

التفاوض بالعقود عبر شبكة الانترنت

الدكتور سعد حسين عبد ملحم

أستاذ مساعد/كلية الحقوق

جامعة النهريين

التفاوض بالعقود عبر شبكة الانترنت

أ.م.د. سعد حسين عبد ملحم

كلية الحقوق

جامعة النهريين

الخلاصة:

لم يضع المشرع العراقي قانوناً ينظم التعاقد عبر شبكة الانترنت بما في ذلك مرحلة التفاوض. الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى القواعد التقليدية في نظرية الالتزام لتطبيقها على هذا النوع من التعاقد.

ويحاول هذا البحث الإجابة عن السؤال الآتي: هل تكفي هذه القواعد التقليدية لاحتواء هذا النشاط القانوني أم لابد من استحداث بعض القواعد القانونية التي تتناسب مع الوسائل الإلكترونية مع تطويع بعض القواعد العامة للعقد حتى لا تتعارض مع طبيعة شبكة الإنترنت التي يتم من خلالها التفاوض.

Abstract:

Negotiation in contracts through the internet the legislature didn't lay out a law to regulate contracting through the internet including the step of negotiation. This requires going back to the classical rules in obligation theory to apply it on this kind of contract. This research tries to answer the following question: Are these classical rules enough to comprise this kind of legal activity, or it is necessary to create some legal rules which suit the electronic devices keeping in mind subduing some general rules of the contract so that they don't oppose the nature of the internet through which negotiation is going be done.

المقدمة:

تعني التجارة الإلكترونية جميع المعاملات التي ينطبق عليها الوصف التجاري، حسب المعيار الذي اعتمده القانون^(١). والتي تتم عبر شبكة الإنترنت فأهم ما يميز التجارة الإلكترونية عن التجارة العادية هو أسلوب انعقادها وطريقة تنفيذها،

(١) اعتمد قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ معيار المضاربة (قصد الربح) لإضفاء الصفة التجارية على الأعمال التي عددها في المادة (٥) منه. أنظر في شرح هذا المعيار، د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ٢٨.

فالعليات الداخلة تحت هذا الوصف تتعقد وتنفذ من خلال وسط إلكتروني يرتكز على استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. إذ يمثل هذا الوسط وسيلة اتصال سمعية وبصرية مفتوحة أمام الجميع لإبرام العقود وتنفيذها. ويمكن أن نذكر على سبيل المثال لا الحصر نماذج للعليات التجارية التي تعقد وتنفذ من خلال شبكة الإنترنت وذلك بأن يعرض التاجر (شركة أو فرد) بضائعه وخدماته من خلال موقعه على الإنترنت وقد يتضمن العرض بيان أو صاف المبيع وشروط البيع من حيث مقدار الثمن وطريقة دفعه (الدفع بالبطاقة الإلكترونية) وكيفية التسليم أي يتضمن العرض العناصر الجوهرية لعقد البيع فيكون إيجاباً باتاً. وإذا قبل المشتري هذا العرض فإنه يرسل موافقته إلى موقع البائع باستمارة من أهم بنودها رقم حساب المشتري أو رقم البطاقة الائتمانية لدفع الثمن، وترسل هذه الاستمارة بالبريد الإلكتروني إلى البائع (الموجب)، وبمجرد تسلم هذه الاستمارة (القبول) من قبل التاجر الموجب يعد العقد مبرماً^(٢). وهكذا الحال بالنسبة للعقود الأخرى غير البيع

(٢) أخذ القانون المدني العراقي في المادة (٨٧) في تحديد مكان وزمان انعقاد بين الغائبين بنظرية العلم بالقبول وجعل وصول القبول قرينة على العلم. وقد عالج القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، المعد من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم (١٦٢/٥١) في ١٦/١٢/١٩٩٦، موضوع زمان ومكان انعقاد العقد التجاري المبرم عبر الأجهزة الإلكترونية، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (١٥) منه على (ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك. يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ، ونصت الفقرة من هذه المادة بخصوص تعيين زمان انعقاد العقد على (ما لم يتفق على خلاف ذلك يتحدد وقت استلام رسائل البيانات، يقع الاستلام وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين. أو وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام المعلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه). يتبين من هذا النص أن مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات غير الخاضع لسيطرة المنشئ أو نائبه والذي دخلت فيه رسالة البيانات التي هي وسيلة التعبير عن إرادة القبول في العقود الإلكترونية. أما زمان انعقاد العقد فيحدد بوقت دخول رسالة البيانات لنظام المعلومات الذي عينه المرسل إليه (الموجب) لاستلام القبول (رسالة البيانات) أو بوقت دخولها إلى نظام

كعقد النقل وعقود الوكالات التجارية والسياحة والحجز الفندقي التي تتم عبر الانترنت والعقود المصرفية إذ ظهر ما يسمى بالبنوك الإلكترونية. لقد تنامي حجم التجارة الإلكترونية بنسب تصاعدية فحسب الإحصائيات المختصة بلغت قيمة التجارة الإلكترونية في العالم في عام ١٩٩٦ (٢,٦) بليون دولار منها (٥١٨) مليون دولار في الولايات المتحدة الأمريكية. وبلغت هذه القيمة ٨ بليون دولار عام ١٩٩٧ و ٢٠ بليون دولار عام ١٩٩٨ ووصلت قيمة التجارة الإلكترونية في الولايات المتحدة الأمريكية إلى ما يزيد عن ٦٠٠ مليون دولار خلال عام ٢٠٠١^(٣). وإن السبب الأساسي لهذا التوسع الهائل الذي حدث في هذا النوع من التجارة، والذي تشير له هذه الإحصائيات، هو الإيجابيات التي تمتاز بها التجارة الإلكترونية والمتمثلة بسهولة إنجاز العملية التجارية بأقل جهد وتكاليف وأقصر وقت. فلقد أصبح بمقدور المتعاملين عبر الانترنت تبادل الإيجاب والقبول بأسرع وقت

معلومات تابع للمرسل إليه وإن لم يكن هو النظام المعين لاستلامها. وحسب نص المادة (٢) من القانون المدني النموذجي الخاص بتعريف المصطلحات الواردة في القانون النموذجي، فإن رسالة البيانات هي المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بصرية بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية. وحسب نص المادة (١١) من القانون النموذجي فإنه يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض (الإيجاب) وقبوله العرض في مجال تكوين العقود. ويراد بمنشئ رسالة البيانات الشخص الذي يعتبر إن إرسال أو إنتاج رسالة البيانات عند تخزينها تم على يديه أو نيابة عنه، والذي يستخدم رسالة البيانات كوسيلة للتعبير عن القبول في مجال العقود الإلكترونية. ويراد بالمرسل إليه الشخص الذي يقوم بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات فهو في مجال العقود الإلكترونية الشخص الذي صدر منه الإيجاب ابتداءً. أما نظام المعلومات فيراد به النظام الذي يستخدم بإنتاج رسائل البيانات أو استلامها أو تخزينها أو لتجهيزها على أي وجه آخر.

(٣) صابر محمد عمار، المفاوضة في العقود التجارية الإلكترونية، بحث منشور في موقع منتدى المحامين على شبكة الانترنت، منتدى المحامين، تاريخ النشر ٢/٤/٢٠٠٢، ص ٥.

<http://www.mahmoon.com>

د. فائق الشماع، التجارة الإلكترونية، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد ٤، السنة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٣٨.

ممكن. وفي حالة توافق الإرادتين وإبرام العقد يمكن تصور التنفيذ الإلكتروني الفوري للعقد وخاصة فيما يتعلق بالوفاء حيث يصار إلى الشيك الإلكتروني أو التحويل الإلكتروني للأموال. كما أن للتعاقد عبر الانترنت إيجابية أخرى هي أنه خفف إلى حد كبير من مشكلة تعدد من أهم مشاكل العصر هي مشكلة خزن الأوراق المكتوبة التي تظهر في ميدان السندات التقليدية، حيث بلغت كمية الوثائق إلى حد أنها أصبحت أحياناً توزن وزناً ولا تعد عدداً، إذ في ظل التجارة الإلكترونية استبدلت السندات التقليدية بسندات الكترونية. وأيضاً تميزت التجارة الإلكترونية بميزة أخرى هي توسيع نطاق الأسواق التجارية، إذ أنها ألغت الحدود والقيود أمام دخول الأسواق التجارية، فقد أصبحت جميع أسواق العالم بفضل شبكة الانترنت مفتوحة أمام المستهلك بغض النظر عن موقع الدولة التي يوجد فيها البائع والمشتري وكأن العالم أصبح بفضل هذه الشبكة قرية كونية، ولهذا لم يتردد الكثير في وصف شبكة الانترنت بأنه إخطبوط إلكتروني مد أذراعه إلى أكثر من ثلاثة أرباع العالم^(٤).

وإذا كانت الإحصائيات المتقدمة الذكر تبرز التوسع الهائل في هذا النوع من التجارة، فإنها تبرز في ذات الوقت ضرورة توفير البيئة القانونية الملائمة للطبيعة الخاصة التي يتسم بها هذا النوع من النشاط التجاري، مما يقتضي الإجابة عن السؤال الآتي: هل تكفي الأنظمة القانونية القائمة لاحتواء هذا النوع من النشاط أم لا بد من استحداث بعض القواعد القانونية التي تتناسب مع الوسائل الإلكترونية في التعاقد مع تطويع بعض القواعد العامة للعقد حتى لا تتعارض مع طبيعة شبكة الانترنت التي يتم من خلالها التعاقد. وي طرح هذا السؤال نفسه في الدول التي لا يوجد فيها تشريع خاص بالتجارة الإلكترونية ومنها العراق.

وتشير فكرة التجارة الإلكترونية كثير من المسائل القانونية منها: الرضا والأهلية المطلوبة لإبرام العقد، كيفية إثبات العقد إذ حلت البيانات الإلكترونية محل الوسائل التقليدية المتمثلة بالمستند المادي الورقي المكتوب المذيل بالتوقيع اليدوي وذلك كوسيلة للتعبير عن الإرادة مما أثار التساؤل عن القيمة القانونية للبيانات

(٤) د. فائق الشماخ، المرجع السابق، ص ٣٨-٣٩.

الإلكترونية في إثبات العقود وعن إمكانية توافر التوقيع الذي تشترطه القواعد العامة من خلال هذه البيانات، تحديد مكان وزمان انعقاد العقد المبرم عبر شبكة الانترنت لأن مثل هذه العقود هي حالة من حالات التعاقد بين غائبين مع اختلاف جوهري يتمثل في أن الطرفين يتبادلان إرادتهما ليس بالوسائل التقليدية (رسول أو مراسلة بريدية أو الهاتف) إنما عن طريق رسائل البيانات الإلكترونية التي تصدر من موقع كل منهما على شبكة الانترنت، تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ بشأن عقود التجارة الإلكترونية وتعيين القضاء المختص بنظر هذه المنازعات إذ غالباً ما يعتري العلاقة التعاقدية المبرمة عبر شبكة الانترنت عنصر أجنبي يتمثل بمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو جنسية أحد أطرافه.

وسنقف في بحثنا هذا الموضوع في ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: تعريف المفاوضات وبيان أهميتها.
- المبحث الثاني: طبيعة المفاوضات والالتزامات الناشئة عنها.
- المبحث الثالث: الجزاء القانوني في مرحلة المفاوضات.

المبحث الأول

تعريف المفاوضات وبيان أهميتها

تكتسب المفاوضات أهمية خاصة في عقود التجارة الإلكترونية لأن هذا النوع من التعاقد هو تعاقد عن بعد، لذا لا يستطيع كل واحد من أطراف التفاوض التحقق من شخصية الطرف الآخر أو أهليته للتعاقد أو سلامة المستندات التي يقدمها. كذلك لا يستطيع التحقق من السلعة أو الخدمة المباعة بشكل ينفي الجهالة أي كيف يتأكد الراغب بالشراء أو طالب الخدمة من مصداقية العرض الإلكتروني ومشروعيته من حيث وجود البضاعة أو طالب الخدمة التي عرضها أحد الأشخاص من خلال موقعه أو ما يسمى بمتجره الافتراضي على شبكة الانترنت. وإذا كانت السلعة أو الخدمة موجودة، تثور مسألة التأكد من ملكيتها للعارض حتى يكون عرضه مشروعاً وذلك حماية للمستهلك من الاحتيال والأنشطة الوهمية^(٥).

إذن تقترن عقود التجارة الإلكترونية ببعض المخاطر بالنسبة للمشتري أو متلقي الخدمة ومن شأن المفاوضات أن تقلل إلى حد كبير من هذه المخاطر حيث يستطيع طالب الخدمة أو المشتري من خلال المفاوضات الاتصال بموقع التاجر صاحب العرض ليدرس العرض المقدم منه ويطلب ما يريد من المعلومات التي تساعد على التأكد من جدية ومشروعية العرض. بل تمكنه بعض الأحيان من التجربة الافتراضية للسلعة أو الخدمة التي ستكون في المستقبل محلاً للتعاقد^(٦). فإذا

(٥) د. فائق الشماع، المرجع السابق، ص ٤١-٤٢.

(٦) لا تقوم المفاوضات في العقود البسيطة قليلة الأهمية حيث تكون فورية الانعقاد وهي العقود المألوفة التي تقتضيها الحياة اليومية للناس كالعقد الذي تشتري بمقتضاه الصحف أو الفاكهة أو الملابس وكعقد النقل بالقطار أو بمصلحة نقل الركاب وكالعقد الذي يتناول بمقتضاه الشخص الشاي في مقهى أو الطعام في مطعم... الخ حيث أن قلة أهمية مثل هذه العقود تصرف من يريد التعاقد عن التفكير في الالتزامات التي سيتحملها. وأحياناً تكون شروط العقد موضوعة سلفاً من جانب واحد، ولا يرضى أن يناقشها أو يعدل فيها من يريد التعاقد معه وهذا هو مجال عقود الإذعان التي لا توجد فيها مفاوضات. ولكن في العقود ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة لا يتحقق التراضي ولا يقوم العقد إلا بعد مفاوضات قد تستغرق فترة طويلة من الزمن. د. عبد الحي

كان هذا هو الدور الذي تلعبه المفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية، فما هي المفاوضات؟ ما هي عناصرها؟ نجيب عن هذا التساؤل في مطلبين وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

تعريف المفاوضات

هي قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية ومناقشة الاقتراحات التي يضعها سوية أو ينفرد بوضعها أحدهما ليكون كل منهما على بينة مما يقدمان عليه وللوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق لهما والتزامات عليهما^(٧).

وإن أبرز ما يميز المفاوضات أنها تقوم على عنصر الاحتمال والذي يعني أن أياً من المتفاوضين غير متأكد من أن المفاوضات ستسفر عن عقد. فقد تسفر المفاوضات عن إبرام العقد، وبذلك تنتهي مرحلة ما قبل التعاقد، وقد لا تثمر المفاوضات عن شيء، حيث تصل إلى طريق مسدود، ومن ثم يعدل الطرفان عنها دون التوصل إلى اتفاق بشأن العقد محل التفاوض.

إن فترة المفاوضات السابقة على العقد لا تقل أهمية عن ما بعد العقد، إذ أنها فترة إعداد للعقد، كلما كان الإعداد جيداً كلما كان العقد محققاً لمصلحة العاقدين، ومتضمناً الشروط التي تمنع إثارة المنازعات بينهما. وبالتالي لا يمكن أن يوصف وصول المفاوضات المتأنيبة والدقيقة إلى طريق مسدود، ومن ثم عدم إبرام العقد محل التفاوض، بأنه نهاية غير جيدة أو سلبية، بل يمكن أن يوصف بأنه نهاية جيدة، وذلك لأن عدم التعاقد خير من إبرام عقد يفتح باباً للمنازعات والخلافات القانونية

حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٢، ص ٥٩٣.

(٧) د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول، انعقاد العقد، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عما، ٢٠٠٢، ص ١٩٤.

التي تسفر دائماً عن إلحاق ضرر بالعاقدين وتعطل مصالحهما بالإضافة إلى ما يتكبدانه من مصاريف وجهد ووقت لتسوية النزاع بينهما^(٨). إذن تتأتى أهمية المفاوضات من أن التوازن الاقتصادي للعقد الذي تسفر عنه المفاوضات يعتمد بالأساس على حسن سيرها، فكلما كانت المفاوضات رصينة وفنية ودقيقة كلما ضمنا حسن صياغة نصوص العقد مما يمنع إثارة المشاكل مستقبلاً بشأن الالتزامات المتولدة عنه.

