



جُمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة كربلاء / كلية القانون

قسم القانون الخاص

## الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني

### الإلكتروني

### (دراسة مقارنة)

رسالة مُقدمة إلى مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء وهي جزء من متطلبات نيل  
درجة الماجستير في القانون الخاص

إعداد الطالب:

علي عباس هادي

بإشراف

الأستاذ الدكتور

علي شاکر عبد القادر البدری

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

((....وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ

الْمُتَوَكِّلِينَ))

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ

(آل عمران 159 )

## إقرار المشرف

أشهد إن رسالة الماجستير الموسومة بـ ( الإخلال بمفاوضات عقد  
المشورة القانوني الإلكتروني – دراسة مقارنة ) المقدمة من قبل الطالب  
(علي عباس هادي ) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء بوصفها  
جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص قد جرت تحت  
إشرافي ورشحت للمناقشة ... مع التقدير ...

  
التوقيع :

الاسم : أ.د. علي شاكر عبد القادر

الدرجة العلمية : استاذ

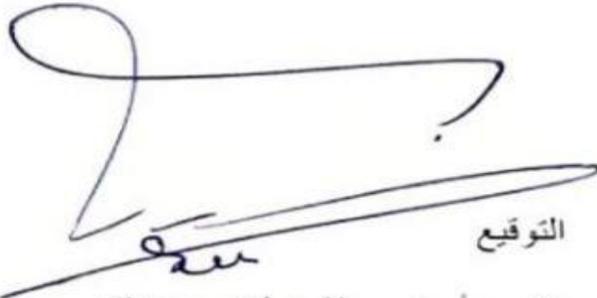
الاختصاص : القانون المدني

جامعة كربلاء – كلية القانون

## إقرار المقوم اللغوي

أشهد اني قرأت رسالة الماجستير الموسومة بـ (الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني (دراسة مقارنة) ) المقدمة من قبل الطالب (علي عباس هادي) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء، وقد وجدتها صالحة للمناقشة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية، بعد أن أخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة.

مع التقدير...



التوقيع

الاسم: أ.م.د. سهيلة خطاف عبد الكريم

الإختصاص: لغة عربية/نحو

التاريخ: ح / ٨ / ٢٠٢٢

إقرار لجنة مناقشة ماجستير

نحن رئيس لجنة المناقشة وأعضائها نقر أننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (الاخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الالكتروني" دراسة مقارنة ")، وناقشنا الطالب ( على عباس هادي ) في محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة ( جيد جداً ) .

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. نبيل عبد شعيب

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. حيدر حسين كاظم

(رئيساً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. علي شاكر عبد القادر

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. عباس سمير حسين

(عضواً)

التاريخ: 2022 / ١٥ / ١٤

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع :

أ.د. باسم خليل نايل السعدي

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: 2022 / ١٨ / ١٤

باسم السعدي

## شكر و عرفان

الشكر لله تعالى الذي بتوفيقه تمكنا من إتمام هذه الدراسة ، كما أتقدم بالشكر إلى الأستاذ الدكتور علي شاكر عبد القادر البدري الذي شرفني بقبوله الإشراف على رسالتي والذي لم يتوانَ عن تقديم كُل ما هو مفيد لإظهار هذه الدراسة على أفضل ما يكون ، كما أتقدم بالشكر إلى السيد العميد الأستاذ الدكتور ضياء عبد الله عبود الاسدي، والسيد المعاون العلمي الدكتور علاء الحسيني ، والسيد المعاون الإداري الدكتور نوري الشافعي ، كما أتقدم بالشكر إلى رئيس القسم الخاص الدكتور إشراف صباح والشكر موصول إلى جميع أساتذتي في كلية القانون – جامعة كربلاء وبالأخص من درستي في مرحلة الماجستير ، كما أتقدم بالشكر إلى زميلي أحمد ناصر حسوني لكل ما أبداه من دعم ومساعدته، ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى جميع موظفي الكلية وعلى وجه الخصوص الموظفين العاملين في المكتبة ؛ لما أبدوه من تسهيلات عند مراجعتهم لغرض استعارة المصادر .

الباحث

## المحتويات

| رقم الصفحة | العنوان  |
|------------|--|
| ٦-١        | المقدمة  |
| ٢١-٧       | المبحث التمهيدي : مفهوم عقد المشورة القانوني الإلكتروني  |
| ١١-٧       | المطلب الأول : التعريف بعقد المشورة القانونية الإلكتروني   |
| ٩-٧        | الفرع الأول: التعريف الفقهي  |
| ١١-٩       | الفرع الثاني :التعريف التشريعي   |
| ٢١-١١      | المطلب الثاني: التكيف القانوني لعقد المشورة القانونية الإلكترونية<br>الإلكتروني وتمييزه عما يشته به من أوضاع قانونية |
| ١٦-١٢      | الفرع الأول : التكيف القانوني لعقد المشورة القانونية الإلكتروني  |
| ٢١-١٦      | الفرع الثاني : تمييز عقد المشورة القانونية عما يشته به من أوضاع قانونية  |
| ٦٥-٢٢      | الفصل الأول : أركان المسؤولية الناشئة عن الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانونية الإلكتروني                           |
| ٣٩-٢٣      | المبحث الأول : الخطأ في مرحلة المفاوضات  |
| ٣٠-٢٣      | المطلب الأول : مضمون الخطأ في مرحلة المفاوضات  |
| ٢٩-٢٤      | الفرع الأول :وصف الخطأ في مرحلة المفاوضات  |
| ٣٠-٢٩      | الفرع الثاني : معيار الخطأ في مرحلة المفاوضات  |
| ٣٩-٣٠      | المطلب الثاني :أنواع الخطأ في مرحلة المفاوضات  |
| ٣٨-٣١      | الفرع الأول :الخطأ الناشئ عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض  |
| ٣٩-٣٨      | الفرع الثاني :الخطأ السابق على مرحلة صدور الإيجاب  |
| ٥٢-٤٠      | المبحث الثاني :الضرر في مرحلة المفاوضات  |
| ٤٦-٤٠      | المطلب الأول :مضمون الضرر في مرحلة المفاوضات   |
| ٤٤-٤١      | الفرع الأول : تعريف الضرر في مرحلة المفاوضات   |

|        |  |
|--------|--|
| ٤٦-٤٤  | الفرع الثاني :أهمية الضرر في مرحلة المفاوضات   |
| ٥٢-٤٦  | المطلب الثاني :وجود الضرر في مرحلة المفاوضات وشروطه  |
| ٤٨-٤٦  | الفرع الأول : وجود الضرر في مرحلة المفاوضات  |
| ٥٢-٤٨  | الفرع الثاني : شروط الضرر في مرحلة المفاوضات   |
| ٦٥-٥٣  | المبحث الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر  |
| ٥٩-٥٣  | المطلب الأول :مضمون العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في مرحلة المفاوضات  |
| ٥٥-٥٤  | الفرع الأول :تعريف العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في مرحلة المفاوضات   |
| ٥٩-٥٦  | الفرع الثاني : معيار العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في مرحلة المفاوضات   |
| ٦٥-٥٩  | المطلب الثاني : إثبات العلاقة السببية ونفيها   |
| ٦١-٦٠  | الفرع الأول :إثبات العلاقة السببية   |
| ٦٥-٦٢  | الفرع الثاني : نفي العلاقة السببية   |
| ١١٣-٦٦ | <b>الفصل الثاني : الأحكام المترتبة على الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانونية الإلكترونية</b>                              |
| ٨١-٦٨  | المبحث الأول :المسؤولية المترتبة عن الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانونية الإلكترونية                                     |
| ٧٥-٦٨  | المطلب الأول :المسؤولية التقصيرية للأطراف المتفاوضة عن الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانونية الإلكترونية                  |
| ٦٩-٦٩  | الفرع الأول :الفقه التقليدي القائل بالمسؤولية التقصيرية عن الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانونية الإلكترونية              |
| ٧٥-٧٠  | الفرع الثاني : الفقه والقضاء المعاصرين القائلين بالمسؤولية التقصيرية عن الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانونية الإلكترونية |

|         |   |
|---------|---|
| ٨١-٧٥   | المطلب الثاني :المسؤولية العقدية للأطراف المتفاوضة عن<br>الاخلال بمفاوضات عقد المشورة القانونية الإلكترونية                 |
| ٧٧-٧٦   | الفرع الأول :الفقه التقليدي القائل بالمسؤولية العقدية عن الاخلال<br>بمفاوضات عقد المشورة القانونية الإلكترونية              |
| ٨١-٧٨   | الفرع الثاني : الفقه والقضاء المعاصرين القائلين بالمسؤولية<br>العقدية عن الاخلال بمفاوضات عقد المشورة القانونية الإلكترونية |
| ٩٧-٨١   | المبحث الثاني :دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن مرحلة<br>المفاوضات   |
| ٩٠-٨١   | المطلب الأول :أطراف دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن<br>مرحلة المفاوضات  |
| ٨٦-٨٢   | الفرع الأول :المدعى   |
| ٩٠-٨٦   | الفرع الثاني :المدعى عليه   |
| ٩٧-٩٠   | المطلب الثاني :انقضاء دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن<br>مرحلة المفاوضات  |
| ٩٤-٩٠   | الفرع الأول : مضي المدة   |
| ٩٧-٩٤   | الفرع الثاني :الصلح   |
| ١١٣-٩٨  | المبحث الثالث :أثر المسؤولية الناشئة عن مرحلة مفاوضات عقد<br>المشورة القانونية الإلكترونية                                  |
| ١٠٥-٩٨  | المطلب الأول: التنفيذ العيني الجبري   |
| ١٠١-٩٩  | الفرع الأول :شروط التنفيذ العيني الجبري   |
| ١٠٥-١٠٢ | الفرع الثاني : موقف الفقه والقضاء من التنفيذ العيني الجبري  |
| ١١٣-١٠٥ | المطلب الثاني : التنفيذ بمقابل  |
| ١٠٩-١٠٦ | الفرع الأول :تفويت الفرصة   |
| ١١٣-١٠٩ | الفرع الثاني :الخسارة الحالة  |
| ١١٨-١١٤ | الخاتمة   |
| ١٢٨-١١٩ | المصادر   |

## المُستخلص

تُعد مرحلة التفاوض على عقد المشورة القانونية الإلكترونية من أهم مراحل تكوين ذلك العقد لاعتباراتٍ عديدة أهمها هو إن هذه المرحلة تُعد مرحلة اختبار، يختبر كل طرف من أطرافها حسن نية الآخر، فالالتزام بمبدأ حسن النية يعتبر من الأمور ذات الأهمية البالغة في استمرار عملية التفاوض وتتوحيها في النهاية بإبرام العقد محل التفاوض، ولذا ولأهمية هذه المرحلة من مراحل عقد المشورة القانونية الإلكترونية ولتطور وسائل التواصل التي يمكن لطالب المشورة والمطلوب المشورة القانونية منه استخدامها لغرض التواصل والتفاوض وما يرافق ذلك من مشكلات تؤدي بالنتيجة الى توجه المتضرر إلى المحاكم، وعدم تنظيم المشرع العراقي نصوص تشريعية تواكب ذلك التطور؛ لذا تم تناولها تحت عنوان هذه الدراسة، فقد يرتكب أحد أطراف التفاوض خطأ خلال سير عملية التفاوض يؤدي بالضرر على الطرف الآخر والسؤال الذي يمكن أن يطرح في هذا المقام هل أن لجسامة الخطأ المرتكب من قبل المتفاوض أثر في تقدير التعويض المستحق للطرف الآخر؟ يمكن القول إلى عدم تأثير جسامة الخطأ في تقدير التعويض فالتعويض يحسب على أساس الضرر المتحقق من الخطأ بغض النظر عن جسامة الخطأ، فأرتكاب المتفاوض للخطأ وتحقق الضرر للمتفاوض الآخر هو الذي يوجب المسؤولية ومن ثم التعويض، ولكن مانوع هذه المسؤولية المتحققة؟ هل هي مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية؟ في الواقع حدث خلاف فقهي وقضائي في هذا الموضوع، فالفقه العراقي يدعو إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية، أما الفقه المصري والفرنسي فيدعو إلى تطبيق أحكام المسؤولية العقدية في حالة وجود اتفاق للتفاوض مبرم ما بين الأطراف المتفاوضة، وسواء أكانت المسؤولية المتحققة هي مسؤولية تقصيرية أم مسؤولية عقدية فإن المتفاوض على عقد المشورة القانونية الإلكترونية له الحق في مقاضاة الطرف المخطئ والمطالبة بتعويضه عمّا أصابه من ضرر فعلي .

أما عن سبب اختيارنا لهذا البحث؛ هو لكثرة الحاجة إلى المشورة القانونية العاجلة من قبل الكثير من الأشخاص والتطور الكبير الحاصل في مجال التكنولوجيا ووسائل التواصل الاجتماعي، وعدم تنظيم ذلك بتشريع خاص حتى يتم تلافي المشكلات التي قد تحدث بين أطراف التفاوض ويعرف كل طرف من الأطراف ما يجب الالتزام به خلال هذه المرحلة .



## المقدمة

### أولاً- فكرة البحث

إن العقد يعكس من الناحية القانونية والواقعية تراضي طرفيه وهو أمر لا يحصل دائماً بسهولة، فإن تكوين العقد يفترض حصول مفاوضات بين طرفيه لتكوين تصور عام حوله، وإن عملية التفاوض أما أن تتم بصورة شفوية من خلال الاتصال المباشر بين الأطراف المتفاوضة عن طريق عقد اجتماعات فيما بينهم حيث يجلس الأطراف في مجلس واحد ويتم التفاوض فيما بينهم وجهًا لوجه، وقد يتم التفاوض عن طريق تبادل الرسائل والبرقيات، ولكن بعد التطور الهائل الذي حصل في مجال التكنولوجيا انتشرت عملية التفاوض على العقود عبر الإنترنت، غير أن الدخول في مفاوضات لايفترض وجوباً إبرام العقد النهائي؛ لأن المفاوضات المقدمة قد لاتلائم مصالح أحد الأطراف وبالتالي فإن كل طرف يكون من حقه العدول عن التفاوض وهذا الحق نابع في عمقه من مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، أي إن عملية التفاوض قد يسفر عنها إبرام العقد النهائي وقد لايبرم ذلك العقد، ومع ذلك فإن التوسع في مفهوم الحرية التعاقدية على النحو أعلاه يتعارض مع ما يجب أن يحصل لدى الطرفين من اطمئنان وتصور بالأمان والجدية في إتمام عملية التفاوض، عليه فإن المفاوضات يجب أن تجري وفق مبدأ حسن النية؛ لذا فإن هذا البحث يحاول تسليط الضوء على إخلال أحد أطراف التفاوض بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني والضرر الناتج على هذا الإخلال والمسؤولية المترتبة في حالة حصول ذلك الضرر والجزاء المترتب على هذه المسؤولية، حيث إنه قد يصدر من أحد أطراف التفاوض خطأ على خلاف ما يستوجبه منه مبدأ حسن النية من التزام، فعلى سبيل المثال قد يخل المطلوب المشورة القانونية منه بالتزامه بالسرية فيقوم بإفشاء مايطلع عليه من أسرار لطالب المشورة، وهذا هو الخطأ، فمن الطبيعي أن يطلع المشاور القانوني بحكم طبيعة عمله على معلومات تخص طالب المشورة وتعد هذه المعلومات سرية ويؤدي إفشاءها بالضرر على الطرف المتفاوض طالب المشورة، وقد يقوم أحد أطراف التفاوض بقطع المفاوضات الجارية بشكل مفاجئ ودون سابق إنذار على الرغم من قطعها شوطاً مهماً من الزمن وثقة الطرف الآخر أنها ستؤدي بالنهاية الى إبرام

العقد المنشود ونتيجة لهذه الثقة قد يفوت على الطرف المتضرر فرص أبرام عقد آخر، وإن الضرر الذي يصيب المتفاوض المتضرر قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً ، وبالنتيجة يترتب على ذلك مسؤولية على الطرف المخطئ وعلى الرغم من الخلاف الحاصل حول طبيعة المسؤولية الناشئة إلا أن الطرف المتضرر في النهاية يستحق التعويض عما أصابه من ضرر سواء وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية أم وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية من خلال إقامه دعوى بذلك يكون المدعى عليه فيها محدث الضرر.

### ثانياً - إشكالية البحث

إن استخدام شبكة الإنترنت للتفاوض والحصول على خدمة الاستشارة القانونية يرافقه العديد من المشكلات حيث تزايدت في الآونة الأخيرة المشكلات الناشئة في مرحلة التفاوض على عقد المشورة القانوني الإلكتروني بعد استخدام وسائل التواصل الاجتماعي للحصول عليها، لذا فإن مشكلة هذا البحث تتمحور حول إرتكاب أحد المتفاوضين على عقد المشورة القانوني الإلكتروني خطأ أثناء عملية التفاوض وينشأ عن ذلك الخطأ ضرر للطرف المتفاوض الآخر، وعدم تنظيم المشرع العراقي للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بالمفاوضات السابقة لإبرام عقد المشورة القانوني الإلكتروني بنصوص قانونية يمكن من خلالها بيان الجزاء المترتب على الإخلال.

### ثالثاً: أسئلة البحث

ينبغي في هذه البحث طرح الأسئلة الآتية والاجابة عليها :

- ١- متى يكون الطرف المفاوض على عقد المشورة القانونية المخل مخطئاً؟
- ٢- هل مجرد حدوث الخطأ من قبل المتفاوض يحكم عليه بالتعويض؟
- ٣- ما مدى تأثير جسامه الخطأ في احتساب التعويض؟
- ٤- هل بالإمكان الحكم بالتنفيذ العيني الجبري على المتفاوض الممتنع عن تنفيذ التزامه؟
- ٥- في حال تحقق مسؤولية أحد الأطراف المتفاوضة ما نوع تلك المسؤولية هل هي مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية؟

٦- في حالة إبرام الأطراف المتفاوضة للعقد التمهيدي هل أن المسؤولية المترتبة بحق الطرف المخل مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية؟

٧- هل يمكن طلب التعويض عن فوات فرصة إبرام عقد مع الغير؟  
وسنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال هذه الدراسة.

## رابعاً - أهمية البحث

التفاوض الإلكتروني للحصول على المشورة القانونية يوفر المزيد من الجهد والمال حيث إن أتباع الطرق التقليدية في الحصول على الاستشارة القانونية يكون فيه العديد من المصاعب مقارنة باتباع الطريق الإلكتروني ، وعلى الرغم من ذلك فإن التفاوض والحصول على المشورة الإلكترونية لا يخلو من العيوب فالمشاور القانوني في بعض الأحيان لا يملك الخبرة القانونية الكافية ولا يقدر العواقب فيرتكب الأخطاء التي تؤدي بالضرر على طالب المشورة القانونية وقد يكون الأخير هو من يرتكب الأخطاء ، فتأتي أهمية هذه الدراسة في البحث في ما قد يحصل من إشكالية أثناء عملية التفاوض والأضرار المترتبة على ذلك ، وقد يسهم ذلك في إيجاد الحلول من خلال اقتراح بعض النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع والتي يمكن للمحاكم في حال تشريعها من قبل الجهة التشريعية المختصة أن تطبقها على ما قد يُرفع أمامها من دعاوى تحدث بين الأطراف المتفاوضة ، وهذا الأمر بطبيعة الحال سيسهم في تجنب الخلاف الفقهي والقضائي حول كل ما يثار من مشاكل تخص موضوع التفاوض على عقد المشورة القانوني الإلكتروني .

## خامساً - الدراسات السابقة

لدى البحث والتحري حول عنوان مشروع هذه الرسالة لم يتم العثور على دراسات سابقة مستقلة مماثلة لهذا العنوان، وحسب اطلاعنا توجد دراسات تناولته بصورة جزئية وبصفحات قليلة تتعلق بالمفاوضات قبل العقد وإن دراستي لا تتناول المفاوضات قبل العقد وإنما الإخلال بمفاوضات

عقد المشورة القانوني الإلكترونية الذي لم يكتب به سابقاً ولم يكن عنواناً لرسالة أو أطروحة ومن أهم تلك الدراسات ما يلي:

١\_ السرية في مفاوضات عقد نقل التكنولوجيا ،رسالة ماجستير مقدمة من الباحث مهند وليد حامد جامعة الازهر \_ غزه ،٢٠١٩، وتناول فيها ماهية السرية والأساس القانوني للالتزام بالسرية وتتضمن دراسة المفاوضات الخاصة بعقد نقل التكنولوجيا، و ماهية السرية في عقود نقل التكنولوجيا ومعيار تحديد السرية ، و ماهي الطبيعة القانونية للالتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا وهذا يختلف عن موضوع بحثنا حيث إن موضوع بحثنا يتناول المفاوضات الخاصة بالمشورة القانونية الإلكترونية والمسؤولية المترتبة على الإخلال بمفاوضات تلك المشورة والجزاء المدني المترتب على ذلك .

٢\_ التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة من الباحثة عروبة شافي عرط الى مجلس كلية القانون \_ جامعة بابل،٢٠٠٨، وتناولت فيها ماهية المرحلة السابقة على التعاقد وتطبيقات عن المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد أما المسؤولية الناشئة عن المرحلة السابقة على التعاقد فلم تتناوله إلا في صفحات معدودة.

٣\_ المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي بحث من إعداد الدكتور عبد العاطي عبد المعطي \_ جامعة بنها،٢٠١٩، وتناول فيه ماهية المفاوضات ومبدأ حسن النية وأثر المفاوضات على التوازن العقدي وتختلف عن موضوع بحثنا كون الباحث ركز على بحث ماهية المفاوضات وخصائصها ، كذلك بين ماهية حسن النية ، وفي الختام تناول أثر التوازن العقدي وهذا ما لم يتم تناوله في دراستنا .

## سادساً – منهجية ونطاق الدراسة

سيكون المنهج المعتمد في هذه الدراسة هو المنهج التحليلي القائم على أساس تحليل النصوص القانونية التي تناولت بالدراسة الأحكام الخاصة بالمفاوضات السابقة على التعاقد وكذلك آراء الفقهاء وموقف القضاء، كما سنعمد أيضاً المنهج المقارن الذي يقوم على أساس المقارنة بين القانون المدني العراقي والقانونيين المدنيين المصري والفرنسي ، كذلك المقارنة بين ما قيل من

آراء فقهية وما صدر من قرارات قضائية من المحاكم المختصة في هذا المجال في كل من العراق ومصر وفرنسا.

فيما سيقترن نطاق هذه الدراسة على مرحلة التفاوض وهي المرحلة السابقة على اكتساب العقد شكله النهائي وسناقش فيها المسؤولية الناشئة عن إخلال أحد الأطراف بما يفترضه حسن النية والثقة المتبادلة فيما بينهم.

## سابعًا- خطة البحث

استنادًا إلى ما سبق من أهمية الموضوع واشكالته والهدف من دراسته قسمنا هذه الدراسة إلى مقدمة يليها مبحث تمهيدي ثم فصلين وخاتمة وعلى النحو الآتي :

المقدمة : سيتم التطرق فيها الى فكرة ومشكلة وتساؤلات وأهمية البحث ، كذلك سيتم ذكر الدراسات السابقة ذات الصلة بموضوع البحث وفي النهاية سيتم التحدث عن نطاق الدراسة والمنهجية التي تم أتباعها .

المبحث التمهيدي : سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين في المطلب الأول سيتم التطرق إلى التعريف بعقد المشورة القانوني الإلكتروني وفي المطلب الثاني سنبين تكيفه القانوني و تمييزه عما يشته به من أوضاع قانونية .

الفصل الأول : سنتطرق فيه إلى أركان المسؤولية الناشئة عن الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني وسنتناوله في ثلاثة مباحث في المبحث الأول سيتم التحدث عن الخطأ السابق على التعاقد وفي المبحث الثاني سنخوض في ركن الضرر السابق على التعاقد أما في المبحث الثالث فسيتم تفصيل العلاقة السببية بين الخطأ والضرر السابق على التعاقد.

الفصل الثاني : في هذا الفصل سيتم دراسة الأحكام المترتبة على الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني وسنقسمه إلى ثلاثة مباحث ، في المبحث الأول سيتم بحث المسؤولية الناشئة عن مرحلة مفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني وفي الفصل الثاني سنتحدث عن دعوى المسؤولية الناشئة عن مرحلة مفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني أما فيما يخص المبحث

الثالث فسنبصه لدراسة أثر المسؤولية الناشئة عن مرحلة مفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني .

أما في الخاتمة فسيتم الكلام عن أهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال البحث إضافة إلى اقتراح بعض التوصيات ، بعد ذلك سيتم ذكر قائمة المصادر التي سيتم الاعتماد عليها في هذه الدراسة .

## مبحث تمهيدي

### مفهوم عقد المشورة القانوني الإلكتروني

يعد مصطلح المشورة القانونية الإلكترونية من المصطلحات الحديثة ، فهذا المصطلح لم يكن موجوداً في السابق ولكن بفضل التطور الحاصل في مجال تقديم المشورة القانونية أصبح هناك حاجة لتقديم المشورة بشكل أكثر تقدماً فظهر ما يسمى المشورة القانونية الإلكترونية .

والعقد الإلكتروني تحكمه القواعد التي تنظمها النظرية العامة للعقد ، فلا بدّ من الاتفاق والتراضي بين طرفيه ، ولكن ما يميزه أنه يبرم عن بعد بين غائبين لذا سنناقش هذا المبحث في مطلبين في المطلب الأول سنتعرض للتعريف بعقد المشورة القانوني الإلكتروني وفي المطلب الثاني سنناقش التكييف القانوني لهذا العقد وتمييزه عما يشته به من أوضاع قانونية .

### المطلب الأول

#### التعريف بعقد المشورة القانوني الإلكتروني

سنتناول هذا المطلب في فرعين ، في الفرع الأول سنبين فيه التعريف التشريعي وفي الفرع الثاني سيكون الكلام عن التعريف الفقهي .

#### الفرع الأول

##### التعريف التشريعي لعقد المشورة القانوني الإلكتروني

لكي يتم تسليط الضوء على تعريف عقد المشورة القانوني الإلكتروني التشريعي في بادئ الأمر لابد من تناول التعريف التشريعي للعقد فعرفه المشرع العراقي في المادة (٧٣) من القانون المدني

بأنه "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه" (١).

فيما لم يبين المشرع المصري في القانون المدني تعريفاً للعقد .

بينما عرف المشرع الفرنسي العقد في المادة (١١٠١) من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ "هو اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة اشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله" (٢).

أما فيما يخص التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني فقد أشارت المادة (١٠/١) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ الى تعريف العقد الإلكتروني بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية" (٣).

بالرجوع الى المادة (٨٨) من القانون المدني العراقي نجد أنها تنص على ما يلي "يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان".

مما تجدر الإشارة إليه أن مشروع قانون التجارة الإلكتروني المصري نص في المادة الأولى على تعريف العقد الإلكتروني بأنه ((كُل عقد تصدر فيه إرادة احد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط الكتروني)).

أما في فرنسا فقد تطرق المشرع الفرنسي في المادة (١٢١-١٦) من قانون الاستهلاك الفرنسي الى تعريف العقد الإلكتروني والتي نصت "تنطبق أحكام هذا القسم على كل بيع لمال، أو أداء خدمة، يبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف، بين مستهلك ومهني، واللذان يستخدمان هذا العقد على سبيل الحصر وسيلة أكثر من وسائل الاتصال عن بعد".

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

(٢) القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.

(٣) قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢.

مما ينبغي ملاحظته أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (اليونسترال) لعام ١٩٩٦ والذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة قد أجاز في المادة (١١) استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود ومن ثم تسوية المنازعات الناشئة عنها بذات الوسيلة التي انعقدت بها (٢).

مما تقدم يتضح إن التشريعات المشار إليها أعلاه لم تبين تعريفاً لعقد المشورة القانوني الإلكتروني، إلا أنها وبذات الوقت أجازت أن يبرم العقد إلكترونياً ، وهذا الأمر بطبيعة الحال يمكن انطباقه على عقد المشورة القانوني ، حيث إنه من الجائز قانوناً أن يتم إبرام عقد مشورة قانونية عن طريق الوسائل الإلكترونية دون أن يكون هنالك تلاقي بين الأطراف المتعاقدة .

## الفرع الثاني

### التعريف الفقهي لعقد المشورة القانوني الإلكتروني

في البدء لابد لنا من التعرض للتعريف الفقهي للعقد بصورة عامة ، فقد عرف فقهاء القانون العقد بناءً على فكرتين أحدهما ضيقة والأخرى واسعة .

ففي المعنى الضيق للعقد "هو توافق إرادتين على إنشاء التزام" ، ومن هذا التعريف ذهب البعض من الفقهاء وخاصة في فرنسا إلى تبني التفرقة بين الاتفاق والعقد وجعل العقد جنس والاتفاق نوع ، وعرفه جانب آخر من الفقه العقد بمعناه الواسع بأنه "توافق إرادتين أو أكثر على أحداث أثر قانوني سواء أكان إنشاء التزام أم تعديله أم انهائه" (٢) .

بعد التطرق إلى تعريف العقد بشكل عام وجب أن نبين تعريف العقد الإلكتروني ، فذهب جانب من الفقه إلى القول بأن العقد الإلكتروني هو "تفاعل بين الموجب والقابل من خلال إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية" (٢) .

(١) القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (اليونسترال) الذي أصدرته الأمم المتحدة للأمم المتحدة بجلستها في ١٦/٢/١٩٩٦ .

(٢) د.مصطفى محمد إبراهيم نصر ، التراضي في العقود الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠١٠، ص ١٤ .

(٣) د.أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣، ص ٣٩ .

فيما ذهب جانب آخر من الفقه الى تعريف العقد الإلكتروني بأنه "إرتباط منشئ رسالة البيانات (الإيجاب) الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والتزام كل منهما بما وجب عليه الآخر" (١) .

عرفه أحد الشراح بأنه "هو ذلك العقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الإنترنت" (٢) .

فيما عرفه آخر بأنه "العقد الذي يتم تبادل الإيجاب والقبول فيه عبر وسيط الكتروني أيًا كان هذا الوسيط" (٣) .

وتتعدد صور العقد الإلكتروني ويأتي في مقدمة هذه الصور التعاقدات التي تتم باستخدام الحاسب الآلي (الحاسوب) سواء أتمت عن طريق المواقع التجارية بالشبكة الدولية (الإنترنت) ، أم عن طريق البريد الإلكتروني (٤) .

نلاحظ من خلال الاطلاع على التعاريف الفقهية للعقد الإلكتروني أن العقد الإلكتروني يتم بين الأشخاص المتعاقدة دون أن يكون هنالك تلاقي فيما بينهم في مجلس واحد فيتفاوض الأشخاص ويتم العقد النهائي بينهم عبر الوسيلة الإلكترونية .

لايفوتنا الإشارة في هذا الصدد الى إلتعريف الفقهي للمشورة بشكل عام فعرّفها البعض من شراح القانون بأنها "الرأي الذي يدل على ما يجب فعله ،فهو الرأي الذي يرشد صاحبه الى ما يجب أن يفعله" (٥) .

(١) د.محمد سعد خليفة،مشكلات البيع عبر الأنترنت،دار النهضة العربية،٢٠٠٤،ص٤٨

(٢) بشار محمود دروين،الأطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت،ط١،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،٢٠٠٦،ص٧٢.

(٣) د. خليفة عبد الله سعيد الوائلي،عقود التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت،(دراسة مقارنة)٢٠١١،ص٢٦.

(٤) د. أبراهيم الدسوقي أبو الليل،الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية،دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة (التراسل الإلكتروني)،٢٠٠٣،دون طبعة،دون اسم الناشر،ص٧١.

(٥) د.محمد سعد خليفة،عقد الاستشارة الهندسية،دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٤،ص١٨.

في حين عرفها البعض الآخر بأنها "عبارة عن التزام عقدي بمقابل أو بدون مقابل محله التزام أحد المتعاقدين المحترف ذو الخبرة الفنية بتقديم معلومات للمتعاقد الآخر بصورة محددة وذلك بشأن مسألة من اختصاص الأول" (١) .

وما يؤخذ على التعريفين السابقين إنهما لم يبيئا ما تتضمنه المشورة من النصح والإرشاد.

بناءً على ماتقدم يمكننا أن نعرف عقد المشورة القانوني الإلكتروني بأنه (إتفاق ينعقد إلكترونياً والذي بموجبه يتعهد احد الأطراف ( المشاور القانوني )إلى الطرف الآخر (طالب المشورة القانونية )بتقديم المشورة القانونية في مسألة قانونية معينة ، مقابل أجر يُلزم الطرف الأول للطرف الثاني أو بدونه).

يتبين لنا من خلال ماورد من تعريفات سابقة لعقد المشورة بصورة عامة وللمشورة القانونية بصورة خاصة أن هنالك التزامات متقابلة على عاتق الطرفين (طالب المشورة القانونية والمستشار القانوني )يجب على كُل منهما أداء ماعليه من تلك الالتزامات سواء في مرحلة التفاوض وقبل إتمام العقد لشكله النهائي أم بعد اكتساب الشكل النهائي .

## المطلب الثاني

### التكييف القانوني لعقد المشورة القانوني الإلكتروني وتمييزه عما يشته به من أوضاع

إن عقد المشورة القانوني الإلكتروني عقد حديث العهد ،وظهر هذا العقد نتيجة للتطور السريع في المواقع الإلكترونية وإزاء هذا الانتشار الكبير لهكذا نوع من العقود ،لابد من تنظيم قانوني لها للحد من المشاكل التي قد تظهر؛ لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين في الفرع الأول

(١) د. محمد أحمد صبيح ،التزام البنك مالك الائتمان بتقديم النصيحة للعملاء ،دار النهضة العربية ،١٩٩٨، ص١٠.

سيكون الكلام عن التكييف القانوني لعقد المشورة القانوني الإلكتروني وفي الفرع الثاني سنتحدث عن تمييز عقد المشورة القانوني الإلكتروني عما يشته به من عقود.

## الفرع الأول

### التكييف القانوني لعقد المشورة القانوني الإلكتروني

إن تكييف<sup>(١)</sup> العقد تعد من العمليات التي تدخل في صلب سلطة القاضي وعمله في حسم النزاعات ، وإن القاضي عند تكييفه لعقد من العقود يجب عليه أن يتحرى ولا يتقيد بالوصف الذي أعطاه المتعاقدان للعقد المبرم بينهما ، ولكي يتمكن القاضي من تكييف عقد معين يتعين عليه أن يقوم أولاً بتفسير ذلك العقد لتفسير ما انصرفت إليه النية المشتركة للمتعاقدين<sup>(٢)</sup> .

والتكييف القانوني هو عمل قضائي أولاً ثم عمل فقهي ثانياً<sup>(٣)</sup> .

لقد تعددت الآراء الفقهية بخصوص تكييف العقد الإلكتروني، فذهب جانب من الفقه إن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين ينطبق عليه جميع القواعد المقررة التي تنطبق على هذا التعاقد مادام يسمع ويرى أحدهما الآخر .

بينما يذهب رأي فقهي آخر أن التعاقد عبر الأنترنت هو تعاقد بين غائبين وخاصة إذا تم بالكتابة والصوت فقط<sup>(٤)</sup> .

(١) هناك من يعرف التكييف بأنه "عملية فقهية على قدر كبير من الأهمية يهدف القاضي من وراء اجراءها تحديد ماهية العقد أو تحديد الوصف القانوني له بأعطاءه أسماً من أسماء العقود المسماة أو الاكتفاء بالقول أنه عقد غير مسمى يتعين على القاضي أن يستخلص قواعده بنفسه عن طريق إخضاعه لنظرية العقد أي تطبيق القواعد العامة عليه " لمزيد من التفاصيل انظر د. طارق كاظم عجيل ، الوسيط في عقد البيع ، ج ١ ، انعقاد العقد ، ط ١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص ٩ .

(٢) د. محمود جلال حمزه ، التبسيط في شرح القانون الأردني ، ج ٤ ، العقود المسماة ، جمعية عمال المطابع التعاونية ، الأردن ، ٢٠٠٥ ، ص ٧ .

(٣) د. سامي بديع منصور ، القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية بيروت ، ١٩٩٥ ، ص ٨٥ .

(٤) د. سمير حامد عبد العزيز ، التعاقد عبر تقنيات الأتصال الحديثة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦ ، ص ١٤٤ .

في حين ذهب رأي ثالث إن التعاقد عبر الإنترنت أهم ما يميزه هو أنه يتم بواسطة نظام معلوماتي بين أطراف غائبة من الناحية المادية إلا إنها حاضرة من الناحية الافتراضية من خلال شبكة الإنترنت وبسبب عدم وجود الحضور المادي فإن التعاقد عبر الإنترنت يعد تعاقد بين غائبين من حيث المكان ، ولوجود الحضور الافتراضي فإنه يُعد تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان (١).

أما فيما يخص التكييف القانوني لعقد المشورة القانوني فقد اختلف الفقهاء في تكييف ذلك العقد فجانبا من الفقه يرى أنه عقد من العقود غير المسماة وجانب آخر يرى أنه يمكن أن ينطوي تحت عقد من العقود المسماة كعقد الوكالة أو عقد المقاوله ، وسوف نبين ذلك بالشكل الآتي :

### أولاً - عقد المشورة القانوني عقد وكالة

ف فريق من الفقهاء يرى أن العلاقة بين طالب المشورة القانونية والمطلوب المشورة القانونية منه هي علاقة وكالة ، إذ أن معظم أحكامها تنطبق عليها ، وأغلب أصحاب هذا الرأي من الفقه المصري (٢) .

