

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

الدكتور كمال تكواشت
جامعة خنشلة

الدكتور محمد بوكماش
جامعة خنشلة

ملخص:

تهدف هذه الورقة البحثية إلى تسليط الضوء على أحد الفراغات القانونية في المادة المدنية (رغم التعديلات التي مست القانون المدني في سنتي 2005 و 2007)، والمتمثلة في عدم تنظيم المرحلة السابقة للتعاقد، علماً أن مرحلة المفاوضات العادية أو الالكترونية تشكل الأرضية الصلبة التي تتركز عليها باقي المراحل الأخرى للعقد سواء ما تعلق منها بالإبرام أو التنفيذ.

والإشكالية المطروحة في البحث تتعلق بالآثار القانونية للمرحلة السابقة على إبرام العقد الالكتروني سواء من حيث الالتزامات أو المسؤولية. وقد تم التوصل إلى نتيجة مفادها: هو أن النص على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد العادي أو الالكتروني بشكل ضمني في المادة 1/107 قانون مدني لا يفي بالغرض المطلوب، إذ أن المسؤولية عن الفعل الضار تستوجب وجود التزام يفرضه القانون قد تم الإخلال به، ولذلك نطالب من المشرع المدني التدخل مرة أخرى بنص صراحة على الالتزام بالتفاوض بحسن نية وأمانة في المرحلة السابقة للتعاقد.

الكلمات المفتاحية: التفاوض الالكتروني، المرحلة السابقة للتعاقد، مبدأ حسن النية، العقد الالكتروني.

Abstract:

This research paper aims to highlighting one of the legal gaps in the Civil Code (Despite of Civil Code amendments in 2005 and 2007) which is Non-regulation of the pre-contract stage, knowing that ; the electronic or ordinary negotiation phase represent the solid ground on of the other contract stages whether related to the conclusion or implementation.

The Problematic of this research paper related to the legal effects of the pre- electronic contract phase, whether in terms of obligations or liability. The

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

result achieved is that: the implicit inclusion of good faith principle in the negotiation phase of ordinary or electronic contract

In the article 107/1 of the Civil Code does not meet the required purpose, whereas the responsibility for a harmful act requires an existence breach of an obligation imposed by law, so we ask the civil legislator to intervene once again by an explicit stating of the good faith obligation.

key words: Electronic negotiation , Pre-contract stage, Good faith principle, Electronic contract.

مقدمة:

عرفت المعاملات الالكترونية، خلال السنوات الأخيرة، نموا هائلا وسريعا انعكس على حجم المبادلات التجارية الداخلية والدولية، فأصبحت السمة البارزة لهذا العصر بفضل ترويج السلع والخدمات، وإنجاز الصفقات بالاعتماد على وسائل الاتصال الحديثة وتكنولوجيا تبادل المعلومات عن بعد.

غير أن المعاملات الالكترونية من الناحية الواقعية يمكن تصنيفها إلى طائفتين:

- معاملات الكترونية بسيطة وفورية؛ حيث يتم تقديم إيجاب بسيط إلى الطرف الآخر إما أن يقبله دون مساومة أو مناقشة فينعد العقد وينتهي الأمر، وهذا ما يجعل المعاملة في غنى عن مرحلة ما قبل التعاقد وهي مرحلة المفاوضات.

- معاملات الكترونية مركبة تعد الأكثر وقوعا من الناحية العملية، فهي ذات قيمة كبيرة وتتسم بنوع من التركيب والتعقيد، وذلك لكونها ترد على مشروعات عملاقة وتنصب على عمليات مركبة ومليئة بالتعقيدات الفنية والقانونية وتقدر قيمتها بأموال طائلة، وبالتالي تنطوي على مخاطر كبيرة بالنسبة لأطرافها، ولهذا فمن غير الممكن إبرام هذه المعاملات بطريقة فورية، وإنما لابد لإبرامها المرور بمرحلة المفاوضات التي تحتاج إلى عقد العديد من الجلسات التواصلية عبر شبكة الانترنت بتبادل العديد من الرسائل الالكترونية أو بتبادل مجموعة من البيانات، والتي تتضمن في محتواها أفكار ومقترحات ومناقشات، حتى تتم المعاملة التي يودون الأطراف إبرامها بطريقة جيدة ومحكمة.

وتتمثل وظيفة التفاوض (Négociation ou pourparlers pré-contractuels) على العقود المبرمة عن بعد أو الإلكترونية الإحاطة بالخطوط العريضة التي تتضمن الآثار سترتبها هذه المعاملة من التزامات ومسؤوليات التي قد تترتب على الأطراف المتفاوضة جزاء الإخلال بهذه الالتزامات، بالإضافة إلى مناقشة الأعمال التحضيرية

الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني

السابقة على إبرام العقد النهائي ليكون هذا الأخير معدا بشكل جيد ومحكم يراعي مصلحة الأطراف بشكل متوازن، وتكون فترة التنفيذ فيه هادئة وغير مضطربة.

إلا أنه بالرغم من ذلك لم يحض موضوع المفاوضات العادية أو الإلكترونية بأهمية قانونية، إذ أن أغلب التشريعات لم تضع لها إطارا قانونيا ملائما، مما قد يؤدي بالمفاوضات التي تتم بشكل الكتروني إلى نوع من الارتباك والفوضى وعدم الوصول بها إلى الغاية المنشودة وهو إبرام العقد وتنفيذه.

كما أن الفقه أو شراح القانون المدني لم يعطوا أهمية بالغة لهذا الموضوع، إذ أغلب مراجع الالتزامات أو العقود لم تخصص لموضوع التفاوض أو مرحلة السابقة للتعاقد إلا نسبة لا تتجاوز ضئيلة من مجمل محتويات الكتاب أو المرجع، بالإضافة إلى جهل أغلب المتعاقدين بأهمية المرحلة السابقة للتعاقد، 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.

ومن هنا تبرز أهمية البحث في موضوع المرحلة السابقة للتعاقد، والتي من خلالها يتم معالجة بعض المشاكل القانونية التي يمكن أن تصادف الأطراف المعنية عند إقدامهم على التفاوض بشأن عقد الكتروني معين، وبالأخص الآثار المترتبة عنه.

علماً أن، أن المسؤولية المدنية قبل التعاقدية (période pré-contractuelle) التقليدية والإلكترونية ما تزال مجالاً خصبا للبحث والتأصيل والتمحيص، وخاصة فيما يتعلق بتحديد طبيعتها القانونية. فهي ليست مسؤولية عقدية بالمفهوم التقليدي الذي يفترض وجود عقد صحيح وإخلال بالتزامات نص عليها هذا الأخير، كما أنها ليست مسؤولية تقصيرية بالمفهوم السائد في الأحكام التي تنظم هذه المسؤولية؛ بل هي مسؤولية من نوع خاص سابقة على إبرام العقد.

ومن ثمة وأمام الغياب التشريعي المتعلق بمرحلة المفاوضات كان من اللازم الرجوع إلى القواعد المنظمة للالتزامات العامة والعمل على تطويعها بالكيفية التي تسمح بإيجاد إطار قانوني لهذه المرحلة. حيث أن الدخول في المفاوضات بشأن معاملة الكترونية لا يعني بالضرورة الوصول إلى نتيجة إيجابية، وهكذا يثار الإشكال حول القيمة القانونية للتصرفات التي تتم خلال هذه المرحلة مادام أن النتيجة المتوخى منها غير مضمونة؟

وحتى تتم الإجابة على هذه الإشكالية، نرى أنه من المفيد اعتماد التقسيم الثلاثي في البحث، وذلك كالتالي: المبحث الأول- التفاوض الإلكتروني من حيث المفهوم، والمبحث الثاني- التفاوض الإلكتروني من حيث الالتزامات، المبحث الثالث- التفاوض الإلكتروني من حيث المسؤولية المدنية.

المبحث الأول- التفاوض الإلكتروني من حيث المفهوم

إن مرحلة ما قبل التعاقد لها أهمية بالغة من الناحية القانونية والعملية، نظراً لدقة هذه المرحلة وما يترتب عنها من نتائج تتحكم في مصير العقد، خصوصاً بالنسبة للعقود التي تتسم بالتركيب والتقييد الفني والقانوني. لذا نرى أنه من المفيد التطرق في هذا المبحث المفاهيمي إلى تعريف التفاوض الإلكتروني وبيان خصائصه (في المطلب الأول)، على أن نقف (في المطلب الثاني) إلى أهم الوسائل المستعملة في التفاوض الإلكتروني.

المطلب الأول- تعريف التفاوض الإلكتروني وخصائصه

نحاول من خلال هذا الفرع الوقوف على تعريف المفاوضات بشكل عام، والتفاوض عبر الوسائل الإلكترونية بشكل خاص (في الفرع الأول)، على أن نبين بعد ذلك خصائص التفاوض الإلكتروني (في الفرع الثاني).

الفرع الأول- تعريف التفاوض الإلكتروني

على غرار التشريعات الأخرى، فإن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى المرحلة السابقة للتعاقد⁽¹⁾، ولا إلى إعطاء تعريف لعملية التفاوض في حد ذاتها، وإن كان في الحقيقة مسألة إعطاء التعريفات ليست من مهام التشريع بالقدر ما هي من مهام الفقه. حيث ذهب بعض الفقه⁽²⁾ إلى القول بأن التفاوض هو " نوع من الحوار وتبادل الاقتراحات والدراسات بين أطراف العقد من أجل إبرام عقد في المستقبل". كما اعتبر جانب آخر من الفقه⁽³⁾ أن التفاوض بصفة عامة هو " التفاوض والمناقشة للوصول إلى اتفاق مشترك بين الطرفين للحصول على حل متفق عليه للحفاظ على مصالح الأطراف وحل ما بينهما من مشاكل أو تقريب وجهات نظرهم بأسلوب حضري".

بالرغم من أن هذه التعريفين جاءت كتوصيف لما يتم بين أطراف العقد خلال المفاوضات والنتائج المرجوة الوصول إليها، إلا أنه يمكننا القول بأن المفاوضات تعني المناقشة المشتركة وتبادل الآراء بين الأطراف المعنية من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو مشكلة ما وذلك بطرح الجوانب الفنية والمالية والقانونية للعقد المزمع إبرامه.

¹ - وإن كان المشرع الجزائري قد تطرق إلى مسألة الوعد بالتعاقد في القانون المدني وأعتبره في المادة 71 منه بأنه عقد كاملاً، وإن كان يمهد لعقد آخر يراد إبرامه فيما بعد ، للمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع راجع: علي فيلاي، الالتزامات، ج1 المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2008، ص 135 وما يليها، علي علي سليمان، مصادر الالتزامات، ديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 47 و48، ومحمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 132، وما يليها، بالحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، ج1، ديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 88.

