المفاوضات الممهدة للتعاقد

((ماهيتها واحكامها))

(دراسة مقارنة بين الواقع العملي و الفراغ التشريعي)

م.م. ام كلثوم صبيح محمد

كلية القانون/الجامعة المستنصرية

الملخص:

استهدفت دراستنا في هذا البحث، تحديد ماهية المفاوضات الممهدة للعقد ثم بيان الطبيعة القانونية لمرحلة التفاوض على العقد، وذلك من خلال إرساء طبيعة عقدية لهذه المرحلة، وذلك بالنظر لوجود اتفاق على التفاوض بين الطرفين، كما يتناول البحث بالدرجة الأساسية بيان ما يترتب على تلك الطبيعة العقدية من نتائج، تتمثل في الالتزامات المفروضة على عاتق أطراف المفاوضة، وكذلك في القيمة القانونية التي يتوجب أن تتمتع بها الاتفاقات التي تتخلل تلك المرحلة.

Abstract :

The aim of this study is to determine what the menining , and the legal nature of negotiation on contract, through designing a legal contractual framework to this phase. And because there is an agreement to negotiate between the two parties. Also, the paper aims at determining the effects of the contractual nature, such as the legal obligations on the parties. And the legal powers of the agreements during the negotiation phase

المقدمة :

إستقر الفكر القانوني على أن العقد، بشكل عام، هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين ، وهذا الأثر القانوني الذي هو ثمرة التراضي لا يترتب إلا بمقتضى ما وضعه المتعاقدان من محددات وضوابط ، فبدونها يظل الاتفاق مهملا تتجاذبه أهواء من تصوروه. و إن ما يتصوره أطراف العقد ويضعوه، حول مسائل العقد (من محل وثمن ومكان وزمان تسليم وضمانات)، يعتبر في الواقع قواعد سلوكية إتفاقية تضبط علاقاتهم ،وهي تهدف الى تحقيق هدفين اساسين ، اولهما العدالة لأنها قواعد نابعة من ارادة صانعها والشخص لا يرتضي إلا ما يكون في صالحه، أي ما يكون عادلا. اما الهدف الثاني فهو الأمان لإن القواعد المنظمة للعلاقة العقدية لا تتأتى من مصدر خارجي ، بل المتعاقدون هم صناعها ،و هي تعمل على إحترام حقوقهم المتولدة من العقد، وتحقيق التعاون بينهم.وبناء على ما تقدم فليس من الغريب أن يعترف المشرع الوضعي ذاته بأن العقد هو قانون أو شريعة المتعاقدين. وهو قانون خاص تنشئه ارادة الطرفين.

وغالبا مايسبق التراضي مرحلة يطلق عليها فقهاء القانون تسمية مرحلة المفاوضات، التي تعد من المؤثرات المهمة جداً في ابرام العقد من اجل الاتفاق على العناصر الجوهرية فيه . إن التفاوض هو عرض دائم الحضور في حياتنا (في كل بيوتنا وأماكن عملنا) فعندما يجري الحديث بين أب وابنه عن طريقة تحسين علامة الرياضيات ،فإنما هم يمارسون التفاوض،وينطبق الوصف ذاته على الزوجين عندما يتفقان على توزيع المهام في المنزل ومن سيتسوق الحاجيات في عطلة نهاية الأسبوع. و قد يرى البعض أن المفاوضات في إبرام التصرفات القانونية فكرة قديمة، ترجع بجذورها إلى التاريخ الذي عرف فيه الإنسان الإلتقاء مع بني جنسه في الأسواق للتبادل، ومقايضة السلع والخدمات، حيث تحدث بعض المساومات والأخذ والعطاء والرفض والقبول حول أسعار السلعة أو الخدمة، حتى يتفق الطرفان، في النهاية، وتتم عملية المبادلة أو المقايضة. وتلك المساومات والحوارات هي نوع من المفاوضة التي تمهد لتلاقي الإرادات وترتيب الأثر المبتغى. وهذا الراي يبدو مقبولا إلى حد ما، ذلك أن المعاملات والصفقات كانت بسيطة وإجراء مناقشة لبضع دقائق كافية لتسوية كل النقاط محل الخلاف بين الطرفين، وقد اكد هذا القول تعريف العقد على أنه تلاقي إرادتين(إيجاب يليه قبول) بعد محادثات وقتية سريعة.

غير انه مع تطور وسائل النقل والإتصالات والدخول في الصفقات التجارية الكبرى، أضحت الأفكار التقليدية للتفاوض والمساومة غير كافية لإنهاء تلك الصفقات، والإستجابة لحاجات ومعطيات الإنتاج الصناعي والتكنولوجي، حيث أن عقود تلك الصفقات تنطوي على مخاطر كبيرة ، ويترتب عليها إنتقال سلع وخدمات عبر الحدود تقدر بمليارات الدولارات. وهو ما يستوجب فسح المجال أمام أطراف التعامل للدخول في لقاءات ومناقشات مكثفة حول الثمن أو الأسعار، ومواعيد التوريد، وكيفية التنفيذ، ووقته ومكانه، وضماناته، وجزاء الإخلال بالإلتزامات التي ستنشأ، فضلا عن مناقشة الأعمال التحضيرية مثل الفحوص الفنية ودراسات الجدوى الإقتصادية، وإعداد خطط المشروع وتوفير وسائل تمويله والتأمين على عناصره . وكل هذا يقتضي جلوس أطراف التعامل سويا وتبادل الأفكار والمناقشات حتى يتم ابرام العقد، أو يفشل ويذهب كل طرف إلى سبيله. وتعتبر القدرة على التفاوض عنصرا حيويا ومهما للنجاح في العديد من التعاقدات، لإن الإلمام بالتفاوض من الألف إلى الياء يقود إلى "راحة البال" فكثيرا ما ينتهي الأفراد الذين لا يتقنون أساليب التفاوض ولايدركون مدى اهميتها إلى صفقة ما، ثم ينصرفون وهم يعتقدون أنهم قد فازوا بصفقة جيدة، بينما تكون الحقيقة عكس ذلك. وفي بعض الأحيان يشعر هؤلاء بسعادة غامرة دون أن يدركوا أنه كان بإمكانهم تحقيق ماهو أفضل بكثير.ففي حقيقة الأمر، مهما كانت حاجتك ومهما كان نوع العقد المراد ابرامه، فمن المستحيل"تقريبا" أن تتجاهل الحاجة الى التفاوض ولو من وقت لآخر. ولكن مع الأسف، يعد التفاوض مجالاً يكمن فيه العديد من الشراك الخفية التي ترقد بانتظار الغافلين أو المتهورين.وهناك قاعدة مهمة في التفاوض يجب أن تبقى نصب عينيك مفادها "اننا لا نحصل على ما نريده في هذه الحياة بل نحصل على ما نتفاوض بشأنه" .

ولم يتضمن القانون المدني العراقي نصوصا تفصيلية تحكم مرحلة المفاوضات الممهدة للتعاقد ، ولعل ذلك مرجعه كثرة التفاصيل التي تتضمنها تلك المرحلة من العقد، كما ويمكن إرجاعه أيضا لاختلاف طبيعة المفاوضات من عقد لآخر. لكل ذلك لم يعنى المشرع بوضع نصوص تفصيلية تنظم تلك المرحلة، مكتفيا بالمبادئ العامة التي تحكم تصرفات الأطراف خلالها، كالتفاوض بحسن نية.وعليه فقد احتدم الخلاف بين الفقهاء حول ماهية وطبيعة مرحلة التفاوض على العقد والالتزامات المترتبة عنها وجزاء الاخلال بهذه الالتزامات ، والخلاف بين الفقه لا يدور حول طبيعة التفاوض نفسه، وإنما حول طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، على الرغم من أن التفاوض هو الأصل، وما المسؤولية المدنية المترتبة علية إلا فرع، لذا كان لابد من تحديد ماهية مفاوضات العقد ذاته ثم بيان الطبيعة القانونية لها ، حتى يتسنى

لنا حصر النتائج المترتبة على هذا التكييف، والتي تتمثل في الالتزامات المفروضة على عاتق أطراف المفاوضات، وكذلك القيمة القانونية للاتفاقات التي تخلل مرحلة التفاوض، وأخيرا طبيعة المسئولية المدنية خلال تلك المرحلة وحكمها.وذلك في مباحث ثلاث على النحو التالي:

المبحث الاول

ماهية المفاوضات الممهدة للتعاقد وطبيعتها القانونية

التفاوض هو عملية النقاش المتبادل وتسوية البنود الخاصة بعقد ما. وهو عملية تبادلية بين طرفين لكل منهما احتياجات مختلفة. ولابد لنا قبل الدخول في احكامه من الوقوف على ماهية المفاوضات، ومن ثم بيان طبيعتها القانونية .

المطلب الاول

ماهية المفاوضات الممهدة للعقد واهميتها وخصائصها

تلعب المفاوضات دورا وقائيا هاما في إبرام عقد إرتضاه أطرافه، مما يؤدي الى قيام كل منهم بتنفيذ التزاماته بطريقة سليمة هادئة، و يجنبهم بالتالي مغبة الدخول في منازعات وولوج ساحات القضاء. ومن هنا نطرح السؤال: ما المراد بالمفاوضة أو المفاوضات؟

وللاجابة نقول ان هناك مفهومين للتفاوض[١]: اولهما مفهوم المواجهة: حيث يعتقد بعض الناس أن التفاوض أشبه بلعبة شد الحبل وبالتالي يوجد فائز واحد في التفاوض، مما يعني أن يكون الطرف الآخر هو الخاسر، ولكننا نرى:إن التفاوض الفعال ليس عملية مواجهة، فليس هناك حاجة على الإطلاق إلى أن ينطوي التفاوض على الخصومة أو العداوة.

اما المفهوم الثاني فهو التعاون: فكثير من الناس يعتقدون أن التفاوض هو وسيلة للتوصل لاتفاق، فهنا لايجب النظر للأمور من جهة وجود منتصر وخاسر ولكن من جهة وجود رضا متبادل وفوز لكلا الطرفين، وهذا هو المفهوم الصحيح للتفاوض فهو فرصة للعمل المشترك بين طرفين لتحقيق هدف لا يستطيع أحدهما إنجازه بمفرده.ولبيان ماهية المفاوضات سنقسم هذا المطلب الى:

اولا : تعريف المفاوضات : طرح الفقهاء العديد من التعريفات للتفاوض حيث عرف بأنه عملية تحاور بين طرفين يرافقه نقاش وتبادل للرأي، أخذ وعطاء، قبول وتنازل، اقناع وامتناع، فهو 'عملية اتصال بين شخصين أو أكثر يدرسون فيها البدائل للتوصل لحلول مقبولة لديهم أو بلوغ أهداف مرضية لهم فيقوم فيها كلا الطرفين بتحديد احتياجاتهم التي يريدا الوصول إليها[٢].

وعرف كذلك بانه جمع وجهات النظر بين الطرفين وتوثيق العلاقة واخفاء حالات الاختلاف بين الطرفين. أو هو العملية التي يتم بموجبها اجتماع طرفين أو اكثر لاجراء مباحثات فتطرح فيها مقترحات او مشروعات صريحة تنطوي على الأخذ والعطاء بين طرفين او اكثر لغرض التوصل

لإتفاق بالتبادل أو المقايضة أو على أساس تحقيق مصلحة مشتركة عندما توجد المصالح المتفاوضة[٣] ، وهو ضرورة من ضرورات أي تجمع انساني لتحقيق تبادل المنفعة فيما بين الأطراف على أساس من التراضي(القبول). فيتم تبادل الافكار بقصد تغيير العلاقات حينما يلتقي المعنيون لغرض الاتفاق. واذا لم يحصل الاتفاق بين الطرفين يتم الانسحاب.ويعرفه آخرون بأنه محادثات تتعلق بالتوصل الى أسس للاتفاق نحو مشكلة قائمة أو هدف معين، وهو أفضل طريقة لتجنب تصاعد الخلاف وتوحيد وجهات النظر سواء كان ذلك على مستوى الافراد والمنظمات والدول ، فالتفاوض هو "التحاور والمناقشة للوصول إلى إتفاق مشترك بين طرفين للحصول على حل متفق عليه للحفاظ على مصالح الأطراف المتفاوضة وحل ما بينها من مشكلات أو تقريب وجهات نظرها بأسلوب حضاري" [٤].

ومهما يكن من أمر هذه التعريفات، فإنه يمكن القول إن المفاوضة هي عملية اتصال بين شخصين أو أكثر يدرسون فيها البدائل للتوصل لحلول مقبولة لديهم أو بلوغ أهداف مرضية لهم.فهو موقف يتبارى فيه تعبيريا طرفان أو أكثر من خلال مجموعة من العمليات لا تخضع لشروط محددة سلفا حول موضوع من الموضوعات المشتركة، يتم فيه عرض مطالب كل طرف وتبادل الآراء، وتقريب وجهات النظر، واللجوء إلى كافة أساليب الإقناع المتاحة لكل طرف لإجبار الطرف الآخر على القبول بما يقدمه من حلول أو اقتراحات، تنتهي باتفاق يتبادل بموجبه الأطراف المواد المطلوبة، ويكون ملزما تجاه أنفسهم وتجاه الغير. والتفاوض يهدف أساسا للحصول على شيء أفضل مما كنت ستحصل عليه من غير التفاوض.

واذا كان التعاقد فيما مضى يتم بطريقة سريعة تتناسب مع طبيعة المعاملات حيث كان احد الطرفين يتوجه للطرف الاخر بايجاب بسيط ثم ما يلبث هذا الاخير ان يقبل هذا الايجاب فينعقد العقد وينتهي الامر الا ان هذا الحال قد تغير لان هذه الطريقة التقليدية لم تعد تتناسب الا مع العقود البسيطة . اما العقود المركبة او المعقدة و التي اوجدتها الاساليب الحديثة و المتطورة في التعامل فلم تعد تتلائم معها الان ، لكونها ترد على عمليات تتسم بالتركيب و التعقيدات الفنية والقانونية وتنطوي على قيمة اقتصادية و مخاطر جسيمة بالنسبة لاطرافها ، لذا بات من الضروري ان تسبق ابرام هذه العقود مرحلة من المفاوضات الشاقة التي تستغرق الكثير من الوقت و الجهد و تتطلب التخصص و الدراسات . لذا كانت هذه المرحلة من اهم المراحل التي يمر بها العقد الالكتروني خاصة ، بل هي اكثرها خطورة على الاطلاق . وينصرف وصف التفاوض الالكتروني على التفاوض بصدد العقود التي ترد على محل الكتروني مثل عقود الخدمات و المعلومات الالكترونية ، وينصرف الوصف كذلك الى اداة

التفاوض الالكتروني ، حيث وفرت التكنولوجيا الحديثة وسائل اتصال مباشرة بالغة التقدم بفضل الاقمار الصناعية و الالياف البصرية .

وتلعب ارادة الطرفين دورا هاما في تنظيم عملية التفاوض الالكتروني ، خصوصا وان الانظمة القانونية المختلفة تكاد تخلو من اي تنظيم قانوني لهذه المرحلة ، حيث تقوم ارادة الاطراف بتحديد الاتفاقات الاولية والنهائية السابقة على التعاقد ، اذ بمجرد دخول الطرفين في التفاوض يقعا تحت مظلة القانون وتكون بينهما علاقة قانونية ناشئة على عاتق كل منهما التزامات قانونية .

