

الالتزام بالاستمرار بالمفاوضات في عقود الاستهلاك

Obligation to continue negotiations in consumer contracts



الحقوقي وهب سامي محيسن

م.م هناء صالح خربيط

وزارة الشباب والرياضة / الدائرة القانونية

جامعة الانبار / كلية القانون والعلوم السياسية

Wahabsami1992@gmail.com

hanaaalkhrbeet@uoanbar.edu.iq

الملخص

يتناول هذا البحث اثبات وجود الالتزام بالاستمرار بالتفاوض في عقود الاستهلاك وأساسه القانوني والمسؤولية القانونية المترتبة عليه , هل هي مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية , وما هي الأسباب والبراهين في تحديد طبيعة المسؤولية الناتجة عن الاخلال بالالتزام بالاستمرار بالمفاوضات.

الكلمات المفتاحية : عقد , تفاوض , استهلاك , مسؤولية , ابرام

Abstract

This research deals with proving the existence of the obligation to continue negotiating in consumer contracts, its legal basis and the legal liability arising from it, is it contractual or tortuous liability, and what are the reasons and proofs in determining the nature of the liability resulting from breach of the obligation to continue negotiations.

Keywords: contract, negotiation, consumption, responsibility, conclusion

المقدمة

اولا:- مدخل لموضوع الدراسة

كان العقد ولا يزال وسيبقى محل اهتمام كبير على الصعيد القانوني والقضائي والفقهي, وذلك لكونه أداة مهمة في نقل السلع والخدمات بين البلدان , فضلا عن كونه أداة مهمة في نقل التكنولوجيا من البلدان المتقدمة الى البلدان النامية لتحسين وضعها الاقتصادي.

وإذا كان التعامل بين الأشخاص في الأزمنة الماضية متميز ببساطته , فإن الزمن الحالي أوجد عقوداً على قدر كبير من الأهمية , ومن بينها عقود الاستهلاك , وهذه العقود تسبقها أو تتخللها مفاوضات بين أطرافها قد تطول أو تقصر بحسب طبيعة العقد وظروف التفاوض , فاصبح التفاوض أمراً مألوفاً بالنسبة لهذه العقود.

ثانياً:- أهمية الموضوع

تتبع أهمية الموضوع من كونه يدخل ضمن زمرة الالتزامات المترتبة على العقد , وما انتجع التقدم على الصعيد التجاري من انتاج عقود على قدر كبير من الأهمية , وما تتبعه هذه الأهمية من نتائج ينبغي تحققها لتحقيق الغاية المرجوة من ابرام هذه العقود , لذلك فقد اصبح لزاماً ان تكون هناك مرحلة مفاوضات يدخل فيها الاطراف بغية التعرف على ما يمكن تحقيقه من نتائج تضمن سير العقد على طريق يحقق الغاية المرجوة منه , وما يفرضه مبدأ حسن النية في المفاوضات التزامات كثيرة , لكونه مبدأً دينياً واخلاقياً دخل نسيج القانون حماية للعلاقات العقدية من سبل الغش والتحايل , ولعل أهم هذه الالتزامات هو الالتزام بالاستمرار بالمفاوضات وعدم قطعها دون مبرر مشروع

ثالثاً:- إشكالية البحث

لعل المشكلة الرئيسية التي تنصدر هذا البحث هي المسؤولية المترتبة على الاخلال بالالتزام بالاستمرار في المفاوضات السابقة على التعاقد , لكونه ينشأ في مرحلة سابقة على العقد , هل هي تقصيرية ام انها عقدية ؟ بالاضافة الى مشكلة النطاق الزمني لهذا الاستمرار , واختلاط المصطلحات مع بعضها وعدم وجود ما يثبت مدى صحة استخدام مصطلح دون الاخر ؟ هذا ما سنحاول الاجابة عنه ضمن هذا البحث.

رابعاً:- منهجية البحث

سوف نتناول في هذا البحث المنهج التحليلي , مقسمين البحث الى مقدمة ومبحثين : يتناول الأول مفهوم الالتزام بالاستمرار في المفاوضات , في حين يتناول الثاني المسؤولية الناتجة عن الاخلال بهذا الالتزام , ثم ادرجنا ما توصلنا اليه من استنتاجات ومقترحات في خاتمة البحث.

المبحث الاول

الاطار المفاهيمي للالتزام بالاستمرار بالتفاوض في عقود الاستهلاك

سنتناول في هذا المبحث بيان مفهوم الالتزام بالاستمرار بالتفاوض في عقد الاستهلاك في المطلب الاول , ومن ثم سنبحث في المطلب الثاني النطاق الزمني للالتزام بالاستمرار في عقد الاستهلاك واساسه القانوني .

