وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE Abdelhamid Ibn Badis MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: القانون العام

المرجع:.....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

مستقبل العقود في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

التخصص: القانون الإداري

الشعبة: حقوق

من إعداد الطالب(ة):

مجقان لامية

تحت إشراف الأستاذ(ة):

بن سطاعلي جميلة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة):	حميش يمينية	رئيـــــسا
الأستاذ(ة):	بن سطاعلي جميلة	مقـــــررا
الأستاذ(ة):	بنور سعاد	مناقشا

السنة الجامعية: **2025/2024**

نوقشت في : 17 \06\ 2025 .

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

كلية الحقوق و العلوم السياسية
مصلحة التربصات

بن مستورة العالية

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية في إنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد: مرقان أمينة الصفة: طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 141179311 والصادرة بتاريخ: 2025.01.29

المسجل بكلية: الحقوق والعلوم السياسية مستغانم قسم: القانون العام

والمكلف بإنجاز مذكرة ماستر بعنوان:

مستقبل العقود في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

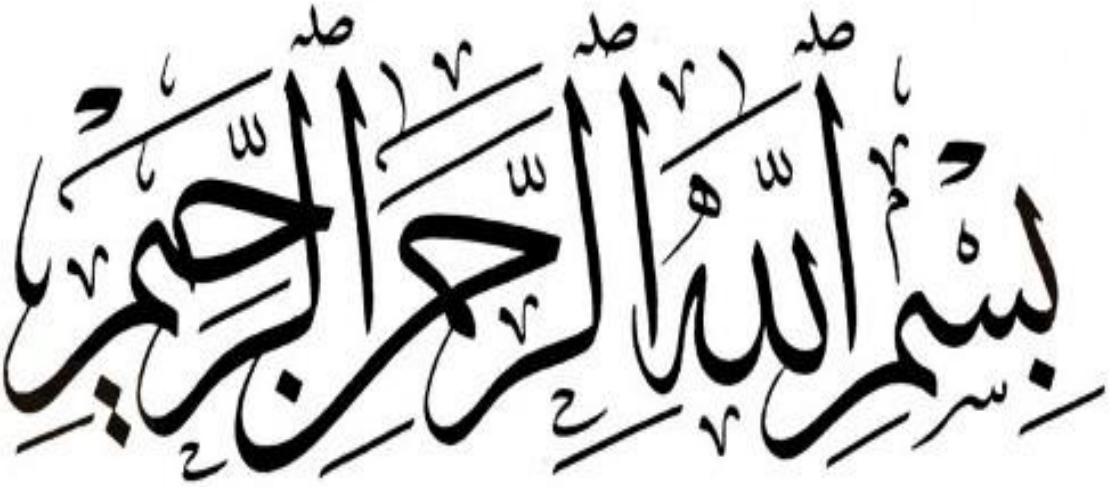
التاريخ: 2025.07.07

إمضاء المعني

ع/ رئيس المجلس الشعبي البلدي
مفوض له بالتفويض منه
إمضاء المكلف أمير بلقاسم

03 JUIL 2025

* ملحق القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية و مكافحتها


بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

مهما كتبت من عبارات لن أجد أصدق من قوله تعالى:

{يرفع الله الذين آمنوا منكم و الذين أوتوا العلم درجات}.

فالحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه.ها قد انطوت صفحة من صفحات الحياة كان فيها الجدّ و الإجتهاد.

أهدي هذا التخرج لمن علمني أن أعطي و لمن أحمل اسمه بكل فخر و أتمنى أن يطيل الله حياتك حتى ترى ثمارا حان وقت حصدها بعد إنتظار طويل"**والدي العزيز**".

و إلى ملاكي في الحياة إلى الإحساس بالحب و الحنان و الإخلاص وإلى ابتسامة الحياة و سر الوجود و إلى التي كان دعاءها سر نجاحي "**أمي الحبيبة**".

إلى نفسي التي قالت أنا لها سأنالها و أخيرا ها أنا اليوم أقف على عتبة تخرجي أقطف ثمار تعبي و أرفع قبعتي بكل فخر.

ولأولئك الذين لديهم ميزة كبيرة في تشجيعي و تحفيزي و الذين تعلمت مثابرتهم و اجتهادهم و الذين هم اكبر سنا و الذين أعتمد عليهم و أولئك الذين أكتسب بحضورهم القوة و الحب بلا حدود لهم و لمن تعلمت معهم معنى الحياة "**أخي و إخوتي**".

إلى كل من وقف معي إلى جانبي و لو بكلمة تشجيع أو بدعوة صادقة إلى كل من دعمني و تحمل معي الصعوبات إلى كل من كان سببا في هذا الإنجاز بعد الله.

ولأئك الذين تمتعوا بالأخوة وتميزا بالولاء و العطاء و لمن رافقتهم في دروب الحياة السعيدة و الحزينة و لمن كان معي على طريق النجاح و الخير"**أصدقائي الأعزاء**".

إلى من زرعن فيا الأمل و كانوا خيرا محفزا لي و دعامة في كل حضور إلى رفيقتي العمر "**رحراح نور الهدى و بلعباس يمينة**" .

شكر و عرفان

أعظم الشكر و أكمله لله رب العالمين، على عظيم فضله وجزيل إحسانه أن أتم علي بنعمته ووفقني بإنجاز هذه المذكرة، "**وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت و إليه أنيب**"

يقول المصطفى محمد عليه أفضل الصلاة والسلام:

"**من أسدى إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئوه به فقولوا له جزاك الله خيرا**"

كما أشكر عائلتي التي وفقت معي كل لحظة في إتمام هذا العمل المتواضع.

أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذة المشرفة "**بن سطاعلي جميلة**" التي أمزجت فيها العلم بالأخلاق الرفيعة و قدمت لي الإرشاد و النصح الوفير و أعطتني من وقتها الكثير فلها مني كل التحية و التقدير لمرافقتها لي في عملي إلى أن أخرجت هذه المذكرة إلى النور.

أتقدم بالشكر و الإمتنان و التقدير و العرفان إلى أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم لمناقشة هذه المذكرة. وأخيرا فإن الشكر موصول لكل مد يد العون و المساعدة من قريب أو من بعيد لإتمام هذا العمل.

المقدمة

المقدمة

شهد العالم في العقود الأخيرة ثورة تكنولوجية غير مسبوقة في إعادة تشكيل جميع جوانب الحياة، من التواصل و التعليم إلى التجارة و الصناعة، لم يبقى أي قطاع بمنأى عن تأثير هذه التطورات، و كان للجانب القانوني نصيب وافر منها. ففي ظل هذا التحول المتسارع أصبحت العقود التي تعد حجر الزاوية في العلاقات القانونية و الإقتصادية، في مواجهة تحديات و فرص جديدة يفرضها التقدم التكنولوجي الهائل. بينما نعرف العقد على انه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، يتمثل في إنشاء إلتزام أو تعديله أو نقله أو إنهاؤه. ولابد من توافره على أركان متعددة منها الرضا المحل السبب و الشكل.

بينما نعرف الشكل في السياق نظرية العقد بأننا نشير إلى القالب أو المظهر الخارجي الذي يجب أن يفرغ فيه العقد، لكي يكون صحيحا و منتجا لآثاره القانونية. او بعبارة أخرى هو الطريقة أو الإجراء التي يتطلبها القانون أو يتفق عليها المتعاقدون،لإثبات وجود العقد أو إنعقاده بشكل صحيح. و قد مرت الشكلية في العقود بعدة مراحل لأثر التطور الذي نتج عبر العصور حيث نشأت الشكلية في القانون الروماني من كونه المصدر التاريخي لها.وذلك لأن المجتمع الزراعي الوثني آنذاك كان يتميز بقلة المعاملات، مما جعله بيئة خصبة لإزدهار هذه الخاصية مر القانون الروماني بممراحل تطور عديدة. أثرت في قواعده، نشأ القانون الروماني لأول مرة في مدينة روما

ثم توسع نطاقه ليشمل إيطاليا و معظم دول العالم المتحضر، في تلك الحقبة التي تمتد من العصر الملكي(754ق.م) و حتى القرن السادس الميلادي. الذي يمثل عصر الإمبراطورية السفلى و ينتهي بوفاة الامبراطور جيستنيان.

في تلك الفترة سادت العقود الشكلية حيث كان العقد يبرم وفق أوضاع و أشكال محددة، ويعد صحيحا و نافذا بمجرد إستيفاء الشكليات القانونية المطلوبة، حتى و لو كان السبب غير مشروع أو كانت إرادة أحد الطرفين معيبة. هذا يدل على أن القانون الروماني لم يعتمد مبدا الرضائية في العقود فالتراضي بين الدائن و المدين، لم يكن كافيا لإنشاء عقد أما في القرون الوسطى و تحديدا في أوروبا. بدأت الإرادة تكتسب أهمية كبرى في العقود. ساهم رجال الدين حينها في التخفيف من القيود الشكلية، حيث إعتبروا أن المتعاقد الذي يقسم اليمين على الوفاء بتعهده يصبح ملتزما به حتى و لو أولت الكنيسة إهتماما كبيرا، لإحترام الكلمة والوعود. بعد المبالغة في الشكلية ضمن القانون الروماني تحررت الإرادة من قيودها، ويعود الفضل في هذا التحرر إلى القانون الكنسي الذي عزز مبدأ الرضائية ليصبح أساسا عاما في العقود. جاء هذا التطور نتيجة لتأثير المبادئ الدينية التي أكدت على ضرورة إحترام الوعد و التعهد و إعتبرت الإخلال بهما خطيئة دينية، تستوجب إكراه المتعهد المقصر على الوفاء بإلتزاماته أمام المحاكم الكنسية. هكذا تغيرت الموازين فأصبحت الإرادة بذاتها قادرة على إنشاء العقود و صارت قاعدة أساسية في القانون الكنسي، بعد أن كانت إستثناء في القانون الروماني. و قد تبنى هذا التوجه لاحقا القانون الفرنسي القديم، ثم تبعه القانون المدني الفرنسي. ثم تحولت حرية الإرادة في إبرام العقود (مبدأ الرضائية)

من أساسها الديني إلى أسس فلسفية و سياسية و إتصادية. و التي إتخذت جميعها طابعا فرديا نظرا لسيادة المذهب الفردي في أوج قوته آنذاك. و بفضل هذا التحول أضحت الإرادة في تطورها متحررة تماما من قيود أو إجراءات شكلية قد تعرقل إنشاء العقد و تكوينه. و مع ذلك مهما بلغ التوسع الحديث في العقود الشكلية من المستبعد جدا أن تعودالشكلية لتصبح هي القاعدة الأساسية في تكوين العقد.

بعدما تلاشت الشكلية في العهد الكنسي المسيحي بفضل رجال الدين إكتست الرضائية إنتشارا واسعا في مجال إبرام العقود. أصبحت الإرادة حينها هي المحرك الوحيد للآثار القانونية للعقود.

و بقى هذا المفهوم مهيمنا على القوانين الوضعية قديمها و حديثها لفترة ليست قصيرة، بيد أن هذه التبات لم يستمر إلى الأبد فالتطورات العلمية و الفكرية و ما نتج عنها من تراكم معرفي أدت إلى إنقلاب جذري في المفاهيم، و زعزعت إستقرار مبدأ سيادة الإرادة في العقود في المقابل عاد ركن الشكلية ليفرض وجوده بقوة ليس فقط كجزء أصيل من القانون المعاصر بل كضرورة ملحة في ممارستنا اليومية.

شهدت الشكلية تطورا لتصبح من أهم مقومات القانون المدني المعاصر. و بسبب انحسار مبدأ سلطان الإرادة. اتجهت أغلب العقود نحو الطابع الشكلي حيث أصبح إبرامها يتطلب الالتزام بشكل قانوني معين.

كما قد تتأثر أنظمة التعاقد باستمرار بالتطورات البيئية المحيطة بها. اعتبارها الوسيلة الأساسية للتعامل بين أفراد المجتمع، تتطور و تتنوع هذه الأنظمة تبعا لتنوع المعاملات التي تبرم

بينهم. لقد مر التاريخ البشري بمراحل متعددة حيث تميزت كل مرحلة بنوع معين من التكنولوجيا التي اتسمت بالتعقيد. وقد أدت تكنولوجيا الاتصالات و المعلومات إلى تزايد دور المعلومات و المعرفة بشكل كبير مما ساهم في ظهور العديد من المفاهيم الجديدة في كافة جوانب الحياة. هذا التطور أفرز مستويات غير مسبوقة من التفاعل الديناميكي بين مختلف أنظمة المعلومات، و أوجد تنافسا قويا بين مصادر المعرفة و العقل و المعلومات. ومن هذا العقل تنبع الاختراعات و الابتكارات.

لقد كان للثورة المعلوماتية تأثير بالغ في مجال التعاقد، و ذلك من خلال الاعتماد على وسائل الإتصال الحديثة التي سهلت التواصل الرقمي و إرسال و استقبال التأكيدات عبر المواقع الإلكترونية، و قد حققت هذه الثورة مزايا عديدة جعلت منها محفزا قويا لإبرام العقود.

بالتالي فإن تبني تكنولوجيا المعلومات و الإتصالات قد ساهم في تحقيق منافع جمة على كافة الأصعدة، أهمها المستويات القانونية بالإضافة إلى الجوانب الإجتماعية و الإقتصادية والعلمية و العملية.

كما تعرف تطورات وسائل الإتصال الحديثة على أنها نتيجة الثورة المعلوماتية و التقنية، وقد غيرت بشكل جذري طريقة تواصلنا عملنا و تعلمنا، مما أسهم في بناء المجتمعات أكثر ترابطا و عالم أكثر إنفتاحا.

أهمية الدراسة: تكمن أهمية دراسة موضوع مستقبل العقود في ظل التطورات التكنولوجيا الحديثة في عدة جوانب أساسية منها **أن** التطورات التكنولوجية مثل العقود الإلكترونية و التعاملات عبر

البلوكتشين ترض تحديات قانونية جديدة تستدعى مراجعة و تكييف القوانين التقليدية لضمان فعاليتها ومواكبتها ؛ **كما قد تستخدم التكنولوجيا** للإحتيال أو التلاعب إذا لم تكن هناك ضوابط واضحة و بالتالي فإن الدراسة تساعد على وضع معايير لحماية الحقوق و ضمان الشافية ؛ **و يضاف إلى ذلك إن** العقود الإلكترونية تؤدي إلى تنفيذ الإتفاقيات بشكل تلقائي و بدون تدخل بشري مما يقلل من التكاليف و الوقت ؛ فهم هذا الجانب يمكن الأفراد و المؤسسات من الإستفادة القصوى من هذه المزايا ؛ **و** مع تزايد إستخدام الأنظمة الرقمية في الأعمال و المعاملات تصبح دراسة مستقبل العقود أمرا ضروريا لفهم طبيعة العلاقات القانونية في العصر الرقمي ؛ حيث توفر التكنولوجيا وسائل جديدة لتوثيق الأدلة و تتبع العمليات ما يسهل حل النزاعات المتعلقة بالعقود.

أهداف الدراسة:

تهدف دراسة موضوع مستقبل العقود في ظل التطورات التكنولوجيا الحديثة إلى فهم كيف تؤثر التقنيات الحديثة مثل العقود الإلكترونية و الذكاء الاصطناعي على صياغة العقود و تنفيذها ؛ حيث يتم دراسة خصائص العقود الإلكترونية و كيف تختلف عن العقود التقليدية من حيث الآمان و الشفافية و سرعة التنفيذ و دورها في تقليل النزاعات القانونية ؛ كما تسعى الدراسة إلى تقييم العقبات القانونية مثل الاعتراف القانوني بالعقود الرقمية و الإلكترونية والاختصاص القضائي و مسائل الإثبات؛ ومن جانب أخر يساهم هذا الموضوع في التعرف على كيف يمكن استخدام التكنولوجيا لتحسين فعالية العقود و زيادة الثقة بين الأطراف المتعاقدة ؛ كما تدعم فهم المجتمع القانوني لهذه التغيرات و تأهيل العاملين في القانون للتعامل مع العقود الإلكترونية.

أسباب إختيار الموضوع:

من الأسباب الدافعة إلى دراسة موضوع مستقبل العقود في ظل التطورات التكنولوجيا الحديثة نجد الأسباب الذاتية و أخرى الموضوعية

الأسباب الذاتية:

- ❖ لدي إهتمام خاص بالتقنيات الحديثة و كيف تؤثر على النظم القانونية.
- ❖ أطمح أن أكون باحثة قانونية معاصرة قادرة على فهم التطورات التكنولوجية و تأثيرها على القانون الخاصة في مجال العقود.
- ❖ أؤمن بأهمية تقديم دراسة تساعد على سد الفجوة بين القانون و إستجابته للمستجدات.

الأسباب الموضوعية:

- ❖ يشهد العالم تطورا هائلا ي مجال التكنولوجيا خاصة في العقود الإلكترونية مما يستدعي دراسة قانونية.
- ❖ الأنظمة القانونية الحالية لا تغطي بشكل كاف التحديات والمستجدات التانجة عن هذه العقود و هو ما يخلق حاجة ملحة للبحث القانوني المتخصص .
- ❖ زيادة إستخدام العقود الإلكترونية الشركات و المؤسسات بدأت تعتمد على العقود الإلكترونية مما يتطلب دراسة آثارها القانونية و العلمية.

❖ قلة الدراسات العربية المتخصصة في هذا المجال تمنح أهمية خاصة لأي مساهمة علمية تسلط الضوء على هذه القضايا من منظور قانوني عربي.

صعوبات الدراسة:

❖ عدم توفر المراجع الكافية حول الموضوع.

❖ نقص المصادر في المكتبة.

❖ مشاكل في التحقق من مصداقية المعلومات.

❖ صعوبة تحديد إشكالية دقيقة وواضحة للموضوع.

إشكالية الدراسة:

الإشكالية هي محور الدراسة التي دفعتنا للبحث في رفوف الكتب و المجالات العلمية بغية التوصل إلى حلها. وعليه نطرح الإشكالية التالية:

-ما مدى تأثير التطورات التكنولوجيا على شكل و مضمون و آليات تنفيذ العقود القانونية؟

تنطوي الإشكالية الرئيسية على العديد من التساؤلات الفرعية و التي تتمثل فيما يلي:

-كيف تؤثر التكنولوجيا الحديثة على شكل و مضمون العقود التقليدية؟

-هل تتطلب العقود الإلكترونية نموذجا قانونيا جديدا أم يمكن دمجها في الأطر القانونية الحالية؟

-كيف تطورت وسائل إبرام العقود من الشكل التقليدي إلى الشكل الإلكتروني؟

منهج الدراسة: بهدف التوصل للإجابة على الإشكالية الرئيسية المذكورة سابقا و كذلك تساؤلاتها الفرعية إرتأينا العمل على مزج مجموعة من مناهج البحث العلمي و هي المنهج التاريخي و المنهج الوصفي و المنهج التحليلي.

المنهج التاريخي: الذي يبرز من خلال دراسة تطور العقود و خاصة ركن الشكلية من العقود التقليدية و إلى العقود الإلكترونية. بداية من القانون الروماني بإعتباره المصدر التاريخي في تطبيق الشكلية في مختلف العقود مرورا بالتشريعات المعاصرة و كذا تطور وسائل إبرام العقود.

المنهج الوصفي: يظهر من خلال القيام بجمع المعلومات على كيفية تأثير التطور التكنولوجي على إبرام العقود التقليدية و العقود الإلكترونية.

المنهج التحليلي: يتجلى في دراسة نصوص المواد القانونية المتعلقة بإبرام العقود و فهمها فهما جيدا و معرفة شروط تطبيقها، و دراسة ملامح تطور العقود التقليدية إلى العقود الإلكترونية من خلال تعديلات عديدة طرأت على القانون المدني و كذا التطورات التي طرأت على وسائل إبرام العقود.

خطة الدراسة:

و بعد التقسيم العام لأجزاء الموضوع إلى فصلين تقسيما ثنائيا و نوضح ذلك وفق الخطة التالية:

الفصل الأول: العقود التقليدية و التحديات التي تواجهها.

المبحث الأول: الشكلية في العقود التقليدية.

المبحث الثاني: الشكلية في العقود الإلكترونية.

الفصل الثاني: أثر التحولات التكنولوجيا على العقود.

المبحث الأول: تنظيم التعاقد الإلكتروني في ظل التحول الرقمي.

المبحث الثاني: تأثير التطور التكنولوجي على التعاقد.

الفصل الأول:

العقود التقليدية والتحديات

تمهيد

العقود التقليدية هي أساس العلاقات القانونية بين الأفراد و الشركات، و تعد أداة أساسية لتنظيم التعاملات التجارية و المالية، و مع تطور المجتمع و تغير الظروف الإقتصادية والإجتماعية، واجهت العقود التقليدية تحديات كبرى في مواكبة هذه التغيرات وتلبية إحتياجات الأفراد و الشركات.هذا ما سنتطرق إليه في الدراسة التالية: حيث قسمنا عملنا هذا إلى الشكلية في العقود التقليدية في المبحث الأول و تطرقنا إلى الشكلية في العقود الإلكترونية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الشكلية في العقود التقليدية:

حظي مفهوم العقد بأهمية بالغة في القانون الروماني، بإعتباره المصدر الرئيسي للالتزام. وقد تطور هذا المفهوم عبر مراحل تاريخية مختلفة، بدءا من القانون الروماني الذي تأثر ببعض المفاهيم الكنسية مرورا بالقانون الفرنسي وصولا إلى القوانين المعاصرة، و رغم إهتمام الفقهاء الرومان بالعقد إلا أنهم لم يقدموا تعريفا واضحا له، حيث لم يظهر مصطلح العقد إلا في أواخر القرن الأول الميلادي و لم تتضح فكرة تطابق الإرادتين إلا في القرن الثاني الميلادي على يد جايوس وقد قام القانون الروماني على مبدأين أساسيين للإلتزام هما الإرادة و إختلال التوازن المالي بين الذمم [1] .

[1] بتصرف فايز محمد حسين محمد، الوديعة في القانون الروماني و الشريعة اللإسلامية، مصر 2002ص10 .

حيث كانت الإرادة المصدر الغالب في العقود الشكلية. ذلك أن القانون الروماني إستغرق وقتا طويلا لمعرفة أن الإرادة لم تكن كافية لإحداث أي أثر قانوني، إلا إذا تم صياغتها وفق أشكال محددة قانونا، كان إختلال التوازن المالي هو مصدر العقود الرضائية و العقود العينية وهذا الأخير لا يتحقق إلا إذا فرضنا على المتسلم للشيئ أو يريده للمسلم نفسه أويعادله بغية إعادة التوازن المالي بين الذمم[1].

في الماضي كانت العقود تعتمد بشكل كبير على الشكليات لإبرامها و لكن مع مرور الوقت تطورت وأصبحت أكثر مرونة، حيث أصبحت الرضائية هي أساس في تكوين العقود وأصبح الشكل إستثناء و مع ذلك يجب الإنتباه إلى أن بعض العقود لا تزال تتطلب شكليات معينة لإبرامها، و لكنها أقلية بينما الشكلية القديمة كانت هي الأساس في تكوين العقد و لا يمكن للمتعاقد طلب إبطال العقد حتى و لو كان هناك عيب الإرادة و تتمثل الشكلية الحديثة بكونها أكثر مرونة، حيث يمكن للمتعاقد طلب إبطال العقد إذا كان هناك عيب في الإرادة[2].

كما أن إنتشار عقود الرضائية التي تعكس حرية المتعاقدين في كيفيية إبرامها لم يدم طويلا بدأت بالتراجع لأسباب عدة منها ما يخص المصالح الفردية و منها ما يتعلق بالمصالح العامة بالمصالح الخاصة، فإن للرضائية مساوئ قد يتضرر بسببها المتعاقد والغير كونها تزيد من تسرع المتعاقد في إبرام العقد قبل تقديره للأمور حق قدرها، كما قد يغفل عن المسائل المهمة ولا يحتاط

[1] المرجع نفسه ؛ ص 11 .

[2] محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان 2007 ص50.

لنفسه من سوء نية المتعاقد الذي معه كذلك تسهل الرضائية تضليل المتعاقد ما ينجز عنه الخلافات والنزاعات حول مضمون العقد و حتى بالنسبة لوجود أحيانا[1].

تنطوي العقود الرضائية على مبدأ سلطان الإرادة الذي يعني أن الشخص حر و له الحرية المطلقة في التعاقد، و أن الإرادة في المناط الأساسي لتكوين العقد و إخراجه من حيز التفكير والعالم الإفتراضي إلى تجسيد على أرض الواقع، هذا المبدأ ظل جامد مما دعت الضرورة إلى إضفاء بعض التخفيف عليه و لعل أكبر دليل على التراجع النسبي لهذا هو إتساع نطاق الشكلية في العقود، مما يؤكد و بكل وضوح على إنتكاسة المبدأ و تراجعه كذلك يظهر تراجع مبدأ سلطان الإرادة من خلال تزايد تدخل القاضي في العقد و التعديل فيه و إعادة التوازن للعلاقة العقدية، مما يشكل حلقة قيدت مبدأ سلطان الإرادة و قلصت من بسط نفوذه. و لم يقتصر ظهور قصور هذا المبدأ في هذا السياق و إنما يظهر جليا في تقزيم مبدأ سلطان الإرادة أمام سمو فكرة النظام العام، كما يظهر إضطراب هذا المبدأ من خلال تدخل الدولة في توجيه العقود[2].

يتطور القانون بإستمرار إستجابة للتغيرات التي تطرأ على العلاقات بين الأفراد وتجسيد العقود محور العديد من أنشطتنا اليومية، حيث تعتمد معاملات البيع و الشراء سواء للمنقولات أو العقارات على العقود البيع و تستند علاقات العمل إلى عقود الخدمة. بينما تنظم عقود الإيجار الإنتفاع بالأماكن و المحلات و لا تتوقف المعاملات عند هذا الحد بل تشمل أيضا التصرفات

[1] علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر 2005ص 231

[2] بن لعلي عبد النور، جربوعة منيرة التحولات الراهنة للنظرية العامة للعقد تجديد للعقد أم تخفيف من حدة القواعد الكلاسيكية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الساسية، المجلد 58العدد 05.2021 ص211.

الإلكترونية، و من هنا يتضح أن جميع هذه العمليات لا يمكن أن تتحقق أثارها القانونية إلا في إطار عقدي يضمن تنفيذ تلك العمليات، حيث بدونه تصبح المعاملات المدينة و التجارية مجمعة في القانون الروماني كانت الإرادة محدودة في دورها بإنشاء العقود حيث كانت الشكلية هي المسيطرة. فقد فرض القانون الروماني على الأطراف الإلتزام بأشكال معينة لإبرام العقود لضمان صحة إلتزام و تأثيرها القانوني، مع مرور الوقت تطورت الأوضاع و برزت أهمية الإرادة في أربعة عقود هي البيع، الإجارة، الشركة و الوكالة. لكن مبدأ الرضائية في العقود لم يصبح قاعدة عامة في القانون الروماني، بل بقيت الشكليات هي التي تنشئ العقد و إن تخففت و في النهاية القرن الثاني بدأت الشكليات تتناقص بينما إزداد دور الإرادة في تكوين العقد[1].

في خضم هذه التطورات تأثر القانون الفرنسي في البداية بشكلية القانون الروماني، و كذلك بشكلية القانون الألماني وقت الغزو الفندالي في القرن الخامس للميلاد. إلا أنه مع بداية القرن الثالث عشر بدأت أسس الشكلية تسقط تحت ضغط القانون الكنسي و القراءات الجديدة للقانون الروماني خاصة تحت تأثير المذاهب الفلسفية و الإقتصادية، و مع بداية القرن التاسع عشر لاقت نظرية سلطان الإرادة القبول الحسن في معظم بلاد العالم، و أصبحت بذلك الرضائية هي المبدأ في قيام العقود في حين صارت الشكلية الإستثناء من هذا المبدأ[2].

[1] بتصرف فراح ربيعة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الطور الثالث ؛ تطور الشكلية في العقود، جامعة 8ماي 1945،قالمة 2023\2024 ؛ ص 22-23 .

[2] علي كحلون، النظرية العامة للإلتزامات، مجتمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2015ص126.

فتمسك القانون الروماني بوحدة ركن الشكلية في إبرام العقود راجع لضمان هذه الاخيرة لتنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقود. حيث لا مجال للتماطل او الإخلال بالإلتزامات التصرف القانوني، إلا إذا أبرم وفق لنموذج الشكلي المعد سلفا و المعرفة مقدما الأثار التي تترتب عليه فمبدأ الشكلية كان يقضي بأن الإرادة لا تنتج بذاتها أي أثر قانوني ما لم تفرغ في القالب الذي حدده القانون[1].

بناءا على ما سبق إرتأينا تقسيم الفصل الأول في هذا البحث إلى مطلبين حيث سنتطرق في المطلب الأول إلى الإطار المفاهيمي للشكلية في العقود التقليدية حيث نقوم بدراسة مفهوم و أنواع الشكلية في العقود التقليدية و بالنسبة للمطلب الثاني خصصناه للمبادئ العامة للعقود الذي سنحاول فيه دراسة الأركان الأساسية للعقد و أثر العقود التقليدية في المعاملات التجارية.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للشكلية في العقود التقليدية:

تأخذ الشكلية صور عديدة على حسب الجهة المختصة في تحريرها فقد تكون هذه الشكلية عبارة عن أوراق توثيقية محررة من قبل موثق قد تكون أوراق إدارية محررة من قبل هيئة إدارية مثل وثائق الولايات و البلديات و المؤسسات العمومية الإدارية، قد تكون أيضا الشكلية عبارة عن أوراق خاصة تحرر من قبل أشخاص لا يمثلون الإدارة العمومية، و لكن يحررون وثائق رسمية كما هو الحال بالنسبة للوثائق و المحاضر المحررة من طرف المحضر القضائي أو محافظ البيع

[1] فايز محمد حسن محمد، المرجع السابق ص11 .

بالمزاد العلني. و أما الأوراق القضائية المحررة من قبل الجهات القضائية على مختلف أنواعها في صورة أحكام و قرارات و أوامر قضائي[1].

لإنعقاد العقد الشكلي لا يكفي مجرد التراضي بين الأطراف بل يجب أن يتوفر شرط إضافي و هو إفراغه في شكل محدد قانونيا، يشترط القانون أشكالا مختلفة للعقود الشكلية تتراوح بين الورقة الرسمية و الكتابة العرفية، فبعض العقود تتطلب رسمية محددة بينما تتطلب أخرى كتابة عادية. القانون هو المسؤول عن تحديد العقود الشكلية و الشكل المطلوب في كل عقد و لا يمكن التوسع في تفسيره أو تعديله فالعقود الشكلية هي إستثناء و الإستثناء لا يقاس عليه. إذا إستلزم القانون شكلا معينا في التصرف فلا يمكن إنعقاد هذا التصرف إلا بإستثناء هذا الشكل[2].

وعليه إن كان الأصل في العقود الرضائية إنه يكفي لإنعقادها مجرد تراضي المتعاقدين، إلا إذا أوجب القانون و المتعاقدين شكلا معينا فهذا الشكل يكون ركنا في العقد، و يستوجب مراعاته عندما يعبر بصورة واضحة و محدودة عن محتوى العقد و كذلك تتسم الشكلية بدورها الوقائي بالنسبة للأطراف. كونها تخول للمتعاقد دليل كتابي يمكنهم الرجوع إليه في حالة وقوع نزاع بينهم بغية إثبات حقوقهم، كما تساعد الشكلية السلطة العمومية على حصر العقود المبرمة بين الأشخاص لتتمكن من ممارسة رقابتهم على العلاقات الإقتصادية والإجتماعية، التي تربط بينهم

[1] مقني بن عمار، أحكام القانونية المتعلقة بصحة و بطلان المحررات التوثيقية، دراسة في القانون الجزائري، للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر،2014ص30-31.

[2] بتصرف فراح ربيعة،المرجع السابق ؛ ص 24 .

خاصة فالشكلية الحديثة هي وسيلة تحقق الأمن القانوني والإستقرار المدني لأنها تعطي تحديدا للإرادة الواسعة و المتحركة [1].

كما تعمل المصلحة العامة و تلعب دورا هاما في إضفاء الشكلية على العقود مما يجعلها تهتم بجميع المعاملات القانونية التي يقوم بها الأفراد. تسعى الدولة إلى إرادة و توجيه المنظومتين الإقتصادية و الإجتماعية، لذا يجب أن تتناسب جميع المعاملات التي يقوم بها المتعاملون الإقتصاديون سواء كان عموميين أو خواص أو حتى مواطنين مع السياسة الوطنية للبلاد، تشجع الدولة بعض العمليات و تمنع أخرى بشكل قاطع اذا كانت تعارض الاتجاهات العامة للسياسة الاقتصادية و الاجتماعية[2].

تعد الشكليات من أهم سمات القانون المدني المعاصر، و أمام تقلص مبدأ سلطان الإرادة تحولت جل العقود إلى عقود شكلية يلزم لإنعقادها إضافة إلى ركن التراضي إتباع شكل خاص محدود يتصل بالغير عن الإرادة بحكم القانون أو بإتفاق الطرفين [3].

و تبعا لما سبق سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الشكلية في الفرع الأول و أنواع الشكلية في العقود التقليدية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الشكلية في العقود التقليدية:

[1] مقني بن عمار، المرجع السابق ص46.

[2] بتصرف علي فيلالي، المرجع السابق ص 231.

[3] مقني بن عمار، المرجع السابق ص19.

في إطار البحث عن مفهوم العقد نجد الأستاذ "سافاتيه" عند بحثه فيما يخص إنفجار المفهوم التقليدي للعقد إتفاقا حرا بين إرادتين مستقلتين و كان أهم ما يميز العقد في ظل هذا القانون أنه كان عقدا فرديا، بمعنى أنه كان ينظم علاقة ما بين فردين أو أكثر لا تتعدى أثاره عاقدية و لم يكن لهذا العقد أي دور في الحياة الإقتصادية العامة، و كانت الحرية العقدية تشكل في ذلك القانون ركيزة أساسية للعقد و دونها لا يمكن القول بوجود العقد و في ظلها تمنح الأفراد بأوفر قدر من الصلاحية في إنشاء العقد و ترتيب أثاره[1] .

لاشك أن العقود تغيرت في ظل المستجدات القانونية القائمة حيث أنها لم تعد بالطريقة التي كانت عليها من قبل، من ناحية إنعقادها الفوري من خلال توافق بين الإيجاب و القبول بما يضفي عليها صفة الرضائية، بل أن مقتضيات المصلحة العامة و الحاجة إلى حماية الإئتمان في العقود أدى إلى ضرورة إيجاد نمط آخر من العقود يتسم بخصوصية معينة إلا و هي الشكلية خاصة، إذا تعلقت هذه الشكلية بنوعيها الرسمي ما يضمن حماية أكثر لحقوق المتعاقدين حيث يرى المشرع بالحاجة إليها في إبرام العقود على مختلف أنواعها[2].

الشكل هو الطريقة المحددة التي يجب أن تعبر بها الإرادة و يفرض هذا الشكل بشكل إلزامي من قبل القانون، يكون الشكل ضروريا في العقد أو هو الطريقة المحددة للتعبير عن الإرادة، أو هو

[1] رزقي سمية، عيادي فريدة، "العقد بين الأزمة ومقتضيات التطور"،مجلة الفكر القانوني و السياسي، المجلد السادس، العدد الأول، 2022ص801.

