

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل
كلية القانون

التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد (دراسة مقارنة)

رسالة تقدمت بها الطالبة
عروبة شافي عرط المعموري

الى
مجلس كلية القانون-جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في
القانون المدني

بإشراف
الاستاذ المساعد الدكتور
منصور حاتم

2008م

1429هـ

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

﴿فَأَمَّا الزُّبُرُ فَيَزْدُهُبُ جُفَاءً وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ
فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ﴾

صدق الله العلي العظيم

سور الرعد / الآية 17

الاهداء

الى...

ينبوع الحنان الدائم التي اضاءت لي حياتي وكانت
خير عون لاتمام مشواري .. والدتي

الى والدي براً ووفاءً

الى اساتذتي الاجلاء

تقديراً واحتراماً

الى زوجي وابنائي(احمد وورنا وزيد)

حباً وحناناً

الى كل من اعانني

تقديراً وامتناناً

عروبة

شكر و عرفان

"رب أوزعني أن اشكر نعمتك التي أنعمت عليّ وعلى والديّ وإن عمل صالحاً ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين" سورة النمل / الآية 19.
الحمد لله الذي نزل القرآن تبياناً لكل شيء والصلاة والسلام على محمد المصطفى (صلى الله عليه وآله) الذي بنوره الكون اهتدى ليكون من المنذرين وعلى آله الطيبين الطاهرين.

أتقدم بجزيل الشكر والامتنان الى اساتذتي الفاضل الجليل الدكتور منصور حاتم لكل ما أولاني به من رعاية ولكل ما قدمه لي من مساعدة وتوجيه وأتقدم له بفائق الاعتراز لسعة صدره وكرمه في علمه الذي أثرى هذا البحث بكل ما يرتفع به ويقوّمه فجزاه الله عني خير الجزاء ومنحه توفيقه ورضاه.

كما أتقدم بخالص الشكر والاحترام إلى الدكتور حسن حنتوش والدكتور ميري كاظم والدكتور إبراهيم المشهداني والدكتورة وسن قاسم لما أسدوه لي من نصح لإتمام بحثي فجزاهم الله عني خير الجزاء.

وأتقدم بوافر الشكر إلى موظفي مكتبة كلية القانون / جامعة بابل وبالأخص الأخ أبو زينب والى موظفات القسم الخاص في الكلية وسكرتيرة عميد كلية القانون الأخت أشواق.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأخت نهلة الفتلاوي لجهودها المخلصة في طباعة ومتابعة الرسالة واخيراً أتقدم بشكري وتقديري إلى كل من توجه لنا بالكلمة الطيبة والنصيحة الخالصة والى كل من شاركنا مخلصاً في تذليل مصاعب البحث .
والله الموفق

الباحثة

المحتويات

الصفحة	الموضوع
3-1	المقدمة
159-4	الفصل الاول: ماهية المرحلة السابقة على التعاقد
59-5	المبحث الاول: مفهوم المرحلة السابقة على التعاقد
19-6	المطلب الاول: تعريف المرحلة السابقة على التعاقد وخصائصها
11-7	الفرع الاول: تعريف المرحلة السابقة على التعاقد
19-11	الفرع الثاني: خصائص المرحلة السابقة على التعاقد
12-11	اولاً : التصرف الذي يصدر في المرحلة السابقة على التعاقد هو تصرف ارادي
14-13	ثانياً: ان المرحلة السابقة على التعاقد تقوم على التبادل والاذن والعطاء
16-14	ثالثاً: المرحلة السابقة على التعاقد ثنائية الجانب على الاقل
17-16	رابعاً: المرحلة السابقة على التعاقد مرحلة تمهد لابرام العقد
19-17	خامساً: المرحلة السابقة على التعاقد مرحلة ذات نتيجة احتمالية
34-19	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد
30-20	الفرع الاول: نظريات الفقه التقليدي الالمانى
24-20	اولاً: نظرية الخطأ عند ابرام العقد او (نظرية ايرنج)
27-24	ثانياً: النظرية التبعية العقدية
29-27	ثالثاً: نظرية الوكالة
30-29	رابعاً: نظرية الفضالة
34-30	الفرع الثاني: نظريات الفقه التقليدي الايطالي
34-30	نظرية فاجيلا
-35	المطلب الثالث: تمييز المرحلة السابقة على التعاقد عما يشته به من افكار قانونية تقترب منها
46-35	الفرع الاول: تمييز المرحلة السابقة على التعاقد عن مرحلة ابرام العقد
49-46	الفرع الثاني: تمييز المرحلة السابقة على التعاقد عن التشاور
53-50	الفرع الثالث: تمييز المرحلة السابقة على التعاقد عن المحادثة
59-53	الفرع الرابع: تمييز المرحلة السابقة على التعاقد عن المساومة
113-60	المبحث الثاني: مضمون المرحلة السابقة على التعاقد
73-60	المطلب الاول: مرحلة المفاوضات
65-62	الفرع الاول: تعريف المفاوضات
73-66	الفرع الثاني: تمييز التفاوض عن غيره من الافكار القانونية القريبة منه
68-66	اولاً: التفاوض والوعد بالتعاقد
70-68	ثانياً: التفاوض والوعد بالتفضيل

73-70	ثالثاً: التفاوض وعقد الاطار
-73	المطلب الثاني: مرحلة الايجاب السابقة على التعاقد
85 -73	الفرع الاول: تعريف بمرحلة الايجاب وشروطه
75 -73	اولاً: تعريف الايجاب
85-75	ثانياً: شروط الايجاب
92-86	الفرع الثاني: صور الايجاب
90-86	اولاً: الايجاب الصريح
92-91	ثانياً: الايجاب الضمني
105-92	المطلب الثالث: القبول
96-93	الفرع الاول: تعريف القبول
105-97	الفرع الثاني: انواع القبول
99-97	اولاً: القبول الصريح
105-99	ثانياً: القبول الضمني
113-105	المطلب الرابع: الشروط او القيود التي تتضمنها المرحلة السابقة على التعاقد
110-106	الفرع الاول: بند العودة الى المرحلة السابقة على التعاقد والتفاوض لاعادة التوازن العقدي
113-111	الفرع الثاني: بند العودة الى المرحلة السابقة على التعاقد للتفاوض وتسوية النزاع ودياً
-114	المبحث الثالث: الالتزام الناشيء في المرحلة السابقة على التعاقد (الالتزام بالاعلام او الالتزام بالادلاء)
-115	المطلب الاول: ماهية الالتزام بالاعلام او الادلاء
-115	الفرع الاول: تعريف الالتزام بالاعلام او الادلاء والحكمة من تقريره
118-116	اولاً: تعريف الالتزام بالاعلام او الادلاء
124-118	ثانياً: الحكمة من وجود الالتزام
141-124	الفرع الثاني: شروط الالتزام بالاعلام
130-124	اولاً: معرفة المدين بالمعلومات وبمدى اهميتها بالنسبة للدائن
141-130	ثانياً: جهل الدائن بالمعلومات المتصلة بالعقد جهلاً مشروعاً
-141	الفرع الثالث: انواع الالتزام بالاعلام قبل التعاقد
142-141	اولاً: تقسيم الاعلام بحسب وجوبه او عدم وجوبه
151-142	ثانياً: تقسيم الاعلام بحسب درجة دقته وتطابقه مع الواقع
-151	المطلب الثاني: مضمون الالتزام بالاعلام او الادلاء
153-152	الفرع الاول: الالتزام بالاعلام المحض
155-154	الفرع الثاني: الالتزام بالتحذير

159-156	الفرع الثالث: الالتزام بالنصيحة
282-160	الفصل الثاني: احكام المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد
193-161	المبحث الاول: المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد
176-162	المطلب الاول: المسؤولية العقدية في المرحلة السابقة على التعاقد
172-163	الفرع الاول: الخطأ العقدي
175-172	الفرع الثاني: الضرر
176	الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر
190-176	المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية في المرحلة السابقة على التعاقد
187-177	الفرع الاول: مسؤولية المدين التقصيرية عند فشل المرحلة السابقة على التعاقد
190-187	الفرع الثاني: مسؤولية الغير التقصيرية عن افساده للمرحلة السابقة على التعاقد
193-191	المطلب الثالث: الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية للاطراف في المرحلة السابقة على التعاقد
233-194	المبحث الثاني: آثار المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد
200-194	المطلب الاول: التنفيذ العيني الجبري
212-200	المطلب الثاني: التنفيذ بطريق التعويض او التنفيذ بمقابل
233-213	المطلب الثالث: البطلان كجزاء للاخلال بالالتزام الناشئ في المرحلة السابقة على التعاقد (الالتزام بالاعلام
226-214	الفرع الاول: جزاء مخالفة الالتزام بالادلاء او الاعلام قبل التعاقد من خلال نظرية عيوب التراضي
219-215	اولاً: جزاء مخالفة الالتزام بالاعلام او الادلاء من خلال نظرية الغلط
226-220	ثانياً: جزاء مخالفة الالتزام بالاعلام او الادلاء قبل التعاقد من خلال نظرية التدليس

233-226	الفرع الثاني: جزاء مخالفة الالتزام بالاعلام او الادلاء قبل التعاقد من خلال نظرية الضمان
282-234	المبحث الثالث: تطبيقات عن المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد
261-234	المطلب الاول: تطبيقات عن الالتزام بالادلاء او الاعلام الناشئ في المرحلة السابقة على التعاقد
245-235	الفرع الاول: التزام الطبيب باعلام مريضه
261-245	الفرع الثاني: تطبيق الالتزام بالافصاح او الاعلام في عقد التأمين
282-261	المطلب الثاني: تطبيقات عن الاتفاقات التمهيدية التي يبرمها

	الطرفان في مرحلة التفاوض
274-262	الفرع الاول: الاتفاق المؤقت
282-274	الفرع الثاني: الاتفاق المرحلي
286-283	الخاتمة
307-287	قائمة المصادر
A-C	ملخص الرسالة باللغة الانكليزية

المقدمة

الفصل الأول

الفصل الثاني

الختامة

قائمة المصادر

المقدمة

أولاً: أهمية موضوع البحث

شهد العصر الحديث العديد من التطورات الاقتصادية والتكنولوجية والتي اثرت على العقود فاصبحت تتسم بالتعقيد والتركيب، الامر الذي بات من الضروري ان تسبق ابرامها مرحلة شاقة تستغرق حسب طبيعة العقود وقتاً طويلاً لمناقشة وتحديد شروطها ودراسة جدواها من الناحية الاقتصادية، وتحديد متطلباها الفنية، وتدبير مصادر كافية لتمويلها، والحصول عند الاقتضاء على الموافقات والتراخيص الادارية اللازمة. وغالباً ما تقتضي هذه المرحلة الاستعانة بفريق يضم اعضاءً من مختلف التخصصات المتصلة بالجوانب الفنية والمالية والقانونية للعقد.

وتعتبر المرحلة السابقة على التعاقد من اهم المراحل في حياة العقد اذ تتم في هذه المرحلة المناقشة والتحضير للعقد المراد ابرامه وكل ما يتصل به من جوانب فنية ومالية وقانونية ومحاولة ايجاد الحلول لكل ما يعترض ابرامه من صعوبات ومشاكل كما يتم في هذه المرحلة تحديد حقوق والتزامات الطرفين التي ستنشأ عن العقد المراد ابرامه.

ومن هنا تتضح لنا الاهمية العملية للمرحلة السابقة على التعاقد، هذه الاهمية التي تزداد يوماً بعد يوم، خاصة ونحن في عصر تشهد فيه العقود رواجاً كبيراً، وتزيد معها حاجة الدولة الى اقامة مشروعات التنمية، وبالتالي الدخول في علاقات تعاقدية تستهدف المستلزمات السلعية والرأسمالية، وجذب الاستثمارات الوطنية وتنفيذها وفقاً لمقتضيات خطة التنمية، وهو ما يقتضي بطبيعة الحال الدخول المستمر في مراحل سابقة على التعاقد لابرار العقود اللازمة.

وقد دفعتنا هذه الاهمية الى دراسة هذه المرحلة التي تسبق ابرام العقد، للوقوف على كافة جوانبه القانونية والتطبيقية، والتعرف بعد ذلك على طبيعة العلاقة بين الاطراف التي تروم التعاقد في هذه المرحلة ومدى ما ينشأ على عاتقها من التزامات، ونوع ونطاق المسؤولية التي تترتب على الاخلال بهذه الالتزامات.

2. مشكلة البحث

ان من اهم المشكلات، واكثرها وقوعاً في الحياة العملية، هي مشكلة قطع المرحلة السابقة على التعاقد والمسؤولية التي تترتب على هذا القطع، وعدم قيام احد الاطراف التي تروم التعاقد بتنفيذ التزامه بالادلاء للطرف الاخر حقيقة كل ما يتعلق به.

والواقع ان منشأ هذه المشكلة يأتي من ان مبدأ المسؤولية يصطدم في هذه الحالة بمبدأ اخر لا يقل عنه اهمية، وهو مبدأ حرية التعاقد، لأن اعمال مبدأ حرية التعاقد على اطلاقه يستتبع رفض أي تدخل قانوني في العلاقة بين الطرفين اثناء المرحلة السابقة على التعاقد، بحيث يكون لكل منهما مطلق الحرية في العدول عن هذه المرحلة دون ان يتعرض لاية مسؤولية. اياً كان مسلكه في هذا العدول، وائياً كان الضرر الذي اصاب الطرف الاخر

.....
 من جراء ذلك. وهذا ما يتنافى بلا شك مع دواعي امن واستقرار هذه المرحلة، وما يقتضيه حسن النية من ضرورة مراعاة الامانة والثقة بين الاطراف التي تروم التعاقد. ولذا كان من الضروري ان يتدخل القانون في هذه المرحلة التي تسبق التعاقد.

ولكن تبقى المشكلة قائمة فما هو الاساس الذي يبنى عليه هذا التدخل؟ ومن ثم فما هو نوع المسؤولية التي تنشأ في هذه المرحلة؟ أي المسؤولية المسماة بالمسؤولية قبل العقدية هل هي مسؤولية عقدية ام هي مسؤولية تقصيرية؟ وهذا ما سنعكف على بحثه في هذه الدراسة.

فضلاً عن ذلك ان المشرع عندنا، بل وفي باقي الدول، لم ينظم المرحلة السابقة على التعاقد والاثار المترتبة عليها، وانما ترك هذه المسألة لاجتهاد الفقه والقضاء. وقد ادى هذا الفراغ التشريعي الى اختلاف وجهات النظر وتعدد الحلول التي قيل بها في هذا الصدد، خاصة فيما يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية لهذه المرحلة وما ينشأ عنها من مسؤولية.

اذ ان هذه المشكلة لا بد من بحثها وايجاد الحلول المناسبة لها والتي تكون بمدى صحتها متفقة مع الواقع، سعياً للتوصل الى الحل الاقرب للصواب.

ثالثاً: نطاق موضوع البحث

بغية التوصل الى افضل النتائج، استعنا في بحثنا هذا:

(التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد).

بمنهج التحليل والوصف، كما اعتمدنا اسلوب المقارنة بين القوانين متخذين قانوننا المدني اساساً للبحث، ومقارنته بكل من القانونين المصري والفرنسي. كما استعنا بالدراسات الفقهية المتنوعة والقرارات القضائية في هذا المجال، فضلاً عن التشريعات الخاصة التي تطرقنا اليها في بحثنا.

رابعاً: خطة موضوع البحث

قد وضعنا معالجة لهذا الموضوع تتمثل بالبحث فيه وعلى مدى فصلين، خصصنا الفصل الاول منه لاعطاء مفهوم دقيق لهذه المرحلة التي تسبق التعاقد بتقسيمه على ثلاثة مباحث، تناولنا في المبحث الاول مفهوم المرحلة السابقة على التعاقد، وفي المبحث الثاني مضمون المرحلة السابقة على التعاقد، وفي المبحث الثالث الالتزام الناشئ في المرحلة السابقة على التعاقد (الالتزام بالاعلام او الادلاء).

اما الفصل الثاني من هذه الدراسة فقد تناولنا فيه احكام المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد، بتقسيمه على ثلاثة مباحث، تناولنا في الاول، المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد، وفي المبحث الثاني، اثار هذه المسؤولية.

ثم انتهى بنا المطاف الى بيان هذا البحث وختامه من خلال النتائج التي توصلنا

اليها.

.....

الفصل الأول

ماهية المرحلة السابقة على التعاقد

تعد المرحلة السابقة على العقد من اهم مراحلها على الاطلاق بل، واكثرها خطورة اذ يتم في هذه المرحلة الاعداد والتحضير للعقد بما يتضمنه ذلك من بحث لجميع جوانبه الفنية والقانونية⁽¹⁾. والوقوف من ثم على الصعوبات المتوقعة اثناء تنفيذه والعمل على ايجاد حلول مناسبة لها فضلاً عن التعرف على المتعاقد الاخر، والتحقق من مدى كفاءته الفنية وملائمته المالية، وهذه مسألة هامة، خاصة اذا كان العقد المزمع ابرامه من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي⁽²⁾.

كما يتم في هذه المرحلة تحديد حقوق والتزامات الطرفين التي ستنشأ عن العقد، ونطاق المسؤولية المترتبة على الاخلال بهذه الالتزامات بالاضافة الى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد⁽³⁾.

لذلك فان اول ما يثير الاهتمام في هذه الدراسة هو التعرف على ماهية المرحلة السابقة على التعاقد، وحتى يتسنى لنا ذلك نقوم بتحديد مفهوم المرحلة السابقة على التعاقد بثلاثة مطالب، نخصص اولها للتعريف بالمرحلة السابقة على التعاقد وخصائصها ثم نتناول في المطلب الثاني الطبيعة القانونية لهذه المرحلة ونعقب ذلك بدراسة للتمييز بين المرحلة السابقة على التعاقد وبين ما يتشابه معها من اوضاع في المطلب الثالث وكالاتي.

المبحث الأول

مفهوم المرحلة السابقة على التعاقد

شهد العصر الحديث، خاصة بعد قيام الثورة الصناعية العديد من التطورات الاقتصادية والتكنولوجية الهائلة التي اثرت بشكل كبير على بنيان العقد فقد اصبحت اعداد كبيرة من العقود تتسم بالتعقيد والتركيب وذلك كونها ترد على مشروعات عملاقة، تقوم بها شركات كبرى، وتنصب على عمليات مركبة ومليئة بالتعقيدات الفنية والقانونية، وتقدر قيمتها باموال طائلة، وتنطوي بالتالي على مخاطر كبيرة بالنسبة لاطرافها ولذلك اصبح من غير الممكن ابرام مثل هذه العقود من اول وهلة، وبطريقة بسيطة، أي بمجرد تبادل

(1) ينظر: د.محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات و ابرام العقود، الرياض، 1995، ص6.

(2) د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998، ص3 وما بعدها.

(3) ينظر د.محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، القاهرة، 2002/2001، ص5.

ايجاب وقبول فوريين، وانما بان من الضروري ان تسبق ابرامها مرحلة شاقة ، والتي تستغرق في كثير من الاحيان وقتاً طويلاً، قد يمتد لسنوات عديدة، وتتطلب لاجرائها نفقات باهضة⁽¹⁾.

اذن فان ثمة مرحلة اولية تسبق ابرام العقد تمهد له في كثير من الحالات الا وهي المرحلة السابقة على التعاقد⁽²⁾.

ومن هنا يتضح لنا الاهمية العملية لهذه المرحلة ، الامر الذي يستوجب تحديد مفهوم هذه المرحلة بشكل دقيق ولا يمكن ذلك الا بتعريف هذه المرحلة والتعرف على خصائصها كمطلب اول، حتى نتمكن من التعرف على خصائصها القانونية في المطلب الثاني ، ثم تمييزها عن غيرها من الافكار القانونية التي تقترب منها في المطلب الثالث وبالشكل الاتي.

المطلب الاول

تعريف المرحلة السابقة على التعاقد وخصائصها

لا تزال مرحلة ما قبل التعاقد تمثل اهمية بالغة من الناحيتين القانونية والعملية، فاذا كان العقد يتم سابقاً في لحظة وجيزة او زمن محدود، فقد ادى التقدم التكنولوجي الهائل لوسائل الاتصال والدعاية الى تزايد عدد الصفقات التي يمكن عقدها، واتساع نطاقها، وتطور الاساليب التي تتم بصورة متزايدة وهكذا اصبح اعداد العقد يستغرق، في بعض الفروض، وقتاً طويلاً قد يمتد لسنوات عديدة، ويقتضي تبعاً لأهمية موضوعه وتشعبه، الدخول في مرحلة تسبق ابرامه قد تكون معقدة ومتشعبة⁽¹⁾.

اذ يتسنى للاطراف التي تروم التعاقد دراسة فكرة العقد من الناحية الاقتصادية، والفنية او مدى الحاجة الى شركاء اخرين، وتبادل الاراء وابداء التكهانات في هذه المرحلة، الامر الذي لفت انتباه الفقه الى اهميتها كونها مرحلة تسبق ابرام العقد، محاولين وضع تعريف محدد لها⁽²⁾.

(1) مثل عقود نقل التكنولوجيا وتحويل المشروع واتفاق التعاون بين الشركات للتنقيب عن البترول والمعروف باتفاق التشغيل المشترك ومشروعات البنية الاساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص باشكالها المختلفة مثل (الانشاء-التشغيل-التمويل) اذ تمر هذه العقود بمرحلة تسبق ابرامها اذ انها تكون شاملة ومعقدة وتتناول الكثير من الامور القانونية والفنية والمالية. ينظر: د. امية حسن علوان، ملاحظات حول القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود الدولية، تقرير مقدم الى الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الاعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1993، ص3.

(2) د. هاني صلاح سرى الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دراسة مقارنة في القانونين المصري والانكليزي، الطبعة الاولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998، ص4 وما بعدها.

(1) ينظر د. محمد ابراهيم دسوقي، مصدر سابق، ص6.

(2) وقد يقتضي الامر الاستعانة ببيوت الخبرة المتخصصة اذ يجري التعاقد معهم لتقديم الدراسة في شتى هذه المسائل، وهو ما ينتج بالتالي نفقات باهضة ومن هنا تبرز اهمية هذه المرحلة.

ينظر د. عبد المنعم فرح الصدة، مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1984، ص98.

- د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1978، ص77؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والارادة المنفردة، القاهرة، 1984، ص122.

وسنستعرض من خلال دراستنا هذه التعريفات كفرع اول ثم نتناول بعد ذلك الخصائص التي تميزها كنوع ثاني وكالاتي.

الفرع الاول

تعريف المرحلة السابقة على التعاقد

لقد كانت هناك محاولات عديدة من جانب الفقه لارساء تعريف محدد للمرحلة السابقة على التعاقد، فقد ذهب الفقه الفرنسي الى تعريفها بانها تلك المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، بل ان هناك عروض وعروض مضادة⁽¹⁾.

كما عرّفها بانها تلك المرحلة التي تضم مجموعة من العمليات التمهيدية التي تتمثل في المباحثات، والمساعي، والمشورات، وتبادل وجهات النظر، بهدف التوصل الى اتفاق⁽²⁾. واخيراً، فقد تم تعريفها "بانها تلك المرحلة التي يتم فيها تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها اطراف المرحلة السابقة على التعاقد ليكون كل منهما على بينة من افضل الاشكال القانونية التي تحقق مصلحة الاطراف، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه"⁽³⁾.

وتعد هذه المرحلة التي تسبق التعاقد مرحلة تضم عدداً هائلاً من العمليات، مثل القيام باعمال تحضيرية أو فحوص فنية او دراسات اقتصادية، واعداد خطط المشروع محل العقد وتوفير وسائل التمويل او التأمين، وهذه كلها نتائج إرادة واعية متبصرة ومدركة، مما يقتضي البحث عن توفير قدر من الحماية للمتعاقدين او بالاحرى للمتعاقد الضعيف في مرحلة ما قبل التعاقد⁽⁴⁾.

فهي اذن مرحلة استكشافية يتلمس فيها كل طرف طريقة الى العقد في جو من التردد والحذر، مما يستدعي في الغالب استعدادات ضخمة خصوصاً بعد التطور

(1) J. GARBONNIER, Droit civil, 4-Les obligations, 20ed puf 1996, n^o 28-b, P.72

(2) G. CORNU, Vocabulaire Juridique Ass. H. Capitant, Puf, 1996, P.535.

نقلاً عن د. رجب كريم عبد اللّاه، التفاوض على العقد، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون-جامعة القاهرة، 2000، ص63 وما بعدها.

(3) ينظر: د. حسام كامل الاهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي، تقرير مقدم الى ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الاعمال الدولي، القاهرة، 1993، ص2.

(4) ينظر د. محمد عبد الظاهر حسين، مصدر سابق، ص6.

- ولذلك توصف المرحلة السابقة على التعاقد باعتبارها من اهم مراحل العقد واعدها على الاطلاق بانها مرحلة تتضمن محاوره ومراوغة وكر وفر، واقبال وادبار، واصرار ومثابرة، فيعرض كل طرف فيها مهاراته في === هذا كله فيأخذ ويعطي بفرض "تحسس المصلحة" "وجس النبض" وتكوين فكرة عن التعاقد قاصداً الوصول الى تحقيق غايته بما يضمن له عدم الالتزام بالعقد الا في اللحظة التي يريدها مع ضمان الطرف الاخر باكبر قدر من الالتزام ليضيق عليه الخناق. ينظر: د. عبد المعطي الخيال، النظرية العامة للالتزام، طبعة 1993، اعداد الدكتور محمود السيد عبد المعطي الخيال، ص122.

التكنولوجي الهائل الذي يشهده العالم الذي جعل مع مرور الوقت هذه المرحلة ليست مجرد مرحلة تحكمها اجتهادات شخصية، وانما علم له قواعد واصول افردت لشرحها كتابات متخصصة ، وبات من الواضح ان اللجوء الى هذه المرحلة التي تسبق ابرام العقد يرجع اما الى اسباب اقتصادية او نفسية اجتماعية او قانونية، فالاسباب الاقتصادية تتمثل في عظم قيمة العملية او العقد المراد ابرامه ، والاسباب النفسية الاجتماعية تحكمها ظروف كل مجتمع على حدة اما الاسباب القانونية فانها ترجع الى صعوبة وتعقد العقود بما لا يكفي معه الركون الى وجود القواعد المكملة التي تطبق عند عدم وجود اتفاق على ما يخالفها⁽¹⁾. وتظهر الحاجة الماسة الى المرور بهذه المرحلة السابقة الى ابرام العقد في الكثير من العقود ولاسيما ذات الاهمية المالية العظيمة مثل عقود التنقيب عن المعادن، وعقود الانشاءات الهندسية الميكانيكية والكهربائية، وان معظم هذه العقود تتولى تنفيذها شركات عملاقة متعددة الجنسيات او القوميات تسعى في خوض المنافسة التامة الى حصد ثمار نجاحها⁽²⁾.

وقد يتم تحرير اوراق في هذه المرحلة لا تدخل تحت حصر يطلق على اغلبها اوراق سكرتارية موقعة من طرف واحد او اكثر من الاطراف التي يتم التفاوض والتناقش فيما بينها في هذه المرحلة وقد بلغت هذه الاوراق من كثرتها وتنوعها الى اختلاف مسمياتها ومن هذه المسميات، مذكرة التفاهم وخطاب التفاهم والاتفاقات الاساسية وعهد الشرف وخطاب النوايا⁽¹⁾.

وقد عرفت هذه المرحلة ايضاً "بانها تلك المرحلة التي يتم فيها اتصال مباشر او غير مباشر بين شخصين او اكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل الى اتفاق بشأن عقد معين تمهيداً لابرامه في المستقبل"⁽²⁾. اذ اصبح لا بد من ان العقد يمر بمرحلة طويلة للاعداد والتحضير والتداول والنقاش بالشكل الذي يتناسب مع هذه العقود الحديثة اقتصادياً وتكنولوجياً لازالة مابها من غموض وتعقيد بحيث يتم بعد ذلك ابرام العقد على اساس سليم وواضح مما يحقق له الاستقرار ولذلك قيل ان هذه المرحلة تقوم على التفاوض والمناقشة وتبادل الافكار والاراء والمساومة بالتفاعل بين الاطراف من اجل الوصول الى اتفاق معين حول مصلحة او حل لمشكلة ما، اقتصادية او قانونية او تجارية، او سياسية⁽³⁾.... الخ.

(1) ينظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1995، ص3.

(2) ينظر د.محمد نصر الدين منصور، المفاوضات الجماعية، بحث منشور في كتاب بعنوان النظام القانوني للعاملين في مصر، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1993، ص99 ومابعدها. وينظر في مجالات النشاط الاقتصادي د.احمد محرز، الحق في المنافسة في مجالات النشاط الاقتصادي والصناعة والتجارة والخدمات ، القاهرة، 1994، ص24 ومابعدها.

(3) ينظر د.نبيل ابراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص في نطاق قانون الالتزامات وفي نطاق قانون الاموال، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1991، ص147.

- د.احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود،(تصميم العقد)، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1993، ص68.

(2) ينظر: د.رجب كريم عبد الللة، مصدر سابق، ص64.

(3) د.سميحة الفليوبي، تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة مصر المعاصرة، تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، القاهرة، السنة 77، العدد 406، عام 1986، ص108.

ووفقاً لبعض الانظمة القانونية فان هذه المرحلة يجب ان تدور في اطار كامل من الحرية فهذا ما يقتضيه الاعمال الفعالة لحرية المنافسة التي هي احدى المبادئ الاساسية في الفكر الاقتصادي الحر، ولذا لا يؤيد انصار هذا الفكر تدخل القانون في هذه المرحلة ويرون استمرار حرية التعاقد منذ اللحظة الاولى للتفاهم حول العقد المراد ابرامه، أي من اللحظة التي تسبق ابرام العقد وحتى مراحلها النهائية اذ تجب المحافظة في نظرهم على استمرارية التفاوض والنقاش، بل وحتى قطع هذه المرحلة ايأ كانت اهميتها ودرجة تقدمها، الا ان هذا الاتجاه ما كان ليسد بهذا التشدد⁽¹⁾، اذ خالفته بعض الانظمة الاخرى، حيث رأت ان اطلاق عنان هذه المرحلة ليس امراً حسناً فلكل حرية حدود، فاذا كانت المنافسة ذاتها تقف عندما تبدأ المنافسة غير المشروعة، ومن ثم تحكمها قواعد وتقرض عليها قيود، وكذا الامر بالنسبة لهذه المرحلة التي يجب ان تكون بحدود، يؤكد انصار هذا الاتجاه في مبدأ حسن النية وشرف التعامل ذلك المبدأ القائم على فكرة وفلسفة معنوية هي الالتزام بمبادئ الشرف، ولذلك فان انصار هذا الاتجاه يجعلون حسن النية وشرف التعامل جوهرأً للمرحلة السابقة على التعاقد وليس هناك اوضح دليلاً من ان التقنيات الحديثة لم تتضمن نصوصاً خاصة بهذه المرحلة وحتى التقنيات التي اشارت اليها بشكل جزئي لا يتضمن سوى مرحلة واحدة منها وهي مرحلة المفاوضات⁽²⁾، ولكن مع ذلك فان جميع التشريعات تقريباً كانت تتضمن نصاً عاماً يقر مبدأ حسن النية في المعاملات لمبدأ قانوني عام، يمكن الاستناد اليه وتطبيقه على العلاقات قبل التعاقدية بغية تحقيق الحماية الفعالة المنشودة، ولكي نضمن قيام هذه المرحلة بوظيفتها القانونية الاقتصادية باعتبارها وسيلة وقائية تعتمد على الاطراف التي تروم التعاقد، وقد عرفت على هذا الاساس بانها مرحلة وقائية هامة تسبق ابرام عقد ارتضاه اطرافه، وينفذ كل منهم التزاماته بطريقة سليمة وهادئة وسيجنبهم مغبة الدخول في منازعات وولوج ساحات القضاء في الدولة او قضاء التحكيم⁽³⁾.

واخيراً فقد عرفت المرحلة السابقة على التعاقد بانها "مرحلة تقوم على المناقشة للوصول الى اتفاق مشترك بين طرفين للحصول على حل متفق عليه للحفاظ على مصالح

(1) د.محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية (صورها وأحكامها)، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995، ص3 وما بعدها؛ د.حسام كامل الاهواني، المقال السابق، ص10.

(2) وانصار هذا الاتجاه يرون ان هذه المرحلة تتطلب في بعض الاحيان كثيراً من الوقت، والجهد، والمال، فكان بحثهم عن وسيلة تؤمن هذه المرحلة من مخاطر افسالها دون جزاء رادع وفي سبيل ذلك حاول هذا الاتجاه اضافة الطابع التعاقدية عليها بحيث يمارس الاطراف فيها نشاطهم على اساس تعاقدية. ينظر: د.احمد شرف الدين، مصدر سابق، ص64؛ د.عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، الجزء الاول، مصادر الالتزام باعتناء د. محمد الالفى، 1983، مطبوعات جامعة الكويت، 1983، ص595؛ د. السيد البدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1989، ص361 وما بعدها.

(3) ينظر د.محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص123؛ عبد الحكيم عبد اللطيف القوي، مبدأ حسن النية واثاره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري والفرنسي، دراسة مقارنة، القاهرة، 1997، ص12؛ د.احمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مقال منشور == في مجلة الافراد والقانون التي تصدرها اكااديمية شرطة دبي، السنة الحادية عشر، العدد الاول، 2003، ص27 و28.

الاطراف التي تروم التعاقد وحل ما بينها من مشكلات او تقريب وجهات نظرها بأسلوب حضاري"⁽¹⁾.

الفرع الثاني

خصائص المرحلة السابقة على التعاقد

تتميز المرحلة السابقة على التعاقد بخصائص معينة من شأنها ان تجعل منها فكرة قانونية مستقلة وقائمة بذاتها بحيث تستطيع هذه المرحلة ان تأخذ مكاناً خاصاً بجوار الافكار القانونية الاخرى دون ان تلتبس بها، وفيما يأتي أستعرض لهذه الخصائص بشيء من التفصيل.

اولاً : التصرف الذي يصدر في المرحلة السابقة على التعاقد هو تصرف ارادي

ان التصرف الذي يصدر في المرحلة السابقة على التعاقد هو تصرف ارادي بالضرورة فهو يحدث دائماً برضا الطرفين، ودون أي اجبار او اكراه فالتصرف في هذه المرحلة لا يصدر الا عندما تنتج الارادة الى الدخول فيها بهدف ابرام عقد معين، اذ ان كل طرف تتكون لديه ارادة حقيقية عازمة على التعاقد يبدأ بهذه المرحلة، وبالتالي فان الشخص الذي يتعمد البدء بالمرحلة السابقة على التعاقد بغية الحصول على معلومات سرية او لأعاقته ابرام صفقة مع الغير لا تعتبر نيته هنا حقيقية وجادة في ابرام العقد، وهذا يقودنا الى الاعتراف بان الارادة صاحبة السلطان في هذه المرحلة فتلك الارادة التي تتقبل المسألة والالزام طالما انها تكون قادرة على تحديد مضمون الاثار القانونية للتصرف الذي ترتبط به والذي يتفق مع القصد او الغاية التي قصدت اليها⁽¹⁾.

كما يجب ان تنصب هذه الارادة على البدء بجمع المراحل المكونة للمرحلة السابقة على التعاقد ابتداءً بالمفاوضات ومن ثم صدور الايجاب والقبول التي تعد اخر مرحلة من المراحل المكونة للمرحلة السابقة على التعاقد فلكل طرف الحرية الكاملة في الاستمرار بهذه المرحلة او الانسحاب منها ولو في اخر لحظة، ويرجع ذلك الى هيمنة مبدأ حرية التعاقد في هذه المرحلة⁽²⁾.

فاذا كان ثمة اجبار قانوني على التعاقد بشأن بعض العقود فانه لا يمكن ان يكون هناك اجبار قانوني على البدء بهذه المرحلة، كون هذه المرحلة اصلاً تقوم على التعاون والمشاركة، وحسن النية وهو ما لا يتصور تحققه في ظل الاجبار او الاكراه، فهذه المرحلة يتعين ان تتم بين الطرفين في حرية تامة حتى يمكن ان تحقق النجاح فيثمر عقد ويزترتب على ذلك انه لا يجوز للقاضي مطلقاً ان يجبر احد الطرفين على البدء بهذه

(1) ينظر: د.حسن الحسن، التفاوض والعلاقات العامة، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1993، ص11.

(1) ينظر د.زكريا ابراهيم، مشكلة الحرية، القاهرة، مكتبة مصر للنشر، بلا تاريخ طبع، ص146؛ د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995، ص120. وينظر كذلك للمؤلف، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993، ص2060.

(2) ينظر: الاستاذ يزيد انيس نصير، مرحلة ما قبل ابرام العقد، مجلة المنار، جامعة آل البيت، العدد الثالث، عمان، الاردن، 2001، ص207؛ د.جلال علي العدوي، الاجبار القانوني على المفاوضة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 1960، ص25.

المرحلة او الاستمرار فيها، بل ولا يجوز له ان يحل محل الطرفين للبدء في هذه المرحلة و ابرام العقد⁽³⁾.

ثانياً: ان المرحلة السابقة على التعاقد تقوم على التبادل والاخذ والعطاء

تتميز هذه المرحلة بكونها تقوم على التبادل والاخذ والعطاء، ففيها يتعاون للتقريب بين وجهات النظر المختلفة، وذلك عن طريق تبادل العروض والمقترحات ، بشأن وضع شروط العقد او تعديلها، الامر الذي يقتضي بعض الاحيان تقديم تنازلات من قبل احد الطرفين، حتى يتحقق نوع من التوازن بين مصالح الطرفين المتعارضة⁽¹⁾.
فاذا ما كان هناك عدم قابلية للنقاش او التنازل فلسنا بصدد مرحلة سابقة على التعاقد، وانما تكون بصدد عقد اذعان، اذ ليس من المتعارف عليه في هذه المرحلة أن يتقدم احد الطرفين بشروط معينة ولا يقبل فيها نقاشاً او تعديلاً في حين ان هذا هو مفهوم عقد الاذعان، وانما وضعت هذه المرحلة التمهيدية لمناقشة شروطه بحرية تامة من قبل الطرفين، بل ان مجرد قبول البدء بهذه المرحلة يعني ان كل طرف يقبل مناقشة شروط العقد والتعديل فيها والتنازل عن بعض مطالبه، حتى يتوصل الطرفان سوياً الى اتفاق مشترك يكون كل منهما قد ساهم بقدر في تكوينه⁽²⁾.

ففي هذه المرحلة يسعى كل طرف الى اقناع الطرف الاخر بما يريده باذلاً قدرأ من طاقته وبراعته بقصد تمهيد طريق التعاقد امامها ومن خلال تسوية المسائل التفصيلية والقانونية كافة والتي تحول دون قيام العقد وهذا يعني ان كل طرف يتمتع بحرية ممارسة الضغوط على الطرف الاخر مع قدرته على اختيار الحلول المناسبة له،

(3) ينظر في ذلك بما يتفق مع موضوع الالتزام بالتعاون في المرحلة السابقة على التعاقد، د.وفاء حلمي ابو جميل، الالتزام بالتعاون في دراسة تحليلية تأصيلية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993، ص21 وما بعدها.
- حيث ان العقد لم يعد يقوم على التناظر وانما على التعاون والثقة المتبادلة. ينظر: د.حسام كامل الاهوائي، المقال السابق، مصدر سابق، ص10؛ د.محمد حسام محمود لطفي في بحثه "مدى احقية متلقي الامتياز التجاري في التعويض عن عدم تجديد عقده" مجلة المحاماة، العددان السابع والثامن، 1991، ص100-120؛ وياسر احمد كامل الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000، ص6.

(1) د.محمد علي جواد، العقود الدولية، عمان، الاردن، مكتبة دار الثقافة والتوزيع، بلا تاريخ طبع، ص14؛ د.صالح خالص، الاعلام التجاري للمفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، بلا تاريخ طبع، ص89؛ د.حسام كامل الاهوائي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، القاهرة، 1952، ص90.

(2) اذ ان في عقود الاذعان لا يستطيع احد المتعاقدين وهو الضعيف اقتصادياً لكونه بحاجة الى السلطة او الخدمة التي يقدمها يقبله كما يفرضه عليه المتعاقد الاخر وهو القوي اقتصادياً لكونه بحاجة الى السلطة او الخدمة التي يقدمها الطرف القوي في حياته اليومية. ينظر: د.عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي، الجزء الاول، في مصادر العقد (اركان العقد)، بغداد، شركة الطبع والنشر الاهلي، 1967، ص154؛ د.عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية، الكتاب الاول، في مصادر الالتزام (العقود والعهود)، اسبوط، 1990، ص52.

بل وقد يلجأ احد الاطراف الى المساومة المتصلبة لتحقيق النتائج التي يريد الوصول اليها فيكون اكثر عناداً قاصداً الضغط على الطرف الاخر المتساهل الذي يريد تجنب الصراع وتقديم التنازلات للوصول الى اتفاق، الامر الذي يجعل كل طرف في المرحلة السابقة على التعاقد ان يكون مستعداً للاخذ والعطاء ، مع مراعاة الكيفية التي يمكن خلالها ان يتجاوب مع الطرف الاخر⁽¹⁾.

ثالثاً: المرحلة السابقة على التعاقد ثنائية الجانب على الاقل

لا جدال ان المرحلة السابقة على التعاقد تكون دائماً ثنائية الجانب، بمعنى انها تتم بين طرفين او اكثر، اذ ان هذه المرحلة لا تبدأ الا بحدوث نوع من الاتصال بين شخصين او اكثر، وذلك اما بالنقاش والحوار وجهاً لوجه واما بطريق المراسلة بوسائل الاتصال الحديثة⁽²⁾.

اذن لا بد ان يكون هناك شخصان على الاقل، كون ان هذه المرحلة تقوم على التفاعل، والتعاون، والمشاركة، وتحتاج الى تظافر الجهود وتشابك الايدي حتى تؤتي هذه المرحلة ثمارها، وهذا ما لا يتصور حدوثه بدهاءة مع شخص واحد وانما لابد من وجود شخصين على الاقل، واذا كان من الممكن ان يحدث "تعاقد مع النفس" أي ان يفرد شخص بابرام العقد عن طريق تبادل ايجاب وقبول مع نفسه نيابة عن الطرفين او نيابة عن احد الطرفين واصيلاً عن نفسه، الا انه لا يمكن تصور ذلك هنا، اذ لا يمكن ان تبدأ أي مرحلة من المراحل المكونة للمرحلة السابقة على التعاقد بوجود شخص واحد فلا يتصور تفاوض الشخص مع نفسه او صدور الايجاب وتقديره وصدور القبول وتصديره لنفسه ايضاً⁽¹⁾.

وهذا يعني ان المرحلة السابقة على التعاقد ثنائية الجانب على الاقل، وان هذه الاطراف تتعامل وتتفاعل مع بعضها بمرونة وتعرض وجهة نظرها بصورة مبسطة وتبتعد عن التصلب في المواقف واستعمال عدة خيارات تمكن من الوصول الى اتفاق،

(1) ينظر د.صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين في قانون الجمهورية العربية المتحدة المقارن، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1993، ص80؛ د. الاستاذ د.بهاء الدين احمد عبد العزيز، مقال بعنوان: التهيؤ للمباحثات التجارية، مجلة الصناعات الهندسية العربية ، العدد الثاني، 1998، ص7؛ د.هادي كليبوي، خصائص وسلوكيات المفاوضات العراقية، محاضرة القيت عام 1991، المكتب العربي للاستشارات والتطوير الاداري ، المهارات الاساسية للتفاوض، محاضرات مطبوعة في 1991/12/3؛ د.عبد جمعة موسى الربيعي وفؤاد العلواني، الاحكام العامة في التفاوض والتعاقد، التعاقد عبر الانترنت، عقود البيوع التجارية على وفق احكام قواعد الانكوتيرمز لعام 2000، بغداد، بيت الحكمة، 2003، ص14.

(2) ان هذا الاتصال قد يكون بالنقاش والحوار عن طريق المراسلة، اذ ظهرت في الاونة الاخيرة صور التعاقد عن بعد عبر وسائل الاتصال المتطورة مثل التلفزيون او التلغراف، والتلكس، والفاكس، وعبر جهاز الاميل والبيع من خلال التلفزيون وصولاً الى التجارة الالكترونية خلال شبكة المعلومات الدولية الانترنت. ينظر في ذلك د.محمد حسام محمود لطفي، عقود خدمات المعلومات، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، بلا اسم مطبوعة، 1994، ص17، هامش رقم (4)؛ د.حسام كامل الاهواني، اثبات عقود التجارة الالكترونية، بحث مقدم الى مؤتمر القانون وتحديات المستقبل في العالم العربي، نظمتها كلية الحقوق- جامعة الكويت، 1997، ص2؛ د.اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، انظمة كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات ، 2000، ص34-35. د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في القانونين اللبناني والمصري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1971، ص1140؛ د.صالح خالص زكي، مصدر سابق، ص89.

وهذا ما لا يتصور حدوثه من شخص واحد، وإنما لا بد من وجود شخصين على الأقل يحصل بينهما هذا التفاعل ومن ثم يصدر من أحدهما الإيجاب والذي يقوم بدوره بتصديره إلى الشخص الآخر الذي يصدر منه القبول، إذن لا بد من وجود عدة أشخاص أو شخصين على الأقل يتعاونون في تقريب وجهات النظر بينهم والتوفيق بين مصالحهم المتعارضة للوصول إلى اتفاق مشترك بخصوص العقد المراد إبرامه⁽²⁾.

وهذه العملية المتمثلة بالمحاورة والمناقشة لا يمكن أن تكون الاثنائية الجانب، والدليل على هذه الخاصية، هي أن الفقه أورد ضرورة البحث عن النية المشتركة للطرفين عند حصول نزاع بينهما ويمكن التوصل إلى ذلك من خلال الاطلاع على المفاوضات التي جرت في أول مرحلة من المراحل المكونة للمرحلة السابقة على التعاقد إذ تعتبر هذه المفاوضات بما تتضمنه من مناقشات ودراسات متبادلة بين الأطراف مرجعاً هاماً لتفسير العقد باعتبارها معبرة عن النية المشتركة لهما وإن كلمة (النية المشتركة) للطرفين لا تعني إلا المرحلة السابقة على التعاقد وبكونها تتضمن طرفين أو أكثر⁽¹⁾.

رابعاً: المرحلة السابقة على التعاقد مرحلة تمهد لإبرام العقد

تعتبر هذه المرحلة مرحلة تمهيدية في الطريق إلى العقد، ففي هذه المرحلة يتم الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائي، وإذا كانت هذه المرحلة تخلو من الزام الطرفين على إبرام العقد، إلا أنها تهدف في النهاية إلى تحقيق هذا الإبرام، إذ لم يدخل الطرفان في هذه المرحلة التي تسبق إبرام العقد بكل مراحلها من تفاوض وصدور إيجاب وقبول إلا بهدف التوصل إلى اتفاق يبرم على أساسه العقد النهائي⁽²⁾.

ومن خلال المرور بهذه المرحلة التي تسبق التعاقد يقوم الطرفان بالتمهيد لإبرامه وذلك بمناقشة شروطه، وإجراء الدراسات اللازمة بشأنه، وكلما توصلوا إلى اتفاق في هذه المرحلة فأنهما يقومان ببلورته في اتفاق مرحلي، ثم يواصلان تتابع هذه المرحلة السابقة على العقد بالتدرج مع تواصل النقاش للاتفاق حول الشروط الباقية، أو بذلك يتحرك الطرفان باتجاه العقد، خطوة خطوة ومرحلة تلو الأخرى⁽³⁾.

(2) د. صالح خالص زكي، مصدر سابق، ص 78.

(1) ينظر: د. أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، اسبوط، 1990، ص 12؛ د. جلال علي العدي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1997، ص 248؛ د. جميل الشراوي، مصدر سابق، ص 203؛ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 608؛ د. نزيه محمد الصادق المهدي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999، ص 269 وما بعدها؛ د. عبد الناصر توفيق العطار، مصدر سابق، ص 142.

(2) د. محمد محمد أبو زيد، مصدر سابق، ص 39.

(3) والاتفاق المرحلي هو اتفاق يبرمه الطرفان في المرحلة السابقة على التعاقد، يحددان فيها بعض الشروط النهائية للعقد التي اتفقا عليها في تلك المرحلة، أما صور الاتفاق المرحلي، فهي إما أن تكون اتفاقاً مرحلياً جزءاً من عقد واحد، أو اتفاقاً مرحلياً جزءاً من مجموعة عقود. ومثال الأول العقود التقليدية البسيطة مثل عقد البيع والإيجار، والثانية مثل عقد القرض المصحوب بضمان، مثل عقد القرض المصحوب بضمان وعقد التأجير التمويلي، إذ إن هذا الاتفاق يقوم بعض شروط العقد، جوهرية كانت أو ثانوية.

ينظر في تفاصيل ذلك د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الأول، 1996، ص 133؛ د. فيصل عبد الزكي واحد، المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية، بلا مكان طبع، دار الثقافة الجامعية، 1992، ص 244؛ د. علي قاسم، الجوانب القانونية للإيجار التمويلي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990، ص 124.

وهذا يعني ان المرحلة السابقة على التعاقد هي خطوة ممهدة للعقد وقد تفلح في التوصل اليه وقد تخفق في ذلك، تبعا لنجاح او فشل هذه المرحلة، فلا يمكن الجزم بان العقد النهائي سوف يتم اولاً، فاذا فشل الطرفان في هذه المرحلة تنتهي عندئذ دون التوصل الى أي اتفاق، اما اذا نجحت هذه المرحلة، بالاتفاق على جميع الشروط الجوهرية في العقد المراد ابرامه، عندئذ يكون جاهزاً للانعقاد، ومن ثم ينتقل الطرفان من هذه المرحلة والبدء بمرحلة جديدة، وهي مرحلة ابرام العقد، بعد ان تكون المرحلة السابقة على التعاقد قد انتهت وكللت بالنجاح بمراحلها الثلاث، وعندئذ فقط تنتهي هذه المرحلة بعد ان تكون الاطراف المتعاقدة قد بذلت جميع مساعيها لتجنب الخسارة التي كانت محتملة اذا ما فرض الطرف الاخر الاستمرار بهذه المرحلة والتوصل الى اتفاق بخصوص العقد المزمع ابرامه⁽¹⁾.

خامساً: المرحلة السابقة على التعاقد مرحلة ذات نتيجة احتمالية

ان النتيجة الطبيعية للمرحلة السابقة على التعاقد، هي ذات نتيجة احتمالية، اذ قد ينجح الطرفان في التوصل الى اتفاق نهائي بشأن جميع الشروط الجوهرية في العقد، وقد تنتهي هذه المرحلة السابقة على التعاقد بابرام العقد نهائياً عن طريق تبادل الايجاب والقبول المتطابقين، او بالتوقيع نهائياً على وثيقة العقد، الا انه من المحتمل ايضاً ان تفشل هذه المرحلة في أي مرحلة من المراحل المكونة لها اذن فنتيجة هذه المرحلة احتمالية، قد تتحقق وقد لا تتحقق فليس البدء بهذه المرحلة يعني الاستمرار فيها وصولاً الى المرحلة النهائية فيها، فليس مثلاً كل تفاوض على العقد يؤدي بالضرورة الى صدور ايجاب وتصديره ليلقى قبولاً من الطرف الاخر، وانما قد تنتهي هذه المرحلة باول مراحلها، والمتمثلة بمرحلة المفاوضات بان نصل الى لا شيء او قد تظهر اثناء المناقشة صعوبات على مسألة او نقطة معينة لا يمكن معها الاستمرار بهذه المرحلة⁽¹⁾.

ان المرحلة السابقة على التعاقد تكون ذات نتيجة احتمالية وذلك كون هذه المرحلة التي تسبق التعاقد يهيمن عليها ومنذ اول مرحلة فيها مبدأ (حرية التعاقد) بمعنى ان كل طرف في هذه المرحلة يظل طيلة فترة امتدادها متمتعاً بكامل حريته في ابرام العقد او عدم ابرامه، أي أن ارادته بشأن العقد تكون غير باتة وغير نهائية حتى آخر لحظة قبل ابرام العقد، فلا تنقيد نهائياً، بل ان كل طرف يظل حراً في قطع هذه المرحلة في الوقت الذي يريد، ولا يعد العدول عن هذه المرحلة خطأ في ذاته وانما يجب ان يقترن هذا العدول بوقائع اخرى تثبت الخطأ، بمعنى اخر ان ارادة كل طرف تظل حرة في تدبر واختيار الامور التي تمثل في ذهنه بعد ان يقوم بموازنتها والاحاطة بجميع الاثار التي ترتبها هذه الامور، لاسيما في العقود الكبيرة التي تحتاج الى الدراسة اللازمة والمناقشات القانونية

(1) ينظر في ذلك: د.حسن وجيه، مقدمة في علم التفاوض الاجتماعي والسياسي، الكويت، سلسلة عالم المعرفة، 1994، ص60.

(1) ينظر: د.حسام كامل الالهواني، المقال السابق، ص75؛ د.هاني صلاح سرى الدين، مصدر سابق، ص10 وما بعدها.

والفنية، والمالية المستفيضة، للوصول الى الرضا بين الطرفين، ومع ذلك ولكل ما سبق الإشارة اليه، قد يحصل نزاع بين الطرفين في هذه المرحلة⁽²⁾.
يتضح مما تقدم، ان العقد في هذه المرحلة وان كان في دور التكوين، الا انه عقد كسائر العقود يهيمن عليه مبدأ (سلطان الارادة) وقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، الا انه وكما قلنا سابقاً فان الالتزام بالتعامل بحسن نية ووفق مقتضيات الشرف، يعتبر قيماً على هذه المرحلة ويتمثل هذا القيد باجبار الاطراف التي تروم التعاقد باظهار النية الجادة في التعامل والرغبة الحقيقية في التعاقد، وارساء عوامل التعاون مع اطراف هذه المرحلة للوصول الى عقد نهائي وبالتالي طمأننتهم وتبديد عوامل الشك والخشية المتبادلة من عدم الوصول الى اتفاق وانجاز العقد المراد ابرامه⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد

احتدم الخلاف بين الفقهاء، حول الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، ولعل القوانين المدنية لم تتعرض في نصوص قوانينها لمثل هذا الخلاف الذي إستعر لهيبة بين الفقهاء منذ مطلع هذا القرن ولم يخمد له إوار حتى اليوم.
فعلى الرغم من اتفاق الفقهاء على مبدأ قيام المسؤولية في هذه المرحلة التي تسبق ابرام العقد، الا ان اراءهم تتشتت عندما كانوا يحاولون رد هذه المسؤولية الى نظام قانوني معين. وقد تباينت النظريات التي قيلت بخصوص هذه الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد⁽²⁾.

ولذا وبغية التعرف على حقيقة الطبيعة القانونية لهذه المرحلة، والوقوف على هذه النظريات، سنتناول فيما يأتي الطبيعة القانونية لهذه المرحلة في فرعين، نعرض في الاول نظريات الفقه التقليدي الالمانى من هذه المسألة، ونتناول في الفرع الثاني نظرية الفقه التقليدي الايطالي.

(2) ينظر: د.مصطفى ابو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2000، ص361؛ د.محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص77- فاذا كان للمرحلة السابقة على التعاقد هدف هو تحقيق المصلحة المشتركة لطرفيها، الا انه لاينبغي الوصول اليها بأي ثمن، فقد يفشل الطرفان في الوصول الى اتفاق او تسوية المشكلة القائمة بينهما فليس يلزم ان تؤول نهاية هذه المرحلة الى النجاح، وتسفر عن اتفاق، فهناك، العديد من الظروف والمراحل تجعل نتائجها الايجابية او السلبية احتمالية الى حد بعيد. ينظر: د.احمد عبد الكريم سلامة، المقال السابق، ص30.

(1) د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام في القانون الكريتي، مصدر سابق، ص594؛ د.احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص11 ومابعدها.

(2) د.أمية حسن علوان، ملاحظات حول المسؤولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود التجارية الدولية، مصدر سابق، ص12

الفرع الاول

نظريات الفقه التقليدي الالمانى

لم يكن الفقه ليتصدى لدراسة الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد الا في اواخر القرن التاسع عشر واول القرن العشرين، وذلك عندما بدأت تلك المرحلة تشغل تفكير الفقهاء، بقصد التوصل الى تحديد احكامها على ضوء تحديد طبيعتها القانونية. وقد ظهرت انذاك في شأن هذه المسألة، عدة نظريات فقهية، ذاع صيتها وشهرتها حتى اليوم، وتواتر الشراح على ذكرها وهم بصدد الحديث عن الطبيعة القانونية لهذه المرحلة. والنظريات الالمانية هي اربع نظريات، الاولى هي نظرية الخطأ عند تكوين العقد، والثانية نظرية تحمل التبعة العقدية، والثالثة، نظرية الوكالة، والرابعة هي نظرية الفضالة، والتي سنتناولها بالتفصيل وكالاتي.

اولاً: نظرية الخطأ عند ابرام العقد او (نظرية ايرنج)

لعل نظرية الخطأ عند ابرام العقد، او نظرية ايرنج هي اهم النظريات التي قيل بها في مجال تحديد الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، اذ جرت عادة الفقهاء على ذكرها، بل وضعوها في مكان الصدارة، وهم بصدد الحديث عن هذه الطبيعة القانونية. وقد حققت هذه النظرية من الشهرة والانتشار مما جعلها تتبوأ مكانة مرموقة بين نظريات القانون المدني المقارن. ويرجع الفضل في صياغتها الى العلامة (ايرنج) الفقيه الالمانى المعروف عام 1860م⁽¹⁾.

وتتلخص هذه النظرية في ان (كل شخص يقدم على تعاقد يكون هو السبب في بطلانه، بحيث يقيم مظهراً كاذباً يطمئن اليه المتعاقد الاخر، يلتزم بمقتضى العقد الباطل، بتعويض هذا الاخير بمقتضى العقد الباطل، أي ان مسؤولية عقدية قوامها العقد الباطل (نفسه). وقد دفع ايرنج الى وضع هذه النظرية بوجه خاص عند صدور حكم من محكمة كولونيا بالمانيا في قضية تتلخص وقائعها في ان تاجر بمدينة كولونيا ارسل الى المصرف الذي يتعامل معه بمدينة فرانكفورت برقية يأمره فيها ان يبيع لحسابه عدداً معيناً من الاوراق المالية، ونتيجة لخطأ تسرب الى البرقية اثناء نقلها، اختفى مقطع (ver) من كلمة (verkaufen) أي يبيع، وبقي من الكلمة مقطع (kaufen) أي يشتري، ووصل الى المصرف هكذا، فقام هذا الاخير بشراء العدد المحدد من الاوراق المالية لحساب التاجر

(1) ينظر في تسمية هذه النظرية (نظرية الخطأ عند تكوين العقد). د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الاول، القاهرة، دار النهضة العربية، 1952، ص 667؛ د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الاول، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1978، ص 119؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص 331؛ د. حلمي بهجت بدوي، اثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الاول، السنة الثالثة، ص 386؛ وينظر في تسميتها ((نظرية التقصير او الخطأ في التعاقد))، د. محمد حسام محمود لطفى، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص 34.

بدلاً من ان يبيع، وحدث بذلك ان انخفضت قيمة هذه الاوراق انخفاضاً هائلاً، فطالب المصرف التاجر بفرق السعر، ولكن تمسك التاجر ببطلان الوكالة لعدم مطابقة الايجاب للقبول، الا ان المحكمة لم تعبأ بزعمه، وقضت ضده بالتعويض⁽¹⁾.

وقد استند الفقيه (ايرنج) الى القانون الروماني وبالتحديد الى النصوص التي تجيز للمتعاقد في العقد الباطل ان يرجع على من تعاقد معه بمقتضى دعوى العقد ذاته. وهذه النصوص خاصة بعقد البيع الذي يكون باطلاً بسبب عدم توافر شروط المحل، بان كان المبيع مما لايجوز التعامل فيه، او كان معدوماً، اذ يجوز للمشتري هنا الرجوع على البائع بنفس دعوى البيع، ليطالبه بتعويض عن الضرر الذي اصابه من جراء اعتقاده في صحة البيع اعتقاداً يؤيده الظاهر، سواء كان البائع عالماً بسبب البطلان أم غير عالم⁽²⁾.

وهذا يعني ان اساس هذه النظرية هو الالتزام باليقظة عند التعاقد الذي يحمل البائع على الالتزام باليقظة عند التعاقد منعاً من اضطراب المعاملات القانونية، ويستنتج هذا الالتزام ضمناً من خلال اقدمه على التعاقد، فيلتزم بضمان صحة اعلان ارادته وبرائها من اسباب البطلان، ولو كانت راجعة الى سبب اجنبي عنه، فاذا ما اخل بهذا الالتزام، فعلى الطرف الملموم ان يعرض الطرف البريء عما لحقه من ضرر، لركونه الى صحة العقد ومفاجأته بما وقع، ويغطي هذا التعويض (المصلحة السلبية) المتمثلة في عدم ابرام العقد، اما المصلحة الايجابية المتمثلة في تنفيذ العقد او التعويض المعادل لهذا التنفيذ بما يشمل ما فات من كسب وما لحق من خسارة فلا مجال للمطالبة بها استناداً الى عقد باطل. كل ذلك مالم يكن العاقد ضحية البطلان او القابلية للبطلان بعلم او قصر في العلم بسبب البطلان⁽¹⁾.

على هذا النحو يشمل التعويض عن المصلحة العقدية السلبية الكسب المتمثل في رفض فرصة سانحة، رابحة او التواني في السعي الجاد الى صفقة اخرى في وقت مناسب ومفاد ذلك ان المصلحة العقدية السلبية قد تتساوى احياناً بالمصلحة العقدية الايجابية وان كانت لا تختلط بها، ومثال ذلك الفندق الذي يتلقى برقية حجز غرفة لعميل قادم ثم لا يحضر العميل، في هذا المثال، يلتزم العميل بسداد قيمة الحجز المحجوزة له دون ان يتمسك بوقوع خطأ في البرقية. ويكمن الفارق في هذا المقام بين المصلحة السلبية والمصلحة الايجابية في ان الثانية لا مجال لتشمولها الكسب الفائت، الا اذا اقام الفندق الدليل على انه وقع ضرر به فعلاً، تمثل في تقدم اخر لشغل الحجرة ورفض الفندق وذلك ركوناً منه على البرقية التي وردت اليه. ومفاد ذلك ان عدم توافر الدليل على وقوع الضرر يستبعد استفادة الفندق من التعويض عن المصلحة الايجابية⁽²⁾.

(1) ينظر د.رجب كريم عبد الالة، مصدر سابق، ص204؛ دنزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدى بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض انواع العقود (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982، ص302 ومابعداها.

(2) د.حلمي نهجت بدوي، مصدر سابق، ص389.

(1) ينظر: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص119؛ د.حلمي بهجت بدوي، مصدر سابق، ص390.

(2) ينظر: د.محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص90.

كما ان الفقيه ايرنج استبعد هنا، مدفوعاً باعتبارات العدالة مسؤولية العاقد عن البطلان لاستحالة المحل اذا كان جهله بالاستحالة راجعاً الى تقصيره، اذ بوسع العاقد الاخر التحري لبيان سبب البطلان الراجع الى استحالة المحل.

وعليه فأن المتسبب في عدم التقيد يلتزم بالتنفيذ بمقابل اذا امتنع عن تنفيذ عقد صحيح اذ يسدد قيمة الشيء وما كان سيحققه المشتري من قيمة مضافة حال انعقاد العقد (المصلحة الايجابية)، على العكس فان التسبب في عدم الابرام او الابطال يعقد مسؤولية البائع عن التعويض وان كان المشتري لا يحصل على قيمة الشيء، بل يسترد ما تحمله من نفقات تكبدها اعتقاداً منه، في سلامة العقد (نفقات التنقل غير المجدية، والعقود الافضل التي رفضها ركوناً منه الى صحة سلامة العقد، وبذلك يتم رد الحال الى ماكانت عليه اذا ما كان هذا العقد لم يكن مطروحاً ابرامه ابدأً (المصلحة السلبية)⁽¹⁾.

لقد كان لنظرية الفقيه ايرنج، ثلاث مزايا، تمثلت الاولى في انها تبنت فكرة الخطأ، فقد ذهب الفقيه ايرنج في هذه النظرية الى عدم قيام المسؤولية على عقد ضمني فيتفادى بذلك انتفاء المسؤولية اذا كان الظن مشتركاً بين الاطراف بما يدل على حسن نيتهم، وهو بذلك يفترض توافر نية قاطعة غير قابلة لاثبات العكس على توافر الخطأ من مجرد الاقدام على التعاقد مع توافر العيب، ولو كان هذا العيب خفياً عليه شخصياً.

اما ثاني ميزة لهذه النظرية فهي ابتداع فكرة الخطأ عند التعاقد دون اسنادها الى اساس معين عقدي او تقصيري وهو بذلك يجعل ما يرتبه عليها من نتائج ممكناً الاخذ به في كل الانظمة القانونية بعبارة اخرى ان الفقيه ايرنج جعل من الخطأ عند التعاقد نوعاً ثالثاً يقف الى جوار الخطأ العقدي والخطأ التقصيري، ويرتب على مجرد ثبوت رجوع سبب البطلان الى طرف معين، التزامه بالتعويض وفي هذا التخريج ما يعطي لهذه النظرية صلاحية للولوج في الانظمة القانونية المختلفة⁽²⁾ كما ان لهذه النظرية وكميزة ثالثة انها وسعت المفاهيم السائدة المستمدة من القانون الروماني، بما يستجيب لحاجات التعامل، فلم يعد الخطأ يعقد المسؤولية بالشروط الصارمة الواردة في قانون اكويليا، بل يكفي لعقد المسؤولية التسبب في ايجاد مظهر تعاقدية، ولو بحسن نية وثق فيه المتعاقد الاخر، كذلك وسع من فكرة العقد وابتدع فكرة عدم جواز تجريد العقد الباطل من اثاره، فقصر بذلك اثر البطلان على الركن او الشرط الباطل وحده دون سواه وهو ما أمكنه من اقامة المسؤولية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد، على العقد الباطل نفسه.

كما انه ابتكر فكرة التعويض عن المصلحة العقدية السلبية بما لا يجاوز المصلحة العقدية الايجابية بشرط اثبات وقوع الضرر وعدم علم من اصابة الضرر، او وجوب علمه، بسبب البطلان او القابلية للبطلان، وهذا يعني ان الفقيه ايرنج عندما قصر اثر البطلان على الركن او الشرط الباطل وحده انه اراد ايضاً اقامة المسؤولية المدنية في المرحلة السابقة على ابرام العقد، على العقد الباطل نفسه⁽¹⁾.

(1) د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص331؛ د.نزیه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص304.

(2) د.نزیه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص302. (1) ينظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص40 وما بعدها.

