

## المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد

م.م. كاظم كريم علي الشمري كلية اليرموك الجامعة

## المقدمة

أن المسؤولية في الفترة ما قبل التعاقد تشمل ما قد ينشأ من مسؤولية أحد المتعاقدين عما يصدر عنه موجبا للتعويض أثناء المراحل الأولية بين المتعاقدين ، كقطع المفاوضات العقدية أو العدول عن الإيجاب الملزم وكذلك رفض التعاقد بدون عذر مشروع . ويدخل في هذه الفترة أيضا ما قد يستوجب مسؤولية أي المتعاقدين ورغم أبرام العقد عما يقع منه من أخطاء تسبق أبرام العقد والتي تهدد العقد فيما بعد بالبطلان ، فإذا أبطل العقد فعندها تثار مسؤولية المتعاقد الذي تسبب بخطئه ببطلان العقد ونلحق هذه الفترة بالدور السابق للتعاقد لأن المسؤولية فيها تتولد عما يحدث من أفعال سابقة على التعاقد، وعليه سنتقسم هذه الدراسة على مبحثين نتناول في المبحث الأول المسؤولية عند عدم أتمام التعاقد، وفي المبحث الثاني نتناول المسؤولية عند أبرام العقد .

## المبحث الأول

## المسؤولية عند عدم أتمام التعاقد

ونطاق هذه المسؤولية هو ما قد يحدث من أفعال من أحد الطرفين وتعد خطأ يوجب المسؤولية في الفترة التي تسبق مطابقة القبول بالإيجاب مطابقة تامة وتوافق الأدارتين على الألتزامات والحقوق التي تنشأ عن العقد وعليه لا بد من الوقوف على أسباب هذه المسؤولية وطبيعتها والأثر المترتب عليها .

## المطلب الأول

## أسباب قيام المسؤولية

أن الأسباب التي تؤدي إلى قيام مسؤولية أحد الطرفين تجاه الآخر عند عدم أتمام التعاقد هي أما قطع المفاوضات العقدية أو العدول عن الإيجاب الملزم قبل صدور القبول أو رفض التعاقد .

(أولا) قطع المفاوضات العقدية<sup>(١)</sup>:- مر مفهوم قطع المفاوضات العقدية والأثر المترتب عليه بمرحلتين وهما المفهوم التقليدي والمفهوم الحديث:

(١) المفهوم التقليدي لقطع المفاوضات العقدية:- ووفقا لهذا المفهوم فإن المفاوضات العقدية هي عمل مادي لا يرتب أي أثر طالما لم تتجه أرادة المتعاقدين وبشكل نهائي إلى التعاقد فالقانون لا يرتب أي أثر على المفاوضات العقدية فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يراه دون أي مسؤولية ما دام أن الطرفين لم يصلوا إلى اتفاق<sup>(٢)</sup> وإذا كانت المفاوضات العقدية علاقة تقوم بين طرفيها يستحيل على القانون إغفال أمرها فمن غير المقبول مطلقا تفيد حرية المتفاوض في أن يتعاقد أو لا يتعاقد فتلك حرية

يجب أن تظل مكفولة إلى أبعد الحدود وألا تتردد الناس عن الدخول في أي مفاوضات وتراجع التعامل بها الأمر الذي يقتضي أقرار مبدأ إعطاء الحق لكلا الطرفين في الأنسحاب من المفاوضات دون ترتيب أي مسائلة أو تعويض عنها حتى لو تعذر الوصول إلى اتفاق بينهما<sup>(٣)</sup>.

ألا أنه وضمن المفهوم التقليدي لقطع المفاوضات العقدية هنالك من يرى بان قطع المفاوضات العقدية إذا أقرن بخطأ فإنه قد يؤدي إلى أمكانية تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية<sup>(٤)</sup> ولا يشترط لقيام هذه المسؤولية أن تتوافر في الخطأ نية الأضرار مع وجوب كون الخطأ واضحاً ويخضع الخطأ في وجوده من عدمه إلى تقدير القاضي والذي يجب أن لا يتساهل في البحث عن وجوده لأن من شأن ذلك تهديد الحرية الفردية أو العبث في المعاملات المالية<sup>(٥)</sup>.

(٢) المفهوم الحديث لقطع المفاوضات العقدية:- لم تعد المفاوضات العقدية على وفق المفهوم الحديث مجرد تبادل لوجهات النظر لا يرتب قطعها أي أثر قانوني فالمفاوضات العقدية أصبحت من الناحية العملية تستلزم دراسات علمية وأنفاق مبالغ مالية كبيرة وأمام تطور مبدأ حسن النية في العقود والذي أصبح يشمل مرحلة تكوين العقود بعد أن كان قاصراً على مرحلة التنفيذ وأمام انحسار مبدأ حرية التعاقد أدى كل ذلك إلى تطور مفهوم قطع المفاوضات العقدية وأصبح من الممكن تكيف قطع المفاوضات ذاته بأنه خطأ يوجب المسؤولية على أساس أخضاع المفاوضات العقدية لمبدأ حسن النية<sup>(٦)</sup> فمجرد البدء بإجراءات التفاوض يفرض التزاماً على الطرفين وهو التقيد بمبدأ حسن النية في التفاوض الذي من أثره المباشر أنه لا يجوز لأي طرف قطع المفاوضات بلا أسباب مقنعة وجدية<sup>(٧)</sup>.

