

جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مذكرة بعنوان:

التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية

مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة ماستر أكاديمي في تخصص: قانون أعمال

إشراف الأستاذ
د/ هماش لمين

إعداد الطالب(ة)
- زينب حليمي
- صورية بوعشة

لجنة المناقشة

الصفة	الهيئة المستخدمة	الرتبة	الإسم و اللقب
رئيسا	الشاذلي بن جديد -الطارف	أستاذ مساعد - أ -	توفيق مدار
مشرفاً ومقرراً	الشاذلي بن جديد -الطارف	أستاذ محاضر - ب -	لمين هماش
ممتحنا	الشاذلي بن جديد -الطارف	أستاذ محاضر - أ -	عماد الدين بركات

السنة الجامعية: 2021/2020

جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مذكرة بعنوان:

التفاوض الإلكتروني في عقود

التجارة الإلكترونية

مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة ماستر أكاديمي في تخصص: قانون أعمال

إشراف الأستاذ

د/ هماش لمين

إعداد الطالب(ة)

– زينب حليمي

– صورية بوعشة

لجنة المناقشة

الصفة	الهيئة المستخدمة	الرتبة	الإسم و اللقب
رئيسا	الشاذلي بن جديد -الطارف	أستاذ مساعد – أ –	توفيق مدار
مشرفاً ومقرراً	الشاذلي بن جديد -الطارف	أستاذ محاضر – ب –	لمين هماش
ممتحنا	الشاذلي بن جديد -الطارف	أستاذ محاضر – أ –	عماد الدين بركات

السنة الجامعية: 2021/2020

شكر وتقدير

الحمد لله سبحانه وتعالى له عظيم الشكر والحمد بنعمته أتمننا هذا العمل

بداية نشكر أنفسنا على إتمامنا هذا البحث.

واعترافا بالفضل والجميل نتوجه بخالص الشكر وعميق التقدير والامتنان إلى

الأستاذ المشرف الدكتور "هماش لمين".

لقبوله وإشرافه على هذا البحث وتقديم يد المساعدة وتزويدنا بالمراجع والإرشادات

كذلك الشكر موصول إلى كل من أمدنا بيد المساعدة من قريب او من بعيد أخص

بالذكر الصديقة شهرة وأختها والزميلة صباح لإرشاداتهم في بداية إعداد هذا

البحث.

كذلك الشكر موصول إلى رئيس القسم الأستاذ عماد بركات لوقوفه بجانبنا لإعداد

المذكرة.

إهداء

الحمد والشكر أولاً لله الذي وفقنا وأعاننا لإعداد هذا

العمل

اهدي ثمرة هذا الجهد

إلى التي أمنت بي ودوماً وصبرت معي على الصعاب حتى
كاد ينفذ الصبر

اليكي وحدك اهدي هذا العمل

إلي أنا.... زينب....

إلى الجدان العزيزان أطال الله في عمرهما

إلى الوالدين الكريمين اللذان لم يبخلا عليا بالمساعدات
والإمكانات لإكمالها في الوقت المناسب

إلى من عرفتني بها الجامعة وكانت سندي فيها العزيزة شهرة

إلى كل من تربطني بهم رابطة صداقة اخص بالذكر صديقاتي
صونيا ومروى

إلى من تقاسمت معي انجاز هذا العمل الزميلة "سورية
بوعشة"

إلى إخوتي و كل العائلة والى كل من ساهم في إعدادة
ولو بالإرشادات والنصائح.

Zineb



إهداء

الحمد والشكر أولاً لله الذي وفقنا وأعاننا لإعداد هذا

العمل

اهدي ثمرة هذا الجهد

إلى أُمي العزيزة

إلى من وقف جانبي وساندني دائماً زوجي

إلى أولادي رائد، سيف و عبير.

إلى من كانت معني في إنجاز هذا البحث زينب حليمي.

Soraya



المقدمة

مقدمة

إن رغبة الإنسان المستمرة في تذليل الصعوبات التي تواجه جميع مجالات حياته، جعلته في حالة بحث مستمر من أجل الوصول إلى طرق جديدة وأساليب متطورة من خلال سعيه الدؤوب في مجال الاختراعات والاكتشافات لتحقيق الرفاهية والراحة، ولعل أبرز هذه الاختراعات هي الثورة التكنولوجية التي عرفها مجال الاتصالات، بتحول العالم إلى قرية صغيرة وإزالة جميع الحدود الوهمية والجغرافية، ليبدأ بذلك عصر جديد من الاتصال وهو ما أطلق عليه اسم الأنترنت أو الشبكة العنكبوتية، والذي رمت بظلالها على جميع مناحي الحياة إلى أن مست مجال التجارة، وفي هذا السياق ظهر ما يسمى بالتجارة الإلكترونية .

حيث تعرف هذه الأخيرة على أنها "أنشطة إنتاج السلع والخدمات وتوزيعها وتسويقها وبيعها للمشتري من خلال الوسائط الإلكترونية" وهو ما ذهبت إليه منظمة التجارة العالمية⁽¹⁾ OMC في تعريفها، كما جاء في منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE "التجارة الإلكترونية تشمل جميع أشكال المعاملات الاقتصادية والصفقات التجارية التي تتم من قبل الأفراد والهيئات، وتقوم على أساس معالجة البيانات الرقمية على اختلاف أشكالها سواء كانت مكتوبة أو مرئية أو مسموعة"⁽²⁾، كما انتبه الاتحاد الأوروبي إلى أهمية التجارة الإلكترونية منذ بداية انتشارها في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية، وكان له دور فعال في تنظيمها وتشجيع التعامل بها، حيث قام بوضع برنامج خاص بالنظام التجاري لتبادل البيانات الإلكترونية وأعد اتفاقا نموذجيا لتبادل البيانات، وبذلك تعددت تعريفات التجارة الإلكترونية، إلا أنها تتفق في أنها معاملات تتم بين أشخاص سواء كانوا من القانون الخاص أو العام، ثم إن الحديث عن التجارة الإلكترونية يقودنا بالضرورة إلى الحديث عن العقد الإلكتروني، الذي يعد عصب التجارة الإلكترونية، والذي تم تعريفه من قبل البعض على أنه "العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بالوسائط التكنولوجية المتعددة خصوصا شبكة المعلومات الدولية من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو

⁽¹⁾ عبد السلام حداد، منال خطاب، " التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الدولية"، مذكرة ماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قللة، 2017-2018، ص1.

⁽²⁾ كريمة صراع، " واقع وآفاق التجارة الإلكترونية في الجزائر" مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم التجارية، تخصص استراتيجية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم الاجتماعية، وهران، الجزائر، 2014، ص5.

دول مختلفة⁽³⁾، حيث يمكن التعبير عن ذلك من خلال الوسائط الإلكترونية، وبسبب التطور التقني في الوقت الحاضر وظهور فكرة العقد الإلكتروني الذي يتم فيه توافق الإرادتين بوسائل إلكترونية عن طريق شبكة الانترنت، فإن انتقال المعلومات إلكترونيا لم يعد وسيلة لإبرام العقد الإلكتروني النهائي فقط، بل إن عملية المفاوضات أصبحت تنظم إلكترونيا عن طريق إبرام عقد إلكتروني ينظم عملية المفاوضات لإبرام العقد النهائي.

كما يعتبر موضوع التفاوض الإلكتروني في مجال عقود التجارة الإلكترونية حديث العهد نسبيا، ورغبة منا في المساهمة في إثراء المكتبة القانونية الجزائرية بمرجع يكون عوناً للطلبة القانونيين الباحثين في هذا المجال مستقبلاً نقدم هذه الدراسة القيمة، على اعتبار أن القوانين المدنية العربية على غرار المشرع الجزائري، لم تنظم مرحلة التفاوض الإلكتروني بنصوص قانونية صريحة وواضحة بالرغم من كونها مرحلة حساسة وجوهرية، وأن المسؤولية المدنية قبل التعاقدية ما تزال مجالا خصبا للبحث والتأصيل والتمحيص، وخاصة فيما يتعلق بتحديد طبيعتها القانونية.

أهمية الدراسة:

وبالنظر للأهمية البالغة للمفاوضات الإلكترونية في عقود التجارة الإلكترونية ومدى حساسيتها، فإن أهمية الموضوع تبرز من خلال الأهمية العلمية والعملية.

حيث تبرز الأهمية العملية في كونها تعتبر مرحلة حساسة وحاسمة في إبرام العقد من عدمه، بالإضافة إلى تحديد التزامات وحقوق كل طرف من الأطراف المتفاوضة، كما تتجلى أهمية الموضوع أيضا في تبيان المفاهيم القانونية لمرحلة التفاوض الإلكتروني، سيما وأن معظم التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري أغفلت وتقاعت في دراسة هذه المرحلة ولم تمنحها حقها من النصوص والأحكام المنظمة لها.

أما الأهمية العملية للتفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، تتمثل في كون التجارة الإلكترونية قد فرضت نفسها كنوع جديد من التجارة التي تتم عن طريق الانترنت وباتت تفرض

(3) عبد السلام حداد، منال خطاب، المرجع السابق، ص1.

نفسها كنوع جديد من العقود الذي ينظم المعاملات التجارية بين المتعاملين، مما أدى بمختلف الهيئات الدولية على غرار المنظمة العالمية للتجارة، وكذلك مختلف التشريعات على غرار المشرع الجزائري إلى الانتباه إلى هذا النوع من العقود والاهتمام به، ولذلك لا بد من توضيح مختلف الالتزامات والتعهدات التي قد نشأت في ظل مرحلة التفاوض الإلكتروني، والجزاءات المترتبة عن الإخلال بهذه الالتزامات للطرفين المتفاوضين، وعليه فإن الهدف من هذه الدراسة يتمحور حول توضيح المفاهيم القانونية لمرحلة التفاوض الإلكتروني الذي يعتمد كأساس لقيامه على وسائل الاتصال الحديثة التي أضحت ضرورة ملحة من ضروريات العصر الحديث مع توضيح الالتزامات الناشئة عن التفاوض الإلكتروني وبيان الآثار القانونية التي يترتبها الإخلال بهذه الالتزامات على طرفي التفاوض.

أسباب اختيار الموضوع:

ومن أسباب اختيار هذا الموضوع، ما يعود منه لأسباب شخصية ذاتية ومنها، الرغبة في اكتشاف خبايا هذا الموضوع وتبسيط الضوء على بعض جوانبه القانونية وإضافة ولو تفصيله صغيرة في دراسة هذا الموضوع وتوضيح بعض مفاهيمه وإثراء المكتبة القانونية بمرجع جديد يكون في متناول باحثين آخرين في المستقبل لإنجاز دراسات أخرى مكتملة، بالإضافة إلى أنه يعتبر موضوع جديد نسبيا وغير مألوف لم يتطرق له الباحثون، وما كان مرده لأسباب موضوعية على اعتبار أن العقد الإلكتروني أصبح أكثر من ضرورة في الوقت الراهن، وأضحت المعاملات التجارية والاقتصادية التي تتم بين البائعين والمستهلكين تتم من خلاله، فكان وجوبا التطرق إلى مرحلة التفاوض الإلكتروني باعتبارها مرحلة تمهيدية وجوهرية في إبرام العقد الإلكتروني، وبخصوص الصعوبات التي واجهتنا في إعداد هذا البحث منها ما تعلق بجمع المادة العلمية المعرفية المتعلقة بمحل الدراسة، حيث كانت قلة المراجع التي تناولت موضوع التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية العائق الأكبر بالإضافة إلى سمته الفنية والتقنية الجديدة، حيث لم تكن تعرف سابقا وسائل انعقاده، والتي من بينها الانترنت وخدماتها .

أهداف الدراسة:

إن الهدف المرجو من خلال هذه الدراسة هو التعرف على مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عن بعد بواسطة الإنترنت وتحديد خصائصها ووسائلها كيفية إبرامها.

بالإضافة إلى ذلك التعرف على مفهوم وطبيعة التجارة الإلكترونية باعتبارها أحد المستجدات الحديثة في عصر العولمة ونتاج الثورة العلمية التي عرفها مجال الاتصالات، وتسليط الضوء على التفاوض الإلكتروني باعتباره نقطة تحول في مجال التجارة الإلكترونية وإفرازاتها وسيطرة التفاوض الإلكتروني كصورة جديدة للتفاوض وبداية نهاية التفاوض التقليدي.

الإشكالية:

تم التركيز في هذه الدراسة على صورة معينة للمفاوضات وهي المفاوضات الإلكترونية في عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عن بعد باستعمال التكنولوجيا الحديثة للاتصال من خلال وسائل إلكترونية، وعليه سنستبعد من نطاق هذا البحث التفاوض التقليدي الكلاسيكي، وبناء على ذلك تتمحور إشكالية هذا الموضوع في:

- ما هو الإطار القانوني الذي يحكم عملية التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية؟

يتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية تتمثل في:

1- ماهية التفاوض الإلكتروني و عقود التجارة الإلكترونية؟ وما هي مختلف الوسائل التي يمكن استخدامها والاعتماد عليها في عملية التفاوض؟

2- ما هي الالتزامات الناشئة عن هذا النوع من التفاوض؟ وما هو الجزاء المترتب على الإخلال بها؟

المنهج المتبع:

و للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا في إعداد هذا البحث على بعض المناهج العلمية، وندرجها حسب درجة الاعتماد عليها، أين قمنا باستخدام المنهج الوصفي التحليلي والاستقرائي وذلك بالتعرض إلى مختلف النقائص والنصوص القانونية المنظمة لمرحلة التفاوض الإلكتروني واستقرائها بالنظر إلى الثغرات القانونية وإغفال أغلب التشريعات عن تنظيم هذه المرحلة وتقنينها، مع مقارنة موجزة للتفاوض الإلكتروني بنظيره التقليدي، بالإضافة إلى اعتماد بعض أدوات المنهج المقارن في إعطاء تعريفات للتفاوض الإلكتروني، التجارة الإلكترونية وعقود هذه الأخيرة ، بمقارنة نماذج من التشريعات التي ساهمت في تعريفها وتوضيح مفهومها.

تقسيم موضوع الدراسة:

وبهدف أن يأخذ التحليل مداه قسمنا موضوع الدراسة إلى فصلين:
الفصل الأول تم إدراجه تحت عنوان الأحكام العامة للتفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية والذي قسم بدوره إلى مبحثين الأول بعنوان ماهية التفاوض الإلكتروني أما المبحث الثاني بعنوان ماهية عقود التجارة الإلكترونية، لنصل بذلك إلى الفصل الثاني الذي عنون بالآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، وقد قسم هذا الفصل بدوره إلى مبحثين، المبحث الأول بعنوان الالتزامات الناشئة عن التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية أما المبحث الثاني فهو بعنوان المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية.

الفصل الأول

الأحكام العامة للتفاوض الإلكتروني في عقود

التجارة الإلكترونية

نظرا لتطور المعاملات التجارية الإلكترونية وضخامتها من الناحية المالية، كونها تقوم في الغالب بين كبرى الشركات التجارية، فهي بذلك تتطلب حنكة قانونية وتجارية لإبرام هذه عقود، وذلك من خلال المرحلة التي تسبق إبرامها وهو ما اصطلح على تسميته مرحلة التفاوض، أو كما يطلق عليها البعض الآخر تسمية المرحلة السابقة عن التعاقد.

إن التطور التكنولوجي والعلمي الذي يشهده العالم حاليا أدى إلى ظهور نوع جديد من التجارة ألا وهي التجارة الإلكترونية " وإمكانية مزاولة التجارة باستخدام وسائل إلكترونية "⁽¹⁾ وهو ما أدى ضمور صورة التفاوض التقليدية وظهور صورة جديدة له، من خلال وجود شخصين في زمان واحد ومكانين مختلفين وهو ما اصطلح على تسميته بالتفاوض الإلكتروني⁽²⁾ ونتائج عملية التفاوض هي التي تحدد إمكانية إبرام العقد من عدمه، ولذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى ماهية التفاوض الإلكتروني (مبحث أول)، من خلال مفهوم التفاوض الإلكتروني (مطلب أول) والتطرق إلى خصائص ومراحل انعقاد التفاوض الإلكتروني (مطلب ثاني) بالإضافة إلى ماهية عقود التجارة الإلكترونية (مبحث ثاني) وذلك بتحديد مفهوم التجارة الإلكترونية (مطلب أول) وخصائص عقود التجارة الإلكترونية (مطلب ثاني).

المبحث الأول: ماهية التفاوض الإلكتروني:

عقود التجارة الإلكترونية كغيرها من العقود التجارية الأخرى لا تبرم آنيا، بل تسبقها مرحلة تمهيدية قبل إبرام العقد وهو ما اصطلح على تسميته بمرحلة التفاوض " كما أنها تعتبر عماد وجوهر العملية التعاقدية"⁽³⁾، لذلك سنتطرق خلال هذه المرحلة إلى تعريف التفاوض الإلكتروني (مطلب أول) ثم سنتطرق إلى خصائص ومراحل التفاوض الإلكتروني (مطلب ثاني)

⁽¹⁾ قانون اليونسسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، 1996.

⁽²⁾ عبد القادر بلاوي، عبد القادر اقصاصي، "النظام القانوني للتفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية" مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار الجزائر، المجلد 08، العدد 1، 2020، ص 154.

⁽³⁾ عبد السلام حداد، منال حطاب، " التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الدولية"، مذكرة ماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2017-2018، ص 7.

المطلب الأول: مفهوم التفاوض الإلكتروني:

الفرع الأول: تعريف التفاوض الإلكتروني

التفاوض الإلكتروني مصطلح مركب، ولمعرفة مفهومه يجب علينا أن ندرك معنى التفاوض لغة، ثم سنتعرض إلى معناه اصطلاحاً وبذلك سنتطرق إلى مفهوم التفاوض في عقود التجارة التقليدية، ثم ننتقل إلى مفهوم التفاوض الإلكتروني باعتباره صورة حديثة للتجارة الإلكترونية.

أولاً: التفاوض لغة:

التفاوض من الفعل فاوض أي ساوم وشارك، وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض بعضهم بعضاً والمفاوضات هي " تبادل للرأي من ذوي الشأن فيه بغية الوصول إلى تسوية واتفاق⁽¹⁾، " وباللغة الفرنسية Négociation بمعنى تفاوض أي Pourparlers⁽²⁾، وهي "سلسلة المحادثات وتبادل وجهات النظر وبذل العديد من المساعي من الطرفين بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة"⁽³⁾

ثانياً: اصطلاحاً:

بالرغم من أهمية التفاوض كمرحلة سابقة لإبرام العقد إلا أن مختلف القوانين المدنية لم تتعرض لتعريف التفاوض تاركة المجال للدراسات الفقهية وتقدير القضاء، وهو ما ينطبق على التشريع المدني الجزائري الذي خلا من أي نص ينظم هذه المرحلة، إلا أن أغلب التشريعات تتفق على أن التفاوض هو المرحلة التي تسبق إبرام العقد التجاري والتي تكون بين طرفين أو أكثر عن طريق أسلوب الأخذ والرد حيث يحاول كل طرف الحصول على امتيازات وضمنان بعض المزايا على حساب الطرف الأخر، دون أن يقدم تنازلات، من خلال تقريب وجهات النظر للوصول إلى إبرام العقد النهائي⁽⁴⁾.

(1) عبد السلام حداد، منال خطاب المرجع السابق، ص11.

(2) صليحة بن أحمد، "المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات"، رسالة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2016، ص10.

(3) عبد السلام حداد، منال خطاب، المرجع السابق، ص ص 7-8 .

(4) مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، "التفاوض الإلكتروني"، مجلة مراد الأدب، العدد 15، المجلد 1، الجامعة العراقية، كلية الآداب، 2018، ص523.

ثالثا: التفاوض الإلكتروني:

العقد شريعة المتعاقدين، أي أنه يمكن التعبير عن الإرادة بأي وسيلة، سواء كان ذلك مباشرة أو عبر الوسائط الإلكترونية، أين تقتضي طبيعة العقد الإلكتروني أن يبرم عن بعد بين متعاقدين متواجدين افتراضيا، وبذلك فإن التعبير عن الإرادة سواء ورد كتابة أو نشرا، سواء كانت مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو غيرها من الوسائل وهو ما نصت عليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾ بصريح العبارة "... التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة"⁽²⁾.