أن هدف المفاوضات هو الوصول إلى حل وسط يرضي جميع الأطراف، فالتفاوض الناجح هو الذي لا يكون فيه فائز مطلق أو خاسر مطلق، أما إذا اعتبر أحد الطرفين أن الهدف من التفاوض هو هزيمة الخصم وتحقيق الفوز بأي ثمن، فإن هذا قد يكون له عاقبة وخيمة وقد يؤدي إلى عكس المطلوب .أن فكرة التفاوض أو مبدأ التفاوض يتم بموجبه تحديد الإجراءات التي سوف تنتهي إليها المناقشات والمباحثات بين الأطراف المتفاوضة وكذلك الاتفاقات التي سوف تسفر عنها هذه المناقشات والمباحثات من حيث قابليتها للنفاذ ومدى مسئولية الأطراف عن عدم نفاذها وتكون لمرحلة المفاوضات الممهدة للتعاقد الأهمية البالغة من الناحيتين القانونية والعلمية نظراً لدقة هذه المرحلة وما يترتب عليها من نتائج تحكم مصير العقد وقد زادت أهمية هذه المرحلة بعد ازدياد أهمية التجارة الدولية واتساع مجالاتها فأصبح إبرام العقود يسبقه مرحلة شاقة من المفاوضات [٥]. فقد تتجه ارادة الاطراف احيانا الى أبرام عقد تمهيدي ، وفي حين أخر الى مجرد الأتفاق وبشكل مبدئي على التفاوض تمهيداً للتعاقد ،من دون أن يكون لدى أي من هذه الأطراف نية التعاقد حالياً،فتصر الأطراف في مثل تلك الحالات مع التأكيد كتابةً على عدم قيام أي عقد في مرحلة التفاوض بل أن كل مايتم الأتفاق في شأنه في هذه المرحلة لايعدو أن يكون أتفاقاً ممهداً.

ومن الناحية العملية ،فأن تقسيم التصرفات القانونية الممهدة للتعاقد الى عقود وأتفاقيات يتناسب مع متطلبات الكثير من العقود الحديثة فكم من عقد في العمل يحتاج الى عقد أو عقود أخرى تمهد له ومن ذلك مثلاً شراء العقار الذي يمهد له بعقد قرض يتم من خلاله توفير المبلغ أو جزء من المبلغ اللازم للوفاء بثمن العقار،وكم من عقد يمهد له بأتفاق لا بعقد أخر ويكون مؤدى هذا الأتفاق تأكيد ألتزام الأطراف بالتفاوض للوصول الى العقد النهائي(كعقود بيع المؤسسات والشركات الكبرى) أو يكون هدفه تدوين أو تأكيد ماتم التوصل إليه في بعض مراحل التفاوض ليكون ذلك أساساً ينطلق منه الى مراحل أخرى في سبيل الوصول في نهاية الأمر الى

العقد المقصود وهذا هو حال عقد دراسات الكومبيوتر والتزويد بالأنظمة الألكترونية ،فلا تتوافر عناصر العقد المقصود الا من خلال هذه الأتفاقيات ،فقد لا يبرم أي عقد في هذه المرحلة لأن الأطراف ذاتها ترغب في الحفاظ على حريتها خالية من كل ألتزام عقدي.

ونحن نرى أن المفاوضة هي عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه ببدء التفاوض ومتابعته، أو تنظيم سير المفاوضات، بغرض التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل. وعلى ذلك فإن مفهوم التفاوض يتسع مفهومه ليشمل كل تعهد إتفاقي ملزم للجانبين ، ويترتب على إخلال أي الطرفين بتعهداته التفاوضية تحمل تبعة المسؤولية العقدية ، إذا وجدت عقود أولية ممهدة للعقد الأصلي المنشود فأي أخلال أو خرق يقع في هذه المرحلة تحتضنه قواعد المسؤولية العقدية وأن لم يبرم العقد الأصلي.

ثانيا : خصائص عقد التفاوض: من التعريف السابق نستطيع تمييز عدة خصائص لعقد التفاوض، وهي خصائص ينبغي على المشرع أخذها في الحسبان عند التعرض بالتنظيم التشريعي لمثل هذا العقد:

١. أنه عقد حقيقي : تتوفر فيه الأركان الأساسية اللازمة لقيام أي عقد من تراضي طرفي التفاوض، وتلاقي إرادتهما الحرة التي تهدف إلى ترتيب أثر قانوني معين، كما أن له محل يتمثل في محاولة التواصل الى إبرام عقد مستقبلي تشير الدلائل إلى إمكانية إبرامه. واخيرا له سبب باعث دافع الطرفين إلى التعاقد، وهو إتمام العقد النهائي، وتحقيق كل طرف لمقصوده منه.

٢. أنه عقد تمهيدي أو عقد تحضيري :به تبدأ مسيرة المفاوضات التي تمهد لإبرام العقد النهائي، ويتم تنظيم علاقات طرفي التفاوض على نحو يقود إلى إتمام العقد . والطابع التمهيدي أو التحضيري لعقد التفاوض يؤدي الى وجود التزام حقيقي على عائق كل طرف بالتفاوض ومواصلته بحسن نية . ويشكل الإخلال به خطأ عقديا يوجب المسؤولية، إلا أنه، مع ذلك لا يشترط ضرورة الوصول بالمفاوضات إلى نهايتها وإبرام العقد النهائي. وهذا هو معنى الطابع التمهيدي، فجوهر الإلتزام الذي يفرضه هو التفاوض فقط من أجل الوصول إلى إبرام العقد النهائي، إذا التقى الطرفان المتفاوضان على كلمة سواء في نهاية مفاوضات جيدة، بهدف الوصول الى العقد المبتغى وطالما خلت تصرفاتهما من التدليس والخداع وكل ما يتنافى وحسن النية.

٣. أنه عقد مؤقت : فهو لم يوجد إلا لمدة محدودة، وهي المدة التي تستغرقها المفاوضات بين الطرفين . فإن انتهت المفاوضات، سواء بإبرام العقد النهائي أو عدمه، زال كل أثر لعقد المفاوضة، مع عدم الإضرار بحقوق الغير الذين إعتقدوا بحسن نية في تعلق الأمر بعقد نهائي.

٤. إنه عقد وليس وعدا بالتعاقد : فالوعد بالتعاقد عقد مستقل قد يكون ملزم لجانب واحد أو ملزم لجانبين، كما أن الوعد بالتعاقد لا ينعقد صحيحا إلا إذا تم التراضي على جميع العناصر الجوهرية لإبرام العقد النهائي، وفي الوعد بالتعاقد يبرم العقد النهائي بإظهار الموعد له رغبته في التعاقد دون أي إجراء آخر، كما أنه إذا نكل الواعد بوعده كان للقاضي أن يحكم بإنعقاد العقد، ويقوم الحكم مقام العقد النهائي(٦). وكل ذلك لا يتوفر في عقد التفاوض، فهو غير ملزم لطرفيه، كما أنه لا يلزم هؤلاء بالتراضي على العناصر الجوهرية للعقد النهائي، وإنما يلزمهما فقط ببذل الجهد والمحاولة للتوصل إلى إبرام العقد النهائي، أي يولد إلتزاما بوسيلة ، وليس إلتزاما بنتيجة. كما أن العقد النهائي لا يبرم لمجرد إظهار أحد طرفي التفاوض رغبته في التعاقد، بل يلزم تراضي جديد على عناصر وشروط العقد النهائي(٧). بل قد تترتب مسؤولية من نكل عن إتمام المفاوضات بطريقة تعسفية ودون سبب معقول، عن إخلاله بالتزام تعاقدي اذا توفرت شروط المسؤولية العقدية، كل ذلك وفقا لأحكام القانون واجب التطبيق على عقد التفاوض.

مما تقدم يتبين لنا انه يجب أن يكون على مائدة التفاوض طرفين على الأقل، فنحن لا نتفاوض مع أنفسنا.

غير أنه إذا كان هدف المفاوضات تحقيق المصلحة المشتركة لطرفيها، إلا أنه لا ينبغي الوصول إليه بأي ثمن. فقد يفشل الطرفان في الوصول إلى إتفاق أو تسوية المشكلة القائمة بينهما. وبالتالي لا يشترط أن تنتهي المفاوضات إلى النجاح وتسفر عن إتفاق. فهناك العديد من الظروف والعوامل التي تتحكم في سير العملية التفاوضية، وتجعل نتائجها الإيجابية او السلبية إحتمالية الى حد بعيد(٨). فكفاءة المفاوض وخبرته، والقوه الإقتصادية لكل طرف، وحاجته إلى الدخول في هذا النوع من التعامل أو ذاك، اضافة الى نوع الإستراتيجية المتبعة في المفاوضات والتكتيك المستخدم لتنفيذها، وطبيعة العملية او المشكلة المطروحة على بساط التفاوض.... كلها عوامل تؤثر على النتيجة النهائية للمفاوضات .

ثالثا:أهمية المفاوضات: تنشا أهمية عقدالتفاوض من ناحيتين أساسيتين:الأولى: ضرورته. والثانية: حتميته.

فنحن نعيش عصر المفاوضات، وكافة جوانب حياتنا هي سلسلة من المواقف التفاوضية. وتظهر ضرورة علم التفاوض ومدى الأهمية التي يستمدها من العلاقة التفاوضية القائمة بين أطرافه هذا من ناحية الضرورية .ومن ناحية الحتمية، نجد أن علم التفاوض يستمد حتميته من كونه المخرج أو المنفذ الوحيد الممكن استخدامه لمعالجة القضية محل التفاوض والوصول إلى حل للمشكلة المتنازع بشأنهاومن ثم القيام بالتعاقد على ضوء نتيجة المفاوضات

.فكل طرف من أطراف العلاقة التعاقدية الي يتم التفاوض بشانها لديه درجة معينة من السلطة والقوة والنفوذ لكنه في الوقت نفسه ليس لديه كل السلطة أو النفوذ أو القوة الكاملة لإملاء إرادته وفرضها إجباريا على الطرف الآخر ومن ثم يصبح التفاوض هو الأسلوب الوحيد المتاح إمام الأطراف التي لها علاقة بالتعاقد وتريد الوصول إلى ابرامه.كما ان التفاوض يمثل مرحلة من مراحل ابرام العقد إذ يستخدم في أكثر من مرحلة وغالبا ما يكون تتويجا كاملا لهذه المراحل(٩). فالتفاوض كأداة للحوار يكون اشد تأثيرا من الوسائل الأخرى لحل المشاكل، لذا يعد التفاوض مخرجا نهائيا نحو الاستقرار على فكرة معينة وابرام العقد بناء على ما تم التوصل اليه في المفاوضات .ويمكن ابراز اهمية عقد التفاوض في انه يحقق :

١- التواصل والتفاعل الإنساني، ومقتضاه أن الإنسان، منذ وجد لا يستطيع أن يحيا بمفرده ، ولا يقدر على إشباع حاجاته اليومية بالاعتمادعلى مساعيه وموارده الذاتية، فهو لا بد ان يدخل مع الغير من بني جنسه في معاملات يومية لإشباع تلك الحاجات، وهذا الدخول لا يتم فجأة، أو يحدث عرضا، بل يجب تهيئة الطريق اليه، بتبادل الكلمات والأحاديث التي يبين بها حاجته، فيقبل الآخر أو يعرض، وهذا هو التفاوض في صورته الأولى، فهو واقع بين الناس شئنا أم أبينا.

٢- **الوقاية من أسباب النزاع:**إجراء المفاوضات تؤدي الى تحصين الأطراف بالتدابير والإحتياطات التي تمنع قيام أسباب النزاع مستقبلا، حيث يتصور المتفاوضون المسائل التي قد تكون مثار خلاف بينهم، ويطرحونها، قبل حدوثها، وهم بذلك يقتلون في المهد اسباب الخلاف.فالمفاوضات الممهدة للعقد تلعب دورا وقائيا سواء أسفرت عن إبرام العقد أم عدم إبرامه، والمفاوضات الجيدة تكون خير ضمان لقيام عقد لا تثور منازعات بصدد تنفيذه، وفشل المفاوضات بعد تبين كل طرف لحقيقة الوضع يقي من إبرام عقد يفتح باب النزاع .

٣- **الضرورات العملية:** وتتمثل في أن المفاوضات أداة تؤدي لوقوف كل طرف على ظروف وشروط العملية التعاقدية، ونطاق حقوقه والتزاماته قبل الإرتباط الفعلي بتصرف قانوني ملزم.

٤- **الضرورات الإقتصادية:** المفاوضات تعتبر وسيلة فعالة لإعادة التوازن العقدي عند حدوث ظروف غير متوقعة تؤدي إلى إختلال التوازن بين التزامات اطراف العقد، كإنخفاض سعر العملة، أو إرتفاع كبير في أسعار المواد الأولية، أوحدوث تعديلات تشريعية، كصدور قانون يمنع الإستيراد أو التصدير أو خروج العملة الصعبة ، فعندئذ يصبح تنفيذ الإلتزامات التعاقدية مرهقا، إن لم يكن مستحيلا، ويجعل المدين في موقف حرج ويلحق به أضرارا فادحة لا يستطيع

إحتمالها. فهنا تعتبر المفاوضات الأساس لتصويب مسار العقد بتخفيف الضرر عمن لحقه . حفاظا على الصلة والتعاون المستمر بين أطرافه[١٠].

ويتم التفاوض في العادة بين طرفين، وقد يتسع نطاقه ليشمل أكثر من ذلك نظرا لتشابك المصالح وتعارضها بين الأطراف المتفاوضة. وأطراف التفاوض يمكن تقسيمها إلى أطراف مباشرة، وهي الأطراف التي تجلس فعلا إلى مائدة المفاوضات وتباشر عملية التفاوض. وإلى أطراف غير مباشرة وهي الأطراف التي تشكل قوى ضاغطة لاعتبارات المصلحة أو التي لها علاقة قريبة أو بعيدة بعملية التفاوض.

رابعا :مراحل التفاوض: عقد التفاوض يمر بثلاث مراحل عملية يتعين القيام بها والسير على هداها وهي تمثل سلسلة منطقية تتم كل منها بهدف تقديم نتائج محددة تستخدم في إعداد وتنفيذ المرحلة التالية[١١]. وإن كل مرحلة تبنى على ما تم الحصول عليه من ناتج المرحلة السابقة وما تم تحقيقه بالتفاوض عليه واكتسابه خلال المرحلة الحالية ذاتها قبل الانتقال إلى التعاقد النهائي وهذه المراحل هي :

١- مرحلة انعقاد التفاوض: وهى المرحلة التي يعبر فيها الأطراف عن رغبتهم المتبادلة في الدخول في التفاوض بشأن عقد يراد إبرامه بأن يقوم طرف بتوجيه إيجاب بالدخول في المفاوضات للطرف الآخر ويقبل الطرف الآخر ذلك فينعقد ما يسمى بعقد التفاوض وقد يسبق انعقاد عقد التفاوض تفاوض آخر ، فهنا يتم تحديد وتشخيص محل المفاوضات ،وهي أولى خطوات مرحلة المفاوضات حيث يتعين معرفة وتحديد وتشخيص العقد المتفاوض بشأنه ومعرفة كافة عناصره وعوامله المتغيرة. وتحديد كل طرف من أطراف التعاقد والذين سيتم التفاوض معهم.

٢-مرحلة سير المفاوضات: وهى المرحلة التي تعتبر أساس عقد التفاوض ويتم فيها تبادل الاقتراحات والحوارات والمناقشات والدراسات الفنية والقانونية. كما يتم تحديد موقف كل طرف من أطراف التفاوض بدقة ومعرفة ماذا يريد من التفاوض من خلال عرض وجهات النظر في إطار الخطوط العريضة لعملية التفاوض وفي الوقت نفسه دراسة الخيارات المعروضة والانتقاء التفضيلي بينها.ويتم كذلك استخدام كافة العوامل المؤثرة على الطرف الآخر لإجباره على اتخاذ موقف معين يتطلبه الوصول إلى الاتفاق النهائي بشان العقد[١٢].

ويعتبر الحوار من وسائل الاتصال الفعالة في هذه المرحلة، ولأن الخلاف صفة بشرية فإن الحوار من شأنه تقريب النفوس وترويضها ، ويتطلب الحوار مهارات معينة، كما ان له قواعد إجرائية وآداب تحكم سيره، وترسم له الأطر التي من شأنها تحقيق الأهداف المرجوة حتى الوصول الى ابرام العقد بشكل نهائي .فالحوار من أحسن الوسائل الموصلة إلى الإقناع وتغيير

الاتجاه الذي قد يدفع بالنتيجة الى التعاقد النهائي ،و يمكن أن يكون الحوار مفيداً من خلال فهم موضوع التعاقد، والمحافظة عليه أثناء الحوار إذ أنّ من شأن ذلك حفظ الوقت والجهد وتعزيز احترام الطرف الآخر.كما ان التهيؤ النفسي والعقلي والاستعداد لحسن العرض وضبط النفس، والاستماع والإصغاء والتواضع، وتقبّل الآخر،وعدم تحقيره،وتحري العدل والصدق والأمانة والموضوعية في الطرح مع إظهار اللباقة والهدوء، وحضور البديهة ، ودماثة الأخلاق، والمبادرة إلى قبول الحق عند قيام الدليل من المحاور الآخر تعتبر من اهم عوامل نجاح المفاوضات[١٣].

