



جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان -
كلية الحقوق والعلوم السياسية



التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

-دراسة مقارنة-

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل.م.د.
تخصص قانون العقود.

تحت إشراف:

أ.د. أحمد داود رقية.

إعداد الطالبة:

بوكريريس سهام.

لجنة المناقشة :

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذة	-أ.د. فليج غزلان
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذة	-أ.د. أحمد داود رقية
مناقشا	جامعة خميس مليانة	أستاذة	-أ.د. تومي هجيرة
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ	-أ.د. بن عودة حسكر مراد

السنة الجامعية 2021-2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وعرفان

بعد أن منّ الله عليّ بإتمام هذه الأطروحة بعونه وتسديده.

شُكري يتوجّه في المقام الأوّل إلى البروفيسور المشرفة " أحمد داود رُقية " نعم المشرفة لصفاتها العلمية والإنسانية لما قدّمته لي من نصائح وتوجيهات طوال هذه السنوات من إنجاز هذه الدراسة.

أُعرب عن خالص امتناني للبروفيسور " فليج غزلان " على ترأسها لجنة المناقشة بمعية الأساتذة المناقشين لهما مّي فائق الإحترام والتقدير، البروفيسور " تومي هجيرة "، البروفيسور " بن عودة حسكر مُراد ".

شُكري يتوجّه أيضا إلى الأستاذ " طالب محمد كريم " على ما قدّمه لي من معلومات وتوجيهات في سبيل إنجاز هذه الدراسة.

إلى كل أساتذة وموظفي كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق بجامعة

أبو بكر بلقايد - تلمسان - .

وكذلك موظفي المكتبة.

إلى كل من مدّ لي يد العون والمساعدة بتمكيني من بعض المراجع في سبيل إنجاز هذه الدراسة.

إهداء

إلى من كان وما زال يدفعني قدما نحو النجاح والدي الغالي أسأل الله أن يُكرمه بالصحة والعافية.

إلى والدتي الغالية أسأل الله أن يرزقها الصحة وأن يُبعد عنها متاعب الدنيا.

إلى جميع أفراد عائلتي حفظهم الله وأخصّ بالذكر أختي الغالية "خديجة" أسأل الله أن يُنور دربها وأن يوفقها في حياتها العلمية والعملية.

قائمة المختصرات.

أولا: باللغة العربية:

ج : جزء.

ج.ر : جريدة رسمية.

د.س.ن : دون سنة نشر.

ص : صفحة.

ط : طبعة.

ع : عدد.

ق.م.ج : قانون مدني جزائري.

ق.م.ف : قانون مدني فرنسي.

ق.م.م : قانون مدني مصري.

مج : مجلد.

ثانيا: باللغة الأجنبية :

Cass : Cassation.

Civ : Civil.

IBID : Même Ouvrage.

LGDJ : Libraire générale de droit et de jurisprudence.

N° : Numéro.

Op.cit. : Option citée.

P : page.

Vol : Volume.

1^{ère} : Première.

مقدمة

إنّ لموضوع التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية دور هام من الناحية القانونية فمنذ القدم، وعندما بدأت المجموعات البشرية تتعامل مع بعضها البعض بالبيع والشراء، كان التفاوض هو الوسيلة التي يتم اللجوء إليها للتفاهم قصد تفادي نشوب أي نزاع مستقبلاً، حيث أنّ هذه المعاملات كانت تقتصر في البداية على تبادل السلع والبضائع الضرورية حسب حاجات أولئك الأفراد، وبعد تطور تلك المجتمعات إتسعت العلاقات التعاقدية بين الأفراد والدول التي أضحت تتطلب الحوار والنقاش للوصول إلى اتفاق حول كل قضية تطرأ في المعاملات التعاقدية، وهكذا بدأ التفاوض يلعب دوراً أساسياً وهاماً في العلاقات التعاقدية¹.

إذ تعتبر المفاوضات العقدية وسيلة لتبادل وجهات النظر بين الأطراف المتفاوضة للوقوف على حقيقة العقد محل التفاوض، والبحث في جدواه من الناحية القانونية قبل تحمل ما ينشأ عنه من آثار قانونية، لأن هذه المرحلة من أهم المراحل التي تسبق إبرام العقد إذ فيها يتقرّر مصير العقد ووجوده وما تحويه كذلك من تحديد لالتزامات وحقوق طرفي العقد وما تثيره من مشكلات قانونية تتعلق بالدرجة الأولى بتحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في هذه المرحلة².

وجدير بالذكر أنّ المشرع الفرنسي استجاب لتطورات الحياة الحديثة ومتطلباتها في توسيع نطاق الإلتزام بحسن النية بأحكام تشدّد وتؤكد عليه في مرحلة المفاوضات العقدية على خلاف نظيره المصري والجزائري اللذين اكتفوا بالنص على هذا الإلتزام في مرحلة تنفيذ العقد فقط.

إنّ أهم المبادرات التشريعية التي ساهمت في بلورة فكر المشرع الفرنسي نحو الإهتمام بمسألة تنظيم المفاوضات العقدية التي لم ترى الضوء إلاّ سنة 2016 هو *avant projet Catala* الذي مهّد لمستقبل المشروع الأولي لإصلاح قانون الإلتزامات الذي لم يكن مؤكّداً في فرنسا، هذا المشروع كان محل مناقشات مكثفة في المملكة المتحدة البريطانية سنة 2007 بجامعة أكسفورد لمدة يومين حول المشروع

¹ علي أحمد صالح، "المفاوضات في العقود التجارية الدولية"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2012، ص 07-08.

² أبحار حامد حبش علي، "المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات العقدية"، ط 01، دار الوفاء للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2020، ص

L'avant projet de réforme du droit des contrats الأولي لإصلاح قانون الإلتزامات الأوي تحت رعاية معهد القانون المقارن وبدعم مالي من جمعية باريس2-أكسفورد وتجمع مكتب المحاماة Clifford Chance، وبهذه المناسبة افتتح الأستاذ Bénédicte Fauvarque-Cosson الكلمة الأولى بشأن مساهمة المشروع الأولي حول المفاوضات العقدية مع الترحيب بأن هذه المرحلة من حياة العقد أي المرحلة السابقة للتعاقد هي بالمرحلة الجوهرية لتنقيح العقد المزمع إبرامه ترتبط بنظم قانونية متشابهة ولكنها مع ذلك متميزة، وأكد Projet Catala أنّ نظام المفاوضات السابقة للتعاقد ينبغي أن يكون متوافقا ومبدأ حسن النية هذا الأخير ينبغي أن يُكرّس خلال هذه المرحلة التي هي في الحقيقة مستوحاة من الآراء الفقهية والإجتهاد القضائي وكذا المبادئ الفرنسية Lando و Unidroit aux plans européen et international، ويبيّن تحليل أساتذة القانون لمشروع كاتالا Projet Catala أنّ حرية التفاوض محفوظة وأنّ الإلتزام بحسن النية هو نتيجة طبيعية ضرورية في مرحلة التفاوض¹.

فكل هذه المبادرات التشريعية كانت تبرز بوضوح الثغرات التشريعية التي تعترى نظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي خاصة مسألة مرحلة المفاوضات العقدية التي لم تكن تحظى بحماية خاصة بالنسبة للأطراف التي قد توقف المفاوضات في أي وقت مخلة بالإلتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية الأمر الذي من شأنه إثارة مسؤولية المخل بذلك.

ومع التطورات التي شهدتها العالم في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتأثيرها على كافة جوانب المعاملات تحولا في منهج دراسة مرحلة التفاوض على العقد المراد إبرامه، حيث تزداد أهمية التفاوض عند اقتترانه بالعقود الإلكترونية في إطارها الافتراضي البعيد عن الوقائع المادية المألوفة لدى

¹Catherine Jacqueson, " Regards comparatifs sur l'avant projet de réforme du droit des contrats ", revue internationale de droit comparée, n 01, vol 61, persée, paris, France, année 2009, p 192-193.

الأطراف المقابلة على التعاقد من خلال مختلف الوسائل الإلكترونية، ومن هنا فإنّ دراسة هذه المفاوضات أضحت على قدر كبير من الأهمية خاصة بعد أن أصبح مبدأ حسن النية هو المبدأ العام الذي يحكم المفاوضات العقدية لإرساء الأمن القانوني في هذه المرحلة¹.

تأسيسا على ذلك يعتبر التفاوض الأساس القانوني الآمن الذي يبحث عنه الأطراف لمباشرة إبرام عقد إلكتروني بغض النظر عن نوع هذا الأخير، لأن ما يهّم من الدراسة هو تسليط الضوء على أهمية التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية دون تخصيص الدراسة على نوع معين من العقود التي ترم عبر وسيلة من الوسائل الإلكترونية التي لا حصر لها.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، فهو الآخر تجاوب مع التطور التكنولوجي الذي أسفر عنه تدفق ملحوظ في الوسائل الإلكترونية، التي ساهمت في تسهيل وسرعة إبرام العقد دون الإلتقاء المادي للأطراف، حيث أن المشرع الجزائري جاء ببعض النصوص القانونية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية آخرها القانون 05-18 يتعلق بالتجارة الإلكترونية².

ونفس الأمر ذهب إليه المشرع المصري بإصدار القرار رقم 361 لسنة 2020 بتاريخ 19-04-2020، يتعلق بالتوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات³.

بناء على ما تقدّم فإنّه من أهم الموضوعات القانونية التي شغلت الفكر القانوني موضوع التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، فالعقود لم تعد تلك العقود التقليدية إذ أنّ التطور التقني والتقدم التكنولوجي أدّى إلى إفراز تأثيرات قانونية مهمة أبرزت وبصورة جلية أهمية هذا الموضوع بوصفه

¹ موسى طمشة، "التفاوض في مجال عقود التجارة الإلكترونية"، دون ذكر الطبعة، دار نور للنشر والتوزيع، ساربروكن، ألمانيا، سنة 2017، ص01.

² القانون رقم 05-18 المؤرخ في 10-05-2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر، ع 28 المؤرخة في 16-05-2018.

³ القرار رقم 361 لسنة 2020 المؤرخ في 19-04-2020، يتعلق بتعديل اللائحة التنفيذية للقانون رقم 15 لسنة 2004 المؤرخ في 21-04-2004، الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، ج.ر، ع95، المؤرخة في 23-04-2020.

مرحلة توفق بين آراء أطراف التفاوض المتعارضة وتوحد بينها على نحو محدد لاسيما في العقود الإلكترونية¹.

هذه العقود الإلكترونية تتطلب قبل انعقادها المرور بمرحلة أولية هي مرحلة التفاوض الإلكتروني التي هي من أهم مراحل العقد وأكثرها خطورة، حيث يتم الإعداد للعقد المزمع إبرامه من بحث في كافة جوانبه القانونية والتقنية لأنّ المعاملات عبر مختلف الوسائل الإلكترونية يعترتها مخاطر جمّة بالنسبة لأطرافها، وبالتالي يكون للتفاوض الدور الحيوي في تحقيق التوازن بين المصالح المتعاقدة تفاديا لوقوع مشاكل قانونية سواء عند إبرام العقد محل التفاوض أو عند تنفيذه².

تعزينا لما سبق ذكره ولاعتبارات عديدة منها ما يرجع إلى خصوصية مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، باعتبارها المرحلة التي تسبق إبرام العقد نهائيا تتم في مجال إبرام العقود الإلكترونية عن طريق الدخول في مفاوضات أو محادثات عبر وسيلة إلكترونية التي هي في تطور مستمر والتي يتم خلالها مناقشة وتبادل العروض والمقترحات للوصول إلى بلورة شروط العقد محل التفاوض، أصبحت المفاوضات في شكلها الإلكتروني تُساهم بشكل فعّال في توفير الوقت والضائع وكذا النفقات المتكبدة التي تكون بأقل درجة مقارنة بالتفاوض التقليدي³.

بالتالي فإن دراسة موضوع التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية- دراسة مقارنة- أصبح على قدر كبير من الأهمية، لأنه في الأساس مبني على مبدأ حسن النية الذي لم يعد مبدأ يفرضه القانون بمناسبة تنفيذ العقد فحسب وإنما أصبح مبدأ يفرضه العدالة قبل القانون في نطاق تكوين العقد.

¹ عبد الله عبد الأمير طه الشمري، "فكرة عقد المفاوضة"، مجلة جامعة كربلاء العلمية، ع 04، مج 06، جامعة كربلاء، كلية القانون، كربلاء، العراق، سنة 2008، ص 23.

² معزوز دليّة، "التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد-دراسة مقارنة-"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع 01، مج 05، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المسيلة، الجزائر، سنة 2020، ص 282.

³ بوطبالة معمر، "الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية"، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام، جامعة الإخوة منتوري، كلية الحقوق، قسنطينة، الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017، ص 02.

ناهيك عن كون التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية يكتسي أهمية خاصة في تذليل الصعوبات المتمثلة في التعقيدات القانونية والفنية التي تقف أمام الأطراف المتفاوضة، بالإضافة إلى أنه وسيلة لتفسير العقد والبحث عن نية طرفي العقد المزمع إبرامه بالرجوع إلى الاتفاقات والعقود التي تنظمه وبالتالي تحقيق الإستقرار والأمن في المعاملات العقدية.

أما عن دواعي اختيار هذا الموضوع تعود إلى أنه لم ينل حقه من البحث والدراسة بالتفصيل لحدائته، رغبة في تقديم دراسة قانونية مقارنة من خلال إظهار موقف المشرع الفرنسي، لاسيما وأنه اهتم بدراسة أحكام التفاوض العقدي لأول مرة سنة 2016، مع كل من التشريع المصري وكذلك التشريع الجزائري لتأثرهما الكبير بالتشريع الفرنسي بل هو المرجع الأصيل لهما.

ولما كانت لا توجد نصوص تشريعية صريحة تنظم مسألة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، فقد اهتم الفقه والقضاء خاصة الفرنسي والمصري بدراسة هذه المسألة بعد أن ظهرت الوسائل الإلكترونية لإبرام العقود والتفاوض عليها في ظل التطور التكنولوجي الذي يشهده العصر الحديث، الأمر الذي أثار البحث عما إذا كانت القواعد العامة للتفاوض تكفي لمعالجة ما ينجم عن هذا الموضوع من إشكاليات قانونية، منها تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية المتفاوض عبر الوسائل الإلكترونية التي ما تزال مجالاً خصباً للبحث.

بناء على ذلك تهدف هذه الدراسة إلى مايلي:

- توضيح مفهوم التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.
- إلقاء الضوء على الواقع القانوني لمرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية وفقاً للتشريع الجزائري، وموقف نظيره الفرنسي والمصري من ذلك.
- الوقوف على مسألة تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية التي هي محل تضارب فقهي وقضائي.

- توضيح مدى كفاية القواعد العامة لنظرية العقد في الإلمام بجميع المسائل القانونية المتعلقة بالمرحلة التي تسبق إبرام العقد الإلكتروني، ألا وهي مرحلة التفاوض الإلكتروني، أهمها تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية، كيفية إثبات الخطأ والضرر، وعلاقة السببية بينهما ونفيها، إلى جانب صعوبة تقدير التعويض، لخصوصية هذه المرحلة.

من هذا المنطلق فإن إشكالية الدراسة تدور حول:

إلى أي مدى يُمكن إعمال القواعد العامة لنظرية العقد على مرحلة التفاوض في العقود الإلكترونية؟ وهل هي كافية لاستيعاب ما تطرحه هذه المرحلة من إشكالات قانونية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية المطروحة تمّ الإعتماد على المنهج الوصفي لدراسة الإشكالات القانونية التي يثيرها موضوع الدراسة من خلال القيام بالوصف بطريقة علمية للوصول إلى تفسيرات منطقية قصد تحديد نتائج البحث، والمنهج التحليلي من خلال دراسة النصوص القانونية الواردة في كلا التشريعين الفرنسي والمصري وكذلك التشريع الجزائري، وذلك بالإستناد إلى القواعد العامة لنظرية العقد من خلال تحليل النصوص القانونية التي لها علاقة بالموضوع، ومن ثم الوقوف على مضامين هذه النصوص وتحليلها واستنباط أحكامها واثم بيان مدى ملائمتها مع ما نصبو إليه من وضع نظرية متكاملة في التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، فضلا عن عرض الآراء الفقهية والقضائية التي وردت بهذا الشأن لأجل الإسترشاد بها أو مناقشتها عند الإقتضاء بهدف الوصول إلى نتائج الدراسة.

كما تمّ الإعتماد على المنهج المقارن لبيان موقف المشرع الفرنسي ونظيره المصري من التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، مع المشرع الجزائري، فالمشرع الفرنسي تأثر بشكل كبير بالمبادرات التشريعية الأوروبية نحو إصلاح المنظومة القانونية التي تحكم العقد، فهو المرجع الأصيل لكل من التشريع المصري والجزائري على النحو الذي يمكن أن نستخلص منه نتائج متوخاة في ظل دراسة مقارنة، مع الإشارة إلى موقف كل من الفقه والقضاء في فرنسا، مصر والجزائر محل الدراسة المقارنة لاهتمامهم بهذا

الموضوع، كما تم توظيف المنهج التاريخي الذي يتلاءم وطبيعة الدراسة، وذلك بتتبع المبادرات التشريعية التي ساهمت في الإعراف بضرورة التفاوض العقدي.

وقد واجه موضوع الدراسة بعض الصعوبات مرجعها أنّ الدراسات السابقة لم تركز دراسة موضوع البحث بشيء من البيان والتفصيل سوى بشكل موجز أو مبعثر، الأمر الذي يعني وجود حاجة ماسة لدراسة موضوع البحث بالإعتماد على دراسات متفرقة منها تلك المتخصصة، ومنها تلك المراجع العامة، إلا أنّ الصعوبة لا تقف عند هذا الحد، بل وإن كان بعض الفقه والإجتهد القضائي قد تناول بالدراسة موضوع البحث، إلا أنّهم لم يستقروا لحدّ الساعة على موقف مُوحّد.

وتبعاً لما سبق ذكره تمّ تقسيم هذه الدراسة إلى بايين رئيسيين:

- الباب الأول: التأسيس القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.
- الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.

الباب الأول:

التأصيل القانوني للتفاوض في

العقود المبرمة عبر الوسائل

الإلكترونية.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.

تمخض عن التطور التكنولوجي ظهور ما يُسمّى بالعقود الإلكترونية التي تتسم بنوع من الخصوصية وهي الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في عملية التعاقد، حيث عملت على كسر البُعد الجغرافي بين الأطراف الراغبة في التعاقد.

ومن أجل الوصول إلى تجسيد المصلحة المشتركة بين هؤلاء الأطراف كان لا بُدّ من تنظيم مرحلة التفاوض التي تتمتع في ظل التعاقد الإلكتروني بنوع من الخصوصية أثرت على النظام التقليدي للتفاوض، والذي أصبح يُصطلح على تسميته بالتفاوض الإلكتروني نسبة إلى إستخدام مختلف الوسائل الإلكترونية المتطورة باستمرار على الرّغم من المشاكل القانونية التي قد يُثيرها، ومع ذلك يبقى جزء من العقد وشرط أساسي لإبرامه وليس فقط مجرد مرحلة سابقة فبفضلها يتحدّد مضمون ومصير العقد النهائي من خلال مناقشة وتبادل العروض للوصول إلى بلورة شروط هذا العقد.

وعلى الرغم من إقرار التشريع محل الدراسة بوجود العقد الإلكتروني وتنظيمه بنصوص قانونية، إلا أنّها تغاضت عن تنظيم عملية التفاوض الإلكتروني بنصوص قانونية خاصة.

ولتحقيق تأمين هذه المرحلة بادر المشرع الفرنسي بفرض مبدأ حسن النية كقيد على مبدأ حرية التفاوض في شكله التقليدي عامة والإلكتروني خاصة الذي يتمتع بنوع من الخصوصية، وهو ما سيتم تسليط الضوء عليه في الفصل الأول (النظام القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية).

ومن أجل التحكم في المسلك الإجرائي لعملية التفاوض يحرص أطراف هذه العملية على إفراغ التفاوض في قالب اتفاقي أو عقدي قصد تفادي المشاكل والنزاعات التي قد تعترض هذه المرحلة الحساسة والمهمّة في حياة العقد المراد إبرامه بشكل نهائي، وهو ما سيتم تسليط الضوء عليه في الفصل الثاني (تنظيم عملية التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية).

الفصل الأول: النظام القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.

تلعب المفاوضات في الوقت الراهن دورا بارزا في بناء العقد في شكله التقليدي عامة والإلكتروني خاصة، أكثر من ذلك تعتبر أهم مراحل العقد لكونها المرحلة التمهيديّة حيث يتم فيها رسم حدود العقد المراد إبرامه من اقتراحات ومساومات بهدف التوصل إلى إتفاق نهائي بشأن إبرام عقد مُعين في المستقبل.

ونتيجة للتطور الهائل في مجال تكنولوجيا الإتصالات ما نجم عنه تطوّر دائم لمختلف الوسائل الإلكترونية أصبحت مختلف المعاملات التعاقدية تتم عبر هذه الوسائل التي تتميز بالسرعة في إتمام هذه المعاملات، ومن أجل ضمان نجاح التوصل إلى التعاقد بصفة نهائية في ظل المشاكل التي قد تنور بين الأطراف الراغبة في إبرام عقد معين عبر وسيلة من الوسائل الإلكترونية التي هي في تطور مستمر كان من الضروري اللجوء إلى التفاوض في العقود المبرمة عبر هذه الوسائل لكونه المرحلة التي يكون فيها الإعداد والتحضير للعقد المرتقب جيّدا، بما يكفل تنفيذه دون احتمال نشوب نزاع مستقبلا.

هذا النوع من التفاوض هو امتداد للتفاوض التقليدي كل ما في الأمر توظيف مختلف الوسائل الإلكترونية في هذه المرحلة التمهيديّة أو بمناسبة التفاوض في العقود الإلكترونية، ونظرا لأهمية التعاقد الإلكتروني في تجاوز كل الحدود الجغرافية وكسر حواجز البُعد المكاني إعترف التشريعين الفرنسي والمصري وكذا الجزائري محل الدراسة بجواز إبرام العقود عبر هذه الوسائل الإلكترونية، إلّا أنّها لم تتطرق إلى مسألة التفاوض عبر هذه الوسائل، فأمام هذا الوضع عنى الفقه الحديث بإيضاح مدلول هذا الأخير الذي يتميز بنفس الخصائص التي يتميز بها التفاوض التقليدي مع إضافة خاصية وجود الوسيلة الإلكترونية فقط (المبحث الأول).

وإن كان الأصل أنّ التفاوض العقدي سواء في شكله التقليدي أو الإلكتروني يهيمن عليه مبدأ حرية التفاوض، إلّا أنّه تم تهديبه لصالح مبدأ آخر ألا وهو مبدأ حسن النية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.

يُعتبر التفاوض في مجال العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية من أهم و أخطر مراحل العقد كونه يتم عن بعد ما يجعله يتسم بالصعوبة و التعقيد في تحديد حقوق و التزامات الأطراف المتفاوضة خاصة المستهلك الذي يتفاوض مع المورد أو المحترف الذي يعرض منتجه للتفاوض قصد التعاقد عبر مختلف الوسائل الإلكترونية، غالبا ما يجهل التعامل بها من طرف هذا المستهلك فيكون عرضة للتحايل و الغش قصد دفعه نحو إبرام العقد النهائي المتفاوض عليه إلكترونيا.

وحتى يتسنى لنا الإلمام بمختلف الجوانب العملية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية ينبغي علينا التطرق إلى مفهومه (المطلب الأول)، ثمّ إلى المبادئ الأساسية التي يقوم عليه التفاوض (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.

تعتبر مرحلة المفاوضات ضرورية لا غنى عنها في العقود الإلكترونية نظرا لخصوصيتها، لذلك فالغالب مرور العقود المبرمة عبر هذه الوسائل لزوما بهذه المرحلة، الأمر الذي يتطلب تعريف التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية (الفرع الأول)، ثمّ تحديد خصائصه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.

بالرجوع إلى التشريع المقارن وكذلك الجزائري محل الدراسة يلاحظ غياب تام لتعريف التفاوض الإلكتروني بالرغم من سماح كل منهم بإبرام العقد بوسائل إلكترونية في مختلف قوانينهم المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية التي صدرت لمواكبة التطور التكنولوجي وتسهيل إبرام العقود بسرعة¹.

¹ علاء عبد الأمير موسى النائلي، "المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية دراسة مقارنة"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع04، جامعة بابل، العراق، سنة2015، ص518

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

إلا أنهم أشاروا إلى هذه المرحلة، فالمشروع الفرنسي أشار إلى مرحلة التفاوض صراحة بموجب المادة 1-03 من القانون رقم 287-2018 المؤرخ بتاريخ 20-04-2018 المعدلة للمادة 1-1112 من الأمر رقم 131-2016 المؤرخ في 10-02-2016، المتضمن تعديل القانون المدني الفرنسي، بالنص صراحة على حرية قطع التفاوض العقدي شريطة الالتزام بمبدأ حسن النية¹.

أما المشروع المصري فهو الآخر نص صراحة على الإلتزام بضمان سرية المعلومات في مرحلة التفاوض العقدي بموجب قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 المؤرخ في 17-05-1999².

في حين أشار المشروع الجزائري صراحة إلى العرض التجاري الإلكتروني من خلال نص المادة 10 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية التي نصت على وجوب سبق كل معاملة تجارية إلكترونية بعرض تجاري إلكتروني³، ونصت المادة 11 من نفس القانون على المعلومات الواجب توافرها في هذا العرض التجاري الإلكتروني، كطبيعة وخصائص وأسعار السلع وغيرها من المعلومات، والسؤال المطروح هنا: هل عبارة العرض الإلكتروني التي ذكرها المشروع الجزائري في المادتين 10 و 11 من القانون رقم 18-05 المذكور أعلاه تعبر عن مرحلة التفاوض أم مجرد إيجاب الكتروني؟

بالرجوع إلى اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1980 بشأن عقود البيع الدولي للبضائع بتاريخ 11-04-1980 الساري تطبيقها ابتداء من أول يناير 1988، وبالتحديد المادة 02/14 منها، أنه يستلزم في الإيجاب أن يكون موجها إلى شخص معين أو مجموعة أشخاص وأن العرض الذي يخلو من تعيين

¹ Article 03/01 de la loi n 2018-287 du 20 avril 2018 portant la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, « L'initiative, le développement et la rupture des négociations précontractuelles sont libre, ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi » publié sur le : <https://www.legifrance.gouv.fr> 2019-10-21.

² القانون رقم 17 لسنة 1999، يتعلق بقانون التجارة المصري، المؤرخ في 17 ماي 1999، ج.ر، ع 19 المؤرخة في 17 ماي 1999.

³ القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، السابق ذكره.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

الشخص أو الأشخاص الموجه إليهم يعتبر دعوة للتفاوض ما لم يتبين أن إرادة الأطراف اتجهت إلى غير ذلك.

في حين يرى جانب من الفقه الفرنسي أن تحديد العناصر الجوهرية للعقد كتحديد الثمن هو معيار ثابت لاعتبار العرض التجاري إيجاب وليس بدعوة إلى التفاوض¹، كما اعتبر جانب من الفقه المصري أنّ العرض التجاري الذي يحتوي على بيانات تحديد الأسعار و كذا طبيعة وخصائص السلع أو الخدمات المقترحة وكافة الإجراءات المتعلقة بتنفيذ المعاملة الإلكترونية هو بمثابة إيجاب إلكتروني².

وهذا ما تؤكّد عليه نص المادة 2-18-121 من القانون رقم 2014-344 المؤرخ بتاريخ 17-03-2014، يتعلق بقانون الإستهلاك الفرنسي، أنّ العرض التجاري الذي لا يتضمّن العناصر الضرورية التي تفرضها المقتضيات القانونية، خاصّة منها تحديد السعر ومصاريف التسليم لا ترقى إلى درجة الإيجاب، بل تبقى مجرد دعوة للتفاوض³، التي تتضمن الشروط القانونية المطلوبة لاعتبار الفعل القانوني إيجاب كالعنوان المادي والإلكتروني للمورد الإلكتروني ومدة صلاحية العرض إلى غيرها من الشروط.

يتبين مما سبق أن العرض التجاري الإلكتروني الذي يتضمن كافة العناصر الجوهرية للمعاملة التجارية محل العقد المستقبلي يعبر عن الإيجاب الإلكتروني البات، وعكس ذلك يعتبر دعوة للتفاوض أي الدخول في نقاش من أخذ وعطاء للتوصل إلى تحديد كل المسائل المتعلقة بمحل التعاقد مستقبلاً، وعليه فإن عبارة العرض التجاري الإلكتروني المنصوص عليها في المادة 11 من القانون رقم 05-18

¹ خالد ممدوح إبراهيم، "عقود التجارة الإلكترونية في القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية"، ط01، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2020، ص 169-170.

² نقلاً عن آبا تراب فاطمة الزهراء، "مفهوم الإشهار الإلكتروني"، مجلة القانون والأعمال، ع37، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، مختبر البحث قانون الأعمال، سطات، المغرب، سنة 2018، ص 42.

³ Loi n 2014-344 du 17 mars 2014, du code de la consommation française, publié sur le site :

<https://www.legifrance.gouv.fr> تاريخ الإطلاع 2020-10-21

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

تعبّر عن الإيجاب الإلكتروني وليس بالتفاوض الإلكتروني، وما يُؤكّد ذلك تعريف المشرع الجزائري للعقد الإلكتروني بموجب القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه عقد إذعان¹.

ومن خلال هذا التعريف نجد أن المشرع الجزائري يُقرّ صراحة بغياب وجود مرحلة التفاوض في العقد الإلكتروني على خلاف نظيره الفرنسي والمصري، وبما أن المشرع الجزائري اعتبر العقد الإلكتروني عقد إذعان، حيث لا يُمكن مناقشة شروطه الجوهرية وبالتالي فإنّ عبارة "العرض التجاري الإلكتروني" التي ذكرها المشرع الجزائري تُفيد الإيجاب الإلكتروني وليس مرحلة التفاوض الإلكتروني.

مما يترتب عليه التطرق إلى المقصود العام للتفاوض (أولاً)، ثم مقصود التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية (ثانياً).

أولاً: المقصود العام من التفاوض.

1- التفاوض لغة: كلمة مفاوضات هي جمع مفاوضة و تعني في اللغة العربية عدة معان فيقال ففاوضه في الأمر، أي بادلته الرأي فيه بغية الوصول إلى تسوية أو إتفاق، في الحديث بادلته الرأي وفي المال شاركه في تسميره²، أي يقصد بالمفاوضات لغة المساواة و المشاركة وهي مفاعله من التفويض وفواضه في أمره أي جاره³.

¹ سوف يتم التطرق إلى هذه المسألة لاحقاً عندما نُعرِّج إلى الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول تحت عنوان خصوصية التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.

² بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 11.

³ سمير حامد عبد العزيز الجمال، "التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة- دراسة مقارنة"، ط 01، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، سنة 2016، ص 95.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

كذلك نجد أن التفاوض لغة مشتق من الفعل فوض يقال فوض إليه الأمر: صيره إليه وجعله الحاكم فيه، و المفاوضة: تبادل الرأي من ذوي الشأن، تفاوض القوم في الأمر أي فاوض بعضهم بعضا فيه بغية الوصول إلى إتفاق¹.

وفي حديث معاوية قال لدغفل بن حنظله: بم ضبطت ما أرى؟، قال: بمفاوضة العلماء؟ قال: وما مفاوضة العلماء؟، قال: كنت إذا لقيت عالما أخذت ما عنده وأعطيته ما عندي، المفاوضة: هي مفاعلة من التفويض كأن كل واحد منهما رد ما عنده إلى صاحبه أراد محادثة العلماء ومذاكرتهم في العلم².

وفي اللغة الفرنسية فإن كلمة التفاوض تنطوي على معنيين، المعنى الأول: التجارة أي عملية الشراء و البيع لقيمة منقولة أو عملية تداول الأوراق المالية، أما المعنى الثاني فهو التفاوض أي العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر وبذل العديد من المساعي من الطرفين بهدف التوصل إلى إتفاق بشأن صفقة معينة³.

2- التفاوض اصطلاحاً: هناك محاولات عديدة من قبل الفقه الفرنسي لإعطاء تعريف للتفاوض فعرفه جانب منه، بأنه من أنبل وأعلى تقنيات حل تضارب المصالح، فهو ينطوي على الحرية و الثقة في حين أن جميع الأساليب الأخرى مثل اللجوء إلى القوة، الإجراء القانوني للتحكيم أو الوساطة يفترض القيد وعدم الثقة⁴.

¹ ميكائيل رشيد علي الزبياري، "العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون"، أطروحة دكتوراه في فلسفة الشريعة الإسلامية، تخصص فقه مقارن، الجامعة العراقية، كلية الشريعة، السنة الجامعية 2011-2012، ص 131.

² جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الإفريقي، "لسان العرب"، ج 07، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 2009، ص 237.

³ علي أحمد صالح، "المفاوضات في العقود التجارية الدولية"، دار هومة للنشر، الجزائر، سنة 2012، ص 47-48.

⁴ Guy Deloffre « pédagogie de la négociation commerciale : étude des représentations chez les étudiants et propositions pour une rénovation pédagogique », thèse de doctorat en science de l'éducation, université lorraine, laboratoire Inter universitaire des sciences de l'éducation et de la communication, lorraine, France, soutenue le 02-07-2013, année universitaire 2012-2013, p 45.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

وعرفه جانب آخر بأنه: "تلك المرحلة التمهيديّة التي يتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم بل ليس هناك إيجاب بالعقد ثم قبوله وإنما هناك فقط عروض وعروض مضادة"¹.

ومن جهة أخرى اجتهد الفقه العربي في إعطاء تعريف محدد للتفاوض، فعرفه جانب منه بأنه: "التحاور و المناقشة وتبادل الأفكار والآراء و المساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين"².

غير أن التعريف الذي يؤيده جانب كبير من الفقه الفرنسي والعربي، هو الذي يذهب إلى القول بأن التفاوض على العقد هو: "حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر، بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض و المقترحات وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل"³.

ثانيا: مقصود التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية: لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، بالرغم من إصداره مؤخرا للقانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية مُكتفيا بتعريف العقد الإلكتروني بأنه إجازة التعبير عن الإرادة بهدف التعاقد عبر مختلف الوسائل الإلكترونية.

وتجدر الإشارة أنّ التشريع المقارن والتشريع الجزائري محل الدراسة أقرّوا صراحة على إمكانية صدور الإيجاب بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل، هذا ما تنص عليه المادة 64 من ق.م.ج المقابلة لنص

¹ نقلا عن أمازوز لطيفة، "مرحلة التفاوض في العقود الإلكترونية"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع 04، مج 11، جامعة الخلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الخلفة، الجزائر، سنة 2018، ص 116.

² نقلا عن غسان عبيد محمد المعموري، "المفاوضات ودورها في تسوية منازعات عقود التنمية التكنولوجية"، مجلة أهل البيت عليهم السلام، ع 22، جامعة أهل البيت عليهم السلام، كلية القانون، كربلاء، العراق، سنة 218، ص 379-380.

³ بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 12.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

المادة 94 من ق.م.م، وبالرجوع إليهما نجد أنّ الأصل في التعبير عن الإرادة بشكل خاص و التفاوض بشكل عام يشترط فيه شكل خاص و بالتالي فهو جائز بكافة الوسائل¹.

وبخصوص المشرع الفرنسي نجد أنه هو الآخر نصّ على إمكانية استخدام الوسائل الإلكترونية في التعاقد أو لتوفير معلومات عن السلع أو الخدمات، وهذا ما تجسّده المادة 1125 من الأمر 2016-131 الذي دخل حيّز التطبيق في 01-10-2016 المتضمّن أهم التعديلات الواردة على القانون المدني الفرنسي في مجال العقود².

وترتبط على ذلك يلاحظ أنّ المشرعين الجزائري والمصري على غرار نظيرهم المشرع الفرنسي يُجيزون التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية، فلم لا يكون التفاوض الممهد لإبرام العقد هو الآخر جائز إتمامه عبر هذه الوسائل؟.

وجدير بالذكر في هذا الصدد أنّ جانب من الفقه الفرنسي عزّف التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية بأنه: "التحاور و المناقشة و تبادل الأفكار و المساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما، حيث يتم عادة شفاهة عن طريق الاتصال المباشر و قد يتم عن طريق تبادل البيانات الكترونياً عبر البريد الإلكتروني والتي أخذت في الانتشار خاصة في إطار التعامل التجاري الدولي"³.

في حين أنّ بعض الفقه الفرنسي إلى تعريفه بأنه: "تبادل الاقتراحات والمناقشات و المساومات و الخطابات و المستندات و التقارير و الدراسات باستخدام الوسائل الإلكترونية السمعية

¹ نقلا عن محمود عبد الرحيم شريفات، "التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت-دراسة مقارنة-"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، سنة 2009، ص 41.

² Ordonnance n 2016-131 du 10-02-2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, modifié par la loi n 2018-287 du 20-04-2018 précité, publié sur le site : <http://www.legifrance.gouv.fr> 2020-10-21 تاريخ الإطلاع

³ نقلا عن خالد ممدوح إبراهيم، "إبرام العقد الإلكتروني-دراسة مقارنة-"، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2006، ص 209.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

البصرية بشأن العقد المزمع إبرامه، كالتفاوض عبر شبكة الانترنت باستعمال برنامج الاتصال الإلكتروني المباشر بين متفاوضين عن بعد لا يجمعهما حضور مادي في مكان واحد بل هما غائبان جسدياً على الأقل يجمعهما الحضور الافتراضي أو الحكمي المتعاصر¹.

يتبين من هذه التعاريف أنه يعاب عليها حصر تعريف التفاوض الإلكتروني على وسيلة إلكترونية واحدة فقط بينما الوسائل الإلكترونية هي متعددة لا حصر لها وهي في تطور مستمر نظراً للتطور المستمر لتكنولوجيا المعلومات.

وخلافاً للتعريفات المذكورة أعلاه التي حصرت تعريف التفاوض الإلكتروني على وسيلة إلكترونية معينة فقط، عرّفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه: "تبادل الآراء و تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتفاوضة عن طريق وسيلة إلكترونية ويكون الغرض منه إبرام العقد النهائي"².

في حين أجمعه بعض الفقه الفرنسي إلى تعريفه بأنه: "تبادل الاقتراحات و المساومات من قبل الأطراف المتفاوضة بوسائل إلكترونية بهدف التعرف على الصفقة المزمع إبرامها ومشمولاتها بالإضافة إلى الآثار المترتبة عنها من حقوق و التزامات من أجل تحقيق التوازن في المصالح"³.

وفي نفس السياق عرّفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه: "المقترحات الأولية التي يبيدها أحد الطرفين كإعلان الرغبة في التعاقد حتى لو لم تصل الرغبة إلى حد الإيجاب البات و المقترحات المضادة التي يتقدم بها الطرف الآخر و المناقشات التي تتم بينهما عن طريق وسائل الاتصال عن بعد فيناقشان ما

¹ نقلاً عن بلحاج العربي، "الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري"، دار هومة للنشر، الجزائر، سنة 2014، ص 62-64.

² نقلاً عن مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، المرجع السابق، ص 562.

³ نقلاً عن محمد بوكماش، كمال تكواشت "الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع 07، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، سنة 2018، ص 159.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

سيكون أو ما يمكن أن يكون عليه مضمون العقد الذي يراد إبرامه و يقدران مصلحة كل منهما فيما يضعانه من شروط"¹.

يتضح مما سبق أن التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية ما هو إلا تفاوض بمعناه التقليدي كل ما في الأمر وجود الوسيلة الإلكترونية التي يتم استعمالها لإجراء التفاوض على العقد المراد إبرامه نهائياً التي تجعل من هذا العقد إلكترونيًا، وعليه يكتسي التفاوض الوصف الإلكتروني على صورتين أولها الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في إجراء عملية التفاوض وثانيها إجراء التفاوض لإبرام عقد إلكتروني وهنا تكمن خصوصية التفاوض الإلكتروني، وهذا ما سيتم معالجته بالتفصيل لاحقاً.

الأمر الذي يُمكن معه القول، أنّ التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية ليس بديل عن التفاوض التقليدي وإنما هو امتداد له وذلك نتيجة التطور الحاصل في مجال وسائل تكنولوجيا المعلومات في ميدان الاتصالات و الوسائل الإلكترونية خاصة مع ظهور الشبكة العالمية للانترنت والتي من شأنها تسهيل المعاملات الدولية خاصة في حالة وجود أحد الأطراف الراغبة في التعاقد في دولة غير دولة الطرف الآخر"².

الفرع الثاني: خصائص التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.

يتميز التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية من حيث المبدأ بنفس الخصائص التي يتميز بها التفاوض التقليدي، مع وجود خاصية الوسيلة الإلكترونية التي تضفي على هذا التفاوض نوع من الخصوصية.

أولاً: التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية تصرف إرادي اختياري: ذلك أن كل طرف من أطراف التفاوض لا يدخل المفاوضات، إلاّ بعد أن تكون إرادته حرة أي دون جبر و دون

¹نقلا عن مصطفى خضير نشمي، "النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، السنة الجامعية 2013-2014، ص 16-17.

²علاء عبد الأمير موسى النائي، المرجع السابق، ص 520.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

تعرض للإكراه حيث يظل كل طرف من أطراف التفاوض حراً طيلة مرحلة المفاوضات فيكون له الاستمرار في التفاوض أو يعدل عنه في أي وقت يشاء دون أن يترتب عن ذلك أية مسؤولية، إلا إذا اقترن ذلك الانسحاب بخطأ من الطرف المتفاوض الذي انسحب من عملية التفاوض¹.

وبهذا الخصوص أقرت محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها، بأن المفاوضات لا يترتب عليها أي أثر قانوني وأن كل متفاوض حر في قطع التفاوض أو العدول عنه في الوقت الذي يريد إلا إذا اقترن هذا العدول بخطأ نشأ عنه ضرر للطرف الآخر، ويرجع ذلك كله إلى مبدأ حرية التعاقد الذي لا يمنع من امتداده إلى مرحلة التفاوض، إذ وفقاً لهذا المبدأ تكفي الإرادة لإنشاء العقد وتحديد مضمونه وآثاره، فالإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد².

فالتفاوض العقدي يمثل محور العملية التفاوضية في التوصل إلى اتفاق نهائي لإبرام عقد معين³، إذ يتم التفاوض بناء على دعوة يوجهها أحد أطراف التفاوض تمثل عرض يتضمن إرادة أولية ترغب في التفاوض للتوصل إلى إبرام العقد محل التفاوض بالتراضي أي بناء على تصرف إرادي⁴.

وتجدر الإشارة في هذا المقام أنّ المشرع الفرنسي مدّد من مبدأ سلطان الإرادة بحيث جعله يمتد إلى المرحلة التي تسبق إبرام العقد، وهذا ما جسّده صراحة بموجب المادة 1-03 من ق.م.ف لسنة 2018 السابق، التي جعلت التفاوض من حيث بدايته، سيره وقطعه خاضعاً لحرية الأطراف، معنى ذلك أن للأطراف المتفاوضة كامل الحرية في إجراء عملية التفاوض بالشكل الذي يرغبون به من بدايته إلى غاية نهايته.

¹ أبو العلا علي أبو العلا النمر، "مفاوضات عقود التجارة الدولية"، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، سنة 2002، ص 15.

² نقلاً محمد حسين منصور، "العقود الدولية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2006، ص 46.

³ نادر أحمد أبو شيخة، "أصول التفاوض"، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، سنة 2007، ص 27.

⁴ أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص 21.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

في حين أنّ المشرع المصري جعل مبدأ سلطان الإرادة يقتصر على مرحلة التعاقد فقط دون مرحلة التفاوض، وهذا ما تجسده المادة 01/147 من ق.م.م، التي تنص بأنه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرّها القانون"¹، وهو ما نصّ عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 106 من ق.م.ج، المقابلة لنص المادة 01/147 من ق.م.م.

وتجدر الإشارة أنه تم تجسيد التصرف الإرادي الاختياري للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية بموجب اتفاقية استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية الصادرة من لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة لسنة 2007، التي راعت حقيقة الصعوبات القانونية التي تثيرها استخدام الوسائل الإلكترونية في عملية التفاوض على العقود من خلال قولها: "حرية الأطراف مسألة مهمة في حيوية المفاوضات العقدية شريطة الالتزام بالشروط القانونية الواجب إتباعها في نطاق تكوين العقود وفق هذه الاتفاقية التي تشترط في الخطابات الإلكترونية للتعبير عن الإرادة خلال مرحلة التفاوض على إبرام العقود الإلكترونية إلزامية أن توفى هذه الخطابات الإلكترونية عناصرها"، وهكذا هيمن مبدأ سلطان الإرادة على مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية من خلال حرية الدخول في المفاوضات واختيار الوسيلة الإلكترونية².

وتجدر الملاحظة أن حرية التفاوض العقدي من المبادئ الدولية في مجال إبرام العقود، كون الإرادة هي جوهر و أساس الالتزام التعاقدي و كل ما يحد من هذه الإرادة هي قيود تخدم الإرادة وترسخ مناخ

¹ القانون رقم 131 لسنة 1948، المؤرخ بتاريخ 16-07-1948، يتضمن القانون المدني المصري، ج.ر، ع108 مكرراً، مؤرخة بتاريخ 29-07-1948.

² عتيق حنان، "مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية"، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، معهد الحقوق، البويرة، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012، ص08 - 09.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

الثقة كمبدأ حسن النية القاضي بالالتزام بالنزاهة و الشرف و الأمانة و الثقة المتبادلة فهي كلها من متطلبات المعاملات الإلكترونية خصوصا في ظل تباعد الأطراف الراغبة في التعاقد¹.

والسبب في تقييد حرية التفاوض التقليدي عامّة والإلكتروني خاصّة هو أن هذا الأخير على إطلاقه يتضمن مخاطر بالغة في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية كأن يكون مقصد أحد أطراف التفاوض على التحايل للإطلاع على الأسرار المهنية الخاصة بالطرف الآخر و تفويت فرصة التعاقد قصد الإضرار به، لذلك كان لزاما وضع مبدأ حسن النية في التفاوض، إذ يتفق غالبية الفقه على أن مبدأ حسن النية لا يقتصر تطبيقه على مرحلة تنفيذ العقد، وإنما يمتد إلى المرحلة السابقة على التعاقد وهي مرحلة التفاوض².

ومثال ذلك أن يدعو صاحب المتجر الافتراضي زبائنه إلى التعاقد معه على الخط و يحاول قدر الإمكان جذبهم إلى منتجاته و خدماته الرقمية بشتى الطرق عبر مختلف الوسائل الإلكترونية و بعد مشاهدة الطرف الراغب في التعاقد للسلعة المعروضة يندفع اختياريا بإرادته إلى الدخول في مفاوضات مع صاحب المتجر الافتراضي من أجل الحسم في موضوع التعاقد³.

يتضح مما سبق أن التفاوض في العقود التقليدية عامة والعقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية خاصة هو تصرف إرادي اختياري كأصل عام يهيمن عليه مبدأ حسن النية من أجل ضمان حسن سير المفاوضات التي تهدف إلى إبرام عقد معين، وهذا ما سنفصل فيه عندما نتعرض لمسألة المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التفاوض.

¹ حمودي ناصر، "إعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الإلكترونية الدولية: آلية أساسية أم بديل احتياطي أمام فكرة الفراغ التشريعي؟"، المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني الرابع حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية و التقييد يومي 06 و 07 نوفمبر 2017، جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق، بومرداس، الجزائر، ط 01، بيت الأفكار للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، سنة 2019، ص 153.

² درماش بن عزوز، "حسن النية في عقود الأعمال"، المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني الرابع حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية و التقييد يومي 06 و 07 نوفمبر 2017، جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق، بومرداس، الجزائر، ط 01، بيت الأفكار للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، سنة 2019، ص 226.

³ عتيق حنان، المرجع السابق، ص 18.

ثانيا: التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية ذو نتيجة احتمالية: إنّ النتيجة الطبيعية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، هي التوصل إلى إبرام العقد النهائي محل التفاوض، وذلك بأن ينجح الطرفان في التوصل إلى اتفاق نهائي بخصوص جميع الشروط الجوهرية المتعلقة بهذا العقد، ولكن هذه النتيجة تبقى دائما احتمالية¹.

فالمفاوضات هي ذات نتيجة احتمالية قد تتحقق أو لا تتحقق لأن أطراف التفاوض ليسوا ملزمين بالتوصل إلى اتفاق نهائي بشأن إبرام العقد محل التفاوض، فعنصر الاحتمال هو الذي يسيطر على المفاوضات العقدية وهذا الأمر يجد أساسه في تمتع أطراف التفاوض بالإرادة الحرة شريطة الالتزام بمبدأ حسن النية كما أشرنا إلى ذلك سابقا².

إنّ مناط التفاوض هو عنصر الاحتمال لصعوبة معرفة النتائج التي سوف تنتهي إليها هذه العملية³، كون الأطراف الراغبة في التعاقد سوف تدخل في نقاش من أخذ وعطاء، فإمّا أن يتوصلوا إلى اتفاق نهائي وإمّا لا، الأمر الذي لا يمكن معه الجزم بأن العقد النهائي محل التفاوض سوف يبرم أم لا⁴، فقد تصل عملية التفاوض إلى طريق مسدود عندما يمارس أحد أطراف هذه العملية حق العدول عن الاستمرار في التفاوض على إبرام العقد النهائي بحسن نية⁵.

إن الهدف من التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، هو التوصل إلى اتفاق نهائي بشأن إبرام العقد محل التفاوض، ومع ذلك فقد لا تؤول عملية التفاوض إلى اتفاق بسبب فشل أطراف

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 57.

² هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيثاوي، "المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي دراسة مقارنة"، مجلة كلية الشريعة والقانون، ع 34، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، طنطا، مصر، سنة 2019، ص 113.

³ أحمد سلامة عبد الكريم، "قانون العقد الدولي-مفاوضات العقود الدولية- قانون الإرادة وأزمته"، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، سنة 2008، ص 69.

⁴ أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 36.

⁵ بن جبارة عباس، "تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة جيلالي اليابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014، ص 108.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

التفاوض في ذلك، لوجود عدة عوامل من شأنها عرقلة سير التفاوض وتجعل نتائجه الإيجابية أو السلبية احتمالية إلى حد بعيد، وهذا ما يميز التفاوض في أنه ذو نتيجة احتمالية، فليس من المؤكد لأي من المتفاوضين التنبؤ بحقيقة التوصل إلى اتفاق نهائي يؤدي إلى إبرام العقد من عدمه فقد يصل التفاوض إلى طريق مسدود ومن ثم يعدل الأطراف عن ذلك دون التوصل إلى اتفاق بشأن العقد محل التفاوض¹، فالتفاوض يلعب دور وقائي سواء أسفر عن إبرام العقد أو عدم إبرامه، لأن فشل التفاوض بعد تبين كل طرف لحقيقة الوضع يقي من إبرام عقد يفتح باب النزاع².

لما كان التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية يقوم على تبادل الآراء والاقتراحات من خلال إرسال رسائل البيانات المتضمنة لعروض التفاوض يسعى من خلالها الأطراف إلى تقريب وجهات النظر المختلفة، فهو أيضا على غرار التفاوض في العقود التقليدية ذو نتيجة احتمالية قد يتوصل الأطراف إلى اتفاق نهائي بشأن جميع شروط العقد كما قد ينتهي التفاوض إلى لا شيء³.

وتجدر الملاحظة في هذا المقام أن نتيجة عدم التوصل إلى اتفاق نهائي أثناء عملية التفاوض تتوقف على حالتين:

- الحالة الأولى تتمثل في توقف طرفي التفاوض عند مرحلة معينة من المفاوضات بإرادتهم بحسن نية.
- الحالة الثانية تتمثل في فشل التفاوض لسبب خارج عن إرادة طرفي التفاوض أو أحدهما رغم بذلهما كل ما يقتضيه مبدأ حسن النية من أمانة وصدق⁴.

إذا فالنتيجة الاحتمالية للتفاوض مركبة تتعدد فيها الأسباب، إما تنتهي المفاوضات إلى اتفاق نهائي لإبرام العقد وإما لا، والسبب في عدم الانتهاء إلى التوصل إلى اتفاق نهائي هو سبب مركب إما

¹ أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص 22.

² غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص 383.

³ أكسوم عيلاّم رشيدة، "المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني"، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص داخلي، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تيزي وزو، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، ص 229.

⁴ عهود أحمد حسين خليفات، "مدى انسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية دراسة تحليلية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، ع 01، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2020، ص 583.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

يكون بإرادة طرفي التفاوض وإما لسبب خارج عن إرادتهما وإما بسبب تعسف أحد الطرفين برغبته دون الطرف الآخر فعلى هذا الأساس يعتبر التفاوض ذو نتيجة احتمالية.

ثالثا: التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية عملية تبادلية: يقصد بكلمة "التبادل" الأخذ والعطاء وهنا يقوم التفاوض على تبادل العروض والاقتراحات، حيث يقوم كل طرف بمناقشة الطرف الآخر، فإذا غاب النقاش وتبادل وجهات النظر انعدم وجود التفاوض¹، حيث يتم هذا الأخير في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية بوجود طرفين أو أكثر لديهم رغبة حقيقية للاتصال والتواصل فيما بينهم بهدف التوصل إلى اتفاق مشترك وهذا لا يتصور حدوثه من شخص واحد، بل لا بد من وجود شخصين أو أكثر، ذلك أن التفاوض يقوم على الأخذ والعطاء من أجل تحقيق التوازن بين مصالح أطراف التفاوض².

والحقيقة أن التفاوض قد يكون بين حاضرين عن طريق استخدام وسائل الاتصال الحديثة حيث يتم بين طرفين في مكانين مختلفين عن طريق الاتصال المباشر بينهما فالتفاوض في هذه الصورة يوفر الوقت، ومثال ذلك أن تجرى المفاوضات الإلكترونية عبر شبكة الانترنت بالصوت والصورة عن طريق استخدام جهاز الكمبيوتر المزود بكاميرا وميكروفون الأمر الذي يتحقق معه حضور الأطراف من حيث الزمان وغياهما من حيث المكان لوجود مسافة مكانية تفصل بينهما.

ولكن الإشكال المطروح هنا هو في حالة ما إذا كان أطراف التفاوض في اتصال مباشر يتبادلان الحوار والنقاش فينقطعان عن ذلك بسبب حدوث خلل تقني في شبكة الانترنت مما يتعذر معه على أطراف التفاوض مواصلة النقاش مباشرة، مع العلم أن مقدم خدمة الانترنت يقوم فيما بعد إرسال رسالة بيانات لكل من الأطراف ويعلمهما بنتيجة التحوار التي توصلها إليها عند حدوث الخلل التقني، فهل طرفي التفاوض في هذه الحالة ملزمين بهذه النتيجة أم لا؟

¹ بلقاسم حامدي، "إبرام العقد الإلكتروني"، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون الأعمال، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، باتنة، الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015، ص 50.

² بلقاسم حامدي، المرجع نفسه، ص 60.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأنّ أطراف التفاوض ملزمين بهذه النتيجة، بينما يرى جانب فقهي آخر أنّ إلزام أطراف التفاوض بنتيجة الحوار والنقاش الذي يرسله مقدم الخدمة فيما بعد لوجود خلل تقني لا ينسجم مع مقتضيات التفاوض الإلكتروني باعتباره وسيلة للتداول والمناقشة بهدف الوصول إلى حل يتفق عليه كلا الطرفين، وبالتالي فإنهما غير ملزمين بنتيجة الحوار التي يرسلها لهم مقدم خدمة الانترنت إذ لهم كامل الحرية في قبولها أو تعديلها بمواصلة التفاوض¹.

والرّاجح هو الرأي الأخير، وهذا للحفاظ على توازن مصالح أطراف التفاوض بناء على الاتفاق النهائي المتوصل إليه.

إن تبادل الآراء والحوار بالأخذ والعطاء يجعل من التفاوض عملية تبادلية من خلال الدخول في نقاش وتبادل الاقتراحات والأفكار بنية الوصول إلى اتفاق مشترك، وهذا عنصر جوهري إذ لا يمكن اعتبار التفاوض قانوني ما لم يكن هذا الأخير يهدف إلى تحقيق مصلحة تبادلية معينة².

كما تبدأ العلاقة التفاوضية بين الأطراف على شكل تبادلات تستخدم تمهيدا لعقد مستقبلي حيث تخضع هذه العلاقة لانعكاسات البحث عن عناصر عقد محتمل شيئا فشيئا تبني الأطراف المتفاوضة مشروعهم المشترك الذي يشاركون فيه على قدم المساواة في نضجه³.

ما يميز مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية أنّها تقوم على تقديم عروض وعروض مقابلة، حيث يقوم كل طرف ببحث العرض المقدم من الطرف الآخر فله حرية قبوله أو تعديله أو رفضه، إلا أنه في حالة إجراء بعض التعديلات على العرض فإن الطرف الآخر له حرية اختيار بين قبول

¹ علاء عبد الأمير موسى، المرجع السابق، ص 521.

² شبة سفيان، "عقد البيع الدولي"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2011-2012، تلمسان، الجزائر، ص 122 و 123.

³ Sylvette Guillemard « Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi », revue générale de droit, n 01, université d'Ottawa, faculté de droit, section de droit civil, Ottawa, Canada, année 1994, p 50 et 51.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

هذه التعديلات أو إنهاء التفاوض وهذا من أجل تحقيق التوازن بين مصلحة الأطراف المتفاوضة¹، أكثر من ذلك لا يوجد ما يمنع كل متفاوض في البحث عن أفضل صفقة مع ترجيح مصلحته الشخصية شريطة عدم التصرف بسوء نية كخداع الطرف الآخر المتفاوض معه².

رابعاً: التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية يتم بوسيلة إلكترونية: أضحت الوسائل الإلكترونية أكثر استعمالاً وانتشاراً في زمننا هذا من أجل مواكبة السرعة التي يمتاز بها العصر الحالي نتيجة ما تقدمه شبكة الانترنت من خدمات خاصة فيما يتعلق بالعقود التي يكون محلها إلكتروني كالعقود الإلكترونية وعقود التجارة الإلكترونية من خلال عرض المنتج عبر مختلف الوسائل الإلكترونية للتفاوض³، حيث أصبح التفاوض التقليدي غير قادر على مواجهة متطلبات بزوغ التكنولوجيا وما ترتب عنها من وسائل إلكترونية متنوعة من شأنها تحقيق السرعة في إبرام مختلف العمليات عن بعد⁴.

إنَّ أهم خاصية يختص بها التفاوض الإلكتروني وجود الوسيلة الإلكترونية وهذه الأخيرة لا حصر لها نتيجة التطور المستمر والهائل لتكنولوجيا المعلومات في وسائل الاتصالات، والتي تعرف بوسائل التبادل الإلكتروني للبيانات أهمها شبكة الانترنت وما تقدمه من خدمات كالبريد الإلكتروني⁵.

يتمّ التفاوض في مجال العقود الإلكترونية باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال، فيكون التعبير عن الإرادة في هذه المرحلة بتبادل رسائل البيانات عبر وسيلة إلكترونية معينة، كالبريد الإلكتروني⁶،

¹ عصام عبد الفتاح مطر، "التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2009، ص 139.

² Rabih Monzer, "Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle anglo-saxons", revue internationale de droit régime juridique romano-germanique et comparé, n 03, Persée société de législation comparée, paris, France, année 2007, p 531.

³ مها نصيف جاسم، المرجع السابق، ص 565.

⁴ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 264.

⁵ منصور الصرايرة، "الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، ع 02، جامعة إربد الأهلية، كلية الشريعة والقانون، قسم القانون، الأردن، سنة 2009، ص 822.

⁶ آية بلعقون، "المفاوضات الإلكترونية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 01، جامعة باتنة 01 الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2020، ص 813.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

فالتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية جاء استجابة للتطور الهائل في وسائل الإنتاج الصناعي والتكنولوجي والثورة المعلوماتية الذي جعل من التفاوض التقليدي لا يتوافق مع هذا التطور¹.

وفي هذا الشأن أجاز المشرع الفرنسي التعامل بالوسائل الإلكترونية سواء في المرحلة السابقة على التعاقد أو بعدها بموجب تعديله للقانون المدني بالأمر رقم 131-2016 المذكور سابقا، حيث نصت المادة 1125 على إمكانية استعمال أو استخدام الوسائل الإلكترونية في الاشتراطات التعاقدية المتاحة أو معلومات عن السلع أو الخدمات².

وبالمثل أجاز المشرع المصري هو الآخر التعامل بالوسائل الإلكترونية بموجب القرار رقم 361 لسنة 2020 المؤرخ في 19-04-2020، يتضمن تعديل اللائحة التنفيذية للقانون رقم 15 لسنة 2004 بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، حيث نصت المادة 03/01 منه على أن المحرر الإلكتروني: "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ، أو تدمج أو تخزن، أو ترسل، أو تستقبل، كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة"³.

ومن جانبه سمح المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي والمصري بإبرام العقد عبر الوسائل الإلكترونية بموجب نص المادة 01/10 القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية السابق، إلا أنه لم يعرف هذه الوسائل مكثفياً بتعريف الاتصالات الإلكترونية على أنها: "كل إرسال أو تراسل أو

¹ مصطفى خضير نشمي، "النظام القانوني للمفاوضات التمهيديّة للتعاقد"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، تاريخ المناقشة 13-01-2014، السنة الجامعية 2013-2014، عمان، الأردن، ص 67.

² العيشي عبد الرحمن، "ركن الرضا في العقد الإلكتروني"، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2016-2017، ص 16.

³ القرار رقم 361 لسنة 2020 المؤرخ في 19-04-2020، يتضمن تعديل اللائحة التنفيذية للقانون رقم 15 لسنة 2004 بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، السابق ذكره، ص 04.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها عبر الأسلاك أو الألياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطيسية¹.

وتجدر الملاحظة أنّ الوسائل الإلكترونية وفّرت خدمات جوهرية كنقل البيانات التي تساعد في تسهيل عملية التفاوض، كما أنها تتيح للراغبين في التعاقد طرق متطورة للإعلان عن السلع والخدمات دون حاجة التواجد المادي لهؤلاء الأطراف في نفس المكان²، ومن أهم هذه الوسائل نجد مثلا وسائل التواصل الاجتماعي كالفيسبوك والماسنجر حيث يحققان الإرسال والاستقبال الفوريين عن طريق شاشة الحاسوب أو الهاتف النقال³.

المطلب الثاني: المبادئ الأساسية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.

بما أن التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية هو امتداد للتفاوض التقليدي الذي يختلف عنه فقط في وجود الوسيلة الإلكترونية، الأمر الذي يجعل من البحث عن المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التفاوض الإلكتروني هي نفسها المبادئ التي يرتكز عليها التفاوض التقليدي التي تعمل على إيجاد التوازن بين أطراف التفاوض وهما مبدأ حرية التفاوض (الفرع الأول)، ومبدأ حسن النية الذي يقيد المبدأ الأول تكريسا لأمن التفاوض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبدأ حرية التفاوض.

¹ القانون رقم 18-04 المؤرخ في 10 ماي 2018، المتضمن تحديد القواعد المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج.ر، ع 27 المؤرخة في 13 ماي 2018، ص 06.

² عبد الرحمن العيشي، "آليات التجارة الإلكترونية وأثرها في الجزائر"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع 13، جامعة البلدة 02 لونيبي علي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البلدة، الجزائر، سنة 2018، ص 154.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 69 - 70.

يُعتبر مبدأ حرية التعاقد أهم مبدأ في التشريع المقارن، فهو الأب الروحي لعدّة مبادئ خاصة بمبدأ حرية التفاوض، الأمر الذي يستدعي الوقوف على موقف الفقه المقارن من هذا المبدأ (أولاً) ثم موقف التشريع المقارن (ثانياً)، وأخيراً موقف المشرع الجزائري (ثالثاً).

أولاً: موقف الفقه المقارن من مبدأ حرية التفاوض: يُؤكّد غالبية الفقه الفرنسي على مبدأ حرية التفاوض وذلك بوضع المحادثات تحت علامة الحرية، أي أنّ الأطراف حرة في الدخول إلى المفاوضات بشأن عقد أو لا، وإذا كانت هذه المفاوضات قد بدأت فإنها حرة أيضاً في تشكيل الأطراف وهي حرة أيضاً في إجراء المفاوضات حسب ما تراه مناسبا، فهي تقوم على مبدأ الحرية التعاقدية في محتواها الأساسي الذي يمكن وفقاً لتفسير ليبرالي جدّاً أن يحلّل هذا القول على أنه "خلال المفاوضات يجب مناقشة كل شيء بحرية حتى اللحظة الأخيرة للسماح لقانون السوق أن يلعب بشكل كامل إلى أن ينتهي الجميع بحرية البحث عن الأفضل في مكان آخر" هذا يعني من حيث المبدأ أن كل طرف في المفاوضات يظلّ حراً في إنائها عندما يرى أن من الضروري عملياً أنه لا يمكن التوصل إلى اتفاق¹.

على الرغم من القول بأن مبدأ حرية التفاوض يستمد وجوده من مبدأ حرية التعاقد، إلا أنه ثار جدل فقهي واسع حول هذه المسألة على أساس أنه حتى لو أنّ مبدأ حرية التفاوض ومبدأ حرية التعاقد مصدرهما مبدأ استقلالية الإرادة، إلا أن هذين المبدأين مختلفان فكل منهما مستقل عن الآخر².

1- الفصل بين مبدأ حرية التعاقد ومبدأ حرية التفاوض: اتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن مبدأ حرية التفاوض هو مبدأ مستقل عن مبدأ حرية التعاقد، ذلك أن هذا الأخير يتعلق باللحظة الأخيرة للمحادثات أما مبدأ حرية التفاوض، فهو ينطبق على المحادثات التمهيديّة للعقد المراد إبرامه

¹ Julie Joly-Hurard, « Conciliation et médiation judiciaires », publié le 15avril2015 sur <http://www.openedition.org> 2020-11-26 تاريخ الإطلاع

² Radu Stancu, « l'évolution de la responsabilité civil dans la phase précontractuelle –comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen », université de Strasbourg, école doctorale droit, centre de droit privé fondamental, France, année universitaire 2014-2015, page 17.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

إلى جانب اختلاف هذين المبدأين من حيث المضمون، فمبدأ حرية التعاقد يمنح الأطراف حرية التعاقد أم لا واختيار محتوى وشكل العقد، كذلك اختيار الطرف المتعاقد، أما مبدأ حرية التفاوض، فهو يمنح الأطراف حرية الدخول في مفاوضات لمتابعتها أو قطعها في أي وقت، أكثر من ذلك اختلف هذا الجانب الفقهي حول مسألة حرية قطع التفاوض في أي وقت من عدمه، ففريق من الفقه يتجه نحو حرية قطع المفاوضات في أي وقت لعدم وجود أي التزام قانوني يجبرهم على ذلك، في حين عارض فريق من الفقه هذا الرأي على أساس أنّ قطع التفاوض دون سبب جدي يعتبر خطأ يشكل انتهاكاً للحقوق¹.

2- مبدأ حرية التفاوض هو امتداد لمبدأ حرية التعاقد: يتجه جانب من الفقه المصري إلى أنّ مبدأ حرية التفاوض هو امتداد لمبدأ حرية التعاقد على أساس أن مبدأ حرية التفاوض مبدأ تكميلي ضروري لحسن سير التفاوض، وأنّ حرية الدخول في المفاوضات العقدية بمثابة المحور الأول لمبدأ حرية التعاقد حيث يعتبر مبدأ حرية التفاوض ترجمة لمبدأ حرية التعاقد الذي يقوم على الإرادة الحرة وبالتالي فإن مبدأ حرية التفاوض هو نتاج فعل الحرية التعاقدية تطبيقاً للمبدأ الشهير "مبدأ سلطان الإرادة"².

والرأي الرَّاجح هو أنّ مبدأ حرية التفاوض هو امتداد لمبدأ حرية التعاقد يحكمهم مبدأ سلطان الإرادة فهيمنة هذا الأخير في مرحلة التفاوض على العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية أتاح للإرادة إمكانية بلورة وصياغة بنود العقد الإلكتروني بإجراء التفاوض عن بعد³، فإذا خلصت المفاوضات إلى إبرام العقد محل التفاوض تجسد هذا المبدأ بجلاء في القوة الملزمة للعقد عملاً بالقاعدة الشهيرة "العقد

¹Radu Stancu, op.cit, page 18 - 19 - 31.

²Mahmoud Elsehly, op cite, page 78 - 79.

³حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 152 - 153.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

شريعة المتعاقدين" فمفاد مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة التفاوض أن للإرادة السلطان الأكبر في بناء كيان تعاقدى والتحكم فيه نشوء واستمرارا وانتهاء¹.

خلاصة القول أنّ التفاوض يقوم على الحرية المطلقة لأطرافه التي تسمح لأحدهما بإنهاء هذا التفاوض عندما يتبين له استحالة التوصل إلى اتفاق، إلا أنّ هذا الشرط الأخير ليس بمبرر منطقي فقد يتعسف هذا الطرف مرجحا مصلحته على مصلحة الطرف الآخر، فيُنهي العلاقة التفاوضية مبرا ذلك باستحالة مواصلة المفاوضات لصعوبة التوصل إلى اتفاق نهائي، إذ يجب عليه تقديم سبب مشروع ومنطقي حفاظا على توازن مصلحتي الطرفين.

ثانيا: موقف التشريع المقارن من مبدأ حرية التفاوض: من مظاهر مبدأ حرية التفاوض في العقود الإلكترونية، أنّ الدعوة للتفاوض لا ترتب التزاما حقيقيا على طرفيه، حيث لا يلتزم أحد طرفي التفاوض بالاستمرار في المفاوضات في حال قبول هذه الدعوة والدخول في هذه المرحلة من مراحل العقد المراد إبرامه².

هذا المبدأ استمد وجوده من مبدأ حرية التعاقد أو ما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة³، الذي تبناه التشريع المقارن محل الدراسة، فأكد عليه المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 1102 من ق.م.ف لسنة 2016 السابق التي تنص بأنه: "كل شخص حر في التعاقد أو عدم التعاقد واختيار المتعاقد" كما

¹ موفق نور الدين، "عقود نقل التكنولوجيا بين التفاوض والإذعان"، المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني الرابع حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد، يومي 06 و 07 نوفمبر 2017 بقاعة المحاضرات الكبرى، جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق، بومرداس، الجزائر، ط 01، بيت الأفكار للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، سنة 2019، ص 205.

² حمودي ناصر، "إعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الإلكترونية الدولية آلية أساسية أم بديل احتياطي أمام فكرة الفراغ التشريعي؟"، المرجع السابق، ص 152.

³ لا يوجد تعريف قانوني لمبدأ حرية التعاقد غير أن بعض الفقه عرفه بأنه: "الإرادة المشتركة لطرفي العقد حيث تنشأ هذا الأخير في ذاته وتحدد آثاره ثم يأتي القانون بعد ذلك ليعمل على تحقيق الغاية المقصودة من تلك الإرادة المشتركة" نقلا عن بلحارث ليندة، "مكانة مبدأ سلطان الإرادة خلال مرحلة التفاوض في عقود التجارة الدولية"، المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني الرابع حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد، يومي 06 و 07 نوفمبر 2017، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة بومرداس، ط 01، بيت الأفكار للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، سنة 2019، ص 289 و 290.

الباب الأول: التأسيس القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

أكدت المادة 1103 من نفس القانون على ضرورة احترام العقود باعتبارها شريعة المتعاقدين متى تكونت على وجه قانوني¹.

والملاحظ كذلك في هذه المسألة أنّ المشرع المصري هو الآخر أقرّ مبدأ حرية التعاقد في المادة 01/147 من ق.م.م²، وبما أنّ المشرع المصري يُقرّ كنظيره المشرع الفرنسي بمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" أي حرية التعاقد، فإن هذا لا يمنع من خضوع العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية لعملية التفاوض حسب المبادئ التي يتفق عليها أطراف العقد المستقبلي³.

ويؤكّد القضاء الفرنسي بموجب قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض رقم 13-14-341 بباريس المؤرخ بتاريخ 11-03-2014، على حرية جمعية "س" الخروج من شبكة جمعيات كانت قد اندمجت فيها وذلك بكل حرية إعمالاً بمبدأ الحرية التعاقدية⁴.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من مبدأ حرية التفاوض: يُكرّس المشرع الجزائري على غرار نظيره المشرعين الفرنسي والمصري مبدأ حرية التعاقد بموجب المادة 106 من ق.م.ج، التي تنص بأنه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرّها القانون"⁵.

خلاصة القول أنّ كل من التشريع المقارن، والمشرع الجزائري محل الدراسة يسير على وتيرة واحدة بخصوص إقرار مبدأ حرية التعاقد.

¹ بن خدة حمزة، المرجع السابق، ص 426.

² هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيثاوي، المرجع السابق، ص 114.

³ عبد الصبور عبد القوي علي المصري، "التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية"، مكتبة القانون والاقتصاد للنشر، الرياض، السعودية، سنة 2012، ص 241.

⁴ Cass.civ 1ere chambre, 11 mars 2014 N 13-14-341 «que l'association était libre de quitter à tout moment le réseau, après paiement des cotisations échues et de l'année courante, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». www.legifrance.gouv.fr تاريخ الإطلاع 2020-10-21

⁵ المادة 106 من الأمر رقم 75-58 السابق ذكره، ص 995..

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

وفي ظل ظهور مختلف الوسائل الإلكترونية، أزيحت عقبة كبيرة من أمام مبدأ سلطان الإرادة حيث أصبح بالإمكان إجراء التفاوض عن بعد باستعمال هذه الوسائل، وهنا تكريس للحرية ببعدها، أي لم يعد التفاوض مضطرا للتنقل إلى بلد آخر من أجل التفاوض بشأن عقد معين وإنما من مكانه يستطيع مناقشة الطرف الآخر الذي قد يبعد عنه بآلاف الكيلومترات¹.

الفرع الثاني: مبدأ حسن النية: لقد عرف مبدأ حسن النية²، تطور تاريخي إلى أن استقرّ في التشريع المقارن والتشريع الجزائري محل الدراسة³، حيث أخذت به كافة النظم القانونية دون استثناء، نظرا للدور الحيوي الذي يلعبه في مجال إبرام مختلف التصرفات القانونية⁴.

إنّ تبني مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة التفاوض كان لا بد من تهيئته، للتخفيف من الآثار السلبية المترتبة عن الأخذ به على إطلاقه قصد تحقيق أمن واستقرار العقد، من خلال حماية حرية الإرادة ومراعاة

¹ حمودي ناصر، "إعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الإلكترونية الدولية آلية أساسية أم بديل احتياطي أمام فكرة الفراغ التشريعي؟"، المرجع السابق، ص 154.

² يعتبر مبدأ حسن النية مصدرا من مصادر القاعدة القانونية للوصول إلى تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف، هذا المبدأ يهدف إلى تأمين مرحلة التفاوض وذلك بمنع كل ما من شأنه أن يؤدي إلى فشل هذه المرحلة الحساسة من مراحل العقد، حيث يرى أغلب الفقهاء أن كل الالتزامات المترتبة على الأطراف في مرحلة التفاوض تجد أساسها في قاعدة "حسن النية" باعتبارها قاعدة أصلية لها مكانتها ليس فقط أثناء تنفيذ العقد بل أيضا في المرحلة السابقة للتعاقد. نقلا عن: عبد المجيد قادري، مراد عمراي، "التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع 02، مج 04، سنة 2019، ص 789.

³ يعود أصل مبدأ حسن النية إلى العهد الروماني حيث كان يوجد ما يُسمى بألّهة النوايا والإخلاص الواجب طاعتهم من خلال الإخلاص والوفاء للاتفاقات بين المتعاقدين والعكس من ذلك يعتبر خطيئة دينية يستحق صاحبها اللعنة الإلهية ثم تحوّل بعد ذلك هذا المبدأ من مفهومه الديني المحض إلى مفهوم مدني قانوني بفضل الفقيه الروماني سيشرون الذي أكد على أن مبدأ حسن النية هو أساس العدالة في مختلف المعاملات أكثر من ذلك ظهر ما يسمى بعقود حسن النية وهي عقود رضائية تقوم على النية المشتركة لأطراف التعاقد تتمثل هذه العقود في: البيع، الإيجار، الشركة، الوكالة فهي عقود لا تتطلب الشكلية، وإنما فقط حسن النية بعيدا عن الغش والتحايل، ثم تطور هذا المبدأ في أوروبا خلال العقود الوسطى تأثرا بنصوص القوانين الرومانية بجعل المعاملات تقوم على الدين والأخلاق حيث تلعب هذه الأخيرة دورا جوهريا في العقود مع امتداد مبدأ حسن النية إلى جميع العقود وفي جميع مراحلها، إلى أن أصبح لهذا المبدأ الدور البارز في ق.م.ف سنة 2016 الذي نص صراحة على امتداد مبدأ حسن النية إلى مرحلة التفاوض، على خلاف نظراءه المشرعين المصري والجزائري فإنّ هذا المبدأ يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد فقط، منقول عن: عُهود أحمد حسين خليفات، "مدى انسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية دراسة تحليلية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، ع 01، مج، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2020، ص 571-572-573.

⁴ حمار نسيم، "حسن النية في العلاقات الاقتصادية"، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال المقارن، جامعة وهران، كلية الحقوق، وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012، ص 02.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

التوازن الواجب توفره في العقود وتكريس الثقة بين الأطراف¹، هذا الأمر استدعى استحضار مبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد منها مرحلة التفاوض، وذلك بالنظر إلى الآثار السلبية التي تنجم عن العدول أو قطع المفاوضات في أي وقت دون مبرر مشروع فكان لابد من ضابط للحد من هذه الآثار التي قد تترتب عن الأخذ بمبدأ حرية التفاوض على إطلاقه وهو ضابط مبدأ حسن النية الذي يفرض على أطراف التفاوض الجدية والرغبة الصادقة في التوصل إلى اتفاق نهائي للتعاقد²، وهذا المبدأ يصعب تعريفه لصعوبة ضبط الأساس الذي يقوم عليه فهو عبارة عن مزيج من الأخلاق والقانون، الأمر الذي يستوجب عرض مختلف الآراء الفقهية بخصوص هذه المسألة.

وإن محاولة وضع تعريف محدد لمبدأ حسن النية ليست من السهولة، وذلك لاختلاط فكرة حسن النية بالأخلاق في القانون، من جهة أنّها فكرة غير محددة يشوبها الغموض، ومن جهة أخرى ترتبط بمكونات النفس البشرية والتعبير عنها بالسلوك الخارجي التي لا يمكن ضبطها إن كانت تعبر عن حسن أو سوء النية³، إذ يرتبط مبدأ حسن النية بالضمير الداخلي للشخص أي النية الحقيقية له التي يجب أن تتوافق مع سلوكه الظاهر لهذا يذهب البعض من الفقه الفرنسي، إلى أنّ حسن النية هي الموازنة بين

¹ مبدأ حرية التفاوض لا يمكن أن يكون مطلق فههدف التوازن الذي يدعوا إليه الإصلاح التعاقدية يفرض أن يكون هذا المبدأ منظم في إطار له حدود، فقد تمكن اتجاه من الفقه الفرنسي التأكيد على أن مرحلة التفاوض عكست مزيجاً جوهرياً بين مبدأ حسن النية والحرية ولا ينفصل الأمر عن فكرة أن الحرية المطلقة في هذه المرحلة لا يمكن ممارستها بطريقة مطلقة فحسن النية مطلوب للحد من إساءة استعمال كل طرف من أطراف التفاوض لحرية استناداً لمبدأ حرية التعاقد. نقلاً عن :

Adra zouhal, « réforme du droit des obligations : les négociations précontractuelles », revue juridique de l'ouest, n 03, Persée société de législation comparée, France, année 2016, page 53-54.

² جبار سماح، " القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، ص 49-53.

³ روزان طالب محمود السويطي، " مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية"، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة القدس، كلية الحقوق، عمادة الدراسات العليا، القدس، فلسطين، السنة الجامعية 2017-2018، ص 07.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

النية الحقيقية والتصرف الظاهر لكل شخص¹، في حين اعتبره جانب فقهي آخر مجرد وسيلة لإدخال القاعدة الأخلاقية في ثنايا النصوص القانونية².

وترتبا على ذلك يُلاحظ وجود صعوبة في تعريف مبدأ حسن النية لصعوبة ضبط أساس هذا المبدأ إن كان أخلاقي أو قانوني، الأمر الذي يتطلب الوقوف على هذه المسألة.

أولاً: أساس الالتزام بمبدأ حسن النية: يقوم مبدأ حسن النية على أساسين أحدهما أخلاقي وآخر قانوني.

1- الأساس الأخلاقي لمبدأ حسن النية: يرى غالبية الفقه أنّ حسن النية شكل من أشكال الأخلاق، وبالتالي فإن هذا المبدأ لا يمثل التزام قانوني³، لأنّه يرتبط بالضمير الداخلي للشخص من خلال توافق سلوكه الظاهر مع نواياه الحقيقية، وفي هذا المقام يرى بعض الفقه الفرنسي أنّ حسن النية هي الموافقة بين النية الحقيقية والتصرف الظاهر لكل شخص، وبذلك يتحقق خير المجتمع وسعادة الإنسان، ومن ثم حسن النية يقوم على الفضائل الأخلاقية لأنها تكشف عن النية الصادقة للشخص في قوله وعمله، فالقواعد الأخلاقية هي جوهر قيادة الإنسان نحو السلوك الحسن وبالتالي فإن هذا المبدأ هو التزام خلقي، فالإطار الأصيل لمبدأ حسن النية هو أخلاقي وفي هذا الخصوص يقول الفيلسوف جون ستيوارت بل: " مهمة الأخلاق أن تقول لنا ما هي واجباتنا لكي نصل إلى السلوك الحسن مع الغير"، أكثر من ذلك فإن القاضي وأثناء بحثه عن النية الحقيقية يستعين في ذلك بقواعد الأخلاق⁴، من خلال الوقوف على عدة معايير طبيعة التعامل والأمانة والثقة، وهو ما أشار إليه المشرع الفرنسي من خلال المادة

¹ نوري حمد خاطر، "وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 دراسة مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع 01، جامعة الكويت، كلية القانون، الكويت، سنة 2017، ص 37.

² نوري حمد خاطر، المرجع نفسه، ص 40-41.

³ سعد بن سعيد الديايب، "مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة"، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، ع 23، جامعة تبوك، كلية الشريعة والأنظمة، المملكة العربية السعودية، سنة 2014، ص 26.

⁴ نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 43.

1156 من ق.م.ف المقابلة للمادتين 02/111 منق.م.ج والمادة 02/150 منق.م.م، فسلوك أطراف أي معاملة أمر جوهرى في إرساء الإرادة الحقيقية بعيدا عن الغش والتحايل في المعاملات سواء كانت تقليدية أو الكترونية¹، كما أن القضاء المصرى اتجه نحو الاستعانة بحسن الأخلاق كأساس للالتزام بمبدأ حسن النية الذى ترجع جذوره إلى قانون العدالة، حيث أقرت محكمة النقض المصرية فى إحدى قراراتها أن الغش كسلوك غير أخلاقى يبطل التصرفات المراد إبرامها².

إن مبدأ حسن النية كالتزام أخلاقى يجد مصدره فى قول الفيلسوف الإغريقى أرسطو: "إن عدم وجود حسن النية فى التعامل سيقوض كل التعاملات بين الناس"، وقصد من التعاملات هنا كل التعاملات اليومية بين الناس انطلاقا من فلسفته فى الأخلاق التى يراها الأساس فى تطور المجتمعات ولم يكن أرسطو الوحيد الذى تمسك بالأخلاق كمصدر للالتزام بمبدأ حسن النية، وإنما جلّ الفلاسفة القدماء الذين جعلوا من حسن النية التزام اجتماعى وأخلاقى³.

يتضح مما سبق أنّ مبدأ حسن النية هو فكرة أخلاقية محضة من خلال ضبطه للسلوك، والذى يجد أساسه فى قواعد العدالة لإقامة التوازن بين مصالح الأفراد الراغبة فى إبرام عقد معين، وهنا عرفه جانب من الفقه المصرى بأنه: "إحساس أخلاقى موجود فى الضمير الاجتماعى"⁴.

فالعنصر الأخلاقى عنصر جوهرى فى بسط طريق المساواة لإرساء استقرار شتى المعاملات خاصة تلك التى تتمتع بنوع من الخصوصية، كالعقود الإلكترونية حيث تظهر فيها انعدام الأمن والثقة نظرا لقيام العلاقة عن بعد.

¹ دالى بشير، "مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة)"، مذكرة ماجستير فى القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2007-2008، ص 24-27.

² نقلا عن أكرم محمود حسين البدوى، محمد صديق محمد عبد الله، "أثر موضوعية الإرادة التعاقدية فى مرحلة المفاوضات"، مجلة الرافدين للحقوق، ع 49، مج 13، جامعة الرافدين، كلية الحقوق، سنة 2016، ص 419.

³ نقلا عن أمير طالب هادى، "فاعلية مبدأ حسن النية فى اتفاقية فينا عام 1980 (دراسة تحليلية)"، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، ع 07، مج 26، جامعة بابل للعلوم الإنسانية، بابل، العراق، سنة 2018، ص 582.

⁴ جبار سماح، المرجع السابق، ص 28.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

ومن هذا المنطلق اتفق غالبية فقهاء القانون أن حسن النية سواء في مرحلة التفاوض أو إبرام العقد أي في جميع مراحل التعاقد ذات طبيعة أخلاقية، أي أنه قاعدة سلوك اجتماعية تفرض على الأطراف الراغبة في التعاقد سلوكا معينا وهو مراعاة مصلحة الطرف الآخر¹.

تتجلى أهمية القواعد الأخلاقية في كونها جوهر حسن النية لقيادة سلوك الفرد نحو الصدق في جميع تعاملاته، لأن القاعدة الأخلاقية تمثل الركيزة الأساسية للقاعدة القانونية، وهذا ما يؤكده غالبية الفقه الفرنسي بقولهم: "إن تجرد القاعدة القانونية عن الأخلاق تنقلب إلى قاعدة مجردة جوفاء لا تحمي نظاما ولا تحل نزاعا وتقود إلى اضطراب المجتمع وتقويض استقراره، فاحترام النصوص لا يأتي من الخضوع والجزاء وإنما يتولد من ضمير المخاطب بالقاعدة القانونية وقناعته بها ورضاه"².

2- الأساس القانوني لمبدأ حسن النية: اتفق غالبية الفقه على أنّ القواعد الأخلاقية لها دور جوهري في العلاقات الإنسانية، التي تفرض احترام التعامل مع الغير في شتى المجالات منها مراعاة مرحلة التفاوض على العقد حفاظا على توازن مصالح الأطراف المتفاوضة³، فهل هذا يعني أن حسن النية ليس له سوى بُعد أخلاقي محض يتجرّد من البعد القانوني؟⁴

للإجابة عن هذا الطرح نرجع إلى موقف الفقه المقارن، والتشريع المقارن، ثم المشرع الجزائري محل الدراسة.

¹ عبد المجيد قادري، "مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، ع 02، مج 34، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، سنة 2020، ص 1001-1002.

² نقلا عن نوري حمد ناصر، المرجع السابق، ص 38-39.

³ مصطفى العوجي، "القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية"، ط 04، ج 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2008، ص 119-120.

⁴ جاك غستان، "المطوّل في القانون المدني- تكوين العقد-"، ترجمة عن منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، ط 02، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 2008، ص 269.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

أ- موقف الفقه المقارن من مبدأ حسن النية: يعتبر غالبية الفقه مبدأ حسن النية إلى جانب كونه ضابط أخلاقي، أنه التزام قانوني يجد مصدره في القانون الوضعي¹، فهو التزام متبادل يكون كل طرف دائنا ومدينا في الوقت نفسه بهذا الإلتزام².

ويذهب غالبية الفقه في فرنسا ومصر إلى القول بأن مبدأ حسن النية ذو أساس مزدوج بين الأخلاق والقانون، باعتباره أحد الوسائل التي يستخدمها المشرع والمحاكم لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي³.

وبناء على ذلك يتّضح أنّ القاعدة القانونية تكتمل بالأخلاق، فهما يكملان بعضهما البعض ليكونا الأساس الذي يقوم عليه مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، وهذا أمر بديهي من شأنه تحقيق الغرض من التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية وهو إبرام العقد محل التفاوض.

ب- موقف التشريع المقارن من مبدأ حسن النية: اختلف التشريع المقارن محل الدراسة حول مسألة إقرار مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، فالمشرع الفرنسي أقرّ صراحة بالزامية تطبيق مبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد ليمتد إلى مرحلة التفاوض، وهو ما تنص عليه المادة 1104 من الأمر رقم 131-2016 السابق: "يجب أن يكون التفاوض، تكوين وتنفيذ العقود بحسن نية، هذه القاعدة من النظام العام"⁴.

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 398.

² بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 49-50.

³ نقلا عن جاك غستان، المرجع السابق، ص 269.

⁴ جعل المشرع الفرنسي تكريس مبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد منها مرحلة التفاوض من النظام العام بناء على اعتبارات المنفعة العامة والعدالة الاجتماعية، ذلك أن الإخلال بالنظام العام هو إخلال بالعدالة العقدية، فوظيفة النظام العام هي بسط الطابع الأخلاقي لمختلف المعاملات كالعقود من أجل تحقيق التوازن بين المصالح. نقلا عن جبار سماح، المرجع السابق، ص 148-150، وقد تم تعريف النظام العام على أنه مجموعة من القواعد ذات أهمية اجتماعية تهدف إلى المحافظة على المبادئ والقيم الاجتماعية من أجل ضبط تصرفات الأفراد من خلال التوفيق بين الإرادة والمصلحة العامة. نقلا عن فيصل نسيغة، رياض دنش، "النظام العام"، مجلة المنتدى القانوني، ع 05، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، بسكرة، الجزائر، سنة 2008، ص 171. كما تم تعريفه بأنه: "مجموعة النظم والقواعد التي يقصد بها المحافظة على حسن سير المصالح العامة للدولة وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد حيث لا يجوز لهم أن يستبعدوها في اتفقاتهم"، نقلا عن: احلوش زينب "مبدأ العدل والنفعة"

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

فالمشرع الفرنسي تدخّل بنص المادة 1104 بعد تعديل القانون المدني سنة 2016، بإلزامية تكريس مبدأ حسن النية بداية من مرحلة التفاوض إلى غاية تنفيذ العقد، وجعل هذه المادة من النظام العام لا يجوز خرقها لأي سبب من الأسباب، وهذا نتيجة الوجه السليبي لأخذ مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه الذي نتج عنه عدم العدالة العقدية وخوفا من الاضطرابات التي تهدّد التوازن العقدي، كلها عوامل جعلت من المشرع الفرنسي يجعل تكريس مبدأ حسن النية في كافة مراحل العقد من النظام العام، وهذا من أجل تحقيق أمن مرحلة التفاوض¹.

