

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministry of High Education and Scientific Research

جامعة محمد البشير الإبراهيمي - برج بوعريريج -

University of Mohamed el Bachir el Ibrahimi-Bba

كلية الحقوق والعلوم السياسية

Faculty of Law and Political Sciences



مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر أكاديمي في الحقوق
تخصص: قانون إعلام ألي و أنترنت
الموسومة بـ

التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية

إشراف الدكتورة:

* د/ صديقي سامية

إعداد الطلبة:

مباركية تومية

بن سعدي نجوى

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
خلفة سمير	أستاذة محاضر أ	رئيسا
صديقي سامية	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقررا
لعوارم وهيبة	أستاذ محاضر أ	ممتحنا

السنة الجامعية 2023/2022



ملحق بالقرار رقم المؤرخ في

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعده التزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا المضي أسفله،
السيد (ة): حيا كية توحيد الصفة: طالب، باحث، أستاذ، باحث
الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 6.24561 والصادرة بتاريخ 05-06-2016
المسجل (ة) بكلية / معهد كلية قسم المعوق طالع الماي
والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكورة الصخر، مذكرة مابنتر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،
عنوانها: الضامن الاكاديمي في تجريب الدجاجة الكرومي

أصرح بشرفي أنني التزم بمراعاة المعايير العلمية والمهنية ومعايير الأخلاقيات المهنية والتزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2023/06/13

توقيع المعني (ة)

المعينة
عن رئيس المجلس العلمي
وتتضمن منه
رئيس مصلحة التظهير والتشاور العامة
تفتيشي مستمسك



ملحق بالقرار رقم المؤرخ في
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي:

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد الزاامة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،
السيد (ة): دين سعدي جوي الصفة: طالب أستاذ، باحث طالبة
الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 11.06.1.196 والصادرة بتاريخ: 20/09/14
المسجل (ة) بكلية / معهد المسيرة قسم: البحوث
والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماجستير، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،
عنوانها: التطبيقات الإلكترونية في عقود التجارة الإلكترونية
أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمهنية ومعايير الأخلاقيات المهنية والزاامة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 23.06.2023

توقيع المعني (ة)

13 جون 2023
عن رئيس المجلس العلمي
ويتضمن
التي صلاحية التنظيم والشؤون
بندية العلم
نقضي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ
وَالَّذِي يُضَوِّتُ النَّجْمَ
وَالَّذِي يُرْسِدُ الْوَالِدَ
الْيَتِيمَ إِلَى الْإِنْتِهَاءِ
وَالَّذِي يَجْعَلُ اللَّيْلَ
سُجُودًا وَالنَّجْمَ
وَالَّذِي يُرْسِدُ الْوَالِدَ
الْيَتِيمَ إِلَى الْإِنْتِهَاءِ
وَالَّذِي يَجْعَلُ اللَّيْلَ
سُجُودًا وَالنَّجْمَ

شكر و عرفان

نحمد الله عز وجل المتين القوي على إتمام نعمته علينا، والذي وفقنا
لإتمام هذا العمل المتواضع بتوقيته، ونحمده حمدا طيبا كثيرا كما ينبغي
لجلال وجهه وعظيم سلطانه صدقنا لقوله:

" فاذكروني أذكركم و اشكروا لي ولا تكفرون " الآية 152 من سورة
البقرة.

كما نتقدم بخالص شكرنا و عرفاننا إلى الأستاذة الفاضلة المشرفة
الدكتورة " صديقي سامية "

والتي قدمت لنا يد العون لإنجاز هذا العمل والتي لم تبخل علينا بنصائحها
وتوجيهاتها القيمة جزاها الله خيرا من فضله وبارك الله في والديها مع مزيدا
من التوفيق لهما

كما لا ننسى أن نتقدم بالشكر إلى الوالدين الكريمين على كل قطرة
عرق سالت من أجل التوفير و التقديم طيلة المشوار الدراسي حفظهما الله
وأطال عمرهما

وشكر موصول إلى كافة أساتذة الكلية المحترمين وبالأخص الذين كانوا
لنا سندا طوال مشوارنا الدراسي.

إهداء

إلى من أفضلها على نفسي ولم لا فلقد ضمت من أجلي ولم تدخر

جهدا في سبيل إسعادي على الدوام

أمي الحبيبة

نسير في دروب الحياة، وبيقي من يسيطر على أذهاننا في كل

مسلك نسله صاحب الوجه الطيب والأفعال الحسنة فلم يبخل على طيلة

حياته

والدي العزيز

إلى إخوتي من كان لهم بالغ الأثر في كثير من العقبات

والصعاب إلى جميع أساتذتي الكرام وإلى أصدقائي وجميع من

وقفوا بجواربي وساعدوني بكل ما يمكنون وفي أصدمة كثيرة.

أهدي لكم هذا البحث وأتمنى أن يحوز على رضاكم

مقدمة

إن أهم إفرزات الاقتصاد الرقمي و التطور التكنولوجي هو استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وانتشار استخدام شبكة الأنترنت، باعتبارها تعتمد على الوسائل الحديثة في بيع السلع والخدمات والتبادل لتسهيل القيام بالمعاملات التجارية وتوثيقها حيث تسعى العديد من المؤسسات الاقتصادية اليوم إلى تطوير أدائها وتغيير طبيعة أنشطتها بالاعتماد على هذا النوع من الوسائل لما لها دور فعال في تخفيض التكاليف والجهد والوقت، ويعد التسوق في مثل هذه المعاملات تسوقا افتراضيا يتقابل فيه البائعون والموردون والوسطاء والمستهلكين، حيث تقدم السلع والخدمات في صورة رقمية ويتم دفع ثمنها بوسائل الإلكترونية حديثة، خاصة تزامنا مع ظهور وباء " الكورونا " الذي أحدث تحول على جميع الأصعدة منها الصعيد الاقتصادي، وكان قد أرغم الأفراد بعد انتشاره لمزاولة نشاطهم عن بعد وتبادل المعاملات التجارية عبر الوسائل الإلكترونية وظهرت في ذلك الحين التجارة الإلكترونية كأسلوب مغاير للأسلوب التقليدي لما لها من مميزات ساعدت على نجاحها وتطورها أثناء تلك الفترة .

كما أن التجارة الإلكترونية تعتبر من أهم نتائج تكنولوجيا المعلومات حيث اعتبرها المشرع الجزائري من خلال قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية نشاط يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح وضمان وتوفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك عن طريق الاتصالات الإلكترونية مما أدى استخدامها لخلق نمط جديد من التسوق وعبر فضاء يتيح للأفراد التعاقد إلكترونيا وهذه العقود الإلكترونية تتطلب قبل انعقادها المرور بمرحلة أولية هي مرحلة التفاوض الإلكتروني التي هي من أهم مراحل العقد و أكثرها خطورة، حيث يتم الإعداد للعقد المراد إبرامه بحث في كافة جوانبه القانونية والتقنية لأن المعاملات عبر الوسائل الإلكترونية يعترضها مخاطر جمة بالنسبة لأطرافها .

أهمية الموضوع :

يكتسي موضوع التفاوض الإلكتروني في العقود التجارية الإلكترونية بأهمية باعتبار أنه بمثابة فرصة للأطراف من أجل التفكير، و التحضير للعقد المراد إبرامه على أساس أن التفاوض الأساس القانوني الآمن الذي بحث عنها الأطراف لمباشرة إبرام عقد إلكتروني بغض النظر عن نوع هذا الأخير، وتكمن أهمية التفاوض الإلكتروني في دورها من الناحية القانونية فمنذ القدم، وعندما بدأت المجموعات البشرية تتعامل مع بعضها البعض بالبيع والشراء، كان التفاوض هو الوسيلة التي يتم اللجوء إليها للتفاهم قصدت فاد ينش وبأي نزاع مستقبلا، حيث أنه المعاملات كانت تقتصر في البداية على تبادل السلع والبضائع الضرورية حسب حاجات أولئك الأفراد، وبعد تطور تلك إلى المجتمعات اتسعت العلاقات التعاقدية بين الأفراد والدول التي أضحت تطلب الحوار والنقاش للوصول إلى اتفاق حول كل قضية تطرأ في المعاملات التعاقدية، وهكذا بدأ التفاوض يلعب دورا أساسيا وهاما في العلاقات التعاقدية.

أهداف الموضوع:

تكمن أهداف الدراسة في التعرف على الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض الإلكتروني في العقود التجارية الإلكترونية السابقة للتعاقد باعتبار أن مرحلة التفاوض من أهم المراحل التي تكون بين أطراف التعاقد، وذلك بسبب ما تمثله من إمكانية إبرام العقد من عدمه، إذ تشمل ما يهم الأطراف، وما يحيط هذا العقد من ظروف ليخرج بالصورة الأقرب لموارد المفاوضين خاصة في ضل عدم تنظيمها من قبل المشرع الجزائري، وتهدف كذلك هذه الدراسة إلى تبيان الأساس القانوني الأمثل لتنظيم هذه المرحلة، وكذا تسليط الضوء على الالتزامات الناشئة عن أطرافه قبل التعاقد، والتطرق إلى الآثار المترتبة عنه مع معالجة الطبيعة القانونية له سواء منها أكانت عقدية ناجمة عن خطأ عقدي أو تقصيرية نسبة للتعسف في استعمال حق غير مبرر، أو خاصة كأن يكون لها نظام خاص ومشروع، بالإضافة إلى تحديد الجزاء الناجم عند الإخلال بالتزاماته .

أسباب اختيار الموضوع:

إن الدافع الشخصي في اختيار الموضوع يكمن في الرغبة الشخصية في الإلمام بموضوعات التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، نظرا لدور البارز الذي تلعبه المفاوضات في المعاملات المدنية والتجارية بين الأفراد أو بين الدول من أجل إبرام مختلف العقود.

أما الدافع الموضوعي فيتمثل في تسليط الضوء على موضوع التفاوض الإلكتروني التي تسبق إبرام العقود التقليدية و الإلكترونية، فهي كثيرا ما تنصب على معاملات ذات طبيعة تقنية أو اقتصادية، حيث تعتبر مرحلة التفاوض أهم مراحل العقد على الإطلاق، لكونها المرحلة التي يتم فيها تبادل الاقتراحات والآراء أو الدراسات والتقارير وغيرها بغية الوصول إلى إبرام العقد مستقبلا، كما يتم تحديد معظم التزامات وحقوق الطرفين، موضوع العقد المرتقب إبرامه، المدة التي يدخل فيها العقد حيز التنفيذ .

الدراسات السابقة :

وقد سبقت هذه الدراسة مجموعة من الأبحاث ذات الصلة بموضوعنا هذا منها:

- بوطبالة معمر، بعنوان " الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية " 2017/2016، حيث ركزت هذه الدراسة على مفهوم المفاوضات والحدود القانونية الفاصلة بين مرحلة التفاوض على العقد ومرحلة إبرامه، وكذلك الالتزامات المترتبة عن عقد التفاوض وطبيعة المسؤولية المترتبة (عقدية أو تقصيرية)، وشروط قيامها والقانون الواجب التطبيق.

- جهينة زياد المومني، بعنوان " أحكام الإخلال بالتفاوض في العقد الإلكتروني " 2023/2022، تناولت هذه الدراسة ماهية التفاوض في العقد الإلكتروني، وتطرقت كذلك إلى الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للتفاوض الإلكتروني، وكذا النتائج القانونية على

الإخلال بالتفاوض في العقد الإلكتروني من مفهوم الإخلال بالتفاوض الإلكتروني و صور الإخلال والجزاء القانوني الناجم عن هذا الإخلال .

إشكالية:

تعتبر شبكة الأنترنت الفضاء المفتوح المتاح لإبرام العقود وتبادل الصفقات مما دفع المشرع في بعض الدول لمعالجة المعاملات الإلكترونية ومنها التجارية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، وذلك من خلال تنظيم جميع مراحل العقد المبرم ولا سيما المرحلة السابقة للتعاقد ألا وهي مرحلة التفاوض الإلكتروني والتي يتم فيها عرض الآراء ومناقشة الاقتراحات التمهيدية للعقد، من هذا المنطلق نطرح الإشكالية الرئيسية التالية:

- فيما تتمثل الأحكام القانونية التي تطبق على التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة على إبرام عقود التجارة الإلكترونية؟

- تتفرع من هذه الإشكالية الرئيسية التساؤلات الفرعية التالية :
- فيما تتمثل الإجراءات التي يمر عليها التفاوض الإلكتروني ؟
- هل ينشأ عن العملية التفاوضية التزامات قانونية للأطراف ؟
- ما هي أحكام المسؤولية الناتجة عن التفاوض الإلكتروني ؟

المناهج المتبعة:

للإجابة على الإشكالية الرئيسية وتساؤلات الفرعية تم الاعتماد على المنهج الوصفي باعتباره الأنسب إلى مثل هذه المواضيع، وذلك من خلال تعريف التفاوض الإلكتروني على شكله المتطور و المختلف عن الشكل التقليدي، و كذلك توضيح خصائصه المتعلقة بالوسيلة الإلكترونية المستحدثة عبر شبكة الأنترنت، و اعتمدنا على المنهج التحليلي من خلال تحليل مضمون وفحوى النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع ومحاولة استخراج مواطن الضعف فيها واقتراح الحلول المناسبة .

الخطة :

وللإجابة على الإشكالية الرئيسية والتساؤلات الفرعية ثم دراسة الموضوع محل بحث
اتبعنا الخطة التالية:

الفصل الأول: ماهية التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية

المبحث الأول: مفهوم التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية.

المبحث الثاني: التصرفات القانونية التمهيدية للتفاوض الإلكتروني .

الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية

المبحث الأول: الالتزامات الناشئة عن التفاوض الإلكتروني .

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية الناشئة في التفاوض الإلكتروني .

**الفصل الأول: ماهية
التفاوض الإلكتروني في
عقود التجارة الإلكترونية**

الفصل الأول: ماهية التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية .

يعتبر التفاوض الإلكتروني أهم مرحلة تسبق عملية انعقاد العقد، فهي المرحلة التي يتم فيها التفاوض والمنافسة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين، والتفاوض سابقا كان يتم شفاهة عن طريق الاتصال المباشر بين أطرافه في مجلس العقد بطريقة بسيطة وسريعة تتناسب مع طبيعة العقود والمعاملات السابقة، لكن هذه الطريقة التي كانت تمارس في التجارة التقليدية لم تعد مناسبة في هذا العصر الذي ظهر فيه نوع آخر من العقود، وهي العقود الإلكترونية فهي مركبة ومعقدة تخص المشاريع الكبرى والتي تتميز بإجراءات فنية وقانونية معقدة، إذ كان لابد من إيجاد حلول تتماشى مع عقود التجارة الإلكترونية والتي تتميز بالاتصال البعدي لأطرافه وسرعة معاملاتها، فكان التوجه للتفاوض الإلكتروني أمر لا مفر منه، حيث يتميز عن التفاوض التقليدي من حيث الوسائل الإلكترونية المستخدمة ويتم "عن طريق تبادل رسائل البريد الإلكتروني أو عبر شبكة الأنترنت أو بواسطة احد المراكز المختصة"¹ وذلك وفقا لمجموعة من الصور و التصرفات القانونية التمهيدية التي تنظم عملية التفاوض لأنه غالبا ما يسبق الاتفاق النهائي اتفاق يتوسط مرحلتي التفاوض والتعاقد حيث تتنوع وتختلف ولكل منهما قوة قانونية خاصة، من خلال هذا الفصل سوف نتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم القانوني للتفاوض الإلكتروني، و في المبحث الثاني نعالج صور التصرفات القانونية التمهيدية لهذه المفاوضات الإلكترونية .

¹ - عبد الصبور عبد القوي و علي مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، 2013، ص45.

المبحث الأول: مفهوم التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية.

يتم التفاوض شفاهة عن طريق الاتصال المباشر بين أطرافه في مجلس واحد للتشاور والمناقشة بطريقة بسيطة وسريعة تتناسب مع طبيعة العقود التقليدية والمعاملات آنذاك، إلا أن التطور التكنولوجي والتحول الرقمي الجاري فرض أسلوبه من خلال انتشار التجارة الإلكترونية التي أصبحت تلبى العروض و المطالب للمستخدمين عبر شبكة الأنترنت و من خلال التعاقد وتبادل السلع والخدمات بين أطراف العقد¹، وباعتبار هذه العملية حديثة عن المعاملات التقليدية السابقة، أقيمت على أساس مفاده النهوض بالاقتصاد الوطني والعالمي، وفي الوقت التي عرفت انتشارا واسعا وأصبحت أكثر استعمالا في المجتمعات الأجنبية بشكل عام والعربية بشكل خاص، حيث أصبح إيجاد حلول تتماشى مع طبيعة هذه العقود الإلكترونية أمر ضروري لا بد منه كعرضها كمشروع قانوني على المشرع من أجل تنظيم أهم مرحلة سابقة للتعاقد ألا وهي مرحلة التفاوض الإلكتروني عن طريق تقنينها من أجل ضمان سيرها في ظروف قانونية توصل الأطراف للتعاقد مستقبلا وعليه نتطرق إلى تعريف التفاوض الإلكتروني في **المطلب الأول**، وفي **المطلب الثاني** نعالج المراحل التي يمر عليها التفاوض الإلكتروني.

المطلب الأول: تعريف التفاوض الإلكتروني و طبيعته القانونية.

تعتبر مرحلة التفاوض الإلكتروني مرحلة يتبادل فيها الأطراف المناقشة والحوار لأجل التعرف على العقد المراد إبرامه مستقبلا، وعلى أطراف التفاوض مراعاة مبدأ حسن النية وجدية الحوار المبني على النزاهة والأمانة للوصول إلى اتفاق نهائي، وعليه نعالج تعريف التفاوض الإلكتروني في الفرع الأول، أما طبيعته القانونية نتطرق لها في الفرع الثاني.

¹ -سعد غائب علي الشمري، التحكيم الإلكتروني و وسائل إثباته في عقود التجارة الدولية، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2018، ص 86.

الفرع الأول: تعريف التفاوض الإلكتروني و خصائصه.

يعتبر التفاوض أول مرحلة للسير نحو التعاقد إذ يكتسي أهمية بالغة في تحديد الإطار العام للعقد، و حتى نستطيع إدراك معنى التفاوض يستوجب معرفة مفهومه اللغوي والاصطلاحي، والتشريعي.

1-تعريف التفاوض لغة:

التفاوض في اللغة العربية هي كلمة مشتقة من فعل فَوَّض، ويقال فوض له الأمر أي أنابه في الأمر وجعله الحاكم فيه وصاحب الرأي، كقوله تعالى "وأفوض أمري إلى الله إن الله بصير بالعباد"، ويقال تفاوض الرجلان أي تبادلوا الرأي أيتافقا بينهما و تشاورا وسعى إلى تسوية النزاع بينهما، ويقال تفاوض الشريكان في المال أي اشتركا فيه و تساويا، وفي حديث معاوية قال لدغفل بن حنظلة "بما ضبطت ما أرى؟ قال: بمفاوضة العلماء، قال وما مفاوضة العلماء؟ قال: كنت إذا لقيت عالما أخذت ما عنده و أعطيته ما عندي، والمفاوضة: المساواة والمشاركة، وهي مفاعله من التفويض كان كل واحد منهما رد ما عنده إلى صاحبه، أي أراد محادثة العلماء ومذاكرتهم في العلم"¹.

2-تعريف التفاوض اصطلاحا:

إن مرحلة المفاوضات هي مرحلة الإعداد و التحضير لإبرام العقد فهي "المرحلة التي تتضمن عددا من العمليات التمهيديّة والمباحثات والمشاورات والمسااعي وتبادل الآراء، للتوصل إلى اتفاق"².

عرف التفاوض الإلكتروني بأنه "حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم، يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي

¹ جمال الدين أبو الفضل بن مكرم ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، المجلد 07، الطبعة الثالثة، 2009، ص 237.

² أحمد السيد البهي الشوبري، "التفاوض التعاقدية؛ إطاره القانوني وأثره في الالتزام"، مجلة الدراسات الإسلامية و العربية للنبات، الدمنهور، الجزء 01، العدد 04/ 2019، ص 182.

المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه¹. كما عرف بأنه "تبادل للحوار دون حضور مادي معاصر لأطراف التفاوض وذلك باستخدام وسيلة سمعية بصرية للاتصال عن بعد للاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية"². كما يعرف التفاوض على أنه فترة الاستكشافية التي يتبادل خلالها المتعاقدون المستقبليون، وجهات نظرهم ويناقشون مقترحات بعضهم البعض من أجل تحديد محتوى العقد، دون ضمان إبرامه³. من خلال هذه التعريفات يتبين أن التفاوض الإلكتروني مرحلة استكشافية سابقة عن التعاقد وهي مرحلة جد مهمة في عقود التجارة الإلكترونية يتم فيها تبادل المعلومات ومناقشة الشروط الفنية والقانونية اللازمة، وإبرام الاتفاقات التحضيرية لإبرام العقد محل التفاوض وذلك بواسطة استخدام الوسائل الإلكترونية.

3- تعريف القانوني للتفاوض الإلكتروني:

لم تنص القوانين المقارنة صراحة على مرحلة التفاوض الإلكتروني، وذلك راجع للتمسك بفكرة الانعقاد الفوري للعقد التقليدي، ورغم أهمية مرحلة التفاوض في التعاقد إلا أن المشرع الجزائري لم ينظمها صراحة بنصوص خاصة تاركا الأمر للقضاء رغم التعديلات التي طرأت على القانون المدني، لكنه أشار إليها ضمنا في بعض المواد، منها المادة 65 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على الاتفاق الابتدائي على المسائل الجوهرية أنه "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل

¹ عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 45.

² معزوز دليلة، "التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية،

جامعة آكلي محند أو لحاج، البويرة، المجلد 05، العدد 01/2020، ص 284.

2 - JULIE JOLY –Hurard, conciliation et médiation judiciaires, presses universitaires d'Aix Marseille, 2003, p90.

تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا اثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما¹، و الفقرة 1 من المادة 71 من القانون المدني الجزائري والتي تحدثت عن الوعد بالتعاقد بأن "الاتفاق 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"، والبيع بالعربون المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك .

أشار المشرع الجزائري من خلال هذه النصوص القانونية على أهم صور المرحلة التمهيدية السابقة لإبرام العقد و وجوب الاتفاق على الشروط الجوهرية، و ترك المسائل التفصيلية للاتفاق عليها لاحقا، كذلك من خلال الفقرة 1 من المادة 107 من القانون المدني الجزائري "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية"، فمبدأ حسن النية هو أساس مرحلة التفاوض.

أما بالنسبة لقانون التجارة الإلكترونية رقم 18-05 فالمشرع الجزائري لم ينص فيه نهائيا على مرحلة التفاوض لذا يجب تدارك هذا الفراغ القانوني وفي أقرب الآجال، لكنه نص في المادة 02 منه على أن "يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني متمتعا بالجنسية الجزائرية أو مقيما إقامة شرعية في الجزائر أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري. أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر"

يرى الأستاذ بلحاج انه كان من الصائب لو نص المشرع الجزائري ضمن التعديلات القانون المدني لسنة 2005 عن تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد وتحديد

¹ - الأمر 75-58 المؤرخ 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق 13 ماي 2007، المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة في 13 ماي 2007.

التزامات المتفاوضين وحمايتهم بصفة واضحة و صريحة، لما قد يقع من سوء تفاهم و نزاعات قانونية في هذه المرحلة الحساسة¹.

كان المشرع المصري أكثر جرأة من نظيره الجزائري حيث نص صراحة على مرحلة التفاوض في مشروع القانون التجاري الإلكتروني لسنة 2001 في المادة 01 من خلال تعريفه العقد الإلكتروني أنه "كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كلاهما أو يتم التفاوض بشأنه و تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني"².

وأجاز القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الإلكترونية لسنة 1999 إجراء الاتفاقات والمفاوضات وإبرام العقود ونشوء الالتزامات بطريقة الإلكترونية، حيث عرفت الفقرة 2 من المادة 2 التجارة الإلكترونية أنها " تلك الأعمال التجارية التي تدار أو تتم بالكامل أو جزء منها بوسائل الإلكترونية أو بالتسهيل الإلكتروني، وهذه الأعمال تهدف إلى إبرام العقود أو الوفاء بالالتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية"³.

من هنا نرى أن الاتصال ما بين أطراف العلاقة التفاوضية، يكون من خلال الالتقاء بين الطرفين، بأحد وسائل الاتصال الحديثة، من أجل تبادل الاقتراحات ومناقشة بعضهما لبعض للوصول إلى تحقيق مصلحتهما، وهو إبرام العقد النهائي، حيث يتم تبادل هذه الاقتراحات عن طريق البريد الإلكتروني، أو المواقع البحثية الويب، أو الفيسبوك، أو غيرها من الوسائل المتاحة على شبكة الأنترنت.

إن أهمية المرحلة التفاوض في العقود لا تقل أبدا عن أهمية مرحلة تنفيذه، خاصة لما لهذه العقود من قيمة اقتصادية كبيرة فهي لا تتم بإيجاب و قبول فوري، إنما تحتاج

¹- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر الجزائر، 2010، ص43.

²- معزز دليلة، المرجع السابق، 285.

³- مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، "التفاوض الإلكتروني"، مجلة مداد الآداب، الجامعة العراقية، العراق، المجلد 01، العدد 15، 2018، ص ص، 562، 563.

لحوار ومناقشات وتفاوض لأجل ضمان التنفيذ الناجح لها، كما أن التفاوض الإلكتروني له عدة خصائص تتمثل فيما يلي.

1- التفاوض الإلكتروني هو تصرف إرادي إختياري: إعمالاً بمبدأ حرية التعاقد لكل

طرف في التفاوض أن يدخل مرحلة المفاوضات والسير فيها أو العدول عنها في أي مرحلة كانت عليها بإرادته الحرة دون أي إكراه أو إجبار، و دون أن يترتب عن ذلك أي مسؤولية إلا إذا إقترن ذلك بخطأ من المتفاوض الذي صدر عنه العدول¹.

