

النظام القانوني للمفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية

THE LEGAL SYSTEM FOR NEGOTIATING CONTRACTS IN E-COMMERCE

1. BELLAOUI Abdelkader

Faculty of Law and Political Science
University: Ahmed Draia Adrar, Algeria.

Bella6185@gmail.com

2. GSASSI Abdelkader

Faculty of Law and Political Science
University: Ahmed Draia Adrar, Algeria.

gsassiabdelkader@gmail.com

1. بلاوي عبد القادر*

كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة أحمد دراية أدرار – الجزائر.

Bella6185@gmail.com

2. أقصاصي عبد القادر

كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة أحمد دراية أدرار – الجزائر.

gsassiabdelkader@gmail.com

تاريخ القبول: 2020/05/03

تاريخ الاستلام: 2020/02/11

ABSTRACT:

The importance of negotiations in electronic commerce contracts is underlined as a pre-contractual phase based on electronic media aimed at concluding a definitive, flawless and unhindered contract, as well as allowing the parties to exchange information and conclude preparatory and electronic agreements, requiring their legal system and the most important principles and its legal effects.

Keywords : negotiations ; electronic commerce ; good faith.

ملخص باللغة العربية:

تبرز أهمية المفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية باعتبارها مرحلة سابقة على التعاقد، تركز على وسائط إلكترونية، تهدف لإبرام عقد نهائي خالٍ من العيوب، قابلٍ للتنفيذ دون عوائق فضلاً على أنه يسمح للأطراف بتبادل المعلومات وإبرام الاتفاقات التحضيرية، والتمهيدية الإلكترونية. مما يقتضي بيان نظامها القانوني ومعرفة أهم مبادئها وأثارها.

الكلمات المفتاحية: مفاوضات؛ تجارة إلكترونية؛ حسن النية.

* المؤلف المرسل.

مقدمة:

نتيجة للتطورات العلمية والتكنولوجية والتحولت التي يعرفها العالم المعاصر، خاصة في ميادين الإتصالات ونقل المعلومات واستخدام الإنترنت والوثائق والسندات الإلكترونية، والتي انعكست آثارها على جميع مجالات الحياة الإجتماعية والإقتصادية مما أدى إلى ظهور عدة مستجدات على واقع الأنظمة القانونية، بلغت إلى حد السماح بإبرام العديد من العقود التجارية والصفقات عن طريق استخدام الإنترنت بتبادل رسائل البيانات، فكان من نتائجها السرعة في إجراء المعاملات التجارية وتخفيض الكلفة والجهد في تحقيقها.

إلا أن هذا الشكل من العقود في معظم الأحيان بات يستلزم من الأطراف المتفاوضة إجراء محادثات ومشاورات ومناقشات وخبرات تقنية قبل إبرام العقد النهائي، وقد تستنزف الجهد والمال فضلاً عن الصعوبات والمخاطر الناجمة على مجرد استخدام وسائط إلكترونية، وعدم استطاعة كل طرف التحقق من شخصية مفاوضيه وأهليته، وسلامة الوثائق والمستندات المتبادلة عن طريق رسائل البيانات مما دفع بعض التشريعات المقارنة إلى العمل على تطوير منظوماتها القانونية لتشمل هذا الحالات المستجدة على أحكام العقود.

غير أن المشرع الجزائري لم ينظم المفاوضات الإلكترونية بأحكام صريحة وواضحة من خلال الأحكام الواردة بالأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، كما أغفل تنظيم هذه المفاوضات ضمن القانون 05/18 المؤرخ في 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، واكتفى بالنص على تطبيق القانون الجزائري في مجالات المعاملات الإلكترونية إذا كان أحد أطرافها جزائرياً أو مقيماً بالجزائر أو تم إبرام العقد أو تنفيذه بالجزائر، وأن تمارس التجارة الإلكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما.

ومازال القضاء الجزائري على حد تعبير بعض الفقه يعتبر هذه المرحلة مجرد عمل مادي، لا يمكن أن تتجر عنه سوى مسؤولية تقصيرية حال توافر أركانها.

وبالرغم من أهمية وحساسية عملية التفاوض بما لها من تعقيدات، فإن تنظيمها كمرحلة سابقة عن إبرام العقد تفرض نفسها في بعض الأحيان، لاسيما حينما يتعلق الأمر بإبرام تصرفات ذات أهمية اقتصادية متسمة بنوع من التعقيدات الفنية والمالية، وتتطوي عليها عدة مناقشات ومشاورات إلكترونية، قد يصعب معها التوصل إلى عقد نهائي بشكل فوري.

من خلال هذه الورقة البحثية سنحاول التعرف على النظام القانوني للمفاوضات عقود التجارة الإلكترونية وتحديد آثارها بالتطرق للالتزامات المنجزة عن عملية التفاوض وتحديد مسؤوليات الأطراف في حالة الإخلال بها.

1. أهمية البحث:

تبرز أهمية المفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية، باعتبارها مرحلة سابقة على التعاقد، يتم خلالها التطرق لأغلب المسائل الفنية والقانونية اللازمة لإبرام العقد النهائي، كل ذلك من أجل المحافظة على سلامة العقد النهائي المزمع إبرامه في جميع مراحل تكوينه إلى غاية تنفيذه، كما تتيح هذه المرحلة لإطراف التفاوض تبادل المعلومات والبيانات، وإبرام اتفاقات تحضيرية وتمهيدية باستعمال وسائل إلكترونية مما يقتضي توافر الحماية القانونية اللازمة وحل جميع الإشكالات التعاقدية باستخدام الإنترنت، وتحديد مسؤوليات الأطراف المتفاوضة.

2. إشكالية البحث:

تتحصر إشكالية البحث في الإجابة عن السؤال التالي: ما مدى نجاعة مضمون القواعد العامة المطبقة على المفاوضات العقدية في بسط مقتضيات نظام الأمن والحماية القانونية، خلال المرحلة السابقة على إبرام عقود التجارة الإلكترونية؟

3. هدف البحث:

من خلال الإشكالية نحاول تسليط الضوء على نظام مفاوضات العقد التجاري الإلكتروني وبيان ضرورة تنظيمه تشريعياً بأحكام خاصة.

4. منهج البحث:

في ضوء الإشكالية المطروحة سوف نعتمد على المنهج الوصفي التحليلي حيناً، ومنهج المقارنة أحياناً أخرى، مستعينين بالنصوص القانونية المعمول بها ونصوص التشريع المقارن مع ما توافر لدينا من أبحاث ومراجع في هذا المجال.

5. خطة البحث:

سنحاول حل الإشكال المطروح من خلال مبحثين يتفرع كل منهما إلى مطالب، نتناول في المبحث الأول مفهوم التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية، وفي المبحث الثاني آثار التفاوض الإلكتروني.

المبحث الأول: مفهوم التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية.

إن خصوصية التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية، تكمن حصراً في الوسيلة أو الوسائط الإلكترونية التي من خلالها تتم عملية التفاوض، من أجل إبرام عقد إلكتروني¹ يستجيب لأحكام عقود التجارة الإلكترونية، ونظراً لدقة وحساسية هذه المرحلة من العقد وما ينجر عنها من التزامات سابقة على التعاقد، يجدر بنا التطرق لتعريف التفاوض الإلكتروني وبيان خصائصه.

