الرقم الدولي : ISSN2075-7220
الرقم الدولي الإلكتروني : ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- أ د إسماعيل صعصاع غيدان
فاضل جبير لفته
- ا.د. هادي حسين عبدعلي الكعبي
لقاء محمد عبدعلي عبود
- ا.د. ضمير حسين ناصر المعموري
أسيل رزاق صيهود السيلاوي
- أ.د. أسماعيل نعمة عبود الجنابي
شاكر عثمان داود

- انقضاء الدعوى الإدارية لسبق الفصل في موضوعها – دراسة مقارنة.
- التنظيم القانوني للرهن الحيازي في نطاق حقوق براءة الاختراع –دراسة مقارنة–
- أثار تحرير المرهون تأمينياً في القانون المدني.
- الاحكام الموضوعية لجريمة أحداث الغرق عمداً (دراسة مقارنة).

السنة الرابعة عشر ٢٠٢٢ العدد الرابع

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN: 2075-7220
ISSN ONLINE: 2313-0377

AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal

For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- The expiration of the administrative case due to a previous decision on its subject matter (A comparative study) — Prof. Ismaeel Sasah Ghidan, Fadhil Jubair Laftah
- Legal regulation of possession within the scope of patent rights (comparative study) — prof.Dr.Hadi Hussein Abdul Ali, Liqaa Mohamed Abd Ali
- The effects of liberating the security mortgage in the Iraqi Civil law. — Thamear Hussein Nasir, Aseel Razak Sihoud
- Objective rulings for the crime of intentionally drowning events (comparative study). — Prof. Dr. Ismail Naama Abboud, Shaker Othman Dawood

Fourth Issue 2022 fourteenth Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

الفِهْرِست

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
١.	انقضاء الدعوى الإدارية لسبق الفصل في موضوعها- دراسة مقارنة	أ د إسماعيل صعصاع غيدان فاضل جبير لفته	٩-٤٩
٢.	الاختصاصات الاستشارية لهيئة الرأي (دراسة مقارنة)	أ.د. اسماعيل صعصاع البديري زينب عبد السلام عبد الحميد	٥٠-٧١
٣.	التنظيم القانوني للرهن الحيازي في نطاق حقوق براءة الاختراع -دراسة مقارنة-	ا.د. هادي حسين عبدعلي الكعبي لقاء محمد عبدعلي عبود	٧٢-١١٤
٤.	أثار تحرير المرهون تأمينياً في القانون المدني	ا.د. ضمير حسين ناصر المعموري أسيل رزاق صيهود السيلاوي	١١٥-١٤٨
٥.	الاحكام الموضوعية لجريمة أحداث الغرق عمداً (دراسة مقارنة)	أ.د.أسماعيل نعمة عبود الجنابي شاكر عثمان داود	١٤٩-١٨٨
٦.	التدابير الدولية في حماية الاصناف الفريدة	أ. د حيدر عبد محسن شهد علي حسين مهدي عزيز	١٨٩-٢٢٥
٧.	أساليب فض تنازع القوانين في علاقات الحق المعنوي دراسة في إطار حق المؤلف	ا.د. حسن علي كاظم ميثم فليح حسن	٢٢٦-٢٦٨
٨.	تحوّل صفة اليد بين الأمانة والضمان (دراسة في القانون المدني)	أ.م د. محمد جعفر هادي د. علي صباح خضير	٢٦٩-٣١٢
٩.	الجوانب الاجرائية للتسجيل المجدد في القانون العراقي	أ .م.د محمد جعفر هادي د. علي صباح خضير	٣١٣-٣٥٥
١٠	الرقابة القضائية على منح المخصصات المالية لقوى الامن الداخلي في العراق (دراسة مقارنة)	أ.م. د رفاه كريم كربل مؤيد عبد زيد راضي بديوي	٣٥٦-٣٨٠
١١	اركان جريمة تقليد حق المؤلف عبر الانترنت	أ.م.د. عمار غالي عبد الكاظم	٣٨١-٤١٦
١٢	مدى مشروعية المصادرة الادارية	ا.م.د رشا عبد الرزاق	٤١٧-٤٣٤
١٣	الآثار القانونية لإنسحاب المملكة المتحدة من الإتحاد الأوروبي دراسة تحليلية في إطار المعاهدات الدولية	أ.م.د. محمد حسين كاظم العيساوي	٤٣٥-٤٨١
١٤	اختلال النظام البرلماني (الدستور العراقي انموذجاً)	م.د. اركان عباس حمزة الخفاجي	٤٨٢-٥٠٩
١٥	الجهة المختصة بالتصويت على المرشحين لمنصب رئيس الجمهورية- دراسة مقارنة-	م.د. أركان عباس حمزة الخفاجي أيمن خليل شوكان	٥١٠-٥٣٧
١٦	المسؤولية المدنية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية (دراسة مقارنة)	م.د.أحمد عبد الحسين كاظم الياسري	٥٣٨-٥٧٠
١٧	الضمانات القانونية لحماية اللاجئ المتضرر في زمن تفشي فايروس كوفيد (دراسة مقارنة).	م.د سهير حسن هادي أ.م.د ايناس مكي عبد نصار	٥٧١-٥٩٠
١٨	التكييف القانوني لوقائع الدعوى المدنية - دراسة مقارنة.	د. لفته هامل العجيلي	٥٩١-٦١٤
١٩	التعريف بعقد بيع البنك المركزي للعملة الأجنبية وأركانه (دراسة مقارنة)	م.د عبدالخالق غالي مهدي م.م مروة يوسف حسن	٦١٥-٦٤٦
٢٠	الامراض المهنية في قانون العمل والتشريعات الاجتماعية	م.رنا مجيد صالح	٦٤٧-٦٧٨
٢١	معيار الاموال العامة في القانون العراقي (دراسة مقارنة)	م.م هيثم علي كزار	٦٧٩-٧٠٢
٢٢	حدود اختصاص القاضي في تسوية منازعات العقود الادارية بدعوى الالغاء -دراسة مقارنة-	احمد عبد الجليل عداي المساري	٧٠٣-٧٥٣

المسؤولية المدنية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية
(دراسة مقارنة)

م.د.أحمد عبد الحسين كاظم الياسري

كلية القانون - جامعة بابل

الملخص:

للشخص المفاوض بمقتضى مبدأ الحرية التعاقدية ؛ أن يمضي في إبرام العقد الذي تفاوض عليه وله أن ينصرف عنه إذا تبين له أنه لا يحقق مصالحه ، إلا أن مبدأ الحرية التعاقدية يحد إطلاقه مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية والذي يجب على المفاوض أن يتقيد به وينفذ ما يمليه من الصدق والاستقامة والتعاون والجدية.

وهذا يعني أن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية يستلزم ترتب المسؤولية المدنية على المفاوض المخطئ ، الأمر الذي تنازعته آراء فقهاء القانون المدني بين من يعدها مسؤولية عقدية ويقدم لدعم رأيه حججاً لإثبات ذلك ، وبين من يراها مسؤولية تقصيرية ، الرأي الذي رجحناه بأسلوب قام على مناقشة حجج أنصار المسؤولية العقدية ونقضها بمنهج منطقي تحليلي مقارن خصوصاً مع القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم (٢٠١٦ – ١٣١) لسنة ٢٠١٦ والذي نصَّ على مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية فضلاً عن تنظيمه للأخيرة تنظيماً وافياً.

المقدمة:

أولاً/ التعريف بموضوع البحث:

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ الثابتة في الدين والأخلاق والقانون ، وهو كذلك من ثوابت القانون المدني ، فعليه تدور التصرفات وهو الذي ينقيها من الختل والخداع والحيل والمكر ، فتقوم مشروعة على أصولها وأركانها كلما أخذ أطراف التصرف بمبدأ حسن النية.

ولا شكَّ أن العقد يأتي في مقدمة التصرفات القانونية بل ويعد أهمها وأوسعها انتشاراً ، فكان لا بدَّ أن يؤدي فيه مبدأ حسن النية دوراً جوهرياً ، سواءً في المرحلة السابقة على انعقاده أو في مرحلة إبرامه أو عند تنفيذه ، وكل ذلك حتى يحقق العقد غايته كوسيلة شرعية وقانونية لتبادل المنافع وإشباع حاجات الأشخاص ، ولكي يكون كذلك فلا بدَّ أن يكون حسن النية هو قائد زمام الأمور في كل مراحل العقد ، ومنها مرحلة المفاوضات العقدية ، وهي مرحلة مهمة سابقة على وجود العقد وممهدة له ، بل لا تثريب أن قلنا أن حقيقة العقد وأسسه وما سيجنيه أطرافه من منافع تأخذ صورتها شبه النهائية في المفاوضات العقدية.

وإذا ما رجعنا إلى القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل ، نجد أن المشرع قد نصَّ على ضرورة مراعاة مبدأ حسن النية عند تنفيذ الالتزام وذلك في المادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي عند تنظيمه للقواعد العامة في العقد ، فضلاً عن إيراده كقيد في نصوص أخرى في بعض التصرفات ، سواءً جاءت هذه النصوص لتنظيم حالات خاصة لتنفيذ بعض العقود أو عند انتهائها أو فيما يتعلق بتنظيم أحكام بعض الحقوق العينية ، وهذا يعني أن المشرع العراقي لم ينظم مبدأ حسن النية

في المفاوضات العقدية على الرغم من إشارته في بعض النصوص لمرحلة التفاوض ، على العكس من المشرع الفرنسي الذي نظَّم مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية وذلك في المادتين (١١٠٤ و ١١١٢) من القانون المدني الفرنسي عند تعديله بموجب المرسوم رقم (٢٠١٦ – ١٣١) لسنة ٢٠١٦.

ثانياً/مشكلة البحث وأهميته:

إذا كان مبدأ الحرية التعاقدية ثابتٌ لكل شخص يريد أن يبرم عقداً ما ، فتكون له الحرية في التفاوض مع الآخرين في سبيل إبرام هذا العقد ، وله بعد أن يزن مصالحه أن يمضي في إبرام هذا العقد أو ينصرف عنه ، إلا أن هذا المبدأ معارض بمبدأٍ مهم آخر هو مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية، والذي يوجب على المفاوض أن يكون جاداً في هذه المفاوضات مراعياً الصدق والأمانة فيها ، وبخلافه فإنه سيكون سئ النية بلا شك وستنهض مسؤوليته كلما ألحق ضرراً بالمفاوض الآخر ؛ من هنا تظهر مشكلة عدم تنظيم المشرع العراقي في القانون المدني لهذا المبدأ في مرحلة المفاوضات العقدية ، بل وعدم تنظيمه الأخيرة تنظيماً وافياً ، على الرغم من نصه على وجوب اتباع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد وكما تقدم ، فعدم النص على مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية يثير مشكلة كبيرة قد يواجهها القضاء في حال ثبوت سوء النية لدى المفاوض في عقد معين فهل هذا يعد نقصاً في التشريع ؟ ومن هنا تظهر علامة استفهام كبيرة مفادها: هل يجب التقيد بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية أو لا ؟ وإذا قلنا بوجوب ذلك فما هو أساسه القانوني؟ وإذا ما ثبت الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ، فما هو الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن هذا الإخلال ؟.

ثالثاً/منهجية البحث ونطاقه:

إن البحث في موضوع مبدأ حسن النية لا تسبر غوره هذه الدراسة البسيطة ، فقد كُتبت المؤلفات الكثيرة والكبيرة في مبدأ حسن النية من جانب ، ومن جانب آخر أُلفت العديد من البحوث والدراسات الخاصة بمرحلة المفاوضات العقدية وناقشت المسؤولية المدنية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في هذه المرحلة ، إلا أننا ارتأينا البحث في هذه الجزئية لنبدأ من حيث انتهى الآخرون ونقيم هذه الدراسة على مناقشة أفكارهم ومحاولة نقضها دون اجترار أو تكرار ؛ في محاولة لتلمس الحلول القانونية والفقهية والقضائية لمشكلة البحث ، لذا كان لزاماً علينا أن نعتمد المنهج البحثي (التحليلي – المقارن) فنعرض افتراضات البحث على نصوص القانون المدني ، لنقف على مدى وجود نقص في تنظيم القانون المدني لمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية من عدمه ، وما هو أساسه القانوني ، لنصل إلى الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن الإخلال به وهل هي مسؤولية عقدية أو تقصيرية ، ولما كان المشرع الفرنسي قد أوجب الالتزام بمبدأ حسن النية في المفوضات العقدية في نص المادة (١١٠٤ و ١١١٢) من قانونه المدني بعد تعديله بموجب المرسوم رقم (٢٠١٦ – ١٣١) لسنة ٢٠١٦ ، لذا سيكون أساساً للمقارنة مع قانوننا المدني فضلاً عن القانون المدني المصري لسبق فقه القانون المدني المصري البحث

في مبدأ حسن النية في مراحل العقد كافة ، كما سنقارن مع الفقه الاسلامي الثر كلما اقتضانا البحث الرجوع إليه.

وسيتحدد نطاق البحث بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية دون بحثه في مرحلة الإبرام أو التنفيذ.

رابعاً/خطة البحث:

إن تكامل البحث في موضوع المسؤولية المدنية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية يحتم علينا أن نبحثه على وفق مبحثين ، سنخصص المبحث الأول لبيان مفهوم مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ، وذلك من خلال مطلبين، نعرض في الأول منهما لتعريف مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ، ونحدد في المطلب الثاني الأساس القانوني لمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية. في حين سنفرد المبحث الثاني لدراسة الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ، لنعرض في المطلب الأول آراء من يراها مسؤولية عقدية ونناقشها ، ثم نعطف البحث في المطلب الثاني لنبحث مدى اعتبارها مسؤولية تقصيرية .