2- التفاوض الإلكتروني تصرف تمهيدي و ذو نتيجة احتمالية: التفاوض هو مرحلة

تمهيدية للوصول إلى إبرام العقد النهائي، ويتحقق ذلك من خلال وصول أطراف التفاوض إلى الاتفاق النهائي بخصوص شروط العقد، وهذه النتيجة تبقى إحتماية قد تتحقق وقد لا تتحقق، فالأطراف غير ملزمين بالتوصل إلى اتفاق نهائي بشأن العقد مدام أنهم يتمتعون بالإرادة الحرة، بشرط الإلتزام بمبدأ حسن النية².

3- التفاوض الإلكتروني عملية ثنائية الجانب وموقّعة: التفاوض ذو علاقة ثنائية فلا

مجال لمفاوضات مع النفس، فهو يقوم على الأخذ والعطاء وتبادل الآراء و وجهات النظر، ومناقشة الأطراف لأجل تقريب وجهات النظر، لمدة محددة قد تستغرقها المفاوضات، وقد يحددها الأطراف لإنهاء المفاوضات، و سواء إنتهى التفاوض بإبرام العقد أم لا، يزول كل أثر للتفاوض³.

¹ - بوطبالة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2017/2016، ص13.

² - بلاوي عبد القادر، " أقصاصي عبد القادر، النظام القانوني للمفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة القانون والمجتمع، جامعة احمد دراية ادرار، المجلد 08، العدد 01، سنة 2020، ص157.

³ - حمدي محمود بارود، "المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية انقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها، مبدأ حسن النية ومقتضياته"، مجلة الجامعة الإسلامية، فلسطين، مجلد16، العدد01، سنة 2008، ص849.

4- التفاوض الإلكتروني يتم بوسيلة الإلكترونية: إن أهم خاصية يمتاز بها التفاوض الإلكتروني هو استخدام الوسائل الإلكترونية، التي أصبحت أمر محتم من أجل مواكبة السرعة الحاصلة التي يمتاز بها هذا العصر، نتيجة لظهور شبكة الأنترنت التي تعتبر شبكة للاتصالات والمعلومات عن بعد متعددة و متجددة ومتطورة أيضا ومتصلة بملايين أجهزة الكمبيوتر والهواتف الذكية حول العالم، تساهم في إبرام الصفقات والعقود التجارية بكل سهولة عبر كل أنحاء العالم، فيتبادل الأطراف الحوار والآراء في فضاء افتراضي عن بعد وهذا ما يميزه عن التفاوض التقليدي، والمشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي 98-257 المتعلق بخدمات الأنترنت تطرق في نص المادة 2 منه على بعض الوسائل المستعملة في التفاوض التي نصت على أنه "خدمة واب الواسعة النطاق، أو إحتواء صفحات متعددة الوسائط نصوص، رسوم بيانية، صوت، أو صورة) موصولة بينها عن طريق صلات تسمى نصوص متعددة"، البريد الإلكتروني وهو خدمة تبادل رسائل الإلكترونية بين المستعملين"¹، ما يعاب على هذه المادة أن المشرع الجزائري ذكر بعض أنواع التي توفرها خدمة الأنترنت دون ذكر الأنواع الأخرى وقد تدارك هذا الإغفال من خلال القانون 2000-03 حيث ذكرت مادة 8 منه على مجموعة من الخدمات المتنوعة منها خدمة التيلكس وخدمة الهاتف²... الخ، وللتفاوض الإلكتروني عدة صور نذكر أهمها:

-التفاوض عن طريق البريد الإلكتروني:

البريد الإلكتروني هو نظام للتراسل الإلكتروني وعرفه المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي رقم 01-123 بأنه "بمثابة تبادل وقراءة وتخزين معلومات في شكل

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 98-257 مؤرخ في 03 جمادى الأولى 1419 الموافق لـ 25 أوت 1998، المتعلق بشروط و كفاءات إقامة خدمات الأنترنت و استغلالها، الجريدة الرسمية، العدد 63، الصادرة بتاريخ 26 أوت سنة 1998.

² - القانون 2000-03 المؤرخ في 5 جمادى الأولى 1421 الموافق لـ 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و بالمواصلات السلكية و اللاسلكية، الجريدة الرسمية، العدد 48 الصادرة 06 أوت 2000.

رسائل معطيات بين الموزعات الموجودة في مواقع متباعدة، ويمكن المرسل إليه (أو المرسل إليهم) قراءة الرسالة المبعوثة في الوقت الحقيقي أو في وقت مؤجل¹، والبريد الإلكتروني وسيلة فعالة لإجراء المفاوضات لسرعة وصول الرسائل وسريتها وقلة تكلفتها، كما يمكن إرسال عدة رسائل لعدة أشخاص في الوقت ذاته وكذلك سهولة الاطلاع عليها من الطرف المرسل إليه و في أي وقت ومن أي مكان في العالم مدام متصل بالشبكة الأنترنت ومادام الرسالة مخزنة في صندوق البريد الإلكتروني².

-التفاوض عن طريق المحادثة أو المشاهدة: ويتم ذلك عن طريق المخاطبة بين الطرفين ويتم ذلك بفتح صفحة خاصة بهما في الوقت نفسه حيث يتم نقل كل ما يكتبه الطرف الأول في صفحته إلى صفحة الطرف الثاني مباشرة فيمكنه بذلك رؤية كل ما يكتبه، فهي صفحة مفتوحة في جهازه عبر صندوق البريد الإلكتروني، أما عن طريق المشاهدة فيتم من خلال ربط الجهاز بوسائل الاتصال الصوتية والمرئية حيث يمكن للأطراف سماع و رؤية بعضهما دون الحضور المادي³.

- التفاوض عن طريق الموقع (web): تعرف بالشبكة العنكبوتية وهو مجموعة من الصفحات على شبكة الأنترنت تقوم بالربط بين المعلومات المحفوظة والمخزنة في عدد كبير من الحاسبات⁴، فيقوم الطرف بفتح موقع خاص به على الشبكة وله تقديم أي

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 09 ماي سنة 2001، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية، الجريدة الرسمية العدد 27، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2001 .

² - عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون التعاون الدولي، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية معهد الحقوق، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج بويرة، سنة 2012/2013 ص ص24.25.

³ - أرجيلوس رحاب، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة احمد دراية ادرار، 2017/2018، ص33.

⁴ - أرجيلوس رحاب، المرجع نفسه، ص34.

عرض أو عقد مع ذكر جميع المعلومات الجوهرية الخاصة به و يعتبر موقع الواب من الوسائل الأكثر إستخداما للاتصالات عبرها.

يعتبر التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية مرحلة تمهيدية لإبرام العقد النهائي وإتفاق رضائي أساسه توافق الإرادتين، وللمتفاوض الحرية الكاملة في السير في المفاوضات أو العدول عنها ولا يرتب ذلك أي مسؤولية إلا إذا إقترن العدول بخطأ من الطرف الذي صدر منه العدول.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمرحلة التفاوض الإلكتروني.

يعتبر التفاوض الإلكتروني خطوة أساسية كباقي مراحل انعقاد العقد الإلكتروني، لما لها من دور وقائي لطرفي التفاوض سواء أبرم العقد أم لم يبرم، فالمفاوضات التي تسير بشكل جيد هي ضمان لإبرام عقد ناجح لا يثار حوله أي غموض أو نزاع في المستقبل.

وتنعكس أهمية تحديد الطبيعة القانونية للمفاوضات في تحديد المسؤولية الناشئة عن الإخلال بها ويتم هذا التحديد من خلال التكييف القانوني لها¹، وقد أثير جدل فقهي كبير حول الطبيعة القانونية للتفاوض الإلكتروني، فمنهم من يرى بأنها مجرد وقائع مادية ليس لها أثر قانوني وغير ملزمة ويمكن للمتفاوضين العدول عنها في أي وقت، ومنهم من يرى بأنها تجاوزت مرحلة تبادل وجهات النظر وأصبحت عمل قانوني لها نظامها الخاص بها، إذ يتقرر فيها إبرام العقد أو تركه .

أولاً- المفاوضات الإلكترونية ذات طبيعة مادية.

عادة في العقود التقليدية يقوم شخص بعرض فكرة العقد على شخص آخر فإن وافق تبدأ مرحلة المفاوضات مباشرة، لكن في العقود الحديثة لا يمكن تصور إجراء مفاوضات العادية أو الإلكترونية دون إتفاق سابق إذ" التفاوض يتم دائماً بإتفاق طرفين إذ ليس من

¹ - هلدبر أسعد أحمد، نظرية العث في العقد دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية، لبنان، ، الطبعة الأولى، 2011، ص139.

المتصور أن يجد الطرفين أنفسهما بمفاوضات فجأة دون سابق علم بينهما فالتفاوض لا يحدث بين الطرفين بالصدفة إلا إذا كان التفاوض بصدد عملية مساومة¹.

يرى الفقه التقليدي أن المفاوضات لا ترتب علاقة تعاقدية بين المتفاوضين فهي مجرد عمل مادي "و هذا العمل المادي الذي لا يرقى إلى مصاف التصرف القانوني لا يترتب عليه أي اثر قانوني فهو غير ملزم لأي من أطرافه بضرورة التوصل إلى اتفاق"²، و يرى هلدير أسعد أحمد انه "إذا كانت المفاوضات غير مصحوبة باتفاق صريح عد مجرد عمل مادي محض لا يرقى إلى مصاف التصرف القانوني الإتفاقي فيستطيع كل واحد من المتفاوضين أن يعدل عن المفاوضات بدون أن تحقق أية مسؤولية تذكر حتى لو لم يبرر موقفه ذلك"³، وبما أن المفاوضات الإلكترونية في عقود التجارة مجرد عمل مادي يقوم على مبدأ حرية التعاقد فلا يجوز إجبار الأطراف المتفاوضة على التعاقد ولا تتحقق أي مسؤولية في حال العدول عليه "فإمعانا بمبدأ الحرية، فالمتفاوض غير ملزم بتقديم مبرر لعدوله، كما أن تقديم مبرر يتعارض مع هذا المبدأ، لأن المقصود بحرية العدول هو العدول في أي وقت"⁴، وعليه فالمفاوضات الإلكترونية لا ترتب أي التزام لطرف ترك التفاوض وعدل عنه في أي مرحلة كانت عليه.

إن المفاوضات الإلكترونية قبل التعاقد ذات طبيعة مادية غير ملزمة فهي لا ترتب أثرا قانونيا "وما المفاوضات إلا عملا ماديا لا يلزم أحد الأطراف، على أن العدول عن المفاوضات قد يترتب مسؤولية على من قطعها إذا إقترن العدول بخطأ منه، ولكن المسؤولية هنا ليست مسؤولية تعاقدية مبنية على العدول بل هي مسؤولية تقصيرية مبنية

¹ - حامد محمد شبيب الجبوري، أهمية الالتزام بالعقود و ضماناتها للحقوق التعاقدية وفقا للقوانين المدنية العربية، دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2021، ص 144.

² - مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2014/2013، ص 44.

³ - هلدير اسعد احمد، المرجع السابق، ص 141.

⁴ - مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 44.

على خطأ¹ و على "الطرف الذي يدعي تضرره من قطع المفاوضات أن يثبت خطأ الطرف الآخر الذي عدل عن المفاوضات و يثبت ضرر أصابه والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر أي كون الضرر نتيجة طبيعية ومباشرة لخطأ المتفاوض الذي قطع المفاوضات كي يحصل على تعويض"² على الضرر المادي أو الأدبي.

هذا الرأي أعطى أهمية كبيرة لمبدأ حرية التعاقد لدرجة أنه قد "يفتح الباب لمفاوضات غير جادة تؤدي إلى إضاعة الوقت والجهد والمال، فضلا على انه لا يمكن تبرير الانحراف في السلوك عن سلوك الشخص العادي بحجة أعمال مبدأ حرية التعاقد"³. لقد تبنى الفقه والقضاء الفرنسي فكرة المسؤولية التقصيرية من خلال إثبات الخطأ⁴ لكنهم لم يشترطوا أن يكون الخطأ عمدا، فالخطأ غير العمدي يكفي لقيام المسؤولية وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم اشتراط نية الإضرار عن القطع التعسفي، وهذا ما جاءت به المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي، حتى لا تهدد الحريات الفردية بما يبعث الثقة في المعاملات⁵.

أما في مصر لم يختلف الحال على ما ستقر عليه الأمر في فرنسا، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في سنة 1975 إن قضت بأن الأعمال التحضيرية للعقد تعتبر مفاوضة لا تعدو أن تكون عملا ماديا ليس له أثر قانوني إلا إذا ثبت وجود خطأ نتج عنه ضرر من الطرف الآخر تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، كما ذهبت في قرار آخر

¹ - صفاء فتوح جمعة، العقد الإداري الإلكتروني، دار الفكر والقانون، مصر، الطبعة الأولى، 2014، ص 226.

² - مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 45.

³ - هلدبير اسعد احمد، المرجع السابق، ص 141.

⁴ - عيدو محمد، "التفاوض على عقود الأعمال بين الطبيعة المادية و الطبيعة العقدية و آثاره"، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، جامعة البلدة، المجلد 07، العدد 13، سنة 2018، ص 19.

⁵ - مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 46.

أن المفاوضات عملا ماديا لا يرتب أثر قانوني فلكل متفاوض الحرية في قطع المفاوضات في أي وقت شاء دون أي مسؤولية، فإن نتج ضرر تقوم المسؤولية التقصيرية¹.

ثانيا - المفاوضات الإلكترونية ذات طبيعة عقدية.

إن القول أن التفاوض مجرد عمل مادي ليس له أثر قانوني هو أمر غير منطقي، حيث يرى أصحاب الفقه المعاصر أن المفاوضات الإلكترونية ذات طبيعة عقدية لأنه يوجد تصرف قانوني هو مصدر الإلتزام الناشئ عن هذه المفاوضات ومتى وجد هناك تفاوض على عقد ما، يوجد إتفاق سابق له "إذ لا يمكن إعتبار الطرفين أجنبيين عن بعضهما في مرحلة التفاوض، كون أنهما قد أفصحا عن رغبتهما في خلق علاقة قانونية بينهما كما وأنهما التزما ببعض الإلتزامات، وهذا يعد عقدا ضمنيا"²، و"التعبير عن هذا الإتفاق إما أن يكون صريحا أو أن يكون ضمنيا مكتوبا أو شفويا... وإتفاق التفاوض الضمني هو إتفاق صحيح من الناحية القانونية إذ لا يوجد أي نص قانوني يقضي بان يكون هذا الإتفاق صريحا"³، فلا فرق في أن يكون التفاوض الإلكتروني صريحا أو ضمنيا عملا بمبدأ حرية التعبير عن الإرادة .

على هذا الأساس بمجرد الرضا والاتفاق على الدخول في مفاوضات الإلكترونية، يكون قد تم إنشاء عقد بينهما حتى وإن لم يكن الاتفاق صريحا، وهذا العقد هو الذي يحكم هذه المفاوضات سواء أثناء سيرها أو التخلي عنها "فالمفاوضات لم تعد مجرد أعمال مادية يتم فيها تبادل وجهات النظر إنما تحولت إلى مرحلة لها نظامها القانوني إذ فيها

¹ - غسق خليل إبراهيم، المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد المعلوماتية الإطاري، المركز العربي للنشر و التوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2019، ص 96.

² - غسق خليل إبراهيم، المرجع نفسه، ص 94.

³ - هلدبير اسعد احمد، المرجع السابق، ص 140 .

يتقرر وجود العقد ومصيره ومن ثم فلم يعد بالإمكان القول بالحرية المطلقة للمتفاوض أثناء المفاوضات فالمتفاوض ملزم أثناء ممارسة حريته العقدية بعدم الإضرار بالغير¹. يسمى هذا العقد بعقد التفاوض أو إتفاق التفاوض، وهو عقد من العقود الحديثة والتي لم يتم تنظيمها قانونا غير أنه يعتبر تصرفا قانونيا يترتب عنه آثار قانونية و في حال الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه تترتب المسؤولية العقدية.

إن المشرع الجزائري و رغم تعديلات التي مست القانون المدني، بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 و القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 التي أحدثت تغييرا في كثير من مواد القانون المدني إلا أنها لم تنظم مرحلة التفاوض و ترك الأمر للقضاء الذي يعتبر التفاوض مجرد عمل مادي لا يترتب أي أثر قانوني ولا يترتب أي التزامات على عاتق الأطراف المتفاوضة، ولم يبق أمام المتفاوض المضرور إلا طريق المسؤولية التقصيرية² المادة 124 من القانون المدني الجزائري والتي نصها "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، وعليه فإن المشرع الجزائري اكتفى بالمبادئ العامة التي تنظم المرحلة السابقة للتعاقد كالتفاوض بحسن النية.

المطلب الثاني: المراحل التي تمر عليها مرحلة التفاوض.

إن التفاوض الإلكتروني عملية إرادية تبادلية تتم بين متفاوضين أو أكثر تهدف أساسا إلى الوصول لحل يكون مقبولا لدى المتفاوضين³، ويعتبر أحد المراحل السابقة على التعاقد لأنه فترة استكشافية مهمة في نفس الوقت لما تثيره من المناقشات بين الطرفين، ابتداء من الدعوة إلى التفاوض ومناقشة الاقتراحات ثم يتم تطويرها وصياغتها على شكل

¹ عصمت عبد المجيد بكر، " نظرية العقد في القوانين المدنية العربية "، دار الكتب العلمية، لبنان، المجلد 01 الطبعة 01، سنة 2015، ص 119.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 32.

³ حليس لخضر، " مرحلة المفاوضات التعاقدية "، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس بالمدينة، المجلد 01، العدد 01، سنة 2016، ص 126.

إيجاب يعبر عن الإرادة المنفردة لكل طرف من العقد معتمدين في هذه العملية على الوسيلة الإلكترونية، ومن خلال هذا المطلب سنتطرق إلى الإجراءات التي تمر عليها هذه المرحلة سنتطرق في الفرع الأول للمرحلة الدعوة إلى التفاوض، أما في الفرع الثاني نعالج مرحلة صياغة الإيجاب .

الفرع الأول: مرحلة الدعوة إلى التفاوض

تبدأ المفاوضات بدعوة مجردة تستهدف الدخول والبدء في المفاوضات من أجل إبرام العقد من دون بيان العناصر الرئيسية للتعاقد، فيوافق من توجه له الدعوة على التفاوض فتنشأ مبدئياً ثقة متبادلة بين الأطراف، ولكن ليس هناك التزام بالاستمرار بالتفاوض¹، ولا وجود للالتزام بتقديم المعلومات، لأن المفاوضات في هذه المرحلة يخشى من تقديمها خوفاً من استخدامها أو استعمالها في عمل غير مشروع أو إفشائها.

أولاً- تعريف الدعوة إلى التفاوض:

الدعوة إلى التفاوض هي إجراء العملية الأولى للتفاوض وتعتبر عبارة عن عرض موجه إلى شخص أو إلى الجمهور لإبرام عقد معين على أن يكون ذلك العرض قابلاً للمناقشة والمساومة، وبعبارة أخرى سيتحول إلى إيجاب بات أو الدعوة إلى التعاقد²، ويتم التفاوض بين الأطراف عن طريق الدعوة إلى التفاوض، كما اشرنا سابقاً على أنها دعوة يوجهها أحد الطرفين للآخر للتفاوض على حيثيات العقد، وغالباً لا تتضمن هذه الدعوة الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه والهدف من ذلك هو جس نبض من سيستجيب لهذه الدعوة للوقوف على مدى استعداده للتعاقد، في حالة ما إذا كانت له نية التعاقد، فهنا يتم

¹ - محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 1998، ص 61.

² - هلاير اسعد احمد، المرجع السابق، ص 133 .

الدخول معه في مرحلة المفاوضات حول شروط العقد من أجل الوصول إلى حل مرضي لكلا الطرفين¹.

إن مرحلة الدعوة إلى التفاوض إذا كملت بنجاح من خلال المناقشة التمهيدية أثناء المفاوضات فمن الطبيعي سوف تنتقل من مرحلة الدعوة إلى مرحلة قبولها، فإذا قبلت الدعوة إلى التفاوض فليس معنى ذلك إن الأمر أدى إلى إبرام العقد بل يؤدي هذا القبول إلى دخول الطرفين في مناقشات في حالة نجاحها تؤدي إلى إبرام العقد، وإن من يقبل الدعوة إلى التفاوض يعلن قبوله بشكل صريح وثابت على ما يتم التعاقد عليه مستقبلاً كأن يكون له موقفاً جدياً تجاه المفاوضات التمهيدية الأولى لأن قبول دعوة التفاوض ما هي إلا مرحلة انتقالية تبتدئ من مفاوضات في مرحلة الصلاحية لإبرام العقد إلى التمهيد لهذه الصلاحية².

ثانياً - الرجوع عن الدعوة للتفاوض:

يمكن الرجوع عن الدعوة إلى التفاوض، بحيث ذهب اتجاه من الفقه أن المتفاوض في مرحلة المفاوضات العقدية، يتمتع بالحرية المطلقة في الرجوع دون تكليف بحسب أنه خطأ يؤدي لقيام المسؤولية التقصيرية إلا أن هذه الحرية التامة التي يتمتع بها المتفاوض لا يجب أن تأخذ مجرى التعسف كالرجوع عن الدعوة للتفاوض، فعلى المتفاوض أن يتحلى بروح المسؤولية تجاه هذه المرحلة المهمة لأن قطع المفاوضات فجأة دون مبرر معقول، يعتبر خطأ أثناء التعاقد وكل خطأ محتمل الضرر، ويلزم من وقع فيه أن يصلح هذا الضرر الذي نزل بالطرف الآخر جراء عدم التعاقد، ويذهب اتجاه آخر إلى إمكانية تكليف الرجوع في الدعوة للتفاوض أنه خطأ ويلزم المتفاوض الذي يرجع فيه، بتعويض عن الضرر للطرف المتضرر، على أساس أن سلوك المتفاوض الذي كان سبب في

¹ - بن احمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة ماجستير قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2006/2007، ص26.

² - عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص114.

إلحاق الضرر أخل بأحد الالتزامات التي تقتضي الالتزام بالتعاون ومبدأ حسن النية منذ بداية التفاوض حتى نهاية إبرام العقد¹.

ومنه فإن من أخلاقيات التعاقد وفق المبادئ العامة يستلزم على المتفاوض عند مرحلة المفاوضات العمل وفقاً لمبدأ حسن النية من أجل ضمان نجاح هذه المرحلة والانتقال لما بعدها دون الوقوع في خطأ يسبب ضرر، ويأخذ المفاوضات لمنعرج خطأ وقبل الانتقال إلى صياغة الإيجاب نشير إلى أن هناك مرحلة كذلك مهمة من مراحل التفاوض ألا وهي مرحلة التدبير، هذه الأخيرة يتم فيها التحاور و التشاور حول عناصر و شروط العقد المراد إبرامه مستقبلاً، والبحث عن امتيازات عالية القيمة و مناسبة أكثر و قليلة التكلفة اعتماداً على أسلوب مقنع و راقى ومعتدل، و الابتعاد عن الأسلوب المتشدد و المستفز، كما يتم توضيح العناصر الأساسية للعقد محل التفاوض إلا أن عناصر الإتفاق غير ملزمة للأطراف لأنها مرحلة التفاهم قبل التعاقد، وقد تسفر هذه المرحلة على موافقة كاملة ونهائية من أحد الأطراف فيكون الإيجاب بات وقد يحدث العكس ولا يتم الإتفاق، فيستحسن الإستعداد الدائم للعدول، لأن المفاوضات الفاشلة أحسن من العقد الفاشل الذي تترتب عنه مشاكل والمنازعات مكلفة².

الفرع الثاني: مرحلة صياغة الإيجاب

أضحى التعاقد الإلكتروني يثير العديد من التحديات للنظم القانونية القائمة، بحسب أن العلاقات التجارية التقليدية تقوم على أساس الإيجاب والقبول، كذلك المعاملات التجارية الإلكترونية تخضع لنفس أركان العقد من قبول وإيجاب إلكتروني، هذا الأخير يتميز بأنه يتم باستخدام الوسائط الإلكترونية في التعبير عن الإرادة، وعليه سنتطرق إلى مختلف التعريفات والشروط والخصائص التي تميزه عن باقي المصطلحات .

¹ - عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 117

² - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 39، 40 .

أولاً- تعريف الإيجاب الإلكتروني:

عرف التوجيه الأوربي في شأن حمايته للمستهلك من الأمر **97/7/EC** الصادر في 20 مايو 1997 بأنه كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان¹، ويتضح من هذا التعريف أنه لم يتضمن الطابع الإلكتروني للإيجاب ولكنه أبدى اهتمام على التزام الموجب بعرض إجابة حتى يتمكن الطرف الثاني من إصدار قبول صريح وثابت.

أورد مشروع اتفاقية اليونسفال للتعاقد الإلكتروني تعريف لمقدم العرض ومتلقيه حيث نصت الفقرة "ز" من المادة 05 من المشروع على أنه "يقصد بتعبير مقدم العرض أي شخص طبيعي أو كيان قانوني يفرض سلعا أو خدمات"².

يعرف بأنه تعبير عن الإرادة بقصد الارتباط بالتعاقد يتضمن تعيين العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه ويتم به العقد إذا تلاقى معه الإيجاب والقبول، كما انه يخضع للإيجاب الإلكتروني لنفس قواعد الإيجاب التقليدي³.

¹- Nathalie Moreau ,La formation du contrat électronique, dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de reglement des conflits, mémoire DEA ,Droit des contrats, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Université de Lille2, Lille, France, 2003 ,P40.

²-بولمعالي زكية، "خصوصية الإيجاب الإلكتروني"، مجلة الدراسات القانونية، جامعة الجزائر، المجلد 01، العدد 02، سنة 2015، ص02.

³- هبة ثامر محمود عبد الله، "عقود التجارة الإلكترونية"، منشورات زين الحقوقية، دراسة مقارنة، بغداد، الطبعة الأولى، 2011، ص 168.