المطلب الأول: مفهوم التفاوض الإلكتروني.

لتحديد مفهوم التفاوض الإلكتروني يستوجب تعريفه وبيان خصائصه:

الفرع الأول: تعريف التفاوض الإلكتروني.

التفاوض لغة هو المساواة والمشاركة، واصطلاحاً هو العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر، وبذل العديد من المساعي بين الطرفين المتفاوضين بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة².

1 عرفت المادة 6 من القانون رقم 05/18 المؤرخ في 10/05/2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية العقد الإلكتروني بمفهوم القانون 04-02 المؤرخ في 23/06/2004 المحدد لقواعد المطبقة على الممارسات الجارية، ويتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه بالجوء حصراً لتقنية الإتصال الإلكتروني.

2 مها نصيف، رشا عامر صادق، التفاوض الإلكتروني، مجلة مداد الآداب، كلية الآداب، الجامعة العراقية المجلد 1، العدد 15، 2018، ص:561

وقد عرف البعض¹ التفاوض بأنه "نوع من الحوار وتبادل الاقتراحات والدراسات بين أطراف العقد من أجل إبرام عقد في المستقبل"، واعتبر جانب من الفقه بأن التفاوض يعني التفاوض والمناقشة للوصول إلى اتفاق مشترك بين الطرفين للحصول على حل متفق عليه للحفاظ على مصالح الأطراف وحل ما بينهما من مشاكل أو تقريب وجهات نظرهم بأسلوب حضري. كما عرفه البعض الآخر² بأنه "الإلتقاء والمناقشة وتبادل وجهات النظر بين أطراف العقد أو من يمثلهم، في مسائل تعاقدات هامة إلى حين الوصول إلى توفيق تام بينهما وإبرام التصرف بما يرضيهم". وعليه فإن التفاوض العقدي الإلكتروني هو تبادل الآراء وتقريب وجهات النظر بين المتفاوضين باستعمال وسائل إلكترونية قصد الوصول إلى العقد النهائي المزمع إبرامه.

أما فيما يخص وجهة نظر التشريع المقارن، فنجد على سبيل المثال أن القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الإلكترونية لسنة 1999 أجاز إجراء الاتفاقات والمفاوضات وإبرام العقود، ونشؤ الإلتزامات بطريقة إلكترونية، وعرفت المادة 2/2 منه ماهية التجارة الإلكترونية بأنها: "تلك الأعمال التجارية التي تدار أو تتم بالكامل أو جزء منها بوسائل إلكترونية أو بالتسهيل الإلكتروني، وهذه الأعمال تهدف إلى إبرام العقود أو الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية³.

أما القانون رقم 83 المؤرخ في 09/08/2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي فقد نص من خلال الفصل 25 منه على أنه: "يجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية..."⁴.

1 محمد بوكماش، وكمال تكواشت، (الأثار القانونية للتفاوض الإلكتروني)، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 7، جامعة عمار ثلجي الأغواط، الجزائر، 2018، ص: 155.

2 محمودي مسعود، أساليب وتقنيات الرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006، ص: 93

3 مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، المرجع السابق، ص: 563.

4 قانون 83 مؤرخ في 09/8/2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، عدد الرائد: 64.

كما نص قانون رقم 2015/15 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية المصري على تعريف المعاملات بصفة عامة من خلال المادة 2 منه: "أي إجراء يقع بين طرفين أو أكثر لإنشاء التزام على طرف واحد أو التزام تبادلي بين طرفين أو أكثر سواء كان يتعلق بعمل تجاري أو مدني..."¹، وبالتالي فإن كل المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية تعد معاملات إلكترونية.

فمن سياق هذه النصوص القانونية المختلفة نجدها تقر في مجملها مبدأ التفاوض العقدي الإلكتروني إلا أن أياً منها لم يعط تعريفاً جامعاً مانعاً للتفاوض. أما بالنسبة للتشريع الجزائري من خلال استقراء النصوص القانونية المنظمة لأحكام العقد بصفة عامة، وكذلك من خلال نصوص القانون 18-05 المؤرخ في 10/05/2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، نجده لم يتعرض لتنظيم التفاوض ولم يعرفه بنصوص صريحة وواضحة، بل يقتصر الفقه على المفهوم الضمني لمبدأ حسن النية² في المرحلة السابقة للتعاقد من خلال استقراء المواد 107 و 2/172 من القانون المدني³.

ويبقى القول أن التفاوض لا يخرج عن إطار المناقشات وتبادل وجهات النظر بين الأطراف من أجل الوصول إلى تحقيق إيجاب مشترك لإبرام عقد معين.

الفرع الثاني: خصائص التفاوض الإلكتروني.

يتميز التفاوض الإلكتروني بعدة خصائص ومميزات أهمها:

أولاً: التفاوض على العقد الإلكتروني تصرف ثنائي الجانب.

يستوجب التفاوض على عقد، أن يتم بين طرفين أو أكثر، ويكون بإجراء مناقشات وحوارات مباشرة وجهاً لوجه أو عن طريق المراسلة، ويقضي التفاوض الإلكتروني أن يكون باستعمال وسائط إلكترونية، يهدف أساساً للتقريب وجهات النظر المختلفة والمتضاربة.

1 انظر المواد 2 و 28 من قانون المعاملات الإلكترونية المصري رقم 15 لسنة 2015.

2 باعتبار أن التفاوض بحسن النية وما قد يفرغ عنه من أهم التزامات المرحلة السابقة عن التعاقد.

3 بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية (دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص: 22.

ثانياً: التفاوض على العقد تصرف إرادي.

تتم عملية التفاوض العقدي باتجاه إرادة الاطراف من خلال المناقشات والمساومات، من أجل التوصل لإبرام عقد من عقود التجارة الإلكترونية، ويتمتع الطرفان بإرادة حرة ونزيهة يسودها التعامل بحسن النية .

ثالثاً: التفاوض على العقد يقوم على اتفاق الأطراف.

حيث لا يقوم التفاوض على محض الصدفة، بل يقتضي وجود طرفان يسعيان بالدخول في التفاوض لإبرام عقدٍ محددٍ، باستعمال وسائل تقليدية كالكتابة على الورق أو استعمال وسائط إلكترونية.

رابعاً: التفاوض العقدي تصرف احتمالي.

يسعى الأطراف المتفاوضة لتحقيق نتيجة احتمالية، تنشأ باتفاق مشترك لإبرام عقد نهائي، ومع ذلك قد لا يحقق الأطراف هذا الغرض الأخير بقطع التفاوض والعدول عن التعاقد بشكل أو بآخر.

خامساً: التفاوض العقدي مرحلة تمهيدية لإبرام عقد.

التفاوض لا يمثل عقداً مقصوداً في حد ذاته، بل هو مرحلة تمهيدية وتحضيرية لإبرام عقد، وللطرفين حق العدول أو المضي قدوماً لإبرام العقد النهائي المراد إبرامه، شريطة أن لا يتعارض ذلك مع يقتضيه مبدأ سير التفاوض بأمانة وإخلاص لضرورة توفير الأمان القانوني في المرحلة السابقة على التعاقد¹.

المطلب الثاني: أهمية التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية.