[2] فراس بحر محمود، "مجلس العقود الشكلية في الفقه الإسلامي و القانون"، مجلة كلية التراث الجامعة، العدد 2015.17 ص 201.

التصرف الذي يفترض أن تظهر به الإرادة بطريقة معينة. غياب الشكل يؤدي إلى عدم الإعتراف بالتصرف قانونيا[1].

أولا :تعريف الشكلية من المنظور الفقهي :

دائما ما نلجا إلى البحث عن مفاهيم المصطلحات القانونية عند فقهاء القانون حيث في هذا الصدد يرى الفقيه الألماني "اهرينج" أن " الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة" فالشكلية كفيلة بحماية إرادة المتعاقد و سلامة رضائه. خاصة إذا تمثلت في الكتابة الرسمية حيث يلزم الموثق بتوجيه المتعاقد حتى يصبح على بينة من أمره. كما تعزز الكتابة على الإئتمان إذ تجنب المتعاقد إحتمال إنكار أو نسيان مضمون العقد من قبل المتعاقد الآخر، أما بالنسبة للغير فإنه يجهل تماما التصرفات القانونية الشفهية مما يتضرر من ذلك و عليه يمكن القول بقوة الشكلية القطعية في الإنعقاد و الإثبات[2].

يختلف الفقهاء كثيرا في تعريف الشكلية و هذا بالنظر إلى الصور التي تنطوي عليها يقول الفقيه "جيني" بخصوص الشكلية من منظور التصرف القانوني أن " التصرف الشكلي هو الذي فرض فيه الشكل تحت طائلة عدم الفعالية القانونية بدرجة ما" و يرى الفقيه "روبي" أن "الشكلية تعني كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني و تحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات و المواعيد و الإجراءات " كذلك يقول الفقيه "بونكار" أن "الشكلية ذات مفهوم

[1] بتصرف بالطيب محمد البشير، "الطبعة القانونية للشركة رؤية حديثة الطبيعة القانونية للمجتمع رؤية جديدة"، مجلة دفاتر السياسة و القانون، المجلد 12، العدد 2020.2 ص 1401.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق ص 231.

متغير يشمل التصرفات التي تعرف عادة بالتصرفات الشكلية و تلك التي تخضع للشكليات الخاصة و الترفات التي تتطلب تعبيرا عن الإرادة"[1].

ثانيا: تعريف الشكلية من المنظور القانوني:

إن المشرع الجزائري لم ينص على تعريف الشكلية في القانون المدني و إنما نص عليها من باب الحديث عن الإثبات كون الكتابة هي الوسيلة الأولى في الإثبات، حيث تطرق إلى تبيان المقصود من العقد الرسمي بأنه " العقد الذي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و إختصاصه" [2]

إلا أنه تصدى لتعريف العقد في نص المادة 54 من القانون المدني على أنه " العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين يمنح أوفعل أو عدم فعل شيء ما " و قد سلك القانون المدني الجزائري مسار القانون المدني الفرنسي في تعريف العقد و هي ترجمة حرفية لنص المادة 1101 من المجلة المدنية الفرنسية حيث جمع هذا التعريف بين العقد و الإلتزام[3].

أما بالنسبة للمادة 324 و بالرغم من قصرها في الإحاطة بمفهوم الشكلية إلا أنها تعج بالمفاهيم القانونية و الشروط التي على أساسها يكون العقد الرسمي كصفة محرر العقد . عقد

[1] مقني بن عمار، المرجع السابق ص 28.

[2] أنظر المادة 324 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل
و المتمم للقانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 مايو1988 جريدة الرسمية 18 ص74 .

[3]علي كحلون، المرجع السابق ص 104 .

محرر وفق الشكل القانوني .عقد إشهاري أو تصريحي ، و تضيف المادة 324 مكرر3 بقولها "يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة بطلان العقود الإحتفائية بحضور شاهدين "وبذلك يكون هناك عنصر رابع هو العقود الإحتفائية و العقود الرسمية الأخرى[1].

و من بين التصرفات التي يستوجب القانون إستيفاءها على الشكلية المتمثلة في الكتابة الرسمية تحت طائلة البطلان نذكر المادة 324 من ق.م مكرر 1"...العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو تنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد ...". و تقتضي كذلك المادة 883 من ق.م " لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي" و عليه فالإغفال الكلي لهذه الشكلية بإعتبارها ركنا في العقد تمنع قيامه بل يصبح منعدم الوجود قانونا العقد على عكس أفعال بعض الأشكال و الشروط التي تفقد العقد صيغته الرسمية و هذا بنص المادة 326 مكرر 2 من ق.م " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو إنعدام الشكل محرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف[2].

الفرع الثاني: أنواع الشكلية:

[1]\ الصالح بوغرارة، الشكلية في التصرفات القانونية، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، المجلد 01، العدد 01- 2015 ص.96.

[2]علي فيلالي، المرجع السابق ص 238.

تعد الشكلية من عمل المشرع الذي من خلالها إلى تحقيق أهداف محددة و هو الذي يرتب جزاء المرتب على تخلفه حيث يتفاوت القانون في فرض القيود الشكلية على الإرادة ذلك حسب المصلحة المتوخاة منه. فقد يفرضها لإنعقاد العقد كونه " ركن من أركان العقد " كما في الكتابة الرسمية التي تقتضي تدخل موظف مختص و العرفية التي تشترط كتابة و توقيع العقد أيضا قد يلزم القانون القبض و هو التسليم في العقود العينية كما قد يفرض المشرع إجراءات شكلية لازمة لتنفيذ العقد، و التي لا تؤثر أبدا في صحة نشاة العقد كما قد تفرض أوضاع و أشكال بغية صحة الإثبات و دون المساس بصحة العقد[1].

أولا: الكتابة:

إن الكتابة هي الأساس في الوثيقة أو المستند أو ورقة يثبت بموجبها أحد الخصوم وجود حق أو واقعة أو مجموعة وقائع معينة سواء كان مصدر هذا الحق هو واقعة مادية أو كان تصرفا قانونيا أو كان مصدره القانون نفسه.

إن الكتابة في قواعد الإثبات تعرف على أنها وسيلة أو أداة يستعملها الشخص أو الخصم أمام القضاء لإثبات حقيقة إتفاق ما أو واقعة قانونية كمصدر للحق المدعي به، و تحتل الكتابة في العصر الحديث الصدارة عن باقي أدلة الإثبات فهي أهمها و أكثرها إستعمالا وأقواها حجية خاصة إذا كانت هذه الكتابة رسمية هذا بعد إن كانت البينة " شهادة الشهود" تحتل هذا المقام في الماضي كما ساعد على تقدم الكتابة تعدد وسائلها خاصة بعد إختراع آلة الطباعة، و كذا لجوء

1\ فراح ربيعة، المرجع السابق ص 35.

الناس إليها بالنظر لما توفره من ضمانات الأطراف و للغير أيضا فالكتابة تعكس الصور الحقيقية للحق القائم بين الأطراف[1].

المشرع دائما ما يأخذ بخطورة التي من الممكن أن تمس بمصلحة المتعاقد في بعض التصرفات و أن التعبير قد يأتي غير مطابق للإرادة الحقيقية لذلك المشرع دائما ما يحتاط في إبرام التصرفات القانونية حيث يتصدى لذلك من خلال إشترط لضرورة إنشائها توافر ركن الشكلية، سواء إذا كانت في صورتها بالكتابة أو في ورتها كفعل فمثلا ضرورة الكتابة الرسمية تستوجب تدخل الموظف المختص الذي يقوم بدور المراقب على إبرام التصرف وأيضا ضمان مطابقة التعبير للإدارة الحقيقية و ينطبق هذا على الكتابة العرفية إذ من شأن وجوب إفراغ التصرف في شكل مكتوب أن يضمن سعي أطراف العقد إلى الإلتزام الذي تتضمنه الكتابة بالإضافة إلى معرفتهم التامة به[2].

1\ الكتابة الرسمية:

جرت عادة الرومان على توثيق تصرفاتهم عن طريق إفراغها في وثيقة محررة بالكتابة الرسمية، و هي الكتابة المسمارية في ذلك الوقت حيث ظهرت للمرة الأولى في مدينة سومر ،عندما

[1] مقني بن عمار، المرجع السابق ص 20.

[2] فراح ربيعة، المرجع السابق ص 34.

ظهرت اللغة الازامية أبح الرومان يعلمون على التوثيق بها على الورق وأوراق البردي إعتبرت الكتابة الرسمية شرطا لصحة التصرفات العقدية التي إعتبروها حجة في إبرام عقودهم[1].

إن القاعدة العامة هي خضوع مختلف التصرفات و العقود لإرادة المتعاقدين طبقا للقاعدة المعروفة " العقد شريعة المتعاقدين"، بحيث يجوز لهم نسخ إتفاقتهم في أي قالب تطبيقا لحرية المعاملات و يعتبر إتفاقهم هو المصدر الوحيد الذي يرجع إليه في حالة نشوب نزاع. لكن لم تعد هذه القاعدة لوحدها كافية لإستقرار المعاملات . مما حتم إفراغ بعض المعاملات بما فيها العقارية في الشكل الرسمي. فالرسمية هي طائفة من طوائف الشكلية. والتي أصبحت تشكل الإستثناء عن مبدأ الرضائية و يقصد بقاعدة الرسمية إفراغ كل تصرف قانوني في شكل من طرف أشخاص مختصين. أقر لهم القانون هذه الصفة فقد يستلزم القانون إبرام بعض التصرفات القانونية في الشكل الرسمي. أي أمام موظف عام أوضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة. وفق الشكليات و أوضاع حددها القانون لتحقيق مزايا عدة بحيث يبعث الثقة لدى الأفراد و يقوي الإئتمان من ثم يوفر الإستقرار في المعاملات و يحقق الأمن القانوني. فهي مهام تعجز عن تحقيقها الرضائية أو الشكل العرفي لذا نجد معظم التصرفات الخطيرة أو الهامة أو طويلة الأمد قد فرض المشرع إفراغها في الشكل الرسمي و الذي يخضع لضوابط و إجراءات وجب إتباعها[2].

[1]اديش تورية، "دور الموثق في تجسيد الشكلية كآلية لضمان التصرفات العقارية، دراسة مقارنة "، مجلة العلوم و أفاق المعارف، جامعة عمار ثليجيب، الأغواط ،الجزائر، المجلد الثاني، العدد الأول جوان 2022ص 494.

[2]فراح ربيعة، المرجع السابق ص35.

و تجدر الإشارة إلى أن العقود الرسمية تنقسم إلى أربعة أنواع متمثلة في: العقود التوثيقية، العقود الإدارية، العقود القضائية، العقود التشريعية و هذا الأخير من العقود المتعلقة عادة بالشركات الدولية مثل: العقود المتعلقة بالتنقيب عن المحروقات البترول والغاز و العقود المشابهة لها، و التي تخضع للمصادقة عليها بالقانون و هي على أية حال تنص الإتفاقيات و العقود الدولية و قليل ما تحدث منازعات بشأنها، و أن حدثت فتسوى عن طريق التحكيم الدولي أو في إطار التعاون الثنائي بين الدول و الحكومات إلا ما تعلق منها بالمسائل التجارية و تدخل في نطاق القانون الدولي العام[1].

إن المقصود بالمحررات الموثقة هي تلك التي يحررها الموثقين المختصين في مكاتب التوثيق التابعة لمصلحة الشهر العقاري وفقا للشكل الذي رسمه القانون. و تكون واجبة التنفيذ بوضع الصيغة التنفيذية عليها أو تلك التي يحررها قناصل الدولة في الخارج.ويجرى التنفيذ بمقتضاها داخل الدولة[2].

فالمحررات التوثيقية تعد طائفة من الأوراق الرسمية تحرر من قبل شخص مؤهل يتوافر فيها الإختصاص و الصفة القانونية لتحريرها وفقا لشروط التي حددها القانون المدني قانون التوثيق، و هذا الشخص المؤهل قانونا لتولي مهمة تحرير هذه السندات يسمى بالموثق وهو ضابط عمومي خوله المشرع القيام بمهمة إصباغ القالب الرسمي للعقود الخاصة بغض النظر عن

[1]عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة الجزائر، 2003 ص 57.

[2]\ فراح ربيعة، المرجع السابق ص35.

أطرافها وهو أشبه بقاضي ودي" قاضي تحرير" مخول قانونا بتقديم خدمة عامة هي تحرير العقود الرسمية. و الموثق حين قيامه بهذه المهمة يراعي مجموعة من الشروط القانونية و الشكليات التنظيمية المتطلبة لصحة العقود التوثيقية مع ضرورة إستعمال أساليب واضحة و سهلة حتى تكون محرراته بمناى عن دعاوى البطلان أو التزوير أو التصحيح أو التفسير[1] .

أما العقود الرسمية هي التي يطلق عليها أدلة الإثبات ذات القوة المطلقة، و هذا النوع من العقود نصت عليه المادة 324 من القانون المدني الجزائري بأن " العقد الرسمي عقد يثبت فيه الموظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة. ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و إختصاصه[2].

و معنى صدور المحرر من الموظف العام هو أن ينتسب إليه المحرر و لا يتلزم ذلك أن يكتب المحرر بيد الموظف و يقصد بالموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة كل من تعينهم الدولة للقيام بعمل من أعمالها[3].

2\ الكتابة العرفية:

أ\ الإطار المفاهيمي:

إن المقصود بالمحررات العرفية هي تلك الأوراق التي يحررها الأفراد سواء كانوا من أطراف العقد أو آخرين . حيث لا يتدخل أبدا في تحريرها موظف رسمي أو شخص ينتمي إلى هيئة

[1] امقني بن عمار، المرجع السابق ص99.

[2] عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق ص 57.

[3] فراح ربيعة، المرجع السابق ص 36.

إدارية أو موثق و هذا ما جعل الورقة العرفية تتسم بالطابع الغير الرسمي. و لا تتمتع بالضمانات التي تتمتع بها الورقة الرسمية و تنقسم الورقة العرفية ألى نوعين هما: ورقة عرفية معدة للإثبات فهي وسيلة إثبات معدة سلفا يكتبها الأفراد بقصد أن تكون أداة إثبات فيها قد يثور من منازعات حول مضمونها و لذلك تكون موقعة ممن هي حجة عليه. و ورقة عرفية غير معدة للإثبات لم ينظر عند كتابتها إلى إستخدامها في الإثبات و لكنها تصلح للإثبات كأدلة عارضة و يغلب ألا تكون موقعة من ذوي الشأن كالدفاتر التجار أو الأوراق و الدفاتر المنزلية و قد تكون موقعة منهم كالرسائل و أصول و البرقيات[1].

كذلك تعرف الورقة العرفية بأنها الشكل الذي يتعارف عليه الناس، و إتخذوه وسيلة لإثبات تصرفاتهم القانونية. ثم قننه المشرع و أعطاه تسمية العقد العرفي و نظمه في نصوص القانون المدني في المادتين 327 و 328 منه . كما يعرفها آخرون بأنها الشكل الذي إستلزم المشرع أن تصاغ فيه بعض التصرفات القانونية و ترك مهمة إعداده لأطراف التصرف دون ضرورة تدخل موظف عام لتحريره، أو أنه كل عقد غير رسمي لم يتدخل في تحريره موظف ما بحكم وظيفته. و يأخذ العقد العرفي عدة صور أهمها العقد الرسمي محتل أحد الشروط و العقد المعد من قبل الأطراف إضافة إلى العقد وفق نموذج مهيا سلفا.[2]أن العقود و الأوراق العرفية هي التي لا تحرر من قبل ضابط عمومي أو موظف عام.

[1] فراح ربيعة، المرجع السابق ص 40 .

[2] افراح ربيعة، المرجع السابق ص41.

و تشترط لصحتها أن تكون موقعة من أطراف العقد و أن يكون لها تاريخ ثابت حتى يمكن الإحتجاج بها بالنسبة للغير. و من ثمة نميز بين حجية العقد العرفي بين أطرافه وحجية العقد بالنسبة للغير. فبالنسبة لأطراف العقد يعتبر العقد صحيحا و يكون حجة عليهم ما لم ينكروه صراحة أي ينكروا ما هو منسوب إليهم من خط و إمضاء و إن مجرد سكوتهم يعد إقرار بصحة العقد أو الورقة العرفية، غير أن الإقرار الصريح أو الضمني للعقد العرفي لا يؤثر بأي حال في أوجه الدفوع الشكلية أو الموضوعية التي يكون لمن أقر بالورقة العرفية أن يتمسك بها مثل بطلان العقد لعدم إتباع الرسمية أو الشكلية التي تعد ركنا رابعا من أركان العقد المتعلق بنقل الحقوق العينية العقارية في العديد من التشريعات الدولية، و هو ما نصت عليه المادة 327من القانون المدني الذي يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط و إمضاء غير أن هذه المادة إستثنت ورثة و خلق موقع العقد من الإنكار الصريح و إكتفت بأن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه الحق[1]، حيث أفصح المشرع الجزائري عن حجية الورقة العرفية فيما بين أطرافه في نص المادة 327 من ق.م.ج و التي نصت في فقرتها الأولى على" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وقع عليه ببصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه." هذا الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في قرار لها حول إثبات العقد العرفي نتيجة تطابق الإرادتين و غير منكر ممن وقعه و هذا في قولها " من المقرر قانونا أن يتم بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما، و من المقرر أيضا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه و من ثم فإن

[1]عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق ص77 .

النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون و الخطأ في تطبيقه في غير يستوجب رفضه و لما كان في قضية الحال أن الطعن لا ينكر إتفاقه بإقتسامه المنزل الزوجي معها و الزوجية قائمة بينهما طبقا للعقد العرفي الممضي من قبله. فإن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي بإرجاع الغرفة و المطبخ للمطعمون ضدها طبقوا صحيح القانون و متى كان ذلك إستوجب رفض الطعن[1].

ب\اشروط الورقة العرفية:

1\ الكتابة :

إن الورقة العرفية المعدة للإثبات لابد أن تتضمن شرط الكتابة و التي تبين الغرض المرجو من كتابة هذه الورقة، أي أن تكون مثبتة لواقعة قانونية ما و هذا الشرط بديهي يحتاج إلى بيان ولكن هذه الكتابة لا يشترط فيها شرطا خاصا لا من حيث الصياغة و لا من حيث طريقة الكتابة. فيستوي أن تكون قد كتبت باللغة العربية أو يغيرها و يستوي في طريقة تحريرها أن تكون كتبت بخط اليد أو بآلة كاتبة أو كانت مطبوعة و لا عبرة بشخص كاتبها. فقد يكون الدائن أم المدين و قد يكون شخصا أجنبيا عن العقد و يستوي أن يكون الكاتب أهل للتصرف أو غير أهل للتصرف ولا يشترط أن يتضمن العقد العرفي مكان أوتاريخ تحريره إلا إذا اشترط القانون ذلك[2].

[1]ابكوش إلهام شرفي عبد القادر، "حجية الكتابة كوسيلة للإثبات "، مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية ،المجلد11 العدد 01-2017ص384.

[2]حشود نسيمة، " حجية السندات الرسمية و العرفية في القانون المدني الجزائري" ،مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، المجلد 06.العدد02-2017 ص 94.

ومنه كل عقد إتخذ الشكل العرفي المكتمل الشروط تكون له حجية على مصدره ما لم ينكره صراحة و على ورثته ما لم يؤدوا اليمين على عدم علمهم بأنه صادر من مورثهم[1].

أما بالنسبة للغير فلا يكون للعقد العرفي حجية إلا إذا كان له تاريخا ثابتا. و هو ما نصت عليه المادة 328 من القانون المدني التي تقتضي بأنه " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت. و يكون تاريخ العقد ثابت إبتداءا من يوم تسجيله أو من يوم تبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام ، أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء[2].

إن الأصل في الورقة العرفية أن تكون حجة قبل الكافة فيما عدا التاريخ فلا تكون له حجية بالنسبة للغير إلا أن يكون ثابتا و قد قصد من هذا الإستثناء إلى حماية الغير من خطر تقديم التاريخ في العقود العرفية و يترتب على ذلك ان المادة 328 من القانون المدني لا تطبق في الحالات التالية:

. إذا كلفت للغير الحماية بمقتضى نصوص خاصة كالنصوص المتعلقة بالتسجيل و الإبداع و الشهر العقاري.

. إذا كان من يحتج عليه بالتاريخ قد إعترف بصحته صراحة أو ضمان أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقته مع الواقع.

[1] اصلاح بوغرارة، المرجع السابق ص 107.

[2] عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق ص 77-78 .

. إذا كان بشخصه أو بنائبه طرفا في العقد العرفي لأن ينجز عنه عدم إعتباره من الغير كما لا يطبق على خلفه بطريقة الميراث أو الوصية و لا على الدائنين عند مباشرتهم لدعاوي مدينتهم في الدعوى غير المباشرة إذ ليس لهؤلاء من الحقوق أكثر مما لهذا المدين.

تجدر الإشارة إلى أن تاريخ العقد العرفي أو الورقة العرفية يعتبر حجة فيما بين المتعاقدين حتى يثبت العكس شأنه من هذا الوجه بشأن سائر ما يدون في هذا العقد من بيانات و يتعين على ما يريد تحصيل الدليل العكسي في هذه الحالة أن يلتزم بأحكام القواعد العامة في ذلك و مؤدي هذا وجوب تقديم الدليل الكتابي إذ لا يجوز نقض أو إبطال الثابت كتابة إلا بالكتابة[1].

2\ التوقيع:

في البداية أصر المؤلفون في القواميس على الطابع الرسمي للتوقيع ببساطة عن طريق الكشف عن مكوناته و بحسب قاموس روبرت فإن " التوقيع هو نقش يصنعه الشخص بإسمه(في شكل خاص و ثابت) التأكيد دقة و صدق الكتابة أو لتحمل المسؤولية عنها " أما بالنسبة للمفردات القانونية فهي تعرف التوقيع على أنه "علامة بيانية (مكتوبة بخط اليد بشكل عام) الأحرف الأولى مخلب علامة" بعض التعريفات القديمة تستحق أن تعرض و تقدم كما يحدد الأخوان "دالوز" أن التوقيع هو العلامة و إسم الشخص مكتوب بخط يده في نهاية التصرف للتصديق أو تأكيد أو جعله صالحا[2].

[1]نفس المرجع ص78.

[2]Naoufel Ben Ahmed. La signature en droit privé , première Edition , éditionl arache , Tunis 2013.p7.8.

تختلف قواميس القانون في معالجتها لتعريف "التوقيع" يقدم البعض تعريفا مشابها لذلك الذي يقدمه قاموس إكسفورد الإنجليزي مثل " إشارة بواسطة علامة عموما عن طريق كتابة إسم أو الأحرف الأولى ، فهذا الشخص ينوي إلزام نفسه بمحتويات المستند"[1].

يعد التوقيع عنصرا أساسيا في الوثائق سواء من حيث المضمون أو الشكل أو الدليل على الموافقة. ففي الغالب تعد الورقة المكتوبة بخط اليد أفضل طريقة للتعبير عن موافقة المدين. و مع ذلك تظهر العديد من الفرضيات صعوبات عندما يكون التوقيع غير كامل[2].

يعد التوقيع الشرط الضروري في الورقة العرفية المعدة للإثبات، كونها لا تكون حجة على من ينتسب إليها إلا إذا كانت تحمل توقيعه حتى و لو لم يكن مكتوبا بخطه، و لهذا لا غرابة أن من الفقهاء من يعتبر التوقيع هو الشرط الوحيد لصحة المحرر العرفي و يقصد بالتوقيع في هذا الصدد هو توقيع صاحب الشأن الذي نسب إليه المحرر قولا أو التزاما. فإذا كنا بصدد عقد ملزم لجانبين وجب أن يوقعه الطرفان. أما إذا كنا بصدد عقد ملزم لجانب واجب كالوديعة مثلا فلا يلزم سوى توقيع الطرف الذي يلتزم أو يقرر و هنا يجب توقيع المدين المودع لديه أما المخالصة بالدين فيلتزم توقيع الدائن و لا لزوم لتوقيع المدين الذي يرتب ذمته بالمخالصة و التوقيع يشمل على عنصرين مادي و معنوي[3].

[1]\ فراح ربيعة، المرجع السابق ص45.

[2]\ بتصرف فراح ربيعة، المرجع السابق ص45.

[3]حشود نسيمة، المرجع السابق ص94.

ثانيا: التسليم:

تسليم الشيء هو عنصر أساسي في إبرام العقود العينية، نشأت العقود العينية من عقود الإئتمان التي كانت تؤدي نفس الدور لكنها تعتبر أكثر تطورا و ملائمة. يعد فقدان الملكية أحد عيوب عقود الإئتمان حيث لا يمتلك المالك الوسائل القانونية لإسترداد ملكيته كان شرط إنعقاد عقد الإئتمان هو نقل الملكية من الناقل إلى المكتسب مما يفقد المالك حقه في إستعمال دعوى الإسترداد للحفاظ على ملكيته كان خياره الوحيد هو دعوى الإئتمان و هي دعوى تعويض تؤدي هذه الدعوى إلى الحكم على المكتسب الذي يرفض إعادة نقل الملكية لصاحبها بقية الشيء من عيوب التصرف الإنتمائي ظهرت الوديعة و عارية الإستعمال والقرض و الرهن الحيازي[1].

كما يرجع أصل العقود العينية إلى القانون الروماني الذي كان يشترط تسليم الشيء[2].

و في نهاية العصر الجمهوري ظهرت في القانون الروماني في ثلاثة عقود تبرعية بغية تقديم خدمات مجانية و هذه العقود متمثلة في العارية، الوديعة و الوكالة هي من عقود حسن النية. و يعتبر عقد الوكالة هو أول عقد من حسن النية ظهرت في روما. فمثلا ترجع الحكمة في نشات الوديعة كما هو الحال في نشأت الوكالة إلى ظروف خاصة بالمجتمع الروماني . حيث أنه حينما بدأت روما تتحول من المدينة المغلقة إلى المدينة العالمية حيث أفصح العديد من الرومان

[1] بتصرف فايز محمد حسين محمد، المرجع السابق ص18.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق ص242.

موجودين في خارج روما سواء كجنود أو كمكلفين ببعض المهام العامة مما حتم استعانتهم بمن يحفظ أموالهم في غيابهم[1].

تعد العقود العينية من العقود التي تنعقد إلا بتسليم الشيء محل العقد حيث يرتبط التزام المدين بتسليم هذا الشيء يعتبر عقد القرض أولى العقود العينية . تلاه عقد الإئتمان الذي إنقرض لاحقا ثم ظهرت عقود العارية و الوديعة و الرهن . لم تصنف هذه العقود ضمن العقود من قبل الرومان إلا في العصر الإمبراطوري العالي. تعتبر العقود العينية تطبيقا لفكرة عدم الإثراء على حسب الغير لكنها تتطلب إتفاق بين المسلم و المستلم بالإضافة إلى تسليم الشيء يرجع ذلك إلى أن الإلتزامات الناتجة عن إستلام شيء مبنية على مبدأ عدم الإثراء على حساب الغير. حيث يلزم من إستلم شيئا أو قيمة مالية دون مقابل برد هذا الشيء أو القيمة و إلا يصبح ذلك إثراء على حساب الغير و هو أمر غير مشروع[2].

التسليم يعتمد على عنصرين أحدهما مادي يهتم بوضع الشيء محل التصرف تحت يد المتصرف إليه و الثاني معنوي و يتم بإتجاه نية الطرفين إلى نقل الملكية من أحدهما إلى الآخر، و بهذا ظهرت الشكلية الرومانية في التصرفات المالية في شكل طقوس و إجراءات معينة و محددة بمقتضى القانون الروماني و يترتب على إغفالها أو الإخلال بها بطلان التصرف بغض النظر عما إتجهت إليه إرادة الطرفين[3].

[1] فايز محمد حسين محمد، المرجع السابق ص17.

[2] بتصرف فايزمحمد حسين محمد، المرجع السابق ص14.

[3] أحمد خليفة شرقاوي، المرجع السابق ص80.

كما قد تفرض هذه الشكلية من قبل القانون و قد يشترطها المتعاقدان كان يتفقا مسبقا على أن تسليم الشيء واجب لإنعقاد العقد، أن مثل هذه العقود ضئيلة جدا و يمكن على سبيل المثال ذكر عقد العارية في القانون الفرنسي الذي لا ينعقد إلا بتسليم المعير للمستعير الشيء المعار و الغرض من هذا الإجراء ذي الأصل الروماني هو حماية المالك، إذ يتفطن لخطورة العمل الذي أقدم عليه عندما يريد التجرد من الشيء محل العقد كالهبة أو القرض الإستهلاكي[1].

المطلب الثاني: الأركان الأساسية للعقود التقليدية:

تكوين العقد هو إنشاءه بين طرفيه و حتى يتم تكوين العقد بصورة صحيحة و منتجا لأثاره القانونية يجب توفر أركان و هي التراضي، المحل، السبب و الشكلية في بعض العقود ولا يكفي ذلك لوحده بل لابد أن يكون التراضي صادرا من شخص ذو أهلية كاملة للتعاقد وخالية من أي عيب من عيوب الرضا و التي تتمثل: في الغلط و التدليس و الإكراه و الإستغلال[2] .

لذلك قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع نخصص كل فرع لدراسة ركن من الأركان .

الفرع الأول: التراضي:

التراضي هو ركن أساسي في العقد فهو يشكل أساس العلاقة التعاقدية. يشترط لوجود التراضي

[1] علي فيلالي، المرجع السابق ص56 .

[2] د.مكية نعيمة، محاضرات في القانون المدني"مصادر الإلتزام"، لطلبة السنة الثانية ليسانس حقوق جامعة لونيسي علي، البليدة 02 كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2021\2022.ص6.

وجود إرادة من كل طرف بمعنى أن يكون كل طرف مدركا للتصرف الذي سيقوم به و أن تتجه إرادتهما نحو تحقيق نفس الأثر القانوني.

1. وجود التراضي:

يشترط لوجود التراضي وجود إرادة من جميع أطراف العقد، أي ضرورة توافر إرادة كل متعاقد. فقد حدد القانون المدني في المادة 59 كيفية تكوين العقد و ذلك بمجرد تبادل الطرفين لتعابير إرادتهما المتطابقة دون مخالفة النصوص القانونية. و بما أن الإرادة مسالة نفسية داخلية فلابد من إظهارها بشكل خارجي لا تبقى كامنة إيجابا أو قبولا ويجب أن تتطابق إرادتا الطرفين على إحداث نفس التأثير القانوني[1].

أ- التعبير عن الإرادة:

إن الإرادة تتحدد أثر مراحل نفسية متعددة للتفكير فيها وفي العقد هي تلك الفقرة التي يمر بها المتعاقد بإرادته من مشروع عديم الأثر إلى تصرف قانوني منتج لأثره[2].

لتكوين عقد يجب على المتعاقدين أن يظهروا رغبتهم في ذلك بشكل واضح . لا يكفي مجرد وجود نية داخلية في عقولهم بل يجب أن تتم التعبير عنها بأفعال واضحة يمكن ملاحظتها. ذلك لأن القانون يهتم بالأفعال الخارجية و ليس بالنية الداخلية لذلك يجب على المتعاقدين أن يعبروا

[1] بتصرف المرجع السابق ص7.

[2] د.أسماء تخنوني، مصادر الإلتزام، جامعة باجي مختار، كلية الحقوق و العلوم السياسية، عنابة26،\07\2021.ص65.

عن رغبتهم في إبرام العقد بطرق يمكن ملاحظتها مثل التوقيع على وثيقة أو إجراء مكالمة هاتفية .[1]

و التعبير عن الإرادة قد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا.

1. التعبير الصريح:

إن التعبير الصريح هو كل عمل يقوم به المتعاقد للإفصاح و الكشف و بصورة مباشرة عن إرادته حسب المألوف بين الناس و يكون ذلك بإحدى الطرق التالية:

. اللفظ و الكتابة الصادرة من المتعاقد هما على رأس الوسائل التي تفي بغرض التعبير عن إرادته حسب نص المادة 60 من ق.م .

– الإشارة المعهودة عرفا بين الناس حتى لو لم تكن من الأخرس كان يقوم شخص ما بهز رأسه إلى أسفل دلالة على القبول أو إلى أعلى دلالة على الرفض تعتبر دليلا كافيا على موافقته أو رفضه.

– إتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحالة شكا في دلالته على حقيقة المقصود كالمسلك الذي يتخده التجار بعرض بضائعهم للجمهور مع بيان أسعارهم و كوقوف سيارات الأجرة في إماكنها لتحميل الركاب، الأمر الذي يدل على إرادة سائق السيارة في إبرام عقد النقل أوكوضع الآلة الميكانيكية لبيع معادن المشروبات أو وجبات الطعام أو لتعبئة السيارات بالوقود عند وضع النقود

[1] د .أسماء تخنوني، المرجع السابق ص65\66.

المعدنية أو البطاقات المعدة لغرض الشراء من هذه الآلات تدل على إرادة صاحبها لإبرام عقد البيع[1].

– المبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون التلفظ بالإيجاب و القبول ومن أظهر أمثلتها أن تعرض المحلات التجارية السلعة مع بيان ثمنها فيشتريها المتعاقد الآخر (المشتري) و يدفع ثمنها تلفظ أو إستخدام الأشخاص لوسائل المواصلات و دفع الأجرة دون تلفظ[2].

2 . التعبير الضمني:

التعبير الضمني فتنص الفقرة 2 من المادة 60 من ق.م أنه "...ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".ففي التعبير الضمني عن الإرادة لا تكون الإرادة مكشوفة و إنما يتم إستنتاجها من ظروف الحال .

فيكون التعبير ضمني في حالة ما إذا قام الشخص بعمل ما أو إتخاذ موقفا يدل على إرادته دون أن يتكلم أو يستعمل طريقة من طرق التعبير الصريح، و حالات التعبير الضمني غير محددة ومثال التعبير الضمني أن يسلم الدائن سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد إنقضاء الدين ما لم يثبت العكس [3].

[1] بتصرف أسماء تخنوني، المرجع السابق ص 66\67.

[2] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للطباعة و النشر، عمان، 1997 ص51.

[3] د.مكيد نعيمة، المرجع السابق ص8\9.

وطبقا للفقرة 02 من المادة 60 المذكورة أعلاه يكون التعبير الضمني صحيحا ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون التعبير صريحا، ومن حالات التي يشترط فيها القانون التعبير الصريح عن الإرادة مثلا حالة التضامن بين الدائنين أو بين المدينين الذي لا يفترض و إنما يكون بناء على إتفاق أو بنص القانون[1].

2. صحة التراضي :

لا يكفي وجود الرضا وحده لقيام العقد بل يجب أن يكون صحيحا أيضا لذلك يجب أن يصدر الرضا من شخص يتمتع بالأهلية، و أن يكون خاليا من عيوب الرضا و قد حدد المشرع الجزائري وسائل لحماية الرضا التعاقدي و التي تتمثل في الغلط و التدليس والإكراه و الإستغلال[2].

أولا. الأهلية:

تعرف الأهلية بأنها صلاحية الشخص لأن تتعلق به حقوق و إلتزامات يباشر بنفسه الأعمال القانونية و القضائية التي تتعلق بهذه الحقوق وهي صفة يقدرها المشرع في الشخص تجعله يصلح لأن تثبت الحقوق له و الواجبات عليه و تصح منه التصرفات.[3]

[1] تنص المادة 217 من القانون المدني "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض و إنما يكون بناء على إتفاق أو نص في القانون".