وعليه فقد أصبح للمفاوضات العقدية نظامها القانوني الذي يستلزم من كل طرف أن يتصرف على وفق مبدأ حسن النية فإذا انحرف بسلوكه عن هذا المبدأ فقد أخل بالثقة المشروعة التي تتكون نتيجة المفاوضات العقدية ويعني ارتكاب المفاوضات خطأ ومن هنا يمكن تكيف قطع المفاوضات في ذاته خطأ يوجب المسؤولية ولا يشترط في هذا الخطأ توافر نية الأضرار ولا مقدار معين من جسامة الخطأ<sup>(٨)</sup>.

(ثانياً) العدول عن الإيجاب الملزم :- الإيجاب الملزم في القانون العراقي هو الإيجاب المقترن بميعاد للقبول وعلى الموجب أن يلتزم بالبقاء على أيجابه طيلة مدة الإيجاب<sup>(٩)</sup> وأساس هذا الألتزام هو الإرادة المنفردة للموجب والأصل أن هذا الإيجاب الملزم يسقط دون أي مسؤولية إذا أنقضت المدة المحددة لإعلان القبول أو أن من وجه إليه هذا الإيجاب قد رفض الدخول في التعاقد.

أما إذا حاول الموجب العدول عن أيجابه قبل ذلك فإنه يرتكب خطأ يعرضه للمسؤولية العقدية<sup>(١٠)</sup>.

أما في القانون الفرنسي فلا يوجد نص مماثل لنص الوارد في القانون العراقي إلا أن الفقه الفرنسي ذهب إلى إلزامية الإيجاب إذا حددت له مدة وأن اختلف هذا الفقه في مصدر هذا الإلزام، فذهب البعض إلى أن مصدر هذا الإلزام هو الإرادة المنفردة، بينما يرى جانب آخر من الفقه أن مصدر إلزامية هذا الإيجاب هو وجود اتفاق ابتدائي يلزم أبقاء الموجب

على أيجابه طوال مدة الإيجاب<sup>(١١)</sup> وبالتالي فإنه لا يحق للموجب نقض الإيجاب وقت شاء وإنما قد تقيد هذه الحرية على اعتبار أن نقض الإيجاب خاصة عندما تحدد له مدة هو خطأ يرتكبه الموجب ويتحمل آثار المسؤولية<sup>(١٢)</sup>.  
(ثالثاً) رفض التعاقد:- يقصد برفض التعاقد غياب أرادة الأرتباط باتفاق معين تسعى إليه أرادة الطرف الأخر<sup>(١٣)</sup>

ولقد حاول البعض تكيف حرية من وجه إليه الإيجاب في قبول هذا الإيجاب أو رفضه بأنه يمثل سلطة تقديرية منوطة به ومن ثم لا توجد أي رقابة قضائية على سلوكه فقد يرفض الإيجاب أو يسكت فلا يعتبر سكوته قبولاً<sup>(١٤)</sup>.  
فالحق في عدم الموافقة على اقتران أرادة باخرى ألا باتفاق ثنائي متبادل يعد شيئاً مقدساً لا يجوز المساس به إذ يكون من غير المنطقي إجبار شخص بالتزام تعاقدى لا يرغب المساهمة فيه<sup>(١٥)</sup> فمثلاً يرى الفقيه الفرنسي (رببير) أن حق الأمتناع عن التعاقد حق محترم وأن حرية التعاقد يجب أن لا تجد لها حدود<sup>(١٦)</sup>.

بينما يرى البعض الأخر أن حرية من وجه إليه الإيجاب في رفضه أو قبوله هي حرية نسبية فإذا كان لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفض القبول فإن عليه أن لا يخل بالثقة المشروعة التي تكونت خلال المفاوضات العقدية فإذا رفض من وجه إليه الإيجاب بعد مفاوضات دون وجود ما يبرر هذا الرفض فإن ذلك يمثل خطأ لأنه يخل بالثقة المشروعة<sup>(١٧)</sup> التي بموجبها صدر الإيجاب وبالتالي قد يترتب هذا الرفض مسؤولية تقع على الطرف الذي رفض الدخول في التعاقد ، ومثال ذلك الشركات التي تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لا يجوز لها من حيث المبدأ اختيار العملاء لان الفرد والمجتمع غالباً ما يكون مرغماً على التعامل معها عند ممارسة النشاط التجاري أو الصناعي وهكذا نجد شركات السكك الحديد ملزمة بقبول جميع البضائع و أستقبال جميع المسافرين على وفق قواعد وتعليمات تنظم عملية النقل ففي قانون النقل العراقي يلزم الناقل بقبول جميع طلبات النقل ضمن أمكانية النقل المقررة وليس بوسع الناقل رفض أحد الطلبات إلا إذا تعذر عليه لا سباب تقع خارج أرادته<sup>(١٨)</sup>.

من ذلك يتبين أن المشرع العراقي في قانون النقل حاول تجنب رفض التعاقد الاستبدادي الذي يفتقر إلى المسوغ الشرعي  
مما تقدم يتبين أن من وجه إليه الإيجاب لا يتمتع بكامل الحرية في رفض التعاقد وإنما يكون له الحق بذلك إذا توافر له مبرر شرعي على أن يتولى القضاء مراقبة ذلك.