المبحث الأول

مفهوم مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية

حتى يمكننا الوصول إلى الأثر القانوني لمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ، ومن ثم تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية عن الإخلال به ؛ كان لا بدَّ لنا من تحديد مفهومه ، وهذا يتطلب تعريفه ، وكذا يجب تحديد أساسه القانوني حتى نستطيع القول بلزومه وترتب المسؤولية المدنية على مخالفته ، وهذا يتطلب منا تقسيم هذا المبحث على مطلبين ، سنتولى في الأول منهما تعريف مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ، ونحدد في المطلب الثاني منهما الأساس القانوني الذي يُبتنى عليه مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية.

المطلب الأول

تعريف مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية

قامت هذه الدراسة على فكرة مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ، ويمكننا القول أنها فكرة جمعت تحتها مصطلحين هما مصطلح حسن النية ومصطلح المفاوضات العقدية ، وحتى نحدد مفهوماً لهذه الفكرة لا بدَّ من تجزئتها إلى هذين المصطلحين ، لنقف على تعريف كلٍ منهما.

وقد جرت عادة الباحثين في علم القانون عند تعريفهم لأي مصطلح أن يعرفوه لغةً ابتداءً ، وهذا التوجه محمود للتعرف على جذره اللغوي وكذا لمعرفة مدى التطابق أو التغاير والتباين بين التعريف لغةً واصطلاحاً ، ومبدأ حسن النية ، لا يعدو أن يكون مركباً من مضاف وهو لفظ (النية) ومضاف إليه وهو

لفظ (حسن) ، وجاء في لسان العرب أنَّ " الحُسْنُ ضدُّ القُبْح ... الحُسْن نَعْت لما حَسُن حَسُنَ وحَسَن يَحْسُن حُسْناً فيهما فهو حاسِنٌ وحَسَن"[١] ، و " الحسنة خلاف السيئة ..... وقالوا امرأة حسنة وحسناء ... وحسنت الشئ تحسيناً: زينته "[٢] ، و " (الحسن) كل مبهج مرغوب فيه ، عقلاً أو حساً ، الجميل ، الجيد."[٣] ، فنستشف إذاً أن : لفظ (حسن) يدل على كل شيءٍ جيد وجميل ومفيد ونافع على نحو لا يختلف في ذلك العقلاء. ، أما المضاف وهو النية ، فهو لفظٌ أصله الفعل " نَوى الشيءَ نِيَّةً ونِيَةً ... وانْتَواه كلاهما قصده واعتقده .... والنَّوى النِّيَّة وهي النِّيَة مخففة ومعناها القصد لبلد غير البلد الذي أَنت فيه مقيم .... وفي الحديث نِيَّةُ الرجل خَيرٌ من عمله قال وليس هذا بمخالف لقول النبي صلى الله عليه (وآله) وسلم من نَوَى حَسَنَةً فلم يَعْملها كُتِبت له حسنة ومن عَمِلَها كتبت له عشراً "[٤] ، و" منها ما قيل من أن النية هي القصد ، وذلك واسطة بين العلم والعمل ، لأنه إذا لم يعلم بترجيح أمر لم يقصد فعله ، وإذا لم يقصد فعله لم يقع "[٥] و " (النية) القصد.: العزم، التصميم. اصطلاحاً : القصد إلى الفعل بعنوان الامتثال والقربة.[٦] فيتضح أن النية تعني القصد أو العزم وهي أمر نفسي تعد مقدمةً للعمل وأساساً له.

أما مبدأ حسن النية اصطلاحاً ، فقد اختلف فقهاء القانون المدني في تعريفه ، فمنهم من حدَّد مضمونه على أنه أمر نفسي وقاسه بمعيار شخصي ، إذ يرى جانبٌ منهم على أن مبدأ حسن النية هو "معيار ذاتي"[٧] ويقف عند هذا الحد دون تعريفه بحسب أصول التعريف لتحديد معناه على نحو جامع مانع ، وهو بذلك يجعل تقدير مبدأ حسن النية أو سوئها يتم بالرجوع إلى نفسية الشخص ، ونرى أن هذا الأمر من المحال تشخيصه لأنه يرتبط بأمور باطنية تقتضي سبر غور النفس الانسانية واستقصاء نوايا الشخص الباطنية ومعرفة دوافعه النفسية ؛ وهذا ما لا يعلمه إلا الله تعالى. فالقانون ومن ثم القاضي لا يعتد بالنية ولا يحفل بها ما دامت كامنة بالنفس ؛ بل ولا سبيل له لمعرفتها ، ولكن يضعها في حساباته – إن كانت حسنة أو سيئة – إذا ما ظهرت إلى العالم الخارجي بمظهر مادي ملموس بتصرف أو نحوه.[٨] ويرى بعض الباحثين أيضاً أن مبدأ حسن النية بحسب المعيار الشخصي يعني " وضعية المتعاقد الذي لا ينوي الاضرار بالمتعاقد الآخر ولا ينوي كسب منفعة غير مشروعة على حسابه"[٩] ويؤخذ على هذا المفهوم لمبدأ حسن النية أنه عرَّفه تعريفاً سلبياً فجعل المتعاقد بموقف سلبي على نحو لا يتخذ موقف ينم عن سوء النية، فهو لم يعرف حسن النية بدوره الإيجابي الفعَّال.

إلا أن مبدأ حسن النية وإن كان مرتبطاً بأمور ذاتية ونفسية إلا أنه – وكما ذكرنا – يظهر في الواقع الاجتماعي ويمكن الاستدلال عليه بموجب قرائن ومعايير فيضحى مفهوماً موضوعياً ، لذا نجد أن هناك من الفقهاء من عرَّفه بأنه " ما تفرضه طبيعة المعاملة وأصول وشرف التعامل"[١٠] ، وعند البعض الآخر أن الشخص يكون " حسن النية إذا هو سلك طريق السويَّة في تصرفاته والتي تتمثل في الأمانة وبابها"[١١] إلا أنه يراه بهذا التعريف مفهوماً ذا حقيقة أخلاقية صرفة ، ومن ثم سيرتكز على المثالية التي لا يأخذ بها القانون ، لذا يرى هذا الاتجاه أن حسن النية يجب أن يُعَرَّف تعريفاً قانونياً بحسب المعيار

المادي وليس فقط تعريفاً أخلاقياً ، بأنه " قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون"[١٢] ، ويذهب جانبٌ آخر من الشرَّاح الى أن مبدأ حسن النية يعني " أن تصرفاً ما يطابق ما يفرضه أو يشترطه القانون وقد يكون بمعنى الاستقامة والنزاهة وانتفاء الغش أو الاخلاص في تنفيذ ما التزم به الشخص"[١٣] ويضيف هذا الاتجاه موضحاً أن مبدأ حسن النية يعني " التعامل بشرف ونزاهة وإخلاص واستقامة وصدق"[١٤] ويؤيد هذا المضمون جانبٌ من فقه القانون المدني في العراق[١٥] دون أن يصيغه بتعريف ، وعلى الرغم من تأييدنا للاتجاه الموضوعي في تعريف مبدأ حسن النية بل وللمفهوم القانوني ، إلا أن بعض الباحثين في العراق ، قد ألبسوا مبدأ حسن النية " ثوباً أخلاقياً خالصاً "[١٦] ، إلا أننا نرى أن هذا الثوب وإن كان في أصله من نسج الأخلاق ، إلا أن خياطته أصبحت في الوقت الحاضر من اختصاص القانون ، ولا أدلَّ على ذلك من أن القانون عدَّ من المبادئ الحاكمة فيه[١٧] – وكما سيأتي في تحديد أساسه – إلا أن القانون لم يعرِّفه ، وحسناً فعل المشرع في ذلك ، لأن التعريف ليس من صنعته ، خصوصاً في فكرة أو مبدأ كمبدأ حسن النية الذي يعد في أساسه مبدأً أخلاقياً فضلاً عنه دينياً ، وإنما يكون تعريفه من اختصاص الفقه ، ولو يممنا نحو الشريعة الإسلامية نجدها زاخرة بالأحكام التي أسندتها إلى هذا المبدأ ، إلا أن فقهاء المسلمين لم يعرِّفوا مبدأ حسن النية وإنما استعملوا عناصره في كتاباتهم من قبيل الصدق والأمانة والاستقامة وعدم التدليس أو الغش وهذا ما سنثبته لاحقاً ، وإن كانوا قد عرَّفوا مصطلحي الحسن والنية كلاً على حدة ، وفي تعريفهما قد اعتمدوا على التعريف اللغوي لهما وما يحوم حولهما.

وإذا أردنا استكمال مفهوم مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية لا بدَّ لنا من توضيح مضمون المفاوضات[١٨] العقدية ، والمفاوضات – اصطلاحاً – عُرِّفَتْ بوجه عام من الفقه المصري بأنها " تحاور ومناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما: اقتصادية ، قانونية ، تجارية ، سياسية ...."[١٩] ، في حين عرَّف الفقه المصري المفاوضات العقدية على أنها " المرحلة التي تجري فيها مناقشة شروط العقد ودراسة جدواه من الناحية الاقتصادية بهدف التوصل إلى اتفاق بشأنه"[٢٠] ، وعرَّفها جانبٌ آخر منه بأنها " مجموعة من العمليات التمهيدية تتمثل في المباحثات والمساعي والمشاورات وتبادل وجهات النظر بهدف التوصل إلى اتفاق"[٢١] وعرَّفها بعضُ الباحثين في العراق بأنها " عملية اتصال بين شخصين أو أكثر يدرسون فيها البدائل للتوصل لحلول مقبولة لديهم أو بلوغ أهداف مرضية لهم."[٢٢] ، وعرَّفها البعض الآخر على أنها "قيام أطراف العقد المقرر التوصل إلى إبرامه بتبادل وجهات النظر والمشاورات والمقترحات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية لأجل حسم الخلافات والتوصل إلى إبرام العقد النهائي وتحديد الحقوق والالتزامات سواء ما تعلق منها بتنظيم فترة المفاوضات نفسها أو العقد المزمع إبرامه"[٢٣].

وإذا كانت المفاوضات العقدية على المفهوم المتقدم فإنها تكتسب أهمية كبرى في انعقاد العقد المراد إبرامه ، بل ولها الدور الكبير في تحديد المنافع التي سيجنيها كل طرف من العقد ، وعلى الرغم من

تأييدنا للتعريفات المتقدمة للمفاوضات العقدية ، إلا أننا لا نرى أن المفاوضات العقدية تجد أساسها وسببها دائما في وجود مشكلة أو خلاف يراد من خلالها وضع الحلول لها ، بقدر ما هي مرحلة لتبادل الآراء والمقترحات للوصول إلى أكبر منافع من العقد وبالنسبة لجميع أطرافه ، وإذا كانت المفاوضات العقدية بهذه الأهمية ، فإن توافر مبدأ حسن النية فيها يعد أساس التوازن العقدي والعدالة العقدية ، لذا نستطيع اختزال المفاهيم المتقدمة بتعريف مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية بأنه (سلوك أطراف العقد المراد إبرامه طريق الأمانة والصدق والاستقامة بحسب ما يفرضه القانون في تبادل الآراء والمناقشات والمساومات للوصول إلى أكبر قدر من منافع العقد).

ولترتب المسؤولية المدنية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية لا بدَّ من وجود أساس قانوني له ، وهذا ما سنتبينه في المطلب القادم.

المطلب الثاني

الأساس القانوني لمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية

لا شكَّ أن مبدأ حسن النية يجد جذوره الأولى في أرض الأخلاق ، إذ أن قواعد الأخلاق تتطلب من الأشخاص مراعاة الأمانة والاستقامة والنزاهة والصدق في تصرفاتهم ؛ وترك الغش والتدليس والكذب والمكر والخداع في معاملاتهم ، وهذه العناصر هي من الثوابت التي نادت ولا زالت تنادي بها قواعد الأخلاق ، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتغير وتتبدل في يومٍ ما ؛ فالمنطق والعقل يجزم بحسن الصدق والأمانة ، ويقول بقبح الكذب والخيانة ، لذا يكاد يجمع فقهاء القانون المدني وشرَّاحه [٢٤] على أخلاقية أساس مبدأ حسن النية بوجه عام ؛ فهم يرونه ضابطاً أخلاقياً لتقييم سلوك الأشخاص في الجانب الموضوعي المجرد بموجب التصرف الظاهر في الواقع الاجتماعي الملموس ، فإذا كان حسن النية هو رائد المفاوضات العقدية والمهيمن عليها فإنه بلا شكٍ سيحقق العدالة العقدية في العقد المزمع إبرامه للحصول على أكبر قدر من المنافع المقصودة منه[٢٥] ؛ وبمفهوم المخالفة فإن سوء النية في المفاوضات العقدية سيكون سبباً للإضرار بالغير حتى وإن كان العقد لم يبرم بعد.