المطلب الاول

مفهوم الالتزام بالاستمرار بالتفاوض في عقود الاستهلاك

لقد شهد العصر الحديث تطوراً كبيراً في مجال الاقتصاد والتكنولوجيا، والذي أدى إلى ظهور أنواعاً من العقود لا يمكن أن تبرم من دون أن تسبقها مرحلة مفاوضات قد تطول أو قد تقصر بحسب الأحوال، وسواء طالبت هذه المدة أم قصرت فإنه يلتزم الأطراف بالاستمرار بها والالتزام بعدم قطعها من دون عذر مشروع، لذلك سنتناول في هذا المطلب بيان تعريف الالتزام بالاستمرار بالتفاوض في عقود الاستهلاك في فرع أول، ومن ثم سنتناول تعريف الالتزام بالاستمرار بالتفاوض في عقود الاستهلاك في فرع ثان.

الفرع الأول

تعريف عقود الاستهلاك

بداية يعرف عقد الاستهلاك بأنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"¹.

ويتميز عقد الاستهلاك كغيره من العقود بعدة مميزات منها:

- أنه عقد رضائي: بمعنى أنه ينعقد بموجب تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، فلا يشترط المشرع الجزائري في عقد الاستهلاك شكلاً معيناً فقد يتم شفاهة.

- أنه عقد من عقود المدة: بمجرد تبادل الإرادتين يلتزم عارض السلعة بتقييم المنتج أو الخدمة في مدة محددة وذلك لضمان كل عيب خفي لا يظهر في عملية البيع حسب طبيعة المنتج.

- الأصل أنه من عقود المعاوضة: غير أنه بالرجوع إلى أحكام القانون (02-04) والقانون (03-09) نجد أن عقد الاستهلاك قد يكون بدون عوض.

- أنه يرد على منتج أو خدمة: فلا يتصور وجود عقد استهلاك بدون منتج أو خدمة.

- أنه من العقود التي قد تحمل صفة الإذعان، وهذه الصفة هي من أهم صفات عقد الاستهلاك، إذ إن المستقرء لها يعتقد لأول وهلة هي عدم وجود التزام بالاستمرار في المفاوضات في هذا النوع من العقود، لكون صفة الإذعان تجعل من الطرف المستهلك طرفاً ضعيفاً، فليس له مناقشة بنود العقد الاستهلاكي فهو إما أن يرفضه برمته أو يقبل به بمجمله.

لكن هذا القول لا يمكن القبول به على الإطلاق، فكل عقد يخضع للتفاوض من الناحية النظرية عدا عقود المزايدات والمناقصات وعقود الإذعان، لكن بساطة عقود الاستهلاك قد تكون فيها مفاوضة لكنها قصيرة جداً ويغلب أن تكون المفاوضات حول الثمن فقط، ولهذا ليس هناك التزام بالاستمرار بالتفاوض بسبب قصر مدة المفاوضات التي قد لا تستغرق إلا دقائق محدودة إلا إذا وجد اتفاق على خلاف ذلك، بالإضافة إلى الكلام السابق فإنه قد يوجد التزام بالتفاوض في عقود الاستهلاك كمن يملك دار

¹ . المادة "03" من قانون (02-04) والمادة "01" من المرسوم التنفيذي (06-306) المعدل والمتمم بالمرسوم (08-44)، أما قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010 فلم يورد تعريفاً لعقد الاستهلاك.

كبيرة ويتفاوض مع ففي تبريد لعمل تبريد مركزي للدار ، فإذا وصلت المفاوضات مرحلة جدية يتوقع فيها الطرف الآخر أنهما متجهان لإبرام العقد ، هنا ينشأ التزام بالاستمرار بالتفاوض .

الفرع الثاني

تعريف الالتزام بالاستمرار بالتفاوض في عقود الاستهلاك

بدايةً يعرف الالتزام بالاستمرار في المفاوضات بأنه: " الالتزام الذي ينشأ بين طرفي المفاوضة من اتفاق صريح او من اتفاق يمكن استخلاصه من ظروف التفاوض, يكون موضوعه التزام كل من الطرفين بعدم قطع المفاوضة قطعاً غير مبرر والالتزام بالسير فيها بحسن نية"¹.

وقد يثير العنوان لبساً للقارئ إذ ان الالتزام بالاستمرار بالمفاوضات والالتزام بعدم قطع المفاوضات², هما وجهان لعملة واحدة وهي السير في المفاوضات وصولاً الى مرحلة ابرام العقد موضوع التفاوض , والذي يكون هنا عقداً من عقود الاستهلاك , ولكن في حقيقة الامر انهما يختلفان اختلافاً جوهرياً , فهما وان كانا يشتركان في بعض المميزات إلا ان لكل منهما طبيعته الخاصة , فهما يشتركان في انهما يسبقان مرحلة العقد , ولكن طبيعة كل التزام تختلف عن الآخر , فالالتزام بعدم قطع المفاوضات هو التزام سلبي حيث يمتنع على طرفي المفاوضة قطع المفاوضات من دون وجود مبرر مشروع , اما الالتزام بالاستمرار في المفاوضات هو التزام ايجابي مقتضاه القيام بالأعمال اللازمة للاستمرار في التفاوض , هذا من جانب , ومن جانب اخر فإن الالتزام بعدم قطع المفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة بمعنى ان الاطراف ملزمين بعدم قطع المفاوضات و ابرام العقد النهائي وهو ما يتنافى وطبيعة المفاوضات بصورة عامة التي يتوخى من خلالها اطراف التفاوض التشاور فيما بينهم لمعرفة ما يحقق لهم العقد المزمع ابرامه من منافع , اضافة الى ما يوجبه مبدأ الحرية التعاقدية , اما الالتزام بالاستمرار في المفاوضات فهو التزام بوسيلة اي ان على طرف ان يبذل قصارى جهده في سبيل انجاح المفاوضات , وقد يكون بنتيجة عندما يتفق الطرفان ابتداء على الاستمرار بالمفاوضات و ابرام العقد , وهنا يلتقيان في هذه النقطة عندما يسود الاتفاق على المفاوضات منذ بدايتها ويجزم بأبرام العقد موضوع التفاوض , لذلك كان اختيار الاستمرار في المفاوضات الاقرب الى الصواب من الالتزام بعدم قطع المفاوضات العقدية لأن الاول يتفق وطبيعة المفاوضات وغايتها التي انشأت من اجلها, وكذلك فهو يتناسب ومبدأ حرية التعاقد.