## المطلب الثاني

### طبيعة المسؤولية

إذا ما تحققت مسؤولية أحد الطرفين عند عدم أتمام التعاقد لأحد الأسباب السابقة فعندها ، يتم التساؤل عن طبيعة هذه المسؤولية هل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية ؟ لقد اختلف الفقه في الإجابة على ذلك وانقسم تبعاً لذلك على ثلاثة اتجاهات

## (الاتجاه الأول)

ويرى أصحاب هذا الاتجاه إلى أن المسؤولية في هذه الحالة هي مسؤولية عقدية ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه (اهر نج) والذي يرى بان المسؤولية التي تنشأ عن عدم أتمام التعاقد هي مسؤولية عقدية فمثلا المسؤولية التي تنشأ عن قطع المفاوضات العقدية ما هي الأ مسؤولية عقدية على أساس وجود اتفاق ضمني بين المتعاقدين ،أي وجود عقد ابتدائي في المفاوضات العقدية والإخلال بهذا العقد يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية<sup>(١٩)</sup>.

وهناك رأي ضمن نفس الاتجاه يرى بان الدعوى إلى التفاوض تتضمن توكيلا ضمنيا باتخاذ كل الأعمال الازمة في سبيل أبرام العقد وبذلك يجب أن لم يبرم العقد التعويض عن كل المصروفات التي أنفقت في سبيل تنفيذ الوكالة<sup>(٢٠)</sup>.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه فيما يتعلق بالإيجاب الملزم بأنه من الممكن القول بوجود عقد ضمني بين الطرفين ومؤداه أنه بمجرد أن صدر الإيجاب من الموجب والموجه إليه لم يرفض فان سكوته يعتبر قبولاً لبقاء الموجب بهذا الإيجاب<sup>(٢١)</sup>.

فالموجب يفترض تعهده بأنه سيقوم من جانبه بكل ما يضمن سلامة التعاقد ومنها بقاء الإيجاب وإذا تقدم الطرف الآخر للتعاقد فانه يضمن هذا أيضا فيتم بذلك عقد بين الطرفين يلتزم الموجب بمقتضاه بعدم العدول عن أيجابه كما يلتزم الموجه إليه الإيجاب بان لا يرفض هذا الإيجاب إلا لعذر مشروع وأنه يترتب على هذا الإخلال بهذا العقد المفترض مسؤولية عقدية<sup>(٢٢)</sup>.

ويؤكد أصحاب هذا الاتجاه أن رفض التعاقد دون عذر مشروع يترتب مسؤولية عقدية ، ولقد أيد القضاء الفرنسي ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه بشأن رفض التعاقد فقد أصدر في عام (١٩٥٨) قرارا يرتب على رفض التعاقد مسؤولية عقدية وتتلخص هذه القضية بان أحد الأفراد أقام دعوى ضد صاحب أحد الحانات متهما أياه بالعنصرية لعدم استجابة صاحب الحانة لتلبية طلباته وتنفيذها بدون عذر مشروع أصدرت المحكمة قرارا في هذه القضية يتضمن إدانة صاحب الحانة ومؤسسة قرارها على اعتبار أن صاحب الحانة يكون ملزما بتلبية طلبات العملاء مادامت تقع ضمن مجالات تعامله لأن فتح الحانة بشكل رسمي يفهم منه وجود عرض عام موجه إلى الجمهور يظهر استعداد صاحب الحانة للاستجابة لطلب كل من دخل الحانة بقصد تناول شيء معين مما تتعامل به ومنذ هذه اللحظة يرتبط القبول بالعرض ويصبح العقد قائما يلتزم بمقتضاه صاحب الحانة بتحقيق رغبة العميل لقاء دفع الثمن وأن رفض صاحب الحانة بدون مبرر أو معذرة مشروعة يعد مخالفا للعرض الذي أعلنه وتطبيقا لذلك تكون مسؤولية صاحب الحانة مسؤولية عقدية ويجب أن يسأل على هذا الأساس<sup>(٢٣)</sup>.

وعليه ووفقا لأصحاب هذا الاتجاه فان المسؤولية التي تنشأ عند عدم أتمام التعاقد يمكن أن تنطبق عليها دعوى العقد التي كان القانون الروماني يقرها في حالات العقود التي يشوب أنعقادها عيب لأن قواعد المسؤولية التقصيرية لا تسري وفق هذا القانون على ما ينشأ من مسؤولية قبل أتمام التعاقد لأنه اذا أغفل النص الجزاء فان أحكام المسؤولية العقدية تتولى تنظيمه<sup>(٢٤)</sup>.

## (الاتجاه الثاني)

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن مبنى المسؤولية في الفترة السابقة على التعاقد في حالة عدم أتمام التعاقد هو المسؤولية التقصيرية لأن المسؤولية العقدية لا تنشأ إلا عن عقد والعقد لا يتم إلا باقتران القبول بالإيجاب وهذا لم يحصل وعليه فإن أحكام المسؤولية التقصيرية هي التي تطبق في حالة عدم وجود عقد<sup>(٢٥)</sup>.