وإذا كان مبدأ حسن النية في أصل وجوده نابعاً من قواعد الأخلاق ، فإنه لم يبقَ قابعاً في نطاق هذه القواعد ، بل تمدد ليصل إلى نطاق القانون وليعده الأخير المبدأ المرشد في تصرفات الأشخاص ، فأضحى حلقة من حلقات الوصل بين الأخلاق والقانون ليُدخِل الأخير – من خلال مبدأ حسن النية – في حساباته ما يقتضيه ويحثه عليه من مكارم الأخلاق من قبيل الصدق والأمانة والشرف في التعامل ، ويضحى حاجزاً ومانعاً عما تلفظه الأخلاق من الغش والمكر والخداع وقصد الإضرار بالغير وغيرها من الرذائل التي تدخل في مفهوم سوء النية وهو ما نصَّت عليه الكثير من النصوص القانونية والتي ألمعنا لها سابقاً. والسؤال الذي يُثار في هذا المحل من الدراسة: هل يجد مبدأ حسن النية في المفاوضات

العقدية أساساً له في القانون المدني العراقي ؟ أو يظل في دائرة قواعد الأخلاق دون أن يكون له أساساً قانونياً ؟

إبتداءً لا بدَّ أن نبين أن المشرع العراقي نظَّم – ولو بشكل جزئي – المفاوضات العقدية ، ولا نتفق مع بعض الباحثين[٢٦] بأنه لم ينظمها ، لأن القول بهذا الرأي ينطوي على نظرة قاصرة ومجتزئة للنصوص الواردة في القانون المدني ، إذ أن من الواضح أن القانون المدني العراقي قد تضمن نصوصاً صريحة في المفاوضات العقدية ، ولا أدلَّ على ذلك من المادة (٨٠) والتي تنص على أنه (١ – يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً. ٢ – أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو بطلبات موجهة للجمهور او للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة الى التفاوض)[٢٧] وكذا ما نصت عليه المادة (٨٦) منه ، من أنه (١ – يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت الاتفاق بالكتابة.)[٢٨] ، نعم نتفق مع من يذهب إلى أن المشرع العراقي لم يضع نصوصاً متكاملة في تنظيم المفاوضات العقدية وما تستلزمها. وبذلك فإن الأرضية لمبدأ حسن النية والمتمثلة بالمفاوضات العقدية تكون متوفرة في ظل القانون المدني العراقي.

وبعد ذلك نجيب على التساؤل الجوهري بأننا نجزم أن مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية يجد أساسه في القانون العراقي وتحديداً في القانون المدني. ودليلنا على ذلك: أن قواعد الأخلاق إذا كانت تعني مجموعة القواعد المثالية التي توصل إليها المجتمع لدعم الخير والحرص عليه ، وقمع الشر ومحاربته ، فهي تهدف إلى تهذيب النفس الإنسانية والسمو بها في مراقي الفضيلة وتنهى عن التسافل في درجات الرذيلة[٢٩] ، فإنها بهذا المضمون السامي ليست متأتية من العدم ، وإنما لها مصادرها التي تنبع منها ، وأهم هذه المصادر وأولها هو الدين[٣٠] ، فالأديان جميعها جاءت مشبعة بقواعد الأخلاق والحض على الفضائل واجتناب الرذائل ، وخصوصاً السماوية منها ، وفي طليعتها الدين الإسلامي الحنيف. فالرجوع إلى الشريعة الاسلامية وأول مصادر تشريعها القرآن الكريم ، نجد قوله تعالى يصدح فيه ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ...)[٣١] ، وقوله الكريم: ((.... وتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُواْ اللّهَ إِنَّ اللّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ))[٣٢] ، وقوله جلَّ شأنه: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا))[٣٣] وغيرها الكثير من الآيات الشريفات التي تدل دلالة عامة على مكارم الأخلاق ومنها مبدأ حسن النية في التعامل ، بل ويمكننا الاستدلال ببعضها على مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية على وجه الخصوص ، فإذا كان فقه القانون المدني يرى بأن من متطلبات مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية هو واجب التعاون[٣٤] في العقود وما يفرضه من الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ، فلهو تعاون على البر والتقوى والإخلاص في التصرفات كما تريده الآية الشريفة ((.... وتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ

عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُواْ اللّهَ إِنَّ اللّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ)) وكذا ذم المكر السيء وأنه مردود على صاحبه ؛ والمكر السيء لا يخرج عن كونه سوء النية كما في قوله سبحانه ((اسْتِكْبَارًا فِي الْأَرْضِ وَمَكْرَ السَّيِّئِ وَلَا يَحِيقُ الْمَكْرُ السَّيِّئُ إِلَّا بِأَهْلِهِ ....))[٣٥] ، وأن الإنسان يكون جزاؤه على وفق نيته إن كانت خيراً أو شراً كما قال الرسول الأعظم محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) ((إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى ....))[٣٦] وقريبٌ منه ما روي عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) ((نية المؤمن خير من عمله ونية الكافر شر من عمله ؛ و كل عامل يعمل على نيته))[٣٧] وبيان أثر الصدق في التعامل والحث عليه وذم الكتمان والكذب وبيان أثره على العقد كما في قوله (صلى الله عليه وآله وسلم) ((الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَا بُورِكَ لَهُمَا فِي بَيْعِهِمَا وَإِنْ كَتَمَا وَكَذَبَا مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا))[٣٨].

فمن كل ما تقدم تستنتج بشكل قاطع على أن الدين الاسلامي الحنيف بما جاءت به الشريعة الإسلامية الغراء من نصوص مقدسة تحض على مراعاة مبدأ حسن النية في كل تصرف أو معاملة أو عمل بوجه عام وفي المفاوضات العقدية بوجه خاص ، وبذلك فإننا نرى بأن القانون المدني العراقي قد أسس لمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ولكن بشكل غير مباشر عن طريق الرجوع إلى مبادئ الشريعة الاسلامية ، ووجه الاستدلال على ذلك: أن المشرع العراقي قد جعل الشريعة الاسلامية المصدر الرسمي الثالث للقانون المدني العراقي بعد التشريع والعرف ، وهي بذلك تعد المصدر الاحتياطي الثاني بعد العرف ، إذ نصت المادة (١) من القانون المدني العراقي على أنه (....٢ – فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة.)[٣٩] ومؤدى ذلك أن القاضي إذا لم يجد نصاً في التشريع للحكم في القضية المعروضة عليه ؛ وجب عليه الرجوع إلى العرف، فإذا لم يجد ؛ وجب عليه الرجوع إلى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون المدني والمتفق عليها دون التقيد بمذهب معين[٤٠]. ولا نخال أن مذهباً من المذاهب الاسلامية تختلف عما تريده الشريعة الاسلامية – في النصوص الشرعية المذكورة آنفاً – وغيرها من وجوب أن يكون الشخص حسن النية ، كما لا نتوقع أن تتغير هذه المصاديق لقواعد الأخلاق بتغير الأزمنة والأمكنة لأن العقل السليم والفطرة السليمة تحكم بحسنها بداهةً ، لذا نحن لا نؤيد جانباً من الفقه الذي يرى بأن قواعد الأخلاق إنما هي أحداث اجتماعية تتبدل وتتغير بتغير أحوال المجتمع وأنها غير ثابتة الأحكام وأن حدودها غامضة بل هي قواعد مبعثرة يعوزها الاستقرار والوضوح ، وهذا الرأي مؤكداً ينسحب على مبدأ حسن النية[٤١] بل نرى أن من قواعد الأخلاق العدد الكبير التي تعد من الثوابت التي لا تتغير ولا تتبدل ولا يمكن أن تأخذ وصفاً غير وصفها الأول الذي وصفت به فالصدق حسن والكذب قبيح والأمانة حسنة والغش والتدليس قبيح والتعاون حسن والمكر والمماطلة قبيح.

ومما تقدم لا نتفق مع جانبٍ من شرَّاح القانون المدني[٤٢] من أن المشرع العراقي لم يأخذ بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ؛ بل أسَّسَ له على نحو غير مباشر عن طريق الإحالة إلى مبادئ الشريعة الاسلامية ، وإن كنا نتفق معهم بعدم وجود نصٍ صريحٍ خاص بذلك. ولا يمكن الاعتراض على ذلك بأن المشرع قد نصَّ على واجب الاعلام قبل التعاقد وأنه حق للمستهلك (المشتري) وكذلك حظر الغش والتضليل والتدليس[٤٣] ، ذلك لأن هذه الأمور ما هي إلا مصاديق ثانوية والتزامات فرعية ناشئة عن مبدأ حسن النية خصوصاً في المفاوضات العقدية ولم تتضمن حسن النية كمبدأ عام ، هذا من جانب ومن جانبٍ آخر فإن هذه النصوص تقتصر على حماية المستهلك لكونها واردة في خصوص حمايته ، وليس كل من يريد أن يتفاوض على عقد يكون مستهلكاً[٤٤] ؛ فانظر.

لذا نجد أن المشرع الفرنسي ، وعلى الرغم من اهتمامه بواجب الاعلام وحماية المستهلك بوجه عام في قانون حماية المستهلك الفرنسي رقم (٩٤٩- ١٩٩٣) لسنة ١٩٩٣[٤٥] ، فإنه وبموقف يُحمد عليه ؛ نصَّ صراحةً على احترام مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية وبما يستلزمه ويفرضه من واجب الإعلام في صلب قانونه المدني ، وذلك بموجب تعديله بالمرسوم رقم (٢٠١٦ – ١٣١) لسنة ٢٠١٦ ، وذلك في موضعين منه ، الموضع الأول يكمن في المادة (١١٠٤) من القانون المدني الفرنسي والتي نصَّ فيها المشرع الفرنسي على وجوب احترام مبدأ حسن النية بوجه عام وجعله من النظام العام ، إذ نصت على أنه (يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية. يعتبر هذا الحكم من النظام العام.)[٤٦] والموضع الثاني الذي نصَّ فيه المشرع الفرنسي على مبدأ حسن النية عند تنظيمه للمفاوضات العقدية إمعاناً في إبراز أهمية دور مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ، وذلك في المادة (١١١٢) من القانون المدني الفرنسي في معرض تنظيمه للحرية في الاستمرار في المفاوضات العقدية أو قطعها إذ أوجب لزاماً على مراعاة مبدأ حسن النية في ذلك ، إذ نصَّت المادة (١١١٢) على أن (يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حراً. يجب لزاماً أن تراعي هذه المسائل مقتضيات حسن النية.....)[٤٧].

وإذا كانت تطورات المجتمع هي التي فرضت على المشرع الفرنسي أن ينحى بالقانون المدني هذا المنحى في تنظيمه لمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ، وإذا كانت قواعد الأخلاق دائمة التسلل إلى دائرة القانون وأنها في تداخل مستمر معه في تنظيم العلاقات الاجتماعية ، وأن الغلبة ستكون لقواعد الأخلاق كلما سما المجتمع روحياً[٤٨] ، ولما كان مبدأ حسن النية قد أخذ به المشرع العراقي تارةً على نحو مباشر ، وتارةً أخرى بنحو غير مباشر كما في مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية متأثراً بقواعد الأخلاق عن طريق مبادئ الشريعة الإسلامية ، ولما كانت الأخيرة تعد المصدر التاريخي الأول للقانون المدني العراقي[٤٩] وقد اقتبس الكثير من احكامها وصاغها بنصوص تشريعية ، من هنا نتمنى على المشرع العراقي النص على مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية بعد صياغته للأخيرة بنصوص

متكاملة عند إعادته النظر في القانون المدني ، وذلك دفعاً لكل اختلاف في اجتهادات الفقه والقضاء بصدد تطبيق مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية

ابتداءً نشير إلى أنه ليس ثمة إخلال مباشر بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية تنشأ عنه المسؤولية المدنية ، وإنما تنشأ هذه المسؤولية عن الإخلال بأحد الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية بوصفه واجباً أخلاقياً وشرعياً وقانونياً عاماً ؛ من قبيل الالتزام بالإعلام وبالاستعلام وبالاستقامة وبالتعاون وبالاعتدال وبضمان السرية وبالجدية واحترام العادات والتقاليد وغيرها ، فمبدأ حسن النية أضحى هو المشكاة لهذه الالتزامات ونرى أن هذه الالتزامات تعد مظاهره التي تعبر عنه[٥٠].

وإذ تمحورت هذه الدراسة حول المسؤولية المدنية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ، فإن تحديد الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية لم تكن موضع اتفاق فقهاء القانون المدني وشرَّاحه، بل اختلفوا في ذلك أيَّما اختلاف وترددت آراؤهم بين من يراها مسؤولية عقدية ، وبين من يذهب إلى أنها مسؤولية تقصيرية ، وبين هذا الرأي وذاك لَزَمَنا أن نناقش هذه الآراء والاختلافات لنرجح أحدها على وفق ما يوصلنا إليه الاستدلال البحثي ، وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث بموجب مطلبين ، نبحث في الأول منهما آراء القائلين بأنها مسؤولية عقدية وأدلَّتهم على ذلك ، في حين سنخصص المطلب الثاني لمناقشة آراء الذاهبين إلى أنها مسؤولية تقصيرية.

