مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: شرط التفاوض تحت رقابة الغير "دراسة مقارنة"
اسم الكاتب: م.م. نور اياد حسن، أ.م.د. لبنى عبد الحسين السعيدي
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/6223
تاريخ الاسترداد: 2026/11/03 12:17 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الانبار

مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

مجلة جامعة الانبار

للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية محكمة تصدر عن

كلية القانون والعلوم السياسية في جامعة الانبار

الترقيم الدولي

P-ISSN:2075-2024 E-ISSN:2706-5804

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق في بغداد ١٦٢٩

السنة ٢٠١١

المجلد الثاني عشر ـ العدد الثاني – الجزء الثاني

السنة(٢٠٢٢) (الشهر/كانون الأول)

افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وعلى اله وصحبه اجمعين

على بركة الله تقدم مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية اصدارها الثاني للعام ٢٠٢٢ باسم العدد الثاني – الجزء الثاني من المجلد الثاني عشر والذي ضم عدداً من البحوث العلمية في تخصص القانون والعلوم السياسية بعد ان استوفت هذه البحوث شروط النشر وحصلت على اجازة المحكمين المعتمدين من قبل هيأة تحرير المجلة .املين ان تنفع هذه البحوث المختصين في القانون والسياسة وان تثري حركة البحث العلمي في جامعتنا العزيزة وبلدنا الحبيب .إن هيأة تحرير مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية تسعى دائماً الى تعزيز المكانة العلمية للمجلة على المستويين الوطني والدولي. وفي هذا الاطار واستكمالاً لخطوات تحسين تصنيف المجلة حصلت مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية على الرقم المعياري الدولي الالكتروني E-ISSN:2706-5804 وعلى : DOI PREFIX 10.37651وهي كخطوة جديدة في طريق الدخول في المجلة الى التصنيفات العالمية. والله ولي التوفيق والسداد

هيأة التحرير

تعليمات النشر:

❖ **نوع النشر: types of publications**

١. بحوث علمية Journal Article: على ان لا يتجاوز عدد الكلمات (١٠,٠٠٠) كلمة من ضمنها الهوامش.

٢.تعليقات قضائية Court Cases Review: على ان لا يتجاوز عدد الكلمات (٥,٠٠٠) ما عدا الهوامش.

٣.مراجعة للكتب العلمية Book Review: على ان لا يتجاوز (٢٠٠٠) كلمة ماعدا الهوامش.

❖ **هيكلية البحث Structure:**

١- **العناوين** Titles:- ويشمل عنوان البحث وملخص البحث ويجب ان تكون بلون غامق وبحجم (١٨) وبدون ترقيم.

٢- **العناوين الداخلية الرئيسية Headings**:- يجب ان ترقم باعتماد على النظام الروماني باستخدام (I.II.III) مثال على ذلك

I. المبحث الأول

التعريف بالتمويل العقاري

٣- **العناوين الداخلية الثانوية Subheadings**:- وتكون بخط (١٦) وتعطى ترقيم حسب الترتيب الحرفي (أ. ب. ج) امثلة على ذلك

I. أ. المطلب الأول

تعريف التمويل العقاري بموجب قانون التمويل العقاري الفرنسي رقم ٥٧٩

I.ج. المطلب الثالث

اهمية التموين العقاري

٤- **العناوين الداخلية الفرعية Subheadings**:- يجب ان تكون بحجم خط (١٦ مائل) وتعطى ارقاماً بصيغة (١ – ٢ – ٣). مثال على ذلك

I.ج.٢ الفرع الثاني

تعريف المستثمر

❖ **ترتيب البحث:**

١- عنوان البحث باللغة العربية والانكليزية.

٢- اسماء الباحثين والقابهم العلمية واماكن عملهم باللغة العربية والانكليزية.

٣- البريد الالكتروني.

٤- ملخص البحث باللغة العربية والانكليزية على ان لايزيد عن (٢٠٠ كلمة) ويجب ان يتضمن الاتي:

أ- مشكلة البحث.

ب_ اهمية مشكلة البحث.

ج- المنهجية التي تستخدم في معالجة مشكلة البحث.

د- النتائج او الحلول لمعالجة مشكلة البحث.

٥- الكلمات المفتاحية بعد الملخص العربي و **(keyword)** بعد الملخص باللغة الانكليزية.

٦- المقدمة.

٧- متن البحث.

٨- الخاتمة.

٩- قائمة المصادر.

❖ **نوع وحجم الخط .**

١- يفضل استخدام نوع الخط (Times New Roman) وبحجم (١٦). على ان تكون المسافة بين الاسطر (١.٥).

❖ **الفهرس والمصادر.**

١- يجب استخدام الهوامش السفلية في توثيق المصادر ويشار إلى المصادر حسب ورودها في متن البحث بأرقام متسلسلة.

٢- يعتمد نظام (Chicago 16 or 17 في الاشارة إلى الهوامش في الحواشي السفلية وقائمة المصادر وحسب الترتيب الآتي. مثال على ذلك

* بحث علمي :

- في الهوامش السفلية: اسم الباحث، " عنوان البحث،" *اسم المجلة* عدد المجلة، الاصدار (سنة النشر): رقم الصفحة

- في قائمة المصادر: اسم الباحث. "عنوان البحث." *اسم المجلة*. عدد الاصدار. (سنة النشر): رقم الصفحة الاولى والصفحة الاخيرة من البحث. مثال على ذلك.

د.عادل ناصر حسين. " اثار الاقرار بالنسب على الغير في حالة عدم اثباته." *مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية*، عدد١ (٢٠١٠): ص١١٢- ١٣٦.

❖ كتاب:

- في الهوامش السفلية:

اسم المؤلف، *عنوان الكتاب*(مكان النشر: اسم الناشر، سنة النشر)،رقم الصفحة.

- في قائمة المصادر:

اسم الباحث. *عنوان الكتاب*. مكان النشر: اسم الناشر، سنة النشر.

* مواقع الانترنت: اسم الناشر. " عنوان المقال." اسم الموقع الالكتروني. تاريخ الدخول الى الموقع. رابط الموقع.

* قرار في دعوى قضائية اجنبية: اطراف الدعوى (الطرف الاول v. الطرف الثاني)، رقم المجلد الناشر. رقم الصفحة (السنة).

* قرار في دعوى قضائية عربية: رقم القرار، تاريخ القرار، النشرة القضائية ان كان منشور، الصفحة.

كان على موقع الكتروني يشار إلى الموقع حسب ما مذكور انفاً. مع القرار الانكليزي.

مثال على ذلك:-

هيرنك V. نيويورك، ٤٢٢ الولايات المتحدة الامريكية. ٥٥٣ (١٩٧٥).

❖ رسالة ماجستير او اطروحة دكتوراه:

- في الهوامش السفلية: اسم الباحث، " عنوان الرسالة او الاطروحة" (نوع الرسالة او الاطروحة (ماجستير او دكتوراه، اسم الجامعة، سنة النشر)، رقم الصفحة.

في قائمة المصادر: اسم المؤلف. "عنوان الاطروحة او الرسالة." نوع الرسالة او الاطروحة، اسم الجامعة، سنة النشر.

❖ **بحوث المؤتمرات:**

اسم المؤلف، "اسم البحث،" نشر في *اسم المؤتمر* (الناشر، سنة النشر)، رقم الصفحة.

*جريدة او موقع اخباري:

-في الهوامش السفلية: اسم الناشر، "عنوان المقال، *اسم الجريدة*، تاريخ النشر، رقم الصفحة.

- في قائمة المصادر: اسم الناشر، "عنوان المقال، *اسم الجريدة*، تاريخ النشر.

❖ **المستحقات المالية:**

تكون اجور النشر حسب اللقب العلمي وكالآتي:

١-	المدرس المساعد	٥٠،٠٠٠ خمسون الف دينار
٢-	المدرس	٦٠،٠٠٠ ستون الف دينار
٣-	الاستاذ المساعد	٧٥،٠٠٠ خمسة وسبعون الف دينار
٤-	الأستاذ	٧٥،٠٠٠ خمسة وسبعون الف دينار
يدفع مبلغ ٦٠٠٠٠ ستون الف دينار اجور تقويم مقطوعة		
في حال رغبة الباحث يمكن ان تتولى اللجنة المختصة في المجلة مهمة تنضيد وتنظيم البحث وفقاً للشروط الواردة في اعلاه لقاء مبلغ قدره (٢٥٠٠٠) خمسة وعشرون الف دينار مقطوعة		

❖ **تسليم مادة النشر: Manuscript Submission**

١) ترسل مادة النشر حصراً عن طريق البريد الالكتروني للمجلة المبين ادناه.

aujlps@uoanbar.edu.iq

٢) ارسال استمارة تتضمن المعلومات الاتية.

- اسم الباحث.
- مكان العمل
- معلومات الاتصال (رقم الهاتف – البريد الالكتروني).
- عنوان البحث.

اخيراً نرجو من جميع الباحثين التقييد بهذه الشروط وسيهمل اي بحث غير مستوفي كونها ملزمة لقبول نشر البحث وفق معايير النشر.

هيأة التحرير

ت	الاسم الثلاثي	مكان العمل	الصفة
١	ا.د. عبد الباسط جاسم محمد	جامعة الانبار/كلية القانون والعلوم السياسية	رئيساً
٢	أ.م.د. انس غنام جبارة	جامعة الانبار/كلية القانون والعلوم السياسية	مدير التحرير
٣	ا.د. احمد أد علي عبدالله	جامعة ابن طفيل/كلية العلوم القانونية والسياسية/ المغرب	عضواً
٤	ا.د. عمر فخري عبدالرزاق الحديثي	جامعة مملكة البحرين/كلية القانون	عضواً
٥	ا.د. عمار سعدون المشهداني	جامعة الموصل/كلية الحقوق	عضوا
٦	ا.د.اسعد فاضل منديل الجياشي	جامعة القادسية /كلية القانون	عضوا
٧	ا.م.د. مصطفى جابر العلواني	جامعة الانبار /كلية القانون والعلوم السياسية	عضواً
٨	ا.م.د. اركان ابراهيم عدوان	جامعة الانبار /كلية القانون والعلوم السياسية	عضواً
٩	ا.م.د. عماد رزيك عمر	جامعة الانبار /كلية القانون والعلوم السياسية	عضواً
١٠	أ.م.د. ليث الدين صلاح حبيب	جامعة الانبار /كلية القانون والعلوم السياسية	عضواً
١١	ا.م.د. لور سبع أبي خليل	الجامعة اللبنانية/ كلية الحقوق والعلوم السياسية والادارية	عضوا
١٢	أ.م.د. كهينة محمد قونان	جامعة مولود معمري/تيزي وزو/ كلية الحقوق والعلوم السياسية/ الجزائر	عضوا

قائمة محتويات المجلد الثاني عشر- العدد الثاني - الجزء الثاني - لشهر تموز لسنة٢٠٢٢

ت	عنوان البحث	اسم البا حث	مكان عمله	رقم الصفحة
٠١	جريمة إهانة الموظف العام والهيئات الرسمية	أ.د. حمدي صالح مجيد	كلية المعارف الاهلية	١ـ٥٨
٠٢	الوسائل القانونية والإدارية لتضمين الموظف العام (دراسة قانونية مقارنة)	أ.م.د. حيدر عبد النبي طولي	جامعة سومر-كلية القانون	٥٩-١٠١
٠٣	شرط التفاوض تحت رقابة الغير "دراسة مقارنة"	م.م نور اياد حسن - أ.م.د. لبنى عبد الحسين السعيدي	جامعة الامام جعفر الصادق(ع) كلية القانون	١٠٢ـ١٣٨
٠٤	التعسف في تحريك الشكوى وإجراءات التحري والاستدلال "دراسة قانونية مقارنة"	هند نصري ناجي العبيدي أ. م . د/ فاضل عواد محميد الدليمي	جامعة الانبار-كلية القانون والعلوم السياسية	١٣٩ـ١٨٥
٠٥	الأحكام القانونية للشركة القابضة وآثر علاقتها بالشركات التابعة لها	أ.م.د. علي طلال هادي	وزارة التعليم العالي والبحث العلمي/ الدائرة القانونية	١٨٦ـ٢١١
٠٦	الأساس القانوني للرقابة الإدارية على العقود الإدارية قيد التنفيذ (دراسة وصفية)	م.د. أحمد حمندي يحيى	وزارة التعليم العالي والبحث العلمي جهاز الاشراف والتقويم العلمي	٢١٢ـ٢٣١
٠٧	الفلسفة المالية الجديدة للمُشرّع العراقي إزاء الجامعات والكليات الأهلية، تعليق وتحليل لقرار المحكمة الاتحادية العليا في قضية كلية الرافدين الأهلية الجامعة ضد وزير المالية الاتحادي(رقم ١٣/اتحادية/ ٢٠٢٠) في (٢٠٢١/٦/٨)	م٠د٠علي عبد العباس نعيم	كلية القانون/ جامعة البصرة	٢٣٢ـ٢٥٠
٠٨	رقابة البرلمان الليبي على تنفيذ أهداف التنمية المستدامة	د. نعيمة عمر الغزير	قسم القانون/ مدرسة العلوم الإنسانية - الأكاديمية الليبية للدراسات العليا/ طرابلس/ ليبيا	٢٥١ـ٢٧٧
٠٩	العلاقات التعاقدية لبطاقات الدفع الالكتروني في التشريع العراقي	م.م. نعمت محمد مصطفى	جامعة نينوى- كلية القانون	٢٧٨ـ٣١١
١٠	جريمة العدوان - الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية بين التعليق والتفعيل.	م.م. عبدالسلام خلف عبود	جامعة الأنبار	٣١٢ـ٣٣٩

١١	الجهود الوطنية للمشرعين العراقي والاردني في مكافحة جريمة الإتجار بالبشر (دراسة مقارنة)	م. د. زيد خلف فرج عبدالله الظفيري م.م. مجاهد صائب دللي الجعفر	ديوان الوقف السني العراقي وزارة الكهرباء العراقية	٣٤٠-٣٦٤
١٢	(الرعاية الجنائية للصغير في التشريع العراقي)	م.م كمال مصدق عراك	كلية القانون / جامعة الفلوجة	٣٦٥-٣٩٥
١٣	FEDERALISM A DYNAMIC CONCEPT: COMPARATIVE STUDY OF FEDERALISM IN THE CONSTITUTIONS OF UNITED STATES OF AMERICA, INDIA AND IRAQ	Associate Prof. Ali Mahmod Yahya	Dept. of Law, Imam Aladham University College, Baghdad, Iraq	٣٩٦-٤٥٠
١٤	ميناء الفاو العراقي و مبادرة الحزام والطريق الصينية.	عمار صالح مهاوش أ.د. محمد دحام كردي	جامعة الانبار- كلية القانون والعلوم السياسية	٤٥١-٤٨٩
١٥	السياسة البريطانية تجاه القضايا العربية بعد عام ٢٠١١	احمد محمد دايح أ.د. مثنى فائق مرعي	جامعة تكريت –كلية العلوم السياسية	٤٩٠ -٥٠٧
١٦	المتغيرات المادية وتأثيرها على العلاقات التركية -المصرية	رشا فلاح حسن أ.م.د. عبد العزيز عليوي عبد	جامعة الانبار- كلية القانون والعلوم السياسية	٥٠٨ -٥٣٧
١٧	أفغانستان في المنظور الاستراتيجي الصيني	بيارق علي عزيز حمزة أ.م. د مروان عوني كامل	جامعة تكريت – كلية العلوم السياسية	٥٣٨-٥٥٨
١٨	أثر المتغيرات الإقليمية على العلاقات التركية الإسرائيلية بعد عام ٢٠١١م.	شهباء عباس جسام أ.م.د مصطفى جابر	جامعة الانبار- كلية القانون والعلوم السياسية	٥٥٩-٥٨٦
١٩	نحو استراتيجية وطنية للحد من تأثير الشائعات على الأمن الوطني العراقي: دراسة في المخاطر وسبل المواجهة.	م . د شاكر رزيج محمد	جامعة الانبار- كلية القانون والعلوم السياسية	٥٨٧-٦٢١
٢٠	توظيف القوة الناعمة في الاداء الاستراتيجي الهندي: امريكا اللاتينية أنموذجًا	د.يونس مؤيد يونس الدباغ	كلية العلوم السياسية/ جامعة الموصل	٦٢٢-٦٥٨
٢١	الإيكولوجيا السياسية (القضايا المركزية والتيارات الفكرية)	م.م احمد كريم صالح	جامعة الانبار- كلية القانون والعلوم السياسية	٦٥٩-٦٨٠

