

جامعة قاصدي مرباح ورقلة  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
قسم الحقوق



مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر في الحقوق  
التخصص: القانون الخاص  
الفرع : علاقات دولية خاصة  
مقدمة من طرف الطالبة: مرزاقة معمرى  
بعنوان :

## المفاوضات في عقود التجارة الدولية بإستخدام تكنولوجيا المعلومات والإتصال

نوقشت وأجيزت بتاريخ : ...../...../.....  
أمام اللجنة المكونة من السادة :

د/ محمد عمران بوليفة - أستاذ محاضر (ب) - جامعة قاصدي مرباح ورقلة ..... رئيسا  
أ.د/ رضا هميسي - أستاذ التعليم العالي - جامعة قاصدي مرباح ورقلة ..... مشرفا  
د/ أحمد خديجي - أستاذ مساعد (أ) - جامعة قاصدي مرباح ورقلة ..... مناقشا

السنة الجامعية : 2015 - 2016

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ :

>> وَأَنْزَلَ اللّٰهُ عَلَيْكَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَعَلَّمَكَ

مَا لَمْ تَكُنْ تَعْلَمُ ۚ وَكَانَ فَضْلُ اللّٰهِ عَلَيْكَ عَظِيمًا <<

صدق الله العظيم

الآية 113 سورة النساء

## الإهداء

إلى روح أبي الطاهرة . . . رحمه الله.  
إلى والدتي العزيزة . . . حفظها الله.  
إلى زوجي الفاضل . . . الذي صبر معي طيلة مشواري الدراسي .  
إلى إخوتي و أخواتي، خاصة اختي الصغرى . . . سدّد الله خطاهم.  
إلى كل زملائي وزميلاتي . . .

أهدي هذا الجهد المتواضع

## شكر وتقدير

أشكر الله أولاً وآخراً الذي منحني هذه الفرصة لأكمل دراستي، ووفقني لإنجاز هذا العمل.

أتقدم بجزيل الشكر ووافر الاحترام والتقدير الى الأستاذ الدكتور هميسي رضا لتفضله بالإشراف على هذه المذكرة، ولما بذله من جهد مخلص فقد كان لصبره وسعة صدره، وتدقيقه وإبداء ملاحظاته السديدة الأثر الواضح في اخراج هذه المذكرة بالصورة الامثل.

كما أتقدم بالشكر والامتنان الى عضوي لجنة المناقشة لتفضلهما بمناقشة هذه المذكرة، والشكر موصول الى كل أساتذتي الكرام على ما أحاطوني به من اهتمام وعلم فجزاهم الله عنا خير جزاء.

كما أتقدم بخالص الشكر إلى كل عمال المكتبة الجامعية كلية الحقوق وكل من ساعدني من قريب او بعيد.

# مقدمة

إن المتتبع للتطورات الاقتصادية والتقنية التي يشهدها العالم منذ أكثر من قرن من الزمن، وما صاحبها في أنماط التعامل وآلياته، فلا بد أن يلحظ تحولا موازيا لها في منهج دراسة تكوين العقد، والتي أصبحت تتجه أكثر نحو نقطة البداية الحقيقية، وهي لحظة الاعداد للعقد وما يعقبها من سعي من خلال المشاورات بشأن العقد المزمع إبرامه، فمرحلة المفاوضات هي المرحلة التي يتم فيها خلق العقد ووضع اللبنة الأولى التي تشيد عليها العملية التعاقدية فيما بعد، وهي أيضا المرحلة التي يتم فيها التحضير للعقد في كافة جوانبه، المالية، والفنية، والقانونية .

إن التطور التكنولوجي الهائل خاصة في مجال الاتصال وتبادل المعلومات وظهور استعمال الانترنت بشكل واسع، انشأت نسيجا من العلاقات بين الافراد والعت الحدود الجغرافية بين الدول، وفتحت الباب على مصرعيه للفرص التعاقدية سواء للبيع أو الشراء، أو إبرام عقود العمل أو التأمين .

وأدى ظهور التجارة الالكترونية، الى تضاعف استخدامها، وغدت العمود الفقري في الدول المتقدمة خاصة بالنسبة للمعاملات الاقتصادية والعلاقات المالية، وإبرام العقود، لأنها تتيح العديد من المزايا من أهمها، توفير الجهد والمال.

وباعتبار العقد الالكتروني اهم وسيلة من وسائل التجارة الالكترونية، ومن اهم ما يميزه هو انه تعاقد عن بعد يتم عن طريق وسيط الكتروني، عبر الشبكات العالمية، وغالبا ما تكون محررة على دعائم الكترونية مخزنة داخل الأنظمة المعلوماتية.

مما أدى الى طرح سلسلة من الاشكالات القانونية، الشيء الذي انعكس على المرحلة السابقة على التعاقد باستخدام تكنولوجيا الاعلام والاتصال، حول امكانية استيعاب القواعد الكلاسيكية المنظمة للعقد لهذه الانماط الجديدة ومدى جواز التفاوض بشأنه.

وتعد مرحلة المفاوضات الالكترونية لا سيما في عقود التجارة الدولية من أهم وأخطر المراحل التي يمر بها العقد، فهي المرحلة التي يتم فيها الوقوف على الصعوبات المتوقعة أثناء التنفيذ، والعمل على إيجاد حلول مناسبة لها، فضلا على انها المرحلة التي يتم فيها التعرف عن المتعاقد الآخر ومدى قدرته وكفاءته والتأكد من جديته، ومشروعية العرض.

كما أدى التوجه نحو العولمة ونظام اقتصاد السوق، إلى أن التفاوض لم يعد مقتصرًا على نشاط معين أو علاقة معينة بل أصبح علم وفن قائم بذاته، يعين على حل كل المسائل، سواء منها الاقتصادية أو الاجتماعية، أو السياسية، أو الثقافية، لذا اهتمت الجامعات والمعاهد والهيئات الدولية، فأقامت اللقاءات والندوات العلمية، لإعداد وتدريب المفوضين في شتى المجالات والميادين، وخاصة في مجال إبرام العقود التجارية الدولية، والتي من

خلالها تسعى الدول النامية لجلب المستثمرين إليها، لتحقيق أهدافها التنموية اجتماعيا واقتصاديا، وفق أفضل الشروط التي تتناسب مع امكانياتها المادية، وكل ذلك يستلزم إتقان فن التفاوض، من أجل تدعيم قدراتها ومهاراتها التفاوضية اتجاه المستثمرين الأجانب لمواجهة الدول المتقدمة والشركات متعددة الجنسيات، بحيث يعود اللجوء إلى التفاوض لعدة أسباب تفرضها ضرورات منطقية وموضوعية واقتصادية.

أما الضرورات المنطقية فتتمثل في كون الإنسان كائن اجتماعي لا يستطيع العيش بمعزل عن الآخرين فهو يؤثر ويتأثر، وهذا من خلال الحوار وتبادل الآراء والأفكار.

أما عن الضرورات الموضوعية، تكمن ما للمفاوضات من دور في الوقاية من أسباب النزاع، فهي تعد صمام الأمان للعقد المزمع إبرامه.

أما الضرورات الاقتصادية، فيبرزها عظم قيمة الصفقة أو العقد محل التفاوض، وهي وسيلة لإعادة التوازن العقدي.

وتزداد هذه الأهمية يوميا بسبب تزايد المشكلات العملية الناشئة عن المعاملات التجارية الدولية من جهة وعقود التجارة الإلكترونية من جهة أخرى، وما لهذه الأخيرة من مخاطر بالنسبة للمشتري أو متلقي الخدمة كونها تبرم عن بعد في بيئة افتراضية، فتعد المفاوضات وسيلة لتقليل إلى حد كبير من هذه المخاطر التي تفرزها التجارة الإلكترونية. بحيث يجب على المفاوض الموازنة بين مبدئين أساسيين في عقود التجارة الدولية، وهما مبدأ حرية المفاوضات، ومبدأ حسن النية في التفاوض.

ولعلها تعد من أهم التحديات التي يواجهها رجال القانون، وهو التنظيم القانوني للتفاوض الإلكتروني وهو ما حفزنا لدراسة هذا الموضوع للوقوف على كافة جوانبه واشكالاته القانونية، فالمفاوض بحاجة ماسة إلى ما يضمن له جدية المفاوضات ويكفل له المحافظة على أمواله، ومجهوداته من الضياع، خاصة أن التقنيات المدنية الحديثة لم تنظم مرحلة المفاوضات بنصوص خاصة مكثفة بالمراحل التالية لإبرام العقد رغم أهمية هذه المرحلة في تذليل الصعوبات، التي تتمثل في التعقيدات القانونية والفنية، أمام طرفي العقد وذلك للحد من المخاطر الجسيمة التي قد تواجه إتمامه وإبرامه.

فضلا على انه من المواضيع الحديثة العهد، تتعلق بنتائج التطور التكنولوجي وما يعتريه من صعوبات واشكالات قانونية.

وتبرز أهمية موضوع الدراسة في عدة جوانب نذكرها فيما يلي :

في الحيوية التي يتم من خلالها الإعداد والتحضير للعقد، وأيضاً أن مرحلة المفاوضات لها دور في تفسير العقد عند غموضه، وتحدد حقوق والتزامات الطرفين، وتتعلق أهميته أيضاً في القانون الواجب التطبيق على العقد ذو الطابع الدولي، وعن بيان وسائل تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين.

فالتفاوض عبر الإنترنت يهدف للقضاء على القلق والتردد لدى طرفي العقد، الذي يخلق الرغبة لكليهما في التآني والتحقق من مدى ملائمة العقد للظروف والتطلعات، وبالتالي تكون المفاوضات وسيلة لتهيئة أنسب الظروف وأكثرها ملائمة لإبرام العقد.

وتكمن أهمية الموضوع أيضاً في توضيح التكييف القانوني لمرحلة المفاوضات، خاصة إزاء قصور التشريعات الوطنية، ومنها التشريع الجزائري في معالجة المشكلات التي يثيرها موضوع البحث، وارتباطها بعقود تتنامى أهميتها العملية، وتزداد يوماً بعد يوم، لاسيما وان لهذه العقود وزنها وأهميتها في حركة النمو الاقتصادي، وتأثيرها المباشر في النشاط التجاري للبلاد، تاركة الأمر للفقهاء والقضاء الذي استند إلى بعض النصوص الغير مباشرة التي تشير إلى مرحلة التفاوض.

ويتمحور **هدف الدراسة** حول بيان الطبيعة القانونية لمرحلة المفاوضات التي تستخدم فيها تكنولوجيا المعلومات والاتصال، وبيان القيمة القانونية للمستندات والاوراق المتبادلة في هذه المرحلة، فضلاً عن طبيعة مسؤولية المفاوضات، وجزاء الإخلال بها.

وقد اعتمدنا على صورة معينة للمفاوضات وهي المفاوضات التي تسبق إبرام العقود التجارية الدولية والتي تجري من خلال وسائط إلكترونية، وعليه تستبعد من نطاق الدراسة مرحلة إبرام العقد، ومرحلة التفاوض التقليدية والذي لا نتطرق إليها إلا بالقدر المطلوب الذي تتطلبه حاجة البحث.

وتتمثل الإشكالية التي يثيرها هذا الموضوع فيما يأتي:

**ما هو الإطار القانوني لمرحلة المفاوضات في عقود التجارة الدولية باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال؟**

وللإجابة عن هذه الإشكالية، قسمنا بحثنا هذا إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول مفهوم المفاوضات عبر الوسائل الإلكترونية، وتضمن مفهوم التفاوض الإلكتروني، وفيه تعرضنا إلى تحديد معناه بدقة، وخصائصه، والمراحل التي يمر بها، وأشرنا لأهم المستندات التي تتخلل هذه المرحلة والقيمة القانونية لها، أما الفصل الثاني فتطرقنا إلى أهم الالتزامات في مرحلة المفاوضات، وإلى الطبيعة القانونية للمسؤولية المفاوضات وشروط قيامها وجزاء الإخلال بها.



واعتمدنا على المنهج الاستدلالي، لتأصيل المشكل محل الدراسة بالرجوع إلى موقف الفقه والقضاء، واعتمدنا على المنهج التحليلي لاستخلاص الحلول من القواعد العامة نظراً لعدم وجود نص ومدى وملاءمتها لحل المشكلات في هذه المرحلة، فضلاً عن بيان موقف القانون الجزائري إضافة إلى المنهج المقارن لبيان موقف أهم بعض القوانين الأخرى كفرنسا، مصر وتونس.

ونشير إلى أنه واجهتنا جملة من الصعوبات أثناء إعدادنا لهذا البحث هي:

- ندرة المراجع المتخصصة، خاصة الوطنية منها، نظراً لإهتمام الباحثين بمرحلة ابرام العقد، والعقد الالكتروني، وكانت مرحلة المفاوضات الالكترونية جزء بسيط من هذا الأخير.
- لم تنظم القوانين بشكل عام هذه المرحلة، وهناك من القوانين الذي أتى على ذكرها بشكل مبتور دون تنظيم قانوني متكامل لهذه المرحلة.
- غياب الاجتهاد القضائي الجزائري فيما يخص هذا الموضوع، الذي كان من الممكن الاستناد إليه.

# الفصل الأول

مفهوم المفاوضات عبر

الوسائل الإلكترونية

## الفصل الأول

### مفهوم المفاوضات عبر الوسائل الإلكترونية

إن التطور في استخدام الوسائل الحديثة في عقود التجارة الدولية وما تتسم به من تعقيد والذي لا يمكن بأية حال من الأحوال أن يبرم بإيجاب وقبول فوريين، وإنما لابد أن تسبقها مرحلة مفاوضات لاسيما تلك القائمة على التعامل الإلكتروني، ولعل أول ما يثير الإهتمام في هذه الدراسة هو التعرف على التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الدولية من خلال تعريفه لغة وإصطلاحاً وتبيان خصائصه ومراحله في المبحث الأول .

إن مرحلة التفاوض الإلكتروني تمر بمراحل متتالية تتخللها اتفاقات تمهيدية يتبادلها أطراف التفاوض وتمثل مضمون ما تم الاتفاق عليه وتتضاعف الحاجة لتحديد هذه الاتفاقات عند التفاوض بشأن بعض عقود التجارة الدولية الضخمة مثل عقود نقل التكنولوجيا بقصد وصف محل التعاقد و مواعيد التسليم و كيفية تسديد المقابل و اجاله ...، وعليه سوف نتطرق في المبحث الثاني الى الاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض الإلكتروني من خلال حصر اهم الصور لهذه الاتفاقات والقيمة القانونية لها .

### المبحث الأول

#### تعريف التفاوض الإلكتروني ومراحله

تعتبر عملية التفاوض أهم مرحلة يتم فيها الإعداد للعقد وهي فن وعلم له أصوله الخاصة به لذا تعددت التعاريف حسب الزاوية التي ينظر له منها وبالتالي سنتطرق إلى تعريفه لغة وإصطلاحاً ثم إلى مفهومه في عقود التجارة الدولية لنصل إلى تعريف التفاوض الإلكتروني في (المطلب الأول)، وأهم خصائصه في (المطلب الثاني)، ومراحله في (المطلب الثالث).

## المطلب الأول : معنى التفاوض الإلكتروني

هناك محاولات عديدة من الفقهاء لارساء معنى محدد للتفاوض لا سيما التفاوض الإلكتروني، نحاول في بحثنا هذا تحديد تعريفه لغة و اصطلاحا (الفرع الاول) ثم في عقود التجارة الدولية (الفرع الثاني) لنصل الى تعريف التفاوض الإلكتروني (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: تعريف التفاوض لغة واصطلاحا

#### أولا : تعريف التفاوض لغة

تتضمن كلمة مفاوضات هي المساومة والمشاركة، وتفاوضوا في الحديث أي أخذوا فيه، وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض فيهبعضهم بعضا<sup>1</sup>. بحيث تتضمن كلمة مفاوضات باللغة العربية جانبي الأخذ والعطاء<sup>2</sup>.

أما باللغة الفرنسية فإن كلمة (Négotiation) تحمل معنيين الأول هو التجارة (Commerce) أي عملية الشراء والبيع لقيمة منقولة أو عملية تداول الأوراق التجارية ، والمعنى الثاني " التفاوض " هي العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر وبذل العديد من المساعي بهدف التوصل إلى إتفاق بشأن صفقة معينة<sup>3</sup>.

#### ثانيا :إصطلاحا

تعددت التعاريف الخاصة بالتفاوض فيرى البعض بأنه " تبادل الإقتراحات والمساومات والإمكانيات والتقارير والدراسات الفنية بل والإستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف وللتعرف على ما يسفر عنه الإتفاق من حقوق والتزامات للأطراف"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - ينظر، لسان العرب ، أبي الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ، 1997 ، ص 171 .

<sup>2</sup> - ينظر، نادر أحمد أبو شيخة، أصول التفاوض، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان 2007، ص 21 .

<sup>3</sup> - عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، المركز الجامعي العقيد أكلي محمد أولحاج، البويرة 2012، ص 17 .

<sup>4</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الدار الجامعية، الإسكندرية 2007 ، ص 267 .

وعرفه البعض الآخر بأنه "هو التفاوض والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى إتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة"<sup>1</sup>.

ومنهم من يعرفه البعض " تلك المرحلة التمهيديّة التي يتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد وفي هذه المرحلة لا يكون العقد عقدا بل ليس هناك إيجاب بالعقد يمكن قبوله وإنما هناك عروض وعروض مضادة"<sup>2</sup>. وعرفه البعض الآخر: " عملية رئيسية تحدد إتجاه الإرادات لإحداث الأثر القانوني فهو وسيلة لتحقيق التوافق الإرادي والغرض منه هو توضيح الأعمال محل التعاقد وإيجاد أرضية مشتركة للتفاهم"<sup>3</sup>.

وأيضاً هو أسلوب للإتصال العقلي بين طرفين يستخدمان ما لديهما من مهارات الإتصال اللفظي لتبادل الحوار الإقناعي ليصلا إلى تحقيق مكاسب مشتركة"<sup>4</sup>، وهو "مرحلة من مراحل الحوار قبل الوصول إلى إتفاق"<sup>5</sup>.

نلاحظ من هذه التعاريف أنها ركزت على الهدف المنشود من التفاوض وكذا طريقة وأساليب القيام به على أكمل وجه، وتشير إلى التفاوض بمعناه الواسع، إذ هو حوار أو مناقشة، تفاعل، أو مقترحات سواء للوصول إلى إتفاق معين حول مشروع مشترك أو نزاع قائم أو يخشى قيامه .

واستناداً للمفاهيم السابقة نحاول اقتراح التعريف التالي: "مرحلة المفاوضات هي المرحلة التي تسبق العقد وتقوم بين طرفين أو أكثر، تتم فيها تبادل وجهات النظر والحوار، باتخاذ كل طرف جميع اساليب الإقناع بغية الحفاظ على مصالح قائمة أو التطلع والحصول على منافع جديدة وقد يكون ذلك في إطار عقدي أو مادي حسب اتفاق الاطراف."

<sup>1</sup> - نبيل إسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني 2013، ص 309 .

<sup>2</sup> - علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دار هومة، الجزائر 2012، ص 51 .

<sup>3</sup> - طالب حسن موسي، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2008، ص 114 .

<sup>4</sup> - نادر أبو شيخة، المرجع السابق، ص 21 .

<sup>5</sup> - نادر أبو شيخة، المرجع نفسه، ص 22 .

## الفرع الثاني: التفاوض في مجال عقود التجارة الدولية

مثلما إختلف الفقه في تحديد مفهوم عام للتفاوض فإنهم إختلفوا أيضا حول إعطاء تعريف قانوني للتفاوض حول العقود :

فقد عرفه البعض " التفاوض هو مناقشة مشتركة لعناصر عقد مقترح تهدف إلى الوصول إلى صيغة أو تصور مشترك مقبول بين الطرفين"<sup>1</sup>.

وهو "حدوث إتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى إتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى إتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل"<sup>2</sup>.

وأیضا " هو إتصال أو تشاور أو حوار بين طرفين أو أكثر بغرض الوصول إلى إتفاق نهائي وإبرام عقد معين"<sup>3</sup>.

ويعرفه البعض الآخر " إن مرحلة المفاوضات هي المرحلة التي تسبق إبرام العقد والتي تهدف أساسا لهذا الإبرام وذلك بتجميع الأطراف المعنية للقيام بالمشاورات والمحادثات وتبادل الإقتراحات ووجهات النظر حول نقاط العقد المزمع إبرامه من أجل بلورة النقاط الجوهرية منها"<sup>4</sup>.