ثانيا - شروط الإيجاب الإلكتروني:

يعتبر الإيجاب الإلكتروني الحد الفاصل بين التفاوض وإبرام العقد إذ ينبغي أن يتوفر فيه مجموعة من الشروط التي تميزه عن المرحلة التمهيدية السابقة للتعاقد¹، والتي تتمثل في ما يلي :

1- يجب أن يكون الإيجاب واضحا موجها لشخص معين:

في العادة يتم توجيه الإيجاب إلى شخص معين لكن هذا لا يمنع إن يتم توجيه الإيجاب إلى عدد غير معين من الأشخاص دون تخصيص²، وقد زاد حجم هذا النوع من الإيجاب في الوقت الحالي بسبب زيادة حجم المعاملات التجارية بصفة عامة ونزولا لمقتضيات التجارة بصفة خاصة .

2- يجب أن يكون الإيجاب باتا ونهائيا:

يجب أن يكون الإيجاب باتا لا لبس فيه، ودقيقا مشتملا على كامل أركان العقد، أي أن تحدد جميع شروط العقد انطلاقا من تحديد المبيع وأوصافه ومرورا بكيفية الدفع وانتهاء كيفية التسليم، وقد علمنا أن العقد الإلكتروني يمتاز بضوابط تحمل على الموجب، بحيث يطلب منه أن يوفر للمستهلك جميع البيانات الأساسية للتعاقد، كما يجب أن تكون هذه البيانات واضحة وشديدة الدلالة، وسهلة الإدراك، لكن الإيجاب الإلكتروني ربما لا يكون باتا بالدرجة الكافية، كأن لا يحدد ثمن البيع وشروطه، فيبقى مجرد دعوة للتفاوض وليس إيجابا بالمعنى القانوني، ويمكن أن يفهم من الطرف الآخر على انه عرض مفاوضة أو مناقشة لا أكثر ولا اقل وخاصة كونه إلكتروني يتم عبر صفحات الواب أو البريد الإلكتروني³، وذلك تحسبا لطريقة عرضه ما وراء الشاشة .

¹ ابن حفو حليلة، " التراضي في العقد الإلكتروني"، مجلة الأملك للدراسات القانونية والفقهية، المغرب، المجلد 01، العدد06، سنة 2009، ص 143.

² هبة ثامر محمود عبد الله، المرجع السابق، ص 169.

³ علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، الطبعة الأولى، 2015، ص 185.

3- يجب أن يكون محدد الثمن:

يستوجب عند عرض السلعة تحديد ثمنها وكل المصاريف التي تدفع أثناء هذه العملية حتى موعدها وموعد تسليمها بالإضافة إلى المبالغ المتعلقة بالتأمين، فقد حرصت التشريعات الدولية على أن يتم تأكيد البيانات المقدمة بعد التعاقد في حالة ما إذا لم يكن المورد قد نفذ هذا الالتزام قبل إتمام العقد وهذا حسب ما جاء في الفصل 25 من القانون النموذجي للأونسيترال الخاص بالتجارة الإلكترونية¹.

ثالثا - خصائص الإيجاب الإلكتروني:

يتميز الإيجاب الإلكتروني بجملة من الخصائص الجوهرية المتعلقة بطبيعته المتعلقة بشبكة المعلومات والاتصال المتمثلة فيما يلي:

1- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد:

نظرا لان العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد ومن ثم فإن الإيجاب الإلكتروني ينتمي كذلك لنفس الطائفة، ولما كان الإيجاب الإلكتروني، إيجابا عن بعد فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود التي تتم عن بعد²، بحيث تفرض على مقدم العرض أو الخدمة، مجموعة من الالتزامات التي نص عليها التوجيه الأوربي رقم 97/07 والقانون المتعلق بالمستهلك الفرنسي رقم 2001/741 الصادر في 23 أوت 2001 وهي على النحو التالي:

- تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر وعنوانه والمركز الرئيسي له.
- عنوان البريد الإلكتروني.

¹ - حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2011-2012، ص ص 55، 56.

² - دناي نور الدين، "الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية"، مجلة معالم الدراسات القانونية والسياسية، مجلة فصيحة دولية علمية محكمة تصدر عن المركز الجامعي تندوف-الجزائر، -، المجلد 01، العدد 02، سنة 2017 ص 95 .

- الخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات وأوصافها وأثمانها، وسائل الدفع أو السداد وطريقة التسليم .

- خيار المستهلك في الرجوع عن التعاقد .

-إعادة إخطار المستهلك وخدمة ما بعد البيع وحدة الضمان¹ .

2-الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني:

يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط وهو مقدم خدمة الأنترنت، فهو يتم من خلال الشبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية وليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الأنترنت، والجدير بالذكر أن هناك آخرين يشاركون في تقديم الخدمة ويتدخلون في الاتصال ويساهم كل منهما بدوره ومنهم عامل الاتصالات ومورد².

3- الإيجاب الإلكتروني في الغالب إيجابا دوليا :

هذا الشكل من الإيجاب يغلب عليه الطابع الدولي، ويتم عبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات لذلك هو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية³، ورغم ذلك يرى البعض انه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية معينة مثال ذلك مواقع الويب الفرنسية المنتشرة على الأنترنت والتي تقصر الإيجاب فقط على الدول الفرانكفونية الناطقة بالفرنسية أي أن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إقليميا أو دوليا ومن ثم فان الموجب يلتزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات خارج الإقليم حدده سلفا وقد أجاز العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية تحديد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب أو تلك التي يغطيها تنفيذ العقد⁴، بحيث يمكن أن يكون الإيجاب مقتصرا على

¹ - هبة ثامر محمود عبد الله، المرجع السابق، ص 169.

² - مصطفى هنشور وسيمة، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون تخصص قانون العلاقات الاقتصادية الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2016/2017، ص116.

³ - مصطفى هنشور وسيمة، المرجع نفسه، ص 116.

⁴ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص324.

مكان محدد، ويعود تحديد نطاق الإيجاب فيصبح مختصا بالمنطقة التي حددها الموجب لأسباب تجارية تخدم السلعة المقدمة للبيع، أولها توفر فرض الترويج بأكثر قدر ممكن وثانيا توافق المنتج من احتياجات تلك المنطقة أكثر من غيرها، وثالثا توافقها مع التقاليد والأعراف الخاصة بتلك البقعة الجغرافية¹.

من هنا تظهر أهمية التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض في كون هذه الأخيرة تدل على أن الأمر مزال في مرحلة التفاوض على العقد، ومن ثم فإن الأطراف غير ملزمة بإبرام العقد، أما الإيجاب فإنه يدل على الخروج من دائرة التفاوض والدخول في مرحلة إبرام العقد، ويقصد بالدعوة للتعاقد هي ذلك العرض يتقدم به شخص للتعاقد دون أن يحدد عناصره وشروطه، أما الإيجاب فهو التعبير عن إرادة باتة ويتضمن جميع عناصر العقد الأساسية .

عليه فإن الفارق بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض هو فارق وظيفي، فوظيفة الدعوة للتفاوض تكون بمجرد الإعلان من صاحبها عن رغبة في التعاقد بقصد اكتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة، بينما الإيجاب يرمي إلى صياغة مشروع محدد المعالم قابل للتحويل إلى عقد متكامل الأركان، وكذلك إن كان التعبير الصادر من أحد الأطراف إلى الطرف الآخر مجرد دعوة إلى التفاوض و لا تتوافر فيها عناصر الإيجاب فإن الاستجابة للدعوة مجرد مفاوضات وليس قبول لانعقاد العقد .

¹ - دناي نور الدين ، المرجع السابق، ص94.

المبحث الثاني: التصرفات القانونية التمهيدية للتفاوض الإلكتروني .

إن استمرت المفاوضات قائمة بين الأطراف بنجاح، فإنه غالبا ما يسبق الاتفاق النهائي والكامل تصرفات قانونية تتوسط بين مرحلة المفاوضات والتعاقد النهائي، فقد يتوصل الأطراف خلال مرحلة التفاوض قبل العقدية إلى اتفاقات سابقة على التعاقد، وهذه الاتفاقات تسفر عنها المفاوضات، تقع في مرحلة وسطى بين مرحلة المفاوضات نفسها وبين مرحلة التعاقد، وتتعدد هذه الصور لأن الاتفاقات لا تنتهى وذلك وفقا لمبدأ حرية التعاقد و سلطان الإرادة، ولكل منهما قوة ملزمة و مختلفة بقيمة قانونية خاصة .

وحيث أن المفاوضات تمر بمراحل، لذا فإنه يتخللها اتفاقات تمهيدية يتم إبرامها بصدد كل مرحلة، وهذه الاتفاقات متعددة لا حصر لها، و عليه نتطرق إلى صور التصرفات التمهيدية المنظمة للتفاوض من خلال المطلب الأول، و نعالج القيمة القانونية لصور التصرفات التمهيدية في المطلب الثاني .

المطلب الأول: صور الاتفاقات والعقود التمهيدية خلال مرحلة التفاوض .

يرى الاتجاه المعاصر ضرورة التفرقة بين الصورتين من المفاوضات، فهي إما أن تكون غير مصحوبة باتفاق مسبق على التفاوض سواء كان الاتفاق صريحا أو ضمنيا وهذه الأخيرة تعد عملا ماديا وحسب، وأما المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض فلا تتم إلا على أساس عقد بين الأطراف المتفاوضة، ومن بينها عقد الإيجار، العقد الجزئي العقد

الابتدائي و عقد التفاوض¹، من هنا ستطرق إلى خطابات النوايا والبروتوكولات الإلكترونية في الفرع الأول، و نعالج عقد التفاوض الإلكتروني في الفرع الثاني .

الفرع الأول: خطابات النوايا والبروتوكولات الاتفاقية

في العديد من الحالات وخاصة في المعاملات التجارية، جرت العادة، أن يتفق الأطراف على توقيع وثائق قانونية في المرحلة التي تسبق توقيع العقد النهائي الأصلي الذي سينظم العلاقة التعاقدية بينهم، وهناك عدة مسميات لهذه الوثائق الأولية و أكثرها استعمالاً منها خطابات النوايا والبروتوكولات الاتفاقية.

أولاً - خطابات النوايا الإلكترونية:

إن في مرحلة المفاوضات التمهيدية يتم فيها تدوين وكتابة مختلف المسائل المتفق عليها ومختلف النقاط المدروسة من خلالها في مستندات من بينها ما يسمى بخطاب النوايا الذي يعد أهم الوسائل المعمول بها في مرحلة المفاوضات العقدية². وعرفها العربي بلحاج على أنها " اتفاق مبدئي يتم التوصل إليه قبل إبرام العقد النهائي، ويتعلق بتنظيم عملية التفاوض، حيث يرغب الأطراف من خلالها الحصول على امتياز تجاري، أو ائتمان دولي، أو إلزام العميل بضمانات فنية أو تقنية، أو بعدم إفشاء الأسرار المتعلقة بالمفاوضات، أو عدم التفاوض مع أي مورد آخر وغيرها³.

كذلك عرفت محكمة باريس الفرنسية خطاب النية على أنه "خطاب يرمي إلى منح المؤسسة المالية بعض الضمانات حول تنفيذ الالتزام المتعهد به من طرف الغير في

¹ - حداد عبد السلام، خطاب منال، " التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الدولية " مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 قالم، 2019/2018، ص 33.

² - موزالي نور الدين، المفاوضات العقدية الإلكترونية، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، المجلد 09، العدد 01، سنة 2022، ص 106.

³ - أمير بوساحية، نجية بوراس، خطابات النوايا: تطور مستمر بأبعاد مختلفة، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، المجلد 06، العدد 03، سنة 2022، ص 03.

مواجهتين والذي يولد بالنسبة لمصدره التزامات أكثر أو أقل حدة، حسب النية المشتركة للأطراف بحيث يبدأ مجرد التزام معنوي ليصل إلى مكانة الالتزام القانوني، سواء لتحقيق نتيجة أو بذل عناية¹.

كما عرف جانب من الفقهاء خطابات النوايا بأنها "مستند مكتوب يوجه من طرف شخص يرغب في التعاقد على أمر معين إلى الطرف الآخر يعرب فيه عن رغبته تلك وي طرح فيه الخطوط العريضة للعقد المزمع إبرامه، ويدعوه إلى التفاوض والدخول في محادثات حولها"²، بالتالي المستند الذي يحتوى على القواعد الجوهرية والمبادئ الأساسية للعقد المراد إبرامه أو لا يتضمن دعوة للتفاوض، لا يعتبر خطابا للنوايا بل مجرد مستند عادي فقط .

في حين عرفت خطابات النوايا الإلكترونية على النحو الإلكتروني على أنها "محرر إلكتروني مكتوب قبل العقد النهائي، ويعكس اقتراحات واتفاقات احد طرفي العقد أو كليهما بهدف الدخول في التعاقد من خلال وسيط إلكتروني"³، ولا تختلف هذه الخطابات عن الخطابات التقليدية ولا يميزها عن شكلها الاعتيادي إلا طريقة بناءها ومضمونها سوى أنها تتم عبر وسائل الإلكترونية مستحدثة، وتتعدد أنواع خطابات النوايا بتعدد أغراضها، فقد يتضمن دعوة للتفاوض أو تحديد الالتزامات التي يجب على الطرفين الالتزام بها

¹-بوجلال بن يعقوب، عليان عدة، خطابات النوايا في مجال التجارة الدولية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة جامعة احمد زبانة غليزان، المجلد 07، العدد 02، سنة 2021، ص 542.

²- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 275.

³- محمد شاكر محمود محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2016، ص 111 .

خلال مرحلة المفاوضات، وقد تتجاوز خطابات النوايا ذلك كله لتعبر مباشرة عن إرادة نهائية لإبرام العقد¹، وتتنوع خطابات النوايا على الشكل التالي :

1. خطاب دعوة للبدء في التفاوض الإلكتروني: هو ذلك الخطاب الموجه لطرف آخر

يتضمن نية مصدره عن رغبته في التعامل معه، يحدد في ذلك العناصر الجوهرية لإطار عقد التفاوض .

- **خطاب اتفاق الطرفين على الالتزامات:** هو الخطاب الذي يوجه محرره إلى الطرف الآخر في مرحلة المفاوضات، يتفق فيه أطراف التفاوض على الالتزامات، كمثال الالتزام بالسرية والتحكيم، والالتزام بعدم التفاوض مع الغير أثناء مرحلة المفاوضات الجارية .

- **الخطاب المتضمن لكل تفاصيل المعاملة محل التعاقد،** غير أنه قد يدل على أن العقد معلق على شرط أو مضاف إلى أجل، مثل موافقة السلطات المختصة² .

ثانيا - البروتوكولات الاتفاقية:

تبرم البروتوكولات الاتفاقية في مرحلة التفاوض على العقود الكبيرة و المركبة، ولا تعدو هذه البروتوكولات عن وثائق 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 الشكلية، وهي تكتب على دعائم ورقية أو إلكتروني³. فيما يخص اختلاف البروتوكول عن خطاب النوايا ذهب اتجاه إلى أن الأول يتضمن عادة أغلب عناصر العقد النهائي ما عدا بعض الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد والشروط الإجرائية، في حين أن الثاني يحتوي على بعض عناصر العقد ولذلك نجده في المراحل

¹ - طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير في القانون تخصص القانون الدولي للأعمال كلية الحقوق مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/2011، ص32.

² - خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 277.

³ - عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 165.

الأولى للمفاوضات، في حين ذهب اتجاه آخر إلى أن خطاب النوايا يأخذ الشكل الذي يراه الطرف الذي يبدأ بالتبادل، أما البروتوكول الاتفاقي فله شكل نموذجي ويتم تحديد عناصره بمعرفة الطرفين ويوقع عليه في وقت واحد من طرفي التعاقد¹.

الفرع الثاني: عقد التفاوض الإلكتروني .

إن التفاوض على العقد ينتهي قانونا في الوقت الذي يصدر فيه الإيجاب، إذ في هذه اللحظة تكون المفاوضات قد حققت الغرض منها، وهو توصيل الطرفين المتفاوضين إلى اتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد، ومن ثم تنتهي مرحلة المفاوضات وتبدأ مرحلة إبرام العقد.

أولاً- تعريف عقد التفاوض الإلكتروني:

ذهب الفقه إلى تعريف عقد التفاوض على أنه "عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه ببداية التفاوض أو متابعته أو تنظيم سير المفاوضات بغرض التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل"²، ومن ثم فقد تجري المفاوضات دون أن يصحبها اتفاق التفاوض وتعد مجرد عمل مادي بناء على اتفاق صريح بين الطرفين، وغالبا ما يكون مكتوبا، وهي عبارة عن تصرفا قانونيا لوجود علاقة تعاقدية بين الطرفين، ولا يختلف عقد التفاوض في تعريفه عن أي عقد آخر، فهو تصرف قانوني بين طرفين بهدف ترتيب أمر قانوني معين ولا يتطلب لوجوده صحته سوى توافر الشروط المقررة للعقود بصفة عامة وهي الرضا والمحل والسبب، وهو يعتبر من العقود الحديثة نسبيا وغير المنظمة قانونا.

ثانيا - خصائص عقد التفاوض الإلكتروني :

إن عقد التفاوض الإلكتروني خصائص تميزه عن غيره من العقود والأوضاع القانونية التي يمكن أن تشتهه معه.

¹- عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص ص 165، 166.

²- محمد عبد الحسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة ، الطبعة الأولى، 1998، ص94.

1- عقد رضائي: عقد التفاوض الإلكتروني عقد يقوم على التراضي، ويكفي توافق الإرادتين دون اشتراط شكل معين، بل ويضل عقد التفاوض الإلكتروني عقد رضائي حتى لو كان العقد النهائي المنشود عقدا شكليا¹، ومن ثم يكفي اقتران الإيجاب الإلكتروني بالقبول الإلكتروني على شبكة الأنترنت دون حاجة إلى إتباع شكل معين، فهو عقد إلكتروني وليس شكلي ولو كان العقد النهائي يحتاج إلى التسجيل والتوثيق .

2- عقد مؤقت: يعتبر عقد التفاوض عقد مؤقت لمدة محددة وهي المدة التي تستغرقها المفاوضات بين الطرفين فإذا انتهت المفاوضات سواء بإبرام العقد النهائي او بعد إبرامه زال كل أثر لعقد التفاوض²، حيث لا ينشئ هذا الأخير التزاما بإبرام العقد النهائي وإنما يولد التزام ببدء في التفاوض والاستمرار فيه بحسن نية لإبرام العقد بشكل نهائي.

3- عقد إلكتروني: عقد التفاوض الإلكتروني لا يتم بوسائل التعبير عن الإرادة الاعتيادية وإنما هو من ضمن العقود التي تتم عن بعد، فيتم إبرام عقد التفاوض الإلكتروني بدون حضور الطرفين وجه لوجه، فأبرام العقد بأكمله يتم بوسائل الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت وفي عالم افتراضي .

ومنه فإن عقد التفاوض هو عقد حقيقي تتوافر فيه الأركان الأساسية لقيام أي عقد، ويعد عقدا تمهيديا من خلاله تتم تنظيم عملية التفاوض الإلكتروني بالكيفية التي توصل إلى إبرام العقد النهائي مستقبلا .

¹ عقيل فاضل أحمد الدهان، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني، مجلة أهل البيت، المجلد 18، العدد 01، سنة 2002، ص ص 60.59 .

² حداد عبد السلام، حطاب منال، المرجع سابق، ص 38.

المطلب الثاني: القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة

المفاوضات الإلكترونية.

إن مرحلة التفاوض الإلكتروني هي مرحلة قد تسبقها العديد من الإتفاقات والعقود المتنوعة التمهيديّة قبل إبرام العقد النهائي، وتختلف هذه الأخيرة من حيث قوتها القانونية الملزمة وما ينتج عنها من آثار قانونية، وعليه نتناول القيمة القانونية للخطابات والنوايا و القيمة القانونية للبروتوكول الإتفاقي في الفرع الأول والقيمة القانونية لعقد التفاوض في الفرع الثاني.

الفرع الأول: القيمة القانونية للخطابات والنوايا و البروتوكول الإتفاقي:

خطابات النوايا والبروتوكول الإتفاقي يعتبران من الاتفاقات التحضيرية لإبرام العقد محل التفاوض والتي تختلف قيمتها القانونية.

أولاً- القيمة القانونية لخطابات النوايا:

تلعب خطابات النوايا دور أساسي في مرحلة المفاوضات الإلكترونية لإبرام العقد محل التفاوض فإذا إستخدم المتفاوض عبارات صريحة لا تشير لرغبته في ترتيب إلتزام قانوني، ففي هذه الحالة تعتبر مجرد إتفاقات تمهيدية تسبق المفاوضات ليس لها أي أثر قانوني ملزم للإطراف المتفاوضة، لكن في حال إستخدام عبارات غامضة و غير واضحة فهذا أثير جدل فقهي حول قيمتها القانونية لعدم وجود صيغة موحدة.

لم ينظم المشرع الجزائري مرحلة التفاوض صراحة، ومنه لم يشر للخطابات والنوايا في القانون، غير أن الفقه الجزائري أعتبر خطاب النوايا الموقع من أطرافه يعد عقدا صحيح خاضع للقواعد العامة للعقود، خاصة ما تعلق منها بحالة الإخلال بالإلتزامات والمسؤولية المترتبة عن ذلك¹، في ذلك إعتماذا على نص المادتين 111 و 112 من

¹-بوجلال بن يعقوب، عليان عدة، "المرجع السابق، ص 553.

القانون المدني والخاصة بقواعد التفسير¹، حيث نصت المادة 111 على "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. أما إن كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات"، وأيضا المادة 112 "يؤول الشك في مصلحة المدين، غير انه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

من استقراء هذه المادتين ترى المحكمة العليا أن للقاضي السلطة المطلقة في تفسير العقود و المحررات وكذا ألفاظ وعبارات الخطابات والنوايا، أو ما يراه في نية المتعاقدين وذلك بما يراه من ملابسات الوقائع أما إذا أخذ المشرع بعكس ما تعنيه عبارات العقد عند غموضها فعليه إعطاء مبررات لتفسيره و ذلك تحت رقابة المحكمة العليا.

كذلك هو الحال بالنسبة للمشرع المصري ترك مسألة تكيف خطاب النوايا للإجتهد القضائي²، أما الفقه الفرنسي يرى أن قيمة خطابات النوايا أساسها العبارات المستخدمة فيها، فهي التي تبين الإرادة الحقيقية لها، إن كان القصد منها إلتزام قانوني أم لا، وأكد الفقه على إستخدام الصيغ القطعية والثابتة للتعبير عن الإرادة و عمل على وضع ضوابط للصياغة القانونية، وهي صياغة نمطية على شكل نموذج خطاب محرر مسبقا³.

والمشرع الفرنسي نص في الأمر رقم 2006-346 المؤرخ في 23 مارس 2006 المتضمن القانون المدني الفرنسي، و الذي عرّف "رسائل النوايا" كنوع من التأمينات الشخصية في المادة 2322 و التي نصت " أن الخطابات و النوايا هو كل التزام بعمل

¹ -بوساحية أمير، بوراس نجية، المرجع السابق، ص 121.

² - بوكرييس سهام،، التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون عقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2022/2021، ص 95.

³ -بوكرييس سهام، المرجع السابق، ص 92.

أو امتناع عن عمل موضوعه مساندة أو مؤازرة المدين في تنفيذ التزاماته اتجاه من يدين له بها".

لقد افرد المشرع الفرنسي فقط هذه المادة لتنظيم خطابات النوايا وهي خاصة بالعلاقة بين البنوك (الشركة الأم والفرع والبنك المستفيد)، و بما انه تم تنظيمها صراحة فقد يتم الاستناد عليها مستقبلا في العلاقة التعاقدية بين الأشخاص الطبيعيين، المشرع الفرنسي وبموجب الأمر رقم 1192-2021 المؤرخ في 15 سبتمبر 2021 قام بتعديل قانون التأمينات المدنية والذي مس العديد من التأمينات إلا انه لم يحدث أي تغيير في تنظيم الخطابات النوايا، و قد استقر الفقه الفرنسي على أن القيمة القانونية لخطابات النوايا تتحدد بإستخدام الصياغة الصحيحة و تبيان شروط التفاوض بدقة مع تأكيد موافقة الأطراف على الشروط التي تعبر عن الغرض الحقيقي¹.

ما يمكن إشارة إليه هنا أن خطابات النية الالكترونية محررات عرفية، وليست رسمية بإعتبارها أنها صادرة من أفراد دون تدخل موظف عام في تحريرها، فلا تلزم غير أطرافها، ومن ثم فإن حجتها قاصرة على أطرافها، أما بالنسبة للتاريخ فلا يعتبر حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا، و باعتبار أن رسائل النوايا الالكترونية وسيلة للتعبير الإلكتروني عن الإرادة في التفاوض حيث يجوز تحريرها على دعائم إلكترونية تصعب تحديد مسؤولية لتداخل العديد من الأفراد في المعاملة الواحدة التي تتم عبر الانترنت.

ثانيا - القيمة القانونية للبروتوكول الإتفاقي:

يعتبر البروتوكول الاتفاقي أكثر استعمالا في التعاملات التجارية كونه مرحلة للعديد من الاتفاقات التمهيديّة التي تسبق مرحلة إبرام العقود²، و هناك من يعتبر البروتوكول الاتفاقي عقد حقيقي ملزم للأطراف وهناك من اعتبره مجرد اتفاق على التفاوض:

¹-بوساحية أمير، بوراس نجية، المرجع السابق، ص 121.

²- عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 166.

1- البروتوكول الإتفاقي يعتبر عقدا: يعتبر البروتوكول الاتفاقي عقد متى تم الإتفاق على جميع المسائل الأساسية والجوهرية للعقد، وهذا ما أيده وهذا ما أيده المشرع الجزائري فقد نص في المادة 71 من القانون المدني الجزائري على أن الإتفاق الذي يتضمن إبرام عقد في المستقبل لا يكون له أي أثر إلا بشرطين الأول تحديد جميع مسائله الجوهرية و الثاني تحديد المدة التي يجب إبرامه فيها، و نص المشرع المصري أيضا في قانونه المدني من خلال المادة 95 على أن العقد يعتبر قائما إذا إتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية و إبقاء المسائل التفصيلية فيما بعد، مع عدم وجود شرط بعدم إنعقاد العقد في حال عدم الإتفاق عليها، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي أيد هو الآخر هذا الرأي من خلال تعديل القانون المدني لسنة 2016 في المادة 1114 منه.