يتضح مما سبق أن المشرع الفرنسي نص صراحة على وجوب استحضار مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على إبرام عقد مستقبلي، وهو أمر تداركه مؤخرا لاعتبارات أخلاقية وأمنية في نفس الوقت باعتبارها المرحلة التي يُبنى على أساسها العقد النهائي، خاصة أنّ إجراء عملية التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية تكون فيها نسبة اللجوء إلى الحيل والغش مرتفعة بسبب تعرض المعلومات التي تنتقل عبر هذه الوسائل لاختراقات أمنية، وكذا الفيروسات التي تخترق هذه المعلومات الإلكترونية.

في حين أنّ المشرع المصري على خلاف نظيره المشرع الفرنسي، يُقرّ صراحة على أنّ مبدأ حسن النية يقتصر على فترة تنفيذ العقد فقط، وهذا ما تجسّده المادة 02/148 من ق.م.م، التي تنص بأنّه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"².

في مواجهة مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال (نسبية وتراجع مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال)، المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني الرابع حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد يومي 06 و 07 نوفمبر 2017، جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق، بومرداس، الجزائر، ط 01، بيت الأفكار للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، سنة 2019، ص 244.

¹ محمد حميداني، "مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر رقم 2016-131 المعدّل للقانون المدني الفرنسي"، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، ع 26، جامعة قلمة، الجزائر، سنة 2019، ص 305.

² نقلا عن جواد كاظم جواد سميسم، مراحل العقد بين الإرادة العقدية والتشريعية-دراسة تحليلية مقارنة-"، مجلة جامعة تكريت للحقوق، ع 06، جامعة تكريت، كلية القانون، العراق، سنة 2018، ص 87.

ج-موقف المشرع الجزائري من مبدأ حسن النية: يتفق المشرع الجزائري مع نظيره المشرع المصري بجعل مبدأ حسن النية يقتصر على فترة تنفيذ العقد دون مرحلة التفاوض، وهذا ما جاء في نص المادة 01/107 من ق.م.ج التي تنص بأنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"¹.

ثم كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ من خلال المادة 01/18 من القانون رقم 18-05 السابق، التي تلزم المورد الإلكتروني بحسن تنفيذ الالتزامات المترتبة بعد إبرام العقد الإلكتروني.²

يتضح أنّ المشرع الجزائري على خلاف المشرع الفرنسي جعل من مبدأ حسن النية يقتصر على مرحلة تنفيذ العقد دون مرحلة التفاوض، مما يدل على عدم اهتمامه بتنظيم هذه المرحلة الحساسة فبالرغم من مساهمته للمشرع الفرنسي قبل تعديل هذا الأخير للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 السابق، الذي لم يكن هو الآخر يُقر صراحة بتطبيق هذا المبدأ في مرحلة التفاوض ، إلا أن المشرع الجزائري لم يساير ما تداركه المشرع الفرنسي بتعديله الأخير للقانون المدني بخصوص امتداد مبدأ حسن النية لمرحلة التفاوض، فالمشرع الفرنسي حسن ما فعل وذلك من أجل مواكبة التطورات التي يعرفها المجال التعاقدية ولجوء بعض أطراف التفاوض إلى الحيل والغش أثناء هذه المرحلة.

ثانيا: مبررات مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض الإلكتروني: إنّ الهدف من ضرورة إرساء مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض هو إقامة نوع من التوازن المعقول بين مبدأ حرية التعاقد الذي لا يلزم الأطراف المتفاوضة بالوصول إلى اتفاق نهائي لإبرام العقد محل التفاوض وبين تقرير الحد الأدنى من الثقة

¹ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري، ج.ر.ع 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، ص 995.

² القانون رقم 18-05، السابق ذكره، ص 07.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

والاستقرار في هذه المرحلة الحساسة¹، بالإضافة إلى ذلك فإنّ هذا المبدأ يوّلد للمتفاوض الطمأنينة في مرحلة التفاوض وتشجيعه للإقدام على التعاقد².

إلى جانب ذلك فإنّ تفعيل مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض هو تميز هذه الأخيرة بوجود مناورات وكثرة الاحتيال كلها عوامل تؤثر على رضا الطرف الآخر خاصة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية جراء الإعلان الإلكتروني المضلل، وبالتالي ضرورة وجود هذا المبدأ في المرحلة التي تسبق إبرام العقد النهائي³.

وأصبح الرأي السائد في الفقه الفرنسي هو أن مبدأ حسن النية يفرض منذ لحظة بدء المفاوضات⁴، يتمثل هذا المبدأ على حد وصف هذا الرأي في الاستقامة الضرورية للعدالة العقدية الأمر الذي يتطلب التوفيق بين مبادئ العدالة التي تقتضي مبدأ حسن النية والحرية التعاقدية، وعليه يجب الاعتماد على هذا المبدأ لدعم الترابط بين القانون والأخلاق للحفاظ على توازن مصالح أطراف التفاوض⁵، أكثر من ذلك ذهب الفقه الفرنسي إلى القول بأنّ: "ما من فائدة في فرض مبدأ حسن النية خلال فترة تنفيذ العقد إذا لم يتم فرضه في مرحلة التفاوض، فالعقد يشكل جسما واحدا ومن الضروري أن يكون هذا المبدأ متواجدا في جميع مراحل العقد"⁶.

¹ بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 10، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، الجزائر، سنة 2014، ص 117.

² بن جبارة عباس، "تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة جيلالي اليابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014، ص 117.

³ نساخ بولقان فطيمة، "أخلقة العلاقة العقدية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، ع 04، مج 52، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، سنة 2015، ص 303.

⁴ نقلا عن عبد الفتاح محمود كيلاني، "المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2011، ص 115.

⁵ نقلا عن منصور حاتم محسن، "متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية دراسة مقارنة"، مجلة جامعة بابل، ع 03، جامعة بابل، كلية العلوم الإنسانية، العراق، سنة 2018، ص 22.

⁶ نقلا عن زيتوني فاطمة الزهراء، "مبدأ حسن النية في العقود-دراسة مقارنة-"، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، ص 74-75.

يتبين مما سبق، أنّ للفقهاء الفرنسيين دور حيوي في تفعيل مبدأ حسن النية على جميع مراحل العقد قبل أن يتفطنّ المشرع الفرنسي لذلك، وهذا من أجل الحفاظ على توازن المصالح العقدية بجعل مبدأ حسن النية في إبرام العقود مبدأ عام يشمل مجال تطبيقه مرحلة التفاوض والإبرام أي جميع مراحل العقد¹، الأمر الذي ساهم بشكل كبير في تنوير المشرع الفرنسي من أجل إقرار الإلتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وهذا ما جسده حقيقة المشرع الفرنسي بإصداره للأمر رقم 131-2016 المؤرخ في 10-02-2016.

لم يكن للقانون المدني الفرنسي قواعد محددة تدعو إلى حسن النية خلال مرحلة التفاوض، ولم تتناول أي مادة من مواد القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 هذه المسألة التي بقيت على حالها إلى أن تم إدراج المرحلة السابقة للتعاقد في الإصلاح الذي قام به المشرع الفرنسي سنة 2016 وهذا بعد تقنين الحلول الفقهية، فيما يتعلق بالمفاوضات القائمة على مبادئ حرية التعاقد وحسن النية².

فالفقهاء الفرنسيين لعب دوراً جوهرياً في تعزيز الثقة بين أطراف التفاوض بإلزامهم بمبدأ حسن النية في المرحلة التي تسبق إبرام العقد النهائي، وأهم العوامل التي دفعت الفقهاء الفرنسيين للاجتهاد في هذه المسألة هو عجز مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه عن تحقيق التوازن بين الأطراف، خاصة في مجال التفاوض الإلكتروني، حيث يكون أحد الطرفين في مركز خضوع للآخر بسبب الخلل في عنصر المعرفة التقنية، أكثر من ذلك فإن لهذا المبدأ دور إيجابي في هذه المرحلة من شأنه تحقيق العدالة والتقليل من حدوث المنازعات في تنفيذ العقد محل التفاوض³.

¹ نقلاً عن بن يوب هدى، "مبدأ حسن النية في العقود"، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، أم البواقي، الجزائر، السنة الجامعية 2012-2013، ص 63-64.

² Alain Lagadec, «de l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat», thèse de doctorat en droit, université de Toulon, école doctorale civilisations et sociétés euro-méditerranéens et comparées, centre de droit et de politique comparés-jean Claude Escarras, Toulon, France, année universitaire 2016-2017, p 44.

³ بيلامي سارة، المرجع السابق، ص 62.

المبحث الثاني: خصوصية التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.

يتميّز التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية بالخصوصية من حيث محله وهو العقود الإلكترونية (المطلب الأول)، هذا من جهة، ومن حيث الوسائل الإلكترونية المستعملة في عملية التفاوض من جهة أخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العقود الإلكترونية.

لقد ظهرت العديد من العقود والمعاملات الإلكترونية نتيجة استخدام الانترنت وتطورها، مما أحدث قلقا تشريعيا على المستوى الدولي والداخلي على حد سواء، الأمر الذي دفع بمختلف التشريعات إلى إعادة النظر في أنظمتها التقليدية نتيجة الثورة المعلوماتية التي غزت جميع المجالات ويعد العقد الإلكتروني أهم ما استحدث نتيجة استخدام الوسائل الإلكترونية.

وعليه سيتم التطرق إلى تعريف العقد الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم الإشارة إلى خصائصه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني.

تباين التشريع المقارن والجزائري محل الدراسة في تعريف العقد الإلكتروني، وذلك للتطور التكنولوجي الهائل للوسائل الإلكترونية، الأمر الذي يستدعي التطرق إلى تعريف هذا النوع من العقود في التشريع المقارن، والتشريع الجزائري.

أولا: تعريف العقد الإلكتروني في التشريع المقارن: يُعتبر التشريع الفرنسي أول التشريعات الأوروبية التي اهتمت بالعقد الإلكتروني، حيث عرفه المشرع الفرنسي من خلال تعريفه للعقد عن بعد في المرسوم رقم 741-2001 من قانون الاستهلاك الفرنسي من خلال نص المادة 121-16 منه التي عرفته

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

بأنه: "كل بيع لمال أو أداء خدمة يبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني، والذان يستخدمان لإبرام هذا العقد على سبيل الحصر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد"¹.

وهو نفس التعريف الوارد في المادة 01/221 من قانون الإستهلاك الفرنسي الصادر بموجب الأمر رقم 301-2016 المؤرخ في 14 مارس 2016 الذي أخذ هذا التعريف من المادة 7/2 من التوجيه الأوروبي رقم 2011/83 الذي عرف العقد عن بعد بأنه: "كل عقد أبرم بين مهني ومستهلك في إطار تنظيمي يخص بيع السلع أو تقديم الخدمات عن بعد دون الحضور المادي المعاصر للأطراف وباستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد وإلى غاية إتمام العقد"².

وهو نفسه التعريف الذي جاء في الفقرة الأولى من نص المادة 1-221 المعدلة بموجب الأمر رقم 2021-1734 المؤرخ بتاريخ 22-12-2021 يتعلق بقانون الإستهلاك الفرنسي³.

أكثر من ذلك نجد أن المشرع الفرنسي اعترف بالعقد الإلكتروني دون أن يعرفه، وذلك في المواد من 1125 إلى 1127-04 من الأمر رقم 301-2016 المذكور أعلاه، حيث نصت المادة 1125 منه على أنه: "يمكن استخدام الوسائل الإلكترونية في التعاقد أو تقديم معلومات عن السلع أو الخدمات"⁴، ثم أكدت المادة 1127-01 من نفس الأمر على أنه أي شخص يعرض بصفة مهنية بالوسائل الإلكترونية من أجل توريد السلع أو تقديم الخدمات يجب أن يُتيح الشروط التعاقدية الواجبة التطبيق بطريقة تسمح بالمحافظة عليها كما هي محددة في العرض الذي يجب أن يحتوي على المراحل المختلفة الواجب إتباعها لإبرام العقد عبر الوسائل الإلكترونية، الوسائل التقنية التي تُمكن الطرف الراغب

¹ حمودي فريدة، "خصوصية العقد الإلكتروني"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، ع 04، مج 57، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، سنة 2020، ص 262.

² حندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص 29.

³ Article 221-1 du l'ordonnance n 2021-1734 du 22-12-2021 <https://www.legifrance.gouv.fr> تاريخ الإطلاع 2021-01-06

⁴ شريف هنية، "التحديات القانونية للعقد الإلكتروني"، حوليات جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، ع 26، ج 02، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2014، ص 13-14.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

في التعاقد قبل إبرام العقد تحديد الأخطاء في إدخال البيانات وتصحيحها، اللغات المقترحة لإبرام العقد، وسائل المعاينة بالوسائل الإلكترونية القواعد المهنية والتجارية التي يلتزم بها مقدم العرض عند الإقتضاء¹.

نستنتج من خلال ما سبق أن المشرع الفرنسي عرف العقد الإلكتروني بالعقد عن بعد المبرم بواسطة مختلف الوسائل الإلكترونية، دون الحضور المادي لأطراف التعاقد وهذا من شأنه تسهيل إبرام مختلف العقود مهما بعدت المسافة بين الأطراف الراغبة في التعاقد، وهذا تماشيا مع اهتمام التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد الذي عرف العقد المبرم عن بعد في المادة الثانية منه على أنه: "أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالسلع عن بعد أو تقديم الخدمات عن بعد من قبل المورد والذي يتم باستخدام واحد أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد"².

في حقيقة الأمر يأخذ على المشرع الفرنسي تعريفه للتعاقد عن بعد أي التعاقد الإلكتروني أنه حدد هذا الأخير بالعقود التي تتعلق ببيع سلع وخدمات والتي يكون طرفاها غالبا مستهلك ومورد على سبيل الحصر، في حين كان الأجدر به أن يُوسّع من تعريفه من خلال جعله ذلك الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية، ومن هنا يصبح التعريف يتناول جميع العقود التي تنعقد عبر مختلف وسائل الاتصال عن بعد³.

هذا ولم يُنظّم المشرع المصري مسألة العقد الإلكتروني بموجب نص قانوني صريح وواضح، على الرغم من إصداره لقانون التوقيع الإلكتروني بموجب القرار رقم 361 لسنة 2020 السابق ذكره.

¹Article 1125 du l'ordonnance 2016-131 précité: [https:// www.legifrance.gouv.fr](https://www.legifrance.gouv.fr) -08 تاريخ الإطلاع 2020-12

² بوعيس يوسف، الحاج بن أحمد، "النظام القانوني للعقد الإلكتروني"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع 10، مج 02، جامعة د. مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، سنة 2018، ص 110-111.

³ عضيد عزت حمد، "التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة"، مجلة آفاق للعلوم، ع 04، مج 05، جامعة الجلفة، الجزائر، سنة 2020، ص 29.

ثانيا: تعريف العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري: لم يهتم المشرع الجزائري بمسألة التجارة الإلكترونية إلا مؤخراً، ونظراً لأهمية العقد الإلكتروني في التعاملات التجارية والدولية، وأمام اهتمام جل التشريعات الدولية في تنظيمه، أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، حيث تطرق إلى تعريف العقد الإلكتروني في المادة 02/06 منه، على أنه: "العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصرياً لتقنية الاتصال الإلكتروني"¹.

وبالرجوع إلى القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فإنّ المشرع الجزائري عرف العقد في المادة 04/03 على أنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه، يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفاً"².

ومن خلال تعريف العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 والذي بمجرد إبرامه عبر مختلف تقنيات الاتصال الإلكتروني يصبح عقداً إلكترونياً طبقاً لما أورده المشرع الجزائري في تعريف العقد الإلكتروني بإصداره للقانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية سابق الإشارة إليه، فإنّ المشرع الجزائري جعل العقد الإلكتروني من عقود الإذعان، حيث يكون على شكل اتفاق محرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق، إذ لا يمكن للطرف الآخر مناقشة موضوع الاتفاق، أي غياب ما يسمى بالتفاوض موضوع الدراسة، في حين أن الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني مازالت موضوع دراسة وبحث من طرف الفقهاء المهتمين بهذا المجال.

¹ القانون رقم 18-05 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، السابق ذكره، ص 05.

² القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر. ع 41، المؤرخة في 27 جوان 2004، ص

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

فكان الأجدر بالمشرع الجزائري عدم الجزم بطبيعة هذا العقد على أنه عقد إذعان، ذلك أن العقد الإلكتروني الذي يبرم عن طريق البريد الإلكتروني غالباً ما يكون عقد رضائي إذ يتم التفاوض فيه عن طريق إرسال الرسائل الإلكترونية بين المتعاقدين إلى أن يقترن الإيجاب بالقبول فينقصد العقد، وهذا من شأنه فتح المجال أمام المتعاقد اللجوء إلى مورد أو منتج آخر للسلعة أو الخدمة إذا لم تعجبه شروط أحد الموردین أو المنتجين¹.

في حين أن العقد الإلكتروني الذي يبرم عن طريق المواقع الإلكترونية يكون عبارة عن عقد نموذجي على شكل استمارة الكترونية معدة مسبقاً، تتضمن تفاصيل التعاقد بنفس الشروط لكافة الراغبين في التعاقد حيث لا يكون قابل للمناقشة أي استبعاد عملية التفاوض، وبالتالي اختلال توازن المصالح بين المتعاقدين².

الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني.

إنّ الوسيلة الإلكترونية التي يبرم عبرها العقد الإلكتروني تجعل له خصوصية شأنه شأن التفاوض الإلكتروني باعتباره ينتمي لطائفة العقود التي تبرم عن بعد، إلا أن هذا الأمر لا يجعل من العقد الإلكتروني يشكل نوعاً جديداً من العقود يضاف إلى العقود التقليدية، ومع ذلك فهو يتميز بمجموعة من الخصائص³:

أولاً: العقد الإلكتروني يبرم عن بعد: يتم إبرام العقد الإلكتروني دون اجتماع الموجب والقابل في مجلس عقد حقيقي، فالمقصود من عبارة "عن بعد" وجود مسافة مكانية التي تفصل بين أماكن تواجد

¹ هدى المقداد، "العقد الإلكتروني"، مجلة الدراسات القانونية، ع 02، مج 03، جامعة يحيى فارس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المدينة، الجزائر، سنة 2017، ص 06.

² أكسيوم عيلام رشيدة، المرجع السابق، ص 03.

³ بان سيف الدين محمود، "العقد الإلكتروني ووسائل إثباته"، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، ع 07، مج 27، جامعة بابل للعلوم الإنسانية، بابل، العراق، سنة 2019، ص 05.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

المتعاقدين وكذا المسافة الزمنية وهي مرور فترة زمنية بين صدور التعبير عن الإرادة ووصوله إلى علم من وجه إليه¹.

فمن خصوصية العقد الإلكتروني أنه يشهد غياب العلاقة المباشرة بين أطراف التعاقد في مجلس العقد²، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني عبر مختلف الوسائل الإلكترونية³.

وعليه يعتبر من العقود التي تتم عن بعد حيث يعتبر أطرافه حاضرين من حيث المكان أي الوجود المادي للأطراف، وحاضرين من حيث الزمان في حالة تبادل الإيجاب والقبول في نفس الوقت أي وجود تفاعل بين المتعاقدين دون أن يفصل بين هذا التفاعل فترة زمنية من خلال الوسيلة الإلكترونية المستخدمة⁴.

وأما في حالة وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به وهي الحالة التي يتم فيها إرسال رسالة إلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني، فقد لا توجه الرسالة مباشرة إلى الطرف الآخر وإنما توجه إلى الوسيط مقدم الخدمات عبر شبكة الإنترنت فيقوم بتبليغها فيما بعد إلى المتعاقد الآخر، كما قد يكون جهاز الحاسوب أو الهاتف النقال الخاص بالمرسل إليه مغلق أو خارج مجال تغطية شبكة الانترنت وقت إرسال الرسالة الإلكترونية من المرسل إلى المرسل إليه هنا يكون التعاقد الإلكتروني بين غائبين من حيث المكان والزمان⁵.

¹ بن جبارة عباس، المرجع السابق، ص 52.

² الحبيب السرناني، "خصوصيات العقد الإلكتروني وأركانه"، مجلة قانونك الإلكترونية، ع 02، سنة 2017، منشور على الموقع الإلكتروني: www.9anounak.blogspot.com تاريخ الإطلاع 15-01-2021.

³ خالد ممدوح إبراهيم، "إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة"، ط 02، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2011، ص 75.

⁴ محمد دعار العتيبي، "النظام القانوني للعقد الإلكتروني- دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والأردني"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، السنة الجامعية 2012-2013، ص 49.

⁵ محمد هادي فرج الفهداوي، "الأهلية القانونية للتعاقد في البيئة الإلكترونية دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، عمان، الأردن، السنة الجامعية 2020-2021، ص 32.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

وتثير مسألة التعاقد الإلكتروني مشكلة صعوبة التحقق من أهلية المتعاقد، والتأكد من هويته الحقيقية كأن يتعرض البائع إلى مخاطر التعاقد مع ناقصي الأهلية خاصة وأن الوسائل الإلكترونية التي يتم بواسطتها إبرام العقد غالباً ما تكون عرضة للاختراق عن طريق القرصنة¹.

فإذا كانت مسألة التأكد من أهلية وهوية المتعاقد في العقود التقليدية لا تثير أي إشكال، لأن التعاقد يكون بين حاضرين في مجلس واحد حيث غالباً ما يتم إظهار الوثائق التي تثبت ذلك، إلا أن الأمر يختلف في التعاقد عبر مختلف الوسائل الإلكترونية لأنه يتم دون الحضور المادي للمتعاقدين ومن أجل الحد من هذه المشكلة، فكر المشرع الفرنسي في وضع نماذج من العقود الخاصة بالمعاملات الإلكترونية كالعقد النموذجي الفرنسي الذي ينظم المعاملات بين التجار والمستهلكين في فرنسا من خلال لفت انتباه كل متعاقد على شبكة الانترنت إلى ضرورة الإفصاح عن سنه وهويته قبل الدخول في عملية التعاقد على الموقع الإلكتروني الذي يعرض مختلف المعاملات الإلكترونية، غير أنه للأسف هذه العقود النموذجية لم تحل هذه المشكلة لأنه يمكن للراغب في التعاقد الإدلاء ببيانات ومعلومات كاذبة، من أجل ذلك حرص المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك على إلزامية إجراء تحقيق تقني حول شخصية الأطراف المتعاقدة بغية توفير الثقة في المعاملات الإلكترونية².

ومن جهة أخرى أكد المشرع المصري في المادة 04 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 على وجوب الإفصاح عن البيانات الشخصية للمتعاقد التي من شأنها بيان هويته وأهليته للتعاقد حيث نصت بأنه: "على المورد أن يضع على جميع المراسلات والمستندات والمحركات التي تصدر عنه في تعامله أو تعاقد مع المستهلك بما في ذلك المستندات والمحركات الإلكترونية البيانات التي من شأنها تحديد شخصيته وخاصة بيانات قيده في السجل الخاص بنشاطه وعلامته التجارية إن وجدت"³.

¹ محمد هادي فوج الفهداوي، المرجع نفسه، ص 40-41.

² نقلاً عن حمادوش أنيسة، "حول إشكالية التحقق من أهلية المتعاقدين في التعاقد الإلكتروني"، مجلة القانون المجتمع والسلطة، ع02، مج 08، جامعة وهران 02 محمد بن أحمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، وهران، الجزائر، سنة 2019، ص 57-64.

³ حمادوش أنيسة، المرجع السابق، ص 63.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

يتّضح من هذا النص أنّ المشرع المصري ألزم المورد الإلكتروني الإفصاح عن هويته للمتعاقد الآخر من خلال البيانات التي تحدد شخصيته، في حين كان الأجدر عليه أن يجعل هذا الالتزام يقع على كل من المورد والمستهلك لأن كل منهما طرف ملزم بالإدلاء ببياناته الشخصية للآخر يتمكن من خلالها كل منهما التحقق من هوية وأهلية الطرف الآخر للتعاقد عبر وسائل الاتصال الإلكتروني.

أمّا بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه بالرجوع للقانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية السابق ذكره، فإنه وبخلاف نظيره الفرنسي وكذلك المصري، لم يهتم بمسألة الإفصاح عن هوية المتعاقدين التي من شأنها التأكد من أهليتهما لمباشرة إبرام وتنفيذ العقد الإلكتروني، مكثفيا بإلزام المورد الإلكتروني ببيان المعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد، وذلك من خلال العرض الإلكتروني، في حين اهتمّ المشرع الجزائري بهذه المسألة من خلال الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، وهذا ما تؤكّده المادة 323 مكرر 1 من ق.م.ج، وهو في حدّ ذاته اعتراف من المشرع الجزائري على أهمية التأكد من هوية المتعاقد في المعاملات الإلكترونية نظرا لخصوصيتها، وما تثيره من مشاكل عويصة نتيجة تعرضها للقرصنة الإلكترونية¹.

وأمام صعوبة هذه المسألة لعدم تمكن مختلف النصوص القانونية من التصدي لها، لجأ بعض المختصين في مجال تقنيات الاتصال إلى إيجاد حلول تقنية متطورة من شأنها التأكد من هوية الأطراف الذين يستخدمون الوسائل الإلكترونية لإبرام مختلف المعاملات من بينها التوقيع الإلكتروني الذي يلعب دور جوهري في تحديد هوية وشخصية المتعاقد وتوثيق هذا التوقيع من قبل سلطات توثيق معتمدة الأمر، الذي من شأنه منح الثقة للمتعاقدين في التأكد من أهلية الطرف الآخر².

¹ تنص المادة 323 مكرر 1 من ق.م.ج على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

² محمود عبد الرحيم الشريفات، "التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت - دراسة مقارنة -"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2009، ص

كما اهتم التشريع المقارن محل الدراسة بالتوقيع الإلكتروني، فعرفه المشرع الفرنسي بموجب المادة 2-4-1316 من ق.م.ف على أنه: "عملية موثقة تضمن ارتباط محتوى الفعل بصاحب هذا الأخير، يفترض أن هذه العملية موثقة حتى يثبت خلاف ذلك"، هنا جاءت المادة واضحة فصحة التوقيع الإلكتروني يعتمد على وجود رابط بين محتوى الفعل و صاحب التعبير عن الإرادة¹.

وكذلك اهتم المشرع المصري كمنظيره الفرنسي، بأهمية التوقيع الإلكتروني في تحديد هوية الموقع فعرفه في المادة 01 من القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني بأنه: "ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع وتمييزه عن غيره"².

بالنسبة للمشرع الجزائري هو الآخر اهتم بالتوقيع الإلكتروني من خلال إصداره للقانون رقم 15-04 المؤرخ في 01-02-2015 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، حيث عرفه في المادة 1/02 منه على أنه: "بيانات في شكل الكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق"³، ثم أضاف المشرع الجزائري في المادة 06 من هذا القانون على أنه: "يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني"⁴.

يتضح مما سبق اهتمام التشريع المقارن والجزائري محل الدراسة بالتوقيع الإلكتروني كوسيلة للتحقق من أهلية المتعاقد شريطة أن يكون مضمونا بواسطة وسائل تقنية مؤتمنة من أي تزوير، لكن للأسف

¹Yousef Shandi, "la formation du contrat à distance par voie électronique", thèse de doctorat en droit privé, université Robert Schuman Strasbourg3, faculté de droit et de sciences politiques et de gestion, france, année universitaire 2004-2005, p 314.

²نقلا عن حنان مليكة، "النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني السوري رقم 4 الصادر بتاريخ 25-02-2009 - دراسة مقارنة-"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، ع 02، مج 26، جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سنة 2010، ص 559.

³ القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01-02-2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر.ع 06 المؤرخة في 10 فيفري 2015، ص 07.

⁴ القانون رقم 15-04 السابق ذكره، ص 08.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

فإن الواقع يشهد عكس ذلك فكثيرا ما يجد المتعاقد حسن النية نفسه قد تعاقد مع ناقص الأهلية معتقدا أنه يتعامل مع شخص أهل لمباشرة مختلف التصرفات القانونية.

ومن أجل المحافظة على استقرار المعاملات الإلكترونية، اتجه جانب من الفقه نحو معالجة هذه المشكلة من خلال تطبيق نظرية الوضع الظاهر التي يقصد منها ترجيح مصلحة الطرف حسن النية وأن لا يلحق هذا التصرف ضررا للطرف الآخر، وهو رأي صائب لأنه في حقيقة الأمر لا يمكن الاعتماد على التوقيع الإلكتروني كوسيلة للتحقق من هوية وأهلية المتعاقد عبر مختلف الوسائل الإلكترونية نظرا لاحتمال تعرض هذه الوسائل للقرصنة إذ يصعب مواجهة هذه المشكلة نظرا لوجود أشخاص لديهم خبرة واسعة في عملية الاختراق الأمر الذي يتطلب المزيد من البحث عن وسائل تقنية من شأنها تأمين مختلف الوسائل الإلكترونية خاصة ما يتعلق بالأهلية.

ثانيا. العقد الإلكتروني عقد دولي غالبا: تم الاستقرار على أن العقد الإلكتروني هو إما عقد داخلي إذا كان بين أطراف يتواجدون داخل نفس إقليم الدولة، وإلا فهو دولي إذا تم بين أطراف لا يتواجدون في نفس إقليم الدولة، وهذا العقد تغلب عليه صفة الدولية نظرا للانتشار الواسع في استخدام مختلف الوسائل الإلكترونية لإبرام مختلف المعاملات على المستوى الدولي،¹ منها شبكة الانترنت التي تتميز بكونها عابرة للحدود بطبيعتها وبالتالي فإن العقد الذي يبرم من خلالها هو عقد دولي محض²، أكثر من ذلك تعتبر شبكة الانترنت محور اتصال أغلب دول العالم³.

¹ بن السبحمو محمد المهدي، المرجع السابق، ص 366.

² بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 32.

³ علي حبير عبيد الجنابي، "الطبيعة القانونية للعقد الإداري الإلكتروني"، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون العام، عمان، الأردن، السنة الجامعية 2016-2017، ص 63.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

وبفضل هذه الشبكة يمكن لكل من أطراف التعاقد من جنسيات مختلفة التفاوض وإبرام العقد دون تحمل عناء الإقامة في دولة غير دولته فهي توفر السرعة للقيام بمختلف المعاملات الإلكترونية من أجل التبادل عبر الحدود¹.

والإشكال الذي وقع بخصوص اعتبار العقد الإلكتروني عقد دولي، هو الاختلاف الفقهي حول تحديد الصفة الدولية لهذا العقد، فقد ذهب بعضهم إلى اعتباره عقد دولي وفقاً للمعيار القانوني وفريق آخر اعتبره عقد دولي وفقاً للمعيار الإقتصادي².

1- المعيار القانوني: يكون المعيار قانوني إذا كان العقد الإلكتروني قد اتصل عنصر أو أكثر من عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، كأن تكون جنسية أطراف التعاقد مختلفة أو كان مكان إبرام العقد وتنفيذه يخضع لأكثر من نظام قانوني كأن يقوم شخص بعرض عام مفتوح لكل دول العالم للتفاوض حول محل العقد بهدف إبرام هذا الأخير فيتفاوض مثلاً طرفين من دولتين مختلفتين ثم يتوصلا إلى اتفاق نهائي مفاده إبرام العقد المتفاوض بشأنه على أن يتم تنفيذ هذا العقد في دولة أخرى فهنا اتصل العقد الإلكتروني بثلاث أنظمة قانونية وهما بلد جنسية المتعاقدين وبلد تنفيذ العقد³.

2- المعيار الإقتصادي: يكتسي العقد الإلكتروني الصفة الدولية، لأنّ هذا العقد يتعلق بمصالح التجارة الدولية أي يقوم على العلاقات التجارية الدولية⁴، حيث يبرم العقد الإلكتروني بين أطراف يوجد كل منهم في دولة إذ يتم تبادل السلعة أو الخدمة محل التعاقد بين هذه الدول من أجل تحقيق مصالح اقتصادية متبادلة الأمر الذي من شأنه تحفيز تطور التجارة الدولية في العالم⁵.

¹ ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 36.

² يحيى يوسف فلاح حسن، "التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، السنة الجامعية 2006-2007، ص 21.

³ بن جبارة عباس، المرجع السابق، ص 72-73.

⁴ العيشي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 29.

⁵ غادة جواد مسودي، "التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني في فلسطين"، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة بيرزيت، كلية الدراسات العليا، كلية الحقوق والإدارة العامة، بيرزيت، فلسطين، السنة الجامعية 2006-2007، ص 44.

ولقد نتج عن هذا النقاش الفقهي ظهور اتجاه جديد حاول الجمع بين المعيارين القانوني والإقتصادي لإصباح الصفة الدولية للعقد الإلكتروني، وهذا بفضل القضاء الفرنسي الحديث الذي تصدى لهذه المسألة بضرورة التكامل والإنسجام بين المعيارين كأن يكون العقد متصلا بأكثر من نظام قانوني ومحققا لمصالح التجارة الدولية في نفس الوقت مثال ذلك " إبرام عقد بيع في الجزائر بين إنجليزي وشركة جزائرية حيث أن محل التعاقد نقل بضائع من الجزائر إلى ألمانيا على أن ينفذ هذا العقد في هذه الأخيرة"، هنا العقد متصل بثلاث أنظمة قانونية هي القانون الجزائري والقانون الإنجليزي ثم القانون الألماني، أي قيام المعيار القانوني وفي نفس الوقت قيام المعيار الإقتصادي وهو حركة نقل البضائع من الجزائر إلى ألمانيا¹.

غير أنّ الرأي الرَّاجح يجمع بين المعيارين القانوني والإقتصادي نظرا لتداخل العلاقات القانونية والإقتصادية في نفس الوقت التي يصعب معها تحديد الصفة الدولية للعقد الإلكتروني بناء على المعيار القانوني فقط أو المعيار الإقتصادي دون المعيار القانوني أو العكس من ذلك، فهما معياران متكاملان متشابكان يصعب فصلهما.

ثالثا. العقد الإلكتروني عقد تجاري غالبا: يكتسي العقد الإلكتروني الطابع التجاري غالبا لذلك يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية في الغالب حيث يكون أحد أطراف التعاقد يتمتع بالصفة التجارية أي يكون تاجر².

وفي هذا الصدد يرى البعض من الفقه الفرنسي، أنّ العقد يكتسب الصفة التجارية نظرا لصفة من يبرم العقد، فيكون تجاريا إذا كان أحد أطراف المعاملة تاجرا أو أحاطت بتكوينه ظروف معينة وهو ما يتم تحديده من خلال نظرية الأعمال التجارية أي أن العقد الإلكتروني هنا يقع في مجال التجارة من

¹ محمد بلاق، "قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية"، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011، ص 17-18.

² المقداد هدى، المرجع السابق، ص 07.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

حيث الموضوع أو الأطراف¹. فالصفة التجارية هي السمة الغالبة في العقد الإلكتروني ذلك أن المعاملات التجارية تستحوذ على الجانب الأكبر في معظم العقود².

رابعاً: العقد الإلكتروني يتم عبر وسائل إلكترونية: تكمن خصوصية العقد الإلكتروني في كونه يتم إبرامه وتنفيذه عبر مختلف الوسائل الإلكترونية، التي أضحت ضرورة ملحة يتم استخدامها لسرعة التواصل وكسر كل الحواجز الجغرافية بين مختلف المتعاملين حول العالم.

المطلب الثاني: أداة التفاوض الإلكترونية.

يشهد العالم تطور كبير في الوسائل الإلكترونية نتيجة الثورة التكنولوجية فبرز ما يسمى بالتفاوض الإلكتروني، حيث أصبحت عملية المفاوضات التي تسبق إبرام العقد النهائي تتم عبر مختلف هذه الوسائل الإلكترونية بعد تخلي أطراف العلاقة التعاقدية عن طرق التفاوض التقليدي نتيجة التقدم العلمي السريع في استخدام شبكة الإنترنت وما تتميز به من سرعة في توفير الجهد، الوقت والمال، حيث أن هذه الشبكة تسمح باستخدام وسائل إلكترونية لإجراء عملية التفاوض (الفرع الأول)، وبالتالي تنتقل من التفاوض التقليدي إلى التفاوض الإلكتروني الأمر الذي يستدعي الوقوف على موقف التشريع من استخدام هذه الوسائل الإلكترونية في عملية التفاوض كمرحلة تسبق إبرام العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أهم الوسائل الإلكترونية المستخدمة من خلال شبكة الإنترنت في التفاوض.

الوسائل الإلكترونية كثيرة في مجال شبكة الإنترنت وهي في تطور مستمر مع التطور التكنولوجي، لكن ما يهم هنا وما يثير الإهتمام، هو تلك الوسائل الإلكترونية التي لها القدرة على التفاعل وتبادل البيانات ومعالجتها لنجاح المعاملة الإلكترونية والإحاطة بكل مظاهرها بدء من مرحلة التفاوض إلى غاية تنفيذ العقد، فمن أحدث الوسائل الإلكترونية وأكثر فعالية اليوم لترويج سلعة أو خدمة معينة بهدف

¹ جندولي فاطمة زهرة، "عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، ص 17-18.

² أرجيلوس رحاب، "الإطار القانوني للعقد الإلكتروني دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص 27.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

الدخول في عملية التفاوض الممهّد للتعاقد نجد البريد الإلكتروني ووسائل التواصل الاجتماعي، وهذا بالرجوع إلى التقارير العالمية في هذا المجال التي أثبتت أن أكبر نسبة لتحقيق الولوج إلى العروض التي تحمل في طياتها التفاوض بهدف الإتفاق على شروط التعاقد تكون عبر هذه الوسائل الإلكترونية، فالإستعمال الجيد والقانوني بطرق احترافية لهذه الوسائل من شأنه تحقيق نسبة كبيرة من نجاح عملية العروض التي تتضمن الدعوة للتفاوض، ويتم استخدام هذه الوسائل من خلال ربط شبكة الإنترنت بجهاز الحاسوب الآلي أو الهاتف النقال أو الهواتف الذكية لتسهيل تبادل الرسائل والمعلومات إلكترونياً¹.

أولاً: البريد الإلكتروني: إنّ البريد الإلكتروني²، هو اختصار لعبارة "Électronique Mail" الذي يقصد به وسيلة لتبادل البيانات والمعلومات إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت بين المرسل والمرسل إليه، حيث يكون هذا التبادل للرسائل الإلكترونية يتميز بالسرعة، وهذا من شأنه تسهيل عملية التفاوض فضلاً عن إمكانية إرسال ملفات في شكل نصوص وصور وصوت عبر هذه الوسيلة³.

¹ فؤاد الصبّاغ، "التسويق عبر البريد الإلكتروني: أهم الإيجابيات والسلبيات"، مجلة إدارة الأعمال والدراسات الاقتصادية"، ع01، مج05، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2019، ص 84.

² يعود ظهور البريد الإلكتروني إلى العالم الأمريكي Ray Tomlinson الذي صمّم على شبكة الإنترنت برنامج لكتابة الرسائل يُسمى Send message بغرض تمكين مختلف أطراف المتعاملين بالشبكة من تبادل الرسائل فيما بينهم، ثم بعد ذلك قام باختراع برنامج آخر يسمح بنقل الملفات من جهاز كمبيوتر إلى جهاز آخر ثم قام بدمج البرنامجين في برنامج واحد فنتج عن ذلك ما يُسمى بالبريد الإلكتروني مستخدماً الرمز @ الذي يوضع بين اسم المرسل والموقع الذي تُرسل منه الرسالة للدلالة على مكان مُرسلها. نقلاً عن محمد بن يحيى بن سلمان العزي، "الإطار القانوني للتعاقد عبر الإنترنت - رؤية شرعية"، مجلة الدراسات العربية، ع 36، مج 08، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، مصر، سنة 2017، ص4144، حيث تقوم فكرة البريد الإلكتروني على تخصيص مزود خدمات هذه الوسيلة مساحة تكون مخصصة للبريد الصادر والوارد وتمنح لكل مشترك عنواناً خاصاً به يُمكنه من تبادل الرسائل الإلكترونية والملفات والرسوم والصور عن طريق إرسالها من المرسل إلى شخص أو أكثر، إلى جانب أنه يتّسم بإمكانية استخدامه بين أي نوع من أجهزة الحاسوب الآلي وكذا أي نوع من الهاتف وتتم المراسلات بين المتعاملين سواء لإجراء التفاوض أو لإبرام العقد، نقلاً عن عجالي بخالد، المرجع السابق، ص 120.

³ ماجد محمد نصيب الزهراني، "الإطار القانوني للعقد الإلكتروني المبرم عبر الوسائل الإلكترونية وفقاً لنظام التعاملات الإلكترونية السعودي دراسة مقارنة مع القانون الأردني"، مذكرة ماجستير في الحقوق تخصص القانون الخاص، جامعة مؤتة، عمادة الدراسات العليا، الأردن، سنة 2011، ص 51.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

ويتم التعبير عن إرادة الدخول في المفاوضات عن طريق البريد الإلكتروني من خلال الكتابة الإلكترونية¹، وهي لا تختلف عن الكتابة العادية سوى أنّ الوسيلة المستخدمة تكون إلكترونية وهي هنا البريد الإلكتروني الذي جعل من الكتابة المتبادلة بيت أطراف التفاوض الإلكترونية.

كما ينبغي التنويه إلى أنّ البريد الإلكتروني يُساهم في زيادة التواصل بين مستخدمي شبكة الإنترنت، وكان له أثره البالغ في مجال التعاقد الإلكتروني عامة والتفاوض خاصة، إذ يُمكن لأحد أطراف التفاوض يملك عنوان بريد إلكتروني خاص به أن يرسل رسائل عبر هذه الوسيلة إلى مشترك آخر بالبريد الإلكتروني ويستطيع أن يرسل الرسالة نفسها إلى عدد غير محدد من المشتركين²، إذ تعتبر عملية عرض السلعة أو الخدمة عبر هذه الوسيلة بهدف التفاوض حول مضمون هذه السلعة أو الخدمة بهدف التوصل إلى إتفاق نهائي لإبرام العقد الإلكتروني من أهم الوسائل لجلب الأشخاص المهتمين بالتعاقد عن طريق عناوين بريدهم الإلكتروني من خلال محاولة إقناعهم بالتعاقد حسب رغباتهم³.

وتبدأ مرحلة التفاوض عبر البريد الإلكتروني من خلال إرسال أحد طرفي التفاوض صاحب السلعة أو الخدمة محل التفاوض رسالة تتضمن عرض التفاوض إلى عدد غير محدد من الأشخاص لهم الرغبة الحقيقية في الدخول إلى هذه المرحلة لإبرام عقد معين، وبمجرد فتح المرسل إليه بريده الإلكتروني وعلمه بعرض التفاوض تكون له الحرية في الدخول إلى هذه المرحلة التي تسبق إبرام العقد النهائي أو رفضه والتعبير عن هذا الأمر يكون برسالة يوجهها إلى المرسل⁴.

وتُعتبر عملية إرسال الإعلانات لمستخدمي الإنترنت عن طريق الرسائل الإلكترونية عبر البريد الإلكتروني للإطلاع على محل العرض الممهد للتعاقد، عرضاً موجهاً لكافة الأشخاص الذين لديهم بريد

¹ سامح عبد الواحد التهامي، "التعاقد عبر الإنترنت - دراسة"، دار الكتب القانونية للنشر، مصر، سنة 2008، ص 76.

² محمود عبد الرحيم سليمان الشريفات، "التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت - دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة آل بيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، الأردن، سنة 2004، ص 10.

³ فؤاد الصبّاغ، المرجع السابق، ص 84.

⁴ محمد جمال محمد طاهر، "التعاقد بين حاضرين وخصوصيته في عقود التجارة الإلكترونية - دراسة قانونية تحليلية مقارنة"، مجلة الرافدين للحقوق، ع 54، م. ج 12، الرافدين، العراق، سنة 2012، ص 78.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

إلكتروني، فهو تصرف ينطوي تحت عملية التفاوض، حيث تكون الرسالة المرسله عبر البريد الإلكتروني غير متضمنة لكافة عناصر العقد المراد إبرامه، وبالتالي لا يعتبر هذا التصرف إيجاباً وإنما دعوة للتفاوض الممهد للتعاقد، ومثال ذلك عرض أجهزة منزلية للبيع بسعر معين دون بيان مواصفات هذه الأجهزة فهذا الأمر يعتبر دعوة للتفاوض الممهد للتعاقد¹.

وتجدر الملاحظة أن هذه الدعوة قد تتحول إلى إيجاب في حالة قيام مُتلقِي العرض بإرسال رسالة إلى صاحب العرض يعلمه فيها برغبته في التفاوض حول السلعة أو الخدمة محل التعاقد ليقوم صاحب العرض بإرسال كافة المعلومات المتعلقة بمحل العقد فيتحول هنا مجرد الدعوة إلى التفاوض إلى إيجاب مُمهد لعملية إبرام العقد².

لكن كيف لصاحب العرض محل التفاوض أن يملك عناوين البريد الإلكتروني لأشخاص غير محددين؟

يمكن أن يصل إلى أي شخص عبر بريده الإلكتروني رسائل إلكترونية تحمل في مضمونها دعوة للدخول في التفاوض بشأن معاملة إلكترونية معينة، وهنا يكون لهذا الشخص حرية القبول أو الرفض بمراسلة صاحب هذه الرسائل الإلكترونية عبر بريده الإلكتروني، حيث يجب أن يكون العارض قد تحصل على عناوين البريد الإلكتروني لكل شخص أرسل له دعوة للتفاوض بطريقة قانونية وألا يكون هذا بمثابة Spam الممنوع قانوناً³.

¹ صبيحي فوزية، فتاري بن دكوش نضرة، المرجع السابق، ص 274.

² محمد فواز المطالقة، "الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية-دراسة مقارنة-"، ط 01، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2008، ص 60-62.

³ عرّفت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات بفرنسا Commission National D'information Et Liberté من خلال تقريرها الصادر بتاريخ 04 أكتوبر 1999 البريد الإلكتروني الغير المرغوب فيه Spam بأنه: "إرسال كمية كبيرة من البريد بشكل متكرر وغير مرغوب فيه إلى أشخاص ليس بينهم وبين المرسل إليه أية علاقة عقدية ويكون قد تم اختيار بريدهم الإلكتروني بشكل غير منتظم". نقلا عن بن عزة محمد حمزة، "حماية المستهلك الإلكتروني من مخاطر البريد الدعائي Le spamming دراسة مقارنة"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، ع 04، مج 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، سنة 2018. وعرفه جانب من الفقه على أنه إرسال مجموعة كبيرة من الرسائل الإلكترونية

أي يجب أن لا يكون البريد الإلكتروني عبارة عن إعلانات إلكترونية كاذبة أو خادعة وغير مرغوب فيها، حيث أنه ونظرا لقلّة تكاليف الإعلانات الإلكترونية التي تتم عن طريق رسائل البريد الإلكتروني فإن الموردين أصحاب السلع والخدمات يستغلون هذه الميزة ويقومون بإرسال رسائل من يريدهم الإلكتروني إلى أكبر قدر ممكن من عناوين البريد الإلكتروني للأشخاص حيث تتضمن تلك الرسائل الإعلان عن منتجاتهم وخدماتهم أي دعوة هؤلاء الأشخاص للدخول في مرحلة التفاوض الممهّد للتعاقد دون الحصول على الرضا المسبق لهؤلاء الأشخاص.

1- موقف التشريع المقارن من البريد الإلكتروني غير المرغوب فيه Spam: حرصا على تحقيق الحماية القانونية للمستهلك من كافة الإعلانات التي ترسل بالبريد الإلكتروني spam غير المرغوب فيها تم اعتماد نظام opt-in¹ الذي هو عبارة عن وسيلة قانونية لمواجهة هذه الأخيرة والذي جسّده التوجيه الأوروبي الصادر في 21 جويلية 2002 المتعلق بالتعامل في البيانات ذات الطابع الشخصي وحماية حرية الحياة الخاصة في قطاع الاتصالات بموجب المادة 13 منه التي جاء نصّها بأن: " لا يجوز استخدام البريد الإلكتروني أو البيانات الشخصية للمستهلكين في الإعلانات التجارية أو التسويق المباشر إلا بعد الحصول على رضائهم المسبق"، وفي نفس الصدد تبني المشرع الفرنسي هذا النظام في نص المادة 22 من القانون الخاص بالثقة في الإقتصاد الرقمي الصادر بتاريخ 21 يونيو 2004 على

لعدد كبير من مستخدمي الإنترنت عبر البريد الإلكتروني دون رغبتهم وغالبا ما يتضمن هذا النوع من الإشهار إعلانات خاطئة لتضليل المستهلكين حول بعض المنتجات. نقلا عن مينة حوحو، " عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري"، ط01، دار بلقيس للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، سنة 2016، ص 68.

¹ يقصد بنظام Opt in الرضا الصريح المسبق وقد تم تعريفه بأنه: " نظام يعتمد على حظر قيام مرسل البريد الإلكتروني المزعج من إرساله إلى المستخدمين إلا إذا منحوه رضائهم المسبق على إرساله أو كانت هناك علاقة سابقة بينهما تجعل الرضا أمرا متصورا"، و هناك من عرفه بأنه " الحصول على إذن قبل إرسال رسائل البريد الإلكتروني ويتطلب للحصول على هذا الإذن عمل إيجابي من المرسل حيث يلتزم قبل إرساله أي رسالة إلكترونية إلى المستخدم أن يحصل على رضائه المسبق فإذا لم يرغب هذا الأخير في تلقي هذه الرسائل فلا يستطيع المرسل أن يرسلها"، وما يجب التأكيد عليه هو أن هذا النظام يقوم على إلزامية الحصول على الموافقة المسبقة من المرسل إليه والطريقة الأكثر شيوعا للحصول على هذه الموافقة تتمثل في إرسال رسالة إلكترونية إلى البريد الإلكتروني لهذا الأخير يدعو من خلالها إلى إبداء موافقته على تلقي رسائله الإلكترونية وفي هذه الحالة يكون الخيار للمرسل إليه إما بإبداء موافقته من خلال التأشير على أيقونة " موافق" وإعادة الرسالة إلى المرسل أو رفضها بالضغط على أيقونة " غير موافق". نقلا عن صلاح الدين بوحلمة، " البريد الإلكتروني المزعج والآليات القانونية والتقنية لمواجهة"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، ع03، مج 06، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 01، كلية الحقوق، سنة 2019، ص 203.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

أنه لا يجوز استخدام أية وسيلة اتصال بالمستهلكين أيا كان نوعها في إرسال الإعلانات التجارية والخدمات إلا بعد الحصول على الرضا المسبق للمستهلك¹.

إلى جانب نظام Opt-in كآلية قانونية لمواجهة الإعلانات غير المرغوب فيها هناك نظام آخر لم يأخذ به المشرع الفرنسي وهو نظام Opt-out أي نظام الرفض أو الاعتراض، مفاده قيام المرسل بإرسال الرسائل الإلكترونية تتضمن الإعلان عن وجود سلعة أو خدمة محل تفاوض بهدف التعاقد إلى بريد إلكتروني يملكه شخص معين دون أن يسأله عن موافقته المسبقة على الإرسال، فإذا لم يرغب هذا الأخير في تلقي المزيد من الرسائل عليه أن يرسل هذه الرغبة إلى المرسل فإن فعل ذلك يجب على المرسل أن يحترم تلك الرغبة تحت طائلة تعرضه للمسؤولية، حيث يُلزم على من يرسل الرسائل الإلكترونية أن يوفر آلية تمكن مستقبل هذه الرسائل من التعبير عن رغبته في عدم استقبال مثل هذه الرسائل².

وحرصا على حماية الشخص الذي يتعرض إلى إغراق بريده الإلكتروني برسائل غير مرغوب فيها، قصد تضليله وخداعه من أجل تحقيق غاية دخوله معه في مفاوضات ممهدة لإبرام معاملة إلكترونية معينة، صدر حكم عن المحكمة العليا لباريس بتاريخ 15-01-2002، أدانت فيه السبام، حيث اعتبره حكم المحكمة فعل مخالف لحسن السيرة في المعاملات الإلكترونية، وأنه تبعا لهذا الأمر فهو يُشكل جنحة معاقب عليها بموجب نص المادة 02-323 التي تنص بأنه: "الفعل الذي بمقتضاه يتم إعاقة عمل نظام المعالجة الآلية للبيانات يعاقب بالحبس لمدة خمس سنوات وغرامة قدرها 150000 يورو"³.

¹ كوثر سعيد عدنان خالد، سميحة مصطفى القليوبي، "حماية المستهلك الإلكتروني في ضوء قانون حماية المستهلك المصري والتوجيهات الأوروبية والقانون الفرنسي وقانون اليونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية معلقا عليها بأحدث أحكام محكمة النقض المصرية والفرنسية والمحاكم الاقتصادية"، ط02، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2016، ص 224-225.

² نقلا عن كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 226-227.

³ " le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données est puni de 05ans d'emprisonnement et de150000 euro d'amende ... "voir le site d'internet :www.legifrance.gouv.fr 2021-01-06 تاريخ الإطلاع

أما عن موقف المشرع المصري بالنسبة للبريد الإلكتروني غير المرغوب فيه Spam، فإنه على خلاف نظيره الفرنسي لم يتطرق إلى هذه المسألة، وذلك لعدم تعرضه صراحة أو ضمناً لموضوع الإعلانات الكاذبة أو الخادعة على الرغم من تنظيمه لقانون الإعلانات التجارية الإلكترونية¹.

2-موقف المشرع الجزائري من البريد الإلكتروني غير المرغوب فيه Spam: منع المشرع الجزائري صراحة على غرار نظيره الفرنسي، من إرسال الرسائل الإلكترونية التي تتضمن الترويج لسلعة أو خدمة معينة عن طريق الاتصالات الإلكترونية، دون الموافقة المسبقة لتلقي هذه الإعلانات، أي ضرورة تسجيل طلب مسبق للمرسل إليه، وهذا ما جاء في المادة 31 من القانون رقم 18-05 السابق التي تنص بأنه: "يمنع الاستبيان المباشر اعتماداً على إرسال الرسائل عن طريق الاتصالات الإلكترونية باستعمال معلومات شخص طبيعي بأي شكل من الأشكال لم يبد موافقته المسبقة لتلقي استبيانات مباشرة عن طريق الاتصال الإلكتروني"، وتنص المادة 32 من نفس القانون بأنه: "يجب على المورد الإلكتروني أن يضع منظومة إلكترونية يسمح من خلالها لكل شخص بالتعبير عن رغبته في عدم تلقي أي إشهار منه عن طريق الاتصالات الإلكترونية...."، كما تُضيف المادة 33 من نفس القانون على أنه: "في حالة نزاع ينبغي للمورد الإلكتروني أن يثبت أن إرسال الإشهارات الإلكترونية خضع للموافقة المسبقة والحرّة..."، وناهيك عن ذلك رتب المشرع الجزائري بموجب المادة 40 من نفس القانون عقوبات جزائية في حالة مخالفة أحكام نصوص المواد 31 و 32 المذكورة أعلاه تتمثل في غرامة مالية تتراوح من 50000 إلى 500000 دج دون المساس بحقوق الضحايا في التعويض².

وتماشياً مع ما تم ذكره يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يحرص الإعلانات غير المرغوب فيها على إرسالها عن طريق البريد الإلكتروني، وإنما حث على ضرورة منعها بأي طريق من طرق الاتصال الإلكتروني وعليه فإنه يُقرّ ضمناً بهذه المسألة لأن البريد الإلكتروني هو طريق من طرق تسهيل عملية الاتصال الإلكتروني كما أن الرسائل غير المرغوب فيها لا تنحصر على إرسالها عبر البريد الإلكتروني فقط فقد

¹ نقلاً عن كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 229.

² القانون رقم 18-05 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، السابق ذكره، ص 09-10.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

تصل عبر وسائل التواصل الاجتماعي أيضا كالماسنجر حيث تصل إلى الشخص رسائل إلكترونية دون الحصول على موافقة لطلب الإضافة إلى حساب الفايسبوك الخاص بالمرسل إليه.

يتبين من خلال ما تم ذكره أن المشرع الجزائري حذا حذو المشرع الفرنسي في تجريم الرسائل غير المرغوب فيها عن طريق الاتصالات الإلكترونية عامة والبريد الإلكتروني خاصة، ولكن السؤال المطروح هنا: ما هو النظام القانوني الذي تبناه المشرع الجزائري كوسيلة قانونية لمواجهة الإعلانات التي تتضمن رسائل غير مرغوب فيها؟

يتضح من استقراء النصوص القانونية المذكورة أعلاه أنّ المشرع الجزائري، اعتمد كلا من نظام Opt-in و Opt-out معا، فلماذا أخذ المشرع الجزائري بهذين النظامين معا ولم يأخذ بنظام واحد كما فعل المشرع الفرنسي؟

الرأي أنّ الأمر يتوقف على خطورة الحصول على الموافقة المسبقة من قبل المرسل إليه في تلقي الإعلانات ويبقى المرسل يواصل عملية إرسال رسائل إلكترونية لا تحمل في طياتها أي أهمية عن تلك الإعلانات الموافق عليها من قبل المرسل إليه فتسبب له نوع من الإزعاج، فحرصا عليه مكنه المشرع الجزائري إلى جانب الرضاء المسبق ضرورة توفير له آلية من طرف المرسل تمكنه من التعبير عن عدم رغبته في تلقي المزيد من الرسائل ويكون بذلك قد أحسن المشرع الجزائري في اعتماد هذين النظامين معا لتحقيق أكبر حماية قانونية للمستهلك الجزائري الراغب في التعاقد.

وكما تمّ الإشارة إليه أعلاه، قد تصل أي شخص رسالة عبر بريده الإلكتروني أثناء تبادل الحوار مع مجموعة من الأطراف يجمعهم اهتمام واحد عبر مواقع إلكترونية تُسمّى بمنتديات المناقشة¹ والتي هي

¹ منتديات المناقشة New Group and Chat هي عبارة عن مكان افتراضي لتبادل المعلومات والأفكار حول مسألة معينة بين شخصين أو أكثر ويمكن لكل شخص أن يبدي رأيه فيتم الحوار بين الجميع بشكل مكتوب أو شفهي من خلال برنامج معين يربط بينهم ويكون الدخول إلى هذه المنتديات مجّانا دون اشتراكات أو أية مصاريف، كما قد تتم هذه المنتديات من خلال موقع ثابت يخصص لها وموضوع المناقشة فقط هو الذي يتغير وخالصة القول: منتديات المناقشة هي عبارة عن تجمع افتراضي يسمح بعرض وتبادل الآراء بكل حرية. نقلا عن بن عبّو وليد، "الإشهار في عصر تكنولوجيا الإتصال: مقارنة تحليلية لمزايا الإشهار الإلكتروني وأفاقه"، مجلة مقاربات، ع 03، مج 05، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2019، ص 45.

الباب الأول: التأسيس القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

عبارة عن أماكن للإلتقاء والمناقشة وتبادل الحوار حول محل العرض الممهد للتعاقد بين أشخاص يجمعهم وحدة الإهتمام بالتعاقد، وذلك من خلال قوائم البريد الإلكتروني حيث يستطيع كل منهم أن يقرأ في أي وقت رسائل الآخرين حيث تكون مفتوحة للجميع¹، أكثر من ذلك يُعاب على هذه الساحات الافتراضية التي تعتبر منبر إلتقاء الأشخاص الراغبين في التفاوض عبر شبكة الإنترنت أنها لا تخضع لأي إشراف أو مراقبة².

هذه المنتديات تمّ انتقاد وجودها من طرف القضاء الفرنسي في حكم صدر له بتاريخ 05 يوليو 2002 بشأن قضية تتلخص وقائعها في قيام مجموعة من مؤلّفي الكتب باستنساخ رسائل وعناوين البريد الإلكتروني من أحد منتديات المناقشة والحوار، حيث قضت المحكمة بأن رسائل وعناوين البريد الإلكتروني المنشورة بقائمة المناقشات لا تدخل في المراسلات الخاصة، حيث أنّ الدخول إلى القائمة لا يُقدّم أيّ ضمانات جدّية فعّالة للمستخدمين تسمح لهم بأن يكون عددهم محدد ويجمعهم اهتمام واحد مشترك، وأضافت المحكمة أن الدخول إلى منتديات المناقشة عبر البريد الإلكتروني يجب أن يقوم على أحكام تسمح بأن يقتصر استخدامه على مشتركين محددين وأن يكون الدخول بطرق محددة وطبقا لعناصر تمّ التحقق منها سابقا³.

والرأي تأييد حكم المحكمة المذكور أعلاه، ذلك أنّ هذه المنتديات يجب أن تتسم بالخصوصية وإخضاع الرسائل المتبادلة للسرية، وبالتالي ضرورة تحديد الأشخاص الذين يرى أنهم قد يهتمون بموضوع التفاوض دون غيرهم حيث تكون لهم حرية القبول أو الرفض من خلال إرسال رسائل إلكترونية إلى البريد الإلكتروني الخاص بالشخص أو الأشخاص المحددين لدى المرسل حيث يطلع على هذه الرسائل

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، "الجرائم المستحدثة في إطار تكنولوجيا الإتصالات"، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، سنة 2009، ص 181-182.

² عمر خالد زريقات، "المرجع السابق، ص 49.

³ Publié sur le site d'internet : Legalis.net/jurisprudences/tribunal de grande instance de paris 3eme chambre 2eme section jugement du 05 juillet 2002. 2021-01-06 تاريخ الإطلاع

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

باستخدام كلمة سر خاصة به لفتح صندوق بريده الإلكتروني¹، ذلك أن من مميزات البريد الإلكتروني الخصوصية إذ لا يمكن الدخول عليه إلا بكلمة سرّ محددة خاصة بكل شخص ويستطيع أن يغيّرها متى أراد ليضمن عدم قدرة أي شخص على النفاذ إلى صندوق بريده الإلكتروني².

وبالتالي فإنّ البريد الإلكتروني وسيلة إلكترونية يستخدم في التفاوض اللازم لإبرام العقد من خلال قيام المرسل بوضع المستندات التي تكون في شكل رسائل رقمية داخل إيميله الخاص، والذي يقوم خادم الإيميل الخاص به بتجميعه وتخزينه لديه، ثم يقوم هذا الأخير بإعادة إرساله إلى خادم البريد الإلكتروني للمستقبل والذي يقوم بتوصيله إلى البريد الإلكتروني للمرسل إليه، فيتم إيصال الدعوة للإيجاب أي التفاوض الممهد للإيجاب إلى علمه، فيقوم هذا الأخير بالبحث عن المواصفات والمقاييس المراد توافرها في السلعة أو الخدمة المرغوب الحصول عليها فإذا وجد أي غموض حينئذ يقوم بمراسلة العارض ومن هنا تبدأ عملية التفاوض، حيث يطلب منه بعض الإيضاحات لإزالة الغموض حتى تتوفر لديه المعلومات الكافية عن هذه السلعة التي يرغب الحصول عليها³.

ويجب التنويه إلى أنه لا يكون هناك تفاوض على العقد عبر البريد الإلكتروني ما لم تُوجّه دعوة التفاوض وقبولها من الطرف الآخر⁴.

هذه العملية بالرغم من أنها تتسم بسرعة عالية جدًّا، إلا أنه لا يمكن اعتبارها آنية فيمكن أن تتأخر أو حتى يمكن أن تتعرض للتلف أثناء سيرها عبر خادم البريد الإلكتروني⁵، من خلال تعرّضها

¹ عتيق حنان، المرجع السابق، ص 23.

² هشام العربي، "التعاقد عن طريق الإنترنت من وجهة الفقه الإسلامي"، ط 01، دار التيسر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، دون ذكر السنة، ص 69.

³ لورنس محمد غبيدات، محمد فواز مطالقة، "العقود الإلكترونية والبيئة الإلكترونية في النظام السعودي"، مجلة كلية الشريعة والقانون، ع 02، مج 20، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، تفهنا الأشراف - دقهلية -، مصر، سنة 2018، ص 846.

⁴ ندى زهير الفيل، "إبرام العقد الإلكتروني من قبل المعوّق بكلتا يديه - دراسة مقارنة -"، مجلة الرافدين للحقوق، ع 51، مج 14، كلية الحقوق، جامعة الرافدين، الرافدين، العراق، سنة 2016، ص 14.

⁵ رانيا صبحي محمد عذب، "العقود الرقمية في قانون الإنترنت - دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والتشريعات العربية والأمريكية والأوروبية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2012، ص 231-232.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

للفيروسات، الأمر الذي يتطلب ضرورة توافر برامج الحماية من الفيروسات، وهو ما يُسمى بالتأمين الإلكتروني للبرامج والبيانات والاتصالات، إلى جانب بعض المظاهر السلبية للتفاوض عبر وسيلة البريد الإلكتروني والتي من أبرزها وقوع غبن أو غش أو تدليس على المرسل إليه الطرف المتفاوض حول محل السلعة أو الخدمة المعروضة عليه عبر هذه الوسيلة الإلكترونية وذلك فيما يتعلق بمعاينة محل التفاوض حيث لا يتم هذا الأمر وقت التفاوض وإنما عند التسليم أي بعد المرور بإتمام عملية التعاقد¹.

يُستخلص مما سبق أنه بالرغم من إيجابيات البريد الإلكتروني كوسيلة إلكترونية تسهل عملية التفاوض حول السلعة أو الخدمة المرغوب فيها بهدف إتمام عملية التعاقد بصورة سريعة وغير مكلفة، وباعتباره مخزن إلكتروني دائم لحفظ المستندات والبيانات عليه مع إمكانية الرجوع إليها والإطلاع عليها أو سحب نسخة منها عند الحاجة عن طريق الآلة الطابعة أو إرسال نسخة على بريد أو مستلم إلكتروني آخر، دون أن تتأثر النسخة المحفوظة في البريد أو يحدث أي خلل للنسخة المرسلة، وبذلك يكون البريد الإلكتروني وسيلة لتسهيل عملية حفظ المستندات من فقدان والتلف مع الإطلاع على ذات النسخة بكاملها²، إلا أنه يُثير العديد من المشاكل القانونية في جانب المشاكل المذكورة أعلاه، فإنه يثير مشكلة عويصة تتمثل في احتمال عدم تحقق الإتصال اللحظي بين مقدم العرض والمتلقي في حالة قبول هذا الأخير للعرض، وبالتالي الموافقة على دعوة الدخول في عملية التفاوض لوجود مثلاً عطل في الشبكة يُعيق هذه المسألة فيحول دون تحقق الغاية المنشودة للعارض فيذهب للبحث عن طرف آخر دون انتظار لأنه قد تطول فترة الرد.

ثانياً: مؤتمرات الفيديو: Vidéo Conférence: تعتبر وسيلة مؤتمرات الفيديو من أهم وسائل التفاوض الإلكتروني، حيث نجد معظم الشركات الكبرى توجد بها قاعة مؤتمرات مجهزة بشاشة تلفزيونية

¹ ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 31.

² عبد الخالق صالح عبد الله معزب، "الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية في التجارة الدولية - دراسة قانونية وفقاً للاتفاقيات الدولية المتعلقة بالقانون التجاري الدولي -"، ط01، منشور من طرف المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والإقتصادية، برلين، ألمانيا، سنة 2019، ص 48.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

وكاميرات تصوير تتصل مباشرة بقاعة ماثلة لها لدى شركة أخرى فيتم التفاوض بشكل مباشر بالصوت والصورة¹.

هنا يتم التفاوض عن طريق ربط جهاز التلفزيون بوسائل الإتصال الصوتية والمرئية، هذه الطريقة تُغني أطراف التفاوض عن الحضور المادي حيث تكون لهما فرصة تبادل البيانات المكتوبة فوراً بالصوت والصورة²، فهذه الوسيلة تعتبر من أهم الوسائل الإلكترونية التي يتم عن طريقها إجراء عملية التفاوض لقيام عنصر رؤية وسماع وقراءة كتابة كل من الطرف المتفاوض للطرف الآخر، هذا الأمر من شأنه تأكيد معنى الرضا بين أطراف التفاوض³.

والتفاوض عن طريق مؤتمرات الفيديو جاء نتيجة التطور التكنولوجي الذي أدى إلى ظهور تلفزيون قادر على الدخول إلى شبكة الإنترنت يطلق عليه تسمية التلفزة الرقمية Net-Tv، وقد أجريت عليه عدّة تعديلات حيث أصبح من مكوناته لوحة مفاتيح كتلك الموجودة في جهاز الكمبيوتر التي تتيح إمكانية كتابة الرسائل الإلكترونية مع رؤية وسماع الطرف الآخر⁴.

وحدير بالذكر أن التفاوض عن طريق هذه الوسيلة الإلكترونية إلى جانب كونه يتم بين الشركات العالمية التي تملك من الإمكانيات، فإنه يتم أيضاً بين الأفراد وهذا لما توفره الإنترنت لمثل هذه الخدمة⁵، كما لا يفوتنا أن ننوّه أن التفاوض عن طريق مؤتمرات الفيديو يُطلق عليه نظام المحادثة والمشاهدة الإلكترونية، الذي يُقصد به تواجد شخصين أو أكثر متصلين بشبكة الإنترنت يتبادلون الحديث في نفس الوقت بالكتابة أو محادثة صوتية مع مشاهدة بعضهما البعض من خلال تفعيل الصوت بالصورة،

¹ زوقاغ نادية، "مبدأ حسن النية في التفاوض الإلكتروني في مجال عقود التجارة الدولية الإلكترونية"، مجلة دراسات في حقوق الإنسان، ع 01، مج 04، جامعة الجزائر 03، الجزائر، سنة 2020، ص 17-18.

² بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 51-52.

³ عبد العزيز فوج محمد موسى، "التعاقد بالوسائل المعاصرة- دراسة فقهية مقارنة"، مجلة كلية الشريعة والقانون تفهنا الأشراف، ع 01، مج 14، دقهلية، مصر، سنة 2012، ص 302.

⁴ إلياس ناصيف، "العقود الدولية- العقد الإلكتروني في القانون المقارن"، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2009، ص 15.

⁵ حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 149.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

هذه الوسيلة تمكن الأطراف المتفاوضة من المحادثة الفورية والمباشرة إلى حدّ اعتبار هؤلاء الأطراف متواجدين في مجلس عقد واحد من حيث الزمان والمكان ولو أنه يعتبر مجلس عقد افتراضي حيث يُمكن للأطراف التعرّف أكثر على بعضهما البعض عن قرب وبالتالي إمكانية تحقق التوصل إلى اتفاق نهائي بشأن إبرام العقد محل التفاوض من خلال تبادل العروض والمقترحات¹.

فأهم ما يميز التفاوض عن طريق مؤتمرات الفيديو هو كون هذه الوسيلة تتيح لمجموعة كبيرة من الأشخاص التحدث مع بعضهم البعض لتقريب وجهات النظر بغية التوصل إلى نوع من التوازن بين مصالح أطراف التفاوض².

وبالرغم من أهمية مؤتمرات الفيديو في تسهيل عملية التفاوض، إلا أنّ هذه الوسيلة الإلكترونية تُثير مسألة الضمان من حيث الإثبات، خاصّة في حالة عدم تسجيل التفاوض عن طريق هذه الوسيلة وعرض النزاع على القاضي المختص، الأمر الذي يتطلّب ضرورة إيجاد وسائل آمان أي لا بدّ أن يكون التفاوض وفق طرق أمنية.

ثالثاً: مواقع التواصل الاجتماعي: أضحت مواقع التواصل الاجتماعي في الوقت الحالي أكثر فعالية في تسهيل عملية التفاوض الإلكتروني، من خلال بث العروض المتضمنة الدعوة للتفاوض بهدف التأثير على اتجاهات المستهلكين نحو الدخول في مرحلة التفاوض الممهّد للتعاقد أهمّها شبكة الفيس بوك، والمسنجر بالإضافة إلى الواتساب والإنستجرام وغيرها من مواقع التواصل الاجتماعي في الترويج للسلع والخدمات، حيث أثبتت إحدى الدراسات المهمة بهذا الموضوع أنّ الفيس بوك له تأثير كبير على آراء واتجاهات الأشخاص الذين يقومون بالولوج إلى هذه الشبكة³.

¹ محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 161-162.

² فائق علي حسين خلف، "التراضي في العقود المبرمة بوسائل الإتصال الحديثة- دراسة مقارنة-"، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة النيلين، كلية القانون، الخرطوم، السودان، السنة الجامعية 2016-2017، ص 21.

³ بن عبو وليد، المرجع السابق، ص 37.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

يُعتبر الفيس بوك كوسيلة من مواقع التواصل الاجتماعي أهم الوسائل الإلكترونية للتفاوض لأنه أثبت مكانته كوسيلة سريعة وفورية، أكثر من ذلك تحول إلى منصة إعلانية مجانية لمختلف السلع والخدمات لهذا نجد العديد من الموردين وكذا العديد من الشركات تبنت مسألة الدعوة للتفاوض عبر صفحات الفيس بوك إذ لم يعد هذا الأخير مجرد وسيلة للتعرف بل أصبح منصة لمختلف العروض التجارية والدعوة للتفاوض بشأن هذه الأخيرة تمهيدا للتعاقد¹.

وفي واقع الأمر أصبحت مواقع التواصل الاجتماعي تُستخدم بكثرة عبر الهاتف الذكي الذي يتميز بنقله للرسائل الإلكترونية بصورة فورية، ومباشرة فهو في الوقت الحاضر يختلف عن القرن الماضي من حيث كيفية التعبير عن الإرادة فقديمًا كان يقتصر على نقل الحديث شفويًا بين الأشخاص أما في الوقت الحاضر أصبح يُستخدم لنقل الرسائل الإلكترونية بالكتابة والصوت والصورة².

إنه من الأساسي الإشارة إلى أن مواقع التواصل الاجتماعي مواقع خاصة يمكن لصاحبها أن ينشر فيها ما يشاء من الصور والفيديوهات وجميع المعلومات، فهي مواقع مفتوحة لجمهور المتعاملين الإلكترونيين الذين يمكنهم زيارة الكثير من مواقع التواصل والإطلاع على محتواها أشهرها موقع فيسبوك، إلا أنه بالرغم من إيجابيات هذه الوسائل في تسهيل عملية الدعوة للتفاوض، إلا أن هناك إشكالية التحقق من هوية صاحب هذه الدعوة على أساس أنه عادة ما يضع أسماء مستعارة وبيانات غير صحيحة.

¹ وداد داودي، عدراء عيواج، " دور صفحات الفيسبوك في تسويق المنتج المحلي - دراسة ميدانية على عينة من متبعي صفحة الفيسبوك لشركة مواد التجميل swalis"، مجلة العلوم الإنسانية، ع 02، مج 07، جامعة أم البواقي، أم البواقي، الجزائر، سنة 2020، ص 284-285.

² فائق علي حسين خلف، المرجع السابق، ص 66.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

لذلك ألزم المشرع الفرنسي مزود الخدمات في المادة 06 من قانون الثقة في الإقتصاد الرقمي الإحتفاظ بكافة بيانات الأشخاص الذين يسهمون في وضع المضمون الإلكتروني، فإذا كان مضمون هذه المعلومات غير مشروع فإن صاحب هذه المعلومات يتحمل المسؤولية الجزائية¹.

إلى جانب التفاوض عن طريق مواقع التواصل الإجتماعي، ظهر ما يسمّى بالتفاوض عبر مواقع التسويق الإلكتروني أهمها موقع واد كنيس Ouedkniss، فبمجرد النقر على هذا الموقع الإلكتروني تظهر سلسلة من العروض للدخول في مفاوضات قصد إبرام عقد معين.

الفرع الثاني: موقف التشريع من استخدام أهم الوسائل الإلكترونية للتفاوض.

اعترف التشريع المقارن، والمشرع الجزائري محل الدراسة بفكرة تدخّل الوسائل الإلكترونية في عملية إبرام العقد التي ينحصر دورها في نقل الإرادة من طرف لآخر يملك وسائل مشابهة، أكثر من ذلك أثبتت التجربة العملية وواقع التجارة الإلكترونية استخدام الوسائل الإلكترونية في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه عامة والتفاوض خاصّة وذلك لجملة من المزايا التي يمكن أن تتحقق في مرحلة التفاوض باستخدام هذه الوسائل من خلال مباشرة فعاليات هذه المرحلة بالقدرة على إرسال وتسليم رسائل البيانات الإلكترونية، فهي تتولّى مهمة تسهيل التواصل بين الأطراف الراغبة في إبرام معاملة إلكترونية وإيصال الإرادة بينهم، ولا بد من التأكيد على أن هذه الوسائل الإلكترونية لا تعمل بصفة مستقلة فهي عكس

¹ بوقرين عبد الحليم، "المسؤولية الجنائية عن الإستخدام غير المشروع لمواقع التواصل الإجتماعي : دراسة مقارنة"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، ع 01، مج 16، جامعة الشارقة، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، سنة 2019، ص 387 - 390.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

الوسائل الإلكترونية¹، التي لها قدرة ذاتية وتلقائية للدخول في التعاقد، وإنما ينحصر دورها على نقل مضمون الإرادة الراغبة في إبرام معاملة إلكترونية معينة².

أولاً: موقف التشريع المقارن: يؤكد المشرع الفرنسي على جواز التعبير عن الإرادة في التعاقد باستخدام البريد الإلكتروني، وذلك من خلال نص المادة 1126 من ق.م.ف المعدلة بموجب الأمر رقم 16-131 السابق ذكره، التي تنص على أنه: "يمكن إرسال المعلومات المطلوبة لإبرام العقد أو تلك التي يتم توجيهها من أجل تنفيذ هذا العقد باستخدام البريد الإلكتروني إذا وافق المرسل إليه على استخدام هذه الوسيلة"³.

وعرفه المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 01 من قانون الثقة في الإقتصاد الرقمي الصادر بتاريخ 22 يونيو 2004 بأنه: "كل رسالة سواء كانت نصية أو صوتية أو مرفق بها صور أو أصوات ويتم

¹ يتّصف بالوسيط الإلكتروني برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل كلياً أو جزئياً دون إشراف أي شخص في الوقت الذي يتم فيه التصرف، وبخصوص هذا الأمر ثار خلاف فقهي بخصوص تكييف التعامل عن طريق الوسيط الإلكتروني، فجاناب من الفقه يرى منح الشخصية القانونية للجهاز الإلكتروني حيث يمكن لهذا الأخير التعاقد شخصياً أو بالوكالة تطبيقاً لنظرية النيابة في التعاقد حيث يعتبر الجهاز الإلكتروني نائباً عن المتعاقد يتعامل باسمه ولحسابه، أما الجانب الآخر من الفقه يعتبر هذا الجهاز مجرد أداة لا تُنسب إليه أي إرادة وإنما تنسب هذه الأخيرة إلى المستعمل لهذا الجهاز الذي قام ببرمجته. نقلاً عن مراد طنجاوي، غياطو الطاهر، "التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع05، جامعة يحي فارس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المدية، الجزائر، سنة 2018، ص 87، وبالمقابل فإنه تم مناقشة هذا الجدل الفقهي والحقيقة أن هذه المشكلة حول التكييف القانوني للوسيط الإلكتروني ترجع لمشكلة المصطلحات التي نسبت إليه فهناك من سّماه بالوكيل الإلكتروني ورفق آخر سّماه الوسيط الإلكتروني أو كذلك البرنامج، ومن أجل القضاء على هذا الجدل ترى الدكتورة معزوز دليّة أن لا بد من اعتماد تسمية هذا الوكيل بالوسيط الإلكتروني لأنه وسيلة أو تقنية تتوسط لإيصال المعلومات للطرف الآخر حيث تتضمن هذه التقنية على برمجة مسبقة للمطلوب القيام به فقط. نقلاً عن: معزوز دليّة، "دور الوكيل الإلكتروني من المنظور القانوني - دراسة مقارنة"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، ع 01، مج 04، المركز الجامعي تندوف، معهد الحقوق والعلوم السياسية، تندوف، الجزائر، سنة 2020، ص 269. وهو رأي موفّق لأسباب قانونية فالرجوع إلى القواعد العامة خاصة المادة 571 من ق م ج نصت على أن الوكالة هي عقد بمقتضاه يفوض شخص آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه، وأضافت المادة 73 من نفس القانون أن شخصية الوكيل تكون محل اعتبار عند النظر في عيوب الرضا، ومن هنا لا يمكن اعتبار هذا النظام سوى برنامج يعده شخص مؤهل لذلك من أجل تسهيل مختلف المعاملات الإلكترونية.

² الجميلي أسعد عبّيد عزيز، المحمدي صدام فيصل كوكز، "تكوين العقد بالوسائل الإلكترونية الذكية دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، ع 02، مج 12، جامعة البحرين، كلية الحقوق، البحرين، سنة 2015، ص 332 - 359.

³Ordonnance n 131-16 du 10-02-2016, portant réforme du droit des contrats du régime générale et de la preuve des obligations, précité, publié sur le site : <http://legifrance.gou.fr>-01-06 تاريخ الإطلاع 2021

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

إرسالها عبر شبكة اتصالات عامة ويتم تخزينها على أحد خدمات الشبكة أو في أجهزة المرسل إليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعادتها"¹.

وبالمقابل، فقد عرّف المشرع المصري البريد الإلكتروني في المادة 16/01 من القانون رقم 175 لسنة 2018، يتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات بأنه: "وسيلة لتبادل رسائل إلكترونية على عنوان مُحدّد بين أكثر من شخص طبيعي أو اعتباري عبر شبكة معلوماتية أو غيرها من وسائل الربط الإلكترونية من خلال أجهزة الحاسب الآلي وما في حكمها"².

وسلّط المشرع المصري بموجب القانون رقم 175 لسنة 2018 في المادة 24 منه عقوبة الحبس لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز ثلاثين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من اصطنع بريداً إلكترونياً ونسبه زوراً إلى شخص طبيعي أو اعتباري، وفي حال استخدامه في أمر يسيء إلى ما نُسب إليه، تكون العقوبة الحبس الذي لا تقل مدّته عن سنة وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين"³.

ثانياً- موقف المشرع الجزائري: هو الآخر اعترف بمسألة استخدام الوسائل الإلكترونية في التعاقد قبل صدور القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية السابق ذكره، بداية في القانون المدني عندما أشار في المادة 1/64 منه على صحة الإيجاب بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل، والمادة 323 مكرر 1 من نفس القانون، التي تتضمن صحة الإثبات في الشكل الإلكتروني، وكذا التوقيع الإلكتروني المنصوص عليه في المادة 2/327 من ذات القانون.

¹ طالب حسن موسى، "قانون التجارة الإلكترونية الدولية"، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2016، ص 222.

² القانون رقم 175 لسنة 2018، المؤرخ في 14-08-2018، يتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات، ج.ر، ع 32 مكرر(ج)، مؤرخة بتاريخ 14-08-2018، ص 05.

³ القانون رقم 175 لسنة 2018، المؤرخ في 14-08-2018، يتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات، السابق ذكره، ص 18.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

هكذا يتبين من خلال ما سبق، أنّ المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي والمصري أجاز التعامل بالوسائل الإلكترونية فعبارة "بأي طريق مماثل" تفيد وسائل الإتصال الإلكترونية الأخرى¹.

أمّا بخصوص البريد الإلكتروني فقد عرّفه المشرع الجزائري من خلال المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المتضمن ضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 2000-307 على أنه: "خدمة تبادل رسائل إلكترونية بين المستعملين"، حيث اعتبره خدمة من الخدمات التي تقدمها شبكة الإنترنت².

أما عن وسائل التواصل الإجتماعي، فإنّه رغم عدم تضمن كل من التشريعين الفرنسي والمصري ونظيرهم المشرّع الجزائري محل الدراسة لنصوص قانونية صريحة تجيز التعبير عن الإرادة عبر هذه الوسائل، إلّا أن مشروعية التفاوض والتعاقد بواسطتها تستخلص من القواعد العامة الواردة في القانون المدني ذلك أن الوسائل الإلكترونية هي في تطور مستمر.

من هذا المنطلق يتبين صحة إبرام المعاملات بالوسائل الإلكترونية في كل من التشريعين الفرنسي والمصري ونظيرهم المشرّع الجزائري، وهذا لا يمنع من استعمال هذه الوسائل في المرحلة التي تسبق إبرام هذه المعاملات وهي مرحلة التفاوض، وذلك استجابة للتطور التكنولوجي في استخدام مختلف الوسائل الإلكترونية، خاصة منها تلك التي يتم استخدامها بكثرة في مجال التعاقد لما تتميز به من سرعة في نقل الرسائل الإلكترونية كالبريد الإلكتروني و وسائل التواصل الإجتماعي.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 64.

² المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 غشت 1998 المعدل، يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها، ج.ر، ع63 المؤرخة في 26 غشت 1998، ص 06.

الفصل الثاني: تنظيم مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.

لقد فرض واقع خصوصية التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية نوعاً من الإتفاقات والعقود، لتنظيم مرحلة التفاوض على نحو يضمن للأطراف المتفاوضة تأمين هذه المرحلة بالكشف عن معالم العقد المزمع إبرامه.

كما تُفسّر هذه الإتفاقات والعقود نوايا الأطراف واتجاهاتهم نحو مشروع التعاقد أي تنظيم المفاوضات على نحو معيّن حسب النية التي يقصدونها من هذه الإتفاقات والعقود، التي تختلف قوتها الإلزامية من حيث ترتيبها للالتزامات تعاقدية من عدمها، فتكون مجرد إتفاقات تتخلّل مرحلة التفاوض ولا ترتب التزامات تعاقدية لغياب تنظيم هذه المرحلة في شكل عقد يسبق إبرام العقد المستقبلي حيث لا تعدوا أن تكون تعهّدت أخلاقية غير ملزمة للأطراف من الناحية القانونية.

إلا أن الفقه المقارن والقضاء الفرنسي يختلف بشأن هذه المسألة على أساس الصياغة المستخدمة في تحرير هذه الإتفاقات وكذا طبيعة العناصر والشروط التي تتضمنها هذه الأخيرة، حيث أنّ النقاش مازال قائماً حول تكييف القيمة القانونية الملزمة لهذه الإتفاقات كونها مجرد تعهّدت أدبية لا يترتب عنها قيام المسؤولية العقدية من جهة وكونها إتفاقات تعاقدية يترتب عنها آثار قانونية ملزمة من جهة أخرى (المبحث الأول).

لهذه الأسباب ومن أجلها فكّر أطراف التفاوض في البحث عن وسيلة من شأنها تأمين سير المفاوضات لضمان نجاحها من خلال وضع هذه الأخيرة في عقود تمهيدية تكون وسيلة إثبات أثناء

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

نُشوب مُنازعات مُستقبلاً، حيث يرجع الفضل في ظهور هذه العقود إلى الفقه والقضاء الفرنسي الحديث من خلال إقرار هذا الأخير بوجود عقود تنظم مرحلة التفاوض تتوافر فيها جميع الأركان الأساسية، وكذا شروط صحتها اللازمة لقيام كل عقد طبقاً للقواعد العامة، أكثر من ذلك فهي تتمتع بقيمة قانونية من خلال ترتيبها قوة إلزامية تترتب عنها قيام المسؤولية العقدية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإتفاقات المنظمة للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.

تعتبر مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، مرحلة مُهمّة وخطيرة في نفس الوقت خاصة في ظل استخدام مُختلف الوسائل الإلكترونية، أو بمناسبة التفاوض على مُختلف العقود المبرمة عبر هذه الوسائل الإلكترونية، ومن أجل نجاح هذه المرحلة يقوم أطراف التفاوض بإبرام إتفاقات تتضمن مصطلحات من شأنها جعل الإلتزامات المترتبة عنها ذات طابع أدبي محض منها الإتفاق الشرفي وخطابات النوايا عبر الوسائل الإلكترونية (المطلب الأول)، وكذا البروتوكول الإتفاقي عبر الوسائل الإلكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإتفاق الشرفي وخطابات النوايا عبر الوسائل الإلكترونية.

يحرص أطراف التفاوض في أغلب الأحيان إلى عدم إضفاء الصفة التعاقدية على مختلف الإتفاقات المبرمة بينهم خلال هذه المرحلة، وذلك تهرباً من الجزاء القانوني وتتمثل أهم هذه الإتفاقات في الإتفاق الشرفي (الفرع الأول)، وخطابات النوايا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإتفاق الشرفي عبر الوسائل الإلكترونية.

يلجأ أطراف التفاوض عادة إلى تضمين هذه المرحلة باتفاق شرفي لا يرقى إلى مرتبة العقد حيث تختلف قوته الإلزامية حسب الصيغة المستخدمة في تحريره، الأمر الذي يتطلب تعريفه (أولاً) ثم قيمته القانونية (ثانياً).

أولاً: تعريف الإتفاق الشرفي: عرّف جانب من الفقه الفرنسي الإتفاق الشرفي أو الإلتزام بالشرف بأنه: " تعبير عن الإرادة للوفاء بتعهد معين، إلا أنه لا يترتب على الإخلال بهذا التعهد أي جزاء قانوني"، في حين عرفه جانب آخر بأنه: " ذلك الإتفاق الذي يهدف من خلاله الأطراف إلى علاقات اقتصادية خارج دائرة الإلتزام القانوني حيث يستبعد اللجوء إلى القضاء أو الطرق البديلة في حالة نشوء نزاع بينهما"¹.