نلاحظ من التعاريف السابقة انها تحصر عملية التفاوض في مجال عقود التجارة الدولية للوصول الى ابرام العقد سواء بطريق مباشر او غير مباشر، أي عن طريق وسائط الكترونية وهذا ما يجرننا للحديث عن التفاوض الالكتروني في الفرع الموالي .

<sup>1</sup> - طالب حسن موسى، المرجع نفسه، ص 107 .

<sup>2</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 268 .

<sup>3</sup> - على أحمد صالح، المرجع السابق، ص 50.

<sup>4</sup> - عتيق حنان، المرجع السابق، ص 19 .

### الفرع الثالث: التفاوض الإلكتروني

لقى التطور الهائل في تكنولوجيا المعلومات وتقنية الاتصالات بفضله على التجارة وأصبحت المعاملات التجارية تنجز بوسائل إلكترونية وتنتقل بين أطرافها من خلال شبكة الإنترنت التي وجدت ضالتها فيها، ويشير مصطلح المعلوماتية إلى تكنولوجيا المعلومات والاتصال<sup>1</sup>، والمعلوماتية هي علم المعالجة العقلانية بصفة خاصة بواسطة الآلات الأوتوماتيكية، للمعلومة التي تعتبر مرتكزا للمعارف الإنسانية والاتصالات في المجال التقني والإقتصادي والاجتماعي<sup>2</sup>.

ويعتبر العقد الإلكتروني هو العصب الأساسي للتجارة الإلكترونية، وبالرجوع إلى نصوص القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية نجد أنه عرف العقد الإلكتروني من خلال تعريفه للرسائل البيانات في المادة 2/أ بأنها "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها وإستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو التلكس"، وعرفت المادة 2/ب تبادل البيانات الإلكترونية "يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر بإستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"<sup>3</sup>، ورأت اللجنة المعدة لهذا القانون بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل إستعمالات المعلومات الإلكترونية ليشمل بذلك إبرام العقود وللأعمال التجارية المختلفة .

يتضح مما سبق أن الإنترنت ليست الوسيلة الوحيدة لتمام عملية التعاقد في التجارة الإلكترونية بل تشاركها وسائل أخرى مثل جهاز التلكس والفاكس ...

أما التفاوض الإلكتروني فيتم بين طرفين لا يجمعهما مجلس واحد حيث في الغالب ما تصدر المبادرة أو الدعوة للتفاوض من شخص أو شركة خارج حدود الدولة التي يقيم على إقليمها الطرف الآخر لذا نجد البعض قد عرفه "بتبادل بدون حضور مادي متعاصر لأطراف التفاوض بإستخدام وسيلة سمعية بصرية للاتصال عن بعد، للاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والإستشارات القانونية

<sup>1</sup> - وهو مصطلح مشتق في اللغتين العربية والفرنسية من الأحرف الأولى من كلمتي Information أي معلومات وأوتوماتيك أو آلي Aoutomatique

<sup>2</sup> - محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2002، ص 01 .

<sup>3</sup> - المادة الثانية من قانون اليونسسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية 1996 .

التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف للتعرف على ما يسفر عليه الإتفاق من حقوق والتزامات"<sup>1</sup>.

ويعرفه جانب آخر من الفقه "التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من خلال الإتصال المباشر أو تبادل البيانات إلكترونياً عبر البريد الإلكتروني، وذلك من أجل الوصول إلى إتفاق معين حول مصلحة أو مشكلة ما"<sup>2</sup>، وعرفت محكمة باريس في حكمها الصادر في 23 / 05 / 1992 عقد التفاوض بقولها "هو عقد بمقتضاه يلتزم أطرافه بنية أو متابعة التفاوض بحسن نية حول شروط عقد يبرم في المستقبل"<sup>3</sup>.

إستناداً إلى التعاريف السابقة يمكن القول بأن التفاوض الإلكتروني هو المرحلة التمهيديّة التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد بين الأطراف المتفاوضة من خلال الوسائط الإلكترونية وهذا ما يميزه عن التفاوض التقليدي الذي يتم بالإتصال المباشر لأطراف التفاوض، غير أن التفاوض الإلكتروني الذي يتم عن بعد من خلال إحدى شبكات الإتصال الحديثة والتي تطورت بتطور الفكر الإنساني المبدع والإختراعات وسنتعرض الى هذه الوسائل في النقاط التالية:

#### أولاً: التليفون (Téléphone)

يتميز التليفون بسرعة الإتصال وسهولة الإستخدام ويتم التعاقد عن طريقه فوراً ومباشراً، وما يميزه هو أنه تعاقد شفوي قد يتطلب صدور تأكيد كتابي، وقد تطور التليفون العادي بإدخال بعض التعديلات التكنولوجية عليه كان الهدف منه إستخدام هذا الجهاز في الدخول إلى شبكة الإنترنت<sup>4</sup> ..

#### ثانياً: التليفزيون (Télévision)

هو جهاز بث على الهواء، اكانت صوراً متحركة أو جامدة، صامتة أو صاحبه صوت، بثاً يمكن للجماهير التقاطه.

<sup>1</sup> - عنيق حنان، المرجع السابق، ص 19 .

<sup>2</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 268 .

<sup>3</sup> - عقيل فاضل حمدالدهان، ومنذرا إبراهيم حسين الحلبي، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني، جامعة أهل البيت العراق العدد الثامن، على الموقع [www.ahlbaitonline.com/karbala/New/html/research/research.php?ID=139](http://www.ahlbaitonline.com/karbala/New/html/research/research.php?ID=139) تصفح يوم 2016/4/4

<sup>4</sup> - زهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة، الجزائر 2012، ص 61 .



يستخدم هذا الجهاز في تسويق السلع في فرنسا وأمريكا، حيث خصص التلفزيون الفرنسي عدة قنوات لتسويق السلع التجارية يتم من خلالها عرض السلع مع الدعاية لها.<sup>1</sup>

وقد عرف مؤخرا البيع عن طريق شاشة التلفزيون متمثلا في عرض بعض الشركات لسلعها عن طريق التلفزيون مع بيان مزاياها واستخداماتها وتحديد أوصاف المنتج وثمانه، و يتم التعاقد عن طريقه من جانب واحد فلا يوجد أي امكانية للتفاعل بين المتعاقدين و يكون الايجاب فيه موجها للجمهور ويعبر القابل عن ارادته بواسطة اتصال هاتفي او برسالة الى عنوان يحدده الموجب.<sup>2</sup>

### ثالثا: جهاز التلكس (Tèlèx)

التركس هو جهاز لإرسال البيانات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة، إذ لا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال البيانات وإستقبالها، إلا إذا لم يكن هناك من يرد على البيانات لحظة إرسالها.<sup>3</sup>

وقد أقر القضاء الفرنسي والإنجليزي بحجية التركس في الإثبات، وقد أجاز القانون المصري أن يكون إعدار المدين أو إخطاره في المواد التجارية في أحوال الإستعجال ببرقية أو تركس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الإتصال السريعة.<sup>4</sup>

### رابعا: جهاز الفاكس (Fax)

هو عبارة عن جهاز إستنساخ بالهاتف، يمكن بواسطته نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبقة بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها على جهاز فاكس آخر في حيازة المتلقي، وقد أشار القانون النموذجي للأمم المتحدة (CNUDCL) الصادر عام 1996 إلى الفاكس بإعتباره من الوسائل التي يمكن إستخدامها في إبرام العقود عن بعد.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - أصدرت الدولة الفرنسية قانونا يتعلق ببيع المسافات والبيع عبر التلفزيون Vente à Distanse صدر في 1988/01/06 وقد سمي هذا النظام بـ (Télé - Achat).

<sup>2</sup> - فلاح فهدي المطيري، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق جامعة الشرق -- الأوسط -- الاردن 2011، ص 44

<sup>3</sup> - مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق جامعة باتنة 2011/2012، ص 69

<sup>4</sup> - فلاح فهدي المطيري، المرجع السابق، ص 43.

<sup>5</sup> - ناصيف إلياس، العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت 2009، ص 12.

**خامسا: جهاز الحاسوب (Ordinateur)**

يعتبر أكثر الأجهزة شيوعا في مجال التعاقد الإلكتروني في الحياة المعاصرة وذلك من خلال شبكة الإنترنت، وقد ترتب على استخدامه وانتشاره بشكل واسع على ظهور التجارة الإلكترونية وهي تعتمد على وسائل إلكترونية من أهمها الحاسوب وما يتعلق به من برامج<sup>1</sup>.

**سادسا: شبكة الإنترنت (Internet)**

هي شبكة دولية لمجموعة حواسيب مرتبطة ببعضها البعض بغرض تبادل البيانات .

وتتعدد وسائل التعاقد من خلال شبكة الإنترنت، وهي إما أن يتم إبرام العقد والتفاوض بشأنه عن طريق المراسلة من خلال البريد الإلكتروني والذي يطلق عليه على سبيل الإختصار E-Mail، وقد يتم التعاقد بطريقة المحادثة أو المشاهدة، وقد يتم التعاقد عبر شبكة المواقع ويب (WEB) وهو أكثر إنتشارا .

بالرغم من أهمية التفاوض وماله من دور مهم وفعال في إعداد العقد، إلا أن بعض التقنيات المدنية ومنها الجزائري قد خلت من أي تنظيم لهذه المرحلة مما يجعلها مجال الدراسات الفقهية وإجتهد القضاء الذي يستند إلى بعض النصوص غير المباشرة التي تشير إلى مرحلة المفاوضات، فجد المادة 65 من القانون المدني الجزائري، وهو نفس النص الذي أورده المشرع المصري في المادة 95 من القانون المدني أما المادة 94 من نفس القانون إعتبرت أن النشر، الإعلان، بيان الأسعار والعروض الموجهة للجمهور والأفراد تعتبر عند الشك دعوة للتفاوض<sup>2</sup>.

وقد أشارت بعض التقنيات الحديثة صراحة لموضوع التفاوض<sup>3</sup>، ومنها القانون المدني الإيطالي في 1337 وأيضا القانون السويسري تضمن نصا يقضي بأنه "يلتزم كل شخص بإستعمال حقوقه وتنفيذ إلتزاماته وفقا لقواعد حسن النية"،

أما القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية فقد أشارت صراحة لمرحلة المفاوضات العقدية مثلما هو الشأن بالنسبة لمشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري حيث عرف العقد الإلكتروني بأنه: "كل عقد تصدر

<sup>1</sup> - احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الإلكتروني، السياحي، البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة 2002، ص 18.

<sup>2</sup> - المادة 65 ق م ج تنص " إذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية ...".

<sup>3</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، بحث منشور على الموقع <http://www.egy-court.com/forums/index.php>، تاريخ التصفح 2016/4/4، ص 25.

فيه إرادة أحد الطرفين أو كلاهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني<sup>1</sup>، والقانون الإلكتروني التونسي نص في الفصل 25 منه بأن يوفر مجموعة من المعلومات للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد، بحيث يستشف من نص المادة بوجود مرحلة تفاوض من خلال الالتزامات التي رتبها على البائع في المعاملة الإلكترونية<sup>2</sup>، بخلاف قانون المعاملات الأردني وقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي الذي لم ينص صراحة على مرحلة المفاوضات واكتفوا بتعريف العقد الإلكتروني<sup>3</sup>.

إن مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" الوارد في القانون المدني الجزائري تسمح بالتفاوض وإبرام العقود الإلكترونية في ظل التشريعات السارية بناء على المبادئ التعاقدية التي إتفق عليها الأطراف ما لم تتعارض مع النصوص التشريعية الآمرة الموجودة في القانون الجزائري، وما لم تتعارض مع النظام العام والآداب العامة<sup>4</sup>، كما إتجهت الجهود الدولية لبيان وتأكيد حرية المفاوضات، فنجد المادة الأولى من قواعد UNIDROIT تنص: "يتمتع أطراف العقد بحرية إبرامه"، كما نصت المادة الثانية منها على أن "يكون الأطراف أحرار في التفاوض ولا يكونون مسؤولين إذا لم يصلوا إلى إتفاق"<sup>5</sup>، وقد يترتب على هذا المبدأ ثلاثة مبادئ أخرى وهي: مبدأ حرية التعاقد، مبدأ القوة الملزمة للعقد، نسبة أثر العقد.

### المطلب الثاني: خصائص التفاوض الإلكتروني

لكي تقوم المفاوضات لأبد من توافر مجموعة من الخصائص التي تشكل في مجموعها إطاراً عاماً لعملية التفاوض الإلكتروني وتجعل منه فكرة قانونية قائمة بذاتها دون أن تلتبس بأفكار قانونية أخرى مشابهة لها ومن أهم هذه الخصائص هي أنها تقوم بموجب رضا الطرفين (الفرع الأول)، وتقوم بوجود طرفين أو أكثر فهي علاقة تبادلية (الفرع الثاني)، ونتائجها تكون دائماً احتمالية (الفرع الثالث) وتتم عبر وسيط إلكتروني (الفرع الرابع).

<sup>1</sup> - مشروع التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2001.

<sup>2</sup> - الفصل 25 (يجب على البائع في المعاملات الإلكترونية ان يوفر للمستهلك بطريقة واضحة و مفهومة قبل ابرام العقد المعلومات التالية: ...)

<sup>3</sup> - قانون التوقيع الإلكتروني و المعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 الذي عرف العقد الإلكتروني في المادة الحادى عشر منه. اما قانون

المعاملات الإلكترونية الاردني رقم 85 لسنة 2001 فعرفه في المادة الثانية منه والتي تنص (الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً او جزئياً).

<sup>4</sup> - فراح مناني، العقد الإلكتروني، وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة 2009، ص 134.

<sup>5</sup> - تصفح قواعد UNIDROIT على الموقع: www.unidroit.org

## الفرع الأول: التفاوض الإلكتروني علاقة إختيارية إرادية

تقوم المفاوضات دائماً برضا الطرفين المتفاوضين دون إرغام أو إجبار أو ضغط، بحيث أن كل طرف من الأطراف المتفاوضة لا تتدخل في المفاوضات مع الطرف الآخر إلا بعد أن تكون لديه إرادة حرة ونية حقيقية عازمة على التفاوض<sup>1</sup>.

والتفاوض أياً كان نوعه لا بد أن يدور حول قضية معينة، أو موضوع معين، يمثل محور العملية التفاوضية، ويتمحور الهدف التفاوضي في الغالب حول القيام بعمل محدد تتفق عليه الأطراف المتفاوضة أو الإمتناع عن القيام بعمل معين يتفق على عدم القيام به بين أطراف التفاوض، أو تحقيق مزيج من الهدفين السابقين معاً<sup>2</sup>.

وفي مجال العقود التجارية الدولية تتمثل تلك الحاجة مثلاً في محاولة تسوية مشكلة الثمن وكيفية تحديده بحيث في أغلب المفاوضات التجارية تعد قيمة العقد هي أهم شيء يجب الاتفاق عليه، ومن ناحية أخرى فإن إرادة الطرفين تظل حرة تماماً طيلة مرحلة المفاوضات، فلكل طرف الحرية الكاملة في الدخول إلى التفاوض أو الإستمرار فيه أو الانسحاب منه ولو في آخر لحظة، يرجع ذلك كله إلى إنطباق مبدأ حرية التعاقد على العملية التفاوضية<sup>3</sup>، فالمفاوضات العقدية لا تحدث نتيجة صدفة وإنما تتم باتفاق سابق يوافق بموجبه الطرفان من حيث المبدأ على المضي قدماً بإبرام العقد، بحيث يمنحهما هذا الاتفاق العلم الكافي<sup>4</sup>.

والتفاوض على العقد تصرف إرادي، فمن ناحية لا تحدث عملية التفاوض إلا عندما تتجه إرادة الأطراف المتفاوضة إلى الدخول في التفاوض بهدف إبرام العقد، ومن ناحية فإن إرادة الأطراف تظل حرة تماماً طيلة مرحلة المفاوضات فلكل طرف الحرية الكاملة في الدخول إلى التفاوض أو الاستمرار فيه أو الانسحاب منه ولو في آخر لحظة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 59 .

<sup>2</sup> - نادر أحمد أبو شيخة، المرجع السابق، ص 27 .

<sup>3</sup> - بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم في العلوم القانونية تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 2014 - 2015، ص 60 .

<sup>4</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000، ص 221 .

<sup>5</sup> - وعود الأنباري، المفاوضات العقدية عبر الإنترنت، جامعة كربلاء، كلية القانون، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول العدد الثاني 2009، ص 201.

## الفرع الثاني : التفاوض الإلكتروني عملية تبادلية

يتم التفاوض الإلكتروني بوجود طرفين فأكثر لديهم حاجة حقيقية للإتصال والتفاعل فيما بينهم بغية التوصل إلى إتفاق مشترك، وهذا لا يتصور حدوثه بداهة من شخص واحد فلا بد من وجود شخصين أو أكثر، فهي تقوم على الأخذ والعطاء حيث يتعاون الأطراف فيما بينهم على التقريب بين وجهات النظر المختلفة، عن طريق تبادل العروض والمقترحات، بحيث يقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه من خلال إجراء التعديل في الشروط والمطالب التي جاء بها، لأن المفاوضات موقف حركي يقوم على الحركة والفعل ورد الفعل، تسعى من خلاله الأطراف المتفاوضة إلى التوصل إلى نتيجة مقبولة ومرضية من طرف الجميع<sup>1</sup>، حتى يتم التوصل إلى نوع من التوازن بين مصالح الطرفين المتفاوضين .

والحقيقة أن مجرد قبول الطرف الدخول في المفاوضات يعني أن كل طرف يقبل مناقشة شروطه والتعديل فيها .<sup>2</sup>

وقد يكون التفاوض بين حاضرين عن طريق وسائل الإتصال الحديثة، بحيث يتم بين طرفين في مكانين مختلفين، عن طريق الإتصال المباشر بينهما، وهو بهذه الصورة يوفر الوقت والمال والجهد، وقد يكون بين غائبين فيتم عن طريق المراسلة وتبادل الرسائل بالبريد العادي أو الإلكتروني أو الفاكس أو التلكس أو الإيميل (E-Mail) أو الإنترنت<sup>3</sup>.

## الفرع الثالث : التفاوض الإلكتروني ذو نتيجة احتمالية

لما كانت أن المفاوضات عبارة عن مرحلة تمهيدية لإبرام العقد النهائي، يتم فيها مناقشة شروط العقد ومنه فهي ليست عقدا مقصودا في حد ذاته، إنما تهدف إلى التحضير والإعداد لإبرام العقد النهائي<sup>4</sup>، وعليه فإحتمال الاتفاق أو عدم الاتفاق يكونان على قدم المساواة، فالأطراف المتفاوضة إتجهت إرادتهم فقط إلى مجرد التفاوض لإبرام العقد النهائي، وبالتالي تكون للمفاوضات دائما نتائج احتمالية لا يمكن التنبؤ بها أبدا، فقد ينجح الأطراف في التوصل إلى إتفاق نهائي وإبرام العقد وقد لا يتم ذلك.

<sup>1</sup> - حامدي بلقاسم، المرجع السابق، ص 60 .

<sup>2</sup> - رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص 69

<sup>3</sup> - علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 62 .

<sup>4</sup> - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 61 .

إلا أن الطابع التمهيدي للتفاوض الإلكتروني ينشأ إلتزامات على عاتق كل طرف بالتفاوض والسير فيه بمقتضى حسن النية، وهو إلتزام يبذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، دون أن يتضمن إلتزاماً بإبرام العقد النهائي<sup>1</sup>، وبالتالي فإن مرحلة التفاوض الإلكتروني هي مرحلة مؤقتة لم توجد إلا لمدة محددة، وهي تلك المدة التي يستغرقها الطرفين للتفاوض عبر شبكة الإنترنت، والتي تتم عن طريق تبادل الآراء والمقترحات حول العقد النهائي عبر شبكات الإتصال الإلكترونية، ولذلك من الجائز أن يبرم وينفذ عقد التفاوض الإلكتروني بالكامل عبر شبكة الإنترنت من خلال وسيط إلكتروني ودون الحاجة إلى الخروج إلى العالم المادي الملموس<sup>2</sup>.

### الفرع الرابع: يتم التفاوض بواسطة وسيلة الكترونية

يتم التفاوض في مجال عقود التجارة الإلكترونية باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال، ويقوم الاطراف بالتعبير عن إرادتهم خلال مرحلة التفاوض، بإستعمال رسائل البيانات التي يتبادلونها عبر الإنترنت أياً كانت الوسيلة المستخدمة .

