ISSN : 2543-3938 - EISSN : 2602-7771

الإطار المفاهيمي والخصائصي للعقود الإلكترونية –دراسة في الحدود والنطاق

Conceptual and normative framework for electronic contracts - study of limits and scope

مسعودي هشام

جامعة محمد بوضياف المسيلة (الجزائر)، الإيميل المهنيhichem.messaoudi@univ-msila.dz

تاريخ الإستلام: 12/ 05 / 2021 **تاريخ القبول**: 12/ 03 / 2022 **تاريخ النشر**: 05/ 04 / 2022

ملخص

بعد أن كانت العقود تتم بالطريقة التقليدية؛ بجلوس المتعاقدين وتبادل الإيجاب والقبول، أصبح الناس يتعاملون بالتعاقد عبر الوسائط الإلكترونية دون انتقال ،لذلك نسلط الضوء على مفهوم مصطلح العقود الإلكترونية وعلى الخصائص المميزة لها ونطاق استخدامها ،من خلال دراسة هذه المشاكل والنظرية العامة للعقد في القانون المدني، ومدى ملائمتها للعقد الإلكتروني ومن نتائج متوصل لها يجب سن قانون مستقل ينظم المعاملات الالكترونية ،وتعديل قواعد القانون المدني كي لا تتصادم مع التقنية الحديثة.

الكلمات المفتاحية: خصائص ؛العقد ؛ الإلكتروني ؛ مفهوم ؛ نطاق ؛ الوسائط .

***

Abstract:

After the contracts were done in the traditional way; With the contracting parties and the exchange of offer and acceptance, people are now dealing with contracting through electronic media without transferring, so we shed light on the concept of the term electronic contracts and their distinctive characteristics and the scope of their use, by studying these problems and the general theory of contract in civil law, and their suitability to the electronic contract. For it, an independent law must be enacted regulating electronic transactions, and the rules of civil law should be amended so as not to collide with modern technology.

Keywords:

Characteristics ; Contract ; Electronic ; a concept ; Scope ; Media.

I. مقدمة

إن من بين إفرازات عصر المعلومات الذي نعيشه الآن، التطور الكبير الذي تشهده أنظمة المعلومات (الكمبيوتر) والإتصالات ، وقد أدى دمج هذين النظامين إلى ظهور ما يسمى بشبكات الإتصالات أو المعلومات العالمية، وأبرزها شبكة الأنترنيت، وأهم استخدام لهذه الوسائل الحديثة للإتصالات هو عملية نقل وتبادل المعلومات إلكترونيا ، من دون اللجوء إلى العالم الحقيقي أو المادي، وقد تم استغلال ذلك كأداة للتعبير عن الإرادة وإبرام العقود وإجراء مختلف المعاملات التجارية، بين أشخاص متواجدين في أماكن متباعدة، ولم يقتصر على ذلك بل امتد حتى تنفيذ هذه العمليات، وهذا النمط الجديد من أنماط التعاقد والتجارة هو الذي اصطلح على تسميته فيما بعد بالعقود الإلكترونية أو التجارة الإلكترونية.

ونقتصر على دراسة العقد الإلكتروني،باعتباره أهم وسيلة يتم استخدامها في التجارة الالكترونية،اذ يتميز هذا العقد بخصائص لا تتوفر في العقود المبرمة بالوسائل التقليدية، كونه مبرم في بيئة افتراضية غير مادية وعبر شبكات الإتصالات العالمية التي لا تعترف بالحدود الجغرافية للدول، كما أنه غالبا ما يكون محررا على دعامات غير ورقية مخزنة داخل الأنظمة المعلوماتية.

وهذه الخصائص تثير الكثير من التساؤلات حول مدى إمكانية استيعاب القواعد الكلاسيكية المنظمة للعقد في القانون المدني لهذه الأنماط الجديدة في التعاقد، خاصة ما تعلق منها بالإبرام والتنفيذ والإثبات؟

حيث يثير العقد الإلكتروني من حيث انعقاده تساؤلات تتعلق بمدى اعتراف القانون المدني، وتحديدا القواعد المنظمة للانعقاد بهذه الآليات الجديدة للتعبير عن الإيجاب والقبول وبناء عناصر التعاقد، كون هذه الآليات لا تسمح ـ في الوقت الراهن ـ،من توثق كل طرف من أطراف العقد، بمعنى التوثق من وجود وسلامة صفة المتعاقد الآخر، كما يثور التساؤل حول مدى انطباق وسائل التعبير عن الإرادة فيه مع الوسائل التقليدية للتعبير عنها، وتثور أيضا مسألة تحديد مكان وزمان انعقاده ، لما لهذه المسألة من أثر على معرفة القانون الواجب التطبيق عليه و كذا القضاء المختص بالنظر في المنازعات التي قد تطرح بشأنه.

أما فيما يخص تنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهما، فإن هذا العقد يثير مشكلات التخلف عن التسليم أو تأخره أو تسليم محل تتخلف فيه المواصفات المتفق عليها، وهي مشكلات مشابهة لتلك الحاصلة في ميدان العقود التقليدية، أما دفع البدل أو الثمن فإنه يثير إشكالية وسائل الدفع التقنية، كالدفع بموجب بطاقات الإئتمان أو تزويد رقم البطاقة على الخط، وقد نشأ هذا المشكل في البيئة التقنية وهو وليد لها.

كما يثير هذا النوع من العقود مشكل حجية العقد الإلكتروني أو القوة القانونية الإلزامية لوسيلة التعاقد، وهذه يضمنها في العقود التقليدية توقيع الشخص على العقد المكتوب أو البينة الشخصية (الشهادة) في حالة العقود غير المكتوبة لمن شهد الوقائع المادية المتصلة بالتعاقد، إما في مجلس العقد أو فيما يتصل بتنفيذ الأطراف لالتزاماتهما بعد إبرام العقد، فكيف يتم التوقيع في هذه الحالة، وما مدى حجيتة إن تم بوسائل إلكترونية، ومدى قبوله كبينة في الإثبات، وما هي آليات تقديمه كبينة إن كان في شكل وثائق وملفات مخزنة في النظام.

إشكالية الدراسة :، تسعى هذه الدراسة الى طرح الاشكالية التالية ما هو مفهوم مصطلح العقد الإلكتروني وما هي الخصائص التي يتميز بها عن العقد التقليدي الورقي ، وأين يكمن نطاق هذا العقد،،؟.

أهداف الدراسة : تهدف الدراسة في الأساس لمعالجة مسألة غاية في الأهمية ، وهي مسألة التعاقد عن الطريق الإلكتروني ،كما أن معالجة هذه المسائل أصبح واجبا و لابد من البحث عن معالجة قانونية له محاولين في هذه الدراسة إجراء مقاربة بين هذه المشاكل والنظرية العامة للعقد، كما هي منظمة في القانون المدني، ومدى ملائمة هذه النصوص للعقد الإلكتروني.