كما إن للمفاوضات تأثير على حياة العقد لأن فيها تقع العوامل والأحداث التي من شأنها أن تعيب رضا أحد الأطراف كالإكراه والغلط والاستغلال. ولذلك يمكن القول بأن المفاوضات تعد بالنسبة للعقد بمثابة الأعمال التحضيرية بالنسبة للتشريع، إذ يرجع في المستقبل إلى إحداث المفاوضات كوسيلة لتفسير العقد إذا ما وجدت ضرورة لتفسيره^(٩).

يتبين مما تقدم أن الهدف الأساسي من المفاوضات هو التقريب بين وجهات نظر أطراف العلاقة التعاقدية المستقبلية التي تكون في الغالب متباينة، إذ يحرص كل طرف على حريته في عدم التعاقد أو التعاقد بشروطه حتى لحظة الاتفاق النهائي.

ويدخل في نطاق المفاوضات: المقترحات الأولية التي يبديها أحد الطرفين كإعلان الرغبة في التعاقد حتى لو لم تصل الرغبة إلى حد الإيجاب البات، والمقترحات المضادة التي يتقدم بها الطرف الآخر والمناقشات التي تتم بينهما سواء كانت هذه المناقشات مباشرة وجهاً لوجه أو غير مباشرة أي تتم عن طريق وسائل الاتصال كما في حالة عقود التجارة الإلكترونية التي نحن بصددنا، إذ يتبادل المتفاوضان وجهات النظر والمناقشة عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، فيناقشان ما سيكون أو ما يمكن أن يكون عليه مضمون العقد الذي يراد إبرامه

(٨) د. ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص ١٩٤-١٩٥.

(٩) د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع، مطابع الأرز، عمان، ٢٠٠٠، ص ٨٨.

ويقدران مصلحة كل منهما فيما يضعانه من شروط. كذلك يدخل في نطاق المفاوضات المعلومات والدراسات الفنية والاقتصادية والقانونية التي يتبادلها الطرفان بقصد الوصول إلى أفضل صياغة لعلاقتهما التعاقدية تكفل التحديد الدقيق لحقوق والالتزامات كل منها في المستقبل. لكن يخرج عن نطاق المفاوضات دراسات الجودة التي يقوم بها كل طرف على حدة لتقرير مصلحته في التعاقد، وكذلك الدراسات التي يستهدف أحد الأطراف من ورائها تقوية مركزه في التفاوض أو في التعاقد.

المطلب الثاني

عناصر المفاوضات

تبدأ المفاوضات عادةً بدعوى يوجهها أحد الأشخاص إلى الآخر للتفاوض من أجل إبرام عقد ما، فيلبي المدعو إلى التفاوض هذه الدعوة أو لا يلبي، فهذا أمر متروك لإرادته ولا التزام عليه في ذلك خاصة وإن الاتجاه التقليدي في الفقه، كما سيتبين لنا تفصيلاً، لا يسلم للمفاوضات بأية فاعلية ملزمة. والمهم هو كيف نميز الدعوة إلى التفاوض عن الإيجاب المجرد^(١٠)، وإذا تمخضت المناقشات التفاوضية عن إيجاب فهل معنى ذلك انتهاء المفاوضات أم إن هذا الإيجاب يعد عنصراً في المفاوضات وبالتالي يظل خاضعاً للمناقشة؟.

إن الدعوة إلى التفاوض باعتبار العنصر الأول في المفاوضات هي عبارة عن عرض يوجهه شخص إلى شخص معين أو إلى الجمهور لأجل الدخول في مناقشات بهدف الوصول إلى إبرام عقد معين، ويحاول كل طرف في هذه المناقشات أن يبذل ما في وسعه من جهد وبراعة ليتحدد مضمون العقد المراد إبرامه من حيث الحقوق والالتزامات وفق ما تقضي به مصلحته. وتتكون من خلال هذه المناقشات عروض يتم التفاهم بشأنها في صورة اتفاقات، ثم يقوم بعد ذلك طرفي التفاوض

(١٠) إذا كان الأصل أن المفاوضات تبدأ بدعوة لا تتضمن نية الالتزام فإنها قد تبدأ بإيجاب بات يوجهه الموجب إلى شخص معين أو غير معين، ثم يرفض هذا الإيجاب وتدور بين الطرفين مناقشات، وتتعاقب العروض بينهما إلى أن يتم الوصول إلى مشروع إيجاب أو الانصراف عن التفاوض. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، مطبعة السلام، شبرا، ١٩٧٣، ص ١٧٣.

بجمع ما تم الاتفاق عليه وصياغته من قبل كليهما أو إحداهما في مشروع إيجاب. إذن فالهدف من الدعوة إلى التفاوض هو محاولة الوصول إلى تفاهم مشترك بين طرفي المفاوضات بشأن تثبيت أركان عقدهما المستقبلي وما يريدان تضمينه من شروط، حتى يتسنى لهما صب هذا التفاهم المشترك في قالب إيجاب يتم توجيهه^(١١).

إذن قد تسفر المفاوضات التي بدأت بدعوة إلى التفاوض وجهها أحد الطرفين إلى الآخر، عن إيجاب ساهم الطرفين في إعداده، وهذا الإيجاب هو تعبير عن الإرادة المشتركة للطرفين ولهذا يسمى بالإيجاب المشترك.

وقد تتمخض الدعوة إلى التفاوض عن عروض متقابلة بين الطرفين وينتق الطرفان على نقطة أو عدة نقاط في موضوع هذه العروض، لكن لا يرقى هذا الاتفاق إلى مرتبة العقد لعدم احتوائه على قوة النفاذ، إنما هو مجرد تمهيد للمفاوضات وذلك بتثبيت النقاط التي تصلح أساساً لمشروع العقد وذلك بتثبيت أحد أركان العقد المستقبلي أو شرط في هذه الأركان. وإذا كان هذا الاتفاق لا يعد عقداً فإنه لا يعد أيضاً إيجابياً لأن الإيجاب لا بد أن تجتمع فيه الأركان والشروط الجوهرية كافة لتظهر نية الالتزام بصورة واضحة ومحددة، وحتى إذا اشتملت هذه الاتفاقات عند الجمع بينها على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامهم، فإنها لا تكون عقداً، لأن إرادة الالتزام وإن كان من الجائز أن تتكون على خطوات إلا أنها لكي ترتب أثرها يجب أن تظهر كاملة دفعة واحدة، وهي لا تبدو كذلك إلا عندما تخرج متشحة بالرد الكامل للعقد الذي تستهدفه. إذاً 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

(١١) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، بحث منشور في مجلة جامعة صدام، الحقوق، المجلد الأول، العدد الثالث، ١٩٩٧، ص ١٢١، د. عباس زبون العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٤، ص ٦٩-

الطرفين بشأن نقطة معينة، فيرجع إلى هذه الاتفاقات لبيان هذه الإرادة وإكمال ما نقص من العقد^(١٢).

يتبين مما تقدم أن معيار التمييز بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب يتمثل في العزم النهائي على إبرام العقد، فكل ما يسبق العزم النهائي ويستهدف مجرد التحضير له أو التمهيد له لا يعتبر من قبيل الإيجاب بل هو من قبيل المفاوضات أو من قبيل الدعوة إلى التفاوض. فإذا اتضح من ظروف الحال أن العرض ينم عن عزم صاحبه على إبرام العقد مباشرةً أي بمجرد أن يقبله الموجب له، كنا بصدد إيجاب. أما إذا نم العرض مجرد الرغبة في التمهيد أو التحضير للعقد المراد إبرامه، كنا بصدد دعوة إلى التفاوض فقوم هذا المعيار أمران جوهريان: الأول العزم النهائي من قبل مقدم العرض على إبرام العقد فلا يكفي مجرد الرغبة فيه إذا لم تحصل إلى حد البت. الثاني أن يحصل العرض المتضمن العزم النهائي على إبرام العقد في صورة بحيث أن مجرد صدور قبوله من الطرف الآخر يؤدي إلى قيام العقد، ويتطلب هذا الأمر أن يتضمن العرض، لكي يرتقي إلى مرتبة الإيجاب، العناصر الجوهرية للعقد.

ولذلك يعد العرض المتضمن الرغبة في إبرام عقد ما دون بيان كل أركانه مجرد دعوة إلى التفاوض (دعوة إلى التعاقد)^(١٣).

واستناداً إلى ما تقدم، يعتبر من قبيل الدعوة إلى التفاوض وليس إيجاباً، لأنه لا ينم عن عزم صاحبه على إبرام الصفقة بمجرد أن يصدر القبول ممن وجه إليه العرض، إعلان شخص عبر موقعه على الانترنت عن سلع وخدمات حتى لو كان هذا الإعلان مصحوباً بإرسال الأسعار التي يتعامل بها هذا المتجر الافتراضي

(١٢) سليمان براك الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة صدام، ١٩٩٨، ص ٦، صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣، ص ٨٠.

(١٣) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ٢٧٢، د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٨٤، ص ١٢٢-١٢٣.

الموجود على شبكة الانترنت وسواء كان هذا العرض موجه إلى الجمهور أو إلى مواقع أفراد معينين على شبكة الانترنت^(١٤). وأيضاً يعتبر من قبيل 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، مثال ذلك أن تعلن شركة عبر موقعها على الانترنت عن حاجتها إلى موظف، فمثل هذا الإعلان لا ينطوي على إيجاب بل على مجرد دعوة للتفاوض حتى لو تضمن هذا الإعلان الأركان والشروط الجوهرية المراد إبرام العقد على أساسها، كما إذا ذكر في الإعلان المؤهلات المطلوبة في الموظف ومقدار الراتب، والسبب في عدم اعتبار هذا العرض إيجابياً أن الشركة لا تقصد أن تتعاقد مع كل من يتقدم بالرد على عرضها، بل إن الشركة تريد بهذا العرض أن تستحث من تتوفر فيهم الشروط المطلوبة على التقدم إلى التفاوض معها لتتخير من بينهم الشخص الذي تعتقد أن الكفاءة المطلوبة تتوفر فيه.

نخلص مما تقدم إلى أن وجود أو عدم وجود النية الجازمة في إحداث الأثر القانوني هي الحد الفاصل بين الإيجاب وبين الدعوة إلى التفاوض، فإن وجدت هذه النية تكون أمام إيجاب بات. وتظهر أهمية التمييز بين الإيجاب وبين الدعوة إلى التفاوض في حالة صدور القبول. إذ أن الإيجاب خطوة مباشرة إلى العقد، لذلك إذا صادف القبول إيجاباً باتاً تم العقد وظهرت الالتزامات على عاتق كل من الطرفين أما إذا صادف القبول مجرد دعوة إلى التفاوض فلا نكون أمام عقد^(١٥). بل أن من قبل التفاوض قد يتقدم بإيجابه ليقبله أو يرفضه موجه الدعوة دون أن يكون عليه في ذلك أية مسؤولية، وقد لا يتقدم من قبل الدعوة بأي إيجاب بل فقط يوافق على

(١٤) نصت المادة (٢/٨٠) من القانون المدني العراقي على (أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض).

(١٥) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول، انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص ١٣٧.

الدخول في مفاوضات مع من يوجه له الدعوة ثم قد تتمخض هذه المفاوضات عن إيجاب ساهم كل من الطرفين في صياغته.

هكذا نجد الدعوة إلى التفاوض خطوة إلى الإيجاب في حين أن الإيجاب خطوة إلى العقد.

يبقى الشق الثاني من السؤال الذي طرحناه في بداية هذا المطلب: إذا تمخضت المفاوضات إن إيجاب، فهل يعني هذا انتهاء المفاوضات أم إن المفاوضات تستمر على هذا الإيجاب باعتباره عنصر في المفاوضات؟.

للإجابة عن هذا السؤال يجب أن نحدد متى تنتهي المفاوضات، هل تنتهي المفاوضات بصدور أم إنها تنتهي بإبرام العقد؟.

سبق أن بينا أن المفاوضات تهدف إلى تحديد شروط التعاقد وطبيعة العقد المراد إبرامه وصولاً إلى إبرام العقد، وإن كل واحد من المتفاوضين يحرص على حريته في عدم التعاقد حتى يتأكد من أن التعاقد في مصلحته. إذا تنتهي المفاوضات بإبرام العقد وليس بصدور الإيجاب، فرغم أهمية الإيجاب باعتبار تعبير جازم ويات بالتعاقد لتضمنه العناصر الجوهرية للعقد المستقبلي، إلا أنه يظل إرادة صادرة من جانب واحد هو الموجب، والعقد لا يقوم إلا إذا طابقت هذه الإرادة إرادة أخرى هي القبول الصادر من الموجب له. وهذا ما قضت به المادة (٨٥) من القانون المدني العراقي بنصها على (إذا أوجب أحد العاقدين يلزم لانعقاد العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب). إذن ليبرم العقد يجب أن يصدر القبول مطابقاً للإيجاب، ويجب أن يطابق القبول الإيجاب في المسائل الجوهرية للعقد حتى وإن لم يحصل تطابق في المسائل التفصيلية^(١٦). ويقصد بالمسائل الجوهرية العناصر

^(١٦) نصت المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي على (١- يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها أما الاتفاق على بعض المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو ثبت هذا الاتفاق بالكتابة. ٢- وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل

اللزامة لانعقاد كل عقد وكذلك المسائل التي ما كان الطرفان يقبلان للتعاقد دون الاتفاق عليها كالثمن والمبيع بالنسبة للبيع، أي المسائل التي يكون لها وفق النظام الطبيعي للأشياء أثر جدي في تكوين إرادة المتعاقدين، وهذه مسألة وقائع تترك لتقدير قاضي الموضوع^(١٧).

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 وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بأن تحديد طريقة دفع الثمن وتاريخ تسليم المبيع هي مسائل تفصيلية، ولكن إذا ثبت للقاضي أنها جوهرية في نظر أحدهما فلا ينعقد العقد لعدم مطابقة القبول للإيجاب. فإذا علق الموجب له قبوله على تحديد طريقة تسديد الثمن وانعدمت المطابقة بشأن هذه المسألة فلا ينعقد العقد. وقضت محكمة استئناف Rouen الفرنسية بأن عدم اتفاق أطراف العقد على تحديد مدة تسليم السيارة المستعملة ووقت دفع الثمن يعد سبباً لعدم انعقاد العقد، لأن تحديد مدة التسليم ودفع الثمن يكونان عنصرين جوهريين في العقود الواردة على السيارات المستعملة حيث جرى العرف وطبيعة التعامل على أن مثل هذه السيارات تتغير حالتها وقيمتها بسرعة^(١٨).

إذن ينعقد العقد وتنتهي المفاوضات عندما يتفق الطرفان على المسائل الجوهرية حتى وإن لم يبحث الطرفان أثناء المفاوضات المسائل التفصيلية أو إنهما بحثا هذه المسائل ولكنهما اتفقا على تركها لاتفاق لاحق في المستقبل، فإذا اتفقا على هذه المسائل التفصيلية في المستقبل كان بها، أما إذا نشب الخلاف بينهما في المستقبل بصدد هذه المسائل فإن القاضي يحسم الخلاف ويحدد هذه المسائل طبقاً

التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

(١٧) د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٦٢٨.

(١٨) نقلاً عن د. عدنا إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٦٨.

لطبيعة موضوع العقد وأحكام القانون والعرف والعدالة. وأحياناً يترك طرفا التفاوض بعض المسائل التفصيلية للاتفاق عليها لاحقاً لكنهما يتفقان على أن عدم اتفاقهما مستقبلاً يمنع انعقاد العقد، فهنا إذا لم يتفق الطرفان على هذه المسائل التفصيلية فإن العقد لا ينعقد لأن هذه المسائل تغيرت طبيعتها بإرادة طرفي التفاوض من كونها مسائل ثانوية إلى كونها مسائل جوهرية لا ينعقد العقد بدون الاتفاق عليها.

ورغم أن المشرع العراقي لم يضع قواعد معينة لتنظيم المفاوضات العقدية^(١٩)، إلا أنه بمقتضى المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي يعترف بها باعتبارها مرحلة قد توصل إلى إبرام العقد النهائي إذا اتفق طرفا التفاوض على المسائل الجوهرية الأساسية وإن لم يتفقا خلال المفاوضات على المسائل التفصيلية الثانوية، إلا إذا علق الطرفان انعقاد العقد على اتفاقهما على المسائل الثانوية أيضاً. ويتفق المشرع العراقي في موقفه هذا مع القضاء الفرنسي إلا أنه يخالف موقف كل من القانون المدني الألماني والقانون المدني السويسري، حيث لا ينعقد العقد في القانون المدني الألماني إلا عند الاتفاق على المسائل التفصيلية أيضاً، في حين لا يعترف القانون المدني السويسري أصلاً بالمسائل التفصيلية ويكتفي في انعقاد العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية. وهذا الموقف الوسط الذي يتبناه المشرع العراقي يوازن بين مبدأ احترام إرادة طرفي العقد ومبدأ استقرار المعاملات.