إن الغموض وعدم اليقين اللذان يكتسيان العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت سواء فيما يخص هوية وشخصية الطرف المتعاقد معه، أو فيما يخص طبيعة المحل المتعاقد عليه أو الضمانات المقدمة لتحقيق الغاية من التعاقد، لذلك فإن المفاوضات العقدية تمثل ضرورة ملحة لإبرام العقد الإلكتروني على العموم، وبصورة خاصة في العقود التجارية التي قد يتراخى تنفيذها لمدة طويلة، بهدف

1 بيار كتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقدم في القانون الفرنسي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، لبنان، 2009، ص: 45، وانظر أيضاً المواد: 1104، 1104/2 من القانون المدني الفرنسي الجديد.

الكشف عن مثل هذه الحقائق الغامضة، والتأكد من جميع الجوانب الفنية والقانونية بشكل دقيق من خلال إجراء الفحوصات والتجارب والاستشارات الفنية والقانونية.

ومن هنا تكمن أهمية مرحلة التفاوض في إضفاء الحيوية في إعداد وتحضير العقد، ببحث كافة جوانبه القانونية والفنية وبيان هوية وشخصية الطرف المتفاوض معه، وموقفه القانوني والفني، إضافة الى تحديد مضمون العقد المزمع إبرامه وآليات الإعداد له، للبعد قدر الإمكان عن كل منازعة محتملة¹.

كما أن المفاوضات الإلكترونية تتسم بتوفير الوقت وتخفيض النفقات عن طريق استعمال رسائل البيانات المتبادلة بين الطرفين، إلا أن هذا لا يخلو من الصعوبات والشكوك والغموض، مما يستوجب كشف واستظهار إرادة أطراف العقد فتبرز أهمية التفاوض في تمكين القاضي بالاستئناس بها عند تفسير العقد باعتبارها قرينة قضائية أو ظرفاً من ظروف الواقع المحيط بالنزاع.

تجدر الإشارة إلى أن بعض العقود التي يتراخى تنفيذها مدة طويلة، قد تسمح لأطرافها دوماً بإعادة التوازن في حالة تغير الظروف الاقتصادية المحيطة بالعقد المبرم الذي يصبح تنفيذه مرهقاً للمدين، فيحرص الطرفان على إدراج شرط إعادة التفاوض أو شرط إعادة التوازن العقدي، يلتزمان بمقتضاه التفاوض حول كيفية التغلب على مثل هذه الصعوبات²، ويعتبر شرط إعادة التفاوض إحدى المبادئ التي أقرها معهد توحيد القانون الخاص عام 1994 من خلال المادة 3/2/6 منه والتي تنص على أنه: "في حالة شرط الظروف الشاقة يحق للطرف الذي تعرض لها، طلب إعادة التفاوض"³.

1 محمد فواز المطلقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية: أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق حمايته "التشفير" التوقيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، الأردن 2006، ص: 47.

2 بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص: 49؛ وكذلك: مها نضيف جاسم، ورشا عامر صادق، المرجع السابق، ص: 566.

3 انظر المادة 6-2-3-6 من مبادئ يونيدرو المتعلقة بعقود التجارة الدولية، ص: 193.

المبحث الثاني: آثار التفاوض الإلكتروني.

لبحث أهم الآثار التي يربتها التفاوض الإلكتروني، يقتضي التعرض للالتزامات الناشئة عن التفاوض من جهة، ثم التعرض للمسؤولية عن قطع المفاوضات أو الإخلال بإحدى الإلتزامات المتفق عليها من جهة أخرى.

المطلب الأول: الإلتزامات التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية.

يفرض التفاوض على العقود الإلكترونية، مجموعة من الإلتزامات تستند إلى سيادة مبدأ حسن النية وحماية الثقة المشروعة في التعامل، بغرض الوصول لإبرام عقد نهائي ومن خلال هذه الفروع نتناول أهم هذه الإلتزامات.

الفرع الأول: الإلتزام بالدخول والإستمرار في المفاوضات.

يلتزم الطرفان بالدخول والإستمرار في المفاوضات، بمقتضى اتفاق مبدئي يرتب على الطرفين الاستمرار بالمفاوضات، ولا يحق لأي منهما الإمتناع أو التأخير عن الدخول في التفاوض¹. لذلك يجب على كل طرف بدل العناية المطلوبة لإنجاح التفاوض وفي حالة ارتكاب مما شأنه أن يؤدي إلى إفشال المفاوضات، فإنه يعد خرقاً للإلتزام الذي يفرض على الطرفين واجب التنفيذ طبقاً لمقتضيات حسن النية².

الفرع الثاني: الإلتزام بحسن النية في التفاوض.

يعرف بعض الفقه مبدأ حسن النية بأنه: "هو الأمانة والإستقامة"، وعرفه البعض الآخر بأنه: "اتجاه نية وقصد المتصرف إلى التزم أحكام القانون وقيم المجتمع في تصرف جائز قانوناً"³. لذلك إن هذا المبدأ يقتضي من الأطراف التفاوض بشرف وأمانة وتجنب كل ما يعيق المفاوضات أو يؤدي إلى إبطالها أو محاولة إفشالها باستخدام الحيل والمراوغة أو الإضرار بالغير.

1 مها نصيف، رشا عامر صادق، المرجع السابق، ص: 571.

2 بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 52؛ وكذلك انظر: مها نصيف، ورشا عامر، المرجع السابق، ص: 571

3 محمد بوكماش، وكمال تكواشت، المرجع السابق، ص: 162.

ويعتبر التفاوض بحسن النية التزام جوهري، يسمح لأطرافه التوصل إلى إبرام عقد نهائي المزمع إبرامه، ولا يتأتى بلوغ أهداف التفاوض دون أن تقوم على أساس من النزاهة والأمانة والثقة المتبادلة، لذلك يعتبر التفاوض بحسن النية التزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين، ويستوجب من كل منهما احترامه وتنفيذه، ليس ببديل عناية الرجل العادي لإنجاحه فحسب، بل بتحقيق نتيجة التفاوض، لا يستطيع المتفاوض دفع مسؤوليته بإثبات بذل ما في وسعه للوفاء بهذا الالتزام، وليس بمقدوره الوصول إلى نتيجة، كما أنه لا يجوز التفاوض بصور كاذبة أو وعود خادعة لمجرد التسلية والدعاية أو استطلاع السوق دون نية حقيقة في التعاقد¹.

والجدير بالذكر أن المادة 7/1 من مبادئ يونيدروا السالف الذكر، تؤسس لمبدأ حسن النية وأمانة التعامل بالنص على أن: "يلتزم كل طرف بأن يتصرف وفقاً لما يقتضيه حسن النية وأمانة التعامل في التجارة الدولية، ولا يجوز للأطراف استبعاد هذا الالتزام أو تقييده".

ويعتبر مبدأ حسن النية من ضمن الركائز الرئيسية التي تؤسس عليها مبادئ يونيدروا، بحيث يجب أن يتصرف وفقاً لما يقتضيه هذا المبدأ من شرف وأمانة التعامل حتى في حالة غياب أحكام خاصة، فأن سلوك الأطراف طوال حياة العقد بما في ذلك مرحلة التفاوض، يجب أن يتطابق مع حسن النية وأمانة التعامل²، كما نصت المادة 15/2 من المبادئ نفسها على أنه: "يسأل الطرف الذي يتفاوض وأدى إلى قطع المفاوضات بسوء نية عما لحق الطرف الآخر من خسائر".