ولقد أيد القضاء الفرنسي هذا الاتجاه في العديد من القرارات التي أصدرها ، ففي إحدى القضايا التي حدثت في عام (١٩٧٢) أعتبرت المحكمة أن قطع المفاوضات العقدية يترتب مسؤولية تقصيرية على الطرف الذي قام به وتتلخص وقائع هذه القضية بان المدعي قام بإجراء مفاوضات مع الموزع الوحيد لبعض الأجهزة الأمريكية في فرنسا ومن خلال هذه المفاوضات قام المدعي بالسفر إلى الولايات الأمريكية المتحدة لمشاهدة بعض النماذج من هذه الأجهزة وبعد عودته من الولايات الأمريكية المتحدة قام بالطلب من الموزع بتزويده ببعض المعلومات لكي يتمكن من اتخاذ قراره النهائي بخصوص الشراء إلا أن الموزع لم يقدم بتزويده بالمعلومات المطلوبة وقام بإخفاء التقرير التقريبي للأسعار كانت قد أرسلته الشركة المصنعة إلى المدعي وبعد مضي مدة أسبوعين على هذا الأمر قام الموزع بالتعاقد مع أحد التجار المنافسين للمدعي ببيع هذه الأجهزة وكان العقد بينهما يتضمن شرط يتعهد بمقتضاه الموزع بعدم بيع مثل هذه الأجهزة في منطقة البيع لمدة ٤٢ شهرا.

قررت المحكمة أن قطع المفاوضات بعد أن تكبد أحد طرفي التفاوض بعض الخسائر نتيجة لهذه المفاوضات يخالف مبدأ حسن النية في التعامل وخاصة إذ لم يقدم الطرف الذي قطع المفاوضات أسبابا مقنعة لهذا القطع وأضافت المحكمة أن مثل هذا النوع من المفاوضات والتي جرت بين الطرفين لا يمكن إنهاؤها بإجراء اتصال هاتفي ولهذا فإن القطع يترتب مسؤولية تقصيرية على الطرف الذي قام به<sup>(٢٦)</sup>.

(الاتجاه الثالث)

هنالك رأي<sup>(٢٧)</sup> ، ونحن نتفق معه، يذهب إلى أن المسؤولية في هذه الفترة هي مسؤولية ذات طبيعة خاصة تسمى مسؤولية ما قبل التعاقد وذلك لأن المسؤولية أن لم تكن عقدية وتلك نتيجة تستلزمها حقيقة عدم وجود اتفاق فهي مسؤولية ذات طابع خاص وهي تظهر لمعالجة الأخطاء التي تحصل قبل التعاقد بما لها من خصوصية فهي تنشأ في الفترة التي يشترك فيها الأشخاص بإرادتهم في سبيل إبرام عقد وعليه فإن الإخلال الذي يسبق إبرام عقد وأن لم يدخل نطاقه إلا أنه لا يمكن معالجة هذا الإخلال بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية<sup>(٢٨)</sup>.

### المطلب الثالث

#### أثر تحقق المسؤولية

إذا ما تحققت المسؤولية فالأثر المترتب عليها هو التعويض ، ولكن ما هو التعويض و هل يتم عن طريق التنفيذ العيني أم التنفيذ بمقابل؟  
(أولا) التنفيذ العيني :- ذهب جانب من الفقه إلى جواز الحكم بالتعويض عن المسؤولية في حالة عدم أتمام التعاقد عن طريق التنفيذ العيني فمثلا لو نقض الإيجاب الملزم فان من وجه إليه هذا الإيجاب يمكن أن يعرض عن طريق اعتبار العقد منعقدا جبرا على إرادة الموجب الذي نقض الإيجاب<sup>(٢٩)</sup>.

ألا أن هذا الرأي لم يلقي قبولا فلا يمكن أن نأخذ بالتعويض عن طريق التنفيذ العيني وخاصة في مسألة قطع المفاوضات العقدية لأنه ليس في يد القاضي قبل ذلك تحديد شروط العقد الذي يراد به أن يعقد جبرا على أرادة المتفاوض الذي قطع المفاوضات ومع ذلك فإن سلطة القاضي مهما بلغت من قوة لا يمكن أن تحل محل أرادة الطرفين لإبرام عقد لم تلتق الإرادتان في سبيل انعقاده فإذا كان العقد تصرفا قوامه الإرادة فكيف يعقد بدونها<sup>(٣٠)</sup>.

في القانون العراقي لا يمكن الأخذ بمبدأ التعويض عن طريق التنفيذ العيني لأن المشرع العراقي أقر مبدأ الإيجاب الملزم فإن هذا الإيجاب إذا صدر فإنه يبقى قائما خلال المدة التي حددت له فإذا أخل الموجب ونقضه بأي وسيلة فإن ذلك لا يؤثر في صلاحية الإيجاب فإن صدر القبول خلال هذه المدة ينعقد العقد لتلاقي إرادتي الموجب الذي لم يستطع نقض إيجابه وإرادة القابل.