شرط التفاوض تحت رقابة الغير "دراسة مقارنة"

The condition of negotiation under the supervision of others "A comparative study"

م.م نور اياد حسن
Asst.Inst.Noor Ayad Hasan
جامعة الامام جعفر الصادق(ع)
كلية القانون
Imam Ja'afar Al -Sadiq University
College of Law
lubna.a@sadiq.edu.iq

أ.م.د لبنى عبد الحسين السعيدي
Asst.Prof.Dr.lubna Abdul Hussein
جامعة الامام جعفر الصادق(ع)
كلية القانون
Imam Ja'afar Al-Sadiq University
College of Law
noor.ayad@sadiq.edu.iq

الملخص

لابد من تنظيم العقد ابتداء من مرحلة تكوينه، ولا يتم ذلك الا من تنظيم مرحلة التفاوض بين الاطراف، وبغياب التنظيم التشريعي لها نجد ان ارادة الأطراف تتدخل بفرض شروط تنظيمية الزامية تحكم تلك المرحلة، وكثيرا ما يتم ذلك بتدخل طرف من غير الاطراف ليتولى عملية ادارة التفاوض فيما بينهم، ومع ذلك فإن الترديد المطلق لقاعدة النسبية تجعل من تنظيم التصرفات حبيسة اطرافها، ولا يمكن أن يمتد ذلك إلى غيرهم، ولكن هذا التصور لا يجري على إطلاقه، إذ يكون للإرادة والنص القانوني دوراً في مدى تنظيم العقد لاسيما عهد مهمة تنظيم التفاوض إلى غير الأطراف، فالشرط التفاوضي يُقصد منه ضمان سلامة التفاوض وعدم التسرع في إبرام العقد نظراً لمهلة التفكير والتروي التي تمنحها تلك الفترة، كما وإن الشرط وضع للغير نظراً لاعتبارات خاصة والتي قد لا تتوفر في اطراف العقد، لذا سنتعرف في هذا البحث على دور الغير في مرحلة التفاوض، بتقسيم البحث الى ثلاثة مباحث: المبحث الأول مفهوم شرط التفاوض تحت رقابة الغير والمبحث الثاني والذي كان بعنوان

الطبيعة القانونية لشرط التفاوض ودور الغير فيه اما المبحث الثالث الاثار المترتبة على شرط التفاوض تحت رقابة الغير.

الكلمات المفتاحية: الغير في العقد، المفاوضات، المرحلة السابقة على التعاقد، تكوين العقد.

Summary

The contract must be organized starting from the stage of its formation, and this can only be done by organizing the negotiation stage between the parties. Among them, however, the absolute repetition of the rule of relativity makes the regulation of actions confined to its parties, and this cannot be extended to others, but this perception does not take place on its release, as the will and the legal text have a role in the extent of organizing the contract, especially the task of regulating negotiation to others. The parties, the negotiating condition is intended to ensure the integrity of the negotiation and not to rush into concluding the contract due to the period of thought and deliberation granted by that period, and the condition was set for others due to special considerations that may not be available in the parties to the contract, so we will learn in this research about the role of others in the negotiation stage , by dividing the research into three sections: The first topic is the concept of the negotiation condition under the supervision of others and the second topic, which was titled The legal nature of the negotiation condition and the role of others in it. The third topic is the

effects of the condition of negotiation under supervision the others.

Keywords: others in the contract, negotiations, pre-contracting stage, contract formation.

المقدمة

أولاً- التعريف بفكرة البحث: إذا كانت الحياة الاجتماعية من لوازم الوجود الانساني، فأن تنظيمها يعد ضرورة تفرضها حاجة المجتمع لضمان حد ادنى من الاستقرار العادل، واذا كان الأصل ان الخضوع للقانون يتم تلقائيا من خلال التطبيق الارادي للمخاطبين بأحكامه، فأن ذلك لا يتحقق دائما، وبالنظر الى تطور الحياة الاجتماعية، الأمر الذي ولد عوامل دفعت الافراد الى ضرورة التوافق مع القانون، وفي مقابل ذلك حيث ظهرت عدة عوامل جعلت من سلوك الافراد لا يتلاءم مع احكام القانون نتيجة ذلك تتمثل في عدم ادراك المشرع عند نظمه للقواعد القانونية وحصر تطلعاته بما كان عليه الحال في المجتمع وقت وضعه تلك الاحكام، وكان ينبغي علية اتباع مرونة التصورات القانونية بالشكل الذي يخدم تطبيق القانون وما يستجد في المجتمع.

ولما كان العقد من اهم الوسائل الفعالة لتنظيم علاقات الافراد، فأن فترة التفاوض التي تسبقه لا تخلو من الأهمية كونها تمثل من اهم مقتضيات تكوين العقد فضلا عن وجود العامل المشترك بين ما يجري في تلك المرحلة وبين ما ينتج عنها لتحديد مصير العقد النهائي، مما جعل الارادات تتسابق نحو تنظيم مرحلة التفاوض بين الاطراف بالشكل الذي يخدم مصالحهم وما أفرزه الواقع الاجتماعي من تطور ملحوظ فيما يخص تعاملات الافراد وفي ظل غياب التنظيم التشريعي لمرحلة المفاوضات العقدية، ومن صور تنظيم الافراد لتلك المرحلة هي اشتراط تفاوض الافراد بتدخل طرف ثالث منظم ومراقب لما يدور في تلك المرحلة، الامر الذي قد يشكل شذوذ وغرابة في اذهان البعض نظرا الى ان الطابع الغالب لهذه المرحلة هو ان تتم المفاوضات بشكل مباشر بين اطرافها.

ثانياً- إشكالية البحث: تتركز مشكلة البحث الأساسية حول مدى قدرة الارادة على تنظيم مرحلة المفاوضات من خلال الاشتراط، فضلا عن مقدار الزام الاطراف بذلك، كما وإن البحث في موضوع شرط التفاوض تحت رقابة الغير يثير تساؤلات عدة والتي تمثل مشكلات عملية وعلمية حقيقية نحاول الإجابة عنها من خلال البحث والتحليل في بعض الأحكام التي تنظم عملية التفاوض في اطارها العام والتي تكاد أن تكون متناثرة ومتفرقة بين المؤلفات المختلفة وبعض الأحكام الواردة في التشريعات

المدنية ومؤلفات الفقه القانوني المدني، فمن خلال جمعها وتحليلها نحاول الإجابة عن التساؤلات الاتية:

١-ماذا يقصد بالغير في مرحلة التفاوض، هل هو من طائفة الاشخاص الذين تخاطبهم قاعدة نسبية اثر العقد من حيث الاشخاص؟

٢-هل يستمد شرط التفاوض طبيعته من وصف الاطراف، ام يتم تكييفه توافقا واحكام بعض المبادئ الراسخة في القانون؟

٣- اذا كان مصدر الزام الغير برقابة التفاوض هو ارادة الاطراف المتفاوضة، ما هو الدور الذي يمارسه هنا وكيف يتم تحديد نطاق صلاحياته؟

٤ - وحيث ان من اثار حرية الارادة في تنظيم مرحلة المفاوضات هو ان تستبعد الارادة دور القضاء للفصل في النزاعات الانية والمحتملة، هل يستهدف ذلك الى اقتضاء الشخص لحقه بنفسه أم ان الاستبعاد يكون بشكل حصري ومؤقت، وماهي طبيعة المسؤولية عن خرق الاطراف او الغير لمضمون شرط التفاوض؟

ثالثاً أهمية موضوع البحث: يستمد موضوع البحث أهميته من خلال ارتباطه بالأحكام المتعلقة بمدى قدرة الافراد على تنظيم تفاوضهم والذي كان ولازال مهداً للأبحاث والدراسات الفقهية والقانونية، إضافة إلى أن موضوع المفاوضات العقدية بحد ذاته يتعلق بالنظرية العامة للعقد بالنظر إلى الأثر الواضح والمهم الذي تؤديه تلك المرحلة على أركان العقد وعلى القواعد والمبادئ التي تحكمه كأثرها على تحديد مضمون التعاقد نظراً لما يملكه مضمونها من القدرة على تقييد مبدأ سلطان الإرادة، أضف إلى ذلك أن إعهاد مهمة تنظيم عملية التفاوض الى الغير يجعل من ذلك خروجاً على الاحكام العامة التي تنظم العقد، لذا تبرز أهمية ذلك في تحديد الأحكام التي تنظم عملية التفاوض إضافة إلى ارتباط أهمية البحث بالمشكلات والفرضيات سالفة الذكر.

رابعا: منهج البحث: سنعتمد في بحثنا هذا المنهج التحليلي المقارن وذلك من خلال تتبع أحكام تنظيم مرحلة المفاوضات العقدية المتناثرة في الدراسات والابحاث الفقهية القانونية، ويتحدد وجه المقارنة بشكل أساسي ببيان الاحكام العامة بتكوين العقد في القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي. فضلا عن متابعة الأحكام القانونية الخاصة بتنظيم كل جوانب العقد من مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ وفي كل من القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي، إضافة إلى بيان أحكام ذلك في إشارات ثانوية لبعض القوانين كلما دعت ضرورة المقارنة إلى ذلك، أما عن تعزيز المواقف في التطبيقات القضائية والذي يعد من إحدى صعوبات البحث، فلم يسعنا إلا الإشارة إلى بعض التطبيقات القضائية المتوفرة وفي مواقف مختلفة.

سادساً- صعوبات البحث: تتجلى صعوبة البحث في موضوع شرط التفاوض تحت رقابة الغير بعدم تناول أحكام هذا الموضوع بصورة شاملة ودقيقة في القوانين محل

المقارنة، وما وجدناه من أحكام فهي أحكام جزئية غير وافية وغير مختصة بمسألة الاشتراط في التفاوض، الأمر الذي صعب مهمتنا في اشتقاق تلك الأحكام من القواعد العامة، ومن الصعوبات الأخرى التي واجهتنا في هذا البحث، قلة الدراسات الفقهية القانونية السابقة والمتعلقة بالموضوع قيد البحث، ليس على مستوى الرسائل والأطاريح العربية فقط بل حتى على مستوى الأبحاث العالمية والتي وإن وجدت فإنها تتناول بحث المفاوضات العقدية في إطارها العام، وبسبب عدم توافر الأبحاث وفي ظل غياب المعالجة التشريعية لموضوع البحث، جعلنا نتجه نحو اشتقاق الأحكام الواردة كقواعد عامة وتطويعها لخدمة موضوع البحث، ومن المعلوم مدى صعوبة ذلك لجعلها تتناسب مع طبيعة الموضوع قيد البحث.

سابعاً- خطة البحث: من أجل أن يأخذ موضوع البحث بعده العلمي، عمدنا على تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث، تناولنا في **المبحث الأول مفهوم شرط التفاوض تحت رقابة الغير** وعمدنا فيه إلى تحديد المفاهيم الواردة فيه، إذ انقسم إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول التعريف بشرط التفاوض، وفي المطلب الثاني بحثنا في ماهية الغير، أما **المبحث الثاني والذي كان بعنوان الطبيعة القانونية لشرط التفاوض ودور الغير فيه** وقد قسمناه إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول الطبيعة القانونية لشرط التفاوض، وفي المطلب الثاني تناولنا دور الغير في عملية التفاوض، لاسيما دوره في صياغة العقد التمهيدي. ثم بحثنا في **المبحث الثالث الاثار المترتبة على شرط التفاوض تحت رقابة الغير**، وقد قسمناه إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول استبعاد دور القاضي، أما في المطلب الثاني فبحثنا في طبيعة المسؤولية الناشئة عن خرق الاشتراط ثم الخاتمة وتحتوي على النتائج والمقترحات.

I. المبحث الأول

مفهوم شرط التفاوض تحت رقابة الغير

لا يمكن ان نحد من قدرة الأطراف في توجه الإرادة نحو احداث اثارها، ما دامت المفاوضات الأمر الذي جعل ارادة الاطراف تتجه نحو تنظيمها وما يتلاءم ومصالحهم العقدية فضلا عن ملائمة ذلك التنظيم ومضمون العقد، ومن المعلوم ان عناوين تبويب اي بحث ما تكون أكثر اختزالا من حيث المضمون، الامر الذي يتطلب بيان ما يقصد بمفاهيم البحث، ولذلك ينقسم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في الاول تحديد المفاهيم وفي الثاني نستعرض اهم الاحكام الخاصة بمرحلة المفاوضات والتي قد تتداخل واحكام الموضوع قيد البحث.

I.١. المطلب الأول

تحديد المفاهيم

ينقسم هذا المطلب الى فرعين، يختص الاول منه لتحديد المقصود بشرط التفاوض والوقوف على اهم السمات البارزة فيه، اما الفرع الثاني سنتناول فيه التعريف بالغير في ظل نطاق مرحلة المفاوضات العقدية.

I.١.أ. الفرع الأول

التعريف بشرط التفاوض

تغيرت نظرة الفقه القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، إذ لم تعد المفاوضات العقدية مجرد عمل عادي لتبادل وجهات النظر بين الأطراف، وإنما أصبحت من المراحل المهمة في دورة تكوين العقد لما يتخللها من اشتراطات تطرح من قِبل أحد الأطراف أو من كلاهما والنص على ضرورة الوقوف على مدى تنفيذها وكل ذلك يدور في نطاق الركائز الأساسية لمرحلة التفاوض وما يتعلق منها بمبدأ حسن النيّة ومبدأ استقرار المعاملات وضرورة حماية الأوضاع الظاهرة في التعامل[١].

الأمر الذي أدى إلى تطور النظرة نحو الفهم التقليدي للإرادة، فبعد انحسار دورها أصبح يشكل مبدأ سلطان الإرادة أهم المبادئ التي يقوم عليها العقد ليس في مرحلة تنفيذه وحسب، بل حتى في مرحلة التكوين، حيث متى ما بدأ الأطراف في دائرة التفاوض وجب عليهم الاعتداد بالحالة الواقعية للوضع التفاوضي، والسبب في ذلك يكمن في أن كل طرف بعث في نفس الطرف الآخر الثقة والرغبة الصادقة نحو إبرام العقد وتنفيذه في المستقبل وابتداءً من مرحلة التفاوض[٢].

مما أدى ذلك إلى اتساع المبدأ وظهر ذلك بشكل جلي في الاشتراطات العقدية، لا بل على الأكثر من ذلك تدخل دور الارادة واتسع حتى في مرحلة المفاوضات حيث أصبح من إمكانية الأطراف وضع البنود الهادفة نحو تنظيم ما يتعلق باتفاقهم وضرورة الوقوف على تنفيذها[٣]. وفقاً للأساس الشرعي لهذا الإلزام المتمثل بقوله تعالى ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ))[٤]، وقول الرسول (ص) (المسلمون عند

---

(١) يُنظر: د.صبري حمد خاطر، "قطع المفاوضات العقدية"، *بحث منشور في مجلة جامعة النهرين، كلية الحقوق*، المجلد الأول، بغداد، (١٩٩٧): ص١٢٠ وما بعدها.

(٢) يُنظر: د.عبد المنعم موسى إبراهيم، *حسن النيّة في العقود*، منشورات زين الحقوقية، (بيروت: ٢٠٠٦)، ص٤٢.

(٣) فضلاً عن دو الإرادة باعتبارها الأساس الملزم للعقد (مبدأ القوة الملزمة للعقد) رغم أن هنالك مَن يرى أن (جعل الإرادة مصدراً لكل الحقوق والالتزامات هو انحراف في نواحي ووهم في نواح أخرى، فالعقود لا تستمد قوتها من سلطان الإرادة...). يُنظر في ذلك: د.عبد المجيد الحكيم، *الوسيط في نظرية العقد، انعقاد العقد*، ج١، (بغداد: شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٦٧)، ص٧٧.