2- البروتوكول الإتفاقي مجرد إتفاق: إن البروتوكول بمثابة اتفاق تمهيدي لإبرام العقد و ذلك راجع لإتفاق الأطراف على جزء فقط من المسائل الجوهرية للعقد حتى وإن تم الإحتفاظ بالمسائل التفصيلية فيما بعد، فالعبرة بالمسائل الجوهرية¹. وعليه البروتوكول الإتفاقي لا يعتبر عقدا إلا إذا تم الإتفاق على كافة المسائل الجوهرية الخاصة بالعقد و عدا ذلك فهو مجرد إتفاق.

الفرع الثاني: القيمة القانونية لعقد التفاوض الإلكتروني:

إن عقد التفاوض أو ما يسمى بإتفاق المبدأ هو أول خطوة ممهدة لإبرام العقد النهائي محل التفاوض،، و هو عقد حقيقي قائم على كل أركانه متوافر على جميع شروط صحة العقد طبقا للقواعد العامة، وهو الذي يُنظم العلاقات التفاوضية بين الأطراف المتفاوضة أبرم العقد النهائي أم لا، وله قيمة قانونية مُرتبة للمسؤولية العقدية²، يرتب التزام بالتفاوض يتمثل في أدائين هما :

¹- بوكرييس سهام، المرجع السابق، ص ص، 105، 106.

²- بوكرييس سهام، المرجع السابق ص ص، 127، 128.

- الأداء الأول: مباشرة التفاوض و الإستمرار في النقاش والحوار وهو إلتزام بتحقيق نتيجة.

-الأداء الثاني السير في المفاوضات بحسن نية و ذلك من خلال صياغة إقتراحات جدية وهو إلتزام ببذل عناية.

لقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني ضمنيا على عقد التفاوض من خلال المادة 65 على أنه ينعقد العقد إذا إتفق الأطراف على المسائل الجوهرية و إحتفظوا بمسائل التفصيلية للإتفاق عليها مستقبلا، ولم يشترط إلزامية الوصول للإتفاق بخصوص المسائل التفصيلية¹، وهذا الإتفاق هو نوع خاص حيث تدخل المشرع لتنظيمه في حال حدوث خلل على هذه المسائل فالمحكمة تقضي طبقا لطبيعة المعاملة و أحكام قانون العرف و العدالة.

من هذا المنطلق يمكن القول أن عقد التفاوض الإلكتروني يبين مدى قيمة المفاوضات التمهيدية وما يترتب على من أخل بأحد آثار هذا العقد من التزامات بحيث لا يختلف عن باقي العقود إلا من ناحية أنه عقد ممهّد لعملية التعاقد ومستوفي لجميع شروط و أركان العقد، فقد يتضمن عقد التفاوض على كيفية إجراء عملية التفاوض فقط، ضف إلى خذ أنه لا ينشأ التزاما بالتفاوض بخصوص العقد المراد إبرامه.

¹ - بناسي شوقي، "القيمة القانونية للاتفاقات المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية"، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 1، مجلد 06، العدد 04، سنة 2021، ص ص 85، 86.

خلاصة الفصل الأول:

إن التفاوض الإلكتروني هو تصرف قانوني بين طرفين يهدف إلى ترتيب أثر قانوني معين، ويتم فيه تبادل الآراء و الاقتراحات بين أطراف العقد من أجل إبرام عقد تجاري إلكتروني بوسائط الإلكترونيات هذا ما يجعله يختلف عن الشكل التقليدي الذي يتطلب الحضور الشخصي للأطراف في مجلس العقد، وتعد هذه العملية التفاوضية عملية منظمة تمر عبر مراحل أساسية يتم فيها التحضير والتدبير للعقد من خلال عرض دعوة إلى التفاوض تتخللها مرحلة مهمة ألا وهي مرحلة التدبير والتي لا يتم فيها كذلك المناقشة وعرض الآراء ثم تليها مرحلة صياغة الإيجاب والذي يجب أن يتوفر فيه شروط لإتمامه كأن يكون واضح وصريح مقدم لشخص معين، ولذلك درج العديد من الفقه إلى إحاطة هذه المرحلة بإطار تنظيمي يضبطهما من خلال مجموعة من الصور القانونية المتمثلة في الاتفاقات التمهيدية السابقة للتعاقد كخطاب النوايا والبروتوكولات الاتفاقية وعقد التفاوض ولكل منهما قيمة قانونية وأثر قانوني خاص بها، بهدف التوصل إلى إبرام العقد النهائي مستقبلاً .

الفصل الثاني

الآثار المترتبة عن التفاوض الإلكتروني

الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن التفاوض الإلكتروني

إن التفاوض الإلكتروني هو تصرف قانوني يقيد أطرافه أثناء هذه المرحلة بجميع ما يلم العقد من قيود والتزامات، إلا أن الفقه وشرح القانون المدني لم يعطوا أهمية بالغة لهذا الموضوع، إذ أغلب مراجع الالتزامات أو العقود لم تخصص لموضوع التفاوض أو للمرحلة السابقة للتعاقد جزء لا بأس به من البحث، بالإضافة إلى جهل أغلب المتعاقدين بأهمية هذه المرحلة، وما قد تنجر عنه من مسؤولية ذات طابع مدني، يتحملها أحد الأطراف كجزاء عن إخلاله ببعض التزامات التفاوض والمتفرعة من الالتزام الرئيسي وهو التفاوض بحسن نية.

في حالة ما إذا أخل أحد الطرفين بأحد الالتزامات فقد يترتب عن ذلك مسؤولية قائمة عن إخلال بالالتزام أو ناجمة عن خطأ من المتفاوض، إلا أن المسؤولية المدنية قبل التعاقدية التقليدية منها أو الإلكترونية ما تزال مجالا خصبا للبحث والتأصيل والتمحيص، وخاصة فيما يتعلق بتحديد طبيعتها القانونية، فهي ليست عقدية بالمفهوم التقليدي الذي يفترض وجود عقد صحيح، وليست تقصيرية بالمفهوم السائد في الأحكام التي تنظم هذه المسؤولية، بل هي مسؤولية من نوع خاص سابقة على إبرام العقد، والواضح هنا أن المتفاوض يستحق التعويض نتيجة لترتب مسؤولية الطرف الآخر ومن هذا السياق لا بد أن نتعرف على عناصر التعويض في حدود المسؤولية المترتبة من جراء الإخلال بالتفاوض الإلكتروني، من هنا سوف نتطرق في هذا الفصل للالتزامات الناشئة عن التفاوض الإلكتروني من خلال المبحث الأول، وفي المبحث الثاني نعالج نوع المسؤولية المدنية المترتبة عن التفاوض الإلكتروني .

المبحث الأول: الالتزامات الناشئة عن التفاوض الإلكتروني

إن مرحلة المفاوضات جد مهمة لصعوبتها، ولما تحتوي من التزامات نص عليها المشرع قبل التعاقد وبالرغم من أنها تتم عن بعد عبر وسائط الإلكترونيات لتمييزها بنوع من التخفيض والتسهيل في الإجراءات، إلا أنه يخلق للمستهلك مشاكل من جانب عدم تنفيذ الالتزام المفروض قانونياً وعرفياً، إلا أنه يبقى المستهلك الطرف الضعيف في العقد لظالمه هو من يستقبل العروض المفاوضات عليها، فهو معرض للنصب والاحتيال خاصة مع صعوبة التعرف على الهوية الحقيقية للمورد ما وراء الشاشة، فلقد رتب قانون حماية كفيلة وقانونية للمتعاملين خاصة، وعليه نعالج في المطلب الأول الالتزامات الأساسية المترتبة أما المطلب الثاني نتطرق إلى الالتزامات الفرعية عن التفاوض الإلكتروني.

المطلب الأول: الالتزامات الأساسية المترتبة عن التفاوض الإلكتروني

يكفل مبدأ حرية التفاوض للشخص الراغب في التعاقد، حرية البقاء فيما يتعلق بالدخول في المفاوضات أو العدم، أو تقديم الانسحاب منها في أي وقت يرغب، حسب النتائج المتفق عليها سواء القبول أو الرفض، لأن ضرورة توفر الشعور بالأمن والاستقرار لدى المتعامل يستوجب بدوره أن يلتزم كل طرف يرغب في التعاقد بالبداية في التفاوض والاستمرار، وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية، من أجل الوصول إلى إبرام عقد نهائي صحيح¹، وعليه يتم معالجة المطلب من خلال عرض الالتزام بمبدأ حسن نية في الفرع الأول، والالتزام بالبداية في التفاوض في الفرع الثاني، والالتزام بالاستمرار في التفاوض في الفرع الثالث.

¹ - بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 67.

الفرع الأول: الإلتزام بمبدأ حسن النية في التفاوض الإلكتروني

يجب في مرحلة التفاوض على العقد "مراعاة مبدأ حسن النية سواء في التعاقد التقليدي أم في التعاقد الإلكتروني، إذ يجب على الأطراف تنفيذًا لهذا الإلتزام عدم التفاوض بما يتعارض مع مقتضيات حسن النية وذلك بأن يناقش الطرفين شروط وبنود العقد بحرية تامة ويدافع حقيقي للتوصل إلي اتفاق نهائي"¹، و مبدأ حسن النية تعود نشأته إلى القانون الروماني الذي منح للقاضي الحق في فرض إلتزامات أخرى لتحقيق التوازن العقدي متى إختل التوازن².

عرف مبدأ حسن النية بأنه "إقدام المتفاوضين أو الراغبين في التعاقد على عملية التفاوض على أساس من الثقة و الإستقامة في التعامل و الإبتعاد عن أساليب الخداع و الإحتيال والتي من شأنها بث أو إشاعة جو من عدم الطمأنينة لدى الأطراف"³.
و كذلك بأنه "إتجاه نية وقصد المتصرف إلى إلتزام أحكام القانون وقيم المجتمع في تصرف جائز قانوناً"⁴.

ما يمكن قوله أن الغرض من مبدأ حسن النية في التفاوض الإلكتروني هو تأمين مرحلة المفاوضات من الفشل بمنع الغش والتضليل، الذي يلحق أذى و ضرر بالطرف الآخر، وعرفه أيضاً بأنه كل الإلتزامات المترتبة على الطرفين في مرحلة المفاوضات أساسها قاعدة حسن النية التي تسري على مرحلة المفاوضات وكذا تنفيذ العقد.

¹ - جهاد محمود عبد المبدى، التراضي في تكوين عقد التجارة الإلكترونية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، 2017، ص 59.

² - قادري عبد المجيد، مراد عمرانى، "التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد" مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية جامعة باجي مختار، عنابة، المجلد 04، العدد 02، سنة 2019، ص 789.

³ - بوناح عبد النور، "التفاوض على عقود التجارة الدولية-مبدأ حرية التفاوض و حسن النية-"، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، المجلد 07، العدد 02، سنة 2022، ص 18.

⁴ - بوكماش محمد، تكواشت كمال، "الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار تليجي الاغواط، الجزائر، العدد 07، سنة 2018، ص 162.

مبدأ حسن النية هو تعامل الإنسان مع الآخرين بخلق وشرف و بصدق وأمانة بحث تقوى الثقة بين المتعاملين و يقوم هذا المبدأ على معيارين هما:

1- **المعيار الشخصي (الذاتي):** أساسه الشخص في حد ذاته واتجاه نيته، فقد يكون حسن النية وقد يكون سيئ النية، وهو الشيء داخلي لا يمكن معرفته إلا من خلال تصرفاته ومعاملته المتكررة مع الآخرين، يرى الفقه الفرنسي " أن حسن النية هي الموازنة بين النية الحقيقية والتصرف الظاهر لكل شخص"¹، و أنها "إنتفاء سوء النية عن المتفاوض، ولكي تتحقق نية المتفاوض بحيث لا ينوي كسب منفعة غير مشروعة على حساب الغير أي يتجنب الخطأ العمد والخطأ الجسيم ويتجنب الغش والتدليس ويتجنب كذلك التعسف في إستعمال حق بسوء نية"².

2- **المعيار الموضوعي (المادي):** يقصد به القيام بفعل أو تصرف يتوافق مع أحكام القانون و قيم و أخلاق المجتمع، فلا يخرج تصرفه عن السلوك العادي الأمانة والنزاهة، فصحة تصرفات المتفاوض تتوقف على مدى قبولها من طرف القانون وأخلاق المجتمع، فلا تتوقف صحة التصرفات على ما يعتقد الشخص نفسه.

يترتب على إتفاق التفاوض نشوء إلتزم بالبدء في التفاوض يقع على عاتق طرفيه، وهو إلتزام بتحقيق نتيجة حيث يتعين عليهما الدخول في عملية التفاوض والبدء فيها ومتابعتها، وذلك بإتخاذ الإجراءات اللازمة لفتح عملية التفاوض خلال المدة المتفق عليها، فإن لم يتفق على هذه المدة إلتزم الطرفان بالبدء فيها خلال مدة معقولة، هذا بالإضافة لتحديد المكان الذي ستجري فيه المفاوضات والطرف الذي سيتحمل نفقات الدارسات الأولية، التي يمكن أن تطلب خلالها ويتبع ذلك الإلتزام وجوب الإستمرار في المفاوضات ومتابعتها، وإلا أصبح الإلتزام ببدء المفاوضات ذو معنى، ومن ثم فهو لايعني بالضرورة التوصل لإلتزام العقد.

¹ بوكرييس سهام، المرجع السابق، ص 35-36.

² قادري عبد المجيد، عمرانى مراد، المرجع السابق، ص 789.

قد لا يتفق المتفاوضين على إجراء إتفاق للتفاوض الإلكتروني لتنظيم هذه المرحلة، لكن هذا يعني أن لهم كامل الحق في حرية التعاقد، بل عليهم قيود حتى لا يستغل أحدهما هذه الحرية فيقوم بأفعال يضر بها الطرف المقابل، كترك المفاوضات دون إشعار مسبق، أو عدم الجدية في المفاوضات، لذا وجب تأمين والإمتثال لمبدأ حسن النية في هذه المرحلة.

نص المشرع الجزائري نص على مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد دون المرحلة السابقة على التعاقد من خلال الفقرة 1 من المادة 107 من القانون المدني الجزائري بقوله "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"، وأيضا كرس هذا المبدأ في القانون رقم 18-05 الخاص بالتجارة الإلكترونية من خلال الفقرة 1 من المادة 18 و التي تنص على انه " بعد إبرام العقد الإلكتروني يصبح المورد الإلكتروني مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد"

يرى الفقيه ستا "STA" بأنه يجب الإمتثال لحسن النية خلال التفاوض الإلكتروني بتوفير حد أدنى للمعلومات والبيانات قبل إبرام العقد مع التحلي بالصدق والأمانة والشرف وعدم إشاعة المعلومات الكاذبة وإلا كان هذا المتفاوض مرتكب للغش والتدليس، ويرى بإعتماد العلم الكافي بالمبيع كأساس للالتزام بمبدأ حسن النية خلال التفاوض، إذ لا يكون العقد صحيح إذا لم يتوفر هذا العلم قبل إبرامه في مرحلة التفاوض أو خلال مرحلة إبرامه¹.

إن الإلتزام بالتفاوض بحسن النية قد يجد مصدره المباشر في اتفاق التفاوض، وعليه فهو التزام إرادي يفرضه الاتفاق الذي تم بين أطرافه وليس التزاما قانونيا مباشرا لذا فان المتفاوض يُسأل عن الإخلال به مسؤولية عقدية²، ففي عقود التجارة الإلكترونية عادة أطرافها يقومون بإبرام عقد التفاوض نظرا لأهمية هذه العقود وقيمتها الكبيرة، ما جعل

¹-بوناخ عبد النور، المرجع السابق، ص ص، 20، 21.

²-حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص853.

الفقهاء والقضاة يجمعون على ضرورة إلتزام الأطراف بمبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض، وهذا ما أدى بالمشرعين إلى تنظيم هذا المبدأ في مرحلة سابقة عن التعاقد، حتى يكون مصدر الإلتزام هو القانون.

إن المشرع الفرنسي نص في القانون المدني من خلال الفقرة 3 المادة 1134 على أن الإتفاقات يجب أن تنفذ بحسن نية، أي وجوب الإلتزام بهذا المبدأ في مرحلة تنفيذ العقد ولم يذكره أبدا مرحلة المفاوضات، لكن القضاء الفرنسي من خلال إستدلال هذه المادة أقر بأن مبدأ حسن النية يعتبر ضابط أخلاقي للسلوك وهو من المبادئ العامة للقانون و يمتد نطاقه لمرحلة التفاوض، وقضت محكمة النقض الفرنسية بمبدأ حسن النية، على أن قطع المفاوضات فجأة دون سبب مشروع من جانب واحد يخالف مبدأ حسن النية في العلاقات التجارية¹، وفي سنة 2016 أقر المشرع الفرنسي بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض صراحة من خلال المادة 1104 والتي نصت على أنه "يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسن نية" حيث أصبح مبدأ حسن النية إلتزام قانوني يجب مراعاته في إبرام العقود وتنفيذها، ولم يعد هناك حاجة للإتفاق عليه، كما أن الفقرة 2 من المادة 1104 من ق م ف إعتبرت أن مبدأ حسن النية من النظام العام لا يمكن إستبعاده².

أما الفقه فقد أقر صراحة على الإلتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات وتوفير المعلومات والبيانات الصحيحة لتبصير المتفاوض بملايسات العقد³.

أما المشرع المصري نص في على ضرورة توافر حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود دون مرحلة التفاوض، منها الفقرة 1 من المادة 148 من القانون المدني المصري التي نصت على وجوب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه، وما يوجبه مبدأ حسن النية وعقد

¹ - مصطفى خضير النمشي، المرجع السابق، ص 60.

² - بوناح عبد النور، المرجع السابق، ص 22.

³ - قادري عبد المجيد، عمراني مراد، المرجع السابق، ص 791.

التأمين البحري أكثر العقود تجسيدا لمبدأ حسن النية¹، كما تقرر ذلك في قانون المعاملات من خلال الفقرة 2 من المادة 150 من القانون المدني المصري كمبدأ عام يمكن الإستناد إليه².

كما أشارت المحكمة العليا بتاريخ 24 أكتوبر 1999 أنه من المقرر تنفيذ العقد لما إشتمل عليه وبحسن نية لكن إذا وقعت حوادث إستثنائية للقاضي و وفق السلطة التقديرية الممنوحة له وبعد مراعاة مصلحة الأطراف رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك³.

أما قانون التجارة الإلكترونية رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو 2018 فلم يتطرق لهذا المبدأ، وذلك راجع لعدم تنظيمه مرحلة المفاوضات الإلكترونية لكن بخلاف ذلك نص على هذا المبدأ في مرحلة بعد إبرام العقد فقد نصت المادة 18 من القانون 18-05 على أنه "بعد إبرام العقد الإلكتروني يصبح المورد الإلكتروني مسؤولاً بقوة القانون أمام المستهلك⁴ الإلكتروني عن حسن تنفيذ الإلتزامات المترتبة على هذا العقد"، والمقصود هنا بحسن تنفيذ الإلتزامات هو حسن النية في التنفيذ العقود والذي يشمل ضمناً مرحلة المفاوضات، فتنفيذ العقود دون أي مشكل ناتج عن الإمتثال بحسن النية في مرحلة التفاوض.

الفرع الثاني: الإلتزام بالبدء في التفاوض

تجرى المفاوضات الإلكترونية في العقود المبرمة عن بعد بنفس الأسلوب التقليدي بل الاختلاف فقط في الوسيلة الإلكترونية، و ذلك بتوجيه دعوة من طرف الراغب في التعاقد إلى الطرف الآخر و في حالة ما إذا صدر قبولاً صريحاً منه، فهذا يكفي انه يشير لطرفي

¹ يحيي أبو طالب، البسيط في شرح التأمين البحري في ظل القانون البحري المصري دراسة مقارنة، مصر، سنة 2022، ص36.

² - معزوز دليلة، المرجع السابق، ص 290.

³ - قادري عبد المجيد، عمراني مراد، المرجع السابق، ص، ص790، 791.

العقد البدء في اتخاذ إجراءات التفاوض وما يركز عليه في هذا الالتزام هو المبادرة والخطوة الأولية للبدء في الإجراءات اللازمة، أو الأعمال الضرورية المباشرة في التفاوض¹، أي بالبدء في مناقشة العقد النهائي المراد التوصل إليه في الميعاد المحدد لذلك، تحسبا لأي تجاوزات أو تأخيرات أو الامتناع من تنفيذ التزام معين من احد أطراف العقد في مرحلة المفاوضات واعتباره مسئولا عن أي خلل يمس التوازن المتفق عليه في العقد ويرتب عليه مسؤولية وضرر .

إذا كان كل طرف ملزما بالالتزام بتحقيق نتيجة وهو الدخول في المفاوضات، فإن التزامه أثناء التفاوض يعد التزاما ببذل عناية، وبالتالي يستوجب على كل طرف بذل عناية في مرحلة المفاوضات العقدية والسعي إلى تنفيذها وفق مقتضيات مبدأ حسن النية من أجل إنجاز هذه المفاوضات واتخاذ المسلك القانوني الصحيح لها وفق معايير صحيحة و بناءة².

الجدير بالذكر إن هذا الالتزام قد يقع على عاتق كلا الطرفين أو على احدهما، فمن يلتزم به يقع عليه مسؤولية طرح العروض أو الخدمات وتقديم الاقتراحات المتعلقة بالعملية التعاقدية محل التفاوض من جهة والبدء في التفاوض من جهة أخرى فبتالي هو من يبدي نيته في فتح طاولة المفاوضات التمهيدية وعرض الدراسات التي يقوم عليها هذا التفاوض من أساسه، كمثال رئيس مصلحة الجامعة المكلف بغرفة الإعلام الأليوالأنترنت يريد أن يرفع من مستوى البث للأنترنت في غرفة الحواسيب الآلية والأجهزة الإلكترونية الموجودة من خلال برنامج خاص فهو مطالب بالتواصل مع مديرية البريد والمواصلات وإيداع طلب إلكتروني يقتضي فيه البدء في المفاوضات وطرح الاقتراحات التي تخدم خطته ومطالبه واحتياجاته من أجل الاستفادة مما ذكرنا سابقا.

¹ - بوطبالة معمر ، المرجع السابق، ص 68.

² - خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص ص، 303، 304.

إن ابرز الأحكام القضائية التي تناولت مسألة البدء في المفاوضات وافتتاحها، الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 ماي 1992 تتلخص وقائع هذا النزاع، في أن مندوب شركة التأمين، وبعد استقالته، قامت الشركة بتعيين من يقوم مقامه دون أن تنتظر الفترة التي يحق خلالها لهذا المندوب، أن يقترح على الشركة من يخلفه، وقد أيدت محكمة النقض الموضوع، والذي قضى بخطأ مسلك شركة التأمين، التي أضاعت على المندوب بأن يفتح المفاوضات، ويقترح على الشركة الشخص الذي تعتمده وتعامله بشروط أفضل¹.

من هنا فإن المبادرة للدخول في المفاوضات هي باب لفتح الحوار والمناقشة والجمع بين جميع المسائل التي تخص العقد المراد إبرامه، ومن خلاله يتم الاتفاق والوصول لحل نهائي يبين فيه الالتزامات التي تقع على عاتق كل طرف والضمانات التي يكفلها المشرع للطرف الضعيف في العقد، ويتجسد ذلك من خلال تطبيق هذا الالتزام بداية من الدخول والبدء في التفاوض، ولاستكمال واستقاء المراحل ننتقل للالتزام الموالي ألا وهو الاستمرار في التفاوض.

الفرع الثالث: الالتزام بالاستمرار في التفاوض

إن الدخول في التفاوض يستدعي بالتأكيد الالتزام بالاستمرار فيه، بحيث ينشأ مع المرحلة الأولى من تنظيم سير هذه المفاوضات، تحديد الأهداف التي يريدونها، وتحديد كذلك شروط سير هذه المفاوضة كالمدة التي تبدأ منها المفاوضات والشخص الذي يجب عليه أن يبادر في بدئها وشكل أو صيغة النقاش المطروح كما ذكرنا سابقاً²، حيث يخضع هذا الاتفاق للقواعد العامة للعقد ويترتب على هذا الاتفاق الالتزام بالاستمرار بالمفاوضات

¹ - بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 69.

² - عصمت عبد المجيد بوبكر، المرجع السابق، ص 120.

والسير فيها بحسن نية، كما يستلزم أن تجرى هذه العملية على ساحة الأمانة والشرف والنزاهة والصدق والموضوعية، وليس في التدليس والخداع والكذب.

إن الطبيعة القانونية بالنسبة للالتزام بالبداية في المفاوضات هي بتحقيق نتيجة، أي عند الدخول فعلا في التفاوض، أما بالنسبة للالتزام بالاستمرار في التفاوض ومواصلته فهو بذل عناية فعلى كلا طرفي العقد تقديم كل ما هو إيجابي وفعال في هاتين المرحلتين إن حدث غير ذلك فهذا يشير على أنهما لن يتفقا على حل نهائي والوصول لانعقاد العقد المتفاوض عليه أمر معقد ومستحيل.

يقتضي الالتزام بمواصلة التفاوض والاستمرار فيه ألا يقوم المتفاوض بقطع التفاوض أو الاستمرار وقت ما شاء أو من تلقاء نفسه، سواء بالانسحاب أو دون ذلك¹، لأنه يعيق سير العملية ويهدد العلاقة التعاقدية الناشئة بين الأطراف منذ البدء في الاستمرار مما قد يسبب امتصاص جهد الطرف الآخر الذي يحاول بكل وسعه الاستمرار في التفاوض بحسن نية، وما يشار إليه انه كلما قطعت هذه المفاوضات شوط إضافي فهي تزداد أهمية أكبر مما كانت عليه من قبل، هذا ما قد يفرض على المتعاقدين محاولة التحلي والالتزام أكثر بروح المسؤولية والقيادة لتلك المرحلة، لأن قطع المفاوضات بالشكل التعسفي أو دون سبب جدي يترتب عليه ضرر ومسؤولية لصاحبه، فعلى الأطراف أن يعملوا على إزالة كل الصعوبات والعراقيل التي قد تعترض طريق المفاوضات، مع تبني استراتيجية ناجحة وفعالة تخدم المفاوضات بصفة عامة والأطراف بصفة خاصة، كعدم تضيق الخناق على الطرف الآخر، لان ذلك يؤدي حتما إلى عدم التفاوض.