وعليه يمكننا تعريف الالتزام بالاستمرار في المفاوضات بأنه :

التزام ذو طبيعة ايجابية , يفرضه مبدأ حسن النية , مقتضاه الاستمرار في المفاوضات مادام الطرف الآخر جاداً في اتمامها , ملتصقاً منها ابرام عقد نهائي يحقق مصلحة الاطراف المتفاوضة.

المطلب الثاني

¹ . انظر . سليمان الجميلي , المفاوضات العقدية, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق , جامعة صدام, 1998, ص53

² . انظر . د. صبري حمد خاطر , قطع المفاوضات العقدية , بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة صدام , المجلد الاول , العدد 3 , سنة 1997 , كانون الاول , 123 وما بعدها.

النطاق الزمني للالتزام بالاستمرار في المفاوضات وآساسة القانوني

قد يحصل ان تكون هناك مفاوضات بين طرفين او اكثر بشأن ابرام عقد ما, وهذه المفاوضات يجب ان تكون محكمة بمبدأ حسن النية, هذا المبدأ الذي يعتبر أساساً لكثير من الالتزامات التي ترتب على اطراف التفاوض خلال فترة المفاوضات, لذلك سنتناول في هذا المطلب بيان النطاق الزمني للالتزام بالاستمرار في المفاوضات في عقود الاستهلاك ومن ثم بيان أساسها القانوني في فرع ثان.

الفرع الاول

النطاق الزمني للالتزام بالاستمرار في المفاوضات في عقود الاستهلاك

يتحدد النطاق الزمني للالتزام بالاستمرار بالمفاوضات منذ بدء الاطراف بعملية التفاوض وينتهي بانتهاء مدة التفاوض سواء ابرم العقد ام لا , حيث ينشأ الالتزام بالاستمرار بالتفاوض في عقود الاستهلاك بين اطراف عقد الاستهلاك وهما المستهلك¹, والمجهز², إذ تبدأ معالم هذا الالتزام بالظهور ليس عند الاتفاق ابتداء على حضور اللقاء الاول الذي سيناقش فيه مميزات العقد , وانما بعد مرور مدة زمنية قد تكون قصيرة احياناً لكنها تبعث الثقة باحتمالية موافقة الطرف الآخر على العقد المزمع ابرامه , لذلك فإن وجود هذا الالتزام لا يكون عند حضور اللقاء الاول , وانما بعد مرور تلك الفترة الباعثة الى توليد الثقة بإمكانية ابرام العقد.

ويتفق طرفا التفاوض في اللقاء الاول على موعد لبدء المفاوضات , وهذا الاتفاق ليس اتفاقاً من جانب واحد وانما هو اتفاق يقع على عاتق كلا الطرفين , حيث ان كل طرف يلتزم مع الطرف المقابل بأن يحدد الموعد الاول للبدء بالمفاوضة , وبعد اللقاء الاول ستتضح المعالم الاولى لكل من الطرفين فيما يخص بنود العقد المزمع ابرامه مستقبلاً وهل انه يلي مصالح الاطراف المتفاوضة ام لا³, واللقاء الاول سيحدد اين ومتى تبدأ المفاوضات ويبين من يمثل كل طرف فيها , فالمفاوضات لا تجري عادة إلا بناء على اثر دعوة الى التعاقد⁴.

ففي المرحلة السابقة على التعاقد وحتى تسير المفاوضات بشكل صحيح ويصل المتعاقدين إلى مرحلة انعقاد العقد لابد أن يلتزم أطراف التفاوض ببدء التفاوض, وذلك حتى تمر المفاوضات بمراحلها الثلاث وهي مرحلة بدء المفاوضات ومرحلة السير فيها ومرحلة إنهاء المفاوضات لكي يتسنى ابرام العقد موضوع التفاوض⁵, فعند التقاء طرفي المفاوضات وتبادل الآراء والمقترحات ووضوح موقف كل طرف للطرف الآخر بأنهما جادان في اتمام المفاوضات تبدأ معالم المدة الزمنية لهذا الالتزام تتضح , لأنه في هذه الفترة يكون طرفا المفاوضات قد دخلا فعلاً في مفاوضات تأخذ طابعاً جدياً في ان نهايتها قد تكون ابرام العقد موضوع التفاوض , ومن هنا يبدأ

¹ . هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة بقصد الإفادة منها. المادة 5/اولا من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010.