وقد عرف المشرع العراقي الوكالة في القانون المدني في المادة (٩٢٧) بأنها "عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم".

مما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المصري أطلق وصف الوكالة على العلاقة بين المحامي والعميل وكان هذا الوصف جاء جرياً لما هو سائد عرفاً لاستعمال الوكالة (٢) فعرف الوكالة بأنها "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل".

في حين نجد أن المشرع الفرنسي قد عرفها في المادة (١٩٨٤) من القانون المدني الفرنسي بأنها "العقد الذي بمقتضاه يعطي شخص لآخر سلطة إبرام تصرفات قانونية بأسمه ولحسابه".

(١) د. مصطفى أحمد أبراهيم ، التراضي في العقود الإلكترونية (دراسة مقارنة)، مصدر سابق ، ص ١٠٢ .  
 (٢) د. محمد عبد الظاهر حسين ، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل ، المكتبة القانونية ، ١٩٩١ ، ص ٧٦ .  
 (٣) د. محمد عبد الظاهر حسين ، العلاقة القانونية بين المحامي والعميل ، دار النهضة العربية ، ص ١٣ .

أما على صعيد القضاء المصري فقد جاء في بعض أحكامه يؤيد بأن العلاقة بين المحامي والعميل على أنها تتضمن عقد وكالة وقضى أنه ليس هنالك ما يمنع من تطبيق القواعد العامة لعقد الوكالة في العلاقة بين المحامي وعميله .

حيث قضت محكمة النقض المصرية "أنه لما كان المناط في تكليف العقود وأعطائها الأوصاف القانونية الصحيحة هو ما عناه المتعاقدان منها حسبما تستظهره المحكمة من نصوصها وتؤدي إليه وقائع الدعوى ومستنداتها، وكان ما انتهت إليه المحكمة من تكليف العلاقة بين الطرفين بأنها علاقة وكالة تؤدي إليه عبارات تلك المكاتبات وما إستخلصته المحكمة منها، إذ كان ذلك وكان من المقرر القيام بالعمل القانوني محل الوكالة قد يستتبع القيام بأعمال مادية تعتبر ملحقة به وتابعة له، وكان الواضح من سياق أسباب الحكم الابتدائي أن قصد المحكمة من عبارات العمل القضائي إنما هو تمثيل الشركة أمام القضاء والذي يندرج ضمن الأعمال القانونية التي ترد عليها الوكالة، فإن المحكمة لا تكون قد أخطأت في تكليف العلاقة بأنها وكالة" (١).

يبدو أن القضاء المصري تأثر بالاستعمال التشريعي للوكالة عند الكلام عن العلاقة بين المحامي والوكيل (٢).

أما فيما يخص الفقه والقضاء في فرنسا فقد سار بنفس الاتجاه واعتبر أن العقد الذي يربط المحامي بالعميل إنما هو عقد وكالة .

فكانت أحكام القضاء في فرنسا تظاهر أنصار الوكالة من الفقه هناك وقضى بأن العقد بين المحامي وعميله هو عقد وكالة، وفي السياق نفسه فإن قضاء محكمة النقض الفرنسية قد جاء في ذات الاتجاه قولاً بأن العقد الذي يربط المحامي بعميله هو عقد وكالة، فكان هناك حكم لمحكمة النقض الفرنسية أيدت بمقتضاه حكم استئناف مونبلييه في ١٩٨١/٥/٢١ الذي قضى باعتبار المحامي مرتكباً لخطأ يستوجب المسؤولية المدنية لعدم تنفيذ التزامه بقيد حق امتياز يخص موكله (٣).

(١) أشار إليه د.طلبة وهبة خطاب، مسؤولية المحامي المدنية عن الأخطاء المهنية، (دراسة مقارنة)، ط١، أثير للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٢، ص٥٧.

(٢) د.محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، مصدر سابق، ص٧٩.

(٣) نقلاً عن د.طلبة وهبة خطاب، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، مصدر سابق، ص٥٦.

## ثانياً- عقد المشورة القانوني عقد مقاوله

وهناك من يكيّف عقد المشورة القانونية بأنه عقد مقاوله، ويُعد هذا الرأي من أهم الآراء التي قيلت في تكييف هذا العقد، وقد جاء هذا بناءً على مبدأ الاستقلال الذي يتمتع به من يؤدي المشورة القانونية، حيث إنه يقوم بعمله لصالح عميله دون أن يكون خاضع له وبالتالي فإنه يكون بمركز المَقاول الذي يؤدي عملاً مقابل أجر يتناسب مع أهمية العمل الذي قام به، وهذا يتلائم مع وضع من يؤدي المشورة القانونية حيث أنه يؤدي مهمة محددة دون أن يكون خاضعاً لطالب المشورة القانونية، كما إن اتعابه لها علاقة بالعمل المؤدى فعلاً وليس بالعمل المتعهد بأدائه، ولايغير في نظرهم خضوع العقد لبعض الأحكام التي تختلف عن عقد المقاوله مادامت خصائص العقد الأساسية متوافرة (١).

من أنصار هذا الاتجاه في الفقه المصري الدكتور محمد لبيب شبيب، حيث ذهب في مؤلفه عن شرح أحكام عقد المقاوله الى القول بأنه اذا كان المحامي يتمتع بالاستقلالية في عمله دون أن يكون خاضعاً لإشراف وتوجيه من جانب عميله فإن العقد في هذه الحالة يعد عقد مقاوله، ويعد كل من إعطاء المشورة القانونية والمرافعة عملاً مادياً لا قانونياً، وانطلاقاً من ذلك فقد توصل الى أن العقد الذي يربط المحامي بعميله هو عقد مقاوله (٢).

كذلك من أنصار هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي الأستاذ "جان مازو" فالمحامي وهو ملتزم بأن يؤدي عملاً مقابل أجر يعد مقاولاً في نضره، حيث إنه يؤدي عملاً على وجه الاستقلال خاصة وهو يتولى المرافعة وإعطاء المشورة القانونية (٣) ومبدأ استقلال المحامي مبدأ مهم أرساه الفقه وتم دعمه من القضاء وأكد من قبل عادات وتقاليده المهنة (٤).

(١) د . محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، مصدر سابق ص ٥٦.

(٢) د.طلبه وهبة خطاب، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، مصدر سابق ص ٢٣.

(٣) نقلاً عن د.طلبه وهبة خطاب، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، مصدر سابق، ص ٢٢.

(٤) د. محمد عبد الظاهر حسين، العلاقة القانونية بين المحامي والعميل، مصدر سابق، ص ١٣.

والمحامي شأنه في ذلك شأن الطبيب حيث أنه يقوم بتقديم الخدمات للغير لقاء مقابل نقدي وهذا المقابل ليس أجرًا وإنما أتعاب وهذه الأتعاب تختلف بحسب ظروف كل قضية، وعلى هذا الأساس فإن العقد المبرم بين المحامي والعميل لا يمكن أن يكون والحالة هذه إلا عقد مقاوله (١).

يرى الباحث أن العقد المبرم بين المحامي والموكل هو عقد مقاوله ؛ وذلك للتشابه الكبير بين هذا العقد وعقد المقاوله ، فمن جانب نجد أن في كلا العقدين يكون هنالك عمل يؤدي من قبل أحد أطراف العقد مقابل أجر يلتزم به الطرف الآخر فالمشاور القانوني يقوم بإعطاء المشورة القانونية المناسبة لطالبها مقابل الاجر الذي يتم الاتفاق عليه بين الطرفين ، كذلك هو الحال بالنسبة للمقاول فهو الآخر يقوم بالعمل محل المقاوله مقابل أجر مادي يتم دفعه من الطرف الآخر ، ومن جانب آخر نجد هنالك تشابه بينهما من ناحية الرقابة والتوجيه ، فكلا العقدين لا يخضع فيهما الطرف المكلف بأداء العمل لرقابة وتوجيه الطرف الآخر ، فكل من المطلوب المشورة القانونية منه والمقاول يؤديان عملهما دون رقابة وتوجيه من أي شخص آخر ، لذا من الممكن القول أن عقد المشورة القانوني الإلكتروني هو عقد مقاوله بناءً على ما ذكر أعلاه.

## الفرع الثاني

### تمييز عقد المشورة القانوني الإلكتروني عن غيره من العقود

سنتناول في هذا الفرع تمييز عقد المشورة القانونية الإلكتروني عن عقد البحث العلمي وعقد نقل التكنولوجيا والتي قد يتشابه معهما في بعض الجوانب ويختلف معهما في جوانب أخرى .

### أولاً- تمييز عقد المشورة القانوني الإلكتروني عن عقد البحث العلمي

اختلف الفقهاء في وضع تعريف موحد لعقد البحث العلمي فذهب جانب من الفقه إلى تعريف عقد البحث العلمي بأنه " هو ذلك العقد الذي يعتمد على أداء معين للباحث المتخصص الذي يضع

(١). د.طلبه وهبة خطاب ، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية ، مصدر سابق ص ٢٢ .

المستفيد ثقته فيه بقصد الحصول على معلومات تعكس خبرة الباحث وتخصصه بما يكفل تحقيق نتائج تتفق والغاية التي يبحث عنها المستفيد من وراء إبرامه لهذا العقد" (١) .

فيما عرفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه "عقد يلتزم فيه المهني تجاه شخص غير متخصص بأن يزوده لقاء أجر بمعلومات في جانب من جوانب العلوم المتخصصة" (٢) .

يلتقي عقد المشورة القانوني بعقد البحث العلمي بعدة جوانب وكما يأتي :

١- أن عقد البحث العلمي يقوم على ركيزة أساسية وهي الاعتبار الشخصي في شخص الباحث ؛ إذ إن المستفيد عند إقدامه على إبرام العقد مع الباحث واضعاً ثقته المطلقة فيه مستنداً في ثقته هذه على ما قام به الباحث من أعمال سابقة وعلى ما يتمتع به من أمانة وثقة وسمعة ، وهي نفس الركيزة التي يستند عليها عقد تقديم المشورة القانونية الإلكتروني .

٢- من جانب آخر نجد أن عقد البحث العلمي يفرض التزامات ذات طبيعة خاصة على الباحث كالالتزام بالسرية ، فالباحث في عقد البحث العلمي يجب عليه الاحتفاظ بالمعلومات التي تصل إلى المستفيد وعدم إفشاءها للغير كذلك يجب عليه الالتزام بالتعاون (٣) ، وبنفس هذه الالتزامات يلتقي عقد المشورة القانوني الإلكتروني بعقد البحث العلمي حيث أن عقد المشورة القانوني الإلكتروني يفرض على المستشار عدم إطلاق السر المهني في كل ما يتوفر لديه من معلومات أثناء ممارسة المهنة أو بسبب ذلك سواء أكان توافر هذه المعلومات لديه بناءً على طلبه أم تم تزويده بها من قبل طالب المشورة القانونية دون طلب منه باعتبارها سرّاً بالطبيعة كذلك يتعين على المستشار الالتزام بالتعاون (٤) .

(١).د.أحمد محمود أسعد ،نحو أرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية ،القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص٩٨ . .

(٢).savatier, les contrats de conseil,profeive ,daloz 1972 ,p.1370.

(٣). د. دنون يونس صالح ، مفهوم عقد تقديم المشورة القانونية وتكييفه القانوني (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق ، السنة الأولى ، المجلد (١) ، العدد (١) ، الجزء (٢) ، أيلول ، ٢٠١٦ ، ص١٧ .

(٤). د. طلبة وهبة خطاب ، مسؤولية المحامي المدنية عن الأخطاء المهنية (دراسة مقارنة)، مصدر سابق ، ص١٣٦ .

٣- إن عقد البحث العلمي يعد من العقود بمقابل، إذ إن هدف الباحث من إبرام العقد هو الحصول على المقابل المادي<sup>(١)</sup>، كذلك هو الحال في عقد المشورة القانوني الإلكتروني حيث إن المستفيد يلتزم بدفع المال الى المستشار مقابل قيام الأخير بتقديم المشورة القانونية<sup>(٢)</sup>.

مع هذا التشابه بين العقدين نجد أن هنالك بعض الاختلافات بينهما وكما يأتي :

- ١- إن عقد البحث العلمي يتضمن نقل لملكية الحق في البحث، إذ تنص الصيغ النموذجية لهذا العقد على تنازل الباحث عن حقه في نشر البحث لمدة محددة من الزمن، وهذا يعني إن ملكية الحق في نشر البحث والمردود المالي يتم انتقالهما إلى المستفيد، وهذا الوضع لا يوجد في عقد المشورة القانونية الإلكتروني، إذ إنه لا يتضمن نقل لملكية الاستشارة القانونية محل العقد، فالمستشار القانوني يكون من حقه أن يعطي نفس المشورة القانونية لشخص آخر بعد انتهاء العقد المبرم مع المستفيد الأول، ولكن دون إفشاء الأسرار، وإن لا يكون خصماً لمن إستشاره سابقاً، ومن جهة أخرى نجد أن القانون حصر إعطاء المشورة القانونية بالمحامين<sup>(٣)</sup>.
- ٢- أن التزام المشاور القانوني محدد الغاية وإن كانت لا تتحقق دائماً، إلا أن عليه استثمار المعلومات المتوفرة لديه وبذل العناية الكافية لبلوغ تلك الغاية، أما فيما يخص عقد البحث العلمي فالملتزم بالبحث لا ينطلق من معطيات جاهزة بل يجب عليه الابتكار والعمل على خلق آليات تمكن الزبون من تطوير وتأهيل مشروعه<sup>(٤)</sup>.

(١) نصير صبار لفته، عقد البحث العلمي، أطروحة دكتوراة، كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٥، ص ٨٧.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، المجلد الأول، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص ٣٨٩.

(٣) د. ذنون يونس صالح، مفهوم عقد تقديم المشورة القانونية وتكييفه القانوني (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ١٧١.

(٤) محمد سالم، عقد تقديم خدمة الاستشارة الفنية والاستشارة القانونية، بحث منشور في مجلة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، المجلد الأول، العدد الثاني، ٢٠٢٠، ص ٢١.

## ثانياً- تمييز عقد المشورة القانوني الإلكتروني عن عقد نقل التكنولوجيا

ذهب جانب من الفقه إلى تعريف نقل التكنولوجيا بأنها "عملية فكرية تقوم بين مورد التكنولوجيا ومستوردها تتيح للمستورد فرصة الوصول إلى المعلومات والخبرات التي يملكها المورد" (١).

أما فيما يخص عقد نقل التكنولوجيا فيوجد أكثر من تعريف فقهي لهذا المصطلح فعرفه جانب من الفقه بأنه "عقد تمكين من الانتفاع من صيغ وطرق يحتفظ المرخص بسرهما ، لا من الانتفاع بها" (٢).

أما بخصوص التعريف التشريعي لهذا العقد فكما هو معروف أن المشرع العراقي لم يتطرق إلى تعريف هكذا نوع من العقود، أما المشرع المصري فقد تناول تعريف ذلك العقد في قانون التجارة المصري (٢)، المادة (٧٣) بأنه "اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طرق فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ولا يعتبر نقلاً للتكنولوجيا مجرد شراء أو بيع أو تأجير أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها، إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطاً به".

من كل ذلك يمكن القول إن عقد المشورة القانوني الإلكتروني يلتقي بعقد نقل التكنولوجيا في بعض النقاط وكما يأتي :

١- أن كل من العقدين يعد من عقود المعاوضة فيعد عقد نقل التكنولوجيا من عقود المعاوضة وذلك لأن كل طرف من أطرافه يأخذ مقابل لما يعطي، فيقوم المورد بنقل عناصر التكنولوجيا، ويقوم

(١) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، ط١، دار الفرقان للنشر، الأردن، ١٩٨٣، ص٣٢٨.

(٢) د. جلال أحمد خليل، النظام القانوني لحماية المخترعات ونقل التكنولوجيا الى الدول النامية، ط١، الكويت، ١٩٨٣، ص٢٣.

(٣) قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

المستورد مقابل ذلك بدفع مقابل التكنولوجيا<sup>(١)</sup>، كذلك هو الحال في عقد المشورة القانوني الإلكتروني فيقوم المستشار بأداء المشورة القانونية مقابل الأجر الذي يؤديه طالب المشورة القانونية.

٢- أن كلا العقدين قائمين على الاعتبار الشخصي، فيعد عقد المشورة القانوني الإلكتروني من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي كالكفاءة العلمية والسمعة والاعمال السابقة<sup>(٢)</sup>، كذلك هو عقد نقل التكنولوجيا يقوم على الاعتبار الشخصي كالسمعة والأمانة وما قام به الباحث من أعمال سابقة تكسبه التجربة العلمية الكافية، وإن الطرف المستفيد قام بإبرام العقد مع الباحث بناءً على اعتقاده بتخصصه واضعاً ثقته المطلقة فيه استناداً لهذا الاعتقاد<sup>(٣)</sup>.

٣- كذلك يلتقي العقدين من حيث الموضوع فعقد نقل التكنولوجيا يخلق التزام في ذمة أحد المتعاقدين بنقل ما لديه من معرفة فنية إلى المتعاقد الآخر نظير مقابل مادي؛ ويعد هذا الالتزام من الالتزامات الجوهرية في عقد المشورة القانوني الإلكتروني إذ إن المستشار يقوم بتقديم معلومات ذات طبيعة ذهنية<sup>(٤)</sup>.

على الرغم من هذا التقارب بين العقدين إلا أنه ثمة فوارق بينهما وكما يأتي ذكره

١- أن عقد المشورة القانوني الإلكتروني عقد فوري التنفيذ في الأصل، حيث إن التزامات طرفي العقد تتحدد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول حيث إن المتعاقدين يومان بتنفيذ التزاماتهما دفعة واحدة<sup>(٥)</sup> وفي بعض الأحيان يكون عقد المشورة القانونية من عقود المدة إذا كان هنالك إتفاق بين طالب

(١) فايز أحمد عبد الرحمن، عقد نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٠، ص ١١.

(٢) نصير صبار لفته، عقد البحث العلمي، مصدر سابق، ص ١٦.

(٣) نصير صبار لفته، عقد البحث العلمي، مصدر سابق، ص ٦١.

(٤) د. دنون يونس صالح، مفهوم عقد تقديم المشورة القانونية وتكييفه القانوني (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ١٧٣.

(٥) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج ١، ط ١، نشر وتوزيع المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٥٢.

المشورة القانونية والمطلوب المشورة القانونية منه على إبداء المشورة القانونية في المستقبل كلما دعت الحاجة لذلك .

بينما يعد عقد نقل التكنولوجيا من عقود المدة حيث إن هذا العقد لا يمكن الحصول من خلاله على كامل المنفعة فور انعقاد العقد بل يلزم أن تمر فترة زمنية للحصول على تلك المنفعة ، لذا فإن الزمن يعتبر عنصرًا جوهريًا في عقد نقل التكنولوجيا ، فإذا ألغي عقد نقل التكنولوجيا أو أبطل فإن آثاره المترتبة قبل الإلغاء تبقى قائمة (٢) .

٢- إن عقد نقل التكنولوجيا يختلف عن عقد المشورة القانوني الإلكتروني من حيث المحل ، حيث إن محل عقد نقل التكنولوجيا يتمثل في مجموعة من المعارف المستخدمة في إنتاج سلعة معينة بينما المحل في عقد المشورة القانوني الإلكتروني يتمثل في الإرشاد والتوجيه للمستفيد في اتخاذ قراره (٣) .

٣- من الفوارق الأخرى بين العقدين هو استقرار الفقه على اعتبار عقد نقل التكنولوجيا من العقود التجارية (٤)، بينما الرأي الراجح في الفقه يعد أن عقد المشورة القانوني الإلكتروني من العقود المدنية (٥) .

من كل ذلك نجد أن عقد المشورة القانوني الإلكتروني له شروطه وخصائصه والتي قد تتشابه مع خصائص وشروط العقود الأخرى وقد تختلف معها ، فهذا العقد يلتقي بباقي العقود في المقابل الذي يدفع للمشاور القانوني لقاء أداء المشورة القانونية وكذلك من الإلزام فعقد المشورة القانوني الإلكتروني كباقي العقود الأخرى ملزم لجانبيين ويرتب التزامات متقابلة ، وعلى الرغم من هذا التلاقي بين هذا العقد وباقي العقود إلا أنه يختلف عنها من جوانب عدة ينفرد بها دون غيره من العقود، حيث نجد إن التفاوض على هذا العقد يجري بين الأطراف يجري دون أن يكون هنالك تلاقي في مجلس واحد على عكس ما يجري في العقود الأخرى الغير الكترونية .

(١) إبراهيم المنجي ، عقد نقل التكنولوجيا ، منشأة المعارف للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ١٦٣ .

(٢) د. ذنون يونس صالح ، عقد تقديم المشورة القانونية وتكييفه القانوني ، مصدر سابق ، ص ٧٥ .

(٣) د. باسم محمد صالح ، العقود التجارية (الأسس النظرية والعلمية للأبرام والتنفيذ) ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد الثامن ، العدد (١،٢) ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ٤١ .

(٤) د. ذنون يونس صالح ، عقد تقديم المشورة القانونية وتكييفه القانوني ، مصدر سابق ، ص ١٣٧ .

## الفصل الأول

### أركان المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني

#### تمهيد وتقسيم

إن المسؤولية المدنية عموماً لا تتحقق إلا بتحقق كامل أركانها وهذه الأركان هي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وهذا الأمر ينطبق كذلك على أركان المسؤولية الناشئة عن الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني ولكن بشيء من الخصوصية إذ إن هذه المسؤولية تتحقق قبل اكتساب العقد شكله النهائي .

أول هذه الأركان هو ركن الخطأ الذي يرتكبه أحد أطراف التفاوض على العقد من خلال إخلاله بما يفترضه حسن النية والثقة المتبادلة بين الأطراف، فقد يعتمد أحد الأطراف إلى كشف ما اطع عليه من أسرار ومعلومات تخص الطرف الآخر مثلاً أو يقوم بقطع التفاوض ، أما الركن الثاني من أركان هذه المسؤولية فهو الضرر الذي يتحقق نتيجة ذلك الخطأ، أما الركن الثالث فهو العلاقة السببية التي تربط بين الخطأ الذي أحدثه الطرف المتفاوض والضرر الذي أصاب الطرف الآخر ، وأن هذه العلاقة السببية قد تنقطع بخطأ المتضرر أو الغير أو بالقوة القاهرة .

إذاً لا تقوم المسؤولية عند قطع المفاوضات في العقد إلا عند وجود خطأ ويترتب على قطعها ضرراً للمتفاوض الآخر سواء أكان هذا الضرر مادياً أم معنوياً من جراء الإخلال بالالتزامات الملقاة على عاتق المتفاوض ، لذا فإن الأساس الذي تركز عليه المسؤولية لا يتحقق إلا إذا اكتملت جميع أركانها الأساسية من خطأ وضرر وعلاقة سببية ، ولا يشترط لقيام مسؤولية المتفاوض في حالة العدول عن مفاوضات العقد ثبوت قصد الإضرار بالطرف الآخر ، فإذا قام أحد أطراف التفاوض بالعدول عن التفاوض وكان فعل عدوله مقترناً بخرق للالتزامات المنبثقة عن حسن النية فإنه يكون بعدوله هذا ارتكب خطأ وعلى المتفاوض المتضرر أن يثبت بأن العدول لم يكن له سبب مشروع وقد أحل بمبدأ حسن النية ، وعليه أيضاً أن يثبت بأنه أصابه ضرر من جراء هذا العدول وبالطبع فإن العلاقة السببية مفترضة بين الخطأ والضرر .

عليه ولما تقدم سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث سنناقش في المبحث الأول الخطأ السابق على التعاقد أما المبحث الثاني سنتكلم فيه الضرر السابق على التعاقد أما في المبحث الثالث فسنحدث فيه على العلاقة السببية بين الضرر والخطأ.

## المبحث الأول

### الخطأ في مرحلة المفاوضات

إن الخطأ في مفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني لا يحدث إلا إذا أخل أحد الطرفين بتنفيذ التزامه مما يعود بالنتيجة بالضرر على الطرف الآخر ، أما في حالة إذا ما قام أطراف التفاوض بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقهم على أكمل وجه ومع ذلك لم يتم إبرام العقد النهائي فلا تترتب مسؤولية على أي منهما ، ويعتبر الالتزام بالتفاوض هو الالتزام الرئيسي الملقى على عاتق الطرفين ولا يستطيع أي من الطرفين التنصل عن هذا الالتزام بالإضافة إلى الالتزامات الأخرى ومنها الالتزام بالأعلام والالتزام بالتعاون والالتزام بمواصلة التفاوض والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.

لذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين سنتحدث في المطلب الأول عن مضمون الخطأ في مرحلة المفاوضات وفي المطلب الثاني عن أنواع الخطأ في مرحلة المفاوضات .

## المطلب الأول

### مضمون الخطأ في مرحلة المفاوضات

إن الخطأ الذي يتحقق جراء الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني قد يقع من الشخص طالب المشورة القانونية ويتمثل بعدم تنفيذه لالتزامه على الوجه المعتاد ،وقد يقع من الطرف الآخر وهو بلا شك شخص مهني ويتطلب منه أن يكون أكثر دقة وحرفية من الطرف طالب المشورة القانونية ،عليه فإن المسؤولية لا تنهض إلا إذا ثبت الخطأ كون المسؤولية كقاعدة عامة تقوم على فكرة الخطأ الثابت أي الواجب على الطرف المتضرر إثباته .

لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين في الفرع الأول سيكون الكلام عن وصف الخطأ في مرحلة المفاوضات أما في الفرع الثاني سنتحدث عن معيار الخطأ في مرحلة المفاوضات.

## الفرع الأول

### وصف الخطأ في مرحلة المفاوضات

يمكن أن يوصف الخطأ السابق كركن من أركان المسؤولية المدنية بأنه (الفعل غير المألوف، أو الأخلال بالتزام مشروع ) ، وهذا الوصف هو تنقيح لما تناوله الفقهاء من تعريف للخطأ حيث إن فقهاء القانون تعارفوا على تسمية الفعل الضار بكل صورة تحت وصف كلمة الخطأ، أما المقصود بوصف الخطأ كركن من أركان الأخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني هو بيان هل أن يأخذ على اطلاقه أم يشترط شروط معينة كأن تكون لدى المتعاقد نية الإضرار، ثم هل يشترط في هذا الخطأ أن يكون فيه قدرًا من الجسامة أو يكفي أن يكون خطأ عادي (١). عليه سنتناول هذا الموضوع في فقرتين في الأولى سنتحدث عن نية الأضرار وفي الثانية عن جسامة الخطأ .

### أولاً- نية الإضرار

من المعلوم إن غالبية التشريعات ومنها التشريع العراقي لم تعد إلى وضع تعريف محدد للخطأ كركن من أركان المسؤولية المدنية وتركت ذلك إلى القضاء والفقهاء كما يلاحظ إن الفقه لم يتفق على تعريف محدد لذلك الخطأ بل أورد مجموعة من التعاريف (٢)، حيث عرفه جانب من الفقه بأنه " العمل المخالف للقانون " ،بينما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه "إستغلال الثقة المشروعة" (٣).

(١) د. حسين محمد علي الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٠، ص ١٠٠-١٠١.

(٢) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، أركان المسؤولية المدنية، الخطأ والضرر والعلاقة السببية، معهد البحوث والدراسات، الجامعة العربية، ١٩٧١، ص ١٥٩.

(٣) د. حسين عامر، المسؤولية المدنية (التفصيلية والعقلية) ط١، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٥٦، ص ١٧٥.

كذلك المشرع الفرنسي هو الآخر لم يعرف الخطأ الموجب للمسؤولية مما يستوجب الرجوع إلى الفقه، حيث عرفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه "انحراف سلوكي لا يمكن للشخص العادي ارتكابه إذا ما تواجد في نفس ظروف شخص آخر"<sup>(٢)</sup>.

فيما عرفه جانب آخر من الفقه الفرنسي بأنه " إخلال بواجب قانوني مع إدراك المخل إياه ".

يستنتج من هذا التعريف ان للخطأ عنصرين وهما العنصر المادي وهو الإخلال بواجب يُعيّنه القانون بصورة مباشرة او بصورة غير مباشرة ، والعنصر المعنوي وهو عنصر الإدراك أي توافر الإرادة لدى الشخص المختص<sup>(٢)</sup>.

ويمكن تعريف الخطأ كركن من أركان الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني بأنه (عدم وفاء أحد أطراف التفاوض في عقد المشورة القانوني الإلكتروني بأحد الالتزامات الملقاة على عاتقه مما يؤدي ذلك إلى حدوث ضرر يصيب الطرف المتفاوض الآخر يستوجب التعويض ) .

مع ملاحظة إن التشريع العراقي والتشريعات المقارنة قد خلت من أي نص قانوني ينظم عملية المفاوضات ، لذا وفي ظل ذلك ينظر إلى المفاوضات على إنها مجرد أعمال مادية وإذا كان أحد الأطراف المتفاوضة قد عدل عن التفاوض وكان هذا العدول مقترناً بخطأ كان ذلك المخطيء مسؤولاً وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية ، حيث نص المشرع العراقي في المادة (٢٠٤) من القانون المدني على مايلي "كُل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض "

فيما نص القانون المدني المصري في المادة (١٦٣) الى ان "كُل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض "

(١). Mazeaud, leçons de droit civil, tome 2, vol I, par François Chabas, 1985, n° 450  
(٢) نقلاً عن د. أكرم محمود حسين البدو، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٣)، العدد (٤٩)، السنة (١٦)، ص ٤٣٩.

يقابلها نص المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت "كُل فعل أياً كان يسبب ضرراً للغير يلزم من وقع الضرر بخطئه بتعويضه" (١).

من كل ما تقدم يمكننا تعريف نية الاضرار في موضوع دراستنا بما يلي (النية المبيتة لدى المتفاوض في عقد المشورة (المخطئ) على الاخلال بالالتزامات الملقاة على عاتقه ، قاصداً الاضرار بالمتفاوض الآخر(المتضرر)، وعدم وجود الرغبة لديه في إتمام عملية التفاوض والوصول الى ابرام العقد المنشود منذ بداية تلك العملية).

جدير بالذكر أن القانون الفرنسي لم يأخذ بنظرية الخطأ في تكوين العقد التي سبق وإن نادى بها بعض الفقهاء الألمان عام ١٨٦٠ لوضع أساس قانوني للخطأ المرتكب في فترة المفاوضات العقدية وتتلخص هذه النظرية "إن كُـل سلوك خاطئ صادر عن الطرف المتعاقد يمنع من تكوين العقد ، أو يجعله غير نافذ يسأل ذلك الطرف عما سببه من أضرار للطرف المتعاقد الآخر، ذلك أن كلا الطرفين وكما تشير النظرية تعهدا ضمنا بإصلاح الأخطاء التي ارتكباها خلال المفاوضات" (٢).

أما بخصوص موقف القضاء الفرنسي فقد أسست المحاكم الفرنسية أحكامها بشأن قطع المفاوضات على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية الواردة في القانون المدني الفرنسي (٣)، وقد ذهبت بعض المحاكم في قراراتها بوجود توافر نية الإضرار لدى المتفاوض حتى يمكن اعتباره مخطأ ومن ثم الحكم عليه بالتعويض على ما يترتب من أضرار نتيجة لقطع المفاوضات ولكن محكمة النقض في فرنسا استقرت في قراراتها على عدم اشتراط توافر نية الإضرار لاعتبار قطع المفاوضات بأنه خطأ وأشارت محكمة النقض بهذا الخصوص ، إنه لايشترط أن يكون الخطأ

(١). أشار اليه د. بشار طلال مومني ،مشكلات التعاقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة)، ط١ ، ٢٠٠٤، عالم الكتب للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٤-٢٠٠٥، ص٢٤٢.

(٢). د.حامد شاكر محمود الطائي ،المفاوضات السابقة على التعاقد (دراسة مقارنة )، ط١ ، ٢٠١٦، مكتبة ناشرون ،ش.م.م،بيروت ٢٠١٦، ص٢٢١.

(٣) عبد جمعة موسى الربيعي ،الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد عبر الإنترنت ، ط١، بيت الحكمة ، ص٢٦.

موصوفاً بنية الإضرار في المسؤولية المدنية بصورة عامة ، وليس ما يدعو الى إشتراط هذه النية لترتيب مسؤولية المتفاوض قبل التعاقد (٢) .

وحسناً فعلت محكمة النقض الفرنسية بهذا التوجه حيث إنه ليس من الضروري وجود تلك النية لاستحقاق التعويض طالما إن الخطأ قد حدث.

نلاحظ مما تقدم من خلال الإطلاع على النصوص التشريعية الخاصة بالخطأ وكذلك اتجاهات المحاكم بخصوص نية الإضرار هو عدم اشتراط توافر هذه النية لترتيب المسؤولية المدنية للمخطئ وبالتالي الحكم عليه بالتعويض ، عليه فإن الطرف المتفاوض على عقد المشورة القانوني الإلكتروني يحكم عليه بالتعويض إذا أخطأ وترتب على هذا الخطأ ضرر وكان هنالك علاقة سببية بين الخطأ والضرر ،دون أن يكون هنالك ضرورة لتواجد النية لدى الطرف المخطئ .

### ثانياً - جسامة الخطأ

إنتجت ضرورة الموازنة بين مبدأ حرية المتعاقد والتأكيد على عدم إهداره وتكييف قطع المفاوضات إنه خطأ إتجاهاً قضائياً يميل الى عدم التوسع في إطلاق حكم الخطأ على قطع المفاوضات ، وذلك باشتراط قدر من الجسامة فيه (١)،ولكن هذا الاتجاه لم يجر على إطلاقه خاصة من الناحية العملية حيث برزت التفرقة بين حالتين تقطع فيهما المفاوضات وذلك تبعاً لاختلاف الأطراف على النحو التالي :

#### ١- حالة إجراء المفاوضات بين المهنيين

إن المهني كما هو معروف هو من يحترف نشاطاً معيناً ويكون ذا خبرة ومعرفة ودراية في مجال عمله أكثر من غيره ،كذلك يتمتع بمؤهلات وفنيات لا يملكها أقرانه ،لذا فإن المفاوضات إذا

(١)أشار إليه د. صبري حمد خاطر،قطع المفاوضات العقدية ،بحث منشور في مجلة جامعة النهريين ،كلية الحقوق ،المجلد (١)،العدد (٢)،السنة ١٩٩٧،ص١٢٤ .

(٢). د. صبري حمد خاطر ،قطع المفاوضات العقدية، مصدر سابق ص١٢٤ .

كانت بين حرفيين فهي تحتاج إلى قدر كبير من حرية التعاقد إذ إن التفاوض بين هذه الأطراف يجري وفق قواعد منافسة معينة ، وإذا كانت هذه القواعد لا تنفي احتمال ارتكاب الحرفي الخطأ بقطع المفاوضات فهي توجب أن يكون للحرفي قدرًا من الحرية في المفاوضات أكثر من غيره (١).  
جدير بالذكر أن القضاء الفرنسي تعرض لهذه الحالة فكان أكثر تشددًا في تكييف قطع المفاوضات على أنه خطأ عندما يكون التفاوض بين حرفيين ، حيث إنه أشار في أحد قراراته أنه في حالة ارتكاب المتفاوض خطأ بقطعه للمفاوضات يجب أن يكون ذلك الخطأ واضحًا ولا يختلف عليه أثنان في كونه خطأ .

قد يبدو أن اشتراط وضوح الخطأ وثبوته يتعلق بأثبات الخطأ وليس فيما إذا كان الخطأ جسيمًا من عدمه ، إلا أن الراجح إن القضاء يميل الى تطبيق معيار الحرفي الحريص لقياس وقوع الخطأ (٢).

ويرى الباحث إن الحرفي يتمتع حين دخوله بالمفاوضات العقدية بخبرة ودراية أكثر من الشخص العادي ، لذلك فهو يحتاج الى أكثر قدر من حرية التعاقد وإذا كانت قواعد المنافسة لا تنفي احتمال ارتكاب الحرفي الخطأ بقطع المفاوضات ، فهي تستلزم أن يكون للمهني قدرًا من الحرية في عملية التفاوض أكثر من الشخص العادي لذا نرى أن يكون هنالك قدر من الجسامة في خطأ الحرفي بالنسبة لقطع المفاوضات بين المهنيين .

## ٢- حالة إجراء المفاوضات بين المهني والشخص العادي

في حالة إجراء المفاوضات بين شخص عادي وشخص مهني لغرض إبرام عقد يجب أن يؤخذ بنظر الاعتبار كفاءة المهني واطلاعه وخبرته الواسعة بعين الاعتبار ، فيجب أن تكون هنالك مسؤولية واسعة للمهني بناءً على ما تتوفر فيه من كفاءة مهنية من أجل توفير الحماية القانونية اللازمة للشخص العادي ، فإذا كان قطع المفاوضات من جانب المهني فلا يشترط الجسامة في القطع ليكيف خطأ بل إن مسؤولية المهني تنهض في غالب الأحوال لمجرد قطعه المفاوضات كون الشخص العادي يضع ثقته الكبيرة في الشخص المهني أكثر من الثقة التي يمنحها للشخص

(١) د.محمود جمال الدين زكي ،مشكلات المسؤولية المدنية ، ج١، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨، ص١٤٢ .

(٢) د. صبري حمد خاطر ،قطع المفاوضات العقدية، مصدر سابق ص١٢٤ .

