لطفي بن كريم

التجربة التونسية في مجال تنظيم المعاملات المدينة والتجارية الالكترونية

المقدمة:

أن تنامي رغبة الإنسان في معرفة حال الآخر ثقافيا واجتماعيا واقتصاديا وسياسيا وإدراكه أن تلقي وتبليغ المعلومات والأفكار إلى الغير تستوجب اتخاذ وسائل لنقلها قد مثل الدافع الأساسي لابتكار طرق ووسائل للاتصال[1]. فتطورت وسائل الاتصال ونقل المعلومات بكيفية تلفت الانتباه وهي ناتجة عموما عن الثورة التكنولوجية التي شهدها العالم منذ القرن السابع عشر والثامن عشر[2].

وتطور عالم الاتصال بشكل سريع وفي زمن قياسي عقب اكتشاف الموجات الكهرومغناطيسية فمن وسائل الاتصال السلكية ووسائل الاتصال اللاسلكية إلى الأقمار الصناعية فالألياف البصرية. مع تطور الإعلامية وازدهارها أمكن وضع شبكات تسمح بالتواصل السريع ونقل المعلومات والبيانات سواءا كانت صورة أو صوتا في شكل إشارات مرقمة بطريقة تفاعلية بفضل تقدم عالم الملتيميديا. ومن ثمة أمكن تبادل المعلومات بصفة الكترونية وتوفير جملة من الخدمات عن بعد وبشكل سريع وأصبح العلم بفضل ذلك بمثابة القرية الصغيرة استثمرت فيها تلك التطورات لتكريس وترويج ما سمي بالعولمة الاقتصادية والثقافية.

---

[1] المنصف الزغاب "المبادلات الالكترونية والملكية الفكرية" م.ق.ت عدد1 جانفي 2008 ص 151.

[2] حيت تم اختراع المطبعة وظهر البريد الجوي والتصوير الشمسي.

وقد تنامي عقب اندلاع الثورة المعلوماتية استخدام الوسائل الالكترونية لتبادل المعلومات وإبرام العقود وبعث الرسائل دون تجسيدها في سند ورقي ملموس وإنما بتوثيقها ضمن أقراص مغناطيسية[3] وأقراص مكتنزة [4] وأقراص فيدوية[5].

أن هذا التحول الذي شهده العالم مثل منعرجا حاسما في تاريخ البشرية ونقلة نوعية عي سلوكيات الأفراد والمجموعات وحول المجتمع من مجتمع معلومات واتصال وأدى إلى خلق طرق جديدة في التعامل تنذر باقتراب نهاية عصر الأوراق وهيمنة عصر الرقمنة الذي يكون فيه كل شيء يحمل رقما يعرفه[6]. ومن ثمة تأثر التعامل المدني والتجاري بهذا الواقع الجديد أمرا محتما.

فماذا يقصد بالمعاملات المدنية والتجارية الالكترونية ؟

لم يعرف المشرع التونسي على خلاف القوانين المقارنة المعاملات المدنية والتجارية إجمالا واقتصر تعريفه على المبادلات التجارية والتجارة الالكترونية.

فقد عرف القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المبادلات التجارية بكونها المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية[7] أما التجارة الالكترونية فهي كل العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الالكترونية .

لكن بالرجوع إلى القانون المقارن يمكن تعريف المعاملات الالكترونية بكونها "أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلة

[3] Disquette
[4] CD-Rom
[5] DVD.

[6] المنصف زغاب " المبادلات الالكترونية والملكية الفكرية " مجاة القضاء والتشريع عدد 1 جانفي 2008 ص. 151.
[7] الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في 11 اوت 2000 عدد 64 صفحة 2085.

الالكترونية" فحسب هذا التعريف يمكن ان تكون المعاملات الالكترونية تعاملا أو عقدا أو اتفاقية.

ان التعامل في حقيقته هو عقد من العقود سواء كان من العقود المسماة المعروفة والتي نظمها القانون مثل عقد البيع والإيجار والدعاية والإعلان وكذلك الصيانة والنقل وغيرها من العقود المسماة.

أما العقود غير المسماة فقد تكون كذلك عقودا الالكترونية كعقد الرعاية الطبية لفريق كرة قدم وعقد الفندقية أو غيرها فكل هذه عقود غير مسماة و لم يتدخل المشرع لتنظيمها ومع ذلك فهي تخضع للنظرية العامة للعقود كما وردت في القانون المدني. ومع ذلك فهذه العقود وسواء كانت مسماة يجوز أن تتم بطريقة الكترونية.

أما الاتفاق فقد يقصد بها عقود جماعية بين مجموعة من المستهلكين وشركة من الشركات.

إن المعاملات الالكترونية سواء كانت عقدا أو اتفاقا أو تعاملا لا تنصرف فقط إلى التعامل في السلع والبضائع وإنما تمتد إلى الخدمات, ففي الوقت الحالي يمكن الحصول على الخدمة الطبية الاستشارة القانونية بطريق الانترنت وكذلك الخدمات المصرفية.

لكن لا يمكن أن تكون المعاملة الكترونية إلا إذا ما وقع تنفيذها كليا أو جزئيا بطريق المراسلات الالكترونية والتي عن طريقها يتم إرسال الرسائل من مكان إرسالها ثم استلامها من مكان الاستلام أو انترنت وان كانت الأخيرة هي الوسيلة المثلى في الوقت الحالي لإتمام المعاملات الالكترونية.

إن تطور وسائل الاتصال والتقدم في مجال الإعلامية خلق واقعا جديدا يتعايش فيه نوعين مختلفين من المعاملات : معاملات تقليدية مادية وأخرى الكترونية غير مادية لا تترك إجمالا أي اثر ماديا يمكن الجوع إليه حينا وتلزمنا بالتفكير من جديد عن مصير معارفنا القانونية القديمة التي أصبحت تحتاج إلى مراجعة شاملة تأكدت يوما بعد يوما. ومن ذلك يكمن الأهمية القصوى للمعاملات الالكترونية التي أصبحت المنهج الوحيد بالنسبة إلى السنوات المقبلة لان المجتمع ليس مخيرا بان يسلكه أو يتركه بل انه مجبرا على تتبعه وإلا فانه سيفاجأ بوجوده خارج حركة التاريخ خاصة في مجال يتعلق بالحياة الاقتصادية مثل التجارة.

إلا أن هذا النوع الخاص من المعاملات ورغم انتشاره بسرعة فائقة ليس بظاهرة جديدة بل إنها ظاهرة مارسها التجار منذ مدة لكن بطريقة يدوية لا تعتمد على وسائل تقنية كالمينيتال والإعلامية البعدية والهاتف والفيديو النقال والبريد.

ولكن مع تطور وسائل المواصلات والتقدم في مجال الإعلامية ظهرت وسائل جديدة وتقنية لرفع مستوى التعامل وهو ما عرف بالانترنت[8] والاكسترنت[9]. ومن هنا تكمن الأهمية القصوى للمعاملات المدنية والتجارية الالكترونية على أكثر من صعيد:

ـعلى الصعيد الواقعي: إن المعاملات الالكترونية سواء كانت مدنية أو تجارية تعكس بالأساس ظاهرة التعامل عن بعد في مجالات متعددة كالطب عن بعد والتعليم عن بعد وكذلك التجارة عن بعد التي قربت القارات من بعضها البعض وأغنت المتعاملين في هذا المجال عناء التنقل.

[8] L'intranet : le d'un intranet au sein d'une entreprise augmente la productivité des action, sa mise en place permet d'accroître la qualité et le niveau de l'information des collaborateur au delà de ces bénéfices immédiats, l'entreprise y gagne globalement en faisant évaluer ses procès managériaux.

[9] L'extranet est un outil complémentaire indispensable de l'intranet, il permet à une entreprise d'intégrer l'ensemble de ses partenaires ; fournisseurs et sous traitant à son activité, c'est-à-dire de lier tous les acteurs de la chaîne de productions de la conception jusqu'à la distribution des produits.

إلا أن هذه المعاملات الالكترونية ورغم انتشارها مازلت تطرح في حقيقة الأمر عدة إشكالات ترجع للطابع اللامادي لهذه المعاملات الالكترونية الذي توجب إمكانات فنية لتأمينها خوفا من إتلافها وإفسادها.

-على الصعيد القانوني: إن تأثر المعاملات المدنية والتجارية بالواقع الالكتروني يدفعنا للتساؤل حول ما إذا كانت الأطر القانونية التقليدية كافية لاستيعاب هذه المعاملات المادية؟ أي هل أن المعاملات الالكترونية ستخضع لنفس نظام المعاملات التقليدية في ظل التطورات الحاصلة في وسائل الاتصال و تأثيرها في القواعد و الأحكام التقليدية؟

إن هذا التساؤل يفرض نفسه خاصة وان القانون التونسي يحمل في طياته تكريسا للتعامل عن بعد وضبطت له إحكاما دقيقة في الإيجاب والقبول[10].غير انه يظل غير كافيا لذلك بات تنظيم هذه المعاملات مطلبا ضروريا وهو ما دفع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (CNUDCI)إلى إصدار قانون نموذجي للتجارة الالكترونية وتوصية البلدان بالعمل على منواله وملائمة تشريعاتها الوطنية لتوجيهاته[11]. وقد سار الاتحاد الأوروبي على نفس النهج بإصداره العديد من التوصيات في هذا الشأن ويذكر منها التوصية عدد 53/99 الصادرة عن البرلمان ومجلس الاتحاد الأوروبيين في 1999/12/13 التي تتضمن إطارا جديدا يضمن الاعتراف بالإمضاءات الالكترونية على مستوى كامل الدول الأوروبية كما وضع إطارا شاملا للتجارة الالكترونية بمباركة اغلب الدول الأعضاء[12].