(ثانيا) التنفيذ بمقابل :- يبدو أن الرأي الراجح أن أثر المسؤولية في هذه الفترة هو التعويض عن طريق التنفيذ بمقابل ، ولكن هل يشمل هذا التعويض الخسارة فقط أم الخسارة والكسب الفائت ؟

بما أن العقد لم ينعقد أصلا فإنه لا يمكن التعويض عن فوات الكسب لأنه يحسب على أساس التزام المتعاقد أو التعهدات التي أشتمل عليها العقد والحال أن العقد لم يبرم<sup>(٣١)</sup> وعليه فالقاعدة العامة لا يتم التعويض إلا عن الخسارة التي أصابت المتضرر وليس عما فاتته من كسب وعندها يتم التساؤل هل يجوز التعويض عن فوات الفرصة؟ يرفض البعض التعويض عن فوات الفرصة تأسيسا على أن المتفاوض إذا عرضت عليه صفقة رابحة فإنه يحتفظ بحقه الكامل في الانسحاب من المفاوضات وعليه إذا أصر في المفاوضات فهو سعى حتما إلى عرض أفضل وهو بذلك يضارب ووحده يتحمل ذلك فلا يعوز عن الفرصة التي ضاعت عنه ألا أنه وفق المفهوم الحديث للمفاوضات العقدية أن حرية المفاوضات ليست مطلقة في العدول عن المفاوضات فقد يجد المتفاوض نفسه ملزما بالاستمرار في المفاوضات على وفق مبدأ حسن النية ونزاهة المعاملات فلا يلتفت إلى أي فرصة أخرى سنحت له فإذا قطع المفاوضات الأخر المفاوضات فقد يضيع عليه إحدى هذه الفرص وحينئذ يستحق التعويض عن هذه الفرصة<sup>(٣٢)</sup>.

## المبحث الثاني

### المسؤولية عند أبرام العقد

قد يبرم العقد ولكن قد يقع في فترة تكوينه أحد الأسباب التي قد تترتب مسؤولية أحد المتعاقدين تجاه المتعاقد الآخر وعليه يجب دراسة هذه الأسباب وطبيعة المسؤولية الناشئة عنها والأثر المترتب على تحقق المسؤولية

### المطلب الأول

#### قيام المسؤولية

توجد أحوال يكون العقد فيها مهددا بالأبطال بسبب يرجع إلى أحد المتعاقدين ولكن المتعاقد الآخر يعتقد بصحة العقد ويطمئن إلى ذلك ويبني تعامله على هذا الاعتقاد فإذا

بالعقد وقد تقرر بطلانه فيناله من ذلك ضرر لم يكن يحسب له حساب وعليه تترتب مسؤولية المتعاقد الذي كان السبب في أبطال العقد بوجوب تعويض المتعاقد الذي أصابه ضرر من أقرار أبطال العقد.

فلأصل أن يلتزم المتعاقدان بحسن النية عند تكوين العقد<sup>(٣٣)</sup> ألا أنه قد يستغل أحد المتعاقدين ما يقع فيه المتعاقد الآخر من عيب قد يشوب رضاه أو أن أحد المتعاقدين قد يتصرف بملك الغير مع عدم علم المتعاقد الآخر.

فإذا وقع أحد المتعاقدين أثناء فترة تكوين العقد بأحد عيوب الإرادة وهي الغلط والتغريب مع الغبن<sup>(٣٤)</sup> وأستغل المتعاقد الآخر هذا العيب فالعقد يكون موقوفاً على أجازة المتعاقد الذي شاب رضاه العيب (باطل بطلان نسبي في الفقه الغربي) ويحق له أبطال العقد أو أجازته<sup>(٣٥)</sup> فإذا قرر هذا المتعاقد أبطال العقد فيجب إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد وإذا أستحال ذلك فإنه يمكن المطالبة بالتعويض<sup>(٣٦)</sup>.

ألا أن المطالبة بإبطال العقد قد لا يعوض على المضرور كل ما حل به من أضرار فيصح له مع مطالبته بإبطال العقد أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه<sup>(٣٧)</sup> وذلك على أساس المفهوم الجزائي والذي يقوم على محاسبة المتعاقد الذي أبرم العقد مع علمه بالعيب الذي يشوب أرادة الطرف المقابل فالقانون العراقي لا يعتد بفكرة الحماية الواجبة للإرادة المعيبة بل يحاسب على سوء نية المتعاقد الذي يعلم بعيب الإرادة<sup>(٣٨)</sup>.

ولقد أثار بيع ملك الغير خلافاً كبيراً في فرنسا فلقد نصت المادة (١٥٩٩) من القانون الفرنسي على أن بيع ملك الغير باطل وأختلف الفقه الفرنسي حول هذا البطلان وطبيعة المسؤولية الناشئة عن هذا البطلان

فيذهب البعض إلى أن العقد لا يكون باطلاً وإنما قابل للفسخ بينما ، يرى البعض الآخر إلى أن البيع يكون باطلاً بطلان مطلق ، بينما يذهب فريق ثالث إلى اعتبار البيع باطلاً بطلان نسبي وإلى ذلك ذهب القضاء الفرنسي الذي يعتبر أن بيع ملك الغير باطل بطلان نسبي لمصلحة المشتري الذي له التمسك بالعقد دون المالك أو البائع<sup>(٣٩)</sup>.

أما فيما يتعلق بطبيعة المسؤولية الناشئة عن بيع ملك الغير ، فبعض الفقهاء أعتبر أن المسؤولية هي عقدية ، بينما يرى البعض الآخر بابها مسؤولية تقصيرية<sup>(٤٠)</sup>.