ويتم اللجوء إلى إبرام مستندات اتفاق الشرف إما في العلاقات بين الأصدقاء أو في العلاقات التجارية حيث يُطلق عليه اتفاقية " **gentlemen's agreement** " أي اتفاق السادة من خلال إعلان بسيط عن النية للإشارة بوضوح إلى رغبتهم في تجنب أي التزم قانوني، أين يذكر الأطراف عموماً أن المستند الذي تمّ إعداده ليس له قيمة عقدية و أنّ الميزة العظيمة للإلتزام الشرفي تكمن في كونه التزم يعتمد كلياً على الثقة، وتعليل ذلك أن الأطراف لا يرغبون في أن يكونوا ملزمين قانوناً وإنما يلتزمون أخلاقياً على أساس الولاء لبعضهم البعض خارج نطاق الولاية القضائية أو التحكيم².

ومن أهم مبررات لجوء أطراف التفاوض إلى إبرام الإتفاق الشرفي هو الدور الذي تلعبه الأخلاق في مجال شتى المعاملات عامّة والمعاملات التجارية خاصّة وهذا ما يؤكّده جانب من الفقه في الإقتصاد السياسي بالقول: " أنّ الأخلاق أهم من القوانين وأنّ أي معاملة لن تنجح إذا فقدت عنصر الثقة وكذا مبادئ الشرف والأمانة"³.

¹ عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 67.

² Lachachi Mohammed, "Les aspects juridique de la phase précontractuelle et ses effets sur la protection du consommateur-étude comparative-", thèse de doctorat en science en droit privé, spécialité relation agents économique/consommateurs, université oran02 Mohammed ben ahmed, faculté de droit et des sciences politiques, Oran, Algérie, année universitaire 2019-2020, p 102.

³ نقلاً عن كسنة احمد، " أثر القيم الأخلاقية على عملية التفاوض التجاري"، مجلة معهد العلوم الاقتصادية، ع 28، مج 04، جامعة الجزائر 01، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، الجزائر، سنة 2013، ص 304.

وهكذا يُمكن القول أن أطراف التفاوض قد يعتمدون في هذه المرحلة قصد التعاقد على الأعراف بغض النظر عن توافر أو عدم توافر الحماية القانونية للاتفاق، ويُشهد على ذلك من خلال أهم وأشهر قاعدة فقهية " المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"، وهذا ما أكدته الشهادة الصادرة عن رئيس الإتحاد المهني للبنوك الفرنسية بتاريخ 30-10-1973 بنصها على أنه: " في الأعراف البنكية الفرنسية فإنّ الخطاب الذي بموجبه تقوم شركة ذائعة السمعة استنادا إلى الأخلاق التجارية بمساندة شركة تخضع لرقابتها للحصول على أو الإحتفاظ بقرض يُشكل تعهدا أخلاقيا لتأكيد التنفيذ الجيد لعقد القرض...".¹

ثانيا: القيمة القانونية للاتفاق الشرفي: الأصل في التشريع الفرنسي أن الإتفاق الشرفي أو الأدبي كما يسميه بعض الفقه لا يترتب عنه أي التزامات قانونية، غير أنّ القضاء الفرنسي يتجه في بعض الحالات إلى اعتبار هذه الإتفاقات تعاقدية يترتب عليها آثار قانونية ملزمة.

ومن أهم تطبيقات القضاء الفرنسي بخصوص هذه المسألة، الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14/06/1957، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في رفع شاغلي العقارات دعوى قضائية على شاغلي عقاراتهم من أجل إخلاءها متمسكين في ذلك بالاتفاق الشرفي القائم بينهم على إخلاء العين المؤجرة بتاريخ معين دون التمسك بالنصوص القانونية، التي تمكنهم من البقاء بعد هذا التاريخ، ومن هذا المنطلق أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمها الذي قضى بأن الإخلال بالإتفاق الشرفي خطأ عقدي يُلزم شاغلو العقارات بالتعويض رغم أنّ الإتفاق الشرفي يُخالف أحكام القانون التي تُحوّل لهؤلاء الشاغلون حق البقاء في العين المؤجرة.²

¹ مجاجي سعاد، " خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الإلتزامات - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة -"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012، ص 91.

² بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 43.

والسبب في ذلك يرجع إلى ميول القضاء الفرنسي في بعض الأحيان إلى نظرية التوسع في تفسير إرادة الأطراف على ضوء الظروف و الملابسات التي تحيط بالإتفاق دون أن يتقيد القاضي في ذلك بالوصف الذي أطلقه عليه الطرفان¹.

وتعليل ذلك ضرورة توفير الحماية القانونية لأحد الأطراف من تهرب الطرف الآخر من تطبيق القانون بحجة عدم وجود نص قانوني يحكم هذه العلاقة، هنا يعتمد القضاء الفرنسي على معياري الإرادة و السبب الموضوعي لإضفاء الصفة القانونية على الإتفاق الشرفي، وأن تمتعه بالسلطة التقديرية تسمح له بتكييف اتفاق الأطراف ما إذا كان اتفاق شرفي لا يترتب عنه أي التزام قانوني أم أنه يترتب أثر قانوني ملزم وهذا ما يؤكده جانب من الفقه الفرنسي بأنّ القضاء الفرنسي لم يتردد في تصنيف الالتزامات التي تم التعهد بها على أساس الشرف كالتزام قانوني صارم، ورفض النية التي أكدها الأطراف صراحة لوضع اتفاقهم خارج دائرة القانون، بالإضافة إلى أنّه في القانون التجاري توجد سوابق قضائية واسعة إلى حدّ ما تحلل في معظم الأحيان التزامات الشرف إلى التزامات قانونية خالصة من خلال ملاحظة النية المشتركة للأطراف في إلزام أنفسهم وتجاهل المستوى الأخلاقي البحت الذي وُضعت عليه هذه الرغبة في الإرتباط².

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أنّ هذا النوع من الإتفاقات لم يعد يتماشى مع روح التجارة الدولية، وهذا ما يؤكده القضاء الفرنسي الحديث، حيث لم يعد له وجود إلاّ قليلا والدليل على ذلك ندرة الأحكام القضائية بخصوص الإتفاق الشرفي³.

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 303.

² Cité par Lachachi Mohamed, op.cit, p 142.

³ مجاجي سعاد، المرجع السابق، ص 97 - 98.

وذلك راجع إلى أنّ التطورات التي شهدتها المعاملات التجارية الدولية دفعت أطراف التفاوض إلى البحث عن وسيلة عملية تتضمّن دعوة الطرف الآخر للبدء في المفاوضات حول العقد المزمع إبرامه مع مواصلة السير في هذه المرحلة دون التزام عقدي فكانت هذه الوسيلة هي خطابات النوايا¹.

الفرع الثاني: خطابات النوايا عبر الوسائل الإلكترونية.

من أجل ضمان التأكيد على مواصلة التفاوض والإلتزام بحسن نية في التعامل دون إلتزام عقدي يقوم الطرف الراغب في التعاقد بتوجيه دعوة للطرف الآخر للبدء في المفاوضات حول العقد المزمع إبرامه في المستقبل عن طريق ما يُسمّى بخطابات النوايا وللإلمام بجميع الجوانب القانونية لهذا النوع من الإتفاقات، ممّا يستوجب تعريفها (أولاً)، ثم استعراض أنواعها (ثانياً)، وأخيراً توضيح القيمة القانونية (ثالثاً).

أولاً: تعريف خطابات النوايا: لقد اختلف الفقه في تسمية رسائل النية² بهذا المصطلح نظراً لاختلاف الزاوية التي يُنظر منها إلى مضمون الرسالة والهدف من إصدارها، فالبعض يسميها باتفاقات التفاوض حيث يهدف الأطراف من خلالها الاستفادة من امتياز تجاري أو الإلزام بعدم إفشاء الأسرار المتعلقة بالمفاوضات أو عدم التفاوض مع أي طرف آخر، كما قد يكون الهدف من هذه الخطابات إثبات الإتفاق المبدئي الذي يتم التوصل إليه وحينها تسمى هذه الخطابات "مستندات العقد" وهذا بالنظر إلى طبيعة التعهد الوارد ومضمونه وكذا صياغته القانونية³.

ولقد واجه جانب من الفقه الفرنسي فوضى المصطلحات المستخدمة في التعبير عن "خطابات النوايا" من خلال فحص وتحليل مائة وثيقة تمّ وضعها في أي مرحلة من مراحل التفاوض، ويُلاحظ أنه

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 319.

² يعود أصل نشأة خطابات النوايا إلى القوانين لأجلو أمريكية تحت تأثير مقتضيات التجارة الدولية وما تتطلبه هذه الأخيرة من ضرورة توفير عنصر الثقة وحسن النية والسرعة في المعاملات التجارية الدولية، ثم بدأت تنتشر هذه الخطابات أو كما يسميها البعض برسائل النية في البلدان الأوروبية منها فرنسا. نقلا عن: علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 322.

³ نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 193 و 194.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

يتم استخدام تعبيرات مختلفة (مذكرة تفاهم، اتفاق من حيث المبدأ.. وغيرها من المصطلحات)، ويبدو أنّ خطاب التعبير عن النوايا يحدد على وجه التحديد المستندات المتعلقة بتنظيم جوانب معينة من التفاوض وسلوك الأطراف بقدر إعلانهم عن نيتهم في الدخول إلى هذه المرحلة، ويضيف هذا الجانب الفقهي، أنّ مشكلة فوضى المصطلحات التي تهتم بالقانون أكثر من اهتمامها بدلالات الألفاظ يتم حلّها بطريقة معقولة من خلال جمع جميع المستندات السابقة للتعاقد مهما كانت تحت عنوان "خطاب النوايا"، ذلك أن جميع المصطلحات الأخرى لا تدلّ على النطاق الحقيقي للوثائق المقترحة من قبل الأطراف للتمييز بين الاتفاقات المتعلقة بجوانب معينة من التفاوض والاتفاقات المتعلقة بالبناء التدريجي للعقد¹.

وعلى أية حال اتفق الفقه الفرنسي على أن خطابات النية أو رسائل النية أو اتفاق التفاوض على أنّها عبارات تصبّ في نفس الوعاء، حيث تدلّ على نفس المعنى ألا وهو قصد الدخول في علاقة تعاقدية مع الطرف الآخر مستقبلاً، وعلى هذا الأساس حاول البعض تعريفها على أنّها: "مستندات مكتوبة موجهة من طرف يرغب في التعاقد على أمر معين إلى الطرف الآخر يعرب فيها عن رغبته تلك وي طرح فيها الخطوط العريضة للعقد المراد إبرامه مستقبلاً ويدعوه إلى التفاوض والدخول في محادثات حولها"².

وفي المقابل فإنّ الفقه المصري لم يُعرّف خطاب النوايا، حتى إنه لم يتم تنظيمها في إطار قانوني ولكن بالنسبة لبعض الفقه المصري، فإنّ خطاب النوايا هو خطاب يُستخدم في مرحلة ما قبل التعاقد للإفصاح عن النوايا الجادّة للأطراف قصد إبرام عقد معين بصفة نهائية³.

¹ Cité par Sylvette Guillemard, "De la phase préalable à la formation de certains contrats", revue générale de droit, n02, vol24, université d'Ottawa, faculté de droit, section de droit civil, Ottawa, canada, année 1993, p 170.

² شيرزاد عزيز سليمان، "حسن النية في إبرام العقود- دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية"-، ط 01، دار دجلة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2008، ص 401.

³Elsehly Mahmoud, op. cite p 253.

ولا غرورة في القول أنّ خطاب النوايا يكون أحادي الأطراف يُوجه بمبادرة طرف هدفه الجوهرى هو تحفيز الطرف الآخر على الدخول في المرحلة التي تسبق إبرام معاملة معينة، وهي مرحلة التفاوض من خلال إحاطته بكل الجوانب القانونية المتعلقة بهذه المعاملة بغية مناقشتها معه للإرساء على الإتفاق النهائي بخصوص كل ما يتعلق بالعقد المراد إبرامه¹.

وفي واقع الأمر لا يوجد ما يمنع من تحرير خطاب النوايا بطريقة إلكترونية، حيث أن هذه الخطابات الإلكترونية لا تختلف في مضمونها والهدف منها عن تلك الخطابات التقليدية، إلا في الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في عملية الإرسال، ومن هذا المنطلق حاول بعض الفقه تعريف رسائل النية الإلكترونية بأنها: "محرر إلكتروني مكتوب قبل العقد النهائي ويعكس مقترحات واتفاقات أحد طرفي العقد أو كلاهما بهدف الدخول في التعاقد من خلال مختلف وسائل الإتصال الإلكتروني"².

تنطوي وجهة النظر هاته على أنّ خطاب النوايا قد يكون مكتوب على دعائم ورقية كما يمكن أن يكون على دعائم إلكترونية، أي توجيه السند المكتوب عبر مختلف الوسائل الإلكترونية، كالبريد الإلكتروني ووسائل التواصل الإجتماعي.

وفي هذا المقام أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الستون قرار بتاريخ 23 نوفمبر 2005، يتضمن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية حيث اعترفت صراحة بصحة استخدام الخطابات الإلكترونية في مرحلة التفاوض، وهذا ما نلمسه من نص المادة 20/02 من هذه الاتفاقية تحت عنوان الخطابات المتبادلة بمقتضى الاتفاقيات الدولية الأخرى التي تنص بأنه: "تنطبق أحكام هذه الاتفاقية كذلك على استخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد يسري عليه أي من الاتفاقيات أو المعاهدات..."، أكثر من ذلك عرّفت المادة 04/ب من هذه الاتفاقية الخطاب الإلكتروني بأنه: "أي خطاب تُوجهه الأطراف بواسطة رسائل

¹ عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 69.

² خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 276.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

بيانات"، وعرفت الفقرة ج من نفس المادة رسالة البيانات بأنها: "المعلومات المنشأة أو المرسلّة أو المخزّنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر التبادل الإلكتروني للبيانات أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"¹.

وترتبا على ذلك اعترفت هذه الاتفاقية صراحة بموجب نص المادة 08 / 01 منها على أنه: "لا يجوز إنكار صحّة الخطاب أو العقد أو إمكانية إنفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب إلكتروني"².

وبخصوص شروط إنشاء وإرسال الخطابات الإلكترونية فإننا نستخلصها من استقراء الفقرتين 02،03 من المادة 09 من نفس الاتفاقية تحت عنوان "اشتراطات الشكل"، وهي الكتابة على نحو يجعل من الرجوع إلى المعلومات الواردة في الخطابات الإلكترونية أمرا متيسرا في الرجوع إليها لاحقا إضافة إلى شرط التوقيع أي أن يكون هذا الخطاب المكتوب مهور بتوقيع طرف ما، وهذا في حالات معينة منها إذا استخدمت طريقة ما لتعيين هوية الطرف المعني تبين نية هذا الأخير فيما يخص المعلومات الواردة في الخطاب الإلكتروني الذي أنشأه على أن تكون الطريقة المستخدمة موثوق بها بقدر مناسب للغرض الذي أنشئ أو أرسل من أجله الخطاب الإلكتروني.

بتحليل الفقرتين 02،03 من المادة 09 أعلاه يتضح أنّ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية جعلت كل من الكتابة والتوقيع شرطان جوهريان بل وأساسيان يترتب عن مخالفتها عواقب، والرأي هي شروط منطقية وفي محلّها، خاصّة عندما يتعلّق الأمر بتوجيه تلك الخطابات كمستندات ثبوتية في حالة نشوب نزاع مستقبلا بين الأطراف حول ما تم الاتفاق عليه بموجب هذه الخطابات الإلكترونية، لكن ما يأخذ على هذه الاتفاقية أنّها لم توضح طبيعة ونوع العواقب التي تترتب نتيجة مخالفة شرط الكتابة والتوقيع من بين الشروط الإلزامية في إنشاء الخطابات الإلكترونية.

¹ قرار الجمعية العامة بتاريخ 23 نوفمبر 2005 في دورتها الستون أصدرت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، ص 05 منشور في الموقع الإلكتروني: <https://undocs.org/pdf> تاريخ الإطلاع 21-09-2021.

² قرار الجمعية العامة بتاريخ 23 نوفمبر 2005، المرجع نفسه، ص 07.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

ولابدّ من الإشارة على أنّ الغاية من إصدار هذه الاتفاقية هو الرغبة الحقيقية في تعزيز العلاقات الودية بين الدول في مجال التجارة خاصة والمعاملات الإلكترونية عامة تماشياً مع مقتضيات التجارة الإلكترونية وشيوع إبرام مختلف العقود الإلكترونية¹.

وخلاصة القول خطاب النوايا وإن كان لا يُشكّل اتفاقاً نهائياً، إلّا أنه يُعبّر عن الرضا الضمني للطرفين بالدخول في مرحلة التفاوض والسير فيها بغية إبرام العقد محل هذه المرحلة وذلك بصفة نهائية، وبالتالي هو يهدف إلى إبراز النية الجادة في التعاقد².

ثانياً: أنواع خطابات النوايا: في الحقيقة هناك أنواع متعددة لخطابات النوايا وهذا راجع لتعدد الهدف والمعنى الحقيقي المقصود من وراءها³، وهذا ما سيتم توضيحه فيما يلي:

1- رسائل تتضمن دعوة للبدء في التفاوض: وهي تلك الرسائل التي تتضمن دعوة الطرف الآخر للبدء في التفاوض حول جميع المسائل المهمة التي تتعلق بالعقد المراد إبرامه⁴، كوضع قواعد سير هذه المرحلة من حيث البدء في هذه الأخيرة والمدة واللغة المستعملة وغيرها من القواعد⁵، وبعبارة أخرى هي تلك الرسائل التي تتضمن رسم الإطار المستقبلي للتفاوض من حيث تنظيم هذه المرحلة ذاتها من حيث الزمان والمكان والنفقات والأطراف حيث يعتبر ذلك الأمر جوهرياً لتفادي طول إجراءات هذه المرحلة

¹ خليل إبراهيم محمد، ربا سامي سعيد، "القانون الواجب التطبيق على الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية"، مجلة الرافدين للحقوق، ع 67، مج 19، جامعة الرافدين، كلية الحقوق، الرافدين، العراق، سنة 2021، ص 02 - 03.

² براهامي فايذة، "التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد"، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود والمسؤولية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009، ص 20-21.

³ شهرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 402.

⁴ براهامي فايذة، المرجع نفسه، ص 403.

⁵ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 328.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

الحساسية من بناء العقد¹، أي بصفة عامة هي تلك الخطابات التي تتضمن رغبة محرريها في التفاوض حول العناصر الرئيسية المقترحة والقابلة للنقاش².

يُشكّل خطاب النوايا الذي يُعرب فيه محررها عن نيّته في الدخول في علاقة تعاقدية مع طرف محتمل عرضاً فقط بقدر ما يحتوي بالفعل على العناصر المهمة للمعاملة المقترحة ولا يخضع لأي تحفظ³.

إنّ توجيه خطاب يتضمن عرض الدخول في مفاوضات ما هو إلاّ دعوة بسيطة ومن النادر في حالة المعاملات المعقدة أن تكون هذه موضوع عرض مباشر للتعاقد، هنا يُحدّد موجه هذا العرض موقفه بعبارة صريحة على أن هذا الخطاب مجرد دعوة للدخول في مفاوضات موجهة إلى طرف متعاقد محتمل، فهي لا تشكل التزام تعاقدي، وإتّما تكشف عن استعداد مقدم العرض للتفاوض الممهد للتعاقد الذي يتعلق بمشروع سينتج نضجه من التنظيم المحكم لعملية التفاوض، حيث أن الغرض من توجيه هذا النوع من رسائل النوايا هو الدخول في محادثات من أجل الانخراط في تبادل الآراء والمقترحات بشأن عملية مخطط لها، هذه الدعوة تفتقر للدقة لأن هذه الأخيرة تستنتج من المفاوضات مثال ذلك عبارة "في أي حال من الأحوال لا يُمكن أن يُشكل عرض المفاوضات موافقة الطرف الموجه إليه هذه الدعوة على إبرام العقد مستقبلاً"، وعبارة أخرى "لا يُمكن للدعوة إلى الدخول في مفاوضات في حدّ ذاتها أن تسمح بتشكيل العقد لأنها في الحقيقة لا تشكل إلا اقتراحاً بشأن مشروع يبدأ بالاتصال بين أطراف يُخطّطون لإبرام عقد لم يتم إنشائه للوفاء بالالتزام نهائي"⁴.

¹ براهامي فايّزة، المرجع السابق، ص 21.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 194.

³ Meryem Edderouassi, " Le contrat électronique International", thèse de doctorat en droit privé, université Grenoble Alpes, école doctorale sciences juridiques, France, année universitaire 2016-2017, p 160 - 161.

⁴ Alain Lagadec, " De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat", thèse de doctorat en droit, université de Toulon, école doctorale, laboratoire centre de droit et de politique comparés-Jean-Claude Escarras, Toulon, France, année universitaire 2016-2017, p 46.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

هذه الدعوة ليست عرضاً جازماً ولا تُعبر عن إرادة مصممة وعاقمة نهائياً على إبرام العقد إذا ما صادفها قبول مطابق وحتى ترقى هذه الدعوة إلى مرتبة الإيجاب يجب أن تكون متضمنة على الأقل لطبيعة العقد المزمع إبرامه وشروطه الأساسية بحيث لا يتبقى لانعقاد العقد سوى صدور قبول مطابق فإذا لم يكن كذلك كُتِّبَ بصدد دعوة للبدء في التفاوض¹.

ولتوضيح أكثر فإنّ خطاب النوايا الذي يتضمّن الدعوة إلى التفاوض لا يحمل في طيّاته إرادة قطعية وجازمة على التعاقد بقدر ما يعبر عن إرادة مبدئية على مجرد الدخول في مفاوضات من شأنها جعل العقد المراد إبرامه صالحاً للغاية التي يصبوا إليها الأطراف من خلال الاتفاق على وضع شروط التعاقد التي تخدم مصلحة كلا الأطراف، وأنّ الإستجابة لهذا النوع من الرسائل يترتب عليه الدخول في إجراءات التفاوض حول عناصر العقد بغية التوصل إلى الاتفاق على وضع شروطه الملائمة لإبرامه مستقبلاً أي التمهيد للخروج من مرحلة التفاوض للدخول في خط الإيجاب، ومثال ذلك قيام شخص بتوجيه رسالة أو خطاب نية يدعو فيها من خلال العبارات المستخدمة أنه يرغب بالبدء في التفاوض حول بيع جهاز إلكتروني دون أن تتضمن هذه الرغبة تحديد العناصر الجوهرية لعقد البيع فهنا مؤجّه الرسالة يقصد فقط التفاوض مع الطرف الآخر من أجل وضع حجر الأساس لهذه المرحلة وهو تحديد عناصر العقد الأساسية للخروج من مرحلة التفاوض إلى التعاقد بصفة نهائية².

ولا مناص من القول أن هذا النوع من الرسائل هو عبارة عن تنظيم لنقاط أكثر تحديد لعملية التفاوض، كتحديد مدة هذه المرحلة من خلال توفير مهلة زمنية للوصول إلى إبرام العقد مع الأخذ بعين الإعتبار مدى إلحاح صاحب هذه الدعوة على الطرف الآخر للبدء في التفاوض، مثال ذلك أن تتضمن

¹ مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 37.

² خالد صقر أبو زهرة، "التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في فلسطين-دراسة مقارنة-"، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة بيرزيت، كلية الدراسات العليا، بيرزيت، فلسطين، السنة الجامعية 2020-2021، ص 17 - 19.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

هذه الرسائل عبارة " سيتم إبرام العقد إذا كان ذلك ممكن في غضون 30 يوم من بداية المناقشات الأولية"¹.

وتجدر الإشارة أنّ الإتفاق على مدة التفاوض من خلال هذه العبارة أنّ أطراف التفاوض التزما بالتوصّل إلى إبرام العقد محل التفاوض في غضون 30 يوم من لحظة الدخول في التفاوض، هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة، فإذا بذل كل منهما ما في وسعهما لكن دون جدوى من تحقيق الهدف المنشود من هذه المفاوضات وهو التوصل إلى إبرام عقد معين خلال المدة المحددة في رسائل الدعوة للبدء في التفاوض، فإنّ هذا الأمر لا يترتب عنه أية مسؤولية طالما أنّ عبارة الإتفاق على مدة التفاوض تتضمن عبارة " إذا كان ذلك ممكن"، فهي تحسم الأمر بأنه يتوقف على الظروف الخارجة عن إرادة الأطراف².

وتنطوي وجهة النظر هاته أنّ تحديد مدة التفاوض ترجع إلى حرية موجه دعوة البدء في التفاوض لكونها عنصر جوهري لإجراء هذه العملية، حيث يرتبط عامل المدة الزمنية التي تستغرقها المفاوضات مع حجم المعاملة المتفاوض عليها وهذا الإجراء يدخل ضمن مبدأ سلطان الإرادة دون أن يترتب أي مسؤولية وذلك لوضوح صياغة الخطاب المتضمن تحديد هذه المدة إذا كان ذلك ممكن وهذا للضرورة التي يراها صاحب رسائل النية التي تتضمن البدء في التفاوض والموجه للطرف الآخر الذي له الحرية المطلقة في قبول هذا العرض أو رفضه³.

¹Sylvette Guillemard, op.cit, p 172.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 330.

³ عتيق حنان، المرجع السابق، ص 18-19.

صفوة القول إنّ رسائل خطاب الدعوة للبدء في التفاوض هي عبارة عن إعداد مبدئي للرغبة في الدخول في محادثات حول عملية التعاقد، حيث لا يوجد مانع من تضمين هذه الرسائل بعض المسائل الخاصة بنوع هذه العملية أي موضوع العقد¹.

كما يجب التنويه بأنه لا يوجد ما يمنع قانوناً من توجيه رسائل تتضمن دعوة للبدء في التفاوض عبر الوسائل الإلكترونية، وهذا ما أكدته المادة 11 تحت عنوان "الدعوات إلى تقديم عروض"، من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 23 نوفمبر 2005 في دورتها الستون السابق ذكرها بقولها: "تكون الدعوة إلى تقديم عروض بهدف البدء في التفاوض باقتراح يقدم لإبرام عقد بواسطة خطاب إلكتروني حيث لا يكون موجهاً إلى طرف معين بل موجهاً إلى الأطراف التي تستخدم نظم المعلومات بما في ذلك الإقتراحات التي تستخدم تطبيقات تفاعلية لتقديم طلبات من خلال هذه النظم المعلوماتية فهي لا ترقى إلى مرتبة الإلتزام بها ما لم يدل بوضوح على أنّ مقدم الإقتراح ينوي الإلتزام في حال قبوله"².

وتفسيرا لذلك، فإنه يجوز توجيه رسائل نية تتضمن توجيه دعوة للبدء في التفاوض عبر مختلف الوسائل الإلكترونية استجابة للتطور التكنولوجي، وأنّ عبارة "لا ترقى إلى مرتبة الإلتزام بها ما لم يدل بوضوح على أنّ مقدم الإقتراح ينوي الإلتزام في حال قبوله" تدل على أن الأصل في توجيه هذا النوع من رسائل النية هو عدم الإلتزام ما لم يذكر محرر هذه الرسالة في عبارة واضحة أنه سوف يلتزم قانوناً في حال قبول هذه الدعوة من قبل الطرف الموجه إليه هذه الأخيرة.

2- رسائل تتضمن تحديد النقاط المتفق عليها: وهي تلك الرسائل المحررة والموجهة إلى الطرف الآخر خلال مرحلة التفاوض والمثبت فيها تحديد العناصر التي تم رسمها والاتفاق عليها، كأن يُعبّر صاحب هذه الرسائل إلى الطرف الآخر بأنه سوف يقوم بتوريد له السلعة حسب العرض المقدم منه

¹ آدم عبد الله الدوم آدم، "أسس الصياغة القانونية لعقود التجارة المحلية والدولية - دراسة مقارنة -"، مذكرة ماجستير تخصص فقه مقارن، جامعة أم درمان الإسلامية، كلية الدراسات العليا الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، أم درمان، السودان، السنة الجامعية 2008-2009، ص 170.

² قرار الجمعية العامة بتاريخ 23 نوفمبر 2005، المرجع السابق.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

مع وضع عبارة " في حال عدم الإتفاق على كافة الشروط خلال مدة معينة، فإنه يحتفظ بحقه في إلغاء إسناد العملية إلى المرسل إليه دون مسؤولية عليه اتجاه هذا الأخير"¹.

كما يتم تحرير هذه الرسائل بعد الدخول في مرحلة التفاوض والتي تتضمن إتفاق الأطراف على نقطة أو نقاط عدّة حول موضوع العرض الموجه دون أن يرقى هذا الإتفاق إلى مرتبة العقد المراد إبرامه وذلك لترسيخ النقاط التي تصلح أساسا لمشروع العقد المستقبلي².

و تماشيا مع ما تمّ ذكره يتم اللجوء إلى تحرير هذا النوع من الرسائل لتسهيل سير مرحلة التفاوض من خلال قيام الأطراف بكتابة ما تمّ الإتفاق عليه بشأن العقد المزمع إبرامه، وذلك بغية المحافظة على مصالحهم المشتركة، الأمر الذي يُجنّبهم الدخول في دوامة نزاع سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ للعقد الذي تمّ التفاوض بشأنه، ومن أهم النقاط التي قد يتفق عليها الأطراف بموجب خطاب النية نجد الإلتزام بالسرية والإلتزام بعدم التفاوض مع الغير أثناء السير في مرحلة التفاوض³.

يتّضح مما سبق أنّ توجيه رسائل تتضمن تحديد النقاط المتفق عليها خلال فترة سير المفاوضات أمر في غاية الأهمية لتسهيل هذه الأخيرة، التي تعتبر مرحلة حساسة لبناء العقد التقليدي عامة والإلكتروني خاصة، وذلك من أجل حسم موضوع التفاوض وهو التعاقد وفق ما تمّ الإتفاق عليه دون زيادة أو نقصان، وهذا لتفادي أي نزاع محتمل وقوعه مستقبلا.

كما أنّ تحديد النقاط التي تمّ الإتفاق عليها هي بمثابة مرجع للحكم الدولي عند الفصل في النزاع، فضلا عن ذلك فإنّ من بين القواعد والمبادئ التي أقرّها قواعد التجارة الدولية في مجال التفاوض ضرورة

¹علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 332.

²مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 24.

³خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 274-277.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

الوقوف على بنود التفاوض التي تمّ تحديدها والاتفاق عليها على حسب طبيعة العقد المراد إبرامه ومحله بما يتفق مع المصالح المشتركة للأطراف¹.

3- رسائل تتضمن إنعقاد العقد بصفة نهائية: يتضمّن هذا النوع من الرسائل عبارة صريحة مفادها أن الأطراف توصلوا إلى الإتفاق على بعض النقاط الجوهرية والجزئية التي تفيّد أنّ مرحلة التفاوض انتهت بالتعاقد بصفة نهائية².

والحقيقة أنّ هذا النوع من الرسائل يجد مصدره من حرية الإلتزام وهي القدرة على تصور الانتقال إلى فعل التعاقد مع الإرادة بعد إرساء اتفاقهم النهائي على انتهاء ما تمّ التفاوض بشأنه إلى التعاقد، وهذا يفترض أنّ الأطراف على دراية بما يتعين عليهم الإلتزام به بشكل حتمي بشأن عدد من الإلتزامات، وبالتالي الموافقة على إنعقاد العقد بصفة نهائية، ومع ذلك لا شيء يمكن أن يكشف في هذه المرحلة عمّا إذا كانت توقعات الأطراف بناء على النوايا في أصل هذا الخطاب ستكون راضية حقا ككل، لأنّ اتفاق الإرادة في مرحلة التفاوض يميز العقد بشكل مستقل عن محتوى هذا الأخير³.

وهنا يكون لخطاب النوايا طابع مُلزم، حيث يتضمّن العبارات التي تدلّ بصفة قطعية على التوصل نهائيا إلى إبرام العقد بعد الإتفاق صراحة على كل ما يخص هذا العقد في مرحلة التفاوض وذلك من خلال التعبير عن قبول لعرض الطرف الآخر، مثال ذلك تأكيد الخطاب بعبارة " نتشرّف بإبلاغكم أنّنا قد علمنا مضمون العرض المقدم منكم بخصوص عقد إنشاء وتوريد وتركيب مصنع ... حيث وافقنا على شروطه وإننا نقبل ذلك العرض ... مع الرجاء إبلاغنا خلال مدة عشرة أيام بخطاب مُسجّل بعلم ووصول موقع ومعتمد تاريخه بالردّ على قبولنا لعرضكم الميشار إليه"، وهو الخطاب الذي يُقهم من خلاله

¹ صبايحي ربيعة، " جدوى التفاوض الإتفاقي كآلية لاسترجاع التوازن العقدي في عقود التسيير"، المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني الرابع حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد"، المرجع السابق، ص 323.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 337.

³ Alain Lagadec, op cite, p 24 - 25.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

أنّ العرض الموجه انتهى بالموافقة على شروطه، وبالتالي بزوغ مشروع العقد النهائي، غير أنّ التوقيع على هذا الأخير والبدء في تنفيذه مُعلّق على تحقق بعض الشروط، مثلاً الرخصة الإدارية في بعض العقود لمباشرة نشاط معين أو الحصول على قرض من إحدى المؤسسات المالية¹.

يتبيّن من خلال أسلوب الصياغة في هذه الرسالة، بأنّ الموضوع يتعلق بقبول دون أي تحفظات لعرض موجه سابقاً على طريق يعتبر معه العقد انعقد بهذا القبول دون الحاجة الماسّة إلى أي إجراء لاحق، ومثال ذلك أن تؤكد شركة معينة في رسالة النية الموافقة النهائية على الاتفاق الذي تم التوصل إليه بشأن الشروط الأساسية للعقد المراد إبرامه، حيث تطلب من الطرف الآخر الرد عليها بعد توقيعها دون حاجة الاتفاق على الجوانب التفصيلية، والغاية من ذلك هو دعوة الطرف الآخر للتأكيد بصفة قطعية الموافقة النهائية على النقاط الأساسية التي سبق وأن تمّ الاتفاق عليها².

ثالثاً: القيمة القانونية لخطابات النوايا: تلعب خطابات النوايا دور جوهري في تنظيم مرحلة التفاوض على العقد المراد إبرامه، وبخصوص الوقوف على القيمة القانونية لهذه الخطابات فإنها لا تثير أي إشكال في حال استخدام عبارات واضحة وصريحة تفيد رغبة موجهها في عدم ترتيبها لأي التزام قانوني، حيث لا تعدوا أن تكون مجرد اتفاقات تمهيدية تسبق المفاوضات لا يترتب عنها أي أثر قانوني ملزم لكلا الأطراف، في حين هي ليست بالمسألة الهيّنة وذلك راجع إلى صعوبة العبارات الغامضة التي تتضمنها خطابات النوايا من جهة³.

ولقد نجم جرّاء مسألة اختلاف الصيغ المستخدمة في كل رسالة نية جدال فقهي واسع حول إرساء القيمة القانونية لهذا النوع من الاتفاقات التي تتخلّل مرحلة التفاوض لعدم وجود صيغة موحدة

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، "النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية"، منشور في الموقع: <https://www.bejaiadroit.net> تاريخ الإطلاع 2021-10-21.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 337.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 198.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

نتيجة لذلك حاول المشرع الفرنسي تحديد الطبيعة الخاصة لخطاب النوايا هل هو التزام ببذل عناية أم أنه التزام بتحقيق نتيجة؟ وهذا بالرجوع إلى الصيغة المستعملة في الخطاب¹.

بما أنّ التفاوض يعتبر طريق مُمهد للتعاقد وكانت الصياغة تقع على نتيجة التفاوض، فإنّه ينبغي وجوباً أن تكون هذه الصياغة صريحة تعبر بدقة عمّا تمّ الاتفاق عليه خلال السير في هذه المرحلة ذلك أنّ الصياغة والتفاوض عنصران متلازمان يسيران جنباً إلى جنب خاصة في عقود التجارة الدولية عامة والإلكترونية خاصة من خلال اختيار الألفاظ المناسبة للتعبير عن الإرادة بدقة عن المعنى المرغوب فيه لا يترك أي دلالة على الشك فيه².

وفي هذا المقام يُؤكد غالبية الفقه أنّ صياغة خطاب النية هو الحدّ الفاصل في الحكم على كونه مُلزم أو غير مُلزم لمن أصدره، وفي الغالب تتجه إرادة هذا الأخير على عدم الإلتزام قانوناً، وذلك راجع إلى أنّ النية في الخطاب هي المحور المبدئي للتفاوض الممهد لإبرام عقد معيّن وبالتوازي مع ذلك توجد خطابات نوايا تتضمن صياغة واضحة تفيد ترتيب التزامات قانونية³.

1- موقف الفقه المقارن: في الحقيقة يُؤكد الفقه الفرنسي أن القيمة القانونية لخطاب أو رسائل النية تتوقف على مسألة الصياغة والعبارات المستخدمة في هذا النوع من المستندات التحضيرية لمرحلة التفاوض، ذلك أنّ الكشف عن الإرادة الحقيقية للنوايا يكون عن طريق الصياغة الصريحة والحقيقية تترجم الرغبة الفعلية نحو شيء معين⁴.

¹ صباح شويط، "خطاب النوايا بين الإلتزام بوسيلة والإلتزام بنتيجة"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، ع 06، جامعة محمد الصديق بن يحيى، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جيجل، الجزائر، سنة 2018.

² آدم عبد الله الدوم آدم، المرجع السابق، ص 58 - 63 - 64.

³ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 282.

⁴ يسري عوض عبد الله، "العقود التجارية الدولية- مفاوضاتها-إبرامها-تنفيذها دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي"، مكتب اليسري للمحاماة والاستشارات للنشر، الخرطوم، السودان، د.س.ن، ص 155.

وبناء عليه يُؤكّد ذات الفقه على ضرورة الرجوع إلى مضمون خطاب أو رسائل النية المحررة من طرف صاحبها التي توضح الإرادة الفعلية، ذلك أنّ هذه الأخيرة هي حجر الأساس في الجزم إن كانت هذه الخطابات ترتب التزام قانوني على عاتق صاحبها أم أنّها لا تفرض أي التزام قانوني حيث تظل الإرادة حرة في ما أصدرته من رسائل¹.

بالإضافة إلى ذلك فإن الصياغة لها أثر إيجابي في إرساء القوة الملزمة لهذه الرسائل، حيث تمثل العبارات والألفاظ المستخدمة في هذه الخطابات خلال مرحلة التفاوض المعيار القانوني للفصل في تحديد القوة الملزمة لها، ذلك أنّ العبارات غير الواضحة أو تلك الصياغة غير المفهومة كلها مشاكل من شأنها التشويش على الإرادة الحقيقية التي قصدتها محررها، نتيجة لذلك عملت الجهود الفقهية حديثاً على وضع أسس وضوابط شرعية للصياغة الصحيحة، حيث يُؤكّد الفقه الفرنسي على ضرورة اللجوء إلى الصياغة الجامدة وهي التعبير عن الإرادة بطريقة قطعية وثابتة، وأيضاً الصياغة بذكر أهداف التفاوض من خلال توضيح الغرض الذي يطمح محرره من هذه الخطابات².

يجب التنويه إلى أنّ بعض الفقه أشار إلى ما يُسمى بالصياغة النمطية التي تكون في شكل نموذج من إعداد محرر الخطاب ليس على الطرف الآخر إلاّ قبولها أو رفضها، وفي واقع الأمر فإن هذا النوع من الصياغة تم استبعادها فيها عنصر الإلتزام القانوني.

2- موقف التشريع المقارن: لقد أشار المشرع الفرنسي إلى خطاب أو رسائل النوايا في الأمر رقم 2006-346 المؤرخ في 23 مارس 2006 المتضمن القانون المدني الفرنسي، حيث تناول في مادة وحيدة لموضوع خطاب النوايا في الكتاب الرابع تحت عنوان "التأمينات"، من الباب الأول تحت عنوان "التأمينات الشخصية"، من الفصل الثالث تحت عنوان "رسائل النية"، حيث عرف خطاب النوايا بموجب

¹ نقلا عن علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 343 - 344.

² نقلا عن حازم عبد الكريم حمودة، "القيمة القانونية لمستندات ما قبل التعاقد"، مجلة كلية الشريعة والقانون، ع 18، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، تفهنا الأشراف، دقهلية، مصر، سنة 2016، ص 1174 - 1175 - 1181.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

نص المادة 2322 التي نصت على أنه: "خطاب النوايا هو التزام بالقيام أو عدم القيام بعمل موضوعه الدعم المقدم للمدين خلال تنفيذ التزامه تجاه دائئه"¹.

وبذلك تكون المادة 2322 المذكورة أعلاه، قد عرّفت خطابات النوايا بأنها نوع من التأمينات الشخصية، موضوعها الالتزام بالقيام بعمل أو الإمتناع عن ذلك، وتبرير هذا الأمر هو ضرورة إقحام هذه الخطابات ضمن التأمينات الشخصية كبديل عن التأمينات التقليدية الشخصية، كالكفالة التي أصبحت عاجزة عن تلبية حاجيات المعاملات التجارية الدولية خاصة، منها المعاملات الإلكترونية على عكس خطابات النوايا التي تتميز بسهولة الإجراءات وقلة التكاليف².

من خلال استقراء نص المادة 2322 سألغة الذكر يثور التساؤل بصدد تكييف الإلتزام الناشئ عن هذه الخطابات كوسيلة لتأمين تنفيذ التزام المدين تجاه دائئه، هل هو التزام بتحقيق نتيجة أم هو التزام ببذل عناية؟

في الحقيقة لم يستقر التشريع الفرنسي على موقف موحد حول تكييف الإلتزام الناشئ عن خطاب النوايا، الأمر الذي جعل الفقه الفرنسي ينتقد المشرع الفرنسي في تعريفه لخطاب النوايا على أساس غايته هذا من جهة، وأنّ التعريف في جوهره يظهر مستحيلا بالرجوع إلى تعدد معاني وأهداف هذه الرسائل، فهي لا يمكن أن تنطوي تحت مظلة الإلتزام بعمل أو الإمتناع عن عمل³.

وناهيك عن ذلك فإنّ الفقه الفرنسي عبّر عن استيائه من المشرع الفرنسي من خلال تعريفه لخطاب النوايا على أنه التزام بتحقيق نتيجة أو بذل عناية، ومرّد ذلك أنّ العبارات المستعملة في الخطاب

¹"la lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier" voir le site : <https://www.legifrance.gouv.fr> 2021-10-21 تاريخ الإطلاع

² مجاحي سعاد، المرجع السابق، ص 64.

³ مجاحي سعاد، "التأصيل القانوني لخطابات النوايا في مجال الإئتمان- دراسة تحليلية في التشريع الفرنسي"-، منشور في الموقع الإلكتروني: <https://www.droitentreprise.com> تاريخ الإطلاع 2021-10-21.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

هي التي تحدد قوة الإلزام في هذه الرسائل أو ما تُسمّى بالخطابات، فمن الناحية العملية وعلى مستوى القضاء الفرنسي فإنه يصدر حكمن مختلفين في نفس الخطاب، حيث يُكَيّف من جهة على أنه التزام ببذل عناية ومن جهة أخرى هو التزام بتحقيق نتيجة¹.

هذا وقد بيّنت عدّة دراسات عن رسائل النوايا مدى عدم التأكد من الوضع القانوني لوثيقة أو مستند خطاب النوايا، حيث يُشير القضاء في فرنسا أحيانا إلى الحاجة إلى تفسير رسائل تتضمن مصطلحات غير واضحة وغير دقيقة الأمر الذي يجعل من هذا الخطاب في بعض الحالات عديم الالتزام القانوني، لهذه الأسباب اعتبر الفقه الفرنسي أن مسألة تحديد القيمة القانونية لهذه الرسائل تتوقف بالإضافة إلى الصياغة على تحديد نقاط التفاوض بطريقة مفصّلة لموضوع التفاوض الممهد للتعاقد بحيث لا يترك أي شك للدلالة على غير مقصوده دون الحاجة للتفسير، حيث يعتبر عرض حقيقي يرقى إلى الإلتزام التعاقدية خاصة إذا تم الإشارة عند الصياغة إلى أنّ الأطراف أكّدوا موافقتهم على العناصر الأساسية للإلتصال التعاقدية².

صفوة القول أنّ الفقه الفرنسي أجمع على أنّ الصياغة الموزونة هي وحدها التي تقرر القيمة القانونية لخطابات النوايا على الرغم من تذبذب أحكام القضاء الفرنسي الذي تبقى له السلطة التقديرية في تفسير الإرادة رغم وضوح الصياغة أحيانا، الأمر الذي يُمكن أن يؤثر على القوة الملزمة لمضمون هذه الخطابات الأمر الذي من شأنه حدوث خلل في التفاوض، وبالتالي انعدام احتمال إبرام العقد مستقبلا. وعليه تعتبر الصياغة الدقيقة النهائية مُستقر العلاقة بين الأطراف المتفاوضة تُلزمهم بمحتواها بهدف وضع حدّ لخلاف وجهات نظر الأطراف حول الصياغة حيث تتجه إرادة كل طرف لتفسير تلك البنود حسب مصلحته³، فالصياغة هي وسيلة جوهرية تُساهم في تسهيل عملية نقل التفكير القانوني من

¹لمزيد من التفاصيل انظر صباح شويط، المرجع السابق، ص 161.

²Cité par Lachachi Mohamed, op cit, p 138 - 139.

³ حافظ جعفر إبراهيم، أيمن محمد زين، " القيمة القانونية لأدلة المفاوضات ودورها في تفسير العقد المكتوب - دراسة مقارنة -"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، ع 02، مج 16، جامعة الشارقة، كلية القانون، الإمارات العربية المتحدة، سنة 2019، ص 644 - 665.

الباطن إلى الخارج أي تحويل فكرة كامنة داخل الفكر الإنساني إلى فكرة متحررة في الخارج تعكس الرغبة الحقيقية لصاحب هذه الفكرة أو مجموعة من الأفكار مع ضرورة استخدام عبارات مناسبة وواضحة وبالموازاة مع ذلك تجنب العبارات ذات المعاني المتعددة التي من شأنها إثارة الغموض نظراً لما تحمله هذه العبارات من مقاصد تختلف عند وجهة نظر كل من الأطراف الراغبة في التعاقد¹.

أمّا المشرع المصري على غرار نظيره الفرنسي ترك مسألة تكييف القيمة القانونية لخطاب النوايا للإجتهد القضاة، وهو ما يتجلى من خلال إحدى الأحكام الصادرة عن محكمة النقض المصرية في حيثياتها: "تفسير المشاركات والمحركات واستظهار نية طرفيها أمر تستقل به محكمة الموضوع مادام قضاءها يقوم على أسباب سائغة وطالما لم تخرج في تفسيرها عن المعنى الظاهر لعباراتها"².

3- موقف المشرع الجزائري: الواضح أنّ المشرع الجزائري لم ينظم مرحلة التفاوض العقدي وجميع المسائل المهمة المتعلقة بها، هذا إن دلّ على شيء فإنه يدل على عدم تنظيمه لمسألة رسائل أو خطاب النوايا، على الرغم من نصه صراحة على الوعد بالتعاقد بموجب نص المادة 71 من ق.م.ج التي تنص على أنه: "الإتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها....".

يتبين لنا من خلال نص المادة 71 المذكورة أعلاه أنّ الوعد بالتعاقد هو اتفاق يمهد لإبرام عقد معين في المستقبل ويتميز عن الاتفاقات الممهدة لإبرام العقد من حيث كونه عقد تمهيدي حقيقي ينعقد بمجرد اتفاق إرادتي الواعد والموعود له على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة المتفق عليها وبالتالي هو بمثابة مرحلة وسط بين الإيجاب والعقد النهائي³.

¹ محاضرة رقم 05 موضوعها صيغة العقود الدولية أقيمت على طلبة السنة الرابعة، كلية الحقوق، جامعة الشام الخاصة بسوريا منشورة في الموقع الإلكتروني: <http://www.aspu.edu.sy> تاريخ الإطلاع 22-10-2021.

² حافظ جعفر إبراهيم، أيمن محمد زين، المرجع السابق، ص 690.

³ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 283.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

وعليه فإنّ المشروع الجزائري نظم صراحة نوع من أنواع العقود التمهيدية وهو الوعد بالتعاقد الذي يخرج عن دائرة التفاوض لتطابق الإيجاب والقبول بين الواعد والموعود له الذي ينصب على مجرد الوعد بالتعاقد دون التعاقد برمته، كما يكون إيجاب بإرادة منفردة من الواعد.

وأمام هذا الفراغ التشريعي استقرّ اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر على أنّه لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تفسير العقود وسائر المحررات بما يراه في نية عاقدتها أو أصحاب الشأن مستهديا بوقائع الدعوى وظروفها مادام لم يخرج عما تحمله عبارات العقد عند غموضها وعليه بيان مبررات اعتراضه على المعاني الأخرى التي تحكمها تلك العبارات¹.

وهذا ما كرّسته المحكمة العليا في القرار رقم 149300 بتاريخ 23-07-1997، الغرفة العقارية، الذي جاء في مضمون حيثياته: "أنّ قضاة المجلس قاموا بتفسير العقد العربي على ضوء ما جاء في المادة 111 ق.م.ج التي تُجيز تأويل العقد إذا كان هناك محل للتأويل، بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ولما ثبت في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع لما قاموا بتفسير العقد العربي الذي كان يحتوي على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبنائه الواجب تسديدها يكونون قد استعملوا حقهم في تأويل عبارات العقد"².

يتضح من خلال ما استقر عليه القضاء الجزائري أنّ العبارات الغامضة المستخدمة في صياغة المحررات السابقة على التعاقد تخضع لتفسير قاضي الموضوع، الذي يعتمد في ذلك على ظروف وملابسات وقائع الدعوى وهو أمر في محله، ومن أجل تفادي ذلك يتوجب على صاحب هذه الخطابات أن يقوم بصياغة هذه الأخيرة بعبارات دقيقة لا تترك مجالاً للتفسير ولا حجة يتمسك بها الطرف الآخر على غير ما تقصده تلك العبارات حتى يُقلت من التزاماته التي تقع عليه بموجب ما تم الاتفاق عليه خطياً في تلك الرسائل أو الخطابات التي تتخلل مرحلة التفاوض.

¹ حجوج سعاد، مرجع سابق، ص 40.

² قرار المحكمة العليا رقم 149300 مؤرخ في 23-07-1997، الغرفة العقارية، منشور في مجلة المحكمة العليا، ع 02، سنة 1997، ص 51.

وتأسيسا على ذلك فإنّ المشرع الجزائري ونظيره المصري لم يهتما بمسألة خطاب النوايا على خلاف المشرع الفرنسي الذي خصّ لها نص قانوني يعرف هذا المستند السابق لمرحلة التفاوض.

وبناء على ما تقدّم فإنّ رسائل النية هي عبارة عن تصرف قانوني يُوحى برغبة حقيقية في إبرام عقد نهائي على حسب الاتفاق الذي تمّ التوصل إليه، فهو ليس بإيجاب ولا وعد بالتعاقد، لأنّ العبرة تكون بحسب ما اتجهت إليه الإرادة، فالأصل أنّ هذه الرسائل لا ترتب على عاتق صاحبها أي التزام عندما يتم صياغتها بعبارات لا تحمل في طياتها أي التزام اتجاه الطرف الموجه له الخطاب، ومرجع ذلك أنّ الهدف الرئيسي من هذه الأخيرة في الغالب هو وضع الحدود العامة، وإرساء الإطار المبدئي للتفاوض الممهد لإبرام عقد نهائي، أما الإستثناء فهو ترتيب التزامات قانونية على هذه الخطابات من خلال تضمين هذه الأخيرة بعبارات واضحة مثلا عبارة "الإلتزام بما تمّ التفاوض عليه"، وعليه فإنّ تنوع الصيغ المستعملة في خطابات النوايا الإلكترونية هي التي تُحدّد القيمة القانونية لهذه الأخيرة¹.

ولا مناص من القول أن تحديد القيمة القانونية لخطاب النوايا في كونها ذات طبيعة قانونية ملزمة سواء بتحقيق نتيجة أو بذل عناية من جهة، أو أنّها مجرد دعوة للتفاوض لا ترقى لمرتبة الإلزام يتوقف على طبيعة الصياغة القانونية لتلك الخطابات.

رابعا: أهم المشكلات القانونية المتعلقة بالقيمة القانونية لرسائل النية:

1- مشكلة تنازع القوانين: إنّ الحديث عن القيمة القانونية لخطابات النوايا يفتح المجال للإشارة إلى مسألة مهمة، وهي تنازع القوانين في حالة استخدام هذه الخطابات بغرض إبرام عقد معين، فحسب النظرية العامة لتنازع القوانين في العقود يكون القانون الواجب التطبيق على خطاب النوايا هو قانون الإرادة الحرة التي بها تتحدد القيمة القانونية والقوة الإلزامية لهذه الخطابات وهذا تطبيقا للمبدأ العام الشهير "العقد شريعة المتعاقدين" الذي يتجسد في المادة 1134 من ق.م.م.المقابلة لنص المادة 106

¹ نبيل إسماعيل الشبلاق، المرجع السابق، ص 316.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

ق.م.ج وكذلك المادة 147 من ق.م.م، المشار إليه سابقاً، فالإرادة هي التي تحمل مشعل القوة الإلزامية لخطاب النوايا من خلال استبعاد كل العبارات الغامضة بعيداً عن التفسير المتضارب الذي من شأنه أن يُثقل كاهل الجهة القضائية في النظر لهذه المسألة حيث يكون لكل قاضي وجهة نظر مختلفة.

وبالتالي فإنّ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع المحتمل وقوعه لاحقاً سواء تطبيق قاعدة إسناد مكان تحرير الخطاب أو الموطن المشترك أو قانون دولة معينة يختارها، إلا أن هذه القاعدة الأخير تستبعد في كثير الأحيان، والسبب يرجع إلى عدم اعتراف بعض الدول بأي قيمة قانونية ملزمة لخطاب النوايا¹، حيث أنها تمنع مختلف الجهات القضائية النظر في الاتفاقات التي تنظم مرحلة التفاوض منها خطابات النوايا سواء في شكلها التقليدي أو الإلكتروني كأدلة ثابتة للرجوع إليها في حالة نشوب نزاع مستقبلاً خاصة إذا كانت الصيغة المستخدمة في هذه الاتفاقات تحتوي على ألفاظ تحمل عدة معاني متضاربة من شأنها جعل القاضي في حيرة للفصل بشكل نهائي في القضية المعروضة عليه².

ولا بد من الإشارة إلى أنّ منهج القواعد الموضوعية كان هو أساس تطبيقه في مجال منازعات العلاقات الخاصة الدولية، أي مجال التجارة الدولية وهو ما جسّدته اتفاقية الخطابات الإلكترونية التي هي على شكل معاهدة تضم مجموعة من الدول تقوم على تنظيم مختلف المسائل المتعلقة بمعاملات التجارة الدولية، إلا أنّ هذه الاتفاقية لاقت انتقاد واسع على الصعيد الفقهي حيث أكد هذا الأخير أنّه على الرغم من إقرار قواعد موضوعية موحّدة للخطابات الإلكترونية مع استبعاد تطبيق قواعد تنازع القوانين، إلا أنّ التعمق في نصوص هذه الاتفاقية يُوضح تواجد بعض العقبات القانونية فهي لا تقضي على جلّ العوائق التي تترتب عن إنشاء وإرسال الخطابات الإلكترونية، وعليه فإنّ الحل الأمثل هو تطبيق

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 11 و 12.

² حافظ جعفر إبراهيم، المرجع السابق، ص 41.

قواعد الإسناد المزدوجة أي قواعد تنازع القوانين و القواعد الموضوعية جنبا إلى جنب للتوصل إلى حل المشاكل المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية الدولية¹.

2- صعوبة تحديد المسؤول عن الخطأ: من بين أهم المشاكل التي يُمكن أن تثور بمناسبة توجيه خطاب النية عبر مختلف الوسائل الإلكترونية، الذي لا يختلف عن خطاب النية التقليدي إلا في الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في تحريره، صعوبة تحديد المسؤول عن الخطأ في حالة تزييف وتحريف في العبارات والبيانات أو عدم وصول الرسالة بسبب مشكل تقني في شبكة الانترنت، فالمسؤولية هنا لا تقوم عن الخطأ بين مُرسل خطاب النوايا الإلكتروني والمرسل إليه فقط كما هو الحال بالنسبة لخطاب النية التقليدي، ذلك أنّ خصوصية الوسيلة الإلكترونية التي تتميز بالطابع التقني ألا وهي شبكة الانترنت وباعتبارها شبكة اتصال عالمية كما سبق التوضيح ، فهي تُسير من جانب مجموعة من الأشخاص متواجدين غالبا في عدة دول تفصلها مسافة بعيدة، وقد يتدخل العديد من هؤلاء الأشخاص في المعاملة الواحدة التي تتم عبر شبكة الانترنت، مما ينتج عنه صعوبة الوقوف على حقيقة مكان تحديد الطرف المسؤول عن الخطأ المرتكب لأن ما بين توجيه خطاب النية الإلكتروني ووصوله إلى علم المرسل إليه هنالك مجموعة من الوسطاء الذين يتدخلون بصفة مباشرة في عملية النقل الإلكتروني لمثل هذه الرسائل².

حيث أنه وبالرغم من صدور اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية السابق ذكرها، إلا أنّها لم تنطرق إلى هذه المسألة الحساسة، مكتفية بالنص في المادة 14 عن الخطأ في الخطابات الإلكترونية من الفصل الثالث تحت عنوان " استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية" على أنه: " عندما يرتكب شخص طبيعي خطأ في مخاطب إلكتروني مع نظام رسائل آلي تابع لطرف آخر ولا يوفر نظام الرسائل الآلي لذلك الشخص فرصة لتصحيح الخطأ يحق لذلك الشخص

¹المزيد من التفاصيل انظر خليل إبراهيم محمد، ريا سامي سعيد، المرجع السابق، ص 44 - 48.

² موسى طمشة، المرجع السابق، ص 50.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

أو للطرف الذي يتصرف ذلك الشخص نيابة عنه أن يسحب ذلك الجزء من الخطاب الإلكتروني الذي ارتكب فيه الخطأ إذا:

أ- أبلغ الشخص أو الطرف الذي يتصرف ذلك الشخص نيابة عنه الطرف الآخر بالخطأ في أقرب وقت ممكن بعد علمه به وذكر أنه ارتكب خطأ في الخطاب الإلكتروني.

ب- لم يكن الشخص أو الطرف الذي يتصرف ذلك الشخص نيابة عنه قد استخدم ما قد يكون تسلمه من سلع أو خدمات من الطرف الآخر أو حصل منها على أي منفعة أو قيمة مادية¹.

من خلال تحليل نص المادة 14 المذكورة أعلاه يتبين أنّ الاتفاقية أجازت للشخص الطبيعي الذي يرتكب خطأ سواء بفعله الشخصي أو من ينوب عنه بمناسبة توجيه خطاب النية مع نظام رسائل آلي غير تابع له حيث لا يستطيع معه تصحيح ذلك الخطأ في أي حال من الأحوال أن يستعمل ذلك الجزء الخطأ من الخطاب الإلكتروني، شرط أن يقوم بإخطار الطرف الآخر الموجه إليه الخطاب بوجود خطأ في هذا الأخير وذلك في أقرب وقت ممكن، ثم أن لا يكون قد تسلم أي سلعة أو خدمة أو تحصل على منفعة أو قيمة مادية.

وبحسب رأي الباحثة فإنّ غاية الاتفاقية من إبرام هذه المادة هو المحافظة على توازن مصالح أطراف الخطاب الإلكتروني، خاصة في ظل صعوبة التعامل عبر مختلف الوسائل الإلكترونية التي تتميز بالطابع التقني الذي يصعب معه في بعض الأحيان تدارك الأخطاء المرتكبة دون قصد فأحسن ما فكرت فيه اتفاقية الأمم المتحدة بوضع هذه المادة، لكن ما يُعاب عليها أنّها لم تتناول المسؤولية المترتبة عن هذا الخطأ في حال عدم تمكن صاحب الجزء الخطأ من سحب هذا الأخير لعدم امتثاله للشرطين المذكورين أعلاه خاصة وأنه ارتكب خطأ مع نظام رسائل آلي من جهة غير تابع له ومن جهة أخرى لا يوفر له هذا النظام إمكانية تصحيح ذلك الخطأ، أكثر من ذلك تخصيص هذه الاتفاقية مادة وحيدة تنظم مسألة الخطأ في الخطاب الإلكتروني في حين أن هذه المسألة تتطلب تنظيم محكم من خلال مواد توضح

¹ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، المرجع السابق، ص 10.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

بدقة لهذا الأمر من شروط و مسؤولية لكل الاحتمالات المتوقعة في ارتكاب الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما سواء كان مرتكب الخطأ بفعله الشخصي أو بفعل الغير أي خارج عن إرادته وذلك من أجل المحافظة على الهدف الرئيسي من توجيه هذه الخطابات سواء كانت تقليدية أو إلكترونية وهو تحقيق التوازن بين المصالح الراغبة في التعاقد الحقيقي.

المطلب الثاني: البروتوكول الإتفاقي عبر الوسائل الإلكترونية.

بادئ ذي بدء لا بدّ من الإشارة إلى أنه يتم استخدام البروتوكولات الاتفاقية في بعض الأحيان للتوصل إلى نفس الغاية التي تحققها خطابات أو ما تسمى برسائل النية، وللفصل بينهما لا بُدّ من تعريف البروتوكول الإتفاقي عبر الوسائل الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم التفرقة بينه وبين خطابات النوايا (الفرع الثاني)، وأخيراً توضيح القيمة القانونية لهذا النوع من الإتفاقات (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف البروتوكول الإتفاقي عبر الوسائل الإلكترونية.

عرّف جانب من الفقه البروتوكول الإتفاقي¹ بأنه: " اتفاق على التفاوض في شأن عقد من العقود"²، وعرّف فريق آخر من الفقه البروتوكولات الاتفاقية بأنها: " محررات يكتفي فيها الطرفان المتفاوضان بتسجيل اتفاقهما على الإطار العام للعقد النهائي، دون التطرق إلى الشروط التي تترجم هذا الإطار إلى حقوق والتزامات أو إلى غيرها من الشروط المكتملة"³.

¹ يعود مصدر استخدام البروتوكولات الاتفاقية إلى أحكام القانون الخاص لمنظمة العمل والمعاملات التجارية ففي إطار قانون العمل سار العرف على استعمال مصطلح " بروتوكول اتفاقي " للدلالة على الاتفاقات المبدئية التي يتوصل إليها أطراف التفاوض العمالية والتي تسبق التوقيع على اتفاق جماعي مُلزم، والسبب الرئيسي في تسمية هذه الاتفاقات بالبروتوكولات الاتفاقية هو الدلالة على عدم وجود أي التزام ثابت أثناء السير في مرحلة المفاوضات العمالية بعد التوقيع على الاتفاق الجماعي واعتماده من قبل الجهة المختصة. نقلاً عن مجاحي سعاد، المرجع السابق، ص 26.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 311.

³ موسى طمشة، المرجع السابق، ص 52.

كما تم تعريف البروتوكول الإتفاقي بأنه: " وثيقة يتم إنشاؤها لتحديد أسس عملية معقدة لا تزال في مرحلة المسودة التي يعتزم الطرفان تنفيذها"¹.

وتجدر الإشارة أنه لا مانع من أن يتم صياغة البروتوكولات الاتفاقية في الشكل الإلكتروني²، وعليه فإنه تم تعريفها بهذا الشكل بأنها: " محررات على دعائم إلكترونية يكتفي فيها الطرفان المتفاوضان بتسجيل اتفاقهما على الإطار العام للعقد النهائي، دون التطرق إلى الشروط التي تترجم هذا الإطار إلى حقوق والتزامات أو إلى غيرها من الشروط المكملة"³.

يتبين من خلال التعاريف المذكورة أعلاه أن نية أطراف البروتوكول الإتفاقي هو تثبيت الخطوط العريضة التي اتضحت ملاحظتها بمناسبة توجيه خطابات النوايا، وذلك بغية مواصلة السير في مرحلة التفاوض للتوصل إلى تحديد التزامات وحقوق أطراف العقد المراد إبرامه مستقبلا بصفة نهائية⁴.

الفرع الثاني: التفرقة بين البروتوكول الإتفاقي وخطابات النوايا.

من خلال تعريف البروتوكول الإتفاقي، نجد بأن هناك تداخل بين هذا الأخير وخطابات النوايا فكلاهما مكتوب سواء على دعائم تقليدية أو إلكترونية بتسجيل الجوانب المتفق عليها بهدف التوصل إلى إبرام العقد بصفة نهائية، الأمر الذي يثير اللبس في التفرقة بينهما⁵.

وعلى هذا الأساس تدخّل الفقه من خلال الوقوف على معيارين أساسيين تم الإعتماد عليهما في التفرقة بين البروتوكولات الاتفاقية وخطابات النوايا⁶:

¹ Lachachi Mohamed, op cit, p 140.

² خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 298.

³ موسى طمشة، المرجع السابق، ص 52.

⁴ علي أحمد صالح، المرجع السابق، 311.

⁵ علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص 316.

⁶ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 298.

أولاً: معيار الهدف (المعيار الكمي): حيث أنّ البروتوكول الإتفاقي يتضمن في الغالب عناصر العقد المراد إبرامه بصفة نهائية، بل أغلب عناصره ماعدا الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد وكذا الشروط الجزئية وبالتالي فإنّ البروتوكولات الاتفاقية لا تصاغ إلا في مرحلة متقدمة من التفاوض، على عكس خطابات النوايا التي تتضمن فقط بعض عناصر العقد محل التفاوض¹.

يتبيّن من خلال هذا المعيار أنّ البروتوكول الإتفاقي يكون في مرحلة أكثر تقدماً أثناء السير في التفاوض، حيث يكون أطراف هذه المرحلة قريبون جدّاً من التوصل إلى إبرام العقد نظراً لوجود مساحة صغيرة فقط من عدم تحديد عناصر العقد قبل تمام إبرامه.

إلا أنّ هذا المعيار انتقده جانب من الفقه بحجة أنّه معيار غير حاسم في التفرقة بين البروتوكولات الاتفاقية وخطابات النوايا، والسبب في ذلك أنّه لا يوجد أي سبب يعرقل أطراف التفاوض من اللجوء إلى صياغة خطابات النوايا تتضمن جميع العناصر الأساسية المتفق عليها أثناء السير في مرحلة التفاوض².

ثانياً: المعيار الشكلي: مفاده أنّ التفرقة بين البروتوكول الإتفاقي وخطاب النوايا يعتمد على الشكل الذي يأخذه كل منهما في توجيه هذا النوع من الاتفاقات، حيث تأخذ خطاب النوايا الشكل الذي يقره ويرضاه الطرف مُوجّه الخطاب في البداية أي صاحب توجيه الخطاب الذي يتضمن البدء في التفاوض، على عكس البروتوكولات الاتفاقية التي تأخذ شكل نموذجي يتم رسم عناصرها برضا ومعرفة أطرافها بتوقيعهم عليها جميعاً في نفس الوقت³.

وتنطوي وجهة النظر هاته إلى أن المعيار الشكلي يعتمد بالدرجة الأولى على ضابط الشكل أي المظهر الخارجي الذي يصوغانه أطراف التفاوض لهذا النوع من الاتفاقات، حيث يختلف كل من البروتوكول الإتفاقي عن خطاب النوايا من حيث المظهر الذي يتخذه في الدلالة على تسميته.

¹ موسى طمشة، المرجع السابق، ص 53.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 317.

³ موسى طمشة، المرجع السابق، ص 53.

وتأسيساً على ذلك، يمكن القول أنه على الرغم من تداخل كل من البروتوكولات الاتفاقية وخطابات النوايا من حيث التوصل إلى نفس الوظيفة التي يحققها وكذا أوجه التشابه من حيث كلاهما مكتوب وكلاهما يحتوي عناصر من العقد المراد إبرامه، زيادة على ذلك صياغة الجوانب المتفق عليها الرامية إلى إبرام العقد بصفة نهائية في كل منهما، وعلى الرغم من التفرقة المعتمدة من قبل جانب من الفقه بين هذين النوعين من المستندات المنظمة لمرحلة التفاوض المباشر إليها أعلاه، إلا أنه لا يمكن نفي حقيقة لجوء أطراف التفاوض إلى خطابات التفاوض أو البروتوكولات الاتفاقية لتأكيد وحسم الجدية في إبرام عقد معين وإظهار النية الفعلية التي تتجه إلى التوصل نحو هذا العقد، حيث تلعب الصياغة في كل منهما دور حيوي في إثبات ما تم الاتفاق عليه في مرحلة التفاوض وكذا الوقوف على تحديد الطرف المسؤول عن عدم الالتزام بما تم الاتفاق عليه دون سبب شرعي¹.

الفرع الثاني: القيمة القانونية للبروتوكول الإتفاقي.

احتدم النقاش بين الفقهاء حول إرساء القيمة القانونية للبروتوكولات الاتفاقية، حيث ذهب بعضهم إلى تكييفها على أنها عقد حقيقي ملزم لجميع أطرافه وذلك بحجة أنه يتضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه بصفة نهائية والمسؤولية المترتبة عن هذا العقد تكون مسؤولية عقدية، في حين يتجه فريق آخر نحو تكييفها على أنها مجرد اتفاق على التفاوض².

ومن هذا المنطلق عرّف الجانب الفقهي الأول البروتوكول الإتفاقي بأنه: "عقد حقيقي يحمل في جوانبه جزء من الشروط الأساسية للعقد النهائي المنشود وأن قيمته القانونية وآثاره لا تختلف عن أي آثار في عقد آخر، والمسؤولية المترتبة عن هذا العقد مسؤولية عقدية تتحقق في حالتين، تتمثل الأولى

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 317.

² خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 299.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

في حالة العدول عن التفاوض، والثانية حالة العدول عن المسائل الجوهرية التي تمّ الاتفاق عليها"، في حين عزّفه الجانب الفقهي الثاني بأنه: "اتفاق على التفاوض في شأن عقد من العقود"¹.

وترتبا على ذلك يثور التساؤل بصدد حقيقة الرأي الفقهي الذي يعرّف البروتوكول الإتفاقي بأنه عقد، فهل يعني ذلك أن البروتوكول الإتفاقي هو عبارة عن عقد محض مكتمل الأركان والشروط القانونية ؟

للإجابة عن السؤال المطروح أعلاه لا بدّ من تحليل الرأي الفقهي الذي يكيّف البروتوكول الإتفاقي على أنه عقد، فحسب هذا التعريف لا يمكن في جميع الأحوال الجزم بصفة نهائية بوصف البروتوكول الإتفاقي بالعقد، لأنّ هذا الأخير يتطلب الاتفاق على كافة العناصر الأساسية للتعاقد ونظرا لأنّ أهم هذه الأخيرة ما تزال محلا للتفاوض، إضافة على ذلك فإنّ نية الأطراف لم تنصرف إلى إبرام العقد إلاّ بعد انتهاء الاتفاق على جميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه فعبارة "جزء من الشروط الأساسية للعقد المراد إبرامه" تعكس تناقض جليّ، لأنّه لا يمكن التصريح بوجود عقد إلاّ باجتماع جميع عناصره الأساسية مرة واحدة دون تجزئتها.

وهذا ما يؤكّده المشرع الفرنسي ونظيره المصري، حيث أكّدت المادة 1114 من ق.م.ف لسنة 2016 على أنّ تحديد العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه أمر جوهري، وغير ذلك يعتبر مجرد دعوة للدخول في التفاوض، وفي مقابل ذلك نصت المادة 95 من ق.م.معلّى أنّه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أنّ العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم"².

¹ نقلا عن موسى طمشة، المرجع السابق، ص 52.

² محمد حسن قاسم، "مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية-دراسة مقارنة-"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2002، ص 323.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

وعلى نفس النهج سار المشرع الجزائري حيث نصّت المادة 71 من ق.م.ج على أنّه لا يكون للاتفاق المتضمن إبرام عقد معين في المستقبل أي أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية لهذا العقد والمدة التي يجب إبرامه فيها.

ونقيض هذا الاتجاه الفقهي كيف البروتوكول الإتفاقي على أنّه مجرد اتفاق لم يخرج عن دائرة التفاوض تمهيدا للعقد المراد إبرامه من كلتا أطراف التفاوض، وذلك لاتفاقهما فقط على جزء من العناصر الجوهرية للتعاقد، حتى ولو تم الاحتفاظ بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، لأنّ العبرة بالمسائل الجوهرية وليس التفصيلية، وهو ما لا يتماشى وطبيعة هذا الأخير فإذا تضمن الاتفاق وضع اليد على جميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه وتوافرت جميع الشروط القانونية لهذا العقد تحول البروتوكول الإتفاقي من مجرد اتفاق إلى عقد محض.

وهو الرأي الفقهي الرّاجح لاعتبارات قانونية منطقية، فالمعيار المعتمد في تكييف الاتفاق على أنّه عقد أو مجرد اتفاق، هو الاتفاق على جميع العناصر الأساسية، أما في حالة الاتفاق على جانب منها تاركين العناصر المتبقية لاتفاق لاحق، فهنا لا يعدو أن يكون الأمر مجرد اتفاق لا يزال في مرحلة التفاوض.

المبحث الثاني: العقود المنظمة للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.

إنّ الأصل في تنظيم سير مرحلة التفاوض هو حرية التفاوض طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، الأمر الذي من شأنه المساس بأمن واستقرار هذه المرحلة، ذلك أنّ الأخذ بحرية التفاوض على إطلاقه قد يترتب عنه مفاوضات غير جادّة مما ينجر عن ذلك إهدار للوقت والمال لغياب النية الحقيقية في إبرام عقد معين.

لذا تلجأ الأطراف المتفاوضة إلى تأمين مفاوضاتهم للتوفيق بين مبدأ حرية التفاوض ومبدأ حسن النية إلى وضع تفاوضهما في عقد تمهيدي ينظم سير مرحلة التفاوض، من هنا جاءت أهمية لجوء أطراف التفاوض إلى إبرام عقود تمهيدية تتخلل مرحلة التفاوض على نحو يبعث الثقة في جدية وتأمين سير هذه المرحلة وتفادي احتمال نشوب منازعات مستقبلا، من بينها عقد التفاوض (المطلب الأول)، وعقد الإطار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عقد التفاوض.

لقد أفرز واقع التعامل في شتى المعاملات عامة وفي مجال التجارة الدولية خاصة، ضرورة لجوء الأطراف الراغبة في إبرام عقد معين مستقبلا إلى البحث عن إجراء أكثر تنظيم من شأنه تحقيق عامل الثقة والأمان من خلال الإلتكاء على ركيزة ثابتة، فكان عقد التفاوض هو الإجراء الضروري لذلك والذي يُطلق عليه أيضا تسمية اتفاق المبدأ *L'accorde de principe*، حيث لم يعرفه كلا المشرعين الفرنسي والمصري، ونظيرهم الجزائري، ذلك أنه من العقود الحديثة، الأمر الذي جعل الفقه المقارن يجتهد في تعريفه (الفرع الأول)، وبما أنه عقد حقيقي فإنه تتوافر فيه جميع الأركان الأساسية اللازمة لقيام كل عقد (الفرع الثاني)، كما أنه يتميز بقيمة قانونية مُلزِمة من الناحية القانونية تُرتب التزامات تعاقدية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الفقه المقارن لعقد التفاوض.

نظرا لغياب التعريف التشريعي لعقد التفاوض في كل من فرنسا، مصر وكذلك الجزائر محل المقارنة، اجتهد الفقه الفرنسي في تعريفه، فعرفه البعض بأنه: "عقد يلتزم بموجبه كل طرف في مواجهة الآخر بالتفاوض حول إبرام عقد لاحق لم تتحدّد بعد شروطه الأساسية أو الثانوية"¹.

¹مذكور لدى علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 361.

في حين عرّفه اتجاه فقهي آخر بأنه: "تعهد تعاقدى بإعداد إيجاب أو بمتابعة المفاوضات الجارية بهدف التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدّد مضمونه إلاّ بصفة جزئية وفي جميع الأحوال لم تتحدّد عناصره بطريقة تؤدي إلى القول بانعقاده"¹، وهناك من عرّفه بأنه: "التزام تعاقدى لتقديم عرض أو مواصلة المفاوضات الجارية من أجل إبرام عقد تمّ تحديد موضوعه جزئياً فقط وفي أي حال من الأحوال غير كاف لتشكيل العقد"².

وبطبيعة الحال فإنّ هذا التعريف الفقهي جاء متماشياً مع اجتهاد القضاء الفرنسي، الذي اعترف بوجود عقد التفاوض، والذي عرّفته محكمة باريس في حكمها الصادر بتاريخ 23 ماي 1992 بأنه: "عقد بمقتضاه يلتزم أطرافه ببدء ومتابعة التفاوض بحسن نية حول شروط عقد يُبرم في المستقبل"³. وحسب التعريف الفقهي لعقد التفاوض، إنّ خصوصية عقد التفاوض تكمن في كونه التزام بالتفاوض على مشروع تعاقدى لا التعاقد، حيث لا يلتزم أطراف التفاوض بإبرام عقد نهائي فكل منهما يستطيع قطع المفاوضات بحسن نية⁴، أي أنّه مجرد عقد تحضيري فقط حيث تنتظر الأطراف المتعاقدة حدوث حدث على أساس أنّ هذا الأخير يُمثّل عنصر أساسي لصحة العقد النهائي⁵.

أمّا بالنسبة للفقهاء المصري، فقد عرّف الأستاذ محمد حسن قاسم عقد التفاوض بأنه: "العقد الذي يتعهّد طرفاه ببدء التفاوض ومتابعته بقصد التوصل إلى إبرام عقد معيّن وذلك من خلال منهجية

¹ مشار لدى محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 184.

² Cité par Alain Lagadec, op cit, p 58.

³ عقيل فاضل حمد الدهان، منقذ عبد الرضا الفردان، "الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني"، مجلة أهل البيت عليهم السلام، ع08، جامعة أهل البيت عليهم السلام، كربلاء، العراق، سنة 2009، ص 57.

⁴Yessad Houria, "Le contrat de vente internationale de marchandises", thèse de doctorat en droit, université mouloud mammeri, faculté de droit, tizi-ouzou, Alger, soutenue le 24 mai 2008, année universitaire 2007-2008, p 163.

⁵Elsehly Mahmoud, op. cite, p 264.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

موضوعية وإجرائية يتفق عليها بينهما"¹، وهو ما يجعل جانب من الفقه المصري يرى أنّ عقد التفاوض ليس عقد نهائي، ولكنه بالفعل التزام قد يؤدي في النهاية إلى ذلك².

يتبين لنا من خلال هذه التعاريف أنّ عقد التفاوض يقوم على علاقة تعاقدية صارمة موضوعه الإلتزام ببدء التفاوض تمهيدا لإبرام عقد معين، وأنّ الإخلال بهذا الإلتزام يترتب المسؤولية العقدية طبقا للقواعد العامة، وهو إجراء وقائي يتخلل مرحلة التفاوض حيث يكون حجة ثابتة على أطرافه.

ومع التطور التكنولوجي، فإنّه لا مانع من إبرام عقد تفاوض عبر مختلف الوسائل الإلكترونية التي هي في تطور مستمر، حيث لا يختلف عقد التفاوض التقليدي عن الإلكتروني سوى خصوصية إبرامه عبر وسيلة إلكترونية.

وفي هذا الصدد تمّ تعريف عقد التفاوض الإلكتروني بأنّه: "عقد تمهيدي مؤقت يتم إبرامه وتنفيذه بوسائل إلكترونية عبر شبكة الإنترنت، يلزم جانبه بالدخول في التفاوض الإلكتروني والاستمرار بحسن نية بهدف إبرام عقد إلكتروني معين"³.

الفرع الثاني: أركان عقد التفاوض.

يُعتبر عقد التفاوض عقد حقيقي تتوافر فيه جميع الأركان الأساسية اللازمة لقيام كل عقد بوجه عام وهي التراضي، المحل والسبب حيث لا يقوم العقد بدونه⁴، حيث أن هذه الأركان التقليدية عرفت نوع من التعديل بموجب التغيير الجذري لقانون العقود الفرنسي.

أولا: التراضي: يعتبر الفقه الفرنسي الكلاسيكي أنّ الرضا هو الشرط المركزي لتشكيل العقد، حيث يعتقد كل من الفقيه **Pothier** و **Domat** بأنّ الرضا هو جوهر الاتفاق وبهذا المعنى أكد بدوره

¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 187.

² Cité par Alain Lagadec, op cit, p 57.

³ نقلا عن عقيل فاضل حمد الدهان، منقذ عبد الرضا الفردان، مرجع سابق، ص 58.

⁴ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 365.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

الفقيه الفرنسي **François Laurent** بأنه: " لا يوجد اتفاق بدون رضا لسبب ممتاز وهو أنّ العقد ليس أكثر من نزاع على الموافقة"¹.

يُنظر إلى التراضي بأنه الإجراء الذي يقوم به شخصان أو أكثر للتعبير عن إرادتهم المشتركة من أجل إخراج اتفاق إرادتهم بهدف إحداث آثار قانونية، فهو قبل كل شيء فعل إرادي كما تُشير كلمة "الرضا" إلى اتفاق الإرادة، فهو إجراء من أجل اقناعين أو أكثر للتعبير عن الإرادة بالتناوب والموافقة هي قبل كل شيء فعل إرادي وإرادة الموافقة هي القدرة على اتخاذ القرار بالمعنى الإشتقاقي².

يقوم عقد التفاوض في شكله الإلكتروني خاصة على التراضي، أي تطابق إرادة أطراف التفاوض، فهو لا يحتاج إلى شكل معيّن لإبرامه حتى ولو كان العقد المزمع إبرامه بصفة نهائية يتطلب إجراء الشكلية³، والسبب في ذلك يرجع إلى كون عقد التفاوض يتمحور حول التقيّد بالالتزامات المترتبة عن هذا العقد خاصة الالتزام ببدء التفاوض والسير فيه دون التقيّد بإبرام العقد المزمع إبرامه بصفة نهائية والذي يدور حوله التفاوض⁴، فهو اتفاق غير بات وغير نهائي لأنّ الإرادة المكونة لهذا العقد هي إرادة أولية لم تصل بعد إلى مرحلة النضج التي تقيّد صاحبها الذي يكون له حرية العدول عن ما صرّح به من رغبة في إبرام العقد المتفق عليه بحسن نية⁵.

وبالتالي فإنّ عقد التفاوض يُعتبر عقد حقيقي يتم بتطابق إرادتين على إحداث أثر قانوني من خلال توجيه عرض التفاوض إلى الطرف الآخر، حيث يقوم هذا الأخير بقبول هذا العرض، وبالتالي الدخول في عملية التفاوض والسير فيها بحسن نية حتى يصلان إلى مرحلة إبرام العقد بصفة نهائية⁶.

¹ Cité par Elsehly mahmoud, op cite, p 277.

² Alain Legadec, op cite, p 11 – 12.

³ عقيل فاضل حمد الدهان، منقذ عبد الرضا الفردان، المرجع السابق، ص 59.

⁴ نبيل الركيك، "الالتزامات التي تتخلل مرحلة المفاوضات في العقد المبرم بطريقة إلكترونية"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ع 24، سلسلة البحوث الجامعية، مركز المنارة للدراسات والأبحاث، المغرب، سنة 2018، ص 317.

⁵ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 412.

⁶ بن جبارة عباس، المرجع السابق، ص 114.

ولم يغفل المشرع الفرنسي ضرورة توافر عنصر الرضا كركن من أركان صحة العقد، فقد نصّت المادة 01/1128 من الأمر 2016-131 السابق على ضرورة تراضي أطراف معاملة معينة كعنصر جوهري وضروري لصحة التعاقد، وهذا ما انتهجه أيضا المشرع المصري، حيث نصّت المادة 89 من ق.م.م على أنه: "يتم إبرام العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان إرادتين متطابقتين دون المساس بالإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون لإبرام العقد"¹.

وعلى نفس النهج سار المشرع الجزائري، حيث نصّت المادة 59 من ق.م.م ج على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

يتبين من خلال تحليل النصوص القانونية المذكورة أعلاه، أنّ كلا التشريعين الفرنسي، المصري ونظيرهم المشرع الجزائري أقرّوا صراحة أنّ الرضا عنصر حيوي لا يقوم العقد بدونه، والغاية من ذلك بطبيعة الحال حتى يكون كل طرف على بينة من أمره حتى لا يقع كل منهما في دوامة النزاع مستقبلا فإذا كان العقد النهائي المشار إليه في هذه التشريعات محل الدراسة يتطلب الرضا دون المساس بالجانب الشكلي الذي يتطلبه القانون لإبرام هذا العقد، فإنّ الأمر يختلف بالنسبة لعقد التفاوض الذي لا يتطلب أي إجراء شكلي حتى ولو كان العقد النهائي يتطلب ذلك.

ثانيا: المحل: حتى يكتمل عقد التفاوض على نحو متكامل شأنه شأن العقود الأخرى يجب أن يكون له محل وهو سعي أطرافه نحو إبرام العقد المتفق عليه برضاهم بصفة نهائية².

لم يغفل المشرع الفرنسي ضرورة ركن المحل، وكان أكثر حرصا في تكريس هذا الشرط في المواد من 1126 إلى 1130 من ق.م.م لسنة 2016 المشار إليه سابقا، حيث نظم المشرع الفرنسي شروط

¹Elsehly Mahmoud, op. cite, p 277 - 278.

² بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 31.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

المحل في المواد من 1128 إلى 1130 من نفس القانون، التي اشترطت في المحل أن يكون موجود أو قابل للوجود، معينا أو قابلا للتعين، قابلا للتعامل فيه على أن يكون مشروعاً¹.

ونفس الأمر ذهب إليه المشرع المصري، حيث أكدت المادة 1/131 من ق.م.م على أنه يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً.

وعلى نفس النهج سار المشرع الجزائري، حيث نصت المادة 1/92 من ق.م.ج في فقرتها الأولى التي تنص على أنه: "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً.....".

ومحل عقد التفاوض له شروط هي نفسها شروط محل أي عقد طبقاً للقواعد العامة وتمثّل في أن يكون المحل ممكناً وذلك بأن لا يكون مستحيلًا في ذاته وأن يكون مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وهذا ما نصت عليه المادة 93 ق.م.ج، ومثال ذلك أن يكون العقد المزمع إبرامه بصفة نهائية بيع وكان محل هذا الأخير غير موجود في الحال أو في المستقبل، أو يكون قد هلك قبل الإتفاق على التفاوض، بالإضافة إلى وجوب أن يكون محل عقد التفاوض معينا أو قابلاً للتعين طبقاً لنص المادة 94 ق.م.ج².

يتّضح مما سبق اتفاق المشرع الفرنسي ونظيره المصري والجزائري حول شروط المحل بناءً على القواعد العامة لأي عقد، إلا أنّ المشرع الفرنسي استغنى عن ركن المحل بمناسبة تعديله للقانون المدني بموجب الأمر 131-2016 السابق ذكره عندما نظّم ركن مضمون العقد في القسم الثاني تحت عنوان "صحة العقد" من الباب الثاني تحت عنوان "تكوين العقد"، حيث نصت المادة 1128 من ق.م.ف بموجب تعديل سنة 2016 على أنه يعتبر ضروري لصحة العقد رضا الأطراف، أهلية التعاقد بالإضافة إلى أن يكون لهذا العقد محتوى قانوني ومعين³.

¹ بن خدّة حمزة، المرجع السابق، ص 436.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 366.

³ بن خدّة حمزة، المرجع السابق، ص 437 - 438.

وبالتالي فإنّ المشرّع الفرنسي أبعد ركن المحل وحل محلّه ركن محتوى العقد الذي يكون قانوني ومعين، حيث يُعتبر هذا الأخير من أهمّ المستجدّات في تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 من خلال تنظيمه لهذا الركن في المواد من 1162 إلى 1171، إذ نصّت المادة 1162 من ق.م.ف على أنّه: "العقد يجب ألا يكون مخالفا للنظام العام لا من خلال شروطه ولا من خلال هدفه سواء أكان الأطراف يعلمون به أم لا"، حيث أنّ المشرّع الفرنسي لم يُعرّف ركن محتوى أو مضمون العقد المستجّد تاركا الأمر للفقهاء والقضاء، فعرفه جانب من الفقهاء الفرنسيين بأنّه: "اتفاق على المسائل الجوهرية كافة والثانوية في هذا العقد يتم صياغتها بعبارات يفهمها الطرفان ويقبلان بها وتصبح دستورا لهذا العقد يلتزم بها أطرافه في هذا العقد أو العقود المستقبلية التي تنشأ عن هذا العقد"¹.

وعرفه الأستاذ هوزان عبد المحسن عبد الله بأنّه: "مجموعة من الاتفاقات أو الشروط التي يُدرجها أطرافه في العقد والتي يجب أن تكون غير مُخالفة للنظام العام من حيث الهدف أو الخدمة في العقد"². وترتبا على ما تقدّم يثور التساؤل بصدد إستغناء المشرّع الفرنسي عن ركن المحل، فهل يعني ذلك أنّه لم يعد لهذا الركن أي فائدة عمليّة؟، أم أنّ هنالك دافع آخر إلى ذلك؟

وهو التساؤل الذي سيتم الإجابة عليه، عند التطرّق لركن السبب تفاديا للتكرار، لأنّ المشرّع الفرنسي بموجب تعديل القانون المدني لسنة 2016، دمج ركني المحل والسبب بركن مضمون أو محتوى العقد.

ثالثا: السبب: يتطلّب عقد التفاوض لاكتماله إلى جانب ركني الرضا والمحل، ووجود سبب مشروع وهو أن يكون الدافع صوب التعاقد غير مُخالف للنظام العام والآداب العامّة، وإلاّ وقع باطلا لعدم مشروعية

¹ نقلا عن بن خدّة حمزة، المرجع السابق، ص 439.

² هوزان عبد المحسن عبد الله، "مضمون العقد في ضوء التعديلات الحديثة للقانون المدني الفرنسي-دراسة مقارنة بالفقه المالكي-"، مجلة جامعة الشارقة، ع 02، مج 17، جامعة الشارقة، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، سنة 2020، ص 617 - 620.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

السبب، وهذا ما يُجسده المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 97 ق.م.ج التي تنص بأنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا"¹.

ويُفترض أنّ السبب مشروع إلى حين إثبات عكس ذلك وهو ما تُجسده المادة 98 ق.م.ج التي تنص بأنه: "كل التزام مفترض أنّ له سببا مشروعاً ما لم يَقم الدليل على غير ذلك ويُعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يُخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدّعي أنّ للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدّعيه"².