ومواكبة للتطور ومراعاة لضرورة تفاعل القاعدة القانونية مع كل ما يطرأ, تدخل المشرع التونسي ليصدر قانون 9 أوت 2000 خاص بالمبادلات الالكترونية [13].لذا يتجه التساؤل عن مدى نجاعة التشريع التونسي في مجال المعاملات المدنية والتجارية وهل توصل إلى إرساء نظام متكامل خاص بهذه المعاملات ذات الطبيعة الالكترونية وهل نمكن إن يكون مثالا يحتذي به من قبل بقية الدول العربية ؟

---

[10] الفصول 28 و 37 م ا ع انظر صفحة

[11] القانون النموذجي للتجارة الالكترونية المؤرخ في جوان 1996.

[12] مجلس الوزراء الأوروبي صادق على هذا الإطار في 1999/12/8.

[13] الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 64 الصادر في 11 اوت 2000 ص. 2085.

إن الإجابة على هذه التساؤلات تقتضي التعرض إلى القواعد القانونية التي اقرها المشرع التونسي لحماية المعاملات الالكترونية (مبحث أول) والتي تبقى محدودة رغم الجهود المبذولة في هذا الاتجاه (مبحث ثاني).

المبحث الأول: حماية المعاملات المدنية والتجارية الالكترونية: حماية مقننة:

لقد أفرزت شبكة الانترنت التي تمثل فضاء ملائما للعارضين والبائعين والمشترين نوعا جديدا من المعاملات الالكترونية التي تخضع لنظام البيع عن بعد الذي يمكن تعريفه بكونه التقنية التي بواسطتها يمكن للمستهلك وخارج الأطر المعتادة بقبول الحر فاء أن يتقدم بطلب بضاعة أو خدمة فتدخل المشرع في المجال بان وضع قواعد لحماية المستهلك في العقود الالكترونية (الفقرة الأولى) وقواعد أخرى للاعتراف بالوثيقة الالكترونية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: وضع قواعد قانونية لحماية المستهلك في العقود الالكترونية:

العقد الالكتروني هو عقد عن بعد باعتبار انه يتم بين أطراف لا يجمعهم مجلس واحد بل أنهم مستوون في العالم اجمع وان يتم بطرق الكترونية[14]. ويجري على العقود الالكترونية نظام العقود الكتابية[15] من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام القانون عدد 83 لسنة 2000 في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية[16].

---

[14] لا يعتبر العقد عن بعد ظاهرة جديدة...

[15] ان العلاقة بين البائع والمشتري والمستهلك في إطار التعاقد الفوري عبر الشبكات الحديثة لا تخرج عن إطار العلاقات التعاقدية العادية لان الاتفاق بين الطرفين لا يتعدى كونه اتفاقا على نقل الملكية أو توفير خدمة.

[16] الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 11 أوت 2000.

لكن الطبيعة الخاصة للعقد الالكتروني توجب بالضرورة بعض المبادئ الجديدة التي ربما تشذ عن القواعد التقليدية وتخضعه إلى جملة من القيود لضمان حماية المستهلك.

وقد حرص المشرع التونسي على توفير هذه الحماية ضمن قانون سنة 2000 حيث اقر بعض الآليات حماية للمستهلك في العقود الالكترونية والمتمثلة أساسا في واجب إعلام المستهلك (أ) والمرحلية في إتمام العقد الالكتروني(ب).

أ- واجب اعلام المستهلك:

1) مفهوم واجب الإعلام:

إن الإعلام هو واجب محمول على البائع يسبق مرحلة التعاقد النهائي فرضها المشرع التونسي على البائع أو مسدي الخدمة في عقد التجارة الالكترونية تهدف إلى جعل المتعاقد عالما بجميع معطيات العملية التي يتأهب للقيام بها.[17]ولعل السبب الرئيسي في تكريس هذا الواجب هو افتراض انعدام التوازن بين القوة الاقتصادية للتاجر وقدرته على الإقناع بفضل طغيان وسائل الإشهار التجاري التي بحوزته وتوظيفها لفائدته من جهة وضعف تجربة المستهلك وتسرعه في اتخاذ قرار الشراء وعدم إلمامه بفنون التسويق التجاري من جهة أخرى.

والملاحظ إن هاجس الإعلام اتخذ أبعادا أخرى في قانون المبادلات والتجارة الالكترونية باعتبار إن عقد التجارة الالكترونية من العقود المبرمة بين غائبين ويتم عبر الجهاز ألمعلوماتي ومن خلال التراسل الالكتروني بين مواقع المتعاقدين على شبكة الانترنت[18] وقد حرص المشرع على تطبيق واجب الإعلام بهدف إضفاء أكثر شفافية

---

[17] محي الدين نقنق: قانون حماية المستهلك عدد 117 فسنة 1992 المؤرخ في 1992/12/7 " رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء , السنة القضائية 1993-1994 , ص.30.

[18] محمد السعيدي " جرائم التجارة الالكترونية " مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في العلوم الجنائية السنة الجامعية 2003 -2004. ص.59.

على العملية التعاقدية من جهة وحماية للإرادة التعاقدية من جهة أخرى بان ألزم البائع في العقود الالكترونية ضمن الفصل 25 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات التجارية الالكترونية بان يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد جملة من المعلومات والبيانات الجوهرية المتعلقة بأوصاف المبيع وكذلك شروط التعاقد وطريقة التسليم والضمان

ويبرز حرص المشرع على تحقيق ذلك الهدف من خلال تحديده لمضمون الإعلام من جهة(1) وتنفيذه من جهة أخرى (2).

2) مضمون الإعلام:

إن المقصود بمضمون الإعلام هي البيانات المنصوص عليها بالفصل 25 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية, التي يجب على البائع توفيرها للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد. وتجدر الإشارة إلى البيانات التي تضمنها الفصل 25 المذكور أوردها المشرع على سبيل الذكر لا الحصر وذلك حتى يكون بإمكان المشرع أو حتى الأطراف إضافة إلى بيانات أخرى تحمي الموجب له وتستوعب التطور الحاصل في هذا الميدان المستحدث.

وقد شملت هذه البيانات هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمة حتى تساعد الطرف الآخر على الاتصال بالبائع من اجل التفاوض في بنود العقد المزمع إبرامه. كما يجب على البائع أن يوفر للمستهلك معلومات علي المراحل والإجراءات التي سوف تمر بها المعاملة حتى ينتهي تنفيذ العقد. كان يحدد البائع التزاماته تجاه المشتري في المرحلة السابقة لإتمام العقد ثم في المرحلة النهائية لإبرامه مع بيان طريقة نقل ملكية المبيع سواء كان عقارا أم منقولا أو خدمة محددة.[19]

[19] عبد الفتاح بيومي حجازي" شرح قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي. ص 204.

ويجب على البائع أيضا أن يقدم للموجب له طبيعة وخاصيات وسعر المنتوج, كلفة تسليم المنتوج ومبلغ تأمينه والأداءات المستوجبة, الفترة التي يكون خلالها المنتوج معروضا بالأسعار المحددة, شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع, طرق وإجراءات ونتائج عدم انجاز الالتزامات, إمكانية العدول عن الشراء واجله, كيفية إقرار تقنيات الاتصال حين ينم احتسابها على أساس مختلف التعريفات الجاري بها العمل, شروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محددة او لمدة تفوق السنة. وأخيرا يجب على البائع تحديد المدة الدنيا للعقد في ما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك المنتوج أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية.

على أن القانون ألزم البائع أو مقدم الخدمة بان يوفر جملة هذه المعلومات السابقة الذكر بطريقة الكترونية ووضعها على ذمة الموجب له للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة حتى يتسنى لهذا الأخير الاطلاع عليها قبل الضغط على زر الموافقة وخلال مراحل العملية الالكترونية ذاتها وذلك حتى يكون الرضاء الالكتروني الصادر من المستهلك قد أنبنى على أسس واضحة ومعلومة وشاملة لجميع أركان العقد.[20]

3) تنفيذ الإعلام:

إن واجب الإعلام المسبق محمول على الموجب ومضمونه محدد إلا إن تنفيذه يطرح عدة إشكاليات تتعلق أساسا بطرق تقديم البيانات والمعلومات المنصوص عليها قانونا للموجب له من جهة وتأكيد المعلومات المقدمة من جهة أخرى إذ يجب أن تقدم هذه المعلومات في وعاء الكتروني بطريقة واضحة وفي الوقت المناسب هذا بالإضافة إلى مسألتين لا تقل أهمية عن المسائل السابقة وهما نطاق الإعلام وعبء الإثبات.

[20] إن بعض الفقهاء اعتبروا أن المشرع التونسي قد استلهم جملة هذه التنصيصات من التوصية الأوروبية في حين وجب عليه أن يذهب إلى أكثرمن ذلك بخصوص واجب الإعلام وذلك بان يلزم المواقع التجارية بان توفر ما يعبر عنه بروابط للنصوص بطريقة واضحة وسهلة الاستعمال وهي طريقة تمكن المستهلك والموجب له عموما من الاطلاع بصفة مباشرة على المعلومات التي تهمه .