المتساوي معه في الكفاءة<sup>(١)</sup> ، حيث إنه ليس في جميع الأحوال تكون المفاوضات بين أطراف متساوية في الكفاءة والخبرة بل أن المفاوضات تجري أحياناً بين شخص مهني وآخر عادي ومن الطبيعي أن يكون الشخص المهني أكثر تفهماً للجوانب الفنية للعقد موضوع التفاوض من الشخص العادي .

وطبيعي أن لا يعامل الشخص العادي كمعاملة الشخص المهني ، ففي المفاوضات التي تجري بخصوص عقد المشورة القانوني الإلكتروني بين المستشار القانوني وطالب المشورة القانونية (الشخص العادي) هناك فارق بينهما من ناحية الخبرة والكفاءة والتجربة في مجال القانون ، عليه لا بد أن يراعى هذا الجانب في حالة حصول الخطأ من جانب أي من طرفي التفاوض وأن يعامل المطلوب المشورة القانونية منه معاملة تختلف عن معاملة (الشخص العادي) طالب المشورة القانونية الإلكترونية . للفوارق الكبيرة بينهما في المعرفة والتجربة والخبرة القانونية.

## الفرع الثاني

### معيار الخطأ في مرحلة المفاوضات

يجب أن يتعامل كل طرف من اطراف التفاوض مع الطرف الآخر وفق الثقة التي تتبلور في المفاوضات ، وهذا الأمر يفرضه مبدأ حسن النية، ومن ذلك ظهر التوجه نحو إعتبار الإخلال بهذه الثقة معياراً لتكليف قطع المفاوضات على أنه خطأ ، ولكن يجب ملاحظة أن هذا المعيار قد يؤدي الى التوسع في تطبيق أحكام المسؤولية ، لذلك من الضروري أن يكون في حالة الاعتماد على هذا المعيار أن يحاط تطبيقه بضوابط فلا يجدر إقرار وجود الثقة وما تؤول اليه من نتائج تلقائياً بل لا بد من تحليل الوقائع للتثبت من أن هنالك ثقة جدية في المفاوضات ، كذلك لا بد أن تكون الثقة تكونت من سلوك الأطراف المتفاوضة أنفسهم ، كذلك يجب أن تكون مشروعية الثقة مستخلصة من الظروف التي تحيط بوقائع المفاوضات فالثقة تكون مشروعية أو غير مشروعية تبعاً لطبيعة المفاوضات وفيما إذا كانت في مراحلها الأولى أم أنها قطعت شوطاً من الزمن<sup>(٢)</sup> وتبعاً لمؤهلات

(١) د. صبري حمد خاطر ،قطع المفاوضات العقدية، المصدر نفسه ص ١٢٥ .

(٢) د. عبد الحي حجازي ،النظرية العامة للالتزام ،ج ١،مصادر الالتزام ،المصادر الارادية ،العقد والإرادة

المنفردة ،م ٢، ١٩٨١،ص ٩٥٩ .

المتضرر من قطع المفاوضات (٢). وفي قرار قضائي، ميز القضاء الفرنسي بين الشخص العادي والشخص المهني، وبين إن المهني لا ينبغي أن يستعجل في وضع ثقته في المفاوضات ويتصرف بموجب هذه الثقة، إذ باستطاعته أن يتوصل بما يتمتع به من خبرة ومعرفة فنية ودراية إن المفاوضات لا تؤول إلى إبرام العقد (٢).

يتضح من ذلك أن المفاوضات عندما تجري بين شخص مهني وآخر غير مهني من أجل إبرام عقد، يؤخذ بنظر الاعتبار خبرة المهني ودرايته، من أجل توفير الحماية القانونية اللازمة للشخص العادي، وتوسيع مسؤولية الشخص المهني فالشخص المهني يجب أن يتصرف بصرامة أكثر من الشخص العادي.

## المطلب الثاني

### أنواع الخطأ في مرحلة المفاوضات

إن لكل من طرفي التفاوض العدول عن أتمام الصفقة دون أن يترتب على ذلك العدول أي مسؤولية؛ لأن الأصل هو عدم ترتب أي اثر قانوني على المناقشات الدائرة بين الأشخاص المتفاوضة التي تسبق إقتران الإيجاب بالقبول، إلا أن ذلك العدول قد تترتب عليه مسؤولية إذا اقترن بخطأ من الطرف الذي تم القطع من جانبه.

وللخطأ السابق على التعاقد عدة أنواع، فقد يكون الخطأ ناشئاً عن الإخلال بالالتزامات الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد كالالتزام بالاستقامة والالتزام بالأعلام والالتزام بالجدية وغيرها، وقد يكون الخطأ سابقاً على مرحلة صدور الإيجاب، عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين سنتناول

(١) نقلاً عن د. أكرم محمود حسين البدو، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مصدر سابق، ص ٤٣٧.

(٢) نقلاً عن د. أكرم محمود حسين البدو، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مصدر سابق، ص ٤٣٧.

في الفرع الأول الخطأ الناتج عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض وفي الفرع الثاني سناقش الخطأ السابق على مرحلة صدور الإيجاب .

## الفرع الأول

### الخطأ الناشئ عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض

تنشأ في بداية مرحلة التفاوض عدد من الالتزامات واجبة الاحترام من قبل أطراف التفاوض أيًا كانت الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للمفاوض، حيث إن الفقه والقضاء يعتبران هذه الالتزامات أساسًا لعملية التفاوض وأنها تخرج من مشكاة قاعدة حسن النية والتي يجب على كل متفاوض الالتزام بها ، ثم تعددت آرائهم بشأن الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة على مخالفة هذه الالتزامات .

وليس خفيًا أن قاعدة (الغش يبطل كل شيء) هي قاعدة رومانية عتيقة تأخذ بها النظم القانونية المتحضرة، وتم تطبيق هذه القاعدة من قبل فقهاء القانون الدولي الخاص (١).

كما أن محكمة النقض المصرية أكدت على هذه القاعدة الرومانية الأصولية، وجعلت لها مكانة في النظام القانوني المصري حيث قضت بأنها "قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص في القانون"، وفصلت المحكمة مجمل هذا القول على أن هذه القاعدة تقوم على اعتبارات اجتماعية في محاربة الغش والاحتيال وتوجب التعامل وفق مبدأ حسن النية في التعاقدات.

ويتفق هذا الحكم مع ما هو سائد في الفقه والقضاء الفرنسيين ، حيث ينعقد الرأي على قاعدة (إن الغش يفسد كل شيء )، هي قاعدة أصولية لها مكانتها ليس فقط في تنفيذ العقد بل لها مكانة أيضاً في عملية التفاوض على العقد.

ويتفرع عن قاعدة حسن النية بالمعنى المشار إليه عدة التزامات أخرى وهي الالتزام بالأعلام والالتزام بالاستقامة والالتزام بالنصح وغيرها ،حيث إن الالتزامات التي تجد أساسها في قاعدة حسن النية والتي يترتب على مخالفتها خطأ لم ترد على سبيل الحصر ، بل يمكن أن يضاف إليها أي التزام يجد أساسه في مبدأ حسن النية ففي الالتزام بالأعلام يلتزم المتفاوض بأن يقدم إلى

(١) بهاء الدين هلال دسوقي ، قانون التجار الدولي الجديد ،دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩٤

الشخص المتفاوض الآخر المعلومات الصحيحة عن مدى ملاءمة العملية المطروحة<sup>(١)</sup>، فلا يجوز أن يستقل عدم تخصص المتفاوض في مسائل معينة ليزج به في عقد لا يناسبه ويتسع هذا الالتزام إذا ما تعلق بمتخصص في مجاله حيث ينعقد الرأي على حتمية اطلاعه الطرف الآخر غير المتخصص للصفقة التي يقدم عليها فيبصره ويبين له ما للصفقة من آثار إيجابية أو سلبية<sup>(٢)</sup>.

أما فيما يخص موقف الفقه والقضاء من الالتزام بالإعلام قبل التعاقد فلم يكن هنالك اتفاق على ضرورة وجود هذا الالتزام فهناك من يؤيد هذا الالتزام وهناك من يعارض فكرة هذا الالتزام فكان هنالك اختلاف في وجهات النظر على صعيد الفقه والقضاء في فرنسا ومصر بين مؤيد ومعارض ورافض لتلك الفكرة<sup>(٣)</sup>.

أما على صعيد التشريع فلم نجد في القانون المدني العراقي نص يقضي بالالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض ، إلا أننا قد نلتمس بعض مظاهر هذا الالتزام في القانون أعلاه بما ورد في المادة ( ١/١٢٨ ) والتي نصت "يلزم أن يكون محل الالتزام معيّنًا تعيّنًا نافيًا للجهالة الفاحشة سواء أكان تعيينه بالإشارة إليه، أم إلى مكانه الخاص ، إن كان موجودًا وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة

(١) وعود الانباري ، المفاوضات العقدية عبر الإنترنت، بحث منشور في مجلة كلية القانون -جامعة كربلاء ،المجلد الأول، العدد الثاني، ٢٠٠٩

(٢) د .محمد حسام محمود لطفي ،المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض (دراسة مقارنة )، القاهرة ،١٩٩٥، ص١٤-١٥.

(٣) ونشير بهذا الصدد إلى رأي العميد الفرنسي كاربونر والذي يعد من المعارضين للاعتراف بالالتزام بالأعلام قبل التعاقد بحجة ان هذا الالتزام تقف في سبيل الاعتراف به صعوبة تكمن في طبيعة العقد نفسه باعتباره أداة للتوفيق بين مصالح متعارضة يسعى من خلالها كل طرف إلى الظفر بمصالحة ولو على حساب تضرر الطرف الآخر ، ومن ثم يرى عدم إمكانية الاعتراف بهذا الالتزام استنادًا إلى مبدأ حسن النية والثقة المتبادلة بين المتفاوضة .وقد رد الفقيه جيفستون على العميد كاربونر بحجة من نفس المنطلق حيث أعتبر أن الالتزام بالأعلام يعتبر من شروط تكوين الرضاء الذي يعتبر أحد الأركان الأساسية للعقد ينظر

نقلًا عن د. خالد جمال أحمد ، الالتزام بالأعلام قبل التعاقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون نشر ، ص١٣٨ .

له مع ذكر مقداره أن كان من المقدرات ،أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولايكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف".

كذلك نجد المشرع العراقي قد أشار في نص المادة (٩٨٦)فقرة (ب) على نفس المعنى المشار إليه أعلاه "يلتزم المؤمن له بأن يقرر وقت أبرام العقد كُـل الظروف المعلومة له، والتي يهتم المؤمن معرفتها ليتمكن من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه ،ويعتبر مهمًا في هذا الشأن الوقائع التي جعلها المؤمن محل أسئلة مكتوبة".

نجد أن المشرع العراقي قد أخذ بالالتزام بالأعلام كمظهر لحسن النية في تكوين العقود في (٩٨٧) من القانون المدني العراقي ،ووجد هذا الالتزام في مرحلة المفاوضات السابقة على عقد التأمين تجنبًا للإخلال بمبدأ حسن النية

وقد اعتبر المشرع المصري كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد تديسًا يجيز للمدلس عليه إبطال العقد وفي ذلك نصت المادة (٢/١٢٥) من القانون المدني المصري "إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس " (١)، كذلك أوجب المشرع المصري الالتزام بالإعلام في قانون التجارة وقانون حماية المستهلك المصريين وكان ذلك في المادة (٧٦) من قانون التجارة المصري (٢) والتي أوجب فيها بأن يقوم المفاوض بتبصير المفاوض الآخر بالأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا، كذلك وما يجب أخذه من احتياطات لتجنب تلك الأخطار، كذلك أشار المشرع المصري إلى هذا الالتزام في قانون حماية المستهلك الصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦ في نص المادة (٦) على أنه " على كل مورد ومعلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه وتجنب ماقد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل أو وقوعه في خبط أو غلط....." (٢).

أما فيما يخص التشريع الفرنسي فقد فرض المشرع الفرنسي هذا الالتزام على صعيد العلاقات التعاقدية ونجد ذلك في نص المادة (١-١١١L) من قانون الأستهلاك الفرنسي رقم (٩٣)-

(١) د.عبد العزيز المرسي حمود ،الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى (دراسة مقارنة)، ٢٠٠٥،ص٧٦.

(٢) قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(٣) قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦.

١٩٤٩) بتاريخ ١٩٩٣/٧/٢٦ والتي تنص على مايلي "يجب على كل بائع يمتهن بيع السلع أو الخدمات ،وقبل ابرام العقد ، أن يمكن المستهلك من معرفة الخصائص الأساسية أو الخدمة التي يقدمها " (١).

أما فيما يخص موقف القضاء من هذا الالتزام فكان القضاء الفرنسي من المؤكدين على أهمية وجود مثل هذا الالتزام قبل التعاقد وأعتبر ان الإخلال به يمثل خرقاً بمبدأ حسن النية قبل التعاقد ، وإن أتجاه القضاء الفرنسي هذا يبرز في قضية تتلخص وقائعها في أن شخص دفع عربوناً لغرض أبرام عقد مع شركة متخصصة في تركيب أسلاك تلفونية وصيانتها ، وفي لحظة توقيع العقد النهائي مع الشركة لاحظ وجود شرط جزائي تضمن غرامة مالية كبيرة لم يتم إعلامه بها من قبل الشركة ، دفع ذلك الشخص بعدم جواز تمسك الشركة بها كونها لم يسبق لها إعلام ذلك الشخص بوجود الشرط الجزائي ، وبالفعل فقد حكمت محكمة الموضوع "بأنه وقد ثبت أن المتعاقد لم يكن له سابق علم بهذا الشرط إلا في لحظة توقيع العقد النهائي وبعد دفعه للعربون المتفق عليه ، لذا فإن العلم بهذا الشرط كان بوقت متأخر ،ومن ثم فإن قراره بالعدول عن العقد يعتبر قرار صادر دون رضا حر ومستنير بكل ما يتصل بهذا العقد من شروط".

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية مسلك محكمة الموضوع ، قائلة إن الحكم الذي صدر من محكمة الموضوع لا يمكن رفضه واستهجانته، بل على العكس ينبغي قبوله لأنه يسعى إلى حماية مصالح المتعاقد الآخر الذي لا ينبغي أن يتم مطالبته بتنفيذ التزام دون أن يكون على علم مسبق بهذا الالتزام بكل دقة (٢).

يفهم مما تقدم أن الالتزام بالأعلام واجب على طرفي التفاوض ، ففي المفاوضات التي تجري بشأن عقد المشورة القانوني الإلكتروني ، يجب على الطرف طالب المشورة القانونية أن يحيط المشاور القانوني بكل ما يحيط بالقضية التي يطلب المشورة القانونية بخصوصها ، لكي

(١) د. حامد شاكر محمود الطائي ،المفاوضات السابقة على التعاقد، مصدر سابق ،ص ١٥٧.

(٢) نقلاً عن د. خالد جمال أحمد ،الالتزام بالأعلام قبل التعاقد ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،دون سنة نشر ،ص ١٣٧-١٤٠.

يستطيع المشاور القانوني ابداء المشورة الملائمة له ، وفي الجانب الآخر فإن المشاور القانوني هو الآخر ملزم بأن يبصر طالب المشورة القانونية الإلكترونية بما هو ضروري ويخدمه قانوناً.

ومن الالتزامات الأخرى الناشئة عن مرحلة التفاوض والتي يجب على المتفاوضين عدم الإخلال بها هو الالتزام بالسرية ، فقد تقتضي عملية إجراء التفاوض أن يفصح كل طرف من الأطراف إلى الطرف الآخر البيانات والمعلومات المهمة ، وإن هذه المكاشفة تستوجب أن يلتزم كل طرف بأن لا يستغل ما حصل عليه من معلومات من الطرف الآخر<sup>(١)</sup>، فإذا لم يحالف تلك المفاوضات النجاح وفشلت يجب على المتلقي لتلك المعلومات عدم استخدامها بنفسه أو بواسطة غيره والأستمرار بالاحتفاظ بسريتها وعدم أفشاءها للغير والذي قد يستفيد منها أو يستخدمها لمصلحته<sup>(٢)</sup>.

علمًا إن هذا الالتزام نضم من قبل معظم التشريعات القانونية ، على الرغم من الاختلاف في الأسس التي قامت عليها ، ويمثل هذا الالتزام الحماية ضد البوح عن المعلومات التي تم الكشف عنها خلال مرحلة التفاوض<sup>(٣)</sup>.

ولما كان المتلقي لهذه المعلومات في مرحلة التفاوض يلتزم التزامًا ذو طابع عيني ، أي يكون لزامًا أن ينفذ ذلك الالتزام بالحفاظ على السرية عينًا وبالتالي فإن المطلوب منه تحقيق نتيجة معينة متمثلة بالحفاظ على سرية المعلومات التي يحصل عليها أثناء المفاوضات ، ومن ثم فإنه من السهل على المتفاوض المتضرر إثبات الاخلال بهذا الالتزام<sup>(٤)</sup> ، عليه يكون المتلقي لهذه المعلومات واجبًا عليه أن يلتزم دائمًا بالحفاظ على سرية المعلومات التي يحصل عليها أثناء التفاوض سواء أكانت هذه المعلومات سرية بطبيعتها أم بوصف المالك أو الحائز لتلك المعلومات بهذه الصفة ،

- 
- (١) د. محمد حسام محمود لطفى ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض (دراسة مقارنة )، مصدر سابق، ص ٣١ .
- (٢) د. محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، (دراسة تحليلية مقارنة )، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ٤ .
- (٣) د. حامد شاكر محمود الطائي ، المفاوضات السابقة على التعاقد ، مصدر سابق ، ص ١٧٤ .
- (٤) د. عبد العزيز المرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية (دراسة مقارنة). مصدر سابق ، ص ٨٥ .

ولا يعد المتلقي منفذاً لهذا الالتزام إلا إذا تحققت النتيجة المطلوبة منه والمتمثلة بالحفاظ على السرية وعدم أفشائها للغير أو استثمارها لتحقيق منافع شخصية قبل إبرام العقد محل التفاوض (٢).

وبما أن الالتزام بالسرية التزام ينصب على المعلومات المتداولة في مرحلة التفاوض فإن السؤال الذي يطرح في هذا المقام هل أن جميع المعلومات خاضعة لهذا الالتزام؟

إن الالتزام بالسرية يشمل جميع المعلومات التي يمكن أن ينطبق عليها وصف السر، فالمعلومات التي تتصف بالسرية هي تلك المعلومات الجوهرية والتي لها اتصال مباشر بالعقد المتفاوض عليه والذي ينوي الأطراف المتفاوضة إبرامه وتقتضي مصلحة المتفاوض الاستمرار بالحفاظ على سريتها (٣).

وعن أساس الالتزام بالسرية فقد ذهب جانب من الفقه أن أساس التزام المتفاوض بالحفاظ على سرية المعلومات هو العقد ولا يقصد بذلك العقد الذي يروم الأطراف المتفاوضة إبرامه، على اعتبار أن هنالك عقداً ضمناً بين أطراف التفاوض يلتزم بمقتضاه كل طرف من الأطراف بعدم الإخلال بسرية المعلومات المتداولة أثناءها (٤).

بينما يذهب جانب آخر من الفقه إن أساس هذا الالتزام هو الطبيعة الخاصة للمفاوضات العقدية والتي تستوجب وجود نظام أممي خاص بالمفاوضات العقدية من سلامة واستمرار تلك المفاوضات (٤).

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن أساس التزام المتفاوض بالحفاظ على سرية المعلومات التي تحصل عليها أثناء عملية التفاوض هو القانون على أساس من القول أنه في حالة عدم وجود

(١). د. أمال زيدان عبد الآله، الحماية القانونية للأسرار التجارية في عقود نقل التكنولوجيا، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٦٦.

(٢). أحمد سلمان شهيب السعدي، الالتزام التعاقدى بالسرية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠٠٥، ص٧٨.

(٣). أحمد سلمان شهيب، الالتزام التعاقدى بالسرية، مصدر سابق، ص٧٨-٧٩.

(٤). د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مصدر سابق، ص٣١٣.

عقد فإن الالتزام يؤسس على نص القانون المباشر أو غير المباشر كما في حالة العمل غير المشروع ، إذ إن إفشاء المفاوض للأسرار التي تحصل عليها أثناء المفاوضات يعد إخلالاً بالالتزام سابق يفرضه القانون وهو عدم جواز الإضرار بالآخرين ، وإن هذا الاتجاه ينسجم مع اتجاه المشرع العراقي فنص في المادة (٢٠٤) من القانون المدني "كُلُّ تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض " (١).

أما بالنسبة الى المشرع المصري فإنه هو الآخر يعد هذا الالتزام ذو أساس قانوني استناداً لنص المادة (١/١٨٣) من قانون التجارة المصري والذي أشار الى ضرورة الالتزام بالسرية من خلال تنظيمه لعقود نقل التكنولوجيا ، حيث نصت المادة أعلاه بما يلي "يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا وعلى سرية التحسينات التي تدخل عليها ويسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على العقد أم بعد ذلك" (٢) .

وجدير بالذكر إنه في غالب الأحيان يكون هنالك اتفاق صريح بين صاحب المعلومات السرية مع من يتفاوض معه بضرورة المحافظة على هذه المعلومات وعدم استغلالها دون رضاه، فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق فإن السؤال الذي يثار هل إن المتفاوض يلتزم دائماً بالمحافظة على الأسرار في حالة عدم وجود اتفاق يقضي بذلك ؟

بعض الفقه أجاب بالإيجاب وذلك كون الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات تفرضه قواعد حسن النية في التفاوض.

بيد أن الرأي السائد فقهاً وقضاً يذهب إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عند وجود إخلال بهذا الالتزام وذلك لعدم وجود اتفاق صريح عليه ، ووفقاً لهذا الرأي يجب على المتفاوض المتضرر أن يقيم الدليل على توافر أركان المسؤولية التقصيرية (الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر) وبلا شك أن مثل هذا الإثبات يتطلب مشقة كبيرة على المتفاوض (٣).

(١) أحمد سلمان شهاب ،الالتزام التعاقدى بالسرية ،مصدر سابق ،ص٨٤.

(٢) د. حامد شاكر محمود الطائي ،المفاوضات السابقة على التعاقد، مصدر سابق ،ص١٧٧.

(٣) د. عبد العزيز المرسي حمود ،الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى (دراسة مقارنة).مصدر

سابق ،ص٨٣-٨٤.

عليه ولأن ما تقدم نرى أن الالتزام بالسرية في مفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني هو التزام بتحقيق نتيجة، سواء أكان هنالك شرط أم نص في القانون يقضي بالحفاظ على سرية المعلومات التي حصل عليها المشار في مرحلة التفاوض على عقد المشورة القانوني الإلكتروني من عدمه، فالمفاوض المطلوب المشورة القانونية الإلكترونية منه ملزم بالحفاظ على تلك المعلومات التي تلقاها من المتفاوض طالب المشورة وعدم إفشاءها للغير دون أن يكون هنالك مدة محدودة لهذا الالتزام، فقيام المتلقي بالعناية اللازمة للحفاظ على سرية المعلومات لا يكفي، بل عليه تحقيق النتيجة المبتغاة وهي عدم وصول تلك المعلومات للغير.

## الفرع الثاني

### الخطأ السابق على مرحلة صدور الإيجاب

إن أطراف التفاوض قبل أن يتوصلا إلى صيغة الإيجاب المشترك الذي يوجهه أحد الأطراف للآخر يكونا في وضع لم تحدد أمامهما بعد كل الشروط والمسائل الجوهرية في العقد، وإن الإرادة المتكونة هي إرادة أولية مترددة وليست مستقرة وغير باتة، تسعى للوصول إلى مشروع اتفاق، وطالما إن الإيجاب لم يصدر بعد فإن إرادة الأطراف تخضع لمبدأ الحرية التعاقدية ويمكن لأي من الأطراف المتفاوضة أن يقطع التفاوض بأي وقت شاء. ولكن في بعض الأحيان وحين البدء في عملية التفاوض يقيد الأطراف أنفسهم بما يسمى بالاتفاقات التمهيدية وينتقد الأطراف المتفاوضة بموجب هذه الاتفاقات بمتابعة التفاوض وإتمامه (٧)، فتتولد الثقة في حتمية مواصلة المفاوضات ويكون هنالك أمل بقرب التعاقد (٨)، فإذا ما انقطعت المفاوضات بصورة مفاجئة فستنهدم الثقة المتبادلة بين الأطراف المتفاوضة ويُخرق مبدأ حسن النية الذي يجب اتباعه أثناء سير المفاوضات وحتى في غياب الاتفاقات التمهيدية بين الأطراف التي تلزمهم بالاستمرار بالتفاوض

(١) بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ٢٠٠٦، ص ٣٦.

(٢) ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني - مصادر الحقوق الشخصية، ج ١، المجلد الأول، نظرية العقد، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ٢٠٠٢، ص ١٩٧.

، يبقى مبدأ حسن النية يُخضع تلك الأطراف بواجب الأمانة والنزاهة والأستقامة والجدية ، عليه يمكن للأطراف المتفاوضة وقبل صدور الأيجاب قطع المفاوضات ولكن دون أن يتسبب ذلك القطع بضرر بمصالح الطرف الآخر وأن يكون هنالك مبرر لذلك القطع وإلا أعتبر صاحب القطع قد خالف الالتزام المفروض عليه وهو واجب متابعة التفاوض وهذا الالتزام متفرع من التزام أساسي وهو الالتزام بالتفاوض وفق مبدأ حسن النية (١)، حيث إن ممارسة الحرية التعاقدية قد تترجم في قطع أحد الأطراف المتفاوضة للمفاوضات وهذا القطع قد يؤدي بالنتيجة إلى الضرر بالتفاوض الآخر (٢)، وقد نظم المشرع الفرنسي هذه المسألة من خلال المادة (٣/١١١٢) من القانون المدني الفرنسي (٣).

لُكل ما تقدم نرى إنه طالما لم يصدر إيجاب ولا قبول لإبرام العقد النهائي فإن من حق الأطراف المتفاوضة الانسحاب من عملية التفاوض وقطع المفاوضات الجارية فيما بينهم على عقد المشورة القانوني الإلكتروني، على شرط ألا يؤدي ذلك القطع في المفاوضات إلى الضرر بالطرف المتفاوض الآخر، أو وجود اتفاق بين الأطراف المتفاوضة على مواصلة التفاوض حتى إبرام العقد محل المشورة القانونية، ففي هذه الحالة يجب الاستمرار بالتفاوض وعدم القطع من جانب أحد الأطراف بمحض إرادته ' على الرغم من رغبة الطرف الآخر بمواصلة التفاوض.

(١) بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مصدر سابق ص ٣٦-٣٧.

(٢) Joanna Schmidt, la période précontractuelle en droit français, revue internationale de droit comparé, vol 42, n° 2, avril- Juin 1990, études de droit contemporain, p 546 .

(٣) تنص المادة (٣/١١١٢) من القانون المدني الفرنسي على مايلي " في حالة ارتكاب خطأ في المفاوضات فإن جبر الضرر الناتج لا يمكن أن يكون محل تعويض عن خسارة الفوائد المنتظرة من العقد الذي لم يبرم " .

## المبحث الثاني

### الضرر في مرحلة المفاوضات

يُعد الضرر السابق على التعاقد الركن الثاني من أركان الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني وبدون تحقق هذا الركن لا تكون هنالك مسؤولية ومن ثم تعويض لأي طرف من أطراف التفاوض، حيث إن المسؤولية المدنية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية تدور وجودًا وعدمًا مع تحقق الضرر الذي يصيب مصلحة مشروعة للمتضرر سواء كانت هذه المصلحة متعلقة بشخصه أو بماله.

عليه سنتناول هذا المبحث في مطلبين في المطلب الأول سيكون كلامنا عن مضمون الضرر في مرحلة التفاوض وفي المطلب الثاني سنتحدث عن وجود الضرر في مرحلة التفاوض.

## المطلب الأول

### مضمون الضرر في مرحلة المفاوضات

إن الضرر الذي يصيب المتفاوض قد يكون ضررًا ماديًا كنفقات التفاوض التي أنفقتها المتفاوض المتضرر في سبيل إعداد للعقد، وقد يكون ذلك الضرر معنويًا كالإساءة إلى سمعته<sup>(١)</sup>، وإن أغلب الفقه الفرنسي يجمع في الآونة الأخيرة على حصر إصلاح الأضرار بالتكاليف والنفقات التي أنفقت من قبل المتفاوض المتضرر وعلى وجه الخصوص نفقات الدراسة والسفر أما المكاسب المرجوة من إبرام العقد الذي لم يتخذ شكله النهائي بعد فلا يجب أن تدخل في التعويض، وبذلك فإن الاجتهاد الفرنسي بدأ يحكم في بعض الأحيان فيما يخص الأضرار المادية بالمصاريف التي تكبدها المتفاوض المتضرر أثناء المفاوضات دون الحكم بالتعويض عن فوات المنفعة والمتمثلة بفقدان فرصة الحصول على الفائدة المرجوة من إبرام العقد النهائي<sup>(٢)</sup>.

(١) د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ٢٠٠٢، ص ٩٩.

(٢) نقلاً عن حامد شاكر الطائي، مصدر سابق ص ٢٣٥.

ومن ثم فإن المدين يكون مسؤولاً عن جبر ذلك الضرر الذي ينتج عن خطئه ، وبذلك فإن وجود التعويض مرتبط بوجود الضرر كونه نتيجة لخطأ المدين وهذا يعني إنه إذا لم يصب المتفاوض الآخر ضرر فلا داعي للتعويض حينها .

ويشترط في الضرر أن يكون محققاً سواء أكان ذلك الضرر مادياً أم معنوياً ، ويعني بالضرر المحقق هو الضرر الواقع فعلاً ، ويشترط في الضرر كذلك ان يكون مباشراً أما إذا كان الضرر غير مباشر فلا يكون هناك موجب للتعويض .

لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين في الفرع الأول سنبحث في تعريف الضرر في مرحلة المفاوضات أما في الفرع الثاني فسنتكلم عن أهمية الضرر في مرحلة المفاوضات.

## الفرع الأول

### تعريف الضرر في مرحلة المفاوضات

إن مجرد وقوع الفعل الضار غير كافٍ لقيام المسؤولية المدنية سواء أكانت تقصيرية أم عقدية بل لابد من أن يترتب ضرر على ذلك الفعل وإلا إنتفت مصلحة المدعي من إقامة دعوى المسؤولية ، ومفهوم الضرر الذي يستتبع المسؤولية والتعويض هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء أكان ذلك الحق أم تلك المصلحة متعلقة بماله أو عاطفته أو حريته أو شرفه وأعتبره ، وبالحالة هذه لا يشترط أن يكون الحق الذي تم المساس به حقاً مالياً بل يكفي المساس بأي حق يكون محمياً بالقانون ، بل أكثر من ذلك لا يشترط في الحق أن يكون محمياً بالقانون بل يكفي أن يقع المساس بمصلحة ولم يكفلها القانون طالما أن هذه المصلحة مشروعة (١).

لذا سنحاول تعريف الضرر السابق على التعاقد في مفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني بعد دراسة تعريف الضرر في المسؤولية المدنية والتعريف الواردة بشأنه .

(١) د. عبد العزيز اللصامة ، المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار (أساسها وشروطها) ، ط١ ، ٢٠٠٢ ، الدار العلمية الدولية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٢ ، ص٦٢-٦٣ .

يعرف الضرر وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية بأنه "عبارة عن الأذى الذي يلحق الغير وهو أما أن يكون مادياً أو أدبياً"، ويراد بالضرر المادي هو ذلك الأذى الذي يلحق خسارة مادية بالمضرور فيؤدي إلى نقص في ذمته المالية ويراد بالضرر الأدبي الأذى الذي يلحق شرف الإنسان وسمعته واعتباره ومركزه الاجتماعي (١).

كذلك عُرف الضرر بأنه "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة ، سواء أعلق ذلك الحق أم تلك المصلحة بسلامة جسمه أم عواطفه أم ماله أم حريته أم شرفه أم غير ذلك " (٢).

يرى بعض الفقهاء الفرنسيين الضرر المادي هو الضرر الذي يلحق بالذمة المالية أما الضرر المعنوي فهو الضرر الخارج عن الذمة المالية (٣)

ويعرف بعض الفقهاء الضرر المعنوي بأنه "كُل أذى يلحق بغير ماديات الإنسان ، فيمس مشاعره أو إحساسه أو عاطفته أو مكانته العائلية او الاجتماعية أو المهنية محدثاً لديه الألم النفسي أو الشعور بالانتقاص من قدره" (٤).

فيما عرف فقهاء آخرون الضرر الأدبي بأنه "الضرر غير الاقتصادي" (٥).

(١) عمر سالم محمد الزبيدي ، عمر سالم الزبيدي ، المسؤولية السابقة على التعاقد ،رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون ،جامعة النهرين ،٢٠٠٦، ص٩٢.

(٢) د.مقدم سعيد ،التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ،ط١، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع ،بيروت ،١٩٨٥، ص٤٠.

(٣). mazedet tunc ,traite theoreque et pratique de la respon sabilite civile delictuelle et contractuelle.t.i. 6eme ed .no.293.p377.

(٤) د مصطفى العوجي ،القانون المدني ،ج٢، المسؤولية المدنية ،ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠٠٧، ص١٦٨.

(٥) د. عبد العزيز اللصامة ،المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار (أساسها وشروطها )، مصدر سابق ،ص٩.

وعرفه البعض الآخر بأنه "ذلك الضرر الذي لا يلحق ذمة الإنسان المالية، بل يلحق ذمته المعنوية إذا صح هذا التعبير والضرر المعنوي على أنواع فمنه ما يمس الكيان الاجتماعي للشخص كخدش الشرف، ومنه ما يمس حقًا ثابتًا للإنسان كأسمه أو خصوصياته ومنه ما يمس الشعور والعواطف كالألم الذي ينتاب الشخص لوفاة عزيز عليه ومنه ما يصيب الجسم وإن لم يؤثر في القدرة على العمل كتشويه الوجه أو تبريح الألم"<sup>(١)</sup>.

من كل ما تقدم من تعاريف للضرر يمكن تعريف ركن الضرر في الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني بما يلي (هو ذلك الأذى الذي يصيب مصلحة مادية لأحد المتفاوضين على عقد المشورة القانونية أو يسبب له أذى نفسي يمس شعوره وعاطفته).

ويتمثل الضرر المادي المقصود في بحثنا في المصاريف التي أنفقها المتفاوض في سبيل إنجاح عملية التفاوض وإبرام العقد النهائي، أما الضرر المعنوي فيتمثل في المساس والتشهير بسمعة المتفاوض المتضرر.

ولمحكمة النقض المصرية قرارًا بهذا الخصوص إذ قضت "وحيث هذه المحكمة ترى التكييف للوقائع حسبما سجلها الحكم الابتدائي والحكم المطعون فيه هو إعتبار ما تم بين الطرفين لم يجاوز مرحلة المفاوضات على تكوين شركة بينهما وإن الطاعن لم يكن جاذبًا في هذه المفاوضات ولم يكن أبدًا يقصد أن تبلغ غايتها من عقد الشركة مع المطعون ضده بل إنه أوهم الأخير برغبته في تكوين هذه الشركة لمجرد الحصول منه على فكرة المشروع أو استخدامه في اختيار الآلات اللازمة للمصنع لدرابته بذلك على أن تقوم بتنفيذ المشروع شركة يكونها الطاعن مع آخرين ممن يقبلون المساهمة معه في رأس مال الشركة بنصيب كبير وهو ماتم فعلاً بتكوينه الشركة مع الأستاذ الذي ساهم بحق النصف في رأس المال وذلك بخلاف الطاعن الذي كان يريد أن يشترك بعمله فحسب، ومع ذلك يكون له الربع في كل أموال الشركة والربع كذلك في أرباحها، ولما كان مسلك الطاعن على النحو المتقدم تجاه المفاوضات التي أجراها ضده وعدم إخطاره الأخير بقطع المفاوضات في وقت مناسب يعد خطأ من الطاعن وقد ترتب على هذا الخطأ ضرر للمطعون ضده يتمثل فيما تكبده من خسارة بسبب اضطرابه لأعمال عمله التجاري في المدة التي قضاها في

(١) عبد الله مبروك النجار، الضرر الادبي في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ١٧.

الخارج لاختبار الآلات اللازمة للمصنع اعتماداً على أن الطاعن جاد في أن تصل المفاوضات إلى غايتها ، وكذلك الخسارة التي لحقت بالمطعون ضده من جراء حصول الطاعن منه على فكرة المشروع والسبق في تنفيذه ، وهذا إلى جانب الضرر الأدبي الذي أصاب المطعون ضده من جراء إظهاره بمظهر من يسهل انخداعه ومن لا يوثق به مما ينال من سمعته وإعتباره في السوق التجاري" (١).

## الفرع الثاني

### أهمية الضرر

إن الملاحظ فيما يتعلق في المسؤولية المدنية أن القانون العراقي اشترط أن يكون هنالك ضرر لغرض تعويضه ، فالدعوى التي يرفعها المتضرر هي ليست دعوى عامة وإنما هي دعوى خاصة يرفعها شخص معين للمطالبة بتعويضه عما أصابه من ضرر شخصي من المدعى عليه ، فإذا لم يكن هنالك ضرر قد أصاب الشخص المدعى فإنه لا يستطيع أن يطالب بالتعويض ويرد طلبه استناداً الى القاعدة المشهورة "لا دعوى بلا مصلحة" (٢).

هذا ما يتعلق بالمسؤولية المدنية بصورة عامة ، والذي ينطبق على مسؤولية المتفاوض عند الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني .

إذاً فالضرر ركن مهم وأساسي في المسؤولية المدنية، وبدونه لا تقبل دعوى ولا يكون هنالك بالنتيجة حكم بالتعويض، وعلى الطرف المتفاوض المتضرر إثبات وجود ذلك الضرر.

وإن الضرر يحصل نتيجة إخلال المفاوض بالمفاوضات نتيجة عدم وفائه بالالتزامات الناتجة عن تلك المفاوضات يتخذ أشكالاً عدة تبعاً لنوع الالتزام الذي حصل فيه الإخلال ، فقد يكون الإخلال بأن يصور أحد طرفي التفاوض للطرف الآخر بأن التعاقد نافع له في حين إنه في الحقيقة أن التعاقد ضار به ، حيث إن الطرف المفاوض (المهني) يستطيع بما يتمتع به من خبرة ومؤهلات استنتاج

(١) نقض مدني مصري ،مجموعة من أحكام النقض المصرية رقم ٥٧ السنة الثامنة ،ص٣٤.

نقلاً عن عمر سالم محمد ،مصدر سابق ص٩٤ .

(٢) د.سعدون العامري ،تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ،بغداد ،١٩٨١، ص٧.

الحقائق المترتبة على التعاقد ، والوصول الى حقائق ليس بالسهولة على الشخص العادي معرفتها ، ولغرض حماية الشخص العادي فإن الشخص المهني يُلزم بتقديم النصيحة له فإذا قصر في ذلك فإنه يكون مُلزم بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الشخص العادي (١).

وقد يكون ذلك الضرر عبارة عن نفقات أنفقها المتفاوض لمشروع العقد ، وقد يكون الضرر مادياً أو معنوياً ماساً بالثقة والمصادقية للطرف الآخر.

وهناك قراراً صادراً من محكمة النقض الفرنسية بهذا الخصوص في دعوى تتلخص وقائعها أن هنالك شخصاً كان له النية في تشييد منزل فأقدم على إبرام عقد قرض مع مؤسسة أقرضه وائتمان وتضمن هذا العقد شرطاً بضرورة انضمام المقترض لوثيقة التأمين ضد مخاطر الوفاة أو العجز ، ويكون بمقتضاها لهذا الشخص حقاً يتمثل بسداد أقساط القرض في حالة وفاته أو عجزه ، ولكن المؤمن وبعد إجراء الكشف الطبي على المقترض أبلغ المقرض برفضه ضمان تلك المخاطر وعلى الرغم من ذلك التبليغ للمقرض من قبل المؤمن إلا أنه أخفى عن المقترض تلك الحقيقة وأبرم معه عقد القرض ، وبعد مرور مدة من الزمن تعرض المقترض إلى عجز كامل ، ونتيجة لذلك لم يتمكن من سداد أقساط ذلك القرض ، ولما أراد الاستفادة من وثيقة التأمين لسداد ما في ذمته من أقساط فوجئ بعدم وجود تأمين ، وعلى أثر ذلك تم إقامة دعوى تعويض من قبله على المقرض لتعويضه عن الأضرار التي لحقت به نتيجة عدم تبليغه برفض المؤمن للتأمين فحكمت المحكمة لصالحه بالحصول على التعويض عن الضرر المادي المحقق ، والمتمثل بعدم قدرته على سداد الأقساط ، كون أن هذا الضرر ترتب نتيجة خطأ المقرض في تعمله بعدم الإعلام وقت إبرام العقد بعدم وجود تلك الوثيقة التي تغطي المخاطر الناشئة عن العجز أو الوفاة (٢).

عليه ولكل ما تقدم نرى أن للضرر أهمية كبيرة ، حيث انه في حالة عدم وجود الضرر لا يكون هناك مبرر لإقامة دعوى التعويض من قبل أحد الأطراف المتفاوضة حيث إن هذه الدعوى بالنتيجة يكون مصيرها الرد لعدم وجود ما يبرر الحكم بالتعويض لصالح مقيم تلك الدعوى .

(١) نقلاً عن سليمان براك، المفاوضات العقدية، مصدر سابق، ص ١٠٠ .

(٢) نقلاً عن عمر سالم محمد، المسؤولية السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص ٩٦.

وقد يوجد خطأ من جانب أحد الأطراف المتفاوضة ولا يوجد ضرر، وفي بعض الأحيان يوجد ضرر إلا أنه عديم الأهمية ولا يحكم بالتعويض على الرغم من وجوده وذلك في حالة انقطاع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل، أدًا فالضرر ركن مهم من أركان الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني وعلى أساس وجوده يحكم بالتعويض .

## المطلب الثاني

### وجود الضرر في مرحلة المفاوضات وشروطه

كي تكون هنالك مسؤولية مدنية على المتفاوض لا يكفي أن يصدر منه خطأ بل لابد أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب المتفاوض الآخر، أي أن يوجد ضرر تحقق بالفعل وأصاب هذا الضرر الطرف الآخر في التفاوض، وبالإضافة الى وجود الضرر لابد من توفر شروط معينة في الضرر السابق على التعاقد ، لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين ،في الفرع الأول سيكون الكلام عن وجود الضرر السابق على التعاقد ،وفي الفرع الثاني سنتحدث عن شروط الضرر السابق على التعاقد .

## الفرع الأول

### وجود الضرر في مرحلة المفاوضات

يُعد الضرر أهم اركان المسؤولية وجوهرها تقصيرية كانت أم عقدية فلا مسؤولية دون وجود الضرر فهو الذي يعطي الحق بالحكم بالتعويض، والضرر نوعان مادي وأدبي، فالضرر المادي هو الذي يصيب الشخص في ماله أو نفسه، أو في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة، أو بتعبير آخر هو ذلك الضرر الذي يصيب الحقوق المالية للإنسان، أما الضرر الأدبي فهو يصيب

العاطفة والشعور أو الكرامة أو الشرف أو المركز الاجتماعي وغير ذلك من الأمور ذات الأهمية المعنوية (٢).

ومثال الضرر المادي هو قيام طالب المشورة القانونية بأجراء المفاوضات مع المشاور القانوني وبذل مزيداً من الجهد والمال في سبيل التواصل معه وإجراء التفاوض، بعد ذلك يقوم المشاور القانوني وبدون سابق انذار بقطع تلك المفاوضات، وقد يكون الضرر المادي ضياع فرصة كان من الممكن أن تعود على الطرف المتضرر بالعائد المادي لو تحصل على المشورة القانونية المطلوبة في الوقت المناسب.

ويكفي أن يقوم لإثبات على تحقق هذا الضرر وعلى وجود العلاقة السببية بين الخطأ والضرر حتى يلزم من صدر منه الضرر بالتعويض ويمكن إثبات ذلك الضرر بكافة طرق الإثبات طالما أنه واقعة مادية (٢).

وقد أثارت مسألة التعويض عن الضرر الأدبي خلافاً بين الفقهاء فهناك من يؤيد التعويض عن الضرر المعنوي وهناك من يعارض ذلك.

وعلى الرغم من تعدد تلك الآراء بين مناصر ورافض لفكرة التعويض عن الضرر الأدبي فقد أخذ القانون المدني العراقي بالتعويض عن ذلك الضرر، فنصت المادة (٢٠٥) بفقرتها الأولى على ما يلي "يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو شرفه أو سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض" (٢).

من جانب آخر نجد أن الاجتهاد الفرنسي قد تأثر بالآراء الفقهية، فكان الاجتهاد في مجلس الشورى الفرنسي في بادئ الأمر قد استبعد التعويض عن الضرر المعنوي لعدم الاستطاعة على تقديره بالنقود لأنه لا يشكل ضرراً قابلاً للتعويض، إلا أنه عاد وأقر بضرورة التعويض عن

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٥٢٥.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٨٥.

(٣) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل

الضرر الأدبي، بالمقابل فإن محكمة التمييز متمثلة بالهيئة العامة اعتبرت أن عدم الاستطاعة في تقدير التعويض لا يحول دون الحكم بالتعويض ، واستمر اجتهاد المحاكم في هذا الاتجاه إلى يومنا هذا حتى وإن لم يكن الضرر المعنوي مرافقاً للضرر المادي .

وقد يرد تساؤلاً فيما إذا لم يؤد الخطأ الصادر من المتفاوض إلى فشل المفاوضات بل أن المفاوضات تستمر رغم وجود الخطأ ولكن العقد يبرم بشروط باهضة لأحد طرفيه، نتيجة عدم تبصره بظروف وشروط التعاقد، فما هو الحكم في هذه الحالة، فكما هو معلوم إن إبرام العقد بشروط باهضة فيه ضرر فهل يتم تعويض الضرر على أساس مسؤولية ما قبل التعاقد، يمكن الرد على هذا التساؤل أنه طالما إن العقد قد أبرم، فهذا معناه أن المفاوضات قد انتهت، وأن الضرر الذي أصاب المتفاوض نتيجة خطأ نضيره يرجع بخصوصه إلى أحكام ذلك العقد المبرم لا إلى مسؤولية ما قبل التعاقد، ويكون ذلك من خلال الرجوع إلى النظام القانوني لعيوب الإرادة، والتقصي فيما إذا كان هنالك عيب من عيوب الإرادة من عدمه، فيستطيع الطرف المتضرر أن يرجع على المتعاقد الآخر بضمان الضرر الذي أصابه نتيجة السلوك الخاطئ للمتفاوض الأخير، حيث أن مثل هذا الضرر لا يخضع إلى نظام المفاوضات بل يخضع إلى نظام العقد وذلك لأن نظام المفاوضات يقتصر على الأضرار المترتبة على الإخلال بالمفاوضات دون أن يكون هنالك نظام يتم التعويض على أساسه، فقطع المفاوضات دون عذر شرعي لا يمكن اسناده إلى عيوب الإرادة وذلك كون موضوع عيوب الإرادة لا يمكن إثارته قبل أن يبرم العقد<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### شروط الضرر في مرحلة التفاوض

إن الضرر الذي يتحقق نتيجة خطأ أحد أطراف التفاوض على عقد المشورة القانونية الإلكتروني ويصيب المتفاوض الآخر لا بد أن تتوفر فيه شروط معينة لكي يتم التعويض عن ذلك الضرر وهذه الشروط هي :

أولاً- أن يكون الضرر مباشراً

(١) نقلاً عن سليمان براك دايج، المفاوضات العقدية، ص ١٠٣

يجب أن يكون الضرر مباشرًا سواء أكانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية، و يرى بعض الفقهاء إن الغرض من اشتراط أن يكون الضرر مباشرًا في العديد من الحالات ،هو استبعاد الدعاوى التي ترفع من قبل من أصابهم الضرر بصورة غير مباشرة (١) .

وقد أشار المشرع العراقي إلى ذلك الشرط في المادة (٢٠٧) والتي نصت "تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع".

فيما نص المشرع المصري في المادة (١/٢٢١) على ما يلي "..... ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول " (٢).

وتتجه أغلب المحاكم الفرنسية الى أن الضرر المباشر (٣) هو الأثر أو النتيجة الحتمية أو الضرورية للخطأ متى ما شعر القاضي إن الفعل لعب دورًا واضحًا وضروريًا في تحقيق الضرر فإنه يحكم بالتعويض، ونرى ذلك واضحًا في قرار الغرفة المدنية الثالثة الصادر في ٢٩/يناير/٢٠١٣ "إن الإجراء التعسفي الصادر من المدعى عليه كان سببًا ضروريًا لوقوع الضرر" (٤).

ويرى أحد الشراح أن هذا الاشتراط يرتبط بالعلة السببية أكثر من ارتباطه بالخصائص الواجب توافرها في الضرر ،فالمسؤولية تفترض لتحققها الصلة السببية بين الفعل الضار والسبب وهذا ما يؤكده قرار الغرفة التجارية في فرنسا الصادر بتاريخ ٢٠/نوفمبر/٢٠٠٧ والذي جاء فيه "....ولكن حين يحمل الحكم على أن الظروف المكونة للخطأ في ممارسة المفاوضات العقدية وممارسة الحق في قطع المفاوضات من جانب واحد هي ليست السبب في وقوع الاضرار الناجمة

(١) د.سعدون العامري ،التعويض عن الضرر في المسؤولية التقصيرية،مصدر سابق ،ص٣٧

(٢) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.

(٣) نقلاً عن د .حامد شاكر محمود الطائي ،المفاوضات السابقة على التعاقد، مصدر سابق ،ص٢٣٧.

(٤) نقلاً عن د .حامد شاكر محمود الطائي ،المفاوضات السابقة على التعاقد، مصدر سابق ،ص٢٣٧.

عن عدم إتمام العقد ، والذي أضاف أنه في ضل غياب المطالبة عن التعويض عن التكاليف التي تكبدها من جراء المفاوضات ، فإن عزو تحقق فوات الفرصة في نهاية المطاف مباشرة إلى القطع المفاوضات لا يمكن تأسيسه في ظل الإثباتات والوقائع مما يترتب على ذلك أنه لا توجد علاقة سببية بين الضرر الشخصي الذي يطالب به السيد(س)، وبين الخطأ في قطع المفاوضات ، فهو لا يمكن تعويضه على هذا النحو" (١).

ثانياً - أن يصيب الضرر مصلحة مشروعة للمتفاوض

للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أحدثه أحد المتفاوضين للآخر يجب أن تكون المصلحة للمتفاوض المضرور مشروعة فلا محل للتعويض إذا كانت المصلحة غير مشروعة (٢)، حيث يذهب أغلبية الفقهاء أن الضرر يجب أن يكون ماساً بمصلحة مشروعة يحميها القانون (٣).

لذا يشترط لكي ينشأ الضرر أن يكون المجتمع رافضاً له أي أنه أخل بحق أو بمصلحة مشروعة فقد يكون الضرر مؤكداً ومباشراً ولكن لا يمكن تعويضه كونه غير مشروع.

إذا فالمتفاوض المتضرر من قطع المفاوضات يجب أن تكون المصلحة التي يسعى إليها مشروعة فلا يمكن للمتفاوض المتضرر من ذلك القطع أن يطالب بالتعويض لو كانت المشورة القانونية بخصوص تجارة المخدرات ففي هذه الحالة وإن تحقق له الضرر بسبب خطأ من المتفاوض الآخر فلا يحق له المطالبة بالتعويض لعدم مشروعية المصلحة المبتغاة.

وجاء في قرار للجنة التجارية في فرنسا "أن علاقة السببية هي بين الخطأ في القطع التعسفي للمفاوضات ، وبين الضرر المتمثل بالمصاريف المتكبدة لغرض إجراء المفاوضات ، وهو بمثابة الضرر القابل للتعويض وليست العلاقة بين الضرر وسلوك الخصم على الرغم من أن

(١) نقلاً عن د. حامد شاكر محمود الطائي ، المفاوضات السابقة على التعاقد، مصدر سابق ، ص ٢٣٧-٢٣٨.

(٢) د. عبد العزيز اللصامة ، المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار (أساسها وشروطها) ، مصدر سابق ، ص ٨٨.

(٣) د. سعدون العامري ، التعويض عن الضرر في المسؤولية التقصيرية، مصدر سابق ، ص ٤٥.

المفاوضات بين الأطراف المتفاوضة كانت متقدمة " (١)، ويُميز في هذا السياق بين المصلحة السلبية والمصلحة الإيجابية، فالضرر الذي يتم تعويضه هو الضرر الذي يمس المصلحة السلبية، أي الخسارة التي لحقت بالتفاوض في سبيل إبرام العقد، أما الضرر الذي يصيب المصلحة الإيجابية للمتفاوض فهو ما فاته من كسب كان من المفترض أن يحصل عليه لو إن العقد أُبرم فلا تعويض عنه (٢).

ونحن بدورنا لا نؤيد ما يذهب إليه الباحث، حيث إن هذا التمييز بين المصلحتين غير منطقي؛ فالمفاوض المتضرر يستحق التعويض عن الضرر سواء أكان هذا الضرر قد مس المصلحة السلبية كالتنفقات والمصاريف التي صرفت في التنقلات والإقامة والدراسات، من أجل إبرام العقد النهائي، أو المصلحة الإيجابية كتفويت فرصة إبرام القعد أو تفويت فرصة إبرام عقد مع الغير .

### ثالثاً- أن يكون الضرر متوقعاً

وهذا الشرط يستلزمه النظام القانوني للمفاوضات، كون الإرادة تلعب دوراً هاماً في المفاوضات الجارية بين الأطراف المتفاوضة، فعملية التفاوض قائمة على التوقع، مما ينبغي أن يكون التعويض مقتصرًا على الأضرار المتوقعة فقط، وذلك على افتراض ان الطرفين قد تراضيا ضمناً على استبعاد التعويض عن الأضرار غير المتوقعة، فأراده الأطراف تسهم مساهمة فاعلة في التفاوض، كما إن عملية التفاوض تكون ممهدة للعقد وسابقة على ابرامه وتكون منصبة على محاولة تكوينه، أذاً فهي تقترب من العقد من حيث كونها قائمة على التوقع ومن ثم لا يجوز التوسع في التعويض ليشمل الضرر غير المتوقع، لكن إذا ارتكب الطرف المخطئ تدليسا أو غشاً أثناء التفاوض فإن ذلك يستتبع مسؤوليته عن تعويض كافة الأضرار سواء أكانت متوقعة أم غير متوقعة، فهذا الخطأ يخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية (٢)، حيث نصت المادة (٣/١٦٩) من القانون المدني العراقي على ما يأتي " فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً فلا يُجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت " ، هذا إذا قلنا أن المسؤولية المتحققة

(١) د. حامد شاكر محمود الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص ٢٣٩-٢٤٠.

(٢) د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مصدر سابق، ص ١٣٢.

(٣) سليمان براك دايج الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهريين، ١٩٨١، ص ١٠٤.

هي مسؤولية عقدية، أما في المسؤولية التقصيرية فيسأل المتفاوض محدث الضرر عن الضرر المباشر سواء أكان متوقعًا أم غير متوقع لأن القانون يلزمه بالتعويض عن كل ضرر نتيجة طبيعية لعمله غير المشروع .

كذلك نصت المادة (٢/٢٢١) من القانون المدني المصري بخصوص هذا الموضوع على ما يأتي "ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشًا أو خطأ جسيمًا إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"<sup>(١)</sup>.

ويرى الباحث أنه من الضروري توفر الشروط المشار إليها أعلاه كي يحق للطرف المتضرر المتفاوض على عقد المشورة القانوني الإلكتروني المطالبة بالتعويض، فشرط كون الضرر يجب أن يكون مباشرًا أمر طبيعي حيث إن الضرر المباشر هو ما يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار الذي أحدثه المتفاوض الآخر، أما الضرر غير المباشر فلا يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه المتفاوض الآخر ومن ثم لا يكون هنالك مسوغ قانوني للمطالبة بالتعويض عن ذلك الضرر، كذلك الحال بالنسبة إلى شرط أن تكون المصلحة مشروعة، فما الداعي للتعويض عن مصلحة لم تكن مشروعة في الأساس، أما بالنسبة إلى الشرط الثالث فإن هذا الشرط بالإضافة إلى مشروعيته فإن القضاء العراقي لديه الكثير من القرارات التي تؤكد على وجود هذا الشرط، ومن ثم فلا بد من أن يكون الضرر متوقعًا لكي يتم التعويض عنه.

(١) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

## المبحث الثالث

### العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

إذا ما أصاب أحد المتفاوضين ضرر لخطأ من المتفاوض الآخر فإن هذا لا يكفي لتحقق المسؤولية المدنية، وإنما يجب أن تقوم علاقة سببية بين الضرر والخطأ، أي أن يكون الضرر نتيجة للخطأ، وبذلك فإن وظيفة العلاقة السببية هي بناء العلاقة بين الخطأ والضرر، فالشخص يسأل عن الأضرار الغير مشروعة التي يسببها للغير، وبالنتيجة فإن أحكام القانون لا تطبق على الأفعال الخاطئة إلا عندما تؤدي هذه الأفعال بالضرر على مصلحة الغير، الأمر الذي يستوجب توفر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل نتيجة هذا الخطأ، وتلك هي العلاقة السببية، لذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين في المطلب الأول سيكون البحث في مضمون العلاقة السببية وفي المطلب الثاني سنتحدث عن أثبات العلاقة السببية ونفيها.

## المطلب الأول

### مضمون العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في مرحلة المفاوضات

إن العلاقة السببية باعتبارها الركن الثالث من أركان الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني تعني وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه الطرف المتفاوض (المخل) وبين الضرر الذي وقع بالمفاوض الآخر (المتضرر)، ومن شروط حصول الطرف المتضرر على التعويض عن الضرر الذي أصابه يجب عليه بالإضافة إلى اثبات وقوع الخطأ من جانب الطرف المخل، أن يثبت كذلك العلاقة السببية الناشئة بين الخطأ والضرر فلا تكون هناك مسؤولية في حالة انعدام العلاقة السببية.

عليه سنتناول هذا المطلب في فرعين سيكون الكلام في الفرع الأول عن تعريف العلاقة السببية السابقة على التعاقد وفي الفرع الثاني عن معيار العلاقة السببية بين الخطأ والضرر السابق على التعاقد.

## الفـرـع الأول

### تعريف العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في مرحلة المفاوضات

إن وجوب توفر العلاقة السببية له مبرر قانوني ، بأن يُسأل الإنسان عن الأضرار التي يحدثها للغير ، وله مبرر إنساني ، بأن لا يُسأل الإنسان الا عن تلك الأضرار دون سواها .

فروح التشريع يأبى أن يتحمل غير المذنب نتائج عمل لم يصدر عنه ، أو حدث نتيجة لأسباب مستقلة عن فعله ، فالاهتمام بالتعويض على المتضرر وإن كان اهتماماً مشروعاً ومرغوباً فيه ، إلا أنه يجب الا يتجاوز حدود العدالة ومفهوم الرجل العادي للمسؤولية (١) .

وقد عرف جانب من الفقه العلاقة السببية بأنها "العلاقة المباشرة التي تقوم بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول وبين الضرر الذي أصاب المضرور" ، فيما عرفها فريق آخر من الفقه بأنها "ارتباط الخطأ بالضرر ارتباط السبب بالمسبب أو العلة بالمعلول سواء ما نشأ منها من عدم تنفيذ العقد أم ما نتج عن العمل غير المشروع " (٢) .

ومن خلال ما تقدم يمكننا أن نعرف العلاقة السببية موضوع بحثنا بأنها (الرابطة التي تربط الخطأ الذي ارتكبه المتفاوض في عقد المشورة القانوني الإلكتروني بالضرر الذي أصاب المتفاوض الآخر والتي لولا وجودها لما أمكن المطالبة من محدث الخطأ بالتعويض عن الضرر ) .

وعلاقة السببية بهذا المعنى تكون في المسؤولية المدنية ركناً مستقلاً عن ركني الخطأ والضرر ، فيمكن أن توجد علاقة السببية بدون خطأ ، مثال ذلك ما إذا لم يكن الفعل الذي احدث الضرر خطأً ، فالذي يمنع تقرير المسؤولية في هذه الحالة ليس انقطاع العلاقة السببية ، بل انعدام الخطأ ، ويمكن أن يوجد الخطأ والضرر بدون علاقة سببية (٣) .

(١) د . مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج٢ ، المسؤولية المدنية ، ط٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٤ ص ٢٨٥

(٢) حسام جادر فليح ، المسؤولية المدنية للمحامي عن افشاء السر المهني (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠١٦ ، ص ١٥٣ .

(٣) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ٥٣٥ .

وللعلاقة السببية أهمية كبيرة في الأخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني، فالأصل إن الإنسان لا يُسأل إلا عن أفعاله الضارة، فإذا سُأل عن غير ذلك تكون المسؤولية المترتبة عليه استثناءً من الأصل، وقد وضعت الشرائع الحديثة هذه القاعدة العامة في المسؤولية المدنية عند تنظيمها لمسؤولية الانسان عن فعله الشخصي<sup>(١)</sup>، وقد قرر المشرع العراقي هذه القاعدة في نص المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي والتي نصت "كُلُّ تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض"، وكذلك فعل المشرع المصري في نص المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري والتي نصت "كُلُّ خطأ سبب ضرر للغير يُلزم من ارتكبه بالتعويض" كذلك فعل المشرع الفرنسي إذ نص في المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي على مايلي "كُلُّ فعل أيًا كان يقع من الانسان ويحدث ضررًا بالغير يلزم من وقع هذا الفعل الضار بخطئه أن يعرض هذا الضرر".

ولغرض الزام من صدر عنه خطأ بالتعويض عن الضرر الذي أحدثه للغير، لا بد أن تكون هنالك علاقة سببية بين الخطأ والأضرار التي سببها ذلك الخطأ، وإن وجوب توافر هذه الصلة له ما يبرره قانونًا، وذلك بأن لا يُسأل شخص قانونًا إلا عن الأضرار التي أحدثها للغير، والعلاقة السببية تعد ركنًا مستقل عن الضرر والخطأ، لكن في الحالات التي لا يصل فيها الطرفان الى إتمام إبرام العقد النهائي وإنما العلاقة بينهما تقف عند مرحلة التفاوض فإنه في هذه الحالة يجب توافر جميع عناصر التعويض من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وعنصر العلاقة السببية يعد متوافر إذا تم إثبات إن الضرر قد جاء نتيجة مباشرة وطبيعية للخطأ<sup>(٢)</sup>.

(١) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مصدر سابق، ص ١٢٦.

(٢) عمر سالم محمد، المسؤولية السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص ١٠٤.

## الفرع الثاني

### معيار العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في مرحلة المفاوضات

إن المتفق عليه هو ضرورة وجود العلاقة السببية بين الخطأ الحاصل من أحد الأطراف المتفاوضة والضرر الذي يصيب الطرف الآخر لقيام المسؤولية المدنية إلا أن معرفة وجود أو عدم وجود الرابطة السببية ليس من الأمور السهلة ، فقد يوجد الخطأ والضرر دون رابطة سببية بينهما كأن يكون هنالك سبب أجنبي هو من أحدث الضرر وليس الخطأ وهنا تنتفي المسؤولية المدنية ، وفي هذا الموضوع (معيار العلاقة السببية ) برز معياران هما نظرية تعادل الأسباب أو تكافئهما ونظرية السبب المنتج أو الفعال (١).

#### أولاً- نظرية تعادل الأسباب

وملخص هذه النظرية أن كل سبب من الأسباب التي كان لها دوراً في إحداث الضرر على الطرف المتفاوض المتضرر مهما كان ذلك السبب بعيداً يعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر تكون أسباب متكافئة ، ويكون للسبب دخل في إحداث الضرر ، إذ لولاه لما وقع الضرر (٢) ، ويشترط في كل منهما أن يكون مستقلاً عن الآخر ، ولا يعد نتيجة حتمية لغيره ، أما إذا كان أحد الأسباب التي كان لها دور في إحداث الضرر ليس إلا نتيجة حتمية لغيره فلا يعد عندئذ سبب حقيقي في احداث الضرر بل يعد السبب السابق وحده سبباً في احداث الضرر (٣).

فقد يكون الضرر الذي أصاب طالب المشورة القانونية لم يقتصر على القطع المفاجئ الذي قام به المشاور القانوني بل أن هنالك أسباب أخرى تدخلت في إحداث ذلك الضرر ، فإن خطأ المشاور

(١) د. منصور عمر المعاينة ، المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية ، ط١ ، ٢٠٠٤ ، الرياض ، ٢٠٠٤ ، ص٦٠-٦١

(٢) سعد نبيل إبراهيم ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج١ ، ط١ ، ٢٠٠٤ ، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٤ ، ص٤٥١ .

(٣) د. سليمان مرقس شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج٢ ، ط١ ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، المطبعة العالمية ، ص٤٦ .

القانوني إضافة إلى الأسباب الأخرى التي تدخلت في أحداث الضرر تكون متكافئة في أحداث ذلك الضرر .

وعلى الرغم من وجود مؤيدين لهذه النظرية إلا أنها تعرضت للانتقاد من حيث رؤيتها للأمور من منظار مجرد لا ينسجم غالباً مع المعطيات الواقعية والاعتبارات الإنسانية ومبادئ العدالة، وإذا كان هاجس التعويض على الضحية يكمن وراء اتساع دائرة السببية لترتيب المسؤولية على عاتق من أخطأ، إلا أنه يصطدم بمبادئ العدالة التي توجب ألا يتحمل المرء النتائج العادية لفعله الضار أو لإهماله أو قلة احترازه.

أما إذا كان الضرر قد حصل نتيجة لتضافر عوامل أخرى كانت مجهولة من الفاعل ولم يكن له يد في إحداثها، فلم يكن من العدل أن يتحمل نتائج لم يكن له القصد في إحداثها ولم يكن يدركها أو يتوقعها (١) .

#### ثانياً - نظرية السبب المنتج أو الفعال

ومفاد هذه النظرية استعراض جميع الأسباب التي كان لها دخل في إحداث الضرر، ومن ثم التمييز بين الأسباب العارضة والأسباب المنتجة، واعتبار الأخيرة سبباً في إحداث الضرر، بمعنى أنه يجب الاعتداد فقط بالأسباب التي تنتج الضرر في الغالب .

ويعتبر السبب منتجاً إذا كان من المألوف أن يحدث الضرر عادة، أما السبب العارض فهو ليس من شأنه بطبيعته ووفقاً للمجرى العادي للأمور أن يحدث مثل ذلك الضرر، وإنما كان له دور في إحداثه بالصدفة عن طريق اقترانه بالسبب المنتج، فيؤخذ بنظر الاعتبار السبب المنتج أما السبب العارض فيُهدر (٢).

وهذه النظرية تقوم على قاعدة أنه لا يمكن اعتبار كُـل الظروف والعوامل التي ساهمت في حدوث الضرر متساوية في قوتها السببية في إحداث النتيجة الضارة، كما أنه من غير الممكن القول بأن

(١) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج٢، المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص٢٨٨.

(٢) د. حامد شاكر محمود الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص٢٤٢.

السبب الأخير هو المسؤول عن حدوث الضرر ، فمن الممكن أن يكون سبباً تافهًا ، وبالنتيجة لا يمكن إلا القول بأن السبب الذي ساهم بأحداث الضرر على نحو منتج وفعال هو السبب الذي يجب الاعتراف به (١).

ففي بعض الأحيان يساهم مع خطأ المتفاوض أسباب أخرى في أحداث الضرر ولكنها تافهة ولم تكن بتلك الأهمية الكبيرة لخطأ المتفاوض ، وقد يكون العكس هو الصحيح فيكون خطأ المتفاوض تافهًا بالنسبة للأسباب الأخرى التي ساهمت في أحداث الضرر ، فبحسب هذه النظرية يجب الاعتراف بالسبب المنتج وعدم اعارة الأهمية للأسباب التافهة.

إن عملية البحث عن السبب المنتج ، يكون صعبًا وغالبًا ما يؤدي إلى تحكم القضاء ، إذ لا يمكن تقييد القاضي ، لذا فإن هناك جانب من الفقه يرى أنه لا يمكن تقييد القاضي بمعيار معين في الكشف عن السبب المنتج ، وكل ما هو مطلوب أن يكون هذا السبب هو الغالب بين العديد من الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر.

أما نظرية تعادل الأسباب فهي وإن كانت أقل عدالة من نظرية السبب المنتج ، إلا أن من مميزاتها البساطة ولا تكون هناك مشقة في البحث ومن ثم فلا يكون هنالك تحكم في استظهار السبب الذي أحدث الضرر (٢).

جدير بالذكر إن المحاكم العراقية اعتمدت نظرية السبب المنتج لأقامة المسؤولية المدنية واستبعدت نظرية تعادل الأسباب ، فقد قضت محكمة التمييز العراقية في أحد قراراتها "إذا تعددت أسباب الضرر أخذت المحكمة بالسبب المنتج للضرر وليس العارض" (٣).

(١) هالة قاسم محمد ، النظام القانوني لمسؤولية أعضاء مجلس شورى الدولة في العراق (دراسة مقارنة) ، رسالة

ماجستير قدمت الى مجلس كلية القانون ، الجامعة المستنصرية ، ٢٠١٩ ، ص ١٠١ .

(٢) سلطان أنور ، مصادر الالتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، دار النهضة العربية ، بيروت ١٩٨٣ ، ص ٣٥٣ .

(٣) محكمة التمييز العراقية ، قرار رقم ١٥٧١/١٦٨/مدنية/١٩٨٧ في ١٠/٢/١٩٨٧ ، مجموعة الأحكام العدلية ،

العدد الرابع ، ١٩٨٧ ، ص ٨٤ .

وهذا الاتجاه مشابه لما سار عليه القضاء المصري حيث جاءت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها ".... لدى تعيين المسؤولية عند تعدد الأسباب المؤدية إلى الضرر تكون العبرة بالسبب الكافي دون العارض....".

ولابد من بيان موقف الفقه الفرنسي من هذه النظريات حيث إن الفقه هناك يتبنى نظرية السبب المباشر المنتج، فيرى أنه لترتيب مسؤولية المتفاوض يجب أن تتوفر علاقة سببية بين الخطأ والضرر أي يجب أن يكون الضرر الذي لحق بالمتفاوض هو نتيجة مباشرة لخطأ المتفاوض الآخر<sup>(١)</sup>.

ونحن بدورنا نؤيد ما تذهب إليه نظرية السبب المنتج، لأنه ليس من المعقول أن تتساوى جميع الأسباب المسببة في إحداث الضرر، بل لابد من الاعتداد بالسبب الرئيسي المكون للضرر أما بقية الأسباب والتي غالباً ما يكون تأثيرها بسيط جداً فيجب عدم الأخذ بها، فليس من العدالة أن تكون جميع الأسباب متساوية لأن ذلك يؤدي بالظلم على صاحب السبب العارض.

## المطلب الثاني

### إثبات العلاقة السببية ونفيها

لإثبات ونفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي أحدثه فعل المتفاوض على عقد المشورة القانوني الإلكتروني دوراً هاماً في إلزام محدث الضرر بالتعويض من عدمه، فيحاول المدعي إثبات تلك العلاقة بينما تكون محاولة نفيها من قبل المدعى عليه، لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين، في الفرع الأول سنتناول إثبات العلاقة السببية وفي الفرع الثاني سنبحث نفي العلاقة.

(١) د. حامد شاكر محمود الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص ٢٤٣-٢٤٤.

## الفرع الأول

### أثبات العلاقة السببية

يلعب إثبات العلاقة السببية بين الضرر والخطأ دورًا مهمًا لتحقيق المسؤولية عن الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني، ومن ثم حصول المدعي بالضرر على التعويض، حيث إنه لا بد للمتفاوض المتضرر أن يثبت وجود الرابطة السببية المباشرة بين الخطأ الذي أحدثه المتفاوض المخل بالتزامه والضرر الواقع على الطرف الآخر، أي يجب على الأخير أن يقدم دليلًا يُستخلص منه الارتباط بين الخطأ والضرر (١)، وإن عبء إثبات الرابطة السببية ليس بذلك العبء الثقيل في أغلب الأحيان وذلك لوضوح السببية بين الخطأ والضرر وضوحًا لا يحتاج إلى جهد في إثبات تلك الرابطة بعد إثبات الفعل الخاطئ والضرر المتولد عنه، ومع ذلك فقد يتبادر إلى الذهن إلى إن الرابطة السببية بين خطأ المتفاوض الذي أخل بتنفيذ التزامه المتولد عن حسن النية في مرحلة المفاوضات على عقد المشورة القانوني الإلكتروني وبين الضرر الذي لحق بالمتفاوض الآخر ليست سببية مباشرة وإنما كان هنالك عامل ثالث هو الغلط الناتج عن هذا الإخلال، وما الضرر المادي إلا نتيجة مباشرة لهذا الغلط، ولكن الأمر في الحقيقة غير ذلك لأن الغلط الناشئ في هذه الحالة ما هو إلا عامل نفسي لا ينفي العلاقة السببية بين الضرر والخطأ (٢).

فإذا ما أثبت المدعي خطأ المدعى عليه والضرر الذي أصابه نتيجة هذا الخطأ ففي الغالب يقوم في ذهن القاضي تصور أن الخطأ هو الذي أحدث الضرر، ونتيجة لذلك تقوم قرينة قضائية على علاقة السببية، يترتب عليها انتقال عبء الإثبات إلى المدعى عليه فيُطالب هو الآخر بنفي العلاقة (٣).

وقد تبين للمحاكم من خلال الممارسة القضائية هنالك صعوبة في إقامة مثل هذا الإثبات، مما حدى بالمحاكم الفرنسية في أكثر من مناسبة تكفي بالقول بأن الفعل كان سببًا للنتيجة الحاصلة

(١) علي عبيد عودة، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٧، ص ٢٦٦.

(٢) عمر سالم محمد، المسؤولية السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص ١٠٤-١٠٥.

(٣) علي عبيد عودة العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية، مصدر سابق، ص ٢٧٢.

دون أن تبين بالضبط كيفية تقريرها مثل هذا الأمر البالغ الدقة ، ونتيجة لهذا النقص في التعليل اتجهت محكمة النقض الفرنسية الى نقض القرارات الصادرة عن محاكم الأستئناف كون أن هذه القرارات لم تبين بصورة جلية وأكيدة الصلة السببية بين الخطأ والضرر ، وتؤكد محكمة التمييز إن على محاكم الأساس ليس فقط الاكتفاء بالقول إن الرابطة السببية موجودة بل يجب بالإضافة إلى ذلك إعطاء المبرر المثبت لقيام تلك الرابطة (٢) .