وعلى نفس النهج سار المشرع المصري من خلال جعل السبب ركن من أركان العقد بموجب نص المادتين 136 و 137 ق.م.م المقابلتان لنص المادتين 97 و 98 ق.م.ج³، وبهذا يكون كل من المشرع الجزائري والمصري اهتماً بوجود السبب ومشروعيته كركن من أركان العقد عامة وعقد التفاوض خاصة.

وبالرجوع إلى المشرع الفرنسي، فإنه كان يُنظّم ركن السبب في المواد من 1131 إلى 1133 المقابلة للمواد 97 و 98 ق.م.ج قبل تعديله للقانون المدني سنة 2016، الذي كان يشترط في هذا الركن أن يكون حقيقي ومشروع⁴.

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 367.

² بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 32.

³ تنص المادة 136 منق.م.م على أنه: "ذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا"، وتنص المادة 137 من نفس القانون على أنه: "كل التزام لم يُذكر له سبب في العقد يُفترض أنّ له سببا مشروعاً ما لم يَقم الدليل على غير ذلك ويُعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يُخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدّعي أنّ للالتزام سبب آخر مشروعاً أن يثبت ما يدّعيه". نقلا عن: صادقي عباس، "تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود الإدارية- دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري والفرنسي"، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، ع خاص، المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار، إيزي، الجزائر، سنة 2018، ص 128.

⁴ بن خدة حمزة، المرجع السابق، ص 437.

لقد سبق التساؤل بصدد سبب استغناء المشرع الفرنسي عن ركن المحل، حيث تمّ إرجاء الإجابة عن هذا السؤال إلى حين التعرض لركن السبب، لأنه هو الآخر استغنى عنه المشرع الفرنسي بركن مستجد احلّ محل ركني المحل والسبب.

إنّ أهم الإصلاحات الجذرية التي قام بها المشرع الفرنسي، هي تعديله للقانون المدني سنة 2016 من خلال إعادة النظر في نظرية العقد وذلك بالجمع بين ركني المحل والسبب في ركن واحد سمّاه كما أشرنا سابقاً "مضمون أو محتوى العقد"، وهذا باسم تطوّر الحياة الاقتصادية¹، حيث يرى الأستاذ أشرف جابر أنّ أهم الأسباب التي دفعت بالمشرع الفرنسي إلى هذا الإصلاح هو الرغبة الحقيقية في تبسيط المفاهيم الأساسية لنظرية العقد في ركن واحد مُبسّط يُحقّق ثلاث وظائف رئيسية تتمثل في التحقق من مشروعية العقد ووجود محل إلى جانب التعادل بين الأداءات في العقد، وهي فكرة تقوم بنفس الدور الذي كان يقوم به كل من ركني المحل والسبب لتصبح الفكرة أكثر وضوح وبساطة، خاصة في ظل العراقيل العملية التي كان يواجهها القضاء بشأن تحديد مفهوم السبب، الأمر الذي دفع هذا الأخير إلى رفع تقرير إلى رئيس الجمهورية الفرنسي بتاريخ 11-02-2016 الذي جاء فيه: " نظراً لصعوبة وضع تعريف مُحدّد لمفهوم السبب... وما وُجّه إليه من انتقادات من جانب من الفقه بحسابه مبعثاً لعدم اليقين القانوني وعائقاً دون فاعلية القانون فقد استقرّ الخيار على عدم الإبقاء على هذا المفهوم واستبداله بقواعد أكثر وضوح بحيث تُتيح للقاضي الوصول إلى ذات النتائج مع تجنّب الصعوبات التي يُثيرها مفهوم السبب"².

¹Luc Grynbaum, "Réforme du droit des contrats : synthèse du droit français et convergences avec le droit européen", revue lamy droit de l'immatériel, n 124, wolters kluwer, Saint-Ouen, France, année 2016, p 42.

²أشرف جابر، المرجع السابق، ص 305-306.

وفقا لهذا التقرير المقدم إلى رئيس الجمهورية الفرنسي، فإنّ القضاء على السبب كان مُبرّرا بحقيقة أنّه سيكون مفهوم مُشوَّش يُنظر إليه على أنّه عامل من عوامل عدم اليقين القانوني وكبح جاذبية القانون الفرنسي مقارنة بمواءمة المشاريع الأوروبية والعديد من القوانين الأخرى التي تتجاهل ركن السبب¹.

وهذا ما أكّده أحد أشهر الفقهاء الفرنسيين المنكرون لركن السبب وهو الفقيه **Planiol** من خلال قوله أنّه "لا جدوى من نظرية السبب"، متمسكاً بحجة أنّه لا يُمكن في جميع الأحوال التسليم في ظلّ العقود التبادلية أنّ سبب التزام المتعاقد هو التزام الطرف الآخر حيث أنّ هذا الأمر يفترض وجود أحد الالتزامين قبل الآخر، ومثال ذلك أنّ التزام البائع بتسليم الشيء المبيع يكون قبل وجود التزام المشتري بتسليم الثمن لأنّه سبب له وفي نفس الوقت يوجد التزام المشتري بتسليم الثمن قبل أن يُوجد التزام البائع لأنّه أيضا سبب له، الأمر الذي جعل الفقيه **Planiol** يعتبر هذه المسألة مُجرّد دوران في حلقة مُفرغة².

ونفس الأمر بالنسبة للمحل الذي أنكره جانب كبير من الفقه الفرنسي الحديث، بقولهم أنّ العقد ليس له محل بالمعنى الدقيق، وأنّ تطبيق هذا الركن يترتب عنه العديد من المشاكل القانونية التي قد تُعرض على ساحة القضاء، أكثر من ذلك تمسّكوا بحجة أن العقد يُرتّب آثار تُنشأ التزامات تكون نفسها مبنية على المحل، ولهذا الأسباب سارع هذا الجانب الفقهي إلى عرض مشروع سماه ب " **Projet Terré**" لسنة 2015 الذي صادقت عليه الحكومة الفرنسية، وكان عنوانه "تحديث وتبسيط القانون والإجراءات في مجال العدالة والشؤون الداخلية"، إذ ساهم في إنجاز هذا المشروع مجموعة من فقهاء القانون برئاسة الأستاذ **Terré**، وكان يُسمى مشروع تيري الأوّل لسنة 2009 منشور في ثلاثة أجزاء: العقد، المسؤولية، النظام العام للالتزام، حيث سعى هذا المشروع إلى نحو نظريتي المحل والسبب

¹Cité par Rose-Noëlle Schutz, "Le nouveau droit français des contrats", séminaire "Recueil de travaux juridiques", faculté de droit, université Saint-Esprit de kaslik, 22 février au 02 mars 2017, kaslik, Liban, publier sur le site d'internet : <https://www.usek.edu.lb> تاريخ الإطلاع 2021-10-28

²صادقي عبّاس، المرجع السابق، ص 127.

وتعويضهما بفكرة مُستحدثة مُبسّطة وهي " محتوى العقد"، حيث كان لهذا المشروع تأثير حقيقي على مستوى فرنسا وكذا على المستوى الدولي¹، وأخيراً تمّ اعتماده بشكل نهائي بموجب الأمر 131-2016 المذكور سابقاً المعدّل للقانون المدني الفرنسي من أجل الإصلاح الجذري لنظرية العقد²، إذ تضمّن هذا المشروع عدّة اقتراحات تحمل في طيّاتها ضرورة تعديل النصوص القانونية التي تناول ركن المحل بحجّة أنه لا يعدوا أن يكون مُجرّد عنصر من عناصر مضمون العقد وبالتالي فهو غير كاف بذاته³.

صفوة القول أنّ دمج المشرّع الفرنسي ركني المحل والسبب، لم يأتي من العدم وإنّما لاعتبارات فقهية وقضائية أجمعت على ضرورة دمج هذين الركنين في ركن أكثر ملائمة لنظرية العقد وهو ركن "مضمون العقد"، وهنا يثور التساؤل بصدد ماهية هذا الركن المستجد؟ وأثره على دمج ركني المحل والسبب؟

رابعاً: مضمون العقد: إنّ تغاضي المشرّع الفرنسي عن ركني المحل والسبب لإثبات صحّة العقد راجع إلى الأهميّة الضئيلة لهذين الركنين بالمقارنة مع مضمون العقد، وهو ما يُؤكّده أغلبية الفقه الفرنسي بقوله: " إنّ تحديد الإلتزام الأساسي في العقد ينبع من طبيعة كل عقد ومن مضمونه"، مُستنديين في ذلك إلى أبرز المبادئ التي تحكم العقد وهما مبدأ الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد اللذان يستمدّان قوتهما من مبدأ سلطان الإرادة حيث يتحدّد بموجبهما حقوق والتزامات أطراف العقد وهو ما يصطلح عليه بـ "مضمون العقد"⁴.

¹ Hélène Boucard, "La réforme de la doctrine à l'ordonnance", cinquième journée franco-allemandes "La réforme du droit des obligations en France", sous la direction de Reiner Schulze, Guillaume Wicker, Gerald Masch, Denis Mazeaud, collection dirigée par Bénédicte Fauvarque-Cosson, vol 20, société de législation comparée, paris, France, 2015. Publié sur le site d'internet : <http://www.transformacje.pl> تاريخ الإطلاع 2021-10-28

² محمد عرفان الخطيب، " نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث* الثابت والمتغير* قراءة نقدية في قانون إصلاح العقود والإثبات رقم 131-2016"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع21، كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة الكويت، الدوحة، الكويت، سنة 2018، ص245.

³ عمّار كريم كاظم الفتلاوي، جواد كاظم جواد سميسم، محمد حسناوي شويح، " اندماج المحل في مضمون العقد في القانون الفرنسي"، مجلة رسالة الحقوق، ع01، جامعة كربلاء، كلية القانون، كربلاء، العراق، سنة 2018، ص 82-85.

⁴ ثنى نعيم جعّاز، جليل حسن الساعدي، " فكرة مضمون العقد وأثر استحداثها على شروط صحّة العقد- دراسة في القانون الفرنسي-"، مجلة بحوث الشرق الأوسط، ع62، جامعة عين شمس، مركز بحوث الشرق الأوسط والدراسات المستقبلية، القاهرة، مصر، سنة 2021، ص 349.

1- تعريف مضمون العقد: في مُستهل الحديث يجب التنويه إلى أنّ المشرّع الفرنسي ترك مسألة تعريف مضمون العقد للفقهاء الفرنسيين، حيث عرّفه جانب منه بأنّه: "مجموعة الالتزامات التي تُمكن طرفي التعاقد من تحقيق الهدف من هذا الأخير وفي ضوءه يتم تحديد النتيجة التي يتعيّن تحقيقها ومدى الوسائل التي يُستعان بها لتحقيق تلك النتيجة"، في حين عرّفه فريق فقهي آخر بأنّه: "التوافق التعاقدي للنظام العام والآداب العامّة ومنع أي إخلال بالالتزامات التعاقدية الأساسية وتنفيذها على نحو يُحقق هدف مُعيّن وسبب وجودها من خلال مفهوم قانوني واحد هو مضمون العقد"، أكثر من ذلك ذهب اتجاه فقهي إلى تعريفه بأنّه: "تعبير جديد لفكرتي المحل والسبب وبعبارة أخرى أنّ مضمون العقد يعني أن يكون المحل والسبب مُوافقين لمضمون الإرادة"¹.

وبحسب رأي الباحثة فإنّ التعريف الأخير يتوافق مع فكرة ظهور الركن المستجد "مضمون العقد" لأنّه يُجسّد حقيقة مفهوم جديد لركني المحل والسبب، حيث يتوافقا مع مضمون الإرادة التي تتّجه فعلا لإبرام عقد مُعيّن مُنتجا لكافة آثاره القانونية.

وهذا ما يُؤكّده غالبية الفقهاء الفرنسيين من خلال التنويه بأنّ المشرّع الفرنسي لم يتخلّى عن ركني المحل والسبب نهائيا وإنما كل ما في الأمر أنّه قام بدمجهما في ركن واحد من أجل تبسيط المفاهيم وتحديد الأفكار القانونية، والدليل على ذلك هو أنّ مضمون العقد له نفس المفهوم الذي يحمله كل من ركن المحل والسبب أكثر من ذلك اشترط المشرّع الفرنسي في مضمون العقد نفس الشروط التي كانت تُشترط في المحل والسبب قبل تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016².

2- شروط مضمون العقد: بالرجوع إلى نص المواد من 1162 إلى 1167 ق.م.ف لسنة 2016 يتّضح أنّها تنص على شروط معيّنة يجب توافرها في ركن "مضمون العقد" تتمثل في:

¹مُنّى نعيم جعّاز، المرجع نفسه، ص 349 - 350.

²مُنّى نعيم جعّاز، جليل حسن الساعدي، المرجع السابق، ص 355.

أ- مُطابقة مضمون العقد للنظام العام: جاء في نص المادة 1162 من ق.م.ف لسنة 2016 تحت عنوان مضمون العقد أنه: " لا يجوز أن ينتقص العقد من النظام العام سواء بنصوصه أو لغرضه سواء كان هذا الأخير معروف أم لا من قبل جميع الأطراف"¹.

وعليه القول أنّ المادة 1162 المذكورة أعلاه، ركّزت بشكل واضح أنّه يُشترط أن لا يكون هدف العقد غير مشروع سواء أكان أطراف العقد يعلمون به أم لا، على عكس ما كان معمول به قبل تعديل القانون المدني سنة 2016 حيث كان يتقرّر إبطال العقد إذا كان أحد أطراف العقد لا يعلم بعدم مشروعية الهدف الذي يصبوا إليه الطرف الآخر من وراء التعاقد، أو كان من السهل عليه اكتشاف ذلك، وهو ليس بأمر جديد على مستوى القضاء الفرنسي الذي جسّده منذ عدّة سنوات إلاّ أنّ المشرّع الفرنسي لم يتدارك الأمر إلاّ مُؤخراً وما يُؤكّد قولنا هذا قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 07-10-1998 الذي جاء فيه: " أنّ العقد يُمكن إبطاله لسبب غير مشروع، أو غير أخلاقي حتّى لو كان أحد أطرافه لا يعلم بعدم مشروعية طابعه غير الأخلاقي المقصود في العقد"².

وترتيباً على ما تقدّم يتبيّن لنا أنّ القضاء الفرنسي كان السّباق في عدم الأخذ بعين الاعتبار علم أو عدم علم أحد أطراف التعاقد بالهدف غير المشروع الذي يأمل منه من وراء التعاقد، وهذا نتيجة اجتهاد القضاء للوصول إلى تحقيق التوازن العقدي، والذي جسّده بعد ذلك المشرّع الفرنسي سنة 2016 بعد عدّة مطالب ورفع تقارير سواء من قبل الفقه أو القضاء للضرورة الملحة على النهوض بنظرية العقد، كما لا يفوتنا أن ننوّه بأنّ المشرّع الفرنسي نصّ بشكل ضمني على ركن السبب الذي يتمثّل في الهدف الذي يقصده أطراف العلاقة التعاقدية.

¹"Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulation ni par son but que ces dernier ait été connu ou non par toutes les parties", voir le site <https://www.legifrance.gouv.fr> تاريخ الإطلاع 2021-10-21

² هوزان عبد المحسن عبد الله، المرجع السابق، ص 619-620.

ب- وجود مضمون العقد أو قابليته للوجود: بالرجوع إلى نص المادة 1163 من ق.م.ف لسنة 2016 يتبين أنه يُشترط أن يكون محل الالتزام خدمة في الحاضر أو المستقبل، كما يجب أن يكون مُمكنًا ومُعَيَّنًا أو قابلاً للتعيين وتُضيف المادة أنّ الخدمة تكون قابلة للتعيين عندما يُمكن استنتاجها من العقد أو بالرجوع إلى العلاقات السابقة للأطراف دون الحاجة إلى اتفاق جديد بينهم¹.

خامساً: أهلية التعاقد: تناول المشرع الفرنسي شرط أهلية التعاقد كشرط من شروط صحة نفاذ العقد في المواد من 1145 إلى 1152 من ق.م.ف لسنة 2016 أي في ثماني مواد مُستحدثة، حيث وضع المشرع الفرنسي مبدأ عام وهو: " أنّ انعدام أهلية التعاقد سبب رئيسي للبطلان النسبي " طبقاً لنص المادة 1147 من ق.م.ف لسنة 2016، واستثناءً عن هذا المبدأ العام يجوز لأي شخص لا يتمتع بأهلية التعاقد أن يُبرم التصرفات العادية المصرّح بها من قبل القانون أو العرف طالما أنّها انعقدت ضمن الشروط الطبيعية على حسب ما نصّت عليه المادة 1148 من نفس القانون الذي نص أيضاً في المادة 1146 على أنه يُعتبر عديم الأهلية كل شخص غير قادر على التعاقد في إطار الإجراءات المحددة في القانون القُصّر غير المرخّص لهم وبالباغون المحميون بموجب أحكام المادة 425 من نفس القانون، حيث تنص هذه الأخيرة على إمكانية استفادة عديم الأهلية بسبب تغيير مؤكد طبيًا في قدراته العقلية والجسدية من تدابير الحماية القانونية المنصوص عليها قانوناً والتي تهدف إلى حماية كل من الشخص ومصلحة الورثة لهذا الأخير ومع ذلك قد تكون مقصورة صراحة على إحدى هاتين الأخيرتين².

وبالنسبة للتشريع الجزائري فإنّه بالرجوع إلى نص المادة 40 ق.م.ج يُعتبر كل شخص بلغ سن الرشد وهو 19 سنة كاملة متمتعاً بقواه العقلية ولم يُحجر عليه أهلاً للتعاقد³، وعلى خلاف ما ذهب

¹ عمّار كريم كاظم الفتلاوي، جواد كاظم جواد سميسم، محمد حسناوي شويح، المرجع السابق، ص 87.

²Articles du 1145 au 1152 du l'ordonnance 2016-131 du 10-02-2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, précité

تاريخ الإطلاع 2021-10-21 <http://legifrance.gouv.fr>

³ حمادوش أنيسة، " حول إشكالية التحقق من أهلية المتعاقدين في التعاقد الإلكتروني"، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، ع 02، مج 08، جامعة وهران 02 محمد بن أحمد، كلية الحقوق، وهران، الجزائر، سنة 2019، ص 59.

إليه التشريع الفرنسي فإنّ المشرع الجزائري لم يتعرض إلى أحكام أهلية التعاقد بشكل من التفصيل كما فعل نظيره المشرع الفرنسي، هذا إن دلّ على شيء فإنه يدلّ على وجود فراغ تشريعي على المشرع الجزائري تداركه.

انطلاقاً مما سلف يتبين أنه يجب أن تتوافر في عقد التفاوض التقليدي عامة والإلكتروني خاصة الأركان المذكورة سابقاً حتى يكون ينعقد عقد التفاوض بشكل صحيح يرتب كافة آثاره القانونية.

الفرع الثالث: صور عقد التفاوض.

في مستهل الحديث لا بد من التأكيد على أنّ لعقد التفاوض صور عديدة يتم استخدامها بشكل ملحوظ في الحياة العملية تتمثل في¹:

أولاً: شرط التفاوض لإعادة التوازن العقدي: وهو الشرط الذي يُطلق عليه أيضاً تسمية " شرط التفاوض لتعديل أحكام العقد "، مفاده أن يقوم أطراف عقد التفاوض بتضمين هذا الأخير شرط التفاوض على تعديل شروط العقد عند حدوث ظروف مفاجئة غير متوقع حدوثها من شأنها أن تؤثر سلباً على التوازن العقدي².

إنّ شرط التفاوض لإعادة التوازن العقدي هو التزام الأطراف بإعادة التفاوض حول العقد لمعالجة الظروف الطارئة المستجدة بغيّة تعديل الالتزامات التعاقدية إلى المستوى المعقول لكفّ الضرر الجسيم الذي قد يحدث لأحد الطرفين أو كلاهما من جرّاء تلك الظروف بحيث يُصبح العقد في حالة توازن كأن تكون صياغة هذا الشرط على النحو التالي: " إذا تغيّرت الظروف الأولى التي أبرم على أساسها هذا العقد تغيّراً كبيراً ألحق بأحد الطرفين مشقّة في التنفيذ ليس من العدل أن يتحمّلها وحده، وجب

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 370.

² بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 75.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

على الطرفين أن يتفاوضا لتعديل شروط هذا العقد بشكل يتلاءم مع الظروف الجديدة وفقا لقواعد العدالة"، أو " يلتزم الطرفان بالتفاوض لتعديل هذا العقد عندما يحتل توازنه الأولي بسبب تغيير ظروف النظام الاقتصادي أو النقدي"¹.

ومن أمثلة الحوادث الطارئة غير متوقع حدوثها والتي من شأنها أن تؤثر على العلاقة التعاقدية نجد ظهور فيروس كورونا المستجد² في نهاية شهر ديسمبر سنة 2019 وسرعة انتشاره في جميع نواحي دول العالم، حيث أعلنت منظمة الصحة العالمية بأنّ فيروس كورونا المستجد يُشكّل حالة طوارئ صحية غير متوقع حدوثها ذات بُعد دولي بداية من شهر يناير 2020، الأمر الذي نتج عنه صعوبة تنفيذ الالتزامات التعاقدية من خلال استحالة تأمين نقل البضائع إضافة إلى الإرتفاع غير المتوقع في أسعار المواد الأولية.

وقد كان المشرع الفرنسي أوّل من سنّ قوانين استثنائية تهدف إلى إعادة التوازن العقدي، وهو المرسوم رقم 260-2020 بتاريخ 16-03-2020 الذي دخل حيّز التنفيذ ابتداءً من 17-03-2020، إلى جانب إصدار العديد من القرارات والقوانين التي تحمل في طياتها آليات استثنائية لمعالجة هذه الجائحة، وقد تجسّدت هذه الجهود في العديد من الأحكام القضائية الحديثة التي اعتبرت بأنّ الآثار الناتجة عن جائحة فيروس كورونا المستجد تُشكّل قوة قاهرة بتوافر الشروط القانونية لذلك من حيث أنها حدث مفاجئ لا يُمكن توقعه وحتى يتسنى لأطراف عقد التفاوض إدراج شرط التفاوض لإعادة التوازن العقدي عند حدوث ظرف غير متوقع وهنا جائحة كورونا المستجد لا بُدّ من توافر شرط

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 373 - 374.

² ظهرت جائحة فيروس كورونا المستجد بداية في نهاية شهر ديسمبر 2019، حيث تمّ الإبلاغ عن الحالات الأولى التي أصيبت بهذا الفيروس في دولة الصين، فهو يُعتبر نوع من الفيروسات المستحدّة المعدية التي تُسبب التهاب الجهاز التنفسي الحاد، وفي بداية شهر يناير سنة 2020 أبلغت الصين منظمة الصحة العالمية عن تفشي هذا الوباء بعد انتشاره خارج دولة الصين في العديد من البلدان بل أغلبها الأمر الذي جعل منظمة الصحة العالمية تعتبر هذا الفيروس حدث طارئ. نقلا عن محمد كريم قروف، " حدود تأثير فيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية لعقود التجارة الدولية"، مجلة التكامل الاقتصادي، ع01، مج09، جامعة أحمد دراية، كلية الاقتصاد، أدرار، الجزائر، سنة 2021، ص 79.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

إبرام هذا العقد قبل ظهور هذه الجائحة لأنّه إذا تمّ إبرام عقد التفاوض بعد ظهور جائحة كورونا لا يُمكن اعتبار هذه الأخيرة قوة قاهرة¹.

ومن أهم التطبيقات القضائية الفرنسية تلك القضية التي عُرضت على محكمة استئناف نانسي الفرنسية بتاريخ 05-05-2020، الغرفة التجارية رقم 05، حيث اعتبرت المحكمة بأنّ المستأنف الذي يطلب تأجيل تنفيذ التزامه التعاقدى متمسكا بظرف القوة القاهرة وهو جائحة كورونا هو مطلب ليس في محله وبالتالي فهو لا يملك هذا الحق والسبب في ذلك يرجع إلى أنّ المستأنف أبرم العقد بتاريخ لاحق على التاريخ الذي أعلنت فيه منظمة الصحة العالمية عن جائحة كورونا والذي سبق لنا وأن تطرقنا إلى هذا الأمر².

ويُتّجه رأي الباحثة إلى تأييد هذا الحكم لأسباب قانونية، وهي منع أطراف العلاقة العقدية من التهرب من تنفيذ التزاماتهم التعاقدية بحجة جائحة كورونا فكان لزاما وضع شروط ومعايير قانونية يتم الرجوع إليها في تكييف هذه الجائحة على أنّها بمثابة قوة قاهرة أي حدث استثنائي غير متوقع حدوثه على الرغم من أن مختلف دول العالم شهدت انتشار ملحوظ للأوبئة منذ القدم، حيث أنّ شرط اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة من عدمه يتوقّف على تاريخ إبرام العقد أكان قبل إعلان تاريخ الجائحة أو بعد الإعلان، فالمبدأ الأساسي الذي تبنته محكمة الاستئناف يلزم لتطبيق شروط القوة القاهرة أو حتى الظرف الطارئ التحقق من تاريخ إبرام العقد ووقت المفاوضات التي سبقت إبرام العقد، فبيّنت المحكمة ضرورة الحذر من تطبيق نظريتي القوة القاهرة والظرف الطارئ دون تحقق شروطهما أي ضرورة قيام شرط إعادة التفاوض بحسن نية تحقيقا لأمن التفاوض وبالتالي التوازن العقدي.

وهو نفس النهج الذي سلكه المشرّع الجزائري من خلال نص المادة 03/107 من ق.م.ج المقابلة لنص المادة 02/147 من ق.م.ج التي نصّت على أنّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامّة لم يكن

¹ أحمد إشراقية، "الوسائل القانونية الخاصة بمواجهة آثار جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية: دراسة في القانونين الفرنسي واللبناني"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع06، ملحق خاص، جامعة الكويت، كلية القانون، الكويت، سنة 2020، ص 733 - 736.

² أحمد إشراقية، المرجع السابق، ص 742.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

في الحسبان توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة...، فعبرة "وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي" تنفيذ على أنه يشترط لاعتبار الحوادث استثنائية أن تكون هذه الحوادث مستجدة عند تنفيذ الالتزام العقدي أي بعد إبرام العقد، بحيث تكون هذه الحوادث الاستثنائية غير متوقع حدوثها.

كما ينبغي التنويه بأنه غالبا ما يحدث تداخل بين القوّة القاهرة والظرف الطارئ من خلال عدم تفريق أطراف العلاقة التعاقدية بينهما، فكما هو مُتعارف عليه فإنّ القوّة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلا في حدّ ذاته بينما الظرف الطارئ تجعل هذا الأخير مرهقا، ولمواجهة هذا التداخل تُركت مسألة تكييف أثر جائحة كورونا على الالتزامات التعاقدية باعتبارها قوة القاهرة أم ظرف طارئ للسلطة التقديرية للقاضي¹.

ولكن يثور التساؤل بصدد عدم اتفاق أطراف عقد التفاوض على إدراج شرط "التفاوض لإعادة التوازن العقدي"، فهل يعني ذلك أنه يمكن لأي طرف أن يحتج بعدم تطبيق هذا الشرط استنادا إلى عدم وجود بند صريح في العقد يقضي بذلك؟

اتجه جانب من الفقه إلى اعتبار شرط "التفاوض لإعادة التوازن العقدي" قاعدة من قواعد التجارة الدولية مصدره قواعد وأعراف التجارة الدولية² **Lex mercatoria** التي يعود مصدرها أساسا إلى فقه التحكيم الدولي الناشئ عن قرارات صادرة في مسائل التجارة الدولية، حيث أنّ الغاية المرجوة من ذلك هي مواجهة الظروف المستجدة والتي من شأنها أن تؤثر على سهولة عملية تنفيذ العقد، وقد نصّت على هذا الشرط المادة 3/6 من مبادئ اليونيدروا Unidroit لسنة 1994: "في حالة تغيير

¹ ياسر عبد الحميد الإفنيحات، "جائحة فيروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع06، ملحق خاص، جامعة الكويت، كلية القانون، الكويت، سنة 2020، ص 792.

² Kenfack Hugues, "Droit Du Commerce International", 2ème édition, Dalloz, année 2006, p12.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

الظروف يكون للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب المفاوضات ويجب أن يُقدّم الطلب دون تأخير ويجب أن يكون مُسبباً¹.

هنا جاءت المادة واضحة تُجسّد حقيقة الحق في إعادة التفاوض من طرف المتضرر نتيجة وجود ظرف مُستجد أثر على العلاقة التعاقدية بحيث أنه تضرر من ذلك حتى ولو لم يتم إدراج هذا الشرط في بنود العقد، وهذا ما جسّده المشرع الفرنسي في تعديله للمادة 1195 من ق.م.ف لسنة 2016 التي نصت على أنه: "إذا كان التغيير غير المتوقع في الظروف أثناء إبرام العقد يجعل التنفيذ مفرط التكلفة بالنسبة للطرف الذي لم يُوافق على تحمّل المخاطر فقط يطلب الأخير إعادة التفاوض على العقد من الطرف الآخر مع الاستمرار في تنفيذ التزاماته خلال فترة إعادة التفاوض، وفي حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض يجوز للأطراف الموافقة على إنهاء العقد في التاريخ والظروف التي يحدّدونها أو مُطالبه القاضي بالموافقة على تكييفها في غياب الاتفاق في غضون فترة زمنية معقولة يجوز للقاضي بناء على طلب أحد الأطراف تنقيح العقد أو إنهائه في التاريخ والشروط التي يُحددها"².

وبالرجوع إلى نص المادتين 03 / 107 و 02/147 المشار إليها سابقاً، فإنّ المشرع الجزائري على غرار نظيره المصري، أشار ضمناً إلى حق المتضرر نتيجة وجود حادث استثنائي أثناء تنفيذ العقد أن يطلب من القاضي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بحيث يتلاءم مع الوضع المستجد وهو ما نلتمسه من عبارة "جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

¹ بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 36.

² خالد مصطفى فهمي، "التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية- دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2019، ص 24-25.

وبهذا يكون كلا المشرعين الفرنسي، المصري ونظيرهم الجزائري أجازوا للطرف المتضرر من تغير ظروف التعاقد نتيجة حادث استثنائي تقديم طلب إلى القاضي المختص بإعادة تهيئة الظروف الملائمة للعقد تبعا للأوضاع المستجدة.

ثانيا: شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع: غالبا ما تتجه إرادة الأطراف بمناسبة إبرام عقد التفاوض إلى إدراج شرط "التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع" في بند من بنود العقد، حيث يتم تطبيقه عند حدوث نزاع ما وذلك لتفادي اللجوء إلى القضاء أو الطرق الودية لفض النزاعات وهي التحكيم، الصلح والوساطة، حيث تكون صياغة هذا الشرط على النحو التالي: "إذا نشأ نزاع بين الطرفين بسبب تفسير هذا العقد أو تنفيذه التزم الطرفان ببذل كل المساعي الودية لحلّه عن طريق التفاوض قبل رفع الخصومة بشأنه إلى القضاء"¹.

وفي واقع الأمر يعود السبب الرئيسي لتفادي الأطراف اللجوء إلى القضاء أو الطرق الودية لحل النزاعات التي تنشأ بينهم، هو أنّ طريق القضاء غالبا ما يتميز بطول الإجراءات وبطئ سيرها وكذا مشكلة المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق هذا من جهة، ومن جهة أخرى يتميز التحكيم كطريق ودي لحل النزاعات بصعوبة تنفيذ قراراته لطول إجراءاته المعقدة، لهذه الأسباب ومن أجلها يلجأ أطراف عقد التفاوض إلى تضمين هذا الأخير شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع².

¹ بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 37 - 38.

² بوخاتم أسية، "محاضرات في مقياس العقود المدنية المعمق"، موجهة لطلبة السنة أولى ماستر تخصص قانون خاص، السداسي الأول، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2020-2021. منشور في الموقع الإلكتروني: <https://elearn.univ-tlemcen.dz> تاريخ الإطلاع 11-09-2021.

ولعلّ من المفيد أن نؤكد أنّ الطريق الغالب الذي يلجأ إليه الأطراف في هذه الحالة هو طريق التفاوض المباشر بينهما دون الحاجة لوسيط أو مُساعدة من طرف ثالث، وهذا نظراً لدور هذا الطريق في إعادة التوازن للعقد المزمع إبرامه بعيداً عن طول الإجراءات وتعقيدها¹.

وهذا ما أكدته إحدى الدراسات التي قامت بها أحد مراكز الوساطة الإلكترونية والتي أعلنت من خلالها أنّ 80 بالمائة من حجم المنازعات الناشئة عن إبرام العقود الإلكترونية عامة وعقد التفاوض الإلكتروني خاصة تمّ حلّها بالمفاوضات الإلكترونية المباشرة².

كما ينبغي التنويه بأنّه في حالة الاتفاق على شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع لا يُعتبر حاجزاً أمام أطراف التفاوض للجوء إلى القضاء أو إحدى الوسائل الودية لحل النزاع كالتحكيم حيث أنّ هذا الأمر لا يمنع القضاء حين النظر في الدعوى المعروضة عليه أن يعتبر عدم التزام أحد الطرفين بشرط التفاوض للتسوية الودية للنزاع بمثابة خطأ عقدي يستوجب التعويض على أساس قيام المسؤولية العقدية، على الرّغم من أنّ هذا الشرط لا يُلزم أطرافه بتحقيق نتيجة نهائية مفادها حل النزاع القائم بينهم وإلّا يلزمهم بالتفاوض بحسن نية بُغية التوصل إلى حل النزاع بعيداً عن القضاء أو أحد الطرق الودية³.

الفرع الرابع: القيمة القانونية لعقد التفاوض.

يعتبر غالبية الفقه المقارن محل الدراسة أنّ عقد التفاوض عقد تمهيدي، لأنّ بموجبه تنطلق مسيرة المفاوضات التي تمهد لإبرام عقد معين بصفة نهائية، وهو عقد مؤقت لمدة معينة، وهي المدة التي تستغرقها عملية التفاوض بين الأطراف المتفاوضة، فإن انتهت هذه العملية سواء بإبرام العقد بشكل نهائي أو

¹ غسان عبيد محمد المعموري، "المفاوضات ودورها في تسوية منازعات عقود التنمية التكنولوجية"، مجلة أهل البيت عليهم السلام، ع 22، جامعة كربلاء، كلية القانون، كربلاء، العراق، سنة 2018، ص 378.

² خليف سمير، "حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية"، مذكرة ماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، الجزائر، السنة الجامعية 2009-2010، ص 123 - 124.

³ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 380 - 381.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

بعد إبرام هذا الأخير انتهى كل أثر لعقد التفاوض لأن هذا الأخير لا يترتب الالتزام بإبرام العقد النهائي¹.

أكثر من ذلك يعتبر عقد التفاوض عقد حقيقي تتوفر فيه جميع الأركان وشروط صحة العقد التي تتوفر في أي عقد آخر طبقاً للقواعد العامة وهي الرضا، المحل، السبب في التشريع الجزائي، والرضا، مضمون أو محتوى العقد، الأهلية في التشريع الفرنسي، حيث أنّ عقد التفاوض هو الذي يحكم العلاقة بين أطراف التفاوض سواء في حال نجاح هذه المرحلة بإبرام العقد النهائي أو عدم نجاحها، وبالتالي فكل ما يترتب عن هذا العقد يتمتع بقيمة قانونية من خلال قيام المسؤولية العقدية كأثر مباشر عن هذا العقد².

المطلب الثاني: عقد الإطار.

يحرص الطرفان المتفاوضان على وضع تنظيم لعملية التفاوض في شكل اتفاقات تمهيدية من شأنها تسهيل هذه العملية خاصة إذا كان الطرفان يعترضان إبرام سلسلة من العقود ذات طبيعة واحدة فيقومان بإبرام "عقد إطار" الذي يهيئ لقيام عقد مُراد إبرامه مُستقبلاً، وبما أنّه عقد مُستحدث فإنّه لا بدّ من التطرق إلى مفهومه (الفرع الأول)، ونظراً لخصوصيته باعتباره سلسلة من الإتفاقات على شكل عقد أولي وعقود تطبيقية فإنّه يترتب عنه مشاكل قانونية (الفرع الثاني).

¹ نقلاً عن علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص 369.

² أحمد السيد البهي الشوبري، "التفاوض التعاقد، إطاره القانوني وأثره في الالتزام"، مجلة كلية الدراسات الإسلامية العربية لبنات دمهور، ع04، ج01، جامعة الأزهر، كلية الدراسات الإسلامية والعربية (بنات دمهور)، القاهرة، مصر، سنة 2019، ص 1206.

الفرع الأول: مفهوم عقد الإطار.

يهدف عقد الإطار إلى تنظيم العلاقة التعاقدية التي تكون على شكل مستويين، مُستوى أعلى يتمثل في عقد الإطار ومُستوى أدنى يتمثل في العقود التطبيقية، حيث أنّ هذه الأخيرة تُبرم وتنعقد استجابة للشروط المذكورة في عقد الإطار بخصوص سلعة أو خدمة مُعينة ولتوضيح الصورة أكثر يتعيّن تعريفه (أولاً)، ثمّ بيان شروط صحة قيامه (ثانياً)، وأخيراً مجاله (ثالثاً).

أولاً: تعريف عقد الإطار: يلجأ أطراف التفاوض في العقود التي تكتسي أهمية اقتصادية، التي يتطلّب إبرامها إبرام سلسلة من العقود من نفس الطبيعة إلى إبرام عقد الإطار¹، منها: عقود التوريد² وعقود نقل التكنولوجيا.

1- تعريف الفقه المقارن لعقد الإطار: تجدر الإشارة إلى أنّ هناك جانب من الفقه الفرنسي عرّف عقد الإطار بأنّه: "العقد الذي يهدف إلى تحديد القواعد الأساسية التي تخضع لها العقود التي ستبرم في المستقبل"، كما عرّفه جانب فقهي آخر بأنّه: "العقد الذي يحدد الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان بإتباعها فيما يبرمانه من عقود لاحقة وهي العقود التي تعرف بعقود التطبيق أو عقود التنفيذ"³، كما

¹ بوطبالة معتر، المرجع السابق، ص 51.

² تمّ تعريف عقد التوريد على أنّه: "عقد يلتزم بموجبه الموزّد بتجهيز شخص آخر ببعض الأموال المنقولة على دُفعات متتابعة خلال فترة زمنية مُعيّنة لقاء ثمن أو أجره متفق عليها حسب ما إذا كان تسليم الأموال على سبيل البيع أو الإجارة ويُقسّم عقد التوريد حسب محله إلى نوعين، حيث يتمثّل النوع الأول في عقد توريد السلع والنوع الثاني عقد توريد الخدمات ومن الأمثلة عن هذا النوع الأخير توريد الماء والكهرباء، وهناك من الخدمات التي يتم توريدها بسبب التقدّم التكنولوجي ووسائل الإتصال عن بُعد وهي عقود توريد المعلومات عبر الإنترنت". نقلا عن سمير حامد عبد العزيز، "التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة"، ط 02، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، سنة 2007، ص 84، و عرفه جانب من الفقه بأنه: "اتفاق يتعهد فيه أحد الطرفين أن يُورّد إلى الآخر سلعا موصوفة على دُفعة واحدة أو عدّة دُفعات مقابل ثمن مُحدّد غالبا ما يكون مُقسّطا على أقساط بحيث يدفع قسط من الثمن كلّما تمّ قبض قسط من المبيع وقد يكون محليّا أو دوليا. نقلا عن محمّد رواجية، "عقد التوريد-دراسة فقهية مقارنة"، مجلّة الدراسات الإسلامية، ع 11، جامعة عمّار ثليجي، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية والحضارة، قسم العلوم الإسلامية، الأغواط، الجزائر، سنة 2018، ص 242.

³ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 506.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

عرّفه أبحاه فقهي فرنسي على أنّه: "عقد تحضيرى يتجسّد في إطار يسبق نهاية عقود التطبيق مستقبلا فهو يُلزم أطراف التفاوض بإبرام هذه الأخيرة وليس العقد المزمع إبرامه محل التفاوض".¹

وعرّفه جانب من الفقه المصري بأنّه: "عقد يستهدف به الأطراف تحديد الشروط الأساسية التي يلتزمون بإتباعها فيما يبرمونه من عقود لاحقة وهي ما تُعرف بعقود التطبيق أو عقود التنفيذ ولا يكفي الاتفاق عليها لقيام عقود التطبيق وإنما يجب أن يتفق الطرفان كذلك على كل عقد يُريدان إبرامه من هذه العقود".²

2-تعريف التشريع لعقد الإطار: لقد عرّف المشرّع الفرنسي عقد الإطار في المادة 1111 من الأمر 131-2016 السابق ذكره بأنّه: "اتفاق يتفق بموجبه الأطراف على الخصائص العامة لعلاقتهم التعاقدية المستقبلية. عقود التطبيق من خلال تحديد شروط التنفيذ".³

وتجدر الإشارة إلى أنّ عقد الإطار هو من العقود المستحدّة بموجب الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي نتيجة جملة من النزاعات التي عُرضت على القضاء، والتي أصدر بشأنها أحكام قضائية فصلت نهائيا في هذه النزاعات، وهو أمر سبق توضيحه، حيث أنّ عقد الإطار مصدره الاجتهاد القضائي الفرنسي.⁴

¹ Peter Sarvary Bene, "Réflexions sur la notion de contrat préparatoire", thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, université de Montpellier, centre du droit de l'entreprise, soutenue le 14-12-2015, année universitaire 2014-2015, p42.

² غسق خليل إبراهيم، "المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد المعلوماتية الإطاري"، ط01، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، سنة 2019، ص 27.

³ Article 1111 modifié par ordonnance n 2016-131 du 10-02-2016 précité : "Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution" <http://legifrance.gouv.fr> تاريخ الإطلاع 20-11-2021

⁴ يُعتبر مصطلح "عقد الإطار" حديث إلى حدّ ما، حيث تعود الصيغ الأولى لهذا المصطلح إلى نهاية عشرينيات القرن الماضي في حكم صادر بتاريخ 04 يناير 1929 حيث ميّزت محكمة باريس بين العقد الأساسي وهو العقد الأولي والمبيعات اللاحقة حتى ولو لم يُستخدم مصطلح "عقد الإطار"، إذ بدأ استخدام مصطلح "اتفاقية إطار" سنة 1966 لكنّه اعتبر مصطلح موجز، وفي سنة 1978 استقر القضاء على مصطلح "عقد الإطار" من خلا الحكم

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

والدليل على ذلك ما تبنته محكمة النقض الفرنسية في قرار شهير سنة 1995 "عدم تأثر صحة العقود بعدم تحديد السعر في العقد الأصلي مادام سيُحدّد في العقود الموالية"، وهذا بعد عرض نزاع على هيئة القضاء مفاده عدم تحديد الثمن في العقود الأولية مع ترك الأمر للعقود اللاحقة، فكان حكم محكمة النقض الفرنسية واضحا، وهو أنه لا مانع من إبرام عقود إطار أولية تليها عقود مستقبلية مفادها تطبيق الشروط الرئيسة المتفق عليها بموجب عقود الإطار الأولية وهنا تحديد الثمن لحظة تسليم المبيع مُستقبلا¹.

يتبيّن من خلال تعريف المشرع الفرنسي لعقد الإطار، أنّ هذا الأخير هو عبارة عن عقد تمهيدي شأنه شأن عقد التفاوض، لأنّه يُمهد لقيام عقود تطبيق مستقبلية لما تمّ الاتفاق عليه في العقود الأولية، وبحسب رأي الباحثة فإنّه سُمّي بعقد الإطار لأنه يرسم الإطار القانوني للشروط الرئيسية التي يلتزم بها مستقبلا من خلال تجزئة الاتفاق على مراحل، فهو بذلك يُشكّل مجموعة عقدية ذات تشكيل هرمي لمستويين من العقود حيث يقع عقد الإطار في القمة ثمّ تليه عقود التطبيق في مستوى أدنى منه أي أنّه وسيلة لتنظيم عقد مُستقبلي على منهج يضمن السهولة والمرونة في التفاوض على العقد المراد إبرامه.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، فإنّه لم يتضمّن هذا النوع من العقود التمهيديّة مثله مثل عقد التفاوض، والسبب في ذلك سبق توضيحه، وهو عدم اهتمام المشرع الجزائري أصلا بهذه المرحلة الحساسة التي أصبحت جزء لا يتجزأ من العقد، فنجاح العقد يتوقف على التنظيم المحكم لعملية التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، خاصّة وأنّ العالم يشهد وتيرة مُرتفعة للعقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، فكيف للمشرع الجزائري أن يتطرق لعقد التفاوض وهو من الأساس لم يسلك طريق تنظيم عملية التفاوض العقدي.

الصادر بتاريخ 01 ديسمبر 1995 عن محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بآثار عدم تحديد الثمن في العقد الأولي بل في عقود لاحقة مستقبلا، من هنا تمّ اتخاذ خطوة جديدة نحو التركيز النهائي لمصطلح "عقد الإطار". نقلا عن: Radu Stancu, op.cit, p349 et 350.

¹ بن خدة حمزة، المرجع السابق، ص 429.

ونفس الأمر بالنسبة لنظيره المشرع المصري، وبهذا يكون كلا المشرعين الجزائري والمصري مازالا في حالة سبات على خلاف المشرع الفرنسي الذي هو في حالة وعي وتهيؤ رغبة منه في إنعاش عملية نجاح العقود التقليدية عامة والمبرمة عبر مختلف الوسائل الإلكترونية خاصة، وبالتالي تحقيق التوازن العقدي الذي يحتاج إلى تكثيف الجهود التشريعية والقضائية لتحقيق أمن المرحلة التي تسبق إبرام العقد بصفة نهائية على نحو إيجابي.

ولعلّ من المفيد التأكيد على أنّ السبب الحقيقي في وجود عقد الإطار كما هو مُبيّن من اسمه هو رغبة أطرافه في إنشاء إطار حقيقي لعلاقتهم المستقبلية على المدى الطويل، بهدف إبقاء هذه الأخيرة في قالب مُوحّد مُحدّد مُسبّقا، فهو يعكس بوضوح رغبة فعلية في السيطرة على المستقبل كما قال أحد الفقهاء: "يبدو أنّ الرغبة في توحيد العقود المختلفة هي أهم عنصر في تكوين عقد الإطار"¹.

أكثر من ذلك فهو يعكس هدف أطرافه إلى تجرّد تسهيل إبرام وتنفيذ العقود المطبّقة له عند الحاجة إلى إبرامها، لتنظيم كل خطوة يخطونها على أساس أنّ العقد المزمع إبرامه يتضمّن بنود متعدّدة مما يجعل عملية إبرام هذا العقد بصفة نهائية تتم على مراحل مُجرّنة، حيث أنّ عقد الإطار يمهّد لعقد التطبيق في المستقبل فهو يحمل في بنوده بصفة مُلزّمة التعهّد بأن يأتي عقد التطبيق على نحو الشروط الواردة في عقد الإطار².

ثانيا: شروط صحة قيام عقد الإطار: يقوم عقد الإطار بتوافر الأركان والشروط اللازمة لانعقاد العقد طبقا للقواعد العامة للعقد، وهي التراضي، المحل والسبب مثله مثل عقد التفاوض، كما سبق توضيحه، حيث يجب أن تتوافر هذه الأركان والشروط في كلا من عقد الإطار والعقود التطبيقية له لوحدة هدفهما، إذ يكفي تراضي الطرفين أي اقتران الإيجاب بالقبول وأن يكون الرضا سليم خالي من العيوب وأن تتوافر

¹Frédéric Lecherc, "Le contrat cadre en droit internationale privé", revue internationale de droit comparé, n16, Persée, France, année 2002, p 04 - 05.

²بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 2010 و 212.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

في أطرافه الأهلية وتتميز خصوصية الرضا في عقد الإطار أنه ينصب على الشروط الأساسية التي تحكم عملية إبرام العقود التطبيقية تطبيقاً لعقد الإطار من خلال توحيد إرادة الأطراف¹.

ويجب التنويه إلى مسألة في غاية الأهمية، ألا وهي محل هذا العقد المتمثل في الالتزام بمراعاة الشروط الواردة فيه عند إبرام عقود التطبيق مستقبلاً وعليه يجب أن تكون هذه الأخيرة ممكنة ومعينة أو قابلة للتعيين ومشروعة وذلك حتى يكون محل عقد الإطار صحيحاً طبقاً للقواعد العامة².

ثالثاً: مجال عقد الإطار: بالرجوع إلى تعريف المشرع الفرنسي لعقد الإطار بموجب نص المادة 1111 من الأمر 131-2016 المشار إليها سابقاً، يتضح أنّ مجال إبرام هذا العقد يكون بمناسبة تسهيل العلاقات التعاقدية المستقبلية التي تحتاج إلى إبرام سلسلة من العقود تسمى بعقود التطبيق أو التنفيذ، وهذا الأمر يسري بشكل واسع في المجال الإقتصادي من خلال إبرام عقود مركبة تحتاج إلى مدّة زمنية لتنفيذها، حيث تكون عملية التعاقد على مراحل³، أي تلك العقود التي تتميز بالتعقيد من خلال ضرورة مرورها بعدة عمليات تخص تداول السلع والخدمات⁴.

ونظراً لسمة التعقيد التي تتميز بها بعض العقود كعقد التوريد وعقد نقل التكنولوجيا كما سبقت الإشارة، كان من الضروري البحث عن حل قانوني يحكم هذا النوع من العقود، وتم التوصل إلى هذا الحل وهو إبرام ما يسمى بعقد الإطار الذي يقوم بتبسيط التعامل في العلاقات العقدية بهدف تسهيل نشاطهم الاقتصادي⁵.

¹ علي شاكّر البدرى، غسق خليل إبراهيم الياسري، "الخطأ في عقد المعلوماتية الإطاري"، مجلة رسالة الحقوق، ع02، جامعة كربلاء، كلية القانون، كربلاء، العراق، سنة 2018، ص 147.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 514.

³ نبيل إسماعيل الشبلاق، المرجع السابق، ص 300.

⁴ براهامي فايزة، المرجع السابق، ص 94.

⁵ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 508.

ويُعتبر عقد الإطار من بين أهم العقود الإقتصادية، الذي يحتاج إلى جملة من الإتفاقات على عدّة مراحل، حيث يتم إدراج شروط اتفاقية في العقد الأصلي يُلزم تحقيقها في العقد اللاحق بهذا العقد الأخير، أي ضرورة وجود اتفاقات مُستقلة مُلحقة بالعقد الأصلي تكون سابقة للعقد النهائي المراد إبرامه، حيث أنّ هذه العقود المستقلة والتي تُشكل عقد الإطار تجري في مرحلة التفاوض، إذ يقوم أطراف عقد الإطار بوضع شروط تتضمن التزام مُحدّد تكون مكتوبة عادة في متن العقد الأصلي يُلزم تنفيذها في العقد اللاحق به قصد تنظيم العلاقة القانونية بين أطراف العقد المراد إبرامه بصفة نهائية¹.

الفرع الثاني: المشاكل القانونية المترتبة عن عقد الإطار.

نظرا للتركيبية المعقّدة لعقد الإطار من حيث أنّه يضم مجموعة عقدية، فإنّه يُثير مشاكل قانونية أهمها مُشكلة تحديد الثمن (أولا)، و مُشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق (ثانيا).

أولا: مشكلة تحديد الثمن في عقد الإطار: كانت مسألة تحديد الثمن في عقد الإطار محل خلاف حاد بين الفقه والقضاء في فرنسا على أساس اعتباره معيار لمعرفة ما إذا كان العقد التمهيدي الذي يتخلل مرحلة التفاوض عقد إطار من عدمه،

وهو ما أكّده محكمة الإستئناف في Douai الفرنسية بتاريخ 20 يونيو 2006 بالقول إنّه: "عند تحديد السعر تجدر الإشارة إلى أنّه في هذه الحالة هو عقد إطار أي عقد تحضيرى يحدّد الشروط العامة لعقد التطبيق من أجل تحقيق عقود تتحقّق لاحقا في المستقبل"².

¹ صدام فيصل كوكز المحمدي، هناء علي إبراهيم، "التطبيقات القانونية للشروط ذات المضمون الحصري في عقود نقل التكنولوجيا- دراسة مقارنة-"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، ع01، مج 11، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، الجزائر، سنة 2020، ص 509 - 510.

²Elsehly mahmoud, op cit, p 237.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

ولقد تمسك القضاء الفرنسي ببطلان عقد الإطار على أساس عدم تحديد الثمن في بند من بنوده وهذا بالرجوع إلى نص المادة 1591 ق.م.ف التي تفرض تحديد الثمن في عقد البيع أي أن يكون الثمن في عقد البيع معينا ومعرفة طرفيه، إلا أن تقنية التحليل هذه اصطدمت بانتقادات فقهية على أساس أنه لا يمكن تكييف عقد الإطار بأنه عقد بيع، لأن الإرادة لم تتجه منذ البداية نحو إبرام هذا العقد الأخير، وإنما اتجهت نحو إبرام عقد الإطار ثم إلى عقود بيع لاحقة تطبيقا لهذا العقد¹.

وتأسيسا على ذلك سارع المشرع الفرنسي بموجب تعديل القانون المدني بموجب الأمر 2016-131 السابق ذكره، إلى حسم هذا الخلاف بين الفقه والقضاء حول مسألة مشكلة تحديد الثمن في عقد الإطار من خلال نص المادتين 1164 و 1165 من هذا التعديل، حيث تنص المادة 1164 بأنه: " في عقد الإطار يمكن الاتفاق على أن السعر سيتم تحديده من جانب واحد من قبل أحد الطرفين لتحصيله، والأمر متروك لهما لتبرير المبلغ في حالة حدوث نزاع، وفي حالة التعسف في تحديد السعر يجوز للقاضي الحكم بالتعويض لصالح الطرف الذي لحقه ضرر وإذا لزم الأمر إنهاء العقد"².

وبذلك تكون المادة 1164 سألقة الذكر، قد كرّست ما جاءت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 01 ديسمبر 1995 التي اعترفت بشكل خاص بأنه: " عندما ينص اتفاق على إبرام عقود لاحقة فإن عدم تحديد سعر هذه العقود في العقد الأولي (عقد الإطار) لا يؤثر على صحة هذا الاتفاق باستثناء أحكام قانونية معينة، وأن التعسف في تحديد الثمن يؤدي فقط إلى التعويض أو إنهاء العقد"، أكثر من ذلك فإن محكمة النقض اعتبرت أن عدم التحديد المسبق للسعر ليس في حد ذاته سببا للتشكيك في صحة العقد³، ثم ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أبعد من ذلك وهو أن تعيين الثمن يصبح صعبا

¹ IBID, p 517.

²Article 1164 modifié par ordonnance n 2016-131 du 10-02-2016 précité. Voir le site d'internet :

<http://legifrance.gouv.fr> تاريخ الإطلاع 2021-10-21

³<https://actu.dalloz-étudiant.fr> تاريخ الإطلاع 2021-10-22

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

فيما يتعلق بالعقود الممتدة على سنين عديدة أي المدة الزمنية الطويلة التي تفصل بين عقد الإطار والعقد التطبيقي له مستقبلا مثلا عقد الإمتياز التجاري¹.

وبالرجوع إلى نص المادة 1164 سالفه الذكر، فإنّ المشرع الفرنسي منح للقاضي سلطة تقرير التعويض أو إنهاء العقد في حالة ثبوت ضرر من جرّاء التعسف في تحديد السعر من جانب واحد حسب الاتفاق بين أطراف عقد الإطار، إلاّ أنّه يُعاب على المشرع الفرنسي عدم تحديده لمعايير التعسف في تحديد الثمن الذي يترك هامشا كبيرا من المناورة للقاضي الذي يبقى مسؤولا عن تقييمها.

يؤكد الأستاذ الفرنسي Geoffroy Hilger أنّ نص المادة 1164 سالفه الذكر، لم تحدّد معيار التعسف في تحديد ثمن العقد التطبيقي لعقد الإطار، الأمر الذي من شأنه أن يُضعف التطبيق الفعّال لمختلف الأحكام القضائية المتعلقة بهذه المسألة²، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ الفرنسي Louis Thibierg: " إنّ التعسف في تحديد الثمن من قبل أحد أطراف عقد الإطار ليس دائما خطير بما يكفي لتقرير حل العقد حيث سيكون على القاضي فصل القمح اللين عن القشر أي فصل المعاملة الحميدة عن الانتهاكات السيئة فقط هذه الأخيرة تستحق أن تكون سببا قانونيا لتقرير حل العقد"³.

والباحثة تؤيّد رأي كل من الأستاذ Geoffroy Hilger و Louis Thibierg حيث كان الأجدد على المشرع الفرنسي حين نصه في المادة 1164 سالفه الذكر على جزاء التعسف في تحديد الثمن بمناسبة إبرام عقد الإطار، تحديد معايير التعسف التي على أساسها يكون للطرف الذي

¹ عطية سليمان خليفة، عباس موسى إلياس، "عقد الإطار والقانون الواجب التطبيق عليه"، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، ع 16، جامعة الكوفة، كلية القانون، الكوفة، العراق، سنة 2013، ص 132.

² Geoffroy Hilger, "La fixation unilatérale du prix dans la réforme du droit des contrats : une révolution en demi-teinte", publié sur le site d'internet : <https://www.actu-juridique.fr> تاريخ الإطلاع 2021-10-21

³ Louis Thibierg, "Les effets du contrat", colloque "La réforme de la réforme du droit des obligations : le contrat", revue AJ contrat, Dalloz, paris, France, année 2018, p 255.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

تضرر من ذلك الحق في التعويض أو إنهاء العقد، وهذا من أجل ضبط العلاقة القانونية بين أطراف التعاقد بعيدا عن التأويل يحتمله الخطأ ثارة والصواب ثارة أخرى.

إلى جانب مشكلة التعسف في تحديد الثمن بمناسبة إبرام عقد الإطار توجد مشكلة تحتاج إلى التطرق إليها نظرا لخطورتها على استقرار هذا النوع من العقود وهي مشكلة القانون الواجب التطبيق.

ثانيا: مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق: سبقت الإشارة إلى أنّ عقد الإطار يضم سلسلة من العقود التطبيقية والتنفيذية له، وكما هو معلوم فإنّ القاعدة العامة تقضي بأنّ للأطراف المتعاقدة الحرية الكاملة في الاتفاق على القانون الواجب التطبيق في حالة نشوب نزاع بينهما مستقبلا، فهنا لا تثار أي مشكلة بالنسبة للعقود العادية، ولكن تقوم هذه المشكلة في حالة اتفاق الأطراف على تطبيق قانون معين على عقد الإطار فقط دون العقود التطبيقية اللاحقة له. فهل معنى ذلك تطبيق هذا القانون على العقود التطبيقية، أم أنه يجب البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها بعيدا عن القانون الواجب التطبيق المتفق عليه على عقد الإطار؟¹

في حقيقة الأمر ثار نقاش فقهي بين مؤيد ومعارض لهذا الطرح، حيث ظهر اتجاهين متناظرين الاتجاه الأول ذهب إلى جواز تطبيق القانون المتفق عليه في حالة نشوب نزاع على عقد الإطار أيضا على العقود التطبيقية له متمسكين باتجاههم هذا على أساس أنّ إرادة الأطراف وحدها أدري بالقانون الذي يناسب سريان هذا النوع من التعامل، وبما أنّ عقود التطبيق هي عقود تابعة لعقد الإطار فإنّ هذا الأمر لا يمنع من جعل القانون الواجب التطبيق على عقد الإطار هو نفسه القانون الواجب التطبيق على العقود التطبيقية اللاحقة له، أمّا الاتجاه الفقهي الآخر فإنّه يرفض هذه الفكرة على أساس استقلالية العقود التطبيقية عن عقد الإطار.²

¹ عطية سليمان خليفة، عباس موسى إلياس، المرجع السابق، ص 137.

² عطية سليمان خليفة، عباس موسى إلياس، المرجع نفسه، ص 138-139.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

والباحثة تُوافق الرأي الفقهي الأخير، لأسباب منطقية وواقعية ذلك أنّ عقد الإطار هو اتفاق مستقل عن العقود التطبيقية له التي يجب أن لا تأتي مخالفة للشروط الواردة في عقد الإطار التي سبق لنا وأن وضحنا هذه المسألة، ومادام أن عقد الإطار هو اتفاق يرسم شروط السلعة أو الخدمة التي سوف يرصوا عليها أطراف التعاقد وقت إبرام العقود التطبيقية، حيث أنّ هذه الأخيرة هي التي ترد مباشرة على هذه الخدمة أو السلعة التي تمّ رسم شروطها في عقد الإطار.

وعليه فإنّ كل من عقد الإطار والعقود التطبيقية له مستقلان عن بعضهما البعض وإن كانا يشكّان مجموعة عقدية يربطهما هدف اقتصادي واحد، ومرجع ذلك تعريف المشرع الفرنسي وبعض الفقه الفرنسي وكذا المصري لعقد الإطار في مستهل الولوج إلى هذا العقد، وعليه يصعب التسليم بامتداد القانون الواجب التطبيق على عقد الإطار إلى العقود التطبيقية له والسبب هو الحفاظ على توازن المصالح القانونية للأطراف الراغبة في التعاقد، وعليه يجب البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقود التطبيقية حتى في حالة الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على عقد الإطار.

الفرع الثالث: القيمة القانونية لعقد الإطار.

يُعتبر عقد الإطار عقد تمهيدي مُسمّى نظّمه المشرع الفرنسي بموجب تعديله للقانون المدني سنة 2016، والذي يهدف إلى تنظيم علاقات تستمر لمدة طويلة لأنه يتضمن مجموعة عقدية تتوافر فيه جميع الأركان والشروط الواجب توافرها في أي عقد طبقاً للقواعد العامة¹.

وباعتبار عقد الإطار عقد حقيقي يقوم بتوافر أركانه وشروط صحته، فهو يتمتع بقوة قانونية مُلزّمة يترتب عنه آثار قانونية عقدية أي قيام المسؤولية العقدية وليس التقصيرية.

¹ جعفر محمد جواد الفضلي، "عقد الإطار دراسة تحليلية"، مجلة الرافدين للحقوق، ع 28، مج 08، جامعة الرافدين، كلية الحقوق، الرافدين، العراق، سنة 2006، ص 02.

ملخص.

يُستخلص مما سبق بيانه أنّ تزايد الإقبال على إبرام العقود الإلكترونية نتيجة التطور التكنولوجي لمختلف الوسائل الإلكترونية التي تُساهم في تحقيق سرعة الإتصال وكسر الحواجز الجغرافية، أدّى بالضرورة إلى ظهور ما يُسمّى بالتفاوض الإلكتروني الذي هو امتداد للتفاوض التقليدي فقط ووجود خاصية الوسيلة الإلكترونية.

فلقد اتضح أنّ التفاوض الإلكتروني على الرغم من أهميته في ضمان التوصل إلى اتفاق نهائي بشأن إبرام عقد معين في المستقبل على أساس تمحور هذه المرحلة على المناقشة وتبادل الحوار بهدف إقامة نوع من التوازن بين مصالح الأطراف إلا أنه يُثير جملة من المشاكل القانونية منها صعوبة التحقق من الأهلية وكذا أمن هذه المرحلة التي تبقى عرضة لمخاطر استخدام مختلف الوسائل الإلكترونية التي غالباً ما تتعرض لاختراقات تقنية، خاصة في ظل تعاظم التشريعات المقارنة عن تنظيم هذه المرحلة على الرغم من اعترافها وتنظيمها للعقد الإلكتروني.

الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

ونتيجة لضرورات تحقيق أمن هذه المرحلة الحساسة من مراحل العقد، عمدت مختلف التشريعات المقارنة منها التشريع الفرنسي بفرض امتداد تطبيق الإلتزام بمبدأ حسن النية في جميع مراحل حياة العقد، منها مرحلة التفاوض التقليدي ونقيس ذلك على التفاوض الإلكتروني، الذي يتمتع بنوع من الخصوصية وهي إما بمناسبة إجراءه على إبرام العقود الإلكترونية، أو لكون إجراءه عبر وسيلة من الوسائل الإلكترونية التي أجازت استخدامها مختلف التشريعات المقارنة.

والإهتمام بمرحلة التفاوض كشف عن ضرورة تنظيم هذه المرحلة من خلال قيام أطرافها بإبرام جملة من الإتفاقات والعقود تنحللها وذلك من أجل ضمان تنظيم مُحكم للمسلك الإجرائي لعملية التفاوض وضبط شروط العقد النهائي إلى جانب تفادي المشاكل والنزاعات التي قد تعترض أطراف التفاوض.

الباب الثاني:

الآثار القانونية للتفاوض في العقود

المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.

يلعب الإلتزام بمبدأ حسن النية الدور البارز في تحقيق أمن مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية خاصة، وذلك من خلال فرضه على الأطراف المتفاوضة التزامات أساسية تتمثل في الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، تتفرّع عنها التزامات ثانوية تتمثل في الإلتزام بالتعاون والإلتزام بحظر إجراء مفاوضات موازية مع الغير، هذه الإلتزامات من شأنها تحقيق ضمانات عدم الغش والإحتيال، وهو ما سيتم تسليط الضوء عليه في الفصل الأول (الإلتزامات المترتبة في مرحلة التفاوض الإلكتروني).

هذه الإلتزامات يترتب عن الإخلال بها قيام المسؤولية المدنية، هذه الأخيرة وفي ظل غياب موقف تشريعي وقضائي موحد بشأن تحديد طبيعة هذه المسؤولية، تدخّل الفقه لمناقشة هذه المسألة وإن كان في حقيقة الأمر لم ينجح بعد إلى يومنا هذا في الإتفاق على نوع موحد لهذه الطبيعة، فرغم اتفاقهم على كونها مسؤولية مدنية، إلا أنهم اختلفوا حول ما إذا كانت مسؤولية عقدية أم تقصيرية أم من نوع خاص، وإن كان المشرع الفرنسي يعتبر بموجب إصلاح نظرية العقد سنة 2016 المسؤولية في مرحلة التفاوض مسؤولية تقصيرية ويسايره في ذلك المشرع المصري، وبالمقابل غياب تام لموقف المشرع الجزائري في ظل عدم تنظيمه لمرحلة التفاوض وجميع جوانبها من الأساس، وبما أن موضوع الدراسة هو التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، فإنّ ما يهّم الباحثة بالدرجة الأولى هو مسألة مدى كفاية القواعد العامة لنظرية العقد في معالجة هذه المسؤولية وآثارها، نظرا لخصوصية هذه المرحلة مقارنة بالتفاوض التقليدي، لا سيما وأن الوسيلة الإلكترونية المستخدمة تجعل من التفاوض في العقود الإلكترونية يثير العديد من الصعوبات والمشاكل القانونية، أهمها صعوبة إثبات الخطأ الإلكتروني، كذلك صعوبة إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، إضافة إلى أنّ تقدير التعويض عن الضرر الإلكتروني يثير العديد من المشاكل من حيث صعوبة حصرها وتقدير قيمتها، وهو ما سيتم تسليط الضوء عليه في الفصل الثاني (جزاء الإخلال بالإلتزامات المترتبة في مرحلة التفاوض الإلكتروني).

الفصل الأول: الإلتزامات المترتبة في مرحلة التفاوض الإلكتروني.

الأصل أنّ التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية مُجَرَّد عمل مادي غير مُلزم، وذلك في حالة إبرام أطرافه اتفاقات يتم صياغتها بعبارات صريحة أنّها لا ترقى إلى مرتبة العقد، على أساس أنّ العلاقة التي تربطهما تقوم على معيار أخلاقي محض، وإن كان للقضاء الفرنسي اتجاه في بعض الحالات إلى اعتبار هذه الاتفاقات تعاقدية ترتب الإلتزامات تعاقدية حيث سبق توضيح هذه المسألة فكانت البداية بالاتفاق الشرفي الذي تخلّى عنه أطراف التفاوض نتيجة التطورات التي شهدتها مختلف المعاملات التجارية الدولية بالبحث عن وسيلة أكثر ضماناً، وهي خطابات النوايا التي برز دورها في تنظيم مرحلة التفاوض، ثمّ البروتوكول الإتفاقي الذي يكون في مرحلة أكثر تقدماً أثناء السير في مرحلة التفاوض الذي أجمع الفقه بشأنه أنّ المعيار المعتمد في تكييفه على أنه اتفاق أو عقد، هو الاتفاق على جميع العناصر الأساسية من عدمه، فهذه الاتفاقات ثار بشأنها اختلاف فقهي بخصوص أنّها ملزمة يترتب عنها الإلتزامات القانونية من عدم ذلك، فأمام هذا الوضع ومن أجل تحديد الحقوق والإلتزامات الملقاة على عاتق الأطراف المتفاوضة، وبهدف تحقيق الإستقرار والأمان وضبط الجدّة خاصة بمناسبة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، حسم المشرع الفرنسي بموجب تعديله للقانون المدني سنة 2016 هذا الجدل الفقهي من خلال جعل مبدأ حسن النية يهيمن ويسيطر على مرحلة التفاوض الذي يُقلّص من مبدأ سلطان الإرادة من خلال ترتيبه للإلتزامات على عاتق الأطراف المتفاوضة سواء تمّ تنظيم هذه الأخيرة بموجب اتفاقات أو عقود تمهيدية.

وعليه سيتم تسليط الضوء على الإلتزامات الأساسية في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية (المبحث الأول)، ثمّ الإلتزامات الثانوية في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإلتزامات الأساسية المترتبة في مرحلة التفاوض الإلكتروني.

يعدّ الإلتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية المبدأ الأساسي والجوهري الذي تقوم عليه هذه المرحلة، كما سبق التوضيح، ولضمان أمن هذه المرحلة على نحو تحقيق التوازن العقدي بين الأطراف المتفاوضة، فإنّ هذا المبدأ يفرض على هؤلاء الأطراف بمجرد الدخول في المفاوضات التزمات أساسية، حيث يجب الإلتزام بها لأنها تمثل الأثر الرئيسي الذي أرادته الأطراف المتفاوضة أهمّها الإلتزام بالإعلام (المطلب الأول)، والإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإلتزام بالإعلام.

يُعتبر الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض التزم أساسية يفرضه مبدأ حسن النية وذلك من أجل ضمان سلامة إرادة الأطراف المتفاوضة، وحتى تتّضح الصورة أكثر عن هذا الإلتزام سيتم التطرّق إلى تعريفه (الفرع الأول)، ثم بيان محلّه (الفرع الثاني)، وأخيراً طبيعته القانونية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الإلتزام بالإعلام.

تزداد أهمية الإلتزام بالإعلام في التفاوض الإلكتروني نتيجة التطورات الحاصلة على مستوى وسائل الإتصال الإلكترونية، الأمر الذي نتج عنه ضرورة الإحاطة بكل ما يتصل بالعملية التعاقدية وذلك قصد تحقيق الهدف المنشود من عملية التفاوض الإلكتروني¹.

بالرجوع إلى التشريع المقارن وهنا التشريع الفرنسي والمصري وكذلك التشريع الجزائري، يتّضح قصور تشريعي في تعريف الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، حيث اكتفت هته التشريعات بالإشارة إلى الإلتزام بالإعلام في مرحلة الإيجاب الإلكتروني الأمر الذي سيتم التطرّق إليه لاحقاً، لهذه الأسباب ومن أجلها تكفّل الفقه الحديث بتعريفه فأبّجه جانب منه بتعريفه بأنّه: "قيام الطرف المحترف بتنوير الطرف الآخر بكل ما لديه من معلومات وبيانات تتعلق بالعقد

¹ بوطّالة معمر، المرجع السابق، ص 98.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

المتفاوض عليه عبر مختلف الوسائل الإلكترونية وذلك حتى يتبين للطرف الآخر إمكانية إقدامه على التعاقد من عدمه¹.

في حين عرّفه اتجاه فقهي آخر بأنه: "إعلام الطرف المحترف للطرف الآخر في مرحلة التفاوض الإلكتروني بالمعلومات والبيانات المرتبطة بالعقد الإلكتروني المتفاوض عليه حتى يتصرّف الطرف الآخر على دراية كاملة ولكي يتّسم التفاوض بالوضوح والشفافية وحسن النية"².

يتبيّن لنا من خلال ما سبق أنّ للفقهاء دور بارز في تعريف الإلتزام بالإعلام في التفاوض الإلكتروني الذي هو بمثابة الأثر المباشر الذي يترتّب عن الولوج إلى التفاوض الإلكتروني إعمالاً للمبدأ الأساسي الذي يحكم التفاوض نظراً للدور الجوهرى الذي يلعبه هذا الإلتزام في حماية الطرف الآخر الراغب في التعاقد.

الفرع الثاني: محل الإلتزام بالإعلام.

يهدف الإلتزام بالإعلام في التفاوض الإلكتروني إلى تنوير إرادة الطرف الراغب في التعاقد وذلك من خلال إدلاء الطرف القوي في هذا العقد التمهيدي بكافة المعلومات التي على أساسها يستطيع الطرف الضعيف أن تتكون لديه فكرة القبول أو الرفض فيما يخص العقد المراد إبرامه³.

وللمعلومات في مرحلة التفاوض دور جوهرى في التعبير عن الرضا السليم فهي تُحيط بالعقد المراد إبرامه من جميع جوانبه سواء المادّية منها أو القانونية⁴.

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 412.

² عقيل الدهان، المرجع السابق، ص 20.

³ حساني علي، "حماية المستهلك من مخاطر المعاملات الإلكترونية"، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، ع 05، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، سنة 2018، ص 55.

⁴ أيمن بن خلفان بن علي الخربوشي، "الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد- دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والشريعة الإسلامية-"، مذكرة ماجستير في القانون، الجامعة الإسلامية العالمية، كلية أحمد إبراهيم للحقوق، ماليزيا، السنة الجامعية 2013-2014، ص 13.

وفي هذا المقام يثور التساؤل بصدد المعلومات التي يعلم بها الطرف المتفاوض عبر وسيلة من الوسائل الإلكترونية والذي يجب عليه أن يُعلم بها الطرف الآخر الراغب في إبرام عقد نهائي مستقبلاً؟

أولاً: موقف الفقه المقارن من محل الإلتزام بالإعلام: يتفق غالبية الفقه الفرنسي على أنّ الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض يُعطي كافة المعلومات المتعلقة بالعقد المتفاوض عليه تستوي في ذلك المعلومات التي يجهلها الطرف الآخر، وتلك التي يعلمها أو يُقترض فيه العلم بها طالما كانت لازمة لتنوير إرادة الطرف المتفاوض الآخر حتى يُقدم هذا الأخير على التعاقد بإرادة سليمة، ويستند في رأيه إلى صعوبة الفصل بين ما يستطيع المتفاوض أن يعلمه بنفسه وما لا يستطيع علمه إلا عن طريق المتفاوض الآخر¹.

وعليه فإنّ معيار تحديد المعلومات والبيانات موضوع الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض حسب الفقه الفرنسي الحديث هو معيار مدى أهمية تلك المعلومات والبيانات بالنسبة للطرف المتفاوض في تكوين إرادته نحو التعاقد سواء كان يعلمها أو لا يعلمها².

وتتفق الباحثة مع هذا الرأي الفقهي، لأسباب منطقية وهي تحقيق أكبر قدر ممكن من التوازن المعرفي بين أطراف التفاوض.

ثانياً: موقف التشريع المقارن من محل الإلتزام بالإعلام: اعترف المشرع الفرنسي بواجب الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض عامّة، لأول مرة خارج القواعد العامة للقانون المدني الفرنسي بموجب نص المادة 58 من قانون تطوير الأنشطة المالية رقم 96-597 التي نصت على أنّه: " مؤدي خدمة الإستثمار عليه نقل المعلومات المفيدة إلى زبونه في إطار التفاوض معه مع الأخذ بعين الإعتبار الكفاءة

¹ عادل البوعزاوي، " الإلتزام بالإعلام والتبصير في مرحلة التفاوض العقدي"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ع خاص، المغرب، سنة 2017، ص 09، منشور في الموقع الإلكتروني: <https://www.revualmanara.com> تاريخ الإطلاع 2022-01-15.

² خالد ممدوح، المرجع السابق، ص 305.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

المهنية للزبون"¹، ثم بعدها ونظرا لتطورات مختلف العلاقات التعاقدية التي ينعدم فيها التوازن الإعلامي للأطراف في مرحلة التفاوض وهي مرحلة تكوين العقد نحو الطريق المستقيم كرسّ المشرع الفرنسي الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض بمناسبة تعديله للقانون المدني سنة 2016 من خلال نص المادة 1112-1 التي تنص بأنه: "يتوجّب على الطرف الذي لديه معلومة من الأهميّة بما يتوقف عليها رضا الطرف الآخر أن يعلم هذا الأخير بما إذا كان لا يعلمها أو يضع كامل ثقته في الطرف الأول.

ومع ذلك فإن الإلتزام بالإعلام لا يتعلّق بتقدير قيمة الخدمة.

تُعدّ معلومات حاسمة تلك التي لها صلة مباشرة بمضمون العقد وصفة المتعاقدين.

يتوجّب على الشخص الذي يدعي أنّه كان مستحقا لمعلومات إثبات أنّ الطرف الآخر كان ملزما بإعلامه بما. هذا الطرف الأخير يتحمل عبء إثبات توفير هذه المعلومات للطرف الأول.

هذا الإلتزام لا يُمكن الإتفاق على الإعفاء أو التخفيف منه.

يُمكن أن تُؤدى المسؤولية عن الإخلال بهذا الإلتزام إلى إبطال العقد بحسب المادة 1130 وما يليها"².

¹ حاتم مولود، "إدراج الإلتزام بالتبصير في إصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وأثره على نظرية الإلتزام في القانون المدني الجزائري"، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، ع 02، مج 03، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي، الجزائر، سنة 2019، ص 78.

² Art 1112-1 création ordonnance n 2016 -131 du 10 février 2016 : « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que légitimement cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter ni exclure ce devoir.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

وبناء عليه يُمكن القول أنّ المشرع الفرنسي وسّع نطاق الإلتزام بالإعلام على كل مراحل العقد منها مرحلة التفاوض وما يتخلل هذه المرحلة من عقود التي تُساهم في تنظيمها وضبطها نحو منهج مستقيم يتولد عنه تحقيق الهدف المنشود من عملية التفاوض وهو إبرام العقد المتفاوض عليه بصفة نهائية، أكثر من ذلك فإنّ الدافع الرئيسي نحو فرض هذا الإلتزام في مرحلة التفاوض هو تحقيق العدالة بين الأطراف لتكوين رأي الطرف الآخر حول محل العقد المراد إبرامه¹.

ومادام أنّ المشرع الفرنسي اعترف بهذا الإلتزام في مرحلة التفاوض التقليدي فإنّ هذا لا يمنع من ترتيبه على التفاوض المبرم عبر وسيلة من الوسائل الإلكترونية وإن كان من المفروض على المشرع الفرنسي تنظيم مرحلة التفاوض الإلكتروني بنصوص قانونية نظرا لخصوصيته التي من شأنها إثارة العديد من المشاكل القانونية.

ذلك أنّ الإلتزام بالإعلام هو التزام عام ينطبق على كل مراحل العقد بما فيها التفاوض عبر الوسائل الإلكترونية وذلك راجع إلى التطورات السريعة التي شهدتها هذه الأخيرة والتي جعلت من التفاوض يتمتع بنوع من الخصوصية إلى جانب ظهور ما يُسمّى بالعقد الإلكتروني، ويتوقف هذا الإلتزام على طبيعة الأوضاع الخاصّة بقدرات أطراف التفاوض وبالنظر إلى خبرتهم وإمكانيتهم مما يستوجب تنويه الطرف الآخر بتمكينه من الحصول على المعلومات اللازمة لتكوين رضاه على منهج مستقيم بكل شفافية ووضوح².

Oltre la responsabilità de celui qui en était tenu le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ». Voir le site d'internet : <https://www.legifrance.gouv.fr>

¹ جهاد محمود عبد المبدئي، "التراضي في تكوين عقود التجارة الإلكترونية"، ط 01، مكتبة القانون والاقتصاد للنشر، الرياض، السعودية، سنة 2016، ص 61.

² نبيل الركيك، "الالتزامات التي تتخلل مرحلة المفاوضات في العقد المبرم بطريقة إلكترونية"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ع 24، المغرب، سنة 2018، ص 24، منشور في الموقع الإلكتروني: <https://www.revuelmanara.com> تاريخ الإطلاع 15-01-2022.

وترتبا على ما تقدّم، إنّ المقصود من المعلومات التي يقع على عاتق الطرف القوي في مرحلة التفاوض الإلكتروني أن يعلم بما الطرف الضعيف الذي يتكون لديه الرضا هي تلك المعلومات والبيانات الضرورية المتعلقة بموضوع العقد المستقبلي وبأشخاصه، حيث يخرج عن هذا الإلتزام تقدير قيمة مضمون أو موضوع العقد المراد إبرامه مستقبلا أي عنصر الثمن حتى وإن كانت بعض البيانات الموضوعية يُمكن أن تُسهم في تحديد السعر فإنّ تحديد قيمة الشيء يكون بطبعه ذاتيا ويعتمد قبل كل شيء على القيمة التي تمتلكها السلعة أو الخدمة في نظر كل طرف¹، هذا من جهة ولأنّ الإلتزام بالإعلام هنا لا يرقى إلى مرحلة الإيجاب الإلكتروني التي هي بداية نهاية مرحلة التفاوض الإلكتروني، فضلا عن تعلّق هذا الإلتزام بالنظام العام حيث لا يُمكن الإتفاق على الإعفاء أو التخفيف منه.

وما يلفت الإنتباه من خلال نص المادة 1-1112 سالفه الذكر، أنّ المشرّع الفرنسي اشترط في الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض جهل الطرف الآخر بالمعلومات المهمّة التي يتوقف عليها رضاه أو بمناسبة وضع كامل ثقته في الطرف الذي يعلم بهذه المعلومات.

في حين أنّ المشرّع المصري على خلاف نظيره المصري لم يهتم بالإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض، مكثفيا بالنص عليه في مرحلة إبرام العقد من خلال تقريره إبطال العقد إذا ثبت أنّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الحيل التي لجأ إليها عمدا الطرف الآخر بتظليله وإخفاء عنه معلومات من شأنها تكوين إرادته بالإندفاع نحو التعاقد من عدمه، وهذا ما تجسّده نص المادة 125 ق.م.م التي نصت صراحة على أنّ السكوت العمدي عن واقعة مؤثرة في التعاقد يُعتبر تدليسا على أساس أن العقد يقوم على التعاون والثقة المتبادلة وأنّ هذه الواقعة سبب حقيقي لتقرير إبطال العقد².

¹Adra Zouhal, op.cit, p 60.

² حسام الدين كامل الأهواني، "المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع02، مج 38، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، سنة 1996، ص 38.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من محل الإلتزام بالإعلام: أشار المشرع الجزائري إلى البيانات التي يجب أن يتضمّن هذا الإلتزام في مرحلة الإيجاب الإلكتروني، والإبرام دون مرحلة التفاوض، والسبب في ذلك يرجع إلى إهماله لتنظيم مرحلة التفاوض.

وهو ما يُستشف من نص المادة 11 من القانون رقم 18-05 المشار إليه سابقا، حيث تفرض على المورد الإلكتروني تقديم العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة على أنه يجب أن يتضمّن هذا العرض مجموعة من المعلومات ليس على سبيل الحصر¹.

ومن مظاهر تجسيد المشرع الجزائري للإلتزام بالإعلام في مرحلة إبرام العقد ما نصّ عليه المشرع في القانون المدني من نصوص قانونية تتعلق بعيوب الإرادة، منها الكتمان التدليسي الذي نصت عليه المادة 86 من ق.م.ج، المقابلة لنص المادة 125 من ق.م.م سابقة الذكر، حيث قرّر المشرع الجزائري إبطال العقد إذا ثبت أنّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الحيل التي لجأ إليها عمدا الطرف الآخر بتظليله وإخفاء عنه معلومات من شأنها تكوين إرادته بالإندفاع نحو التعاقد من عدمه.

وبالمثل نص المشرع الفرنسي على أنّ التدليس يعيب الإرادة، وعليه يعتبر سبب من أسباب تقرير إبطال العقد طبقا لما نصت عليه المادة 1130 من ق.م.ف لسنة 2016، حيث عرّف المشرع التدليس بموجب نص المادة 1137 من نفس القانون بأنّه: "التدليس هو عمل أحد الأطراف المتعاقدة للحصول على موافقة الطرف الآخر من خلال المناورات والأكاذيب، كما أنّ الإخفاء المتعمّد من قبل أحد الأطراف المتعاقدة لمعلومات يعرف أنّها حاسمة للآخر يُشكّل تدليس أيضا"².

¹ سبق التطرق إلى هذه المسألة في المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول، حيث أنّ عبارة " العرض التجاري الإلكتروني " المنصوص عليها في المادة 11 من القانون رقم 18-05 المشار إليه سابق، تُعبّر عن الإيجاب الإلكتروني وليس التفاوض الإلكتروني على أساس أنّ المشرع الجزائري يعتبر العقد الإلكتروني عقد إذعان وليس عقد مساومة. انظر ص 13-14 من هذه الأطروحة.

²L'article 1130, 1137 et 1138 modifié par ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, voir le site d'internet :<https://www.legifrance.gouv.fr> - 18 تاريخ الإطلاع
.2022-01

يتبين من نص المواد 86 ق.م.ج، 125 ق.م.م، 1130 و1137 ق.م.ف اهتمام كل من التشريع الفرنسي، المصري والجزائري بمسألة الإلتزام بالإعلام في مرحلة إبرام العقد، حيث تعتبر السكوت عمدا عن واقعة مهمة في تكوين رضا الطرف الآخر نحو إبرام التعاقد من عدمه تدليسا من شأنه إبطال العقد.

وبما أنّ المبدأ الأساسي الذي يحكم تنفيذ العقد وهو مبدأ حسن النية الذي أصبح يمتد تطبيقه في جميع مراحل العقد بداية من مرحلة التفاوض إلى غاية الإبرام والتنفيذ، فإنّ هذا لا يمنع أنّ الإلتزام بالإعلام الذي يجد أساسه في الإلتزام بمبدأ حسن النية هو الآخر يمتد تطبيقه في جميع مراحل العقد منها مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.

رابعا: محل الإلتزام بالإعلام في قوانين الإستهلاك: توجد نصوص قانونية خاصة تنص على تبيان المعلومات الواجب الإفشاء بها وهي تلك التي تتعلق بقوانين الإستهلاك

1- محل الإلتزام بالإعلام في قانون الإستهلاك المقارن: وعلى نفس الخطى اعتنى المشرع الفرنسي بمسألة الإلتزام بالإعلام الإلكتروني بموجب قوانين الإستهلاك الخاصة المستوحاة من مختلف التوجيهات الأوروبية، منها التوجيه الأوروبي الشهير 97/7/CE المتعلق بحماية المستهلكين في مسائل التعاقد عن بعد، والذي يُعتبر الخطوة الأولى في تكريس الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد من خلال الأحكام الواردة فيه في المادة 04 منه تحت عنوان المعلومات السابقة Informations Préalables ثم التوجيه الأوروبي 2000/31/CE يتعلق بالتجارة الإلكترونية، وكذا التوجيه الأوروبي 2011/83/UE الذي جاء لتعزيز الإلتزام بالإعلام قبل إبرام العقود الإلكترونية، فبفضل مختلف هذه القوانين الهامة بتدخل الإتحاد الأوروبي الذي بادر للتشريع في هذا المجال لمواجهة تقنيات التكنولوجيا الحديثة لمختلف الوسائل الإلكترونية التي سهلت إبرام مختلف التعاملات في إطار التحديات الجديدة للتجارة الإلكترونية، تمّ في النهاية استجاب المشرع الفرنسي لهذه البوادر التشريعية بإصدار ترسانة قانونية هامة تتعلق بقوانين الإستهلاك مع تعديلها بشكل مُستمر أهمها القانون رقم 2014-344 المؤرخ في 17 مارس 2014

يتعلق بقانون الإستهلاك الفرنسي المعدل والمتمم بالقانون رقم 301-2016 المؤرخ في 14 مارس 2016 والذي دخل حيز النفاذ في 19 مارس 2014، يُطلق عليه اسم قانون هامون La loi Hamon¹.

هذا القانون أدخل عدّة تغييرات رئيسية على مختلف قوانين الإستهلاك الفرنسية السابقة، منها تعزيز حماية المستهلك من خلال توفير إطار قانوني للإلتزام بالإعلام السابق للتعاقد، وجعله يتعلق بالنظام العام وذلك يجعل من مسؤولية المهني أن يُزود المستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام عقد البيع أو توريد خدمة المعلومات المتعلقة بهويته وهاتفه، بريده الإلكتروني وكذا أنشطته².

ثمّ أخيراً تُؤكّد المادة 1-111 من القانون رقم 1247-2021 المؤرخ في 29 سبتمبر 2021 يتعلق بقانون الإستهلاك الفرنسي بأنه قبل أن يلتزم المستهلك بعقد مقابل اعتبار ذي قيمة يقوم المهني بإيصال المعلومات إلى المستهلك بطريقة واضحة ومفهومة³.

ولم يغفل المشرع المصري هذا الأمر، حيث خصّ هذا الإلتزام بنصوص قانونية خاصة في قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006، حيث نصت المادة 04 منه بأنه: "يلتزم المورد بوضع جميع الوثائق والبيانات الإلكترونية والمعلومات التي تُحدّد طابعها"، و تنص المادة 06 من نفس القانون بأنه: "يلتزم كل مورد ومُعلن بتزويد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه"⁴.

2- محل الإلتزام بالإعلام في قانون الإستهلاك الجزائري: اهتم المشرع الجزائري بالإلتزام بالإعلام بموجب القانون رقم 09-03، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في فصل مستقل وهو الفصل

¹ القانون رقم 344-2014 المؤرخ في 17 مارس 2014 يتعلق بالإستهلاك المعروف ب" قانون هامون" باسم Benoit Hamon وزير الإقتصاد والإستهلاك الإجتماعي والتضامن آنذاك، فهو قانون فرنسي يهدف إلى تعزيز حقوق المستهلك. منشور : <https://fr.wikipedia.org> تاريخ الإطلاع 20-01-2022.

²Meryem Edderouassi, op.cit, p 61-73.

³ L'article 111-1 modifié par ordonnance n 2021-1247 du 29 septembre 2021 du code de la consommation française. Publié sur site : <https://www.legifrance.gouv.fr> 2022-01-20 تاريخ الإطلاع

⁴Elsehly Mahmoud, op.cit, p 103.