إذن إذا تمخضت المفاوضات عن إيجاب فهذا لا يعني انتهاء المفاوضات، فالمفاوضات تنتهي عند إبرام العقد النهائي بمطابقة القبول لهذا الإيجاب على النحو المتقدم بيناه. ولكن يجب أن نقر بأن الإيجاب وإن لم يصل إلى حد إنهاء المفاوضات إلا أن له أثر كبير في دفع المفاوضات إلى الأمام لأنه تعبير محدد

^(١٩) على الرغم من الأهمية الكبيرة للمفاوضات من الناحية القانونية باعتبار الإطار الذي يحدد ملامح العقد وصياغته ليأتي معبراً بشكل دقيق عن إرادة المتعاقدين، إلا أن أغلبية التقنيات لم تضع قواعد لتنظيم المفاوضات باستثناء التقنين اليوغسلافي.

ودقيق يجعل العقد وشيك الانعقاد إذ لا يبقى لإبرام العقد إلا قبول الموجب له والذي قد يكون بكلمة واحدة، بل إن مجرد السكوت يعتبر قبولاً في بعض الحالات^(٢٠).
يتبين مما تقدم، أنه لا تثار مشكلة إذا أسفرت المفاوضات عن إيجاب بالمعنى القانوني صادفه قبول مطابق، ففي هذه الحالة ينشأ العقد ملزماً لأطرافه، ولا مشكلة أيضاً إذا صادف الإيجاب رفضاً صريحاً، فهذا يعني انتهاء المفاوضات بالفشل. ويمكن أن تستمر المفاوضات على الإيجاب باعتبار عنصرها فيها وذلك عندما لا يقبل المتفاوض الإيجاب لكنه يتقدم بتعديلات جوهرية على هذا الإيجاب تتضمن إضافة شروط وحذف شروط، في هذه الحالة نكون بصدد اقتراح مقابل يسقط الإيجاب الأول ويتضمن في ذات الوقت إيجاب جديد^(٢١). 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. ويستفاد هذا الحكم عن طريق مفهوم المخالفة من نص المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي التي نصت على (إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزام بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد) فهذا النص يفرض على الموجب

^(٢٠) نصت المادة (٨١) من القانون المدني العراقي على (١- لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان قبولاً. ٢- ويعتبر قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل 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.

^(٢١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، مطبعة جرينبرج، القاهرة، ص ٢١٩-٢٢٠. نصت بعض القوانين صراحة على أن القبول المعدل للإيجاب يعتبر إيجاب جديد، من ذلك نص المادة (٩٦) من القانون المدني المصري الذي جاء فيه (إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد به أو يعدل فيه اعتبر رفضاً إيجاباً جديداً) وجاء هذا الحكم بنفس الصياغة في المادة (٢/٩٩) من القانون المدني الأردني. ورغم عدم وجود نص في القانون المدني العراقي يقابل هذه النصوص، فإن الحكم الذي جاءت به يؤخذ به القانون العراقي لأنه لا يحتاج إلى نص.

التزاماً بالبقاء على إيجابه إذا حدد مدة للطرف الآخر ليقبل في خلالها أو يرفض. مصدر التزام الموجب هذا هو إرادته المنفردة. فهو إذاً لا يلتزم بالبقاء على إيجابه إذا لم يحدد ميعاداً لقبول لقبول إيجابه، ومعنى إن الموجب لا يلتزم بإيجابه إنه يسوغ له أن يرجع عنه قبل أن يقترن به قبول الطرف الآخر^(٢٢).

والسؤال المهم هو: هل يمكن الأخذ بالأفكار المتقدمة جميعاً، وخاصة فكرة الرجوع عن الإيجاب قبل أن يقترن بالقبول بالنسبة إلى التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية؟.

إن عدم اجتماع المتعاقدين في مجلس عقد واحد صورة مألوفة في التعامل يعرفها الفقه وينظمها القانون تحت ما يسمى بالتعاقد بين الغائبين، والذي يتميز بوجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به يقتضي تحديد الوقت الذي تم فيه التعاقد، وأيضاً يتميز بوجود فاصل مكاني بين المتعاقدين يقتضي تحديد المكان الذي تم فيه إبرامك العقد.

ويتم تبادل الإيجاب والقبول في هذا النوع من التعاقد عن طريق المراسلة (الرسول الشخصي أو البريد التقليدي) أو عن طريق الهاتف، علماً أنه علم الموجب بالقبول عن طريق الهاتف فإن العقد يعد مبرماً بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان. وأقر المشرع العراقي التعاقد عن طريق الهاتف بنصه في المادة (٨٨) من القانون المدني على (يعتبر التعاقد (بالتليفون) أو بأية طريقة مماثلة كأنه يتم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان).

وقد انشغل الفقه بصدد التعاقد بين غائبين يبحث مسألة متى يوجد العقد وأين يوجد العقد؟ فهل يكفي لاقتران الإرادتين ووجود العقد مجرد وجود القبول المطابق للإيجاب (نظرية إعلان القبول)، أم لابد من إرسال القبول إلى الموجب (نظرية تصدير القبول)، أم إن إرسال لا يكفي إنما لابد لكي ينعقد العقد من استلام الموجب للقبول (نظرية استلام القبول)، أم إن العقد لا ينعقد إلا إذا علم الموجب فعلاً بهذا

(٢٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ١٢٧، د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص ١٤١.

القبول (نظرية العلم بالقبول)؟. ويتحدد في ضوء الإجابة عن هذا السؤال الوقت والمكان اللذان يتم فيهما العقد. وقد حسم المشرع العراقي هذه المسألة بنصه في المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي على (١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢- ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما).

نخلص مما تقدم إلى القول بأن البناء القانوني القائم في العراق يسمح بتطبيق الأفكار التي أثرتها على التعاقد عن طريق الانترنت، خاصة وإن مشرع القانون المدني العراقي كما بينا أقر بنص صريح التعاقد عن طريق التليفون، وهذا النص يسري أيضاً على التعاقد بواسطة الانترنت، لأن الاتصال بواسطة الانترنت في الوقت الحاضر لا يختلف عن الاتصال بواسطة التليفون خاصة وإن المشرع العراقي ذكر في المادة (٨٨) من القانون المدني العراقي التعاقد بالتليفون على سبيل المثال لا الحصر، حيث جاء في صدور هذه المادة (يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأية طريقة مماثلة ..) وهذا يعني إن المشرع العراقي يطبق حكم هذا النص على أية وسيلة أو آلة أخرى تشبه التليفون في خصائصها ومن ذلك شبكة الانترنت.

تبقى مسألة الرجوع عن الإيجاب قبل أن يقترن بالقبول، فإذا تمخض التفاوض عبر شبكة الانترنت عن إيجاب، فهل يمكن أن يسحب هذا الإيجاب قبل اقترانه بالقبول؟.

قلنا أن المبدأ العام حسب نص المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي هو: إن الموجب يستطيع الرجوع عن إيجابه قبل أن يقترن به قبول الطرف الآخر طالما أنه لم يعين ميعاداً للقبول، فهل يمكن تطبيق هذا المبدأ على التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية؟.

نرى أن المبدأ المقرر في المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي والقائل بحرية الموجب في الرجوع عن الإيجاب طالما لم يقيد حريته هذه بإرادته المنفردة، لا يطبق على الإيجاب الناتج عن التفاوض عبر شبكة الانترنت، لأن هذا الإيجاب لا ينتج إلا بعد مفاوضات طويلة كما أنه ليس وليد إرادة طرف واحد حتى يستطيع

الرجوع عنه، بل هو وليد الإرادة المشتركة لطرفي التفاوض إذ ساهم كلاهما في إعداده ولهذا يسمى بالإيجاب المشترك، ثم أن صدور الإيجاب يدل على الثقة الكبيرة التي ولدتها المفاوضات لدى طرفيها وبالتالي يقع عليهما التزام بعدم الإخلال بهذه الثقة المتولدة عن سلوكهما. وقد تبنى القضاء الفرنسي هذا الاتجاه في بعض أحكامه فأعطى للإيجاب قيمة قانونية أكبر من مجرد كونه عنصراً بسيطاً في المفاوضات. وذلك لأنه الإيجاب بطبيعته تعبير دقيق عن إرادة محددة، أنه لا بد من حماية العلاقات القانونية عن طريق عدم الإخلال بالثقة المشروعة التي ولدها الإيجاب عند الموجب له^(٢٣).

إذن إذا كان مبدأ حرية التعاقد يرفض أي التزام قانوني قبل قيام العقد، أي على مجرد وجود الإيجاب، إلا أن ضرورات الاستقرار وما يفرضه حسن نية من مراعاة الأمانة والثقة المتولدة من المفاوضات، ترتب جميعاً التزاماً بعدم الرجوع عن الإيجاب الذي تمخضت عنه المفاوضات عبر شبكة الانترنت. ويفرض مبدأ حسن النية على طرفي المفاوضات إضافة إلى التزام بعد الرجوع عن الإيجاب التزامات أخرى سنبحثها في المبحث التالي.

(٢٣) أشار إلى هذا الاتجاه القضائي الدكتور صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٢٧.

المبحث الثاني

طبيعة المفاوضات والالتزامات الناشئة عنها

ترتبط الالتزامات الناشئة عن المفاوضات ارتباط وثيق بتحديد طبيعة المفاوضات، هل هي مجرد وقائع مادية وبالتالي لا تنشأ عنها التزامات إلا الالتزامات التي يقتضيها الواجب العام القاضي بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد والمألوف على نحو يلحق الضرر بالغير (المسؤولية التقصيرية)، أم إن الإرادة تظهر في المفاوضات فتضفي عليها وصف التصرفات القانونية التي ترتب التزامات على طرفي المفاوضات لتفعيل المفاوضات أو الوصول إلى قناعة تامة بعدم التعاقد لأن مصلحتهما أو مصلحة أحدهما تقتضي ذلك؟.

لو حاولنا الإجابة عن هذا السؤال في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء فسنجد إن هناك اتجاهين: الأول القائل أن المفاوضات عبارة عن وقائع مادية لا ترتب عليها التزامات إرادية، والثاني القائل أن المفاوضات يمكن أن تكون تصرفات قانونية إذا انصرفت إرادة المتفاوضين إلى إبرام عقد (عقد التفاوض) لتنظيم سير المفاوضات بغية تحقيق الهدف المنشود منها وهو السماح لطرفيها بتقدير ظروف الصفقة وفرص الكسب أو احتمالات الخسارة فيها لا طبقاً للحسابات الاقتصادية الدقيقة إنما وفقاً لشعوره الشخصي أيضاً، ليتخذ في نهاية المطاف قراره أما بإبرام العقد أو بالانصراف عن المفاوضات لقناعته بعدم جدوى التفاوض.

وسنبحث في مطلبين هذين الاتجاهين لنحدد في ضوء ذلك الالتزامات الناشئة عن المفاوضات.

- المطلب الأول: المفاوضات وقائع مادية.

- المطلب الثاني: المفاوضات ذات طبيعة عقدية.

المطلب الأول

المفاوضات وقائع مادية

الأصل أنه لا ترتب أية التزامات على طرفي التفاوض قبل إبرام العقد محل التفاوض، فالعقد هو الذي يحدد التزامات طرفيه، والمفاوضات بذاتها لا تقيم رابطة تعاقدية بين الطرفين، إذ إن المفاوضات حسب الفقه التقليدي مجرد عمل مادي يقوم

به كل من الطرفين. وهذا العمل المادي الذي لا يرقى إلى مصاف التصرف القانوني لا يترتب عليه أي أثر قانوني، فهو غير ملزم لأي من أطرافه بضرورة التوصل إلى اتفاق. فبحكم المفاوضات باعتبارها وقائع مادية مبدأ حرية التعاقد وتقتضي هذه الحرية عدم إجبار المتفاوض على إبرام العقد، فيستطيع كل واحد من المتفاوضين أن يعدل عن المفاوضات ولا يخشى تحقق مسؤوليته، إذ إن العدول عن التفاوض لا يصلح بذاته سبباً للمسؤولية، وإمعاناً في الحرية فإن المتفاوض غير ملزم بتقديم مبرر لعدوله، لأن الالتزام بتقديم مبرر للعدول يعد من قبيل ترتيب الآثار على المفاوضة، كما أن تقديم المبرر يتعارض مع حرية العدول عن التفاوض لأن المقصود بحرية العدول هو العدول في أي وقت^(٢٤).

وإذا كانت المفاوضات حسب هذا الاتجاه الفقهي لا يترتب عليها أي التزام، وإن المتفاوض يستطيع بحرية تامة العدول عنها، فإن المتفاوض يستطيع من باب أولى العدول عن كل إرادة عبر عنها خلال المفاوضات مادامت لم تصل إلى حد إبرام العقد، فحتى لو صدر من أحد المتفاوضين إيجاب فإنه يستطيع الرجوع عنه مادام باستطاعته أن يعدل نهائياً عن المفاوضات إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد^(٢٥). لكن إعمال مبدأ حرية التعاقد على إطلاقه قد يفتح الباب لمفاوضات غير جادة تؤدي إلى إضاعة الوقت والجهد والمال أو قد تؤدي إلى كشف أسرار العملاء، ولذلك خفف الفقهاء من صرامة الاتجاه التقليدي بالقول أنه إذا اقترن العدول عن المفاوضات بخطأ ألحق الضرر بالطرف الآخر، ألزم من عدل عن المفاوضات بتعويض هذا الطرف عن الضرر الذي أصابه. ولاشك أن المسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية مادام العقد لم يبرم بعد، ولذلك يجب على الطرف الذي يدعي تضرره من قطع المفاوضات أن يثبت خطأ الطرف الآخر الذي عدل عن المفاوضات ويثبت وجود ضرر أصابه

(٢٤) د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ١٩٨.

(٢٥) سبق أن بيّنا أن القاعدة التي تقضي بحرية الموجب في الرجوع عما أعلنه من إيجاب لا تطبق على عقود التجارة الإلكترونية، فإذا تمخضت المفاوضات في هذه العقود عن إيجاب فإن مبدأ حسن النية يترتب التزام بعدم الرجوع عن هذا الإيجاب الذي كان وليد الإرادة المشتركة لطرفي التفاوض. أنظر: ص ١٧-١٨ من هذا البحث.

والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر أي كون الضرر نتيجة طبيعية ومباشرة لخطأ المتفاوض الذي قطع المفاوضات، لذلك كي يحصل على التعويض اللازم^(٢٦). إذاً حرية العدول عن المفاوضات لا تبرر الانحراف في السلوك عن سلوك الشخص العادي، والمسؤولية تكون عن السلوك غير المألوف الذي يقترن بالعدول لا عن العدول في حد ذاته، ومثال الخطأ الذي يقترن بالعدول عن المفاوضات: إن أحد طرفي المفاوضات لم تكن لديه عند بدء المفاوضات نية حقيقية وجادة يجعل المفاوضات وسيلة للتعاقد بل كانت مجرد مناورات قصد بها معرفة الأسرار الصناعية للمتفاوض معه أو تعطيل إبرام صفقة وشيكة بين من يتفاوض معه والغير، وبعد أن يحقق غرضه السيئ هذا ينهي المفاوضات ويعدل عنها في حين أن الطرف الآخر وثق بهذه المفاوضات واعتقد بجديتها واتخذ من التدابير ما يكفل نجاحها فضاع عليه الوقت والمال^(٢٧).

وقد تكون المفاوضات عند بدايتها جدية، لكن خطأ من عدل عن المفاوضات تمثل في أنه اتضح له منذ وقت مبكر استحالة التوصل إلى اتفاقاً يرضيه، أو صعوبة ذلك على أحسن الأحوال، ورغم ذلك استمر في التفاوض مع إحياء الآمال لدى الطرف الآخر باحتمال التوصل إلى اتفاق، فحمل المتفاوض الآخر بعمله هذا نفقات لا مبرر لها بالإضافة إلى أنه قد يفوت عليه فرصة للتعاقد مع الغير.

وإذا كان الفقهاء يشترطون اقتران العدول عن المفاوضات بخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية، إلا أنهم لا يشترطون أن يكون هذا الخطأ عمدياً أي مشتملاً

(٢٦) د. رمضان أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٨٦، ص ٧٦، د. السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، ص ٢٠٧، د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المصدر السابق، ص ١٣٥.

(٢٧) أنظر: حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٢/٤/١٨٧٦، وحكم محكمة استئناف باريس في ١٣/١٢/١٩٨٤، نقلاً عن د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، المرجع السابق، ص ٨٩.