أما في مصر فقد أعتبر المشرع المصري بيع ملك الغير عقد قابل للأبطال لمصلحة المشتري فقد أجازة المادة (٤٦٦) للمشتري طلب أبطال البيع كما أجازة المادة (٤٦٨) للمشتري إذا حكم له بإبطال البيع أن يطالب بالتعويض وأن كان البائع حسن النية وبهذا تكون المسؤولية الناشئة عن أبطال العقد مسؤولية عقدية<sup>(٤١)</sup>.

وفي القانون العراقي لا يوجد نص صريح يحكم بيع ملك الغير ألا أنه وفق القواعد العامة يعتبر التصرف في ملك الغير تصرف موقوف على أجازة المالك الحقيقي أن شاء أجاز العقد أو نقضه فإذا نقض المالك الحقيقي البيع فالعقد يعتبر باطلاً مع جواز مسائلة البائع عن هذا البطلان<sup>(٤٢)</sup>.

المطلب الثاني  
طبيعة المسؤولية

قبل الوقوف على طبيعة المسؤولية، وهل هي مسؤولية عقدية أم تقصيرية، لا بد من الإشارة إلى أننا بصدد عقد أبرم وأتفق عليه المتعاقدان، مما أدى ذلك إلى اختلاف الفقهاء حول طبيعة هذه المسؤولية، وأنقسموا تبعاً لذلك إلى اتجاهين:-

الاتجاه الأول :- ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي (أهرنج) في نظريته الخطأ عند تكوين العقد، والتي يقرر فيها بمسؤولية كل متعاقد تسبب بوجود مظهر غير حقيقي لعقد باطل أطمأن المتعاقد الآخر إلى أنه صحيح ولو كان ذلك عن حسن نية<sup>(٤٣)</sup>. ويرى هذا الفقيه أن بطلان العقد في أحد أركانه أو شروطه لا يمنع من أن ينتج آثار من نواحي أخرى، ويرى بأن أساس التعويض هو خطأ المتعاقد الذي كان عليه أن يعلم بما يبطل هذا التعاقد وأن هذا الخطأ يقع أخلاقاً بالالتزام عقد ضمان أبرم ضمننا بين المتعاقدين وتعهده فيه كل منهما أن يحافظ من جانبه على سلامة العقد فإذا قام من جانب أحد المتعاقدين ما يوجب بطلان العقد كان ذلك خطأ تعاقدياً مفروضاً يبيح للمضروب أن يرجع عليه بالتعويض بغير أن يثبت تقصيره<sup>(٤٤)</sup>.

ويذهب فقيه آخر إلى القول بوجود الأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، ويرى أن نص المادة (١٥٩٩) من القانون الفرنسي والتي تنص على أن بيع ملك الغير باطل ويخول المشتري الرجوع بالتعويض على البائع إذا كان هذا المشتري يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع بغير التمييز بين ما إذا كان البائع حسن النية أو سيئها، فما دام البائع مسؤولاً في هذه الحالة حتى ولو كان حسن النية فلا يكون أساس هذه المسؤولية هنا العمل الضار وإنما الأساس فيها عقدي ينشأ عن عقد الضمان الذي تعهد فيه ضمننا كل من البائع والمشتري والبائع بسلامة وصحة العقد<sup>(٤٥)</sup>.

الاتجاه الثاني :- أن الرأي الراجح في الفقه هو أن المسؤولية التي تنشأ أبان تكوين العقد لا يمكن أن تكون عقدية وإنما مسؤولية تقصيرية وذلك أنه لا يجب التعويل على نص المادة (١٥٩٩) من القانون الفرنسي لأنها تعالج حالة خاصة بفسخ العقد لأستحالة تنفيذه وعدم إمكان نقل الملكية ولا تتعلق بإبطال العقد بكل ما في ذلك من معنى، فقد تتوافر المسؤولية رغم حسن النية كما في حالة الجهالة بملكية المبيع الناشئة عن الإهمال في تحري الحقيقة مع إمكان معرفتها ولكن هل يمكن قيام المسؤولية بمجرد بيع ملك الغير ولم يكن ثمة أي نوع من الخطأ، لقد ذهب القضاء في فرنسا إلى عدم أحقية المشتري في التعويض إذا كان البائع حسن النية ولم يقع منه خطأ<sup>(٤٦)</sup>.

كما أن الأستناد إلى نظرية الخطأ عند تكوين العقد إنما يتجافى والمنطق أذ كيف ينسب إلى العقد خطأ سبق تكوينه وأن من يذهب إلى هذا الاتجاه ويؤسس المسؤولية على أساس العقد الضمني الذي يتعهد بمقتضاه المتعاقد بضمان صحة العقد إنما يتناول هذا العقد ويلتزم به المتعاقد قسراً مع ما يوقع ذلك في تناقض إذا كان سبب البطلان نقص الأهلية، فمثلاً القاصر بالعقد الأصلي الصريح لا يتأثر العقد الضمني بهذا النقص في الأهلية بينما ليس ما يمنع من مسؤولية ناقص الأهلية عما يصدر عنه من خطأ قبل تكوين العقد أو أبان تنفيذ العقد الذي يمكن أن يقضى ببطلانه<sup>(٤٧)</sup>.