² - أبو العلا علي أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002، ص 35

³ - رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 109

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

وإذا كانت هذه التعريفات تنصرف إلى المفهوم التقليدي للتفاوض، فإنها تنصرف أيضا بالنسبة للتفاوض الالكتروني مع وجود فارقين أساسيين ، الأول يتمثل في غياب الوجود المادي للأطراف المتفاوضة، والثاني في الاستعمال للوسائل الحديثة في التفاوض تكون في شكل بريد الكتروني، أو عن طريق برامج المحادثة والمشاهدة. وبناء على ذلك يمكن تعريف التفاوض الالكتروني على أنها تبادل الاقتراحات والمساومات من قبل الأطراف المتفاوضة بوسائل الكترونية بهدف التعرف على الصفقة المزمع إبرامها ومشمولاتها بالإضافة إلى الآثار المترتبة عنها من حقوق والتزامات وكل ذلك في أحسن توليفة ممكنة تقوم على مبدأ حسن النية والتوازن في المصالح.

كما نرى أنه من الضروري وجود ثلاثة (3) عناصر تعدّ كمشمولات أساسية في أي تعريف، وذلك حتى تكتمل ماهية التفاوض الالكتروني، ويتمثل ذلك في:

- وجود مصالح متعارضة بين طرفي العملية التفاوضية.

- إن التفاوض يكون بالوسائل الالكترونية والتقنيات الحديثة للاتصال إلى جانب غياب الحضور المادي للأطراف على مائدة المفاوضات.

- السعي بجدية وإخلاص إلى إبرام العقد، دون اشتراط أن تنتهي هذه المفاوضات بالنجاح⁽¹⁾.

الفرع الثاني- خصائص التفاوض الالكتروني

وتتمثل في خاصيتين أساسيتين وهما:

أولاً- خاصية الطابع الاحتمالي للتفاوض الالكتروني: إن التفاوض على العقد بصفة عامة، هي عملية يفترض فيها وجود اتفاق بين الطرفين على تنظيم مسار هذه المفاوضات، كما أنه في التفاوض لا يلتزم أطرافه، بمقتضى هذا الاتفاق سوى بالتفاوض بحسن نية دون الالتزام بإبرام العقد، مما يعطي له الطابع الاحتمالي⁽²⁾، لذلك لا يمكن تكييف هذا المفاوضات الاحتمالية على أنها عقد من العقود الاحتمالية، لكون المفاوضات ما زالت قيد الأخذ والرد ولم تكتمل بعد. غير أن لكل متفاوض الحرية الكاملة في العدول عن إبرام العقد، بشرط عدم الإخلال بمبدأ حسن النية الواجب في مرحلة التفاوض، وما يتفرع عنها من التزامات أخرى، كالتزام بالمحافظة على الأسرار التي يطلع عليها الأطراف والالتزام بالصدق.

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 10.

² - محمد حسام لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998. ص 12

الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني

ثانيا- خاصية تأخر عملية تطابق الإيجاب بالقبول: وهذا خاصة في العقود المركبة المتعلقة بالصفقات الضخمة ذات المخاطر الاقتصادية على أطرافها والتي تحتاج إلى وقت طويل بأخذ ورد بين الأطراف تحتاج إلى مفاوضات قبل إبرامها، وذلك لتفادي خسارة مالية لأحد الأطراف أو المساس بسمعته التجارية، وبالأخص في حالة التعاقد الإلكتروني، فإن التفاوض يكون حتما في غالبيتها⁽¹⁾. وهذه المفاوضات قد تتم مباشرة سواء بطريقة ضمنية أو صريحة عن طريق كتابة ذلك في محرر الإلكتروني، ولهذا الطريقة الأخيرة أثر معتبر على نفسية الأفراد المتفاوضة؛ إذ يبعث إذ أنه يبعث على الثقة والطمأنينة، ويدعوا إلى قدر معقول من التفاؤل في إمكانية التوصل إلى إبرام العقد المرتقب.

المطلب الثاني - وسائل التفاوض الإلكتروني

تتمثل وسائل التفاوض الإلكتروني أساساً في التفاوض عبر البريد الإلكتروني والتفاوض عبر نظام المحادثة والمشاهدة الإلكترونية.

الفرع الأول - وسيلة التفاوض عبر البريد الإلكتروني

لم يعرف المشرع الجزائري البريد الإلكتروني في القانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين واكتفى فقط إلى الإشارة له في حالة توجيه المعلومات إلى المهنيين، من أجل إبرام العقد أثناء التنفيذ بشرط أن يوافق المرسل إليه على استخدام بريده الإلكتروني. بينما المشرع الفرنسي من خلال القانون الخاص بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي الصادر في جوان 2004 عرف البريد الإلكتروني على أنه " كل رسالة سواء كانت نصية أو صوتية أو مرفق بها صور أو أصوات ويتم إرسالها عبر شبكة اتصالات عامة ، وتخزن عند أحد خوادم الشبكة أو في المعدات الظرفية للمرسل إليه ليتمكن هذا الأخير من استعادتها"⁽²⁾.

والبريد الإلكتروني يتمتع بمجموعة من الصفات تجعله وسيلة مفضلة للتفاوض وإبرام العقود الإلكترونية، فهو وسيلة اتصال سريعة وسهلة؛ حيث تصل الرسالة إلى صندوق بريد المرسل إليه في ثوان أو دقائق معدودة⁽³⁾، كما أنها تعتبر وسيلة الاتصال قليلة التكاليف، بالإضافة أن البريد الإلكتروني يعمل طوال الوقت دون أجازات أو عطل، مما يمكن المرسل إليه الإطلاع على الرسائل المرسلة له في أي وقت، مع تسجيل وقت وتاريخ إرسال الرسائل وحفظها.

¹ - المرجع نفسه ص 15 ، وأنظر أيضا في هذا الموضوع: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 104 وما يليها، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 71-72

² - خالد ممدوح إبراهيم ، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007. ص 37

³ - المرجع نفسه، ص 45

الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني

إن التفاوض في البريد الإلكتروني⁽¹⁾ يأخذ شكل رسائل متبادلة، حيث يقوم الطرف الأول بإصدار أمر بإنشاء رسالة جديدة، تكون مصحوبة بالوثائق المطلوبة في التفاوض أو بالعقود التي يرميها الطرفان خلال مرحلة المفاوضات إلى أن يضع بنود العقد النهائي ويتم التوقيع عليه.

الفرع الثاني - وسيلة التفاوض عبر نظام المحادثة والمشاهدة الإلكترونية

بالإضافة إلى التفاوض عبر البريد الإلكتروني كوسيلة لإبرام العقود عن بعد، فإنه يتم أيضا ذلك عبر نظام المحادثة والمشاهدة الإلكترونية، ويقصد به تواجد شخصين أو أكثر متصلين بشبكة الانترنت يتبادلون الحديث في نفس الوقت سواء بالكتابة أو محادثة صوتية، أو حتى مشاهدة الأطراف بعضهم لبعض من خلال تفعيل الصوت بالصورة، وذلك بإيصال أجهزة الحاسب الآلي بكاميرات فيديو خاصة لدى الطرفين مما يتيح رؤية وسماع الأطراف لبعضهم بوضوح ويسمح لهم بتبادل الاقتراحات فيما بينهما⁽²⁾، عندما يكون أحد الأطراف قد قدم إلى الطرف الآخر دعوى إلى التفاوض أو دعوى إلى التعاقد وذلك من أجل إبرام العقد لتفاوض بشأن.

وهذه الوسيلة تمكن الأطراف المتفاوضة من المحادثة الفورية والمباشرة ويرد عليها في نفس اللحظة التي يكون فيها الطرفان معا أمام الكمبيوتر إما بالكتابة أو بالصوت والصورة، إلى حد القول بأن المتفاوضين يكونان في مجلس عقد واحد من حيث الزمان والمكان ولو أنه يعد مجلس عقد افتراضي، حيث يمكن للطرفين التعرف أكثر على بعضهما البعض عن قرب والرفع من فرضية إبرام العقد⁽³⁾، من خلال التقريب بين وجهات النظر المختلفة، ويتم ذلك

¹ - لقد أثارت مسألة ملكية البريد الإلكتروني، ثارت نقاشا فقهي، حيث اعتبر البعض أن البريد الإلكتروني يكون ملكا لصاحب العنوان الإلكتروني سواء كان شخصا طبيعيا أو معنوي، حيث أن هذا الرأي يدخل البريد الإلكتروني من ممتلكات صاحبه، ويكون له الحق التصرف فيه، مثلا الإيجار، البيع، كما يمكن نقله للورثة في حالة وفاة صاحبه، ويخضع لأحكام التركة.

بينما يتوجه البعض الآخر وإن كان يعطي ملكية البريد الإلكتروني لصاحبه، إلا أنه لا يمكن نقله إلى الورثة، حيث أعتبر البريد الإلكتروني يعتبر من المراسلات الخصوصية، وبالتالي يخضع للقواعد القانونية المنظمة للسرية والتي تنحصر على غير المرسل إليه الاطلاع عليها أو التعرف على محتواها. فيما أعتبر آخر أن البريد الإلكتروني ليس حق ملكية، وإنما حق الاستعمال محدد بمجال معين، مستندا إلى عدة اعتبارات أهمها أن البريد الإلكتروني لا يمكن نقله إلى الغير، بالإضافة إلى ذلك فاستعمال البريد الإلكتروني في بعض المواقع مثل yahoo وhotmail تقضي الشركات الخاصة لهذه المواقع بإلغاء الحساب البريدي في حالة عدم استخدامه لمدة معينة، وهذا يتعارض ولاشك مع طبيعة الملكية.

للمزيد من المعلومات حول الموضوع راجع خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 69-71 وأنظر أيضا: مصطفى السيد، دليلك الشامل إلى شبكة الانترنت، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، مطبعة عايدين، القاهرة، 1997. ص 15-17، ومحمد حسام لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة، 1993. ص 66

² - مصطفى السيد، المرجع السابق، ص 39-40

³ - محمد حسام لطفي، المرجع السابق، ص 69

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

عن طريق تبادل العروض والمقترحات؛ بحيث يقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه من خلال إجراء التعديل في الشروط والمطالب التي جاء بها، وذلك حتى يتم التوصل إلى نوع من التوازن بين مصالح الطرفين المتعاضدة.

المبحث الثاني - التفاوض الالكتروني من حيث الالتزامات

إن التزامات التفاوض الالكتروني تبعا لأهمية وطبيعة العقد المتفاوض من أجله، بحيث لا يمكن حصرها، لذلك سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق لأهم هذه الالتزامات التي يمكن الوقوف عندها من الناحية العملية والدور الذي تكتسبه في التفاوض على المعاملات الالكترونية خاصة.