المطلب الأول

بوصفها مسؤولية عقدية

حتى نكون أمام مسؤولية عقدية من حيث الأساس ؛ لا بدَّ من أن يكون هناك عقد قد أُبرم صحيحاً بين المضرور والمسؤول ، وأن يكون الضرر ناتجاً عن عدم تنفيذ التزام ناشئ عنه أو كان هناك تأخر في تنفيذه[٥١] ، وعلى وفق هذا المفهوم للمسؤولية العقدية ذهب جانبٌ من فقهاء القانون المدني وشرَّاحه إلى أن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية إنما يثير المسؤولية العقدية ، إلا أنهم انقسموا في تصوير الأساس لهذه المسؤولية إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول[٥٢]: ويتزعمه الفقيه الألماني (إيرنج – Rudolf Von JHERING) والذي يمكن تلخيص رأيه بأن المفاوض يجب عليه أن يلتزم باليقظة عند التعاقد ، فيُحَمِّل البائع – مثلاً – التزاماً باليقظة منعاً من اضطراب المعاملات ، وهذا الالتزام يُستشف ضمناً مباشرة من إقدامه على التعاقد ، وعليه يجب أن يلتزم بضمان صحة إعلان ارادته وبراءتها من أسباب البطلان ولو كانت راجعة إلى سبب أجنبي عنه ، فإذا أخلَّ بهذا الالتزام يكون قد أخلَّ بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ويجب عليه

تعويض المضرور الذي رَكَنَ إلى حسن النية بصحة المفاوضات العقدية ومن ثم صحة العقد ، وتعويضه يكون عن المصلحة السلبية دون الإيجابية ، بمعنى تعويضه عما لحقته من خسارة بسبب المفاوضات ، دون تعويضه عما فاته من كسب ينتج عند ابرام العقد المزمع. وفي واقع الأمر أن هذا الرأي منتقد ولم ينأَ عن الرد عليه ، وأبسط ما يُرد به عليه ابتداءً ؛ أنه إذا كان يرى أن أساس المسؤولية العقدية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفوضات العقدية يكمن في الإخلال بالعقد المزمع إبرامه ويسحب أثره إلى المفاوضات العقدية وهي مرحلة سابقة على العقد ، فهذا واضح الرد ؛ إذ إن أساس المسؤولية العقدية يكمن في العقد المنعقد الصحيح[٥٣] ، فأين هو العقد حتى تتأسس عليه المسؤولية عن الإخلال بمبدأ حسن النية ؟! فضلاً عن ذلك فإنه يبتدع فكرة الخطأ دون أن يسندها إلى أيٍ من نوعي المسؤولية المدنية التقليدية سواء كانت عقدية أو تقصيرية ، بل هو يصل إلى افتراض الخطأ في جانب المسؤول حتى ولو كان جاهلاً به أو كانت أسبابه تعود لسبب أجنبي عنه! وبذلك يجعل المسؤولية المدنية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية أقرب إلى تحمل التبعة منها إلى الخطأ[٥٤] ، وبعد ذلك يناقض هذا الرأي نفسه ويرى أن المتفاوضين عند دخولهم في المفاوضات لم يعد كلٌ منهم أجنبياً عن الثاني بل أنهما أصبحا يتفاوضان في ظل اتفاق ضمني على ذلك ، وبذلك فإنه يقسر المتفاوضين ويجبرهما على عقد قد لم تتجه نيتهما إليه[٥٥] ، وهذه الفكرة لنا ردنا عليها عند التعرض لرأي الاتجاه الثاني.

الاتجاه الثاني: وهو لا يختلف عن سابقه من حيث أن المسؤولية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية إنما هي مسؤولية عقدية ؛ فيرى أن التفاوض بحسن نية إنما هو التزام تعاقدي ، إلا أنه بعد ذلك ينقسم على نفسه بتصوير هذا العقد ، فذهب جانبٌ من هذا الاتجاه إلى أن العقد الذي ينشئ الالتزام بالتفاوض بحسن نية ، إنما هو عقد قائم على اتفاق التفاوض فهو (عقد تفاوض) سواء كان صريحاً أو ضمنياً بأن كان عقداً ضمنياً أو تعهداً ضمنياً[٥٦] ، في حين يميز الجانب الآخر[٥٧] منه بين حالتين من المفاوضات العقدية: الحالة الأولى تتمثل بوجود مفاوضات عقدية لم تتصل بتعامل سابق (عقد سابق) ؛ ففي مثل هذه الحالة فإن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية لا يمكن أن تنشأ عنه مسؤولية عقدية ، لأنه حتى وإن كان هناك اتفاق (عقد) على التفاوض فإنه سيكون اتفاقاً مجرداً غير واضح المضمون ، وهو أقرب للاتفاق المطلق والذي سيحكمه مبدأ حرية التعاقد ، أما الحالة الثانية فهي على العكس ، وذلك فيما لو اتصلت المفاوضات العقدية بتعامل سابق ، كأن يتفق المستأجر والمؤجر على التفاوض لتجديد عقد الإيجار وقبل انتهاء مدته لمدة معينة أخرى ، أو الاتفاق على التفاوض لتعديل أي عقدٍ من العقود قبل انتهائه ، فإن الإخلال بمبدأ حسن النية في مثل هذه المفاوضات العقدية يثير المسؤولية العقدية ، لإخلاله بالتزام ناشئ عن عقد له أساس ومضمون حقيقي وهو العقد الذي يجري التفاوض لتجديده أو تعديله[٥٨].

وأياً ما كانت تصورات الاتجاه الثاني – بوصف المسؤولية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية بأنها مسؤولية عقدية – فإنه لم يسلم من الانتقاد أيضاً ، ويمكننا أن نسجل عليه التحفظات التالية:

١- إن هذا الاتجاه يحاول إيجاد مظهر تعاقدي للمتفاوضين حتى ولو افتراضاً بأن يرى أن هناك اتفاقاً (عقداً) ضمنياً على التفاوض ، والحال أن أغلب المفاوضات العقدية – خصوصاً في العقود البسيطة – لا تتجه فيها إرادات المتفاوضين إلى إبرام عقد تفاوض ولو سُئلوا عن ذلك لأجابوا بالنفي يقيناً ، ومن ثم فإن فكرة عقد التفاوض الضمني أو التعهد الضمني بالتفاوض هي افتراض من الفقه لإضفاء القيمة العقدية على المفاوضات العقدية ليس أكثر ، لأنها في حقيقتها مرحلة مفاوضات ممهدة للعقد واكتسبت هذا النعت بسبب ذلك لا غير[٥٩].

٢- ولو سلَّمنا جدلاً بوجود عقد تفاوض (صريح) بل ومحدد المضمون ، أو كانت المفاوضات العقدية متصلة (بعقد سابق) وكلُ ذلك – ليس ببعيد التصور ونقر بإمكانيته قانوناً – فإن القول بأن المسؤولية العقدية تنشأ عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات في مثل هذه الافتراضات يرد عليه نقض كبير ؛ ذلك لأن مبدأ حسن النية هنا لا يؤدي دوره في مفاوضات عقدية وإنما في تنفيذ عقد ، فوجه النقض يكمن بأن الإخلال بمبدأ حسن النية – في مثل هذه الافتراضات – سيكون إخلالاً بتنفيذ التزام عقدي ناشئ عن (عقد التفاوض) ، ومن ثم فإن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود هو من تَعَرَّضَ للإخلال به وليس مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ، والمفارقة بينهما كبيرةٌ وواضحة ، وهذا يعني والحال هكذا أن حكم المادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي هي التي ستنطبق على هذا الفرض بنصها على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.)[٦٠] ، ومن ثم ستكون المسؤولية عقدية فعلاً للإخلال بتنفيذ التزام عقدي ، ومن ثم فإن هذا يستدعي عدم البحث عن مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية إذا جاءت بعقد تفاوض أو اتصلت بعقد قائم سابق ، ويتبين من خلال ذلك عدم أهمية الدعوات لتعديل المادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي ؛ بضرورة النص على الالتزام بمبدأ حسن في المفاوضات العقدية[٦١] ، لأنه لا يعدو أن يكون مبدأً مُنَظِّماً لتنفيذ الالتزامات العقدية ، وهو مكرَّس تشريعياً بموجب المادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي وفي هذا زيادة في الصياغة التشريعية لا مبرر لها والمشرع منزه عنها. في حين أن أغلب الدراسات والبحوث ومن ضمنها هذه الدراسة المتواضعة تبحث عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية، وليس في تنفيذ العقد. فانظر.

٣- وما يؤيد رأينا أعلاه أن المشرع الفرنسي – وهو من له قصب السبق في تنظيم مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية تشريعياً – لم يكتفِ بالنص على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، كما

في افتراضات الاتجاه الأول بوصفه إخلالاً بالتزام وارد في عقد تفاوض أو مفاوضات كانت متصلة بعقد قائم ، ولو كان كذلك ؛ لاكتفى بنص المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي ، في حين أن المشرع الفرنسي أدرك وجه المفارقة بين مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، فألغى المادة (١١٣٤) سالفة الذكر بموجب القانون رقم (٢٠١٦ – ١٣١) لسنة ٢٠١٦ ، ونَظَّمَ مبدأ حسن النية بنص عام في المادة (١١٠٤) والتي نصت على أنه (يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية. يعتبر هذا الحكم من النظام العام.) بل وجعله حكماً من النظام العام. ولم يقتصر المشرع الفرنسي بنصه على المبدأ العام في حسن النية ، بل عاد ونَظَّمَهُ بأحكام أكثر تفصيلاً في المفاوضات العقدية في المادة (١١١٢) والتي نصَّتْ على أنه (يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حراً. يجب لزاماً أن تراعي هذه المسائل مقتضيات حسن النية.....) وكل هذا يدل على أن المشرع الفرنسي لم يشأْ ترتيب المسؤولية العقدية عن الإخلال بمبدأ حسن في المفاوضات العقدية بوصفه إخلالاً بتنفيذ التزام عقدي.

٤- إن القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي لم يأخذوا بنظرية المسؤولية العقدية في مرحلة المفاوضات العقدية[٦٢] وكذا هو موقف القانون المدني العراقي ، فلم تنص هذه القوانين بشكل صريح على ترتب المسؤولية العقدية عن الإخلال بالمفاوضات العقدية ، ومن ثم فإن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية لا تنشأ عنه مسؤولية عقدية ، لأنه إذا انتفى الاساس انتفى ما يُبنى عليه.

من كل ما تقدم فإننا نرى أن المسؤولية العقدية تنشأ عن الإخلال بكل التزام عقدي ، وهذا يستلزم انعقاد العقد ، أما قبل انعقاده فلا يمكن اعتبار أي إخلال مهما كانت جسامته ومهما كانت أهمية الالتزام الذي خرقه إخلالاً بالتزام عقدي طالما لم يكن ناشئاً عن عقد ، وإذا لم تكن المسؤولية المدنية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية مسؤولية عقدية ، فإن هذا يحتم علينا أن نبحث عن مدى كونها مسؤولية تقصيرية ، وهذا ما سيكون موضع دراسته في المطلب التالي.

المطلب الثاني

بوصفها مسؤولية تقصيرية

رأينا أن المسؤولية المدنية التي تنشأ عن الإخلال بمبدأ حسن النية بعقد تفاوض ، إنما هي مسؤولية عقدية ، إلا أن مبدأ حسن النية في هذه الحالة لا يخرج عن كونه مبدأ يؤدي دوره في تنفيذ العقد وهو منظَّم من الناحية التشريعية ، إلا أن المفاوضات العقدية لا تنصب في الأحوال كلها في عقد تفاوض ، بل نجد أن منها ما يظهر بصورة وقائع مادية سابقة على التعاقد سواءً كانت هذه المفاوضات قد حركتها

الدعوة إلى التفاوض أو لا ، وهذا الفرض هو الأكثر وقوعاً في التطبيق العملي. والسؤال الذي يطرح في مثل هذا الفرض ؛ هل يمكن أن تُثار المسؤولية التقصيرية للمفاوض الذي يُخل بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ؟

ذهب جانبٌ من الشرَّاح إلى مناهضة المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ، وهم يؤسسون رفضهم هذا على أن المفاوضات العقدية لا يمكن اعتبارها وقائع مادية بل إنهم يسلمون أنها دائماً وأبداً تنصب في قالب عقدي[٦٣] ، وهم يحتجون لذلك بأن التفاوض لا يمكن أن يأتي صدفة وإنما هو تصرف اتفاقي ثنائي إرادي يتم بتوافق إرادتين ولا إجبار فيه ولا إكراه والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى نتائج لا تُستساغ لأنه سيؤسس للمسؤولية التقصيرية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ، ذلك لأن المسؤولية تتطلب وجود الخطأ وإثباته وأن من يثبت بجانبه الخطأ سيكون ملزماً بتعويض الضرر متوقعاً كان أو غير متوقعٍ بل يؤدي إلى القول بقيام المسؤولية التقصيرية حتى بجانب ناقص الأهلية.

إن الحجج التي قدمها هذا الرأي لا تصمد أمام التحليل والمناقشة ويمكن الرد عليها من وجوه عدة ، فالقول بأن المسؤولية عن الإخلال بمبدأ حسن النية هي مسؤولية عقدية وليست تقصيرية ، قول يجعل من مرحلة المفاوضات السابقة على العقد منطقة فراغ من المسؤولية وتسودها الحرية المطلقة ، وذلك في حالة عدم وجود عقد تفاوض ويجعل من المفاوض المخطئ محصن من المسؤولية ، وإذا كنا قد أثبتنا في المطلب السابق أن مبدأ حسن النية في عقد التفاوض لا يعدو أن يكون التزاماً عقدياً له تنظيمه التشريعي على وفق المادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي ، فإننا لا نُسلِّم بعقدية المفاوضات العقدية في الأحوال كلها ، ونرى أنها غالباً ما تكون وقائع مادية سابقة على العقد[٦٤] ، ذلك لأن مجاراة الرأي المتقدم فيه توسيع لنظرية العقد دونما أساس قانوني وفيه هدر لركن الرضا ، فالقول بأن التفاوض لا يأتي صدفة وإنما هو نتاج اتفاق المتفاوضين وأنه تصرف إرادي من جانبين يوسع فكرة العقد لتشمل أي علاقة اجتماعية قائمة على توافق الإرادات حتى المجاملات الاجتماعية وهذا ما لا يُسَلِّم به فقه القانون المدني[٦٥] ، كما أن هذا الرأي يجزم – وكأنه سبر غور إرادات المتفاوضين – ليحكم بأنهما قد أبرما عقداً – باتفاق ضمني – لأن المتفاوضين قد تجاوزا مرحلة اللقاءات بل الأكثر من ذلك أن هذا الرأي يهدر صيغتي الإيجاب والقبول وتنظيمهما القانوني ليخرج بنتيجة أن أية مباحثات أو مفاوضات أو مناقشات لإبرام عقد ما إنما هي لا تأتي إلا بعقد ! وقد فات أصحاب هذا الرأي أنه لا وجود لعلاقة أو ظاهرة اجتماعية إلا بوجود مجتمع وأنها لا تأتي نتيجة اجبار وإكراه ، وهذا ما يؤكد أن المفاوضات العقدية لا يمكن أن تكون دائماً عقداً وإنما يمكن أن تتجسد بأعمال مادية.