على قصد الإضرار بالطرف الآخر، فالخطأ غير العمدي يكفي لقيام المسؤولية^(٢٨)، لكنهم يؤكدون على وجوب أن يكون هذا الخطأ واضحاً دون تساهل في تقديره أو تلمس وجوده لأن مثل هذا التساهل يهدد الحريات الفردية ويعبث بالثقة المطلوبة في المعاملات المالية^(٢٩).

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بالرأي القائل بأن المفاوضات وقائع مادية لا يترتب عليه أي أثر قانوني، إذ قضت (المفاوضة ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حرفي قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطلب ببيان المبرر لعدوله، ولا يترتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض. وعبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر يقع على عاتق ذلك الطرف. ومن ثم فلا يجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضات ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوفر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية)^(٣٠).

ولقد حدث تطور مهم في موقف القضاء، فهو وإن ظل ينظر إلى المفاوضات باعتبارها وقائع مادية إلا أنه بدأ يعتبر العدول عن المفاوضات بحد ذاته خطأ تقصيرياً تقوم معه المسؤولية، إذا لم يكن منسجماً مع متطلبات حسن النية، فالقضاء يؤكد على أن المفاوضات يحكمها مبدأ: يحكمها كأصل عام مبدأ حرية التعاقد

(٢٨) هذا ما تبنته محكمة النقض الفرنسية، إذ قضت (إنه لا تشترط نية الإضرار عن القطع التعسفي غير مقبول، لأن المادتين (١٣٨٢ و ١٣٨٣) من القانون المدني الفرنسي لا تشترطان نية الإضرار). نقلاً عن د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٩٠.

(٢٩) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٣٩-١٤٠.

(٣٠) نقض مدني مصري ١٩٦٧/٣/٩، مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض المصرية، السنة ١٨، الجزء الأول، ص ٣٣٤.

الذي يجعل لكل واحد من المتفاوضين حرية قطع المفاوضات التي لا تتفق مع مصالحه المشروعة، يحكمها أيضاً مبدأ حسن النية الذي يقتضي التفاوض بشرف وأمانة، الأمر الذي يجعل من مجرد قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع، وإن لم تقتنر به وقائع أخرى، إخلالاً بهذا المبدأ تقوم به المسؤولية التقصيرية التي تفتح الباب أمام المتفاوض الآخر لمطالبة المتفاوض الذي قطع المفاوضات بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك^(٣١).

إذن خلاصة القول في اتجاه القضاء: إن حرية التعاقد تعد أساساً عاماً والمسؤولية في قطع المفاوضات تعد استثناء لا يجوز التوسع فيه، لأن المفاوضات وإن كانت تقتضي استناداً إلى مبدأ حسن النية إلزام كل متفاوض بالأمانة والاستقامة عند التفاوض، فإن هدفها هو السماح للمتفاوض بأن يقدر في ضوء احتمالات الربح والخسارة هل إن العقد المراد إبرامه في مصلحته؟ وهو بذلك يكون لديه عذر مشروع لقطع المفاوضات إذا قدر، حتى وفقاً لشعوره الشخصي، إن التعاقد ليس في مصلحته. أما إذا قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع، فإنه يكون قد أخل بواجب حسن النية، وبالتالي يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي لحق المتفاوض الآخر.

^(٣١) من الأمثلة على هذا الاتجاه القضائي ما يلي: قضت محكمة النقض الفرنسية (إن قطع المفاوضات فجأة دون مبرر مشروع بعد أن بلغت مبلغاً متقدماً، مما يخالف مقتضيات حسن النية في المعاملات التجارية، ويعتبر ذلك من قبيل الخطأ التقصيري الموجب للمسؤولية). نقض مدني فرنسي في ١٩٧٢/٣/٢٠ نقلاً عن صابر محمد عمار، التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية، المصدر السابق، ص ٨. وقضت محكمة النقض الإيطالية (إذا كان أحد الطرفين في أثناء المفاوضات، قد أحدث في نفس الآخر ثقة معقولة في إبرام العقد ثم قطع المفاوضات دون سبب معقول أو بسوء نية فإنه يكون ملزماً بتعويض الأضرار في حدود المصلحة السلبية، أي المقصورة على المصاريف التي يكون قد أنفقها في سبيل إبرام العقد أو على الخسائر التي تكبدها بسبب فوات فرص أخرى على أثر قطع المفاوضات بدون مبرر). نقض مدني إيطالي ١٩٦٠/٤/٤ نقلاً عن د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المصدر السابق، ص ٥٩٥، هامش (٧).

لقد انعكس هذا الاتجاه القضائي في آراء الفقهاء حيث بدأوا يؤكدون على مسألة قطع المفاوضات بدون عذر مشروع، كما إذا كان أحد الأطراف قد بدأ المفاوضات وعنده نية قطعها فكان بذلك يعلم أن المفاوضات لن تنتهي نهاية طيبة، وهو بهذا يقوّض الوظيفة القانونية والاقتصادية للمفاوضات من أساسها باعتبارها وسيلة لإبرام العقد، ويخل بحسن النية الموجود عند المتفاوض الآخر الذي وثق في الدور الوسيلى للمفاوضات، فحق له بذلك أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب قطع المفاوضات مادام استطاع أن يثبت بأنه بسبب وثوقه المشروع في الحالة التي وصلت إليها المفاوضات تكبد مصاريف ما كان ليتكدها لو كان يتوقع أن العقد لن يبرم^(٣٢).

يتبين مما تقدم أن الالتزام الناشئ عن المفاوضات باعتبارها وقائع مادية هذا الاتجاه الفقهي والقضائي، هو التزام التفاوض بحسن النية وهذا الالتزام مصدره القانون. وإن تقدير مدى تقيد أو إخلال كلا المتفاوضين بهذا الالتزام يكون من خلال فكرة الخطأ التقصيري، المتمثل في الإخلال بالواجب العام بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد والمألوف، فهذا المسلك المعتاد هو الذي ينسجم مع متطلبا حسن النية، ومقتضياتها، والخروج عليه يعد خطأً تقصيرياً، لأن حسن النية ليس هو مجرد مسألة نفسية بل إنه يعد بذاته سلوكاً سويماً يتفق مع المألوف في التعامل.

نتفق مع هذا الاتجاه في أن هناك التزاماً على طرفي المفاوضات بالتفاوض بحسن النية، إلا أنه لا نتفق معه في النظر إلى المفاوضات على أنها مجرد وقائع مادية، فالواقعة المادية هي كل حدث يقع ويرتب عليه القانون أثر حتى لو لم تتجه الإرادة إلى هذا الأثر، فهل ينطبق هذا الوصف على المفاوضات؟ لا يمكن إنكار أن الأطراف اشتركوا في المفاوضات بإرادتهم، وصحيح أن إرادتهم لم تصل إلى حد إبرام العقد إلا أنها كانت تتوقع إبرام العقد وتعمل على إبرامه^(٣٣)، لذلك فإن المفاوضات

(٣٢) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص ٥٩٥، د. محمود جمال الدين زكي، المصدر

السابق، ص ١٤٠-١٤١، د. ياسين محمد الجبوري، المصدر السابق، ص ١٩٦.

(٣٣) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٣١.

وإن لم تكن عقد لأن الإرادة لم تصل إلى إحداث هذا الأثر القانوني (إبرام العقد والتقييد بالالتزامات الناشئة عنه)، لكن لا يمكن اعتبارها مجرد واقعة مادية خالية من إرادة إحداث هذا الأثر القانوني لأن هناك دائماً إرادة تتوقع مثل هذا الأثر (إبرام العقد) بل وتعمل على إحداثه في المستقبل. فإذا لم تكن المفاوضات عقد ولم تكن مجرد وقائع مادية، فما هي؟^(٣٤).

إن المفاوضات نظام قانوني قائم بذاته^(٣٥)، ومصدر قواعد هذا النظام هو المشرع إذا كان قد وضع قواعد خاصة لتنظيم المفاوضات، كما أن القضاء وهو يواجه خلو التشريع أحياناً من قواعد تنظيم المفاوضات، ساهم في إرساء قواعد هذا النظام بالاستناد إلى مبدأ حسن النية، الذي استلزم القضاء وجوده في مرحلة التفاوض بنفس درجة وجوده في مرحلة تنفيذ العقد.

وبذلك يمكن القول إن الالتزام الأساسي الذي ينشأ عن المفاوضات باعتبار نظام قانوني هو الالتزام بحسن النية، ويتفرع عن الالتزام بحسن النية التزامات ثانوية تستند إليه وتضعه موضع التنفيذ وهي الالتزام بالإدلاء بالبيانات والالتزام بالمحافظة على السرية.

وسنبحث في ثلاث فقرات هذا الالتزام الأساسي والالتزامات الثانوية المكمل له.

أولاً: الالتزام بحسن النية:

إن الدور الذي تلعبه النية في تحركها الإرادي يرتبط بالأخلاق ارتباطاً وثيقاً، ومن المبادئ العامة التي فرضها تغلغل الأخلاق في مجال الروابط القانونية، مبدأ

^(٣٤) سنجد أن الطبيعة الخاصة للمفاوضات المتمثلة في أنها ليست عقد كما أنها ليست مجرد وقائع مادية، تنعكس على المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالمفاوضات فتجعلها مسؤولية ذات طبيعة خاصة، وذلك على النحو الذي سنبينه بالتفصيل في المبحث الثالث الخاص بمبحث الجزاء القانوني في مرحلة المفاوضات.

^(٣٥) النظام القانوني هو مجموعة من القواعد القانونية المتميزة بالتماسك فيما بينها والثبات في تطبيقها، والتي تهدف إلى تحقيق غرض معين مشترك، ومن أمثلة نظام الزواج ونظام العقد ونضيف إليها نظام المفاوضات.

الغش يفسد كل ما يقوم عليه. ولا يقتصر دور هذا المبدأ على مرحلة حياة العقد وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، بل أنه يهيمن أيضاً على الفترة السابقة على التعاقد ومنها مرحلة التفاوض.

ويستلزم مبدأ حسن النية في التفاوض أن تتكون المفاوضات ساحة للأمان والشرف والنزاهة والصدق والتعاون لا للأكاذيب والدسائس والحيل والخداع.

ومن هنا يفرض هذا المبدأ على كل واحد من المتفاوضين واجب القيام بعمل إيجابي يتمثل في التعاون مع المتفاوض الآخر والإدلاء له بكافة التفاصيل حول العقد المراد إبرامه بما يكون لدى هذا المتفاوض الرضا المستتير بالتعاقد أو يوصله إلى قناعة تامة بالعدول عن المفاوضات على اعتبار أن التعاقد ليس في مصلحته. وهكذا نجد بعد أن كان المفهوم التقليدي لمبدأ حسن النية ذو طبيعة سلبية تتمثل في عدم الغش والخداع أو التضليل، فإن هذا المبدأ أصبح في الوقت الحاضر ذو طبيعة إيجابية. وهذا من شأنه أن يخلق أساس قانوني للمسؤولية هو ضرورة استناد المعاملات إلى الأمانة والأخلاق والثقة^(٣٦).

إن سيادة مبدأ حسن النية بهذا المفهوم الإيجابي في مرحلة المفاوضات سيقبل من حدوث المنازعات في مرحلة تنفيذ العقد. وإن من مقتضيات الالتزام بحسن النية امتناع طرفي المفاوضات عن قطعها دون مبرر مشروع. إذاً الالتزام بحسن النية قد يتمخض عنه التزام آخر هو التزام الاستمرار بالتفاوض، لكن الاستمرار بالتفاوض لا يعني إلزام المتفاوضين بالوصول إلى إبرام العقد، لأن القول بذلك يعني مصادرة مبدأ حرية التعاقد، إذ قد يجد أحد المتفاوضين إن التعاقد ليس في مصلحته من الناحية الفنية أو الاقتصادية، فالالتزام بالاستمرار بالتفاوض يؤخذ هنا بمعناه السلبي وهو الامتناع عن مخالفة حسن النية في التعامل، ومنه ذلك الامتناع عن إجراء مفاوضات مع الغير المنافس طيلة المدة التي تستغرقها المفاوضات^(٣٧).

^(٣٦) صابر محمد عمار، المرجع السابق، ص ٩.

^(٣٧) د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات العقدية وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة للبحوث، السعودية، ١٩٩٥، ص ٩٤.

والسؤال الذي يطرح نفسه: إذا كان كل متفاوض يستطيع استناداً لمبدأ حرية التعاقد قطع المفاوضات إن لم تكن متفقة مع مصالحه، فمتى يعتبر هذا القطع غير مشروع يخالف مبدأ حسن النية ومتى لا يعتبر كذلك؟

يمكن الوصول إلى معيار التمييز بين قطع المفاوضات المشروع وغير المشروع من خلال الوقوف عند حقيقة إن المفاوض لا يسأل عن قطع المفاوضات إنما يسأل عن الإخلال بالثقة التي ولدها في نفس المفاوض الآخر بما يخالف مقتضيات حسن النية في التعامل. فالمفاوض الذي يساهم في خلف ظروف توجي إن العقد سيبرم حتماً كتحديد ميعاد للتوقيع على مشروع للاتفاق الذي تم التوصل إليه خلال المفاوضات، ثم يتضح أنه كان سيئ النية لأن دخوله المفاوضات كان يقصد الإضرار بالمفاوض الآخر أو بقصد تحقيق فائدة له أو لغيره دون اعتبار لهذه الثقة كالاطلاع على أسرار صناعية أو معلومات عن المركز المالي للمفاوض الآخر، فإن انسحابه من المفاوضات بالتأكيد سيكون غير مشروع. ويمكن تشبيه هذا المفاوض بالخطيب الذي يتخلف عن حفل زفافه على خطيبته أو يعدل عن الزواج في الوقت الذي تم الاتفاق فيه على جميع إجراءات الزفاف^(٣٨).

ولما كان حسن النية مفترضاً فإن المفاوض لا يلزم بأن يثبت وجود مبرر مشروع لانسحابه من المفاوضات، وإنما يقع على المفاوض الآخر المتضرر من قطع المفاوضات عبء إثبات إن قطع المفاوضات كان بسوء نية ويكفي أن يثبت هذا المفاوض غياب المبرر المقبول للانسحاب من التفاوض ليستخلص القضاء من ذلك دليلاً على سوء نية المفاوض الذي قطع المفاوضات، وخاصة إذا أثبت المفاوض الآخر وجود مبرر غير مشروع كان هو السبب الحقيقي للانسحاب من المفاوضات، مثلاً تريد شركة عمل دعاية لمنتجاتها فتدعو عدة شركات إلى الدخول معها في مفاوضات لإبرام عقود توزيع منتجاتها في جميع أنحاء البلاد، وبعد أن تتأكد إن غرضها من المفاوضات المتمثل بالدعاية لمنتجاتها قد تحقق تنسحب من

(٣٨) سليمان براك، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ٥٥. د. ياسين محمد الجبوري،

المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المصدر السابق، ص ١٩٧.

المفاوضات، ومن ذلك أن تستهدف شركة ما من الدخول في مفاوضات معرفة مستوى الأسعار وظروف منافسيها وما أن يتحقق هدفها في معرفة الأسعار والمستوى الفني للمتفاوضين معها تنسحب من المفاوضات. وكذلك إذا كانت تكلفة العقد محل التفاوض أكبر من الإمكانيات المالية لأحد المتفاوضين، فإن ذلك يعد قرينة على سوء نية هذا المفاوض وإنه لا يوجد لديه جدية للتعاقد منذ البداية وبالتالي يكون انسحابه من المفاوضات غير مشروع. إذاً يكون قطع المفاوضات غير مشروع إذا كان بسوء نية يستوي في ذلك أن تكون هذه النية السيئة موجودة منذ بداية المفاوضات أو طرأت بعد ذلك^(٣٩).

ثانياً: الالتزام بالإدلاء بالبيانات:

يلتزم كل واحد من المتفاوضين عبر شبكة الانترنت بأن يزود المفاوض الآخر بجميع البيانات المعلومة لديه أو تلك التي كان يجب عليه العلم بها، والتي من شأنها أن تحقق العلم التام لدى المتفاوض بظروف التعاقد من حيث مخاطر التعاقد ومنافعه ليكون رضاه بالتعاقد قائماً على معرفة تامة بالباعث الذي دفعه إلى الموافقة على إبرام العقد. فهذه البيانات دور حول مدى ملائمة العملية التعاقدية المقترحة من كل النواحي خاصة إذا كانت العملية المقترحة تحتاج إلى تخصص فني دقيق غير متوافر في التفاوض. ولذلك إذا صدر رضا من المتفاوض بعد تزويده بهذه البيانات فإن رضاه يوصف بأنه رضا مستنير، وبالتالي لا يستطيع بعد ذلك الاحتجاج بأنه وقع في غلط. إذ قد يؤدي حجب هذه المعلومات عن المتفاوض إلى أن تتولد لديه ثقة غير حقيقية بالمفاوضات، أي إنه يقوم في نفسه وهم بأن المفاوضات ستنتج وتؤدي إلى إبرام العقد، في حين إن الحقيقة خلاف ذلك مما يؤدي إلى ضياع الوقت والجهد والمال.