٣- مرحلة انتهاء المفاوضات: وتنتهي المفاوضات إما بنجاحها وانعقاد العقد الذي يتم التفاوض عليه أو فشل المفاوضات وصرف النظر عن انعقاد العقد المراد إبرامه. اذ لا قيمة لأي اتفاق من الناحية القانونية إذا لم يتم توقيعه في شكل اتفاق موقع وملزم للطرفين المتفاوضين. ويجب الاهتمام بأن يكون الاتفاق شاملا وتفصيليا يحتوي على كل الجوانب وتراعي فيه اعتبارات الشكل والمضمون اضافة الى جودة وصحة ودقة اختيار الألفاظ والتعبيرات حتى لا تنشأ أي عقبات أثناء التنفيذ الفعلي للاتفاق التفاوضي.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للتفاوض

يميز الفقهاء[١٤]عند بحثهم للطبيعة القانونية للمفاوضاتبين المفاوضات غير المصحوبة باتفاق صريح فيعدونها من قبيل الوقائع المادية[١٥]، وبين تلك المصحوبة بمثل هذا الاتفاق فيعتبرونها ذات طبيعة عقدية [١٦] .

اولا : المفاوضات باعتبارها وقائع مادية :

يميل جانب من الفقه القانوني المعاصر الى اعتبار المفاوضات التي تتم دون أن يكون هناك اتفاق صريح بشأنها، وهي الصورة الغالبة في العمل، مجرد واقعة مادية ، ومن ثم فهي غير ملزمة ولا يترتب عليها اي اثر قانوني[١٧] فهي تعتبر في نظرهم ذات طبيعة مادية لعدم وجود تنظيم اتفاقي لعملية التفاوض بين الاطراف، اضافة لعدم وجود نص قانوني ينظم العلاقة بين طرفي التفاوض[١٨] .

وفي الحقيقة ان اضفاء صفة الطبيعة المادية للمفاوضات امر لا يمكن لنا التسليم به لمجافاته للمفهوم القانوني الصحيح للتفاوض. وذلك بالاستناد للاسباب التالية:

١-التفاوض لايتم صدفة وانما بالاتفاق بين المتفاوضين ، فبمجرد دخول الطرفين في التفاوض يكونا قد تجاوزا مرحلة اللقاءات التي تتم عادة بالمصادفة، والتي تحكمها قواعد المسؤولية

التقصيرية. ومن غير المعقول أن يكون الطرفان قد وجدا نفسيهما يتفاوضان فجأة وبدون اتفاق.

٢-عملية التفاوض تصرف ثنائي يتم من جانبين فأكثر وليس من جانب واحد . فالتفاوض على العقد لا يتحقق إلا بحدوث نوع من الاتصال بين شخصين أو أكثر . والمتفاوضان يهدفان من ورائه إلى إحداث أثر قانوني معين، وهو الوصول لمرحلة تمهد للعقد المزمع إبرامه، فهما إذا ليسا من الغير.

٣- التفاوض على العقد تصرف إرادي لا يتم إلا بتوافق إرادتين، وليس فيه إجبار أو إكراه[١٩]. كما ان اطراف التفاوض يلتزمان بالتزامات حقيقية، وليست واجبات إنسانية عامة بمنأى عن أحكام القانون ، فمن المسلم به أنه بمجرد الدخول في التفاوض، يقع على عاتق الطرفين التزامات معينة، لعل أهمها : الالتزام بمبدأ التفاوض بحسن نية ومقتضياته، وهذه التزامات يترتب على مخالفتها مسؤولية عقدية.

٤-**ان** القول باعتبار التفاوض عمل مادي غير ملزم ، يؤدي الى نتائج عملية غير مستساغة، تتمثل في:

أ- قيام المسؤولية التقصيرية على العدول عن التفاوض، إذا ما اقترن ذلك العدول بخطأ مستقل عنه، وهذا ما لا يمكن لنا التسليم به على إطلاقه، فقد تترتب المسؤولية عن العدول حتى ولو لم يقترن بخطأ، وهو ما يحدث حينما تقطع المفاوضات في اللحظة الأخيرة وبدون مبرر، فمجرد العدول في هذه الحالة يمثل الخطأ بعينه، مما يبرر قيام المسؤولية رغم أنه لم يقترن بخطأ[٢٠].

ب- أن المسؤولية التقصيرية سوف لا تقوم إلا إذا تم إثبات الخطأ التقصيري، وهذا يعني أن الطرف المتضرر من قطع المفاوضات، يقع على كاهله إقامة الدليل على الخطا التقصيري الذي ارتكبه الطرف الذي عدل عن المفاوضات مصاحب لعدوله ومستقل عنه، ولا يخفى ما في ذلك من مشقة وارهاق.وبالاستناد لماتقدم فإن حصر المسؤولية في مرحلة التفاوض في إطار المسؤولية التقصيرية فحسب، من شأنه أن يشجع على العبث في المفاوضات وعدم الاكتراث للالتزام بالاستمرار فيها. مما يتسبب في ضياع حقوق المتفاوض المضرور، بينما قواعد المسؤولية العقدية، تسهل عليه إثبات الخطأ، وتمكنه أيضا من الحصول على التعويض العادل وبطريقة ميسورة.

جـ- ان تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في مجال التفاوض من شأنه أن ينفر من المفاوضات، لأن المسؤولية في مرحلة التفاوض على العقد تكون جسيمة ، وبذلك فأن المسئول عن قطع المفاوضات سيكون ملتزما دائما بتعويض المضرور عن كل ما أصابه من ضرر مباشر، متوقعا كان ذلك الضرر أو غير متوقع وهذه نتيجة غريبة، يتحتم أن لا نسلم بها [٢١].

د- ان حصر المسؤولية في مرحلة التفاوض في إطار المسؤولية التقصيرية، يؤدي الى ان المتفاوض يسأل حتى ولو كان ناقص الأهلية، وهذا ما لا يمكن التسليم به، وهو ما يكفي لدحض الطبيعة المادية للتفاوض[٢٢].

ثانيا : المفاوضات باعتبارها ذات طبيعة عقدية

يميل جانب اخر من الفقه القانوني المعاصر الى اعتبار المفاوضات التي تكون مصحوبة باتفاق صريح على التفاوض ذات طبيعة عقدية ، ويقصد بها تلك المفاوضات التي تتم بموجب اتفاق سابق وصريح من الطرفين، وغالبا ما يكون هذا الاتفاق مكتوبا ويحمل في ثناياه تنظيما للعلاقة بين طرفي التفاوض، من حيث الحقوق والالتزامات. وإذا ما جاءت المفاوضات بمثل هذا الاتفاق التفاوضي الصريح، فيتحول التفاوض من مجرد عمل مادي غير ملزم لا يرتب أي أثر قانوني، إلى تصرف قانوني ملزم يرتب آثارا قانونية على عاتق طرفيه. ومن ثم تتحول المسؤولية بشأنه من تقصيرية إلى عقدية.

ففي مثل هذه الحالة يؤكد اطراف التفاوض على أن مفاوضاتهما تتم بموجب اتفاق سابق بينهما، ويستوي في نظرنا أن يكون هذا الاتفاق قد جاء صريحا أم ضمنيا وفقا للقواعد العامة، لأنه بطبيعته اتفاق رضائي. فقد أصبح التراضي وحده، أي توافق الإرادتين، هو قوام العقد، حيث يكفي قانونا لقيام العقد، كقاعدة عامة، أن يتبادل الطرفان التعبير عن إيجاب وقبول متطابقين، حتى ولو جاء هذا التعبير ضمنيا.فمتى ما وجد تفاوض على العقد، فان هناك اتفاق يستشف بين الطرفين على الرغبة في التفاوض، حتى ولو لم يكن ذلك الاتفاق صريحا. وإن هذا الاتفاق هو الذي يحكم العلاقة بينهم، كما وإنه يلزمهم بالتفاوض بحسن نية دون أن يلزمهم بإبرام العقد النهائي محل المفاوضة، وبذلك يكفل هذا الاتفاق للطرفين الحرية في العدول والأمان في المفاوضات[٢٣].فحتى لو لم يوجد أتفاق صريح بين الأطراف على التفاوض، فأن القانون ذاته يلزم كل مفاوض الاستمرار في المفاوضات [٢٤] ، ومن ثم فأننا نتفق في أن المفاوضات ذات طبيعة عقدية ،وليست مجرد أعمال مادية، لأنها تتمخض عن تصرف قانوني ينشأ بين المتفاوضين يعد مصدر الالتزامات الناشئة في فترة المفاوضات، ويتمثل هذا التصرف القانوني بعقد يعرف بشكل رئيس بعقد التفاوض وهو عقد مستقل عن العقد النهائي ولا يلزم المتفاوضين بإبرام العقد النهائي. وبذلك تكون المسؤولية المترتبة من الإخلال بهذه الالتزامات مسؤولية عقدية.ويرى اصحاب هذا الراي ان اعتبار المفاوضات مجرد عمل مادي غير ملزم هي فكرة لا يمكن قبولها لانها تتنافى مع المفهوم السليم للمفاوضات وتصطدم بالمنطق القانوني السليم،

ولذلك فان من الصواب اعتبار المفاوضات دائماً ذات طبيعة عقدية[٢٥] .

ويستند هذا الراي إلى مجموعة من الحقائق والمعطيات التي تعزز رايهم وكما يأتي:

١ .أن المفاوضات هي نشاط ثنائي الجانب تقوم على الاتصال والتفاعل ولا يتحقق ذلك إلا من خلال أتفاق سابق، فالتفاوض على العقد لا يمكن أن يحدث بالصدفة بل لابد من وجود أتفاق على التفاوض يبرم بين الطرفين ويتفاوضا على أساسه لاجل أبرام العقد النهائي، كما واتجهت إرادة الطرفين إلى تحديد مكان و زمان التفاوض والمسائل والنقاط التي سوف تتم دراستها ومناقشتها والتشاور حولها ولا يمكن أن تكون كل هذه الأمور مجرد عمل مادي لأن العمل المادي يحدث فجأة عن طريق الصدفة ودون سابق علم من الطرفين، بل حتى دون أن يعرف أحدهما الأخر.

٢ .المتفاوضان يسعيان من خلال التفاوض إلى أحداث أثر قانوني، فالمفاوضات ليست وسيلة للعبث وإضاعة الوقت بل هي وسيلة فاعلة لإبرام العقد النهائي [٢٦] ،وفي مجال كيفية أبرام عقد التفاوض بطريقة ضمنية يمكن أن نستند إلى نص المادة(٧٩) من القانون المدني العراقي التي أجازت أن يتم التعبير عن الإيجاب والقبول بطريقة ضمنية [٢٧] ومن ثم فأن المتفاوض بعرضه التفاوض على الطرف الآخر يعتبر موجباً لعقد التفاوض، أما الشخص الموجه أليه العرض بالتفاوض فأنه سيعتبر قابلاً بطريقة ضمنية بمجرد دخوله في تفاصيل التفاوض، ومن ثم يعتبر أن عقد التفاوض قد تم إبرامه مابين الطرفين.

٣ .أن الطرفين المتفاوضين ليسا من الغير[٢٨] إذ تنشأ في المفاوضات علاقة تعاقدية بين الطرفين تتمثل بالاتفاق الذي يبرمانه للدخول في المفاوضات ولتنظيم سير عملية التفاوض، وهذا يعني إن كليهما صار دائناً ومديناً تجاه الآخر.

ونحن نرى ان التمييز بين المفاوضات بالاستناد الى كونها مصحوبة باتفاق صريح، او غير مصحوبة بمثل هذا الاتفاق، يفتقر لأساس قانوني يقوم عليه، فهو تحكمي، و من شأنه أن يوجد ازدواجية في المعيار دون مبرر. فكيف يتسنى لنا أن نجعل من التفاوض مرة عمل قانوني ملزم، ومرة أخرى نجعله عمل مادي غير ملزم، لمجرد أن الأطراف لم يصرحا باتفاقهما على التفاوض، مع أنهما يتفاوضان فعلا، والتفاوض في الحالتين هو ذات التفاوض، ولايوجد دليل على تصريحهم في التفاوض اكثر تعبيرا من أنهما يتفاوضان فعلا.والعدل والمنطق يقضيان ويؤكدان، بضرورة توحيد طبيعة التفاوض، في طبيعة واحدة، كي تحكمها قواعد قانونية واحدة، دون تمييز بين صورة وأخرى [٢٩].

والحقيقة أنه بمجرد توافق الإرادتين على الدخول في عملية التفاوض، يكون الطرفان قد عقدا

فيما بينهما عقدا دون أن يصرحا بذلك أحيانا، وهذا العقد هو الذي يحكم العلاقة بينهما سواء أثناء التفاوض أو عند فشله، الأمر الذي يجعل عملية التفاوض وما قد ينشأ عنها من مسؤولية ذات طبيعة عقدية.

المبحث الثاني

الالتزامات المترتبة عن المفاوضات الممهدة للعقد

المفاوضات الممهدة للتعاقد لا تخرج في حقيقتها عن أنها عقد أقرب لاعتبارها تصرفاً قانونياً إرادياً يبتغى طرفاه ترتيب أثر قانوني منه . وقد نظمت غالبية القوانين الوضعية المعاصرة العقود المتداولة وتجاهلت عقد المفاوضة ونعتقد أن السبب في ذلك أن أهمية عقد التفاوض قد ظهرت مؤخراً فهو من العقود الحديثة غير المسماة. اضف الى ذلك أن غالبية التشريعات لا تنص صراحة على التزامات معينة في مرحلة المفاوضات ولكن غالباً ما تتضمن نصاً عاماً يقرر مبدأ حسن النية في المعاملات كمبدأ قانوني عام بحيث يمكن الاستناد إليه في مرحلة المفاوضات الممهدة للعقد(٣٠) .