منهج الدراسة : نعتمد على المنهج التحليلي الوصفي لكونه الأنسب من أجل تحليل الأفكار ومناقشتها وتجزئتها ومن ثم إعادة تركيبها وجمعها من جديد، كما نستعين بين الحين والآخر بالمنهج المقارن من أجل معرفة نظرة التشريعات الدولية في هذه المسألة كونها سباقة في هذا المجال .

هيكلية الدراسة : للإحاطة بالموضوع من جميع جوانبه قسمنا البحث إلى عنصرين رئيسين نعالج في الجانب الأول مفهوم مصطلح العقد الإلكتروني ،ونتعرض في الشق الثاني لخصائص ونطاق العقد الإلكتروني، وصولا إلى خاتمة تتضمن نتائج حول العقد الإلكتروني و أبرز التوصيات المقترحة .

أولا: مفهوم مصطلح العقد الإلكتروني

ليس هناك تعريف موحد للعقد الإلكتروني، سيما لو أخذنا بعين الاعتبار تعدد الجهات والمحافل التي أوردت هذه التعاريف من جهة، ونوع التقنية التي تستعمل في إبرامه من جهة أخرى، وعليه سيتم عرض أهم التعاريف الواردة بشأنه في المواثيق الدولية أولا، ثم تلك التي جاءت بها القوانين المقارنة ثانيا، وأخيرا نشير إلى بعض التعاريف التي جاء بها الفقه.

1. الفرع الأول: التعريف الوارد في المواثيق الدولية والقوانين المقارنة للعقد الإلكتروني :

لقد تم تعريف العقد الإلكتروني من طرف المواثيق الدولية وفي التشريعات المقارنة لذلك سوف نرى كيف عرف كل طرف هذا المصطلح و ما هي نقاط الالتقاء في كل تعريف. كما يلي :

1.1 التعريف الوارد في المواثيق الدولية:

نقتصر في هذه النقطة على التطرق إلى التعريف الذي جاء به القانون النموذجي للأمم المحتدة حول التجارة الإلكترونية، كونه أهم وثيقة دولية في هذا المجال، ثم التعريف الذي جاءت به المواثيق الأوربية.

1.1.1 التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية:

اكتفى القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية (**UNCITRAL** أو **CNUDCI**) ، في المادة 2- ب بتعريف " بتبادل البيانات الإلكترونية »، حيث نصت بأنه :" يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات" (القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، 1996)، ورأت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المعدة لهذا القانون بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الإلكترونية، ويشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة، وعليه فإن العقد الإلكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة في المادة 2- أ و2- ب وهي:- نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر وفقا لنظام عرض موحد.

- نقل الرسائل الإلكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية.

- النقل بالطريق الإلكتروني للنصوص باستخدام الأنترنيت، أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتلكس والفاكس.

وواضح مما سبق أن الأنترنيت حسب هذا القانون، ليست الوسيلة الوحيدة لتمام عملية التعاقد و التجارة الإلكترونية، بل تشاركها وسائل أخرى مثل جهازي التيلكس والفاكس.

ويرى أغلب الفقه (حجازي، 2002، صفحة 23) أن القانون الموحد للتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة، لم يعرف العقد الالكتروني، لكنه عرف الوسائل المستخدمة في

إبرامه (مروك، 2003)، كما أن هذا القانون توسع في سرد وسائل إبرام هذه العقود، فبالإضافة على شبكة الأنترنيت هناك وسيلة الفاكس والتيلكس.

2.1.1 التعريف الوارد في الوثائق الأوربية :

نصت المادة 2 من التوجيه رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 الصادر عن البرلمان الأوربي والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين في هذا مجال، بأنه يقصد بالتعاقد عن بعد: " كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه" (الأوروبي، 1997)، وعرفت تقنية الإتصال عن بعد في نفس النص بأنها: "كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه"، فهذا التوجيه قد عرف العقود عن بعد التي تشمل في مفهومها العقود الإلكترونية.

2.1 تعريف القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني :

في غياب تعريف للعقد الإلكتروني في القانون الجزائري، ينبغي العودة إلى تلك التي جاءت بها القوانين المقارنة في هذا المجال، فقد عرفت المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني العقد الإلكتروني على أنه: "الإتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية، كليا أو جزئيا " (الإلكترونيةالأردني، 2000).

وأضافت نفس المادة إلى ذلك تعريفا خاصا للوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنها: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها".

فالمشرع الأردني لم يكتف بتعريف العقد الإلكتروني، وإنما عرف إلى جانب ذلك الوسيلة التي يبرم بها، معتبرا أنه يكفي أن تتم مرحلة واحدة من مراحل إبرام العقد بالطريق الإلكتروني، ليعتبر العقد برمته إلكترونيا، كما جاء تعريفه للوسيلة الإلكترونية مفتوحا على ما ستسفر عليه تطورات التقنية مستقبلا.

وعرف قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي المبادلات الالكترونية في مادته 2 على أنها: " المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية "، وعرف التجارة الإلكترونية بأنها: " العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية " (التونسي، 11 أوت 2000،).

وقد عرفته المادة الأولى من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 1 لسنة 2006م بأنه «أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية (الإلكترونية، 2006)»

من خلال هذين التعريفين يتضح أن المبادلات الإلكترونية التي تعني مبادلة سلع بمال أو خدمة بمال، لابد وأن تتم عن طريق وسيط إلكتروني، أو وثيقة إلكترونية، وبالتالي يخرج من نطاقها الوثائق المكتوبة، كالعقود وإقرارات الإستلام والفواتير وغيرها، فكل هذه الأمور تتم بطريقة إلكترونية، حيث يتفاوض المتعاقدان، ويصدر القبول والإيجاب اللازمين لإبرام العقد ويتم الإتفاق على الشروط التفصيلية لتنفيذه، وذلك بوسيلة إلكترونية أيا كانت هذه الوسيلة.

أما في فرنسا، فقد شكلت لجنة خاصة برئاسة وزير الإقتصاد من أجل تنظيم المسألة أين عرفت التجارة الإلكترونية بأنها: "مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات ببعضها

البعض وبين المشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة" ، فهذا التعريف يشمل العقود التي تبرم بين المشروعات فيما بينها، كعلاقة شركة بأخرى وعلاقة المشروعات بالأفراد، وكذا العقود التجارية التي تكون الإدارة طرفا فيها، موسعا من دائرة الوسيلة التي تبرم بها، وجعلتها تشمل كل الوسائل الرقمية.