ولهم حرية إختيار الطريقة التي يتم من خلالها التفاوض الإلكتروني بإتفاق مسبق بينهما أو يكون قد سبق لهما التعامل معاً، فيقومان بإختيار طريقة للتفاوض بها :

#### التفاوض عبر البريد الإلكتروني :

تعتبر أهم خدمة متاحة في أي شبكة إنترنت، وتقوم فكرة البريد الإلكتروني على تبادل الرسائل الإلكترونية من ملفات ورسوم، صور، وأغاني، وبرامج وأفلام ... إلخ، عن طريق إرسال المرسل إلى شخص أو أكثر بإستعمال عنوان البريد الإلكتروني للمرسل إليه، بحيث يملك هذا الأخير صندوق بريد إلكتروني يطلع عليه بإستخدام كلمة سر خاصة به لفتح الصندوق للإطلاع على الرسائل الإلكترونية التي تصله من الغير .

يعرف الفقه<sup>3</sup> البريد الإلكتروني، بأنه : "طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة المعلومات".

<sup>1</sup> - ينظر: رجب كريم عبد الله، المرجع السابق، ص 487 .

<sup>2</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 298 .

<sup>3</sup> - عتيق حنان، المرجع السابق، ص 135 .

أما في الجزائر فنجد المرسوم التنفيذي 257/98 المتعلق بخدمات الإنترنت قد تطرق إلى خدمة البريد الإلكتروني في المادة الثانية منه والتي تنص: "خدمة واب الواسعة النطاق World Wide Web خدمة تفاعلية للإطلاع أو إحتواء صفحات متعددة الوسائط "Multimedia" ( نصوص , رسوم بيانية , صوت أو صورة ) موصولة بينها عن طريق صلات تسمى نصوص متعددة "Hypertexte", البريد الإلكتروني E-Mail خدمة تبادل رسائل إلكترونية بين المستعملين ..."<sup>1</sup>.

نلاحظ من خلال هذه المادة أن المرسوم ذكر بعض الخدمات التي توفرها الإنترنت وغفل عن أخرى بحيث عدلت هذه المادة بموجب المرسوم التنفيذي 307<sup>2</sup>/2000، وبمقتضى المادة 02 منه منح تحديد إختصاص هذه الخدمات للوزير المكلف بالإتصالات السلكية واللاسلكية .

وعلى خلاف المرسوم التنفيذي 307/2000 يتطرق المرسوم التنفيذي رقم 01 – 123 لتعريف الرسائل الإلكترونية في ملحقه بأنها : "بمثابة تبادل وقراءة وتخزين معلومات على شكل رسائل معطيات بين الموزعات الموجودة في مواقع متباعدة، ويتمكن المرسل إليه ( أو المرسل إليهم ) قراءة الرسائل المبعوثة في وقت حقيقي أو في وقت مؤجل"<sup>3</sup>.

### التفاوض عبر غرف المحادثة أو المشاهدة :

يتم التفاوض عبر غرف المحادثة، بإستخدام الشخص الراغب في التفاوض عن طريق شبكة الإنترنت لبعض البرامج المخصصة للمحادثة عبر المنتديات المنتشرة على الشبكة، فمن خلال هذه التقنية يتم تبادل التعبير عن إرادة الأطراف المتفاوضة حول القيم سواء كانت سلع أم خدمات، وتتم المناقشة على العقد وكيفية إبرامه بالصوت والصورة، وفي نفس الزمان وحتى بالكتابة وهذا ما أصطلح على تسميته بمؤتمرات الفيديو (Vidéo Conférence) .

<sup>1</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 98 – 257 مؤرخ في 03 جمادى الأولى عام 1419 هـ الموافق لـ 25 غشت سنة 1998 يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت وإستغلالها، ج ر عدد 63 لسنة 1998 .

<sup>2</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 307/2000 مؤرخ في 16 رجب عام 1421 الموافق لـ 14 أكتوبر سنة 2000 يعدل المرسوم التنفيذي رقم 98 – 257، المؤرخ في 03 جمادى الأولى عام 1419 الموافق لـ 25 غشت سنة 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت وإستغلالها، ج ر عدد 60 لسنة 2000 .

<sup>3</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 01 – 123 مؤرخ في 15 صفر عام 1423 هـ الموافق لـ 09 مايو سنة 2001، يتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية ج ر عدد 13 لسنة 2001 .

## المطلب الثالث: مراحل المفاوضات الإلكترونية

تنقسم المفاوضات السابقة على إبرام العقد إلى ثلاثة مراحل أساسية تتم من خلال رسائل البيانات التي يتبادلها أطراف التفاوض، و هي الدعوة الى التفاوض، ثم مرحلة التدبير، واخيرا مرحلة صياغة الايجاب، سنتعرض اليها في النقاط الموالية :

## المرحلة الأولى: الدعوة إلى التفاوض

الدعوة الى التفاوض هي العرض الذي يتقدم به شخص للتعاقد دون ان يحدد عناصره و شروطه. وفي هذه المرحلة يسعى كل طرف لبيان الاحتياجات الأساسية بمعنى أن يتضمن عرض بيانات واضحة مفهومة للكافة لا يكتنفها أي غموض، وذلك بذكر العناصر و المواصفات و الشروط الأساسية المتعلقة بمحل الالتزام<sup>1</sup>، بحيث في هذه المرحلة يهدف المتفاوضان التوصل إلى تصور مشترك و تفاهم متبادل حول نقاط العقد الرئيسية، وذلك عن طريق تبادل العروض والعروض المضادة ومناقشة شروط العقد المختلفة<sup>2</sup>، حتى تتم بلورة النقاط المتفق عليها، بهدف حسم تدريجي لكل مرحلة يجتازونها، غير أنها ليست ملزمة و لا ترقى إلى مرتبة العقد النهائي.

بحيث يبدأ المتفاوض غالباً باستطلاع مدى استعداد الطرف الآخر للتعاقد، وكل ما يدخل في هذا الإطار يعتبر مجرد تحضير أو تمهيد للتعاقد ولا يعد إيجاباً.

ويرى الخبراء في مهارات و استراتيجيات التفاوض و فنون الحوار و أساليبه أن العرض الافتتاحي في أي مفاوضة تجارية و اقتصادية لا بد أن يكون مدروسا و قويا من حيث عناصره لأنه أكثر المراحل أهمية ومما ينعكس على مدار المفاوضات برمتها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - ينظر: بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، دوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2011، ص 41.

<sup>2</sup> - علي احمد صالح، مرجع سابق، ص 646.

<sup>3</sup> - أحمد فهمي جلال، مهارات التفاوض، مركز تطوير الدراسات العليا و البحوث، جامعة القاهرة 2007، ص 6، على

الموقع: [www.pathways.ou.edu.eg/subpages/training-courses/negotiation-ar.pdf](http://www.pathways.ou.edu.eg/subpages/training-courses/negotiation-ar.pdf) تصفح بتاريخ ..2016/03/20



وتتم المفاوضات من خلال صفحة البيانات التي تكون ظاهرة على شاشة الحاسوب و متضمنة الشروط التي يرغب كل من الأطراف توافرها لتحديد رغباته و أهدافه بدقة و تحديد السبل المقترحة لتحقيق الغاية الأساسية من موضوع الالتزام<sup>1</sup>.

### المرحلة الثانية: مرحلة التدبير

وهي مرحلة دقيقة وتتميز عن سابقتها بالهدف المرجو منها وهو جمع شتات ما تم الاتفاق عليه<sup>2</sup>. ومناقشة البنود بدرجة واقعية وعملية، مع مواصلة البحث عن امتيازات عالية القيمة وقليلة التكلفة باستخدام أسلوب الإقناع والصبر<sup>3</sup>.

وفي هذه المرحلة يخرج الطرفان من دائرة جس النبض وتقديم العروض والعروض المضادة إلى تحديد العناصر الرئيسية للتعاقد، وكذا حقوق والتزامات أطراف التفاوض، ليجعلهم على بينة ومعرفة تامة بطبيعة العقد والشخص المتعاقد معه، ويتم إرسال كل مواصفات ومقاييس الخاصة بمحل التعاقد عبر شبكة الانترنت، ومدى مناسبة هذا المنتج للمتعاقد الآخر واحتياجاته، وله أن يستعين بخبير لمواصلة مرحلة المفاوضات معه، وليتم العقد بدرجة عالية من الشفافية<sup>4</sup>.

فإذا ما اجتاز الأطراف المتفاوضين هاتين المرحلتين يمكن أن تستقر المفاوضات عن عرض جازم وكامل من أحد الأطراف فيعد هذا إيجابا و قد لا تسفر عن هذا العرض البات فلا ينعقد العقد. وعلى هذا يستحسن الاستعداد الدائم لإتخاذ قرار قطع المفاوضات لأن مفاوضات فاشلة خير من عقد فاشل.

<sup>1</sup> - الباس ناصيف، المرجع السابق، ص 71.

<sup>2</sup> - علي احمد صالح، المرجع السابق، ص 649.

<sup>3</sup> - وعود الانباري، المفاوضات العقدية عبر الانترنت، مجلة رسالة الحقوق المجلد الأول، العدد الثاني، جامعة كربلاء كلية القانون 2009، ص 204.

<sup>4</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 42.

### المرحلة الثالثة: صياغة الإيجاب

وفي هذه المرحلة يتم صياغة الإيجاب والذي لا يقتصر على الطرف الذي يأمر بالدعوة إلى التفاوض فقد يترك المهمة إلى الطرف الآخر، وتبدأ بعد نهاية المراحل السابقة، فيتفق الاطراف على العناصر الرئيسية للتعاقد، والتفاهم على أفضل الوسائل التفصيلية التي يتم التفاوض بشأنها، كما يحق لأي طرف إضافة شروط جديدة، وعندئذ يحق لطرف الآخر قبولها أو رفضها.

ويلاحظ أن المفاوضات عن طريق الجهاز الإلكتروني تكتسب أهمية بما تتضمنه من تحديد للتعاقد وكيفية تنفيذه وجزء الإخلال اللاحق بينود التفاوض السابق تحديدها<sup>1</sup>.

كما تلعب المساومة دوراً أساسياً فيها، بحيث تعتبر سلسلة متواصلة ومتبادلة من التعبير عن الإرادة من قبل طرفيها، لكن يعد التفاوض عملية أكثر شمولاً من المساومة ويمكن اعتبارها جزء من التفاوض<sup>2</sup> وللاشارة أصبحت المفاوضات الإلكترونية مجالاً للدراسات الفنية والتقنية والاستشارات القانونية للعقد المنشود<sup>3</sup>.

وبالتالي فإن كل تعبير عن الرغبة في التعاقد لا يتضمن تحديداً كافياً للعناصر الموضوعية والجوهرية للعقد المراد إبرامه، لا يعد إيجاباً بل مجرد دعوة للتفاوض تدخل في مرحلة المساومة الأولية، كما تحدد العناصر الجوهرية للموضوع البيع، وهذا ما عبرت عليه المادة 1/14 من إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع المنقولة<sup>4</sup>.

وفي التشريع الجزائري فإن القانون المدني لم ينظم صراحة أحكام المرحلة السابقة على التعاقد تاركا الأمر للفقهاء والقضاء، شأنه في ذلك شأن اغلب القوانين العربية، مكتفياً بالنص على أن العقد لا ينعقد إلا بتبادل التعبير عن الإيجاب والقبول وارتباطهما ببعضهما<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - الباس نصيف، المرجع السابق، ص 75

<sup>2</sup> - حسان خضر، التفاوض، المعهد العربي للتخطيط أبريل 2005 منشور على

الموقع [WWW.arab\\_api.org/images/training/programs/1/2007/21\\_e33\\_6pdf](http://WWW.arab_api.org/images/training/programs/1/2007/21_e33_6pdf)، ص 18.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 43.

<sup>4</sup> - نص المادة 1/14 "...يعتبر العرض محمداً تحديداً كافياً عندما يحدد البضائع، وتضمن صراحة أو ضمناً تحديداً للملكية والتمن أو البيانات يمكن بموجبها تحديدها".

<sup>5</sup> - المادة 59 من القانون المدني الجزائري تنص: (يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية).

وبغية الوصول الى المبتغى يجب الاتفاق على المسائل الجوهرية التي تناوَض عليها لينعقد العقد<sup>1</sup>، وقد أشار المشرع الجزائري إلى إلزامية إعلام المستهلك على شكل مبدأ عام في المادتين 17 و18 من قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش<sup>2</sup>، بخلاف القوانين الأجنبية كالقانون الإيطالي والألماني والسويسري و الياباني التي نصت صراحة على التزام الأطراف أثناء المفاوضات بإستعمال الحقوق وتنفيذ الالتزامات وفق لقواعد حسن النية وشرف التعامل<sup>3</sup>.

ولما كانت العملية التفاوضية عملية اجتماعية معقدة تتأثر باتجاهات المفاوضين وتؤثر فيها، كما أن التفاوض عملية تتأثر بشخصية المفاوض، وعليه يلتزم هذا الأخير بمبادئ التفاوض الفعال، مبدأ المنفعة، مبدأ القدرة الذاتية و مبدأ الالتزام<sup>4</sup>، ولعل أهم الخصائص والمميزات التي يجب أن تكون في المفاوض هي التأثير والإقناع وإجادة فن الاستماع وسرعة الفهم والنزاهة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - نصت على هذا المعنى كل من المادتين 66 والتي تنص "لا يعتبر القبول الذي يغير الاجاب الا ايجابا جديدا" وتنص م 1/71 "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين اواحدهما ابرام عقد معين في المستقبل لا يكون له اثر الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرمه، والمدة التي يجب ابرامه فيها."  
<sup>2</sup> - قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية عدد15، الصادرة في 25 فبراير 2009.  
<sup>3</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 46.  
<sup>4</sup> - أحمد فهمي جلال، المرجع نفسه، ص 19.  
<sup>5</sup> - علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 268.

## المبحث الثاني

### العقود والاتفاقات التمهيدية المنظمة للمفاوضات الإلكترونية

ثمة اختلافات بينة بين العقود الدولية المعاصرة والعقود التي تبرم بصورة يومية والتي تتم بوسائل حديثة ومن خلال اتفاقات متوازية أو متتابعة بهدف تأمين المفاوضات وزيادة فرص التوصل إلى العقد النهائي وتتوسع تبعاً لتوسع الهدف الذي يرمي إليه المتعاقدان.

بحيث تعد مرحلة المفاوضات الإلكترونية مرحلة غنية بالاتفاقات لأنه غالباً ما يسبق الاتفاق النهائي اتفاقات تتوسط بين مرحلتي التفاوض والتعاقد، وتتوسع وتتفاوت في قوتها الملزمة، وبالتالي نخصص (المطلب الأول) لصور الاتفاقات التي تتخلل مرحلة المفاوضات الإلكترونية و(المطلب الثاني) للقيمة القانونية لهذه الاتفاقات التمهيدية.

### المطلب الأول : صور الاتفاقات و العقود خلال مرحلة التفاوض الإلكتروني

يرى الاتجاه المعاصر ضرورة التفرقة بين صورتين من المفاوضات، فهي إما أن تكون غير مصحوبة باتفاق مسبق على التفاوض سواء كان هذا الاتفاق صريحاً أو ضمنياً، وهذه الأخيرة تعد عملاً مادياً وحسب، وأما المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض (agreement négociate) فلا تتم إلا على أساس عقد بين الأطراف المتفاوضة<sup>1</sup>، من بينها عقد الإطار<sup>2</sup>، العقد الجزئي، العقد الابتدائي وعقد التفاوض، الذي تركز عليه الدراسة بحيث نخص (الفرع الأول) لخطاب النوايا الإلكترونية والبروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية أما (الفرع الثاني) فنخصه لعقد التفاوض الإلكتروني.

<sup>1</sup> - عقيل فاضل حمد الدهان و منذر ابراهيم حسين الحلبي، المرجع السابق، ص57.

<sup>2</sup> - هو ذلك العقد الذي يهدف إلى تحديد القواعد الأساسية التي تخضع لها العقود التي ستبرم في المستقبل، فهو عقد تمهيدي يهيئ و يحضر لقيام العقود التطبيقية اللاحقة

## الفرع الأول: خطاب النوايا الإلكتروني و البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية

## أولاً: خطاب النوايا الإلكترونية

يعرف البعض خطاب النية بأنه "مستند مكتوب يوجه من طرف يرغب في التعاقد على أمر معين إلى الطرف الآخر يعرب فيه عن رغبته تلك، و يطرح فيه الخطوط العريضة للعقد المزمع إبرامه ويدعوه إلى التفاوض والدخول في محادثات حولها"<sup>1</sup>، و بالتالي فالمستند الذي لا يشمل على إبداء الرغبة في التعاقد أو النقاط الجوهرية للعقد المنشود أو يتضمن على الدعوة للتفاوض لا يمكن اعتباره خطاباً للنوايا بل مجرد مستند عادي.

ولا تختلف خطابات النوايا الإلكترونية في مضمونها و بناءها والغرض عن خطاب النوايا التقليدي، إلا في أدوات إرسالها، ومنه عرفه البعض الآخر بأنه " محرر إلكتروني مكتوب قبل العقد النهائي، و يعكس اقتراحات و اتفاقات أحد طرفي العقد أو كليهما بهدف الدخول في التعاقد من خلال وسيط إلكتروني".

وتصدر غالباً أثناء المفاوضات وذلك بغرض تسجيل الالتزام بها أو تسجيل ما تم التوصل إليه من اتفاقات و كثير ما يحمل مسميات أخرى مثل خطاب التأكيد، و اتفاقات الشرف، الاتفاقات الأساسية وخطاب الثقة<sup>2</sup>، و يتم التوصل إليه قبل إبرام العقد النهائي وتتعلق بتنظيم عملية التفاوض، حيث يرغب الأطراف من خلالها الحصول على امتياز تجاري أو ائتمان دولي أو إلزام العميل بضمانات فنية و تقنية.

كما يجب أن تتوفر خطابات النوايا على ثلاثة خصائص :

بيان الاحتياجات الأساسية بمعنى توضيح احتياجات العميل بدقة و الغاية التي يسعى إليها ليتم التفاوض بناء عليها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 275.

<sup>2</sup> - لم يستقر الفقه على مدلول منضبط لها و لعل أهم الأسباب لغموض المصطلح في فقه القانون الخاص أنه تم استيراده من فقه القانون العام و معلوم أن المشتغلين في القانون الدولي يعمدون إلى استقدام مفردات تنطوي على أكثر من مدلول تعمل بمعنى الالتزام و التحفظ في آن واحد.

<sup>3</sup> - نبيل إسماعيل الشبلاق، المرجع السابق، ص 316.

التفاوض من خلال صفحة البيانات، والتي تكون ظاهرة على شاشة الحاسوب ومتضمنة للشروط الواجب توافرها في موضوع التزامه، وتحديد السبل المقترحة لتحقيق الغاية الأساسية منه، وإلا تحمل المسؤولية المترتبة على عدم توضيح البيانات، خاصة إذا كان سيئ النية<sup>1</sup>.

إرسال خطابات النوايا الإلكترونية والمتضمنة لعروض التفاوض التي يتم من خلالها التفاوض إلى حين الانتهاء من إبرام العقد.

وتتعدد خطابات النوايا بتعدد أغراضها و يمكن التمييز بين ثلاثة أنواع من خطابات النوايا الإلكترونية:

خطاب دعوة للبدء في التفاوض الإلكتروني: وهو خطاب يوجه الطرف الآخر، يتضمن نية مصدرها ورغبته في التعامل معه وبدعوة لوضع إطار عملية التفاوض واتفاقات بشأن عملية التفاوض مثل تحديد مدة التفاوض ومكانه. خطاب اتفاق الطرفين على الالتزامات والذي يثبت فيه الطرفين الاتفاق على بعض الالتزامات مثل الالتزام بالسرية، والالتزام على عدم التفاوض مع الغير أثناء المفاوضات الجارية. وأخيراً الخطاب المتضمن كل تفاصيل المعاملة محل التعاقد<sup>2</sup>.

### ثانياً: البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية: Protocole d'accord électronique

تعرف البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية بأنها "محررات يكتبها الطرفان المتفاوضان بتسجيل اتفاقهما على الإطار العام للعقد النهائي، دون النظر إلى الشروط التي تترجم هذا الإطار إلى حقوق والتزامات أو إلى غيرها من الشروط المكتملة"<sup>3</sup>، وإذا كانت تكتب على دعائم ورقية فلا مانع من أن تكتب على دعائم إلكترونية.

وتتميز البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية عن خطاب النوايا الإلكترونية من خلال معيارين أساسيين هما:

**معياري الهدف أو المعيار الكمي:** حيث أن البروتوكول الاتفاقي الإلكتروني يتضمن عادة أغلب عناصر العقد الإلكتروني النهائي عدا بعض الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد وبالشروط الجزئية لذلك فهي لا تبرم إلا

<sup>1</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 277.