الخامس تحت عنوان "إلزامية إعلام المستهلك" في المادة 17 منه، التي نصت بأنه: "يجب على كل مُتدخّل أن يُعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للإستهلاك بواسطة الوسوم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة....."، ومن بين هذه المعلومات طريقة الإستخدام ودليل الإستعمال إلى جانب تبيان شروط ضمان المنتج¹.

بالإضافة إلى القانون 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدّل والمتمم حيث اعتنى بمسألة الإلتزام بإعلام المستهلك في الباب الثاني تحت عنوان "شفافية الممارسات التجارية" الذي خص له في الفصل الأول منه تحت عنوان "الإعلام بالأسعار والتعريفات وشروط البيع" نصوص قانونية تبين المعلومات التي يجب الإدلاء بها للمستهلك وهو ما نصت عليه المادة 04 منه بأنه: "يتولى البائع وجوباً إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وشروط البيع"، وتُضيف المادة 2/05 بأنه: "يجب أن تُبيّن الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة"، وتؤكد المادة 08 من نفس القانون بأنه: "يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة"².

ومن خلال استقراء المادة 08 المذكورة أعلاه يتبيّن لنا أنّ المشرّع الجزائري أشار ضمناً إلى الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض، حيث استخدم عبارة "يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت"، فهذه الأخيرة تُفيد إمكانية الإلتزام بالإعلام عبر وسيلة من الوسائل الإلكترونية وما يلفت انتباهنا هو استخدام المشرّع الجزائري لعبارة "إخبار" بدل "الإعلام"، فهل العبارة الأولى لها نفس مدلول العبارة الثانية أم أنّهما مصطلحان متضاربان؟

¹ القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ع 15 المؤرخة في 08 مارس 2009، ص 15.
² القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدّل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر.ع 41 المؤرخة في 27 يونيو 2004، ص 04.

في الحقيقة ميّز بعض الفقه الفرنسي بين الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالإخبار على أساس أصل كل منهما، فالأول ذو أصل قضائي والثاني ذو أصل قانوني ومن هذا المنطلق عرّفوا الإلتزام بالإعلام بأنّه: "الواجب الضمني الذي أوجده القضاء والذي بمقتضاه يلتزم الطرف الأكثر تحصّصاً والأفضل معرفة بإبلاغ الطرف الآخر بالبيانات المتعلقة بموضوع العقد"، في حين عرّفوا الإلتزام بالإخبار بأنّه: "واجب يفرضه القانون لاسيّما على بعض البائعين أو المؤسّسات بتقديم معلومات عن موضوع العقد أو العملية العقدية التي سيواجهونها بوسائل مناسبة وبيانات إخبارية أو إعلانية"، إلّا أنّ جانب فقهي فرنسي آخر انتقد هذه التفرقة من حيث أنّ هذا التمييز غير دقيق على أساس أن الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالإخبار ما هي إلّا مترادفات لبعضها البعض فقط الإختلاف اللغوي الذي لا يرقى إلى درجة التفرقة بينهما وهذا لوجود تداخل مباشر بينهما فكل منهما يفرض التزام واحد وهو ما يقدّمه أحد المتعاقدين للآخر من معلومات قصد تحقيق هدف واحد وهو التعاقد عن يئنة وتوطيد الثقة بين الأطراف، أي لهما نفس المضمون ونفس المقصود¹.

وتتفق الباحثة مع الرأي الفقهي الفرنسي الذي يميّز بين الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالإخبار وهذا بالرجوع إلى تحليل نص المواد 05، 07، 08 من القانون 04-02 المشار إليه سابقاً، فالمادة 05 أكّدت على وجوب إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات، وتضيف المادة 07 بأنّه يُلزم البائع في العلاقات بين الأعوان الإقتصاديين بإعلام هؤلاء بالأسعار والتعريفات عند طلبها. يُستشفّ من خلال نص المادة 05 سالفة الذكر، أنّ الإلتزام بالإعلام هو حقّ للمستهلك من جهة وحقّ للعون الإقتصادي إذا طلبه حسب المادة 07 سالفة الذكر من جهة أخرى، في حين أنّ الإلتزام بالإخبار هو حقّ للمستهلك وحده فقط طبقاً لما نصّت عليه المادة 08 سابقة الذكر، أكثر من ذلك فإنّ محل الإلتزام بالإخبار يتجاوز محل الإلتزام بالإعلام من حيث شدّته، فهذا الأخير يُجرّد الإدلاء ببيانات موضوعية كالأسعار بينما محل الإلتزام بالإخبار هو أكثر دقة وشمولاً بحيث يشمل مميزات معينة لمحل

¹ أحمد خديجي، "حماية المستهلك من خلال الإلتزام بالإعلام العقدي"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 11، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، الجزائر، سنة 2014، ص 21.

العقد وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية العقدية، إلا أنه يُعاب على المشرع الجزائري تصنيف المادة 08 تحت عنوان "الإعلام بالأسعار والتعريفات وشروط البيع" فكان الأجدر به تصنيفها تحت عنوان "الإلتزام بالإخبار".

وهكذا يتضح اهتمام كلا المشرعين الفرنسي والمصري ونظيرهم الجزائري بمسألة الإلتزام بالإعلام كالإلتزام عام يتوجب تطبيقه في جميع مراحل التعاقد، وهذا تطبيقاً لمبدأ حسن النية الذي يمتد تطبيقه من مرحلة التفاوض إلى تنفيذ العقد، وهذا كله من أجل تحقيق العدالة التعاقدية، إلا أنه ومن أجل تحقيق هذه الأخيرة بشكل فعلي وواقعي، فإنه يجب لفت انتباه كلا المشرعين الجزائري والمصري على ضرورة صياغة نصوص قانونية تفرض صراحة الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض على غرار نظيرهم المشرع الفرنسي بموجب تعديله للقانون المدني الفرنسي سنة 2016 والذي يُقاس على الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض الإلكتروني.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للإلتزام بالإعلام.

اختلف الفقه حول تحديد طبيعة الإلتزام بالإعلام، يعتبر الإتجاه الأول أنّ الإلتزام بالإعلام هو التزم ببذل عناية في حين يرى الإتجاه الثاني أنّ الإلتزام بالإعلام التزم بتحقيق نتيجة مستنديين في ذلك على جملة من الحجج¹.

¹ بن سالم المختار، "الإلتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك"، أطروحة دكتوراه تخصص قانون المنافسة والإستهلاك، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، ص 140.

أولاً- الإلتزام بالإعلام التزم ببذل عناية: يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض التزم ببذل عناية، على أساس أنّ طرف العلاقة التعاقدية الذي يملك من المعلومات المهمة، والتي من شأنها التأثير على إرادة الطرف الآخر الراغب في التعاقد يستخدم كل الوسائل المناسبة لتنوير إرادة هذا الطرف الراغب في التعاقد، حيث أنّه لا يتحكّم في النتيجة المتوصّل إليها فهو يقع على عاتقه بذل عناية الرجل العادي الذي يتواجد في نفس ظروف الدائن بالمعلومات، فيكون بذلك قد نقّذ التزامه، حتى لو لم يستفد الطرف الدائن بالإلتزام بالإعلام من هذه المعلومات، لأنّ المدين بهذا الإلتزام في هذه الحالة هو مُلزم بتنوير رضا المستهلك فقط لا غير¹.

على هذا الأساس يُعتبر المدين بالمعلومات أوفى بالتزامه بالإعلام إذا بذل من العناية ما يبذله الرجل العادي، وفي هذه الحالة لا يكون أمام الدائن بهذا الإلتزام سوى أن يُثبت خطأ المدين بالإلتزام بالإعلام، حيث أنّ النتيجة المتوقعة من هذا الإلتزام هي نتيجة احتمالية²، وتمسك هذا الجانب الفقهي برأيه هنا بحجة أنّ مُتلقّي المعلومات يتمتّع بحرية مطلقة في الأخذ بهذه المعلومات وإتباعها حرفياً أو تركها فهي ليست مفروضة عليه لاتخاذ قراره النهائي في الإلتزام بها من عدم ذلك استناداً لمبدأ حرية التفاوض³، هذا من جهة ولأنّ الإلتزام بالإعلام في هذه المرحلة لم ينتج عن أثر عقدي بل هو سابق للتعاقد⁴.

وهذا ما أكّده محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 11-06-1985 والتي قضت برفض دعوى المشتري الذي امتنع عن المعلومة المقدمة إليه من طرف البائع والمتمثلة في ضرورة اختيار جهاز إنذار إلكتروني من نوعية معينة تضمن له حماية فعّالة من السرقة حيث أنّه أصرّ

¹ زهية ربيع، "الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد كوسيلة لحماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع 02، مج 10، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي، الجزائر، سنة 2019، ص 429.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 439.

³ بن سالم المختار، المرجع السابق، ص 141.

⁴ موسى طمشة، المرجع السابق، ص 60.

على اختيار جهاز إنذار آخر، الأمر الذي عرّضه للسرقه، حيث أنّ محكمة النقض الفرنسية برّرت قرارها هذا على أساس أنّه ليس من الضروري في جميع الحالات اعتبار البائع هو الطرف الدائن بالالتزام بالإعلام، حيث يُمكن أن يقع هذا الأخير على عاتق المشتري متى كان محيطا بظروف وملابسات العقد المراد إبرامه¹.

وتنطوي وجهة النظر هاته أنّ البائع يلتزم فقط بتقديم المعلومات الكافية لطريقة استخدام المبيع وتجنب مخاطره عن طريق إحاطة المشتري علما بكافة البيانات والمعلومات المهمة التي من شأنها التأثير على قراره في اختيار ما يناسبه دون التحكم في قراره النهائي ففي هذه الحالة يكون في موقف إيجابي عند حلول الخطر وعليه إذا لحقه ضرر من الشيء المباع له يقع على عاتقه واجب إقامة دليل على تقاعص البائع بإعلامه بالطريقة الصحيحة والكافية لاستعمال الشيء المبيع وكذا الاحتياطات اللازمة الكفيلة التي من شأنها أن تجنبه التعرض للضرر².

يتّضح مما سبق أنّ الفقه والقضاء الفرنسي يستند في اتجاهه على أنّ الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض التزم ببذل عناية على معيارين³:

1- درجة احتمال النتيجة المرجوة من الإلتزام بالإعلام: ذلك أنّ الطرف المدين بهذا الإلتزام لا يضمن هذه النتيجة بل يلتزم فقط ببذل كل ما في وسعه لإحاطة الدائن بالبيانات والمعلومات، ولا يلتزم بأكثر من ذلك لأنّ الإلتزام بالإعلام مهما بلغت دقّته ودرجة وضوحه لا يكفي لتحقيق النتيجة المرجوة بل يتوقف الأمر على مدى استجابة الدائن بالإلتزام بالإعلام له.

¹ بوطالة معمر، "الإلتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات على العقد التجاري الدولي"، مجلة العلوم الإنسانية، ع 46، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، سنة 2016، ص 398 - 399.

² محرش سميرة، "الإلتزام بالإعلام في عقد البيع"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع 02، مج 05، جامعة البلدة 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البلدة، الجزائر، سنة 2016، ص 345.

³ عليان عدة، "الإلتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المباع"، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009، ص 51 - 52.

2- دور الدائن في تحقيق النتيجة أو منعها: يلعب الدائن بالإلتزام بالإعلام دور إيجابي في تحقيق النتيجة المرجوة من عدمها، فهو قد يستجيب للمعلومات المقدمة له وقد لا يستجيب، وهنا لن يُغني الإلتزام بالإعلام عن وقوع الضرر ومن ثمّ فإنّ هذا الإلتزام يقتصر فقط على إحاطة الدائن بكافة البيانات التي تُجنّب المخاطر المتعلقة باستعمال محل العقد المراد إبرامه ولا ينتظر منه ضمان عدم تحقق تلك المخاطر مما يُستنتج معه أنّ الإلتزام بالإعلام ليس إلّا إلتزام ببذل عناية دون اشتراط تحقق النتيجة¹.

ويُضيف هذا الإتجاه، أنّه لا يُمكن أن يحلّ المدين بالإلتزام بالإعلام محل الدائن بهذا الإلتزام في اتخاذ القرار وكذا النتيجة النهائية للعملية العقدية، والقول بغير ذلك يعني غض النظر عن موقف الدائن الشخصي في اختياره الخاص لتصرفاته اللاحقة لتنفيذ الإتفاق، وبذلك يقع على المدين بذل العناية الكافية لإحاطة المستهلك بالعلم الكافي ببيانات العقد المزمع إبرامه ويتوقف الأمر على مدى اهتمام الدائن وفهمه للمعلومات، ذلك أنّ إرادة الدائن في الإلتزام بالإعلام تلعب دور جوهري في مجال إبرام العقد محل التفاوض².

فالطرف المتفاوض الراغب في بيع سلعة معينة خاصة في حالة استخدام وسيلة من الوسائل الإلكترونية يقع على عاتقه الإلتزام بإعلام الطرف المتفاوض الآخر الراغب في التعاقد بالمعلومات والبيانات المتعلقة بمحل العقد المتفاوض عليه، ومن بين هذه المعلومات طريقة الإستعمال والإحتياجات الإحترازية، وكذا بيانات التحذير من المخاطر المحتمل وقوعها نتيجة استخدام الشيء محل العقد المزمع إبرامه دون ضمان تحقيق النتيجة المرجوة من عملية التفاوض، والسبب من وراء ذلك هو مدى استيعاب الطرف المتفاوض الراغب في التعاقد للمعلومات التي تلقاها من الطرف الأول والإلتزام بمحتواها لأنّ

¹ عليان عدة، "الإلتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبّيع"، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009، ص 51-52.

² بوالباني فايزة، "الإعلام كوسيلة لحماية المستهلك"، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012، ص 34.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

هذه المعلومات إذا لم يتقيد بها إهمالا منه فإن ذلك يفيد بعدم جدوى التزام الطرف المدين بالمعلومات المقدمة للطرف الدائن بها وعليه تبقى النتيجة من هذا الإلتزام في مرحلة التفاوض احتمالية¹.

في الحقيقة انتقد جانب من الفقه الحديث الرأي الفقهي الذي يتجه نحو تكييف الإلتزام بالإعلام عامة وفي مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية خاصة على أنه التزم ببذل عناية، نتيجة قصور هذا التكييف في توفير الحماية القانونية الكافية للمستهلك في مواجهة المخاطر التي قد يتعرض لها جراء تلقيه لمختلف المعلومات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه، ويعتمد هذا الرأي الفقهي في اتجاهه هذا على أن طبيعة الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض الإلكتروني كالتزام ببذل عناية أضحي لا يتناسب مع خصوصية هذه المرحلة، أكثر من ذلك فإن اعتبار الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض الإلكتروني التزم ببذل عناية يتعارض مع الهدف المنشود من هذا الإلتزام وهو إبرام العقد الذي تم التفاوض عليه من خلال مختلف الوسائل الإلكترونية².

ثانيا: الإلتزام بالإعلام التزم بتحقيق نتيجة: يتجه جانب من الفقه إلى اعتبار الإلتزام بالإعلام التزم بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، مؤسسين اتجاههم هذا على أساس أن الإلتزام بالإعلام عامة وفي مرحلة التفاوض على العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية خاصة يهدف إلى تحقيق أمن هذه الأخيرة من خلال إقامة توازن بين أطراف التفاوض، قصد التوصل إلى الهدف المنشود وهو إبرام العقد المتفاوض بشأنه، وأن القول بأن الإلتزام بالإعلام هو التزم ببذل عناية من شأنه أن يجعل هذا الإلتزام عديم الفائدة من فرضه³.

¹ بن عديدة نبيل، "الإلتزام بالإعلام وتوابعه في مجال قانون الإستهلاك"، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، جامعة وهران 02 محمد بن أحمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، ص 35.

² بوالباني فايزة، المرجع السابق، ص 30-31.

³ نقلا عن بورنان العيد، ضامن مسعود، "الإلتزام بالنصيحة التزم ببذل عناية أم تحقيق نتيجة"، مجلة قضايا معرفية، ع 05، مج 02، جامعة زيان عاشور، جلفة، الجزائر، سنة 2020، ص 131.

أكثر من ذلك يذهب الفقيه الفرنسي Philippe le Tourneau و معه Loic Cadiet إلى اعتبار الإلتزام بالإعلام عامّة هو التزم بتحقيق نتيجة من شأنه أن يؤدي إلى تخفيف عبء الإثبات على المستهلك في طلب التعويض بمجرد تحلّف النتيجة المرجوة، إلاّ إذا أثبت المدّين بهذا الإلتزام السبب الأجنبي¹، وهو ما سار عليه القضاء الفرنسي لعدة عوامل منها حداثة المنتج وخطورته². ولا يخفى مما لهذا التكييف عدّة مزايا، منها توحيد القواعد التي تحكم المسؤولية المترتبة عن الأضرار الناتجة عن المنتجات الخطرة وعلى خلاف ذلك فإنّ القول أنّ الإلتزام بالإعلام التزم ببذل عناية يفتح طريق تضارب في ترتيب المسؤولية من خلال تطبيق أحكام خاصة بالمسؤولية المترتبة عن الأضرار الناشئة عن المنتجات الخطرة من جهة، والمسؤولية المترتبة عن حراسة الأشياء غير الحية من جهة أخرى، ففي هذه الحالة لا يستطيع المستهلك الحصول على التعويض، إلاّ إذا تمكّن من إثبات خطأ صاحب المنتج، وكذا إثبات أنّ الضرر نتج عن التدخل الإيجابي للشئ، حيث لا يمكنه دفع المسؤولية، إلاّ بإثبات السبب الأجنبي، إلاّ إذا أُتيحت له فرصة الرجوع على صاحب المنتج مباشرة وفقا لنظرية تجزئة الحراسة³.

ويُضيف هذا الجانب الفقهي أنّ الإلتزام بالإعلام المفروض على المدّين به كطرف قوي في العلاقة بحكم احترافه في ممارسة نشاطه وبين الدائن بهذا الإلتزام كطرف ضعيف يقتضي تحقيق المساواة في العلم بينهما لأنّ عدم المساواة بين هذين الطرفين من حيث العلم بالمعلومات هو الدافع الرئيسي لفرض هذا الإلتزام ويُعتبر المستهلك بذلك صاحب حق مشروع في الحصول على المعلومات تفاديا لوقوع الضرر مُستقبلا⁴.

¹ نقلا عن حدوش كريمة، "الإلتزام بالإعلام في إطار القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش"، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بومرداس، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012، ص 37.

² عادل عميرات، "إلتزام العون الإقتصادي بالإعلام"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع 13، جامعة الشهيد حمّ لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي، الجزائر، سنة 2016، ص 235.

³ علوش صابرة، طيطوس فتحي، "الإلتزام بإعلام المستهلك في التشريع الجزائري"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع 08، ج 01، جامعة مولاي الطاهر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيّدة، الجزائر، سنة 2017، ص 227-228.

⁴ بوالكور رفيقة، "الإلتزام بإعلام الزبون المستهلك في مجال القروض البنكية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 18، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، الجزائر، سنة 2018، ص 15-16.

وبحسب رأي الباحثة فإنّ الإلتزام بالإعلام هو التزم ببذل عناية، لأنّه ينصب على محل ذو التزم إيجابي يتمثل في القيام بعمل وهو تمكين الدائن بهذا الإلتزام بجميع المعلومات التي لها علاقة مباشرة بالعقد المزمع إبرامه والمتفاوض بشأنه، وبالتالي فإنّ الأمر في استيعابها من عدم ذلك يتوقف على الدائن بها الذي يكون له دور إيجابي في الأخذ بها أو تجاهلها، نظرا لعدم توافقها مع مواصفات العقد الذي يرغب حقيقة في إبرامه، فالأصل في التفاوض هو أنه ذو نتيجة احتمالية، أما الإستثناء فهو تحقيق نتيجة وهي التوصل إلى الرغبة المرجوة من هذه المرحلة التي تتمثل في إبرام العقد بشكل نهائي بعيدا عن أي نزاعات محتملة، وهو ما يتفق مع العدالة العقدية فمن غير المعقول والمنطقي إلزام المدين بالإلتزام بالإعلام بتحقيق نتيجة في ظل الدور الإيجابي للدائن بهذا الإلتزام.

المطلب الثاني: الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.

يترتب عن الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية اطلاع الطرف الدائن بهذا الإلتزام على مختلف المعلومات المتعلقة بالعقد محل التفاوض، ومن هنا اطلّعه على أسرار هذه المعلومات التي يلتزم بالمحافظة عليها بعدم إفشاءها، وذلك بهدف تحقيق أمن هذه المرحلة الحساسة من مراحل العقد المزمع إبرامه بشكل نهائي، الأمر الذي يتطلب تعريف هذا الإلتزام (الفرع الأول)، ثمّ بيان محلّه (الفرع الثاني)، وطبيعته القانونية (الفرع الثالث)، وأخيرا بيان آليات تحقيق أمن سرية المعلومات الإلكترونية (الفرع الرابع).

الفرع الأول: تعريف الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.

لم تُعرّف التشريعات محل الدراسة الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، على الرّغم من الإشارة إليه في القوانين الخاصة بالمنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية في كل من التشريع الجزائري والمصري بخلاف المشرع الفرنسي الذي استحدث لهذا الإلتزام في مرحلة التفاوض نصا قانونيا يُبين أهمية المحافظة على سرية المعلومات في هذه المرحلة الحساسة من مراحل العقد، وذلك بموجب تعديله للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 المذكور سابقا، الأمر الذي دفع بالفقه إلى تعريفه، فعرفه جانب منه بأنّه: " ذلك

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

الإلتزام الذي يفرض على المتفاوض إلتزام الصمت بخصوص كل ما يصل إلى علمه أو يكتشفه أثناء سير المفاوضات، أو من خلال ما يتبادله مع المتفاوض الآخر من مستندات أو من خلال ما يدور بينهما من مناقشات أو من خلال الصدفة أو من خلال الأبحاث والدراسات التي يستلزمها إبرام العقد المزمع إبرامه¹.

وعرّفه جانب فقهي آخر بأنه: " ذلك الإلتزام الذي يقوم على امتناع المتفاوض الذي اطلع على المعلومات من إفشاءها للغير أو الإستفادة منها أو استغلالها لمنفعته مما يلحق ضررا بالمفاوض الآخر الذي تتعلق به هذه المعلومات"².

وهكذا يتبيّن أنّ الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض التقليدي عامّة والإلكتروني خاصة من الآثار القانونية التي تترتب عن هذه المرحلة بهدف تحقيق أمن واستقرار العقد المزمع إبرامه في المستقبل.

الفرع الثاني: محل الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.

إنّ الغاية المرجوة من التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، هو توصل أطراف هذه المرحلة إلى إبرام عقد نهائي، ومن أجل التوصل إلى هذا الغرض يقوم صاحب المعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه بالكشف عنها للطرف المتفاوض الآخر من خلال تطبيق الإلتزام بالإعلام الذي يُعتبر أثرٌ مُباشر يترتب عن مرحلة التفاوض³، وتطبيقا للمبدأ الأساسي الذي يحكم مرحلة التفاوض وهو مبدأ حسن النية الذي يفرض على متلقي المعلومات بمناسبة التفاوض مع صاحبها الحفاظ على سرية هذه المعلومات على أساس الثقة التي مُنحت له، وفي هذا المقام يثور التساؤل بصدد المعلومات محل الإلتزام

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 481.

² مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 66.

³ غادة أبو بكر صالح عبد العاطي بوكيله، المرجع السابق، ص 87.

بالسرية، فهل يشمل هذا الإلتزام معلومات معينة أم أنه يمتد إلى جميع المعلومات التي وصلت إلى علم الطرف المتفاوض أو تلك التي اكتشفها لوحده؟

للإجابة عن هذا التساؤل لا بُدّ من الرجوع إلى موقف الفقه، ثمّ موقف التشريع المقارن والتشريع الجزائري محل الدراسة من هذه المسألة.

أولاً: موقف الفقه المقارن من محل الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات: اختلف الفقه بخصوص المعلومات السرية، التي يُفرض الإلتزام بالمحافظة عليها من خلال الإمتناع عن استخدامها أو إفشاءها للغير دون الحصول على ترخيص من صاحبها بين اتجاهين متعارضين:

1- الإتجاه المؤيد للإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات: يعتبر أنّ الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات يشمل جميع المعلومات التي تم تبادلها بين الأطراف المتفاوضة، دون تخصيص معلومات معينة¹، أي جميع المعلومات التي ينطبق عليها وصف السرية بمناسبة الحصول عليها خلال مرحلة التفاوض تطبيقاً لمبدأ حسن النية الذي يقوم على أساس الثقة المتبادلة التي تفرض على كل من تلقى معلومة بمجرد الدخول في المفاوضات الإلتزام بالمحافظة على عدم استخدامها أو إفشاءها، أي جميع المعلومات التي تكون بطبيعتها سرية، حيث أن الإخلال بالمحافظة عليها من شأنه أن يتسبب في إلحاق أضرار مادية أو أدبية بصاحبها².

وبالتالي فإنّ الإلتزام بسرية المعلومات يشمل كل هذه الأخيرة، التي تم الكشف عنها أثناء التفاوض، حيث تحظى بالحماية القانونية نتيجة استخدامها أو إفشاءها³.

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 485.

² أنجار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص 95.

³ Sarah Barry, « Les pourparlers précontractuels en droit québécois de l'opportunité d'une modification du code civil du Québec à la lumière des récentes réformes française et allemande », thèse de doctorat en droit, université Montréal, faculté de droit, Montréal, canada, année universitaire 2017-2018, p 209.

2- الإتجاه المعارض للإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات: يرى بأنه ليس كل المعلومات السرية التي يتم تداولها بمناسبة المفاوضات تحظى بالإلتزام بالمحافظة عليها، إذ يجب تحديد هذه المعلومات على وجه الدقة أي تكون على سبيل الحصر لا على سبيل المثال¹، أي حصر هذا الإلتزام على تلك المعلومات التي يتفق بشأنها أطراف التفاوض على منحها صفة السرية بناء على الثقة المتبادلة بينهم، كالأسرار الخاصة بالجانب المالي لأحد الأطراف وسائر الأسرار الأخرى التي تتصل مباشرة بكيانه المادي، كأن يطلب مُتلقّي المعلومات الخاصة بمحل العقد المراد إبرامه بمناسبة التفاوض تسهيلات مالية، فإذا وقر له الطرف الأول هذه الأخيرة، فإنه يكون بذلك وضع كل ثقته في الطرف الثاني بأن لا يستغل هذه المعلومات ضده، وكذا حصر المعلومات السرية على البيانات التي تتعلق بعقود نقل التكنولوجيا، والتي يتم تحديدها على سبيل الحصر لتجنب احتمال وقوع خلاف في المستقبل².

ففي عقود نقل التكنولوجيا ونظرا لخصوصيتها فإنه يُفرض على أطراف التفاوض في مثل هذا النوع من العقود أن يقوموا بتحديد نوع المعلومات السرية التي يُلتزم بالمحافظة عليها من حيث المكان والزمان، وكذا من حيث الأشخاص الذي يمكنهم الإطلاع على هذه الأسرار المتعلقة بعقود نقل التكنولوجيا والتي هي محل تفاوض بين أطرف هذا العقد المزمع إبرامه³.

وهنا يُعتبر الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات من أهم الإلتزامات التي يجب على أطراف التفاوض بخصوص عقود نقل التكنولوجيا الإلتزام بها، نظرا للمسائل الفنية والتكنولوجيا ذات العلاقة بالعنصر المادي والمعنوي لهذا النوع من العقود التي تكتسي قيمة تجارية، والتي من شأنها تمتع مورد التكنولوجيا بموقع تنافسي⁴.

¹ يسري عوض عبد الله عبد القادر، المرجع السابق، ص 196.

² براهامي فائزة، المرجع السابق، ص 142-143.

³ محمد غسان صبحي العاني، المرجع السابق، ص 36.

⁴ نبيل إسماعيل الشبلاق، المرجع السابق، ص 320.

وفي مثل هذا النوع من العقود يُلزم على كلا طرفيه الإلتزام بسرية المعلومات المتبادلة، ذلك لأنّ مستورد التكنولوجيا يتمكن من التعرّف على بعض عناصر المعرفة الفنية، وبالمقابل يتعرف مورد التكنولوجيا على عدد من البيانات التي لها صلة مباشرة بالمستورد، وعليه فإنّ الإلتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا يشمل فقط هذه المعلومات المتبادلة بين طرفيه سواء وُجد اتفاق عليه صراحة أم لا لفرضه بموجب مبدأ حسن النية¹.

ويواصل أنصار هذا الإلتزام الفقهي معتقدين أنّه من غير المعقول والمنطقي أن يمتنع الطرف المتفاوض، والذي يُعتبر دائن بالإلتزام بالإعلام بالكشف عن كافة المعلومات التي وصلت إليه بل أنّ هذا الإلتزام يشمل فقط المعلومات السرية التي يترتب عن استخدامها أو إفشاءها ضرر بصاحبها كالمعلومات ذات الطابع الشخصي².

وتؤيّد الباحثة الإلتزام الفقهي الأول الذي يتجه نحو القول بأنّ الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات يشمل جميع المعلومات التي وصلت إلى علم الدائن بما بمناسبة التفاوض، وهذا لتوفير أكبر قدر ممكن من الحماية القانونية للطرف صاحب هذه المعلومات، ذلك أنّ هذا الإلتزام أضحي اليوم واجب أخلاقي أكثر من كونه واجب قانوني يحكمه مبدأ حسن النية، وبالتالي لا يُمكن في جميع الأحوال التدرّج بوجود نص اتفاقي يقضي بغير ذلك.

ثانيا: موقف التشريع المقارن من محل الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات: إنّ السبب الرئيسي في توجيه المشرع الفرنسي نحو فرض الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض، هو القرار القضائي الشهير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، الغرفة التجارية بتاريخ 03-10-1978، حيث جاء فيه " يجب الإلتزام باحترام الطبيعة السرية لبعض المعلومات التي يتم تبادلها حتى في حالة غياب شرط السرية، وهي تلك المعلومات التي تُستخدم أو يُقصح عنها دون الحصول على

¹هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي، "التنظيم الاتفاقي للمفاوضات في الإطار العقدي، صورها وآثارها"، مجلة الجامعة الأسمرية الإسلامية، ع21، الجامعة الأسمرية الإسلامية، ليبيا، سنة 2014، ص 227-228.

²شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 363.

إذن صاحبها أثناء مرحلة التفاوض " حيث يُشير الإستخدام إلى الحالات التي يتم فيها استخدام المعلومات التي حصل عليها أحد الأطراف لأغراض أخرى غير تلك التي تمّ إبلاغها من أجلها في الأصل، وتُشير كلمة الإفشاء، أو الإفصاح إلى الإبلاغ عن هذه المعلومات إلى أطراف أخرى من المحتمل أن تستغلّها¹.

حيث تتلخص وقائع القضية في أنّ شركة Nussbaum تلقت مجموعة كاملة من الحنفيات التي هي عبارة عن ابتكار نظيف وأصلي خاص بشركة Sanitar في إطار علاقة تجارية، حيث قامت الشركة Nussbaum التي تلقت المخطوطات والنماذج من شركة Sanitar بعمل نسخة سهلة الإستخدام، وبالتالي الحصول على تكلفة تصنيع مُخفّضة، الأمر الذي تسبّب معه في حدوث ارتباك بين العملاء، وأنّه بفضل دخول الشركتين في تفاوض تمكنت شركة Sanitar من استغلال المعلومات المقدّمة إليها في إطار إنشاء علاقة تجارية بينها وبين شركة Nussbaum، وعلى هذا اعتبرت محكمة الاستئناف أنّ الشركة Nussbaum ارتكبت خطأ يُشكل مُنافسة غير عادلة لاستغلالها معلومات تشكل ابتكار أصلي لشركة Sanitar، لأنه يتنافى مع مبدأ حسن النية الذي يحث على الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، وأنّ هذا الخطأ الذي تسبب في ضرر للشركة Sanitar يوجب التعويض على أساس المنافسة غير المشروعة طبقاً للمادتين 1147 و 1382 من ق.م.ف.²

من المهم الإشارة هنا إلى أنّ القضاء الفرنسي قرّر حماية المعلومات السرية عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة³، التي يُشترط لقيامها توفر شروط معينة، تتمثل في وجود المنافسة بين تجاريتين أو أكثر

¹Adra zouhal, op.cit, p 64.

²Cass.com 03 juin 1986, 84-16-971 publié au bulletin 1986 IV n110 p94. Voir le site d'internet <http://www.legifrance.gouv.fr> تاريخ الإطلاع 2021-01-25

³ لم تعرف التشريعات محل الدراسة، وهي كلا التشريع الفرنسي والمصري والتشريع الجزائري المنافسة غير المشروعة تاركة المجال للفقه والقضاء، فنجد أنّ الفقيه الفرنسي Ives Guyen عرفها بأنّها: "تحويل العملاء بمنارات غير مشروعة من طرف المنافس"، ومن الفقه العربي عرفها الأستاذ محمد مجبوبي بأنّها: "كل عمل مُناف للقانون والعادات والأعراف والإستقامة التجارية وذلك عن طريق بث الشائعات والإدعاءات الكاذبة التي من شأنها تشويه السمعة التجارية لمنافس أو استخدام وسائل تُؤدّي إلى اللبس أو الخلط بين الأنشطة التجارية وذلك بهدف إحتداد عملاء تاجر أو صانع مُنافس"، كما عرف القضاء الفرنسي المنافسة غير المشروعة في أحد أحكامه بأنّها: "الإستحواذ على ذات الزبائن المتعاملين في النشاط مع المتنافسين والتاجر المنسوبة إليه تلك

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

متمثلة تؤدي إلى انصراف عملاء أو زبائن أحد التجار للآخر، وأن تكون هذه المنافسة غير مشروعة ويتحقق ذلك بوجود خطأ صادر من مُنافس صاحب المعلومات السرية يتمثل في إفشاء أسرارهِ أو دعوة العاملين لديه على إفشاءها سواء كان ذلك عمداً أو بغير ذلك، وأن يترتب عن هذا الخطأ ضرر يلحق صاحب المعلومات السرية في حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له، ثم يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر أي يجب أن يكون الضرر الذي لحق صاحب المعلومات السرية بسبب الخطأ الصادر من المنافس له¹.

والملاحظ أنّ القضاء الفرنسي كان السبّاق في فرض الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات بعدم استغلالها لغرض تجاري على أساس المنافسة غير المشروعة لحماية الأسرار التجارية في حالة غياب نص قانوني يفرض هذا الإلتزام، أي غياب قوانين خاصة تنظم هذا الموضوع بشكل مُستقل وبذلك على المتضرر صاحب السر أن يلجأ إلى أحكام دعوى المنافسة غير المشروعة، وذلك لأسباب منطقية مفادها ضرورة تحقيق أمن التوازن العقدي، وقد اعتمد في ذلك على معيارين أولهما موضوعي عام يتمثل في درجة الكفاية لفقد المعرفة لأصالتها، بحيث تكون ذات أثر في الوقوف الحقيقي على الأسرار التقنية من طرف الغير إذا تمّ استخدامها من قبل المنافسين لكي يقوموا باستغلالها لمصلحتهم الشخصية، أمّا المعيار

الممارسات"، ثمّ نجد القضاء المصري الذي هو الآخر عرّف المنافسة غير المشروعة بأنّها: "إرتكاب أعمال مُخالفة للقانون أو العادات أو استخدام وسائل مُنافية للشرف والأمانة في المعاملات متى قصد بها إحداث لبس بين مُنشأتين تجاريتين أو إيجاد اضطراب بأحدهما". نقلا عن: بوغنجة شهرة، فرحات حمو، "حماية الأسرار التجارية من المنافسة غير المشروعة"، مجلة صوت القانون، ع 01، مج 08، جامعة خميس مليانة، خميس مليانة، الجزائر، سنة 2021، ص 481-482، أمّا القضاء الجزائري، فقد اجتهدت المحكمة العليا الجزائرية في إحدى قراراتها الصادرة عن الغرفة التجارية والبحرية بتعريفها بأنّها: "كل عمل يتعارض مع الممارسات الشريفة والنزيهة في الشؤون الصناعية والتجارية". لمزيد من التفاصيل راجع بوشبولة بسمة، "الحماية القانونية للعلامة التجارية"، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، سطيف، الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015، ص 11.

¹ منصور داود، "حماية المعلومات السرية غير المفصح عنها بين اتفاقية تريبس والغياب التشريعي الجزائري"، مجلة دراسات وأبحاث، ع 22، مج 08، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2016، ص 70.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

الثاني فهو يقوم على أساس الأهمية الاقتصادية للمعرفة الفنية والتقنية أي العوامل التي ساهمت في التوصل إلى هذه المعارف¹.

ومن هذا المنطلق فكّر المشرع الفرنسي على مدار عدّة سنوات في استحداث مادة قانونية تفرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض، وهي أهم التطورات التي شهدت قفزة تشريعية على مستوى التشريع الفرنسي في مجال إصلاح العقود تمّ تجسيدها فعلا بموجب المادة 1112-2 ق.م.ف لسنة 2016 والتي تنص بأنّه: "من يستخدم أو يُقشي دون ترخيص معلومات سرية تمّ الحصول عليها بمناسبة المفاوضات كان مسؤولاً عن ذلك وفقا لشروط القانون العام"².

وفقا لتحليل نص المادة 1112-2 من ق.م.ف المذكورة أعلاه، يتبيّن أنّ المشرّع الفرنسي يعتبر المعلومات سرية تلك التي تمّ الحصول عليها بمناسبة المفاوضات، مما يعني أنّ الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات يشمل كل معلومة تمّ الحصول عليها بمناسبة المفاوضات تمّ استخدامها أو إفشاءها دون ترخيص صاحبها، فالمشرع الفرنسي لم يحدد المعلومات التي ينطبق عليها وصف السرية مُكتفيا بكل المعلومات التي يتم الحصول عليها بمناسبة المفاوضات حيث يتم استخدامها أو إفشاءها دون موافقة صاحبها.

وتوافق الباحثة المشرع الفرنسي بخصوص هذه المسألة، لأنّ في ذلك تحقيق لأمن مرحلة التفاوض وبالتالي تحقيق الهدف من هذه المرحلة وهو إبرام العقد الذي تم التفاوض بشأنه، إلّا أنّ الباحثة لا توافقه الرأي بخصوص استخدامه لعبارة "وفقا لشروط القانون العام"، لأنه بذلك يكون قد حسم طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بهذا الإلتزام وهي المسؤولية التقصيرية على أساس أنّ إفشاء المتفاوض للأسرار واستخدامها دون ترخيص من صاحبها، يُعتبر إنحراف في مسلكه عن مسلك الرجل العادي

¹ محمد غسان صبحي العاني، "الإخلال بالتمزام السرية في عقد نقل التكنولوجيا-دراسة مقارنة-"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، عمان، الأردن، تاريخ المناقشة 03-01-2016، السنة الدراسية 2015-2016، ص 27-28.

²Article 112-2 : « Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun », voir le site d'internet : <https://www.legifrance.gouv.fr> 2021-01-26 تاريخ الإطلاع

أي يُشكّل إختراق اللوالب العام؁ وهو عدم الإضرار بالغير؁ في حين أنّ المفاوضات قد يترتب عنها قيام المسؤولية العقدية في حال تنظيمها بموجب عقود منها عقد التفاوض وعقد الإطار وهي مسألة سبق التطرق إليها في الفصل الثاني من الباب الأول من الدراسة؁ وعليه فإنّ تحديد طبيعة المسؤولية المترتبة في مرحلة التفاوض هي مسألة يتم الفصل فيها بناء على نوع الإتفاقات التي يرمها أطراف التفاوض فيما إذا كانت عقدية أو غير عقدية؁ وبالتالي كان الأجر بالمشرع الفرنسي حذف عبارة "وفقا لشروط القانون العام" وبالتالي يُصبح نص المادة 1112-2 سابقة الذكر هو: "من يستخدم أو يُفشي دون ترخيص معلومات سرية تمّ الحصول عليها بمناسبة المفاوضات كان مسؤولا عن ذلك". مما يترك المجال للقاضي المختص في تحديد طبيعة المسؤولية كجزء قانوني يترتب عن الإخلال بالالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض بالرجوع إلى نوع الاتفاقات المنظمة من قبل أطراف التفاوض؁ إن كانت عقدية أو غير عقدية بعيدا عن إثارة الغموض والإرتباك لدى الأطراف من جهة والقضاء من جهة أخرى.

وعلى نفس النهج سار المشرع المصري؁ حيث أنه فرض على مُستورد التكنولوجيا الإلتزام بالمحافظة على سرية جميع المعلومات والمعارف الفنية وعلى سرية التحسينات المدخلة عليها؁ ورتب على ذلك جزاء مدني يتمثل في تعويض الضرر الذي ينشأ عن مخالفة هذا الإلتزام سواء وقع ذلك بسبب العمد أو الإهمال¹.

وهو ما جسّدته المادة 1/83 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 والتي تنص بأنّه: "يلتزم المستورد بالحفاظ على سرية التكنولوجيا التي حصل عليها وعلى سرية التحسينات التي تدخل عليها ويُسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفتشاء هذه السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على إبرام العقد أو بعد ذلك"².

¹ غادة أبو بكر صالح عبد العاطي بوكيله؁ المرجع السابق؁ ص 79.

² محمد غسان صبحي العاني؁ المرجع السابق؁ ص 38.

ما يُثير انتباه الباحثة، أنّ المشرع المصري ركّز على الإلتزام بسرية المعلومات بمناسبة التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا، وهذا لأسباب ترجع إلى خطورة هذا النوع من العقود كما سبق التوضيح حيث رتب لصاحب هذه الأسرار الحق في التعويض عن الضرر الذي يترتب عن الإخلال بهذا الإلتزام، والذي لم يجعله يقتصر على وقوعه في مرحلة التفاوض فقط، بل جعله يمتد إلى ما بعد هذه المرحلة، وذلك لتوفير أكبر قدر من الحماية لصاحبها، وهو في حدّ ذاته تحقيق أمن التفاوض الممهد لإبرام عقد معين في المستقبل، ولكن حبّذا لو أنّ المشرع المصري يجعل من الإلتزام بسرية المعلومات بمناسبة التفاوض يشمل جميع العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية بمختلف أنواعها.

ثالثا- موقف المشرع الجزائري من محل الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات: في الحقيقة وعلى خلاف المشرع الفرنسي لم يخصص المشرع الجزائري للإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض على العقد مادة قانونية مستقلة مُكتفيا بحماية المعلومات في إطار الممارسات التجارية غير النزهية، وهي تلك التي تمسّ بشخص عون اقتصادي مُنافس أو بمنتجاته أو خدماته، وكذا تقليد العلامات المميّزة أو منتجاته أو خدماته أو الإشهار الذي يقوم به، فضلا عن استغلال مهارة تقنية أو تجارية مُميّزة دون ترخيص من صاحبها¹.

في حين اهتمّ المشرع الجزائري بسرية البيانات الذي جعله التزم يقع على المورد أثناء إبرام المعاملات التجارية في شكلها الإلكتروني بموجب نص المادة 26 من القانون رقم 18-05 السابق ذكره، والتي تنص بأنّه: "ينبغي للمورد الإلكتروني الذي يقوم بجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي ويُشكل ملفات الزبائن والزبائن المحتملين ألاّ يجمع إلاّ البيانات الضرورية لإبرام المعاملات التجارية كما يجب عليه:

-الحصول على موافقة المستهلكين الإلكترونيين قبل جمع البيانات.

-ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات.

¹ القانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ع 41 المؤرخة في 27 يونيو 2004، ص 06.

-الالتزام بالأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال.

- يتم تحديد كفاءات تخزين المعطيات ذات الطابع الشخصي وتأمينها وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما¹.

من خلال استقراء نص المادة 26 سالفه الذكر، يتبين اهتمام المشرع الجزائري بمسألة المحافظة على سرية المعلومات المتداولة بمناسبة إبرام معاملة تجارية عبر وسيلة من الوسائل الإلكترونية، حيث ألزم المورد الإلكتروني ألاّ يجمع إلاّ البيانات الضرورية التي لها علاقة مباشرة بإبرام المعاملة، وهذا بعد الحصول على موافقة المستهلك الإلكتروني، إذ يخرج عن دائرة هذه المعلومات ذات الطابع الشخصي لهذا المستهلك، وبهذا يكون المشرع الجزائري اهتم بمسألة الإلتزام بسرية المعلومات خلال مرحلة إبرام العقد الإلكتروني مركزا على جعل هذا الإلتزام يقع على المورد الإلكتروني فقط الذي يقوم بجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي للمستهلك، مهما مسألة وقوع هذا الإلتزام أيضا على المستهلك الذي يقع على عاتقه هو الآخر الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.

والسبب من وراء ذلك هو اعتبار المشرع الجزائري العقد الإلكتروني من عقود الإذعان وليس عقود مساومة كما سبق التوضيح، على خلاف المشرع الفرنسي الذي استخدم عبارة "من يستخدم أو يُقشي دون ترخيص معلومات سرية"، حيث أنه جعل الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات يقع على جميع أطراف التفاوض دون تحديد.

وبحسب رأي الباحثة فإنّه، يتعيّن لفت انتباه المشرع الجزائري إلى ضرورة إعادة النظر في صياغة المادة 26 سابقة الذكر، وذلك بجعل الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات التزام تبادلي يقع على جميع أطراف المعاملة، وجعله يمتد إلى مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، وهذا من أجل تحقيق أمن المفاوضات التي تُساهم بشكل فعلي وحقيقي في نجاح إتمام عملية التعاقد.

¹ القانون رقم 18-05 السابق ذكره، ص 08.

هكذا يتبين وجود فراغ على مستوى التشريع الجزائري بخصوص تنظيم مسألة الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض العقدي، حيث ركّز على هذا الإلتزام في المعاملات التجارية على أساس المنافسة غير المشروعة بين الأعوان الإقتصاديّين فقط، بالإضافة إلى جعل هذا الإلتزام حكراً على المورد الإلكتروني فقط، فأين هي الحماية القانونية الفعلية لسرية المعلومات في حال تعرضها للاستخدام الشخصي أو إفشاءها من قبل المستهلك الدائن بها دون ترخيص من صاحبها؟ وهو السؤال الذي يبقى مطروح، على المشرع الجزائري أخذه بعين الإعتبار، بالإضافة إلى غياب اجتهاد القضاء الجزائري بخصوص هذه المسألة.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.

على خلاف الإلتزام بالإعلام الذي اختلف الفقه بشأن تحديد طبيعته القانونية في كونه التزم ببذل عناية من جهة، و اعتباره التزم بتحقيق نتيجة من جهة أخرى، فإنّ الفقه اتفق على أنّ الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض هو التزم بتحقيق نتيجة لكونه التزم سلباً محض مفاده الإمتناع عن القيام بعمل¹.

حيث يرى جانب من الفقه الفرنسي، بأنّ الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هو التزم بتحقيق نتيجة يجد مصدره في المبدأ الأساسي الذي يحكم مرحلة التفاوض، وهو مبدأ حسن النية الذي يُسلّط على الدائن بالإلتزام بالإعلام كتمان المعلومات التي تصل إلى علمه نتيجة التفاوض على عقد معين الذي يُلزم عليه الإمتناع عن هذا العمل بالفعل².

ويُضيف هذا الإتجاه الفقهي أنّه وبالنظر إلى اعتبار الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات التزم ذو طابع عيني أي يجب أن يُنقّذه مُتلقّي المعلومات عينا وعليه لا يكون مُطالب ببذل العناية اللازمة

¹ جليل حسن الساعدي، فاطمة نجم محمد، "الإلتزامات المترتبة على عقد الإعلان الإلكتروني"، مجلة العلوم القانونية، ع 03 خاص، ج 01، جامعة بغداد، كلية القانون، بغداد، العراق، سنة 2017، ص 47.

² موسى طمشة، المرجع السابق، ص 58.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

وإنّما يكون مُلزم بتحقيق نتيجة مفادها الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات التي تلقّاها باعتباره دائن بالإلمام بها بمناسبة التفاوض من خلال الإمتناع عن استخدامها أو إفشاءها للغير وعليه فإنّ طبيعة هذا الإلتزام هي التي تجعل منه التزم بتحقيق نتيجة¹.

ويؤكّد هذا الإجماع الفقهي، بأنّه ينطبق الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض على التابعين للمدين بهذا الإلتزام، فبمجرّد تسرّب المعلومات من قبل التابع له بأي صورة كانت، يكون مسؤولاً على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، فيكون المتبوع الدائن بهذا الإلتزام أي حائز المعلومات السرية مُلزم بضمان عدم استخدام أو إفشاء هذه المعلومات، حيث يُمنع على تابعي مُتلقي المعلومات السرية بمناسبة التفاوض من استخدام أو إفشاء هذه المعلومات سواء كان ذلك لحسابهم الخاص أو لحساب الغير².

والحكمة من تقرير امتداد الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات إلى تابعي الدائن بهذا الإلتزام هو حماية العقد المراد إبرامه من خطر وقوع نزاع بين طرفيه، وبالتالي تعرّض هذا العقد المتفاوض عليه للموت الحتمي أي فشل أطرافه في التوصل إلى النتيجة المرغوب فيها من الدخول في مفاوضات عقدية³.

الفرع الرابع: آليات تحقيق أمن سرية المعلومات الإلكترونية.

¹ الخفاجي، محمد جعفر هادي، "الإلتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا-دراسة مقارنة-"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع 02، مج 06، جامعة بابل، كلية القانون، بابل، العراق، سنة 2014، ص 372.

² مهند وليد حامد قنديل، "السرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا-دراسة تحليلية مقارنة-"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر، كلية الحقوق، غزة، فلسطين، السنة الجامعية 2018-2019، ص 34.

³ مراد محمود الواحدة، "المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا"، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2010، ص 120.

تكثسي المعلومات المتبادلة في مرحلة التفاوض، أهمية بالغة خاصة في مجال إبرام العقود الإلكترونية، حيث غالبا ما تكون هذه المعلومات حساسة معلومة من طرف صاحبها فقط، وذات قيمة قانونية تتطلب الكتمان والسرية في تداولها، إلا أنه قد تتعرض هذه المعلومات السرية للتسرب وبالتالي تفقد مصداقيتها الأمر الذي يستدعي توفير وسائل تقنية لحمايتها¹.

وتتميز العقود المبرمة عبر مختلف الوسائل الإلكترونية بالسرية على خلاف العقود التقليدية لأنها تتعرض للاختراق أي عملية القرصنة، لذلك ترتبط مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر مختلف الوسائل الإلكترونية بمسألة أمن المعلومات وسريتها، ومن أجل ضمان تحقيق خصوصية سرية هذه المعلومات من الأخطار التي قد تتعرض لها، كان لا بُد من إخضاعها لأنظمة الحماية التقنية بمناسبة التفاوض الذي يفرض الإلتزام بالإعلام في مجال العقود المبرمة عبر مختلف الوسائل الإلكترونية².

ومن المهم الإشارة إلى أنه في هذه السنوات الأخيرة انتشرت ظاهرة ما يُسمى بالقرصنة الإلكترونية، التي أصبحت تُهدد أمن المعلومات السرية المتداولة فقط بين أطراف المعاملة الإلكترونية بداية من مرحلة التفاوض إلى غاية إبرام هذه المعاملة، الأمر الذي أضحى يستدعي ضرورة توفير وسائل حديثة من شأنها توفير الحماية التقنية لهذه المعلومات³.

ونظرا للتطور الملحوظ لاستخدام مختلف وسائل الاختراق، سعت التشريعات محل الدراسة إلى ابتكار وسائل حديثة، من شأنها حماية أمن وسرية المعلومات عن طريق تشفيرها⁴.

¹ منير محمد الجنيهي، ممدوح محمد الجنيهي، "إستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية"، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2006، ص 57.

² يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 136.

³ هداية بوعزة، يوسف فتيحة، "الحماية التقنية للمعلومات ودورها في تأمين نظام الدفع الإلكتروني"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، ع04، مج 03، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المسيلة، الجزائر، سنة 2018، ص 25.

⁴ عرف جانب من الفقه تقنية التشفير، بأنها مجموع التقنيات التي من شأنها تحويل المعطيات الواضحة إلى معطيات مشفرة وذلك بهدف جعلها غير واضحة لشخص دخيل، أي جعل كل المعلومات الرقمية غير صالحة للاستعمال لمن لا يملك مفتاح الرمز للمحافظة على سريتها بحيث يصعب فهمها على الأطراف الخارجة عن أطراف المعاملة الإلكترونية، أي لا يستطيع أي شخص الإطلاع عليها غير المعنيين بهذه المعلومات. نقلا عن: فيلاي أسماء، شليل

أولاً: موقف التشريع المقارن: اعتمد المشرع الفرنسي على تقنية التشفير الإلكتروني لحماية سرية البيانات والمعلومات المتبادلة إلكترونياً، فكانت البداية بإصداره للقانون رقم 90-1170، يتعلق بتنظيم الاتصالات، حيث أنه عرّف تقنية التشفير بموجب نص المادة 01/28 من هذا القانون بأنه: "جميع الخدمات التي ترمي بفضل بروتوكولات سرية إلى تحويل معلومات مفهومة إلى معلومات وإشارات غير مفهومة أو القيام بالعملية المعاكسة وذلك باستخدام معدات وبرامج مصمّمة لهذه الغاية....."¹.

وتُضيف الفقرة 02 من نفس المادة على استخدام وسائل التشفير يكون مجاني إذا كانت خدمة التشفير لا تضمن السرية، لاسيما عندما يكون الغرض الوحيد منها هو ضمان سلامة البيانات المرسلة، أو إذا كانت الخدمة تعتمد فقط على الاتفاقات السرية².

والحقيقة أنّ المشرّع الفرنسي قام بإلغاء نص المادة 28 سابقة الذكر بموجب نص المادة 40 من القانون رقم 2004-575 المؤرخ في 21 جوان 2004 يتعلق بالثقة في الإقتصاد الرقمي، والتي تنص بأنه: "تُلغى المادة 28 من القانون رقم 90-1170 المؤرخ في 29 ديسمبر 1990 يتعلق بتنظيم الاتصالات ابتداء من نفاذ هذا الباب.

عبد اللطيف، "تهديدات أمن المعلومات وسبل التصدي لها"، مجلة البشائر الإقتصادية، ع 03، مج 04، جامعة طاهري محمد، كلية العلوم الإقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، بشار، الجزائر، سنة 2016، ص 170.

¹ Article 28/01 du la loi n 90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications : « on entend par prestations de cryptologie toutes prestations visant à transformer à l'aide de conventions secrètes des informations ou signaux clairs en informations ou signaux inintelligibles pour des tiers ou à réaliser l'opérations inverse grâce à des moyens, matériels ou logiciels conçus à cet effet on entend par moyen de cryptologie tout matériel ou logiciel conçu ou modifie dans le même objectif..... » abrogé par : la loi n 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie. voir le site d'internet <http://legifrance.gouv.fr>. 2021-02-02 تاريخ الإطلاع

²Article 28/02 du la loi n 90-1170 ci-dessus. Voir le site <http://legifrance.gouv.fr>-02 تاريخ الإطلاع . 2022-02

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

- التراخيص والتصريح عن توريد، الإسترداد والتصدير لوسائل التشفير الصادرة أو المنفذة وفقا لأحكام المادة 28 من القانون رقم 90-1170 السابق الذكر، ونصوصه التنفيذية تحتفظ بآثارها حتى انتهاء المدة المنصوص عليها بموجب ذلك.

- الموافقات الصادرة للهيئات المسؤولة عن إدارة الإتفاقيات السرية للتشفير تعني تمكين الوظائف السرية لوسائل التشفير المصرح بها بالمعنى المقصود في المادة 31¹.

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 31 المذكورة أعلاه، فهي تنص بأنه: "يجب التصريح عن توفير خدمات التشفير إلى رئيس الوزراء، مرسوم في مجلس الدولة يُحدّد الشروط التي يتم بموجبها إصدار هذا التصريح وقد ينص على استثناءات من هذا الإلتزام للخدمات التي تكون خصائصها التقنية أو شروط التوريد على هذا النحو فيما يتعلق بمصالح الدفاع الوطني والأمن الداخلي أو الخارجي للدولة يجوز إعفاء هذا التوريد من أي إجراء شكلي مُسبق....."².

ومن المهم الإشارة إلى أنّ تعريف المادة 28 / 01 سابقة الذكر، لتقنية التشفير جاءت تحت عنوان أحكام مُختلفة، حيث لم يتطرق المشرع الفرنسي لهذه التقنية بشيء من التفصيل، الأمر الذي جعله يتدارك أهمية الموضوع في حماية سرية المعلومات على ضوء تطور العصر الرقمي، فأصدر القانون رقم 2004-575 المشار إليه سابق، الذي عرّف تقنية التشفير في المادة 02/29 منه في الباب الأول تحت عنوان "وسائل وخدمات التشفير"، وذلك بعد تعريفه لوسائل التشفير في الفقرة 01 من نفس المادة، حيث تنص بأنه: "وسائل التشفير تعني أي أجهزة أو برامج مصممة أو مُعدّلة لتحويل البيانات سواء كانت معلومات أو إشارات، باستخدام اصطلاحات سرية أو لتنفيذ العملية المعاكسة بمعنى اتفاقية

¹ Article 40 du la loi n 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie, précité.

² Article 31/01 et 40 du la loi n 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, précité. Voir le site d'internet <https://www.legifrance.gouv.fr> -02-04 تاريخ الإطلاع 2021.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

سرية، تهدف وسائل التشفير بشكل أساسي إلى ضمان أمن تخزين البيانات أو نقلها وهو الأمر الذي يجعل من الممكن ضمان سريتها أو توثيقها أو التحكم في سلامتها.

تعني خدمة التشفير أي عملية تهدف إلى تنفيذ وسائل التشفير نيابة عن الآخرين¹.

يتبين من خلال نص المادة 29 المذكورة أعلاه، أنّ المشرع الفرنسي عرّف تقنية التشفير من خلال اعتبارها الخدمة التي تعني تنفيذ وسائل التشفير نيابة عن الأطراف المعنية بحماية سرية المعلومات المتبدلة بينهم، أكثر من ذلك قام بموجب هذه المادة بتعريف وسائل التشفير على أنّها أجهزة أو برامج مصمّمة لتحويل البيانات باستخدام رموز سرية والتي من شأنها ضمان أمن سريتها، هذا إن دلّ على شيء فإنّه يدل على أهمية وسائل التشفير في حماية سرية المعلومات.

وبهذا يكون المشرع الفرنسي أزال الغموض الذي كان يكتنف تعريف خدمة التشفير في المادة 01/28 من القانون رقم 90-1170 المشار إليه سابقاً، بإلغاء هذه المادة كلياً، واستبدالها بالمادة 29 من القانون رقم 2004-575 السابق ذكره.

وتعرّض المشرع المصري على غرار نظيره الفرنسي إلى تنظيم تقنية التشفير بشكل من التفصيل في القرار رقم 361 لسنة 2020 بتاريخ 19-04-2020 يتعلق بتعديل اللائحة التنفيذية للقانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات

¹Article 29 du la loi n 2004-575 précité : « On entend par moyen de cryptologie tout matériel ou logiciel conçu ou modifié pour transformer des données qu'il s'agisse d'informations ou de signaux à l'aide de conventions secrètes ou pour réaliser l'opération inverse avec ou sans convention secrète, ces moyens de cryptologie ont principalement pour objet de garantir la sécurité du stockage ou de la transmission de donnée en permettant d'assurer leur confidentialité leur authentification ou le contrôle de leur intégrité. <https://www.legifrance.gouv.fr>-04 تاريخ الإطلاع 2022-02.

السابق الإشارة إليه¹، حيث عرّف المشرع المصري تقنية التشفير بموجب نص المادة 14 من القرار رقم 361 لسنة 2020 المذكور أعلاه بأنه: " منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة وتحويل البيانات والمعلومات المقروءة إلكترونياً بحيث تمنع استخلاص هذه البيانات والمعلومات إلا عن طريق استخدام مفتاح أو مفاتيح فك الشفرة"².

وبالرجوع إلى القرار رقم 361 لسنة 2020 المذكور أعلاه، فإنّ المشرع المصري قد أشار إلى أربعة أنواع من مفاتيح التشفير:³.

-تقنية شفرة المفتاحين العام والخاص: عرّفته المادة 15 من القرار رقم 361 لسنة 2020 المذكور أعلاه بأنه: "منظومة تسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي بأن يكون لديه مفتاحين متفردين أحدهما عام مُتاح إلكترونياً والثاني خاص يحتفظ به الشخص ويحفظه على درجة عالية من السرية". - **مفتاح الشفرة العام:** عرّفته 16 من القرار رقم 361 لسنة 2020 المشار إليه سابقاً بأنه: "أداة إلكترونية مُتاحة للكافة تنشأ بواسطة عملية حسابية خاصّة وتُستخدم في التحقيق من شخصية الموقع على المحرر الإلكتروني والتأكد من صحة وسلامة محتوى المحرر الإلكتروني الأصلي".

- مفتاح الشفرة الخاص: عرّفته المادة 17 من نفس القرار و هو مفتاح الشفرة الخاص بأنه: "أداة إلكترونية خاصّة بصاحبها تنشأ بواسطة عملية حسابية خاصّة ويتم الاحتفاظ بها على أداة إنشاء التوقيع الإلكتروني وتستخدم في وضع التوقيع الإلكتروني على المحررات الإلكترونية".

¹ القرار رقم 361 لسنة 2020 مؤرخ بتاريخ 19-04-2020، يتعلق بتعديل اللائحة التنفيذية للقانون رقم 15 لسنة 2004 مؤرخ بتاريخ 21-

04-2004، الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، السابق ذكره.

² القرار رقم 361 لسنة 2020 السابق ذكره، ص 06.

³ القرار رقم 361 لسنة 2020 السابق ذكره، ص 06-07.

- مفتاح الشفرة الجذري: الرابع عرّفته المادة 18 من نفس القرار المذكور أعلاه وهو مفتاح الشفرة الجذري بأنه: "أداة إلكترونية تنشأ بواسطة عملية حسابية خاصة وتستخدمها جهات التصديق الإلكتروني لإنشاء شهادات التصديق الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني".

وعليه فقد أقام المشرع المصري نظاما خاصا لتقنية التشفير بتعريفه وذكر أنواعه التي تناسب والوضع القانوني لحماية سرية البيانات والمعلومات المتبادلة عبر مختلف الوسائل الإلكترونية، حيث أنه جعل لجهات التصديق الإلكتروني مفتاح تشفير خاص بها تستخدمه لإنشاء شهادات التصديق الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وذلك من أجل ضمان الحفاظ على سرية بيانات التوقيع الإلكتروني الذي يُترجم صدق وصحة هوية أطراف المعاملة الإلكترونية.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري: نظم المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي والمصري مسألة حماية أمن وسرية المعلومات عن طريق تشفيرها، بموجب المادة 02 فقرتين 09/08 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01-02-2015 يُحدّد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين وهو القانون الذي اعتبر من خلاله المشرع الجزائري، أنّ اختراق البيانات المتبادلة عبر الوسائل الإلكترونية بمناسبة إبرام عقد معين هو اعتداء على خصوصية وسرية هذه البيانات والمعلومات المتبادلة الأمر الذي يتطلب ضرورة إيجاد وسائل تقنية من شأنها ضمان هذه الخصوصية فجعل من التوقيع الإلكتروني وسيلة توثيق البيانات في شكل إلكتروني وللتحقق منه يتم إخضاعه لتقنية التشفير¹.

وجدير بالذكر أنّ المشرع الجزائري على خلاف نظيره الفرنسي والمصري، لم يُعرّف تقنية التشفير مُكتفيا بتعريف تقنية التشفير الخاص بأنها: "عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي"، كما عرّف مفتاح التشفير العمومي

¹ عقوبي محمد، بلمهدي براهيم، "الآليات التقنية والقانونية لحماية التوقيع الإلكتروني"، مجلة المفكر، ع18، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، الجزائر، سنة 2019، ص 304-305.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

بأنه: " عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في مُتناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإيمضاء الإلكتروني وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني" ¹.

يتّضح ممّا سبق أنّ المشرع الجزائري جعل من التوقيع الإلكتروني وسيلة تُضفي على المعلومات المتبادلة إلكترونياً بمناسبة التّولوج إلى عملية التعاقد طابع السرية، لأنّ التوقيع حسب نص المادة 02 فقرتين 08 و 09 سابقة الذكر يخضع لتقنيات التشفير بنوعيه الخاص والعام، الذي يجعل من المعلومات سرية لا يُمكن الإطّلاع عليها، إلّا من قبل أطراف المعاملة الإلكترونية²، حيث أنّ مفتاح التشفير الخاص لا يملكه إلّا صاحب التوقيع الرقمي على البيانات المتعلقة بالمعاملة الإلكترونية إذ معه لا يُمكن لأي طرف التّولوج إلى هذه المعلومات، إلّا مع استخدام مفتاح التشفير العام الذي يسمح لكل شخص القيام بقراءة رسالة البيانات لكن دون إدخال أي تعديل عليها وهو ما أُطلق عليه تسمية "التشفير اللامتمائل"³.

ومن أجل ضمان مصداقية التوقيع الإلكتروني تم إنشاء ما يُسمّى بجهات مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني التي تتحقق من نسبة التوقيع إلى شخص معيّن من خلال تلقي الطلبات من الأشخاص الراغبين في الحصول على مفاتيح التشفير الخاص والعام والتأكد من هوية وشخصية هؤلاء المستخدمين ومنح شهادات تصديق تثبت صحة التوقيع⁴.

¹ المادة 02 فقرة 08 و 09 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01-02-2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر، ع 06، المؤرخة في 10-02-2015، ص 07.

² حليّتم سراح، " خصوصية التوقيع الرقمي في توثيق العقود الإلكترونية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 13، جامعة باتنة 01 الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، الجزائر، سنة 2018، ص 747.

³ إلياس نصيف، "العقود الدولية- العقد الإلكتروني في القانون المقارن"، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2009، ص 242-244.

⁴ فطيمة الزهراء مصدق، " التصديق الإلكتروني كوسيلة لحماية التوقيع الإلكتروني"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، ع 01، مج 05، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المسيلة، الجزائر، سنة 2020، ص 38.

من المهم الإشارة إلى اهتمام المشرع الجزائري بمسألة الحفاظ على سرية المعلومات المتعلقة بمنح شهادات التصديق من طرف مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني، وذلك بنص صريح لا لبس فيه وهو نص المادة 42 من القانون 04-15 السابق ذكره والتي تنص بأنه: " يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الإلكتروني الممنوحة"¹، وهو ما يؤكد اهتمام المشرع الجزائري بالمحافظة على أمن البيانات والمعلومات التي تمّ الإطلاع عليها من قبل مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني في إطار منح شهادات التصديق الإلكتروني التي تثبت صحة التوقيع الإلكتروني للأطراف المتعاقدة كطريقة تشفيرية تقوم على نوعين من مفاتيح التشفير تسمح بضمان سرية المعلومات المتبادلة عبر وسيلة من الوسائل الإلكترونية.

ومن هنا يكون لإجراء التشفير في المعاملة الإلكترونية دور وقائي في حماية أمن تبادل المعلومات عبر وسيلة من الوسائل الإلكترونية كالبريد الإلكتروني وغيره من خلال التأكد من أنّ المعلومات التي وصلت إلى علم المرسل إليه هي نفسها المعلومات التي قام المرسل بالتوقيع عليها².

وبحسب رأي الباحثة فإنّه من الضروري لفت انتباه المشرع الجزائري إلى ضرورة تدارك القصور التشريعي المتمثل في عدم اهتمامه بتقنية التشفير بشيء من التفصيل على غرار نظيره الفرنسي والمصري بتعديله للقانون 04-15 السابق ذكره، والقانون رقم 05-18 الذي يتعلق بالتجارة الإلكترونية المشار إليه سابقا، والذي طال انتظاره لتفاجئ بعدم تنظيمه لوسائل حماية سرية البيانات في نظم التجارة الإلكترونية، منها تقنية التشفير التي تعدّ من أهم وسائل حفظ سرية المعلومات خاصة في التجارة الإلكترونية، وهو الأمر الذي يجب تفعيله خاصة في ظل ما تشهده المعاملات الإلكترونية من تطور ملحوظ للوسائل الإلكترونية المستخدمة في التعاقد وما تتعرض له من اختراقات.

¹ القانون رقم 04-15 السابق ذكره، ص 12.

² هداية بوعزة، يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص 30.

ذلك أنه من الناحية العملية فإنّ السير في مرحلة التفاوض يفتح المجال للأطراف المتفاوضة الحصول على معلومات الطرف الآخر، حيث يستلزم عليه ألاّ يستغل ما تحصل عليه من معلومات وهذا ما ورد في دليل الغرفة الدولية بشأن التعاقد الإلكتروني لسنة 2004 ICCE TERMS بخصوص حماية سرية المعلومات المتبادلة إلكترونياً: "المعلومات هي القوة تكتسي أهمية خاصة في عالم التعاقد الإلكتروني، فالمعلومات كثيراً ما تكون حسّاسة من الناحية التجارية أو مقيدة من الناحية القانونية، مثل المعلومات الشخصية، غير أنّ الولوج إليها إلكترونياً مُتاح دون قيود، وربما كان أكثر تعرّضاً للمخاطر من المعتاد ومن ثمّ فعند تصميم تطبيق ما للتعاقد الإلكتروني مثل موقع على الويب من المهم إيلاء عناية خاصة لمسائل السرية"¹.

أكثر من ذلك أُلزم دليل الغرفة الدولية بشأن التعاقد الإلكتروني المذكور أعلاه في مرحلة تصميم تطبيق معين للتعاقد منها موقع الويب Web إتباع مجموعة من الخطوات منها المعلومات التي ستنتشر في هذا الموقع، وتلك التي ستُطلب من الأطراف المقابلة، ما إذا كان ينبغي أن يكون الوصول إلى تلك المعلومات في الموقع مُتاحاً دون قيود أم ستظهر بصورة مقيدة، وإذا كان الأمر كذلك فكيف سيُجرى تقييد ذلك الوصول ومراقبته؟، وتُضيف أنّ هذه المعلومات المتبدلة في إطار مرحلة التفاوض في العقود الإلكترونية يُمنع تعميمها بشكل غير مرخّص به، حتى ولو لم تحظى بالحماية القانونية بالنظر إلى أهميتها في المحافظة على استقرار حياة العقد المراد إبرامه بطريقة إلكترونية².

ووفقاً لتحليل ما ورد في دليل الغرفة الدولية بشأن التعاقد الإلكتروني المذكور أعلاه، والتي خصّصت القول بالإجراءات التي يجب إتباعها لحماية سرية المعلومات المتداولة عبر مواقع الويب، ولعلّ تركيزها على هذه الوسيلة الإلكترونية دون غيرها، وبحسب رأي الباحثة هو انتشار استخدامها وإن كانت غالباً ما تتضمن عقود نموذجية معدة شروطها مسبقاً لا تسمح بالتفاوض، وبما أنّ مواقع الويب ما هي إلاّ

¹ نبيل الركيك، المرجع السابق، ص 314.

² نبيل الركيك، المرجع نفسه، ص 315.

وسيلة من الوسائل الإلكترونية التي تسهل عملية إبرام العقد، فإنه لا مانع من تعميم هذه الإجراءات التي يجب إتباعها لحماية سرية المعلومات على باقي الوسائل الإلكترونية.

المبحث الثاني: الإلتزامات الثانوية المترتبة عن التفاوض الإلكتروني.

يتفرّع عن الإلتزامات الأساسية التي يفرضها مبدأ حسن النية، التزمات ثانوية لا تقع تحت حصر لذلك سيتم التطرق إلى أهمها ألا، وهي الإلتزام بالتعاون (المطلب الأول) والإلتزام بحظر إجراء مفاوضات موازية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإلتزام بالتعاون.

يُعتبر الإلتزام بالتعاون من مظاهر الإلتزام بالإعلام، حيث يكون للأطراف المتفاوضة طلب جميع الإيضاحات المهمة لإبرام العقد محل التفاوض لتجسيد مظاهر التعاون الحقيقي بين الأطراف، وإزاء قصور التشريع المقارن والجزائري محل الدراسة في تعريف هذا الإلتزام سيتم التطرق إلى التعريف الفقهي لهذا الإلتزام (الفرع الأول)، ثمّ موقف القضاء (الفرع الثاني)، و بيان مضمونه (الفرع الثالث)، وأخيرا طبيعته (الفرع الرابع).

الفرع الأول: التعريف الفقهي للإلتزام بالتعاون.

لم يتطرق التشريع المقارن والجزائري محل الدراسة إلى تعريف الإلتزام بالتعاون، تاركا الأمر للفقهاء باعتباره التزام ثانوي يفرضه مبدأ حسن النية في جميع مراحل العقد منها مرحلة التفاوض موضوع الدراسة.

يُعتبر الفقيه الفرنسي René Demogue من أوائل الفقهاء الذين اعتبروا الإلتزام بالتعاون من مقتضيات مبدأ حسن النية في مرحلة صياغة العقد، والذي أصبح مُعمّما لاحقا في جميع مراحل العقد منها مرحلة التفاوض، فهو عبارة عن اعتماد موقف إيجابي من أجل تعزيز نتائج المفاوضات¹.

وهو ما أكّده الفقيه الفرنسي Denis Mazeud على أنّ واجب التصرف بنزاهة أثناء التفاوض يتطلّب من الأطراف المعنية التعاون فلخصّها بقوله: "البعض يطور باسم حسن النية أخلاقا تعاقدية أكثر تطلبا وديناميكية، فهي لم تعد مجرد مسألة تتعلق بأسلوب سلبي لمطاردة السلوك الذي يكشف عن الخبيث من جانب الشخص الذي يتبناه، وهذه زيادة تعاقدية تعبر عنها واجبات التضامن والأخوة على حساب المتعاقدين ومن المصلحة المشتركة أن يحفز العقد بعد ذلك روح التعاون التي من شأنها أن تتداخل حتى في الحالات القصوى مع أخلاقية معينة من التنازل عن العقد"².

انطلاقا مما سبق عرّف الفقيه الفرنسي Jacques Flour الإلتزام بالتعاون بأنّه: "التوفيق بين المصالح المتعارضة، إذ يتحول التعارض في المصالح السابقة على التعاقد إلى تعاون إيجابي"³، وهو نفس المعنى الذي ساقه الفقيه Jacques Mestre للإلتزام بالتعاون الذي عرّفه بأنّه: "ضرورة التوجهات والسلوكيات التي تتقاطع لخدمة مصلحة مُشتركة"⁴.

ونظرا لكون العقد المراد إبرامه حسب رأي الفقيه الفرنسي Jean Carbonnier هو وسيلة للتوفيق بين المصالح المتعارضة يطمح من وراءها كل طرف إلى تحقيق مصالحه الخاصة ولو على حساب مصالح الطرف الآخر، الأمر الذي يحتم وجود صراع مستتر يُخفيه التعاون الظاهر، وعلى هذا الأساس يقصد بالإلتزام بالتعاون: "مراعاة المصلحة الموحّدة المشتركة للطرفين من خلال الحوار البناء النزيه المتبادل،

¹ Cité par Sarah Barry, op.cit, p 173-174.

² Ibid, p 175.

³ نقلا عن زيتوني فاطمة الزهراء، "مبدأ حسن النية في العقود-دراسة مقارنة-"، مرجع سابق، ص 356.

⁴ نقلا عن عرعارة عسالي، "التوازن العقدي عند نشأة العقد"، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015، ص 217.

الوثيق والمستمر بين الأطراف المتفاوضة بما يكفل الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية ومُرضية أهمها إبرام العقد محل التفاوض"¹.

ما يُمكن ملاحظته من خلال هذه التعاريف أنّ الإلتزام بالتعاون هو ذلك العمل المشترك بين أطراف العقد محل التفاوض، إذ يتجسّد هذا الإلتزام في السلوكيات والتصرفات التي تصبوا إلى خدمة هؤلاء الأطراف من خلال تحقيق مصالحهم المشتركة، لأنّه يُعد تطبيق محض لمبدأ حسن النية"².

وفي هذا المقام عبّر الفقيه الفرنسي Mousseron عن فكرة التعاون في مرحلة التفاوض بقوله: "قد يتبادر إلى الذهن بأن المقطع الأول من كلمة عقد يعني ضد، ولكن الحقيقة غير ذلك لأنّ هذا المقطع يعني مع، والدليل على ذلك أنّ أصل كلمة عقد هو كلمة Cumtrahere أي يشدّ مع، أكثر من ذلك يمكن أن يوصف العقد بالذراع الخشبي الذي يُربط به رأسا ثورين ليتمكّننا من الحرث فإنّ هذا الذراع الخشبي لا يُمكن أن يوضع على رأس ثورين متنافرين، إذ لا يتصور أبدا في هذه الحالة أن يتمكّننا من شدّ المحراث لفترة طويلة"³.

ووفقا لتحليل الأستاذ Mousseron فإنّه يربط فكرة التعاون بفكرة العقد من خلال تنسيق المصالح المتقابلة بتوحيدها، فالعقد بطبيعته تصرف تعاوني تحقيقا لمبدأ العدالة والتوازن العقدي المبني على مبدأ حسن النية، وعليه فإنّ الهدف من الإلتزام بالتعاون هو تكوين علاقة عقدية على أسس متينة خالية من أي مشاكل قد تظهر مُستقبلا"⁴، ذلك أنّ الإلتزام بالتعاون بحسن نية يحمل أطرافه على التعاون المتبادل قصد ضمان التوصل إلى إبرام العقد محل التفاوض والتغلّب على مُختلف المشاكل التي قد تعترض طريقيهما بشكل مُشترك"⁵.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 150-151.

² بن سالم المختار، المرجع السابق، ص 20.

³ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 477-478.

⁴ إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 955.

⁵ مراد محمود المواجهة، المرجع السابق، ص 461.

الفرع الثاني: موقف القضاء من الإلتزام بالتعاون.

من أهم الأحكام القضائية الفرنسية التي جسّدت الإلتزام بالتعاون في مرحلة التفاوض ما أكّده محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 09-02-1981 عن الغرفة التجارية بأنه: "يجب أن يكون هناك تعاون واعتدال بين أطراف التفاوض أثناء مرحلة التفاوض"، حيث تلخص وقائع القضية في أنّ شركة سيارات كانت قد تعاقدت مع شركة لتوزيع سياراتها ضمن بنود معينة وبعد ذلك تحوّلت هذه الشركة الموزعة إلى شركة أخرى لها نفس النشاط ولكن بتسمية أخرى، حيث قامت شركة السيارات أثناء التفاوض مع هذه الشركة الموزعة الجديدة التي آلت إليها الشركة الموزعة القديمة بتضمين العقد المقترح بنوداً مختلفة تماماً عن البنود التي كانت في عقد الشركة الأولى، وعند عرض النزاع على المحكمة توصلت هذه الأخيرة إلى أنّ هذا الفعل الصادر عن شركة السيارات، يعتبر إخلالاً بواجب التعاون الذي يفرض الإستمرار في توزيع السيارات نفسها، حيث تبين للمحكمة أنّ المقترحات المقدمة من شركة السيارات للشركة الموزعة هي مقترحات غير معتدلة وغير معقولة مما يعبر هذا الأمر عن الإخلال بالإلتزام بالتعاون في مرحلة التفاوض أي تقديم مقترحات بعيدة كل البعد عن العروض التي يقدمها المتفاوض إلى الطرف الآخر في مفاوضات موازية على نفس موضوع العقد هو في حدّ ذاته إخلالاً بالإلتزام بالتعاون¹.

من خلال تحليل وقائع القضية المذكورة أعلاه، يتبين أنّ شركة السيارات دخلت في مفاوضات عقدية مع شركة موزعة للسيارات على أساس أن تُوزع لها نوع معين من السيارات، وعندما آلت هذه الشركة الموزعة للسيارات إلى شركة أخرى لها نفس النشاط، لم تُحافظ شركة السيارات على نفس البنود المتفاوض عليها في العقد الأولي، وذلك بقيامها بتقديم مقترحات تتعارض مع العروض المقدمة من طرف شركة توزيع السيارات في مرحلة التفاوض، وهذا في حدّ ذاته إخلالاً بمضمون الإلتزام بالتعاون وهو الإخلال بالإلتزام بالمفاوضات الموازية التي تلزم على أطراف التفاوض السير على نفس البنود والإقتراحات

¹المزيد من التفاصيل راجع محمد عمر عبد الله حفناوي، "المفاوضات في عقود التجارة الدولية-دراسة مقارنة-"، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم الدراسات القانونية، المفرق، الأردن، السنة الجامعية 2001-2002، ص 89.

والعروض المتفق عليها بداية خاصة في ظل غياب اتفاق صريح يقضي بغير ذلك ولهذا الأسباب ومن أجلها يكون حكم محكمة النقض الفرنسية المذكور سابقا قد طبق القانون على أكمل وجه.

ومن الاجتهادات القضائية الفرنسية بخصوص فرض الإلتزام بالتعاون في مرحلة التفاوض ذلك القرار القضائي الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 06-01-1998 والذي أدانت فيه سلوك وكيل العقارات الذي قرّر كسر المفاوضات في اليوم السابق لتوقيع الوعد حيث تتلخص وقائع القضية في أنّ السيد M.Y.,Z.,X... و A.M.A.... من جنسية سعودية يمتلك 99 بالمائة من أسهم شركة تقع في شبه جزيرة فرنسا يُطبّق عليها القانون الفرنسي تأسست بتاريخ 31-01-1973 لغرض وحيد هو الحصول على عقار لاستخدامه مكاتب وهو الأمر الذي تحقق في نفس اليوم بدخول الأطراف المذكورة أعلاه في مفاوضات مع السيد Pierre B وكيل عقارات للتصرف في كامل رأس مال الشركة، حيث أنّه بتاريخ 15-10-1990 وجّه هذا العرض إلى السيد Pierre B برسالة تحدد سعر الشراء ب 90000000 فرنك مشفوعة بضمانات الاستخدام، ولاسيما الاستحقاقات ودفع ما يصل إلى 10 بالمائة في شكل ضمان مصرفي عند التوقيع، على أن يُدفع الباقي على ستة أشهر من العقد الأصلي، حيث أنّه بتاريخ 24 أكتوبر الموالي تمّ عقد اجتماع بحضور مستشاري الأطراف من أجل تحديد شروط النقل في مدة وجيزة من نفس اليوم، قام السيد André B وهو أيضا وكيل عقارات باسم السيد Pierre B دون شروط ودون تحفظ بالتزامه بشراء جميع الأسهم مع تحديد البيع عند الموثق بتاريخ 08-11-1990 والبيع النهائي بتاريخ 30-04-1991، حيث أنّ عدم حصول السيد Pierre B على الضمان المصرفي لم يمنح له الحق في متابعة العملية، حيث قام هذا الأخير برفع دعوى قضائية ضد السيد André B للحصول على التعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة كسر السيد André B للمفاوضات، حيث ثبت لمحكمة الإستئناف أنّ هذا الفعل يدل على سلوك خاطئ وبالتالي تأييد الحكم المستأنف فيه الصادر بتاريخ 07-07-1995 بدفع تعويض قدره 500000 فرنك بعنوان جبر ضرر المصلحة، حيث رأت محكمة الإستئناف أنّ المفاوضات كانت متقدّمة للغاية بالنظر إلى الفترة القصيرة بين تاريخ الاجتماع

والتاريخ المحدد للتوقيع على الوعد عند الموثق، وأنّ السيد Pierre B في حاجة إلى قرض مصرفي لتسديد الثمن الكامل، وبناء على ذلك يعتبر سلوك السيد André B سلوك غير مشروع من جهة إلحاق الضرر بالسيد Pierre B ومن جهة أخرى عدم تعاونه بمساعدة هذا الأخير بالتصرف في اتجاه مؤات لمصالح السيد Pierre B.¹

يتبين من خلال الأحكام القضائية السابقة، أنّ الإلتزام بالتعاون أضحي من المبادئ المستقر عليها في مرحلة التفاوض، يتجسد من خلال الحوار التبادلي البناء بين أطراف التفاوض بعيدا عن الغش والتحايل لتحقيق مصلحة شخصية على حساب إلحاق الضرر بالطرف الآخر.²

في حين أنّ القضاء المصري والجزائري على خلاف نظيره الفرنسي، لم يجتهد بفرض الإلتزام بالتعاون في مرحلة التفاوض، وبحسب رأي الباحثة فإنّه من الضروري لفت انتباه القضاء المصري والجزائري إلى الإهتمام والالتفات نحو فرض هذا الإلتزام في مرحلة التفاوض، بالنظر إلى أهميته في الحفاظ على التوازن العقدي، وهذا تكريسا للمادتين 367 ق.م.ج المقابلة لنص المادة 435 ق.م.م التي تنص بأنّه: " يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكّن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يتسلّمه تسليما ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنّه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع، وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية "

ومن خلال تحليل نص المادة 367 المقابلة لنص المادة 435 المذكورتين أعلاه، يتبين للباحثة أنّ عبارة "وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكّن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليما ماديا"، تدلّ على ضرورة مساعدة البائع للمشتري في حيازة الشيء المبيع والانتفاع به دون حاجز

¹ Cass. Chambre civile 1 du 06 juin 1998, 95-19,199, publié au bulletin 1998 IN 7, p 05 voir le site d'internet <http://www.legifrance.gouv.fr> 2022-02-28 تاريخ الإطلاع

² محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 68-69.

يعيقه على ذلك، وهذا في إطار التعاون تطبيقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية الذي يفرض امتداد هذا الالتزام إلى مرحلة التفاوض كما سبق التوضيح.

الفرع الثالث: مضمون الإلتزام بالتعاون.

يُعتبر الإلتزام بالتعاون التزام قائم بحدّ ذاته طويلة مرحلة التفاوض، فهو يتقرّر ضمناً دون الحاجة إلى نص قانوني صريح¹، ذلك أنّ أساس هذا الإلتزام هو مبدأ حسن النية الذي يفرض على الأطراف احترام القواعد القانونية من خلال تجنّب الأمور التي تنطوي على سوء النية من غش وتحايل، وبمفهوم المخالفة القيام بتصرفات إيجابية منها الإلتزام بالتعاون فهو من مقتضيات حسن النية في جميع مراحل العقد، وهو ما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي الذي يكفي بمنح مبدأ حسن النية تفسيراً موسّعاً حتى يفرض التعاون الذي هو من مستلزماته وهو ما يجعل من غير المهم تكريس الإلتزام بالتعاون في القانون المدني².

وفي هذا المقام يذهب جانب من الفقه إلى أنّ الإلتزام بالتعاون يشمل على سبيل المثال لا على سبيل الحصر احترام مواعيد التفاوض والجدية في مناقشة العروض إلى جانب عدم السعي إلى خلق مشاكل ووضع العراقيل بدون مبرر معقول وذلك من أجل إنجاح عملية التفاوض³.

وأول تطبيق لهذا الإلتزام كما سبق التوضيح، كان نتيجة حسن النية الذي يفرض الإلتزام بتقديم المعلومات المهمة والحاسمة بالنسبة للطرف المشترك من خلال تزويده بها إذا كان غير قادر على التحري عنها شخصياً، أو أنّه يضع كامل ثقته فيه، هذا الإلتزام له دور التسهيل من أجل تحقيق الأهداف

¹ بن جبارة عباس، المرجع السابق، ص 123.

² نقلاً عن جبار سماح، المرجع السابق، ص 42.

³ نقلاً عن محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 61-62.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

المشروعة والمعقولة بالحوار ومحاولة إيجاد حلول للمشاكل التي قد يصطدم بها أطراف التفاوض طيلة هذه المرحلة، حيث يجب عليهم التصرف بطريقة تعزز روح التعاون¹.

ذلك لأنّ الإلتزام بالتعاون ليس بالإلتزام مستقل عن الإلتزامات الأساسية لمبدأ حسن النية وهي الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات وإتّما هو التزم متفرّع عنهما يُكتملها ويُساعدهما، حيث يتمحور مضمونه بالسير على نفس مضمون هذه الإلتزامات جميعها²، حيث أنّ جوهر الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض يتمثل في التعاون بين أطراف هذه المرحلة الذي يفرض على المدين بالمعلومات القيام بتمكين الدائن من جميع البيانات والمعلومات التي من شأنها التأثير على إرادته نحو التعاقد من عدمه، وبذلك فهو يلعب دور وقائي من عيوب الرضا، حيث يكون الإلتزام بالتعاون في خدمة الأطراف المتفاوضة³.

وتماشيا مع ما تمّ ذكره تبرز خصوصية الإلتزام بالتعاون كونه التزم تبادلي يقع على عاتق أطراف التفاوض معا من خلال إرساء روح المشاركة القائمة على الثقة المتبادلة في مرحلة التفاوض، ذلك أنّ هذه الأخيرة بطبيعتها تتطلب بذل الجهود من قبل جميع الأطراف، ففي العقود المبرمة عبر مختلف الوسائل الإلكترونية ونظرا لخصوصيتها التي تتمثل في الوسيلة الإلكترونية، وما ينتج عنها من مشاكل تقنية وقانونية كما سبق التوضيح، الأمر الذي يستلزم معه التعاون لضمان حسن سير هذه المرحلة وبالتالي الوصول إلى إبرام العقد محل التفاوض عبر مختلف الوسائل الإلكترونية⁴.

¹Marie-Hélène Dufour, "Obligation de bonne foi-Droit des contrats de construction et bonne foi : l'obligation de coopération des parties à un contrat d'entreprise de construction-", revue juridique Thémis, faculté de droit, université de Montréal, canada, voir le site d'internet <https://ssl.editionsthemis.com> تاريخ الإطلاع 2021-02-06

² هلدیر أسعد أحمد، " نظرية الغش في العقد دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني"، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، لبنان، سنة 2011، ص 175.

³ علي أحمد صالح، المرجع السابق، 479-480.

⁴ خالد صقر أبو زهرة، " التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في فلسطين-دراسة مقارنة-"، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة بيرزيت، كلية الدراسات العليا، بيرزيت، فلسطين، السنة الجامعية 2020-2021، ص 74.