لذلك أوجب الفصل 25 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية إن يقع تقديم هذه المعلومات للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة. وهو ما يدعونا للتساؤل حول الطريقة الواجب إتباعها لتحقيق ذلك الهدف وهل إن الموجب له هو الذي يبحث عن المعلومات والبيانات المتعلقة بالعملية التجارية ؟

للإجابة عن هذا السؤال لابد من التعرض للفصل 36 من القانون عدد 83 لسنة 2000 الذي حمل البائع إثبات حصول الإعلام المسبق وإقرار المعلومات واحترام الآجال وقبول المستهلك وكل اتفاق مخالف لذلك يعد باطلا. وانطلاقا من هذا الفصل يكون المشرع قد أشار على ضرورة تأكيد المعلومات إلا انه لم يحدد الطريقة التي يجب إتباعها لإقرار هذه المعلومات وإثباتها وذلك لما نص عليه الفصل الخامس من التوصية الأوروبية

المتعلقة بالعقود عن بعد والمؤرخة في 1997/05/20 حيث ألزم البائع بأن يتولى تأكيد المعلومات وإبلاغها للمستهلك عن طريق كتب أو سند دائم [21] .ولا يعتبر هذا الواجب مكتملا إذا اقتصر البائع عن التأكيد عبر شاشة الحاسوب تاركا للمستهلك مهمة التزود بمحتوى الكتب أو طبع المعلومات .

وعلى خلاف الطريقة الواجب اعتمادها لإقرار المعلومات وتأكيدها حدد المشرع الوسيلة المعتمدة لتوفير تلك المعلومات والإدلاء بها حيث نص الفصل 25 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية " على انه يتعين توفير هذه المعلومات الكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة " . فالوسيلة المعتمدة هي وسيلة الكترونية تكون ملائمة لطبيعة المعاملة وتتميز بالسهولة في الاستعمال والعمومية والديمومة من حيث المعلومات الصادرة عبرها والتي يتلقاها الموجب في وعاء الكتروني يمكنه وغيره من الرجوع إليه في كل وقت [22] على أن هذه المعلومات المقدمة في ذلك الوعاء يمكن أن تكون شفاهية أو كتابية أو حتى عن طريق الصور والإشارات تؤدي وظيفتها بشكل يسمح بإنارة سبيل الموجب له حول جوانب العقد المزمع إبرامه بطريقة كافية وناجعة .

[21] ص11 support durable

[22] ص34 Trochu. M « protection des consommateur en matière de contrat à distance » Dalloz 1999 ; cahier chronique p. 180.

أما بخصوص وقت الإدلاء بالمعلومات فإن الفصل 25 من قانون التجارة الالكترونية أقر بأنه يجب أن يتم الإدلاء بالمعلومات قبل إبرام العقد لكن من الملاحظ أن هذه المرحلة يمكن أن تستغرق وقتا طويلا لذا كان من الضروري واقتداء بالمادة الرابعة من التوجه الأوروبي رقم 7/97 [23] تحديد وقت معين يتوجب خلالها الإدلاء بالمعلومات التي تشكل مضمون الإعلام الواجب القيام به وذلك لتفادي كل غموض والحد من وقوع النزاعات التي قد تنشأ بين المتعاقدين .

أما بخصوص مسألة عبء إثبات حصول الإعلام فإن الفصل 36 من قانون التجارة الالكترونية حمله على البائع إذ أوجب عليه أن يوفر للمستهلك طبق الفقرة الأخيرة من الفصل 25 من نفس القانون جملة من المعلومات ووضعها على ذمته الكترونيا وهو ما أكده الفصل 29 من نفس القانون إذ نص على انه " يتعين على البائع أن يوفر للمستهلك عند الطلب خلال العشرة أيام الموالية لإبرام العقد وثيقة كتابية أو الكترونية تتضمن كافة المعطيات المتعلقة بعملية البيع " وهو ما يمكن من تكوين حجة كتابية يكون بموجبها الإثبات ممكنا .

وتجدر الإشارة إلى أن واجب الإعلام هو واجب محمول على البائع المحترف والبائع الغير محترف على حد السواء تطبيقا لقانون 2000/08/09 الذي وردت عبارته مطلقة في هذا الشأن.

4- جزاء الإخلال بواجب الإعلام:

إن الحماية السابقة لإبرام العقد الالكتروني من شانها إن تضفي مزيدا من الضمانات القانونية للمستهلك. فهذه الضمانات القانونية من شانها إن تشجع المستهلك على الانخراط في المعاملات التجارية برضاء ينبني على أسس شاملة بجميع أركان العقد. فتعدد

[23] نصت هذه المادة على ضرورة أن يتم إعلام المستهلك في الوقت المناسب قبل إبرام كل عقد يتم عن بعد.

المتدخلين في إطار التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت وعدم معرفة هويتهم بصفة مدققة من شانه أن يساهم في تصاعد حالات الإشهار والكتائب والمعلومات المغلوطة. لذلك منح المشرع حق الاطلاع على جميع البيانات المتعلقة بالعقد قبل الضغط على زر الموافقة وفرض على صاحب الموقع التجاري وتوفير هذه البيانات والمعلومات الكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة . ويعتبر الإخلال بهذا الواجب جريمة تعرض صاحبها للتتبع الجزائي على معنى الفصل 49 من القانون عدد 83 لسنة 2000 وذلك بخطية تتراوح بين 500 و5000 دينار. كما نص الفصل 50 من نفس القانون على انه يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الالكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الإشكال بخطية تتراوح بين 1000 و2000 دينار وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل والخدع المعتمدة لدفعه للتعاقد أو إذا ثبت انه كان تحت ضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية.

ب) المرحلية في إتمام العقد الالكتروني:

عادة ما تبرم العقود بصفة فورية وذلك بمجرد التقاء الإيجاب بالقبول إلا انه ونظرا للطبيعة الخاصة للعقود الالكترونية ولضمان الحماية الضرورية للمستهلك فان المشرع اقر مرحلية في إتمام تلك العقود عبر حق المستهلك في الحوصلة والمراجعة (1) وحقه في العدول (2).

1) حق الحوصلة والمراجعة:

يخول واجب الإعلام أن يطلع المستهلك على جميع البيانات التي وضعت على ذمته قبل الضغط على زر الموافقة وذلك حتى ينبني الرضا الالكتروني على أسس واضحة ومعرفة شاملة لأركان العقد وقد اشترط المشرع ضمن الفصل 25 من قانون التجارة الإلكترونية أن يذكر البائع الفترة التي يكون خلالها المنتوج معروضا بالأسعار

المحددة وهو ما يضفي على هذا العرض طبيعة الإيجاب المقيد بأجل المنصوص عليه صلب الفصل 33 من مجلة الالتزامات والعقود [24] .والمستهلك في إطار التجارة الالكترونية حينما يستقر رأيه على الرغبة في الانتفاع بمنتوج أو خدمة عليه أن يصرح عن إرادته في التعاقد وإلا يعتبر العقد قد نشأ إلا بعد أن يدلي البائع موافقته أو مصادقته على القبول الصادر عن المستهلك عملا بالفصل 28 من 9 أوت 2000 إذ اوجب على البائع أو مسدي الخدمة " تمكين المستهلك من المراجعة النهائية لجميع اختياراته وتمكينه من إقرار الطلبية أو تغييرها حسب إرادته وكذلك الاطلاع على شهادة المصادقة الالكترونية المتعلقة بإمضائه .

هذا الواجب المحمول على البائع أو مسدي الخدمة هو في حقيقة الأمر يحمي رضا المستهلك بصورة كافية إذ يمكنه من مراجعة اختياراته بعد أن توفرت لديه المعلومات الكافية للعرض المقدم له من طرف الموجب فإما أن يقر العرض (الطلبية) وإما أن يغيره إذ ما تبين له بعد مراجعة المعلومات الإيضاحات حول موضوع التعاقد أن البضاعة أو الخدمة لا تتناسب مع اختياراته أو مع المواصفات التي يطلبها .

ومن مميزات حق المراجعة أنه يمكن المتعاقد من الاطلاع على شهادة المصادقة الالكترونية المتعلقة بإمضاء البائع وذلك حتى يعبر عن رضائه دون عيب يشوبه كالغلط في ذات المتعاقد معه أو الغلط في نوعية البضاعة .

2) حق العدول عن الشراء :

تعتبر هذه الآلية القانونية الحمائية التي تمكن المستهلك من مراجعة اختياراته والتفكير في طلبه وإعادة النظر في قبوله وذلك تجنبا للنتائج المنجرة عن القبول

[24] الفصل 33 ينص على انه من صدر منه الإيجاب وعين أجلا لقبوله فهو ملزم للطرف الآخر إلى انقضاء الأجل فإن لم يأته الجواب بالقبول في الأجل المذكور انفك التزامه.

المتسرع, من خصوصيات القانون التونسي التي تضمنها قانون 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات التجارية للتجارة الالكترونية[25].

ويعرف حق العدول بأنه تعبير عن إرادة مخالفة لما وقع الاتفاق عليه يرمي من ورائها أحد الإطراف الرجوع فيما وقع الاتفاق عليه واعتباره كان لم يكن. ولاشك أن هاته التقنية التي تبناها المشرع التونسي وخاصة في قانون 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية هي حمائية بالأساس باعتبار أنها تهدف إلى تحقيق أوفر الضمانات للمستهلك بوصفه الطرف الضعيف في عقود البيع وإسداء الخدمات موضوع العقود الالكترونية.