فبتالي إن الالتزام بالاستمرار في التفاوض هو مشروع تعاوني بحث بين شركاء العقد فكل منهما إذا قام بالتزاماته وعلم بما يتعين عليه احترامه تطبيقيا و موضوعيا وقانونيا حتما سيؤدي ذلك للنجاح والاستمرارية وإبرام العقد الإلكتروني بصفة نهائية و قانونية .

¹ - بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص72.

المطلب الثاني: الالتزامات الفرعية المترتبة عن المتفاوض الإلكتروني

توجه الأفراد إلى الدخول في مرحلة المفاوضات يعني أن كل طرف يسعى إلى التعاقد، ولكل مرحلة مبادئ تهيمن عليها وتنظمها، كذلك هي مرحلة التفاوض على العقد إذ يقع على عاتق طرفي التفاوض بعض الالتزامات التي يتعين احترامها وذلك لاكتمال التفاوض على أكمل وجه، فالالتزام بحسن النية يعد التزام أساسي يتفرع عنه التزامات ثانوية وتعد تطبيقاً من تطبيقاته، ومن خلال هذا المطلب سوف نتناول الالتزام بالإعلام الإلكتروني في الفرع الأول، ونتطرق إلى الالتزام بالسرية والمحافظة على المعلومات للمتفاوض الإلكتروني في الفرع الثاني، و كفرع ثالث سوف نتناول الالتزام بحظر المفاوضات الموازية.

الفرع الأول: الالتزام بالإعلام الإلكتروني.

أطلق الفقهاء بعض المصطلحات للدلالة على الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ومن هذه المصطلحات الإدلاء بالبيانات، الإخبار، الإفشاء، التبصير، الإفصاح والإعلام¹، و يؤدي الدخول في المفاوضات في الفترة السابقة على إبرام العقد إلى قيام حالة من الثقة المتبادلة بين الطرفين، ولذا هناك التزام هام يقع على عاتق المتفاوض، بأن يحيط إلى الطرف الآخر بكل ما له علم عن العقد ومحل التعاقد، هذا نظراً إلى أن المتفاوض ليست لديه الحماية التقليدية العامة نفسها في العقد، فالمتعاقد الإلكتروني يحتاج إلى حماية خاصة، لأنه يمكن أن يكون المورد أي مقدم العرض محترفاً تقنياً في الوسائل الإلكترونية وقد يكون محل التعاقد يتميز بالتعقيد في التركيب والاستعمال²، وذلك نتيجة لظروف واعتبارات معينة ترجع سواء إلى طبيعة الشخص المتعاقد أو لطبيعة العقد بحد ذاته، أو لأي سبب آخر يجعل من العقد مستحيلاً إذا تم كتمان بيانات محددة وضرورية في التعاقد

¹ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة مكتبة السنهوري، بغداد،

الطبعة الأولى، 2001، ص91.

² - معزوز دليلة، المرجع السابق ص291.

¹، بالتالي فإن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد الإلكتروني هو التزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني، يلتزم بموجبه احد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها بوسائط الإلكترونية في الوقت المناسب وبكل شفافية وأمان للطرف الأخر، لا يمكنه العلم بها وبوسائله الخاصة.

تعد الأهمية القانونية للالتزام بالإعلام في العقود الإلكترونية التي تبرم على وسائط الإلكترونية أعلى شأنًا وقدرا من العقود التقليدية²، فحسب ما يعرف أن العقود في شكلها التقليدي تمتاز بوجود مواجهة مباشرة بين طرفي العقد أثناء عملية التعاقد، لكن مع انتشار التجارة الإلكترونية أضحت هذا التعاقد يتم عبر شبكة الأنترنت، أي عن بعد، هذا ما يبادر في أذهاننا أن أطراف العقد لن يتم التأكد أو الكشف على هويتهم الحقيقية وبالتالي الظروف التي يمر بها العقد الإلكتروني تفنقذ لذلك الالتقاء المباشر الذي يعطي للطرفين المساومة والمناقشة مثلما يجري على الطريقة التقليدية، ومنه يتبين لنا أن المستهلك طرف ضعيف لأنه سيكون أمام عقود نموذجية يضعها البائع للمهني ويقتصر على المستهلك قبولها أو رفضها كما هي دون مناقشة أو معاينة ملموسة .

يعتبر الالتزام بالإعلام الإلكتروني في مرحلة التفاوض التزام تبادلي يشغل كل من طرفي التفاوض، وذلك من خلال التزام كلا الطرفين بإعلام الآخر عن كل المعلومات التي يعلمها أو التي ليست بمقدوره أن يعلمها، وذلك بسبب التأثير على قرار المتفاوض الآخر في عملية التفاوض.

بناء على ذلك يعرف الالتزام بالإعلام الإلكتروني على انه " الالتزام الذي يسبق التعاقد بحيث يلتزم احد طرفي العقد بإعلام الآخر عن البيانات التي يجب توافرها في

¹ -Djamila MAHI-DISDET, L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique , thèse de doctorat en droit, Académie d'AIX-MARSEILLE, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse ,France, 2011, p 93.

² - وسيلة شريبط، الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الإلكتروني كضمانة لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة المعيار، جامعة عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 24، العدد03، سنة 2020، ص714.

التعاقد ليتم إبرام عقد خال من أي عيب، وكامل بكافة مفرداته نتيجة لظروف واعتبارات معينة ترجع لطبيعة الشخص المتعاقد معه أو لطبيعة العقد نفسه أو لأي اعتبار آخر يجعل من العقد مستحيلا إذا تم كتمان بيانات محددة وضرورية في التعاقد¹، ويعرف أيضا حسب المشرع الجزائري في التقنين المدني باعتباره الشريعة العامة حيث نص بضرورة التزام المهني بإعلام المستهلك بأوصاف المبيع وذلك من خلال الفقرة 1 المادة 352 منه والتي تنص على انه " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه " من الواضح في التعريف السابق الذكر أن المشرع أبان على وضع شروط واضحة وصارمة لإعطاء عقد البيع الإلكتروني نوع من الأهمية البالغة قبل الوصول إلى إبداء المستهلك إرادته بعرض الإيجاب الصحيح، والنهائي و ذلك من خلال إلزام المورد بعرض جميع أوصاف المبيع أو السلعة أو الخدمة أي كان نوعها ولن يتم الاتفاق على العقد الإلكتروني حتى يكون العرض سليما، كافيا، شاملا، لا يشوبه أي لبس أو شك أو نوع من العيوب المخفية مع إجبارية تحميله مسؤولية تزويده بالمعلومات الكافية و الحقيقية للمبيع .

كذلك عرف على انه التزام يقع على عاتق التاجر الإلكتروني أو مقدم الخدمة الذي يتعاقد مع المستهلك من خلال الوسائل الإلكترونية الحديثة، بمقتضاه يخبر المستهلك بشخصيته وبياناته التجارية، وبكافة البيانات الجوهرية المتعلقة بالعقد والتي بناء عليها يتخذ المستهلك بالإقدام على التعاقد أو عدم التعاقد بناء على إرادة حرة².

¹ - إيناس مكي عبد النصار، " التفاوض الإلكتروني دراسة مقارنة في ضل بعض التشريعات العربية المعاصرة "، مجلة جامعة بابل، العراق، المجلد 21، العدد03، سنة 2013 ص 7.

² - كوثر سعيد عدنان خالد، " حماية المستهلك الإلكتروني"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة 01، سنة، سنة2012 ص 270 .

يتضح من خلال التعريفات التي ذكرناها أن أساس وجوهر بداية العقد هو الالتزام بالإعلام الإلكتروني للمتعاقد بجميع البيانات الظاهرية والباطنية للطرف الآخر بنية إبرام عقد صحيح وقانوني.

حدد المشرع الجزائري الأساس القانوني للالتزام بالإعلام قبل التعاقد من خلال نص المادة 53 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المتعلق بشروط وكيفيات إعلام المستهلك التي جاء فيها أنه " يجب على مقدم الخدمة، قبل إبرام العقد إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للخدمة المقدمة"¹.

كما نصت المادة 55 من نفس القانون على أنه " يجب على مقدم الخدمة أن يعلم المستهلك بكل الوسائل الملائمة، حسب طبيعة الخدمة بالمعلومات المتمثلة في اسم مقدم الخدمة ومعلوماته الشخصية، في حالة ما إذا كان شخصية معنوية، تقدم معلومات عن اسم شركته، مقرها، عنوان المؤسسة المسؤولة عن الخدمة، رقم وتاريخ الرخصة، رقم القيد في السجل التجاري، أو سجل الصناعة التقليدية أو الحرفية، تكاليف النقل والتسليم والتركيب، كيفيات التنفيذ والدفع، مدة صلاحية العرض وسعره، البنود المتعلقة بالضمان، وشروط فسخ العقد"².

واستنادا إلى الفقرة 03 من المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 13/378 المتعلق بشروط وكيفيات إعلام المستهلك الإعلام حول المنتجات هو كل معلومة متعلقة بالمنتج موجهة للمستهلك على بطاقة أو أي وثيقة أخرى مرفقة بها وبواسطة أي وسيلة أخرى بما ذلك الطرق التكنولوجية الحديثة أو من خلال الاتصال .

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 13-378، المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1434 الموافق 26 سبتمبر سنة 2013، المحدد الشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية، العدد 49، الصادرة في 2 أكتوبر 2013 .

² - سميرة زليدي، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2015/2016، ص62.

لقد جاءت هذه النصوص القانونية لترسخ هذا التوجه الجديد في الإعلام لتركيز على إيلاء الأهمية للإعلام قبل التعاقد، ورغم حداثة إلا أنه لم يراعى حماية المستهلك في العقود الإلكترونية من مخاطر الإعلام، من خلال ما سبق يتبين أن الالتزام بالأعلام في التفاوض الإلكتروني تم تنظيمها بإعلام المستهلك قبل التعاقد بكافة المعلومات الجوهرية ليكون على علم بها ويتخذ قراره بالتعاقد بالشكل الذي يراه مناسباً.

الفرع الثاني: الالتزام بالسرية والمحافظة على المعلومات

نظم المشرع الجزائري الالتزام بالسرية والمحافظة على المعلومات في القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في الفقرة 02 من نص المادة 26 والتي تنص على "ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات"¹، في هذا السياق نجد أن المشرع فرض احد الأنظمة التقنية و الإلكترونية المسمى بالتشفير الإلكتروني، هذا الأخير يستعمل في الحجب على الغير ومنعهم من الاطلاع على المعلومات السرية المتعلقة بأشخاصها.

يفرض الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات على المتفاوض في العقد التزام الصمت بخصوص كل ما يصل إلى علمه أو يكتشفه أثناء التفاوض²، إذ أن المفاوضات الإلكترونية تستدعي الكشف عن بعض الأسرار الفنية أو المهنية من قبل احد الأطراف، لذلك اوجب الالتزام بالمحافظة على الأسرار، لان كل منهما ما كان ليعلم بها إلا في عملية التفاوض، وعليه إذا أفشيت هذه الأسرار دون علم أو موافقة الطرف الآخر فيكون قد ارتكب خطأ يستوجب مساءلته إذا ثبت وقوع ضرر للطرف الآخر، وبالتالي يحرص المتفاوض صاحب الأفكار أو تلك المعلومات السرية على الاتفاق مع من يتفاوض معه المحافظة على سرية هذه المعلومات والأفكار وعدم نشرها للغير تحت طائلة المسؤولية

¹ - قانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني 1436 الموافق 1 فيفري 2015 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، الجريدة الرسمية، العدد 06، الصادرة في 10 فيفري 2015.

² - مسعودي يوسف، ارجيلوس رحاب، الإطار القانوني للتفاوض في العقد الإلكتروني، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلد 02، العدد 01، سنة 2018، ص 65.

والالتزام لا يتوقف على ذلك فقط، بل عليه الامتناع من استغلالها لحسابه الشخصي دون موافقة الطرف الآخر¹.

شددت مبادئ عقود التجارة الدولية التي اعتمدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما سنة 1994 على أهمية هذا الالتزام حيث نصت الفقرة 16 من المادة 02 على: "يلتزم الطرف الذي يتلقى أثناء المفاوضات معلومة معينة ذات طابع سري من الطرف الآخر سواء أبرم العقد أم لم يبرم بعدم إنشائها أو استخدامها بغير حق لأغراض شخصية وبترتب الإخلال بهذا الواجب تعويض يشمل في هذه الحالة، المنافع التي كان سيحصل عليها الطرف الآخر"².

كذلك المشرع الجزائري لم يغفل عن هذا الالتزام في قانون التجارة الإلكترونية 05 /18 بحيث نظمه في الفقرة 03 من نص المادة 26 والتي تنصص على "ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات" في هذا السياق نجد أن المشرع فرض احد الأنظمة التقنية و الإلكترونية المسمى بالتشفير الإلكتروني، هذا الأخير يستعمل في الحجب على الغير ومنعهم من الاطلاع على المعلومات السرية المتعلقة بأشخاصها.

من هنا نستنتج أن الالتزام بالسرية والمحافظة على المعلومات انه يهدف إلى حماية الطرف الآخر، إذ يلزم احد الأطراف بالدلاء ببعض الأسرار الهامة بهدف إعلام الطرف الآخر و كسبه وفي نفس الوقت لا يحق للطرف الآخر إفشاءها أو استغلالها دون علم أو إذن أصحابها.

¹ - جبهة زياد المومني، أحكام الإخلال بالتفاوض في العقد الإلكتروني، رسالة استكمال ماجستير قانون خاص،

جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن ، سنة 2022، ص17.

²philippe le tourneau, La rupture des négociations , Revue trimestrielle de droit Commercial, paris,N⁰ 03, 1998, p 486

الفرع الثالث: الإلتزام بحظر المفاوضات الإلكترونية الموازية

إن الدخول في مفاوضات الإلكترونية موازية مع الغير على نفس الصفقة المراد إبرامها هو أم مشروع للحصول على أفضل الفرص، لكن و لإعتبارا تقتضيها عملية التفاوض على العقود التجارية، ألزمت الأطراف بحظر التفاوض الموازي، على الصفقة نفسها أو العقد المراد إبرامه طيلة المدة التي تستغرقها المفاوضات، لأجل الحفاظ على حسن التعامل و ضمان عدم الغش، فالتفاوض الموازي ينافي مبدأ حرية التعاقد و حرية المنافسة، لذلك الإلتزام بالاستقامة و شرف التعامل لا يمنع إجراء التفاوض الموازي بل يمنع إخفاؤه على الأطراف المتفاوضة، حتى يكونوا على دراية بذلك فيحتاطوا¹.

عرفه جانب من الفقه بأنه " كل فعل من شأنه الإمتناع عن الدخول في مفاوضات سبق أجراءها مع طرف العلاقة التفاوضية مع الغير لمدة معينة"²، وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه احد الطرفين أو كلاهما بالامتناع عن إجراء مفاوضات موازية مع الغير لمدة معينة"³.

ومنه خلال هذه التعريفات السابقة يمكن اعتبار الإلتزام بحظر المفاوضات الموازية هو إلتزام سلبي يمتنع فيه الأطراف عن إجراء مفاوضات موازية مع الغير على نفس العقد أو الصفقة و يكون ذلك بعقد إتفاق مستقل و صريح على الحظر لمدة زمنية محدودة و قد يرد كشرط في عقد التفاوض و يسمى شرط الاستبعاد أو القصر.

إن مسألة حظر المفاوضات الموازية أثارت جدلا بين الفقه والقضاء فذهب جانب إلى أن أساس هذا الإلتزام هو الإتفاق الصريح في عقد التفاوض بحظر المفاوضات الموازية،

1 - هلدبير احمد اسعد، المرجع السابق، ص 171.

2 - بوكرييس سهام، المرجع السابق، ص 194.

3 - بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 165.

وأتجه جانب آخر إلى وجود إتفاق ضمني بين الطرفين من خلال ظروف و ملاسبات العملية التعاقدية¹ و ذلك استنادا كما يلي:

أولا - وجود إتفاق صريح أساس الإلتزام بحظر المفاوضات الإلكترونية الموازية يرى هذا الاتجاه بأن الأصل في إجراء المفاوضات الإلكترونية الموازية هو أمر مشروع عملا بمبدأ حرية التعاقد، ولا يمكن حصرها إلا بوجود عقد إتفاق أو وجود شرط خاص بين الأطراف صراحة يمنع التفاوض مع الغير لمدة زمنية محددة، والطرف المخل بالإلتزامه والمخالف للإتفاق يتعرض للمسؤولية العقدية، وعلى المضرور إثبات قيام الطرف الآخر بالتفاوض المحظور الذي يمنعه الإتفاق².

قضت محكمة الاستئناف الفرنسية بذلك في تاريخ 05-03-1992 في قضية أحد الشركات الفرنسية المسماة " قالي " مع شركة " ألمات " البلجيكية حيث دخلت معها في مفاوضات لإبرام عقد تتنازل بموجبه الشركة الفرنسية عن 70 % من حصصها الشركة البلجيكية وبعد عدة جلسات وصل إلى علم الشركة البلجيكية أن الشركة الفرنسية أجرت مفاوضات موازية مع شركة انجليزية على الصفة ذاتها، فقامت هذه الأخيرة برفع دعوى ضد الشركة الفرنسية، مطالبة بالتنفيذ العيني المتمثل في 70 بالمائة من الحصص المتفق عليها مع المطالبة بالتعويض، حيث حكمت محكمة الاستئناف "فارسيل" لصالح الشركة الفرنسية على أساس عدم وجود اتفاق صريح يلزمها بعدم التفاوض مع الغير، ولم تخالف بذلك التزم وإنما قدمت عرضا بعنوان دعوى للشراكة³.

ثانيا - مبدأ حسن النية أساس الإلتزام بحظر المفاوضات الإلكترونية الموازية:

هذا الاتجاه يعتبر أن من مقتضيات مبدأ حسن النية في إبرام عقود التجارة الامتتاع عن إجراء المفاوضات الموازية طيلة مدة التي تستغرقها المفاوضات، رغم غياب إتفاق

¹ - عبد المجيد قادري، مراد عمران، المرجع السابق، ص 804.

² - بوطالة معمر، المرجع السابق، ص 166.

³ - بوطالة معمر، المرجع نفسه، ص ص، 166، 167.

صريح في عقد التفاوض أو إتفاق مستقل يقضي بحظرها مع الغير فيما يتعلق بالعقد أو الصفقة المراد إبرامها، و للفاضي السلطة التقديرية في إستخلاص وجود هذا الإلتزام بحظر المفاوضات الموازية من ملابسات العملية التفاوضية¹، و ذهب رأي آخر منهم الدكتور شيرزاد عزيز سليمان إلى أن ما يقتضيه حسن النية ليس عدم إجراء مفاوضات موازية إنما عدم إجرائها خفية، إلتزاماً بمبدأ الشفافية في التفاوض ليكن الطرف الآخر على بينة و دراية ليأخذ في اعتباره ذلك².

عليه فأن مبدأ حرية التفاوض بين الأطراف وحرية المنافسة يتعارض مع الإلتزام بحظر المفاوضات الإلكترونية الموازية مع الغير في عقود التجارة الإلكترونية كقاعد عامة، لكن لا يمكننا أن ننفي ما يبثه الإلتزام بحظر المفاوضات الموازية من ثقة و جدية في المعاملات التجارية الدولية.

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة التفاوض الإلكتروني .

تعتبر مرحلة التفاوض الإلكتروني مرحلة شديدة الأهمية فهي مرحلة تحضيرية تمهيدية سابقة لمرحلة إبرام العقد، فكلما كانت المفاوضات ناجحة مبنية على التفاهم والوضوح كلما كان ذلك مبشر لإبرام عقد صحيح وناجح، وهذا لا يعني أن تتكل دائماً المفاوضات بالنجاح فأحياناً قد لاتصل إلى إبرام العقد كأن يتم العدول عنها بسبب أو دون سبب مما يلحق ضرر بالطرف الآخر، فيترتب عن ذلك قيام المسؤولية المدنية .

إن القوانين المقارنة لم تنظم مرحلة التفاوض والالتزامات المترتبة عنها بنصوص قانونية ولا المسؤولية المدنية التي قد تنشأ في حال قطع المفاوضات أو الإخلال بأحد

¹ - قادري عبد المجيد، مراد عمراني، المرجع السابق، ص 804.

الالتزامات التي قد تؤدي إلى اختلال في توازن المراكز القانونية للمتفاوضين، فالفقه والقضاء سعوا جادين لمحاولة تحديد المسؤولية المترتبة فميزوا بين المفاوضات التي لا يحكمها عقد أو اتفاق والتي تنعدم فيها العلاقة التعاقدية بين الأطراف فنترتب المسؤولية التقصيرية، والمفاوضات المصحوبة بالاتفاق أو عقد تمهيدي حيث تربط الأطراف علاقة تعاقدية فنترتب المسؤولية العقدية، وهناك اتجاه ثالث قدم بمسؤولية خاصة قائمة على نظام قانوني خاص، ومنه سيتم تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن مرحلة التفاوض الإلكتروني في المطلب الأول، وجزء الإخلال بالالتزامات التي يفرضها التفاوض في المطلب الثاني .

المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المترتبة عن التفاوض الإلكتروني

تقتضي القاعدة العامة أن إخلال أحد الأطراف المتعاقدة بالتزاماته العقدية يعرضه للمسؤولية، غير أن التشريعات المقارنة إعتبرت مرحلة المفاوضات الإلكترونية مجرد عمل مادي لا يترتب عنه أي أثر قانوني وللأطراف كامل الحرية في الدخول في المفاوضات و الإنسحاب منها دون مسؤولية، إلا إذا صدر خطأ مرتبط بالعدول وكان سببا في الإضرار بالطرف الآخر، فيتم جبر الضرر بالتعويض على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية.

لكن أمام التطورات الحاصلة في مجال المعاملات الدولية وظهور التجارة الإلكترونية و العقود المركبة والشركات المتعددة الجنسيات أصبح هناك اتفاقات وعقود ممهدة لأجل الوصول إلى إبرام العقد النهائي، وهذه المفاوضات تنظمها إلتزامات و مبادئ ذات طبيعة خاصة غير واردة في أحكام العقود العامة، ما أثار جدلا فقهيًا وقضائيا واسعا حول المسؤولية المترتبة أثناء عملية التفاوض إن كانت مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية أو خاصة، وعليه سيتم تناول المسؤولية العقدية(الفرع الأول) و المسؤولية التقصيرية (الفرع الثاني) و المسؤولية الخاصة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات التفاوضية الإلكترونية .

إن قطع المفاوضات الإلكترونية بسوء نية و دون سبب جدي يسبب ضرر للطرف الآخر، ما يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية على من صدر منه الإخلال، يرى الفقهاء التقليديين المسؤولية المترتبة في مرحلة المفاوضات ترجع إلى فكرة الإتفاق الضمني الذي نشأ بين الأطراف بمجرد توجه إرادتهم للدخول في التفاوض، ولقد جاء بعدة نظريات، أما الفقه الحديث فقد ميز بين المفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض وغير مصحوبة بعقد تفاوض وإعتمد في ذلك على طبيعة العلاقة بين المتفاوضين، و ذهب آخرون إلى إعتبار أن المسؤولية المترتبة دائماً هي العقدية و سنبين ذلك فيما يأتي.

أولاً - موقف الفقه التقليدي:

لقد إعتد الفقه التقليدي في تحديد أساس المسؤولية العقدية لمرحلة المفاوضات من خلال عدة نظريات أهمها نظرية الخطأ عند تكوين العقد ونظرية التبعية العقدية.

1- نظرية الخطأ عند تكوين العقد: هذه النظرية تعرف باسم نظرية إيهرنج تركز على "

أن كل الشخص يُقدم على التعاقد ويكون هو السبب في بطلانه، بحيث يقيم مظهراً كاذباً ليطمئن إليه المتعاقد الآخر، يلتزم بتعويض هذا الأخير بمقتضى العقد الباطل، أي أن المسؤولية عن هذا الخطأ عقدية بمقتضى العقد الباطل نفسه"¹.

لقد أيد الفقه الفرنسي هذه النظرية و على رأسهم الفقيه الفرنسي "رايموند سالي" و دعم رأيه إعتقاداً على المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 التي نصت على انه يلتزم أطراف التعاقد ضمناً بضمان صحة العقد، وهذه المادة تقابلها المادة 399 من ق م ج و التي نصها "إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع

¹ - بين احمد صليحة، المرجع السابق، ص 41.

حسن النية" وتقابلها المادة 468 من ق م م، و هذا يعني أن للمشتري الذي يجهل إمتلاك المبيع للبائع كل الحق في مطالبته بالتعويض سيء أو حسن النية، فالتعويض مصدره عقد الضمان الضمني الذي يضمن صحة العقد وليس الخطأ¹، وعقد الضمان هو أن يتعهد كل طرف من الأطراف المتفاوضة، بأن يمتنع عن أي تصرف أو خطأ من شأنه أن يبطل العقد، ويكون رضا الطرف المقابل قبول ضمني بالتعهد، وفي حالة إخلال أحد الأطراف بهذا الإلتزام يكون قد إرتكب خطأ عقدي يوجب التعويض وفقا لأحكام المسؤولية العقدية.

إن نظرية الخطأ عند تكوين العقد ترى أن الخطأ المرتكب في مرحلة التفاوض سواء ترتب عليه عدم انعقاد العقد محل التفاوض أم أدى إلى بطلانه يعتبر خطأ عقدي يوجب التعويض، كعقد لافتراض وجود عقد ضمني².

لقد أيد الفقه المصري هذه النظرية التعاقدية، حيث يرى أن التفاوض تصرف تعاقدى يترتب المسؤولية العقدية، على أساس أن هذه المرحلة تتطلب إما إتفاق صريح أو ضمني لإبرام العقد، فبمجرد دخول الأطراف مرحلة التفاوض يكونوا قد عقدوا عقد تمهيدي بينهم دون أن يعلموا بذلك.