كما أن مبادئ قانون العقود الأوربي الموحد لعام 2005 أشارت صراحة إلى أن حسن النية يحتل مكاناً ثابتاً ضمن هذه المبادئ، وهو مبدأ عام وقاعدة أساسية لكافة التصرفات، والالتزام الطرف المفاوضات بتعويض الأضرار التي تصيب

1 بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن (دراسة فقهية قضائية مقارنة مدعمة بأحدث اجتهادات المحكمة العليا 2019)، دار هومة الجزائر 2019، ص: 165.

2 المعهد الدولي لتوحيد عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص: 17.

الطرف الآخر، نتيجة وقف التفاوض بشكل يتعارض مع مقتضيات حسن النية طبقاً للمادة 1/2 و 3 منه¹.

كما أن العديد من التشريعات المقارنة تستوجب مراعاة مبدأ حسن النية سواء في مرحلة تكوين العقد أو مرحلة تنفيذه، وفي المقابل هناك قوانين أخرى لا تنص على مبدأ حسن النية صراحة إلا في مرحلة تنفيذ العقد مثل ما عليه الحال بالنسبة لغالبية القوانين العربية، ومن بينها التشريع الجزائري الذي نص في المادة 107 من القانون المدني الجزائري؛ فهي كقاعدة عامة تؤسس صراحة وجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة يتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية وشرف التعامل، كما تؤسس ضمناً على سريان هذا النص على المراحل الأولى لتكوين العقد، فيشمل مرحلة التفاوض قبل التعاقد. ولم يشر القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بشكل صريح إلى هذا المبدأ وأشارت المادة 18 منه فقط على وجوب حسن تنفيذ الالتزامات.

الفرع الثالث: الإلتزام بالإعلام.

يطلق الفقه على هذا الإلتزام عدة تسميات؛ نذكر منها الإلتزام بالإعلام أو الإلتزام بالتبصير أو الإلتزام بالإفشاء بالبيانات والمعلومات أو الإلتزام بالإخبار². وقد انقسم الفقه في تعريف الإلتزام بالإعلام، وإن كان ينطلق من أرضية مشتركة مفادها أن هذا الإلتزام يمثل التزاماً عاماً في العقود لاسيما عقود الاستهلاك³، إذ يتوافر بصورة أساسية في المرحلة السابقة على التعاقد بهدف تنوير إرادة المستهلك كما يوجد في مرحلة إبرام وتنفيذ العقد أيضاً.

1 بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص: 161

2 مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز احكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2011، ص: 47. وفي نفس المعنى: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص: 186.

3 إن المشرع الفرنسي في تقنين الاستهلاك يستهل الفصل الأول، الباب الأول من الكتاب الأول بعنوان: "الإلتزام العام بالإعلام السابق على التعاقد" بموجب الأمر رقم 301/2006 مؤرخ في 2016/03/14.

فعره البعض بأنه الالتزام الذي يسبق التعاقد بحيث يلتزم أحد طرفي العقد بإعلام الآخر عن البيانات التي يجب توافرها في التعاقد، ليتم إبرام عقد خال من أي عيب وكامل بكافة مفرداته، نتيجة لظروف واعتبارات معينة ترجع لطبيعة الشخص المتعاقد معه أو لطبيعة العقد نفسها أو طبيعة محله، ولأي اعتبار آخر يجعل من العقد مستحيلاً إذا تم كتمان بيانات محددة وضرورية في التعاقد¹.

ومن هنا نستخلص أن الإلتزام بالإعلام يشمل المرحلة السابقة عن التعاقد كما يشمل مرحلة إبرام العقد وتنفيذه، ويتسع من حيث الوسيلة المستعملة في التعاقد ليشمل التعاقد التقليدي والإلكتروني.

فالإلتزام بالإعلام الإلكتروني في مرحلة التفاوض يعتبر التزاماً تبادلياً يتقل كاهل أطراف التفاوض، ويلتزم كل منهما بإعلام الآخر بالمعلومات المتوفرة لديه المتعلقة بموضوع التعاقد، والتي يكون من شأنها التأثير على قرار المتفاوض الآخر بشأن عملية التفاوض².

ونجد أن العديد من النظم القانونية الوضعية ومن ضمنها القانون المدني الجزائري تستوجب إعلام المتعاقد معه، كما هو الشأن بضرورة إعلام المشتري بحالة المبيع علماً كافياً طبقاً للمادة 1/358 مدني، ويعتبر نص المادة 2/86 مدني أن السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تدليسياً تحيز للمدلس عليه إبطال العقد، إذا ثبت أنه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة، لذلك يجب على المتفاوض في مرحلة إبرام العقد أن يُطلع الطرف الآخر عن حقيقة كل واقعة أو ملابسة بكل صدق ومصارحة، وإلا كان مخالفاً بالتزامه بالإعلام ومرتبكاً في الوقت نفسه تدليسياً³.

كما نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 17 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في: 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، على إلزامية المتدخل بإعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك،

1 محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص: 51.

2 كمال تكواشت، المرجع السابق، ص: 164.

3 بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص: 187.

وتشمل هذه الإلزامية الإعلام السابق على التعاقد والإعلام التعاقدية، كما خص المشرع المستهلك الإلكتروني بحماية خاصة ضمن القانون رقم 18-05 المؤرخ في 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الإلكترونية¹، لاسيما المادتين 11 و12 منه، إذ تستوجب المادة 11 منه على المورد الإلكتروني أن يقدم العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقررة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل البيانات والمعلومات المحددة لا على سبيل الحصر، والتي في مجملها بيانات تتعلق بشخصية المنتج الإلكتروني وشروط العقد، وتستوجب المادة 12 من نفس القانون وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني حتى يتمكن من التعاقد بعلم ودراية تامة.

وتجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي قد نظم الإلتزام بالإعلام السابق على التعاقد ضمن المواد: L111-1 وما بعدها من تقنين الاستهلاك، إذ الزم المهني قبل التعاقد مع المستهلك عن طريق بيع السلع والخدمات أن يضع تحت تصرفه بشكل مقروء ومفهوم المعلومات الآتية²:

- المواصفات الأساسية للسلع والخدمات مع الأخذ بعين الاعتبار وسائط التواصل وطبيعة وثمان السلعة والخدمة المعنية، تحديد تاريخ أو أجل تعهد المهني بتسليم السلعة أو الخدمة في حالة التراخي عن التنفيذ الفوري للعقد.
- المعلومات المتعلقة بشخصية المهني ووسائل الاتصال البريدي والهاتف الإلكتروني، وكذا المعلومات المتعلقة بأنشطته وعند الاقتضاء الضمانات القانونية.

ونخلص إلى أن الإلتزام بالإعلام أثناء التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية هو التزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني، يلتزم المورد الذي يعلن عن سلعته أو خدمته أو يعرضها على المستهلك الإلكتروني أن يذكر البيانات الجوهرية

1 انظر القانون 18-05 المؤرخ في 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ج ر العدد (28).