ويمثل هذا الحق في الواقع أداة تشريعية تلعب دورا أساسيا في حماية من يتعاقد دون إمكانية حقيقية لمناقشة شروط تعاقدهم.

ويمكن ممارسة حق العدول عن الشراء حسب الفصل 30 من قانون المبادلات التجارة الالكترونية في أجل عشرة أيام تحتسب:

- بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك .
- بالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد .

وفي هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة.

غير أن حق العدول عن الشراء المخول للمستهلك ليس مطلقا إذ أن المشرع منعه في بعض الحالات الواردة بالفصل 32 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية وهي كالآتي:

[25] هذه الآلية لا نجدها في القانون المقارن خاصة في أغلب القوانين الأوروبية 56 ص20 وهي تمثل خروجا عين مبدأ القوة الملزمة للعقد.

- إذا تم تزويد المستهلك بمنتوجات حسب خاصيات شخصية .

- إذا تم تزويد المستهلك بمنتوجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها .

-قيام المستهلك بنزع الأختام عن السجلات السمعية البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا.

- شراء الصحف والمجلات.

الفقرة الثانية : الاعتراف بالوثيقة الالكترونية كحجة غير رسمية :

مواكبة للتطور ومراعاة لضرورة تفاعل القاعدة القانونية مع كل ما يطرأ تدخل المشرع التونسي لملائمة الأحكام المتعلقة بوسائل الإثبات مع ما أفرزته الثورة الرقمية تنقح مجلة الالتزامات والعقود بمقتضى القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 2000/06/13 ليضيف الفصل 453 مكرر الذي عرف الوثيقة الالكترونية بكونها الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف وأرقام أو أية إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبد وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل الكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة .

يأخذ من أحكام هذا الفصل أن المشرع التونسي يعترف بالوثيقة الالكترونية إذا توفر شرطين وهما : حفظ الوثيقة الالكترونية (أولا) ووجوب تدعيم الوثيقة الالكترونية بإمضاء الكتروني (ثانيا) .

أولا : حفظ الوثيقة الالكترونية :

بالتمعن في إحكام الفصل 453 مكرر من مجلة الالتزامات والعقود نلاحظ أن المشرع قصد بالحفظ سلامة الوثيقة الالكترونية من التحريف والتدليس (أ) وضمان سلامتها كذلك من التلف والزوال (ب).

أ – حفظ الوثيقة من التحريف والتدليس :

إن الوثيقة الالكترونية تمثل المظهر الأساسي لاندثار الشكل المادي للسند المثبت للالتزامات أو المكون لها ولكن الطابع الالكتروني للوثيقة يورثها ضعفا شديدا إزاء نفس التكنولوجيا التي جعلت منها سندا رقميا إذ بقدر ماهي قادرة على صنعها فإنها قادرة كذلك على تغييرها وإفسادها وتدليسها بشكل غير مبني وهو ما خلق هاجس ضمان عدم إدخال أي تغيير عليها بعنوان ضمان صفة الإثبات المرتبطة بها [26] حتى تتوفر فيها شروط السلامة التي تميز الوثائق التقليدية والتي لا يمكن تغيير محتواها لاحقا من الإطراف أو الغير دون إبقاء أثرا ظاهرا بالكتب [27].

وقد عبر المشرع التونسي عن الحفظ في مناسبتين مناسبة أولى إن تكون الوثيقة الالكترونية محفوظة في شكلها النهائي[28] والمناسبة الثانية عندما أوجب على المرسل إليه حفظ الوثيقة في الشكل الذي تسلمه به وألزم المرسل بحفظ الوثيقة في الشكل الذي أرسلها به.[29]

فما معنى أن تكون الوثيقة الالكترونية محفوظة في شكلها النهائي ؟

---

[26] عز الدين بن عمر " العقد الالكتروني بين زوال السند المادي عند إبرامه والآثار اللامادية لتنفيذه " ، م .ق.ت.ديسمبر 2001 ص 97

[27] رغم إن المشرع التونسي قد ضبط النظام القانوني للوثيقة الالكترونية صلب مجلة الالتزامات والعقود ألا انه لم يبين طرق حفظها رغم ما لهذه المسالة من أهمية قصوى إذ اكتفى المشرع بوضع شرط المحافظة على الوثيقة الالكترونية في شكلها النهائي. غير انه بدراسة مختلف أحكام القانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية يتجلى لنا أن المشرع قد اعتمد على تقنية التشفير لحفظ المعلومات الواردة بالوثيقة وقدم لها تعريفا بالفصل الثاني من القانون المذكور وهو: اما استعمال رموز او إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها او إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير او استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها. وقد عرف القانون المصري التشفير بانه: " تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من اطلاع الغير عليها او تعديلها او تغييرها.

[28] الفصل 453 مكرر من م إ ع فقرة ثانية .

[29] الفصل الرابع من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية .

معنى ذلك هو وجوب حفظ الوثيقة الالكترونية في الشكل الأخير الذي اتفق عليه أطرافها بجعلها في مأمن من كل تغيير أو تحويل سواء كان ذلك بطريقة عفوية أو قصديه بغاية ضمان سلامتها أي بقائها حسب مواصفاتها التي تلاقت عليها إرادة الطرفين المتعاقدين [30] .

ويستخلص مما سبق ذكره ان مفهوم حفظ الوثيقة في شكلها النهائي والأصلي يعني أن تحفظ الوثيقة على المعلومات والمقتضيات التي جاءت بها من إبرامها أو إنشائها وذلك حماية لركن الرضا في العقد الالكتروني باعتباره شكلا من أشكال الوثيقة الالكترونية . فحفظ الوثيقة بشكل يضمن عدم أمكانية تغيير أو تحريف محتواها يجعلها تضاهي الوثيقة الورقية .

بناءا على ذلك فإن حفظ الوثيقة الالكترونية في شكلها النهائي أي الشكل الذي وافق عليه طرفا العقد من حيث المضمون والمحتوى يمكنها من الارتقاء إلى قيمة الوثيقة الورقية في الإثبات .

إلا أن اشتراك المشرع التونسي حفظ الوثيقة الالكترونية لا يقتصر على حفظها في شكلها النهائي وإنما حفظها من التلف أو الزوال بطريقة موثوقا بها .

ب – حفظ الوثيقة الالكترونية من التلف والزوال :

لتكون الوثيقة الالكترونية ذات قيمة إثباتية تضاهي الوثيقة الورقية ينبغي أن تكون محفوظة على حامل الكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة [31] بصورة تسمح بالاطلاع على محتواها طيلة مدة صلوحيتها [32] .

---

[30] عز الدين بن عمر " مرجع سابق ص 96

[31] الفقرة الأولى من الفصل 453 مكرر من مجلة الالتزامات والعقود .

[32] الفصل الرابع من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية .

ومعنى الحفظ المقصود هنا هو الحفظ المادي للوثيقة الالكترونية من الاضمحلال أو التلف أو الاندثار وهو الذي يخول الاطلاع عليها في أي وقت من قبل طرفي المعاملة أو من قبل القاضي في حال نشوب نزاع بين الأطراف وتقديمها كوسيلة إثبات[33] .

تجدر الإشارة إلى الحفظ المادي للوثيقة الالكترونية يمكن أن تتخذ صورتين :

الصورة الأولى : أن تكون المعاملة مؤسسة على سند ورقي وتكون المعلومات المجسمة لتفاصيل تلك المعاملة مكتوبة على حامل ورقي ثم يتم حفظ تلك الوثيقة بطريقة الكترونية تؤدي في النهاية إلى الحصول على وثيقة الكترونية يمكن الاطلاع عليها لاحقا [34] .

الصورة الثانية : أن تكون المعاملة قد نشأت منذ البداية بطريقة الكترونية في نطاق التعامل الافتراضي الذي توفره وسائل الاتصال الحديثة ثم يتم حفظ الوثيقة المتضمنة لتفاصيل تلك المعاملة عقب استخراجها بطريقة الكترونية.[35]

ثانيا: وجوب تدعيم الوثيقة الالكترونية بإمضاء الكتروني:

نصت أحكام الفقرة الثانية من الفصل 453 مكرر من المجلة المذكورة على انه " تعد الوثيقة الالكترونية كتبا غير رسمي إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها و مدعمة بإمضاء الكتروني".

---

[33] لم يبين المشرع التونسي طريقة حفظ الوثيقة من التلف والاندثار وانما اكتفى بالتنصيص على وجوب ان تكون الوثيقة محمولة على حامل الكتروني يؤمن قراءتها والرجوع اليها عند الحاجة . كما اقتضى القانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية في فصله الرابع ان " يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الالكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية"

[34] منصف زغاب " الوثيقة الالكترونية ص 136 و137 .

[35] تجدر الإشارة هنا أن مسالة الحفظ المادي للكتب الالكتروني قد اهتمت بها التشاريع المقارنة على الصعيدين الداخلي والدولي من ذلك ما جاء بالقانون الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ((انه عندما يقتضي القانون وجوب ان تكون المعلومة مكتوبة فان رسالة البيانات يمكن ان تكتسب حجية الكتب إذا كان بالإمكان الاطلاع على المعلومات الواردة بها لاحقا على أن تنطوي تلك المعلومات على التزام ما يكون من شانها إنتاج آثار قانونية.