رغم ما ذكرناه من مزايا لهذه النظرية فقد وجهت اليها المآخذ التي تناولها الفقيه هذه النظرية، ومنها انها تقوم على وهم، فهي تفترض الخطأ من جانب المتعاقد رغم انه قد يجهل سبب البطلان او ينتهي التقصير في جانبه لعدم علمه، بهذا السبب يجعل من فكرة الخطأ اقرب الى فكرة تحمل التبعة منها الى فكرة الخطأ التقصيري، او افتراض عقد ضمني بكفالة التعاقد⁽²⁾.

ثانياً: النظرية التبعية العقدية

نادى بهذه النظرية الفقيه الالماني (فينشيد) وفكرتها ان كل شخص يقدم على التعاقد، باتخاذ زمام المبادرة ليتحمل تبعة نشاطه التعاقدية، فيكون مسؤولاً عن الاضرار الناجمة عنه، والتي تلحق بالطرف الاخر او حتى بالغير نتيجة عدم قيام العقد او بطلانه، ايأ كانت الاسباب التي عاقت قيامه او ادت الى بطلانه، حتى لو كانت هذه الاسباب مجهولة منه تماماً. ذلك لان النشاط التعاقدية يتضمن اخطاراً عديدة قد تلحق ضرراً بالقائمين به، ولا معنى لتحميل الطرف الاخر او الغير تبعته⁽³⁾.

وتنقده مسؤولية البادئ بالنشاط التعاقدية بمجرد حدوث ضرر منه، حتى لو لم يكن مخطئاً، أي حتى لو كان حسن النية لا يعلم سبب الضرر. ولكنه يستطيع ان يدفع المسؤولية عن نفسه باثبات هذا الضرر الناشئ عن خطأ المضرور، وكأن يثبت ان هذا الاخير قد مضى في التعاقد مع العلم باستحالة المحل⁽¹⁾.

والواقع ان هذه النظرية لا تختلف كثيراً عن نظرية (ايرنج) التي تحمل المتعاقد تبعة الاسباب التي عاقت ابرام العقد او ادت الى بطلانه، حتى لو كان حسن النية. فكلتا النظريتين تتفقان في النتيجة، ولكنهما تختلفان في اساس المسؤولية وعبء الاثبات.

ففي حين ان نظرية ايرنج تقيم المسؤولية عن بطلان العقد، كما رأينا، على اساس الاخلال بالالتزام باليقظة عند التعاقد، الناشيء عن العقد الباطل ذاته، فتجعل المسؤولية، من ثم عقدية، فان نظرية (فينشيد) تقيم مسؤولية البادئ بالنشاط التعاقدية على اساس تحمل تبعة هذا النشاط، ولذا فانها تجعل المسؤولية مادية وليست عقدية⁽²⁾.

وان هذه النظرية تمتاز بسهولة الاثبات، اذ لاشك ان الاثبات هو جوهر الحق من الناحية العملية، فحق بلا دليل هو والعدم سواء. وقد كفلت هذه النظرية للطرف المضرور طريقاً سهلاً للاثبات، اذ اكتفت لقيام المسؤولية ان يثبت المضرور وقوع ضرر عليه من جراء النشاط التعاقدية الذي بادر اليه المسؤول. وهذا امر يسير، اذ ان الضرر غالباً ما يكون مادياً يسهل اقامة الدليل عليه. ولو جاز لنا تطبيق هذه النظرية على المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد لعادت بالفائدة الكبيرة على الطرف المضرور⁽³⁾.

(2) د. رجب كريم عبد اللاة، مصدر سابق، ص 213؛ د. جميل لشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، دار النهضة العربية، 1993، ص 404.
(3) ينظر: د. نزية محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدية بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص 302 وما بعدها.

(1) ينظر: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص 132.

(2) ينظر: د. محمد حسام محمود لطف، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص 44.

(3) ينظر د. نزية محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدية بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص 44.

ومثال ذلك، ان يكون هناك شخص قد بدأ في المرحلة السابقة على التعاقد، قاصداً اتمام العقد النهائي، فقام بالتحاور واجراء المفاوضات مع مقاول من اجل تشييد مصنع، فقام هذا الاخير في سبيل ذلك بانفاق اموال طائلة لاجراء الدراسات الاولية، واعداد التصميمات وتعبئة الايدي العاملة اللازمة للتشييد... الخ، ولكن هذا الشخص قطع المفاوضات فجأة في مرحلة متقدمة بدون مسوّغ مشروع. فلو الزمنا المقاول المضرور باثبات خطأ صاحب العمل، لكان في ذلك مشقة كبيرة عليه، لان الخطأ هنا مسألة نفسية غير ملموسة يصعب اقامة الدليل عليها، وقد يفشل في الاثبات فيضيع حقه في التعويض. ولكن وفقاً لنظرية تحمل التبعية يكون الاثبات اكثر سهولة بالنسبة للمقاول، فحسبه ان يثبت الضرر الذي اصابه من جراء قطع هذه المرحلة لكي تقوم مسؤولية صاحب العمل⁽¹⁾.

كما ان الاخذ بنظرية التبعية العقدية في مجال المسؤولية المدنية يمثل استجابة حقيقية لمقتضيات العدالة، اذ ان هذه الفكرة تكفل للمضرور حماية قانونية فعالة، وذلك عن طريق اعطائه الحق في الحصول على تعويض عادل في حالات ينتفي فيها الخطأ، ومن اجل ذلك اخذت التشريعات الحديثة بنظرية تحمل التبعية العقدية في حالات عديدة، ومنها القانون المدني المصري والعراقي عندما قررت في نصوصها مسؤولية صاحب العمل عن حوادث العمل⁽²⁾.

وعلى الرغم من هذه الميزات التي تميزت بها النظرية التبعية العقدية الا انه قد شابتها بعض العيوب منها ان هذه النظرية لم تفصح عن طبيعة المسؤولية قبل العقدية، كما انها تنطلق من فكرة مفادها ان البادئ بالنشاط التعاقدية يتحمل تبعته دائماً، وعليه وحده تقوم المسؤولية باعتبار انه الموجب. والحق ان ذلك لا يتفق مع الواقع العملي، اذ ليس البادئ بهذه المرحلة التي تسبق التعاقد هو الموجب بالضرورة، اذ ان الادوار تتغير ويتم تبادلها بين الطرفين عادة.

واخيراً فان الاخذ بهذه النظرية من شأنه ان يجعل الناس يعزفون عن البدء او الدخول في هذه المرحلة رغم مال هذه المرحلة من فوائد عظيمة في الحياة الاقتصادية، فمن يعلم انه بمجرد مبادرته بالدعوة الى هذه المرحلة سيتحمل كل النتائج الضارة المترتبة على فشله ولو لم يخطئ، فلن يفكر يوماً على البدء بهذه المرحلة، كي لا يجر على نفسه المتاعب، خصوصاً ان فشل هذه المرحلة هو امر محتمل دائماً⁽¹⁾.

ثالثاً: نظرية الوكالة

صاحب هذه النظرية هو الفقيه الالمانى (شورل)، وفكرتها ان البدء بالمرحلة السابقة على التعاقد تتضمن لمن توجه اليه توكيل ضمني باتخاذ كل الاعمال اللازمة للوصول الى ابرام العقد، فاذا فشلت هذه المرحلة ولم يبرم العقد، فان الموكل يلتزم وفقاً للقواعد العامة، بأن يرد للوكيل كل المصروفات التي انفقها في سبيل تنفيذ الوكالة، رغم انه لم ينجح في مهمته، وقد ضرب الفقيه شورل مثلاً لذلك بان صاحب فندق تلقى عرضاً

(1) ينظر: د.محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص 45.

(2) د.كريم رجب عبد اللة، مصدر سابق، ص 236.

(1) ينظر: د.احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص 34.

بحجز غرفة ليوم معين، فقام بتنفيذ ذلك مما اضطره الى رفض طلب عميل آخر اراد شغل الغرفة في هذا اليوم ولكن صاحب العرض سحب عرضه في اخر لحظة. ففي هذه الحالة يستطيع صاحب الفندق باعتباره وكيلاً عن صاحب العرض، ان يرجع على هذا الاخير بدعوى الوكالة لتعويض خسارته.

ولو ان شخصاً دخل بدأ في المرحلة السابقة على التعاقد واجرى مناقشات مع مقاول من اجل تنفيذ مشروع معين، وطلب منه اعداد التصميمات والمقاييسات اللازمة وبعد ذلك منعه من تنفيذ هذا المشروع، فان بإمكان المقاول، وفقاً لهذه النظرية، ان يطالب هذا الشخص عن طريق دعوى الوكالة برد النفقات التي تكبدها في سبيل اعداد هذه التصميمات⁽²⁾.

وهكذا فان الفقيه شورل يجعل المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد مسؤولية عقدية، تقوم على اساس عقد وكالة ضماني، فهو يعتبر الشخص الذي تلقى دعوة الى البدء بهذه المرحلة بمثابة وكيل عن صاحب هذه الدعوة في القيام بما يلزم لابرام العقد، بحيث اذا قام الاخير بقطع هذه المرحلة او انها فشلت لسبب اخر، فانه يلتزم بتعويض الوكيل عما اصابه من ضرر من جراء تنفيذ الوكالة، أي تعويضه عما انفقته في سبيل الاعداد والتحضير للعقد وتكون دعوى التعويض، من ثم، دعوى عقدية، هي دعوى الوكالة⁽¹⁾.

ولا ن فكر مافي هذه النظرية من ابتكار، اذ انها تضع حلاً سهلاً للمسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد، بافتراض وجود عقد وكالة بين الطرفين.

بل ان المشرّع الفرنسي قد تأثر بهذه الفكرة في حالة خاصة، وهي حالة البدء بهذه المرحلة من قبل شخص مع مهندس لاجراء الدراسة والتفاوض والمناقشة بغية تشييد بناء، ففي هذه الحالة اذا فشلت هذه المرحلة فان من حق المهندس ان يطالب صاحب العمل باتعابه ولا يمكن تسويق ذلك الا بوجود وكالة اعطاها صاحب العمل للمهندس للقيام بعمل الدراسات اللازمة⁽²⁾.

تعرضت نظرية الوكالة مع ذلك للنقد من جانب الفقه فقد اخذ عليها ان الوكالة عقد يفترض لقيامه اتفاق الطرفين، وهذا الاتفاق لا يمكن ان يوجد ضمناً بمجرد الدخول او البدء بهذه المرحلة، واذا كان العدول عن الايجاب يمنع قيام العقد الاصلي، فانه يمنع من باب اولي- قيام هذه الوكالة المزعومة.

ولكن يرد على ذلك بان فكرة الوكالة الضمنية هي فكرة صحيحة ولا غبار عليها، اذ ان القانون لا يشترط ان يكون قبول الوكالة صريحاً، بل يكفي ان يكون ضمناً، كما لو بدأ الوكيل في تنفيذ الوكالة⁽³⁾.

واننا نرى، بانه لا يمكن قبول فكرة الوكالة كأساس للمسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد، لان هذه الفكرة تتعارض تماماً مع هدف المراحل المكونة للمرحلة السابقة على التعاقد، ففي الوكالة يقوم الوكيل بالعمل باسم الموكل ولحسابه، ولا يعمل لحساب

(2) د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص 203.

(1) د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص 47.

(2) د. كريم رجب عبد الللة، مصدر سابق، ص 238.

(3) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص 132.

نفسه، ولذلك لا يوجد تعارض بين مصالح الطرفين، ويعكس الحال في المرحلة السابقة على التعاقد، فان كل طرف من اطراف هذه المرحلة يعمل باسمه ولحسابه الخاص، ويسهر على حمايته، حتى لو ادى ذلك الى اهدار مصالح الطرف الاخر فالمصالح اذن متعارضة والاهداف متباينة في المرحلة السابقة على التعاقد، ومن ثم لا يمكن ان نصف العلاقة بين اطراف هذه المرحلة بانها وكالة.

رابعاً: نظرية الفضالة

نادى بهذه النظرية الفقيه الالماني (تون)، الذي ذهب الى تأسيس المسؤولية قبل العقدية على فكرة الفضالة. فقد اعتبر الشخص الذي وجهت اليه دعوة للبدء بالمرحلة السابقة على التعاقد فضولياً يدير شأنها لرب العمل الذي وجه اليه هذه الدعوة، ومن ثم يستطيع الرجوع على هذا الاخير عند فشل هذه المرحلة لاسترداد ما اتفق عليه عن طريق دعوى الفضالة. ذلك لأن النفقات التي قام بها في سبيل ابرام العقد كان قد انفقها تحقيقاً للمصلحة المشتركة للطرفين، فهو وان كان يهدف الى تحقيق مصلحته الخاصة الا انه يحقق في الوقت ذاته مصلحة صاحب الدعوة للبدء بالمرحلة السابقة على التعاقد، فيحق له بالتالي ان يسترد المصروفات التي انفقها لمصلحة الاخير.

وبذلك استطاع الفقيه (تون) ان يتجنب الانتقادات التي وجهت الى النظريات السابقة، مادام انه قد اخرج المسؤولية قبل العقدية من دائرة العقود، واعتبرها شبه عقدية⁽¹⁾.

ليس من المقبول الاخذ بفكرة الفضالة كأساس للمسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد، ذلك كون ان الفضالة تقتض ان يكون رب العمل جاهلاً بتدخل الفضولي، حال ان المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد يقوم بما يلزم لابرام العقد يعلم من المتعاقد الاخر، بل وبمشاركة منه احياناً خصوصاً في المرحلة الاولى منها وهي مرحلة المفاوضات.

كما ان الفضولي يتولى القيام بشأن عاجل لرب العمل، في حين ان المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد ليس في عجلة من امره لكي يسارع بالانفاق، اذا كان بإمكانه ينتظر ريثما يتأكد من نجاح هذه المرحلة.

كما يجب لقيام الفضالة ان يتجه قصد الفضولي الى ان يعمل لمصلحة رب العمل، والحقيقة ان اطراف المرحلة السابقة على التعاقد حينما تقوم باتخاذ اجراءات معينة، تمهيداً لابرام العقد واستعداداً للتنفيذ وعدم اضاءة الوقت.

واخيراً فان هذه النظرية ليست ذات فائدة حقيقية في الحياة العملية، لانها تقصر حق المضرور في المرحلة السابقة على التعاقد، في التعويض على استرداد المصروفات التي انفقها لمصلحة الطرف الاخر فحسب، دون التي انفقها لمصلحته هو⁽¹⁾.

الفرع الثاني

(1) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص 241.

(1) د. رجب كريم عبد اللاه، مصدر سابق، ص 241.

نظريات الفقه التقليدي الايطالي

لقد عالجت نظريات ايطالية الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، على ان هذه النظريات التي ظهرت في الفقه التقليدي الايطالي ، تختلف عنها في الفقه التقليدي الالمانى، كون ان هذه النظريات تناولت الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد بشكل واضح وصريح، وبعد ان اوضحت هذه الطبيعة القانونية ابرزت خصائص هذه المرحلة، والاثار القانونية التي تترتب عليها. ومن اهم هذه النظريات، نظرية فاجيلا التي سنتاولها بالدراسة وبالقدر الذي يتعلق بموضوع بحثنا وكالاتي.

نظرية فاجيلا

لعل هذه النظرية هي الاولى من نوعها التي عالجت الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد بشكل مباشر وصريح، فقد ميزت بوضوح بين مرحلتين للعقد، الاولى تسبق ابرامه والثانية تتعلق بابرامه. وذلك بدراسة قيمة تناول فيها المستشار الايطالي جبريل فاجيلا، المرحلة السابقة على التعاقد، اذ تناولها بالدراسة من النواحي النفسية والاقتصادية والقانونية، وانتهى الى ارساء مسؤولية قبل العقدية من نوع خاص.

ترتكز هذه النظرية على ثلاثة محاور رئيسية هي بمثابة المعطيات التي ينطلق منها ويبرهن على مصداقية نظريته، فالمحور الاول يتضمن ، ان المرحلة قبل العقدية ليست مكونة من مرحلة واحدة، بل هي تنقسم على ثلاثة مراحل متتابعة، تتميز كل منها بخصائص معينة. كما ان هذه الفترة او المرحلة التي تسبق التعاقد بكل مراحلها هي ليست عديمة الفائدة بل ان لها قيمة قانونية مقررة وتترتب عليها اثار معينة.

اما المحور الثاني فهو يتضمن ان كل طرف يحتفظ بكامل حريته في العدول عن التعاقد طيلة هذه الفترة مادام ان العقد لم ينعقد.

اما المحور الثالث فانه يقوم على اساس ضرورة التوفيق بين مبدأ حرية العدول والمسؤولية عن هذا العدول، بحيث تنعقد المسؤولية في كل مرحلة من هذه المراحل بدرجات متفاوتة⁽¹⁾.

فالمرحلة الاولى التي تبدأ بها المرحلة السابقة على التعاقد، هي مرحلة المفاوضات التمهيديّة اذ تعد هذه المرحلة هي الاولى في حياة المرحلة السابقة على التعاقد، وخاصة في العقود المركبة او عند ابرام الصفقات الهامة، اذ يبدأ الطرفان عادة بالدخول في مرحلة المفاوضات بهدف التوصل الى تفاهم متبادل حول نقاط العقد الرئيسية، وذلك عن طريق تبادل العروض والمقترحات، ومناقشة شروط العقد المختلفة حتى اذا ما تم التوصل الى اتفاق حول بعض النقاط فان الطرفين يقومان ببلورة هذه النقاط في اتفاقات متلاحقة غير ان هذه الاتفاقات كما يرى فاجيلا- ليست ملزمة ولا ترقى الى مرتبة العقود. فهي لا تعدو ان تكون اتفاقات جزئية ، يحدد فيها الطرفان شيئاً فشيئاً النقاط التي تم الاتفاق عليها اثناء

(1) ينظر د.توفيق حسين فرج ، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، القاهرة، المكتب المصري الحديث، 1969، ص282؛ د.محمد حسام محمود لطفى، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص47 وما بعدها.

هذه المرحلة، دون ان تتجه ارادة أي منهما الى الالتزام بها نهائياً، فكل شيء متوقف على الاتفاق النهائي على مشروع العقد ككل.

وبذلك –والقول مازال لفاجيلا ان مرحلة المفاوضات تقترب احياناً من مرحلة سن التشريع فجميع الاعمال التي تحدث في هذه المرحلة تعد من قبيل الاعمال التحضيرية، التي لا تعدو ان تكون مجرد اجتماعات ومناقشات، وتبادل وجهات النظر، وجس للنبيض، فلا شيء بات ولا شيء محدد في هذه المرحلة فليس ثمة اتفاق حقيقي بين الارادتين من اجل انشاء التزام او إنهائه، وانما مجرد اتفاقات تمهيدية يحكمها الهدف منها، هو التحضير للعقد النهائي، فلا يقصد الطرفان التقيد بهذه الاتفاقات او الالتزام بمقتضاها او مواصلتها او الابقاء على العروض المقدمة دون الرجوع اليها. فكل طرف يعلن عن رضاه في هذه المرحلة مع الاحتفاظ بحق المراجعة أي الحق في العدول⁽¹⁾.

اما المرحلة الثانية فهي مرحلة صدور الايجاب فبعد ان يفرغ الطرفان من المفاوضات يعكف احدهما على صياغة مشروع العقد النهائي، استعداداً لتوجيهه الى الطرف الاخر يعرض عليه فيها الدخول معه في مفاوضات من اجل ابرام عقد معين، وبناءً على هذه المبادرة يأتي كل طرف الى مائدة المفاوضات ومعه ما اعده من عروض خاصة، يتم تبادلها ومناقشتها فيما بينهما. حتى تتحدد نقاط العقد الجوهرية عن طريق الاتفاقات المتلاحقة، وعندئذ تتوقف المفاوضات ويدخل الطرفان في مرحلة ترقب، ويتولى خلالها احدهما صياغة الايجاب النهائي، ولما كان الاتفاق النهائي لم يتم فان من حق الطرف الذي تطوع لاعداد المشروع النهائي ان يحدد المسائل التفصيلية التي لم يتم الاتفاق بشأنها كيفما يشاء، بل من حقه ان يتجاهل الحول التي تم الاتفاق عليها من قبل ويصنع الايجاب بشروط جديدة، وعندئذ يحق للطرف الاخر –بطبيعة الحال- ان يقبل هذا الايجاب او يرفضه.

اذن هي مرحلة اكثر تقدماً الى الطريق الى العقد لكون الطرفان هنا يجمعان شتات ماتم الاتفاق عليه، بغية عمل مشروع نهائي للعقد ووضع الايجاب في صيغة ملموسة، فالارادة التعاقدية تتروى في هذه المرحلة، لكي يدخل في مرحلة اعلان الارادة التي ينعقد بها العقد نهائياً⁽²⁾.

ثم تأتي المرحلة الثالثة وهي مرحلة تصدير الايجاب وانتظار قبول الطرف الاخر وهذه المرحلة الاخيرة في الطريق الى العقد، فبعد ان ينتهي احد الطرفين من صياغة الايجاب ، فانه يقوم بتصديره الى الطرف الاخر وبذلك يتم الاعلان رسمياً عن الارادة النهائية والباته في التعاقد، وتتجسد في العالم الخارجي الملموس، فان صادفها قبول مطابق

(1) د.جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مصدر سابق، 262؛ د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص678. ؛ د.عبد جمعة موسى الربيعي والاستاذ فؤاد العلواني، مصدر سابق، ص24 وما بعدها.

(2) د.محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1977، ص238؛ ينظر: د. رجب كريم عبد الالة، مصدر سابق، ص244؛ د.محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص125؛ د.محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص768 وما بعدها.

انعقد العقد عندئذ فقط تنتهي المرحلة السابقة على التعاقد وتبدأ مرحلة ابرام العقد التي تم الاتفاق على جميع الامور المتعلقة بشأته⁽¹⁾.

كان لهذه النظرية مزايا متعددة تتمثل في انها اعترفت بان المرحلة السابقة على التعاقد ذات قيمة قانونية لايمكن تجاهلها، وانه ليس مجرد مشروع في الهواء او مجرد اعمال مادية غير ملزمة، وانما هو واقعة قانونية يحميها القانون ويرتب عليها اثاراً ايجابية ، هي قيام المسؤولية في حالة الانسحاب التعسفي من المرحلة السابقة على التعاقد، كما انها اعترفت بوجود رضا متبادل من الطرفين على البدء بهذه المرحلة وانه لا يشترط ان يكون هذا الرضا صريحاً، بل يكفي ان يكون ضمناً اذ انه يتحقق بمجرد البدء بهذه المرحلة، كما ان هذه النظرية نعترف بان الطرفين لم يعودا من الغير بمجرد دخولهم في هذه المرحلة، بل انهما يصبحان في مركز الدائن والمدين، اذ تنشأ بينهما علاقة قانونية خاصة، ترتب على عاتقهما التزامات حقيقية، وليس مجرد واجبات عامة كما يدعي البعض.

كما ان هذه النظرية قد نبذت فكرة تحمل التبعة بمعناها الضيق والتي تجعل كل قطع لمراحل المرحلة السابقة على التعاقد مصدراً للمسؤولية فقد جعل فاجيلا الحرية التعاقدية هي الاصل، والمسؤولية هي الاستثناء، اذ يكون لكل طرف الانسحاب من هذه المرحلة باي وقت، ولا تقوم عليه مسؤولية الا اذا كان متعسفاً في انسحابه، بان لم يكن هناك سبب موضوعي أي اقتصادي، يسوّغ الانسحاب لانه حينئذ يكون قد اخل بمبدأ حسن النية السائد في المعاملات. وبذلك فان هذه النظرية تتفق مع الواقع العملي، وتستجيب لمتطلبات الحياة الاقتصادية الحديثة⁽²⁾.

واخيراً فان هذه النظرية قيدت نطاق المسؤولية بالضرر المباشر الذي توجد بينه وبين الفعل علاقة سببية فعلية، وهذا يعني ان المسؤولية وفق هذه النظرية تستجيب لمتطلبات العدالة⁽¹⁾.

رغم مزايا هذه النظرية فقد طالتها ايضاً بعض العيوب منها انها تبنت تقسيم ثلاثي للفترة السابقة على ابرام العقد وان هذا التقسيم لا يتفق مع الواقع، اذ ان المراحل الثلاث قبل العقدي لا توجد في كل العقود، فالمرحلة الاولى أي مرحلة المفاوضات تنعدم في عقود الازعان حيث انها عقود غير قابلة للتفاوض فيها.

كما انها اخذت بمعيار غير منضبط للتفرقة بين الانسحاب التعسفي والانسحاب غير التعسفي وهو معيار المصلحة الاقتصادية، اذ يدق تحديد مدلول المصلحة الاقتصادية الداعية الى الانسحاب وهو مامن شأنه ان يفتح باب التحكم امام القاضي في سبيل البحث عن النية الحقيقية لمن قطع المرحلة السابقة على التعاقد لمعرفة ما اذا كان انسحابه مسوغاً او غير مسوغ⁽²⁾.

والواقع اننا نرى ان كل هذه العيوب لم تقلل من شأن هذه النظرية ولا يمكن لاحد ان ينكر فضلها في وضع اقدام الشراح على الطريق الصحيح فقد كشف لنا النقاب عما لهذه

(1) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص 137.

(2) ينظر: د.محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص 53.

(1) نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص 310.

(2) د.عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق؛ جاك غستان، نظرية الالتزامات، ص 391.

المرحلة التي تسبق التعاقد من قيمة قانونية، وان هناك دائماً رضا متبادل بين الاطراف وان هذا الرضا يكون علاقة قانونية خاصة ويضع على عاتق هذه الاطراف التزامات حقيقية، وليست مجرد واجبات عامة.

المطلب الثالث

تمييز المرحلة السابقة على التعاقد عما يشته به من افكار قانونية تقترب منها

لابد من تمييز المرحلة السابقة على التعاقد عن غيرها من الافكار القانونية التي تقترب منها، ونهدف من وراء ذلك الى تحديد نطاق هذه المرحلة، والدور الحقيقي الذي تلعبه في مجال العقود على انها مرحلة تسبق ابرامه وتمهد له، ونستعرض ذلك التمييز بين المرحلة السابقة على التعاقد عما يشته به من افكار قانونية، بالتمييز بين المرحلة السابقة على التعاقد ومرحلة ابرام العقد كفرع اول، ثم نميز بين المرحلة السابقة على التعاقد والتشاور كفرع ثاني، بعدها نتناول التمييز بين المرحلة السابقة على التعاقد والمحادثة كفرع ثالث، واخيراً نستعرض التمييز بين المرحلة السابقة على التعاقد والمساومة كفرع رابع. عليه سيتم تقسيم هذا المطلب الى اربعة فروع وكالاتي.

الفرع الاول

تمييز المرحلة السابقة على التعاقد عن مرحلة ابرام العقد

كما عرفنا سابقاً يمر العقد قبل انعقاده بمرحلة اولية تسمى (المرحلة السابقة على التعاقد) او (الفترة قبل العقدية) يكون العقد خلالها في طور التكوين، وتبدأ هذه المرحلة عادة في اللحظة التي يعلن فيها احد الطرفين عن رغبته في التعاقد مع الطرف الاخر، وبعد مفاوضات حول شروط العقد وتفاصيله يُصدر الايجاب ثم يلقي هذا الايجاب قبولاً وفي اللحظة التي يقترن فيها الايجاب بالقبول تنتهي المرحلة السابقة على التعاقد لتبدأ مرحلة جديدة في حياة العقد، وهي مرحلة ابرامه. الا ان بعض العقود لا تمر بهذه المرحلة

وهي عقود الاذعان، كون هذه العقود غير قابلة للتفاوض فهي لا تمر بالمرحلة السابقة على التعاقد وانما تمر بمرحلة واحدة، وهي مرحلة ابرام العقد فقط⁽¹⁾.

وبناءً على ذلك قسمت العقود الى عقود حرة، وعقود اذعان واصبحت من التقسيمات الفقهية الهامة، اذ ان الاتساع في دائرة عقود الاذعان يقابله انكماش مستمر في نطاق هذه المرحلة التي تسبق ابرام العقد⁽¹⁾.

فالعقد الحر او كما يسمى كذلك بالعقد التفاوضي او عقد المساومة، هو العقد الذي يتم بعد مفاوضات حرة بين طرفيه تستند الى مساواة قانونية وفعلية بينهما، بحيث يتمتع كل منهما بحرية مناقشة شروط العقد وتحديد مضمونه، دون ان يفرض أي منهما ارادته على الاخر في هذا الشأن.

فهذا العقد يعتبر اذن وليد المفاوضات المعبرة عن الارادة المشتركة للمتعاقدين، طالما ان الاطراف في هذا العقد يعقدون مفاوضات تسفر عن صياغة مشتركة لمضمونه ومحتواه⁽²⁾. ويشكل هذا العقد بالمعنى السابق تجسيداً لمبدأ سلطان الارادة وحرية التعاقد، اذ يتحقق فيه الدور الجوهري للارادة، باعتبارها اساس العقد، ومن أكمل صورته لذا فان هذا العقد يمثل الصورة التقليدية المعتادة للعقود بوجه عام.

ولا يؤثر في اعتبار العقد حراً ان تنقيد حرية طرفيه في المرحلة السابقة على التعاقد خاصة في المرحلة الاولى منها وهي مرحلة المفاوضات، باحترام العناصر المختلفة بجوهر العقد وطبيعته. فاذا كانت طبيعة المبيع مثلاً تقتضي ان يلتزم كل بائع بتسليم المبيع، وان يلتزم كل مشتري بدفع الثمن غير ان التسليم يمكن ان يكون مؤجلاً او مجزأ او يتم في اماكن مختلفة، والثمن يمكن الوفاء به دفعة واحدة او بالتقسيم بفوائد او بدون فوائد.

مع ذلك فالحرية التي تسود هذه المرحلة التي تسبق ابرام العقد في هذه العقود ليست مطلقة وانما تنقيد حرية الاطراف باحترام القواعد القانونية الامرة واعتبارات النظام العام الاقتصادي⁽¹⁾.

اما اذا انفرد احد طرفي العقد بتحديد شروطه وصياغة مضمونه وقبله الطرف الاخر مضطراً دون مناقشة ومفاوضة ودون المرور بالمرحلة السابقة على التعاقد بكل ما فيها من مناقشات حول تفاصيل العقد ومضمونه بل يقتصر قبوله على مجرد التسليم بشروط مقررة لا مناقشة فيها، فهذا هو عقد الاذعان. وغني عن البيان ان هذا العقد يمثل

(1) د.جميل الشراقوي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص65-67؛ د.عبد الناصر توفيق العطار، مصدر سابق، ص117.

(2) واقامة العقود عند البعض من هذه الزاوية يشمل نوعاً ثالثاً من العقود يضم ما يسمى بالعقد المفروض او الجبري وهي تسمية يشير بها الفقه الى الاحوال التي يجبر فيها الشخص، بمقتضى القانون على التعاقد دون ان يعتد برفضها، او على التعاقد مع شخص معين او على الاستمرار في علاقة عقدية ما. ينظر في هذا الخصوص: د.جلال علي العدوي، الاجبار القانوني على المعارضة، مصدر سابق، ص16.

(2) د.محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص48؛ د.عبد الناصر توفيق العطار، مصدر سابق، ص117؛ د.حسام كامل الاهوائي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص30.

(1) على انه مما يخفف من هذا التقيد ان غالبية القواعد المنظمة للعقود تعتبر مكملة او مفسرة الامر الذي يدع مجالاً فسيحاً للاطراف التي تروم التعاقد في المرحلة السابقة عليه من التفاوض بشكل حر ومرن خلالها. ينظر: د.محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص15؛ د.جاك غستان، مصدر سابق، ص497 وما بعدها.

الصورة المقابلة لعقد المساومة⁽²⁾ فالأخير يتم عن رضا واختيار كاملين في مرحلة تسبق ابرامه، تتم فيها مناقشات ومفاوضات بين طرفيه، فيأتي معبراً عن ارادتهما المشتركة، لا الارادة الفردية لاحدهما.

اما في عقود الاذعان اذ يستقل احد الطرفين باعداد مشروع للعقد يتضمن سلفاً ايجاباً عاماً مجرداً بشروط محددة حاسمة، لا تقبل المناقشة او التعديل، فلا يملك الطرف الاخر سوى ان يقبل التعاقد بهذه الشروط او يرفضه برمته، فان قبوله للعقد عندئذ وان كان موجداً غير انه اقرب الى الرضوخ والاذعان الى المشيئة الحققة والرضا الخالص، فهو قبول اضطراري مفروض عليه تبعاً لتعلق العقد بسلعة او خدمة ضرورية له تكون عادة محل احتكار. اذن فهو اقرب الى معنى التسليم منه الى معنى المشيئة، فاما ان يسلم المتعاقد بهذه الشروط كما هي دون تعديل او يدع التعاقد⁽¹⁾. ولهذه الخاصية انكر بعض الفقهاء على هذه العقود صفتها التعاقدية لان ارادة المذعن فيها لا تصدر عن طواعية واختيار بل عن اكراه. وقد رد على هذا الانكار بان العقود ولا تلزم لصحتها المساواة الاقتصادية بين العاقدين، وانما يكتفي فيها بتحقيق المساواة القانونية بينهما وهي موجودة فعلاً، كما انه لا اكراه فيها بالمعنى القانوني الا اذا قبل هذا الشخص التعاقد اضطراراً في بعض الظروف، اضطراراً ينطوي على الاكراه، وهو ما لايقول به احد⁽²⁾. اما خلوها من مرحلة تسبق التعاقد، أي مرورها بمرحلة الابرام دون المرور بالمرحلة السابقة على التعاقد، فليس ذلك وفقاً عليها فالبيوع المسعرة مشرقة معها في هذا المعنى، اذ ان العاقدين لا يمران بمرحلة تسبق التعاقد، أي لا يتفاوضان ولا يتناقشان عادة في شروطها.

لهذا لم يجاز فقهاء القانون المدني نزعة الجاحدين لصيغها التعاقدية، بيد ان هذا كله لا يمنع من غلبة الطابع الخاص عليها والذي يميزها عن غيرها، فمما لاشك فيه ان الطرف الضعيف يستلم مثلاً الشروط المملاة من الطرف القوي، ليس فقط لان هذه الشروط توضع سلفاً ولا تقبل بحثاً او مناقشة وليس المتعاقد الضعيف مضطر دائماً، بحكم حاجته، الى قبول هذه الشروط مهما انطوت عليه من اجحاف به اذا اراد ان يتعاقد وهو لا اختيار له في ذلك على الاعم، بل لانها تمثل في عقد ذي نظام مقرر يستقل الطرف القوي

(2) ويرجع الفضل في هذه التسمية الى العالم الجليل الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري والتي ذاع استخدامها في الفقه المصري والعربي بوجه عام وهذه التسمية يقابلها في الفرنسية اصطلاح (Contraldadhesion) ومعناه عقد الانضمام وشاع استعماله في الفقه الفرنسي في هذا الصدد وهو اصطلاح ابتكره الفقيه سالي (Saleilles) الذي يعد اول من اثار انتباه الفقه الى هذه الطائفة من العقود في مؤلفه:

-De la declaration de Volonte, contribution aleude lacte Jari Junidique dans le code civil alleman, pariesl 901, p.229.

ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزام، الوسيط، الجزء الاول، مصدر سابق، ص229؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص204.

(1) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مصدر سابق، ص89؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص109-110؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص204؛ د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء الاول، مصدر سابق، ص29.

(2) ينظر: د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونيين المصري والانكليزي المقارن، القاهرة، بدون اسم مطبعة، 1979، فقرة 47؛ د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، فقرة 505.

في ظل مناخ احتكاري في الهيمنة على الاحتياجات

الاساسية للأفراد، بوضع شروطه لأنه يتمتع بسلطان اقتصادي بسبب الاحتكار الفعلي او القانوني الذي يملكه بالنسبة الى سلعة او خدمة ضرورية يتولى تقديمها للجمهور، كتوزيع التيار الكهربائي، ومياه الشرب وتقديم خدمتي النقل والتأمين، والتي برزت في مطلع هذا القرن نتيجة اوضاع اقتصادية افرزتها الثورة الصناعية، الامر الذي تطلب ابرام اكبر عدد من العقود، في اقل وقت، وبأقل جهد، والذي لا يبقى لهؤلاء الافراد الا قبول التعاقد جملة او رفضه كلياً⁽¹⁾.

غير ان المعيار الاقتصادي لا يكفي بذاته لتمييز عقود الازدعان، فالتفاوت الاقتصادي الناشئ عن ضغط الحاجة الملحة هو امر قائم في كل زمان ومكان، وملاحظته لن تكشف في النهاية الا عن فارق مافي الدرجة.

لذا يرى بعض الفقه الفرنسي ان العبرة في هذا الصدد ليست بالعنصر الاقتصادي متمثلاً في تفوق النفوذ الاقتصادي الذي يتمتع به الموجب، بل ينبغي النظر بالاحرى الى الحقيقة القانونية المتمثلة في قبول احد الطرفين جميع شروط العقد المطروح عليه من الطرف الاخر، دون ان تتاح امامه فرصة حقيقية للمرور بالمرحلة السابقة على التعاقد بكل ما تتضمنه من مناقشات ومفاوضات لعناصر العقد، بحيث ينحصر الخيار المتروك له في قبول او رفض عقد ليس لارادته شأن في تحديد مضمونه⁽²⁾.

وبوجه عام يميل معظم الفقه سواء في مصر او فرنسا او العراق الى تمييز عقود الازدعان من خلال النظر الى الاعتبار بين القانوني والاقتصادي معاً، والاعتداد بهما في آن واحد، ومؤدى الاعتبار القانوني ان تمام العقد اذعاناً يستلزم ان ينفرد احد طرفيه أي الموجب بوضع العقد وتحديد شروطه بصورة نهائية قاطعة، أي على نحو لا تقبل المناقشة فيه من الطرف الاخر⁽¹⁾.

ويشترط في هذا الايجاب ان يكون مفصلاً من جهة أي مشتملاً على سائر شروط العقد الجوهرية والثانوية، بحيث لا يتطلب لتمامه سوى قبول من الطرف الاخر يكون بمثابة تسليم واذعان لما صدر من الموجب. ومن جهة اخرى، ينبغي ان يكون هذا الايجاب دائماً أي ان يصدر لمدة غير محدودة.

كما يلزم ان يتصف هذا الايجاب بالعمومية والتجريد، بان يتضمن شروطاً عامة موحدة بالنسبة للجميع يتوجه بها الموجب الى عامة الجمهور او الى طائفة منهم، لا الى

(1) ينظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، عقود الازدعان في القانون المصري، رسالة للدكتوراه، القاهرة، 1946، ص26.

(2) د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، الجزء الاول، في مصادر الالتزام، بغداد، مطبعة العاني، 1955، ص118.

(1) د. محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص22؛ د. حسام كامل الاهواني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص78؛ د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، ص66؛ د. نزيه محمد الصادق المهدي، مصادر الالتزام، الجزء الاول، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1988، ص73؛ د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص154 وما بعدها.

شخص او اشخاص معينين بالذات، بحيث يتم العقد مع أي شخص يقبل التعاقد بهذه الشروط دون نقاش، وهو ما يعبر عنه الفقه الفرنسي بان يكون العقد نمطياً او نموذجياً⁽²⁾.

(2) وتعرف هذه العقود النمطية او النموذجية بانها صيغ مكتوبة تحتوي على القواعد والشروط العامة التي تحدد اثار التعامل واحكامه بشكل عام، أي تبين ما يترتب عليه من حقوق والتزامات لاطرافه. ينظر: د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، نظرية الالتزام، الجزء الاول، المصادر الارادية للالتزام، العقد والارادة المنفردة (التصرف القانوني)، مطبوعات جامعة الكويت، مؤسسة دار الكتب، 1995، ص130.

ومن هنا اتجه رأي الى تسميتها بالصيغة النموذجية وليس بالعقد النموذجي لعدم احتوائه على تبادل ارادات بين طرفيه فالعقد النموذجي هو مجرد صيغة بسيطة توضع لكي تكون نموذجاً لعقود تبرم في المستقبل، مما يورجى بالشك في وصفها بانها عقد. ينظر: د. محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988، ص58.

ولا يجوز لمن قدم الايجاب المتضمن شروطاً عامة ان يرفض التعاقد مع من تقدم لاسباب غير مشروعة، وعلى الرغم من عدم ظهور نص صريح بذلك، الا انه تكفي القواعد العامة للاخذ بهذا الحكم خصوصاً وان نظرية التعسف في استعمال الحق قد ظفرت بتنظيم تشريعي، ففي مجال العمل لا يجوز لرب العمل ان يرفض توظيف شخص لديه بسبب دينه، او انتمائه، او لغته، او عقديته، او جنسه، او اهله، والا عد ذلك تمييزاً غير مشروع وكذا الحال بالنسبة للطبيب او المحامي الذي تتعدم حرية في علاج المريض او الدفاع عن شخص انتدبته المحكمة للدفاع عنه في حالة الطوارئ. ينظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص119؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص209؛ د. احمد عبد الرحمن الملحم، الاحتكار والافعال الاحتكارية، دراسة تحليلية، مطبوعات جامعة الكويت، 1997، ص93.

وفضلاً عما تقدم، فإن الاعتداد بالعنصر الاقتصادي يستلزم، كما أشرنا، تفاوتاً اقتصادياً شديداً بين طرفي العقد على نحو تنعدم معه المساواة القانونية أو الفعلية بين مركزيهما، وهذا يقتضي ان يتمتع احدهما، وهو الموجب بنفوذ اقتصادي هائل في مواجهة الطرف الاخر، بحيث تثبت له الغلبة والتفوق من هذه الزاوية، ومن ثم يأتي قبول العقد اذعاناً.

والفقه مستقر على قياس درجة النفوذ الاقتصادي للموجب في مواجهة الطرف الاخر باللجوء الى معيار اقتصادي كذلك يتمثل في فكرة الاحتكار، بحيث يلزم ان يكون الموجب محتكراً للسلعة او الخدمة محل العقد احتكاراً قانونياً او فعلياً او قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها. والاحتكار القانوني مصدره نصوص القانون، كعقد التزام المرافق العامة، ومن امثلته، النقل بالسكك الحديدية، وتوريد المياه والغاز والكهرباء. اما الاحتكار الفعلي فينشأ من تكتل لمنتجين لسلعة او خدمة لتوحيد شروط التعاقد مع عملائهم، ومن امثلته التأمين بشتى انواعه والنقل البحري وبيع السيارات الجديدة.

فضلاً على ما تقدم، يشترط لاعتبار العقد من عقود الاذعان ان يكون متعلقاً "بسلع او مرافق تعتبر من الضروريات الاولى بالنسبة للمستهلكين او المنتفعين"⁽¹⁾. وبصدد تحديد المقصود بهذا النوع من السلع، قضت محكمة النقض المصرية بأن "السلع الضرورية هي التي لاغنى للناس عنها او التي لا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونون في وضع يضطرهم الى التعاقد بشأنها، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة"⁽²⁾.

وعلى العكس من ذلك يتجه الفقه الفرنسي الحديث، يؤيده القضاء الى توسيع دائرة عقود الاذعان بهدف اتاحة حماية اوفر لجمهور المستهلكين حيث تظهر فكرة الاذعان واضحة في العلاقة بين المنتج والمستهلك.

وقد بلغ هذا الاتجاه حداً جعل الفقه يقيم رابطة وثيقة بين عقود الاذعان من جهة، وعقود الاستهلاك من جهة اخرى سواء تعلقت الاخيرة بسلع ضرورية ام لا، بل وفي احوال لا يتوافر فيها شرط الاحتكار⁽¹⁾ والتفرقة بين عقود المساومة وعقود الاذعان، على

(1) ينظر: عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق؛ د.حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول، المصادر الارادية للالتزام، العقد والارادة المنفردة، الطبعة الاولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999، ص126.

(2) مجموعة احكام النقض في 12/3/1974، السنة 25، القاعدة 80، ص292، وقد خلص الحكم الى ان معنى السلع المعبورة من الضروريات الاولى، لا يتحقق بالنسبة للسيارة، رغم انفراد الموجب بانتاجها والاتجار فيها" وهو اتجاه صادق ترحيباً لدى بعض الفقه استناداً الى ان السيارة لاتعتبر من ضروريات الحياة. ينظر: د.عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص207 و208.

وقد قضت محكمة الاستئناف العليا في الكويت بعدم تكييف العقد بين شركة الهواتف المتنقلة وبين احد المشتركين في خدمة الهاتف الناقل بانه من قبل عقود الاذعان، لانه ليس من الضروريات التي لاغنى للناس عنها. ينظر: د.احمد عبد الرحمن الملحم، مصدر سابق، ص93.

(1) دنزیه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص69-70؛ د.حسام كامل الاهوائي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص79.

ولذلك شرعت تقنيات لغرض حماية المستهلك حيث خففت في بعض الاحيان من مضمون الالتزام بالاعلام بشأن العقود التي يكون عليها توريد اموال استهلاكية عادية، وشددت في احيان اخرى على مضمون هذا الالتزام وهي حالات السعي من اجل التعاقد من خلال التلفزيون، والوسائل المشابهة له. ووفرت حماية اكثر واكثر بان اعطت له مهلة للتفكير (المستهلك) في امر الصفقة مدتها سبعة ايام من تاريخ تلقى الطلب او التعهد بالشراء يكون من حقه فيها، بعد دراسة البيانات المتعلقة بالعقد والتفكير في جدوى التعاقد بالنسبة له، ان يعدل

الوجه المتقدم، تكتسب اهمية قانونية بالغة من جهتين: فمن جهة اذا كانت القاعدة ان "العقد شريعة المتعاقدين" فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين...". فان هذه القاعدة تنطبق حينما يتعلق الامر بأحد العقود الحرة او عقود المساومة ، وهي الاصل كما ذكرنا. اما اذا تم بطريق الازعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط او ان يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة⁽²⁾.

وعليه هذا الاستثناء ان انفراد الموجب، في عقود الازعان بوضع العقد وتحديد شروطه دون مرور الطرفين بالمرحلة السابقة على التعاقد، والتي تحقق التوازن بين مصالح الطرفين، عن طريق مناقشة شروط العقد بكل تفاصيلها الجزئية، الامر الذي يؤدي الى تعديل هذه الشروط او استبعاد بعضها او اضافة شروط اخرى، الامر الذي يؤدي الى فرض شروط تعسفية في الغالب من قبل الموجب، وكذلك تحفظات جائزة للحد من التزاماته الخاصة وزيادة التزامات الطرف المذعن، دون مقابل. ثم يأتي هذا القبول الاخير مشوباً بضغط اقتصادي تفرضه حاجة المتعاقد الى السلطة او الخدمة التي يوفرها العقد ولعل ذلك هو السبب الرئيس الذي منح القانون للقاضي الحق في تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الازعان.

الا انه ومع هذا التدخل في تعديل الشروط التعسفية الا ان ذلك لا يعني ان هذه العقود تمر بالمرحلة السابقة على التعاقد، لان هذا التدخل بعيد جداً عن المراحل المكونة للمرحلة السابقة على التعاقد فهي لا تتضمن الا اكرام او ضغط ولكن ليس المقصود بالاكراه هنا هو الاكراه المعروف كعيب من عيوب الارادة بل هو اكرام متصل بعوامل اقتصادية اكثر منه اتصالاً بعوامل نفسية⁽¹⁾.

عنه دون ابداء أي اسباب. ينظر في تفاصيل ذلك: د. مصطفى ابو مندور موسى، مصدر سابق، ص 294؛ د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مجلة فصلية تصدرها كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2001، ص 55؛ د. مصطفى الجمال ، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2001، ص 222 وما بعدها؛ د. احمد محمد رفاعي، الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994، ص 1؛ د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الاثبات عليها، بدون مكان طبع، بدون اسم مطبعة، 1977، ص 31.

(2) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول في مصادر الالتزام، بغداد، بلا اسم مطبعة، 1980، ص 45. (1) د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص 25؛ د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص 213؛ د. محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص 28؛ د. جميل الشراوي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 405-406؛ د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 158؛ د. سعيد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الازعان، القاهرة، الولاء للطبع والتوزيع، 1998، ص 92.

- وقد اتاح المشرع في القانون المدني العراقي حماية واضحة للمذعن في المادة (167) منه اذ جرى نصها بما يلي "1. القبول في عقود الازعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشته. 2. اذا تم العقد بطريق الازعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تقضي للطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. وقد تضمنت تشريعات الدول العربية نصوصاً مشابهة لنص المادة (167) من القانون المدني العراقي فمثلاً يقابلها المادة 151/1 من القانون المدني المصري، والمادة 80 مدني كويتي و 101 مدني سوري و 12 مدني جزائري. كما ان القضاء يتجه الى تفسير عقد الازعان ولا يتقيد بحرفيته اعمالاً لمبدأ حسن النية في مجال التفسير واستناداً الى النصوص التشريعية التي لايجوز تفسير العبارات الغامضة في عقود الازعان بالشكل الذي يضر مصلحة الطرف المذعن وهذا ما جاءت به الفقرة (3) من نص المادة 167 مدني عراقي والتي نصت على انه "3. لا يجوز ان يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الازعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً".

والان بعد ان عرفنا ان هناك عقود لا تمر بالمرحلة السابقة على التعاقد وانما تمر بمرحلة ابرام العقد مباشرة بقي ان نعرف ان هناك ثمة فوارق بين المرحلتين: حيث ان المرحلة السابقة على التعاقد تسبق دائماً مرحلة ابرام العقد اذ انها مرحلة تمهد لابرام العقد، اذ يتم فيها التفاوض والتناقش حول شروطه.

اما في مرحلة ابرام العقد فلا تتم فيها مثل هذه المناقشات او المفاوضات اذ ان الطرفين بوصولهم الى هذه المرحلة يكونون قد استنفذوا جميع مآلديهم من مناقشات ومفاوضات تخص العقد. اما من حيث الترتيب الزمني فان الفترة قبل العقدية تأتي دائماً في المقدمة، ثم تليها بعد ذلك مرحلة ابرام العقد ووجه ذلك ان العقد المراد ابرامه يحتاج احياناً الى المرور بالمرحلة السابقة على التعاقد، أي عقد ما يكون بحاجة الى مناقشة شروطه والتفاوض بخصوصها بين الاطراف التي تروم التعاقد وهذا ما يحدث عادة في العقود التي لا تكون شروطها محددة من قبل، او في العقود الكبيرة والمهمة، وكذلك العقود التي يشوبها بعض الغموض والتعقيد، اذ لا يستطيع الطرفان ابرام مثل هذه العقود من اول وهلة، وانما يتعين عليهما البدء بمرحلة تمهد له وتجعله في عداد التحضير والترتيب، وذلك لمناقشة شروطه وتحديدها تحديداً نافياً للجهالة، فضلاً عن دراسة جوانبه الفنية والاقتصادية والقانونية، فاذا ما توصلنا الى اتفاق على جميع شروط العقد الجوهرية، عندئذ فقط يستطيعان البدء في مرحلة ابرام العقد، فيقومان بافراغ الاتفاق عليه في المرحلة السابقة على التعاقد في وثيقة نهائية مكتوبة ويوقعان عليها بعد اقران القبول بالايجاب، وهذه هي مرحلة ابرام العقد⁽¹⁾.

ومن جهة ثانية، فان ارادة الطرفين تكون غير باتة وغير نهائية في المرحلة السابقة على التعاقد وخصوصاً في المرحلة الاولى منها وهي مرحلة المفاوضات ففي هذه المرحلة يكون كل طرف من اطراف هذه المرحلة متردداً وغير مستقر على قرار نهائي بخصوص العقد، فلا يعرف يقيناً ما اذا كان سيتعاقد ام لا، لان الصورة لاتزال غير واضحة امامه، اذ لايعرف ماذا سيأخذ وماذا سيعطي، أي لا يعرف حقوقه ولا التزاماته التي سيسفر عنها العقد، فلا تتجه ارادته الى التقيد بالعقد نهائياً الا بعد ان يتم الاتفاق على كافة الشروط الجوهرية في العقد على الاقل.

حيث ان المرحلة السابقة على التعاقد تتضمن عروضاً وعروضاً مضادة واقتراحات غير ملزمة فلا يترتب عليها بالذات أي اثر قانوني ولا يتقيد بها أي طرف وانما يحق لاي منهما ان يغير فيه او يضيف اليه او يعدل عنه كليه ويتقدم بعرض جديد وكل ذلك يحتاج الى وقت قد يطول الى ان تتحدد ارادته وتصبح ارادة عازمة ونهائية على ابرام العقد او عدم ابرامه⁽¹⁾.

وفي المقابل فان ارادة الطرفين في مرحلة ابرام العقد تكون عازمة وباتة على التعاقد اذ تتجه اراء الطرفين الى ابرام العقد نهائياً ، دون ادنى تردد حيث يتم اقتران قبول

(1) ينظر: رجب كريم عبد اللة، مصدر سابق، ص74.

(1) هاني صلاح سرى الدين، مصدر سابق، ص11؛ عبد المعطي خيال، مصدر سابق، ص122.

احدهما بالايجاب الصادر من الاخر دون قيد او شرط فينعقد العقد ويتقيد به الطرفان نهائياً⁽²⁾.

ومن جهة هامة فان المرحلة السابقة على التعاقد، تستغرق وقتاً طويلاً في بعض الاحيان قد يتجاوز مداه الشهور والسنين، وعلة ذلك ان المرحلة السابقة على التعاقد، تحتاج الى دراسات ومناقشات متأنية، ومفاوضات مستفيضة، وهي امور تستغرق وقتاً طويلاً حتى تؤتى ثمارها⁽³⁾، بل يحتاج الامر ان تكون مرحلة المفاوضات جماعية، تجري على المستوى القومي، او على مستوى القطاع المهني، او على مستوى المشروع الواحد، لضمان الحصول على افضل امتيازات وشروط في العقد المراد ابرامه.

على العكس من ذلك فان مرحلة ابرام العقد تكون عادة مرحلة واحدة وتكون قصيرة للغاية، فقد لا تستغرق من الوقت سوى لحظات معدودة، ذلك لان عملية ابرام العقد تكون في الغالب، عملية فورية، لانه تم الاتفاق في المرحلة السابقة على ابرامه، على كافة التفاصيل الجزئية للعقد، وعادة ما يتم اقتران القبول بالايجاب فور صدوره او بعد صدوره بوقت قصير⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تمييز المرحلة السابقة على التعاقد عن التشاور

تتميز المرحلة السابقة على التعاقد عن مجرد التشاور ، فعلى الرغم من ان المرحلة السابقة على التعاقد تتضمن احياناً نوعاً من التشاور بين الطرفين، الا ان ذلك لا يعني ان المرحلة السابقة على التعاقد لا تتميز عن التشاور، والمقصود بالتشاور تبادل الرأي بين شخصين حول مسألة معينة تخص احدهما تمهيداً لاتخاذ الاخير قراراً بشأنها، ويتم اللجوء الى التشاور عادة من قبل العامة، وذلك بقصد طلب الرأي والمشورة من الاشخاص

(2) د. احمد عبد الكريم سلامة، المقال سابق، ص 29.

(3) وان الدخول في المرحلة السابقة على التعاقد رغم احتياجها الى وقت طويل، الا ان لذلك اسبابه الاقتصادية والنفسية والاجتماعية، كما وان له اسباب قانونية، فالاسباب الاقتصادية يسوّغها عظم قيمة العملة او العقد محل التعاقد، اما الاسباب النفسية والاجتماعية تنتقل بظروف كل مجتمع على حدة فمن المجتمعات ما الف على المرور بهذه المرحلة ثم ابرام العقد مثل بلدان الشرق الاوسط ومنها ماهي نادرة الحصول في مجتمعه مثل فرنسا الحديثة اما الاسباب القانونية فانها ترجع الى صعوبة وتعدد العقود واتباع اسلوب التعاقد عن بعد. ينظر: د. صلاح الدين الناهي، مصادر الالتزام، الجزء الاول، بغداد، مطبعة الاعظمية، 1949، ص 58؛ د. محمد حسام لطفي، عقود خدمات المعلومات ، مصدر سابق، ص 17؛ د. حسام كامل الاهواني، اثبات عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق، ص 2.

(1) ينظر د. محمد عبد الله نصار، المفاوضات الجماعية ودور منظمة العمل العربية، بحث صادر من منظمة العمل العربية، 1996، ص 32 وما بعدها؛ د. احمد حسن البرعي، الوسيط في القانون الاجتماعي، الجزء الاول، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1998، ص 167؛ د. محمد نصر الدين منصور، مصدر سابق، ص 991؛ د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، مصدر سابق، ص 3.

- خصوصاً عند التعاقد بين حاضرين، أي في نفس المجلس، حيث يكون اقتران القبول بمجرد صدور الايجاب وحتى عند التعاقد بين غائبين، فان هذه المرحلة لا تكون طويلة نسبياً. ينظر: د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق، ص 47.

المتخصصين في المسائل التي لا يفقهونها والتي يعزمون على اتخاذ قرار بشأنها مثل التشاور مع محامٍ أو طبيب أو مهندس أو رجل أعمال أو رجل دين أو صاحب وكالات السفر ومختلف الخبرات الفنية والخبير بشؤون المحاسبة⁽¹⁾.

وقد افرزت التقنيات الحديثة العديد من العقود الناشئة عن هذا الالتزام لتضعه موضع التنفيذ عن طريق طلب الاستشارة من الشخص المتخصص المهني في موضوع الاستشارة التي ينفرد بها مقابل ثمن أو اجر معين، وهي عقود لا تقع حصراً، مثل عقود نقل التكنولوجيا، وعقد المفتاح في اليد، وعقد الصيانة وعقد الاداء الذهنية، وعقد اداء الخدمات، وعقد الايجار الانتماني⁽²⁾.

على ان المشورة تمثل حثاً أو دفعاً توجب بذل العناية الطبيعية او العادية في تزويد عملائه بالمعلومات الفنية المطابقة للمعطيات المكتسبة او المسلمات الثابتة وفقاً للعلم الذي يمتنه مقدم المشورة.

وتأخذ المشورة في اكثر الاحيان صور الاستعانة بالخبراء الفنيين، مثل المهندسين الاستشاريين، والخبراء القانونيين وغيرهم من الخبراء، وبين شخص يطلب تقديم مشورة خاصة ومحددة له بشأن مسألة او مشكلة تواجهه وتساعده هذه المشورة في تكوين رأي خاص بخصوص هذه المسألة او المشكلة التي تعترضه⁽³⁾.

على ان المشورة قد تسبق التعاقد في بعض الاحيان، فتعد التزاماً قانونياً سابقاً على التعاقد في بعض الاحيان.

يلتزم فيها المدين بتقديم مشورة معينة ومحددة، تتبلور وتتجسد للدائن من خلال المعلومات الهامة التي يقدمها اليه مدينه فتساعده في بناء وتكوين ارضائه، كذلك التعرف على الصعوبات القانونية المادية التي تعيق تنفيذ العقد او تجعله مرهقاً اذ انه يهدف الى مجرد ابداء رأي في مسألة معينة⁽¹⁾.

على ان التشاور لا يكون بين الافراد فقط، أي بين شخص عادي وشخص متخصص، فقد تلجأ الجهات الادارية بعض الاحيان الى التشاور حول نقطة معينة او موضوع محدد لاتخاذ قرار معين بخصوصه، بل ان القانون يلزمها احياناً بالقيام بهذا التشاور. وفي هذا الصدد يطلق الفقه تعبير (الادارة الاستشارية) على تلك الجهة الادارية

(1) ينظر د. انور احمد رسلان، وسيط القضاء الاداري، الكتاب الاول، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1977، ص 277؛ د. احمد محمود سعد، نحو ارساء نظام قانوني لعقد المعلوماتية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995، ص 92. - ويفضل القضاء الانكليزي استعمال لفظ الاستشارة على لفظتي المشورة او المعلوماتية. ينظر في ذلك: د. محمد اليماني في كفالة "تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية ومسؤولية البنك تجاه المستلم، مجلة الدراسات القانونية، العدد الاول، السنة الاولى، كلية الحقوق في اسبوط، 1979، ص 41.

(2) د. محسن شفيق، مصدر سابق، ص 12؛ د. يوسف عبد الهادي خليل الايكابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ص 20.

(3) د. محمد حسام لطفي، عقود خدمات المعلومات، مصدر سابق، ص 18؛ د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مثير سابق، ص 74.

(4) ينظر في المشورة بالتفصيل د. حسن البراوي، عقد تقديم المشورة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 1997، ص 24.

التي تتشاور معها الحكومة او الادارة، اذ تقوم هذه الجهة بوظيفة استشارية من خلال ابدائها الرأي والمشورة في المسائل التي تعرض عليها من قبل الحكومة او الادارة⁽²⁾. بعد ان تناولنا التشاور بشيء من الاجاز يتبين لنا ان هذا الالتزام يتشابه مع المرحلة السابقة على التعاقد في انهما يلتقيان بنفس الهدف خصوصاً وان المرحلة السابقة على التعاقد تتضمن الالتزام بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد او الالتزام بالاعلام ويكاد ان يكون الهدف بين هذا الالتزام والالتزام بالمشورة واحداً وهو الافضاء بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد والتي تساعده في اتخاذ قراره النهائي بشأن العقد. ولكن مع وجود هذا التشابه بين المرحلة السابقة على التعاقد والمشورة، الا انهما يختلفان من حيث الطبيعة والذي يؤدي الى نتائج مغايرة في مجال تطبيق كل منهما. فالمرحلة السابقة على التعاقد تتضمن شخصين او اكثر يكونون هم اصحاب الشأن فيما يراد التعاقد بشأنه ، بينما مشاركته في التشاور، يقتصر دوره على ابداء الرأي في المسألة المعروضة عليه، دون ان يكون له شأن في هذه المسألة فهذه الاخيرة تخص صاحبها وحده ولا شأن للمشير بها، كما ان الاطراف في المرحلة السابقة على التعاقد والتي تروم ابرام العقد، تستوجب منهم ان يقدموا منازلات وتتوجب منهم ابداء التسامح من جانبهم، حتى يمكن التوصل الى اتفاق يرضي الاطراف، اذ انهم يتساهلون في هذه المرحلة لتجنب الصراعات المحتملة بتقديم هذه التنازلات⁽¹⁾. حال ان التشاور لا يجبر الشخص طالب المشورة في التنازل عن رأيه الخاص ولا ان يتخلى عن حقه في اتخاذ القرار الذي يروق له بشأن المسألة محل التشاور، وفضلاً عن ذلك فان الاطراف التي تروم التعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد تتقيد بالاتفاق الذي يتم التوصل اليه من خلال المراحل الثلاث للمرحلة السابقة على التعاقد، حال ان امداً لا يتقيد بما يسفر عنه التشاور من رأى او فتوى ، سواء من قبل الافراد ام من قبل الادارة، فإمكان الشخص الذي استشار غيره من ذوي الاختصاص تجاهل رأيه وعدم الأخذ به. وكذلك الحال بالنسبة للادارة فليس ثمة ما يمنع ان تتجاهل رأي الجهة التي طلبت منها الرأي والمشورة وان تسلك طريق اخر ورأي جديد لا يمت الى الرأي الاول بأي صلة، وهذا يعني ان مجال تطبيق كل منهما، مختلف فالالتزام بالمشورة يجد مكانة في تنفيذ العقد وان كان موجوداً قبل ابرام العقد احياناً نادرة⁽²⁾.

(2) ينظر: د. يحيى الجمل، القضاء الاداري، بلا مكان طبع، بلا اسم مطبعة، 1986، ص121؛ د. سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1975، ص24؛ د. عبد الله اسماعيل البستاني، مذكرات اولية في القانون الاداري، بغداد، مطبعة الرابطة، 1951، ص61؛ د. عثمان جليل عثمان، القانون الاداري، بغداد، بلا اسم مطبعة، 1939-1940، ص8.

(1) ولذلك قيل ان المرحلة السابقة على التعاقد تحتاج الى خصائص وسلوكية معينة، واساليب خاصة للوصول الى نتائج ناجحة. ينظر: د. صالح خالص، مصدر سابق، ص87؛ الاستاذ د. بهاء الدين احمد عبد العزيز، مصدر سابق، ص7.

(2) وقد يتحول بعض الاحيان الالتزام بالمشورة الى التزام اوسع، ليكون التزاماً بالنصيحة او التحذير من قبل ذوي الاختصاص بالتنبيه الى النتائج التي ستترتب على القيام بهذا العمل، او الامتناع عنه وهو موضوع المشورة، مثل حالة رب العمل الذي يتشاور مع مهندس ويشور هذا المهندس على رب العمل بامر معين، حول التخطيط المزمع للبناء، وما هو مرسوم في اساسيات البناء وما هو مقدر له من حديد واسمنت وخلافه، فالمهندس بما توفر لديه من خبرة فنية ومعلومات مهنية ملزم باتخاذ موقف ايجابي في شأن تحذير رب العمل من المخاطر التي تترتب على ضعف الاساسيات او قلة كمية الحديد او عدم تناسب الادوار المراد بناؤها مع الاساسيات المرسومة وعندئذ لا يكفي منه اتخاذ موقف حيادي بالابتعاد عن تنفيذ المشروع، بل انه مطالب

الفرع الثالث

تمييز المرحلة السابقة على التعاقد عن المحادثة

تتميز المرحلة السابقة على التعاقد عن المحادثة، فعلى الرغم من ان هذه المرحلة تتضمن غالباً محادثة بين الطرفين، بقصد مناقشة شروط العقد، الا ان ذلك لا يعني ان هذه المرحلة التي تسبق التعاقد هي محادثة فثمة فوارق كبيرة بينهما.

ويقصد بالمحادثة تجاذب اطراف الحديث بين شخصين او اكثر بقصد تبادل الآراء ووجهات النظر حول مسألة محددة او غير محددة. وتتخذ المحادثة اشكالاً متعددة في الحياة اليومية مثل المحادثات السياسية او الدبلوماسية بين رؤساء الدول او المؤتمر، او الندوة، او منتدى الاختصاصين، او الثرثرة بين شخصين جمع بينهما الموعد او الصدفة في مكان عام او خاص⁽¹⁾. والقاسم المشترك بين المرحلة السابقة على التعاقد والمحادثة هو الحوار المتبادل بين شخصين او اكثر، اما وجهاً لوجه، واما عن طريق التليفون او شبكات التلفزيون ولكنهما يختلفان من عدة وجوه.

ففي المرحلة السابقة على التعاقد يكون لدى الطرفين نية حقيقية في ابرام عقد معين اذا ما توصلوا الى اتفاق بشأنه، اذا كان طرفا المحادثات لا يهدفان الى ابرام عقد او اتفاقية، وانما يهدفان الى مجرد تجاذب اطراف الحديث حول موضوع محدد او غير محدد، بل يجرهما الحديث من موضوع الى اخر مختلف، وقد يتفقان في وجهات النظر او يختلفان لايهم، فالهدف هو مجرد الحديث لمعرفة اراء بعضهما في قضية ما، او لمجرد التسلية واطاعة الوقت و عندها يتحقق لهما ذلك فيتفرقان، ويذهب كل منهما الى حال سبيله حتى ولو لم تسفر المحادثات عن شيء⁽¹⁾.