2. الفرع الثاني: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني :

لقد أورد الفقه عدة تعريفات للعقد الإلكتروني، فمنهم من عرفه بالاعتماد على إحدى وسائل إبرامه معتبرا أن " العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الأنترنيت" (حجازي، 2002) ، والملاحظ على هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الأنترنيت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التيلكس والفاكس والمينيتل في فرنسا.

ومن هذه التعاريف أيضا القائل بأن العقد الإلكتروني هو: " كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل" (Beaure D'Agère (Guillaume), 1997) ، يلاحظ أن هذا التعريف اشترط وسيلة مسموعة مرئية لكي يعتبر العقد إلكترونيا، غير أنه يمكن إبرام العقود الإلكترونية بدون استعمال الوسائل المسموعة أو المرئية مثل التعاقد عبر البريد الإلكتروني، الذي يكون فيه التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة، ومع ذلك يعتبر عقدا إلكترونيا.

ومن التعاريف ما يكتفي بأن يكون العقد مبرما ولو جزئيا بوسيلة إلكترونية لاعتباره عقدا إلكترونيا، ومنه القائل: "بأن العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كليا أو جزئيا أصالة أو نيابة (العجولي، التعاقد عن طريق الأنترنيت، دراسة مقارنة، 2002)"

ومن التعاريف ما شمل جميع الوسائل الإلكترونية لكنه اشترط لكي يعتبر العقد إلكترونيا أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسيلة الإلكترونية حتى إتمامه ، معتبرا أنه: " كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد" (حجازي، 2002).

وهو نفس الاتجاه الذي سارت عليه اللجنة التي شكلت في مصر لتنظيم التجارة الإلكترونية، إذ عرفت عقود التجارة الإلكترونية بأنها: "تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين مشروع ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والإتصال (حجازي، 2002)".

و هناك تعريفات عرفته أنه «عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد (المقدادي، دون ذكر تاريخ)».

وعُرِّف أيضاً بأنه «الاتفاق الذي يتم إبرامه بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً (المهدي، العدد السابع يونيو 2007)، وتم تعريفه أيضاً بأنه «ارتباط إيجاب وقبول على درجة يظهر أثره في المعقود عليه دون حضور مادي لطرفيه وذلك باستخدام وسائل إلكترونية للاتصال عن بعد كلياً أو جزئياً (العز، 2008)».

وبالنظر إلى التعريفات السابقة نجد أنها اتفقت على وجود وسيلة إلكترونية أو أكثر تم من خلالها الاتفاق أو التعاقد، لكن التعريف الأول قصر العقد الإلكتروني على ما يتعلق بالسلع والخدمات التي تتم بين مورد ومستهلك، فلا يدخل فيها بيع العقارات مثلاً، فهو من هذه الناحية غير جامع لأفراد المعرف، كما عرف العقد بأنه عقد، وهذا دور إذ إنه عرف الشيء بنفسه وهذا عيب في التعريف، والتعريف الثالث جعل التعريف متسعاً بحيث شمل أي تعامل أو اتفاقية وشأن العقود الإلزام، لكن الاتفاقية لا تعطي هذا المعنى،

ومثلها ينطبق على التعريف الثاني أيضاً، والتعريف الرابع كان أكثر تحديداً لما ينطبق عليه العقد وأخذ الوسيلة الإلكترونية فبين ارتباط الإيجاب بالقبول مع وجود أثر للعقد كما بين أن سبب اللجوء للوسيلة الإلكترونية غالباً ما يكون البعد المكاني بين الطرفين لذلك أرى أنه أفضل التعريفات.

ومتطلبات صحة التعاقد في العقد الإلكتروني هي بذاتها الموجودة في العقود الورقية العادية؛ حيث لابد من توفر الرضا بين الطرفين ومحل العقد والسبب، لكن لما كان التعاقد عن بعد أثير حوله العديد من المسائل في مثل هذه التعاقدات؛ ككيفية التحقق من أشخاص المتعاقدين، ونسبة التراضي بالإيجاب والقبول إليهما وكذلك يثير صعوبة في تحديد المكان الذي تم فيه إبرام العقد وكذلك زمان حدوثه، وكذلك الكيفية التي يتم بها التعبير عن الإرادة، فالتعاقد الإلكتروني يشمل كل ما يدخل في عملية التعاقد عن بُعد كالإعلان عن السلع والخدمات والعروض المقدمة في هذا الصدد، وكذلك الوعد بالتعاقد والإيجاب والقبول، وجميع الاتصالات والبيانات والرسائل الإلكترونية، وأوامر الدفع والفواتير الإلكترونية، وكل ما يجري من وسائل تواصل بين منشأة ومنشأة أخرى تجارية، ولا يسري على ما يتم من اتصال داخل المنشأة الواحدة (إبراهيم، 2007).

ولذا فإننا نؤيد الفقه القائل بأنه يجب التركيز في تعريف العقد الإلكتروني على خصوصيته التي تتمثل بصفة أساسية في الطريقة التي ينعقد بها، من دون إغفال صفة هامة فيه باعتباره ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد.

ثانيا: خصائص ونطاق العقد الإلكتروني:

سنعالج في هذا العنوان نقطتين جوهريتين تتمثل الأولى في أهم الخصائص المميزة للعقد الإلكتروني عن العقد التقليدي الورقي ، والنقطة الثانية تتمثل في نطاق هذا العقد ،لنرى إذا كان للمتعاقدين الحرية الكاملة في إبرام كافة العقود بالوسيلة الإلكترونية، أم أنهما مقيدان بإبرام أنواع محددة من العقود فقط .

3. الفرع الأول: الخصائص المميزة للعقد الإلكتروني:

سنتطرق هنا إلى أهم الخصائص التي يتميز بها العقد الالكتروني عن بقية العقود الأخرى،يتميز العقد الإلكتروني بأنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، ويتم إبرامه بين متعاقدين متباعدين مكانا، كما يغلب عليه الطابع التجاري، في الحقيقة هناك خصائص أخرى للعقد الإلكتروني، ومنها أن نصوصه وبنوده تكون في الغالب محررة في وثقة إلكترونية، كما يتم التوقيع عليه بطريق إلكترونية، ويكون الوفاء بالإلتزامات التي يرتبها إلكترونيا في الغالب أيضا،ولكننا سنقتصر على أهم الخصائص التي سوف يتم التطرق إليها فيما يلي:

1.1 العقد الإلكتروني هو عقد مبرم بوسيلة إلكترونية: إن أهم خاصية يتميز بها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود هي أنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، فالوسيلة التي من خلالها يتم إبرام العقد هي التي تكسبه هذه الصفة، وتتمثل هذه الوسائل عادة في أنظمة الكمبيوتر المرتبطة بشبكات الإتصالات المختلفة(السلكية واللاسلكية) ،والملاحظ أنه لا يمكن حصر جميع هذه الوسائل في الوقت الحاضر نظرا لارتباطها مع التطور التكنولوجي غير أنه يمكن عرض أهمها فيما يلي:

1.1.1 التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة:

وقد أشار قانون الأنستيرال إلى هذه الوسائل عند تعريف رسالة البيانات، في المادة 2-أ من: " .....بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني، أو البرق أو التيلكس، أو النسخ البرقي" (القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، 1996)، وعليه فإن هذا النص أشار إلى بعض تقنيات الإبلاغ الأقل تطورا مثل النسخ البرقي أو التيلكس، وتقنيات الإبلاغ الأكثر حداثة ومنها التبادل الإلكتروني للبيانات، البريد الإلكتروني، ليترك المجال بذلك مفتوحا على ما سوف يسفر عليه التطور من تقنيات أخرى في تبليغ رسالة البيانات.