أما من الناحية الفقهية فقد ذهب بعض الفقه⁽³⁾ إلى القول بأن التفاوض هو "نوع من الحوار وتبادل الاقتراحات والدراسات بين أطراف العقد من أجل إبرام عقد في المستقبل" وذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف التفاوض على أنه "التحاور 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 حصري"، وبذلك يمكن القول أن "المفاوضات تعني المناقشة المشتركة وتبادل الآراء بين الأطراف المعنية من أجل الوصول إلى اتفاق معين" من خلال طرح الجوانب الفنية والمالية والقانونية للعقد المزمع إبرامه، إلا أن هذا التعريف ينصرف إلى المفهوم التقليدي للتفاوض وهو ما ينطبق على التفاوض في صورته الحديثة أو ما يعرف بالتفاوض الإلكتروني مع وجود فرقين جوهريين⁽⁴⁾.

(1) الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر، العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم، الأمر 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق لـ 23 مايو 2007، ج ر، العدد 31، المؤرخة في 2007 المتضمنة القانون المدني.

(2) حداد عبد السلام، خطاب منال، المرجع السابق، ص12.

(3) محمد بوكماش، كمال تكواشت، "الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 7، جامعة عمار ثليجي الأغواط الجزائر، 2018، ص 158.

(4) محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص159.

الأول غياب الحضور المادي للأطراف المتفاوضة والثاني في الاستعمال للوسائل التكنولوجية الحديثة في التفاوض والتي تكون في شكل بريد إلكتروني أو عن طريق برامج المحادثة والمشاهدة، حيث يجب أن يتضمن هذا البريد ثلاث خصائص تتمثل في⁽¹⁾:

1- بيان الاحتياجات الأساسية، أي أن المفوض يقوم بتوضيح احتياجاته والغاية منها بدقة ليتم التفاوض بناء عليها.

2- توضيح كل الشروط التي يرغب كل طرف في توفرها لتحديد احتياجاته الأساسية من موضع الالتزام.

3- تبادل رسائل البيانات التي تتضمن عروض التفاوض التي يتم من خلالها التفاوض إلى حين الانتهاء من إبرام العقد، على ذلك يمكن تعريف التفاوض الإلكتروني على أنه " تبادل الاقتراحات والمساومات من قبل الأطراف المتفاوضة بوسائل إلكترونية بهدف التعرف على الصفقة المزمع إبرامها وما تتضمنه " بالإضافة إلى ذلك "الآثار المترتبة عنها من حقوق والتزامات " ⁽²⁾ وعليه فالتفاوض الإلكتروني هو تبادل للآراء وتقريب وجهات النظر بين الأطراف المتفاوضة باستعمال وسائل إلكترونية قصد الوصول إلى العقد النهائي المزمع إبرامه.

أما فيما يخص وجهة نظر التشريع المقارن فنجد مثلا أن القانون الأمريكي للمعاملات التجارية والإلكترونية لسنة 1999 ، أجاز استخدام الوسائط الإلكترونية في إجراء الاتفاقيات والمفاوضات وإبرام العقود وقد عرفت المادة 2/2 منه ماهية التجارة الإلكترونية ، وهذه الأعمال تهدف إلى إبرام العقود أو الوفاء بالالتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية الإلكترونية ⁽³⁾، أما القانون التونسي المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، رقم 83 المؤرخ في 2000/08/09، فقد نص من خلال

⁽¹⁾ ريجاب أرجيلوس، يوسف مسعودي، "الإطار القانوني للتفاوض في العقد الإلكتروني"، مجلة معالم الدراسات القانونية والسياسية، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد داريه، أدرار، الجزائر، المجلد 02، العدد 01، مارس 2018، ص 53.

⁽²⁾ محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 159.

⁽³⁾ عبد القادر بلاوي، عبد القادر قصابي، المرجع السابق ص 155.

الفصل 25 منه على أنه "يجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية"، أما القانون المصري فقد أورد تعريف المعاملات التجارية ضمن المادة 2 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 التزامات على طرف واحد أو أكثر"⁽¹⁾ وعليه فكل المعاملات التي تتم عبر وسائط إلكترونية هي معاملات إلكترونية.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري ومن خلال استقراء النصوص القانونية المنظمة لأحكام العقد بصفة عامة، وكذلك من خلال نصوص القانون 05/18 المؤرخ في 2018/05/10، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، نجد أنه لم يتعرض لتنظيم التفاوض الإلكتروني ولم يعرفه بنصوص واضحة وصريحة، بل اقتصر الفقه على المفهوم الضمني لمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد من خلال استقراء المواد 157 و 2/172 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: خصائص التفاوض الإلكتروني:

بالنظر إلى أن التفاوض الإلكتروني يقوم على الأخذ والعطاء بين أطرافه بغية الوصول إلى اتفاق يقبله الأطراف فإنه يتميز بمجموعة من الخصائص التي تجعله يختلف عن التفاوض التقليدي المعروف الذي يجمع أطرافه في مجلس العقد⁽²⁾ وبذلك سنعرض هذه الخصائص على النحو التالي⁽³⁾:

أولاً: التفاوض الإلكتروني تصرف ثنائي الجانب على الأقل:

أي أنه يتم بين جانبيين اثنين أو أكثر من ذلك، فالتفاوض يقوم عن طريق الحوار والنقاش الأخذ والرد ويكون ذلك مباشرة أو عن طريق المراسلة، فلا يمكن تصور المفاوضات أحادية الجانب

⁽¹⁾ عبد القادر بلاوي، عبد القادر قصابي، المرجع السابق، ص 155 - 156.

⁽²⁾ عبد السلام حداد، منال حطاب، المرجع السابق، ص 33.

⁽³⁾ رحاب أرجيلوس، يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 53.

حال تعاقد الشخص مع نفسه، لأن التفاوض أساسه تقريب وجهات النظر من خلال تقديم التنازلات دون الإخلال بالالتزامات من أجل الوصول إلى غاية هذه العملية بإبرام العقد النهائي⁽¹⁾.

ثانيا: التفاوض الإلكتروني تصرف إرادي اختياري:

لأن العملية التعاقدية لا تتم إلا إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى الدخول في المفاوضات من أجل إبرام عقد معين، كما تظل إرادة الأطراف حرة خلال مرحلة التفاوض كاملة، فلكل طرف الحرية الكاملة في مواصلة والاستمرار فيها أو الانسحاب منها، وذلك تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد على العملية التفاوضية فالمفاوضات لا تتم بالصدفة إنما تتم نتيجة رغبة أطراف العقد للدخول فيها وذلك باتفاق سابق للطرفين على المضي قدماً بإبرام العقد⁽²⁾.

ثالثا: التفاوض الإلكتروني تصرف ذو نتيجة احتمالية:

تسعى الأطراف المتفاوضة لتحقيق نتيجة احتمالية، تنشأ باتفاق مشترك لإبرام عقد نهائي، مع ذلك قد لا يتحقق هذه الغرض في الأخير بقطع التفاوض والعدول عن التعاقد بشكل أو بآخر، على أساس أن القاعدة في التفاوض الإلكتروني هي سيادة مبدأ سلطان الإرادة ولا يوجد التزام قانوني للتفاوض لإبرام عقدها، غير أن اعتبار التفاوض مرحلة تمهيدية لإنشاء العقد النهائي ينشئ التزاماً على عاتق كل طرف في التفاوض من أجل السير فيها على أساس مبدأ حسن النية وهو الالتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة⁽³⁾.

رابعا: التفاوض الإلكتروني يتم من خلال وسيلة إلكترونية:

يعتبر التفاوض الإلكتروني الصورة الحديثة للعملية التفاوضية والتي تختلف عن عملية التفاوض التقليدية لأنه يقوم أساساً على وجود وسيلة إلكترونية، يتم من خلالها تبادل المقترحات والآراء.

(1) مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، المرجع السابق، ص 528.

(2) عبد القادر بلاوي، عبد القادر قصابي، المرجع السابق، ص 157.

(3) عبد السلام حداد، منال حطاب، المرجع السابق، ص 33.

بالرجوع إلى التشريع الجزائري وبالتحديد المرسوم التنفيذي رقم: 257/98 المتعلق بخدمات الانترنت، فقد ورد ضمن المادة الثانية منه لبعض الوسائل المستعملة بقولها⁽¹⁾ "خدمة واسعة النطاق World،Wide،Web خدمة تفاعلية للاطلاع أو احتواء صفحات متعددة الوسائل 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 ..."⁽²⁾.

إلا أن المشرع الجزائري في هذه المادة لم يذكر جميع الخدمات الأخرى التي توفرها الانترنت، وهو ما تم تداركه ضمن الأمر 03/2000 المؤرخ في 02 غشت 2000 في المادة الثامنة منه "مجموعة متنوعة من هذه الخدمات نذكر خدمة التلكس : الاستغلال التجاري الآلي المباشر عن طريق تبادل إشارات ذات طابع برقي والمراسلات بين مستعملين موصولين بنقاط خدمة الهاتف : الاستغلال التجاري لفائدة الجمهور في مجال النقل الآلي المباشر للصوت عبر الشبكة أو شبكات عمومية ويسمح لكل مستعمل ثابت أو متنقل باستعمال التجهيز الموصول بنقطة إضافية للشبكات قصد الاتصال بمستعمل آخر ثابت أو متنقل ..."⁽³⁾، ويعود تدارك المشرع في الأمر 03/2000 سالف الذكر، لمختلف صور الوسائل التي يستعملها المستخدم في عملية الاتصال إلى كون التكنولوجيا باتت جزءا أساسيا في حياة الأشخاص بل المجتمعات ككل .

خامسا: التفاوض الإلكتروني مرحلة تمهيدية لإبرام عقد:

حيث يعتبر التفاوض مرحلة تمهيدية لإبرامه، يهدف من خلالها إلى تقريب وجهات النظر والوصول إلى اتفاق نهائي بهدف الإعداد والتحضير لإبرام العقد⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ عبد السلام حداد، منال خطاب، المرجع السابق، ص ص 23-24.

⁽²⁾ المرسوم التنفيذي رقم 257/98، المؤرخ في 3 جمادى الأولى 1419 هـ، الموافق لـ 25 غشت 1998، يضبط شروط وكيفية إقامة خدمة الأنترنت واستخدامها، ج ر، العدد 63، 1998.

⁽³⁾ الأمر رقم 03/2000، المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1421 هـ، الموافق لـ 5 غشت 2000، يحدد القواعد المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر، العدد 48، 2000.

⁽⁴⁾ عبد القادر بلاوي، عبد القادر اقصاصي، "المرجع السابق، ص 157.

سادسا: التفاوض الإلكتروني عقد مؤقت:

التفاوض الإلكتروني يدوم لفترة مؤقتة، وهي المدة التي تستغرقها العملية التفاوضية عبر الانترنت، فإذا انقضت زال أثر التفاوض، وذلك مع عدم الإضرار بحقوق الغير نتيجة قطع التفاوض بسوء نية⁽¹⁾.

الفرع الثالث: مراحل التفاوض الإلكتروني:

التفاوض الإلكتروني مرحلة سابقة للتعاقد مهمة جدا، في إبرام العقد من عدمه، وتعتبر مرحلة مؤهلة للتعاقد يكسب من خلالها المتفاوض مجموعة من المزايا بعد أن يتم الاتفاق عليها من أجل إبرام العقد النهائي، ولكي يكون التفاوض الإلكتروني إيجابيا وفعالا، يجب أن يقوم المتفاوض الإلكتروني بتحديد الخدمة التجارية الإلكترونية التي يرغب في الحصول عليها من خلال إتباع بعض الخطوات تتمثل هذه الأخيرة فيما يلي⁽²⁾:

أولا: دراسة الجدوى:

في هذه المرحلة يقوم العميل بدراسة الجدوى المتعلقة بخدمة المعلوماتية، أين تركز هذه الدراسة على القواعد الهامة في أداء الخدمة المعلوماتية من خلال تحديد الأهداف بدقة ووضوح، كما يمكن الاستعانة بخبير متخصص يمكنه من الحصول على أكثر المزايا من أجل تحقيق النتائج وتحقيق الأرباح:

ثانيا: دفتر الشروط:

وبعد الانتهاء من دراسة الجدوى كمرحلة أولى، يقوم العميل (*) بوضع دفتر يطرح فيه جميع شروطه، التي تحدد مطالبه وهي دليل على الرغبة الجدية في إبرام العقد.⁽³⁾

(1) رحاب أرجيلوس، يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 54.

(2) المرجع نفسه، ص 55.

(3) المرجع نفسه، ص 56.

(*) المستهلك

ثالثاً: اختيار مقدم الخدمة:

بعد أن ينتهي العميل (*) من إعداد دراسة الجدوى ووضع دفتر الشروط ينتقل إلى اختيار مقدم الخدمة كمرحلة أخيرة، من أجل أن يؤمن احتياجاته بأحسن الظروف، وعليه إن تمت هذه الخطوات بنجاح يكون المتفاوض قد حدد جميع متطلبات العقد المراد إبرامه، وحدد شروطه بدقة من خلال اختيار المتعامل، ليتم بعد ذلك الدخول في عملية التفاوض الإلكتروني والذي إن تم من خلال مراحله المحددة يكون قد بني على أسس واضحة من شأنها أن تؤدي إلى إبرام عقد ناجح⁽¹⁾ ويمكن تحديد مراحل التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية كما يلي:

1. الدعوة إلى التفاوض:

هي العرض الذي يتقدم به شخص [دون أن يحدد عناصره وشروطه، وفي هذه المرحلة يسعى كل طرف لبيان الاحتياجات الأساسية...]، يتضمن عرض بيانات واضحة لا يكتنفها أي غموض وذلك بذكر العناصر والمواصفات والشروط الأساسية المتعلقة بمحل الالتزام⁽²⁾.

حيث يسعى الطرفين المتفاوضان إلى محاولة الاتفاق ووضع التصور المستقبلي للعقد من خلال تقديم العروض والعروض المضادة، ومناقشة كل النقاط المتعلقة بالعقد، بهدف حسم تدريجي لكل مرحلة يجتازونها، ويحاول كل طرف متفاوض الوقوف على مدى استعداد الطرف الآخر للتعاقد، وكل ما يدخل في هذا الإطار يعتبر عقداً إلكترونياً يصادق عليه المستهلك إلكترونياً، وهذا ما نصت عليه المادة 10 من قانون التجارة الإلكترونية 05/18⁽³⁾.

حيث يرى الخبراء في مجال التفاوض بصفة عامة والتفاوض الإلكتروني خصوصاً، أن العرض الافتتاحي في أي مفاوضات تجارية أو اقتصادية، لا بد أن يكون مدروساً وقويماً من حيث عناصره لأنه

(1) ربحاب أرجيلوس، يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 57.

(2) عبد السلام حداد، منال حطاب، المرجع السابق، ص 26-33.

(3) أنظر المادة 10 من قانون التجارة الإلكترونية، رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان سنة 1439، الموافق لـ 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر، العدد 28 في 16 مايو 2018.

أكثر المراحل أهمية⁽¹⁾، ويعتبر أساس العملية التفاوضية وتتوقف عليه النتائج من خلال إبرام العقد من عدمه.

وتكون المفاوضات خلال هذه المرحلة من خلال صفحة البيانات التي تكون ظاهرة على شاشة الحاسوب ومتضمنة الشروط التي يجب توفرها لتحديد الرغبات والأهداف بدقة وتحديد السبل المقترحة لتحقيق الغاية الأساسية من موضوع الالتزام⁽²⁾.

2 مرحلة التدبير :

قبل التطرق إلى المرحلة الموالية (مرحلة صياغة الإيجاب)، هناك مرحلة فاصلة بينها، تخص كل طرف متفاوض لوحده، وهي مرحلة التدبير والدقيق، حيث تتميز هذه الأخيرة عن المرحلة السابقة بالهدف المرجو منها، وهو جمع شتات ما تم الاتفاق عليه⁽³⁾، من خلال مناقشة البنود بدارية واقعية وعملية، مع مواصلة البحث عن امتيازات عالية القيمة قليلة الاتفاق عليها (هكذا الإنفاق)، باستخدام أسلوب الإقناع والصبر وفي هذه المرحلة يخرج الطرفان من مرحلة جس النبض وتقديم العروض والعروض المضادة⁽⁴⁾، إلى تحديد العناصر الأساسية للتعاقد ، وكذا حقوق والتزامات أطراف التفاوض ، ويتم إرسال كل مواصفات ومقاييس الخاصة بمحل العقد عبر شبكة الانترنت، ويمكن لكل طرف متفاوض الاستعانة بخبير من أجل تفادي الوقوع في الأخطاء ومواصلة مرحلة المفاوضات حيث من الممكن بعد هاتين المرحلتين أن يستقر أحد الأطراف على عرض جازم ومن هنا ينعقد العقد وخلاف ذلك فإن قطع المفاوضات وفشلها خير من عقد فاشل .

⁽¹⁾مرزاقه معمرى، "المفاوضات في عقود التجارة الدولية باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال"، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماجستير في الحقوق، قانون خاص، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015-2016، ص 20.

⁽²⁾مرزاقه معمرى، المرجع السابق، ص 21.

⁽³⁾المرجع نفسه.

⁽⁴⁾عبد السلام حداد، منال حطاب، المرجع السابق، ص 29.

3 مرحلة صياغة الإيجاب:

يتم في هذه المرحلة صياغة الإيجاب، والذي لا يقتصر الطرف الذي يأمر بالدعوة للتفاوض فقد يترك إلى الطرف الآخر⁽¹⁾، فيتفق الأطراف على العناصر الرئيسية للتعاقد والتفاهم على أفضل الوسائل التفصيلية التي يتم التفاوض بشأنها، فلا يحق لأي طرف إضافة شروط جديدة، وعندئذ يحق للطرف الآخر قبولها أو رفضها والمتفق عليه أن المفاوضات الإلكترونية تتم عن طريق جهاز إلكتروني وأصبحت هذه المفاوضات الإلكترونية مجالا واسعا للدراسة الفنية والتقنية والاستشارات القانونية للعقد المنشود⁽²⁾، وبالتالي يعد إيجابا للتفاوض الإلكتروني كل تعبير عن الرغبة في التعاقد، يتضمن تحديدا كافيا للعناصر الموضوعية والجوهرية للعقد المراد إبرامه وخلاف ذلك يعتبر مجرد دعوة للتفاوض، وهذا ما عبرت عنه المادة 1/14 من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع⁽³⁾.

إلا أن المشرع الجزائري لم ينظم أحكام المرحلة السابقة للتعاقد، تاركا ذلك للفقهاء والقضاء كما ذكرنا سابقا، شأنه في ذلك شأن أغلب التشريعات العربية مكتفيا فقط بالنص على أن العقد لا ينعقد إلا بتبادل التعبير عن الإيجاب والقبول وارتباطهما ببعضهما⁽⁴⁾، كما أشار المشرع الجزائري إلى ضرورة إعلام المستهلك على شكل مبدأ في المادتين 17 و18 من قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽⁵⁾.

(1) مرزاقة معمرى، المرجع السابق، ص 25.

(2) عبد السلام حداد، منال حطاب، المرجع السابق، ص 30.

(3) نصت المادة 1/14 من اتفاقية فينا لبيع البضائع على أنه: "... يعتبر العرض مجددا كافيا عندما يحدد البضائع، وتضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للملكية والتمن أو البيانات يمكن بوجبهها تحديدها".

(4) المادة 59 من القانون المدني الجزائري تنص: "تبع العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

(5) أنظر المادتين 17 و18 من الأمر رقم 03-09 المؤرخ في 29 صفر 1430 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر العدد 15 المؤرخ في 11 ربيع الأول عام 1430 هـ الموافق لـ 8 مارس 2009.