<sup>2</sup> - طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي للأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2011 ص 39.

<sup>3</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، ص 299.

في مرحلة متقدمة من المفاوضات، في حين يحتوي خطاب النوايا الإلكتروني على بعض عناصر العقد الإلكتروني، ولذلك نجده في المراحل الأولى أو الأخيرة للمفاوضات.

**المعيار الشكلي:** غير أن جانب من الفقه يرى أن التفرقة بينهما تكمن على أساس الشكل الذي يأخذه كل منهما، بحيث أن خطابات النوايا الإلكترونية تأخذ الشكل الذي يراه الطرف الذي يبدأ بالتبادل في حين أن البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية لها شكل نموذجي، ويتم تحديد عناصرها بمعرفة الطرفين ويوقع عليها في وقت واحد من قبل طرفي العقد<sup>1</sup>.

ومن أهم العقود الذي يتم التفاوض عليها من خلال اتفاقات مرحلية، نجد عقود نقل التكنولوجيا وعقود تصنيع برامج للكمبيوتر، وعقود توريد بيانات من أحد بنوك المعلومات عبر شبكة الانترنت<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: عقد التفاوض الإلكتروني: Contrat de négociation:

قد يلجا الأطراف عادة ولاسيما في مرحلة التفاوض الإلكتروني لتأمين المفاوضات ذاتها و ذلك من خلال إبرام بعض العقود بهدف إيجاد أرضية مشتركة للتفاهم بين الطرفين، بحيث يترتب على إخلال أي منهما بالتزاماته التفاوضية مسؤولية عقدية.

وقد عرفت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية عقد التفاوض بأنه " عقد بمقتضاه يتعهد طرفان بالتفاوض أو بمتابعة من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده"<sup>3</sup>.

وقد عرفه بعض الفقه بأنه "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص تجاه شخص آخر بالبداية أو الاستمرار في التفاوض بشأن عقد بهدف التوصل إلى إبرامه".

<sup>1</sup> - طمين سهيلة، المرجع السابق، ص 40

<sup>2</sup> - Linant de bellefond, contrats informatiques et télématicque, delmas paris, 1992 ,P45

<sup>3</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية بحث منشور على الموقع: <http://www.egy-cour.com/formus/indexphp> تصفح بتاريخ: 2016/4/4. ص 25

ولا يختلف عقد التفاوض في تعريفه عن أي عقد آخر فهو تصرف قانوني بين طرفين بهدف ترتيب أثر قانوني معين ولا يتطلب لوجوده وصحته سوى توافر الشروط المقررة للعقود بصفة عامة وهي الرضى والمحل والسبب وهو يعتبر من العقود الحديثة نسبياً وغير المنظمة قانوناً<sup>1</sup>.

كما لا يختلف عقد التفاوض الإلكتروني عن هذا العقد إلا من حيث أنه يتم عبر شبكات الاتصالات والمعلومات ومن أشهرها الأنترنت وعن طريق تبادل الرسائل الإلكترونية باستخدام البريد الإلكتروني E.mail أو من خلال كاميرات الفيديو المتصلة بشبكات دولية vidéo-conférence أو المحادثة عبر الأنترنت<sup>2</sup> chatting.

ويرد عقد التفاوض في صور مختلفة، فقد يكون اتفاق التفاوض الإلكتروني مستقل ولكنه يرد غالباً في صورة تحفظ أو شرط يتضمنه عقد آخر<sup>3</sup>. نجدها في المجال الصناعي والتجاري، ذلك ان العقود التجارية الدولية تتضمن عادة شرطاً يلزم الأطراف قبل انقضاء مدة العقد بالتفاوض بشأن تجديده لمدة أخرى بشروط مماثلة يتضمنها العقد الأصلي، أو في بعض الأحيان تتضمن العقود التجارية الدولية شرطاً ضد تغيير الظروف الاقتصادية الذي تتم التعاقد على أساسها وهو ما يعرف بشرط إعادة التوازن العقدي<sup>4</sup>.

وشرط التفاوض من اجل التسوية الودية للنزاع، قد تتضمنه بعض العقود والاتفاقات ذات التنفيذ المستمر أي التي يمتد تنفيذها على فترة زمنية طويلة، شرط ان يلتزم اطرفها بالتفاوض حول موضوعات محددة ويهدف هذا الشرط إلى الزام طرفي العقد بالتفاوض، إذا ما نشأ بينهما نزاع أثناء تنفيذ العقد، وذلك بغرض التوصل إلى تسوية ودية للنزاع، قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم<sup>5</sup>.

بحيث تقوم فكرة المفاوضات المباشرة على تمكين طرفي النزاع من التواصل معاً عبر توفير مراكز تسوية المنازعات الآلية اتصال فيما بين المتنازعين، وذلك إما من خلال الهاتف (téléphone conférence) يقوم المركز بتزويد كل من المتفاوضين باسم مرور (password)، يسمح لهما من خلال الدخول على

<sup>1</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 293

<sup>2</sup> - عقيل فاضل حمد الدهان و منذر حسين الحلي، المرجع السابق، ص 58

<sup>3</sup> - علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 370 .

<sup>4</sup> - وهو شرط بدرجة الطرفان في العقد و يلتزمان بمقتضاه بالتفاوض لتعديل أحكام العقد إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها أن تؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد، و تكرر استخدام شرط إعادة التوازن العقدي في العقود التجارية الدولية أدى القول بأن هذا الشرط، أصبح قاعدة من قواعد التجارة الدولية المسماة (lex mercatoria)

<sup>5</sup> - علي أحمد صالح، المرجع نفسه، ص 377.



صفحة النزاع والتفاوض بعدها على موضوع النزاع بغية التوصل لحل يفضان فيه النزاع دونما ادنى تدخل من المركز سواء تم التوصل لحل النزاع أم لا، وقد لاقت هذه الطريقة في فض النزاعات إقبالا واسعا لما لقيته المنازعات إلى جانب ما تقدم من أسباب، من توفير الوقت و المال خصوصاً للعاملين منهم في حقل التجارة الإلكترونية والذين تتجاوز أعمالهم الحدود الجغرافية التقليدية<sup>1</sup>.

ولا يلزم شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع الطرفين للتوصل إلى حل للنزاع القائم يكفي التزامهما بحسن نية بغرض إيجاد حل، فضلا على أنه إذا تم الاتفاق على هذا الشرط لا يمنع على الطرفين اللجوء إلى القضاء أو التحكيم لكن يعتبر مخلا بالتزام عقدي يستوجب التعويض.

ومن خلال التعريفات السابقة نجل خصائص عقد التفاوض بأنه عقد حقيقي تتوافر فيه الأركان الأساسية اللازمة لقيام أي عقد، كما يعد عقد التفاوض عقدا رضائيا فليس ثمة شكل معين يجب أن يفرغ فيه، وهو كذلك عقد تمهيدي، فمن خلاله تنظم عملية التفاوض بالكيفية التي توصل إلى إبرام العقد النهائي<sup>2</sup>.

كما يعتبر عقد التفاوض عقد مؤقت لمدة محددة وهي المدة التي تستغرقها المفاوضات بين الطرفين فإن انتهت المفاوضات سواء بإبرام العقد النهائي أو بعد إبرامه زال كل أثر لعقد التفاوض<sup>3</sup>، ومنه يعتبر هذا الأخير لا ينشئ إلتزاما بإبرام العقد النهائي، وإنما يولد إلتزام ببدء في التفاوض والاستمرار فيه بحسن نية بهدف الوصول إلى إبرام العقد النهائي.

ولعل دوافع الأطراف في مرحلة التفاوض في إبرام مثل هذه العقود لعدة أسباب أهمها:

محاولة تجنب الاختلاف في الأنظمة القانونية بالنسبة للإلزام القانوني لمرحلة المفاوضات اعتقادا منهم بأن كل طرف يقيد من حق الآخر في التحلل من إبرام العقد أيا كان النظام القانوني الذي ينتمي إليه. تنظيم عملية التفاوض بما يكفل فرص الانضباط وذلك بتحديد المسؤولين عن كل جانب. حسم كل مرحله من مراحل التفاوض على حدة، وذلك بتسجيل ما تم في كل مرحلة منها من اتفاق.

<sup>1</sup> - مهند عزمي أبو مغلي و محمد إبراهيم أبو الهيجاء، الوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية، دراسات علوم الشريعة والقانون المجلد 36، ملحق 2009، ص784.

<sup>2</sup> - نبيل إسماعيل الشبلاق، المرجع السابق، ص314

<sup>3</sup> - علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 369

توفير الأمان لراغب التعاقد بحصوله على ما يثبت النجاح والتقديم في المفاوضات، ومن ثم اقترابه من لحظة توقيع العقد النهائي<sup>1</sup>.

التسيير على راغب التعاقد، ويتمثل ذلك في الحالة التي يريد إطلاع الآخرين على أن هناك عملية تفاوض قائمة.

ويظهر التطبيق العملي ان المفاوضات تظل الاسلوب المتبع من قبل الدول والشركات بالنسبة للعقود التي يمكن وصفها بالاستراتيجية وحتى في عقود التجارة الدولية، وتظل الاسلوب المتبع من قبل اشخاص القانون الخاص لا سيما الشركات عبر الوطنية واصحاب المشاريع ايضا<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة المفاوضات

ان الدوافع من وراء اصدار المحررات في مرحلة التفاوض متنوعة و كثيرة يصعب حصرها، لكن التساؤل حول القيمة القانونية لهذه الاتفاقات، هل تحمل تكييفاً قانونياً واحداً أم انها تتعدد التكييفات بتعدد الصور التي تعرف كلها بمسمى واحد وهو الاتفاقات قبل العقدية باعتباره المسمى الشامل لها، ومنه تتناول القيمة القانونية لهذه الاتفاقات من خلال البحث في القيمة القانونية لخطاب النوايا الالكترونية والبروتوكولات الاتفاقية الالكترونية (الفرع الاول)، أما القيمة القانونية لعقد التفاوض الالكتروني فنورده في (الفرع الثاني) .

#### الفرع الأول: القيمة القانونية خطاب النوايا الالكترونية و البروتوكولات الاتفاقية الالكترونية

##### أولاً : القيمة القانونية لخطاب النوايا الالكترونية

يعد خطاب النوايا الالكترونية وإن كان يصدر من طرف واحد إلا أن مصدرها غالباً ما يتطلب ممن توجه إليه إثبات قبولها لما ورد فيها و بما أن خطابات النوايا تعتبر وسيلة لإثبات الاتفاقات الاولية يجب أن تكون صياغة مستند خطابات النوايا من طرف رجال القانون لتجنب ما قد يقع من تناقض وغموض للمصطلحات المستخدمة.

<sup>1</sup> - محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1995، ص 09.

<sup>2</sup> - عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، الجزائر 2007، ص 165 .

ويتفق غالبية الفقه على أن خطابات النوايا ليست ذات طبيعة عقدية وذلك لأنه في الغالب يحرص طرفا التعاقد من الناحية العملية على النص على عدم وجود أي عقد لأن من ثابته النظام القانوني للعقود أن إرادة الطرفين تتمتع بسيادة واستقلال، فالسيادة تعني أن إرادة الطرفين من المشرع لمختلف بنود ونصوص العقد حسبما تتلاقى مصالح الأطراف، أما الاستقلال فهو يعني أنه في إعداد القواعد الاتفاقية النظامية لا يخضع المتعاقدين لغير ما تمليه عليها المصالح والمنافع المشتركة، مع التحفظ و الخاص بعدم الارتباط بمقتضيات المصلحة العامة ومبادئ وقيم النظام العام، وكلا الوجهين يجسدهما المبدأ الشائع " سلطان الإرادة " الذي اعترف به المشرع الوضعي صراحة ( م 106 القانون المدني الجزائري، والمادة 147 ق/ مدني مصري، والمادة 1134 ق/المدني الفرنسي تحت مسمى العقد شريعة المتعاقدين)<sup>1</sup>.

ويتضح لنا مما سبق إن إرادة محرر أو مصدر خطاب النوايا و سلوك الطرف الآخر يمكن أن يحسما مشكلة القيمة القانونية لخطاب النوايا من ناحية قوته الملزمة، فيستطيع الأطراف لا سيما محرر أو مصدر الخطاب مع إقرار الطرف الموجه إليه النص الصريح عند صياغة الخطاب على أنه مجرد دعوة للتعاقد أو دعوة للتفاوض، وليس عقد وبالتالي يجب أن تخلو صياغة خطاب النوايا من كل غموض أو عدم دقة والابتعاد عن العبارات الفضفاضة التي تفقد الصفة القانونية لمنح الائتمان المشمول بالخطاب<sup>2</sup>.

وتعد خطابات النية الإلكترونية محررات عرفية، وليست رسمية باعتبارها أنها صادرة من أفراد دون تدخل موظف عام في تحريرها، فلا تلزم غير أطرافها، ومن ثم فإن حجته قاصرة على اطرافه، وله حجية قبل الناس كافة فيما عدا التاريخ فلا يعتبر حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً<sup>3</sup>.

ولقد بينت المادة 328 ق م ج حالات التي يكون فيها العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه<sup>4</sup>، أما بالنسبة للرسائل الإلكترونية فإنثابتها يكون بطرق أخرى تتفق وطبيعة التعامل الإلكتروني المعد لقيود رسائل المعاملات الإلكترونية بين الأطراف، أو عن طريق توثيق الرسائل، عن طريق جهات التوثيق المختصة.

<sup>1</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 24.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 106.

<sup>3</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 287.

<sup>4</sup> - المادة 328 (لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت و يكون له تاريخ العقد ثابتاً ابتداء من يوم تسجيله، من يوم ثبوت مضمونه غي عقد آخر حرره موظف عام، من يوم التأشير عليه، على يد ضابط عام مختص من يوم وفاء أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء.....).

ووفقاً للنظرية العامة لتنازع القوانين في العقود فإن القانون الواجب التطبيق على خطاب النوايا الإلكتروني، وهو قانون الإرادة حسب ما نصت عليه المادة 1/18 من القانون المدني الجزائري و التي مضمونها أن خضوع العقود والتصرفات الإرادية للقانون الذي يختاره الطرفان بإرادتها الحرة.

وأما عن موقف المشرعين الفرنسي والمصري من القيمة الإلزامية لخطاب النوايا فقد استقر الوضع فيهما على أنه ليست لخطاب النوايا قوة إلزامية أو طابع تعاقدي وهو ما ذهب إليه القانون الإنجليزي في عدم الاعتراف بالمسؤولية قبل التعاقدية.

أما القانون الأمريكي فإنه يتفق مع القانون الإنجليزي من ناحية عدم الاعتراف لخطاب النوايا بأية قيمة إلزامية، إلا أنه لا مانع من الخروج عن هذا المبدأ والأخذ بنية أطراف التعاقد، وأن للقاضي حرية تقدير قوة إلزام خطاب النوايا مراعاة لمبدأ حق النية والتعامل بإنصاف بين طرفي التفاوض الإلكتروني، وهذا المبدأ تفرضه المادة 1/203 من القانون التجاري الأمريكي الموحد، والمادة 205 من تقنين العقود الأمريكي<sup>1</sup>.

أما في اتجاه الفقه الجزائري على ندرته في هذا الخصوص، هو أن خطاب النوايا الموقع من طرفيه والمثبت لاتفاقات بينها، يعد عقد يخضع لقواعد العقود، بما فيها ما يتعلق بالمسؤولية خاصة الإخلال بهذه الاتفاقات، بحيث يجب على المحكمة أن تتأكد من توافر ثلاثة شروط<sup>2</sup>:

أن تتجه نية الأطراف بصورة قاطعة إلى الدخول في اتفاق ملزم و أن تتم الاتفاق على جميع عناصر العقد الأساسية اللازمة لانعقاد العقد و أن تكون شروط الاتفاق مؤكدة و محققة.

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر، أنه لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تفسير العقود و سائر المحررات بما يراه أو بنية عاقيدها مستهديا بوقائع الدعوى و ظروفها مادام لم يخرج من تفسيرها عما تحتمله عباراتها (م 106 و 110 - 112).

ومهما يكن من امر فإن خطاب النوايا و بالنظر إلى مضمونه قد يكون مجرد دعوة للتعاقد أو دعوة إلى للبدء في المفاوضات، أو خطاب الاتفاق المبدئي الحر أو خطاب الاتفاق المبدئي للتعاقد<sup>3</sup>، ولما كانت رسائل النوايا الإلكترونية وسيلة للتعبير الإلكتروني عن الإرادة في التفاوض حيث يجوز تحريرها على دعائم

<sup>1</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 283.

<sup>2</sup> - ينظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 107-108.

<sup>3</sup> - عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 18.

إلكترونية تصعب تحديد المسؤولية لتداخل العديد من الأفراد في المعاملة الواحدة التي تتم عبر الانترنت، بمعنى أن ما بين مرحلة إصدار المرسل الخطاب النوايا الإلكترونية عبر الانترنت، ووصوله إلى المرسل إليه، هناك عددا من الوسطاء الذي يتدخلون في هذه المرحلة، يصعب معه تحديد المسؤولية عن الأضرار التي قد تنشأ عن أي خطأ، أو تحريف في الرسالة الإلكترونية، ومن هؤلاء الوسطاء هم :

مقدم خدمة الدخول إلى الانترنت، عامل الاتصالات أو ناقل المعلومات le transporteur، مورد المنافذ le fournisseur d'accès، مورد المعلومات le fournisseur d'information<sup>1</sup>.

### ثانياً : القيمة القانونية لاتفاقات البروتوكولية الإلكترونية

يرى بعض الفقهاء أن البروتوكول الاتفاقي هو عقد حقيقي ملزم للجانبين، وان القيمة القانونية والآثار المترتبة عنه لا يختلف عن أي آثار عقد آخر، وتكون المسؤولية في حالة الخطأ مسؤولية عقدية وتحقق في حالتين حالة النكول عن التفاوض وحالة العدول عن المسائل الجوهرية التي تم الاتفاق عليها<sup>2</sup>.

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن هذه البروتوكولات هي تصرفات سابقة عن العقد فهي لا تعدو أن تكون مجرد اتفاق على التفاوض في شأن عقد من العقود، وتكون المسؤولية في حالة الخطأ مسؤولية تقصيرية لعدم وجود عقد.

وبالمحصلة فان الأطراف المتفاوضة يمكن اللجوء إلى رسائل النية والبروتوكولات الاتفاقية لتأكيد الجدية في التعاقد ولإبراز النية العقدية للأطراف المتفاوضة للوصول للعقد النهائي.

### الفرع الثاني: القيمة القانونية لعقد التفاوض الإلكتروني

يبين عقد التفاوض الإلكتروني مدى قيمة المفاوضات التمهيديّة، وما يترتب على من أخل بأحد آثار هذا العقد من التزامات فهو لا يختلف عن باقي العقود، إلا أنه عقد ممهّد لعملية التعاقد ومستوفي لجميع أركان وشروط صحة العقد، غير ان مضمون عقد التفاوض يختلف من حالة إلى أخرى، بحسب أهمية العقد المتفاوض عليه، فقد يكتفي الطرفان المتفاوضان بتضمين عقد التفاوض على كيفية إجراء عملية التفاوض فقط، وهذا العقد لا ينشأ إلزاماً بالتفاوض بخصوص العقد المراد إبرامه، بحيث لا يحق لكل طرف سوى

<sup>1</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 285

<sup>2</sup> خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، ص 299.

الحق في مطالبة الطرف الآخر بتنفيذه إلتزامه بالتفاوض بحسن نية، وقد يحرص الطرفان المتفاوضان على بيان الإلتزامات التي تقع على عاتق كل منهما أثناء مرحلة المفاوضات مثل الإلتزام بالإعلام والمحافظة على الأسرار، وتحديد القانون الواجب التطبيق، بحيث يتقيد الأطراف بهذه الإلتزامات في جميع الأحوال وبمجرد الدخول في المفاوضات ولو لم يتم النص عليها صراحة في عقد التفاوض<sup>1</sup>.

فالإتفاق على العناصر الأساسية للعقد سواء كان دلالة على إنعقاده، أو كان دلالة على تعليق التعاقد على الإتفاق على المسائل الثانوية المؤجلة، بحيث تتوقف قيمته القانونية قبل كل شيء على إرادة الطرفين وكذا بالنظر إلى صيغته ومدى الإلتزامات، ونطاقها التي يرتبها على عاقبيه<sup>2</sup>، فعندما يريد المتعاقدان عدم إغفال ما تم بحثه في التفاوض، زيادة على الإبقاء عليه والإستعانة به في تكملة العقد، فإنه يتم تلخيصه ومن ثم يضاف التلخيص كملحق للعقد ويصير جزء منه، وحينئذ يكتسب القوة الملزمة، وقد يصدر عن المتفاوضين أو من إحدهما، وقبل الوصول إلى إبرام العقد<sup>3</sup>.