ومن أمثلة مضمون الإلتزام بالتعاون الذي يتمثل في عدم السعي إلى إثارة المشاكل لإجهاض مرحلة التفاوض الإلكتروني وضع الرسائل غير المرغوب فيها وإرسالها إلى البريد الإلكتروني للطرف المتفاوض الآخر، فهو أمر سلبي من شأنه خلق منازعات بين الأطراف المتفاوضة وعليه يقع على عاتقهم الإلتزام بالتعاون من أجل عدم إتيان هذا الفعل السلبي¹.

هذا الإلتزام في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية تفرضه التطورات الحديثة للعلاقة التعاقدية التي تتميز بالخصوصية، الأمر الذي يجعلها علاقة تعاون وتآزر لا علاقة خصام، لأنّ تضارب المصالح التي تدخل في تكوين وبناء العلاقة التعاقدية لا يمكن أن تمنعهم من التعاون لتحقيق الهدف المنشود وهو المنفعة المشتركة²، والدليل على ذلك أنّ الفقيه الفرنسي Mestre اعتبر فكرة التعاون مرحلة جديدة في تطور قانون العقود³.

وعليه يمكن القول أنّ للإلتزام بالتعاون في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية أهمية بالغة، من خلال تفعيل الحوار والمراسلات وتقديم الإرشادات بحسن نية والصدق من خلال التواصل المستمر بين أطراف التفاوض ليتم إبرام العقد الإلكتروني بعد ذلك لا محال⁴، وبالتالي فإنّ الإلتزام بالتعاون يؤدي دور وقائي لاستقرار المراكز القانونية لأطراف التفاوض⁵.

¹ محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 167.

² علاق عبد القادر، "أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها-دراسة مقارنة-"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2007-2008، ص 20.

³ نقلا عن دزيري إبتسام، وهاب حمزة، "أهم مظاهر تأثير مبدأ حسن النية على مرحلة تكوين العقد"، مجلة المعيار، ع 61، مج 25، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية أصول الدين، قسنطينة، الجزائر، سنة 2021، ص 458.

⁴ محمد أحمد كاسب خليفة، "الإثبات والإلتزامات في العقود الإلكترونية"، ط 01، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2019، ص 159.

⁵ حامد محمد شبيب الجبوري، "أهمية الإلتزام بالعقود وضمائنها للحقوق التعاقدية وفقا للقوانين المدنية العربية"، ط 01، دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2021، ص 163.

أكثر من ذلك أضحى الإلتزام بالتعاون تفرضه العدالة العقدية، التي تهدف إلى حماية الأطراف المتفاوضة بالموازاة مع تفعيل هذا الإلتزام الذي هو واجهة لمبدأ حسن النية.

ولتحقيق الأمن التعاقدي أضحى الأمر يستدعي ضرورة التوجّه نحو تصوّرات جديدة في مرحلة التفاوض التي تفرض التضامن والإحياء، أي الإنسجام في العلاقة التفاوضية لتحقيق التوازن العقدي خاصة في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، حيث يُساهم الإلتزام بالتعاون بشكل كبير في جعل هذه العقود الإلكترونية محل التفاوض تتسم بالأمان نحو التعاقد¹.

وعليه يمكن القول أنّ للإلتزام بالتعاون في مرحلة التفاوض قفزة نوعية في مجال إنفاذ العقد من احتمال انهيّاره بعدم التوصل إلى إبرامه من خلال تسيير الإختلالات المستقبلية، فهنا لم تعد العلاقة التفاوضية تحمل في طياتها تعارض لمصالح الطرفين وإنّما عدلا أصبحت تأخذ صورة تبادل للمصالح.

الفرع الرابع: طبيعة الإلتزام بالتعاون.

اتفق الفقه حول طبيعة الإلتزام بالتعاون على أنّه التزام ببذل عناية الرجل العادي، بما تحكم به العادات والتقاليد التجارية الدولية حسب ظروف التفاوض، فلكل معاملة دولية تقاليد معينة يجب مراعاتها عند التفاوض، الأمر الذي يجب معه أن يبذل العناية اللازمة بمراعاة الإعتدال في التفاوض وعدم المغالاة في مقترحاته أو تصرفاته على وجه يُخالف العادات والتقاليد المتبعة في شأن المعاملة المتفاوض عليها²، أي أنّ الإلتزام بالتعاون يفرض على أطراف التفاوض الإسهام والتدخل بفعالية قصد تسهيل مُهمتهم وهي التوصل إلى إبرام العقد محل التفاوض³.

¹المزيد من التفاصيل راجع عبد المجيد غميحة، "أبعاد الأمن التعاقدي وارتباطاته"، ملتقى دولي بعنوان "الأمن التعاقدي وتحديات التنمية"، المنظم من طرف الهيئة الوطنية للموثقين، الصغيرات، المغرب، يومي 18 و 19 أفريل 2014، منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.ism.ma> تاريخ الإطلاع 18-02-2022.

² محمد عمر عبد الله خفناوي، المرجع السابق، ص 90.

³ عسالي صباح، "مبدأ حسن النية كميّار لحماية التعاقد"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع03، مج 14، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2021، ص 727.

وبالتالي فإنّ المعيار المعتمد هنا هو معيار الرجل المعتدل المتوازن مفاده عدم الرجوع إلى الوراء بإثارة نزاع دون مبرر مشروع في موضوع تمّ حسمه من قبل¹، وهو ما أكّده الأستاذة Christine Le Brun بقولها: "الإلتزام بالتعاون هو التزم ببذل عناية أي بوسيلة وليس بتحقيق نتيجة والسبب من وراء ذلك يعود إلى كونه التزم غير محدود أي ليس له حصر من حيث مضمونه الذي يكون على سبيل المثال، لأنّ المتفاوض إلى جانب التزمه بهذا الإلتزام يكون ملزم بالتزامات أخرى"²، وهو ما ذهب إليه أيضا الأستاذ عبد الحلیم عبد اللطيف القوي بقوله: "الإلتزام بالتعاون يعني قيام الأطراف الراغبة في التعاقد ببذل العناية اللازمة للوصول بالعقد المراد إبرامه إلى أفضل صورة وأحسن حال"³.

وعلى هذا الأساس يفرض هذا الإلتزام على أطرافه السير في التفاوض بمنتهى الدقة والجدية للوصول إلى أفضل النتائج، وعليه يعتبر التزم ذو نتيجة نسبية يتوقف على طبيعة الشخص وأخلاقه بأن يسلك مسلك الرجل الأمين، من خلال الإمتناع عن الغش والحيل التي من شأنها جعل عملية التوصل إلى إبرام العقد محل التفاوض مُستحيلا، مرهقا أو تحميل أحد الأطراف مصاريف لا تتناسب مع الفائدة التي يتوخاها من التفاوض، كأن يقوم متلقي العرض أثناء التفاوض عبر البريد الإلكتروني الخاص بموجه رسالة العرض بزراعة فيروس على هذه الرسالة، مما يسبب عرقلة استخدام هذه الوسيلة الإلكترونية باختراقها في غير الغرض الموجه إليه، إذ أنّ الإلتزام بالتعاون يفرض على الدائن به العمل على الحدّ من تفاقم الضرر الذي قد يلحق بالطرف الآخر أي أن يبذل ما في وسعه لدفع الضرر⁴.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 152.

² Christine Le Brun, op.cit, p 04.

³ عبد الحلیم عبد اللطيف القوي، "حسن النية وأثره في التصرفات"، دون ذكر الطبعة، دار المطبوعات الجامعية للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2010، ص 427.

⁴ شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، "حسن النية في تنفيذ العقد-دراسة مقارنة-"، المجلة العلمية لجامعة جيهان-السليمانية، ع01، مج05، جامعة جيهان، السليمانية، العراق، سنة 2021، ص 52-53.

والقول أنّ الإلتزام بالتعاون بالتزام بوسيلة، لأنّه يفرض على الأطراف المتفاوضة إبلاغ بعضهما البعض بالفرص التي قد يُتيحها لهم إبرام العقد محل التفاوض، مع تقييم المشاكل التي قد تثار أثناء هذه المرحلة مع الإجتهد في إيجاد الحل الأنسب لها.

المطلب الثاني: الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية.

تتجسّد أهمية الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية في تحقيق ضمان عدم الغش والإحتيال في مرحلة التفاوض، حيث أن التشريع المقارن والتشريع الجزائري محل الدراسة تغاضى عن بيان موقفه من هذا الإلتزام، تاركا الأمر للفقهاء والقضاء ومن أجل الإمام بهذا الإلتزام، سيتم تسليط الضوء على التعريف الفقهي (الفرع الأول)، ثم بيان موقف الفقه المقارن (الفرع الثاني)، وموقف القضاء (الفرع الثالث)، وأخيرا طبيعته القانونية (الفرع الرابع).

الفرع الأول: التعريف الفقهي للإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية.

تولى الفقه مهمّة تعريف الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية، وذلك إزاء قصور التشريع المقارن والتشريع الجزائري محل المقارنة، حيث عرّفه جانب من الفقه بأنه: "كل فعل من شأنه الإمتناع عن الدخول في مفاوضات سبق إجرائها مع طرف العلاقة التفاوضية مع الغير لمدة معينة"¹.

وعرّفه جانب آخر بأنّه: "أن يمتنع أطراف التفاوض على التفاوض مع طرف آخر خلال مدة زمنية معينة وهي المدة اللازمة للتوصل إلى اتفاق على جميع بُنود وشروط العقد المراد إبرامه أو هي المدة المحددة التي يُمكن بعدها قطع المفاوضات أو العدول عنها"².

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 497.

² عبد المجيد قادري، مراد عمراني، "التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع02، مج04، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المسيلة، الجزائر، سنة 2020، ص 803.

يُستنتج من التعاريف السابقة، أنّ مضمون الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية يتجسّد في الإمتناع عن الدخول في مفاوضات تم السير فيها مُسبقاً مع طرف آخر يخرج عن علاقة التفاوض الأصلية بنفس الموضوع وفي المدة التي سبق الإلتفاق عليها لإجراء هذه المفاوضات.

الفرع الثاني: موقف الفقه المقارن من الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية: لم يتفق الفقه المقارن على رأي موحد وثابت فيما يخص مسألة الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية، وإتّما ذهب إلى ثلاثة آراء مختلفة:¹

أولاً: الإتجاه الفقهي الأول: يستند إلى أنّه من مقتضيات مبدأ حسن النية عدم إجراء مفاوضات موازية مع الطرف الغير الذي يخرج عن علاقة التفاوض طويلة المدة التي تستغرقها المفاوضات.

ثانياً: الإتجاه الفقهي الثاني: يستند إلى أنّ مبدأ حسن النية لا يفرض الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية، فهذه الأخيرة مشروعة طبقاً للقاعدة العامة التي تحكم المفاوضات، وهي حرية هذه الأخيرة وعليه فإنّ القول بحظر الدخول في مفاوضات موازية على إطلاقه قول لا أساس له من الصحة، حيث لا يتم تطبيقه إلاّ في حالات خاصة.

ويذهب هذا الجانب الفقهي إلى أنّ هذه الحالات الخاصة تتمثل في:²

1- الحالة الأولى: تتمثل في وضع شروط معينة وهي:

أ- شرط القصر (شرط الإستبعاد): وهو الاتفاق العقدي على الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير.

¹ عبد المجيد قادري، مراد عمراني، المرجع نفسه، ص 804.

²Sarah Barry, op.cit, p 74-77.

ب- شرط الصدق (الإخلاص): وهو الاتفاق العقدي بأن يُقصح الطرف المتفاوض للطرف المقابل له عن أي مفاوضات يكون قد أجراها، أو سيضطلع بها مع طرف ثالث.

2- الحالة الثانية: تتمثل في تحديد تاريخ إبرام العقد محل التفاوض.

ثالثا: الإتجاه الفقهي الثالث: يستند إلى أنّ ما يفرضه مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض ليس منع الدخول في مفاوضات موازية مع الغير، وإنما يجب الإفصاح عن هذه الأخيرة بشفافية.

وهو رأي كل من الفقيه الفرنسي Philippe Le Tourneau والفقيه المصري أبو العلا علي أبو العلا النمر، بحجة أنّ مبدأ حسن النية لا يتعارض مع وجود مفاوضات موازية، وأنّ الدخول في هذه الأخيرة ليس في حدّ ذاته خطأ، ولكنّ الخطأ هو إخفاء وجود مفاوضات موازية¹.

ويؤكّد هذا الجانب من الفقه رأيه بالقول: "يبدو أنّ مبدأ حسن النية يتطلّب من المتفاوض توحي بعض الحذر في إجراء مفاوضات موازية مع عدّة أطراف، وهذا من خلال إعلامهم بدخوله في مفاوضات مع عدّة أطراف على نفس موضوع التفاوض"².

وتتفق الباحثة مع الإتجاه الفقهي الثالث، وذلك لأسباب منطقية حيث أنّ الأصل هو مبدأ حرية التفاوض الذي تمّ تهذيبه كما سبق التوضيح بمبدأ حسن النية، هذا الأخير يفرض على أطراف التفاوض تعزيز روح الثقة بينهم، وذلك بعدم إخفاء أي أمر على الآخر فيما يخصّ علاقتهم التفاوضية، وبما أنّ واقع المعاملات المدنية عامة والتجارية خاصّة أصبحت تفرض على صاحب العرض الدخول في مفاوضات مع عدّة أطراف على نفس الموضوع قصد البحث عن أفضل مُتعاقد في المستقبل تفاديا

¹ Cité par Elsehly Mahmoud, op.cit, p 83.

² Cité par Luiz Fernando Kuyven, "La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Foudements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation", thèse de doctorat nouveau régime en cotutelle, droit des affaires, université de Strasbourg, france, soutenue le 24-03-2010, année universitaire 2009-2010, p 216.

لضياع الوقت مع طرف واحد، قد لا يكون هو الطرف المناسب بالنسبة لصاحب العرض بعد مُدّة من السير في مرحلة التفاوض.

ولتجنّب هذا الأمر يُفضّل صاحب العرض الدخول في مفاوضات موازية مع عدّة أطراف على نفس الموضوع وفي نفس الوقت مع عدم إخفاء هذا الأمر على أي طرف، حتى يتسنى لهذا الأخير أخذ كل احتياطاته اللازمة باحتمال عدم التوصل إلى إبرام العقد محل التفاوض، وبحكم التطور التكنولوجي الذي جعل من عملية التفاوض على العقود وإبرامها تتم عبر مختلف الوسائل الإلكترونية الأمر الذي ساهم في تعزيز العقود الإلكترونية لتقريب المسافات رغم تباعدها دون الحاجة إلى التنقل الأمر الذي لا يمنع من الدخول في مفاوضات موازية عبر مختلف الوسائل الإلكترونية.

الفرع الثالث: موقف القضاء من الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية.

غني عن البيان أنّ للقضاء الفرنسي الدور الأساسي في تفعيل الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية، وذلك أمام غياب النصوص القانونية الصريحة التي تحظر مثل هذا السلوك السلبي، ومن أهم القرارات القضائية الفرنسية، التي كرّست هذا الإلتزام ما قضت به محكمة الإستئناف الفرنسية Versailles بتاريخ 05-03-1992 في قضية Gallay et Alvat¹ بقولها: "عدم وجود تعهد من جانب الشركة الفرنسية Gallay يلزمها بالإمتناع عن التفاوض مع الغير بخصوص التنازل عن الحصص محل النزاع، وعليه فإنّ هذه الشركة لم تخالف أي التزام من شأنه إلحاق الضرر بالشركة الإنجليزية التي سبق وأن تم التفاوض معها".

وتتلخّص وقائع القضية في أنّ إحدى الشركات الفرنسية المسماة "Gallay" دخلت في مفاوضات مع شركة إنجليزية المسماة "Alvat" بهدف إبرام عقد تنازل بموجبه الأولى للثانية عن 70 بالمائة من الحصص التي تملكها بأحد فروعها، حيث أنّه وبعد عدّة جلسات من التفاوض بين ممثلي

¹نقلا عن شيرزاد علي سليمان، المرجع السابق، ص 394.

الشركتين المذكورتين التي رصت على وضع الشروط الملائمة لكل منهما بهدف إبرام العقد محل التفاوض، علمت الشركة البلجيكية Alvat أثناء السير في هذه المفاوضات أن الشركة الفرنسية Gallay أجرت مفاوضات موازية مع شركة أخرى إنجليزية على نفس موضوع التفاوض الأصلي الأمر الذي جعلها تقطع السير في المفاوضات مع الشركة الفرنسية Gallay وإنهائها، لترفع مباشرة دعوى قضائية ضد هذه الأخيرة أمام محكمة باريس Nanterre طالبت فيها بصفة أصلية التنفيذ العيني الذي يتمثل في مضمون التفاوض وهو نقل نسبة 70 بالمائة من الحصص المتفق عليها إليها، مع إلزام الشركتين الفرنسية والإنجليزية بالتضامن دفع التعويض عن الأضرار التي لحقتها نتيجة قيام الشركة الفرنسية بمفاوضات موازية مع الشركة الإنجليزية أثناء السير في التفاوض بينها وبين الشركة الفرنسية، حيث أن محكمة باريس Nanterre وأثناء النظر في النزاع المعروض عليها وافقت على هذه الطلبات بموجب حكم، إلا أنه تم استئناف هذا الأخير أمام محكمة الاستئناف الفرنسية Versailles التي قامت بإلغاء الحكم المستأنف فيه والتصدي من جديد للنزاع على أساس عدم ثبوت وجود اتفاق صريح على حظر إجراء مفاوضات موازية.

وبالتالي فإنّ الشركة الفرنسية لم تخالف أي التزام، وذهبت محكمة الاستئناف إلى أبعد من ذلك وهو أن الشركة الفرنسية كانت قد وجهت عرضا عاما إلى مختلف الشركات من أجل البحث عن شريك ولم يكن هذا العرض موجهًا فقط للشركة البلجيكية وحدها.

وأمام حكم محكمة الإستئناف Versailles المذكور أعلاه، يُمكن تبرير موقف هذه الأخيرة على أساس أنّ مضمون العرض الموجه من الشركة الفرنسية إلى الشركة البلجيكية يتضمن عرض عام موجه إلى جميع الشركات في دول العالم للدخول في مفاوضات موضوعها تنازل الشركة الفرنسية عن حصة نسبتها 70 بالمائة من الحصص التي تملكها إلى الشريك الذي يتعاقد معها بالفعل، وأنّه أمام هذا الوضع كان على الشركة البلجيكية أن تبرم اتفاق يلزم الشركة الفرنسية بالإمتناع عن إجراء مفاوضات

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

موازية مع شركة أخرى، أي أهمية وجود عقد التفاوض الذي يحمل شرط حظر الدخول في مفاوضات موازية مع الغير¹.

ومن القرارات القضائية أيضا فيما يخص الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية ما قضت به الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 26-11-2003²، الذي أيدت فيه القرار الصادر عن محكمة الإستئناف باريس بتاريخ 29-10-1999 في قضية Alain Manoukian: "حق المدعي في التعويض على أساس إخلال المدعى عليه بالإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير في وقت اتفق فيه الطرفان على ميعاد لتوقيع العقد المتفاوض عليه وتبين فيه من ظروف التفاوض حتمية التوقيع على العقد"، حيث تتلخص وقائع القضية في دخول مساهم لدى الشركة X بالتفاوض مع الشركة Alain Manoukian من أجل شراء هذه الأخيرة لجميع أسهم الشركة X، حيث تم الاتفاق بين الطرفين على كافة شروط العقد المراد إبرامه مع الإتفاق على تاريخ التوقيع على هذا العقد بتاريخ 24-09-1997 في انتظار استكمال الطرفين لبعض الشروط المتفق عليها في مرحلة التفاوض، حيث تمّ تمديد هذه المدّة إلى غاية 15-11-1997.

إلاّ أنّه بتاريخ 10-11-1997 دخل المساهم لدى الشركة X في مفاوضات مع شركة أخرى بهدف شراء هذه الأخيرة لجميع أسهم الشركة X مُبرّرا ذلك غياب اتفاق تعاقدى بينه وبين الشركة Alain Manoukian، وأنّ العلاقة بينهما مجرد مفاوضات فقط لا غير.

إلاّ أنّ محكمة النقض الفرنسية اعتبرت هذا الفعل مخالف لمبدأ حسن النية الذي يفرض الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية في حال الاتفاق على تاريخ محدد لتوقيع العقد محل التفاوض الأمر الذي يستوجب التعويض، لهذا السبب أيدت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة الإستئناف المذكور أعلاه،

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 500.

² تاريخ <https://legifrance.gouv.fr> Bulletin 2003IVnuméro 186 p206 26 novembre 2003 Cass.com

الإطلاع 06-03-2022.

مع الحكم بحق الشركة Alain Manoukian بتعويض قدره 400000 فرنك فرنسي نتيجة النفقات التي تكبدتها الشركة في مرحلة التفاوض من التحضير للعقد المراد إبرامه".

وفي ذات السياق أكدت محكمة الإستئناف الفرنسية Bourges بتاريخ 23-02-2012¹ على نفس منطوق القرارات سابقة الذكر فيما يتعلق بمسألة الدخول في مفاوضات موازية، حيث تتلخّص وقائع القضية في أنّه بتاريخ 21-12-2007 قام شركاء الشركة Boussard و السيد Christian Poulet والشركة L'EARL de pieberri بتوقيع بروتوكول اتفاقي.

وكان الهدف من وراء توقيع بروتوكول اتفاقي في هذه القضية، هو اكتساب شركاء الشركة Boussard ملكية فلاحية من طرف السيد Christian Poulet و الشركة L'EARL de pieberri باعتبار أنّ الطرف الأول تمارس نشاط بيع وتأجير الأراضي الفلاحية.

إلاّ أنّه وبسبب دخول هذه الأخيرة في مفاوضات موازية مع طرف آخر، قام السيد Christian Poulet و الشركة L'EARL de pieberri بقطع التفاوض مع شركاء الشركة Boussard لانقضاء الهدف من توقيع بروتوكول اتفاقي معها المذكور أعلاه، مع رفعهم دعوى قضائية أمام المحكمة الابتدائية Châteauroux تطالب فيها بطلان بروتوكول الإتفاق.

وبتاريخ 22-03-2011 وافقت المحكمة الابتدائية Châteauroux على طلب البطلان، إلاّ أنّ شركاء الشركة Boussard قامت باستئناف حكم هذه الأخيرة أمام محكمة الإستئناف الفرنسية Bourges وطلبت بفسخ بروتوكول الإتفاق المبرم مع السيد Christian Poulet والشركة L'EARL de pieberri لقيامهم بالقطع غير المشروع للتفاوض بسبب إجراء مفاوضات موازية على وجه الخصوص.

¹Sarah Barry, op.cit, p 76-77.

إلا أنّ محكمة الإستئناف رأت بأنه: "لا يوجد دليل يُؤيد الرأي القائل بأنّ فشل التفاوض بين الطرفين كان بسبب سوء سلوك السيد Christian Poulet والشركة L'EARL de pieberri وأنّه كان لهم الحق في مواصلة المفاوضات الموازية مع شخص طبيعي أو معنوي آخر يُحتمل أن يكون الأفضل".

وعليه قضت محكمة الإستئناف بصحة بروتوكول الإتفاق، وعليه عدم حظر الدخول في المفاوضات الموازية، لأنّ هذا البروتوكول الإتفاقي لم يتضمّن أي شرط يمنع من إجراء مفاوضات موازية وهو الشرط الذي أُطلق عليه تسمية شرط القصر أو الإستبعاد Clause d'exclusivité des négociations.

وهكذا استقرّ الإجتهد القضائي في فرنسا إلى، أنّ تطبيق الإلتزام بحظر الدخول في مفاوضات موازية محصور في حالات محددة، وهي شرط القصر أي الاتفاق على الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية مع الغير، والاتفاق على تاريخ محدد لإبرام العقد محل التفاوض، وهو ذات الإتجاه الذي استقر عليه الفقه الفرنسي والمصري كما سبق التوضيح.

الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية.

يُعتبر الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية التزام سلبى مفاده الإمتناع عن القيام بعمل مُعيّن حيث أنّ هذا الإلتزام لا يشمل القيام بعمل إيجابى¹.

وعلى هذا الأساس يُجزم غالبية الفقه القول بأنه: "الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية، هو التزام بتحقيق النتيجة المرجوة منه وهي نجاح مرحلة التفاوض، وبالتالي التوصل إلى إبرام العقد المتفاوض عليه

¹نقلا عن أحمد السيد البهي الشويري، المرجع السابق، ص 1195.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

ولا يتسنى ذلك، إلا من خلال إحاطة الطرف المقابل في هذه المفاوضات العقدية بالدخول في مفاوضات موازية مع طرف أو عدّة أطراف أخرى¹.

¹ نقلا عن السيد البهي الشوبري، المرجع نفسه، ص 1196.

الفصل الثاني: جزاء الإخلال بالإلتزامات المترتبة في مرحلة التفاوض الإلكتروني.

في الأصل تقوم مرحلة التفاوض على مبدأ حرية العدول دون المساءلة المدنية عن الإخلال بالإلتزامات التي ترتبها هذه المرحلة في أي وقت، إلا أنه سرعان ما تمّ تهذيب هذا المبدأ بمبدأ حسن النية قصد توفير أمن مرحلة التفاوض، وبالتالي حماية الطرف المتفاوض من الضرر الذي يلحقه نتيجة عدول الطرف المقابل له دون مبرر شرعي.

وعليه أصبحت مسألة مساءلة المتفاوض مدنيا في حالة إخلاله بالإلتزامات التي تقع على عاتقه والمفروضة عليه بمناسبة التفاوض أمر حتمي، وهو ما سيتم تسليط الضوء عليه في المبحث الأول (المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني).

ويترتب على هذه المسؤولية المدنية آثار تتمثل في حق المتفاوض الذي أصابه ضرر جزاء إخلال المتفاوض الآخر بالإلتزامات المترتبة في مرحلة التفاوض الإلكتروني، في التعويض باعتباره المسلك الوحيد بعيدا عن التنفيذ العيني لأنه أمر مستبعد في مرحلة التفاوض، وتكون الأضرار المستحقة للتعويض لا تقع تحت حصر لذلك سيقصر الحديث عن أهم تلك الأضرار، وهو ما سيتم تسليط الضوء عليه في المبحث الثاني (آثار المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني).

المبحث الأول: المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني.

إنّ الإخلال بالالتزامات الناشئة عن التفاوض الإلكتروني يُعتبر جوهر المسؤولية المدنية المترتبة على هذه المرحلة، على الرغم من أنّ هذه الأخيرة حظيت باهتمام كبير من طرف الفقه، إلاّ أنّه اشتدّ الخلاف بينهم حول الطبيعة القانونية لهذه المسألة في ظل غياب موقف تشريعي موحد، الأمر الذي يتطلّب تسليط الضوء على هذه المسألة (المطلب الأول).

ومهما اختلف الفقه في بيان الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني فإنّ قيام هذه المسؤولية لا يتحقّق إلاّ إذا توافرت أركانها الأساسية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وهو ما سيتم التطرق إليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني.

اختلف الفقه في بيان الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني، وهو راجع إلى طبيعة تنظيم العلاقة بين الأطراف المتفاوضة، فمنهم من يقول بأنّها مسؤولية عقدية، ومنهم من يقول بأنّها مسؤولية تقصيرية، ومنهم من يقول بأنّها مسؤولية خاصّة، في حين استقرّ المشرع الفرنسي ونظيره المصري محل الدراسة على أنّها مسؤولية تقصيرية، على خلاف المشرع الجزائري الذي لم يبين موقفه نتيجة عدم تنظيمه لهذه المرحلة.

الفرع الأول: المسؤولية العقدية.

تصدّى الفقه التقليدي في بداية الحديث عن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات العقدية، من خلال عدّة نظريات، إلاّ أنّها انتقدت لأنّها مبنية على فكرة وهمية لا تتناسب وطبيعة هذه المرحلة، لذلك حاول الفقه الحديث التصدي لهذه المسألة بالإعتماد على طبيعة العلاقة بين الأطراف المتفاوضة، في حين تباين القضاء في مصر وفرنسا حول هذه المسألة.

أولاً: موقف الفقه التقليدي: يعتبر الفقه التقليدي بأنّ المسؤولية في مرحلة المفاوضات العقدية، هي مسؤولية عقدية من خلال عدّة نظريات أهمّها، نظرية الخطأ عند تكوين العقد، نظرية تحمل التبعة العقدية، نظرية الوكالة، نظرية الفضالة، نظرية فاجيلا.

1- نظرية الخطأ عند تكوين العقد: تقوم هذه النظرية على أنّ كل شخص يُقدم على التعاقد سواء كان حسن النية أو سيء النية ويكون سبباً في بطلانه يلتزم بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر، فتقوم المسؤولية هنا عن هذا الخطأ بحيث تكون مسؤولية عقدية أساسها العقد الباطل¹.

ولقد احتلت هذه النظرية الصدارة في الجرم بأن المسؤولية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية عقدية تقوم على أساس التقصير أو الخطأ عند تكوين العقد².

أ- مضمون نظرية الخطأ عند تكوين العقد: يُعتبر الفقيه الألماني Rudolf Von Jhering رائد المسؤولية العقدية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات في مرحلة التفاوض على أساس أنّ هذه المرحلة هي مجرد مرحلة تمهيدية لإبرام العقد، والتي يجب أن تسير بناءً على التعاون بين الأطراف المتفاوضة فإن حدث وأن أحلّ أحد الأطراف بواجبه خلال السير في هذه المرحلة مما يسبب عدم التوصل إلى اتفاق نهائي لإبرام هذا العقد يتم مساءلته على أساس فكرة الخطأ عند تكوين العقد (Culpa In Contrahendo)، التي تقوم في الأساس على وجود اتفاق ضمني بين أطراف التفاوض والذي يُلقب على عاتقهم التزام ببذل العناية اللازمة لتكوين العقد المراد إبرامه فهي فكرة تدرج في إطار المسؤولية العقدية مصدرها قاعدة عرفية مستقرة في القانون الروماني منذ القدم³.

¹ أنجار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص 123.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 586.

³ بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 33.

ويجد هذا العقد الضمني المفترض أساسه في الإلتزام باليقظة بمجرّد الدخول في مفاوضات عقدية من خلال الإلتزام بضمان صحّة العرض الموجه وبراءة الإرادة التي تحمل هذا العرض من أسباب البطلان ولو كانت راجعة إلى سبب أجنبي خارج عن إرادته¹.

وسرعان ما انتشرت هذه النظرية في فرنسا سنة 1861، حيث أنّ الفقيه Rudolf Von Jhering أسس نظرية الخطأ عند تكوين العقد انطلاقاً من نصوص القانون الروماني على أساس وجود اتفاق بين الأطراف المتفاوضة منذ اللحظة التي يدخلون فيها التفاوض، ومضمون هذا الاتفاق الضمني أنّه: "يلتزم كل واحد منهم اتجاه الآخر بأن يتحمّل نتائج الخطأ في مرحلة التفاوض"، بمعنى التزم كل طرف متفاوض اتجاه الآخر بذل العناية اللازمة قصد نجاح الهدف المقصود من التفاوض وهو إبرام العقد محل التفاوض².

الفقرة الأولى: موقف الفقه الفرنسي: ينبغي التأكيد على أنّ كبار الفقه الفرنسي Saleilles و Carbonnier سعوا إلى تفسير النظرية التعاقدية كأساس للمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزامات التفاوض، حيث أنّ الأستاذ Saleilles دعم رأيه على أساس المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 التي تنص على عقد الضمان الذي بموجبه يلتزم أطراف التعاقد ضمناً بضمان صحّة العقد، فبائع الشيء المملوك للغير قد ينتفي عنه الخطأ إذا كان حسن النية إلا أنّ مصدره عقد الضمان³.

هذه المادة تُقابلها المادة 399 من ق.م.ج التي تنص بأنّه: "إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أنّ البائع كان لا يملك المبيع فله أن يُطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية"، وتُقابلها المادة 468 من ق.م.ج التي تنص بأنّه: "إذا حُكّم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أنّ المبيع غير مملوك للبائع فله أن يُطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية".

¹ أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص 125.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 364

³ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 365.

مما يستنتج منه أنه يحق للمشتري الذي يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع أن يطالب بالتعويض دون التفرقة بين ما إذا كان هذا البائع حسن النية أو سيء النية، حيث أقرّ الفقه الفرنسي أنّ الإلتزام بالتعويض في هذه الحالة ليس مصدره خطأ البائع لأنّه يلتزم بالتعويض ولو كان حسن النية، ولكن مصدره اتفاق الضمان الضمني الذي يتمحور حول ضمان صحة العقد.

أكثر من ذلك برّر هذا الجانب الفقهي الفرنسي رأيه هذا على أساس أنّ المادة 1599 من ق.م.ف سابقة الذكر، هي تطبيق خاص للقاعدة العامة التي تفرض أن يتعهد ضمناً كل من يرغب في التعاقد بأن يكون في وضع يسمح له بإبرام العقد دون عقبة من جانبه تعيق إبرامه أو تؤدي إلى بطلانه، فإذا أخلّ بتعهده هذا فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض الطرف الآخر طبقاً للمسؤولية العقدية¹.

إلى جانب الأستاذ Saleilles نجد أنّ الفقيه الفرنسي Demogue هو الآخر أيد فكرة وجود عقد ضمني سابق بين أطراف سابقة للتعاقد قبل إبرام العقد على أساس وجود اتصال بين أطراف التفاوض التي تدخل في مفاوضات ممهدة للتعاقد، وأنّ هذا الإتصال هو الذي يولد العقد الضمني الذي على أساسه تكون المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزامات التفاوض مسؤولية عقدية².

وهو ما لاحظته عميد الفقه الفرنسي Carbonnier يقوله أنّ الأخطاء التي ارتكبت أثناء مناقشة العقد المراد إبرامه تخضع لنظام المسؤولية العقدية³، وفي نفس السياق أشار الفقيه الفرنسي Charles Demolombe إلى هذه النظرية لتبرير الإلتزام بالحفاظ على العرض بعد إصداره ورأى أنّ هذا الإلتزام ناتج عن عقد ضمني سابق بين مقدّم العرض و المرسل إليه، لذلك خلّص إلى أنّ العلاقة بين طرفي التفاوض ذات طابع تعاقدية يحكمها العقد الضمني السابق⁴.

¹نقلاً عن علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 611-612.

²Cité par Luiz Fernando Kuyven, op.cit, p 102.

³ Cité par Elsehly Mahmoud, op.cit, p 124.

⁴Cité par Lachachi Mouhamed, op.cit, p 255.

وتجدر الإشارة أنّ عقد الضمان يقوم على تعهّد كل طرف يرغب في التعاقد للطرف الآخر بصحّة التصرف وبأن لا يقوم بأي تصرف من شأنه أن يؤدّي إلى بطلان هذا العقد وبذلك يكون رضا الطرف الآخر في نفس الوقت أيضا قبولا ضمنيا لهذا التعهّد فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنيين، وأنّ بطلان العقد بسبب يرجع للمتعاقد يعتبر إخلالا منه بهذا العقد الضمني بالضمان أي قيام خطأ عقدي يوجب التعويض وفقا لأحكام المسؤولية العقدية¹.

يتبيّن من خلال ما سبق أنّ حسب هذه النظرية وهي الخطأ عند تكوين العقد فإنّ الخطأ في مرحلة التفاوض سواء ترتّب عليه عدم انعقاد العقد محل التفاوض أم أدّى إلى بطلانه هو خطأ عقدي يُثير المسؤولية العقدية على عاتق مرتكبه بتعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر، فالعقد بالرغم من بطلانه يُرتّب التزام بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية لافتراض وجود عقد ضمني، هذا الأخير يتكون منذ لحظة الإتصال الأول بين أطراف التفاوض على أساس أنّ القرار الذي اتّخذه هؤلاء الأطراف بالدخول في محادثات هو تصرف من أعمال الإرادة لا يقل أهمية عن ذلك المطلوب لتكوين العقد فهو يُخفي قبول تكوين عقد يُنظم العلاقة بين هذه الأطراف التي ترغب في بداية هذا العقد، ذلك أنّ الغرض من هذا العقد الضمني هو تنظيم العلاقة بين الأطراف المتفاوضة الذي يفرض عليهم التزام بأن يتصرّفوا وفقا لمبدأ حسن النية الذي يكفل صحة العقد المقترح محل التفاوض².

الفقرة الثانية: موقف الفقه المصري: يؤيد غالبية الفقه المصري الافتراض القائل بأنّ التفاوض كتصرف قانوني له طابع تعاقدية يُقيم المسؤولية العقدية مُؤكّدا أنّ عملية التفاوض هي بلا شك عملية تعاقدية بطبيعتها، فهو يرى بأنّ هذه المرحلة تتطلّب إمّا اتفاق صريح أو اتفاق ضمني بين أطراف التفاوض لإبرام العقد بصفة نهائية، ويستند في ذلك على أنّ التفاوض ليس واقعة قانونية، لأنّ هذه الأخيرة، غير

¹ نقلا عن محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 88-89.

²Lachachi Mouhamed, op.cit, p 251.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

مُتَوَقَّعة عُمومًا، وعليه فإنّ المفاوضات ليست واقعة قانونية بالصّدفَة وإمّا غالبًا ما تكون من خلال اتّفاقات بين أطراف التفاوض.¹

وبالتالي فإنّ التفاوض هو تصرّف قانوني لأنّه يعكس الإرادة الحقيقية للأطراف، يهدف إلى تحقيق هدف واضح ودقيق وهو إبرام العقد محلّ التفاوض نهائيًا سواء كان الاتّفاق صريح أو ضمني فبمجرّد دخول الأطراف في مفاوضات عقدية يترتب عن ذلك نشوء علاقة تعاقدية بينهم.²

ويُضيف هذا الجانب الفقهي القول: "بمجرّد الدخول في مرحلة التفاوض يكون أطراف هذه المرحلة قد عقدوا فيما بينهم دون أن يعلموا بذلك عقد تمهيدي على التفاوض يحكم العلاقة القائمة بينهم"³.

ب- تقدير نظرية الخطأ عند تكوين العقد: لاقت هذه النظرية العديد من الانتقادات الفقهية على أساس أنّها تقوم على مجرّد افتراض محض يخالف أحكام القواعد العامّة التي تقتضي وجود إرادة صريحة وباتّة تنصرف إلى اتجاه إحداث آثار قانونية.

الفقرة الأولى: موقف الفقه الفرنسي: استنكر جانب من الفقه الفرنسي على رأسهم الأستاذ Philippe Le Tourneau بقوله: "إنّ وجود عقد ضمني بين الأطراف الراغبة بالتعاقد أثناء المفاوضات السابقة للتعاقد هو مجرّد خيال"، وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أبعد من ذلك حيث برّروا موقفهم بأنّه من المصطنع تأكيد الإدّعاء بأنّ التقارب الضمني بين أطراف التفاوض أدّى بالضرورة إلى إبرام عقد بينهما.⁴

¹ Elsehly Mahmoud, op.cit, p 128.

² IBID, p 129.

³ نقلًا عن محمد حامد محمود، زهراء عبد المنعم عبد الله، "النظام القانوني للتفاوض الإلكتروني"، مجلة جامعة تكريت، ع04، مج03، ج01، جامعة تكريت، كلية الحقوق، تكريت، العراق، سنة 2019، ص 246.

⁴ Cité par Elsehly Mahmoud, op.cit, p 126.

ويؤيد هذا الرأي الفقهي الفرنسي الأستاذ Pierre Mousseron بقوله: "إنّ نظرية الخطأ عند تكوين العقد هي مجرد احتمال في تحديد الطبيعة العقدية للمسؤولية في مرحلة التفاوض، ذلك أنّ الخطأ الذي تسبب في وقوع الضرر والذي ارتكب قبل إبرام عقد أو اتفاق التفاوض المسبق يؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية والعكس بالعكس، إذ أنّ هذه المرحلة أصبح يُنظر إليها على أنّها مرحلة واضحة وفقا للاتفاق الذي تمّ التوصل إليه حيث يجري إبرامه وتحديدده إن كان ناجحا أم لا"¹.

الفقرة الثانية: موقف الفقه المصري: انتقد الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري نظرية الخطأ عند تكوين العقد وأطلق عليها اسم نظرية التقصير، لأنّ هذه النظرية جاءت نتيجة قُصور القانون الروماني الخاصة بالمسؤولية التقصيرية التي لم تكن تستوعب مرحلة التفاوض، ومن ثمّ يُعزّز السنهوري وجهة نظره هذه بقوله: "إنّ هذه النظرية تُعدّ من نظريات الضرورة اضطرارا لما ضاق به القانون الروماني عن أن يتّسع لحاجات التعامل ولم يعد للتمسك بها ما يُبرّره الآن"².

ويُضيف السنهوري قوله بأنّ نظرية الخطأ عند تكوين العقد غير صحيحة، لاحتمال جهل صاحب العرض للتفاوض سبب البطلان ولم يرتكب أي تقصير في ذلك، وعلى هذا الأساس فإنّ العقد الضمني لا يستقيم في كل الأحوال، فلو أنّ سبب البطلان كان القصر فالسؤال المطروح هنا: هل يكون القاصر وهو غير مُلزم بالعقد الصريح الذي تقرّر إبطاله لنقص أهليته مُلزم بالعقد الضمني الذي يكفل به صحّة العقد المستقبلي محل التفاوض، فأين نقص الأهلية؟ ألا تؤثر في العقد الضمني كأثر في العقد الصريح؟، وأيضا حالة بطلان العقد لعدم جديّة الإرادة فمن كان هازلا في العقد الصريح ألا يكون أكثر هزلا في العقد الضمني؟، وعليه القول اعتبار العقد الباطل واقعة مادية تُوجب التعويض على أساس

¹ Cité par Valérie Blanc, "La responsabilité précontractuelle perspectives québécoise et internationale", mémoire de maîtrise en droit, option droit international, université de Montréal, faculté de droit, Montréal, Canada, année universitaire 2007-2008, p 14-15.

² نقلا عن قارس بوبكر، "المسؤولية المدنية في مجال المعاملات الإلكترونية"، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2020-2021، ص 133-134.

المسؤولية التقصيرية عن الخطأ عند تكوين العقد ويكون العقد الباطل أنتج أثرا عرضيا لا باعتباره عقد ولكن باعتباره واقعة مادية وليس تصرف قانوني¹.

الفقرة الثالثة: موقف الفقه الجزائري: عَقَّب الأستاذ بلحاج العربي على نظرية الخطأ عند تكوين العقد على أنّ سبب استنباط الفقيه الألماني Rudolf Von Jhering لهذه النظرية يرجع إلى خلفيات قانونية كانت سائدة في بلده والتي شهدت فراغ قانوني بعدم شمولها نصوص قانونية عامة تنظم مسألة قيام المسؤولية كجزاء للتعويض عن الضرر، وعدم شمولها نصوص قانونية خاصة تنظم مسألة قيام المسؤولية عن الإخلال بالاتفاقات التي تُنظم علاقة التفاوض على العقد المراد إبرامه².

وهو نفس رأي الأستاذ علي علي سليمان الذي انتقد هو الآخر نظرية الخطأ عند تكوين العقد بقوله: "إنّ اللجوء إلى المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض العقدي في القانون الروماني يرجع إلى أنّ المسؤولية التقصيرية كانت استثنائية لا تقوم إلا بموجب نص قانوني، فمن غير المعقول القول بالمسؤولية العقدية مادام العقد لم يُبرم بعد، حيث أنّه يُشترط لقيام المسؤولية العقدية قيام العقد وبقاؤه وحدوث الإخلال به أثناء سريانه"³.

وترتبا على ذلك ولتفادي عيوب هذه النظرية، اجتهد جانب من الفقه في البحث عن نظرية أخرى كأساس لتحديد طبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض بعيدا عن نظرية الخطأ عند تكوين العقد والقول بنظرية تحمل التبعة العقدية⁴.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، ج 01 مصادر الإلتزام، ص منشور414 <https://www.foulabook.com> تاريخ الإطلاع 18-03-2022.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 366-367.

³ علي علي سليمان، "النظرية العامة للإلتزام- مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري"، ط 05، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، بن عكنون، الجزائر، سنة 2003، ص 120-121.

⁴ فطيمة زهرة عبد العزيز، "أساس المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات قبل التعاقد"، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، ع01، مج06، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر، سنة 2021، ص 31.

2- نظرية تحمل التبعة العقدية: تُسمى نظرية الخطر العقدي، تركز على قيام مسؤولية كل مُقدم على التعاقد عن تبعة عملية التفاوض بما يشوبها من مخاطر، حيث يتحمّل نتائج هذه الأخيرة ولو كانت الأسباب التي حالت دون قيام العقد المراد إبرامه خارجة عن إرادة صاحب عرض التفاوض¹.

أ- مضمون نظرية تحمل التبعة العقدية: في الحقيقة لا تختلف نظرية تحمل التبعة العقدية كثيراً عن نظرية الخطأ عند تكوين العقد، لأنّ كلتا النظريتين تتشابهان في النتيجة وهي تحمل نتيجة الأسباب التي أدت إلى عدم إبرام العقد المراد إبرامه أو أدت إلى بطلانه سواء كان سيء أو حسن النية ولكنهما يختلفان في أساس المسؤولية وعبء الإثبات².

ومن حيث أساس المسؤولية نجد أنّ نظرية الخطأ عند تكوين العقد تترتب فيها المسؤولية عن بطلان العقد على أساس التقصير باليقظة، في حين أنّ نظرية تحمل التبعة فهي تجعل المسؤولية تقوم على أساس تحمل تبعة الطرف صاحب العرض المتضمن الدخول في مفاوضات ممهدة للتعاقد، أمّا من حيث عبء الإثبات فنجد أنّ نظرية الخطأ عند تكوين العقد يقع فيها عبء الإثبات على الطرف المضروب بإثبات تقصير المسؤول عن هذا الضرر بالتزامه باليقظة مع إثبات الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وعلى خلاف ذلك فإنه بتطبيق نظرية تحمل التبعة يكفي على المضروب إثبات الضرر الذي لحقه، إلّا في حالة استثنائية وهي إثبات إهمال المضروب أو علمه الأسباب التي أثّرت على عدم قيام العقد المراد إبرامه أو بطلانه³.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 367.

² بيّن الفقيه الألماني Bernhard Windscheid المنظر التعاقدية من خلال إنشاء عقد ضمني بين الأطراف المتفاوضة، وفقاً لرأيه منذ لحظة الاجتماع الأولى لهؤلاء الأطراف فإنّه يتشكّل ضمناً عقد آخر يضمن المخاطر التي قد تنشأ أثناء سيرهم في المفاوضات العقدية. نقلاً عن: Valérie Blanc, op.cit, p 08.

³ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 624-625.

وينبغي التنويه أنّ رائد نظرية تحمل التبعة العقدية أو نظرية الخطر العقدي في مرحلة التفاوض هو الفقيه الألماني Bernhard Windscheid، فهي حسب رأيه هذا الأخير تطبيق لقواعد العدالة من حيث أنّها تكفل للطرف الذي لحقه ضرر من جزاء عدم إبرام العقد محل التفاوض الحق في التعويض¹. ويُعتبر الفقيه الفرنسي Saleilles من بين أهم الفقهاء الفرنسيين الذين حملوا لواء نظرية تحمل التبعة، حيث سبق له وأن أيد نظرية الخطأ عند تكوين العقد السابق الإشارة إليها، بقوله أن المسؤولية في مرحلة التفاوض حسب نظرية تحمل التبعة تقوم على معادلة ثنائية توازن بين الضرر والفعل المتسبب في هذا الأخير والمهم لضمان جبر الضرر هو التحقق من وقوع الفعل الضار وعلاقته السببية بالضرر، وأنّ هذه النظرية لا تتطرق إلى موضوع المساءلة عن وجود الخطأ².

وأيدّه في ذلك الفقيه الفرنسي Josserand الذي حاول هو الآخر فرض هذه النظرية كأساس للمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزامات التفاوض على أساس المظهر الخارجي للإرادة من فرض التعويض سواءً بخطأ، أو بغير ذلك بالقياس إلى ما لهذا الضرر من تأثير على مصالح الطرف المتفاوض دون البحث في النوايا، فالمنطق هو عدم قيام المسؤولية على الخطأ لما في ذلك من تحقيق للعدالة التعاقدية التي توجب إلزام الفاعل بتعويض ما أحدثه من ضرر بخطئه³.

وبطبيعة الحال استند الفقيهان الفرنسيان Saleilles و Josserand في تأسيس نظرية تحمل التبعة كأساس للمسؤولية في مرحلة التفاوض على نص المادة 1382 من ق.م.ف لسنة 1804 المقابلة لنص المادة 124 ق.م.ج ونص المادة 163 ق.م.م، التي تحدّث فيها المشرع الفرنسي عن الضرر فقط، وذلك يبدوا واضحا لا شكّ فيه من خلال استخدامه لعبارة "quelconque" tout fait

¹ محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 107.

² Radu Stancu, op.cit, p 169.

³ عادل جبري محمد حبيب، "المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي"، ط 01، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2003، ص 128-131.

أي كل عمل أيا كان، فقد جاء في نص هذه المادة: "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء وسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بخطئه بالتعويض"¹.

إلا أنّ الأمر لم يتوقف هنا فحسب، حيث اعتبر ذات الفقه الفرنسي أنّ كلمة Faute المذكورة في نص المادة 1382 لإسناد الفعل إلى فاعله فقط لا غير، ويقول الفقيه الفرنسي Josserand في تعقيبه على كلمة faute أنّها كلمة شديدة الإبهام، حيث قصد المشرع الفرنسي من استخدامها تفادي اتخاذ موقف محدد يُثقل كاهله خاصة في ظل تغير الظروف المحيطة بالعلاقات التعاقدية لهذا يقول الفقيه الفرنسي Saleilles بأنّ كلمة faute يجب أن تُرمى في البحر².

ب- تقدير نظرية تحمل التبعة العقدية: لم يُكتب لهذه النظرية النجاح نتيجة تعرّضها لانتقادات، أهمّها أنّها تنطلق من فكرة غير صحيحة لا يمكن في جميع الأحوال تقبلها، وهي فكرة أن صاحب العرض التفاوضي الذي يبادر أولا بإعلان رغبته في التعاقد يتحمل تبعته، وعليه وحده تقوم المسؤولية، غير أنّ واقع الأمر يجعل من هذه الفكرة لا تتفق مع الواقع العملي على أساس أنّ الأخذ بهذه النظرية في مرحلة التفاوض من شأنه بثّ التخوف من التفكير بالدخول إلى هذه المرحلة بمجرد علم الطرف الذي يود توجيه دعوة التفاوض أنّه سيتحمل كل النتائج الضارة في حال فشل المفاوضات حتى ولو لأسباب لا ترجع إلى خطئه³.

كما ينبغي التنويه إلى قول الأستاذ فتحي عبد الرحيم عبد الله عند نقده لنظرية تحمل التبعة بقوله: "وقد انتقدت هذه النظرية لمخالفتها نص المادتين 1382 و 1383 من ق.م.ف لسنة 1804، ذلك لأنّ نص المادة 1382 تفرض وجود الخطأ لقيام المسؤولية دون فسح المجال لأي شك على أن

¹ فتحي عبد الرحيم عبد الله، "دراسات في المسؤولية التقصيرية نحو مسؤولية موضوعية"، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2005، ص 22.

² علي علي سليمان، "النظرية العامة للإلتزام-مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري"-، ط07، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، بن عكنون، الجزائر، سنة 2007، ص 154.

³ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 628.

المسؤولية لا تقوم على مجرد وقوع الضرر وإنما قوامها هو الخطأ، وأنّ تطبيق هذه النظرية في مرحلة التفاوض خاصة من شأنه خلق الرهبة لدى الطرف صاحب الدعوة للدخول في مفاوضات تمهد لإبرام عقد مُستقبلي¹.

وتتفق الباحثة مع رأي الأستاذ فتحي عبد الرحيم عبد الله، ذلك لأنّ المشرع الفرنسي لم يتحدّث عن الضرر فقط في نص المادة 1382 السابق ذكرها والدليل على ذلك استخدامه عبارة "يلزم من كان سببا في حدوثه بخطئه بالتعويض"، أي أنّ الضرر الموجب للتعويض هو نتيجة الخطأ الذي على أساسه يتم التعويض، حيث أنّ المقصود من عبارة "كل عمل أيا كان" هو أي فعل وليس الضرر وأنّ كلمة الخطأ Faute هي كلمة واضحة لا يعترتها أي غموض ولا علاقة لها بتغير الظروف المحيطة بالعلاقات التعاقدية كما يدّعي به الفقيهان الفرنسيان Josserand و Saleilles وعليه القول بأنّ رأيهم هذا مجرد افتراض مبني على تفكير خاطئ لتسهيل الحصول على التعويض.

ومن ناحية أخرى علّق الفقيه الفرنسي Capitant على نظرية تحمل التبعة على أنّها فكرة استثنائية لا يمكن الرجوع إليها إلاّ في أضيق الحدود وبموجب نص قانوني صريح يقرها، فإذا كان المشرع الفرنسي قد أخذ بها في بعض الحالات كحوادث العمل فإنّ هذا لا يعني بالضرورة الخروج عن القاعدة العامة في المسؤولية على أساس الخطأ².

يتبيّن من خلال ما سبق أنّ نظرية تحمل التبعة هي الأخرى كنظرية الخطأ عند تكوين العقد تبقى مجرد نظرية جافة لا يمكن الإعتماد عليها في تحديد طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزامات التفاوض لهجرها ركن الخطأ.

3- نظرية الوكالة: ترجع هذه النظرية إلى الفقيه الألماني Scheurl³.

¹ فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص 23-24.

² عادل جبري محمد حبيب، المرجع السابق، ص 137.

³ محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 102.

أ- مضمون نظرية الوكالة: تقوم هذه النظرية على أنّ الدعوة إلى التفاوض تحمل في مضمونها لمن تُوجّه إليه توكيلا ضمنيا باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لإبرام عقد معين في المستقبل، وفي حالة عدم تحقق ذلك فإنّ الموكل يلتزم بأن يرد للوكيل كل ما أنفقه من مصاريف في سبيل تنفيذ الوكالة ولو لم ينجح في مهمته الموكل بها¹.

جدير بالذكر أنّ الفقيه الألماني Scheurl ذهب إلى أنّ المسؤولية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية عقدية تقوم على أساس الوكالة، حيث أنّه قدّم مثال عن ذلك بأنّ صاحب فندق تلقى عرض موضوعه حجز غرفة بتاريخ محدد فقام بتنفيذ هذا العرض الذي على أساسه رفض عرض آخر بنفس الموضوع وفي نفس التاريخ، ولكن صاحب العرض الأول تراجع عن ذلك في اللحظة الأخيرة ممّا فوت على صاحب الفندق فرصة العرض الثاني، وعلى هذا الأساس يمكن لصاحب الفندق بوصفه وكيل افتراضي الرجوع على صاحب العرض بدعوى الوكالة لتعويض ما فاته من كسب².

ويعتبر الفقيه الفرنسي Saleilles علاقة التفاوض وكالة، استنادا إلى نظريته الفلسفية التي تقول بوجود فرق بين العمل القانوني الذي يتدخل في إنشاء الإلتزام والضوابط المنشئة في حدّ ذاتها التي تمثل في مجملها الضوابط العليا، حيث أنّ تطابق الضوابط الشخصية مع الضوابط العليا هي التي تجعل من علاقة التفاوض عبارة عن عقد وكالة ضمني³.

ب- تقدير نظرية الوكالة: يرى جانب من الفقه أنّ: "فكرة الوكالة كأساس للمسؤولية في مرحلة التفاوض هي فكرة مستبعدة لأنها تتعارض تماما مع مفهوم التفاوض، ذلك أنّ الوكالة حسب القواعد العامة يقوم الوكيل بالعمل باسم ولحساب الموكل ولا يعمل لحسابه الخاص ولا تتعارض مصالح الطرفين على خلاف الوضع في التفاوض على العقد حيث يكون كل متفاوض حر يعمل باسمه ولحسابه الخاص ويكون هدفه

¹ فطيمة زهرة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 31.

² نبيل إسماعيل الشبلاق، المرجع السابق، ص 324.

³ علي كحلون، "النظرية العامة للإلتزامات"، دون ذكر الطبعة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، سنة 2015، ص 166.

الأول من التفاوض تحقيق مصالحه من إبرام العقد وإن كانت لا تتوافق مع مصلحة الطرف الآخر وعليه يتعدّر وصف العلاقة بين الأطراف المتفاوضة بأتمها وكالة¹.

والباحثة تُوافق هذا الرأي، والدليل على ذلك نص المادة 571 ق.م.ج التي تنص بأنه: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"، والمقابلة لنص المادتين 1984 ق.م.ف و 699 ق.م.م، وعليه القول بتنافر مفهومي الوكالة والتفاوض العقدي وبالتالي فإن فكرة الوكالة كأساس للمسؤولية في مرحلة التفاوض مجرد قول مفترض لا أساس له من الصحة.

وبالإضافة إلى ما سبق، انتقد الفقيه الفرنسي Andre Coherier هذه النظرية على أساس تعارض مصالح الأطراف المتفاوضة مع تباين أهدافها على خلاف الوكالة حيث لا يوجد تعارض بين مصالح الوكيل والموكل لقيام الوكيل بالعمل باسم ولحساب الموكل ولا يعمل لحساب نفسه وعليه يصعب القول قيام المسؤولية في مرحلة التفاوض على أساس الكفالة².

4- نظرية الفضالة: رائد نظرية الفضالة كأساس لتحديد المسؤولية في مرحلة التفاوض العقدي هو الفقيه الألماني Thon الذي تمسك بفكرة الفضالة كأساس لقيام مسؤولية الطرف المخل بالتزاماته المترتبة عن المفاوضات العقدية³.

أ- مضمون نظرية الفضالة: يرى الفقيه الألماني Thon أنّ الإخلال بالتزامات التفاوض تُقيم المسؤولية في جانب المتسبب في ذلك، على أساس فكرة الفضالة، لأنّ الطرف الذي تُوجّه إليه دعوة التفاوض هو فضولي يُدير شأناً لرب العمل الذي وجّه إليه الدعوة، فبمجرد الإخلال بالتزامات التي تترتب عن المفاوضات العقدية التي تجعل من هذه الأخيرة غير محققة لانتفاء الغرض من إجراءها، فإنّه يتحقق

¹ محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 104-105.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 642.

³ فطيمة زهرة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 31.

للطرف المضور الحق في الرجوع على المحل بالتزاماته التفاوضية بدعوى الفضالة لتعويض ما أنفقه من مصاريف في سبيل التوصل إلى إبرام العقد محل التفاوض¹، حيث أنه وإن كان يسعى إلى تحقيق مصلحة شخصية، إلا أنه في نفس الوقت يهدف إلى تحقيق مصلحة صاحب دعوة التفاوض وعليه يقوم حقه في تعويض ما أنفقه من مصاريف².

ب- تقدير نظرية الفضالة: يرى جانب من الفقه، أن نظرية الفضالة كأساس للمسؤولية في المفاوضات العقدية هي نظرية متقدمة على أساس أن فكرة الفضالة تفترض أن يكون رب العمل جاهلاً بتدخل الفضولي في حين أن الطرف المتفاوض يدخل في التفاوض بعلم ودراية الطرف المتفاوض الآخر ثم أن الفضولي يتولى القيام بعمل مستعجل يتطلب التدخل الفوري، بينما الطرف المتفاوض لا يكون مستعجل بل أن عملية التفاوض تتطلب عدم الإسراع حتى يتم التوصل إلى إبرام العقد محل التفاوض³.

وتتفق الباحثة مع هذا الرأي، والدليل على ذلك ما تنص عليه المادة 157 ق.م.ج بقولها: "يُعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه وبتعويضه عن التعهدات التي التزم بها، وبرد النفقات الضرورية أو النافعة التي سوغتها الظروف، وبتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا إذا كان هذا العمل من أعمال مهنته"، وعليه يتبين لنا أن الفضالة والتفاوض مفهومين لا يلتقيان لاختلاف أحكامهم.

وفي الأخير يتفق غالبية الفقه، على أنه لا يمكن تطبيق نظرية الفضالة كأساس للمسؤولية في مرحلة التفاوض، لأنها عديمة الجدوى من الناحية العملية لسببين، أولهما لاختلاف أحكام كل من

¹ محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 116.

² أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص 129-130.

³ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 642-643.

الفضالة والتفاوض، وثانيهما يرجع لاقتصارها في جعل حق المتفاوض المضروب ينطوي فقط على المصاريف التي أنفقها لمصلحة الطرف المتفاوض الآخر¹.

5- نظرية فاجيلا: رائد هذه النظرية هو الفقيه الإيطالي Gabrielle Fajella الذي اعتمد في بناء نظريته هذه على نظرية الخطأ عند تكوين العقد للفقيه الألماني Rudolf Von Jhering سابقة الذكر مع تفادي الانتقادات الموجهة إليها².

أ- مضمون نظرية فاجيلا: هذه النظرية تركز في الأساس على فكرة وجود إتفاق بالضمان، فبمجرد الدخول في المفاوضات الممهدة للتعاقد ينشأ هذا الإتفاق بالضمان موضوعه التزام كل طرف من أطراف علاقة التفاوض بعدم الإخلال بالالتزامات التي ترتبها عملية التفاوض استثناء في حال وجود مبرر شرعي³.

وتقوم نظرية فاجيلا Fajella على أنّ المسؤولية في مرحلة المفاوضات العقدية تقوم على أساس مرور مرحلة التفاوض بثلاثة مراحل وهي مرحلة المفاوضات التمهيديّة، ومرحلة صياغة الإيجاب ثمّ مرحلة تصدير الإيجاب، حيث تكون المرحلة الأولى عبارة عن أعمال تحضيرية لا تعدوا أن تكون مجرّد مناقشات وتبادل لوجهات النظر فلا شيء فيها بات، أمّا المرحلة الثانية فهي التي يتم فيها صياغة مشروع العقد محل النقاش بصفة نهائية على شكل إيجاب نهائي، ثم المرحلة الأخيرة وهي المرحلة الحاسمة لأنه فيها يتم اتخاذ القرار النهائي لتصدير الإيجاب النهائي⁴.

والسؤال الذي يفرض نفسه: ماهي الفائدة القانونية من تقسيم مرحلة التفاوض إلى ثلاثة مراحل؟

¹ محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 117.

² بوطالة معمر، المرجع السابق، ص 182.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 370.

⁴ نقلا عن فطيمة زهرة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 31.

في الواقع يذهب الفقيه فاجيلا إلى أنّ كل مرحلة من مراحل التفاوض السابق ذكرها لها قيمة قانونية تترتب عنها آثار قانونية معينة، لأن هذه المراحل الثلاث حسبها هي بمثابة وقائع قانونية يترتب عنها آثار سلبية وأخرى إيجابية مما يجعل التعويض يتدرّج حسب كل مرحلة وما يترتب عنها من آثار قانونية سلبية كانت أم إيجابية، على خلاف نظرية الخطأ عند تكوين العقد حيث يرتبط التعويض بالمصلحة السلبية فقط¹.

الفقرة الأولى: المرحلة الأولى: وهي مرحلة المفاوضات التمهيديّة، حيث أنّ المسؤولية في هذه المرحلة تقوم بتوافر أربعة شروط وهي، الرضاء الصريح أو الضمني بالدخول في المفاوضات، ثم أن يكون الإنسحاب تعسفيا، وأن يترتب عن هذا الإنسحاب قيمة مالية، ثم أخيرا قيام علاقة سببية مباشرة بين الضرر ورضا الطرف المنسحب بالدخول في التفاوض.²

هنا يحدد فاجيلا نطاق المسؤولية عن الإنسحاب التعسفي من التفاوض ويحصرها بالضرر الذي يقع بعد قبول الطرف المنسحب الدخول في هذه المرحلة، لأنّ الضرر هو الذي يقوم بشأنه علاقة السببية، فيقتصر التعويض على النفقات التي تكبدها الطرف المضور فقط بعد السير في التفاوض الممهّد للتعاقد.³

الفقرة الثانية: المرحلة الثانية: وهي مرحلة صياغة الإيجاب وفقا لما توصل إليه أطراف التفاوض من المرحلة الأولى، ونظرا لتقدم المفاوضات في هذه المرحلة، فإنه إذا حدث وأن أدخل الطرف المتفاوض بالسير في هذه المرحلة فإنه يكون مسؤولا عن تعويض الطرف المضور عن الفرص الضائعة ونفقات التفاوض.⁴

¹ نقلا عن محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 174.

² محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 121.

³ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 648.

⁴ علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص 650.

الفقرة الثالثة: المرحلة الثالثة: وهي مرحلة تصدير الإيجاب التي تختلف تماما عن المرحلتين السابقتين من حيث أنه لا يشترط لقيام المسؤولية الإنهاء التعسفي للمفاوضات أو قطعها دون مبرر مشروع فهي تقوم بمجرد العدول عن هذه المرحلة، ويتم التعويض في هذه الحالة نفقات التحضير للعقد المراد إبرامه والفرص الضائعة¹.

ب- تقدير نظرية فاجيلا: يرى جانب من الفقه أنّ نظرية فاجيلا ساهمت على خلاف النظريات التي سبق التطرق إليها بشكل جوهري في تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة التفاوض من خلال إزالة اللبس الذي كان يُسيطر على هذه المرحلة².

هذه النظرية وعلى الرغم من مزاياها التي اعترفت بشكل صريح بأن للمفاوضات قيمة قانونية فهي لم تعد مجرد مرحلة لا يترتب عنها قيام المسؤولية، وإنما هي واقعة قانونية محمية بقوة القانون يترتب عنها قيام المسؤولية الموجبة للتعويض، إلا أنه تمّ شقّ عليها جملة من الانتقادات الفقهية، أهمها ما ذهب إليه جانب من الفقه بأنّ التقسيم الذي اعتمده فاجيلا لمرحلة التفاوض، حيث تقوم كل مرحلة على أساس معين من المسؤولية مع تدرّج التعويض هو تقسيم غير دقيق، بل يتعارض مع الواقع العملي الذي يجعل من الأطراف المتفاوضة مقيدين في وضع تنظيم لهذه المرحلة حسب رغبتهم، وهو ذات الانتقاد الذي وجهه الفقيه الفرنسي Saleilles الذي يعتبر هذا التقسيم فكرة فضفاضة ليس لها مبرر قانوني، لأنّ القانون يفرض الإلتزام بمبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض³.

وفي نفس الصدد يرى الفقيه الفرنسي Andre Coherier أنّه يجب النظر إلى المفاوضات ككل دون تجزئتها وذلك لتفادي الوقوع في مشاكل عملية تتعارض مع مصلحة الأطراف المتفاوضة⁴.

¹ محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 123.

² محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 123.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 371-372.

⁴ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 661.

وفي الأخير نستخلص أنّ هذه النظريات التي تبناها الفقه التقليدي، لاقت انتقادات شديدة لأثما مبنية على أسس وهمية تتنافى مع خصوصية مرحلة المفاوضات العقدية¹.

وعليه اجتهد الفقه الحديث بعد مناقشات طويلة إلى أنّ تحديد طبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض تتحدّد حسب طبيعة تنظيم العلاقة بين الأطراف المتفاوضة، حيث أنّ هذه المسألة هي في حدّ ذاتها من الضمانات التي تساعد على تكريس عدالة التفاوض، لأنّه بمجرد تحديد طبيعة المسؤولية تترتب آثارها القانونية².

ثانيا: موقف الفقه الحديث: لم تفلح مختلف النظريات الفقهية التقليدية في تحديد طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزامات التفاوض، نظرا لعدم مواءمتها وطبيعة هذه المرحلة السابقة للتعاقد، والتي يتم تنظيمها إما باتفاقات غير عقدية أو بموجب عقود، ذلك لأن إرادة الأطراف المتفاوضة هي وحدها التي تحدّد طبيعة التفاوض كما سبق التوضيح، الأمر الذي دفع بالفقه الحديث إلى الإجتهد في تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لضمان الحصول على تعويض عادل يتوافق وطبيعة التفاوض.

1-موقف الفقه الفرنسي: يرى كل من الأستاذ Mestre و Denis Mazeaud بمناسبة تعليقهم على إحدى القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي أنّه قد يحصل الخطأ تدريجيا في بعض الأحيان خلال مرحلة التفاوض بأن يخل أحد الأطراف المتفاوضة بعقود تم إبرامها قصد تنظيم علاقتهم التفاوضية فإنّ عدم تنفيذها يترتب قيام المسؤولية العقدية³.

2- موقف الفقه المصري: يتّجه جانب من الفقه المصري إلى القول، بأنّه في حالة وجود عقد يُنظم العلاقة بين أطراف التفاوض، فإنّ الإخلال بالتزامات المترتبة عن هذا العقد يُثير المسؤولية العقدية

¹ حمدي بارود، المرجع السابق، ص 844.

² قارون سهام، "القيمة القانونية لعدالة التفاوض في العقود الدولية"، المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والاجتماعية، ع03، مج12، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2020، ص 579.

³ نقلا عن بلجاج العربي، "الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية-دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري-"، المرجع السابق، ص 391.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

لوجود عقد صحيح وهو لا يخرج عن كونه التزام بالتفاوض فقط، وليس التزام بإبرام العقد محل التفاوض بصفة نهائية¹.

وقد برّر هذا الإتجاه الفقهي رأيه بتنظيم مرحلة التفاوض بموجب عقد، قصد إبرام عقد معين وعليه تعتبر علاقتهم التفاوضية في هذه الحالة تصرف قانوني لوجود علاقة تعاقدية بين الأطراف المتفاوضة، ومن ثم تكون المسؤولية الناشئة عنها مسؤولية عقدية، وبما أنّ العقد الذي يبرمه الأطراف لتنظيم علاقتهم التفاوضية لا يقصد منه تماماً ذلك العقد النهائي محل التفاوض المزمع إبرامه لأنّ هذا العقد لم يتم إبرامه بعد، وإتّما يقصد منه ذلك العقد التفاوضي الذي يتم بين الأطراف من أجل تنظيم عملية الدخول والسير في المفاوضات الممهدة للتعاقد والذي يتمخّض عنه التزامات عقدية تقيم المسؤولية العقدية بدون منازع².

ثالثاً: موقف القضاء: تشدّد القضاء المصري اتجاه الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية باعتبارها مسؤولية تقصيرية لا محال، على أساس أن العقد المنظم لمرحلة التفاوض لا يُلزم الأطراف بإبرام العقد النهائي³.

في حين لم يتردّد القضاء الفرنسي بالإعتراف بالعقود المنظمة لمرحلة التفاوض، وذلك باستخلاصها من خلال وقائع الدعوى بالرغم من عدم تصريح أطراف التفاوض بهذا العقد، حيث اعتبرها عقود حقيقية على أساس مبدأ الرضائية في العقود دون الحاجة في ذلك إلى نص قانوني صريح.

ومن أبرز التطبيقات القضائية ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 08-10-1963 والتي أقرت بوجود عقد ينظم مرحلة المفاوضات العقدية من خلال وقائع الدعوى وملابساتها في قضية

¹ نقلا عن خديجة عبد الله أحمد، "مبدأ حسن النية في المعاملات-دراسة مقارنة-"، مجلة الشريعة والقانون، ع 38، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، مصر، سنة 2021، ص 451.

² نقلا عن هلدبير أسعد أحمد، محمد سليمان الأحمد، المرجع السابق، ص 223.

³ لمزيد من التفاصيل راجع محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 132.

تتلخّص وقائعها في أنّ شخص قام بتوجيه عرض إلى طبيب يقترح عليه تكوين شركة بينهما لاستغلال عيادة طبية يُساهم هو فيها بقطعة أرض منزل يمتلكها، فقبل الطبيب هذا العرض وقاما وعلى هذا الأساس باشر صاحب عرض التفاوض الإجراءات اللازمة لتكوين الشركة غير أنّه وبعد عرضه لمشروع عقد الشركة محل التفاوض على الطبيب رفض هذا الأخير التوقيع عليه وأمر بوقف الأشغال الجارية¹.

وعند عرض النزاع على محكمة الموضوع قضت هذه الأخيرة بفسخ عقد التفاوض لخطأ عقدي وهو عدم تنفيذ الإلتزام المتمثل في إبرام عقد الشركة محل التفاوض وألزمت هذا الأخير بالتعويض وتحمل أتعاب ونفقات الأعمال التحضيرية على أساس المسؤولية العقدية، حيث أيدت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الموضوع عندما طعن الطبيب بالنقض²، حيث أنّه تمّ تطبيق هذا الحكم بالإعتماد على المادة 1147 من ق.م.ف التي تنص على أنّه: "يُحكم على المدين إذا كان هناك سبب لدفع تعويض الضرر أو المصلحة إمّا بسبب عدم الوفاء بالإلتزام أو بسبب التأخّر في الأداء عندما لا يُبرّر أنّ عدم الأداء كان بسبب أجنبي، كما أنّه لا يُمكن أن تُنسب إليه المسؤولية عندما لا يوجد أي سوء نية من جانبه"³.

يتبيّن مما سبق أنّ القضاء الفرنسي أقرّ في أحكامه القضائية وجود عقد التفاوض بالرجوع إلى وقائع الدعوى بمجرد دخول أطراف العلاقة التفاوضية في التفاوض بالفعل، فهذا الدخول يعتبر قرينة قطعية على إبرامهم لعقد ينظم علاقتهم التفاوضية، فهو يعتبر الإخلال بالالتزامات في مرحلة المفاوضات المنظمة بعقد، سواء تمّ ذلك صراحة أو ضمناً تترتب عليها المسؤولية العقدية⁴.

¹ بوطالة معمر، المرجع السابق، ص 192.

² بوطالة معمر، المرجع نفسه، ص 192.

³Radu Stancu, op.cit, p 231.

⁴ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 319-723.

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية.

إنّ لنظرية المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض صدى على المستوى الفقهي، التشريع الفرنسي ونظيره المصري باعتبارهم من المتحيزين لهذه النظرية على خلاف نظيرهم الجزائري الذي لم ينظم مرحلة المفاوضات العقدية، بالإضافة إلى ذلك في الممارسة العملية على مستوى القضاء¹.

أولاً: موقف الفقه المقارن: يتفق الفقه الفرنسي والمصري على أنّ المسؤولية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية تقصيرية تقوم على أساس اختراق مبدأ حسن النية.

1- موقف الفقه الفرنسي: يرى الفقيه الفرنسي Mestre أنّه تترتب المسؤولية التقصيرية في التفاوض العقدي على أساس اختراق قواعد حسن النية التي تفرض على أطراف التفاوض عدم الإخلال بالالتزامات التي تترتب عن هذه المرحلة، وهو ذات اتجاه الفقيه الفرنسي Ghestin الذي يعتبر أن الإخلال بالتزامات التفاوض سبب كافي لقيام مسؤولية فاعلة وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية التقصيرية²، لأنّ التفاوض في حالة عدم تنظيمه بعقد فإنّه لا توجد إمكانية لإيجاد مسؤولية تعاقدية³.

ويُضيف جانب من الفقه الفرنسي أنّه تترتب المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض على أساس تقصيري مبني على المادتين 1382 و 1383 من ق.م.ف لسنة 1804⁴، فقد نصت المادة 1382 على أنّه: "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء وسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بخطئه

¹Elsehly Mahmoud, op.cit, p 132.

²نقلا عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، "شرح القانون المدني-مصادر الحقوق الشخصية-الإلتزامات"، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2008، ص 94.

³Cité Yessad Houria, op.cit, p 174.

⁴نقلا عن عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 55.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

بالتعويض"، ونصت المادة 1383 على أنه: "الشخص لا يكون مسؤولاً فقط عن الضرر الذي سببه بفعله بل يكون مسؤولاً كذلك عن الضرر الذي يُحدثه بإهماله أو عدم تبصره"¹.

وفي نفس المعنى ترى الأستاذة Fabre Magnan أنّ المسؤولية في مرحلة التفاوض كقاعدة عامة هي مسؤولية تقصيرية، لاسيما في حالة عدم وجود أي عقد ينظم هذه المرحلة بين الأطراف المتفاوضة، لذلك ففي هذه الحالة يكون الخطأ عن قطع التفاوض نتيجة الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن ذات طبيعة تقصيرية بحتة، إلا أنّ هناك من الفقه يرى بأنّه حتى في حالة إبرام عقد ينظم التفاوض يبدو أنّ طبيعة هذه المسؤولية في مرحلة التفاوض تظلّ مسؤولية تقصيرية لأنّ الخطأ السابق للتعاقد على الرغم من أنّه قد يكون في بعض الحالات مصدره عيب في الرضا لا يقصد منه سوى إلحاق الضرر من حيث المبدأ بطريقة تؤثر على رضا الأطراف المتفاوضة².

2- موقف الفقه المصري: يتّجه غالبية الفقه المصري المعاصر إلى اعتبار المفاوضات التي تتم في غياب عقد يُنظّمها وهو الأمر الغالب مجرّد واقعة مادية لا يترتب عنها أي أثر قاني إلاّ إذا تمّ قطعها بشكل تعسفي الذي يشكل خطأ يتمثل في الإخلال بمبدأ حسن النية الذي يفرض عدم الإخلال بالالتزامات التي يربتها على عاتق أطراف التفاوض³.

وفي هذا الصدد أكّد الأستاذ أحمد عبد الرزاق السنهوري أنّ المسؤولية المتكبّدة في مرحلة التفاوض هي مسؤولية ذات طبيعة تقصيرية لأنّ القطع ليس خطأ في حدّ ذاته ولكن الخطأ سيتكون من القطع المفاجئ أو التعسفي للمفاوضات، ثمّ أشار الأستاذ حسام الدين الأهواني إلى أنّ الأعمال التحضيرية

تاريخ الإطلاع <https://www.legifrance.gouv.fr> منشور في الموقع. Article 1382 et 1383 du code civil français. 2022-03-28

² Cité par Elsehly Mahmoud, op.cit, p 133.

³ نقلا عن أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 292.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

التي تتمثل في الاتفاقات غير العقدية للعقد المزمع إبرامه في مرحلة التفاوض هي نوع من التفاوض تعتبر تصرفات قانونية وأنّ المسؤولية في مثل هذه الحالة مسؤولية تقصيرية لا تُبس فيها¹.

ويُضيف جانب من الفقه طالما أنّه لا يوجد التزام عقدي بالدخول في المفاوضات ومتابعتها فإنّه لا يُمكن أن تعتبر من قبيل العقود وعلى هذا تُطبّق عليها قواعد المسؤولية التقصيرية².

ثانياً: **موقف التشريع المقارن:** يتفق كلا المشرعين الفرنسي والمصري على أنّ المسؤولية في مرحلة المفاوضات العقدية هي مسؤولية تقصيرية أي مسؤولية غير العقدية.

1- موقف المشرع الفرنسي: مهّد الفقه الفرنسي الطّريق أمام المشرع الفرنسي لحسم مسألة تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض، حيث أنّ المشرع الفرنسي صرّح بموجب المرسوم رقم 131-2016 السابق الإشارة إليه بأنّ المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات كالتزامين أساسيين يفرضهما مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية غير العقدية *Responsabilité Extracontractuelle* أي مسؤولية تقصيرية، ومن ثمّ فإنّ نظرية المسؤولية العقدية التقليدية غير مقبولة على الإطلاق³.

وهو ما يتّضح من خلال عبارة "يتوجب على الشخص الذي يدّعي أنّه كان مستحقاً لمعلومات إثبات أنّ الطرف الآخر كان ملزماً بإعلامه بها. هذا الطرف الأخير يتحمّل عبء إثبات توفير هذه المعلومات للطرف الأول... يمكن أن تؤدي المسؤولية عن الإخلال بهذا الالتزام إلى إبطال العقد بحسب المادة 1130 وما يليها"، المذكورة في المادة 1-1112 من المرسوم رقم 131-2016 السابق ذكره، ثمّ تقنين المادة 2-1112 من نفس المرسوم سابقة الذكر، التي تنص على أنّه: "من يستخدم أو يفشي

¹ Cité par Elsehly Mahmoud, op.cit, p 134.

² نقلا عن شبة سفيان، المرجع السابق، ص 125.

³ Elsehly Mahmoud, op.cit, p 127.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

دون ترخيص معلومات سرية تم الحصول عليها بمناسبة المفاوضات كان مسؤولاً عن ذلك وفقاً لشروط القانون العام".

يتبين من نص المادتين السابق ذكرهما، أن المشرع الفرنسي يعتبر المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التي يجب على أطراف التفاوض عدم الخروج عنها بمناسبة الدخول في مرحلة التفاوض والسير فيها مسؤولية غير التعاقدية تتأسس على نص المادة 1240 من المرسوم رقم 131-2016 السابق، والتي تنص بأنه: "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء وسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بخطئه بالتعويض"، التي جاءت تحت عنوان المسؤولية غير العقدية وهي نفسها المادة 1382 السابق ذكرها، التي جاءت تحت عنوان الالتزامات التي يتم تشكيلها دون اتفاقات.

لكن يبقى التساؤل المطروح: لماذا التزم المشرع الفرنسي الصمت بشأن تحديد طبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض بشكل صريح على أنها مسؤولية غير العقدية في نص المادة 1112-2 المذكورة أعلاه، والذي بين أشكال الإخلال بالالتزام بسرية المعلومات الذي يفرضه مبدأ حسن النية مستخدماً عبارة "كان مسؤولاً عن ذلك وفقاً لشروط القانون العام"؟

يذهب كل من الأستاذ Gaël Chantepie و Mathias Latina إلى القول بأنه: "على الرغم من أنّ المادة 1112-2 تحدد شروط المسؤولية في مرحلة التفاوض، إلا أنّ هذه المادة لا تحدد طبيعة المسؤولية المتكبدة لكن نقول أنّ المسؤولية وفقاً لها هي مسؤولية غير العقدية *Extracontractuelle*، وهذا أمر طبيعي وليس بالأمر المدهش، لأنّ الحل الكلاسيكي في القانون والإجتهاد القضائي الفرنسي كان هو مبدأ المسؤولية غير العقدية في حالة الخطأ المرتكب بمناسبة قطع التفاوض، وأنّ صمت المشرع الفرنسي عن طبيعة المسؤولية بشكل صريح يُمكن تبريره بالتأكيد على أنّ القانون الفرنسي يظلّ وفيما لفكرة تكوين العقد كنقطة زمنية فاصلة بين مرحلتين من طبيعة مختلفة جذرياً

ولذلك سيكون من الضروري تقييم اللحظة التي يحدث فيها الخطأ المحتج به وقت المبادرة بالسير في التفاوض أو وقت القطع من أجل تقييم الطابع العقدي أو غير العقدي للمسؤولية¹.

وفي السياق نفسه يقول كل من الأستاذ Christophe Jamin و Nicolas Dissaux:
:"تشير المادة 1112-2 إلى أنه لا يوجد ما يستند إلى طبيعة المسؤولية التي يتحملها صاحب قطع التفاوض، ومع ذلك فإنّ هذا الصمت لا يستحق بالتأكيد الموافقة على نظرية الخطأ عند تكوين العقد، لأنّه قد مضى وقت طويل بما فيه الكفاية على أنّ إجماع الإجتهد القضائي ينص على أنّ المسؤولية في مرحلة التفاوض لا يمكن أن تكون إلاّ مسؤولية غير العقدية، وهناك اعتبار آخر يُفسر ذلك الإلتزام بالصمت بشأن طبيعة المسؤولية، فالنص يترك الباب مفتوح أمام كل الترتيبات التعاقدية الممكنة التي تنظم آثار الخطأ الذي يرتكب في مرحلة التفاوض، وبالتالي فإنّ التعديلات بكل أنواعها ممكنة باستثناء نقطة واحدة، ألا وهي أن الأطراف المتفاوضة لن يتمكنوا من عكس مسار متطلبات حسن النية التي لا بدّ منها"².

2- موقف المشرع المصري: على خلاف المشرع الفرنسي لم ينص نظيره المصري في القانون المدني على طبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض سواء بشكل صريح أو بشكل ضمني أي لم ينظم مسألة جزاء الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في هذه المرحلة بموجب نص قانوني خاص في القانون المدني على الرغم من اعترافه بهذه المرحلة، هنا يقول جانب من الفقه المصري: "يمكن أن نتحدّث عن المسؤولية التقصيرية على أساس سوء النية، لأنّ فقدان الرغبة في مواصلة المفاوضات المتقدمة دون سبب جدّي يمكن اعتباره خطأ سابق للتعاقد، والأساس القانوني في ذلك هو المادة 163 ق.م.م المقابلة

¹Gaël Chantepie, Mathias Latina, "La réforme du droit des obligations–commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil", Dalloz, paris, france, année 2016, p 145.

²Nicolas Dissaux, Christophe Jamin, "projet de réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations : rendu public le 25 février 2015 : commentaire article par article", Dalloz, paris, france, année 2016, p 15-16.

يُشكّل حافزا مشجعا للطرف المقابل على الدخول في التفاوض وهو مطمئن إلى وجود ضمانات قانونية تضمن له الحفاظ على السرية أثناء مرحلة التفاوض على وجه الخصوص.

وهو ما يؤكّده غالبية الفقه المصري إلى أنّ أساس الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا هو قواعد المسؤولية التقصيرية على اعتبار عدم وجود عقد ينظم هذه المرحلة وهو الأمر الغالب، وأن الإخلال بهذا الالتزام يشكل إخلالاً بالتزام عام وهو مبدأ حسن النية يفرضه القانون مفاده عدم إلحاق الضرر بالغير فهنا تقوم المسؤولية التقصيرية على الخطأ التقصيري وليس الخطأ العقدي لعدم وجود عقد بعد¹.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري: على خلاف المشرع الفرنسي، وعلى غرار نظيره المصري، لم يهتم المشرع الجزائري بمرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، لم ينص بموجب نصوص القانون المدني على طبيعة المسؤولية المترتبة في مرحلة التفاوض والسبب في ذلك يرجع لعدم تنظيمه لهذه المرحلة من الأساس. وفي هذا السياق يقول الأستاذ بلحاج العربي أنّ الفقرة الأولى من المادة 107 من ق.م.ج التي تنص على أنّه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية..." تتسع قانونا لتشمل ضمنا مرحلة المفاوضات العقدية، إلا أنّ الأخذ بهذا المفهوم الضمني أصبح سياسة تشريعية تقليدية لا تواكب التطورات المستحدّة ولا تساير المعطيات المعاصرة في مجال عقود التجارة في شكلها التقليدي عامة والإلكتروني خاصة، وعليه يُستحسن على المشرع الجزائري أن ينص صراحة على امتداد مبدأ حسن النية إلى مرحلة التفاوض العقدي بأن ينص على أنّه: "يلتزم الأطراف خلال التفاوض وإبرام العقد بالتصرف الصحيح وفقا لقواعد الأمانة والثقة وحسن النية"².

¹ نقلا عن غادة أبو بكر صالح عبد العاطي بوكيله، المرجع السابق، ص 79-80.

² بلحاج العربي، "نظرية العقد في القانون المدني الجزائري (وفق آخر التعديلات التشريعية ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)-دراسة مقارنة"، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، بن عكنون، الجزائر، سنة 2015، ص 120.

ويُضيف قائلاً أنّ نص المادة 124 من ق.م.ج التي تنص على أنّه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"، جاء عاماً ومطلقاً يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الضار يتسع أيضاً ليشمل الخطأ المرتكب في مرحلة التفاوض على العقد بما في ذلك الخطأ المتمثل في الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية، ثمّ أنّ الفقرة 01 من نص المادة 103 من ق.م.ج التي تنص على أنّه: "يُعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالتي بطلان العقد أو إبطاله فإن كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل..."، هي في الحقيقة تطبيقاً للمسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض على العقد، وفي الأخير يدعوا الأستاذ بلحاج العربي المشرع الجزائري إلى ضرورة مواكبة التطورات التشريعية المستجدة والاجتهادات الفقهية والقضائية الحديثة المعاصرة ويخص بالذكر هنا الفقه، التشريع والقضاء الفرنسي كما سبق التوضيح من خلال الإهتمام بمرحلة التفاوض على العقد، بأن يتبنى مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض بشكل صريح، وأن يحدد طبيعة المسؤولية المدنية التي تترتب كجزاء عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها هذا المبدأ من خلال تنظيم تصرفات الأطراف في مرحلة التفاوض على العقد¹.

رابعاً: موقف القضاء: يتفق القضاء الفرنسي والمصري في ترتيب المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات العقدية بحسب طبيعة تنظيم العلاقة بين الأطراف المتفاوضة.

1- موقف القضاء الفرنسي: اتجه القضاء الفرنسي في إحدى قراراته الصادرة عن محكمة النقض للغرفة التجارية بتاريخ 20-03-1972 إلى أنّ إنشاء المعلومات السرية في مرحلة التفاوض العقدي يترتب عنه قيام المسؤولية التقصيرية وليس العقدية، إذ يعتبر هذا الفعل خطأً تقصيري، وهو الخطأ الثابت في الإخلال بالتزام قانوني أي التقصير في تنفيذ الالتزامات المترتبة عن عملية التفاوض في شكله التقليدي

¹ بلحاج العربي، "الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية-دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 387-392.

عامة والإلكتروني خاصة، حيث يترتب عن ذلك تعرض الطرف المقابل في هذه المرحلة للضرر الموجب للتعويض¹.

تتلخّص وقائع هذه القضية في إجراء مفاوضات بين شركة فرنسية مع فرع لشركة أمريكية في فرنسا لشراء آلة ضخمة من صنع أمريكي باهضة الثمن، حيث وجهت الشركة الفرنسية الراغبة في إبرام عقد الشراء دعوة للتفاوض إلى فرع الشركة الأمريكية مقرها فرنسا مع إرسال إلى الشركة الأمريكية الأم أي الصانعة أحد شركاؤها من أجل معاينة تشغيل الآلة متكبدة نفقات هذا التنقل، حيث طلبت الشركة الفرنسية من الشركة المتفاوض معها بيانات إضافية لتختار النوع المناسب من الآلة ولكنها بدلا من تسليم كشف البيانات التي وصلتها من الشركة الأمريكية الأم أي الصانعة إلى الشركة الفرنسية الراغبة في الشراء، قامت الشركة الفرنسية ببيع الآلة إلى شركة منافسة².