ورغم تشدد محكمة التمييز الفرنسية إلا أنها وإزاء الصعوبة في إثبات العلاقة السببية في بعض الحالات أوضحت أنه باستطاعة القاضي أن يستند إلى قرائن واضحة وقوية ومطابقة للواقع في الأحوال التي يصعب فيها إثبات العلاقة السببية وفي معرض تطبيق المادة (١٣٥٣) من القانون المدني الفرنسي (٢) .

أما عن موقف القضاء المصري في هذا الموضوع ، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية أنه متى ما أثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة هذا الضرر، فإن القرينة على توافر العلاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور ويمكن للمسؤول أن ينقض هذه القرينة بأثبات إن الضرر قد نشأ عن قوة قاهرة لا يد له فيها (٢) .

إذاً فلا بد للمتفاوض المتضرر سواء أكان طالب المشورة القانونية أم المطلوب المشورة القانونية منه أن يثبت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ففي هذه الحالة ممكن أن يصدر له الحكم بالتعويض الذي يتناسب مع الضرر الحاصل ، أما في حالة عدم تمكنه من إثبات تلك الرابطة بين ما حدث من ضرر نتيجة خطأ المتفاوض الآخر فهنا يكون مصير دعوته الرد.

(١) نقلاً عن د. مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج٢ ، المسؤولية المدنية ، مصدر سابق ، ص٢٨٩-٢٩٠ .

(٢) نقلاً عن أنور جمعة علي الطويل ، دعوى المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية (دراسة مقارنة) ، ط٤، ٢٠١٤، دار الفكر القانوني للنشر والتوزيع ، ص١١١

(٣) د. محمد صبري عبد الأمير الاسدي ، القوة القاهرة وأثرها في المسؤولية العقدية ، ط١، ٢٠١٤، دار الفكر

مصر للنشر والتوزيع ص ١٥٣-١٥٤

## الفرع الثاني

### نفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

قد يصاب أحد الأطراف المتفاوضة على عقد المشورة القانونية الإلكتروني بضرر ما ولكن هذا لا يعني إن المتفاوض الآخر هو من سبب ذلك الضرر ، عليه لابد من إثبات وجود الأركان الثلاثة الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما ، ويستطيع الطرف المتفاوض المتضرر إثبات العلاقة السببية عن طريق قرائن الحال وظروف كل حالة وملاساتها<sup>(١)</sup> ، وبأمكان المدعى عليه قطع العلاقة السببية إذا تم الاثبات من قبله إن الضرر ناتج عن سبب أجنبي .

وبهذا الخصوص نصت المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي على ما يلي "إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت إن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه "

عليه لابد من أن يكون هنالك ارتباط للخطأ بالضرر ارتباطاً سبب نتيجة ، فإذا أنقطع هذا الارتباط فلا يمكن أن يسأل الطرف المتفاوض المخطئ عن تعويض الضرر ، وتنتقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في عدة حالات وكما يلي :

#### أولاً- خطأ المضرور

من المفترض أن يتحمل كل شخص ما يصدر منه من أفعال ضارة ، فإذا كان الضرر الذي أصاب المتفاوض المتضرر حدث نتيجة خطأ ارتكبه هو فلا يحق له إلقاء اللوم على الطرف المتفاوض الآخر .

فإذا ما اعتقد المشاور القانوني أن المفاوضات الجارية مع طالب المشورة القانونية ستصل في نهاية الأمر الى إبرام العقد النهائي وبني تصرفه على أساس هذا الاعتقاد ، وتم الاتفاق من قبله لإتمام إبرام العقد ، ثم قطع المتفاوض الآخر (طالب المشورة القانونية الإلكترونية وهو شخص

(١) . حسام جادر فليح ، المسؤولية المدنية للمحامي عن افشاء السر المهني ، مصدر سابق ، ص ١٥٥

عادي لا يملك الخبرة التي يملكها المشاور القانوني ) فلا يحق للمشاور القانوني الرجوع على طالب المشورة القانونية بالتعويض ما لم يكن طالب المشورة القانونية قد ارتكب خطأً جسيماً أو اقتترف غشاً في قطعه للمفاوضات ،ذلك أن المشاور القانوني بما يتمتع به من مؤهلات ،ما كان له أن يثق بالمفاوضات ،كما إن طبيعة العمل الذي يمارسه تحتم عليه أن يتوقع دائماً فشل المفاوضات وبناءً على ذلك كان بالإمكان وقاية نفسه من الضرر ،فإذا أصابه ضرر نتيجة ثقته غير المشروعة بالمفاوضات فإنه في هذه الحالة لا يستطيع الرجوع على الطرف الآخر بالتعويض (١).

ولابد لنا هنا من ذكر نص المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي والتي نصت "إذا اثبت الشخص إن الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك " ، يتضح من نص المادة أعلاه إن الرابطة السببية تنقطع في حالة وجود خطأ للمتفاوض المتضرر ومن ثم لا يمكن الرجوع بالتعويض على الطرف الآخر ،وبالرجوع الى نص المادة (١٦٥) من القانون المدني المصري نجد أنه اتجه إلى نفس إتجاه المشرع العراقي ، أما المشرع الفرنسي فلم يتطرق في القانون المدني الفرنسي إلى خطأ المتضرر(٢).

### ثانياً - القوة القاهرة

عُرفت القوة القاهرة بأنها "كُل حادث لا شأن لإرادة المدين فيه ولم يمكن توقعه ولا منعه ويصبح به تنفيذ الالتزام مستحيلًا"(٣)، فقد تكون القوة القاهرة زلزلاً أو حريقاً أو فيضاناً أو أي أمر آخر لا يمكن للطرف المتفاوض الآخر توقعه وعلى هذا النحو يخرج عن القوة القاهرة الأحداث التي يمكن توقعها ،إذاً فالقوة القاهرة أمر خارج عن المؤلف (٤).

(١) سليمان براك دايع الجميلي ،المفاوضات العقدية ،مصدر سابق ،ص١٠٦

(٢) قصي جعفر موسى ، أحكام الاعفاء من المسؤولية المدنية ، رسالة ماجستير قدمت الى مجاس كلية الحقوق – الجامعة الإسلامية في لبنان ،٢٠١٥، ص٦٥.

(٣) حسين عامر ،المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية ،ط١، مطبعة مصر ،١٩٥٦.

(٤) حسام جادر فليح ،المسؤولية المدنية للمحامي عن اقشاء السر المهني (دراسة مقارنة)،مصدر سابق

٢٠١٦، ص١٥٣

وللقوة القاهرة شروط ومنها عدم توقع الحدث، ومعيار توقع الحدث معيار موضوعي وليس شخصياً، كذلك يجب عدم إمكان دفع الحدث أي أن يثبت المتفاوض المدين عدم إمكانيته من دفع الحدث ، كذلك من شروط القوة القاهرة أن يكون الحدث الذي يشكل القوة القاهرة ذا طابع خارجي غريب عن المدين (١).

فإذا وقع الضرر نتيجة للحدث المفاجئ فإن العلاقة السببية في هذه الحالة تكون مفقودة بين ما يُنسب الى المتفاوض المخطئ والضرر الحاصل إذ إن الصلة السببية تكون فقط بين الضرر والحدث المفاجئ، ومن ثم فإن القوة القاهرة تحجب صلة المدعى عليه (المتفاوض المخطئ) بالضرر ومن ثم تكون نافية للمسؤولية .

أما إذا كان المتفاوض المخطئ قد ساهم في حدوث الضرر إلى جانب القوة القاهرة ففي هذه الحالة يتحمل جزءاً من المسؤولية بقدر مساهمة خطأه في احداث الضرر وتحديد هذه النسبة يعود إلى قاضي الموضوع آخذاً بنظر الاعتبار خطورة الخطأ وأهميته سواء أكان خطأً قصدياً أم اهمالاً أم عدم تبصر ، أما إذا تكفلت القوة القاهرة بأحداث الضرر بالكامل ففي هذه الحالة لا تقوم مسؤولية المدعى عليه لعدم قيام الصلة السببية بين ما يُنسب إليه من خطأ والضرر الحاصل (٢) .

فلو فرضنا أن المفاوضات بين الطرفين وصلت إلى مراحل متقدمة وفي هذه الاثناء حدثت كوارث طبيعية أو حرب وأصبح من غير الممكن مواصلة تلك المفاوضات فإن المتفاوض الذي قام بقطع المفاوضات يعفى من المسؤولية لعدم إمكانيته من دفع ذلك الحدث ذا الطابع الخارجي .

### ثالثاً - خطأ الغير

قد يتذرع المتفاوض المخطئ بأنه لم يتسبب بالضرر بل شخص ثالث هو من أحدث ذلك الضرر ، ويكفي في هذه الحالة أن يثبت بأنه لم يقم بأي فعل مسبب للضرر ، بل أن هناك شخص آخر تسبب به كلياً أو ساهم في أحداثه.

(١) قصي جعفر موسى ، أحكام الاعفاء من المسؤولية المدنية ، مصدر سابق ص ٦٥ .

(٢) د. مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج ٢ ، المسؤولية المدنية ، مصدر سابق ، ص ٣٥١ .

وفي هذه الحالة يجب التمييز بين وضعين أولهما حالة حصول الضرر بفعل الغير وثبتت الصلة السببية بينهما في هذه الحالة يتحرر المدعى عليه (المتفاوض) كلياً من المسؤولية ولا يكون أمام المتضرر إلا إقامة الدعوى على الغير محدث الضرر ، ثانيهما حالة مساهمة فعل الغير مع فعل المدعى عليه في إحداث الضرر ففي هذه الحالة يكون للمدعي الحق في إقامة الدعوى على مسببي الضرر لغرض الحصول على التعويض المناسب (١).

وفي هذا الصدد نصت المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى على مايلي "إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب".

وفي ذات السياق نصت المادة (١٦٩) من القانون المدني المصري على مايلي "إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر".

يتضح لنا مما سبق تناوله في هذا الفصل إن أركان المسؤولية الناشئة عن الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني لا تختلف من حيث المضمون عن الأركان الواردة في المبادئ العامة للمسؤولية ، وإن مايميز التفاوض الإلكتروني عن التفاوض العادي هو إن التفاوض الإلكتروني يتم عن طريق إحدى وسائل التواصل الإلكتروني والتي تحتاج أن يكون الطرف المتفاوض ذو خبرة ودراية بالوسيلة الإلكترونية المستخدمة لكي تتم عملية التفاوض بشكل ناجح ، ومن ثم لا يكون هنالك خطأ من المتفاوض ينتج عنه ضرر يلحق بالمتفاوض الآخر

(١) د. مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج٢ ، المسؤولية المدنية، مصدر سابق ، ص٣٨٢.

## الفصل الثاني

### الأحكام المترتبة على الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني

#### تمهيد وتقسيم

بعد أن بحثنا في الفصل الأول أركان المسؤولية الناشئة عن الإخلال في مفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني، سنتناول في هذا الفصل الأحكام المترتبة على الإخلال بمفاوضات العقد أعلاه. وبما إن هذه المرحلة هي تسبق إبرام العقد المقصود فإن أطراف التفاوض على عقد المشورة القانوني الإلكتروني لهم الحرية الكاملة في التفاوض، وإن هذه الحرية تعد أحد مظاهر الحرية التعاقدية، وكما هو معروف أن هذه المرحلة هي مرحلة الأخذ والرد والتقدم بالاقتراعات والاقتراعات المقابلة، كذلك يحق في هذه المرحلة لكل متفاوض أن يعدل عن رأيه بخصوص العقد موضوع التفاوض، إذاً فالثابت ن هذه المرحلة هي مرحلة الاحتمال، ولكن قد يبدر من أحد الأطراف فعل معين ويخل بمبدأ حسن النية، أو يخل بأحد الالتزامات المتفرعة من هذا المبدأ، وبناءً على ذلك يكون مخطئاً بسلوكه وتترتب عليه المسؤولية عما سببه من ضرر للمتفاوض الآخر، والعدول عن التفاوض لا يصلح بذاته أن يكون سبباً لترتيب المسؤولية إلا إذا كان هنالك تعسف في عملية الانسحاب أو أنه صدر من المتفاوض المنسحب أفعال تتنافى مع الأمانة وحسن النية أو يمكن اعتبارها أن تشكل سلوكاً خاطئاً وهنا تثور مسؤولية المتفاوض المدنية.

وفي بعض الأحيان يقوم أطراف التفاوض قبل إجراء المفاوضات بإبرام عقد على التفاوض ويسمى هذا العقد بعقد التفاوض الإلكتروني ويساهم هذا العقد بتنظيم العلاقة بين أطراف التفاوض خلال إجراء المفاوضات بينهما أي أنه يجري بموجبه تحديد الحقوق والالتزامات أثناء إجراء المفاوضات وعند فشلها، ويمكن من خلال إبرام هذا العقد تحقيق الأستقرار والأمان والجدية في التفاوض لدى الأطراف وضمن الاستمرار فيها بحسن نية كون الالتزام بالتفاوض هو مجرد بذل عناية وليس تحقيق غاية.

لذا سنوزع هذا الفصل إلى ثلاث مباحث في المبحث الأول سنبحث هل أن المسؤولية الناشئة عن ذلك الإخلال هي مسؤولية تقصيرية أو عقدية، أما في المبحث الثاني فسيكون الكلام

---

عن دعوى المسؤولية الناشئة عن تلك المرحلة وفي المبحث الثالث والأخير سنبين أثر المسؤولية الناشئة عن الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني :

## المبحث الأول

### المسؤولية المترتبة عن الاخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني

أختلف الفقهاء في بيان الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن مفاوضات العقد عندما يخل أحد اطراف التفاوض بأحد الالتزامات الملقاة على عاتقه في المرحلة السابقة على إبرام العقد ، وعلى الرغم من اتفاقهم بأن تلك المسؤولية هي مسؤولية مدنية لكن كان هناك اختلاف فيما بينهم حول ما اذا كانت تلك المسؤولية عقدية أم تقصيرية ، وعلى العموم فإن القوانين المقارنة لا تعد المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض بوجه عام والمسؤولية عن قطع التفاوض دون عذر مشروع على وجه الخصوص مسؤولية من نوع خاص ، كما أن تسميتها بالمسؤولية قبل التعاقد لكونها تترتب في المرحلة التي تسبق إبرام العقد النهائي أي المرحلة التي يكون فيها التفاوض على العقد، انطلاقاً من التزامات حسن النية والثقة والأمانة والجدية ، لذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين في المطلب الأول سنبحث المسؤولية التقصيرية للأطراف المتفاوضة وفي المطلب الثاني سنناقش المسؤولية العقدية للأطراف المتفاوضة .

## المطلب الأول

### المسؤولية التقصيرية للأطراف المتفاوضة عن الاخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني

إذا أخل أحد أطراف التفاوض بالالتزامات الملقاة على عاتقه أثناء المفاوضات الجارية بين الطرفين ونشأ ضرر للطرف المتفاوض الآخر، فلكي يتم تعويض الطرف المتضرر يشترط وجود علاقة سببية بين الخطأ المرتكب من قبل الطرف المخل وبين الضرر الذي أصاب الطرف المتفاوض المتضرر وبما ان العقد المتفاوض بشأنه لم ينعقد لغاية الآن فإن قواعد المسؤولية التقصيرية هي التي تطبق .

لذا سنبحث هذا المطلب في فرعين في الفرع الأول سيكون الكلام عن الفقه التقليدي القائل بالمسؤولية التصهيرية وفي الفرع الثاني سنتحدث عن الفقه والقضاء المعاصرين القائلين بالمسؤولية التصهيرية .

## الفرع الأول

### الفقه التقليدي القائل بالمسؤولية التصهيرية عن الإخلال بالالتزامات في مرحلة

#### التفاوض

يرى الكثير من الفقهاء التقليديين إن فكرة المسؤولية التصهيرية هي التي تحكم مرحلة التفاوض على إبرام العقد ، والتي تعد من اسهل الوسائل تطبيقاً على هذه المرحلة كون إن أحكام المسؤولية التصهيرية وحدها يتم تطبيقها عند عدم وجود عقد ، وإن بعض انصار هذا الاتجاه حاولوا تأسيس هذه النظرية على أساس فكرة التعسف ، وحاول البعض الآخر تأسيسها على نظرية الفضالة على اعتبار ان الشخص الذي توجه له دعوة التعاقد هو فضولي يقوم بإدارة شأنه لرب العمل الذي وجه اليه هذه الدعوة (١).

وهنا لا بد من القول إن اعتبار التعسف أساساً لهذه المسؤولية يستوجب وجود حق يتعسف المفاوض في استعماله، وليس ثمة وجود مثل هذا الحق، إضافة إلى ذلك لا يمكن تطبيق احكام الفضالة على المفاوضات ، حيث إن من شروط الفضالة إثراء من وجه الدعوة إلى التعاقد والحال إن من وجه الدعوة الى التعاقد ليس بالضرورة أن يثرى على حساب من وجهت إليه تلك الدعوة كما أن التعويض بموجب الفضالة يقدر بأقل القيمتين من الأثراء والافتقار ، وهذا ما لم يقل به أحد ولا قضى به قضاء (٢).

(١) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج١، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨، ص١٥٣-١٥٤.

(٢) د. صبري حمد فاخر ، قطع المفاوضات العقدية ، مصدر سابق ، ص ١٣٠.

## الفرع الثاني

## الفقه والقضاء المعاصرون القائلين بالمسؤولية التقصيرية عن الإخلال بالالتزامات

## في مرحلة التفاوض

نجد أن الرأي الغالب في الفقه العراقي إتجه الى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على الطرف المتفاوض المنسحب من عملية التفاوض بصورة غير مشروعة والذي تسبب في انسحابه هذا ضرراً للطرف المتفاوض الآخر ، فالمفاوضات عند الرأي الراجح تكون بدايتها عادةً بدعوة يتم توجيهها من قبل أحد الأطراف المتفاوضة عن طريق إرسال العروض والمقترحات للطرف الآخر ، فإذا رأى أن هنالك رغبة في ذلك دخلا في مفاوضات الغرض منها الوقوف على رأى الطرف الآخر وهل لديه الاستعداد لقبول شروط التعاقد ، ويكون لكل طرف متفاوض الحق في قطع المفاوضات وعدم اتمام العقد النهائي في أي وقت يرغب فيه، وإذا كان هذا الاتجاه يستند الى مبدأ الحرية التعاقدية ، فإن العمل بهذا المبدأ على اطلاقه يؤدي في نهاية المطاف الى عدم جدية المفاوضات ، فالأصل إن مجرد عدول المتفاوض وعدم اتمامه عملية التفاوض لا تترتب عليه أية مسؤولية ، ولكن في حالة اقتران العدول بخطأ ونشأ عن هذا الخطأ ضرر للمتفاوض الآخر فإن الطرف الذي تم القطع من جانبه يُسأل على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>(٢)</sup>، ويلزم بالتعويض وتترتب المسؤولية عن الفعل الضار وفق القانون المدني العراقي استناداً لأحكام المادة (٢٠٤) والتي تنص على " كل تعد يصيب الغير بأى ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض "

أما عن موقف الفقه المصري فقد ذهب بعض الفقهاء المصريين إلى أن المبدأ الذي يسود المفاوضات يسمح بقطعها في أي وقت بشرط أن يتم ذلك وفق مبدأ حسن النية وعدم إصابة الطرف المتفاوض الآخر بالضرر ، إلا أنه في حالة قطع مفاوضات العقد دون أن يكون هناك سبب جدي لذلك القطع قد يكون في بعض الأحيان مصدرًا للمسؤولية التقصيرية التي تقوم على الخطأ

(١) د. حامد شاكر محمود الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد ، مصدر سابق ، ص ٢٠٧.

التقصيري (١)، استناداً لأحكام المادة (١٦٣) بفقرتها الأولى من القانون المدني المصري والتي تنص على "كُل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض" (٢).

أما فيما يخص موقف القضاء فقد ذهب محكمة النقض المصرية في قرار لها "...إن المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً ولا يترتب عليها بذاتها أثر قانوني ، فكل طرف من أطراف التفاوض الحرية في قطع المفاوضات في أي وقت يرغب دون أن تكون هنالك مسؤولية تترتب على ذلك القطع ، إلا إذا أثبت وجود خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية ، ويؤدي ذلك الخطأ إلى ضرر يلحق بالمفاوض الآخر ، ويقع عبء إثبات الخطأ والضرر على عاتق الطرف المتفاوض المتضرر ، ولا يعتبر مجرد العدول عن إتمام المفاوضات انه عنصر الخطأ..." (٣).

وفي قرار آخر لمحكمة النقض المصرية أذقت بأنه "لا يجوز لأي من أطراف التفاوض أن يتخذ إجراء ما من شأنه أن يوقع الطرف الآخر في فهم خاطئ للظروف ويحملة تكاليف ما كان يتحملها لولا هذا الاجراء وبناءً على ذلك تم تحميل الطرف المخطئ التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية" (٤).

إلا أن أحد الشراح جاء بموقف مخالف للفقهاء والقضاء في مصر ، حيث إنه يرى لا داعي للترقية بين المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض وغير المصحوبة باتفاق التفاوض لعدم وجود أساس قانوني سليم لهذه التفرقة ، ويرى أنه من العدل والمنطق أن توحد الطبيعة القانونية للتفاوض دون تمييز بين صورة وأخرى من صور التفاوض ، وذلك لتحاكي المشاكل القانونية التي تحدث في التطبيق العملي بسبب هذه التفرقة ، لذا فقد أرسى الطبيعة العقدية للتفاوض على العقد لأن عقد التفاوض حسب رأيه ينعقد بمجرد تراضي الأطراف المتفاوضة صراحةً أم ضمناً على الدخول في التفاوض دون الحاجة لإفراقة في شكل معين ، وأنه يلزمهما بالتفاوض على العقد دون أن يكون

(١) د . بلحاح العربي ، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على ابرام العقد ،(دراسة مقارنة )، مصدر سابق ،ص١٤٤-١٤٥.

(٢) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.

(٣) نقض مدني مصري ، ٩ فبراير ١٩٦٧ ، أشار إليه محمد حسام لطفي ، مصدر سابق ص٦٢

(٤) نقض مدني مصري ٢٧ مارس ١٩٦٨ ، أشار إليه حسام الدين الاهوائي ، النظرية العامة للالتزام ، ج١

(المصادر الارادية للالتزام) ط٣ (القاهرة) ، ٢٠٠١ ، ص١٠٦ وما بعدها .

هنالك الزام بإبرامه وينشأ عن هذا الأتفاق التمهيدي التزامات تبادلية على عاتق الطرفين ويأتي على قمة هذه الالتزامات الالتزام بالتعاون (٧) .

أما عن موقف الفقه الفرنسي فقد لجأ قسم من الفقهاء منذ البداية إلى فكرة المسؤولية التقصيرية باعتبارها أول ما يخطر على الذهن واسهل الوسائل أيسرها حيث أيد الفقه الفرنسي موقف الاتجاه القضائي، الذي لم يتردد بترتيب المسؤولية التقصيرية للمفاوض الذي يقوم بالقطع المفاجئ للمفاوضات وهي في مرحلة متقدمة ، أو المصحوب بخطأ متميز أو واضح لا مرأى فيه ، بهدف تأثيم كل صور الإخلال التي تحصل في مرحلة التفاوض ومنها عدم توافر النية الجادة في التعاقد أو الدخول غير الأمن في المفاوضات أو الاستمرار غير الأمين مع توافر نية القطع أو إتخاذ قرار بقطعها أو طرح مقترحات غير جادة أو أن يكون القطع مصاحب لتصريحات مضرّة (٨) .

ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسي إن المرحلة السابقة على التعاقد هي حالة من حالات اللاقانون أو العدم القانوني ، في حين أشار جانب آخر من الفقه الى أن التفاوض على العقد ليس مجرد مشروع في الهواء ، وإنما هو تصرف يتم تحت عباءة القانون ، إذ إن طرفي التفاوض على العقد بمجرد دخولهما في عملية التفاوض تكون بينهما علاقة قانونية خاصة ، وبناءً على هذه العلاقة تنشئ على عاتق الطرفين التزامات متبادلة ويترتب على عدم الوفاء بها قيام المسؤولية المدنية ، وهكذا يذهب أغلب الفقه الفرنسي الى إقامة المسؤولية على أساس الخطأ التقصيري الناجم عن القطع التعسفي للمفاوضات ، بأن تكون هذه المفاوضات قد جرت بدون اتفاق مكتوب ، ولا يعد عدول الأطراف المتفاوضة عن هذه المفاوضات بمثابة الخطأ التقصيري ما لم تكن متعسفة في هذا العدول (٩) .

(١) د بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات ، مصدر سابق ،ص٦٩-٧٠.

(٢) VANWIJCK – ALEXANDRE, Larparation du dommoage dans la negociation et la formation des Contrats, no .6 p.25

(٣) .L. Josserand, Cours de droit civil positif français , 3eme éd. 1938.p.38.n49

ووفقاً لأحكام المواد (١٣٨٢) و(١٣٨٣) من القانون المدني الفرنسي فإن مرتكب الفعل الضار الذي أدى فعله بخطئه أو إهماله أو تقصيره بالضرر على الغير فإنه ملزم بضمان ذلك الضرر .<sup>(١)</sup>

إن وكما هو ملاحظ غياب النص القانوني الذي يحكم مرحلة التفاوض في القانون المدني الفرنسي وفي ظل ذلك اجتهد الفقه والقضاء الفرنسيان في محاولة لإرساء دعائم المسؤولية الناشئة في مفاوضات العقد بما في ذلك المسؤولية المترتبة على قطع المفاوضات مستعنيين في ذلك بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية .

فقد كرست المحاكم الفرنسية نظرية الخطأ التقصيري على وفق المواد (١٣٨٢) و(١٣٨٣) ق . م . فرنسي فنصت المادة (١٣٨٢) "كُلُّ فعل أياً كان يقع من الناس ويحدث ضرراً بالغير يلتزم من وقع هذا بخطئه تعويض الضرر" ، أما المادة (١٣٨٣) فنصت "يُسأل كُلُّ شخص عن الضرر الذي يسببه ، ليس فقط بفعل ارتكابه بل أيضاً بإهماله وعدم تبصره" ، وهذا الاتجاه تم تبنيه من قبل محكمة النقض الفرنسية حيث جاء في قرار الغرفة التجارية الفرنسية الصادر في ٢٠ مارس ١٩٧٢ والذي صادقت فيه على قرار محكمة الاستئناف والذي صدر في ١٣ / يوليو / ١٩٧٠ وهذا القرار يتمحور حول قضية دخل أطرافها في مفاوضات لمدة ثلاثة أشهر ، الغرض من تلك المفاوضات هو إبرام عقد بيع بضاعة مصنعة ، وإن المفاوضات الجارية بين الطرفين لم تقتصر على تبادل المكالمات التليفونية ، وإنما تطلب قيام ممثل المشتري بالسفر من فرنسا إلى أمريكا لمدة عشرة أيام لمتابعة عمليات التصنيع وبعد ذلك وبصورة مفاجئة وبدون مسوغ قانوني مقبول قام البائع بإنهاء المفاوضات بصورة منفردة إضافة إلى ذلك قام ببيع البضائع المتفاوض عليها إلى أحد المنافسين للمشتري الأول ، فذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى إن البائع ليس مخطئاً من الناحية

(١). وقد شبه بعض الفقهاء الفرنسيين مرحلة التفاوض في حالة عدم وجود اتفاق التفاوض بمرحلة الخطوبة فهناك تشابه كبير بينهما لأن الخطوبة هي مرحلة ممهدة لإبرام عقد الزواج ، فالخاطب والمخطوبة لا يوجد أي التزام بينهما لإبرام عقد القران ، ولكل منهما الحق في فسخ الخطوبة متى شاء مع مراعاة عدم الحاق الضرر بالعقد الآخر ، وخلاف ذلك تقوم المسؤولية التقصيرية تجاه الطرف الذي تسبب بالضرر، أنظر ،

نقلا عن بن د. أحمد صليحة ، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات ، مصدر سابق ص ٦٦

العقدية ، وإن هناك خرقاً للمفاوضات بصورة متعسفة ، وأقامت المحكمة مسؤولية البائع على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية (١) .

وفي قرار آخر صادر عن الغرفة التجارية بتاريخ ٢٦/نوفمبر / ٢٠٠٣ والذي أيدت فيه قرار محكمة باريس الذي قضت فيه بالحكم على شركة **(stuck)** المنسحبة من المفاوضات الجارية مع شركة **(manoukian)** دون أن يكون هناك مبرر مشروع لذلك الانسحاب بتعويض الشركة المتضررة على أساس المسؤولية التقصيرية عن نفقات التفاوض وعن مصاريف الدراسات الأولية ، وإن ملخص هذه القضية هو إن شركة **(manoukian)** تفاوضت مع شركة **(stuck)** من أجل شراء حصص من هذه الأخيرة مما أسفر عنه الاتفاق على مجموعة من الشروط ، وقبل إتمام عملية التفاوض بشأن كل عناصر الاتفاق فوجئت شركة **(manoukian)** بقيام شركة **(stuck)** ببيع حصصها لشركة **(lescomplcite)** دون أن يكون هناك إنهاء للمفاوضات الجارية ، وعلى أثر ذلك طالبت الشركة بالتعويض عن القطع التعسفي للمفاوضات ، فحكمت محكمة استئناف باريس على شركة **(stuck)** بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالشركة المتضررة على أساس المسؤولية التقصيرية ، رغم ذلك طعنت شركة **(manoukian)** في هذا القرار وكانت أسباب الطعن هو حصر المحكمة التعويض المستحق في مصاريف التفاوض ونفقات الدراسات الأولية دون الحكم بالتعويض عن الفرصة الضائعة وكذلك تحميل شركة **(lescomplcite)** المسؤولية كونها أقدمت على التعاقد مع شركة **(stuck)** رغم علمها بوجود مفاوضات مع شركة أخرى ، إلا أن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية رفضت تحميل الطرف المسؤول التعويض عن الفرصة الضائعة، كذلك اکتفت بتحميل شركة **(stuck)** للمسؤولية دون شركة **(lescomplcite)** مؤيدة قرار محكمة الاستئناف وعلى نفس التسبب لقرار الحكم (٢) .

(١) نقلاً عن د. حامد شاكر محمود ، مصدر سابق ، ص ١٩٨

(٢) نقلاً عن د. حامد شاكر مصدر سابق ص ١٩٩ .

ويرى الباحث أنه طالما لا يوجد عقد بين الأطراف المتفاوضة ينظم حقوق والتزامات أطراف التفاوض فإن المسؤولية التي تترتب نتيجة إخلال أحد هذه الأطراف بالالتزامات الملقاة على عاتقه والتي يفرضها مبدأ حسن النية هي مسؤولية تقصيرية، ويجب أن يكون تعويض الطرف المتضرر بشكل عادل عن النفقات التي أنفقها من أجل عملية التفاوض وكذلك تعويضه عما فاتته من فرصة إبرام عقد مع الغير وغير ذلك من الأضرار التي لحقت به، مع مراعاة فيما إذا كان هنالك نسبة تقصير من الطرف المتضرر في فشل المفاوضات فإن وجدت فإن العدالة تقتضي أن يتحمل هو الآخر نسبة من هذه الأضرار، أي إن الأضرار الناتجة عن فشل المفاوضات يتحملها أطراف التفاوض كلاً بحسب نسبة خطئه.

## المطلب الثاني

### المسؤولية العقدية للأطراف المتفاوضة

قد يضع أطراف التفاوض على عقد المشورة القانونية الإلكتروني قواعد وتكون هذه القواعد بمثابة اتفاق الغرض منها وضع التزامات أخرى على عاتق طرفي التفاوض، ويكون لها الأثر في حسن سير المفاوضات، وما قد يترتب على قطعها من مضار، كالالتزام بعدم أفشاء الأسرار التي يطلع عليها الأطراف خلال فترة التفاوض، كذلك تنظيم الأعباء والنفقات وحظر إجراء المفاوضات المتوازية مع الغير فهنا تكون المسؤولية المترتبة على مخالفة ما أتفق عليه مسؤولية عقدية، وتقع هذه العقود في المرحلة اللاحقة على التفاوض والسابقة على إبرام العقد النهائي، ومن ثم فإن العقد التمهيدي يجد مكانه في الفترة التي يتم فيها التحضير للعقد النهائي أي قبل إبرام العقد النهائي، وهو يعتبر وسيلة وجدت بمناسبة هذه الفترة بقصد ضمان المستقبل، واتفاق التفاوض المشار إليه أعلاه له عدة تسميات أكثرها شيوعاً (الاتفاق المبدئي) و(عقد التفاوض). عليه فإن دراسة المسؤولية العقدية للأطراف المتفاوضة تقتضي تقسيم هذا المطلب إلى فرعين في الفرع الأول سيكون الكلام عن الفقه التقليدي القائل بالمسؤولية العقدية وفي الفرع الثاني سيكون الكلام عن الفقه والقضاء المعاصرين القائلين بالمسؤولية العقدية.

## الفرع الأول

### الفقه التقليدي القائل بالمسؤولية العقدية عن الإخلال بالالتزامات في مرحلة التفاوض

يعتبر الفقيه اهرنج من أنصار الاتجاه الذي يرى أن أساس المسؤولية الناشئة خلال مفاوضات العقد هي وجود عقد ضمني مفترض بين الأطراف والإخلال الحاصل من قبل المتفاوض المخطئ هو خطأ عقدي يثير المسؤولية العقدية على مرتكب ذلك الخطأ ويلزم بالتعويض عن ذلك الضرر الذي لحق بالمتفاوض المتضرر . وتقوم هذه المسؤولية على مبادئ تطبق في حالة عدم قيام العقد ، كما يتم تطبيقها عند إبطال العقد ومن ثم إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للأبطال وتقرر ابطاله كما هو الحال في التدليس و الخطأ الذي يقع في مرحلة المفاوضات ، فإنه في حالة تحقق سبب البطلان من أحد المتعاقدين ويتحقق معه خطؤه تكون على هذا الطرف المخطئ تعويض الطرف الآخر المتضرر حسن النية عما أصابه من ضرر نتيجة بطلان العقد ، كنفقات العقد (١).

وانتقد رأي اهرنج القائل بوجود عقد ضمني أثناء المفاوضات كونه رأي يقوم على الافتراض ، وإن أي عقد لكي ينشأ بشكل صحيح لابد أن تنصرف إليه إرادة الأطراف بشكل واضح وصريح ، ومن ناحية أخرى فإن المتفاوض عندما يعلن عن الإرادة الباتة بإبرام العقد، فهو يعني بذلك إبرام العقد المتفاوض عليه ولا ينصرف ذهنه الى إبرام عقد آخر (٢).

وهناك اتجاه نادى بفكرة العقد التمهيدي ومن أبرز أنصار هذا الاتجاه هو الفقيه سالي والذي يرى أنه يوجد عقد تمهيدي إلى جانب العقد الأصلي ، وإن هذا العقد التمهيدي عبارة عن وعد

(١) Cf. Planiol et Ripert, Traité pratique du droit civil Français, T.6 par Esmein, p 173, n°

132.

(٢) أشار إلى ذلك د. سعد حسين عبد ملحم ، التفاوض عبر شبكة الانترنت ، مجلد رقم (٧) ، العدد (١) ، السنة

٢٠٠٥ ، ص ٣٦ .

بالتعاقد يتضمن تعهداً من جانب الواعد ويثير مسؤوليته العقدية إذا صادف قبولاً من الطرف المتفاوض الآخر وبالنتيجة تتحقق المسؤولية العقدية وإن لم يبرم العقد الأصلي<sup>(٢)</sup>.

ويؤيد الباحث ما أتجه إليه الفقيه سالي بخصوص ضرورة وجود العقد التمهيدي والذي هو عبارة عن وعد بالتعاقد، حيث يتضمن هذا العقد التزامات يجب على طرفي التفاوض الالتزام بها وعدم مخالفتها، وتثير مخالفتها المسؤولية العقدية للطرف المتفاوض المخالف لها.

حيث يلجأ أطراف التفاوض في بعض الأحيان إلى إبرام عقود من شأنها أن تمهد للعقد النهائي المراد إبرامه<sup>(٣)</sup>، وقد يتم الخلط بين العقد التمهيدي وغيره من العقود التي تسهل التعاقد كالاتفاق الممهد، ويمكن التفرقة بين العقد الممهد والاتفاق الممهد من خلال نية الأطراف، والمسؤولية المترتبة على عدم الالتزام بما تم التوصل إليه، إذ قد تنصرف نية الأطراف المتفاوضة في حين إلى إبرام عقد تمهيدي وفي حين آخر إلى مجرد اتفاق على التفاوض تمهيداً لإبرام العقد النهائي، من دون أن يكون للأطراف المتفاوضة نية التعاقد حالياً في مثل هذه الحالة لا يعدو أن يكون اتفاقاً ممهداً<sup>(٤)</sup>.

أما من ناحية المسؤولية فإن كنا أمام عقد تمهيدي فإن المسؤولية التي تترتب تكون مسؤولية عقدية، أما في حالة عدم الالتزام بالاتفاق التمهيدي فهنا نكون أمام مسؤولية تقصيرية<sup>(٥)</sup>.

(١) د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالدلائل بالبيانات العقدية، ط١، دار النهضة العربية،

١٩٨٢، ص. ٣٠٤.

(٢) د. أبراهيم الشهاوي، ثقافة التفاوض والحوار، ط١، ٢٠١٠، مصر الجديدة ص ٢٤٧.

(٣) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٢، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط٤، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٥٤٠.