والبيانات التي يجب على المتفاوض أن يدلي بها للآخر هي البيانات الضرورية للتعاقد، أي التي تؤثر على رأي المتفاوض الآخر بالموافقة على إبرام العقد أو رفض التعاقد. وقاضي الموضوع هو الذي يقدر هل هناك بيانات ضرورية

(٣٩) د. محمد إبراهيم دسوقي، المصدر السابق، ص ٩٥.

للتعاقد حجبها المفاوض عن الآخر أم إنه أدلى بجميع البيانات الضرورية للتعاقد وإن البيانات الأخرى التي لم يدلي بها ليست ضرورية للتعاقد وبالتالي لا يشملها هذا الالتزام.

ويجب على كل متفاوض أن يسعى بوسائله إلى معرفة كل ما هو لازم وضروري ومن شأنه التأثير على قراره بالتعاقد أو رفضه. ويتحمل المتفاوض المسؤولية إذا ثبت أنه كان بوسعه الوصول إلى المعلومات الضرورية ببذل جهد معقول، حيث أن المتفاوض الآخر لا يلتزم في مثل هذه الحالة بأن يقدم له هذه المعلومات. فإذا كان كل من المتفاوضين عبر شبكة الانترنت يحترف مهنة معينة وكان التفاوض حول إبرام عقد يرتبط بهذه المهنة، فلن يكون هناك التزام بتقديم المعلومات المرتبطة بالجانب الفنية لهذا النشاط، لأنه يفترض في كل منهما العلم بهذه المعلومات المتصلة بمهنته، فإذا جهل بها فإن نظيره في التفاوض لا يلتزم بتزويده بها. فمثلاً الشركة التي تحترف التعامل بأجهزة الكمبيوتر يفترض فيها العلم بالموصفات الفنية لهذه الأجهزة ونوعيتها وطرق استخدامها. والمعيار الذي يقاس به مدى مشروعية جهل المتفاوض بالمعلومات هو معيار الرجل المعتاد الذي يوجد في نفس الظروف التي وجد فيها هذا المتفاوض^(٤٠).

إن يتحمل المتفاوض نتيجة تقصيره في السعي إلى معرفة المعلومات الضرورية، إذا ثبت أن أي متفاوض آخر في نفس ظروفه كان بوسعه الوصول إلى هذه المعلومات الهامة والضرورية لتكوين قناعته حول الصفقة موضوع التفاوض.

وإن مبدأ حسن النية هو مصدر وأساس التزام كل متفاوض بأن يقدم للمتفاوض الآخر المعلومات الضرورية التي يعلم بها أو كان ينبغي عليه العلم بها ما دامت هذه المعلومات مجهولة لدى المتفاوض الآخر، ولا يجب على هذا الأخير العلم بها، إذ يقتضي مبدأ حسن النية كما بينا أن يجري التفاوض بشرف وأمانة، وإن مما يتنافى مع الأمانة وبالتالي يعد إخلالاً بمبدأ حسن النية كتمان بيانات يعلم من

(٤٠) صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات المتعلقة بالعقد، بحث منشور في

يكتمها أن المتفاوض الآخر لو علم بها سيغير حتماً موقفه في المفاوضات وقراره النهائي بالتعاقد ورضاه بالشروط التي تم التعاقد على أساسها، أي إن المتفاوض الآخر لو علم بهذه المعلومات لقطع المفاوضات ورفض التعاقد أو يستمر في المفاوضات ورضا بالتعاقد ولكن بشروط أخرى غير الشروط التي وافق عليها. ولأهمية هذا الالتزام في عقود نقل التكنولوجيا فإنه يعد التزاماً بتحقيق نتيجة (الالتزام بغاية)^(٤١).

وإذا كان ليس من الأمانة والشرف أن يكتم المتفاوض عن المتفاوض الآخر المعلومات الضرورية للتعاقد، فإنه أيضاً مما يخالف الشرف والأمانة أن يقدم المتفاوض إلى الآخر معلومات غير صحيحة من شأنها أن تؤدي إلى التعاقد. وهذا الأمر له أهميته الخاصة في التعاقد عبر شبكة الانترنت لأن الطرف الذي تلقى المعلومات، وكما هو الحال في وسائل التعاقد بين الغائبين الأخرى، لا يتمكن بسهولة من التحقق من صحة هذه المعلومات إنما حكمه على هذه المعلومات يكون من خلال ثقته بالمتفاوض الذي زوده بهذه المعلومات، هذه الثقة التي تولدت لديه من جراء تقدم المفاوضات.

إذن الوجه السلبي للالتزام بالإدلاء بالبيانات هو الامتناع عن تقديم البيانات التي من شأنها إشاعة آمال كاذبة تبعث الثقة الزائفة لدى المتفاوض الآخر في جدية المفاوضات أو تبعث لديه قناعة غير حقيقية بأن إبرام العقد يعود عليه بالفائدة الاقتصادية وبالتالي فإن رضاه يكون مشوباً بعيب التخدير.

ثالثاً: الالتزام بالمحافظة على السرية:

يعد الالتزام بالمحافظة على السرية من أهم الالتزامات التي يحرص عليها أطراف التفاوض سواء أدت المفاوضات إلى إبرام العقد النهائي أم لا. ولا يقصد بالسرية أن تكون المفاوضات غير علنية تجري في طي الكتمان، بل السرية في المعلومات الفنية أو الهندسية أو الكيماوية التي أتاحت المفاوضات للمتفاوض الاطلاع عليها. ويعني هذا الالتزام امتناع المتفاوض الذي اطلع على هذه المعلومات

(٤١) د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، المصدر السابق، ص ١٧٣.

عن إفشائها للغير أو الاستفادة منها أو استغلالها لمنفعته، إذا كان ذلك يلحق الضرر بالمفاوض الآخر الذي تعلقت به هذه المعلومات^(٤٢).

ويكتسب هذا الالتزام أهمية خاصة في مفاوضات عقود نقل المعرفة الفنية (Know - How). ففي هذه العقود يدفع طالب المعرفة ثمناً باهظاً في سبيل الحصول عليها، وهو لا يرضى هذا الثمن الباهظ إلا بعد معرفته بأسرار هذه المعرفة لكي يوازن بين ما يدفعه من ثمن من أجل الحصول عليها وبين المنافع التي تعود عليه، ومدى ملائمة هذه المعرفة للغرض الذي يبيغيه من وراء التعاقد، فيكشف مالك المعرفة بعضاً من أسرارها والتي أفضيت للغير أو استعملها المفاوض لمنفعته، أصيب مالكها بالضرر^(٤٣).

إن المفاوضات التي تجري في ظل الالتزام بحسن النية والالتزام بالإدلاء بالبيانات تتيح لكل متفاوض الاطلاع على مجموعة من المعلومات. والسؤال الذي يطرح نفسه هو: ما هو مصدر التزام المتفاوض بالحفاظ على سرية هذه المعلومات، هل يلتزم المفاوض بالحفاظ على سرية جميع هذه المعلومات أم إن هذا الالتزام يقتصر على معلومات معينة بذاتها دون المعلومات الأخرى؟.

الأصل حسب القواعد العامة إن الشخص لا يلتزم بالمحافظة على سرية المعلومات التي علمها، إلا إذا وجد نص قانوني أو اتفاق يلزمه بالمحافظة على سرية هذه المعلومات^(٤٤). ولا يوجد نص في القانون المدني العراقي يلزم المتفاوض

(٤٢) صابر محمد عمار، المفاوضة في عقود التجارة الالكترونية، ص ١٠.

(٤٣) د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني القانوني، جامعة القاهرة، ١٩٨٤، ص ٦٣.

(٤٤) من أمثلة النصوص القانونية التي تكون مصدراً لهذا الالتزام: المادة (٩٠٩/هـ) من القانون المدني العراقي التي تلزم العامل بأن يحتفظ بأسرار رب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء عقد العمل. ونفس هذا الالتزام قرره المادة (٣٥/أولاً) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ بنصها على: (يحظر على العامل أن يفشي الأسرار التي يطلع عليها بحكم عمله حتى بعد تركه العمل). كذلك المادة (٤٦/١) من قانون المحاماة رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ التي نصت

بالمحافظة على سرية المعلومات التي عرفها أثناء المفاوضات. إلا إذا اتفق طرفي المفاوضات على التزام كل منهما بعدم إفشاء المعلومات التي علمها أثناء المفاوضات أو استعمالها لمصلحته، وعندئذ يكون الاتفاق هو مصدر هذا الالتزام وسواء إبرام هذا الاتفاق أثناء المفاوضات أو نص عليه في شكل شرط من شروط العقد النهائي أو أبرم في فترة لاحقة على إبرام العقد النهائي. لكن ما الحكم إذا لم يوجد اتفاق على إنشاء هذا الالتزام، هل يعني هذا عدم إلزام المفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات التي علمها؟.

إن غياب الاتفاق على هذا الالتزام لا يؤثر على وجوده، فالأساس أو مصدر الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هو مبدأ حسن النية الذي يعد كما بينا الأساس العام الذي تركز عليه كل الأحكام التي تنظم مرحلة المفاوضات. كما إن هذا الالتزام يرتبط ارتباطاً مباشراً بالالتزام بالإدلاء بالبيانات، فحيثما وجد التزام بالإدلاء بالبيانات، وجب أن يقابله التزام بعد إساءة استعمال المعلومات التي احتوتها هذه البيانات. وإفشاء هذه المعلومات على نحو يلحق الضرر بمن أفضى بها هو إساءة لاستعمالها. ثم إنه بدون فرض هذا الالتزام لن تكون هناك ثقة مشتركة بين المتفاوضين، وبدون هذه الثقة لا يمكن أن تحقق المفاوضات غرضها وهو الوصول إلى إبرام العقد. إذاً الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات يجد أساسه في مبدأ حسن النية بغض النظر عن وجود الاتفاق عليه أو عدم وجوده^(٤٥). يبقى الشطر الثاني من السؤال: هل إن جميع المعلومات التي عرفها المتفاوض أثناء المفاوضات تكون محلاً لهذا الالتزام أم إن هذا الالتزام يقتصر على معلومات معينة بذاتها؟. لا يشمل هذا الالتزام جميع المعلومات بل إنه يقتصر على نوعين من المعلومات: النوع الأول هي المعلومات التي أسبغ عليها صاحبها طابع السرية، والنوع الثاني هي المعلومات التي تكون بطبيعتها غير قابلة للنشر أو للإعلان. فيشمل النوع الأول من

على (لا يجوز للمحامي إفشاء سر أوتمن عليه أو عرفه عن طريق مهنته ولو بعد انتهاء وکالته إلا إذا كان من شأنه منع ارتكاب جريمة).

(٤٥) سليمان براك، المصدر السابق، ص ٧٥.

المعلومات المركز المالي للمفاوض، فقد يطلب أحد المتفاوضين تسهيلات ائتمانية أو قرضاً من مصرف أو يسعى للاندماج مع شركة أخرى توكياً للانهيال المالي المهده به، وهو إذ يعلن هذه المعلومات إلى المتفاوض معه عبر شبكة الانترنت، فإنه يثق بأن هذا المفاوض لن يستعمل هذه المعلومات ضده، وبالتالي تأخذ هذه المعلومات طابع السرية. ومن هذا النوع أيضاً المعلومات المرتبطة بالناحية الفنية للنشاط الاقتصادي الذي يقوم به المتفاوض، مثال ذلك أن يكون غرض أحد المتفاوضين من العقد موضوع التفاوض هو التغلب على مشكلات فنية في التصنيع أو في الإدارة أو في وسائل الإنتاج، إذ يفهم من الإفصاح عن هذه المشكلات إن من يعانها لا يريد الإعلان عنها. أما النوع الثاني من المعلومات، أي المعلومات التي تكون سرية بطبيعتها، فيشمل كل المسائل التي يترتب على إعلانها بغير موافقة صاحب الشأن ضرراً مادياً أو أدبياً، فيدخل في ذلك المعلومات ذات الطابع الشخصي التي قد يؤدي إعلانها إلى إيذاء شعور من ارتبطت به هذه المعلومات أو الإضرار بمركزه التجاري. وأيضاً من أمثلة المعلومات التي تكون سرية بطبيعتها المعلومات الخاصة بأسعار التكلفة ووسائل خفض تكاليف الإنتاج وخطط الإنتاج المستقبلية ووسائل الدعاية غير المباشرة^(٤٦).

ويقدر قاضي الموضوع حسب ظروف كل قضية هل إن المعلومات التي أعلنها المفاوض هي من نوع المعلومات التي يقتضي مبدأ حسن النية أن يشملها الالتزام بالحفاظ على السرية. ولا بد من التأكيد على هذا الالتزام لا يشمل المسائل غير المشروعة مثل التهرب من الضرائب أو التهرب الكمركي أو الاختكارات المحظورة، إذ يجب على المفاوض أن يبلغ مثل هذه المعلومات إلى السلطات المختصة إذا كانت تشكل جريمة وكان القانون يوجب عليه كمواطن عادي الإبلاغ عنها، أو طلبت السلطات شهادته بشأنها^(٤٧).

(٤٦) د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات، المصدر السابق، ص ٩٨-٩٩.

(٤٧) د. محمد إبراهيم دسوقي، المصدر السابق، ص ١٠٠، إن الإخلال بالالتزام بالمحافظة على السرية يكون أحياناً جريمة إنشاء السر التي نصت عليه المادة ٤٣٧ من قانون العقوبات العراقي

ونظراً لأهمية الالتزام بالمحافظة على السرية فقد يطلب المتفاوض في بعض العقود الهامة من المتفاوض الآخر ضمانات لتنفيذ هذا الالتزام كالتعهد الكتابي السابق على دخول المفاوضات، وأحياناً يكتفي بالتعهد الأدبي، وأحياناً يدفع المتفاوض مبلغ من النقود قبل الدخول في المفاوضات كتأمين لعدم إخلاله بهذا الالتزام.

المطلب الثاني

المفاوضات ذات طبيعة عقدية

ذهب بعض الفقهاء إلى أن المفاوضات تكون ذات طبيعة عقدية لأن هناك تصرفاً قانونياً (ليس هو العقد الذي يجري التفاوض بشأنه) ينشأ بين المتفاوضين يعد هو مصدر الالتزام الناشئة في مرحلة التفاوض: التزام التفاوض بحسن نية وما يقتضيه من استمرار المفاوضات وعدم قطعها بشكل غير مشروع، التزام الإداء بالبيانات، التزام الحفاظ على السرية. وبذلك تكون المسؤولية عن الإخلال بهذه الالتزامات مسؤولية عقدية، لكن كيف ينشأ هذا التصرف القانوني (العقد) الذي يضيف الطبيعة العقدية على المفاوضات؟

يوجد رأيان لبيان كيفية نشوء هذا التصرف القانوني (العقد) الذي يضيف الطبيعة العقدية على المفاوضات.

الرأي الأول: قال بهذا الرأي الفقيه الألماني اهرنج، فقد ذهب هذا الفقيه إلى أنه يوجد عقد ضمني 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، فإذا قطع المفاوضات دون عذر مشروع، يكون قد

رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من علم بحكم وظيفته أو مهنته أو صناعته أو فنه أو طبيعة عمله بسر فأفشاء في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو استعمله لمنفعته أو لمنفعة شخص آخر. ومع ذلك فلا عقاب إذا أذن بإفشاء السر صاحب الشأن فيه أو كان إفشاء السر مقصوداً به الإخبار عن جناية أو جنحة أو منع ارتكابها).

أخل بهذا الالتزام الذي يفرضه عليه العقد الضمني، وبالتالي يسأل مسؤولية عقدية عن تعويض الضرر الذي لحق المتفاوض الآخر^(٤٨).

لكن كيف ينشأ هذا العقد الضمني بين المتفاوضين؟ حسب رأي اهرنج إن الإيجاب الصادر أثناء المفاوضات يتحلل إلى إيجابين: الإيجاب الأول موضوعه العقد الذي يجري التفاوض بشأنه، أما الإيجاب الثاني فموضوعه عدم إعاقة إبرام هذا العقد. ولما كان هذا الإيجاب الأخير يتمخض لمصلحة الموجب له، فإن مجرد سكوته يعتبر قبولاً يقوم به العقد الضمني الذي يلتزم بمقتضاه كل من المتفاوضين بعدم إعاقة إبرام العقد الذي يجري التفاوض بشأنه. إذا وفق هذا الرأي لا يوجد قبل صدور الإيجاب هذا العقد الضمني الذي يضيف الطبيعة العقدية على المفاوضات.