كما نجد المشرع الأردني يتفرد في تعريف الوسائل الإلكترونية التي تتم بها المعاملات الإلكترونية في المادة 2 منه والتي تنص على انه: "ويشمل مفهوم الوسائل الإلكترونية تقنية استخدام الوسائل الكهربائية أو المغناطيسية أو الضوئية أو الإلكترومغناطيسية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها".

كما أن هناك العديد من الوسائل الحديثة التي ظهرت في فترة زمنية قصيرة نسبيا، والتي تستخدم في إبرام العقود ومنها:

المينتل MINITEL: ظهر هذا الجهاز في فرنسا في منتصف الثمانينيات وكان ظهور خدماته نتيجة تعاون بين الهيئة العامة للإتصالات السلكية واللاسلكية التابعة لوزارة البرق والبريد والهاتف وبين متعهدي الخدمات ،ويعد جهاز المينيتل من وسائل إبرام العقود، وهو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر الشخصي لكنه صغير الحجم نسبيا، يتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر، وهو وسيلة اتصال مرئية ينقل الكتابة على الشاشة دون الصور،ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط الهاتف (الرومي، 2004)".

التيلكس: هو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة ولا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها، إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها (العجولي، التعاقد عن طريق الأنترنيت، دراسة مقارنة، 2002).

الفاكس: هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر لدى المستقبل، ويلاحظ أنه هناك فارق زمني للرد على المرسل (العجولي، التعاقد عن طريق الأنترنيت، دراسة مقارنة، 2002).

الهاتف المرئي: لقد تطور الهاتف العادي وأدخلت عليه تعديلات، فظهر ما يعرف بالهاتف المرئي، الذي يمكن صاحبه من الكلام مع شخص ومشاهدته في نفس الوقت، ويعد هذا الجهاز من أكثر وسائل الإتصال الفورية فاعلية وانتشارا في العالم المتطور (الرومي، 2004).

وقد كان من المفروض أن يستخدم هذا الجهاز في شبكة الأنترنيت بالنظر لسهولة استخدامه ورخص ثمنه، وتعذر ذلك نظرا لظهور بعض المصاعب التقنية، إلا أن هناك جيل آخر لهذا الجهاز، يفترض أنه سوف يوفر هذه الإمكانية (الرومي، 2004).

2.1.1 التعاقد عن طريق شبكة الأنترنيت.

تعرف الأنترنيت بأنها: "شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الإتصال عبر العالم (مجاهد، 2002)".

وقد بدأ استخدام هذه شبكة الأنترنيت في المعاملات التجارية 1992 عندما ظهرت (World Wide Web) ، ويرمز لها اختصارا بـ WWW، وهي أحد فروع شبكة الأنترنيت، لكنها اكتسبت جاذبية خاصة جعلتها تتفوق على شبكة الأنترنيت ذاتها في وقت قصير حتى أصبحت هي الجزء الرئيسي المكون لشبكة الأنترنيت وهذا

راجع إلى مميزاتها التي تعتمد على أسلوب الوصف والصور الملونة، وعلى طرق البحث السهلة والسريعة التي تقوم على مجرد الإشارة إلى الموقع المراد الدخول إليه، ، وكانت شبكة الانترنيت قبل ذلك تفتقر للأدوار الترويجية والإعلامية وتسديد مقابل السلع و الخدمات محل العقد المعروضة عليها إلا أنه تم تطوير وسائل فعالة لتسديد قيمة السلع بالاتصال المباشر بالكمبيوتر عبر الشبكة ذاتها، وقد ظهرت أولى المواقع التجارية على شبكة الأنترنيت 1993، الا أن تجارة التجزئة لم تبدأ فيها الا في 1996، أين كانت هذه المعاملات تجري في بدايتها عن طريق المراسلات عبر البريد الالكتروني، إلا أ ن الأمر تطور بعد ذلك فأصبح بالإمكان عرض السلع و الخدمات من خلال شبكة المواقع Web (الرومي، 2004).

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يجب التفرقة بين التعاقد عبر الأنترنيت والتعاقد عبر شبكة الأنترانيت INTRANET و الإكسترانيتEXTRANET، فشبكة الأنترانيت هي "عبارة عن سلسلة من شبكات المعلومات يمتلكها مشروع مؤسسة واحدة، وهذه الشبكات قد تكون داخلية محدودة النطاق تتصل ببعضها البعض داخل نفس المكان، أو تكون شبكات واسعة النطاق تتصل ببعضها البعض بأماكن مختلفة، ويتم الربط بينها وبين شبكة الأنترنيت بواسطة جهاز كمبيوتر أو أكثر، يكون بمثابة المدخل الرئيسي لها على الأنترنيت".

أما شبكة الإكسترانيت وهي "جزء من شبكة الأنترانيت الداخلية الخاصة بالمنشأة أو المشروع ولكن تم إمداده وإتاحة استخدامه لأشخاص خارج المنشأة وفروعها" (حجازي، 2002)،ويتم استخدام عدة وسائل في التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنيت أهمها:

الكمبيوتر: هو أوسع الأجهزة انتشارا واستخداما في التعاقد عبر الأنترنيت، ويعرف بأنه: "جهاز إلكتروني يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية طبقا للتعليمات المعطاة بسرعة ودقة كبيرتين، وله القدرة على التعامل مع كم هائل من البيانات وكذلك تخزينها واسترجاعها عند الحاجة إليها (الرومي، 2004)".

التجهيزات الذكية: هي عبارة عن أجهزة تحتوي على رقائق تمكن من عملية الدخول على الأنترنيت وتبادل عمليات الإتصال وإرسال واستقبال الإشارات، وهي تنتشر بشكل واسع في الأجهزة المنزلية كالثلاجات الذكية، اذ تستطيع هذه الأخيرة أن تقوم بإصدار أمر شراء المستلزمات الغذائية إلكترونيا عندما ينقص عددها أو وزنها بداخلها، بإرسال أمر الشراء إلكترونيا إلى احدى المتاجر الإفتراضية المتواجدة عبر شبكة الانترنيت فتتم العملية دون تدخل بشري،ويطلق على هذه المعاملات إسم المعاملات الإلكترونية المؤتمتة ويقصد بها تلك المعاملات التي يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية، والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي كما هو الحال بالنسبة لإنشاء وتنفيذ العقود العادية، بحيث تتم عن طريق برنامج آلي أو نظام الحساب الآلي يسمى بالوسيط الإلكتروني المؤتمت (الحجازي، 2003).