² . هو كل شخص طبيعي أو معنوي منتج أو مستورد أو مصدر أو موزع أو بائع سلعة أو مقدم خدمة سواء أكان أصيلاً أم وسيطاً أم وكيلاً. المادة 6/اولا من القانون نفسه.

³ . انظر . أ. هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي , التنظيم الاتفاقي للمفاوضات في الاطار العقدي , مجلة الجامعة الاسمية , العدد 21 لسنة 11, الجزائر , ص225

⁴ . انظر . د. صدام فيصل المحمدي , التفاوض على العقود بين الحرية والتقييد , مجلة كلية الحقوق , جامعة النهرين , العدد (1) , المجلد (1) , 2009. انظر ايضا , حمدي محمود بارود, نحو ارساء جديد لمفاوضات العقد , الطبيعة العقدية واثارها, دراسة تحليلية تأصيلية , مجلة جامعة الأزهر بغزة , سلسلة العلوم الانسانية , 2010, المجلد(12), العدد (1), ص742.

⁵ . يجب ان نميز هنا بين بدء المفاوضات والاستمرار فيها , فالبدء معناه ان الطرفين يتفان على حضور اللقاء الاول بموجب دعوة تقدم من طرف الى الطرف الاخر وهنا يتم التفاوض على التفاوض , اما الاستمرار فيكون تاليا للبدء في المفاوضات وهو ناشئ عنه . د. حمدي بارود , المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية ومضمون الالتزام بها , مبدأ حسن النية ومقتضياته -دراسة تأصيلية تحليلية, مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد السادس عشر, العدد الأول, جامعة الأزهر , فلسطين, 2008, ص850, وانظر

ايضا . مقال منشور على الموقع الالكتروني الاتي

<http://ibrahimomran.com/vb/showthread.php?t=1216>

قياس المعدل الزمني اللازم لمرحلة التفاوض , اذ ليس من الممكن ان تكون المفاوضات الى مالا نهاية , وبالتالي فإن الاطراف سيقومون بتحديد المدة الزمنية الكافية لإتمام هذه المرحلة.

وكما اسلفنا سابقا فإن الطرفين سيحددان المدة الكافية لإتمام هذه المرحلة , ويعتبر هذا اللقاء مهماً لكل من الطرفين لأنه سيحدد جدية كل منهما في انجاح هذه العملية ومدى ما تحققه للطرف المقابل من مصلحة , فإذا تبين لكل طرف ان الطرف المقابل كان جاداً في ذلك كانت عملية المفاوضة يسيرة ومن الممكن ايضاً ان يتفق الطرفان ان تكون مدة المفاوضات قصيرة حتى يستطيع كل منهما ابرام العقد النهائي والاستفادة منه¹, ولكن تجب ملاحظة ان المفاوضات السابقة على التعاقد اذا بدأت بدعوة مجردة من اسس التفاوض, بمعنى ان تكون هناك دعوة من احد الطرفين الى الآخر للدخول في مفاوضات من اجل ابرام عقد ما في المستقبل من دون بيان العناصر التي يجري التفاوض بشأنها فإن الثقة فيها تكون في بدايتها , ان لم تكن منعدمة , ومن ثم فليس هناك ما يلزم من الاستمرار فيها².

وعليه فإن القول باستمرار المفاوضات لا يعني ان الطرفين ملزمان بالاستمرار فيها وصولاً لمرحلة ابرام العقد , لأن التسليم بهذا الامر معناه مصادرة مبدأ حرية التعاقد , فقد يجد احد الاطراف ان هذا العقد ليس في مصلحته ابرامه وانه لا يحقق له المصلحة التي يبتغيها من ابرام هذا العقد³.

والاتفاق بين الاطراف على حضور اللقاء الاول هو التزام بنتيجة اذ يجب على الطرفين الالتزام بالحضور في الزمان والمكان المعينين , أما الالتزام بالاستمرار في المفاوضات وبحسن نية ومن دون قطعها طيلة مدة التفاوض هو التزام ببذل عناية , اذ يقع على عاتق كل طرف ان يبذل ما في وسعه خلال هذه الفترة لإتمام نجاح المفاوضات وعدم قطعها من دون مبرر, حيث ان قطعها من دون مبرر خلال الفترة الزمنية التي اتفق الاطراف على ان تجري فيها فترة المفاوضات قد يترتب ضرراً للطرف المقابل مما يوجب قيام المسؤولية.

اما اذا كان الطرف المتفاوض قد بذل كل ما في وسعه لإنجاح هذه المرحلة ولكن دون جدوى فلا مسؤولية تقع عليه في هذه الحالة⁴.