(٤) سورة المائدة، الآية رقم (١).

شروطهم إلاّ شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً)[١] المبدأ الذي تلقفه المشرّعون وصاغوه بالشكل الذي ذابت أحكامه في نصوص قانونية[٢].

وأمام حقيقة ارتباط العقد النهائي بما ينتج من مرحلة التفاوض التي تسبقه وما ينجم عنها من اشتراطات وضرورة الإصرار على التنفيذ حتى في تلك المرحلة كان ذلك استناداً إلى الركائز الأساسية التي تقوم عليها عملية التفاوض والتي تتمثل بمراعاة قواعد الأخلاق والعدالة لتحقيق الأمان العقدي[٣].

وعليه قد يشترط الأطراف أو أحدهم قبل الشروع بعملية التفاوض بضرورة تعيين شخص من الغير للنظر في شؤون تفاوضهم وعقدهم المستقبلي، حيث لم تعدّ عملية التفاوض مجرد عملية مساومة في الأسواق حول منتج معين، بل نجدها تتجه دوماً نحو التطور فضلاً عن تطور الواقع العملي والمتمثل بطرح أشياء جديدة في التعامل لاسيما المستحدث منها، وأمام عدم إلمام الأطراف بظروف التعاقد لاسيما الإلمام الكافي من حيث المعلومات التي تخص محل العقد، حيث تتفاوت قدرات الأفراد فيما يخص العملية التعاقدية بالشكل الذي يخلق جو من التردد والحذر في هذه المرحلة والتي قد لا يكتب لها النجاح فيما لو اقتصر الأمر على إدارة الأطراف لها[٤].

من ذلك تظهر الأهمية العملية والقانونية لدور الشرط في مرحلة التفاوض لكونه يعبّر عن حقيقة التنظيم الإرادي لمرحلة التفاوض فضلاً عن حصر معالم العقد الذي سيبرم في المستقبل والتي يجمعها جامع واحد وهو اتجاه إرادة الأفراد نحو التنظيم العقدي، من ذلك جعل الاشتراط أمر ضروري فيما يتعلق بالرقابة على عملية التفاوض من قبل الغير والذي يجب أن يكون دوره محايداً وإيجابياً بشكل أو بآخر، وكما سيجيئ بحثه، وبذلك يعتبر شرط التفاوض تحت رقابة الغير من أبرز معالم التنظيم الإرادي لمرحلة المفاوضات العقدية[٥].

وفي حقيقة الأمر ومن خلال استقراء مؤلفات الباحثين، لم نجد واحداً منهم يتصدى لتعريف شرط التفاوض تحت رقابة الغير وكان جُلّ اهتماماتهم تتركز في أحكام الفترة السابقة على التعاقد بإطارها العام تحت مسمى "المفاوضات العقدية".

---

(١) رواه عمر بن عون المزني، عن كتاب *صحيح الترمذي للألباني*، ص١٣٥٢.

(٢) يُنظر: في ذلك المواد (١٣١ وما بعدها) من ق.م.ع.

(٣) يُنظر: د.ثاوات عمر قادر حاجي، *مبدأ استقرار المعاملات*، (لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠١٧)، ص١١٠.

(٤) يُنظر: د. حمدي محمود بارود، "القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في عقود التجارة الدولية"، *بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية، كلية الحقوق*، العدد الثاني، (٢٠٠٥): ص١٣١.

(٥) يُنظر: المصدر نفسه، ص١٣٥.

ولكن من خلال استعراض ما تقدم تمكّن من تعريف الشرط بأنه قيام الأطراف بالاتفاق بينهم على تحديد شخص من الغير ليقوم بدور المنظم والمراقب لعملية التفاوض المباشر بينهم فضلاً عن وضع الأسس السليمة لتسوية النزاعات الآنية والمحتملة.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد حيث نجد أن لفكرة الاعتبار الشخصي لها صداها في تحديد من يراقب عملية التفاوض مع عدم النظر إلى دور الاعتبار الشخصي في تحديد أطراف، فقد لا يكون العقد من العقود القائمة عليهم(١).

والسبب في ذلك يكمن في أن الغاية من اشتراط إدارة الغير للتفاوض تكمن في عدم توافر الدراية الكافية لدى الأطراف في كل ما يتعلق بمضمون العقد، الأمر الذي استلزم أن يعهدوا بذلك إلى شخص لديه الخبرة والكفاءة القانونية والاقتصادية والجوانب العلمية الأخرى، وفيما يخص عملية التفاوض وسواء تمت بشكلها التقليدي أم الحديث(٢).

ومما تجدر الإشارة اليه هو ضرورة تحديد أهم السمات التي تتعلق بشرط التفاوض ولما كانت السمة تستمد من ذاتية الشيء، فيمكن استنتاج ذلك بالرجوع إلى التعريف المتقدم، وبذلك يمكن إدراج النقاط الآتية:

أولاً- شرط التفاوض تحت رقابة شرط إرادي محض يبرز فيه بوضوح دور الإرادة في تنظيم مرحلة التفاوض تمهيداً لإبرام العقد النهائي بشكل دقيق ومنظم.

ثانياً- يبقى الغير في شرط التفاوض أجنبياً تماماً عن العقد وعن الآثار التي تترتب عليه ويقتصر دوره على ما يتخلل مرحلة المفاوضات من أمور ويكون ذلك في حدود الدور المناط به بموجب صيغة الاشتراط.

ثالثاً- لا يفقد شرط التفاوض عنصر الاحتمال الذي تقوم عليه كل عملية تفاوض بشكل عام من حيث الأصل، فهذا العنصر يبقى قائماً حتى عند قيام الغير

---

(١) يُنظر: د. حسن حسين الراوي، *التعاقد من الباطن*، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢)، ص١١٠.

(٢) في الغالب نجد أن هنالك تفاوت في مراكز الأطراف من حيث المؤهلات فهناك طرف قوي قادر على فرض شروطه على الطرف الآخر وبذلك تصبح النصوص الحمائية الواردة في التشريعات عديمة الجدوى متى استطاع الطرف القوي أن يفرض فقرة تتعلق بالقانون الواجب التطبيق بعيداً عن حماية القانون الوطني.

-Reinhard Schu, Consumer Protection and Private International Law in Internet Contracts, Arellano Law and Policy Review, ed.2, 2007, p.47. https://www.arellanolaw.edu/alAr/U8n20.pdf.

بـإدارة عمليـة التفـاوض مـن قبـل الأطـراف وبالشـكل الـذي يتحـدد بحـدود الواجبـات الواردة في مضمون الشرط[١].

رابعـاً- كل من الأطـراف والغير يلتزمون بواجب الإعلام وتقديم المعلومـات والمقترحات كلاً بحسب دوره في عملية التفاوض، والمفهوم المخـالف لـذلك قد يؤدي إلـى عرقلـة عمليـة التفـاوض ويـؤدي بهـا إلـى النهايـة دون أن تسفر عن نتيجـة عقديـة موجبة.

ومن خلال جمع الأفكار المتقدمة نتمكن من القول أن الاشتراط في التفاوض لن يجري بتدخل مباشر وثنائي بين الأطراف بل قد نجد أن العلاقة تنعقد أحيانـاً من حيث الأشخاص وتكوين علاقة تفاوضية ثلاثية الجانب يراقبها شخص محايد محـاولاً تقريب الأسس التفاوضية وجعلها تحت تصرف الأطراف، فضـلاً عن تنظيم ومتابعة عمليـة التفـاوض من خـلال وضـع السياقات العمليـة الناجمـة لوصـول الأطـراف إلـى تسوية ودّيـة للنـزاع ويتجاوزهـا للوصـول إلـى إبـرام العقد بشكله النهـائي والـذي يعد الغاية الأساسية للتفاوض.

وبما ان الشيء في الشيء يُذكر، حيث تختلف مهمة الغير المراقب بشكل كلـي عن مهمة المدقق أو الوسيط والذي تتركز مهمته الأساسية في تقريب وجهات النظر لإيصال الأطراف إلى حل ودّي للنزاع الذي يكون بمناسبة تنفيذ العقد[٢]. وهذا ما سنبحثه في بيان الطبيعة القانونية لشرط التفاوض تحت رقابة الغير.

I.١.ب. الفرع الثاني
التعريف بالغير في شرط التفاوض

كـان يُنظـر إلـى المفاوضـات التمهيديـة نظـرة شخصـية بحتـة بضـرورة تـوفر شخصين سيصبح في المستقبل أحدهما دائن والآخر مدين[٣]، حيث لا يتصور قيام العقد بدونهما ابتداءً من مرحلة التكوين والى التنفيذ (النزعة الشخصية للالتزام)[٤].

ولكـن سـرعان مـا تغيـرت تلـك النزعـة وأصـبح التطـور يلقـي بظلالـه نحـو ضـرورة تغيـر مفـاهيم الإطـار العقـدي وضـرورة الانتقـال إلـى النزعـة الموضـوعية

---

(١) يُنظر: د. وعود كاتب الانباري، "المفاوضات العقدية عبر الإنترنت"، *بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء*، مج١، ع ٢، (٢٠٠٩): ص٢٠١.

(٢) يُنظر :د. حمدي سليمان القبيلات، "تسوية المنازعات الناشئة عن عقد البوت"، (رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١١)، ص٤١ وما بعدها.

(٣) وذلك لأن الطرف الواحد إذا باشر عملية التفاوض العقدية وكذلك تنفيذه، فإنه يؤدي إلى تضاد الأحكام، حيث يكون ذلك الشخص مسترداً، قابضاً، مسلماً، مستقضياً مخاصماً لنفسه في العيب. للمزيد عن ذلك يُنظر: د. محمد إبراهيم بنداري، *التعاقد باسم مستعار*، القاهرة، دار النهضة العربية، دون سنة نشر)، ص٥٤٤ وما بعدها.

(٤) يُنظر: د. عماد ثابت الملا حويش، "النزول عن العقد"، (أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩٢)، ص١٨٧.

فضلاً عن تطور مفهوم المفعول النسبي[١] للتصرفات، إذ أصبح من الممكن تدخل أشخاص آخرين لإدارة عملية المفاوضات العقدية بالشكل الذي يكون لهم دوراً إيجابياً في مرحلة إبرام العقد، لا بل على الأكثر من ذلك اتجهت الأبحاث نحو ذلك في نطاق المجموعة العقدية، وكان ذلك استجابةً للمفهوم المتطور والمتغير لمبدأ المفعول النسبي للتصرفات[٢].

الأمر الذي يقودنا إلى ضرورة بيان مفهوم كل من شرط التفاوض ومفهوم الغير فيه، وما هي الجهود التي بذلت في سبيل تحديد ذلك في إطار التغيرات الحديثة في مفهوم كل منهما.

في نطاق العقد وبعيداً عن مرحلة التفاوض، نجد أن مبدأ المفعول النسبي يمارس دوراً صارماً في تحديد مدى انصراف آثار العقد إلى أطرافه، وكل ذلك نتيجة لهيمنة مبدأ سلطان الإرادة، فالعقد باعتباره قانون عاقديه لا يحكم سوى الأطراف[٣]. إلا أن سرعان ما تقلص دور ذلك السلطان أمام اتساع مبدأ المفعول النسبي والذي جعل من إمكانية شمول أشخاص من الغير وفق اعتبارات معينة من وجهة نظر الأطراف تجعلهم يتجهون نحو تخويل إرادة الغير لإدارة العملية العقدية[٤].

ونظراً للطبيعة الخاصة لمرحلة المفاوضات العقدية وطول المدة التي قد تستغرقها وما نتج عنها من مخاطر ناتجة عن تسرع الأطراف في الاتفاق أو عدم إدراكهم لأحكام بعض المسائل التي تخص مضمون العقد[٥]، جاء الاشتراط في التفاوض وبرقابة الغير لمفاوضات الأطراف وذلك لتذليل الصعوبات التي تتمثل بالتعقيدات القانونية والفنية أمام طرفي العقد وذلك للحد من المخاطر الجسيمة التي قد تواجههم في أثناء إبرامه وبالشكل الذي ينشئ للأطراف جواً من التفكير والتروي للتحقق من مدى ملائمة العقد للظروف والتطلعات والتي تشكّل العقد النهائي[٦].

ومن الجدير بالذكر هو أن إدارة الغير لعملية التفاوض كان ولازال يشكّل شذوذاً وغرابة في الأوساط الفقهية القانونية لاسيما ما يتعلق بنطاق البحث فيه، فضلاً

---

(١) من تطبيقات مبدأ المفعول النسبي في العقد في القانون المدني العراقي ما نصت عليه المادة (٨٥٥) فيما يتعلق بالتزامات المستعيد، والمادة (٩٥٦) فيما يتعلق بالتزامات المودع لديه.

(٢) يُنظر: د. عماد ثابت الملا حويش، المصدر السابق، ص١٨٨.

(٣) يُنظر: د. عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، "أزمة العقد"، (رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩٨)، ص٦٨.

(٤) يُنظر: د. جورج سيوفي، *النظرية العامة للموجبات والعقود، مصادر وموجبات،ج١* ، (بيروت: دون دار نشر، ١٩٦٠)، ص١٩٠.

(٥) يُنظر: د. رفاه كريم رزوقي، "الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري"، بحث منشور في *مجلة كلية العلوم القانونية والسياسية*، العدد ٣، السنة الثامنة، (٢٠١٦): ص٦١٠.

(٦) يُنظر: د. وعود كاتب الانباري، *المفاوضات العقدية عبر الانترنت*، المصدر السابق، ص٢٠١-٢٠٢.

عن تحديد مفهوم واضح ودقيق للغير في هذه المرحلة ومدى الاعتبارات التي يستند إليها الأطراف في تعيينه فضلاً عن دوره في عملية التفاوض(١).

ولا مماراة في القول أن الإرادة تلعب دوراً واضحاً ومهماً في تحديد ذلك والتي يجب أن تكون إرادة هجينة ومركبة تتجه نحو التركيز على تحديد نطاق دور الغير في مرحلة المفاوضات دون أن تتعدى إلى مراحل أخرى.

وحيث أن التحري في المؤلفات والبحوث للوصول إلى تحديد مفهوم الغير قد تسعفنا بشكل أو بآخر نحو ذلك، خصوصاً إذا ما علمنا أن القانون المدني العراقي حدد نطاق العقد من حيث الأشخاص وذلك في نص المادة (١٤٢)(٢) فيما يتعلق بسريان آثار العقد وهو ما يتعلق بتحديد مفهوم العاقدين وما يندرج تحتهم من أشخاص، فلا يمكن أن نعتمدها في تحديد مفهوم الغير لاسيما في فترة التفاوض(٣).

حتى بالنسبة لواقع القانون المدني الفرنسي فهو لم يحدد لنا مفهوم الغير بشكل دقيق استناداً إلى المادة (١١٦٥) والتي نصت (ان الاتفاقات لا تنتج آثاراً إلاّ بين الأطراف المتعاقدة فلا يمكن أن تضر بالغير، ولا يمكن لهذه الأخيرة أن تنتفع منها إلاّ بحسب الحالات التي نصت عليها المادة (١١١٢١)(٤).

ومن خلال استقراء مؤلفات الفقه، نجد أن أفضل معالجة فقهية لتحديد مفهوم الغير هو ما استعرضه الفقه الفرنسي في ثنايا دراسته لمبدأ المفعول النسبي وهذا ناتج عن ظهور نظرية المجموعة العقدية في نطاق الفقه القانوني الفرنسي والتي كانت من مخلفات التطور الاقتصادي والتي نتجت عنها صور وأشكال متعددة في التصرفات القانونية لم تعد معروفة في نطاق العلاقات العقدية التقليدية، الأمر الذي جعلها تتصف بالتعقيد(٥).

والسبب في الاستناد على الفقه الفرنسي لتحديد مفهوم الغير هو ان الفقه القانوني عرض معالجة ذلك بشكل عام دونما دقة ومرونة، إذ عرّفوه بأنه "الشخص الذي لم يكن طرفاً في العقد لا أصالةً ولا نيابةً والذي هو ليس خلفاً عاماً ولا خاصاً

---

(١) أنظر حول مسألة انصراف أثر التصرفات من ذمة الى أخرى، حاسم سلمان لفتة الحيدري، "النيابة عن الغير في التصرف القانوني"، (رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩١)، ص٣١.