الهاتف المحمول: ظهرت منذ فترة قصيرة نسبيا أجهزة نقالة بإمكانها الدخول على شبكة الأنترنيت وتعرف بخاصية WAP، وقد أدى استخدام الهواتف النقالة في مجال إبرام العقود والتجارة الإلكترونية بصفة عامة الى ظهور نمط جديد من التجارة عرفت بتجارة الهاتف المحمول او التجارة الخلوية، يرمز لها اختصارا بـ M-COMMERCE. ، تدخل التجارة الخلوية ضمن مفهوم الأعمال الخلوية اللاسلكية التي هي عبارة عن توظيف وسائط الاتصال اللاسلكية – الهاتف الخلوي بشكل خاص – في الأنشطة التجارية المختلفة بين مؤسسات الأعمال والزبائن و بين مؤسسات الأعمال فيما بينها بالاعتماد أساسا على تبادل البيانات بالوسائل الخلوية ، ويعتبر الهاتف أهم وسيلة لاسلكية في إبرام العقود في الوقت الحاضر إذ يتيح هذا الأخير نقل وتبادل البيانات ودخول مختلف المواقع التجارية على شبكة الانترنيت بفضل بروتوكولات اتصالية ملائمة مثل wap و بلوتوث Bluetooth . (VERBIEST، 2001)

2.1 العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد.يتميز العقد الإلكتروني عن بقية العقود الأخرى أيضا، بأنه عقد ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، ويقصد بالعقود المبرمة عن بعد تلك العقود التي تبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن متباعدة، وهذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد،و عرفت المادة 121-16 الجديدة من تقنين الإستهلاك الفرنسي التعاقد عن بعد بأنه: "...كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المتعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني، واللذين يستخدمان لإبرام هذا العقد، على سبيل الحصر، وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد (Ordonnance n° 2001-741 du 23 Août 2001, 2001)"،فالسمة الأساسية لهذا النوع من العقود تتمثل في عدم الحضور المادي المتعاصر لأطرافه في لحظة تبادل الرضا بينهم، فهو عقد مبرم بين طرفين لا يتواجدان وجها إلى وجه في لحظة التقاء إرادتيهما.

- بالإضافة الى أن إبرامه يتم عبر وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد، وجدير بالذكر أن التوجيه الأوربي رقم 97-07 المتعلق بحماية المستهلكين في مجال التعاقد عن بعد (الأوروبي، 1997)، قد أعطى أمثلة لهذه الوسائل في الملحق المرفق به ، ونذكر منها المطبوعات الصحفية مع طلب الشراء، الراديو، وسائل الإتصال المرئية، الهاتف مع تدخل بشري أو بدون تدخل بشري، التلفزيون مع إظهار الصورة، الأنترنيت، الرسائل الإلكترونية، التلفزيون التفاعلي (قاسم، 2005).

واعتبار العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد يتطلب أن يتمتع ببعض القواعد الخاصة التي لا نجد لها مثيلا في العقود المبرمة بالطرق التقليدية، فالأمر يكون سهلا بالنسبة للعقود التي تبرم بالحضور المادي للأطراف الذي يسمح بضمان بعض المسائل القانونية أهمها:

- استطاعة كل من الطرفين التحقق من أهلية الآخر وصفته في التعاقد.
- التحقق من تلاقي الإرادتين، إذ تم ذلك بشكل متعاصر بحيث يتم صدور الإيجاب من أحدهما فيتبعه القبول من الطرف الآخر.
- التحقق من تاريخ التصرفات والمستندات.
- الإعداد المسبق لأدلة الإثبات.
- التحقق من مكان إبرام العقد.
- إعتماد مجموع هذه العناصر وذلك بتوقيع المتعاقدين (مجاهد، 2002).

أما تبادل التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن بعد، فإنه يثير الشك بالنسبة للعناصر السابقة ،ويمكن القول هنا أن اعتبار العقد الإلكتروني ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد، لا يعني أنه دائما تعاقد بين غائبين، كون إن التباعد المكاني لا ينفي إمكانية توفر مجلس العقد، الذي يكون افتراضيا في مثل هذه العقود، كأن يكون العقد مبرم عبر الأنترنيت باستعمال وسيلة المحادثة والمشاهدة المباشرة.

1 . 3 يغلب على العقد الإلكتروني الطابع التجاري.

فالتجارة الإلكترونية تمثل التجارة الإلكترونية واحدة من موضوعي ما يعرف بالإقتصاد الرقمي القائم على حقيقتين، التجارة الإلكترونية وتقنية المعلومات، وهي المجال الذي يظهر فيه العقد الإلكتروني بصفة خاصة، كون العقد الالكتروني هو أهم وسيلة من وسائل هذه التجارة، وهذا ما جعل بعض الفقه يعبر بمصطلح التجارة الإلكترونية على العقود الالكترونية تجاوزا، ولا يقصد بالتجارة الالكترونية تلك التجارة في الأجهزة الإلكترونية، بل يقصد بها المعاملات والعلاقات التجارية التي تتم بين المتعاملين فيها من خلال استخدام أجهزة ووسائل إلكترونية مثل الأنترنيت، وعرفها البعض بأنها: " مجموع المبادلات الإلكترونية

المرتبطة بنشاطات تجارية والمتعلقة بالبضائع والخدمات بواسطة تحويل المعطيات عبر شبكة الأنترنيت والأنظمة التقنية الشبيهة "

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف العقود التجارية لكنه عرف العمل التجاري من خلال المواد 2، 3 و4 من القانون التجاري، فلا تكون التجارة الإلكترونية سوى ممارسة تلك الأعمال بواسطة الوسائل الإلكترونية، في الحقيقة لا توجد عقود تجارية بالمعنى المقصود من هذا الاصطلاح ، ذلك أن العقود التي ينظمها القانون المدني هي نفسها العقود التجارية بشرط أن يكون محلها عملا تجاريا أو يبرمها تاجر وتتعلق بشؤون تجارته، ومن ثمة فانه لا توجد نظرية مستقلة تحكم العقود التجارية تختلف عن تلك التي تحكم العقود المدنية. ويعد العقد تجاريا لأسباب وظروف خارجية لا علاقة لها بمضمون العقد وجوهره، ومن هذه الأسباب ما يتعلق بطبيعة محل العقد أو بصفة من يبرم العقد. وفي ذلك يرى الفقيه **"ريبير"** أنه لا توجد عقود تجارية بالمعنى المفهوم من هذا الاصطلاح ، و إنما العقد المسمى قد يكون عقدا تجاريا أو مدنيا حسب ما إن كان الشخص الذي ابرمه تاجرا أم غير تاجر، وحسب الهدف المطلوب من إبرام العقد (الحجازي، 2003).