وذلك في مطلبين: الالتزام بحسن النية والالتزام بالإعلام (في المطلب الأول)، والالتزام بالتعاون والشفافية والمحافظة على الأسرار (في المطلب الثاني).

المطلب الأول - الالتزام بحسن النية والإعلام

مادامت جل التشريعات جاءت خالية من النصوص المنظمة لمرحلة المفاوضات، فإننا سنعمل من خلال هذا المطلب إلى دراسة الالتزام بحسن نية والالتزام بالإعلام في فرعين مستقلين، ولكن متكاملين.

الفرع الأول - التزام التفاوض الالكتروني بمبدأ حسن النية:

يهدف مبدأ حسن النية، والذي كالتزام يقع على عاتق المتفاوضين، الأمر الذي يتطلب التطرق إلى هذا المبدأ من جوانبه الثلاث: تعريفه (أولاً)، وأهميته (ثانياً)، وإلى موقف التشريع منه (ثالثاً).

أولاً - تعريف مبدأ حسن النية: بالرغم من أن مبدأ حسن النية يشكل في جوهره نقطة تقاطع بين القانون والأخلاق، إلا أنه من الصعوبة بمكان إعطاء تعريف عام وجامع لهذا المبدأ، إلا أن بعض الفقهاء يرى في " مبدأ حسن النية هو الأمانة والاستقامة"⁽¹⁾، أو هو " اتجاه نية وقصد المتصرف إلى التزام أحكام القانون وقيم المجتمع في تصرف جائز قانوناً"⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، يعدّ حسن النية عنصراً داخلياً يستدل عليه بطريقة غير مباشرة، غير أنه إذا تحول إلى سلوك خارجي وعلني فإنها تأخذ تسمية أخرى، فإذا اتجهت إلى إبرام تصرفات سميت إرادة، وإن تحولت سلوك معيب سميت خطأ.

¹ - عبد العزيز حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض، القاهرة، 2004، ص 104

² - محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، مطبوعات معهد الإدارة العامة، الرياض 1995، ص 168

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

ومنه، فحسن النية هو الرغبة في الالتزام بما رسمه القانون من حدود معينة والقائمة على فكرة عدم الإضرار بالطرف الآخر، من خلال الأخذ بالحد الأدنى من الحيطة والتبصر واليقظة المطلوبة من الرجل العادي⁽¹⁾. انطلاقاً من بداية العقد كمشروع أو كبادرة إلى غاية تنفيذ جميع الالتزامات المترتبة عليه.

ثانياً- أهمية مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض الالكتروني: تكمن أهمية مبدأ حسن النية في المفاوضات العمل على بذل العناية اللازمة لإنجاحها بالوصول بها خطوة خطوة إلى مرحلة إبرام العقد النهائي وهي النتيجة المتوخاة من المفاوضات، مع استبعاد كل التصرفات الضارة بالسير الحسن لهذه المفاوضات، كأن يزرع أحد أطراف العقد فيروس معين في الشبكة التي يشترك فيها يؤدي إلى تعطيل النظام المعلوماتي، وما يتطلب ذلك من جهد ووقت ومصاريف مالية معتبرة لإصلاح هذه المنظومة. أو العمل على اختراق النظام المعلوماتي للطرف الآخر المتفاوض معه، من أجل سرق المعلومات أو البيانات التي تهم المفاوضات الآخر أو تشويشها أو تدميرها أو التحسس عليها، أو الحصول على معلومات مهمة يمكن له استخدامها في معاملات أخرى، دون أن تكون له أية نية حقيقية في التفاوض.

وخلاصة القول أن مبدأ حسن النية هو مبدأ قانوني، ولكنه يطغى عيه الجانب الأخلاقي الإنساني، ويدخل في ما يسمى بخلقنة القانون *la moralisation du droit*، وأهميته تشمل جميع مراحل إنشاء العقد غير أنها تزداد أكثر في المرحلة التمهيديّة لإبرام العقد الالكتروني وهي مرحلة المفاوضات.

ثالثاً- موقف التشريع من مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض الالكتروني: إن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ حسن النية بمفهومه الموضوعي، في المادة 107 من القانون المدني والتي تنص على ضرورة تنفيذ الالتزامات وفق قاعدة حسن النية بقولها " يجب تنفيذ العقد لما أشتمل عليه وبحسن نية ... ". غير أن هذا النص والمتعلق بحسن النية يقتصر تطبيقه على مرحلة تنفيذ العقد، وإذا جاءت الالتزامات المترتبة عنه غامضة بالكيفية التي تشكل محل نزاع بين أطراف العقد، فإن المحكمة تفسر مقتضيات ذلك وفقاً لضوابط أخلاقية يجسدها مبدأ حسن النية، كما أنه لا يوجد نص خاص يفرض صراحة حسن النية في العلاقات بين الأطراف في مرحلة المفاوضات بما فيها قانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، مما يجعلنا نتساءل عن مدى إمكانية الأخذ بهذا المبدأ في مرحلة التفاوض على المعاملات الالكترونية.

¹ - علي فيلال، المرجع السابق، ص 368-369

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

فإذا كان مبدئياً أن القاعدة هو يجب تنفيذ الالتزام بحسن نية، وهذه القاعدة عامة تسري على كافة العقود بدون استثناء، وكيفما كانت الطريقة أو الوسيلة التي تم إبرامها بها عادية كانت أو الكترونية فإنه لا مانع من تقرير سريانها على مرحلة التفاوض على العقد على الرغم أن المشرع الجزائري ربط من خلال النصوص التشريعية الالتزام بتنفيذ التعهدات بحسن النية بمرحلة تنفيذ العقد دون المرحلة السابقة عليه، ومع ذلك فإنه يجب ألا يغيب عنا حسن النية كضابط أخلاقي للسلوك يعتبر أحد المبادئ العامة للقانون الوضعي، بحيث يفترض دائماً احترام حسن النية في التصرفات.

لذا، فإننا نرى بأن مبدأ حسن النية في العقود الالكترونية يجد مجالاً شاسعاً في مرحلة التفاوض على هذه العقود، نظراً لما تتسم به هذه العقود من خصائص تتطلب بذل عناية في هذه المرحلة لإضفاء على هذه العقود طابعها وخروجها في قلب سليم يحقق المصلحة المشتركة للأطراف. وهذا ما أكدته الفقه⁽¹⁾ بقوله: "ما الفائدة من فرض حسن النية في مجال تنفيذ العقد، إذا لم يتم فرض ذلك في مرحلة إبرامه، فالعقد يشكل جسماً واحداً، وبالتالي يكون من الضروري أن يحكمه مبدأ حسن النية".

الفرع الثاني - الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت

إن الالتزام بالإعلام الالكتروني قبل التعاقد يعد من أهم الضمانات القانونية لسلامة إرادة الأطراف المتفاوضة، وتزداد أهمية هذا الالتزام، في حالة أحد طرفي مهني ومحترف والآخر مستهلك ضعيف من حيث المعرفة في مجال التعاقد مما يجعله في حاجة إلى حماية قانونية، وحتى تتبين الصورة أكثر عن هذا التزام نتطرق إلى تعريفه (أولاً)، وتحديد أساسه القانوني (ثانياً).

أولاً - تعريف الالتزام بالإعلام الالكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت: يعدّ الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض عبر الانترنت التزام تبادلي يتحمل كاهل كل من طرفي التفاوض؛ بحيث يلتزم كل منهما بإعلام الآخر عن كل ما يعلمه أو ما يكون بمقدوره أن يعلم، ويكون من شأنه التأثير على قرار المتفاوض الآخر بشأن عملية التفاوض.

¹ - C. Dupont ; La négociation, situation- problématique- application, Dunod, Paris, 2000, p 18

الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني

وبناء على ذلك، يُعرّف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد الإلكتروني، على أنه التزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية، فيما يخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها بوسائل الكترونية في الوقت المناسب وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة⁽¹⁾.

ثانياً- أساس الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد: رغم الأهمية التي يمتاز بها الالتزام بالإعلام، إلا أنه يبقى هناك تجاذب للآراء حول أساسه⁽²⁾، وإن ظهرت في الآونة الأخيرة بعض القوانين تنظمه خصوصاً تلك المتعلقة بحماية المستهلك.

كما أن بعض التشريعات المدنية من ضمنها التشريع المدني الجزائري التي ألزمت بالإعلام، كما في حالة الإلزام البائع بإعلام المشتري بحالة المبيع علماً كافياً "ويعتبر العلم كافياً إذا أشتمل العقد بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه" (المادة 1/358 قانون مدني). إلا أنه يبقى هناك تجاذب لبعض الآراء حول أساسه؛ إذ يرى جانب من الفقه الفرنسي⁽³⁾ أن الالتزام بالإعلام لا يجد أساسه في مبدأ حسن النية مادام هذا الأخير مفهوم غير محدد ودقيق، وبالتالي لا ينشأ مصدراً مباشراً للالتزام بالإعلام من جهة، ومن جهة ثانية أن مبدأ حسن النية خاص بتنفيذ العقد بحسب القوانين اللاتينية، لذا لا يمكن لنا أن نقول بأن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يجد أساسه في مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض.

وهذا خلافاً لبعض الفقه⁽⁴⁾ الذي توسع في مفهوم ونطاق مبدأ حسن النية فطبقه على إبرام العقد إلى جانب تنفيذه، معللاً ذلك بكون العقد جسم واحد، ووجب استلزام النية الحسنة في إبرامه وتنفيذه لأنه من غير المنطقي اشتراط ذلك في التنفيذ فقط.

وفي نظرنا، نسير في منحى الاتجاه الذي لم يعتبر الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أساسه مبدأ حسن النية نظراً لصعوبة تحديد معناه، وما قد يؤدي تطبيقه إلى عدم استقرار المعاملات بين مختلف المتعاملين، ومن ثم نرى الإعلام كالتزام يقع على عاتق الأطراف المتفاوضة على العقد يجد أساسه في مبدأ الإرادة الحرة وعدم نشوبها بأي عيب من عيوب الرضا.

¹ - جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مقال منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 20، العدد الأول، مارس 1996 ص 131 ، وأنظر أيضاً، محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 52

² - علي فيلال، المرجع السابق، ص 154-155

³ - 28 C. Dupont ,op.cit, p

⁴ - M. Geninet, op.cit, p2

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

المطلب الثاني – الالتزام بالتعاون والشفافية والمحافظة على سرية المعلومات

تعدّ الالتزام بحسن النية والالتزام بالإعلام كالاتزامات رئيسية في مرحلة المفاوضات، إلا أنه تتفرع عنهما عدة التزامات أهمها التزام بالتعاون والشفافية، والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، وهو ما تقتصر على دراستهما، بحيث نفرد لكل التزام فرع خاص به.