2 انظر المادة L111-1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي.

وإبداء النصح على نحو يحقق علم كاف وشامل نافٍ للجهالة حتى يمكن القول إن إرادة المستهلك كانت حرة حال التعاقد¹.

الفرع الرابع: الإلتزام بالتعاون.

يقوم التفاوض على مبدأ الأخذ والعطاء بين الأطراف المتفاوضة، من أجل تقريب وجهات النظر المختلفة عن طريق تقديم العروض والمقترحات المتعارضة ليقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه، بقصد الوصول إلى نوع من التوازن بين المصالح. فمن خلال التزم الطرفان بالتعاون فيما بينهما، فإن ذلك يؤدي إلى تحديد الهدف والغاية المحددة من العقد المزمع إبرامه، وبيان الإحتياجات الفعلية المباشرة من محل التعاقد، كما يساهم التزم الأطراف بالتعاون بالسماح لكل منهما بدراسة ظروف الطرف الآخر، ومدى قدرته على إتمام التعاقد.

ومن خلال التعاون بين طرفي التفاوض يتمكن المورد أو المهني المحترف من بيان المزايا التي يسعى المستهلك توافرها في محل التعاقد، والقيام بعملية الموائمة بين آلية إعداد محل التعاقد، وتحقيق رغبات المستهلك، ليتمكن من تلبية أكبر قدر ممكن منها².

الفرع الخامس: الإلتزام بضمان السرية.

يشمل الإلتزام بضمان سرية المعلومات، ضمان المحافظة على المعلومات أو البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، التي أصبغ عليها أصحابها طابع السرية وكذا المعلومات التي تكون غير قابلة للنشر أو الإعلان بطبيعتها³، ومن خلال هذا الإلتزام يمكن حماية البيانات التقنية وأسرار المعرفة الفنية، وكذا الأسرار التجارية والصناعية وأسرار الأعمال، وغيرها من الأسرار الفنية والتقنية والأسرار المالية، والتي يمكن أن يطلع عليها المتفاوض أثناء سير المفاوضات، لذلك يلزمه القانون

1 عبدالفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، مصر 2007، ص: 38.

2 محمد فواز المطلقة، المرجع السابق، ص: 50.

3 مها نصيف، ورشا عامر صادق، المرجع السابق، ص: 575.

بالإمتناع عن إفشاء أسرار هذه المعلومات والبيانات، كما يمنع عليه استغلالها بدون رضا صاحب المعلومات السرية¹، وهو التزام لا يتقل كاهل المتفاوض معه فحسب، بل يتقل أيضاً كاهل فريق التفاوض التابعين له أو الوكلاء عنه.

المطلب الثاني: آثار الإخلال بالتزامات التفاوض.

لتناول أهم الآثار المترتبة عن الإخلال بالتزامات التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية يقتضي الأمر بحث المسؤولية التفاوضية في هذا الإطار، وتحديد طبيعتها، ثم بعد ذلك تحديد آثار هذه المسؤولية من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: طبيعة المسؤولية عند الإخلال بالتزامات التفاوض.

اختلف الفقه حول تحديد طبيعة هذه المسؤولية، وإن اتفق من حيث المبدأ على قيامها ولم يستقر رأيهم فيما إن كانت هذه المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية أم عقدية، لاختلافهم في الأساس الذي يستند إليه كل رأي.

أولاً: المسؤولية العقدية للإخلال بالتزامات التفاوض الإلكتروني.

ويستند أنصار المسؤولية العقدية المترتبة على الإخلال بالتزامات التفاوض الإلكترونية إما إلى فكرة الخطأ عند تكوين العقد، وإما إلى نظرية الوكالة.

1. فكرة الخطأ عند تكوين العقد:

حسب أنصار هذه الفكرة تطبق أحكام المسؤولية العقدية في حالة الخطأ المؤدي إلى عدم انعقاد العقد، أو المؤدي إلى بطلانه في حالة انعقاده، مما يرتب للطرف المتضرر حق المطالبة بالتعويض كعقد وليس كواقعة مادية، وذلك بافتراض وجود عقد ضمان لكل محاولة إبرام عقد، حيث يتعهد كل طرف أثناء الدخول في التفاوض بأن لا يأتي من جانبه ما يؤدي إلى إعاقة التعاقد أو بطلانه، استناداً إلى الرضا الضمني المتبادل بينهما، وبالتالي عدم إبرام العقد أو بطلانه يعد إخلالاً بقصد الضمان الضمني².

1 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص: 178.

2 كمال تكواشت، المرجع السابق، ص: 170.

إلا أن هذه الفكرة انتقدت من جانب اتجاه آخر من الفقه باعتبار أن العقد الضمني مجرد افتراض لا وجود له في الحقيقة، ولا يمكن تصور بقاء العقد الضمني المفترض في حالة عدم انعقاد العقد أو في حالة بطلانه أو إبطاله إذا انعقد. غير أنه لا يمكن تجاهل فكرة الخطأ عند تكوين العقد كلياً، فهناك من العقود قد تستلزم إبرام اتفاقات تمهيدية أو تحضيرية عند بداية التفاوض في شكل بروتوكولات يلجأ إليها الأطراف خاصة في العقود المركبة المتعلقة بالتجارة الدولية أو العقود ذات القيمة المالية والتعقيد الفني، فضلاً عن التفاوض في العقود التجارية الإلكترونية قد يستلزم تبادل المستندات والتحضير للبدء التفاوض إبرام اتفاقات سابقة، فيترتب عليها التزامات عقدية يكون الإخلال بأي منها أساساً للمسؤولية العقدية¹.

2. نظرية الوكالة:

تستند هذه النظرية إلى فكرة الوكالة الضمنية بدلاً من فكرة الخطأ عند تكوين العقد، حيث يتم توكيل أحد الأطراف الطرف الآخر بالقيام بالإجراءات والأعمال اللازمة لإبرام العقد، ومن ثم فإن انسحاب هذا الطرف وقطع المفاوضات يعتبر إخلالاً بالوكالة، ومن ثم تعتبر المسؤولية مسؤولية عقدية.

غير أن بعض شراح القانون المدني يرون أن فكرة الوكالة لا تتطابق مع فكرة التفاوض باعتبار أن الوكيل يعمل باسمه ولحساب موكله، من أجل تحقيق مصلحة مشتركة بين الوكيل والموكل، بينما الطرف المتفاوض يعمل باسمه ولحسابه الخاص من أجل تحقيق مصلحته الخاصة، التي قد تتعارض مع مصلحة الطرف الآخر ولا يمنعه ذلك من التضحية بمصلحة الطرف المتفاوض معه².

لذلك يمكن القول أن نظرية الوكالة الضمنية يصعب اعتبارها كأساس للمسؤولية في عقد التفاوض بصفة عامة والتفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية بصفة خاصة.

1 كمال تكواشت، المرجع السابق، ص: 171.

2 أنس عبد المهدي فريجات، النظام القانوني للمفاوضات في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية: دراسة تأصيلية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، لبنان، 2018، ص: 732.

ثانياً: المسؤولية التقصيرية للإخلال بالتزامات التفاوض الإلكتروني.