المطلب الثاني: وسائل وأهمية التفاوض الإلكتروني:

الفرع الأول: وسائل التفاوض الإلكتروني:

على اعتبار أن التفاوض الإلكتروني يتم من خلال وسيلة إلكترونية فإن وسائل التفاوض تتمثل أساسا في التفاوض عبر البريد الإلكتروني والتفاوض عبر نظام المحادثة والمشاهدة الإلكترونية⁽¹⁾:

أولا: التفاوض الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني:

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

ويعتبر البريد الإلكتروني من الوسائل المفضلة للتفاوض وإبرام العقود الإلكترونية لتمتعه بمجموعة من الصفات التي تجعله وسيلة اتصال سهلة وسريعة، حيث تصل الرسائل إلى بريد المرسل بنقرة زر كما أنها تعتبر وسيلة اتصال قليلة التكاليف، بالإضافة أن البريد الإلكتروني يعمل طوال الوقت دون إجازات أو عطل، مما يمكن المرسل إليه الاستطلاع على الرسائل المرسلة له في أي وقت، مع تسجيل وقت وتاريخ إرسال الرسائل وحفظها.

(1) ، محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص160.

(2) ، المرجع نفسه.

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

ثانياً: وسيلة التفاوض عبر نظام المحادثة والمشاهدة الإلكترونية:

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

وهذه الوسيلة تمكن الأطراف المتفاوضة من المحادثة الفورية والمباشرة ويرد عليها في نفس اللحظة التي يكون فيها الطرفان معا أمام الكمبيوتر إما بالكتابة أو بالصوت والصورة، على حد القول بأن المتفاوضين يكونان في مجلس عقد واحد من حيث الزمان والمكان ولو أنه مجلس عقد افتراضي، حيث يمكن للطرفين التعرف أكثر على بعضهما البعض عن قرب والرفع من فرضية إبرام العقد⁽³⁾، من خلال التقريب بين وجهات النظر المختلفة، ويتم ذلك عن طريق تبادل العروض والاقتراحات، بحيث يقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه من خلال إجراء التعديل الشروط والمطالب التي جاء بها وذلك حتى يتم التوصل على نوع من التوازن بين مصالح الطرفين المتعارضة.

(1) محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 161.

(2) المرجع نفسه.

(3) المرجع نفسه، ص 162.

الفرع الثاني: أهمية التفاوض الإلكتروني:

حالة العقود المبرمة عبر الانترنت من خلال عملية التفاوض تتم بغرض معرفة المقاصد الحقيقية للمتعاقدين، وهذه الأهمية ليست بحاجة إلى نص قانوني يدل عليها لأنه لا يترتب عليها أية آثار قانونية، إلا إذا اقترن العدول عنها بخطأ نتج عن عذر غير مقبول، ففي مثل هذه الحالة يقوم القاضي بالاستئناس إلى المفاوضات كقرينة قضائية أو كظرف من الظروف الواقعية التي تحيط بعملية إبرام العقد الإلكتروني⁽¹⁾.

التفاوض الإلكتروني من شأنه أن يذلل الصعوبات التي تتمثل في التعقيدات القانونية والفقهية التي يتعرض لها طرفي العقد، حيث أنها تحد من المخاطر الجسيمة التي من الممكن أن تواجه العقد في إتمامه وانعقاده على اعتبار أن العقد الإلكتروني يعقد دون حضور مادي للطرفين، فاللجوء للتفاوض الإلكتروني من شأنه أن يحد من الإشكالات القانونية التي من الممكن أن تظهر في المستقبل جراء عدم الالتزام بالعقد أو لحدوث جهل لدى طرفيه وتبرز أهمية التفاوض الإلكتروني على النحو التالي:

أولاً: وضع العقد الإلكتروني في صياغة قانونية صحيحة خاصة به، حيث أن وضع ترتيب قانوني لعقد معين يتطلب دراسة دقيقة وأولية للشروط التي سيجري تنفيذها وهذا الصياغة لا يمكن أن تأخذ شكلها النهائي إلا بعد مرورها بمفاوضات من شأنها إبراز عناصر العقد وهذه الصياغة مهمة جدا في العقود الإلكترونية خاصة عندما تكون هذه العقود مركبة يساهم في تنفيذها أطراف متعددة من دول متعددة⁽²⁾.

ثانياً: إن العقود الإلكترونية من العقود المبرمة عن بعد مما يثير القلق والغموض وعدم اليقين بالنسبة للعملية التعاقدية مثل التأكد من هوية الشخص المتعاقد وفيما إذا كان هو أم لا ومن طبيعة المحل

⁽¹⁾مرزاقه معمر، المرجع السابق، ص 23.

⁽²⁾ L. Abdalah Sadeq Salhab, Submitted in Partial Fulfillment of the Requirement for the Degree of Master in Law, Development, Faculty of Graduate Studies, at An-Najah National University, Nablus, Palestine 2008, p56.

والضمانات التي يتم تقديمها لتحقيق غاية التعاقد وطرق الوفاء بالالتزامات وهذا ما يمكن التأكد منه مبدئياً في مرحلة التفاوض⁽¹⁾.

ثالثاً: إن التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية يعمل على توفير الزمن والنفقات، حيث أن المفاوضات يمكن أن تلعب دوراً مهماً في تفسير العقد عند غموضه ومعرفة قصد طرفيه من خلال ما جرى في هذه المرحلة، وتلعب المفاوضات دوراً مكماً للعقد بمعنى أنه يتم الرجوع إليهما بوصفهما جزءاً من العقد لتحديد السعر ومكان البيع وبالتالي تصبح ملزمة في الأمور المشار إليها أثناء المفاوضات وليس بناءً على حكم قانوني ملزم مما يعني أن للمفاوضات الحاصلة دوراً تفسيرياً وتكميلياً لانعقاد العقد⁽²⁾.

رابعاً: التحديد الدقيق للحقوق والالتزامات، حيث يعمل طرفي التعاقد على تعيين النقاط التي يجري تحديدها وتعريفها بمنتهى الدقة والوضوح ومحاولة إزالة الغموض قدر الممكن المستطاع فيما يخص الالتزامات والمبادئ التي تحكم علاقاتهم التعاقدية، وهذا يعني أن الدخول في أي التزام تعاقدية بشكل نهائي يتطلب تقديراً مسبقاً من الأطراف للالتزامات التي يتحملها كل طرف، وكذلك الحقوق التي يرغبون في الحصول عليها، وهناك أمور يجب التشديد عليها وتناولها بدقة أثناء مرحلة المفاوضات الإلكترونية لما لها من أهمية في تعيين حقوق والتزامات الأطراف ومنها لغة انعقاد العقد والتحديد الدقيق لعناصر العقد، الثمن، مدة العقد، الصعوبات التي يمكن أن تظهر أثناء تنفيذ العقد، المكان والزمان في حالة الإخلال في المفاوضات، وتحديد القانون الواجب التطبيق، ولاة اهتمام بالجوانب الفنية والقانونية والعملية الدقيقة أثناء التفاوض ولما يحتاجه هذا الأمر من دقة وتحري، لا بد من الاستعانة بذوي الخبرة والتجربة على نحو يكسب التفاوض مكانة وحيوية⁽³⁾.

⁽¹⁾L. Abdalah Sadeq Salhab.Op. cit.p56.

⁽²⁾محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص164.

⁽³⁾المرجع نفسه، ص165.

المبحث الثاني: ماهية عقود التجارة الإلكترونية

إن التقدم التكنولوجي في وسائل الاتصالات كان له أثر واضح في العديد من نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية، حيث انه نتيجة للانتشار الهائل لشبكة الانترنت واستخدامها ظهرت العديد من العقود والمعاملات الإلكترونية، وانبثق مفهوم التجارة الإلكترونية وانتشر في شتى الأوساط فارضا نفسه بقوة.

وبناء على ذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم التجارة الإلكترونية كمطلب أول، ومفهوم عقود التجارة الإلكترونية كمطلب ثاني.

المطلب الأول مفهوم التجارة الإلكترونية

بما أن مصطلح التجارة الإلكترونية مصطلح جديد فقد تعددت المفاهيم والجهات في تحديد مفهومه ومنها:

"التجارة الإلكترونية هي استخدام شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) في عقد صفقات تجارية سواء داخل الدولة أو بين عدة دول مختلفة"⁽¹⁾.

أنها نظام يتيح عبر الانترنت حركات بيع وشراء السلع والخدمات والمعلومات، كما يتيح أيضا الحركات الإلكترونية التي تدعم توليد العوائد مثل عمليات تعزيز الطلب على تلك السلع والخدمات والمعلومات، حيث أن التجارة الإلكترونية تتيح عبر الانترنت عمليات دعم المبيعات وخدمة العملاء ويمكن تشبيه التجارة الإلكترونية بسوق الكتروني يتواصل فيه البائعون (موردون أو شركات أو محلات)

(1) وليد الحياي، "الإطار النظري للمحاسبة في ظل عمليات التجارة الإلكترونية"، ددن، و دمن 2016، ص 18.

والوسطاء (السماسرة) والمشترون وتقدم فيه المنتجات والخدمات، في صيغة افتراضية أو رقمية كما يدفع ثمنها بالطرق الإلكترونية⁽¹⁾.

كما عرفت التجارة الإلكترونية أنها " السوق الكوني الإلكتروني الذي يتيح لجميع العاملين والمستفيدين في الحلقات الإنتاجية القدرة على التعامل الآني والفوري، من خلال سوق مفتوح يشكل أرضية للإدارة المتكاملة للعلاقات البشرية العملية والمعلوماتية⁽²⁾.

حيث تعد التجارة الإلكترونية أسلوباً متميزاً في عقد الصفقات التجارية الناجحة كما توفير فرص الاستثمار بعيداً عن معيقات التجارة التقليدية المتمثلة في الإجراءات الروتينية العقيمة وبيروقراطية المكاتب الرسمية⁽³⁾.

"وتشمل التجارة الإلكترونية كل المعاملات التجارية من بيع وشراء للسلع والخدمات، وقد اعتبرها المحللين الاقتصاديين بأنها محرك جديد للتنمية الاقتصادية وذلك كونها وسيلة فعالة وسريعة لإبرام الصفقات والمنتجات والخدمات وترويجها"⁽⁴⁾.

ومنه نلاحظ إن التجارة الإلكترونية مصطلح يشمل عمليات أو نشاطات تبادل السلع والخدمات عن طريق وسيلة إلكترونية أو وسيط إلكتروني، ويقصد بالوسيط الإلكتروني الإنترنت، وأن مفهوم التجارة الإلكترونية يشير إلى تسويق المنتجات عبر هذه الأخيرة دون الذهاب إلى المتجر والشركة.

(1) محمد فواز المطالقة، "الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية: أركانها - إثباتها - حمايتها (التشفير) - التوقيع الإلكتروني - القانون الواجب التطبيق - دراسة مقارنة"، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 12.

(2) مصطفى يوسف كافي، "التجارة الإلكترونية"، دار ومؤسسة رسلان للنشر والتوزيع، سوريا دمشق، 2010، ص 15، 16.

(3) هاني وجيه العطار، "التجارة الإلكترونية"، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2016، ص 14.

(4) محمد عبد الله شاهين محمد، "التجارة الإلكترونية العربية بين التحديات وفرص النمو"، دار حميثرا للنشر والترجمة، القاهرة، مصر،

وعليه نتطرق إلى نشأة التجارة الإلكترونية كفرع أول، والغوص في أعماقها وتعريفها كفرع ثاني وبيان خصائصها كفرع ثالث، وأشكالها كفرع رابع.

الفرع الأول: نشأة التجارة الإلكترونية

يرجع ظهور التجارة الإلكترونية إلى ثلاثة عقود مضت من القرن الماضي، فأصل نشأة التجارة الإلكترونية من وراء المحيط الأطلسي متمثلاً في الولايات المتحدة الأمريكية كما بدأت الانترنت وانتشرت بعد ذلك في جميع أنحاء العالم⁽¹⁾.

" فالسلوك التجاري والاقتصادي للإنسان كان دائماً وليد الحاجة والظروف، فالتاريخ الاقتصادي للبشرية ما هو إلا ردود أفعال لتلبية الاحتياجات المتغيرة واللائهائية للإنسان، فالنقود مثلاً لم تنشأ بقرار أو قانون وإنما فرضتها الحاجة الإنسانية، كذلك الحال بالنسبة للتجارة الإلكترونية لم تنشأ بقرار أو تشريع بل ظهرت استجابة لمتطلبات السرعة في العملية التجارية ثم ظهرت بعد ذلك القوانين المنظمة لها"⁽²⁾.

فظهرت التجارة الإلكترونية لم يكن فجأة، بل كانت نتيجة تعدد المراحل التي مرت بها ثورة الاتصالات والمعلومات وخاصة بعد نمو استخدام شبكة الانترنت وتكنولوجيا المعلومات والاتصالات في العالم.⁽³⁾

" فأول تطبيق لمفهوم التجارة الإلكترونية كما سبق الذكر كان في بداية 1970 من خلال عمليات التحويل النقدي للأموال (TFE) بطريقة الكترونية من منظمة لأخرى، ولكن هذه الطريقة كانت محصورة ضمن المؤسسات والشركات المالية الكبيرة إلى أن توسع هذا المفهوم ليشمل عمليات نقل وإرسال الوثائق الكترونياً (EDI)"⁽⁴⁾

(1) خالد ممدوح إبراهيم، "عقود التجارة الإلكترونية في القانون الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية"، دار الفكر الجامعي، إسكندرية، 2020، ص 24.

1 خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ص ص 24-25.

(3) كريمة صراع، واقع وأفاق التجارة الإلكترونية في الجزائر، مذكرة مقدمة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة ماجستير في العلوم التجارية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة وهران، 2013 - 2014، ص 11.

(4) المرجع نفسه، ص 11.

"غير أن بداية الانتشار الحقيقي لهذه التجارة كان خلال التسعينات من القرن الماضي تزامنا مع استخدام الانترنت للأغراض التجارية، إذ شهدت سنة 1994 إنشاء أول موقع لبيع الكتب عبر الانترنت من طرف المحلل المالي جيف بيزوس بالتعاون مع أمازون، وقد أثير موضوع التجارة الإلكترونية بصفة رسمية لأول مرة في منظمة التجارة العالمية باقتراح قدمته الولايات المتحدة الأمريكية في اجتماع المجلس العام للمنظمة في فيفري 1988"⁽¹⁾.

الفرع الثاني تعريف التجارة الإلكترونية

التجارة الإلكترونية مثلها مثل أي ظاهرة أو حدث جديد تكون غامضة وغير مفهومة لأول مرة للكثيرين لذلك سنتطرق إلى تعريفها لغة واصطلاحا وحسب التشريعات والمنظمات.

أولا: لغة

"بالرجوع للأصل اللغوي للمصطلح نجد أنه يتكون من كلمتين إنجليزييتين هما commerce electronic/

الكلمة الأولى (commerce) التجارة : مصطلح يعبر عن نشاط اقتصادي يتم من خلاله تداول السلع والخدمات بين الحكومات والمؤسسات والأفراد في إطار نظم وقواعد متفق عليها"⁽²⁾.

"ويقصد بالكلمة الثانية (electronic) الإلكترونية: هي مجال أداء النشاط المحدد في المقطع الأول أي التجارة ويقصد بها أداء النشاط التجاري باستخدام الوسائط والأساليب الإلكترونية والتي تدخل كواحدة من أهم هذه الوسائط"⁽³⁾.

(1) حكيمة بن وارث، "دور وأهمية التجارة الإلكترونية في اقتصاد المعرفة مع الإشارة للعالم العربي"، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية تخصص منجمنت المؤسسة، معهد العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، 2007-2008، ص 37.

(2) احمد عبد الله العوضي، العوامل المؤثرة في التسويق والتجارة الإلكترونية، مجلة الاقتصاد والمجتمع، عميد كلية الدراسات التجارية الكويت عدد 6، 2010، ص 166.

(3) المرجع نفسه، ص 166.

ثانيا : اصطلاحا

التجارة الإلكترونية هي المعاملات التجارية التي تتم من قبل الأفراد والهيئات، والتي تعتمد على معالجة ونقل البيانات الرقمية بما فيها الصوت والصورة، من خلال شبكات مفتوحة مثل الانترنت أو مغلقة والتي تسمح بالدخول إلى الشبكات المفتوحة⁽¹⁾.

وفي تعريف ل Arnaud Defour "إنها جميع العمليات التجارية التي تتضمن وسيطا الكترونيا هو الانترنت."⁽²⁾

ثالثا: التعريف الفقهي

اختلف الفقهاء في تعريفهم للتجارة الإلكترونية، هناك من عرفها على إنها " تشمل أي أعمال تجارية تبرم وتتم بطريقة الكترونية سواء كانت التعاملات التجارية تحدث بين طرفي العملية التجارية أو بين الشركة وعملائها"، "كما عرفها البعض الآخر بأنها الأعمال والنشاطات التجارية التي تتم ممارستها من خلال الشبكة المعلوماتية"⁽³⁾.

رابعا: التعريفات التشريعية للتجارة الإلكترونية

1. في التشريع الأمريكي

"لم يضع المشرع الأمريكي تعريفا للتجارة الإلكترونية حين أصدر قانون المعاملات التجارية الإلكترونية في 14 فيفري 2001 إلا انه بين في الفقرة الثانية من المادة الثانية ماهية الأعمال التجارية الإلكترونية وأصدر القانون التجاري الموحد الذي نص في المادة الرابعة منه على تحويل الأموال الكترونيا سواء بين البنوك أو سداد المدفوعات والالتزامات بطريقة الكترونية"⁽⁴⁾.

(1) هاني وجيه العطار، المرجع السابق، ص 15.

(2) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، "عقود التجارة الإلكترونية" دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2017، ص 44.

(3) بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014-2015، ص 18.

(4) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 16.

"وذلك باستخدام نظام المقاصة الإلكترونية أو بطاقات الائتمان أو ماكينات الصرف الآلي ومنها البطاقة الذكية أو النقود الإلكترونية بين البنوك وأشخاص ووحدات أعمال"⁽¹⁾.

2. في التشريع الفرنسي

"شكلت فرنسا مجموعة عمل برئاسة وزير الاقتصاد الفرنسي والتي انتهت بتحديد مفهوم التجارة الإلكترونية على أنها مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات والمشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة"⁽²⁾.

3. في التشريع الجزائري

دخل القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتجارة الإلكترونية للسلع والخدمات حيز التطبيق في الجزائر وذلك طبقاً للمادة 09 من القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

وقد عرفت المادة 6 من هذا القانون التجارة الإلكترونية بما يلي:

التجارة الإلكترونية" النشاط الذي يقوم بموجبه مورد الكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك الكتروني عن طريق الاتصالات "⁽³⁾.

4. في التشريع التونسي

"تعتبر تونس أول دولة عربية تصدر قانوناً خاصاً بالتجارة الإلكترونية هو القانون رقم 83 الصادر بتاريخ 09 أوت 2000 ، ووفقاً لهذا القانون تخضع العقود الإلكترونية لنظام العقود الكتابية

(1) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 16.

(2) تقي الدين بكوش و عبد الغني بن يحيى، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، 2017-2018، ص 14.

(3) معلومات مستوحاة من موقع قانون التجارة الإلكترونية الجزائري الرابط <https://www.politics-dz.com> اطلع عليه بتاريخ 20/5/2021.

من حيث التعبير عن الإرادة وأثرها القانوني، وصحتها وقابليتها للتنفيذ وقد عرف المشرع التونسي التجارة الإلكترونية "بأنها المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية"⁽¹⁾.

خامسا: حسب المنظمات

1. منظمة التجارة العالمية: تعرف التجارة الإلكترونية بأنها "مجموعة متكاملة من عمليات عقد الصفقات وتأسيس الروابط التجارية وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات بوسائل الكترونية"⁽²⁾.
"حيث أنها ترى إن التجارة الإلكترونية تشمل أنشطة إنتاج السلع والخدمات وتوزيعها وتسويقها وبيعها أو تسليمها للمشتري من خلال الوسائط الإلكترونية طبقا لهذا التعريف ثلاثة أنواع من العمليات :

- أ. عمليات الإعلان عن المنتج وعمليات البحث عنه.
- ب. عمليات تقديم طلب الشراء وسداد ثمن المشتريات.
- ج. عمليات تسليم المشتريات"⁽³⁾.

2. منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية

"أما منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية فتشير إلى إن التجارة الإلكترونية تشمل جميع أشكال المعلومات التجارية التي تمتد بين الشركات والأفراد، والتي تقوم على أساس التبادل الإلكتروني للبيانات سواء كانت مكتوبة أم مرئية أو مسموعة، هذا بالإضافة إلى شمول الآثار المترتبة على عملية تبادل البيانات والمعلومات التجارية الكترونيا، ومدى تأثيرها على المؤسسات والعمليات التي تدعم وتحكم الأنشطة التجارية "⁽⁴⁾.

(1) بلقاسم حامدي، المرجع السابق ص 17.

(2) عبد الصبور عبد القوي علي مصري، "التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية"، ط 1، الرياض السعودية، 2012، ص 19،

(3) حكيم بن وارث، المرجع السابق ص 39.

(4) كريمة صراع، المرجع السابق ص 6.

3-تعريف المنظمة العالمية للملكية الفكرية

"يشير التعريف إلى أن التجارة الإلكترونية في شكلها الواسع تشمل كل الوسائل الإلكترونية المستخدمة لغرض التجارة"⁽¹⁾.

إن المنظمة العالمية للملكية الفكرية على الرغم من اهتمامها بموضوع الحماية القانونية للعلامات التجارية وحقوق التأليف وبراءات الاختراع في مجال التجارة الإلكترونية إلا إنها لم تقدم تعريفا للتجارة الإلكترونية بل اهتمت بالوسائل المستخدمة في إبرام الصفقات التجارية⁽²⁾.

4. تعريف مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية

"مصطلح التجارة الإلكترونية يطلق على مجمل الخدمات التجارية التي تتعامل معها المجموعات (المؤسسات والأفراد) والمعتمدة على المعالجة الإلكترونية للبيانات (النصوص، الصوت، الصورة) لقد ركز هذا التعريف على طبيعة البيانات والمعطيات المتبادلة التي لا بد أن تكون الكترونية"⁽³⁾.

الفرع الثالث: خصائص التجارة الإلكترونية

والمقصود بخصائص التجارة الإلكترونية السمات والمميزات التي تميزها عن التجارة التقليدية التي تتم فيها المعاملات وجها لوجه قصد البيع والشراء ومنها:

- إمكانية القيام بالعديد من الصفقات والعقود والمعاملات بسهولة دون إن يتطلب ذلك انتقال البائع أو المشتري إلى مكان وجود المنتجات والخدمات.
- عدم التقاء المتعاقدان أي اعدم وجود علاقة مباشرة بين الأطراف في التعاقد وبالتالي غياب مجلس عقد حقيقي ووجود مجلس عقد افتراضي لكونه عقد يتم عن بعد.

(1) سمية ديمش، التجارة الإلكترونية حتميتها وواقعها في الجزائر، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة متنوري قسنطينة، 2010- 2011، ص 37.

(2) سمية ديمش، المرجع السابق، ص 37.

(3) المرجع نفسه.

- تتميز هذه التجارة بالسرعة في تبادل البيانات، سرعة التعاقد والتسليم بالنسبة للكثير من الصفقات
- تتسم أنشطة هذه التجارة بالطابع العالمي فهي لا تعرف الحدود بين القارات والدول حيث يمكن لأي شخص في العالم إن يتعامل بها بغض النظر عن مكان تواجده أو تواجده.
- عدم وجود مكان جغرافي محدد يلتقي فيه البائعون والمشترون، وإنما يتم التلاقي عبر شبكة الانترنت أي أن السوق أو مركز التجارة ليس بناية أو ما شابه بل هو محل شبكي يحوي تعاملات تجارية وان طرفي العملية التجارية نادرا ما يعرفون بعضهم البعض، وتتم عمليات التبادل دون حاجة أن يرى أحدهم الآخر⁽¹⁾.

- غياب التعامل الورقي في معاملات التجارة الإلكترونية، أي إتمام صفقة تجارية بدءا من التفاوض على الشراء والتعاقد ودفع قيمة البضاعة واستلامها إلكترونيا، يتم دون تبادل مستندات ورقية على الإطلاق، وهذا ما يدعم هدف التجارة الإلكترونية وهو خلق مجتمع اللاورقية⁽²⁾.

الفرع الرابع أشكال التجارة الإلكترونية

تتعدد أشكال التجارة الإلكترونية وذلك بالنظر إلى أطراف عقد التجارة الإلكترونية وتمثل هذه الأشكال في:

أولاً: التجارة الإلكترونية بين وحدة أعمال ووحدة أعمال أخرى **business to business**

ويقصد بها البيع والشراء بين الشركات، سواء كانوا أطراف عملية تجارية أو شركات أو في شكل تبادل بيانات الكترونيا، ويمكننا إن نميز بين نوعين من التجارة الإلكترونية بين الشركات:

- أ. تجارة الكترونية عمودية بين الشركات.
- ب. تجارة الكترونية أفقية بين الشركات⁽³⁾.

(1) هاني وجيه العطار، المرجع السابق ص 27.

(2) كريمة صراع، المرجع السابق ص 21.

(3) نضال إسماعيل برهم، "أحكام عقود التجارة الإلكترونية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 63.

ثانيا: التجارة الإلكترونية بين المستهلك والمنظمات الحكومية

"ويقصد بها كافة المعاملات التي تجمع بين المستهلك والحكومة، حيث أن الحكومة تسعى إلى تطوير ما تقدمه من خدمات للجماهير سواء من حيث الحصول على المعلومات والبيانات" (1).

ثالثا: التجارة الإلكترونية بين وحدة الأعمال والمستهلك

"بظهور التسوق على الانترنت أو ما يسمى بالتجارة الإلكترونية أصبح للمستهلك إمكانية للقيام بشراء السلع المتاحة ودفع قيمتها عن طريق بطاقات الائتمان أو المصارف الإلكترونية أو عن طريق النقود عند استلام السلعة" (2).

رابعا: التجارة الإلكترونية بين وحدة الأعمال والإدارة المحلية (الحكومية)

"بتوسع النشاط التجاري لوحدات الأعمال، أصبحت لا تستطيع أن تغطي كل معاملاتها الإدارية في وقتها، ولهذا فانه جرى استخدام التجارة الإلكترونية في تغطية معظم التحويلات كدفع الضرائب ومختلف المعاملات التي تتم بين الشركات والهيئات المحلية (الحكومية)" (3).

المطلب الثاني: مفهوم عقود التجارة الإلكترونية

نتيجة لاستخدام المعلوماتية ظهرت العديد من التصرفات الإلكترونية والعقود ومن بين هذه العقود العقد الإلكتروني.

وهذا سنتطرق إليه في هذا المطلب بتعريف العقد الإلكتروني وبيان خصائصه كفرع أول وتمييزه عن غيره من العقود كفرع ثاني ثم بيان كيفية إبرام هذا النوع من العقود كفرع ثالث وأركانه كفرع رابع.

الفرع الأول تعريف عقود التجارة الإلكترونية وخصائصها

أولا العقد الإلكتروني

يقصد بالعقد الإلكتروني ذلك "الاتفاق الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل" (1).

(1) نضال إسماعيل برهم المرجع السابق، ص 64.

(2) احمد عبد الله العوضي، المرجع السابق، ص 170.

(3) المرجع نفسه، ص 170.

ونلاحظ من هذا التعريف انه قصر العقد الإلكتروني على المعاملات التي تتم عبر الانترنت فقط. وفي تعريف آخر انه الاتفاق الذي ينعقد بوسائل أو وسائط الكترونية⁽²⁾.

كما تم تعريف العقد الإلكتروني أو العقد المبرم الكترونياً بأنه العقد الذي يتم إبرامه من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية، وفيه يتم التعاقد عن بعد دون تواجد مادي متزامن لطرفي التعاقد وذلك من خلال شبكة المعلومات الدولية، أو من خلال إي وسيلة اتصال الكترونية كالفاكس أو التلكس أو التلغراف⁽³⁾.

"حيث يعتبر العقد الإلكتروني الشريان الحيوي للتجارة الإلكترونية، يتم من خلالها عملية ترويج وتبادل السلع والخدمات وإبرام العقود من خلال تلك الوسائط الإلكترونية"⁽⁴⁾.

وقد عرف جانب من الفقه الأمريكي العقد الإلكتروني بأنه "ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة الكترونياً، تنشئ التزامات تعاقدية، كما عرف العقد الإلكتروني من جانب الفقه الفرنسي انه اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد بوسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل الحواري بين الموجب والقابل"⁽⁵⁾.

وقد عرف المشرع الجزائري العقد الإلكتروني في المادة السادسة من الفقرة الثانية من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية التي تنص أن "العقد الإلكتروني العقد بمفهوم القانون رقم 04 - 02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد

(1) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق ص 79.

(2) محمد احمد كاسب خليفة، "الإثبات والالتزامات في العقود الإلكترونية"، ط 1، دار الفكر الجامعي، إسكندرية، 2019، ص 12.

(3) صفاء فتوح جمعة، "العقد الإداري الإلكتروني"، ط 1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، دسن، ص 9.

(4) محمد احمد كاسب، المرجع السابق ص 11.

(5) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ص 73.

المطبقة على الممارسات التجارية ويتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكترونية⁽¹⁾.

وبهذا نستنتج إن المشرع الجزائري اعتبر العقد الالكتروني كغيره من العقود التقليدية، إلا انه يختلف عنها في وسيلة إبرامه التي هي وسيلة الكترونية.

ثانيا خصائص العقد الالكتروني

- هو عقد يتم إبرامه عن بعد بين طرفان يتواجدان في أماكن متباعدة، حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل تكنولوجيا مختلفة يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة الانترنت.
- هو عقد لا يعرف الحدود بين الدول والقارات، إي لا يقتصر على منطقة جغرافية محددة يمكن إبرامه من أي مكان في العالم.
- هو عقد تجاري كونه يغلب عليه الطابع التجاري والمجال الذي يظهر فيه هو التجارة الالكترونية لذلك يطلق عليه نسبة إلى مجاله عقد التجارة الالكترونية.
- يتم إبرامه دون تواجد مادي للأطراف فأهم ما يميز هذا النوع من العقود انه يبرم دون التقاء الطرفان المتعاقدان وجه لوجه أي غياب مجلس عقد حقيقي ووجود مجلس عقد افتراضي حيث يتم تبديل الإيجاب بالقبول عن طريق الانترنت.
- استخدام وسائل الكترونية في إبرامه وهو ما يعتبر من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الالكتروني فالعقد الالكتروني كما تمت الإشارة سابقا لا يختلف من حيث الموضوع والأطراف عن سائر العقود التقليدية ولكنه يختلف من حيث طريقة إبرامه وكونه يبرم باستخدام وسائل الكترونية⁽²⁾.

- غياب الوثائق الورقية في المعاملات التجارية تتميز المعاملات التجارية بعدم وجود اي وثيقة ورقية متبادلة في إجراء المعاملات، إذ أن كافة الإجراءات والمراسلات بين طرفي المعاملات وهو

(1) قانون رقم 18-05 المؤرخ في 27 شعبان عام 1439 الموافق ل 10/05/2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية الصادر ج ر عدد 28 الصادر في 16/05/2018.

(2) L. Abdalah Sadeq Salhab.Op .cit .p27.

ما يتفق مع الغرض من التجارة الإلكترونية وهو خلق مجتمع اللاورقية وهكذا تصبح الرسالة الإلكترونية السند القانوني الوحيد المتاح لكلا الطرفين في حالة نشوء نزاع فيها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود

أولاً: بالنظر لطريقة انعقاده

1. التمييز بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الفاكس والتلكس

إن الفارق بينهما يكمن في أن الفاكس والتلكس مجرد وسيلة لتبادل المستندات أو المحررات الخاصة بالتعاقد في شكل ورقي، لذلك فإن الرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس لا تحتاج إلى معالجة بيانها بلغة الكمبيوتر وكل ما يحتاجه الطرف المستقبل للرسالة هو طباعتها على الورق، إما التعاقد الإلكتروني فإن التفاوض وإبرام العقد وتبادل المحررات الخاصة به يتم إلكترونياً يتميز بالطبيعة الغير مادية المثبتة على دعامة الكترونية، لا على دعامة ورقية ماهرة بتوقيع الأطراف⁽²⁾.

2. التمييز بين التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الهاتف

"يتشابه التعاقد الإلكتروني مع التعاقد بالتليفون في إن كل منهما تعاقد فوري ومباشر، فهي عقود تبرم بين غائبين من حيث المكان، حيث إن ما يميز التعاقد بالتليفون انه تعاقد شفوي قد يتطلب صدور تأكيد كتابي من الموجب البائع في حالة عقد البيع، إما التعاقد الإلكتروني فلا يحتاج إلى إصدار كتابي بل يعتبر العقد قد تم بمجرد تعبير الطرف الآخر عن إرادته بواسطة الضغط على عبارة موافق عن طريق لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر"⁽³⁾.

كما انه في التعاقد الإلكتروني يمكن رؤية الرسالة الإلكترونية المرسله على جهاز الحاسوب كما يمكن طباعتها والحصول على نسخة منها بينما في التعاقد عن طريق الهاتف تكون الرسالة شفوية.

(1) كريمة صراع، المرجع السابق، ص 21.

(2) بلقاسم حامدي، المرجع السابق ص 37.

(3) المرجع نفسه، ص 36.

ثانيا: من حيث البيئة التي نشأ فيها

1. عقد الدخول إلى الشبكة

عقد الدخول إلى شبكة الانترنت أو عقد الاشتراك كما سماه البعض هو عقد الكتروني محله استغلال الشبكة، في حين إن عقد التجارة الالكترونية هو العقد الذي يبرم في بعض صورته بواسطة شبكة الانترنت، مما يجعل الانترنت وسيلة للتعاقد أو للتعبير عن الإرادة في عقد التجارة الالكترونية في حين تعتبر محل للعقد في عقد الدخول إلى الشبكة، وهو ما يجعل الاختلاف سهما واضح بينهما⁽¹⁾.

2. عقد الإيجار المعلوماتي

"يمكن تعريفه بأنه التقاء إرادتين على إبرام عقد محل معلوماتي أي بيانات ورسائل يتم تداولها بين مستخدميه هذه المعلومات وإرسالها إلى الغير بأية وسيلة كانت سواء كانت تقليدية أو الكترونية"⁽²⁾.

"فأساس هذا العقد يقوم على توافر بيانات ومعلومات يتم نقلها للغير وتتكون المعلومة من عنصريين أساسيين هما صياغة المعلومات أو البيانات، إما العنصر الثاني فهو النقل ويقصد به انتقال المعلومات للكافة أو إلى من وجهت إليه المعلومات دون تحديد قيود زمنية أو مكانية، فأصبحت المعلومة تنتقل بوسائل الكترونية ولم تعد مقتصرة على الوسائل التقليدية مما أصبح نقلها يتم بسهولة ويسر وأكثر دقة من السابق وأصبحت متاحة للكافة"⁽³⁾.

بالتالي فالعقد الإلكتروني الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه عبر وسيلة الكترونية يختلف اختلافا عن عقد الإيجار المعلوماتي، ففي حين تكون الوسائل الالكترونية موضوعا للعقد ومحلا له، تكون في العقد الإلكتروني وسيلة للتعبير عن الإرادة.

(1) تقي الدين بكوش عبد الغني بن يحيى، المرجع السابق ص 53.

(2) بلقاسم حامدي، المرجع السابق ص 40.

(3) محمد فواز المطالقة، المرجع السابق ص 39.

الفرع الثالث: طرق إبرام عقود التجارة الإلكترونية

بما إن عقود التجارة الإلكترونية من العقود المبرمة عن بعد، فإن التعبير عن الإرادة يكون عن طريق وسائل الكترونية، تسمح بتبادل رسائل معلومات عن طريق البريد الإلكتروني، أو عن طريق محادثة مباشرة بالصوت والصورة أو عن طريق الموقع الإلكتروني.

أولاً: التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني

يقصد بالبريد الإلكتروني تبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة إلكترونية، وتتم عملية التعاقد و تبادل رسائل البيانات عن طريق البريد الإلكتروني حينما يقوم الشخص الذي يرغب في التعاقد بالدخول إلى صندوق بريده الإلكتروني وإرسال رسالة إلى من يريد التعاقد معه على عنوان بريده الإلكتروني تتضمن شروط التعاقد وبنوده، ويجري ذلك عن طريق كتابة عنوان البريد الإلكتروني في المكان المخصص في صندوق البريد الإلكتروني للمرسل⁽¹⁾، ثم يدون الرسالة التي يرغب في إرسالها ثم يضغط على مفتاح الإرسال الموجود في برنامج البريد الإلكتروني، وعندئذ ترسل الرسالة إلى حاسوب المرسل إليه الذي يخزن الرسالة في صندوق البريد الوارد للمرسل إليه، وعند قيام المرسل إليه بالدخول إلى صندوق بريده الإلكتروني يمكنه قراءة الرسالة و الرد عليها بنفس الطريقة بالقبول أو الرفض أو التعديل⁽²⁾.

ثانياً التعاقد عن طريق الموقع الإلكتروني

تعتبر خدمة الويب، أو ما تعرف بشبكة المعلومات العالمية هي الخدمة التي يمكن من خلالها زيارة مختلف المواقع على شبكة الانترنت، وتصفح ما فيها من صفحات من أجل الوصول إلى معلومات معينة، ومن أجل إبرام عقد مع أحد التجار الذي يعرض منتجاته عليها.⁽³⁾

(1) خالد عمالي، المرجع السابق، ص 119-120.

(2) المرجع نفسه، ص 19.

(3) محمد السعيد بوخليفة قويدر، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015-2016، ص 26.

ويتم التعبير الإلكتروني عن الإرادة في العقد الذي يبرم من خلال الموقع بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة الموجود في لوحة المفاتيح المتصلة بجهاز الحاسوب الآلي، أو بالاتجاه إلى خانة الموافقة المخصصة لذلك في صفحة الموقع، وتستخدم هذه الطريقة من أجل إنشاء العقد حيث يختار المتعاقد السلعة المطلوبة أو الخدمة المتاحة ثم يضغط على زر الموافقة فتظهر أمامه صفحة أخرى تتضمن العقد النموذجي المحتوي على شروط وبنود التعاقد⁽¹⁾.

ثالث التعاقد عن طريق محادثة بالصوت والصورة

"في هذه الحالة يتم التعاقد عن طريق ربط الجهاز بوسائط الاتصال الصوتية والمرئية، عبر ميكروفون وكاميرا فيديو مثبت على جهاز كل متخاطب، مما يسمح بأن يشاهد كل متعاقد الطرف الآخر، فيصبح التعاقد هنا عن طريق التفاعل المباشر بالصوت والصورة معا دون حضور مادي في نفس المكان، ويتم التعبير عن الإرادة باللفظ، الكتابة أو بالإشارة"⁽²⁾.

الفرع الرابع: أركان العقد الإلكتروني

الرضا: في العقد الإلكتروني

يعد الرضا احد الأركان الأساسية لانعقاد العقد الذي ينعقد بتوافق الإرادتين قصد إحداث الأثر القانوني، ويعتبر موجود إذا تطابقت إرادتا المتعاقدين أي إيجاب وقبول الطرفين المتعاقدان.⁽³⁾

الإيجاب الإلكتروني

"يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود، فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، ولكي يتم العقد ينبغي أن يكون هناك عرض من طرف أحد الأشخاص إلى آخر أو إلى آخرين، بقصد إبرام عقد ما للحصول على قبول لهذا العرض"⁽¹⁾.

(1) خالد عجالي، المرجع السابق ص 124.

(2) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 66.