ومنه يمكن القول بأن التجارة الإلكترونية لا تختلف عن التجارة التقليدية من حيث مضمونها ومحترفيها، أما وجه الخصوصية فيها فيتمثل في وسائل مباشرتها، وبصفة خاصة الطريقة التي تنعقد بها العقود ووسائل تنفيذها ،ويمتد مفهوم عقود التجارة الإلكترونية إلى ثلاثة أنواع من الأنشطة:

- عقود خدمات ربط ودخول الأنترنيت وما تتضمنه خدمات الربط ذات محتوى التقني، وهي عقود تتم بين القائمين على تقديم الخدمات على شبكة الانترنيت والمستفيدين منها، ومن أهم عقود التجارة الإلكترونية المتعلقة بخدمات ربط ودخول الأنترنيت يذكر الفقيه Michel Vivant عقد الدخول إلى الشبكة عقد الإيواء المعلوماتي، عقد إنشاء المتجر الافتراضي (مجاهد، 2002)،وهي تختلف كمايلي:

- التسليم أو التزويد التقني للخدمات أي عقود التجارة الإلكترونية التي يتم فيها تنفيذ عقود محلها تقديم خدمات عبر شبكات الإتصال، ومثالها عقود الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنيت.

- استعمال الأنترنيت كواسطة أو وسيلة لتوزيع البضائع والخدمات المسلمة بطريقة غير تقنية (تسليم مادي عادي) حيث يتم إبرام العقد عبر شبكة الأنترنيت لكن تنفيذه يكون بالطرق العادية، ومثاله الشركة التي تقوم ببيع الآلات الإلكترومنزلية عبر شبكة الأنترنيت من خلال المتاجر الإفتراضية، أين يتم التعبير عن الإرادة عبر الشبكة ذاتها لكن تسليم الشيء يكون خارج الشبكة فتسليم الآلات هذه لا يمكن أن يتم داخل الشبكة.

أما من حيث أطرافها فيندرج في نطاقها العديد من الصور أبرزها العقود التجارية التي تشمل في علاقاتها جهات الأعمال فيما بينها أي من الأعمال إلى الأعمال ويرمز لها اختصارا بـ (B2B)، أما الصورة الثانية فهي تلك العلاقات التي تجمع الأعمال بالزبون ويرمز لها اختصارا بـ (B2C) .. وبذلك المعنى فإن التجارة الالكترونية تختلف عن الأعمال الإلكترونية ، التي تعتبر أوسع نطاقا وأشمل من الأولى، حيث تمتد هذه الأخيرة الى سائر الأنشطة الإدارية والإنتاجية والخدماتية والمالية ولا تتعلق فقط بعلاقة البائع بالزبون، إذ تمتد لعلاقة المنشأة بوكلائها وموظفيها وعملائها، كما تمتد إلى أنماط أداء العمل وتقييمه والرقابة عليه، وضمن مفهوم الأعمال الإلكترونية يوجد المصنع الإلكتروني المؤتمت، والبنك الإلكتروني، وشركة التأمين الإلكتروني، والخدمات الحكومية المؤتمتة (الحجازي، 2003).

4. الفرع الثاني : نطاق إبرام العقد الإلكتروني :

رأينا من خلال تعريف العقد الإلكتروني وبيان خصائصه بأن هذا النوع من التعاقد لم ينشئ عقودا جديدة ولم يحدث نظرية جديدة، بل هو وسيلة تكنولوجية جديدة لإنشاء العقود، وما دام الأمر كذلك فهل للمتعاقدين الحرية الكاملة في إبرام كافة العقود بالوسيلة الإلكترونية، أم أنهما مقيدان بإبرام أنواع محددة من العقود فقط ؟.

1.1_المبدأ في إبرام العقود الإلكترونية:

هو حرية الأطراف في التعاقد، وفي اختيار شكل التعبير عن إرادتهما، وهو الأصل الذي جاءت به المادة 59 من القانون المدني، فتكون بذلك العقود المبرمة إلكترونيا كغيرها من العقود التي تبرم بالطرق غير الإلكترونية التي لا تخضع لأي قيود، إذ يخول لأطرافها إبرام مختلف العقود الرضائية المسماة منها وغير المسماة بالوسائل الإلكترونية، طالما أنها ليست خارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون.

2 .1 _ الإستثناء في إبرام العقود الإلكترونية:

غير أن القانون يستلزم في أحيان كثيرة شكلية معينة يجب استيفاؤها في انعقاد العقد، بجانب الشروط الموضوعية في تكوين العقد وصحته، على نحو يكون معه التعبير عن الإرادة في الشكل المطلوب غير منتج لأثره القانوني المتوخى إلا إذا توفرت هذه الشكلية، وهي ما يعبر عنها بالشكلية المباشرة، وأهم صورها هي:

1.2.1- اشتراط القانون قيام المتعاقد بفعل ما : ومثالها العقود العينية التي يشترط لانعقادها زيادة على ركن التراضي والمحل والسبب، تسليم الشيء المادي محل العقد، فلا يمكن إبرام هذه العقود بالوسائل الإلكترونية، كون تسليم الشيء المادي عبر هذه الوسائل لايمكن تصوره (فيلالي، 1997).

2.2.1- اشتراط القانون الكتابة لانعقاد العقد: فإذا كانت الكتابة متطلبة كركن في العقد (سواء كانت عرفية أو رسمية) فإن التساؤل يثور في هذا الصدد، حول ما إذا كان من الممكن استيفاء هذه الشكلية في العقود الإلكترونية أي مكتوبة على دعامات إلكترونية.