[2] بتصرف دامكيد نعيمة المرجع السابق ص27.

[3] ا.د.أسماء خنتوني، المرجع السابق 87 .

وقد حدد المشرع سن التمييز بثلاثة عشر (13) سنة[1]. وربط المشرع الجزائري قدرة الإنسان على التصرف بثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: تبدأ منذ ولادة الإنسان إلى سن التمييز (13سنة)و يسمى الشخص فيها "عديم الأهلية" أو "غير المميز" و تكون تصرفاته في هذه المرحلة باطلة بطلانا مطلقا لأنه ليس أهلا لممارسة حقوقه المدنية (المادة 42 من ق.م) ويخضع فيها لأحكام الولاية الوصاية القوامة (المادة 44 ق.م.).

المرحلة الثانية: وهي مرحلة التمييز وتبدأ من سن 13 سنة إلى 19 سنة و هي مرحلة نقص الأهلية و يكون فيها الشخص مميزا(المادة 43 ق.م) و يخضع ناقص الأهلية أو المميز أحكام الوصاية الولاية القوامة و تصرفات الشخص في هذه المرحلة تأخذ الأحكام التالية:

1. تكون باطلة بطلانا مطلقا إذا كانت ضارة ضررا محضا.

2. تكون قابلة للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع و الضرر.

3. تكون صحيحة إذا كانت نافعة نفعا محضا.

المرحلة الثالثة: تبدأ من سن 19 سنة إلى الوفاة يصبح فيها الشخص بالغا عاقلا و تكون تصرفاته صحيحة سواء كانت نافعة أو ضارة و هذا ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجز عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه

[1] راجع المادة 42\2 من القانون المدني .

المدنية". فالشخص الذي يبلغ سن 19 سنة وكان عاقلا و بالغا تعتبر تصرفاته صحيحة لكن إذا إعترضه عارض من عوارض الأهلية كالجنون أو العته السفه أوالغفلة.

فالمجنون و المعتوه يأخذان حكم عديم الأهلية و بالتالي تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا أما السفيه و ذي الغفلة فيأخذان حكم ناقص الأهلية و بالتالي تصرفاتهم تأخذ نفس حكم تصرفات ناقص الأهلية .

أما بالنسبة للأصم و الأبكم و الأعمى فنصت المادة 80 من القانون المدني "إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم و تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته"[1].فمن خلال هذه المادة نجد أنه للمحكمة تعين مساعدا قضائيا للشخص ذو العاهتين الذي لا يستطيع التعبير عن إرادته في التصرفات التي تكون في مصلحته والتصرفات التي يقوم بها هذا الشخص قابلة للإبطال إذا عين له مساعدا من أجله و قام به بدون حضور المساعد[2].

ثانيا. عيوب الرضا:

عيوب الرضا هي عوارض نفسية تؤثر على إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما، مما قد يفسد الرضا دون أن يلغيه. يعني ذلك أن التراضي موجود لكن الإرادة لم تتشكل بشكل سليم.وقد حددها

[1] د. مكيد نعيمة، المرجع السابق ص28.

[2]ادامكيد نعيمة، المرجع السابق ص28\29.

المشرع في المواد من 80 الى 91 من القانون المدني و تتمثل هذه العيوب في كل من الغلط و التدليس و الإكراه و الإستغلال.

1. الغلط:

هو وهم يقوم في ذهن العاقد فيصور له الأمر على غير الواقع و غير الحقيقة و يكون هو الدافع الذي يدفع العاقد إلى التعاقد. فالغلط إما أن يكون مانعا من الرضا و إما أن يكون مفسدا للرضا و إما أن يكون له تأثير في صحة العقد[1].

2التدليس:

التدليس نص عليه القانون المدني في المادة 86 و التي جاء فيها أنه "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو واقعة أوملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة[2].

تعريف التدليس: لم يعرف المشرع الجزائري التدليس أما الفقهاء فقد عرفوه أنه طرق إحتيالية أو أكاذيب أو كتمان يلجا إليه أحد المتعاقدين لإيقاع المتعاقد الآني في غلط يدفعه إلى التعاقد.

[1] اسماء تخنوني، المرجع السابق ص97.

[2] د.مكيد نعيمة، المرجع السابق ص31.

فالتدليس ليس هو العيب في حد ذاته الذي يؤثر في الإرادة و إنما الغلط الناتج عن إيهام المتعاقد بغير الحقيقة عن طريق بعض الحيل التي يستعملها المتعاقد الآخر أو الغير[1]. و بذلك يتميز التدليس عن الغلط في ان التدليس يتم استعمال طرق إحتيالية يستخدمها الغير لشخص المتعاقد الآخر يؤدي إلى غلط المتعاقد الأول ليدفعه إلى التعاقد[2].

3. الإكراه:

أقر المشرع الجزائري الإكراه في المادة 88 كعيب من عيوب الرضا إلى جانب الغلط والتدليس.

أ. تعريف الإكراه:

عيب الإكراه هو ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة تولد في نفسه رهبة أو خوفا بدفعه إلى إبرام عقد، لا يرغب فيه فالمتعاقد المكره خلافا للمتعاقد الذي وقع في الغلط أو المدلس عليه يعلم وقت إبرام العقد أن رضاه معيب[3]. نصت على الإكراه المادة 88 من القانون المدني أنه "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون الحق".

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعمها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

[1] اعلي فيلالي، النظرية العامة للإلتزام الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق ص189.
[2] ابلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المصادر الإدارية، ص410.
[3] علي فيلالي، المرجع السابق ص201.

ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه و سنه و حالته الإجتماعية والصحية و جميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه[1].

ويمكن تقسيم الإكراه إلى نوعين هما: الإكراه المادي و الإكراه المعنوي.

. الإكراه المادي يلغي الرضا تماما فلا مجال لحرية المتعاقد في هذه الحالة.

. الإكراه المعنوي فهو لا يلغي الإرادة بل يؤثر عليها بشكل كبير مما يفسد التراضي دون أن يلغيه. هذا النوع من الإكراه هو الذي يعتبر عيبا من عيوب التراضي[2].

4. الإستغلال:

الإستغلال هو عدم التعادل بين ما يأخذ المتعاقد وما يعطيه. وقد نظمه المشرع الجزائري في المادة 90 من القانون المدني معيب من عيوب الرضا .

أ. تعريف الاستغلال:

هو أن يستغل شخص طيشا بينا أو هوى جامحا في آخر ليحمله على التعاقد بعقد ينطوي على إختلال فادح في الإلتزامات و هو ما أشارت إليه المادة 90 من القانون المدني بنصها على أن:

"إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر وتبين أم المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن

[1] د.مكيد نعيمة، المرجع السابق ص33.

[2] بتصرف د. مكيد نعيمة، المرجع السابق ص33.

المتعاقد الأخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص من إلتزامات هذا المتعاقد"[1].

الفرع الثاني: المحل:

يعتبر المحل ثاني ركن يستلزمه القانون لتكوين العقد و قد نظم المشرع الجزائري المحل في المواد من 92 الى 95 من القانون المدني.

1. تعريف المحل:

محل العقد هو الغاية التي يسعى المتعاقدان لتحقيقهما من خلاله بينما محل الإلتزام هو النتيجة التي ينشأ عنها العقد. شروط محل العقد هي نفسها شروط محل الإلتزام حيث أن محل الإلتزام هو الأداء الذي يلتزم به المدين إتجاه الدائن . و يمكن أن يكون هذا الأداء نقل حق عيني أو القيام بعمل معين أو الإمتناع عن القيام بعمل لصالح الدائن[2].

2. الشروط الواجب توافرها في المحل عموما :

باستقراء النصوص القانونية المنظمة لمحل الالتزام نجد أنه لابد أن تتوافر في المحل الشروط التالية: (الإمكانية أو الوجود التعيين، المشروعية).

أولا. إمكانية المحل:

يقصد بإمكانية المحل أن يكون المحل موجودا و ممكنا يجب أن يكون المحل وهو الشيء الذي

[1] أسماء تخنوني، المرجع السابق ص109.

[2] بتصرف د.مكيد نعيمة، المرجع السابق ص 37 .

يرد عليه الحق موجودا،أو ممكنا،أو قابلا للوجود وقت إبرام العقد و ليس أمرا مستحيلا. فإذا تعاقد المتعاقدان ثم تبين أن المحل قد هلك قبل التعاقد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لكن إذا هلك المحل بعد نشوء الإلتزام ينشأ صحيحا و ينعقد العقد و نكون في هذه أمام إستحالة التنفيذ[1].

إذا كان المحل عبارة عن عمل وجب أن يكون ممكنا حتى يمكن إنجازه و تنفيذه فإذا كان هذا العمل غير ممكن لا يمكن تنفيذه و بالتالي يكون مستحيلا.

تنص المادة 93 من القانون المدني "إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام و الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".

ويقصد بالإستحالة التي تحول دون نشأة الإلتزام تلك الإستحالة المطلقة و ليس النسبية الإستحالة مطلقة هي عدم إستطاعة الناس كافة القيام بمحل الإلتزام يعجز و ليس بالنسبة للمدين فقط[2].

تعد الإستحالة المطلقة من أهم أسباب بطلان العقد فهي تمنع قيام العقد من الأساس يمكن أن تكون الإستحالة المطلقة قانونية، كتعاقد محامي على رفع طعن خارج الأجال القانونية أو الطبيعية كإلتزام شخص بنقل ملكية منزل تهدم. الإستحالة المطلقة التي تحول دون تكوين العقد هي التي تتوفر وقت إبرام العقد فإذا تحققت بعد ذلك فإنها لا تمنع قيام الإلتزام و إنعقاد العقد إذ يكون الأمر عندها متعلقا بإستحالة التنفيذ.

[1] د.مكيد نعيمة، المرجع السابق ص37.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق ص507.

أما الإستحالة النسبية فهي لا تحول دون قيام العقد، و إنما تقوم بالنسبة لشخص المدين نفسه بينما يوجد شخص آخر قادر على القيام بالأمر مثال على ذلك تعهد طبيب عام بإجراء عملية جراحية في حين أن طبيبا متخصصا يمكنه القيام بذلك كذلك التعاقد على محل سيوجد مستقبلا صحيح ما دام أنه قابل للوجود مستقبلا مثال بيع محصول زراعي سيوجد مستقبلا. وقد اجاز المشرع الجزائري التعامل في الأشياء المستقبلية و إستثنى من ذلك التعامل في تركة انسان على قيد الحياة[1].

ثانيا. تعيين المحل:

تعين المحل هو أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعين فقد نصت المادة 94 من القانون المدني على أنه "إذا لم يكن المحل معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه و مقداره و إلا أصبح الحق باطلا.

ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته و لم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر إلتزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط".

يشترط في محل العقد أن يكون محددا بشكل دقيق لرفع أي غموض حوله وقت إبرام العقد. يكفي أن يكون قابلا للتعيين في المستقبل و إلا كان العقد باطلا يختلف تعيينه حسب صورته. فإذا كان محل الإلتزام شيئا فإن تحديده يختلف حسب ما إذا كان معينا بذاته أوبنوعه. إذا كان

[1] بتصرف د. مكيد نعيمة، المرجع السابق ص38.

شيئا معينا بذاته يجب أن يحدد بشكل دقيق يميزه عن غيره فمثلا إذا كان المنزل هو محل الالتزام يجب تحديد موقعه مساحته و عدد غرفه.

أما إذا كان الشيء محددا بالنوع يجب تحديد نوعه مقداره و صنفه . فمثلا إذا كان محل العقد حبوبا يجب تحديد نوعها كالقمح و صنفه (صلب مثلا) و جودته (ممتاز مثلا) ومقداره (50 قنطارا مثلا). و لكن إذا لم تحدد درجة الجودة في العقد و لم يمكن تحديدها بالعرف أوبأي ظرف آخر (مثل التعامل السابق بين المتعاقدين) يلتزم المدين بتقديم جودة متوسطة.

و إذا كان محل الإلتزام القيام بعمل أو الإمتناع عنه يجب تحديده أو أن يكون قابلا للتعيين فإذا تعهد مقاول ببناء منزل يجب تحديد مواصفاته على الأقل أو أن يكون قابلا للتعيين من مالبسات العقد مثل بناء منزل أو مصنع.

أما إذا كان محل الإلتزام مبلغا من النقود يلتزم المدين بالمقدار المحدد في العقد سواء إرتفعت أو إنخفضت قيمته وقت الوفاء[1].هذا ما جاء في نص المادة 95 من القانون المدني "إذا كان محل الإلتزام نقودا إلتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لإرتفاع قيمة هذه النقود أو لإنخفاضها وقت الوفاء أي تأثير".

ثالثا. مشروعية المحل:

و يقصد بالمحل المشروع قصدين هامين هما:

[1]بتصرف د.مكيد نعيمة، المرجع السابق ص 38\39.

1. أن يكون محل الإلتزام في العقد قابلا للتعامل فيه:

لا يجوز أن يكون محل الإلتزام في العقد غير مشروع و إلا كان العقد باطلا. يعتبر المحل غير مشروع إذا كان من الأشياء التالية:

أ. أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها: هذه الأشياء لا يستطيع بعض الناس حيازتها أو الإنتفاع بها دون البعض الآخر مثل مياه البحر أو الهواء أو أشعة الشمس سبب خروجها عن التعامل هو إما لأنها يجب أن تبقى دائما ملكا للجميع أو لأن لا أحد يستطيع الإتفاق على التصرف فيها و نقل ملكيتها لعدم القدرة على تسليمها.

ب . أشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون: هذه الأشياء لا يجيز القانون أن تكون محال للحقوق المالية رغم أنها تقبل التعامل فيها بطبيعتها. تقريرا من المشرع مراعاة للمصلحة العامة. مثالها الأموال العامة للدولة كونها مخصصة لمنفعة عمومية و كذا التعامل بالآثار و الجسد البشري لما له من حرمة و قدسية. يمنع القانون التعامل بالأشياء الخطيرة الضارة بالصحة العامة مثل المخدرات[1].

2. أن يكون محل الالتزام في العقد غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة (اللياقة التعاقدية):

أ. أن يكون محل الالتزام غير مخالف للنظام العام: فنظام العام هي فكرة نسبية مرنة تتغير بإختلاف الزمان و المكان. يمكن تعريفها على أنها مجموعة القواعد التي تعني بمصالح المجتمع العليا و التي يعتمد عليها وجوده وإستمراره و تقدم على مصالح الأفراد بحيث لا يسمح لهم بمخالفتها. المقياس الأساسي لفكرة النظام العام هو المصلحة العامة. فمثلا في باب المعاملات المالية نجد قواعد تحمي الطرف الأضعف في العقد. مثال على ذلك أي شرط يمنع المالك من التصرف في

[1] بتصرف أسماء تخنوني، المرجع السابق ص139.

ملكه يعتبر باطلا ما لم يكن مبنيا على سبب مشروع و محددا لفترة زمنية معقولة. كذلك لا يسمح بالبقاء في الشيوع لأكثر من مدة معينة، ولا يسمح بالإتفاق على ما يخالف أحكام حماية حسن النية و مناهضة الغش أو الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو من المسؤولية العقدية فالنظام العام هو مجال القواعد الآمرة.

ب . أن يكون محل الإلتزام غير مخالف للآداب العامة:

فكرة الآداب العامة فكرة يصيب تحديدها و تعيينها بدقة. وقد عرفها بعض الشراح بأنها "مجموعة القواعد و المبادئ التي إعتاد الناس على إتباعها و إحترامها وفقا لقانون معين يسود علاقتهم الإجتماعية و هذه القواعد نابعة من عوامل إجتماعية و أخلاقية و إقتصادية إما من الدين أو العرف أو التقاليد السائدة في المجتمع." ومعيار فكرة الآداب العامة هو معيار إجتماعي أخلاقي. لذلك إذا كان محل العقد مخالفا للآداب العامة و لم يوجد نص قانوني يتعلق بهذا المحل فان هذا العقد يكون باطلا. ومن أمثلة ذلك تعهد شخص بموجب عقد بإرجاع ما سرقه في مقابل أجر يأخذه أو الإتفاق الذي يتعهد به الشخص على أن يكذب لمصلحة أخرى أمام القضاء أو الإتفاق على إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة فمثل هذه الإتفاقات باطلة سواء كان الإتفاق لإدامة العلاقة و إستمرارها أو لمجرد تسهيلها[1].

الفرع الثالث: السبب: إن سبب كركن في العقد هو الغاية في التعاقد و هو ركن جوهري في العقد لا يقوم إلا به .

[1] بتصرف د.أسماء تخنوني، المرجع السابق ص139\140.

أولا. تعريف السبب:

السبب في العقد هو الغرض الذي يسعى إليه المتعاقدان. بمعنى أخر هو الهدف الذي يسعى الملتزم لتحقيقه من خلال إلتزامه. يختلف سبب الإلتزام عن محل الإلتزام. فمحل الإلتزام هو الشيء الذي يلتزم به المدين سواء كان إعطاء شيء ما أو القيام بعمل معين أو الإمتناع عن عمل معين. يجيب محل الإلتزام على السؤال "بماذا إلتزم المدينّ"؟. أما سبب الإلتزام فهو الغاية أو الغرض الذي يسعى الملتزم لتحقيقه من خلال إلتزامه. يجيب سبب الإلتزام على سؤال "ما هو الهدف الذي يسعى الملتزم لتحقيقه من خلال التزامهّ"؟.

يمكن النظر إلى الغرض الذي يسعى إليه المتعاقد من خلال العقد بإعتباره غرضا مباشرا أو قريبا أو غرضا غير مباشر أو بعيدا. الغرض القريب المباشر هو السبب الموضوعي المجرد الذي يكون واحدا في جميع عقود نفس النوع. أما فيما يخص الغرض البعيد غير المباشر هو سبب ذاتي يختلف من متعاقد إلى أخر حتى في عقود نفس النوع[1].

ثانيا. نظريات السبب:

من خلال ما سبق وجد في الفقه ما يسمى بالنظرية التقليدية في السبب و النظرية الحديثة للسبب حيث مرت فكرة السبب بتطوير فقهي من خلال نظريتين أساسيتين هما:

1. النظرية التقليدية للسبب : ظهرت فكرة السبب في القانون الروماني حيث كان في بدايته قانونا شكليا ثم مع ظهور العقود الرضائية برزت الحاجة إلى تقييد إرادة المتعاقدين في إبرام العقود

[1] بتصرف د. مكيد نعيمة، المرجع السابق ص40\41.

بسبب مشروع . ويشير السبب هنا إلى الغرض المباشر من العقد دون النظر إلى الأسباب الغير المباشرة . إنتقلت هذه الفكرة إلى القانون الفرنسي القديم حيث صاغها الفقيه دوما و أخذها عنه الفقيه بوتييه ثم إنتقلت إلى القانون الفرنسي الحديث. إنقسم الشراح في هذا المجال الى فريقين الفريق الأول يؤيد نظرية السبب و على رأسه الفقيه "كابيتان" بينما ينكرها الفريق الثاني وعلى راسه الفقيه "بالنيول".

تشير هذه النظرية إلى أن السبب هو الغرض المباشر الذي يسعى المدين إلى تحقيقه من خلال إلتزامه. و في حال تعدد الأسباب يتم التركيز على السبب المباشر. تركز النظرية على السبب المباشر و تهمل الدوافع بينما يكون للإلتزام غرض واحد محدد لكل نوع من الإلتزامات.

يتمتع السبب في هذه النظرية بخصائص مميزة فهو سبب الالتزام و ليس سبب العقد وهو عنصر داخلي في العقد وواحد في جميع العقود من نفس النوع. يجب أن يتوفر في السبب ثلاث شروط ان يكون موجودا و أن يكون صحيحا و أن يكون مشروعا[1].

ولقد تعرضت هذه النظرية إلى عدة إنتقادات من أهمها أنها قاصرة و ضيقة وذلك لإستبعادها فكرة الدافع أو الباعث على التعاقد مثلا في عقد التبرع إذا كان محله مشروعا والدافع إليه غير مشروع فلا يمكن إبطال العقد بتطبيق هذه النظرية لأن السبب في عقود التبرع وفق هذه الأخيرة هو نية التبرع[2].

[1] بتصرف علي فيلالي، المرجع السابق ص 259.

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق ص 550 .

إنتقدت النظرية لكونها عديمة الفائدة حيث تحدد سبب أنواع العقود بشكل آلي بينما يمكن الإستغناء عنها دون خسارة. مثلا في عقود المعاوضة تكون إلتزامات الطرفين متقابلة فلا يمكن تصور إلتزام دون مقابله. و في عقد التبرع يمكن إبطال العقد لعدم وجود الرضا و لا حاجة للقول لعدم وجود السبب و هو نية التبرع. و في العقد العيني يعتبر التسليم ركنا في العقد و عدم وجوده يؤدي إلى بطلانه فلا داعي لإبطاله لعدم وجود السبب[1].

2. النظرية الحديثة للسبب:

يعد السبب الدافع للملتزم هو سبب الالتزام لذلك لم يكتفي القضاء بالإعتماد على سبب الإلتزام فقط بل إهتم أيضا ب "سبب العقد" لكي يبطل العقد عندما يكون الدافع للتعاقد متصلا بالطرف الآخر أي أن يكون الطرف الآخر على علم بما هو قادرا على معرفته.

لا يشترط في السبب الدافع سوى شرط المشروعية أي عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة و الذي يؤدي إلى بطلان العقد حتى لو كان موضوعه مشروعا.بما أن الدافع للتعاقد أمر شخصي يختلف من شخص لآخر يجب أن يكون من الأمور الجوهرية التي دفعت المتعاقد إلى تحمل الإلتزام كما يشترط علم الطرف الآخر بهذا الدافع[2]

3. السبب في القانون الجزائري:

إن المشرع الجزائري يأخذ بالسبب كعنصر جوهري في العقد فإذا تخلف يعد العقد باطلا كما

[1] بتصرف د. مكيد نعيمة، المرجع السابق ص 42.

[2] بتصرف د. مكيد نعيمة، المرجع السابق ص42.

أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الحديثة في السبب بمعنى الباعث \الدافع وهذا ما جاء في نص المادة 97 من القانون المدني أنه " إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أولسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا ". و نصت المادة 98 من القانون المدني أنه "كل إلتزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن الإلتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه"[1].

المبحث الثاني: الشكلية في العقود الإلكترونية:

الأنترنت هو شكل من أشكال الشبكات المتصلة عبر الأجهزة الإلكترونية، أي أجهزة الكمبيوتر يمكن الوصول إليه في جميع أنحاء العالم. ويستخدم مجموعة بروتوكول الأنترنت الموحد لنقل البيانات و الرسائل في أي مكان في العالم و السماح بالإتصال بين الأطراف عبر مسافة كبيرة بدأت تكنولوجيا الأنترنت في الستينيات تم ربط أول شبكات الكمبيوتر عبر المحيط الاطلسي في أوائل السبعينات، كما تم تطوير الأنترنت بشكل أساسي للإستخدام العسكري و الحكومي و الأكاديمي فقط في أواخر التسعينيات عندما أصدرت دخول كامل المتصفح الأنترنت . بدأت الأنترنت في أن يكون معmicrooftwindows 98 شائعا للإستخدام التجاري في العقد الأول من القرن الحادي و العشرين و أنشأت الشركات مواقع الويب التي تعرض معلومات المنتج

[1] د. مكيد نعيمة، المرجع السابق ص 43 .

و توفر منصات التجارة للسلع و الخدمات بينما إستخدم الأفراد البريد الإلكتروني و الرسائل الفورية بالإضافة إلى التسوق عبر الأنترنت في السنوات العشر الماضية. تم إجراء الأعمال التجارية بشكل متزايد عبر الأنترنت بما في ذلك التجارة الدولية و المبيعات المحلية في السنوات الأخيرة حيث تم إستخدامها بطرق جديدة مختلفة على سبيل المثال الشبكات الإجتماعية و حل النزاعات .[1]

تم إنشاء الأنترنت في الأصل كوسيلة للإتصال بين خبراء الدفاع في بلدان مختلفة من خلال النظام المعروف بإسم" ARPANET "و السبب في إنشاء الإرتباط بين هذه الحواسب هو أنه في حالة تعطل خطوط الهاتف الأرضية العادية فإن الأنترنت لا يزال يمكن أجهزة الكمبيوتر المختلفة من الإتصال ببعضها البعض، و قد فعل ذلك عن طريق تمكين تقسيم الرسائل الإلكترونية لتصل إلى قطع أو "حزم" و إرسال هذه الحزم عبر خطوط هاتف مختلف في أوقات مختلفة عبر مسارات مختلفة إلى أجهزة كمبيوتر مختلفة للوصول إلى وجهتها النهائية، و بحلول عام 1984 بدأ المجتمع الأكاديمي أيضا في إستخدام إصدار منARPANET العروف بإسم NSFNETو منذ عام 1995 إنفتح الأنترنت أمام الشركات والمستهلكين .حيث أدى الإستخدام المتزايد للأنترنيت إلى إنشاء شبكات كمبيوتر عالمية أخرى أكثرها شهرة وتجارية هي الشبكة العالمية للطقس يمكن أولئك الذين لديهم إمكانية الوصول إلى جهاز كمبيوتر مزود بمتصفح أنترنت مناسب و إتصال هاتفي و مودم وحاسب مع مزود خدمة الأنترنت، لعرض صفحات الويب لملايين المنظمات

[1] فراح ربيعة، المرجع السابق ص180 .

المحتملة حول العالم و التي تتراوح من عدة الشركات الوطنية من خلال الشركات الصغيرة والمتوسطة الحجم (أو الشركات الصغيرة و المتوسطة) و المؤسسات الأكاديمية والحكومات كما تعتمد قدرة المستهلك على التواصل او التعاقد مع البائع عبر الانترنت في جملة من الأمور منها ما يتعلق بطبيعة الوصول ومستوى نشاط موقع البائع[1].

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للشكلية في العقود الإلكترونية:

إن تطور تكنولوجيا المعلومات و الإتصالات قد أثر على شكل الكتابة و صورتها فبعد أن كانت بخط اليد أو مطبوعة على القرطاس (الورق). أصبحت بأجهزة قادرة على تخزين الوثائق و كتابتها و إسترجاعها و ترجمتها إلى عبارات مقروءة ولمختلف اللغات وعلى وسائط تدعى بالدعامات الإلكترونية كالشريط الممغنط أو الميكرو فيلم أو الأقرص الصلبة و المرنة و تكون الكتابة على هذه الدعامات وفق أسس حسابية معينة بحيث يتم تحويل الحروف إلى إشارات إلكترونية أو مغناطسية [2].

تشهد منظمات الأعمال اليوم تحولات عميقة في أنماط الإنتاج و التبادل و الإتصال بل في أسلوب الحياة نفسه لم تشهد المجتمعات السابقة مثل هذه التغيرات قبل ظهور ثورة تكنولوجيا

[1] فراح ربيعة، المرجع السابق ص 181.

[2] هاني سليمان الطعيمات، "حجية الكتابة و التوقيع الإلكترونيين في اثبات المعاملات المالية، دراسة فقهية قانونية مقارنة"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مجلد 14 عدد 2-2018 ص79.

المعلومات و الإتصالات لم يقتصر الأمر على حدوث التغيرات فحسب بل إمتاز بعمقه و شموله و سرعته خاصة مع إنتشار تقنيات الإتصال عن بعد و الأنترنت[1].

تتطلب العقود الإلكترونية وجود شرط التقارب بين القبول الإلكتروني و العارض لإبرام العقد، مما يمنحه الأثر القانوني لا يمكن إبرام عقد إلكتروني دون إرادة الطرفين على الأنترنت فالإرادة تعتبر ركنا أساسيا لتأسيس العقد وتشير إلى العزم على تنفيذ العملية القانونية في العقد بغض النظر عن الوسائل التي تستخدم لإبرامه[2].

يقصد بمجلس العقد الإجتماع الذي يجمع بين الموجب و الموجب له لتكوين العقد مهما كانت الفترة التي يستغرقها، ليس المقصود هو المعنى المادي للمجلس و هو المكان و إنما يقصد به الوقت الذي يبقى فيه المتعاقدان منشغلين بمناقشة ظروف التعاقد دون أن يصدر عن أحدهما ما يشغلهما عنه كترك المجلس أو الإنصراف إلى موضوع آخر[3].

يمكن أن تتخذ العقود أي عدد من الأشكال يمكن أن تكون عن طريق الفعل أو الكتابة متبت كتابة أو شفهيا أو ضمنيا من سلوك الأطراف ومع ذلك تتطلب بعض العقود شكلا محددا ولن تكون قانونية على الرغم من أنها قد تكون عادلة إذ فشلت في الإمتثال للإجراءات الشكلية [4].

---

[1]بتصرف محمد الصيرفي، التسويق العقاري الإلكتروني ،الطبعة الأولى ، دار الفجر للنشر و التوزيع القاهرة مصر 2016ص15.

[2]بتصرف فراح ربيعة، المرجع السابق ص191.

[3]خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2013ص63.

[4]فراح ربيعة، المرجع السابق ص192.

فإن العقد الإلكتروني هي عقود يتم تكوينها و توقيعها من نموذج إلكتروني بأي طريقة أخرى، لا يلزم وجود أي قطعة من الورق أو أي مستند نسخ ورقية أخرى على سبيل المثال إذا كتبنا عقودا على جهاز الكمبيوتر الخاص بنا و أرسلناها البريد إلى شركاء العمل أوالزملاء و شركاء الأعمال نرسلها بالبريد الإلكتروني مرة أخرى مع التوقيع الرقمي الذي يدل على القبول قد يتم أيضا تكوين العقد الإكتروني في العقود "أنقر للموافقة " و يتم إستخدامه بشكل عام مع البرامج المحملة في الوقت الحالي يركز النظر في إنشاء العقود على فائدة تقنية المعلومات عن طريق المحادثة بين الأطراف المقبولة[1].

و تتعدد أنواع العقود الإلكترونية من حيث آلية إبرامها و يمكن ردها بوجه عام إلى طائفتين إما عقود تتم بمجرد الضغط على أيقونة القبول، أو عقود تتم بطباعة العبارة التي تفيد القبول إما من حيث المحل فتمتد إلى أنواع غير حصرية بإعتبارها تتعلق بمنتجات وخدمات وطلبات[2].

الفرع الأول: تعريف العقود الإلكترونية:

عرفه جانب من الفقه الأمريكي بأنه "ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع و المشتري و التي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا و معالجة إلكترونيا و تنشئ إلتزامات تعاقدية".و يعرف بعض الفقه اللاتيني العقد الإلكتروني بأنه "إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب و القبول

[1] فراح ربيعة، المرجع السابق ص 192

[2] عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، مكتبة القانون و الإقتصاد، الرياض 2012 ص145.

على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد و ذلك بوسيلة مسموعة مرئية و يفضل التفاعل بين الموجب و القابل [1].

على الصعيد الدولي لم يقدم قانون الأونستيرال النموذجي للتجارة تعريفا محددا للعقد الإلكتروني، و مع ذلك في الفقرة الأولى من المادة 11 والتي تتناول تكوين العقد وصلاحيته يقرر القانون أن إستخدام رسائل البيانات يمكن أن يعتبر القانون أن إستخدام رسائل البيانات يمكن أن يعتبر عن العرض و قبول الغرض في سياق تكوين العقد ما لم يقرر الطرفان خلاف ذلك [2].

و القانون النموذجي "الأونسيترال لم يتعرض أيضا لتعريف العقد الإلكتروني بشكل مباشر أو صريح بالرغم من إستخدام تعبير التعاقد الإلكتروني كثيرا في مداولات القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونسيترال إلا أنه ورد به أن مصطلح "رسالة بيانات" يراد به المعلومات التي يتم إنشاؤها، أو إرسالها أو إستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أوضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التاكلس أو النسخ البرقي [3].

[1] سمير دنون، العقود الإلكترونية في إطار تنظيم التجارة الإلكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الإولى، لبنان2012ص119.

[2] بتصرف فراح ربيعة، المرجع السابق ص 193.

[3] محمد أحمد كاسب خليفة، الإثبات و الإلتزامات في العقود الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2019ص11.

وقد عرف التوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو1997 و المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد العقد الإلكتروني بأنه (عقد متعلق بالسلع و الخدمات يتم بين مورد و مستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد و الذي يتم بإستخدام واحد أو أكثر من وسائل الإتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد)[1].

وقد عرفت اللجنة الأوروبية العقد الإلكتروني بأنه "أداة أعمال الإلكترونية تقوم على أساس التبادل الإلكتروني للبيانات بدلا من التبادل التقليدي[2].

تجدر الإشارة إلى أنه توجد بعض التشريعات التي لم تتعرض لتعريف العقد الإلكتروني بشكل مباشر و صريح . فقد ورد بقانون الإستهلاك الفرنسي بأن عقود التجارة الالكترونية هي عقود يتم إبرامها عن بعد أي من خلال تقنية تسمح للمستهلك بطلب منتج أوخدمة و ذلك في غير الأماكن المعتادة لإستقبال المستهلكين أو العملاء [3].

العقود الإلكترونية قبل أن يكون هناك صفحات إنترنت كان هناك البرمجيات و تماما كما أصبح لصفحات الويب عقود الويب، فقد كان للبرمجيات الجاهزة عقودا مشابهة هي إتفاقيات الرخص التي ترافق البرامج تظهر على الشاشة أثناء عملية تنزيل البرنامج على الجهاز، و عادة

[1] الصالحين محمد العيش، "الشكلية في العقود الإلكترونية، دراسات قانونية، المجلد 16 العدد 16 –2007 ص102.
[2] بعداش سعد، "العقد الإلكتروني"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32 عدد2–2021 ص421.
[3] محمد أحمد كاسب خليفة، المرجع السابق ص12.

لا يقرؤها المستخدم بل يكتفي بمجرد الضغط (أنا أقبل) أنه العقد الإلكتروني الذي يحبذ وجوده في واجهة أي برنامج و يسبق عملية التنزيل[1].

يمكن أن نعرف العقد الإلكتروني بأنه "العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب و القبول عبر شبكة إتصالات دولية بإستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات و بقصد إنشاء إلتزامات تعاقدية ." فالعقد الإلكتروني هو إلتقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية سمعية أو مرئية أو كيلهما على شبكة للإتصالات و المعلومات، بقبول مطابق له صادر من طرف القابل بذات الطرق بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة. يرغب الطرافان في إنجازها و تشمل عملية التعاقد الإلكتروني بخلاف الإيجاب و القبول الإلكتروني على العديد من المعاملات الإلكترونية مثل العروض و الإعلان عن السلع و الخدمات و طلبات الشراء الإلكترونية و الفواتير الإلكترونية و أوامر الدفع الإلكترونية و يدخل في نطاق العقد الإلكتروني الإتصالات و الرسائل و البيانات الإلكترونية المتبادلة بين منشأة تجارية ومنشأة تجارية أخرى [2].