بينما يؤدي الدخول في هذه المرحلة وبمراحلها الثلاث الى قيام علاقة قانونية خاصة بين الطرفين وفيها لا يعود ان من الغير اذ تنشأ على عاتقهما التزامات معينة، مثل الالتزام بالتفاوض على ان يكون هذا التفاوض بحسن نية، وما يتفرع منها مثل الالتزام بالتعاون، والالتزام بالمحافظة على الاسرار فضلاً عن الالتزامات الاساسية المتمثلة

باتخاذ موقف ايجابي يتمثل في تقديم المشورة الى رب العمل ومحاولة انشائه على وفق عمل معين وحثه على التعديل في التصميمات الخاصة بالمبنى (موضع المشورة) بالشكل الذي يؤدي الى تجنب المخاطر. كما قد تكون المشورة من اصحاب الخبرة انفسهم مثل عدة مهندسين يتولون عملية واحدة او == بين مهندس استشاري ومقاول. ينظر: د.سهيير منتصر، الالتزام بالتبصير، مصدر سابق، ص180؛ د.سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالافصاح في العقود، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000، ص42-47.

(1) وان من ضمن المحادثات السياسية ايضاً، ما يسبق الاتفاقات الدولية من مفاوضات واتصالات، او مباحثات، وما يلحقها من اقرار او تفسير رسمي. ينظر: زهدي يكن، القانون الاداري، بيروت، صيدا، منشورات المكتبة العصرية، بلا سنة طبع، ص522؛ د.علي ابراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، الابرام، الطبعة الاولى، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1955، ص150؛ د.مفيد محمود شهاب، المفاوضات الدولية، علم وفن، بحث منشور في مجلة القانون، العدد 30، 1993، ص88 وما بعدها؛ د.احمد ابو الوفا، الوسيط في قانون المنظمات الدولية، الطبعة الرابعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1996، ص330.

(1) وقد اضاف الاستاذ غستان الى هذه الالتزامات ما يوجبه الالتزام بالامانة والاخلاص وشرف التعامل، اذ يجب الامتناع في الحاليتين عن أي غش او تدليس سواء تمديد هذه المرحلة، أي مرحلة التفاوض، او اثناء صدور الايجاب او بعده، والا فان ذلك يكون محرماً لأعمال قواعد المسؤولية التقصيرية او العقودية لعدم وجود نية جادة في التعاقد. ينظر غستان، تكوين العقد، مصدر سابق، ص296.

بالادلاء عن البيانات المتعلقة بالعقد، والالتزام بالاعلام، بينما الدخول في المحادثة لا ينشئ على عاتق المتحدثين اية التزامات سوى الواجب العام بالحيطه والحذر لعدم الاضرار بالغير⁽²⁾.

فالواقع ان الطرفين المتحدثين يظلان من الغير في علاقتهما اثناء المحادثة كما كان من قبل ، فلا يلتزم المتحدث بالحديث بحسن نية، ولا باعلام المتحدث الاخر، ولا بالمحافظة على الاسرار التي يتم البوح بها اثناء المحادثة، واذا قطع الحديث فجأة وانصرف فلا تثريب عليه ولا مسؤولية. فالاخلاق واداب الحديث هي وحدها التي تحكم العلاقة بين طرفي المحادثات ، ولا شأن للقانون بها الا اذا ارتكب احدهما خطأ او جريمة بمناسبة المحادثة كأن يلجأ الى السب او القذف في حق من يتحدث معه، او ان ينتهي الحديث بينهما بشجار، ففي هذه الحالة تنطبق القواعد العامة في المسؤولية المدنية التقصيرية او الجنائية او كلاهما بحسب الاحوال⁽¹⁾.

في حين ان المرحلة السابقة على التعاقد تحدث دائماً وتبدأ باتفاق سابق بين الطرفين يحددان فيه زمان ومكان اول مرحلة فيها وهي مرحلة المفاوضات، أي يحددان بداية هذه المرحلة سواء كان هذا الاتفاق صريحاً ام ضمناً، بينما المحادثات وان جرت احياناً بناءً على اتفاق سابق (كالمحادثات الثنائية بين رئيسي دولتين، او المحادثات التي تجري في المؤتمر، الا انها مع ذلك تتم بمحض الصدفة، ودون سابق اتفاق على الدخول فيها او على موضوعها او على مكانها او زمانها، وذلك كاللقاء العابر بين شخصين في الطريق العام، او في قطار او في مقهى او نادي)⁽²⁾.

⁽²⁾ وهذه الالتزامات تظهر من خلال تعريف المرحلة السابقة على التعاقد، فقد عرفها البعض بانها تلك المرحلة التي يلتزم بمقتضاها شخص تجاه شخص اخر بالبداية او الاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف ابرامه، وهذا يعني ان للمرحلة السابقة على التعاقد اهدافاً يروم الطرفان الوصول اليها. ينظر د.جمال فاخر النحاس، مصدر سابق، ص163 ومابعدھا؛ د.خالد جمال احمد حسن، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة اسيوط، 1996، ص81؛ د.سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالافصاح، مصدر سابق، ص8.

⁽¹⁾ ينظر: د.محمد ابو زيد، مصدر سابق، ص92؛ د.نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص8.

- حيث ان الحكم في الدعوى الجزائية اذا نفى عن المتهم وقضى له بالبراءة للأسباب التي يبينها في قرار الحكم فانه في الوقت ذاته يكون قد نفى الاساس الذي تقوم عليه الدعوى المدنية. ينظر: د.محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد للالتزامات، الجزء الثاني، في مصادر الالتزام، القاهرة، المطبعة العالمية، 1955، ص45-48.

⁽²⁾ فالمرحلة السابقة على التعاقد لا تقوم على الصدفة، وانما تقوم على استراتيجية معينة، والتي تعني اتباع الخطة الموضوعية والمعدة مسبقاً والتي تشتمل على الخطوط العريضة للمسائل التي سوف يتم الاتفاق عليها ومناقشتها والوصول الى نتائج بخصوصها، وصولاً الى الهدف الاخير المحدد لها، كما ان الاستراتيجيات انواع في المرحلة السابقة على التعاقد، فهناك استراتيجية التشدد، وفيها يتم وضع مطالب ومقترحات عالية ومتشددة واطهار التصلب فيها وهناك استراتيجية الاخذ والعطاء وهي استراتيجية البقاء والاستمرار واستراتيجية الامر الواقع والتي تتمثل بتقديم اقتراح وابلغ الطرف الاخر بان ياخذ او يرفضه بدون مناقشة. كما ان هناك استراتيجية العدالة والتي تقوم على فكرة مثالية وهي العدالة في كل شيء، كما ان هناك استراتيجية الخيار بين الاستراتيجيات. اذن المرحلة السابقة على التعاقد لا تترك للصدفة او السير العشوائي عكس المحادثة التي لا يرتب لها وان تترك للصدفة. ينظر في ذلك: د.احمد عبد الكريم سلامة، الاصول المنهجية لاعداد البحوث العلمية، الطبعة الاولى، القاهرة، بدون اسم مطبعة، 1977، ص33 ومابعدھا؛ د.محمد بدر الدين مصطفى زايد، المفاوضات الدولية، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1991، ص224.

كما ان المرحلة السابقة على التعاقد ممكن ان تبدأ شفاهة وبجميع مراحلها، او من خلال تبادل الرسائل بين الطرفين او بالجمع بين هاتين الوسيلتين، في حال ان المحادثة لا يمكن ان تكون الا شفاهة ، وهذا يعني ان المرحلة السابقة على التعاقد تختلف عن المحادثة في الطبيعة والهدف، وان كانت المرحلة السابقة على التعاقد تتضمن غالباً محادثة بين الطرفين لتبادل وجهات النظر حول شروط العقد المراد ابرامه، الا ان ذلك كله لا يدعو الى الخلط بينهما للاسباب السابقة، فضلاً عن ذلك اننا قد نقابل او نصادف محادثة في غياب هذه المرحلة التي تسبق التعاقد⁽¹⁾.

الفرع الرابع

تميز المرحلة السابقة على التعاقد عن المساومة

كان الاعتقاد السائد بان استخدام كلمة المساومة تعني الاشارة الى المرحلة السابقة على التعاقد، او الاشارة بعض الاحيان الى المرحلة الاولى فيها وهي مرحلة التفاوض لكن الصواب ان هناك فارق كبير بين الفكرتين، اذ ان المرحلة السابقة على التعاقد اوسع بكثير من فكرة المساومة، بل ان المساومة قد توجد حتى في غياب هذه المرحلة.

وان كان الطرفان في المرحلة السابقة على التعاقد واللذان يرومان التعاقد يلجآن الى المساومة عادة اثناء هذه المرحلة باعتبارها تكتيكاً فعالاً، الا ان ذلك لا يسوّغ الخلط بين الفكرتين اذ تعرف المساومة بانها نشاط من جانب واحد يقوم به احد الطرفين اثناء التفاوض على العقد، او عند ابرام عقد من عقود الاذعان بهدف الضغط على الطرف الاخر للحصول منه على تخفيض او زيادة في الثمن او المقابل⁽²⁾.

ومن هذا التعريف يتبين لنا ان المساومة تتميز بخصائص معينة، منها انها نشاط من جانب واحد اذ انها لا تستلزم حدوث تبادل واخذ وعطاء بين طرفين، وانما يكفي ان يقوم بها طرف واحد، مثل المشتري، حتى ولو لم تلق اية استجابة من الطرف الاخر وهي اما ان ترد في المرحلة السابقة على التعاقد، واما ان تحدث عقد من عقود الاذعان⁽¹⁾.

علماً ان المساومة ترد على احد عناصر العقد وهي الثمن او المقابل المالي، ولا تتناول باقي عناصر العقد الاخرى. كما ان المساومة تلعب دوراً هاماً ورئيساً فقد جرت العادة الى اللجوء الى المساومة حتى لدى العامة فلا يكاد ان يتم تحضير العقد الا وتخلتته مساومات من احد الطرفين، او من كليهما. والغالب ان تحدث المساومة من قبل المشتري،

(1) فقد يتم التعاقد من خلال الرسائل عبر وسائل الاتصال الحديثة. ينظر في ذلك د. جابر عبد الهادي الشافعي، محل العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، بلا مكان طبع، دار الجامعة الجديدة للنشر، عام 2001، ص 297؛ د. ممدوح محمد خيرى هاشم المسلمي، مشكلات البيع الالكتروني عن طريق الانترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000، ص 12؛ د. رجب كريم عبد اللاه، مصدر سابق، ص 135.

(2) د. عبد الناصر توفيق العطار، مصدر سابق، ص 117؛ د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 65؛ د. اميمة الدهان، (ادارة المفاوضات) مقال في ادارة المفاوضات وتنمية مهاراتها في المنظمة، مجلة دراسات، مجلد 13، العدد الثالث، عمان، الاردن، 1986، ص 123؛ د. محسن احمد الخضيري، علم تحقيق المستحيل انطلاقاً من الممكن، القاهرة، مكتبة الانجلو المصرية، 1988، ص 23.

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص 76؛ د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 154.

وهو بذلك يهدف الى تخفيض الثمن الذي يعرضه عليه البائع، وهو ما يسمى في الحياة العملية عادة "الفصال في الثمن". ومثال ذلك ان يعرض المشتري على البائع ثمناً اقل بكثير من الثمن الذي عرضه هذا الاخير، زعماً منه بان الشيء المعروض للبيع لا يستحق اكثر من ذلك، وان بإمكانه ان يجد مثيله لدى بائع اخر باقل من الثمن الذي يعرضه، بل ويخطر للبائع ان هذا الثمن فرصة لن تعوض، وانه لن يعثر على مشتر اخر يقدم له مثل هذا الثمن.

والواقع ان المشتري المساوم يعرف جيداً ان البائع لن يقبل بهذا الثمن البخس الذي يعرضه، ولكنه في الحقيقة يهدف من خلال ذلك الضغط على البائع لحمله على قبول مبدأ الحل الوسط، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ الحل الوسط⁽²⁾. بيد ان المساومة قد تحدث من جانب البائع ايضاً، وذلك بهدف الحصول على ثمن اكبر في الشيء الذي يعرضه للبيع. ويحدث ذلك بوجه خاص عندما يتبين للبائع ان الشخص الذي يتساوم معه، أي المشتري لديه رغبة شديدة في الحصول على هذا الشيء بالذات، فعندئذ ينتهز البائع الفرصة فيطلب في المبيع ثمناً عالياً يتجاوز بشكل كبير الثمن الذي يعرضه المشتري، قاصداً من وراء ذلك الضغط على المشتري كي يقبل مبدأ الحل الوسط. ويلاحظ ان المساومة كما ترد على الثمن في عقد البيع، فانها ترد كذلك على باقي صور المقابل المالي في العقود الاخرى، مثل الاجرة في الايجار، والاجر في عقد العمل، والاتعاب في العقود المبرمة مع الاشخاص المتخصصين، مثل المحامي والطبيب والمهندس⁽¹⁾.

على الرغم من ان عقود الاذعان لا تمر بالمرحلة السابقة على التعاقد كما عرفنا سابقاً، الا انه قد تحدث المساومة عند ابرام عقود الاذعان بعض الاحيان من طرف المذعن أي (العميل) ولا يقصد مناقشة شروط العقد مع الموجب، وانما بهدف الحصول من هذا الاخير الى تخفيض في الثمن⁽²⁾.

وهكذا فان العميل عندما يساوم الموجب، فانه يعلم انه بصدد عقد اذعان وان العقد غير قابل للنقاش فيه، كونه قد حدد شروطه مسبقاً ومن ثم فلا سبيل امامه سوى مساومة هذا الموجب، عله يوافق على منحه تخفيضاً في الثمن.

وهكذا فان العميل حينما يساوم الموجب فانه لا يريد بهذه المساومة ان يدخل معه في تفاوض حول شروط العقد المختلفة وانما يريد ان يحصل منه على مجرد تخفيض في الثمن.

(2) ينظر د. رجب كريم عبد اللاه، مصدر سابق، ص 114؛ د. محمد سعيد الحلفاوي، استراتيجيات واساليب التفاوض مع الشركات الموردة للتكنولوجيا، بحث مقدم الى مؤتمر نقل التكنولوجيا باكاديمية البحث العلمي والتكنولوجيا، القاهرة، 1987، ص 203.

(1) وكثيراً ما يلجأ المشتري الى اسلوب التلويح بالانسحاب من الصفقة كلما وصلت هذه الاخيرة الى نقطة خلاف في الرأي، وغالباً ما يضعف الطرف الاخر أي البائع امام هذه الحيلة، فيسارع بتقديم تنازلات من جانبه لارضاء المشتري الغاضب ومنعه من الانسحاب. ينظر: د. محسن احمد الخضيري، مصدر سابق، ص 229؛ د. عبد جمعة موسى الربيعي والاستاذ فؤاد العلواني، مصدر سابق، ص 14؛ د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص 77.

(2) د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 65؛ د. عبد الناصر توفيق العطار، مصدر سابق، ص 117.

والمواقع ان هذا التخفيض او الخصم غالباً مايكون في صورته نسبة مئوية في الثمن الاصلي للسلعة او الخدمة مثل 5% او 10%... الخ. وبطبيعة الحال فان هذا التخفيض لا يحدده الطرف المذعن (العميل) وانما يقوم الموجب التاجر بتحديدده وفقاً لمحضر ارادته. والغالب ان الموجب لا يستسلم لمثل هذه المساومة فيرفض منح العميل أي تخفيض في الثمن وذلك كما هو الحال في التعاقد مع شركة التليفون او الكهرباء او الغاز اذ ترفض هذه الشركات التفاوض او النقاش مع العميل حول شروطها، او حتى مجرد المساومة منه للحصول على تخفيض في الثمن الذي تحدده. غير ان الموجب قد يستجيب لمساومة العميل، فيمنحه تخفيضاً في الثمن على سبيل الاستثناء وذلك مراعاة منه لظروفه الخاصة او رغبة منه في تصريف منتجاته. ويحدث ذلك بوجه خاص في محلات بيع السلع (كمحلات الازياء، والاحذية، والاجهزة الكهربائية، او محلات تقديم الخدمات (كالكوافير ومحلات تنظيف الملابس) او في محلات الترفيه (كدور السينما والمسرح والملاهي ... الخ) بل حتى لدى شركات النقل كشركات الطيران وشركات السكك الحديدية... الخ. ففي هذه الاماكن يستطيع العميل ان يحصل على تخفيض في الثمن وهذا يعتمد اساساً على قدرة العميل على الاقتناع اذ تعتبر هذه القدرة فناً وان يُستخدم الاسلوب المنطقي في عرض القضية والتذرع بسبب معقول، مثل كونه طالباً، او جندياً من معوقي الحرب، او في حالة بطالة، او رب اسرة كبير.... الخ، بل قد يستغل شخص صلة القرابة او الصداقة التي تربطه بالتاجر ليحصل منه على تخفيض في الثمن او اعفائه من فوائد التقسيط⁽¹⁾.

ولما كانت تقضي المساومة احياناً الى تخفيض الثمن الذي حدده الموجب من قبل فان ثمة تساؤل هام لا بد وان يُثار في هذا الصدد "فهل يعني حدوث المساومة الحصول على التخفيض في الثمن، واعفاء من فوائد التقسيط"، اننا بصدد المرحلة السابقة على التعاقد وبالاخص اول مرحلة فيها وهي مرحلة التفاوض حول الثمن فهل يتحول عقد الاذعان مثلاً هنا من عقد لا يقبل التفاوض ولا يمر بالمرحلة السابقة على التعاقد اصلاً الى عقد قابل للتفاوض وبالامكان مروره بالمرحلة السابقة على التعاقد؟ يجيب البعض على ذلك بالايجاب ففي اعتقادهم ان مرور عقد الاذعان بمراحل المرحلة السابقة على التعاقد، وبالتحديد مرحلة التفاوض، ليس مستبعداً تماماً بل هو موجود وان كان بصورة متواضعة والدليل على ذلك انه يمكن مناقشة الموجب والحصول منه على تخفيض في الثمن دون ان يوافق التحول معه في مناقشات ومفاوضات لاعادة تحديد شروط العقد⁽¹⁾.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، عقود الاذعان في القانون المصري، مصدر سابق، ص22. -عموماً فان تخفيض الثمن يعتمد على قدرة الشخص المساوم في اقناع الطرف الاخر على هذا التخفيض او الاعفاء من فوائد التقسيط ويتمثل ذلك بسرعة بديهية المساوم، واستعداده لمواجهة كل الاحتمالات والمفاجآت، ينظر في ذلك: لينونيل روبي، فن الاقتناع، المرشد للتفكير المنطقي، ترجمة: د.محمد علي العريان، مكتبة الانجلو المصرية، بلا تاريخ طبع، ص15؛ د.صديق عفيفي وجرمين حزين، التفاوض الفعال في الحياة والاعمال، القاهرة، مكتبة عين شمس، 1986، ص78.

(1) الامر الذي يؤدي مع غياب المرحلة السابقة على التعاقد في عقود الاذعان الى اتاحة الفرصة للموجب في تحديد شروط العقد وتغليب مصالحه على مصلحة الطرف المذعن الامر الذي حدا بالمشروع الى توفير حماية تشريعية فعالة له. ينظر: د.حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقد

يتضح مما تقدم، ان المرحلة تقوم على التفاعل والمشاركة بين الطرفين وان كلا منهما يساهم بشكل رئيس في تحديد شروط العقد في صورتها النهائية اذ هي من صنع الطرفين معاً وبجميع مراحلها. على عكس ذلك فان شروط عقد الازعان هي دائماً من صنع الموجب وحده، دون ان يشاركه الطرف الاخر في تحديدها ولذلك فانه وان قام العميل بمساومة الموجب ونجح في الحصول منه على تخفيض في الثمن فان ذلك لا يغير من الامر شيئاً اذ تبقى شروط العقد بما في ذلك شرط الثمن غير قابلة للتفاوض ومن ثم فان العقد يبقى كما هو عقد اذعان غير قابل للنقاش فيه(2).

وكل ما هناك فإن العميل يأمل الحصول على تخفيض الثمن من قبل الموجب، الذي قد يوافق على ذلك او لا يوافق عليه فان مراجعة شروط العقد واعادة تحديدها تظل في النهاية من عمل الموجب، فهو الذي يحدد نسبة التخفيض اذا ما رأى في ذلك تحقيقاً لمصالحه الشخصية وهو بالذات يهدف من وراء ذلك الاحتفاظ بهذا الشخص كعميل دائم في المستقبل او لغرض اتباع اسلوب معين في التعامل لجذب العملاء اليه مما يؤدي الى سرعة تصريف منتجاته المتركمة لديه(1).

بعد ان تعرفنا على المساومة، بشكل موجز، يتضح لنا رغم تشابهها مع المرحلة السابقة على التعاقد اذ ان كلاً منها يقع في الفترة قبل العقدية، الا ان ثمة اوجه اختلاف بينهما، ومنها ان المساومة هي نشاط من جانب واحد اذ يمكن ان يقع من احد الطرفين فحسب ولو لم تلق أي استجابة من الطرف الاخر، في حين ان المرحلة السابقة على التعاقد هي دائماً عمل ثنائي الجانب على الاقل أي انه عمل مشترك يساهم فيه كلا الطرفين وقد يكون عملاً جماعياً في بعض الاحيان، اذن هي مرحلة من اهم خصائصها انها تقوم على الاخذ والعطاء والتبادل بين الجانبين، ومن ثم لا يتصور حصولها من احد الطرفين دون مشاركة الطرف الاخر(2).

عليه، فان المرحلة السابقة على التعاقد تعتبر اوسع بكثير من فكرة المساومة، كما ان المرحلة السابقة على التعاقد تمر من خلالها العقود التي تكون قابلة للمناقشة والتفاوض حول شروطها. اما المساومة فلا ترد على كافة انواع العقود سواء كانت قابلة للتفاوض ام

الاستهلاك، بلا مكان طبع، دار الفكر العربي، 1975، ص30؛ د.حسن جميعي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، القاهرة، بدون اسم مطبعة، 1991، ص25.

(2) اذن لا يمكن ان نتكلم عن مرحلة سابقة على التعاقد عندما يكون لاحد الطرفين اليد العليا بحيث يستطيع ان يملئ شروطه على الطرف الاخر فلا يتناسب مع هذه المرحلة تعبير الاستسلام دون شرط فهي مرحلة تقوم على التعاون والتكامل لتقريب وجهات النظر المختلفة وتقديم التنازلات المتبادلة بين الطرفين. ينظر: ويليام اورلي، فن التفاوض واختراق الحواجز في طريق التعاون، ترجمة د.نيفين غراب، الدار الدولية للنشر والتوزيع، 1994، ص10؛ د.مفيد محمود شهاب، مصدر سابق، ص88.

(1) د.حسام كامل الاهواني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص124؛ د.نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالاداء بالبيانات المتمثلة بالعقد، مصدر سابق، ص69 و70؛ د.محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص75.

(2) ينظر د.وفاء حلمي ابو جميل، الالتزام بالتعاون، مصدر سابق، ص302؛ د.هاني صلاح سرى الدين، مصدر سابق، ص25-26.

- ومثال المفاوضات الجماعية في المرحلة السابقة على التعاقد هي الاتفاقات الجماعية في قانون العمل والتي تعتبر المصدر الاهم بعد التشريع لقانون العمل. ينظر د.محمد عبد الله نصار، مصدر سابق، ص186؛ احمد حسن برعي، مصدر سابق، ص166.

غير قابلة، اذ انه من الممكن ان تجري المساومة على عقود الازعان رغم ان هذه العقود لا تمر بالمرحلة السابقة على التعاقد اطلاقاً⁽¹⁾. ومن هنا يتضح الاختلاف بين المرحلة السابقة على التعاقد وبين المساومة.

واننا نرى ان المرحلة السابقة على التعاقد تختلف عن المساومة كونها مرحلة اوسع بكثير من فكرة المساومة فهي مرحلة تتكون من مراحل ثلاث مكونة لها وكل مرحلة تحتاج الى تفصيلات ومناقشات طويلة حتى يتم ختام هذه المرحلة والبدء بالآخرى وقد يستغرق ذلك زمناً طويلاً. بينما فكرة المساومة فانها فكرة بسيطة جداً ترد على عنصر واحد من عناصر العقد وهي الثمن ولا تلبث ان تنتهي بمجرد قبول الطرف الاخر التخفيض او رفضه ذلك. عليه فلا مجال للخلط بين الفكرتين اطلاقاً.

(1) ينظر: د.محمد علي جواد، مصدر سابق، ص7؛ د.علي ابراهيم، مصدر سابق، ص57؛ د.محمود حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص2 وما بعدها؛ د.احمد عبد الكريم سلامة، المقال السابق، ص57.

الفصل الثاني احكام المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد

تلعب المسؤولية المدنية دوراً ايجابياً وفعالاً في المرحلة السابقة على التعاقد اذ انها تساهم بشكل كبير في تحقيق الامن والطمأنينة للاطراف التي تروم التعاقد فكان لا بد من تدخل القانون باحكام ترتب المسؤولية الناشئة في هذه المرحلة. ومن هنا كان لا بد ايضاً من تدخل احكام قانونية للتوفيق بين متطلبات الاطراف المتعارضة فاذا كانت الحرية في هذه المرحلة مطلباً اساسياً لكل طرف فان هذه الحرية يجب ان تقف عند الحد الذي لا يصاب فيه الطرف الاخر باي ضرر بحيث ينعم الطرفان بالحرية والامان في آن واحد. ولاشك ان هذه القواعد تكفل للطرف الذي يروم التعاقد حماية قانونية فعالة اذ انها تضمن له تعويضاً عادلاً اذا ما لحقه ضرر من جراء اخلال الطرف الاخر بالتزاماته وبذلك يتحقق له الامن الذي ينشده⁽¹⁾. عليه فأنا سنقسم هذا الفصل على مبحثين نتناول في المبحث الاول المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد ثم نتناول في المبحث الثاني اثار المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد.

المبحث الاول المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد

ليس من شك انه لا بد من اختيار نظرية كأساس للمسؤولية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد وعلى الرغم من الاختلاف حول هذا الطبيعة فيما اذا كانت عقدية او

(1) ينظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص 67 وما بعدها.

تقصيرية الا اننا في واقع الامر لم نجد بين من اخذ بنظرية المسؤولية التقصيرية انكر امكان انعقاد المسؤولية العقدية ايضاً كلما قام دليل على توافر علاقة عقدية بين الاطراف التي تروم التعاقد في المرحلة السابقة وتتوافر هذه العلاقة اذا ما وجد عقد ينظم هذه المرحلة ينشأ من ورقة وقعت او اتفاق تم في المرحلة قبل العقدية وعلى هذا الاساس يمكن ان نتصور قيام المسؤولية العقدية او المسؤولية التقصيرية في المرحلة السابقة على التعاقد⁽¹⁾. ويحتاج ذلك الى بعض التفصيل وهو ما يدفعنا الى ان ندرس في ثلاثة مطالب متتالية تكون احوال انعقاد المسؤولية العقدية (المطلب الاول) والمسؤولية التقصيرية (المطلب الثاني) فاذا انتهينا من ذلك كان منطقياً التساؤل عن مدى جواز الخيرة بين هذين النوعين من المسؤولية وهذا ما سنتناوله في المطلب الثالث.

المطلب الاول المسؤولية العقدية في المرحلة السابقة على التعاقد

يلتزم الطرفان بمقتضى اتفاقهما الصريح او الضمني وعند البدء بالمرحلة التي تسبق التعاقد بان يتم التعامل بينهما بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وذلك بان يبدي كل منهما الشفافية التامة في التعامل وان يتعاونوا سوياً من اجل انجاح هذه المرحلة للتوصل الى ابرام العقد المزمع ابرامه بينهما، وان يحافظ كل منهما على الاسرار التي اطلع عليها اثناء هذه المرحلة، وان يبذلا كل ما في وسعهما من جهد لمواصلة هذه المرحلة بكافة مراحلها الممهدة للعقد بهدف التوصل الى ابرام العقد النهائي. فاذا قام احد الطرفين بتنفيذ هذه الالتزامات على الوجه الاكمل ومع ذلك لم يحالفهما التوفيق في التوصل الى ابرام هذا العقد، فانه لا تقوم المسؤولية على أي منهما⁽¹⁾. اما اذا لم يقم احد الطرفين بتنفيذ التزاماته،

(1) فقد ثار خلاف كبير بين الفقه بمختلف مذاهبه ومشاربه حول طبيعة هذه المسؤولية التي تنشأ عن الاخلال باي التزام في المرحلة السابقة على التعاقد ولقد حظيت هذه المسؤولية قبل التعاقدية باهتمام بالغ منذ السبعينات في فرنسا وبلجيكا والمانيا وسويسرا وبريطانيا والولايات المتحدة الامريكية ولم يفقد هذا الموضوع حيويته بعد ، والدليل على ذلك الحال الندوة التي نظمتها منذ فترة زمنية قصيرة غرفة التجارة الدولية حول موضوع ابرام العقد والمسؤولية قبل التعاقدية. ينظر في ذلك: د.امية حسن علوان، مصدر سابق. د.محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص67..

(1) وان هذا الكلام لاينطبق على القانون المدني فحسب، وانما على القانون الدولي العام فقد جرى العرف على التوضيح في المعاهدات في بادئ الامر بالاحرف الاولى من اسماء المندوبين لغرض ابرام العقود والهدف من

وترتب على ذلك فشل هذه المرحلة، مما عاد بالضرر على الطرف الاخر، فانه يكون حينئذ مسؤولاً مسؤولياً عقدية لاخلاله بالتزامات المرحلة التي تسبق التعاقد⁽²⁾. وفيما يلي نبين تباعاً شروط قيام هذه المسؤولية اذ انه طبقاً للقواعد العامة يجب للقيام بالمسؤولية العقدية انه لا بد من توافر ثلاثة شروط وهي الخطأ العقدي، والضرر والعلاقة السببية سنتناولها بالدراسة على ثلاثة فروع وعلى التفصيل الاتي:

الفرع الاول الخطأ العقدي

يتمثل الخطأ العقدي في المرحلة السابقة على التعاقد في عدم تنفيذ احد الاطراف في هذه المرحلة لالتزاماته الناشئة فيها ويستوي في ذلك وفقاً للقواعد العامة ان يكون عدم التنفيذ عن عمد، او عن اهمال، او ان يكون سببه مجهولاً. كما يستوي ان يكون عدم التنفيذ كلياً او جزئياً، بل يكفي ان يكون التنفيذ متأخراً او معيباً. ولا يستطيع هذا الطرف ان يدفع المسؤولية عن نفسه الا اذا اثبت ان عدم التنفيذ يرجع الى سبب اجنبي لا يد له فيه⁽¹⁾. على انه تتعدد صور الخطأ العقدي في هذه المرحلة والتي من اهمها هي رفض البدء او مواصلة هذه المرحلة وقطعها بدون مسوغ مشروع واستفزاز الطرف الاخر، ودفعه الى ترك هذه المرحلة، والاخلال بالالتزام بالاعلام او الادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد الذي يفرض الى فشل هذه المرحلة، وافشاء الاسرار او استغلالها بدون ترخيص فمثلاً حالة رفض البدء بهذه المرحلة يتمثل في ان الطرفين قد يتفقوا - صراحة او ضمناً - على ان يبدأ في هذه المرحلة في وقت لاحق، التزام كل منهما بالبدء فعلاً بهذه المرحلة في الموعد المحدد لذلك، أو في المدة المعقولة. فاذا رفض احد الطرفين الدخول بهذه المرحلة او تأخر في البدء بذلك، اعتبر مخالاً بالتزامه العقدي ومن ثم تنشأ مسؤوليته العقدية والواقع ان

ذلك هو لاعطاء فرصة للمندوبين بالرجوع الى حكومات دولهم والوقوف على رغبتها فيما اذا تم الاتفاق عليه في المرحلة السابقة على التعاقد فان ايدت موقفهم تم التوقيع النهائي على المعاهدة وان رفضت اعتماد المعاهدة عدل عن التوقيع النهائي. ينظر في تفصيل ذلك: د. حامد سلطان ود. عائشة راتب ود. صلاح الدين عامر، القانون الدولي العام، الطبعة الرابعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1987، ص 236؛ علي ابراهيم، مصدر سابق، ص 185 وما بعدها.

(2) ينظر: د. محمد ابراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات و ابرام العقود، مصدر سابق، ص 108؛ د. عبد المعطي خيال، مصدر سابق، ص 41.

(1) د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، مصدر سابق، ص 71. - عموماً فان الخطأ يعد اللبنة الاولى والركيزة الاساس لقيام المسؤولية المدنية في جانب المسؤول اذ لا مسؤولية بلا خطأ ويعرف الخطأ بشكل عام بانه الاخلال بواجب قانوني من شخص مميز، او هو تقصير في مسلك الشخص لا يصدر عن انسان يقظ ومبدئي في الظروف ذاتها التي احاطت بالمسؤول، او هو اخلال بواجب قانوني كان في وسع المخل ان يتبينه وان يلتزمه. ينظر في ذلك د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص 97-98؛ د. عبد الودود يحيى، الموجز في نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص 231؛ د. سليمان مرقس، ضبط معيار الخطأ كأساس المسؤولية المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة 19، ص 30 وما بعدها.

مجرد الامتناع عن البدء بالمرحلة السابقة على التعاقد يعد خطأ عقدياً، وذلك لان الالتزام بالبدء بهذه المرحلة هو التزام بتحقيق نتيجة⁽²⁾.

ونقصد ببدء هذه المرحلة هو ان يبدأ التقاء الاطراف التي تروم التعاقد ومن ثم افتتاح اول مرحلة فيها وهي مرحلة المفاوضات باجراء الحوار وتبادل الاقتراحات المتصلة بموضوع العقد المأمول ابرامه بغية الاتفاق ومن ثم صدور الايجاب والقبول. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية مصانع رينو الشهيرة والتي تناولناها بالتفصيل فيما سبق، ان شركة رينو تعد مسؤولية عقدية لرفضها الدخول في المرحلة السابقة على التعاقد والبدء باجراء المفاوضات مع طالب العمل الذي تعهدت تجاهه من قبل بان تبحث معه امكانية اعادته للعمل عندما يسمح بذلك نشاط المشروع. فقد استخلصت المحكمة من هذا التعهد وجود اتفاق مبدئي بين الطرفين على البدء بهذه المرحلة وبالتحديد مرحلة المفاوضات بين الطرفين، وبناء عليه رأت بأن الشركة قد اخطأت بامتناعها عن البدء بهذه المرحلة واجراء المفاوضات والمناقشات مع طالب العمل رغم اكتمال تشغيل المصانع، لذا تقوم مسؤوليتها التعاقدية⁽¹⁾.

وقد تتحقق المسؤولية العقدية من خلال قطع المرحلة السابقة على التعاقد في أي مرحلة منها وبدون مسوغ مشروع، فان ذلك يعد اخلاقاً واضحاً بالالتزام بالتعامل بحسن نية، ويترتب عليه فشل هذه المرحلة دونما أي سبب موضوعي يدعو الى ذلك. والواقع ان قطع المفاوضات لا يكون خاطئاً الا اذا انعدم فيه المسوغ المشروع، فليس كل قطع للمرحلة التي تسبق التعاقد يعد خطأ يقيم المسؤولية على من عدل، وانما القطع الخطأ هو حسب الذي يتم بدون مسوغ مشروع، وذلك لكونه ينطوي على سوء نية من الطرف الاخر. فالاصل كما قلنا ان لكل طرف مطلق الحرية في قطع المرحلة السابقة على التعاقد في الوقت الذي يريد دون ان يتعرض لاي مسؤولية، وذلك اعمالاً لمبدأ حرية التعاقد الذي يهيمن على الفترة قبل التعاقدية⁽¹⁾، ولا تعد هذه الحرية سوى مبدأ حسن النية الواجب الاتباع في هذه المرحلة والا كان مخالفاً بالتزامه الرئيس القائم على التعامل بحسن النية الذي تفرضه عليه المرحلة السابقة على التعاقد فبمقتضى هذا الالتزام يجب على اطراف المرحلة السابقة على التعاقد الاستمرار بجدية فيها بقصد التوصل الى ابرام عقد نهائي، والا يقطع هذه المرحلة الا اذا كان يستند في ذلك الى مسوغ مشروع، والا اعتبر قطعه خطأ يقيم مسؤوليته العقدية⁽²⁾.

(2) لكن المقصود هنا ليست مجرد الدعوة الى التعاقد التي يوجهها احد الاطراف كأن تصدر من البائع او احد وكلائه او تصدر من المشتري الذي يطلب السلع من البائع وسواء جاءت الدعوة الى التعاقد من هذا الطرف او ذلك فانها مجرد دعوة لا يتوافر فيها تحديد اركان العقد وشروطه الاساسية وكذلك الحال = بالنسبة للايجاب الصادر من احد الطرفين، الا ان الموجه اليه الايجاب يعارض بعض ما تتضمنه الايجاب دون ان يقدم بايجاب بات من ناحيته. ينظر في ذلك د.حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص186؛ د.محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص120.

(1) Cass. Soc. 24, Mars 1985, Precitee.

نقلاً عن: د.رجب كريم عبد اللة، التفاوض على العقد، مصدر سابق، ص594.
(1) ان المرحلة السابقة على التعاقد لا تقيد حرية الاطراف اذ يظل كل منهما متحفظاً بحريته في التعاقد او عدم التعاقد، هذه المسؤولية هي الخطأ نتيجة الاخلال بواجب عام يفرض حسن النية في المرحلة السابقة على ابرام العقد. ينظر: د.محمد ظاهر عبد الحسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص92.
(2) ينظر: د.هاني صلاح سرى الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، مصدر سابق، ص32.

وعلى هذا فان معيار الخطأ هنا هو انعدام المسوّغ المشروع في القطع. والا كان منافياً لمبدأ حسن النية ويشمل المسوّغ المشروع في وجود اسباب موضوعية تدعو الى قطع هذه المرحلة وليس مجرد اسباب او اهواء شخصية⁽³⁾.
على ان قطع المرحلة السابقة على التعاقد قد يكون في مرحلة المفاوضات وقبل صدور الايجاب وتصديره فهنا الطرفان وفي هذه المرحلة يتمتعان بقدر كبير من الحرية في قطع المفاوضات ، وذلك لكونهما ما يزالان في طور الاعداد والتحضير لمشروع العقد. اذ انهما لم يتوصلا الى اتفاق على كل الشروط الجوهرية في العقد، ولم تتولد لديهما ارادة باتة وعازمة نهائياً على التعاقد، وانما هناك ارادة اولية غير مستقرة تحاول التوصل الى اتفاق نهائي عن طريق تبادل العروض والاقتراحات. فاذا ما اراد أي منهما الا يستمر في التفاوض معه لاي سبب من الاسباب المعقولة، استطاع ان يقطع المفاوضات ويعدل عن التعاقد ويكون ذلك عن طريق الانسحاب من جلسات التفاوض ان كان يجري بين حاضرين ويقطع الاتصال نهائياً ان كان يجري بين غائبين⁽¹⁾.

⁽³⁾ ولقد سارت محكمة الاستئناف الفرنسية على هذا الاتجاه في قضية عرضت امامها عام 1969 ، اذ اكدت ان أي خطأ يرتكب اثناء المرحلة السابقة على التعاقد بحيث يكون بيناً وليس محلاً للنقاش، فلقد اعلنت انه في هذه المرحلة هناك بعض الالتزامات التي تترتب على الطرفين ومنها على سبيل المثال النزاهة وحسن النية، وهذه الالتزامات لا تتصل بابرام العقد المراد ابرامه وانما تخص الطرفين في هذه المرحلة نفسها. ولذلك فقد اكدت المحكمة انه من الالهمية بمكان اتخاذ الحيطة عند فرض أي التزام على الطرفين في هذه المرحلة وذلك بعدم تعريض الحرية الفردية لاي تهديد، والحفاظ على استقرار المعاملات.

- Cass. Soc 22 Fev. 1994 Bull. Civ. IV. No 2. P.55< Mestre, Dune Prolongation fautive ole la periode precontract ract uelle, R. T. D. Civ. 1994, P.850 etc.

نقلاً عن الاستاذ يزيد انيس نصير، مصدر سابق، ص 224.
وفي قرار اخر لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في عام 1972 جاء بحجيات هذا القرار ضرورة اتباع مبدأ حسن النية في العلاقات بين الافراد.

فقد جاء في وقائع هذه الدعوى قيام المدعي ببدء هذه المرحلة واجراء المفاوضات مع الموزع الوحيد لبعض الاجهزة الامريكية في فرنسا، ومن خلال هذه المرحلة وبعد مناقشات ومفاوضات قام بالسفر الى الولايات المتحدة الامريكية لمشاهدة بعض النماذج من هذه الاجهزة. وبعد عودته من الولايات المتحدة الامريكية قام بالطلب من الموزع بتزويده ببعض المعلومات لكي يتمكن من اتخاذ قراره النهائي بخصوص الشراء، الا ان الموزع لم يقدّم بتزويده بالمعلومات المطلوبة، وقام باخفاء تقدير تقريبي للأسعار كانت قد ارسلته الشركة المصنعة الى المدعي، وبعد مضي مدة اسبوعين على هذا الامر قام الموزع بالتعاقد مع احد التجار المنافسين للمدعي ببيع هذه الاجهزة، وكان العقد بينهما يتضمن شرطاً يتعهد بمقتضاه الموزع بعدم بيع هذه الاجهزة في منطقة البيع لمدة 42 شهراً. قررت المحكمة ان قطع هذه المرحلة كان يشكل تعسفي، بعد ان تكبد احد طرفي هذه المرحلة ببعض الخسائر نتيجة لهذه المرحلة والتي تتمثل بالمفاوضات والمناقشات الجارية بينهما، الامر الذي يخالف مبدأ حسن النية = في التعامل وخاصة اذا لم يقدم الطرف الذي قطع هذه المرحلة اسباباً مقنعة لهذا القطع، واضافت المحكمة ان مثل هذه المرحلة بعد ان تم البدء بها وبالصورة بمرحلة المفاوضات لا يمكن انهاؤها باجراء اتصال هاتفي ولهذا فان هذا القطع يرتب مسؤولية على الطرف الذي قام به "وذلك لانها قطعت المفاوضات المتقدمة فجأة ومن جانب واحد وبدون أي مبرر مشروع".

Cass. Com. 20 Mars, 1972, J. C. P. 1973, 11, 1754 3, note, J. Schmidt, pt RTD Civ. 1979, P.779, obs. G. Durry.

نقلاً عن د. عيد جمعة موسى الربيعي وفؤاد العلواني، مصدر سابق، ص 27؛ والاستاذ يزيد انيس نصير، مصدر سابق، ص 224.

⁽¹⁾ اذ ان القانون لا يرتب من حيث المبدأ اثرأ قانونياً على المفاوضات فكل طرف حر في قطعها في الوقت الذي يقرره، وليس هناك مسؤولية على من عدل ولا يكلف ببيان اسباب ودوافع العدول. الا انه بعض الاحيان قد يرتب العدول مسؤولية على من قطعها اذا اقترب بخطأ صدر منه. ينظر: عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 221. ففي قضية حديثة نظرتها محكمة النقض الفرنسية في 22 فبراير 1994، قام مشتري محل تجاري بالتفاوض مع مالك العقار المقام فيه المحل لغرض ابرام عقد ايجار جديد للعقار، وبعد ان ابدى المالك استعداد لابرام العقد، قام بقطع المفاوضات فجأة مع الراغب في الاستئجار، وأدى ذلك الى اخفاق الاخير في اعادة بيع المحل الى الغير، مما يجعله يعجز عن سداد ديونه، فتمت تصفية المحل قضائياً وبيعه بثمن بخس. ايدت محكمة النقض قضاة الموضوع الذين اعتبروا مالك العقار متعسفاً في قطعه للمفاوضات لكونه قد انهى المفاوضات بدون سبب جدي:

بيد ان ذلك لايعني ان يقطع المفاوضات لمجرد الهوى الشخصي وبدون أي مسوِّغ مشروع يسوِّغ ذلك، وانما يتعين عليه وفقاً لالتزامه العقدي بمراعاة حسن النية في التفاوض ان يستند في هذا القطع الى اسباب موضوعية تسوِّغه، لاسيما ان كانت المفاوضات قد وصلت الى درجة متقدمة واوشكت على الانتهاء، وفي الوقت المناسب، بعزمه على قطع هذه المرحلة ولا يفاجئه في ذلك، فمن رضي بالمبدأ عليه ان يرضى بنتائجه، والا كان سيء النية واستحق انزال الجزاء المدني به⁽¹⁾.

على انه اذا قام احد طرفي هذه المرحلة بقطع المفاوضات لعدم رضاه بما عرضه الطرف الاخر من شروط مبالغ فيها فان قطعها هنا له ما يسوِّغه، بيد ان ذلك لا يعني ان المتفاوض لا يستطيع قطع المفاوضات لوصلها الى مراحل متقدمة وانما الصواب هو انه يملك ذلك حتى آخر لحظة ولكن بشرط ان يكون هناك ما يسوِّغ هذا القطع فلا يمكن لاحد ان يلومه على ان لا يكون القطع لمجرد هوى شخصي او نزوة طارئة، والا فانه قد يكون ارتكب خطأ يعرضه للمسائلة القانونية⁽²⁾.

وقد يكون قطع المرحلة السابقة على التعاقد بعد صدور الايجاب فان الخطأ يتمثل حينئذ في العدول عن هذا الايجاب او رفضه ممن وجه اليه، اذ ان من المسلم به ان الموجب يستطيع العدول عن ايجابه او التعديل فيه طالما لم يصل هذا الايجاب الى علم من وجه اليه، اذ حتى هذه اللحظة يكون الايجاب عديم الاثر أي لا يصلح ان يقترن به قبول ينعقد به العقد، بل ان بإمكان الموجب ان يعدل عن ايجابه حتى بعد وصوله الى علم من وجه اليه مادام لم يتم قبوله، ولكن شريطة ان يكون هذا الايجاب غير ملزم، أي غير مقترن بمعياد للقبول صريح او ضمني، وهو الفرض الذي لا يتحقق الا في حالة التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد. والواقع ان الموجب لا يسأل وفقاً للقواعد المسؤولية العقدية محل الدراسة عن مجرد عدوله عن الايجاب، اذ ان هذا العدول هو امر جائز. وانما يسأل

- Cass . con 22 fev. 1994 Bull civ. IV. N79-P.61; P61 obs. Mest re: R.T.D. civ. 1994, P.849.

نقلاً عن الاستاذ يزيد انيس نصير، مصدر سابق، ص25.
- كما جاء في التعليق على حكم اخر صادر من محكمة النقض المصرية بانه قد اعتمد على الوضع الظاهر واسس عليه المسؤولية وان هذا الحكم شديد الخطورة ، لانه توصل الى التزام الطرفين بالتعاقد عندما تصل المفاوضات بينهما الى مرحلة معينة، والا قامت مسؤولية المتسبب في عدم التعاقد.

ينظر:نقض مدني في 1967 /2/9 مجلة احكام القضاء، السنة 18، رقم 52، ص334؛ نقلاً عن د.محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص98 ، هامش رقم (2).

(1) ويعتبر سيء النية كذلك ، كل طرف يثبت ان الطرف الاخر الذي قطع المفاوضات لم يكن في الاصل جاداً عند البدء بالمرحلة السابقة على التعاقد، او انه كان جاداً ولكن لم يخطر الطرف الاخر بهذا العدول في الوقت المناسب، او اذا اثبت ان هذا الطرف اعتقد ان المفاوضات مفضية الى ابرام العقد لا محالة. ينظر: د.عبد جمعة موسى الربيعي وفؤاد العلواني، مصدر سابق، ص24.

(2) فقد قضت محكمة استئناف ريوم الفرنسية في حكمها الصادر في 1 يونيو 1992 بانه "وان كان لكل متفاوض مطلق الحرية في قطع المفاوضات في أي وقت، الا ان هذا القطع يكون خاطئاً اذا تم في وقت تكون فيه المفاوضات قد وصلت الى درجة متقدمة للغاية تجعل المتفاوض الاخر يعتقد اعتقاداً مشروعاً ان العقد في سبيله الى الانعقاد.

C.A. Riom. 10 Juin,1992, R. g. D. A. 1992, n 893, P.732, RTD civ. 1993, P.343, J. Mestre.

نقلاً عن : د.محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص73.

الفصل الثاني

فحسب عن قطعه للمرحلة السابقة على التعاقد والتي يدخل الايجاب من ضمن مراحلها فهو يسأل فحسب عن قطعه لهذه المرحلة المصاحبة لهذا العدول⁽¹⁾.

ووجه ذلك ان العدول عن الايجاب يؤدي حتماً الى عودة الطرفين الى المرحلة الاولى وهي مرحلة المفاوضات بعد ان كانت هذه المرحلة قد انتهت وعلقت على مرحلة اخرى وهي صدور الايجاب انتظاراً لما سيسفر عنه، اذ ان هذا العدول يترتب عليه سقوط الايجاب باثر رجعي، ومن ثم يعود الطرفان من جديد الى مرحلة المفاوضات وكان ايجاباً لم يصدر قط. وعندئذ يتعين على الموجب وفقاً لالتزامه بالتعامل بحسن نية في جميع مراحل المرحلة السابقة على التعاقد ان يستمر في المفاوضات مع الطرف الاخر حتى يتم التوصل الى ايجاب جديد. فاذا اصر على الانسحاب نهائياً ورفض أي عرض اخر، فانه يكون بذلك مسؤولاً مسؤولية عقدية، ليس عن عدوله عن الايجاب في حد ذاته، وانما عن قطعه لهذه المرحلة المتقدمة للغاية دونما أي مبرر مشروع⁽²⁾.

اما اذا كان الايجاب مقترناً بميعاد للقبول صريحاً كان هذا الميعاد او ضمناً، وهو ما يحدث بوجه خاص في التعاقد بين غائبين، فهل يستطيع الموجب ان يعدل عنه قبل انقضاء هذا الميعاد؟ لم يرد في القانون الفرنسي نص في هذا الخصوص، ومع ذلك ذهب الفقه والقضاء الى ان الموجب يلتزم بالبقاء على ايجابه المدة التي يحددها صراحة للقبول، او المدة المعقولة التي تستخلص ضمناً من العرف او من ظروف معينة ومن طبيعة التعامل. فاذا عدل الموجب عن ايجابه قبل انقضاء هذه المدة، فان عدوله لا يترتب عليه اثر، بل يظل الايجاب قائماً، فاذا تم قبوله خلال هذه المدة انعقد العقد، وذلك على سبيل التعويض العيني للضرر الذي يصيب الموجب له من جراء اخلال الموجب بالتزامه بالبقاء على ايجابه مدة معينة⁽¹⁾.

اما في القانون المدني المصري فقد حسم المشرع هذه المسألة بنص خاص وهو نص المادة (93) من القانون المدني الذي جاء فيه: "ذ. اذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى ان ينقضي هذا الميعاد. 2. وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال او من طبيعة المعاملة" وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية "اذا عين ميعاد للقبول فان الايجاب ملزم للموجب طوال المدة المحددة مالم يكن ايجابه قد سقط برفض الطرف الاخر له قبل انقضاء هذه المدة ولا يعتد بعدول الموجب بل ينعقد العقد بالرغم من هذا العدول متى تم القبول⁽²⁾.

اما في القانون المدني العراقي فقد نصت المادة (84) منه على انه "اذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بايجابه الى ان ينقضي هذا الميعاد" ومؤدى هذا النص ان

(1) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص 151.

(2) ينظر: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص 72.

(1) ينظر: د. رجب كريم عبد الللة، مصدر سابق، ص 603.

(2) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 104؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 87؛ عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص 130؛ د. حسام كامل الاخواني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 95.

الفصل الثاني

اقتران الميعاد للإيجاب يجعله ملزماً وأساس الالتزام من الإرادة المنفردة بنص القانون وقد يستفاد الالتزام من طبيعة الحال وظروف المعاملة⁽³⁾.

وعلى هذا فلا مجال للمسؤولية العقدية عن قطع المرحلة التي تسبق العقد الناتج عن العدول عن الإيجاب في تلك الحالة التي يكون فيها الإيجاب مقترناً بميعاد للقبول صريح أو ضمني ، أي في حالة الإيجاب الملزم وذلك لأن عدول الموجب عن إيجابه في هذه الحالة لا يترتب عليه سقوط الإيجاب، وبالتالي لا يعود الطرفان إلى المرحلة الأولى وهي مرحلة المفاوضات⁽¹⁾.

وكذا الحال في إفشاء الأسرار التي اطلع عليها أحد الأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد، أو قام باستغلالها لحسابه الخاص وبدون ترخيص من صاحب هذه الأسرار، فإنه بذلك يكون مخطئاً لخلاله بالتزامه بالمحافظة على الأسرار الناشئ في هذه المرحلة ومن ثم تقوم مسؤوليته حتى ولو كان فشل هذه المرحلة لا يعزو إليه⁽²⁾.

وعليه ان هذا الالتزام بعدم الكشف عن البيانات والمعلومات التي تحوي اسراراً يؤتمن عليها الشخص المرشح للتعاقد يعارض الالتزام الذي يفرض عليه الأفضاء بجميع المعلومات والبيانات إلى من يجهلها وقت التعاقد. وفي هذه الحالات يجد المتعاقد نفسه تجاه مسؤوليتين ، مسؤولية تجاه من تعاقد معه عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالادلاء، ومسؤولية قبل صاحب الأسرار الذي يحق له محاسبته عن إفشائها. فمن الواضح ان الوفاء بأي من هذين الالتزامين، في هذا الفرض، سيؤدي حتماً إلى الإخلال بالالتزام الآخر، اذن فهناك تعارض فعلي بين التزامين قائمين على عاتق نفس الشخص. وتزداد حدة هذا التعارض بالنسبة للأشخاص المحترفين الذين يحصلون بحكم وظائفهم على العديد من الأسرار التي يحضر عليهم القانون الأفضاء بها، كالمحامي الذي يعرف بحكم مهنته معلومات هامة عن شخص آخر كان موكلاً عنه في السابق، والطبيب الذي يعرف الكثير من الأسرار عن مرضاه، وموظف البنك الذي يمتلك العديد من الأسرار عن عملاء البنك الذي يعمل فيه، وكالشخص الذي وقف اثناء هذه المرحلة على اسرار تخص الطرف الآخر، تتصل بمركزه المالي او بخططه الصناعية والتكنولوجية، وكذا بالنسبة للزوجين الذي وقف احدهما على اسرار تخص الزوج الآخر اثناء الحياة الزوجية. فهل يلتزم أي من هؤلاء، اذا تواجد في مركز المرشح للتعاقد على ابرام العقد مع الغير، ان يقضي له بتلك المعلومات والبيانات ويعرض نفسه للمسؤولية تجاه صاحب هذه الأسرار، ام يلتزم بالكتمان ويعرض نفسه للمسؤولية تجاه من يتعاقد معه؟

(3) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص141؛ د. محمود سعد الدين الشريف، مصدر سابق، ص109.

(1) ينظر: د. عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص46.

(2) د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات ، مصدر سابق، ص154؛ د. علي قاسم، مصدر سابق، ص314؛ د. حسام كامل الاهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، مصدر سابق، ص69.

ينظر بخصوص المحافظة على الأسرار وعدم استغلالها بدون ترخيص د. حسام محمد عيسى، مصدر سابق، ص61؛ د. غنام محمد غنام، مصدر سابق، ص24.

الفصل الثاني

ان الالتزام بالمحافظة على الاسرار يعلو على الالتزام بالاعلام قبل التعاقد ولكن في الوقت نفسه يجب تحديد نطاق البيانات والمعلومات التي يمكن ان توصف بانها من قبيل الاسرار التي لا يجوز البوح بها؟

فهنا يمكن القول بان الفصل فيما يعتبر من الاسرار، وبالتالي لا يدخل في نطاق الالتزام بالاعلام، وما لا يعتبر كذلك ، ويدخل من ثم، في دائرة هذا الالتزام لابد وانه تم من خلال التوفيق بين مختلف المصالح التي تقف خلف هذين الالتزامين المتقابلين. وعلى ذلك فان التوفيق بين واجب المحامي في الحفاظ على اسرار موكله القدامى وواجبه في تبصير واعلام عملائه الجدد يقتضي القول بان على المحامي ان يقوم بتحذير هؤلاء متى استطاع القيام بذلك دون افشاء اسرار موكله وكذا الحال في علاقة الطبيب بمرضاه وموظف البنك فيما يتعلق باسرار العملاء لديه.

يستتبع الالتزام بالتعامل بحسن النية ضرورة ان يلتزم كل طرف في المرحلة السابقة على التعاقد بان يدلي للطرف الاخر بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد، وان يحرص على ابلاغه في الوقت المناسب باية واقعة تطرأ اثناء هذه المرحلة ويكون من شأنها ان تؤثر على قراره النهائي. فاذا ما اخل بالتزامه بالاعلام او الافشاء وادى ذلك الى فشل تلك المرحلة، فانه يكون قد ارتكب خطأ يعرضه للمسؤولية⁽¹⁾.

(1) فقد اعتبر المشرع صراحة السكوت عن واقعة عمداً او ملابسة تدليسا وذلك هدفاً منه في تحقيق التوازن في المعرفة بين الطرفين في المرحلة السابقة على التعاقد. ينظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، مصدر سابق، ص334؛ د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص382؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص217؛ د. حمدي عبد الرحمن، مصدر سابق، ص264؛ د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص322؛ د. مصطفى ابو مندور موسى، مصدر سابق، ص60.

وقد اكدت ذلك محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث نسبياً لها اصدرته في 17 نوفمبر عام 1993 بشأن قضية تتلخص وقائعها في قيام زوجين بحجز شقة في مبنى تحت التشييد بموجب اتفاق حجز مبدئي، وقد جاء في هذا الاتفاق ان تكون الشقة مكونة من حجرتين ذوات نافذتين عاديتين لتسمح بالاضاءة الكافية الا ان البائع قام بعد ذلك بتعديل تصميم البناء اثر خطأ فني من المهندس، واستبدل النافذتين بهوائيتين، دون ان يقوم باعلام الزوجين بهذا التعديل في حينه. وعندما علم الزوجان بهذا التعديل فيما بعد رفضا ابرام العقد النهائي، وقاما باسترداد ما دفعاه من تأمين، ثم طالبا البائع بتعويض ما اصابهما من ضرر، لانه لو كان ابلغهما بهذا التعديل في وقت مبكر لكانا قد تمكنا من ابرام عقد بديل في مشروع اسكاني اخر، وامام رفض البائع قاما برفع الامر الى القضاء. وقد ايدت محكمة النقض ما حكمت به محكمة الاستئناف من اعتبار البائع مخطئاً لاخلاله بالالتزام بالاعلام، اذ كان عليه، بموجب التزامه العام المتمثل بالتعامل بحسن النية ان يخطر الزوجين فوراً بالتعديل الذي ادخله على البناء، ولكنه تقاعس عن القيام بذلك، الامر الذي اسفر عن فشل هذه المرحلة بأكملها نتيجة عدم الاعلام وبذلك فقد ضاعت على الزوجين فرصة ابرام عقد بديل⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الضرر

أن وقوع الخطأ العقدي من احد الاطراف التي تروم التعاقد لا يكفي وحده لقيام مسؤوليته، وانما يجب ان يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب الاخر، والا فلا مجال للمسؤولية. والضرر في المرحلة التي تسبق ابرام العقد قد يكون ضرراً مادياً او ادبياً ويتمثل الضرر المادي فيما يصيب احد الاطراف وهو المضرور هنا من الناحية المالية، مثل النفقات التي تكبدها في سبيل البدء والتواصل في هذه المرحلة أصلاً في الوصول الى نتائج مرضية له والتي باءت بالنتيجة النهائية بالفشل⁽¹⁾، كما يشتمل الوقت الذي أمضاه في هذه المرحلة، والفرص التي فاتته بسبب ذلك، وكذلك ضياع حقه المالي في افكاره السرية التي تم افشاؤها او استغلالها بدون اذنه⁽²⁾. اما الضرر الادبي فهو كل ما يمس الطرف المضرور في سمعته، أو اعتباره كأن يؤدي الفشل الى الاساءة الى سمعته وقد اجاز

(1) Cass. Civ. 17 Nov. 1993, J. C. P.1994. 11.22883, note. H. Perinet-Marquet: ATDCIV. 1994, P.851, obs, J. Mestre.

نقلاً عن درجب كريم عبد الالة، مصدر سابق، ص609.
(1) لا يجوز للمدين في هذا النوع من الالتزام ان يدفع المسؤولية عن نفسه باثبات انه بذل كل ما في وسعه من جهد لتنفيذ الالتزام فلم يستطع لانه ملزم بتحقيق نتيجة معينة. ينظر: د.حسام كامل الاهواني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص654؛ درجب كريم عبد الالة، مصدر سابق، ص610؛ د.محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات و ابرام العقود، مصدر سابق، ص 107 و108؛ د.محمد محمد ابو زيد، مصدر سابق، ص71.

(2) كما يشمل الضرر المادي ايضاً ما يتكبده المضرور من نفقات انتقال ونفقات تتطلبها الدراسات والاستشارات القانونية والحسابية. ينظر: د.محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص99.

المشرع تعويض كافة صور الضرر بما في ذلك الضرر الادبي⁽³⁾. ولكن طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية فإنه يتعين لوجوب التعويض ان تتوافر في الضرر ثلاثة شروط، وهي ان يكون الضرر محققاً (الشرط الاول) والمقصود به ان يكون حالاً، أي وقع بالفعل كالنفقات التي تحملها احد الاطراف فعلاً او ان يكون محقق الوقوع في المستقبل، مثل التأثير على سمعة المضرور مستقبلاً. أما اذا كان الضرر محتملاً، أي لم يقع ولم يكن محقق الوقوع في المستقبل، فلا يمكن تعويضه ولهذا فان المضرور من قطع هذه المرحلة لا يستطيع ان يحصل على تعويض عما فاتته من كسب يتمثل في الربح الذي كان سيعود عليه من تنفيذ العقد لو تم ابرامه، وذلك لان ابرام العقد دائماً امر احتمالي قد يتحقق وقد لا يتحقق، نظراً لما يتمتع به الطرفان في حرية التعاقد من عدمه. غير ان ذلك يختلف عن تفويت الفرصة الذي يعرض عنه في الحال⁽⁴⁾.

اما الشرط الثاني فهو ان يكون الضرر مباشراً وذلك بان يكون نتيجة طبيعة لاخلال احد الاطراف بالتزامه وهو يعتبر كذلك اذا لم يكن في استطاعة الدائن ان يتوقاه ببذل جهد معقول. اما الضرر غير المباشر فلا يلتزم المدين هنا بالتعويض عنه، وذلك لانقضاء العلاقة السببية بينه وبين خطأ هذا الاخير. ومثال ذلك ان يترتب على فشل المرحلة التي تسبق العقد والتي وجدت اساساً للتمهيد له ضياع الصفقة من التاجر والتي كان يحضر الاطراف لها، مما ادى الى سوء حالته المادية وعجزه عن سداد ديونه، فيتم شهر افلاسه وتصفية امواله قضائياً، فهذه الاضرار التي لحقت بالتاجر اضراراً غير مباشرة، لانه كان يستطيع ان يتفادها ببذل جهد معقول، كأن يحاول البحث عن صفقة اخرى⁽¹⁾.

اما الشرط الثالث الواجب توفره في الضرر هنا ان يكون الضرر متوقعاً، أي ان يكون مما يمكن توقعه عادة وقت الاتفاق على البدء بالمرحلة السابقة لابرام العقد وهذا شرط تختص به المسؤولية العقدية وحدها ففي المسؤولية التقصيرية يكون التعويض عن الضرر المباشر كله، سواء كان متوقعاً او غير متوقع. اما في المسؤولية العقدية فلا يكون التعويض الا عن الضرر المباشر المتوقع، وذلك في غير حالتي الغش او الخطأ الجسيم وقد نصت على ذلك المادة 3/169 مدني عراقي، وتقابلها المادة 2/221 من القانون المدني

(3) وعلى حد تعبير محكمة النقض المصرية يتمثل الضرر الادبي فيما اصاب المطعون ضده من جراء اظهاره بمظهر من يسهل انخداعه ومن لا يوثق به مما ينال من سمعته واعتباره في السوق، حكم منشور في مركز تصنيف الاحكام القضائية بكلية الحقوق المرقمة 1374 وقد اشار اليه: د.محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص75 ومابعدها.

(4) والضرر المحقق كما وصفته محكمة النقض المصرية قد وقع بالفعل او ان يكون وقوعه في المستقبل حتماً. نقض مصري، الطعن رقم 634، السنة 45، ق1، جلسة 1979/3/27، مشار اليه من قبل د.عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص34. ينظر في موضوع ان == يكون الضرر محققاً ولا يقوم على الاحتمال: د.اشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للاطباء، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999، ص140.

(1) ينظر: د.رجب كريم عبد اللة، مصدر سابق، ص613. والضرر يكون مباشر متى ماكان على حد تعبير المشرع العراقي المادة 2/169 (2)...يشترط ان يكون نتيجة طبيعة لعدم وفاء المدين بالالتزام او لتأخره عن الوفاء به" ويقابل هذه المادة في القانون المدني المصري المادة (221) والتي تنص على "متى كانت نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالالتزام او التأخير به". ينظر: د.جمدي احمد سعد، مصدر سابق، ص496؛ د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص855.

المصري⁽²⁾، فالضرر الذي يجب التعويض عنه في المسؤولية العقدية اذن هو الضرر المتوقع فحسب، اما الضرر غير المتوقع فلا يعوض عنه ومثال ذلك قيام الطرف المضروب باجراء دراسة تمهيدية باهضة التكلفة بصورة لا تتناسب اليه مع حجم المشروع واهميته والتي هما موضوع المرحلة السابقة على التعاقد والتي يؤمل ابرامه من الطرفين ففي هذه الحالة لا يلزم الطرف المسؤول، الا بالنفقات المعقولة التي تخصص عادة لدراسة مثل هذا النوع من المشروعات مازاد على ذلك فهو ضرر غير متوقع فلا يلزم تعويضه . ويشترط فضلاً عن ذلك الا يكون الضرر قد تم تعويضه من قبل ولو من غير طريق المدين⁽¹⁾.