وحسب اجتهاد القضاء الفرنسي لا يُشترط في الخطأ المرتكب في مرحلة التفاوض العقدي قيام نية الإضرار بالطرف المتفاوض وإنما يقصد به التقصير بالالتزام العام الذي يحكم هذه المرحلة وهو مبدأ حسن النية الذي يفرض على أطراف التفاوض عدم الإخلال بالالتزامات التي تترتب عن المفاوضات العقدية³.

كما صدر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22-02-1994 أنه: "يترتب عن الإخلال بالتزامات التفاوض التي تؤدي إلى إنهاء هذه المرحلة قيام المسؤولية التقصيرية لغياب وجود عقد التفاوض"، حيث تتلخّص وقائع القضية في قيام مُشتر محل بالتفاوض مع مالك العقار المتواجد فيه المحل بهدف إبرام عقد إيجار للعقار وبعد دخولهما في مفاوضات طويلة أعلن مالك العقار عن رغبته

¹ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 310.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 671-672.

³ عبد المنعم موسى إبراهيم، "حسن النية في العقود-دراسة مقارنة"، دون ذكر الطبعة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2006، ص 59.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

في إبرام عقد إيجار العقار، إلا أنه تراجع عن ذلك الأمر الذي جعل محكمة النقض الفرنسية المعروض عليها هذه القضية ترتب قيام المسؤولية التقصيرية عن ذلك¹.

وترتبا على ذلك يتبين، أنّ القضاء الفرنسي يعتبر المفاوضات غير المنظمة بعقد التفاوض أي غياب الرابطة العقدية بين الأطراف المتفاوضة مجرد عمل مادي لا ترقى إلى مرتبة التصرف القانوني فكل طرف حر في قطع التفاوض، ما لم يكن هذا القطع نتيجة إخلال أحد طرفي التفاوض للالتزامات التي تترتب عن هذه المفاوضات، حيث يُشكّل ذلك خطأ يترتب عنه قيام المسؤولية التقصيرية أساسها الخطأ نتيجة الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية بمجرد الدخول في مفاوضات عقدية².

وفي واقع الأمر لم يفرق القضاء الفرنسي في هذه الحالة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير للقول بالمسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض، فهنا يُسأل المتفاوض المخل بالتزاماته عن كل خطأ بما في ذلك الخطأ الجسيم والخطأ اليسير دون اشتراط درجة معينة من الجسامه في الخطأ، فإذا كان الأصل هو حرية التفاوض التي تخول للمتفاوض حق العدول دون أن يترتب عن ذلك قيام أي مسؤولية، إلا أنّ هذا الأصل تمّ تهذيبه بمبدأ حسن النية الذي يجب اعتباره المعيار الذي على أساسه يتم تقدير سلوك أطراف التفاوض خارج تنظيم علاقة التفاوض بموجب عقد، حيث يتم استخلاص الخطأ من وقائع قاطعة وثابتة تتنافى مع الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية سواء تلك الالتزامات الأساسية أو الثانوية، إذ يُقاس سلوك المتفاوض في هذه الحالة بسلوك المتفاوض الحرص الذي وُجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت به³.

وهذا ما جسّده حكم محكمة النقض الفرنسية، الغرفة التجارية، المالية والإقتصادية بتاريخ 07-1997-01 في نقضها لقرار محكمة الإستئناف باريس الصادر بتاريخ 16-09-1994 في قضية

¹ بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 187.

² هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيتاوي، المرجع السابق، ص 133.

³ أيمن أحمد الدلوع، المرجع السابق، ص 78-79.

بين الشركتين Eurolocatique و Franco-allemande والذي جاء فيه: "ومع ذلك تحتفظ الشركة بمسؤوليتها دون تحديد أي وقائع ذات طابع تثبت نيتها في إلحاق الضرر أو على الأقل سوء نيتها في سير المفاوضات"¹.

وعليه تقوم المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية، بتوافر الخطأ في مسلك المتفاوض سواء كان هذا الخطأ جسيماً أو يسيراً وسواء اتصف ذلك الخطأ بالغش أم لا، ويقع على عاتق المتفاوض المتضرر عبء إثبات الخطأ التقصيري في جانب المتفاوض المخل بالتزاماته المترتبة عن عملية التفاوض².

2- موقف القضاء المصري: لم يختلف القضاء المصري مع القضاء الفرنسي في أحكامه القضائية بأن الأصل في مرحلة التفاوض أنها مجرد عمل مادي لا يترتب عليها أي مسؤولية، إلا في حالة ارتكاب خطأ نتج عنه ضرر بالطرف المتفاوض، فتقوم المسؤولية التقصيرية لغياب عقد ينظم مرحلة التفاوض³.

وهذا ما نلمسه من قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 09-02-1967 بقولها: "إن المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله، ولا يترتب هذا العدول مسؤولية على من عدل، إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض، وفي هذه الحالة يقع عبء إثبات ذلك الخطأ والضرر على عاتق ذلك الطرف، ومن ثم فلا يجوز اعتبار العدول عن إتمام المفاوضات ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره، بل

تاريخ الإطلاع : <https://www.legifrance.gouv.fr> Voir le site d'internet : 07 janvier 1997. Cass.com 2022-03-28.

² هلدیر أسعد أحمد، "نظرية الغش في العقد-دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني"-، ط01، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، سنة 2012، ص198.

³ محمد شاکر محمود محمد، المرجع السابق، ص 137.

يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية¹.

الفرع الثالث: المسؤولية الخاصة.

بخلاف الإتهامات السابقة يذهب اتجاه إلى أن طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض هي المسؤولية الخاصة، وللتعرف على هذا الاتجاه سيتم التطرق إلى مضمون هذه المسؤولية، ثم تقديرها.

أولاً: مضمون المسؤولية الخاصة: يذهب جانب من الفقه إلى أنّ المسؤولية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية ذات طبيعة خاصة لها نظام قانوني خاص، حيث أنه لا يمكن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية، لأنّ ذلك يُهمل إرادة الأطراف المتفاوضة رغم صحة استناد هذا الاتجاه بعدم وجود عقد ينظم علاقة التفاوض حتى تعتبر المسؤولية عقدية، إلاّ أنّه لا يُمكن تجاهل وجود الإرادة الموجهة لإحداث أثر قانوني رغم أنّ هذا الأخير وإن لم يصل إلى حدّ إبرام العقد، إلاّ أن المفاوضات تبقى قائمة على التوقع وعليه لا يُمكن الجزم بأنّ المفاوضات وقائع مادية ما دامت قد وجدت الإرادة المتوقعة لإبرام العقد².

وبالتالي لا يمكن معالجة هذا الإخلال بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية دون الأخذ بعين الاعتبار هذه الخصوصية التي تتميز بها المفاوضات، وفي نفس الوقت لا يمكن القول بأنّ المسؤولية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية عقدية حتى ولو وُجدت الإرادة الباتة، لأنّها لم تصل بعد إلى نهايتها وهي إبرام العقد محل التفاوض، وعليه فإنّ الأثر القانوني للإرادة لم يتحقق³.

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 53.

² أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص 145.

³ هلدري أسعد أحمد، المرجع السابق، ص 244.

وبالتالي فإنّ القول بالمسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض معناه مدّ ظل العقد على المفاوضات وبالتالي يصبح المتفاوض ملزم بالعقد لا من لحظة إبرامه، وإثماً من لحظة دخوله في المفاوضات ومن ثمّ يفوت الغرض من المفاوضات، وهو التفكير لتقدير قيمة العقد قبل تحمل الإلتزامات المترتبة عنه¹.

لهذه الأسباب ومن أجلها لا بُدّ أن تكون المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية مسؤولية ذات طبيعة خاصّة تتماشى مع طبيعة المفاوضات، والغاية المرجوة منها، فهذه المسؤولية هي مسؤولية تسبق التعاقد ظهرت لمواجهة الأخطاء التي تحصل في هذه المرحلة السابقة على التعاقد الأمر الذي يضفي الخصوصية على هذه المرحلة المهمة في حياة العقد².

ويرى هذا الإلتجاه الفقهي الذي يرى أنّ المسؤولية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية خاصة تجرّد أساسها في الثقة المشروعة التي تتولد في هذه المرحلة وعلى هذا الأساس ظهر التوجه نحو اعتبار الإخلال بهذه الثقة معياراً لتكييف الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية على أنّه خطأ يتمثل في الإنحراف في السلوك، وترجع أهمية اعتماد هذه المسؤولية الخاصة للمحافظة على استقامة المفاوضات وجدديتها، لذلك كان من الضروري في اعتماد هذا المعيار أن يُحاط تطبيقه بضوابط للتأكد من وجود الثقة المشروعة وأنها نشأت عن سلوك الأطراف المتفاوضة من خلال تحليل الوقائع والظروف المحيطة بالمفاوضات ذاتها وتبعاً لمؤهلات الطرف الذي تضرر من قطع التفاوض³.

وفقاً لهذا الإلتجاه الفقهي فإنّه لا يُشترط في هذا الخطأ أن يكون موصوفاً بنية الإضرار فيكفي الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض بعد بث الثقة في إبرام العقد محل التفاوض، وبشأن ركني الضرر والعلاقة السببية للمسؤولية الخاصة فلا يخرج عن حدود القواعد العامة⁴.

¹ أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص 146.

² أبحار حامد حبش علي، المرجع نفسه، ص 146.

³ أكرم محمود حسين البتو، محمد صديق محمد عبد الله، "أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات"، مجلة الرافدين للحقوق، ع 49، مج 13، جامعة الموصل، كلية الحقوق، الموصل، العراق، سنة 2011، ص 437-438.

⁴ أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص 147.

ثانياً: تقدير المسؤولية الخاصة: يرى جانب من الفقه أنّ المسؤولية في مرحلة التفاوض، هي مسؤولية خاصة تستند إلى الثقة المشروعة، فهي تؤدي دوراً هاماً في تحديد الأساس الحقيقي للمسؤولية في مرحلة التفاوض وقانون العقود، وبالرجوع إلى الفقه الفرنسي نجد أنّ هذه النظرية ظهرت لأول مرة بمناسبة دراسة فقهية أجراها الفقيه الفرنسي Emmanuel Lévy عن المسؤولية والذي ادّعى أفكاراً اشتراكية تقضي بأنّ الحرية تفسح المجال تماماً للثقة المشروعة، ويرى أنّ هذه الأخيرة هي مفهوم مركزي في نظرية العقد من شأنها تفسير جوهر قانون العقد، وأنّ الإرادة التعاقدية هي فعل الثقة المشروعة بين أطراف العلاقة الراغبة بالتعاقد¹.

إلاّ أنّه تمّ انتقاد هذه النظرية الخاصة للمسؤولية في مرحلة المفاوضات العقدية التي تقوم على أساس الخطأ لمجرد الإخلال بالثقة المشروعة بين الأطراف المتفاوضة، حيث ذهب جانب من الفقه إلى أنّ نظرية الثقة المشروعة لم تلق تأييداً كبيراً، وتعرضت لانتقادات من أغلبية الفقهاء خاصة من حيث أنّها تميل إلى خلق عالم من الأوهام، وبالتالي فإنّ تطبيق هذه النظرية سيؤدي إلى استحالة التحديد الدقيق لمعالم المسؤولية في مرحلة التفاوض، والواقع أنّه يمكن التأكيد على أنّ الثقة المشروعة ستكون مجرد وظيفة عامة للقانون المدني لا يمكن اعتبارها أساس الخطأ للمسؤولية في مرحلة التفاوض².

وفي السياق نفسه يقول الأستاذ Denis Mazeaud أنّ مفهوم الثقة المشروعة يُستغل للتخفيف من مبدأ الحرية، الذي يهيمن على مرحلة المفاوضات العقدية، ولا يمكن في إطاره أن يكون أكثر من إنهاء التفاوض، ولا مصدر مسؤولية الأطراف المتفاوضة الذين يتخذون المبادرة³.

وعليه يتجه الفقه القانوني الغالب في فرنسا ومصر على أنّ المسؤولية في مرحلة التفاوض العقدي ليست مسؤولية من نوع خاص تقوم على أساس الإخلال بالثقة المشروعة، نظراً إلى إمكانية توظيف

¹Elsehly Mahmoud, op.cit, p 143-144.

²Elsehly Mahmoud, op.cit, p 149.

³Denis Mazeaud, "La confiance légitime et l'estoppel", revue internationale de droit comparé, n02, vol58, Persée, paris, france, année 2006, p 367.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

وإسقاط أحكام المسؤولية التقصيرية بما يتوافق مع طبيعة مرحلة التفاوض وبما يتماشى ومبدأ حسن النية باعتباره مبدأ حاكم لسلوك الأطراف المتفاوضة إذ يعتبر مخالفة هذا المبدأ خطأً تقصيري¹.

كما أنّ القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه القضائية لم يشهد لها قيام المسؤولية في مرحلة المفاوضات العقدية على أساس الإخلال بالثقة المشروعة وإن كان من الممكن تحقيقها في المستقبل فإنّ هذا الأمر يخضع لمراجعة القضاء².

وفي الأخير يُستنتج من خلال استعراض موقف الفقه الحديث، لإرساء الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة المفاوضات التي مازالت إلى يومنا هذا محل نقاش لم ترسى بعد على رأي موحد إلاّ أنّه بالرجوع إلى التشريع الفرنسي والمصري نجد أنّ كل منهما متفق على أنّ المسؤولية في مرحلة المفاوضات العقدية هي مسؤولية غير العقدية تقوم على أساس الخطأ وهو الإخلال بمبدأ حسن النية المذكور صراحة في المادتين 1104 و 1112 من ق.م.ف سابقة الذكر، وضمنياً في التشريع المصري وفقاً لنص المادة 125 من ق.م.م المقابلة لنص المادة 107 من ق.م.ج.

وبحسب رأي الباحثة فإنّ المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض العقدي، هي مسؤولية تقصيرية تقوم على أساس الخطأ المتمثل في عدم التقيد بمبدأ حسن النية الذي يحكم هذه المرحلة الحساسة التي تسبق إبرام العقد النهائي، بغض النظر عن تلك العقود التي يتم إبرامها في هذه المرحلة، لأنّها تبقى مجرد اتفاقات عقدية يتم إبرامها فقط لتنظيم مرحلة التفاوض، ثمّ أنّ الخطأ في هذه المرحلة لا يقوم على أساس الإخلال بالتزام عقدي، وإنما يقوم على أساس الإخلال بالمبدأ العام الذي يحكم مرحلة التفاوض، والذي من شأنه تحقيق أمن هذه المرحلة وبالتالي تحقيق التوازن العقدي.

المطلب الثاني: أركان المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني.

¹خالد صقر أبو زهرة، المرجع السابق، ص 98.

²Luiz Fernando Kuyven, op.cit, p 407.

استقرّ المشرع الفرنسي ونظيره المصري محل المقارنة، على أنّ طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض العقدي هي مسؤولية تقصيرية تقوم على أساس الخطأ التقصيري، فإذا انطوى سلوك المتفاوض على مخالفة الإلتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية، فإنّه يكون مخطئاً وتثور مسؤوليته التقصيرية، سواء كان الطرفان قد نظما عملية التفاوض فيما بينهما بعقد أم كان التفاوض غير منظم بذلك.

الفرع الأول: الخطأ في مرحلة التفاوض الإلكتروني.

إنّ مسألة الإمام بخطأ المتفاوض في مرحلة التفاوض الإلكتروني تتطلب التطرق إلى تعريف هذا الخطأ، ثم الإشارة إلى مسألة مهمة وهي إثبات هذا الخطأ.

أولاً: تعريف الخطأ في مرحلة التفاوض الإلكتروني: لم يعرف المشرع الفرنسي ونظيره المصري الخطأ في مرحلة التفاوض الإلكتروني، تاركاً الأمر لاجتهادات الفقه الذي لم يفرق في تعريفه بين الخطأ العقدي والخطأ التقصيري، لأنه خطأ عن الإخلال بالمبدأ العام وهو حسن النية، وعليه يعرفه غالبية الفقه بأنّه: "تقصير في مسلك المتفاوض عبر الوسائل الإلكترونية لا يقع من متفاوض يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمتفاوض المسؤول"، وعليه تنعقد مسؤولية المتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية عن خطئه الشخصي في حالة إخلاله بأي التزام من الإلتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض سواء وقع هذا الخطأ عند بدء المفاوضات كما لو أقدم على التفاوض دون نية حقيقية في التعاقد، أو بإقدامه على التفاوض بهدف الحصول من الطرف الآخر على معلومات بشأن العقد المراد إبرامه أو تلك المعلومات التي تتعلق بشخص صاحب عرض التفاوض والتي لا يمكن الحصول عليها إلاّ بمناسبة التفاوض¹.

كما تقوم مسؤولية المتفاوض عند إخلاله بالإلتزام بالإعلام، عند عدم توفير المعلومات الصحيحة واللازمة للمتفاوض الآخر، والمتعلقة بمحل التفاوض عبر وسيلة من الوسائل الإلكترونية ففي هذه الحالة

¹ أيمن أحمد الدلوع، المرجع السابق، ص 67-68.

يكون مسؤول عن الخطأ الذي ارتكبه المتفاوض الملزم قانوناً بتقديم المعلومات الكاملة للطرف المتفاوض المقابل له في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، إلى جانب المساس بحق المعلومات السرية كالياناعات الشخصية التي يجب أن تكون في مأمن من كل اختراق أو سرقة والتي لا يجوز الإحتفاظ بها إلا لمدة محدودة ولا يجوز التعامل فيها، إلا بعد الحصول على موافقة كتابية من صاحبها¹.

ثانياً: إثبات الخطأ في مرحلة التفاوض الإلكتروني: من بين الإشكالات الهامة التي يثيرها موضوع التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية محل الدراسة كيفية إثبات الخطأ عبر الوسائل الإلكترونية؟

يُجيب الفقه أنه يجب الوقوف على طبيعة التزام المتفاوض عبر الوسائل الإلكترونية، هل هو التزام ببذل عناية أو أنه التزام بتحقيق نتيجة؟ أو بالأحرى هل الخطأ في مرحلة التفاوض يكون مفترض بمجرد عدم تحقيق النتيجة المرجوة من التفاوض يكفي لكي تقوم مسؤولية المدين، إلا إذا أثبت السبب الأجنبي؟ أم أنّ الدائن يقع عليه إثبات أنّ المدين لم يبذل العناية اللازمة وقصّر في سلوكه؟²

1- طبيعة التزام المتفاوض عبر الوسائل الإلكترونية: يتفق الفقه على أنّ التزام المتفاوض عبر الوسائل الإلكترونية تتحدّد طبيعته حسب شخص المدين الذي أحلّ بالتزاماته، وهنا فرّق الفقه بين التفاوض الذي يتم بين أطراف عادية وبين التفاوض الذي يتم بين محترف وغير محترف.

أ- التفاوض بين أطراف عادية: فإنّ عبء الإثبات يقع على عاتق الطرف المضرور.

ب- التفاوض بين محترف وغير محترف: تقوم قرينة لصالح المتفاوض غير المحترف على خطأ المتفاوض الآخر المحترف، حيث يكون التزام هذا الأخير وسط بين الإلتزام ببذل عناية وتحقيق نتيجة فيكون الأول مصحوباً بقرينة بسيطة على الخطأ، وبالتالي يقع على عاتق المتفاوض المحترف المخل بالتزاماته التفاوضية إثبات براءته من الخطأ طبقاً للقواعد العامة للإثبات، أي أنّ التزام المتفاوض في هذه

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، 385.

² محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 177.

الحالة هو التزام مخفف بتحقيق نتيجة، حيث لا يمكن الجزم بأنّ التزام المتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية هو التزام ببذل عناية لضرورة قيام المضرور بإثبات الخطأ في جانب الطرف المتفاوض المخل بالتزاماته التفاوضية للقول بمسؤوليته وما ينتج عن ذلك من صعوبات، وفي مقابل ذلك لا يمكن الجزم بأنه التزام بتحقيق نتيجة معينة فتتعدد مسؤولية المتفاوض بدون خطأ في جميع الحالات، فكان لزاما القول بأنه التزام وسط بين الإلتزام ببذل عناية وتحقيق نتيجة فهو أخف من الإلتزام الثاني وأشدّ من الأول¹.

2- عبء إثبات الخطأ في مرحلة التفاوض الإلكتروني: إنّ التفرقة بين المتفاوض المحترف وغير المحترف في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية من شأنها تسهيل عبء إثبات خطأ الطرف المخل بالتزاماته التفاوضية على الطرف المضرور، حيث يرجع تقدير ذلك الإخلال من عدمه إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع وما يعزز اتجاه الفقه والقضاء الفرنسي والمصري إلى الأخذ بمعيار الرجل المحترف عند تقدير الخطأ التقصيري الإلكتروني، هو أنّ الطرف المحترف هو طرف متخصص، وعليه فإنّ أيّ تقصير من طرفه يمثل خطأ موجب للتعويض لقيام قرينة افتراض علم المحترف أو المهني بالالتزامات المفروضة عليه في مرحلة التفاوض وبأثر تخلفها على رضا المتفاوض، فهذه القرينة تؤدي إلى اعتبار المتفاوض المحترف سيء النية، وبذلك قد يصل الأمر إلى إعفاء الطرف المتفاوض الذي تضرر من إخلال الطرف المقابل له من الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض من عبء إثبات الخطأ التقصيري وفي هذه الحالة لا يستطيع المتفاوض المحترف المقصر في عدم تنفيذ تلك الالتزامات نفي إثبات المسؤولية المترتبة عليه، إلاّ إذا أثبت تنفيذه للالتزام على نحو سليم أو قيام السبب الأجنبي².

الفرع الثاني: الضرر في مرحلة التفاوض الإلكتروني.

¹ أيمن أحمد الدلوع، المرجع السابق، ص 84.

² هلدري أسعد أحمد، المرجع السابق، ص 245-246.

إلى جانب شرط توافر الخطأ لقيام مسؤولية المتفاوض المخل بالتزاماته التي يفرضها عليه مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، لا بد من توافر شرط الضرر الإلكتروني.

أولاً: تعريف الضرر في مرحلة التفاوض الإلكتروني: هو الأذى الذي يصيب المتفاوض الإلكتروني في حقوقه المادية أو المعنوية نتيجة إخلال المتفاوض الآخر بالتزاماته التفاوضية التي يفرضها مبدأ حسن النية في هذه المرحلة¹.

وقد استقر الفقه، التشريع والقضاء في فرنسا، مصر والجزائر على أنه طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية لا يشمل التعويض إلا الضرر الذي تتوافر فيه الشروط القانونية بأن يكون الضرر محققاً ومباشراً ومؤكداً². لكن يبقى التساؤل المطروح هل يُمكن إعمال هذه القواعد العامة على الضرر في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية نظراً لخصوصية هذه المرحلة في كونها تتم عبر وسيلة من الوسائل الإلكترونية من جهة وكونها تتم قصد إبرام عقد إلكتروني من جهة أخرى؟

في الواقع إن طبيعة الوسائل الإلكترونية المستخدمة في التفاوض قد تثير بعض الصعوبات في بيان شروط الضرر المستحق للتعويض بالرجوع إلى تفشي طرق الإحتيال عبر هذه الوسائل، إذ يُمكن في ظل غياب الحضور المادي للأطراف المتفاوضة أن يقوم أحدهما بتقديم معلومات مخالفة بقصد إيقاع الطرف المقابل في عملية التعاقد وهو الأمر الذي يُعتبر في حد ذاته إخلالاً بمبدأ حسن النية وما يفرضه من التزامات أساسية وأخرى ثانوية³.

كما أنّ انعدام الصلة المباشرة بين الأطراف المتفاوضة أي غياب الوجود المادي خاصة في ظل التفاوض على العقود الإلكترونية، فإنّه قد يترتب عن الإخلال بالالتزامات المترتبة عن هذه المرحلة ضرراً

¹ محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 179.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 403-404.

³ بلاوي عبد القادر، أقصاضي عبد القادر، المرجع السابق، ص 172.

يمس الطرف المقابل نتيجة تعرّضه للاعتداء على سرية بياناته وإتلاف المعلومات محل العقد المتفاوض عليه

ثانياً: أنواع الضرر في مرحلة التفاوض الإلكتروني: قد يكون ضرر مادي كما يمكن أن يكون ضرر معنوي، حيث يتمثل الضرر المادي في نفقات التفاوض التي تكبدها المتفاوض المضور في سبيل التحضير للعقد المزمع إبرامه وكذا الوقت الضائع، أما الضرر المعنوي، فهو يتمثل في تشويه سمعة المتفاوض إلى جانب خرق سرية المعلومات التي يتحصل عليها المتفاوض بمناسبة الدخول في المفاوضات والسير فيها، وأياً كان نوع الضرر الذي لحق المضور مادي أو معنوي فإنّ الفقه والقضاء في فرنسا ومصر لا يفرق بين نوعي الضرر من حيث إلزامية التعويض عنهما¹.

وبالرجوع إلى الضرر العادي فإنّه لا يثير أي إشكال من ناحية شروط الضرر إذ تُطبّق القواعد العامة في صورتها البسيطة سواء كان الضرر مادي أو معنوي، أمّا في حالة وقوع ضرر إلكتروني فإنّ المسألة التي تُثار هنا تتمحور حول سهولة، أو صعوبة إسقاط شروط الضرر العادي طبقاً للقواعد العامة على الضرر الإلكتروني لمعرفة مدى قابليته للتعويض من عدمه².

ثالثاً: شروط الضرر في مرحلة التفاوض الإلكتروني.

1- أن يكون الضرر متوقع: أي محقق الوقوع، بل يجب أن يكون الضرر قد وقع فعلاً، وهنا يضيف الفقه بأنّه وإن لم يكن قد تحقق فيكفي أن يصبح وقوعه مؤكّداً وهو ضرر تحقق سببه إلاّ أنّ آثاره تترتب في المستقبل وهو ما قضى به القضاء المصري في إحدى أحكامه القضائية بجواز المطالبة بالتعويض عن الضرر المؤكّد وقوعه في المستقبل، ومن أمثلة ذلك الضرر الذي يلحق بسمعة المتفاوض في المستقبل³.

¹ أيمن أحمد الدلوع، المرجع السابق، ص 88-89.

² تقارس بوبكر، المرجع السابق، ص 46.

³ أيمن أحمد الدلوع، المرجع السابق، ص 91.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

وتجدر الإشارة إلى أنّ إمكانية وقوع الضرر في المستقبل قوية، إذا قيست باحتمالات عند تحققه مع ملاحظة أن الضرر المحتمل لا يعوض عنه، إلاّ إذا تحقق فعلا حيث يكون ضرر حال على أن يراعي القاضي الظروف والملابسات التي وقع فيها الضرر¹.

ويؤكد l'avant projet catala السابق ذكره بوضوح على هذه القاعدة في نصوصه باعتماده صيغة أحكام معينة صادرة عن عدة أحكام لمحكمة النقض، إذ تنص المادة 1345 منه على أنه: "الضرر المستقبلي يمكن جبره عندما يكون امتدادا محددا ومباشرا للحالة الراهنة"، لذلك فإنّه لكي يتسنى جبر الضرر في المستقبل يجب أن تكون هناك علاقة مؤكدة ومباشرة بينه وبين الضرر الحالي أي أن يكون هو نتيجة خطأ المتفاوض المخل بالتزاماته التفاوضية².

وجدير بالذكر أنّ القضاء الفرنسي في إحدى قراراته القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20-06-1990 من خلال التصدي لقرار محكمة الإستئناف Lyon الفرنسية بتاريخ 12-01-1989 استقر على أنّ مسألة تحقق الضرر في المستقبل تخضع لرقابة محكمة النقض من خلال مراقبة توفر عناصر إثباته التي تستنبط من طرف قضاة الموضوع³.

2- أن يكون الضرر مباشرا: بالرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية، يجب أن يكون الضرر الذي لحق المتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية مباشرا، وهو ذلك الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه المتفاوض عبر هذه الوسائل بسبب عدم وفائه بالالتزامات التي يفرضها عليه مبدأ حسن النية في هذه المرحلة، وهو ما يتفق عليه الفقه على أنّ التعويض لا يشمل إلاّ الضرر المباشر⁴.

وهذا بالرجوع إلى نص المادة 1151 من ق.م.ف، التي تنص على أنه: "وفي حالة عدم تنفيذ الاتفاق بسبب خداع المدين فإنّ العطل والضرر لا يتضمنان فيما يعود لخسارة المدين أو للريح الذي

¹ إيناس مكي عبد نصار، "أثر تكنولوجيا المعلومات على المفاوضات العقدية-دراسة مقارنة-"، المرجع السابق، ص 351.

² Lachachi Mohamed, op.cit, p 281.

³ Cass, chambre civil2, 20-06-1990 <https://www.legifrance.gouv.fr> تاريخ الإطلاع 28-03-2022

⁴ أيمن أحمد الدلو، المرجع السابق، 97.

حرم منه إلا ما هو نتيجة مباشرة لعدم تنفيذ العقد"، ونص المادة 182 من ق.م.ج التي تنص على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول..."، وتقابلها المادة 221 من ق.م.م، فعلى الرغم أن هذه المواد تخص المسؤولية العقدية إلا أن الفقه الفرنسي والجزائري وكذا المصري جعلها تمتد لتشمل المسؤولية التقصيرية أيضا¹.

وهو الأمر الذي استقر عليه القضاء الفرنسي ومازال يقضي به باستمرار، حيث قضت إحدى المحاكم الفرنسية بأن الضرر المادي لا يكون محلا للتعويض، إلا إذا كان مباشرا ومتوقعا أي وقع فعلا أو محقق الوقوع².

3- أن يكون الضرر شخصا: يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المتفاوض الإلكتروني طبقا للقواعد العامة شخصا فليس له أن يُطالب بتعويض عن ضرر أصاب غيره، إلا إذا كان خلفا أو نائبا عنه نيابة قانونية أو اتفاقية، فالأصل أن الشخص المضرور هو الوحيد الذي يمكنه المطالبة بالتعويض³.

الفرع الثالث: علاقة السببية في مرحلة التفاوض الإلكتروني.

لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني أن يكون هناك خطأ وضرر، بل لا بد من أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في وقوع هذا الضرر، وهذا ما يُعبّر عنه بضرورة وجود علاقة السببية، هذه الأخيرة يصعب تحديدها بالنظر إلى خصوصية مرحلة التفاوض الإلكتروني، الأمر الذي

¹عابد رجا الخلايلة، " المسؤولية التقصيرية الإلكترونية-المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والإنترنت(دراسة مقارنة)"، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2009، ص 151.

²نقلا عن محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 262.

³ Mireille Bacache-Gibeili, "Droit civil les obligations la responsabilité civile extracontractuelle", Tome 5, 1^{ère} édition, economica, paris, France, année 2007, p 366.

يتطلب التطرق إلى صعوبة تحديد هذه الأخيرة، وبالرغم من إثبات هذه العلاقة إلا أنّ المدعى عليه يستطيع أن ينفي علاقة السببية.

أولاً: صعوبة تحديد علاقة السببية في مرحلة التفاوض الإلكتروني: يشترط إلى جانب الخطأ والضرر لقيام المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات العقدية شرط أو ركن قيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، هذا الشرط فرضته نصوص القانون المدني الفرنسي بحيث تلزم المادة 1382 من ق.م.ف بيجر الضرر الذي تسبب فيه الشخص بخطئه، وتنص المادة 1384 من ق.م.ف على أنّه: "نحن لسنا فقط مسؤولون عن الضرر الذي نتسبب فيه بخطئنا الشخصي ولكن أيضاً بسبب خطأ الأشخاص الذين نحن ملزمون بمراقبتهم أو الأشياء التي هي تحت حراستنا....."¹.

في الحقيقة يعتبر شرط رابطة السببية في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية أكثر المشاكل تعقيداً وغموضاً لقيام المسؤولية المدنية في هذه المرحلة، فهي تُشكل أحد أكثر المواضيع إثارة للجدل، وبالتالي فإنّ تحديد هذا الركن في مرحلة التفاوض ليس بالمهمة السهلة وأنّ المشرع الفرنسي ونظيره المصري والجزائري، لم يتناولوا هذا الركن صراحة وإنما يستخلص من المواد 1240 ق.م.ف المقابلة لنص المادتين 124 ق.م.ج و 163 ق.م.مسابقة الذكر.²

ذلك أنّه وفقاً لمبادئ نظام المسؤولية المدنية من الضروري إثبات وجود ثلاثة عناصر وهي الخطأ والضرر، ثم العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في المرحلة السابقة للتعاقد، هذه العلاقة السببية في هذه المرحلة تمثل الصلة بين الخطأ والضرر، ومع ذلك فإنّ هذا ليس هو الحال دائماً في مرحلة التفاوض كونها أكثر من حساسة، فعلى سبيل المثال قد يُؤدي أحد أطراف العلاقة التفاوضية الذي لم يكشف عن معلومات معينة أثناء التفاوض دوراً هاماً جدّاً في صنع القرار، ولكنه قد يكون أيضاً أحد العوامل التي لا تؤدي بالضرورة إلى قطع التفاوض، والتحجج بعدم التزام الطرف الآخر بالتزامه بالإعلام وبالتالي فإن

¹ Radu Stancu, op.cit, p 204.

²Elsehly Mahmoud, op.cit, p 212-213.

علاقة السببية في مرحلة التفاوض تجعل من الممكن تحديد أهمية العناصر الخاطئة بالإضافة إلى معرفة ما إذا كان المتفاوض الذي ارتكب خطأ في مرحلة التفاوض هو المسؤول الوحيد عن الضرر أو ما إذا كان يمكن تقاسم المسؤولية بين الأطراف المتفاوضة وفي هذا الصدد يقول الأستاذ Olivier Deshayes: "أن أهمية تحديد الخطأ في مرحلة التفاوض يلعب دوراً هاماً في الوقوف على المسؤولية في هذه المرحلة على مستوى التعويض ولكن علاقة السببية هي التي تظل سيد القرار النهائي"، وبعبارة أخرى لا يكون التعويض عن الضرر في مرحلة التفاوض مشروطاً بوجود ضرر وخطأ فحسب بل يجب أن يرتبط ذلك الضرر بهذا الخطأ بعلاقة سببية¹.

كما يُضيف جانب من الفقه أن علاقة السببية في مرحلة التفاوض قد تثير مشاكل من جانبيين:

1- مصدر الضرر متعدد الأسباب: في هذه الحالة، التعويض لا يشمل فقط السبب المباشر للضرر

ولكن توجد عوامل أخرى مثل إجراء مفاوضات موازية أو الإخلال بالالتزام بالسرية وما إلى ذلك.

2- سلسلة من الأضرار عن نفس الخطأ: مثل تكاليف التفاوض وتكاليف التحضير وغيرها قد تقود

المتفاوض إلى ضرورة القيام بتمويل جديد أو عرض التكاليف لإيجاد متفاوض جديد في اليوم التالي لقطع التفاوض، وفي كلتا الحالتين يتبين بوضوح الدور النشط لقضاة الموضوع في تحديد السبب المباشر الذي يتطلب التعويض².

ذلك أن للقضاء دور مهم في تقدير وجود علاقة السببية بين الخطأ والضرر من خلال تقديره

للخطأ وتقديره للضرر من خلال بحث ما إذا كان هذا الخطأ بالذات يكون من شأنه توليد هذا الضرر

¹Olivier Deshayes, " Le dommage réparable en cas de dol dans la formation du contrat", revue des contrats, n°01, LGDJ, paris, France, année 2013, p 91.

²Elsehly Mahmoud, op.cit, p 217-218.

بالذات بطريقة مباشرة، فإذا خلص إلى أنّ الإخلال بالالتزامات التفاوضية من شأنه ترتيب الضرر بطريقة مباشرة خلص إلى قيام رابطة السببية وتقديره هنا هو تقدير موضوعي محض¹.

والمهم هو دراسة علاقة السببية في التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية محل الدراسة، حيث يكون الأمر أكثر صعوبة في تحديدها، وذلك لتعدد المسائل الإلكترونية حيث يمكن أن يكون سبب الضرر راجع إلى عوامل أخرى بعيدة أو خفية ترجع إلى خصوصية التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، كونه من جهة ينصب على عقود إلكترونية وما يكتنفها من مشاكل قانونية كما سبق التوضيح، وكذا خصوصية الوسائل الإلكترونية التي يتم استخدامها في مرحلة التفاوض من جهة أخرى كلها مما يؤدي إلى تداخل الأدوار الأمر الذي يتعدّر معه تحديد السبب الفعال والمباشر في وقوع الضرر.

زيادة على ذلك التطور السريع في المسائل التكنولوجية المتقدمة لإحداث الضرر في المسؤولية يجعل من الصعب الجزم في عدم وجود نسبة من الخطأ في تأدية هذه الوسائل الإلكترونية لمهامها وهذا ينعكس سلبا على تحديد علاقة السببية في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية موضوع الدراسة².

ثانيا: إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر: إنّ مسألة إثبات علاقة السببية في حالة وجود خطأ وحيد أدى إلى تحقق الضرر، هي بالمسألة التي يسهل إثباتها لأن الإثبات هنا يتم بكافة طرق الإثبات ثم أنّ القاضي يكون قناعته اعتمادا على الظروف والقرائن، فالأمر لم يتوقف هنا بل أنّ القضاء الفرنسي والمصري سهّل على المضرور إثبات علاقة السببية كركن من أركان المسؤولية المدنية، بالاستناد على عدد من قرائن السببية، منها قرينة الظروف الخطرة التي تقوم على أنّ الشخص الذي يتسبب بخطئه ضرا

¹ محمد حامد محمود، زهراء عبد المنعم عبد الله، المرجع السابق، ص 248.

² محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 180.

للغير في وضع يعتبر موضوعيا خطر أي أن مخاطر وقوع الضرر أوجدها الشخص بخطئه تجعل الضرر الذي تحقق بتحقيق هذه المخاطر¹.

إلا أنّ الأمر سيصعب إذا اشترك أكثر من خطأ في إلحاق الضرر، هنا يُطرح التساؤل حول الشخص المسؤول عن التعويض أم تكون المسؤولية تضامنية كما أشار إلى ذلك الأستاذ Olivier Deshayes بل وتزداد المسألة تعقيدا في التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية نظرا لكثرة المتدخلين وتنوع أدوارهم قبل تحقق الضرر لذلك ظهرت نظريتان للفصل في هذه الإشكالية وهما نظرية تكافؤ الأسباب ونظرية السبب المنتج².

1- نظرية تكافؤ الأسباب: نظرية ألمانية المنشأ رائدها الفقيه الألماني فون بيري، والتي أخذ بها بعض الفقهاء مؤداهما أنّه يجب الأخذ بكل سبب اشترك في إحداث الضرر ولو كان سببا بعيدا لأن جميع الأسباب التي تدخلت في وقوع الضرر تعتبر أسبابا متكافئة ولا فرق بين سبب كانت مساهمته بنسبة كبيرة وآخر مساهمته بنسبة قليلة، ذلك أنّ الضرر قد يحدث بسبب عدة عوامل منها بتدخل الإنسان ومنها ما هو بفعل ظروف خارجية، ومن الأمثلة عن هذه النظرية في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية نجد أنّ الطرف المتفاوض قد يترك وسيلة من الوسائل الإلكترونية التي يستخدمها في هذه المرحلة، مثلا البريد الإلكتروني باعتباره الأكثر استخداما مفتوحا وجهاز الكمبيوتر يتركه أيضا مفتوحا فيدخل طرف آخر ويستعمل البريد الإلكتروني، فيقوم بإرسال رسائل يسيء بها للمرسل إليهم الذين سبق وأن دخل معهم صاحب البريد الإلكتروني في محادثات قصد الدخول في مفاوضات عقدية بعبارات تتضمن ألفاظ سب وقذف، ففي هذه الحالة نكون أمام سببين متكافئين لوقوع هذا الضرر، الأول يتمثل في إهمال صاحب البريد الإلكتروني، والثاني هو الإستعمال السيئ من طرف الشخص الآخر، فالسببان حسب هذه النظرية متكافآن، لأنّ النتيجة ما تحققت إلاّ باجتماعهما ولو تخلف أحدهما لما تحققت، وتجدر الإشارة أنّ هذه النظرية سادت على مستوى كل من القضاء الفرنسي

¹ عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص 153-154.

² قارس بوبكر، المرجع السابق، ص 55.

والمصري إلى وقت ليس ببعيد، إلاّ أنهما تراجعاً عنها وتوجها إلى نظرية السبب المنتج التي نادى بها الفقيه الألماني فون كريس¹.

2- نظرية السبب المنتج: وهذا ما جسده قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 07-08-1995 والذي قضى بعدم مسؤولية صاحب العمل في ظروف مماثلة، لأن وجود العامل عنده خلافاً للقانون لم يولد الحادثة، ولكنه كان مجرد مناسبة لها، كذلك ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 13-03-1983 التي قضت بأنه: "إن ركن السببية في المسؤولية التقصيرية لا يقوم إلاّ على السبب المنتج الفعال المحدث بذاته للضرر دون السبب العارض الذي ليس من شأنه بطبيعته إحداث مثل هذا الضرر مهما كان قد أسهم مصادفة في إحداثه بأن كان مقترناً بالسبب المنتج"².

ومؤدى هذه النظرية أنه إذا تداخلت عدّة أسباب في إحداث الضرر، فيجب التفرقة بين الأسباب الحقيقية أو المنتجة للضرر والأسباب العرضية وهي تلك الأسباب التي ليس من شأنها بطبيعتها حسب المجرى العادي للأمر أن تحدث الضرر فهي أسهمت في إحداثه صدفة باقترانها بالسبب المنتج فيأخذ بهذا الأخير دون السبب العارض، فالسبب المنتج وحده الذي يأخذ به في إحداث الضرر فيعتبر السبب منتج أو حقيقي متى كان من العادة أن يؤدي قيامه إلى وقوع الضرر³.

وبتطبيق هذه النظرية في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية فإنه سيتم الرجوع إلى المثال السابق والمتعلق بإهمال صاحب جهاز الكمبيوتر والبريد الإلكتروني بترك كل منهما مفتوح واستخدام كل منهما من قبل الغير ولا يقصد بالغير التابعين ومن هم تحت حراسة صاحب كل من جهاز الكمبيوتر والبريد الإلكتروني، هذا الغير بفعله هذا ألحق ضرراً بالمرسل إليهم، وهنا إنّ السبب الذي يعتد به لقيام المسؤولية في هذه المرحلة هو الإستعمال السيئ للبريد الإلكتروني دون إهمال صاحب

¹ عايد رجا الخاليلة، "المسؤولية التقصيرية الإلكترونية- المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والإنترنت (دراسة مقارنة)"، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2009، ص 150.

² عايد رجا الخاليلة، المرجع نفسه، ص 151-152.

³ أنور سلطان، "العقود المسماة- شرح عقد البيع والمقايضة-"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2005، ص 235.

البريد الإلكتروني، لأنّ السلوك الأخير وفقاً للمجرد العادي للأمر لا يترتب عنه ضرر يصيب الغير فهو مجرد سبب عارض لا يعتد به في تقصي رابطة السببية بين الضرر وسببه¹.

ثالثاً: إنتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر: تنتفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية في حالات معينة جسّدتها القواعد العامة بموجب نص المواد 1148 من ق.م.ف.م.ف. المقابلة لنص المادتين 127 من ق.م.ج. و165 من ق.م.م. وهي ضرورة إثبات السبب الأجنبي، وذلك بأن يثبت المتسبب في وقوع الضرر بأن هذا الأخير يرجع إلى سبب أجنبي، خطأ الطرف المضرور، فعل الغير².

1- السبب الأجنبي: وذلك بأن يُنفي الطرف المتفاوض الذي يقع عليه الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هذه الأخيرة فيلحق بالطرف المتفاوض صاحب هذه المعلومات ضرراً ليس بسبب الإخلال بالالتزام بسرية المعلومات إنّما لسبب آخر غير الإفشاء وهو سبب خارج إرادته هو السبب الأجنبي الذي يؤدي إلى إنتفاء علاقة السببية إذا كان غير متوقع ويستحيل دفعه، بحيث يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة يمنع معه المطالبة بالتعويض، حيث أنّ مسألة تقدير السبب الأجنبي هي مسألة تخضع لتقدير قاضي الموضوع، ومثال عن ذلك تعرض وسيلة من الوسائل الإلكترونية التي يستخدمها المتفاوض في مرحلة التفاوض لإبرام عقد معين لخلل تقني غير معروف أو تعرضها للتوقف نتيجة صاعقة كهربائية ليس بالوسع توقعها أو مقاومتها، هنا يستحيل عليه تنفيذ التزاماته التفاوضية عبر هذه الوسيلة الإلكترونية، أو تعرضها لاختراقات فيروسية جديدة غير معروفة³.

كما يجب أن يتوفر شرط الجسامة، أي أن الضرر الذي يصيب هذه الوسائل يجب أن يكون على قدر من الجسامة بحيث تؤثر بشكل كبير على المعلومات المتداولة بين الأطراف المتفاوضة عبر وسيلة من الوسائل الإلكترونية، حتى يتمكن المدين بالتعويض من نفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر،

¹ قارس بوبكر، المرجع السابق، ص 57.

² غادة أبو بكر صالح عبد العاطي بوكيله، المرجع السابق، ص 156.

³ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 335.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

وفيما يخص شرط استحالة دفع القوة القاهرة في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، قد لا يتحقق في كثير من الأحيان نتيجة التطور التكنولوجي الذي تولد عنه العديد من برامج الوقاية من الأخطار التي قد تتعرض لها الوسائل الإلكترونية¹.

2- خطأ المضرور: يُجمع الفقه والقضاء المصري على أنه يشترط أن يكون ما وقع من المضرور يصل إلى درجة الخطأ على خلاف القضاء الفرنسي، الذي لا يشترط ذلك بل يكفي أن يكون فعل المضرور الذي تسبب في إلحاق الضرر به غير اعتيادي دون أن يصل إلى درجة الخطأ، وهو ما يتناسب والتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية نظرا لصعوبة إثبات الخطأ الإلكتروني وصعوبة معرفة مصدر هذا الخطأ في كثير من الأحيان².

3- خطأ الغير: يتم نفي علاقة السببية لخطأ الغير إذا كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر كأن يقوم الغير باختراق قاعدة البيانات، والحصول على أسرار تتعلق بالأطراف المتفاوضة، وإفشائها رغم اتخاذ صاحب القاعدة كافة الإجراءات اللازمة لأمن هذه القاعدة³.

يتبين مما سبق أنّ أركان المسؤولية التي تترتب نتيجة الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، لا تختلف من حيث الأصل والمضمون عن تلك التي ترد في المبادئ العامة للمسؤولية، إذ أنه بالنظر لعدم وجود نصوص قانونية خاصة تنظم طبيعة الضرر في مجال المسؤولية المدنية المترتبة عن التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية فإنّ ما جاء به القواعد العامة يمكن الرجوع إليها في هذا الصدد⁴.

¹ قارس بوبكر، المرجع السابق، ص 61.

² لمزيد من التفاصيل راجع عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص 159.

³ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 337.

⁴ محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 179.

إلاّ أنّه يصعب تطبيق تلك القواعد العامة على ضرورة توافر أن يكون الضرر مباشراً، حيث أن الضرر في التفاوض الإلكتروني قد يحدث كنتيجة مباشرة للفعل الضار وقد لا يكون كذلك، بل إنّ أغلب حالات الضرر في هذه المرحلة لا يحدث بصورة مباشرة، لحدوث الضرر عن بعد.

الأمر الذي يتطلب ضرورة انفتاح الفقه القانوني على تلك المعطيات التقنية، والتي تتطلب تخصص تقني ودراية بالوسيلة الإلكترونية المستخدمة في مرحلة التفاوض هذا من جهة، والمشكلات التي تثيرها العقود الإلكترونية في هذه المرحلة كونها تتم عن بعد من جهة أخرى، حتى يمكن إعطاء فروضاً للمتفاوض عديم الخبرة، أو ناقصها إلى مدى الخطر الذي يهدده عند استخدامه لهذه الوسائل الإلكترونية في التفاوض، قصد إبرام عقد في المستقبل، وأنّ الأمر وإن كان لا يختلف بصورة كبيرة عن التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل التقليدية من الناحية النظرية أو القانونية في حين أنّه يجوي في طياته الكثير من التعقيدات سواء من ناحية الفهم للبيانات التقنية أو الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في هذه المرحلة، إلى جانب الوعي الكامل بالمتطلبات الفنية وكذا الخبرة العملية لتوظيف المتطلبات القانونية بحيث تحقق مرحلة التفاوض ما يصبوا إليه الأطراف المتفاوضة وبصورة لا تؤدي إلى التحايل غير المشروع والذي يترتب عنه المسؤولية في تلك المرحلة وما يترتب عليها من آثار¹.

المبحث الثاني: آثار المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني.

إنّ الهدف من الإلتزام بالتفاوض بحسن نية في مرحلة التفاوض الإلكتروني، والذي يفرض على الأطراف المتفاوضة التزامات أساسية وأخرى ثانوية، هو إقامة نوع من التوازن المعقول بين مبدأ حرية التفاوض وبين تحقيق أمن هذه المرحلة الحساسة، وعليه فإنّ خلل أي من طرفي التفاوض بهذا الإلتزام وما يفرضه من التزامات يترتب عنه قيام المسؤولية المدنية كما سبق التوضيح، ووفقاً للقواعد العامة تقتضي

¹ أيمن أحمد الدلع، المرجع السابق، ص 97-98.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

أحكام هذه المسؤولية إجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناً (المطلب الأول)، ثم اللجوء إلى التزام المدين بالتنفيذ بمقابل أي التعويض (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التنفيذ العيني.

إذا كان التنفيذ العيني هو الأصل طبقاً للقواعد العامة، إذ يتم اللجوء إليه كلما كان ذلك ممكناً بقصد إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل وقوع الضرر المتمثل في الإخلال بالالتزامات التفاوضية، إلا أنّ الفقه قد أجمع على استبعاد التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض في العقود التقليدية عامة والتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية خاصة، وانطلاقاً من ذلك سيتم التطرق إلى تعريف التنفيذ العيني (الفرع الأول)، ثم بيان موقف الفقه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التنفيذ العيني.

يُقصد بالتنفيذ العيني هو أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما التزم به، إذ يقع عادة في المسؤولية العقدية أما في المسؤولية التصديرية فإنه قليلاً ما يحصل ذلك وهو يعتبر الوسيلة الأصلية كأثر عن المسؤولية المدنية¹.

كما ينبغي التنويه أنه يشترط في التنفيذ العيني أن يكون ممكناً، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 1221 المعدلة بموجب القانون رقم 2018-287 المعدل للأمر رقم 2016-131 المتضمن ق.م.ف السابق ذكره، بأنه يجبر المدين بعد إعداره من طرف الدائن بالالتزام على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ما لم يكن الأداء مستحيلاً، أو كان هناك تفاوت واضح بين تكلفته اتجاه المدين حسن النية ومصالحته اتجاه الدائن²، المقابلة لنص المادتين 164 من ق.م.ج و 203 من ق.م.م، حيث أنّ مسألة

¹ محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 281.

² Article 1221 modifié par loi n2018-287 du 20 avril 2018. <https://legifrance.gouv.fr>-02 تاريخ الإطلاع 2022-04

تقدير التنفيذ العيني إذا كان ممكناً أم لا تخضع لتقدير قاضي الموضوع بحسب الظروف التي يجب أن يُراعى فيها مبدأ حسن النية¹.

الفرع الثاني: موقف الفقه المقارن من التنفيذ العيني.

بما أنّ موضوع الدراسة هو التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، فالسؤال المطروح: هل يجوز للدائن في هذه المرحلة اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يُجبر الطرف المتفاوض المخل بالتزاماته بالتنفيذ العيني متى كان ذلك ممكناً وغير مرهق له؟

لقد احتدم النقاش الفقهي حول هذه المسألة، فجانب من الفقه يذهب إلى القول بأنّ اللجوء إلى التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض الإلكتروني ممكناً في حالة استحالة إيجاد طريق آخر مناسب لجبر الضرر، أو في حالة ما إذا تبين للقاضي إمكانية التنفيذ العيني².

وعن موقف الفقه الفرنسي والمصري محل الدراسة المقارنة، فإنّه يتفق غالبيته إلى القول باستحالة اللجوء إلى التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض في العقود التقليدية عامة و التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية خاصة، ذلك أنّه لا يجوز إجبار المتفاوض على الرجوع إلى التفاوض والإلتزام بما يفرضه عليه مبدأ حسن النية في هذه المرحلة، فالعقد محل التفاوض لم ينعقد بعد³.

وعليه لا يمكن للقاضي أن يخل محل إرادة الأطراف المتفاوضة في إبرام العقد لانتهاء وجود هذه الإرادة احتراماً لمبدأ حرية التعاقد وهو ما يؤكده الأستاذ Rémy Cabrillac بقوله: "يبدو لنا أنّ هذا الحل يصعب تنفيذه من وجهة نظر أساسية من شأنه أن يخل بحرية التعاقد"، وفي الوقت نفسه يحدد

¹ محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق ص 282.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 761.

³ أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص 168.

الأستاذ أنّه من الصعب من الناحية العملية تصور مستقبل عقد افتراضي غير مكتمل يصبح مثاليا وملزما بالعصا السحرية للقاضي¹.

ومن ثم فإنّ الأصل أنّ إنشاء العقد ليس هو من شأن القاضي، وإمّا شأنه يكون في تفسير نية المتعاقدين أو تكملة نطاق العقد فقط، ونتيجة ذلك يقول الأستاذ بلحاج العربي: "وعلى أي حال فإنّ محل الإلتزام الذي لم ينفذ هنا هو التفاوض وليس التعاقد لأنّ هذا الأخير يحتاج على الأقل اتفاقا على العناصر الجوهرية أو الأساسية ومن ثم فإنّ التنفيذ العيني هو أمر مستبعد في مرحلة المفاوضات والمشكلة قد تثور أساسا حول ضياع فرصة حقيقية للتعاقد وليس العقد نفسه"².

وعلاوة على ذلك يؤكد جانب من الفقه استبعاد التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض الإلكتروني ذلك أنّ التفاوض الذي يتم عبر وسيلة من الوسائل الإلكترونية، أو بصدد الرغبة في إبرام عقد إلكتروني هو القيام بالأخذ والعطاء حول محل العقد المزمع إبرامه، وما يترتب عن ذلك من التزامات تقع على عاتق الأطراف المتفاوضة دون الوصول إلى درجة الإلتزام بالتعاقد³.

ويذهب هذا الجانب الفقهي إلى أكثر من ذلك من خلال استبعاد التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلا أو مرهقا لعدّة اعتبارات، منها أنّ محل الإلتزام الذي لم ينفذ هو التفاوض وليس التعاقد، مع العلم أنّ القضاء الفرنسي ساير هذا الجانب الفقهي من خلال الحكم الصادر عن محكمة بروكسل التجارية بتاريخ 24-06-1985 التي قضت باستحالة التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض وأكدت أنّ ما ضاع هو فرصة للتعاقد وليس العقد نفسه كما أنّ الإلزام على التفاوض غير مجد، لأنّه بطبيعته يقوم على التعاون الحقيقي بين أطرافه كما أنّ الضرر الواقع من عدم إبرام العقد محل التفاوض لا يمكن أن يترتب الحق في التنفيذ العيني، وذلك احتراما للمبدأ الأصلي الذي يحكم التفاوض وهو مبدأ حرية التفاوض الذي لا يقيده، إلاّ مبدأ حسن النية أي حرية العدول

¹ Cité par Barry Sarah, op.cit, p 343.

² نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 413-414.

³ نقلا عن أيمن أحمد الدلوع، المرجع السابق، ص 104-105.

عن التفاوض والإمتناع عن إبرام العقد المزمع إبرامه بحسن نية، أي قيام مبرر شرعي يبرر ذلك فإن حصل وأن خالف المتفاوض هذا الأمر، فإنّ كل ما يضيع على المتفاوض المضرور هو فرصة التعاقد وليس العقد في حدّ ذاته¹.

كذلك القضاء المصري في إحدى قراراته الصادرة عن محكمة النقض بتاريخ 09-12-1975، أكّدت بأنّ مشروع عقد البيع لا يكون ملزماً لأي من الطرفين، ويستطيع كل منهما الإمتناع عن إبرام العقد، ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء، فالإخلال بالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض والذي يترتب عنه إنهاء هذه العلاقة التفاوضية معناه من الناحية القانونية غياب التراضي على العقد².

وتنطوي وجهة النظر هاته بأنّ التفاوض يقوم على اعتبارات شخصية، الأمر الذي يستحيل معه الضغط على إرادة المتفاوض المخل بالتزاماته بالاستمرار في التفاوض، لأنّ من خصائص هذه المرحلة أنّها تقوم على الرضائية كما سبق الإشارة إلى ذلك، لهذا يكون اللجوء إلى التنفيذ العيني عن طريق الغرامة التهديدية أو غيرها من الوسائل لدفع المتفاوض الذي أحل بالتزاماته غير مُستحسن بل لم ينص عليه التشريع المقارن محل الدراسة منه التشريع الفرنسي³.

وفي هذا المقام يقول جانب من الفقه: "وفي القانون الفرنسي لا يمكن أن يؤدي الضرر الناجم عن تفكك المحادثات السابقة للتعاقد إلى التعويض العيني، الذي سيتألف في الواقع من إبرام العقد بالقوة ضدّ إرادة أحد الأطراف المتفاوضة، الذي لا يرغب في إبرام العقد محل التفاوض، وأنّ محكمة النقض إذا لم ترفض رسمياً هذا الحل، إلّا أنّه لم تعترف بعد الآن به"⁴.

¹ بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 10، جامعة قاصدي مرياح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، الجزائر، سنة 2014، ص 118-119.

² براهامي فايزة، المرجع السابق، ص 169.

³ مسلم الطاهر، "الحماية القانونية لمتلقي الفرنشيز في التشريع الجزائري"، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص حقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة جيلالي لباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الجامعية 2019-2020، ص 70.

⁴ Cité par Lachachi Mohamed, op.cit, p 288.

ويُضيف هذا الجانب الفقهي أنّ جبر الضرر في مرحلة التفاوض بالتنفيذ العيني ليس مستصوباً قبل كل شيء، بل هو علاج غير فعّال إذا قرّر أحد الأطراف المتفاوضة كسر المفاوضات، فكثيراً ما يكون السبب في ذلك أنه لم يعد يرغب في التعامل مع الطرف الآخر، وعليه من الصعب تخيل إجبار الأطراف المتفاوضة على استئناف المفاوضات بسبب خرقها لخطأ مرتكب يتمثل في الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية السابق ذكرها، فهو يشكل في حدّ ذاته كسر لهذا المبدأ وكسر للثقة وهذا ما يؤكده جانب من الفقه على الصعيد البشري والنفسي من السهل فهم أن إجبار المدين المتطرد على فعل شيء يرفض القيام به بإرادته وكرامته أمر صعب.

وفي السياق نفسه يرى جانب من الفقه أنّه من غير الواقع تماماً أن يكون جزاء الإخلال بالالتزامات في مرحلة التفاوض هو التنفيذ العيني، بل أن هذا الإخلال الذي يتمخض عنه إنهاء علاقة التفاوض يدل على أن الأطراف المتفاوضة لم تعد مستعدة للسير معاً في التفاوض قصد إبرام العقد محل التفاوض¹.

ومن المؤكد أنّ إجماع كل من الفقه الفرنسي والمصري على استبعاد التنفيذ العيني كأثر للمسؤولية في مرحلة التفاوض، يرجع إلى إجماعه على أنّ المسؤولية في هذه المرحلة هي مسؤولية تقصيرية لغياب الرابطة العقدية بين الأطراف المتفاوضة حتى في حالة وجود عقد ينظم علاقتهم التفاوضية، فهم بالتفاوض يحاولون السعي لتكوين هذه الرابطة العقدية، ثم أنّ التفاوض مسألة قائمة على حسن النية فلا يمكن تحصيلها من خلال إلزام القاضي للطرف المخل بالتزاماته التفاوضية، والتي يترتب عنها إنهاء العلاقة التفاوضية مما يتمخض عنه ضرر للطرف الآخر مباشرة التفاوض بهدف التعاقد بشكل عيني فالسير بالتفاوض جبراً هو بمثابة فعل دون فائدة ومن المخالف لمنطق الأمور مطالبة كل طرف بالمشاركة من أجل الوصول مع الطرف الآخر إلى تحقيق التعاقد في الوقت الذي يتبين فيه للطرف المتفاوض حسن النية أنّه لا فائدة من قيام عقد نهائي بينه وبين الطرف المقابل له في التفاوض تفادياً لأي نزاع قد يثور

¹ Cité par Barry Sarah, op.cit, p 342.

بينهما مستقبلاً، وعليه فمن المخالف لمبدأ حرية التعاقد ولطبيعة سير مرحلة التفاوض التي لا يقيدتها إلا مبدأ حسن النية فرض التعويض العيني كأثر يترتب عن قيام المسؤولية في مرحلة التفاوض الإلكتروني¹.

هكذا يتبين أنّ التنفيذ العيني مستبعد تماماً في كل الأحوال التي ينظم فيها الأطراف علاقتهم التفاوضية، ومن ثمة لا يبقى سوى إجبار المدين المتسبب في إلحاق الضرر للطرف الآخر بجبر هذا الأخير عن طريق التعويض النقدي فقط، أي التنفيذ بمقابل باعتباره الحل الوحيد الذي يتماشى وطبيعة هذه المرحلة التي تسبق إبرام العقد النهائي².

المطلب الثاني: التنفيذ عن طريق التعويض.

يعتبر التنفيذ عن طريق التعويض الطريق الوحيد الذي يسلكه المتفاوض المضور نتيجة إخلال الطرف المتفاوض الآخر بالالتزامات التي يفرضها عليه مبدأ حسن النية في هذه المرحلة، وذلك من خلال رجوعه على هذا الطرف المخل بتعويض ما أصابه من جراء عدم التنفيذ مادام قد تعذر عليه إجبار المتفاوض المدين على تنفيذ التزامه عيناً³، فالتنفيذ عن طريق التعويض هو بمثابة تعويض نقدي عادل وشامل لكل ما لحق المتفاوض المضور من ضرر مادي أو معنوي⁴.

الفرع الأول: موقف الفقه المقارن من التعويض.

يرى جانب من الفقه أنّ الحديث عن التعويض في مرحلة التفاوض العقدي يتمحور حول الخطأ الذي يترتب عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في هذه المرحلة بدون مبرر مشروع

¹ خالد صقر أبو زهرة، المرجع السابق، ص 111-112.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 765.

³ علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص 765.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 415.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

قبل أن يتحقق الهدف المنشود، وهو إبرام العقد محل التفاوض، فمن المنطقي التعويض عن خسارة هذا الإخلال، أما عن المكاسب المنتظر تحقيقها بعد إبرام العقد فينتفي القول بالتعويض في هذه الحالة¹.

إلا أنه على الرغم من ذلك يتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى أن هناك حالات يمكن التعويض عنها عن الكسب الفائت في مرحلة التفاوض، حيث أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار الدرجة التي وصلت إليها المفاوضات، فإن وصلت هذه الأخيرة إلى درجة متقدمة نحو تحقق إبرام العقد محل التفاوض، فإن هذا لا يمنع القاضي من تعويض الطرف المتضرر جزئياً عما فاتته من كسب متوقع وهنا يكون التعويض جزئياً فقط لأن العقد محل التفاوض لم يُبرم بعد².

ويؤيده في ذلك جانب آخر، الذي يعتبر فقدان فرصة إبرام العقد محل التفاوض ضرراً قابلاً للتعويض عندما يثبت المدعي وجود احتمال معقول لتحقيق الفرصة، وينبغي أن تؤخذ بعين الاعتبار درجة التقدم المحرز في التفاوض عند البت فيما إذا كان ينبغي مراعاة احتمال تحقيق مكاسب جزئياً على الأقل، متمسكين برأيهم هذا على أساس أنه وعند تقييمهم لإحدى قرارات التحكيم القضائي تبين لهم أنه ليس كل المكاسب المفقودة يتم التعويض عنها، ولكن فقط الجزء الذي يتوافق مع الضرر المعين الذي يعني احتمال تحقيقه المأمول على وجه الخصوص، لأنه ليس بالإمكان المطالبة بتغطية الفائدة الكاملة التي كان سيحصل عليها من إبرام العقد هو في حالة تفاوض، وهذا الحل ينطوي في الواقع على يقين من تحقيق المكاسب، وهذا لا يمثل سوى احتمال لأنّ الإستنتاج نفسه لم يكن مؤكداً³.

ويُقصد بوصول التفاوض إلى درجة متقدمة أن يكون هذا الأخير قد وصل إلى حد يُبشر بتمام التعاقد، وذلك قبل تحقق الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في هذه المرحلة حتى ينسب

¹ محمد عبد الظاهر حسين، "الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد"، مجلة الحقوق، ع02، جامعة الكويت، الكويت، سنة 1998، ص776.

² محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص260.

³ Joanna Schmidt-Szalewski, "la période précontractuelle en droit français", revue internationale de droit comparé, Persée, n02, vol 42, paris, France, année 1990, p 549.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

ضياع الفرصة إلى هذا الإخلال كما لو أثبت المدعي بالتعويض أن التفاوض مع الطرف المخل قد وصل إلى مراحل متقدمة على وشك إبرام العقد محل التفاوض¹.

ويؤسس هذا الجانب من الفقه رأيه بناء على أنّ الحجة القائلة بأنّ الإعتراض بفقدان فرصة ما من شأنه أن يضر بالحق في ممارسة حرية عدم التعاقد موضع تساؤل عندما يقر القضاء في أحكام أخرى بالتعويض عن ضياع فرصة تحقيق مكاسب متتالية، باستحالة إبرام عقد بشروط أكثر فائدة وهذا لأنّه سيعوضه بصورة غير مباشرة عن ضياع فرصة قيل أنّها غير قابلة للتعويض، ألا وهي إتمام العقد المجهض وبالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال تحليل الإعتراض بفقدان الفرصة على أنه إنكار لممارسة حرية التعاقد².

وفي مقابل ذلك يتجه بعض الفقه الفرنسي المهتم بمشاكل المفاوضات العقدية والمنازعات المتعلقة بها أنّ التعويض في مرحلة التفاوض لا يشمل التعويض عن عدم إبرام العقد محل التفاوض وكنتيجة طبيعية عن ذلك، فإنّ هذا التعويض لا يشمل المزايا التي كانت ستترتب على إبرام العقد المتفاوض بشأنه باعتبارها من قبيل الضرر غير المباشر بالإضافة إلى أنّها من المسائل الإحتمالية يصعب تقدير التعويض بشأنها³.

الفرع الثاني: موقف التشريع من التعويض.

نص المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 1112 من الأمر رقم 131-2016 السابق ذكره على أنّه "في حال إرتكاب خطأ في المفاوضات فإنّ تعويض الضرر الناجم عن ذلك لا يجوز أن يتضمن تعويض عن فقدان المكاسب التي كان يمكن تحقيقها من العقد الذي لم يبرم بعد" ، فالمشرع الفرنسي

¹ هلدري أسعد أحمد، المرجع السابق، ص 192.

²Betty Mercedes Martinez-Cardenas, op.cit, p 311.

³ بلجاح العربي، المرجع السابق، ص 418-419.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

حصر نطاق التعويض في مرحلة التفاوض على ما لحق من خسارة دون ما فات من كسب نتيجة عدم إبرام العقد محل التفاوض¹.

ثم قام المشرع الفرنسي بتعديل نص المادة 1112 المذكورة أعلاه، بإضافة فقرة ثانية بموجب القانون رقم 287-2018 السابق "ولا فوات فرصة الحصول على هذا الكسب" وهو أمر بديهي فالحصول على الكسب الفئات أو فقدان فرصة الحصول على ذلك يقابله تنفيذ الإلتزام الوارد فيه، وجاء التأكيد الحاسم من المشرع الفرنسي على إضافة عدم شمول التعويض في مرحلة التفاوض على تفويت فرصة إبرام العقد محل التفاوض ذلك أن هذا الأمر احتمالي قد يتحقق وقد لا يتحقق وبذلك تنهار فكرة قيام المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض لأنّ التعويض يكون بعنصره ما فات من كسب وما لحق من خسارة².

لم يأت تعديل نص المادة 1112 المذكورة أعلاه من العدم، وإنما لترسيخ فكرة تبني المفهوم الضيق للضرر الواجب التعويض عنه خلال هذه المرحلة، حيث يقتصر التعويض على الضرر الفعلي الذي أصاب المتفاوض المضرور وليس الكسب الفئات أو فقدان فرصة الحصول على ذلك الكسب³. في حين لم يساير المشرع الجزائري ونظيره المصري المشرع الفرنسي فيما يتعلق بالتعويض عن الكسب الفئات، أو فقدان فرصة الحصول على ذلك الكسب، فبالرجوع إلى نص المادة 01/182 من ق.م.ج على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره

¹Article 1112-02 modifié par loi n 2018-287 du 20 avril 2018 <https://www.legifrance.gouv.fr> تاريخ

الإطلاع 2022-03-28

² حيدر فليح حسن الكناني، مالك رحيم حمادي، " دور مدة العقد في المرحلة السابقة للتعاقد-دراسة مقارنة-"، مجلة دراسات في حقوق الإنسان، ع02، مج 05، جامعة الجزائر 03، الجزائر، سنة 2021، ص 78.

³ يوسف شندي، " دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد والإلتزام بالإعلام"، المجلة الكويتية العالمية، ملحق خاص، ع 02، ج 02، جامعة الكويت العالمية، كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، سنة 2017، ص 457.

ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب¹، المقابلة لنص المادة 01/221 من ق.م.م.

وعليه فإنّ المشرع الجزائري ونظيره المصري جعلوا من التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب جراء إخلال المدين المتفاوض بتنفيذ التزاماته التفاوضية بالإسقاط على القواعد العامة، على خلاف ذلك نص المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 1112 من الأمر رقم 131-2016 السابق على أنّه "في حال ارتكاب خطأ في المفاوضات فإنّ تعويض الضرر الناجم عن ذلك لا يجوز أن يتضمن تعويض عن فقدان المكاسب التي كان يمكن تحقيقها من العقد الذي لم يبرم بعد" فالمشرع الفرنسي حصر نطاق التعويض في مرحلة التفاوض على ما لحق من خسارة دون ما فات من كسب نتيجة عدم إبرام العقد محل التفاوض²، ثم قام المشرع الفرنسي بتعديل هذه المادة بإضافة فقرة ثانية بموجب القانون رقم 287-2018 السابق "ولا فوات فرصة الحصول على هذا الكسب".

وهو أمر بديهي فالحصول على الكسب الفئات أو فقدان فرصة الحصول على ذلك يقابله تنفيذ الإلتزام الوارد فيه، وجاء التأكيد الحاسم من المشرع الفرنسي على إضافة عدم شمول التعويض في مرحلة التفاوض على تفويت فرصة إبرام العقد محل التفاوض، ذلك أن هذا الأمر احتمالي قد يتحقق وقد لا يتحقق وبذلك تنهار فكرة قيام المسؤولية العقدية في مرحلة التفاوض لأنّ التعويض يكون بعنصره ما فات من كسب وما لحق من خسارة³.

الفرع الثالث: موقف القضاء من التعويض.

قبلت عدّة محاكم فرنسية لوقت طويل جدا فكرة التعويض عن ضياع فرصة إبرام العقد أو الكسب الفئات، من حيث الأسس الموضوعية قبل أن يستبعدها بوضوح الحكم الشهير

¹ موسى طمشة، المرجع السابق، ص 79.

²Article 1112-02 modifié par loi n 2018-287 du 20 avril 2018 <https://www.legifrance.gouv.fr> تاريخ الإطلاع 28-03-2022

³ حيدر فليح حسن الكنان، مالك رحيم حمادي، المرجع السابق، ص 78.

Manoukian الصادر بتاريخ 26-11-2003 السابق ذكره، والحكم الصادر بتاريخ 28-06-2006 بسبب عدم وجود علاقة سببية بين الخطأ الناجم عن عدم مشروعية قطع التفاوض والضرر، ويؤيدها في ذلك غالبية الفقه الفرنسي، الذي يؤكد على أن هذا الإستبعاد له ما يبرره لسببين أولهما نظري والثاني عملي على حدّ سواء، فالسبب النظري هو أنّه لا يوجد أي شيء لإنفاذ عقد لم يبرم قط ولا يحق للمدعي الحصول عليه، أمّا السبب العملي هو أنّه من المستحيل عمليا معرفة مضمون العقد النهائي المتوخى وبالتالي من المستحيل معرفة مدى الكسب المتوقع¹.

فالقضاء الفرنسي حسم موقفه بشأن استبعاد التعويض عن الكسب الفائت أو تفويت فرصة إبرام العقد محل التفاوض، ويستند في ذلك إلى طبيعة التفاوض التي تجعل من العقد المزمع إبرامه يدور في دائرة الإحتمال بين تحقق إبرامه وبين عدم تحقق ذلك، وهذا ما أكّده محكمة إستئناف Rennes الفرنسية في إحدى قراراتها، حيث قضت بأنّه: "يجب ألاّ يدخل في حساب مقدار التعويض المزايا التي حرم منها المتفاوض المضروب بسبب عدم إبرام العقد معه، لأن العمل بغير ذلك يؤدي بطريق غير مباشر إلى ترتيب آثار العقد بالرغم من عدم إنعقاده"، ولقد أيّده غالبية الفقه الفرنسي بقوله: "من غير المعقول أن يتمخض على عدم إبرام العقد محل التفاوض حق للمتفاوض المضروب في التعويض عن تفويت فرصة تحقق الكسب لأن هذه الأخيرة تنعدم كون إبرام العقد محل التفاوض يكون دائما أمرا افتراضيا"².

ويبرّر القضاء الفرنسي موقفه على أنّ تبني فكرة تعويض ما لحق المتفاوض من خسارة وما فاته من كسب على إطلاقها، تثير الكثير من العوائق، فقد تتسلسل الأضرار وقد يكون الضرر متغيرا بطبيعته، أكثر من ذلك فإنّه يصعب تقدير الضرر الأدبي نتيجة سوء نية الطرف المتسبب في هذا الضرر، فهي كلها مشاكل تؤثر على مسألة التعويض في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية³.

¹ Cité par Betty Mercedes Martinez-Cardenas, op.cit, p 310.

² أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص 176-177.

³ محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 258-259.

وفي واقع الأمر فإنّ تعويض ما لحق المتفاوض من خسارة، نتيجة عدم إبرام العقد محل التفاوض يترتب عنه تعويض المتفاوض المضرور عن كافة الخسائر التي لحقت، وهذه الأخيرة تشمل جميع الأضرار التي سيتم الإشارة إليها لاحقاً، أمّا تعويض ما فات المتفاوض المضرور من كسب تبقى فكرة يُستعصى تقبلها في مرحلة التفاوض، لأنّ الأخذ بها يترتب أثراً على عقد لم يبرم بعد، فقد سبق التطرق إلى أنّ مسألة تحقق إبرام العقد محل التفاوض هي أمر إحتمالي نتيجة تعرضها للقطع في أي لحظة من سيرها، الذي يمكن أن لا يكيف على أنه خطأ إذا كان بحسن نية ولسبب مشروع، وعليه فإنّ الضرر الذي يمس المصلحة الإيجابية بالمعنى السابق لا يتم التعويض عليه¹.

في حين أنّ القضاء المصري، أقر بوجوب تعويض المتفاوض المضرور عن تفويت الفرصة أو الكسب الفائت، على أساس أنّ الحرمان من فرصة تحقيق الكسب تمثل ضرراً محققاً واجب التعويض عنه، من خلال قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 158 لسنة 24 بتاريخ 13-11-1958 الذي جاء فيه: "إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً أو مجرد أمل فإنّ تفويتها أمر محقق"، ثمّ أضافت أنّه: "وإن كان القانون لا يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت باعتباره من عناصر التعويض ما كان للمضرور يأمل الحصول عليه من كسب، إلاّ أنّ ذلك يتوقف على شرط أن يكون للأمل أسباب منطقية"².

وتنطوي وجهة النظر هاته على إمكانية تعويض المتفاوض المتضرر عن تفويت فرصة إبرام العقد محل التفاوض، بشرط أن تكون هذه الفرصة حقيقية وجادة لا ترقى إلى درجة الإحتمال، وفي هذه الحالة يقتصر القاضي على تعويض الضرر المحقق دون الضرر الإحتمالي الذي هو في نهاية المطاف مجرد افتراض.

وفي واقع الأمر فإنّ القضاء الفرنسي يرفض تماماً هذه الفكرة كما سبق التوضيح، وهذا ما نلمسه من القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18-09-2012 بمناسبة نقضها للقرار الصادر

¹محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 259.

²أبجار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص 175-176.

عن محكمة الإستئناف باريس بتاريخ 26-05-2011، حيث قضت بأنه في حالة الإخلال بالمفاوضات لا يمتد الضرر القابل للتعويض إلى ضياع فرصة إبرام العقد محل التفاوض مستندة في ذلك إلى نص المادة 1382 السابق ذكرها، وبهذا تكون محكمة النقض الفرنسية نقضت القرار الصادر عن محكمة الإستئناف باريس، التي استنتجت أنّ الخطأ في إنهاء مفاوضات القرض المصرفي من المؤشرات أو المعايير التي تخلق توقع مشروع لإبرام العقد محل التفاوض عن طريق إجراء مفاوضات مطولة تُمكن من إحراز تقدم كبير وتم كسرها دون مبرر جدي لهذا الإخلال، وعليه يمكن القول أنّ الحل الذي خرجت به محكمة النقض الفرنسية يوضح تماما صعوبة مسألة اكتشاف التدرج في الخطأ عن الإخلال بالالتزامات التفاوضية¹.

وبتأمل المحاولات الفقهية والاجتهادات القضائية المتناثرة هنا وهناك، يلاحظ بأن منها ما يفتح الباب أمام إمكانية التعويض عن فقدان فرصة إبرام العقد محل التفاوض، ومنها من يغلق هذا الباب وبالنتيجة فإنّ المشرع الفرنسي وعلى خلاف نظيره الجزائري والمصري فإنه وضع حدّ لهذه الآراء المتناثرة بين مؤيد ومعارض بإضافة فقرة ثانية للمادة 1112 من الأمر رقم 131-2016 بموجب القانون رقم 287-2018 سابقة الذكر.

وبحسب رأي الباحثة فإنّ حسم المشرع الفرنسي لهذه المسألة هو الأولى بالإتباع إذ لا يستقيم القول باتباع الإتجاه المؤيد لفكرة التعويض عن ضياع فرصة إبرام العقد محل التفاوض على إطلاقه حتى ولو كان ذلك بسوء نية، وحتى ولو بلغت هذه المرحلة درجة متقدمة نحو إبرام العقد، ذلك أن من خصائص التفاوض هو الإحتمال كما سبق التوضيح، وعليه يصعب معه القول بالتعويض عن فوات فرصة إبرام عقد تم التفاوض بشأنه.

¹Betty Mercedes Martinez-Cardenas, op.cit, p 311.

الفرع الرابع: أهم الأضرار محل التعويض في مرحلة التفاوض الإلكتروني.

إنّ الأضرار محل التعويض في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية لا يمكن حصرها، وفي كل الأحوال، يشمل التعويض أساساً عن الإخلال بالتزامات التفاوض التي يتمخض عنها إجهاض هذه العملية، نفقات التفاوض والوقت الضائع التي تدخل في إطار الأضرار المادية، ثم الضرر المعنوي وهو المساس بالسمعة التجارية للمتفاوض.

أولاً: نفقات التفاوض: لا يزال الفقه والإجتهد القضائي في فرنسا ومصر منقسمين إلى حدّ ما حول مسألة النفقات المتكبدة لإبرام العقد محل التفاوض التي يُمكن التعويض عنها، إلاّ أنه يتجه غالبية الفقه الفرنسي والمصري إلى أنّ جميع النفقات المتكبدة تعتبر خسارة حقيقية للمتفاوض المضرور¹.

وذلك على أساس أنّ صاحب الإخلال بالمفاوضات الذي ثبت خطؤه السابق للتعاقد، يجب أن يعرض المتفاوض المضرور بجميع النفقات التي تكبدها بمناسبة التفاوض، ثم يُضيف عبارة "حتى في حالة غياب الخطأ"، لأن الهدف من التعويض في مرحلة التفاوض، هو وضع المضرور ليس في الحالة التي كان سيكون عليها لو كان العقد قد أبرم، ولا في الحالة التي كان سيكون عليها لو أن المفاوضات لم تُجرى قط، ولكن في الحالة التي سيكون عليها إذا لم يكن تفكك التفاوض على خطأ².

إلاّ أنّ هذا الرأي يُعارضه جانب من الفقه بزعمهم أنّ: "ولن يتعيّن دائماً تعويض النفقات التي يجب أن تظهر في الضرر القابل للإصلاح فقط، بشرط أن تكون مرتبطة بالخطأ أي فقط بالظروف التي رافقت القطع أو كشفت عنه فقط"³.

¹Elsehly Mahmoud, op.cit, p 202.

² Valérie Blanc, op.cit, p 105.

³Deshayes Olivier, " Les dommages précontractuelles ", revue de droit commercial et de droit économique, n 02, Dalloz, paris, France, année 2004, p 187.

وهذا يعني أن الخطأ في مرحلة المفاوضات العقدية هو السبب في جميع النفقات، لأنه في حالة عدم وجود خطأ في مرحلة التفاوض لم يكن من الممكن تكبّد أي نفقات، وقد أدى ذلك ببعض الفقه في فرنسا ومصر إلى الموافقة على بعض القيود المفروضة على التعويض عن جميع النفقات المتكبدة عندما يتكبدها متفاوض محترف، فوفقاً لهذا الرأي الفقهي لن يتمكن المتفاوض المحترف من المطالبة بالتعويض عن نفقات التفاوض، لأن هذه الأخيرة تشكل نفقات عامة معتادة لدى المتفاوض المحترف، ومع ذلك فإنّ الفقه الحديث والقضاء في فرنسا ومصر يتعارض مع هذه التفرقة بين المتفاوض المحترف أو المهني، وفي هذا السياق يقول جانب من الفقه: "ويبدو أن من الأفضل أن يتبنى الفقه والقضاء المصري هذا الموقف الفرنسي الحديث لأنه لا يوجد فرق بين المتضرر المحترف وغير المحترف¹.

وحسب الفقه فإنّ هذا الأمر يؤدي إلى توازن أفضل بين حرية التفاوض والأمن القانوني، هذا الأمن لا يمكن الإبقاء عليه بمنح آثار لعقد لم يخرج إلى الوجود بعد²، حيث يتجه بعض الفقه المصري إلى القول أنّ التعويض يقتصر على المصلحة السلبية فقط كالمصاريف التي أنفقها المتفاوض من جراء الدخول في التفاوض³.

وبهذا المعنى أكّدت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 27-01-1966 ضرورة التعويض عن جميع نفقات التفاوض ونفقات قطع التفاوض، حيث تتلخص وقائع القضية في دخول طرفين في مفاوضات من أجل إنشاء شركة لإنتاج الأقراص الموسيقية في القاهرة، حيث تتلخص وقائع القضية في أن "س" سافر إلى أوروبا لاختيار وشراء المعدات المتفق عليها وعند عودته إلى مصر وجد أنّ الطرف الذي تفاوض معه "ي" قطع المفاوضات بطريقة مفاجئة وزعم أنه غير مسؤول عن عدم إبرام العقد محل التفاوض، لكن محكمة النقض المصرية قررت أنه ينبغي تعويض الطرف الذي أصابه ضرر جراء القطع التعسفي للتفاوض عن جميع النفقات لأن هذه الأخيرة تمثل ضرر مؤكد حتى

¹ Cité par Elsehly Mahmoud, op.cit, p 204.

² نقلاً عن نجيت عيسى، المرجع السابق، ص 88.

³ نقلاً عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 417-418.

لو أن الأطراف المتفاوضة يعلمون أنّ إبرام العقد محل التفاوض غير مؤكّد وأنهم مازالوا يتحملون النفقات، لأن لديهم الحق في إبرام العقد محل التفاوض ولذلك فهم يتحملون الخطر مسبقاً في بداية المفاوضات على أساس نظرية الخطر¹.

ويتجه القضاء الفرنسي إلى أنّ التعويض كجزاء للإخلال بالتزامات التفاوض يجب أن يشمل كل الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بالتفاوض المضور وهي الخسارة الواقعة حقيقة التي يعود تحديد مقدارها لقاضي الموضوع كما سبق التوضيح، وهي تشمل جميع النفقات والمصاريف التي تكبدها المتفاوض المضور بمناسبة التفاوض قصد التحضير لإبرام عقد معين².

ذلك أن التعويض هنا لا يشمل نفقات المفاوضات، إلا إذا كانت قد تمت بمناسبة المفاوضات وبسببها وعلى إثر ذلك لا مجال للتعويض عما أنفقه المضور من نفقات قبل الولوج إلى هذه المرحلة أو التي أنفقها بعد علمه بقطع التفاوض نتيجة للإخلال بالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في هذه المرحلة، وأن لا تكون هذه النفقات تمت نتيجة لخطأ المتفاوض الدائن لعدم احترازه هذا من جهة ومن جهة أخرى يُشترط أن لا تكون هذه النفقات مُبالغ فيها إلى الحد الذي يتجاوز المألوف فلا يكون المتفاوض المدين مسؤولاً إلا ضمن النفقات التي تمت في الحدود المعقولة وهو الضرر الذي يمكن توقعه عادة كما سبق الإشارة إلى ذلك³.

وبهذا المعنى قرّرت محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها أنّ تقدير معقولة النفقات وتحديد مبلغ التعويض يندرجان ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع⁴.

وجدير بالذكر أنّ عملية التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية تتطلب عادة من أجل إتمامها نفقات إجراء الاتصالات عبر مختلف الوسائل الإلكترونية كالبريد الإلكتروني ومختلف وسائل

¹ Cité par Elsehly Mahmoud, op.cit, p 203.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 416-417.

³ أبحار حامد حبش علي، المرجع السابق، ص 173.

⁴ Elsehly Mahmoud, op.cit, p 202-203.

التواصل الإجتماعي التي تتطلب وجود الإنترنت، هذه الأخيرة بطبيعة الحال يُستلزم لتغطيتها مصاريف، وإذا كان الأصل أنه في هذه الحالة لا تحتاج عملية التفاوض للتنقل كما هو الحال بالنسبة للتفاوض في العقود التقليدية، إلا أنه وفي بعض الحالات يحدث أن يتكبد المتفاوض الراغب بشراء سلعة معينة عبر وسيلة من الوسائل الإلكترونية مصاريف التنقل لمعاينتها لصعوبة ذلك عن بعد.

ثانيا: الوقت الضائع: تثير مسألة التعويض عن ضياع الوقت في مرحلة التفاوض صعوبة تقدير هذا النوع من التعويض، وذلك بالنظر إلى عدم وجود العناصر المادية التي يقوم على أساسها تحديد مقدار التعويض المترتب عن ضياع الوقت، ومن ثم فإنّ القاضي هو الذي يقوم بتقدير هذا النوع من التعويض شأنه شأن التعويض عن نفقات التفاوض اعتمادا على قواعد العدالة وبالقدر اللازم لجبر ما لحق المتفاوض من ضرر وبالنتيجة يكون التعويض عن ضياع الوقت جزافيا¹.

وهو ما يؤكده الأستاذ Blanc Valérie بقوله: "من الصعب على القاضي تقدير المبلغ المناسب الذي يمثل الوقت الضائع كما هو الحال بالنسبة لنفقات التفاوض، فإن نقطة البداية لإضاعة الوقت هي اللحظة التي تمّ فيها الإخلال بالثقة المشروعة"².

كما ينبغي التنويه إلى أنّ للقضاء المصري والفرنسي، الدور البارز في إبراز مسألة التعويض عن الوقت الضائع في مرحلة التفاوض، حيث صدر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 27-01-1966 الذي سبق الإشارة إليه بتعويض المتفاوض عن الوقت الذي أهدره في أوروبا للبحث عن الآلات اللازمة للمصنع الذي كان متفقا على إنشائه مع الطرف الآخر في المفاوضات والمتمثل في ترك محله التجاري في مصر خلال المدة التي قضاها في الخارج³.

¹ بوطالة معمر، المرجع السابق، ص 225.

²Blanc Valérie, op.cit, p 110.

³ موسى طمشة، المرجع السابق، ص 81.

وفي نفس السياق اتجه القضاء المصري على حُطى اتجاه القضاء الفرنسي من خلال الحكم الفرنسي الشهير بتاريخ 19-01-1977 الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، حيث تلخص وقائع القضية في إعلان زوجان رغبتهما الصريحة في قبول عرض بيع عقار قصد شرائه وبعد ثلاثة أشهر من هذا القبول أفصحا صراحة بعدم الرغبة في الشراء، وعلى هذا الأساس تمسك صاحب العرض بأن الرفض جاء متأخر وطالب بتعويض عن ضياع الوقت، حيث أن قضاء الموضوع رفض ذلك لعدم وقوع ضرر يبرر إلزام الزوجين بجزره، إلا أنّ محكمة النقض الفرنسية أكّدت أنّه للحكم بالتعويض عن الوقت الضائع يجب البحث عما إذا كان الطرف الذي يطالب بذلك قد التزم حقيقة بالعرض الموجه ولم يتصرف في العقار طوال هذه المدة¹.

يتبيّن لنا من خلال موقف محكمة النقض الفرنسية من خلال حكمها المذكور أعلاه أن ضياع الوقت يعتبر ضرراً متوقفاً يستحق الجبر بمناسبة التفاوض كلما قام الدليل على ذلك، هذا الأخير حسب جانب من الفقه الفرنسي ليس في الإثبات ما قد يُرهق الدائن بالتعويض حيث يكفي أن يثبت أنّه لولا التفاوض ما كان قد ضاع له من الوقت، فيتم تقدير التعويض طبقاً لقواعد العدالة بالقدر اللازم لجبر ما لحق الدائن من ضرر من يوم تحقّقه وحتى لحظة صدور الحكم².