رغم أن لهذه النظرية الفضل في إرساء قاعدة عدم جواز تجريد العقد الباطل من جميع آثاره، فالمسؤولية العقدية في مرحلة المفاوضات قد تقوم على العقد الباطل ذاته، فلا يقتصر البطلان فقط على الركن والشرط الباطل، و لها الفضل أيضا في إرساء فكرة العقد الضمني الذي ينعقد بمجرد الدخول الأطراف في مفاوضات والذي يترتب عنه عدة التزامات أهمها الإلتزام بحسن النية، وتعويض الطرف المضرور عن الخطأ العقدي فيما يخص المصلحة السلبية، و رغم الإنتشار الواسع لهذه النظرية إلا أنها تعرضت لانتقاد فقهي شديد بقولهم أنها تقوم على مجرد الافتراض، و أن وجود العقد الضمني بين

1 - بوكريرس سهام، المرجع السابق، ص 207.

2 - بوكريرس سهام، المرجع نفسه، ص 208.

المتفاوضين مجرد خيال، و أضافوا أن هذه النظرية مجرد احتمال والخطأ المرتكب قبل إبرام العقد والذي يسبب ضرر للطرف الآخر يرتب المسؤولية التقصيرية.

و عقب الفقيه الجزائري بلحاج العربي أن سبب نظرية إيهرنج يرجع لخلفيات قانونية كانت موجودة في بلاده تتعلق بفراغ قانوني، والقول بأن هناك مصلحة سلبية وأخرى ايجابية هي مجرد حيلة قانونية، لأجل ترتيب أثر لعقد باطل وهذا ما لا يتفق مع القواعد العامة¹.

2- نظرية تحمل التبعة العقدية: تسمى أيضا بنظرية الخطأ العقدي أو المخاطر لصاحبها الألماني ويندشيد وتقوم على "أن كل مُقدم على التعاقد عليه أن يتحمل الأضرار الناجمة عن تبعية النشاط العقدي الذي قام به أيا كانت الأسباب التي عاقت قيام العقد، أو أدت إلى بطلانه، بل حتى ولو كانت هذه الأسباب مجهولة تماما عنه"²، فتتعدد مسؤولية البادئ بالنشاط التعاقدية بمجرد وقوع ضرر منه، حتى وإن لم يخطئ ولا يعلم سبب الضرر ولو كان حسن النية، وتنتفي عنه المسؤولية إذا أثبت أن الضرر ناتج عن خطأ المضرور، وهذه النظرية لا تختلف عن النظرية الأولى كثيرا، إذ تتفقان في النتيجة وتختلفان في أساس المسؤولية وعبء الإثبات، فمن حيث المسؤولية نظرية إيهرنج ترتب المسؤولية العقدية على بطلان العقد على أساس الإخلال بالتزام باليقظة عند التعاقد، أما نظرية ويندشيد فتحمل البادئ بالنشاط التعاقدية المسؤولية على أساس تحمل تبعة نشاطه ومنه المسؤولية مادية و ليست عقدية.

و أما من حيث عبء الإثبات نظرية إيهرنج يقع فيها عبء الإثبات على المضرور فعليه إثبات أن الضرر الذي أصابه نتيجة إخلال المسؤول بالتزامه باليقظة عند التعاقد.

¹ - بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 179.

² -فاطيمة الزهرة عبد العزيز، أساس المسؤولية المدنية المترتبة عن المفوضات قبل التعاقد، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، الجزائر، المجلد 06، العدد 01، سنة 2021، ص 31.

أما نظرية ويندشيد فيكفي أن يثبت المضرور أنه أصابه ضرر حتى تقوم مسؤولية البادئ بالنشاط التعاقدية، و تنتفي عنه المسؤولية إذا أثبت إهمال المضرور أو علمه بما سبب إعاقة إبرام العقد أو أدى إلى بطلانه.

لقد عرفت نظرية التبعية العقدية انتشارا واسعا إذ أخذت بها عدة تشريعات كالتشريع الألماني رغم تأثره بنظرية ايهرنج، و اخذ بها أيضا المشرع الجزائري في قانون العمل الصادر في سنة 1972 بالنسبة لتعويض حوادث العمل، والذي أقام المسؤولية فيه على أساس تحمل التبعية العقدية¹.

رغم أن هذه النظرية توفر حماية أكبر للطرف المضرور، فالمسؤولية تترتب بمجرد وجود الضرر دون اشتراط الخطأ، إلا أنها تعرضت لنقد كبير، فقد أخذت هذه النظرية بفكرة البادئ بالنشاط التعاقدية يتحمل دائما تبعته، وهذا ما لا يتفق مع الواقع فقد تتغير الأدوار بين الموجب والقابل، وقد يكون البادئ بالتفاوض هو المضرور كحالة قيام مُتلقى العرض بقطع المفاوضات، كما أنها تؤدي إلى تخوف و عُزوف الأشخاص عن المبادرة في الدعوة إلى التفاوض والدخول في مفاوضات لأنها جعلت صاحب المبادرة يتحمل كل النتائج الضارة حتى وان لم يخطأ.

يرى الأستاذ فتحي عبد الرحيم أن هذه النظرية مخالفة لنص المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي، فقد نصت المادة 1382 على أن (أي عمل أيا كان يرتكبه سبب ضررا للغير على المتسبب في الخطأ التعويض، هذه المادة تشترط الخطأ لقيام المسؤولية ولا تقوم على مجرد الضرر، والفقهاء الفرنسي كابتن).....يرى أن أخذ المشرع الفرنسي بهذه النظرية في بعض الحالات كحوادث العمل لا يعني الخروج عن القاعدة العامة التي تترتب المسؤولية على الخطأ²، ولم تفصل هذه النظرية بين مشكلة التعويض

¹ - بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص ص، 180، 181.

² - بوكرييس سهام، المرجع السابق، ص 215.

عن قطع المفاوضات والتعويض عن بطلان العقد، كما أنها لم تبين نوع المسؤولية المترتبة إن كانت عقدية أم تقصيرية¹.

مما سبق يتبين أن نظرية تحمل التبعية هي نظرية جامدة لا يمكن إعمالها في تحديد طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التفاوضية لإسقاطها لركن الخطأ، كما أن إثبات الطرف المتفاوض عدم ارتكابه أي خطأ عقدي في مرحلة التفاوض إخلالاً بالالتزامات اليقظة والتبصير عند التعاقد والاتفاقات الضمنية بينما لطرف ينهي أمور عامة يصعب تحديدها في الكثير من الحالات .

ثانياً - موقف الفقه الحديث:

نظراً لعدم نجاح النظريات الفقهية التقليدية لتحديد المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات التفاوضية، نظراً لعدم ملائمتها لطبيعة المرحلة السابقة للتعاقد، ما جعل الفقه الحديث يذهب إلى التفرقة بين المفاوضات غير مصحوبة بعقد تفاوض فتكون المسؤولية فيها تقصيرية والمفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض فتكون المسؤولية فيها عقدية، وهذا ما سنبينه فيما يلي:

1- المفاوضات الإلكترونية غير المنظمة بعقد تفاوض: هي التي تحدث بين الأطراف المتفاوضة دون وجود بينهم عقد تفاوض صحيح ينظم عملية التفاوض، وهي الصورة الغالبة في العقود والصفقات البسيطة، إذ يدخل الأطراف في المفاوضات مباشرة. إن المشرع الجزائري سار على نفس مسار المشرع الفرنسي، ولم يتطرق لمرحلة المفاوضات التي تسبق المرحلة التعاقدية، لكن الجزائر بعد استقلالها و توجيهها نحو الإنفتاح على الأسواق العالمية و تبنيها سياسة الإستثمار الأجنبي، جعلها تتعامل بأنواع جديدة من العقود المركبة والمعقدة والضخمة والتي تتطلب مرحلة مفاوضات سابقة، ما فرض على المشرع محاولة مواكبة هذا التطور، وقد نص في الفقرة 4 من المادة 85 من

¹ - بن احمد صليحة، المرجع السابق، ص52.

القانون 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات على أنه " تحدد الأسعار والعقود عن طريق التفاوض الحر بين المتعاملين والمعنيين"¹، و رغم إشارة المشرع للتفاوض بصفة عامة، إلا أنه يعاب عليه انه لم ينظم عملية التفاوض وأيضا غياب الاجتهاد القضائي وعليه وجب تطبيق القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية المادة 124 من القانون المدني الجزائري و التي نصت على أنه " كل فعل أياً كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، فالمشرع الجزائري يرى من العدالة تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية وتعويض المضرور.

أما المشرع المصري لم يُرد أي نص خاص بمرحلة التفاوض، لكن الفقه الحديث إعترف بعقد التفاوض خاصة الصريح والذي يرتب التزامات على الأطراف يجب تنفيذها بحسن النية²، و إعتبر هذه المفاوضات عمل مادي ليس لها أثر قانوني، وفي حال قطع المفاوضات تعسفا و إقتران الخطأ المرتكب بالعدول فيتم تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية متى توافرت شروطها.

الفقه الفرنسي لم يهتم بمرحلة التفاوض سابقا وإعتبرها مرحلة لا فائدة منها، لكن مع بداية القرن العشرين بدأ الاهتمام بهذه المرحلة التمهيدية، و إعتبر أن المفاوضات غير مصحوبة بعقد تفاوض مجرد عمل مادي لا يرقى إلى مكانة التصرف القانوني الملزم، فالطرف المتفاوض له الحرية في الدخول في المفاوضات وقطها في أي مرحلة كانت عليها، فلا تترتب أي مسؤولية في ذمته، إلا في حالة العدول المصحوب بخطأ ألحق ضرر بالطرف الآخر، أو القيام بتصرفات تتنافى مع مبدأ حسن النية فنقوم المسؤولية التقصيرية الواردة بالمادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي³.

¹ - القانون رقم 01-02 المؤرخ في 05 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة الأنابيب، الجريدة

الرسمية، العدد 08، المؤرخة في 06 فيفري 2002.

² - فاطيمة الزهرة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 32.

³ - بوطالة معمر، المرجع السابق، ص 187.

2- المفاوضات الإلكترونية المنظمة بعقد تفاوض: هي المفاوضات التي يتفق فيها الأطراف على إبرام عقد معين قبل الدخول فيها، فهذا العقد يتضمن تنظيم العلاقة بين الأطراف خلال مرحلة المفاوضات¹، ولهذا العقد عدة مصطلحات أهمها "اتفاق التفاوض" و"الاتفاق المبدئي" والهدف منه هو إنجاز العملية التفاوضية لأجل إبرام العقد النهائي، والإخلال بهذا العقد يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية².

اعتبر القانون الفرنسي عقد التفاوض إتفاق حقيقي يُنشأ إلتزامات في ذمة المتفاوضين، ويترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية وهذا رأي القضاء أيضا، كما نصت المادة 65 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، إعتبر العقد منبرماً وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف والعدالة"، وتقابلها المادة 95 من القانون المدني المصري، إعتبر الفقه ان هذه المادة تقصد بالمسائل التفصيلية "إتفاق على التفاوض" وهذا ما رآه الأستاذ حسام الدين كامل الأهواي أن الإحتفاظ بالمسائل التفصيلية و الإتفاق عليها فيما بعد يترتب على الأطراف التزاما بالتفاوض حولها، ولا يجوز لأحد الأطراف الإمتناع عن التفاوض بخصوصها، و إلا فهو مخل بالتزام عقدي و هو الإلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، فالأطراف ملزمون بضرورة الدخول في هذه المفاوضات و مناقشة المسائل العالقة مع مراعاة حسن النية، وليس عليهم التوصل لإلتفاق، فان فشلت المفاوضات فلا مفر من إعمال أحكام المادة 65 من ق م ج والمادة 95 من ق م م بتدخل المحكمة بالفصل في هذه المسائل التفصيلية وفقا لطبيعة المعاملة وأحكام العرف ومقتضيات العدالة.

1 - فطيمة زهرة عبد العزيز، المرجع السابق، ص 32.

2 - بن احمد صليحة، المرجع السابق، ص 71.

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية الناشئة عن التفاوض الإلكتروني .

بين المشرع الجزائري في الفقرة 01 المادة 107 من القانون المدني، على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية " وعلى هذا فان مبدأ حسن النية السالف يجب مراعاته قبل تنفيذ العقد ويتسع قانونا ليشمل ضمنا مرحلة مفاوضات العقد، أي المرحلة السابقة للتعاقد وأشار من خلال المادة 124 من القانون المدني المعدلة بالقانون 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 على أنه كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض "، ما يمكن قوله أن هذا النص جاء عاما ومطلقا متعلقا بالمسؤولية عن الفعل الضار، يتسع أيضا ليستوعب الخطأ المرتكب خلال مرحلة المفاوضات، بما في ذلك الخطأ المتمثل في قطع عملية التفاوض دون مبرر مقبول أو دون سبب جدي¹.

بحسب الانتقادات التي واجهها الرأي الفقهي للنظرية العقدية للتفاوض الإلكتروني القائل بأن قطع المفاوضات يترتب عليه قيام المسؤولية المدنية العقدية، هذا ما جعل ظهور رأي مخالف لمجموعة من الفقهاء تدعم وتأييد القضاء، والذي كيف طبيعة المسؤولية عند قطع المفاوضات على أنها مسؤولية تقصيرية كما يلي:

أولا - مضمون المسؤولية التقصيرية :

ذهب الكثير من الفقهاء إلى اعتبار أن المسؤولية القائمة خلال مرحلة التفاوض، أنها مسؤولية تقصيرية لجهة أن الأحكام الواردة في هذه المسؤولية هي التي تطبق عند عدم وجود العقد، حيث حاولوا تأسيسها على أساس التعسف². وفي هذا السياق تتنازع نظريتان لرد المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد إلى المسؤولية التقصيرية فالأولى

¹ - بريشي فريدة، بن يعقوب عائشة فريال، المسؤولية المدنية في المرحلة السابقة للتعاقد، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق وقسم الحقوق، جامعة بلحاج شعيب عين تموشنت، 2022/2021، ص 17 .

² - دحداح سهيلة ، رزقي ليلي، الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص شامل، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013/2012، ص 48.

منهما تعرف بنظرية التعسف في استعمال الحق، "الثانية تعرف بنظرية الفضالة ويعود الفضل لإيجادها الفقيه الألماني تون"¹.

1- نظرية التعسف في استعمال الحق :

حاول البعض تأسيس فكرة المسؤولية التقصيرية في المرحلة السابقة على التعاقد، على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق².

ونصت المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري في هذا السياق على أنه "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير
 - إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير
 - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .
- ويعتد بالتعسف في ثلاثة حالات واردة في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري وهي :

- قصد الإضرار بالغير وهو معيار ذاتي (شخصي) قوامه توفر نية الإضرار بالغير عند صاحب الحق ولو أدى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة عارضة لم يقصدها صاحبها أصلا .

- عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يلحق بالغير وهو معيار (موضوعي) يختلف عن سابقه في أنه لا يستند إلى ناحية شخصية لدى صاحب الحق، وإنما قوامه عدم وجود تناسب بين المصلحة التي يحققها صاحب الحق من وراء استعماله لحقه وبين الضرر الذي يصيب الغير من ذلك .

¹- نبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، مجلة دمشق للعلوم

الاقتصادية والقانونية، سوريا، المجلد 29، العدد 02، سنة 2013، ص326.

²- محمد شاكر محمود محمد، المرجع السابق، ص 109.

- يعتبر الشخص متعسفا في استعمال الحق إذا كان يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة والمعيار هنا الموضوعي وان كان يستدل عليه بناحية شخصية هي القصد من استعمال الحق كأن يفصل رب العمل عاملا لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال أو تفصل الإدارة موظفا لإشباع احتياجات حزبية هذا المعيار، و هو ما يعبر عنه الفقه الحديث بعدم مشروعية الغرض من استعمال الحق أو باستعمال الحق لغير غرضه الاجتماعي وهو أقل انضباطا من المعيارين السابقين لما ينطوي عليه أحيانا من دقة في التقدير¹.

2- نظرية الفضالة :

نادى الفقيه الألماني "تون" على فكرة تأسيس المسؤولية في الفترة السابقة للتعاقد على أساس الفضالة، تعتبر هذه النظرية الشخص الذي وجهت إليه الدعوة إلى التفاوض فضوليا يدير شانا لرب العمل الذي وجه له الدعوة، فيستطيع أن يرجع على هذا الأخير عند فشل التفاوض لاسترداد ما أنفقه عن طريق دعوى الفضالة، على أساس أن النفقات التي تم صرفها كانت بغرض تحقيق المصلحة المشتركة بينهما، إلى جانب تحقيق مصلحة صاحب الدعوة إلى التفاوض² و حاول الفقيه تون تجنب الانتقادات التي وجهت للنظريات السابقة من خلال إخراج المسؤولية المدنية قبل العقدية من دائرة العقد واعتبارها مسؤولية شبه عقدية، وخضوعها حسب الفقه الفرنسي والرأي الراجح إلى المسؤولية التقصيرية³.

¹ - مصطفى مجدي هرجه، أحكام التقاضي الكيدي و اساءة استعمال حق التقاضي في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015، ص 19.

² - بلاوي عبد القادر، اقصاصي عبد القادر، المرجع السابق، ص ص، 167، 168

³ - لبنى حمزة، ماجدة بلحواس، التنظيم القانوني لمرحلة المفاوضات في العقود، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالم، 2021/2020، ص

ثانيا - تقدير نظرية المسؤولية التقصيرية :

رغم الحجج التي جاءت بها النظريات السابقة إلا أنها لم تخلو من الانتقادات:

- نقد نظرية التعسف في استعمال الحق: لقد انتقدت هذه النظرية نقدا عنيفا، وعلى رأس معارضوها، الفقيه بلانيول الذي قال إن مسألة إساءة استعمال الحق (التعسف) هي مسألة وهمية لأن الحق يتوقف عندما تبدأ الإساءة، بمعنى أن المسؤولية قائمة بذاتها ومستقلة، وأن من يمارس حقا يأتي عملا مشروعاً، فإذا تجاوز حقه يكون قد خرج عن إطار الحق، فيصبح عمله غير مشروعاً وبالتالي يكون قد ارتكب خطأ فيخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية المبنية على أساس الخطأ كما ذكرنا سابقاً، وأن العمل لا يمكن أن يكون في وقت واحد متفقاً مع القانون ومخالفاً له، وإن الأخذ بهذه النظرية يخول للقضاة سلطة واسعة بالرجوع إلى نية المرء الذي يمارس حقه¹.

- نقد نظرية الفضالة:

قد تعرضت هذه النظرية بدورها إلى النقد مما جعلها لا تصلح كأساس لتحديد طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات وذلك لاعتبارات أهمها :

- إن الفضالة تفترض أن يكون رب العمل جاهلاً بتدخل الفضولي في حين أن المتفاوض يقوم بما يلزم لإبرام العقد بعلم من المتفاوض الآخر بل وبمشاركة منه أحيانا .

- إن الفضولي يتولى القيام بعمل على وجه الاستعجال لفائدة رب العمل ذلك أن التأخر في القيام بهذا العمل من شأنه أن يعرض رب العمل للضرر والحقيقة أن المتفاوض ليس في عجلة من أمره والأعمال التي يقوم بها لا تقتضي الاستعجال².

فيما يخص المسؤولية التقصيرية على أساس الالتزامات الناشئة في مرحلة التفاوض بالرغم من الحجج التي تبناها أصحاب النظريات السالفة الذكر، إلا أنها لم تسلم من

¹-شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية

والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ابن عكنون، جامعة الجزائر، المجلد 46، العدد 03، سنة 2009 ص188.

²-محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 173.

الانتقادات التي وجهت لها، إذ يأخذ عليها تجاهلها بأن ثمة التزامات يمكن أن تنشأ عن العديد من العقود التي تبرم من أطراف التفاوض، بغرض تنظيم عملية المفاوضات، و تطبيق الالتزامات التي تقوم عليها هذه العملية، لأن الإخلال بهذه الالتزامات في هذا النوع من العقود، حتى وإن كانت قطعت شوطا كبيرا ولو على بعد مرحلة تسبق مرحلة إبرام العقد إلا أنها لا يمكن تجريدتها من طبيعتها العقدية¹.

الفرع الثالث: المسؤولية الخاصة

جاءت هذه النظرية لمعالجة الإخلال الذي يقع في مرحلة مفاوضات العقد حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يمكن معالجة الإخلال بموجب أحكام المسؤولية العقدية بصورة عامة، ولا بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية أيضا دون أن يؤخذ بالعين الاعتبار الخصوصية التي تتمتع بها مرحلة المفاوضات من كون أنها مرحلة سابقة على إبرام العقد.

أولا - مضمون المسؤولية الخاصة

ظهرت هذه النظرية في موقف حيادي معالجة لنتيجة الإخلال الذي ينجم عن عملية التفاوض في العقد، حيث يزعم أنصار هذا الاتجاه أن المسؤولية العقدية لا يمكنها أن تعالج الإخلال بصورة عامة ولا المسؤولية التقصيرية أيضا دون الأخذ بنظر الاعتبار الخصوصية التي تتمتع بها مرحلة المفاوضات وتتبع هذه الخصوصية في مرحلة ما قبل الإبرام وقبل الدخول في نطاق العقد، وبالتالي ظهرت هذه المسؤولية لإصلاح الأخطاء التي تحصل قبل التعاقد².

¹- حداد عبد السلام، خطاب منال، المرجع السابق، ص 71.

²- صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مجلة كلية الحقوق، جامعة صدام، العراق، المجلد 01، العدد 03، سنة 1997، ص 131.

يرى الفقهاء إلى أن المسؤولية في مرحلة التفاوض هي مسؤولية خاصة لما لها من نظام قانوني خاص، حيث أنه لا يمكن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية لأن ذلك يهمل إرادة الأطراف المتفاوضة رغم صحة استناد هذا الاتجاه بعدم وجود عقد ينظم علاقة التفاوض حتى تعتبر المسؤولية عقدية، إلا أنه لا يمكن تجاهل وجود الإرادة الموجهة لإحداث أثر قانوني رغم أن هذا الأخير وإن لم يصل إلى حد إبرام العقد، إلا أن المفاوضات تبقى قائمة على التوقع وعليه لا يمكن الجزم بأن المفاوضات وقائع مادية ما دامت قد وجدت الإرادة المتوقعة لإبرام العقد¹.

كذلك يرى هذا الاتجاه الفقهي القائل بأن مرحلة التفاوض هي مسؤولية خاصة تجد أساسها في الثقة المشروعة والتي تنشأ في هذه المرحلة وعلى هذا الأساس ظهر أن اعتبار الإخلال بهذه الثقة معياراً لتكييف الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية على أنه خطأ يتمثل في الانحراف في السلوك، لذلك تكمن أهمية الاعتماد في هذه المسؤولية إلى استقامة المفاوضات و جديتها، وكان من الضروري اعتماد هذا المعيار بأن يحاط تطبيقه بضوابط للتأكد من وجود الثقة المشروعة وتكون قد أنشأت من قبل سلوك الأطراف المتفاوضة من خلال تحليل الوقائع والظروف إثناء المفاوضات وتبعاً لمؤهلات الطرف الذي تضرر من قطع التفاوض².

من خلال هذه النظرية يشترط أن يكون الخطأ موصوفاً ببنية الإضرار فيكفي الإخلال بالالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض بعد بث الثقة أثناء إبرام العقد محل التفاوض، أما بالنسبة لركني الضرر والعلاقة السببية للمسؤولية خاصة فلا يخرجها عن القواعد العامة.

¹ - بوكرييس سهام، المرجع السابق ص 237.

² - أكرم محمود حسين البدو، محمد عبد الله، " أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات"، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، جامعة صدام العراق، العدد 49، المجلد 13، 2011، ص ص، 437، 438.

ثانيا - نقد المسؤولية الخاصة:

يرى الفقه أن المسؤولية في مرحلة التفاوض، هي مسؤولية خاصة تستند إلى الثقة المشروعة، ولها دورا هاما في تحديد الجوهر الحقيقي للمسؤولية في مرحلة التفاوض وقانون العقود، حيث ظهرت هذه النظرية لأول مرة بمناسبة دراسة فقهية أجراها الفقيه الفرنسي " ايمانويل ليفي"، عن المسؤولية والذي ادعى أفكار اشتراكية تقضي بأن الحرية تفسح المجال تماما للثقة المشروعة، ويرى أن هذه الأخيرة هي مفهوم مركزي في نظرية العقد من شأنها تفسير جوهر قانون العقد، وأن الإرادة التعاقدية هي فعل الثقة المشروعة بين أطراف العلاقة الراغبة بالتعاقد¹.

إلا أنه تم انتقاد هذه النظرية الخاصة للمسؤولية في مرحلة المفاوضات العقدية التي تقوم على أساس الخطأ لمجرد الإخلال بالثقة المشروعة بين الأطراف المتفاوضة، حيث ذهب الفقه إلى أن نظرية الثقة المشروعة لم تلق تأييد كبير، وتعرضت لانتقادات من أغلبية الفقهاء خاصة من حيث أنها تميل لخلق عالم من الأوهام²، وبالتالي فإن تطبيق هذه النظرية سيؤدي إلى استحالة التحديد الدقيق لمعالم المسؤولية في مرحلة التفاوض والواقع أنه يمكن التأكيد على أن الثقة المشروعة ستكون مجرد وظيفة عامة للقانون المدني لا يمكن اعتبارها أساس الخطأ للمسؤولية في مرحلة التفاوض.

أما بالنسبة لموضوع الخيرة بين المسؤوليتين، فإنه قد يجتمع في موضوع واحد شروط المسؤولية العقدية وشروط المسؤولية التقصيرية، ففي هذه الحالة لا يجوز للدائن مطالبة المدين بتعويضين، تعويض على أساس المسؤولية العقدية، وآخر على أساس المسؤولية التقصيرية، كذلك لا يجوز للدائن الجمع في دعواه بين خصائص المسؤولية

¹- 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، p 143-144.

²- بوكريريس سهام، المرجع السابق، ص 238.