(3) فلة قادري، العقد الإلكتروني، مجلة منازعات الأعمال، العدد 22، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، مارس 2017، متاح على الرابط <http://frssiwa.blogspot.com> اطع عليه بتاريخ 20/5/2021.

"وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 91 من القانون المدني الأردني "الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول"⁽²⁾.

"والإيجاب الإلكتروني قد يكون إيجاباً خاصاً موجهاً إلى أشخاص محددين وهو الذي يتم عادة بواسطة البريد الإلكتروني وقد يكون إيجاباً عاماً موجهاً إلى جميع زائري الموقع الإلكتروني ومن أهم خصائص الإيجاب الإلكتروني عبر شبكة الانترنت انه يتم عن بعد' ويتم عبر وسيط الكتروني، وهو إيجاب دولي، ولا يمنع أن يكون إقليمياً أو محلياً"⁽³⁾.

القبول الإلكتروني

القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، يفيد موافقته على الإيجاب، باعتباره الإرادة الثانية في العقد، لكون العقد لا ينعقد إلا باتفاق إرادتين.⁽⁴⁾

" قد يكون التعبير صريحاً كأن يبعث القابل رسالة عبر البريد الإلكتروني مثلاً تتضمن قبولاً صريحاً للعرض الذي قدمه الموجب، كما يمكن أن يكون القبول ضمناً في حالة اتخاذ القابل أي تصرف يفيد موافقته على العرض مما جعل بعض الفقه يعتبر النقر على أيقونة القبول هو من قبيل القبول الضمني، في حين ذهب فريق آخر إلى اعتباره قبولاً صريحاً وفق المعيار المتعارف عليه في أسلوب وطريقة التعبير عبر الوسائط الإلكترونية"⁽⁵⁾.

الأهلية في العقد الإلكتروني

عموماً الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية، ولكي يكون العقد الإلكتروني صحيحاً ومنتجاً لأثره ينبغي أن يصدر التعبير عن الإرادة من

(1) أمال نجاعي لامية موساوي، التراضي في العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2012-2013 ص 3.

(2) L. Abdalah Sadeq Salhab، *Op. cit.* Pp71-72.

(3) هدى المقداد، "العقد الإلكتروني"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 3، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة 2017، ص 8

(4) محمد عقوبي، "الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد حيزر بسكرة، العدد السابع، 2017، ص 100.

(5) محمد عقوبي، المرجع السابق، ص 101.

شخص يعتد القانون بأهليته نظرا لان العقد الإلكتروني يتم عن بعد دون حضور مادي للمتعاقدين وبالتالي يصعب على كل من المتعاقدين التأكد من شخصية المتعاقد الآخر⁽¹⁾.

"حيث تعد مسألة التحقق من أهلية المتعاقد في العقود الإلكترونية مسألة فنية دقيقة، تحتاج إلى تكاثف للجهود فيما بين علماء التقنية والمختصين من جهة وبين فقهاء القانون والمهتمين بهذا المجال من جهة أخرى، بغية إيجاد تقنيات متطورة تساهم في حل هذه الإشكالية، وعلى الرغم أنه لا توجد حتى الآن وسائل تقنية حاسمة في هذا المجال إلا أن هناك وسائل احتياطية تناولتها التشريعات والقوانين ذات الصلة يمكن استخدامها للحد من هذه الإشكالية كالتصديق الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني"⁽²⁾.

حيث أن التوقيع الإلكتروني يعد "وسيلة حديثة لتحديد هوية صاحب التوقيع وقبوله التصرف القانوني الموقع عليه إذ أن العقود والصفقات تبرم الكترونيا ولهذا يجب ان يكون التوقيع الكترونيا"⁽³⁾.

المحل في العقد الإلكتروني

لكل عقد لا بد أن يكون له محل، فالعقد الإلكتروني هو عقد كباقي العقود لكنه يكتسب الطابع الإلكتروني من خلال الطريقة التي ينعقد بها أو الوسيلة التي تتم إبرامه من خلالها فبالتالي هذا لا يفي عنه توفر أركان العقد التي نص عليها المشرع الجزائري من رضا و محل و سبب⁽⁴⁾، ويشترط لصحة محل العقد أن يكون موجودا، أو قابلا للوجود وأن يكون معينا أو قابلا للتعين، و مشروعاً داخلاً في دائرة التعامل غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وتطبيقاً لذلك على العقد الإلكتروني متى تحققت هذه الشروط في ركن المحل يصبح العقد صحيحاً⁽⁵⁾.

(1) محمد هادي فوج الفهداوي، "الأهلية القانونية للتعاقد في البيئة الإلكترونية (دراسة مقارنة)"، رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، حزيران 2020، ص 16.

(2) المرجع نفسه، ص 55.

(3) المرجع نفسه ص 59.

(4) فلة قادري المرجع السابق .

(5) محمد ذعار العتيبي، النظام القانوني للعقد الإلكتروني دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والأردني، رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2013/2012، ص 54.

السبب:

يقصد بالسبب الدافع الباعث الرئيس الذي حمل المتعاقد على قبول التعاقد، فالشخص لا يبرم عقدا من العقود إلا بوجود باعث يدفعه إلى ذلك، فإذا تعددت البواعث فالغالب أن يكون منها باعث رئيسي يكون هو الدافع إلى التعاقد ولولاه لما فكر الشخص في ابرم العقد، وقد يكون الباعث أمرا نفسيا والقانون لا يأخذ بالأمور النفسية لذلك لا يتعين على من يتعاقد أن يصرح بالباعث أو السبب الذي دفعه إلى إبرام العقد، ويجب أن يكون السبب موجودا وصحيحا ومباحا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة⁽¹⁾.

خلاصة الفصل الأول

الفصل الأول كان بمثابة إطار مفاهيمي للموضوع، حيث أن أهم ما جاء فيه أن التفاوض الإلكتروني عملية إرادية اختيارية يقبل عليها الأطراف المتعاقدة فيه بتبادل الآراء وتقريب وجهات النظر، وذلك رغبة منهم في إبرام عقد تجاري إلكتروني مستخدمين في ذلك دعامة الكترونية، وهو الأمر الجديد الذي يجعل من هذا النوع يختلف عن التفاوض التقليدي الذي يتطلب حضور المتفاوضين في مجلس العقد، إلا انه بفضل التطور التكنولوجي الحاصل في مجال الاتصال فقد مكن من أن يتفاوض طرفان يبعدان عن بعضهما آلاف الكيلومترات وأصبحت العقود تتم عن بعد عن طريق وسائل الاتصال المختلفة والفضل يعود إلى الانترنت التي مكنت من الخروج من التجارة التقليدية إلى التجارة الإلكترونية.

⁽¹⁾ L. Abdalah Sadeq Salhab. *Op. cit.* pp37-38.

الفصل الثاني

الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني في عقود

التجارة الإلكترونية

نظرا للأهمية الكبرى لمرحلة التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية وعلى اعتبار أن إرادة الأطراف تلعب دورا كبيرا في عملية تنظيم هذه المرحلة، خصوصا وأن أغلب الأنظمة القانونية المختلفة تكاد تخلو من أي تنظيم قانوني لهذه المرحلة، أين يقوم الطرفان المتفاوضان إلكترونيا بتحديد الاتفاقيات السابقة لعملية التعاقد والقيمة القانونية لها، وبمجرد دخول الطرفين في مرحلة التفاوض الإلكتروني يدخلون ضمن الإطار القانوني وتحكم العلاقة بينهما أطر قانونية، مما ينشأ عنه التزامات قانونية تقع على كلا من طرفي التعاقد (المبحث الأول)، حيث تستمد أغلب الالتزامات من مبدأ حسن النية في التفاوض، الذي يفرض على المتفاوضين عدم اللجوء إلى الغش والخديعة، وأن يعتمدوا المسلك المعتاد في التفاوض والتعاقد بكل صدق وأمانة والالتزام بالإعلام عن كل ما يرتبط بمرحلة التفاوض الإلكتروني والالتزام بالتعاون والشفافية والمحافظة على سرية المعلومات وهو ما يوفر الثقة والأمان بين المتفاوضين، ويؤدي إلى الوصول إلى النتيجة المرجوة من التفاوض الإلكتروني وهي إبرام العقد، وقد لا نصل إلى هذه النتيجة مثلا في حال قطع المفاوضات بسوء نية أو قطعها بدون سبب جدي أو بدون مبرر مشروع على نحو يضر بالطرف الآخر و تقع المسؤولية على الطرف المتسبب في ذلك ويسأل مدنيا عن خطئه، والسؤال الذي يطرح نفسه، ماهي طبيعة المسؤولية في هذه المرحلة وجزاء الإخلال بها وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني، كما سنتطرق إلى أركان قيام المسؤولية وهل هذه المسؤولية عقدية أو تقصيرية.

المبحث الأول: الالتزامات الناشئة عن التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية:

المرحلة التمهيديّة لإبرام العقد الإلكتروني أو كما أصطلح على تسميتها مرحلة التفاوض الإلكتروني، تنشأ كغيرها من مراحل إبرام العقد الإلكتروني مجموعة من الالتزامات، والتي يفرضها القانون بهدف الوصول إلى اتفاق نهائي لتحقيق مصلحة الأطراف وحماية حقوقهم

القانونية⁽¹⁾، حيث تتضمن هذه المرحلة مناقشة شروط هذا العقد وتحديد الاحتياجات والمطالب ودراسة جدواه من الناحية الاقتصادية للطرفين بغرض التوصل إلى الاتفاق بشأنه، فإذا توصل الطرفان إلى اتفاق للتفاوض ترتب على ذلك التزامات على عاتق كل طرف وهو الالتزام بالتفاوض ولا يعد هو الالتزام الوحيد المترتب على اتفاق التفاوض بل هناك عدة التزامات تقع على عاتق الطرفين، لذا نشير في هذا المبحث إلى أهم الالتزامات المفروضة في مرحلة التفاوض وعليه سنستعرض في هذا المبحث الالتزامات الناشئة عن التفاوض الإلكتروني من خلال ما يلي: الالتزام بالدخول والاستمرار في المفاوضات الإلكترونية كمطلب أول، إلى الالتزام بحسن النية والإعلام (مطلب ثاني)، بالإضافة إلى الالتزام بالتعاون والشفافية والمحافظة على الأسرار (مطلب ثالث)⁽²⁾.

المطلب الأول: الالتزام بالدخول والاستمرار في المفاوضات الإلكترونية:

الغالب أن يتفق الطرفان على موعد لبدء المفاوضات فإن لم يكن ثمة اتفاق، التزم كل من الطرفين بالبدء في المفاوضات الإلكترونية في مدة معقولة، وهذا الشق بالالتزام بالبدء في المفاوضات يقع على عاتق الطرفين معاً، بحيث يكون كل طرف منهم ملزم ببدء المفاوضات الإلكترونية أو قد يقع الالتزام على أحد الطرفين فيكون ملزماً بتوجيه الدعوة لبدء التفاوض إلى الطرف الآخر وتقديم الاقتراحات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه أو عرض الدراسات التي يتم التفاوض من خلاله، ومن ثمة لا يحق لأي طرف إذا كان ملزماً بالبدء في التفاوض في موعد معين أن يمتنع عن البدء في التفاوض وإلا عد ذلك خطأ عقدي يوجب المسؤولية إن سبب ضرر للطرف الآخر⁽³⁾، إذ ليس هناك ما يمنع الأطراف من الاتفاق على تنظيم سير المفاوضات الإلكترونية وتحديد الأهداف التي يردانها من التفاوض وتحديد شروط المفاوضات

(1) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 52.

(2) محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 163.

(3) منذر إبراهيم حسين الحلي، عقيل فاضل حمد الدهان "الإطار القانوني لعقد التفاوض"، مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد 8، العراق، ص 6، متاح على الرابط التالي: <https://abu.edu.iq/research/articles/> اطلع عليه بتاريخ 2021/6/10.

كالمدة التي يجب أن تبدأ فيها وشكل وصيغة النقاش المطروح ويترتب على هذا الاتفاق الالتزام بالاستمرار في المفاوضات الإلكترونية⁽¹⁾، وواقع الأمر ان الالتزام بالدخول في المفاوضات الإلكترونية هو النقطة المحورية في اتفاق التفاوض، ويختلف اتفاق التفاوض كعقد عن الطابع المادي لأي عملية تفاوضية، فمنطق الأمور يقضي أنه متى أبرم عقد التفاوض فإن الطرفين ملزمان بإجراء مفاوضات لكنهما غير ملزمان بالبقاء والاستمرار فيها⁽²⁾، حال استحالة الاتفاق على الشروط أو تعذر ذلك لسبب خارج عن إرادة الأطراف، أو عدم الوصول إلى اتفاق يقضي بإبرام العقد النهائي وبالتالي لا حاجة للاستمرار في مفاوضات فشلت في الوصول للهدف المرجو منها.

إن الالتزام بالدخول في المفاوضات هو التزام بتحقيق بذل عناية وتظهر أهمية اعتبار الالتزام ببدء المفاوضات التزاما بتحقيق نتيجة على مستوى الإثبات للخطأ، عد إثبات أركان المسؤولية، فالطرف المضروب لا يلتزم بإثبات خطأ الطرف المسؤول وإنما يكفي مجرد التخلف عن بدء المفاوضات الإلكترونية في الميعاد المحدد أو خلال المدة المعقولة لتحقيق المسؤولية العقدية، ولا يعصم المتعاقد من المسؤولية إثبات أنه بذل العناية اللازمة أو أنه لم يرتكب إهمالا ن بل ما يدفع المسؤولية هو إثبات السبب الأجنبي الذي منعه من البدء في المفاوضات⁽³⁾. ويرتبط بهذا الالتزام ضرورة تحديد الطريقة التي سيتم بها التفاوض إلكترونيا ليتسنى للطرف الملزم بالبدء في المفاوضات (أو للطرفين) معرفة كيفية الاتصال إلكترونيا بالطرف الآخر وتنفيذ التزامه ببدء المفاوضات في الموعد المتفق عليه، فهل يتم ذلك عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق المحادثة أو البريد الإلكتروني.

المطلب الثاني: الالتزام بحسن النية والإعلام

(1) مها نصيف جاسم، المرجع السابق، ص515.

(2) خالد عجالي، المرجع السابق، ص158.

(3) منذر إبراهيم حسين الحلبي، عقيل فاضل حمد الدهان، المرجع السابق، ص6.

على اعتبار أن أغلب التشريعات جاءت خالية من النصوص التشريعية المنظمة لمرحلة المفاوضات الإلكترونية، فإننا سنحاول من خلال هذا المطلب دراسة الالتزام بحسن النية والالتزام بالإعلام في فرعين مستقلين ولكن متكاملين⁽¹⁾.

الفرع الأول: التزام المتفاوض إلكترونياً بمبدأ حسن النية:

مبدأ حسن النية التزام يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين وعليه سنتطرق إلى هذا الالتزام من خلال: تعريفه (أولاً)، وأهميته (ثانياً)، وصولاً إلى موقف التشريع منه⁽²⁾.

أولاً: تعريف مبدأ حسن النية:

يقع هذا الالتزام على الطرفين المتفاوضين ويعتبر من أهم الالتزامات التي تساعد على استمرار عملية التفاوض، من خلال تحديد المستهلك لاحتياجاته وأهدافه بصراحة، في المقابل يلتزم المرود بتقديم جميع المعلومات والتفاصيل الخاصة بالسلعة⁽³⁾، وهي النقطة التي صار إليها المشرع الجزائري في نص المادة 10 من مشروع القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية وهذا الالتزام يعكس مبدأ حسن النية المفترض طيلة مرحلة التفاوض⁽⁴⁾، ويعتبر الالتزام مبدأ حسن النية التزام جوهري وأساسي يتفرع عنه التزامات أخرى مجسدة في كل التزام بالتعاون والجدية والاعتدال بقصد الوصول بالمفاوضات إلى نهايتها وإبراد العقد المنشود، وتشكل فكرة حسن النية قاعدة سلوك تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في معاملاتهم ويمكن تعريف مبدأ حسن النية على أنه "إقدام المتفاوضين أو الراغبين بالتعاقد على أساس من الثقة والاستقامة في التعامل والابتعاد عن أساليب الخداع والتضليل والتي من شأنها بث وإضافة جو من الطمأنينة لدى الأطراف"⁽⁵⁾.

(1) محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 162.

(2) المرجع نفسه، ص 162.

(3) تقي الدين بكوش، عبد الغني بن يحيى، المرجع السابق، ص 62.

(4) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 32-33.

(5) مرزاقة معمري، المرجع السابق، ص 33.

ثانيا: أهمية الالتزام بحسن النية:

تكمن أهمية مبدأ حسن النية في المفاوضات الإلكترونية في العمل على بذل العناية اللازمة لإنجاحها، بالوصول بها خطوة بخطوة إلى مرحلة إبرام العقد النهائي وهي النتيجة المتوخاة من المفاوضات الإلكترونية مع استبعاد كل التصرفات الضارة بالسير الحسن لهذه المفاوضات⁽¹⁾، كما يلعب مبدأ حسن النية في مجال العقود، سواء في مرحلة تنفيذ أو قبل ذلك، وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 107 من ق م ج⁽²⁾.

كما لا يجب الخلط والمزج بين مبدأ حسن النية ومبدأ حرية التعاقد، ذلك لأن الالتزام بحسن النية لا يعني مطلقا أن يتقيد المتفاوض الإلكتروني بإبرام العقد النهائي، بل يبقى محتفظا بكامل حريته التعاقدية من عدمها وهذه الغاية شرعت مرحلة المفاوضات⁽³⁾ وتبعا لذلك الخط الذي يفصل بين مبدأي حسن النية وحرية التعاقد، اتسع نطاق المسؤولية كلما تقدمت مرحلة المفاوضات، حيث أن تقدم المناقشة حول العناصر الأساسية، يلزم الطرفان أخلاقيا وقانونيا ببذل العناية والجهد اللازم لتكملة الاتفاق الإيجابي سعيا لإبرام العقد المنشود، كما يعتبر عدم الاستمرار في التفاوض إذا أقرت بسوء نية، سلوك خاطئ يستدعي قيام المسؤولية التقصيرية كما سنرى لاحقا.

وخلاصة القول، مبدأ حسن النية مبدأ قانوني، ولكنه يطغى عليه، الجانب الأخلاقي الإنساني ويدخل فيما يسمى بأخلفة القانون *la moralisation du droit*، وأهميته تشمل جميع مراحل إنشاء العقد، غير أنها تزداد أكثر في المرحلة التمهيديّة لإبرام العقد الإلكتروني وهي مرحلة المفاوضات⁽⁴⁾.

(1) محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق ص 163.

(2) تنص المادة 107 ق م ج "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية".

(3) سهيلة دحداح ويلي رزقي، "الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013، ص 35-36.

(4) محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 164.

ثالثا: موقف التشريع المقارن من مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض الإلكتروني:

مبدأ حسن النية يلعب دور مهم في مجال التفاوض في العقد الإلكتروني وهذا ما أشارت إليه مختلف التشريعات ومنها القانون الإيطالي، القانون التجاري الأمريكي الموحد، القانون الفرنسي والقانون المصري⁽¹⁾، كما أشار فقهاء الرومان إلى قاعدة هامة مفادها ان "الغش يفسد كل شيء"⁽²⁾، بحيث تفسر قاعدة خلقية واجتماعية لها مكانة من الناحية القانونية ليس فقط على تنفيذ العقد وإنما فترة تكوين العقد والتفاوض عليه، وكذا المشرع الجزائري الذي أخذ بمبدأ حسن النية بمفهومه الموضوعي في المادة 107 ق م ج، والتي تنص على ضرورة تنفيذ الالتزامات وفق قاعدة حسن النية بقولها "يجب تنفيذ العقد لما اشتمل عليه وبحسن نية...."، غير أن هذا النص والمتعلق بحسن النية يقتصر تطبيقه على مرحلة تنفيذ العقد وإذا جاءت الالتزامات المترتبة عنه غامضة بالكيفية التي تشكل محل نزاع بين أطراف العقد، فإن المحكمة تفسر مقتضيات ذلك وفقا لضوابط أخلاقية يجسدها مبدأ حسن النية، كما أنه لا يوجد نص خاص يفرض صراحة حسن النية في العلاقات بين الأطراف في مرحلة المفاوضات الإلكترونية بما فيها قانون 04-15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، مما جعلنا نتساءل على مدى الأخذ بهذا المبدأ في مرحلة التفاوض في المعاملات الإلكترونية⁽³⁾.