### المطلب الثالث

#### أثر تحقق المسؤولية



أذا ما تحققت مسؤولية أحد المتعاقدين تجاه المتعاقد الآخر عن الأخطاء في الفترة السابقة على أبرام العقد، فمن حق المضرور إضافة إلى مطالبته بأبطال العقد أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة هذا التعاقد وأبطال العقد ولكن ماهو التعويض الواجب، وهل يتم عن طريق التنفيذ العيني أم التنفيذ بمقابل؟

لا يمكن القول بإمكانية التعويض عن طريق التنفيذ العيني لأن المتعاقد الذي أصابه ضرر من العقد غالبا ما يطالب بأبطال العقد وعندها لا يحق له ألا المطالبة بالتعويض عن طريق التنفيذ بمقابل وهذا التعويض يشمل الخسارة والكسب الفائت<sup>(٤٨)</sup>.

فمثلا فيما يتعلق ببيع ملك الغير، يحق للمشتري المطالبة بأبطال العقد والتعويض عن الخسارة التي أصابته وما فاتته من كسب نتيجة هذا التعاقد، ألا أن المشرع العراقي ميز بين مسؤولية البائع حسن النية و البائع سيء النية عند التعويض فإذا كان البائع حسن النية فيجب إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد مع وجوب دفع البائع للمشتري جميع المصاريف النافعة التي صرفها على المبيع<sup>(٤٩)</sup>.

أما إذا كان البائع سيء النية أي يعلم أن المبيع ليس ملكاً له، فللمشتري المطالبة إضافة إلى ما سبق بالزيادة الحاصلة في قيمة المبيع والمصروفات الكمالية التي أنفقها على المبيع مع المطالبة بالخسارة التي أصابته والكسب الفائت من التعاقد<sup>(٥٠)</sup>.

#### الخاتمة

لقد ميزنا في هذا البحث بين المسؤولية التي تنجم عند عدم أتمام التعاقد والمسؤولية التي تسبق أبرام العقد والذي يتم أبطاله فيما بعد.

ففي المبحث الأول تناولنا المسؤولية عند عدم أتمام التعاقد ووجدنا أن أسباب هذه المسؤولية هي قطع المفاوضات العقدية دون أسباب مقنعة وجدية أستنادا إلى مبدأ حسن النية في تكوين العقود، و العدول عن الإيجاب الملزم، و رفض التعاقد مع عدم وجود أسباب مشروعة لأنه يخل بمبدأ الثقة المشروعة التي صدر بموجبها الإيجاب وتبين لنا أن طبيعة هذه المسؤولية هي ذات طبيعة خاصة وتسمى المسؤولية السابقة على التعاقد وأن الأثر المترتب على هذه المسؤولية هو التعويض بمقابل.

أما في المبحث الثاني فقد تناولنا المسؤولية عن الأخطاء التي تسبق أبرام العقد والتي تؤدي إلى بطلانه فيما بعد، وقد تبين لنا أن أسباب هذه المسؤولية هي أستغلال أحد المتعاقدين لما يقع فيه المتعاقد الآخر من عيب من عيوب الإرادة، وبيع ملك الغير، وتبين لنا أن طبيعة هذه المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية، أما الأثر المترتب عليها فهو التعويض بمقابل.

ونقترح على المشرع العراقي ما يأتي :-

- (١) النص صراحة على مرحلة المفاوضات العقدية وما يترتب على قطعها حسما للجدل والخلاف لأهميتها في تكوين العقود
- (٢) النص صراحة على حكم بيع ملك الغير مع إعطاء الحق للمشتري طلب بطلان العقد مع مطالبة البائع بالتعويض دون تفرقة بين البائع حسن النية و البائع سيء النية .

#### الهوامش

- (١) أنظر بالتفصيل د.صبري حمد خاطر - قطع المفاوضات العقدية- بحث منشور في مجلة النهرين للحقوق- المجلد الأول- العدد الثالث- ١٩٩٧
- (٢) فؤاد العلواني و د.جمعة الربيعي- الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد عبر الإنترنت- بغداد-٢٠٠٣، ص٢٣-٢٤
- (٣) المصدر السابق ، ص٢٣
- (٤) أنظر د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- ج ١ - بيروت ، ص٢٠٧
- (٥) أنظر د. محمود جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية - ج١- القاهرة ١٩٧٨، ص١٣٩-١٤٠
- (٦) أنظر د. صبري حمد خاطر - المصدر السابق ، ص١٢٢-١٢٣
- (٧) المصدر نفسه، ص١٢٤
- (٨) يزيد أنيس نصير - مرحلة ما قبل أبرام العقد - مجلة المنارة- العدد الثالث - عمان - الأردن- ٢٠٠١، ص٢٠٧