ثالثاً: المساس بالسمعة التجارية للمتفاوض: يشمل هذا المفهوم أي تشهير شفهي أو مكتوب عام أو خاص، حيث يُؤكد غالبية الفقه الفرنسي والمصري على أنّه يُعاقب هذا السلوك مادام قد ارتكب عمداً، أو نتيجة ظروف معينة، مثال ذلك قطع التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية موضوع الدراسة دون مبرر شرعي، فإن الدعاية السيئة للطرف المتضرر عبر وسيلة من الوسائل الإلكترونية، قد تدفع طرف آخر خارج العلاقة التفاوضية إلى الاعتقاد بأن فشل المفاوضات يرجع إلى جودة مشكوك فيها محل التفاوض والتي ليست مرغوبة أبداً لأي طرف ما، كما قد تكون الملاحظات

¹ أيمن أحمد الدلوع، المرجع السابق، ص 113.

² أيمن أحمد الدلوع، المرجع نفسه، ص 112.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

المهينة التي تم الإدلاء بها أثناء الإنهاء المفاجئ للمحادثات أساسا للتعويض عن الضرر الذي يلحق بالسمعة التجارية للمتفاوض¹.

ويخضع التحقق من حقيقة هذا الضرر للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ويشمل التعويض الأضرار المعنوية نتيجة إظهار المتفاوض بمظهر الساذج الذي يسهل خداعه وممن لا يثق به².

ملخص.

نخلص مما سبق بيانه أن مجرد الدخول في التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية يُنشئ وضع قانوني خاص بين الأطراف المتفاوضة، إذ يُحمّل كل طرف متفاوض التزامات خاصة اتجاه الطرف

¹Cité par Blanc Valérie, op.cit, p110.

² هلددير أسعد أحمد، المرجع السابق، ص 194.

الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية

الآخر وهي التزامات تم فرضها بموجب مبدأ حسن النية لتنظيم التفاوض بهدف تحقيق مصلحة هؤلاء الأطراف وحماية حقوقهم القانونية.

فلقد اتضح أنّ مبدأ حسن النية يفرض التزامات أساسية تمثل الأثر الرئيسي الذي يصبو نحوه الأطراف المتفاوضة، أهمها الإلتزام بالإعلام والإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، ثم الإلتزامات الثانوية التي تتفرّع عن الإلتزامات الأساسية، تتمثل في الإلتزام بالتعاون والإلتزام بحظر أو عدم إجراء مفاوضات موازية.

ونتيجة لضرورات تحقيق أمن مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، فإنّه يترتب على الإخلال بهذه الإلتزامات قيام المسؤولية المدنية التي شهدت وجود نقاش فقهي حول إرساء طبيعة هذه المسؤولية، فمنهم من قال بأنّها مسؤولية عقدية، ومنهم من قال بأنّها مسؤولية غير عقدية (تقصيرية).

إلا أنّ المشرع الفرنسي و نظيره المصري استقرا على أنّها مسؤولية تقصيرية وبالمقابل غياب تام لموقف المشرع الجزائري لعدم تنظيمه هذه المرحلة.

وبما أنّ الهدف الرئيسي من الإلتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض هو إقامة نوع من التوازن المعقول بين مبدأ حرية التفاوض وبين تحقيق أمن هذه المرحلة، تقتضي المسؤولية المترتبة في هذه المرحلة الحق في التعويض وهو الطريق الوحيد لجبر الضرر ولا سبيل للحكم بالتنفيذ العيني لخصوصية هذه المرحلة، حيث تتعدّد أنواع الأضرار التي يعوّض عنها أهمّها نفقات التفاوض والوقت الضائع ثم المساس بسمعة المتفاوض.

هذه الأضرار يصعب تقديرها بالنظر إلى خصوصية مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية وما يترتب عنها من مشاكل قانونية.

الخاتمة

الخاتمة:

موضوع التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية - دراسة مقارنة - من أهم الموضوعات المطروحة على الساحة القانونية بالنظر إلى المشكلات القانونية التي ثارت ومازالت تثور إلى يومنا هذا نتيجة خصوصية هذه المرحلة، وهي الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في التفاوض أو نتيجة الرغبة في إبرام عقد إلكتروني وما يُصاحبها من تطور تكنولوجي مُستمر له بالغ الأثر على جملة من المسائل المهمة، أهمها تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية وكذا الجزاء المترتب عن ذلك في هذه المرحلة، ولقد توصلت الدراسة إلى النتائج التالية:

- عنى الفقه الحديث بمسألة تعريف التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، إلا أنه يأخذ عليه أن جانب منه جعل من تعريف التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية يقتصر على وسيلة إلكترونية فقط، في حين أنّ هذه الوسائل هي في تطور مستمر ما يجعلها متعددة، إلا أن جانب آخر من الفقه وهو التعريف المتفق عليه جعل من تعريف التفاوض يفتح على كل الوسائل الإلكترونية دون تخصيص.

- أنّ مقتضيات استقرار مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية دفعت بالمشرع الفرنسي بخلاف نظيره المصري والجزائري إلى تكريس مبدأ حسن النية في هذه المرحلة.

- خصوصية التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية تكمن في وصفه يتم بمناسبة إبرام العقد الإلكتروني، أو بمناسبة توظيف مختلف الوسائل الإلكترونية في عملية التفاوض على العقود وبالنتيجة لا يختلف التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية عنه في العقود التقليدية، إلا في وجود الوسيلة الإلكترونية التي أجاز استخدامها في التعاقد على مستوى التشريع المقارن والتشريع الجزائري محل الدراسة.

- إنّ الضرورات العملية وخاصة فيما يتعلق بظهور الوسائل الإلكترونية التي تتميز بخصوصية تقنية معقدة تجعل من التفاوض عبر هذه الوسائل يُثير عدة مشاكل قانونية، أهمها أمن المعلومات التي غالبا

ما تكون عرضة للقرصنة الإلكترونية، الأمر الذي يستعصى معه التحري عن هوية وأهلية الطرف المتفاوض في ظل غياب وسائل تقنية حاسمة للتحقق من ذلك.

- أهم الخطوات التي يجب إتباعها من أجل تنظيم التفاوض تتمثل في تلك الاتفاقات التي تتخلل هذه المرحلة التي تتفاوت في قيمتها القانونية، ولا يقدر في هذه الأخيرة كونها تختلف باختلاف صياغتها القانونية التي تعتبر الحدّ الفاصل في إرساء القوة القانونية لهذه الاتفاقات، فمنها ما هو عديم القيمة القانونية حيث لا يُؤلّد إلاّ التزامات أدبية بحتة ومنها ما يُؤلّد التزامات قانونية حقيقية ومن هذه الاتفاقات كان الإتفاق أو التعهد الشرفي و خطابات أو رسائل النية، وكذلك البروتوكول الإتفاقي ومن العقود التي يتم إبرامها إلى جانب هذه الاتفاقات عقد التفاوض وعقد الإطار.

- رسائل أو خطابات النية في شكلها الإلكتروني تُثير عدّة مشاكل قانونية، أهمّها صعوبة تحديد المسؤول عن الخطأ في حالة تزيف أو عدم وصول الرسالة بسبب مُشكل تقني في شبكة الإنترنت، إذ لا يمكن الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني التي تعالج أحكام العقد التي تجعل من المسؤولية قائمة بين المرسل والمرسل إليه، ذلك أنّ خصوصية رسائل النية في شكلها الإلكتروني وهي الوسيلة الإلكترونية تُثير صعوبة الوُقف على معرفة المسؤول الحقيقي عن الخطأ المرتكب لوجود عدة وسطاء يتدخلون بصفة مباشرة في عملية نقل هذا النوع من الرسائل.

- من بين الإصلاحات الجوهرية التي مست القانون المدني الفرنسي بموجب الأمر رقم 131-2016 استحداث ما يُسمّى بـ " عقد الإطار " المنظم بموجب أحكام نص المادة 1111 من نفس الأمر، مصدره الإجتهد القضائي الفرنسي، إلاّ أنّه ونظرا للتركيب المعقّد لهذا العقد المستجد فإنّه يُثير مشاكل قانونية أهمّها مشكلة تحديد الثمن، هذه الأخيرة كانت محل نقاش حاد بين الفقه والقضاء ومن أجل وقف هذا النقاش تدخل المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 1164 من الأمر رقم 131-2016 التي نصت على جزاء التعسف في تحديد الثمن بمناسبة إبرام عقد الإطار، إلاّ أنّها لم تحدّد معايير التعسف في تحديد الثمن الأمر الذي من شأنه ترك هامش كبير من المناورة للقاضي الذي يبقى مسؤولا

عن تقييمها، إلى جانب مشكلة صعوبة التسليم بامتداد القانون الواجب التطبيق على عقد الإطار إلى العقود التطبيقية له بهدف الحفاظ على توازن المصالح القانونية الأمر الذي يستدعي البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقود التطبيقية بصفة مستقلة عن عقد الإطار.

- من بين الضرورات الملحة على النهوض بنظرية العقد دمج المشرع الفرنسي ركني المحل والسبب في ركن واحد سماه محتوى أو مضمون العقد، لاعتبارات فقهية وقضائية رأت ضرورة هذا الإصلاح في تبسيط المفاهيم الأساسية لنظرية العقد مع تبسيط الإجراءات في مجال العدالة نحو تفادي العديد من الصعوبات العملية.

- استهداف الإصلاح الفرنسي لنظرية العقد فرض الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض بخلاف نظيره الجزائري والمصري، وجعله من النظام العام لإقامة علاقة عقدية متوازنة، إلا أنه يحدده في المعلومات المهمة التي يتوقف عليها الرضا أو بمناسبة وضع كامل الثقة في الطرف الذي يعلم بهذه المعلومات، في حين أنّ الفقه الفرنسي الحديث بإجماعه له رأي آخر وهو أن هذا الإلتزام يجب أن يُغطّي كافة المعلومات لتحقيق أكبر قدر ممكن من التوازن المعرفي.

- الصراع المستمر بين الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للإلتزام بالإعلام يجعله يتأرجح بين كفتين الأولى تميل نحو كونه إلتزام ببذل عناية، بينما يُرَجَّح فريق آخر هذه الكفة نحو كونه إلتزام بتحقيق نتيجة، حيث انتقد جانب من الفقه الحديث الرأي الأول على أساس أنه لا يتناسب مع خصوصية التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، إلا أنه اتجه غير موفق، فهو يبقى إلتزام ببذل عناية لأنّ الأصل في التفاوض هو أنه ذو نتيجة احتمالية، أمّا الإستثناء هو تحقيق نتيجة بما يتوافق مع العدالة العقدية.

- استحداث المشرع الفرنسي في مجال إصلاح العقود لسنة 2016 مادة قانونية تتعلق بالإلتزام بسرية المعلومات في مرحلة التفاوض التي منحت وصف السرية على تلك المعلومات التي تمّ الحصول عليها

بمناسبة التفاوض تم استخدامها أو إفشاءها دون ترخيص صاحبها، وهذا الإلتزام هو إلتزام بتحقيق نتيجة كونه إلتزام سلمي محض مفاده الإمتناع بالفعل عن إفشاء المعلومة أو استخدامها.

- إهتمام المشرع الجزائري بمسألة الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، ولكن في مرحلة إبرام المعاملات التجارية الإلكترونية، وبموجب نصوص قانونية خاصة بالمنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية.

- إهتمام المشرع المصري بواجب الإلتزام بسرية المعلومات في مرحلة التفاوض، واعترافه صراحة على أنه إلتزام بتحقيق نتيجة في عقود نقل التكنولوجيا، في حين كان الأجدر به أن يجعل من هذا الإلتزام يمتد نطاقه ليشمل جميع العقود خاصة المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية.

- يتفرّع عن الإلتزامات الأساسية التزامات ثانوية أهمها الإلتزام بالتعاون الذي هو وليد تدخل الفقه والقضاء الفرنسي استجابة للتطورات الحديثة للعلاقة التعاقدية وبالتالي أصبح ضرورة ملحة نظرا لدوره الوقائي في استقرار المراكز القانونية للأطراف المتفاوضة، حيث ارتبط بزوغه ببعض العراقيل التي من شأنها عرقلة سير مرحلة التفاوض، وبما أنه التزام أخلاقي محض فإنه يمكن التسليم بأنه ذو طبيعة نسبية على الرغم من أنّ هذه المسألة لا تزال محل نقاش فقهي.

- إتفاق الفقه على إمكانية الدخول في مفاوضات موازية مع الغير شريطة عدم إخفاء ذلك على أي طرف تم الدخول معه في مفاوضات موازية، وهو التزم بتحقيق نتيجة لأنه التزم سلمي.

- وجود تصورات فقهية وقضائية غير واضحة أحيانا ومتباينة أحيانا أخرى نتيجة وجود فراغ تشريعي فيما يخص الوقوف على مختلف الإشكالات المتعلقة بالطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض.

- إنّ القواعد العامة الواردة في القانون المدني التي تعالج أحكام المسؤولية لم تأخذ بعين الإعتبار شخص المدين المخل بالتزاماته وظروفه التعاقدية من كونه محترف وغير ذلك بمناسبة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية لما لهذه المسألة من أهمية في تسهيل عبء إثبات خطأ الطرف المخل بالتزامات

السابق ذكرها في الفقرات السابقة، مع استقرار الفقه والقضاء الفرنسي والمصري على الأخذ بمعيار الرجل المحترف عند تقدير الخطأ التقصيري الإلكتروني.

- أن القواعد العامة لنظرية العقد لم تعد تستوعب بيان شروط الضرر المستحق للتعويض بالنسبة للمسؤولية في مرحلة التفاوض الإلكتروني، ويزداد الأمر صعوبة في تحديد علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وذلك لتعقد المسألة التي ترجع لعوامل تقنية خفية معقدة من جهة كونها تنصب على عقود إلكترونية وما يكتنفها من مشاكل قانونية وكذلك خصوصية الوسائل الإلكترونية.

- توجه كل من القضاء الفرنسي والمصري للأخذ بنظرية السبب المنتج للفصل في إشكالية إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر لملائمة هذه النظرية وخصوصية التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية .

- على الرغم من استيعاب القواعد العامة للعقد إلى حد ما لأركان المسؤولية في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية من حيث الأصل والمضمون، إلا أنها تبقى قاصرة وغير ملائمة لاستيعاب هذه الأركان في مجملها بسبب خصوصية وتعقيد هذه المرحلة.

- اتفاق كل من الفقه والقضاء الفرنسي والمصري على استبعاد التنفيذ العيني كأثر مباشر للمسؤولية في مرحلة المفاوضات العقدية، لأن في الإجماع على التفاوض مساس بالمبدأ الأصلي الذي يحكم هذه المرحلة، وهو مبدأ حرية التفاوض الذي لا يُقيده إلا مبدأ حسن النية وأن كل ما يضيع على المتفاوض المضروب هو فرصة التعاقد وليس العقد في حد ذاته وهو أمر بديهي يتوافق وخصائص هذه المرحلة.

- استبعاد المشرع الفرنسي بموجب إصلاح نظرية العقد بإصداره الأمر رقم 131-2016 التعويض في مرحلة التفاوض عن الكسب الفائق، بخلاف نظيره الجزائري والمصري بالإسقاط على القواعد العامة في تقدير التعويض بمقابل، أكثر من ذلك فإن المشرع الفرنسي وضع حدّ لبعض المحاولات الفقهية والاجتهادات القضائية المتناثرة هنا وهناك منها ما يفتح الباب أمام إمكانية التعويض عن فقدان فرصة

إبرام العقد محل التفاوض ومنها ما يغلق هذا الباب، وذلك بإضافة فقرة ثانية للمادة 1112 من الأمر رقم 131-2016 بموجب القانون رقم 287-2018 باستبعاد التعويض عن فوات فرصة الكسب.

- يشمل التعويض بمقابل في مرحلة التفاوض الإلكتروني الأضرار المادية والمعنوية.
- الأضرار محل التعويض في مرحلة التفاوض الإلكتروني لا حصر لها، وفي كل الأحوال تشمل نفقات التفاوض والوقت الضائع ثمّ المساس بسمعة المتفاوض، هي كلها مسائل تترك لتقدير قاضي الموضوع.
- صعوبة تقدير التعويض عن هذه الأضرار لغياب العناصر المادية التي يقوم على أساسها تحديد مقدار التعويض الأمر الذي يكون معه هذا الأخير جزافيا.

كما توصلت الدراسة إلى التوصيات التالية:

- إنّ المادة 107 من ق.م.ج لم تقتضي الإلتزام بحسن النية في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، الأمر الذي يستوجب النص صراحة على ذلك، لمسايرة تفتنّ المشرع الفرنسي لأهمية هذه المسألة في تحقيق أمن هذه المرحلة، وهو ما من شأنه أن يضمن استقرار المراكز القانونية للأطراف المتفاوضة.

- يتعيّن على المشرع الجزائري ضرورة إيجاد صياغة قانونية بحيث يُصرف نظره عن تعريف العقد الإلكتروني بموجب المادة 02/06 من القانون رقم 18-05 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، بالجزم على أنّه عقد إذعان، وهو الأمر الذي لا يتلاءم وخصوصيته من حيث طبيعة التعامل بالوسيلة الإلكترونية على غرار ما اتجه إليه نظيره الفرنسي والمصري.

- إعادة صياغة نص المادة 26 من القانون رقم 18-05 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، وذلك بجعل الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات التزم تبادلي يقع على جميع أطراف المعاملة، وجعله يمتد إلى غاية مرحلة التفاوض من أجل تحقيق أمن هذه المرحلة الحساسة.

- عدم الوقوف عند الجوانب الفنية والتقنية البحتة للتشفير كوسيلة من وسائل حماية المعلومات المتبادلة في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية التي هي في تطور مستمر.
- ضرورة البحث عن وسائل جديدة تتصل بفهم المعلومات التقنية ومسايرة التطور التكنولوجي لإحداث نوع من التوازن بين مصالح الأطراف المتفاوضة.
- ضرورة مسايرة المشرع الجزائري للمشرع الفرنسي في تبسيط أحكام نظرية العقد بدججه لفكرتي المحل والسبب كركنين للعقد بركن واحد "محتوى العقد"، بموجب تعديله للقانون المدني بمقتضى الأمر رقم 131-2016 تماشيا مع توجه التشريعات الأوروبية لتجاوز ما كان ملتبس فيه من مفاهيم أثارت العديد من الصعوبات العملية.
- الأخذ بعين الإعتبار خصوصية وطبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، من حيث شخصية المدين المحل بالتزاماته وظروفه التعاقدية، والتي من شأنها التأثير على تقدير الخطأ وبيان شروط الضرر المستحق للتعويض، وكذلك تحديد العلاقة السببية.
- يتعين على المشرع الجزائري سن نصوص قانونية خاصة تعالج أحكام التفاوض الإلكتروني، فالفعل الضار المرتكب بواسطة مختلف الوسائل الإلكترونية في أغلب صورته يتسم بخصوصية معينة، ويختلف في كثير من جوانبه عن الفعل الضار الذي تقوم به المسؤولية التقليدية.
- ضرورة التوسع في إيجاد قرائن تخرج عن القاعدة العامة في إثبات علاقة السببية فعادة ما تجعل الظروف المحيطة بالضرر الإلكتروني مسألة إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر أمرا في غاية الصعوبة.

قائمة المراجع.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية.

I-الكتب.

أ- الكتب العامة:

1. أنور سلطان، "العقود المسماة-شرح عقد البيع والمقايضة-"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2005.
2. بلحاج العربي، "الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري"، دار هومة للنشر، الجزائر، سنة 2014.
3. بلحاج العربي، "نظرية العقد في القانون المدني الجزائري (وفق آخر التعديلات التشريعية ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)-دراسة مقارنة-"، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، بن عكنون، الجزائر، سنة 2015.
4. جاك غستان، "المطوّل في القانون المدني- تكوين العقد-"، ترجمة عن منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، الطبعة 02، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 2008.
5. جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الإفريقي، "لسان العرب"، الجزء 07، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 2009.
6. حامد محمد شبيب الجبوري، "أهمية الإلتزام بالعقود وضماناتها للحقوق التعاقدية وفقاً للقوانين المدنية العربية"، الطبعة 01، دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2021.
7. شيرزاد عزيز سليمان، "حسن النية في إبرام العقود- دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية-"، الطبعة 01، دار دجلة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2008.

8. عادل جبري محمد حبيب، " المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية-دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي -"، الطبعة 01، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2003.
9. عبد الحليم عبد اللطيف القوي، " حسن النية وأثره في التصرفات"، دار المطبوعات الجامعية للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2010.
10. عبد المنعم موسى إبراهيم، "حسن النية في العقود-دراسة مقارنة-"، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2006.
11. عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، "شرح القانون المدني-مصادر الحقوق الشخصية-الإلتزامات"، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2008.
12. علي علي سليمان، "النظرية العامة للإلتزام- مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري-"، الطبعة 05، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، بن عكنون، الجزائر، سنة 2003.
13. علي علي سليمان، "النظرية العامة للإلتزام-مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري-"، الطبعة 07، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر، بن عكنون، الجزائر، سنة 2007.
14. علي كحلون، "النظرية العامة للإلتزامات"، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، سنة 2015.
15. فتحي عبد الرحيم عبد الله، "دراسات في المسؤولية التقصيرية نحو مسؤولية موضوعية"، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2005.
16. محمد حسين منصور، "العقود الدولية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2006.
17. مصطفى العوجي، "القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية"، الطبعة 04، الجزء 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2008.
18. نادر أحمد أبو شيخة، "أصول التفاوض"، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2007.

19. هلدير أسعد أحمد، " نظرية الغش في العقد دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني"، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، لبنان، سنة 2011.
20. يسري عوض عبد الله، " العقود التجارية الدولية- مفاوضاتها- إبرامها- تنفيذها دراسة تحليلية على ضوء نظرية العقد في التشريع الإسلامي"، مكتب اليسري للمحاماة والاستشارات للنشر، الخرطوم، السودان، د.س.

ب- الكتب المتخصصة:

1. أبحار حامد حبش علي، " المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات العقدية"، الطبعة 01، دار الوفاء للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2020.
2. أبو العلا علي أبو العلا النمر، "مفاوضات عقود التجارة الدولية"، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، سنة 2002.
3. أبو العلا علي أبو العلا النمر، "مفاوضات عقود التجارة الدولية"، الطبعة 2، دار أبو المجد للنشر، القاهرة، مصر، سنة 2002.
4. أحمد سلامة عبد الكريم، "قانون العقد الدولي-مفاوضات العقود الدولية- قانون الإرادة وأزمته"، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، سنة 2008.
5. احلوش زينب، " مبدأ العدول والنفع في مواجهة مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال (نسبية وتراجع مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال)"، المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني الرابع حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد يومي 06 و 07 نوفمبر 2017، جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق، بومرداس، الجزائر، الطبعة 01، بيت الأفكار للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، سنة 2019.
6. إلياس نصيف، "العقود الدولية- العقد الإلكتروني في القانون المقارن"، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2009.

7. بلحارث ليندة، "مكانة مبدأ سلطان الإرادة خلال مرحلة التفاوض في عقود التجارة الدولية"، المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني الرابع حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد"، يومي 06 و 07 نوفمبر 2017، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة بومرداس، الطبعة 01، بيت الأفكار للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، سنة 2019.
8. جهاد محمود عبد المبدى، "التراضي في تكوين عقود التجارة الإلكترونية"، الطبعة 01، مكتبة القانون والاقتصاد للنشر، الرياض، السعودية، سنة 2016.
9. حمودي ناصر، "إعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الإلكترونية الدولية: آلية أساسية أم بديل احتياطي أمام فكرة الفراغ التشريعي؟"، المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني الرابع حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية و التقييد يومي 06 و 07 نوفمبر 2017، جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق، بومرداس، الجزائر، الطبعة 01، بيت الأفكار للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، سنة 2019.
10. خالد مصطفى فهمي، "التنظيم القانوني للالتزام بإعادة التفاوض في العقود المدنية- دراسة مقارنة-"، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2019.
11. خالد ممدوح إبراهيم، "إبرام العقد الإلكتروني-دراسة مُقارنة-"، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2006.
12. خالد ممدوح إبراهيم، "إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة-"، الطبعة 02، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2011.
13. خالد ممدوح إبراهيم، "عقود التجارة الإلكترونية في القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية"، الطبعة 01، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2020.

14. درماش بن عزوز، "حسن النية في عقود الأعمال"، المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني الرابع حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية و التقييد يومي 06 و 07 نوفمبر 2017، جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق، بومرداس، الجزائر، الطبعة 01، بيت الأفكار للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، سنة 2019.
15. رانيا صبحي محمد عذب، "العقود الرقمية في قانون الإنترنت- دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والتشريعات العربية والأمريكية والأوروبية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2012.
16. سامح عبد الواحد التهامي، "التعاقد عبر الإنترنت- دراسة"، دار الكتب القانونية للنشر، مصر، سنة 2008.
17. سمير حامد عبد العزيز الجمال، "التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة- دراسة مقارنة"، الطبعة 01، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، سنة 2016.
18. صبايحي ربيعة، "جدوى التفاوض الإتفاقي كآلية لاسترجاع التوازن العقدي في عقود التسيير"، المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني الرابع حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد"، يومي 06 و 07 نوفمبر 2017، جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق، بومرداس، الجزائر، سنة 2019.
19. طالب حسن موسى، "قانون التجارة الإلكترونية الدولية"، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2016.
20. عايد رجا الخلايلة، "المسؤولية التقصيرية الإلكترونية-المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والإنترنت(دراسة مقارنة)"، الطبعة 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2009.
21. عبد الخالق صالح عبد الله معزب، "الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية في التجارية الدولية- دراسة قانونية وفقا للاتفاقيات الدولية المتعلقة بالقانون التجاري الدولي"،

- الطبعة 01، منشور من طرف المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والإقتصادية، برلين، ألمانيا، سنة 2019.
22. عبد الصبور عبد القوي علي المصري، "التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية"، مكتبة القانون والاقتصاد للنشر، الرياض، السعودية، سنة 2012.
23. عبد الفتاح بيومي حجازي، "الجرائم المستحدثة في إطار تكنولوجيا الإتصالات"، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، سنة 2009.
24. عبد الفتاح محمود كيلاني، "المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2011.
25. عصام عبد الفتاح مطر، "التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2009.
26. عصمت عبد المجيد بكر، "دور التقنيات العلمية في تطور العقد - دراسة مقارنة في ضوء قوانين التوقيع الإلكتروني والتجارة والمعاملات الإلكترونية العربية والقانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 والقانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001 والقانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية لعام 2009"، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، لبنان، سنة 2015.
27. علي أحمد صالح، "المفاوضات في العقود التجارية الدولية"، دارهومة للنشر، الجزائر، سنة 2012.
28. غسق خليل إبراهيم، "المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد المعلوماتية الإطاري"، الطبعة 01، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، سنة 2019.
29. كوثر سعيد عدنان خالد، سميحة مصطفى القليوبي، "حماية المستهلك الإلكتروني في ضوء قانون حماية المستهلك المصري والتوجيهات الأوروبية والقانون الفرنسي وقانون اليونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية معلقا عليها بأحدث أحكام محكمة النقض المصرية والفرنسية

- والمحاكم الإقتصادية"، ط02، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2016.
30. محمد أحمد كاسب خليفة، "الإثبات والإلتزامات في العقود الإلكترونية"، ط01، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2019.
31. محمد حسن قاسم، "مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية-دراسة مقارنة-"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2002.
32. محمد فواز المطالقة، "الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية-دراسة مقارنة-"، ط 01، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2008.
33. محمد حسين منصور، "العقود الدولية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2006.
34. محمود عبد الرحيم شريفات، "التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت-دراسة مقارنة-"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2009.
35. مراد محمود المواجدة، "المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا"، ط 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2010.
36. مصطفى أحمد أبو عمرو، "مجلس العقد الإلكتروني-دراسة مقارنة-"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2011.
37. منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، "إستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية"، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2006.
38. موسى طمشة، "التفاوض في مجال عقود التجارة الإلكترونية"، دار نور للنشر والتوزيع، ساربروكن، ألمانيا، سنة 2017.
39. موفق نور الدين، "عقود نقل التكنولوجيا بين التفاوض والإذعان"، المسطرة الإجرائية لأشغال الملتقى الوطني الرابع حول مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد،

- يومي 06 و 07 نوفمبر 2017 ، جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق، بومرداس، الجزائر، ط 01، بيت الأفكار للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، سنة 2019.
40. هشام العربي، "التعاقد عن طريق الإنترنت من وجهة الفقه الإسلامي"، ط 01، دار اليُسر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، دون ذكر السنة.
41. يمينة حوحو، "عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري"، ط 01، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر، سنة 2016.

II- الرسائل الجامعية:

أ- أطروحات الدكتوراه:

1. أكسوم عيلام رشيدة، "المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني"، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص داخلي، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تيزي وزو، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018.
2. العيشي عبد الرحمن، "ركن الرضا في العقد الإلكتروني"، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2016-2017.
3. بلقاسم حامدي، "إبرام العقد الإلكتروني"، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون الأعمال، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، باتنة، الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015.
4. بن جبارة عباس، "تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة جيلالي اليابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014.

5. بن سالم المختار، "الإلتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك"، أطروحة دكتوراه تخصص قانون المنافسة والإستهلاك، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018.
6. بن عديدة نبيل، "الإلتزام بالإعلام وتوابعه في مجال قانون الإستهلاك"، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، جامعة وهران 02 محمد بن أحمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018.
7. بوطبالة معمر، "الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية"، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام، جامعة الإخوة منتوري، كلية الحقوق، قسنطينة، الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017.
8. جبار سماح، "القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018.
9. جندولي فاطمة زهرة، "عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018.
10. خميخم محمد، "الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية- دراسة مقارنة- تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017.
11. زيتوني فاطمة الزهراء، "مبدأ حسن النية في العقود-دراسة مقارنة-"، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018.

12. سليمان مصطفى، "وسائل الإثبات وحجيتها في عقود التجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن"، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص المعمق، جامعة أحمد دراية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، أدرار، الجزائر، السنة الجامعية 2019-2020.
13. شبة سفيان، "عقد البيع الدولي"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012.
14. عرعارة عسالي، "التوازن العقدي عند نشأة العقد"، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015.
15. مسلم الطاهر، "الحماية القانونية لمتلقي الفرنشيز في التشريع الجزائري"، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص حقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة جيلالي ليابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الجامعية 2019-2020.
16. ميكائيل رشيد علي الزباري، "العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون"، أطروحة دكتوراه في فلسفة الشريعة الإسلامية، تخصص فقه مقارن، الجامعة العراقية، كلية الشريعة، السنة الجامعية 2011-2012.

ب. مذكرات الماجستير:

1. أيمن بن خلفان بن علي الخربوشي، "الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد- دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والشريعة الإسلامية-"، مذكرة ماجستير في القانون، الجامعة الإسلامية العالمية، كلية أحمد إبراهيم للحقوق، ماليزيا، السنة الجامعية 2013-2014.
2. آدم عبد الله الدوم آدم، "أسس الصياغة القانونية لعقود التجارة المحلية والدولية- دراسة مقارنة-"، مذكرة ماجستير تخصص فقه مقارن، جامعة أم درمان الإسلامية، كلية

- الدراسات العليا الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، أم درمان، السودان، السنة الجامعية 2008-2009.
3. براهامي فايزة، "التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد"، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود والمسؤولية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009.
4. بن يوب هدى، "مبدأ حسن النية في العقود"، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، أم البواقي، الجزائر، السنة الجامعية 2012-2013.
5. بوالباني فايزة، "الإعلام كوسيلة لحماية المستهلك"، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012.
6. بوشبولة بسمة، "الحماية القانونية للعلامة التجارية"، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، سطيف، الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015.
7. حدوش كريمة، "الالتزام بالإعلام في إطار القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش"، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بومرداس، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012.
8. حمّار نسيم، "حسن النية في العلاقات الاقتصادية"، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال المقارن، جامعة وهران، كلية الحقوق، وهران، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012.

9. خالد صقر أبو زهرة، "التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في فلسطين-دراسة مقارنة-"، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة بيرزيت، كلية الدراسات العليا، بيرزيت، فلسطين، السنة الجامعية 2020-2021.
10. خليفى سمير، "حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية"، مذكرة ماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، الجزائر، السنة الجامعية 2009-2010.
11. دالي بشير، "مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة)"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2007-2008.
12. روزان طالب محمود السويطي، "مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية"، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة القدس، كلية الحقوق، عمادة الدراسات العليا، القدس، فلسطين، السنة الجامعية 2017-2018.
13. عامر رحمون، "عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري- دراسة مقارنة-"، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الجزائر 01 يوسف بن خدة، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، السنة الجامعية 2012-2013.
14. عليان عدة، "الإلتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع"، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009.

15. علي حبير عبيد الجنابي، "الطبيعة القانونية للعقد الإداري الإلكتروني"، مذكرة ماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون العام، عمان، الأردن، السنة الجامعية 2016-2017.
16. علاق عبد القادر، "أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها-دراسة مقارنة-"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2007-2008.
17. عتيق حنان، "مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية"، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، معهد الحقوق، البويرة، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012.
18. عمر سالم محمد الزيدي، "المسؤولية السابقة على التعاقد-دراسة مقارنة-"، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة النهين، كلية الحقوق، العراق، سنة 2006.
19. غادة جواد مسودي، "التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني في فلسطين"، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة بيرزيت، كلية الدراسات العليا، كلية الحقوق والإدارة العامة، بيرزيت، فلسطين، السنة الجامعية 2006-2007.
20. فائق علي حسين خلف، "التراضي في العقود المبرمة بوسائل الإتصال الحديثة-دراسة مقارنة-"، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة النيلين، كلية القانون، الخرطوم، السودان، السنة الجامعية 2016-2017.
21. ماجد محمد نصيب الزهراني، "الإطار القانوني للعقد الإلكتروني المبرم عبر الوسائل الإلكترونية وفقا لنظام التعاملات الإلكترونية السعودي دراسة مقارنة مع القانون الأردني"، مذكرة ماجستير في الحقوق تخصص القانون الخاص، جامعة مؤتة، عمادة الدراسات العليا، الأردن، سنة 2011.

22. محمد بلاق، "قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية"، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011.
23. مجاجي سعاد، "خطابات النوايا كوسيلة قانونية لتأمين تنفيذ الإلتزامات - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة-"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012.
24. محمد ذعار العتيبي، "النظام القانوني للعقد الإلكتروني - دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والأردني"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، عمان، الأردن، السنة الجامعية 2012-2013.
25. محمد عمر عبد الله حفناوي، "المفاوضات في عقود التجارة الدولية - دراسة مقارنة-"، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم الدراسات القانونية، المفرق، الأردن، السنة الجامعية 2001-2002.
26. محمد غسان صبحي العاني، "الإخلال بالتزام السرية في عقد نقل التكنولوجيا - دراسة مقارنة -"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، عمان، الأردن، السنة الدراسية 2015-2016.
27. محمد هادي فرج الفهداوي، "الأهلية القانونية للتعاقد في البيئة الإلكترونية دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، عمان، الأردن، السنة الجامعية 2020-2021.
28. محمود عبد الرحيم سليمان الشريفات، "التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت - دراسة مقارنة-"، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة آل بيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، الأردن، السنة الجامعية 2003-2004.

29. مصطفى خضير نشمي، "النظام القانوني للمفاوضات التمهيديّة للتعاقد"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، عمان، الأردن، السنة الجامعية 2013-2014.
30. مهند وليد حامد قنديل، "السرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا-دراسة تحليلية مقارنة"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر، كلية الحقوق، غزة، فلسطين، السنة الجامعية 2018-2019.
31. يحيى يوسف فلاح حسن، "التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية"، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، السنة الجامعية 2006-2007.

III-المقالات العلمية:

1. آبا تراب فاطمة الزهراء، "مفهوم الإشهار الإلكتروني"، مجلة القانون والأعمال، ع37، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، مختبر البحث قانون الأعمال، سطات، المغرب، سنة 2018.
2. أحمد السيد البهي الشوبري، "التفاوض التعاقدية، إطاره القانوني وأثره في الإلتزام"، مجلة كلية الدراسات الإسلامية العربية لبنات دمهور، ع04، ج01، جامعة الأزهر، كلية الدراسات الإسلامية والعربية (بنات دمهور)، القاهرة، مصر، سنة 2019.
3. أحمد إشراقية، "الوسائل القانونية الخاصة بمواجهة آثار جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية: دراسة في القانونين الفرنسي واللبناني"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع06، ملحق خاص، جامعة الكويت، كلية القانون، الكويت، سنة 2020.
4. أحمد خديجي، "حماية المستهلك من خلال الإلتزام بالإعلام العقدي"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع11، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، الجزائر، سنة 2014.

5. أكرم محمود حسين البدوّ، محمد صديق محمد عبد الله، " أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات"، مجلة الرافدين للحقوق، ع 49، مج 13، جامعة الرافدين، كلية الحقوق، سنة 2016.
6. الجميلي أسعد عبيد عزيز، المحمدي صدام فيصل كوكز، " تكوين العقد بالوسائط الإلكترونية الذكية دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، ع 02، م.ج 12، جامعة البحرين، كلية الحقوق، البحرين، سنة 2015.
7. الخفاجي، محمد جعفر هادي، "الإلتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا-دراسة مقارنة-"، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، ع 02، مج 06، جامعة بابل، كلية القانون، بابل، العراق، سنة 2014.
8. أمازوز لطيفة، "مرحلة التفاوض في العقود الإلكترونية"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع 04، مج 11، جامعة الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجلفة، الجزائر، سنة 2018.
9. أمير طالب هادي، " فاعلية مبدأ حسن النية في اتفاقية فينا عام 1980 (دراسة تحليلية)"، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، ع 07، مج 26، جامعة بابل للعلوم الإنسانية، بابل، العراق، سنة 2018.
10. آية بلعقون، "المفاوضات الإلكترونية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 01، جامعة باتنة 01 الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2020.
11. بان سيف الدين محمود، "العقد الإلكتروني ووسائل إثباته"، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، ع 07، مج 27، جامعة بابل للعلوم الإنسانية، بابل، العراق، سنة 2019.
12. بنحيت عيسى، " آثار العوامة على المسؤولية السابقة للتعاقد"، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، ع 14، جامعة حسيبة بن بوعلي، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، شلف، الجزائر، سنة 2015.

13. بن أحمد صليحة، "آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 10، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، الجزائر، سنة 2014.
14. بن أحمد صليحة، "تنازع القوانين بشأن المسؤولية المدنية الناشئة عن قطع التفاوض"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع 02، مج 04، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المسيلة، الجزائر، سنة 2019.
15. بن السيحمو محمد المهدي، مهداوي عبد القادر، "الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني"، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع 06، مج 07، المركز الجامعي تمنغاست، معهد الحقوق والعلوم السياسية، تمنغاست، الجزائر، سنة 2018.
16. بن خدة حمزة، "قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجزري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع 11، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق و العلوم السياسية، مسيلة، الجزائر، سنة 2018.
17. بن عبّو وليد، "الإشهار في عصر تكنولوجيا الإتصال: مقارنة تحليلية لمزايا الإشهار الإلكتروني وآفاقه"، مجلة مقاربات، ع 03، م. ج 05، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2019.
18. بن عزة محمد حمزة، "حماية المستهلك الإلكتروني من مخاطر البريد الدعائي Le spamming دراسة مقارنة"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، ع 04، م. ج 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، سنة 2018.
19. بوالكور ربيعة، "الإلتزام بإعلام الزبون المستهلك في مجال القروض البنكية"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 18، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، الجزائر، سنة 2018.

20. بورنان العيد، ضامن مسعود، "الإلتزام بالنصيحة التزم ببذل عناية أم تحقيق نتيجة"، مجلة قضايا معرفية، ع 05، مج 02، جامعة زيان عاشور، جلفة، الجزائر، سنة 2020.
21. بوطبالة معمر، "الإلتزام بالإعلام في مرحلة المفاوضات على العقد التجاري الدولي"، مجلة العلوم الإنسانية، ع 46، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، سنة 2016.
22. بويعيس يوسف، الحاج بن أحمد، "النظام القانوني للعقد الإلكتروني"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع 10، مج 02، جامعة د. مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، سنة 2018.
23. بوغنجة شهرة، فرحات حمو، "حماية الأسرار التجارية من المنافسة غير المشروعة"، مجلة صوت القانون، ع 01، مج 08، جامعة خميس مليانة، خميس مليانة، الجزائر، سنة 2021.
24. بوقرين عبد الحليم، "المسؤولية الجنائية عن الإستخدام غير المشروع لمواقع التواصل الإجتماعي : دراسة مقارنة"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، ع 01، م. ج 16، جامعة الشارقة، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، سنة 2019.
25. جبّار سماح، "حسن النية في التفاوض على العقود"، مجلة دراسات، ع 48، جامعة عمّار ثليجي، الأغواط، الجزائر، سنة 2016.
26. جعفر محمد جواد الفضلي، "عقد الإطار دراسة تحليلية"، مجلة الرافدين للحقوق، ع 28، مج 08، جامعة الرافدين، كلية الحقوق، الرافدين، العراق، سنة 2006.
27. جليل حسن الساعدي، فاطمة نجم محمد، "الإلتزامات المترتبة على عقد الإعلان الإلكتروني"، مجلة العلوم القانونية، ع 03 خاص، ج 01، جامعة بغداد، كلية القانون، بغداد، العراق، سنة 2017.
28. جواد كاظم جواد سميسم، مراحل العقد بين الإرادة العقدية والتشريعية-دراسة تحليلية مقارنة-، "مجلة جامعة تكريت للحقوق، ع 06، جامعة تكريت، كلية القانون، العراق، سنة 2018.
29. حاتم مولود، "إدراج الإلتزام بالتبصير في إصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وأثره على نظرية الإلتزام في القانون المدني الجزائري"، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، ع

- 02، مج 03، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي، الجزائر، سنة 2019.
30. حافظ جعفر إبراهيم، أيمن محمد زين، " القيمة القانونية لأدلة المفاوضات ودورها في تفسير العقد المكتوب- دراسة مقارنة-"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، ع 02، م.ج 16، جامعة الشارقة، كلية القانون، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، سنة 2019.
31. حسام الدين كامل الأهواني، " المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع 02، مج 38، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، سنة 1996.
32. حساني علي، " حماية المستهلك من مخاطر المعاملات الإلكترونية"، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، ع 05، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، سنة 2018.
33. حليتم سراح، " خصوصية التوقيع الرقمي في توثيق العقود الإلكترونية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 13، جامعة باتنة 01 الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، الجزائر، سنة 2018.
34. حمادوش أنيسة، " حول إشكالية التحقق من أهلية المتعاقدين في التعاقد الإلكتروني"، مجلة القانون المجتمع والسلطة، ع 02، م.ج 08، جامعة وهران 02 محمد بن أحمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، وهران، الجزائر، سنة 2019.
35. حمودي فريدة، " خصوصية العقد الإلكتروني"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، ع 04، مج 57، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، سنة 2020.
36. حنان مليكة، " النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني السوري رقم 4 الصادر بتاريخ 25-02-2009- دراسة مقارنة-"، مجلة جامعة دمشق للعلوم

- الاقتصادية والقانونية، ع 02، م.ج 26، جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سنة 2010.
37. حيدر فليح حسن الكناني، مالك رحيم حمادي، " دور مدة العقد في المرحلة السابقة للتعاقد- دراسة مقارنة-"، مجلة دراسات في حقوق الإنسان، ع 02، مج 05، جامعة الجزائر 03، الجزائر، سنة 2021.
38. ختام عبد الحسن شنان، حسن علي كاظم، "الجهود الدولية في تسوية المنازعات الكترونياً"، مجلة الكلية الإسلامية، ع 40، الجامعة الإسلامية النجف الأشرف، العراق، سنة 2016.
39. خديجة عبد الله أحمد، "مبدأ حسن النية في المعاملات-دراسة مقارنة-"، مجلة الشريعة والقانون، ع 38، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، مصر، سنة 2021.
40. خليل إبراهيم محمد، ريا سامي سعيد، " القانون الواجب التطبيق على الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية"، مجلة الرافدين للحقوق، ع 67، مج 19، جامعة الرافدين، كلية الحقوق، الرافدين، العراق، سنة 2021.
41. دزيري إبتسام، وهاب حمزة، " أهم مظاهر تأثير مبدأ حسن النية على مرحلة تكوين العقد"، مجلة المعيار، ع 61، مج 25، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية أصول الدين، قسنطينة، الجزائر، سنة 2021.
42. دلال يزيد، "الأمن القانوني السابق للتعاقد ضرورة ملحة"، مجلة دراسات قانونية، ع 14، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، الجزائر، سنة 2017.
43. رياحي أحمد، " الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني"، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، ع 10، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، الجزائر، سنة 2013.
44. زهية ربيع، "الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد كوسيلة لحماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع 02، مج 10، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي، الجزائر، سنة 2019.

45. زوقاغ نادية، " مبدأ حسن النية في التفاوض الإلكتروني في مجال عقود التجارة الدولية الإلكترونية"، مجلة دراسات في حقوق الإنسان، ع 01، م.ج 04، جامعة الجزائر 03، الجزائر، سنة 2020.
46. سعد بن سعيد الدياتي، " مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة"، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، ع 23، جامعة تبوك، كلية الشريعة والأنظمة، المملكة العربية السعودية، سنة 2014.
47. شريف هنية، " التحديات القانونية للعقد الإلكتروني"، حوليات جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، ع 26، ج 02، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، سنة 2014.
48. شيرزاد عزيز سليمان، يونس عثمان علي، " حسن النية في تنفيذ العقد-دراسة مقارنة-"، المجلة العلمية لجامعة جيهان-السليمانية، ع 01، مج 05، جامعة جيهان، السليمانية، العراق، سنة 2021.
49. صلاح الدين بوحملة، " البريد الإلكتروني المزعج والآليات القانونية والتقنية لمواجهته"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، ع 03، م.ج 06، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 01، كلية الحقوق، سنة 2019.
50. صباح شويط، " خطاب النوايا بين الالتزام بوسيلة والالتزام بنتيجة"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، ع 06، جامعة محمد الصديق بن يحيى، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جيجل، الجزائر، سنة 2018.
- 51.
52. صادقي عباس، " تطور ركن السبب في القانون المدني وحدود انعكاساته على العقود الإدارية-دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري والفرنسي"، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، ع خاص، المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار، إليزي، الجزائر، سنة 2018.

53. صدام فيصل كوكز المحمدي، هناء علي إبراهيم، "التطبيقات القانونية للشروط ذات المضمون الحصري في عقود نقل التكنولوجيا- دراسة مقارنة-"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، ع01، مج 11، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، الجزائر، سنة 2020.
54. عادل عميرات، "إلتزام العون الإقتصادي بالإعلام"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع 13، جامعة الشهيد حمّ لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي، الجزائر، سنة 2016.
55. عبد الله عبد الأمير طه الشمري، "فكرة عقد المفاوضة"، مجلة جامعة كربلاء العلمية، ع 04، مج 06، جامعة كربلاء، كلية القانون، كربلاء، العراق، سنة 2008.
56. عبد الله ماجد عبد المطلب العكايلة، "سرقة البيانات والمعلومات الإلكترونية- دراسة مقارنة-"، مجلة كلية الشريعة والقانون، ع 04، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، تفهنا الأشراف، دقهلية، مصر، سنة 2016.
57. عبد الرحمن العيشي، "آليات التجارة الإلكترونية وأثرها في الجزائر"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع 13، جامعة البليدة 02 لوئيسي علي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البليدة، الجزائر، سنة 2018.
58. عبد العزيز زردازي، "الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني"، مجلة التواصل في الإقتصاد والإدارة والقانون، ع 38، جامعة باجي مختار، كلية الحقوق، عنابة، الجزائر، سنة 2014.
59. عبد العزيز فرج محمد موسى، "التعاقد بالوسائل المعاصرة- دراسة فقهية مقارنة-"، مجلة كلية الشريعة والقانون تفهنا الأشراف، ع 01، م.ج 14، دقهلية، مصر، سنة 2012.
60. عبد المجيد قادري، مراد عمراني، "التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع 02، مج 04، سنة 2019.
61. عبد المجيد قادري، "مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، ع 02، مج 34، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، سنة 2020.

62. عسالي صباح، "مبدأ حسن النية كميّار لحماية التعاقد"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع03، مج14، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2021.
63. عضيد عزت حمد، "التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة"، مجلة آفاق للعلوم، ع04، مج05، جامعة الجلفة، الجزائر، سنة 2020.
64. عطية سليمان خليفة، عباس موسى إلياس، "عقد الإطار والقانون الواجب التطبيق عليه"، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، ع16، جامعة الكوفة، كلية القانون، الكوفة، العراق، سنة 2013.
65. عقوبي محمد، بلمهدي براهيم، "الآليات التقنية والقانونية لحماية التوقيع الإلكتروني"، مجلة المفكر، ع18، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، الجزائر، سنة 2019.
66. عقيل فاضل حمد الدهان، منقذ عبد الرضا الفردان، "الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني"، ع08، مجلة أهل البيت عليهم السلام، جامعة أهل البيت عليهم السلام، كربلاء، العراق، سنة 2009.
67. علاء عبد الأمير موسى النائلي، "المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية دراسة مقارنة"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع04، جامعة بابل، العراق، سنة 2015.
68. علوش صابرة، طيطوس فتحي، "الإلتزام بإعلام المستهلك في التشريع الجزائري"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع08، ج01، جامعة مولاي الطاهر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيدة، الجزائر، سنة 2017.
69. علي شاكّر البدري، غسق خليل إبراهيم الياسري، "الخطأ في عقد المعلوماتية الإطاري"، مجلة رسالة الحقوق، ع02، جامعة كربلاء، كلية القانون، كربلاء، العراق، سنة 2018.

70. عمّار كريم كاظم الفتلاوي، جواد كاظم جواد سميسم، محمد حسناوي شويح، " اندماج المحل في مضمون العقد في القانون الفرنسي"، مجلة رسالة الحقوق، ع01، جامعة كربلاء، كلية القانون، كربلاء، العراق، سنة 2018.
71. عهود أحمد حسين خليفات، "مدى انسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية دراسة تحليلية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، ع 01، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2020.
72. غسان عبيد محمد المعموري، "المفاوضات ودورها في تسوية منازعات عقود التنمية التكنولوجية"، مجلة أهل البيت عليهم السلام، ع22، جامعة أهل البيت عليهم السلام، كلية القانون، كربلاء، العراق، سنة 2018.
73. فطيمة الزهراء مصدق، " التصديق الإلكتروني كوسيلة لحماية التوقيع الإلكتروني"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، ع 01، مج 05، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المسيلة، الجزائر، سنة 2020.
74. فطيمة زهرة عبد العزيز، "أساس المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات قبل التعاقد"، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، ع01، مج06، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر، سنة 2021.
75. فؤاد الصبّاغ، " التسويق عبر البريد الإلكتروني: أهم الإيجابيات والسلبيات"، مجلة إدارة الأعمال والدراسات الإقتصادية، ع01، م. ج 05، جامعو زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2019.
76. فيصل نسيغة، رياض دنش، " النظام العام"، مجلة المنتدى القانوني، ع 05، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، بسكرة، الجزائر، سنة 2008.

77. فيلالى أسماء، شليل عبد اللطيف، "تهديدات أمن المعلومات وسبل التصدي لها"، مجلة البشائر الإقتصادية، ع 03، مج 04، جامعة طاهري محمد، كلية العلوم الإقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، بشار، الجزائر، سنة 2016.
78. قارون سهام، "القيمة القانونية لعدالة التفاوض في العقود الدولية"، المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية والإجتماعية، ع 03، مج 12، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2020.
79. كسنة محمد، "أثر القيم الأخلاقية على عملية التفاوض التجاري"، مجلة معهد العلوم الإقتصادية، ع 28، م. ج 04، جامعة الجزائر 01، كلية العلوم الإقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، الجزائر، سنة 2013.
80. لورنس محمد غبيدات، محمد فواز مطالقة، "العقود الإلكترونية والبيئة الإلكترونية في النظام السعودي"، مجلة كلية الشريعة والقانون، ع 02، م. ج 20، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، تفهنا الأشراف - دقهلية -، مصر، سنة 2018.
81. محمد بن يحيى بن سلمان العزي، "الإطار القانوني للتعاقد عبر الإنترنت - رؤية شرعية -"، مجلة الدراسات العربية، ع 36، م. ج 08، كلية دار العلوم، جامعة المنيا، مصر، سنة 2017.
82. محمد بوكماش، كمال تكواشت "الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع 07، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، سنة 2018.
83. محمد جمال محمد طاهر، "التعاقد بين حاضرين وخصوصيته في عقود التجارة الإلكترونية - دراسة قانونية تحليلية مقارنة -"، مجلة الرافدين للحقوق، ع 54، م. ج 12، الرافدين، العراق، سنة 2012.
84. محمد حامد محمود، زهراء عبد المنعم عبد الله، "النظام القانوني للتفاوض الإلكتروني"، مجلة جامعة تكريت، ع 04، مج 03، ج 01، جامعة تكريت، كلية الحقوق، تكريت، العراق، سنة 2019.

85. محمد حميداني، "مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر رقم 2016-131 المعدل للقانون المدني الفرنسي"، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، ع 26، جامعة قلمة، الجزائر، سنة 2019.
86. محمد رواجية، "عقد التوريد-دراسة فقهية مقارنة-"، مجلة الدراسات الإسلامية، ع 11، جامعة عمّار ثليجي، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية والحضارة، قسم العلوم الإسلامية، الأغواط، الجزائر، سنة 2018.
87. محمد عبد الحفيظ المناصير، "التفاوض الإلكتروني في عقد العمل عن بعد دراسة مقارنة"، مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون، ع 04، جامعة الأردن، الأردن، سنة 2017.
88. محمد عبد الظاهر حسين، "الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد"، مجلة الحقوق، ع 02، السنة 22، جامعة الكويت، الكويت، سنة 1998.
89. محمد عرفان الخطيب، "نظرية صحة العقد في التشريع المدني الفرنسي الحديث*الثابت والمتغير* قراءة نقدية في قانون إصلاح العقود والإثبات رقم 131-2016"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع 21، كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة الكويت، الدوحة، الكويت، سنة 2018.
90. محمد عرفان الخطيب، "المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع 02، جامعة الكويت، كلية القانون، سنة 2019.
91. محمد عرفان الخطيب، "إضاءة على قانون إصلاح العقود والإثبات الفرنسي رقم 131-2016 بتاريخ 10-02-2016 المعدل لنظرية العقد في القانون المدني الجديد: التبرني والآثار"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع 04، س 08، ع ت 32، جامعة الكويت، كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، سنة 2020.

92. محمد فواز محمد المطالقة، " الإرادة ودورها في القانون الواجب التطبيق على المتاجر الافتراضية"، مجلة كلية الشريعة والقانون، ع 03، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، تفهنا الأشراف دقهلية، مصر، سنة 2016.
93. محمد كريم قروف، " حدود تأثير فيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية لعقود التجارة الدولية"، مجلة التكامل الاقتصادي، ع 01، مج 09، جامعة أحمد دراية، كلية الاقتصاد، أدرار، الجزائر، سنة 2021.
94. محرش سميرة، " الإلتزام بالإعلام في عقد البيع"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع 02، مج 05، جامعة البليدة 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البليدة، الجزائر، سنة 2016.
95. مراد طنجاوي، غياطو الطاهر، " التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع 05، جامعة يحي فارس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المدية، الجزائر، سنة 2018.
96. معزوز دليلة، " التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد-دراسة مقارنة-"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، ع 01، مج 05، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المسيلة، الجزائر، سنة 2020.
97. مثنى نعيم جعّاز، جليل حسن الساعدي، " فكرة مضمون العقد وأثر استحداثها على شروط صحّة العقد- دراسة في القانون الفرنسي-"، مجلة بحوث الشرق الأوسط، ع 62، جامعة عين شمس، مركز بحوث الشرق الأوسط والدراسات المستقبلية، القاهرة، مصر، سنة 2021.
98. منصور الصرايرة، "الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، ع 02، جامعة إربد الأهلية، كلية الشريعة والقانون، قسم القانون، الأردن، سنة 2009.

99. منصور حاتم محسن، "متطلبات تحقيق العدالة التعاقدية دراسة مقارنة"، مجلة جامعة بابل، ع 03، جامعة بابل، كلية العلوم الإنسانية، العراق، سنة 2018.
100. منصور داود، "حماية المعلومات السرية غير المفصح عنها بين اتفاقية تريبس والغياب التشريعي الجزائري"، مجلة دراسات وأبحاث، ع 22، مج 08، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، سنة 2016.
101. نبيل الركيك، "الالتزامات التي تتخلل مرحلة المفاوضات في العقد المبرم بطريقة إلكترونية"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، ع 24، سلسلة البحوث الجامعية، مركز المنارة للدراسات والأبحاث، المغرب، سنة 2018.
102. ندى زهير الفيل، "إبرام العقد الإلكتروني من قبل المعوّق بكلتا يديه - دراسة مقارنة-"، مجلة الرافدين للحقوق، ع 51، م.ج 14، كلية الحقوق، جامعة الرافدين، الرافدين، العراق، سنة 2016.
103. نساخ بولقان فطيمة، "أخلقة العلاقة العقدية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، ع 04، مج 52، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، سنة 2015.
104. نوري حمد خاطر، "وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 دراسة مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع 01، جامعة الكويت، كلية القانون، الكويت، سنة 2017.
105. هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيثاوي، "المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي دراسة مقارنة"، مجلة كلية الشريعة والقانون، ع 34، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، طنطا، مصر، سنة 2019.
106. هدى المقداد، "العقد الإلكتروني"، مجلة الدراسات القانونية، ع 02، مج 03، جامعة يحيى فارس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المدية، الجزائر، سنة 2017.

107.هداية بوعزة، يوسف فتيحة، " الحماية التقنية للمعلومات ودورها في تأمين نظام الدفع الإلكتروني"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، ع04، مج 03، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المسيلة، الجزائر، سنة 2018.

108.هدية عبد الحفيظ مفتاح بن هندي، " التنظيم الإتفاقي للمفاوضات في الإطار العقدي، صورها وآثارها"، مجلة الجامعة الأسمرية الإسلامية، ع 21، الجامعة الأسمرية الإسلامية، ليبيا، سنة 2014.

109.هوزان عبد المحسن عبد الله، " مضمون العقد في ضوء التعديلات الحديثة للقانون المدني الفرنسي-دراسة مقارنة بالفقه المالكي-"، مجلة جامعة الشارقة، ع 02 ، مج 17، جامعة الشارقة، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، سنة2020.

110.وداد داودي، عدراء عيواج، " دور صفحات الفيسبوك في تسويق المنتج المحلي - دراسة ميدانية على عينة من متتبعي صفحة الفاييسبوك لشركة مواد التجميل swalis"، مجلة العلوم الإنسانية، ع 02، م.ج 07، جامعة أم البواقي، أم البواقي، الجزائر، سنة 2020.

111.ياسر عبد الحميد الإفتيحات، " جائحة فيروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ع06، ملحق خاص، جامعة الكويت، كلية القانون، الكويت، سنة 2020.

112.يوسف شندي، " دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد والإلتزام بالإعلام"، المجلة الكويتية العالمية، ملحق خاص، ع 02، ج 02، جامعة الكويت العالمية، كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، سنة 2017.

IV- النصوص القانونية.

1. القانون رقم 131 لسنة 1948، المؤرخ في 16-07-1948، يتضمن القانون المدني المصري، ج.ر، ع 108 مكرراً، المؤرخة في 29-07-1948.

2. القانون رقم 17 لسنة 1999، يتعلق بقانون التجارة المصري، المؤرخ في 17 ماي 1999، ج.ر، ع19، المؤرخة في 17 ماي 1999.
3. القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، ع 41، المؤرخة في 27 جوان 2004.
4. القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، ع 15 مؤرخة في 08 مارس 2009.
5. القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01-02-2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر، ع 06، المؤرخة في 10-02-2015.
6. القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المؤرخ في 10 ماي 2018، ج.ر، ع 28 المؤرخة في 16 ماي 2018.
7. القانون رقم 175 لسنة 2018، المؤرخ في 14-08-2018، يتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات، ج.ر، ع32 مكرر ج، المؤرخة في 14-08-2018.
8. القانون رقم 18-04 المؤرخ في 10 ماي 2018، المتضمن تحديد القواعد المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج.ر، ع 27 المؤرخة في 13 ماي 2018.
9. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتّم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري، ج.ر، ع 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.
10. المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 غشت 1998، يضبط شروط و كيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 2000-307، ج.ر، ع 63 المؤرخة في 26 غشت 1998.
11. القرار رقم 361 لسنة 2020 المؤرخ في 19-04-2020، يتعلق بتعديل اللائحة التنفيذية للقانون رقم 15 لسنة 2004 مؤرخ بتاريخ 21-04-2004 الخاص بتنظيم التوقيع

الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، ج.ر، ع 95، المؤرخة في 23-04-2020.

V-المجالات القضائية:

-مجلة المحكمة العليا الجزائرية، العدد 02، سنة 1997.

VI-المواقع الإلكترونية:

1. Cass.civ1ere chambre,11mars2014n13-14-341 «que l'association était libre de quitter à tout moment le réseau, après paiement des cotisations échues et de l'année courante, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». www.legifrance.gouv.fr تاريخ الإطلاع 28-02-2022
2. JulieJoly-Hurard, « Conciliation et médiation judiciaires », publié le 15avril2015 sur : <http://www.openedition.org> تاريخ الإطلاع 26-11-2020
3. Ordonnancenuméro 2021-1734 du 22-12-2021. Voir <https://www.legifrance.gouv.fr> تاريخ الإطلاع 06-03-2022
4. Legalis.net/jurisprudences/tribunal de grande instance de paris 3eme chambre 2eme section jugement du 05 juillet 2002.2021-01-06 تاريخ الإطلاع
5. Rose-Noëlle Schutz,"Le nouveau droit français des contrats", séminaire" Recueil de travaux juridiques", faculté de droit, université Saint-Esprit de kaslik, 22 février au 02

- mars 2017, kaslik, Liban, publier sur le site d'internet : تاريخ
الإطلاع 2021-10-28
6. Hélène Boucard, "La réforme de la doctrine à l'ordonnance",
cinquième journée franco-allemandes "La réforme du droit
des obligations en France", sous la direction de Reiner
Schulze, Guillaume Wicker, Gerald Masch, Denis Mazeaud,
collection dirigée par Bénédicte Fauvarque-Cosson, V20,
société de législation comparée, Paris, France, 2015. Publié
sur le site : <http://www.transformacje.pl> -10-28 تاريخ الإطلاع
2022
7. <http://www.HenriCapitant.org> 2021-10-21 تاريخ الإطلاع
8. <https://actu.dalloz-étudiant.fr> 2021-20-22 تاريخ الإطلاع
9. Geoffroy Hilger, "La fixation unilatérale de la prise dans la
réforme du droit des contrats : une révolution en demi-
teinte", publié sur le site d'internet : [https://www.actu-
juridique.fr](https://www.actu-juridique.fr) 2021-10-21 تاريخ الإطلاع
10. Loi n°2014-344 du 17 mars 2014, du code de la
consommation française, <https://legifrance.gouv.fr> تاريخ
الإطلاع 2020-10-21
11. ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant la
réforme du droit des contrats, du régime général et de la
preuve des obligations <https://legifrance.gouv.fr> تاريخ الإطلاع
2020-12-08

12. [https : //www.revuealmanara.com](https://www.revuealmanara.com) 2020-12-08 تاريخ الإطلاع
13. L'ordonnance n 2021-1247 du 29 septembre 2021. Publié sur site <https://www.legifrance.gouv.fr>-02-28 تاريخ الإطلاع 2021
14. Cass.com 03 juin 1986, 84-16-971 publié au bulletin 1986IVn110p94. <http://www.legifrance.gouv.fr> تاريخ الإطلاع 2021-02-28
15. Loi n90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementations du télécommunications <https://www.legifrance.gouv.fr> تاريخ الإطلاع 2021-02-28.
16. loi n 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. <https://www.legifrance.gouv.fr>
17. Marie-Hélène Dufour, "Obligation de bonne foi-Droit des contrats de construction et bonne foi : l'obligation de coopération des parties à un contrat d'entreprise de construction-", revue juridique Thémis, faculté de droit, université de Montréal, canada, voir le site d'internet juridique Thémis, faculté de droit, université de Montréal, canada, voir le site d'internet <https://ssl.editionsthemis.com>
18. Cass. Chambre civile 1 du 06 juin 1998, 95-19,199, publié au bulletin 1998 IN 7, p 05 publié sur le site d'internet <http://www.legifrance.gouv.fr>

19. Jean-François Romain, "Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé (Des atteintes à la bonne foi en général et de la fraude en particulier" fraus omnia corrumpit)", collection de la faculté de droit de l'université libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, année 2000, publié sur le site <http://www.bib.kuleuven.be>
20. François Dienes, "Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat", p266. publié sur le site <http://www.philosophie-droit.asso.fr> تاريخ الإطلاع 28-02-2022
21. Cass.com 26 novembre 2003 Bulletin 2003IV numéro 186 p206 voir le site d'internet <https://legifrance.gouv.fr> تاريخ الإطلاع 06-03-2022
22. Cass.com 07 janvier 1997. : <https://www.legifrance.gouv.fr>
23. loi n2018-287 du 20 avril 2018. <https://legifrance.gouv.fr> تاريخ الإطلاع 21-10-2019.
24. بوحاتم أسية، "محاضرات في مقياس العقود المدنية المعمق"، موجهة لطلبة السنة أولى ماستر تخصص قانون خاص، السداسي الأول، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2020-2021. <https://elearn.univ-tlemcen.dz> تاريخ الإطلاع 11-09-2021.
25. الحبيب السرناني، "خصوصيات العقد الإلكتروني وأركانه"، مجلة قانونك الإلكترونية، عدد 02، سنة 2017، www.9anounak.blogspot.com تاريخ الإطلاع 15-01-2021.

26. عبد الله إبراهيم بن عبد الله الناصر، "العقود الإلكترونية- دراسة فقهية مقارنة"، منشور على الموقع الإلكتروني: <https://www.quranicthought.com> تاريخ الإطلاع 2021-01-15.

27. قرار الجمعية العامة بتاريخ 23 نوفمبر 2005 في دورتها الستون أصدرت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، ص 05 منشور على الموقع الإلكتروني: <https://undocs.org/pdf> تاريخ الإطلاع 2021-09-21.

28. أحمد عبد الكريم سلامة، "النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية"، منشور في الموقع الإلكتروني: <https://www.bejaiadroit.net> تاريخ الإطلاع 2021-10-21.

29. مجاجي سعاد، "التأصيل القانوني لخطابات النوايا في مجال الإئتمان- دراسة تحليلية في التشريع الفرنسي-"، <https://www.droitentreprise.com> تاريخ الإطلاع 2021-10-21.

30. محاضرة رقم 05 موضوعها صيغة العقود الدولية أُلقيت على طلبة السنة الرابعة، كلية الحقوق، جامعة الشام الخاصة بسوريا: <http://www.aspu.edu.sy> تاريخ الإطلاع 2021-10-22.

31. نبيل الركيك، "الالتزامات التي تتخلل مرحلة المفاوضات في العقد المبرم بطريقة إلكترونية"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 24، المغرب، سنة 2018، ص 24، منشور في الموقع الإلكتروني: <https://www.revuealmanara.com> تاريخ الإطلاع 2022-01-15.

32. عبد المجيد غميحة، "أبعاد الأمن التعاقدي وارتباطاته"، ملتقى دولي بعنوان "الأمن التعاقدي وتحديات التنمية"، المنظم من طرف الهيئة الوطنية للموثقين، الصغيرات، المغرب، يومي 18 و 19 أبريل 2014، منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.ism.ma> تاريخ الإطلاع 2022-02-18.

33. عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، جزء 01 مصادر الإلتزام، ص 414 <https://www.foulabook.com> تاريخ الإطلاع 2022-03-18.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

I-Ouvrage :

1. Gaël Chantepie, Mathias Latina, "La réforme du droit des obligations–commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil", Dalloz, paris, france, année 2016, p 145.
2. Kenfack Hugues, " Droit Du Commerce International", 2ème édition, Dalloz, année 2006.
3. Mireille Bacache–Gibeili, "Droit civil les obligations la responsabilité civile extracontractuelle", Tome 5, 1ère édition, economica, paris, France, année 2007.
4. Nicolas Dissaux, Christophe Jamin, "projet de réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations : rendu public le 25 février 2015 : commentaire article par article", Dalloz, paris, france, année 2016.

II-Revues:

1. Alain Zouhal, " réforme du droit des obligations : les négociations précontractuel ", revue juridique de l'ouest, numéro 03, Persée, paris, France, année 2016.
2. Catherine Jacqueson, " Regards comparatifs sur l'avant projet de réforme du droit des contrats", revue internationale de droit comparée, n° 01, vol 61, persée, paris, France, année 2009.

3. Deshayes Olivier, " Les dommages précontractuelles ", revue de droit commercial et de droit économique, n 02, Dalloz, paris, France, année 2004.
4. Frédéric Lecher, "Le contrat cadre en droit internationale privé", revue internationale de droit comparé, n16, Persée, France, année 2002.
5. Joanna Schmidt-Szalewski, " la période précontractuelle en droit français", revue internationale de droit comparé, Persée, n02, vol 42, paris, France, année 1990.
6. Luc Grynbaum, "Réforme du droit des contrats : synthèse du droit français et convergences avec le droit européen", revue lamy droit de l'immatériel, n° 124, wolters kluwer, Saint-Ouen, France, année 2016.
7. Louis Thibierg, "Les effets du contrat", colloque "La réforme de la réforme du droit des obligations :le contrat", revue AJ contrat, Dalloz, paris, France, année 2018.
8. Mohamed Salim, "La bonne foi en droit des contrats-étude comparative des droits algérien et français-", revue de droit public algérien et comparé, n01, vol07, université el Djilali liabes, sidi bel abbes, Algérie, année 2021.

9.Rabih Monzer," Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle anglo-saxons",revue internationale de droit régime juridique romano-germanique et comparé, n°03, Persée société de législation comparée, paris, France, année 2007

10.Sylvette Guillemard « Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi », revue générale de droit, n° 01, université d'Ottawa, faculté de droit, section de droit civil, Ottawa, Canada, année 1994.

11.Sylvette Guillemard," De la phase préalable à la formation de certains contrats", revue générale de droit, n02, vol 24, université d'Ottawa, faculté de droit, section de droit civil, Ottawa, canada, année 1993.

12.Olivier Deshayes," Le dommage réparable en cas de dol dans la formation du contrat", revue des contrats, n°01, LGDJ, paris, France, année 2013

III–Thèses et Mémoires:

A–Thèses:

1.AlainLagadec,"Del'interprétationdesclausescontractuelles à la qualification du contrat", thèse de doctorat en droit,

université de Toulon, école doctorale, laboratoire centre de droit et de politique comparés-Jean-Claude Escarras, Toulon, France, année universitaire 2016-2017.

2. Guy Deloffre « pédagogie de la négociation commerciale : étude des représentations chez les étudiants et propositions pour une rénovation pédagogique », thèse de doctorat en science de l'éducation, université lorraine, laboratoire Inter universitaire des sciences de l'éducation et de la communication, lorraine, France, année universitaire 2012-2013.

3. Lachachi Mohammed, "Les aspects juridiques de la phase précontractuelle et ses effets et ses effets sur la protection du consommateur-étude comparative-", thèse de doctorat en science en droit privé spécialité relation agents économique, consommateurs, université Oran 02 mohamed ben ahmed, faculté de droit et des sciences politiques, Oran, Algérie, année universitaire 2019-2020.

4. Luiz Fernando Kuyven, "La responsabilité précontractuelle dans le commerce international : Foudements et règles applicables dans une perspective d'harmonisation", thèse de doctorat nouveau régime en cotutelle, droit des affaires,

université de Strasbourg, France, année universitaire 2009-2010.

5. Mahmoud Elsehly, "La période précontractuelle : étude comparée régimes français et égyptien, thèse de doctorat, spécialité droit privé et sciences criminelles, université Toulouse capitole, faculté droit et science politique, département droit, Toulouse, France, année universitaire 2017-2018.

6. Meryem Edderouassi, "Le contrat électronique International", thèse de doctorat en droit privé, université Grenoble Alpes, école doctorale sciences juridiques, France, année universitaire 2016-2017.

7. Peter Sarvary Bene, "Réflexions sur la notion de contrat préparatoire", thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, université de Montpellier, centre du droit de l'entreprise, année universitaire 2014-2015.

8. Radu Stancu, « l'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle – comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen », université de Strasbourg, école doctorale droit, centre de droit privé fondamental, France, année universitaire 2014-2015.

9.Sarah Barry, « Les pourparlers précontractuels en droit québécois de l'opportunité d'une modification du code civil du Québec à la lumière des récentes réformes française et allemande », thèse de doctorat en droit, université Montréal, faculté de droit, Montréal, canada, année universitaire 2017-2018.

10.ValérieBlanc,"Laresponsabilitéprécontractuelleperspective québécoise et internationale", mémoire de maîtrise en droit, option droit international, université de Montréal, faculté de droit, Montréal, Canada, année universitaire 2007-2008.

11.Yessad Houria,"Le contrat de vente internationale de marchandises", thèse de doctorat en droit, université mouloud mammeri, faculté de droit, Tizi-Ouzou, Alger, année universitaire 2007-2008.

12.Yousef Shandi,"la formation du contrat à distance par voie électronique", thèse de doctorat en droit privé, université Robert Schuman Strasbourg³, faculté de droit et de sciences politiques et de gestion, année universitaire 2004-2005,p 314.

B-Mémoires:

1.Christine Le Brun"Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat", mémoire de maîtrise en droit, option recherche, université de Montréal, faculté des études supérieures et postdoctorales, Montréal, Canada, année universitaire 2010-2011.

الفهرس

الفهرس:

1	مقدمة
09	الباب الأول: التأصيل القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية
10	الفصل الأول: النظام القانوني للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية
11	المبحث الأول: ماهية التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية
11	المطلب الأول: مفهوم التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية
11	الفرع الأول: تعريف التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية
14	أولاً: المقصود العام من التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية
14	1- التفاوض لغة
15	2- التفاوض اصطلاحاً
16	ثانياً: مقصود التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية
19	الفرع الثاني: خصائص التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية
19	أولاً: التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية تصرف إرادي اختياري
23	ثانياً: التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية ذو نتيجة احتمالية
25	ثالثاً: التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية عملية تبادلية
27	رابعاً: التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية يتم بوسيلة إلكترونية

المطلب الثاني: المبادئ الأساسية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية ...	29
الفرع الأول: مبدأ حرية التفاوض	30
أولاً: موقف الفقه المقارن من مبدأ حرية التفاوض	30
1-الفصل بين مبدأ حرية التعاقد ومبدأ حرية التفاوض	31
2- مبدأ حرية التفاوض امتداد لمبدأ حرية التعاقد	31
ثانياً: موقف التشريع المقارن من مبدأ حرية التفاوض	32
ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من مبدأ حرية التفاوض	33
الفرع الثاني: مبدأ حسن النية	34
أولاً: أساس الالتزام بمبدأ حسن النية	36
1-الأساس الأخلاقي لمبدأ حسن النية	36
2- الأساس القانوني لمبدأ حسن النية	38
أ-موقف الفقه المقارن من مبدأ حسن النية	39
ب- موقف التشريع المقارن من مبدأ حسن النية	39
ج- موقف المشرع الجزائري من مبدأ حسن النية	41
ثانياً: مبررات مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض الإلكتروني	42
المبحث الثاني: خصوصية التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية	44

44	المطلب الأول: العقود الإلكترونية
45	الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني
45	أولا: تعريف العقد الإلكتروني في التشريع المقارن
47	ثانيا: تعريف العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري
49	الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني
49	أولا: العقد الإلكتروني يُبرم عن بُعد
54	ثانيا: العقد الإلكتروني عقد دولي غالبا
54	1-المعيار القانوني
55	2-المعيار الإقتصادي
56	ثالثا: العقد الإلكتروني عقد تجاري غالبا
57	رابعا: العقد الإلكتروني يتم عبر وسائل إلكترونية
57	المطلب الثاني: أداة التفاوض الإلكترونية
57	الفرع الأول: أهم الوسائل الإلكترونية المستخدمة من خلال شبكة الإنترنت في التفاوض
58	أولا: البريد الإلكتروني
61	1-موقف التشريع المقارن من البريد الإلكتروني غير المرغوب فيه Spam
63	2- موقف المشرع الجزائري من البريد الإلكتروني غير المرغوب فيه Spam

68	ثانيا: مؤتمرات الفيديو Vidéo Conférence
69	ثالثا: مواقع التواصل الإجتماعي
71	الفرع الثاني: موقف التشريع المقارن من استخدام أهم الوسائل الإلكترونية للتفاوض
72	أولا: موقف التشريع المقارن
73	ثانيا: موقف المشرع الجزائري
75	الفصل الثاني: تنظيم مرحلة التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية
76	المبحث الأول: الاتفاقات المنظمة للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية ..
76	المطلب الأول: الاتفاق الشرفي وخطابات النوايا عبر الوسائل الإلكترونية
76	الفرع الأول: الاتفاق الشرفي عبر الوسائل الإلكترونية
76	أولا: تعريف الاتفاق الشرفي
78	ثانيا: القيمة القانونية للاتفاق الشرفي
80	الفرع الثاني: خطابات النوايا عبر الوسائل الإلكترونية
80	أولا: تعريف خطابات النوايا
84	ثانيا: أنواع خطابات النوايا
84	1-رسائل تتضمن دعوة للبدء في التفاوض
88	2-رسائل تتضمن تحديد النقاط المتفق عليها

90	3-رسائل تتضمن إنعقاد العقد بصفة نهائية
91	ثالثا: القيمة القانونية لخطابات النوايا
92	1-موقف الفقه المقارن
93	2-موقف التشريع المقارن
96	3-موقف المشرع الجزائري
98	رابعا: أهم المشكلات القانونية المتعلقة بالقيمة القانونية لرسائل النية
98	1-مشكلة تنازع القوانين
100	2-صعوبة تحديد المسؤول عن الخطأ
102	المطلب الثاني: البروتوكول الإتفاقي عبر الوسائل الإلكترونية
102	الفرع الأول: تعريف البروتوكول الإتفاقي
103	الفرع الثاني: التفرقة بين البروتوكول الإتفاقي وخطابات النوايا
104	أولا: معيار الهدف (المعيار الكمي)
104	ثانيا: المعيار الشكلي
105	الفرع الثاني: القيمة القانونية للبروتوكول الإتفاقي
108	المبحث الثاني: العقود المنظمة للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية
108	المطلب الأول: عقد التفاوض

111	الفرع الأول: تعريف الفقه المقارن لعقد التفاوض
111	أولاً: التراضي
113	ثانياً: المحل
115	ثالثاً: السبب
119	رابعاً: مضمون العقد
119	1- تعريف مضمون العقد
120	2- شروط مضمون العقد
120	أ- مطابقة مضمون العقد للنظام العام
121	ب- وجود مضمون العقد أو قابليته للوجود
121	خامساً: أهلية التعاقد
123	الفرع الثالث: صور عقد التفاوض
123	أولاً: شرط التفاوض لإعادة التوازن العقدي
127	ثانياً: شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع
130	المطلب الثاني: عقد الإطار
130	الفرع الأول: مفهوم عقد الإطار
130	أولاً: تعريف عقد الإطار

131	1-تعريف الفقه المقارن لعقد الإطار
131	2-تعريف التشريع لعقد الإطار
134	ثانيا: شروط صحة قيام عقد الإطار
134	ثالثا: مجال عقد الإطار
136	الفرع الثاني: المشاكل القانونية المترتبة عن عقد الإطار
136	أولا: مشكلة تحديد الثمن في عقد الإطار
138	ثانيا: مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق
140	الفرع الثالث: القيمة القانونية لعقد الإطار
141	خلاصة
143	الباب الثاني: الآثار القانونية للتفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية
144	الفصل الأول: الإلتزامات المترتبة في مرحلة التفاوض الإلكتروني
145	المبحث الأول: الإلتزامات الأساسية المترتبة في مرحلة التفاوض الإلكتروني
145	المطلب الأول: الإلتزام بالإعلام
145	الفرع الأول: تعريف الإلتزام بالإعلام
146	الفرع الثاني: محل الإلتزام بالإعلام
147	أولا: موقف الفقه المقارن من محل الإلتزام بالإعلام

- 147 ثانيا: موقف التشريع المقارن من محل الإلتزام بالإعلام.
- 151 ثالثا: موقف المشرع الجزائري من محل الإلتزام بالإعلام.
- 152 رابعا: محل الإلتزام بالإعلام في قوانين الإستهلاك.
- 152 1- محل الإلتزام بالإعلام في قانون الإستهلاك المقارن.
- 154 2- محل الإلتزام بالإعلام في قانون الإستهلاك الجزائري.
- 155 الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للإلتزام بالإعلام.
- 157 أولا: الإلتزام بالإعلام إلتزام ببذل عناية.
- 159 1- درجة احتمال النتيجة المرجوة من الإلتزام بالإعلام.
- 159 2- دور الدائن في تحقيق النتيجة أو منعها.
- 161 ثانيا: الإلتزام بالإعلام إلتزام بتحقيق نتيجة.
- 163 المطلب الثاني: الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.
- 163 الفرع الأول: تعريف الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.
- 164 الفرع الثاني: محل الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.
- 165 أولا: موقف الفقه المقارن من محل الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.
- 165 1- الإتجاه المؤيد للإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.
- 165 2- الإتجاه المعارض للإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات.

- 167 ثانيا: موقف التشريع المقارن من محل الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات
- 172 ثالثا: موقف المشرع الجزائري من محل الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات
- 174 الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات
- 176 الفرع الرابع: آليات تحقيق أمن سرية المعلومات الإلكترونية
- 177 أولا: موقف التشريع المقارن
- 181 ثانيا: موقف المشرع الجزائري
- 185 المبحث الثاني: الإلتزامات الثانوية المترتبة عن التفاوض الإلكتروني
- 185 المطلب الأول: الإلتزام بالتعاون
- 185 الفرع الأول: التعريف الفقهي للإلتزام بالتعاون
- 188 الفرع الثاني: موقف القضاء من الإلتزام بالتعاون
- 191 الفرع الثالث: مضمون الإلتزام بالتعاون
- 194 الفرع الرابع: طبيعة الإلتزام بالتعاون
- 196 المطلب الثاني: الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية
- 196 الفرع الأول: التعريف الفقهي للإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية
- 197 الفرع الثاني: موقف الفقه المقارن من الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية
- 197 أولا: الإتجاه الفقهي الأول

197 ثانيا: الإتجاه الفقهي الثاني
198 ثالثا: الإتجاه الفقهي الثالث
199 الفرع الثالث: موقف القضاء من الإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية
203 الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية
205 الفصل الثاني: جزاء الإخلال بالإلتزامات المترتبة في مرحلة التفاوض الإلكتروني
206 المبحث الأول: المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني
206 المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني
206 الفرع الأول: المسؤولية العقدية
207 أولا: موقف الفقه التقليدي
207 1- نظرية الخطأ عند تكوين العقد
207 أ- مضمون نظرية الخطأ عند تكوين العقد
208 الفقرة الأولى: موقف الفقه الفرنسي
210 الفقرة الثانية: موقف الفقه المصري
211 ب- تقدير نظرية الخطأ عند تكوين العقد
211 الفقرة الأولى: موقف الفقه الفرنسي
212 الفقرة الثانية: موقف الفقه المصري

213	الفقرة الثالثة: موقف الفقه الجزائري
214	2- نظرية تحمل التبعة العقدية
214	أ- مضمون نظرية تحمل التبعة العقدية
216	ب- تقدير نظرية تحمل التبعة العقدية
218	3- نظرية الوكالة
218	أ- مضمون نظرية الوكالة
219	ب- تقدير نظرية الوكالة
220	4- نظرية الفضالة
220	أ- مضمون نظرية الفضالة
220	ب- تقدير نظرية الفضالة
221	5- نظرية فاجيلا
221	أ- مضمون نظرية فاجيلا
224	ب- تقدير نظرية فاجيلا
225	ثانيا: موقف الفقه الحديث
226	ثالثا: موقف القضاء
228	الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية

228	أولاً: موقف الفقه المقارن
228	1-موقف الفقه الفرنسي
230	2-موقف الفقه المصري
230	ثانياً: موقف التشريع المقارن.....
232	1-موقف المشرع الفرنسي
234	2-موقف المشرع المصري
234	ثالثاً: موقف المشرع الجزائري.....
235	رابعاً: موقف القضاء.....
235	1-موقف القضاء الفرنسي
238	2-موقف القضاء المصري
239	الفرع الثالث: المسؤولية الخاصة
239	أولاً: مضمون المسؤولية الخاصة.....
241	ثانياً: تقدير المسؤولية الخاصة.....
243	المطلب الثاني: أركان المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني.....
243	الفرع الأول: الخطأ في مرحلة التفاوض الإلكتروني
243	أولاً: تعريف الخطأ في مرحلة التفاوض الإلكتروني

244 ثانيا: إثبات الخطأ في مرحلة التفاوض الإلكتروني
245 1- طبيعة إلتزام المتفاوض عبر الوسائل الإلكترونية
245 أ- التفاوض بين أطراف عادية
245 ب- التفاوض بين محترف وغير محترف
245 2- عبء إثبات الخطأ في مرحلة التفاوض الإلكتروني
246 الفرع الثاني: الضرر في مرحلة التفاوض الإلكتروني
246 أولا: تعريف الضرر في مرحلة التفاوض الإلكتروني
247 ثانيا: أنواع الضرر في مرحلة التفاوض الإلكتروني
248 ثالثا: شروط الضرر في مرحلة التفاوض الإلكتروني
248 1- أن يكون الضرر متوقع
249 2- أن يكون الضرر مباشرا
250 3- أن يكون الضرر شخصا
250 الفرع الثالث: علاقة السببية في مرحلة التفاوض الإلكتروني
250 أولا: صعوبة تحديد علاقة السببية في مرحلة التفاوض الإلكتروني
252 1- مصدر الضرر متعدد الأسباب
252 2- سلسلة من الأضرار عن نفس الخطأ

253	ثانيا: إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر
254	1- نظرية تكافؤ الأسباب
254	2- نظرية السبب المنتج
255	ثالثا: إنتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر
256	1- السبب الأجنبي
257	2- خطأ المضرور
257	3- خطأ الغير
258	المبحث الثاني: آثار المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني
258	المطلب الأول: التنفيذ العيني
259	الفرع الأول: تعريف التنفيذ العيني
259	الفرع الثاني: موقف الفقه المقارن من التنفيذ العيني
264	المطلب الثاني: التنفيذ عن طريق التعويض
264	الفرع الأول: موقف الفقه المقارن من التعويض
266	الفرع الثاني: موقف التشريع من التعويض
268	الفرع الثالث: موقف القضاء من التعويض
272	الفرع الرابع: أهم الأضرار محل التعويض في مرحلة التفاوض الإلكتروني

272	أولاً: نفقات التفاوض
275	ثانياً: الوقت الضائع
276	ثالثاً: المساس بالسمعة التجارية للمتفاوض
278	خلاصة
281	الخاتمة
290	قائمة المراجع
333	الفهرس

تحتل مرحلة التفاوض الإلكتروني أهمية قصوى في الوقوف على حقيقة العقد محل التفاوض، لهذا أولى المشرع الفرنسي الإهتمام باستحضار مبدأ حسن النية في هذه المرحلة، على خلاف نظيره الجزائري والمصري. ونظرا لما تمتاز به هذه المرحلة من أهمية عند اقتراحها بمجال العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، فقد أثار مسألة مدى كفاية القواعد العامة في ظل غياب قواعد خاصة بالتفاوض في هذا المجال، غير أن خصوصية هذه الأخيرة تثبت قصور وعدم كفاية هذه القواعد العامة في مواجهة ما يتولد عنها من إشكالات عديدة، سواء ما يتعلق بالإخلال بالالتزامات المترتبة على عاتق الأطراف المتفاوضة أو ما يتعلق منها بتحديد طبيعة المسؤولية المدنية وما يترتب على ذلك من جزاء.

الكلمات المفتاحية:

التفاوض، مبدأ حسن النية، العقد الإلكتروني، الوسائل الإلكترونية، الإلتزامات، المسؤولية المدنية، القواعد العامة، القواعد الخاصة، الإشكالات القانونية، الجزاء.

Résumé.

L'étape de la négociation électronique est primordiale pour déterminer la réalité du contrat en cours de négociation, c'est pourquoi le législateur français a veillé à invoquer le principe de bonne foi à cette étape, contrairement à ses homologues algérien et égyptien.

Et compte tenu de l'importance de cette phase lorsqu'elle est associée au domaine des contrats conclus par voie électronique, s'est soulevée la question de l'adéquation des règles générales en l'absence de règles particulières de négociation dans ce domaine. Cependant la spécificité de ces derniers démontre l'incapacité et l'insuffisance de ces règles générales face aux nombreux problèmes, soit en ce qui concerne la violation des obligations contractées par les parties négociantes ou lié à la détermination de la nature de la responsabilité civile et de la sanction qui en découle.

Mots-clés : Négociation, principe de la bonne foi, Contrat électronique, Moyens électroniques, Obligations, Responsabilité civile, Règles générales, Règles spéciales, Problème juridique, Sanction.

Abstract:

The stage of electronic negotiation is of utmost importance in determining the reality of the contract under negotiation. For this reason the French legislator attaches importance to invoking the principle of good faith at this stage, which is different from Algerian and Egyptian legislators.

Given the importance of this stage when it is associated with the field of contracts concluded through electronic means, the issue of the adequacy of the general rules was raised in the absence of special rules for negotiation in this field. It has many problems, whether it is related to the breach of the obligations incurred by the negotiating parties or related to determining the nature of civil liability and the sanction that followed.

Keywords: Negotiation, Principle of good faith, Contract electronic, Electronic means, Obligations, Civil liability, General rules, Special rules, Legal problems, Sanction.