رغم جسامة الدور الذي يضطلع به الإمضاء في منظومة الإثبات عموما بما انه وسيلة تكفل تحديد الشخص الممضي كما تدل على رضائه بما جاء بالكتب من التزامات لم يعرفه المشرع التونسي صلب الفصل 453 من مجلة الالتزامات والعقود إذ اكتفى بالتنصيص على انه " يجب ان يكون الإمضاء بيد العاقد نفسه بأسفل الكتب والطابع لا يقوم مقامه بحيث يعتبر وجوده كعدمه".

وقد تدارك المشرع هذا النقص بمقتضى القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 الذي أضاف فقرة ثانية جديدة تنص على أن الإمضاء يتمثل في "وضع اسم أو علامة خاصة بخط يد العاقد نفسه مدمجة بالكتب المرسوم بها أو إذا كان الكترونيا في استعمال منوال تعريف موثوق به يضمن صلة الإمضاء المذكور بالوثيقة الالكترونية المرتبطة به".[36]

ولئن اعترف المشرع التونسي بالتوقيع الالكتروني إلا انه لم يقدم له تعريفا مثل المشرع المصري[37] وإنما تناول العناصر المؤدية إلى هذا التوقيع وتجدر الملاحظة أن القانون عدد 83 لستة 2000 المؤرخ في 2000/08/09 لم يعرف بدوره الإمضاء الالكتروني بصفة صريحة وإنما حدد في فصله الثاني معالمه التقنية من خلال إعطاء تعريف لمنظومة إحداث الإمضاء الالكتروني بكونها " مجموعة وحيدة[38] من عناصر التشفير الشخصية أو مجموعة من المعدات المهيأة خصيصا لإحداث إمضاء الكتروني " وكذلك تحديد منظومة التدقيق في الإمضاء بكونها" مجموعة محددة من عناصر التشفير العمومية أو مجموعة من المعدات التي تمكن من التدقيق في الإمضاء الالكتروني".كما اشترط الفصل الخامس من القانون عدد 83 لسنة 2000 على انه "يمكن لكل من يرغب

---

[36] لهام في اعتراف المشرع التونسي بالمضاء الالكتروني هو صدوره خارج أي إطار قانوني مسبق والاعتراف به على نفس درجة الإمضاء اليدوي على خلاف التجارب الأولية التي تسمح باعتماده عي مجالات معينة وعلي إطار اتفاقي اذ جاء بالفصل 3 من الديوانة انه عندما تحرر الوثائق ذات الصبغة الديوانية بواسطة آلات إعلامية انطلاقا من معلومات تبلغ إلى الديوانة بواسطة طرق الكترونية او طرق أخرى أوتوماتكية فان تصديق مثل هذه الوثائق يمكن ان يتم بطرق أخرى غير الإمضاء الخطي على ان تخضع للشروط المحددة بقرار من وزير التخطيط والمالية .

[37] لقد ورد تعريف التوقيع الالكتروني في مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري بأنه" حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات لها طابع منفرد تسمح بتحديد صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره" دكتور عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الالكترونية العربية ص.73.

[38] يقصد بعبرة مجموعة وحيدة بأنها مجموعة عناصر تخص شخصا واحدا بمعنى انها لا تتكرر مع أكثر من شخص وذلك حتى يمكن التمييز والتفرقة بين التوقيع الالكتروني لشخص وآخر.

في إمضاء وثيقة الكترونية إحداث إمضاءه بواسطة منظومة موثوق بها يتم ضبط مواصفاتها التقنية بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات".

وفي هذا الإطار صدر قرار عن وزير الاتصالات يتعلق بشروط ومواصفات الوثيقة الخاصة بالتوقيع الالكتروني لمن يرغب في ذلك والمقصود بالمواصفات في القانون المواصفات الفنية والتقنية اللازمة لصدور هذه الوثيقة.

وفعلا صدر القرار المذكور بتاريخ 2001/07/19 متعلقا بضبط المواصفات التقنية لمنظومة إحداث الإمضاء الالكتروني وقد حدد تركيبة الإمضاء الالكتروني وطريقة إحداثه وحفظه وسلامته.

ويستنتج من كل ما تقدم أن المشرع وضع الأسس القانونية صلب أحكام التنقيح المدخل على مجلة الالتزامات والعقود تماشيا مع الإطار التشريعي الدولي و الإطار الأوروبي في حين كانت أحكام التجارة الالكترونية أكثر التصاقا بالواقع التقني للإمضاء الالكتروني ذلك أنها حددت شروطه التقنية من الجهة الإدارية المختصة في ضبط جزئياته العملية وتطبيقاته .

المبحث الثاني: حماية المعاملات المدنية والتجارية الالكترونية: حماية محدودة:

تعتبر تونس من أول البلدان العربية التي بادرت بإصدار أحكام تحمي وتنظم المعاملات الالكترونية

لكن جملة هاته الأحكام وإن كانت تعكس وعي الهياكل الوطنية بحجم الصعوبات في هذا المجال إلا أنها لا ترتقي إلى درجة إرساء نظام قانوني متكامل (فقرة أولى) علاوة إلى عدم تلاؤمها مع بعض المعاملات الالكترونية (فقرة ثانية) .

فقرة أولى: عدم تخصيص المعاملات المدنية والتجارية بنظام متكامل:

إن المجال الالكتروني مازال حديثا نسبيا وتطالعنا الأخبار في كل يوم بأحداث جديدة تبرز تطور هذا المجال ولربما كان هذا هو السبب الذي جعل الحكومات بصفة عامة والحكومة التونسية بصفة خاصة لا تفكر بوضع إطار قانوني متكامل قد يعيق تقدم المجال الالكتروني .

وقد كان المشرع التونسي من السباقين وبادر بوضع إطار قانوني للمتدخلين في المجال الالكتروني لكن عن طريق أحكام متفرقة وردت إما بصفة عرضية (أ) أو بصفة مبدئية (ب).

أ – الأحكام العرضية:

لقد نصت مجلة الالتزامات والعقود من سنة 1906 على كيفية إبرام العقود بالمراسلة وضبطت له أحكام دقيقة في الإيجاب والقبول [39] وهي أحكام معلومة منذ القدم وخاصة وخاصة المبدأ المنصوص عليه بالفصل 28 وهو أن" العقد لتم بالمراسلة في وقت ومكان إجابة الطرف الآخر بالقبول".

كما تتضمن المجلة المدنية التونسية إشارة إلى التعاقد بواسطة الهاتف[40] واعتراف صريح بحجية التلغراف كوسيلة اتصال حديثة حيث نص الفصل 441 م ا ع " ان البينة بالكتابة... قد تحصل أيضا من الرسائل التلغرافية" واعتبر الفصل 445 م ا ع التلغراف كتبا غير رسمي يخضع في نظامه لأحكام الفصول 455 و456 و457 م ا ع.

[39] الفصول 28 الى37 من م ا ع.
[40] الفصل 27 م ا ع.

كما نص الفصل 410 ثالثا من المجلة التجارية حسب التنقيح المؤرخ في 3 افريل 1996 بواسطة القانون عدد 28 لسنة 1996 أن البنك يستدعي الساحب بواسطة برقية أو تلكس أو فاكس أو أية وسيلة أخرى شبيهة تترك أثرا كتابيا إلى توفير الرصيد بحسابه, غير أن ذلك لا يعتبر إقرارا مبدئيا بحجية هذه الوسائل لان أحكام الفصل 410 المذكور لا

تتعلق ببيان حجية مثل هذه الوسائل بقدر ما تتعلق بضبط الوسائل الممكنة لغاية الاتصال بالساحب.

كما أن مجلة التحكيم الصادرة بموجب القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أفريل 1993 نص على أن الاتفاقية تعتبر ثابتة بكتب إذا وردت في وثيقة موقعة من الأطراف او تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال التي تثبت وجود الاتفاقية... .وهو ما يمثل اعترافا صريحا بهذه الطرق كوسيلة من وسائل الإثبات.

ويضاف إلى ذلك الأحكام التي وردت ضمن الفصل 62 من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات سنة 1989 التي تضمنت اعترافا صريحا بالوثيقة المعلوماتية كحجة إثبات تحت شروط معينة.

لكن جملة هذه الأحكام جاءت متفرقة واتت بصفة عرضية لا تضع الضوابط المبدئية التي تعود بالفائدة.

ب) الأحكام المبدئية:

لقد وضع المشرع التونسي أحكاما واضحة ومبدئية تهم المعاملات الالكترونية في العديد من المناسبات ونذكر منها على التوالي:

1) القانون عدد 40 لسنة 1998 المؤرخ في جوان 1998 المتعلق بطرق البيع والإشهار التجاري بابا يتعلق بالبيع عن بعد وهو البيع الواقع باستعمال وسائل الاتصال بالمستهلك لترويج منتوج أو خدمة خارج الأماكن الاعتيادية للبيع ويمكن أن تكون وسائل الاتصال المستعملة: الهاتف والبث عن طريق التلفزة والإذاعة والبريد والنشريات أو بأية وسيلة أخرى.[41]

وحدد المشرع النظام القانوني لهذا النوع من البيع وضبط له جميعا الإجراءات والأحكام الموضوعية ومكن المستهلك من معرفة البضاعة وسعرها مسبقا وحدد تاريخ إبرام العقد كما خول للمستهلك الحق في العدول في أجل عشرة أيام وإرجاع البضاعة حسب شروط معينة.