ومن وجه آخر فإن رفض هذا الاتجاه للمسؤولية التقصيرية عن الإخلال بالمفاوضات العقدية ومتطلبها الرئيس وهو مبدأ حسن النية ، يجعل من هذا الرأي ينظر لقواعد المسؤولية المدنية ومشتركاتها

بعين واحدة ، ذلك لأن القواعد التقليدية في كلتي المسؤوليتين العقدية والتقصيرية تتطلب عنصر الخطأ ، بل وتتطلب إثباته واثبات العناصر الأخرى لقيام المسؤولية من ضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر، ولا يمكن الاحتجاج بقواعد المسؤولية الموضوعية – والتي لم يأخذ بها القانون المدني العراقي – أو أن المسؤولية تقوم على الخطأ المفترض بجانب المدعى عليه ، لأنه حتى في هذه الأحوال لا بدَّ من إثبات الفعل الذي تسبب بالضرر فضلاً عن كونه خطأ[٦٦] ولأن على المدعي واجب الاثبات[٦٧]، وبخلاف ذلك سيكون الحق المدعى به هو والعدم سواء عند النزاع " فيتجرد من كل قيمة قانونية إذا لم يقم الدليل على الحادث الذي يستند إليه"[٦٨] كما أن القول بأن المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بالمفاوضات العقدية ستكون مسؤولية جسيمة ذلك لأنها تشمل الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة ، فهذا مما لا شكَّ فيه ولأن فلسفة المشرع اقتضت ذلك ، ليكون التعويض عادلاً ، بل نرى أن قيام المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بالمفاوضات العقدية هي الأمثل في تعويض المفاوض المتضرر بسبب حرمانه من منافع العقد المزمع إبرامه والذي غالباً ما يكون بسوء نية بقصد الغش والتدليس والخداع وقطع المفاوضات العقدية دون مبرر والذي لا يمكن تفسيره إلا بقصد الإضرار به[٦٩] ، خصوصاً إذا ما علمنا أن المسؤولية المدنية عند توافر الغش والخطأ الجسيم ستتحول من مسؤولية عقدية إلى مسؤولية تقصيرية[٧٠] والحال أن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية يتمثل بسوء النية الذي لا يخرج عن الغش والخطأ الجسيم. أما الادعاء بأن اعتماد المسؤولية التقصيرية سيؤدي إلى تحميل المسؤولية حتى لناقص الأهلية فإنه ادعاء يتجاهل حكم القانون بترتيب المسؤولية التقصيرية على عاتق ناقص الأهلية بل وحتى عديمها سواءً كان صبياً مميزاً أو غير مميز[٧١] ، كما أن القانون ألزمه برد غير المستحق وما كسبه من العقد إذا ما أبطل وكان سئ النية[٧٢].

من خلال ما تقدم نرى ضعف رأي أصحاب هذا الاتجاه وحججهم في اعتبار المسؤولية المدنية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية هي مسؤولية عقدية على الدوام ورفضهم للمسؤولية التقصيرية ، ونميل مع الجانب الغالب من فقه القانون المدني[٧٣] إلى اعتبارها مسؤولية تقصيرية ، ومن ثم فإن مسؤولية المفاوض الذي أخلَّ بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية تنهض كلما أثبت الطرف الآخر أنه تضرر بسبب خطأه[٧٤] ، والسؤال الذي يبرز في هذا المحل من الدراسة عن الأساس الذي تُبتنى عليه المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ؟

ذهب جانب من الفقه[٧٥] إلى أن المسؤولية التقصيرية تتأسس عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية على نظرية التعسف باستعمال الحق ، ويعطي هذا الجانب من الفقه تطبيقاً لذلك في حالة قطع المفاوضات العقدية فجأةً دون مبرر معقول ودون إعلام الطرف الآخر بنيته على قطع المفاوضات العقدية بمدة معقولة ، فهذا الفرض – حقاً – يدل بوضوح على سوء نية المفاوض الذي يقطع المفاوضات ويظهر عدم الجدية فيها على نحوٍ لا ريب فيه مما يتسبب بالإضرار بالطرف الآخر كما ولو

فوِّت عليه صفقة رابحة أو على الأقل ضيَّع عليه الوقت الذي استغرقته المفاوضات ، ومن ثم يكون متعسفاً باستعمال حقه[٧٦] ، ذلك لأنه إذا كان من الجائز والثابت حقاً للمتفاوض أن يقطع المفاوضات وليس من الواجب عليه أن يستمر في مفاوضات لإبرام عقد تبين أنه لا يحقق مصلحته وأن الجواز الشرعي ينافي الضمان[٧٧]، إلا أن من تعسف باستعمال حقه فيستعمله استعمالاً غير جائز حينئذٍ ستنهض مسؤوليته التقصيرية على أساس التعسف باستعمال الحق[٧٨] على وفق المادة (٧) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه (١ – من استعمل حقه استعمالاً غير جائزٍ وجب عليه الضمان. ٢– ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية: أ – إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير. ب – إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج – إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة.)[٧٩] والنص من الوضوح بما يكفي للقول معه جزماً ؛ بأن حالات عدم جواز استعمال الحق كلها قائمة على سوء النية ، وهو ما ينطبق على فرض قطع المفاوضات العقدية بما يظهر عنه من إخلال كبير بمبدأ حسن النية فيها.

وعلى الرغم من تأييدنا لهذا الاتجاه في الفقه ، إلا أن هذا الرأي يؤسس لتطبيق من تطبيقات عدة للإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ، والتي لا يمكن اختزالها – بأي حال من الأحوال – بهذا الفرض المتمثل بقطع المفاوضات العقدية حتى تندرج كلها تحت نظرية التعسف باستعمال الحق ؛ من قبيل عدم الإعلام وعدم التعاون وعدم التحذير أو التبصير وعدم السرية وغيرها من التطبيقات التي يكون الخطأ فيها غير مندرج تحت نظرية التعسف باستعمال الحق ، وإنما يكون أساسها الغش أو الإهمال ، فالتعدي أو التقصير هما من يشكلان الخطأ في المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ، ورأينا هذا لا يخلو من سند من القانون المدني العراقي ، إذ أن المشرع العراقي بعد أن نظَّم العمل غير المشروع في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدني العراقي ، وحدد تطبيقات الخطأ في المواد (١٨٦ – ٢٠٣) منه ، جاء بالمادة (٢٠٤) ليجعل منها قاعدةً عامةً تؤسس للمسؤولية عن أي تعدٍ يصيب الغير بضرر[٨٠] ، إذ نصت على أن (كل تعدٍ يصيب الغير بأي ضررٍ آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض.)[٨١] ، الحكم الذي يجعل من تطبيقات الخطأ التي أوردها القانون المدني العراقي إنما أوردها على سبيل المثال لا الحصر ، ومن ثم فإننا نرى أن المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي تصلح أساساً للمسؤولية التقصيرية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ، فضلاً عن المادة (٧) إذا ما تحققت إحدى صور التعسف باستعمال الحق ، وهذا كله رهن بإثبات الخطأ في جانب المفاوض المسؤول وتحقق الضرر بجانب المفاوض المتضرر وقيام العلاقة السببية ما بينهما.

ولا يمكن الاعتراض على أن المسؤولية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية يجد أساسه في العمل غير المشروع ، بداعي أن المشرع الفرنسي بموجب المرسوم رقم (٢٠١٦- ١٣١) لسنة ٢٠١٦ قد نظَّم المفاوضات العقدية في المادة (١١١٢) عند تنظيمه لتكوين العقد ، ومن ثم يجب أن تكون المسؤولية عن الإخلال به مسؤولية عقدية لدى المشرع الفرنسي لا تقصيرية ، ذلك لأنه نصَّ على احترام مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية في المادة (١١٠٤) في الأحكام التمهيدية والتي نصت على أنه (يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية. يعتبر هذا الحكم من النظام العام.) هذا من جانب ، ومن جانبٍ آخر أن المفاوضات العقدية وقد نظمها المشرع الفرنسي في المادة (١١١٢) عند (تكوين العقد) لدلالة على أنه أراد تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بمبدأ حسن النية فيها ولمَّا ينعقد العقد بعد ، وهذا ما يستشف واضحاً من نص المادة (١١١٢) نفسها ، والتي نصت على أنه (يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حراً. يجب لزاماً أن تراعي هذه المسائل مقتضيات حسن النية. تعويض الضرر الناجم عن الخطأ الحاصل خلال المفاوضات لا يشمل خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتم إبرامه)[٨٢] ، ولو أراد المشرع الفرنسي المسؤولية العقدية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية لما نصَّ على عدم شمول التعويض للمنافع المتوقعة من العقد المزمع ابرامه ، والسبب في ذلك واضحاً جلياً لأن العقد لم ينعقد بعد ، ولو كان المشرع الفرنسي أراد ترتيب المسؤولية العقدية لكان قد وقع في تناقض مع المادة (٢/١٢٣١) والتي نصت على أنه (التعويض المستحق للدائن هو ، بشكل عام ، ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب ، مع مراعاة الاستثناءات والتعديلات الواردة لاحقاً)[٨٣] ، ولا يغض من ذلك أن المسؤولية التقصيرية تشمل تعويض الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة في حين أن المشرع الفرنسي منع التعويض حتى عن الأضرار المتوقعة والمتمثلة بالمزايا المنتظرة من العقد الذي لم يتم ابرامه ، ذلك لأنه قصد ما متوقع من منافع العقد الذي لم ينعقد بعد ، ومن ثم فإن حكم تعويض الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة في المسؤولية التقصيرية هو حكمٌ ثابت ، فالمفاوض المخطئ يعوض المفاوض المتضرر عما لحقته من خسارة عن ما أنفقه من مصروفات بسبب المفاوضات العقدية وما فاته من كسب من صفقة رابحة تركها لأجل المفاوضات العقدية.

نخلص مما تقدم أن المسؤولية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية هي مسؤولية تقصيرية ، على الرغم من أن المشرع العراقي لم ينظم المفاوضات العقدية تنظيماً وافياً في القانون المدني العراقي أو في قانون آخر ، ولم ينص على الالتزام بمبدأ حسن النية فيها صراحةً وكذا هو موقف المشرع المصري ، على العكس من موقف المشرع الفرنسي الذي واكب التطورات القانونية وأخذ بما نادى به الفقه في تنظيم أحكام المفاوضات العقدية.

الخاتمة:

في نهاية بحثنا هذا والمتعلق بـ(المسؤولية المدنية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية – دراسة مقارنة) ، فإننا نعرض هنا لأهم النتائج التي توصلنا إليها ثم نوصلها ببعض التوصيات التي نراها من الأهمية بمكان للأخذ بها في هذا المجال وعلى الوجه الآتي:

اولاً: النتائج:

١- تعد المفاوضات العقدية مرحلة تمهيدية للعقد سابقةً عليه ، وتتجسد أهميتها بتشخيص كل طرف مفاوض ما سيجنيه من العقد من منافع عبر الحوار وتبادل الآراء ووجهات النظر والمباحثات حول ما سيتضمنه العقد من حقوق والتزامات تحقيقاً للعدالة العقدية في إطار القانون.

٢- إن المفاوضات العقدية من حيث الأصل لا تعدو أن تكون أعمالاً مادية (وقائع مادية) تصدر عن كل مفاوض على العقد المراد إبرامه ، واستثناءً يمكن أن تتم من خلال عقد تفاوض ومن ثم تسري على الأخير أحكام النظرية العامة في العقد والالتزام لأنه عقد غير مسمى.

٣- إن المشرع العراقي وإن كان قد أشار إلى المفاوضات العقدية ونظَّم جزء يسير من أحكامها في المواد (١/٨٠) و(١/٨٦) من القانون المدني ، إلا أن تطور المجتمع وما تضمنه من التقدم التكنلوجي وتطور فن التفاوض في العقود ، أفرز القصور التشريعي في القانون المدني العراقي في تنظيم المفاوضات العقدية.

٤- لم ينظم المشرع العراقي وكذا المشرع المصري مبدأ حسن النية بنصوص وافية وصريحة في المفاوضات العقدية ، وإن كان مبدأ حسن النية يجد أساسه في مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر رسمي ثالث للقانون المدني العراقي والمصري بحسب المادة (٢/١) منهما ، على العكس من المشرع الفرنسي الذي نظم مبدأ حسن النية بنصوص صريحة بعد تعديله لقانونه المدني بموجب المرسوم رقم (٢٠١٦ – ١٣١) لسنة ٢٠١٦ وذلك في المادة (١١٠٤) منه والمادة (١١١٢) المضافة بموجب المرسوم السابق والمعدلة بموجب التعديل رقم (٢٠١٨ – ٢٨٧) لسنة ٢٠١٨.

٥- على الرغم من اختلاف الفقه في تعريف المفاوضات العقدية من جانب والاختلاف الكبير في تعريف مبدأ حسن النية ، فإننا وفي محاولة للمزج بين المفهومين عرفنا مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية بأنه: (سلوك أطراف العقد المراد إبرامه طريق الأمانة والصدق والاستقامة بحسب ما يفرضه القانون في تبادل الآراء والمناقشات والمساومات للوصول إلى أكبر قدر من منافع العقد).