الفرع الثالث

العلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر

واخيراً لقيام المسؤولية العقدية يجب ان تتوافر علاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه المدين والضرر الذي اصاب الدائن، بمعنى ان يكون خطأه هو السبب المباشر في حدوث الضرر، والا فلا تقوم المسؤولية ويفترض توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر

(2) نصت المادة 169 ف2 منها "3. فاذا كان المدين لم يرتكب غشاً او خطأ جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقفاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحمل او كسب يفوت" . ويقابل المادة 169 من القانون المدني العراقي المادة 221 من القانون المدني المصري والتي نصت على "ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشاً او خطأ جسيماً الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

(1) ينظر: د.محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص91؛ د.امية علوان، مصدر سابق، ص12.

- فقد انتقد ما ذهب اليه محكمة استئناف بورجو بخصوص قرارها الصادر في 5 ابريل عام 1994، بشأن حريق شب في سيارة جديدة وترتب عليه تدمير منزل المشتري بشكل خطير ورأت المحكمة ان سببه يكمن بالضرورة في عدم مطابقة احد اجزاء المحرك للاستعمال المخصص له -قررت فيه الزام الصانع او البائع متضامنين بتعويض الضرر الذي نشأ عن تدمير السيارة وحرمان المشتري من الانتفاع بها، ولكنها رفضت الزامهما بتعويض المشتري عن الاضرار التي لحقت امواله الاخرى- عقارية او منقولة- من جراء الحريق على اساس ان هذه الاضرار لم تكن متوقعة لحظة ابرام العقد.

وقد انتقد ما جاء بهذا الحكم كونه قد تجاهل ما استقر عليه القضاء، كمبدأ عام، من الزام المتعاقد الذي يرتكب غشاً او خطأ جسيماً بتعويض الضرر المباشر كله، متوقفاً كان او غير متوقع، بل انه يتجاهل كذلك، ما صار مستقراً في القضاء الفرنسي من تشبيه البائع المحترف (منتجاً او موزعاً) بالبائع الذي يعلم بعيوب المبيع، وتبعاً لذلك، الزامه بتعويض جميع الاضرار المباشرة التي تلحق بالمشتري من جراء العيب، ولو لم تكن متوقعة عند ابرام العقد، ثم ان الزام البائع المحترف بتعويض الضرر المباشر كله يجد سنده في التعويض، فما دما نسلم مع القضاء بتشبيه هذا البائع بالبائع الذي يعلم بالعيب، فهو يلزم، وفقاً لنص المادة 1645 مدني فرنسي "بجميع التعويضات للمشتري" وهذه العبارة من الشمول بحيث تغطي جميع الاضرار المباشرة، كما ان الفقه يجري على ان البائع المحترف، اما يعلم بالعيب فعلاً ولا يخطر به المشتري، واما انه يجهل به، وعندئذ يعزى جهله اما الى اهماله في فحص المبيع واما الى عدم كفايته لانه رغم الفحص لم يستطع ان يكشف ما بالمبيع من عيب، وفي الحالتين ينسب اليه خطأ جسيماً يرتب، من حيث مدى التعويض نفس نتائج الغش، أي يجعل البائع ملتزماً بتعويض الضرر مباشرة كله، ولو لم يكن متوقفاً عند التعاقد.

- Voir, Coup D'appel de BORDEAU, AURIL 1994, J. C. P. 1994, 1V. 2213.

- نقلاً عن د. جابر محجوب علي، مصدر سابق، ص56 ومابعدها؛ د.حسين وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية والتقصيرية، الطبعة الثانية، القاهرة، دار المعارف، 1979، ص336.

إذا قام المضرور، أي (المدعي) ، الدليل على الخطأ والضرر، إذ أنه طبقاً للقواعد العامة في الإثبات فإنه لا يتحتم على المدعي أن يقيم الدليل على جميع عناصر الواقعة التي يدعيها، وإنما حسبه أن يبرهن على قدر من هذه العناصر يكفي لافتراض ثبوت الباقي منها. ويقع على عاتق المدين عبء نفي علاقة السببية إذا ادعى عدم قيامها، ولا يجوز له هذا إلا بإثبات أن الضرر يرجع إلى سبب اجنبي لا يد له فيه، وذلك بأن يثبت أن الضرر قد وقع بسبب القوة القاهرة، أو فعل الغير أو ، خطأ المضرور نفسه⁽¹⁾.

المطلب الثاني

المسؤولية التقصيرية في

المرحلة السابقة على التعاقد

قد يحدث كما قلنا أن تقوم المسؤولية التقصيرية أيضاً في المرحلة السابقة على التعاقد وذلك إذا وقع من أحد الأطراف التي تروم التعاقد في هذه المرحلة خطأ تقصيري، أو إذا ما تسبب الغير في اجهاض هذه المرحلة برمتها⁽¹⁾، وفيما يأتي نعرض في فرع أول المسؤولية التقصيرية لأحد الأطراف هي هذه المرحلة بمناسبة فشلها ثم نتناول في فرع ثان مسؤولية الغير التقصيرية عن افساده لهذه المرحلة التي تسبق التعاقد وكالاتي:

الفرع الأول

مسؤولية المدين التقصيرية عن

فشل المرحلة السابقة على التعاقد

رأينا فيما تقدم أن مسؤولية الطرف الذي يتسبب في فشل المرحلة التي تسبق التعاقد هي في الاصل مسؤولية عقدية وذلك لاخلاله باتفاق قائم في هذه المرحلة بينه وبين

(1) ينظر: د.سعد واصف في قوله: "ان الرأي عندنا ان اعتبار رابطة السببية ركناً من اركان المسؤولية هو نوع تحليل وتفصيل وكان يمكن اعتبارها ركناً مستقلاً باعتبار ان السببية وصف بالخطأ الموصوف بأنه المسبب للضرر. ينظر رسالته في التأمين من السؤولية في عقد النقل، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1958، ص99؛ د.عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص390؛ د.عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع، 1981، ص581.

- عليه تعتبر العلاقة السببية عنصراً مستقلاً عن كل من الخطأ والضرر فلا يكفي ان يثبت المضرور الخطأ والضرر وإنما عليه كذلك اثبات علاقة السببية القائمة بينهما. ينظر د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص872.

(1) فقد انعقد الرأي على عدم صلاحية أي من النظريات والتي تناولناها بالدراسة سابقاً والتي تقوم على الافتراض المحض الذي يخلو من الواقعية فمن الصعوبة الاقتناع بإمكان رد الخطأ قبل التعاقد إلى العقد الأصلي وهو لم ينشأ بعد كما يقول العلامة (ايرنج Ihering) أو تأسيس المسؤولية على اساس وجود اتفاق ضمنى يتعهد بمقتضاه كل عاقد للآخر بضمان صحة التصرف والابتعاد عن كل ما يعوق ابرامه أو يؤدي إلى ابطاله وفق نظرية الفقيه الفرنسي (Salcillen) وأما استناداً إلى نظرية الوكالة كما ذهب الفقيه الألماني (شورل Scheurl) كما حاول البعض الآخر تأسيس المسؤولية في تلك المرحلة على فكرة أو نظرية تحمل التبعية على حد قول الفقيه الألماني وندشيد (Windscheid) أو نظرية الفضالة التي قال بها الفقيه (تون Ton) أو نظرية الضمان القانوني التي ذهب بها الفقيه الإيطالي (FAGGELLA) فاجيلاً ولهذا كله فهي افكار قديمة وهو ما يفسر لنا انصراف الفقه والقضاء في فرنسا أو مصر والقول بانها مسؤولية تقصيرية عن الاخطاء قبل التعاقدية يستوجب التعويض متى توافرات شروطه. ينظر: د.نزيه المهدي، الالتزام بالأدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص302؛ د.محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص119؛ د.ممدوح محمد مبروك، مصدر سابق، ص408-409.

الطرف الاخر صراحة او ضمناً والذي يلزمه بالتعامل في هذه المرحلة بحسن النية، الا ان فعل هذا الطرف المدين قد يشكل في الوقت نفسه خطأً تقصيرياً كأن يكون جريمة او يبلغ حد الغش او الخطأ الجسيم مما يعد انحرافاً عن سلوك الشخص المعتاد وفي هذه الحالة تقوم المسؤولية التقصيرية الى جانب المسؤولية العقدية⁽²⁾. والسؤال الذي يثار في هذا الصدد هو ما الشروط الواجب توفرها لقيام مسؤولية المدين التقصيرية؟ وللجواب على هذا السؤال نقول انه طبقاً للقواعد العامة يشترط لقيام مسؤولية المدين التقصيرية بمناسبة فشل هذه المرحلة التي تسبق ابرام العقد لابد من توافر ثلاثة شروط وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية. وليس من جديد نضيفه هنا فيما يتعلق بالضرر والعلاقة السببية منعاً للتكرار ماعدا ان المدين يسأل في هذه الحالة كما سنرى عن الضرر المباشر كله متوقعاً كان او غير متوقع ولهذا تقصر هنا الحديث على الخطأ التقصيري والذي نقصد به بوجه عام الانحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد الذي يوجد في نفس الظروف الخارجية المحيطة بالمعتدى، اذ ان هذا الانحراف ينطوي على الخروج عن الواجب العام والذي يوجب اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير⁽¹⁾.

وهكذا فان الشخص يكون مخطئاً خطأً تقصيرياً اذا انحرف في سلوكه اثناء المرحلة التي تسبق التعاقد او عند فشله عن السلوك المألوف للشخص المعتاد الذي يوجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد هو فيها. فاذا ما ادى هذا الانحراف الى الاضرار بالطرف الاخر، كان هذا الطرف الذي سبب الضرر مسؤولاً عن تعويضه مسؤولية تقصيرية. وبذلك يقاس الخطأ التقصيري لاطراف المرحلة السابقة على التعاقد بمعيار موضوعي، فيقارن سلوكه بسلوك شخص عادي من اواسط الناس ليس بشخص شديد الحرص واليقظة ولا بالمهمل الغير المحترز وانما هو انسان وسط بين هذا وذاك⁽²⁾. ويقع على عاتق الطرف المضرور عبء اثبات الخطأ التقصيري في جانب الطرف المعتدي، اذ ان المسؤولية التقصيرية تقوم كما قلنا على خطأ واجب الاثبات ولهذا يجب على الطرف المضرور ان يثبت ان الطرف المعتدي قد انحرف في سلوكه عن السلوك المألوف للشخص العادي، الا ان معيار "الشخص العادي او المعتاد" يطبق اذا كان المدين شخصاً عادياً. اما اذا كان المدين شخصاً مهنياً او حرفياً يتعاقد في مجال مهنته كالمحامي او الطبيب او البائع المحترف (بائع السيارات المستعملة) فان المعيار يختلف ليصبح معيار الرجل المهني الموضوع في نفس ظروف المدين، بل ان الفقه قد ذهب الى التخفيف من عبء الاثبات على الدائن بالالتزام عن طريق القول بوجود قرينه افتراض علم المهني او

(2) وقد وردت معايير يسترشد بها القاضي عند النظر في منازعة بشأن الاخلال بقاعدة حسن النية وما يتفرع منها من التزامات مثل التعسف في استعمال الحق والاخلال بالثقة التي اولها الطرف الاخر او قصد الاضرار بالعائد الاخر وهي على سبيل المثال لا الحصر. ينظر: د.محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء اراء الفقه واحكام القضاء، الكتاب الثاني، الحق، الطبعة الرابعة، القاهرة، 1995، ص235-236.
(1) ينظر: د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص1083؛ د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص487؛ د.حسام كامل الاهواني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص535 وما بعدها.

(2) على ان لا يؤخذ في الاعتبار ظروفه الداخلية او الشخصية، فهي ظروف خاصة به، لا بالرجل المعتاد الذي اتخذ مقياساً، اما الظروف الخارجية فهي تتناول كل الاشخاص، الطرف الزماني او المكاني، فتجب مراعاتها. ينظر: د.محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص55؛ ينظر: د.حسام كامل الاهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومرآة اعداد العقد الدولي، مصدر سابق، ص12.

الفصل الثاني

المحترف بالبيانات المطلوبة ويؤثر تخلفها على رضا المتعاقد. وتؤدي هذه القرينة الى اعتباره سيء النية خصوصاً اذا كان المنتوج الذي يتعلق به الالتزام بالاعلام جديداً او معقداً او كان منتوجاً خطراً⁽¹⁾.

وبذلك قد يصل الامر الى اعفاء المدين بالالتزام من عبء اثبات الخطأ التقصيري المتمثل في عدم ادلاء المهني بالبيانات قبل التعاقدية⁽²⁾.

وتفسير ذلك ان الاصل هو براءة الذمة من أي التزام، فاذا ادعى احد الطرفين بان له على عاتق الطرف الاخر التزاماً بالاعلام، فانه يكون مدعياً. بخلاف الثابت اصلاً وعليه اقامة الدليل على ما يدعيه، أي اقامة الدليل على "وجود هذا الالتزام"، باثبات اركانه التي تكلمنا عنها، فاذا نجح في ذلك، انتفى الوضع الثابت اصلاً، واصبحت المديونية هي الوضع الثابت عرضاً. فاذا ادعى المدين براءة ذمته فانه يكون مدعياً خلاف الوضع الثابت عرضاً. وعليه اثبات هذه البراءة، ولا يتحقق له ذلك الا باثبات تنفيذه لهذا الالتزام او قيام مسوّغ معقول لعدم قيامه بهذا التنفيذ. فاذا لم يثبت لا هذا ولا ذاك اعتبر مخالفاً بهذا الالتزام وتوافر في حقه بالتالي التقصير، والتزم بالتبعية بتعويض ما احدثه هذا التقصير من مضار⁽¹⁾.

وتتعدد صور الخطأ التقصيري الذي يمكن ان يقترفه احد الاطراف في المرحلة التي تسبق التعاقد، ومن اهم هذه الصور هي الدخول في هذه المرحلة لغرض البدء بها ومن ثم التفاوض مع الطرف الاخر، لغرض التعرف من خلال ذلك على بعض أسرار الشخص الاخر دون ان تكون لديه اية نية في التعاقد معه. وبمجرد ان يحقق غرضه هذا يعدل عن هذه المرحلة ولاشك ان ذلك يعد من قبيل الغش الذي يقيم المسؤولية التقصيرية⁽²⁾.

ومن اشهر التطبيقات القضائية لهذه الصورة من صور الخطأ التقصيري في هذه المرحلة في القضاء المصري تلك القضية التي نظرتها محكمة النقض في 27 يناير عام 1966، وتتخلص وقائعها في ان (أ) عرض على (ب) ان يفكر له في مشروع يستثمر فيه امواله ويكون شريكاً له فيه، فقبل (ب) هذا العرض واخذ يفكر في مشروع فريد من نوعه حتى اهتدى الى انشاء مصنع لعمل وطبع الاسطوانات الخاصة بالاجاني والموسيقى بمصر يكون هو الاول من نوعه في الشرق الاوسط، وعرض الفكرة على (أ) فرحب بها

(1) ينظر: غستان، تكوين العقد، مصدر سابق، ص720.
(2) فقد قضت محكمة النقض بان "المفاوضة ليست عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أي اثر قانوني فكل طرف في المرحلة التي تسبق التعاقد حر في قطعها في الوقت الذي يريد دون ان يتعرض لاية مسؤولية او يطالب ببيان مسوّغ لعدوله ولا يترتب هذا العدول مسؤولية على من عدل، الا اذا اقترن به خطأ تتحقق به المسؤولية التقصيرية اذا تنتج عنه ضرر بالطرف الاخر وعبء اثبات ذلك الخطأ، وهو الضرر يقع على عاتق ذاك الطرف، ومن ثم، لا يجوز اعتبار مجرد العدول عن اتمام المفاوضة ذاتها هو المكون لعنصر الخطأ او الدليل على توافره، بل يجب ان يثبت الخطأ من وقائع اخرى اقترنت بهذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية. نقض مدني في 1967/2/9، مجموعة احكام النقض، السنة 18 رقم 52، ص334. نقلاً عن د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص99؛ دنزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص318.

(1) د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص808؛ د.محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص990.
(2) ينظر: درجب كريم عبد الالة، مصدر سابق، ص640.

بعد ان درسها واقتنع بها، وجرت بينهما مناقشات ومفاوضات وتم البدء باول مرحلة وهي مرحلة المفاوضات والتي اسفر عنها الاتفاق على السفر الى اوربا وفعلاً سافر (ب) على طلب من (أ) الى اوربا لاختيار الآلات والادوات اللازمة للمصنع، واشترى بالفعل افضل ما انتجته المصانع الاوربية من الآلات لتنفيذ المشروع بشكل جيد. ولكن بمجرد وصول الآلات الى (أ) قام الاخير بالتنكر لـ(ب)، ورفض تحرير عقد الشركة معه، واستأثر بالآلات لنفسه، وعقد شركة مع اخرين لتنفيذ نفس المشروع الذي كان وليد تفكير (ب). وقضت المحكمة باعتبار (أ) مسؤولاً ومسؤولية تقصيرية لانه لم يكن جاداً في هذه المرحلة عندما بدأ بالمفاوضات، ولم يكن ابدأ يقصد ان تبلغ غايتها من عقد الشركة مع (ب)، بل انه أوهم الاخير برغبته في تكوين عقد الشركة لمجرد الحصول على فكرة المشروع فقط ويعرف قصده هنا بالقصد التجسسي⁽¹⁾.

كما ان من صور الخطأ التقصيري ايضاً البدء بالمرحلة التي تسبق التعاقد بغية التفاوض والنقاش لبيع ملك الغير فاذا كان من المقرر قانوناً انه لا يجوز التصرف في ملك الغير فان ذلك يتبع بالضرورة عدم جواز البدء بهذه المرحلة لغرض التفاوض والنقاش بهدف بيع، او ايجار ملك الغير حتى ولو قدر لهذه المرحلة النجاح فانها لا تسري في حق المالك الحقيقي وما دامت الغاية محظورة فمن العبث ان نحاول الوصول اليها وطالما ان هذا الطرف يعلم بان هذا المال غير مملوك له ومع ذلك تعمد البدء بهذه المرحلة، فانه يكون قد اقترف غشاً اما اذا لم يكن عالماً بذلك فانه يعد مرتكباً لخطأ جسيم وفي ذلك اهمال شديد منه تستوجب مساءلته⁽²⁾.

كما ان السكوت عمداً عن واقعة مؤثرة في التعاقد يعتبر من قبيل الغش والتدليس، وذلك لان الطرف الذي يتعمد الكتمان بقصد دون شك الاضرار بالطرف الاخر والحصول منه على منافع لا يستحقها عن طريق غشه واخفى الحقيقة عن عينيه. ولا ريب ان هذا يعد خطأ تقصيرياً يلزم الطرف الاخر المدلس بالتعويض⁽¹⁾. وقد يتخذ الخطأ التقصيري فضلاً عن السكوت عن واقعة مؤثرة عمداً التشهير بعد فشل هذه المرحلة من قبل احد الاطراف بالطرف الاخر عن طريق الاساءة الى سمعته نكايه فيه، كأن يشييع بين الناس انه رفض

(1) نقض مدني في 27 يناير 1966، مجموعة المكتب الفني، العدد 17، رقم 24، صفحة 182. نقلاً عن: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص 96. وهذا القرار يؤكد الاتجاه الحمائي الذي اتخذته محكمة النقض في هذا الصدد، وهو اتجاه يؤيده الفقه المصري بمجموعة ويتفق مع ما جرى عليه العمل في فرنسا. ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء الاول، مصدر سابق، ص 263؛ د. محسن شفيق، مصدر سابق، ص 198؛ د. جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص 137؛ د. حسام كامل الاهواني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 54؛ د. محمود عبد المعطي الخيال، الوعد بالعقد، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994، ص 41.

(2) وقد اختلف الرأي في تحديد الاساس الذي تبنى عليه مسؤولية بائع ملك الغير عن التعويض ولو كان حسن النية وذلك في الغرض الذي يتم فيه ابرام عقد البيع ثم يحكم للمشتري بابطاله، الا ان الرأي الراجح في الفقه يذهب الى اساس التزام البائع بالتعويض هو مسؤولية تقصيرية لان بيع الشخص للشيء غير المملوك له هو في حد ذاته خطأ تقصيري يستوجب عنه التعويض. ينظر: د. خميس خضر، مصدر سابق، ص 299؛ د. محمد شكري سرور، شرح احكام عقد البيع، مصدر سابق، ص 25؛ د. خالد جمال احمد، مصدر سابق، ص 488. (1) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص 217؛ د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص 142؛ د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 135.

التعاقد معه لانه اكتشف في هذه المرحلة اموراً خطيرة للغاية تتعلق بشرفه، او مركزه الاجتماعي، والقانوني او المالي. تماماً كما يفعل الخطيب الذي يعدل عن الخطبة ثم يشهر بخطيبته ويسيء الى سمعتها وينسج حولها الفضائح. ولاشك ان هذا التشهير يعد خطأ تقصيرياً يلزم التعويض⁽²⁾.

وقد يقوم احد الاطراف بتقديم رشوة الى من ينوب عن الطرف الاخر والمكلف بانجاح المرحلة السابقة على التعاقد بكل مراحلها للتوصل الى اتفاق بشأن العقد المراد ابرامه والهدف من تقديم الرشوة هو الحصول على منافع لا يستحقها مقدم الرشوة، وهذا يعتبر من قبيل الغش الذي يقيم المسؤولية التقصيرية تجاه المتعاقد الاخر الاصيل ايضاً. ومن اشهر امثلة للرشوة التي حصلت في المرحلة التي تسبق التعاقد هي ما يسمى بفضيحة لوكهيد الامريكية للطائرات⁽³⁾ بمناسبة صفقة طائرات باعتها هذه الشركة الى كل من السويد واليابان والمانيا في بداية السبعينات، اذ كان لرشوة العديد من المسؤولين في هذه الدول اكبر الاثر في اتمام العقد على انه اذا اقتصر دور الطرف المرتشي على اقناع الجهة التي يمثلها بالتعاقد بشروط معقولة وتيسير اجراءات هذا التعاقد، فان التدليس المتمثل بواقعة الكذب على الطرف الاخر وتضليله من جانب الطرف المرتشي والسكوت عمداً عن اخباره بهذه الواقعة ليستفيد منها، فان التدليس هنا لا يكون مؤثراً ومن ثم يظل العقد قائماً غير قابل للابطال. ومع ذلك يجوز لهذه الجهة الرجوع بالتعويض على المتعاقد الراشي، وذلك لكونه قد سلك سلوكاً منافياً لحسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد بمحاولته افسادها عن طريق الرشوة⁽⁴⁾.

وفضلاً عن ذلك فانه يمكن التوصل الى ابطال العقد الذي أبرم نتيجة لرشوة احد الاطراف التي تروم ابرام العقد بالاستناد الى قاعدة "الغش يفسد التصرفات"، وهي قاعدة رومانية عتيقة تأخذ بها سائر النظم القانونية المتحضرة وفي ذلك تقوم محكمة النقض المصرية "ان قاعدة الغش يبطل التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجربها نص خاص في القانون، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في المعاقبات والتصرفات

(2) د.محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص162؛ د.محمد نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص48؛ د. احمد سلامة، مصدر سابق، ص131. وقد اشترط الدكتور احمد السنهوري في الكتمان ليكون تدليساً هو ان يكون هذا الامر خطيراً بحيث يؤثر في ارادة المتعاقد الذي يجهله تأثيراً جوهرياً أو لا وان يعرفه المتعاقد الخمر ويعرف خطره ثانياً وان يتعمد كتمه عن المتعاقد الاول ثالثاً وان لا يعرفه المتعاقد الاول او يستطيع ان يعرفه عن طريق اخر رابعاً. ينظر: د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص428 و429؛ محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص95.

(3) D. CARREAU, Droit international Pedone, 1988, P.338.

نقلاً عن : د.رجب كريم عبد الللة، مصدر سابق، ص578.

(4) ولاشك ان بعض العقود الهامة خاصة العقود الدولية لاتتم بين الاطراف انفسهم وانما يقوم بها في العادة خبراء فنيون ومختصون ينوبون عنهم للقيام بالمرحلة التي تسبق ابرام العقد وهؤلاء رأيهم حاسم ومؤثر ويعول عليه اصحاب الشأن في الموافقة او عدم الموافقة على العقد ولو علمنا ان قيمة هذه العقود تتجاوز قيمتها الملايين فلن يكون غريباً ان يحاول الطرف الاخر شراء هؤلاء الاطراف وفسادهم بطريق الرشوة التي تتم تحت ستار اشكال متعددة اهمها العمولة. نقلاً عن: د.احمد رفعت خفاجي، رشوة مفاوضي العقود الدولية في التشريع العقابي المصري (العملات) مجلة المحاماة، العدد الاول والثاني، السنة 66، ص38-41.

والاجراءات عموماً صيانة لمصلحة الافراد والجماعات" وعلى أي حال فان الطرف المرتشي يقع تحت طائلة قانون العقوبات⁽²⁾.

اما بالنسبة للخطأ في حالة الاخلال بالالتزام بالادلاء او الالتزام بالاعلام فان هذا الخطأ يثير في هذا الصدد مسألتين تتعلق الاولى بنوع الخطأ في حالة الاخلال بالالتزام بالاعلام او الادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، اما الثانية فانها تتعلق بمعيار او كيفية اثباته فأما بالنسبة للاولى فلا يوجد في الامر صعوبة لانه من المسلم به ان الخطأ قد يكون ايجابياً او سلبياً حيث يسمى في هذه الحالة الاخيرة "بالامتناع الخاطئ او التقصيري". ولاشك ان الاخلال بالالتزام بالادلاء بالبيانات عند ابرام العقد يعتبر في ذاته -على حد تعبير الفقه- احسن نموذج للامتناع الخاطئ او التقصيري وهذا ما اقرته محكمة النقض الفرنسية صراحة في احكامها عندما حكمت بان "امتناع شخص عن الادلاء بالبيانات التي تقع على عاتقه بمقتضى التزام- اتفاقي او قانوني او حتى مهني- يعتبر خطأ ويثير مسؤوليته التقصيرية⁽¹⁾. واما بالنسبة للمسألة الثانية، وهي المتعلقة بمعيار الخطأ وعبء اثباته، فانه لما كان هذا الخطأ التقصيري يتمثل في مخالفة المدين للالتزام القانوني بوجوب اتباع مبدأ حسن النية في المعاملات وهو يقوم في هذه الحالة على اساس تنوير رضا الطرف الاخر. فهنا يكلف الدائن باثبات ان المدين لم يبذل في تنفيذ هذا الالتزام (عناية الرجل المعتاد) وهو المعيار الموضوعي الذي يتفق عليه الفقه كمعيار سائد في الخطأ التقصيري مع ضرورة الاعتداد بالظروف الملازمة حتى يصبح هذا المعيار معياراً واقعياً مرناً لا تحكيمياً⁽²⁾. ومع هذا فان هذه الالتزامات قبل التعاقدية وسيلة جديدة لتعويض نقص نظرية عيوب الرضا وعدم كفايتها او فاعليتها احياناً، ولاسيما بالنسبة لعلاج التعيب الناشئ من عدم المساواة في العلم او من اختلال في التوازن في المراكز العقدية في بعض صور العقود الجديدة، فان طبيعة هذا الالتزام وغايته تحتمان الاعتداد بهدف الاعتبارات عند المطالبة بجزاء الاخلال بالالتزام الامر الذي يقتضي تسهيل الاثبات بالنسبة للمتعاقد المضرور في بعض الحالات، وهو ما ذهب اليه الفقه والقضاء صراحة الى ضرورة التفرقة في عبء الاثبات حسب شخص المدين اذا كان فرداً عادياً فانه يقع على عاتق الطرف الاخر للحصول على التعويض عبء الاثبات خطأه التقصيري بركنيه المادي والمعنوي، بأن يثبت ان المدين كان عالماً بالبيانات المطلوبة وبتأثيرها على رضاه، او انه كان من المفروض فيه ان يعلمها لو بذل عناية الرجل المعتاد في الاستعلام عنها. وعلى العكس من ذلك اذا كان المدين بالالتزام بالافضاء شخصاً محترفاً مهنياً يتعاقد في مجال مهنته مثل بائع السيارات المستعملة او صانع او منتج يبرم عقد اذعان او شخص طبيعى او معنوي يحترف بيع

(2) ينظر: د.احمد رفعت خفاجي، مصدر سابق، ص40؛ د.حسام كامل الاهواني، الفترة قبل التعاقدية ومراحل

اعداد العقد الدولي، مصدر سابق، ص20.

(1) نقض فرنسي مدني في 1951/2/27، جازيت دي باليه 51-1-230 نقلاً عن: د.نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص315.

واعتقد من وجهة نظري ان ما جاء في منطوق هذا الحكم يؤيد بشكل صريح من عدم استلزام القصد العمدي المتمثل في نية التضليل لتطبيق جزاء الاخلال بالالتزام بالادلاء بالبيانات عند ابرام العقد اذا تعلق الامر بمتعاقد محترف مهني.

(2) ينظر: د.جميل الشرفاوي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص105؛ د.توفيق حسن فرج، النظرية العامة

لالتزام، مصدر سابق، ص370 وما بعدها.

الوحدات السكنية على سبيل التمليك او مقاول او مهندس معماري الى اخر أمثله المتعاقد المحترف. الفقه القضاة المعاصرون قد اجمعوا على انه تقوم قرينة افتراض علم هذا المتعاقد المحترف بالبيانات المطلوبة وتأثيرها على رضا الطرف الاخر، وهي قرينة اعتبار المتعاقد المحترف متعاقداً سيء النية، ومن ثم لا يمكن لهذا المتعاقد ان يدعي جهله بهذه البيانات المطلوبة وانه بذل العناية المطلوبة في التحري عنها، وبذلك يعفى الدائن في هذه الحالة من عبء اثبات الخطأ التقصيري وتعتبر هذه التفرقة في تقدير الخطأ حسب شخص المدين (مظهراً من مظاهر اضعاف الصبغة الشخصية على المعيار الموضوعي للخطأ التقصيري) وهو نفس الامر الذي سنراه لاحقاً في موضوع بحثنا هذا في دعوى البطلان للكتمان التدليسي المستند الى الاخلال باحد هذين الالتزامين⁽¹⁾.

اذن يتضح لنا ان خطأ المدين في الاخلال بالالتزام بالاعلام الناشئ في المرحلة السابقة على التعاقد يتخذ في واقع الحياة صوراً مختلفة وألواناً متعددة يمكننا ان نجمع شأنها في طابعين اثنين، اولهما ان يكون الطابع سلبياً وثانيهما ايجابياً، فالطابع السلبي حينما يقف المدين موقف المتفرج من دائه الذي يُقدم على التعاقد معه جاهلاً بكل او بعض العناصر الجوهرية المتصلة بالعقد جهلاً مشروعاً، فسكت او كتم عنه المعلومات والبيانات المتعلقة بهذه العناصر رغم علمه بها وبمدى اهميتها بالنسبة للدائن، ومقدار تأثيرها عليه في صنع قراره وتحديد موقفه من العقد الذي يريد ابرامه، ويستوي ان يكون هذا الكتمان كتماناً كلياً يكتم فيها المدين عن دائه جميع ما اتصل بالشيء محل التعاقد من معلومات جوهرية، متى استحال على الدائن العلم بها استحالة موضوعية (كما لو كان الشيء المزمع التعاقد عليه موجوداً في حيازة المدين)، او استحالة شخصية (كما لو كان الدائن شخصاً غير مهني يتعذر عليه العلم بالجوانب الفنية الجوهرية المتصلة بالعقد)، او ان يكون كتمان المدين كتماناً جزئياً يكتم فيه عن دائه بعض المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد، ويظهر بعضها الاخر⁽¹⁾.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بان كتمان او اخفاء البائع عن المشتري واقعة اصطدام السيارة المباعة يعد خطأ يستوجب مسؤوليته، وانه لا يقلل من شأن الخطأ الصادر منه، كقيامه قبل العقد باصلاح السيارة بطريقة مرضية وبصورة تامة غير معيبة⁽²⁾.

اما الطابع الايجابي لخطأ المدين فانه واقع الحياة يتخذ صوراً مختلفة والواناً متعددة⁽³⁾ تبدأ من مجرد الكذب في الادلاء بالبيانات والمعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد، وتنتهي بالوسائل الاحتمالية التي يحتال بها على الطرف الاخر، فيحمله على التعاقد متوهماً صدق وصحة ما اسداه اليه من معلومات، فقد يحدث ان يقدم احد طرفي العقد المزمع

(1) ينظر: د.محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص435؛ د.عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص155؛ غستان، تكوين العقد، مصدر سابق، ص719. (2) د.نزيه محمد الصادق المهدي، محاولة التوفيق بين المذهب الشخصي والموضوعي في الالتزام.

(2) V. Cass crim 22. Janvier 1958. J. C. P. 1958-II- 1057.

نقلًا عن: د.خالد جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص478؛ د.ممدوح محمد مبارك، مصدر سابق، ص413. (3) على انه لا يدخل ضمن هذه الصور مثلاً المدائح المبالغ فيها فهي مشروعة طالما لم يتم ايراد وقائع غير صحيحة ويبقى الامر في اطار عدم الدقة. ينظر: جستان، تكوين العقد، مصدر سابق، ص667.

ابرامه، للطرف الاخر معلومات كاذبة فتوهم الاخير بغير الحقيقة فتدفعه الى التعاقد، كما لو كذب البائع على الراغب في الشراء فأوهمه بان السلعة المباعة ذات خصائص معينة ليست فيها في الحقيقة والواقع، او ان يكذب العامل على صاحب العمل فيوهمه بان لديه مؤهلات وقدرات فنية عالية في مجال معين على غير الحقيقة، ومثالها ان يلجأ المدين الى الوسائل الاحتياطية او الاعمال المادية لخداع المتعاقد الاخر وحمله على التعاقد وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية تاجر سيارات بسبب تلاعبه بعدد سرعة السيارة بسوء نية بقصد ايقاع المشتري في الغلط على الرغم من ان المشتري كان يعمل في نفس مهنة البائع، وذلك على اساس ان مثل هذا التصرف الصادر من هذا البائع سيء النية يجعل جهل المشتري بالمعلومة المتصلة بعدد الكيلو مترات التي قطعها السيارة جهلاً مشروعاً حتى وان كان مهنياً، وبالتالي فان تصرف البائع من شأنه ان يوجب المسؤولية على عاتقه⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مسؤولية الغير التقصيرية عن افساده للمرحلة السابقة على التعاقد

يحدث بعض الاحيان تدخل شخص من الغير لافساد هذه المرحلة برمتها لشعوره بان هذه المرحلة تكون شبه ناجحة بهدف انتزاع الصفقة من الطرف الذي بدأ بها، وهو ما يدفع الاطراف عادة في هذه المرحلة الى احاطة هذه المرحلة بجميع مراحلها الثلاث بسياج من السرية التامة خوفاً من صائدي الصفقات الذين يتربصون بهم.

ولاشك ان هذا التدخل من جانب الغير هو من قبيل العمل غير المشروع الذي يقيم المسؤولية التقصيرية، وذلك لاخلاله بالواجب القانوني العام الذي يأمره بعدم الاضرار بالغير او بالآخرين (م204) من القانون المدني العراقي⁽²⁾.

وتعد قضية تكساكو بنزويل الامريكية، وهي من اهم القضايا التي أثرت في هذا الصدد بل، واكثر الاحكام حصيلة في التعويض في تاريخ القضاء الامريكي. ففي 14 نوفمبر عام 1985 بمدينة هوستن بولاية تكساس الامريكية، اصدر القاضي (Solomon Casseb)⁽¹⁾ حكماً بالتعويض قدره احد عشر مليار دولار امريكي على شركة تكساكو Texaco، ثالث اكبر شركات البترول في الولايات المتحدة الامريكية في ذلك

(1) Cass Civ Iere ch. 24 Novembr 1976. Bull . civ. 1976-1-N°: 370, P.25 et ences/ senslaussiregardez Douai, 14 mars 1961. D 1961-I-P.678 et cass. Civ. Lere 29 fevler 1960 Bull civ 1960-II107.

نقلاً عن د. مصطفى ابو مندور موسى، مصدر سابق، ص527؛ د. ممدوح محمد مبروك، مصدر سابق، ص413.

(2) فقد نصت المادة (204) "كل تعدٍ يصيب الغير بأي ضرر اخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض". ينظر: د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري، والاستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص242 وما بعدها.

(1) ننوه بان القاضي كان قد خلف قاضياً اخر هو A. Farris والذي استقال لاسباب صحية بعد ان تابع كل اجراءات المحاكمة. ويذكر ان هذا القاضي الاخير قد اتهم فيما بعد بتلقيه رشوة من شركة بنزويل من اجل اعادة انتخابه. ينظر: رجب كريم عبد اللاة، مصدر سابق، ص651.

الوقت، لتدخل الأخيرة الذي افسد صفقة شراء شركة بنزويل (Pennzoil) لشركة جيتي ويل (Gettyoil) وتتحصل وقائع هذه القضية في قيام شركة بنزويل، في 28 ديسمبر 1983، بالتقدم بعرض الى شركة جيتي ويل لشراء اسهم الأخيرة بسعر 100 دولار امريكي للسهم الواحد، فوافقت شركة جيتي ويل على الصفقة من حيث المبدأ، وجرت بين الطرفين مفاوضات في هذا الشأن توصلت الى رفع سعر السهم الى 110 دولار امريكي، وحررا بذلك مذكرة اتفاق، وتم التوقيع عليها من الطرفين في 2 يناير 1984، وبعد مناقشات طويلة اثارها اعتراض احد اعضاء المجلس على السعر المقدم من المشتري، اعتمد مجلس ادارة شركة جيتي مشروع عقد بيع شركة جيتي الى شركة بنزويل بسعر 115 دولار للسهم، على ان تلتزم شركة بنزويل بتعويض من سيخرج من اعضاء المجلس مستقبلاً، بعد تغير نسبة الاغلبية في المجلس، بتعويض يطلق عليه "مظلة الهبوط الذهبية". وفي اليوم التالي تم الاعلان في الصحف عن توصل الطرفين الى اتفاق مبدئي حول الصفقة.

ولكن في 5 يناير 1984 وبينما كان محامو الطرفين عاكفين على صياغة العقد النهائي تدخلت شركة تكساكو متعددة الجنسيات في الصفقة، واجرت مفاوضات سرية وسريعة مع شركة جيتي من اجل شراء اسهمها بدلاً من شركة بنزويل، وعرضت مبلغ 128 دولاراً للسهم الواحد وقد اسفرت هذه المفاوضات عن توقيع خطاب نوايا بين الطرفين في 6 يناير 1984، تضمن الاتفاق على شراء شركة تكساكو لشركة جيتي بقيمة اجمالية للصفقة مقدارها عشر مليارات دولار. وقد اعتمد مجلس ادارة شركة جيتي عقد البيع النهائي بالاجماع، على ان تكون شركة تكساكو، بموجب بند في العقد يسمى (Impanityclause)، هي المسؤولة الوحيدة عن هذه الصفقة في مواجهة الغير. وعلى اثر ذلك، قامت شركة بنزويل في 10 يناير 1984 برفع دعوى قضائية على شركة تكساكو امام محكمة هوستن الابتدائية، وذلك للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي اصابها من جراء التدخل الأخير، بشكل غير مشروع في هذه المرحلة شبه الناجحة والتي تم التوصل اليها بعد مفاوضات جرت بينها وبين شركة جيتي والذي ادى الى فشلها وضياع الصفقة منها⁽¹⁾.

وقد اصدر القاضي (S.Casseb) حكمه التاريخي بالزام شركة تكساكو بتعويض شركة بنزويل بمبلغ اجمالي قدره 11 مليار دولار، منهم 7.53 مليار دولار على سبيل التعويض عن تدخل شركة تكساكو غير المشروع الذي افسد الصفقة، وثلاثة مليارات كتعويض عن اخلال شركة جيتي بالاتفاق التمهيدي الذي تم بينها وبين شركة بنزويل قبل تدخل شركة تكساكو، وتلزم شركة تكساكو بهذا الشق الأخير من التعويض بصفتها المسؤولة قانوناً -بمحض رضاها- عن الصفقة في مواجهة الغير. وقد اعتبرت المحكمة ان شركة تكساكو مسؤولة عن التعويض في شقيه مسؤولية تقصيرية فقد رأت ان هذه الشركة تعد مسؤولة عن الشق الاول من التعويض مسؤولية تقصيرية، وهذا امر بديهي، باعتبار

(1) M. Edouard CHAMY, L'Affair Texaco-Pennzoil et ses multiples developpements au sein du systeme judiciaire, J. D. I. 4, 1988. P.979.
نقلاً عن: د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص 73 وما بعدها،

الفصل الثاني

ان تدخلها في المفاوضات شبه الناجحة بين شركتي جيتي وبنزويل وافسادهما على هذه الاخيرة يعد عملاً غير مشروع يقيم مسؤوليتها التقصيرية. أما عن الشق الثاني من التعويض، فقد اعتبرت المحكمة ان شركة تكساكو تكون مسؤولة عنه مسؤولية تقصيرية ايضاً. فبالرغم من اعتراف المحكمة بان الاتفاق المبدئي المبرم بين شركتي جيتي وبنزويل يعتبر عقداً ملزماً لطرفيه، الا انها رأت مع ذلك ان الاخلال به يرتب المسؤولية التقصيرية، حتى ولو تخلف سوء النية الجسيم او الخطأ الجسيم، والواقع ان هذا الموقف لا يخلو من النقد اذ مادام ان المحكمة تعترف بالقيمة العقدية للاتفاق المبدئي، فكان يتعين عليها ان تعتبر المسؤولية فيما يتعلق بالشق الثاني عن التعويض مسؤولية عقدية. فاذا كان المنطق يحتم ان تكون شركة تكساكو مسؤولة عن افساد ما لهذه المرحلة مسؤولية تقصيرية باعتبارها من الغير، فان المنطق ذاته يقضي ان تكون شركة جيتي مسؤولة تجاه شركة بنزويل مسؤولية عقدية، وذلك لاخلالها بالاتفاق المبدئي الذي ابرمته معها من قبل(1).

وعلى اية حال فقد تم استئناف هذا الحكم امام محكمة استئناف تكساس، ولكن المحكمة ايدت الحكم، مع تخفيض مبلغ التعويض في شقه الثاني الى مليار دولار بدلاً من ثلاثة مليارات.

وقد توالى الطعون على هذا الحكم، حتى وصل الى المحكمة الفيدرالية العليا للولايات المتحدة الامريكية، وقد اصدرت الاخيرة حكماً في 6 أبريل عام 1987 بعدم اختصاصها بنظر الدعوى، وذلك لكونها من المنازعات الداخلية لولاية تكساس، مما مؤاده ان محاكم تكساس هي التي تختص بنظر تلك الدعوى ولكن المحكمة الفيدرالية العليا طرحت على شركة تكساكو خيارين، هما ان تتفاوض مع شركة بنزويل من اجل التوصل الى حل ودي للنزاع اولاً او ان تطلب -اشهار افلاسها، مع استفادتها من الحماية القانونية المقررة في الفصل الحادي عشر من قانون الافلاس الفيدرالي. وبناء على ذلك عرضت شركة تكساكو التصالح مقابل دفع مليارين من الدولارات ولكن شركة بنزويل اصررت على دفع اربعة مليارات كحد ادنى وفي ذلك الحين ساء الوضع المالي لشركة تكساكو، مما اضطرها الى ايداع طلب لأشهار افلاسها امام المحكمة الفيدرالية لولاية نيويورك، المقر الرئيسي لشركة تكساكو. وفي الوقت نفسه كان قد تم الطعن في حكم القاضي (S.Casseb) امام المحكمة العليا بولاية تكساس، وقد اصدرت المحكمة حكماً في 2 نوفمبر 1987 بتأييد الحكم وفي ظل هذه الظروف ايقن الطرفان المتنازعان انه لا مناص من قبول الحل الودي. وبالفعل قبلت شركة بنزويل ان تتصالح مع شركة تكساكو، مقابل ان تدفع الاخيرة مبلغ 2 مليار دولار، والذي سبق ان عرضته.

وفي 21 ديسمبر 1987 وقع الطرفان على اتفاق الصلح النهائي وبذلك اسدل الستار على معركة قانونية حامية استمرت ثلاث سنوات(2).

(1) ينظر: محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص74.
(2) د. محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، ص74؛ د. كريم رجب عبد الاله، التفاوض على العقد، مصدر سابق، ص654.

المطلب الثالث

الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية

للاطراف في المرحلة السابقة على التعاقد

تبين لنا مما تقدم ان الفعل الضار للطرف الذي يروم التعاقد مع اخر هو اساس مسؤوليته المدنية، وقد يشكل في آن واحد خطأ عقدياً يتمثل في اخلاله بالاتفاق الصريح او الضمني، الذي تم الاتفاق عليه في المرحلة التي تسبق ابرام العقد وخطأً تقصيرياً يتمثل في اخلاله بواجب عدم الاضرار بالغير. ويعني ذلك ان هذا الفعل الواحد يقيم مسؤولية هذا الطرف العقدية وكذا مسؤوليته التقصيرية. وهنا يثار التساؤل عن اذا كان يجوز له وهو المضروب الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في رجوعه على الطرف المسؤول، فيختار من بينهما المسؤولية التي يراها تحقق مصلحته⁽¹⁾.

وقد اثارت مشكلة الخيرة بين المسؤوليتين خلافاً كبيراً في الفقه والقضاء لا يمكن بحثه بالتفصيل في بحثنا هذا، الا انه نكتفي بالاشارة الى ان محكمة النقض في فرنسا⁽²⁾ ومصر⁽³⁾ قد انتهت الى عدم جواز الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، الا اذا كان الاخلال بالالتزام العقدي يكون جريمة او يعد غشاً او خطأً جسيماً⁽⁴⁾.

فالقاعدة اذن هي عدم جواز الخيرة وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية "وإذا خص المشرع المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية كلا منها باحكام تستقل بها عن الاخرى، وجعل لكل من المسؤوليتين نطاقاً محدداً، فاذا قامت علاقة تعاقدية محددة باطرافها ونطاقها، وكان الضرر الذي اصاب احد المتعاقدين قد وقع بسبب اخلال الطرف الاخر بتنفيذ العقد، فانه يتعين الاخذ باحكام العقد وبما هو مقرر في القانون بشأنه، باعتبار ان هذه الاحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد، سواء عند تنفيذه تنفيذاً صحيحاً او عند الاخلال بتنفيذه، ولا يجوز الاخذ باحكام المسؤولية التقصيرية التي لا يرتبط الضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة، لما يترتب على الاخذ باحكام المسؤولية

(1) فاذا كانت الخيرة غير جائزة الا في حدود معينة في اكثر التشريعات في العالم نجد ان ذلك امر جائز في القانون الانكليزي. ينظر: د.هاني صلاح الدين، المفاوضات في العقود التجارية، مصدر سابق، ص41.

(2) ينظر:

- Cass. Civ. 13 Nov. 1970 , Bull. Civ. 111, n596, P.436- Cass. Civ. 18 Dec. 1972, D 1973, P.272-Cass. Civ. Juin 1993, J. C. P. 1994, 11, 2267, note Roussel.

نقلاً عن د.رجب كريم عبد اللة، مصدر سابق، ص647.

(3) نقض مدني 25 فبراير 1965، المجموعة س16، رقم 35، ص220 و6 ابريل 1968، المجموعة س19، رقم 110، ص762، و17 يناير 1981، المجموعة رقم 70، ص355 و4 ابريل 1990، المجموعة س41، رقم 151، ص917. نقلاً عن د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص466.

(4) الا ان الفقه انتقد القضاء على موقفه كونه لم يدرك حقيقة العلاقة بين نوعي المسؤولية المدنية حيث لا يترتب على توافر الغش او الخطأ الجسيم سوى قيام المسؤولية التقصيرية الى جوار المسؤولية العقدية فلا تختفي المسؤولية العقدية لتستقل المسؤولية التقصيرية. ينظر: د.جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص548 وما بعدها.

الفصل الثاني

التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من اهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عن عدم تنفيذه، مما يخل بالقوة الملزمة لها"⁽¹⁾.

ومع ذلك يجوز الخيرة بين المسؤوليتين على سبيل الاستثناء في حالات معينة ، فقد اوردت محكمة النقض الفرنسية، المصرية، عدة استثناءات على مبدأ عدم جواز الخيرة تتعلق بالحالات التي يكون فيها الفعل الذي اضر بالطرف الاخر مكوناً جريمة او يعد غشاً او خطأ جسيماً، وذلك لان الشخص يجب عليه ان يمتنع عن القيام بهذه الافعال دائماً، سواء اكان متعاقداً ام لا.

وقد افصحت محكمة النقض المصرية عن ذلك عندما اردت الى ما سبق قولها وذلك مالم يثبت ضد احد الطرفين المتعاقدين ان الفعل الذي ارتكبه وادى الى الاضرار بالطرف الاخر يكون جريمة او يعد غشاً او خطأ جسيماً، مما يتحقق معه المسؤولية التقصيرية، تأسيساً على انه اخل بالتزام قانوني، اذ يمتنع عليه ان يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات، سواء كان متعاقداً ام غير متعاقداً"⁽²⁾.

وعليه فان كان فعل الطرف الضار يشكل خطأ عقدياً وخطأ تقصيرياً في نفس الوقت، فان الاصل الا يجوز للطرف المضرور ان يفاضل بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية ليختار بينهما المسؤولية التي تروق له وانما يتعين عليه ان يسلك في رجوعه على الطرف المسؤول طريق دعوى المسؤولية العقدية وحده، ولا يلجأ الى طريق دعوى المسؤولية التقصيرية، حتى ولو كانت الاخيرة في صالحه. اما اذا كان فعل هذا الطرف الضار قد كون جريمة او بلغ حد الغش او الخطأ الجسيم كما في الحالات التي سبق بيانها للخطأ التقصيري الذي يقع في مرحلة ما قبل ابرام العقد، فان الطرف المضرور يكون حينئذ بالخيار ان يسلك طريق دعوى المسؤولية العقدية، او طريق دعوى المسؤولية التقصيرية، ايهما اقرب لمصلحته . فقد يرى ان مصلحته تكون في المسؤولية التقصيرية، وذلك لكي يستفيد من مزاياها المتمثلة في تضامن المدينين، وفي الحصول على تعويض عن كل الضرر المباشر متوقفاً وغير متوقع، وفي ابطال شرط الاعفاء من المسؤولية . وقد يرى على العكس من ذلك ان مصلحته تكون في المسؤولية العقدية، بحيث يستفيد من مزاياها المتعددة، واهمها سهولة الاثبات، وطول مدة التقادم، اذ تتقادم دعوى المسؤولية العقدية بخمس عشرة سنة، في حين ان دعوى المسؤولية التقصيرية تتقادم بخمس سنوات او بخمسة عشرة عاماً ايهما اقصر"⁽¹⁾.

(1) نقض مدني 16 ابريل 1968، سابق الاشارة اليه. نقلاً عن د. محمد حسام محمود لطفى، مصدر سابق، ص79.

(2) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص1060؛ د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص198 ومابعدها؛ وينظر: د. حسام كامل الاهوائي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص29 ومابعدها.

(3) د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص226 ومابعدها؛ د. محمد حسام محمود لطفى، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص81 و82.

- اذ تتقادم دعوى المسؤولية العقدية بخمس عشرة سنة، في حين ان دعوى المسؤولية التقصيرية تتقادم بخمس سنوات او بخمس عشرة سنة ايهما اقصر وفقاً لاحكام القانون المدني العراقي م(429).

فقد نصت هذه المادة (الدعوى بالالتزام ايا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه من احكام خاصة".
والمادة 431 بفقرتيها 1 و 2 والتي تنص على "1. كل حق دوري متجدد كالاجرة والفوائد والرواتب والايرادات المرتبة لا تسع الدعوى به على المدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس سنوات. 2. اما الربح المتحقق في ذمة الحائز سيء النية والريع الواجب على متولي الوقف اداؤه للمستحقين فلا تسمع الدعوى بهما على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة".

المبحث الثاني

آثار المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد

إذا قام الالتزام سواء اكان عقدياً أم تقصيرياً فليس له الا اثر واحد وهو وجوب تنفيذه ولو جبراً على المدين، بأن ينفذ عين ما التزم به، او بمقابل عن طريق التعويض وكان للدائن ان يجبره على هذا التنفيذ جبراً او قهراً ازاء رفض الوفاء اختيارياً. فاذا لجأ الدائن الى اسلوب التنفيذ الجبري كان في الامكان، حسب الاحوال، ان ينفذ عيناً فيقتضي عين ما التزم به المدين (اعطاء، او عمل، او امتناع) او ان يلجأ كما هو الغالب الى تنفيذ الالتزام بمقابل يقتضي تعويضاً، ولكن قد لا يجبر المدين على تنفيذ التزامه عيناً ولا تنفيذه بمقابل، وانما قد يكون الجزاء هو الابطال نتيجة اخلال المدين بالتزامه بالادلاء بالبيانات والمعلومات، ذلك الالتزام الناشئ في المرحلة السابقة على التعاقد. عليه فاننا سندرس في هذا المبحث بشيء من التفصيل مدى امكانية اجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناً من خلال استعراض التنفيذ العيني في المطلب الاول ثم سنتناول التنفيذ بطريق التعويض او التنفيذ بمقابل في المطلب الثاني، واخيراً نعكف على دراسة الاخلال بالالتزام الناشئ في المرحلة السابقة على التعاقد (الالتزام بالاعلام) في المطلب الثالث وكالاتي:

المطلب الاول

التنفيذ العيني الجبري

يقصد بالتنفيذ العيني ان يقوم المدين باداء عين ما التزم به الى الدائن والاصل في تنفيذ الالتزام ان يكون عينياً، فاذا نكل المدين عن التنفيذ العيني طواعية، جاز للدائن ان يجبره على ذلك عن طريق القضاء⁽¹⁾، شريطة ان يكون هذا التنفيذ ممكناً وغير مرهق للمدين. وقد نصت المادة (246) من القانون المدني العراقي صراحة على انه "1. يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً. 2. على انه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً). كما نص القانون المدني المصري على نص مشابه للمادة 246 وهو نص المادة (203)⁽¹⁾ منه وهذان الشرطان ينفرد بتقديرهما قاضي الموضوع بحسب ظروف كل حال مراعيماً في ذلك الطريقة التي يقضي بها العرف ويستوجبها حسن المعاملة

(1) د. سعيد جبر، احكام الالتزام، مصدر سابق، ص 28 وما بعدها؛ د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص 941؛ د. محمود جمال الدين زكي، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص 728.

(1) فقد نصت المادة 203 من القانون المدني المصري صراحة على ان يجبر المدين، بعد اعداره، على تنفيذ التزامه عينياً، متى كان هذا التنفيذ ممكناً وغير مرهق. وفي سبيل دفع المدين لتنفيذ التزامه عينياً، يجوز للدائن، في الحالات التي يقتضي فيها التنفيذ عينياً تدخل المدين شخصياً، طلب الحكم بالزامه بدفع غرامة تهديدية عن كل يوم، او اية وحدة زمنية يتأثر بها عن تنفيذ التزامه. ينظر: د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، احكام الالتزام، مصدر سابق، ص 203.

ومحترماً لمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الذي ينطبق على كل الالتزامات سواء أكانت عقدية ام غير عقدية⁽²⁾.

فاذا لم يقم احد الاطراف بتنفيذ التزامه بالبده في هذه المرحلة اختياراً والدخول بها والاستمرار فيها، فعندئذ هل يجوز له ان يلجأ الى القضاء طالباً الحكم باجباره على الدخول فيها او الاستمرار فيها؟ أي هل يجوز اجبار المدين هنا على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً؟ لم يتردد الفقه المصري في مجموعة في استبعاد التنفيذ العيني الجبري، فقد ذهب الى عدم جواز اجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلاً ولا مرهقاً، وذلك لسببين هما ان تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً يقتضي تدخل المدين شخصياً، والفرض انه يرفض تماماً الدخول في هذه المرحلة او الاستمرار فيها، فاذا اجبر على ذلك كان هذا الاجبار مساساً بحريته الشخصية، وهذا لا يجوز طبقاً للقاعدة الاصولية القاضية بان "لا يكره المرء على فعل ما لا يريد". ولهذا فلا يجوز اجبار المدين على بدء او مواصلة المرحلة التي تسبق ابرام العقد، كما لا يجوز مثلاً اجبار الرسام على رسم لوحة وعد بها، والا كان في ذلك مصادرة لحرية⁽³⁾.

اما السبب الاخر فان هذا الاجبار يكون غير مجد في المرحلة التي تسبق التعاقد، وذلك لان هذه المرحلة تحتاج الى التعاون الحقيقي بين الطرفين، ولا يتصور أي تعاون من شخص اكره على البدء بهذه المرحلة والاستمرار فيها ولذا فهي اذا ما تضمنت اجباراً لا تثمر عقداً، بل يكون مصيره الفشل لا محالة. ولذلك لا يجوز اجبار المدين بطريق مباشر على الدخول في هذه المرحلة او الاستمرار فيها⁽¹⁾.

على انه اذا كان لا يجوز اجبار المدين بطريق مباشر على البدء بالمرحلة السابقة على التعاقد او الاستمرار فيها، الا انه يجوز في سبيل حثه على تنفيذ التزامه ان تستعمل وسيلة الغرامة التهديدية، فيحكم القاضي بالزامه بدفع مبلغ معين من النقود عن كل مدة زمنية يتأخر فيها عن الدخول في هذه المرحلة او الاستمرار فيها. غير انه اذا لم تُجد هذه الوسيلة فلا مناص من الاكتفاء بالحكم عليه بالتعويض النقدي⁽²⁾.

ورغم ندرة التطبيقات القضائية في شأن الاجبار على هذه المرحلة، الا ان ثمة حكماً صادراً من محكمة استئناف باريس في 28 سبتمبر 1976 تقضي بالاجبار على البدء

(2) د.جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص24.

(3) ينظر: د.محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص85؛ د.محمد عبد الظاهر حسن، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص103.

(1) د.محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص86.

- حيث ان الاساس الذي تقوم عليه هذه المرحلة ابتداءً التعاون بين الاطراف التي تروم التعاقد لتحقيق نتائج مرضية للطرفين. ينظر: د.وفاء حلمي ابو جميل، مصدر سابق، ص112؛ د.حسام كامل الاهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي، مصدر سابق، ص10.

(2) د.محمد لبيب شنب، الذي اشار الى عدم جواز الحكم بالغرامة التهديدية في مجال العلاقات الزوجية، ينظر: مؤلفه دروس في نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص203.

- كما يرى البعض ان السبب الحقيقي لعدم اجبار الفنان عن طريق الغرامة التهديدية هو ضرورة احترام حرية الابداع. ينظر: د.محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص186. فقد نصت 253 من القانون المدني العراقي على انه "اذا كان عقد الالتزام غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناء على طلب الدائن ان تصدر قرار بالزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية ان بقي ممتعاً عن ذلك".

والاستمرار في هذه المرحلة وتتعلق وقائع هذا الحكم بعقد توريد كمية من زيت الماوزت بين شركة (E.D.F) وشركة شل الفرنسية، وقد كان العقد يتضمن بنداً يلزم العودة الى المرحلة السابقة على التعاقد لغرض اجراء المفاوضات والمناقشات حول الثمن في حالة ارتفاع او انخفاض الاسعار. وعقب حرب اكتوبر، واذ ارتفعت اسعار البترول، كان لابد من ان يرجع الطرفان الى المرحلة السابقة على التعاقد والتفاوض والتناقص حول تعديل الثمن، وهذا ما حدث فعلاً، ولكن باءت هذه المرحلة بالفشل. وبرفع الامر الى محكمة استئناف باريس قضت المحكمة، قبل ان تفصل في الموضوع، بالزام الطرفين بالبدء بهذه المرحلة والعودة اليها مجدداً كمحاولة للتوصل الى اتفاق، على ان يكون للمحكمة في حالة فشل المفاوضات ان تقضي، على ضوء المفاوضات والحلول المقترحة، اما بابطال العقد او بتعديله بمعرفتها. والواقع انه لا يمكن التعويل على هذا الحكم وحده للقول بجواز الاجبار على البدء او الاستمرار في هذه المرحلة، بل انه يتعين استبعاد التنفيذ العيني الجبري من هذه المرحلة احتراماً لحرية الاطراف الشخصية فيها، واختصاراً للوقت لان البدء او الاستمرار في هذه المرحلة بطريق الاجبار لا طائل من ورائه، اذ انه لا يكفل بالنجاح عادة(1).

بيد ان هناك التزاماً في المرحلة السابقة على التعاقد يقبل بطبيعته التنفيذ العيني جبراً على المدين، وهو الالتزام بالمحافظة على الاسرار. فاذا كان أحد الاطراف في سبيله الى استغلال المعلومات الفنية او المالية الخاصة بالطرف الاخر او التصرف فيها الى الغير لحسابه الشخصي، جاز للطرف الاخر، أي الدائن، ان يتخذ الاجراءات القضائية اللازمة لمنع الطرف الاخر من تحقيق ذلك واذا تمكن هذا الاخير من البدء في استغلال هذه المعلومات بالفعل، استطاع الدائن ان يجبره على عدم الاستمرار في هذا الاستغلال، كأن يستصدر حكماً باغلاق المنشأة التي تم فيها هذا الاستغلال المخالف. كل ذلك دون الاخلال بحق الدائن في المطالبة بالتعويض(2).

واذا كان لايجوز للقاضي ان يجبر الطرف الاخر على الدخول او الاستمرار في هذه المرحلة، فلا يجوز له من باب اولي ان يجبره على التعاقد، أي لا يجوز له ان يحل ارادته محل ارادة الطرف الاخر الراض الاستمرار في هذه المرحلة ويقضي باعتبار

(1) CA. Paris, 28Sept. 1976, J. C. P. 1978.11., 18810, Obs. J. Robort.

- نقلاً عن د.محمد ابو زيد، مصدر سابق، ص101.

- حيث ان هذه المرحلة تقوم على التراضي فلا يمكن اجبار الطرف الذي قطعها او تقاعس عن الاستمرار فيها على العودة اليها والجلوس على مائدة المفاوضات او دفعه الى السير فيها في جو نفسي يسوده التوتر والنزاع. ينظر: د.احمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مصدر سابق، ص73.

(2) ينظر: د.محمد ابراهيم دسوقي، مصدر سابق، ص96؛ د.محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص30؛ د.حسام محمد عيسى، مصدر سابق، ص134؛ د.نصيرة جمعة == سعدي، مصدر سابق، ص303؛ د.حسام الاهوائي، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومرآح اعداد العقد الدولي، مصدر سابق، ص422 و442؛ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص162 و163؛ د.غنام محمد غنام، مصدر سابق، ص24.

- وقد اخذ القضاء الانكليزي بهذا الحل، اذ اجاز للدائن ان يلجأ الى القضاء لمنع المدين من نشر او استخدام اية معلومات سرية، سواء كانت فنية او مالية او غيرها، يكون قد استحوذ عليها من الدائن خلال هذه المرحلة. ينظر: د.هاني صلاح سرى الدين، المفاوضات في العقود التجارية، مصدر سابق، ص70.

العقد قائماً على سبيل التعويض العيني وهذا ما يسلم به جمهور الفقهاء ولم يجحده القضاء⁽¹⁾ لاسباب اربعة: السبب الاول يكمن في ان الخطأ الذي يسأل عنه المدين يتمثل فحسب في رفضه البدء او الاستمرار في المرحلة التي تسبق التعاقد دون مسوغ مشروع، وليس في رفض ابرام العقد النهائي. اذ الواقع ان في هذه المرحلة يلتزم الطرفان بالتعامل بحسن النية ولكن في نفس الوقت لا تلزم اطرافها بابرام هذا العقد بالفعل، ومن ثم اذا اقام القاضي العقد رغم ارادة احد الاطراف فانه يكون قد الزمه باكثر مما يلتزم به⁽²⁾.

اما السبب الثاني فهو ان التضمر من عدم ابرام العقد لا يمكن التعويض عنه تعويضاً عينياً ولا نقدياً، وذلك لكونه ضرراً محتملاً كما رأينا، أي لم يقع فعلاً ولا هو محقق الوقوع في المستقبل. اذ ان لكل طرف من اطراف هذه المرحلة مطلق الحرية في العدول عن هذه المرحلة والامتناع عن ابرام العقد حتى اخر لحظة، شريطة ان يكون لذلك ما يسوغه فاذا ما عدل المدين يعتبر مسوغاً مشروعاً، فان كل ما يضيع على الدائن هو مجرد "فرصة للتعاقد" حينئذ وليس العقد نفسه، وهذه الفرصة هي وحدها التي يمكن على سبيل التعويض العيني، فانه بذلك يكون قد حكم باكثر مما طلب منه⁽¹⁾.

اما السبب الثالث فهو ان القاضي لا يملك ان يتدخل لتكملة العقد بنفسه والحكم بانعقاده الا عندما يتوصل الطرفان بالفعل الى اتفاق على جميع المسائل الجوهرية في العقد، دون ان يعلننا تمام العقد على الاتفاق على المسائل الاخرى الثانوية. اما اذا لم يتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية في العقد او اتفقا عليها واحتفظا بالمسائل الثانوية للاتفاق عليها فيما بعد واشترطوا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، فان العقد لا ينعقد واذا قام احد الطرفين بالانسحاب من هذه المرحلة قبل الاتفاق على المسائل الباقية، وهذا هو الفرض هنا، فان القاضي لا يستطيع ان يتدخل لتكملة هذه المسائل بمعرفته ويقضي بانعقاد العقد رغماً عن ارادة هذا الطرف المنسحب وذلك لان الاتفاق على بعض المسائل الجوهرية في العقد، او على كل هذه المسائل مع تعليق تمام العقد على الاتفاق على المسائل الثانوية المؤجلة، على اعتبار ان أي مسألة ثانوية يمكن ان تتحول الى مسألة جوهرية بطريقة ارادية لذا فانه يعتبر في هذه الحالة مجرد مشروع عقد غير ملزم للطرفين، ومن ثم لا يجوز للقاضي ان يحوله الى عقد نهائي ويفرضه على احد الطرفين فرضاً⁽²⁾.

(1) د. محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص 84 وما بعدها.
(2) اذ انه من غير الممكن اقتران ارادة باخرى الا باتفاق ثنائي متبادل وهذا يعد شيئاً مقدساً لا يجوز المساس به اذ يكون من غير المنطقي اجبار فرد بالزام تعاقدي لا يرغب المساهمة فيه او انسحب منه الا اذا استند في ذلك الى سبب مشروع. ينظر: د. صلاح الدين زكي، مصدر سابق، ص 88؛ د. جمعة موسى الربيعي وفؤاد العلواني، مصدر سابق، ص 46.
(1) د. حسين وعبد الرحيم عامر، مصدر سابق، ص 336؛ د. حمدي احمد سعد، مصدر سابق، ص 505؛ د. مصطفى ابو مندور موسى، مصدر سابق، ص 546.
(2) د. انور سلطان، مصدر سابق، ص 74؛ محمد ابراهيم دسوقي، مصدر سابق، ص 40؛ د. عبد الناصر توفيق العطار، مصدر سابق، ص 33؛ د. حسام كامل الاهواني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 69-70؛ د. محمد حسن عبد العال، مصدر سابق، ص 72 وما بعدها.
- حيث لا يجوز للقاضي التدخل في هذه الحالة وانما يترك للاطراف انفسهم امور تنظيم هذه المسائل التفضيلية المعلقة. ينظر: د. احمد حشمت ابو ستيت، مصدر سابق، ص 606؛ د. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، مصدر سابق، ص 35.

وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية "ان مشروع عقد البيع لا يكون ملزماً لاي من الطرفين، يستطيع كل منهما الامتناع عن ابرام البيع ولا يجوز للطرف الاخر اجباره على ذلك عن طريق القضاء"⁽¹⁾. فضلاً عن ذلك فان من يفرض عليه العقد رغم ارادته لا يرجى منه أي تعاون اثناء تنفيذه، الامر الذي يفتح باب النزاع والشقاق بين الطرفين في المستقبل. وهكذا فانه اذا قامت مسؤولية احد الاطراف العقدية عن اخلاله بالتزامه، فان القاضي لا يستطيع ان يجبره على الدخول في هذه المرحلة الاستمرار فيها، كما لا يستطيع ان يجبره على التعاقد، وانما يتعين عليه ان يكتفي بالحكم عليه بالتعويض النقدي فحسب، رغم ان الاصل هو التنفيذ العيني عن اخلال احد الاطراف بالتزامه وقيام المسؤولية العقدية⁽²⁾.

المطلب الثاني

التنفيذ بطريق التعويض او التنفيذ بمقابل

ان طريق التنفيذ العيني اذا ما انغلق اما تخلف شرط او اكثر من شروطه، أو لاتفاق الدائن والمدين صراحة او ضمناً على العدول عنه. لم يكن امام الدائن الحريص على اقتضاء حق الا ولوج طريق التنفيذ بمقابل فيحصل على مقابل للتنفيذ العيني يتمثل في تعويض يغطي مالحقه من ضرر وما فاتته من كسب. فالتعويض هنا يكون عادلاً وشاملاً لكل ما اصاب المضرور من جراء عدم التنفيذ، مادام قد تقرر اجبار المدين على تنفيذ التزامه عينياً⁽³⁾. وفي ذلك تقول المادة 255 من القانون المدني العراقي "ينفذ الالتزام بطريق التعويض في الاحوال وطبقاً للاحكام التي نص عليها القانون" وطبقاً للقواعد العامة في التعويض فان القاضي هو الذي يتولى مهمة تقدير التعويض، شريطة الا يكون التعويض مقدراً في اتفاق بين الطرفين قما بتحديدده في المرحلة السابقة على التعاقد وعليه فانه يجب على القاضي عند تقدير التعويض ان يرجع اولاً الى ما يتضمنه الاتفاق الحاصل في المرحلة السابقة على التعاقد نفسها او في اتفاق لاحق (م170)⁽¹⁾، اذ قد يحدد فيها صراحة مقدار التعويض الذي يشمل قيمة التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، وتأخره في هذا التنفيذ، وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي،

(1) والا خرج دور القاضي من التفسير وخالف بذلك الاصول المقررة وصار له دور في تكوين العقد. ينظر: عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص111؛ انور سلطان، مصدر سابق، ص93؛ د.سمير عبد السيد تاغو، مصدر سابق، ص91؛ د.عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص168؛ د.عبد الرحمن سعودي، سلطة القاضي التقديرية في تعدي مضمون العقد، رسالة دكتوراه، ص20-21؛ د.ياسر احمد كامل الصيرفي، مصدر سابق، ص18.

(2) ينظر: د.رجب كريم عبد الالة، مصدر سابق، ص620؛ د. هاني صلاح سرى الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، مصدر سابق، ص33.

(3) ينظر في التفرقة بين التنفيذ العيني وهو ازالة الضرر الناجم عن الاخلال بالتزام بحيث يعود الدائن الى الوضع ذاته الذي يكون فيه لولا الاخلال به، والتعويض العيني لا يرفع الضرر فيبقى الاخلال بالالتزام قائماً ويقدم للدائن بديلاً كافياً وشافياً، وبالتأكيد هذه التفرقة يكتنفها الغموض. د.محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص60 وما بعدها؛ د.انور سلطان، مصدر سابق، ص66؛ وينظر: بترايف هذين المصطلحين: د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص1353.

(4) اذ تنص المادة 170 من القانون المدني العراقي على انه "1. يجوز للمتعاقد ان يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة المواد 168 و256 و257 و258".

يتعين على القاضي حينئذ ان يحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة او نقصان، اذ الفرض ان الطرفين قد قصدا بهذا الشرط الجزائي استبعاد سلطته التقديرية⁽²⁾.

على انه يتعين على القاضي الا يعتد في تقدير التعويض باتفاق الطرفين على توزيع النفقات في هذه المرحلة التي تسبق ابرام العقد فيما بينهما، اذ الفرض وفقاً للنية الحقيقية للطرفين ان هذا الاتفاق لا ينطبق الا اذا فشلت هذه المرحلة بدون خطأ من أحدهما⁽³⁾.

اما اذا لم يكن التعويض مقدراً بالاتفاق على النحو المتقدم استقل القاضي حينئذ بتقديره ويشترط في التعويض ان يكون جابراً لكل ما وقع من ضرر، وذلك بان يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، فضلاً عن اشتماله على ما لم به من ضرر ادبي، (م 205 مدني عراقي)⁽¹⁾ وهذا ما يعبر عنه بمبدأ التعويض الكامل. اذ ان الهدف من المسؤولية العقدية هنا اعادة المضرور الى الوضع الذي كان عليه قبل الدخول بهذه المرحلة على نفقة المدين المسؤول وهو ما لا يتحقق الا بالتعويض الكامل، بينما الهدف في المسؤولية التصويرية هي تعويض الدائن عن الضرر الذي لحقه من خطأ المدين التصويري وهو ما لا يتحقق في المسؤوليتين الا بالتعويض الكامل⁽²⁾.

غير انه يجب على القاضي عند تقديره للتعويض ان يقصر هذا الاخير على الضرر الذي يجوز جبره، فحسب وهو الضرر المباشر الذي توقعه الطرفان وقت الاتفاق على الدخول في المرحلة السابقة على التعاقد فيما عدا حالتي الغش والخطأ الجسيم. والمحقق الوقوع في الحال، او في المستقبل، فالضرر الحال هو الضرر الذي وقع بالفعل وهو لا يثير أي مشكلة طالما تمكن المضرور من اثبات مداه. ولا يقتصر الضرر المحقق الذي يجب التعويض عنه الضرر الذي وقع بالفعل وانما يشمل كذلك الضرر الذي لم يقع بعد طالما ان وقوعه في المستقبل امر يتفق والمجري العادي للامور⁽³⁾.

اما بخصوص الضرر المستقبل فإن الفقه ميّز بين نوعين منه بحسب درجة احتمال وقوعه في المستقبل وهو ضرر كامن في الفعل الذي ارتكبه المسؤول، وهو الضرر الذي تتوافر في الخطأ المرتكب ذاته مقومات تحققه مستقبلاً، وضرر محتمل، وهو الضرر الذي لا يتجاوز مجرد التوقع أي هو ضرر مشکوك فيه، وبعبارة اخرى هو الضرر الذي لم يقع

(2) وذلك حكماً فيما عدا ما له من سلطة في تخفيض هذا التعويض الاتفاقي اذا اثبت المدين ان التقدير كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة، او ان الائتزم الاصلي قد نفذ في جزء منه (2/170)، وكذلك ما له من سلطة في زيادته اذا جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه واثبت الدائن ان المدين قد ارتكب غشاً او خطأ جسيماً، واذا كانت قيمة الشرط الجزائي من التفاهة بحيث لا تعتبر تعويضاً جدياً عن الضرر (م 3/170). ينظر: نصوص القانون المدني العراقي في المادة 170 بفقراتها اولاً وثانياً وثالثاً.

(3) ينظر: رجب كريم عبد اللاه، مصدر سابق، ص 622؛

(1) م 205 تنص (1). يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك فكل تعد على الغير في حريته او في عرضه او في شرفه او في سمعته او في مركزه الاجتماعي او في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولاً عن التعويض".

(2) ينظر في مبدأ الجبر الكامل للضرر د. حسام كامل الاهوائي، الاضرار الناتجة عن الحوادث التي تصيب جسم الانسان، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والانكليزي والمصري، الجزء الثاني، باريس، 1968، ص 515 وما بعدها؛ د. حسن علي ذنون، المبسوط في المسؤولية (الضرر)، بغداد، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة بدون عام طبع، ص 232.

(3) ينظر: د. مصطفى ابو مندور موسى، مصدر سابق، ص 544؛ د. جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص 484؛ د. حسام كامل الاهوائي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 678.

بعد ولا يوجد ما يؤكد وقوعه في المستقبل، فالامر في شأنه متردد في احتمال الوقوع وعدمه⁽¹⁾.

ويقتصر التعويض على النوع الاول دون الثاني، أي الضرر المحقق الذي يعد وقوعه في المستقبل امتداداً طبيعياً وحتمياً للخطأ، وفي هذا الصدد نفرق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية حيث لا يعوض -من حيث المبدأ- في اطار الاولى عن الضرر المباشر المتوقع، بمعيار موضوعي وليس ذاتي، وجده مالم يثبت ارتكاب المدين غشاً او خطأ جسيماً حيث يلتزم المدين بتعويض الدائن عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع على حد سواء، اما في اطار الثانية فيشمل التعويض دائماً الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع. وفي كل الاحوال يشترط للتعويض عن الكسب الفائت ان يكون للامل في هذا الكسب اسباباً مقبولة⁽²⁾.

وطالما اننا توصلنا الى ان الدائن يستحق التعويض لترتب المسؤولية العقدية، والتقصيرية على المدين فلا بد ان نتعرف على عناصر تقدير التعويض، فان المبدأ لعام الذي يحكم التعويض هو ضرورة تساويه مع الضرر الناجم، ويتمثل الاخير في الخسارة المحققة، او المكسب الضائع، او بعارة اخرى ما فات المضرور من كسب وما لحقه من خسارة. فهل ينطبق هذا المبدأ في حالة المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد؟ فبالنسبة للشق الاول من المبدأ وهو ما لحق المضرور من خسارة، فلاشك في ان المضرور في المرحلة السابقة على التعاقد من حقه ان يعوض عن جميع الخسائر التي لحقته اما بسبب عدم التعاقد او بسبب التعاقد بشكل غير السليم، كما لو تم نتيجة غش او تدليس⁽¹⁾. وهذه الخسارة تتمثل في الاضرار التي اصابته -كما سبق تحديدها- سواء اكانت مادية ام معنوية⁽²⁾.

اما عن الشق المتمثل فيما فات المضرور من كسب فمن الصعب تقبله في كل حالات المسؤولية قبل التعاقدية، اذ ان القول به يعني -في الوقت نفسه- اننا نرتب أثراً على عقد لم يبرم اذ ان الكسب المراد تعويضه هو ما كان يأمل المضرور تحقيقه من وراء ابرام العقد، اما وانه لا يوجد حديث عن عقد في المرحلة السابقة على التعاقد بل ينصب الكلام عن خطأ ترتب عليه قطع هذه المرحلة التي تسبق ابرام العقد او توقفها قبل ان تؤدي الى ابرام عقد فانه من غير المقبول في مثل هذه الحالة هو تعويض المضرور من توقف هذه

(1) وذلك كالضرر الذي يدعيه رجل البوليس والمتمثل ان البلاغ الكاذب الذي تقدم به ضده احد الاشخاص سيؤثر على ترقية المتوقعة في المستقبل ينظر: د.حسين وعبد الرحيم عامر، مصدر سابق، ص136؛ د.حسن علي دنون، مصدر سابق، ص161 وما بعدها.

(2) د. حمدي سعد، مصدر سابق، ص505.

- ومفاد ذلك ان الضرر المتوقع هو الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة أي الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات وانظر في التتويه بصعوبة التمييز بين الضرر المباشر وغير مباشر: د.سليمان مرقس، الوافي في الالتزامات، مصدر سابق، ص170.

(1) د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص87.

(2) ينظر: د.محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص87؛ د.محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص109.

المرحلة، او فشلها عما لحقه من خسارة بسبب هذا الفشل او ذلك التوقف اما عن النتائج او المكاسب التي كان ينتظر تحقيقها بعد ابرام العقد فلا مجال لتعويضها هنا⁽³⁾.

ولكن توجد حالات من المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد يعوض فيها المضرور عما فاتته من كسب بجانب ما لحقه من خسارة، ومنها الحالات التي تكون فيها المسؤولية عقدية مترتبة على مخالفة او عدم تنفيذ اتفاقات تمهيدية سابقة على العقد، وكذلك الحالات التي يتم فيها ابرام العقد ثم يشكو احد طرفيه خطأ الطرف الاخر او تقصيره في هذه المرحلة السابقة على التعاقد كما لو اشتكى من عدم قيامه بتزويده بالمعلومات والبيانات اللازمة لتنوير ارادته وبصيرته بشأن العقد المراد ابرامه وكذلك لو كان هناك تدليساً من جانب أحد الطرفين على الاخر. فلا شك في ان الحديث هنا يتعلق بعقد يشكو احد طرفيه من اخطاء ارتكبت قبل انعقاده ولا مانع هنا من تعويضه طبقاً للقاعدة العامة عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة. ويلاحظ ان تقدير التعويض من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع مادام يعتمد في قضائه على اساس معقول⁽¹⁾.

وفي كل الاحوال يشمل التعويض اساساً عن اجهاض هذه المرحلة ما يلي:

اولاً: نفقات هذه المرحلة منذ اعداد دراسات، او رسومات، او خرائط، او تقارير او غير ذلك ويحملها الطرف الاخر الذي تسبب بفعله في اجهاض هذه المرحلة التي تسبق ابرام العقد اذا كان الضحية شخصاً غير متخصص، او حتى متخصص يتعامل في غير مجال تخصصه، اذ ان هذه النفقات تعد بمثابة خسارة حقيقية وفعالية له، على ان يقتصر ذلك على النفقات التي يتكبدها منذ اللحظة التي يولد فيها لديه الامل الحقيقي في التعاقد، بيد انه يجب ان تكون هناك علاقة سببية بين هذه النفقات وبين هذه المرحلة الفاشلة بكل مراحلها أي ان تكون تلك النفقات قد تمت بمناسبة هذه المرحلة وبسببها ومن ثم فلا مجال لاسترداد ما انفقه الدائن قبل بدء هذه المرحلة ولا ما انفقه بعد علمه بانسحاب الطرف الاخر⁽²⁾.

كما يجب الا تكون هذه النفقات قد تمت نتيجة لخطأ الدائن المضرور اذ لو ثبت ان هذا الاخير قد تكبد هذه النفقات بسبب خفته، وسذاجته، او عدم احترازه فلن يكون من حقه ان يستردها من الطرف المسؤول. ويجب ايضاً، الا تكون هذه النفقات باهضة ومبالغ فيها الى الحد الذي يتجاوز المألوف، اذ لا يكون الطرف المدين مسؤولاً الا عن النفقات التي تمت في الحدود المعقولة فحسب، لان هذا القدر هو الذي يمكن توقعه عادة⁽³⁾.

اما بخصوص النفقات العادية (النثرية التي يبذلها المهني في سبيل جذب العملاء لغرض البدء معهم في المرحلة التي تسبق ابرام العقد لغرض التناقش والتفاوض معهم

(3) د.حسام كامل الاهواني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص129؛ د.سمير كامل، الوجيز في الاحكام العامة للالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992، ص55.

(1) الاستاذ مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الاولى، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1936، ص63.

(2) د.حسام كامل الاهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، مصدر سابق، ص12؛ محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص91 وما بعدها؛ د.صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، مصدر سابق، ص73؛ د.عبد جمعة موسى الربيعي وفؤاد العلواني، مصدر سابق، ص24.

(3) د.محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص92.

تمهيداً لابرار العقد فانها لا تكون محلاً للتعويض، اذ يذهب الفقه والقضاء الى ان المهني هو وحده الذي يتحمل هذه النفقات وذلك لكونها تضاف دائماً الى المصروفات العادية او العامة لمنشأته ولكن اذا اثبت ان ما انفق المهني بسبب الدخول في هذه المرحلة مع عميله تتجاوز حدود النفقات العادية - كما لو كان قد فرغ بعض مقابل اجر خاص، او استعان بخبراء من الغير، لاعداد العطاء او الرسومات او الماكينات المستخدمة بوجه خاص في هذه المرحلة والتي تسبب العميل في افساده بدون مسوّغ - فان العدالة تقضي هنا ضرورة ان يعرض المهني عن هذه النفقات الخاصة⁽¹⁾.

ثانياً : ضياع الوقت

يعد ضياع الوقت من الاضرار المتوقعة في المرحلة السابقة على التعاقد، لذا يجب التعويض عنه متى قام الدليل عليه. ويتمثل الوقت الضائع في الساعات او الايام او الشهور، بل والسنين احياناً، التي تكون قد استغرقتها هذه المرحلة سواء في المناقشات او التنقلات من مكان الى مكان ومن بلد الى اخر. ونظراً لندرة العناصر المادية التي تساهم في تحديد مقدار الضرر المتمثل في ضياع الوقت، فان القاضي يقوم بتقدير التعويض عنه جزافاً وفقاً لقواعد العدالة⁽²⁾.

وقد اكدت محكمة النقض الفرنسية في احد احكامها على وجوب التعويض عن ضياع الوقت في المرحلة التي تسبق ابرار العقد، فقد قام زوجان بالاتفاق مع مالك عقار عرضه للبيع لشرائه فوافق على ذلك، وبعد مرحلة التفاوض وصدور ايجاب من البائع طلبا منه تمديد القبول حتى يتسنى لهما تدبير التمويل اللازم للشراء، وبعد مرور ثلاثة اشهر من الانتظار اعلن الزوجان رفضهما للايجاب رفضاً نهائياً وعدلا عن التعاقد دون ابداء أي سبب فتمسك الموجب بان الرفض جاء متأخراً وطالب بالتعويض عن "ضياع الوقت" فرفض القضاء الموضوع مطلبه لعدم وقوع ضرر يسوّغ الزام الزوجين بجبره، الا ان محكمة النقض قد عابت على قضاة الموضوع رفضهم طلب الموجب بالتعويض لكونهم لم يأخذوا بنظر الاعتبار ان الموجب كان قد التزم بالبقاء على ايجابه مما دفعه الى عدم التصرف في عقاره طيلة هذا الوقت⁽¹⁾. وقد تعرضت محكمة النقض المصرية لمسألة التعويض عن ضياع الوقت في حكم لها حديث نسبياً أيضاً سبق وان اشرنا اليه عند اتفاق (أ) مع (ب) في التفكير له عن مشروع يستثمر فيه امواله على ان يكون شريكاً له فيه،

(1) د رجب كريم عبد الالة، مصدر سابق، ص 624.

- اذ تعتبر هذه النفقات خسارة حقيقية قد لحقت باحد الاطراف التي كانت تروم التعاقد وان هذا الضرر يستوجب جبره من قبل الطرف المسؤول عنه. ينظر: د.هاني صلاح سرى الدين، مصدر سابق، ص 34 ومابعدها. ينظر: د.محمد عبد الحسين عال، مصدر سابق، ص 137.
- ولا تشمل النفقات المصروفات العامة التي يجب ان تتحملها المشروعات كنوع من الدعاية والاعلانات والمنافسة. ينظر: غستان، تكوين العقد، مصدر سابق، ص 297.
(2) ينظر: د.حسام الدين الاهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، مصدر سابق، ص 12؛ د.محمد حسام محمود لطفي، مصدر سابق، ص 91 ومابعدها.

(1) Cass Civ. 1, Janv. 1977, D. 1977, P.59, note J. Schmit.

نقلاً عن: د.محمد حسام محمود لطفي، مصدر سابق، ص 947.

الفصل الثاني

فوافق على ذلك حتى اهتدى الى انشاء مصنع لعمل وطبع اسطوانات الاغاني والموسيقى وبعدها سافر (ب) لغرض تهيئة الآلات اللازمة للمشروع. تنصل (أ) عن اتفاقه مع (ب) الذي اهمل مشروعه التجاري عند السفر عدة شهور للبحث عن الآلات اللازمة للمشروع المتفق عليه فقضت محكمة النقض بان قيام (أ) بقطع المرحلة السابقة على التعاقد دون اخطار (ب) في الوقت المناسب يعتبر خطأ ترتبت عليه اضرار لـ(ب) ، منها ما تكبده من خسائر بسبب اضطرارة لاهمال مباشرة محله التجاري في المدة التي قضاها في الخارج لاختيار الآلات اللازمة للمصنع، اعتماداً على (أ) كان جاداً في ان تصل المرحلة التي سبقت ابرام العقد الى غايتها وقد الزمت المحكمة (أ) بتعويض (ب) عن هذا الضرر. ولكن مع ذلك يجب عدم المبالغة في تحديد مدى التعويض لان ذلك سيؤدي الى ان يكون عائقاً امام الافراد للاقبال على هذه المرحلة او البدء بها وبالتالي يؤدي الى الحاق الاذى والضرر امام ازدهار الاتفاقات والتعاقدات المختلفة⁽¹⁾.

ثالثاً: المساس بالسمعة التجارية

لاشك ان قطع المرحلة السابقة على التعاقد مع احد التجار وبدون أي مسوِّغ موضوعي من شأنه ان ينال من سمعته بين اقرانه في الوسط المهني التابع له، اذ ان ذلك غالباً ما يثير حوله الشكوك ويعرضه للاقاويل. فقد يشيع بين الناس ان قطع هذه المرحلة بعد بدأها مع هذا الطرف الاخر في مثل هذه الظروف الغامضة لا بد وان يكون وراءه اسباب خفية تتعلق بسوء مركزه المالي او القانوني، او قلة خبرته في الاستمرار بهذه المرحلة وجني ثمار النجاح منها مما يجعله فريسة سهلة امام الطرف الاخر وكل ذلك يؤثر بدون شك على سمعة هذا المتعاقد في السوق في الحاضر والمستقبل، ويظهره بمظهر الساذج الذي يسهل خداعه والتلاعب به⁽²⁾.

ويعد المساس بالسمعة التجارية للمتعاقد الاخر، نتيجة لقطع هذه المرحلة من قبيل الضرر الادبي الذي يجب جبره، ومن ثم يجب على القاضي ان يدخله في اعتباره عند تقدير التعويض. اذ انه بمجرد تحقق شروط المسؤولية سواء التعاقدية ام التقصيرية خلال المرحلة السابقة على التعاقد كان المدين مسؤولاً عن جبر الضرر بعنصريه المادي والادبي⁽³⁾.

رابعاً: تفويت فرصة ابرام العقد المتفق عليه

يعد فشل المرحلة التي تسبق ابرام العقد بمثابة انتهاء لها، اذ انها تعني فقدان الامل في ابرام العقد المتفق عليه. وقد يعزو الفشل الى المسلك الخاطئ لاحد الاطراف التي كانت تروم التعاقد مما سبب تفويت الفرصة عليه. والمقصود بتفويت الفرصة هو الحرمان من فرصة جادة وحقيقية لتحقيق كسب احتمالي. واذا كان من المعروف ان الضرر الاحتمالي لا يعوض عنه لكونه ضرراً غير محقق الوقوع في الحال او في المستقبل كما قلنا سابقاً،

(1) نقض مدني 27 يناير 1966 ، المجموعة س17 ، رقم 24 ، ص182. نقلا عن د. صلاح الدين زكي، مصدر سابق، ص73 وما بعدها؛ د. عبد جمعة موسى الربيعي وفؤاد العلواني، مصدر سابق، ص25.

(2) د. احمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مصدر سابق، ص74.

(3) ينظر: د. هاني صلاح سرى الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، مصدر سابق، ص34.

الفصل الثاني

فان تفويت الفرصة على العكس من ذلك يعد ضرراً محققاً يجب التعويض عنه في الحال، وذلك لانه يجعل تحقق الكسب امراً مستحيلاً بعد ان كان محتملاً وممكناً⁽¹⁾.

ويسلم القضاء في مجموعة بمبدأ وجوب التعويض عن تفويت الفرصة، فقد قضى بان الحرمان منها هو ضرر حال محقق، ولو كانت الافادة منها امراً محتملاً. وقضى ايضاً بان القانون لا يمنع من ان يدخل في حساب الكسب الفائت، الذي هو احد عناصر التعويض، وما كان يأمله المضرور من كسب، مادام هذا الامل يستند الى اسباب معقولة⁽²⁾. وقد واجهت هذه المسألة في بادئ الامر موقفاً متشدداً من جانب القضاء فقد كان الاخير لا يقبل تعويض الطرف المتضرر من قطع هذه المرحلة عن مجرد عدم ابرام العقد المتفق عليه. وقد اكدت ذلك صراحة محكمة استئناف رن الفرنسية، اذ قضت بانه "يجب الا يدخل في حساب مقدار التعويض المزايا التي حرم منها الطرف المضرور بسبب عدم ابرام العقد معه، لان العمل بغير ذلك يؤدي، بطريق غير مباشر، الى ترتيب اثار العقد بالرغم من عدم انعقاده⁽³⁾."

وفي هذا المعنى قضت محكمة بروكسل عام 1988 في قضية تتلخص وقائعها في انه قد تم البدء بالمرحلة السابقة على التعاقد وجرت مناقشات ومفاوضات من شركة بلجيكية مع شركتين احدهما فرنسية والاخرى امريكية حول التنازل عن امتياز بيع مستحضرات تجميل في بلجيكا وفي دولة لكسمبرج. وقد قررت المحكمة ان العلاقات بين الطرفين كانت جيدة، اذ ابرمت عدة عقود معها، خلال عشرة اشهر فقط بحوالي 14 مليون فرنكاً بلجيكياً، وكانت ظروف الحال تنبئ عن وجود فرصة حقيقية ومؤكدة لابرام العقد النهائي، وضياع المزايا التي كان يحققها العقد لو كان قد ابرم، وهو ما يجب الحكم بتعويضه، وكلما كانت نتيجة الفرصة اكثر، كلما زاد مقدار التعويض تبعاً لذلك⁽¹⁾.

على ان تفويت الفرصة تتمثل بحالتين هما تفويت فرصة ابرام عقد بديل مع الغير وحالة عدم تنفيذ عقود اخرى ابرمت مع الغير استناداً لمشروع العقد المتفق عليه وكالاتي:

أ. تفويت فرصة ابرام عقد بديل مع الغير

يحق للطرف المتضرر من فشل المرحلة التي تسبق التعاقد ان يطالب ايضاً بتعويضه عن تفويت الفرصة عليه في ابرام عقد اخر مع الغير بدلاً من العقد الذي فشل في ابرامه بسبب خطأ الطرف الاخر، وذلك اذا ما ثبت انه قد تخلى عن هذه الفرصة بحسن نية اعتماداً منه على الامل الكاذب الذي خلقه الطرف الاخر في نفسه وجعله يعتقد ان العقد

(1) ينظر في تفويت الفرصة تفصيلاً: د. ابراهيم دسوقي ابو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، والعدد الثالث، ص 145.

(2) د. حمدي عبد الرحمن، المعصومية والتعويض عن فوات الفرصة "معصومية الجسد"، دار الفكر العربية، 1978، ص 79 وما بعدها.

(3) C. A. Rennes, 8 Juil, 1929, D. H. 1929-2-548, RTD. Civ. 1930, P.112, Obs Demog.

نقلًا عن د. رجب كريم عبد اللّاه، مصدر سابق، ص 630.

(1) Bruxelles 016 ech.): 3 fevrier 1988, P.516.

نقلًا عن د. احمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مصدر سابق، ص 75؛ د. ابراهيم دسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، عام 1995، ص 296 وما بعدها.

المزمع ابرامه من خلال هذه المرحلة التي تسبقه مضمون المنال. وقد يتخلى عندئذ عن العرض المقدم اليه من الغير ويكتفي بالبدا بالمرحلة السابقة على التعاقد مع المدين، اعتقاداً منه بان هذا الاخير جاداً في نية ابرام العقد ثم يفاجأ بقطع هذه المرحلة بدون سبب مشروع، او ان يتسبب بخطئه في فشلها، وأضاع عليه بذلك اغتنام الفرصة البديلة. ففي هذه الحالة يجب على الطرف المسؤول عن فشل هذه المرحلة ان يعرض الطرف الاخر المضروب عن الفرصة التي ضاعت منه لابرام عقد بديل مع الغير⁽²⁾.

ولكن يشترط لاستحقاق التعويض ان تكون الفرصة البديلة قائمة وقت البدء بالمرحلة السابقة على التعاقد. فلو ثبت ان فرصة ابرام عقد مع الغير كانت منعدمة طيلة هذه المرحلة، فلن يستحق الطرف المضروب أي تعويض عنها ويشترط ايضاً ان لا يكون المضروب قد تسبب باهماله وسذاجته في تضييع هذه الفرصة. فاذا كان من الواضح امامه ان احتمال نجاح المرحلة السابقة على التعاقد ضئيل للغاية ومع ذلك تخلى عن الصفقة البديلة المتاحة، فانه يفقد بذلك حقه في التعويض كلياً او جزئياً، بحسب الدور الذي لعبه خطاه في تفويت الفرصة بالمقارنة بخطأ الطرف الاخر، وعلى اية حال فان الفرصة الضائعة سواء كانت هي ابرام العقد المتفق عليه او ابرام عقد بديل فان القاضي هو الذي يحدد التعويض عن فواتها والغالب ان يكون مبلغاً جزافياً، ولكن يشترط ان لا يصل هذا المبلغ الى حد قيمة الارباح المتوقعة من العقد⁽¹⁾.

ب. عدم تنفيذ عقود اخرى ابرمت مع الغير استناداً الى مشروع العقد المتفق عليه

قد يقوم احد الطرفين الذي يروم التعاقد مع اخر بابرام عقود معينة مع الغير بهدف الاستعداد لتنفيذ العقد المرتقب الذي جرى بخصوصه البدء بالمرحلة السابقة على التعاقد، لغرض التفاوض بتفصيلاته وشروطه الدقيقة والوصول الى حلول بشأنها، كأن يبرم عقد قرض لتمويل المشروع المتفق على ابرامه، او عقد تأمين او عقد ايجار للاجهزة والمعدات اللازمة لتنفيذه، او ان يتعاقد مع العمال الذين سيقومون بالتنفيذ، او ان يبرم عقد نقل للبضائع التي جرى الاتفاق على شرائها في المرحلة السابقة على التعاقد، فاذا ما فشل العقد الاصلي فان ذلك يؤدي لا محالة الى عدم تنفيذ هذه العقود التكميلية او المساعدة⁽²⁾.

وإذا يُعزى الفشل الى المسلك الخاطئ للطرف المسؤول فهل يستطيع الطرف المضروب ان يرجع على هذا الاخير بما يستحق عليه من تعويضات لصالح الغير لعدم تنفيذه لما ابرمه معه من عقود؟ والراجح هنا هو انه في هذه الحالة يجب ان يتم التفرقة بين فرضين فالفرض الاول هو ان يكون الطرف الاخر المسؤول عن فشل هذه المرحلة عالمياً بهذه العقود ولم يعترض عليها، او انه هو الذي حث الطرف المضروب على ابرامها مطمئناً اياه بان العقد المزمع ابرامه على وشك الانعقاد وان المرحلة السابقة على التعاقد

(2) ينظر: د. محمد محمد ابو زيد، مصدر سابق، ص 109-111.

(1) د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص 95.

(2) د. محمد محمد ابو زيد، مصدر سابق، ص 112؛ د. فتحي عبد الرحيم، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانكليزي المقارن، واحد من مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة المنصورة، عام 1978، ص 66؛ د. محمود الخيال، الوعد بالعقد، مصدر سابق، ص 17؛ د. رجب كريم عبد اللة، مصدر سابق، ص 635؛ د. احمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مصدر سابق، ص 75 وما بعدها؛ د. محمد محمد ابو زيد، مصدر سابق، ص 113 وما بعدها.

الفصل الثاني.....

والتي بدأ بها الطرفان سوف تستمر حتى آخر مراحلها لتكفل بالنجاح. ففي هذه الحالة تقضي العدالة بان يكون هذا الطرف المسؤول ملتزماً بدفع التعويضات المستحقة على المضرور تجاه الغير⁽¹⁾.

اما الفرض الثاني فهو ان يكون الطرف الاخر المسؤول عن فشل هذه المرحلة غير عالم بهذه العقود، او انه كان عالماً بها ولكنه اعترض على ابرامها. ففي هذه الحالة تقتضي العدالة ايضاً بان هذا الطرف لا يكون مسؤولاً عن التعويضات التي تستحق على الطرف المضرور تجاه الغير بسبب عدم تنفيذ هذه العقود وعلّة ذلك كون هذا الطرف هو الذي تسرع برعونته وعدم احترازه في ابرام هذه العقود قبل الاوان، كما ان ابرام هذه العقود بدون علمه يعد امراً غير متوقع، عليه ان يتحمل نتائجه هو بالذات، خصوصاً وانه يعلم او كان ينبغي ان يعلم، ان ابرام هذه العقود امر احتمالي قد يتحقق وقد لا يتحقق فالطرف الحريص هنا يتعين عليه ألا يبرم أي عقد مع الغير للمساهمة في تنفيذ العقد النهائي المراد ابرامه، الا بعد ان يتفق فعلاً ويدخل طور التنفيذ. ومن ناحية اخرى فان ابرام مثل هذه العقود بدون علم المتعاقد الاخر يعد غير متوقع عند الاتفاق على العقد الاصلي ومن ثم فان المتعاقد الاخر لا يكون مسؤولاً عن النتيجة الضارة، وذلك طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية التي تشترط ان يكون الضرر مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد⁽²⁾.

(1) ينظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص 106.

(2) د. ابراهيم دسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص 211.

المطلب الثالث

البطلان كجزاء للاخلال بالالتزام الناشئ

في المرحلة السابقة على التعاقد (الالتزام بالاعلام

اذا استطاع الدائن اقامة الدليل على مخالفة المدين لالتزامه بالاعلام قبل التعاقد، فعند ذلك يرتب الجزاء المناسب على تلك المخالفة. وقد بحثنا الجزاءات المدنية التي يمكن توقيعها على المدين الذي أخل بالتزامه بالاعلام قبل التعاقد، وهي مرتكزة وقائمة في غالبيتها على أنظمة قانونية مختلفة، فمن هذه الجزاءات ما يركز على القواعد العامة للمسؤولية المدنية (المسؤولية التقصيرية) والتي سبق وان بحثناها بالتفصيل، ومنها ما يركز على نظرية عيوب التراضي، او يركز على نظرية الالتزام بالضمان (سواء الالتزام بضمان التعرض او ضمان الاستحقاق او الالتزام بضمان العيوب الخفية).

اذن فمن هذه الجزاءات هي البطلان ومما يدعو مجالاً للشك هنا هو ان بطلان التصرف القانوني لا يترتب الا نتيجة مخالفته للنصوص والقواعد القانونية التي تستوجب اركاناً معينة وتستلزم شروطاً محددة بحيث يبطل التصرف عند تخلفها، لذا فقد ذهب البعض الى القول بأن البطلان هو الاثر الذي يترتب على تخلف أي شرط من الشروط التي تلزم للوجود القانوني للارادة كتصرف قانوني⁽¹⁾.

ولما كان من اهم تلك الشروط التي يترتب البطلان على مخالفتها، ما يستلزمه القانون من شروط كوسيلة لضمان سلامة الارادة باعتبارها جسم التصرف القانوني، او كشروط تهدف الى تحقيق السلامة الداخلية للتصرف وهي الشروط اللازمة لسلامة الارادة. فان الامر يقتضي لتقرير البطلان كجزاء للاخلال بالالتزام بالادلاء او الاعلام، للبحث في اثر هذا الاخلال على نعيب رضا المتعاقد الاخر من خلال النصوص والقواعد القانونية التي وضعها القانون المدني في نظرية عيوب الارادة⁽¹⁾.

سبق وان تناولنا هذا الجزاء من خلال القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، فاننا في هذا المطلب سوف نتناول هذا الجزاء من خلال نظرية عيوب التراضي كفرع اول، ومن خلال نظرية الالتزام بالضمان كفرع ثاني وكالاتي:

(1) فقد قصر البطلان على مخالفة الشروط القانونية وتصديه لبعض الحالات التي اعتقد جانب من الفقه بإمكان اسناد البطلان فيها الى مخالفة ما تقرره الارادة وخاصة الشرط المانع من التصرف او الوعد بالبيع او الاتفاق على الشكلية وقرب في الفقه المصري ايضاً ترجيح اعتبار البطلان جزءاً لتخلف الاركان والشروط القانونية التي استلزم القانون توافرها في العقد. ينظر: د.جميل الشرفاوي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص215؛ د.توفيق حسن فرج، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص224؛ محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص221؛ عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص118.

(1) ينظر: د.عبد الرزاق احمد السنهوري، (الوسيط، نظرية الالتزام)، مصدر سابق، ص651. وتجدر الإشارة الى انه توجد الى جانب الجزاءات المدنية التي تترتب على مخالفة الالتزام بالاعلام قبل التعاقد، جزاءات جنائية تم توقيعها على من يخالف او يقصر في ادائه للالتزام بالاعلام قبل التعاقد، نذكر منها على سبيل المثال: ما ورد بالمادة الاولى من القانون الصادر في اول اغسطس عام 1905 في فرنسا اذ نص على انه يعاقب بالغرامة او الحبس كل من يخادع او يشرع في خداع المتعاقد الاخر حول خصائص ومميزات المنتج او الخدمة. ينظر في شرح هذه المادة: د.حسني احمد الجندي، مصدر سابق، ص14؛ ينظر: غستان، مصدر سابق، ص668.

الفرع الاول

جزاء مخالفة الالتزام بالادلاء او الاعلام

قبل التعاقد من خلال نظرية عيوب التراضي

انه لمن المعلوم لدينا ان إرضاء العاقد بالعد قبل الدخول فيه يمثل ركناً جوهرياً، وشرطاً أساسياً في العقد في جميع القوانين والتشريعات، ففي فرنسا يعد عنصر الإرضاء شرطاً هاماً من شروط صحة العقد وفقاً لنص المادة (1108) من التقنين المدني الفرنسي⁽²⁾.

وكذلك الحال في مصر اذ يستفاد نص المادة 89 من التقنين المدني المصري ان الرضا بالعد شرط لازم لوجود العقد كما ان صحته شرط واجب لصحة العقد بحيث يتأثر وجود العقد وصحته بوجود الرضا وصحته⁽¹⁾ وهذا ما تضمنه القانون المدني العراقي في المادة (73) منه ايضاً⁽²⁾.

ان صحة العقد تفترض من ناحية تبادل الرضا بين طرفيه، وتفترض من ناحية اخرى غياب عيوب التراضي، التي قدح وتؤثر في صحته، كما انه عند وجود نقص في المعلومات، وعندما تكون المعلومات غير كاملة، او غير دقيقة بشأن موضوع التعاقد (سواء تلك المعلومات المتعلقة بخصائص ومميزات الاداء المطلوب في العقد او تلك المتعلقة بشروط تنفيذ هذا الاداء) او بشأن النصوص القانونية المتعلقة بالحماية، فان ذلك من شأنه ان يكون له اثر وانعكاس على رضا الدائن عند تكوين العقد⁽³⁾.

ولعل التساؤل الذي يطرح او يفرض نفسه في هذا المقام يدور حول ما اذا كانت مخالفة الالتزام بالاعلام او الادلاء قبل التعاقد، والتي لها تأثير كبير على رضا الدائن بالعد، يمكن ان تعيب رضاه به، بحيث يترتب عليها امكانية المطالبة بابطال العقد للغلط او

(2) تنص المادة (1108) من التقنين المدني الفرنسي على انه ثمة شروطاً اربعة جوهرياً ينبغي توافرها لصحة العقد او الاتفاق هي كالاتي: اولاً: رضاه الطرف الذي سيلتزم بالاتفاق او العقد. ثانياً: اهليته للتعاقد. ثالثاً: وجود محل معين يمثل موضوعاً للالتزام او التعهد في العقد. رابعاً سبب مشروع او مباح.

L'article 1108 du code civil français pose que "Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:

1. Le consentement de la partie qui s'oblige.
2. Sa capacité de contracter.
3. Un objet certain qui forme la matière de l'engagement.
4. Une cause licite dans l'obligation civile française. P778 ed. Dalloz 1994 1995.

نقلاً عن: د. خالد جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص446؛ غستان، تكوين العقد، مصدر سابق، ص701.

(1) تنص المادة 89 من التقنين المدني المصري الجديد على ان يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لانعقاد العقد. ينظر في ذلك الى القانون المدني وفقاً لآخر التعديلات، تأليف محمد عرفة، بدون تاريخ نشر، ص18.

(2) تنص المادة (73) من القانون المدني العراقي "العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه". ينظر في ذلك الى نصوص القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951؛ د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، طبعة الجامعة المستنصرية، 1976، ص27؛ د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق، ص190.

(3) ينظر: د. خالد جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص447.

التدليس، فتكون عندئذ مخالفة الالتزام بالاعلام او الادلاء قبل التعاقد سبباً في وقوع العقد في الغلط او في التدليس وهذا ماسوف نتناوله فيما يأتي:

اولاً: جزاء مخالفة الالتزام بالاعلام او الادلاء من خلال نظرية الغلط

انه من المعروف لدينا ان الغلط يعد احد العيوب المفسدة لارضاء العاقد بالعقد في كل من القانونيين المصري والفرنسي على حد سواء، وقد نظم واصفي القوانين بصورة عامة تقريباً هذا العيب وبالتالي فانه قام بتفصيل احكامه فقد نظمه المشرع الفرنسي في المادة (1110) من التقنين المدني الفرنسي⁽¹⁾، كما تناولها المشرع العراقي متبعاً بذلك خطى المشرع الفرنسي والمشرع المصري في المادة 117 من القانون المدني العراقي والمادة 118 و120 منه ايضاً.

اما بالنسبة للتقنين المدني المصري فقد نظم احكام الغلط في المواد 120 و121 و122 و123 و124 ويجدر بنا ونحن في مقام الحديث عن الغلط ان نذكر بعض الاراء الفقهية التي تناولته بالتعريف فقد عرفه البعض بانه "حالة تقوم في النفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع اما ان يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الانسان صحتها، او واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها"⁽²⁾.

ويعرفه البعض الاخر بانه "وهم كاذب يتولد في ذهن الشخص، فيجعله يتصور الامر على غير حقيقته، بان يرى فيه شيئاً غير موجود في الحقيقة او يتوهم خلوه من صفة، حالة كونها تلزمه"⁽³⁾. ويعرفه الفقه الفرنسي بانه "عيب من عيوب الرضا من شأنه ان يقود او يدفع الشخص الى التعاقد، في حين انه ماكان ليبرم العقد لو انه كان عالماً بالحقيقة او الواقع"⁽⁴⁾.

والملاحظ ان الفقه مستقر على ان الغلط الذي يعيب الارادة ويفسد الرضا هو الغلط الجوهرى او الغلط الدافع الى التعاقد ايأ كان محله (أي سواء وقع الغلط على صفة جوهرية في الشيء محل التعاقد او في شخصية المتعاقد او صفة من صفاته، متى كانت هذه الشخصية او تلك الصفة السبب الرئيسي في التعاقد او وقع الغلط على امر آخر من الامور الجوهرية في العقد، مادام انه هو الدافع الى التعاقد، بحيث ما كان المتعاقد ليتعاقد اصلاً او ما كان ليبرم العقد على شروطه التي وافق عليها، لولا وقوعه في الغلط⁽¹⁾.

(1) فقد نصت المادة (1110) من التقنين المدني الفرنسي على شرطين لاعتبار الغلط جوهرياً مؤدياً الى بطلان العقد، اولهما ان يكون دافعاً الى التعاقد، وثانيهما ان يكون متصلاً بالتعاقد الاخر "بان يكون هو الاخر قد وقع فيه او على علم به" او من السهل عليه ان يتبينه". ولذلك يجب على عاتق المتعاقد الغالط لكي يتوصل الى بطلان العقد للغلط الجوهرى ان يثبت الامرين السابقين. ينظر: د.نزیه محمد الصادق المهدي، مصدر سابق، ص121.

(2) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، مصدر سابق، ص382.

(3) ينظر: د.عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص297.

(4) Lerreur est Nice du consentement "Quia conduit une presonne a contracter alors qu'elle nu laurait pas fait sielle avait connu la realite".

نقلاً عن: د.خالد جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص449.

(1) ويجدر بالملاحظة انه اذا كان القانون المدني العراقي قد نص على ثلاث حالات يكون فيها الغلط جوهرياً في المادة 118 والتي تنص على ان "لا عبرة بالظن البين خطأ فلا ينفذ العقد 1. اذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين او يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية. 2. اذا وقع غلط في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته وكانت تلك الذات او هذه الصفة

اما اثر الالتزام بالاعلام قبل التعاقد، من حيث تنفيذه او عدم تنفيذه على صحة رضا العاقد بالعقد او عدم صحته، وبالتحديد حول مدى مساهمته عند تنفيذ المدين له، في تنوير ارادة العاقد الدائن وتبصيره بالامور الجوهرية في العقد، بالقدر الذي يمنع معه احتمالية التباس الامور عليه في العقد، فلا يتعرض لتعيب ارادته بعيب الغلط. وعلى الجانب الاخر نتعرض للصور العكسية التي قد يؤدي فيها الاخلال بالالتزام بالاعلام او الادلاء قبل التعاقد، الى تهيئة الظروف لالتباس امور العقد على العاقد، مما قد يوقعه في الغلط حول بعض المسائل الجوهرية في العقد⁽¹⁾.

اما عن الدور الذي يلعبه الالتزام بالاعلام او الادلاء قبل التعاقد، في تمكين العاقد الغالط من المطالبة بالتعويض الى جانب طلبه ابطال العقد للغلط. فإنه ولاشك ان مراعاة واحترام المدين لالتزامه بالاعلام او الادلاء قبل التعاقد، وذلك خلال تقديم جميع المعلومات والبيانات الجوهرية المتصلة بالعقد، والتي يعجز الدائن بهذا الالتزام عن العلم بها او الاستعلام عنها بوسائله الخاصة، من شأنه ان يحول او يقلل من احتمالية وقوعه في الغلط، بعد ان هياً له الاعلام السابق على التعاقد سبيل العلم والدراية بكل ما يحتاج اليه من معلومات تكشف له جميع الجوانب الجوهرية في العقد⁽²⁾.

عليه فان امتناع المدين بالالتزام بالاعلام او الادلاء قبل التعاقد او تقاعسه عن ادائه وتنفيذه، من شأنه ان يؤدي في غالب الاحوال الى اختلاط الامور المتصلة بالعقد - لاسيما الجوهري- منها والتباسها في ذهن العاقد، مما قد يعرضه للوقوع في الخطأ حول امر جوهري في العقد المزمع ابرامه، ومن هنا تظهر حيوية الدور البارز الذي يلعبه الالتزام بالاعلام، او الادلاء قبل التعاقد كوسيلة وقائية تدرأ عن العاقد مغبة الوقوع في الخطأ، لاسيما وان هذا الالتزام سيكشف عند تنفيذ المدين له- للعاقد ستار الغموض والالتباس الذي قد يتصل بالمسائل الجوهرية في العقد المزمع ابرامه . ومن هنا يتضح الدور

السبب الوحيد او السبب الرئيس في التعاقد. 3. اذا وقع غلط في امور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط ان يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد".

اما التقنين المدني المصري فقد اورد في المادة 121/2 على حالتين ايضاً للغلط الجوهري فقد نصت هذه المادة على انه "ويكون الغلط جوهرياً على الاخص: أ. اذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين او يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية. ب. اذا وقع في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته وكانت تلك الذات او هذه الصفة هي السبب الرئيسي في التعاقد". الا ان ذكر المشرع العراقي لهذه الحالات الثلاث او ذكر المشرع المصري لهاتين الحالتين فقط في مقام بيان الغلط الجوهري لا تعني انهما قصرا نطاقه عليهما فقط وانهما كان ذكرهما على سبيل البيان والتمثيل للغلط الجوهري وليس على سبيل الحصر والتعيين ومن ثم فانه اذا وقع المتعاقد في غير هذه الحالات بشأن امر من الامور الجوهرية في العقد فان له طلب ابطال العقد للغلط مادام ان الغلط في هذا الامر الجوهري كان هو الدافع الى التعاقد بحيث لولاه لما ابرم العاقد العقد اصلاً او لما ابرمه على شروطه التي وافق عليها. ينظر في هذا المعنى كل من : د.محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، مصدر سابق، ص122؛ د.عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص307؛ د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص111؛ ينظر: د.محمود سعد الدين الشريف، مصدر سابق، ص192؛ د.سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص51.

(1) ينظر: د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص382-420؛ د.عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص297-331.

(2) د.محمود جمال الدين زكي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص111؛ د.فتحي عبد الرحيم عبد الله، مصدر سابق، ص127؛ د.محمد ابراهيم دسوقي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص80؛ غستان، تكوين العقد، مصدر سابق، ص708.

المتعاطم الذي يلعبه هذا الالتزام - عند تنفيذ المدين له- في مجال حماية ارادة العاقد من عيب الغلط. فلنفرض ان ثمة بائعاً يبيع سبائك من الذهب الخالص وبجوارها، مباشرة سبائك اخرى من معدن اخر مطلي بالذهب او ان ثمة بائعاً لتحف اثرية قديمة لديه في نفس الوقت تحفاً تقليدية للتحف الاثرية ومجاورة لها ودخل على هذا البائع في هاتين الحالتين شخص يرغب في شراء مثل هذه السبائك الذهبية الخالصة او التحف الاثرية القديمة، ولكن ليست له دراية، او معرفة بتمييزها عن غيرها على نحو دقيق. ولاشك ان احتمالية وقوع هذا الراغب في الشراء في عيب الغلط، تختلف بحسب موقف البائع من اداء او عدم اداء التزامه بالاعلام او الادلاء قبل ابرام عقد البيع، فكلما كان البائع ملتزماً من جانب اداء وتنفيذ التزامه بالاعلام او الادلاء قبل التعاقد كلما قلت فرص احتمالية وقوع العاقد الاخر في غلط تلقائي، كما انه في الصورة العكسية كلما انعدم وجود هذا الالتزام في أي نظام قانوني او قصر المدين في ادائه، كلما زادت فرص احتمالية وقوع الدائن في الغلط التلقائي⁽¹⁾.

ونخلص مما سبق الى ان ابطال العقد للغلط قد يمثل في الوقت ذاته جزاءً وعقاباً على مخالفة الالتزام بالاعلام او الادلاء ، قبل التعاقد، وذلك عندما يمتنع احد العاقدين عند اعلام الاخر بالمعلومات والبيانات المتصلة بالامور الجوهرية في العقد رغم علمه بها وبمدى اهميتها بالنسبة للشخص الذي تعاقد معه او حينما يخل بالتزامه هذا الناشئ في المرحلة السابقة على التعاقد لجهله بها جهلاً ناتجاً عن تقصيره في البحث عنها او اداء واجب الاستعلام بشأنها، حتى يتمكن من اعلام العاقد الاخر بها.

ثانياً: جزاء مخالفة الالتزام بالاعلام او الادلاء قبل التعاقد من خلال نظرية التديس

قد عرف البعض التديس بانه "ايقاع المتعاقد في غلط يدفعه الى التعاقد⁽¹⁾. كما عرفه البعض بانه "استعمال الحيلة (العش او الكذب او الكتمان) بيقصد ايقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد"⁽²⁾ وقد نص القانون المدني المصري على وجود التديس في حالة

(1) الا انه ينبغي ان يكون مائلاً في الذهن ان ممارسة البائع لاي عمل تديسي كخلطه السبائك الذهبية الخالصة بالسبائك الاخرى المطلاة بالذهب او خلطه التحف الاثرية القديمة بالاخرى التقليدية او كذبه على الراغب في الشراء حول حقيقتها او كتمانها بعض الامور المتصلة بخطأ امام افعال تديسه قد تؤدي الى وقوع المشتري في غلط مدفوع فتكون حيل عيب اخر هو التديس (Ledol) ، ففي كل من الغلط والتديس يقع العاقد في غلط، بيد انه في عيب الغلط يكون الغلط تلقائياً أي يرجع الى ما توهمه العاقد الغالط من امور بشأن العقد على خلاف الحقيقة والواقع دون ان يساهم العاقد الاخر في ايقاعه بمثل هذا الغلط، اما في عيب التديس فالغلط الذي يقع فيه العاقد الغالط هو غلط مدفوع يرجع الى الوسائل الاحتمالية والافعال التديسية التي باشرها العاقد الاخر بقصد ايقاعه في الغلط. ينظر د. خالد جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص423؛ د. حسن عبد الباسط جمعي، مصدر سابق، ص48؛ د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، مصدر سابق، ص171.

(1) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص420.

(2) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، مصدر سابق، ص171.

السكوت العمدي⁽³⁾. اما القانون المدني العراقي فانه لم يعرف التدليس بوصفه عيباً مستقلاً من عيوب الارادة ولذلك لم يأت باحكام خاصة بالتدليس، ولكن اذا اجتمع الغيب الفاحش مع التغيرير كان مانعاً عن نفاذ العقد واعتبره المشرع العراقي عيباً من عيوب الارادة يفسد الرضا كما يفسده الغلط والاكراه⁽⁴⁾. ولذلك فإن التزام احد المتعاقدين بالافضاء للمتعاقد الاخر ببيانات معينة وفقاً للشروط السابقة واخلاله بهذا الالتزام يعتبر من اهم الحالات الاساسية للكتمان التدليسي المؤدي الى بطلان العقد على ذلك جرت احكام القضاء الفرنسي⁽⁵⁾.

ولكن من المقرر لقيام التدليس كسب مبطل للعقد توافر عنصرين اولهما مادي ويتمثل في الطرق الاحتيالية ومن بينها الكتمان او السكوت العمدي، وثانيهما معنوي وهو وجود نية التضليل لدى المتعاقد الاخر أي الغرض غير المشروع، وهو الشرط الواضح من الفقرة الثانية للمادة (125) مدني مصري والتي تقضي بانه "ويعتبر تدليساً السكوت بعمد..." وعليه يستلزم العنصر القصدي والمتمثل في العمد او نية التضليل، للتوصل الى بطلان العقد في حالة اخلال المتعاقد بالتزامه بالافضاء بالمعلومات⁽¹⁾. فاذا اخل بالتزامه بالادلاء بالمعلومات مع توافر نية التضليل لديه، وعلمه بان هذا الاخلال من شأنه ان يوقع المتعاقد الاول في غلط مدفوع يكون هو الدافع الى ابرام العقد⁽²⁾. ولكن هناك رأي يذهب على العكس من ذلك، وهذا ما نؤيده يرى انه عند قيام الالتزام بالادلاء او الاعلام بالبيانات على عاتق احد الطرفين فانه يكفي على المتعاقد الاخر للتوصل الى بطلان العقد ان يثبت شروط قيام هذا الالتزام وعدم تنفيذ المتعاقد المدين له مما يغني عنه اثبات قيام الالتزام بالافضاء واخلال المدين به⁽³⁾.

(3) ينظر: د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص162.

(4) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق، ص85.

(5) ينظر على سبيل المثال حكماً حديثاً لمحكمة النقض الفرنسية الدائرة الثالثة المدنية في 7 مايو 1974، رقم 186، ص140، "حيث يعتبر من اهم الاحكام الصريحة في ان الاخلال بالالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات عند ابرام العقد يعتبر "كتماناً تدليساً" مؤدياً الى ابطال العقد ونورد من منطوق هذا الحكم نبذة واضحة الدلالة على هذا المبدأ.

- la violation d'une obligation dinformen leurs contractants, qui caracterise une reticence dolosive.

نقلاً عن د.نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص267؛ غستان، تكوين العقد، مصدر سابق، ص709.

(1) استلزم اغلب الفقه والقضاء المعاصرين وجود مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على ابرام العقد ويعتبر الكتمان والتدليس من قبيل الاخلال بمبدأ حسن النية قبل التعاقد. ينظر: د.عبد الجبار ناجي، مصدر سابق، ص307؛ د. حسن عبد الباسط جمعي، مصدر سابق، ص25.

(2) ينظر: د.محمود جمال الدين زكي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص143.

(3) من انصار هذا الرأي د.نزيه محمد الصادق المهدي ويؤيده في ذلك اثنان من أشهر شراح القانون المدني الفرنسي المعاصرين اهتماماً بموضوع الالتزام قبل التعاقد بالاعلام او الادلاء بالبيانات العقديّة وهم يشاركون د. نزيه محمد الصادق المهدي في عدم استلزام الركن المعنوي "نية التضليل" في التدليس المؤسس على الاخلال بهذا الالتزام لان اثبات الاخلال بهذا الالتزام يكفي لبطلان العقد ويغني عن اثبات شروط التدليس المقررة واول هذين الفقهيين هو غستان استاذ ورئيس قسم القانون المدني بحقوق باريس رقم I والذي يؤكد في عبارته التالية على ان الالتزام بالادلاء يوسع من دائرة التدليس التقليدية التي تستلزم القصد العمدي.

"-en faveur de l'assimilation au dol de la violation meme non intentionnelle de l'obligation de renseignements, l'avantage de permettre de restituer a la notion d'erreur, commea' celle de dol (stricto sensu) un centenu plus rigoureux".

وبعد ان عرفنا ان ابطال العقد للتدليس قد يرجع الى مخالفة المدين لالتزاماته المقررة عليه قبل التعاقد، من خلال كتمانته عن التعاقد الاخر (الدائن بالالتزام بالاعلام او الادلاء قبل التعاقد) المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد بقصد خداعه وايقاعه في الغلط، فيقدم على التعاقد جاهلاً اياها او يكذب على التعاقد الاخر فيما يقدمه اليه من معلومات متصلة بالعقد المزمع ابرامه، او باستعمال بعض الوسائل الاحتيالية كاصطناع اوراق او مستندات مزورة، ويكون من شأنها ان توهمه بغير الحقيقة والواقع، فينخدع بها، ويقدم على التعاقد بناءً عليها⁽¹⁾.

اما في القانون المدني العراقي فكما ذكرنا سابقاً ان المشرع هنا لم يعرف التدليس باعتباره عيباً مستقلاً عن عيوب الارادة⁽²⁾ فالتغريب وحده ليس سبباً من اسباب توقيف العقد في القانون المشار اليه وكذلك الغبن ولو كان فاحشاً ليس عيباً من عيوب الرضا بل من عيوب العقد في احوال خاصة (المادة 1/124) مدني عراقي وفي حالة اجتماع الغبن الفاحش مع التغريب كان ذلك مانعاً من نفاذ العقد واعتبره المشرع في هذه الحالة عيباً من عيوب الارادة يفسد الرضا كما يفسد الغلط والاكراه⁽³⁾.

والتغريب هو التدليس في الفقه الحديث، وهو استعمال طرق احتيالية توقع المتعاقد الاخر في غلط يدفعه الى التعاقد، فالتدليس ليس هو العيب الذي يعيب الارادة ولكنه الغلط الذي يثيره التدليس في ذهن المتعاقد قيد منه الى التعاقد. فالتغريب اذن هو ان يذكر احد المتعاقدين للاخر اموراً ترغبه في الاقدام على التعاقد معه او ان يقوم باجراءات فعلية تدفعه الى التعاقد معه، ومثال الاول ان يذكر البائع للمشتري ان البضاعة المعلومة التي يريد بيعها اياه، قد دفع له فيها فلان كذا مبلغاً وانه لم يبيعها لقلته، فيزيد على المبلغ ويشترى البضاعة، والواقع ان فلاناً لم يدفع بها ما ذكره البائع وهكذا كل موقف يقفه احد المتعاقدين من الاخر مرغباً فيه على التعاقد معه فيقع التعاقد بناءً على هذا الترغيب. والتغريب قد يقع

ينظر بالتفصيل في هذا الرأي:

- د. نزيه محمد الصادق المهدي، مصدر سابق، ص 268 وما بعدها؛ الاستاذ غستان، نظرية الالتزامات، مصدر سابق، ص 351.

- وكذلك من ابرز فقهاء القانون المدني المعاصرين الاستاذ الدكتور جميل الشرقاوي فهو يعتبرهما صورتين لعيب واحد يطلق على الاولى: الغلط التلقائي وعلى الثانية الغلط الناشئ عن الحيل (التدليس) ويتصدى اخيراً بتفصيل ما ذهبنا اليه من الجمع بين العيبين اذ يعرض المسوغات المختلفة التي تستوجب "عدم الحاجة الى تنظيم التدليس بجانب الغلط". ينظر في ذلك: د. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 139 وما بعدها.

(1) د. محمد ابراهيم دسوقي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 90؛ د. مصطفى ابو مندور موسى، مصدر سابق، ص 360 وما بعدها.

(2) وقد استقى القانون المدني العراقي من المذهب الحنفي ذلك مع تحوير يتعلق بالجزاء لان الغبن فيه وان كان نتيجة غرور وقع على احد المتعاقدين من الاخر او ممن يعمل له كالدلال فللمغبون المضرور به حق فسخ العقد لسوء نية التعاقد الاخر وتظليله والاعم يكون له هذا الحق وهذا هو القول المفتى به. ينظر: الاستاذ الشيخ علي الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، القاهرة، بلا اسم المطبعة، 1952، ص 140.

(3) تنص المادة 1/124 من القانون المدني العراقي على ما يلي "1. مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد مادام الغبن لم يصحبه تغريب. 2. على انه اذا كان الغبن فاحشاً وكان المغبون محجوراً او كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة او الوقف فان العقد يكون باطلاً. 3. لايجوز الطعن بالغش في عقد تم بطريق المزايدة العلنية".

من احد المتعاقدين وقد يقع من الغير ايضاً كما في حالة بيع النجش⁽¹⁾، الا ان المشرع العراقي اشترط ان يقترب هذا التغيرير بالغبن الفاحش، والغبن، هو عدم التعادل عند تمام العقد بين ما يدفعه المتعاقد وما يأخذه. والغبن، اما ان يكون يسير وهو التفاوت بالقدر الذي يتسامح به الناس في معاملاتهم، واما فاحش وهو ما كان خلاف ذلك وبما ان القانون لم يضع معياراً مادياً لما يتسامح به الناس ومما لا يتسامحون به فبمقتضى الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني تستمد ذلك من مبادئ الشريعة الاسلامية الغراء ويذهب البعض الى ان الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، اما الغبن اليسير فهو ما يدخل تحت تقويمهم⁽²⁾.

اما عن شروط تحقق الغبن مع التغيرير فقد نصت عليها الفقرة الاولى من المادة (121)⁽³⁾ من القانون المدني العراقي والتي خصت بها المتعاقدين، اما المادة (122) فقد خصت بها الغير اذ يتضح من نص هاتين المادتين ان المشرع فيها اشترط لتوقف العقد للغبن مع التغيرير، لا بد من توافر شروط اربعة الشرط الاول يتمثل باستعمال طرق احتيالية وهي العنصر المادي، والتي يشترط فيها ان تكون كافية للتضليل حسب حالة كل متعاقد، فالمعيار اذن هنا هو معيار ذاتي ومجرد الكذب لا يكفي لاعتباره طريقاً احتيالياً، الا اذا وقع على واقعة معينة لها اعتبارها في التعاقد والا فان مجرد الكتمان لا يعد طريقاً احتيالياً الا اذا كان المتعاقد التزم بان يفضي بامر من الامور او بمعلومات لها اهميتها في التعاقد فمثلاً يعد تدليساً كتمان البائع عن المشتري نزع ملكية العقار المباع للمنفعة العامة او كتمان المؤمن عليه عمله الحقيقي كبحار وما يتعرض له من اخطار⁽¹⁾.

والقانون المدني العراقي يذهب الى ان الكذب او عدم البيان يصلح أي منهما لتكوين التغيرير في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها عن الشبه بالبيان وهي عقود المادة (121) مدني والتي تنص (2). ويعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والاشراك والوضعية) لان هذه العقود تقوم على الامانة من قبل البائع في مقدار الثمن والتصديق بقوله فاذا تبين انه

(1) ويقصد به الزيادة بدون نية الشراء فلقد ذكر الامام ابن حزم الظاهري ان عمر بن عبد العزيز (رض) ارسل احد عماله لبيع السبى فلما اتم بيعه عاد الى عمر بن عبد العزيز وقال له ان البيع كان كاسداً لولا انني كنت ازيد عليهم فقال له: اكننت تزيد عليهم ولا تريد ان تشتري؟ فقال له عامله وكان يدعى عبيد بن مسلم، نعم فقال له (عمر) (رض) ان هذا نجش والنجش لا يحل وأمره ان يرسل منادياً ينادي ان البيع مردود وان النجش لا يحل. ينظر: كتاب المحلى لابن حزم الظاهري، الجزء التاسع، تحقيق لجنة التراث العربي، دار الافاق الجديدة، بيروت، لبنان، ص 448 و 449.

(2) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 86 وما بعدها.

(3) تنص المادة (121) من القانون المدني العراقي على "1. اذا غرر احد المتعاقدين بالآخر وتحقق ان في العقد غيباً فاحشاً كان العقد موقوفاً على اجازة العاقد المغبون فاذا مات من غرر بغبن تنتقل دعوى التغيرير لوارثه. 2. ويعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في المرابحة والتولية والاشراك والوضعية. اما المادة 122 فقد نصت على "اذا صدر التغيرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد الا اذا ثبت العاقد المغبون ان العاقد الاخر كان يعلم او كان من السهل عليه ان يعلم بهذا التغيرير وقت ابرام العقد".

(1) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مصدر سابق، ص 88.

غير صحيح كان خائناً وكان غاراً فاذا تحقق الغبن الفاحش في العقد اصبح معيباً غير نافذ⁽²⁾.

اما العنصر المعنوي في استعمال الطرق الاحتمالية والذي يتمثل بنية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع ولا تعد هنا الطرق الاحتمالية تدليساً اذا كان من اتبعها اراد الوصول الى غرض مشروع، اما الشرط الثاني فهو ان يكون التغيرير هو الدافع الى التعاقد بحيث تصل هذه الطرق الاحتمالية حداً من الجسامة في التأثير على ارادة المتعاقد فتدفعه الى التعاقد، اما الشرط الثالث فهو ان يصدر التغيرير من احد المتعاقدين او ان يكون على علم به اذا صدر من الغير ولم يكن المتعاقد الذي وقع التغيرير لجانبه عالماً به ولم يكن من السهل ان يعلم به فان للمتعاقد المغرور ان يرجع على الغير بالتعويض عن الضرر الناشئ ، تأسيساً على احكام المسؤولية التقصيرية الناشئة عن العمل غير المشروع وهذا ما نصت عليه المادة (123)⁽¹⁾ من القانون المدني العراقي، اما الشرط الرابع فهو ان يفتقرن التغيرير بالغبن الفاحش⁽²⁾.