فإذا كان مبدئيا أن القاعدة هوانه يجب تنفيذ الالتزام بحسن نية، وهذه القاعدة عامة تسري على كافة العقود بدون استثناء وكيفما كانت الطريقة أو الوسيلة أو الطريقة التي تم إبرامه بها عادية كانت أو إلكترونية فإنه لا مانع من تقرير سريانها على مرحلة التفاوض على العقد على الرغم أن المشرع الجزائري ربط من خلال النصوص التشريعية الالتزام بتنفيذ

(1) رحاب أرجيلوس، يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 60.

(2) العربي بلحاج، "الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني"، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010، ص 10.

(3) محمد بوكماش وكمال تكواشت، المرجع السابق، ص 163 - 164.

التعهدات بحسن النية بمرحلة تنفيذ العقد دون المرحلة السابقة عليه، ومع ذلك فإنه يجب ألا يغيب عنا حسن النية كضابط أخلاقي للسلوك يعتبر أحد المبادئ العامة للقانون الوضعي، بحيث يجب دائماً احترام حسن النية في التصرفات.

لذا فإنه حسب هذا الرأي مبدأ حسن النية في العقود الإلكترونية يجد مجالاً شاسعاً في مرحلة التفاوض على هذه العقود، نظراً لما تتسم به هذه العقود من خصائص تتطلب بذل عناية في هذه المرحلة الإضفاء على هذه العقود طابعها وخروجها في قالب سليم يحقق المصلحة المشتركة للأطراف⁽¹⁾.

وقد شددت على التزام مبدأ حسن النية وجعله مبدأ عاماً يجب التزامه في كافة عقود التجارة الدولية بما فيها الإلكترونية وضعها معهد توحيد القانون الخاص بروما UNIDROIT عام 1994، حيث جاءت المادة الأولى منه "يلتزم الأطراف باحترام مقتضيات حسن النية في التجارة الدولية"⁽²⁾، أما عن الطبيعة القانونية لهذا الالتزام فهو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، حيث يلتزم كل طرف بمبدأ حسن النية في التفاوض الإلكتروني وذلك بإتباع المسلك المألوف أو بما يعرف من كتمان تدليسي ومناورات تفاوضية تتنافى مع ما يقتضي به هذا الالتزام، ومن خلال ما سبق يتبين أن الالتزام بمبدأ حسن النية في التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية بالصدق والأمانة عند التعامل بين الطرفين وهو واجب على كل طرف⁽³⁾.

الفرع الثاني: الالتزام بالإعلام

إن الالتزام بالإعلام الإلكتروني في عملية التفاوض الإلكتروني قبل التعاقد يعد من أهم الضمانات القانونية لسلامة إرادة الأطراف المتفاوضة، وتزداد أهمية هذا الالتزام في حالة أحد الطرفين مهني ومحترف والآخر مستهلك ضعيف من حيث المعرفة في مجال التعاقد مما يجعله في

(1) محمد بوكماش وكمال تكواشت، المرجع السابق، ص 165.

(2) مرزاقه معمرى، المرجع السابق، ص 40.

(3) رحاب أرجيلوس، يوسف مسعودي، المرجع السابق، ص 61 - 62.

حاجة إلى حماية قانونية، وحتى تتبين الصورة أكثر من هذا الالتزام نتطرق إلى تعريفه (أولاً) وتحديد أساسه القانوني (ثانياً)⁽¹⁾.

أولاً: تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني في مرحلة المفاوضات الإلكترونية

يعد الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض عبر الانترنت التزام تبادلي يثقل كاهل كل من طرفي التفاوض، بحيث يلتزم كل منهما بإعلام الآخر عن كل ما يعمله أو ما يكون بمقدوره أن يعلم، ويكون من شأنه التأثير على قرار المتفاوض الآخر بشأن عملية التفاوض، وبناء على ذلك يعرف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد الإلكتروني، على أنه التزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومة جوهرية، فيما يخص العقد المزمع إبرامه بتقديمهما بوسائط إلكترونية في الوقت المناسب⁽²⁾.

ويكون موجب الالتزام بالإعلام الإلكتروني في الاستقامة في التعامل، فيكون كلا المتفاوضين الإلكترونيين على بينة بما التزم ووعده به⁽³⁾.

حيث يجب إحاطة المتفاوض بكافة المعلومات الأصلية المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه، فلا يستغل مثلاً عدم تخصص المتفاوض في المسائل المالية والفنية ليدفعه إلى إبرام عقد لا يتناسب مع مصالحه، ويكون ذلك عن طريق اطلاعه وإعلامه بكل شيء.

كما يعرف الالتزام بالإعلام على أنه "الإدلاء المعاصر لتكوين العقد والسابق لإبرامه بكافة المعلومات والبيانات الجوهرية والمؤثرة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد والتي يجهلها الدائن، ويتعذر حصوله عليها عن طريق المدين وذلك بهدف تكوين رضا حر وسليم لديه، حال إقباله على التعاقد"⁽⁴⁾

(1) مها نصيف الجاسم، رشا عامر صادق، المرجع السابق، ص15.

(2) محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص165.

(3) دحداح سهيلة، المرجع السابق، ص37.

(4) عبد الحميد بادي، "الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني في مرحلة ما قبل التعاقد"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 01، المجلد 2، العدد 1، جوان 2017، ص 73.

وإذا كان الإعلام يتم عن طريق الإشهار بشكل عام في العقود المألوفة فهو في عقود التجارة الإلكترونية يتم بشكل إلكتروني من خلال الأشرطة الإشهارية في المواقع أو استعمال خدمة البريد الإلكتروني وغيرها ويعبر عنه بالإعلام الإلكتروني والالتزام بالإعلام الإلكتروني يتم من خلال التزام المهني بتقديم المعلومات والإرشادات التي تسمح للمستهلك بتكوين فكرة واضحة عن العقد ومحلله⁽¹⁾.

ثانيا: أساس الالتزام بالإعلام الإلكتروني في مرحلة المفاوضات الإلكترونية

رغم الأهمية التي يمتاز بها الالتزام بالإعلام الإلكتروني في مرحلة المفاوضات الإلكترونية إلا أنه يبقى هناك تجاذب للآراء حول أساسه، وإن ظهرت في الآونة الأخيرة بعض القوانين التي تنظمه خصوصا تلك المتعلقة بحماية المستهلك⁽²⁾.

كما أن التشريعات المدنية من ضمنها التشريع المدني الجزائري التي ألتمت بالإعلام، كما في حالة إلزام البائع بإعلام المشتري بحالة المبيع علما كافيا، "ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه " وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى المادة 358 ق م ج، بالإضافة إلى ذلك نصت المادة 17 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽³⁾ وعرفه كما يلي: "يجب على المتدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة" وتطبيقا لهذه المادة أصدر المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك⁽⁴⁾.

(1) عبد الحميد بادي، المرجع السابق، ص 74.

(2) محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 165.

(3) قانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 صفر سنة 1430، الموافق لـ 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15، الصادر في 8 مارس 2009.

(4) المرسوم التنفيذي رقم 13-378، مؤرخ في 5 محرم عام 1435 الموافق لـ 09 نوفمبر سنة 2013. ج ر، رقم 56 مؤرخة في 18 نوفمبر سنة 2013، الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك.

حيث نص في المادة 53 على ما يلي "يجب على مقدم الخدمة، قبل إبرام العقد إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للخدمة المقدمة"، بأي وسيلة كانت.

كما أن الشريعة الإسلامية السمحاء لم تترك أمراً أو مجالاً من مجالات الحياة إلا وكان لها السبق في تنظيمه ولما كان القرآن الكريم ينظم بعض الأحكام بالتفصيل كأحكام العبادات فإنه لم يتناول بالتفصيل فقد دل عليها بوجه عام وترك المجال للاجتهاد فيها نظراً لتغيرها من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان⁽¹⁾.

فقد جاءت بعض هذه الأحكام من أجل حماية رضا المتفاوضين ونذكر منها قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً"⁽²⁾ وهذه الآية الكريمة تدل على أنه لا يحل شرعاً أن يأكل الناس الأموال بينهم بغير حق دليل على أن الباطل في المعاملات لا يجوز.

كما يرى جانب من الفقه الفرنسي أن الالتزام بالإعلام لا يجد أساسه في مبدأ حسن النية ما دام هذا الأخير مفهوم غير محدد ودقيق، وبالتالي لا ينشأ مصدراً مباشراً للالتزام بالإعلام من جهة ومن جهة ثانية أن مبدأ حسن النية خاص بتنفيذ العقد بحسب القوانين اللاتينية، لذا لا يمكن لنا أن نقول بأن الالتزام بالإعلام خلال مرحلة المفاوضات يجد أساسه في مبدأ حسن النية⁽³⁾.

وفي نظرنا نحن نسير في منحى الاتجاه الذي لم يعتبر الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض الإلكتروني أساسه التفاوض الإلكتروني وذلك لصعوبة تحديد معناه، وما قد يؤدي تطبيقه إلى عدم استقرار المعاملات بين مختلف المتعاملين، ومن ثم نرى الإعلام في مرحلة التفاوض

⁽¹⁾ أحمد بورزق، "دور الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في تنوير إرادة المستهلك"، مجلة الدراسات القانونية والدراسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، المجلد 2، العدد 1، ، جانفي 2016، ص 174.

⁽²⁾ سورة النساء: الآية 29.

⁽³⁾ عبد الحميد بادي، المرجع السابق، ص 76.

الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية التزم على عاتق الأطراف المتفاوضة على العقد يجد أساسه في مبدأ الإرادة الحرة وعدم ارتباطها بأي عيب ن عيوب الرضا.

المطلب الثالث: الالتزام بالتعاون والشفافية والمحافظة على سرية المعلومات:

إن التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية تنشأ عنه التزامات رئيسية على غرار الالتزام بحسن النية والالتزام بالإعلام واللذين تنفرع عنهما العديد من الالتزامات أهمها ما سنتناوله في هذا المطلب وهي الالتزام بالتعاون والشفافية (فرع أول)، الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات (فرع ثاني).

الفرع الأول: الالتزام بالتعاون والشفافية

يعد مبدأ حسن كمبدأ رئيسي للتفاوض الإلكتروني مبدأً فضفاضاً يتسع ليشمل العديد من التصرفات والسلوكيات، التي تكون الغاية منه تسهيل التفاوض والوصول إلى النتيجة التعاقدية التي يتوخاها الطرفان، وهم على بينة من كل الحقائق التي تتعلق بالعقد المزمع إبرامه، ومن ثمة سنحاول تحديد الالتزام بالتعاون (أولاً) على أن يتم بعد ذلك تحديد الالتزام بالشفافية (ثانياً)⁽¹⁾.

أولاً: الالتزام بالتعاون

إن الإلزام بالتعاون يعتبر التزاماً مشتركاً بين أطراف العقد، إذ يفترض أن يسود التعاون بين الأطراف سواء في مرحلة التفاوض على العقد أو في مرحلة تنفيذه، حيث يجب على طرف متفاوض تسهيل مهمة المتفاوض الآخر، بقصد الوصول بالمفاوضات سواء الإلكترونية أو العادية إلى غاية منطقية إما بانعقاد العقد المنشود وإما بغض النظر عنه⁽²⁾.

(1) محمد بوكماش، المرجع السابق، ص 166.

(2) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 23.

فالعقد لا يقوم على التناحر والتجاذب بين طرفيه بل على العكس، فهو يقوم على الثقة المتبادلة والتعاون الذي يجب أن يسود وبالأخص خلال مرحلة المفاوضات الإلكترونية. ويعتبر الالتزام بالتعاون تطبيق من تطبيقات حسن النية، وبالتالي يقع على عاتق الطرفين حتى دون الحاجة إلى النص على ذلك في اتفاق التفاوض الإلكتروني، كما يظل قائما إلى غاية نهاية العملية التفاوضية⁽¹⁾.

ويجد الالتزام بالتعاون في مرحلة التفاوض الإلكتروني أسس مشروعيته في مجموعة من المبررات والمعطيات الواقعية، إذ أن ما لا يجب استحضاره هو الغريزة الإنسانية بما لديها من حب التملك وحب الاستئثار، تجعل كل طرف يسعى للفوز بالعملية التفاوضية انطلاقا من اعتقاده أنه الأحق بالفوز، ومن ثمة يطغى الاندفاع إلى تحقيق هذا الفوز بصورة تجعل احتمالات خسارته وكسب الطرف الآخر غير وارد⁽²⁾.

وإذا كانت صور التعاون لا تدخل تحت حصر فإن كل فعل أو تصرف يقوم على تبادل الثقة والمعلومات ويندرج تحت بند التعاون، ومن صور التعاون الوطيد بين أطراف التفاوض أن يحترم المتفاوضون مواعيد الجلسات والاستعانة بخبراء أحيانا إذا اقتضى الأمر ذلك، وذلك لحسم المسائل الفنية محل الخلاف بين المتفاوضين، والجدية في مناقشة جدول الأعمال وما يقدم من عروض والامتناع عن التصلب للرأي من خلال ابتداء الاستعداد الدائم لتقديم تنازلات، كما يفترض هذا الالتزام ان يتقدم المتفاوض بعروض جدية لا بعروض مبالغ فيها بهدف إفشال المفاوضات، وأن لا يسعى على خلق منازعات ووضع عراقيل لإجهاض العملية التعاقدية، كوضع الرسائل غير المرغوب فيها وإرسالها إلى البريد الإلكتروني للمتفاوض الآخر⁽³⁾.

(1) خالد عجالي، المرجع السابق، ص 159.

(2) محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 166.

(3) المرجع نفسه، ص 167.

ثانيا: الالتزام بالشفافية

الالتزام بالشفافية يدخل ضمن الالتزامات الملقاة على الأطراف المتفاوضة إلكترونياً ومعنى ذلك هو التزام كل متفاوض بتحري الدقة فيما يقدمه من بيانات أو معلومات للمتفاوض الآخر، فيجب ان تتسم هذه المعلومات بالدقة والشمولية وألا تكون مغلوطة أو مفرطة في التفاؤل أو مغرقة في التشاؤم أو بالية أو غير ملائمة للعقد موضوع التفاوض او من شأنها أن توقع الطرف الآخر في غلط يدفعه للتعاقد، حيث يجب على كل متفاوض أن يسلك اتجاه الآخر مسلکا يتسم بالشفافية في كل ما يقدمه من معلومات حتى يستطيع الطرف الآخر أن يحاط بكل مكونات العقد المتفاوض بشأنه عن بينة واقتناع⁽¹⁾.

وهذا فشمولية المعلومات التي يقدمها المتفاوض عبر الأنترنت للطرف الآخر يجب ألا تكون ناقصة، بل يجب أن تكون تامة وكاملة، حيث أن مبدأ الشفافية يقتضي الوضوح وتفادي الغموض والحيل أو إعطاء وعود وأمال كاذبة⁽²⁾، ومعنى ذلك أن المعلومة التي يقدمه كل متفاوض إلى آخر يجب أن تكون دقيقة وكاملة بالقدر الذي يسمح بالاعتماد عليها، وتكفي في ذاتها لكي يتخذ المتفاوض الذي قدمت له قراره على أساسها.

ومن صور الإخلال بالالتزام بالشفافية نذكر على سبيل المثال، إنهاء المفاوضات في وقت غير ملائم وبدون سبب مشروع، حيث يقتضي عدم الدخول في التفاوض إلا إذا كان لدى المتفاوض نية حقيقية وجادة في التعاقد، مع بذل كل طرف ما في وسعه من جهد لمواصلة التفاوض حتى بلوغ الهدف المنشود من عملية التفاوض⁽³⁾.

ولهذا يمكن اعتبار مواصلة التفاوض الإلكتروني كالتزام بالشفافية مجرد التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة، بحيث يلتزم المتفاوض ببذل العناية اللازمة لإنجاح المفاوضات دون أن يلتزم بإبرام العقد النهائي، فهو يلتزم فقط بألا يقوم بقطع المفاوضات بدون سبب معقول

(1) محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 167.

(2) خالد عجالي، المرجع السابق، ص 159-160.

(3) محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 167.

وبدون سابق إنذار، حيث يلتزم بالكشف للمتفاوض الآخر برغبة في إنهاء التفاوض في الوقت في الملائم وعدم تركه في حالة من الغموض، وبت آمال كاذبة لديه في أن العقد موضوع التفاوض على وشك الانعقاد على الرغم أنه اتخذ قرار بإنهاء المفاوضات⁽¹⁾. إن هذه الصور التي سبق التطرق إليها على سبيل المثال لا الحصر، ماهي إلا التزامات تقع على الأطراف المتفاوضة إلكترونياً يشملها الالتزام بالشفافية، تكون الغاية منهي خروج العقد الذي تم إبرامه بعد ذلك في صيغة صحيحة مع دراية الأطراف المتفاوضة بكل بنوده.

الفرع الثاني: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

يعتبر مبدأ الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات من أهم ما يقتضيه مبدأ حسن النية، حيث أن السير الأمل بالمفاوضات الإلكترونية للوصول إلى الهدف منها، يتطلب من الطرفين أو كلاهما ان يبوح للآخر ويطلع على جميع الأسرار الهامة والتي لها صلة بالعقد المراد إبرامه، وتزداد أهمية الحفاظ على سرية المعلومات التي حصل عليها الطرفين في المفاوضات، خصوصاً في العقود ذات الطابع التقني والمعلومات على الخصوص ولأهمية هذا الالتزام، نرى من المفيد التطرق له من حيث المضمون (أولاً) والنطاق (ثانياً)⁽²⁾.

أولاً: مضمون المحافظة على سرية المعلومات

إن الالتزام بضمان سرية المعلومات يلتزم به كل متفاوض للآخر حتى ولو لم يكن ما أفضى به المتفاوض إلى الطرف الآخر من معلومات لا تتمتع بالحماية القانونية أو الاتفاقية⁽³⁾، مما يحتم على الأطراف واجب الامتناع عن إفشاء هذه الأسرار والامتناع عن استغلالها وهذا ما سلم به بعض الفقه⁽⁴⁾.

(1) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 24.

(2) خالد عجالي، المرجع السابق، ص 159-16.

(3) محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 168.

(4) المرجع نفسه، ص 168-169.

على أن المتفاوض يظل ملزماً دائماً بالمحافظة على الأسرار حتى ولو لم يكن ثمة اتفاق، حيث يعترفون بقيام هذا الالتزام عاتق الطرفين سواء اتفق عليه صراحة أولاً، إذا ان هذا الالتزام تفرضه قواعد حسن النية في التفاوض الإلكتروني، وعليه فإن الذي يطلع على الأسرار خلال المفاوضات الإلكترونية في عقود التجارة الإلكترونية عن طريق بيانات أو بصفة شفاهية عن طرق المحادثة أو المشاهدة أو عن طريق رسائل إلكترونية يمنع عليه كلياً إفشائها للغير، كما يلتزم المتفاوضين بالمحافظة على سرية جميع المعلومات سواء خلال سير عملية التفاوض أو بعد فشلها وانتهائها.

ثانياً: نطاق المحافظة على سرية المعلومات

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

لذا من الضروري إحاطة سير المفاوضات ونتائجها بحاجز أمني يقوم على تقينه التشفير الإلكتروني للمعلومات، والغاية من نظام التشفير هو منع الغير من الاطلاع على المعلومات التي تعد سرية من وجهة نظر أصحابها، ولقد تدخل المشرع لهذا الغرض في القانون 04-15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين في المادة 2 الفقرة 8 و 9 منه مكتفياً بتعريف وسيلته وخدمته⁽¹⁾.