وعليه يشدد الفقه على أهمية الإختيار الصريح لقانون عقد التفاوض تلافياً لمشكلات كثيرة، وعند عدم وجود الإختيار الصريح، يطبق قانون الدولة التي إتجهت إليه الإرادة الضمنية لطرفي العقد وهي إرادة يستخلصها القاضي أو المحكم من الملابسات وظروف الحال<sup>4</sup>.

فالأصل هو أن تسود حرية المفاوضات التي تسبق إبرام العقد يعني أن المفاوضات العقدية هي المعبر عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ومرجعاً هاما لتفسير العقد فلا يمكن الإجبار على التفاوض لأنه يقوم على أساس التعاون وحسن النية، لاسيما في المعاملات الإلكترونية التي تتسم بالطابع الإرادي الحر إعمالاً لمبدأ حرية التجارة<sup>5</sup>. لا تعني حرية الاطراف على وجه العموم ان تخول للاطراف استبعاد الاشتراطات القانونية المتعلقة بشكل العقود والمعاملات او بتوثيقها<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - رجب كريم عبد الله، المرجع السابق، ص 279

<sup>2</sup> - حمدي محمود بارود، نحو تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الانسانية 2010، المجلد 12، العدد 1، ص 733.

<sup>3</sup> - طارق الحموري، صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، ندوة جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية 25 - 29 ديسمبر 2007، ص 05 .

<sup>4</sup> - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 11.

<sup>5</sup> - محمد علي جواد، العقود الدولية، مفاوضاتها-إبرامها-تنفيذها، دار الثقافة، عمان 2010، ص 43 .

<sup>6</sup> - منير محمد وممدوح محمد الجنيهي، استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2006، ص 30.

اما القانون الجزائري حسم مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود (تقليدية كانت أم إلكترونية) بوضع قاعدة إسناد مرنة ذات خيارات متعددة قادرة على حل مشاكل تنازع القوانين بما يلائم مقتضيات التجارة الإلكترونية، وضرورات التطور والتحديث<sup>1</sup>.

ومما سبق يتضح أن المفاوضات الإلكترونية هي تبادل للإقتراحات والمساومات والتقارير بدون حضور مادي متعاصر لأطراف التفاوض باستخدام وسيلة سمعية بصرية للاتصال عن بعد وبالرغم من أهميته في عقود التجارة الدولية إلا أن معظم التقنيات لم تنظمه وجعلته مجالاً للدراسات الفقهية وإجتهد القضاء. ولقيام التفاوض الإلكتروني لابد من توافر مجموعة خصائص، أهمها أنه علاقة إختيارية إرادية تقوم على الأخذ والعطاء، وذو نتيجة إحصائية، ويمر بمراحل متتالية من خلال رسائل البيانات، للوصول إلى العقد النهائي، بحيث تتعدد صور الإتفاقيات التي تتخلل مرحلة التفاوض، وتتفاوت قوتها الملزمة، فمنها ما يعد عملاً مادي أدبي بحت، ومنها ما يعد عقداً حقيقياً .

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 37 .

# الفصل الثاني

الآثار القانونية المترتبة عن  
عملية التفاوض الإلكتروني



## الفصل الثاني

### الآثار القانونية المترتبة عن عملية التفاوض الإلكتروني

نظرا للدور الذي تلعبه إرادة الطرفين في تنظيم عملية التفاوض الإلكتروني، خصوصا وأن الأنظمة القانونية المختلفة تكاد تخلو من أي تنظيم قانوني لهذه المرحلة، حيث تقوم إرادة الأطراف بتحديد الإتفاقيات السابقة على التعاقد، والقيمة القانونية لها .

وبمجرد دخول الطرفين في التفاوض، يقعا تحت مظلة القانون وتتكون بينهما علاقة قانونية، تنشأ على كل منهما إلتزامات قانونية ( المبحث الأول)، وإذا أخل احد المتفاوضين بإلتزاماته في هذه المرحلة فانه يسأل مدنيا عن خطئه، فإن السؤال الذي يطرح نفسه، ما هي طبيعة المسؤولية في هذه المرحلة (المبحث الثاني). وهذا ما سنتناوله في الفصل الثاني .

### المبحث الأول

#### الإلتزامات الناشئة عن عملية التفاوض الإلكتروني

يفرض النظام القانوني للمفاوضات على طرفي المفاوضة إلتزامات يجب الوفاء بها قبل إبرام العقد إستنادا إلى الإلتزام بالتفاوض، وهو إلتزام أساسي وجوهري لأنه لا يمكن أن نتصور وجود عقد دون وجود هذا الإلتزام. إضافة إلى سيادة مبدأ حسن النية، وهو إلتزام أساسي لحماية الثقة المشروعة في المعاملات بهدف تحقيق الغاية من التفاوض، فبناء على ما تقدم نورد أهم الإلتزامات وما يتفرع عنها على سبيل المثال لا الحصر، وتتمثل هذه الإلتزامات في: الإلتزام بالدخول في التفاوض والإستمرار فيه ( المطلب الأول) ، والإلتزام بحسن النية والإعتدال والجديّة (المطلب الثاني) ، والإلتزام بالإعلام والتعاون ( المطلب الثالث) ، والإلتزام بالمحافظة على الأسرار ( المطلب الرابع).

### المطلب الأول: الإلتزام بالدخول في التفاوض والإستمرار فيه

إذا إتفق الطرفان بمقتضى عقد مبدئي على الدخول في التفاوض بغرض التوصل إلى إبرام عقد نهائي، فإنه لا بد من الإلتزام بالخطوة الأولى في تنفيذ ذلك العقد، ألا وهو الإلتزام ببدا المفاوضات في الموعد المتفق عليه، وإتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك، منها توجيه الدعوة إلى الطرف الآخر، ومن ثم إفتتاح المفاوضات بإجراء الحوار وتبادل المقترحات، وتقديم الدراسات، وتحديد وقت إجراء المفاوضات<sup>1</sup>.

والغالب أن يتفق الطرفان على موعد لبدا التفاوض فإذا لم يكن ثمة إتفاق إلتزم كل من الطرفين بالبدا في المفاوضات في مدة معقولة، وهذا الشق بالإلتزام بالتفاوض قد يقع على عاتق الطرفين معا بحيث يكون كل منهما ملتزما ببدا المفاوضات الإلكترونية<sup>2</sup>، ومن ثم لا يحق لأي طرف أن يمتنع عن البدا في التفاوض في الموعد المحدد .

إن الإلتزام بالدخول في المفاوضات هو إلتزام بتحقيق نتيجة وليس ببدا عناية، وتظهر أهمية إعتبار الإلتزام ببدا المفاوضات إلتزاما بتحقيق نتيجة على مستوى الإثبات للخطأ عند إثبات أركان المسؤولية فالطرف المضرور لا يلتزم بإثبات أخطاء الطرف المسؤول، وإنما يكفي مجرد التخلف عن بدأ المفاوضات في الميعاد المحدد أو خلال مدة معقولة لتحقق المسؤولية العقدية<sup>3</sup>.

وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، والتي أخذت بفكرة المدة المعقولة في قضية رونو الشهيرة حيث إعتبرت أن هذه المدة قد إنقضت بسبب تقاعس رب العمل عن تقديم أي عرض إلى طالب العمل خلال مدة عدة سنوات، وهي المرة الأولى الذي إعترفت بوجود عقد مبدئي بالتفاوض بين الطرفين الذي إستخلصته من دراسة رسالة الشركة التي أرسلتها للعامل<sup>4</sup>.

لا يكفي أن يبدأ المتعاقد في عقد التفاوض الإلكتروني، وإنما يجب ان يستمر هذا التفاوض وأن لا يقطع بدون مبرر قانوني، وهو إلتزام تبادلي يقع على عاتق المتفاوضين معا، وهو إلتزام ببدا عناية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 384 .

<sup>2</sup> - حمدي محمود بارود، نحو أساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد الطبيعية العقدية واثارها دراسة تحليلية تأصيلية مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الانسانية، 2010، المجلد 12، العدد الأول، ص 730.

<sup>3</sup> - عقيل فاضل حمد الدهان، المرجع السابق، ص 66 .

<sup>4</sup> - اشار إليها: علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 386 .

<sup>5</sup> ذكرى محمد حسنين و استبرق محمد حمزة، الإلتزامات في مرحلة المفاوضات على عقود التجارة الدولية، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية و السياسية، جامعة بابل كلية القانون، العدد الرابع السنة السادسة، ص 397 .

بمعنى أنه يقتضى على كل من طرفيه بذل كل ما في وسعهما وبصورة إيجابية وفعالة في سبيل إبرام العقد المنشود دون أن يحتم عليهما إبرام العقد النهائي بأن يتبع المسلك المألوف للشخص المعتاد ويتفق مع مقتضيات حسن النية في تنفيذ الإلتزامات<sup>1</sup>.

وفي حالة اتفاق المتفاوضين على المسائل الأساسية وإظهار نيتهما على عدم إبرام العقد، في حالة عدم الاتفاق على المسائل الثانوية، لا يمكن للقاضي أن يتدخل لإبرام العقد.

أما في حالة إتفاق الأطراف المتفاوضة على المسائل الأساسية مع تأجيل المسائل الثانوية لإتفاق لاحق، وإتجاه النية إلى إعتبار العقد منعقدا رغم عدم الاتفاق عليها، فإن هذا يولد إلتزاما بالتفاوض، وعلى الأطراف المتفاوضة الإلتزام بالتوصل إلى إتفاق بشأن المسائل المتبقية، وإلا فللقاضي أن يتدخل ويحسم هو المسائل القانونية المؤجلة، وبناءا عليه ينعقد العقد<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: الإلتزام بالتفاوض بحسن النية والاعتدال والجدية

يعتبر الإلتزام بحسن النية إلتزام جوهري وأساسي يتفرع عنه إلتزامات أخرى مجسدة في كل من الإلتزام بالتعاون والجدية والاعتدال بقصد الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية وإنعقاد العقد المنشود.

تشكل فكرة حسن النية قاعدة سلوك تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في معاملاتهم .

ويمكن تعريفه بأنه: " إقدام المتفاوضين أو الراغبين بالتعاقد على هذه العملية على أساس من الثقة والإستقامة في التعامل والإبتعاد عن أساليب الخداع والتظليل والتي من شأنها بث أو إشاعة جو من عدم الطمأنينة لدى الأطراف"<sup>3</sup>.

إن مبدأ حسن النية يهدف إلى تأمين عملية التفاوض وذلك بمنع الخداع والتظليل الذي قد يؤدي إلى فشل المفاوضات، أو يلحق ضررا بأحد أطرافها في الفترة قبل إبرام العقد، بحيث يرى الفقهاء ان كل

<sup>1</sup> - شيرازاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، الطبعة 1، منشورات دار دجلة، عمان، 2008، ص 55 .

<sup>2</sup> - عمار صابر محمد، المفاوضة في عقود التجارة الإلكترونية، بحث منشور عبر شبكة الإنترنت على موقع المحامين العرب، 2002 ،

<http://www.mohamoon.com>

<sup>3</sup> - بن احمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة ماجستير قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة السنة الجامعية 2006/2007، ص34، وكذلك إسماعيل الشبلاق، المرجع السابق، ص 20 .

الإلتزامات المترتبة على الطرفين في مرحلة التفاوض تجد أساسها في قاعدة " حسن النية "، بإعتبارها قاعدة أصلية لها مكانتها ليس فقط أثناء تنفيذ العقد، بل أيضا والتفاوض عليه<sup>1</sup>.

ونظرا لما عرفه الإلتزام بحسن النية من رواج ، جعل منه مطلبا من المطالب في كل المراحل التي يمر بها العقد إلى الحد الذي أعتبر مبدأ خلقيا وقانونيا، يهيمن على الأفكار القانونية والآراء الفقهية والمواثيق العالمية، ومبدأ عالميا مكرسا وقانونا لمبدأ قاعدي ذكرته إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في مادتها السابعة الفقرة الأولى منها<sup>2</sup>.

وقد شددت على إلتزام حسن النية وجعله مبدأ عاما يجب إلتزامه في كافة عقود التجارة الدولية التي وضعها معهد توحيد القانون الخاص بروما UNIDROIT عام 1994، حيث جاءت المادة الأولى منها : "يلتزم الأطراف بإحترام مقتضيات حسن النية في التجارة الدولية".

كما تتطلب نظم القانون المدني بصفة عامة مراعاة مبدأ حسن النية كلما تعلق الأمر بتفسير العقود أو بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عنها، أما بالنسبة للمرحلة السابقة على التعاقد فلا يوجد غالبا نص خاص يفرض صراحة حسن النية، في العلاقات بين الأطراف في هذه المرحلة<sup>3</sup>.

وقد تقرر مبدأ حسن النية في المعاملات كمبدأ عام يمكن الإستناد إليه كما هو الشأن في القانون الجزائري<sup>4</sup>.

ويسلم الفقه والقضاء أن حسن النية يعتبر من المبادئ العامة للقانون الوضعي الذي لا يقتصر أعماله على مرحلة تنفيذ العقد، بل يبدأ تطبيقه ومراعاته منذ مرحلة التفاوض أي قبل إنعقاد العقد .

ويعد الإلتزام بالتفاوض بحسن النية إلتزاما تبادليا، يقع على عاتق الطرفين ويقوم على معيارين أحدهما شخصي قوامه نية المتفاوض، والآخر موضوعي يستند إلى عرف التعامل وأصوله وشرفه، ويفرض نوعين من الواجبات، أولها سلبي ويتمثل في عدم الغش أو خداع المتعاقد الآخر وإستغلال ضعفه، وثانيها إيجابي

<sup>1</sup>- JEAN CEDRAS, l'obligation de négociateur, revue, trimestrielle de droit civil, 1985 , p279.

<sup>2</sup>- إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع على الموقع [www.cisg./law/cisg/biblio/murray.html](http://www.cisg./law/cisg/biblio/murray.html).

<sup>3</sup>- وعود الأنباري ، المفاوضات العقدية عبر الإنترنت ، مجلة رسالة الحقوق ، المجلد الأول، العدد الثاني ، كلية الحقوق جامعة كربلاء 2009 ، ص 203 .

<sup>4</sup>- جاء في المادة 107 ق م ج تنص: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن النية " .

يلزم كل طرف بتقديم المعلومات الضرورية للتعبير عن الرضا، وهو إلتزام مفروض عليهما بمجرد دخولهما في التفاوض، ولا يجوز الإعفاء منه ويقع باطلا كل إتفاق من هذا النوع<sup>1</sup>.

إن الإلتزام بالتفاوض بحسن النية في عقد التفاوض الإلكتروني، هو إلتزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية<sup>2</sup>. وحتى يكون المتفاوض حسن النية في تنفيذ عقد التفاوض يجب أن يمتنع عن إثيان أي سلوك من شأنه إشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر في جدية المفاوضات، أي عدم التفاوض لمجرد التسلية، أو إستطلاع السوق، دون وجود نية حقيقية في التعاقد<sup>3</sup>.

وتأسيسا على مبدأ سير المفاوضات بحسن نية يجب أن يكون متعاوننا فهو إلتزام مفروض ضمنا دون الحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد، ويضل هذا الإلتزام قائما طيلة فترة المفاوضات، وفي حال إعمال مبدأ سلطان الإرادة، وتحديد سبل التعاون بين طرفي التفاوض، فيلتزم كل منهما إلتزاما كلياً بما تم الإتفاق عليه بالتعاون بينهم<sup>4</sup>، فضلا عن الإلتزام بالجدية والإعتدال والإستقامة الذي يفرض على كل منهما الحرص على أن يبلغ المفاوضات غايتها، من حيث التوصل إلى إبرام عقد معين .

### المطلب الثالث: الإلتزام بالإعلام والتعاون

الإلتزام بالإعلام هو إطلاع الطرف الآخر على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد منذ اللحظة الأولى من إبرامه<sup>5</sup>، وتبرز أهمية هذا الإلتزام في التفاوض الإلكتروني الذي يكتنفه القلق والغموض وعدم اليقين، مما يدفع كل طرف عند دخوله المفاوضات إعطاء كل البيانات والمعلومات الضرورية اللازمة للتعاقد لبيان وتقرير الرضا بكل وضوح وأمانة .

كما يقصد به: " إلتزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني، يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يتعلق العقد المزمع إبرامه، بتقديمها بوسائط إلكترونية في الوقت المناسب وبكل

<sup>1</sup> - رجب كريم عبد الله ، المرجع السابق، ص 419 .

<sup>2</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 238.

<sup>3</sup> - عقيل حمد الدهان، منذر إبراهيم حسين الحلبي، المرجع السابق، ص 67 .

<sup>4</sup> - وعود الأنباري، المرجع السابق، ص 204.

<sup>5</sup> - إناس مكي عبد نصار، التفاوض الإلكتروني، دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد

21، العدد 03، 2013، ص 945 .

شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة، ليتم إبرام عقد خال من أي عيب"<sup>1</sup>، ويتعلق الإلتزام بالإعلام بالمنتجات والخدمات المعروضة وثمنها، هذا عن العقود التقليدية أما في عقود التجارة الإلكترونية، يضاف عنصر الإعلام بقوانين المعلوماتية والحريات<sup>2</sup>.

ويرى بعض الفقهاء القانونيون أن الحق في الإعلام حسب القانون الفرنسي الصادر في 1993 يجب أن يتضمن ثلاث نقاط أساسية: التبصير والتوضيح بالخصائص المميزة للسلع أو الخدمات، التبصير والتوضيح بثمن السلع والخدمات، التبصير والتوضيح ببعض البيانات الإلزامية منها: الإلتزام بضمان العيوب الخفية، وعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من هذا الشرط<sup>3</sup>.

وقد حرصت القوانين على تكريس هذا الإلتزام بالنص عليه في مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية على غرار المشرع الجزائري الذي نص عليه ضمن الفصل الخامس تحت عنوان "إلزامية إعلام المستهلك"، بمقتضى المادتين 17 و 18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش<sup>4</sup>.

بحيث يمثل الإلتزام بالإعلام إلتزام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الإستهلاك ويتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى المستهلك<sup>5</sup>.

ويجد الإلتزام بالإعلام في المرحلة السابقة عن نشوء العقد، مصدره في المبادئ العامة للقانون، كمبدأ حسن النية الذي يوجب أثناء مرحلة المفاوضات، إلتزاما بالصدق والأمانة في مواجهة الطرف الآخر، او في مبدأ سلامة العقود<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - ينظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 62 .

<sup>2</sup> - حداد العيد، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الإنترنت، مداخلة تم تقديمها في المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس ليبيا، 30/27 أكتوبر 2009، ص 04 .

<sup>3</sup> - حداد العيد، المرجع نفسه، ص 05 .

<sup>4</sup> - قانون رقم 09 - 03 مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر العدد 15 الصادرة بتاريخ 08 مارس 2009 .

<sup>5</sup> - بتقة حفيظة، الإلتزام بالإعلام في عقد الإستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية جامعة أكلي محمد أولحاج، البويرة 2013/2012، ص 10.

<sup>6</sup> - عبد الله عبد الكريم عبد الله، حماية المستهلك في بعض التشريعات العربية بين الواقع والتطبيق، دراسة بحثية مقدمة إلى الندوة العلمية حول حماية المستهلك العربي وآليات التطبيق، الذي ينظمها المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية مجلس وزراء العدل العرب، جامعة الدول العربية، بيروت، 2 - 4 يونيو 2014، ص 18 .

ويعد الإعلان التجاري الوسيلة القانونية التي تكفل ذلك، غير أن الواقع العملي يبين أن المعلومات عن طريق الإعلان التجاري الإلكتروني قد تكون مضللة، في حال توفر الركن المادي والمعنوي والذي على أساسه تقوم المسؤولية الجزائية .

وتقوم قواعد حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الإلكترونية على قاعدتين أساسيتين، الأولى تتعلق بإشتراط وضوح الإعلان الإلكتروني، أما الثانية تتعلق بمنع الإعلان الإلكتروني المضلل<sup>1</sup>.

ويعد الإلتزام بالإعلام ضروري وهام لسلامة العقود، في ظل عدم المساواة بين المتعاقدين في العلم، نظرا للتقدم العلمي والتكنولوجي وظهور المنتجات الصناعية المعقدة أو الخطرة والذي تستدعي ضرورة الإلتزام بالإعلام .