الفرع الثاني

الاساس القانوني للالتزام بالاستمرار بالتفاوض في عقود الاستهلاك

¹ . انظر .د. جمال فاخر النكاس , العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد واهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد , مجلة الحقوق , العدد الاول , السنة العشرين 1996 , ص163-164. وانظر ايضا, فن التفاوض التعاقدى , منشور على الموقع الالكتروني الاتي: www.sabra-it.com/index.php/about-us/blog/item/332

² . انظر .د. درع حماد , الالتزامات قبل التعاقدية, محاضرات القيت على طلبة الماجستير في الجامعة العراقية. غير منشور. 2015, وانظر ايضا. علاء حسين الجوعاني, مبدأ حسن النية في تكوين العقود, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية صدام للحقوق , جامعة صدام , بغداد, 2002, ص20, وانظر ايضا, حمدي محمود بارود , القيمة القانونية للاتفاقيات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية , مجلة الجامعة الاسلامية (سلسلة الدراسات الانسانية) المجلد الثالث عشر , العدد الثاني , 2005, ص125.

³ . انظر .د. اكرم محمد حسين البدو و .د. محمد صديق عبدالله , المرجع السابق , ص 410.

⁴ . انظر .د. ذكري محمد حسين و .د. استبرق محمد حمزة, التزامات اطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية, بحث منشور في مجلة الحلي للعلوم القانونية والسياسية , العدد الرابع, السنة السادسة, وانظر ايضا , هيلان عدنان احمد محمد الجبوري , الاتفاقيات السابقة على التعاقد , رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق –جامعة الهيرين , 2004 , ص73-74.

ان الاساس القانوني لهذا الالتزام يكون هو مبدأ حسن النية , اذ ان هذا المبدأ يعتبر مبدأ اساسي تنص عليه القوانين, وان كان القانون المدني العراقي لم ينص عليه كمبدأ اساسي يسير عليه الطرفان خلال فترة التفاوض بل اخذ به كمبدأ عام خلال فترة تنفيذ العقود , حيث نص على انه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"¹, متفقة مع بعض القوانين العربية ومنها القانون المدني المصري في المادة 148/ف1, وكذلك قانون المعاملات الاماراتي (قانون اتحادي) رقم 5 لسنة 1985 في مادته 246/ف1, على عكس بعض القوانين الاجنبية كالقانون الفرنسي والذي نص على مراعاة حسن النية في ابرام وتنفيذ العقود وكذلك القانون الايطالي والسويسري التي نصت على صراحة على التزام الاطراف بهذا المبدأ اثناء فترة المفاوضات وتنفيذ الالتزامات واستعمال الحقوق طبقاً لقواعد حسن النية.²

ولقد حاول بعض الفقهاء وفي مقدمتهم الفقيه ((Saleilles)) , ربط وجود هذا الالتزام , بتقدم المفاوضات , فكلما كانت المفاوضات في مرحلة متقدمة , امتنع على الطرفين قطعها بشكل غير مشروع استناداً الى فكرة الضمان الذي قال بها هؤلاء الفقهاء, ومقتضى هذه الفكرة انه بمجرد توجيه الايجاب فان ذلك يؤدي الى نشوء ضمان قانوني بين المتفاوضين , ومن ثم يمتنع على المتفاوض قطع المفاوضات والا كان مسؤولاً عن التعويض استناداً الى هذه الفكرة , الا ان هذا الرأي محل نظر , ذلك ان افتراض وجود اتفاق على الضمان بمجرد توجيه الايجاب امر اقرب الى الافتراض والمجاز منه الى الحقيقة, فالاتفاق مصدر هذا الضمان ويفترض ان يكون قد نشأ بإرادة الطرفين , ويصعب القول ان ارادة الطرفين هي التي انشأت هذا الضمان , بل ان الذي يحصل هو ان كل طرف يحاول الحصول على افضل الشروط للتعاقد , فاذا لم يتحقق له ذلك ينسحب من المفاوضات بغض النظر عن مصلحة الطرف الآخر , لهذا يرى هذا الفقيه ان فكرة هذا الضمان قد تبدو غير مقبولة لأنها قائمة على الافتراض ولا سند لها في القانون الفرنسي والاطالي.³

وبناء على ذلك, فان قطع المفاوضات من دون وجود مبرر مشروع وبغض النظر الى المرحلة التي وصلت اليها يعتبر سلوكاً معيباً ومخالفاً لمبدأ حسن النية, وهو خطأ موجب لقيام احكام المسؤولية السابقة على التعاقد⁴, هذا ما لم يتفق الطرفان على الاستمرار بالمفاوضات وتحديد شروط الانسحاب منها , وعند ذلك يكون الاتفاق مصدراً لهذا الالتزام.⁵

المبحث الثاني

المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بالالتزام بالاستمرار بالمفاوضات

¹ . انظر . المادة (150) من القانون المدني العراقي رقم 45 لسنة 1951 المعدل

² . انظر . وعود كاتب الانباري , المفاوضات العقدية عبر الانترنت , مجلة رسالة الحقوق , العدد الثاني , جامعة كربلاء , كلية القانون , 2009 , ص 203 . وانظر ايضا . د. حمدي محمود بارود , الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد , مجلة الجامعة الاسلامية للدراسات الاقتصادية والادارية , المجلد العشرون , العدد الثاني , 2012 , ص 550 .