(٤) د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة

على العقد، مجلة الحقوق الكويتية، مارس، ١٩٩٦، ص ١٤-١٥.

## الفرع الثاني

## الفقه والقضاء المعاصرون القائلين بالمسؤولية العقدية عن الإخلال بالالتزامات في

## مرحلة التفاوض

الفقه العراقي توجهه بشأن الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد هو تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على الطرف المتفاوض المخطئ الذي نتج عن خطئه ضرر أصاب المتفاوض الآخر كما بيناه سلفاً، أما عن موقف القضاء العراقي فهناك اتجاه للقضاء اعتبر أن الاتفاقات المبدئية التي تحصل في فترة المفاوضات على عقد معين هي بمثابة مشروع للعقد، وإن كانت لا ترقى إلى العقد النهائي، ومن قرارات القضاء العراقي بهذا الخصوص قرار محكمة التمييز "إن الاتفاقية المبدئية للتوكيل لا تخول المحامي حضور مرافعة الدعوى عن موكله"<sup>(١)</sup>.

ويتبين لنا من هذا القرار ان القضاء العراقي لم يعطِ القيمة القانونية للاتفاقات المبدئية الحاصلة بين المحامي والموكل مما يعني بالنتيجة أنه في حالة حصول خلاف بينهما فإن أحكام المسؤولية التقصيرية هي الأولى بالتطبيق.

وفي اتجاه آخر لمحكمة التمييز العراقية "أعترفت فيه بالقيمة القانونية للتعهد الموقع من قبل المتعهد والذي تعهد بموجبه بتأمين وصول البضاعة عبر طرق آمنة، ولو كان ذلك التعهد قبل الاتفاق على عقد النقل مادام نص التعهد قد ورد في حقيقته بصورة واضحة وصريحة في الملصقات والكتيبات الدعائية التي سلمها موقع التعهد للمتعهد له"<sup>(٢)</sup>.

ومن خلال ما تقدم والاطلاع على مضمون قرار محكمة التمييز أعلاه، نجد أن القضاء العراقي أعطى القيمة القانونية للتعهد الذي يسبق إبرام العقد النهائي، وعلى هذا الأساس فإن عدم وفاء أي من أطراف التفاوض بالالتزامات الملقاة على عاتقه فإن قواعد المسؤولية العقدية هي التي

(١) قرارها المرقم (١٩٥٠/ الهيئة المدنية الثالثة / ١٩٧٥ في ١٢ / ١٠ / ١٩٧٦ / مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع / السنة السابعة / ١٩٧٦ ص ٧.

(٢) قرارها المرقم (٣٤٥٧ / الهيئة المدنية الثالثة / ٢٠٠٧) (غير منشور).

تطبق بحقه على خلاف الإتجاه السابق للقضاء العراقي وهذا تناقض واضح في لموقف القضاء بخصوص الاتفاقات المبدئية بين الاطراف المتفاوضة .

أما فيما يتعلق بالفقه المصري الحديث فإنه أعترف باتفاق التفاوض ،وقد سلم بأن اتفاق التفاوض وخاصة الصريح يكون بمقتضاه على عاتق الطرفين المتفاوضين التزاماً عقدياً بالتفاوض ، ويتعين تطبيقه وفق مبدأ حسن النية ويترتب على ذلك بأن تكون هنالك مسؤولية عقدية على الطرف المخطئ وفقاً لأحكام المادة (٢١٥) من القانون المدني المصري (١) ، أما فيما يخص موقف القانون المدني المصري من اتفاق التفاوض فإنه لم يتطرق إلى فكرة اتفاق التفاوض ، وعدم الأخذ بالمسؤولية العقدية عن مرحلة مفاوضات العقد (٢).

أما عن موقف القضاء المصري بهذا الصدد فعلى الرغم من التشدد من جانب محكمة النقض المصرية بخصوص مفاوضات العقد حيث تعتبرها مجرد عمل مادي غير ملزم ، إلا أن القضاء المصري تمكن من الاستناد إلى نص المادة (٩٥) من القانون المدني المصري (٣) لتقرير القيمة القانونية للاتفاقات المبرمة بين أطراف التفاوض المتنازعة " وهذا النص مشابه لنص المادة (٢/٨٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن لمحكمة الموضوع كامل السلطة في التعرف على حقيقة العقد المتنازع عليه ، واستظهار مدلوله بما تضمنه من عبارات ويكون ذلك على ضوء الظروف التي أحاطت بتنظيمه ، كذلك مراعاة ما سبقه أو عاصره من اتفاقات بخصوص موضوع التعاقد ذاته (٤) .

فيكون للقاضي بمقتضى هذه المادة السلطة في تكملة العقد طبقاً لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة ، على إن لا يكون الأطراف اشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق على

(١) بن أحمد صليحة ،المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات ، مصدر سابق ، ص٧٦.

(٢) د. محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، مصدر سابق ، ص٤٣ .

(٣) تنص المادة (٩٥) من القانون المدني المصري على مايلي "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطاً إن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم ، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تفضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولاحكام القانون والعرف والعدالة " .

(٤) د. حامد شاكر محمود ، المفاوضات السابقة على التعاقد ،مصدر سابق ،ص٢١٠-٢١١ .

المسائل الثانوية ومعنى ذلك ان عدم وجود مثل هذا الاشتراط يكون للقاضي سلطة التكميل لفهم غموض النية المشتركة للأطراف المتفاوضة فإذا كان الأمر كذلك وكان هنالك أوراق أو اتفاقات في مرحلة المفاوضات فبإمكان القاضي في حالة تأكده من اتفاق الأطراف المتفاوضة على المسائل الجوهرية ، وعدم اشتراطهم عدم تمام العقد عند عدم الاتفاق على المسائل الثانوية أو التفصيلية أن يستشف من هذه الأوراق أو الاتفاقات عقوداً، ويلزم الطرف المدين بأداء ما التزم به بموجبها.

ولابد من التنويه أنه باستطاعة الأطراف المتفاوضة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية مادامنا في نطاق المسؤولية العقدية على التفصيل المتقدم ، فطبقاً لأحكام المادة (٢/٢١٧) من القانون المدني المصري يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية التي تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية الا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم ، كذلك يحق للمدين الاشتراط على عدم مسؤوليته عن الغش والخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه (١) .

أما الفقه الفرنسي فقد أطلق العديد من التسميات على اتفاقيات التفاوض فهناك من يطلق على الاتفاقيات التي تسبق إبرام العقد بما يسمى اتفاقات ما قبل العقد ، وهناك جانب آخر اعتبرها عقود مقدمة دون ان تكون ملزمة لأطرافها لإبرام العقد النهائي ، لكن غالبية الفقه الفرنسي تقبل فكرة وجود التزامات قبل أبرام العقد النهائي ذات طبيعة عقدية .

فلم يكن هناك خلاف بين الفقهاء الفرنسيين حول الاعتراف باتفاق التفاوض ، حيث اعتبروه اتفاقاً ينشأ بموجبه على عاتق الأطراف المتفاوضة التزامات يترتب على مخالفتها قيام المسؤولية العقدية ، أما القانون المدني الفرنسي فإنه لم يأخذ بنظرية المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض (٢).

نافلة القول أنه في حالة وجود عقد تفاوض تم الاتفاق بموجبه بين الأطراف المتفاوضة على ما يجب فعله ، فإن أحكام المسؤولية العقدية هي التي تطبق في حالة عدم الالتزام بما تم الاتفاق عليه بموجب عقد التفاوض ، فقد يتفق أطراف التفاوض على عدم مسؤولية الطرف المخل الذي بسببه تم فشل المفاوضات ، وقد يتفق الأطراف على تحقق المسؤولية فقط في حالة افساء السر

(١) د. محمد حسام محمود ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، مصدر سابق ، ص ٧٠-٧٦.

(٢) J. Schmidt- SZALWESKI, La force Obligatoire al épreuve des avant contrat, RTD. Civ .2000, p .25.

المتحصل أثناء عملية التفاوض ،إذاً فعقد التفاوض هو الذي يحدد الأمور التي تتحقق بموجبها المسؤولية العقدية للطرف المُخطئ .

## المبحث الثاني

### دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن مرحلة المفاوضات

إن القانون حدد للمرء طريقة للمطالبة بحقوقه وهي تقديم الدعوى الى القضاء وأن حق الادعاء مكفول لأي شخص سواء أكان شخص طبيعي أم شخص معنوي فلكل أنسان أن يكون مدعياً ،إذاً فحق الادعاء في القضايا المدنية متروك لصاحب الحق فله كامل الحرية في أن يتوجه الى القضاء لإقامه الدعوى للمطالبة بحقوقه أو يصرف النظر عن ذلك.

وما ذكر أعلاه ينطبق على دعوى المسؤولية الناشئة عن مرحلة المفاوضات على عقد المشورة القانوني الالكتروني ، فالمتفاوض المتضرر من حقه اللجوء الى القضاء لإقامة الدعوى للمطالبة بحقوقه من المتفاوض الآخر المسؤول عن الضرر .

عليه سنناقش هذا المبحث في مطلبين ، في المطلب الأول سنتعرض الى أطراف دعوى المسؤولية الناشئة عن مرحلة المفاوضات ، وفي المطلب الثاني سنناقش انقضاء دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن مرحلة المفاوضات .

## المطلب الأول

### أطراف دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن مرحلة المفاوضات

إن لكل دعوى أطراف تتقاضى فيما بينها أمام القضاء ، كذلك هو الحال بالنسبة الى دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن مرحلة المفاوضات على عقد المشورة القانوني الالكتروني فهذه الدعوى أيضاً تستوجب وجود مدعي الضرر (المتفاوض المتضرر ) ومدعى عليه (المتفاوض محدث الضرر).

لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين ، الفرع الأول سنبحث فيه المدعي وفي الفرع الثاني سنتناول المدعى عليه.

## الفرع الأول

### المدعي

الثابت في المسؤولية المدنية إن الدعوى تقدم إلى القضاء من الشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري أما من قبل الشخص مباشرة أو بواسطة من يمثله إذا فالدعوى تقدم من المدعي المتضرر سواء أكان المشاور القانوني أو طالب المشورة القانونية وهو الشخص الذي يحق له أن يطالب بالتعويض او وكيله والمدعي قد يكون المتضرر وقد يكون خلفه ،ولكن هنا يجب التمييز بين الضرر المادي والضرر المعنوي ففي الضرر المادي تنتقل دعوى المطالبة بالتعويض الى الخلف فبإمكان وارث المتضرر ان يطالب بالتعويض الذي كان مورثه يطالب به لو كان على قيد الحياة ،كما يستطيع دائن المتضرر أن يطالب بهذا التعويض بأسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة ،أما بالنسبة الى الضرر الأدبي فإنه لايمكن انتقاله الى خلف المتضرر الا في حالة ما اذا كان هنالك تحديد للتعويض بموجب اتفاق او كانت هنالك مطالبة بالتعويض امام القضاء فإذا تحدد التعويض على وفق ما تقدم يمكن أن ينتقل الحق في التعويض الى الوارث وجاز لدائن المتضرر المطالبة به عن طريق الدعوى غير المباشرة (١) ،وتقديم الدعوى يكون في مواجهة الطرف الآخر في الدعوى وهو المدعى عليه ،وطلب الادعاء هو الذي يكون محلاً للخصومة ، لذا فمن يقدم طلباً لإجراء تحقيق معين أو طلب نذب خبراء في دعوى معينة لا يكون مدعيًا ،وإن طلب المدعي يجب أن يقدم بعريضة إلى المحكمة المختصة وهذه العريضة يجب أن تتضمن اسم المحكمة التي تقام الدعوى أمامها وتاريخ تحرير العريضة واسم كل من المدعي والمدعى عليه ولقبه ومهنته ومحل إقامته كذلك يجب بيان المحل المختار للتبليغ وبيان موضوع الدعوى وذكر وقائع الدعوى وأدلتها وفي الأخير توقيع المدعي او وكيله (٢).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٤، الإسكندرية ، ص٤٠٢-٤٠٥.

(٢) حبيب عبيد مرزة العماري ، الخصم في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، ط١ ، ٢٠١٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ص٥٧-٥٨.

وهذه البيانات المذكورة أعلاه متفق عليها في قانون المرافعات العراقي، وقانون المرافعات المصري ، وقانون المرافعات الفرنسي (٢).

وهناك شروط لا بد من توافرها ليكون من الممكن سماع الدعوى فإذا كان هنالك تخلف لأحد هذه الشروط فلا تسمع ولا يتم البحث والسير في موضوعها ، وقد تكون الدعوى مستوفية لشروطها وصالحة للنظر فيها فتمضي المحكمة في النظر في موضوعها ثم يتبين للمحكمة إن المدعي لم يكن صاحب حق فيها، ومن الممكن أن يحدث العكس من ذلك إذ قد لا تتحقق في الدعوى الشروط المطلوبة فيها فلا يتم قبولها من القضاء شكلاً ولكن هذا لا يعني أن المدعي لم يكن صاحب حق فيها، وأول شروط قبول الدعوى هو شرط الأهلية (٢)، حيث نص قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل والنافذ في المادة (٣) على مايلي "يشترط ان يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى، وإلا وجب أن ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً في استعمال هذه الحقوق".

فهذه المادة تشترط لصحة الدعوى أن يكون الطرفين ذا أهلية للمرافعة فيها أي أن يكون المدعي ذا أهلية للدعاء وكذا المدعى عليه ، وإن الأهلية المبتغاة في هذه المادة هي الأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى وهي لا تخرج عن أهلية الأداء ويتم الرجوع في الأهلية الى الأحكام الثابتة في القانون المدني وأحكام قانون رعاية القاصرين والقوانين الأخرى التي تنطبق الى الأهلية وعوارضها ، اعتبرت المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي المعدل والنافذ سن الرشد هي ثمانية عشرة سنة كاملة واستثناءً من هذه السن اعتبرت المادة (٣/أ) من قانون رعاية القاصرين من أكمل الخامسة عشرة من عمره وتزوج بإذن من المحكمة يعتبر كامل الأهلية ، ومن واجب المحكمة التحقق من أهلية الخصوم حتى وإن لم يكن هنالك دفع بعدم صحتها ، وللخصوم إيراد هذا الدفع في جميع مراحل الدعوى لأن تخلف شرط الأهلية في أحد خصوم الدعوى من شأنه

(١) المادة ٤٦ من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ والمادة ٦٣ من قانون المرافعات المصري والمواد ٥٦ و ٦٤٨ من القانون المدني الفرنسي .

(٢) د. غفيف شمس الدين ، المحاكمات المدنية بين النص والاجتهاد ، ط١ ، بيروت ، ٢٠٠٦، ص ٢٧.

أن يبطل الحكم الصادر فيها ، ومن غير الممكن حضور وكيل عنه في الدعوى حيث يكون هذا الحضور باطلاً لأن فاقد الاهلية لايملك حق توكيل الغير<sup>(١)</sup> .

وهذا الأمر ينطبق على المتفاوض المتضرر والذي ينوي إقامة الدعوى المسؤولية المدنية على محدث الضرر، فيجب أن يكون كامل الاهلية لكي تقبل دعواه تجاه خصمه أما إذا كان عديم الاهلية أو ناقصها فيكون مصير دعوته الرد، ولكن يمكن أن تقام الدعوى من قبل من يمثل المتفاوض المتضرر قانوناً كالقيم في حالة تعذر أقامتها من قبله، فقد يتعرض المتفاوض المتضرر الى حادث يفقده تمييزه قبل إقامة الدعوى ففي هذه الحالة ليس من الجائز أن تقام من قبله وانما من قبل من يمثله.

أما الشرط الثاني فهو شرط الخصومة ، حيث يشترط لقبول الدعوى من المدعي (المتضرر سواء أكان طالب المشورة القانونية أو المطلوب المشورة القانونية منه) أن تكون له صفة في اقامتها أي إن رافع الدعوى هو صاحب الحق المطالب به ، وأن يكون المدعي عليه (محدث الضرر) هو من يوجد لديه ذلك الحق<sup>(٢)</sup>، وإن غالبية الفقه يذهبون الى أن المدعي تثبت له الصفة في الدعوى اذا كان هو صاحب الحق المطالب به أو كان نائباً عن صاحب الحق كأن يكون وكيلاً عنه أو وصياً أو قيماً عليه<sup>(٣)</sup>، وينتقد جانب من الفقه الاتجاه أعلاه حيث يرى هذا الجانب من الفقه أن الاتجاه المشار اليه سلفاً غير دقيق ويخلط بين مفهوم الصفة في الدعوى وبين الصفة في التقاضي (الصفة الإجرائية) ، كون إن الخصومة في الدعوى لا تكون الا لمن يدعي حقاً او مركزاً قانونياً ضد المعتدي أما الصفة في الدعوى(الصفة الإجرائية) فهي تعبير عن صلاحية الشخص في المباشرة في الإجراءات القضائية في الدعوى من غير أن يكون له صلة بموضوع الدعوى ، فقد يكون من

(١) مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، الطبعة الرابعة ، ٢٠١١، بغداد، ص١١-١٢.

(٢) د. عبد الحكم فوده ، الدفع بانتفاء الصفة او المصلحة في المنازعات المدنية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧، ص١٥.

(٣) عبد الرحمن علام ، شرح قانون المرافعات المدنية، ج١، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٠، ص٥٣.

الاستحالة على صاحب الصفة في الدعوى مباشرة الإجراءات وفي هذه الحالة يسمح القانون لشخص آخر بتمثيله في الإجراءات (١).

ونصت المادة (٨٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي " ١- اذا كانت الخصومة غير متوجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها ببرد الدعوى دون الدخول بأساسها . ٢- للخصم أن يبدي هذا الدفع في اية حالة تكون عليها الدعوى ."

أما قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فقد نص في المادة (٥) منه " ..... اذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم القبول لعيب في صفة المدعى عليه قائم على أساس اجلت الدعوى لأعلان ذي الصفة .....".

فيما ذكر قانون الاجراءات المدنية الفرنسي إن من أسباب الدفع بعدم القبول هو انتفاء الصفة للمدعي أو المدعى عليه في الدعوى (٢).

والشرط الثالث من شروط سماع الدعوى هو شرط المصلحة فقد نصت المادة (٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي " يشترط في الدعوى أن يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي إن كان هناك ما يدعو الى التخوف من الحاق الضرر بزوي الشأن ."

والمراد بالمصلحة هنا الفائدة العملية التي تعود للمدعي إذا حكمت المحكمة له بالطلبات الواردة في عريضة دعواه ، فإذا لم تكن هناك فائدة يقرها القانون للمدعي في دعواه فلا يمكن قبول دعواه ، ويستلزم القانون توفر بعض الخصائص في تلك المصلحة وكما يلي :

أولاً - أن تكون المصلحة قانونية : أي إنه يجب أن تكون مستندة الى حق او مركز قانوني ويستوي أن تكون هذه المصلحة مادية او أدبية.

(١) د. عوض احمد الزعبي ، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ، ط١، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٣ ، ص ٢١٢.

(٢) ينظر المادة ١٢٢ من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥.

ثانياً - أن تكون المصلحة معلومة : ويتحقق هذا الشرط إذا حددت قيمة المدعى به بشكل نافي للجهالة وتحديد قيمة المدعى به من الأمور المهمة في الدعوى حيث من خلاله تستطيع المحكمة أن تحدد قيمة الدعوى او استيفاء مقدار الرسم القانوني الواجب دفعه من قبل رافع الدعوى .

ثالثاً- أن تكون المصلحة حالة او قائمة : ويقصد بهذه الخصيصة أن يكون الحق المطالب به في عريضة الدعوى غير معلق على شرط أو مضاف الى أجل .

رابعاً -أن تكون المصلحة ممكنة او محققة :ويعني ذلك ان لا تكون المصلحة مستحيلة الوقوع ويجب أن يكون الحق المدعى به قد أعتدي عليه بالفعل ويتحقق بذلك ضرر يستوجب المطالبة القضائية من قبل المتضرر(٢) .

في الخلاصة يجب أن ترفع دعوى المسؤولية الناشئة في مرحلة التفاوض على عقد المشورة القانوني الإلكتروني من قبل (المتفاوض المتضرر)، وهذا المتفاوض يجب أن يكون ذا أهلية لرفع تلك الدعوى، وان تتوفر فيه الصفة لرفع الدعوى، فلا بد أن تقام الدعوى من قبل المتفاوض المتضرر أو من ينوب عنه قانوناً، فمن غير الجائز قانوناً أن تقام الدعوى من قبل شخص آخر من غير ما ذكر أعلاه حتى وان كان الضرر الذي أصاب المتفاوض مؤكداً وأخيراً يجب أن تكون له مصلحة في رفع الدعوى على المدعى عليه (المتفاوض الآخر محدث الضرر). فالمتفاوض على عقد المشورة القانونية والذي أصابه الضرر من جراء إخلال المتفاوض الآخر بالالتزامات الملقاة على عاتقه يجب أن تكون له المصلحة في إقامة الدعوى على المتفاوض المخطئ ، فإذا لم تكن للمتفاوض المتضرر مصلحة جدية في إقامة الدعوى فلا يحق له إقامة الدعوى من الأساس .

## الفرع الثاني

### المدعى عليه

إن دعوى المسؤولية المدنية عموماً توجه الى الشخص الذي تسبب بالضرر للمدعي، وليس هنالك صعوبة في تحديد شخص المدعى عليه ، فهو أما أن يكون المسبب المباشر للضرر أو أن

(١) مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، مصدر سابق ،ص١٥.

يكون مسؤولاً عن محدث الضرر كأن يكون صاحب حرفة ومسؤولاً عن المتدربين لديه أو غير ذلك من محدثي الضرر ، وقد يكون المدعى عليه شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً حتى وإن تمت الأفعال الضارة بواسطة من يمثلونه ، وذلك لاستقلال الذمة المالية لكل منهم (٢) ، وأن وصف (المدعى عليه) يعطى للشخص الذي تقدم ضده الدعوى طوال الإجراءات الخاصة بالدعوى حتى لو قدم دعواً أو طلباً في مواجهة المدعي وقد تطرق المشرع العراقي الى المدعى عليه في المادة (٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، حيث نصت " يشترط أن يكون المدعى عليه خصماً يترتب على اقراره حكم بتقدير صدور إقرار منه أو أن يكون محكوماً أو ملزماً بشئ على تقدير ثبوت الدعوى ومع ذلك تصح خصومة الولي والوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والمحجور والغائب وخصومة المتولي بالنسبة الى مال الوقف وخصومة من اعتبره القانون خصماً في الأحوال التي لاينفذ فيها اقراره " .

من خلال نص هذه المادة يتبين إن قانون المرافعات العراقي قد اشترط الصفة في المدعى عليه أي كونه يلزم ويحكم عليه بإقراره في الدعوى وقد اشترط النص المشار اليه أعلاه في المدعى عليه عدة شروط وكما يلي :

أولاً - أن يترتب على إقراره حكم

أي أن الدعوى يجب أن ترفع على خصم قانوني والخصم القانوني هو من يترتب على إقراره حكم فالشخص الذي يترتب على إقراره حكم يكون خصماً عند انكاره ، فتسمع عليه البينة عند الإنكار ، والشخص الذي لا يترتب على إقراره حكم لا يكون خصماً عند الإنكار ولا تسمع عليه البينة وبالتالي لا يصلح أن يكون مدعى عليه وبالنتيجة تكون الدعوى المقامة عليه عبثاً ومضيعة لوقت وجهد المحكمة(١).

ثانياً- أن يكون ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى

(١) د.مصطفى العوجي ، المسؤولية المدنية، ج٢، ط٥، منشورات الحلبي، ٢٠١٦، ص٦٦١-٦٦٢.

(٢) منير القاضي ، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط١، مطبعة العاني ، بغداد، ١٩٥٧، ص٩٢.

يشترط في دعوى المدعي على تقدير ثبوتها أن تكون ملزمة للمدعى عليه بشيء ومستوجبة الحكم عليه به فإن لم تكن الدعوى بهذه الصورة فلا تسمع وتستوجب الرد<sup>(١)</sup>.

إذا فالمدعى عليه (محدث الضرر) سواء أكان طالب المشورة القانونية أو المطلوب المشورة القانونية منه يجب أن تتوفر فيه الشروط أعلاه لكي تقبل الدعوى المقامة عليه .

أما التشريعات المقارنة فلم يرد فيها نص مقابلاً للمادة (٤) من قانون المرافعات العراقي.

وجدير بالذكر أنه في الوضع العادي الدعوى تقام ضد مدعى عليه واحد ، ولكن ما الحكم إذا تعدد المدعى عليهم فهل من الجائز قانوناً إيراد أكثر من مدعى عليه واحد في عريضة واحدة ؟

في البدء لا بد من الإشارة الى ان المادة (٤٤) الفقرة (٦) من قانون المرافعات العراقي أجاز أن يكون هناك أكثر من مدعى عليه واحد في العريضة الواحدة ، فنصت " إذا تعدد المدعى عليهم واتحد سبب الادعاء أو كان الادعاء مترابطاً جاز إقامة الدعوى عليهم بعريضة واحدة " .

يتبين من خلال هذه الفقرة بأنه يجوز للمدعي إقامة دعوى بعريضة واحدة على عدة أشخاص ولكن بشرط أن تكون هنالك علاقة مشتركة تربط هؤلاء الأشخاص بعضهم ببعض الآخر.

ولمحكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية قرار بهذا الخصوص فقد جاء في قرارها " .....لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قررت المحكمة قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز ..... وكذلك وجد ان المدعي قد خاصم جمعاً من المدعى عليهم دون أن يبين سبب الارتباط بين هؤلاء ، وهل قام جميعهم بفعل مشترك أدى الى الاضرار بالمدعي ام كلاً منهم قد قام بشكل منفرد بهذا الفعل وفي هذه الحالة لايجوز جمع المدعى عليهم بعريضة واحدة استناداً لأحكام المادة (٤٤) الفقرة (٦) منها من قانون المرافعات

(١) د. ياسر باسم ذنون ، بحوث ودراسات في القانون الخاص ، ج١ ، ط١ ، الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠٠٩ ،

المدنية العراقي مما يقتضي التثبيت من هذه الجهة ، عليه قرر نقض الحكم المميز استناداً الى ماتقدم وإعادة الدعوى الى محكمتها للسير وفق ماورد أعلاه....." (٢).

يتضح من خلال الأطلاع على قرار الحكم أعلاه ضرورة وجود علاقة مشتركة فيما بين المدعى عليهم لإمكانية جمعهم في عريضة واحدة .

وإن الغرض الذي يسعى اليه المشرع من إجازته للمدعي أن يجمع في عريضة واحدة أكثر من مدعى عليه واحد هو لتجنب تعارض الاحكام الذي من الممكن حدوثه في حالة إقامة دعوى خاصة بكل مدعى عليه ، بالإضافة لإختصار الوقت والجهد الذي يبذل من القضاء للنظر في دعاوى عدة على مدعى عليهم متعددين ، كذلك التقليل من المصاريف التي يمكن أن تصرف من قبل المدعي ، لذا يتطلب لحسن سير إجراءات العدالة السماح لمن يدعي الجمع في عريضة الدعوى الواحدة مايبين مدعى عليهم عدة لتتنظر النزاع محكمة واحدة وتحسمه ، شرط أن يكون هنالك علاقة مشتركة مايبين المدعى عليهم ، وتتمثل هذه العلاقة في إرتباط الأدياء واتحاد سببه ، واتحاد سبب الإدياء هو إن دعوى المدعي تستند الى سبب أو مصدر مشترك واحد ، أي أن يكون الحق المطالب به في الدعوى ناتج عن مصدر قانوني واحد سواء أكان عقداً أم أي مصدر من مصادر القانون الأخرى (٢).

وقد يتعدد المدعى عليهم وتقع مواطنهم في دوائر محاكم مختلفة فإذا اتبعنا القاعدة العامة في وجوب اختصام كل منهم امام المحكمة التي يوجد فيها موطنه فإن ذلك سيؤدي بالنتيجة الى تجزئة الدعوى وتقطيع اوصالها وتضاعف النفقات ، واحتمال صدور أحكام متناقضة في الموضوع الواحد ، لذلك فإن اختصاصهم امام محكمة ادهم سيؤدي الى تفادي تلك المشاكل ، وهذا ما أقره المشرع العراقي في نص المادة (٢/٣٧) من قانون المرافعات العراقي " إذا تعدد المدعى عليهم واتحد الادعاء أو كان مترابطاً تقام الدعوى في محل إقامة ادهم " .

(١) قرار محكمة أستئناف منطقة بغداد ، بالعدد ٣٠٣٩/حقوقية / ٩٩٢ في ١١/١١/١٩٩٢ .

(٢) عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، ج٢ ، ط٢ ، العاتك ، لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص٤٥ .

وبذات الاتجاه أخذ كل من المشرع المصري والفرنسي (١).

إذاً فالمدعى عليه في دعوى المسؤولية الناتجة عن الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني يجب أن تتوفر فيه الشروط التي يجب توافرها في المدعى عليه في دعوى المسؤولية المدنية عموماً وإلا كان مصير الدعوى المقامة من قبل المتضرر هو الرد ، فعلى سبيل الفرض أن المتضرر هو المطلوب المشورة القانونية منه فيقوم بإقامة الدعوى ضد شقيق طالب المشورة القانونية أو زوج طالب المشورة ، فتكون نهاية الدعوى هو الرد لعدم توجه الخصومة حيث إن الخصم الحقيقي هو طالب المشورة .

## المطلب الثاني

### انقضاء دعوى المسؤولية الناشئة عن مرحلة المفاوضات

هنالك العديد من الأسباب التي تنقضي بها دعوى المسؤولية المدنية والتي من الممكن أن يقيمها المفاوض المتضرر من المفاوضات على عقد المشورة القانوني الإلكتروني على المتفاوض محدث الضرر ، ومن هذه الأسباب مضي المدة ، والتنازل عن الدعوى ، والصلح ، والإبراء ، واستحالة التنفيذ ، وسنقتصر بالشرح على سببين وهما مضي المدة و الصلح كون الخوض الى كتابة الكثير من الصفحات مما يخل بالتوازن بين صفحات المطالب في هذه الدراسة .

## الفرع الأول

### مضي المدة

لابد هنا من التعرض لموقف التشريعات من تعريف التقادم فنجد أن المشرع العراقي قد تناول الأحكام الخاصة بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى (التقادم) في القانون المدني رقم ٤٠

(١) المادة (٣/٤٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وتقابلها المادة (١/٤٢) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ .

لسنة ١٩٥١ المعدل والنافذ (٢).

والتقادم المسقط في القانون المدني العراقي هو مانع من سماع الدعوى بالالتزام أيّاً كان سبب الالتزام بعد تركها دون عذر مشروع إذا مرت مدة من الزمن دون أن يكون هنالك وفاء أو ما يعادله (٢)، والتقادم المسقط يعد سبباً لانقضاء الالتزام إذا لم تكن هنالك مطالبة من قبل الدائن لمدينه بالوفاء بالدين عند الاستحقاق ، وإن التقادم المسقط يتطلب وضعاً سلبياً يتمثل في تقاعس الدائن وعدم مطالبته بحقه ، وقد نص القانون المدني العراقي في المادة (٤٢٩) على التقادم الطويل والتي نصت "الدعوى بالالتزام ايّاً كان سببه لاتسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه من أحكام خاصة " .

إذا فالمتفاوض على عقد المشورة القانونية (المتضرر)، يجب عليه وفقاً لهذه المادة إن يقيم دعواه على المتفاوض الآخر (محدث الضرر) خلال المدة المشار اليها فيها وإلا سقط حقه في المطالبة بعد مرور الزمان المانع من سماع دعواه.

وورد في المادة (٤٣١/أ) من القانون المدني العراقي حالة خاصة بالتقادم المسقط وهي حالة حقوق الأطباء والصيدلة والمحامين والأساتذة والمعلمين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماصرة وبوجه عام كل من يزاول مهنة حرة على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما ادوه من عمل وما تكبدوه من مصروفات ، حيث منعت هذه المادة من سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي لمدة سنة واحدة ، وأوجبت على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة أن يحلف يميناً توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على ان ذمته غير مشغولة بالدين ، وتوجه اليمين الى ورثة المدينين او اوليائهم إن كانوا محجورين بأنهم لايعلمون بوجود الدين ، ولكن هنالك استثناء في المادة أعلاه حيث نصت في الفقرة الرابعة منها إذا حرر سند

(١) تناول المشرع العراقي احكام التقادم المانع من سماع الدعوى في المواد (٤٢٩-٤٤٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل والنافذ.

(٢) د.عبد المجيد الحكيم ود. محمد طه البشير ، القانون المدني ، ج٢ ، أحكام الالتزام ، مطابع مؤسسة دار الكتب

بحق من هذه الحقوق فلا يتقدم الحق الا بانقضاء خمسة عشرة سنة ، ولايجوز للمحكمة ان تمتنع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان بل يجب ان يكون ذلك بناءً على طلب المدين أو بناءً على طلب دائنيه أو أي شخص آخر له مصلحة في هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين (١) ، وإن الدفع بالتقادم جائز في أي مرحلة كانت حتى وإن كانت أمام المحكمة الاستئنافية الا إذا تبين من الظروف إن المدعى عليه قد تنازل عن الدفع ، مع الأخذ بنظر الاعتبار ما نصت عليه المادة (٤٤٠) من القانون المدني العراقي " لايسقط الحق بمرور الزمان فإذا اقر المدعى عليه بالحق امام المحكمة اخذ بإقراره مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك " .

أما المشرع المصري فقد نظم الأحكام الخاصة بالتقادم المسقط والآثار المترتبة عليه والمتمثلة بسقوط الحق (٢) ، وقد نصت المادة (٣٧٤) من القانون المدني المصري " يتقدم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون ..... " (٣) .

أما فيما يخص موقف المشرع الفرنسي فقد تناول التقادم في القانون المدني الفرنسي حيث أخذ به تحت عنوان التقادم المسقط ، وعرفه بأنه " وسيلة لأسقاط حق ناتج عن عدم تصرف صاحبه خلال فترة زمنية معينة " (٤) ، وقد جعل المشرع الفرنسي القاعدة العامة في تقادم الالتزامات بمضي ٣٠ عاماً دون مطالبة (٥) .

أما بخصوص القانون الواجب التطبيق على التقادم المسقط فقد عالج القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النصوص والأحكام القانونية الخاصة بمسائل القانون الدولي الخاص وفي المسائل ذات العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي في المواد (١٤-٣٣) لكن لم يتضمن نصاً خاصاً يبين فيه القانون الواجب التطبيق على المسائل التي تتعلق بتطبيق التقادم المسقط ، ولكنه نص في المادة (٣٠) منه " يُتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً " ، وهناك رأي يذهب الى تطبيق قانون العقد

(١) ينظر نص المادة ١/٤٣١/أ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

(٢) تناول المشرع المصري احكام التقادم المانع من سماع الدعوى في المواد (٣٧٤-٣٨٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .

(٣) المادة ٣٧٤ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل .

(٤) المادة ٢٢١٩ من القانون المدني الفرنسي المعدل .

(٥) د. سليمان مرقس موجز أصول الالتزامات ، القاهرة ، ١٩٦١ ، ص ٩٤٥ .

على التقادم المسقط كون التقادم يتعلق بموضع الحق ، وعليه يتعين تطبيق القانون الذي يحكم العقد لمعرفة الآثار المترتبة على التقادم ومدته والأسباب التي تؤدي الى انقطاعه ووقفه (٢).

وقد يحدث أثناء سريان مدة التقادم ما يحول بين الدائن وبين المطالبة بحقه ، فيطلق على ذلك ان مدة التقادم قد أوقفت أثناء الفترة التي لم يكن باستطاعة الدائن ان يطالب فيها بحقه ، وعند زوال السبب الذي أدى الى الإيقاف تعود هذه المدة الى السريان من جديد وعندئذ تضاف المدة السابقة على التوقف الى المدة السارية بعد زواله ، وفي الوقت الذي يبلغ مجموع المديتين المدة المقررة في القانون يكتمل التقادم ولا تسمع الدعوى (٢).

وقد نص القانون المدني العراقي على الأسباب التي تؤدي الى وقف مدة التقادم كأن يكون المدعى عليه صغيراً أو محجوراً وليس له ولي أو غائباً في بلاد أجنبية نائية ، أو أن تكون الدعوى بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو أن يكون هناك مانع آخر يستحيل معه على المدعي أن يطالب بحقه (٢).

أما في القانون المدني المصري فيقف التقادم كلما كان هناك مانع يتعذر في وجوده على الدائن المطالبة بحقه وهذا المانع قد يكون مادياً أو أدبياً ، فوفقاً للقانون المدني المصري هنالك سبب عام لوقف التقادم ؛ والسبب العام هو السبب الذي يؤدي الى وقف التقادم أيأ كان مدته (١)، وهنالك سبب خاص لوقف التقادم وهذا السبب وضعت له شروط حيث يجب أن يكون سارياً في حق شخص من الأشخاص الذين وردو في المادة (٢/٣٨٢) وكذلك يجب أن تزيد مدة التقادم على خمس سنوات

(١) د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ط٣، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٧٤، ص٦٨١.  
(٢) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج٢، أحكام الالتزام ، ط٢، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ١٩٦٧، ص٥١١.

(٣) ينظر المادة (٤٣٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٤) تنص المادة ٣٨٢ / ١ من القانون المدني المصري "لايسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن ان يطالب بحقه ولو كان المانع ادبياً.

، وكذلك ألا يكون لمن لا تتوفر فيه الأهلية ومن في حكمه (١).