وقد نصت التشريعات العربية بالنسبة للمعاملات الإلكترونية على هذا الإلتزام، بحيث ان مشروع قانون المبادلات الإلكترونية المصري قد نص في الفقرة الأولى من الفصل السابع المسمى حماية المستهلك على وضع الشروط والأسس الخاصة بالإعلان الإلكتروني عن السلع والخدمات<sup>2</sup>، أما المشرع الأردني فلم يشر في قانون المعاملات الإلكترونية إلى وجود هذا الإلتزام<sup>3</sup>.

كما نصت المادة 25 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بأن يعلم المستهلك بطريقة مفهومة وواضحة، ونصت المادة 10 من التوجيه الأوربي رقم 31 / 2000 المتعلق ببعض المظاهر القانونية وخدمات المجتمع المعلوماتي والتجارة الإلكترونية بحيث ألزمت البائع بتوضيح فحوى العقد ومراحله.

والجدير بالذكر أن الفقه إعتبر الإلتزام بالإعلام إلتزاما ببذل عناية، بحيث يلتزم المورد بتزويد العميل بكافة البيانات والمعلومات وملحقات المنتج، وبيان طرق الإستعمال والمخاطر التي يتجنبها إلا أن المورد لا يكون ملزما بضمان النتيجة، لأن ذلك<sup>4</sup> يعود لعدم التزام العميل باتباع البيانات وطرق الاستعمال المرفقة مع المحل، واما المورد فيكون هنا قد أوفى بالتزامه من خلال بذل العناية التي تفرضها عليه طبيعة مهنته.

<sup>1</sup> - فلاح فهد المطيري، المرجع السابق، ص 80 .

<sup>2</sup> - مشروع قانون التجارة الإلكتروني المصري عام 2001.

<sup>3</sup> - قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 الأردني .

<sup>4</sup> - إنناس مكّي، المرجع السابق، ص 954 .

كما ان الالتزام في هذه المرحلة غير ناتج عن اثر عقدي بل هو سابق للتعاقد ولايكون هناك أي إلزام عقدي على طرفي العلاقة.

ولقد جسد المشرع الجزائري مبدأ إعلام المشتري بالمبيع في المادة 352 ق م، كما تعرض قانون 02/89<sup>1</sup> المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك لمبدأ الإلتزام بإعلام المستهلك، بخصوصيات المبيع طبيعته، صنفه، حسب ما تتطلبه البضاعة المعنية في المادة 04 منه<sup>2</sup>، كما تطرق المرسوم التنفيذي رقم 65/09 لمبدأ إعلام المستهلك وخاصة المادة 05 منه .

ومع تطور تكنولوجيا المعلومات والاتصال أضحت الحق في الإعلام الإلكتروني ضرورة عملية تقتضيها طبيعة الحياة المعاصرة، لتحقيق التوازن العقدي<sup>3</sup>، بحيث ترتب على المهني القيام بتصرفات قانونية وأعمال مادية من شأنها تضمن هذه الحماية، وهي من العناصر التي تعطي الثقة للمستهلك المتعاقد عبر الإنترنت، وذلك من خلال تحديد شخصية المهني أو مزود الخدمة وإعطاء البيانات الأساسية عن السلعة أو الخدمة.

### المطلب الرابع : الإلتزام بالمحافظة على الأسرار

ولما كانت مفاوضات عقود التجارة الدولية تدور عادة حول مسائل ذات طابع فني أو تكنولوجي كعقود نقل التكنولوجيا وتصنيع برامج الحاسوب الإلكتروني، بحيث يستلزم السير في المفاوضات وصولاً إلى اتفاق، الكشف عن العديد من الأسرار بين الطرفين، وعليه عادة ما يلجأ طرفا التفاوض لإدراج الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات التي تكشف خلال مرحلة المفاوضات في عقد التفاوض، أو في اتفاق مستقل

<sup>1</sup> - أنظر قانون 02/89 المؤرخ في 1989/02/07 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر العدد 06 مؤرخ في 07 فبراير 1989 الملغى بموجب المادة 94 من القانون 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش .

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 09 - 65، مؤرخ في 07 فبراير 2009 يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو في بعض السلع والخدمات المعنية، ج ر العدد 10 .

<sup>3</sup> - خلوي عنان نصيرة، الحماية القانونية للمستهلك عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2013، ص 28 .



بحيث يلتزم الطرفان بالمحافظة عليها، فلا يفشيها للغير ولا يستغلها أو يستعملها لحسابه الخاص دون موافقة صاحبها<sup>1</sup>.

وقد نصت المادة الثانية البند 16 من مجموعة مبادئ عقود التجارة الدولية، التي اعتمدها المعهد الدولي للتوحيد القانون الخاص بروما عام 1994 بقولها: (يلتزم من يحصل على معلومة معينة خلال المفاوضات بأن لا يفش هذه المعلومة، أو لا يستخدمها بطريقة غير سليمة في أغراضه الشخصية يستوى في ذلك أن يكون العقد قد انعقد أو لم ينعقد، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام تعويض كلما كان ذلك مناسباً، يشمل ما عاد على الطرف الآخر من نفع<sup>2</sup>).

والحفاظ على الأسرار له شقين، سواء كانت سرية المفاوضات والمناقشات في ما يخص إبرام العقد أما الشق الثاني المقصود بالسرية الكائنة في التكنولوجيا ذاتها، والذي يسعى الطرف الآخر للحصول عليها بأثمان باهضة<sup>3</sup>.

تعد المعلومة خاصة في عالم التعاقد الإلكتروني حساسة من الناحية التجارية ومقيدة من الناحية القانونية، لذا تتطلب في هذه المرحلة اتخاذ القرارات فيما يخص المعلومة التي تنتشر على موقع الويب والمعلومات التي ستطلب من الأطراف المقابلة وكيف يمكن تقييد ظهورها ومراقبته.

وأن يعالج العقد ذاته مسائل السرية والمسؤولية عن الإخلال بها، وليس هناك شرط تعاقدى جامع مانع يكفل حماية مناسبة للمعلومات، ومن ثم يجب أن تصاغ الشروط المتعلقة بالسرية بما يناسب طبيعة المعلومة وأهميتها، وكذلك الإطار القانوني الذي يعمل فيه الطرفان<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> – Philippe le tourneau , La rupture des négociations, revue trimestrielle de droit Commercial , N 03, 1998, p 486 .

<sup>2</sup> – المادة 2 من البند 16 المتعلقة بالمبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية، الترجمة العربية، عام 2014 على الموقع:

Principles. 2010/translations / blackletter 2010 – arabic PDF. www. Unidroit. Org/English/ primipiles/ contrats/ تاريخ التصفح 2016/04/04.

<sup>3</sup> – طالب حسين موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، الدار العلمية الدولية و مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2001، ص 66.

<sup>4</sup> – منير محمد الجنيبي وممدوح محمد الجنيبي، استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006، ص 58.

ويعد ضمان السرية من أهم الالتزامات التبادلية في مرحلة التفاوض والذي تحميه دعوى المنافسة غير المشروعة<sup>1</sup>.

ونشير إلى أن هذا الالتزام من مقتضيات حسن النية ويختلف باختلاف الظروف والأشخاص وطبيعة الوقائع، وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد الأسرار بطبيعتها مستعيناً بالعرف في تحديده<sup>2</sup>.

وقد يكون هذا الالتزام وفقاً لصياغته أهو مجرد إلتزام ببذل عناية وقد يكون التزم بتحقيق نتيجة، بحيث يعد التزم المتلقي بالحفاظ على المعلومات والمعارف السرية في مرحلة المفاوضات، التزم ذو طابع عيني أي يجب ان ينفذه عينا وبالتالي لا يطلب منه بذل العناية اللازمة لتحقيق ذلك، وانما يكون ملزماً بتحقيق نتيجة معينة، متمثلة بالحفاظ على سرية المعلومة التي حصل عليها عن طريق المفاوضات، والعلة في ذلك انه يعد التزم سلبي (الامتناع عن عمل معين) غير قابل للتجزئة<sup>3</sup>.

نصت المادة 2/107 من ق م ج<sup>4</sup>: "لا يقتصر العقد على التزم المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، و العرف و العدالة بحسب طبيعة التزم.." بحيث يرى الدكتور بلحاج العربي أن من مستلزمات العقد في مرحلة المفاوضات، هي ضرورة الامتناع من إفشاء المعلومات السرية التي يطلع عليها المتفاوض أثناء المفاوضات<sup>5</sup>.

ويرى بعض الفقه في فرنسا إلى أن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات التي يطلع عليها المتفاوض بمناسبة التفاوض هو التزم بتحقيق نتيجة على كل أعضاء فريق التفاوض، ولا يكفي أن يبذل العناية ليمتتع عن إفشاء الأسرار، لكن أن يمتنع عن ذلك بالفعل، وإلا انعقدت المسؤولية المدنية<sup>6</sup>.

أما القانون الأمريكي يؤسس حماية المعلومات السرية في المجال الصناعي والتكنولوجي على حق الملكية الفكرية لصالح المالك.

1- إبراهيم الشهراوي، الدعوى القضائية و أسس التفاوض في حل المنازعات، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2012، ص 640.

2- شيرزاد عزيز سيلمان، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القانونين و الاتفاقات الدولية، منشورات دار دجلة، عمان 2008، ص 362.

3- محمد جعفر خفاجي و ميثاق طالب عبد حمادي، الالتزام بالسرية في عقود نقل التكنولوجيا (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية و - السياسية جامعة بابل سنة 2014، المجلد 6، العدد 2، ص من 363-474، ص 372.

4- تقابلها المادة 2/150 من القانون المدني العراقي و المادة 2/148 من القانون المصري و المادة 2/202 من القانون المدني الأردني.

5- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 131.

6- إبراهيم الشهراوي، المرجع السابق، ص 238 وما يليها.

يهدف الالتزام بالسرية إلى حماية المدين بواجب الإعلام ضد استخدام أو نشر المعلومات المدلى بها أثناء المفاوضات، باعتبارها نتيجة لازمة ومباشرة للالتزام بالإعلام، تم قبوله في جميع الأنظمة القضائية الوطنية رغم اختلاف أسسه من نظام إلى آخر، بحيث نجد الأنظمة الرومانوجرمانية تجعل أساسه في نظرية حسن النية فهذا الالتزام مقابل الالتزام بالإعلام<sup>1</sup>.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري نص على مجموعة من القوانين التي تضمن حماية المعلومات الفنية أو التقنية السرية في إطار حماية الملكية الفكرية والفنية والصناعية.

أما القانون الإنجليزي فيؤسس هذا الالتزام على العدل، وعلى العكس من القانون الفرنسي بأن أسس الالتزام بالسرية على حسن<sup>2</sup>.

## المبحث الثاني

### المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني

إن المسؤولية الناشئة عن الاخلال المدني بالالتزامات في المرحلة السابقة على التعاقد يستوجب البحث في أمور مهمة أولها الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية (المطلب الأول)، ونخص (المطلب الثاني) بشروط قيامها، وأخيرا جزء الاخلال بالالتزام في مرحلة التفاوض الإلكتروني في (المطلب الثالث).

#### المطلب الأول : الطبيعة القانونية لمسؤولية المفاوض الإلكتروني

اختلف الفقه حول بيان الطبيعة القانونية للمسؤولية في مرحلة المفاوضات، فمنهم من يرى بأنها مسؤولية عقدية (الفرع الأول)، ومنهم من اعتبرها مسؤولية تقصيرية (الفرع الثاني)، ومنهم من نادى بجعلها مسؤولية متميزة تناسب طبيعة هذه المرحلة (الفرع الثالث).

<sup>1</sup> – Rabih MONER, la négociation des contrats internationaux une harmonisation des régimes juridiques romano-germaniques et anglo-saxons, p 272 ,WWW . gbv . de / dms/spk/sbb/vercht/toc/G.11905590. pdf .

<sup>2</sup> – بحيث عيسى، آثار العولمة على المسؤولية السابقة على التعاقد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة الشلف، العدد 14، جوان 2015، ص85.

### الفرع الأول : نظرية المسؤولية العقدية (الطبيعة العقدية)

هناك اتجاهان اثنان متفقان من حيث المضمون، وهو أن المسؤولية السابقة على التعاقد هي مسؤولية عقدية، ومختلفين من حيث الأساس، بحيث أن الاتجاه الأول يجعل أساسها هو وجود عقد ضمني مفترض، أما الاتجاه الثاني فيرى أن أساسها هو وجود عقود أولية ممهدة لإبرام العقد الاصلي مستقلة عنه.

**الاتجاه الأول :** يعد الفقيه الكبير الألماني إيرنج<sup>1</sup>، من أهم أنصار هذا الاتجاه وذلك بفكرته عن الخطأ عند تكوين العقد إذ يرى أن الخطأ في الفترة السابقة عن التعاقد وسواء ترتب عليه عدم انعقاد أم أدى إلى بطلانه، هو خطأ عقدي يثير المسؤولية العقدية على عاتق مرتكبه، بتعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر ويستخلص إيرنج في ضوء ذلك، أن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاما بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية<sup>2</sup>.

وقد انطلق الفقيه إيرنج من نصوص القانون الروماني على أساس أن اتفاق الأطراف يتواجد منذ اللحظة التي يدخلون فيها المباحثات أو المفاوضات، إذ تقوم بينهم اتفاقات ضمنية وعليه يشترط الفقيه إيرنج لإقامة المسؤولية الناشئة عن قطع المفاوضات ضرورة وجود خطأ عقدي، والذي في الحقيقة يشكله إخلال بما يتولد عن هذه الاتفاقية الضمنية.

استخلص الفقه من هذه النظرية بعض المزايا الذي نوردتها فيما يلي :

تبني فكرة الخطأ: بحيث يفترض توافر قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس على توافر الخطأ، من مجرد الاقدام على التعاقد مع توافر العيب، ولو كان هذا العيب خفياً عليه شخصياً.

ابتداع فكرة الخطأ والتعاقد دون اسنادها إلى أساس معين، بحيث جعل الخطأ عند التعاقد نوعاً ثالثاً يقف إلى جوار الخطأ العقدي والخطأ التصريحي، وهو بذلك يجعل ما يرتبه عليها من نتائج ممكن الأخذ به في كل الأنظمة القانونية.

<sup>1</sup> - ينظر في التعريف بالفقيه (ولد الفقيه لألماني فون رودلف إيرنج عام 1818 وتوفي سنة 1892 وهو لم يدرس المفاوضات بطريقة خاصة وإنما بصورة عامة، في إطار مشكلة العلاقة بين المسؤولية والعقود) العربي بلحاج الهامش رقم 1، ص 165.

<sup>2</sup> - عمر سالم، الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد، بحث منشور على الموقع [WWW.boti.oil.gov.iq/book/arabic](http://WWW.boti.oil.gov.iq/book/arabic)، تاريخ التصفح 2016/03/26.

توسيع المفاهيم السائدة المستمدة من القانون الروماني بحيث يكفي لعقد المسؤولية التسبب في إيجاد مظهر تعاقدى ولو بحسن النية كما وسع من فكرة العقد<sup>1</sup>.

ورغم هذه المزايا إلا أنها تعرضت لجملة من الانتقادات نذكرها فيما يأتي :

إنها نظرية تقوم على وهم مثل وجود هذا الاتفاق الضمني المزعوم في حال الدخول في مفاوضات العقد<sup>2</sup>. إن إثبات المتفاوض عدم ارتكابه لأي خطأ عقدي في مرحلة التفاوض، إخلال بالتزامات اليقظة عند التعاقد، والاتفاقية الضمنية بين الطرفين هي أمور عامة يصعب تحديدها في الكثير من الحالات.

تجاهل الأثر المطلق للبطلان، بحيث تقول بزوال كل أثر للتصرف الذي يلحق البطلان وهو ما يتعارض مع اقتصار البطلان على الركن أو الشرط الذي أصابه البطلان وحده<sup>3</sup>.

ومن المعلوم أن الأنظمة القانونية عزفت عن تبني هذه النظرية و أكد العلامة السنهوري إنها مع نظريات الضرورة أي اضطرار لما ضاق به القانون الروماني عن أن يتسع لحاجات التعامل<sup>4</sup>.

### الاتجاه الثاني:

إلى جانب نظرية إيرنج (نظرية الخطأ في تكوين العقد) هناك عدة نظريات أخرى اجتهدت في البحث عن أسس أخرى للمسؤولية قبل العقدية، وذلك لتفادي عيوب نظرية إيرنج، ولعل أهمها هي نظرية تحمل التبعة العقدية التي نادى بها الفقيه الألماني (WINDSCHEID) وحمل لواءها كل من (LABBE) و (JOSSERAND) و (SALEILLES) في فرنسا<sup>5</sup>.

وتقوم النظرية على أن كل مقدم على التعاقد يتعين أن يتحمل الأضرار الناجمة عن تبعة النشاط العقدي الذي قام به أيا كانت الأسباب التي عاقت قيام العقد، أو أدت إلى بطلانه ولو كانت الأسباب

<sup>1</sup> - انظر محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 40.

<sup>2</sup> - Joanna Schmid, SZALEWSKI, la période précontractuelle en droit français , p 457, www.persee .fr/doc/ridc-0035-3337-1990-num-42-2-1979.

<sup>3</sup> - محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 42.

<sup>4</sup> - ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 677.

<sup>5</sup> - علي احمد صالح ، المرجع السابق ، ص622.

مجهولة ويكتفي (WINDSCHEID) بحدوث الضرر الذي يلحق بالآخر أو بالغير عندما لا يتحقق العقد أيا كان السبب، لمجرد إثبات التفاوض المضروب ما لحقه من ضرر لقيام المسؤولية عن التعريض<sup>1</sup>.

ولكن يستطيع المقدم على التعاقد أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أن هذا الضرر ناشئاً عن خطأ ضحيته كإثبات إهماله أو عدم حيطة.

ونلاحظ أن نظرية (WINDSCHEID) لم توضح جلياً مضمون التزامات الأطراف في مرحلة التفاوض، كما أنها لم تبين طبيعة المسؤولية السابقة على التعاقد، هل هي عقدية أو تقصيرية<sup>2</sup>.

والحقيقة أن هذه النظرية، لا تختلف كثير عن نظرية إيرنج التي تحمل المتعاقد تبعاً للأسباب التي عاقت إبرام العقد أو أدت إلى بطلانه حتى ولو كان حسن النية فكلا النظريتين تتفقان في النتيجة ولكنهما تختلفان في أساس المسؤولية وعبء الإثبات<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني : نظرية المسؤولية التقصيرية (الطبيعة المادية )

ذهب الكثير من الفقهاء إلى فكرة المسؤولية التقصيرية، هي التي تحكم التفاوض وتعد أسهل الوسائل وأيسرها تطبيقاً على هذه المرحلة لحجة مفادها أن أحكام هذه المسؤولية هي وحدها التي تطبق عند عدم وجود عقد ، تأسيساً على فكرة التعسف<sup>4</sup>.

وحاول أنصار هذا الاتجاه تأسيس هذه النظرية على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق ولكن التسليم بهذا الرأي يستوجب وجود حق يتعسف في استعماله وهذا الحق غير موجود.

ويرى القائلون بهذه النظرية أنه لا يمكن التسليم بوجود عقود مفترضة والالتكاف عليها، للقول بالمسؤولية العقدية، وعليه فالمسؤولية هي مسؤولية تقصيرية<sup>5</sup>، فإذا ما ارتكب أحد طرفي عملية التفاوض خطأ ما أفضى

<sup>1</sup> - محمد حسام محمود لطفي، المرجع نفسه، ص 44.

<sup>2</sup> - ينظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 168.

<sup>3</sup> - رجب كريم عبد اللاه، المرجع السابق، ص 233.

<sup>4</sup> - عمر سالم محمد، المرجع السابق، ص 10.

<sup>5</sup> - نبيل إسماعيل الشبلاق، المرجع السابق، ص 326.

إلى وقوع ضرر، ومعيار الخطأ هو سلوك الرجل العادي أو سلوك الرجل الممتحن<sup>1</sup> بحسب الحالة بالطرف الآخر، وأمكن ربط الخطأ بذاك الضرر بعلاقة سببية تكون دعوى التعويض قد استجمعت أركانها، وأمكن للمضرور أن يركن إليها لجبر ما أصابه من ضرر، وعليه سنقر الرأي السائد في الفقه الحديث والاجتهاد القضائي.

ولم تكن هذه النظرية بمنأى عن النقد إذ يأخذ عليها تجاهلها بأن ثمة التزامات يمكن أن تنشأ عن العديد من العقود التي قد تبرم بين أطراف التفاوض ويكون الغرض منها تنظيم عملية التفاوض، أو الحفاظ على سرية المعلومات، أو الالتزام بعدم التفاوض مع الغير، فالإخلال بهذه الالتزامات الناتجة عن مثل هذه العقود، وإن كانت تقع في مرحلة تسبق إبرام العقد النهائي، إلا أنه لا يمكن بأي حال تجريمها من طبيعتها العقدية<sup>2</sup>.