٦- إن مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية يفرض على المتفاوضين جملة من الالتزامات يعد الإخلال بإحداها إخلالاً بمبدأ حسن النية ، من قبيل الالتزام بالإعلام قبل التعاقد والالتزام بالتحذير والتبصير والالتزام بالصدق والاستقامة والالتزام بالتعاون والالتزام بالسرية والالتزام بالجدية في المفاوضات.

٧- إذا كان الأصل في إدارة المفاوضات العقدية هي الحرية في إتمامها وإبرام العقد المزمع أو الانصراف عنها طبقاً لما يزنه المتفاوضين من مصالح يحققانها من العقد المراد إبرامه ، فإن هذه الحرية يقيدها مبدأ حسن النية ويحدد حدودها على أساس عدم الإضرار بالطرف الآخر وهو ما يفرز سوء نية المفاوض ، وهذا ما يستدعي قيام مسؤولية المفاوض الذي أخلَّ بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية.

٨- اختلف فقه القانون المدني في تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ، فمنهم من ذهب إلى أنها عقدية وقدم لذلك حجج عدة لم تصمد أمام المناقشة والرد وتعرضت للنقض ، ليترجح لدينا الجانب الذي يراها مسؤولية تقصيرية سواءً أقامت على نظرية التعسف باستعمال الحق أو كانت مسؤولية ناشئة بوجه عام على أساس الإضرار بالغير طبقاً لنص المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي.

٩- لا يوجد ما يمنع من إمكانية صياغة المفاوضات العقدية في عقد تفاوض وإن كانت حالات ذلك قليلة ، وعندئذ تنهض المسؤولية العقدية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في مثل هكذا عقد ، ومن ثم ستحكمها القواعد العامة في المسؤولية العقدية وطبقاً لحكم المادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي.

ثانياً - التوصيات:

من خلال دراستنا المتقدمة ، توصلنا الى عدة توصيات عن مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية والمسؤولية الناشئة عن الإخلال به ، وندرجها على النحو الآتي:

١- نتمنى على المشرع العراقي تنظيم المفاوضات العقدية على غرار تنظيم المشرع الفرنسي لها عند تعديله لقانونه المدني بموجب المرسوم رقم (٢٠١٦ - ١٣١) لسنة ٢٠١٦.

٢- أن ينص المشرع العراقي على وجوب الالتزام بمبدأ حسن في المفاوضات العقدية وما يفرضه من التزامات متفرعة عنه.

٣- أن يحدد المسؤولية المدنية عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية على أساس العمل غير المشروع .

وتمهيداً لتنفيذ التوصيات أعلاه ، نقترح على المشرع العراقي إدخال التعديلات أدناه على المادة (٨٠) من القانون المدني العراقي ليكون نصها على وفق الصياغة التالية:

١- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها ايجاباً.

٢ – اما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك ايجاباً وإنما يكون دعوة الى التفاوض.

٣- تستلزم الحرية في بدء المفاوضات العقدية والسير فيها وقطعها ؛ مراعاة ما يقتضيه مبدأ حسن النية.

٤- تطبق أحكام العمل غير المشروع الواردة في الفصل الثالث من هذا الباب ، لتعويض الضرر الناشئ عن الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية.

الهوامش:

(١) – ابن منظور الإمام جمال الدين محمد بن مُكرّم بن عليٍّ الإفريقي ، لسان العرب ، الجزء ١٣، باب حسن ، دار الحديث – القاهرة ،٢٠٠٣ ، ص١١٤.

(٢) – الشيخ فخر الدين الطريحي ، مجمع البحرين ، تحقيق أحمد الحسيني ، الجزء ١ ، باب حاء ، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت – لبنان ، ص ٥١٤.

(٣) – د.أحمد فتح الله ، معجم ألفاظ الفقه الجعفري ، الجزء ١ ، باب حاء ، دار المرتضى ، الطبعة الثانية، ٢٠١٧ ، ص١٦١.

(٤)– ابن منظور الإمام جمال الدين محمد بن مُكرّم بن عليٍّ الإفريقي ، مصدر سابق ، الجزء ١٥ ، باب نوى ، ص٣٤٧.

(٥) – الشيخ فخر الدين الطريحي ، مصدر سابق ، الجزء ٤ ، باب النون ، ص٣٩٧.

(٦) – د.أحمد فتح الله ، مصدر سابق ، الجزء ١ ، باب النون ، ص ٤٣١.

(٧) – د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء ١ ، نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، دون ذكر سنة طبع ، ص٦٢٧.

(٨) – الأستاذ المتمرس عبد الباقي البكري – المدرس زهير البشير ، ، المدخل لدراسة القانون ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي – جامعة بغداد ، دون ذكر سنة نشر ، ص٤٣.

(٩) – م.م.علي كاظم الزاملي – م.م.علاء فالح مطر – م.م.عباس نعمة محسن ، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية ، بحث منشور في مجلة غسق ، المجلد ٣٤ ، العدد ٧ ، في حزيران ٢٠٢٢م – ١٤٤٣هـ ، ص٥٠٥.

(١٠) – د.حسام الدين كامل الأهواني ، مصادر الالتزام – المصادر الارادية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩١ – ١٩٩٢ ، ص٢٠٩.

(١١) – د.عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري والفرنسي ، دون ذكر مكان نشر ، ١٩٩٧ ، ص٨٦.

(١٢) – المصدر نفسه ، ص٨٧.

(١٣) – عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود – دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠٠٦ ، ص٢ –٣.

(١٤) – المصدر نفسه ، ص٣.

(١٥) – ينظر: د.عبد المجيد الحكيم – الأستاذ عبد الباقي البكري– الأستاذ المساعد محمد طه البشير ، القانون المدني وأحكام الالتزام ، مكتبة السنهوري – بغداد ، ٢٠١٢ ، ص١٢.

(١٦) – ينظر في ذلك: م.م.علي كاظم الزاملي – م.م.علاء فالح مطر – م.م.عباس نعمة محسن ، مصدر سابق ، ص٥٠٦.

(١٧) – ينظر نصوص المواد : (٥٩/د ، ١/١١٨ ، ١/١٥٠ ، ٢/٢٦٤ ، ٣٨٤ وغيرها) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل ، (٢/١٢١/أ ، ١/١٢٤ ، ١/١٤٨ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ٢/٢٣٨ ، ١/٢٤٤ ، ٣٣٣ وغيرها) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ ، و(١١٠٤) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ بموجب التعديل رقم ٢٠١٦-١٣١ لسنة ٢٠١٦ ، (١١٣٤) قبل التعديل.

(١٨) – المفاوضات لغةً: " المُفاوضَةِ الشَّرِكةُ العامّةُ في كل شيء وتَفاوَضَ الشَّرِيكانِ في المال إذا اشتركا فيه أَجمع وهي شركة المفاوضة وقال الأَزهري في ترجمة عنن وشارَكه شركة مفاوضة وذلك أَن يكون مالهما جميعاً من كل شيء يَمْلِكانه بينهما وقيل شَرِكةُ المفاوضة ..... وفاوَضَه في أَمْره أَي جارَاه وتَفاوَضوا الحديث أَخذوا فيه وتَفَاوَضَ القوم في الأَمر أَي فاوَضَ فيه بعضُهم بعضاً .... ومُفاوَضةُ العلماء قال كنت إذا لقِيتُ عالماً أَخذت ما عنده وأَعطيته ما عندي المُفاوَضةُ " ينظر: ابن منظور ، مصدر سابق ، الجزء ٧ ، باب فوض ، ص٢١٠. و " المفاوضة : المساواة والمشاركة في كل شيء، وهي مفاعلة من التفويض كأن كل واحد منهما رد ما عنده إلى صاحبه . ومنه " تفاوض الشريكان في المال " إذا اشتركا فيه أجمع . وتفاوض القوم في الأمر : أي فاوض إليه بعضهم بعضا " ينظر: الشيخ فخر الدين الطريحي ، مصدر سابق، الجزء ٣ ، باب فوض ، ص٤٢٧.

(١٩) – د.أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، (مفاوضات العقود الدولية – القانون الواجب التطبيق وأزمته) دار النهضة العربية – القاهرة، دون ذكر سنة نشر ، ص٦٢.

(٢٠) – د.عبد العزيز مرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدي – دراسة مقارنة ، دون ذكر مكان طبع ، ٢٠٠٥ ، ص٧.

(٢١) – د.يونس صلاح الدين محمد علي ، العقود التمهيدية – دراسة تحليلية مقارنة ، دار الكتب القانونية – القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص٢٦.

(٢٢) – أ.م.أم كلثوم صبيح محمد ، المفاوضات الممهدة للتعاقد (ماهيتها وأحكامها) – دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين ، المجلد ١٦ ، العدد 1B ، ٢٠١٤ ، ص٢٨٥.

(٢٣) – م.م.خالد محمد أحمد العزي – القاضي عواد ياسين العبيدي ، المفاوضات الممهدة لإبرام العقد في القانون المدني العراقي – دراسة تأصيلية تحليلية ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية – جامعة كركوك ، المجلد ٨ ، العدد ٣٠ ، الجزء ٢ ، ٢٠١٩، ص٢٤٠.

(٢٤) – ينظر بهذا الشأن: د.محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية – دراسة تحليلية مقارنة لتأمين المفاوضات في عملية التجارة الدولية ، دار النهضة العربية – القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص١٢١. د.عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، مصدر سابق ، ص٩٨ – ٩٩. أ.م.أم كلثوم صبيح محمد ، مصدر سابق ، ص٣٠٠. م.م.خالد محمد أحمد العزي – القاضي عواد ياسين العبيدي ، مصدر سابق ، ص٢٤٧. م.م.علي كاظم الزاملي – م.م.علاء فالح مطر – م.م.عباس نعمة محسن ، مصدر سابق ، ص٥٠٥.

[٢٥] – ينظر بهذا المضمون: أستاذنا د.منصور حاتم محسن الفتلاوي ، متطلبات تحقيق العدالة العقدية – دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، المجلد ٢٦ ، العدد ٣ ، ٢٠١٨ ، ص١٤.

[٢٦] – من هذا الرأي: أ.م.أم كلثوم صبيح محمد ، مصدر سابق ، ص ص٢٨٣. م.م.خالد محمد أحمد العزي – القاضي عواد ياسين العبيدي ، مصدر سابق ، ص٢٤٤. وعود كاتب الأنباري ، المفاوضات العقدية عبر الانترنت ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق – تصدر عن كلية القانون – جامعة كربلاء ، العدد الثاني ، ٢٠٠٩ ، ص٢٠٠.

[٢٧] – لا يوجد ما يقابلها في القانون المدني المصري أو الفرنسي. ولمزيد من التفصيل عن موقف المشرع العراقي من المفاوضات العقدية في هذا النص ، ينظر: د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء ١ – مصادر الالتزام ، الطبعة ٥، مطبعة نديم – بغداد ،دون ذكر سنة طبع ، ص٧٠ – ٧١.

[٢٨] – توافقها المادة (٩٥) من القانون المدني المصري ، ولا مقابل لها في القانون المدني الفرنسي. وعن موقف الفقه المصري عن المفاوضات العقدية في ظل القانون المدني المصري ، ينظر: د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق، ص٢٠٦ – ٢٠٧.

[٢٩] – ينظر: د.محمد حسن قاسم ، مبادئ القانون – المدخل إلى دراسة القانون والالتزامات ، دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص٢٢. الأستاذ المتمرس عبد الباقي البكري – المدرس زهير البشير ، مصدر سابق ، ص٦٢.

[٣٠] – ينظر: الأستاذ المتمرس عبد الباقي البكري – المدرس زهير البشير ، مصدر سابق ، ص٦٢.

[٣١] – سورة المائدة / الآية ١.

[٣٢] – سورة المائدة / الآية ٢.

[٣٣] – سورة النساء / الآية ٢٩.

[٣٤] – ينظر في واجب التعاون في العقود وأنه من مقتضيات مبدأ حسن النية: د.عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق ، ص٣٩١. وفي واجب التعاون والإعلام طبقاً لمبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية ينظر: عبد المنعم موسى إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٨ – ٩. د.عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، مصدر سابق ، ص٣٢٧ – ٣٣١.

[٣٥] – سورة فاطر/ الآية ٤٣.

[٣٦] – رواه: الإمام أبو عبد الله محمد ابن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، دون ذكر سنة نشر ، الجزء ١ ، ص٤. الإمام الحافظ أبو عبد الله محمد ابن يزيد ابن ماجه القزويني ، السنن ، دون ذكر مكان وسنة نشر، باب النية ، الجزء ١٢ ، ص٤٢٨.

[٣٧] – رواه : ثقة الاسلام الشيخ أبو جعفر محمد ابن يعقوب ابن اسحاق الكليني الرازي ، الكافي ، تحقيق قسم إحياء التراث – مركز بحوث دار الحديث ، باب النية ، الجزء ٢ ، ص١٢٨.

[٣٨] – ينظر في إخراج هذا الحديث: الإمام أبو عبد الله محمد ابن اسماعيل البخاري ، مصدر سابق ، باب: إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا ، الجزء٧ ، ص١٧٥. الامام أبي عيسى محمد ابن عيسى ابن سورة الترمذي ، سنن الترمذي ، دار الحضارة للنشر والتوزيع ، دون ذكر سنة نشر ، باب : ما جاء في البيعين بالخيار ، الجزء ٥ ، ص١٦٠. وورد هذا الحديث الشريف في مرويات الشيعة الامامية بصيغة مختلفة ، حيث روي عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال: ((إذا التاجران صدقا بورك لهما فإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما ، وهما بالخيار مالم يفترقا ، فإن اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتتاركا)). ينظر في ذلك: الشيخ الكليني ، مصدر سابق ، باب: إذا اختلف البائع والمشتري ، الجزء ٥ ، ص٢٥٧. شيخ الطائفة أبي جعفر محمد ابن الحسن الطوسي ، تهذيب الأحكام ، منشورات الأعلمي للمطبوعات ، بيروت – لبنان ، دون

ذكر سنة نشر ، الجزء ٢ ، باب: عقود البيع ، ص ١٧٩. وقد أخذ بهذا الحديث فقهاء الشيعة لبناء الأحكام الشرعية عليه. ينظر: الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم ، دون ذكر سنة نشر ، جزء ٢٤ ، ص٢.