³ . انظر , علاء حسين الجوعاني , المرجع السابق , ص 22 .

⁴ . وسنعرض لهذا الموضوع عند بحثنا للمسؤولية القائمة عن قطع المفاوضات في المبحث الثاني من هذه الدراسة .

⁵ . انظر . سليمان براك الجميلي , المرجع السابق , ص 53-54 . وانظر ايضا , علاء حسين الجوعاني , المرجع السابق , ص 21-

عندما يقوم طرفي التفاوض بتنفيذ أي التزام , فلا يمكن أن تترتب المسؤولية على أي منهما , حتى وان أسفرت المفاوضات بينهما عن فشلها , أما اذا أخل أحد الطرفين بتنفيذ الالتزام , وترتب على هذا الاخلال فشل المفاوضات والحاق الضرر بالطرف الاخر , فإنه يكون مسؤولاً عن هذا الاخلال.

أما بالنسبة لطبيعة المسؤولية الناشئة عن الاخلال بالاستمرار بالمفاوضات , فقد كانت محل خلاف فقهي , حيث ذهب اتجاه الى القول بأن هذه المسؤولية عقدية , في حين ذهب اتجاه اخر الى القول بأنها ذات طبيعة تقصيرية , وسوف نتناول كل اتجاه في مطلب مستقل.

المطلب الأول

الطبيعة العقدية للمسؤولية

ذهب جانب من الفقه الألماني الى القول بأنَّ المسؤولية المترتبة على الاخلال بالالتزام بالاستمرار بالتفاوض هي مسؤولية عقدية , وذلك على أساس نظرية الخطأ في تكوين العقد , والتي تقضي بأنَّ كل شخص أبرم عقد ما وتسبب في بطلانه , فإنه يكون ملزماً بتعويض الطرف الاخر عما لحقه من ضررٍ على أساس العقد الباطل⁽¹⁾.

ونتيجةً لتأثر القانون المدني الألماني بهذه النظرية , فإنه قد نص عليها في الفقرة الأولى من المادة (122) , والتي تقضي بأنَّ الاعلان الباطل عن الارادة يلزم صاحبه بدفع تعويضٍ لمن وجه له هذا الإعلان , أو بتعويض أي من الغير في حال عدم توجيهه الى شخصٍ معين , وذلك عن ما لحقه من ضررٍ نتيجة اعتقاده بصحة هذا الإعلان⁽²⁾ , وقد تأثر بالنظرية المذكورة جانب من الفقه الفرنسي , فزعموا بأنَّ ما يثبت الطبيعة العقدية للمسؤولية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية هي أحكام المادة (1599) من القانون المدني الفرنسي , والتي اعتبرت بيع ملك الغير باطلاً ويترتب عليه جواز الحكم بالتعويض اذا كان المشتري يجهل بأنَّ المبيع ملك للغير⁽³⁾.

ويترتب على ما تقدم اثار قانونية كثيرة , لعل ابرزها عدم وجود التضامن , فاذا تفاوض عدة شركاء مع شخص ما ثم انسحب الشركاء دون مبرر مشروع , فان التضامن لا يفترض الا بالاتفاق , فضلاً عن طول مدة تقادم دعوى المسؤولية العقدية وسهولة اثباتها.

بيد أن هذه النظرية لم تسلم من سهام النقد , وذلك لكونها ظهرت في الوقت الذي كانت فيه المانيا محكومة بالقانون الروماني , وهذا القانون لم يعترف بالقاعدة التي تقضي بالزام كل من يحدث ضرراً غير مشروع بالغير بتعويضه عن ذلك الضرر , كما أنَّ القوانين الوطنية لم تأخذ بها , وذلك لكونها تؤدي الى مساءلة ناقص الأهلية فيما لو عدل عن ايجابه⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

(1) R. von Jhering , oeuvres choisies – traduites avec l'auteur , tome 2 , Librairie a. Maresq , aine , paris , 1928 , P25.

(2) Article (122) of German civil law (BGB) (2002) , English translation available on the website : https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ , time of visit : 10/1/2017 at (12:09) pm.

(3) د. رجب كريم عبد الله , التفاوض على العقد – دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة , دار النهضة العربية , القاهرة , مصر , 2000م , ص 219.

(4) د. حسن علي الذنون , المبسوط في المسؤولية المدنية , ج 1 , شركة التاييس للطبع والنشر المساهمة , بغداد , العراق , 1991م , ص 91.