الواقع أنه بعد تعديل القانون المدني ولا سيما المادة 323 منه، المقابلة للمادة 1316 من القانون المدني الفرنسي (Loi n° 2000-230, JO, 14/03/2000)، أصبح تعريف الكتابة يتسع ليشمل بجانب الكتابة على الورق، الكتابة في الشكل الإلكتروني أي تلك المثبتة على دعامة إلكترونية، وقد أدى وجود هذا النص ضمن قواعد الإثبات إلى التساؤل عما إذا كانت الكتابة في الشكل الإلكتروني يمكن أن تكون بديلا عن الكتابة التقليدية، وبعبارة أخرى فإن التساؤل المطروح الآن هو ما إذا كانت الكتابة بمفهومها الحديث الموسع، بالنظر إلى وجود تعريفها ضمن القواعد المعالجة للإثبات، لا تزال قاصرة على الكتابة كوسيلة أو أداة للإثبات أو من الممكن أن يتسع نطاقها بحيث تشمل الكتابة كركن للإنعقاد أو لصحة التصرف؟

إن الفقه الفرنسي كان منقسما بين المفهومين المشار إليهما فيما تقدم إلى قسمين:

فقد ذهب فريق للقول إلى أن هذا النص الجديد يتسع نطاقه ليشمل أيضا الكتابة المتطلبة كركن لانعقاد العقد، ذلك ان عمومية تعريف الكتابة بمقتضى نص المادة 1316 يقتضي القول بأن الكتابة المقصودة بهذا النص لم تعد قاصرة على الكتابة كدليل إثبات، وإنما يشمل أيضا الكتابة المتطلبة لصحة التصرف أو التي تكون ركنا لانعقاد العقد، وبالتالي فالمادة 1316 بصياغتها الجديدة هي التي يجب الرجوع إليها في كل الحالات التي تثار فيها فكرة الكتابة، كونها النص الوحيد الذي تضمن تعريفا لها، وينتهي هذا الفقه من ذلك بأن الكتابة هي فكرة واحدة، فما دام القانون لا يفرض شكلا خاصا لهذه الكتابة كطلب الكتابة بخط

اليد، فإن الكتابة المتطلبة لصحة التصرف تكون بالضرورة كتلك المتطلبة كأداة للإثبات، ويصح هذا المفهوم حتى في الحالة التي يشترط فيها القانون أن تكون هذه الكتابة موقعة، ففي هذه الحالة لا يوجد مانع يحول دون الكتابة في الشكل الإلكتروني، وأن يتخذ التوقيع كذلك الشكل الإلكتروني، كون المشرع الفرنسي أقر بالتوقيع الإلكتروني، وجعله مساويا في حجيته التوقيع الخطي في المادة 1320-4 المقابلة للمادة 327 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

وفي مقابل هذا الرأي، ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال إعماله فيما ورد بشأنه، أي يجب أن يقتصر على مجال الإثبات، وحاول أنصار هذا الفقه الإستناد إلى ما ورد في الأعمال التحضيرية لمشروع القانون رقم 2000-230 المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني، وبالتحديد إلى ما ذكره مقرر هذا المشروع من أن تعريف الكتابة الوارد بنص المادة 1316 :" لا يتعلق إلا بالكتابة كأداة للإثبات ويبقى دون أثر بالنسبة للكتابة المتطلبة لصحة التصرف (قاسم، 2005) ".

وفي الأخير حسم المشرع الفرنسي هذا الخلاف لصالح الرأي الأول، بإصداره لمرسومين بتاريخ 10 أوت 2005 ، الأول يعدل ويتمم المرسوم المتعلق بنظام المحضرين القضائيين، والثاني يعدل ويتمم المرسوم المتعلق بالعقود المحررة من قبل الموثقين، واللذان سيدخلان حيز التنفيذ بداية من 01 فيفري 2006، اذ يكون بالإمكان إبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية كركن لانعقادها على دعامة إلكترونية، ويتم التوقيع على العقد من طرف المحضر أو الموثق بالطرق الإلكترونية، على أن يتم إنشاء نظام لمعالجة إرسال البيانات معتمد من قبل الغرف الوطنية لهذه المهن (Trezeguet, 26 octobre 2005).

أما بالنسبة للتعديلات التي طرأت على القانون المدني بموجب القانون 05-10 في هذا المجال، فلم يتطور بشأنها النقاش بعد نظرا لحداثتها ونعتقد في هذا الشأن أنه لا يمكن القول بإمكانية إبرام العقود التي تطلب المشرع إخضاعها للكتابة الرسمية في ظل القانون المدني الجزائري إلكترونيا، كون هذه الأخيرة تشترط أن يشهد إبرامها الضابط العمومي وأن يوقعها ويختمها بيده، أما بالنسبة إلى العقود التي تتطلب الكتابة العرفية فهي تكاد تنعدم في القانون الجزائري.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه إذا اشترط القانون الكتابة الخطية كركن لانعقاد العقد، أو تطلب أن تكون بعض البيانات إلزامية يجب أن يتضمنها العقد مكتوبة بخط اليد، أو أن يكون التوقيع بخط اليد، فإن الكتابة في هذه الحالات لا يمكن أن تكون إلكترونية ولا يمكن بالتالي إبرام العقد بالوسيلة الإلكترونية (قاسم، 2005) .

II. خاتمة:

حاولنا المقاربة بين قواعد النظرية العامة للعقد، وبين ما يثيره العقد الإلكتروني من خصوصيات من حيث إبرامه ونطاقه، فقد تناولنا من خلال هذه النظرة للعقود الإلكترونية في البداية تحديد مفهوم هذا العقد بتعريفه أولا، استنادا لما جاء في النصوص القانونية الدولية والوطنية المقارنة والفقه، مع تحديد الخصوصية فيه، وتبيان نطاق إبرامه ثم دراسة كيفية انعقاده، وتوصلنا إلى ما يلي:

فيما يخص الإنعقاد، فرغم غياب نصوص صريحة ضمن قواعد القانون المدني تتعلق بمدى مشروعية التعاقد بالوسائل الإلكترونية، غير أن مبدأ الرضائية في التعاقد، يعطى للطرفين الحرية الكاملة لاختيار الطريقة التي يعبران فيها عن إرادتهما، وبالتالي لا يوجد ما يحول دون إمكانية استعمال الوسائل المقررة في النظرية العامة للعقد من أجل التعاقد إلكترونيا، إلا أن عدم تنظيم المشرع للوسائل الإلكترونية في التعبير

عن الإرادة يثير الكثير من الصعاب، بالنظر إلى المخاطر المتعلقة بالثقة التي توفر للمتعاقدين خاصة تلك التي قد يتعرض اليها المستهلك الذي أولاه المشرع بحماية خاصة، لذلك نقترح النص صراحة في القانون المدني على الاعتراف الصريح برسالة البيانات في التعبير عن الارادة وتنظيمها كما فعلت ذلك التشريعات المقارنة ووضع قواعد صريحة من شانها توفير حماية خاصة للمستهلك في العقود الالكترونية التي يبرمها.

واذا أتينا الى طرق التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية، فإنها لا تخرج عن احتمالات ثلاثة فإما أن يكون هذا التعبير بالكتابة، وإما أن يكون بالإشارة، وإما أن يكون بالكلام، بالنظر إلى الوسيلة المستعملة في التعاقد.