الفرع الأول – الالتزام بالتعاون والشفافية

إن الالتزام بالتعاون والالتزام بالشفافية هما التزامان مصدرهما حسن النية، بحيث يعدّ هذا المبدأ مفهوما فضفاضا يتسع ليشمل العديد من السلوكيات والتصرفات، التي تكون الغاية منه تسهيل التفاوض والوصول إلى النتيجة التعاقدية التي يتوخاها الطرفان، وهم على بينة من كل الحقائق التي تتعلق بالعقد المزمع إبرامه. ومن ثم، سنحاول تحديد الالتزام بالتعاون (أولا) على أن نقوم بعد ذلك بتحديد الالتزام بالشفافية (ثانيا).

أولا – الالتزام بالتعاون: إن الالتزام بالتعاون يعتبر التزاما مشتركا بين أطراف العقد، إذ يفترض أن يسود التعاون بين الأطراف سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه، حيث يجب على كل طرف متفاوض تسهيل مهمة المتفاوض الآخر، بقصد الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية إما بانعقاد المنشود وإما بغض النظر عنه⁽¹⁾، فالعقد لم يعدّ يقوم على التناحر بين أطراف العقد وإنما على الثقة المتبادلة والتعاون الذي يجب أن يسود وبالأخص في مرحلة المفاوضات.

ولهذا، فالالتزام بالتعاون في مرحلة التفاوض يجد أسس مشروعيته في مجموعة من المبررات والمعطيات الواقعية، إذ أن مالا يجب استحضاره هو الغريزة الإنسانية بما لديها من حي التملك وحب الاستئثار، تجعل كل طرف يسعى للفوز بعملية التفاوض انطلاقا من اعتقاده أنه الأحق بالفوز، ومن ثم يطغى الاندفاع إلى تحقيق هذا الفوز بصورة تجعل احتمالات خسارته وكسب الطرف الآخر غير واردة. ولذلك يجب إذن الانتباه إلى إن كل طرف محتاج إلى الطرف الآخر لتحقيق مكاسب من التفاوض⁽²⁾، مما يجعل هذه المرحلة تفرض لإنجاحها تعاون وتسامح بين الأطراف عكس أن يكونوا في حالة نزاع، وهذا ما لا تعكسه فلسفة وأهداف التفاوض.

ومن صور التعاون الوطيد بين أطراف التفاوض أن يحترم المتفاوضون مواعيد الجلسات والاستعانة بخبراء أحيانا إذا اقتضى الأمر ذلك، وذلك لحسم المسائل الفنية محل الخلاف بين المتقاضين، والجدية في مناقشة جدول الأعمال

¹ – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 62 وما بعدها

² – السيد محمد عمران، الالتزام بالإخبار، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص 14-15

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

وما يقدم من عروض والامتناع عن التصلب للرأي من خلال إبداء الاستعداد الدائم لتقدير تنازلات أو توقعات، كما يفترض هذا الالتزام أن يتقدم المتفاوض بعروض جدية لا بعروض مبالغ فيها بهدف إفشال المفاوضات، وألا يسعى إلى خلق منازعات ووضع عراقيل لإجهاض العملية التفاوضية، كوضع الرسائل غير المرغوب فيها وإرسالها إلى البريد الالكتروني للمتفاوض الآخر⁽¹⁾. وكما يحتم على الأطراف كذلك بذل كل ما في وسعهما من أجل إنجاح المفاوضات وإنهاءها في الموعد المتفق عليه، فإذا عزم أحد الأطراف قطع المفاوضات فإنه يجب إخطار الطرف الآخر بذلك في الوقت المناسب لتجنب الإضرار به⁽²⁾.

ثانيا- الالتزام بالشفافية: يدخل من ضمن الالتزامات الملقاة على الأطراف المتفاوضة الكترونيا، التزام بالشفافية ومعنى ذلك هو التزام كل متفاوض بتحرى الدقة فيما يقدمه من بيانات أو معلومات للمتفاوض الآخر، فيجب أن تتسم هذه المعلومات بالدقة والشمولية وألا تكون مغلوبة أو مفرطة في التفاؤل أو مغرقة في التشاؤم أو بالية أو غير ملائمة للعقد موضوع التفاوض، أو من شأنها أن توقع الطرف الآخر في غلط يغيره بالتعاقد، حيث يجب على كل متفاوض أن يسلك اتجاه الآخر مسلحا يتسم بالشفافية في كل ما يقدمه من معلومات حتى يستطيع الطرف الآخر أن يحاط بكل مكونات العقد المتفاوض بشأنه فيتخذ قراره عن بصر وبصيرة⁽³⁾.

وهكذا فشمولية المعلومات التي يقدمها المتفاوض عبر الانترنت للطرف الآخر يجب ألا تكون ناقصة، بل يجب أن تكون تامة وكاملة، حيث أن مبدأ الشفافية يقتضي المكاشفة، وتفادي الغموض والحيل أو إعطاء وعود وآمال كاذبة⁽⁴⁾، ومعنى ذلك أن المعلومة التي يقدمه كل متفاوض إلى الآخر يجب أن تكون دقيقة وكاملة بالقدر الذي يسمح بالاعتماد عليها، وتكفي في حد ذاتها لكي يتخذ المتفاوض الذي قدمت له قراره على أساسها. ومن صور الإخلال بالالتزام بالشفافية نذكر على سبيل المثال: إنهاء المفاوضات في وقت غير ملائم وبدون سبب مشروع، حيث يقتضي عدم الدخول في التفاوض إلا إذا كان لدى المتفاوض نية حقيقية وجادة في التعاقد، مع بذل كل طرف ما في وسعه من جهد لمواصلة التفاوض حتى بلوغ الهدف المنشود من عملية التفاوض⁽⁵⁾.

¹ - المرجع نفسه، ص 18

² - جمال فاخر النكاس، المرجع السابق، ص 132

³ - سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، درا النهضة العربية، القاهرة، 1990. ص 144

⁴ - عبد العزيز حمود، المرجع السابق، ص 113

⁵ - المرجع نفسه، ص 14-15

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

ولهذا يمكن اعتبار مواصلة التفاوض كالتزام بالشفافية مجرد التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة، بحيث يلتزم المتفاوض ببذل العناية اللازمة لإنجاح المفاوضات دون أن يلتزم بإبرام بالعقد النهائي، فهو يلتزم فقط بألا يقوم بقطع المفاوضات بدون سبب معقول وبدون سابق إنذار، حيث يلتزم بالكشف للمتفاوض الآخر برغبة في إنهاء التفاوض في الوقت الملائم وعدم تركه في حالة من الغموض، وبت آمال كاذبة لديه في أن العقد موضوع التفاوض على وشك الانعقاد على الرغم أنه أتخذ قرار بإنهاء المفاوضات⁽¹⁾.

إن هذه الصور التي سبق التطرق إليها على سبيل المثال لا الحصر، ماهي إلا التزامات تقع على الأطراف المتفاوضة الكترونيا يشملها الالتزام بالشفافية، تكون الغاية منه خروج العقد الذي تم إبرامه بعد ذلك في صيغة صحيحة، مع دراية الأطراف المتفاوضة بكل بنوده.

الفرع الثاني - الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

يعتبر الالتزام بالمحافظة على الأسرار من أهم ما يقتضيه مبدأ حسن النية، إذ أن السير الأمثل للمفاوضات يتطلب من أحد الطرفين أو من كليهما أن ييوح للآخر الأسرار الهامة، وتزداد أهمية الحفاظ على سرية المعلومات التي حصل عليها الأطراف في المفاوضات، خصوصا في العقود ذات الطابع التقني والمعلوماتي على الخصوص. ولأهمية هذا الالتزام، نرى من المفيد التطرق له من حيث المضمون (أولا) والنطاق (ثانيا).

أولا - مضمون المحافظة على الأسرار: إن الالتزام بضمان السرية يلتزم به كل متفاوض الآخر حتى ولو لم يكن ما أفضى به المتفاوض إلى الطرف الآخر من معلومات لا تتمتع بالحماية القانونية أو الاتفاقية⁽²⁾، مما يحتم على الأطراف، واجب الامتناع عن إفشاء هذه الأسرار والامتناع عن استغلالها وهذا ما سلم به بعض الفقه⁽³⁾ على أن المتفاوض يظل ملزما دائما بالمحافظة على الأسرار حتى ولو لم يكن ثمة اتفاق، حيث يعترفون بقيام هذا الالتزام على عائق الطرفين في مرحلة المفاوضات سواء انفق عليها صراحة أو لا، إذ أن هذا الالتزام تفرضه قواعد حسن النية في التفاوض. وعليه، فإن الذي يطلع على أسرار إبان المفاوضات في العقود الالكترونية عن طريق بيانات أو بصفة شفاهية أثناء التفاوض عن طريق المحادثة أو المشاهدة أو عن طريق رسائل الكترونية يمنع عليه كليا إفشائها وإذاعتها

¹ - سهير منتصر، المرجع السابق، ص 145-146

² - سهير منتصر، المرجع السابق، ص 148

³ - رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص 123، وأيضا: محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 173، محمد منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق، ص 61-62،

62 C. Dupont , op.cit, p

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

للغير. كما أن المتفاوض لا يلتزم بإفشاء هذه المعلومات للغير فقط وإنما أيضا يلتزم بعدم استغلال هذه المعلومات لنفسه إلا بعد إذن صاحبها سواء أثناء التفاوض أو بعد فشله.

ثانيا- نطاق المحافظة على سرية المعلومات: إن نطاق الالتزام بالمحافظة على الأسرار وعدم إفشائها أو استعمالها في غير محلها قد تتجاوز الأطراف المتفاوضة الكترونيا إلى الغير، مما يعني ذلك انتهاك سرية المفاوضات، ولما لذلك من تداعيات على السير الحسن للمفاوضات.

لذا من الضروري، إحاطة سير المفاوضات ونتائجها بحاجز أمني يقوم على تقنية التشفير. والغاية من نظام التشفير هو منع الغير من الإطلاع على المعلومات التي تعدّ سرية من وجهة أصحابها، ولقد تدخل المشرع لهذا الغرض في القانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين في المادة 2 الفقرة 8 و 9 منه مكتفيا بتعريف وسيلته وخدمته.

والتشفير عموما يمر بمرحلتين⁽¹⁾:

أولى- تتمثل في تشفير التوقيع أو الرسالة المتضمنة للمعلومات أو البيانات عل نحو يحولها إلى رموز غير مقروءة أو غير مفهومة.