العقد الإلكتروني الذي يبرم عبر الأنترنت هو أحد أشكال العقود التي تبرم عن بعد ففي الأصل كان يفترض أن يكون التعاقد بين طرفين حاضرين في نفس المكان، لكن هذا لا يمنع من تعاقد بين غائبين التعاقد عن بعد، يعني إبرام العقود دون الحضور المادي المتزامن لطرفي العقد و هو واقع تقره العديد من التشريعات و لآن العقود في التجارة الإلكترونية تعتمد على مفاهيم

[1] عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التجارة الإلكترونية و القانون، دار العلوم ، مصر 2010 ص29.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، رقم 1 لسنة 2006 بشأن المعاملات و التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2020ص 43.

البعد و عدم تواجد أطراف العقد معا وقت نشأته فهي تبرم بإستخدام تقنيات الإتصال الحديثة المختلفة التي تمكن من الإتصال بين الطرفين دون الحاجة إلى إلقاء المادي بينهم[1].

إن العقد الإلكتروني ليس إستثناء من أحكام و قواعد النظرية العامة للعقد فهو يتم بالإتفاق والتراضي بين الطرفين، و بالتالي هو لا يخرج في بنائه و مضمونه عن السياق المشار إليه إنفاء غاية الأمر أنه "يتميز بكونه عقدا يبرم عن بعد بين غائبين و ذلك بإستخدام وسائط الإلكترونية من أجهزة و برامج معلوماتية و غيرها من الوسائل التقنية الحديثة التي تعمل آليا و تلقائيا بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها[2].

الفرع الثاني: خصوصية العقود الإلكترونية:

ترتبط الأنترنت و المعاملات الإلكترونية إرتباطا وثيقا إذ لا يتصور إتمام التعاقد الإلكتروني بدون شبكته إتصالات و معلومات. فقد شهد العالم منذ العقد الماضي ثورة تكنولوجية هائلة لا تقل في أثارها عن نتائج الثورة الصناعية و هذه الثورة التكنولوجية عمادها و المعلومات فالعالم يشهد الآن تطورا هائلا في مجال الإتصالات و بشكل لم يكن معهودا من قبل و لقد ساهم هذا التقدم التكنولوجي الهائل في زيارة الترابط بين الأسواق في العالم مما أضفى على المعاملات

[1] بتصرف محمد احمد كاسب خليفة، المرجع السابق ص18-19.

[2] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2009ص25.

التجارية صفة العالمية وترتكز هذه الثورة التكنولوجية أوالثورة الرقمية على العديد من المقومات ومنها إستحداث طرق تخزين البيانات [1].

يؤكد "إيثان كاتش" على أن العقد الإلكتروني يتمتع بميزة فريدة مقارنة بالعقود الورقية تتمثل في ثلاث خصائص أساسية الخلود، التفاعل و الديناميكية. و تعد الديناميكية الخاصة بالعقود الإلكترونية هي النقطة التي تركز عليها تقنية المعلومات فهي تتيح إمكانية تعديل العقد بسهولة أكبر [2].

الذي يبرم على دعامة إلكترونية و ذلك لإختلاف الدعامة الورقية كما أن التعاقد الإلكتروني يتم من خلال شبكة إتصالات دولية حيث يمكن أن يتم تسليم المنتجات والخدمات معنويا على الخط و يصعب تحديد هوية المتعاقدين مع إمكانية التفاعل الجماعي بين عدة أطراف متعاقدة من خلال الأنترنت[3].

تعتمد المنصات الرقمية على البيانات كوقود أساسي لنموذج أعمالها تعتمد هذه المنصات على تقنيات جديدة مثل الإستغلال الهائل للبيانات الخوارزميات و نظم تحديد الموقع الجغرافي من خلال معالجة البيانات. تستطيع المنصات الرقمية إستهداف إحتياجات و تفصيلات

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ص13.

[2] بتصرف فراح ربيعة، المرجع السابق ص192.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ص40.

مستخدميها بشكل دقيق، سواء كانت فعلية أو محتملة و هذا يسمح لها بتقديم خدمات مخصصة و مصممة خصيصا لكل مستخدم مما يشجعهم على إستخدام خدمتهم بشكل متواصل [1].

يعد العقد الإلكتروني نوع جديد من العقود فهو وليد التقدم التكنولوجي و وسائل التقنية الحديثة، و له خصوصيته و ذاتية المستقلة التي تميزه عن أنظمة التعاقد الأخرى التي تتم بإستخدام وسائل الإتصال الحديثة[2].

يتميز العقد الإلكتروني بصفته العالمية التي تغطي كل دول العالم لكونه يتم في معظم الأحيان عن طريق شبكة المعلومات(الأنترنت) كما يتميز أيضا بصفته الإنفتاحية فالشبكة متاحة لكل من يرغب الدخول فيها، كذلك بصفته الإلكترونية لكونه يتم بواسطة أجهزة وبرامج إلكترونية تنقل إرادة المتعاقدين بعضهم إلى بعض دون حضور مادي معاصر لهم و بالتالي فهو عقد ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد[3].

يتم إبرام العقد الإلكتروني بدون التواجد المادي لأطرافه، فالسمة الأساسية للتعاقد الإلكتروني أنه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل إتصال تكنولوجية، و لذلك فهو ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد حيث يتم تبادل الإيجاب و القبول الالكتروني عبر الأنترنت فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكمي إفتراضي . ولذلك فهو عقد فوري متعاصر و قد يكون العقد الإلكتروني غير متعاصر أي أن الإيجاب غير معاصر للقبول. و هذا

[1] بتصرف فراح ربيعة، المرجع السابق ص196-197.
[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ص71.
[3] مناني فراح، المرجع السابق ص31.

التعاصر هو نتيجة صفة التفاعلية فيما بين أطراف العقد ويشترك العقد الإلكتروني في صفة الإبرام عن بعد مع بعض العقود مثل التعاقد بالمينتل أوالتلفزيون أو بالتليفون أو بالمراسلة كإرسال كتالوج و لكنه يتميز عن تلك العقود بتلاقي الأطراف بصورة مسموعة مرئية عبر الانترنت و يسمح بالتفاعل بينهم[1].

و يعد جهاز المينتل من وسائل إبرام العقود و هو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر الشخصي، لكنه صغير الحجم نسبيا يتكون من شاشة صغيرة و لوحة مفاتيح تشمل على حروف و أرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر، و هو وسيلة إتصال مرئية ينقل الكتابة على التشابه دون الصور و يلزم لتشغيله أن يوصل بخط الهاتف [2].

و يتم إستخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام العقد الإلكتروني و هي أساسية فيه لأن هذا العقد لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية و الإتصالات الإلكترونية في مجال العقود الإلكترونية يتسع مجالها ليشمل كل أنواع الإتصالات التي تبرم التعبير فيها عن الإيجاب سواء عن طريق الصورة أو الإشارة الدالة على محتواها . وكذلك تشمل الإتصالات التي تجري بالوسائل السلكية أو أجهزة الإتصالات التي تعمل بالموجات الهرتيزية . و أيضا تشمل عروض الإيجاب التي تنتقل عبر الأقمار الصناعية[3]. و قد جاء أيضا بالتوجيه الأوروبي تحديد وسائل الإتصال عن بعد و هي كل وسيلة تستخدم للإتصال عن بعد بدون

[1]خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ص14.

[2]مناني فراح، المرجع السابق ص 37.

[3]إكرام رقيعي، الإطار المفاهيمي "للعقد الإلكتروني"، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد 05، العدد 02- 2012 ص102.

حضور مادي متزامن لمقدم الخدمة و المستهلك، و تؤدي إلى إبرام العقد بين هذه الأطراف و من تلك الوسائل التليفزيون الهاتف الكمبيوتر وفقا للمرسوم الفرنسي رقم 741 لسنة 2001 أصبح هناك تحديدا تشريعيا لمفهوم التعاقد عن بعد حيث ورد بالمادة رقم 121-16 الجديدة من تقنين الإستهلاك و الذي أدخل إليه بمقتضى المرسوم المشار إليه، حيث أوضحت نطاق تطبيق النصوص الواردة بالفصل المخصص لبيع الأموال و أداء الخدمات عن بعد . كما تنطبق تلك التصرفات على كل بيع المال أو أداة لخدمة يبرم دون الحضور المادي المتعاصر للأطراف بين مستهلك و مهني[1].

كما يتسم غالبا بالطابع الدولي ذلك لأن الطابع العالمي لشبكة الأنترنت و ما يرتبه من جعل معظم دول العالم في حالة إتصال دائم على الخط يسهل العقد بين طرف في الدولة والطرف الآخر في دولة أخرى، و يثير الطابع الدولي للعقد الإكتروني العديد من المسائل كمسألة بيان مدى أهلية المتعاقد للتعاقد و كيفية التحقق من شخصية المتعاقدة الأخرى و معرفة حقيقة المركز المادي له[2].

إن إختلاف الدعامة أو حامل للحقوق يمكن أن يختلف تبعا لذلك حوامل الكتابة بين السند الورقي و الإلكتروني كالأقراص اللينة و المضغوطة أو أية وسائط إلكترونية أخرى . فلا ينظر عندئذ

[1] محمد أحمد كاسب خليفة، المرجع السابق ص20.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ص45.

لوسيلة الإتصال أو تبادل تلك الكتابات و البيانات بقدر ما ينظر إلى مفهومه الكتابة و قابليتها للقراءة و حفظها الأمن و الدائم مع إمكانية التصرف فيها بطلبها والإستدلال بها [1].

يتم إستخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام التعاقد و يعد ذلك من أهم مزاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني. بل أنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة إتصالات إلكترونية . فالعقد الإلكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية و لكنه يختلف فقط من حيث طريقة إبرامه و كونه يتم بإستخدام وسائط إلكترونية و تلك الوسائط هي التي دفعت إلى إختفاء الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة الإلكترونية التي تقوم على دعائم الكترونية[2].

كما يتصف العقد الإلكتروني غالبا بالطابع التجاري و الإستهلاكي لذلك يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية، و قد جاءت تلك الصفة من السمة الغالبة لذلك العقد حيث أن عقود البيع الإلكترونية تستوحد على الجانب الأعظم من مجمل العقود و يترتب على ذلك ان العقد الإلكتروني يتسم بطابع الإستهلاك، لأنه غالبا ما يتم بين تاجر أو مهني و مستهلك و من ثم فانه يعتبر في الغالب من قبيل عقود الإستهلاك. من حيث الوفاء فقد حلت وسائل الدفع الإلكترونية في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وإزدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية. ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات و

[1] وليد علي محمد علي، حجية التوفيع الإلكتروني و تطبيقاته في مجال التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية 2019 ص121.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ص44.

تتضمن وسائل الدفع الإلكترونية المستخدمة في التجارة الإلكترونية عدة وسائل منها البطاقة البنكية و الأوراق التجارية الإلكترونية و النقود الإلكترونية و التي تتمثل في نوعين هما النقود الرقمية و المحفظة الإلكترونية . بالإضافة إلى الوسائط الإلكترونية الجديدة التي ظهرت حديثا مثل الذهب الإلكتروني و الشيك الإلكتروني، و تتم عملية تحويل الأموال إلكترونيا بين أطراف العقد الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت بواسطة جمعية الإتصالات المالية العالمية بين البنوك أو عن طريق شبكة الإتصال بين البنوك و التي تسمى مشروع 'بوليرو'[1] .

المطلب الثاني: متطلبات الشكلية في العقود الإلكترونية:

تظهر التطورات العلمية و التكنولوجية ظهور منصات رقمية تجذب مختلف عمليات التعاقد و تنظم نفسها قانونيا عبر وضع إطار تنظيمي يضم بنود التعاقد الإلكتروني. تلعب الإدارة دورا رئيسيا في هذه المنصات حيث يختار الأطراف عبر إيجاب و قبول إلكترونيين إبرام عقودهم بشكل إلكتروني و تحديد مضمونها و القانون المعمول به و المحاكم المختصة و غيرها تتيح هذه الحكومة ذات الطبيعة التعاقدية للأطراف عدم اللعب خارج قواعد اللعبة. فإختيارهم للقواعد الخاصة بهم و الأنظمة القانونية الأقل تقييدا لإرادتهم الإقتصادية يحررهم مؤقتا على الأقل من القانون الحالي لا يمكن إنكار الإضطرابات التي تحدثها منصات التعاقد الإلكتروني على القانون في

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ص45-46.

جميع فروعه خاصة على قواعد الشريعة العامة التي تؤثر على الأسس الكلاسيكية لنظرية العقود .[1]

إن إزدهار المعاملات الإلكترونية متوقف على كم الضمانات التي تجوز عليها هذه المعاملات و خاصة لو أخذنا بعين الإعتبار أنها تتم آليا وإلكترونيا بين الأشخاص لا يعرفون بعضهم البعض و لا يلتقون في تجارة عن بعد أو بالأحرى معاملات و تعاملات عبر شبكة الأنترنت. الأمر الذي يستبعد فيه وقوع التزوير أو التلاعب في التوقيع الإلكتروني من هنا كان من الضروري الإهتمام بتوافر الضمانات اللازمة لإضفاء الثقة لدى المتعاملين بالتوقيع الإلكتروني، يستخدم العقد الإلكتروني لكافة التصرفات محل الإتفاقات على الشبكة و بشكل رئيسي إنزال البرامج أو الملفات عن الشبكة و الدخول إلى خدمات الموقع و تحديدا التي تتطلب إشتراكا خاصا في بعض الأحيان أو مقابل مالي أو لغايات الحصول على الخدمة، كالمحادثة و مجموعة الأخبار أو الإعلان و الأدلة أو لغايات التسجيل و الإلتزام العقدي بإنقاذ الخدمة المعروضة مجانا بشروط الموقع كخدمات البريد المجاني و الإستضافة المجانية و غيرها. كذلك لإبرام التصرفات القانونية على الخط كالبيع و الشراء و الإستئجار و طلب القرض و إجراء عملية حوالة مصرفية و إبرام بوالص التأمين و دفع الثمن و غيرها. و كذلك النشاطات التجارية المقصودة لهذا الغرض تشمل جميع تلك النشاطات المرتبطة بالعلاقات ذات الطابع التجاري سواء كانت تعاقدية أم غير ذلك[2].

[1] بوبكر أمال، "التصديق الإلكتروني كآلية لتدعيم الإقتصاد الرقمي في الجزائر"، مجلة التنمية و الإقتصاد التطبيقي، جامعة المسيلة، المجلد 03 العدد01 ص244.

[2] مناني فراح، المرجع السابق ص30.

على الرغم من سهولة إبرام العقود إلكترونيا لا يعني ذلك التخلي الكلي عن النماذج المكتوبة فالشكليات ضرورية لضمان حقوق المستهلك الإلكتروني بما في ذلك حقه في إحترام حياته الخاصة في القانون المدني، تتعلق الشكليات بشكل أساسي بالشكليات التجريبية أي المتطلبات التي تثبت وجود و محتوى الإتفاقية. ظهور وسائل الإتصال الحديثة أثار تساؤلات و دفع المشرعين إلى إصلاح قانون الإثبات لكن الشكليات لا تقتصر على الإثبات بل تشترط أيضا لصحة بعض العقود هذه الإستثناءات ضرورية لأن قانون العقود يحكمه مبدأ التوافق[1].

حتى يتمتع العقد الإلكتروني الحجية القانونية الكاملة في الإثبات و إمكانية مساواته بالسندات التقليدية، فإنه يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط البالغة الأهمية و هذه الأخيرة بدورها تحدد صحة و سلامة المستند الإلكتروني و تجعله مساويا للسند التقليدي من حيث الحجية و القوة القانونية[2].

لكي يتم منح الرسائل الإلكترونية نفس القوة الإثباتية مثل الكتابات الموقعة على الورق يجب أن تفي بنفس المتطلبات. لا يختلف المحرر الإلكتروني عن المحرر الورقي إلا كم حيث دعامة المحرر عليها فكما للمحرر الورقي طرفان هما المنشئ و المرسل إليه فإن المحرر الإلكتروني ذات الطرفان لكن بما أن المحرر الإلكتروني ينشأ في بيئة تقنية فإنها تفرض أن يكون هناك طرف ثالث يكون وسيطا بين المنشئ و المرسل إليه، و عليه فإن أطراف المحرر الإلكتروني

[1] بتصرف فراح ربيعة، المرجع السابق ص203.

[2] عليا عبد الرحمان مصطفى، "الحجية القانونية للمستند الإلكتروني في الإثبات المدني"، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد5 العدد3-2021 ص429.

هي ثلاثة المنشئ، المرسل إليه، الوسيط ، منشئ المحرر الإلكتروني أو المرسل عرفته المادة 2\ج من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 إذ جاء فيها "يراد بمصطلح منشئ " رسالة البيانات الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها إن حدث قد تم على يديه أو نيابة عنه و لكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيها يتعلق بهذه الرسالة [1].

ما يجعل المحرر الإلكتروني يستمد قوته التبوتية من خلال توفر متطلبات الشكلية في العقود الإلكترونية و التي تشمل الكتابة الإلكترونية (الفرع الأول) و التوقيع الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية:

نشير إلى أن التشريعات لم تضع تعريفا موحدا للكتابة الإلكترونية، بل هناك من التشريعات من لم يعرف الكتابة الإلكترونية بل عرف المحررات الإلكترونية التي على أساسها تعرف الكتابة الإلكترونية،و عليه فإن أول ما ظهرت المعاملات الإلكترونية كانت في مجال التجارة الدولة إذ سعت هيئة الأمم المتحدة و ذلك من خلال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى تسهيل مثل هذه المعاملات و التي أصدرت قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 و قانون اليونسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية، حيث أننا نجد قانون

[1] الزهرة جقريف، حجية الكتابة و التوقيع الإلكترونيين في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريعى الجزائري، أطروحة الدكتورة في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، جامعة الأمير عبد القادر، للعلوم الإسلامية، قسنطينة 2019\2020ص156.

اليونسترال للكتابة الإلكترونية لم يعرف الكتابة الإلكترونية [1].

تعد الكتابة من أقوى طرق الإثبات لما توفره من ضمانات للأشخاص و قد أثر التقدم العلمي و التكنولوجي على شكل هذا الدليل الكتابي في ظل ما أفرزه من أجهزة قادرة على تخزين الوثائق و كتابتها و إسترجاعها على دعامات إلكترونية[2].

الجدير بالتأكيد أنه ليس هناك في القانون ما يلزم في الإعتقاد في أن الكتابة لا تكون إلا على الورق، و تأكد هذا المعنى في قانون المعلوماتية حيث أشار إلى أن المشرع الفرنسي لم يحدد الدعامة التي تتم عليها الكتابة إضافة إلى العديد من الإتفاقيات الدولية التي تبنت هذه الفكرة منها إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالنقل الدولي للبضائع لسنة1981، و عليه يتضح أن الكتابة لا ينظر إليها من حيث إرتباطها بالدعامة أو الوسيط المستخدم في التدوين بل بوظيفتها في إعداد الدليل على وجود التصرف القانوني و تحديد مضمونها بما يمكن للأطراف من الرجوع إليه في حالة نشوب نزاع و حتى تقوم الكتابة بهذا الدور يجب أن يكون الوسيط مقروءا و أن تتصف الكتابة بالاستمرارية و الثبات[3].

سعت قوانين الأونسترال النموذجية الخاصة بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996 و الخاصة بالتوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 إلى الإعتراف بالكتابة الإلكترونية، من خلال تعريفها للمحرر الإلكتروني المعبر عنه بمصطلح رسالة البيانات بأنه معلومات مهما كان شكلها وطرق إرسالها

[1] جديد حنان، "السندات الرسمية الإلكترونية "، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، المجلد08، العدد01-2015 ص251.

[2] حسان سعاد، المرجع السابق ص49.

[3] باطلي غنية، "الكتابة الإلكترونية كدليل اثبات "، التواصل في العلوم الإنسانية و الإجتماعية، العدد30 جوان 2012 ص129.

مع عدم حصر للوسائل التي تنشأ بها فاتحة المجال أمام التطور المستمر لتقنيات الإتصال الحديثة فالعبرة بالقدرة على الإحتفاظ بما دون للأعراف له بالقمة القانونية[1]

كما تهدف أيضا عقود التجارة الإلكترونية إلى خلق مجتمع المعاملات اللاورقية أي إحلال دعائم إلكترونية محل الدعائم الورقية، و هو ما يعني الإستغناء عن التعامل بالمستندات الورقية التقليدية ليحل محلها المستند الإلكتروني. بعد أن كشفت بعض سلبيات العمل بتلك المستندات خاصة في ظل ثورة الإتصالات و المعلومات التي يشهدها عالمنا المعاصر و من هذه السلبيات، بطء حركة المستندات الورقية و إحتمال تأخير إجراءات الجمارك و تعرض البضاعة لخطر الفساد و التلف. أيضا قابلية محفوظات المستندات الورقية للتضخم و شغلها مزايدا من غرق الحفظ بالإضافة إلى صعوبة تداولها[2].يشير القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية إلى أن "الكتابة" تشمل رسالة البيانات إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة عنها على نحو يتيح إستخدامها بالرجوع إليها لاحقا. أي فإنه أي وثيقة تقليدية أو غير ذلك ينطبق عليها هذا المفهوم، تعد وثيقة كتابية إذا أمكن الإطلاع على ما هو مدون فيها ويمكن حفضها بطريقة تسهل الرجوع إليها في اي وقت [3].

[1]عائشة قصار الليل، حجية المحرر و التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة الدكتورة علوم، في العلوم القانونية كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2016-2017 ص161.

[2]خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ص36.

[3]بتصرف كوسام امينة، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة الدكتوراة في العلوم، تخصص عقاري و زراعي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، 01-2016 \2015 ص18.

عرفت منظمة الإيزو للمواصفات العالمية المحرر بأنه مجموعة المعلومات و البيانات المدونة على دعامة مادية يسهل قراءتها عن طريق إنسان أو بإستخدام آلة مخصصة لذلك . غير أن قيمة الوثيقة بأنها كل وعاء للتعبير عن فكر معين و من ذلك عرفت الوثيقة المعلوماتية أو الوثيقة المعالجة معلوماتيا بأنها كل جسم منفصل أو يمكن فصله عن نظام المعالجة الآلية للمعلومات، و قد سجلت عليه معلومات معينة سواء كان معدا للإستخدام بواسطة نظام المعالجة الآلية أو مشتقا من هذا النوع ومن بين هذه الأجسام و الدعامات المالية الأقراص الليزرية، الأقراص الصلبة و الذاكرات الضوئية و غيرها من الأجسام الإلكترونية التي تنتجها التكنولوجيا الحديثة [1]. إن الكتابة الإلكترونية تمثل إستجابة لحاجة ملحة تقتضي البحث عن بديل للكتابة الورقية و التي بدت قاصرة عن إستعاب التقدم الحاصل في الإتصالات و المعلوماتية، فمع هذا التطور أصبحنا في حاجة إلى تحديد إطار قانوني منضبط للمشكلات القانونية المتعلقة بالوسائل الإلكترونية المستخدمة في مجال التصرفات القانونية المتصلة بعدم توافر الكتابة التقليدية، و لقد سار المشرع الفرنسي على نفس المنوال في المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي و التي تنص على ما يلي "يمكن أن يوضع على دعامة إلكترونية على أن تعد و تحفظ في ظروف تتحدد بمرسوم من مجلس الدولة" و منه يتضح أن فكرة الكتابة لا تستوجب دعامة من نوع معين و بالأحرى لا تستوجب خاصة دعامة ورقية حيث كان التدوين في عصور سابقة يتم على الحجر

[1] براهيمي حنان، "المحررات الإلكترونية كدليل إثبات"، مجلة الفكر، المجلد08 العدد01-2013 ص143-144.

أوالورق له الجلد، فالعبارة في الكتابة إثبات التصرف بشكل دائم سواء تتم قراءتها من الإنسان مباشرة أو من الآلة[1].

نجد أن المحررات الإلكترونية يتم تدوينها على وسائط مكتوبة بلغة الآلة و لا يمكن أن يراها الإنسان بشكل مباشر، و إنما لابد من إيصال المعلومة إلى الحاسب الآلي يتم دعمه بواسطة برامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة إلى اللغة المقروءة للإنسان، و من هذا المنطلق فإنه يضمن قراءة هذه المحررات في جميع الأحوال بإستخدام الحاسب الآلي وهو ما يعني إستيفائها لشرط إمكانية القراءة و الفهم، طالما أن اللغة التي تظهر على الشاشة هي لغة مفهومة و مقروءة لأصحاب العقد[2].عدم وجود أي وثائق ورقية في العقد الالكتروني عبر الإدارات على خلاف العقود التقليدية التي تستند إلى المحررات المعدة سلفا لإثبات التصرفات القانونية. فإن شاشة الحاسوب لا تقدم سجلا ماديا يمكن الإحتفاظ به و إستخدامه عند الحاجة و إنما تقدم لنا مجموعة البيانات الإلكترونية التي هي نتاج التقدم التكنولوجي الحديث، الذي جعلها أساس المحررات الإلكترونية و التي تعتبر بدورها لغة العصر الحديث المتعارف عليها [3]. فالدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي و لا تعد الكتابة دليلا كاملا للإثبات إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي . أما العقد الإلكتروني فيتم إثباته عبر المستند الإلكتروني و التوقيع الإلكتروني.

[1]ديش تورية أحمد داود رقية، العقد التوثيق الإلكتروني كآلية لعصرنة مهنة التوثيق، دراسة مقارنة، مجلة صوت القانون، المجلد الثامن، العدد 1-2019 ص882.

[2]باطلي غنية، المرجع السابق ص129.

[3]عبد الله نوار شعت، الإثبات و الإلتزامات في العقود الإلكترونية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية مصر، 2017 ص33.

فالمستند الإلكتروني يتبلور فيه حقوق طرفي التعاقد فهو المرجع للوقوف على ما إتفق عليه الطرفان و تحديد إلتزاماتها القانونية و التوقيع الإلكتروني هو الذي يضفي حجية على هذا المستند[1]. تسمية كتابة أو المحرر الإلكتروني على رسالة البيانات مما يتخذ شكل حروف أو أرقام أو إشارات أو غير ذلك مما يكون له طابع منفرد، و يثبت على دعامة إلكترونية أو ضوئية فالكتابة الموجودة في المحرر الإلكتروني تكون على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عملية إدخال البيانات و إخراجها من خلال شاشة الحاسوب[2].

بدأت بوادر أزمة الشكلية الإلكترونية في فرنسا عقب صدور القانون رقم 230 لسنة 2000 بشأن تطوير قانون الإثبات و المتعلق بالتوقيع الإلكتروني حيث أدخل القانون المذكور تعديلا على أحكام المادة 1316 مدني الفرنسي مقتضاه تكوين الكتابة الإلكترونية مقبولة بنفس الحجة المعطاة للكتابة، على دعامات ورقية بشرط أن يكون بالإمكان تحديد الشخص الذي أصدرها و أن يكون حفظها قد تم في ظروف تضمن الرجوع إليها بشكل مستمر وتأكيدا على ذلك، فقد نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة بشكل صريح على أن الكتابة على دعامات إلكترونية لها نفس القوة الثابتة للكتابة على دعامات ورقية[3].

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ص47.

[2] كحيل حياة، "حجية الإثبات الإلكتروني مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية "، المجلد 05 العدد01-2016 ص242.

[3] الصالحين محمد عيش، الشكلية في العقود الإلكترونية، دراسة قانونية، المجلد16العدد2007.16 ص242.

و تحفظ على الدعامات بهذه الصورة و عند إستخراجها يقوم الجهاز الإلكتروني كالحاسب الآلي بتحويل هذه الإشارات الإلكترونية أو المغناطسية إلى حروف يمكن قراءتها على شاشة الجهاز أو الميكروفيلم أو إخراجها على هيئة ورق مطبوع، و قد أطلق على هذا الشكل الجديد للكتابة إسم الكتابة الإلكترونية أو "الرقمية" التي أنتجت المحررات أوالمستندات الكتابية الإلكترونية و قد بدأ هذا الشكل الجديد من الكتابة يفرض نفسه فحظي بإهتمام العديد من التشريعات العربية[1].

نص المشرع الجزائري على أن تكون الكتابة في الشكل الإلكتروني معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها. كما تم النص على هذا الشرط في المادة 08 من قانون اليونسيترال النموذجي و القوانين العربية للتجارة الإلكترونية "حيث تؤكد هذه النصوص على سلامة المعلومات الواردة في المحرر الإلكتروني دون أن يلحقها أي تغيير لذلك نجد غالبية القوانين الحديثة الصادرة في هذا المجال، نصت على وجود إعتماد سجل إلكتروني يتم حفظه ضمن أوعية إلكترونية وفق ما نص عليه القانون او إتفق عليه الأطراف بهدف توفير إمكانية الإطلاع على المعلومات الواردة بالسجل من الأشخاص المخول لهم ذلك و منهم القاضي في حالة وجود منازعة حول المحرر[2].

و إذا كانت أهمية و قيمة الكتابة في الشكل التقليدي تقوم أساسا على دعامتها المادية فإن الكتابة في الشكل الإلكتروني تختلف عنها في ذلك. فالدعامة أصبحت إلكترونية و ليست مادية و الوصول إلى محتوى الكتابة لم يعد بالعين المجردة بل لابد من الإستعانة بأجهزة وأنظمة

[1] هاني سليمان الطعيمات، "حجية الكتابة و التوقيع الإلكترونيين في إثبات المعالات المالية، دراسة فقهية قانونية مقارنة، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مجلد 14 عدد2 2018 ص79.

[2] عبد الله شعت، المرجع السابق ص324.

معلوماتية للوصول إليها و الإطلاع عليها[1]. و من الوسائل التي تقوم الإحتفاظ بالمحررات و الأوراق الإلكترونية على متنها نجد الشريط المغناطيسي، شبكة الأنترنت، الأقراص المرنة، الأقراص المضغوطة و القرص الصلب و غيرها و الملاحظ ان القوانين التي نظمت المسالة تجنبت تحديد وسائل الحفظ و ذلك بهدف ترك المجال مفتوحا امام وسائل التكنولوجيا التي قد تظهر مستقبلا[2].

إن الكتابة على المحرر الإلكتروني تكون على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات و إخراجها من خلال شاشة الحاسب الآلي، أو أية وسيلة إلكترونية أخرى بحيث تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدات الإدخال التي تتبلور من لوحة المفاتيح أو أية وسيلة تتمكن من قراءة البيانات وإسترجاع المعلومات المخزونة في وحدة المعالجة المركزية، أو أي قرص مرن مستخدم و بعد الفراغ من معالجة البيانات التي تتم كتابتها على أجهزة الإخراج التي تتمثل في شاشة الحاسب وطباعة هذه المحررات على الطابعة أو الأقراص الممغنطة أو أية وسيلة من وسائل تخزين البيانات[3]. يجب أن تكون الكتابة مقروءة و مضمونة من خلال دوام الكتابة و إستقرارها بتدوينها في دعامة تحفضها لمدة طويلة يمكن الرجوع إليها و التعرف على محتواها فلا تهم وسيلة الإحتفاظ المهم أن تتضمن سلامتها ووجودها، و غالبا ما يكون الإحتفاظ بطريقة إلكترونية إمكانية تحديد هوية من إصدرها و يكون ذلك بالإعتماد

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ص07.

[2] عبد الله شعت، المرجع السابق ص325.

[3] بان سيف الدين محمود، "العقد الإلكتروني و وسائل غثباته "، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 27 العدد7-2019 ص13.

على التوقيع الإلكتروني عدم قابلية التعديل، و هو ما تضمنه شهادة التصديق الإلكتروني التي تسمح بالتعرف على كل تعديل يتعلق به، و التحقق من الإمضاء الإلكتروني مع ضرورة الحصول على شهادة إلكترونية لإثبات الصلة بين البيانات و التحقق من التوقيع الإلكتروني و الموقع[1].

الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني:

لقد صاحب التطور التكنولوجي و التقني ظهور وسائط حديثة يمكن إستخدامها في تدوين البيانات و لكن بشكل إلكتروني سميت بالدعامة الالكترونية. و نظرا لعدم ملائمة التوقيع التقليدي مع الدعامة الإلكترونية، ظهر مؤخرا التوقيع الذي لا يمكن القول إنه بديل للتوقيع التقليدي إنما جاء ليتلاءم مع طبيعة الدعامة الإلكترونية و سمي بالتوقيع الإلكتروني[2].

كان التوقيع الإلكتروني و منذ إكتشاف الكتابة و لازال حتى الآن هو الوسيلة الوحيدة التي تدعم الثقة في التعامل بين الناس، و بقولنا التوقيع في البداية لا يمكن أن يتبادر إلى ذهن القارئ سوى التوقيع التقليدي و الذي لا يمكنه أن يكون إلا بخط اليد.غير أن التحول من المحسوس إلى الرقمي و من الدعامة المادية إلى الدعامة الإلكترونية، فرض ضرورة إعادة النظر في المبادئ و القواعد التقليدية لقانون الإثبات و خاصة بالنسبة للتوقيع الإلكتروني فسارعت العديد من الدول و

[1]كريمة كريم، "عقد الشركة من الكتابة العادية إلى الكتابة الالكترونية، (دراسة في القانون الجزائري المقارن)"، مجلة الحقوق، المجلد18 العدد1-2021 ص228.

[2]حسينة شرون، صونيا مقري، "التوقيع الإلكتروني كآلية لتوثيق المعاملات الإلكترونية"، مجلة الإجتهاد القضائي، المجلد 13 العدد02-2021 ص602.

من بينها الجزائر إلى إدخال تعديلات في تشريعاتها بما جعلها تتبنى التوقيع الإلكتروني كدعامة في الإثبات الحديث[1].

الموقف يختلف في جميع أنحاء الإتحاد الأوروبي في المملكة المتحدة يتمتع التوقيع الإلكتروني بنفس حالة التوقيع "بالحبر الرطب" المكتوب بخط اليد . حيث كان رد الحكومة على توجيه التوقيعات الإلكترونية هو إتخاذ الرأي القائل بأن جميع التوقيعات الإلكترونية يجب أن يكون لها نفس الإعتراف القانوني، حيث لم يتم التمييز بين التوقيعات المتقدمة والتوقيعات الإلكترونية الأخرى. و كان هذا يتماشى مع القانون الإنجليزي في ذلك الوقت الذي ينص على أن التوقيع الإلكتروني لا يختلف عن التوقيع بخط اليد شريطة أن يكون من الممكن إثبات أن نية الموقع كانت "شخصيا للمصادقة" على المستند[2].

في الآونة الأخيرة أصبح التوقيع الإلكتروني حقيقة قانونية في القانون البلجيكي بعد أن تسبب في تدفق الكثير من الحبر في العقيدة و قوض المفاهيم الكلاسيكية للكتابة و التوقيع بإعتبارهما الأصل، حيث أصبحت فكرة التوقيع الإلكتروني أخيرا موضوع التنظيم البلجيكي تحت رعاية المشرع الأوروبي . وقد تم إدخال الإصلاح من خلال قانون الإثبات . ومع ذلك و مع كل هذه اليقينيات المكتسبة حديثا تنشأ أسئلة جديدة حول النطاق و التفسير الدقيق للقوانين التي أدخلت القانون المدني في العصر الرقمي[3]. أن الشرط الرئيسي للإعتداد بالمستند الإلكتروني كدليل في

[1] عبد الله نوار شعت، المرجع السابق ص307.

[2] فراح ربيعة، المرجع السابق ص212.

[3] فراح ربيعة، المرجع السابق ص212.