(٣٩) – تطابقها في المضمون المادة (٢/١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

(٤٠) – ينظر: الأستاذ المتمرس عبد الباقي البكري – المدرس زهير البشير ، مصدر سابق ، ص٨٣ و١٤٨. د.حسن كيرة، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف – الاسكندرية ، دون ذكر سنة نشر ، ص٢٠٩ – ٢١١. د.محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص٤٦ و ٦٤ – ٦٦.

(٤١) – ينظر في هذا الرأي: د.عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، مصدر سابق ، ص٨٦. عبد المنعم موسى إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٢. الأستاذ المتمرس عبد الباقي البكري – المدرس زهير البشير ، مصدر سابق ، ص٦٢ – ٦٣.

(٤٢) – ينظر في هذا الرأي: أ.م.أم كلثوم صبيح محمد ، مصدر سابق ، ص٣٠٠. م.م.خالد محمد أحمد العزي – القاضي عواد ياسين العبيدي ، مصدر سابق ، ص٢٤٨. م.م.علي كاظم الزاملي – م.م.علاء فالح مطر – م.م.عباس نعمة محسن ، مصدر سابق ، ص٥٠٦.

(٤٣) – ينظر نصوص المواد: (٦/أولاً/أ – ب. ورابعاً ، ٧/أولاً ، ٩/أولاً – ثالثاً) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ المعدل. (٣ ، ٦) من قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦.

(٤٤) – عرفت المادة (١/خامساً) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ المعدل ؛ (المستهلك: الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة أو خدمة بقصد الافادة منها) وعرفته المادة (١) قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦ ، بأنه (المستهلك: كل شخص تقدم إليه احد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص.) وللتوسع في مفهوم المستهلك ، ينظر: د.آمانج رحيم أحمد ، حماية المستهلك في نطاق العقد – دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني ، الطبعة ١ ، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر ، بيروت – لبنان ، ٢٠١٠ ، ص٢٩ وما بعدها.

(٤٥) – وهذا ما نص عليه قانون حماية المستهلك الفرنسي رقم (٩٤٩– ١٩٩٣) لسنة ١٩٩٣ في المادة (١١–١١١ L) منه ، والتي نصت على أنه: (يجب على أي بائع محترف للسلع أو مقدم الخدمة ، قبل إبرام العقد ، أن يضع المستهلك في وضع يسمح له بمعرفة الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة.) ونصها باللغة الفرنسية:

- Art. L. 111-1. – (Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service.)

(٤٦) ونصها باللغة الفرنسية:

- Article 1104: (Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.)

ولمزيد من التفصيل ينظر:

- Cyril AUFRECHTER , Négociations de bonne foi en droit français et en Common Law , c.anno 13 septembre 2016 Divers, Droit comparé, Droit comparé des contrats.

(٤٧) – عُدِّلَتْ المادة (١١١٢) من القانون المدني الفرنسي بموجب التعديل رقم (٢٠١٨ – ٢٨٧) لسنة ٢٠١٨ ، ونصها باللغة الفرنسية:

- Article 1112: ('initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi…..)

(٤٨) – ينظر : د.حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص٣٥. . د.عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، مصدر سابق ، ص٢٩٥–٢٩٦. ولدى الفقه الفرنسي ، ينظر:

- Le blog juridique , Le principe de bonne foi en droit des contrats, 7 avril 2022 Droit Conseils juridiques.

(٤٩) – الأستاذ المتمرس عبد الباقي البكري – المدرس زهير البشير ، مصدر سابق ، ص١٤٨.

(٥٠) – د.عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، مصدر سابق ، ص٣٢٧ وما بعدها. د.محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض – دراسة في القانونين المصري والفرنسي ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص١٨ وما بعدها. عبد المنعم موسى إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٤٢ وما بعدها. م.م.خالد محمد أحمد العزي – القاضي عواد ياسين العبيدي ، مصدر سابق ، ص٢٤٦– ٢٤٧. م.م.علي كاظم الزاملي – م.م.علاء فالح مطر – م.م.عباس نعمة محسن ، مصدر سابق ، ص٥٠٨ وما بعدها.

- Didier Gobert , Le principe de bonne foi dans la formation du contrat , (note de jurisprudence publiée dans la revue de Droit de l'Informatique et des Télécoms, 96/4، pp.41 à 48.) P 42.

ولا نؤيد من يجعل مبدأ حسن النية في المفاوضات العقدية التزاماً مساوياً لهذه الالتزامات ويعرضه كذلك فارغاً من محتواه ؛ لأنه جرَّده من مضمونه بسلخ هذه الالتزامات عنه. ينظر من هذا الرأي والذي يراه التزاماً عقدياً: أ.م. أم كلثوم صبيح محمد ، ص ٢٩٧ و ٢٩٩ – ٣٠١. د.صدام فيصل المحمدي ، التفاوض على العقود بين الحرية والتقييد ، بحث منشور في مجلة الحقوق – تصدر عن كلية الحقوق – جامعة النهرين ، المجلد ١١ ، العدد ١ ، ٢٠٠٩ ، ص٢٧٩–٢٨١.

(٥١) – ينظر: حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية ، الطبعة الثانية ، دار المعارف – القاهرة ، ١٩٧٩، ص٣٨. د.حسام الدين كامل الأهواني ، مصدر سابق ، ص٣٠٩. د.عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق، ص٤٠١. وهو ما قررته المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي إذ نصت على أنه (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه.) تقابلها المواد: (٢١٥) مدني مصري. (١/١٢٣١) مدني فرنسي بموجب التعديل رقم (٢٠١٦– ١٣١) لسنة ٢٠١٦. (١١٤٧) قبل التعديل.

(٥٢) – ينظر في عرض رأي هذا الاتجاه: حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، مصدر سابق ، ص٣٨ – ٤٠. د.محمد حسام محمود لطفي ، مصدر سابق ، ص٣٤ وما بعدها.

(٥٣) – حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، مصدر سابق ، ص٣٩.

(٥٤) – د.محمد حسام محمود لطفي ، المصدر السابق ، ص٤١ – ٤٢.

(٥٥) – ينظر في عرض هذه الفكرة: حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، مصدر سابق ، ص٤٠. د.محمد حسام محمود لطفي ، المصدر السابق ، ص٤١.

(٥٦) – من هذا الاتجاه ينظر: أ.م.أم كلثوم صبيح محمد ، مصدر سابق ، ص٢٨٨–٢٨٩. د.عبد العزيز المرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدي – دراسة مقارنة ، دون ذكر مكان نشر ، ٢٠٠٥، ص٦٧– ٦٨. م.م.خالد محمد أحمد العزي – القاضي عواد ياسين العبيدي ، مصدر سابق ، ص ٢٥٧ – ٢٥٨. محمد عويز حسوني

الموسوي ، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية ، رسالة ماجستير بإشراف أ.م.د.حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي ، مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد ، ١٤٣٩هـ – ٢٠١٨م ، ص١٣٠.

(٥٧) – هذا الرأي قال به: أستاذنا د.منصور حاتم محسن الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص١٦.

(٥٨) - أستاذنا د.منصور حاتم محسن الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص١٦ – ١٧.

(٥٩) – وهذا ما أيدته محكمة النقض المصرية في رفضها لافتراض وجود عقد (مفترض وضمني) في مرحلة المفاوضات العقدية ، وذلك بتأييدها لمحكمة الموضوع ، إذ قضت بأنه : " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لقاضي الموضوع السلطة في فهم الواقع في الدعوى وتفسير العقود والمشارطات وسائر المحررات واستخلاص ما يرى أنه أوفى بمقصود المتعاقدين فيها ، ولا رقابة عليه في ذلك ما دام لم يخرج في تفسيرها عما تحمله عباراتها أو يجاوز المعنى الظاهر لها. لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص في حدود السلطة التقديرية للمحكمة إلى أن الاقرار المبين بسبب النعي لا يتضمن أركان عقد بيع وأنه لا يعني سوى مرحلة سابقة عليه وخاصة وأنه لم يثبت تاريخه ولم يظهر في أي مرحلة من مراحل النزاع السابقة وأن التعاقد لم يتم على البيع إلا عند تحرير العقد .....وكان ما حصله الحكم على هذا النحو سائغاً وله سند من الأوراق وكافياً لحمل قضائه فان النعي عليه بهذا السبب لا يعدو أن يكون في حقيقته جدلاً موضوعياً في سلطة محكمة الموضوع في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها وهو ما لا يجوز أمام محكمة النقض" (نقض مدني ١٩٩٠/٢/١٢ – الطعن رقم ٨٣٩ لسنة ٥٤ ق). نقلاً عن: عبد المنعم حسني المحامي ، الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية (منذ انشائها عام ١٩٣١ وحتى عام ٢٠٠٥) ، الاصدار المدني ، الجزء العاشر ، مركز حسني للدراسات والاستشارات القانونية والمحاماة ، دون ذكر سنة طبع ، ص٤٢٣ – ٤٢٤.

(٦٠) – تقابلها المادة (١/١٤٨) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية.) والمادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي – قبل تعديله بموجب المرسوم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ ، والتي كانت تنص على أنه (تقوم الاتفاقيات المبرمة بشكل قانوني مقام القانون بالنسبة إلى من أبرموها. ولا يمكن الرجوع عنها إلا برضاهم المتبادل أو للأسباب التي يجيزها القانون. ويجب أن يتم تنفيذها بحسن نية.)

(٦١) – من أصحاب هذه المقترحات ، ينظر: أ.م.أم كلثوم صبيح محمد ، مصدر سابق ، ص٣١٦. م.م.علي كاظم الزاملي – م.م.علاء فالح مطر – م.م.عباس نعمة محسن ، مصدر سابق ، ص٥١٣. محمد عويز حسوني الموسوي ، مصدر سابق ، ص١٧٨.

(٦٢) – ينظر: د.محمد حسام محمود لطفي ، المصدر السابق ، ص٤٣.

(٦٣) - د.عبد العزيز المرسي حمود ، مصدر سابق ، ص٦٧. أ.م.أم كلثوم صبيح محمد ، مصدر سابق ، ص٢٩٢ وما بعدها. محمد عويز حسوني الموسوي ، مصدر سابق ، ص١٤٩ وما بعدها.

(٦٤) – وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بأن: " المفاوضة ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني ، فكل مفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد ....." الطعن رقم (١٦٧) لسنة (٣٣) مكتب فني (١٨) صفحة رقم ٣٣٤ بتاريخ ١٩٦٧/١/٩. نقلاً عن : ياسر محمود نصار ، موسوعة دائرة المعارف القانونية ، الكتاب التاسع ، الجزء الأول ، الإصدار المدني ، اصدار المجموعة الدولية للمحاماة – الاسكندرية ، ١٩٩٨ ، ص٤٥٦.

(٦٥) – ينظر: د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص١٧٢. د.حسام الدين كامل الأهواني ، مصدر سابق ، ص٢١. د.عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق ، ص٦٠.

(٦٦) – ينظر: د.عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص٩٤١ – ٩٤٢. حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، مصدر سابق ، ٤٧٩ وما بعدها. د.عبد المجيد الحكيم – الأستاذ عبد الباقي البكري– الأستاذ المساعد محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام المدني في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول – مصادر الالتزام ، مكتبة السنهوري – بغداد ، ٢٠١٢ ، ص١٧٠ و ٢٤٠.

(٦٧) – وهذا ما نصت عليه المادة (٧/أولاً) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل بأن:(البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.) تقابلها (١) من قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ المعدل.

(٦٨) – د.آدم وهيب النداوي ، شرح قانون الإثبات ، الطبعة ٢ ، دون ذكر مطبعة ،بغداد ، ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م ، ص٢٢.

(69)- Didier Gobert , op . cit , p43.

(٧٠) – ينظر نص المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي وبدلالة مفهوم المخالفة للمادة (٣/١٦٩) منه. تقابلها المادة (٢/٢٢١) مدني مصري والمادة (٣/١٢٣١) مدني فرنسي بموجب التعديل رقم ٢٠١٦–١٣١ لسنة ٢٠١٦. ولمزيد من التفصيل ينظر: د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق، ص٦٧٣ و ٩٧١. د.عبد المجيد الحكيم وآخرون ، مصدر سابق ، ص١٦٨.

(٧١) – ينظر المواد: (١٩١) مدني عراقي ، (٢/١٦٣) مدني مصري ، (١٢٤٢) مدني فرنسي تعديل القانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم (٢٠١٦ – ١٣١) لسنة ٢٠١٦ ، المادة (١٣٨٤) قبل التعديل.

(٧٢) – ينظر المواد: (٢٣٤) مدني عراقي ، (١٨٦) مدني مصري. ولا يوجد ما يماثلهما في القانون المدني الفرنسي.