وضبط الباب الرابع من القانون عدد 40 المذكور الإحكام المتعلقة بالإشهار ونص الفصل 35 منه على انه يعتبر إشهارا على معنى هذا القانون كل عملية اتصال تهدف بصفة مباشرة او غير مباشرة والى تنمية بيع المنتوجات أو إسداء خدمات مهما كان المكان او وسائل الاتصال المعتمدة وضبطت الفصول الموالية النظام القانوني للإشهار.

وقد ضبط كذلك الباب الرابع من القانون المذكور الأحكام المتعلقة بالإشهار ونص الفصل 35 منه على انه يعتبر إشهارا على معنى هذا القانون كل عملية اتصال تهدف

[41] يمثل القانون عدد 40 لسنة 1998 المؤرخ في 2 جوان 1998 تاثر المشرع التونسي بالاتجاه العام المعمول به في حماية المستهلك.

بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى تنمية بيع المتوجات أو إسداء خدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المعتمدة وضبطت الفصول الموالية النظام القانوني للإشهار.

وما تجدر ملاحظته ان أحكام القانون عدد 40 المذكور قد وردت عامة يمكن ان تشمل جميع وسائل الاتصال الحديثة حيث كانت عباراته عامة وبالتالي يجوز اعتبار الهاتف والاعلامية البعدية والفيديو النقال والشبكات والتلغراف والفاكس والتلكس والملتميديا بمثابة وسائل اتصال على معنى القانون عدد 40 الذي تضمن المبادئ المعلومة في حماية المستهلك والمتصلة بإعلام المشتري وإمكانية رفض العرض والقبول الواضح ونفي الإشهار المكروه والتعسف على المستهلك الضعيف. وهو ما دفع البعض الى القول بان هذا القانون يمكن أن يمثل الإطار القانوني للتجارة الالكترونية[42].

2) الأمر عدد 501 لسنة 1997 المؤرخ في 14 مارس 1997 :

لقد بادر المشرع التونسي بتحديد الإطار العام للمتدخلين في مجال الاتصالات ذات القيمة المضافة خاصة عبر الأمر عدد 501 لسنة 1997 المؤرخ في 14 مارس 1997 المتعلق بالخدمات ذات القيمة المضافة للاتصالات وكراس الشروط الضابط للشروط الخاصة بوضع واستغلال الخدمات ذات القيمة المضافة للاتصالات من نوع انترنات حسب ما وقع المصادقة عليه بموجب قرار من وزير قرار المواصلات المؤرخ في مارس 1997.

كما ضبط أساليب وشروط التصرف بين الأجهزة الطرفية للمواصلات السلكية واللاسلكية بمقتضى الأمر عدد 1218 لسنة 1990 المؤرخ في 21 جويلية 1990 حسب ما وقع تنقيحه بموجب الأمر عدد 183 لسنة 1996 المؤرخ في 31 جانفي 1996 إلى جانب عدة نصوص هامة تتعلق بحسن استغلال الاتصالات.

---

[42] لقد ذهب بعض رجال القانون الى ان القانون عدد 40 يمثل الاطار الملائم للتجارة الالكترونية. لكن الحقيقة هو ان التجارو الاكترونية تخضع لموجبات الكترونية قد لا يستوعبها نص القانون عدد 40 الذي يهدف اساسا لحماية المستهلك والذي ظل متمسكا بالامضاءات المادية (الفصل 27 منه) .

3) القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 اوت 2000 المتعلق بالتجارة وبالمبادلات التجارية:

يتضمن هذا القانون اعتراف المشرع التونسي بصفة مبدئية بالوثيقة الالكترونية والجوانب المتصلة بالتجارة الالكترونية خاصة منها ما يتعلق بالإمضاء الالكتروني وسلطات المصادقة .

4 قانون المالية لسنة 2001 المؤرخ في 25 ديسمبر 2000 عدد 98 المتعلق بتيسير القيام بالواجب الجبائي وخاصة الفصلان 57 و58 منه.

فقد نص 57 على انه" يمكن للمطالب بالأداء اكتتاب وإيداع تصاريحه الجبائية ودفع الأداء والخطايا المتعلقة به وكذلك تبادل المعلومات والوثائق المستعملة لضبط الأداء أو الموجهة إلى مصالح الجباية أو مصالح الجباية أو مصالح استخلاص الأداء بالوسائل الالكترونية الموثوق بها وذلك طبقا للتشريع الجاري به العمل المتعلق بالمبادلات الالكترونية."

5) الأمر عدد 2802 لسنة 2001 المؤرخ في 6 ديسمبر 2001 والمتعلق بضبط مجال وطرق تطبيق أحكام الفصل 58 من القانون عدد 98 لسنة 2000 المؤرخ في 25 ديسمبر 2000 والمتعلق بقانون المالية لسنة 2001.

تضمن الفصل الأول من هذا الأمر " انه يمكن للأشخاص المعنويين او الأشخاص الطبيعيين الخاضعين للأداء حسب النظام الحقيقي تقديم التصاريح والقائمات والكشوفات المتضمنة لمعلومات على حوامل ممغنطة تودع لدى مكتب مراقبة الاداءات المختص ترابيا ويمكن قبول احد الحوامل الممغنطة التالية:

- أقراص لأنظمة القراءة بالليزر
- دعائم مغناطيسية معدة للاستعمال في المعالجة الآلية للمعلومات من صنف 3 "1/2

وأضاف بفصله الثالث " يودع الحامل الممغنط لدى مكتب مراقبة الأداءات المختص ترابنا مرفوقا بجدول إحالة حسب نموذج تعده الإدارة وذلك مقابل وصل تسليم ينص على القبول الوقتي للحامل".

6) القانون عدد 101 لسنة 2002 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 والمتعلق بقانون المالية لسنة 2003 المتعلق إيداع التصاريح والقائمات والكشوفات على حوامل ممغنطة المدرجة ضمن الواجبات الجبائية:

نص الفصل 66 من هذا القانون على انه" يكون الإيداع على حوامل ممغنطة إجباريا بالنسبة الى التصاريح والقائمات والكشوفات بالنسبة إلى المطلبين بالأداء الذين يمسكون محاسبتهم بواسطة الحاسوب والذين يفوق رقم معاملاتهم السنوي الخام مبلغا يقع تحديده بقرار من الوزير المكلف بالمالية.

□

ب: نقص التشريع الخاص بالمعاملات الالكترونية:

إن التطور السريع لتقنيات الاتصال افرز تزايدا في حجم المعاملات الالكترونية مما اوجب تدخل المشرع التونسي لتوفير حماية كافية لهذه المعاملات غير ان تدخله في هذا المجال ضل منقوصا. فماهي مظاهر النقص التشريعي (1) وما هي النتائج المترتبة عنه(2).

1) مظاهر النقص التشريعي:

إن دراسة القواعد المتعلقة بالمعاملات الالكترونية تكشف وجود نقص وخاصة على المستوى الجزائي فرغم إن القانون التونسي وفي إطار سعيه إلى حماية الحقوق من الاعتداءات على نظام المعالجة المعلوماتية والالكترونية تدخل المشرع بتنقيح أحكام المجلة الجنائية بموجب القانون عدد 89 لسنة 1999 ومؤرخ في 1999/08/02 ومتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام المجلة الجنائية مجرما العديد من الاعتداءات على الوثيقة الالكترونية وخصص عقوبات مالية وبدنية لمقترفي بعض الجرائم .

غير أن المشرع لم يتدخل لتنقيح مجلة الإجراءات الجزائية خاصة وأن وسائل البحث والتفتيش الكلاسيكية قد تكون عديمة الجدوى لاكتشاف الجرائم المعلوماتية ذلك أن الأدلة لارتكاب الجريمة الالكترونية ليس أدلة مادية باعتبار أن الجريمة ذاتها غير مادية بالإضافة إلى أن القواعد التي تنضم التفتيش لا يمكن اعتمادها بالنسبة لهاته النوعية من الجرائم ذلك أن الفصل 95 من مجلة الإجراءات الجزائية ينص على أن إجراء التفتيش بمحلات السكنى وتوابعها لا يمكن أن يقع قبل السادسة صباحا وبعد الساعة الثامنة مساء .

وحيث نعلم أن الجريمة المعلوماتية ترتكب في أي وقت وقد تضمحل آثارها بمجرد وقوعها وعلى هذا الأساس وفي صورة ارتكاب جريمة ليلا فانه يتعين على أعوان الضابطة العدلية انتظار اليوم المقبل لإجراء التفتيشات اللازمة لإثبات الجريمة وقد يكون ذلك بعد فوات الأوان.[43] لذلك يتعين إدخال تنقيحات على وسائل البحث الكلاسيكية وتخويل إمكانية إجراء تفتيش في أي لحظة دون ارتباط بعامل الزمن ويكون عبر نفس الوسيلة التي استعملها الجاني أي أن يتولى عون الضابطة العدلية القيام بعملية التفتيش عبر الانترنت الموجود بمكتبه بقطع النظر عن مكان وقوع الجريمة أي داخل البلد وخارجها.

إلا أن هذا الإجراء يقتضي إن تكون لأعوان الضابطة العدلية الدراية اللازمة لإجراء تلك الأعمال عبر أجهزة الاتصال الحديثة وان تكون مكاتبهم تتوفر فيها التجهيزات

[43] الهاشمي الكسراوي :" الجريمة المعلوماتية " م. ق. ت 2006 ص. 33.