ورأى اهرنج القائل بوجود عقد ضمني أثناء المفاوضات منتقد، فهو رأي يقوم على مجرد الافتراض، وإن أي عقد لكي ينشأ لا بد أن تتصرف إليه الإرادة بشكل صريح ويات. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن المتفاوض عندما يعلن عن إرادته الباتة بالتعاقد، فهو يستهدف إبرام العقد موضوع التفاوض ولا يخطر في باله إبرام عقد آخر (عقد ضمني يفرضه عليه التزام بعدم إعاقة إبرام العقد). كما لا يمكن القول بأن الإيجاب بعدم إعاقة إبرام العقد هو دائماً في مصلحة الموجب له حتى يعد سكوته قبولاً ضمناً لهذا الإيجاب، لأن إعاقة إبرام العقد (قطع المفاوضات) قد تأتي من هذا الشخص فكيف سيكون هذا الالتزام في مصلحته. ثم إن هذا الرأي يقول بوجود العقد الضمني الذي يترتب التزام بعدم إعاقة إبرام العقد منذ لحظة الإيجاب، ومن ثم فإن المتفاوض قبل توجيه الإيجاب سيكون له الحرية في قطع المفاوضات^(٤٩).

الرأي الثاني: يفسر هذا الرأي نشوء التصرف القانوني الذي يضيف الطبيعة العقدية على المفاوضات على النحو الآتي: إن المفاوضات تتشابه ابتداءً ببناءً على

(٤٨) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص ١٣٣-

(٤٩) سليمان براك، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ٤٣-٤٤.

دعوة يتم قبولها. وهذا الاتفاق الأول هو المصدر المباشر للضمان المتبادل في مرحلة المفاوضات. ذلك إنه ينطوي على شرط ضمني يتعهد بمقتضاه كل متفاوض قبل الآخر بأن يستمر في المفاوضات وأن لا يقوم بقطعها تعسفاً حتى يتحقق الغرض النهائي منها وإلا التزم بتعويض المتفاوض الآخر عن فوات هذا الغرض. وبما أن هذا الاتفاق هو مصدر الضمان المتبادل لذا يشترط ألا يكون اتفاقاً باطلاً، وهو يكون باطلاً إذا استهدفت المفاوضات إيجاباً ينصب على تعاقده يخالف النظام العام والآداب إذ لا ضمان بالنسبة إلى نتيجة يحرمها القانون. وقد يكون هذا الاتفاق قابلاً للإبطال كما لو كان أحد طرفيه ناقص الأهلية، فلناقص الأهلية أن يقطع المفاوضات في كل وقت وأن يصل إلى تقرير مبدأ انعدام مسؤوليته بإبطال شرط الضمان. كما أن للمتفاوض حق الانسحاب من المفاوضات بمجرد تبين حالة نقص الأهلية لدى المتفاوض الثاني، لأن من مصلحته عدم الارتباط بالعقد ما دام سيف الإبطال مشهر عليه من قبل المتفاوض ناقص الأهلية الذي يستطيع في كل وقت أن يبطل شرط الضمان المتبادل. ولكن إذا ارتفع سيف الإبطال لبلوغ المتفاوض سن الرشد أثناء المفاوضات، زال حق التفاوض الآخر في قطع المفاوضات دون تعويض^(٥٠).

وهذا الرأي منتقد لأنه أيضاً يغفل حقيقة إن العقد لا يبرم إلا بتلاقي إرادة الأطراف بشكل بات لا لبس فيه، فلا يجوز افتراض قيام العقد أو فرضه، كما أن قبول الدعوة إلى التفاوض لا ينشأ اتفاقاً يكون مصدر للالتزام بالضمان لأن الإرادة لم تنصرف إلى إحداث مثل هذا الأثر القانوني (الالتزام بالضمان)^(٥١).

يتبين مما تقدم، إنه لا يمكن قبول الرأيين المتقدمين لإضفاء الطبيعة العقدية على المفاوضات لأنهما يقومان على مجرد افتراض لا يؤيده الواقع في كثير من الأحيان. فلا يوجد تصرف قانوني (عقد) أثناء المفاوضات وبالتالي لا تكون

(٥٠) د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، المصدر السابق، ص ٨٢-

(٥١) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٣٠.

المفاوضات ذات طبيعة عقدية، إلا إذا انصرفت إرادة المتفاوضين بشكل واضح وصريح إلى إنشاء مثل هذا التصرف القانوني. ويكون ذلك عندما يتفق الطرفان على إبرام عقد ينظم سير المفاوضات وذلك قبل انتقالهم إلى إبرام العقد النهائي محل التفاوض.

إذ قد يحرص المفاوضان على وضع تفاوضهما في إطار قانوني يحددانه، حصة في ظل العقود التي تحتاج إلى مفاوضات طويلة ومعقدة وتتطلب نفقات باهضة أو إعداد دراسات جدوى أو دراسات مالية، وهو ما يضمن لكل واحد من المتفاوضين مفاوضات جادة مقترنة برغبة حقيقية في التعاقد.

ويعرف هذا الإطار بالعقد التمهيدي أو التحضيري. وبالإضافة إلى استجابة العقد التمهيدي أو التحضيري للاعتبارات النفسية والاقتصادية فإنه يضيف قيمة قانونية على المفاوضات ويزيد بالتالي من فرص إبرام العقد النهائي.

وبالرغم من تعدد أشكال الاتفاقات التمهيديّة فإنه يمكن تقسيمها إلى نوعين:

النوع الأول: عقود التفاوض.

النوع الثاني: العقود التمهيديّة المنظمة لمراحل التفاوض.

وسنبحث كلا النوعين مع بيان الالتزامات الملقاة على عاتق المتفاوضين في

إطارهما.

أولاً: عقود التفاوض:

عقد التفاوض هو اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص تجاه آخر بالبداية أو بالاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه، وهو ما يسمى في العمل بالاتفاق المبدئي. وهو بذلك يختلف عن الاتفاق المرحلي كما يختلف عن الوعد بالتعاقد والوعد بالتفضيل. إن عقد التفاوض يمكن أن يسبق المفاوضات على إبرام إي عقد أياً كان نوعه. وكما يوجد عقد التفاوض مستقلاً فإنه يمكن أن يرد في صورة شرط ضمن شروط عقد معين تم إبرامه، وهذا يحدث في الواقع العملي لمواجهة أثر التقدم العلمي سواء في مجال نقل التكنولوجيا أو غيرها من المجالات^(٥٢). مثلاً يتم إبرام

(٥٢) صابر محمد عمار، المفاوضة في عقدة التجارة الإلكترونية، المصدر السابق، ص ١٠.

عقد لنقل التكنولوجيا في مجال معين (الاتصالات الهاتفية) ويوضع شرط في هذا العقد يلتزم بمقتضاه مورد هذه التكنولوجيا بالتفاوض مع الطرف الآخر للاتفاق على إضافة الأصناف الجديدة من التكنولوجيا التي تظهر في هذا المجال. أو يبرم عقد مع شركة لشراء السلعة التي تنتجها بمواصفات معينة ويرد شرط في هذا العقد تلتزم بمقتضاه الشركة بالتفاوض لأجل الوصول إلى اتفاق مع المشتري على إضافة الأوصاف الجديدة على السلعة. ففي هذه الأمثلة يرد عقد التفاوض في صورة شرط في عقد تم إبرامه.

وعقد التفاوض شأنه شأن أي عقد آخر يلزم لإبرامه توافر الأركان اللازمة لإبرام العقود بصورة عامة من رضا ومحل وسبب. ويحدد عقد التفاوض عادة الهدف الذي يسعى المتفاوضان إلى تحقيقه والموضوع الذي يتم التفاوض بشأنه كما يحدد شروط سير المفاوضات كالمدة التي يجب أن تبدأ فيها المفاوضات والشخص الذي يجب عليه البدء بالتفاوض وشكل أو صيغة النقاش المطروح^(٥٣).

وإذا كان من المؤكد إن عقد التفاوض ليس عقداً نهائياً ولا ينشئ التزاماً بإبرام العقد النهائي، إلا إنه يرتب التزامين رئيسيين: الالتزام بعقد المفاوضات، والالتزام بالسير فيها بحسن نية بهدف الوصول إلى إبرام العقد أو الوصول إلى اتفاق بشأن المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها أو مناقشتها بعد تمهيداً للوصول إلى إبرام العقد النهائي^(٥٤).

والالتزام بعقد المفاوضات (الالتزام بالتفاوض) هو التزام بتحقيق نتيجة، إذ يتطلب من الطرفين أو ممن يقع على عاتقه هذا الالتزام القيام بعمل إيجابي هو المبادرة بالبدء في التفاوض في الوقت المتفق عليه، ولذلك فبمجرد الامتناع عن المبادرة بإجراء المفاوضات يعد إخلالاً بهذا الالتزام تقوم معه المسؤولية العقدية. أما الالتزام بالسير في المفاوضات بحسن نية فهو التزام بوسيلة أو ببذل عناية. إذ يفرض

(٥٣) د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، المصدر السابق، ص ٩٠.

(٥٤) د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات العقدية، المصدر السابق،

هذا الالتزام على كل مفاوض التقدم باقتراحات جدية والتعاون مع المفاوض الآخر من خلال تزويده بكافة المعلومات ذات الصلة الوثيقة بمحل العقد والمنافع التي يمكن أن يحققها والمخاطر التي قد تترتب عليه^(٥٥)، وذلك للوصول إلى إبرام العقد النهائي عن رضا مستتير أو إلى إنهاء المفاوضات عن اقتناع تام بأن التعاقد ليس في مصلحته، إذا فالمفاوض غير ملزم بأن تنتهي المفاوضات بإبرام العقد النهائي.

وإذا كان التزام التفاوض بحسن نية هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، إلا أنه قد يتفرع عن هذا الالتزام التزامات ثانوية تكون بطبيعتها التزام بتحقيق نتيجة كالالتزام بعد إجراء مفاوضات متزامنة مع الغير بشأن ذات العقد الجاري التفاوض بشأنه والالتزام بعد إفشاء أسرار المعلومات التي تحصل عليها المفاوض أثناء المفاوضات^(٥٦).

وإذا كان الالتزام بالسير بالمفاوضات بحسن نية هو التزام ببذل عناية، إلا إن مقدار العناية الواجبة على كل متفاوض تكون أكبر نسبياً من تلك العناية الواجبة في إطار النظام القانوني للمفاوضات أي في حالة غياب عقد التفاوض الذي يرتب التزاماً بالسير في المفاوضات بحسن نية، وبالتالي يصبح وصف قطع المفاوضات بالخطأ أيسر عند وجود عقد التفاوض الذي يفرض هذا الالتزام، كما إن هذا الالتزام يعطي للقاضي سلطة واسعة لتقدير ما إذا كانت الشروط التي يطرحها المفاوض معقولة أم لا قياساً بسلوك الرجل المعتاد^(٥٧).

ثانياً: العقود التمهيدية المنظمة لمراحل التفاوض:

قد يلجأ الأطراف بدافع الحرص إلى تنظيم خطوات المفاوضات وذلك بصياغة وتحديد المسائل التي اتفقوا عليها في كل مرحلة من مراحل المفاوضات وإفراغها في عقد جزئي. وبهذا تتعدد العقود الجزئية بعدد المراحل واختلاف المسائل محل المناقشة. والعقد الجزئي باعتباره عقد يلزم وجوده وصحته الشروط اللازمة

^(٥٥) سبق بحث الالتزام بالإدلاء بالبيانات في ص وما بعدها.

^(٥٦) سبق بحث الالتزام بالمحافظة على السرية في ص وما بعدها.

^(٥٧) صابر محمد عمار، المصدر السابق، ص ١١.

لإبرام وصحة العقود عامة. إذاً العقد الجزئي هو اتفاق يبرمه الأطراف أثناء المفاوضات يحددان بمقتضاه المسائل التي تمكنوا من الاتفاق عليها. وهذا الاتفاق إما أن يكون جزء من عقد واحد يسعى الأطراف إلى إبرامه فيقتصر على عناصر هذا العقد فقط، أو إنه يشكل جزء من مجموع عقدي يتألف من عدة عقود تنظم عملية واحدة يسعة الأطراف إلى تحقيقها. وتقوم فكرة العقد الجزئي على أساس نظرية الاتفاق المرحلي، ويعد الاتفاق مرحلياً إذا قرر الأطراف صراحة اعتباره مجرد مشروع للعقد النهائي أو إذا تبين من الظروف إن إرادتهم اتجهت إلى ذلك. ويختلف العقد الجزئي عن الوعد بالتعاقد أو الاتفاق الابتدائي أو الوعد بالترفضيل من حيث إن هذه الأخيرة تتضمن العناصر الجوهرية للعقد بينما العقد الجزئي على بعض عناصر العقد النهائي المراد إبرامه. وقد يكون العقد الجزئي عقداً وقتياً إذا ما ارتبط بمسألة وقتية. وقد يستغرق الالتزام الناشئ عن العقد الوقتي زمناً يقل عن مدة المفاوضات وعندئذٍ ينقضي بحلول الأجل الذي يحدده الأطراف، وقد يطول عن مدة المفاوضات وفي هذه الحالة تكون مدته هي مدة المفاوضات. وقد تفشل المفاوضات ومع ذلك تستمر بعض الالتزامات الناشئة عن العقد الوقتي كالالتزام بعدم إفشاء الأسرار واستغلال المعلومات.

وقد جرى العمل أحياناً على إطلاق مصطلح خطاب النوايا على العقد الجزئي، وهذا إطلاق خاطئ لأن خطاب النوايا في الأصل التزام بالإرادة المنفردة ولا يعبر عن التزام مصدره العقد. فمصطلح خطاب النوايا، الذي يطلق على العديد من المستندات التي تحرر في مرحلة ما قبل توقيع العقد النهائي، يعبر عن المقترحات التي يقدمها أحد الطرفين بشأن عناصر العقد. وتعتمد القيمة القانونية لهذا الخطاب على أسلوب صياغته، وتندرج هذه القيمة من كونه مجرد إعلان عن النوايا إلى كونه تجسيداً لاتفاقات قامت بين طرفي العقد النهائي قبل إبرامه يسمح هذا الخطاب بتنفيذها أو تجسيداً لاتفاقات معلقة لا تصبح عقداً ملزماً إلا بعد تحقق بعض الشروط. إذاً تتراوح القيمة القانونية لخطاب النوايا بين القيمة الأدبية وبين الالتزام القانوني اعتماداً على أسلوب صياغة الخطاب التي تؤثر بشكل كبير على تكيفه القانوني من حيث إمكانية اعتبار مصدر للالتزامات تعاقدية يسأل المفاوض الذي

صدر عنه الخطاب عن مخالفتها مسؤولية عقدية. وعموماً فإن خطاب النوايا على الأقل يعتبر دليلاً على جدية المفاوضات وتبدو أهميته عند إبرام العقد النهائي في تفسير هذا العقد^(٥٨).

وقد يؤدي فشل المفاوضات وعدم إبرام العقد النهائي إلى البدء في تنفيذ بعض الالتزامات التي يفرضها العقد التمهيدي الجزئي كالالتزام بسداد جزء من نفقات التفاوض^(٥٩).

المبحث الثالث

الجزء القانوني في مرحلة المفاوضات

الأصل أن يقوم المدين بالالتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات بتنفيذ هذه الالتزامات طوعاً واختياراً وذلك بغض النظر عن مصدر هذه الالتزامات سواء كان مصدرها مبدأ حسن النية هو المبدأ الأساسي لنظام المفاوضات أو كان مصدرها عقود التفاوض أو العقود التمهيدية التي تنظم مرحلة المفاوضات.

ويكون التنفيذ الاختياري بوفاء المفاوض بما التزم به طبقاً لما هو متفق عليه مع المتفاوض الآخر أو طبقاً لما يفرضه مبدأ حسن النية الذي يسود مرحلة المفاوضات.

وإذا لم يقم المدين بتنفيذ ما التزم به طوعاً واختياراً 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 في الالتزام، فهل يمكن تطبيقه عند امتناع المفاوض عن تنفيذ الالتزامات التفاوضية طوعاً واختياراً؟.

^(٥٨) صابر محمد عمار، المصدر السابق، ص ١١-١٢.

^(٥٩) إذا لم يتفق الطرفان على كيفية تقسيم نفقات المفاوضات، فإنها تقسم على طرفي التفاوض بالتساوي. وهذا ما قضت به محكمة استئناف باريس بقرارها الصادر في ١٩٩١/٩/٢٤ نقلاً عن د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، المصدر السابق، ص ٩١.