(٢) يقابل المادة (١٤٦)، والمادة (١٥٢) من القانون المدني المصري.

(٣) من الجدير بالاشارة أن حكم العلاقة القانونية بين الغير والمستفيد للاسم يجعل من الأخير أجنبياً عن العقد الذي يبرمه مع الغير، ومن ثم لا يستفيد ولا يضار من العقد بطريقة مباشرة طبقاً لمبدأ المفعول النسبي للعقد للمزيد يُنظر: د. عبد العزيز مرسي، *التعاقد باسم مستعار*، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٩)، ص٤٣.

(4) Art. (1165):- (Agreements produce effect only between the contracting parties, they do not harm a third party, and they benefit him only in the case provided for in Article (1121)).

(٥) مرت نظرية المجموعة العقدية بمراحل زمنية متعاقبة منذ نشأتها الأولى في كنف الفكر القانوني الفرنسي والى يومنا هذا وأثارت جدلاً واسعاً في أوساط الفقه القانوني العربي، تباينت مواقف الفقه العربي وكذلك القضاء في تحديد مضمونه وتطبيقاته للتوسع أنظر: د. نصير حيدر لفتة الحيدري وعلاء ناصر عزوز، "تأصيل نظرية المجموعة العقدية"، *بحث منشور في مجلة الكوت للعلوم القانونية*، (٢٠١٩): ص١٩٣، ٢٤١.

ولا دائنا للمتعاقدين"[١]، مما جعل مفهوم الغير وفق هذا التعبير محصوراً في نطاق العقد وهو لا يهمنا من حيث العلاقة بموضوع البحث.

ويطرح الفقه الفرنسي فكرة مفادها أن الواقع الاجتماعي يمثّل المحيط الذي نشأ فيه أي نشاط قانوني ولذلك لا يمكن الفصل بين إرادة الأطراف والمحيط الذي نشأت فيه[٢]، مما جعل من الإرادة تهيمن على التزام الأطراف في اشتراطاتهم، الواقع الناتج عن تطور حركة التصنيع في النشاط العقدي الاقتصادي[٣].

مما نتج عن ذلك وصف مرحلة التفاوض بمثابة كائن حي لا يتسم بالجمود، وأهم ما يميز هذه المرحلة هو التحول والتغيير في أحكامها، من ذلك جعل أن مجموعة العقد هي أهم مظهر من مظاهر تطور التصرف القانوني[٤].

بعد ذلك اتجه الفقه الفرنسي نحو البحث عن أساس الاشتراط في المفاوضات العقدية مع غياب صفة الإلزام فيها، وحيث شهد شرط التفاوض تطوراً مهماً لديهم مما جعلهم في الاتجاه نحو بحث عن أساس أفضل لمبدأ المفعول النسبي العقدي وتطويعه بالشكل الذي يلائم مرحلة تكوينه تمهيداً للوصول إلى تكييف مفهوم الطرف ومفهوم الغير في مرحلة التكوين[٥].

وانطلاقاً من ذلك نجد أن تحديد مفهوم الغير لدى الفقه الفرنسي اتجه نحو البحث في مبدأ السببية لتكريس مبدأ العدالة التبادلية والذي يقضي أن العقد في مفهومه المتطور والمتحول يقوم بدور نقل المنافع الاقتصادية بين الأطراف والغير من أجل تبادلها وعدم حصرها في نطاق معين من حيث الأشخاص، وتبرير ذلك هو ان مبدأ التفاوض يقوم في الأساس على فكرة التوقع فضلاً عن قيامه على أساس الصفة الشخصية للأطراف[٦].

---

(١) يُنظر: د. محمد وحيد الدين سوار، *النظرية العامة للالتزام*، (سوريا: منشورات جامعة حلب، ١٩٩٧): ص٢٩٢.

(٢) وفي مقابل ذلك يشير الفقه العربي أن القوة الملزمة للعقد مرت بمراحل قد هيمنت فيها الإرادة على العقد واعتبرت هي أساس لزمة ولا يستمدها من القانون، ويقتصر دور الغير على الاعتراف بذلك. يُنظر: د. عاطف كامل فخري، "مفهوم الغير في القانون المدني المصري"، (أطروحة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، مصر، ١٩٧٦)، ص١٦٩.

(3) Gibeili, La relativite des conventions et les groups de contracts, ed. By L.G.D.J, 1996, p.90.

(4) Gibeili, Op.Cit, p.227.

(5) Chestin, Traite des contract information, ed. By L.D.G.J, et 1995, p.139.

(٦) لا نعني بالصفة الشخصية هنا هو العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، بل إن المقصود منها هو أن أطراف التفاوض يعرفون بعضهم البعض ويعلمون مسبقاً مدى استعداد أحدهم تجاه الآخر نحو الاستمرار في التنفيذ وحسن نيته في ذلك.

وذلك ناتج عن المزج بين أفكار مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ النسبية، حيث يشير الفقه أن الإرادة لا ينحصر دورها في مرحلة التكوين والتنفيذ، بل حتى في المرحلة التي تسبق التكوين رغم أن الغير لا يُعد طرفاً في العقد(١).

مما استتبع ذلك ضرورة أن يُسلم بأن الإرادة هي المصدر الوحيد لاشتراط إدارة عملية التفاوض من قبل الغير، وهذا ما قدمنا عند بحثنا مفهوم شرط التفاوض والذي سنبحثه أيضاً عند بيان الطبيعة القانونية له، فالإرادة هي الكفيلة بتحديد مَن يدير عملية التفاوض ولا يقتصر أثره على تلك المرحلة، بل يمتد أيضاً إلى مرحلة التنفيذ لاسيما في تحديد من يُعد طرفاً ممن يعد من الغير(٢).

في حين يرد جانب من الفقه الفرنسي في أن استبدال مبدأ سلطان الإرادة في الاشتراط لتحديد مفهوم الغير بمبدأ النية يجعل من إمكانية جعل مشكلة الطرف والغير تُراوح مكانها، والحل في ذلك هو أن نخرج من النطاق الضيق إلى النطاق الواسع ألا وهو إرادة المشرّع، فلا ننكر ما الدور الإرادي للأفراد فقط، بل تتداخل معه إرادة المشرّع فضلاً عن ذلك ليس تكريس ذلك الدور في مرحلة التكوين والتنفيذ بل حتى في مرحلة التمهيد التفاوضي، ويتم ذلك من خلال حصر الطابع الشخصي للتصرف(٣).

حيث ان تدخل المشرّع لتنظيم طبيعة تصرف ما يعود إلى طبيعة الحياة القانونية التي تستوجب ذلك التنظيم، وهي ميزة المجتمع المُنظَم المحُترِم للقانون، فضلاً عن اتجاه إرادة المشرّع نحو تحقيق الفاعلية للتصرف الذي ينتج أثناء فترة التفاوض وبغض النظر عن مركز مَن صدرت منه(٤).

وإن الذي يميّز ذلك هو الأسلوب الذي أنشئ فيه العقد، فالاتفاق التفاوضي وحده هو الذي يحدد النطاق الذي تتحرك فيه الإرادة(٥).

ومن خلال ما تم عرضه من أفكار، نتمكن من القول أن لمفهوم الغير في نطاق العلاقات القانونية معيين، المعنى الأول (الغير بالمفهوم الواسع) ويتمثل بدور الغير في الأثر الملزم للتصرف، والمعنى الثاني (الغير بالمفهوم الضيق)، ويظهر في

---

(1) Gibeili, La relativite des conventions, Op.Cit, p.21.

نفس الموقف يطرحه الفقه العربي حين يشيرون إلى أن العقد متى ما خلصت لأطرافه شخصيتهم العقدية أصبح من غير الممكن اعتبار من لم يشارك في تكوينه طرفاً فيه. يُنظر: د. حلمي بهجت بدوي، *أصور الالتزامات*، (القاهرة: مطبعة نوري، ١٩٤٣)، ص٣٤٠.

(٢) يُنظر: د. نبراس ظاهر جبر الزيادي، حقوق الغير المقترنة بالعقد، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠١٥، ص١١.

(3) Gibeili, Op.Cit, p.21.

(4) Chestin, Traite des contracts, Op.Cit, p.145.

(٥) يُنظر: د. سامي منصور، *عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني*، ط١، (بيروت: دار دار الفكر اللبناني، ١٩٨٧)، ص١١٥-١١٦.

المرحلة التي تسبق إبرام العقد، وحيث ان الفكرة المتقدمة كانت أكثر اختزالاً في المضمون فإن تفصيلها يتمثل في القول أن الغير في المجال الأول يشمل الكل ماعدا العاقدين أي بمعنى ان ما عداهم يدخل تحت مفهوم الغير.

أما فيما يتعلق بالمعنى الثاني فمقتضاه أن مرحلة المفاوضات تنشئ واقعة مادية تسري في مواجهة الكافة، فكل من لا تخاطبه قاعدة سريان أثر العقد من حيث الاختصاص لا يدخل في عداد الغير.

وهذا التحليل الذي نحن بصدده نجد له صداه في ظل الفلسفة الفردية التي تُعتبر من تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة والتي فرضت مفهوم الغير في مرحلة المفاوضات العقدية[١]، على ان التطورات التي لحقت نظرية العقد جاءت في صورة تيار مضاد يحدّ من النطاق الواسع لمفهوم الغير في مجال تكوين العقد ويوسع من مفهوم الغير في مجال سريان أثر العقد[٢].

ومن خلال استجماع الأفكار السابقة، نتمكن من تحديد مفهوم الغير في شرط التفاوض ولذلك نشير إلى ان الغير هو مَن اتجهت إليه إرادة الأطراف نحو إدخاله بدور المراقب أو الملاحظ للمفاوضات التي تدور بينهم، وتسوية ما نشأ عنها من مسائل بمناسبتها فضلاً عن دوره في وضع الحلول للنزاعات العقدية المحتملة.

ومن الجدير بالذكر أن عملية اختيار الغير من قبل الأطراف لم تكن مطلقة من الضوابط، إذ يتم ذلك وفق اعتبارات معينة توفرت في شخصي الغير ومكّنت الأطراف من الاتجاه نحو اختياره، وهذا الاعتبار يتسم بالنسبية، فهو يتضمن مقدار ما يحمله الشخص من الخبرة والمهنية فضلاً عن مدى حسن النية والصدق والأمانة واعتبارات أخرى تختلف باختلاف توجهات الأطراف[٣].

---

(١) يُنظر: د. حسين عبد القادر معروف، "النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني"، (رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩٩): ص١٥٢.

(٢) هذا التبرير نجد سنده لدى الأستاذ الدكتور السنهوري، حيث يقول (ان القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير قاعدة عقيمة وبالية ورثناها عن القانون الروماني ونحن نستقيها اسماً لا فعلاً...). أنظر مؤلفه: *نظرية العقد*، ج٢، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨): ص٨٦٤ هامش رقم (١).

(٣) إن الاعتداد بالاعتبار الشخصي لا يرتكز على إرادة الأطراف فقط بل ثمة عوامل أخرى تلعب دوراً في ذلك وتتمثل بنص القانون وطبيعة الالتزام ذاته. يُنظر: د. علاء حسين علي، د. سعد ربيع عبد الجبار ود.محمد عبد الوهاب، "التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي"، *بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار، كلية القانون والعلوم السياسية*، العدد السادس، (دون سنة نشر): ص٢.

I.٢. المطلب الثاني

مدى تدخل احكام التفاوض المباشر في نطاق التفاوض تحت رقابة الغير

جاءت المفاوضات العقدية لتذليل الصعوبات أمام أطراف العقد وتتمثل تلك الصعوبات بالتعقيدات القانونية والفنية فضلاً عن المخاطر الجسيمة التي تتولد عن التفاوض بشكل جدّي وحذر لاسيما في الأشياء الخطرة والحديثة في التعاقد، وكذلك الأمر بالنسبة لأطراف العقد ومدى قابليتهم على وضع البنود العقدية(١).

من ذلك أصبحت عملية التفاوض عملية مباشرة بين الأطراف تستهدف تبادل وجهات النظر وتقديم البيانات والمعلومات في كل ما يخص عقدهم فضلاً عن مناقشة الشروط التي يضعونها لإبرام العقد بغية تحديد أفضل وأدق لمحتوى العقد وبغض النظر عن تنفيذ ذلك من عدمه(٢).

ولا نقصد بالتفاوض المباشر بين الأطراف أن يكون كل من الطرفين في مجلس تفاوض متحد، بل على العكس من ذلك يمكن أن يكون التفاوض مباشراً بين الأطراف ولكن باستخدام وسيلة الكترونية، كما هو الحال بالتفاوض باستخدام وسائل التقدم العلمي الالكتروني (التفاوض عن بُعد)، وان ما يلاحَظ هنا أن بإمكان الأطراف رؤية بعضهم البعض وسماع كل منهما الآخر، ولكن المختلف في الأمر هو الوسيلة المستخدمة، ومع ذلك يبقى تفاوضاً مباشراً(٣).

مما تقدم يتبين لنا أن عملية التفاوض هي نشاط ثنائي الجانب يسعى الأطراف فيها إلى إحداث آثار قانونية فعّالة لإبرام العقد النهائي ويكون مصدر هذا النشاط إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية(٤)، فعملية التفاوض لا تقوم على محض الصدفة بل لابد من اتفاق أولي يُنشئها(٥).

أضف إلى ذلك انه لا وجود في التفاوض التقليدي أو الحديث أي تدخل لشخص آخر، حيث إن المباشرة بين الأطراف في التفاوض تعني الاتصال وتطابق

---

(١) يُنظر: د. وعود كاتب الأنباري، *المفاوضات العقدية عبر الانترنيت*، المصدر السابق، ص٢٠١.

(٢) يُنظر: د. ياسين محمد الجبوري، *المبسوط في القانون المدني*، ج١، (عمان: مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٦)، ص٩٤.

(٣) للمزيد عن التفاوض الالكتروني، يُنظر: د. عقيل فاضل محمد الدهان، ومنذر إبراهيم حسن الحلي، "الإطار القانوني لعقد التفاوض الالكتروني"، *بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت (ع)*، العدد الثامن، (دون سنة نشر): ص١٤.

(٤) أجاز القانون المدني العراقي أن يتم التعبير عن الإرادة بطريقة سليمة. أنظر حكم المادة (٧٩) منه.

(٥) يُنظر: د. رجب كريم عبد الإله، *التفاوض على العقد*، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠)، ص٢٩١.

الإرادات من أجل الوصول إلى فهم أولي للعلاقة والتي لا تعتبر مجرد واقعة مادية، بل تستهدف فرض التزامات حقيقية على أطرافها والتي تكون حصيلة اتجاه إرادة الأطراف للدخول في عملية التفاوض(١).

ومن جملة هذه الالتزامات هو ما يفرضه مبدأ حسن النية في إطار المفاوضات العقدية والتي تتمثل بالالتزام بالإعلام في التفاوض، التعاون، المحافظة على سرّية المعلومات وغيرها من الالتزامات(٢).

مما تقدم نستنتج أن عملية التفاوض لم تكن مطلقة من الضوابط، بل لابد من إحكامها من أجل أن تسير وفق نطاق قانوني سليم يتفق وغاية الأطراف، وعلى صعيد شرط التفاوض تحت رقابة الغير نجد أن تلك الأحكام في التفاوض المباشر لها ذات الوصف وذات القيمة في شرط التفاوض فضلاً عن إحداث بعض الجوانب التفاوضية وما يتلائم والمركز القانوني للغير في عملية التفاوض.

وحيث بيّنا أن عملية التفاوض هي عملية ثنائية الجانب، فإننا نجد في العلاقة موضوع البحث تنتج عن حالة تفاوضية ثلاثية الأطراف وتبدأ بمرحلة وظيفية قد لا تسبق التفاوض المباشر بشكله التقليدي.