الطبيعة التقصيرية للمسؤولية

ذهب جانب آخر من الفقه الى القول بأن المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد هي مسؤولية تقصيرية وليست عقدية , وذلك لأنَّ المسؤولية العقدية تتطلب وجود عقد تام بين الطرفين , وهذا لا يكون الا بالتقاء القبول مع الايجاب , فاذا عدل الموجب عن ايجابه , فإنَّ العقد لا يتم , ومن ثم فلا يمكن تطبيق قواعد المسؤولية العقدية⁽¹⁾.

وقد تأثر القضاء الفرنسي بهذه النظرية , فقضت محكمة النقض الفرنسية بأنَّ قيام أحد الأطراف بقطع المفاوضات فجأةً ودون مبرر مشروع يشكل مخالفةً لمبدأ حسن النية , ومن ثم يؤدي الى إقامة المسؤولية على أساس الخطأ التقصيري⁽²⁾.

أما القانون الانكليزي , فإنه قد أخذ بها على أساس نظرية التغيرير "misrepresentation" , فأقر بمسؤولية كل شخص يستخدم بيانات مظللة بقصد الدخول في علاقة عقدية مع شخص آخر , كما أعطى الحق للمضرور بالمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضررٍ جراء تلك البيانات⁽³⁾.

وعلى الرغم من الحجج المنطقية التي أدلى بها أنصار هذا الاتجاه , فإننا نرى بأنَّ التسليم به قد يتعارض مع ما تقضي به مصلحة التجارة الدولية , وذلك لأنَّ اثبات المسؤولية التقصيرية هو أصعب من اثبات المسؤولية العقدية , حيث توجب القواعد المنظمة للمسؤولية التقصيرية على الطرف المتضرر بأن يثبت الى جانب الضرر الذي لحق به , الخطأ الذي ارتكبه الطرف الآخر , أي أن يثبت بأنَّه قد أخل بالمفاوضات الجارية بينهما.

ونتيجةً لذلك , فقد ظهرت في ميدان التجارة الدولية طائفة من العقود تدعى بعقود التفاوض , والتي بموجبها يلتزم كلا الطرفين بالاستمرار في التفاوض بشأن عقدي ما بغية الوصول الى ابرامه , وهذه العقود تتمتع بأهمية كبرى فيما يتعلق بالمسؤولية , وذلك لكونها تقدم وسيلة اثبات مضمونة , وتزود أحد الطرفين بدليل يثبت مخالفة الطرف الآخر لما يوجبه حسن النية وأمانة التعامل⁽⁴⁾.

ويذهب الرأي الراجح في الفقه الى القول بأنَّ المسؤولية الناجمة عن الاخلال بالمفاوضات قبل التعاقدية هي مسؤولية تقصيرية , الا اذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك , فتكون المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية عقدية , أما بالنسبة لخطابات النيات , فإنَّها ان دلت على وجود عقد بين طرفيها , فإنَّ المسؤولية هنا تكون عقدية , فان لم يتبين وجوده , فإنَّ المسؤولية هنا تكون تقصيرية⁽⁵⁾.

(1) حسين عامر , المسؤولية المدنية , ط1 , مطبعة مصر , 1956م , ص48. وينظر كذلك : د. أنور سلطان , الموجز في النظرية العامة للالتزام , مصادر الالتزام , دار المطبوعات الجامعية , الإسكندرية , مصر , 1998م , ص70.

(2) Giliker paula , a role for tort in pre-contractual negotiations? An examination of English , French , and Canadian law , international and comparative law quarterly , vol. 52 , issue 52 , 2003 , P981.

(3) G. h. treitel , an outline of the law of contract , 2nd edition , butterworths , London , 1979 , P126.

(4) د. أبو العلا علي النمر , مفاوضات عقود التجارة الدولية , ط2 , دار النهضة العربية , مصر , ص46.

(5) أستاذنا د. درع حماد عبد , النظرية العامة للالتزامات , ج1 , مكتبة السهوري , العراق , بغداد , 2016م , ص116 و117.

الخاتمة

أ . النتائج :

بعد ان انتهينا من البحث توصلنا الى نتائج وهي :

- 1- ان الالتزام بالاستمرار في المفاوضات في عقود الاستهلاك قد ينشأ من اتفاق الاطراف او قد يستخلص من ظروف التفاوض.
- 2- ان عقود الاستهلاك قد يغلب عليها خصيصة الازعان فتوافر تلك الخصيصة يعدم وجود الالتزام بالاستمرار بالتفاوض , لكن هذا لا يكون في كل عقود الاستهلاك , فالالتزام بالاستمرار متواجد فيها وان كان نطاقه الزمني قد يكون قصيراً.
- 3- يجد هذا الالتزام اساسه ضمن مبدأ حسن النية والمقترن بجدية الاطراف في اتمام المفاوضات وصولاً الى ابرام العقد موضوع التفاوض.
- 4- ينشأ هذا الالتزام منذ اللقاء الاول لأطراف التفاوض ويستمر لحين انتهاء مرحلة التفاوض ابرم العقد ام لم يبرم.
- 5- المسؤولية التي تحكم مرحلة التفاوض هي مسؤولية تقصيرية الا اذا وجد اتفاق بين الطرفين مقتضاه الاستمرار بالمفاوضات من دون قطعها فالإخلال هنا ينتج مسؤولية عقدية.