إن اثبات الطبيعة العقدية للمفاوضات يترتب عليه اثرين مهمين ، يتمثل اولهما في ترتيب التزامات تقع على عاتق أطراف التفاوض تجد مصدرها في اتفاق التفاوض ، وهذه الالتزامات المفروضة على أطراف التفاوض منها التزامات على أحد الأطرف في مواجهة الطرف الآخر ومجموعة أخرى من الالتزامات يلتزم بها أطراف التفاوض التزاماً عاماً ،وسنوضح هذه الالتزامات في المطالب الاتية:

المطلب الاول

الالتزام بضرورة البدء في المفاوضات والاستمرار فيها

أن المفاوضات، لم تعد مجرد عمل مادي يتم من خلاله تبادل وجهات النظر، وإنما تحولت إلى مرحلة مهمة لها نظامهاالقانوني، ويتقرر فيها وجود العقد ومصيره. وينشا عن اتفاق التفاوض التزام يقع على عاتق طرفيه يتمثل بضرورة البدء في المفاوضات والاستمرار فيها وهو التزام بتحقيق نتيجة(٣١)، وهو أول و أهم التزام يتحمله كل طرف في مرحلة التفاوض .فحتى تسير المفاوضات ويصل المتعاقدين إلى مرحلة انعقاد العقد المراد إبرامه لابد أن يلتزم أطراف التفاوض ببدء التفاوض ، ونعني بذلك المبادرة من احد الطرفين او كلاهما باتخاذ الإجراءات اللازمة لفتح عملية التفاوض من خلال توجيه الدعوة إلى الطرف الآخر وتوجيه المقترحات حول المسائل والنقاط محل التفاوض وتقديم الدراسات وتبادل البيانات التي يعتمد عليها إيضاح كافة الاستفسارات حول موضوع التفاوض، ويتم ذلك من خلال اتخاذ الإجراءات اللازمة لفتح عملية التفاوض، في المكان والزمان المتفق عليه، فإن لم يتفقا على المدة، التزم الطرفان بالبدء فيها

خلال مدة معقولة. ويمكن أن يقوم أطراف التفاوض بالتفاوض على بدء التفاوض وفى هذه الحالة يمكن أن نطلق عليه التفاوض على التفاوض أي يتفاوض الأطراف على كيفية بدء التفاوض وكيفية السير فيها وإنهائها، كما يتوجب على المتفاوضين الاستمرار في المفاوضات ومتابعتها وإلا أصبح الالتزام الأول خال من المضمون، فهو الذي يجعل الالتزام ببدء المفاوضات ذو معنى[٣٢]، حيث يلتزم الأطراف بمقتضى هذا الاتفاق بمناقشة شروط العقد الذي تجري المفاوضة بشأنه، بهدف التوصل إلى العقد النهائي. فهذا الالتزام يشتمل على عنصرين ، الاول مادي ويقصد به القيام بكافة الاعمال المادية التي تتطلبها عملية التفاوض ، كالخطابات والمراسلات والاجتماعات بين الاطراف . والثاني معنوي أو نفسي ويقصد به ان يتحلى كل طرف من الاطراف المتفاوضة بحسن النية والنزاهة والامانة طيلة فترة المفاوضات ، وهذه الالتزامات تمثل حجر الزاوية في مرحلة التفاوض. فكما يلزم الأطراف ببدء التفاوض فانهم كذلك ملزمون بالاستمرار فيها والالتزام بالقيام بذلك بحسن نية ويطلق البعض على ذلك مصطلح العقد المبدئي[٣٣]. والالتزام بالاستمرار في التفاوض هو في الأصل التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة لأنه ليس من الضرورة التوصل إلى إبرام عقد ، ولكن قد يكون هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة إذا اتجهت نية الأطراف إلى اعتبار العقد النهائي منعقد حتى ولو لم يصل طرفا التفاوض إلى اتفاق بشأنه[٣٤] .

والالتزام ببدء المفاوضات والاستمرار فيها يجب أن تحيطه بعض الضمانات حيث يتطلع كل طرف،خلال فترة التفاوض، إلى استبقاء حريته في عدم التعاقد حتى لحظة الاتفاق النهائي، وكذلك ضمان احترام ما تم التفاوض بشأنه من عناصر العقد المراد إبرامه، وبعبارة أخرى، فأن كل طرف يسعى إلى المحافظة أطول فترة ممكنة –على حريته التعاقدية، أخذاً في الحسبان أن الطرف الآخر يدين له بضمان استقرار شروط العقد التي يتم التفاوض بشأنها.و تسمى هذه الضمانات بضمانات البدء في التفاوض والاستمرار فيها حتى يلتزم الأطراف به وألا يفرغ هذا الالتزام من القوة التي تجبر الأطراف على الالتزام به[٣٥] ، ومن هذه الضمانات ما يلي :

١- تعهد كتابي سابق من كل طرف إلى الطرف الآخر ببدء التفاوض والسير فيها .

٢-التزام كل طرف من الأطراف بدفع مبلغ من المال للطرف الآخر لضمان التزامه بالسلوك الصحيح في مرحلة المفاوضات ولا سيما الالتزام ببدء التفاوض والاستمرار فيها ، وفى حالة انعقاد العقد تحسب الأموال المدفوعة من ثمن العقد وفى حالة فشل المفاوضات ترد الأموال وإذا اخل بالتزاماته لا ترد أمواله إليه وهذه الضمانة لها مساوئ كثيرة لأنها تعطى سلطة للبائع على المشتري عند رد المبالغ المقدمة منه.

المطلب الثاني

الالتزام بحسن النية في التفاوض

أن دراسة مرحلة التفاوض أصبحت على قدر كبير من الأهمية سواء من حيث مضمونها التقليدي الذي كان يسوده مبدأ حرية التعاقد أم من حيث تطورها عندما أنحسر هذا المبدأ لمصلحة مبدأ آخر هو مبدأ حسن النية الذي لم يعد مبدأ يفرضه القانون بمناسبة تنفيذ العقد فحسب وإنما أصبح أيضاً مبدأ تفرضه العدالة قبل القانون في نطاق تكوين العقد ، فمبدأ حسن النية يؤدي الى استقرار المعاملات والعدل وكذلك عدم مخالفة النظام العام والآداب[٣٦].

ويعتبر الالتزام بالتفاوض بحسن نية من أهم الالتزامات الناشئة عن الدخول في عملية التفاوض باعتبارها عقدا فيه التزام تبادلي ، ففيه دائن ومدين ومحل يرد عليه، ويلزم المتفاوض بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل[٣٧].كما يهيمن عليه مبدأ سلطان الإرادة، والعقد شريعة المتعاقدين. إلا أن التعامل بموجب مبدأ حسن النية، قد شكل عليهما قيدا[٣٨]، فإرادة الطرفين قد اتجهت إلى إنشاء هذا الالتزام على عاتقهما ،فكل متفاوض يتوقع بدوره من الآخر حسن النية في التفاوض وإلا لما أقدم عليها ، فلو فرض أن أحدهما كان يعلم بأن الطرف الآخر لن يتفاوض معه بحسن نية لما أقدم هو بدوره على التفاوض معه.كما و يقال هذا بالنسبة لباقي الالتزامات الأخرى المتفرعة عن الالتزام بالتفاوض بحسن نية، كالالتزام بالإعلام[٣٩]، وبالتعاون، وبالمحافظة على السرية، فهي كلها التزامات حقيقية ناتجة عن التفاوض، مصدرها العقد الذي نشأ باتفاق الطرفين، وهذا الكلام يتفق مع المنطق والواقع، لأن تلك الالتزامات لم تكن قائمة في ذمة الطرفين قبل الدخول في عملية التفاوض، ولولا اتفاقهما الصريح أو الضمني على الدخول في التفاوض لما نشأت هذه الالتزامات في ذمتيهما .

ونشير إلى أنه يتعذر إيجاد تعريف عام وموحد لفكرة حسن النية، حيث أن هذه الفكرة لا تتضمن معنى واحد، بل تدخل حيز القانون بمعنيين مختلفين، أحدهما شخصي والأخر موضوعي، تدور حولهما سائر التطبيقات القانونية لهذه الفكرة.فالقانون يأخذ بالمفهوم الشخصي لهذه الفكرة عندما يعتد بحسن النية باعتباره حالة نفسية أو ذهنية تتمثل في الجهل بواقعة أو ظرف ما، أو هي الاعتقاد الخطأ أو المغلوط الذي يتولد في ذهن شخص ما [٤٠] وبهذا المفهوم فأن فكرة حسن النية تبدو فكرة شخصية أو ذاتية تتسم بطابع سلبي محض، ويجري تعريفها على هذا النحو باعتبارها نوعاً من الجهل أو عدم العلم .

أما المفهوم الأخر فهو المفهوم المعتمد في مجال الإرادة التعاقدية ، وهو المفهوم الموضوعي لفكرة حسن النية باعتبارها قاعدة للسلوك ، فهو يراها فكرة أخلاقية خالصة، تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في معاملاتهم، وبهذا المعنى فحسن النية ضابط أخلاقي للسلوك يجري تقديره على نحو موضوعي ومجرد، وفقاً للسلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة في المجتمع[٤١].

أن مبدأ حسن النية بمعناه المتقدم يفرض بمقتضى نص قانوني صريح[٤٢]، أما بالنسبة إلى مرحلة المفاوضات الممهدة للعقد فغالباً لا يوجد نص خاص يفرض صراحة حسن النية في العلاقات بين الأطراف في هذه المرحلة.ولما كان هذا المبدأ يتسم بطابع أخلاقي مفرط، كما تبدو حدوده غامضة للغاية عند ترتيب أثاره ، لذا فأن ضرورات الصياغة القانونية تقتضي إعطاءه مضموناً أكثر تحديداً، فلا يمكن لفكرة حسن النية أن تؤتي أثرها الأخلاقي في مجال الروابط قبل التعاقدية إلا من خلال قواعد ومفاهيم واضحة ومحددة [٤٣]،عليه فأن على المشرع العراقي أن يفرض الأخذ بمبدأ حسن النية بوصفه قاعدة للسلوك، وعلى الأطراف المتفاوضة أن تراعيه عند التفاوض، ومن ثم سيجد المتفاوضون سندا في محاسبة من يخالف الالتزامات التي يفرضها حسن النية عند التفاوض .وعليه نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة(١٥٠) من القانون المدني العراقي لتكون على النحو الآتي: ١- يجب الالتزام بما يفرضه مبدأ حسن النية من التزامات في مرحلة المفاوضات الممهدة للعقد ٢-يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ٣ -ولا يقتصر العقد على ألزام المتعاقد.

وعليه يتوجب احترام مبدأ حسن النية والالتزام بمقتضياته[٤٤] بحيث يلتزم الأطراف بالتفاوض بالطريقة التي تحتمها الأمانة والشرف والنزاهة في التعامل، فطالما كان هناك اتفاق على التفاوض، فإن هذا الاتفاق يجب تنفيذه بحسن نية من قبل الطرفين طوال مراحل التفاوض المختلفة، أي منذ بدايتها وأثنائها وحتى نهايتها. والالتزام بالتفاوض بحسن نية يجد مصدره المباشر في اتفاق التفاوض، فهو ليس التزاما قانونيا مباشرا وانما هو التزام إرادي، يفرضه الاتفاق الذي تم بين أطرافه ، ولذا فإن المتفاوض يسأل عند الإخلال به مسؤولية عقدية [٤٥]. وبذلك نتفادى الجدل الذي أثير حول الأساس القانوني للالتزام بالتفاوض بحسن نية، والذي مرجعه خلو التشريعات الوطنية لأي نص ينظم مرحلة المفاوضات.

والالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، بحيث يلزم كل طرف بإتباع المسلك المألوف والمعتاد، بعيدا عن الغش والخداع، وما يعرف من كتمان تدليسي،

ومناورات تفاوضية، ومفاوضات إعاقة وتجسس، تتنافى مع ما يقضي به هذا المبدأ[٤٦]. فمن دلائل إنتفاء حسن النية عند بدء المفاوضات، الدخول فيها من جانب أحد الأطراف دون أن تكون لديه النية الحقيقية والرغبة الجادة في التعاقد ،او طرح أفكار غامضة تشتت فكر الطرف الآخر، كما يعتبر السكوت التدليسي عن الإدلاء بمعلومات تؤثر في الوصول إلى إتفاق ، والتسويف وإطالة أمد التفاوض مع العلم بصعوبة الوصول إلى إتفاق، أو بث الأمل في نفس الطرف الآخر في الوصول الى اتفاق نهائي مع أنه قد إتخذ قرارا بقطع المفاوضات ، وكذلك عدم إحترام الوقت المحدد لكل مرحلة من مراحل التفاوض، أو العدول عن الإيجاب أو العرض بعد قبوله من الطرف الآخر وإثارة عقبات كرفع الثمن أو السعر بطريقة جائرة تدفع الطرف الآخر إلى إنسحاب في وقت كانت فيه المفاوضات على وشك الإفضاء إلى إبرام العقد النهائي، كما ان السلوك الإستفزازي والإستعلاء بإشعار الطرف الآخر أنه داخل في مفاوضات غير متكافئة مما يصيبه بالإحباط الشديد و يدفعه إلى الإنسحاب من المفاوضات وإنهائها قبل مدته من علامات إنتقاء حسن النية أثناء سير المفاوضات[٤٧].

المطلب الثالث

الالتزام بالتعاون وتقديم المعلومات

لكي يتحقق الوفاء الكامل بالإلتزام الأساسي الناشئ عن عقد التفاوض، يلزم توفر تعهد الأطراف بالتعاون البناء والمثمر بينهما حتى تتحقق الغاية من المفاوضات والمتمثلة بابرام العقد النهائي . ويعتبر واجب التعاون شكلاً من اشكال حسن النية في ابرام العقود التي ترفض استئثار أحد طرفي العقد بالفائدة على حساب الآخر . بل يجب ان يتعاون الطرفان سوياً للوصول الى افضل اتفاق بينهما .

وعادة لا يتم النص الصريح، كتابة أو شفاهة، على الإلتزام بالتعاون والمساعدة المتبادلة، بل يفترض وجوده ضمنا، ويتجسد الإلتزام بالتعاون في تحديد مواعيد لجلسات التفاوض ، واحترام المواعيد المقررة ، اضافة الى تحديد اماكن للتفاوض يكون يسيراً على المتعاقدين الوصول اليها و ابداء المرونة الممكنة وعدم التصلب والالتزام بالجدية والاعتدال في مناقشة العروض وعدم رفضها دون مبرر اثناء الاجتماعات والنقاشات وتقديم العروض .كما انه لابد من المبادرة الى تقديم كافة الوثائق والمستندات اللازمة الى الطرف الآخر ، وعدم الامتناع عن ذلك دون مبرر مشروع ومواصلة التفاوض والاستمرار فيه لحين نجاح المفاوضات والتوصل الى صياغة بنود

جديدة للعقد ، او اعلان انهاء المفاوضات بسبب عدم قدرة الطرفين على التوصل الى اتفاق جديد. وعلى كل حال، فإن الإلتزام بالتعاون لا يعدو أن يكون تطبيقا من تطبيقات مبدأ حسن النية في مفاوضات العقود ، وبالتالي فهو التزام عقدي ببذل عناية يفترض وجوده، ولا يلزم النص عليه صراحة، والإخلال به يستوجب المسؤولية العقدية. ويظل الالتزام بالتعاون قائماً طوال مرحلة التفاوض بغية الوصول إلى النتيجة المرجوة، ولا تندرج صور التعاون تحت حصر، فكل ما يحتاجه سير العملية التفاوضية فهو لازم[٤٨] .

ولعل أهم تطبيق للإلتزام بالتعاون، إن لم يكن التزاما مستقلا، نذكر الإلتزام بالإعلام أو الأخبار، فمن شروط مبدأ حسن النية في تكوين العقد أن يلزم المتعاقدان في مرحلة المفاوضات العقدية بعدم كتمان المعلومات الضرورية للتعاقد وذلك لحماية الرضا من عيوب الإرادة، إذ على كل متعاقد أن يحرص على صدور رضا مستنير بالعقد [٤٩]. ومرجع ذلك أن هذا العقد قد يقبل أحد أطرافه على إبرامه، وهو ليس على قدم المساواة مع الطرف الآخر، إما بسبب عدم درايته أو خبرته بالشيء محل هذا العقد، وإما بسبب طبيعته، أو صفة المتعاقد الآخر، التي تجعله متفوقاً عليه بسبب كونه محترفاً أو محتكرا لتكنولوجيا معينة تفرض إذعان الطرف الآخر، لا برام العقد دون استعلام أو مناقشة [٥٠]، فقد يؤدي حجب بعض المعلومات عن المتفاوض إلى أن تتولد لديه ثقة غير حقيقية بالمفاوضات، أي أنه يقوم في نفسه وهم بأن المفاوضات ستنجح وتؤدي إلى إبرام العقد، في حين أن الحقيقة خلاف ذلك ، مما يؤدي إلى ضياع الوقت والجهد والمال.

والاخبار بالمعلومات من أحد طرفي التفاوض إلى الطرف الآخر يبدو حاسما لجلاء الرؤية والتفكير، وإتخاذ القرار الملائم بناء على رضاء مستنير حول الظروف والوقائع المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه، ويرتبط هذا الالتزام بالشفافية أي الصدق والوضوح في تقديم المعلومات ويرتكز على المصارحة والمكاشفة ، فهذه البيانات تدور حول مدى ملائمة العملية التعاقدية المقترحة من كل النواحي خاصة أذا كانت العملية المقترحة تحتاج إلى تخصص فني دقيق غير متوافر في المتفاوض ، ويجب أن تكون المعلومات المقدمة كاملة وأمينة وحقيقية. فمما يجافي العدالة أن تكون لدى أحد المتعاقدين معلومات ضرورية للطرف الآخر في العقد فلا يفضي له بها ، ومن هنا سادت الفكرة بوجود التزام بتقديم المعلومات في مرحلة المفاوضات العقدية .وتظهر لنا فائدة دراسة تلك الالتزامات في نطاق القانون العراقي من منظور عام، حيث حرص المشرع في قانوننا المدني على حماية مبدأ حسن النية وجعل من التعسف في استعمال الحق مبدءاً عاماً لحماية المركز الضعيف عندما تختل المراكز العقدية[٥١] ،ومن ثم فأن وجود التزام في مرحلة

المفاوضات العقدية بتقديم المعلومات ينسجم وحرص المشرع العراقي على حماية مبدأ حسن النية والحفاظ على التوازن العقدي.