وقبل البحث في بيان طبيعة هذه العلاقة والمرحلة التي تبدأ بها، علينا أن نبيّن أن شرط التفاوض تحت رقابة الغير قد لا نجده في العملية العقدية البسيطة والتي قد تتعلق بمعاملات كثيرة الحدوث في الواقع العملي، بل على العكس من ذلك كثيراً ما يثير شرط التفاوض في مجال المعاملات ولاسيما التجارية الدولية منها والتي يكون فيها عدم التكافؤ واضحاً بين الأطراف.

وفيما تجري المفاوضات بين طرفين أحدهما مهني(٣) والآخر شخص عادي قد لا يملك أدنى مستوى من مهارات التفاوض الفعّال، وبالنظر إلى عدم التوافق في القدرة التفاوضية لكل منهما، قد يلجأ أحدهما أو كلاهما إلى تعيين الغير لمراقبة مفاوضاتهم، وحيث إن القانون يسبغ الحماية للمستهلك الضعيف ويوسّع من نطاق مسؤولية المهني، كل ذلك يشكّل معطيات تفرض نفسها نحو الاشتراط، غير إن ذلك لا يجعل من الطرف الآخر ينتظر حمايته قانونياً من قبل المشرّع يعمدُ نحو حماية

---

(١) يُنظر: د. رجب كريم عبد الإله، *التفاوض على العقد*، المصدر السابق، ص٢٩٢.

(٢) يُنظر: مصطفى خضير نشمي، "النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد"، (رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٤)، ص٥٣ وما بعدها.

(٣) في تعريف المهني (كل شخص طبيعي أو منوي منتج أو مورّد للمنتجات أو يقوم بأداء الخدمات والذي يقوم بإبرام عقود تتعلق بممارسته نشاطاً صناعياً أو تجارياً أو حرفياً أو اتصلت تلك العقود بممارسة إحدى المهن الحرة). للمزيد عن ذلك يُنظر: نواف محمد مصلح الذيابات، "الالتزام بالتبصير في العقود الالكترونية"، (رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٣).

نفسه في كل مرحلة من مراحل التعاقد لاسيما التفاوض والتي لا تتمتع بتنظيم قانوني بحت وخاصة في تشريعاتنا المدنية.

ومن أجل تذليل الصعوبات يجد الأطراف أن إتاحة الأمر لشخص آخر من أجل مراقبة ورعاية ما يتعلق بإدارة التفاوض قد أصبح أمراً محتماً عليهم، حيث يتم البدء بمرحلة الاشتراط والذي يكون بتفاوضٍ أولي بينهم من أجل تحديد ذلك الغير أي مَن يتولى مهمة الرقابة والإشراف على تفاوضهم، وفي هذه المرحلة لا سلطان لأحد عليهم ولا يتخللها أي أمر يتعلق بالعقد النهائي بل ينصب جُل اهتمامهم نحو كفاءة وشخصية ذلك الغير وما تمليه عليهم الظروف الاقتصادية والاجتماعية والنفسية التي تحيط بهم وقتئذ.

وفي هذه المرحلة يبرز دور الاعتبار الشخصي في تحديد ذلك، إذ ان ليس أي شخص من الممكن أن يكون مراقباً للمفاوضات العقدية بين الأطراف، بل إن ذلك يتوقف على جملة من الاعتبارات لاسيما ما يتعلق منها بالشخص ذاته ومدى قدرته وكفاءته على الإدارة فضلاً عن التزام الأطراف بتحديد العناصر الأساسية والأمور التي تشكّل محور وظيفة المراقب، وهنا يبرز دور الغير بالالتزام نحو الإفصاح عن المعلومات تجاه الغير وفقاً لمبدأ حسن النيّة في المفاوضات[١].

فضلاً عن ذلك، تقتضي الضرورة تقديم المعلومات والبيانات الخاصة بالعقد وما يتعلق به، وهذا العمل ضروري لكي يستنير طريق المراقب من أجل أن يقوم بدوره المحايد بكل صدق وشفافية[٢].

مع ضرورة أن يبقى التعاون مستمراً بين أطراف التفاوض (الأطراف و الغير) بغية الوصول إلى الغاية المنشودة، حيث لا يمكن حصر نطاق التفاوض في حدود وظروف معينة، وإنما يجب أن يظل قائماً في ظل حاجات المراقب لسير عملية المفاوضات للوقوف على جدّية واعتدال أكثر في تلك المرحلة.

وفي مقابل ذلك يلتزم الغير بالمحافظة على سرّية المعلومات سواء ما تعلق منها بمعلومات وبيانات الأطراف أو ما يتعلق منها بمضمون العقد، حيث يحظر عليه إطلاع غيره على تلك المعلومات أو اقتنائها أو الاستفادة منها واستغلالها لمنفعته وكل أمر آخر يلحق ضرراً بالأطراف من جرّاء الكشف عن معلوماتهم فهو محظور[٣].

وبغض النظر عن هذا الالتزام وذاك، فإن الغير يجب أن يمارس الدور المعهود إليه بشكل حيادي، كما ومن المهم أن نشير أن الغير لا يضمن تنفيذ العقد، إذ

---

(١) يُنظر: مصطفى خضير نشمي، *النظام القانوني للمفاوضات*، المصدر السابق، ص٦٢.

(٢) يُنظر: د. حمدي محمود بارود، *القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقد*، المصدر السابق، ص٦٣٥.

(٣) من تطبيقات هذا الالتزام في القانون المدني العراقي، حكم المادة (٩٩)، وكذلك المادة (٧٣٥) من قانون العمل العراقي، رقم ٧١، لسنة ١٩٨٧.

أن نطاق عمله محصور في نطاق المفاوضات العقدية وما ينتج عنها من أمور تتعلق بصياغة العقد التمهيدي بعناصره الأساسية، حيث يبقى تنفيذ العقد من عدمه رهناً بمشيئة الأطراف.

I.I. المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لشرط التفاوض ودور الغير فيهِ

توصلنا أن الاتفاقات التمهيدية التي تسبق إبرام العقود النهائية وسواء أكانت مباشرة بين الطرفين أم بواسطة الغير فإنها من العمليات الشيقة والشاقة في ذات الوقت، فهي بقدر ما تغري المختصين والممارسين لتقنيات تحرير العقود والاتفاقات الممهدة لها والبحث في أصولها القانونية وأسسها الفلسفية بقدر ما تشكل مصدر إزعاج لهم وللأطراف في أثناء محاولتهم لفهم فيما يندرج في نزاعات الأطراف.

ومما يزيد الأمر تعقيداً هو أن التشريعات المدنية لن تبين بشكل مفصل ولا حتى أولي ما يتعلق بالاتفاقات الأولية الممهدة لإبرام العقود النهائية فضلاً عن ذلك انها لم تشر إلا إلى قواعد تتعلق بتفسير البنود العقدية والأخيرة لا تثار إلا عند تنفيذ العقد، ولذلك تطلب الأمر أن نقف عند مرحلة الصياغة التمهيدية للعقد فضلا عن بيان الطبيعة القانونية لشرط التفاوض ويكون ذلك في مطلبين مستقلين.

I.I. ١. المطلب الأول

الطبيعة القانونية لشرط التفاوض

بالنظر إلى تفاوت المهارات الشخصية والمؤهلات التفاوضية بين الأطراف بالقدر الذي يجعل من أحدهم يدير عملية التفاوض تجاه الآخر ونتيجة للرغبة المتولدة نحو ضبط عملية التفاوض قد يلجأ إلى عهد مهمة الإشراف والرقابة لما يدور حول بنود العقد إلى شخص آخر أجنبي عنهم (الغير)، وذات الأمر قد نجده عندما لا يتمتع كلا الطرفين بأي من المؤهلات العقدية[١].

ومن هنا يبرز التساؤل عن طبيعة وظيفة الغير في مرحلة التفاوض، هل إن الأطراف أحالوا ما يندرج تحت تلك المرحلة إليه وبالقدر الذي يعود إليهم بالفائدة، وما هي طبيعة تلك الإدارة، هل تندرج تحت مفهوم الخبير أم انه وسيط مفاوض، أم له دور تحكيمي، وما مقدار تلك الإدارة اللازمة لنجاح عملية التفاوض والسير نحو إبرام العقد النهائي بما استلزم من عناصره الأساسية.

من أجل ذلك نقول انه من الممكن مواجهة عدم التكافؤ بين الأطراف من خلال تشجيع تكوين التنظيمات الجماعية لعملية التفاوض وإن لم يكن أحدهم طرفاً في

(١) يُنظر: د. وعود كاتب الانباري، *المفاوضات العقدية عبر الانترنت*، المصدر السابق، ص٢٠١-٢٠٢.

العقد التمهيدي[١]، مما جعل الالتزام بالتعاون في تكوين العقود وحتى تنفيذها من أهم الالتزامات التي تترتب ابتداءً من مرحلة المفاوضات لاسيما في تطور نظرية الالتزامات في الوقت الحاضر، حيث نجد أن العديد من الأشخاص لم تعد لديهم الخبرة الكافية للإلمام بظروف التعاقد وملابساته[٢].

وجاءت تلك الأهمية في نطاق العلاقات القانونية المتطورة والتي يشهد لها واقع التطبيقات القضائية العديدة والتي من ضمنها موضوع بحثنا هذا ولاسيما في الدول التي تعد متطورة اقتصادياً واجتماعياً.

ومما يدل على ذلك هو ان الفقه يتجه دائماً نحو القول بأن مفهوم حسن النيّة ظل دوماً مفهوماً دونما تحديد لمفعوله وذلك بالنظر إلى كونه يمثل سلوكاً متطوراً وإن كان يحكم العلاقة المتبادلة في مختلف مراحل العقد ولاسيما تكوينه، ومن أجل أن يؤدي مبدأ حسن النيّة دوره في ضبط العلاقات لابد من عدم حصر نطاقه في حدود معينة لكي يتلائم ويطور معاملات الأفراد[٣].

إذ تستهدف المفاوضات السابقة على التعاقد ضرورة تبادل المعلومات ومناقشتها بغية الوصول إلى قرار يخصص مدى التعاقد أو الإحجام عنه، وفي هذه المراحل لا يكون الغير ضامناً لتنفيذ العقد بقدر التزامه تجاه الأطراف بمراقبة عملية التفاوض بمراعاة واجب الأمانة والإخلاص[٤].

الأمر الذي يستلزم أن يكون له دوراً إيجابياً وجدّياً نحو التمهيد لإبرام العقد فضلاً عن الجدّية والاعتدال في مناقشة آراء وأفكار الطرفين بالشكل الذي لا يغالى فيه بتقديم النصح والإرشاد وعدم التشدد والتصلب في الرأي[٥] بالشكل الذي يؤدي إلى فشل التفاوض والسعي لإنهائه[٦].

ومع كل ما تقدم، فإن ذلك يشير إلى أن دور الغير في مرحلة المفاوضات يقترب كثيراً من دور الخبير، غير ان ذلك يمكن أن نضع له حداً فاصلاً فيما لو قلنا

---

(١) يُنظر: د. أيمن إبراهيم العشماوي، *مفهوم العقد وتطوره*، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٤)، ص١٤٨.

(٢) يُنظر: د. جعفر الفضلي، "الالتزام بالإعلام والنصيحة والتعاون في عقد البيع ودوره في حماية المستهلك"، بحث *منشور في المجلة الحولية العراقية للقانون، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي*، (٢٠٠٢): ص١٣١.

(٣) يُنظر: د. صلاح محمد احمد دياب، *التزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل الفردية*، (مصر: دار الكتب القانونية، دون سنة نشر)، ص١٢-١٣.

(٤) يُنظر: د. صلاح محمد احمد دياب، المصدر السابق، ص٤٥.

(٥) يميز القضاء الفرنسي بين أربعة حالات لهذه المسألة وفقاً لحداثة أو خطورة محل التعاقد وصفة المتخصص أو حالة المشتري يُنظر: د. جعفر الفضلي، الالتزام بالإعلام والنصيحة والتعاون، المصدر السابق، ص١٣٢-١٣٣.

(٦) يُنظر: د. صلاح محمد احمد دياب، "التزام العامل بالأمانة والإخلاص"، المصدر السابق، ص٢٤.

أن الخبرة تأتي في أكثر الأحيان من خلال عمل القضاء، فهي تمثل تفويض جزئي لبحث موضوع محدد ذو طابع فني يستعصي على القاضي وهي كنوع من العون له في سبيل الوصول إلى حكم ملائم للدعوى المعروضة أمامه والقاعدة الجوهرية في ذلك هي ضرورة التفرقة بين المسائل الفنية والمسائل القانونية والتي يجب على القاضي الاحكام بالأخيرة منها والأولى هي من عمل الخبير[١].

وبذلك تمثل الخبرة الساعد الأيمن للقاضي نتيجة ازدياد وتطور حركة المعاملات وتنوع الأنشطة الاقتصادية، حيث تمكنه (أي القاضي) من المعايير العلمية الضرورية لاختيار دقة النتائج للوصول إلى حكم مستقل وعادل من خلال توفر القناعة الكافية لدى المحكمة[٢].

ومن وجهة نظرنا ومن خلال ما قدمنا في الفقرات السابقة، نجد أن دور الخبير يقترب من دور الغير في مرحلة المفاوضات لكنه تقارب ظاهري أكثر من كونه حقيقياً، حيث أن الخبرة لا تنشأ إلاّ في مرحلة كان العقد قد تم تنفيذه وحصل بشأنه نزاع امام المحكمة استلزم ندب الخبير.

وبعيداً عن التباس الأمور، فإن مرحلة المفاوضات قد لا تخلو حتماً من النزاعات بين الأطراف خاصة ما يتعلق منها بصياغة البنود العقدية وبذلك يعهد الأطراف مهمة ذلك إلى الغير بما لديه من الخبرة الكافية في صياغة البنود العقدية وضرورة احتوائها على عناصرها الأساسية فضلاً عن وضع الحلول الاستباقية لمواجهة النزاعات المحتملة (خبرة اتفاقية) ويكون تدخل الغير ضرورياً لوضع تحليل دقيق وموضوعي لموقف كل من الأطراف ومدهم بتوصيات حل النزاع القائم[٣].

وبذلك يكون الغير (الخبير والمراقب) له مهام متنوعة بحسب وضع الأطراف والمرحلة التي يكونون فيها (تكوين، تنفيذ) وهذا يأتي من خلال توفر اعتبارات معينة تتعلق بشخص الغير لاسيما التخصص في مسائل فض النزاعات الناشئة عن مرحلة المفاوضات وأحياناً لا يكون الغير شخصياً طبيعياً واحداً، بل قد يكون من أحد المراكز المتخصصة في هذا الشأن، وهذا ما نجده واضحاً في عقود التجارة الدولية (غرفة التجارة الدولية) المركز التحكيمي الدولي في القاهرة[٤].

كما وإن عمل الغير يختلف عن دور الوسيط أو المدقق (بحسب الموقف)، حيث يكون الأخير في حالة ما استبصر الأطراف ما يخص النزاعات المحتملة التي

---

(١) يُنظر: د. حميد لطيف نصيف، *الخبرة العلمية والفنية امام القضاء المدني*، (دون دار نشر، ٢٠١٢)، ص٣.

(٢) يُنظر: المصدر السابق، ص٣٢-٣٣.

(٣) يُنظر: د جمال الدين زكي، *الخبرة في المواد المدنية والتجارية*، (القاهرة: مطبعة جامعة مصر، ١٩٩٠)، ص١١.

(٤) يُنظر: المصدر السابق، ص١٢.

تواجههم في المستقبل، حيث يتم إدراج بند خاص بوسيلة فض النزاعات العقدية بتدخل المدقق أو الوسيط قبل اللجوء إلى القضاء[١].

في حين أن دور الغير المراقب لا ينشأ في مرحلة تنفيذ العقد لتسوية نزاعاته، بل يبرز الدور الأمثل والواضح في المرحلة الممهدة لإبرامه ولا يمارس أي دور تحكيمي بين الأطراف ما لم يقر ذلك من قبل الأطراف وقت تحديد صلاحياته.

ولذلك فإن العراق بيّن دور الغير في مرحلة التفاوض عن دور المدقق أو الوسيط في مرحلة التنفيذ ليس تمييزاً من ناحية الطبيعة وحسب بقدر ما هو اختلاف في درجة كل منهما بالنسبة للمرحلة التي يمارس وظيفته فيها، فالغير له دور أنشط وأوسع وأكثر إيجابية من دور المدقق أو الوسيط.