ذهب بعض الفقه إلى إن جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات يمكن أن يكون التنفيذ العيني، في حين عارض البعض الآخر ذلك وقالوا إن الجزاء يقتصر على التعويض (التنفيذ بمقابل).

وسنفرّد مطلباً لبحث كل واحد من هذين الاتجاهين وعلى النحو الآتي:

* **المطلب الأول: التنفيذ العيني.**

* **المطلب الثاني: التنفيذ بمقابل (التعويض).**

نصت المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي على (يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً ٢- على إنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً). فحسب هذا النص يجوز للدائن أن يطلب عن طريق القضاء إجبار المدين على تنفيذ التزامه بشرط أن يكون هذا التنفيذ ممكناً بأن لا يكون فيه إرهاب للمدين.

وقد نظم القانون المدني العراقي في المادتين (٢٥٣، ٢٥٤) وسيلة مالية هي الغرامات التهديدية لحمل المدين المتعنت على تنفيذ التزامه عندما يكون قادراً عليه، وذلك في الأحوال التي يقتضي التنفيذ العيني فيها تدخلاً شخصياً من المدين ودون إخلال بحق الدائن في الجمع بين التنفيذ العيني وبين التعويض النقدي لجبر ما لحقه من ضرر بسبب التأخير في التنفيذ^(٦٠).

فهل يجوز إجبار المفاوض على التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات عن طريق اللجوء إلى القضاء.

في مجال الالتزام بالاستمرار في التفاوض الذي يفرضه حسن النية، ذهب جانب من الفقه إلى إنه يمكن الحكم بالتنفيذ العيني على المتفاوض الذي قطع

(٦٠) أنظر في شروط التنفيذ العيني ووسائل إكراه المدين على التنفيذ العيني (الإكراه البدني والغرامات التهديدية): د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص ٤٤-٤٧، ص ٥٥-٦٦. د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشري، القانون المدني، الجزء الثاني، مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٠، ص ١٦-١٩، ص ٢٣-٤١.

المفاوضات وامتنع عن تنفيذ التزامه بالاستمرار في التفاوض. ويتحقق التنفيذ العيني في هذا السياق باعتبار العقد الذي حال قطع المفاوضات دون انعقاده منعقداً جبراً على إرادة المفاوض الذي قطعها. فمثلاً لو قطعت المفاوضات نتيجة رجوع الموجب عن إيجابه، فإن الموجب إليه يعوض باعتبار العقد منعقداً جبراً على إرادة الموجب الذي نقض الإيجاب. وقد دعم هذا الجانب من الفقه رأيه بحكم للقضاء الفرنسي في قضية قطع فيها أحد المتفاوضين المفاوضات وتعاقد مع الغير بشأن محل المفاوضات، حيث لم تلتفت محكمة الموضوع إلى قطع المفاوضات هذا وقضت بأن العقد أبرم مع المتفاوض الأول الذي كان الإيجاب قد وجه إليه ابتداءً، وذلك بعد أن استبعدت تعاقد المتفاوض مع الغير إذ لم تر ذلك جدياً^(٦١).

وقد استقر الفقه المصري على استبعاد إجبار المدين على التنفيذ العيني في مجال التفاوض وذلك لأن محل الالتزام هو التفاوض، ومن ثم يستحيل إجبار المدين على التفاوض أو اختيار من يمثله فيه، كما إنه لا يتصور أن يحل القضاء محل إرادة الأطراف في إبرام العقد. وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية أيضاً^(٦٢).

(٦١) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٣٣.

(٦٢) د. سليمان مرقس، الوافي، الجزء الثاني، العقد والإرادة المنفردة، ص ١٧٤. د. محمد لبيب شكب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ١٩٨٩، ١٠٣-١٠٤. وقد أكد د. مصطفى محمد الجمال ذلك صراحة بالنسبة للالتزام بالتفاوض بقوله (... ولذلك لا يتصور أصلاً أن يتمثل جزء الإخلال بهذا الالتزام من قبل أحد الطرفين في اعتبار العقد مبرماً رغماً على إرادة أحد طرفيه، أو أن يقوم حكم القاضي مقام الاتفاق على هذا العقد) د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٠، ص ١٦٠. قضت محكمة النقض المصرية (إن مشروع عقد البيع لا يكون ملزماً لأي من الطرفين، ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام البيع، ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء)، نقض مدني ١٩٧٥/١٢/٩، مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض المصرية، س ٢٦، الجزء الثاني، ص ١٥٩٣.

والرأي الراجح هو أنه لا يمكن القول بإمكانية إجبار المدين على التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات، ليس فقط بالنسبة للالتزام بالاستمرار في التفاوض بل بالنسبة للالتزامات الأخرى الناشئة خلال مرحلة المفاوضات. وذلك لأن المفاوضات كما بينا يحكمها مبدآن: مبدأ حرية التعاقد ومبدأ حسن النية. ويستطيع المتفاوض استناداً لحرية التعاقد وبحسب ما يراه أن يضع حداً لهذه المفاوضات. إذاً فإجبار المتفاوض من قبل القاضي على تنفيذ التزاماته قد يؤدي بشكل غير مباشر إلى إجباره على إبرام العقد محل التفاوض وهو ما يعني مصادرة مبدأ حرية التعاقد وزعزعت مفهوم العقد من أساسه، إذ يقوم العقد على تلاقي إرادتين تصدر كل منهما من شخص كامل الأهلية، وأن تكون كل منهما سليمة من العيوب أي غير صادرة عن إكراه أو نتيجة غلط أو تغرير. وسلطة القاضي مهما بلغت من القوة لا يمكن أن تحل محل إرادة أحد الطرفين لإبرام عقد لم تلتق الإرادتان على إبرامه، وحتى لو سلم للقاضي بسلطة إجبار الأطراف على إبرام العقد فلا يكون ذلك إلا بعد صدور الإيجاب، لأن القاضي لا يستطيع قبل صدور الإيجاب تحديد شروط العقد المراد إبرامه جبراً على إرادة المتفاوض الذي قطع المفاوضات.

وإن إسناد أصحاب الرأي القائل بجواز التنفيذ العيني في مجال التفاوض إلى إن القضاء الفرنسي أخذ بمبدأ التنفيذ في هذا المجال فذلك غير صحيح، لأن القضاء الفرنسي لا يحكم بالتنفيذ العيني إلا بعد أن يتبين له إن نقص الإيجاب أو رفض التعاقد حصل بعد القبول أي بعد إبرام العقد، وبالتالي فإن الإيجاب يكون على تنفيذ عقد تم إبرامه لا على إبرام عقد لم يرد أحد المتفاوضين إبرامه ولكن القضاء الفرنسي لا يشير أحياناً إلى هذا الأمر صراحة في حيثيات قراراته ولذلك التبس الأمر على هذا الجانب من الفقه فظنوا إن القضاء الفرنسي أخذ بمبدأ التنفيذ العيني في مجال المفاوضات^(٦٣).

المطلب الثاني

التنفيذ بمقابل (التعويض)

(٦٣) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٣٣.

بيناً أنه لا يمكن إجبار المتفاوض على تنفيذ الالتزامات في مرحلة المفاوضات، فذلك إذا أخل المتفاوض بهذه الالتزامات، فلا يبقى أمام الدائن إلا اللجوء إلى التنفيذ بمقابل (التعويض)، باقتضاء مبلغ من النقود لتغطية الضرر الذي أصابه من جراء إخلال المفاوض الآخر بهذه الالتزامات. ويختلف مدى الضرر الذي يعوّض عنه حسب ما إذا كنا أمام مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية. فإذا كان مصدر الالتزامات في مرحلة المفاوضات هو العقود التمهيدية التي يبرمها طرفي التفاوض لتنظيم سير المفاوضات^(٦٤). فإن المفاوض المدين بهذه الالتزامات يسأل عن الإخلال بها مسؤولية عقدية، فيعوض المفاوض الآخر عن الضرر المباشر المتوقع فقط إلا إذا أثبت المفاوض (الدائن بالالتزام) أن المفاوض المدين بالتزام قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً فإنه يعوّض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع^(٦٥).

أما إذا لم تكن المفاوضات ذات طبيعة عقدية لغياب اتفاق الطرفين الصريح على تنظيم شروطها وإجراءات سيرها وتوثيق المسائل التي اتفقا عليها خلالها، فإن المفاوضات تبقى حسب رأي معظم الفقهاء محتفظة بطبيعتها الأصلية كونها مجرد وقائع مادية، وبالتالي فإن المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عنها والتي

^(٦٤) يتعذر تنفيذ الالتزامات التي ترتبها العقود التمهيدية تنفيذاً عينياً لما في ذلك من مساس بحرية المدين الشخصية، فمثلاً إذا ألزم مورد التكنولوجيا بموجب شرط في العقد نفسه بالتفاوض لأجل التوصل إلى اتفاق على إضافة التحسينات الجديدة على هذه التكنولوجيا، فإن الأمر يتعلق بحريته الشخصية على نحو لا يتصور معه إجباره على التفاوض إذا ما رفض التفاوض، لما يعينه ذلك من مصادرة لحريته الشخصية، فضلاً عن إن التنفيذ العيني يفترض وجود إرادة منه في التفاوض وهو ما يستحيل الإجبار عليه، ولذلك فلا يبقى من جزاء سوى التعويض. د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، المصدر السابق، ص ١٦٠.

^(٦٥) بينت الفقرتان (٣،٢) من المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي ذلك بنصها على (٢- ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به. ٣- فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً، فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادةً وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت).

يفرضها مبدأ حسن النية تكون مسؤولية تقصيرية، فيغطي التعويض الضرر المباشر كله متوقعاً كان أم غير متوقع.

لكن هل أن المسؤولية خلال مرحلة المفاوضات، عندما لا تكون هذه المفاوضات ذات طبيعة عقدية، هي فعلاً مسؤولية تقصيرية وبالتالي فإن التعويض يشمل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع؟.

ستكون الإجابة عن هذا السؤال من شقين، سنحدد ابتداءً طبيعة المسؤولية عن الإخلال بالمفاوضات لنحدد في ضوء ذلك عناصر التعويض الذي يحكم به القاضي كأثر لهذه المسؤولية.

أولاً: طبيعة المسؤولية التي تترتب على الإخلال بالمفاوضات:

بيناً عند بحث طبيعة المفاوضات في المبحث الثاني أنه لا يمكن النظر إلى المفاوضات على أنها مجرد أعمال مادية خالية من إرادة الالتزام، لأن مرحلة المفاوضات مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالمرحلة التي سوف تؤدي إليها وهي مرحلة التعاقد. فالمفاوضات نظام قانوني يتقرر فيه مصير العقد ووجوده. وأساس هذا النظام العام هو مبدأ حسن النية الذي يفرض على المتفاوضين التزامات يجب عليها الوفاء بها قبل إبرام العقد لأجل أن تكون المفاوضات بحق وسيلة فعالة لإبرام عقد قائم على الرضا المستتير. وقد قيد مبدأ حسن النية الذي يحكم المفاوضات من إطلاق مبدأ الحرية التعاقدية لصالح حماية الثقة المشروعة الناشئة عن المفاوضات. ولما كانت المفاوضات ذات طبيعة خاصة أيضاً، فهي ليست مسؤولية تقصيرية، صحيح أن العقد النهائي لم يبرم بعد لعدم انصراف إرادة الطرفين إليه حتى تعتبر المسؤولية عقدية، إلاّ فيها لا يمكن إنكار وجود الإرادة خلال مرحلة المفاوضات حيث اشتراك الأطراف بإرادتهم فيها في سبيل إبرام العقد. ولذلك لا بد أن تؤخذ هذه الإرادة بنظر الاعتبار، فهذه الإرادة وإن لم تصل إلى حد إبرام العقد إلاّ أنها تجعل المفاوضات قائمة على توقع إبرام هذا العقد. ومادامت قد وجدت الإرادة المتوقعة لإبرام العقد فلا يمكن القول إن المفاوضات وقائع مادية وإن المسؤولية المترتبة على الإخلال بها مسؤولية تقصيرية. كما لا يمكن القول، عندما لا يوجد عقد ينظم سير المفاوضات ويفرض التزامات معينة على أحد طرفيها أو كلاهما، بأن المسؤولية عن

الإخلال بالمفاوضات مسؤولية عقدية لأن العقد محل التفاوض كما بينا لم يتم إبرامه وإن كان يتوقع إبرامه. ومعروف أن المسؤولية العقدية ينحصر نطاقها في معالجة الإخلال بالالتزامات الناشئة عن عقد صحيح^(٦٦).

ولكل ما تقدم مكان لا بد أن تكون المسؤولية عن الإخلال بالمفاوضات ذات طبيعة خاصة تتفق مع طبيعة المفاوضات والغرض منها باعتبارها تجري بمناسبة منها باعتبارها تجري بمناسبة إبرام عقد معين ويتوقع أن تؤدي إلى إبرام هذا العقد، وهذه المسؤولية هي المسؤولية ما قبل التعاقد. وتتمثل مسؤولية ما قبل التعاقد في أركانها التي ساهمت أحكام القضاء بشكل واضح في إرساء قواعدها^(٦٧).

فركن الخطأ في هذه المسؤولية يتمثل في الإخلال بالثقة المشروعة الناشئة عن المفاوضات. وتكون الثقة بالمفاوضات مشروعة عندما تستند على عناصر موضوعية واضحة يستخلصها القاضي من الظروف المحيطة بالمفاوضات، من ذلك المؤهلات الفنية التي يتمتع بها أحد المتفاوضين كونه محترف في الموضوع الذي تجري بشأنه المفاوضات وإدراك بحكم خبرته أن المفاوضات ستؤدي إلى إبرام العقد فوثق بها^(٦٨). ومن ذلك وصول المفاوضات إلى مرحلة متقدمة بحيث حدد ميعاد

^(٦٦) د. صبري حمد خاطر ، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٣١.

^(٦٧) من ذلك ما قضت به محكمة النقض الإيطالية في حكمها الصادر في ١٢/٦/١٩٥٩ والذي فيه (لكي تنشأ المسؤولية السابقة على التعاقد يجب توافر ثلاثة شروط: ثقة أحد المتعاقدين في انعقاد العقد، وقطع الطرف الآخر المفاوضات دون سبب معقول، والضرر. وتكون الثقة مشروعة عندما تستند على عناصر موضوعية واضحة توحى أساساً بأن المفاوضات جدية بسبب أهلية الطرفين وتحديد المضمون. ويعتبر قطع المفاوضات بغير حق عندما يكون ناشئاً عن سوء نية ولم يكن سببه مسلك الطرف الآخر الذي وضع شروطاً جديدة وأكثر كلفة. أما الضرر - الذي يتكون في المسؤولية السابقة على التعاقد مما يسمى المصلحة السلبية التي تشمل المصاريف التي في سبيل إبرام العقد، والمزايا التي كان يستطيع أن يحققها بطريق آخر - فيجب أن يكون حقيقياً ومباشراً). وأيضاً في نفس المعنى نقض إيطالي ٤/٤/١٩٦٠ نقلاً عن د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، المصدر السابق، ص ٥٩٦.

^(٦٨) قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الحرفي ما كان ينبغي عليه أن يستعجل في وضع في المفاوضات، ويتصرف على أساس هذه الثقة إذا كان بإمكانه أن يدرك بما يتمتع به من خبرة إن

للتوقيع على مشروع الاتفاق الذي توصل إليه المتفاوضان وبالتالي أصبحت المفاوضات قريبة جداً إلى إبرام العقد مما يبهر ثقة المتفاوض فيها أما ركن الضرر في مسؤولية ما قبل التعاقد فيتميز بخصوصية إنه حدث بمناسبة محاولة إبرام عقد معين والتحضير له وتوقع إبرامه وينعكس الضرر بهذا الوصف على مقدار التعويض الذي سيحكم به القاضي على الطرف الذي أخل بالمفاوضات كما سيتضح ذلك عند بحث عناصر التعويض في الفقرة التالية.

ثانياً: عناصر التعويض:

إن المبدأ الذي يحكم التعويض والمسلم به في كل قوانين العالم، هو مبدأ التعويض الكامل للضرر، والذي مفاده إن التعويض يجب أن يكون بمقدار الضرر دون أن يزيد أو ينقص عن هذا المقدار. فالهدف من المسؤولية المدنية هو إعادة المضرور على نفقة المسؤول إلى الوضع الذي كان عليه قبل حدوث الضرر، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان التعويض كاملاً يغطي كل عناصر الضرر الذي أصاب المضرور.

وعناصر الضرر هي: الكسب الفائت والخسارة الحالية.