ولعل أقرار الالتزام بالاعلان في مرحلة التفاوض امر ينسجم مع تطورات العصر الحديث حيث يسود بيع الأشياء المستعملة كالسيارات والأدوات المنزلية ويستخدم الإعلان في عرض السلع بصورة كبيرة، وهذا يستوجب وجود نظام يكون بمثابة وقاية ضد محاولة استغلال حاجة الناس بالاكتفاء بعرض الأشياء والوقوف على الحياد دون تزويد المشتري بالمعلومات الخاصة بالشيء على النحو الذي يتمكن به من العلم فيما إذا كان هذا الشيء يلبي حاجته في التعاقد أم لا . كما أن اقرار هذا الالتزام يتيح للشخص الفرصة في الحصول على التعويض أذا لحقه ضرر نتيجة عدم بذل من يتفاوض معه العناية اللازمة في تزويده بالمعلومات الضرورية لإبرام العقد،سواء في قطع المفاوضات العقدية لعدم حصوله على تلك المعلومات أم أبرم العقد دون أن يصدر منه رضا مستنير بالتعاقد[٥٢].

ويسمى الالتزام بالاعلام ايضاً بالالتزام بالأخبار أو الالتزام بالتبصير ، أوالالتزام بالأفصاح ، وذلك حتى يكون كل منهما على علم ودراية بكل ما يطرأ على العقد من تغير ويتمكن من تقديم العروض الملائمة بغية التوصل الى اتفاق جديد .ويتم الاعلام في الواقع بطرق متعددة ، فقد يتم بالأخبار المباشر للطرف الآخر بكل ما يعلمه المتفاوض من حقائق ووقائع ومعلومات[٥٣]، وقد يتم ذلك بتقديم بيانات مكتوبة ، وهذا ما يسمى بالأعلام المحض، وقد يتخذ الالتزام بالاعلام صورة تحذير وتنبيه الطرف الآخر بوجود مجموعة مخاطر مادية وقانونية ، وذلك حتى يضعها هذا الأخير في حساباته أثناء التفاوض ، وتسمى هذه الصورة الخاصة من الالتزام بالأعلام بالتحذير، كما قد يتجلى الالتزام بالأعلام في صورة تقديم النصح والمشورة والارشاد الى الطرف الآخر في مسائل معينة يكون احد الطرفين ذي خبرة فيها نتيجة ابرامه صفقات أخرى سابقة مماثلة أو نتيجة احترافه المهني ، ويسمى عندئذ بالألتزام بالنصيحة .

واختلف الفقه حول طبيعة هذا الالتزام [٥٤] فذهب بعضهم الى اعتباره التزاماً بتحقيق نتيجة هي احاطة الطرف الآخر علماً بكل الحقائق والوقائع والاحداث والمعلومات المتعلقة بالعقد ، لذلك ، يعد المدين مخلاً بهذا الالتزام متى امتنع عن ذلك دون مبرر مشروع ، بينما اعتبره القسم الاخر التزاما عقديا ببذل عناية، وفق ما يذهب إليه الرأي الراجح في الفقه، ويؤيده القضاء. فالمدين يلتزم باعلام وتزويد الدائن بكافة البيانات التي تؤدي لتمكنه من معرفة الشيء محل المفاوضة، من حيث استخدامه، والخطورة الكامنة فيه، إلا أنه لا يضمن تحقيق النتيجة المرجوة منه ، وهذا

الالتزام يفترض وجوده دون حاجة للنص عليه في العقد . كما وإن الإخلال به يستوجب المسؤولية العقدية.

ونشير إلى أن هذا الالتزام ليس بالتزام مطلق في مضمونه، بل يقتصر على حد معين من المعلومات المتصلة بالعقد التي تكون مؤثرة في رضا المتعاقد الأخر الذي يجهل هذه المعلومات جهلا مشروعا ولا يملك وسائل للاستعلام عنها من جانبه [٥٥] ،كما يقيد هذا الالتزام في الحالات التي يكون فيها المدين به ملزماً بعدم إفشاء المعلومات والبيانات التي تعد سرية استناداً إلى حكم قانوني أو أتفاق.

كما أن هذا الالتزام لا يخص عقداً معيناً من العقود، على الرغم من أن اهميته قد تظهر بشكل متزايد في العقود التي يولي بها المشتري ثقة كبيرة بالبائع بوصفه محترفا تتوافر لديه مقومات العلم والدراية بما يوجب على الاخير الالتزام بألاعلام عن مخاطر استخدام السلع التي يتعامل بها وتكون معقدة فنياً وذلك حماية لأمن المشتري وسلامته.

واذا كان الالتزام بالأعلام في مرحلة التفاوض يؤدي إلى حماية رضا المدين من الوقوع في أحد عيوب الرضا، لكنه لم ينشأ بالأصل لحماية الرضا، بل أن الهدف من أقراره يتمثل في مواجهة الاختلال الفادح وتحقيق قدر من التوازن بين طرفي العقد عند تحديد الحقوق والالتزامات بينهما خصوصاً إذا عرفنا بوجود حالات تعجز فيها النظريات التقليدية من تحقيق هذا التوازن[٥٦].

فالالتزام بالأعلام في المفاوضات قد يزيل صعوبة اثبات الخطا أذا أستطاع المتعاقد أن يثبت أن سبب وقوعه في الغلط هو عدم قيام المتعاقد الأخر بأعلامه بالمعلومات والبيانات الضرورية وقت إبرام العقد.ولذلك فانه من الممكن أن نتصور نشوء المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالاعلام في المفاوضات على الرغم من عدم تعيب الإرادة أصلا [٥٧]. علما انه لا يوجد في نصوص القانون المدني العراقي أي حماية للطرف المذعن في مرحلة المفاوضات الممهدة للعقد ، بل أن حماية الطرف المذعن في القانون المدني العراقي تتم من خلال منح القاضي صلاحية تعديل الشروط التعسفية في العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها، أو من خلال تفسير الغموض في العقد لمصلحة الطرف المذعن[٥٨].

المطلب الثالث

الالتزام بالمحافظة على السرية

استنادا الى مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات يلتزم الطرفان بالمحافظة على الاسرار التي يطلعان عليها اثناء التفاوض، ويعني هذا الالتزام امتناع المتفاوض الذي أطلع على المعلومات

من إفشائها للغير أو الاستفادة منها أو استغلالها لمنفعته، إذا كان ذلك يلحق الضرر بالمفاوض الأخر الذي تعلقت به هذه المعلومات [٥٩] .

ولا يقصد بالسرية أن تكون المفاوضات غير علنية تجري في طي الكتمان، فغالبا ما يحتاط لذلك أطراف التفاوض من تلقاء نفسيهما لأن لهما مصلحة مشتركة في ذلك، وانما المراد من السرية هو ما يكمن في المعرفة الحديثة ذاتها،اي السرية في المعلومات الفنية أو الهندسية أو الكيمياوية التي أتاحت المفاوضات للمتفاوض الاطلاع عليها[٦٠] ، فمن المتصور الكشف عن العديد من الأسرار من طرف للطرف الآخر، وبذلك يطلع الطرفان على مجموعة من الاسرار الخاصة بهما أثناء التفاوض، وصولا إلى إتفاق، خاصة فيما يتعلق بالقدرة المالية لكل منهما ، ومصادر الحصول على المواد الاولية واسواق تصريف الأنتاج والآلية المتبعة في ذلك ،وحجم تعاملات أحد الطرفين، وسائر الأسرار الأخرى التي تتصل بالكيان المادي، والمعنوي له.ولاشك في ان اطلاع الغير على تلك الاسرار قد يؤدي الى الحاق الضرر بالمتعاقد الآخر . كما أن قيام أحد الطرفين بأستغلال تلك الأسرار لحسابه الخاص ودون موافقة الطرف الآخر يعد اخلالاً بالالتزام بالسرية .

ويكتسب هذا الالتزام أهمية خاصة في مفاوضات عقود نقل المعرفة الفنية، ففي هذه العقود يدفع طالب المعرفة ثمناً باهظا في سبيل الحصول عليها وهو يوازن بين ما يدفعه من ثمن من أجل الحصول عليها وبين المنافع التي ستعود عليه ،فاذا ما أفشيت هذه الاسرار للغير أو أستعملها المفاوض لمنفعته، أصيب مالكها بالضرر[٦١] والأصل حسب القواعد العامة أن الشخص لا يلتزم بالمحافظة على سرية المعلومات التي علم بها، إلا إذا وجد نص قانوني أو أتفاق يلزمه بالمحافظة على سرية هذه المعلومات[٦٢] .

ولا يوجد نص في القانون المدني العراقي يلزم المتفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات التي علمها أثناء المفاوضات، إلا إذا أتفق طرفا المفاوضات على التزام كل منهما بعدم إفشاء المعلومات التي عرفها أثناء المفاوضات أو استعمالها لمصلحته ، وعادة ما يتفق طرفا التفاوض في إتفاق خاص مستقل ، أو بإدراج بند في عقد التفاوض على الإلتزام بالحفاظ على سرية المعلومات التي تم تداولها والكشف عنها خلال المفاوضات ، سواء نجحت المفاوضات وتم التوصل الى العقد النهائي أم إخفقت ، بل يقول البعض أن الالتزام بالسرية التزام عام في نطاقه وفي مدته، فهو يشمل كل الأسرار التي تم الادلاء بها قبيل واثناء المفاوضات، ويسري من وقت إذاعة تلك الأسرار فيما بين المفاوضين وحتى بعد إنتهاء المفاوضات سواء أُبرم العقد أم لم يبرم ولمدة يتفق عليها .

ويعد الالتزام بالسرية التزاماً بتحقيق نتيجة معينة ، اذ يلتزم المتعاقد بالحفاظ على سرية المعلومات وعدم افشاءها الى الغير او استعمالها لحسابه الخاص والا تحققت مسؤوليته على أساس الإخلال بالتزام عقدي، طالما وجد إتفاق على ذلك [٦٣]. لكن ما الحكم أذا لم يوجد أتفاق على أنشاء هذا الالتزام ؟ فهل يعني ذلك عدم ألزام المفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات التي عرفها ؟وللاجابة نقول أن غياب الاتفاق على هذا الالتزام لا يؤثر في وجوده، فالأساس ان مصدر الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هو مبدأ حسن النية[٦٤] . وقد يقرر قانون العقد أنه لا يلزم الإتفاق الصريح على الإلتزام بالحفاظ على سرية المعلومات، حتى يلتزم به طرفا التفاوض، بل يعتبر التزاما عقديا يفترض وجوده بغير حاجة إلى نص، مما يمكن إعتباره من مستلزمات العقد[٦٥] .

وقد يظهر لنا ان هذا الالتزام وكأنه يقع على عاتق المشتري فقط دون البائع، ولكننا نرى عكس ذلك، إذ بالإمكان مده ليشمل البائع أيضا، وليكون التزاما متقابلا. صحيح أن النصوص التشريعية لم تشر إلى ذلك الالتزام باعتباره التزاما متقابلا في مرحلة التفاوض، وإنما اعتبرته كذلك في مرحلة التعاقد، كما أن الفقه أيضا لم يشر إليه، والدليل على ذلك أن هذا الالتزام يعد تابعا للالتزام بمبدأ حسن النية ومتفرعا عنه، وبالتالي كيف يكون الالتزام بالاعلان متقابلا بينما الالتزام بالسرية ليس كذلك، كما وان ما يفضي به المشتري للبائع من معلومات لا يجب التقليل من شانها دائما، فقد تكون ذات طابع سري، ومن ثم قد تكون أيضا أجدر بالحماية مما أفضى به البائع . فالمشتري يفضي للبائع بما يكون قد أبرمه من اتفاقات سابقة تؤثر في الاتفاق الذي تجري المفاوضة بشأنه، وذلك بالقدر المستطاع الذي لا يحدث ضررا [٦٦]، ويفضي له أيضا(خاصة في مجال عقود نقل المعرفة الفنية) بالمعلومات المتاحة له والخاصة بالظروف الفنية في دولته وأهدافها في التنمية وتشريعاتها .وهذه كلها معلومات يجب الالتزام بالمحافظة على سريتها من قبل البائع. وعليه فإننا نعتبر هذا الالتزام التزاما متقابلا ومن ثم يتوجب على المشتري أن يحتاط بذات الضمانات المقترحة للبائع كي يضمن سلامة المحافظة على سرية المعلومات التي سيفضي بها للبائع[٦٧].

وقد يثور التساؤل عما يعد من المعلومات سرياً وبالتالي يلتزم الطرفان بالحفاظ عليه وعدم البوح به الى الغير دون مبرر مشروع ؟ وللاجابة نقول :أن اطراف التفاوض يقومون احياناً في المراحل الاولى لعملية التفاوض بتنظيم ذلك في اتفاق خاص، وبخلافه يمكن الرجوع الى طبيعة المعلومات في كل عقد ، والظروف المحيطة بالأطراف .وعموماً ، يمكن اعتبار المعلومات سرية اذا كان الافصاح عنها الى الغير او أستعمالها لحساب المتعاقد الخاص يؤدي الى الحاق

اضرار مادية أو معنوية بالمتعاقد الآخر ، ويدخل في نطاق الضرر المعنوي ، ما يلحق بالسمعة المالية أو التجارية من أضرار، وكذلك الاضرار النفسية التي قد تلحق بالمتعاقد نتيجة الكشف عن معلومات معينة. وبشكل عام يمكن تقسيم المعلومات الى نوعين، اولهما تتمثل في المعلومات التي أسبغ عليها صاحبها طابع السرية. اما النوع الثاني فهي المعلومات التي تكون بطبيعتها غير قابلة للنشر أو الإعلان. ويقدر قاضي الموضوع حسب ظروف كل قضية مدى كون المعلومات التي أعلنها المفاوض هي من نوع المعلومات التي يقتضي مبدأ حسن النية أن يشملها الالتزام بالمحافظة على السرية[٦٨].

المبحث الثالث

المسؤولية عن الإخلال بالإلتزام الاصلي بالتفاوض

ترتب المفاوضات على عاتق اطرافها التزامات متبادلة، يتعين إحترامها ويقع المخالف لها تحت طائلة تحمل تبعة المسؤولية.والقانون هو الذي يحدد معنى الإخلال بالإلتزام الأصلي بالتفاوض من خلال قطع المفاوضات ، ومفهوم واجب الإستمرار في التفاوض بحسن نية.وسنوضح المسؤولية المترتبة عن الاخلال بهذا الالتزام اضافة الى بيان الجزاء المترتب على ثبوت المسؤولية في المطلبين التاليين:

المطلب الاول

قطع المفاوضات العقدية

القاعدة العامة وفقا للمفهوم التقليدي، أن المفاوضات مجرد عمل مادي يقوم به كل من الطرفين وهو لا يرقى إلى مصاف التصرف القانوني وبذلك لا يترتب عليه أي أثر قانوني ، أي أن كل متفاوض يحتفظ بحريته الكاملة في قطع المفاوضات العقدية في الوقت الذي يريد ولا مسؤولية على من عدل، بل لا يكلف بإثبات أنه عدل لسبب جدي[٦٩].

وإذا كان المفهوم التقليدي لقطع المفاوضات قائماً على مبدأ حرية المتفاوض الكاملة في قطع المفاوضات أو الاستمرار فيها، فأنه مع ذلك يرى أن قطع المفاوضات وأن كان عملاً مباحاً لا يكيف خطأ استناداً إلى حرية المتفاوض في أجرائه، إلا أنه قد يقترن بخطأ يؤدي إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية.