أما التقنين المدني الفرنسي فقد جاء بأسباب وقف التقادم على سبيل الحصر وهي طائفتان من الأسباب .

الطائفة الأولى- القَصْر والمحجورين (٢)، فهؤلاء لا يسري التقادم في حقهم إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات ما دام نقص الأهلية قائماً ولا فرق في ذلك سواء أكان هناك من يمثل القَصْر والمحجورين من عدمه ففي الحالتين يقف سريان التقادم في حقهم .

الطائفة الثانية - الزوجان (٣)، والوارث الذي قبل الميراث مع الاحتفاظ بحقه في الجرد (٤) .

هذه هي أسباب وقف التقادم في القانون المدني الفرنسي والتي وردت على سبيل الحصر وبالتالي لا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها (٥).

## الفرع الثاني

### الصلح

عرّف المشرع العراقي الصلح في المادة (٦٩٨) من القانون المدني " الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي " .

فيما عرّف المشرع المصري الصلح في المادة (٥٤٩) من القانون المدني المصري والتي نصت "الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل

(١) تنص المادة ٢/٣٨٢ من القانون المدني المصري " لا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق

من لا تتوفر فيه الاهليه او في حق النائب او في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية اذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً

(٢) ينظر الى المادة (٢٢٥٢) من القانون المدني الفرنسي المعدل .

(٣). ينظر الى المادة (٢٢٥٣) من القانون المدني الفرنسي المعدل .

(٤) ينظر الى المادة (٢٢٥٨) من القانون المدني الفرنسي المعدل .

(٥) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة

١٩٥٨ ص ١٠٧٢- ١٠٧٤.

منهما على التقابل عن جزء من ادعاءه" ، وقد تناول المشرع المصري عقد الصلح والاحكام الخاصة به في القانون المدني المصري في المواد (٥٤٩-٥٥٧).

فيما عالج المشرع الفرنسي الصلح في القانون المدني الفرنسي ضمن المواد (٢٠٤٤ - ٢٠٥٨)، وتم تعريف عقد الصلح في المادة (٢٠٤٤) منه " الصلح عقد يحسم به المتعاقدين نزاعاً قائماً او يتوقيان به نزاعاً محتملاً" (١) .

إذاً من خلال الأطلاع على المواد الخاصة بالصلح في القوانين أعلاه يتبين لنا أن من حق الأطراف المتنازعة أمام المحكمة الصلح وإنهاء الخصومة فيما بينهم وتبعاً لذلك تنقضي الدعوى المقامة للحصول على الحق المدعى به .

فيقوموا بإثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة وتقوم المحكمة التي تنظر الدعوى المقامة أمامها الدعوى بتصديق هذا الصلح ، ويجوز للخصوم ان يطلبوا الى المحكمة في أي حالة كانت عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه ، ويتم التوقيع عليه من قبلهم او يتم التوقيع على ذلك من قبل وكلائهم ، فإذا كانوا قد سبق وأن كتبوا ما اتفقوا عليه يتم الحاق هذا الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة ويثبت محتواه في المحضر ويكون لمحضر الجلسة قوة السند التنفيذي.

ويشترط في الصلح لكي يكتسب الصفة القضائية ما يلي:

أولاً- حضور الطرفين أمام المحكمة التي تنظر الدعوى وقرارهما بالصلح الواقع بينهما

حيث لا يكفي وجود عقد الصلح الصحيح والقائم بين الطرفين لكي تقوم المحكمة بتصديقه وإن كان ذلك الصلح مثبتاً في ورقة وموقع عليها من قبل الطرفين، بل يجب حضور الطرفين بنفسيهما أو بوكيل موكل بوكالة خاصة بالصلح امام المحكمة وأن يقر كل منهما حول موافقته على الصلح.

(١) غبريوى نوال ، عقد الصلح في القانون المدني الجزائري ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية ، ٢٠١٨، ص٣-٤.

والحكمة من هذا الشرط أن القاضي يقوم بمهمة الموثق عند تصديقه على الصلح ولا يجوز توثيق عقد إلا بحضور الطرفين ، إضافة لذلك فإن الصلح ستكون له قوة تنفيذية، فيجب على المحكمة أن تتأكد بنفسها أنه تم إقرار الصلح من قبل الطرفين.

ثانياً - ضرورة تصديق الصلح من قبل القاضي

لكي يكتسب الصلح الصفة القضائية لا بد من تصديق القاضي المختص على هذا الصلح بإثبات الصلح المقدم من أطراف الخصومة أو الحاقه بمحضر الجلسة ويقوم بالتوقيع عليه، وإذا وجد القاضي أنه غير مختص بنظر الدعوى التي تم إبرام الصلح بشأنها فلا يحق له أن يثبت هذا الصلح بل يجب عليه إحالة الدعوى الى المحكمة المختصة لتقوم بإثبات هذا الصلح<sup>(١)</sup>.

ويترتب على الصلح بين الأطراف المتنازعة بعض الآثار ، حيث نصت المادة (٧١٢) من القانون المدني العراقي " إذا تم الصلح لايجوز لأحد المتصالحين الرجوع فيه ويملك المدعي بالصلح بدله وتسقط دعواه".

فالآثار المترتبة على الصلح هي كما يلي :

أولاً - إنقضاء ما نزل عنه كل طرف من الطرفين من الحقوق والالتزامات نهائياً .

يعد عقد الصلح من العقود الملزمة لجانبين ولا يجوز لأي طرف من الأطراف المتصالحة الرجوع فيه ، ويؤدي الصلح الى قطع الخصومة ورفع النزاع وسقوط دعوى المدعي ، وهذا يعني إن جميع الحقوق والادعاءات التي تم التنازل عنها من قبل الطرفين نزولاً نهائياً لايجوز الرجوع إلى إثارتها بدعوى جديدة .

ثانياً - تثبيت ما اعترف به كل من المتصالحين للآخر من حقوق وحسم النزاع بينهما .

(١) د. عادل محمد جبر شريف ، الانقضاء الموضوعي للخصومة المدنية ( دراسة مقارنة ) بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، ٢٠١٣ ، ص ١٥٧ - ١٥٨ .

ويترتب هذا الأثر على الأثر الأول، أي يترتب على نزول كل من الطرفين عن ادعاءاته قبل الطرف الآخر تثبت الحقوق التي تضمنتها هذه الادعاءات للطرف المتنازل له<sup>(١)</sup>.

ولمحكمة التمييز الاتحادية العديد من القرارات بهذا الخصوص نذكر منها على سبيل المثال القرار المرقم ٦٩٤ / صلحية / ٥٦ الكرخ "إن المدعى عليه دفع بأنه قد تصالح مع المدعي ودفع له مبلغ تضمنه وصل أبرزه للمحكمة وقد اسقط المدعي في الوصل كل حق شخصي له بعد استلام المبلغ الذي هو بدل الصلح ، لذا كان على المحكمة أن تسأل المدعي عن صحة الدفع والوصل ، وتصدر حكمها وفق ما يتظاهر لها " <sup>(٢)</sup>.

إذا فأطراف التفاوض على عقد المشورة القانونية المتداعين فيما بينهم ، بسبب النزاع الحاصل بخصوص إخلال أحدهم بالالتزامات الملقاة على عاتقه إذا تم الصلح بينهم وتنازل المتفاوض صاحب الحق في الحصول على التعويض فأن الدعوى المقامة من قبل المتضرر تسقط وتنقطع الخصومة القائمة فيما بينهم .

(١) صباح غازي دعدوش ، أحكام الصلح في القانون المدني العراقي ، بحث مقدم الى مجلس المعهد القضائي ، ٢٠٢١ ، ص ٣٤-٣٥

(٢) سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، ج ٢ ، ٢٠٢٠ ، ص ١٥٢ .

### المبحث الثالث

## أثر المسؤولية الناشئة عن مرحلة مفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني

إذا تحقق الالتزام سواء أكان عقدياً أم تقصيرياً فإن الأثر المترتب عليه هو وجوب تنفيذه ولو جبراً على المدين ، فيجب على المدين أن ينفذ عين ما التزم به او التنفيذ بمقابل (التعويض ) ، وللدائن أن يجبر المدين على التنفيذ العيني الجبري إذا رفض التنفيذ اختياراً ، أو أن يلجأ الى التنفيذ بمقابل ، عليه سنتناول هذا المبحث في مطلبين في المطلب الأول سنبحث التنفيذ العيني الجبري وفي المطلب الثاني سنناقش التنفيذ بمقابل .

### المطلب الأول

#### التنفيذ العيني الجبري

المقصود بالتنفيذ العيني الجبري هو أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما التزم به ، والأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عيناً ، فإذا أمتنع المدين عن تنفيذ ما التزم به عيناً بشكل طوعي يجوز في هذه الحالة للدائن أن يقوم بإجباره على ذلك عن طريق القضاء ولكن يجب توفر شروط معينة لذلك .

واستناداً لنص المادة (٢٥٣) (١) من القانون المدني العراقي يجوز للمحكمة بناءً على طلب الدائن أن تصدر قراراً بإلزام المدين بالتنفيذ العيني وبدفع غرامة تهديدية أن بقي ممتنعاً عن ذلك التنفيذ ، إذا كان التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، فيما نص القانون المدني المصري على ذلك في المادة (٢١٣) "١- إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير

(١) تنص المادة (٢٥٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على مايلي "إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه وامتنع المدين عن التنفيذ جاز للمحكمة بناءً على طلب الدائن ان تصدر قراراً بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية ان بقي ممتنعاً عن ذلك "

ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن ان يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك.

٢- وإذا رأى القاضي ان مقدار الغرامة ليس كافياً لأكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة".

لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين في الفرع الأول سنناقش شروط التنفيذ العيني الجبري وفي الفرع الثاني سنتناول موقف الفقه و القضاء من التنفيذ العيني .

## الفرع الأول

### شروط التنفيذ العيني الجبري

لكي يستطيع المفاوض المتضرر أن يطالب بالتنفيذ العيني الجبري من المفاوض الآخر (محدث الضرر) يجب توفر عدد من الشروط ويمكن استخلاص هذه الشروط من أحكام المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي والتي نصت " ١- يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً .

٢- على أنه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً".

ويقابلها نص المادة (٢٠٣) من القانون المدني المصري والتي نصت "١- يجبر المدين بعد اذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه عينياً متى كان ذلك ممكناً .

٢- فأن لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي او دون استئذانه في حالة الاستعجال .....".

من خلال المادتين أعلاه يتبين لنا أن هنالك عدة شروط للتنفيذ العيني الجبري وكما يلي :

أولاً - أن يكون التنفيذ العيني ممكناً

يعني هذا الشرط لإمكان الحصول على التنفيذ العيني الجبري لا بد أن يكون هذا التنفيذ ممكناً ، فإذا كانت هنالك استحالة في التنفيذ فليس هنالك جدوى من المطالبة به وفي هذه الحالة يُنظر الى

سبب الاستحالة فإذا كان خطأ المدين حكم عليه بالتعويض ، وإذا كان سبباً أجنبياً انقضى التزامه ولا يلزم بشيء(٢).

فقد نصت المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه " .

ثانياً- أن يطلب الدائن التنفيذ العيني الجبري

إذا كانت هنالك مطالبة للتنفيذ العيني من قبل الدائن وكان ذلك التنفيذ ممكناً فليس للمدين أن يمتنع عن ذلك التنفيذ مقتصرأ على التقدم بتعويض ، بل أنه يُجبر على تنفيذ عين ما التزم به ، وكذلك إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني وفي هذه الحالة يكون ممكناً بطبيعة الحال ، فليس للدائن أن يرفضه ويطلب التعويض مكانه ، أما لم يطلب الدائن التنفيذ العيني حتى إذا كان ممكناً واقتصر على طلب التعويض ، ولم يعرض المدين من جهته أن يقوم بتنفيذ التزامه عيناً ففي هذه الحالة يستعاض بالتعويض ويقوم هذا على أساس اتفاق ضمني بين الدائن والمدين ، فطالما لم يطلب الدائن التنفيذ العيني وطلب التعويض فيعتبر راضياً بالتعويض بدلاً من التنفيذ العيني ، وما دام المدين لم يعرض التنفيذ العيني فكانه قبل التعويض مكانه فيقع الاتفاق بين الجانبين على التعويض عوضاً عن التنفيذ العيني (٢).

ثالثاً - أن لا يكون التنفيذ العيني مرهقاً

نصت المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي بفقرتها الثانية " على أنه إذا كان في التنفيذ العيني أرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً " .

يتبين من خلال الاطلاع على هذه الفقرة بأن المدين يجبر على تنفيذ التزامه عيناً متى كان ذلك ممكناً ، أما في حالة إذا كان هنالك أرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع التعويض النقدي بشرط إلا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً ، فالأصل يتم إجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ،

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج٢ ، أحكام الالتزام ، ط٢ ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ١٩٦٧ ، ص٦ .

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصدر سابق ص٧٦١-٧٦٢

وفي حالة إذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين فله في هذه الحالة إعفاءه من ذلك التنفيذ على أن يلتزم بدفع تعويضاً نقدياً للدائن ، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير الإرهاق والذي يختلف من شخص لآخر.

والمقصود بالإرهاق هنا الذي ينطوي على العنت الشديد ، وليس مجرد العسر والكلفة والضيق وانما يجب أن يكون من شأن التنفيذ العيني أن يلحق بالمدين الخسارة الجسيمة (١). وبالإضافة الى الإرهاق الذي يلحق بالمدين جراء التنفيذ العيني ، أن لايلحق العدول عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بطريق التعويض ضرر جسيم بالدائن ، والتوازن هنا مطلوب بين المصالح المتعارضة ، مصالح المدين ومصالح الدائن فإذا كان بالإمكان تفادي ارهاق المدين ولو بضرر يسير يصيب الدائن جاز للمدين تعويض الدائن نقدياً بدلاً من التعويض العيني ، أما في حالة كون التنفيذ العيني لا يترتب عليه إرهاق شديد للمدين أو ترتب عليه هذا الإرهاق ولكن العدول عنه الى التعويض يلحق بالدائن ضرراً جسيماً يتوجب في ذلك الرجوع الى التنفيذ العيني دون التعويض (٢). ومما تجدر الإشارة اليه أن كيفية التنفيذ العيني للالتزام تختلف تبعاً لاختلاف محل الالتزام ، فإذا كان محل الالتزام القيام بعمل معين ، فيكون المدين ملتزماً في مواجهة الدائن بالقيام بعمل ، وهنا لا بد من التمييز بين الحالة التي تكون فيها شخصية المدين محل اعتبار من عدمه ، ففي الحالة التي تكون فيها شخصية المدين ليست محل اعتبار في الالتزام ، أي بمعنى ان تدخل المدين ليس ضرورياً للقيام بالعمل فهنا يجب على المدين تنفيذ التزامه حسب الأصول ، وفي حالة رفضه فيمكن إجباره على التنفيذ عن طريق طلب اذن من القضاء للقيام بالعمل على نفقة المدين وإذا اقتضت الضرورة فيمكن ذلك دون الحاجة الى إذن القضاء .

أما إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار بحيث يجب أن يقوم المدين بالعمل نفسه ، فيجب أن يقوم المدين بالعمل بنفسه وفي حالة امتناعه عن القيام بذلك العمل فمن غير الممكن إجباره على التنفيذ ، كون ذلك يعد مساساً بالحرية الشخصية ، ولا بد هنا من اللجوء الى التنفيذ بطريق التعويض (٣).

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر ، النظرية العامة للالتزامات ، ج٢ ، ط١ ، الناشر -جامعة جيهان الخاصة ، ص٤٧-٤٨.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصدر سابق ، ص٧٦٤.

(٣) عمر سالم الزبيدي ، المسؤولية السابقة على التعاقد ، مصدر سابق ، ص١٤٣.

## الفرع الثاني

## موقف الفقه والقضاء من التنفيذ العيني

أولاً - موقف الفقه

يذهب جانب من الفقه الى عدم جواز اجبار المتفاوض على تنفيذ الالتزام بالتفاوض تنفيذاً عينياً حتى لو كان هذا التنفيذ ممكناً وغير مرهق للمتفاوض الممتنع أستناداً الى الحجج التالية :

١- الحجة الأولى : إن إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالتفاوض تنفيذاً عينياً يقتضي تدخل المتفاوض المدين شخصياً ، وأن هذا الاجبار يعتبر مساس بحريته الشخصية وهذا غير جائز طبقاً للقاعدة الأصولية التي تقضي بأن لا يكره المرء على فعل ما لا يريد .  
ولهذا لا يجوز اجبار المتفاوض الممتنع على البدء بالتفاوض أو الاستمرار به ، وإلا كان في ذلك مصادرة لحريته الشخصية .

٢- الحجة الثانية : إن أكراه المتفاوض على تنفيذ التزامه عينياً غير مجد ، وذلك لأن التفاوض بطبيعته يحتاج الى التعاون وحسن النية بين الأطراف المتفاوضة فإذا اجبر شخص على التزامه بالتفاوض ، فمن غير المعقول أن يكون هنالك تعاون من قبله .

٣- الحجة الثالثة : إن التنفيذ العيني يفترض اتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية للعقد محل التفاوض ، أما القواعد المكملة يكون دورها في تكملة العقد لعدم وجود اتفاق على ما يخالفها وهذا الافتراض غير متصور في العقود ذات الطابع المركب التي تتعدد فيها المسائل الجوهرية تعدداً يستحيل معه على غير الأطراف أنفسهم تكملة طوعاً أو اجباراً (١) .

٤- الحجة الرابعة: ليس للقضاء أن يحل محل إرادة الأطراف في ابرام العقود لعدم وجود سند لهذا التدخل في إرادة صريحة او ضمنية للأطراف ببرره (٢) .

(١) د. عبد العزيز المرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية ، مصدر سابق ، ص ٨٨-٩٠ .

(٢) د. محمد حسام محمود لطي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، مصدر سابق ، ص ٨٦ .

وعلى هذا الأساس فإن التزام الأطراف بالتفاوض لايلزمهم بأبرام العقد النهائي المنشود، وإنما يكون الالتزام فقط بالتفاوض حول هذا العقد من أجل التمهيد لأبرامه مع مراعاة حسن النية في سير المفاوضات (١).

أما الفقه المصري فقد استقر على عدم جواز إجبار المدين على التنفيذ العيني في مجال التفاوض كون محل الالتزام هو التفاوض وبالنتيجة يستحيل إجبار المدين على التفاوض .

فيما ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى إمكانية اللجوء الى التنفيذ العيني على المتفاوض الذي تم قطع المفاوضات من جانبه وامتنع عن تنفيذ التزامه بالاستمرار بالتفاوض ، وأن التنفيذ العيني يتحقق هنا بوصف العقد منعقداً جبراً على إرادة المتفاوض الذي قطع المفاوضات ، فمثلاً لو قطعت المفاوضات نتيجة رجوع الموجب عن ايجابه فإن الشخص الذي وجه إليه لإيجاب يعوض بوصف العقد منعقداً جبراً على إرادة الموجب الذي تم نقض الايجاب من جانبه (٢).

### ثانياً- موقف القضاء

بعد بيان موقف الفقه من التنفيذ العيني الجبري لالتزام المتفاوض لابد من بيان موقف القضاء من تنفيذ الالتزام جبراً على المتفاوض الممتنع عن تنفيذ التزامه طوعاً ، فهناك حكم صادر من محكمة استئناف باريس في ٢٨ / سبتمبر / ١٩٧٦ ويقضي هذا الحكم بالإجبار على البدء والاستمرار في مرحلة التفاوض ، ووقائع هذا الحكم تتعلق بعقد توريد كمية من زيت المازوت بين شركة (e.d.f) و شركة (shell) الفرنسيين حيث يتضمن العقد بنداً يلتزم بموجبه العودة الى المرحلة السابقة على إبرام العقد والتفاوض والمناقشة حول تعديل الثمن في حالة انخفاض أو ارتفاع الأسعار ، وعقب نشوب حرب أكتوبر ارتفعت أسعار البترول فكان لابد أن يرجع الطرفان الى المرحلة السابقة على التعاقد والتفاوض حول تعديل الثمن ، وهذا الأمر حدث فعلاً ، ولكن لم يحالف هذه المرحلة النجاح فقد باءت بالفشل وعند رفع الأمر الى محكمة استئناف باريس ، فقد قضت المحكمة

(١) د.يلحاج العربي ، مصدر سابق ، ص ١٦٣

(٢) عمر سالم الزبيدي ، المسؤولية السابقة على التعاقد ، مصدر سابق ، ص ١٤٣ .

قبل أن تفصل بالموضوع بإلزام الطرفين بالبداة بهذه المرحلة والعودة إليها مجدداً كمحاولة للتوصل الى اتفاق ، وللمحكمة في حالة فشل المفاوضات أن تقضي على ضوء المفاوضات والحلول المقترحة أما بأبطال العقد أو تعديله (١) .

وهناك قرار آخر للغرفة الاجتماعية في ١٩ / ديسمبر / ١٩٨٩ ، بخصوص اتفاق الأطراف المتفاوضة لتقليل ساعات العمل من ٣٨ ساعة في الأسبوع عام ١٩٨٢ الى ٣٥ ساعة عام ١٩٨٥ ، حيث استنتجت المحكمة ان هذا الاتفاق هو اتفاق مبدئي وإن الالتزام المذكور هو التزام بنتيجة يجب تنفيذه (٢) .

أما فيما يخص موقف القضاء في مصر فقد استقرت محكمة النقض المصرية على عدم إمكانية ان يحل القضاء محل إرادة الأطراف في إبرام العقد، حيث قضت محكمة النقض المصرية " بأن مشروع عقد البيع لا يكون ملزماً لأي طرف من أطرافه، ويستطيع كل منهما أن يمتنع عن إبرام البيع وليس للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق اللجوء الى القضاء" (٣) .

وعلى أية حال فإن هناك من يرى وجوب التفرقة وحسب طبيعة محل الالتزام في مرحلة التفاوض على العقد ، فإذا كان التنفيذ العيني ممكناً طبقاً للقواعد العامة وليس فيه إرهاب للمدين في تقدير القاضي ففي هذه الحالة لا يوجد ما يحول دون تنفيذ الالتزام عينياً دون الإخلال بحق الدائن بالتعويض ، مثال ذلك الالتزام بعدم إفشاء السرية ، فالدائن طبقاً لقواعد القانون المدني له ان يتخذ من الإجراءات التي تضمن الزام المدين بعدم استخدام المعلومات الفنية او المالية محل الالتزام بالسرية لصالحه أو التصرف بها للغير فهذا الالتزام يقبل بطبيعته التنفيذ العيني ولو كان مصدره التفاوض ، أما اذا كان محل الالتزام هو الدخول بالتفاوض فهنا لا يمكن إجبار المدين على التنفيذ العيني عند مخالفة هذا الالتزام بل يحق للدائن الالتجاء إلى التنفيذ بطريق التعويض (٤) .

(١) نقلاً عن عروبة شافي عرط ، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد ( دراسة مقارنة ) ، رسالة مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة بابل ، ٢٠٠٨ ، ص ١٩٧-١٩٨

(٢) د. حامد شاكر محمود الطائي ، المفاوضات السابقة على التعاقد ، مصدر سابق ، ص ٢٤٨ .

(٣) عمر سالم الزبيدي ، المسؤولية السابقة على التعاقد ، مصدر سابق ، ص ١٤٥ .

(٤) د. حامد شاكر محمود الطائي ، المفاوضات السابقة على التعاقد ، مصدر سابق ، ص ٢٤٨ .

من كل ذلك يرى الباحث أن التنفيذ العيني للالتزام بالنسبة الى المطلوب المشورة القانونية الإلكترونية منه امر غير متصور باستثناء بعض الحالات كالتزام بعدم أفشاء الاسرار التي تم الحصول عليها خلال فترة التفاوض على العقد، فالجوء الى التنفيذ العيني لذلك الالتزام يعني حدوث الخصومة بين طالب المشورة القانونية والمطلوب المشورة القانونية منه ومن ثم فإن المشورة التي يمكن ان يبديها المطلوب المشورة القانونية منه لاتكون بذلك المستوى المطلوب بناءً على تلك الخصومة ، ومن جانب آخر فإن إجراءات التنفيذ العيني وعلى فرض صحتها فإنها تتطلب وقتاً طويلاً لأجل أكمالها وأن طالب المشورة قد يكون بحاجة إلى المشورة بشكل عاجل مما يؤدي إلى فوات الغرض من تلك المشورة ، بالتالي فإن مطالبة المتضرر من المفاوضات على ذلك العقد بالتعويض هو الطريق الأنسب لجبر الضرر الذي لحق به.

## المطلب الثاني

### التنفيذ بمقابل

إذا لم تكن هنالك إمكانية في الحصول على التنفيذ العيني لا باختيار المفاوضات (الذي صدر منه الفعل الضار) ولاجبراً عليه في هذه الحالة يتم اللجوء الى التنفيذ بمقابل ، والتنفيذ بمقابل يكون عن تفويت الفرصة والخسارة الحالة ،تعويضاً عن الضرر المباشر الذي يعد نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالالتزام ، وهنا يجب التفرقة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، حيث إنه في اطار المسؤولية العقدية لايعوض المفاوضات المتضرر إلا عن الضرر المباشر المتوقع ،بمعيار موضوعي وليس ذاتياً، ما لم يثبت ارتكاب المدين غشاً أو خطأ جسيماً ، فهنا يلتزم المدين بتعويض الدائن عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع ، أما في اطار المسؤولية التقصيرية فإن التعويض يشمل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع ، وفي كل الأحوال يشترط للتعويض عن الكسب الفائت أن تكون هنالك أسباب معقولة للأمل في الكسب الفائت فمادامت هنالك إمكانية وقوع الضرر في المستقبل قوية فإن التعويض يغطي كل ذلك الضرر الحال والمستقبل مهما قل شأنه . ولا بد من الإشارة إلى أن الاضرار التي تقبل التعويض في المرحلة التي تسبق التعاقد لايمكن حصرها ،فهي توجد كلما كان هنالك إخلال من قبل أحد الأطراف المتفاوضة بأي من الالتزامات التي تقع على عاتقهما في مرحلة التفاوض .

عليه سنتناول هذا المطلب في فرعين في الفرع الأول سنبحث تفويت الفرصة وفي الفرع الثاني سنناقش الخسارة الحالة .

## الفرع الأول تفويت الفرصة

إن المقصود بتفويت الفرصة هو الحرمان من فرصة جادة وحقيقية لتحقيق كسب احتمالي ، وتفويت الفرصة يعد ضرراً محققاً يجب التعويض عنه في الحال ؛ لأن الكسب يصبح مستحيلًا بعد أن كان محتملاً وممكنًا ، وتفويت الفرصة يعتبر من الأضرار المتوقعة في مرحلة التفاوض ، بالإضافة إلى أنه ضرراً محققاً ، حيث إن فشل المفاوضات بسبب أحد الأطراف المتفاوضة على العقد يؤدي إلى حرمان الطرف المتفاوض الآخر من فرصة حقيقية وجادة (١) ، والتعويض هنا يكون عن تفويت فرصة إبرام العقد محل التفاوض ، حيث إنه يعتبر ضرراً محققاً أو مؤكداً يجب التعويض عنه وهو خطأ تسبب به المتفاوض المسؤول بسبب قيامه بتصرف خاطئ غير محسوب ، وقد استقر الفقه والقضاء في مصر وفرنسا على وجوب أن يحصل المتضرر من قطع المفاوضات على التعويض عن حرمانه من فرصة إبرام العقد محل التفاوض ولكن بشرط أن تكون تلك الفرصة حقيقية وجادة ، وإن الأمل المدعى به في إبرام العقد له أسباب مقبولة وليس مجرد احتمال (٢).

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة أستاناف باريس في حكمها الصادر في ١٠ يناير ١٩٩٠ بالتعويض عن تفويت فرصة إبرام العقد محل التفاوض وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام عدة خبراء محاسبين ومأموري حسابات بالاندماج في شركة اطلق عليها (**hotding**) وعقب ذلك أعلن أحد الشركاء في رغبته أن يبيع لهذه الشركة مجموعة أسهم يمتلكها في شركة أخرى وقبلت الشركة التفاوض معها لإتمام التعاقد ، وقام الشريك ببيع الأسهم إلى الغير ، بعد ذلك تم عرض الأمر على محكمة أستاناف باريس حيث قضت المحكمة بمسؤولية الشريك ، وذلك لقطعة المفاوضات التي كانت متقدمة بين الطرفين دون أن يكون هناك سبب موضوعي وتم الزامه

(١) د. عبد العزيز المرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية ، مصدر سابق ، ص ٩٩.

(٢) د. بلحاج العربي ، مصدر سابق ، ص ١٩٤-١٩٥.

بتعويض شركة (**hotding**) عن ضياع الفرصة في شراء الأسهم التي كانت محلاً للتفاوض والتي عاد عليها بالضرر وهي في بداية نشاطها المهني (٢).

وقد يكون التعويض عن تفويت فرصة إبرام عقد بديل مع الغير ، حيث يجوز للمتفاوض المتضرر من قطع المفاوضات من قبل المتفاوض الآخر أن يطالب بالتعويض عن تفويت فرصة إبرام عقد مع الغير بدلاً من العقد المتفاوض عليه والذي لم يتم إبرامه بسبب الخطأ الذي صدر من المتفاوض الآخر .

ففي بعض الأحيان يتخلى المتفاوض عن العرض المقدم اليه من الغير ويستمر بالتفاوض مع الطرف الآخر إعتقاداً منه بأن الأخير جاد في تفاوضه ، وأن التفاوض سيسفر عن إبرام العقد المتفاوض عليه ، ثم يتفاجأ بأن الطرف المتفاوض الآخر قد صدر منه خطأ تسبب في إفشال المفاوضات ، وأضاع عليه بذلك اغتنام فرصة إبرام عقد بديل مع الغير ففي هذه الحالة يستحق المتفاوض المتضرر التعويض عن الفرصة التي ضاعت منه لأبرام العقد البديل مع الغير ، ولكن لاستحقاق التعويض يشترط أن تكون الفرصة لإبرام العقد البديل جادة وحقيقية وقت إجراء التفاوض ، فلا يكون هنالك تعويض إذا تم اثبات إن الفرصة البديلة مع الغير منعدمة طيلة مرحلة التفاوض ، كذلك يشترط ألا يكون ضياع فرصة إبرام عقد بديل مع الغير راجعاً الى سذاجة المتفاوض المتضرر ، فإذا كان من الواضح للمتفاوض المتضرر أن نجاح التفاوض وإبرام العقد النهائي يعتبر ضئيل جداً ومع ذلك رفض العقد البديل المتاح فإن ذلك يؤدي إلى فقدان حقه في التعويض كلياً او جزئياً بحسب الدور الذي يلعبه خطئه في تفويت الفرصة بالمقارنة بخطأ المتفاوض الآخر (٢).

جدير بالذكر أن الاجتهاد الفرنسي في بادئ الأمر كان يتطلب لقيام ركن الضرر السابق على التعاقد أن يكون هذا الضرر محققاً أو مؤكداً ، فقد جاء في قضية قضت بها الغرفة المدنية الثانية بتاريخ ١٢/يونيو /١٩٨٧ والتي تدور أحداثها أن مدير إحدى الشركات تعرض لحادث مروري منعه من الاستمرار في إجراء المفاوضات ، وعلى أثر هذا الحادث طالبت الشركة بالتعويض عن الضرر من الشخص الذي تسبب في الحادث بسبب عدم إبرام العقد النهائي بين الأطراف المتفاوضة ، ولكن محكمة النقض أصدرت قرارها برفض هذه الدعوى كون الضرر كان محتملاً لدرجة كبيرة

(١) نقلاً عن عبد العزيز المرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ، مصدر سابق ، ص ١٠٢-١٠٣ .

(٢) د. عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية ، مصدر سابق ،

وغير مؤكد ، كما ان الأجتهداد وفي قضية أخرى اعتبر اقتتران قطع المفاوضات أو العدول عنها بخطأ الحق ضرراً بالمفاوض الآخر ، ويشمل هذا الضرر الأضرار الأدبية والمادية والتي تنتج عن ضياع وقت المتفاوض والنفقات التي ينفقها للاستعداد للمفاوضات والمصاريف التي صرفت لغرض التنقل والإقامة والدراسات الأولية ، وعن السمعة التجارية ، واي ضرر آخر نشأ عن الإخلال بالالتزامات المرتبطة بالعقد المتفاوض بشأنه ، بالإضافة الى الضرر الذي يلحق بالمفاوض جراء تفويت الفرصة، وهذا ما أشارت اليه محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر في ١٠/مارس / ٢٠٠٠ ، إلا أنه وفي عام ٢٠٠٣ غير الاجتهداد الفرنسي اتجاهه وذلك برفضه الاستجابة للطلبات المقدمة من الخصوم والتي تتعلق بالتعويض عن فوات الفرصة ، حيث أصدرت الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٦ /نوفمبر / ٢٠٠٣ قرارها برفض الطعن الواقع على قرار محكمة استئناف باريس في ٢٩ / أكتوبر / ١٩٩٩ ، حيث أشارت إلى أن الظروف المكونة للخطأ المرتكب في ممارسة الحق في قطع المفاوضات من جانب أحد الأطراف المتفاوضة لم تكن هي سبب الضرر المتمثل في تفويت الفرصة في الحصول على المكاسب التي يتأملها المتفاوض من إبرام العقد<sup>(١)</sup>.

وبالنسبة الى تقدير قيمة الفرصة باعتبارها تمثل الضرر المحقق الذي أصاب المتفاوض المتضرر من فوات الفرصة عليه ، فإن الخطأ الذي ارتكبه المسؤول عن فوات الفرصة لايعتبر معياراً لتقدير قيمة الفرصة وقدر للتعويض ، فالجسامة في الخطأ ليست دليلاً ومعياراً لتقدير الضرر المترتب عليه ، اذ قد يكون هنالك خطأ يسير يترتب عليه ضرر جسيم او قد لا يترتب على الخطأ الجسيم الا ضرراً يسير ، بل قد لا يحدث أي ضرر وفي هذه الحالة لا يكون هنالك مقتضى للتعويض

وفي الواقع أن قيمة الفرصة تقدر على مرحلتين ، في المرحلة الأولى يتم تقدير الضرر الاحتمالي أو النهائي والذي يتمثل في الكسب الأصلي الاحتمالي الذي لم يحصل عليه الطرف المتضرر بسبب فوات الفرصة ، وهنا يكون تقدير قيمة الضرر عن طريق تطبيق القواعد العامة . وفي المرحلة الثانية يتم تحديد قدر الأهمية في الفرصة وما كان يتحقق من كسب ، ويكون ذلك من خلال تقدير الكسب الذي كانت تستحقه الفرصة التي ضاعت بسبب خطأ الطرف الآخر .

(١).Cass.com.26 nof. 2003.n:00-10949.Les grands arrêts de IA jurisprudence civile. Capitant(H)/ .Terre(f) / Liquette(y),Tom2 .ObLligation ,Contrats .sPeciaux, Suretes.12eMe ed 2008 Dalloz. p.9-11 .

وفي كل الأحوال فإن للقضاة سلطة تقديرية في تقدير قيمة التعويض عن الضرر الناتج عن فوات الفرصة (٢).

وما يؤكد هذه السلطة المطلقة الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في ٩/نوفمبر / ١٩٩٣ ، والذي أشارت فيه ((إن لمحكمة الاستئناف السلطة المطلقة في تحديد قيمة التعويض عن الضرر المترتب على تفويت الفرصة ولم يقيد برأي الخبير ..... وبذلك يكون حكمها قائم على أسباب مبررة قانوناً)) (٢).

## الفرع الثاني

### الخسارة الحالة

إن الاضرار التي يمكن التعويض عنها في مرحلة التفاوض لا حصر لها فكلما أخل أحد الأطراف المتفاوضة بأحد الالتزامات التفاوضية ونتج عن هذا الإخلال ضرر لحق بالمتفاوض الآخر أستحق الأخير التعويض لقيام مسؤولية الطرف محدث الضرر، والمسؤولية هنا قد تكون مسؤولية عقدية وقد تكون مسؤولية تقصيرية ، والتعويض يكون عما فات المتفاوض المتضرر من كسب وما لحقه من خسارة (٢)، ويشمل التعويض الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت بالمتفاوض المتضرر كالتنققات والمصاريف التي صرفت في التنقلات والإقامة والدراسات ، من أجل إبرام العقد النهائي وكذلك الضرر الناتج عن المساس بالسمعة التجارية وكذلك يستحق الطرف المتضرر التعويض عن ضياع الوقت .

(١) د. يوسف زكريا عيسى، التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة - احكامه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة مقارنة)، ٢٠١١، ص ١٦٢-١٦٣ .

(٢) نقلاً عن د. يوسف زكريا عيسى، التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة - احكامه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ١٦٤ .

(٣) د. حليس لخضر ، مرحلة المفاوضات التعاقدية، بحث منشور في مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية ، العدد الأول ، ٢٠١٧ ، ص ١٦٩ .

ومع كل ذلك ومهما يكن من أمر فإن المسألة متروك تقديرها للقاضي أو المحكم فهو الذي يقدر كل حالة على حده ، كما أن القانون الواجب التطبيق على عقد التفاوض هو الذي سيحكم المسائل الخاصة بالمسؤولية عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد (٢).