الثانية- فك رموز التشفير بإعادة التوقيع والرسالة المشفرة إلى وضعها السابق، مما يسمح بقراءتها.

وهذه العملية تتم بإحدى نظم التشفير (التشفير المتماثل والتشفير اللامتماثل).

- التشفير المتماثل ويقصد به تشفير الرسالة وفك شفرتها عبر مفتاح خاص يتم تبادله سريا ما بين المرسل والمرسل إليه، وقبل إرسال الرسالة المشفرة يتم إرسال التشفير إلى المرسل إليه بطريقة آمنة ليستطيع فك الشفرة.

- التشفير اللامتماثل: يعتمد على مفتاحين " عام وخاص " أحدهما لتشفير رسالة والآخر لفك شفرة الرسالة إذا يتم تشفير البيانات المتواجدة في الرسالة الالكترونية بواسطة المفتاح العام تم فك شفرتها بالمفتاح الخاص للمرسل صاحب المفتاح العام.

المبحث الثالث- التفاوض الالكتروني من حيث المسؤولية المدنية

إن دراسة التفاوض الالكتروني من حيث المسؤولية المدنية، يتطلب منا التطرق (في المطلب الأول) إلى الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية خلال مرحلة التفاوض الالكتروني من خلال التطرق إلى مختلف النظريات التي

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 131 ، وأنظر أيضا: محمد حسام لطفي، المرجع السابق، ص 102 ، مصطفى السيد، المرجع السابق، ص 111، محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1994، ص 64

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

عالجت هذه المسألة وموقف الفقه حول طبيعة المسؤولية هذه. بينما (المطلب الثاني) سنخصصه للشروط المسؤولية المدنية للتفاوض الالكتروني سواء ما تعلق منها بالخطأ أو الضرر أو العلاقة السببية.

المطلب الأول- الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للتفاوض الالكتروني

إن الخلاف حول طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض من طرف الفقه وإن اتفق على مبدأ قيامها لم يصل قط إلى الاستقرار حول رأي واحد وتحديد ما إذا كانت مسؤولية عقدية أم تقصيرية، هذا ما نتناوله في هذا المطلب، حيث نخصص (المطلب الأول) إلى النظرية التقليدية للمسؤولية، بينما (المطلب الثاني) سنخصصه إلى النظرية الموضوعية وموقف الفقه من طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات بشكل عام.

الفرع الأول- النظرية التقليدية للمسؤولية

هناك اختلاف فقهي حول تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدين أثناء مرحلة المفاوضات عند ارتكاب أخطاء بها. فالبعض اعتبرها بمثابة مسؤولية عقدية (أولاً) والبعض الآخر أصبغ هذه المسؤولية التقصيرية خلال هذه المرحلة (ثانياً). وهذا ما سنتطرق إليه ولكن بشكل مختصر.

أولاً- المسؤولية العقدية للتفاوض الالكتروني: تستند طبيعة المسؤولية خلال مرحلة المفاوضات، بحسب أنصار المسؤولية العقدية، إما إلى فكرة الخطأ عند تكوين العقد، أو إلى نظرية الوكالة.

1- نظرية الخطأ عند تكوين العقد⁽¹⁾: إن أحكام المسؤولية العقدية تطبق على مرتكبه سواء ترتب على هذا الخطأ عدم انعقاد العقد أو أدى إلى بطلانه، مما يترتب الحق بالمطالبة بالتعويض كعقد وليس كواقعة مادية، وذلك بافتراض وجود عقد ضمان لكل محاولة لإبرام العقد حيث كل طرف يتعهد أثناء المداولة بأن لا يأتي من جانبه ما يؤدي إلى إعاقة التعاقد أو بطلان العقد، وعقد الضمان في هذه الحالة يستند إلى رضا ضمني متبادل بين الطرفين المتعاقدين للعقد. وبالتالي فإن عدم إبرام العقد وبطلانه يعد إخلالاً بقصد الضمان الضمني⁽²⁾.

¹ - يعتبر الفقه الألماني اهرنج متزعم هذه النظرية الي أسست رأيها على نظرية الخطأ عند تكوين العقد على اعتبار أن الخطأ في مرحلة التفاوض هو خطأ عقدي. وللمزيد من المعلومات حول الموضوع راجع: جمال عبد الرحمان محمد علي، المسؤولية المدنية للمتفاوض نحو تطبيق القواعد العامة على المسؤولية للمتفاوض عبر الانترنت، درا النهضة العربية، القاهرة، 2004. ص 33-34

² - جمال عبد الرحمان محمد علي، المرجع السابق، ص 35-37

الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني

إلا أن هناك اتجاه من الفقه⁽¹⁾ رفض فكرة العقد الضمني، إذ ليس هذه الأخيرة سوى مجرد افتراض لا وجود له في الحقيقة فمن غير المتصور بقاء الاتفاق الملحق بالعقد رغم عدم قيام العقد الأصلي أو ثبوت بطلانه أو إبطاله، فالنتيجة المنطقية للعدول عن التعاقد هي زوال إرادة أحد الطرفين قبل أن تلتقي بإرادة الطرف الآخر. إلا أنه وبالرغم من ذلك يمكن لنا القول بأن نظرية الخطأ عند تكوين العقد تتماشى مع فكرة التفاوض الإلكتروني، وخصوصا وأن الأطراف المتفاوضة قد تبرم اتفاقيات بعضها ذات قيمة قانونية⁽²⁾، يرتب على مخالفتها قيام مسؤولية مدنية تكيف على أنها مسؤولية عقدية.

2.- نظرية الوكالة⁽³⁾: تعدّ المسؤولية المترتبة في مرحلة المفاوضات، وفق هذه النظرية، مسؤولية عقدية تقوم على أساس عقد وكالة ضمني ومن ثم تكون الدعوى الناتجة من قطع المفاوضات دعوى عقدية تجرّد أساسها ضمن أحكام الوكالة⁽⁴⁾.

غير أن البعض من شراح القانون المدني⁽⁵⁾ يرى في أن نظرية الوكالة لا تتطابق مع فكرة التفاوض وذلك لعدة اعتبارات، حيث أنه في الوكالة يقوم الوكيل على العقد بكل تفاوض يعمل لحسابه الخاص وبإسمه، كما أن المتفاوض يملك صلاحيات كبرى لتعديل مضمون الالتزامات محل التفاوض في حين أن المتفاوض بصفة عامة والمتفاوض الإلكتروني بصفة خاصة لا يملك هذه الصلاحيات، كما أن المتفاوض غير ملزم بدفع الأجرة في حين أنه الوكالة يكون ملزم في غالب الأمر ما لم تكن مجانية.

¹ -J.Ghestin, traité de droit civil, la formation du contrat, LGDJ, Paris, 1999, p122

² هذه الاتفاقيات تكون في شكل بروتوكولات والتي هي عبارة عن وثائق يقوم فيها الطرفان بتسجيل اتفاقهما على الإطار العام للعقد النهائي، دون التطرق إلى الشروط التي تترجم هذا الإطار إلى حقوق والتزامات، ويلجأ الطرفان المتفاوضان عادة إلى هذه البروتوكولات خلال مرحلة التفاوض على العقود الكبيرة والمركبة خاصة في عقود التجارة الدولية والتي كان لها تأثير إيجابي بالتطور التكنولوجي باستعمال الوسائل الحديثة الإلكترونية في إبرام هذه العقود، للمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع وكذا الاتفاقات المبدئية بشكل عام راجع :

M. Geninet, op.cit op.cit,p 74، علي فيلاي، المرجع السابق، ص 114- 115، سمير الأودن، خطاب النوايا، منشأة المعارف،

الإسكندرية، 2005، ص 73 وما بعدها

³ - إن هذه النظرية نادى بها الفقيه الألماني شورل، ومفادها أن كل دعوة إلى التفاوض تتضمن توكيلا ضمينا للطرف الآخر من أجل اتخاذ الإجراءات اللازمة لإبرام العقد، فإن فشلت المفاوضات ولم يبرم العقد، فإن الموكل يلتزم طبقا للقواعد العامة بأن يرد للوكيل كل المصروفات التي أنفقتها في سبيل الوكالة رغم عدم نجاحه في مهمته، للمزيد من المعلومات حول هذه النظرية أنظر: جمال عبد الرحمان محمد علي، المرجع السابق، ص 69-70

⁴ - جمال عبد الرحمان محمد علي، المرجع السابق، ص 71

⁵ - جمال فاخر النكاس، المرجع السابق، ص 132-133

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

ومن ثم، فإن نظرية الوكالة، حسب رأينا، لا يمكن لها أن تتماشى مع فكرة التفاوض، وبالتالي لا يمكن اعتبارها أساس المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض.

ثانيا- المسؤولية التقصيرية للتفاوض الالكتروني: هناك اتجاه من الفقه يعتبر المسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بمقتضيات مرحلة المفاوضات هي ذات طبيعة تقصيرية وليست عقدية، إلا أنهم اختلفوا في أساسها وذلك بالاستناد إلى نظرية التبعية العقدية أو إلى نظرية الفضالة.

1- نظرية التبعية العقدية⁽¹⁾: هذه النظرية تشبه إلى حد كبير نظرية الخطأ عند تكوين العقد، حيث يتفقان من الناحية المبدئية وذلك بتحميل المتعاقد تبعات الأسباب التي حالت دون إبرام العقد أو أدت إلى بطلانه، لكنهما يختلفان في النتيجة المتوصل إليها بخصوص طبيعة وأساس المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، وبالتالي تحديد الطرف الذي يتحمل مسؤولية⁽²⁾.

لكن السؤال الذي يطرح إلى أي حد يمكن الأخذ بهذه النظرية في مجال التفاوض الالكتروني؟ إن هذه النظرية من الناحية العملية توفر ضمانا كبيرة للمتضرر في الحصول على التعويض بسهولة كبرى لأنها تعفيه من الإثبات، إلا أنه في مجال المفاوضات على المعاملات الالكترونية التي تتميز بالسرعة سيدفع العديد من الراغبين في التفاوض إلى العزوف عن الدخول فيها، لكونها ستجعل المتفاوض بمجرد الدعوى إلى التفاوض يتحمل النتائج الضارة الناتجة عن هذه المفاوضات حتى ولو لم يخطئ هذا من جهة، ومن جهة ثانية، فإن الأخذ بهذه النظرية يصطدم بمبدأ حرية التعاقد التي تعطي لكل طرف التعاقد بكل حرية أو حتى العدول عن التفاوض أيضاً، دون أن يرتب ذلك أية مسؤولية شريطة وجود مبرر لهذا العدول، لذلك إذا علم الشخص الراغب في التفاوض بخصوص عقد معين أنه بمجرد مبادرته بالدعوة إلى التفاوض يتحمل كل النتائج الضارة المترتبة على فشله حتى ولو لم يخطئ، فلن يفكر يوماً في أن يتفاوض كي لا يجر على نفسه المتاعب والمسؤولية⁽³⁾.