وبالنسبة للقبول في العقد الإلكتروني، فإننا توصلنا الى أنه يجب تأكيد الموجه اليه الايجاب لقبوله وذلك عن طريق الضغط على أيقونة القبول مرتين أو ارساله وثيقة الأمر بالشراء الى الموجب وذلك لتفادي الشك في التعبير عن ارادة الموجه اليه الايجاب وأخطاء اليد، أما مسألة الحالة الإستثنائية التي يعد فيها السكوت قبولا، لاحظنا أنه لا يمكن التمسك لا بالعرف ولا بالمصلحة المحضة لمن وجه إليه الإيجاب لتأسيس السكوت الملابس، بينما يمكن ذلك إذا تعلق الأمر بوجود المعاملة السابقة.

وانتقالنا بعدها إلى تطبيق نظرية العلم بالقبول المكرسة من طرف المشرع لتحديد زمان و مكان انعقاد العقد الإلكتروني، واستنتجنا أنه توجد حالات تخضع لأحكام التعاقد بين الحاضرين حكما، وحالات أخرى لا يمكن تكييف العقد إلا باعتباره بين غائبين، وبالتالي تطبيق القواعد المنظمة لكل حالة، لذلك نجد أن العقد الالكتروني وضع نموذجا جديدا لمجلس العقد ذلك أنه يمكن أن يكون افتراضيا، وذلك اذا تم التعاقد بتكنولوجية المحادثة والمشاهدة المباشرة عبر الأنترنيت.

أما فيما يخص تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، فنستنتج أن هناك صعوبة كبيرة في تحديده بسبب الطبيعة اللامادية والعالمية لوسيلة إبرام العقد الإلكتروني، والتي تجعل من الصعوبة بمكان تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة في نظره، أي أن قواعد القانون الدولي الخاص عاجزة على مواكبة هذه الطبيعة.

أما النتائج المتوصل لها فهي :

1-العقد الإلكتروني سهل إبرام التعاملات التجارية وإبرام الصفقات رغم تباعد الأماكن

2- خفض من قيمة التكاليف والسرعة في المعاملات والدقة

3- سمح العقد الإلكتروني بالتعامل بكافة الوسائل الإلكترونية المتاحة وبإستخدام كافة وسائل الإتصال والتكنولوجيا.

4-أصبحت الضرورة في العصر الحالي تتطلب هذا المجال في التعاقد وفي التعاملات خاصة بعد ما شهده العالم من تعطل أعماله وأشغاله بفعل الأمراض المتنقلة وكان أبرزها الفيروسات المستجدة.

5-يبقى مفهوم مصطلح العقد الإلكتروني يشير إلا إستخدام كافة الوسائل التكنولوجية والرقمية والإتصالات لأداء التعامل بدقة

أما عن التوصيات: نقترح بعد كل الإشكالات القانونية التي تطرقنا لها ،ما يلي :

1-قصور القواعد القانونية الكلاسيكية الحالية في نظرية العقد على حلها، وهذا ما لا يختلف عليه الباحثون في مجال قانون التجارة الالكترونية .لذلك ينبغي سن قانون مستقل ينظم المعاملات الالكترونية إجمالا .

2- تعديل قواعد القانون المدني كي لا تتصادم مع التقنية الحديثة.

3-وضع قانون دولي خاص تجمع عليه الدول في مجال التكنولوجيا والرقمنة خاص بالمعاملات الإلكترونية.

الإحالات والمراجع:

1-Beaure D'Agère (Guillaume), B. (. (1997). *paiement numérique sur Internet, Etat de l'art, aspect juridiques et impact sur les métiers.* Thomson Publishing76‹.

2-Loi n° 2000-230, p. a. (JO, 14/03/2000). ,P.2968 . www.journal-officiel.gouv.f.

-3Ordonnance n° 2001-741 du 23 Août 2001. (2001). portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation. , JO.,25/08/2001. .

4- Thibault VERBIEST) .https://www.docs-crids.eu/index.php?lvl=notice_display&id=24087, 2001 .(Droit international privé et commerce électronique : état des lieux (2001 .(*Expertises n* الصفحات ، *248*°pp. 176-178.

5-Trezeguet, M. (26 octobre 2005). Enfin une réglementation des actes authentiques électroniques. *http://cejem.u-paris2.fr* , http://cejem.u-paris2.fr/spip.php?article193.

1-أحمد خالد العجولي. (2002). *التعاقد عن طريق الأنترنيت، دراسة مقارنة*. الأردن: المكتبة القانونية، عمان ،123.

2-أحمد خالد العجولي. (2002). *التعاقد عن طريق الأنترنيت، دراسة مقارنة*. الأردن: المكتبة القانونية، عمان ،.123

3-أسامة أبو الحسن مجاهد. (2002). *التعاقد عبر الأنترنيت*. مصر: دار الكتب القانونية، القاهرة،ص5و.6

4-التوجيه الأوروبي. (20 05، 1997). التوجيه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن رقم07/97جريدة رسمية 1997/06/04 تحت رقم144،ص119. البرلمان الأوروبي.

5-القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية. (16 12، 1996). *قرار الجمعية العامة الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحد للقانون التجاري قرار رقم 162/51 الدورة 51 البند 148 من جدول أعمال بناءا على تقرير اللجنة06 628/51* .

6- حسين بن محمد المهدي. (العدد السابع يونيو 2007). القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية . *مجلة البحوث القضائية باليمن* ، .21

7- خالد ممدوح إبراهيم. (2007). *إبرام العقد الإلكتروني*. مصر: دار نشر الثقافة الأسكندرية، ط. أولى ، .73

8- عادل علي المقدادي. (دون ذكر تاريخ). *ابرام العقد الإلكتروني وفقاً لقانون المعاملات الإلكترونية الأردني، دراسة مقارنة*. الأردن: عمان ،ص.207

9- عبد الفتاح بيومي الحجازي. (2003). *مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدةمقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الثاني*. مصر: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 88 و.89

10- عبد الفتاح بيومي حجازي. (2002). *نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا،الكتاب الأول*. لقاهرة ، مصر: ، دار الفكر الجامعي.

11- علي فيلالي. (1997). *الإلتزامات النظرية العامة للعقد*. الجزائر: مطبعة الكاهنة، ص .56

12- علي محمد أبو العز. (2008). *التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي*. دار النفائس، ط. أولى،.130

13- قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي. (11 أوت 2000،).

14- قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي،. (2000).

15- قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الصادر في 11 أوت 2000،. (2000). *الصادر في 11 أوت 2000،* .

16-قانون المعاملات الإلكترونيةالأردني. (2000). 2001. *المؤرخ 2001/12/11* .

17-قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية. (30 01، 2006). .04

18-محمد أمين الرومي. (2004). *لتعاقد الإلكتروني عبر الأنترنيت*. مصر: ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة1، ص .14

19-محمد حسن قاسم. (2005). *التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي*. مصر: دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص18 وما بعدها.

20- نصر الدين مروك. (2003). الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية. *موسوعة دار الفكر القانوني العدد 03* ، صفحة 136.