الإثبات هو التوقيع الإلكتروني، لكونه يمثل إقرارا للموقع لما هو مدون في المستند و دليل مادي على حصول الرضا في إنشائه [1].حيث تضمن التوجه الأوروبي الصادر في 13 ديسمبر لسنة 1999 بشأن التوقيعات الإلكترونية في المادة 05 منه صورتين للتوقيع الإلكتروني تمثلان في التوقيع الإلكتروني البسيط و التوقيع الإلكتروني المتقدم أو المؤمن و بالنسبة للتوقيع الإلكتروني البسيط فإنه لا يستجيب لمقتضيات الأمان و يتطلب إقامة الدليل أمام القضاء على أنه تم بطريقة موثوق بها، أما التوقيع الإلكتروني المؤمن أو المعزز فهو يتمتع بدرجة عالية من الأمان وقد وضعت له مختلف التشريعات شروطا حتى تكون له حجية في الإثبات[2].

كما أقر المشرع الجزائري نشأته بشأن التشريعات الأخرى وجوبية أن يتم التوقيع الإلكتروني من طرف الموقع وحده دون غيره، و لعل الغاية من ذلك التعرف على إرادة الموقع و رضاه بمحتوى التصرف. أي وجود علاقة مباشرة بين الموقع و التوقيع حيث تكون هذه العلاقة بالإستعمال المنفرد الموقع لتوقيعه و عدم السماح للغير بإستعماله و يمكن التعرف على هوية الموقع من خلال ما يسمى بالمفتاح الخاص الذي يمثل القلم في التوقيع التقليدي و يدعم برقم سري يحتفظ به الموقع دون غيره، و الذي يسمح بالدخول إلى المفتاح الخاص[3]. إن أبسط آلية للتوقيع الإلكتروني هي بلا شك تلك التي تتمثل في رقمنة التوقيع بخط اليد و لهذه الغاية يكفي

[1]عليا عبد الرحمان مصطفى، المرجع السابق ص430.

[2]باهة فاطمة، "شهادة التصديق الإلكتروني كآلية لضمان حجية المعاملات الإلكترونية "، في ضوء القانون، رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، المجلد 01 العدد 02-2015 ص 395.

[3]فصيح عبد القادر بن عمر محمد، "التوقيع الإلكتروني و دوره في الإثبات"، مجلة العلوم القانونية و الإجتماعية، المجلد 03 العدد03-2016 ص98.

مسح الرسم البياني لتحويله إلى ملف حاسوبي يمكن تخزين الصورة الرقمية التي تم الحصول عليها بهذه الطريقة في ذاكرة الكمبيوتر (أو على وسيط مغناطيسي متنقل). و بالتالي يمكن للموقع نسخ الصورة في ملف آخر ثم طباعة الوثيقة الموقعة إذا كانت الطابعة و الورق بجود جيدة فان النتيجة النهائية تبدو مثل الأصل في الواقع يمكن لأي شخص لديه توقيع نموذج (ورقي) أو وصول إلى النظام أو الوسيط المغناطيسي الذي يتم تخزينه عليه، أيضا إعادة إنتاجه بنفس النجاح و هذا يعني ما إذا كانت العملية من تلقاء نفسها تقدم درجة من الضمان التقني، و بالتالي الضمان القانوني الذي هو على الأقل غير مؤكد لهذه الأسباب من الواضح أنه لا يوجد مستقبل مشرق أمامه ما لم يقترن بإستخدام التشفير[1].

أولا: أنواع التوقيع الالكتروني:

غير ظهور الشبكة الإلكترونية العالمية(الأنترنت) الموازين و القواعد التقليدية المتعارف عليها بعد أن أصبحت هذه الشبكة صلة الوصول الأساسية في تبادل المعلومات و الخدمات و الصفقات سواء كانت تجارية أو غير تجارية. فظهرت السندات أو المحررات الإلكترونية التي لا ترتكز على دعامة ورقية مما أدى إلى تطور التوقيع الذي أخذ شكلا عدديا أو رقميا جديدا يعرف بالتوقيع الإلكتروني[2].

1. التوقيع الرقمي: لقد أفرز التطور التكنولوجي عن أشكال عدة التوقيع الإلكتروني بيد أن هذه الأشكال مختلفة فيما بينها بإختلاف الطريقة المستخدمة في التوقيع، كما أنها من جهة أخرى

[1] فراح ربيعة، المرجع السابق ص214.

[2] عبد العزيز سمية، "التوقيع الإلكتروني وسيلة حديثة للإثبات"، دراسة مقارنة، مجلة معارف، المجلد 09 العدد17-2014 ص160.

تتفاوت فيما بينها من حيث درجة فعاليتها في توفير القدر الكافي من الثقة و أكثر هذه الأشكال إنتشارا وإستعمالا التوقيع [1]. يقوم هذا التوقيع على عمليات التشفير لتجنب الإلتباس تجدر الإشارة إلى أنه يمكن إستخدامها ليس فقط لأغراض التوقيع و لكن أيضا لغرض ضمان سرية التبادلات يتم تنفيذ هذه الوظيفة الأخيرة التي تسمى "التشفير" بشكل عام بإستخدام المنتجات التي تعتمد في معظمها على معيار تشفير البيانات، و هو نظام تشفير بمفتاح فريد بإستخدام خوارزمية كما يوحى إسمها. تقوم بتشفير و فك تشفير رسالة بإستخدام مفتاح واحد .هذه العالية فعالة بشكل خاص في الشبكات المغلقة الحاجة إلى جعل المفتاح معروفا لمتلقيها مع وجود مخاطر إعتراض لا مفر منها تعني انه بمفرده من ناحية أخرى غير مناسب لشبكات المفتوحة أو للإستخدام لأغراض التوقيع [2].

و يعتبر التوقيع الرقمي أكثر صوره إستعمالا و يتم بإستخدام مفتاحا خاصا معتمدا قانونا من جهة متخصصة بإصداره للتحقيق من شخصية الموقع، ويقوم التوقيع الرقمي على فكرة الرموز السرية و المفاتيح الغير المتناسقة، و يعتمد على فكرة اللوغاريتمات و المعادلات الرياضية من الناحية الفنية و يحقق التوقيع الرقمي وظائف التحقيق من الهوية و السرية وسلامة البيانات وعدم إنكارها[3].

عملية التحقق من التوقيع الرقمي تضمن أن الرسالة قد تم تشفيرها بمفتاح خاص يتحاكى مع المفتاح العام المستخدم في فك التشفير، و لكن يلزم أيضا التحقق من نسبة زوج المفاتيح هذا

[1] الزهرة جقريف، حجية الكتابة و التوقيع الإكترونيين في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و التتشريع الجزائري، أطروحة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية، قسنطينة 2019-2020 ص241.

[2] فراح ربيعة، المرجع السابق ص215.

[3] دريس كمال فتحي، "آلية التصديق الإلكتروني كضمانة للتعاملات التجارية بالوسائل الحديثة في التشريع الجزائري"، مجلة البحوث و الدراسات العدد24-2017ص 161.

الشخص الذي يدعى أنه صاحب المفتاح العام (زوج المفاتيح) و هذا الأمر يتم بإستخدام أطراف ثالثة موثوقة تسمى بسلطات التصديق و هي التي تقوم بتقديم شهادات إلكترونية تشير إلى أن المفتاح العام موضوع السؤال يعود إلى شخصا صاحبه الذي يدعى أنه من قام بإرسال الرسالة و توقيعها، و غالبا ما تتضمن التشريعات وجوب توافرها حد أدنى من المواصفات الفنية و الإدارية و الإجرائية لدى سلطات التصديق قبل ممارستها لأعمالها كما قد تتطلب أن تقوم سلطات التصديق بإظهار قدرتها من جميع الجوانب على إصدار شهادات تصديق مدعمة للتوقيعات[1].

2. التوقيع بالبطاقة الممغنطة:

التوقيع القائم على تكنولوجيا الرقم السري بإستخدام البطاقة الممغنطة و هو ما يعرف بالكود أو الرقم السري. و هو عبارة عن مجموعة من الأرقام أو الحروف يختارها صاحب التوقيع ويتم تركيبها أوترتيبها في شكل كودي معين، يتم عن طريق تحديد شخصية صاحبه بحيث لا يكون هذا الكود معلوم إلا له هو فقط و غالبا ما يستخدم التوقيع الكودي في المراسلات و المعاملات البنكية[2].

يعد التوقيع بإستخدام الرقم السري و البطاقة الممغنطة أول شكل أظهرته التقنيات التكنولوجية للتوقيع الإلكتروني، وهو أكثرها شيوعا لأن إستخدامه لا يتطلب عناء كبيرا أوخبرة معينة، بل يمكن لكل شخص أن يستخدمه[3]. يتم توقيف التعاملات و المرسلات الإلكترونية بهذه الطريقة

[1] وليد علي محمد علي، المرجع السابق ص77.
[2] عبد الله نوار شعت، المرجع السابق ص385.
[3] الزهرة جقريف، المرجع السابق ص245.

بالتوقيع الكودي أو ما يسميه البعض بالتوقيع بواسطة البطاقة المصرفية. و ذلك تسهيلا لإبرام صفقات تجارية بصورة عامة و إمكانية الحصول على النقود في أي وقت على وجه الخصوص. و يتم التوقيع بهذه الطريقة بواسطة بطاقة ممغنطة تمنحها المصارف عادة لزبائنها، إذ يقوم العميل بوضع البطاقة داخل الجهاز الصراف الآلي و من ثم إدخال الرقم السري الخاص بالعميل و الذي يمنحه له المصرف و بعد التأكد من الرقم السري يسمح له بالدخول إلى حسابه و القيام بالعمليات المصرفية التي يرغب بها إذ أن بدون الرقم السري لا يمكن التعامل مع النظام المعلوماتي[1].

هذه البطاقة هي عبارة عن عقد يتعهد فيه مصدر البطاقة لمصلحة شخص العميل و هو حاملها بفتح حساب بقيمة مالية معينة، إذ يتمكن العميل من وفاء قيمة مشترياته لدى المحلات التجارية و الخدماتية المتعاقدة مع مصدر هذه البطاقة وتعرف هذه البطاقات في الجزائر ببطاقات(CIB)هذه البطاقة تحتوي على رقم سري لا يعرفه إلا صاحبها و الذي يخوله الدخول إلى حسابه و إجراء العمليات التي يريدها ثم بعد ذلك يحصل العميل على شريط ورقي يثبت فيه المبلغ الذي تم سحبه و التاريخ و كذا الساعة و قيمة المبلغ المسحوب و الرصيد المتبقي و رقم العملية المصرفية و رقم الشباك البنكي الإلكتروني أو الرقم الموزع الإلكتروني[2]. إنتشر التعامل بالبطاقة الممغنطة في المعاملات التي يتم إستخدامها في السحب النقدي من خلال بطاقة الصراف الآلي. و يتم إصدار هذه البطاقة من جانب البنك للعميل رغبة من البنك للتخفيف من إزدحام

[1]غاني جدر السعدي أكرم محمد حسان، "النظام القانون لشهادة التوثيق الإلكتروني دراسة مقارنة)"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني السنة التاسعة 2017 ص 592 .

[2]رايس محمد، "حجية الإثبات بالتوقيع الإلكتروني طبقا لقواعد القانون المدني الجزائري الجديد"، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، المجلد 01 العدد01-2014 ص40.

المواطنين عبر شبابيك الصرف المخصصة فيه لتمكين العميل من صرف المبلغ الذي يحتاجه خلال الفترة التي يكون فيها البنك مغلقا و كذلك في حال سفر الشخص إلى دولة أخرى فلن يكون مضطر إلى حمل مبالغ نقدية معه و تحمل المخاطر التي قد تؤدي إلى ضياع الأموال و سرقته[1].

3. التوقيع بالقلم الإلكتروني:

يتمثل في نقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي ثم تخزينه في الحاسوب و بعد ذلك يتم نقل هذه الصورة إلى الملف أو العقد الذي يراد إظافة التوقيع إليه لإعطائه الحجية اللازمة [2]. و يمتاز هذا التوقيع بمرونة و سهولة إستعماله حيث يتم من خلاله و بشكل بسيط و يسير تحويل التوقيع التقليدي إلى الشكل الإلكتروني عبر أنظمة معالجة المعلومات إلا أن إستعمال هذا التوقيع يتسبب في العديد من المشاكل مثل إثبات الصلة بين التوقيع و المحرر الإلكتروني إذ يستطيع المرسل إليه الإحتفاظ بنسخة من صورة التوقيع التي وصلته على إحدى المحررات ثم يقوم لاحقا بإعادة وضعها على أي محرر ويدعى أن واضعها هو صاحب التوقيع الفعلي إذا فهذه الطريقة تخلو من درجات الأمان الواجب تحققها في التوقيع الإلكتروني[3].

[1] سديرة نجوى، "الحماية القانونية للتوقيع الإلكتروني كآلية لتدعيم الثقة في المعاملات الإلكترونية عبر الأنترنت"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد08 العدد02-2022 ص340.

[2] عبد الله نوار شعت، المرجع السابق ص384.

[3] بان سيف الدين محمود، المرجع السابق ص15.

فالتوقيع بالقلم الإلكتروني هي طريقة حديثة من طرق التوقيع البيومتري، يتم بقيام شخص بالتوقيع على شاشة جهاز الحاسب الآلي مستخدما قلما إلكترونيا خاصا حيث يستوجب جهاز حاسبا آليا ذا مواصفات خاصة تمكنه من أداء مهمته في إلتقاط التوقيع من الشاشة[1].

يقوم هذا التوقيع بنقل التوقيع التقليدي بواسطة إستخدام قلم إلكتروني حساس يمكنه الكتابة على شاشة الحاسوب عن طريق برنامج هو المسيطر أو المحرك لكل العملية. و له وظيفتين تتمثل الوظيفة الأولى في إلتقاط التوقيع بعد تلقي بيانات العميل عن طريق بطاقة يضعها في الآلة المستخدمة و بها كامل البيانات الشخصية، ثم تظهر على الشاشة الإلكترونية بعد الإنتهاء من العملية تظهر رسالة تطلب من المستخدم إدخال توقيعه بالقلم الإلكتروني في مربع خاص داخل الشاشة ثم يقيس البرنامج هذا التوقيع و يشفره و يحتفظ به و يسمى بالشارة البيومترية. أما الوظيفة الثانية فتتم عن طريق فك رمز الشارة ثم يقارن المعلومات الموجودة عليه مع إحصائيات التوقيع المخزنة من قبل قاعدة البيانات، تصدر بعد ذلك تقريرها الذي يرسل إلى برنامج الكمبيوتر و الذي يعطي الرأي النهائي في صحة أو عدم صحة هذا التوقيع[2].

يقوم التوقيع المؤمن على إستخدام قلم إلكتروني حساس حيث يقوم الشخص المراد توثيق توقيعه بكتابة توقيعه الذي يحدده هو على شاشة الحاسب الآلي، وذلك بإستخدام برنامج معلوماتي معين يكون هو المسيطر و المحرك لكل العملية، و يقوم هذا البرنامج بوظيفتين هما خدمة التقاط

[1] ديش تورية أحمد داود رقية، المرجع السابق ص886.

[2] فضيلة يسعد، "القوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم الانسانية، المجلد30 عدد03-2019 ص510.

التوقيع و خدمة التحقق من صحته حيث يقوم البرنامج أولا بتلقي بيانات العميل عن طريق بطاقته الخاصة التي يتم وضعها في الآلة، ثم تظهر بعد ذلك بعض التعليمات على شاشة الحاسوب يتبعها العميل غاية ظهور رسالة إلكترونية تطلب منه كتابة توقيعية بإستخدام القلم الإلكتروني داخل مربع مرسوم على الشاشة[1].

4. التوقيع البيومتري:

يقوم على الخواص الفيزيائية و الطبيعية و السلوكية للإنسان و التي تختلف من شخص لآخر، يتم تخزينها على الحاسب عن طريق التشفير ليعاد فك التشفير للتحقيق من صحة التوقيع و ذلك بمطابقة صفات المستخدم مع الصفات المخزنة [2]. يعتمد هذا التوقيع على الخصائص الذاتية للإنسان و تتم هذه العملية عبر إستعمال كمبيوتر و كاميرا و جهاز لقراءة البصمة، فبتاريخ 14\08\2000 أدخلت شركة "ليترونيك" نظام توقيع يعتمد على الخصائص البيولوجية للإنسان فعندما يقوم شخص بتوقيع مستند إلكتروني يتم التحقق من هويته عبر تلك الخصائص[3]. و تتم هذه الطريقة بتخزين بصمة الشخص داخل دائرة إلكترونية للجهاز الذي يتم التعامل معه بحيث لا يتم الدخول إلا عند وضع بصمة الأصبع المتفق عليها أو بصمة الشفاه أو بنطق كلمات معينة، ولا يتم التعامل بها إلا عندما يتأكد الجهاز من عملية المطابقة التامة[4]. و يعد هذا الشكل

[1]الزهرة جقريف، المرجع السابق ص242.

[2]حسان سعاد، المرجع السابق ص80.

[3]افراح ربيعة، المرجع السابق ص 219.

[4]مسعودي يوسف،رحاب أرجيلوس، "مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في التشريع الجزائري، (دراسة على ضوء أحكام القانون 04.15)"، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية و الإقتصادية، المجلد06 عدد 01.2017 ص87.

من الأشكال الحديثة جدا في التوقيع الإلكتروني و يعتمد على الخواص الخلقية الطبيعية التي تميز الإنسان عن غيره من الأشخاص كبصمة العين أو الأصبع أو الصوت، حيث يتم تخزين هذه البصمة بشكل شيفرة داخل ذاكرة الجهاز الإلكتروني المراد إستخدام هذا التوقيع فيه[1].

كما يعد وسيلة من وسائل الموثوق بها لتحديد هوية كل شخص و معرفته، نظرا لإرتباط هذه الخصائص الذاتية به فقط الشيء الذي يجعل منها وسيلة صالحة لإستعمالها من أجل إتمام التعاقد بالطريق الإلكتروني[2]. يعتمد هذا التوقيع على الخصائص الذاتية للإنسان كالبصمة بواسطة الأصبع أو شبكة العين أو نبرة الصوت أو الحمض النووي الجيني وغيرها من الخصائص الذاتية للإنسان، التي لا يمكن نسيانها و تتم هذه العملية عبر إستعمال كمبيوتر و كاميرا و جهاز لقراءة البصمة[3].

[1] هاني سليمان الطعيمات، المرجع السابق ص87.

[2] رايس محمد، المرجع السابق ص39.

[3] مناني فراح، المرجع السابق ص192.

الفصل الثاني:

أثر التحولات التكنولوجيا

تمهيد

يشهد العالم اليوم تحولات تكنولوجية سريعة و غير مسبوقة تعيد تشكيل جميع جوانب الحياة، فمن خلال إختراعات جديدة ومبتكرة تغير التكنولوجيا الطريقة التي نعيش ونعمل ونفكر و نتواصل معها. و لم تعد التكنولوجيا مجرد أدوات مساعدة بل أصبحت جزءا جوهريا من البنية التحتية للحياة اليومية إذا ساهمت في تسهيل الخدمات و تسريع الإنتاج و تعزيز جودة الحياة، و في ظل هذا الزخم المتسارع يبرز دور الأفراد والمجتمعات في مواكبة هذه التحولات و إستثمارها بطريقة تضمن التنمية المستدامة و التوازن بين التقدم التقني و القيم الإنسانية .

في هذا الفصل سنلقي الضوء على التحولات التكنولوجية على مدى العقود الماضية حيث سنتطرق إلى تنظيم التعاقد الإلكتروني في ظل التحول الرقمي في المبحث الأول وكيفية تأثير هذه التطورات على العقود ووسائل إبرامها في المبحث الثاني.

المبحث الأول: تنظيم التعاقد الإلكتروني في ظل التحول الرقمي:

في ظل التطورات المتلاحقة التي يشهدها العالم ظهرت تكنولوجيا المعلومات والإتصالات مست كل قطاعات وجوانب الحياة البشرية. فقد حملت معها الأمل في تحقيق قفزة إتصالات في كل الجوانب القانونية بما فيها التعاقد.[1] حيث ولدت هذه التكنولوجيا نموذجا جديدا للأنشطة محدثة

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الأول، شرح القانون المبادلات التجارة الإلكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ط2003 ص14.

بذلك تغييرا جذريا في أسلوب التعاقد و يعود لهذا التطور التكنولوجي الفضل في ميلاد العقد الإلكتروني و إكتساحه حياة الأفراد.

سنتناول من خلال هذا المبحث المقاربات القانونية المرتبطة بالعقود الإلكترونية (المطلب الأول) و بعدها سنتطرق إلى بروز التكنولوجيا كقاعدة للتعاقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقاربات القانونية المرتبطة بالعقود الإلكترونية:

أثار ظهور العقود الإلكترونية العديد من التساؤلات القانونية التي تحتاج إلى حلول فعند تسجيلها على سلسلة بلوك شين يصعب تعديل شروطها، حيث تعتمد سلسلة الكتل على مبدأ السرية من ناحية أخرى تختلف العقود الإلكترونية عن العقود التقليدية في العديد من النقاط. وقد أثرت مبادئ التدخل الرقمي بشكل مباشر على العقود مما أدى إلى زعزعة أسس القانون العقاري المعروف لدينا. وقد أدى ذلك إلى ظهور رؤية فلسفية جديدة تتناسب مع العصر الرقمي[1].

سيتم التطرق من خلال هذا المطلب أي آلية عمل العقد الإلكتروني (الفرع الأول) ليتم التطرق إلى تغليب مبادئ التحليل البرمجي على القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آلية عمل العقد الإلكتروني:

يمر العقد الإلكتروني بالعديد من المراحل مثله مثل باقي العقود لكنه قد يواجه في الواقع العلمي بعض التحديات التي تعوق إنتشاره على الرغم من أهميته في الوقت الحاضر، وتدور هذه

[1] بتصرف حوالف عبد الصمد، مستقبل العقد في ظل ظهور تقنية سلسلة الكتل(البلوك تشين)، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، المجلد 08 العدد 02 جوان 2022 جامعة تلمسان ص123.

التحديات حول الأهلية القانونية لأطراف العقد، و التفسير في حالة النزاع بين الأطراف، وكذا تعديل بنود العقد في حالة الظروف الطارئة أو إلغائه في حالة القوة القاهرة هذا ما سيتم التطرق له من خلال.

يمر إنشاء العقود الإلكترونية من أربعة مراحل متتالية :

1. إنشاء العقود الإلكترونية:

و تعرف أيضا بإسم رحلة التميز و تتفاوض الأطراف المعنية أولا بإنشاء الإلتزامات والحقول في العقد بعد جولات متعددة من المناقشات و المفاوضات، يمكن التوصل إلى إتفاق و سيساعد الوثائق أو الملامح أو الإستشارات الأطراف في صياغة إتفاقية تعاقدية أولية، يقوم مهندسو البلوك تشين بعد ذلك بتحويل هذه الإتفاقية المكتوبة باللغات الطبيعية إلى عقد إلكتروني مكتوب بلغات الكمبيوتر بما في ذلك اللغات التعريفية و لغات القواعد المنطقية[1]. ويجب العمل على كتابة العقد الإلكتروني بشكل مفصل وواضح و يتم الإحتفاظ بكافة الشروط و الأحكام المتفق عليها قبل البدء في العمل. و أي شروط خارج عن العقد قد يؤدي إلى خطأ أثناء التنفيذ، و بالتالي عند إنشاء العقود الإلكترونية نضع جميع الشروط بشكل تفصيلي إذ يعتبر العقد الذكي عقدا كاملا و شاملا لكل شيء، حيث يتم تنفيذ كل شيء مدون عكس العقود الورقية.لا توجد طريقة لإتباعها إذا حدث خطأ ما، لذلك تعتبر العقود الإلكترونية بذيلا أكثر دقة من العقود التقليدية. عند كتابة العقد من

[1] بتصرف حوالف عبد الصمد، المرجع السابق ص123.

قبل الطرفين المتعاقدين يقوم العقد الإلكتروني بتمييز أدوار المتعاقدين عن طريق العمليات البرمجية[1].

2. نشر العقود الإلكترونية:

وتسمى كذلك مرحلة الإرسال فبعد كتابة العقد يتم تشفير العقد ووضعه على شكل رموز وإرساله إلى حاسوب الطرف الثاني في العقد عبر سجلات موزعة يمكن أن تتم عملية التشفير عبر البلوك تشين تماما كما تتم عملية تشفير بالتكوين و كذلك يمكن أن تتم عبر منصة خارجية مختلطة.[2]ولا يمكن تعديل العقود المخزنة في سلاسل الكتل بسبب خاصية الثبات يتطلب أي تعديل إنشاء عقد جديد بمجرد نشر العقود الالكترونية على البلوك تشين.

3. تنفيد العقود الإلكترونية:

عندما يرغب أحد الأطراف في تنفيذ معاملة جديدة يتم إرسال طلب إلى الشبكة يتم بعد ذلك فحص هذا الطلب بواسطة العقد في الشبكة حيث يتم التحقق من صحة المعاملة إذا كانت صحيحة يتم تسجيلها في سجل عام غير قابل للتغيير. يتم بعد ذلك بث نسخة من المعاملة إلى جميع المشاركين في الشبكة مما يؤدي إلى تحديث قاعدة البيانات الخاصة بكل مشارك تسمى العقد[3].

[1] نفس المرجع ص123\124.

[2] www.nortonrosefulbrigh.com Arbitrating Smart Contract disputes.

[3] بتصرف حوالف عبد الصمد، المرجع السابق ص 124.

4. إستكمال العقود الإلكترونية:

عند تنفيذ العقد الإلكتروني يتم تحديد جميع الأطراف المعينة بالتغييرات الجديدة. ونتيجة لذلك يتم تحديد سجلات المعاملات أثناء تنفيذ العقود الالكتروني و كذلك التغييرات في سلسلة الكتل. في نفس الوقت يتم نقل الأصول الرقمية من طرف إلى آخر (على سبيل المثال تحويل الأموال من حساب إلى آخر)، و بالتالي يتم فتح الأصول الرقمية للأطراف المعينة. عندما يكتمل العقد الإلكتروني بجميع مراحل إنشائه من المهم ملاحظة أنه أثناء نشر و تنفيذ و إنجاز عقد إلكتروني. يتم تنفيذ سلسلة من المعاملات (كل منها يتوافق مع بيانات العقد الإلكتروني) و يتم تسجيلها في سلسلة الكتل لذلك ترجمت كل هذه المراحل الثلاثة إلى كتابة البيانات في سلسلة الكتل[1].

ثانيا: مدى تماشي العقد الإلكتروني لبعض المشاكل القانونية التي تطرأ على العقد:

يواجه العقد الإلكتروني في الواقع العلمي بعض التحديات التي تعيق إنتشاره على الرغم من أهميته في الوقت الحاضر، وتدور هذه التحديات حول الأهلية القانونية لأطراف العقد والتفسير في حالة النزاع بين الأطراف و كذا تعديل بنود العقد في حالة الظروف الطارئة أو إلغائه في حالة القوة القاهرة و هذا ما سنبنيه من خلال التالي:

1. المشاكل المتعلقة بالأهلية القانونية:

يعتمد القانون على آلية التعاقد لوجود العقد وصحة مما يدل على إدراك الشرع للعلاقة الوطيدة بين نظام آلية و تكوين العقد. لقد اشترطت القوانين آلية قانونية إلزامية لإبرام العقد.ومع ذلك لا يتم البحث عن آلية قانونية كاملة في إثروم مما يجعل من الممكن لأي شخص فتح حساب دون

[1] بتصرف حوالف عبد الصمد، المرجع السابق ص125.

إمتلاك الآلية القانونية الإلزامية للقيام بذلك. و ذلك بسبب عدم وجود وسيلة في العقود الإلكترونية لفحص الآلية مما قد يؤدي إلى دخول الأشخاص ليس لديهم الآلية القانونية الإلزامية[1].

علاوة على ذلك يمكن أن يمتلك الشخص الواحد العديد من الهوايا الرقمية المدعومة بمفاتيح خاصة مختلفة. هذه الهوايات الرقمية قد تعكس هوية رقمية ثابتة و مرتبطة بالشخص الحقيقي أو قد لا تكتشف عن هويته، و هذا يعني أن مفاتيح التشفير هي الأساس في تحديد الهوية الرقمية لأطراف العقد الإلكتروني و أن هذا الأخير يعتبر إتفاقا بين هذه المفاتيح[2].

في هذا الأخير يعتبر الإتفاق بين مفاتيح التشفير لا الأشخاص أنفسهم هو الأساس و في هذه الحالة من الناحية القانونية يمكن تفسير برنامج الكمبيوتر على أنه وكيل لكلا الطرفين. فإستخدام الكمبيوتر كوكيل للطرفين ليس بمفهوم جديد بل إستخدم لسنوات عديدة خاصة في قطاع التمويل[3] .

2. تفسير العقد الإلكتروني:

قد يصبح تنفيذ العقد الإلكتروني محفوفا بالمخاطر نتيجة لإعتماده على مصادر معلومات خارجية للإبلاغ عن حالة تشغيله. على سبيل المثال عند برمجة عقد الإلكتروني لبيع أسهم بمجرد

---

[1]بتصرف عبد الرزاق وهبه سيد أحمد محمد، مفهوم العقد الذكي من المنظور القانون المدني، دراسة تحليلية، مجلة العلوم الإقتصادية و الإدارية و القانونية، 30 أبريل 2021 المجلد 5 العدد8 ص85.

[2]منير ماهر أحمد، تقنية سلسلة الثقة "البلوكشين"، و تأثيراتها في قطاع التمويل الإسلامي، دراسة وصفية، ص6 بحث منشور بتاريخ 11\01\ 2022 على الموقع .https<revues.imist.ma<index.php<RAFI<article <view<16446<9501

[3]بتصرف أحمد قاسم فرج، أستعمل الوكيل الذكي في التجارة الإلكترونية، دراسة قانونية في إطار ماهيته و نفاذ تصرفاته، جملة الفكر 2017 .https<<es.scribd.com<document<464830997<platform-almanhalص1اطلع عليه يوم 11\01\2022 على الموقعtt

وصولها إلى سعر محدد مسبقا وربط هذا العقد بالموقع الرسمي لبورصة الأوراق المالية لتحديد ما إذا تم الوصول إلى السعر المستهدف أم لا لتنفيذ شروط البيع. فإذا واجهت هذه المصادر الخارجية أي عطل أو توقف عن العمل في أي وقت فان الجوهر الأساسي للعقد الإلكتروني سيتأثر سلبا و من المحتمل أن يرتكب أخطاء أو يفشل بشكل كامل[1]. رغم بعض الملاحظات التي أبدتها بعض المحاكم مثل محاكم المملكة المتحدة فإن تفسير العقد الإلكتروني المكتوب بشكل كامل في صورة شفرة حاسوبية يعتبر أمرا دقيقا من الناحية التقنية. فاللغة المستخدمة في هذه الحالة تكون عادة واضحة ولا تحتمل أي لبس على الرغم من المشاكل التي قد تحدث عندما يكون البرنامج غير محدد بدقة. إلا أنه لا يمكن فهم العقود الإلكترونية إلا من خلال خبراء متخصصين و مدربين، و بالتالي يصبح من المستحيل على المحكمة أن تتأكد بشكل يقيني من مشروعية موضوع العقد و هذا يثير إشكالية حقيقية حول كيفية تفسير العقد عند وقوع نزاع بين الطرفين المتعاقدين.

قد تلجا المحكمة إلى الإعتماد على الوثائق التي سبقت التعاقد لتحديد نوايا الأطراف المتعاقدة و لكن هذه الوثائق في حد ذاتها لا تحمل أي قيمة قانونية، و بالتالي لا يمكن إعتبارها بديلا للعقد الإلكتروني لغرض تفسيره. و لهذا السبب تلجأ المحاكم إلى الإستعانة بالمبرمجين كخبراء فنيين و ذلك لفهم شفرة العقد الإلكتروني و ترجمة معناه الموضوعي. و هنا تعتمد المحاكم في إصدار حكمها على تفسير الخبراء مما قد يؤدي إلى إحتمال إنتهاك حقوق الدفاع،لأنه مهمة الخبير هي شرح المصطلحات الفنية للمحكمة و ليس تفسير العقد نفسه فهذا الأخير من صميم عمل القاضي. بالإضافة إلى ذلك فإن قواعد التفسير القانونية الحالية لم يتم تصميما أساسا لتفسير العقود الإلكترونية.

3 عبد الرازق وهبه سيد أحمد محمد، المرجع السابق ص91.

وجدير بالذكر أخير أن لغة الحاسوب لا تسمح بأي سلطة تقديرية في تفسيرها من خلال الآلة، حيث يتم تفسير بنود العقد الإلكتروني آليا بناء على المنطق الثنائي (إما صواب أو الخطأ) على عكس العقود التقليدية التي يتم تفسير بنودها من خلال العقل البشري بناءا على المعايير الذاتية و طرق التفكير المماثلة. لذا لا تنطبق قواعد تفسير العقود التقليدية على العقود الإلكترونية و بالتالي لا يوجد مجال هنا للتفسير بناءا على النية المشتركة للأطراف حتى لو إختلفت عن المعنى اللفظي للكلمات، أو عن المعنى الذي يقدمه الشخص المعقول لأنه يفترض أن العقود الإلكترونية قائمة بذاتها ولا تخضع للتفسير من قبل السلطات القضائية أو الكيانات الخارجية، كما أن الكود نفسه يفترض أن يكون الحكم النهائي للصفقة التي يمثلها[1].

3. عدم إستجابة العقد الإلكتروني للظروف الطارئة و القوة القاهرة:

تقوم العقود الإلكترونية على مبدأ أساسي و هو عدم إمكانية إلغاء المعاملات المسجلة عليها. وتعتمد هذه المعاملات على الأحداث التي يمكن تدوينها و تسجيلها بشكل رقمي. ومع ذلك فان هذا النوع من العقود لا يأخذ في الحسبان الظروف المستجدة التي تطرأ بعد إبرام العقد و توقيعه. وقد أكد البروفيسور "كريستوف مولر" على هذه النقطة مشيرا إلى أن ' الحاسوب أو الكمبيوتر لا يستطيع دمج المفاهيم القانونية التي تتسم بعدم التحديد و الوضوح ولا يمكنه مراعاة عيوب الرضا (مثل الإكراه أو الغلط)، أو أي تغيير يطرأ على الظروف في المستقبل[2].

[1] بتصرف حوالف عبد الصمد، المرجع السابق ص126.

[2] بتصرف عبد الرازق سيد أحمد محمد، المرجع السابق ص86.

بينما قد يجادل البعض بضرورة تعديل العقود الإلكترونية لتصحيح الأخطاء الناتجة عن تغيير الظروف، فإن هذا التعديل قد يكون صعبا أو مستحيلا. فالعقود الإلكترونية تعمل بشكل آلي و تنفذ الشروط المبرمجة فيها بدقة مما يجعلها غير مرنة في مواجهة الظروف المتغيرة. و حتى لو تمت محاولة عكس الإتفاق من خلال عقد جديد فإن هذا قد يلغي الآثار السابقة، و يعد هذا الأمر تحديا كبيرا خاصة إذا أصبح أحد الأطراف غير قادر على الوفاء بإلتزاماته بعد توقيع العقد.