وقد حدث تطور في موقف القضاء، فرغم انه ظل ينظر إلى المفاوضات باعتبارها وقائع مادية إلا أنه بدأ يعتبر العدول عن المفاوضات بحد ذاته خطأ تقصيرياً تقوم معه المسؤولية، أذا لم يكن منسجماً مع متطلبات حسن النية[٧٠] .الأمر الذي يجعل من مجرد قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع، وأن لم تقترن به وقائع أخرى، أخلالاً بهذا المبدأ تقوم به المسؤولية التقصيرية التي تفتح الباب أمام المتفاوض الأخر لمطالبة المتفاوض الذي قطع المفاوضات بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك.

ويرد على هذا الاتجاه انه يوجد تناقض واضح بين الحرية التامة في قطع المفاوضات وبين تطورها ، ولا يزيل هذا التناقض الاعتراف بمسؤولية المتفاوض أذا أقترن قطع المفاوضات بخطأ، لأن ذلك يعني البحث عن وجود هذا الخطأ خارج المفاوضات، ومن ثم إخضاعه للقواعد

العامة ، اي ان الخطأ وأن كان يقع بمناسبة المفاوضات، إلا أن المفاوضات ليست شرطاً لوقوعه.

كما أن فكرة اشتراط استقلال الخطأ عن العدول لا تتفق مع قواعد المسؤولية التقصيرية، لأن عنصر الخطأ فيها يقوم على أساس الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد المحاط بنفس ظروف الفاعل الخارجية، ومما لاشك فيه فأن العدول المفاجئ هو انحراف عن سلوك الرجل المعتاد مما يشكل خطأ تقصيرياً تقوم به المسؤولية التقصيرية [٧١].

اضافة الى ما تقدم فان اعتبار المسؤولية في مرحلة المفاوضات مسؤولية تقصيرية يشجع على العبث بالمفاوضات ويؤدي إلى ضياع حقوق المتفاوض المضرور في حين أن قواعد المسؤولية العقدية تسهل له أثبات الخطأ ، ومن الانتقادات الأخرى الموجهة لفكرة إضفاء الطابع المادي على المفاوضات والأخذ بقواعد المسؤولية التقصيرية في المفاوضات هو جسامة التعويض عن الضرر، بحيث يشمل وطبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية الضرر المباشر كله سواء أكان متوقعاً أم غير متوقع،وهذا من شأنه أن ينفر الناس من الدخول في المفاوضات، كما أنها نتيجة غريبة تتنافى مع المنطق السليم، وبعبارة أخرى فأن المسؤولية أثناء فترة المفاوضات وهي جزء من المرحلة السابقة على التعاقد تكون أكثر جسامة من المسؤولية في مرحلة ما بعد التعاقد حيث تنهض المسؤولية العقدية ويكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع فحسب ، فهنا تكمن الغرابة إذ كيف يكون مقدار التعويض أكبر من مرحلة لم يتم فيها العقد النهائي من مرحلة ولد فيها العقد النهائي كاملاً ورتب جميع أثاره .

وبناءً على ما سبق ذكره فأننا نتفق مع الراي القائل في أن جوهر تطور مفهوم قطع المفاوضات العقدية يكمن في أمكانية تكييف قطع المفاوضات ذاته خطأ، وذلك على أساس إخضاع المفاوضات لمبدأ حسن النية ، [٧٢] حيث يفرض مبدأ حسن النية على كل متفاوض أن يتعامل مع المتفاوض الأخر على وفق الثقة التي تتبلور في المفاوضات.ولهذا ظهر التوجه نحو اعتبار الإخلال بالثقة معياراً لتكييف قطع المفاوضات على أنه خطأ ، فحرية التعاقد يمكنها فتح الباب لمفاوضات غير جادة بسهولة مما يؤدي لإضاعة الوقت والجهد والمال دون نية حقيقية في التعاقد .وقد تفتح المجال لمفاوضات مغرضة لا تبتغي سوى الدعاية أو استطلاع السوق أو تفويت فرص للتعاقد أو التعرف على حجم نشاط الطرف الآخر وكشف أسراره، بما يسبب ضرراً تزيد جسامته كلما كانت المفاوضات تتطلب وقتاً طويلاً، وتقتضي جهدا شاقاً، و نفقات كثيرة، ، وهذه هي سمة المفاوضات في كثير من العقود الحديثة .الا ان هذا المعيار قد يؤدي إلى التوسع في تطبيق أحكام المسؤولية على النحو الذي تنعدم فيه حرية التعاقد كاملة، في حين أنه

ليس المقصود حماية المتفاوض المهمل، وإنما المحافظة على استقامة المفاوضات وجديتها لذلك كان من الضروري لاعتماد هذا المعيار أن يحاط تطبيقه بضوابط، فلا يجدر أقرار وجود الثقة وما تؤول أليه من نتائج تلقائياً، بل لابد من تحليل الوقائع للتأكد من وجود ثقة جدية ومشروعة ومعقولة بالمفاوضات نشأت عن سلوك أطراف المفاوضات ، ولما كان من متطلبات الثقة في المفاوضات العقدية أن تكون مشروعة، فأن المشروعية لابد أن تستخلص من الظروف المحيطة بوقائع المفاوضات ذاتها [٧٣] وتبعاً لمؤهلات المتضرر في قطع المفاوضات .فالإخلال بالالتزام بالإدلاء بالمعلومات (على سبيل المثال) أثناء مرحلة المفاوضات يؤدي عملياً إلى توقفها، وذلك عندما يشعر أحد المتفاوضين أن المفاوض الأخر يخفي عنه معلومات ضرورية يحتاجها لكي يتخذ قراره في ضوئها، فهنا يعتبر وقف المفاوضات مشروعاً، لأن تخلف المتعاقد الآخر عن الإدلاء بالمعلومات لا مبرر له ، وبالتالي فلا تترتب أية مسؤولية على عاتقه، وإنما تقع المسؤولية على عاتق المفاوض الذي تخلف عن الإدلاء بالمعلومات قبل التعاقد فتسبب بقطعها. وما دام قطع المفاوضات خطأ لذاته، فأن السؤال يثار أذن حول معيار تكييف هذا القطع، وفيما أذا كان هناك وصف محدد لهذا الخطأ.

الخطأ في مجال المفاوضات يتمثل في مدى وجود نية لدى المتفاوض للأضرار أم لا .اذ أن معظم التشريعات ومنها التشريع العراقي لم تعمد إلى وضع تعريف محدد للخطأ ،و تركت تعريفه إلى الفقه والقضاء باعتباره ركناً مهما من أركان المسؤولية المدنية، كما أن الفقه بدوره لم يتفق على تعريف جامع مانع للخطأ، بل أورد طائفة من التعاريف، لذا تعددت تعريفاته بصورة واسعة وفقاً للنزعات الشخصية والميول الفكرية والظروف الاجتماعية والسياسية المحيطة بهم.

وقد عرفه جانب من الفقه بأنه استغلال الثقة المشروعة ، وهذا يعني أن هناك قدراً معقولاً من الثقة يجب أن يتوافر للإنسان في نفسه وفي الآخرين لأجل أن يقدم على عمل ما .وعندما يكون الإنسان بحاجة إلى الثقة بالآخرين فانهم يكونون مسؤولين تجاهه[٧٤]، ونحن نميل الى الاتجاه القائل بانه ليس من المعقول بعد تكييف قطع المفاوضات على أنه خطأ الامتناع عن الحكم بتعويض ما ينجم عن ذلك من ضرر بحجة أن الخطأ لم يقع بنية الأضرار، لأن الغاية بصورة عامة في نطاق المسؤولية المدنية تعويض الضرر وليس العقاب.ومن ثم فأنه لا يلزم توافر نية الأضرار بالطرف الآخر لقيام المسؤولية، بل يكفي لذلك قطع المفاوضات بعد إشاعة الأمل أو الثقة في أبرام العقد [٧٥] فالشرط الجوهري أذن لتحقق مسؤولية الطرف المنسحب أن يكون قد أتى سلوكاً أثناء التفاوض يبعث الثقة عادة لدى الطرف الآخر ثم قطع المفاوضات مع اقتراب أبرام العقد، وتثبت منافاة قطع المفاوضة لمقتضيات حسن النية من خلال تحليل الظروف

والملابسات التي أحاطت به، كما لو تم القطع على سبيل الكيد دون مبالاة بالعواقب، أو تم فجأة في وقت غير ملائم وبلا مبرر معقول، أو كان مصحوباً بأفعال معينة كالدعاية حول قطع المفاوضات. فهنا أذا كان الطرف المنسحب لا يجبر على أبرام العقد، الا أن الانسحاب يصبح في هذه الظروف والملابسات خطأ يستتبع أثارة مسؤوليته.وبوجه عام يمثل الوقت الذي يتم فيه قطع المفاوضات أهمية خاصة فكلما تأخر قطع التفاوض، أقترب من دائرة الخطأ والمسؤولية ، و للقاضي سلطة تقديرية في هذه الحالة فهو الذي يتولى تقدير ما أذا كان يوجد مبرر مشروع لقطع المفاوضات أم لا.

ونشير إلى أن التشريع العراقي والتشريعات المقارنة قد خلت من أي نص قانوني لتنظيم عملية المفاوضات، ولذلك وفي ظل هذا الوضع فأنه يتم النظر إلى المفاوضات على اعتبارها مجرد أعمال مادية، وإذا ما عدل أحد المفاوضين من المفاوضات وكان عدوله مقترناً بخطأ يتمثل بالإخلال بالواجب القانوني العام بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد أو المألوف على نحو يلحق ضرراً بالغير كان مسؤولاً وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية إذ نص المشرع العراقي بموجب نص المادة (٢٠٤) على أن" كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض.

المطلب الثاني

جزاء الاخلال بتنفيذ التزامات مرحلة التفاوض

اولا : التنفيذ العيني : ذهب جانب من الفقه إلى جواز الحكم بالتعويض عن المسؤولية في مسالة قطع المفاوضات الممهدة للتعاقد عن طريق التنفيذ العيني ألا أن هذا الرأي لم يلقى قبولا ، فإذا كان الأصل في تنفيذ الإلتزام هو التنفيذ العيني فإنه من غير المتصور عند قطع المفاوضات من قبل أحد طرفيها إلزامه بالتنفيذ العيني حيث يستحيل ذلك، فالتراضي هو اصل التفاوض ،وبالتالي كيف يمكن إجبار الطرف الذي قطع المفاوضات أو تقاعس عن الإستمرار فيها على العودة إلى مائدة المفاوضات، أو دفعة إلى السير فيها؟

ويؤكد هذا أن الإلتزام بالتفاوض قد يقوم ، غالبا، على إعتبارات شخصية ، ولذلك فمن غير المقبول إجبار أحد طرفي التفاوض على التفاوض والجلوس في مواجهة الطرف الآخر في جو نفسي يسوده التوتر والنزاع ، وإبرام عقد يقال عنه، فيما بعد، أنه تصرف إداري[٧٦] .

كما انه لا يمكن القول بالتنفيذ العيني عند قطع المفاوضات لأنه ليس في يد القاضي قبل ذلك تحديد شروط العقد الذي يراد به أن يعقد جبرا على أرادة المتفاوض الذي قطع المفاوضات ،

فسلطة القاضي مهما بلغت من قوة لايمكن أن تحل محل أرادة الطرفين لإبرام عقد لم تتفق الأرادتان على أنعقاده فإذا كان العقد تصرفا قوامه الإرادة فكيف يعقد بدونها.

مما تقدم يبدو القول بإمكان اللجوء الى الحكم بالغرامة التهديدية لدفع الطرف المتقاعس أو الذي قطع بالفعل المفاوضات، على العودة إليها، أمر غير مستحب، خصوصا، حيث يتعلق الأمر بإعتبارات تستلزم قدرا كبيرا من التعاون والتواصل. وهكذا يظل التنفيذ بمقابل أي بدفع بدل نقدي أو تعويض هو الجزاء الملائم .

ثانيا: التنفيذ بمقابل : يبدو أن الرأي الراجح أن أثر المسؤولية في هذه الفترة هو التعويض عن طريق التنفيذ بمقابل ، ويشمل التعويض، الأضرار المادية والأدبية التي لحقت بالطرف الآخر الذي حدث الإخلال بالتزامات التفاوض في مواجهته، كتعويض الضرر الناتج عن ضياع الوقت والنفقات على الإستعداد للمفاوضات، وكافة النفقات التي صرفت من أجل إبرام العقد النهائي . ومصروفات التنقلات والإقامة والدراسات الأولية التي قدمت في المفاوضات ، وعن السمعة التجارية، وأي ضرر آخر نشأ عن الإخلال بالإلتزامات المرتبطة بالعقد محل التفاوض. ولكن هل يشمل هذا التعويض الخسارة فقط أم الخسارة والكسب الفائت ؟

بما أن العقد لم ينعقد أصلا فانه لايمكن التعويض عن فوات الكسب لأنه يحسب على أساس ألتزام المتعاقد أو التعهدات التي أشتمل عليها العقد وهنا العقد لم يبرم وعليه فالقاعدة العامة لايتم التعويض ألاعن الخسارة التي أصابت المتضرر وليس عما فاته من كسب[٧٧] .

وعندها يتم التساؤل هل يجوز التعويض عن فوات الفرصة؟ يرفض البعض التعويض عن فوات الفرصة تأسيسا على أن المتفاوض أذا عرضت عليه صفقة رابحة فانه يحتفظ بحقه الكامل في الأنسحاب من المفاوضات وعليه أذا أستمر في المفاوضات فهو يسعى حتما إلى عرض أفضل وهو بذلك يضارب ووحده يتحمل ذلك فلا يعوض عن الفرصة التي ضاعت عنه ، ألا أنه وفق المفهوم الحديث للمفاوضات العقدية أن حرية المفاوض ليست مطلقة في العدول عن المفاوضات فقد يجد المفاوض نفسه ملزما بالأستمرار في المفاوضات على وفق مبدأ حسن النية ونزاهة المعاملات فلا يلتفت إلى أي فرصة أخرى سنحت له ، فإذا قطع المفاوض الأخر المفاوضات فقد يضيع عليه أحدى هذه الفرص وحينئذ يستحق التعويض عن هذه الفرصة .

وبناء على ما تقدم فاننا نرى ضرورة التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: تفويض فرصة إبرام العقد النهائي: إتجهت بعض احكام القضاء إلى إستبعاد التعويض عن فقد أو ضياع الفرصة هنا. وتستند في ذلك إلى أن ذلك يتعارض مع طبيعة المفاوضات، فهي مرحلة تمهيدية وتحضيرية فقط لإبرام العقد النهائي، وبالنتيجة فإحتمال إتمام

هذا الأمر وإبرام العقد النهائي يتساوى مع عدم إحتماله . اي ان التعاقد يكون دائما في دائرة الإفتراض أو الإحتمال . فكيف يتم التعويض مع عدم وجود الفرصة الجادة أو المحققة؟ فعدم جدية الفرصة يعني أن الضرر إحتمالي وغير مؤكد، وبالتالي لا يجب التعويض عنه. وكيف يعوض عن مزايا كان سيحصل عليه المضرور من عقد لم يكن له أن يعتمد أو يعول عليه. وهذا الإتجاه القضائي يؤيده جانب من الفقه الحديث[٧٨] . غير أننا نرى ترك الأمر للقاضي ليقدر كل حالة على حده، بحيث إذا ظهر من الظروف أن المفاوضات كانت قد شارفت على نهايتها، ودخلت مرحلة حاسمة، وكان الأطراف على وشك الوصول إلى إتفاق حول العقد النهائي بحيث يكون الأطراف قد وصلوا إلى نقطة اللاعودة ، فإن قطع المفاوضات برعونة دون مبرر معقول، في ظل وجود فرصة حقيقية ومؤكدة لإبرام العقد النهائي، يعد ضررا يستوجب التعويض.