ومن جهة أخرى وفيما يتعلق بالمسؤولية فيما يخص التفاوض الإلكتروني، استقر الفقه والقضاء على وجوب الالتزام بالتفاوض بحسن النية وأمانة وصدق، وأن لا يحيد المتفاوض الإلكتروني عن السلوك المألوف ومخالفة الالتزامات التفاوضية أو قطع المفاوضات بدون سبب جدي، وعلى هذا الأساس يرى جانب كبير من الفقه أنه تقوم مسؤولية المتعاقد (المهني) التقصيرية، عند إخلاله بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام، أي عند عدم توفير المعلومات الصحيحة واللائمة للمتعاقد الآخر (المستهلك الإلكتروني)، وهذا الطرف الضعيف في هذه العلاقة، أي باستعماله طرق احتيالية تضلل المستهلك أو تخدعه لدفعه للتعاقد وهي مسؤولية مدنية تقصيرية تقوم على الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد الملزم قانونياً بتقديم المعلومات الكاملة للمستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد في العقود الإلكترونية التي تبرم عن البعد.

ولكون الدعاية الإلكترونية تتعلق بالإعلانات، والتي ملؤها الإغراءات لاقتناص أكبر قدر من المستهلكين باعتبار أن شبكة الأنترنت هي بمثابة سوق مفتوحة بالصوت والصورة، فإن قوانين التجارة الإلكترونية تنص على أن الإعلانات التجارية هي من الوثائق المكتملة لشروط العقد الإلكتروني<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد عبد الضاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق السنة 22- العدد الثاني ربيع الأول 1419 بونيو 1988 الكويت، ص 727.

<sup>2</sup> - إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 247.

<sup>3</sup> - ينظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 182.

## الفرع الثالث : نظرية المسؤولية الخاصة ( الطبيعة الخاصة )

جاءت هذه النظرية لمعالجة الإخلال الذي يقع في مرحلة مفاوضات العقد ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا يمكن معالجة الإخلال بموجب أحكام المسؤولية العقدية بصورة عامة، ولا بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية أيضاً، دون أن تؤخذ بنظر الاعتبار الخصوصية التي تتمتع بها مرحلة المفاوضات وتتبع هذه الخصوصية من كونها تقوم قبل إبرام العقد ، ومن الانتقاد الموجه لهذه النظرية وهو قيامها على أساس الخطأ وأن إثبات هذا الأخير ليس بالأمر الهين، إلا أنها جعلت من المسؤولية في هذه المرحلة متميزة ملائمة مع طبيعة المرحلة<sup>1</sup>.

إن تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد إنما يتم من خلال استقراء العلاقة التي تربط الأطراف والوقوف على طبيعتها، فقد تكون هذه العلاقة محصورة في سياق مادي مجرد، وقد تكون علاقة عقدية واضحة المعالم، وقد تكون علاقة من طبيعة مختلطة، وهذه الحالة الأخيرة يمكن تصور قيامها إذا ما قام الأطراف بالتفاوض بناء على دعوى مجردة وفي أثناء تفاوضهم يقومون بإبرام بعض العقود التي تنظم عملية التفاوض، بحيث تجمع بين الطبيعة المادية المجردة والطبيعة العقدية، وفي ضوء ما تقدم تتعدد المسؤولية العقدية تارة والمسؤولية التقصيرية تارة أخرى.

ويرى الدكتور محمد عبد الظاهر حسين أن الأصل العام هو أن المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد هي مسؤولية تقصيرية، إلا أن هناك حالات قد تكون مسؤولية عقدية وهي تلك الحالات التي يقطع فيها الطرفان مراحل جادة في طريقهما إلى التعاقد بحيث يمكن اعتبار ما توصلوا إليه في هذه المراحل بمثابة اتفاقات تمهيدية ترتب مسؤولية عقدية مستقلة عن المسؤولية التقصيرية، التي تقوم بشأن عدم التوصل إلى إبرام العقد النهائي<sup>2</sup>.

وللإشارة في عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين استناداً إلى استقلال كل واحدة بنظام قانوني خاص وللمضروور لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويين.

<sup>1</sup> - عمر سالم محمد، المرجع السابق، ص 12.

<sup>2</sup> - محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 768.



## المطلب الثاني : شروط قيام مسؤولية المفاوض الإلكتروني

أيا كان الأساس التي تقوم عليها المسؤولية في قطع المفاوضات والعدول عنها، فإن قيامها لا يتحقق إلا بتوافر جميع عناصرها، من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما وهو ما سنعالجه فيما يأتي:

## الفرع الأول : الخطأ

يمكن رد الصور المختلفة للخطأ الى مخالفة الالتزام بحسن النية بين الطرفين، وهكذا يمكن التوفيق بين مبدأ الحرية العقدية وضرورات توفير الحد الأدنى للثقة والاستقرار في العلاقات قبل العقدية، فالعدول في حد ذاته لا يعتبر خطأ، ولكن يكمن في الظروف التي تبعث الأمل لدى الطرف الآخر الذي صرف نفقات باهظة في سبيل التوصل إلى إبرام العقد، ويمكن أن يقترن العدول بخطأ مستقل عنه يؤدي إلى انعقاد المسؤولية التقصيرية<sup>1</sup>.

ويشترط ان يكون الخطأ في مرحلة التفاوض واضحاً كأن يتم قطع المفاوضات دون أي مبرر مقبول أو بدون سبب جدي، بعد وصولها إلى مرحلة متقدمة في سبيل إبرام العقد المنشود<sup>2</sup>.

ويعد الإخلال بالالتزام بالإعلام في التفاوض الإلكتروني مثال واضحاً على الخطأ التقصيري، فضرورة إعطاء كل البيانات والمعلومات لتبصير المستهلك وحمايته سواء تعلق الأمر بمقتضى التزام اتفاقي أو قانوني أو حتى مهني<sup>3</sup>.

وبناء على ما سبق قوله فإذا وجد اتفاق بين الطرفين، فإن مجرد الامتناع عن البدء في التفاوض يعد خطأ عقدياً في حد ذاته، لأن الالتزام بالدخول بالتفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة، غير أن الاجتهاد القضائي الفرنسي يرى أن الخطأ الناتج عن قطع المفاوضات خطأ تقصيري يتسع نطاقه ليستوعب التعسف في استعمال حرية عدم التعاقد الذي لا يشكل في الحقيقة سوى وجه خاص من أوجه الخطأ التقصيري<sup>4</sup>. إضافة

<sup>1</sup> - إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 647

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 191.

<sup>3</sup> - وهي نوع من الحماية يفرضها القانون في بعض أنواع العقود المادة 17 و 18 من قانون حماية المستهلك و قمع الغش رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25.

<sup>4</sup> - ينظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 192.

على ذلك أقر القضاء الفرنسي ضمانات للتفاوض والتي منها مبدأ حسن النية والثقة والأمانة وحرية قطع المفاوضات، وإضفاء قيمة قانونية تعاقدية للمحركات والمستندات خاصة الالكترونية منها .

بحيث الإخلال بأي اتفاق مبدئي يترتب مسؤولية عقدية في مواجهة الطرف الآخر ويشمل خطأ العدول في المفاوضات كل تقصير أو تشهير أو تعسف في استعمال حرية عدم التعاقد أو عدم الجدية أو القطع المفاجئ للمفاوضات الالكترونية دون سبب جدي بحيث تلحق ضرر بالطرف الآخر .

### الفرع الثاني : الضرر

حتى تقوم مسؤولية المتفاوض فإنه لا يكفي أن يصدر منه خطأ بل لا بد أن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب المتفاوض الآخر، وتحقق الضرر أمر كثير الحدوث في عقود التجارة الدولية باستخدام التكنولوجيا الحديثة، مثل الوقت الضائع بدون جدوى، ومصاريف الدراسات الفنية والتقنية، والفرص التي فانتت في سبيل إبرام العقد المنشود، فضلا عن ضياع حقوقه المالية في معلوماته السرية التي تم افشاؤها أو استغلالها بدون إذنه إلى غيره، ذلك من أنواع الخسارة المالية<sup>1</sup>.

ويلاحظ أن الضرر لا يقتصر عن الضرر المادي وحسب بل الضرر المعنوي<sup>2</sup>، الذي بمس سمعته التجارية والنيل من مصداقيته وقدرته المهنية ولا تخرج مواصفات الضرر هنا عن تلك الموجودة في القواعد العامة للمسؤولية المدنية، إذ يشترط الضرر أن يصيب مصلحة مشروعة للمفاوض بحيث أن يشمل الضرر الذي تتوافر فيه الشروط القانونية، بأن يكون الضرر محققا، ومباشرا، ومؤكدا .

أما الأضرار الاحتمالية أو غير المباشرة أو غير المتوقعة في مرحلة التفاوض فقد لا يشملها التعويض لانتهاء العلاقة السببية<sup>3</sup>، وهذا ما استقر عليه القضاء والفقهاء في فرنسا ومصر والجزائر، كما أن تقدير قيمة الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع دون معقب عليهم في ذلك من المحكمة العليا طالما أنهم علّلوا قراراتهم تعليلا كافيا<sup>4</sup>. أما عن التعويض في المسؤولية التقصيرية لا يقتصر عن الأضرار المباشرة

<sup>1</sup> - ينظر: بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 193.

<sup>2</sup> - المادة 182 مكرر ق م ج المضافة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 تنص: ( يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالسرية أو الشرف أو السمعة ) .

<sup>3</sup> - المادة 131 و المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري.

<sup>4</sup> - ينظر بلحاج العربي، المرجع السابق، هامش رقم 3، ص 195، الذي استند فيه إلى قرار المحكمة العليا غ م، 1985/03/06، ملف 34034 م ق 1989 العدد 04 ص 56.

والمتوقعة فقط، بل يشمل كذلك الأضرار غير المتوقعة، ولا شك في ان عبء إثبات حجم الضرر ونطاقه، على الدائن بالالتزام<sup>1</sup>، وعلى قضاة الموضوع التأكد من الدليل على توافر الخطأ في مرحلة التفاوض مع مراعاة حرية التعاقد وعدم التوسع في عقد المسؤولية المدنية أثناء التفاوض والتعويض الذي يحكم به لا يشمل التعويض عن عدم إبرام العقد المنشود باعتباره من قبيل الضرر غير المباشر وهو ما أكدته محكمة (Rennes) في قرارها<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث : العلاقة السببية

لا يكفي أن يكون هناك خطأ اقترفه المتفاوض وضرر أصاب الآخر بل لا بد أن يكون هذا الضرر نتيجة ذاك الخطأ، أي لا بد من ارتباط الخطأ بالضرر ( ارتباط السبب بالنتيجة )<sup>3</sup>، وتتقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في أحوال ثلاثة، أما الأول فهو أن يكون خطأ المضرور هو الذي أدى إلى حصول الضرر، أي الضرر الذي أصاب المتفاوض نتيجة خطأ ارتكبه هو، أما الثاني فهو الضرر الذي نتج عن قوة قاهرة حالت دون استمرار المفاوضات وعندها لا يسأل المتفاوض في احداث الضرر، أما الحالة الثالثة هي حالة خطأ الغير، وهنا أيضا يتحلل المتفاوض من تعويض ما أصاب شريكه من ضرر<sup>4</sup>. وعلى المدعى بالتعويض إقامة الدليل على قيام رابطة السببية ما بين الخطأ والضرر، وعلى محكمة الموضوع أن تبين في حكمها توافر هذه الرابطة وإلا كان في حكمها قصورا يستوجب النقض<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - حسين عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 771.

<sup>2</sup> - J. Schmidt .szalewiski, la periode précontractuel en droit français, 1990, p 554 .

<sup>3</sup> - محمد عبد الضاهر حسين، المرجع السابق، ص 772.

<sup>4</sup> - وعود الاثباتي، المرجع السابق، ص 208.

<sup>5</sup> - بالحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الثاني، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون) ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 170.

### المطلب الثالث : جزاء الإخلال بالإلتزام في مرحلة التفاوض الإلكتروني

يعد التعويض هو الأثر المترتب على قيام المسؤولية في مرحلة التفاوض سواء كان عقدياً أم تقصيرياً من خلال دعوى عادية، طرفاها المضرور والمتسبب في الضرر.

ويلاحظ أن التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية متى كان التنفيذ ممكناً وطلبه الدائن<sup>1</sup>.

أما التنفيذ بمقابل<sup>2</sup>، أي عن طريق التعويض المالي هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية .

وعليه فإن التعويض عن الأضرار في المرحلة السابقة على التعاقد، بأن ينفذ الدائن عن ما إلتزم به (الفرع الأول) أو أن يلجأ إلى الإلتزام بمقابل فيقتضي تعويضاً وهو الغالب ( الفرع الثاني ).

#### الفرع الأول : التنفيذ العيني

يعد التنفيذ العيني في مواجهة الدائن هي الوسيلة الأصلية في الوفاء بالإلتزام<sup>3</sup>، وقد نصت المادة 164 من القانون المدني الجزائري وما يليها عن الأخذ به كل ما أمكن ذلك، غير أنه لا يمكن تصور التنفيذ العيني عند قطع المفاوضات من قبل أحد طرفيها لإجباره على العودة إلى المفاوضات، أو اللجوء إلى الغرامة التهديدية لدفع الطرف المتعاس على العودة إليها، وهذا أمر غير مستحب وهو ما يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية في مجال العقود الدولية خصوصاً، بحيث أن الفقه في مجموعه لم يتردد في إستبعاد التنفيذ العيني في مجال التفاوض<sup>4</sup>، إستناداً لعدة أسباب نوجزها فيما يأتي :

**أولاً :** إن الخطأ الذي يسأل عنه المتفاوض في رفضه التفاوض بدون مبرر شرعي وليس رفض إبرام العقد النهائي وبالتالي إذا أقام القاضي العقد رغم إرادته فإنه يكون بذلك قد ألزم المتفاوض أكثر مما طلب<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 164 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه : " يجيز المدين بعد إعذاره وطبقاً للمادتين 180 و 181 على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً".

<sup>2</sup> - المادة 176 وما يليها من القانون المدني الجزائري .

<sup>3</sup> - علي فيلالي، الإلتزامات، الجزء الثاني، الطبعة 2، موفم، الجزائر 2007، ص 361 .

<sup>4</sup> - SCHMIDT SZALEWSKI, la période précontractuelle en droit

français ,p564 ,CEDRAS,l'obligation de négociateur,op,cit,p1

<sup>5</sup> - بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بإلتزامه بالتفاوض بحسن نية، مجلة دفاثر القانون والسياسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، العدد العاشر، جانفي 2014، ص 119 .

ثانياً: بما أن طبيعة مرحلة المفاوضات على العقد تقتضي روح التعاون فلا يمكن فرض التفاوض فرضاً على غير راغب في ذلك .

ثالثاً : لا يمكن أن يحل القضاء محل إرادة الأطراف في إبرام العقود عندما لا يوجد سند تبرره إرادة صريحة أو ضمنية، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية<sup>1</sup>.

ومجمل القول أن التنفيذ العيني مستبعد في هذه المرحلة ما لم توجد علاقة عقدية تحتاج إلى تكميل وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني : التنفيذ بمقابل ( عن طريق التعويض )

التعويض النقدي هو الصورة الغالبة عن الإخلال بالمفاوضات العقدية، بمعنى أن يلزم من أخل بالمفاوضات بدفع مبلغ نقدي لجبر الضرر الذي أُلْمَ بالمفاوض الآخر، بحيث يشمل التعويض ما لحق المتفاوض من خسارة وما فاتته من ضرر .

ويتولى القاضي تحديد التعويض على قدر الضرر، لأن قوام المسؤولية المدنية هو إعادة التوازن الذي إختل نتيجة للضرر وألا يقل عنه طبقاً للقواعد العامة<sup>3</sup>، ويقدر التعويض تبعاً للأضرار التالية :

#### أولاً : نفقات التفاوض

من أهم الأضرار الذي قد يتكبدها المتفاوض المضرور، هي النفقات التي صرفت في سبيل إبرام العقد والدراسات الفنية وتقارير الخبراء، والجهد الضائع في التحضير للعقد وإعداد النماذج، والأضرار الناجمة عن إفشاء معلومات سرية. وليستحق التعويض يجب أن لا يكون سببها خطأ الدائن المضرور، لسذاجته أو خفته، كما يجب أن لا تكون تلك النفقات باهضة ومبالغ فيها وخارجة عن المؤلف<sup>4</sup>.

1 - محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 86 .

2 - رجب كريم عبد الله، المرجع السابق، ص 617 .

3 - بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 267 .

4 - إيناس مكي، المرجع السابق، ص 960 .

### ثانيا : الوقت الضائع

إن ضياع الوقت من الأضرار المتوقعة عادة في المفاوضات ويستحق التعويض عنه أيا كانت المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات، وإذا ما قام الدليل على ضياع الوقت في المفاوضات، فيتم تقديم التعويض وفقا لقواعد العدالة بالقدر اللازم لجبر الضرر، وهو من يوم تحققه وحتى لحظة صدور الحكم<sup>1</sup>.

ويقتصر التعويض وفق الفقه المصري على المصلحة السلبية، كالمصاريف التي أنفقها المتفاوض والخسارة التي تكبدها من جراء قطع التفاوض، دون المصلحة الإيجابية وتشمل الكسب الذي فاتته لعدم تمام العقد، وعلى العموم وبما أن من خصائص هذه المرحلة "الإحتمالية" وبالتالي يصعب تقدير التعويض بشأنها وعليه فالأضرار الغير متوقعة والإحتمالية المستقبلية لا تعوّض<sup>2</sup>.

### ثالثا : تفويت الفرصة

والمقصود بها الحرمان من فرصة جادة وحقيقية لتحقيق كسب إحتمالي<sup>3</sup>، وهي أيضا الصورة التي يتسبب فيها الفاعل، في حرمان الشخص من فرصة كان يتوقع من ورائها جني كسب أو تفادي خسارة .

نستنتج أنه يجب أن تكون الفرصة حقيقية وجادة، بإعتبارها ضررا محققا أو مؤكد وعلى أساسه يجب التعويض. وهو ما إستقر عليه القضاء الفرنسي بأن تفويت فرصة إبرام العقد المنشود محل التفاوض لا محالة أمر محقق، بالرغم من إغتنام الفرصة في ذاتها إحتمالية، يستوجب أن يأخذ القاضي تقديرها وفقا لكل حالة على حدى .

### رابعا : الفرص الضائعة

يجوز للمتفاوض المتضرر المطالبة بتعويض الفرص الضائعة التي ضاعت منه لإبرام عقود أخرى مع الغير، ويشترط لإستحقاق هذا التعويض أن تكون هذه الفرص جادة وحقيقية<sup>4</sup>، ويقدر القاضي التعويض

<sup>1</sup> - محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 93 .

<sup>2</sup> - ينظر: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 206 .

<sup>3</sup> - إبراهيم دسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، بحث منشور مجلة الحقوق، جامعة الكويت 1983، العدد الثاني والثالث، ص 145 .

<sup>4</sup> - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع نفسه، ص 93 وما يليها..

الذي يراه عادلا لجبر الضرر. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية حكم الإستئناف الذي عوض الضرر المادي والمعنوي<sup>1</sup>.

تطرقنا في هذا الفصل لأهم الالتزامات في المرحلة السابقة على التعاقد وطبيعتها القانونية، إضافة الى الطبيعة القانونية لمسؤولية المفاوض الإلكتروني والتي تكون مسؤولية تقصيرية كأصل ومسؤولية عقدية في بعض الحالات، وهناك من الفقه من ينادي بجعلها مسؤولية متميزة تناسب المرحلة السابقة على التعاقد، ثم تعرضنا لشروط قيام المسؤولية في حالة القطع والعدول عنها والتي لا تختلف فيه عن القواعد العامة، من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، ثم الجزء المترتب عنه والذي يكون دائما في صورة تنفيذ بمقابل، بحيث يستبعد فيها التنفيذ العيني لطبيعة هذه المرحلة .

<sup>1</sup> - بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن اخلال المتفاوض بحسن النية، المرجع السابق، ص 122 .