المبحث الثاني: المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزامات التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية

المطلب الأول: المسؤولية المدنية للتفاوض الإلكتروني

"المسؤولية بشكل عام هي محاسبة شخص على فعل أو بمعنى آخر أنها جزاء على مخالفة الشخص أحد الواجبات الملقاة على عاتقه، التي تكون بدورها إما واجبات مصدرها القانون

(1) محمد بوكماش، كمال تكواشت، المرجع السابق، ص 169.

أو واجبات فرضها المجتمع، فإذا ارتقى الإخلال إلى اعتداء أصاب المجتمع فإن المسؤولية التي تنشأ هي المسؤولية الجزائية، ويكون الجزاء عليها هو الردع عن طريق توقيع العقوبة، أما إذا أصاب الإخلال حق الغير، فالمسؤولية التي تنشأ هي المسؤولية المدنية، ويكون الجزاء المترتب عليها هو جبر الضرر، إما بإعادة الحال إلى ما كان عليه أو بالتعويض عما لحق الغير من ضرر⁽¹⁾.

والمسؤولية المدنية بدورها تنقسم إلى نوعين: المسؤولية العقدية وتتحقق إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي، أما المسؤولية التقصيرية فتتحقق إذا أحل شخص بما فرضه القانون من التزام بعدم الإضرار بالغير⁽²⁾.

الفرع الأول: المسؤولية العقدية للإخلال بالتزامات التفاوض الإلكتروني

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

أولاً: 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 يقصد الضمان الضمني"⁽³⁾.

(1) عايد رجا الخاليلة، "المسؤولية التقصيرية الإلكترونية: المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والإنترنت"، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، متاح على الرابط <https://pmb.univ-saida.dz> / اطلع عليه بتاريخ 7/06/2021.

(2) المرجع نفسه.

(3) عبد القادر بلاوي وعبد القادر اقصاصي، المرجع السابق، ص 165.

فالخطأ العقدي يتحدد في حالة عدم تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق الطرف المتفاوض فقيام أي طرف من أطراف التفاوض بقطع المفاوضات دون سبب، فإن هذا الطرف يكون قد ارتكب خطأ بحق الطرف الآخر يوجب عليه المسؤولية نتيجة عدم التزامه بمبدأ حسن النية في التفاوض، ويتمثل الخطأ العقدي أيضا في مرحلة المفاوضات العقدية الإلكترونية في حالة قيام احد الأطراف بالاطلاع على أسرار الطرف الآخر نتيجة المفاوضات وقيامه باستغلال ذلك لأغراض خاصة فيه، فعندئذ يعد مخطأ نتيجة إخلاله بالالتزام المحافظة على الأسرار التي يتم الاطلاع عليها أثناء التفاوض (1).

"إلا أن هناك اتجاه من الفقه رفض فكرة العقد الضمني، إذ ليس هذه الأخيرة سوى مجرد افتراض لا وجود له في الحقيقة فمن غير المتصور بقاء الاتفاق الملحق بالعقد رغم عدم قيام العقد الأصلي أو ثبوت بطلانه أو إبطاله، فالنتيجة المنطقية للعدول عن التعاقد هي زوال إرادة أحد الطرفين قبل أن تلتقي بإرادة الطرف الآخر.

إلا أنه وبالرغم من ذلك يمكن لنا القول بأن فكرة الخطأ عند تكوين العقد تتماشى مع فكرة التفاوض الكترونيا، وخصوصا وأن الأطراف المتفاوضة قد تبرم اتفاقيات بعضها ذات قيمة قانونية، يرتب على مخالفتها قيام مسؤولية مدنية تكيف على أنها مسؤولية عقدية" (2).

ثانيا : نظرية الوكالة

تعد المسؤولية المترتبة في مرحلة المفاوضات وفق هذه النظرية مسؤولية عقدية تقوم على أساس عقد وكالة ضمني، ومن ثم تكون الدعوى الناتجة من قطع المفاوضات دعوى عقدية تجدد أساسها ضمن أحكام الوكالة (3).

(1) مصطفى خضير نشمي، "النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد"، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2013-2014، ص73-74.

(2) كمال تكواشت ومحمد بوكماش، المرجع السابق ص171.

(3) المرجع نفسه، ص171.

"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 يمنع ذلك من التضحية بمصلحة الطرف المتفاوض معه، 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⁾.

الفرع الثاني المسؤولية التقصيرية للإخلال بالتزامات التفاوض الإلكتروني

أولاً 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 خروج 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"⁽²⁾.

هذه النظرية برغم من تأييدها من طرف غالبية الفقهاء، لعدالتها وسهولتها وقدرتها على ضبط تحركات أطراف التفاوض 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

(1) عبد القادر بلاوي وعبد القادر اقصاصي، المرجع السابق، ص 166.

(2) المرجع نفسه، ص 167.

والتعويض لا يشمل مقابل عن تفويت فرصة الحصول على مزايا العقد المراد إبرامه على أساس أنها أضرار غير مباشرة التي تجبر بالتعويض⁽¹⁾.

ثانيا: نظرية الفضالة

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

وقد تعرضت هذه النظرية بدورها إلى النقد مما جعلها لا تصلح كأساس لتحديد طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات وذلك لاعتبارات أهمها :
إن الفضالة تفترض أن يكون رب العمل جاهلا بتدخل الفضولي، في حين أن المتفاوض يقوم بما يلزم لإبرام العقد بعلم من المتفاوض الآخر وبمشاركة منه أحيانا.⁽³⁾

الفرع الثالث: نظرية المسؤولية 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 أيضا، دون أن تؤخذ بنظر الاعتبار الخصوصية التي تتمتع بها مرحلة المفاوضات وتنبع هذه الخصوصية من كونها تقوم قبل إبرام العقد، ومن

(1) عبد القادر بلاوي وعبد القادر اقصاصي، المرجع السابق، ص 167.

(2) كمال تكواشت ومحمد بوكماش، المرجع السابق، ص 173.

(3) المرجع نفسه، ص 173.

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. "(1)

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، وللإشارة في عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين استناداً إلى استقلال كل واحدة بنظام قانوني خاص، وللمضرب لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويين "(2).

المطلب الثاني: أركان قيام المسؤولية المدنية للتفاوض الإلكتروني

لا تقوم المسؤولية المدنية إلا بوجود خطأ سبب ضرراً للمتعاقد الآخر، وأيا كان أساس هذه المسؤولية، فإن قيامها لا يتحقق إلا بعناصرها الأساسية المتمثلة في الخطأ، الضرر والعلاقة السببية.

هذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب خطأ المتفاوض الإلكتروني كفرع أول والضرر والعلاقة السببية كفرع ثاني.

الفرع الأول: خطأ المتفاوض الإلكتروني

الخطأ هو الشرط الأول من شروط المسؤولية المدنية عامة، والمسؤولية العقدية خاصة، حيث يعد أساس بناء المسؤولية فبدونه لا يمكن الحديث عن ضرر منسب للمسؤولية، والمشرع لم يتطرق سواء في مصر أم في فرنسا إلى بيان تعريف محدد للخطأ وإنما ترك الأمر لاجتهادات الفقه الذي لم يفرق في تعريف الخطأ بين الخطأ العقدي والخطأ التقصيري، ولسنا هنا بقصد

(1) مرزاقه معمرى، المرجع السابق، ص52.

(2) المرجع نفسه.

تحديد مفهوم الخطأ بصفة عامة وبيان هذه الآراء وإنما نقف فقط عندما يخص منها خطأ المتفاوض الانترنت، فالبعض في الفقه الفرنسي قد ذهب إلى تعريف الخطأ بأنه هو الإخلال بالتزام سابق والبعض إلى القول بأنه إخلال بواجب كان في وسع المخل أن يتبناه وأن يلتزم به⁽¹⁾.

وعلى ذلك يمكن تعريف خطأ المتفاوض عبر وسائل الاتصال عن بعد، بأنه تقصير في مسلك المتفاوض عبر وسائل الاتصال عن بعد، لا يقع من متفاوض يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمتفاوض المسؤول⁽²⁾.

أولاً: صور خطأ المتفاوض المفترض إلكترونياً

1. رفض الدخول في المفاوضة:

بمجرد اتفاق الأطراف على الدخول في المفاوضات إلا ويقع على عاتقهما التزام بالدخول في التفاوض في الموعد المحدد لذلك أو في المدة المناسبة، فإذا رفض أو تأخر أحد الطرفين الدخول في المفاوضات اعتبر مخالفاً بالتزامه العقدي مما يؤدي إلى قيام المسؤولية⁽³⁾.

2. قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع

من المتفق عليه أن المفاوضات تركز على مبدأ الحرية، فالمتفاوض له مطلق الحرية في الدخول في المفاوضات أو الاستقرار فيها أو قطعها وذلك إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد الذي يهيمن على المرحلة قبل العقدية، إلا أن قطع المفاوضات يجب أن يستند على سبب مشروع

(1) أيمن أحمد الدلوع وآخرون، "الممارسات القانونية والتدريبات العملية"، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد للنشر، الرياض، 2019، ص158.

(2) المرجع نفسه.

(3) كمال تكواشت ومحمد بوكماش، المرجع السابق، ص177.

فإذا لم يكن هناك مبرر مشروع فإن قطع التفاوض يكون خطأ منافياً لقواعد حسن النية، أما إذا وجد المبرر فإن القطع لا يعتبر خطأ حتى ولو ترتب عليه ضرر للطرف الآخر⁽¹⁾.

3. إفشاء الأسرار:

التي تم الاطلاع عليها أثناء التفاوض أو استغلالها دون إذن الطرف الآخر حيث يعتبر عنصر السرية من أهم الالتزامات التي يحرص عليها الأطراف سواء تم التعاقد أم لا.⁽²⁾

ثانياً إثبات خطأ المتفاوض الإلكتروني

يرى بعض الفقهاء أن الالتزام بالتفاوض الناشئ عن عقد التفاوض يتكون من شقين الأول هو التزام بالدخول في المفاوضات وهو التزام بتحقيق نتيجة، أما الشق الثاني والمتمثل في الالتزام بمواصلة المفاوضات أو الاستمرار فيها فهو التزام ببذل عناية في حين يرى البعض الآخر على أن التزام المتفاوض عبر الإنترنت تتحدد طبيعته حسب شخص المدين الذي اخل بالتزامه فلاشك أن مسؤولية المهني المحترف يجب أن تكون أشد وأخطر فيما يتعلق باحترام الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض من مسؤولية غير المحترف، فإذا كان بوسع المدين غير المحترف أن يتمسك بحقه في إبرام العقد المتفاوض من أجله باعتبار أن كل ما تكبده من نفقات في حالة المفاوضات تدخل ضمن مخاطر العمل⁽³⁾.

" فإن المدين المحترف لا يستطيع أن يتمسك دائماً بذلك أما الحالة التي يكون فيها التفاوض بين شخصين عاديين فإن عبء الإثبات يقع على عاتق الطرف المضرور"⁽⁴⁾.

وفي المقابل إذا كان التفاوض بإحدى الوسائل الإلكترونية بين شخصين أحدهما محترف والآخر غير محترف قامت قرينة لصالح المتفاوض الغير محترف على خطأ المتفاوض الآخر

(1) يمينة بوزبوجة، "المسؤولية المدنية الناجمة عن المعاملات الإلكترونية"، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون مدني، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012، ص 47.

(2) المرجع نفسه، ص 47.

(3) كمال تكواشت ومحمد بوكماش، المرجع السابق ص 178.

(4) المرجع نفسه.

ويكون التزام المحترف وسطا بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية، فيكون التزاما بذل عناية مصحوبة بقرينة بسيطة على الخطأ ومن ثم يتوجب على المتفاوض المحترف إثبات براءته من الخطأ طبقا للقواعد العامة للإثبات⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الضرر والعلاقة السببية

أولا: الضرر في مرحلة التفاوض الإلكتروني

"يعد الضرر الركيزة الأساسية في المسؤولية المدنية كونه الركن الثاني في المسؤولية المدنية، إذ يوصف بأنه روحها وعلتها التي تدور معها وجودا وعدما وشدة وضعفا، لان انتفاء الضرر وانعدامه يؤدي إلى انتفاء وانعدام المسؤولية بغض النظر عن جسامته الخطأ أو بساطته كون الضرر هو مناط تقدير التعويض ومبرر وجوده وليس الخطأ، وهو الوقف الذي يتبناه القضاء المدني إذ الحديث إذ لا تعويض بدون ضرر."⁽²⁾

إلا أن المشرع المدني الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الضرر غير أن الفقيه الجزائري بلحاج العربي عرف الضرر على أنه الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذا قيمة مالية أو لم يكن⁽³⁾.

"والضرر قد يكون ماديا متمثلا في المساس بالمصلحة المالية، وقد يكون أدبيا يصيب المضرور في قيمة غير مالية كشعوره أو عاطفته أو سمعته أو غير ذلك من القيم، ويشترط لتعويض الضرر المادي لن يكون محققا فاحتمال الضرر لا يصلح لطلب التعويض بل يلزم تحققه، ويجوز للمضرور ان يطالب بالتعويض عن الضرر المستقبل متى كان محقق الوقوع"⁽⁴⁾.

(1) كمال تكواشت ومحمد بوكماش، المرجع السابق، ص 178.

(2) بوبكر قارس، "المسؤولية المدنية في مجال المعاملات الإلكترونية"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، 2020-2021، ص 36.

(3) المرجع نفسه، ص 36.

(4) يمينة بوزبوجة، المرجع السابق، ص 146.

"ومن أمثلة الضرر المادي نفقات التفاوض التي تكبدها المتفاوض المضرور في سبيل الإعداد للعقد المنشود، كنفقات إعداد دراسات الجدوى، وتقارير الخبراء، وإعداد دفتر الشروط، ومن أمثلة الضرر المادي كذلك الوقت الذي ضاع في مفاوضات لم تسفر عن شيء مادام أن المضرور قد استطاع أن يقيم الدليل على أن ما ضاع من وقت ما كان يضيع لوال دخوله في المفاوضات ومن أمثلة الضرر المعنوي، الإساءة إلى سمعة المتفاوض التجارية ذلك أن قطع التفاوض فجأة وبدون مبرر يعتبر من قبيل الضرر الأدبي" (1).

ثانيا: العلاقة السببية

تعد علاقة السببية أو رابطة السببية الركن الثالث لقيام المسؤولية المدنية فهي عنصر لا يقل أهمية عن عنصري الخطأ والضرر، حيث أن هذين الأخيرين يصبحان بلا معنى ولا جدوى من تحققهما في حالة عدم وجود رابطة السببية بينهما، كون أن الضرر يكون نتيجة للخطأ الذي أحدثه المتفاوض عبر الانترنت وذلك لعدم الوفاء بأحد التزاماته، أي أن الضرر ناتج بفعل الخطأ ولولا الخطأ لما وقع الضرر، وعليه يجب أن يكون الضرر تحقق نتيجة ارتكاب الخطأ وإلا انتفت علاقة السببية (2).

"وتكتسي العلاقة السببية أهمية في تحديد نطاق المسؤولية وخاصة في فرضية تعدد الأسباب المؤدية لحصول الضرر، فهذا الأخير في أغلب الأحيان يترتب عليه أضرار أخرى، حيث يتعين معرفة هل يستحمل الشخص الذي سبب الضرر الأول كل الأضرار الأخرى المترتبة عليه أو لا، وللقضاء دور مهم في توضيح مدى وجود العلاقة السببية" (3).

المطلب الثالث: جزاء الإخلال بالتفاوض في عقود التجارة الإلكترونية

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

(1) كمال تكواشت ومحمد بوكماش، المرجع السابق، ص 179.

(2) بوبكر قارس، المرجع السابق، ص 53.

(3) كمال تكواشت ومحمد بوكماش، المرجع السابق، ص 179.

التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية متى كان التنفيذ ممكنا وطلبه الدائن، أما التنفيذ بمقابل فيتم عن طريق التعويض المالي الذي يعد القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية وعليه فإن التعويض عن الأضرار في المرحلة السابقة على التعاقد يأخذ صورتين بأن ينفذ الدائن عن ما التزم به أولا أو أن يلجأ إلى الالتزام بمقابل فيقضي تعويضا وهو الغالب ثانيا. (1)

الفرع الأول: التنفيذ العيني

التنفيذ العيني هو أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما إلتزم به، ويقع هذا كثيرا في الالتزامات العقدية، أما في المسؤولية التقصيرية فيمكن ذلك في قليل من القروض كأن يجبر المدين على التنفيذ العيني وهو يعتبر الوسيلة الأصلية للوفاء بالالتزام وقد نصت المادة 203 من القانون المدني المصري صراحة على ذلك حيث بينت الفقرة 1 من ذات المادة على "يجبر المدين بعد أعداره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا" وتقابلها المادة 164 من القانون الجزائري وما يليها عن الأخذ به كل ما أمكن ذلك (2).

إلا أن الفقه في مجموعه لم يتردد في استبعاد التنفيذ العيني في مجال التفاوض استنادا لأسباب منها:

"إن طبيعة مرحلة المفاوضات على العقد تقتضي روح التعاون فلا يمكن فرض التفاوض فرضا على غير راغب في ذلك، كما 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" (3).

(1) عبد السلام حداد ومنال خطاب، المرجع السابق، ص 79.

(2) المرجع نفسه، ص 80.

(3) مرزاقة معمري، المرجع السابق، ص 57.

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 ألم بالتفاوض الآخر بحيث يشمل التعويض ما لحق المتفاوض من خسارة وما فاتته من ضرر"⁽¹⁾.

وتحدد الخسارة التي تلحق بالمتفاوض من جراء إخلال المتفاوض الآخر بالمفاوضات بمقدار النقص المالي، ويتمثل ذلك في النفقات التي صرفها في سبيل التحضير لإبرام العقد، كنفقات إعداد الدراسات وتكاليف استشارة الخبراء، وأجرة الوسطاء، ومصاريف السفر لمعاينة الأجهزة والآلات التي يجري التفاوض لشرائها...⁽²⁾

"ولا يشترط في الخسارة التي يعوضها أن تكون مادية، فقد تكون أدبية كما في حالة إثارة الأقاويل حول السمعة أو المركز المالي للمتفاوض، فمثلا قد يثق المتفاوض بان المفاوضات ستؤدي حتما إلى إبرام العقد فيعتمد على ذلك ويبرم عقد آخر مع الغير، ثم لا يستطيع تنفيذ هذا العقد بسبب قطع المفاوضات، فيضعف الثقة والائتمان به وتسوء سمعته التجارية"⁽³⁾.

ومنه نلاحظ على مما سبق أن التعويض عن الإخلال بالمفاوضات يقتصر على الخسارة التي أصابت المتفاوض دون الكسب الذي كان سيحصل عليه لو أبرم العقد.

(1) مرزاقه معمرى، المرجع السابق، ص 57.

(2) مصطفى خضير نشمي، المرجع السابق، ص 86.

(3) المرجع نفسه، ص 86.

خلاصة الفصل الثاني

تطرقنا في هذا الفصل إلى أهم الالتزامات الناشئة عن مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني أو ما يطلق عليها التفاوض الإلكتروني، على غرار مبدأ الالتزام بحسن النية والإعلام، وكذا الالتزام بالتعاون والشفافية وصولاً إلى الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، وتبقى هذه الالتزامات الناشئة على التفاوض الإلكتروني تقع على كلا الطرفين المتفاوضين، كما إن إخلال أحدهما بالتزاماته هو ما يترتب عليه مسؤولية عقدية أو تقصيرية، ثم تعرضنا إلى أركان قيام هذه المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، والجزاء المترتب عنه الذي قد يكون في صورة تنفيذ عيني أو تنفيذ بمقابل (عن طريق التعويض).