العقدية وخصائص المسؤولية التقصيرية، وأيضا لا يجوز للدائن عن رفع الدعوى وخسارتها أن يلجأ إلى الدعوى الأخرى¹.

بناء على ما سبق يمكن أن طبيعة المسؤولية المدنية في المرحلة السابقة للتعاقد، هي مسؤولية تقصيرية حصرا، لأنه يترتب عن هذه المفاوضات في حال قطعها دون سبب مبرر أو جدي ضرر للطرف الآخر، فهنا لا تبني رأي أنها مسؤولية عقدية وذلك لعدم وجود عقد يحكم العلاقة .

المطلب الثاني: الجزاءات المترتبة على الإخلال بالالتزام في التفاوض الإلكتروني .

لا تترتب المسؤولية عن قطع المفاوضات، إلا بوجود خطأ سبب ضررا للمتعاقد الآخر، سواء كان هذا الخطأ مادي أو معنوي، وأيضا كان أساس هذه المسؤولية، فان قيامها لا يتحقق إلا إذا اكتملت عناصرها الأساسية المتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية²، وكذلك طبقاً للقواعد العامة انه إذا اخل احد الأطراف بتنفيذ التزامه المترتب في ذمته تحققت مسؤوليته عن هذا الإخلال وعلى هذا فإذا انطوى سلوك المتفاوض على مخالفة المبادئ فانه يكون مخطئا وتثور مسؤوليته المدنية التقصيرية³ وينجم عنه ضرر يستوجب تعويضه بحسب جزاء وعقوبات قانونية، ومن خلال هذا المطلب سوف نتطرق لشروط قيام المسؤولية الناتجة عن مرحلة التفاوض في الفع الأول، ونعالج العقوبات المطبقة على الإخلال بالالتزام في مرحلة التفاوض في الفرع الثاني .

¹ - أنور السطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام "أحكام الالتزام"، منشأة المعارف، الإسكندرية، المجلد 01، الطبعة 01، سنة 1974، ص 186.

² - دحداح سهيلة، رزقي ليلة، المرجع السابق، ص 49.

³ - إيناس مكي عبد النصار، المرجع السابق، ص 957.

الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية المفاوض الإلكتروني .

إن المسؤولية المدنية في نطاق المفاوضات، كما هو الحال في القواعد العامة لا تقوم ولا تتحقق إلا بتوافر جميع عناصر المسؤولية، من خطأ و ضرر وعلاقة سببية.

أولاً - خطأ المتفاوض الإلكتروني :

يمكن تعريف خطأ المتفاوض عبر وسائل الاتصال عن بعد بأنه تقصير في مسلك المتفاوض عبر وسائل الاتصال عن بعد لا يقع من متفاوض يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمفاوض المسئول، وتتعدّد مسؤولية المتفاوض الإلكتروني بخطئه الشخصي عند إخلاله بأحد الالتزامات الملقاة على عاتقه سواء هذا الخطأ عن بدء المفاوضات أو عند تقدم مراحلها، كما لو أقدم على المتفاوض بدون نية حقيقة في التعاقد أو بإقدامه على التفاوض بغرض الحصول على تفصيلات بشأن التعاقد المزمع إبرامه¹.

هنا تتعدد صور الخطأ في التفاوض الإلكتروني بقطع المفاوض للمفاوضات دون أي مبرر مقبول، أو بدون سبب جدي، بعد وصولها إلى مراحل متقدمة من النقاش لإبرام العقد أو عدم تعامله بنزاهة أو أمانة و إهماله التعاون والنصح والإرشاد والتحذير، وكأن يقوم بإفشاء أسرار وبيانات شخصية متعلقة بالطرف الآخر، أو انه قدم معلومات أو استعمل أسلوب تحايلي يضلل المستهلك²، وقد يتمثل الخطأ في الاستمرار بالتفاوض مع علم المتفاوض بعدم قدرته على إبرام العقد لوجود استحالة مادية أو قانونية، تحول دون إبرام مثل هذا العقد وان يكون وقت قطع المفاوضات بعد أن يكون الطرفان قد قطعا شوطا طويلا من المفاوضات ونشأ لدى كل واحد منهما اعتقاد بانتهاء إبرام العقد ثم توقف احدهما وبدون سبب يبرر هذا الموقف، فلا شك أنه يعد بهذا مخطئا.

¹ - شحاتة الدلوع، احمد أيمن، " الممارسات القانونية والتدريبات العملية "، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة

الأولى، 2019، ص158

² - إيناس مكي عبد النصار، المرجع السابق، ص 958 .

ثانيا - الضرر الإلكتروني:

لا اختلاف بين الضرر الإلكتروني و الضرر التقليدي فبحسب تعريفه عرف على انه "الإخلال بمصلحة مشروعة للمضروب في ماله أو شخصه، أي الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له والضرر هو الركن الجوهر والأساسي للمسؤولية المدنية لأنه محل الالتزام بالتعويض والذي يستهدف جبر الضرر وتحديد مقدار التعويض بقدر الضرر¹.

ومن الناحية التي تتعلق بطبيعة مجاله فهناك عامل مشترك ألا وهو ارتباطه بعالم التكنولوجيا الحديثة في الإلكترونيات، حيث يمثل غالبا طابعا معنويا أو ماليا أو أدبيا²، و ما يميز به الضرر الإلكتروني عن الضرر التقليدي هو الوسيلة الإلكترونية المستعملة كإرسال فيروسات تؤدي إلى تخريب المنتجات الرقمية، ويتميز بفداحة الأضرار الناجمة عن هذه الفيروسات .

ثالثا - العلاقة السببية:

تعرف العلاقة السببية على أنها تلك الصلة التي تربط الضرر بالخطأ فيكون الضرر نتيجة الخطأ، حيث لا يسأل المورد الإلكتروني عن خطئه إلا إذا كان ذلك الخطأ هو سبب في الضرر الذي لحق بالمستهلك³، و تحديد العلاقة السببية في المجال الإلكتروني يشكل صعوبة في إثبات وتحديد نوعية الاختراقات وهوية المخترقين، كأن يتم إرسال إلى المستهلك بريد إلكتروني يحتوي على فيروسات تصيب أجهزته أو تقدم على إتلافها

¹ - محمد حسن منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة مصر، الطبعة الأولى، 2006، ص 332 .

² - عبد الفتاح محمود الكيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الأنترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2011، ص 128.

³ - بوزوجة يمينة، المسؤولية المدنية الناجمة عن المعاملات الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون مدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2011/2012، ص 174

ويصعب التحكم بها من طرف شخص غير مؤهل تقنيا في مجال التكنولوجيا¹، و منه فان التجارة الإلكترونية وفرت حماية مدنية عن طريق قيام المسؤولية للمورد الإلكتروني حسب المادة 18 من القانون الجزائري 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية نتيجة إخلاله بالتزاماته العقدية وذلك بإحالة لما جاء في القواعد العامة كما يلتزم بإصلاح المنتج وهو ما يوافق المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ و التي تلزم المورد بإصلاح المنتج في الآجال المتعارف عليها مهنيا حسب طبيعة السلعة على نفقة المتدخل.

الفرع الثاني: العقوبات الناجمة عن الإخلال بالالتزام في مرحلة التفاوض الإلكتروني .

الحقيقة انه ليس واجبا أن تتكفل المفاوضات الإلكترونية دائما بالنجاح، إذ لا تترتب أي مسؤولية على أطراف التفاوض لأن طبيعة العلاقة التفاوضية لا تقيم أي رابطة تعاقدية فلا يترتب أي إلتزام، لكن في حال الإخلال بهذه الإلتزامات بسوء نية أو هناك عقد بين المتفاوضين يلزمهم بتنفيذ الإلتزامات ولحق ضرر بالطرف المتفاوض المقابل تقوم المسؤولية المدنية عن هذا الإخلال نوبتاً للإخلال في عقد التفاوض عند قيام أحد أطراف عقد التفاوض بالتأخير في تنفيذ الإلتزامات الناشئة من العقد أو الإمتناع عن تنفيذ بعضها أو جميعها، ويقصد بمصطلح الإخلال هو الإخلال بواجب قانوني أو بالالتزام بالعقد أو بواجب يترتب عليه عدم الإضرار بالغير"².

إمتثالا للقاعدة العامة فإن إلتزام الأطراف بتنفيذ إلتزاماتهم التفاوضية يكون تنفيذا عينيا إختياريا بغض النظر عن مصدر الإلتزام إن كان مبدأ حسن النية أو عقد التفاوض، وعليه فالمتفاوض يلتزم طوعا بتنفيذ الإلتزامات المترتبة في ذمته طبقا لما يفرضه مبدأ

¹ عباس زواوي، سلمى مانع، الاحكام العامة للمسؤولية الإلكترونية، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بسكرة، المجلد 04، العدد 01، سنة 2009، ص342.

² - جهينة زياد المومني، المرجع السابق، ص ص، 49، 50.

حسن النية، فإن أخل أحد الأطراف بتنفيذ التزاماته و سبب ضررا للطرف المقابل قامت المسؤولية العقدية، فالقانون قد يجبر الطرف المخل بالتزاماته بالتنفيذ العيني، فإن إستحال ذلك تم التنفيذ عن طريق التعويض، و يرى جانب من الفقه أن جزاء الإخلال بالإلتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات يمكن أن يكون التنفيذ العيني، في حين البعض الآخر قالوا أن الجزاء يقتصر على التعويض¹.

أولا - التنفيذ العيني:

يعرف التنفيذ العيني على انه "حكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر، وهو يؤدي إلى محو الضرر و إزالته بدلا من بقاء الضرر على حاله"²، و سمي بالتعويض العيني لأنه يزل الضرر عينا وذلك بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، وهو أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما إلتزم به، و يقع التعويض العيني في الإلتزامات العقدية أما في المسؤولية التقصيرية فيكون في حالات قليلة، و يشترط في التنفيذ العيني أن يكون ممكنا وهذا ما أشار إليه القانون المدني الجزائري في المادة 164 والتي نصت على "يجبر المدين بعد إعدراه طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ إلتزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا"، و يعود لقاضي الموضوع مسألة تقدير إمكانية التنفيذ العيني أم لا³، و التي تقابلها المادة 203 من القانون المدني المصري، و كذلك القانون المدني الفرنسي نص في المادة 1221 المعدلة بموجب القانون رقم 2018-287 المعدل للأمر رقم 2016-131 بأنه يجبر المدين بعد إعدراه من طرف الدائن بالإلتزام بتنفيذ إلتزامه تنفيذا عينيا ما لم يكن الأداء مستحيلا أو كان هناك تفاوت واضح بين تكلفته إتجاه المدين حسن النية، و مصلحته إتجاه الدائن.

¹ - مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 82.

² - عقيل كريم زعيم، المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، الطبعة الأولى، 2015، ص 125.

³ - بوكيريس سهام، المرجع السابق، ص ص 255.256.

قد صدر حكم عن محكمة إستئناف باريس في 28 سبتمبر 1976 قضى بإجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه عيناً، وتعود وقائع القضية إلى عقد توريد لزيت المازوت بين شركة "أ د ف" وشركة شال وتضمن العقد بنداً بإلزام الأطراف بإعادة التفاوض في حال تغير أسعار البترول و هذا ما حدث فعلاً بعد حرب أكتوبر 1973، حيث دخل الأطراف في مفاوضات لكنها فشلت حينها تصدت المحكمة للنزاع و قضى القاضي بحكم سلطته التقديرية بإلزام الأطراف بإعادة التفاوض¹.

أن الفقه إستبعد فكرة التنفيذ العيني في مجال التفاوض حتى وإن كان التنفيذ العيني ممكناً وهذا راجع لأمرين هما:

1- التنفيذ العيني للإلتزام بالتفاوض يتطلب دخول المتفاوض من جديد إلى المفاوضات ذاتها التي رفض الدخول إليها و الإستمرار فيها، وفي حال رفضه يتم إجباره على ذلك و هذا ما يمس بحريته الشخصية، ويخالف مبدأ حرية التعاقد.

2- التنفيذ العيني المتمثل في إجبار المتفاوض على دخول المفاوضات، يؤدي إلى خلق نوع من التوتر والقلق وكسر الثقة، وهذا لا يمكن خاصة في عقود التجارة لأن مآلها الفشل لا محال والمنطق يقول أن مفاوضات فاشلة أحسن من عقد فاشل².

ويرى الفقه الفرنسي و المصري إستحالة التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض فلا يجوز إجبار المتفاوض للرجوع للتفاوض، فهذا يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد، و يرى الأستاذ بلحاج العربي "أن محل الإلتزام الذي لم ينفذ هنا هو التفاوض وليس التعاقد لأن هذا الأخير يحتاج على الأقل إتفاقاً على العناصر الجوهرية أو الأساسية ومن ثم فإن التنفيذ العيني هو أمر مستبعد في مرحلة المفاوضات والمشكلة قد تنثور أساساً حول ضياع فرصة حقيقة للتعاقد وليس العقد نفسه"، وهو ما أيده القضاء الفرنسي فقد قضت محكمة بروكسل التجارية سنة 1985 بإستحالة التنفيذ العيني في مرحلة التفاوض لأنها ضاعت

¹ - بن احمد صليحة، المرجع السابق، ص 119.

² - بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 219.

فرصة للتعاقد وليس العقد ذاته، كما أن التفاوض الذي يتم عبر الوسائل الإلكترونية بصدد إبرام عقد إلكتروني، تتم فيه المناقشة حول محل العقد المراد إبرامه، وما تترتب من التزامات على الأطراف دون الوصول إلى درجة الإلتزام بالعقد.

إن استبعد فكرة التنفيذ العيني في مجال التفاوض و مرد ذلك أن محل الإلتزام هو التفاوض، لذا يستحيل إجبار المتفاوض كما لا يمكن أن يحل القضاء محل إرادة الأطراف في إبرام العقد، وفي حال الإخلال بالالتزامات تترتب المسؤولية التقصيرية.

لذا يتبين أن التنفيذ العيني مستبعد تماما في جميع الحالات نظرا لطبيعة المفاوضات الإلكترونية القائمة على مبدأي حرية التعاقد و حسن، كما أن الخطأ الذي يسأل عنه المتفاوض في رفض التفاوض بدون مبرر شرعي وليس رفض إبرام العقد النهائي، وبالتالي إذا أقام القاضي العقد رغم إرادته فإن يكون بذلك قد ألزم المتفاوض أكثر مما طلب التنفيذ العيني في مجال التفاوض، كما أن طبيعة مرحلة المفاوضات على العقد تقتضي روح التعاون فلا يمكن فرض التفاوض فرضا على غير راغب في ذلك.

ثانيا - التنفيذ بمقابل:

من الثابت قانونا أن التعويض العيني غير كافي وحده لإزالة الأضرار وهذا ما جعل المشرع المدني يقرر التعويض النقدي إلى جانب التعويض العيني، فهناك حالات كثيرة يتعذر فيها على القاضي الحكم بالتعويض العيني كما لو أصبح التنفيذ مستحيلا، ففي مجال تنفيذ الإلتزامات التفاوضية القائمة على أساس الحرية والتي لا يجوز فيها إجبار المتفاوض مطلقا، وما على المضرور المتفاوض في هذه الحالة إلا التوجه إلى التعويض النقدي عن طريق التنفيذ بمقابل.

والمقصود بالتعويض النقدي أو التنفيذ بمقابل "أن يُدخَل المسؤول في ذمة المضرور قيمة معادلة لتلك التي حرم منها فهو لا يرمي إلى محو الضرر بل يرمي إلى جبره"¹، وهذا ما

¹ - بن احمد صليحة، المرجع السابق، ص120.

نصت عليه المادة 176 من القانون المدني الجزائري "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر عن عدم تنفيذ التزامه"، والأصل أن التعويض يكون نقدا طبقا للفقرة 2 المادة 132 من القانون المدني الجزائري ونصها " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، و يصح ان يكون التعويض مقسطا، كما يصح ان يكون ايرادا مرتبا...ويقدر التعويض بالنقد"، والتعويض النقدي يتم تقديره مسبقا إما باتفاق الأطراف المتفاوضة عن طريق التعويض الإتفاقي او عن طريق التعويض القضائي.

1- التعويض الإتفاقي: نصت الفقرة 1 من المادة 182 من القانون المدني الجزائري انه "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقرره " من خلال هذه المادة يتبين أن التعويض الإتفاقي هو التعويض الذي يتفق عليه الأطراف المتفاوضة أثناء مرحلة التفاوض، وهذا التعويض يخص النفقات المتعلقة بتنظيم و سير مرحلة التفاوض لتقادي حدوث أي نزاع مستقبلا، وقد يرد ذلك في اتفاق لاحق، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف المتفاوضة على مقدار التعويض يتم اللجوء للقضاء.

2- التعويض القضائي: يرى المشرع الجزائري وفقا لنص المادة 182 من القانون المدني الجزائري "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"¹، يتولى القاضي تحديد التعويض طبقا للقواعد العامة إذا لم يتم تحديده في إتفاق التفاوض، ويشمل التعويض ما لحق المتفاوض من ضرر و ما فاته من كسب، و قد يشمل التعويض عن الضرر المعنوي (الأدبي) المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري نصت على " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف و السمعة".

¹ عباس زاووين المرجع السابق، ص 343.

وللقاضي إرجاع التعويض للحد المعقول إذا كان مبالغ فيه باتفاق التفاوض طبقاً للمادة 184 من قانون المدني الجزائري بأنه "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً، إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه، و يكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه"، وإذا تجاوز الضرر مبلغ التعويض فللقاضي زيادة قيمة التعويض بما يتناسب مع الضرر إذا اثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو

خطأ جسيماً طبقاً لنص المادة 185 من القانون المدني الجزائري انه "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً"، ويشترط عند تقدير القاضي للتعويض أن يشمل الضرر المباشر الذي يكون نتيجة طبيعية لعد تنفيذ الالتزام، و هناك أضرار كثيرة تحدث في مرحلة المفاوضات الإلكترونية يمكن المطالبة بالتعويض عنها، لكن الأضرار التي جرت الأعراف التجارية على تعويضها هي نفقات التفاوض وضياع الوقت والتعويض عن السمعة التجارية و أخيراً التعريض عن ضياع الفرصة.

- **نفقات التفاوض:** "وهي التي ينفقها المتفاوض في سبيل التفاوض مثل نفقات الإعداد للعقد والدراسات الفنية ... وغيرها، وتعد من الأمور التي تقتضيها عملية المفاوضات فهذه النفقات بمثابة خسارة حقيقية للمتفاوض المضرور ومن ثم يجب أن يتحملها المتفاوض المسؤول عن قطع لمفاوضات"¹.

هذه النفقات قد تكون أموال طائلة ولكي تكون محل للتعويض، يجب أن تكون أنفقت خلال فترة المفاوضات الإلكترونية و بسببها فإذا حدثت قبل المفاوضات أو بعد إنسحاب المتفاوض المقابل أو كانت بسبب المتفاوض المضرور نفسه فلا يعتد بها، فيجب توفر العلاقة السببية بين النفقات والتعويض، ويجب أن تكون النفقات معقولة و غير مبالغ

¹ - بن احمد صليحة، المرجع السابق ص 121.

فيها، والنفقات التي يقوم بها المتفاوض في سبيل جذب العملاء هي الأخرى ليست محل للتعويض فهي من المصاريف العامة و العادية¹.

- **التعويض عن ضياع الوقت:** إن المفاوضات الإلكترونية في عقود التجارة الدولية أصبحت تدوم وقتاً طويلاً قد تكون شهور وقد تكون أعوام للمناقشات والدراسات، وذلك راجع لضخامة المشاريع وتكلفتها المالية الباهظة، فضياع الوقت من الأضرار المتوقعة في المفاوضات مما يستوجب التعويض وفقاً لقواعد العدالة بقدر ما يجبر الضرر من يوم تحققه إلى غاية صدور الحكم، و يصعب تقدير التعويض عن ضياع الوقت في مرحلة التفاوض، وذلك راجع لعدم توافر العناصر المادية التي يقوم عليها تحديد مقدار التعويض، فيعود الأمر لقاضي الموضوع لتقدير التعويض عن ضياع الوقت شأنه شأن تعويض نفقات التفاوض، يرى الأستاذ **بلون فاليري** أنه "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 تم فيها الإخلال بالثقة المشروعة"، في سنة 1966 أصدرت محكمة النقض المصرية حكماً بتعويض المتفاوض عن الوقت الذي أضاعه في البحث عن الآلات التي يحتاجها المصنع المتفق على إنشائه، مقابل ترك محله التجاري طيلة مدة تواجده في الخارج².

أما القضاء الفرنسي ففي سنة 1977 أصدر حكم بتعويض الوقت الضائع في قضية الزوجين اللذان أعلنوا عن رغبتهما في قبول إيجاب عن بيع منزل و طلبا تمديد مدة القبول حتى يتدبرا المال لشراء المنزل، لكن بعد ثلاثة أشهر أعلنوا صراحة عن عدم رغبتهما في شراء المنزل، ما جعل صاحب العرض يتمسك بان الرفض جاء متأخر وطالب بتعويضه عن ضياع الوقت، فقضت محكمة النقض بتعويض الوقت الضائع³.

¹ -بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص ص، 224.225.

² -بوكريس سهام، المرجع السابق، ص 271.

³ - بن احمد صليحة، المرجع السابق، ص 121.

مما سبق يتبين أن ضياع الوقت في التفاوض الإلكتروني يسبب ضرر متوقع وجب التعويض عنه متى توفر الدليل على ذلك، وفيتم تقدير التعويض طبقاً لقواعد العدالة بالقدر ما لحق الدائن من الضرر من يوم تحققه و حتى لحظة صدور الحكم¹.

- **التعويض عن تفويت الفرصة:** الأصل أن الضرر الإحتمالي لا يعرض عنه لأنه الضرر غير محقق الوقوع في الحال أو المستقبل، إلا أنه مجرد الحرمان من التطور المعتاد والمألوف للأمور يحتمل معه الكسب، وهو ضرر محقق في حد ذاته إذ يفوت فرصة الكسب الإحتمالي، فعند دخول التفاوض الإلكتروني يكن غاية الطرفين إبرام العقد المتفاوض عليه، فإن قاطع أحد الأطراف المفاوضات دون سبب مشروع فهذا تصرف ضار يؤدي إلى تفويت فرصة حقيقية في إبرام العقد، فعلى الطرف الذي صدر منه العدول تعويض المتضرر، فإن أثبت الطرف المتضرر ضياع الفرصة دون أي خطأ منه في قطع المفاوضات له الحق في المطالبة عن الفرصة التي ضاعت منه لإبرام العقد آخر مع الغير².

وذهب جانب من الفقه الفرنسي والعربي للقول بعدم جواز التعويض عن فوات الفرصة، فالمتفاوض عندما تعرض عليه صفقة أفضل من الصفقة محل التفاوض فله حق في الانسحاب لأجل الاستثمار مع الغير، فإنسحابه مشروع ولا يترتب أية مسؤولية³.

هذا ما أكدته محكمة بروكسل في الحكم صادر عنها في سنة 1985 و الذي قضت فيه بأنه ليس للطرف المتضرر عن قطع المفاوضات المطالبة بالتعويض، كذلك هو الشأن في فرنسا قضت محكمة الفرنسية ران Rennes انه لا يجب التعويض عن قطع المفاوضات بسبب عدم إبرام العقد لأن ذلك يؤدي حتماً إلى ترتيب آثار لعقد لم

¹ - بوكريس سهام، المرجع السابق، ص 272.

² - جهينة زياد المومني، المرجع السابق، ص 62.

³ - بيدري ربيعة، خديجة عبد اللاوي، "المسؤولية المدنية الناجمة عن قطع المفاوضات العقدية في القانون الجزائري"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خضير بسكرة، المجلد 14، العدد 02، سنة 2022 ص 434.

ينعقد ولكن أنتقد هذا الرأي على أساس أنه ليس للمتفاوض الحرية المطلقة في قطع المفاوضات عملاً بمبدأ حسن النية، و قطعها تعسفا يترتب التعويض عن تفويت الفرصة بإبرام العقد محل التفاوض أو بالتعاقد مع الغير، وهذا ما نصت عليه المادة 2/7 من المبادئ " اليونيدروا " لسنة 1994 (تفويت الفرصة يمكن التعويض عنه في حدود احتمال تحقيقها)، وهناك أحكام قضائية أيدت هذا الرأي منها محكمة النقض الفرنسية والتي قضت بتعويض تفويت فرصة إبرام العقد النهائي في حكمها الصادر في سنة 1990، وقائع القضية أنه قام عدة خبراء محاسبين بالإندماج في شركة " هولدينغ " بعدها أعلن أحد الشركاء عن رغبته في أن يبيع لهذه الشركة مجموعة أسهم يمتلكها في شركة فرعية أخرى، فتفاوضت الشركة معه ولكن بعدها عدل الشريك عن التفاوض و باع الأسهم للغير. وهذا ما أدى بالمحكمة إلى الحكم لصالح الشركة التعويض عن تفويت الفرصة¹.

يمكن تعويض عن تفويت فرصة حقيقية و جادة لإبرام العقد النهائي محل التفاوض، و للقاضي أن يستشف ذلك من ملابسات العملية التفاوضية الإلكترونية خاصة إذا بلغت مرحلة متقدمة تبين فيها أن العقد محل التفاوض سيتم إبرامه.

- **التعويض عن المساس بالسمعة التجارية للمتفاوض:** إن السمعة التجارية هي أساس المعاملات التجارية بين الأطراف المتعاقدة، إذ تتولد ثقة التعامل مع المتعاقدين التجاريين الذين يمتلكون سمعة طيبة، سواء من ناحية الكفاءة العالية في إدارة العملية التعاقدية و سير المفاوضات التقليدية أو الإلكترونية أو حول سلامة مركزه المالي. والمساس بالسمعة بالدعاية والتشهير الكاذب سواء كان شفهي أو كتابي عام أو خاص، قد يسمح سمعته التجارية و يهدم مركزه التجاري، فقطع المفاوضات دون سبب جدي يؤدي إلى فتح باب القيل والقال، وهذا يمس بنشاطه و يعرضه لخسارة قد يصعب جبرها

¹ -بوطالة معمر، المرجع السابق، ص ص، 230، 231.