الختامة



في ختام هذه الدراسة والتي تناولت موضوعا هاما، يظهر للبعض للوهلة الأولى أنه موضوع قديم لا جديد فيه لأن وجود المرحلة السابقة على التعاقد معاصرا لنشأة العقد الأولى، غير أننا بعد الغوص في تفاصيل هذا الموضوع نجد أنها من أهم وأخطر المراحل التي يمر بها العقد، فضلا على أن تناول هذا الموضوع والإهتمام به في الفقه القانوني عموما، وفي الفقه العربي خصوصا، جاء حديث العهد نسبيا وبعد الإحاطة بهذا الموضوع المتشعب وإعطاء صورة واضحة عن تفاصيله رغم محدودية حجم البحث وعليه حاولنا الإهتمام بالمبادئ الأساسية، والتعمق أحيانا في بعض المفاهيم، وخلصنا إلى جملة من النتائج نسوقها فيما يأتي :

يعد التفاوض الإلكتروني إتفاق رضائي بين طرفين أو أكثر، بحيث يكون للأطراف دورا أساسيا في القيام به للتباحث وتبادل وجهات النظر بهدف التوصل إلى إتفاق ويتم عبر شبكة الإنترنت .

يبرز الهدف من التفاوض عبر الإنترنت للقضاء على القلق والتردد لدى طرفي العقد فهي مساحة للتفكير والتروي، يتبين لكل طرف حقيقة التعاقد الذي يتفاوض بشأنه، خاصة في العقود المركبة والمهمة .

تلعب إرادة الأطراف دورا مهما في مرحلة التفاوض من حيث تنظيم عملية التفاوض ذاتها والإعداد للعقد المزمع إبرامه، خصوصا أن النظم القانونية تكاد تخلو من أي تنظيم يمكن إتباعه في هذه المرحلة .

من خلال الواقع العلمي نرى ضرورة إخضاع العملية التفاوضية لعلاقة عقدية والإبتعاد عن الإرتباط التبادلي المجرد، لتكفل لكل طرف الحماية القانونية الفعالة، وضرورة الإهتمام بصياغة المستندات والأوراق المتبادلة بينهما، والإمام بالقانون الواجب التطبيق .

يقع على المتفاوض مجموعة من الإلتزامات طبقا لمعيار حسن النية، أهمها الإلتزام بإعلام الطرف الآخر بكافة مخاطر العقد ومنافعه، فيجعله على بينة من ظروف العقد وخاصة في مجال التعاقد عن طريق الإنترنت، فضلا عن النصح والإرشاد والإلتزام بالسرية، هذا نتيجة للتطورات السريعة التي تتمتع بها التجارة الإلكترونية للحفاظ على العلاقة العقدية سليمة من أي إختلال في المستقبل.

طبيعة المسؤولية القانونية في هذه المرحلة تتجاذبها إتجاهين، إتجاه مهجور ينظر إليها على أنها مسؤولية عقدية، وإتجاه آخر يرى أنها مسؤولية تقصيرية، وقد أيد هذا الأخير جملة من أحكام القضاء .

## الخاتمة

وجدنا غياب تشريعي واضح فيما يخص مرحلة المفاوضات التي تجري باستخدام تكنولوجيا المعلومات والإتصال، تاركة الأمر للفقهاء والقضاء الذي يستند إلى بعض النصوص غير المباشرة التي تشير إلى هذه المرحلة .

يبرز دور الفقه والقضاء في التعريف بهذه المرحلة وبيان أبعادها، وكذلك تحديد طبيعة المسؤولية القانونية للأطراف في هذه المرحلة .

إزداد الإهتمام بالمرحلة السابقة على التعاقد خاصة في العقود الإلكترونية لما تتطوي عليه من أهمية دفع إليها الواقع الاقتصادي والإجتماعي الحالي .

وفي ضوء النتائج المتوصل إليها يمكن لنا إدراج بعض التوصيات نوجزها فيما يأتي :

ضرورة مواكبة التطورات القانونية الحديثة، خاصة فيما يتعلق بعقود التجارة الإلكترونية، ويشرّع قانونا خاصا ينظمها كما فعلت بعض التشريعات العربية .

ضرورة التدخل التشريعي لتنظيم مرحلة هامة في حياة العقد، تركت لإجتهد الفقه وتقدير القضاء بجميع جوانبها، سواء في العقود التقليدية أو الحديثة لتحقيق الاستقرار في التعامل، وتوخيا لبلورة أبعادها وتحديد مضامينها، فأعمال المبادئ العامة والنظريات الفقهية وإن كان يساعد على معالجة بعض المشكلات إلا أن ذلك قد لا يفي بالغرض في أحيان كثيرة، ثم إن من شأن معالجة مرحلة ما قبل العقد مسؤولية الأطراف من خلال نصوص تشريعية، أن تغني القاضي في أعمال القياس والركون إلى المقاربات التي قد تنأى به عن العدالة في كثير من الأحيان .

يجب التأكيد على اعتبار المفاوضات جزء لا يتجزء من العقد، بل اعتبارها شرطا أساسيا لإبرام التعاقد، لا مجرد مرحلة سابقة تخضع للاجتهادات، بحيث وفي حالة التوصل الى ابرام عقد نهائي التأكيد على انها شرطا لازما مكملا للعقد، دون ان يؤثر هذا على مبدأ رضائية العقود.

## الخاتمة

---

نؤيد الاتجاه القائل بالمسؤولية التصيرية كأصل، غير أننا مع الاخذ في الحسبان أنه في حال تم إبرام اتفاقات محددة المعالم بين الاطراف وكانت هذه الاخيرة تفرض التزامات معينة، فإن الاخلال بها يثير المسؤولية العقدية، وما يتبع ذلك من أحكام.

تم بعون الله

قائمة

المراجع

### 1. باللغة العربية:

#### أولاً: الكتب

#### 1- الكتب العامة:

- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني، السياحي، البيئي، الطبعة الأولى دار النهضة العربية، القاهرة 2002 .
- إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2009 .
- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة، عمان 2008 .
- طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، ط1، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة عمان 2001 .
- فراح مناني، العقد الإلكتروني، وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى عين مليلة 2009 .
- زهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة، الجزائر 2012 .
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000 .
- علي فيلالي، الإلتزامات، الجزء الثاني، ط2 ، موفم، الجزائر 2007 .
- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة، ط1، دارهومة، الجزائر 2007 .
- محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية دراسة مقارنة، دار الجامعية الجديدة الإسكندرية 2002 .
- محمد علي جواد، العقود الدولية، مفاوضاتها - إبرامها - تنفيذها، دار الثقافة، عمان 2010 .

### (2) - الكتب الخاصة:

- إبراهيم الشهاوي، دعاوي القضاية وأسس التفاوض في حل المنازعات، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2012 .
- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2011 .
- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الدار الجامعية، الطبعة الأولى، الإسكندرية 2007.
- رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة 2000 .
- شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين والإتفاقيات الدولية منشورات دار جلة، عمان 2008 .
- علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة، الجزائر 2012.
- محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، النسر الذهبي، القاهرة 1995 .
- منير محمد وممدوح محمد الجنيهي، إستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006 .

### ثانياً: المقالات

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تقوية الفرصة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني والثالث 1983 .
- إيناس مكي عبد نصار، التفاوض الإلكتروني، دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 21، العدد 3، 2013 .
- بخيت عيسى، آثار العولمة على المسؤولية السابقة على التعاقد، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، جامعة الشلف، العدد 14، جوان 2015 .

- بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة في إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، مجلة دفاتر القانون والسياسة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، العدد العاشر جانفي 2014 .
- حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) كلية الحقوق جامعة الأزهر غزة، المجلد 13 ، العدد الثاني، يونيو 2005 .
- حمدي محمود بارود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، (الطبيعة العقدية وآثارها دراسة تحليلية تأصيلية)، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد 12 ، العدد 1 2010 .
- ذكرى محمد حسين واستبرق محمد حمزة، الالتزامات في مرحلة المفاوضات على عقود التجارة الدولية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل كلية الحقوق، العدد الرابع السنة السادسة.
- مهند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم الهيجاء، الوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 36، 2009.
- محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية السنة 22 العدد الثاني ربيع الأول 1419 يونيو 1988.
- محمد جعفر خفاجي وميثاق طالب عبد حمادي، الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد 06، العدد 02، 2014.
- نبيل اسماعيل شبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، (دراسة في العقود الدولية)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني 2013.
- وعود الانباري، المفاوضات العقدية عبر الانترنت، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانونية جامعة كربلاء، المجلد الأول، العدد الثاني، 2009 .

### ثالثا: البحوث الجامعية

#### 1- أطروحات الدكتوراه:

- بلقاسم حامدى، ابرام العقد الالكتروني، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في العلوم القانونية تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 2014-2015.
- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011-2012.

#### 2- مذكرات الماجستير:

- بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات مذكرة ماجستير قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة 2006.
- خلوي حنان نصيرة، الحماية القانونية للمستهلك عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2013.
- طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي للأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2011.
- عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون التعاون الدولي، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة 2012.
- فلاح فهد المطيري، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن 2011.
- مصطفى خضير، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2013/2014.



### 3- مذكرات الماجستير:

- بنتقة حفيظة، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة 2013/2012.

### رابعاً: المداخلات

- حداد العيد، الحماية المدنية والجناحية للمستهلك عبر شبكة الأنترنت، مداخلة تم تقديمها في المؤتمر المغربي الدولي حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا 30/27 أكتوبر 2000.
- عبد الله عبد الكريم عبد الله، حماية المستهلك في بعض التشريعات العربية بين الواقع والتطبيق دراسة بحثية مقدمة إلى الندوة العلمية حول حماية المستهلك العربي وآليات التطبيق، الذي ينظمها المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، مجلس وزراء العدل العرب، جامعة الدول العربية بيروت، 2-4 يونيو 2014.
- طارق الحموري، صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، ندوة جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 25-29 ديسمبر 2007.

### خامساً: النصوص القانونية

#### 1- القوانين:

- قانون 02/89 المؤرخ في 07/02/1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية عدد 06، مؤرخ في 07 فبراير 1989 الملغى بموجب القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الجريدة الرسمية عدد 15 الصادرة في 25 فبراير 2009 .
- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26/09/1975 والمتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 ، الجريدة الرسمية، عدد 31 الصادرة في 2007 .

### (2) - المراسيم:

- المرسوم التنفيذي رقم 98 - 257 مؤرخ في 25 أغسطس سنة 1998 يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت وإستغلالها، الجريدة الرسمية عدد 63 لسنة 1998 .
- المرسوم التنفيذي رقم 307/2000 مؤرخ في 14 أكتوبر 2000 يعدل المرسوم التنفيذي رقم 98 - 275 المؤرخ في 25 أغسطس 1998 الجريدة الرسمية عدد 60 لسنة 2000 .
- المرسوم التنفيذي رقم 01 - 123 مؤرخ في 09 مايو 2001 يتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية عدد 13 لسنة 2001 .
- المرسوم التنفيذي رقم 65/09 مؤرخ في 07 فبراير 2009 يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو في بعض السلع والخدمات المعنية الجريدة الرسمية العدد 10 .

### سادسا: نصوص قانونية دولية

- قانون اليوسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية عام 1996 على الموقع <http://www.unicitral.org>
- قواعد اليونيدروا، والترجمة العربية لعام 2014 على الموقع: [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)
- إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980 على الموقع [www.cisg.law/cisg/biblio/marray.html](http://www.cisg.law/cisg/biblio/marray.html)

### سابعا: القوانين العربية

- قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 .
- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 .
- مشروع القانون التجاري الإلكتروني المصري لسنة 2001 .
- قانون المبادلات الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 .

### ثامنا: المواقع الإلكترونية

- أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، بحث منشور على الموقع :  
http:// [www.egy.court.com/forums/index.php](http://www.egy.court.com/forums/index.php) : تاريخ التصفح : 2016/04/04 .
- أحمد فهمي جلال، مهارات التفاوض، مركز تطوير الدراسات العليا والبحوث، جامعة القاهرة  
2007، على الموقع :  
http:// [www.pathways.cu.edu.eg/subpages/training.courses/negotiation.01](http://www.pathways.cu.edu.eg/subpages/training.courses/negotiation.01) .  
PDF تصفح يوم : 2016/03/20 .
- حسان خضر ، التفاوض ، المعهد العربي للتخطيط، أبريل 2005، منشور على الموقع :  
[www.arab.api.org/images/training/programs/1/2007/21e.336.PDF](http://www.arab.api.org/images/training/programs/1/2007/21e.336.PDF) تاريخ  
التصفح : 2016/03/20 .
- عقيل فاضل حمد الدهان ومنذر إبراهيم حسين الحلبي، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني  
جامعة أهل البيت، العراق، على الموقع :  
[www.ahl.bait.online.com/karbala/new/BTML/résearch.PHP?ID:139](http://www.ahl.bait.online.com/karbala/new/BTML/résearch.PHP?ID:139) تاريخ  
التصفح : 2016/03/20 .
- عمار صابر محمد، المفاوضة في عقود التجارة الإلكترونية، بحث منشور على شبكة موقع المحامين  
العرب، 2002 : [www.mohamoon.com](http://www.mohamoon.com) : http:// : تاريخ التصفح يوم : 2016/03/24 .
- عمار سالم، الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد، بحث منشور على الموقع :  
[www.boti.oil.gov.iq/boot/arabic](http://www.boti.oil.gov.iq/boot/arabic)

### II . باللغة الأجنبية:

- Jonna .Schmid, szalewski, la période précontractuelle en droit français, revue, internationale de droit comparé, N02, 1990 .
- Philippe le touneau , la rupture des négociations revue trimestrielle de droit commerciale N 03 . 1998 .
- Jean cedras , l'obligation de négocier , revue trimestrielle de droit commercial , 1985 .
- Rabih monzer , la négociation des contracts internationaux , une ramonisation d'hamonisation des régimes juridiques romano – germaniques et anglo–saxons :  
[www.gbu.de/dms/spk/sbb/toc/g11905590.PDF](http://www.gbu.de/dms/spk/sbb/toc/g11905590.PDF) .
- Linant de bellefond, contrats informatiques et télématique, delmas paris , 1992 .

الفهرس

# فهرس المحتويات

الصفحة	المحتويات
I	الإهداء
II	الشكر والتقدير
2	مقدمة
-	<b>الفصل الأول : مفهوم المفاوضات عبر الوسائل الإلكترونية</b>
7	<b>المبحث الأول : تعريف التفاوض الإلكتروني ومراحله</b>
8	المطلب الأول : معنى التفاوض الإلكتروني
8	الفرع الأول : تعريف التفاوض لغة وإصطلاحا
10	الفرع الثاني : التفاوض في مجال عقود التجارة الدولية
11	الفرع الثالث : التفاوض الإلكتروني
15	المطلب الثاني : خصائص التفاوض الإلكتروني
16	الفرع الأول : التفاوض الإلكتروني علاقة إختيارية إرادية
17	الفرع الثاني : التفاوض الإلكتروني عملية تبادلية
17	الفرع الثالث : التفاوض الإلكتروني ذو نتيجة إحتماالية
18	الفرع الرابع : يتم التفاوض بواسطة وسيلة إلكترونية
20	المطلب الثالث : مراحل المفاوضات الإلكترونية
20	الفرع الأول : الدعوة إلى التفاوض
21	الفرع الثاني : مرحلة التدبير
22	الفرع الثالث : صياغة الإيجاب
24	<b>المبحث الثاني : العقود والإتفاقات التمهيديّة المنظمة لمفاوضات الإلكترونية</b>
24	المطلب الأول : صور الإتفاقات والعقود خلال مرحلة التفاوض الإلكتروني
25	الفرع الأول : خطاب النوايا الإلكتروني والبروتوكولات الإتفاقيه الإلكترونية
27	الفرع الثاني : عقد التفاوض الإلكتروني
30	المطلب الثاني : القيمة القانونية للإتفاقات التي تتخلل مرحلة المفاوضات
30	الفرع الأول : القيمة القانونية خطاب النوايا الإلكتروني والبروتوكولات الإتفاقيه الإلكترونية
33	الفرع الثاني : القيمة القانونية لعقد التفاوض الإلكتروني

-	الفصل الثاني : الآثار القانونية المترتبة عن عملية التفاوض الإلكتروني
37	المبحث الأول : الإلتزامات الناشئة عن عملية التفاوض الإلكتروني
38	المطلب الأول : الإلتزام بالدخول في التفاوض والإستمرار فيه
39	المطلب الثاني : الإلتزام بالتفاوض بحسن النية والإعتدال والجدية
41	المطلب الثالث : الإلتزام بالإعلام والتعاون
44	المطلب الرابع : الإلتزام بالمحافظة على الأسرار
47	المبحث الثاني : المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض الإلكتروني
47	المطلب الأول : الطبيعة القانونية لمسؤولية المفاوض الإلكتروني
48	الفرع الأول : نظرية المسؤولية العقدية (الطبيعة العقدية)
50	الفرع الثاني : نظرية المسؤولية التقصيرية (الطبيعة المادية)
52	الفرع الثالث : نظرية المسؤولية الخاصة (الطبيعة الخاصة)
53	المطلب الثاني : شروط قيام مسؤولية المفاوض الإلكتروني
53	الفرع الأول : الخطأ
54	الفرع الثاني : الضرر
55	الفرع الثالث : العلاقة السببية
56	المطلب الثالث : جزاء الإخلال بالإلتزام في مرحلة التفاوض الإلكتروني
56	الفرع الأول : التنفيذ العيني
57	الفرع الثاني : التنفيذ بمقابل (عن طريق التعويض)
61	الخاتمة
65	قائمة المراجع
74	فهرس المحتويات
-	ملخص الدراسة

**المخلص :** بالنظر إلى الجوانب المتعددة التي تتطوي عليها المرحلة السابقة على التعاقد ، ولما لها من أهمية في تكوين العقد إضافة إلى إختلاف الفقهاء في تحديد القيمة القانونية للمسؤولية في هذه المرحلة ، فضلا عن إختلاف التفاوض في العقود العادية عنه في العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت ، ومما تقدم يظهر لنا أهمية الوقوف على مفهوم المفاوضات في عقود التجارة الدولية باستخدام تكنولوجيا المعلومات و الاتصال الفصل الأول وتبيان خصائصها ومراحلها و العقود والاتفاقات المنظمة للمفاوضات الالكترونية ، أما الفصل الثاني فخصصناه للآثار القانونية المترتبة عن عملية التفاوض الإلكتروني والوقوف على أهم الإلتزامات وطبيعة المسؤولية المترتبة عنها والذي ثار بشأنها خلاف فقهي ، سنحاول توضيح معالمه من خلال تحديد الإطار القانوني لهذه المرحلة .

**الكلمات المفتاحية :** مرحلة المفاوضات ، عقود التجارة الدولية ، التكنولوجيا الحديثة ، التفاوض الإلكتروني ، الطبيعة القانونية. مبدأ حسن النية، مسؤولية التفاوض.

**Résumé :** Compte tenu des multiples aspects impliqués dans l'étape précédente sur le contrat, et en raison de leur importance dans la formation du contrat, en plus des spécialistes de la différence dans la détermination de la valeur juridique de la responsabilité à ce stade, ainsi que la différence de négociation des contrats réguliers dans les contrats conclus via Internet, et faire des progrès Il nous montre l'importance de se tenir sur le concept de négociations dans les contrats commerciaux internationaux pour l'utilisation des technologies de l'information et de la communication premier chapitre, et d'identifier les caractéristiques et les étapes et les contrats organisation et les accords de négociation électronique, et nous traitée dans le deuxième chapitre de conséquences juridiques pour la négociation électronique et tenir les engagements les plus importants, et la nature de la responsabilité qui a éclaté lors de processus différend jurisprudentiel, nous allons essayer de clarifier ses caractéristiques en définissant le cadre juridique de ce stade.

**Mots clés :** Le stade des négociations, les contrats commerciaux internationaux, la technologie moderne, la négociation électronique, nature juridique, le principe de la bonne foi, le négociateur de la responsabilité .

**Summary :** Given the multiple aspects involved in the previous stage on the contract, and because of their importance in the formation of the contract in addition to the difference scholars in determining the legal value of the liability at this stage, as well as difference negotiate in regular contracts for in contracts concluded via the Internet, and making progress It shows us the importance of standing on the concept of negotiations in international trade contracts for the use of information and communication technologies first chapter, and to identify characteristics and stages and contracts organization and agreements for electronic negotiation, and we dealt with in the second chapter of legal implications for electronic negotiation and stand on the most important commitments, and the nature of liability by which erupted upon process jurisprudential dispute, we will try to clarify its features by defining the legal framework for this stage

**key words :** The stage of negotiations, international trade contracts, modern technology, electronic negotiation, legal nature, the principle of good faith, responsibility negotiator .