تعد العقود الإلكترونية أكثر صرامة من العقود التقليدية مما يحد من مرونة الأطراف في تعديل أوضاعهم، و ذلك لأن العقود الإلكترونية تنفذ بشكل تلقائي و لا تسمح بوجود تفاوض أو تعديل بعد توقيعها.و تعاني العقود الإلكترونية من قلة مرونتها في مواجهة تغير الظروف.مما يقلل من قدرتها على التعامل مع الحالات غير المتوقعة. و على الرغم من أن القانون يقر بوجود بعض الأعذار التي تعفي الأطراف من تنفذ إلتزاماتهم فإن هذه الأعذار قد لا تكون قابلة للتطبيق في جميع الحالات خاصة في بيئة العقود الذكية[1].

في فرنسا تقرر المادة 1218من القانون المدني الفرنسي أنه يمكن فسخ العقد بقوة القانون إذا أصبح تنفيذ الإلتزامات مستحيلا بسبب القوة القاهرة.

و في الجزائر توضح المادة 103 من القانون المدني أن العقد يفسخ بقوة إذا أصبح تنفيذ الإلتزامات مستحيلا لسبب خارج عن إدارة الطرفين. وتفرض على الطرفين إلتزامات متبادلة

[1]بتصرف عبد الرازق وهبه سيد أحمد محمد، المرجع السابق ص87.

بموجب العقد، و بالتالي في حالة حدوث ظروف غير متوقعة تعيق تنفيذ الإلتزامات التعاقدية يمكن للمدين الإعتماد على القوة القاهرة كسبب لعدم تنفيذ إلتزاماته. و لكن يجب أن تتوافر شروط معينة في القوة القاهرة لتبرير عدم التنفيذ. يجب أن يكون الحدث مستحيلا تماما و غير قابل للتوقيع أو للدفع و يجب أن يصبح تنفيذ الإلتزامات مستحيلا[1].

وعلى الرغم من ذلك تشكل خاصية التنفيذ الذاتي للعقود الإلكترونية تحديا جديدا ثابت لنظرية القوة القاهرة، فلا يستطيع المدين الإحتجاج بالقوة القاهرة قبل تنفيذ العقد لأن العقد ينفذ ذاتيا دون اللجوء للقضاء و بروتوكول الكمبيوتر الذي يدعم العقد الإلكتروني ليس على علم بمفهوم القوة القاهرة.

بمجرد إكتمال العقد قانونا يصبح ملزما للأطراف ولا يجوز إعفاؤهم من تنفيذه كما لا يحق للطرف الذي لحقه ضرر في الغالب المطالبة بتعويض. يثير هذا الوضع تحديا خاصا بالعقود الذكية مما يستدعي ضرورة وجود وسيلة تسمح بتعديل هذه العقود بما يتناسب مع المستجدات القانونية. وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن المحاكم الأمريكية تستبعد تطبيق مسؤولية المنتج إذا ألحق نظام العقد الإلكتروني ضررا بطرف ثالث معتبرة إياه خدمة لا منتجا[2].

الفرع الثاني: تغليب مبادئ التحليل البرمجي على القانون:

لقد عرف منذ الأزل أن القانون يتطور بتطور المجتمع و ما نجاح برمجيات البلوك شين و العقود الذكية في العمل ضمن فضاء رقمي لا مركزي مستقل و منظم إلا حلقة من حلاقات هذا

[1] بتصرف سمير تناغو، مصادر الإلتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر 2009 ص95.

[2] بتصرف عبد الرازق وهبه سيد أحمد محمد، المرجع السابق ص 89.

التطور و إستطاعت من خلاله أن تنشئ لنفسها منظومتها الإدارية و التعاقدية ولد إحساسا لدى العديد من رجال الفقه، أن هذه البرمجيات قادرة على عكس ما هو من المسلمات القانونية ضمن رؤية فلسفية أكثر إتساعا مفادها أن العصر القادم هو عصر البرمجيات و الرموز و بأن الرمز هو القانون[1]. رؤية لا تخلو من تسرع واضح في فهم طبيعة و فلسفة كل من القانون و الرمز كما طبيعة العلاقة القائمة بينهما و التي تفضي بالضرورة إلى الإقرار من جديد بأن القانون هو الرمز.

أولا :الرمز هو القانون:

لقد حققت تقنية "البلوك التشين"تقدما ملحوظا في ضمان بيئة رقمية تتمتع بالقواعد الذاتية. فهي قادرة على إرادة دورة العمليات بشكل كامل و آمن بعيدا عن تدخل طرف ثالث والأكثر من ذلك، فإن هذه البرمجية تضع لنفسها قواعدها الخاصة متجاوزة بذلك الحاجة إلى القانون التقليدي. و عندما يرغب أي شخص في التعامل مع هذه البرمجية فإنه يجد نفسه ملتزما بقواعدها التي تعتبر جزءا لا يتجزء من عملية التعامل[2].

منذ نشأة نظام البلوك تشين في عام 2008 و حتى إلى مشارف عام 2022 و خلال ما يزيد عن عشر سنوات و التي تعتبر فترة زمنية طويلة بمقياس العالم الرقمي، على الرغم من قصرها بالمفهوم التقليدي أثبت هذا النظام فعاليته الكبيرة خاصة في مجالي الأمن الإئتماني و

[1]أطلق هذه النظرية رجل القانون البريطاني على قاعدة مفادها أن المجتمع الرقمي له قواعد المستقلة التي تنظمه و أنه لا يمكن للقانون أن يتحكم بالعالم الرقمي ذي الفضاء المنفتح و الممتد و بالتالي يجب على القانون أو بالأصح القائمين عليه "الحكومات" أن تبتعد عن التدخل في هذا العالم و أن تتركه ليكون نفسه و من ثم يأتي القانون "الحكومات" لتأطير هذا العالم الرقمي المنظم.

[2] ا.د محمد عرفان الخطيب، أستاذ القانون المدني قسم القانون، العقود الذكية... الصدقية و المنهجة دراسة نقدية معمقة في فلسفة و التأصيل، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، كلية أحمد بن محمد العسكرية، الدوحة قطر، السنة الثامنة العدد02 العدد التسلسلي 30 شوال –ذوالقعدة 1441هـ يونيو2020م ص151.

سرية المعاملات المالية. و يرى البعض أن الإدعاء بتعرض النظام الإحتيال المالي في عام 2010 من خلال عملية الطرح الأولى للعملات الرقمية و التي أدت إلى الإستلاء على حوالي 300 مليون (إيثير)، أي ما يعادل 10 ملايين دولار في ذلك الوقت لا يقدح في موثوقية النظام. و يعود سبب ذلك إلى أن هذه العملية لم تكن نتيجة إختراق للنظام نفسه بل كانت إستغلالا لثغرة برمجية سمحت بالتحايل عليه و دفعه لتحويل المبلغ المذكور أعلاه[1]. وهذا أمر رغم حقيقته إلا أنه لا يتعلق بالقدرة على إختراق النظام و إنما بالقدرة على الإستفادة من عيوب البرمجية، و أن هذا الأمر في عالم نظم المعلومات لا يعتبر عيبا في أمان النظام ذاته و إنما في برمجيه الذين تعزي إليهم مهمة تصميم النظام ذاته كما هو الحال الأخطاء التشريعية التي قد يقع فيها المشرع نفسه عند وضعه مشروعا قانونيا.

قد يكون هذا التهديد كافيا لردع من يفترض أنه 'سارق' و المستفيد من الخطأ البرمجي عن مقاضاة أي شخص يحاول إستعادة هذه الأموال الرقمية الحاكمة لهذه العملية، و التي وضعتها البرلمانات التي روجت لعملية الطرح هذه كما يزعمون أن عملية التحويل تمت بشكل قانوني وفق الضوابط الرقمية مستندين إلى مبدأ 'الكود هو القانون' و ليس الى القول بأن القانون هو المهيمن[2].

بعيدا عما سبق فمما لا شك فيه أن هذه العملية القانونية وفق مفهوم الرمز هي ليست كذلك وفق مفهوم القانون الذي يؤكد أن كل من إحداث ضررا للغير يلتزم بإصلاحه[3]. لكنه و لما كانت

[1]<sur l'attaque de la DAO d'Ethereumhttps<<blog.bity.com<la_faille –de–the–dao–lescles–pourcomprendr.

[2]بتصرف حوالف عبد الصمد، المرجع السابق ص129.

[3]المادة 124 من القانون المدني.

هذه البرمجية تعمل بشكل مستقل بعيدا عن العالم الواقعي و بعيدا عن أي طرف ثالث ضامن يمنحها الإعتراف القانوني أو يراقبها، أو لديه القدرة على السيطرة و الرجوع بالعملية للخلف كانت عملية مبررة و صحيحة لا توافق القانون الواقعي و إنما توافق ما يمكن تسميته بالقانون الرقمي القائم على أن الرمز هو القانون[1].

نحن أمام عملية تعاقدية خارج النظام القانوني الحالي و ضمن نظام البرمجي الذي جعل الرمز هو القانون. لكن لو كانت هذه القاعدة صحيحة أو أن الرمز هو من سيوجه القانون ولكن لأن القانون في حالة قصور تشريعي مما يمكن من القول بأن 'المستفيد' إستغل عيبا برمجيا مغطى بقصور قانوني، فلو كان هذا العيب البرمجي مأطورا في القانون لبقينا ضمن فرضية القانون هو القانون و القانون هو الموجه للرمز.

ففي القانون الواقعي مما يتيح تكييف هذه العملية على أنها سرقة هو تطبيق مبدأ سوء النية في إجراء العملية من خلال إستغلال ثغرة في النظام . لكن من الناحية التقنية ما قام به 'المستفيد' كان متوافقا تماما مع النظام فهو لم يخرج عن النظام الذي سمح له بالقيام بهذه العملية، من خلال إدراج عقد ذكي ضمن النظام ذاته أحال إليه المبلغ 'المسروق' مما جعل البرمجة هي القانون و ليس العكس، فما تم هو تطبيق للنظام وفق مفهوم الرمز دون إختراق القانون غير موجود أصلا[2]. هذا الرمز الذي أستخدم لتبرير هذه العملية هو نفسه الذي سيستعان به مجددا

[1] حوالف عبد الصمد، المرجع السابق ص129.

[2] هذا الأمر يعيدنا بشكل أو بآخر إلى ما يطلق عليه فقهاء القانون الثغرات القانونية التي يستفيد منها رجال القانون لا سيما المحامون في الدفاع عن موكلهم فهم ضمن هذه الدائرة حتى مع معرفة القاضي أنهم على غير صواب واقعي فانهم على صواب قانوني كونهم إنما ينفذون القانون ولا يخالفونه.

للبحث عن الحل لهذه العملية التي لا يمكن الطعن فيها على أرض الواقع حتى و إن كانت قد تمت رقميا. هنا أيضا كان الحل يكمن في إعادة التأكيد على أن الرمز هو القانون، و ذلك بالرجوع إلى المدققين الذين منحوا إثبات المصادقة على العملية ذات القرار مرة أخرى مع تعديل الرمز الخاص بهذه العملية، التي جرى من خلالها التحول المالي وما يستتبعه ذلك من تدمير للعملات المالية المتعلقة بها بشكل كلي من النظام. أويمكن إنشاء كتلة جديدة خاصة بهذه المعاملة تحمل رمزا مميزا مما يتيح إعادة ترميزها دون التأثير على العمليات الرقمية الأخرى المرتبطة بها، أو ببساطة ترك العملية كما هي. لم تكن أي من هذه الحلول سهلة خاصة و أن التلاعب بنظام البلوك تشين قد يؤدي إلى تثبيت مبدأ التراجع في المعاملات، وهو ما سيضعف مصداقيته القانونية و يشكك بشكل كبير في السجل التسلسلي للكتل بإعتباره يتمتع بموثوقية عالية. وهذا السجل هو الأساس الذي يعتمد عليه النظام لإثبات فعاليته فإذا حدث التعديل مرة واحدة فما الذي يمنع تكراره. لذا تم التوصل إلى حل يقضي بالقبول بالوضع الراهن و لكن مع مراجعة المنطق الأساسي للنظام و تصحيح الخطأ الذي ظهر فيه، و ذلك لتجنب تكرار المشكلة من خلال إنشاء سلسلة جانبية خاصة بها برمز فريد دون إلغاء العملية الأصلية بل بما يمكن وصفه بنقل العملية إلى مكان آخر[1]. لكن المشكلة أنه عندما طرحت هذه الشوكة لم يتم إلغاء العمليات التي كانت في البلوك السابق لأنه كان من المفروض أن ينتقل المتعاملون للعمل بالشوكة الجديدة لكن لما كانت سلسلة بلوك شين عامة أصبحت عرضة أكثر للقرصنة بسبب أن مفتاح العمليات في النظام

[1] حوالف عبد الصمد، المرجع السابق ص130.

السابق كان مفتوحا، و كان النظام يرى مفتاح التشفير العام لذات العملية في البلوك السابق المفتاح الذي إستخدمه القراصنة في الشوكة الجديدة و كان هذا خطأ برمجيا جديدا[1].

ثانيا: القانون هو الرمز:

يعتقد أن القانون علم إجتماعي بينما يعتبر الخورزميات علما رياضيا لكنهما يتطوران معا. فالتطور التكنولوجي بالضرورة سابق على التطور القانوني الذي يتبعه و يأطره عندما تقبله السلطة غالبا. فالقانون يأطر الواقع و قد يعكسه لكنه لا يصنعه ذلك أن صنع القانون هو فعل تشريعي أي فعل سيادي بإمتياز تمارسه السلطة.

ينظر إلى القانون كصناعة فلسفية من صنع حقيقة السلطة فالقانون هو إنعكاس الحقيقة. عندما تقبل السلطة بتلك الحقيقة التي يمثل القانون دليلا عليها بمفهومه الفلسفي و ليس الرمزي فإنها تصبح حقيقة[2].

على نقيض من ذلك تظل الحقيقة بمنأى عن سلطة القانون ليس لكونها مطابقة للواقع أومخالفة له بل لعدم حصولها على إعتراف رسمي من الجهات القانونية. و تتجلى هذه الظاهرة بوضوح في حالة الحقائق الرقمية التي تنمو و تتطور بشكل مستقل تماما عن إطار السلطة. و نتيجة لذلك و طالما بقيت هذه الحقائق الرقمية خارج دائرة إهتمام السلطة أو لم يتم تبنيها قانونيا فإنها تقع خارج نطاق المفاهيم القانونية المؤسسية. و مع ذلك يجب التأكد على أن هذا لا يعني خروجها

[1] نفس المرجع ص130.

[2] بتصرف حوالف عبد الصمد، المرجع السابق ص130.

عن الإطار الفلسفي الأوسع للقانون الذي يمثل المنظم الأساسي للحقوق المتشكلة في المجتمع. بينما يرى بعض أن الرقمنة و الخوارزميات ليست من العلوم الإنسانية، متجاهلين أنها و الرمز نتاج علم و فكر إنساني خالص هذا الرأي يتجاهل العلاقة الفلسفية للقانون مع العلوم الأخرى بما في ذلك الخوارزميات ويتجاهل البعد الإنساني للرمز نفسه. و طالما أننا في طور الذكاء الإصطناعي غير المستقل الذي لا يزال يعتمد على الفكر البشري فلا يمكن القول بأن الرمز يحكم القانون، بل هو نتاج للعقل الإنساني الموجه للقانون خاصة في نظام البلوك تشين الخاص الذي يخضع للقانون الوطني. بالإضافة إلى ذلك فإن العقود الإلكترونية ما هي إلا إمتداد للعقد التقليدي، و بالتالي فهي إمتداد للقانون و ليست للخوارزميات. و عليه يمكن القول بأن العقد هو القانون و ليس الرمز هو القانون أو حتى العقد هذا يتماشى مع نظرية العقد القائمة على إعتبار العقد شريعة المتعاقدين. مما يعيدنا إلى المبدأ القانوني الراسخ.

و بالتالي فإن القانون وحده هو المحرك الفعلي لهذه العقود الذكية و ليست التكنولوجيا التي لا تعدو كونها أداة تنفيذية فيها. لهذا السبب لا يمكن لأي من تقنيات سلسلة الكتل البلوك تشين و العقود الذكية أن تكون أداة للتهرب من مسؤولياتها القانونية. فكما أن العقود الذكية لن تحل محل العقود التقليدية بل ستدعم بعض جوانبها، فإن الرمز لن يلفت من الإطار القانوني و لن يكون هو القانون بل سيكون أحد الأدوات الرقمية في تنفيذ و إنفاذ القوانين المنظمة[1]. لذا يجب على المعنيين بالقانون بمن فيهم رجال القانون و الجهات الدينية والحكومات إعادة تقييم هذا

[1] p.deFilippi les smart contracts les nouveaux contrats augmentés .La revue de l'ACE septembre 2016n137 p.40.

المفهوم. هذا المفهوم الذي ظهر في صيغة يمكن وصفها بالفوقية و التي تعتبر أن 'الكود هو القانون'. يجب أن ندرك أن القانون هو القانون. أن هذا التوجه الذي يفضل 'الكود' على القانون سيعرض العديد من المفاهيم القانونية الراسخة في الفلسفة المدنية للخطر. نعتقد أنها ستكون موجة أكثر خطورة على القانون من تلك التي ظهرت في زمن التحليل الإقتصادي. هذا يتطلب وقفة جادة من الجهات المعنية لتحديد طبيعة العلاقة بين القانون و الرقمنة و عدم التسليم المطلق بفكرة أن الكود هو القانون[1].

فالقانون هو القانون الناظم للعلاقات بين الأفراد بغض النظر عن طبيعة و شكل العلاقة. بالمقابل على القانون أن يتغير ويتكيف مع خصوصية هذه العلاقة دون أن ينطوي ذلك بالمنطلق على تغيير ثوابتها التأصلية و الفلسفية، فالأمر لا ينطوي على تطويع القانون للرقمنة أو تطويع الرقمنة للقانون و إنما ينطوي على التعاون البيني بينهما بما يمكن من فهم كل منهما للآخر وصولا لوضع تصور قانوني لعقد ذكي يأخذ بعين الإعتبار طبيعته الرقمية وثوابته القانونية[2].

المطلب الثاني: بروز التكنولوجيا كقاعدة للتعاقد:

لقد حضي العقد منذ القدم بإهتمام التشريع وذلك من أجل تنظيم إبرامه وتنفيذه وإثباته بما يتماشى مع مصالح الأفراد و الأطراف المتعاقدة حيث حدد شروطه و أركانه و الكليات القانونية التي يقوم عليها العقد. إلا أنه عرف العقد تطورات متلاحقة في إبرامه و ذلك بتطوير الوسائل

[1] أ.د محمد عرفان الخطيب، العقود الذكية... الصدقية و المنهجية،دراسة نقدية معمقة ي الفلسفة و التأصيل، مجلة القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة العدد 02 العدد التسلسلي 30. شوال . ذو القعدة 1441هـ . يونيو2020م ص151.

[2] حوالف عبد الصمد، المرجع السابق ص131\132.

المستعملة في التعاقد ولاسيما في ظل ما يعيشه العالم من نظام معلوماتي ؛فمن خلال هذا سنتطرق الى دراسة نظام التعاقدي في الحضارات القديمة (الفرع الأول) ونظام التعاقد وفق لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون الكنسي (الفرع الثاني) ونظام التعاقد في القانون الجزائري.

الفرع الأول: نظام التعاقدي في الحضارات القديمة:

سنقوم بدراسة نظرية التعاقد في القانون الروماني و نظام التعاقد في بلاد الرافدين من خلال النقاط التالية:

أولا: نظام التعاقد في القانون الروماني:

في القانون الروماني كان العقد يعتبر المصدر الوحيد الذي ينشئ الإلتزامات القانونية. بمعنى آخر لم تكن مجرد الإتفاقيات كافية لإنشاء هذا الإلتزام إلا إذا إتخذت أشكالا قانونية محددة و معينة. و قد وضع فقهاء القانون الروماني تعريفا للعقد بأنه "إتفاق بين شخصين ينشئ إلتزامات متبادلة فيصبح أحدهما صاحب حق(دائنا) والآخر ملتزما بأداء هذا الحق (مدينا).[1] ومن الجدير بالذكر أن القانون الروماني كان يميز بوضوح بين مجرد "الإتفاق" و"العقد" بالمعنى القانوني الدقيق حيث لم يكن الإتفاق كافيا بذاته لإنشاء إلتزام قانوني، بل كان يجب أن يتم في إطار شكلي محدد. و نتيجة لذلك كانت القاعدة القانونية السائدة في ذلك الوقت تنص على أن الإتفاقات غير الرسمية و المجردة لا يمكن الإستناد إليها لرفع دعوى قضائية.

[1] بومعزة رشيد، الشكلية الرسمية في العقود، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2005 ص04.

و لعل أن الاهتمام البالغ للرومان بتنظيم العقود مصدره أن العلاقة العقدية بين المتعاقدين تعتبر علاقة دينية مقدسة من الواجب حمايتها. كما كان يراعي في إبرام العقود الجانب الشكلي من اجل تنفيذ العقد دون الأخذ بالرضا وحده و لقد انشقت الشكلية في العقود في القانون الروماني مرحلتين هما:

1. مرحلة صارمة مشددة في إجراءات و أحكام الشكلية:

فالإتفاق وحده لا ينشئ أي إلتزامات ما لم يتم التعبير عنه في إطار رسمي أو شكلي محدد كما هو الحال في عقد الزواج. و قد يتطلب الأمر أيضا إستخدام ألفاظ خاصة أورموز شائعة آنذاك للتعبير عن العقد. و في بعض الحالات كان يتم إبرام العقد من خلال إتخاذ بعض الإجراءات الرسمية أمام جميع المواطنين و المدنيين و العسكريين أو بحضور شهود كلجنة. ومع ذلك سرعان ما تراجعت هذه الأهمية الشكلية في القانون الروماني[1].

2. مرحلة تقليص الشكلية في القانون الروماني:

بالنظر إلى التطورات اللاحقة أصبح الإتفاق بحد ذاته ينشئ إلتزامات تفوق تلك التي تنشأ عن العقود الشكلية الصارمة. و مع تعامل الرومان مع غير الرومان بدأ القانون الروماني يستوعب مدى القيود التي تفرضها الشكلية على حركة النشاط التجاري، مما أدى إلى تقليص أهميتها تدريجيا. وقد أفضى ذلك إلى تقسيم العقود إلى أنواع متعددة فهناك عقود مكتوبة تتطلب تسجيلها

[1] حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان 2016 ص22-23.

و قيدها في سجلات خاصة لإثبات صحتها و هناك عقود عينية تنعقد بالتسليم و عقود رضائية تقوم على مجرد تراضي الأطراف. كما تم تقسيم العقود إلى عقود مسماة كعقد البيع ، الإيجار و غيرها و عقود غير مسماة أخرى لا تخضع لأشكال رسمية محددة كعقد الإشتراط الشفوي الذي يتم بألفاظ محدودة و عقد القرض عن طريق إستخدام الميزان و النحاس كالشاهد على نقل الملكية[1].

و قد نتج عن هذا التطور ظهور مبدأ سلطان الإرادة القائم على الحرية التعاقدية و إعطاء أهمية قصوى للعقود الرضائية. و في هذا السياق قال الفقيه جوستنيان "يجب على كل فرد أن يحترم شخصية الآخرين و ألا يتدخل في شؤونهم الخاصة و أن يحترم حقوقهم المكتسبة طالما أن النظام الإجتماعي قد منح بعض الأفراد أشياء معينة بإعتبارها ملكا خاصا لهم[2].

ثانيا: نظام التعاقد في بلاد الرافدين:

تفيد الإكتشافات الأثرية بوجود وثائق مكتوبة تتناول المعاملات المالية و التجارية و يعود أقدمها إلى حوالي عام 3000قبل الميلاد في بلاد الرافدين، حيث كانت العقود تبرم بالبيع والزواج و تعتبر أساسا لإكتساب الملكية وكانت هذه الوثائق تسجل بالخط المسماري. وتعد قوانين بلاد الرافدين و على رأسها قانون حمورابي الذي يعتبر الأشهر بينها من بين أقدم الأنظمة القانونية المعروفة. و قد عثر على مدونة قانونية منقوشة على حجر الديوريت الأسود و يقدر تاريخها

[1] فايز محمد حسين، تاريخ القانون، (مبادئ القانون الروماني و الواقع الإجتماعي في مصر الرومانية، تطبيق الشريعة الاسلامية، في مصر تكوين النظام القانوني المصري الحديث، دار المطبوعات الإسكندرية، مصر 2015 ص66.

[2] سهيل حسين الفتلاوي، تاريخ القانون، دراسة في فلسفة النظم القانونية و السياسية عبر التاريخ، مكتبة الذاكرة، بغداد العراق، ط1 2010 ص101 .

بالفترة ما بين 1728 و 1686 قبل الميلاد و تتضمن 13 قسما يشتمل على أنظمة متنوعة. وعلى سبيل المثال تنص المادة 104 من قانون حمورابي على ما يثبت كتابة البيع و تحديدا في حالة إدعاء تاجر شراء غلة أو صوفا أو بضاعة ما كان البائع المتنقل هو من يسجل الثمن و يستلمه من المشتري نقدا عند وصوله. و في المقابل كانت المعاملات تتم في المدن بإستخدام نقود معدنية من برونز أو فضة أما في الريف فقد كان الشعير يستخدم كمقابل للتعاملات و كان يقاس بالكيل. وكانت الوثائق تثبت و تدون على ألواح طينية تعتبر أداة لإثبات التصرف ولا تعتمد بها إلا بحضور شهود يوقعون عليها، وإلا فلا يمكن إعتبارها حجة. و يمنع إجراء أي تعديل على الوثيقة ما لم يتم ذلك بحضور الشهود الذين شهدوا على إثباتها[1].

الفرع الثاني: نظام التعاقد وفق لأحكام الشريعة الإسلامية و القانون الكنسي:

أولا. نظام التعاقد وفق للقانون الكنسي:

لقد حافظت الشكلية على مكانتها في ظل القانون الكنسي على الرغم من أن الأعمال الشكلية المعروفة في القانون الروماني لم تكن وفقا للمبادئ التي يقوم عليها في هذه المرحلة، و التي تميزت بالتأثير بالجانب الديني الذي كان يفرض أن تنعقد المعاملات بالقسم (يمين القسم)مع

[1]عليان عد،ة فكرة النظام العام و حرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أبوبكربلقايد، 2016 ص102.

التأكيد على أن يحترم المتعاقد على يمينه دون الحاجة إلى إفراغه في شكل مكتوب. فقد أصبح وفقا لذلك مبدأ سلطان الإرادة هو الأصل في العقود[1]

ثانيا: العقد وفق لأحكام الشريعة الإسلامية:

لقد كانت المعاملات السائدة وفق أحكام الشريعة الإسلامية عن طريق المقايضة أي تغيير سلعة بسلعة. فإنتشرت بين الأفراد ما يسمى بالبيع حيث كان مصدرا للملكية وكسب الرزق. ويقول سبحانه و تعالى في كتابه { وأُحلّ الله البيع و حرّم الرّبا}[2].

لقد كانت للشريعة الإسلامية أثر قوي في تنظيم الملكية الخاصة ووضع حد لكل أنواع الظلم القائم على الرّبا و المعاملات السائدة آنذاك فجعلت التراضي منبع التصرفات، بقوله عز وجل { يا أيّها الّذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم}[3].

و بناءا على قول سيدنا المصطفى صلى الله عليه و سلم "إنما البيع عن تراضي" إلا أنه كان للشريعة الإسلامية موقف في إفراغ العقود في قالب شكلي. و أحكام الشريعة الاسلامية صالحة لكل زمان و مكان.

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي، بيروت لبنان، ط2 1998 ص452.

[2] الآية رقم 275 من سورة البقرة القرآن الكريم.

[3] الآية رقم 29 من سورة النساء القرآن الكريم.

الفرع الثالث: نظام التعاقد في القانون الجزائري:

عرفت الجزائر قبل الإستقلال عدة مراحل تاريخية كان لكل منها تأثيرا على المنظومة التشريعية المطبقة على إقليمها[1]

أولا. مرحلة الدولة العثمانية:

في إطار خضوع الجزائر لسيادة الدولة العثمانية كإحدى ولاياتها كانت المعاملات المالية والتجارية تخضع بشكل أساسي لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء. هذه الشريعة كمصدر رئيسي للتشريع تستمد قواعدها و أحكامها من المصادر الأربعة المتفق عليها القرآن الكريم و هو كلام الله المنزل، و السنة النبوية الشريفة و هي أقوال و أفعال وتقريرات النبي محمد صلى الله عليه و سلم، و الإجماع و هو إتفاق علماء المسلمين المجتهدين على حكم شرعي في عصر من العصور، القياس وهو إستنباط حكم شرعي لمسألة جديدة بناءا على حكم شرعي ورد في النص أو الإجماع لوجود علة مشتركة بينهما. [2]

و قد إتسمت الجزائر في تلك الحقبة بتنوع ديموغرافي و مذهبي ملحوظ. ففي قلب العاصمة الجزائر كان الغالبية العظمى من السكان يتبعون المذهب الحنفي، و هو أحد المذاهب الفقهية السنية الأربعة و يشتهر بمرونة و إعتماده على الرأي و الإستحسان في بعض المسائل. إما منطقة غرداية و نواحيها فكانت حاضنة للمذهب الإباضي. وهو أحد المذاهب الإسلامية الذي يتميز بخصوصيته في بعض الأحكام الفقهية و العقائدية. و في المقابل كانت منطقة القبائل

[1] بن شريف احلام، المرجع السابق ص21.

[2] بن شريف أحلام ؛ المرجع السابق ؛ ص 22.

المعروفة بتضاريسها الوعرة وطبيعتها القبيلية المستقلة نسبيا. تخضع في تنظيم شؤونها الداخلية و أعرافها التجارية لتقاليدها القبلية الخاص. و التي قد تتدخل أو تختلف في بعض جوانبها مع أحكام الشريعة الإسلامية بشكلها العام. أما باقي أنحاء الجزائر الشاسعة فقد كان المذهي المالكي و هو المذهب الفقهي السني المنتشر في شمال إفريقيا و الأندلس و هو المذهب السائد و الأكثر إتباعا في المعاملات و الأحكام الشرعية.

و تجدر الإشارة إلى أن الأصل العام في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالعقود والمعاملات هو مبدأ حرية التعاقد. هذا المبدأ يرتكز على فكرة أن الإرادة الحرة للأطراف المتعاقدة هي الأساس في إنشاء الإلتزامات، و أنه يكفي مجرد توافق إرادتي الطرفين (الإيجاب و القبول) لإبرام العقد و ترتيب أثاره القانونية ما لم يخالف هذا الإتفاق نصا شرعيا قطعيا أو قاعدة أساسية من قواعد الشريعة[1].

ثانيا. مرحلة الإحتلال الفرنسي:

خضعت الجزائر للإحتلال الفرنسي بين عامي 1830 و1962 و كانت خلال هذه الفترة مستعمرة فرنسية تخضع لكافة القوانين الفرنسية. و قد شهد نظام مهنة التوثيق آنذاك تطبيق قانون فانتوز الصادر في 25 فانتوز الموافق 16 مارس 1803و الذي ظل ساري المفعول في التشريع

[1]محمد صبري السعدي، مصادر الإلتزام، القسم الأول، النظرية العامة للإلتزامات القانون المدني الجزائري، الكتاب الأول، المصادر الإرادية العقد و الإرادة المنفردة، دار الكتاب الحديث،2009 ص45.

الفرنسي مع إدخال بعض التعديلات عليه. و في الجزائر بدأ تطبيق هذا القانون بتاريخ 31 ديسمبر 1842 حيث وضع الأسس الهامة للتوثيق و تنظيم العقود الرسمية[1].

إلا أن ذلك لم يمنع من تطبيق النظام الذي كان سائدا قبل دخول المستعمر و القائم على أحكام الشريعة الإسلامية. فقد قامت الحكومة الفرنسية آنذاك بترجمة مؤلف الإمام مالك المعنون بالمختصر في الفقه على مذهب الإمام مالك بن أنس لخليل بن إسحاق بن يعقوب المالكي وزعته على المحاكم الشرعية الجزائرية ليطبق على الجزائريين[2].

بناءا على ذلك جرى تقسيم إبرام العقود إلى فئتين النظام التقليدي الذي يتم العمل به في المحاكم الشرعية، و يتولى القاضي الشرعي مهمة تحرير العقود الرسمية وفإن لأحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص الجزائريين دون سواهم. أما الأوروبيون فكان يطبق عليهم النظام العصري المؤسس على مكاتب التوثيق و كان للجزائريين الحق في إختيار الخضوع لهذاالقانون. وقد كان هذا الإستثناء لإخضاعهم لأحكام الشريعة الإسلامية حيث كانت العقود المتضمنة البيع العقاري مثلا تتم بين الأطراف أما بطريقة رسمية أو عرفية على إختلاف أنواعها إلا أن العقارات المفرنسة لا يمكن إثباتها عرفيا[3].

ثالثا- مرحلة ما بعد الإستقلال لغاية 1970: بعد إستقلال الجزائر في05 يوليو 1962 إستمر العمل بالنظام المزدوج الذي كان سائدا إبان فترة الإستعمار. وقد إستمر هذا الوضع بموجب القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 حيث كانت آنذاك المعاملات تخضع لنظام

[1] بن شريف أحلام، أثر التطور التكنولوجي على نظرية العقد، 'أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د' تخصص قانون خاص، جامعة إبن خلدون، تيارت كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2021-2022 ص21\22.

[2] précis de jurisprudence musulman و أسمته ب

[3] بن شريف أحلام، المرجع السابق ص 22.

المحاكم الشرعية. و كما كانت البيوع الواقعة على العقار تتم إما بصيغة رسمية أو عرفية على جميع الأراضي الجزائرية[1]. بما في ذلك المملوكة للفرنسيين. إلا أن العقود التي يحررها القاضي الشرعي تخضع لإجراءات التسجيل و الطابع دون الشهر. إما العقود المحررة بين الموثقين و الواقعة في النسخ الحضري فتخضع لإجراءات التسجيل و الشهر خضوعا للقانون الفرنسي[2].

رابعا. بعد مرحلة 1970 و لغاية هذا اليوم:

لقد سعت الجزائر بموجب القانون رقم 70\91 المؤرخ في 15\12\1970 إلى التوجه نحو توحيد نظام العقود. ملغية بذلك النظام الذي كان يقوم على المحاكم الشرعية. و هيئات إدارية و قضائية و المخول لها تحرير العقود الرسمية كما قام بوضع حدا للإشكالات التي كانت تعترضها السندات المعرفية[3].

بعدها جاء أول قانون في الجزائر يقيد الإدارة التعاقدية (خاصة العقود الواردة على العقار) حيث أكد المشرع على شكلية التعاقد القانون المدني بموجب الأمر رقم 75\58 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المعدل بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في 06 ماي 1988.والقانون رقم 05\10 المؤرخ في 20 يونيو2005 و في سنة 2015 و على أثر تأثر المشرع و التصديق

[1] القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31ديسمبر 1962 المتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية ج.ر ع02 مؤرخة في 11 جانفي 1963 الملغى بالأمر رقم 73-29 المؤرخ في 05 جويلية 1973 ج.ر ع62 المؤرخة في 31\12\1961.

[2] بوسماحة ماجدة، تقنيات ترجمة العقود التوثيقية في الجزائر، مذكرة ماجستير في الترجمة معهد الترجمة، جامعة وهران1 أحمد بن بلة، 2015\2014 ص09.