¹ - وهي نظرية الخطر العقدي أو المخاطر التي أطلقها الفقيه الألماني ويند شند windscheid، وهي تركز على قيام مسؤولية كل مقدم على التعاقد عن تبعة النشاط العقدي، بأن يتحمل نتائج المخاطر المحيطة بعملية التفاوض لإجراء العقد، ولو كانت الأسباب التي حالت دون قيام العقد المرجو مجهولة من التفاوض المسؤول، ويكتفي "ويند شيد" بحدوث الضرر الذي يلحق بالآخر أو بالغير عندما لا يتحقق العقد أيا كان السبب، مجرد إثبات المتفاوض المضروب ما لحقه من ضرر لقيام المسؤولية عن التعويض، للمزيد من المعلومات راجع، جمال عبد الرحمان محمد علي، المرجع السابق، ص 102

² - جمال عبد الرحمان محمد علي، المرجع السابق، ص 103-105

³ - جمال عبد الرحمان محمد علي، المرجع السابق، ص 138

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

2- نظرية الفضالة(1): بحسب هذه النظرية، يعتبر الشخص الذي وجهت إليه الدعوة إلى التفاوض فضوليا يدبر شأنًا لرب العمل الذي وجه إليه الدعوة ومن ثم يستطيع الرجوع على هذا الأخير عند فشل المفاوضات لاسترداد ما انفق عن طريق دعوى الفضالة، ذلك أن النفقات التي قام بها في سبيل إبرام العقد كان قد أنفقها تحقيقًا للمصلحة المشتركة بين الطرفين، فهو وإن كان يهدف إلى تحقيق مصلحته الخاصة، إلا أنه في الوقت ذاته يحقق مصلحة صاحب الدعوة، فيحقق له بالتالي أن يسترد المصروفات التي أنفقها لمصلحة هذا الأخير(2).

وقد تعرضت هذه النظرية بدورها إلى النقد، مما جعلها لا تصلح كأساس لتحديد طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات، وذلك لاعتبارات أهمها(3):

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

- 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 الاستعجال.

وفي الأخير، يمكننا القول بأن النظرية التقليدية سعت لتحقيق تنظيم مراحل إبرام العقد في إطار العدالة من خلال ترتيب المسؤولية على الأطراف حتى تلك المتعلقة بالمرحلة التفاوضية وإن اختلف مُنظريها (فقهائها) في ضبط الأساس المناسب لهذه المسؤولية.

لكن بالرغم من الجانب الإيجابي للنظرية التقليدية إلا أنها وجهت لها مجموعة من الانتقادات حيث كانت هذه الأخيرة سبباً في ظهور جانب آخر من الفقه عمل على تأصيل النظرية الموضوعية، كبديل للنظرية التقليدية في مسألة أساس المسؤولية في مرحلة مفاوضات العقد الالكتروني.

الفرع الثاني - النظرية الموضوعية وموقف الفقه من طبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض:

ونظراً لأهمية النظرية من الناحية النفسية والقانونية للفترة ما قبل التعاقد سنعمل على الوقوف على أهم مقتضياتها، على أن تتحول بعد ذلك إلى التطرق لموقف الفقه من طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض.

¹ - إن من نادى بهذه النظرية هو الفقيه الألماني Thon، حيث أسس المسؤولية خلال مرحلة التفاوض على فكرة الفضالة، للمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع راجع: جمال عبد الرحمان محمد علي، المرجع السابق، ص 177

² - جمال عبد الرحمان محمد علي، المرجع السابق، ص 179-180

³ - رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص 169

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

أولاً- النظرية الموضوعية للمسؤولية المدنية: يتلخص مضمون هذه النظرية، أن فترة ما قبل التعاقد تتكون من ثلاثة مراحل وهي مرحلة المفاوضات التمهيدية، ومرحلة صياغة الإيجاب، والمرحلة التصريحية⁽¹⁾؛ حيث تتميز كل واحدة منهما بخصائص معينة، ولها قيمة قانونية محددة يترتب عليها مسؤولية، وإن كانت مسؤولية مفترضة يشترط لقيامها توفر أركان المسؤولية⁽²⁾، مع اعتبار المراحل الثلاث هذه قبل إبرام العقد بمثابة وقائع قانونية ومنتجة لآثار قانونية محددة ومشمولة بطبيعة الحال بالحماية القانونية اللازمة، لكن هذه الآثار يمكن أن تكون إيجابية أو سلبية:

* **فيما يخص الآثار السلبية:** يؤكد هذا الاتجاه أن للأطراف الحرية الكاملة في العدول طيلة المراحل التي تسبق إبرام العقد، فهما لا يتقيدان نهائياً بما يصدر عنهما من اتفاقات تمهيدية ولا بأي تعبير عن الإرادة خلال هذه المراحل⁽³⁾، وتستند هذه الفكرة إلى مبدأ سلطان الإرادة والذي يعني أن من حقها العدول من إتمام المفاوضات في أي مرحلة من المراحل الثلاث المذكورة أعلاه، مادام أنه الإيجاب النهائي.

* **أما فيما يخص الآثار الإيجابية:** فهي تتمثل في قيام المسؤولية في مرحلة ما قبل التعاقد دون التمييز بين المراحل الثلاث المشار إليها أعلاه، وهذا بالطبع عند توافر شروطه.

وعليه، فالمسؤولية المدنية حسب هذه النظرية، تقوم في مرحلة المفاوضات على أساس الانسحاب التعسفي من المفاوضات الجارية، والتي تؤدي إلى الأضرار بالطرف الآخر والذي تقتضي وجود رضی صريح أو ضمني بالدخول في التفاوض.

ومنه، يمكننا القول بأن هذه النظرية لها الفضل الكبير في معالجة مقتضيات المسؤولية المدنية بشكل صريح ومباشر في محاولة منها لسد الفراغ القانوني لأغلب التشريعات التي لم تسن نصوص قانونية تنظم مرحلة المفاوضات والمسؤولية عنها.

إلا أن السؤال الذي يطرح إلى أي حد يمكن الأخذ بهذه النظرية على المفاوضات في المعاملة الالكترونية؟ إن الطرف المنسحب بدون سبب موضوعي من المفاوضات، بحسب النظرية الموضوعية، يعتبر متعسفا ومخلاً بقواعد العدالة وحسن النية في التعامل، مما يترتب مسؤولية على الطرف المنسحب، وهي تجد مجالاً لها في التفاوض على المعاملات الالكترونية، لأن الواقع العملي غالباً ما يتم الاصطدام بمثل هذه الحالات والتي تترتب عنها أضرار بالنسبة للطرف الآخر، إلا أن الاقتصار على هذا النوع فقط حسب هذه النظرية هو الذي يترتب المسؤولية يكون

¹ - للمزيد من المعلومات حول موضوع المراحل الثلاث للمفاوضات راجع محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق ص 148 وما يليها.

² - محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 168

³ - المرجع نفسه ص 174-176، وأنظر أيضاً: J.Ghestin, op.cit, p37-39 ; M. Geninet, op.cit, p 77 et s ;

الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني

عاجزا عن تحقيق العدالة لأن هناك العديد من صور الخطأ التي يمكن للأطراف ارتكابها أثناء مرحلة التفاوض الإلكتروني والتي تعرضنا إليها في الجزء المتعلق بالالتزامات.

ثانيا - موقف الفقه من طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات بشكل عام: أمام مجموعة من الانتقادات التي وجهت لمختلف النظريات التي عاجلت طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، فقد حاول الفقه من خلال العديد من الكتابات أن يقدم أطروحة متناسقة في الموضوع. فقد ذهب جانب من الفقه إلى الاعتماد على طبيعة العلاقة بين المتفاوضين كمحدد لطبيعة المسؤولية، وذلك بالتمييز بين التفاوض الضمني والتفاوض الصريح. مما جعل الفقه الجزائري⁽¹⁾ والفرنسي⁽²⁾ والمصري⁽³⁾ يؤخذ بفكرة تطبيق المسؤوليتين التقصيرية والعقدية، بحيث إذا كان اتفاق التفاوض ضمني فالمسؤولية هنا تكون تقصيرية، أما إذا كان اتفاق التفاوض صريح فالمسؤولية لا تكون إلا عقدية.

غير أنه ما مدى تطبيق هذه التوجهات والآراء الفقهية على المفاوضات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية؟ أن التفاوض عبر الوسائل الإلكترونية قد تتم بين الأطراف عن طريق المحادثة والمشاهدة، ومن ثم لا يمكن أن نتصور عملية التفاوض قد تكون في شكل اتفاق ضمني، مادام أن الأمر في تبادل الاقتراحات والمساومات يكون شفهيًا. وخصوصا عندما يتم التفاوض على معاملات الكترونية تتجاوز قيمتها 100.000 دينار لأن الإثبات في هذه الحالة يتطلب شرط الكتابة، باستثناء الحالة التي يكون الطرفان معا تاجرين فهنا يكون مبدأ حرية الإثبات وذلك حسب المادة 333 قانون مدني. إلا أن الواقع العملي للمعاملات الإلكترونية والأكثر شيوعا فيه، وبالأخص التي تتم عن طريق المحادثة والمشاهدة تكون عقود استهلاكية، وأحد أطرافها مدنياً، مما يحتم عليه قبل الدخول في المفاوضات في إبرام اتفاق صريح بشكل كتابي مع الطرف الآخر وتكون هنا المسؤولية عقدية عند الإخلال بأحد الالتزامات المتفق عليها في اتفاق التفاوض.

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 68-69، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 131 ومايليها، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 18، محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1983، ص 143، علي فيلاي، المرجع السابق، ص 39، 30 - C. Dupont , op.cit, p 36 , Ph . Tourneau , Contrats informatique et électronique, LDGJ , 2007 , p 53 et s
² - عبد القادر أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، العقد، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1981، ص 207، رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص 188، محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 164.

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

أما الوسائل الالكترونية الأخرى التي يمكن التفاوض بواسطتها، وأهمها البريد الالكتروني فهي حسب الآراء الفقهية (أنصار النظرية التقليدية والنظرية الموضوعية) يمكن أن تكون مسؤولية تقصيرية كما يمكن أن تكون مسؤولية عقدية، بل وقد تختلط الطبيعتان وهنا يمكن الخيار بين دعوى المسؤولية العقدية ودعوى المسؤولية التقصيرية. وبالتالي فمسؤولية المتفاوض الالكتروني المدنية تكون عقدية كلما وجد اتفاق بالتفاوض ينظم سير المفاوضات وهنا يطرح التساؤل التالي، متى نكون بصدد اتفاق على التفاوض، هل بمجرد تبادل رسائل الكترونية أو بيانات التي يمكن أن تتخذ العديد من التسميات خطاب النوايا والبروتوكولات الاتفاقية⁽¹⁾، نقول بأن هناك اتفاق صريح ينظم المفاوضات.