الخاتمة

خاتمة

يعد التفاوض الإلكتروني من المواضيع المهمة في عصرنا هذا، نظرا للدور الذي يلعبه في توجيه سير المفاوضات الإلكترونية والتي يهدف من خلاله الطرفان في المفاوضات من التحضير والتمهيد والمناقشة والمساومة للوصول إلى إبرام العقد النهائي، إلا أنه ونظرا لحداثة هذا لم يتطرق المشرع الجزائري للمرحلة السابقة للتعاقد في عقود التجارة الإلكترونية بصفة توضيحية، واكتفى بالتعرض إلى بعض الالتزامات المقررة على المتفاوضين على غرار إجراء التفاوض بحسن النية، الالتزام بالإعلام والتعاون وذلك في قانون التجارة 05-18.

بعد الدراسة والتحليل ومن خلال ما تناولناه في موضوعنا، توصلنا إلى أن التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية يكتنفه الغموض وفيه من القصور في بعض جزئياته ما يجعل منه موضوعا خصبا للدراسة مستقبلا، حيث أغفلت اغلب التشريعات دراسته وهو ما سار عليه المشرع الجزائري الذي ترك أمره للفقه والقضاء، فالهدف منه إعطاء مساحة أكبر للتفكير وتبادل وجهات النظر، والسرعة في الوصول إلى اتفاق من خلال تقريب وجهات النظر وتبادل الأفكار آنيا، خفض تكاليف السلع والخدمات، في حين تبقى عملية فشل المفاوضات في حد ذاتها مفاوضات جيدة وحققت الهدف منها وذلك لأن عدم التعاقد خير من إبرام عقد يفتح بابا للمنازعات والخلافات القانونية مستقبلا.

كما أن الإخلال بأي من الالتزامات الناشئة عن التفاوض الإلكتروني أو حتى قطع المفاوضات الإلكترونية في عقود التجارة الإلكترونية دون سبب جدي، يرتب مسؤولية المتفاوض المخل وعليه فإن أهم النتائج المتوصل من خلال هذه البحث يمكن تلخيصها فيما يلي :

- التفاوض الإلكتروني ثنائي الجانب ويتم باتفاق الأطراف المتفاوضة، ويقوم على أساس التبادل والأخذ والعطاء، كما يعتبر مرحلة تمهيدية لإبرام العقد النهائي، يتصف بأنه ذو نتيجة احتمالية، كما يتميز بالانعدام المادي للطرفين.

- تترتب على مرحلة المفاوضات الإلكترونية في عقود التجارة الإلكترونية التزامات مهمة تقع على عاتق الأطراف المتفاوضة، أهمها الالتزام بالدخول في المفاوضات والاستمرار فيها، الالتزام بحسن النية والإعلام وعدم إفشاء الأسرار.
- التفاوض الإلكتروني لا يختلف عن التفاوض التقليدي إلا من خلال وسيلة إبرامه حيث يتم من خلال وسائل إلكترونية.
- من حيث المبدأ لا يرتب القانون آثاراً قانونية على المفاوضات الإلكترونية فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يقرره وليس هناك مسؤولية على من قام بذلك ولا يجب عليه إثبات ما أقدم عليه ولا توضيح أسباب ودوافع العدول إلا أنه تقوم عليه مسؤولية سواء كانت عقدية أو تقصيرية إذا اقترن العدول بخطأ صدر منه وفي هذه الحالة تطبق عليه مسؤولية من ارتكب الفعل.
- التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية حقيقة يفرضها التطور التكنولوجي الحاصل في مجال الاتصالات، حيث أضحت واقع يفرض نفسه بشكل متزايد.
- المشرع الجزائري أغفل تنظيم مرحلة التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية بأحكام خاصة بالرغم من تنظيمه لأحكام العقد الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية.
- الفراغ التشريعي في تنظيم مرحلة التفاوض الإلكتروني من شأنه أن ينعكس على تطور هذه التجارة في الجزائر، كما يؤثر سلباً على الطرف الضعيف في عملية التعاقد الإلكتروني.
- وفي نهاية بحثنا يمكننا تقديم التوصيات التالية:
- وجوب الاهتمام بمرحلة التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية وتنظيمها بأحكام تشريعية تفصيلية وتوضيحية وإعطاء عقود التجارة الإلكترونية أهمية أكبر وبصفة خاصة، حتى تعمل على مسايرة التطور التكنولوجي وتستجيب للمستجدات الطارئة التي يعرفها الاقتصاد العالمي في مجال المعاملات الإلكترونية حتى يمكنها من الاستجابة لضروريات الفكر القانوني المعاصر وفض جميع المنازعات الداخلية والخارجية في هذا المجال وسد جميع الثغرات القانونية.

- إزّام المفاوض بالجدية في هكذا نوع من العقود.
- تشجيع الباحثين الجزائريين سواء كانوا جامعين، أكاديميين على تناول مرحلة التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية في أبحاثهم على اعتبار أن هذه الموضوع حديث بالنسبة للباحثين.
- الاهتمام بالتكوين وتفعيله من خلال الأيام الدراسية والتكوينية والملتقيات على الصعيد الوطني والعربي ولما لا العالمي.
- إعطاء الأولوية على مستوى جامعتنا لمثل هذه المواضيع التي تبقى جديدة نسبيا من خلال تشجيع البحث العلمي في هذا المجال والبحث عن النجاعة في مثل هذه المواضيع وإعطاء السبق العلمي لجامعة الشاذلي بن جديد من أجل ربط البحث العلمي بالجانب الاقتصادي وإحداث التوأمة التي بينهما من خلال العلاقة (بحث علمي - تطور اقتصادي).

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

— سورة النساء.

ثانياً : النصوص القانونية

- قانون اليونسفال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، 1996.
- الأمر رقم 03-09 المؤرخ في 29 صفر 1430 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر العدد 15 المؤرخ في 11 ربيع الأول عام 1430 هـ الموافق لـ 8 مارس 2009.
- قانون رقم 05-18 المؤرخ في 27 شعبان عام 1439 الموافق لـ 10/05/2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر ج ر عدد 28 الصادر في 16/05/2018.
- الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر، العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم، الأمر 05-07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق لـ 23 مايو 2007، ج ر، العدد 31، المؤرخة في 2007 المتضمنة القانون المدني
- المرسوم التنفيذي رقم 13-378، مؤرخ في 5 محرم عام 1435 الموافق لـ 09 نوفمبر سنة 2013. ج ر، رقم 56 مؤرخة في 18 نوفمبر سنة 2013، الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك.
- المرسوم التنفيذي رقم 98/257، المؤرخ في 3 جمادى الأولى 1419 هـ، الموافق لـ 25 غشت 1998، يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمة الأنترنت واستخدامها.
- الأمر رقم 03/200، المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1421 هـ، الموافق لـ 5 غشت 2000، يحدد القواعد المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية و اللاسلكية، ج ر، العدد 48، 2000.

ثالثاً المؤلفات (الكتب)

- أبو الهيجاء محمد ابراهيم، "عقود التجارة الإلكترونية" دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2017.
- برهم نضال اسماعيل، " أحكام عقود التجارة الإلكترونية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- بلحاج العربي، "الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني"، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010.
- الحيايبي وليد، "الإطار النظري للمحاسبة في ضل عمليات التجارة الإلكترونية"، ددن، و دمن، 2016.
- خليفة محمد احمد كاسب، "الإثبات والالتزامات في العقود الإلكترونية"، ط1، دار الفكر الجامعي، إسكندرية، 2019.
- الدلوع يمن احمد وآخرون، "الممارسات القانونية والتدريبات العملية"، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد للنشر، الرياض، 2019.
- شاهين محمد عبد الله، "التجارة الإلكترونية العربية بين التحديات وفرص النمو"، دار حميثرا للنشر والترجمة، القاهرة مصر، 2017.
- عبد القوي عبد الصبور علي مصري، "التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية"، ط1، الرياض السعودية، 2012.
- العطار هاني وجيه، "التجارة الإلكترونية"، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2016.
- فتوح صفاء جمعة، "العقد الإداري الإلكتروني"، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، دس.ن.
- كافي مصطفى يوسف، "التجارة الإلكترونية"، دار ومؤسسة رسلان للنشر والتوزيع، سوريا دمشق، 2010.
- المطالقة محمد فواز، "الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية: أركانها -إثباتها -حمايتها (التشفير) -التوقيع الإلكتروني- القانون الواجب التطبيق - دراسة مقارنة"، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- ممدوح خالد إبراهيم، "عقود التجارة الإلكترونية في القانون الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية"، دار الفكر الجامعي، إسكندرية، 2020.

رابعاً المقالات

- أرجيلوس ريجاب، مسعودي يوسف، "الإطار القانوني للتفاوض في العقد الإلكتروني"، مجلة معالم الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم القانونية، جامعة أحمد داريه، أدرار، الجزائر، ع3 مارس 2018.
- بلاوي عبد القادر، أفصاصي عبد القادر، "النظام القانوني للتفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية" مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية، أدرار الجزائر، المجلد 8، العدد 1، 2020.
- بورزق احمد، "دور الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في تنوير إرادة المستهلك"، مجلة الدراسات القانونية والدراسية، جامعة الخلفة، ع 03، جانفي 2017.
- بوكماش محمد، تكواشت كمال، "الآثار القانونية للتفاوض الإلكتروني"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 7، جامعة عمار ثليجي الأغواط الجزائر، 2018 .
- جاسم مها نصيف ، رشا عامر صادق، "التفاوض الإلكتروني"، مجلة مراد الأدب، العدد 15، المجلد 1، الجامعة العراقية، كلية الآداب، 2018.
- عقوبي محمد، "الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السابع.
- العوضي احمد عبد الله، العوامل المؤثرة في التسويق والتجارة الإلكترونية، مجلة الاقتصاد والمجتمع، عميد كلية الدراسات التجارية، الكويت عدد 6، 2010.
- هدى المقداد، "العقد الإلكتروني"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 3، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة 2017، ص 8.

خامساً الرسائل والمذكرات.

- بكوش تقي الدين و بن يحي عبد الغني، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، 2017-2018
- بن احمد صليحة، "المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات"، رسالة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2016.
- بن وارث حكيمة، "دور وأهمية التجارة الإلكترونية في اقتصاد المعرفة مع الإشارة للعالم العربي"، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية تخصص منجمنت المؤسسة، معهد العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، 2007-2008
- بوخلفي محمد السعيد قويدر، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015-2016
- بوزبوحة بيمينه، "المسؤولية المدنية الناجمة عن المعاملات الإلكترونية"، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون مدني، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012
- حامدي بلقاسم ، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014-2015.
- حداد عبد السلام ، خطاب منال، " التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الدولية"، مذكرة ماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قلمة، 2017-2018.
- دحداح سهيلة ورزقي ليلي "الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012-2013.
- ديمش سمية، التجارة الإلكترونية حتميتها وواقعها في الجزائر، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة متنوري قسنطينة، 2010-2011.

- سلهب لما عبد الله صادق ,مجلس العقد الالكتروني, أطروحة لاستكمال الحصول على شهادة الماجستير في القانون ,كلية الدراسات العليا ,جامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين, 2008
- صراع كريمة, واقع وأفاق التجارة الالكترونية في الجزائر, مذكرة مقدمة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة ماجستير في العلوم التجارية ,كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية ,جامعة وهران, 2013 - 2014
- العتيبي محمد ذعار , النظام القانوني للعقد الالكتروني دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والأردني, رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص, كلية الحقوق, جامعة الشرق الأوسط, 2012/2013
- الفهداوي محمد هادي فرج "الأهلية القانونية للتعاقد في البيئة الالكترونية (دراسة مقارنة)", رسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص, كلية الحقوق, جامعة الشرق الأوسط, حزيران 2020.
- قارس بوبكر, "المسؤولية المدنية في مجال المعاملات الالكترونية", رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص عقود ومسؤولية مدنية, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة الحاج لخضر باتنة 1, 2020-2021.
- معمري مرزاققة, "المفاوضات في عقود التجارة الدولية باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال", مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في الحقوق, قانون خاص, جامعة قاصدي مرباح, ورقلة, 2015-2016.
- نجاعي امال و موساوي لامية, التراضي في العقد الالكتروني, مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية, 2012-2013.
- نشمي محمد خضير, "النظام القانوني للمفاوضات التمهيديّة للتعاقد", رسالة ماجستير في القانون الخاص, كلية الحقوق, جامعة الشرق الأوسط, 2013-2014.

سادسا الموثيق الدولية

- اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع الصادرة سنة 1980 منشورة على الموقع الالكتروني <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents>

سابعا الكتب والمقالات والبحوث المنشورة عبر المواقع الالكترونية

- الخلايلة عايد رحا, "المسؤولية التقصيرية الإلكترونية: المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والإنترنت", عمان, دار الثقافة للنشر والتوزيع, 2009, متاح على الرابط <https://pmb.univ-saida.dz>.
- الحلبي منذر إبراهيم حسين ، الدهان عقيل فاضل حمد "الإطار القانوني لعقد التفاوض", مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد 8، العراق، متاح على الرابط التالي: <https://abu.edu.iq/research/articles/>.
- قادري فلة , العقد الالكتروني , مجلة منازعات الأعمال, جامعة مولود معمري, تيزي وزو , متاح على الرابط <http://fssiwa.blogspot.com>.
- معلومات مستوحاة من موقع قانون التجارة الالكترونية الجزائري الرابط <https://www.politics-dz.com/>.

المؤلفات باللغة الاجنبية

L. Abdalah Sadeq Salhab, Submitted in Partial Fulfillment of the Requirement for the Degree of Master in Law, Development, Faculty of Graduate Studies, at An-Najah National University, Nablus, Palestine 2008.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
	الشكر
	الإهداء
أ - هـ	المقدمة
44-14	الفصل الأول الأحكام العامة للتفاوض الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية
14	المبحث الأول ماهية التفاوض الالكتروني
15	المطلب الأول مفهوم التفاوض الالكتروني
15	الفرع الأول تعريف التفاوض الالكتروني
15	أولا لغة
15	ثانيا اصطلاحا
18	الفرع الثاني خصائص التفاوض الالكتروني
19	الفرع الثالث مراحل التفاوض الالكتروني
25	المطلب الثاني وسائل وأهمية التفاوض الالكتروني
25	الفرع الأول وسائل التفاوض الالكتروني
25	أولا التفاوض الالكتروني عبر البريد الالكتروني
26	ثانيا وسيلة التفاوض الالكتروني عبر نظام المحادثة والمشاهدة الالكترونية
27	الفرع الثاني أهمية التفاوض الالكتروني
29	المبحث الثاني ماهية عقود التجارة الالكترونية
29	المطلب الأول مفهوم التجارة الالكترونية
31	الفرع الأول نشأة التجارة الالكترونية
32	الفرع الثاني تعريف التجارة الالكترونية (لغة/ اصطلاحا/ فقهيًا/ في إطار التشريعات والمنظمات الدولية)
36	الفرع الثالث خصائص التجارة الالكترونية
37	الفرع الرابع أشكال التجارة الالكترونية
38	المطلب الثاني مفهوم عقود التجارة الالكترونية
38	الفرع الأول تعريف عقود التجارة الالكترونية وخصائصها
38	أولا تعريف العقد الالكتروني
40	ثانيا خصائص العقد الالكتروني
41	الفرع الثاني تمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود
41	أولا بالنظر لطريقة انعقاده
42	ثانيا من حيث البيئة التي نشأ فيها
43	الفرع الثالث طرق إبرام عقود التجارة الالكترونية
43	أولا التعاقد عن طريق البريد الالكتروني
43	ثانيا التعاقد عن طريق الموقع الالكتروني
44	ثالثا التعاقد عن طريق محادثة بالصوت والصورة
44	الفرع الرابع أركان العقد الالكتروني
81-49	الفصل الثاني الآثار القانونية للتفاوض الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية
49	المبحث الأول الالتزامات الناشئة عن التفاوض الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية

50	المطلب الأول الالتزام بالدخول والاستمرار في المفاوضات الالكترونية
51	المطلب الثاني الالتزام بمبدأ حسن النية والإعلام
52	الفرع الأول التزام المتفاوض الكترونياً بمبدأ حسن النية
52	أولاً تعريف مبدأ حسن النية
53	ثانياً أهمية الالتزام بمبدأ حسن النية
54	ثالثاً موقف التشريع المقارن من مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض الالكتروني
55	الفرع الثاني الالتزام بالإعلام
56	أولاً تعريف الالتزام بالإعلام الالكتروني في مرحلة المفاوضات الالكترونية
57	ثانياً أساس الالتزام بالإعلام الالكتروني في مرحلة المفاوضات الالكترونية
59	المطلب الثالث الالتزام بالتعاون والشفافية والمحافظة على سرية المعلومات
59	الفرع الأول الالتزام بالتعاون
59	أولاً الالتزام بالتعاون
61	ثانياً الالتزام بالشفافية
62	الفرع الثاني الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات
62	أولاً مضمون المحافظة على سرية المعلومات
63	ثانياً نطاق المحافظة على سرية المعلومات
63	المبحث الثاني المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزامات التفاوض الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية
63	المطلب الأول المسؤولية المدنية للتفاوض الالكتروني
64	الفرع الأول المسؤولية العقدية عن الإخلال بالتزامات التفاوض الالكتروني
64	أولاً فكرة الخطأ عند تكوين العقد
64	ثانياً نظرية الوكالة
66	الفرع الثاني المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بالتزامات التفاوض الالكتروني
66	أولاً نظرية الخطأ التقصيري في التفاوض الالكتروني
67	ثانياً نظرية الفضالة
67	الفرع الثالث نظرية المسؤولية الخاصة
68	المطلب الثاني أركان قيام المسؤولية المدنية للتفاوض الالكتروني
68	الفرع الأول خطأ المتفاوض الالكتروني
69	أولاً صور خطأ المتفاوض المفترض الكترونياً
70	ثانياً إثبات خطأ المتفاوض الكترونياً
71	الفرع الثاني الضرر والعلاقة السببية
71	أولاً الضرر في مرحلة التفاوض الالكتروني
72	ثانياً العلاقة السببية
72	المطلب الثالث جزاء الإخلال بالتفاوض الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية
73	الفرع الأول التنفيذ العيني
74	الفرع الثاني التنفيذ بمقابل (عن طريق التعويض)
77	الخاتمة
81	قائمة المراجع والمصادر
	الفهرس
	الملخص

ملخص

المفاوضات الإلكترونية تشكل الأرضية الصلبة التي تتركز عليها النتيجة النهائية من خلال إبرام العقد الإلكتروني من عدمه، لذلك لا بد من أن تجري هاته المفاوضات ضمن إطار من الجدية وحسن النية محافظة على مصلحة الأطراف، من خلال سلامة التعامل بينهم والحرص على تعاونهم بغية جعلها تحقق أهدافها الاقتصادية والاجتماعية بإبرام العقد النهائي، والتقيد بالالتزامات الناشئة عنها، دون أن تطرأ على تنفيذه معوقات أو مشكلات ناتجة عن سوء نية، انعدام تقدير، كتمان أو انعدام شفافية إذ أن الإخلال بالتزامات التفاوض الإلكتروني يرتب قيام مسؤولية تختلف الفقه في تقديرها بين عقدية وتقصيرية .

الكلمات المفتاحية: المفاوضات الإلكترونية - العقد الإلكتروني - التزامات - مسؤولية.

Négociation électronique, Contrat électronique, Obligations, Responsabilité

Résumé

Les négociations électroniques constituent la base solide sur laquelle repose le résultat final, par la conclusion ou non du contrat électronique. Par conséquent, ces négociations doivent être menées dans un cadre de sérieux et de bonne foi afin de préserver les intérêts des parties, à travers l'intégrité de traiter avec eux et d'assurer leur coopération afin de leur faire atteindre leurs objectifs économiques et sociaux. En concluant le contrat définitif, et en respectant les obligations qui en découlent, sans aucun obstacle ou problème résultant de sa mise en œuvre résultant de la mauvaise foi, le manque d'appréciation, la dissimulation ou le manque de transparence, car le manquement aux obligations de la négociation électronique entraîne l'établissement d'une responsabilité dans laquelle la jurisprudence diffère dans son appréciation entre contractuel et défaut.