مما سبق يمكننا ان نجمل شروط امكان الطعن في العقد بالبطلان نتيجة اخلاص المتعاقد بالتزامه بالادلاء بالبيانات عند ابرام العقد في ثلاثة شروط تقع على عاتق المتعاقد

(2) ان هذه العقود (المرابحة والتولية والاشترك والوضيعة تقوم على اساس الامانة والنزاهة ولذا يجب البيان وعلم البائع والمشتري برأس المال وخصوصاً وان التطبيقات الحديثة للمعاملات المالية والتي تمارسها بعض المصارف الاسلامية بدأت تقدم نموذجاً جديداً يخدم المستهلكين يلتقى مع ما تقدمه المصارف الاوربية في الهدف ويختلف عنها في الاسلوب وذلك عن طريق بيع المرابحة الذي هو اهم قنوات الاستثمار في هذه المصارف. ينظر في ذلك: د.موسى عبد العزيز شحادة، خطة الاستثمار في المصارف الاسلامية (الجوانب التطبيقية والقضايا والمشكلات) عمان، بلا اسم مطبعة، 1978، ص17؛ د.عامر قاسم احمد، مصدر سابق، ص144.

(1) تنص المادة 123 "يرجع العاقد بالتعويض اذا لم يصبه الا غبن يسير او اصابه غبن فاحش وكان التغيرير لا يعلم به العاقد الاخر ولم يكن من السهل عليه ان يعلم به او كان الشيء قد استهلك قبل العلم بالغبن او هلك او حدث فيه عيب او تغير جوهرى ويكون العقد نافذاً في جميع هذه الاحوال".

(2) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري، والاستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق، ص89. - ويطلق الفقه المصري على هذا التدليس اذا تضمن غلط لا يتعلق بارادة ابرام التعاقد وانما بالشروط الاخرى التفصيلية اصطلاح (التدليس العارض) حتى يميزون بينه وبين التدليس الدافع الذي يتعلق بابرام العقد. ينظر في ذلك محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص166. ورغم تسلم الفقه بان هذا التدليس غير دافع ويتميز عن التدليس الدافع الا ان فقهاء القانون المدني في مصر وفرنسا قد انقسموا على رأيين بصدد اثر هذا التدليس العارض (غير الدافع).

فيذهب رأي اول الى انه لا يعيب الارادة ولا يجوز الاستناد اليه لابطال العقد، وانما يقتصر حق المتعاقد في طلب التعويض عن الضرر الذي اصابه بسبب هذا التدليس وبسبب التغيرير في شروط التعاقد الذي نتج عنه. ينظر: د.انور سلطان، مصدر سابق، ص 159 .

ويذهب الرأي الثاني الى اعتباره تدليساً دافعاً على اساس عدم امكان الفصل بين ارادة التعاقد في ذاتها وبين الشروط التي تحركت الارادة في دائرتها، وعلى اساس ان ارادة التعاقد ليست ارادة مجردة لابرام أي عقد، بل هي ارادة ابرام عقد معين بشروط معينة، وبذلك ينتهي انصار هذا الرأي الى ان التدليس يغييب الارادة سواء اكان دافعاً الى التعاقد او كان دافعاً الى قبول شروط ما كان يقبلها لو لم يقع هذا التدليس. ينظر: د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص433؛ د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص166؛ منصور مصطفى منصور، تحديد فكرة العيب الموجب للضمان، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصاد، السنة الاولى، العدد الثاني، ص82؛ د.اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص215، د.محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص166.

وانني ارى ترجيح الرأي الاول والى قصر البطلان على التدليس الدافع الى التعاقد دون التدليس العارض الذي يؤدي الى التعويض فقط، وذلك ان صعوبة الاثبات بين النوعين لم يعد لها محل في هذه الحالة على ضوء القرائن السابقة في ظل الالتزام بالافضاء.

الآخر المتمسك بالبطلان عبء اثباتها وهي قيام الالتزام بالادلاء، فلما كان وجود الالتزام قبل التعاقد على عاتق احد الطرفين لا يفترض، فان الدائن بهذا الالتزام والذي يدعي البطلان نتيجة للاخلال به يقع على عاتقه عبء اثبات توافرها حالة من حالات قيام الالتزام بالادلاء.

اما الشرط الثاني فهو اخلال المدين بتنفيذ التزامه بالادلاء، بعنصريه المادي والمعنوي، اما الشرط الثالث فهو تعيب ارادة المتعاقد بغلط تلقائي او مدفوع.

الفرع الثاني

جزاء مخالفة الالتزام بالاعلام او الادلاء

قبل التعاقد من خلال نظرية الضمان

واخيراً يثار البحث في نطاق الجزاءات العقدية التي يمكن تطبيقها نتيجة للاخلال بالالتزام بالادلاء بالبيانات والمعلومات، عن مدى امكان تطبيق الجزاء المقرر نتيجة مخالفة احكام الضمان في العقود التي تلقى على عاتق احد اطرافها بالالتزام بالضمان (سواء ضمان التعرض القانوني والاستحقاق) ام ضمان العيوب الخفية⁽¹⁾.

فليس من ثمة شك في ان وجود الالتزام بالاعلام او الادلاء قبل التعاقد في مجال التعامل بين الافراد والتزام المدنيين بتنفيذه واحترامه، يمثل قطعاً وسيلة هامة وفعالة في لفت انتباه الدائنين الى ما قد يوجد بالشيء محل العقد من عيوب خفية، او ما قد يحتمل ان يثار بشأنه من اسباب توجب استحقاقه كلياً او جزئياً، او تسوغ تعرض الغير بما يدعيه من حقوق عليه، بالقدر الذي يكفل للدائن الالتزام بالاعلام او الادلاء قبل التعاقد، الاقبال على ابرام العقد بعد الدراية والعلم الكافيين بكل مغامر العقد ومغارمه فيعبرون عن ارادتهم ورغباتهم وفقاً لرضا حر ومتميز بكل مزايا العقد وعيوبه⁽¹⁾.

فالالتزام بالاعلام قبل التعاقد يلعب دوراً وقائياً، نظراً لما يترتب عليه من تبصير لمن يرغب في ابرام العقد، بالعيوب الغير غير الظاهرة، وما ينجم عنه من كشف واطهار للاسباب المحتملة للتعرض او الاستحقاق⁽²⁾.

(1) ينظر: د.نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص283.

- وفي ظل سكوت المشرع المصري عن تعريف العيب الخفي، فقد تولى القضاء تعريف هذا العيب، فقد عرفته محكمة النقض المصرية بانه "الافاة الكارثة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع" والذي عبر عنه المشرع المصري بانه "العيب الذي ينقص من قيمة المبيع او نفعه بحسب الغاية المقصودة" وهذا ما جاءت به المادة 1/447 من القانون المدني المصري.

اما المشرع العراقي فقد كان اكثر وضوحاً منه فقد اورد تعريف للعيب الخفي المادة (558) والتي جاء فيها "والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة او ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه ويكون قديماً اذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم"

(1) د.توفيق حسن فرج، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص72؛ د.جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص27؛ د.محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص76؛ د.خالد جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص446.

(2) حيث يتحدد قرار المرشح للتعاقد كذلك في ضوء ما يعلمه من بيانات ومعلومات متصلة بكيفية استخدام الشيء محل التعاقد ومكان خطورته التي يمكن ان تنجم من هذا الاستعمال وتوضح اهمية هذه الملاحظة بشكل خاص في اطار التعاقد على السلع والمنتجات المعقدة من الناحية الفنية كالاجهزة الكهربائية وتلك التي ينطوي

وان المدين الذي يخل بالتزامه بالاعلام قبل التعاقد، فلا يكشف لدائنه عن العيوب الخفية الكائنة بالشيء محل التعاقد، يلتزم في مواجهته بالضمان في كل من القانونين المصري والفرنسي على حد سواء وكذلك القانون المدني العراقي⁽³⁾، وذلك عملاً بالمادة 1641 من التقنين المدني الفرنسي، والمادة 1/447 من القانون المدني المصري، والمادة 1/558 من القانون المدني العراقي⁽¹⁾.

وعليه ان احكام ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية - وخاصة في عقود البيع والايجار والعارية والوديعة- تعتبر من اهم الاسس القانونية التي يمكن الاستناد اليها لتطبيق بعض جزاءاتها التعاقدية على المتعاقد الذي يخل بالتزامه بالادلاء للطرف الاخر بالبيانات والمعلومات. ويعتبر التزام البائع او المؤجر بضمان التعرض القانوني او الاستحقاق والعيوب الخفية تعتبر من اهم الاسباب المتعلقة بالتزامه بالضمان قبل اعلامه بالعيوب الخفية والارتفاقات العينية والشخصية المقررة على الشيء المراد بيعه او استئجاره ، وكذلك بالايوصاف الاساسية للمبيع، وما قد يوجد فيه من صفات خطرة توجب الادلاء بها وقت ابرام العقد⁽²⁾.

استعمالها خطورة على السلامة، كالمركبات الكيماوية. د. ثروت فتحي اسماعيل، مصدر سابق، ص342؛ د.مصطفى ابو مندور موسى، مصدر سابق، ص280؛ غستان، تكوين العقد، مصدر سابق، ص661.
(3) تنص المادة 1641 من التقنين المدني الفرنسي على انه "يكون البائع ملتزماً بضمان العيوب الخفية في الشيء المباع، والتي يكون من شأنها ان تجعله غير صالح للاستعمال الذي خصص له او تنقص من هذا الاستعمال والتي لو علم المشتري بها لما اقبل على الشراء، ولما رضي بشرائه الا بسعر اقل".
كما تنص المادة 447 من القانون المدني المصري "يكون البائع ملتزماً بالضمان اذا لم يتوفر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه او اذا كان بالمبيع عيب ينقص في قيمته او نفعه بحسب الغاية المقصودة ، مستفاد مما هو مبين في العقد، او مما هو ظاهر من طبيعة الشيء او الغرض الذي اعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده".
وتنص المادة 1/558 من القانون المدني العراقي على انه " اذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيراً ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه.

(1) د.خالد جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص466؛ د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص727؛ د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص415؛ د.منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص58؛ د.عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص505.

(2) فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية دعوى المشتري الذي استخدم مواد البناء في غرض لم تكن مخصصة له اصلاً وتتخلص وقائع هذه الدعوى في ان المشتري قد تعاقد على توريد تجهيزات سقف معلق يفترض في خامات تثبيته بالضرورة درجة غير عادية في المتانة وقد ادى استخدامه لها في تحميل بعض التركيبات على السقف الى حدوث سقوط بالسقف واتلف له بعض محتويات الغرف التي تم تركيبه فيها.
نقض مدني فرنسي، الغرفة الاولى، 15 ديسمبر 1965، مجموعة النقض المدني، قاعدة رقم 715، ص547، نقلاً عن د.حسن عبد الباسط جمبيعي، مصدر سابق، ص55؛ جستان، تكوين العقد، مصدر سابق، ص710.
كما قضت محكمة النقض الفرنسية على البائع بضمان العيوب الخفية، وبالحقبة المشتري، على مشتري زجاجة نبيذ قد اصيب من جراء احتواء الزجاج على سائل حامضي مؤدية بذلك اتساع نطاق هذا الضمان ليغطي العيوب التي اطلق عليها الفقهاء مصطلح العيوب التعاقدية.

- Cass Civ. 20 26Juin 1963, CP, 1953, 117801 note. R. Rodiere, D. 1 P.54, P.181 note R. Savatier , RTDc, 1954, P.93 obs. Hetl, Mazeand.

نقلاً عن : د.حسن عبد الباسط جمبيعي، مصدر سابق، ص55.
- وقد عدد قانونا المدني التزامات المؤجر والتزامات المستأجر في المواد 742 وحتى 759 ، فيما يخص التزامات المؤجر و 760 -774 فيما يخص التزامات المستأجر والتي كان من ضمن التزامات ==

والذي يهمننا في موضوع بحثنا هذا، الآثار التي يضيفها الالتزام بالاخفاء بالبيانات على الجزاءات المقررة بالالتزام بالضمان ومدى تطبيق هذه الجزاءات على الاخلال بالالتزام بالادلاء؟

حيث يمكن تصور عدة مبادئ في هذا المجال، قبالنسبة لضمان التعرض والاستحقاق فان المادة 445 من القانون المدني المصري -والتي تجيز في فقرتها الاولى- للمتعاقدين ان يعدلا بالزيادة او الانقاص او الاسقاط في الضمان، تقتصر عدم الضمان في فقرتها الثانية على حقوق الارتفاق الظاهرة، ثم تؤكد في فقرتها الثالثة على بطلان كل شرط لاسقاط او انقاص الضمان اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق الاجنبي.

وقد تضمن القانون المدني العراقي نصاً مماثلاً لنص المادة 445 وهما نص المادة 556 و557⁽¹⁾.

ولما كان المبدأ الذي سبق ذكره بالنسبة للمتعاقد المحترف الملتمزم بالادلاء بالبيانات العقدية للطرف الاخر. انه توجد بالنسبة له قرينة افتراض العلم وقياسه على المتعاقد سيء النية. وخاصة في عقد البيع، فانه يترتب على ذلك نتيجة هامة هي انه عند إخلال البائع بالالتزامه باعلام المشتري بالارتفاقات الخفية فانه -بوصفه بائعاً محترفاً- سيفترض سوء نيته وانه "تعمد اخفاء حق الاخير" طبقاً للفقرة الثالثة من المادة (445) مدني سالفه الذكر، ومن ثم لن يتمتع بأي شرط لانقاص او اسقاط الضمان ويقع باطلاً كل شرط للاعفاء في هذا الصدد دون الحاجة لتكليف المشتري لعبء اثبات سوء نية البائع⁽¹⁾.

ومن ناحية ثانية فانه يترتب على اخلال البائع المحترف بالالتزامه بالافضاء بالبيانات العقدية للمشتري واستعمال قرينه اعتباره سيء النية، انه يتحمل الجزاء الكامل

==المؤجر هي، تسلم المأجور ، والالتزام بصيانتته، والالتزام بضمان القرض والالتزام بضمان العيوب الخفية. ينظر في شرح هذه المواد بالتفصيل: د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، عقد الايجار، الطبعة الثالثة، مطبعة العاني، 1984، ص46؛ د.عمر قاسم احمد، المصدر السابق، ص150.

(1) اذ تنص المادة 556 من القانون المدني العراقي على انه "1. يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص ان يزيدا في ضمان الاستحقاق او ان ينقصا منه او ان يسقطا هذا الضمان. 2. ويفترض في حق الارتفاق ان البائع قد اشترط عدم الضمان ، اذا كان هذا الحق ظاهراً او كان البائع قد ابان عنه للمشتري. 3. ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان او ينقصه، اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق المستحق"

- لكن بالرغم من هذا التبييس فان المستهلك يظل قادراً على استخدام هذه الدعوى اذا كان العيب ظاهراً. ينظر: د. عبد المنعم البدر اوي، مصدر سابق، ص505؛ د.توفيق حسن فرج، مصادر الالتزام، مصدر سابق، بند 189؛ د.خمس خضر، مصدر سابق، بند 152 ومابعدھا؛ د.اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص234.

- وترتيباً على ذلك فان الالتزام بالاعلام يشكل من اهم الدعامات لاية سياسة ناجحة تهدف لحماية المستهلكين. ينظر: د.احمد عبد العال، ابو قرين، مصدر سابق، ص42؛ د.حمدي عبد الرحمن، الاتجاهات القانونية العامة في حماية المستهلك، مصدر سابق، ص43.

(1) فقد اخذت الغرفة التجارية في محكمة النقض في حكمها بتاريخ 6 كانون الاول/ 1981، على محكمة استئناف باريس بانها "قبلت الضمان في حين انها بينت ان الشاري عند التفاوض في مادة الاشغال العامة كان عليه ان يكشف استناداً الى تجاربه شوائب عمل الآله التي اصبح مكتسب ملكيتها ويبرز صفته كشاري مهني". ينظر: النشرة المدنية 17 رقم 448 ، ص359.

- وقضت ايضاً في حكم نقض اخر للغرفة التجارية عينها بتاريخ 18 تشرين الثاني 1981 على قضاة الاستئناف "عدم البحث عما اذا كان للعيب المنسوب الى الفاصوليا طابع العيب الخفي بالنسبة للشريك في التعاقد وهذا هو ثار مهني من الاختصاص عينه" كما قضت في حكم اخر لها بتاريخ 26/ شباط/ 1979 حكماً "ببحث عما اذا كانت صفة المزمينة المهنية للشارية من شأنها ان تسمح لها بان تتأكد بنفسها من العيوب". النشرة المدنية 17، رقم 82، ص61.

نقلاً عن الاستاذ غستان، مصدر سابق، ص710؛ د.علي حسن نجيدة، مصدر سابق، ص62؛ د.احمد شوقي عبد الرحمن، مسؤولية المتبوع باعتباره حارساً، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1976، ص60.

المقرر عند الاستحقاق اذ يلتزم بان يرد للمشتري قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية والثمار ولاسيما - وهذا هو المهم- المصروفات الناقصة والكمالية والتي لا يلتزم بها سوى البائع سيء النية⁽²⁾.

ومن ناحية ثالثة فانه لضمان العيوب الخفية، فان الفقه الفرنسي يذهب الى ان البائع والصانع المحترف والذي يلقي على عاتقه نتيجة لذلك بالالتزام بالافضاء بالبيانات والافصاف والعيوب الخفية المتعلقة بالشيء المبيع تقع على عاتقه قرينه اعتباره عالماً⁽¹⁾ بهذه العيوب ويعفى المشتري من عبء اثباتها ومن ثم يكون البائع ملزماً عند اخلاله بهذا الالتزام بتعويض المشتري تعويضاً كاملاً عند التزامه بضمان العيوب الخفية ولا يمكن له الاستفادة من المادة 1643 والمتعلقة بالاتفاق على الاعفاء او الانقاص من المسؤولية، اذ يؤدي الاخلال بالالتزام بالافضاء بالافصاف الاساسية للمبيع ان يحمل البائع لجزاء البائع سيء النية المخل بالتزامه لضمان العيوب الخفية من ناحيتين:

الاولى: طبقاً لاحكام المادة 447 من القانون المدني المصري والتي تنص على عدم ضمان البائع للعيوب التي كان المشتري يعلمها وقت البيع او كان يستطيع ان يتبينها لو فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد، ولكن هذه المادة في نفس الوقت تحمل البائع الضمان في هذه الحالة اذا كان سيء النية قد تعمد اخفاء العيب غشاً منه، وهي الفرضية المتبعة في مواجهة المدين بالالتزام بالافضاء في كافة الحالات، والناحية الثانية طبقاً للمادة (453) مدني مصري وتقبلها المادة (556/ ف3 مدني عراقي)⁽²⁾ والتي تنص على بطلان شروط الاعفاء من الضمان بالنسبة للبائع سيء النية⁽³⁾.

هذا فضلاً عن قياس البائع سيء النية في تحمله لكافة نتائج العيب الخفي على تحمل البائع سيء النية لكافة نتائج ضمان التعرض القانوني والاستحقاق، ومن ثم فان

(2) ينظر د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص 286. - فقد قضت محكمة استئناف محكمة مصر بانه "اذا تبين ان المشتري كان تحت تأثير ما ذكره البائع له من بيانات خاصة بدين الدائن على العقار المبيع وعدم استحقاق شيء منه ولا من فوائده وقت تحرير العقد ولم يكن يعلم انه ادخل الغش والتدليس وكنتم واخفى عنه مقدار الفوائد المستحقة على العقار قبل تحرير عقد البيع كما اخفى عنه ما اشترطه عليه الدائن من حق الاحتفاظ بالمطالبة بالدين والفوائد عند التقصير في دفع الفوائد في مواعيدها، الامر الذي ادى الى حلول جميع الدين وترتب عليه نزع الملكية للعقار ورسوم مزاده على الدائن فكان يجب على البائع ان يبين كل هذا للمشتري والا فان ذلك يعتبر غشاً وتدليساً موجب للبطلان. ينظر: د. عبد القادر محمد قحطان، السكوت المعبر عن الارادة، واثره في التصرفات، دراسة في القانون المدني المصري ونظيره اليمني مقارنة بالفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1991، ص 39.

(1) المقصود بالعلم في قرار الحكم المرقم 242 "ان العلم المراد في المادة 324 من التقنين المدني القديم والتي تقابل المادة 447 من القانون المدني الحالي وهو العلم الحقيقي دون العلم بالتشكيك". ينظر: نقض مدني مصري في 28 مارس 1935، مجموعة عمر، الجزء الاول، حكم رقم 242، ص 665.

(2) وتنص المادة 556 / ف3 على انه "يقع باطلاً كل شرط يسقط ضمان القرض او ينقصه، اذا كان البائع قد تعمد اخفاء حق المستحق".

(3) غستان، نظرية الالتزامات، مصدر سابق، ص 26.

اذ يرى التلازم الحتمي بين التزام البائع بضمان العيوب الخفية وبين التزامه -قبل التعاقد- بالادلاء بالبيانات والافصاف الاساسية المتعلقة بالمبيع، وانه لا يفتح في هذا التلازم ان العيب غالباً ما يكتشف اثناء (تنفيذ العقد) لانه من الضروري ان يكون سابقاً على ابرام العقد حتى يدخل في نطاق التزام البائع بضمانه".

- غستان، نظرية الالتزامات، مصدر سابق، ص 26 وما بعدها؛ د. سمير تناغو، مصدر سابق، ص 312؛ د. انور سلطان، مصدر سابق، ص 317.

الاخلال بالالتزام بالافضاء بالبيانات في مجال ضمال التعرض والعيوب الخفية يمثل نوعاً من التشديد او الاقتراض لهذا الضمان نتيجة لطبيعة هذا الالتزام بالافضاء وكونه وسيلة لحماية الرضا واعادة التوازن للاختلال في المراكز العقدية في بعض انواع العقود⁽¹⁾.
عليه فان ايجاب الضمان على عاتق المدين الذي اخل بالتزامه بالاعلام عن العيوب الخفية او عن الاسباب المحتملة لحدوث التعرض او المطالبة باستحقاق الشيء محل العقد كلياً او جزئياً لا ينفي عن الالتزام بالاعلام قبل التعاقد ذاتيته الخاصة به ويبقى محتفظاً باستقلالته عن هذه النظريات، بدليل انه قد تقوم المسؤولية عن الاخلال بهذا الالتزام على عاتق المدين به، بعيداً عن النظريات التقليدية سالفه الذكر (نظرية عيوب التراضي ونظرية الالتزام بالضمان) فيلتزم المدين بتعويض الدائن عن الضرر الذي لحق به من جراء مخالفة الالتزام بالاعلام قبل التعاقد ، ولو لم يكن هناك غلط، او تدليس، او حتى ما يوجب الضمان على عاتقه⁽¹⁾.

(1) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص275؛ د. رمزي فريد محمد مبارك، اسباب سقوط الحق في ضمان العيب الخفي، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الثالث، 1993، ص38.

- وسوء النية في التقنين المدني الفرنسي يتوافر بمجرد علم البائع بالعيوب وتعهد كتمانها لهذا العيب.
- ونفس الامر بالنسبة للقانون المدني المصري والعراقي الذي اشترط الى جانب العلم ان يكون التعهد في اخفاء العيب بقصد الغش ومن هنا يعتبر ذلك مبدأ مستقراً عليه فقهاً وقضاً فعلم المشتري بوضع المبيع مثلاً وحاله المادية والقانونية لا تجعل له الحق بعد ذلك بالرجوع على البائع بالضمان فلا يجوز له ان يشكو امراً علم به سلفاً وادخله في اعتباره عند تقدير المقابل الذي دفعه لقاء الشيء الذي اشتراه.
وهذا ما جاءت به المادة 447 من القانون المدني المصري والتي تتضمن على عدم ضمان البائع للعيوب التي كان المشتري يعلمها وقت البيع او كان يستطيع ان يتبينها لو فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد ولكن هذه المادة في نفس الوقت تحمل البائع الضمان في هذه الحالة اذا كان سيء النية قد تعهد اخفاء العيب غشاً منه.
كما ان هذا الحكم تضمنته المادة (568) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها (2). على ان كل شرط يسقط الضمان او ينقصه ويقع باطلاً اذا كان البائع قد تعهد اخفاء العيب. ينظر: د. سعيد جبر، مصدر سابق، ص87؛ د. رمزي فريد محمد مبارك، مصدر سابق، ص155؛ د. سمير كامل، ضمان العيوب الخفية في بيع الاشياء المستعملة ، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991، ص155؛ د. جاسم علي سالم ناصر، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990، ص551 وما بعدها؛ د. توفيق حسن فرج، اثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان ، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الاول، 1970، ص7؛ د. جلال الدين محمد جبرة، الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق الصادر من الغير في العقود في القانون المدني المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، حقوق اسبوط، بدون تاريخ، ص130 وما بعدها.

(1) ينظر: د. توفيق حسن فرج، مصادر الالتزام، مصدر سابق، بند 104 وما بعدها.

المبحث الثالث

تطبيقات عن المسؤولية الناشئة

في المرحلة السابقة على التعاقد

لكي نتضح لنا هذه المرحلة التي تسبق إبرام العقد جلياً ، فأنا سنحاول ان ايضاح معالمها، سواء اهميتها او مضمونها او أثارها والتي سبق وان درسناها سابقاً من خلال تناولها تطبيقات عن هذه المرحلة وسنخصص المطلب الاول لدراسة تطبيقات عن الالتزام الناشئ في المرحلة السابقة على التعاقد (الالتزام بالاعلام) وسنقسمه على فرعين، الاول سنتناول فيه التزام الطبيب بالافضاء لمريضه ثم نخصص الفرع الثاني لدراسة الالتزام بالاعلام او الافصاح في عقد التأمين.

ثم نكف على دراسة المطلب الثاني وسنتناول فيه تطبيقات عن مرحلة التفاوض وما ينشأ فيها من اتفاقات تمهيدية بتنظيم التفاوض وسنقسمها ايضاً على فرعين، نخصص الاول لدراسة الاتفاق المؤقت وسنتناول في الفرع الثاني الاتفاق المرحلي وكالاتي:

المطلب الاول

تطبيقات عن الالتزام بالادلاء او الاعلام

الناشئ في المرحلة السابقة على التعاقد

سنتناول في هذا المطلب تطبيقات للمسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد، ولعل من اهم هذه التطبيقات العملية الهامة والحيوية للالتزامات الناشئة في هذه المرحلة هي التزام الطبيب باعلام مريضه. والتزام المستأمن بالاعلام قبل التعاقد في مواجهة المؤمن. لتبرز اهمية هذين الالتزامين في حياة الافراد والدور الذي يلعبه كل من الطبيب في العقد الطبي بعد ان اصبح مستقراً في الفقه والقضاء الان -بعد تطور- ان علاقة الطبيب بمريضه هي علاقة تعاقدية ناشئة عن عقد مبرم بينهما يدعى العقد الطبي⁽¹⁾. وبعد ان اصبح التأمين من معالم العصر الحديث، اذ اصبح ملازماً لكافة صور المخاطر والتقدم في المجتمع وليس ادل من ذلك زيادة عدد شركات التأمين في الدول المختلفة والى جانب ذلك تلجأ الشركات في العصر الحديث الى تبصير المستأمن بضرورة التعاون مع الشركة بتقديم كافة المعلومات التي في حوزته وان تبصره، بان قيامه بالوفاء بالتزاماته في هذا الصدد انما هو مساعدة في نجاح عقد التأمين الذي هو ضروري بالنسبة للفرد نفسه ولتحقيق هذا الهدف تبين الشركات للمستأمنين بوضوح النتائج الثانوية لعدم الافصاح عليه⁽¹⁾. ولاهمية هذين التطبيقين في الحياة العملية فاننا سنتناولهما بالتفصيل اذ سنستعرض

(1) ينظر: د.نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص218 وما بعدها.

(1) ينظر: د.سهير منتصر، الالتزام بالادلاء ببيانات الخطر وتفاقمه في عقد التأمين، القاهرة، حقوق الزقازيق، دار النهضة العربية، 1990-1991، ص9.

مسؤولية الطبيب باعلام مريضه في الفرع الاول ثم نعكف على دراسة التزام المستأمن بالاعلام في مواجهة المؤمن في الفرع الثاني وكالاتي:

الفرع الاول

التزام الطبيب باعلام مريضه

تبدو اهمية هذا الاعلام من خلال الدور الذي يلعبه في تنوير المرضى او ذويهم وتبصيرهم بطبيعة المرض ومدى خطورته واثاره وما يلزم له من علاج، والاصل فيه ان يوجه الى شخص المريض باعتباره اول الناس مصلحة في العلم به، هذا مالم يكن المريض في حالة يتعذر معه فيها اعلامه او كانت لا تتوافر لديه مقومات الادراك اللازمة لاستيعاب حقيقة الاعلام وفحواه وعند ذلك ينبغي توجيه الاعلام بشأن مرضه وعلاجه الى من ينوب عنه او يقوم مقامه⁽²⁾.

ان رضا المريض السابق على أي تدخل علاجي او اجراء جراحي يعد امراً ضرورياً، ولازمة حتمية ينبغي مراعاتها والتحقق منها قبل المساس بجسم هذا المريض، وذلك نظراً لما لهذا الجسد من حرمة مصونة وحماية ثابتة ومقررة بموجب النصوص الدستورية والتشريعات العقابية في جميع دول العالم⁽¹⁾.

لا يخفى على ذي الفطنة ان الرضا من جانب المريض لا يمكن ان يتحقق بوضوح وجلاء دون ان يقوم الطبيب بتنويره وتبصيره بحالته الصحية وطبيعة مرضه ودرجة خطورته وما يقترحه له من وسائل وطرق لمداواته وعلاجه وهذا كله لا يمكن ان يتأتى بغير الزام الطبيب بالاعلام تجاه مرضاه. ومن ثم ينبغي على الطبيب قبل ان يباشر على مريضه أي اجراء جراحي او تدخل علاجي ان يحصل على رضاه به وان يزوده بالمعلومات والبيانات الكافية التي تسمح لمريضه ونهيء له وسائل التعبير عن ارادته تعبيراً حراً وواعياً يعبر به عن قبوله او رفضه لهذا التدخل العلاجي او الاجراء الجراحي⁽²⁾.

(2) ومن الحالات التي يتعذر فيها اعلام المريض بحالته هي حالات التشخيص الخطير. ينظر: د. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالافصاح في العقود، مصدر سابق، ص 132.

(1) ومما يدل على حرمة سلامة جسد الانسان واهمية المحافظة عليها هو ظهور اتجاه حديث في الفقه والقضاء الفرنسيين لا يجيز الاخذ بالشروط المخففة للمسؤولية اذا تعلق الامر بسلامة جسد الانسان وذلك في العقود التي يقع فيها على عاتق المدين الالتزام بضمان ذلك باعتبار ان سلامة جسد الانسان تعد من المسائل المتعلقة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على اعفاء المدين في مثل هذا الالتزام ولا على اعفائه من التعويض في حالة الاخلال به او اعفائه من العقوبة الجنائية. ينظر: د. محمد علي عمران، مصدر سابق، ص 215 وما بعدها؛ د. اسماعيل محمد علي المحاقري، الاعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المدني مقارناً بالقانون المدني المصري والشريعة الاسلامية، 1996، ص 401.

(2) د. خالد جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص 382.

في الحقيقة ان الاطباء كانوا يستنكرون بكل شدة ويرفضون التزام الطبيب تجاه مرضاهم بالاعلام الا ان هذا الاتجاه قد اضحى مرفوضاً الان فصار اعلام المريض من قبل طبيبه بحالته الصحية وطرق علاجها واجباً عليه". ينظر: د. محمد نجيب حسن، اسباب الاباحة في التشريعات العربية، القاهرة، معهد الدراسات العالمية، القاهرة، 1962، ص 18؛ د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص 217-225؛ د. احمد شوقي ابو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة، مشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1986، ص 106-107.

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بان الطبيب الذي يقوم باجراء عملية جراحية لمريضه دون ان يحيطه علماً بكافة المخاطر المحتملة التي يمكن ان تترتب عليها ودون ان يحصل على رضاه الحر والمستنير به يعد مسؤولاً عن جميع الاثار والنتائج الضارة ولو لم يرتكب أي خطأ طبي بالمعنى الفني الدقيق. ولقد اكدت في حكم حديث لها التزام الطبيب باعلام مريضه صادر في 15/12/1993 اكدت فيه ما خلصت اليه محكمة الاستئناف التي اعلنت في حكمها بانه يجب على الطبيب ان يعطي المريض معلومة كافية حول مخاطر العمل الطبي المقرر اجراؤه العادية منها دون الاستثنائية وذلك حتى يتمكن الطبيب من تحصيل رضا حر ومتميز من جانب مريضه⁽¹⁾.

هذا فضلاً على ان القضاء المصري يشترط ان يباشر الطبيب عمله في حدود قواعد المهنة الطبية ولقد تم التوصل الى هذا القبول من خلال ما جاء في حكم لاحدى المحاكم المصرية والذي جاء فيه انه "يجوز للطبيب قياماً بوظيفته المرخص له بها وفي سبيل المحافظة على صحة افراد المجتمع اتخاذ ما يلزم من وسائل التطبيب بقصد علاج المرضى، على شريطة ان يرضى المريض بهذه الوسائل رضاً غير مشوب وان يباشر عمله في حدود وقواعد المهنة الطبية فاذا ما خالف هذه السنن اصبح مسؤولاً عن تعويض الاضرار التي نشأت عن فعله⁽²⁾.

فمن ناحية طبيعية ان هذا الالتزام بالافضاء، يختلف تماماً عن الالتزامات ببذل العناية والحرص التي تقع على الطبيب اثناء ممارسته لمهنته في علاج المريض، وهو ما يؤكد الفقه صراحة لانه في حين ان هذه الالتزامات الاخيرة تعتبر التزامات "تعاقدية" ناشئة عن العقد الطبي وتتعلق بتنفيذه⁽¹⁾. فان الالتزام بالافضاء على نحو ما يؤكد الرأي الاغلب في الفقه الفرنسي اذ يرون انه التزام سابق على التعاقد ومن ثم يكون من الالتزامات الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد يثار عند ابرام العقد الطبي نفسه، ويتوقف عليه قبول المريض للعلاج او اجراء العملية المطلوبة ام لا، أي يتوقف عليه ابرام

(1) ينظر:

- V. Cass eiv. 27 Oct. 1953 J. 658. 659.

-N. Cass Civ. 15. Decembre 1993. arret No 1953 inedit.

نقلًا عن : د. عبد الرشيد مأمون ، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، القاهرة، دار النهضة العربية، بلا تاريخ طبع، ص18 و19.

(2) ينظر في ذلك حكم محكمة جنايات الاسكندرية بتاريخ 25/12/1941 في القضية رقم 2340 /الطيارين، 1938، مشار اليه في رسالة الدكتوراه للدكتور حسن زكي الابراشي، مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة القاهرة، 1950، ص317.

- ولا يخفى علينا ان القضاء المصري في خصوص الالتزام بالاعلام قبل التعاقد بصفة عامة وفيما يتعلق بالالتزام الطبيب باعلام مريضه بصفة خاصة به فقر شديد في احكامه فلا يوجد له حكماً واحداً يتضمن اعترافاً صريحاً بهذا الالتزام على الرغم من اعتراف واضع القانون المصري بالالتزام بالاعلام قبل التعاقد في مجموعة وتطبيقاته ايضاً والتي يمثل اعلام الطبيب لمريضه احدها فضلاً عن التطبيقات الاخرى ومنها قرار الحكم المذكور اعلاه والصادر من محكمة جنايات الاسكندرية بتاريخ 25/12/1941 في الفقه رقم 2340،الطيارين،1938،مشار اليه بالتفصيل في رسالة الدكتوراه للدكتور حسن زكي الابراشي،مصدر سابق، ص317.

(1) اذ ان الاعتقاد الشائع في المجال الطبي ان المريض قبل الطبيب يعتقد ان الطبيب فوق المساءلة القانونية وهذا الاعتقاد يعود الى عدم التفات الاطباء الى الالتزامات الملقاة على عاتقهم ايماناً منهم انها مجرد واجبات ادبية . ينظر: د.حسن الابراشي، مصدر سابق، ص62؛ د. محمد منصور، مصدر سابق، ص335؛ د. محمد السعيد رشدي، مصدر سابق، ص18-22؛ د.عبد الرشيد مأمون، مصدر سابق، ص119؛ د.علي حسين نجيدة، مصدر سابق، ص509.

العقد نفسه فالالتزام بالادلاء انما يقصد به حصول المريض على رضا متطور باجراء العلاج الطبي المقصود، وهو ما قررته محكمة النقض بحكم صريح ذهبت فيه بوضوح الى تقرير الالتزام بالافضاء بالمعلومات على عاتق الطبيب في الفترة السابقة على التدخل الطبي، وقد ميزت المحكمة تماماً في هذا الحكم بين هذا الالتزام بالافضاء بالمعلومات وبين الالتزام ببذل العناية الواجبة على الطبيب اثناء مباشرته للنشاط العلاجي الفعلي للمريض⁽²⁾ وينتهي هذا الرأي عند حديث عن الالتزام بالادلاء بالمعلومات الملقاة على عاتق الطبيب التي تؤكد الطبيعة قبل التعاقدية - للالتزامه بالادلاء بالبيانات بوصفه "التزاماً متولداً عن العقد الطبي الاصيل"⁽³⁾.

وقد اكد القضاء الفرنسي على ضرورة هذا الالتزام قبل التدخل العلاجي باعلام المريض في الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في 7 فيراير 1990 في قضية تنهل وقائعها من قيام احد الاطباء باجراء جراحة لتشخص يعاني من التهاب مزمن في الجيوب الانفية واثناء هذه الجراحة حدث، دون اي خطأ مهني من جانب الطبيب، ضغط على الحاجز الداخلي الايمن للانف، وهو خطر مرتبط او ملازم عادة لهذه الجراحة، مما ادى الى اصابة المريض باضطرابات بصرية خطيرة، الامر الذي دعاه الى مقضاة هذا الطبيب مستنداً في ذلك الى عدم اعلامه وتبصيره بهذا الخطر. اعتمد قضاة الموضوع على هذا الخطأ والزموا هذا الاخير بتعويض مقداره عشرة الاف فرنك مقابل الاضرار المعنوية التي تحملها المريض، وكشفوا بالمقابل انه لا توجد علاقة سببية مباشرة من هذا الخطأ - الكتمان- والاضرار الجسدية الاخرى الذي طلب المريض التعويض عنها. طعن المريض في هذا الحكم بطريق النقض مؤكداً على قيام علاقة سببية واضحة ومباشرة بين هذا الخطأ وتلك الاضرار، مدعياً انه لو كان قد احيط علماً من قبل الطبيب بهذه الاخطار لامتنع عن الجراحة. غير انه وازاء صعوبة تسليم قضاة النقض بوجود علاقة سببية يقينية على هذا المستوى بين مجرد الاخلال بالالتزام بالاعلام وتلك المضار، اكتفوا بالقول "اخلال الطبيب بالاعلام عن النتائج الاحتمالية لقبول تلك الجراحة قد حرم المريض فرصته في اتخاذ قرار ربما يكون اكثر حكمة كان من شأنه ان يخلصه من الخطر الذي تحقق له في

(2) محكمة استئناف ليون في 27 نوفمبر 1958-دالوز-59-53. نقلاً عن: د.نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، صص 219 و220؛ د. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالافصاح في العقود، مصدر سابق، صص 134؛ د. محمد السعيد رشدي، مصدر سابق، صص 61-87.

(3) في حين يذهب رأي اخر في الفقه الفرنسي وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي (Bren) الى القول بانه وان كان لالتزام الطبيب باعلام مريضه الطبيعة قبل التعاقدية الا ان ذلك لا ينال من حقيقته. اذ يظل هذا الالتزام التزاماً متولداً عن العقد الطبي الاصيل وانه عند اخلال الطبيب بهذا الالتزام تقوم في جانبه المسؤولية العقدية وذلك في حالة قيام العقد وابعاده، وتقوم المسؤولية التقصيرية في حالة عدم ابرام العقد ولقد نال هذا الرأي تأييداً من جانب بعض فقهاء الفقه المصري، ورغم ذلك فقد وجهت اليه عدة انتقادات ومن اهمها ان التزام الطبيب ==

== باعلام مريضه قبل التدخل العلاجي والاجراء العلاجي التزام سابق على ابرام عقد العلاج الطبي، ومن ثم فان له مرحلته الخاصة به وهي السابقة على ابرام العقد هذا من ناحية. ومن ناحية اخرى فانه بعد الاعتراف بالطبيعة القانونية الخاصة لكل مرحلة من هاتين المرحلتين فانه لا ينبغي مع ذلك القول بقيام المسؤولية العقدية في حالة ابرام العقد عند الاخلال من جانب الطبيب بشأن التزامه بالاعلام وقيام المسؤولية التقصيرية عند عدم ابرام العقد، وذلك على اساس ان الاخلال بالالتزام قد حدث في الحالتين في مرحلة ما قبل ابرام العقد أي قبل مباشرة الطبيب لاي تدخل علاجي او اجراء جراحي ومن ثم نشأ في الحالتين المسؤولية التقصيرية سواء ابرم العقد ام لم يبرم. ينظر: د. خالد جمال احمد الحسن، مصدر سابق، صص 394؛ د. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالافصاح في العقود، مصدر سابق، صص 127.

نهاية الامر. وواضح هنا ان محكمة النقض قد سلمت للمريض بالحق في الحصول على تعويض على الرغم من انه لم يكن من المؤكد ان قراره كان يتغير لو كان على علم بهذه المخاطر، أي على الرغم من شكها في ثبوت علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر المدعى به من قبل المريض، اذ لم يكن من المؤكد على حد تعبير البعض ان المضرور لو كان على علم بتلك الاخطار من البداية لاتخذ قراراً ملائماً يجنبه هذا الضرر⁽¹⁾.

اما كيفية تنفيذ الطبيب لالتزامه بالافضاء بالمعلومات للمريض فانها تتمثل بمجمل من الاوصاف والخصائص اللازمة لهذا الاعلام والوصف الاول يتمثل في ان الاعلام يجب أن يكون قبل التدخل العلاجي، او الاجراء الجراحي، اذ ان الاعلام الذي يصدر بعد التدخل العلاجي، والاجراء الجراحي عديم الفائدة والنفع في التعبير عن رضا المريض فلا جدوى من رضا يصدر من مريض بعد العلاج او الجراحة، لذلك فانه ينبغي ان يتحقق الاعلام في مرحلة سابقة على التدخل العلاجي او الاجراء الجراحي⁽²⁾. واننا نعتقد ان حكمه هذا الوصف تتمثل في ان يعطى المريض فرصة من الوقت للتفكير بشأن حالته الصحية وما يقترح لها من علاج فيساعده ذلك الاعلام في صنع قراره وتكوين رأيه بصدد العلاج او الجراحة المقترحة، ولقد اعلنت محكمة النقض الفرنسية عن هذا الوصف في حكم لها حيث قالت انه يتعين على الطبيب بصفة خاصة ان يفضي الى المريض بالخطورة المحتملة عن العملية الجراحية سواء اثناء اجرائها او قبل ذلك وربما قد يتخلف عنها اثار ونتائج عرضية بحيث يكون ارضاءه ارضاءً حراً سليماً ومنتوراً بكافة هذه المعلومات الى غير ذلك من الاحكام القضائية الفرنسية التي عالجت التزام الطبيب بالاعلام، ففي كل مرة تعلن هذه المحاكم بجلاء ووضوح عن ضرورة تحقيق ذلك الاعلام قبل مباشرة أي تدخل علاجي او اجراء جراحي⁽³⁾.

اما الوصف الثاني فهو ان يكون الاعلام بسيطاً ومفهوماً لدى المريض ذلك ان الاعلام الذي يصدر عن الطبيب بلغة فنية وعلمية معقدة لا يحقق غايته المرجوة منه، بل قد يكون ضرره اكثر من نفعه، لانه عندما يكون بصيغة علمية عالية المستوى قد يكون من شأنه ان يبعث القلق والخوف والرغبة في نفس المريض، لهذا فانه من الواجب ان يوجه الطبيب اعلامه للمريض بلغة سهلة بسيطة يسهل على المريض فهمها واستيعابها. ولقد أوجبت محكمة النقض الفرنسية في اكثر من حكم⁽¹⁾ لها ضرورة ان يكون الاعلام الصادر من الطبيب بسيطاً تقريباً ومفهوماً وصادقاً ولقد اشارت محكمة النقض الفرنسية في نفس

(1) Cass. Civ. 7 Fevrier 1990. Bull. Civ. 1. P.30. N. 39. Prec.

ينظر في ذلك: د. اشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999، مصدر سابق، ص 140؛ د. مصطفى ابو مندور موسى، مصدر سابق، ص 551.

(2) وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث بعدم اخلال الطبيب بالتزامه بالافضاء بالمعلومات -بمناسبة علاج مريض باشعة الراديو طالما انه ادلى له قبل العلاج بكافة المخاطر والاضرار المتوقعة والنتيجة من هذا العلاج. ينظر: د. خالد جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص 397.

- V. Cass. Civ. 23 Mai 1973 GP 1973. 288.

(3) V. Cass. Civ. 5 Mars 1974. Bull. Civ. 1974. -1-p.63.

نقلاً: د. عبد الرشيد مأمون، مصدر سابق، ص 21؛ د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص 221.

(1) V. Cass Civ. 21 Fevrier 1961 J.C. P. 1961, H.12129- Note R. SAVATIER.

نقلاً عن: د. خالد جمال احمد، مصدر سابق، ص 424.

الحكم الى ان لجوء الطبيب الى التخلي عن استعمال المصطلح الطبي الفني الدقيق واستعمال اصطلاح شائع لتوصيل المعلومة للمريض لا يشكل خطأ في جانبه مادام ان ذلك الاعلام قد قدم للمريض فكرة صحيحة بقدر كاف بشأن التدخل العلاجي المقترح حيث استعمل الطبيب اصطلاح التهاب الحبيب الامامي بدلاً من اصطلاح التهاب مخاطي امامي⁽²⁾. ويثار التساؤل في هذا المقام حول مدى التزام الطبيب بمراعاة الظروف الشخصية للمريض عند اعلامه مثل عمره او درجة ثقافته ونوعه او جنسه ودرجة خطورة المرض، فهل الطبيب مطالب بان يراعى في اعلامه للمريض مثل هذه المعلومات الخاصة بمريضه ام ان له الحق في تجاهلها وتقديم اعلامه بطريقة عادية؟

لاشك ان الطبيب هو الشخص الذي نضع امالنا فيه عند المرض للشفاء بأذن الله تعالى عليه فيجب في اعتقادي الا يتعامل مع مريضه بطريقة آلية انما ينبغي ان يتفاعل معه في التعامل فيراعى ظروف مريضه عند الاعلام، فما يقدمه الطبيب من معلومات الى شاب في مقتبل عمره ينبغي ان يختلف عن المعلومات التي يمكن له تقديمها لرجل قد بلغ من العمر اذله رغم انهما يعانيان من نفس المرض، وكذلك الحال بالنسبة للرجل والمرأة فليسا على درجة متساوية من حيث تأثير الاعلام بخصوص المرض عليهما فما يمكن للرجل ان يتحملة من اعلام عن مرض خطير قد يكون سبباً في موت امرأة او اصابتها بصدمة نفسية خطيرة، كما ان الاعلام الذي يقدمه الطبيب الى رجل امي ينبغي ان يختلف عن الاعلام الذي يجب تقديمه الى رجل على درجة عالية من الثقافة وكذلك الحال ينبغي على الطبيب ان يراعى في اعلامه تفاهة المرض وبساطته وخطورته وجسامته، وفي اعتقادي اذا لم يكن الاعلام بهذه الطريقة فانه عند ذلك يحول الاعلام الى وسيلة ضارة من شأنها ان تضاعف على المرضى امراضهم والامهم بدلاً من ان يخفف عنهم اثار جهلهم بها. فقد تقتضي انسانية الطبيب احياناً عدم اعلام المريض وتركه في جهل لحالته المرضية وذلك في حالات التشخيص المرضي الخطير وفي الحالات التي يرتئي فيها ولاسباب معقولة اخبار المريض واعلامه بمرضه رغم خطورته ان يراعى جانب الحيطة والحذر في ذلك فالانسان اشد حرصاً على صحته وحياته.

اما الوصف الثالث، فهو ان يكون الاعلام كافياً وكاملاً فليس ثمة شك في ان الاعلام الناقص الذي لا يصور للمريض جوانب الحقيقة كلها فيما يتعلق بمرضه وعلاجه لايمكن ان يحقق غايته المرجوة لذلك كان من الطبيعي ان نشترط في الاعلام الموجه الى المريض ان يكون اعلاماً كافياً في ايضاح المسائل الخاصة بالمرض وما يلزمه من علاج، فضلاً عن الاثار التي يمكن ان تترتب عليها وجميع ما يلزم من معلومات من شأنها ان تعين المريض في التعبير عن ارادة حرة ومستنيرة. ولذلك فقد جاء في مشروع توصية لجنة وزراء المجلس الاوربي بشأن الواجبات القانونية الملغاة على عاتق الاطباء تجاه

(2) عبد الرشيد مأمون، مصدر سابق، ص21.

مرضاهم انه "يجب على الطبيب ان يقدم للشخص الذي يلزم توافر رضائه او رأيه، المعلومات الكافية بالقدر الذي يسمح له بالرضاء في معرفة تامة بالوقائع"⁽¹⁾.

واخيراً فان الاعلام يجب ان يكون دقيقاً وصادقاً اذ ان الاعلام الذي يخلو من وصفي الدقة والصدق اعلام مبتور ومشوه لا يمكن ان يحقق للمريض غايته في الاحاطة والالمام بكل ما يتصل بمرضه وعلاجه، لذلك فانه من المتعين ان يتسم اعلام الطبيب لمريضه بالدقة في وصفه للداء الذي يعاني منه مريضه وفي بيان علاجه ومداواته، هذا فضلاً عن ضرورة مراعاة الدقة عند عرضه البدائل العلاجية الموجودة على مريضه وبيان مزايا وعيوب كل منها حتى يتسنى للمريض مشاركة الطبيب في اختيار احداها عن دراية وعلم لا عن جهالة وجهل⁽¹⁾.

وعلى وجه الخصوص يجب ان يفضي الطبيب للمريض بالخطورة المحتملة عن العملية الجراحية سواء اثناء اجرائها، ام بما قد يتخلف عنها من اثار ونتائج عرضية بحيث يكون ارضاء المريض باجرائها ارضاءً سليماً ومتنوراً بكافة هذه المعلومات واذا كان التدخل العلاجي او القيام بالعملية الجراحية يمكن ان يتم باحدى طرق متعددة، وجب على الطبيب الافضاء بها الى المريض مع تبصيره بنتائج واثار كل منها حتى يستطيع المريض اختيار احدى هذه الطرق وهو متنور بظروفها واثارها. وقد اكدت احكام محكمة النقض الفرنسية في الكثير من القضايا مبدأ افضاء الطبيب الى المريض بجميع المخاطر المتوقعة وغير المتوقعة ولنسوق بعض من هذه الاحكام ففي قضية تتلخص وقائعها "ان سيدة تبلغ من العمر 66 عاماً ارادت التخلص من بعض عيوب الترهل اسفل جفونها وقام الطبيب باجراء جراحة لها ترتب على هذه الجراحة ان اصبحت هذه السيدة بالعمى في العين اليسرى. والقت محكمة النقض في هذه الدعوى الالتزام بالتبصير على عاتق الطبيب الذي لم يحذر المريضة لكي تكون على علم تام بخطورة هذه الجراحة وبنبت اسبابها على ان الالتزام بالتبصير يكون اكثر لزوماً اذا كان التدخل الجراحي لا يهدف الى تقويم بعض العيوب الجوهرية"⁽¹⁾.

(1) "Le medecin doit donner ala personne don't le consentement om l'o Pinin est requis, une information suffisante qui lui permette de consentir en pleine connaissance de cause".

نقلاً عن د. خالد جمال احمد الحسن، مصدر سابق، ص 427.
(1) ينظر: دنزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص 21.

- والجدير بالذكر ان ثمة اتجاهاً في الفقه الفرنسي يذهب الى التفرقة في مجال كذب الطبيب على مريضه في الاعلام بين نوعين من الكذب اولهما كذب التشاؤم وهو ممنوع وثانيهما كذب التفاؤل وهو مسموح به، فالكذب المتشائم هو الكذب الذي ينطوي على اخفاء العلامات او النتائج الحسنة عن المريض وحمله على الاعتقاد بان هناك علامات او عواقب اكثر خطورة مما اظهرته الفحوص. اما كذب التفاؤل فهو اخفاء حقيقة المرض وعواقبه طالما ان ذكر الحقيقة لن يكون له الا اثر سلبي على حالته النفسية.
ينظر بخصوص عرض كذب الطبيب على مريضه في الاعلام: د. احمد شوقي عمر ابو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1986، ص 112-113.

(1) Cass. Civ. 17-11-1060. Note Savatier D. 1961.

وفي حكم اخر لها ، في مجال جراحة التجميل وتتلخص وقائع هذه الدعوى ان سيدة فرنسية كانت تعاني قليلاً من عدم امكان فتح فمها بقدر كاف مع عدم تناسق خفيف في الوجه، مما يسبب لها اعاقه في عملية المضغ واضرار جمالية فلجأت الى جراحة التجميل لاصلاح هذا التشوه، فنتج عنه تشوه بالغ في الوجه وازداد الامر صعوبة في عملية مضغ الطعام الذي اثر على سوء هضم المعدة ومشاكل في القولون فقضت محكمة النقض بانه كان على طبيب جراحة التجميل، ان يبصر المريض بكل الاضرار والمخاطر والنتائج المتوقعة وغير المتوقعة ونسبة نجاح هذه العملية وذلك كله دون تحفظ، وهذه المخاطر التي تعاني منها المريضة كانت متوقعة ومخاطر جدية، فان الطبيب يعتبر مقصراً في القيام بالالتزام بالتبصير⁽²⁾.

ومع ذلك فان التزام الطبيب بالافضاء للمريض بالمعلومات لا يقوم في كافة الاحوال بل ترد عليه بعض الاستثناءات التي تقتضيها ظروف المهنة او حالة المريض النفسية او الصحية اذ تنص المادة (34) من تقنين العلاج الطبي الفرنسي على ان الطبيب يستطيع الامتناع عن الادلاء للمريض بحقيقة حالته الصحية او بالعملية المطلوب اجراؤها اذا كان في هذا الادلاء خطورة على المريض⁽³⁾.

ومن اجل المزيد من تحديد معيار التزام الطبيب بالافضاء بالمعلومات المتعلقة بحالة المريض الصحية والاجراء العلاجي او الجراحي المطلوب، فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي على -ان التزام الطبيب بالافضاء بالمعلومات- ومعيار ذلك يتوقف اساساً على طبيعة امرين، اولهما: طبيعة التدخل العلاجي المطلوب ومدى لزومه للمريض في هذه الظروف حيث قسم هذه الطبيعة الى ثلاث حالات يتدرج فيها معيار الالتزام بالافضاء بالمعلومات حسب اهمية التدخل المطلوب وثانيهما حالة المريض الصحية والنفسية ومدى تقبله لفهم وادراك المعلومات التي يفرضي بها الطبيب اليه⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تطبيق الالتزام بالافصاح او الاعلام في عقد التأمين

لما كان عقد التأمين يقوم اساساً على التعاون بين المستأمن والمؤمن، ويجب على كل منهما الصدق والامانة في التعامل ومن ثم اطلق على عقد التأمين انه عقد منتهى حسن النية، ويمثل هذا العقد المجال الخصب، لتطبيق الالتزام بالافصاح في كلتا صورتيه الصورة الاولى: التي تمثل الالتزام بالافضاء بالمعلومات قبل التعاقد وهو خير مثال للتطبيق في عقد التأمين تحت مسمى "الاعلان المبتدئ للخطر".

(2) Cass . ler. 6-11-1969. Gaz-Pal 1970.

نقلاً عن د. سعيد سعد عبد السلام، مصدر سابق، ص152.

(3) ينظر: د.محمد السعيد رشدي، مصدر سابق، ص93؛ د. عبد الرشيد مأمون، مصدر سابق، ص139.

(4) ينظر: محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص383؛ د.حمدي عبد الرحمن، مصدر سابق، ص19؛

د.زكي الابراشي، مصدر سابق، ص347؛ د.محمد منصور، مصدر سابق، ص163.

بينما الصورة الثانية: فهي الالتزام بالمشاركة او التعاون بعد ابرام العقد واثناء تنفيذه وتمثل في عقد التأمين "الالتزام بالاعلان عن تفاقم الخطر ووقوع الكارثة"⁽²⁾. ولا يقصد بمبدأ حسن النية في هذا الصدد معناه العادي والذي ينصرف الى الزام المتعاقد بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية لان تنفيذ العقود بحسن النية هو مبدأ عام يحكم كافة العقود ويتعلق بتنفيذ التزاماتها التعاقدية، أي في مرحلة لاحقة لانشاء العقد، ولكننا نقصد في هذا الخصوص مبدأ حسن النية (قبل التعاقد)، أي في المرحلة السابقة على التعاقد ومواده ان هناك نوعاً خاصاً من العقود يعتمد فيها المتعاقد عند ابرام العقد، وبسبب طبيعته، اعتماداً كلياً على المعلومات والبيانات الى يفضي له بها المتعاقد الاخر، ولذلك فان القانون يلزم هذا المتعاقد عند الادلاء بتلك البيانات بمراعاة حسن النية بحرص وعناية شديدين، بحيث ان مبدأ حسن النية في هذه الحالة يتعلق (بابرام) العقد نفسه وليس بمجرد (تنفيذه) ويأتي على رأس هذه العقود عقد التأمين⁽¹⁾.

إذ يلتزم المستأمن بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد الذي هو تطبيق للالتزام بالافضاء "قبل التعاقد" أي القائم في الفترة السابقة والمعاصرة لابرام العقد، مع وجوب الاشارة الى التزام اخر هام على عاتق المستأمن في هذا الصدد هو ان يقوم باخطار المؤمن بما يستجد اثناء تنفيذ العقد من ظروف يترتب عليها تشديد المخاطر وهو التزام تعاقدى يتعلق بتنفيذ العقد ومن ثم يخرج عن دراستنا في المرحلة السابقة على التعاقد والالتزامات الناشئة في هذه المرحلة والتي تسبق التعاقد⁽²⁾.

ولذلك فان نص المادة 2/125 من التقنين المصري الجديد والذي وضع قاعدة عامة تعترف بالكتمان (السكوت العمدي) كتدليس مبطل للعقد اصبح يغني عن المادة (1068) من المشروع التمهيدي، وعلى كل حال فقد حذفت هذه المادة، وان كان حذفها لم يمنع جمهور الفقه المصري من الاخذ بها لانها تطبيق للمبادئ العامة المسلم بها في عقد التأمين، فضلاً عن جريان العمل على ادراج حكمها في دقائق التأمين حتى اصبح عرفاً

(2) ينظر: د.احمد شرف الدين، احكام التأمين، دراسة مقارنة في القانون والقضاء، الطبعة الثالثة، القاهرة، طبعة نادي القضاة، 1991، ص202-206؛ د.وفاء ابو جميل، مصدر سابق، ص46؛ د.عبد الودود يحيى، الالتزام باعلان الخطر، مصدر سابق، ص18.

(1) مع مراعاة ان عقد التأمين يشتمل ايضاً فضلاً عن اعتبارات حسن النية، على معظم الاعتبارات الاخرى المرجوة في كافة عقود الثقة والتي تستلزم قيام الالتزام بالادلاء بالمعلومات فهو يعتبر من العقود الاحتمالية القائمة على الضرر ويعتبر من عقود الادعان بالاضافة الى اشتماله على فكرة (الخطر) والتي يرى فيها جانب من الفقه مسوغاً لقيام هذا الالتزام بالافضاء، ينظر: د.نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدى بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، مصدر سابق، ص192.

- فقد اكد الفقه من ناحية ان عقد التأمين من العقود التي تستلزم حسن النية الشديد في ابرامها فالمؤمن يكون في غالب الاحيان تحت رحمة المستأمن اذ انه مضطر الى الاعتماد عليه بشكل خاص في تكوين فكرته عن الحق المراد تأمينه وبالتالي في تحديد مبلغ التعويض في حالة تحقق الخطر، وفي عبارة موجزة، ان المؤمن يكون تحت رحمة المستأمن في تحديد مضمون عقد التأمين وكذا في تحديد نطاق الحقوق والالتزامات المتفرعة ومن هنا جاء ترحيب الفقه بوصف عقد التأمين بانه عقد حسن نية. ينظر: د.محمد شكري سرور، الجزاءات الخاصة في عقد التأمين، دراسة في بطلان الوثيقة ووقف الضمان، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1975، ص16-23.

(2) ينظر: د.سعید سعد عبد السلام، مصدر سابق، ص176.

تأمينياً⁽¹⁾. ولكن الذي يهمننا هنا ليس الكتمان التدليسي أي المصحوب بنية التضليل، والذي يجد جزاءه في نظرية التدليس، بدون حاجة للانتجاء للالتزام قبل التعاقد بالافضاء بالمعلومات، ولكن يهمننا مجرد عدم إدلاء المستأمن بالبيانات دون استلزام اثبات سوء نيته، حتى يدخل الامر في نطاق الذاتية المستقلة للالتزام بالافضاء والمستند الى اعتبارات الثقة، ويمكن أن نجد اشارة غير مباشرة، لذلك في نصين من نصوص عقد التأمين في التقنين المدني المصري الجديد، الاول ورد في الاحكام العامة لعقد التأمين وهو نص المادة 2/752 والذي نص على ان مدة سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بالتقادم الثلاثي لا تسري في حالة اخفاء المستأمن لبيانات الخطر او تقديمه لبيانات غير صحيحة الا من يوم علم المؤمن بذلك⁽²⁾، والثاني نص المادة 1/764 بخصوص عقد التأمين على الحياة، والذي يقضي بانه لا يترتب على البيانات الخطأ ولا الغلط في سن الشخص الذي عقد التأمين على حياته بطلان التأمين، الا اذا كانت السن الحقيقية للمؤمن عليه تجاوز الحد المعين الذي نصت عليه تعريفه التأمين وقد استند شراح القانون المدني المصري المعاصرون الى كل من هذين النصين صراحة لالقاء الالتزام بالافضاء بالبيانات المتعلقة بالخطر على عاتق المستأمن عند ابرام عقد التأمين⁽³⁾.

اما بالنسبة لشروط التزام المستأمن باعلام المؤمن قبل التعاقد فانها تمثل في شرطين الاول يتمثل بعلم المستأمن بالمعلومات فمن الطبيعي ان يشترط لالتزام المستأمن باعلام المؤمن بمعلومات معينة تتعلق بالخطر المراد تأمينه (سواء اكانت معلومات موضوعية تتعلق بموضوع الخطر او معلومات شخصية تتعلق بشخص المؤمن له) ان تكون هذه المعلومات معروفة بالنسبة له، ومن ثم فلا محل لمساءلة المستأمن عن الكتمان او الكذب، اذا تبين ان ذلك يرجع الى سبب وحيد هو عدم علمه بهذا البيان اصلاً فليس من العدالة في شيء ان نلزم المستأمن ببذل معلومات تتعلق بموضوع الخطر المراد تأمينه، في الوقت ذاته الذي يجهل فيه المستأمن مثل هذه المعلومات⁽¹⁾.

ويثار التساؤل حول ماهية العلم المطلوب في جانب المستأمن، هل هو العلم الكافي ام انه يكفي مجرد امكانية العلم او المعرفة ذهب البعض الى انه ينبغي توافر العلم الفعلي او الحقيقي اذ "ان العبرة هي بذكاء المستأمن وليس بالقدرات الفعلية للرجل العادي، لذلك فاننا لا نتفق مع من يقول بمسؤوليته عما كان يجب ان يعلمه من بيانات، فالعبرة في

(1) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، عقود الغرر والتأمين، مصدر سابق، ص1273؛ د. عبد المنعم البدر اوي، التأمين، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1963، ص135؛ د. محمد علي عرفة، مصدر سابق، ص159 وما بعدها؛ د. عبد الودود يحيى، الالتزام باعلان الخطر، مصدر سابق، ص88.

(2) وهو يماثل نص المادة (990) من القانون المدني العراقي والتي تنص على: "1. تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى. 2. ومع ذلك لا تسري هذه المدة: (أ) في حالة اخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه، او تقديم بيانات غير صحيحة او غير دقيقة عن هذا الخطر، الا من اليوم الذي علم منه المؤمن بذلك. (ب) في حالة وقوع الحادث المؤمن منه الا من اليوم الذي علم فيه ذو الشأن بوقوعه. ينظر: نصوص القانون المدني العراقي.

(3) ينظر: د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص162 (ويستند الى نص المادة 2/752 مدني مصري لقيام الالتزام بالافضاء على عاتق المستأمن عند ابرام عقد التأمين)؛ د. محمود جمال الدين زكي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص143 هامش رقم 39؛ د. احمد شرف الدين، احكام عقد التأمين، مصدر سابق، ص203.

(4) ينظر: د. محمد حسام محمود لطفي، الاحكام العامة لعقد التأمين دراسة مقارنة بين القوانين المصري والتونسي، القاهرة، بدون تاريخ، الطبعة الثانية، بلا اسم مطبعة، بلا تاريخ طبع، ص181.

مسؤولية المستأمن دائماً هي بما يعرفه طالب التأمين بالفعل من بيانات دون سواها وهذا الرأي يتفق مع موقف الفقه الالمانى الذي لا يلزم المستأمن بواجب البحث والتحري عن كل ما يحيط بالخطر من ظروف، فالعبرة بالعلم الفعلي لديهم⁽²⁾.

في حين ان الرأي الراجح هو عدم اشتراط العلم الفعلي في جانب المستأمن، بحيث يكتفي بإمكانية علمه بالمعلومات الجوهرية التي تتصل بموضوع الخطر المراد تأمينه، ومن ثم فانه اذا قصر المستأمن في معرفة بيانات او معلومات معينة كان من الواجب عليه العلم بها، كان مسؤولاً عن ذلك تجاه المؤمن ولعل هذا هو ما اتجهت اليه محكمة النقض الفرنسي في احد احكامها، والذي قضت فيه بانه يجب على المستأمن ان يعلن من تلقاء نفسه عن كل الظروف التي كان يجب عليه العلم بها، والتي من شأنها ان تؤثر في فكرة المؤمن عن الخطر، والتي تؤدي به اما الى رفض ضمان الخطر او الى زيادة القسط الذي سيلزم المستأمن بادائه اليه خلال فترة العقد⁽¹⁾.