وعلى العموم فهذه الآراء الفقهية وموقف القضاء حول طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات، لاشك أن لها تأثير على المفاوضات التي تتم عن طريق الوسائل الالكترونية مادام أن هذا الموضوع حديث العهد ولم يصدر بشأنه دراسات كافية وأبحاث تعمل للتطرق لأهم الإشكالات المتعلقة بالموضوع،

المطلب الثاني - شروط المسؤولية المدنية للتفاوض الالكتروني

إن دراسة شروط المسؤولية في مرحلة التفاوض الالكتروني تجعلنا أمام مجموعة من التساؤلات التي تفرض لاستجلاء الغموض حولها من خلال تحديد ماهية السلوك المعبر بخطأ المتفاوض، ووعاء الضرر، والعلاقة السببية التي تلزم أن تقوم بينهما. لذا ستقتصر دراستنا في هذا المطلب على الشروط الثلاث للمسؤولية المدنية، حيث نخصص (الفرع الأول) لشرط الخطأ، في حين نخصص (الفرع الثاني) لبيان شرطي الضرر والعلاقة السببية.

الفرع الأول - خطأ المتفاوض الالكتروني وكيفية إثباته

هناك مجموعة من صور الخطأ التي يمكن أن يرتكبها الأطراف خلال مرحلة المفاوضات، غير أنه سنحاول التطرق إلى أهم هذه الصور وقوعا في الحياة العملية والتي تمثل الإطار العام لهذه الأخطاء (أولا). كما أنه لقيام الخطأ كأساس للمسؤولية في المفاوضات يقتضي إثباته عندما يكون خطأ واجب الإثبات (ثانيا).

أولا - صور خطأ المتفاوض المفترض الالكتروني: إذا كان مبدأ حسن النية حسب المشرع الجزائري وبعض التشريعات الأخرى لا تستلزمه كمبدأ في مرحلة التفاوض إلا أن غالبية الفقه⁽²⁾ يرى امتداده إلى هذه المرحلة، والإخلال بهذا المبدأ يتجسد في صور منها.

¹ - راجع التهميش رقم 34 الصفحة 34 من هذا المقال

² - بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1، ص 67، وأيضا: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 60، جمال عبد الرحمان محمد علي، المرجع السابق، ص 222

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

1- رفض الدخول في المفاوضة: إنه بمجرد اتفاق الأطراف على الدخول في المفاوضات إلا ويقع على عاتقهما التزام بالدخول في التفاوض في الموعد المحدد لذلك أو في المدة المناسبة، فإذا رفض أو تأخر أحد الطرفين عن الدخول في المفاوضات اعتبر مخالفاً بالتزامه العقدي مما يؤدي إلى قيام مسؤولية⁽¹⁾.

2- التعسف في قطع المفاوضات: من المتفق عليه أن المفاوضات تركز على مبدأ الحرية، حيث يتمتع المتفاوض وبكامل الحرية الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها أو قطعها واختيار الأسلوب لها، وذلك إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد الذي يهيمن على المرحلة قبل العقدية ولا يقيد هذه الحرية سوى مبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يسود العملية التفاوضية⁽²⁾، ومن ثم يتعين على المتفاوض أن يمارس حريته في قطع المفاوضات بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وذلك ألا يقطع المفاوضات إلا إذا استند إلى مبرر مشروع يدعو إلى ذلك وإذا لم يكن هناك مبرر مشروع فإن قطع التفاوض يكون خاطئاً لمنافاته قواعد حسن النية والأمانة في التفاوض⁽³⁾.

5- إفشاء الأسرار: يعتبر عنصر السرية هو أهم الالتزامات التي يحرص عليها الأطراف سواء تم التعاقد أو لا، حيث إن كل طرف يمكن أن يتيح للآخر معلومات فنية أو هندسية. مما يتوجب عليه إلا يستغلها أو يستعملها، وبعبارة أخرى يجب على كل متفاوض أن يتخلص من كل المعلومات المتعلقة بالخصم (المتفاوض الآخر) في أقرب وقت ممكن⁽⁴⁾.

وفي الأخير، يمكننا القول أن مجموع الصور المذكورة أعلاه ماهي عينة من المخالفات التي يمكن أن ترتكب في مرحلة المفاوضات، ولكن تعدّ أهمها.

ثانيا- إثبات خطأ المتفاوض الكترونياً: إن التساؤل الذي يمكن طرحه في هذا الصدد حول طبيعة التزام المتفاوض الكترونياً، هل هو التزام ببذل عناية أم التزام بتحقيق نتيجة؟ بمعنى آخر هل خطأ المتفاوض يكون مفترضا أي بمجرد عدم تحقيق النتيجة المتوخاة من التفاوض، يكفي لكي تقوم مسؤولية المدين إلا إذا ثبت أن هناك سبب أجنبي حال دون الوصول إلى الهدف المنشود، أم أن الدائن عليه إثبات أن المدين لم يبذل العناية اللازمة وقصر في سلوكه؟

¹ - جمال عبد الرحمان محمد علي، المرجع السابق، ص 224-225

² - بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1، ص 68-69

³ - جمال عبد الرحمان محمد علي، المرجع السابق، ص 236

⁴ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 61-62

الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني

يرى بعض الفقه⁽¹⁾ أن التزام بالتفاوض الناشئ عن عقد التفاوض يتكون من شقين الأول هو التزام بالدخول في المفاوضات، وهو التزام بتحقيق نتيجة، أما الشق الثاني والمتمثل في الالتزام بمواصلة المفاوضات أو الاستمرار فيها فهو التزام ببذل عناية.

في حين يرى البعض الآخر⁽²⁾ على أن التزام المتفاوض عبر الانترنت تتحدد طبيعته حسب شخص المدين الذي أحلّ بالتزامه، فلا شك أن مسؤولية المهني المحترف يجب أن تكون أشد وأخطر فيما يتعلق باحترام الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض من مسؤولية غير المحترف، فإذا كان بوسع المدين غير المحترف أن يتمسك بحقه في إبرام العقد المتفاوض من أجله باعتبار أم كل ما تكبده من نفقات في حالة المفاوضات تدخل ضمن مخاطر العمل، فإن المدين المحترف لا يستطيع أن يتمسك دائما بذلك. أما الحالة التي يكون التفاوض فيها بين شخصين عاديين فإنه عبء الإثبات يقع على عاتق الطرف المضرور.

وفي المقابل إذا كان التفاوض بإحدى الوسائل الإلكترونية بين شخصين أحدهما محترف والآخر غير محترف، قامت قرينة لصالح المتفاوض غير المحترف على خطأ المتفاوض الآخر المحترف ويكون التزام المحترف وسطاً بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية، فيكون التزاما بذل عناية مصحوبة بقرينة بسيطة على الخطأ ومن ثم يتوجب على المتفاوض المحترف إثبات براءته من الخطأ طبقاً للقواعد العامة للإثبات⁽³⁾.

الفرع الثاني - الضرر والعلاقة السببية

إن استعمال الوسائل الإلكترونية كاستخدام الخاطئ لنظام المعلوماتية والذي قد يترتب عنه قطع المفاوضات نتيجة تدخل الغير بسبب إطلاقه لفيروسات أو قرصنة المعلومات. مما يترتب عنه ضرر، وحتى تقوم المسؤولية المدنية يتطلب وجود علاقة سببية (ثانياً) تربط بين الخطأ والضرر (أولاً)

أولاً - الضرر في مرحلة التفاوض الإلكتروني: يعد الضرر الركن الثاني للمسؤولية المدنية، فإذا انتفى فلا مجال للحديث عن المسؤولية المدنية، وهذه القاعدة تطبق بغض النظر عن طبيعة المسؤولية تقصيرية أو عقدية.

لم يعرف المشرع المدني الجزائري الضرر، غير أن الفقيه الجزائري بلحاج العربي⁽⁴⁾ عرف الضرر على أنه الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة لع سوا كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذا قيمة مالية أو لم يكن.

¹ - عبد العزيز حمود، المرجع السابق، ص 212-213

² - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 64، وأيضاً عايد الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 167.

³ - عايد الخلايلة، المرجع السابق، ص 180

⁴ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1، ص 284

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

والضرر هو العنصر الثاني في المسؤولية المدنية، عقدية كانت (المادة 176 قانون مدني) أو تقصيرية (المادة 124 قانون مدني)، ويستحق الدائن تعويضا عن الضرر الذي لحقه من عدم تنفيذ المدين لالتزامه كليا أو جزئيا. ونظرا لعدم وجود نصوص قانونية خاصة تنظم طبيعة الضرر في مجال المسؤولية المدنية الناتج عن التفاوض في المعاملات الالكترونية، فإن ما جاءت به القواعد العامة يمكن الرجوع إليها في هذا الصدد ما لم يوجد صراحة ما يستثني تطبيقها في هذا المجال⁽¹⁾، وفي هذا الصدد يمكن أن نقول بأن الضرر الذي يلحق المتفاوض الالكتروني هو الأذى الذي يصيبه في حقوقه المادية أو المعنوية نتيجة إخلال المتفاوض الآخر بالتزاماته التفاوضية، ومن أمثلة الضرر المادي نفقات التفاوض التي تكبدها المتفاوض المضروب في سبيل الإعداد للعقد المنشود كنفقات إعداد دراسات الجدوى وتقارير الخبراء وإعداد دفتر الشروط، ومن أمثلة الضرر المادي كذلك الوقت الذي ضاع في مفاوضات لم تسفر عن شيء مادام أن المضروب قد استطاع أن يقيم الدليل على أن ما ضاع من وقت ما كان يضيع لولا دخوله في المفاوضات⁽²⁾، ومن أمثلة الضرر المعنوي الإساءة إلى سمعة المتفاوض التجارية، ذلك أن قطع التفاوض فجأة وبدون مبرر يعتبر من قبيل الضرر الأدبي الذي أصاب المتفاوض بسبب إظهاره بمظهره من يسهل الخداعه أو من لا يوثق به، مما يؤدي إلى المساس بسمعته في السوق التجاري⁽³⁾.