ب . التوصيات:

نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (150) من القانون المدني العراقي وجعله مبدأ يشمل جميع مراحل العقد ولا يقتصر على مرحلة التنفيذ كما ورد في المادة سالفة الذكر.

المراجع

أولاً , الكتب :

1. د. أبو العلا علي النمر , مفاوضات عقود التجارة الدولية , ط2 , دار النهضة العربية , مصر.
2. د. أنور سلطان , الموجز في النظرية العامة للالتزام , مصادر الالتزام , دار المطبوعات الجامعية , الإسكندرية , مصر , 1998م.
3. د. حسن علي الذنون , المبسوط في المسؤولية المدنية , ج1 , شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة , بغداد , العراق , 1991م.
4. حسين عامر , المسؤولية المدنية , ط1 , مطبعة مصر , 1956م..
5. د. درع حماد عبد , النظرية العامة للالتزامات , ج1 , مكتبة السنهوري , العراق , بغداد , 2016م.
6. د. رجب كريم عبد اللاه , التفاوض على العقد – دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة , دار النهضة العربية , القاهرة , مصر , 2000م.

ثانياً : الرسائل:

1. سليمان الجميلي , المفاوضات العقدية, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق , جامعة صدام, 1998.

2. علاء حسين الجوعاني, مبدأ حسن النية في تكوين العقود, رسالة ماجستير مقدمة الى كلية صدام للحقوق , جامعة صدام , بغداد, 2002.

ثالثاً: الأبحاث :

1. د. جمال فاخر النكاس , العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد واهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد , مجلة الحقوق , العدد الاول , السنة العشرون , 1996.

2. د. حمدي محمود بارود, نحو ارساء جديد لمفاوضات العقد , الطبيعة العقدية واثارها, دراسة تحليلية تأصيلية , مجلة جامعة الازهر بغزة , سلسلة العلوم الانسانية , 2010, المجلد(12), العدد (1).

3. د. حمدي بارود , المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية ومضمون الالتزام بها , مبدأ حسن النية ومقتضياته – دراسة تأصيلية تحليلية, مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد السادس عشر , العدد الأول, جامعة الازهر , فلسطين, 2008.

4. د. حمدي محمود بارود , القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية , مجلة الجامعة الاسلامية (سلسلة الدراسات الانسانية) المجلد الثالث عشر , العدد الثاني , 2005.

5. د. حمدي محمود بارود , الطبيعة القانونية للمسؤولية في حالة العدول عن مفاوضات العقد , مجلة الجامعة الاسلامية للدراسات الاقتصادية والادارية , المجلد العشرون , العدد الثاني , 2012.

6. د. صبري حمد خاطر , قطع المفاوضات العقدية , بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة صدام , المجلد الاول , العدد 3 , سنة 1997 , كانون الأول.

7. د. صدام فيصل المحمدي , التفاوض على العقود بين الحرية والتقييد , مجلة كلية الحقوق , جامعة النهرين , العدد (1) , المجلد (1) , 2009.

8. د. ذكرى محمد حسين و د. استبرق محمد حمزة, التزامات اطراف التفاوض في عقود التجارة الدولية, بحث منشور في مجلة الحلبي للعلوم القانونية والسياسية , العدد الرابع, السنة السادسة.

9. أ. هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي , التنظيم الاتفاقي للمفاوضات في الاطار العقدي , مجلة الجامعة الاسمرية, العدد 21 لسنة 11, الجزائر.

10. هيلان عدنان احمد محمد الجبوري , الاتفاقات السابقة على التعاقد , رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة النهرين , 2004.

11. وعود كاتب الانباري , المفاوضات العقدية عبر الانترنت , مجلة رسالة الحقوق , العدد الثاني , جامعة كربلاء , كلية القانون , 2009.

رابعاً , المحاضرات :

د. درع حماد , الالتزامات قبل التعاقدية, محاضرات القيت على طلبة الماجستير في الجامعة العراقية. غير منشور. 2015.

خامساً , القوانين:

1. القانون المدني العراقي رقم 45 لسنة 1951 المعدل.
2. القانون المدني الألماني لسنة 2002.
3. قانون حماية المستهلك العراقي رقم(1) لسنة 2010

سادساً , المواقع الالكترونية:

1. <http://ibrahimomran.com/vb/showthread.php?t=1216> .
2. www.sabra-it.com/index.php/about-us/blog/item/332

سابعاً , المصادر الأجنبية:

1. Giliker paula , a role for tort in pre-contractual negotiations? An examination of English , French , and Canadian law , international and comparative law quarterly , vol. 52 , issue 52 , 2003 .
2. G. h. treitel , an outline of the law of contract , 2nd edition , butterworths , London , 1979.
3. R. von jhering , oeuvres choisies – traduites avec l'auteur , tome 2 , librairie a. maresq , aine , paris , 1928.