فهل يطبق مبدأ التعويض الكامل عن الضرر في مسؤولية ما قبل التعاقد، ليشمل التعويض ما أصاب المتفاوض من خسارة وما فاتته من كسب؟. إن الطبيعة لهذه المسؤولية والمرتبطة أصلاً وكما بينا بطبيعة المفاوضات تؤدي إلى القول بأن التعويض حسب الرأي الراجح يشمل فقط الخسارة الحالية (الضرر الذي يصيب المصلحة السلبية)، ولا يغطي الكسب الفائت (الضرر الذي يصيب المصلحة الإيجابية).

وتتحدد الخسارة التي تلحق بالمتفاوض من جراء إخلال المتفاوض الآخر بالمفاوضات (الضرر الذي يصيب المصلحة السلبية) بمقدار النقص المالي الذي لم يكن يصيب المتفاوض لو تولد المفاوضات لديه ثقة بأن العقد سيبرم لا محالة،

المفاوضات لن تؤدي إلى إبرام العقد. نقض مدني ١٩٦٤/٣/٢ نقلاً عن د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٢٤.

ويتمثل ذلك في النفقات التي صرفها في سبيل التحضير لإبرام العقد كنفقات إعداد الدراسات وتكاليف استشارة الخبراء وأجرة الخازن وأجرة الوسطاء ومصاريف السفر لمعاينة الأجهزة والآلات التي يجري التفاوض لشرائها... الخ^(٦٩).

ولا يشترط في الخسارة التي يعرض عنها إن تكون مادية، بل من المتصور أن تكون أدبية كما في حالة أثار الأقاويل حول السمعة أو المركز المالي للمتفاوض، فمثلاً قد يثق المتفاوض بأن المفاوضات ستؤدي حتماً إلى إبرام العقد فيعتمد على ذلك ويبرم عقد آخر مع الغير ثم لا يستطيع تنفيذ هذا العقد بسبب قطع المفاوضات، فيضعف الثقة والائتمان به وتساء سمعته التجارية^(٧٠).

ومعروف أن الضرر الذي يعرض عنه في المسؤولية التقصيرية هو الضرر المباشر والمتوقع وغير المتوقع، ويعرض في المسؤولية العقدية عن الضرر المتوقع فقط، فهل يعرض في مسؤولية ما قبل التعاقد عن الخسارة الغير متوقعة أم أن التعويض فيها يقتصر عن الخسارة المتوقعة؟

بيناً أن المفاوضات ليست أعمال مادية لأن الإرادة تلعب دور فيها، وإن لم يصل هذا الدور إلى حد العقد موضوع التفاوض إلا أنه يصل إلى حد توقع إبرامه، ولذلك نؤيد الرأي القائل بان التعويض يقتصر على الخسارة التي توقعها لتوقعه أصلاً إمكانية إبرام العقد على اعتبار أن المفاوضات تمد للعقد وتسبق إبرامه وتنصب على محاولة تكوينه. لكن لا يوجد مانع من التعويض عن الخسارة غير المتوقعة إذا لم يكن سببها قطع المفاوضات ذاته بل كان سببها خطأً تقصيرياً ارتكبه المتفاوض بمناسبة المفاوضات، إذ يخضع هذا الخطأ للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ومنها شمول التعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع متى كان نتيجة مباشرة للخطأ^(٧١).

(٦٩) د. عبد الحي حجازي، المصدر السابق، ص ٥٩٦-٥٩٧.

(٧٠) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٣٢.

(٧١) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٣٢.

قلنا أن طبيعة المفاوضات ومسؤولية ما قبل التعاقد تأبى أن يعرض المتفاوض المتضرر من جراء الإخلال بالمفاوضات عن الكسب الفائت (الضرر الذي يصيب المصلحة الإيجابية). والسؤال هو: كيف تأبى طبيعة المفاوضات التعويض عن الكسب الفائت؟.

الكسب الفائت هو الربح الذي ضاع على المتفاوض والذي كان سيحصل عليه لو أبرم العقد ولا يحكم بتعويض عن هذا الربح، الحكم بذلك معناه الحكم بإبرام العقد والتعويض عن عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا يخالف حقيقة إن العقد لم يبرم لعدم تراضي إرادة الطرفين عليه، ولا يجوز مطلقاً أن تحل في ذلك إرادة القاضي محل إرادة الطرفين وهذا ما يتفق مع طبيعة المفاوضات، إذ مهما بلغت الثقة بالمفاوضات بسبب دور إرادة الأطراف فيها والتي أوصلتها إلى مرحلة متقدمة بحيث تكون في أقرب نقطة من إبرام العقد، فإن هذه الإرادة لم تصل إلى حد إبرام العقد وإن كانت قد جعلته وشيك الإبرام وحتى هذه اللحظة هناك احتمال وارد بأن المفاوضات تنتهي دون إبرام العقد.

وإذا كانت الخلاصة التي نخرج بها هي إن التعويض عن الإخلال بالمفاوضات يقتصر على الخسارة التي أصابت المتفاوض دون الكسب الذي كان سيحصل عليه لو أبرم العقد، فهل يجوز التعويض عن فوات فرصة التعاقد مع الغير؟^(٧٢).

ذهب رأي إلى القول بعدم جواز التعويض عن فوات الفرصة لأن المتفاوض عندما تعرض عليه صفقة أفضل من الصفقة التي يجري التفاوض بشأنها أو مماثلة لهذا الصفقة من حيث الفائدة فيكون من حقه الانسحاب من المفاوضات ليستثمر هذه الفرصة ويتعاقد مع الغير وانسحابه هذا مشروع لا يرتب عليه المسؤولية، أما إذا لم يستغل هذه الفرصة واستمر في المفاوضات فمعنى ذلك إنه اعتمد على المفاوضات للوصول إلى إبرام الصفقة التي عرضت عليه، وهو بذلك يضارب

(٧٢) أنظر في التعويض عن تفويت الفرصة أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ١-الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر، بغداد، ١٩٩١، ص ١٦٤-١٦٩.

فيتحمل وحده مخاطر هذه المضاربة. فإذا خاب ظنه بالمفاوضات لانسحاب المتفاوض الآخر منها، فلا يعوض عن فرصة التعاقد مع الغير التي ضاعت عليه^(٧٣).

لكن هذا الرأي منتقد فقد سبق أن بينا إنه ليس للمتفاوض حرية مطلقة في قطع المفاوضات، إذ قد يفرض عليه حسن النية ونزاهة المعاملات الاستمرار بالمفاوضات خاصة عندما تصل إلى مرحلة متقدمة أن يصدر عن المتفاوضين تعبير يكشف عن نية حقيقية في إبرام العقد، فتوجد بذلك الثقة المشروعة في إبرام العقد. وبذلك يجد المتفاوض نفسه ملزماً بالاستمرار في المفاوضات دون الالتفات إلى فرص التعاقد الأخرى مع الغير التي قد تعرض عليه، فإن قطع المفاوضات الآخر المفاوضات دون مبرر مشروع، فإنه يستحق التعويض عما ضاع عليه من فرص التعاقد مع الغير^(٧٤). وقد تبنى القضاء الإيطالي تعويض المتفاوض عن فوات فرصة التعاقد مع الغير^(٧٥).

الخاتمة

(٧٣) د.صلاح حمد خاطر، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، المصدر السابق، ص ٨٥-٨٦.

(٧٤) د.صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص ١٣٤.

(٧٥) جاء في حكم محكمة النقض الإيطالية في ١٩٦٠/٤/٤ (إذا كان أحد الطرفين، في أثناء المفاوضات، قد أحدث في نفس الطرف الآخر ثقة معقولة في إبرام العقد ثم قطع المفاوضات دون سبب معقول أو بسوء نية فإنه يكون ملزماً بتعويض الأضرار في حدود المصلحة السلبية، أي المقصورة على المصاريف التي قد أنفقتها في سبيل إبرام العقد، أو على الخسائر التي تكبدها بسبب فوات فرص أخرى على أثر قطع المفاوضات بدون مبرر). وجاء في حكمها الصادر في ١٩٥٦/٦/٩ (قطع المفاوضات السابقة على التقاعد أو وقفها دون عذر مقبول ينشأ عنه حق للمضروب في تعويض الأضرار، ولكن في حدود ما يسمى المصلحة التعاقدية السلبية، وتتكون هذه من المصاريف التي يكون الطرف غير المخطئ قد تكبدها في سبيل إبرام العقد وكذلك الضرر الناشئ من عدم إبرام عقد مع الغير له نفس محل العقد الذي جرت بشأنه المفاوضات وله نفس مزايا العقد الذي لم يبرم أو كانت له مزايا أكثر). نقلاً عن د.عبد الحي حجازي، النظرية العام للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام الإرادية، ص ٥٩٥، هامش ٧.

قد يؤخذ على هذا البحث إنه تناول جانب من جوانب موضوع حديث في المجال القانوني، وهو التعاقد عبر شبكة الانترنت في إطار قانوني تقليدي، أي في إطار النظرية العامة للالتزامات، وإنه أسهب أحيانا في عرض وشرح قواعد النظرية العامة للالتزامات المتعلقة بالمفاوضات وما ينشأ عنها من التزامات وما يقوم من مسؤولية عن الإخلال بهذه الالتزامات.

لكن العذر في ذلك هو إن المشرع العراقي لم يضع قانون خاص ينظم التعاقد عبر شبكة الانترنت مما اضطر الرجوع إلى القواعد التقليدية للوقوف على مدى إمكانية تطبيقها على هذا النوع من التعاقد، خاصة وإن القواعد التقليدية لا تنتشر من حيث الأساس مع هذا النوع من التعاقد لأنها تقر التعاقد بين الغائبين والتعاقد عبر شبكة الانترنت هو صورة من صور التعاقد بين الغائبين، فهو لا يختلف في شيء عن التعاقد بواسطة التليفون الذي أقره القانون المدني العراقي بنص صريح لكن عند محاولة الرجوع إلى القواعد التي وضعها مشرع القانون المدني لتنظيم المفاوضات في إطار نظرية الالتزامات، وذلك لأجل تطبيقها على المفاوضات في العقود التجارة الالكترونية اصطدما بحقيقة إن القانون المدني العراقي لم يهتم بتنظيم مرحلة التفاوض بشكل كافي إذ يكاد يقتصر فقط على وضع معيار التميز بين الإيجاب وبين الدعوة إلى التفاوض. وحتى عند محاولة تطبيق القواعد التي تحكم الإيجاب في نظرية الالتزام على الإيجاب الذي تمخضت عنه المفاوضات عبر شبكة الانترنت تبين إن الضرورات العملية ودواعي الاستقرار تقتضي أحيانا التخلي عن حكم هذه القواعد فالمبدأ المقرر في المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي والقائل بحرية الموجب في الرجوع عن إيجابية طالما لم يقيد حرّيته هذه بإرادته المفردة بتحديد ميعاد للقبول، لا يطبق على الإيجاب الناجح عن التفاوض عبر شبكة الانترنت إذ يقتضي حسن النية والضرورة العملية إلزام طرفي التفاوض بعدم الرجوع عن هذا الإيجاب الذي كان وليد إرادتهما المشتركة.

لقد أثارت الطبيعة الخاصة للتجارة الإلكترونية المتعلقة بآلية تنفيذها، ليس في مجال إبرام العقد فقط بل في مجالات أخرى، أثارت تحديات للنظم القانوني التقليدي. ففي مجال الإثبات نجد إن القواعد العامة تشترك الكتابة المذيلة بالتوقيع اليدوي

كدليل لإثبات التصرف القانوني وهذا المفهوم التقليدي للكتابة لا يتسع للبيانات الإلكترونية المتداولة عبر شبكة الانترنت.

ولكل ذلك نرى إن هناك حاجة ملحة لتشريع خاص بتنظيم التعاقد عبر شبكة الانترنت بجميع جوانبه ومراحله ومنها مرحلة المفاوضات، لأجل توفير البيئة والمناخ الذي يساعد على اضطراد التجارة الإلكترونية في إطار قواعد قانونية ثابتة ومستقرة خاصة في ظل انتشار مراكز خدمات شبكة الانترنت التابعة لوزارة النقل والمواصلات في بغداد والمحافظات بالإضافة إلى توجيه الوزارة إلى تزويد المواطنين بخطوط الانترنت ويمكن للمشروع العراقي أن يستفيد من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم ١٦٢/٥١ في ١٦/١٢/١٩٩٦، وذلك كمصدر لقواعد قانون التجارة الإلكترونية.

وأيضاً يمكن الاستفادة من هذا المجال من الشروط الخاصة بالمراكز التجارية - الافتراضية - على شبكة الانترنت والتي حددها العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية والمعتمد من غرفة التجارة والصناعة في باريس في ٣٠/٤/١٩٩٨ وكذلك اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الإلكترونية في ٤/٥/١٩٩٨. ومن هذه الشروط التي نرى إمكانية الاستفادة منها عند وضع التشريع العراقي الخاصة بالتجارة الإلكترونية ما يلي:

١- أن تحدد بوضوح شخصية المتجر وذلك بذكر اسم الشركة وعنوان مقرها وأرقام هواتفها.

٢- يجب أن تكون العروض مفصلة بحيث تعرض بأمانة صفات المنتجات المعروضة من حيث الكم والكيف، وبحيث تحيط العميل علماً بأبعاد المنتجات ووزنها وتسميتها وطبيعتها ودرجة جودتها كلما ذلك ممكناً ويجب أن تكون الصور الفوتوغرافية الإيضاحية أمينة ومتفقة مع حقيقة المنتج.

٣- يجب أن يحدد المتجر الأسعار بطريقة واضحة مصحوبة بوصف المنتج، ويجب أن يكون هذا السعر شاملاً لنفقات التسليم وأية نفقات أخرى إضافية باستثناء الضرائب التي يحتمل أن تقع على عاتق العميل عند استيراد المنتجات.

- ٤- يجب أن تكون المنتجات متوافرة بناء على طلب العميل وذلك في الظروف العادية للمخزون الخاص بالمتجر.
- ٥- يجب أن تذكر للعميل المواعيد المعتادة للتسليم.
- ٦- يجب أن يذكر المتجر أية معلومة أخرى تتطلبها القوانين والأنظمة النافذة تفيد في إعلام المستهلك بظروف استخدام المنتج ومخاطره.
- وأخيراً نسأل الله عز وجل أن يحقق هذا البحث الغاية المرجوة منه.

المصادر

أولاً: الكتب:

- ١- د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤.
- ٢- د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.
- ٣- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ١- الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر، بغداد، ١٩٩١.
- ٤- د. رمضان أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، ١٩٨٦.
- ٥- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، مطبعة السلام، شبرا، ١٨٧٣.
- ٦- د. السيد محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعلومات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٢.
- ٧- صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣.
- ٨- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ١٩٨٢.

- ٩- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، مطبعة جرينبرج، القاهرة، ١٩٥٢.
- ١٠- د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٨٤.
- ١١- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٠.
- ١٢- د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول، انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.
- ١٣- د. عدنان إبراهيم السرحان، و د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات، الطبعة الأولى، مطبعة دار الثقافة والنشر والتوزيع، مطابع الأرز، عمان، ٢٠٠٠.
- ١٤- د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.
- ١٥- د. محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني القانوني، جامعة القاهرة، ١٩٨٤.
- ١٦- د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات العقدية وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة للبحوث، السعودية، ١٩٩٥.
- ١٧- د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ١٩٨٩.
- ١٨- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٨٠.
- ١٩- د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، مظاهره وآثاره القانونية، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٠.

٢٠- د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول، انعقاد العقد، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ٢٠٠٢.

ثانياً: الرسائل والبحوث:

- ١- باسل يوسف، الجوانب القانونية للعقود التجارية عبر الحواسيب وشبكة الانترنت والبريد الإلكتروني، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، السنة الثانية، العدد ٤، ٢٠٠٠.
- ٢- سليمان براك الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة صدام، ١٩٩٨.
- ٣- سليم عبد الله أحمد الناصر، الحماية القانونية لمعلومات شبكة المعلومات الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة صدام، ٢٠٠١.
- ٤- صابر محمد عمار، المفاوضة في العقود التجارية الإلكترونية، بحث منشور في موقع منتدى المحامين على شبكة الانترنت، منتدى المحامين، تاريخ النشر ٢٠٠٢/٢/٤.

<http://www.mahmoon.com>

- ٥- د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد لتقديم المعلومات المتعلقة بالعقد، مجلة العلوم القانونية، المجلد ١١، العدد الأول، ١٩٩٦.
- ٦- د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مجلة جامعة صدام، الحقوق، المجلد ١، العدد ٣، ١٩٩٧.
- ٧- عباس زبون العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٤.
- ٨- د. فائق الشماع، التجارة الإلكترونية، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، السنة الثانية، العدد ٤، ٢٠٠٠.