اما بالنسبة للشرط الثاني فهو جهل المؤمن بالمعلومات فمن المنطقي ان يشترط لألزام طالب التأمين باعلام المؤمن بالمعلومات او الظروف المتصلة بالخطر المراد تأمينه، ان يكون المؤمن جاهلاً بها، فهذا ما يتفق والحكمة من ايجاب وفرض هذا الالتزام على عاتق طالب التأمين، فمن غير المقبول ان نلزم طالب التأمين باعلام المؤمن بمعلومات او ظروف يعلمها المؤمن بنفسه او سبق لطالب التأمين ان اعلمه بها في وثائق تأمينية سابقة. وبالتالي فان علم المؤمن بالظروف المتعلقة بالخطر المراد تأمينه من شأنه ان يؤدي الى تخلف الواقعة الموضوعية التي يلزم توافرها لقيام ووجود هذا الالتزام، وذلك حتى وان ثبت ان طالب التأمين لم يعلن عن عمد هذه الواقعة، فانه لا يتعرض مع ذلك للجزاء، لان عدم الاعلان من جانب المستأمن لم يكن له اثر لا على ابرام العقد ولا على عدم ابرامه، ولا على شروطه⁽²⁾.

وهنا يتبادر الى الذهن تساؤل حول طبيعة البيانات التي يلتزم المستأمن باعلام المؤمن بها قبل التعاقد؟ وللاجابة على هذا التساؤل نقول بانه ليس ثمة شك في ان تكليف طالب التأمين باعلام المؤمن بكل ما يحوزه من المعلومات والظروف المرتبطة بالخطر المراد تأمينه، صغيرها وكبيرها، المؤثر منها على فكرة المؤمن عن الخطر المراد تأمينه او على تحديده لمقدار القسط او قيمته او غير المؤثر، يعد تكليفاً بما لا يطاق. لذلك فانه من الطبيعي ان يحد من اطلاق هذا الالتزام وقصره على المعلومات والظروف التي تساعد

(2) ينظر: في عرض موقف الفقه الالمانى: د. عبد الودود يحيى، الالتزام باعلان الخطر، مصدر سابق، ص17 و18؛ د. البشير زهرة، التأمين البري، تونس، بلا اسم مطبعة، بلا تاريخ طبع، ص94.

(1) V. Cass. Civ. 26 Janvier 1948, Rev. gen. ass. Terr. 1948, P:25. etcass Civ. 2 November 1954, Rev. Gen, ass. Terr, 1955, P.37.

نقلاً عن: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص1223؛ د. عبد المنعم البدر اوي، مصدر سابق، ص170؛ د. عبد الودود يحيى، مصدر سابق، ص21 و22.

(2) ينظر د. عبد الناصر توفيق العطار، احكام التأمين في القانون المدني والشريعة الاسلامية، القاهرة، بلا اسم مطبعة او تاريخ طبع ص68؛ د. جلال محمد ابراهيم، دروس في عقد التأمين، القاهرة، بلا اسم مطبعة، طبعه عام 1983-1984، ص231؛ د. محمد عبد الظاهر حسين، عقد التأمين، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995، ص124؛ د. محمد الشرعان، الخطر في عقد التأمين، رسالة دكتوراه، كلية القانون- جامعة الاسكندرية، 1984، ص52 و53؛ ينظر: د. عبد الودود يحيى، الالتزام باعلان الخطر، مصدر سابق، ص22؛ د. خالد جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص512.

المؤمن على حسن تقدير حجم الخطر الذي سيأخذ على عاتقه مهمة ضمانه، ليقرر على ضوءها بعد تبصير وتنوير كافيين ما اذا كان سيقبل ابرام عقد التأمين مع طالب التأمين او يرفضه، واذا كان سيقبل ابرام العقد فما هي الشروط التي سيقبل العقد بسببها؟ وما هو مقدار القسط الذي يريد الزام طالب التأمين به خلال فترة تنفيذ العقد⁽¹⁾؟.

وجدير بالذكر ان رأي الفقه مستقر على ان طالب التأمين يلزم فقط باعلام المؤمن بالظروف والمعلومات الجوهرية التي تؤثر في جسامه هذا الخطر او في تحديد اوصافه وآثاره، ويعد من قبيل هذه المعلومات تلك الظروف التي تؤثر في موقف المؤمن من فكرة ابرام العقد او العزوف عنه او انها تلعب دوراً في تحديد قيمة او مقدار القسط الذي يراه المؤمن مناسباً ومتناغماً مع فكرة ضمان الخطر التي يأخذها على عاتقه، اما المعلومات الاخرى غير الجوهرية التي لا تتعلق بالخطر اصلاً، او تتعلق به دون ان يكون لها من اثر في تحديد وصفه او بيان اثره، فلا يلتزم طالب التأمين باعلام المؤمن بها⁽²⁾.

ويثار التساؤل لمعرفة المعيار الذي ينبغي التعويل عليه في تقدير مدى جوهرية المعلومات او الظروف المتعلقة بالخطر المراد تأمينه، هل تعتمد على معيار المؤمن المعتاد، فننظر الى تقييم مؤمن معتاد يكون في نفس ظروف هذا المؤمن الذي يتضرر من اخلال طالب التأمين بالتزامه بالاعلام قبل التعاقد، او اننا ننظر الى مدى جوهرية المعلومات وتأثيرها على تقدير المؤمن من وجهة نظر مستأمن معتاد أي في نفس ظروف هذا المستأمن فنقول من ثم على معيار المستأمن المعتاد⁽³⁾؟.

(1) ينظر: د.برهام محمد عطا الله، التأمين من الوجهة القانونية والشريعة، القاهرة، مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية، 1984، ص119؛ د.عبد الودود يحيى، الالتزام باعلان الخطر، مصدر سابق، ص11-15.

(2) ينظر: د.جلال محمد ابراهيم، مصدر سابق، ص229-230.

(3) د.محمد شرعان، مصدر سابق، ص46؛ د. محمد حسام محمود لطفي، مصدر سابق، ص176؛ د.نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين، القاهرة، دار النهضة العربية، 1986، ص251؛ د. محمد عبد الظاهر حسين، عقد التأمين، مصدر سابق، ص119.

يرى البعض "ان معيار البيان الجوهري لا يكون" مرتبطاً بما يعتقد المستأمن انه جوهري، ولا بما يظنه المؤمن كذلك، وانما بما يتأثر به المؤمن الحريص المجرب في تقديره اذا عرف البيان عند ابرام العقد(1).

ويرى البعض الاخر في ان اتخاذ معيار المؤمن المعتاد لتقدير مدى جوهريّة البيانات والمعلومات المرتبطة بالخطر، عنت بالمستأمن، على اساس ان المستأمنين عادة ما يكونوا امام عدد كبير من البيانات لا يستطيع اكثر المستأمنين حرصاً اكتشاف انها مهمة وجوهريّة ام لا، وبالتالي يكون من غير المقبول ان تفرض عليهم الالتزام بالادلاء بالنسبة لهم، ولذلك فان اصحاب هذا الرأي يقترح التعويل على معيار المستأمن المعتاد، ومبيناً لنا في نفس الوقت ان هذا المعيار هو المعيار الذي اعتمدته لجنة الاصلاح التشريعي بانكلترا(2).

والرأي الراجح هو الرأي الاول بوصفه ينسجم مع الحكمة التي من اجلها فرض هذا الالتزام على عاتق طالب التأمين ذلك كون ان هذا الالتزام تبصير المؤمن وتنويره بكل ما يجوزه المستأمن من معلومات وظروف ترتبط بالخطر المراد تأمينه، فيكون لها دور في تكوين قراره بصدد العقد المزمع ابرامه سواء من حيث قبوله او عدم قبوله ام من حيث شروطه التي يرتقبها اذن العقد من هذا الالتزام هو مراعاة مصلحة المؤمن باعتباره الطرف الذي اودع ثقته كلها في شخص المستأمن منتظراً منه ان يزوده بما هو جوهري بالنسبة له من معلومات يجهلها كمؤمن تفيده في شأن العقد وبالتالي يعول على معيار المؤمن المعتاد وليس في ذلك عنت بالمستأمن لاننا لا نعول على معيار شخصي، يعتمد على شخص المؤمن نفسه، انما يعتمد على معيار موضوعي الا وهو معيار المؤمن المعتاد، لاسيما وان المستأمن حسن النية الذي يكتف عن المؤمن معلومات جوهريّة بالنسبة للاخير، وهو يجهل اهميتها بالنسبة للمؤمن لا يتعرض لجزاء البطلان، وانما يتعرض لجزاء يتناسب وحسن نيته نصت عليه المادة 22 من قانون التأمين الفرنسي الصادر في عام 1930، والمادة 9/113 من القانون الصادر في عام 1989، مفرقاً بين حالة اكتشاف حقيقة المعلومات المكتومة او الكاذبة قبل وقوع الكارثة او الحادث المؤمن منه، وبين اكتشافها بعد حدوث الكارثة او وقوع هذا الحادث. واؤيد في نفس الوقت ترك تقدير مدى جوهريّة المعلومات او الظروف المتعلقة بالخطر المراد تأمينه او عدم جوهريتها لان تقدير قاضي الموضوع يستقل بتقديرها بماله من سلطة تقديرية في ذلك(1).

اما عن نوعية المعلومات الجوهريّة التي يجب على المستأمن اعلام المؤمن بها فاننا نقول بانه تجدر الاشارة الى ان المعلومات او البيانات الجوهريّة التي يلتزم طالب التأمين باعلام المؤمن بها فانها قد تتعلق بموضوع الخطر فتسمى بالمعلومات الموضوعية، وقد تتعلق بشخص المؤمن له فتسمى بالمعلومات الشخصية. اما بخصوص المعلومات الموضوعية هي تلك المعلومات التي تتصل بماهية او موضوع الخطر المراد

(1) ينظر: د.سمير الشرفاوي، محاضرات في عقد التأمين، القاهرة، بلا اسم مطبعة وبلا تاريخ طبع، ص23؛ د. محمد شرعان، مصدر سابق، ص46.

(2) ينظر: د. برهام محمد عطا الله، مصدر سابق، ص120-121؛ د.سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالافصاح في العقود، مصدر سابق، ص171.

(1) ينظر: د.خالد جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص512.

تأمينه، وتخرج في نفس الوقت عن ارادة طالب التأمين، ويكون لها اثرها الكبير في تقدير المؤمن لقيمة القسط الذي يراه مناسباً لحجم الخطر الذي سيأخذ على عاتقه مهمة ضمانه⁽²⁾. وتختلف نماذج هذا النوع من المعلومات باختلاف نوع التأمين المراد ابرامه فمثلاً في التأمين على الحياة، يعتبر من قبيل المعلومات او البيانات الموضوعية، البيانات المتعلقة بسن المؤمن له، وحالته الصحية، والأمراض التي سبق له ان أصيب بها⁽³⁾ ومهنته السابقة والحالية⁽⁴⁾.

اما بخصوص المعلومات الشخصية فانها تتعلق بشخص المستأمن وترجع الى ارادته، ويكون لها بالغ الاثر في تحديد موقف المؤمن من فكرة التأمين قبولاً او رفضاً، ومن امثلة هذه المعلومات الاعلان عن اخلاف طالب التأمين ومدى سياره، ومقدار ما يبذله في اعماله وشؤونه، وما اذا كان قد سبق الحكم عليه باشهار الافلاس او بالتصفية القضائية، وصحيفته الجنائية ونوع الجرائم التي ارتكبها، وبيان عقود التأمين التي سبق له ابرامها مع مؤمن اخر، وهل تحقق فيها الخطر ام لا، وهل تقدم لاحدى شركات التأمين بطلب تأمين فرفضت طلبه واسباب الرفض، الى غير ذلك من الاسباب الشخصية الاخرى التي تعطي للمؤمن فكرة صحيحة عن الخطر المراد تأمينه بالنظر الى شخص المستأمن، فتساعده على تحديد موقفه واتخاذ قراره بشأن ابرام العقد والعزوف عنه⁽¹⁾.

اما من حيث وسائل تنفيذ المستأمن لالتزامه بالاعلام قبل التعاقد فانه تجدر الإشارة الى انه بخلاف الالتزام بالاعلام اثناء تنفيذ عقد التأمين لا يلتزم طالب التأمين في تنفيذه لالتزامه بالاعلام قبل التعاقد باتباع وسيلة معينة او شكل خاص في اعلام المؤمن باي من المعلومات الجوهرية انفة البيان (الموضوعية منها والشخصية) وبالتالي يمكنه ان يقوم باعلام المؤمن بها شفاهة او بطريق الكتابة حسبما يترأى له، ففي كلتا الحالتين يؤتى الاعلام اثره بمجرد تقديمه الى المؤمن⁽²⁾.

والاصل كقاعدة عامة التزام طالب التأمين بان يعلن من تلقاء نفسه كافة المعلومات الجوهرية لديه قبل ابرام العقد دون ان ينتظر من المؤمن طلبها منه، وهذه الوسيلة تعرف

(2) ينظر: د.سهير منتصر، الالتزام بالادلاء ببيانات الخطر وتفاقمه في عقد التأمين، مصدر سابق، ص60؛ د.عبد الناصر توفيق العطار، احكام التأمين، مصدر سابق، ص66-68؛ د. عبد الودود يحيى، الالتزام باعلان الخطر، مصدر سابق، ص9.

(3) ينظر: د.محمد حسام محمود لطفى، الاحكام العامة لعقد التأمين، مصدر سابق، ص177؛ د.نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين، مصدر سابق، ص251؛ د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزام، الجزء السابع، عقود الضرر والتأمين تنقيح المستشار مصطفى الفقي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990، ص1250؛ د.عبد الناصر توفيق العطار، احكام التأمين، مصدر سابق، ص67؛ د.عبد الودود يحيى، الالتزام باعلان الخطر، مصدر سابق، ص9، د.برهام عطا الله، مصدر سابق، ص119.

(4) د. محمد حسام محمود لطفى، الاحكام العامة لعقد التأمين، مصدر سابق، ص177-178. وقد اشار سيادته في الصفحة 178 هامش رقم 15 الى حكم للقضاء المختلط في مصر جاء فيه انه اذا توفي الصيديلي المؤمن == على حياته نتيجة صناعته لصواريخ رغم اقراره في طلب التأمين، انه لا يزاول اية مهنة خطيرة الى جوار مهنته الاصلية، سقط حقه في مبلغ التأمين (استئناف مختلط 9 يونيو عام 1937، يلتان المحاكم المختلطة 28، رقم 114، ص128).

(1) د. جلال محمد ابراهيم، مصدر سابق، ص230؛ د.عبد الناصر توفيق العطار، احكام التأمين، مصدر سابق، ص76؛ د.برهام محمد عطا الله، مصدر سابق، ص119؛ د.محمد عبد الظاهر حسين، عقد التأمين، مصدر سابق، ص122؛ د.خالد جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص519.

(2) ينظر: د.خالد جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص520.

في الفقه باسم الاعلان التلقائي. ولهذا اخذ قانون التأمين الفرنسي الصادر في 13 يوليو عام 1930 بالاعلان التلقائي، فاوصت المادة 2/15 منه على طالب التأمين ان يعلن بدقة لحظة ابرام العقد بكل الظروف المعروفة له، والتي من شأنها ان تساعد المؤمن على حسن تقدير الخطر الذي يتضمنه(1).

اما الوسيلة الثانية فهي طريقة الاستجواب، أي بنظام الاسئلة المطبوعة وفي ظل هذه الوسيلة، يجب على المستأمن ان يجيب بدقة وامانة عن هذه الاسئلة، ويعاب على هذه الوسيلة انها قد لا تتضمن كل الاسئلة اللازمة للوقوف على الخطر(2).

والجدير بالملاحظة ان نظام الاسئلة المطبوعة، يتم بعدد من المزايا منها ان هذا النظام من شأنه ان يسهل على طالب التأمين مهمته في تنفيذ التزامه بالاعلام قبل التعاقد، فلا يطالب الا بالرد على الاسئلة الموجهة اليه من المؤمن بصدق وامانة الامر الذي يجنبه الحيرة والتردد المتلازمين مع نظام الاعلان التلقائي بشأن ما هو جوهرى وما هو غير جوهرى من المعلومات. كما ان هذا النظام يسهل على المؤمن اثبات المستأمن بالتزامه بالاعلام قبل التعاقد، وذلك في حالة الرد على الاسئلة باجابات كاذبة لا تتفق مع حقيقة الواقع(3). اذ ان المؤمن مجبر عند اتباع هذه الوسيلة على الجواب بأمانة على الاسئلة التي يطرحها المؤمن، ولاسيما في استمارة التصريح عن المخاطر التي يستوجه المؤمن بموجبها عند ابرام العقد، حول الظروف التي من شأنها ان تجعل المؤمن بقدر المخاطر التي يأخذها على عاتقه وتوضح الفقرة 2 من المادة 112-3 انه "عندما يطرح المؤمن اسئلة خطية على المؤمن قبل ابرام العقد، ولاسيما في استمارة التصريح عن المخاطر او في وسيلة اخرى، لايسعه التذرع بواقع ان سؤالاً معبراً عنه بتعابير عامة لم يجب عليه الا بجواب غير محدد" ويقصد هذا النص منع ان يكون من الممكن ان يضر عدم الدقة بالمؤمن عندما يكون السبب عدم صحة تصريحه(1).

وقد درجت شركات التأمين في فرنسا على تضمين وثائقها جزاءً مشدداً يتعرض له المستأمن عند اخلاله بالتزامه بالاعلام قبل التعاقد بسوء نية الا هو البطلان مع استبقاء الاقساط المدفوعة، في حين يتعرض المستأمن حسن النية لجزاء اقل قسوة من البطلان، يتمثل في انقاص مبلغ التأمين بنسبة القسط الذي كان يدفعه، الى القسط الذي كان يجب دفعه لو علم المؤمن بحقيقة الخطر(2).

(1) د.عبد الناصر توفيق العطار، احكام التأمين، مصدر سابق، ص 67؛ د.محمد ابراهيم دسوقي، العقود المسماة (البيع، الايجار، التأمين)، 1994، ص461؛ د. محمد شرعان، مصدر سابق، ص49.

(2) د.خالد جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص522.

(3) د.عبد الودود يحيى، الالتزام باعلان لخطر، مصدر سابق، ص34؛ د.نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين، مصدر سابق، ص259.

(1) ينظر: غستان، مصدر سابق، ص674.

(2) ينظر: د.خالد جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص527؛

- Voir, NAPT, op.cit. P.93; NABET, Ibid-Boyer Ibid.

نقلًا عن : د. مصطفى ابو مندور موسى، مصدر سابق، ص568؛ د.احمد شرف الدين، احكام التأمين في القانون والقضاء، مصدر سابق، ص231.

ولقد اشار رأي في الفقه المصري الى ان شركات التأمين في مصر، كانت في جملتها شركات اجنبية كانت تلجأ الى ادراج شروط في وثائق التأمين تقضي بسقوط حق المؤمن له اذا ثبت انه كان سيء النية في اعلان الخطر. ودرج القضاء المختلط على الحكم بسقوط حق المؤمن له اذا قصد بالبيان الكاذب عن الخطر غش المؤمن متى كان للبيان اثر في تقدير الخطر، وطبق هذا القضاء في بعض احكامه القواعد العامة في التدليس، بينما خالف ذلك في احكام اخرى وقضى بأحقية المؤمن في الاقساط مجاوزاً بذلك الاثر الرجعي للبطلان مداه لكافة الاثار الناجمة عن العقد بالنسبة للطرفين، وانما هو ينهي التزام المؤمن بتحمل قيمة الخطر ودفع مبلغ التأمين، بينما لا يعفى المستأمن من التزامه بدفع الاقساط في الحدود المذكورة، وهو ما دعى البعض الى القول باننا لسنا بصدد بطلان حقيقي، وانما بصدد جزاء خاص عقوبة خاصة موجهة الى خطأ ذي طابع خاص هو اخلال المستأمن عن عمد بواجبه في الافضاء للمؤمن بكافة بيانات الخطر المؤمن منه⁽³⁾.

ويلاحظ ايضاً انه فيما يتعلق بالشق الخاص بأحقية المؤمن في الاحتفاظ بالاقساط التي دفعت بالفعل ومطالبته للمستأمن بما حل منها وقت تقرير البطلان، وان كان المشرع الفرنسي قد سَوَّغ ذلك بانه على سبيل التعويض الا ان هذا ليس هو الحاصل فعلاً، اذ حل اجلها دون ان يكون ثمة ضرر قد اصابه من جراء كتمان المستأمن او تقديمه لبيانات غير صحيحة عن الخطر المؤمن منه، فللمؤمن ان يفعل ذلك سواء تحقق هذا الخطر ام لم يتحقق، بل ولو لم يكن لهذا الكتمان او الاعلان الكاذب أي دور في وقوع الكارثة. وحتى على افتراض ان ذلك مقابل ضرر اصاب المؤمن فانه يصعب على حد تعبير البعض "ان يتصور ان الضرر الذي اصاب المؤمن يساوي دائماً وبالضرورة في كل الحالات مجموع الاقساط التي دفعها المستأمن لذلك وصف الفقه الفرنسي هذا التبرير بانه مجرد حيلة او صفة قانونية، وهو ما يدل على ان "الجزء المنصوص عليه في المادة 8/113 ليس الا جزاءً مدنياً او عقوبة موجهة الى المستأمن المتهم بالغش والخداع، وحقيقة الامر ان المشرع، هنا، لا يواجه ضرراً يراد جبره وانما يواجه خطأ يراد تقويمه وزجره⁽¹⁾.

(3) ينظر: دنزيه محمد الصادق المهدي، مصدر سابق، ص294.

(1) مادام ان مشرع التأمين قد افصح عن نيته في اعلاء شأن الخطأ من جانب المستأمن سواء عند تحديده لشروط اعمال هذا الجزاء وكذا عند بيان ما يترتب عليه من اثار. ينظر: د.محمد شكري سرور، الجزاءات الخاصة في عقد التأمين، مصدر سابق، ص216.

- ومما تجدر الاشارة اليه ان فكرة العقوبة المدنية الخاصة قد شهدت، منذ ظهورها في القانون الفرنسي خلافاً واسعاً في الفقه سواء في تحديد مضمونها والوقوف على اساسها وهل هي تواجه ضرراً ام خطأ ام تجمع بين جبر الاول ومقاومة وزجر الثاني في تحديد شروط الاخذ بها وما يقتضيه من دقة كبيرة حتى لا يأتي تنظيم العقوبة الخاصة منطوياً على الخروج عن بعض القواعد الدستورية او بعض الحقوق الاساسية للانسان وما يتضمنه ذلك بالتنجيع من مساس بمبدأ الشرعية وهو مبدأ عزيز على كل النظم القانونية كما هو معروف.

- وقد وجهت عدة انتقادات الى القضاء بخصوص تطبيق هذا الجزاء في كثير من الحالات ولو كان المستأمن حسن النية. ومن ضمن الانتقادات الموجهة له من قبل الفقه في عمومها بانه جزاء قاس للمستأمن حسن النية، وغير كاف للمستأمن السيء النية والتي كان لها اثر ملموس في مشروع القانون الذي اعدته اللجنة البرلمانية الفرنسية 1904، اذ اوصت تلك اللجنة باستبعاد الابطال في حالة جهل المستأمن، أي في حالة حسن نيته. وبجانب ذلك فان الممارسة العملية الفرنسية بدأ من اعداد وثيقة التأمين النموذجية ضد الحريق في 1913 كانت قد قصرت تطبيق البطلان على المستأمن سيء النية، واكتفت بالنسبة للمستأمن حسن النية بالتخفيض النسبي لمبلغ التعويض. ينظر في موقف الفقه والقضاء من شرط حسن نية المستأمن في الفترة السابقة على التنظيم التشريعي في فرنسا. ينظر: دنزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين، مصدر سابق، ص189؛ د. احمد شرف الدين، احكام عقد التأمين، مصدر سابق، ص231.

ثم جاء القانون الصادر في 13 يوليو 1930 مقررأ في ان واحد، التزام المستأمن بالافضاء للمؤمن بكافة البيانات والمعلومات التي تساهم في تكوين فكرته عن الخطر كمبدأ واضح وثابت من مبادئ عقد التأمين في المادتين 15، 23 ثم الجزاء المدني الخاص لمواجهة الاخلال به في المواد 21، 22، 23 من هذا القانون وهي المواد التي ادرجت، بعد ذلك، في قانون التأمين الفرنسي الحالي تحت رقم 908/113.

وقد فرقت كل هذه القوانين في الجزاء بين المستأمن سيء النية الذي يعمد الى اخفاء او تقديم بعض البيانات الكاذبة مع علمه باهمية هذه البيانات في اعتبار المؤمن لتقدير الخطر المؤمن منه تقديراً صحيحاً، وهذا رصد له المشرع جزاء قاسياً يتمثل في بطلان عقد التأمين مع ضياع حقه من استرداد ما دفعه من اقساط والزامه بدفع ما حل منها وبين المستأمن حسن النية الذي لم يقصد من عدم الافضاء او من الافضاء غير الصحيح الاضرار بالمؤمن، فجعل له جزاءً خفيفاً يتناسب وحسن نيته⁽¹⁾.

ففي حالة كون المستأمن سيء النية وهذا هو الفرض الاول فقد اوضحت المادة 8/113 من التقنين المدني الفرنسي الحالي ان الجزاء في هذه الحالة هو بطلان عقد التأمين، ليكون على المستأمن ان يعيد للمؤمن ما يكون قد سبق ان حصل عليه من تعويضات في حين يثبت لهذا الاخير الحق في الاحتفاظ بجميع الاقساط التي سبق تحصيلها من المستأمن مع احقية المطالبة بالاقساط التي حلت ولم يكن تم تحصيلها بالفعل وذلك على سبيل التعويض، كل ذلك ولو لم يكن للكتمان او الاعلان الكاذب أي دور في وقوع الكارثة⁽²⁾. وهو نفس الجزاء الذي اعتمده المشرع المصري في نص المادة (1067) من المشروع التمهيدي للقانون المدني⁽¹⁾.

ويلاحظ على هذا الجزاء المركب امران: فالامر الاول هو ان احكام البطلان التي تتضمنها هذه النصوص تشذ عن احكام البطلان المعمول بها وفقاً للقواعد العامة⁽²⁾. فمن

(1) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزام، الجزء السابع، مصدر سابق، ص1273؛ د. عبد الودود يحيى، الالتزام باعلان الخطر، مصدر سابق، ص88؛ د. محمد علي عرفة، مصدر سابق، ص159؛ ينظر: غستان، مصدر سابق، ص674.

(2) وهو ما نص من الصياغة التالية للمادة 8 / 113 من قانون التقنين الفرنسي الحالي، والمادة 21 من القانون الصادر في 13 يولييه 1930.

" Independam mentdes causes ordinaires de nullite, et sous reserve des dispositions de l'article L. 132-26, le contal 'd assurance est nul en cas de reticence ou defusse declaration intentionnellc de lapart de l'assure', quand cette vet icence ou cette fausse dectaration change l'object du risqué ou en diminue lopinion pour la'ssureur, akrs meme que lerisque omis ou denature par ;'assurea ete sans influence sun le sinister. Les primes payee demeurent a lors aequises == ==a la'ssureur, qui adroit au paie ment de toutes les primes echoes attire de dommages et interest) voir , code civil, Dalloz , 1995-1996, P.1398.

نقلأ عن محمد شكري سرور، الجزاءات الخاصة في عقد التأمين، مصدر سابق، ص191.
(1) فقد نصت هذه المادة ما يلي: "1.يجوز للمؤمن ان يطلب ابطال العقد اذا تم طالب التأمين امرأ، او قدم عن عمد بياناً كاذباً، وكان من شأن ذلك ان يتغير موضوع الخطر او تقل اهميته في نظر المؤمن.
2.والاقساط التي تم دفعها حقاً خالصاً للمؤمن ، اما الاقساط التي حلت ولم تدفع فيكون له حق المطالبة بها".
(2) وذلك سواء من حيث اسبابه او من حيث اثاره. ينظر في تفاصيل ذلك: د. محمد شكري سرور، الجزاءات الخاصة في عقد التأمين، مصدر سابق، ص276 و282. د.احمد شرف الدين، احكام عقد التأمين، مصدر سابق، ص244؛ د.حسام كامل الاهواني، المبادئ العامة للتأمين، مصدر سابق، ص154.

المعروف ان تقرير البطلان وفقاً للقواعد العامة هو تقرير "لانعدام التصرف منذ مولده"، سواء بالنسبة للمتعاقدين او بالنسبة للغير، وايداناً بعودة الطرفين الى الحالة التي كان عليها قبل العقد، فيأخذ كل منهما ما اداه للاخر قبل تقرير هذا البطلان⁽³⁾. وكان منطبق تطبيق هذه القواعد في حالتنا هذه يقود الى التسليم بانقضاء التزام المؤمن بتغطية الخطر المؤمن منه، وبالمقابل انقضاء التزام المستأمن بدفع الاقساط مع احقيته في استرداد ما سبق الوفاء به، وهذا ما لم يتبعه المشرع في تنظيمه لابطال عقد التأمين عند مخالفة المستأمن سيء النية لالتزامه بالاعلام قبل التعاقد، اذ بزوال اثر عقد التأمين بالنسبة للمؤمن فقط، فينقضي التزامه بتغطية الخطر المؤمن منه او بدفع مبلغ التأمين في حين تبقى اثار العقد قائمة في جانب المستأمن الذي يحرم من استرداد ما اداه من اقساط منذ قيام عقد التأمين، فضلاً عن التزامه بدفع الاقساط المستحقة والتي لم يكن قد سبق له الوفاء بها للمؤمن كما ذكرنا⁽¹⁾.

وواضح هنا خصوصية اثار هذا البطلان، اذ هو بطلان لا يستطيل مداه لكافة الاثار الناجمة عن العقد بالنسبة للطرفين، وانما هو ينهي التزام المؤمن بتحمل قيمة الخطر ودفع مبلغ التأمين، بينما لا يقضي المستأمن من التزامه بدفع الاقساط في الحدود المذكورة وهو ما دعى البعض الى القول باننا لسنا بصدد بطلان حقيقي وانما بصدد جزاء خاص. اما الامر الثاني فهو يتعلق باحقية المؤمن في الاحتفاظ بالاقساط التي دفعت بالفعل ومطالبته بما حل منها وقت تقرير البطلان، وان كان المشرع الفرنسي قد سوغ ذلك بانه على سبيل التعويض الا ان هذا ليس هو الحاصل فعلاً، اذ من حق المؤمن ان يحتفظ بالاقساط المدفوعة وان يطالب بالاقساط التي حل من اجلها دون ان يكون ثمة ضرر قد اصابه من جراء الكتمان او تقديم بيانات غير صحيحة⁽²⁾.

اما الفرض الثاني فهو ان يكون المستأمن حسن النية، فاذا اغفل المستأمن، تقديم بيان مؤثر عند ابرام عقد التأمين، وكان ذلك بحسن نية، فان الجزاء الواجب تطبيقه يختلف بحسب ما اذا كان المؤمن قد اكتشف هذه المخالفة قبل تحقق الخطر او بعد تحققه. فاذا كان المؤمن قد اكتشف المخالفة قبل تحقق الخطر المؤمن منه فان له الخيار بين ابقاء العقد مع زيادة الاقساط او له طلب فسخ العقد. واذا فُسخ العقد فان المؤمن لا يكون ملتزماً بضمان الخطر ولا يكون له الحق في طلب الاقساط اللاحقة على لحظة الفسخ، اما ما قبضه من اقساط حتى هذه اللحظة فهي حق خالص له لانها انما كانت مقابل خطر كان يتعهد بتغطيته⁽³⁾. اما في حالة اكتشاف المخالفة بعد تحقق الخطر، فالجزاء هو تخفيض مبلغ

(3) د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط، مصدر سابق، ص400؛ د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، الجزء السابع، مصدر سابق، ص236؛ د. خالد جمال احمد حسن، مصدر سابق، ص529؛ احمد شرف الدين، احكام عقد التأمين، مصدر سابق، ص202؛ د. محمد حسام محمود لطفى، الاحكام العامة لعقد التأمين، مصدر سابق، ص211؛ د. جلال محمد ابراهيم، مصدر سابق، ص257؛ د. سهير منتصر، الالتزام بالادلاء ببيانات الخطر وتفاقمه في عقد التأمين، مصدر سابق، ص88-89؛ د. سعيد عبد السلام سعد، مصدر سابق، ص174؛ د. حسام كامل الاهواني، المبادئ العامة للتأمين، بدون تاريخ او دار للنشر، ص154.

(1) وهو القانون رقم 89-1014 الصادر في 31 ديسمبر 1989. ينظر: د. مصطفى ابو مندور موسى، مصدر سابق، ص570.

(2) د. حسام كامل الاهواني، المبادئ العامة للتأمين، مصدر سابق، ص154.

(3) ينظر: سهير منتصر، الالتزام بالادلاء ببيانات الخطر وتفاقمه في عقد التأمين، مصدر سابق، ص192.

- وهو الحكم المشار اليه في المادة (987) في القانون المدني العراقي والتي تنص على "1. يجوز للمؤمن ان يطلب فسخ العقد اذا تعمد المؤمن له كتمان امراً او قدم عن عمد بياناً كاذباً، وكان من وراء ذلك ان يغير موضوع الخطر

التعويض بما يتناسب مع قيمة الاقساط المدفوعة تلك التي كان من الواجب على المستأمن دفعها لو كان المؤمن على علم باوصاف الخطر الحقيقية، وذلك تطبيقاً لمبدأ تناسب القسط مع الخطر، ويطبق هذا الجزاء ولو كان البيان المخفي او الكاذب لا صلة له بوقوع الكارثة. ويسوّغ الفقه ذلك بالاعتبارات الفنية التي يقوم عليها التأمين فالمؤمن لا يلزم بتغطية الخطر كلياً لانه لا يتوافر التناسب اللازم بين الخطر والقسط في صورته الحقيقية، ولكن نظراً لان المستأمن حسن النية فلا يجب حرمانه من أي ضمان، ولهذا يمكن تأمينه جزئياً وفي حدود الاقساط التي دفعها، ولقد ورد نص الجزاء بصورتيه في المادة 9/113 من تقنين التأمين الفرنسي الحالي⁽¹⁾.

واننا مع الرأي السائد في الفقه الفرنسي والمصري والذي ايده القضاء ان: المصري والفرنسي ان الجزاء المترتب على اخلال المستأمن بالالتزام بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر عند ابرام التأمين، وهو جزاء خاص يعتبر نوعاً من الجزاء المدني توقع على المستأمن ويظل ملتزماً بدفع الاقساط ولا يستردها . ولذلك لا تطبق على هذا البطلان النظرية العامة المقررة للبطلان العادي والتي رأينا من خلال نظرية عيوب الارادة، بل وهو جزاء اقرب للمسؤولية منه لتعيب التصرف القانوني، والدليل انه يطبق حتى ولو لم يترتب عليه عيب جوهري دافع للتعاقد، وحتى لو كان الاخلال بالالتزام بالادلاء قد تترتب عليه التأثير في تقدير المؤمن لسعر القسط فحسب، فالعقوبة المدنية هي تقترب من بعض الجزاءات الخاصة الاخرى والمقررة في نفس عقد التأمين، مثل وقف سريان العقد لعدم دفع الاقساط ومثل السقوط لعدم الابلاغ بوقوع الكارثة وان

او تقل اهميته في نظر المؤمن، وتصبح الاقساط التي تم دفعها حقاً خالصاً للمؤمن، اما الاقساط التي حلت ولم تدفع فيكون له حق المطالبة بها".
(1) وقد صيغ هذا النص على النحو الاتي:

" Leomission ou la declation inexacte dela: Part de la'ssure don't la mauvaise foines't pas etablie nentrane pas lanullite de la'ssurance. Sielle est constates avant tout sinister, la'ssurur le droit soil de maintenir le contra, moyennant une augmentation de la primes paye'e pourle temps ou la'ssurance me court plus. Dans le cas oula constatation n'a lieuqu a'presunsinsitre, Inde maite est reduite en proortion du taux des primes payee spar rapport autaux des primes quiaurient ete dues, siles risques avaient' ete complement et exatement declares coble eivit.

نقلاً عن : د. مصطفى ابو مندور موسى، ص547؛ د.حسام كامل الاهواني، المبادئ العامة للتأمين، مصدر سابق، ص157.

كانت هذه العقوبة المدنية هي جزاء متميز لمجرد اخلال المستأمن بالتزامه بالادلاء بالبيانات عند ابرام العقد بغض النظر عن أي ضرر لحق المؤمن من وراء ذلك بل ولم يكن لهذا الاخلال دخل في وقوع الخطر المؤمن به، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية في قضائها الحديث⁽¹⁾.

المطلب الثاني

تطبيقات عن الاتفاقات التمهيدية

التي يبرمها الطرفان في مرحلة التفاوض

يحرص الطرفان عادة، لاسيما في التفاوض على العقود الهامة، على وضع تنظيم اتفائي للتفاوض على العقد في تلك المرحلة التي تعتبر جزءاً من المرحلة السابقة على التعاقد، وذلك من خلال ابرام بعض الاتفاقات التمهيدية التي تهدف الى تسهيل عملية التفاوض وايجاد حلول لما قد ينشأ عنها من مشكلات.

وتختلف صور هذه الاتفاقات باختلاف الهدف الذي يتوخاه الطرفان من ورائها. فاذا كانا يرغبان في تعزيز امن المفاوضات ووضع حلول مسبقة لمشكلاتها، فانهما يبرمان لذلك بعض "الاتفاقات المؤقتة" التي تحدد التزامات واعباء كل منهما اثناء التفاوض.

واذا تبين لهما ان العقد المزمع ابرامه ينطوي على العديد من النقاط الصعبة والمعقدة، وقررا ان يتفاوضا عليها شيئاً فشيئاً على مراحل متتالية، فانهما يقومان في نهاية كل مرحلة تفاوضية بابرام "اتفاق مرحلي" تبلور فيه النقاط التي تم الاتفاق عليها في تلك المرحلة كي لا يعودا اليها مرة ثانية.

وفيما يأتي سنتناول في هذا المطلب الاتفاق المؤقت في الفرع الاول ونخصص الفرع الثاني منه لدراسة الاتفاق المرحلي باعتبارهما تطبيقين مهمين للاتفاقات الناشئة في مرحلة التفاوض وكالاتي:

الفرع الاول

الاتفاق المؤقت

يستغرق التفاوض على العقود الهامة غالباً وقتاً طويلاً، مما قد يعرض طرفيه للعديد من الصعوبات والمشكلات، الامر الذي من شأنه تهديد امن المفاوضات وعرقلة

(1) اذ حكمت محكمة النقض في احد احكامها "ان النص في عقد التأمين على بطلان العقد وسقوط حق المستأمن في مبلغ عقد التأمين في حالة ادلائه ببيانات خاطئة في اقراراته الواردة في طلب التأمين والتي ابرم التأمين على اساسها، وهو شرط جائز قانوناً واجب العمل به حتى ولو لم يكن للبيان الكاذب دخل في وقوع الخطر المؤمن .

نقض مصري، مدني في 40 نوفمبر 1967، رقم 156، لسنة 34 في مجموعة احكام النقض سنة 18، مرد/ 4 قاعده 269، ص 1773. نقلاً عن د. محمد علي عرفة، مصدر سابق، ص 162؛ د. عبد المنعم البدر اوي، عقد التأمين، مصدر سابق، ص 187 188؛ د. عبد الرزاق احمد السنهوري، عقود الغرر والتأمين، مصدر سابق، ص 1277-1278؛ د. نزيه محمد الصادق المهدي، التأمين، مصدر سابق، ص 281 وما بعدها.

سيرها، لذا يحرص الطرفان في مثل هذه الحالات على ابرام اتفاقات خاصة تنشئ على عاتقهما التزامات مؤقتة تنظم العلاقة بينهما، وذلك بهدف تعزيز المفاوضات وايجاد حلول مسبقة لمشكلاتها، ويطلق على هذه الاتفاقات اسم (الاتفاقات المؤقتة) ولذا يعرف الاتفاق المؤقت بأنه الاتفاق الذي ينشئ على عاتق احد الطرفين او كليهما التزامات مؤقتة لتنظيم العلاقة بينهما اثناء التفاوض على العقد او عند فشله⁽¹⁾. والاتفاق المؤقت بهذا المعنى هو مجرد اتفاق تمهيدي يهدف الى تنظيم التفاوض على العقد النهائي، ولكنه يختلف عن الاتفاقات التمهيدية الاخرى لانه لا يلزم الطرفين بالتفاوض على العقد وانما ينظم هذا التفاوض فحسب وهو يختلف عن عقد الاطار والاتفاق المرحلي، لكونه لا يحدد شروط العقد النهائي التي يتم التعاقد على اساسها كما انه يختلف عن الوعد بالتعاقد، لانه لا يتضمن رضا أي من الطرفين بالعقد النهائي⁽²⁾.

لعل اهم مجال للاتفاقات المؤقتة هو مجال المفاوضات طويلة المدة، اذ ان هذه المفاوضات تثير صعوبات ومشكلات خاصة يتم تسويتها مسبقاً عن طريق هذه الاتفاقات، مثال ذلك التفاوض على عقود نقل التكنولوجيا والتفاوض على عقود التشييد ومع ذلك فان أي تفاوض يمكن ان يقترن باتفاق او اتفاقات مؤقتة تنظم العلاقة بين الطرفين⁽¹⁾.

ويضع بعض الفقهاء في مصاف الاتفاقات المؤقتة (عقد التجربة) (Cintrat a lessai) الذي يسمح للطرفين باختيار العقد النهائي⁽²⁾. وان يلاحظ ان عقد التجربة له بالضرورة نفس محل العقد النهائي، مادام انه يهدف الى تمكين الطرفين من تقييم مزايا وعيوب العقد النهائي، وذلك بتنفيذ العقد لمدة معينة على سبيل التجربة ومثال ذلك (عقد العمل تحت التمرين)، فهذا العقد ينشئ على عاتق الطرفين التزامات تشبه من الناحية العملية- الالتزامات التي تنشأ عن عقد العمل النهائي، والخلاف الرئيسي بينهما يرجع فحسب الى القواعد التنظيمية المطبقة في كل مرحلة، اذ يعتبر هذا الرأي ان عقد العمل من اهم العقود الزمنية التي يكثر ابرامها تحت الاختبار، ويشكل على هذا النحو عقداً وقتياً وتنشأ بهدف تمكين رب العمل من الوقوف على مدى صلاحية العامل وكفاءته وتمكين الاخير من التحقق من ظروف العمل ومزاياه ومدى ملائمته له، وذلك تمهيداً لابرام عقد عمل نهائي يحل محل هذا العقد اذا نجحت التجربة، اما اذا اخفقت التجربة انقضى هذا العقد الوقتي وتوقف عن ترتيب اثره دون ان يعقبه أي عقد اخر على انه يصعب التسليم بهذا النظر، ذلك ان ابرام العقد تحت التجربة لا يعني اننا بصدد عقدين:

(1) ينظر: د.حسن الحسن، مصدر سابق، ص12 ومابعدها.

(2) ينظر: د.محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مصدر سابق، ص3.

(1) ينظر: د.رجب كريم عبد اللة، مصدر سابق، ص497.

(2) ينظر: د.حسام كامل الاهوائي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص55.

- اذ يكون الهدف من هذه الاتفاقات هي فرض التزامات على عاتق الاطراف مراعاة الامانة والنزاهة فيما يتعلق بالتزود بالمعلومات من قبل حائزها، وعدم استغلال هذه المعلومات من جانب الطرف الاخر بدون موافقته. وكذلك فان عقود بيع المعدات الفنية تكون غالباً مسبقة بعقود وقتية تسمى عقود الدراسة والمشورة وتهدف الى القيام بدراسة مسبقة بشأن مدى ملائمة وجدوى ابرام العقد. ينظر: جمال فاخر النكاس، مصدر سابق، ص172؛ د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات و ابرام العقود، مصدر سابق، ص115.

احدهما، التجربة ، والآخر نهائي، تم ابرامه عند نجاح التجربة ففي الواقع ان العقد تحت التجربة ليس الا عقداً واحداً هو الذي قصد الاطراف ابرامه منذ البداية كل ما هناك ان هذا العقد يبرم معلقاً على شرط.(1)

فالتجربة ما هي الا شرط قصد به، اما التربص بتنفيذ العقد الى ما بعد تحققه اذا كان العقد فورياً او تقدير مدى ملائمة الاستمرار في العقد من عدمه، اذا كان العقد زمنياً. وفي الحالتين، فان العقد تحت التجربة يتضمن عقداً واحداً ولا يعقبه عقد اخر(2) واذا كان انصار الرأي السابق يقررون ان العقد الفوري اذا تم تحت التجربة لا يشكل عقداً وقتياً مستقلاً، بل يعتبر عقداً معلقاً على شرط واقف، فالامر لا يختلف بالنسبة للعقد الزمني الذي يبرم تحت التجربة، اذ يعتبر كذلك عقداً مقترناً بشرط، غاية الامر ان هذا الشرط يكون عندئذ فاسخاً لا واقفاً ذلك ان منطق التجربة المقصودة من هذا العقد يقتضي البدء في تنفيذه واداء الالتزامات الناشئة عنه وهو ما يتنافر مع فكرة الشرط، الامر الذي يتفق مع العقود الفورية لا الزمنية(3).

واعمال هذا التحليل في مجال علاقات العمل يتبع القول بان عقد العمل تحت الاختبار يعتبر عقداً واحداً معلقاً على شرط فاسخ وهذا ما استقر عليه جمهور الفقهاء. ويتفق هذا النظر مع التفسير لارادة المتعاقدين، باعتبار انهما لا يقصدان ابرام عقدين متتالين، او ابرام عقد جديد في حالة نجاح التجربة، وانما يقصد ان ابرام عقد واحد يلتزمان به منذ البداية دون ان يكون لنجاح التجربة من اثر سوى استمرار العقد الاصلي وصيرورته باتاً ونهائياً ومقتضى ذلك ان تخلف الشرط الفاسخ بنجاح التجربة تؤكد عقد العمل وصار باتاً من تاريخ انعقاده، بحيث تتحدد حقوق التزامات طرفيه من تاريخ ابرام العقد لا من تاريخ تخلف الشرط، وبالتالي تحتسب اقدمية العامل ومدى خدمته منذ بداية الاختبار، لا من انتهاء المدة المحددة له(4).

اما اذا تحقق الشرط بفشل التجربة ، فان العقد يُفسخ، دون ان يكون لهذا الفسخ اثر رجعي، لان عقد العمل تحت الاختبار من عقود المدة، وهذه لا يكون للفسخ فيها اثر رجعي. وبالتالي فان الشرط الفاسخ بضمان حقوق العامل في الفترة من ابرام العقود وحتى زواله يتحقق الشرط. وايا ما كان الامر فانه اذا ما فشل التفاوض على العقد النهائي يحل محل العقد المؤقت باثر رجعي(2).

(1) ينظر: د.جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، مصدر سابق، ص48

(2) محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص164.

(3) د. محمد حلمي مراد، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، الطبعة الرابعة، بلا مكان طبع، بلا اسم مطبعة، 1961، فقرة 23؛ د.اسماعيل غانم ، قانون العمل، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1961، ص213. وقارن مع ذلك د.اكرم الخولي، دروس في قانون العمل، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1957، ص303.

(4) وبشرط الا تزيد هذه المدة عن ثلاثة اشهر، كما لا يجوز تعيين العامل تحت الاختبار اكثر من مرة واحدة عند صاحب عمل واحد. ينظر: د.محمد لبيب شنب، مصدر سابق، فقرة94؛ د.محمود جمال الدين زكي، قانون العمل، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1983، ص396؛ د.عبد الودود يحيى، شرح قانون العمل، الطبعة الاولى، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1964، ص159.

(2) د. محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص166؛ د.عبد الناصر توفيق العطار، شرح قانون العمل، القاهرة، 1988، مصدر سابق، ص87؛ د.حسام كامل الاهواني، شرح قانون العمل، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1991، ص355.

ومن الامثلة على الاتفاق المؤقت "مذكرة التغطية المؤقتة" في مجال التأمين. فقد جرت العادة على ان يتفق طالب التأمين مع المؤمن على تغطية الخطر مؤقتاً ريثما يتم فحص الطلب والبت فيه بالقبول او الرفض⁽³⁾.

لاريب ان الاتفاق المؤقت يمكن ان يكون شرطاً مدرجاً في اتفاق التفاوض ، خاصة عندما يتم الاتفاق على التفاوض صراحة في وثيقة مكتوبة، اذ في هذه الحالة يحرص الطرفان عادة على ان يبيينا تفصيلاً الالتزامات التي يتقيدان بها اثناء التفاوض. انما قد يتفق الطرفان على الالتزامات المؤقتة في اتفاق مستقل، وعندئذ يجب ان يتوافر في هذا الاتفاق الشروط او الاركان اللازمة لقيام الاتفاق وصحته طبقاً للقواعد العامة، أي ان يكون ثمة ارضاء ومحل وسبب، او ان يكون كل طرف اهلاً للاتفاق، وان تكون ارادته خالية من العيوب. اما شرط الشكل، فان الاتفاق المؤقت هو في الاصل اتفاق ارضائي لا يلزم لقيامه ان يتخذ شكلاً معيناً ، الا اذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك⁽¹⁾.

تتضمن الاتفاقات المؤقتة التزامات متعددة ، يتنوع محلها بحسب الهدف المتوخى من ورائها وبصفة عامة فان هذه الالتزامات تتعلق اما بمراعاة الامانة في التفاوض، واما بتسوية الخلافات او المشكلات التي قد تظهر ابانه، فمن ناحية اولى، فان بعض الاتفاقات المؤقتة تتضمن التزامات تستوجب مراعاة الامانة في التفاوض ومثال ذلك (اتفاق قصر التفاوض)⁽²⁾ وهو اتفاق يلتزم بمقتضاه احد الطرفين او كلاهما بالامتناع عن اجراء مفاوضات متوازية مع الغير لمدة معينة⁽³⁾.

فقد رأينا فيما تقدم ان الالتزام بالتفاوض بحسن نية لا يمنع المتفاوض من الدخول في تفاوض متوازي مع الغير في نفس الوقت، ولهذا اراد الطرفان ان يقتصر احدهما او كلاهما على التفاوض مع الطرف الاخر فحسب، بحيث يكون محضوراً الدخول في مفاوضات متوازية مع الغير، فعليهما ان يتفقا على ذلك صراحة ، شريطة ان يكون هذا الحظر لمدة معينة. والواقع ان الالتزام بالقصر في التفاوض يزيد من فرص نجاح هذا

(3) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقود الغرر والتأمين، مصدر سابق، ص1182؛ د.احمد شرف الدين، احكام التأمين، مصدر سابق، ص92.

- فاذا عبر المؤمن عن قبوله طلب التأمين بتحرير وثيقة التأمين، اعتبر العقد النهائي قد تم من وقت تسليم هذه الوثيقة للمؤمن له، والتي تحل بالتالي محل مذكرة التغطية المؤقتة، دون أي اثر رجعي يستند الي وقت تسليم هذه المذكرة. - اما اذا رفض المؤمن طلب التأمين، فالراجح في الفقه ان مذكرة التغطية المؤقتة تظل سارية الى حين انتهاء المدة الموضحة بها، لانها تجسد في هذه الحالة اتفاقاً وقتياً قائماً بذاته. ينظر: د.عبد الحي حجازي، التأمين، القاهرة، دار النهضة العربية، 1958، ص162؛ د.عبد المنعم البدر اوي، التأمين، مصدر سابق، ص394. وقرن د.عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الالتزام، عقد التأمين والغرر، مصدر سابق، ص1185؛ د. البشير زهرة، مصدر سابق، ص80.

(1) ينظر: د.سهير منتصر، الالتزام بالادلاء ببيانات الخطر وتفاقمه، مصدر سابق، ص130؛ د.رجب كريم عبد الللة، مصدر سابق، ص498.

(2) وهذه الالتزامات لا تتصل بابرام عقد يتفاوض عليه الطرفان بل يخص تصرفات الطرفين اثناء المفاوضات نفسها. ينظر: الاستاذ يزيد انيس نصير، مصدر سابق، ص222؛ د.هاني صلاح سرى الدين، المفاوضات التجارية، مصدر سابق، ص23 ومابعدها.

(3) د.هاني صلاح سرى الدين، مصدر سابق، ص23.

الفصل الثاني

التفاوض، اذ انه يمنع تدخل أي مؤثر خارجي قد يكون من شأنه افشال المفاوضات الجارية⁽⁴⁾.

ومن الامثلة العملية على هذا الاتفاق ان شركة قامت بالتفاوض مع شركة اخرى لكي تباع لها اسهمها وعلامتها التجارية، وبعد اول اتصال معها كتبت اليها خطاب النوايا الاتي:

"لاحظنا ان شركتكم تنوي شراء اسهم شركتنا وكذا علامتها التجارية، ومتى تتمكنوا من دراسة هذه الامكانية، نتعهد تجاهكم بالا نجري أي تفاوض اخر مع الغير في هذا الشأن، وذلك حتى تاريخ....."⁽¹⁾.

وقد يتم الاتفاق على السرية وهو اتفاق يلتزم بمقتضاه احد الطرفين او كلاهما بالامتناع عن افشاء او استغلال الاسرار التي يطلع عليها اثناء التفاوض. ومفاد هذا الاتفاق ان يمتنع المتفاوض كليه عن افشاء الاسرار التي يطلع عليها اثناء التفاوض على العقد، او ان يستغلها لحسابه دون اذن صاحبها ويحدد الاتفاق عادة المعلومات التي يلتزم المتفاوض بالمحافظة على سريتها وعدم استغلالها، والا قام القاضي بتحديدتها. وقد يلتزم المتفاوض بموجب هذا الاتفاق ايضاً بعدم الاعلان عن وجود تفاوض بينه وبين الطرف الاخر، وذلك اذا ما اراد الطرفان ان يظل تفاوضهما في طي الكتمان لوقت معين، بحيث لا يدري به احد من الغير طيلة هذا الوقت. وقد انتشر استخدام هذا الاتفاق بوجه خاص في التفاوض على عقود نقل التكنولوجيا، وذلك بالنظر الى القيمة الاقتصادية الهائلة للمعلومات التكنولوجية المتفاوض عليها، والتي لا تحميها براءة اختراع كما بينا سابقاً فمن اجل الحيلولة دون وقوع هذه المعلومات في يد متفاوض غير شريف، فان حائز التكنولوجيا يحتاط لنفسه عادة، فيشترط على من يتفاوض معه، باتفاق صريح ومكتوب ان يحافظ على سرية هذه المعلومات ، وان يمتنع نهائياً عن استغلالها لحسابه دون اذنه، ليس ذلك اثناء التفاوض فحسب، بل وبعد فشله ايضاً⁽²⁾.

ويقدم لنا المرشد العملي لابرار عقود نقل التكنولوجيا الصيغة النموذجية الاتية للاتفاق على السرية فمثلاً يستعد (أ) لان يورد الى (ب) التكنولوجيا اللازمة لاقامة صناعة ويتعهد (ب) بان يعتبر المعلومات التي تلقاها، وكذلك المعلومات التي سيتلقاها بعد توقيع هذا الاتفاق ، سرية للغاية وان يمتنع عن افشائها الى الغير بدون اذن سابق وصريح من (أ). وان يكون مسؤولاً عن افشاء هذه الاسرار من جانب الاشخاص التابعين له ويتعهد (ب) كذلك بعدم استعمال هذه المعلومات بنفسه او بواسطة الاشخاص التابعين له او الغير الا من اجل متطلبات هذا الاتفاق او العقد النهائي الذي قد يبرم فيما بعد بين الطرفين واذا

(4) والقاعدة العامة ان المفاوضات الموازية جائزة ومشروعة عملاً بمبدأ حرية الاتفاقات ومن ثم لا يمكن حضر اجراء مفاوضات موازية الا بموجب شرط خاص تتفق عليه الاطراف صراحة، وهو ما يعني شرط القصر او الاستبعاد كما تسمى في التعاقد الانكليزي.

نقلاً عن: د. احمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مصدر سابق، ص 66.

(1) د. احمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مصدر سابق، ص 67 وما بعدها.

(2) ينظر في تفاصيل ذلك: د. احمد السعيد الزقرد، حق المشتري في اعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، مجلس النشر العلمي، العدد الثالث، السنة 1995، ص 19، ص 230 وما بعدها؛ د. اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، مصدر سابق، ص 25؛ الاستاذ باسل يوسف، دراسات قانونية، العدد الرابع، بغداد، بيت الحكمة، 2000، ص 48.

يبرم العقد النهائي في تاريخ يلتزم (ب) بان يرد الى (أ) كل الوثائق التي حصل عليها، ولا يجوز له ان يحتفظ لنفسه بنسخ او صور ضوئية منها. ويتعهد (ب) كذلك بان يرد الى (أ) كل المذكرات والرسومات والخرائط والوثائق التي اعدتها بنفسه، والتي من شأنها ان تكشف ولو جزئياً، عن عناصر التكنولوجيا⁽¹⁾. ويؤخذ بهذه الوسيلة بشكل خاص في اطار المعاملات التي تتم بين المشروعات والمؤسسات الكبرى لاسيما في مجال عقود نقل التكنولوجيا فزاء الاحساس بخطورة هذه العمليات وتعدد وتشابك جوانبها الفنية وانصبابها على منتج هام ودائم التطور، وبالتالي، اكثر عرضة للاعتداء والتقليد من قبل المشروعات المنافسة، فانها لا تكفي بتلك النصوص القانونية التي تحمي اسرارها وتحافظ على معلوماتها وخطط الانتاج والتوزيع التي تتبعها، بل تتجه الى الدخول في اتفاقات معينة سواء بينها وبين بعضها او بينها وبين الافراد العاملين والمتعاملين فيها، هدفها فرض قيود اكثر شدة واوسع نطاقاً من تلك الواردة في النصوص او في احكام القضاء، وهذا المسلك له فائدة من ناحيتين فهو، اولاً: يتيح لتلك المشروعات تجنب الدخول في أي محادثات او مناقشات بشأن موضوع يتسم بالسرية دون التأكد من التزام الطرف الاخر بعدم كشف هذه الاسرار او استغلالها لصالحه او لصالح الغير دون اذن صاحبها اما ثانياً فانه يكفل لهذه المشروعات قدرة كبيرة على تحقيق وضمان اكبر قدر ممكن من الحماية لانشطتها الخاصة جداً وهو ما لا يمكن الوصول اليه من خلال ترك الامر بحكم النصوص القانونية التي لا يمكن معها مهما بلغت دقتها واحكام صياغتها ان تحيط بتعدد وتنامي وتعدد هذه الانشطة⁽¹⁾.

على ان الفائدة العظمى لهذه الاتفاقات، تتمثل في اعتقادنا ضبط وتحديد المقصود بالبيانات والمعلومات السرية، وبالتالي ضبط وتحديد ما يجب وما لا يجب الافشاء به وبعبارة اكثر ايجازاً في ضبط وتحديد ما يجب وما لا يجب في كل من الالتزام بالاعلام والالتزام بعدم افشاء الاسرار.

ويستخدم الاتفاق على السرية كذلك في العديد من المجالات الاخرى، مثل مجال عقود الامتياز التجاري، ومجال عقود التشييد⁽²⁾، بل انه يمكن ان يستخدم في التفاوض على سائر العقود، وذلك بالنظر الى فائدته الكبرى في ضمان امن وسلامة المفاوضات. ومن ناحية ثانية، فان ثمة اتفاقات مؤقتة تتضمن حلولاً مسبقة للمشكلات والمنازعات التي قد تنشأ اثناء التفاوض ومثال على الاتفاق مدة الاتفاق وان كان الاصل الا يحدد الطرفان

(1) ينظر: د. حسام محمد عيسى يحيى، مصدر سابق، ص 133 وما بعدها؛ خاصة هامش رقم 268 وكذلك هامش رقم 149، ص 170.

(2) ولذلك يؤكد الفقه الفرنسي على ان مبدأ حماية نشاط المشروعات والشركات قد اصبح الان من اهم المبادئ الاساسية في نطاق قطاع الاعمال ولا يفعل في هذا المبدأ الا بان تلقى التزاماً غير محدود على عاتق كل مفاوض باعلام المتفاوض الاخر بكل ما يتصل بالعقد الجاري ابرامه من امور

" Le secret des affaires est une des regles essentielles a la vie des affaires, il sprait deraisonnable d'obliger tout contractant a une obligation illimitée de diinformations"
Voir, P. P. MALAURLE Note-Sous cass com, 27 Fevr. 1998.

- نقلاً عن مصطفى ابو مندور موسى، مصدر سابق، ص 266.
(2) د. محمد المرسي زهرة، حماية المستهلك في مجال بيع المباني تحت الانشاء، بحث مقدم لمؤتمر حماية المستهلك في القانون والشريعة الاسلامية، المنعقد في مدينة بور سعيد في الفترة من 29 ابريل حتى 3 مايو، ومن 15 الى 18 يوليو عام 1995، ص 86 وما بعدها.

مدة معينة للتفاوض، بل يترك ذلك لظروف الصفقة المتفاوض عليها ولكنها قد يتفقان في بعض الاحيان على مدة معينة ينبغي الا يتجاوزها التفاوض، وهو ما يحدث بوجه خاص في التفاوض على الصفقات العاجلة ومثال ذلك ماجاء في خطاب النوايا الاتي: "نظراً لكون المشروع عاجلاً فان العقد يتم توقيعه باسرع ما يمكن عقب المفاوضات وسيبذل الطرفان كل مافي وسعهما من جهد لكي يتم هذا التوقيع في مدة اقصاها ثلاثون يوماً من بدء المفاوضات بل قد يتفق الطرفان على تقسيم التفاوض الى عدة مراحل، ويحددان موعداً محدداً او معيناً لانتهاه كل مرحلة، وذلك عن طريق وضع جدول زمني للمفاوضات وفي هذه الحالة ايضاً يلتزم الطرفان باحترام هذه المواعيد، وذلك بان يبذلا قصارى جهدهما لانهاه كل مرحلة تفاوضية في موعدها المقرر⁽¹⁾.

وقد يتفق الطرفان كذلك على كيفية توزيع نفقات التفاوض في حالة فشله، وذلك للحيلولة دون نشوء نزاع بشأنها في المستقبل" ذلك ما ورد في خطاب النوايا الاتي: "بعد التوقيع على هذا الاتفاق ، اذ لم يتم ابرام العقد النهائي بسبب تخلف احد الشروط المبينة اعلاه ، فان كل طرف يتحمل نفقاته الخاصة التي تكبدها بمناسبة التفاوض ولكن اذا فشل التفاوض بسبب عدول احد الطرفين في غير الحالات المبينة اعلاه، فان هذا الطرف يتحمل ايضاً النفقات التي تكبدها الطرف الاخر" وقد يقتصر هذا الاتفاق على تسوية نوع معين من النفقات، مثل نفقات الدراسات التمهيديّة التي يتم اجراؤها بواسطة احد الطرفين او كلاهما للوقوف على الجدوى الاقتصادية للمشروع ومثال ذلك ما يتضمنه خطاب النوايا الاتي "في حالة فشل المشروع، يتم تقسيم نفقات الدراسات التي سبق الطرفان على اجرائها بالتساوي فيما بينهما وذلك وفقاً لكشوف الحساب المتفق عليها عقب اتمام كل دراسة، واذا تم انجاز المشروع فان هذه النفقات يتحملها الطرف الثاني⁽²⁾.

بينما فيما تقدم ان ثمة اتفاق على التفاوض بين الطرفين المتفاوضين، وان هذا الاتفاق هو الذي يحكم العلاقة بينهما اثناء التفاوض على العقد وعند فشله، يستوي في ذلك ان يكون هذا الاتفاق صريحاً ام ضمناً بالتالي اذا ما اخل احد الطرفين بهذا الاتفاق، بان قام مثلاً بقطع المفاوضات بسوء نية، فانه يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية. وطبقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية يجوز للطرفين ان يتفقا على الاعفاء او التخفيف من هذه المسؤولية، والى ذلك تشير المادة (217)⁽¹⁾ من القانون المدني المصري وتقابلها المادة (259) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها "1.يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعه الحادث الفجائي والقوة القاهرة. 2. ويجوز كذلك الاتفاق على اعفاء المدين من اي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما يشأ عن غشه او خطأه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته عن الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من

(1) ينظر: عبد جمعة موسى الربيعي وفؤاد العلواني، مصدر سابق، ص 20.

(2) د. رجب كريم عبد الاله، مصدر سابق، ص 502 وما بعدها.

(1) فقد نصت المادة (217) من القانون المدني المصري على انه "1. يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة. 2. ويجوز كذلك الاتفاق على اعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما يشأ عن غشه او خطأه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته عن الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم عند تنفيذه التزامه. 3. ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالاغفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع"

اشخاص يستخدمهم عند تنفيذه التزامه. 3. ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع.

وعلى هذا يجوز للطرفين ان يتفقا على تعديل قواعد المسؤولية العقدية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن اتفاق التفاوض فلهما ان يتفقا على التشديد من هذه المسؤولية، ولو كان ذلك الى حد تحميل المدين المسؤولية عن السبب الأجنبي، كقيام حرب او وقوع زلزال او صدور قانون يحرم انتاج الشيء محل التعاقد يؤدي الى فشل المفاوضات ولهما ايضاً ان يتفقا على الاعفاء كلياً من هذه المسؤولية، مثال ذلك ما ورد في خطاب النوايا الاتي: "بناء على محادثاتكم السابقة نحيطكم علماً باننا نقوم ببحث عروضكم المتعلقة ببيع حصص الاغلبية التي تملكونها في الشركات الاتية....، ونؤكد لكم ان شركتنا لم تتخذ بعد أي قرار بخصوص الشراء، اذ ان هذا القرار متوقف على اعتبارات مختلفة، وانه في حالة رفضنا لهذه العروض نكون متحليين تماماً من اية تعهدات تجاهكم، بل ونعتبركم متنازلين منذ الان عن أي تعويض" بيد ان حرية الطرفين في هذا الخصوص مقيدة، فلا يجوز لهما الاتفاق على اعفاء المدين من مسؤوليته عن فعله العمد (أي الغش) او خطأه الجسيم⁽²⁾، لان هذا الاعفاء بالنسبة الى الفعل العمد يجعل التزام المدين معلقاً على شرط ارادي محض، وهذا لا يجوز طبقاً للمادة 3/259 مدني عراقي، ولان الخطأ الجسيم يقرب من الخطأ العمدي، فيلحق به في الحكم⁽¹⁾. وانما يجوز للتفاوض ان يشترط عدم مسؤوليته عن الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في اجراء التفاوض، ونقصد بذلك فريق التفاوض الذي يوفده هذا الاخير للتفاوض نيابة عنه. ولكن يلاحظ ان مدير الشركة لا يعتبر وكيلاً عنها حينما يشارك في التفاوض، وانما هو اداة الشركة في معاملاتها بحيث يعتبر فعله عملاً شخصياً للشركة، فستكون الشركة مسؤولة عن فعله مسؤوليتها عن عملها الشخصي ويترتب على ذلك انه لايجوز للشركة ان تشترط اعفاءها من المسؤولية عن الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من مديرها اثناء التفاوض ويجوز للطرفين كذلك ان يتفقا على التخفيف من المسؤولية، وذلك كأن يشترط التفاوض الا تتجاوز مسؤوليته مبلغاً معيناً من النقود بصرف النظر عن قيمة الضرر⁽²⁾.