الفرض الثاني، تفويت فرصة إبرام عقد بديل،[٧٩] وهذه الحالة من الممكن التعويض عنها ، إلا أن هناك العديد من الصعوبات ستثور بخصوص إثبات أن المفاوض المتضرر كان سيبرم بنحو مؤكد عقدا بديلا للعقد الذي كانت تدور المفاوضات من أجل التوصل إليه ، لو أنه لم يدخل في المفاوضات مع الطرف الآخر الذي قطع المفاوضات دون سبب معقول، كما أن مبلغ التعويض يمكن ان يكون ضئيلا لو ان خطأ المسؤول عن فشل المفاوضات كان يسيرا كما لو كان قد أهمل بعض الأمور ، وإنتهت المفاوضات في وقت مبكر وقبل إحراز أي تقدم فيها.

الخاتمة

استهدف بحثنا، تحديد ماهية مرحلة المفاوضات الممهدة للعقد وطبيعتها، ومن ثم بيان ما يترتب على تلك الطبيعة من نتائج، فحاولنا إرساء طبيعة عقدية للتفاوض على العقد، بالنظر لوجود اتفاق على التفاوض بين الطرفين وكالتالي:

أولاً : النتائج.

١- أن المفاوضات العقدية لم تعد مجرد عملية مادية تتم من خلال تبادل وجهات النظر وإنما تحولت إلى مرحلة مهمة، لها نظامها القانوني الخاص و يتقرر فيها وجود العقد ومصيره، ويرجع السبب فى هذاالتغيير الى مبدأ حسن النية واتجاه الإرادة التعاقدية نحو الموضوعية ، من اجل استقرار المعاملات والعدل وكذلك عدم مخالفة النظام العام والآداب.

٢- أن الإرادة المطلقة لم تعد موجودة ، وإنما هنالك أرادة مقيدة بالنصوص القانونية الآمرة وبالأفكار الاجتماعية وبتحقيق المصلحة العامة وتحقيق العدل، والذي يتم الوصول اليه بالالتزام بمبدأ حسن النية.

٣- الالتزام بمبدأ حسن النية ليس واجبا عاما، كما كان سابقا قبل الاعتراف بالطبيعة العقدية للتفاوض، بحيث يتقيد به الشخص دائما وفي مواجهة الكافة، بل هو التزام حقيقي، مصدره العقد، وله دائن ومدين ومحل وسبب. وهو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، بحيث يجب على كل طرف أن يلتزم بإتباع المسلك المألوف والمعتاد، وأشرنا إلى دلائل انتفاء حسن النية، عند بدء التفاوض وأثناءه وعند نهايته.

٤- لاحظنا أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، بل يشمل كل ما يعد من مستلزماته،وحيث إن عقد التفاوض يرتب التزاما جوهريا هو الالتزام بالتفاوض، دون أن يشير لأي التزام آخر، لذا فإن تنفيذ هذا الالتزام وفقا لمقتضيات حسن النية، يستلزم وجود التزامات أخرى ناشئة عنه، وتعد من مقتضياته مع ما يترتب عليها من أحكام، حتى ولو لم ينص العقد عليها صراحة.

٥- ان مرحلة المفاوضات ينتج عنها العديد من الالتزامات اضافة الى مراعاة حسن النية.و الغاية منها يتمثل في حماية مبدأ حسن النية، ليس في نطاق تنفيذ العقد فحسب وإنما في نطاق تكوين العقد أيضاً .فمن شروط هذا المبدأ أن يلزم المتعاقدان في مرحلة المفاوضات العقدية بعدم كتمان المعلومات الضرورية للتعاقد من خلال الالتزام بالإدلاء بالمعلومات والبيانات اللازمة للطرف الآخر بالقدر اللازم لتنويره، وبذلك يصبح هذا الالتزام أداة وقائية لحماية الإرادة.

٦- استعرضنا الالتزام بالمحافظة على السرية، وبينا كيف يتمثل مضمونه في الامتناع عن إفشاءها واستغلالها، بحيث يلتزم المفاوض الذي اطلع عليها، بأن يمتنع عن البوح بها إلى الغير، واستغلالها لحسابه الخاص، وبالنسبة لمداه رأينا أنه التزام بتحقيق نتيجة.

٧- خلصنا إلى أن اتفاق التفاوض قد يكون صريحا أو ضمنيا، ويسمى تارة بالاتفاق المبدئي، وتارة أخرى باتفاق التفاوض، ولكننا فضلنا تسميته بعقد التفاوض، وعرفناه بأنه، عقد يلتزم بمقتضاه طرفاه بالتفاوض على عقد معين بغرض التوصل لإبرامه في المستقبل.اذ أن الحال سيتساوى فيما أذا تم التفاوض استناداً إلى وجود أتفاق صريح أم حتى أذا لم يوجد مثل هذا ألاتفاق ، ولقد قمنا باستعراض النتيجتين المترتبتين على إرساء الطبيعة العقدية لمفاوضات العقد إذ أن الالتزام بالاستمرار في المفاوضات بحرص معقول على أبرام العقد النهائي، أي بمواصلة التفاوض بحسن نية سيقع على عاتق كل من الطرفين المتفاوضين على نحو متبادل وباتخاذ موقف ايجابي نشط في أدارة المفاوضات بهدف أبرام العقد النهائي.

٨- لم نجد فيمن أخذ بنظرية المسؤولية التقصيرية من أنكر أمكان انعقاد المسؤولية العقدية أيضاً كلما قام دليل على توافر علاقة عقدية بين الأطراف، وتتوافر هذه العلاقة أذا ما وجد عقد ينظم عملية التفاوض يستشف من ورقة وقعت أو أتفاق تم في المرحلة قبل العقدية .ومن ثم فأن المسؤولية العقدية للمتفاوض ستنعقد كلما أمكن أثبات وجود تطابق الإيجاب مع القبول بين الأطراف أما لتنظيم عملية التفاوض أو لرصد النقاط التي تم حسمها بالفعل تفاوضاً.

٩- .نتفق مع الرأي الذي ينادي بضرورة توحيد الطبيعة القانونية للمفاوضات بحيث تحكمها قواعد قانونية واحدة دون تمييز بين صورة وأخرى من صور المفاوضات .ورأينا أن التفرقة التي أقامها الفقه والقضاء هي تفرقة تحكمية، تفتقر لأساس قانوني تقوم عليه، ومن شأنها أن توجد ازدواجية في المعيار دون مبرر. وعليه فأن التفاوض على العقد يعتبر دائماً ذو طبيعة عقدية.وأن الإخلال بالالتزام العقدي بالتفاوض يشكل خطأ عقدياً يؤدي إلى نهوض المسؤولية العقدية.

١٠- لما كان من متطلبات الثقة في المفاوضات العقدية أن تكون مشروعة، فأن هذه المشروعية لابد أن تستخلص من الظروف المحيطة بوقائع المفاوضات ذاتها، فالثقة تكون مشروعة أو غير مشروعة تبعاً لطبيعة المفاوضات وفيما أذا كانت في بدايتها أم وصلت الى أقرب مرحلة من أبرام العقد، ووفقا لمؤهلات المتضرر في قطع المفاوضات.

ثانياً : التوصيات

أما بالنسبة لما نراه من توصيات، فلعلها تتمثل في **الاتي :**

١-وجوب التدخل التشريعي لتنظيم مرحلة هامة في حياة العقد تركت لاجتهاد الفقه وتقدير القضاء، كما ونأمل من الفقه أيضا أن يولي هذه المرحلة اهتماما أكبر في نطاق نظرية العقد.ونقترح على المشرع العراقي النص صراحة على مرحلة المفاوضات العقدية وما يترتب على قطعها حسما للجدل والخلاف لأهميتها في تكوين العقود.

٢-بما أن التشريع العراقي قد خلا من أي نص قانوني لتنظيم عملية المفاوضات، ولذلك فأنه يتم النظر إلى المفاوضات على اعتبارها مجرد أعمال مادية، ولذلك على المشرع العراقي أن يورد تنظيماً قانونياً لمرحلة المفاوضات مع التركيز على مبدأ حسن النية .عليه نوصي المشرع العراقي أن يفرض الأخذ بمبدأ حسن النية بوصفه قاعدة للسلوك على الأطراف المتفاوضة أن تراعيه عند التفاوض .ومن ثم سيجد المتفاوضون سنداً في محاسبة من يخالف الالتزامات التي يفرضها حسن النية عند التفاوض .وعليه نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة(١٥٠) من القانون المدني العراقي لتكون على النحو الآتي" ١- يجب الالتزام بما يفرضه مبدأ حسن النية من التزامات في مرحلة المفاوضات الممهدة للعقد ٢-يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ٣ -ولا يقتصر العقد على ألزام المتعاقد.

فهذا المبدأ سيفرض على كل واحد من المتفاوضين واجب القيام بعمل ايجابي يتمثل في التعاون مع المتفاوض الأخر والإدلاء له بكافة التفاصيل حول العقد المراد إبرامه حتى يكون لدى المتفاوض الرضا المستنير ليبرم التعاقد أو يوصله إلى قناعة تامة بالعدول عن المفاوضات على اعتبار أن التعاقد ليس في مصلحته.وهكذا نجد المفهوم التقليدي لمبدأ حسن النية بعد أن كان ذا طبيعة سلبية تتمثل بعدم الغش والخداع أو التضليل، أصبح في الوقت الحاضر ذا طبيعة ايجابية،وهذا من شأنه أن يخلق أساساً قانونياً للمسؤولية هو ضرورة استناد المعاملات إلى الأمانة والأخلاق والثقة.

٣.نتيجة لضرورات الحياة الحديثة ومتطلباتها، اقتضت الظروف العصرية حتمية وجود الالتزام بالأعلام في ميدان التعامل وتوسيع نطاقه وتعميمه على جميع أنواع العقود متى توافرت مبررات وجوده وأسبابه، وذلك رغبة في الحد من عدم المساواة في المعرفة والدراية بين أطراف العلاقة التعاقدية، خصوصاً إذا عرفنا أن كثيرا من المتعاملين ليست لديهم الخبرة الكافية للإلمام بظروف التعاقد وملابساته في مواجهة بائع محترف ذي علم ودراية واسعة تراكمت لديه نتيجة خبرة طويلة في مجال التعامل.

الهوامش

١- ويبدو أن مشرعي بداية القرن التاسع عشر حتى منتصف القرن العشرين قد قنعوا بذلك الفكر المبسط لحالة المبادلات التعامل المالي بين الأفراد، ولذلك جاءت التقنيات المدنية بدءا من القانون المدني الفرنسي و القانون المدني المصري و حتى القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ جاءت نصوصه خالية من أي إشارة إلى المفاوضات وقواعد تنظيمها. ولم ينتبه إلى بعض مشكلات المفاوضات، وإن كان على نحو مبتور، إلا جانب من القوانين الأوروبية، كالقانون المدني الإيطالي والقانون المدني اليوناني انظر: د. رجب عبد الكريم عبد اللاه-التفاوض على العقد -ط٢٠٠٠دار النهضة العربية -ص.١٩٩

٢-د. أمين دواس-بحث بعنوان: المسئولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي -منشور بمجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية-المجلد ٥ العدد ١-صفر ١٤٢٩هـ فبراير ٢٠٠٨م-ص١٦٨.

٣-د.هاني صلاح سري الدين- بحث بعنوان:المفاوضات على العقود التجارية الدولية، دراسة مقارنة في القانونين المصري والانجليزي -منشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية -العدد الرابع ١٩٩٦-ص٣ .

٤- وقد يطلق على المفاوضات تسمية المساومات والحقيقة ان المساومة هي نوع من أنواع التفاوض يتم فيها استعمال الذكاء لتحقيق مكاسب لطرف بمعزل عن الاختيارات أو القرارات التي يتخذها الطرف الآخر وهي تحصل في عمليات البيع والشراء لغرض تحقيق أعلى ربحية ممكنة ، والمساومة تنتهي بانتهاء عملية البيع مثلاً.أما العملية التفاوضية فهي علاقة مترابطة ويمكن أن تمتد لوقت طويل لا ينتهي بساعات بل قد يمتد لأيام عديدة، ولا تخلو الجلسة التفاوضية من عمليات المساومة لكنها لا تطغى على عملية التفاوض .وللمزيد ينظر د. جمال فاخر النكاس-بحث بعنوان: العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد -منشور في مجلة الحقوق بجامعة الكويت-س٢٠-ع-١١٩٩٦-ص.١٨٣

٥- هذا الأمر يرتبط بالمسؤولية المترتبة على عدم الألتزام بما تم التوصل إليه ،فأن كنا أمام عقد تمهيدي فأن المسؤولية تكون عقدية بكل ماتعنيه هذه الصفة وما ترتبه من أثار في أثبات الخطأ والضرر وفي مدى التعويض، في حين أن خرق الأتفاق التمهيدي لايثير المسؤولية العقدية، وأنما التقصيرية للطرف غير الملتزم وبكل مايرتبه ذلك من أثار في أثبات وجود الألتزام والخطأ والضرر والرابطة بينهما وفي مدى التعويضوللمزيد انظر :د.محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي ، ط١٩٩٥، دار النهضة العربية، ص٩٩ وما بعدها

٦- هيلان عدنان الجبوري ، الأتفاقات السابقة على التعاقد،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة النهرين ،٢٠٠٤، ص٤٤-٤٥. ود. أحمد شرف الدين-دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية -ط١٩٨٤-القاهرة-ص١٤.

٧-د.محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية ، ط١٩٩٨ دار النهضة العربية، ص١٦٠وما بعدها.

٨- محمد محمد ابو زيد – المصدر السابق -ص.١٠٢

٩-هاني صلاح سري – المصدر السابق – ص ٧-٩ .

١٠- جمال فاخر الكناس – المصدر السابق -ص١٨٦ .

١١-محمد حسين عبد العال – المصدرالسابق – ص.١٦٥

١٢- د. حسام الدين الأهواني-المفاوضات قبل العقدية ومراحل إعداد العقد الدولي -تقرير مقدم لندوة المنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية-معهد قانون الأعمال الدولي-القاهرة-من ٢-٣يناير ١٩٩٣-ص٢ وما بعدها. ١٣-د.امين دواس – المصدر السابق – ص.١٧٢

١٤- الفقه التقليدي، لا يتحدث عن الطبيعة القانونية للتفاوض ذاته، وإنما يتحدث عن طبيعة المسؤولية المدنية المترتبة عنه، وهل هي عقدية أم تقصيرية وللمزيد انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، ص٦٦٧، ط١٩٨١، دار النهضة العربية. د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام ، ط١٩٩٢، دار النهضة العربية، ص٣٣١ . د. محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، ط١٩٩٥ القاهرة، ص.٣٤

١٥- حسام محمد عيسى-نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، ط١٩٨٧، دار المستقبل العربي، ص١٣٠-١٣٥. د. محمود الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، رسالة دكتوراه-جامعة القاهرة، ص٨٧.

١٦- وهذه التفرقة تحكمية تفتقر إلى الأساس القانوني، ومن شأنها أن تؤدي إلى ازدواجية في المعيار بين الاتفاقين وللمزيد انظر د. أميه علوان-ملاحظات حول المسئولية قبل العقدية عن قطع المفاوضات في عقود التجارة الدولية-ص٤ وما بعدها

١٧- د. جلال العدوي-الإجبار القانوني على المفاوضة-رسالة دكتوراه-جامعة الإسكندرية-.١٩٦٠

١٨- وهذا هو موقف الفقه المصري، الذي أرست دعائمه محكمة النقض المصرية في حكمين شهيرين لها لا يحتملان الشك أو التأويل في أن التفاوض غير المصحوب باتفاق سابق وصريح ما هو إلا مجرد عمل مادي غير ملزم . مجموعة النقض-مدني مصري-٩فبراير ١٩٦٧-السنة١٨-ص٣٣٤-وكذلك حكم آخر لمحكمة النقض المصرية في ٢٨مارس ١٩٦٨-السنة٩-ص٦٤٢. وانظر كذلك :د.محمد محمد أبو زيد- مصدر سابق -ص٨٩-. و د. محمد حسام لطفي-المصدر السابق -ص٦٧.وكذلك د.محمد حسين عبد العال-المصدر السابق-ص.١٢٥

١٩- د.محمد محمد أبو زيد- مصدر سابق -ص٨٩. و: د. محمد حسام لطفي- مصدر سابق -ص.٦٧

٢٠- د. رجب عبد الكريم عبد اللاه- - مصدر سابق -ص٢٩٨وما بعدها.