ومع ذلك يبقى الخلط قائماً بين وظيفة كل منهما خصوصاً إذا ما جعل الأطراف من وظيفة الغير المراقب تمتد حتى مرحلة التنفيذ فيما يتعلق بوضع أسس حل النزاع، ولكن يمكن التمييز بين ذلك من خلال تحليل وظيفة كل منهما وبحسب الحالة وضرورة فهم أن عمل الغير والمدقق أو الوسيط قد يكون ذا طبيعة واحدة خاصة بمرحلة تسوية النزاع ودون إتباع قواعد إجرائية أو قانونية محددة وبعيداً عن سوح القضاء[٢].

وبغض النظر عن ذلك، فإن صفة الحياد تبقى ملازمة لوظيفة مَن يتدخل بين أطراف العقد وبغض النظر عن وظيفته التي تلازمه منذ بدء المفاوضات لحين صياغة العقد التمهيدي وصولاً لمرحلة إبرام العقد ودون التدخل في تنفيذه ما لم يقترن بشرط غير ذلك[٣]، فهو (أي الغير) لا يكون مسؤولاً إلا بحدود بنود الاشتراط، معنى ذلك أن التزام الغير في شرط التفاوض التزام ذو طبيعة مختلطة فهو في مرحلة المفاوضات التزام يبذل العناية اللازمة لإتمام تلك المرحلة بشكل ناجح، أما بعد ذلك فهو لا يلتزم بتحقيق نتيجة تنفيذ العقد، فهذا من صميم التزامات الأطراف ما لم يشرط تدخله في التنفيذ ويصبح بعد ذلك ملزماً بتحقيق نتيجة.

وإذا كنا قد قلنا بأن وظيفة الغير قد تداخل ووظيفة الحكم في شرط التحكيم لاسيما ما يتعلق بالنزاعات الناشئة عن مرحلة المفاوضات، فإن ذلك لا يتم إلاّ بمقدار تحرك إرادة الأطراف، معنى ذلك أن الأطراف بموجب شرط التفاوض يملكون القدرة نحو جعل الغير المراقب محكماً[٤]، ويكون ذلك من خلال النص على ضرورة

---

(١) يُنظر : د. عاشور مبروك، *نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم*، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠)، ص٢٥.

(٢) يُنظر : د. عاشور مبروك، *نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم*، المصدر السابق، ص٣٠.

(٣) يُنظر : مصطفى خضير نشمي، المصدر السابق، ص٥١.

(٤) وينطلق ذلك من خلال الفكرة التي تؤكد أن التحكم بمثابة تفويض بالشكل الذي يمثل وسيلة لتصفية الخلافات بين أطراف العقد لاسيما على الصعيد الدولي، وبذلك اشارة المادة (١/٢) من القانون النموذجي للتحكم والذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي رغم انه لم يحدد تعريفاً واضحاً ودقيقاً للتحكم بشكل مباشر، راجع ذلك القانون على الموقع الآتي:
http://www.jus.vio.lm/is.sid.settlement of disputes between states and nationals of other states convention, Washington, 1965/toc.htm.

وضع الوسائل التي تفض بها النزاعات وسواء كانت حقيقة ناشئة في مرحلة المفاوضات أم كانت احتمالية ناتجة عن توقعات الأطراف.

خلاصة القول في بيان الطبيعة القانونية لوظيفة الغير في شرط التفاوض أنه لا يتمتع بطبيعة محددة حين يكون ذلك رهناً بنطاق تحرك إرادة الأطراف ومدى الصلاحيات المنصوص عليها في شرط التفاوض.

I.I ٢. المطلب الثاني
دور الغير في شرط التفاوض

من اهم الإشكاليات التي تثيرها مرحلة المفاوضات هي ضرورة اعداد العقد التمهيدي واتفاق الأطراف على حصر عناصره الأساسية بالشكل الذي يؤدي الى تحديد نطاق العقد من حيث المضمون، فما بالك وإن الأطراف قد عهدوا ذلك للغير، حيث يظهر التساؤل عن نطاق دوره حينئذ، لاسيما واعداد العقد التمهيدي فضلا عن الزام الأطراف قبله لممارسة دوره، ومن اجل بحث ذلك عمدنا على تقسيم هذا المطلب الى فرعين لبحث صياغة الغير للعقد التمهيدي واهم العناصر الأساسية لذلك، وسيكون بحث هذين الامرين في فرعين مستقلين وعلى النحو الاتي:

I.I ٢.أ. الفرع الأول
صياغة العقد التمهيدي

لا يمكن تحديد الامتداد الزمني الذي تستغرقه المرحلة الممهدة للتعاقد، فهي قد تطول أو تقصر تبعاً لظروف الأطراف ومضمون العقد، ولما كانت هذه المرحلة وثيقة الصلة بالعقد المستقبلي ولما كان توجه الفقه نحو إضفاء القيمة القانونية على الأعمال التي تتخلل مرحلة المفاوضات، أصبح الأمر لازماً لأن يكون المشروع التعاقدي[1] مستكملاً للمعلومات الضرورية واللازمة لإبرام العقد بشكله النهائي.

حيث تبدأ المفاوضات الاحترافية بين الأطراف بوجود الغير المراقب والملاحظ لذلك والتي تلقي عليه واجبات بضرورة العمل على الصياغة السليمة والجيدة للمشروع التمهيدي، وتحديد المفردات التي يجب على الأطراف اتخاذها حرصاً منه على أن تكون عملية الصياغة سليمة لا يشوبها النقص والغموض فضلاً عن الوصف الصحيح لموضوع التعاقد وطرحه بشكل يتلائم وفكر المتلقي

(1) (euter l'initative que constitue l'entrée en poure parlesm ou l'offer et la conclusion du contract, se situe une longue duree). Chestin, Le contract, edition 1988, by L.G.Dj, p.24, no.227.

(الأطراف) وهذا ما يتطلب أن يكون لدى الغير مهارات الصائغ لوضع البنود العقدية التي أرادها الأطراف[١].

ولما كانت المفاوضات بين الطرفين تحت رقابة شخص آخر تمثل مرحلة شاذة في التعاقد لذلك على مَن يقوم بواجب الرقابة الالتزام بحسن النيّة الذي تفرضه هذه المرحلة على الأطراف في الأحوال الاعتيادية ومن خلاله يجب الإفصاح عن كل المعلومات التي تؤدي إلى الصياغة السليمة فضلاً عن التحديد السليم للعناصر الأساسية في العقد، ومن ذلك فإن تقديم أحد الأطراف مقترحات غير معقولة وفرضت على الآخر يعد جوهر واجب الغير مناقشته، ورد هذه المقترحات وتقديم أخرى بديلة عنها وما يتلائم مع مصلحة الأطراف.

وبحسب طبيعة العقود وباختلاف مضامينها، تكون مرحلة الصياغة العقدية التي تنشأ في مرحلة التفاوض صعبة نوعاً ما تبعاً لتغير الظروف ومدى الشمول الفكري للأطراف وتضارب وجهات النظر لاسيما استخدام التعابير المختلفة لبناء البنود العقدية، وفي ذلك يبرز دور الغير للوصول إلى نتيجة مرضية للأطراف في بناء الهيكل التنظيمي للعقد باستخدام التعابير التفاوضية، وبغض النظر عن ظروف الأطراف ومقدار المراسلات والخطابات التي تجري بينهم والتي يمكن للغير أن يلجأ اليها لمعرفة ما قصده الأطراف للوصول إلى إطار متكامل يساعد على تفسير ألفاظ البنود فيما لو حدث نزاع حول تحديد مضامينها[٢].

وفي حقيقة الأمر إن الواقع العملي يشير إلى انه مهما توخى الأطراف الدقة والحذر اللازمين في صياغة العقد، فإنه من غير الممكن للغير أن يكون دائماً مؤهلاً إلى نتائج تقنع الأطراف رغم ان مهمته ليست تقريب وجهات النظر بقدر ما هي تنصب على ضرورة مراقبة التفاوض ويرجع السبب في ذلك أما لعدم وجود أو كفاية النصوص التي تنظم مرحلة التفاوض لاسيما تحت رقابة شخص ثالث أو لعدم تقارب إرادات الأطراف من حيث مدى القدرة على استخدام عبارات جدّية وحقيقية تكشف عن نيتهم في تلك المرحلة فضلاً عن ما إذا استجدت وقائع وظروف أخرى أدت بعد الصياغة العقدية نحو نشوء نزاعات حول تفسير البعض من البنود، الأمر الذي يستلزم ضرورة أن يدخل ذلك في حسابات المراقب والنص على كيفية تسوية النزاع[٣].

---

(١) يُنظر: د .عمر المولى، *الأسس العامة لمهارات صياغة العقود*، (دون دار نشر، ٢٠١٤)، ص١٢.

(٢)يُنظر: د. احمد السعيد البهي الشويري، "التفاوض التعاقدي"، *بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، دمنهور*، العدد الرابع، الجزء الأول، (٢٠١٩): ص١١٧٩.

(٣) يُنظر: د .مصطفى المتولي قنديل، *الشروط الإرادية المنظمة للتقاضي*، (مصر: دار النهضة العربية، ٢٠٠٣)، ص٥ وما بعدها.

ولا نقصد من صياغة العقد التمهيدي السعي في قولبة العقد أو وضعه في نموذج جامد ومحدد وإنما يقصد من ذلك وضع الأطر العامة في ظل قالب تعاقدي معين يحكم إرادة الأطراف في نطاق مضمون التعاقد، فضلاً عن تحديد الأسلوب الذي يتم على أساسه فض النزاعات مع دون إمكانية اللجوء إلى القضاء[١].

وإعمالاً للمفهوم المتقدم، فإن أسلوب الصياغة للعقد يختلف باختلاف المضمون بل على الأكثر من ذلك قد يجتمع في العقد الواحد أكثر من أسلوب، حيث يحرص المراقب على ضرورة الصياغة الجامدة بالنسبة للبعض من بنود العقد تأكيداً على إلزامية ذلك البند وأهميته في العقد فضلاً عن إعطاء القيمة القانونية له لما يحويه من أحد الالتزامات الرئيسية للتعاقد ويترتب على ذلك نتيجة مفادها أن الأسلوب الجامد في الصياغة لا يترك قدراً من الحرية للتلاعب والتغيير في الألفاظ، وحال قيام الخلاف على ذلك من ناحية التفسير فيستشف من نية الأطراف[٢].

أو قد يلجأ إلى أسلوب الصياغة المرن ويتم ذلك من خلال استخدام عبارات تنطوي على قدر من الحرية والمرونة في انصراف المعنى وهذا الأسلوب أكثر أهمية من الأسلوب السابق بالنظر إلى أن الظروف تتغير ولذلك تأتي الألفاظ منسجمة بقدر وبآخر مع ذلك دون إهمال مبدأ حسن النيّة[٣].

وبغض النظر عن الأسلوب المتبع، فإن الصياغة قد تكون نمطية (نموذجية) يتحدد بموجبها الأسلوب المادي للعقد ويتم ذلك من خلال إعداد أهم البيانات والتي يتم استخلاصها من قبل الغير من خلال ملاحظته لتفاوض الأطراف، وبعد دراسة مستفيضة يتم التصديق عليها من قبلهم، وبذلك تمثل هذه البيانات الأصول التفاوضية التي تنتهي بها مرحلة التفاوض.

ومن الجدير بالذكر أن التعهدات الأخلاقية التي تنهض في مرحلة التفاوض في نطاق تلك المرحلة، فهي تبقى مصدر إرباك على المنظومة التفاوضية لاسيما وان الأخيرة تنشأ في مراحل بدائية لم يتخللها أطراف من الغير ولذلك فلابد من اتباع الأسلوب الكتابي في الصياغة.

ويتم ذلك من خلال إذابة البنود العقدية في قالب كتاب يُعنى بالإرادة المترابطة، وحيث إن الأطراف لا تتوفر لديهم أصول الصياغة فضلاً عن أهمية ذلك في تحقيق التوازن بين الحقوق والالتزامات التي تنشأ في المستقبل من خلال اتقان التعبير عن الأفكار ونقلها من حيز الذهن إلى الواقع عبر استخدام أسلوب الصياغة الفني والملائم[٤]، وضرورة أن تحتوي على عناصر أساسية، فمثلما يختلف

---

(١) يُنظر: د .عمر الخولي، المصدر السابق، ص٨.

(٢) يُنظر: د. احمد سعيد الزقود، *نحو نظرية عامة لصياغة العقود*، (بيروت: المكتبة العصرية، ٢٠١٠)، ص١٨٦.

(٣) يُنظر: د .المصدر نفسه، ص١٨٧.

(٤) يُنظر: د. عمر الخولي، المصدر السابق، ص٩.

الأشخاص في التعبير عن الألفاظ عند الكلام، فهم يختلفون أيضاً عندما يعبّرون بالكتابة عن الألفاظ، ومن أجل ذلك يجب اتقان أفضل العبارات وأدقها.

I.I. ٢.ب. الفرع الثاني

العناصر الأساسية في صياغة العقد التمهيدي

لما كان العقد يمثل الوسيلة الفعّالة لضبط العلاقات الفردية فهو ناتج عن واقعة قانونية مكونة من تلاقي الإرادة نحو مضمون معين[١]، ولكن هذا التلاقي لم يأتِ من فراغ، فقد تتخلل مرحلة التفاوض تبادل وجهات النظر والوثائق والمراسلات فضلاً عن مجموعة من البيانات والخطابات اللازمة لإبرام العقد والتي يجب أن تؤخذ بنظر الاعتبار عند صياغة الأسلوب العقدي باعتبارها من العناصر الأساسية الداخلة في تكوينه.

وحيث ان مَن يتولى صياغة العقد هو من دون شك الغير والذي يجب كما تقدم ذكره أن تتوفر فيه القدرة الاحترافية والخبرة الكافية للقيام بذلك، وأمام هذا التصور يقع على عاتق الأطراف ضرورة الفصح عن كافة المعلومات والتفاصيل حول مضمون عقدهم ما لم يكن الغير على علم وإطلاع بذلك مسبقاً.

فضلاً عما تقدم ضرورة إيضاح ما إذا كان العقد المراد إبرامه يرتبط بعقودٍ أخرى من حيث الشكل أو المضمون (العناصر) كانت قد تم إبرامها مسبقاً، حيث تعد بمثابة عقد اساسي يتم اللجوء اليها على سبيل الاسترشاد لاسيما ما يتعلق بالتفسير[٢].

ومن الجدير بالذكر أن التزام الأطراف تجاه الغير هو أمر ضروري لتمكينه من أداء واجبه الرقابي فضلاً عن انه التزام مستمر يلعب دوراً مهماً من الناحية الزمنية من أجل تكوين نظام معلوماتي متكامل ودقيق يهدف إلى وضع العناصر اللازمة للصفة العقدية، ويتحقق ذلك كلما انطوى عمل الأطراف على الصدق والشفافية في الالتزام[٣].

وبالرغم من ان فترة المفاوضات لا تنتج سوى عمل مادي على حد توجه الفقه إلاّ أن القوة الملزمة تمارس دوراً فاعلاً فيها[٤]، فضلاً عن وضع الدعامة الأساسية

---

(١) يُنظر: د . عبد الفتاح حجازي، *أزمة العقد*، المصدر السابق، ص٢٤٧.

(٢) يُنظر: د .عمر الخولي، المصدر السابق، ص١٧.

(٣) يُنظر: د .عبد المنعم موسى إبراهيم، *حسن النيّة في العقود*، المصدر السابق، ص١٥٢.

(٤) أصدر القضاء الفرنسي وبالرغم من إعلانه مبدأ الحرية التعاقدية العديد من القرارات القضائية التي أسست القوة الملزمة لمستندات قبل التعاقد باعتبارها عقوداً حقيقية، من ذلك (إذا أعلنت إدارة إحدى القرى السياحية في الصحف بصورة محدودة تفصيلية عن إن المبالغ التي تتقاضاها تكون للقيام بأعمال محددة فإنها تلزم على أساس العقد بالقيام بتلك الأعمال وأي إخلال بذلك يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية لهذه الإدارة). مشار اليه لدى: د.أحمد سعيد الزقود، *نحو نظرية عامة لصياغة العقود*، المصدر السابق، ص٢١٣.