إذاً فالتعويض الذي يطالب به المتفاوض المضرور من الطرف الآخر محدث الضرر قد يكون عن نفقات التفاوض التي أنفقتها المتفاوض المتضرر خلال عملية التفاوض حيث يتحمل الطرف الآخر الذي تسبب بخطئه في اجهاض عملية التفاوض، سواء أكان الشخص المتضرر متخصص يتعامل في غير مجال تخصصه ، أم كان شخص غير متخصص ،كون أن هذه النفقات تعتبر بمثابة الخسارة الحقيقية والفعلية له، على أن يقتصر التعويض على النفقات التي يتكبدها المتفاوض المتضرر من اللحظة التي يتولد لديه فيها الأمل الحقيقي في التعاقد (٢).

ويثور التساؤل هنا في حالة اذا كانت هذه النفقات انفقت من جانب مهني في مجال تخصصه فهل يجوز للمتضرر استرداد ما انفقه من نفقات ؟

يتجه الرأي الغالب الى عدم احقية المهني في مجال تخصصه استرداد هذه النفقات إلا في حالة وجود اتفاق او جرى العرف بالنسبة لمهنته على الأقل بذلك ، حيث يرى الفقه أن المهني في مجال تخصصه يتحمل عادة مثل هذه النفقات ويضيفها الى المصروفات العامة (العادية ) ،أما إذا أثبت أنه لم يستثمر موظفيه في أوقات عملهم العادية وانما سدد لهم أجور إضافية ، فإنه من العدالة أن يسترد هذه النفقات ، وفي كل الأحوال لا يحق له استرداد ما انفقه اذا ثبت أن ما انفقه كان بسبب سذاجته أو عدم احترازه حيث إنه في هذه الحالة هو من يتحمل تلك النفقات (٢).

جدير بالذكر أن القضاء اتجه بتعويض كل الاضرار المادية والمعنوية التي لحقت بالمتضرر من جراء قطع المفاوضات من قبل الطرف الآخر دون سبب جدي، وهي الخسارة الواقعة فعلاً

(١) د. معزز دليلة ، التفاوض الالكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد (دراسة مقارنة ) ، بحث منشور في مجلة جامعة

أكلي محند اولحاج ، البويرة ٢٠٢٠/٦/٣٠، ص ٢٩٧.

(٢) محمد حامد محمود ، النظام القانوني للتفاوض الالكتروني ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت ، السنة (الثالثة)، العدد (٢)، الجزء (١)، (٢٠١٩)، ص ٢٥٠.

(٣) د. محمد حسام محمود لظفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، مصدر سابق ، ص ٩١-٩٢.

والتي يعود تقديرها الى قاضي الموضوع وتشمل كافة النفقات والمصاريف التي تكبدها المتفاوض المتضرر في سبيل التفاوض ونفقات السفر والإقامة (١).

إضافة الى تعويض المتفاوض المتضرر عن النفقات التي انفقها في مرحلة التفاوض فإنه يستحق التعويض عن ضياع الوقت ، حيث يعتبر ضياع الوقت من الأضرار المتوقعة عادة في فترة المفاوضات إذاً فالمتفاوض المتضرر يكون من حقه المطالبة بالتعويض عن ضياع الوقت ، وفي أي مرحلة وصلت اليها المفاوضات كلما قام الدليل على ذلك .

وإن القاضي عند عرض الأمر عليه يقوم بتقدير التعويض المستحق للطرف المتضرر عن الوقت الضائع جزافاً وفقاً لقواعد العدالة بالقدر اللازم لجبر الضرر الذي لحق المتفاوض (٢)، فقد نصت المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي بفقرتها الأولى " اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد او بنص القانون فالمحكمة هي التي تقدره" .

وأن المبدأ الذي يحكم التعويض والمتبع في كل قوانين دول العالم هو مبدأ التعويض الكامل للضرر، والذي مفاده ان التعويض الذي يجب أن يحصل عليه الطرف المتضرر يكون بمقدار الضرر دون أن يزيد أو ينقص من هذا المقدار، حيث إن الهدف من المسؤولية المدنية هو إعادة المتضرر الى الوضع الذي كان عليه قبل حدوث الضرر على نفقة المسؤول (٣).

ولمحكمة النقض المصرية حكم تعرضت فيه لمسألة التعويض عن ضياع الوقت وتتلخص وقائعه في أن (أ) عرض على (ب) أن يفكر له في مشروع يستثمر فيه أمواله ويكونا شركاء فيه ، فتمت الموافقة على ذلك العرض من قبل (ب) وأخذ يفكر له في مشروع فريد من نوعه حتى اهتدى الى إنشاء مصنع لعمل وطبع أسطوانات الأغاني والموسيقى بمصر وعرض هذه الفكرة على (أ) فرحب بها ، وتم إجراء مفاوضات بينهما بخصوص إنشاء شركة لتنفيذ هذا المشروع ، وفي نهاية المفاوضات تم الاتفاق بين الطرفين على تكوين شركة بينهما ، يساهم فيها (أ) برأس المال و(ب) بعمله وخبرته الفنية ، وبعد هذا الاتفاق طلب (أ) من (ب) السفر الى اوربا لاختيار الآلات والأدوات التي يكون المصنع بحاجة لها لدرابته بذلك .

(١) أيت سليمان جعفر ، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ، ٢٠١٨ ، ص٤٧ .

(٢) د. عبد العزيز المرسي ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ، مصدر سابق ، ص٩٧ .

(٣) مصطفى خضير نشمي ، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد ، مصدر سابق ، ٢٠١٤ ، ص٨٥ .

وسافر (ب) تاركاً أعماله الأخرى في مصر وبقي بأروبا عدة شهور للبحث في مصانعها عن تلك الآلات ، وتم شراء الآلات بالفعل ، وبعد وصول الآلات الى مصر وتسلمها (أ) حتى تنكر ل(ب) ورفض تحرير عقد الشركة معه وأنكر الاتفاق الذي حصل بينهما بخصوص تكوين الشركة واستحوذ على الآلات وتم عقد شركة مع آخرين لتنفيذ نفس المشروع الذي تم عرضه من قبل (ب). ولما عرض على الامر على محكمة النقض قضت بأن قيام (أ) بقطع المفاوضات دون أن يخطر (ب) في الوقت المناسب يعتبر خطأ ترتب عليه العديد من الاضرار ل(ب)، ومن بين هذه الأضرار الخسارة التي تكبدها (ب) كونه اضطر لإهمال مباشرة محله التجاري في المدة التي سافر فيها الى أوروبا لشراء الآلات اللازمة للمصنع اعتماداً على ان المفاوضات ستصل الى غايتها ، وقد ألزمت المحكمة (أ) بتعويض (ب) عن هذا الضرر (١).

وللقضاء الفرنسي حكم بخصوص التعويض عن ضياع الوقت في قضية تتلخص وقائعها في أن زوجان أعلنوا رغبتهم في قبول الايجاب المتمثل في طرح عقار للبيع ثم الطلب من قبلهم في تمديد مدة القبول ليتسنى لهم تدبير الأموال اللازمة لشراء العقار وبعد ثلاثة اشهر أخرى أبلغا صاحب العقار بعدم رغبتهم في الشراء ، إلا أن الموجب تمسك بأن رفض الزوجين جاء متأخراً وطلب تعويضه عن ضياع الوقت ورفض السداد ، إلا أن محكمة الموضوع رفضت طلبه لعدم وقوع ضرر يوجب إلزام الزوجين بتعويضه ، إلا أن هذا القرار نقض من قبل محكمة النقض كون أن محكمة الموضوع لم تأخذ بنظر الاعتبار أن الموجب صاحب العقار بقي على التزامه ولم يتصرف بالعقار طيلة هذا الوقت (٢).

خلاصة القول أن التعويض الذي يستحقه المتضرر والمسلم به بكل قوانين الدول هو التعويض الكامل ، أي إن التعويض يجب ان يكون بمقدار مالحق بطالب التعويض من ضرر ، حيث أن هدف المسؤولية المدنية إعادة الوضع بالنسبة الى المتضرر الى ماكان عليه قبل أن يتعرض للضرر وهذا الأمر ينطبق على المتضرر من المفاوضات على عقد المشورة القانوني الالكتروني حيث يحق للمتضرر أن يطالب بالتعويض عن الفرصة الفاتنة سواء أكانت تلك الفرصة هي فرصة إبرام العقد محل التفاوض أم فرصة إبرام عقد آخر مع الغير ، فقد يحصل طالب

(١) نقلاً عن عبد العزيز المرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية (دراسة مقارنة) ، مصدر سابق ، ص ٩٧-٩٨.

(٢) نقلاً عن محمد حسام لطفى ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، مصدر سابق ، ص ٩٤

المشورة القانونية أثناء سريان المفاوضات مع المطلوب المشورة القانونية منه على فرصة إبرام عقد المشورة مع شخص آخر ، ولكن لثقتة بأن المفاوضات سوف تنتهي بأبرام العقد المنشود يترك تلك الفرصة ، وفي النهاية لا يكتب لتلك المفاوضات النجاح فتضيع على طالب المشورة فرصة إبرام العقد مع الغير التي ربما تحقق له ما يريد ، كذلك يستحق المتفاوض المتضرر ما لحقه من خسارة مادية أو معنوية.

## الخاتمة

بعد تناولنا لموضوع (الإخلال بمفاوضات عقد المشورة القانوني الإلكتروني) بينا المفاهيم الخاصة بهذا الموضوع والمسؤولية المترتبة نتيجة إخلال أحد أطراف التفاوض على هذا العقد بالالتزامات الملقاة على عاتقه، وفي النهاية تم التوصل إلى نتائج واقتراحات وسنوضح ذلك في فقرتين لأهمها وكما يأتي:

أولاً- النتائج

١- لم يتعرض الفقه والتشريع والقضاء الى تعريف المشورة القانونية الإلكترونية؛ لذا يمكن أن نعرفها بأنها (الرأي القانوني الذي يبديه الكترونياً المطلوب المشورة القانونية منه إلى طالب المشورة القانونية مقابل اجر يتقدم به طالب المشورة الى المستشار القانوني).

٢- تعددت الآراء الفقهية بخصوص التكليف القانوني لعقد المشورة القانونية فهناك رأي فقهي يرى أنه عقد من العقود الغير المسماة، بينما يرى جانب آخر من الفقه أن عقد المشورة القانوني عقد وكالة كون العلاقة بين طالب المشورة القانونية والمطلوب المشورة منه هي علاقة وكالة ،بينما يرى اتجاه آخر من الفقه أنه عقد مقاوله حيث إن كلاً من المحامي والمقاول يؤدون مهمة محددة على وجه الاستقلال كما الاتعاب المقدمة لكل من المستشار والمقاول تكون لها علاقة بالعمل المؤدى من قبلهم .

٣- غياب النص القانوني الذي ينظم عملية التفاوض على العقود بشكل عام وعقد المشورة القانوني الإلكتروني بشكل خاص على الرغم من أهمية تلك المرحلة السابقة على إبرام العقد النهائي ، لذلك اجتهد الفقه والقضاء في ترتيب المسؤولية الناشئة في هذه المرحلة مستعينين في ذلك بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية .

٤- إذا تحققت مسؤولية أحد أطراف التفاوض فإنه لا يمكن في بعض الأحيان تنفيذ الالتزام عيناً لما في ذلك من مساس بشخص الطرف المتفاوض المطلوب منه تنفيذ ذلك الالتزام.

٥- توصلنا إلى أن الفقه والقضاء تناولوا هذه المرحلة مستندين إلى بعض النصوص القانونية التي تم الإشارة فيها الى مرحلة التفاوض بصورة غير مباشرة ، أي أنه لم يكن هنالك نص تشريعي يشير إلى هذه المرحلة المهمة بشكل واضح وصريح فعلى سبيل المثال نجد أن المشرع العراقي نص في

المادة (٩٨٦)فقرة (ب) من القانون المدني العراقي "يلتزم المؤمن له بأن يقرر وقت أبرام العقد كل الظروف المعلومة له، والتي يهيم المؤمن معرفتها ليتمكن من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه، ويعتبر مهماً في هذا الشأن الوقائع التي جعلها المؤمن محل أسئلة مكتوبة " ولا نجد في هذا النص تناول لمرحلة المفاوضات بصورة صريحة ولكن ما يفهم منه أن المشرع العراقي قد أخذ بالالتزام بالإعلام كمظهر لحسن النية في تكوين العقود، وإن الالتزام بالإعلام يكون وجوده ضرورياً تجنباً للأخلال بهذا المبدأ.

كذلك هو الحال في القانونين المدنيين المصري والفرنسي فقد تناولوا هذه المرحلة بنصوص قانونية ولكن ليس بصورة مباشرة .

٦- قد تكون المفاوضات على عقد المشورة القانوني في بداياتها ولم يصدر إيجاب ولا قبول لأبرام العقد النهائي، ففي هذه الحالة يكون من حق أي طرف من الأطراف الانسحاب من المفاوضات وقطعها دون أن تكون هنالك مسؤولية على الطرف المنسحب، على شرط أن لا يؤدي ذلك الانسحاب بالضرر على الطرف الآخر أو وجود اتفاق على مواصلة التفاوض حتى إبرام العقد موضوع التفاوض .

٧- إن التزامات الأطراف المتفاوضة تجد أساسها في مبدأ حسن النية والذي يترتب على مخالفته خطأ يوجب المسؤولية، وإن الالتزام بهذا المبدأ هو التزام عام حيث يلتزم به طرفي التفاوض على نحو متبادل فلا يقتصر على طرف دون آخر، ومن ثم فإن التزام الأطراف بهذا المبدأ في مرحلة التفاوض له نتائج إيجابية على المراحل اللاحقة لمرحلة التفاوض وكذلك يؤدي إلى دعم الثقة المتبادلة بين المتفاوضين والابتعاد عن كل التلاعبات والممارسات التي تهدف إلى الاضرار بأطراف التفاوض .

٨- إن المعلومات التي يتم الحصول عليها من قبل أطراف التفاوض بمناسبة التفاوض على عقد المشورة القانوني الإلكتروني يجب أن تبقى طي الكتمان سواء كتب لتلك المفاوضات النجاح أم أنها فشلت ولم تنته بأبرام العقد النهائي، وأن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة .

٩- يستحق المتضرر من هذه المفاوضات التعويض عن الضرر المادي والمتمثل بالمصاريف التي انفقها بمناسبة تلك المفاوضات ، كذلك التعويض عن الضرر الأدبي وهو الضرر الذي يمس سمعة واعتبار ذلك الطرف .

١٠- إذا كان الأصل أن اطراف التفاوض لهم الحرية الكاملة في المرحلة السابقة على إبرام عقد المشورة القانوني الإلكتروني أي أن لكل منهم الحرية في الانسحاب دون أن يتحمل أي مسؤولية ، إلا هذه الحرية تنحسر لصالح مبدأ حسن النية وما يفرضه من التزامات في تلك المرحلة .

١١- إن الفرص الضائعة قد تكون ضياع فرصة أبرام العقد موضوع التفاوض وقد تكون فرصة إبرام عقد آخر، فمن حق المتفاوض المتضرر من قطع المفاوضات أن يطالب بتعويضه عن تفويت الفرصة عليه بأبرام العقد المتفاوض عليه وكذلك يحق له المطالبة بالتعويض عن تفويت فرصة أبرام عقد مع الغير بدلاً من العقد الذي جرى التفاوض بشأنه قبل أن يتم قطع المفاوضات من قبل الطرف المخطئ فقد تفوت على المتضرر فرصة أبرام عقد مع الغير سنحت له ولم يستغلها لثقتته بأن المفاوضات الجارية ستنتهي بإبرام العقد المنشود .

١٢- إن تقدير قيمة الفرصة الضائعة لا يقدر بقدر جسامه الخطأ ، فلا يعد الخطأ معياراً لتقدير قيمة الفرصة للطرف المتضرر ، فقد يكون هنالك خطأ جسيم ولا يترتب عليه إلا ضرر يسير وقد يكون الخطأ يسيراً ويترتب عليه ضرراً جسيماً ، وقد لا يترتب على الخطأ أي ضرر ومن ثم فإن تعويض المتضرر عن الفرصة الضائعة يكون بمقدار ما أصابه من ضرر من ضياع الفرصة وبراعى في الامر أهمية تلك الفرصة وما يتحقق منها من كسب.

١٣- هنالك التزامات في مرحلة التفاوض ملقاة على عاتق طرفي التفاوض يفرضها مبدأ حسن النية والثقة المتبادلة فيما بينهم ويجب عليهم عدم مخالفتها كالالتزام بالإعلام والالتزام بعدم إفشاء المعلومات التي يتم الحصول على عليها أثناء عملية التفاوض .

١٤- قد يعتمد أطراف التفاوض الى أبرام عقد تمهيدي لضمان حسن سير المفاوضات بشكل صحيح وقد تجري المفاوضات دون وجود هذا العقد ، ففي حالة وجود العقد التمهيدي وأخل أحد الأطراف بذلك العقد تكون المسؤولية المترتبة بحقه مسؤولية عقديّة، أما في حالة عدم وجود هكذا عقد وحصل الإخلال فهنا تكون المسؤولية تقصيرية .

١٥- عدم اشتراط توافر نية الاضرار لدى المتفاوض المخطئ الذي تسبب خطئه ضرر على المتفاوض الآخر لكي يتم ترتيب المسؤولية بحقه ،وبناءً على ذلك يحكم بالتعويض على ذلك الطرف لمجرد صدور خطأ منه وأحدث ذلك الخطأ ضرر بالطرف الآخر .

### ثانياً: التوصيات

١- نقترح على المشرع العراقي أن يضع نصاً خاصاً في القانون المدني يُلزم فيه أطراف التفاوض على عقد المشورة القانوني الإلكتروني بأن يكون بينهم اتفاق مبدئي (عقد تمهيدي) يتم الاتفاق بموجبه بين الأطراف المتفاوضة على نقاط رئيسية تجري على وفقها عملية التفاوض ، لتجنب ما يحدث من مشاكل بين الأطراف المتفاوضة ومعرفة كل طرف من أطراف التفاوض ماله وما عليه ويكون النص على الوجه الاتي (على أطراف التفاوض على عقد المشورة القانوني الإلكتروني أبرام اتفاق مبدئي (عقد تمهيدي) يتم الاتفاق بموجبه على المسائل المهمة والتي من المحتمل أن تكون محل خلاف فيما بينهم ، وفي حالة مخالفة هذا العقد من قبل أحد أطراف التفاوض تكون المسؤولية المترتبة بحقه مسؤولية عقدية).

٢- نقترح على المشرع العراقي تشريع نصاً يبين فيها المدة التي تنتهي فيها عملية التفاوض كي لا تطول المدة اذا بقت بدون تحديد ومن ثم تكثر الأخطاء والاضرار المترتبة عليها ،ويكون النص كما يأتي (يجب على أطراف التفاوض وقت البدء في عملية التفاوض الاتفاق على المدة التي تبدأ وتنتهي فيها عملية التفاوض وفي حالة انتهاء المدة المتفق عليها دون أن يبرم العقد النهائي فإن المفاوضات الجارية بين الأطراف المتفاوضة تعتبر منتهية).

٣- نقترح تعديل نص المادة (٨٨) من القانون المدني العراقي ،وذلك للتطور الكبير الحاصل في مجال التكنولوجيا وحصول الكثير من حالات التفاوض على العقود وإبرامها الكترونياً ، لتكون بالصياغة الآتية (يعتبر التعاقد بالتليفون أو عبر الإنترنت أو بأي طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان).

٤- نقترح أن يكون إبداء المشورة القانونية الإلكترونية من قبل المكاتب الاستشارية أوالحقوقيين أو شركة محاماة ويكون المحامين العاملين فيها لديهم خبرة قانونية وممارسة فعلية ،كون عملها يتعلق بحرية وحقوق أفراد المجتمع ففي حالة عدم إعطاء الإستشارة القانونية الملائمة لطالبا لعدم

خبرة مقدم الإستشارة ،فأن ذلك يؤدي الى نتائج خطيرة ، وينظم ذلك بنص تشريعي وكما يأتي (أ)-  
يتم تقديم المشورة القانونية الإلكترونية من قبل شركة محاماة مسجلة ومعروفة المحل ، على أن  
يكون المشاورين القانونيين العاملين في تلك الشركة ممن لديهم الخبرة والكفاءة القانونية ، ولهم  
ممارسة فعلية في المحاماة مدة لا تقل عن خمسة سنوات ، كما يجب أن يكون من ينتمي لهذه  
الشركة له خبرة بتكنولوجيا الاتصالات.

ب- ضرورة أن تحصل الشركة المختصة بالاستشارات القانونية الإلكترونية على ترخيص من  
الجهات المختصة لغرض ممارسة تقديم الاستشارات القانونية الإلكترونية ، وأن تكون هنالك رقابة  
على عمل تلك الشركات من قبل نفس الجهة المانحة للترخيص).

٥- نقترح أن تكون هنالك محكمة مختصة بالنظر في الدعاوى الناشئة عن مرحلة التفاوض على  
العقود الإلكترونية ومنها العقد موضوع بحثنا ،وعقد الدورات التدريبية في مجال تكنولوجيا  
الاتصالات للعاملين في هذه المحاكم .

## قائمة المصادر

### بعد القرآن الكريم

#### أولاً- الكتب

- ١- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة (التراسل الإلكتروني)، دون طبعة، دون اسم الناشر، ٢٠٠٣.
- ٢- د. إبراهيم الشهاوي، ثقافة التفاوض والحوار، ط١، مصر الجديدة ٢٠١٠.
- ٣- د. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية، في قضاء محكمة التمييز، بغداد، ١٩٨٨.
- ٤- إبراهيم المنجي، عقد نقل التكنولوجيا، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
- ٥- د. أحمد محمود أسعد، نحو أرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية، القاهرة، ١٩٩٥.
- ٦- د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، بلا طبعة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
- ٧- د. أمال زيدان عبد الاله، الحماية القانونية للأسرار التجارية في عقود نقل التكنولوجيا، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ٨- بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت (دراسة مقارنة)، ط١، ٢٠٠٤، عالم الكتب للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤-٢٠٠٥.

- ٩- د. بشار محمود دروين، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان، ٢٠٠٦.
- ١٠- د. بلحاج العربي ، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على ابرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، دار الواصل للنشر ، ٢٠١٠.
- ١١- د. توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، ج٢، ١٩٨٥.
- ١٢- د. جلال أحمد خليل ، النظام القانوني لحماية المخترعات ونقل التكنولوجيا الى الدول النامية ، ط١، الكويت، ١٩٨٣.
- ١٣- د. حامد شاكر محمود الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد (دراسة مقارنة )، ط١، ٢٠١٦، مكتبة ناشرون ، ش.م.م ، بيروت ٢٠١٦.
- ١٤- حبيب عبيد مرزعة العماري ، الخصم في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٢ .
- ١٥- حسام الدين الاهوائي، النظرية العامة للالتزام ، ج١ (المصادر الارادية للالتزام) ط٣ (القاهرة) ، ٢٠٠١.
- ١٦- د. حسن علي ذنون ، شرح القانون المدني العراقي ، أحكام الالتزام ، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة ، بغداد ، ١٩٥٤.
- ١٧- د. حسين عامر ، المسؤولية المدنية (التفصيلية والعقالية) ط١، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٦ .
- ١٨- د. حسين محمد علي الشامي ، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة )، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠.
- ١٩- د. خالد جمال احمد ، الالتزام بالأعلام قبل التعاقد ، بلاطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة نشر .
- ٢٠- د. خليفة عبد الله سعيد الوائلي ، عقود التجارة الإلكترونية عبر الانترنت ، (دراسة مقارنة ) (٢٠١١).
- ٢١- د. سامي بديع منصور ، القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية بيروت ، ١٩٩٥.

- ٢٢- سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للألتزام، مصادر الألتزام، ج١، ط١، ٢٠٠٤، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٤ .
- ٢٣- د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، بغداد، ١٩٨١.
- ٢٤- سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ٢٠٢٠.
- ٢٥- سلطان أنور، مصادر الألتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٨٣.
- ٢٦- د. سليمان مرقس، موجز أصول الألتزامات، القاهرة، ١٩٦١.
- ٢٧- د. سليمان مرقس شرح القانون المدني، مصادر الألتزام، ط١، القاهرة، المطبعة العالمية، ١٩٦٤.
- ٢٨- د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، أركان المسؤولية المدنية، الخطأ والضرر والعلاقة السببية، معهد البحوث والدراسات، الجامعة العربية، ١٩٧١.
- ٢٩- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الألتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط٤، القاهرة، ١٩٧٨.
- ٣٠- د. سمير حامد عبد العزيز، التعقيد عبر تقنيات الأتصال الحديثة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.
- ٣١- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، ط١، دار الفرقان للنشر، الأردن، ١٩٨٣.
- ٣٢- د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، ج١، انعقاد العقد، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٨.
- ٣٣- د. طلبة وهبة خطاب، مسؤولية المحامي المدنية عن الأخطاء المهنية، (دراسة مقارنة)، ط١، ٢٠١٢، اثراء للنشر والتوزيع، الأردن.
- ٣٤- د. عادل محمد جبر شريف، الانقضاء الموضوعي للخصومة المدنية (دراسة مقارنة) بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٣.

- ٣٥- د. عبد الحكيم فوده ، الدفع بأنتفاء الصفة او المصلحة في المنازعات المدنية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ .
- ٣٦- عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ج١ ، مصادر الالتزام ، المصادر الارادية ، العقد والإرادة المنفردة ، م٢ ، ١٩٨١ .
- ٣٧- عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، ط٢ ، مطبعة لصناعة الكتاب ، بغداد ، ٢٠٠٩ .
- ٣٨- عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٠ .
- ٣٩- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ١٩٥٨ .
- ٤٠- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، دون سنة نشر .
- ٤١- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٤ ، الإسكندرية .
- ٤٢- د. عبد العزيز اللصاصمة ، المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار (أساسها وشروطها) ، ط١ ، ٢٠٠٢ ، الدار العلمية الدولية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٢ .
- ٤٣- د. عبد العزيز المرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية (دراسة مقارنة) ، ٢٠٠٥ .
- ٤٤- عبد الله مبروك النجار ، الضرر الادبي في الفقه الإسلامي والقانون ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ .
- ٤٥- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، أحكام الالتزام ، ط٢ ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ١٩٦٧ .
- ٤٦- د. عبد المجيد الحكيم ود. محمد طه البشير ، القانون المدني ، أحكام الالتزام ، مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر ، ١٩٨٠ .

- ٤٧- د. عبد المجيد الحكيم الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام  
ط١، نشر وتوزيع المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
- ٤٨- عبد جمعة موسى الربيعي، الاحكام العامة في التفاوض والتعاقد عبر  
الإنترنت، ط١، بيت الحكمة، ٢٠٠٠.
- ٤٩- د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، ط١، الناشر -  
جامعة جيهان الخاصة.
- ٥٠- د. عفيف شمس الدين، المحاكمات المدنية بين النص والاجتهاد، ط١،  
بيروت، ٢٠٠٦.
- ٥١- د. عوض احمد الزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية  
الأردني، ط١، دار وائل للنشر، عمان، ٢٠٠٣.
- ٥٢- فايز أحمد عبد الرحمن، عقد نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد  
، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
- ٥٣- د. محمد أحمد صبيح، التزام البنك مالك الائتمان بتقديم النصيحة للعملاء  
، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- ٥٤- د. محمد حسام محمود لطفى، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض  
(دراسة مقارنة)، القاهرة، ١٩٩٥.
- ٥٥- د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، (دراسة  
تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٨.
- ٥٦- د. محمد سعد خليفة، عقد الاستشارة الهندسية، دار النهضة العربية  
، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٥٧- د. محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الإنترنت، دار النهضة العربية  
، ٢٠٠٤.
- ٥٨- د. محمد صبري عبد الأمير الاسدي، القوة القاهرة واثرها في  
المسؤولية العقدية، ط١، دار الفكر مصر للنشر والتوزيع ٢٠١٤.
- ٥٩- د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل  
، المكتبة القانونية، ١٩٩١.

- ٦٠- د. محمود جلال حمزه ، التبسيط في شرح القانون الأردني ،العقود المسماة ،جمعية عمال المطابع التعاونية ،الأردن ،٢٠٠٥ .
- ٦١- د.محمود جمال الدين زكي ،مشكلات المسؤولية المدنية ،مطبعة جامعة القاهرة ،١٩٧٨ .
- ٦١- د. محمود وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي ،ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٢ .
- ٦٢- مدحت المحمود،شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، الطبعة الرابعة ، بغداد، ٢٠١١ .
- ٦٣- د. مصطفى العوجي ، المسؤولية المدنية ،ط٥، منشورات الحلبي بيروت، ٢٠١٦ .
- ٦٤- د. مصطفى العوجي ، القانون المدني ، المسؤولية المدنية ، ط ٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ، ٢٠٠٤
- ٦٥- د. مصطفى محمد إبراهيم نصر ،التراضي في العقود الإلكترونية (دراسة مقارنة)، بلا طبعة ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠١٠ .
- ٦٦- د. مقدم سعيد ،التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ،ط١، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع ،بيروت ،١٩٨٥ .
- ٦٧- د. منصور عمر المعايطه ، المسؤولية المدنية والجنايئة في الأخطاء الطبية ،ط١ ،الرياض ،٢٠٠٤ .
- ٦٨- منير القاضي ، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية ،ط١،مطبعة العاني ، بغداد، ١٩٥٧ ،
- ٦٩- د. نزيه محمد الصادق المهدي ، الالتزام قبل التعاقد بالبيانات العقدية ،ط١،دار النهضة العربية ، ١٩٨٢ .
- ٧٠- د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ط٣، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٧٤ .

- ٧١- د. ياسر باسم ذنون ، بحوث ودراسات في القانون الخاص ، ط١ ، الجيل العربي ، الموصل ٢٠٠٩ .
- ٧٢- ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني -مصادر الحقوق الشخصية ، المجلد الأول ، نظرية العقد ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، ٢٠٠٢ .
- ٧٣- د. يوسف زكريا عيسى ، التعويض الناشئ عن تفويت الفرصة - احكامه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة مقارنة) ، ٢٠١١ .

### ثانياً - الاطاريح والرسائل الجامعية

- ١- أحمد سلمان شهاب السعدي ، الالتزام التعاقدى بالسرية ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، ٢٠٠٥ .
- ٢- أيت سليمان جعفر ، التنظيم العقدي لمرحلة التفاوض ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ٢٠١٨ .
- ٣- د.بن أحمد صليحة ، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، قسم العلوم القانونية والإدارية ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، ٢٠٠٦ .
- ٤- حسام جادر فليح ، المسؤولية المدنية للمحامي عن افشاء السر المهني (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون -جامعة بابل ، ٢٠١٦ .
- ٥- دحداح سهيلة ، الاطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد ، رسالة مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الرحمن ميرة ، ٢٠١٢ .
- ٦- سليمان براك دايج الجميلي ، المفاوضات العقدية ، رسالة ماجستير ، مقدمة الى مجلس كلية - جامعة النهدين ، ١٩٨١ .
- ٧- عروبة شافي عرط ، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد (دراسة مقارنة) ، رسالة مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة بابل ، ٢٠٠٨ .

- ٨- علي عبيد عودة ، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية (دراسة مقارنة )، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون – جامعة بغداد، ١٩٧٧
- ٩- عمر سالم الزبيدي، المسؤولية السابقة على التعاقد، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة النهريين، ٢٠٠٦.
- ١٠- غبريوى نوال ، عقد الصلح في القانون المدني الجزائري ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة عبد الرحمن ميرة -بجاية ، ٢٠١٨ .
- ١١- قصي جعفر موسى ، أحكام الاعفاء من المسؤولية المدنية ، رسالة ماجستير قدمت الى مجاس كلية الحقوق – الجامعة الإسلامية في لبنان .
- ١٢- مصطفى خضير نشمي ، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق – جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٤.
- ١٣- نصير صبار لفته، عقد البحث العلمي، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٥ .
- ١٤- هالة قاسم محمد، النظام القانوني لمسؤولية أعضاء مجلس شورى الدولة في العراق (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير قدمت الى مجلس كلية القانون ، الجامعة المستنصرية، ٢٠١٩.

### ثالثاً - البحوث

- ١- د. أكرم محمود حسين البدو، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث منشور في مجلة الرافيدين للحقوق، المجلد (١٣)، العدد (٤٩)، السنة (١٦).
- ٢- د. باسم محمد صالح، العقود التجارية (الأسس النظرية والعملية للأبرام والتنفيذ)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد الثامن، العدد (١،٢)، بغداد، ١٩٨٩.
- ٣- د. حليس لخضر ، مرحلة المفاوضات التعاقدية، بحث منشور في مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية ، العدد الأول ، ٢٠١٧.
- ٤- د. جمال فاخر النكاس ، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد واهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد ، مجلة الحقوق الكويتية ، مارس، ١٩٩٦
- ٤- د. دنون يونس صالح ، مفهوم عقد تقديم المشورة القانونية وتكييفه القانوني (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق ، السنة الأولى ، المجلد (١)، العدد (١)، الجزء (٢)، أيلول، ٢٠١٦.
- ٥- د. سعد حسين عبد ملحم ، التفاوض عبر شبكة الإنترنت ، بحث منشور على شبكة الإنترنت .

- ٦- صباح غازي دعوش ، أحكام الصلح في القانون المدني العراقي ، بحث مقدم الى مجلس المعهد القضائي ، ٢٠٢١ .
- ٧- د. صبري حمد خاطر ، قطع المفاوضات العقدية ، بحث منشور في مجلة جامعة النهريين ، المجلد (١) ، العدد (٢) ، السنة ١٩٩٧ .
- ٨- محمد حامد محمود ، النظام القانوني للتفاوض الإلكتروني ، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت ، السنة (٣) ، العدد (٤) ، الجزء (١) ، (٢٠١٩) .
- ٩- محمد سالم ، عقد تقديم خدمة الاستشارة الفنية والاستشارة القانونية ، بحث منشور في مجلة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة محمد الخامس .
- ١٠- د. معزوز دليلة ، التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة أكلي محند اولحاج ، البويرة ٢٠٢٠/٦/٣٠ .
- ١١- وعود الانباري ، المفاوضات العقدية عبر الإنترنت ، بحث منشور في مجلة كلية القانون - جامعة كربلاء ، المجلد الأول ، العدد الثاني ، ٢٠٠٩ .

## رابعاً - القوانين

- ١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل والنافذ .
- ٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل والنافذ .
- ٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل والنافذ .
- ٤- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل والنافذ .
- ٥- قانون الإجراءات المدنية الفرنسية رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ .
- ٦- القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (اليونسترال) الذي أصدرته الأمم المتحدة للأمم المتحدة بجلستها في ١٦/٢/١٩٩٦ .
- ٧- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .
- ٨- قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ .
- ٩- قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ .

---

**خامساً - المصادر الأجنبية**

- (1). Joanna Schmidt, la période précontractuelle en droit français, revue internationale de droit comparé, vol 42, n° 2, avril- Juin 1990, études de droit contemporain, .
- (2). Josserand, Cours de droit civil positif français , 3eme éd. 1938.
- (3). Mazeaud, leçons de droit civil, tome 2, vol I, par François Chabas, 1985.
- (4). mazeaudet tunc ,traite theoreque et pratique de la respon sabilite civile
- (5). Planiol et Ripert, Traité pratique du droit civil Français, T.6 par Esmein, paris,1952.
- (6).savatier, les contraats de conseil,profeive ,daloz 1972

## Abstract

The negotiation phase of the electronic legal advice contract is one of the most important stages of the formation of that contract for several considerations, the most important of which is that this stage is considered a testing stage, each of the parties to it tests the goodwill of the other, the commitment to the principle of good faith is of great importance in the continuation of the negotiation process and its culmination in the conclusion of the contract under negotiation, so and for the importance of this stage of the electronic legal advice contract and the development of means of communication that the applicant for advice and the required legal advice can use. For the purpose of communication and negotiation and the accompanying problems that lead to the result of the aggrieved person going to the courts, and the failure of the Iraqi legislator to organize legislative texts that keep pace with that development, so they were addressed under the title of this study, one of the parties to the negotiation may commit a mistake during the course of the negotiation process that leads to harm to the other party and the question that can be asked in this regard is whether the gravity of the mistake committed by the negotiator has an impact on the assessment of the compensation due to the other party, it can be said that the gravity of the error does not affect. In the assessment of compensation, compensation is calculated on the basis of the damage achieved from the fault regardless of the gravity of the error, the negotiator's commission of the mistake and the achievement of damage to the other negotiator is what obliges liability and then compensation, but what kind of liability is achieved is it contractual liability or tort. In fact there has been a jurisprudential and judicial dispute in this matter, Iraqi jurisprudence calls for the application of the provisions of tort, while Egyptian and French jurisprudence calls for the application of the provisions of contractual liability in the case of Whether the liability achieved is tort or contractual liability, the negotiator of the electronic legal advice contract has the right to sue the wrongdoing party and claim compensation for the actual damage suffered.

As for the reason why we chose this research is because of the great need for urgent legal advice by many people and the great development taking place in the field of technology and social media ,and the failure to regulate this by special legislation so as to avoid problems that may occur between the parties to the negotiation and each of the parties knows what to commit to during this stage.



**Republic of Iraq**

**Ministry of Higher Education & Scientific  
Research University of Karbala  
College of Law**

**Special Law Section**

**Breach of electronic legal advice contract  
negotiations**

**(Comparative study )**

**A thesis submitted to the collage of Law/ University of Karbala in  
partial fulfilment of the requirements for the Master's degree in  
private law**

**prepare the student:**

**Ali Abbas Hadi**

**Supervised by:**

**Prof. Ali Shakir Abdul Kader Badri**