٢١- د. صلاح الدين زكي-تكوين الروابط العقدية بين الغائبين -رسالة دكتوراه١٩٦٢-ص.٧٤

٢٢- د. رجب عبد الكريم عبد اللاه- مصدر سابق -ص٢٩٨ .

٢٣- لم يتردد الفقه والقضاء الفرنسيان في الاعتراف باتفاق التفاوض الصريح، فاعتبراه اتفاقا حقيقيا، يرتب على عاتق طرفيه التزامات، يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية. وكذلك الفقه المصري الحديث أيضا لم يتردد في الاعتراف بهذا الاتفاق وللمزيد انظر :د. رجب عبد الكريم عبد اللاه- مصدر سابق -ص.٢٧٦

٢٤- د.محمد إبراهيم دسوقي، مصدر سابق، ص٧٥ وما بعدها ، د.محمد حسام محمود لطفي، مصدر سابق، ص ١٤.

٢٥- يونس صلاح الدين محمد علي، العقود التمهيدية (دراسة تحليلية مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق / جامعة الموصل، ٢٠٠٨ م، ص ٤٥

٢٦- د.رجب كريم عبد اللاه، المصدر السابق، ص ٢٩١-٢٩٢

٢٧- إذ نصت المادة(٧٩) من القانون المدني العراقي على أنه" كما يكون الإيجاب أو القبول(بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك أخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي"

٢٨-، ويقصد بالغير، الأجنبي عن العقد الذي لا ينصرف أثر العقد أليه ، فلا يحمله التزاماً ولا يكسبه حقاً إلا استثناءً فالغير هو من لا يوجد بينه وبين شخص أخر أية علاقة تعاقدية وللمزيد : د.صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١ م، ص ٢٥

٢٩-تجدر الإشارة هنا إلى أن القانون المدني العراقي لم يتعرض لهذا الخلاف، وللمزيد انظر :محمد محمد ابو زيد – المصدر السابق -ص١٠٥-١٠٨ .

٣٠- ولكن هناك بعض القوانين التي نصت صراحة على مرحلة المفاوضات عن الضرر الذي ينتج عن هذه المفاوضات. وعلى سبيل المثال م ٣٠ من القانون اليوغسلافي لسنة ١٩٧٨ على أنه : 1 المفاوضات التي تسبق إبرام العقد لا تكون ملزمة ويمكن لكل طرف إنهاءها في أي وقت 2. ومع ذلك فإن أي طرف يدخل في مفاوضات دون أن تكون لديه النية في إبرام العقد يكون مسئولاً...

٣١- د. رجب عبد الكريم عبد اللاه- مصدر سابق-ص٤١٦ .

٣٢- وإذا كان الالتزام ببدء التفاوض يعد التزاما بتحقيق نتيجة، فإن ذلك الالتزام المتفرع عنه يعد التزاما ببذل عناية، ومن ثم فهو لا يعني بالضرورة التوصل لإبرام العقد وللمزيد انظر: د. حمدي محمود بارود-بحث بعنوان: مبدأ حسن النية ومقتضياته في مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود

التجارة الدولية–منشور في مجلة الجامعة الإسلامية –سلسلة الدراسات الإنسانية–غزة–المجلد السادس عشر–العدد الأول–سنة٢٠٠٨–ص٨٤٣–٨٧٦.

٣٣– ويري جانب من الفقه الفرنسي أن الاتفاق المبدئي الذي يعقد بين الأطراف يعد اتفاقا مقيدا لهم وينشئ التزام بالاستمرار في التفاوض دون أن يرتب التزاما بالتعاقد النهائي ، وقد أكدت هيئة التحكم بغرفة التجارة الدولية في حكم لها أن الاتفاق على التفاوض يرتب تعهداً عقدياً بمتابعة التفاوض والاستمرار فيه.

٣٤– د.صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، بحث منشور في مجلة الحقوق، عدد خاص، ١٩٩٨ م، ص ١٦٦

٣٥– د. صلاح الدين زكي–تكوين الروابط العقدية بين الغائبين– مصدر سابق–ص٧٦–٨٢

٣٦– باعتبار أن حسن النية سيقوم القاضي بالتحقق من وجوده ومن الالتزامات التي يفرضها استناداً إلى مفهوم القانون الطبيعي بمفهومه الحديث ومتأثراً بمراعاة المصلحة العامة وبالعادات والأعراف والقواعد الدينية والأخلاقية والظروف الاجتماعية والاقتصادية .كل ذلك سيراعيه القاضي وبحسب كل دعوى على حدة قبل إصدار القرار القضائي في تحديد الالتزامات المفروضة على المتفاوضين وتقدير تحقق الإخلال بها.وللمزيد انظر:د.صبري حمد خاطر،المصدر السابق ص١٦٨

٣٧– د. نزيه محمد الصادق المهدي–الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد – ط١٩٨٢–دار النهضة العربية –ص.١٩٣

٣٨– إذ أن الإلتزام بالتعامل وفق حسن النية وشرف التعامل وفق حسن النية وشرف التعامل يشكل قيدا عليهما كما تقول محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس عام ١٩٨٧ . وقد شدد على التزام حسن النية وجعله مبدأ عاما يجب التزامه في كافة عقود التجارة الدولية، المبادئ العامة للعقود التجارية الدولية التي وضعها معهد توحيد القانون الخاص في روما Unidroit عام ١٩٩٤ حيث جاء بالمادة ١–٧ منها أن "يلتزم الأطراف بإحترام مقتضيات حسن النية في التجارة الدولية، ولا يستعطيعون إستبعاد هذا الإلتزام أو يضيقوا نطاقه. ولعل القانون المدني الإيطالي لعام ١٩٤٢ هو الوحيد من بين القوانين المدنية التي عالجت مسألة المفاوضات في العقود وإقتصر وجه المعالجة على النص على مبدأ او التزام حسن نية في التفاوض (م ١٣٣٣٧ مدني). . وللمزيد انظر :د. نزيه محمد الصادق المهدي– الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد–مرجع سابق–ص١٩٣.

٣٩– د. عبد الرزاق السنهوري–الوسيط في شرح القانون المدني–مرجع سابق–ص١٧٧ . د. عبد المنعم فرج الصدة–مصادر الالتزام–مرجع سابق–ص٨٩وما بعدها.

٤٠– وهذا المفهوم الشخصي هو المقصود بحسن النية في إطار قواعد الحيازة والالتصاق ودفع غير المستحق.، وللمزيد انظر د.محمد حسين عبد العال، المصدر السابق، ص .١٢٢

٤١- د.صابر محمد عمار، المفاوضة في العقود التجارية الإلكترونية، بحث منشور في موقع منتدى المحامين على شبكة الانترنت، منتدى المحامين، تاريخ النشر٤/ ٢/ ٢٠٠٠، ص ٩ http://www.mohamoon.com

٤٢- سواء تعلق الأمر بتفسير العقود أوبتنفيذ الالتزامات الناشئة عنها (المادة ١٥٠) من القانون المدني العراقي وانظر : د.محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، الرياض- ١٩٩٥ م، ص٩٤.

٤٣- د.عبد العزيز المرسى حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي- دراسة مقارنة، بدون دار نشر، مصر، ٢٠٠٥ م، ص ٧٥.

٤٤- د.هاني صلاح سري الدين- بحث بعنوان:المفاوضات على العقود التجارية الدولية، دراسة مقارنة في القانونين المصري والانجليزي-منشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية- مرجع سابق-ص٣.

٤٥- د. حسام الدين الأهواني-مرجع سابق-ص١٢ وما بعدها.

٤٦- د.السيد بدوي-حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية-ص٣٠٢-رسالة دكتوراه بجامعة القاهرة-١٩٨٩.وأيضا د.عبد الحليم عبد اللطيف القوني-مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية-ص٢٢٠ وما بعدها-ط١٩٩٧ القاهرة. د.علي سيد حسن-الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع-ص١٠٦-ط١٩٩٠

٤٧-د.صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، مصدر سابق، ص ١٦٦

٤٨- د.محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، القاهرة، ١٩٩٥ م،ص ١٤

٤٩- ومن المبادئ العامة التي فرضها تغلغل الأخلاق في مجال الروابط القانونية ان الغش يفسد كل ما يقوم عليه ولا يقتصر دور هذا المبدأ على مرحلة حياة العقد وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، بل أنه يهيمن على الفترة السابقة على التعاقد ومنها مرحلة التفاوض أيضاً. وللمزيد انظر د.سعد حسين عبد ملحم، التفاوض بالعقود عبر شبكة الانترنت، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق بجامعة النهرين، المجلد٨، العدد ١٣- ٢٠٠٥ م ص.٩٣

٥٠- د. نزيه محمد الصادق المهدي-الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد- مرجع سابق-ص٣٨.

٥١- ينظر على وجه الخصوص نص المادتين(٧ ، ١٥٠) من القانون المدني العراقي.

٥٢- د. رجب عبد الكريم عبد اللاه-التفاوض على العقد-مرجع سابق-ص٤٣٨ . د. محسن شفيق- نقل التكنولوجيا - المرجع السابق- ص٣٦ وما بعدها

٥٣- آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد" دراسة تحليلية مقارنة"، أطروحة(دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة في جامعة السليمانية، ٢٠٠٨ م، ص ٢٩

٥٤–د.علي سيد حسن–الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع–ص١٠٦–ط١٩٩٠

٥٥– د.عبد العزيز المرسى حمود، مصدر سابق، ص ٨٧

٥٦– د.حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك / الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦ م، ص ٢١

٥٧– فضلاً عن ذلك، أن الالتزام بالأعلام قبل التعاقد يؤدي دوراً وقائياً يترتب على الوفاء به استقرار المراكز القانونية الناجمة عن العقد، في حين نجد بموجب القواعد المنظمة لعيب الغلط أن العقد يعد موقوفاً قابلاً للنقض.وتجدر الإشارة إلى أن البعض يرى عدم ضرورة الاعتراف بالالتزام قبل التعاقد كالتزام مستقل، لأن النصوص القانونية الخاصة بنظرية عيوب الرضا ونظرية ضمان العيوب الخفية قد كفلت توفير الحماية القانونية اللازمة للمتعاقد. بينما يرى جانب أخر من الفقه أن هذه النظريات التقليدية قاصرة عن توفير الحماية الكافية للمتعاقد الضعيف بسبب شدة شروط تطبيقها وصعوبة الإثبات،فمثلاً لكي يستطيع المتعاقد أن يستفيد من الحماية التقليدية التي وفرتها نظرية الغلط يجب عليه أن يثبت وقوعه في الغلط في صفة جوهرية للشيء المتعاقد عليه وأن يتصل الغلط بعلم المتعاقد الأخر الذي يستوجب أثبات علم هذا الأخير بالغلط أو كان من السهل عليه العلم به . وللمزيد انظر :آمانج رحيم أحمد، مصدر سابق، ص ٣٦

٥٨– ينظر –:نص المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي التي جاءت في فقرتها الثانية والثالثة بما يأتي " ٢–إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك .٣–ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً."

٥٩– د.صابر محمد عمار، مصدر سابق، ص ١٠

٦٠– د.سعد حسين عبد ملحم، مصدر سابق، ص ٩٦

٦١– د.محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني القانوني، جامعة القاهرة، ١٩٨٤ م، ص ٦٣

٦٢– من أمثلة النصوص القانونية التي تكون مصدراً لهذا الالتزام :نص المادة (٩٠٩)من القانون المدني العراقي التي تلزم العامل بأن يحتفظ بأسرار رب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء عقد العمل).

٦٣– وقد شددت مجموعة مبادئ عقود التجارة الدولية التي إعتمدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما عام ١٩٩٤على أهمية إحترام واجب الحفاظ على سرية المعلومات فقد نص البند ١٦ من المادة الثانية على أن "يلزم الطرف الذي يتلقى أثناء المفاوضات، معلومة معينة ذات طابع سري من الطرف الآخر، وسواء أُبرم العقد أم لم يبرم بعدم إفشائها أو إستخدامها بغير حق لأغراض شخصية،

ويرتب الإخلال بهذا الواجب تعويضا يشمل، في هذه الحالة، المنافع التي كان سيحصل عليها الطرف الآخر . فهذا النص يجعل من الحفاظ على سرية المعلومات مبدأ عاما دون حاجة الى نص صريح عليه. و يرتب الإخلال به الحق في تعويض يشمل المنافع التي حصل عليها الطرف الآخر من إستخدام أو إفشاء تلك الأسرار، ويعاب على النص أنه لم يحدد طبيعة هذا الالتزام هل هي تعاقدية أم تقصيرية وعلى كل حال، فإن ماهية هذا الإلتزام كلها مسائل يحددها القانون الذي إختاره الأطراف خصيصا له، أو القانون الذي يحكم عقد التفاوض بإعتباره بندا فيه

٦٤- د.سعد حسين عبد ملحم، مصدر سابق، ص ٩٧

٦٥- وهو ما يمكن الأخذ به في مصر عملا بالمادة ٢/١٤٨ من القانون المدني التي تقرر أن "العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة".

٦٦-د. محمود الكيلاني-المصدر السابق -ص١٩٢.

٦٧- د.حسام الدين الأهواني-الحق في احترام الحياة الخاصة-ص٦٠-٧٠-ط١٩٧٨دار النهضة العربية . د.يوسف خليل الأكيابي-النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا-ص٩٩-مرجع سابق. د. أنس السيد عطية سليمان-الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا-دار النهضة العربية-ط١٩٩٦-ص.٢٤٢

٦٨- د. محمد حسام محمود لطفي-استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها- تقرير مقدم لندوة المنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية-نشر معهد قانون الأعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بالاشتراك مع القسم العلمي والفني للبعثة الثقافية التابعة لسفارة فرنسا ونقابة محامي باريس -٢-٣يناير القاهرة.

٦٩- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ١، مصدر سابق، ص .٢٠٧

٧٠- أنظر بالتفصيل عن مبدأ حسن النية في تكوين العقود- علاء حسين الجوعاني - مبدأ حسن النية في تكوين العقود- رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النهرين- كلية النهرين للحقوق - ٢٠٠٢ ود.صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مصدر سابق، ص ١٢٢.

٧١- د.جمال عبد الرحمن محمد علي، المسؤولية المدنية للمتفاوض،" نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الانترنت"، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، ٢٠٠٤ م، ص- ١٦٤

٧٢- د.صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مصدر سابق، ص .١٢٣

٧٣- د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، مصادر الالتزام،ج ١، المجلد الأول، الكويت، ١٩٨٢ م،ص ٥٩٥

٧٤- إذ من حقه أن يقدم على العمل من غير أن يتوقع أن يصيبه الآخرون بضرر .وحيث يكون الإنسان بحاجة إلى الثقة بنفسه، فهو لن يكون مسؤولاً تجاه الآخرين، إذ حين ذاك من حقه أن يقدم على العمل

من غير أن يتوقع الأضرار بالآخرين وللمزيد ينظر: د.حسين عامر، المسؤولية المدنية(التفصيلية والعقلية)، ط ١، مطبعة مصر، القاهرة ، ١٩٥٦ م، ص .١٧٥

٧٥- محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص ١٢٧

٧٦- د. حمدي محمود بارود-بحث بعنوان: دراسة حول المبادئ التي تحكم المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا-منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية بجامعة القاهرة-العدد٧٤-سنة٢٠٠٤م-ص٦٣٧-.٦٦٧

٧٧- د. حمدي محمود بارود-بحث بعنوان: القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية-منشور في مجلة الجامعة الإسلامية -سلسلة الدراسات الإنسانية-غزة -المجلد الثالث عشر-العدد الثاني-سنة٢٠٠٥ ص١٢٥-.١٤٨

٧٨- د.جمال عبد الرحمن محمد علي، المسؤولية المدنية للمتفاوض،المصدر السابق، ص- ١٦٥-١٦٧

٧٩- د٠ صبري حمد خاطر - مصدر سابق ،ص١٣٥