ثانيا- العلاقة السببية: تعتبر العلاقة السببية الركن الثالث لقيام المسؤولية المدنية وبمقتضاه لا يكون المخطأ مسؤولا عن الخطأ الصادر عنه إلا إذا كان الخطأ هو السبب المباشر في وقوع الضرر، وبمعنى آخر أن الضرر يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه المتفاوض عبر الانترنت، وذلك بعدم الوفاء بأحد التزاماته الذي يعدّ فعلا غير مشروع.

وتكتسي العلاقة السببية أهمية في تحديد نطاق المسؤولية وخاصة في فرضية تعدد الأسباب المؤدية لحصول الضرر، فهذا الأخير في أغلب الأحيان يترتب عليه أضرار أخرى، حيث يتعين معرفة هل يستحمل الشخص الذي سبب الضرر الأول كل الأضرار الأخرى المترتبة عليه أو لا، وللقضاء دور مهم في توضيح مدى وجود العلاقة السببية أم لا⁽⁴⁾،

¹ - محمد حسام لطفي، المرجع السابق، ص 85

² - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 69

³ - إن المادة 182 مكرر من القانون المدني، المضافة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، نصت صراحة على أنه يشمل التعويض الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة.

⁴ - عايد الخلايلة، المرجع السابق، ص 183

الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني

ومن بين النظريات المطروحة في هذا المجال نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب، ونظرية السبب المنتج أو الفعال، غير أن المحاكم الجزائرية تؤخذ بنظرية الأخيرة⁽¹⁾. لكن الأمر يكون أكثر صعوبة في تحديد العلاقة السببية في المفاوضات التي تتم بشكل الكتروني، وذلك لتعدد المسائل الإلكترونية وتغيير في حالاته وخصائصه، حيث يمكن أن يكون سبب الضرر إلى عوامل أخرى بعيدة أو خفية مردها إلى تركيب الأجهزة التي تم الاعتماد عليها أثناء المفاوضات بتداخل الأدوار مما يتعذر معه تحديد العامل الفعال في وقوع الضرر.

وزيادة إلى ذلك التطور السريع في المسائل التكنولوجية المتقدمة لإحداث الضرر في المسؤولية يجعل من الصعب الحزم في عدم وجود نسبة من الخطأ في تأدية هذه الوسائل لمهامها، وهذا ينعكس سلبا على تحديد العلاقة السببية محل الدراسة.

الخاتمة:

يعد التفاوض الكتروني من المواضيع البالغة الأهمية في عصرنا هذا، نظرا للدور المنوط به والمتمثل في تنظيم الاتفاقات وتوجيهها بكيفية صحيحة إلى غاية إبرام العقد، إلا أنه ونظرا لحدثة موضوع التفاوض الإلكتروني فإن المشرع الجزائري (وإن كان قد تناول المعاملات الإلكترونية في القانون 15-04 المحدد لقواعد التوقيع والتصديق الإلكترونيين) لم يتطرق إلى المرحلة السابقة للتعاقد، كما أن هذا المرحلة لم تكن محل اهتمام بالنسبة للأشخاص المعنيين بالعقود بشكل عام والمفاوضات بشكل خاص، مما جعل جداول المحاكم تخلوا من المنازعات المتعلقة بالمفاوضات الإلكترونية أو حتى المفاوضات العادية، ونفس الشيء يقال بالنسبة للباحثين وشرح القانون الجزائري؛ إذ جل أبحاثهم ودراساتهم تفتقر إلى هذا النوع من المواضيع، مما أدى بنا، وفق منطق الأشياء، إلى الاعتماد على المراجع المتخصصة المصرية، بالإضافة إلى بعض المراجع العامة الجزائرية والفرنسية لإتمام بحثنا هذا، وقد توصلنا في الأخير إلى بعض النتائج مع إعطاء الاقتراحات المناسبة.

النتائج:

* - لم ينظم القانون الجزائري المرحلة السابقة على التعاقد، بنصوص قانونية خاصة، مكفيا باهتمامه بالمراحل التالية على إبرام العقد، بالرغم من التعديلات التي مست القانون المدني في الكثير من مواده، والمتمثلة في تعديلات القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، وكذا القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/05/2007، كما أنه

¹ - راجع تميمش رقم 4 بلحاج العربي، المرجع السابق، ج 2، ص 178

الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني

سكت عن حماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد، تاركا الأمر بيد القضاء الذي مازال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم، بالإضافة إلى أن العديد من النقاط والمسائل التي تعرفها مرحلة التفاوض الإلكتروني هي محل تضارب فقهي في قيمتها القانونية. مما يعني كل هذا أن التفاوض الإلكتروني لم ينل حظه بعد من الدراسات والأبحاث على المستوى الفقهي والقضائي رغم أهميته من الناحية الاقتصادية والاجتماعية.

*- إذا كان الأصل العام، هو أن المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على العقد هي مسؤولية تقصيرية عن فعل ضار، إلا أنه قد تطبق أحكام المسؤولية العقدية في حالات استثنائية، تكون ناجمة عن الإخلال بالتزام عقدي ورد في الاتفاقات المبدئية أو التمهيدية، وهذا قبل إبرام العقد النهائي، إذ أن الإخلال بالتزام معين في مرحلة التفاوض كقطع المفاوضات في بعض الأحوال قد يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في آن واحد، قيام المسؤولية التقصيرية (عن الفعل الضار وفقا للمادة 124 من ق.م)، والمسؤولية العقدية (جزء الإخلال بالتزامات الناشئة عن العقد، وفقا للمواد 106، 107، 172، 176، 178، و182 من ق.م) في وقت واحد، غير أنه لا يجوز الجمع بين المسؤولية العقدية والتقصيرية (le cumul)، بل على الدائن (المضروب) أن يرفع إلا إحدى الدعويين، وذلك لأن لكل من المسؤوليتين وضعاً منفصلاً ومستقلاً من القانون المدني الجزائري، ولكل منهما أحكامها الخاصة وقواعدها المستقلة عن الأخرى.

*- إن مبدأ حسن النية الواجب مراعاته عند تنفيذ العقد، والمنصوص عليه في المادة 1/107 قانون مدني نرى بأنه يتسع قانونا ليشمل ضمنا مرحلة مفاوضات العقد، أي المرحلة السابقة على التعاقد، كما أن المادة 124 من القانون المدني والتي تنص " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" تعد كنص عام ومطلق يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الضار، فإنه يتسع أيضا ليستوعب الخطأ المرتكب خلال مرحلة مفاوضات العقد، بما في ذلك الخطأ المتمثل في قطع عملية التفاوض دون مبرر مقبول أو دون سبب جدي.

*- وإذا نكل أحد المتفاوضين تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا، فإن على المتفاوض الآخر إلا المطالبة بالتنفيذ بمقابل، والذي يتمثل في تعويض نقدي عادل وشامل لكل ما لحقه من ضرر مادي أو معنوي من جراء قطع مفاوضات العقد. بحيث يشمل التعويض ما لحق المتفاوض (الدائن) من خسارة وما فاتته من كسب. بالرغم من أن التنفيذ العيني هو الأصل في القانون المدني الجزائري، وفقا للمادة 164 قانون مدني وما يليها، إلا أنه من الأفضل استبعاد التنفيذ العيني في مجال التفاوض، وذلك لأن الأخذ به يعني إلزام الأطراف بمتابعة المفاوضات وصولا إلى تحقيق العقد النهائي بالقوة، وهو ما يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية.

الاقتراحات:

- *- انطلاقا من التطورات المستجدة في باب المعاملات الالكترونية، نقترح على المشرع المدني الجزائري مواصلة التعديلات التشريعية التي طرأت في عامي 2005 و 2007 بتعميقها خاصة في مجالي الالتزامات والمسؤولية، وأن يتبنى واجب التفاوض بحسن نية مبدءا عاما صريحا، بأن ينص صراحة وبكل وضوح، على أنه يلتزم الأطراف خلال التفاوض وإبرام العقد بالتصرف الصحيح وفقا لقواعد الأمانة والثقة وحسن النية. أي ضرورة تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد، بدلا من تركها في شكل ضمني يسودها الغموض والفراغ التشريعي. وفي ذلك حماية للطرف الضعيف في المفاوضات في عصرنا هذا، والذي هو عصر المعاملات الالكترونية المحفوفة بالمخاطر والمشاكل.
- *- إن استقرار نجاح المفاوضات الالكترونية تقتضي تدخل تشريعي يعطي لجميع النقط والاتفاقات والالتزامات التي تكون على عاتق الأطراف قيمة قانونية بصفة صريحة وعند الإخلال بها ترتب المسؤولية المدنية.
- *- يجب تشجيع الجامعيين الجزائريين على تناول مرحلة المفاوضات وبالأخص الالكترونية منها في أبحاثهم، مادام هذه الأخيرة أصبحت الأكثر تداولاً على الصعيد العملي، وذلك من أجل التعرف بهذه المرحلة للجميع المعنيين بالعقد سواء كانوا أكاديميين أو ممارسين.

قائمة المراجع

الكتب

- 1- أبو العلا علي أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002.
- 2- السيد محمد عمران، الالتزام بالإخبار، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994.
- 3- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، ج1، ديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 4- جمال عبد الرحمان محمد علي، المسؤولية المدنية للمتفاوض نحو تطبيق القواعد العامة على المسؤولية للمتفاوض عبر الانترنت، دار النهضة العربية العربية، القاهرة، 2004.
- 5- خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007.
- 6- رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 7- سمير أودن، خطاب النوايا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 8- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- 9- عايد الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الالكترونية، دار الثقافة، عمان، 2009.
- 10- عبد القادر أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، العقد، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1981.

الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني

- 11- عبد العزيز حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
- 12- على فيلاي، الألتزامات، ج1، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2008.
- 13- علي علي سليمان، مصادر الألتزامات، ديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 14- محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1994.
- 15- محمد حسام لطفي، استخدام وسائل الأتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 16- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، دار الهدى، الجزائر، 2007.
- 17- محمد حسام لطفي، إستخدام وسائل الأتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة، 1993.
- 18- محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، مطبوعات معهد الإدارة العامة، الرياض، 1995.
- 19- محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
- 20- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الألتزام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1983.
- 21- مصطفى السيد، دليلك الشامل إلى شبكة الأترنت، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، مطبعة عايدين، القاهرة، 1997.

المجلات والدوريات

جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مقال منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 20، العدد الأول، مارس 1996.

Ouvrages

- C. Dupont , La négociation, situation- problématique- application, Dunod, Paris, 2000.
 M. Geninet, Théorie générale des avants contrat, Dalloz, Paris, 2005.
 J.Ghestin, traité de droit civil, la formation du contrat, LGDJ, Paris, 1999.
 Ph. Tourneau, contrats informatique et électronique, LDGJ, Paris, 2007.