والتي توجب التعويض، ومن الأحكام التي دعمت هذا القول ما صدر عن محكمة النقض المصرية في 1996، من خلال تعويض التاجر الذي قطعت المفاوضات معه فجأة دون مبرر عن الضرر المادي و المعنوي بسبب إظهاره بمظهر المتعاقد الذي يسهل خداعه وهذا يؤدي إلى فقد الثقة به و يقلل من سمعته في السوق إن لم نقل يقضي عليها نهائياً¹.
ومنه يتبين لنا أن تقدير التعويض يعود للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع و يكون التعويض عن الأضرار المعنوية و الأدبية التي أصابته نتيجة إظهار المتفاوض بمظهر الغير متفطن الذي يسهل خداعه ولا يوثق فيه .

¹ - بوطبالة معمر، المرجع نفسه، ص ص، 226، 227.

خلاصة الفصل الثاني:

يهدف هذا الفصل إلى بيان أهم التزام في عملية التفاوض الإلكتروني ألا وهو الالتزام بمبدأ حسن النية الأساسي والذي يعتبر كذلك السبب الرئيسي في نجاح الالتزامات الأساسية الأخرى كالبدء في التفاوض والاستمرار فيه، ويتفرع منه التزامات فرعية مهمة لبناء مفاوضات أساسها تبادل الثقة بين المتفاوضين من خلال تقديم بيانات والإعلام بكل جوانب العقد المتفاوض عليه وكذا المحافظة على سرية هذه البيانات و التي يلتزم بها أطراف التفاوض وعدم استعمالها في طرق احتيالية غير مشروعة، كما بينا الطبيعة القانونية لمسؤولية التفاوض الإلكتروني سواء أكانت عقدية أو تقصيرية أو خاصة وذلك من خلال مختلف النظريات التي نددت بأنها مسؤولية عقدية على أساس وجود عقد ضمني مفترض، و تقصيرية بوجوب الالتزام بحسن النية وعدم التعسف في استعمال الحق والفضالة، ومن مختلف الآراء الفقهية التي خرجت بمسؤولية خاصة تقف إلى جانب المسئوليتين وجاءت لمعالجة الأخطاء التي تحصل قبل التعاقد لما لها من خصوصية وجانب قانوني خاص، ثم تعرضنا لأركان قيام المسؤولية في حالة العدول وقطع المفاوضات، من خطأ وضرر وعلاقة سببية تجمع بينهما، وأخيرا العقوبات المطبقة من تنفيذ بمقابل، وتنفيذ عيني .

الخاتمة

التفاوض الإلكتروني عبارة عن مرحلة مهمة وأساسية سابقة للتعاقد، تتم عبر وسائل الإلكترونية، لا تختلف عن الشكل التقليدي للعقود الأخرى و تقوم على أساس المصادقية والتعاون والحوار البناء ، ذلك لما لها من التزامات صارمة تقع على عاتق الأطراف تساعدهم على إنجاز عملية المفاوضات والتوصل إلى اتفاق نهائي من أجل إبرام العقد في إطار تنظيمي وقانوني يكفل الحماية اللازمة لأطرافه ، ومن دراسة هذا البحث توصلنا إلى مجموعة من النتائج والاقتراحات.

وعليه نقدم النتائج والاقتراحات التالية:

النتائج:

- إن المشرع الجزائري لم ينظم مرحلة التفاوض الإلكتروني ولم يتطرق إليها في القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وترك ذلك للفقه والقضاء.
- تتسم مرحلة المفاوضات في العقود الإلكترونية بالحرية في التعاقد بحيث لا يكون الطرفان ملزمون بإبرام العقد النهائي.
- يبرز الهدف من التفاوض عبر الانترنت في القضاء على القلق والتردد لدى طرفي العقد ، فهي مساحة للتفكير والتروي ، أين يتبين لكل طرف حقيقة التعاقد الذي يتفاوض بشأنه خاصة في العقود المهمة .
- يفرض التفاوض على المتعاقدين عدة التزامات أساسها مبدأ حسن النية في التعامل، ومن أهم الالتزامات هو الالتزام بالإعلام السابق على التعاقد بحيث يلتزم أحد المتفاوضين بتقديم كل البيانات التي تخص السلعة أو المنتج ، وكذا التعاون والنصح والإرشاد والاستمرار في التفاوض ، وعدم إفشاء الأسرار دون إذن صاحبها وعدم استعمالها لأغراض أخرى.

- يمنح التفاوض الالكتروني لأطرافه حرية العدول أو قطع المفاوضات وذلك وفقا لمبدأ حرية التعاقد، باستثناء إذا سبب هذا العدول للطرف الآخر ضرر فهنا تقوم المسؤولية التقصيرية، وذلك وفقا لمبدأ حسن النية.

الاقتراحات:

- التفاوض الالكتروني مرحلة جد مهمة وأساسية في العقد، تستدعي وجوب التدخل التشريعي وذلك بوضع أحكام تنظمها نظرا للتطور الذي تفرضه المعاملات التجارية الالكترونية .
- زرع الثقافة الالكترونية في المجتمع عن طريق النصح والإرشاد من سلبياتها ، و توسيع دائرة التعامل بالتجارة الالكترونية لمواكبة العالم الجديد المفعم بالابتكار والمعرفة لهذا النوع التحول الرقمي .
- نتيجة لضرورات الحياة الحديثة ومتطلباتها ، اقتضت الظروف العصرية حتمية وجود الالتزام بالإعلام وتوسيع نطاقه على جميع أنواع العقود الالكترونية ، وذلك رغبة في الحد من عدم المساواة في المعرفة والدراية بين أطراف العقد ، خصوصا إذا عرفنا أن كثيرا من المتعاملين ليست لديهم الخبرة الكافية للإلمام بظروف التعاقد وملابسته في مواجهة بائع محترف تقنيا وخاصة أن هذا النوع من العقود يتم عبر الوسائط الالكترونية التي تتميز بصعوبة الإثبات وكشف هوية المتعاقد والمحو السريع للأدلة والمعطيات .
- يجب تشجيع الجامعيين الجزائريين على تناول مرحلة المفاوضات وبالأخص الالكترونية منها في أبحاثهم ما دام هذه الأخيرة أصبحت الأكثر تداولاً على الصعيد العملي، وذلك من أجل التعرف بهذه المرحلة للجميع المعنيين بالعقد سواء كانوا أكاديميين أو ممارسين .
- ضرورة الاهتمام بصياغة المستندات و الأوراق المتبادلة بين أطراف التفاوض من خلال اختيار المصطلحات بتدقيق خاصة إذا كانت باللغة الأجنبية لأن ترجمتها قد تؤثر في القيمة القانونية لها.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع

أولاً - قائمة المصادر والمراجع باللغة العربية:

النصوص القانونية :

- القوانين :

- القانون رقم 01-02 المؤرخ في 05 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة الأنابيب، الجريدة الرسمية، العدد 08 ، المؤرخة في 06 فيفري 2002.

- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1967 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 44 ، مؤرخة 26 جوان 2006 .

- قانون رقم 04-15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني 1436 الموافق 1 فيفري 2015 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، الجريدة الرسمية، العدد 06، الصادرة في 11 فيفري 2015.

- القانون رقم 05-18 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية العدد 28 الصادرة 16 ماي 2018.

- الأوامر :

- الأمر 03-2000 المؤرخ في 5 جمادى الأولى 1421 الموافق لـ 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و بالمواصلات السلكية و اللاسلكية، الجريدة الرسمية، العدد 48 الصادرة بتاريخ 06 أوت 2000.

- الأمر رقم 741-2001 المؤرخ في 23 أوت 2001 بشأن نقل توجيهات المجتمع وتكييفها مع قانون المجتمع في مجال قانون الاستهلاك الفرنسي .

- الأمر 75-58 المؤرخ 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم للقانون المدني رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق 13

ماي 2007، المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 31،
الصادرة في 13 ماي 2007.

- المراسيم التنفيذية:

- المرسوم التنفيذي رقم 98-257 مؤرخ في 03 جمادي الأولى 1419 الموافق لـ 25
أوت 1998، المتعلق بشروط و كفاءات إقامة خدمات الانترنت و استغلالها، الجريدة
الرسمية، العدد 63، الصادرة بتاريخ 26 أوت 1998 .

- المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 09 ماي
سنة 2001 ، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل أنواع الشبكات بما فيها
اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية ،الجريدة
الرسمية العدد 27، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2001 .

- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 ، المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1434 الموافق 26
سبتمبر سنة 2013، المحدد الشروط وكفاءات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ
الجريدة الرسمية العدد 49 ، الصادرة في 2 أكتوبر 2013 .

الكتب :

1- أنور السطان ،الموجز في النظرية العامة للالتزام "أحكام الالتزام" ، منشأة المعارف
الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 1974.

2- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون
المدني الجزائري ، دار وائل للنشر الجزائر، 2010 .

3- جمال الدين أبو الفضل بن مكرم ابن منظور الأنصاري ، لسان العرب، دار الكتب
العلمية ، بيروت، المجلد 07، الطبعة الثالثة ، 2009 .

4- جهاد محمود عبد المبدي ،التراضي في تكوين عقد التجارة الالكترونية، مكتبة القانون
والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، 2017 .

- 5- حامد محمد شبيب الجبوري ، أهمية الالتزام بالعقود وضماناتها للحقوق التعاقدية وفقا للقوانين المدنية العربية، دار الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2021
- 6- خالد ممدوح ابراهيم ، خالد ممدوح إبراهيم ، عقود التجارة الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، 2019.
- 7- سعد غائب علي الشمري، التحكيم الالكتروني و وسائل إثباته في عقود التجارة الدولية، المصرية للنشر والتوزيع، مصر ، الطبعة الأولى ، 2018 .
- 8- شحاتة الدلوع ، احمد أيمن ، الممارسات القانونية والتدريبات العملية ، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض الطبعة الأولى، 2019 .
- 9- صفاء فتوح جمعة، العقد الإداري الالكتروني، دار الفكر والقانون، مصر، الطبعة الأولى ، 2014 .
- 10- عبد الفتاح محمود الكيلاني ، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الالكترونية عبر الانترنت دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، سنة 2011.
- 11- عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الالكتروني، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، 2013 .
- 12- عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية دراسة مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت ، الطبعة الأولى، 2015 .
- 13- عقيل كريم زعيم، المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة ، الطبعة الأولى، 2015 .
- 14- علي كحلون ، النظرية العامة للالتزامات ، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، الطبعة الأولى، 2015 .
- 15- غسق خليل إبراهيم، المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بعقد المعلوماتية الإطاري، المركز العربي للنشر و التوزيع ، مصر، الطبعة الأولى 2019 .

- 16- كوثر سعيد عدنان خالد، " حماية المستهلك الالكتروني"، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2012 .
- 17- محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 1998 .
- 18- محمد عبد الحسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقديّة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، الطبعة الأولى، 1998 .
- 19- موفق حماد عبد ،الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية ، دراسة مقارنة مكتبة السنهوري ،بغداد ، الطبعة الأولى، 2001 .
- 20- محمد حسن منصور ،المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة مصر، الطبعة الأولى، 2006 .
- 21- مصطفى مجدي هرجه ، أحكام التقاضي الكيدي و إساءة استعمال حق التقاضي في ضوء الفقه والقضاء ، دار محمود للنشر والتوزيع ،القاهرة ،الطبعة الأولى، 2015.
- 22- محمد شاكر محمود محمد ،المسؤولية عن قطع المفاوضات دراسة مقارنة المركز القومي للإصدارات القانونية ،القاهرة ، الطبعة الأولى، 2016.
- 23- هبة ثامر ، عقود التجارة الالكترونية ، منشورات زين الحقوقية ، دراسة مقارنة ، بغداد ، 2011.
- 24- هلاير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب العلمية ، لبنان، 2011 .
- 25- يحيى أبو طالب، البسيط في شرح التأمين البحري في ظل القانون البحري المصري دراسة مقارنة، مصر، 2022 .

أطروحات دكتوراه ورسائل ومذكرات التخرج :

- أطروحات دكتوراه:

- 1- أرجيلوس رحاب، الإطار القانوني للعقد الالكتروني دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة احمد دراية ادرار، 2018/2017 .
- 2- بوطباله معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ، 2017/2016 .
- 3- بوكيريس سهام، التفاوض في العقود المبرمة عبر الوسائل الالكترونية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، تخصص قانون عقود ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، 2022/2021 .
- 4- حوحو يمينة ، عقد البيع الالكتروني ،دراسة مقارنة ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، كلية الحقوقين عكنون ، جامعة الجزائر 1 ، 2012/2011 .
- 5- مصطفى هنشور وسيمة ،النظام القانوني للتجارة الالكترونية في التشريع الجزائري والمقارن أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون ، تخصص قانون العلاقات الاقتصادية الدولية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم ، 2017/2016 .

- رسائل الماجستير :

- 1- بن أحمد صليحة ،المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات ، رسالة ماجستير في قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، قسم العلوم القانونية و الإدارية ،جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2006/2007 .

2- بوزيوجة يمينة ،المسؤولية المدنية الناجمة عن المعاملات الالكترونية،مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق ،تخصص قانون مدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة السانية وهران ، 2011/ 2012.

3- جهبنة زياد المومني ،أحكام الإخلال بالتفاوض في العقد الالكتروني ، رسالة استكمال ماجستير قانون خاص ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، عمان ، الأردن 2022/2023 .

4- طمين سهيلة ، الشكلية في عقود التجارة الالكترونية ،رسالة ماجستير في القانون تخصص القانون الدولي للأعمال ، كلية الحقوق مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ،تيزي وزو، 2011/2012 .

5- عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون التعاون الدولي، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية معهد الحقوق، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، بويرة ، 2012/2013 .

6- مصطفى خضير نشمي ، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص،كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، سنة2013/2014.

- **مذكرات الماستر :**

1- بريشي فريدة ، بن يعقوب عائشة فريال ،المسؤولية المدنية في المرحلة السابقة للتعاقد مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، كلية الحقوق وقسم الحقوق ، جامعة بلحاج شعيب عين تيموشنت ، 2021/2022 .

- 2- حداد عبد السلام ، خطاب منال ، " التفاوض الالكتروني في عقود التجارة الدولية " مذكرة تكميلية مقدمة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة 08ماي 1945 قالمة ، 2019/2018
- 3- دحداح سهيلة ، رزقي ليلي ،الاطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد ،مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013/2012.
- 4- سميرة زايددي، الالتزام بالإعلام في العقد الالكتروني ،مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي ، 2016/2015 .
- 5- لبنى حمزة ، ماجدة بلحواس ، التنظيم القانوني لمرحلة المفاوضات في العقود، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة 8 ماي 1945 قالمة، 2021/2020 .

المقالات العلمية:

- 1- ابن حفو حليلة ،" التراضي في العقد الالكتروني"، مجلة الأملك للدراسات القانونية والفقهية ، المغرب، المجلد 01 العدد 06 سنة 2009.
- 2- أكرم محمود حسين البدو ، محمد عبد الله ، " أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات مجلة الرافدين للحقوق، العراق ، جامعة صدام العراق، العدد 49، المجلد 13، سنة 2011 .
- 3- إيناس مكي عبد النصار ،" التفاوض الالكتروني دراسة مقارنة في ضل بعض التشريعات العربية المعاصرة"، مجلة جامعة بابل، العراق، المجلد 21، العدد 03 . 2013

- 4- احمد السيد البهي الشويري، "التفاوض التعاقدى ، إطاره القانوني وأثره في الالتزام" مجلة الدراسات الإسلامية و العربية للبنات، الدمنهور، الجزء01، العدد 04، سنة 2019.
- 5- أمير بوساحية ، نجية بوراس ، خطابات النوايا ، مجلة النبراس للدراسات القانونية جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ،المجلد 06،العدد 03، سنة 2022.
- 6- بن احمد صليحة ،"آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن النية"،مجلة دفاتر السياسة و القانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة المجلد 06، العدد10، سنة 2014 .
- 7- بولمعالي زكية ، خصوصية الإيجاب الالكتروني، مجلة الدراسات القانونية ، جامعة الجزائر، المجلد 01، العدد 02، سنة 2015 .
- 8- بوكماش محمد، تكواشت كمال، "الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الاغواط، الجزائر، المجلد 04، العدد 01، سنة 2018 .
- 9- بلاوي عبد القادر ، أقصاصي عبد القادر، النظام القانوني للمفاوضات في عقود التجارة الالكترونية " ، مجلة القانون والمجتمع ، جامعة احمد دراية أدرار، المجلد 08 ، العدد 01، سنة 2020 .
- 10- بناسي شوقي، "القيمة القانونية للاتفاقات المتعلقة بالمفاوضات قبل التعاقدية " ، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر1مجلد6، العدد04، سنة 2021 .
- 11- بوجلال بن يعقوب ،عليان عدة ، خطابات النوايا في مجال التجارة الدولية ، مجلة الدراسات القانونية المقارنة جامعة احمد زبانه غيليزان، المجلد7، العدد ، سنة 2021 .

- 12- بوناح عبد النور، "التفاوض على عقود التجارة الدولية-مبدأ حرية التفاوض و حسن النية"، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، المجلد07، العدد 02، سنة 2022.
- 13- حمدي محمود بارود، "المبادئ التي تحكم التفاوض في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ومضمون الالتزام بها:مبدأ حسن النية ومقتضياته دراسة تأصيلية تحليلية"، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين ، مجلد16، العدد01، سنة 2008 .
- 14- حليس لخضر، مرحلة المفاوضات التعاقدية ، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية كلية الحقوق جامعة المدينة ، المجلد 01 ، العدد01، سنة 2016 .
- 15- دناي نور الدين ، "الإيجاب والقبول في العقود الالكترونية "، مجلة معالم الدراسات القانونية والسياسية مجلة فصيلة دولية علمية محكمة تصدر عن المركز الجامعي تندوف-الجزائر ، المجلد 01 ، العدد 02 ، 2017.
- 16- شوقي بناسي ، " التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة " ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية،كلية الحقوق ابن عكنون ، جامعة الجزائر،المجلد 46، العدد 03، سنة 2009.
- 17- صبري حمد خاطر ، قطع المفاوضات العقدية ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة صدام العراق المجلد01 ، العدد 03، سنة 1997.
- 18- عقيل فاضل أحمد الدهان ، الإطار القانوني لعقد التفاوض الالكتروني ، مجلة أهل البيت ، المجلد 18، العدد01 ، سنة 2002 .
- 19- عباس زاوي ،سلمى مانع ،الأحكام العامة للمسؤولية الالكترونية ،مجلة الفكر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة، المجلد 04، العدد 01،سنة 2009.

- 20- عبدو محمد، "التفاوض على عقود الأعمال بين الطبيعة المادية و الطبيعة العقدية و أثاره"، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، جامعة البليدة، المجلد 07، العدد13، 2018 .
- 21- فطيمة الزهرة عبد العزيز ،أساس المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات قبل التعاقد ،مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية ،المجلد 06، العدد 01، سنة 2021.
- 22- قادري عبد المجيد ، مراد عمراني، "التزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد" مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية جامعة باجي مختار، عنابة ، المجلد 04، العدد 02، سنة 2019.
- 23- مسعودي يوسف ، ارجيلوس رحاب ،الإطار القانوني للتفاوض في العقد الالكتروني مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أحمد دراية ، أدرار ، المجلد 2، العدد 1، سنة 2018.
- 24- مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق،"التفاوض الالكتروني"، مجلة مداد الاداب، الجامعة العراقية، العراق ، المجلد1، العدد 15، سنة 2018 .
- 25- معروز دليلة،"التفاوض الالكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة آكلي محند أو لحاج ،البويرة، المجلد05، العدد01، سنة 2020 .
- 26- موزالي نور الدين ،المفاوضات العقدية الالكترونية ،مجلة صوت القانون ،جامعة خميس مليانة ،المجلد 09، العدد01،سنة 2022 .
- 27- نبيل إسماعيل الشبلاق ،الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد ،مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا ،المجلد 29،العدد 02، سنة 2013 .

28- وسيلة شريط ،الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الالكتروني كضمانة لحماية المستهلك الالكتروني ،مجلة المعيار، جامعة عبد القادر للعلوم الإسلامية ،السنة مجلد 24، العدد03،سنة 2020.

29-بيدري ربيعة، خديجة عبد اللاوي،"المسؤولية المدنية الناجمة عن قطع المفاوضات العقدية في القانون الجزائري"،مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خضير بسكرة، المجلد 14، العدد02، سنة 2022.

ثانيا - قائمة المراجع باللغة الأجنبية:

Ouvrages :

- JULIE JOLY –Hurard, conciliation et médiation judiciaires presses universitaires d'Aix Marseille, 2003 .

Articles :

- philippe le tourneau, La rupture des négociations , Revue trimestrielle de droit Commercial, paris,N⁰ 03, 1998.

Thésés et Mémoires :

Thésés :

- Djamil MAHI-DISDET , L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique , thèse de doctorat en droit, Académie d'AIX-MARSEILLE, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse ,France, 2011 .

- Mahmoud Elsehly "La période précontractuelle: étude comparée régimes français et égyptie,thèse de doctorat ،spécialité droit privé et sciences criminelles université,Toulouse capitole, faculté droit et science politique ،département droitToulouse France ،année universitaire 2017-2018.

Mémoires :

-Nathalie Moreau ,La formation du contrat électronique, dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits, mémoire DEA ,Droit des contrats, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Université de Lille2, Lille, France, 2003

فہرس

فهرس

البسمة

تشكر

مقدمة: Erreur ! Signet non défini.

7..... الفصل الأول: ماهية التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية .

8..... المبحث الأول: مفهوم التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية.

8..... المطلب الأول: تعريف التفاوض الإلكتروني و طبيعته القانونية.

9..... الفرع الأول: تعريف التفاوض الإلكتروني و خصائصه.

16..... الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمرحلة التفاوض الإلكتروني.

20..... المطلب الثاني: المراحل التي تمر عليها مرحلة التفاوض.

21..... الفرع الأول: مرحلة الدعوة إلى التفاوض.

23..... الفرع الثاني: مرحلة صياغة الإيجاب.

29..... المبحث الثاني: التصرفات القانونية التمهيدية للتفاوض الإلكتروني.

29..... المطلب الأول: صور الاتفاقات والعقود التمهيدية خلال مرحلة التفاوض.

30..... الفرع الأول: خطابات النوايا والبروتوكولات الاتفاقية.

33..... الفرع الثاني: عقد التفاوض الإلكتروني.

35..... المطلب الثاني: القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة المفاوضات الإلكترونية...

35..... الفرع الأول: القيمة القانونية للخطابات النوايا و البروتوكول الإتفاقي.

38..... الفرع الثاني: القيمة القانونية لعقد التفاوض الإلكتروني.

40..... خلاصة الفصل الأول:

42..... الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن التفاوض الإلكتروني.

43..... المبحث الأول: الالتزامات الناشئة عن التفاوض الإلكتروني.

43..... المطلب الأول: الالتزامات الأساسية المترتبة عن التفاوض الإلكتروني.

44..... الفرع الأول: الإلتزام بمبدأ حسن النية في التفاوض الإلكتروني.

48..... الفرع الثاني: الإلتزام بالببدء في التفاوض.

50..... الفرع الثالث: الإلتزام بالاستمرار في التفاوض.

المطلب الثاني: الالتزامات الفرعية المترتبة عن المتفاوض إلكتروني.....	52
الفرع الأول: الإلتزام بالإعلام الإلكتروني.....	52
الفرع الثاني: الإلتزام بالسرية والمحافظة على المعلومات	56
الفرع الثالث: الإلتزام بحظر المفاوضات الإلكترونية الموازية.....	58
المبحث الثاني: المسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة التفاوض الإلكتروني.....	60
المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المترتبة عن التفاوض الإلكتروني.....	61
الفرع الأول: المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات التفاوضية الإلكترونية .	62
الفرع الثاني: المسؤولية التصديرية الناشئة عن التفاوض الإلكتروني.....	69
الفرع الثالث: المسؤولية الخاصة الناشئة عن التفاوض الإلكتروني.....	73
المطلب الثاني: الجزاءات المترتبة على الإخلال بالالتزام في التفاوض الإلكتروني ...	76
الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية المفاوضات الإلكتروني.....	77
الفرع الثاني: العقوبات الناجمة عن الإخلال بالالتزام في مرحلة التفاوض الإلكتروني .	79
خلاصة الفصل الثاني :	89
الخاتمة:.....	Erreur ! Signet non défini.
قائمة المصادر و المراجع.....	73
الفهرس.....
ملخص.....

المخلص:

إن التطور الذي شهده العالم في أواخر القرن العشرين قدم أسلوب عيش يمتاز بالتسهيل والتوفير في الوقت والجهد والتكاليف التي ننفقها في معاملاتنا اليومية وذلك من خلال الاختراعات الحديثة المتمثلة في الوسائل التكنولوجية في العديد من المجالات منها مجال التجارة الالكترونية ،و أصبحت هذه الأخيرة تساهم في خلق نوع جديد من العلاقات في المواقع الالكترونية بتطورها إلى صفقات تجارية تبدأ بالتفاوض بين أطرافها وتتحول إلى عقود الكترونية يساوم فيها ويتبادل الآراء والاقتراحات لإبرام مختلف العقود عبر شبكة الإنترنت .

الكلمات المفتاحية:التفاوض الالكتروني،عقود التجارة الالكترونية، المسؤولية المدنية،التكنولوجيا الحديثة.

Résumé

Le développement dont a été témoin le monde à la fin du vingtième siècle a présenté un mode de vie caractérisé par la facilitation et l'économie du temps, des efforts et des coûts que nous consacrons à nos transactions quotidiennes, grâce à des inventions modernes représentées par des moyens technologiques dans de nombreux domaines, y compris le domaine du commerce électronique, et ce dernier a contribué à la création d'un type Une nouvelle forme de relations dans les sites Web électroniques, avec son développement en accords commerciaux, commençant par la négociation entre ses parties et se transformant en contrats électroniques dans lesquels ils négocient et échangent des opinions et des suggestions pour conclure divers contrats .

Mots clés : négociation électronique, contrats de commerce électronique, responsabilité civile, technologie moderne