تتنازع نظريتان لرد المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد الى المسؤولية التقصيرية؛ الأولى منهما تعرف بنظرية الخطأ التقصيري في التفاوض، وقد لاقت إجماعاً لدى غالبية الفقه القانوني. والثانية تعرف بنظرية الفضالة ويعود الفضل لإيجادها للفقيه الألماني تون¹.

1. نظرية الخطأ التقصيري في التفاوض:

ترتكز هذه النظرية على منح المتفاوض حرية إدارة عملية التفاوض وتحديد نتائجها، بما يلائم تحقيق مصالحه جراء إبرام العقد المتفاوض عليه مع الطرف الآخر، ويكون للمتفاوض حق الانسحاب وقطع المفاوضات في أي مستوى وصلت إليه على اعتبار أن التفاوض مجرد أعمال مادية غير ملزمة ولا يترتب عليها أي أثر قانوني، حتى ولو وصل الأمر إلى صياغة نهائية لمشروع العقد المنشود إبرامه. غير أن أنصار هذه النظرية خروجاً عن الأصل العام، في حالة إلحاق الضرر بالطرف المتفاوض معه جراء قطع المفاوضات أو العدول عنها بدون مبرر، أو في حالة بطلان العقد، فإنهم يحملون المسؤولية للطرف المتسبب في الضرر ويلزمونه بالتعويض عن خطأه.

هذه النظرية برغم من تأييدها من طرف غالبية الفقه، لعدالتها وسهولتها وقدرتها على ضبط تحركات أطراف التفاوض² ومنحهم الحرية في التفاوض، إلا أنها لم تسلم هي الأخرى من النقد، باعتبار أن هذه المسؤولية مستقلة عن قطع التفاوض ولا تقوم إلا بإثبات الخطأ، والتعويض لا يشمل مقابل عن تقويت فرصة الحصول على مزايا العقد المراد إبرامه على أساس أنها أضرار غير مباشرة التي تجبر بالتعويض.

3. نظرية الفضالة:

تعتبر هذه النظرية الشخص الذي وجهت إليه الدعوة إلى التفاوض فضولياً يدير شأناً لرب العمل الذي وجه له الدعوة، ومن ثم يستطيع الرجوع على هذا الأخير

1 أنس عبد المهدي فريجات، المرجع السابق، ص: 733.

2 أنس عبد المهدي فريجات، نفس المرجع، ص: 736.

عند فشل التفاوض لاسترداد ما أنفقه عن طريق دعوى الفضالة، باعتبار أن النفقات التي قام بها كانت بغرض تحقيق المصلحة المشتركة بينهما، إلى جانب تحقيق مصلحة صاحب الدعوة إلى التفاوض¹.

غير أن هذه النظرية تعرضت بدورها للنقد، خاصة في صعوبة إيجاد أوجه الربط بين علاقة أطراف التفاوض بعلاقة الفضولي مع رب عمله، فضلاً عن تعارض الأهداف والمصالح بين أطراف التفاوض مع أن هذه الأهداف والمصالح تكون منسجمة في حالة الفضالة، لذلك لا يمكن التسليم بهذه النظرية كأساس للمسؤولية في مرحلة التفاوض العقدية.

ويمكن في الأخير القول أن هذه النظريات قد مهدت لظهور النظريات الموضوعية كبديل عن النظريات التقليدية السالفة الذكر.

ثالثاً: نظرية المسؤولية الموضوعية.

ظهرت نظريتان موضوعيتان؛ أولهما تعرف بنظرية "فاجيلا" نسبة للفقهاء الإيطالي فاجيلا، والثانية تعرف بنظرية "تحمل الخطر العقدي"، ويعود الفضل لظهورها للفقهاء الألماني وينتشييد *Windcheid*.

1. نظرية فاجيلا:

هذه النظرية مستمدة من نظرية الخطأ عند إبرام العقد التي صاغها الفقهاء الألماني "ايهرنج"، إلا أن نظرية المسؤولية الموضوعية أضافت بعض الخصائص وتم تقسيم المرحلة السابقة على التعاقد إلى ثلاث مراحل هي: مرحلة المفاوضات التمهيديّة، ومرحلة إعداد العرض؛ أي صياغة الإيجاب النهائي، ومرحلة صدور العرض، حيث يتم تصدير الإيجاب، وينتج عن كل مرحلة آثار قانونية معينة إيجابية أو سلبية مع احتفاظ كل طرف بحريته التعاقدية التي تمكنه من حق الغنسحاب أو الرجوع في أي مرحلة يبلغها التفاوض، ويبقى تحمل المسؤولية على إساءة استعمال حرية التعاقد أو مخالفة قواعد العدالة وحسن النية، وعدم قطع المفاوضات بشكل تعسفي الذي لا يستند إلى اعتبارات موضوعية أو مصالح اقتصادية أو تجارية تبرر الإنسحاب أو قطع المفاوضات.

1 كمال تكواشت، المرجع السابق، ص: 173.

ليخلص إلى اختلاف درجات المسؤولية باختلاف المرحلة العقدية التي يتواجد فيها الأطراف بدرجات متفاوتة احتراماً لما يضعه الطرف الآخر في التعبير عن الإرادة من ثقة وأمانة¹.

غير أن "فاجيلا" لم يقدم تبريراً مقنعاً أو أساساً لتقسيماته للمسؤولية عبر مراحل التفاوض، بل إن هذه التقسيمات معارضة للواقع العملي، ومن شأنها تقييد إرادة الأطراف في وضع تنظيمياً للمفاوضات حسب رغباتهم، وكذا وضع حد للتفاوض وفقاً لحريتهم التعاقدية²، كما أن اعتماد المصلحة الاقتصادية للتفرقة بين الإنسحاب التعسفي وغير التعسفي، فيرتب مسؤولية المنسحب من عدمها أمراً غير منضبط؛ وذلك راجع لصعوبة تحديد مدلول المصلحة الاقتصادية التي تبرر إحجام المتفاوض نحو مواصلة السير نحو إبرام العقد النهائي، وبالتالي قطع المفاوضات³.

2. نظرية تحمل الخطر العقد:

ظهرت هذه النظرية في ظل المآخذ والانتقادات الموجهة للنظريات المسؤولية التفاوضية على أساس الخطأ التعاقدية، وترتكز هذه النظرية على تحميل الطرف الساعي إلى التعاقد تبعة الأضرار الناشئة عن نشاطه العقدي، ولو لم يكن هو نفسه الواقع في الخطأ، فهو يتحمل لوحده مسؤولية عدم إبرام العقد النهائي ولو لم يكن خطأ قطع التفاوض هو المتسبب في حدوثه، إذ يكفي لهذه النظرية وجود ضرر يترتب عنه التعويض⁴.

بالرغم من سهولة الإثبات في نظرية "وينتشيهد"، إذ يكفي أن يثبت المدعي ما لحقه من ضرر فقط لقيام المسؤولية، دون حاجة لإثبات خطأ المدعى عليه، غير أن هذه النظرية لآقت عدة انتقادات أهمها: أنها لم تبين طبيعة الإلتزام والمسؤولية الناجمة عن الإخلال، كما يؤخذ عليها تعليق المسؤولية التفاوضية على عاتق

1 بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني المقارن (دراسة مقارنة)، دار حافظ للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2011، ص: 164.

2 بلحاج العربي، نفس المرجع، ص: 165. وكذلك: أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص: 760.