التي يشكّل بموجبها العقد بما يحويه من عناصره الأساسية، مما يجعل من عملية التفاوض تسير وفق نهج إيجابي برعاية الغير(١).

وفي حقيقة الأمر أن الواقع العملي لا يوفر أنماطاً متشابهة للعناصر الأساسية اللازمة والتي تدخل في صياغة العقد التمهيدي بل هي تختلف باختلاف طبيعة ومضمون العقد، فالاتفاقات الممهدة للعقد تبرز أحياناً مجموعة من العناصر التي لا تكون في مستوى واحد سواء كان من ناحية الأهمية أو الأثر، فكل بند واحد في الاتفاق يكون قطعياً ومستقلاً عن الاتفاق الآخر من ناحية العناصر المكونة له(٢).

ومع ذلك فإن هناك من العناصر الأساسية اللازم توافرها في كل اتفاق، حيث لا يمكن تجاهلها وتشكّل على مستوى واحد من الأهمية سواء كانت في مرحلة التفاوض أو ما بعدها، ومن هذه العناصر، حسب ما يقتضيه كل عقد كمتطلب أساسي في توفر الأهلية وتحقق شرط المحل ومشروعية السبب، فعلى سبيل المثال ان الواعد بالبيع يتعين أن يكون أهلاً للالتزام وأن يتم تحديد الثمن ولو بشكل مبدئي(٣).

وعليه هنالك من العناصر التي ينبغي توفرها في كل التزام عقدي بغض النظر عن طبيعة ومضمون أي منهما كأسماء الأطراف وهوياتهم، صفة كل طرف منهم، النطاق المكاني والزماني، مضمون العقد، مقدار التزامات الأطراف، المحكمة المختصة بالنظر في النزاعات الناشئة عن العقد، حوالة العقد أو التنازل عنه للغير، الثمن أو مقابل الوفاء، الاخطارات والتبليغات التي تدور بين الأطراف فضلاً عن توقيعهم وأختامهم(٤).

أضف إلى ذلك أن العناصر تلك وإن كانت أساسية إلا انها ذات طبيعة مرنة حين تكون قابلة للتغيير والإضافة تبعاً لمضمون العقد، فهي تتراوح بين (الضمانات، التأمين، الحفاظ على سرّية المعلومات، التعريف، ضوابط الاستلام، العيوب الخفية، وعيوب التصنيع، أحكام القوة القاهرة والظرف الطارئ، القانون الواجب التطبيق على النزاع العقدي، الشرط الجزائي (تحديد مقداره)، الرسوم والضرائب، شروط وضوابط الاستلام... الخ)(٥).

وفي نطاق البحث حول أهم العناصر الأساسية الداخلة في صيغة العقد التمهيدي، فلا يمكن أن نهدر القيمة القانونية للوثائق والمستندات التي تتبادل بين الأطراف، فعلى المراقب الواجب في اعتمادها بشكلٍ أو بآخر عند صياغة العقد التمهيدي لما لها من أثر يتعلق بمضمون العقد وطريقة تنفيذه.

---

(١) يُنظر: محمد عزيز حسوني، "الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النيّة في مرحلة المفاوضات العقدية"، (رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠١٨)، ص٥٩.
(٢) يُنظر: د .عمر الخولي، المصدر السابق، ص٩.
(٣) أنظر حكم المادة (٩١) من القانون المدني العراقي.
(٤) يُنظر: د. عمر الخولي، المصدر السابق، ص٢٣.
(٥) يُنظر: المصدر نفسه، ص٢٢.

وابتداءً من مرحلة إبداء المقترحات بشكلها الأولي وإن لم ترقَ إلى مستوى الإيجاب، فهي ذات أهمية في نطاق عمل الغير في هذه المرحلة فضلاً عن كل المراسلات والمحادثات وبأي وسيلة كانت، كذلك الدراسات التفصيلية ودراسة الجدوى لمضمون العقد(١)، وخطابات النوايا التي تمثل برهاناً على حسن نيّة الأطراف والتي تستخلص من الوثائق والمستندات وصولاً إلى وضع البروتوكول الاتفاقي والذي يجب أن يشتمل على كافة عناصر الاتفاق النهائي للعقد وبالشكل الذي لا يبقى من العقد سوى استكمال الشروط واتخاذ الموقف الحاسم المتعلق بتنفيذه(٢).

كما وإن الاهتمام بضرورة الوقوف على أهم العناصر الأساسية في العقد بشكل عام فيساعد في تفسير بنود العقد إذا ما نشأ نزاع حقيقي حول دلالات الألفاظ المستخدمة ضمن سياق البنود العقدية(٣).

وحيث إعمال الكلام أولى من إهماله، فقد ذكرنا أن من واجب الأطراف إعانة الغير على أداء وظيفته، ويتم ذلك من خلال الإفصاح عن أهم المسائل المتعلقة بمضمون عقدهم، وهنا يتبع واجب مقابل لذلك إذ يلتزم الغير بضرورة بيان مسألة أثر النصوص والأحكام الشرعية والقانونية المترتبة على العقد فضلاً عن بيان أهم الآثار التي تترتب على وضع السياسات والبنود العقدية خاصة ما يتعلق منها حول طبيعة المسؤولية ومداها(٤).

I.I.I. المبحث الثالث

الاثار المترتبة على شرط التفاوض تحت رقابة الغير

لا يمكن البحث في أي موضوع من موضوعات القانون دون الوقوف على أهم الاثار المترتبة عليه، وحيث ان القضاء يُشكل صاحب الاختصاص الأصيل لحسم النزاعات الناشئة عن ارتباط ارادات الأطراف مع بعض، إلا إن تدخل الإرادة في تنظيم بعض جوانب العقد، قد يؤدي أحيانا إلى اهمال دور القضاء في ذلك وليس المقصود من ذلك إقرار الرجوع إلى المجتمعات البدائية والتي تقضي بأن الفرد يستقصي حقه بنفسهِ، ولكن استبعاد دور القضاء كان توجها من ايمان إرادة الأطراف بإطالة إجراءات التقاضي بالشكل الذي يعيق استمرار التفاوض.

وعليه فأن توقع حدوث النزاع يقضي ضرورة تحديد معالم وطبيعة المسؤولية التي تنشأ عن مرحلة التفاوض، الامر الذي كان ولازال يُشكل مهدا لأبحاث الفقه القانوني، ومن أجل بيان ذلك ينقسم هذا المبحث الى مطلبين، نخصص الأول لبيان

---

(١) يُنظر: د.احمد السيد البهي الشويري، *التفاوض التعاقدي*، المصدر السابق، ص١١٨٥.
(٢) يُنظر: المصدر نفسه، ص١١٨٨.
(٣) يُنظر: د .احمد السيد البهي الشويري، المصدر السابق، ص١١٨٨.
(٤) يُنظر: د.عمر الخولي، المصدر السابق، ص١٨.

استبعاد دور القاضي ونكرس الثاني لبحث طبيعة المسؤولية المترتبة عن شرط التفاوض تحت رقابة الغير.

I.I.I. ١. المطلب الأول

إستبعاد دور القاضي

قد لا يكون الهدف من وراء إدراج شرط التفاوض تحت رقابة الغير تنظيم وإدارة مرحلة المفاوضات العقدية بين الأطراف، بل قد يهدف الأطراف من ذلك إلى أن يبرز دور الغير في وضع الأسس السلمية التي تتبع في تسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم رغبةً منهم في عدم اللجوء إلى القضاء واتباع الطرق الإجرائية المعقدة والتقليدية في سبيل ذلك.

ومن الجدير بالإشارة هو ان قصد الأطراف من ذلك الحصول على حل سريع وجدّي للنزاع مع استمرارهم في عملية التفاوض دون الرغبة في إنهائها، وهذا ما جعل الكتابة أمر ضروري لإسباغ المسائل الواردة في العقد صفة الالزام لاسيما ما يتعلق بإجراءات فض النزاع.

وأمام اختصاص المحكمة الأصيل في النزاعات الناشئة بين الأطراف بغض النظر عن المرحلة التي يمر بها التصرف، نجد أن غاية الأطراف في اتجاه دائم نحو سلب القضاء ذلك الاختصاص وإحالته إلى الغير، حيث يجدون أن إجراءات التقاضي قد لا تشكّل الدعامة الحمائية المثلى لديهم بغض النظر عن مضمون الحكم، ولذلك يمثل فص النزاع في مرحلة الاشتراط من قبل الغير تأمين كافٍ من وجهة نظر الأطراف امام الخشية الدائمة من عرض ذلك على المحكمة بالشكل الذي يعتبر التفاوض برقابة الغير يمثل وسيلة الأطراف للتصالح بعيداً عن المحكمة[١].

وبذلك يختلف دور الغير في شرط التفاوض عن دور المحكم في شرط التحكيم، حيث إن الأخير يجعل القضاء عند مختص أصلاً ويسلب اختصاصه بشكل نهائي، أما بالنسبة للغير فهو يستبعد دور القاضي مؤقتاً دون أن يسلب اختصاصه في حسم النزاع[٢].

وبذلك يكون اختصاص القضاء في شرط التفاوض موجوداً ولكنه معطلاً وبالرجوع إلى المادة (١٦) من لائحة التوفيق الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، حيث نص على "يلزم الأفراد أثناء إجراءات التوفيق بعدم القيام بأية إجراءات بالنزاع الخاضع لإجراءات التوفيق أمام القضاء، ومع ذلك ضمن المتصور

---

(١) يُنظر: د.عاشور مبروك، *نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم*، المصدر السابق، ص٢٦٩.

(٢) يُنظر: د.أحمد السيد صاوي، *التحكيم وفقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية*، ط٢، (مصر: المؤسسة الفنية، ٢٠٠٤)، ص٦٣.

إمكانية قيام أحد الأطراف بمباشرة إجراءات التقاضي عندما يكون هذا المسعى وفقاً لرأيه ضرورياً لحماية حقوقه"[١].

ومما يتبادر إلى الذهن هو التساؤل عن الحكم فيما لو أهمل أحد الأطراف ما ورد في شرط التفاوض ودون إلزام نفسه بتسوية الغير للنزاع وجعل من ذلك اللجوء إلى القضاء أفضل من حكم الغير؟ فما هو الحكم حينئذ؟

يعرض الفقه لهذه المسألة عدة احتمالات وابتداءً من أكثرها إيجابية والتي يشيرون فيها فيما لو لجأ أحد الأطراف إلى القضاء طالباً إلزام الطرف الآخر بوجود تنفيذ ما ورد في شرط التفاوض، فهنا يكون دور القضاء لا يثير أدنى إشكال، حيث تأمر المحكمة الطرف الآخر بضرورة التنفيذ العيني للشرط، إذ يجعل ذلك تدخل المحكمة غير مختص ولو بشكل مؤقت لحسم النزاع بقدر ما يكون تدخلها ضرورياً لإلزام ذلك الطرف نحو تنفيذ التزام.

وبذلك قضت المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي والتي قررت القوة الملزمة للاتفاقات، حيث إن المحكمة في ذلك كيف ستقبل النظر في الدعوى وتسترد اختصاصها الأصيل بالقدر اللازم لإعمال إلزامية الاشتراطات الاتفاقية[٢].

وهذا ما تبع حالة عكسية للحالة المتقدمة والتي فيها يلجأ أحد الأطراف للمحكمة طالباً إياها بفض النزاع رغم وجود الشرط، الأمر الذي يجعل تضييق المادة سالفة الذكر أمر محتم على المحكمة، حيث لا تقبل المحكمة النظر في ذلك لأن الاتفاق في الاشتراط التفاوضي برقابة ورعاية الغير كان قد اتجهت إليه إرادة الأطراف ودون تدخل المحكمة بالشكل الذي لا يمكن نسفه بفعل أحد الأطراف، وبذلك يشكّل قرار المحكمة برد الطلب بمثابة أداة لتفعيل إرادة الأطراف والغير معاً[٣].

ومن وجهة نظرنا، نجد أن المحكمة لا يمكن أن تقرر بعدم قبول دعوى أحد الأطراف، وبالرغم من وجود شرط التفاوض، بل عليها أن تصرف من ذلك بشكل مؤقت وتحيل من يطالبها نحو ضرورة تسوية النزاع بشكل ودّي عن طريق تدخل الغير المحايد وفي حالة ان لم يتوصلا إلى حكم يرضي الجميع يكون من بعد ذلك الأمر من اختصاص المحكمة الأصيل، وبذلك يمكن أن تسترجع المحكمة ولايتها.

---

(1) (Les parties s'engagent an entamer, an cours de la procedure de conciliation squeune procedure arbitrale ou judicaive relative a'un litige soumis a la procedure de medition, sauf a titre mesure conservatoire).

(2) Article (1134/1): (Les conventions legalement formess lien de loi a ceux qui les not faites).

(٣) يُنظر: د عاشور مبروك، *نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم*، المصدر السابق، ص٧٧.

I.I.I. ٢. المطلب الثاني
طبيعة المسؤولية الناشئة عن التفاوض تحت رقابة الغير

من ملاحظة ما يقصد بطبيعة المسؤولية الناشئة عن التفاوض تحت رقابة الغير نجده أكثر اختزالاً من ناحية المضمون، ونحن بصدد تحديد المسؤولية نقصد منها شقين الأول ما يتعلق بطبيعة المسؤولية هل هي عقدية أم تقصيرية، والشق الثاني نطاق هذه المسؤولية أي مسؤولية الأطراف من ناحية ومسؤولية الغير من ناحية أخرى، وعلى ذلك يكون في مرحلة واحدة وهي مرحلة التفاوض.

وقبل بيان طبيعة وحدود تلك المسؤولية، لابد لنا من الإشارة أولاً عن إنّا بصدد اتفاق بين طرفين ثم بموجبه تحديد شخصية الغير المراقب لتفاوضهم، ولذلك فإن المسؤولية تثار على مرحلتين، ومن أجل ذلك حيث يبقى الجدل حول تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة عن مرحلة المفاوضات ليس وليد العهد، إذ كان ولازال له الصدى الواسع في الأوساط الفقهية التي تهدف نحو السعي إلى ضرورة وضع معيار فاصل ودقيق يحدد أساس وطبيعة المسؤولية في تلك المرحلة.

ففيما يتعلق بالجانب الأول من جوانب المفاوضات المصحوبة بشرط التفاوض برقابة الغير، حيث نجد أن الأطراف في هذه المرحلة ينظر إليهم نظرة مجردة عن وجود الاشتراط وان عملية التفاوض بينهم تبقى مجرد عمل مادي يرتب المسؤولية التقصيرية عن قطع ذلك التفاوض أو الانسحاب منه دون مبرر معقول(١).

بينما نجد من يؤسس تلك المرحلة على أساس وجود اتفاق ضمني يقضي بالالتزام بعدم قطع المفاوضات وان الإخلال بذلك يؤدي حتماً إلى مسؤولية عقدية وتبرير ذلك يجدونه في أن الإيجاب أصبح لازماً في هذه الحالة عندما لا يرفضه من وجّه إليه، وبذلك ينعقد العقد(٢).

وبغض النظر عن أي من الاتجاهات فنحن نؤيد مَن يذهب إلى تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة عن التفاوض المباشر بين الأطراف على أساس أنها مسؤولية ذات طابع خاص متعلق في المرحلة السابقة على التعاقد، فهي وإن لم تكن عقدية فهذه نتيجة تستلزمها حقيقة عدم وجود اتفاق، والطابع الخاص لتلك المسؤولية ظهر لمعالجة الأخطاء أي تحصل ما قبل العقد من قبل الأطراف لما لها من أهمية ضامنة، فهي إذ تنشأ في فترة لم تشترك الإرادات بعد، وعليه فالإخلال قبل العقد لا يدخل في نطاقها، كما ولا يمكن معالجة ذلك الإخلال ضمن نطاق أحكام المسؤولية التقصيرية(٣).