- (٩) د. صبري حمد خاطر - مصدر سابق ، ص ١٣٤-١٣٥
- (١٠) أنظر المادة (٨٤) القانون المدني العراقي
- (١١) أنظر المادة (١٨٤) القانون المدني العراقي
- (١٢) أنظر بالتفصيل د. صبري حمد خاطر - مصدر سابق ، ص ١٢٦
- (١٣) فؤاد العلواني ود. جمعة الربيعي - مصدر سابق - ، ص ٤٦
- (١٤) د. محمود جمال الدين زكي - مصدر سابق ، ص ١٥٠
- (١٥) د. صلاح الدين زكي - تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين - ١٩٦٣، ص ٨٨
- (١٦) فؤاد العلواني و د. جمعة الربيعي - مصدر سابق ، ص ٤٦
- (١٧) أنظر بالتفصيل د. صبري حمد خاطر - مصدر سابق ، ص ١٢٩
- (١٨) أنظر المادة (٢٦) قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣
- (١٩) حسين عامر وعبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية ط-٢ - القاهرة - ١٩٧٩ ، ص ٣٩
- (٢٠) د. محمود جمال الدين زكي - مصدر سابق - ، ص ١٣٢
- (٢١) حسين عامر - القوة الملزمة للعقد - ط١ - القاهرة - ١٩٤٩ ، ص ٢٤٩
- (٢٢) المصدر نفسه ، ص ٢٤٩-٢٥٠
- (٢٣) أشار إلى هذا الحكم و أحكام أخرى - فؤاد العلواني ود. جمعة الربيعي - مصدر سابق ، ص ٥٠
- (٢٤) أنظر حسين عامر - مصدر سابق ، ص ٢٤٩
- (٢٥) المصدر نفسه ، ص ٢٤٨
- (٢٦) أشار إلى هذا الحكم - فؤاد العلواني ود. جمعة الربيعي - مصدر سابق ، ص ٢٧
- (٢٧) د. صبري حمد خاطر - مصدر سابق ، ص ١٣٥
- (٢٨) المصدر نفسه ، ص ١٣٥
- (٢٩) المصدر نفسه ، ص ١٣٣
- (٣٠) المصدر نفسه ، ص ١٣٣
- (٣١) المصدر نفسه ، ص ١٣٤
- (٣٢) د. صلاح الدين زكي - مصدر سابق ، ص ٨٥
- (٣٣) أنظر بالتفصيل عن مبدأ حسن النية في تكوين العقود - علاء حسين الجوعاني - مبدأ حسن النية في تكوين العقود - رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النهريين - كلية النهريين للحقوق - ٢٠٠٢
- (٣٤) أنظر المواد (١١٢-١٢٤) القانون المدني العراقي
- (٣٥) أنظر المادة (١٣٤) مدني عراقي
- (٣٦) أنظر المادة (١٣٨) مدني عراقي
- (٣٧) حسين عامر - المصدر سابق ، ص ٢٥٢
- (٣٨) علاء الجوعاني - مصدر سابق ، ص ٧٠-٧١
- (٣٩) د. سعيد مبارك ود. صاحب عبيد الفتلاوي ود. طه الملا حويش - الموجز في العقود المسماة - بغداد - ١٩٩٣ ، ص ١٧٧

- (٤٠) أنظر بالتفصيل الخلاف الدائر حول طبيعة المسؤولية في المطلب الثاني  
(٤١) حسين عامر - مصدر سابق ، ص ٢٥٥  
(٤٢) أنظر المواد (١٣٥،٥٥٤) مدني عراقي  
(٤٣) حسين عامر - مصدر سابق ، ص ٢٥٣  
(٤٤) د. عبد الرزاق السنهوري - نظرية العقد - ج ١ - ط ١ - القاهرة - ١٩٣٤ ، ص ٦٢٢  
(٤٥) المصدر نفسه ، ص ٦٣٠  
(٤٦) أنظر بالتفصيل - حسين عامر - مصدر سابق ، ص ٢٥٦  
(٤٧) المصدر نفسه ، ص ٢٥٧  
(٤٨) المصدر نفسه ، ص ٢٦١  
(٤٩) المادة (١/٥٥٤)  
(٥٠) المادة (٢/٥٥٤)

#### المصادر

- (١) حسين عامر - القوة الملزمة للعقد - ط ١ - القاهرة ١٩٤٩  
(٢) حسين عامر و عبد الرحيم عامر - المسؤولية المدنية - ط ٢ - القاهرة ١٩٧٩  
(٣) د. سعيد مبارك و د. صاحب عبيد الفتلاوي و د. طه الملا حويش - الموجز في العقود المسماة - بغداد - ١٩٩٣  
(٤) د. صبري حمد خاطر - قطع المفاوضات العقدية - بحث منشور في مجلة النهريين للحقوق - المجلد الأول العدد الثالث - ١٩٩٧  
(٥) د. صلاح الدين زكي - تكوين الروابط العقدية فيما بين غائبين - ١٩٦٣  
(٦) د. عبد الرزاق السنهوري - نظرية العقد - ج ١ - ط ١ - ١٩٣٤  
(٧) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - ج ١ - بيروت  
(٨) علاء حسين الجوعاني - مبدأ حسن النية في تكوين العقود - رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النهريين / كلية النهريين للحقوق - ٢٠٠٢  
(٩) فؤاد العلواني و د. جمعة الربيعي - الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد عبر الأنترنت - بغداد - ٢٠٠٣  
(١٠) د. محمود جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية ج ١ - القاهرة - ١٩٧٨

(١١) يزيد أنيس نصير - مرحلة ما قبل التعاقد - بحث منشور في مجلة المنارة - العدد الثالث - عمان - الأردن - ٢٠٠١