3 أنس عبد المهدي فريحات، المرجع السابق، ص: 758.

4 أنس عبد المهدي فريحات، نفس المرجع، ص: 762.

صاحب المبادرة بالتعاقد، بينما عملية التفاوض في حد ذاتها تقتضي تبادل الأدوار بين طرفي التفاوض، كما أن حصر المسؤولية في الساعي إلى التفاوض والضرر في الطرف الآخر يعتبر إخلالاً بمبدأ العدالة.

الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة من طبيعة المسؤولية.

سنقتصر بحث موقف التشريع المقارن من مختلف النظريات الفقهية من طبيعة مسؤولية على التفاوض الإلكتروني على الأحكام التي جاء بها التشريع الفرنسي، باعتباره إحدى التشريعات الأوربية التي نظمت مرحلة التفاوض بأحكام صريحة ضمن قانون العقود الفرنسي الجديد، وصولاً إلى موقف التشريع الجزائري.

أولاً: موقف التشريع الفرنسي.

جاء المشرع الفرنسي بأحكام جديدة ضمن المرسوم رقم 131-2016 الصادر بتاريخ 2016/02/10 والالتزامات والإثبات¹ الذي أصبح نافذاً اعتباراً من تاريخ 2016/10/01، فنص في الفصل الأول من الباب الفرعي الأول على أحكام تهديدية تضمنت المادة 1102 منه مبدأ الحرية التعاقدية من خلال منح كل شخص حرية التعاقد من عدمها، وأن يحدد مضمون العقد وشكله ضمن الحدود المقررة قانوناً، كما نصت المادة 1104 منه على أن يكون التفاوض على العقود وإبرمها وتنفيذها بحسن النية.

أما المادة 1112 منه فنصت على الحرية في اقتراح وسير وقطع المفاوضات قبل التعاقدية، شريطة خضوعها لمقتضيات حسن النية، ومن شأن الأخطاء المرتكبة خلال فترة المفاوضات أن ينجر عنها المسؤولية، ودفع التعويض جبراً للضرر اللاحق بالمتفاوض المضرور، على أن لا يشمل التعويض عن تقويت الفرصة المنتظرة من العقد الذي تم العدول عن إبرامه، ولم يرتب التشريع الفرنسي الجديد المسؤولية عن قطع المفاوضات بسوء النية فحسب، بل رتب أيضاً المسؤولية المدين بواجب الإعلام السابق على التعاقد، متى كان تقديم هذه المعلومة للمتفاوض معه لها أهمية حاسمة في قبول مضمون العقد أو قبول التفاوض من أجل صفة يعتقدونها

1 محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد 1100 إلى 7/1271 من القانون المدني الفرنسي (ترجمة محمد حسن قاسم)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2018.

في الطرف الآخر طبقاً للمادة 1112-1، كما نص على واجب الإلتزام بالسرية الذي يرتب عن استخدامه أو إفشائه المسؤولية الناشئة عن الأخطاء في مرحلة التعاقد.

وعليه فإن التشريع الفرنسي الجديد يكون قد نص صراحة على حق الطرف المضرور في مطالبة ومسألة الطرف الآخر على أساس ارتكابه خطأ قطع التفاوض بسوء نية أو العدول عن التفاوض دون أي سبب جدي، كما يمكن مساءلته عن أي إخلال بالالتزام التفاوض بحسن النية.

وإذا كان الأصل في مسؤولية المتفاوض هي مسؤولية تقصيرية، إلا أن الرأي السائد في فرنسا يرى تطبيق المسؤولية العقدية في حالات استثنائية، قد تكون ناجمة عن الإخلال بالالتزام عقدي ضمن اتفاقات مبدئية أو تمهيدية أو في حالة وجود اتفاق صريح بين الطرفين ينظم التفاوض ويحدد التزاماته والإستمرار فيه¹.

ثانياً: موقف التشريع الجزائري.

لم ينظم المشرع الجزائري مرحلة المفاوضات العقدية بنصوص وأحكام صريحة، غير أن المادة 1/107 من القانون المدني، قد نصت على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية"، فإن مقتضيات حسن النية تتسع قانوناً لتشمل ضمناً مرحلة التفاوض العقدية²، وأن الإخلال بهذا المبدأ يقطع التفاوض دون أي سبب جدي أو إساءته في استعمال حقه في قطع المفاوضات أو عدوله في وقت غير مناسب، يعتبر خطأ موجباً لقيام المسؤولية التقصيرية طبقاً لما تنص عليه الأحكام العامة في هذا الشأن، لاسيما المادة 124 من قانون جزائري.

غير أنه يثار التساؤل حول طبيعة المسؤولية في حالة الإخلال بالالتزام المترتبة عن الإتفاقات الإبتدائية على العناصر الجوهرية للتعاقد، أو في حالة الوعد بالتعاقد أو التعاقد بالعربون طبقاً للمادتين 65، 72 مكرر من القانون المدني باعتبار أن هذه العقود تعتبر بمثابة عقود سابقة على مرحلة إبرام العقد النهائي.

1 بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص: 448.

2 بلحاج العربي، نفس المرجع، ص: 455.

ولو أن الوعد بالتعاقد في مثل هذه الحالة يرتب في الأساس حقاً شخصياً للموعد له، ولا يكون لهذا الأخير حال إخلال الواعد بالتزامه الشخصي سوى الحكم له بالتعويض المنجر عن استحالة التنفيذ العيني طبقاً للمادة 176 من القانون المدني¹، إلا أن هذا التعويض يبدو أنه متناسقاً ومنسجماً مع ما قد تنته إليه الإتفاقات السابقة على التعاقد جراء الإخلال بها.

ولعل أهم ما قرره المحكمة العليا في هذا المجال خلال السنوات الأخيرة على الأقل فيما يتعلق بالوعد بالتعاقد، باعتباره عقد سابق عن العقد النهائي، أنه في حالة تصرف الواعد ببيع عقار وأدى ذلك الى انتقال ملكيته إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف، فإنه لا يبقى للموعد له سوى دعوى الرجوع على الواعد بالتعويض استناداً لأحكام المادتين 72 و 176 من القانون المدني، تأسيساً على ما تنشأه الإتفاقات التمهيدية أو التحضيرية من التزامات على عاتق الأطراف، خاصة الإلتزام بالتفاوض وما ينجر عنه، والذي يتعين تطبيقه بحسن نية وأمانة².

لذلك يمكن القول أن مسؤولية المتفاوض الإلكتروني في التشريع الجزائري هي مسؤولية تقصيرية ناتجة عن خطأ المتفاوض، تستمد أصولها من مبادئ القواعد العامة التي تحكم نظرية العقد، لها خصوصيات مستمدة من الوسيلة المستخدمة في التفاوض، وطرق الإحتيال عبر الوسائط الإلكترونية، إذ يمكن في ظل غياب الحضور المادي للمتفاوضين أن يقوم أحدهما ببعض الممارسات غير المشروعة اعتماداً على انسياب المعلومات عبر التقنية الحديثة التي لا تعرف حدود سياسية أو عقبات مادية³، كما يمكن من خلالها الإدلاء بمعلومات مخالفة بقصد إيقاع الغير في عملية التعاقد، ويعتبر ذلك كله في مرحلة التفاوض إخلالاً بمبدأ التعاقد بحسن النية ما انجر عنه من التزامات ثانوية.