(2) يراجع تفصيلاً تحديد المقصود بالغش والخطأ الجسيم د.محمد ابراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، القاهرة، بلا اسم مطبعة، او تاريخ طبع، ص354 ومابعدها وقد اورد تعريف الى ان الغش == هو الخطأ العمد، الذي يتمثل في انصراف الارادة الى ارتكاب الفعل او الترك غير المشروع فضلاً عن انصرافها الى القصد فهو حالة نفسية تدل على سوء النية، كما انه يتميز ايضاً بالسعي وراء الضرر، وقد اورد المشرع المصري لفظ الغش في المادة 213 وكذلك المشرع العراقي في المادة 2/259 في حين ان الفقه الفرنسي يستعمل لفظ OOI يعني الغش او العمد ولذلك يستعملها الفقه كمترادفين.

(1) يراجع تفصيلاً في هذا المعنى: د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، العقد، مصدر سابق، ص916؛ د.جسام كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص466، د. لبيب شنب، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص316-317؛ مصطفى محمد الجمال، مصادر الالتزام، عقد البيع، مصدر سابق، ص71؛ د.اسماعيل المحاقري، مصدر سابق، ص374 ومابعدها؛ د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص383.

(2) ينظر: د.محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص168؛ د.محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات، مصدر سابق، ص114؛ د.جمال فاخر النكاس، مصدر سابق، ص172.

- ينظر في انتقاد قاعدة جواز الاتفاق على رفع المسؤولية عن غش المساعدين وخطئهم الجسيم نظراً لتعارضها مع المبادئ العامة في المسؤولية العقدية حيث يعد الغش او الخطأ الجسيم نشاطاً للمدين يعارض مصلحة الجماعة، وتتنافى مع العدالة اذ تحرم الدائن دون مقابل جدي في الغالب، من حقه في التعويض عما اصابه من

ولو سلمنا جدلاً مع الرأي السائد -الذي نعترض عليه- بان المسؤولية في مرحلة المفاوضات هي مسؤولية تقصيرية، عندما لا يكون هناك اتفاق صريح على التفاوض، لكان معنى ذلك الا يجوز للطرفين ان يتفقا على الاعفاء او التخفيف من المسؤولية طبقاً للمادة 3/259 مدني عراقي سابقة الذكر.

والحق ان هذه النتيجة لا يمكن قبولها فهي غريبة، اذ من الثابت قانوناً ان نجاح المفاوضات و ابرام العقد النهائي لا يخضع الطرفين من ان يتفقا على الاعفاء او التخفيف من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ العقد النهائي نفسه، فكيف لا يستطيعان ذلك في مرحلة التفاوض التي تمهد لابرام هذا العقد فحسب؟ ان هذه النتيجة الغريبة لكافية بذاتها لاستبعاد هذا الرأي الذي نعترض عليه فالواقع ان ارادة الطرفين هي التي انشأت التفاوض ، بالاتفاق الصريح او الضمني، وهي بالتالي التي تحدد اثاره، والمسؤولية هي احد هذه الاثار وعليه فان هذه الارادة تستطيع ان تعدل قواعد هذه المسؤولية في حدود النظام العام والاداب، بحيث يكون امر الطرفين بايديهما يحددانه وفقاً لمشيئتهما ولاشك ان ذلك يشجع المتعاملين ويحفزهم على الدخول في التفاوض و ابرام العقود دون رهبة من المسؤولية⁽¹⁾.

واخيراً فان مدة الاتفاق المؤقت تختلف من حالة الى اخرى بحسب الهدف المتوخى منه، فهي اما ان تكون اقل من مدة التفاوض الذي ينظمه هذا الاتفاق، او تساويها او تزيد عليها فقد تقل مدة الاتفاق المؤمن عن مدة التفاوض، وذلك عندما يحدد الطرفان اجلاً قصيراً للالتزام الناشئ عنه ومثال ذلك الالتزام بعدم الدخول في مفاوضات متوازية مع الغير، فقد تكون لهذا الحظر مدة قصيرة يمكن بعدها لكل طرف ان يتفاوض مع الغير في نفس الوقت وقد تكون مدة الاتفاق المؤقت مساوية لمدة التفاوض، وعندئذ يكون مصير هذا الاتفاق مرتبطاً بمصير التفاوض الذي ينظمه فالالتزام بالقصر مثلاً قد يتقيد به المدين طيلة مرحلة التفاوض⁽²⁾.

وقد يؤدي نجاح التفاوض الى انقضاء التزامات معينة، مثل الالتزام بعدم استغلال التكنولوجيا المتفاوض عليها، فهذا الالتزام يزول بالضرورة عند ابرام العقد النهائي مادام ان هذا الاخير يرخص بهذا الاستغلال، بل ان عقود نقل التكنولوجيا تلزم الطرف المرخص له غالباً باستغلال التكنولوجيا المنقولة اليه. وقد تزيد مدة الاتفاق المؤقت على مدة التفاوض ومثال ذلك الاتفاق على السرية في مجال نقل التكنولوجيا، فهذا الاتفاق يلزم المتفاوض عادة بعدم افشاء الاسرار التكنولوجية اذا ما فشلت المفاوضات، بل ان هذا الاتفاق يبرم غالباً لهذا الغرض، ولكن يجب ان يكون هذا الالتزام لمدة محددة وليس الى الابد وعليه فان فشل التفاوض يؤدي الى نفاذ بعض الاتفاقات المؤقتة التي تبرم لهذا الغرض، مثل اتفاق تسوية نفقات التفاوض، واتفاق الاعفاء او التخفيف من المسؤولية⁽¹⁾.

ضرر. د.حسام كامل الاهوائي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص 28 و 123. ينظر في ذلك د.عبد الرشيد مأمون، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، القاهرة، دار النهضة العربية، 1986، ص 89 و 190.

(1) د.حسام كامل الاهوائي، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص 466؛ مصطفى الجمال، مصدر سابق، ص 471؛ د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص 316-317.

(2) د.حسام كامل الاهوائي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 55 وما بعدها.

(1) محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص 167 وما بعدها.

الفرع الثاني الاتفاق المرحلي

عندما يتبين للطرفين ان مضمون العقد النهائي مشوب بالتعقيد الفني او القانوني، فانهما يفضلان حينئذ التفاوض عليه نقطة بنقطة، ومسألة تلو الاخرى، بحيث يتم ابرام هذا العقد على مراحل متعددة ومتتالية وحتى يسهل التفاوض وينتظم، فان الطرفين يتوقفان عقب كل مرحلة تفاوضية لبلورة النقاط التي تم الاتفاق عليها في تلك المرحلة في وثيقة مكتوبة، وذلك لكي لا يعودان الى مناقشتها مرة اخرى في المراحل التالية، ثم يواصل التفاوض للاتفاق على النقاط المتبقية، وهكذا حتى يكتمل العقد⁽²⁾.

والواقع ان المشكلة التفاوضية مهما بدت مستعصية على الحل، فانها يمكن ان تحل بتجزئتها وتناولها شيئاً فشيئاً، بدلاً من تناولها دفعة واحدة. وهذا ما تواتر عليه العمل، خاصة في التفاوض على العقود الهامة الممهدة، اذ تتم مناقشة شروط العقد في مراحل مستقلة، او ان يتم تقسيم فريق التفاوض الى فرق صغيرة، ويعهد الى كل فريق بمسألة معينة للتفاوض عليها. فاذا ما اتفق الطرفان على بعض نقاط العقد، فانهما يقومان بتدوينها في محرر خاص يسمى في الحياة العملية "مذكرة التفاهم" او "بروتوكول اتفاق" او "خطاب النوايا"⁽¹⁾.

وهذه الطريقة المتبعة في التكوين التدريجي للعقد، وهي فكرة ذات اصل الماني ذاع صيتها في سائر البلدان. ويفضل جانب من الفقه ان يستعمل في هذا الصدد تسمية (الاتفاق الجزئي)⁽²⁾.

لذا يعرف الاتفاق المرحلي بانه اتفاق يبرمه الطرفان في احدى مراحل التفاوض ويحددان فيه بعض شروط العقد النهائي التي اتفقا عليها في تلك المرحلة⁽³⁾.

لذا فاننا نرى بانه اتفاق يجسد مرحلة من مراحل التفاوض على العقد، اذ انه يبلور الشروط التي تم الاتفاق عليها في هذه المرحلة، والتي ينوى الطرفان عدم العودة الى مناقشتها مرة اخرى في المراحل اللاحقة. كما انه يعد خطوة في اتجاه العقد النهائي، لانه يتضمن جزءاً من شروط هذا العقد تم الاتفاق عليها بالفعل، وبالاتفاق على الجزء او الاجزاء المتبقية يكتمل بنيان العقد وتتوثق عراه.

اما بالنسبة لصور الاتفاق المرحلي، فانها تتنوع بحسب المجال التعاقدي الذي ينتمي اليه. فقد يكون الاتفاق المرحلي جزءاً من عقد واحد، وقد يكون جزءاً من مجموعة عقود⁽⁴⁾.

(2) ينظر: د. احمد شرف الدين، اصول الصياغة القانونية للعقود، مصدر سابق، ص 79.

(1) ينظر: د. هاني صلاح سرى الدين، المفاوضات التجارية، مصدر سابق، ص 12؛ د. احمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مصدر سابق، ص 13.

(2) ينظر: د. محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص 143.

(3) ينظر: د. جمال فاخر النكاس، مصدر سابق، ص 175؛ د. حسام كامل الاهوائي، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 55.

(4) د. فيصل زكي عبد الواحد، مصدر سابق، ص 14.

ولكي نتعرف على الاتفاق المرحلي كجزء من عقد واحد لا بد ان نتعرف على المقصود بالعقد الواحد فهو يعني ذلك العقد الذي ينفرد بتحقيق عملية قانونية كاملة دون حاجة الى مساعدة عقود اخرى. مثال ذلك العقود التقليدية البسيطة، كالبيع والايجار فالبيع البسيط مثلاً يتم انجازه بواسطة عقد البيع وحده. واذ ماتم التفاوض على هذا العقد وتوصل الطرفان من خلال هذا التفاوض الى اتفاق على بعض شروطه دون البعض الاخر، فان هذا الاتفاق يكون بمثابة اتفاق مرحلي. ويتحقق هذا الاتفاق بطرق مختلفة، من ذلك القبول الجزئي لايجاب نهائي، او القبول الكامل لعرض جزئي⁽¹⁾.

اما الاتفاق المرحلي كجزء من مجموعة عقود والمقصود بها عدة عقود ذات طبيعة واحدة او ذات طبيعة مختلفة تترابط فيما بينهما وتتكامل لتحقيق هدف واحد. فهذه العقود وان كانت عقوداً مستقلة وقائمة بذاتها، الا انها عقود مترابطة ومتكاملة، اذ يربطها ببعضها هدف اقتصادي واحد، بحيث يكون من الصعب ومن غير المقبول مواجهة كل عقد على حدة مستقلاً عن باقي عقود المجموعة.

وتتكون مجموعة العقود عادة من عقد رئيسي يتبعه عقد او عدة عقود ثانوية مكمله له. مثال ذلك القرض المصحوب بضمان، حيث يتكون هذا الاخير من عقد القرض وهو عقد رئيسي، وعقد الضمان وهو عقد ثانوي تابع له. وكذلك عملية التأجير التمويلي اذ يوجد بها عقد رئيسي هو عقد الايجار، وتتبعه عقود ثانوية مكمله، وهي التوكيل بالشراء، والوعد بالبيع من جانب واحد⁽²⁾.

وتتكون مجموعة العقود احياناً من عدد من العقود المتكاملة. مثال ذلك عقد تسليم مفتاح، اذ يتألف من مجموعة عمليات متكاملة، هي عملية اقامة الابنية وهي عقد مقولة، وعملية نقل التكنولوجيا وعقود الدراسات التي تمهد لعقد التزويد بالحاسب الآلي، وتوريد الآلات والاجهزة وهي بيوع، وعملية تركيب الآلات وهي عقد استصناع، وعملية تدريب العاملين وهي عقد من نوع خاص⁽³⁾.

وفي الاتفاق المرحلي نكون امام فرضين، الاول: اتفاق الطرفين على القيمة القانونية للاتفاق المرحلي، والثاني: عدم اتفاق الطرفين على القيمة القانونية للاتفاق المرحلي، ففي الحالة الاولى يحرص الطرفان عادة على بيان القيمة القانونية للاتفاق المرحلي الذي يتوصلان اليه في احدى مراحل التفاوض، وذلك بان يشترط في هذا الاتفاق انه غير كاف بذاته لانعقاد العقد النهائي، او انه -على العكس من ذلك- كاف لانعقاد هذا العقد-، ففي الاتفاق المرحلي كجزء من عقد واحد اذ يتوصل الطرفان اثناء التفاوض على عقد واحد (مثل عقد البيع او عقد الايجار) الى اتفاق مرحلي حول جميع المسائل الجوهرية اللازمة لابرار العقد، ولا يبقى سوى اتفاقهما على بعض المسائل الثانوية، ومع ذلك يعلقان ابرار العقد على التوصل الى اتفاق بشأن هذه المسائل الثانوية، بحيث لا يتم العقد عند عدم الاتفاق عليه. وفي هذه الحالة يكون الاتفاق المرحلي غير نافذ

(1) د. رجب كريم عبد الللة، مصدر سابق، ص 510.

(2) د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرار العقود، مصدر سابق، ص 111.

(3) د. محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح، مصدر سابق، ص 26؛ د. جلال احمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا الى الدول النامية، الكويت، بلا اسم مطبعة، 1983، ص 324 وما بعدها؛ د. صلاح الدين جمال الدين، تكوين الروابط بين الغائبين، مصدر سابق، ص 805.

الفصل الثاني

في حق الطرفين كاتفاق نهائي، وانما يكون نفاذه معلقاً على شرط واقف، وهو التوصل الى اتفاق حول المسائل المؤجلة، اذ في هذه الحالة فحسب يتم العقد نهائياً، ويعتبر الاتفاق المرحلي جزءاً لا يتجزأ منه⁽¹⁾.

والواقع ان الاتفاق المرحلي وان لم يعتبر بهذا الشرط عقداً نهائياً، الا انه يظل اتفاقاً تمهيدياً يبيلور نقاط العقد التي تم الاتفاق عليها اثناء التفاوض، ومن ثم فإنه لا يتجرد من كل قيمة قانونية، بل تترتب عليه بعض الآثار الثانوية، التي تختلف بالطبع عن اثار العقد النهائي، وتتمثل هذه الآثار في التزام الطرفين بأمرين هامين هما اولاً الالتزام بعدم المنازعة فيما تم الاتفاق عليه، بان يلتزم كل متفاوض بمجرد التوصل الى اتفاق مرحلي بان لا يعود ليتنازع من جديد مع الطرف الاخر بما اتفق عليه بالفعل، الا اذا دعت الضرورة الى اعادة بحث هذا الاتفاق من جانب الطرفين لمواصلة التفاوض بشكل جديد، او لدفع عجلة المفاوضات التكميلية مع الغير الى الامام. اما ثانياً فهو الالتزام بمواصلة التفاوض على المسائل المؤجلة اذ يلتزم الطرفان كذلك بمواصلة التفاوض على المسائل المؤجلة بغية التوصل الى اتفاق بشأنهما يتم به العقد النهائي. فاذا رفض احد الطرفين مواصلة التفاوض بدون مسوّغ مشروع، اعتبر ذلك منه قطعاً خطأً للتفاوض يقيم مسؤوليته.

ولا يصح القول في هذه الحالة بان الاتفاق المرحلي يتضمن اتفاقاً جديداً على التفاوض بشأن المسائل المعلقة، وانما الصواب ان الاتفاق الاصلي على التفاوض، والذي وجد بين الطرفين -صراحة او ضمناً- منذ دخولهما في التفاوض الا يزال قائماً، وهو الذي يحكم العلاقة بينهما في المرحلة او المراحل اللاحقة للاتفاق المرحلي وكل ما هنالك ان الاتفاق المرحلي جاء ليؤكد التزام الطرفين بمواصلة التفاوض على المسائل الباقية قيد المناقشة، وهو الالتزام الذي كان موجوداً من قبل⁽¹⁾.

اما الاتفاق المرحلي كجزء من مجموعة عقود، فهو ان الطرفين عندما يتوصلان عن طريق الاتفاق المرحلي الى ابرام احد هذه العقود، كان بإمكانهما ايضاً ان يتفقا على تعليق نفاذ هذا العقد على ابرام العقود الاخرى في المجموعة. ففي التفاوض على عقد القرض المصحوب بضمان مثلاً، اذا تمكن الطرفان من ابرام عقد القرض (وهو العقد الرئيسي في المجموعة)، كان باستطاعتها ان يعلقا نفاذه على ابرام عقد الضمان (وهو العقد الثانوي) الذي يضمن تنفيذ التزامات المقترض.

اما في حالة اتفاق الطرفين بان الاتفاق المرحلي يكفي لانعقاد العقد النهائي، فان الطرفين على العكس من ذلك، يعتبران ان الاتفاق المرحلي كافياً بذاته لانعقاد العقد النهائي، بصرف النظر عن بقاء بعض المسائل التفصيلية محل الخلاف. ويحدث ذلك في حالة الاستعجال، اذ تستدعي حالة الصفقة العاجلة ان يبدأ الطرفان في تنفيذها فوراً، دون ان ينتظرا الاتفاق على المسائل التفصيلية، ويحتفظان حينئذ بهذه المسائل للاتفاق عليها فيما بعد، او ان يتركا حكمها للقواعد العامة او اقرار التحكيم. والواقع ان هذا الحل صحيح من الناحية القانونية ولا مأخذ عليه، اذ ان بإمكان الطرفين، طبقاً لمبدأ سلطان الارادة، ان

(1) د. رجب كريم عبد الاله، مصدر سابق، ص 514.

(1) د. محمد محمد ابو زيد، مصدر سابق، ص 36 و 50.

الفصل الثاني

يعتبر العقد النهائي قد تم بمجرد اتفاقهما على مسائله الجوهرية، وان اختلفهما على المسائل التفصيلية لا يحول دون انعقاده⁽²⁾.

وبعد ان تناولنا الفرض الاول المتمثل باتفاق الطرفين على القيمة القانونية للاتفاق المرحلي فاننا سنتناول في حالات الفرض الثاني المتمثل بعدم اتفاق الطرفين على القيمة القانونية للاتفاق المرحلي اذ تكمن المشكلة هنا انه قد لا يبين الطرفان القيمة القانونية لاتفاقهما المرحلي، فهل يعتبر هذا الاتفاق حينئذ كافياً لانعقاد العقد النهائي ام لا؟ ولكي نتعرف على هذه المشكلة بشيء من التفصيل لا بد ان نفرق بين حالتين الاولى حالة الاتفاق المرحلي كجزء من عقد واحد، اما الحالة الثانية فهي الاتفاق المرحلي كجزء من مجموعة عقود.

فالمرحلة الاولى وهي مرحلة الاتفاق المرحلي كجزء من عقد واحد فانها تتمثل في ان الطرفين قد يصلان في تفاوضهما على عقد واحد الى حد الاتفاق على كافة المسائل الجوهرية اللازمة قانوناً لابرام هذا العقد، ولكنهما يختلفان لسبب او لآخر على المسائل الثانوية او بعضها، ويحتفظان بها للاتفاق عليها في وقت لاحق، دون ان يشترط ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليه⁽¹⁾.

وهنا يثار التساؤل عما اذا كان الاتفاق على المسائل الجوهرية يكفي بذاته لانعقاد العقد النهائي، ام ان هذا الانعقاد يظل معلقاً على توصل الطرفين الى اتفاق بشأن المسائل المؤجلة؟

للجابة على هذا التساؤل نقول ان القانون المدني الفرنسي قد سكت حيال هذه المشكلة، فلم يتضمن نصاً خاصاً في هذا الشأن على غرار القوانين الحديثة، الا ان القضاء الفرنسي قد عنى بايجاد حل لهذه المشكلة، وانتهى الى ان الاتفاق على المسائل الجوهرية يعتبر كافياً لانعقاد العقد، حتى ولو كانت هناك مسائل ثانوية معلقة، طالما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. وقد استقى القضاء هذا الحل من الفلسفة السائدة في القانون المدني الفرنسي والتي تعول على ارادة الطرفين- الصريحة او الضمنية- في محال العقد، كما اعتمد في تقريره على بعض النصوص الخاصة ببعض العقود المسماة، وعلى الاخص المادة 1583 مدني والمتعلقة بعقد البيع والتي تقضي بانه "يعتبر (البيع) قد تم بين الطرفين... بمجرد الاتفاق على الشيء المبيع والتمن... " وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بان "البيع يعتبر قد تم بمجرد اتفاق الطرفين على المبيع والتمن، ولا يحول دون ذلك عدم اتفاقهما على المسائل الثانوية، وذلك مالم يتفقا على ارجاء ابرام العقد حتى يتم الاتفاق على هذه المسائل"⁽²⁾.

اما في القانون المدني العراقي، والقانون المدني المصري فالاصل انه يجب لكي ينعقد العقد ان يكون القبول مطابقاً للايجاب مطابقة تامة، وذلك وفقاً للمادة 85 من القانون المدني العراقي والمادة 89 من القانون المدني المصري فكلا القانونين في هاتين المادتين يشيران الى انه يجب لانعقاد العقد ان يتفق القبول مع الايجاب في جميع المسائل التي تناولها، ويستوي في ذلك ان تكون هذه المسائل جوهرية او ثانوية. فطالما وردت مسألة

(2) ينظر: د. هاني صلاح سرى الدين، المفاوضات التجارية، مصدر سابق، ص 16.

(1) ينظر: د. محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص 155.

(2) Cass. Civ. 14 Janv. 1987, D. 1988, P.80; note J. Schmidt.

نقلاً عن د. رجب كريم عبد اللاة، مصدر سابق، ص 528.

معينة في الايجاب فيجب ان يشملها القبول، اياً كان حظ هذه المسألة من الاهمية بالنسبة للموجب. وبذلك فان الاتفاق المرحلي على بعض مسائل العقد لا يكفي من حيث الاصل لانعقاد العقد، بل يجب ان يتم الاتفاق على كل مسائله⁽¹⁾.

وكما بينا سابقاً في موضوع بحثنا هذا. واستثناء من ذلك جاءت المادة 86 فقرة ثانياً من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة 95 من القانون المدني المصري لتقضيان ان الاتفاق على المسائل الجوهرية يكفي لقيام العقد، مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك اذ نصت المادة 86 فقرة ثانياً على انه "2. واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولاحكام القانون والعرف والعدالة"، اما المادة 95 من القانون المدني المصري اذ نصت على: "اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد- ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق، اعتبر العقد قد تم. واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولاحكام القانون والعرف والعدالة"⁽²⁾.

والذي يسوّغ هذا الحكم هو ان هذه المسائل المرجأة ليست جوهرية في العقد، وان القانون قد عول في تقريره على ارادة الطرفين الضمنية، اذ الفرض ان نيتها قد انصرفت الى ابرام العقد حتى ولو قام خلاف بينهما حول هذه المسائل فيما بعد، مادام انهما لم يجعلا تمام العقد رهيناً باتفاقهما على هذه المسائل. اما اذا تبين للقاضي ان ارادتهما قد اتجهت الى غير ذلك، بان اشترطا صراحة او ضمناً ان العقد لا يقوم بينهما الا عند الاتفاق على تلك المسائل، فان حكم المادة لا ينطبق، ويتعين على القاضي حينئذ ان يحترم ارادة الطرفين فيعتبر العقد عند الاختلاف غير قائم⁽¹⁾.

والتساؤل الذي يطرح نفسه في هذه الحالة ينحصر في معرفة ما اذا كان كل عقد من عقود المجموعة يمكن ان ينتج اثاره الخاصة به في الحال اذا ما تم ابرامه في اتفاق

(1) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص116؛ د. عبد المنعم البدر اوي، الوجيز في عقد البيع، مصدر سابق، ص67.

(2) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص278.

(1) د. حسام كامل الاهواني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص106.

- فقد اصدرت محكمة النقض المصري في قراراً لها بتاريخ 1983/3/29 بخصوص توزيع افلام قضت المحكمة بانه اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل ثانوية او تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم، واذا قام خلاف بينهما على المسائل التي ارجى الاتفاق عليها كان لهما ان يلجأ الى المحكمة للفصل فيه لما كان ذلك وكان النص في البند الخامس من العقد موضوع النزاع ان الطرفين قد اتفقا على ان يقوم الطرف الاول بتوزيع الافلام موضوع هذا العقد سينمائياً داخل وخارج الجمهورية العربية المتحدة وتلفزيوناً خارجها، ويتم ذلك بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها بين الطرفين، فقد ذلك على انعقاد العقد وتماهه فعلاً بين الطرفين على اسناد عملية التوزيع للطاعن وذلك دون توقف على حصول اتفاق اخر بينهما بشأن الطريقة التي تم التوزيع بها، اذ ان هذا الامر يعد بالنظر لظروف التعاقد وملابساته- من قبيل المسائل التفصيلية التي تتصل بتنفيذ العقد والتي احتفظ الطرفان ببحثها في حينه حتى اذا ما اتفقا بشأنها اجري التنفيذ عليها والا رفعا ما اختلفا فيه الى المحكمة المختصة. (طعن رقم 2880 لسنة 49 المجموعة (1) السنة 34 قاعدة 175، ص851. نقلاً عن د. محمد محمد ابو زيد، مصدر سابق، ص740.

الفصل الثاني

مرحلي، ام ان نفاذه يظل رهيناً بابرام العقود الاخرى. وقد اثير هذا التساؤل في قضية نظرتها محكمة استئناف روان الفرنسية، تتحصل وقائعها في قيام شركة المانية بارسال طلبية شراء ونش الى شركة فرنسية، فردت الاخيرة (البائع) باعتماد الطلبية مع بيان ان تمويل هذا البيع ينبغي ان يتم من خلال عملية تأجير تمويلي، وردت الشركة الالمانية (المشتري) بالموافقة على ذلك. وبعد الاتفاق على المبيع والتمن، فوجئ الطرفان بان مؤسسة التأجير التمويلي قد رفضت تمويل العملية. وعلى الرغم من ذلك طلبت الشركة الالمانية من الشركة الفرنسية تنفيذ عقد البيع. وقد كانت المشكلة حينئذ تتجسد في معرفة ما اذا كان عقد البيع قد تم بمجرد الاتفاق على المبيع والتمن، وما اذا كان نفاذه يبقى معلقاً على ابرام عقد التأجير التمويلي ام لا. وقد قضت محكمة الاستئناف المذكورة بان الشرط الواقف يجب التعبير عنه صراحة، ولأن هذا الشرط لم يتوافر في هذه القضية، وبالتالي اعتبرت عقد البيع قد تم بشكل نهائي وناجز. ولكن هذا الحكم تعرض للنقد من جانب الفقه، وذلك بالنظر الى ان الطرفين قد اصرا على اللجوء الى طريق التأجير التمويلي لتمويل عملية البيع⁽¹⁾.

وعلى اية حال فانه يستفاد من هذا الحكم - وهو ما يهمننا- ان كل عقد في مجموعة العقود يعتبر قد تم ودخل حيز التنفيذ بمجرد الاتفاق عليه، طالما ان الطرفين لم يعلقا نفاذه على ابرام العقود الاخرى.

ويؤخذ بهذا الحل على اطلاقه في مجموعة العقود المستقلة، أي المجموعة التي يكون لكل عقد فيها ذاتية خاصة مستقلة، مثل عقود النقل المتتالية.

اما اذا كانت المجموعة مكونة من عقد رئيسي واخر ثانوي، مثل عملية القرض المصحوب بضمان، فيجب حينئذ التفرقة بين حالتين:

فاذا كان العقد الرئيسي هو الذي ابرم، فانه يكون نافذاً في الحالة، رغم عدم ابرام العقد الثانوي، وذلك لان هذا الاخير يمكن الاستغناء عنه نهائياً او مؤقتاً، فهو يدعم العقد الرئيسي فحسب، دون ان يكون له أي دور جوهري في انجاز العملية.

اما اذا كان العقد الثانوي هو الذي ابرم، فانه لا يكون نافذاً، بل يبقى نفاذه معلقاً على ابرام العقد الرئيسي. اذ ان العقد الثانوي هو عقد تابع للعقد الرئيسي، فيرتبط به وجوداً وعدمًا⁽²⁾.

(1) C. A. Rouen, Zavr. 1970, D. 1970, P.676. notrel rochu.

نقلاً عن د. رجب كريم عبد اللاة، مصدر سابق، ص 542.

(2) ينظر: د. محمد حسين عبد العال، مصدر سابق، ص 158 وما بعدها.

- وبخصوص - المعيار الذي يتبعه القاضي فان جانباً من الفقه يرى عدم تقييد القاضي بالقواعد المكملة، وانما طبقاً للمعايير التي نصت عليها المادة 95 مدني مصري والمادة المقابلة لها في القانون المدني العراقي (م 86) يستطيع القاضي ان يحسم المسائل التفصيلية استناداً الى العدالة ولو وجدت قواعد قانونية مكملة لارادة المتعاقدين تحسم هذه المسائل، ذلك ان الفرض بين المتعاقدين قد تناقشا بشأن هذه المسائل عند ابرام العقد ولم يتوصلا الى اتفاق بشأنها. وهذا على خلاف الفرض الذي يغفل المتعاقدان هذه المسائل منذ البداية. فتكون القواعد المكملة هي واجبة التطبيق وحدها. ينظر: د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص 115؛ د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص 566 و 567؛ د. حمدي عبد الرحمن، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 203 وما بعدها؛ د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص 178.

الخاتمة

ومن خلال هذا البحث (التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد) توصلنا الى بعض النتائج وهي:

1. تعدد تعريفات المرحلة السابقة على التعاقد وهذا متأت من التقنيات المدنية الحديثة لم تتناولها بنصوص خاصة تنظمها وتحدد اثارها، فيما عدا بعض التقنيات التي أفردت لها بنصوص خاصة، وقد جاءت هذه النصوص غامضة وغير كافية لحسم مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، الامر الذي ترك للاجتهاد الفقه والقضاء اللذين ذكرا تعريفات مختلفة لهذه المرحلة.

2. تعرفنا على مضمون المرحلة السابقة على التعاقد كونها تشمل ثلاث مراحل وهي مرحلة المفاوضات وهي المرحلة التي يتم فيها الاعداد والتحضير ومناقشة شروط العقد المراد ابرامه بحضور الطرفين، والمرحلة الثانية هي مرحلة صدور الايجاب، اما المرحلة الثالثة فهي مرحلة القبول على ماتم الاتفاق عليه سابقاً وتم تصدير الايجاب على اساسه. وتنتهي هذه المرحلة بمجرد اقتران القبول بالايجاب، فهذا الاقتران هو الحد الفاصل بين المرحلة السابقة على التعاقد وبين مرحلة ابرام العقد.

3. ان المرحلة السابقة على التعاقد تتميز بخصائص اولها ان التصرف الذي يصدر في هذه المرحلة هو تصرف ارادي يتم برضا الطرفين عندما تتجه الارادة الى الدخول في هذه المرحلة تمهيداً لابرام العقد النهائي، اما الخاصية الثانية فهي ان هذه المرحلة تقوم على التبادل والخذ والعطاء كون الطرفين فيها يتعاونان لتقريب وجهات النظر عن طريق وضع الشروط للعقد المراد ابرامه وتعديلها للوصول الى اتفاق بشأنها، اما الخاصية الثالثة فهي ان المرحلة السابقة على التعاقد تكون ثنائية الجانب على الاقل بمعنى انها تتم بين طرفين او اكثر فهي مرحلة تقوم على التفاعل والمشاركة والتعاون، اما الخاصية الرابعة فهي انها مرحلة تمهد لابرام العقد ففي هذه المرحلة يتم الاعداد والتحضير لابرام العقد النهائي، فاذا ما تم الاتفاق على جميع الشروط الجوهرية للعقد المراد ابرامه ينتقل الطرفان من مرحلة ما قبل التعاقد الى مرحلة ابرام العقد، اما الخاصية الخامسة فهي ان المرحلة السابقة على التعاقد ذات نتيجة احتمالية، اذ قد يتوصل الطرفان الى اتفاق نهائي بشأن جميع الشروط الجوهرية في العقد المراد ابرامه وقد تفشل هذه المرحلة بأكملها.

4. يتبين لنا من هذه الدراسة ان هناك خلافاً بين الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد وتباين النظريات التي قيلت بهذا الخصوص وتناولنا ذلك بالدراسة في فرعين، الاول تعرفنا فيه على نظريات الفقه التقليدي الالمانى، وفي الثاني نظرية الفقه التقليدي الايطالي.

5. ان المرحلة السابقة على التعاقد تتميز عن مرحلة ابرام العقد الا ان ليس جميع العقود تمر بهذه المرحلة فقد ينفرد احد طرفي العقد بتحديد شروطه وصياغة مضمونه ويقبله الطرف الاخر بدون مناقشة كما هو الحال في عقود الازعان. عليه فان المرحلة السابقة

على التعاقد تتميز عن مرحلة ابرام العقد كونها مرحلة تتضمن مناقشات ومفاوضات بين الاطراف بغية اتمام العقد النهائي.

كما انها تأتي في المقدمة دائماً ثم تليها مرحلة ابرام العقد. كما ان المرحلة السابقة على التعاقد تختلف عن التشاور الذي لا يبدي فيه الاطراف أي تسامح فيما بينهما عكس المرحلة السابقة على التعاقد التي تستوجب من هذه الاطراف تقديم التنازلات من جانبهم للوصول الى اتفاق يرضي جميع الاطراف.

كما ان المرحلة السابقة على التعاقد تتميز عن المحادثة التي تكون عرضية بين الاطراف يقصد منها تجاذب اطراف الحديث وليس التوصل الى اتفاقات بخصوص عقد يراد ابرامه مستقبلاً.

كما ان المرحلة السابقة على التعاقد تختلف عن المساومة التي يمكن ان تقع من احد الطرفين فقط وقد لا تجد استجابة لدى الطرف الاخر كما ان المساومة ترد على عنصر واحد وهو عنصر الثمن عكس المرحلة السابقة على التعاقد التي تناقش كل ما يتعلق بالعقد المراد ابرامه.

6. ان هناك شروط او قيود تضمنتها المرحلة السابقة على التعاقد يلتزم بمقتضى هذه القيود كل طرف من اطراف المرحلة السابقة على التعاقد بالعودة مرة اخرى اليها لاجراء المفاوضات والمناقشات للوصول الى حلول في كيفية التغلب على الصعوبات ومواجهة ما قد ينشأ بينهما من منازعات ومن هذه البنود المتعددة هي بند العودة الى المرحلة السابقة على التعاقد والتفاوض لاعادة التوازن العقدي، وبند العودة الى المرحلة السابقة على التعاقد وحل المنازعات ودياً.

7. وقد خلصنا من هذه الدراسة الى ان المسؤولية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد هي كقاعدة عامة مسؤولية عقدية، نظراً لوجود اتفاقات تتم بين الاطراف اثناءها سواء كانت اتفاقات صريحة ام ضمنية، وان هذه المسؤولية تتحقق عند نتيجة الاخلال بها. وقد رأينا ان من اهم صور الخطأ العقدي في المرحلة السابقة على التعاقد، هي رفض البدء بهذه المرحلة والمتفق عليها سابقاً او قطعها بدون مسوغ مشروع، واستفزاز الطرف الاخر ودفعه الى ترك هذه المرحلة، والاخلال بالادلاء او الاعلام الذي يؤدي الى فشل هذه المرحلة، وافشاء الاسرار والتي تم التعرف عليها اثناء هذه المرحلة او استغلالها بدون ترخيص من صاحبها.

واذا كانت المسؤولية العقدية هي التي تنشأ اصلاً من هذه المرحلة، فان المسؤولية التصويرية يمكن ان تنشأ ايضاً في هذه المرحلة اذا ما وقع خطأ من احد الاطراف في هذه المرحلة سبب ضرراً للطرف الاخر.

وقد رأينا ان من اهم صور الخطأ التصويري هي الدخول او البدء بهذه المرحلة لمجرد التجسس على الطرف الاخر، او لمجرد اعاقه هذا الاخير من ابرام صفقة اخرى، او رشوة الطرف الاخر او افساده، والبدء بهذه المرحلة لبيع ملك الغير، والسكوت عمداً عن واقعة مؤثرة في التعاقد، والتشهير بالطرف الاخر والاساءة الى سمعته.

8. قد يكون الغير هو المسؤول عن فشل المرحلة السابقة على التعاقد وليس اطرافها اذا ما تدخل هذا الغير بينهم عند مناقشتهم لشروط العقد المراد ابرامه متسبباً في افسادها فتكون مسؤوليته هنا مسؤولية تقصيرية.
9. تعدد الاراء بشأن الخيرة بين المسؤولينين العقدية والتقصيرية الا ان محكمة النقض في فرنسا ومصر قد انتهت الى عدم جواز الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، الا اذا كان الاخلال بالالتزام العقدي يكون جريمة او يعد غشاً او خطأ جسيماً.
10. توصلنا الى انه اذا قام الالتزام وتحققت المسؤولية سواء كانت عقدية ام تقصيرية فليس لها الا اثر واحد وهو وجوب تنفيذه جبراً على المدين بان ينفذ عين ما التزم به بمقابل عن طريق التعويض.
- وانتهينا الى ان التنفيذ العيني الجبري مستبعد تماماً من مجال المرحلة السابقة على التعاقد، فلا يجوز اجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلاً ولا مرهقاً، نظراً لما في هذا الاجبار من مساس بحريته الشخصية، ولعدم جدوى ذلك في هذه المرحلة التي تقوم على التفاعل والمشاركة وانما تقتصر مسؤولية هذا الطرف المدين على تعويض الطرف المضرور تعويضاً نقدياً.
11. ان الاضرار التي يمكن ان يعرض عنها في المرحلة السابقة على التعاقد هي نفقات هذه المرحلة من اعداد ودراسات ورسومات وخرائط والتعويض عن ضياع الوقت والتعويض عن المساس بالسمعة التجارية وتقويت فرصة ابرام العقد المتفق عليه المتمثل بتعويض فرصة ابرام عقد بديل مع الغير او عدم تنفيذ عقود اخرى ابرمت مع الغير استناداً الى مشروع العقد المتفق عليه.
12. البطلان جزاء للاخلال بالالتزام الناشئ في المرحلة السابقة على التعاقد (الالتزام بالادلاء او الاعلام).
- وقد تناولنا هذا الجزاء من خلال نظرية عيوب التراضي (نظرية الغلط- التدليس) ومن خلال نظرية الالتزام بالضمان (نظرية العيوب الخفية- نظرية التعرض والاستحقاق).
13. واخيراً تناولنا تطبيقات عن الالتزام بالادلاء او الاعلام الناشئ في المرحلة السابقة على التعاقد المتمثلة بالتزام الطبيب باعلام مريضه والالتزام بالافصاح او الاعلام في عقد التأمين.
- كما تناولنا بالدراسة تطبيقين عن الاتفاقات التمهيديّة التي يبرمها الطرفان في مرحلة المفاوضات وهما الاتفاق المؤقت والاتفاق المرحلي.

والمراجع.....

قائمة المصادر والمراجع

اولاً: الكتب العربية والمعربة

1. جاك غستان، تكوين العقد.
2. ، نظرية الالتزامات.
3. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، 1995.
4. ، نظرية الالتزام ، الجزء الاول، المصادر الارادية للالتزام، العقد والارادة المنفردة (التصرف القانوني) مطبوعات جامعة الكويت، 1995.
5. احمد ابو الوفاء، الوسيط في قانون المنظمات الدولية، الطبعة الرابعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1996.
6. د. احمد حسن البرعي، الوسيط في القانون الاجتماعي، الجزء الاول، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1988.
7. د. احمد حشمت ابو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الاول، الطبعة الثانية، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1954.
8. د. احمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1997.
9. د. احمد شرف الدين، احكام التأمين دراسة مقارنة في القانون والقضاء، الطبعة الثالثة، القاهرة، طبعه نادي القضاة، 1992.
10. ، اصول الصياغة القانونية للعقود (تصميم العقد) القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1993.
11. د. احمد شوقي عبد الرحمن، مسؤولية المتبوع باعتباره حارساً، بلا اسم مطبعة، 1976.
12. ، قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الاثبات عليها، بدون مكان طبع، بدون اسم مطبعة، 1977.
13. ، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة، مشروعة نقل وزرع الاعضاء البشرية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1986.
14. د. احمد عبد التواب محمد بهجت، الالتزام بالنصيحة في نطاق التشييد، دراسة قضائية وفقهية مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1997.
15. د. احمد عبد الرحمن الملحم، الاحتكار والافعال الاحتكارية، دراسة تحليلية، مطبوعات جامعة الكويت، 1997.
16. د. احمد عبد العال قرين، نحو قانون لحماية المستهلك، ماهية مصادره، موضوعاته، بلا مكان طبع، بلا اسم مطبعة، 1994.

والمراجع.....

17. د.احمد عبد الكريم سلامة، الاصول المنهجية لاعداد البحوث العلمية، الطبعة الاولى، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1977.
18. د.احمد محرز، الحق في المنافسة في مجالات النشاط الاقتصادي والصناعة والتجارة والخدمات، القاهرة، 1994.
19. ، شرح القانون المدني، الجزء السابع، عقود الغرر والتأمين، تنقيح المستشار مصطفى الفقي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990.
20. د.احمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994.
21. د.احمد محمود سعد، عقد المشورة والمعلوماتية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995.
22. ، نحو ارساء نظام قانوني لعقد المعلوماتية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995.
23. د.احمد نجيب الهلالي وحامد زكي، شرح القانون المدني في عقود البيع والحوالة والمقايضة، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1972.
24. د.اسعد زياب، ضمان عيوب المبيع الخفية ، الطبعة الثانية، بلا مكان طبع، بلا اسم مطبعة، 1981.
25. د.اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، القاهرة، مكتبة عبد الله وهبة، 1966.
26. ، قانون العمل، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1961.
27. د.اسماعيل محمد المحاقري، الاعفاء من المسؤولية المدنية في القانون اليمني مقارناً بالقانون المدني المصري والشريعة الاسلامية، 1996.
28. د.اشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للاطباء ، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999.
29. د.اكرم الخولي، دروس في قانون العمل، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1957.
30. د.البشير زهرة، التأمين البري، تونس، بلا اسم مطبعة، بلا تاريخ مطبعة.
31. د.السيد محمد السيد عمران، الالتزام بالاخبار، دراسة مقارنة، القاهرة، دار المطبوعات الجامعية، 1994.
32. د.انور احمد رسلان، وسيط القضاء الاداري، الكتاب الاول، بلا مكان طبع، بلا اسم مطبعة، 1977.
33. د.انور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1970.
34. باسل يوسف، دراسات قانونية ، العدد الرابع، بغداد، بيت الحكمة، 2000.
35. د.توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، القاهرة، المكتب المصري الحديث، 1969.
36. ، عقد البيع والمقايضة، القاهرة، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1985.
37. د.جابر جاد نصار، المفاوضات العامة، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1996.

والمراجع.....

38. د. جابر عبد الهادي الشافعي، محل العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوصفي، بلا مكان طبع، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001.
39. د. جابر محجوب، سلامة المستهلك في اضرار المنتجات الصناعية المبيعة، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري والكويتي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995.
40. د. جاسم علي سالم ناصر، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990.
41. د. جلال احمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا الى الدول النامية الكويت، بلا اسم مطبعة، 1983.
42. د. جلال علي العدوى ، اصول المعاملات، الاسكندرية، بلا اسم مطبعة او تاريخ طبع.
43. ، اصول الالتزامات، مصادر الالتزام، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1997.
44. د. جلال محمد ابراهيم، دروس في عقد التأمين، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1983-1984.
45. د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995.
46. ، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982.
47. ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993.
48. د. حامد سلطان ود. عائشة راتب ود. صلاح الدين عامر، القانون الدولي العام، الطبعة الرابعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1987.
49. د. حسام كامل الاهوائي ، شرح قانون العمل، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1991.
50. ، الاضرار الناتجة عن الحوادث التي تصيب جسم الانسان، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والانكليزي والمصري، الجزء الثاني، باريس، 1968.
51. ، الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية (دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1978.
52. ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1952.
53. ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1989.
54. د. حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الاليات القانونية للتبعية الدولية، بلا مكان طبع، دار المستقبل العربي، 1987.

- والمراجع
55. د.حسن الحسن، التفاوض والعلاقات العامة ، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1993.
56. د.حسن عبد الباسط جميعي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، القاهرة، بدون اسم مطبعة، 1991.
57. ، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، القاهرة، دار النهضة العربية، 1997.
58. د.حسن علي ذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (1.الضرر)، بغداد، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بلا تاريخ طبع.
59. ، النظرية العامة للالتزام، بغداد، طبعة الجامعة المستنصرية، 1976.
60. د.حسن وجيه، مقدمة في علم التفاوض الاجتماعي والسياسي، الكويت، سلسلة عالم المعرفة، 1994.
61. د.حسني احمد الجندي، الحماية الجنائية للمستهلك "قوانين قمع الغش والتدليس معلقاً عليه بأقوال الفقه والقضاء، القاهرة، دار النهضة العربية، 1985.
62. د.حسين وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية والتقصيرية، الطبعة الثانية، القاهرة، دار المعارف، 1979.
63. د.حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك ، بلا مكان طبع، دار الفكر العربي، 1975.
64. د.حمدي احمد سعد، الالتزام بالافضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والفقه الاسلامي، بلا مكان طبع، المتب الفني للاصدارات، 1997.
65. د.حمدي عبد الرحمن، المعصومية والتعويض عن فوات الفرصة "معصومية الجسد"، بلا مكان طبع، دار الفكر العربية، 1978.
66. ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول، المصادر الارادية للالتزام، العقد والارادة المنفردة، الطبعة الاولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999.
67. د.خميس خضر، عقد البيع في القانون المدني، القاهرة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1969.
68. د.زكريا ابراهيم، مشكلة الحرية، القاهرة، مكتبة مصر للنشر، بلا تاريخ طبع.
69. د.زهدي يكن، القانون الاداري، بيروت، صيدا، منشورات المكتبة العصرية، بلا عام طبع.
70. د.سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني في القانونين اللبناني والفرنسي والمقارن، الطبعة الاولى، لبنان، دار الفكر العربي، 1987.
71. د.سامية راشد، حول تحكيم في تدويل العقود، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990.
72. د.سعاد الشرقاوي، العقود الادارية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995.

والمراجع.....

73. د.سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، عقدي البيع والايجار، العدد التاسع، بغداد، مطبعة العاني، 1974.
74. د.سعيد جبر، احكام الالتزام، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1997.
75. الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع، القاهرة، دار النهضة العربية، 1985.
76. د.سعيد جبر، الوعد بالتفضيل، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993.
77. د.سعيد عبد السلام، الالتزام بالافصاح بالعقود، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000.
78. التوازن العقدي في عقود الاذعان، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990.
79. سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الاذعان، القاهرة، الولاء للطبع والتوزيع، 1998.
80. د.سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1975.
81. د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثالث في العقود المسماة، المجلد الاول، عقد البيع، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1990.
82. د.سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، الطبعة الثانية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992.
83. د.سمير الشرقاوي، محاضرات في عقد التأمين، القاهرة، بلا اسم مطبعة، بلا تاريخ طبع.
84. د.سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1975.
85. د.سمير كامل، الوجيز في الاحكام العامة للالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992.
86. ضمان العيوب الخفية في بيع الاشياء المستعملة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990.
87. د.سهير منتصر، الالتزام بالادلاء ببيانات الخطر وتفاقمه في عقد التأمين، القاهرة، حقوق الزقازيق، دار النهضة العربية، 1990-1991.
88. الالتزام بالتبصير، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990.
89. د.صالح خالص، الاعلام التجاري، المفاوضات التجارية الدولية الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بلا تاريخ طبع.
90. د.صديق عفيفي وجرمين حزين، التفاوض الفعال في الحياة والاعمال، مكتبة عين شمس، 1986.
91. د.صلاح الدين الناهي، مصادر الالتزام، الجزء الاول، بغداد، مطبعة الاعظمية، 1949.

والمراجع.....

92. د.عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، بغداد، مطبعة الاهالي، 1956.
93. د.عبد الحكيم عبد اللطيف القوي، مبدأ حسن النية واثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري والفرنسي، دراسة مقارنة، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1997.
94. د.عبد الحي حجازي، التأمين، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1958.
95. ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، الجزء الاول، مصادر الالتزام باعتناء د. محمود الالفي، مطبوعات جامعة الكويت، 1983.
96. د.عبد الحي حجازي، تكميل العقد وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة) الجزء الاول، باعتناء د. محمد الالفي، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.
97. د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الاول، مصادر الالتزام، المجلد الاول، القاهرة، دار النهضة العربية، 1952.
98. د.عبد الرشيد مأمون، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، القاهرة، دار النهضة العربية، 1986.
99. ، عقد العلاج الطبي، بلا مكان طبع، مكتبة سيد عبد الله وهبة.
100. ، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، القاهرة، دار النهضة العربية، بلا تاريخ طبع.
101. د.عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والارادة المنفردة، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1984.
102. د.عبد الله اسماعيل البستاني، مذكرات اولية في القانون الاداري، بغداد، مطبعة الرابطة، 1951.
103. د.عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الاول، مصادر الالتزام، بغداد، بلا اسم مطبعة، بلا عام طبع.
104. د.عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي، الجزء الاول، مصادر العقد (اركان العقد)، بغداد، شركة الطبع والنشر الاهلي، 1967.
105. د.عبد المعطي الخيال، النظرية العامة للالتزام، اعداد الدكتور محمود عبد المعطي الخيال، بلا اسم مطبعة، 1993.
106. د.عبد المنعم البدر اوي، التأمين، القاهرة، دار النهضة العربية، 1986.
107. ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الاول، مصادر الالتزام، بلا مكان طبع، بلا اسم مطبعة، 1989.

- والمراجع
108. ، عقد البيع في القانون المدني، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1961.
109. د. عبد المنعم فرج الصدر، مصادر الالتزام، دراسة في القانونين اللبناني والمصري، القاهرة، دار النهضة العربية، 1971.
110. د. عبد الناصر توفيق العطار، احكام التأمين في القانون المدني والشريعة الاسلامية رقم 47، القاهرة، بلا اسم مطبعة، وبلا تاريخ طبع.
111. ، شرح قانون العمل ، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1988.
112. ، نظرية الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية، الكتاب الاول، مصادر الالتزام (العقود والعهود)، اسبوط، 1990.
113. د. عبد الودود يحيى، الالتزام باعلان الخطر في القانونين الالمانى والفرنسي، مطبعة القاهرة الحديثة، 1968.
114. ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر-الاحكام-الاثبات، القاهرة، دار النهضة العربية، بلا تاريخ طبع.
115. ، شرح قانون العمل، الطبعة الاولى، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1964.
116. د. عبد جمعة موسى الربيعي وفؤاد العلواني، الاحكام العامة في التفاوض والتعاقد ، التعاقد عبر الانترنت، عقود البيوع التجارية على وفق احكام قواعد الانكوتيرمز لعام 2000، بغداد، بيت الحكمة، 2003.
117. د. عبدالله حسين علي حمود، حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي، دراسة مقارنة بين دولة الامارات العربية المتحدة والدول الاجنبية.
118. د. عثمان خليل عثمان، القانون الاداري، بغداد، بلا اسم مطبعة، 1939-1940.
119. د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة وحق القاضي في تطبيقها، بغداد، بلا اسم مطبعة، 1993.
120. د. علي ابراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، الابرام، الطبعة الاولى، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1955.
121. د. علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990.
122. د. علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع في القانونين المصري والمغربي، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1986.
123. د. غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لاسرار الافراد لدى الموظف العام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988.
124. د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانكليزي المقارن، القاهرة، بدون اسم مطبعة، 1979.
125. د. فريد فتیان، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي والفقه المدني، بغداد، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، 1985.
126. د. فيصل عبد الزكي واحد، المسؤولية المدنية في اطار الاسرة العقدية، بلا مكان طبع، دار الثقافة الجامعية، 1992.

- والمراجع.....
127. كوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، بيروت، المنشورات الحقوقية، بلا تاريخ طبع.
128. لينونيل روبي، فن الاقتناع، المرشد للتفكير المنطقي، ترجمة: د.محمد علي العريان، مكتبة الانجلو المصرية، بلا تاريخ طبع.
129. د.محسن احمد الخضيري، علم تحقيق المستحيل انطلاقاً من الممكن، القاهرة، مكتبة الانجلو المصرية، 1988.
130. د.محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، القاهرة، دار النهضة العربية، 1988.
131. ، عقد تسليم مفتاح، نموذج من عقود التنمية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995.
132. د.محمد ابراهيم دسوقي، الالتزام باعلام قبل التعاقد، اسقوط ، دار ايهاب للنشر والتوزيع، 1985.
133. ، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات و ابرام العقود، الرياض، 1995.
134. ، العقود المسماة (البيع، الايجار، التأمين) القاهرة، مطبعة انتوني بالاسكندرية، 1994.
135. د.محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي (دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض"، القاهرة، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1986.
136. د.محمد بدر الدين مصطفى زايد، المفاوضات الدولية، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1991.
137. د.محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء احكام القضاء، الكتاب الثاني، الطبعة الرابعة، الحق، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1995.
138. ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، النسر الذهبي للطباعة، 1995.
139. محمد حسام، الاحكام العامة لعقد التأمين، دراسة مقارنة بين القانونيين المصري والفرنسي، الطبعة الثانية، بلا اسم مطبعة، ولا تاريخ طبع.
140. ، عقود خدمات المعلومات، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1994.
141. د.محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998.
142. د.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، بلا مكان طبع، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003.
143. د.محمد حلمي مراد، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ، الطبعة الرابعة، بلا مكان طبع، 1961.

- والمراجع
144. د.محمد شكري سرور، شرح احكام عقد البيع، الطبعة الثانية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998.
145. ، مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1983.
146. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، القاهرة، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 2001-2002.
147. محمد عبد الظاهر حسين، عقد التأمين، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995.
148. د.محمد علي جواد، العقود الدولية، عمان، الاردن، مكتبة دار الثقافة والتوزيع، بلا تاريخ طبع.
149. د.محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته على بعض العقود، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1980.
150. د.محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد للالتزامات، الجزء الثاني، في مصادر الالتزام، القاهرة، المطبعة العالمية، 1955.
151. د.محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1977.
152. د.محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدى (صورها - احكامها) القاهرة، دار النهضة العربي، 1995.
153. د.محمد منصور، المسؤولية الطبية، القاهرة، دار النهضة العربية، بلا تاريخ طبع.
154. د.محمد نجيب حسن، اسباب الاباحة في التشريعات العربية، القاهرة، معهد الدراسات العالمية، 1962.
155. د.محمود الخيال عبد المعطي الخيال، الوعد بالعقد، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993.
156. د.محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1978.
157. ، قانون العمل، الطبعة الثالثة، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1983.
158. ، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الاول، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1978.
159. د.محمود خلف، النظام القانوني للمناقصات العامة، دراسة مقارنة، بلا مكان طبع، دار الثقافة والنشر والتوزيع، 1999.
160. د.محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، الجزء الاول، في مصادر الالتزام، بغداد، مطبعة العاني، 1955.
161. د.مصطفى الجمال، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2001.
162. ، عقد البيع، القاهرة، منشأة المعارف، 1998.

والمراجع.....

163. د.مصطفى عدوى، حق المريض في قبول او رفض العلاج، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991.
164. د.ممدوح محمد خيرى هاشم المسلمي، مشكلات البيع الالكتروني عن طريق الانترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000.
165. د.ممدوح محمد مبروك، احكام البيع الكافي بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، وفقاً للقانون المدني (المصري والفرنسي) والفقہ الاسلامي واحكام القضاء، بلا مكان طبع، المكتب الفني للاصدارات القانونية، 2000.
166. د.موسى عبد العزيز شحاتة، خطة الاستثمار في المصارف الاسلامية (الجوانب التطبيقية والقضايا والمشكلات)، عمان، بلا اسم مطبعة، 1978.
167. د.نبيل ابراهيم سعد، الضمانات الغير المسماة في القانون الخاص في نطاق قانون الالتزامات وفي نطاق قانون الاموال، دراسة مقارنة، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1991.
168. د.نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض انواع العقود (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982.
169. ، النظرية العامة للالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999.
170. ، عقد التأمين، القاهرة، دار النهضة العربية، بلا تاريخ طبع.
171. د.هاني صلاح سرى الدين، اتفاقات الكونسرنيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الانشاءات الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999.
172. ، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دراسة مقارنة في القانونيين المصري والانكليزي، الطبعة الاولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998.
173. د.وديع ميخائيل فرج، محاضرات القانون المدني، القاهرة، بلا اسم مطبعة، 1948-1949.
174. د.وفاء حلمي ابو جميل، الالتزام بالتعاون في دراسة تحليلية تأصيلية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993.
175. وليام أوري، فن التفاوض واختراق الحواجز في طريق التعاون، ترجمة: د.نيفين غراب، الدار الدولية للنشر والتوزيع، 1994.
176. د.ياسر احمد كامل الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993.
177. د.يحيى الجمل، القضاء الاداري، بلا مكان طبع، بلا اسم مطبعة، 1986.

ثانياً: المقالات والابحاث

والمراجع.....

1. د. ابراهيم دسوقي ابو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1986، العدد الثاني والعدد الثالث.
2. د. احمد السعيد الزقرد، حق المشتري في اعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، مجلس النشر العلمي، السنة 19، العدد الثالث، 1995.
3. د. احمد رفعت خفاجي، رشوة مفوضي العقود الدولية في التشريع العقابي المصري (العملات) مجلة المحاماة، العدد الاول والثاني، السنة 66.
4. د. احمد شرف الدين، مضمون بنود التحكيم في العقود الدولية، مقال في مؤتمر حول التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي، القاهرة، العريش، اعداد: د. احمد جامع.
5. د. احمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مقال منشور في مجلة الافراد والقانون التي تصدرها اكااديمية شرطة دبي، السنة الحادية عشر، العدد الاول، 2003.
6. د. اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، انظمة كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات، 2000.
7. د. اسعد الكوراني، نظرية الظروف الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية، مجلة المحاماة، السنة الرابعة، العدد الاول.
8. د. امية حسن علوان، ملاحظات حول القانون التطبيق على المسؤولية التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود الدولية، تقرير مقدم الى الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الاعمال الدولي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1993.
9. د. اميمة الدهان، ادارة المفاوضات مقال في ادارة المفاوضات وتنمية مهاراتها في المنظمة، مجلة دراسات، مجلد 13، العدد الثالث، عمان، الاردن، 1986.
10. الاستاذ بهاء الدين احمد عبد العزيز، التهيؤ للمباحثات التجارية - مجلة الصناعات الهندسية العربية، العدد الثاني، 1998.
11. د. توفيق حسن فرج، اثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية القانون، جامعة الاسكندرية، العدد الاول، 1970.
12. د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد واهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الاول، 1996.

والمراجع.....

13. د. حسام كامل الاهوائي، اثبات عقود التجارة الالكترونية، بحث مقدم الى مؤتمر القانون وتحديات المستقبل في العالم الغربي، نظمتها كلية الحقوق - جامعة الكويت للفترة من 25-27 اكتوبر، 1997.
14. ، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي ، تقرير مقدم الى ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الاعمال الدولي، القاهرة، 1993.
15. د. حلمي بهجت بدوي، اثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الاول، السنة الثالثة.
16. د. حمدي عبد الرحمن ، الاتجاهات القانونية العامة في حماية المستهلك في القانون والشريعة الاسلامية، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، المنعقد في مدينة بور سعيد في الفترة من 29 ابريل حتى 3 مايو ومن 15 حتى 18 يوليو.
17. د. رمزي فريد محمد مبارك، اسباب سقوط الحق في ضمان العيب الخفي، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الثالث، 1993.
18. د. سليمان مرقس، ضبط معيار الخطأ كأساس المسؤولية المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، كلية القانون، جامعة القاهرة، السنة 19.
19. د. سمحية القليوبي ، تقسيم شروط التعاقد والالتزام بالضمان في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة مصر المعاصرة، تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، السنة 77، العدد 406، 1986.
20. د. عبد الرحمن العدوي، تحذير شامل من عمليات نقل الاعفاء، منشور في مجلة منبر الاسلام، السنة 51، العدد 18، 1993.
21. محمد السيد عرفة، التجارة الدولية الالكترونية عبر الانترنت، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، نظمتها كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2000.
22. د. محمد المرسي زهرة، حماية المستهلك في مجال بيع المباني تحت الانشاء، بحث مقدم لمؤتمر حماية المستهلك في القانون والشريعة الاسلامية، المنعقد في مدينة بور سعيد في الفترة من 29 ابريل حتى 3 مايو، ومن 15 الى 18 يوليو 1995.
23. د. محمد اليماني في كفالة "تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية ومسؤولية البنك تجاه المستهلك، مجلة الدراسات القانونية، العدد الاول، السنة الاولى ، كلية الحقوق في اسبوط، 1979.

والمراجع.....

24. د.محمد حسام محمود لطفي، مدى احقية متلقي الامتياز التجاري في التعويض عن عدم تجديد عقده، بحث منشور في مجلة المحاماة، العددان السابع والثامن، 1991.
25. د.محمد حسن قاسم ، التعاقد من بعد، مقال منشور في مجلة الحقوق، مجلة فصلية تصدرها كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2001.
26. محمد سعيد الحلفاوي، استراتيجيات واساليب التفاوض مع الشركات الموردة للتكنولوجيا ، بحث مقدم الى مؤتمر نقل التكنولوجيا باكاديمية البحث العلمي والتكنولوجي، القاهرة، 1987.
27. د.محمد عبد الله نصار، المفاوضة الجماعية ودور منظمة العمل العربية، بحث صادر من منظمة العمل العربية، 1996.
28. د.محمد نصر الدين منصور، المفاوضات الجماعية، بحث منشور في كتاب بعنوان النظام القانوني للعاملين في مصر، مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني القانوني، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1993.
29. د.مفيد محمود شهاب، المفاوضات الدولية ، علم وفن ، بحث منشور في مجلة القانون، العدد 30، 1993.
30. د.منصور مصطفى منصور، تحديد فكرة العيب الموجب للضمان، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الاولى، العدد الثاني.
31. د.نزيه محمد الصادق المهدي، محاولة التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد، 1979.
32. د.يزيد انيس نصير، مرحلة ما قبل ابرام العقد، مجلة المنار ، جامعة آل البيت، العدد الثالث، عمان ، الاردن، 2001.
33. الاستاذ هادي الخليبوي، خصائص وسلوكيات المفاوضات العراقي، محاضرة القيت عام 1991، المكتب العربي للاستشارات والتطوير الاداري، المهارات الاساسية للتفاوض، محاضرات مطبوعة في 3/ 12/ 1991.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح الجامعية

1. د.السيد البدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1989.
2. د.ثروت فتحي اسماعيل، المسؤولية المدنية للبائع المهني (الصانع – الموزع) ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1987.
3. د.جلال الدين محمد جبرة، الالتزام بضمان القرض والاستحقاق الصادر من الغير في العقود في القانون المدني المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه ، حقوق اسيوط، بدون تاريخ طبع.

والمراجع.....

4. د.جلال علي العدوي، الاجبار القانوني على المعارضة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 1960.
5. د.جمال عبد الرحمن محمد، المسؤولية المدنية لمنتجي وبائعي المستحضرات الصيدلانية، رسالة دكتوراه بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، فرع بني سويف، 1993.
6. د.جميل الشرفاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، دار النهضة العربية، 1993.
7. د.حسن البراوي، عقد تقديم المشورة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 1977.
8. د.حسن زكي الابراشي، مسؤولية الاطباء والجراحين المدنية، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة القاهرة، 1950.
9. خالد جمال احمد حسن، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة اسيوط، 1996.
10. د.خالد حمدي عبد الرحمن، الحماية القانونية للكيانات المنطقية (برامج المعلومات)، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة عين شمس، 1992.
11. د.رجب كريم عبد الالة، التفاوض على العقد، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة القاهرة، 2000.
12. د.رضوان حسن رشوان احمد، اثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة.
13. د.سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، نطاق العقد (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد، 2006.
14. د.صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا ، دراسة في اطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1993.
15. د.صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين في قانون الجمهورية العربية المتحدة المقارن، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1993.
16. د.عامر قاسم احمد، الحماية القانونية للمستهلك ، دراسة في القانون المدني والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، 1998.
17. د.عبد الجبار ناجي، حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 1973.
18. د.عبد الرحمن سعودي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد، رسالة دكتوراه
19. د.عبد الرسول عبد الرضا، الالتزام بضمان العيوب الخفية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 1978.
20. د.عبد الرشيد مأمون، الحق الادبي للمؤلف ، النظرية العامة وتطبيقاتها، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 1974.

والمراجع.....

21. د. عبد القادر محمد قحطان، السكوت المعبر عن الاردة واثره في التصرفات، دراسة في القانون المدني المصري ونظيره اليمني مقارنة بالفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1991.
22. عبد المنعم فرج الصدة، عقود الاذعان في القانون المصري، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة القاهرة، 1946.
23. د. محمد الشرعان، الخطر في عقد التأمين، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الاسكندرية، 1984.
24. د. محمد شكري سرور، الجزاءات الخاصة في عقد التأمين، دراسة في بطلان الوثيقة ووقف الضمان، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1975.
25. د. محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس.
26. د. محمد وحيد سوار، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي، رسالة للدكتوراه، جامعة القاهرة، 1960.
27. د. مصطفى ابو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2000.
28. د. نصيرة بو جمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، رسالة دكتوراه، حقوق الاسكندرية، 1987.
29. د. يوسف عبد الهادي خليل الايكابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الزقازيق.

رابعاً: متون القوانين

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
2. قانون الاثبات العراقي المرقم 107 لسنة 1979.
3. القانون المدني المصري.