(٧٣) – من أنصار هذا الإتجاه ، ينظر: د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق، ص٢٠٧. د.حسام الدين كامل الأهواني ، مصدر سابق ، ص٥٣. د.عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق ، ص٧٠. د.عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، مصدر سابق ، ص٥٤٧–٥٤٨. حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، مصدر سابق ، ص٤٠. د.محمد حسام محمود لطفي، مصدر سابق ، ص٥٨ وما بعدها. عبد المنعم موسى إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٥٥ – ٥٦. سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد ، منشأة المعارف – الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص٧٩.

وتجدر الاشارة إلى أن هناك رأي ثالث يرى أن المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات العقدية هي مسؤولية ذات طبيعة خاصة ؛ فهي ليست بالعقدية لأن العقد لم ينعقد بعد ، وهي ليست بالتقصيرية لأنه لا يمكن اعتبار المفاوضات العقدية مجرد وقائع مادية خالية من توجه الارادة ، من ثم فهي ذات طبيعة خاصة. ولكن هذا الرأي لم يميز هذا النوع من المسؤولية – الذي لم يقل به قبله غيره – لا من حيث الأساس أو الأركان أو الجزاء ، كما يمكن الرد عليه بما تم الرد به على أنصار المسؤولية العقدية. ينظر في هذا الرأي: د.سعد حسين ملحم ، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام والضرورات العملية ، الطبعة الأولى ، دون ذكر مكان طبع ، ٢٠٠٤ ، ص٤٩ – ٥١.

(٧٤) – وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية والتي قضت بأن: " لا يرتب العدول – عن المفاوضات العقدية – مسئولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المفاوض وعبء اثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر يقع على عاتق ذلك الطرف ...." نقض رقم ١٦٧ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٢/٩. نقلاً عن : حسن الفكهاني – عبد المنعم حسني ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ انشائها عام ١٩٣١ ، الاصدار المدني ، الجزء السابع ، اصدار الدار العربية للموسوعات ، ١٩٨٢ ، ص٨٤٨.

(٧٥) - ينظر: د.عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، مصدر سابق ، ص٥٤٧-٥٤٨. د.محمد حسام محمود لطفي ، مصدر سابق ، ص٥٨. عبد المنعم موسى إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٧٠ – ٧١. سمير عبد السميع الأودن ، المصدر السابق، ص٨٠.

(٧٦) – وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة النقض الفرنسية ، حيث أسست المسؤولية التقصيرية عن قطع المفاوضات العقدية – ووجود مفاوضات موازية مع مفاوض آخر إلى جانب المفاوضات الأولى – على نظرية التعسف باستعمال الحق ، واستندت في ذلك إلى نص المادة (١٣٨٢) مدني فرنسي قبل تعديل عام ٢٠١٦ ، (١٢٤٠) بعد التعديل ينظر قرارها :
- Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 7 Mars 2018, 16-18.060, Inédit.
منشور على الموقع الفرنسي الرسمي (www.legifrance.gouv.fr) تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١٠/٢٨.

(٧٧) – نصت المادة (٦) من القانون المدني العراقي على أنه (الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر.) تقابلها المادة (٤) مدني مصري ، وليس لها مقابل في القانون المدني الفرنسي.

(٧٨) – لمزيد من التفصيل ينظر: د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق، ص٨١٠ – ٨١٢. د.عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق ، ص٥١٧. حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، مصدر سابق ، ص٢٣١ وما بعدها.

(٧٩) - تقابلها المادة (٥) من القانون المدني المصري.

(٨٠) – لمزيد من التفصيل ، ينظر: د.عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق ، ص٤٩٨ – ٥٠١.

(٨١) – تقابلها المواد : (١/١٦٣) مدني مصري والتي نصت على أنه (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.) والمادة (١٢٤٠) مدني فرنسي بعد التعديل رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦- (١٣٨٢) قبل التعديل – والتي نصت على أنه (كل فعل من أحد الناس ينجم عنه ضرر للغير ، يُجبر من حصل بخطئه على تعويضه). ونصها باللغة الفرنسية:
- Article (1240): (Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.).

(٨٢) – والمعدلة بموجب التعديل رقم (٢٠١٨ – ٢٨٧) لسنة ٢٠١٨ ، ونصها باللغة الفرنسية:
- Article 1112: (L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.
En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages.)

(٨٣) – ونصها باللغة الفرنسية:
- Article 1231-2: (Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.)

المصادر:

- **القرآن الكريم.**

أولاً – المعاجم اللغوية:

١- إبن منظور الإمام جمال الدين محمد بن مُكرّم بن عليٍّ الإفريقي ، لسان العرب ، ج٧ ، ج١٣، دار الحديث – القاهرة ،٢٠٠٣.

٢- د.أحمد فتح الله ، معجم ألفاظ الفقه الجعفري ،مصدر سابق ، الجزء ١ ، باب حاء ، دار المرتضى ، الطبعة الثانية، ٢٠١٧.

٣- الشيخ فخر الدين الطريحي ، مجمع البحرين ، تحقيق أحمد الحسيني ، الجزء ١ والجزء ٣ ، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت – لبنان.

ثانياً- الكتب القانونية:

١- د.أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، (مفاوضات العقود الدولية – القانون الواجب التطبيق وأزمته) دار النهضة العربية – القاهرة.

٢- د.آمانج رحيم أحمد ، حماية المستهلك في نطاق العقد – دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، الطبعة ١ ، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر ، بيروت – لبنان ، ٢٠١٠.

٣- د.آدم وهيب النداوي ، شرح قانون الإثبات ، الطبعة ٢ ، دون ذكر مطبعة ،بغداد ، ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م.

٤- د.حسام الدين كامل الأهواني ، مصادر الالتزام – المصادر الارادية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩١ – ١٩٩٢.

٥- د.حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف – الاسكندرية ، دون ذكر سنة نشر.

٦- حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية ، الطبعة الثانية ، دار المعارف – القاهرة ، ١٩٧٩.

٧- الأستاذ عبد الباقي البكري – المدرس زهير البشير ، ، المدخل لدراسة القانون ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي – جامعة بغداد ، دون ذكر سنة نشر.

٨- د.عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري والفرنسي ، دون ذكر مكان نشر ، ١٩٩٧.

٩- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء ١ ، نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، دون ذكر سنة طبع.

١٠- د.عبد العزيز المرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدي – دراسة مقارنة ، دون ذكر مكان نشر ، ٢٠٠٥.
١١- د.عبد المجيد الحكيم – الأستاذ عبد الباقي البكري– الأستاذ المساعد محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، مكتبة السنهوري – بغداد ، ٢٠١٢.
١٢- د.عبد المجيد الحكيم – الأستاذ عبد الباقي البكري– الأستاذ المساعد محمد طه البشير ، القانون المدني وأحكام الالتزام ، مكتبة السنهوري – بغداد ، ٢٠١٢.
١٣- د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء ١ – مصادر الالتزام ، الطبعة ٥، مطبعة نديم – بغداد ،دون ذكر سنة طبع.
١٤- عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود – دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠٠٦.
١٥- د.محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض – دراسة في القانونين المصري والفرنسي ، القاهرة ، ١٩٩٥.
١٦- د.محمد حسن قاسم ، مبادئ القانون – المدخل إلى دراسة القانون والالتزامات ، دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص٢٢.
١٧- د.محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية – دراسة تحليلية مقارنة لتأمين المفاوضات في عملية التجارة الدولية ، دار النهضة العربية – القاهرة ، ١٩٩٨.
١٨- د.يونس صلاح الدين محمد علي ، العقود التمهيدية – دراسة تحليلية مقارنة ، دار الكتب القانونية – القاهرة ، ٢٠١٠.

ثالثاً: مصادر الحديث والفقه الاسلامي:

١– الإمام أبو عبد الله محمد ابن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، دون ذكر سنة نشر ، الجزء ١.
٢– شيخ الطائفة أبي جعفر محمد ابن الحسن الطوسي ، تهذيب الأحكام ، منشورات الأعلمي للمطبوعات ، بيروت – لبنان ، دون ذكر سنة نشر ، الجزء ٢ ، باب: عقود البيع.
٣– الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم ، دون ذكر سنة نشر ، جزء ٢٤.
٤– الامام أبي عيسى محمد ابن عيسى ابن سورة الترمذي ، سنن الترمذي ، دار الحضارة للنشر والتوزيع ، دون ذكر سنة نشر ، باب : ما جاء في البيعين بالخيار ، الجزء ٥.
٥– الإمام الحافظ أبو عبد الله محمد ابن يزيد ابن ماجه القزويني ، السنن ، دون ذكر مكان وسنة نشر، باب النية ، الجزء ١٢.

٦- ثقة الاسلام الشيخ أبو جعفر محمد ابن يعقوب ابن اسحاق الكليني الرازي ، الكافي ، تحقيق قسم إحياء التراث – مركز بحوث دار الحديث ، باب النية ، الجزء ٢.

رابعاً : البحوث والدراسات القانونية:

١- أم كلثوم صبيح محمد ، المفاوضات الممهدة للتعاقد (ماهيتها وأحكامها) – دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفراغ التشريعي ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق – جامعة النهرين ، المجلد ١٦ ، العدد B1، ٢٠١٤.

٢- خالد محمد أحمد العزي – القاضي عواد ياسين العبيدي ، المفاوضات الممهدة لإبرام العقد في القانون المدني العراقي – دراسة تأصيلية تحليلية ، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية – جامعة كركوك ، المجلد ٨ ، العدد ٣٠ ، الجزء ٢ ، ٢٠١٩.

٣- د.صدام فيصل المحمدي ، التفاوض على العقود بين الحرية والتقييد ، بحث منشور في مجلة الحقوق – تصدر عن كلية الحقوق – جامعة النهرين ، المجلد ١١ ، العدد ١ ، ٢٠٠٩.

٤- علي كاظم الزاملي – م.م.علاء فالح مطر – م.م.عباس نعمة محسن ، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية ، بحث منشور في مجلة غسق ، المجلد ٣٤ ، العدد ٧ ، في حزيران ٢٠٢٢م – ١٤٤٣هـ.

٥- د.منصور حاتم محسن الفتلاوي ، متطلبات تحقيق العدالة العقدية – دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، المجلد ٢٦ ، العدد ٣ ، ٢٠١٨.

٦- وعود كاتب الأنباري ، المفاوضات العقدية عبر الانترنت ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق – تصدر عن كلية القانون – جامعة كربلاء ، العدد الثاني ، ٢٠٠٩.

خامساً- الرسائل والأطاريح الجامعية:

١- محمد عويز حسوني الموسوي ، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية ، رسالة ماجستير بإشراف أ.م.د.حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي ، مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد ، ١٤٣٩هـ – ٢٠١٨م.

سادساً – القرارات والمجموعات القضائية:

أ- المجموعات القضائية:

١- حسن الفكهاني – عبد المنعم حسني ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ انشائها عام ١٩٣١ ، الاصدار المدني ، الجزء السابع ، اصدار الدار العربية للموسوعات ، ١٩٨٢.

٢- عبد المنعم حسني المحامي ، الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية (منذ انشائها عام ١٩٣١ وحتى عام ٢٠٠٥) ، الاصدار المدني ، الجزء العاشر ، مركز حسني للدراسات والاستشارات القانونية والمحاماة ، دون ذكر سنة طبع.

٣- ياسر محمود نصار ، موسوعة دائرة المعارف القانونية ، الكتاب التاسع ، الجزء الأول ، الإصدار المدني ، اصدار المجموعة الدولية للمحاماة – الاسكندرية ، ١٩٩٨.

ب-**القرارات القضائية:**

- Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 7 Mars 2018, 16-18.060, Inédit.

منشور على الموقع الفرنسي الرسمي (www.legifrance.gouv.fr) تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١٠/٢٨.

سابعاً- المصادر الفرنسية:

- Didier Gobert , Le principe de bonne foi dans la formation du contrat , (note de jurisprudence publiée dans la revue de Droit de l'Informatique et des Télécoms, 96/4، pp.41 à 48.)
- Le blog juridique , Le principe de bonne foi en droit des contrats, 7 avril 2022 Droit Conseils juridiques.

ثامناً- القوانين:

أ- القوانين العراقية:

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢- قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ المعدل.

ب-القوانين المصرية:

١- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

٢- قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦.

ج- القوانين الفرنسية:

١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل.

٢- قانون تعديل القانون المدني الفرنسي رقم ١٠١٦ – ١٣١ لسنة ٢٠١٦.

٣- قانون تعديل القانون المدني الفرنسي رقم (٢٠١٨ – ٢٨٧) لسنة ٢٠١٨.

٤- قانون حماية المستهلك الفرنسي رقم (٩٤٩ – ١٩٩٣) لسنة ١٩٩٣.

Abstract:

For the person negotiating under the principle of contractual freedom; To proceed with the conclusion of the contract that he negotiated and he may withdraw from it if it appears to him that it does not achieve his interests, but the principle of contractual freedom limits its launch to the principle of good faith in contract negotiations, which the negotiator must adhere to and implement what he dictates of honesty, integrity, cooperation and seriousness.

This means that breaching the principle of good faith in contractual negotiations necessitates the realization of the civil liability of the erring negotiator, which is disputed by the views of civil law jurists between those who consider it a contractual responsibility and present arguments to support his opinion to prove it, and between those who see it as a tortuous responsibility, the opinion that we preferred in a manner based on a discussion of arguments Proponents of contractual responsibility and its denial with a logical, analytical and comparative approach, especially with the French Civil Code amended by Decree No. (2016-131 of 2016), which stipulated the principle of good faith in contractual negotiations as well as its adequate regulation of the latter.

Civil liability for breaching the principle of good faith in contract negotiations

(A comparative study)

Lecturer.Dr. Ahmed AbdalHussein Kadhim AL-Yasiri

University of Babylon - College of law