1 جمال بدوي، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء العقاري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2014، ص: 127.

2 بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني المقارن (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص: 179.

3 أيمن أحمد الدلوع، المرجع السابق، ص: 71.

كما يمكن قيام المسؤولية العقدية استثناءً في مرحلة التفاوض، في حالات قد تكون ناجمة عن الإخلال بالتزام ناتج عن اتفاق صريح ينظم عملية التفاوض بين الطرفين أو اتفاقات مبدئية مسبقة عن بدء التفاوض، فتتقلب حينئذ المفاوضات من مجرد أعمال مادية إلى تصرفات قانونية ملزمة، يترتب عن الإخلال بها مسؤولية عقدية، فإذا قامت مسؤولية المتفاوض العقدية عن الإخلال بالتزامه بالتفاوض فإن القاضي لا يستطيع قانوناً أن يجبره على التفاوض، ومن باب أولى لا يستطيع أن يجبره على التعاقد، وليس أمامه إلا الحكم بالتعويض للطرف المضرور عما أصابه من ضرر جراء عدم الوفاء بالإلتزام طبقاً للمادة 176 من القانون المدني¹.

وعلى كل حال فإنه إعمالاً لمبدأ الحرية التعاقدية فإنه لا يجوز في مرحلة التفاوض الإلكترونية أو بدونها، أن يترتب عن مجرد قطع المفاوضات قيام مسؤولية مدنية في حق الطرف المتضرر، ما لم يكون قطع هذه المفاوضات بسوء نية أو دون سبب جدي أو تعسفاً في استعمال الحق، باعتبار كل منها خطأ يستوجب مساءلة الطرف المتسبب فيه والزامه بالتعويض.

الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالتفاوض في عقود التجارة الإلكترونية.

إن الإخلال بأي من الإلتزامات في مرحلة التفاوض، يعطى للمضرور حق مطالبة المتسبب في الضرر بتنفيذ التزامه عيناً طبقاً للمادة 164 من القانون المدني متى كان ذلك ممكناً، وإلا فالمطالبة بالتعويض طبقاً للمادة 176 من نفس القانون. غير أن الفقه ذهب إلى استبعاد التنفيذ العيني في مجال التفاوض حول العقد؛ لأن ذلك يعني إلزام الأطراف بمتابعة التفاوض لتحقيق العقد النهائي بالقوة، وهذا يعتبر مساساً بالحرية الشخصية، ويتعارض مع الحرية التعاقدية، ويجب الحكم عندئذ بالتعويض النقدي جبراً للأضرار التي لحقت بالمفاوض معه².

1 بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص: 450.

2 بلحاج العربي، نفس المرجع، ص: 484.

خاتمة:

نستخلص من خلال هذا البحث أن التفاوض الإلكتروني يكتسي أهمية بالغة في تنظيم التجارة الإلكترونية، تكمن أساساً في أسلوب التعاقد الذي يتسم بالسرعة وخفض تكاليف مبادلات السلع والخدمات، ليس داخل السوق الداخلية فحسب، بل يمكن إجراء المفاوضات العقدية مع أي جهة من العالم بوسائط إلكترونية، فيضفي هذا النوع من التفاوض التجاري ميزة خاصة في مجال التعاقد، وما ينجر عنه من آثار، بدءاً من التزام الأطراف بإجراء التفاوض بحسن النية، والإستمرار فيه إلى غاية تحقيق العقد نهائي المزمع إبرامه إلكترونياً، وإلا فإن الإخلال بأي من هذه الإلتزامات أو حتى قطع التفاوض دون سبب جدي، يرتب مسؤولية المتفاوض المخل بها، لذلك فإن أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث تتلخص في:

- اعتبار أن عملية التفاوض في مجال التجارة الإلكترونية، أضحت حقيقة يفرضها واقع التعامل الإلكتروني المتزايد.
- أن المشرع الجزائري بالرغم من تنظيمه لأحكام العقد الإلكتروني وتنظيمه لأحكام التجارة الإلكترونية، إلا أنه لم ينظم المفاوضات الإلكترونية بأحكام خاصة.
- من شأن هذا الفراغ التشريعي أن ينعكس سلباً على حماية الطرف الضعيف في التعاقد الإلكتروني؛ لاسيما في عقود الاستهلاك وعقود التجارة الإلكترونية.

ولذلك في نهاية هذا البحث يمكننا تقديم التوصيات التالية:

- وجوب الإهتمام بمرحلة التفاوض وتنظيمها بأحكام تشريعية تفصيلية في مجال التشريع العام بصورة عامة، وعقود التجارة الإلكترونية بصورة خاصة، حتى تستجيب للمستجدات الطارئة في مجال المعاملات الإلكترونية، ومن شأنها أن تستجيب أيضاً لمتطلبات الفكر القانوني المعاصر.
- ضرورة الإبتعاد عن أسلوب إحالة الأحكام الخاصة المنظمة لمسائل دقيقة مثل المعاملات الإلكترونية إلى قواعد عامة، وبأسلوب فضفاض لا يقدم حلولاً للمسائل القانونية الدقيقة والمستجدة.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب.

- أنس عبد المهدي فريحات، النظام القانوني للمفاوضات في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية - دراسة تأصيلية مقارنة-، منشورات الحلبي، لبنان، 2018.
- بلحاج العربي، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات العقدية في ضوء القانون المدني الجزائري والمقارن (دراسة فقهية قضائية مقارنة مدعمة بأحدث اجتهادات المحكمة العليا 2019)، دار هومة، الجزائر، 2019.
- بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية (دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري)، دار هومة، الجزائر، 2014.
- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، في ضوء القانون المدني المقارن (دراسة مقارنة)، دار حافظ للنشر والتوزيع، السعودية، 2011.
- بيار كتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الإلتزامات والتقدم في القانون الفرنسي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، لبنان، 2009.
- جمال بدوي، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء العقاري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- جمال عبد الرحمن محمد علي، المسؤولية المدتية للمتناوض: نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتناوض عبر الانترنت (دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي)، دار الكتب، بدون طبعة، مصر، 2004.
- محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية: المواد 1100 الى 7/1271 من القانون المدني الفرنسي، (ترجمة محمد حسن قاسم)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2018.
- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية: أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق، حمايته، التشفير، التوقيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، الأردن، 2006.

- محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2006.
- مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2011.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2007.
- المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، مبادئ يونيدروا المتعلقة بعقود التجارة الدولية 2004 (الترجمة العربية)، دار النهضة العربية، ط 2.
ثانياً: الرسائل العلمية.
- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2014.
ثالثاً: المقالات العلمية.
- محمد بوكماش، وكمال تكواشت، الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 7، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، 2018.
- مها نصيف، ورشا عامر صادق، التفاوض الإلكتروني، مجلة مداد الأدب، كلية الأدب، الجامعة العراقية، المجلد 1، العدد 15، 2018.
رابعاً: النصوص القانونية.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.
- القانون رقم 18-05 مؤرخ في 10/05/2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

– القانون رقم 83 مؤرخ في 2000/08/90 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي (عدد الرائد: 64).