[3] الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر1970 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق للعقود(ملغى).

الإلكتروني من خلاله قام بتنظيم مهام التصديق الإلكتروني و لتبني نظام المعلوماتية في إجراء التوقيع الإلكتروني و الذي كان له تأثير على تطوير تنظيم المهنة[1].

المبحث الثاني: تأثير التطور التكنولوجي على التعاقد:

شهدت السنوات الأخيرة طفرة نوعية في وسائل الإتصال بفضل التطور التكنولوجي المتسارع، وقد إمتدت أثار هذه الثورة لتشمل مختلف جوانب حياتنا بما في ذلك الإطار القانوني المنظم للعلاقات بين الأفراد و المؤسسات. ففي مجال العقود على وجه الخصوص أحدثت هذه التقنيات تحولا جوهريا في الطريقة التي يتم بها إبرام الإتفاقيات. فبعد أن كان التلاقي المادي للأطراف المتعاقدة في مكان و زمان محددين هو القاعدة الأساسية لإتمام أي تعاقد فتحت الوسائل الإلكترونية أفاقا جديدة لإتمام هذه الإجراءات عن بعد[2].

المطلب الأول: أثر التطور التكنولوجي على مجال العقود الإلكترونية:

يخضع العقد الإلكتروني من حيث التنظيم للقواعد و الأحكام العامة لنظرية العقد ألا أن طابعها الإلكتروني و تطابق الإيجاب و القبول فيها إلكترونيا على شبكة الأنترنت ميزها عن العقود التقليدية، فتستمد هذه العقود مشروعيتها و أحكامها من قوانين المبادلات التجارية

[1] القانون رقم 15-04 المؤرخ في أول فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الالكترونيين ج.ر ع06 مؤرخة في 10 فيفري 2015.

[2] جمال نادر، أساسيات و مفاهيم التجارة الإلكترونية، دار الإسراء للنشر و التوزيع، الأردن، ط1 2005 ص17.

الألكترونية، و في حالة عدم كفاية القواعد و عجزها عن أيجاد حلول تتم الإحالة للقواعد العامة والتي سوف نتطرق اليها بالتفاصيل من خلال دراستنا:

الفرع الأول: التمييز بين العقد و الإتفاق:

يمثل العقد جزءا أساسيا من الإتفاق إلا أن مفهوم الإتفاق أعم و أشمل فالأثر القانوني الذي ينشأ عن الإتفاق، قد يتجسد في صور متنوعة بدءا من إنشاء إلتزام جديد كما هو الحال في عقد البيع مرورا بنقل الالتزام من طرف إلى آخر كما في حالة الإحالة وصولا إلى تعديل الإلتزام القائم أو حتى إنهائه بالوفاء[1].

في المقابل يرى جانب من الفقه القانون الفرنسي أن هذا التمييز النظري بين العقد والإتفاق لا يحمل أهمية علمية تذكر ولا يترتب عليه أثار قانونية جوهرية. و نتيجة لذلك إتجه الرأي الفقهي الغالب إلى إعتبار مصطلحي "العقد" و "الاتفاق" مترادفين. و ذلك بالنظر إلى أن وظيفة العقد لا تقتصر على إيجاد علاقات قانونية جديدة فحسب، بل تمتد لتشمل تعديل هذه العلاقات أو نقلها أو إنهاءها مما يجعل العقد في نهايته المطاف تجسيدا للرابطة القانونية الناشئة[2].

يعرف العقد قانونا بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني و يتسع مفهوم العقد ليشمل الحقوق الشخصية و الإلتزامات و الحقوق العينية و الحقوق المالية، و يثور التساؤل حول ما إذا كان نطاق تطبيق العقد يقتصر على روابط القانون الخاص أو يمتد ليشمل روابط القانون

[1] المهم في العقد أن يكون هناك إتفاق على إحداث أثر قانوني يصح إنفاذه قضاء فإن لم يكن إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد بالمعنى القانوني من هذه الكلمة وفقا لنص المادة 54 ق.م.ج.

[2] ينظر السنهوري الوسيط، مصادر الإلتزام، المجلد الأول، العقد ط3 1981م ص137 و ما بعدها.

العام. و في هذا السياق يذهب جانب من الفقه إلى حصر نطاق القانون أو مجال العقد في دائرة القانون الخاص[1]. و يستثني من ذلك الإتفاقيات و المعاهدات الدولية التي تبرمها الدول بوصفها صاحبة السيادة فضلا عن الإتفاقيات المتعلقة بشغل الوظائف العامة و الإلتزامات المرافق العامة التي تمنحها الدولة و فروعها بمقتضياتها إدارة مرفق عام لفرد او شركة.

بينما يرى بعض الفقهاء أن نطاق العقد يقتصر على المعاملات المالية فحسب و يستبعد منه الأحوال الشخصية كالزواج فلا يعتبر عقد بالمعنى القانوني الدقيق أو وضعا قانونيا[2]. فالأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج لا تنشئ حقوقا مالية بشكل مباشر ؛و يتضح مما سبق أن العقود و الإتفاقيات التي ينظمها القانون العام لا تدخل ضمن نطاق العقد المقصود هنا كما أن هذا النطاق لا يشمل أيضا ما تنظمه القوانين الخاصة إلا في دائرة المعاملات المالية. و عليه فإن نطاق العقد يشمل جميع الإتفاقيات ذات الصلة بالمعاملات المالية بالإضافة إلى الإتفاقيات الخاصة بالأحوال الشخصية و علاقات القانون العام و لكن ضمن الحدود التي تتم ي هذا المجال بطبيعة خاصة[3].

الفرع الثاني: مجال العقد الإلكتروني:

إن ما تميزت به التجارة الإلكترونية من إبرام للعقود عن بعد دون إلتقاء مادي للمتعاقدين في مجلس العقد و قيامها على التعاقد رقمي دون وجود مستندات ورقية وهذا ما أثار العديد من

[1]إذا كان مجال العقد هو دائرة القانون الخاص فان بعض الفقه يرى أن نطاق العقد هو المعاملات المالية فقط.

[2]جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة.ص56.

[3]سليمان مرقس، شرح القانون المدني ،ج2 القاهرةط1.ص.76

التساؤلات حول صحة هذه العقود من ناحية ومدى الإعتراف بها وما يترتب عليها من أثار قانونية من ناحية أخرى. ونظرا لما قامت به التجارة الإلكترونية من توفير وسائل تكنولوجية في التفاوض على العقود و إبرامها[1]. عبر الفضاء الإلكتروني الذي لا يعرف الطابع التقليدي في إبرام العقود الأمر الذي جعل المشرعين التنبه للأمر حيث شرعت بعض الدول للاعتراف بالعقود الالكترونية و صحتها في قوانينها و من أبرز هذه الدول:

. إنجلترا عندما أصدرت قانون الإتصالات بتاريخ 2000\05\25. سنغافورة بتاريخ 2000\02\14.[2]

كذلك تونس أصدرت القانون رقم 83 لسنة 2000 الخاص بالمبادلات التجارية والإلكترونية.

. الأردن عندما أصدرت قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001.

. البحرين عندما أصدرت المرسوم رقم 28 لسنة 2002 بشأن المعاملات الإلكترونية.

. إمارة دبي القانون رقم 2 لسنة 2002 الخاص بالمبادلات التجارية الإلكترونية[3].

. الجزائر و بعد تأخر طويل أصدرت قانون التجارة الإلكترونية رقم 18\05[4].

---

[1]إن التجارة الإلكترونية لا تتضمن فقط عملية بيع المنتجات إلى العملاء إلكترونيا و إنما يتسع مداها ليشمل كافة الأنشطة التجارية التي يتم تنفيدها إلكترونيا.

[2]توفيق شمبور، مسائل قانونية خاصة بالتجارة الإلكترونية، إتخاذ المصاريف العربية، العدد 224.مج التاسع عشر أغسطس1999. ص45 وما بعدها

[3]عبد الله بن براهيم بن عبد الناصر، العقود الإلكترونية بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، في الفترة من 10-12 ماي 2003 المجلد الخاص ص 119 و ما بعدها.

[4]لقانون رقم 18\05 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق ل10 ماي سنة 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ج.ر العدد28.

لقد نشأت خلافات بين الكتابة و التوقيع الإلكترونيين حول تحديد زمان و مكان إبرام هذا النوع من العقود و ما يترتب على ذلك من أثار قانونية، كتحديد الإختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق و كيفية إثبات ذلك العقد المبرم بطريقة حديثة تكنولوجية والتصدي لكل المشاكل القانونية التي يفرزها العقد الإلكتروني، كل ذلك يفترض أن نطبق القواعد العامة للعقد التي أسست بناء على التعاملات الورقية على التعاملات الالكترونية خصوصا عند البحث في الإعتراف القانوني بالتوقيع و العقود الإلكترونية. و مازلنا بحاجة إلى إحداث ثورة تشريعية تتواءم مع طبيعة التقنية و تضفي عليها هذه العقود طابعا رسميا. و يجعل هذا النوع من العقود لا يقل أهمية عن المستندات الورقية. أن التعاقد الإلكتروني بكل جوانبه القانونية قد كشف عن قصور القواعد القانونية الكلاسيكية التقليدية في نظرية العقد و هذا ما يتق عليه الباحثون و المختصون في مجال التعاقد الإلكتروني[1].

إن المشاكل القانونية التي تنشأ في البيئة الإلكترونية تحتاج إلى وضع قانوني خاص ومستقبل ينظم المعاملات الإلكترونية أو قانون مدني يثري بقواعد فيما يخص مسألة ملائمة، هذه القواعد لكي تتصادم مع تقنية التعاقد الحديثة. و إذا طلب ذلك فلا مانع من إضافة بعض القواعد الخاصة بحيث لا تكون المعاملات الإلكترونية منفصلة و مستقلة عن باقي التعاملات سواء التجارية أو الأخرى.

[1]ابن شريف أحلام، المرجع السابق ص62.

كما أنه على سبيل المثال صدر على غرار المثال القانون الفرنسي رقم 2000\230 بتاريخ 2000\03\13 بشأن تطوير قانون الإثباتات المتعلق بالتوقيع الإلكتروني بتعديل نص المادة 13\6 من القانون المدني الفرنسي ليشمل الكتابة في مفهومها التقليدي الكتابة الإلكترونية المحرر على دعائم إلكترونية[1].

بالإضافة إلى ذلك تطور التعاقد الفوري و قد كانت التعديلات التي جاء بها المشرع الفرنسي خالية تماما من تحديد مسألتين جوهريتين هما زمان و مكان إنعقاد العقد عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة. لكن الطابع الإفتراضي و غير ملموس لإبرام هذه التعاملات الإلكترونية. بالإضافة للتعاقد الفوري للعقود يستلزم حقيقة إستحداث قانون جديد لمواجهة وتنظيم ذلك التطور[2].

إلا أنه ما يشوب هذه الخطوة الجمود أمام مسايرة التطور التكنولوجي الذي بذلت من جانبه رجال الفقه و القضاء في مختلف دول العالم للتوسع في تفسير النصوص القانونية التقليدية، كما تشمل المعاملات الإلكترونية و مصطلحاتها الحديثة العهد ظلت عاجزة عن إمتصاص مصطلحات جديدة كالعقد الإلكتروني و التوقيع الإلكتروني و الوكيل الإلكتروني...إلخ في تعاملاتها[3]. و لذلك ما يستلزم الآن هو إجاد بيئة قانونية معينة تتفق مع إصطلاح العقد الإلكتروني ومتطلباته على غرار القوانين الوطنية الحديثة في مختلف دول العالم، كالولايات

[1] بن شريف أحلام، المرجع السابق ص63.

[2] نفس المرجع ص64 .

[3] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع ط1.سنة2016 ص67 وما بعدها.

المتحدة الأمريكية و بريطانيا و الهند و اليابان و الصين و ماليزيا و الأردن و إمارة دبي[1]. من جهة أخرى لا يزال العديد من الدول يناقش مدى إمكانية الإعتراف بالعقود الإلكترونية و يرجع ذلك جزئيا إلى عدم مواكبة التطورات في مجال المعلوماتية و الإتصالات أوالتخوف من الولوج إلى عالم التقنيات. و في هذا السياق يشار إلى أن ما يسري على العقود الأخرى من أركان و شروط ينطبق أيضا على العقد الإلكتروني فلا يعقد إلا بإكتمال أركانه و خصوصا الرضا.

المطلب الثاني: وسائل إبرام العقود و تطورها التكنولوجي:

إن الركيزة الأساسية لإبرام العقد هو تطابق الإرادتين الذي يتم في مجلس واحد بحضور الأطراف المتعاقدة، إلا أنه قد يحدث و يكون المتعاقدين في مكانين مختلفين مما يؤدي بنا إلى نظام التعاقد بين غائبين حيث يتم هذا عن طريق تدخل وسيط إلكتروني أووسيلة من وسائل الإتصال و التواصل من أجل التفاوض و التواصل بين المتعاقدين، وبالتالي يكون حضور الأطراف حضورا حكميا و ليس فعليا، و يختلف ذلك باختلاف وسيلة التعاقد المختارة من قبل الأطراف لإبرام العقد و هذا تماشيا مع التطور السائد في المجتمع ما أجبر مختلف التشريعات إلى تدارك نصوص تنظيم العقد لكي تتوافق مع التطور التكنولوجي الحاصل[2].

[1] المؤتمر العلمي الأول حول الجانب القانوني و الأمني للعمليات الإلكترونية أكاديمية شرطة دبي الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 26-28 أفريل 2005 ص102.

[2] جمال نادر، أساسيات و مفاهيم التجارة الإلكترونية، دار الإسراء للنشر و التوزيع، الأردن ط1 2005 ص17.

الفرع الأول: التطور التكنولوجي لوسائل التعاقد:

عرفت وسائل إبرام العقود تطورا هائلا لم يسبق له مثيل و ذلك منذ العصور القديمة وصولا إلى الثورة المعلوماتية.

أولا. وسائل الإتصال في العصر القديم:

سعت التشريعات القديمة إلى إيجاد وسائل لإتمام التعاقد بين الأطراف الغائبة بهدف تقليل مشقة السفر و تكاليفه التي كانت ترهق الأطراف و تزيد من أعباء التعاقد خاصة في الظروف الطارئة. من بين أقدم الوسائل التي إستخدمها الرومان للتعبير عن الإرادة إشعال النيران كإشارة للإعلان عن الإرادة لشخص بعيد و بمجرد رؤيته للدخان تصل إليه إرادة الطرف الآخر وفقا لما تم الإتفاق عليه مسبقا[1].

لاحقا تم الإستعانة بشخص يقوم بدور ساعي البريد. أو ما كان يعرف آنذاك ب "الرسول" لنقل إرادة المتعاقدين شفهيا أو كتابيا دون تدخل منه، شريطة أن يكون عاقلا وموثوقا. إلا أن استخدام الرسل لدى العرب و المسلمين كان محفوفا بالمخاطر بسبب الحروب مما دفعهم إلى إستخدام الطيور لإيصال الرسائل خاصة في الدولة العباسية حيث نظم الخليفة المهدي البريد بإستخدام الحمام الزاجل في القرن الثامن الميلادي[2].

[1] رامي علوان، التعبير عن طريق الأنترنت و إثبات التعاقد الإلكتروني، دط ص64.

[2] بن شريف احلام، المرجع السابق ص26.

ثانيا: وسائل الإتصال المعتمدة على الأجهزة الإلكترونية و الذكية:

لقد أحدث التطور المتسارع في وسائل الإتصال تحولا جذريا في نظامنا المعلوماتي. فبعد إن كانت وسيلة الإتصال و المعلومات متكاملتين في نظام واحد، أصبحت الوسائل رقمية بالكامل مما سهل إبرام العقود المادية و التجارية بشكل مباشر و عن بعد و تبادل المعلومات بين الأطراف بسهولة. و قد تعزز هذا التحول بظهور الحواسيب المحمولة والأجهزة اللوحية و الهواتف الذكية و لا يزال هذا التطور يشهد المزيد[1].

الفرع الثاني: التطور التكنولوجي لأحكام العقود و الإثبات:

لقد أتاحت تكنولوجيا المعلومات بفضل ما تتميزه من سرعة وحداثة وسائل الإتصال إلى محاولة إستغلال ذلك في إبرام العقود المدنية و التجارية و أمام كثرة هذه المعاملات الإلكترونية، التي أثارت إشكالات حول الإعتراف التشريعي لها أمام القضاء و مدى إعتبارها وسيلة لإثبات ما أدى إلى تلاحق القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية و مدى إمكانية حلولها محل المستندات الورقية الرسمية من حيث القوة الثبوتية[2].

[1]بن شريف احلام، المرجع السابق ص27.

[2]نفس المرجع ص27.

أولا: ملامح التكنولوجيا الحديثة: إن أهم ما يميز عصرنا الحالي هو تسارع وتيرة التطورات التكنولوجية و التي ألقت بظلها على النظرية التعاقد. ولهذا العصر عدة سمات و ملامح تظهر في التالي[1]:

-إرتكاز الدول على التقنيات الحديثة للتواصل.

-تشجيع التطور التكنولوجي و إختراع تقنيات حديثة للتواصل.

-ظهور شركات إلكترونية تمارس نشاطها عن طريق شبكة الأنترنت.

-زيادة المنافسة العالمية في تطوير التقنيات الحديثة و الإبتكارات.

- إنقسام الدول إلى مجموعتين دول متطورة وقادرة على إستخدام التكنولوجيا الحديثة ودول تحاول ركوب موجة التطور التكنولوجي.

-تحول العالم إلى قرية عن طريق شبكة الأنترنت.

-التدفق السريع و الكثيف للمعلومات مع ظهور هياكل تنظيمية لإدارات إلكترونية دون أن تكون لها فروع على الأرض.

ظهور عالم إفتراضي غير واقعي يجمع مختلف الشعوب عبر العالم دون اللقاءات المادية الواقعية.

[1]محمد أحمد نور هدى، حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة، القاهرة 2005 ص27 .

ثانيا: التطور التكنولوجي للمعاملات السائدة بين الأفراد:

لقد أصبح التطور التكنولوجي ركيزة أساسية في تعاملات الأفراد اليومية و حياتهم الشخصية. فبفضل التقدم العلمي و التكنولوجي شهدنا طفرة هائلة في رفاهية الإنسان وراحته. ومن خلال ما تقدمه لنا التكنولوجيا الحديثة من تطبيقات تقنية يسيرة الإستخدام وسريعة الإستجابة في أغلب ميادين الحياة، التكنولوجيا اليوم باتت جزءا لا يتجزأ من ساعات العمر التي نحياها بل انها أصبحت جزءا أصيلا من حياتنا و أداة معاونة لتيسير تلك الحياة. فإعتماد البشر حول العالم في كل تعاملاتهم اليومية على التطبيقات التكنولوجية سواء في التواصل مع الآخرين أو إنجاز أعمالهم أو حتى الترفيه. و بالتالي فإن توقف أوعرقلة عمل تلك التطبيقات من شأنه أن يقوض سير أنظمة إقتصادية و إجتماعية في العديد من الدول[1].

و إذا كانت تلك الثورة التكنولوجية الحديثة ترتكز في الأساس على الذكاء البشري الذي حبى الله الإنسان به و جعله سمة يتصف بها و تميزه عن سائر المخلوقات الأخرى فإنه وبمرور الوقت أدرك الإنسان أن ذكائه هو نقطة قوته و تميزه التي بإمكانه إستغلالها والإستعانة بها في تعزيز رفاهيته من خلال محاولة نقل الذكاء البشري إلى الآلات وتطبيقات تؤدي أعمال كان يقوم بها الإنسان بنفسه أو كان يأمل في القيام بها لولا محدودية إمكاناته. لن تتحول تلك الآلات و التطبيقات من مجرد جماد أصم لا يصدر أي فعل إلا بناءا على تدخل من الإنسان الذي كانت له كامل السيطرة إلى آلة ذاتية الفعل و الإستجابة تعمل في العديد من الأحوال بعيدا عن الإنسان

[1] سهى موسى، تأثير جائحة كورونا على نمو التجارة الإلكترونية في العالم، دراسة تحليلية مقال منشور بمجلة التنظيم و العمل، مج09 ع04 سنة2021 ص29.

و دون تدخل منه. فالتناغم بين الحوسبة والمعلوماتية و ما ينجم عنها من برامج و تطبيقات أكسبت الآلات قدرة على التفكير والتعامل خارج نطاق الكيان الإنساني من خلال برمجة أجهزة تحلل التغيرات المحيطة بها وتستجيب لها[1]. و شكلت تلك التكنولوجيا الحديثة وما تشمله من تطبيقات للذكاء الإصطناعي تطورا قانونيا معاصرا و مستمرا. و ذلك لما تحمله تلك التقنيات من جديد كل يوم فهي تنشأ لتأثيرها على الإنسان و حياته و تحتاج بلا شك إلى إطار تشريعي فعال ينظم عمله و يحكم ما ينجم عنه من أثار و تبعاته. يواجه القانون بكافة فروعه في يومنا هذا العديد من التحديات التي تنشئها التكنولوجيا الحديثة سواء في مجال العقود التي تنظم عمل تطبيقاتها أم في مجال المسؤولية بشقيها المدني و الجنائي. كذلك تؤثر تلك التكنولوجيا على مختلف الأنشطة التجارية و الإقتصادية و العمليات المصرفية و على عمل الجهات الإدارية والقضائية. خاصة مع ظهور تطبيقات للذكاء الإصطناعي في مجال علم الجريمة و العدالة الجنائية. ستساهم كل تأثيراتها في الإصلاح و الإتصال و العلوم الشرعية و الآداب و العلوم اإنسانية و الإجتماعية و الفن و التصميم و غير ذلك[2]. لقد شهدنا تحولا تدريجيا و هاما من التعاملات الورقية التقليدية إلى العالم الرقمي الإفتراضي و هذا التحول أصبح ضرورة حتمية في عصرنا الحالي. و مع الإتجاه نحو التعاملات الإلكترونية أصبح بإمكان أي شخص إنجاز ما يحتاجه من وثائق أو إبرام العقود التي يرغب بها و شراء مختلف السلع والاحتياجات و هو في منزله، مستغنيا بذلك عن الحاجة للخروج و التنقل و إستخدام المواصلات و غيرها. لقد أثبتت

[1] رضا عكاشة، تأثير وسائل الإعلام في التنشئة الإجتماعية، الملكية العالمية للنشر و التوزيع، ط01 د.ت.ن. ص194.

[2] عبد الرزاق بركات، حوكمة تكنولوجيا المعلومات وسيلة للتحكم في مشاريع تكنولوجيا المعلومات، مجلة الناصرية للدراسة الإجتماعية والتاريخية، مج12 ع2 2021 ص564.

تجربة العمل عن بعد فعاليتها و أهميتها المتزايدة للمجتمعات و الدول و البيئة على حد سواء. و بالرغم من أننا لا نستطيع الجزم بأنها تجربة مثالية و ناجحة بنسبة مئة بالمئة إلا أنها بلا شك ساهمت في تخفيف أعباء كبيرة عن الشركات و المؤسسات. و تميزت بشكل واضح بتطبيقها المستقبلي المدروس الذي أدى إلى إختصار كبير في النفقات من خلال تقليل الحاجة إلى المساحات المكتبية و المستأجرة أوالمشتراة، و كذلك وسائل المواصلات و المعدات و الآليات و غيرها من التكاليف اللوجستية الكثيرة[1].

ومع ذلك فليس كل عمل يمكن تنفيذه عن بعد و لا كل عامل أو موظف قادر على العمل من المنزل، حيث تختلف التفاصيل و الجزيئات من عمل إلى آخر و من شخص لآخر لكن هذا لا يمنع الإستمرار في التجربة و العمل على تحسينها و تطويرها.

ثالثا: تكنولوجيا المعلومات و القانون:

لقد إتجهت العديد من الدول نحو تطبيق نظام إلكتروني شامل للمعاملات ليشمل الإجراءات الرسمية و المحاكمات و غيرها. و قد حقق هذا التحول نقلة نوعية في العلاقة بين المواطن و الموظف، حيث ساهم في تقليل الإحتكاك بينهما و توفير الكثير من الوقت والجهد على الطرفين. و مع ذلك لا تزال بعض الدول تقلل من أهمية هذا التحول الرقمي أوعلى الأقل لا تبذل جهودا كافية للإنتقال إليه الا بعد أن أدركت خلال الجائحة أن فوائده تفوق أضراره المحتملة إن وجدت[2].

[1]< Ahmed Ghaouti professionnalisation des formation supérieur et employabilité en Alger rapport de recherche IRMAM–CNRS aixprovence juin 2015 p197.

[2] بن شريف احلام، المرجع السابق ص32.

يتطلب التحول نحو الحكومة الرقمية ربط جميع دوائر الدولة و هيئاتها عبر شبكة بيانات إلكترونية متكاملة وواسعة النطاق. ولا يقتصر الأمر على ذلك بل يستلزم أيضا تدريب موظفي الدولة و المواطنين على إستخدام هذه الخدمات الإلكترونية الحديثة. علاوة على ذلك من الضروري وضع إطار قانوني و تنظيمي محكم لهذا التحول و تفعيل القوانين واللوائح الإلكترونية المستجدة، و توفير البنية التحتية اللوجستية و التقنية الضرورية لتطبيق القانون في ممارسة العملية[1].

فعلى سبيل المثال لا نستطيع أن نفهم نصا قانونيا أو تعليمات تنفيذية شارحة لنص ما تسمح بتبليغ المدعي في الدعاوى القانونية عبر الرسائل النصية أو رسائل البريد الإلكتروني في الوقت الذي تعاني منه مساحات كبيرة من البلد الذي سيطبق فيه غياب شبكة الهاتف الخلوي أو ضعفها، و كذلك شبكة الأنترنت التي قد لا تصل لمناطق كثيرة في البلد و إن وصلت فسيعيبها بطء شديد يجعلها عالة على المستخدم لا وسيلة خدماتية[2].

و هكذا علينا أن نهيئ عوامل النجاح ثم نسن التشريعات القانونية التي تسمح بتطبيق التكنولوجيا الحديثة و تسخيرها في سبيل خير الإنسان و تطويره و حصوله على القدر الأكبر من العدالة التي يبحث عنها و يستحقها. فالتكنولوجيا ليس عليها أن تواكب القانون وتتبعه و إنما على القانون

[1] سلاماني ليلى، القانون و التكنولوجيا المعلومات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، مج58 ع01 2021 ص515.

[2] فيصل مدلس و محمد عتو، علاقة تكنولوجية المعلومات في تطوير أنظمة المعلومات و تحقيق جودة المعلومات، مقال منشور في مجلة الحوار المتوسطي، مج09 ع03 ديسمبر 2018 ص510.

أن يواكب التكنولوجيا و يحميها و يبث الحياة فيها بشكل رسمي عبر إعتمادها و الإعتراف بها في نصوصه و مواده[1].

لقد أحدثت التكنولوجيا ثورة شاملة حيث قدمت لنا العديد من الخدمات و الآليات بالإضافة إلى طرق و أساليب جديدة تسهم بشكل كبير في توفير الوقت و الجهد و مكافحة التعقيدات الإدارية و البيروقراطية. و الأهم من كل ذلك أنها ساعدت في تقليل التجمعات قدر الإمكان و هو أمر بالغ الأهمية في الجائحة. و من هنا تبرز أهمية التشريعات التي يجب أن تتسم بالمرونة و القابلية للتعديل بشكل علمي و منظم كلما دعت الحاجة إلى ذلك[2].

إن الأمثلة لا تعد و لا تحصى عن الخدمات التي وفرتها التكنولوجيا للقانون حتى في مرحلة ما قبل الجائحة. فها هي كاميرات المراقبة في كل مكان تكشف هوية عدد كبير جدا من المجرمين و كذلك صارات الأنذار التي قد تمنع وقوع الجرم من أساسه، وها هو إختبار الحمض النووي يسهم في منح الولد حقه و إلزام والده الحقيقي بالإعتراف به ومنحه لقبه إذا ما تمنع عن ذلك و كذلك نجد البطاقات المصرفية تحل محل العملة الورقية و تتجه لتصبح الوسيلة الأولى للدفع عبر العالم[3]. بالإضافة إلى ذلك سهلت العقود الإلكترونية و تطبيقاتها معالجة المسائل الملحة وحل المشكلات عن بعد، مما جعل إبرام أي صفقة أمرا يسيرا لا يستغرق وقتا طويلا كما كان في السابق . و قد أثمر هذا التوجه عن تسهيل إتمام الزيجات الكترونيا وتخفيف العناء و المشقة

[1] بن شريف أحلام، المرجع السابق ص33.

[2] سلاماني ليلى، المرجع السابق ص517.

[3] ياسمينة طويل، مكاسب التجارة الإلكترونية في ظل جائحة كورونا، مجلد الباحث الإقتصادي مج 09 ع02 2021 ص444.

المصاحبة لها. وليس هذا فحسب بل مكنتنا وسائل التواصل الإجتماعي و المنصات الإلكترونية من تجاوز التحديات و على نحو خاص إستمرار العملية التعليمية في المدارس و الجامعات. و قبل ذلك هل يمكننا إنكار أن غياب أبنائنا في دول بعيدة للدراسة أو العمل كان يثير قلقا بالغا لدى الأهل و يحزنهم. لكن هذه الوسائل جعلتهم على تواصل دائم ومستمر معهم مما أدخل الطمأنينة إلى قلوبهم[1].

إذن نستطيع أن نصل إلى نتيجة مفادها أن كل ما سبق ذكره هو مجرد بداية لما سيحمله لنا التقدم التكنولوجي. فالتكنولوجيا ستكمن البشرية من تحقيق إنجازات عظيمة لم نكن نتخيلها و بفضلها و بفضلها سنتمكن من التغلب على الأمراض.

الفرع الثاني: وسائل إبرام العقود عبر تقنيات الإتصال الحديثة:

يقصد بوسائل الإتصال الحديثة كل إرسال أو إستقبال للمعلومات و الإشارات و الخطوط المكتوبة و الصور و التعاملات أيا كان نوعها، و يستوي في هذا الإتصال أن يتم سلكيا أولاسلكيا أو سمعيا أو بصريا أو أي نظام آخر. و قد عرف القانون الإتحاد الدولي للمواصلات السلكية و اللاسلكية المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 07\162 بحيث أخضع كل من يرغب في إستغلال هذا النشاط الواجب الحصول على رخصة مسبقة.

[1] بن شريف أحلام، المرجع السابق ص34.

أولا: وسائل الإتصال الحديثة لإبرام العقود:

لقد أحدث التقدم المذهل في وسائل الإتصال نقلة نوعية في عالم المعلومات والتفاعل. فقد أفرز هذا التطور ظهور أجهزة جديدة تتميز بسرعة إنتقال المعلومات وسهولة استخدامها مما يعزز المعاملات التعاقدية من خلال وفرة المعلومات المتاحة بشأنها.

وقد نظم المشرع الجزائري هذا التطور بموجب القانون رقم 03\2000 المؤرخ في 05اوت 2000[1] الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و نظام الإستغلال المطبق على كافة أنواع الشبكات بما فيها الشبكات الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية و المعتمد و المتمم بالمرسوم التنفيذي 07\162[2]و بموجب أحكام المادة 02 من المرسوم 01\123 يخضع الحصول على رخصة تسمح بموجب مرسوم تنفيذي بإنشاء وأو إستغلال شبكات عمومية للمواصلات السلكية و اللاسلكية أو لتوفير خدمات هاتفية بما فيها خدمات تحويل الصوت عبر الانترنت.

1. الهاتف:

تعد هذه الوسيلة على الرغم من تطورها من الوسائل الأساسية التي نحتاجها في فترة زمنية قصيرة لوصول الرسالة إلى المرسل إليه. الأمر الذي قد يتعارض مع متطلبات التجارة ونظرا لما

[1]القانون رقم03\2000 مؤرخ في 05 أوت 2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية ج.ر العدد48.

[2]\المرسوم التنفيذي رقم 07\162 المؤرخ في 30ماي2007 يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم 01\123 المؤرخ في 9ماي 2001 و المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية.

نحتاجه من سرعة في إتمام المعاملات هذا ما دفع العلماء للبحث في مجال الإتصال الإنساني هو نتاج لجهود متواصلة، تهدف إلى تذليل الصعاب و إيجاد وسائل إتصال ناجعة و سريعة. و لقد بدات أولى هذه المحاولات بإختراع التلغراف ثم الهاتف ثم البث الإذاعي و التلفزيون و التلكس و النيتلكس و هي التي مثلت فيما سبق منافذه في الإنتقال من خلال أدوات التكنولوجيا و الإتصال .

لقد تم إكتشاف الهاتف على يد غراهام بيل سنة 1875 حيث أثر على كل جوانب الحياة الإجتماعية كما أعطى هذا الإختراع بعدا جديدا للإتصالات، و ساهم في تسهيل التواصل بين الأشخاص في مختلف الأماكن . فالهاتف هو من أقدم و أهم وسائل التواصل الأكثر إنتشارا و إستعمالا إلا أنه عرف تطورا مذهلا و مستمرا و ملاحظا عبر فترات من الزمن المختلفة منذ ظهوره[1].

1. خصائص الهاتف:

من أبرز الخصائص التي تميز الهاتف هي كالتالي[2]:

– ملائم لحياة الفرد و علمي و يتناسب مع الظروف المعيشية.

[1]براهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الإتصال الحديثة "التراسل الإلكتروني"، مطبوعات مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2003 ص107.

[2]سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مجلة الكبرى، 2008 ص158.

– ذو تكلفة منخفضة بالمقارنة مع وسائل الإتصال الأخرى و يساعد على التعاقد الفوري والمباشر فالإيجاب يعقبه قبول مباشر من الأطراف إما بالتعاقد أو عدم التعاقد.

– من أكثر الوسائل إنتشارا عبر العالم.

إن الأمر لا يقتصر على مجرد إرسال نصوص مكتوبة عبر الرسائل القصيرة أو توفير خدمة إرسال الوثائق أو إنشاء رسائل.

يعرف **'مارتين جيمس'** التعاقد في مؤلفه "الإتصالات و الكمبيوتر والهاتف" بأنه جهاز لنقل المكالمات الشخصية عن طريق الأسلاك التي تربط بين المرسل و المستقبل عن طريق تيار كهربائي بإستخدام ذبذبات صوتية.

بعد الهاتف ظهرت وسائل إتصال فاعلة أخرى. و قد عرت المادة 08\16 من قانون 03\2000 [1] المتعلق بخدمة الهاتف بأنه الإستغلال التجاري لفائدة الجمهور في مجال النقل الآني المباشر للصوت عبر شبكة أو شبكات عمومية، و يسمح لكل مستعمل ثابت أو متنقل بإستعمال التجهيز الموصول بنقطة طرفية لشبكة قصد الإتصال بمستعمل آخر ثابت أومتنقل يستعمل تجهيزا موصولا بنقطة طرفية أخرى.

[1]\المادة 08\16 تنص على "خدمة الهاتف الإستغلال التجاري لفائدة الجمهور في مجال النقل الآلي المباشر للصوت عبر شبكة أو شبكات عمومية و يسمح لكل مستعمل ثابت أو متنقل بإستعمال التجهيز الموصول بنقطة طرفية لشبكة قصد الإتصال بمستعمل أخر ثابت أو متنقل يستعمل تجهيزا موصولا بنقطة طرفية أخرى"

يمكن أن يستعمل الهاتف في التعاقد و يكون هذا الأخير تعاقدا فوريا إذ يجتمع المتعاقدان في وقت واحد ولا يحتاج إلى وسيط عن طريق الكلام أو اللفظ. فهو تعاقد مباشر دون وساطة شخص أخر. فالتعبير عن الإرادة في التعاقد عن طريق الهاتف يتم شفاهة و لفظا بحيث أنه ما لم يتم تسجيل المكالمة[1].

كما نجد الهاتف النقال و الذي يعد أكثر إنتشارا في عصرنا الحالي و الذي إضافة لإمكانية الإتصال المباشر اللفظي يتيح خدمة كتابة ورقية كلاسيكية كما يحدث عن طريق الفاكس فهو يقدم خدمة تبادل الرسائل التي يمكن التعاقد خلالها.

كما أخذت بعين الإعتبار المادة 64 من القانون المدني الجزائري. تسمح المادة 04 من القانون المدني الجزائري بإجراء الإيجاب عبر الهاتف. و السؤال المطروح هو هل يمكن تطبيق هذا النص على الهاتف النقال؟ إن المادة 64 تلتزم بالإيجاب الصادر في مجلس العقد ما لم ينقض. و يشترط هذا الإيجاب شكلا معينا حيث يعتبر المتعاقدين الحاضرين حكما حاضرين زمانا و غائبين مكانا.

و هذا ينطبق على التعاقد بالهاتف النقال حيث يتحقق إعتبار المتعاقدين حاضرين حكما عند التعاقد بالكلام أو اللفظ في إجتماع مباشر.

وفقا لنص المادة 64 يشترط أن يصدر القبول فورا بعد الإيجاب. إلا أن ذلك قد يسبب نوعا من الأضرار بشكل فوري. لذلك أجازت الفقرة الثانية من المادة أن يتأخر القبول بعد الإيجاب

[1] بن شريف أحلام، المرجع السابق ص.68

بشرط أن يصدر قبل إنعقاد مجلس العقد و إلا يتراجع الموجب عن إيجابه. الموجب يحدد مدة زمنية للإيجاب مما يعني أن الإيجاب ملزم ولا يسقط إلا بإنتهاء هذه المدة وهذا يعني أن القال أعرب عن الإيجاب[1]. لم تعد الصورة هي الاساس الوحيد للعقود كما كانت تنص عليه المادة 64 بل يمكن إبرام العقود الآن بشكل مباشر بين المتعاقدين وحتى بحضور طرفين غائبين إذا تم تضمين الصورة ضمن نص المادة 64 من القانون المدني. إضافة إلى ذلك لم يعد تحديد زمان و مكان إبرام العقد الذي يتم عبر البريد الإلكتروني أوشبكة الأنترنت يمثل أشكالا معقدا[2].

2. التلكس:

في بداية الألفية الثانية ظهر جهاز التلكس كوسيلة لإرسال نصوص مكتوبة على لوحة مفاتيح خاصة. يقوم المركز الرئيسي بإستقبال الرسالة ثم يعيد إرسالها بإسم المستلم. وقد أطلق على هذا الجهاز "التلكس" و هو إختصار لكلمة التبادل البرقي. وقد هدف من إختراع هذا الجهاز تسريع عملية إرسال و إستقبال النصوص المكتوبة عبر شبكات الإتصال[3]. يعتبر جهاز التلكس من طرق تبادل المراسلات فهو يتيح إرسال المعلومات عن طريق طباعة مباشرة للرسالة فلا يوجد فاصل زمني بين إرسال المعلومات و إستقبالها إلا إذا لم يكن هناك من يستقبلها في وقت إرسالها.

---

[1] وفق لنص المادة 64 ق.م.ج يشترط القبول أن يصدر فورا بعد الإيجاب إلا أنه يسبب نوع من الأضرار في القبول حيث لا توجد فترة إتخاذ القرار لذلك أجازت المادة للفقرة الثانية يجوز القبول أن يتأخر بعد الإيجاب شرط قبل إنعقاد مجلس العقد الموجب لم يتراجع عن إيجابه الموجب يقيد الإيجاب بمدة زمنية محددة يعني أن الإيجاب ملزم لا يسقط إلا إذا إنقضت المدة(هذا يعني أن القابل أعرب عن الإيجاب).

[2] بن شريف أحلام، المرجع السابق ص 70.

[3] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني، 'دراسة مقارنة' الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن 1997 ص104\105

و كما عرفه القانون رقم 17\03 المؤرخ في 08\07\2003 يعد التلكس التجاري آلية مباشرة عن طريق تبادل الإشارات ذات طابع برقي و المراسلات المرقونة بين مستعملين مرتبطين بنقاط طرفية[1].

في إحدى شبكات المواصلات المكتوبة سواء كانت شبكات كهرومغناطيسية يتم إرسالها سلكيا أو لاسلكيا فإن طريق الجو يحول هذه النبضات إلى كلمات مطبوعة. يتم إعداد رسائل التلكس قبل إرسالها على الشريط مثقب أو شريط مغناطيسي و يمكن لكل من طري العقد الموجب و القابل إرسال رغبته في التعاقد عن طريق التلكس و يتم التعاقد بمجرد إرسال القابل قبوله لرسالة تلكس.

يتميز التعاقد الذي يتم عن طريق التلكس بالسرعة و السهولة و السرية مع الإنفاق والوضوح و أنه يترك أثرا ماديا منتوبا للرسائل التي تتم عن طريقه. لكن رسائل التلكس يبين فيها رقم المرسل إليه و تاريخ الإرسال دون أن يحتوي توقيع من العميل فيمكن إصطناع هذا التلكس بسهولة مما يجعل حجيتها غير قوية[2].

لذلك ينص المشرع الجزائري في المادة 239 من التقنين المدني على أنه تكون للبرقيات هذه القوة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها و تعبير البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

[1] خدمة التلكس الإستغلال التجاري يكون بطريقة مباشرة عن طريق تبادل الإشارات بطابع برقي ج.ر. ع48 ص06.

[2] محمود السيد عبد المعطي، الخيال التعاقد عن طريق التلفزيون، مطبعة النسر الذهبي، مصر 2000 ص37.

التلكس لكي يتمتع بحجية في الإثبات و بين وظيفة تقديم خدمة مشابهة لخدمة البريد الموصى عليه يجب أن يتضمن توقيعا من مرسله[1].

1. خصائص التلكس:

- التكلفة المساوية لتكلفة الحقائق فهو مكمل للهاتف.

- توفير دليل الاثبات في حالة النزاعات بين اطراف التعاقد.

- تسهيل عملية ارسال الوثائق عن بعد حيث يقوم باداء خدمات البريد التقليدية في اقصر وقت ممكن.

- يسمح بوجود نظام اجابة الية لضمان التاكد من ارسال الوثائق حيث يضع في نهاية الوثيقة المرسلة رمز يسمى (من أنت) الراقنة أو الآلة المستقبلة بتقديم تعريف للهوية من خلال رمز يسمح للمرسل بالتاكيد من انه المستقبل المطلوب[2].

إلا أنه تعتبر هذه الوسيلة الأقل إنتشارا في العالم بسبب تكلفة شراء الآلة المرتفعة مما يجعلها حكرا على المؤسسات فقط كما أنها تعجز على إرسال الصورة و الرسومات المركبة و المعقدة و هذا ما أدى لظهور جهاز الفاكس.

3الفاكس: أو ما يسمى بجهاز النسخ و نقل السندات.

[1]ابن شريف أحلام، المرجع السابق ص71.

[2]سمير حامد الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005 ص62.

يمكن تعريف جهاز الفاكس بأنه جهاز لنسخ و نقل المستندات و الصور عن بعد. إذ يمكن عن طريقه نقل الرسائل و المستندات المطبوعة أو المخطوطة بخط اليد كما هي بأصلها وبكامل محتوياتها لذلك تشمل الرسائل الفاكسية الصور و التواقيع وغير ذلك من مستندات. يعتمد إرسال الفاكس على طبيعة شبكة الهاتف الرئيسية أو عبر الأقمار الصناعية. و يعتبر الفاكس في الأساس جهاز الهاتف المدمج به و لذلك يمنع التعاقد عن طريق الفاكس أطرافا فيها التي يتمتع بها التعاقد عن طريق الهاتف.

إذ أن مايميز التعاقد عن طريق الهاتف و الفلكي هو أن الرسالة التي يتلقاها المرسل إليه هي نفسها ما أرسلها المرسل خاصة إذا كانت موقعة بتوقيع لديه قيمة الورقية العرفية في الإثبات[1].

ولا يكون هناك مجال لمنازعة المرسل في إنكار إرسالية أو إنكار ذلك هو ما إتجه إليه القضاء.

إن التعاقد عن طريق الفاكس يكون بواسطة التعبير عن الإرادة في التعاقد كتابة كما هو الحال بالنسبة للتلكس، إلا ان الفرق بينهما يكمن في أن النسخة التي يرسلها الفاكس تكون نسخة من أصل المستند المرسل، كما أن التعاقد عبر الفاكس يتميز بالسرعة و الدقة والضمان لوصول الرسائل و المستندات مع المحافظة على سريتها و عدم ضياعها. لقد قرر القضاء الفرنسي ان التعبير عن الإرادة يمكن أن يتم عن طريق مراسلة تتم عبر جهاز الفاكس[2].

[1]بن شريف أحلام، المرجع السابق ص73.

[2]نقض تجاري فرنسي في 1997\12\07 نقلا عن طاهر شوقي مؤمن عقد البيع الإلكتروني دار النهضة العربية مصر 2007 ص56.

كما أن محكمة النقض المصرية قررت أن الوثائق المرسلة عن طريق الفاكس و التي تحتفظ المرسل بأصلها لديه، كما هو متبع في حالة إرسال الرسائل عن طريق الفاكس تعتبر مبدأ ثبوت الكتابة. و يجوزتكملته بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية إلا أنه حتى يكتسب الفاكس حجية الإثبات يجب أن:

. تكون الرسالة واضحة و وجود رقم الفاكس الخاص بالمرسل.

. توقيع الرسالة من طرف المرسل إليه بإعتباره محررا عرفيا يحمل توقيع من صدر منه. يعمل جهاز الفاكس الذي يعني إسمه "النسخة طبق الأصل" و المشتق من كلمة فاكس ميل عبر خطوط الهاتف لإرسال و إستقبال نسخ طبق الأصل من المستندات و الصور بين والأجهزة الموجودة في أماكن مختلفة بسرعة[1].

ورغم تطور وسائل الإتصال الحديثة لا يزال الفاكس يحتفظ بمكانته و أهميته في عالم الأعمال حيث تعتمد عليه العديد من المؤسسات لإتمام العقود و الصفقات و الاتفاقيات الرسمية.

1. خصائص الفاكس:

. كما سبق القول و كغيره من الوسائل المذكورة آنفا فإنه أقل تكلفة بالمقارنة مع ما يقدمه من خدمات. .

سهولة توفيره و إستعماله فلا تخلو مؤسسة أو شركة من جهاز فاكس. .

[1]أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط2000 ص107.

السرعة و المرونة في الإستعمال فهو يمكن من إستنساخ و إرسال النصوص والرسومات و المخطوطات في وقت قياسي.

لايزال يعرف إنتشارا واسعا رغم كل ما ظهر بعده من وسائل متطورة[1].

4. التبادل الإلكتروني للبيانات:

يمكن بموجبه للمؤسسة أو الإدارة من تبادل الوثائق و المعلومات دون الحاجة إلى وسيط بشري، حيث تكون عملية التبادل بين أجهزة الكمبيوتر وفق نماذج معدة مسبقا لأوامر العقد و النموذج المعمول به كما ترسل المستندات و المعلومات عبر الشبكة الإلكترونية و تحول مباشر من كمبيوتر آخر[2].

1. خصائص التبادل الإلكتروني:

-عملية تتم عبر شبكة إتصال عن طريق الحواسيب دون الحاجة للتدخل البشري.

السرعة و الأمانة في إرسال البيانات.

إنخفاض نسبة الوقوع في الخطأ لأن العملية تتم بطريقة إلكترونية.

إنخفاض التكاليف لعدم وجود العنصر البشري و المادي (كالوثائق الورقية)[3]

5. الأنترنت: تتعدد تسمية الأنترنت حيث يطلق عليها أحيانا بالشبكة العنكبوتية أو الفضاء الإفتراضي وغيرها من التسميات، فهي مجموعة من الحسابات مرتبطة في هيئة شبكة أو شبكات

[1]بن شريف أحلام، المرجع السابق ص74.

[2]حسن عبد الباسط، جميعي إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت، دار النهضة العربية، ص112.

[3]بن شريف أحلام، المرجع السابق ص75.

و تلك الشبكات لها القدرة على الإتصال بشبكات أكبر و يسري الإتصال وفق بروتوكول ضبط الراسل الذي يتيح إستخدام خدمات الشبكة على النطاق العلمي[1].

6. الأنترانت:

هي بمثابة شبكة الأنترنت صغيرة و لكن للإستعمالات الداخلية للمؤسسة فقط أي أنها شبكة محلية خاصة داخل المؤسسة أو الشركة أو الإدارة تعمل بنفس التقنية التي تعمل بها شبكة الأنترنت[2].

7. الإكسترانت:

هي شبكة تربط مؤسسات العمل الخارجي مع من لديهم الصلاحيات و غيرهم من الأطراف الذين يسمح لهم بالدخول إلى هذه الشبكات لأسباب إستراتيجية، أي أن هذه الشبكة تسمح بتوسيع الشبكة الداخلية للشركة لكي تتمكن من الإتصال بشبكات شركات و مؤسسات العمل[3].

و بعد التعرف على وسائل التكنولوجيا و الإتصال يتبين لنا أنه كل هذه الوسائل لها جانب إيجابي و جانب سلبي و لهذا يجب أن نعمل على كل هذه الوسائل بطريقة تكاملية لكي نتمكن من تبديد عراقيل الإتصال و تحسين و تطوير أسلوب التعاقد.

[1]طارق عبد الرحمان، التعاقد عبر الأنترنت و أثاره، "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة محمد الخاص، بكلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية، الرباط 2003\2004 ص51.

[2]محمد موسى خلف الله، التعاقد بواسطة الأنترنت، مطبوعات القدس، جامعة القدس، فلسطين ط1 2004 ص102.

[3] بن شريف أحلام، المرجع السابق ص76

الخاتمة

خاتمة

في ختام هذا الموضوع يتضح أن مستقبل العقود في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة يسير نحو مزيد من الكفاءة و الشفافية و السرعة. فقد أدت التقنيات مثل العقود الذكية والبلوك تشين إلى إحداث تحول جذري في كيفية إبرام العقود و تنفيذها. مما قلل من الحاجة إلى الوسطاء و قلص من فرص الإحتيال و النزاعات. و مع ذلك فإن هذا التحول يتطلب مواكبة قانونية و تشريعية لضمان حماية الحقوق و توفير بيئة قانونية متوازنة أن التحدي يمكن في التوافق بين الإبتكار التكنولوجي و المبادئ القانونية الراسخة بما يحقق العدالة و يعزز الثقة في المعاملات المستقبلية.

و من خلال دراستنا السابقة توصلنا إلى مجموعة من النتائج التي تندرج في النقاط التالية:

- ❖ تطور العقود التقليدية لتأخذ شكلا رقميا يعتمد على تقنيات مما أتاح إمكانية تنفيذ العقود تلقائيا عند تحقق الشروط المتفق عليها دون تدخل بشري.
- ❖ ساهمت التكنولوجيا في تسريع عمليات التعاقد و تقلل الأخطاء البشرية و خفض التكاليف المرتبطة بالمعاملات القانونية و الورقية.
- ❖ وفرت التكنولوجيا درجة عالية من الأمان و الثقة خصوصا من خلال التشفير وسجلات التي لا يمكن تعديلها بسهولة.

- ❖ أصبح بالإمكان إبرام عقود دولية بسهولة و سرعة و هو ما يدعم التجارة العالمية ويسهل التعاون بين الأطراف من مختلف الدول.

و هذه مجموعة من التوصيات:

- ❖ ضرورة تعديل و تطوير القوانين الوطنية و الدولية لإستعاب العقود الإلكترونية وضمان الإعتراف القانوني بها.
- ❖ تأسيس جهات مختصة بمراقبة و تقييم تطبيق العقود الإلكترونية و التدخل عند وجود نزاعات و إختلافات تقنية أو قانونية.
- ❖ توعية الإرادة و المؤسسات بمزايا و تحديات العقود الإلكترونية و توجيههم نحو الإستخدام الأمن و الفعال لهذه التقنيات.
- ❖ التأكيد على مبادئ العدالة و الشفافية و عدم التمييز في تصميم و تنفيذ العقود الإلكترونية لتفادي إساءة استخدام التكنولوجيا.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع

. القرآن الكريم.

قائمة المصادر و المراجع باللغة العربية

المصادر:

***القوانين:**

1. القانون رقم 157.62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 المتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية ج.ر. العدد02 مؤرخة في 11 جانفي 1963 الملغى بالأمر رقم 29.73 المؤرخ في 05 جويلية 1973 ج.ر العدد 62 المؤرخة في 31\12 1961 .
2. القانون رقم 03\2000 مؤرخ في 05 أوت 2000 المحدد لقواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية ج.ر .
3. القانون رقم 04.15 المؤرخ في أول فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين ج.ر العدد06 المؤرخة في 10 فيفري2015.
4. القانون رقم 18\05المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق لـ10 ماي سنة 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ج.ر العدد 20.
5. القانون المدني الجزائري

***الأوامر:**

1. الأمر رقم91.70 المؤرخ في 15 ديسمبر1970 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق للعقود (الملغى).

2. الأمر رقم75\58 المؤرخ في 20رمضان عام 1395 الموافق 26سبتمبر 1975 المتضمن القانون المعدل و المتمم للقانون رقم 14.88 المؤرخ في 03 مايو 1988 ج.ر العدد18.

***المراسيم التنفيذية:**

01. المرسوم التنفيذي رقم 07\162 المؤرخ في 30مايو2007 يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم 01\123 المؤرخ في 09ماي2001 و المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية.

***المؤتمرات:**

المؤتمر العلمي الأول حول الجانب القانوني و الأمني للعمليات الإلكترونية أكاديمية شرطة دبي الإمارات العربية المتحدة في الفترة من26إلى28أفريل 2005.

المراجع:

***الكتب:**

01. فايز محمد حسين محمد، الوديعة في القانون الروماني و الشريعة الإسلامية، مصر2002.

02. محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان2007.

03. علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موقم للنشر و التوزيع الجزائر2005.

04. علي كحلون، النظرية العامة للإلتزامات، مجتمع الأطرش للكتاب المختص، تونس2015.

05. مقني بن عمار، أحكام القانونية المتعلقة بصحة و بطلان المحررات التوثيقية، دراسة في القانون الجزائري للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر2014.

06. عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة الجزائر2003.

07. د.أسماء تخنوني، مصادر الإلتزام، جامعة باجي مختار كلية الحقوق و العلوم السياسية عنابة26\07، 2021.

08. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للطباعة و النشر، عمان1997.

09. بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول المصادر الإدارية.

10. محمد الصيرفي، التسويق العقاري الإلكتروني، الطبعة الأولى دار الفجر للنشر و التوزيع، القاهرة مصر2016.

11. خالد صبري الجنابي، التراضي في العقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر و التوزيع عمان الأردن2013.

12. عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية مكتبة القانون و الإقتصاد، الرياض2012.

13. سمير دنون، العقود الإلكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب الطبعة الأولى، لبنان2012.

14. محمد أحمد كاسب خليفة، الإثبات و الإلتزامات في العقود الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي2019.

15. الصالحين محمد العيش، الشكلية في العقود الإلكترونية، دراسات قانونية، المجلد 16 العدد16، 2007.

16. خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية، في القانون الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم01 لسنة2006 بشأن المعاملات و التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية.

17. مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى

للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر2009.

18. وليد علي محمد علي، حجية التوقيع الإلكتروني، وتطبيقاته في مجال التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية2019.

19. باطلي غنية، الكتابة الإلكترونية كدليل للإثبات التواصل في العلوم الإنسانية والإجتماعية، العدد30، جوان2012.

20. عبد الله نوار شعت، الإثبات و الإلتزامات في العقود الإلكترونية، الطبعة الأولى مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية مصر2017.

21. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الأول، شرح القانون المبادلات التجارة الإلكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ط2020.

22. سمير تناغو، مصادر الإلتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية مصر2009.

23. فايز محمد حسين، تاريخ القانون مبادئ القانون الروماني و الواقع الإجتماعي في مصر الرومانية تطبيق الشريعة الإسلامية في مصر، تكوين النظام القانوني المصري الحديث، دار الطبوعات الإسكندرية، مصر2015.

24. سهيل حسين الفتلاوي، تاريخ القانون دراسة في فلسفة النظم القانونية و السياسية عبر التاريخ، مكتبة الذاكرة بغداد العراق، الطبعة1.2010.

25. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام مصادر الإلتزام منشورات الحلي، بيروت لبنان، الطبعة2.1998.

26. محمد صبري السعدي، مصادر الإلتزام، القسم الأول النظرية العامة للإلتزامات القانون المدني الجزائري، الكتاب الأول المصادر الإدارية العقد و الإرادة المنفردة، دار الكتاب الحديث2003.

27. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول مصادر الإلتزام، دار النهظة العربية القاهرة.

28. توفيق شمبور، مسائل قانونية خاصة بالتجارة الإلكترونية، إتخاد المصاريف العربية،

العدد224 مج19 أغسطس1999.

29. جمال نادر، أساسيات و مفاهيم التجارة الإلكترونية، دار الإسراء للنشر و التوزيع الأردن ط1.2005.

30. السنهوري الوسيط ،مصادر الإلتزام، المجلد الأول العقد طبعة3.1981.

31. نشادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد و التوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية ،مركز الدراسات العربية، للنشر و التوزيع الطبعة 1 سنة2006. 32. جمال نادر، أساسيات و مفاهيم التجارة الإلكترونية، دار الإسراء للنشر و التوزيع الأردن، الطبعة1.2005.

33. رامي علوان، التعبير عن طريق الأنترنت و إثبات التعاقد الإلكتروني، د.ط.

34. رضا عكاشة، تأثير وسائل الإعلام في التنشئة الإجتماعية الملكية العلمية، للنشر و التوزيع الطبعة1 د.ت.ن.

35. ياسمينة طويل، مكاسب التجارة الإلكترونية في ظل جائحة كرونا، مجلد البحث الإقتصادي مجلد09 العدد02.

36. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة الجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الإتصال الحديثة، التراسل الإلكتروني مطبوعات مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت2003.

37. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة دار النهضة العربية ط2000.

38. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت ،دار النهضة العربية.

39. محمد موسى خلف الله، التعاقد بواسطة الأنترنت، مطبوعات القدس من جامعة القدس فلسطين، الطبعة1.

***المقالات و المجلات:**

1. أ.د. محمد عرفان الخطيب، العقود الذكية... الصدقية والمنهجية دراسة نقدية معمقة في فلسفة و التأصيل، مجلة القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد 02، 2022م.
2. إكرام رقيعي، الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد 05، العدد 02، 2012.
3. براهيمي حنان، المحررات الإلكترونية كدليل إثبات، مجلة الفكر، المجلد 08، العدد 1، 2013.
4. بان سيف الدين، العقد الإلكتروني وثباته، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 27، العدد 07، 2019.
5. باهة فاطمة، شهادة التصديق الإلكتروني كآلية لضمان حجية المعاملات الإلكترونية في ضوء القانون رقم 04.15، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، المجلد 01، العدد 02، 2015.
6. بالطيب محمد البشير، الطبعة القانونية للشركة رؤية حديثة، مجلة دفاتر السياسة و القانون، المجلد 14، العدد 2، 2020.
7. بعداش سعد، العقد الإلكتروني، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32، العدد 2، 2021.
8. بكوش إلهام، شرفي عبد القادر، حجية الكتابة كوسيلة للإثبات، مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية، المجلد 11، العدد 01، 2010.
9. بن علي عبد النور، جوبوعة منيرة، التحولات الراهنة للنظرية العامة للعقد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 58، العدد 05، 2021.
10. بوبكر أمال، التصديق الإلكتروني كآلية لتدعيم الإقتصاد الرقمي في الجزائر، مجلة التنمية و الاقتصاد التطبيقي، جامعة المسيلة، المجلد 03، العدد 01.
11. جديد حنان، السندات الرسمية الإلكترونية، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، المجلد 08، العدد 01، 2015.
12. ديش تورية، دور الموثق في تجسيد الشكلية كآلية لضمان التصرفات العقارية، مجلة العلوم وآفاق المعارف، جامعة الأغواط، المجلد 2، العدد 1، جوان 2022.
13. ديش تورية، أحمد داود، رقية، العقد التوثيق الإلكتروني كآلية لعصرنة مهنة التوثيق، مجلة صوت القانون، المجلد 8، العدد 1، 2019.

14. دريس كمال فتحي، آلية التصديق الإلكتروني كضمانة للتعاملات التجارية بالوسائل الحديثة في التشريع الجزائري، مجلة البحوث و الدراسات، العدد 24، 2017.

15. رزقي سمية، عيادي فريدة، العقد بين الأزمة و مقتضيات التطور، مجلة الفكر القانوني و السياسي، المجلد 6، العدد 1، 2022.

16. رايس محمد، حجية الإثبات بالتوقيع الإلكتروني طبقا لقواعد القانون المدني الجزائري الجديد، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، المجلد 01، العدد 01، 2014.

17. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، الكتب القانونية، مجلة الكبرى، 2008.

18. سديرة نجوى، الحماية القانونية للتوقيع الإلكتروني كآلية لتدعيم الثقة في المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 08، العدد 02، 2022.

19. سهى موسى، تأثير جائحة كورونا على نمو التجارة الإلكترونية في العالم، مجلة التنظيم والعمل، المجلد 09، العدد 4، 2021.

20. سلاماني ليلى، القانون و تكنولوجيا المعلومات، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 58، العدد 01.

21. الصالح بوغرارة، الشكلية في التصرفات القانونية، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، المجلد 1، العدد 1، 2015.

22. عبد العزيز سمية، التوقيع الإلكتروني وسيلة حديثة للإثبات، دراسة مقارنة، مجلة المعارف، المجلد 09، العدد 17، 2014.

23. عبد الرزاق بركات، حوكمة تكنولوجيا المعلومات وسيلة للتحكيم في مشاريع تكنولوجيا المعلومات، مجلة الناصرية للدراسات الاجتماعية و التاريخية، المجلد 12، العدد 2.

24. عبد الرزاق وهبه سيد أحمد محمد، مفهوم العقد الذكي من المنظور القانون المدني، مجلة العلوم الاقتصادية و الإدارية و القانونية، المجلد 05، العدد 08، 2021.

25. عليا عبد الرحمان مصطفى، الحجية القانونية للمستند الإلكتروني في الإثبات المدني، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 5، العدد 03، 2021.

26. فيصل مدلس، محمد عتو، علاقة تكنولوجيا المعلومات في تطوير أنظمة المعلومات و تحقيق جودة المعلومات، مجلة الحوار المتوسطي، المجلد 09، العدد 3.

27. فصيح عبد القادر بن عمر محمد، التوقيع الإلكتروني ودوره في الإثبات، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، المجلد 03، العدد 03، 2016.

28. فضيلة يسعد، القوة الثبوتية للتوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30، العدد 03، 2019.

29. فراس بحر محمود، مجلس العقود الشكلية في الفقه الإسلامي و القانون، مجلة كلية التراث الجامعة، العدد 17، 2015.

30. كحيل حياة، حجية الإثبات الإلكتروني، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، المجلد 05، العدد 01، 2010.

31. كريمة كريم، عقد الشركة من الكتابة العادية إلى الكتابة الإلكترونية، مجلة الحقوق، المجلد 18، العدد 01، 2021.

32. مسعودي يوسف، رحاب أرجيون، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المجلد 06، العدد 01، 2017.

33. محمد حسينة شرون، صونيا مقري، التوقيع الإلكتروني كآلية لتوثيق المعاملات الإلكترونية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، 2021.

34. نوالف عبد الصمد، مستقبل العقد في ظل ظهور تقنية سلسلة الكتل (البلوك تشين)، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، جامعة تلمسان، المجلد 08، العدد 02، 2022.

35. وهبه سيد أحمد محمد عبد الرزاق، مفهوم العقد الذكي من المنظور القانون المدني، مجلة العلوم الاقتصادية و الإدارية و القانونية، المجلد 05، العدد 08، 2021.

36. غاني جدر السعيدي، أكرم محمد حسان، النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، 2017.

***رسائل الماجستير و الدكتوراه:**

1. أحلام بن شريف، أثر التطور التكنولوجي على نظرية العقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د، تخصص قانون خاص، جامعة إبن خلدون تيارت، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2021\2022.

2. أحمد نور هدى محمد، حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.
3. أمينة كوسام، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة الدكتوراه في العلوم، تخصص عقاري وزراعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01، 2016\2017.
4. الزهرة جقريف، حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2019\2020.
5. الليل عائشة قصار، حجية المحرر والتوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2016\2017.
6. بوسماحة ماجدة، تقنيات ترجمة العقود التوثيقية في الجزائر، مذكرة ماجستير في الترجمة، معهد الترجمة، جامعة وهران 1 أحمد بن بلة، 2014\2015.
7. بومعزة رشيد، الشكلية الرسمية في العقود، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2005.
8. ربيعة فراح، تطور الشكلية في العقود، أطروحة دكتوراه، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، 2023\2024.
9. طارق عبد الرحمان، التعاقد عبر الأنترنت وأثاره، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 2003\2004.
10. عدة عليا، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة أبوبكر بلقايد، 2016.
11. لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2016.

المحاضرات:

01. د.مكيد نعيمة، محاضرات في القانون المدني مصادرالإلتزام، لطلبة السنة الثانية ليسانس حقوق، جامعة لونسي علي البليدة02، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2021.2022.

البحوث:

منير ماهر أحمد تقنية سلسلة الثقة "البلوكتشين" و تأثيراتها في قطاع التمويل الإسلامي دراسة وضعية بحث منشور بتاريخ 2022.01.11 على الموقع https/revues.imist.ma/index.php/RAFI/view/16446/9501.

المواقع الإلكترونية:

1. www.notonro orsefulbrigh.com Arditrating smarte contract disputes.

sur l'attaque de la DAO d'ethereum http /blog.ity.com /la faille.de-the-dao-lexles-pour comprend

المصادر باللغة الأجنبية

1. p-defilippi les smart contracts augmentes.la revue de l'ACE séptembre2016
2. 02-Naoufel Ben Ahmed , la signature en droit privé, première Edition, éditionlarache, Tunis2013.
3. ahmed Ghaouti proféssionnalisation des formation supérieur et employabiité en Alger rapport de recherche IRMAM-CNRS aixprovence juin2015. augmentes.la revue de l'ACE séptembre2016

الفهرس

المقدمة .....أ

الفصل الأول: 10

العقود التقليدية والتحديات التي تواجهها 10

المبحث الأول: الشكلية في العقود التقليدية 11

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للشكلية في العقود التقليدية: 15

الفرع الأول: تعريف الشكلية في العقود التقليدية: 17

الفرع الثاني: أنواع الشكلية: 21

المطلب الثاني: الأركان الأساسية للعقود التقليدية: 35

الفرع الأول: التراضي: 35

الفرع الثاني: المحل: 45

الفرع الثالث: السبب: 50

المبحث الثاني: الشكلية في العقود الإلكترونية: 54

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للشكلية في العقود الإلكترونية: 56

الفرع الأول: تعريف العقود الإلكترونية: 58

الفرع الثاني: خصوصية العقود الإلكترونية: 62

المطلب الثاني: متطلبات الشكلية في العقود الإلكترونية: 68

الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية: 71

الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني:.....79

الفصل الثاني: 90

أثر التحولات التكنولوجيا الحديثة في العقود 90

المبحث الأول: تنظيم التعاقد الإلكتروني في ظل التحول الرقمي: 91

المطلب الأول: المقاربات القانونية المرتبطة بالعقود الإلكترونية: 92

الفرع الأول: آلية عمل العقد الإلكتروني:.....92

الفرع الثاني: تغليب مبادئ التحليل البرمجي على القانون: 100

المطلب الثاني: بروز التكنولوجيا كقاعدة للتعاقد:..... 107

الفرع الأول: نظام التعاقدي في الحضارات القديمة: 108

الفرع الثاني: نظام التعاقد وفق لأحكام الشريعة الإسلامية و القانون الكنسي:..... 111

الفرع الثالث: نظام التعاقد في القانون الجزائري:..... 113

المبحث الثاني: تأثير التطور التكنولوجي على التعاقد:..... 117

المطلب الأول: أثر التطور التكنولوجي على مجال العقود الإلكترونية: 117

الفرع الأول: التمييز بين العقد و الإتفاق:..... 118

الفرع الثاني: مجال العقد الإلكتروني:..... 119

المطلب الثاني: وسائل إبرام العقود و تطورها التكنولوجي: 123

الفرع الأول: التطور التكنولوجي لوسائل التعاقد: 124

الفرع الثاني: التطور التكنولوجي لأحكام العقود و الإثبات: 125

الفرع الثالث: وسائل إبرام العقود عبر تقنيات الإتصال الحديثة:..... 132

خاتمة 145

الفهرس 158

الملخص **163**

الملخص

الملخص

تشهد العلاقات التعاقدية تطورا ملحوظا بفعل الثورة الرقمية و التقدم السريع في التكنولوجيا خاصة مع بروز مفاهيم جديدة مثل العقود الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني، بينما تهدف هذه الدراسة إلى تأثير هذه التطورات على شكل و مضمون العقود و سلط الضوء على التحديات القانونية التي تطرحها في ظل الأطر التشريعية التقليدية. إلا أنها تبين كيفية نشوء العقود الإلكترونية التي تبرم و تنفذ تلقائيا عبر برمجيات مبينة، مما يقلل من الحاجة للوسطاء و يزيد من الكفاءة و الشفافية. كما تأكد ضرورة تحديد الأنظمة القانونية لمواكبة هذه التحولات و ضمان حماية المتعاقدين و حقوقهم خصوصا في ظل غياب تنظيم صريح في العديد من التشريعات .

الكلمات المفتاحية :

1\ العقود الإلكترونية،2\ التطور التكنولوجي، 3\ التوقيع الإلكتروني ؛
4\ القانون الرقمي، 5\ التكنولوجيا القانونية،6\ التشريعات الحديثة.

Abstract Of Master's Thesis

Contractual relationships are witnessing remarkable development due to the digital revolution and the rapid advancement in technology, especially with the emergence of new concepts such as electronic contracts and electronic signatures.

This study aims to examine the impact of these developments on the form and content of contracts, highlighting the legal challenges they pose within the framework of traditional legal systems.

It also shows how electronic contracts are formed and executed automatically through specific programs, which reduces the need for intermediaries and increases efficiency and transparency.

Furthermore, it emphasizes the necessity of defining legal systems to keep pace with these transformations and to ensure the protection of contracting parties and their rights, especially in light of the absence of explicit regulation in many legislations.

Keywords:

1\ Electronic contracts, 2\ technological development,

3\ electronic signature, 4\ digital law, 5\ legal systems, modern legislation.