اللازمة للقيام بذلك. لذلك وسع المشرع في قائمة الأشخاص المخول لهم تلك الجرائم[44]اذ نص الفصل عدد 83 لسنة 2000 المتعلق المبادلات والتجارة الالكترونية على انه " تتم معاينة المخالفات لإحكام هذا القانون من قبل أعوان الضابطة العدلية والأعوان المكلفين للوزارة المكلفة بالاتصالات والوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية وأعوان المراقبة الاقتصادية.." فأصبحت سلطة معاينة الجرائم المعلوماتية بين أيدي أعوان مختصين وفعلا شرعت وزارة الداخلية في انتداب مهندسين في الإعلامية لتكوينهم من الناحية القانونية والأمنية ثم يتم تكليفهم رؤساء فرق مختصة في ميدان الجريمة المعلوماتية [45].

2) نتائج النقص التشريعي:

إن التقدم التكنولوجي احدث تحولا هاما ورجة عنيفة في العلاقات القانونية على مستوى أصناف الالتزامات المدنية والتجارية عامة فنشأت أنواع جديدة من الالتزامات نتج عنها أنماط مبتكرة من السلوك الإجرامي فتواجدت حالات غير معهودة من الجرائم وهو ما يعبر عنه إجمالا بالجريمة المعلوماتية[46] مناطها المعاملات الالكترونية.

ورغم تنقيح المشرع لمجلة الجزائية فان المحاكم التونسية وجدت نفسها عاجزة عن تتبع بعض المجاوزات تقيدا بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ومبدأ التأويل الضيق للقاعدة الجزائية.

ونذكر على سبيل المثال القرار ألتعقيبي الجزائي الصادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 24 افريل 2002 تحت عدد 16065[47] والذي تتلخص وقائعه في انه بمناسبة تورط المتهم في قضية حيازة عملة أجنبية اعترف بأنه وبحكم خبرته في مجال الإعلامية والانترنت تمكن من فتح رموز سرية لبطاقات رقمية أصلية مستعملة عادة من قبل متعاقديها لالتقاط محطات فضائية وعلى ضوء تلك الرموز السرية أو الشفرات قام

[44] الفصل 79 من مجلة الاتصالات على انه يتولى معاينة المخالفات لاحكام هذه المجلة مامورو الضابطة العدلية.
[45] الهاشمي الكسراوي : الجريمة المعلوماتية مجلة القضاء والتشريع جويلية 2006 .
[46] يطلق عليها كذلك الجريمة السبرنياتية
[47] مجلة القضاء والتشريع ديسمبر 2004.

بشحن بطاقات رقمية غير مبرمجة بتلك الرموز السرية المستنسخة عن البطاقات الرقمية الأصلية ثم قام بواسطة متهم آخر ببيعها إلى كل من يرغب من الدخلاء في العبور غير المشروع الى بعض القنوات المشفرة بغاية استقبال بثها الهوائي الذي لا يتم عادة إلا بواسطة شفرة خاصة وعن طريق اشتراك خاص. فتمت إحالة المتهمين على القضاء لمقاضاتهما فالأول من اجل افتعال وثيقة معلوماتية والثاني من اجل مسك واستعمال تلك الوثيقة وفقا لأحكام الفصل 199 ثالثا جديد من المجلة الجنائية فقضت محكمة البداية بعدم سماع الدعوى وترك السبيل وإرجاع المحجوز بناءا على انتفاء الركن الشرعي للجريمة فاستأنفته النيابة العمومية فقضت محكمة الاستئناف بإقرار الحكم الابتدائي معتمدة نفس الأسانيد فتعقب الادعاء العمومي القرار الذي قررته محكمة التعقيب على نفس الأساس وإعمالا لمبدأ الشرعية[48] والتأويل الضيق للنص الجزائي.

فقرة ثانية: عدم ملائمة التشريع الالكتروني مع بعض المعاملات المدنية والتجارية :

إن الشكليات التي فرضها المشرع كشروط صحة في بعض المعاملات التجارية تتمثل أساسا في العقود الشكلية وهي عقود لا يكفي لصحتها توافق إرادة المتعاقدين بل ينبغي لتمامها احترتم شكل معين يضبطها النص القانوني.

فهل يمكن تعويض الكتب الخطي الورقي بالوثيقة الالكترونية إذا اشترط القانوني الكتابة لصحة بعض التصرفات ؟

للإجابة عن هذا السؤال يوجد مبدأ (أولا) واستثناء(ثانيا) .

أولا: المبدأ:

[48] يقتضي هذا المبدأ ان لا جرم بلا عقوبة بدون نص سابق الوضع أي انه ليس للقاضي أن يقرر تجريم الأفعال ولو كانت كانت غير أخلاقية أو حتى خارقة للقانون ومحدثة لضرر خاص أو حتى ضرر عام ولا ان يقرر له عقابا مستندا على قياس على أفعال شبيهة مجرمة من قبل المشرع ضمن نصوص جزائية أخرى فالسلطة التشريعية هي الهيكل الوحيد المخول له تحديد الجرائم ووضع العقوبات

تنص أحكام الفقرة الثانية من الفصل الأول من قانون التجارة والمبادلات الالكترونية على أنه " يجري على العقود الالكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون " أي بتعبير آخر فإن التعاقد الذي يبرم ويفرع في شكل الكتروني يضاهي تماما مثيله المفرغ في شكل ورقي في كل ما يقتضيه نظامه القانوني بما في ذلك صحته.

وبهذا يحصل جواب مبدئي بالإيجاب عن السؤال المطروح: إذا اشترط القانون الكتابة مطلقا لصحة تصرف كان إفراغه في وثيقة الكترونية كافيا لتحقيق الشرط المطلوب من ذلك ما نص عليه الفصل 190 من المجلة التجارية على أن : " كل تصرف في أصل تجاري بالبيع الاختياري أو الوعد ببيعه أو بإحالته مطلقا ولو كان هذا التصرف معلقا على شرط أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقتضي انتقال الأصل التجاري بالقسمة أو التصفيق أو بطريق المساهمة به في رأس مال شركة ، يجب إثباته بكتب وإلا كان باطلا " أو ما ينص عليه الفصل 343 فقرة أولى من مجلة الشغل: " عقدة التدريب وجوبا كتابة وإلا فإنها باطلة ".

وحيث على سبيل المقارنة لقي هذا السؤال في فرنسا جوابا بالإيجاب بعد فترة تردد شاع فيها العكس.

وبصدور قانون 13 مارس 2000 سوى المشرع الفرنسي ضمن الفصل 1316-1 من المجلة المدنية بين الكتب الالكتروني والكتب الخطي. غير أن ذلك خلق جدلا فقهيا فمن الفقهاء من اعتبر أن هذا التنظير محدود بإطاره وهو الإثبات ومن ثم فلا مجال لتوسيعه إلى ميدان صحة التصرفات.إلا أن شق آخر من الفقهاء اعتبر أن عموم التنظير لا يحتاج فيه إلى تفريق بين وظائف الكتابة ، فالكتب هو الكتب مهما كانت وظيفته ، ولا معنى لقبول الوثيقة الالكترونية أحيانا ورفضها أحيانا أخرى طالما قبل التعامل بها على أنها كتب خطي .

وقد دعم المشرع الفرنسي هذا الرأي استجابة لتوصية أوروبية مؤرخة في 8 جوان 2000 تتعلق بالتجارة الالكترونية. فأعد مشروع قانون يتعلق "بالثقة في الاقتصاد الرقمي" يضيف إلى المجلة المدنية الفصلين 1108 و1108-2 حول اشتراط الشكل الالكتروني لصحة العقود ، ويضمن بالفصل 1108- 1 بكل وضوح مبدأ المطابقة بين الكتب الالكتروني والكتب الورقي أي أن الوثيقة الالكترونية تقوم مقام الكتب الورقي بصورة خاصة في تأدية وظيفة الصحة .

غير انه بالنسبة للقانون التونسي فإن الجواب بالإيجاب عن السؤال المطروح آنفا لا يخلو من استثناءات .

ثانيا : الاستثناءات :

نظم المشرع التونسي عدة تصرفات قانونية شكلية تصعب ان لم نقل يتعذر ملائمة الوثيقة الالكترونية مع مقتضياتها فكلما تعلق الأمر بالتعامل العقاري (1) من بيع ونحوه ، أو بمعاملة تتطلب نظاما إشهاريا محكما وقائما على دفاتر عمومية كما في العقارات المسجلة والأصل التجاري (2) أو بتصرف خطي شخصي أي واجب التحرير من المتعاقد نفسه كالوصية الخطية ، وجب في ذلك تحرير كتب ورقي ولا تقبل الوثيقة الالكترونيــة (3) .

1- في خصوص التعامل العقاري :

تنص أحكام الفصل 581 من م إ ع على أنه " إذا كان موضوع البيع عقارا أو حقوقا عقارية أو غيرها مما يمكن رهنه يجب أن يكون بيعها كتابة بحجة ثابتة التاريخ

قانونا ولا يجوز الاحتجاج بالعقد المذكور على الغير إلا إذا سجل بقباضة المالية مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة " .

يستروح من هذا الفصل أن المشرع يشترط في بيع العقار إن يتم بحجة مكتوبة وثابتة التاريخ ولا يمكن الاحتجاج به إلا إذا ما وقع تسجيله بالقباضة المالية.

فهل تتلاءم هذه الوسائل مع الوثيقة الالكترونية ؟

تتجه الإشارة إن لاشيء في نظام التسجيل ما يوحي بإمكانية تأقلمه مع الوثائق الالكترونية لانعدام الربط المعلوماتي المعمم بين المتعاملين وإدارة التسجيل ، مما يوجب الإدلاء بسند ورقي .كما أنه فنيا لا يمكن إقحام بيانات التسجيل في نص الوثيقة لتعذر تغييرها بعد إمضائها الكترونيا يغني عن الوثيقة الورقية [49] ضرورة أن نظام التسجيل الحالي معد للتعامل الورقي وهو ما يطرح إشكالا ذا خطورة بالغة في قيمة الوثيقة الالكترونية يتمثل في مدى خضوعها لأحكام الفصل 87 من مجلة معاليم التسجيل والطابع الجبائي الذي يوجب تسجيل الوثائق والمؤيدات المدلى بها للمحكمة ويمنع على هذه الأخيرة الحكم بناء على مؤيدات غير مسجلة .

غير أنه في غياب نظام تسجيل الكتروني لا مفر إما من استخراج حجة ورقية أو في أحسن الأحوال اعتبار الوثيقة المستخرجة بمثابة التصريح ألشفاهي يسجل مقابل وصل يدلي له للمحكمة لكنه في النهاية مكتوب ورقي [50] .

وتتجه الإشارة إلى انه في صورة التفويت في عقار مسجل بالبيع وفي غير صورة تحرير العقد من عدول إشهاد أو أعوان سلك التحرير في إدارة الملكية العقارية حيث تعتبر الحجة الرسمية خارجة عن المجال الالكتروني ، فإن تحريره من محام غير متمرن طبقا للفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية لا يمكن أن يتم في شكل

[49] احمد بن طالب : الوثيقة الالكترونية ، مرجع سابق ، ص 78 .
[50] احمد بن طالب : الوثيقة الالكترونية ، مرج سابق ، ص 78 .

الكتروني لكثرة العوائق والتي منها وجوب إمضاء المحرر المعرف بهويته والتعريف بإمضاء الأطراف [51] وتسجيل العقد بالقباضة المالية قبل تقديمه للترسيم [52] .

وبالتمعن في عقد الشركة أيضا يتجلى لنا قصور الوثيقة الالكترونية على إعداد هذا النوع من التصرفات القانونية فقد جاء بالفصل 3 من مجلة الشركات أن عقد الشركة عدا شركة المحاصة يكون "بكتب خطي أو بحجة رسمية وإن كان من بين المساهمات حصص عينية تتعلق بعقار مسجل يجب أن يحرر طبقا للتشريع الجاري به العمل وإلا عد باطلا ".

ومن ثم فإن الوثيقة الالكترونية يمكن أن تكون سندا لعقد شركة محاصة أو أي نوع آخر من الشركات التجارية بشرط ألا يكون من بين مساهماتها عقارا مسجلا إذ في هذه الحالة الأخيرة يجب أن يقع تحرير العقد في شكل حجة رسمية خاضعة لأحكام الفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية بمعنى يختص بتحريره إما حافظ الملكية العقارية أو أحد الأشخاص المذكورين ضمن هذا الفصل .

ونظرا إلى أن رأس مال الشركة يتكون من مساهمات نقدية أو عينية أو عمـــــلا (الفصل 5 من مجلة الشركات التجارية) أقصى المشرع صلب الفصل الأول من القانون عدد 89 لسنة 2004 المؤرخ في 2004/12/31 المتعلق بإجراءات تأسيس الشركات عن بعد ، المساهمات العينية وذلك لحماية العقد التأسيسي لهذا النوع من الشركات من البطلان المنصوص عليه صلب الفصل الثالث من مجلة الشركات التجارية المشار إليه.

كذلك الشأن بالنسبة لعقد الوعد بالبيع والبيع النهائي في مادة البعث العقاري[53] فقد اشترط المشرع تحرير كتب الوعد بالبيع كما اوجب ان يتضمن ذلك الكتب بيانات

[51] الفصل 378 من م ح ع .

[52] الفصل 94 من م ح ع .

محددة قانونا فمن الناحية الشكلية فرض المشرع بالفصل 9 من قانون البعث العقاري ان يبرم الوعد بالبيع بمقتضى كتب.

وهنا تجدر الإشارة انه إذا كان موضوع الالتزام عقارا غير مسجل فان تحريره في شكل حجة رسمية أو غير رسمية يبقى رهبن إرادة الإطراف وبالتالي أمكن للوثيقة الالكترونية أن تكون سندا لهذا الالتزام على خلاف الأمر بالنسبة للعقار المسجل.

ومن ذلك المنطلق إذا تعذر إتمام التعريف بالإمضاء والتسجيل والترسيم بناءا على وثيقة الكترونية فلا جدوى من التعامل بهذه الكيفية بما أن إتمام الشكليات المذكورة يستوجب تقديم وثيقة التحرير وهو أمر متعذر. وبالتالي يتجه استبعاد الوثيقة الالكترونية من البيع العقاري بل ومن التعامل العقاري بصفة عامة بما أن الفصل 377 مكـرر من مجلة الحقوق العينية منطبق على جميع العقود والاتفاقات الخاضعة للترسيم مطلقا سواء كانت بيعا أو معاوضة أو رهنا أو غيرها مما يشمله الفصل 373 من مجلة الحقوق العينية.

2- في خصوص التعامل في الأصل التجاري :

أن ما ذكرناه آنفا بخصوص العقار المسجل يمكن قوله في الأصل التجاري ضرورة وأن الفصل 189 مكرر من المجلة التجارية خص المحامين بتحرير العقود المتعلقة بالأصل التجاري بشروط وإجراءات تذكر بتحرير العقود المتعلقة بالعقارات المسجلة .

ونظرا لأهمية الأصل التجاري في النسيج التجاري والاقتصادي أخضع المشرع جميع العمليات القانونية المتعلقة به إلى جملة من الإجراءات لا يتصور أن تنجز باستخدام الوثيقة الالكترونية وتوظيف وسائل الاتصال الحديثة ذلك أنها في ارتباط وثيق

---

[53] القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 والمتعلق بتحوير التشريع الخاص بالبعث العقاري .

بمؤسسات قانونية أخرى يظل طابعها الورقي المادي مصدر ضماناتها وأمانها كالسجل التجاري [54] والرائد الرسمي [55] والدفتر العمومي الممسوك من طرف كتابة المحكمة المختصة ترابيا [56] فضلا عن ارتباط هذه التصرفات القانونية بعدد من الهياكل المختصة كالمحكمة ، مصلحة الملكية التجارية ، المأمور العمومي وعدل التنفيذ .

كما انه لا يمكن تجاوز مسألة الآجال لأنها مسألة جوهرية في مؤسسة الأصل التجاري ذلك أن جميع التصرفات القانونية والحقوق المترتبة على الأصل التجاري مرتبطة في وجودها وصحتها باحتساب الآجال وهي جد متفرعة ومختلفة فلكل أجل منها نقطة بداية مختلفة وبالتالي فإنه لا يمكن المخاطرة بهذه المؤسسة بالولوج إلى عالم لا مادي افتراضي يكون التوقيت فيه متفاوتا بحسب الموقع الجغرافي للمستعمل وخاضعا في ضبطه إلى تقنيات تتمتع اليوم بنجاعة ما تلبث أن تفقدها بطلوع فجر يوم جديد .

3- الوصية الخطية:

تنص أحكام الفصل 176 من م ا ش أن الوصية " لا تثبت إلا بالحجة الرسمية أو بكتب محرر أو ممضى من الموصي " .إلا أن هذه الشروط تبدو مستعصية على الوثيقة الالكترونية لأن روح الوصية الخطية وفكرتها أن تكون مكتوبة بخط الموصي ومؤرخة وممضاة بيده تأكيدا لنية الإمضاء عنده وتحقيقا لإرادته الحرة والواعية وهو ما يفترض سندا ورقيا ولا يتلاءم إلا معه. لذا فلا مناص من استبعاد الوثيقة الالكترونية من تحرير الوصية خاصة أن مقومها الأساسي وهو الإمضاء الذي لا يبدو ممكنا بالنظر إلى سياق الفصل 176 من مجلة الأحوال الشخصية وظروف وضعه ومراد واضعه والتي تتظافر

[54] بالنسبة مثلا إلى وجوب تسجيل المكتري لاسمه إبان ابرام عقد كراء الاصل التجاري (الفصل 231م .ت) .
[55] بالنسبة لجميع الاشهارات وهي لا تحصى فكل عمل قانوني أو إجرائي يجب أن يخضع للإشهار بالرائد الرسمي فضلا عن الصحف اليومية والتعليق .
[56] الفصول 205 ،238 ، 239 و 241 من المجلة التجارية .

كلها للإيحاء بوجوب كتابتها يدويا بخط الموصى[57] وبالتالي لا يجوز تعويضه بإمضاء الكتروني ومن ثم لا يمكن تحرير الوصية الخطية بوثيقة الكترونية.

[57] محمود شمام ، الوصية في الفقه والقانون ، دار النجاح للطباعة والنشر والتوزيع ، تونس ، غير مؤرخ ، ص .101 و102 .