---

(١) يُنظر: د.حسين عامر، *المسؤولية المدنية*، ط٢، (القاهرة: دون دار نشر، ١٩٧٩)، ص٢٤٩.
(٢) يُنظر: المصدر نفسه، ص٣٩.
(٣) ينظر في تفصيل ذلك: د.كاظم كريم علي الشمري، "المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد"، *بحث منشور في مجلة الفتح، كلية اليرموك الجامعة*، العدد ٢٧، (٢٠١٦).

وقد يثار التساؤل حول إن وجود اتفاق لتحديد مَن يراقب عملية التفاوض يسبغ عملية المفاوضات الصفة العقدية وهل بالإمكان أن تكون المسؤولية هنا عقدية؟

ومع وجاهة التساؤل المتقدم، فلا يمكن اعتبار ذلك من ضمن المفاوضات المنظمة بموجب عقد وإنما قصد الأطراف من ذلك أن يكون الاتفاق الصريح لتحديد المراقب من أجل رسم المسالك الإجرائية للمفاوضات منذ لحظة بِدئها إلى انتهائها، فعقد التفاوض يمثل أحد الطرق والوسائل الاتفاقية التي يلجأ إليها الأطراف من أجل تأمين عملية تبادل المعلومات من المخاطر التي تحدق بها، وهو أيضاً أهم الوسائل التي تتبع في تفسير العقد وإثبات وجوده، ولا دخل لذلك بمضمون العقد الأصلي، فأحدها يستقل عن الآخر ولا يكتسب أي منهما صفة الآخر[١].

ولا يمكن أن ننكر عدم وجود عقد تفاوضي بين الأطراف، فالقاضي بإمكانه استخلاص ذلك من خلال الوثائق والمستندات التي يتبادلها الأطراف، خلال مرحلة المفاوضات، حيث إن تلك المبادلات وفي حالات كثيرة تدل دلالات قاطعة على وجود اتفاق تنظيم التفاوض واستقلاله عن العقد.

مما يؤكد ذلك عن إن طبيعة المسؤولية العقدية من الممكن تلمسها، ولكن ليس في مرحلة التفاوض بل في الاتفاق حول تنظيم عملية التفاوض، حيث إن الإخلال بذلك يرتب المسؤولية العقدية بجُل أحكامها، فيما لو أخّل أحدهم (الطرفين والغير) بالتزاماته المترتبة في ظل اتفاق التفاوض الأمر الذي يعرّضه للمساءلة نحو الآخر.

وينتج عن ذلك أن دور الغير في ظل شرط التفاوض هو دور ذو طبيعة مزدوجة في آنٍ واحد، الدور الإيجابي والمحايد والذي يتمثل بالتزامه ببذل العناية اللازمة من أجل نجاح عملية التفاوض بالشكل الذي يخدم مصالح الأطراف والتزام آخر وهو التزام بتحقيق غاية تتمثل في إعداد وصياغة العقد النهائي وبه تقفل مرحلة التفاوض.

أما الدور السلبي لعمل الغير فيتمثل بوظيفته الناجمة عن رقابة عملية التفاوض والتي تهدف إلى وضع الأسس العامة التي تُتبع في تسوية النزاعات الآنية الناشئة عن مرحلة التفاوض فضلاً عن رسم الطريق الإجرائي السليم لتسوية النزاعات العقدية المحتملة، وفي جميع الأحوال تكون ممارستها بعيداً عن القضاء.

ومما تقدم نستنتج أن طبيعة المسؤولية الناجمة عن مرحلة المفاوضات العقدية وعلى وجه الخصوص ما يتعلق بشرط التفاوض تحت رقابة الغير، نقول أن هذه المسؤولية ذات طبيعة مرنة ونسبية تتغير بالشكل الذي يتلائم والوصف القانوني لمرحلة التفاوض وإن غاب التنظيم القانوني الدقيق لبعض المراحل التي يمر بها العقد فضلاً عن أثر التغيرات التي تلقي بظلالها على تلك المرحلة والتي جعلت من

---

(١) يُنظر: د بلحاج العربي، *الإطار القانوني السابق على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري*، (الجزائر: دار وائل للنشر، ٢٠١٠)، ص٣٨١.

الأهمية بمكان تغير الأحكام ونظرة المشرّع والفقه المعاصر إلى أنظمة قانونية لم تعد معلومة من قبل والتي كانت إقراراً لتلك التغييرات، مما استتبع بالضرورة تطور وتشابك الأحكام المتعلقة بالمسؤولية ولاسيما تحديد طبيعتها بالشكل القانوني السليم.

الخاتمة

بعد أن وصلنا بالبحث إلى نهايته، يتحتم علينا أن ندلي بأهم ما توصلنا إليه من نتائج، وكذلك بعض التوصيات التي نأمل أن يأخذ بها المشرع العراقي لمعالجة مواطن الخلل التي لا تخلو منها أياً من القوانين الوضعية.

أولا- النتائج:

١. شرط التفاوض هو شرط ارادي محض يستهدف الأطراف منه تنظيم مرحلة تفاوضهم في ظل غياب التنظيم القانوني لها.
٢. توصلنا من خلال البحث إلى تداخل الأحكام فيما يخص احكام التفاوض المباشر بين الأطراف والتفاوض تحت رقابة الغير، وكان ذلك نتيجة تطويع الأحكام بالشكل الذي تتلاءم وعملية ادارة التفاوض من قبل الغير.
٣. تتحدد الطبيعة القانونية لشرط التفاوض من خلال تحديد دور الغير في تنظيم تفاوض الأطراف، مع دون التلابس ودور الوسيط والموفق رغم اقتراب الأفكار الا ان دور الغير في شرط التفاوض اوسع نطاقا مما ينتج عن شرط التوفيق والوساطة، فضلا عن دور الغير التحكيمي.
٤. يتجلى الدور الأمثل للغير في مرحلة التفاوض بأعداد وصياغة العقد التمهيدي، بما يتلاءم وتطلعات الاطراف وبالشكل الذي تتجسد فيه تلك الصياغة الواقعية بما تحويه من العناصر الأساسية للعقد وفقا للطبيعة الموضوعية لمضمون العقد.
٥. من اهم الأثار التي تترتب على الاشتراط الرقابي لمرحلة التفاوض هو استبعاد دور القضاء بشكل مؤقت وذلك ناتج عما للغير من دور في وضع الأسس السليمة التي تعين الأطراف على حل النزاع الناشئ عن مرحلة التفاوض، فضلا عن حل النزاعات العقدية المحتملة.
٦. طبيعة المسؤولية التي تنشأ عن مرحلة المفاوضات العقدية ذات طبيعة مزدوجة ينظر فيها إلى جانبين: الأول العقد الذي تم الاتفاق فيه على تحديد الغير وتنشأ عنه مسؤولية عقدية، الجانب الثاني وهو ما ينتج عن المفاوضات من خرق اطرافها لما ينشأ عنها من ضرورة الالتزام ببعض المبادئ التي تحكمها (مبدأ حسن النية) وينتج عن ذلك مسؤولية تقصيرية.

ثانياً- التوصيات:

١.بسبب التطور العلمي والتقني الذي يمر مضمون العقود في وقتنا الحاضر، نأمل من المشرع العراقي أن يضع من الأحكام ما يعالج به مسألة مدى قدرة الأطراف على الاشتراط في مرحلة التفاوض لتنظيم مسائل معينة تتعلق ومضمون التعاقد.

٢.نحسب أنه ليس من اختصاص المشرع العراقي أن يضع تعريفات لأفكار ومبادئ قانونية معينة، إلا أن الضرورات قد تدعو إلى ذلك، خصوصاً فيما يتعلق بمراكز الأطراف المرتبطة بالعقد ولاسيما مراكز الأشخاص الذين تتخلل ادوارهم مرحلة التفاوض، وأن يحدد المقصود بتلك المراكز بدقة حفاظاً على مصالح الأطراف.

٣.وللسبب أعلاه نقترح على المشرع العراقي تنظيم مرحلة المفاوضات العقدية في نطاق تنظيمه للأحكام التي تشكل قواعد تكوين العقد، بالنظر إلى ان العقد يمر بمراحل قد تطول أو تقصر في سبيل ابرامه بالشكل القانوني السليم.

٤. أن يضع المشرع العراقي معياراً محدداً يستند إليه لتحديد طبيعة المسؤولية الناتجة عن مرحلة التفاوض دون ترك هذه المسألة لاجتهاد الفقه القانوني، الذي من العسير ان يضع معايير منضبطة في سبيل ذلك.

٥.نعتقد أنه بالإمكان أن يستفيد المشرع العراقي من تجارب التشريعات العربية ولاسيما الأجنبية وهو في سبيل تنظيم تلك المرحلة من اجل تجاوز نقاط الضعف في احكام تلك القوانين وان تكون المعالجة سليمة ودقيقة.

وبعد..

فليس من وسعنا الإحاطة بكل شيء فهذا من صفات الكمال التي اختص بها الباري عز وجل ((وفوق كل ذي علم عليم)) (يوسف/٧٦)، وحسبنا صدق المحاولة وحسن النية والسعي من أجل المعلومة، ونسأل الله عز وجل التوفيق والسداد، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المراجع

اولا : القرآن الكريم.

ثانيا : المصادر العربية

١.د.أحمد السيد صاوي، *التحكيم وفقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية*، ط٢، مصر: المؤسسة الفنية، ٢٠٠٤.

٢. د.احمد سعيد الزقود، *نحو نظرية عامة لصياغة العقود*، بيروت: المكتبة العصرية، ٢٠١٠.

٣. د.أيمن إبراهيم العشماوي، *مفهوم العقد وتطوره*، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

٤. بلحاج العربي، *الإطار القانوني السابق على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري*، الجزائر: دار وائل للنشر، ٢٠١٠.

٥.د.جمال الدين زكي، *الخبرة في المواد المدنية والتجارية*، مصر: مطبعة جامعة القاهرة،١٩٩٠.

٦.د.جورج سيوفي، *النظرية العامة للموجبات والعقود*، ج١، بيروت: مصادر وموجبات، دون دار نشر، ١٩٦٠.

٧.د.حسن حسين الراوي، *التعاقد من الباطن*، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

٨.د. حسين عامر، *المسؤولية المدنية*، ط٢، القاهرة: دون دار نشر، ١٩٧٩.

٩.د.حلمي بهجت بدوي، *أصور الالتزامات*، القاهرة: مطبعة نوري، ١٩٤٣.

١٠.د.حميد لطيف نصيف، *الخبرة العلمية والفنية امام القضاء المدني*، دون دار نشر، ٢٠١٢.

١١.د.سامي منصور، *عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني*، ط١، بيروت: دار الفكر اللبناني، ١٩٨٧.

١٢.د.صلاح محمد احمد دياب، *التزام العامل بالأمانة والإخلاص في علاقات العمل الفردية*، مصر: دار الكتب القانونية، دون سنة نشر.

١٣.د.عاشور مبروك، *نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم*، القاهرة: دار النهضة العربية،٢٠٠٠.

١٤.د.عبد الرزاق احمد السنهوري، *نظرية العقد*، ج٢، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية،١٩٩٨.

١٥.د. عبد العزيز مرسي، *التعاقد باسم مستعار*، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

١٦.د.عبد المجيد الحكيم، *الوسيط في نظرية العقد، انعقاد العقد*، ج١، بغداد: شركة الطبع والنشر الأهلية، ١٩٩٧.

١٧.د. عبد المنعم موسى إبراهيم، *حسن النية في العقود*، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.
١٨.د.عمر الخولي، *الأسس العامة لمهارات صياغة العقود*، دون دار نشر، ٢٠١٤.
١٩.د.محمد إبراهيم بنداري، *التعاقد باسم مستعار*، القاهرة: دار النهضة العربية، دون سنة نشر.
٢٠.د.محمد وحيد الدين سوار، *النظرية العامة للالتزام*، سوريا: منشورات جامعة حلب، ١٩٩٧.
٢١.د.مصطفى المتولي قنديل، *الشروط الإرادية المنظمة للتقاضي*، مصر: دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
٢٢.د.رجب كريم عبد الإله، *التفاوض على العقد*، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
٢٣.د.ياسين محمد الجبوري، *المبسوط في القانون المدني*، ج١، مصادر الحقوق الشخصية، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٦.
٢٤.د.ئاوات عمر قادر حاجي، *مبدأ استقرار المعاملات*، لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠١٧

ثانيا : الرسائل والأطاريح

١. جاسم سلمان لفتة العبودي، "النيابة عن الغير في التصرف القانوني"، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩١.
٢. حسين عبد القادر معروف، "النزعة الشخصية والموضوعية في التصرف القانوني"، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩٩.
٣. حمدي سليمان القبيلات، "تسوية المنازعات الناشئة عن عقد البوت"، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١١.
٤. عاطف كامل فخري، "مفهوم الغير في القانون المدني المصري"، أطروحة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، مصر، ١٩٧٦.
٥. عماد الملا حويش، "النزول عن العقد"، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩٢.
٦. محمد عويز حسوني، "الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية"، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠١٨.
٧. مصطفى خضير نشمي، "النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد"، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٤.
٨. نبراس ظاهر الزيادي، "حقوق الغير المقترنة بالعقد"، أطروحة دكتوراه، جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠١٥.
٩. نواف محمد مصلح الذيابات، "الالتزام بالتبصير في العقود الالكترونية"، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٣.

ثالثا : البحوث والمقالات

١.د.احمد السعيد البهي الشويري، "التفاوض التعاقدي"، بحث منشور في *مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، دمنهور*، العدد الرابع، الجزء الأول، (٢٠١٩).

٢.د. جعفر الفضلي، "الالتزام بالإعلام والنصيحة والتعاون في عقد البيع ودوره في حماية المستهلك"، بحث منشور في *المجلة الحولية العراقية للقانون، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي*، (٢٠٠٢).

٣.د.حمدي محمود بارود، "القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في عقود التجارة الدولية"، بحث منشور في *مجلة الجامعة الإسلامية، كلية الحقوق*، العدد ٣٩.

٤.د.رفاه كريم رزوقي، "الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري"، بحث منشور في *مجلة كلية العلوم القانونية والسياسية*، العدد ٣، السنة الثامنة، (٢٠١٦).

٥.د.صبري محمد خاطر، "قطع المفاوضات العقدية"، بحث منشور في *مجلة جامعة النهرين، كلية الحقوق*، المجلد الأول، بغداد، (١٩٩٧).

٦.د.عقيل فاضل محمد الدهان، ومنذر إبراهيم حسن الحلي، "الإطار القانوني لعقد التفاوض الالكتروني"، بحث منشور في *مجلة جامعة أهل البيت (ع)*، العدد الثامن، دون سنة نشر.

٧.د.علاء حسين علي، د.سعد ربيع عبد الجبار ود.محمد عبد الوهاب، "التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي"، بحث منشور في *مجلة جامعة الأنبار، كلية القانون والعلوم السياسية*، العدد السادس، دون سنة نشر.

٨.د.كاظم كريم علي الشمري، "المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد"، بحث منشور في *مجلة الفتح، كلية اليرموك الجامعة*، العدد ٢٧، (٢٠١٦).

٩.د.نصير جبار لفتة الجبوري وعلاء ناصر عزوز، "تأصيل نظرية المجموعة العقدية، بحث منشور في مجلة الكوت للعلوم القانونية"، (٢٠١٩).

١٠. د.وعود كاتب الانباري، "المفاوضات العقدية عبر الإنترنت"، بحث منشور في *مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء*، مج١، ع ٢، (٢٠١٠).

رابعا : المصادر الأجنبية

١-Chestin, Le contract, edition 1988, by L.G.Dj, p.24, no.227.

٢-Chestin, Traite des contract information, ed. By L.D.G.J, et 1995.

٣-Gibeili, La relativite des conventions et les groups de contracts, ed. By L.G.D.J, 1996.

4. Reinhard Schu, Consumer Protection and Private International Law in Internet Contracts, Arellano Law and

Policy Review ،ed.2,
2007.https://www.arellanolaw.edu/alAr/U8n20.pdf

خامسا : القوانين العربية والاجنبية

١-القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢-القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٣-القانون المدني الفرنسي والمرسوم الجمهوري لتعديلة رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦.