



التعاقد الالكتروني العقاري واشكالاته القانونية

الدكتور بوشعيب جوال

حاصل على شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون وقضايا المجتمع

جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية الشريعة فاس

المغرب

ملخص البحث باللغة العربية:

تهدف هذه الدراسة من جهة أولى الى ابراز مجموعة من الإشكالات الحقيقية والصلبة التي تضرب بالأساس في عمق وصلب المستهلك العقاري.

ومن جهة ثانية اخطاره وإعلامه بما يمكن ان يتعرض له من الغير، كاختراق الشبكات الالكترونية وغيرها من المسائل التي تدفعه الى التعاقد دون ان يعرف مدى خطورة ذلك. إضافة الى كونه الحلقة الأضعف لكونه بحاجة دائمة الى التوعية والإرشاد حتى لا يخاطر بنفسه ويقع ضحية نصب واحتيال.

فالعقد الالكتروني وان كان يحقق مزايا مختلفة تتجلى في السرعة ورفع الحرج والمشقة عن الأطراف المتعاقدة، الا ان مسألة الثقة تبقى نسبية في مثل هذه العقود التي يتم ابرامها عن بعد دون حضور الأطراف المتعاقدة في مجلس واحد، مما تبقى معه مسألة الخطورة واردة ومحققة على ارض الواقع.

وتجدر الاشارة في الأخير، فان جل التشريعات المقارنة منحت تعريفا محدد وواضحا لمفهوم العقد الالكتروني العقاري، حيث يشمل العقد التقليدي واي شكل اخر يظهر في المستقبل، في حين نجد المشرع المغربي في القانون رقم 53-05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية لم يأت بتعريف له.

مفاتيح البحث: التعاقد الالكتروني، العقار، التوثيق، القانونية، المشرع المغربي.



Research summary:

The study aims, firstly, to highlight a number of real and solid problems that primarily hit the heart of the real estate consumer.

Secondly, to notify and inform him of what he may be exposed to from others, such as hacking of electronic networks and other issues that push him to contract without knowing the extent of the danger. In addition to being the weakest link because he is always in need of awareness and guidance so as not to endanger himself and fall victim to fraud.

The electronic contract, although it achieves different advantages that are reflected in speed and relieving embarrassment and hardship for the contracting parties, but the issue of trust remains relative in such contracts that are concluded remotely without the presence of the contracting parties in one council, which remains with him the issue of danger is possible and realized on the ground.

It is worth noting in the end, that most of the comparative legislations have given a specific and clear definition of the concept of the electronic real estate contract, which includes the traditional contract and any other form that appears in the future, while the Moroccan legislator in Law No. 05-53 on the electronic exchange of legal data did not come with a definition for it.

Keywords: Contracting, electronic, real estate, legal, Moroccan legislator

Explanatory notes:

- The first sentence of the abstract states that the study aims to highlight a number of real and solid problems that affect real estate



consumers. These problems include, but are not limited to, the following:

- The risk of hacking into electronic networks and stealing personal information or financial data.
- The difficulty of verifying the identity of the other party to the contract.
- The lack of opportunity to inspect the property before signing the contract.
- The second sentence of the abstract states that the study also aims to inform consumers of these risks so that they can take steps to protect themselves. This includes being aware of the risks, taking steps to verify the identity of the other party to the contract, and using a reputable intermediary.
- The third sentence of the abstract states that the electronic contract has a number of advantages, such as speed and convenience. However, it also has some disadvantages, such as the lack of trust that can be present in a contract that is concluded remotely.
- The fourth sentence of the abstract states that most comparative legislations have provided a definition of the electronic real estate contract. However, the Moroccan legislator has not provided a definition in Law No. 05-53 on the electronic exchange of legal data

Keywords: Contrat, Electronic, Moroccan legislator , real estate, legal



مقدمة:

لقد عمل المشرع المغربي على اصدار مجموعة من القوانين المنظمة للمعاملات العقارية استجابة للتطور الحاصل في مجال تكنولوجيا المعلومات من جهة، وتحقيق التنمية الاقتصادية وتفعيل الامن العقاري من جهة ثانية، وامام هذا التطور الحاصل في مجال التكنولوجيا المعلوماتية أصدر المشرع المغربي القانون رقم 05.53 المتعلق بالتبادل الالكتروني مسايرة منه للتطور الحاصل الذي يعرفه ميدان المعاملات الاقتصادية والعقارية بصفة عامة، وتفعيلا لدور الملكية العقارية في مسار التنمية الاقتصادية والاجتماعية بصفة خاصة.

● أهمية الموضوع:

يعتبر توثيق المعاملات العقارية من الأهمية بمكان، نظرا لمكانته الاقتصادية والاجتماعية بين الافراد، خصوصا وان التوثيق الالكتروني العقاري يحتاج الى نوع من الضبط والفعالية والجودة، والا كان فيه نوع من المخاطرة التي قد تلحق ضررا جسيما بأحد طرفي العقد، لكونه تغيب فيه المواجهة الحقيقية للأفراد الذين قد يقعوا ضحية نصب واحتيال من جهة معينة لعدم معرفتهم، أو اطلاعهم بتقنيات وأساليب التعاقد الالكتروني الذي تنطوي تحته مجموعة من المخاطر، منها ما يصنف ضمن المخاطر التي تمس حقوق المستهلك العقاري وتستوجب حماية مدنية، ومنها ما يشكل جرائم نصب واحتيال يكون ضحيتها أيضا المستهلك العقاري وتحتاج الى حماية جنائية، إضافة الى هذه المخاطر التي ذكرتها انفا، هناك مخاطر أخرى من أهمها صعوبة التحقق والتأكد من أهلية المتعاقدين بسبب غياب الأطراف وعدم حضورهم مجلس العقد، مما يجعل إمكانية التعاقد مع ناقصي الاهلية امرا كثير الحدوث، لان جل مستخدمي شبكة الانترنت هم من المراهقين وصغار السن، فضلا عن تعرض شبكة الانترنت الى القرصنة الالكترونية.

● أسباب اختيار الموضوع:

يرجع الامر في اختيار الموضوع الى سببين رئيسيين

السبب الأول ان التعاقد الالكتروني في مجال المعاملات العقارية لازال يعرف نوعا من الغموض واللبس ويحتاج الى نوع من الحماية القانونية والقضائية.

السبب الثاني ان الآليات التي وضعها المشرع المغربي وغيره من التشريعات المقارنة لحماية المستهلك العقاري تظل محدودة وغير كافية سيما وأن مقتضيات القانونية لا تنطبق مع ما هو واقعي وملمس وراهنيتها تتوقف على تحقيق المصلحة العامة للأفراد.



● إشكالية الموضوع:

بما ان العقد الإلكتروني وسيلة من وسائل الاثبات القانونية في مجال المعاملات العقارية التي تهدف الى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والأمن القانوني والقضائي، فإلى أي حد استطاع المشرع المغربي ان يفرض الحماية اللازمة للأفراد في ظل هذا التطور الراهن في مجال التكنولوجيا المعلوماتية ويحد من إمكانية المخاطر التي قد تترتب عنه؟

ويتفرع عن هذه الاشكالية مجموعة من التساؤلات والتي يمكن اجمالها فيما يلي:

● ما المقصود بالعقد الإلكتروني العقاري؟ ثم ماهي شروطه وحجتيه؟

وما هي الاثار المترتبة عنه؟

منهجية البحث:

لقد اعتمدت في دراسة هذا الموضوع على نوعين من المناهج

✓ أولها المنهج المقارن الذي استحضرت من خلاله مجموعة من التشريعات المقارنة كالتشريعي المصري والتونسي والاردني والفرنسي لإبراز مدى تمكن هذه التشريعات من فرض الحماية اللازمة للأطراف المتعاقدة وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في مجال المعاملات العقارية.

✓ ثانيا المنهج التحليلي هدفت من خلاله الى تحليل النصوص القانونية وإبراز مدى تمكنها من الاستجابة لمتطلبات الواقع وتحقيق الرهانية المطلوبة في مجال المعاملات نظرا لأهمية الموضوع وقيمتها العلمية في مجال الدراسة والبحث والتقييم فقد قمت بتقسيمه الى مبحثين، تناولت في المبحث الأول: احكام العقد الإلكتروني العقاري " في حين عاجلت في المبحث الثاني " اثار العقد الإلكتروني العقاري.

المبحث الأول: احكام العقد الإلكتروني العقاري.

يعتبر العقد الإلكتروني العقاري وسيلة من وسائل الاثبات في مجال المعاملات العقارية، حيث تنتج عنه مجموعة من الاحكام والشروط والتي هي في حقيقة الامر أساس العقد الإلكتروني العقاري. وبما انه وسيلة من وسائل الاثبات القانونية فقد ارتأيت تقسيمه الى مطلبين تناولت في المطلب الأول " مفهوم وطبيعة العقد الإلكتروني العقاري " في حين عاجلت في المطلب الثاني " شروط العقد الإلكتروني العقاري.



المطلب الأول: مفهوم وطبيعة العقد الإلكتروني العقاري

سنناقش في هذا المطلب مفهوم العقد الإلكتروني العقاري "فقرة أولى" في حين سنعالج في الفقرة الثانية "طبيعة العقد الإلكتروني العقاري".

الفقرة الأولى: مفهوم العقد الإلكتروني العقاري

لم يعرف المشرع المغربي العقد الإلكتروني، بخلاف بعض التشريعات المقارنة، كالمشرع التونسي والمصري والأردني، وإنما اكتفى فقط بذكر الموضوعات المرتبطة به، وبين احكام انعقاده خاصة فيما يتعلق بالشروط التي يجب توفرها في الايجاب والقبول¹.

ويرجع الامر في ذلك الى أن طبيعة العقد الإلكتروني تتطور بتطور الزمان والمكان، وقد أحسن المشرع المغربي صنعا عندما لم يشر الى بيان مفهومه، بل ترك الامر للفقهاء ليعرفه حسب طبيعة المعاملة وحسب الزاوية التي ينظر منها اليه.

اما المشروع التونسي فقد وضعه في بعض المفاهيم المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني فعرف المبادلات الإلكترونية بأنها "المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية² وان التجارة الإلكترونية هي عبارة عن العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية³".

اما المشرع المصري فقد عرفه في المادة 89 بأنه عقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد⁴ في حين يرى المشرع الاردني بأن العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الإلكترونية كلياً أو جزئياً⁵.

وعرفه بعض الفقهاء بأنه مجموعة من الارقام والاشارات والرموز الأخرى ذات دلالة واضحة محررة على دعامة إلكترونية، او مرسلة بطريقة الكترونية، يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه، وتكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان سلامتها⁶.

وهناك من عرفه بأنه تلك العملية التي تتم بين طرفين بائع ومشتري وتمثل في عقد الصفقات وتسويق المنتجات عن طريق استخدام الحاسوب الإلكتروني عبر شبكة الانترنت وذلك دون حاجة لانتقال الطرفين، أو لقاءهما، بل يتم التوقيع الكترونياً على العقد⁷.

فالعقد المبرم على دعامة الكترونية يمتاز بكونه نوع جديد من التعاقد الذي يتم فيه استغلال بعض التقنيات الحديثة لأجل تسريع أنشطة التعاقد التي تساهم فيها الجهات التي تقدم خدمات المصادقة الإلكترونية الحاصلة على التزكية القانونية من طرف اللجنة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الإلكترونية وباحترام بعض الاساليب التقنية التي ينفرد بها كل مستعمل على حدة⁸.



فالعقد الإلكتروني العقاري هو مجموعة من البيانات والأرقام تكون واضحة الدلالة يكون بالإمكان التعرف عليها بصفة قانونية محررة على دعامة الإلكترونية.

الفقرة الثانية: طبيعة العقد الإلكتروني العقاري

بالرجوع الى القانون 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني نجده يحدد بشكل صريح المعاملات التي لا يمكن ان يسري عليها هذا النوع من العقود حيث اشار الفصل 1-2 من ق، ل، ع، المتمم بمقتضى المادة الثانية من القانون 05, 53 على ما يلي:

"عندما تشترط الكتابة لصحة تصرف قانوني، يمكن اعدادها وحفظها بشكل الكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في الفصلين 1-417 و 2-417 ادناه.

يمكن للملتزم عندما يطلب منه بيان مكتوب بيده ان يقوم بتحريره بشكل الكتروني اذا كان من شان شروط تحريره ضمان انه الوحيد الذي يمكنه القيام بذلك، غير ان الوثائق المتعلقة بتطبيق احكام مدونة الاسرة و المحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية، او العينية ذات الطابع المدني، او التجاري لا تخضع لأحكام هذا القانون ما عدا المحررات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته "

نستنتج من خلال هذه المواد ان جميع التصرفات القانونية بما في ذلك التصرفات العقارية تخضع للتوثيق الإلكتروني المنظم بموجب القانون 05. 53 باستثناء الوثائق المتعلقة بتطبيق احكام مدونة الاسرة، لأنها من النظام العام فلا يمكن تصور ابرار عقد الزواج الكترونيا بل لا بد من استيفائه للشروط القانونية، لان التعاقد في هذا المجال يقتضي الحضور الفعلي للمتعاقدين ونفس الامر يقاس على باقي المسائل و القضايا الاخرى المرتبطة بمدونة الاسرة، ثم ان المحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية، أو العينية تنطوي على خطورة تتعلق بنوع الأموال، او قيمتها، أو بمدة العقود التي تكون في الغالب طويلة الأمد، فالأوراق المالية التي يجوز تداولها بالبيع والشراء مثل اوراق الاسهم والسندات المتداولة في البورصات تتضمن قيمة مالية في ذاتها، و تداولها يعني قبضها باليد ليس بالطرق الإلكترونية⁹

المطلب الثاني: شروط العقد الإلكتروني العقاري.

ان المشرع المغربي حدد هذه الشروط في الفصل 1-417 من ق، ل، ع المعدل بمقتضى القانون رقم 05. 53 في فقرته الثانية والتي جاء فيها ما يلي، "تقبل الوثيقة المحررة بشكل الكتروني للإثبات شأنها شأن الوثيقة المحررة على الورق شريطة أن يكون بالإمكان التعرف عليها بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه، وان تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها."

ونفس الاتجاه ذهب اليه المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني والتي نصت على أنه "يعتبر الاثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالأثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي



أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها " وكذلك نصت المادة 08 من القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الصادر ب 01 فبراير 2015¹⁰ والتي تقضي بأنه "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثل للتوقيع المكتوب سواء، أكان لشخص طبيعي او معنوي."

وأول هذه الشروط التي اشار اليها المشرع المغربي ان تكون مكتوبة على دعامة الكترونية "فقرة أولى" وأن يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه "فقرة ثانية" وأن تكون معدة ومحفوظة "فقرة ثالثة"

الفقرة الأولى: أن تكون مكتوبة على دعامة الكترونية.

نص المشرع المغربي في الفصل 1-2 من قانون الالتزامات والعقود المعدل بمقتضى القانون رقم 05.53 على أنه " لا بد أن يتم تحرير المحرر الكتابي."

ويقصد بالمحرر الكتابي حسب هذه الفقرة هو الاسلوب الذي يتم من خلاله التعبير عن الإرادة بشكل مادي ظاهر على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات وإخراجها عبر شاشة الحاسوب والتي تتم عن طريق تغذية الجهاز بهذه المعلومات بواسطة وحدات الادخال والتي تتبلور في لوحة المفاتيح، أو استرجاع المعلومات المخزنة في وحدة المعالجة المركزية¹¹

إن الاحتجاج بالمحررات الالكترونية تعتمد في كتابتها على الاشارات والرموز والارقام بمقتضى أن تكون مقروءة ومفهومة لدى أطراف العقد ولن يأتي ذلك إلا باستعمال رموز وحروف معروفة لديهم، وهذا الشرط بطبيعة الحال متوفر في الكتابة الالكترونية وإن كان ذلك يستدعي استعمال الحاسوب الآلي عن طريق برامج معينة تقوم بترجمة هذه الرموز المستعملة إلى اللغة التي يفهمها ويستوعبها الإنسان¹²

الفقرة الثانية: امكانية التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه.

بالرجوع الى الفقرة الأخيرة من الفصل 1-417 من ق، ل، ع المعدل بمقتضى القانون رقم 05.53 «تقبل الوثيقة المحررة بشكل الكتروني للإثبات ... شريطة أن يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه"

ويضيف الفصل 2-417 من نفس القانون على أن التوقيع الضروري لإتمام وثيقة قانونية التعرف على الشخص الموقع ويعبر عن قبوله للالتزامات الناتجة عن الوثيقة المذكورة "

فالتوقيع هو علامة خطية بيومترية مميزة لشخصية الموقع عن غيره وتضمن تحديد هويته، إضافة إلى تحديد هذه الأخيرة يجب أن يحدد ذاتيته بما يؤكد سلطته في ابرام التصرف القانوني ورضاه بمضمونه ويكون دالا على شخصية الموقع¹³



يستشف من خلال هذه الفقرة أن المشرع المغربي كان حريصا على التأكد من سلامة الشخص الذي صدرت عنه الوثيقة، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على ان المعاملات العقارية تنبني على الثقة والمصادقية حتى لا يقع لبس، أو غموض، أو تزوير، أو تحريف في بنية الوثيقة التي هي أساس المعاملات العقارية.

الفقرة الثانية: ان تكون معدة ومحفوظة وفق شروط تضمن سلامتها وتمايمتها.

بالرجوع الى الفقرة الثانية من الفصل 1-417 من قانون 53-05 نجدها تنص على ما يلي "..... ان تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تمايمتها"

ان الهدف الأسمى من ابراز هذا المقتضى هو حفظ سلامة العقد الإلكتروني من التحريف والتلف، ويرى بعض الفقه ان المقصود بالمعنيين التاليين:

الأول: حفظ العقد الإلكتروني من التحريف أي من كل محو، أو تغيير لما هو مكتوب فيها وهذا مطلوب في الوثيقة المحررة على الورق، ولتأمين حفظ العقد الإلكتروني من التحريف ابتكر العلم وسائل خاصة أهمها التشفير¹⁴.
ومسألة التشفير تحتاج الى اهل الاختصاص من تقنيين وقانونيين والهدف من ذلك هو تطوير الوثيقة الإلكترونية واعطائها حماية أكثر قانونيا وتقنيا، مما يجعلها جديرة بالاحترام والثقة من جهة وبالوصول على الحجية القانونية في الاثبات من جهة ثانية.

ثانيا: حفظ العقد الإلكتروني من التلف، أي حماية الحامل الإلكتروني أيا كان نوعه، او شكله من التلف والاضمحلال سواء بفعل انسان، او بفعل الزمن، او بفعل الفيروسات¹⁵

فالقصد والغاية من التنصيص على هذا المقتضى هو حماية العقد الإلكتروني العقاري من التزوير، او التحريف، الا ان هذا الامر يحتاج الى تقنيات حديثة وأكثر قوة وحماية للعقد الإلكتروني.

ونشير في ختام هذا المقتضى التشريعي الى ان مسألة حفظ العقد الإلكتروني العقاري تحتاج الى نوع من الفعالية والصيانة، والا كان في ذلك نوع من المخاطرة والتي يمكن ان تنتج عنها اثار سلبية تجاه الأطراف المتعاقدة بشكل عام.

المبحث الثاني: الاثار العقد الإلكتروني العقاري

ان الهدف الاسمى من تنزيل المقتضيات القانونية والدستورية هو توسيع مجال تطبيق القانون ليشمل كل المجالات السياسية و الاقتصادية والاجتماعية بصفة عامة والمعلوماتية بصفة خاصة حتى لا تبقى منحصرة في شكل معين يعتمد على الجانب التقليدي دون مسايرة التطور السريع في مجال تكنولوجيا المعلومات و الامر هنا يتعلق بالقانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية لإعادة النظر في مفهوم الدليل الكتابي بهدف تجاوز



الفراغ التشريعي في مجال الاثبات بالطرق الالكترونية الحديثة من جهة و توسيع مفهوم الدليل الكتابي ليشمل التوثيق الالكتروني العقاري وفقا للشروط القانونية سواء كان ناتجا عن ورقة رسمية، او عرقية.

وبالعودة الى الفقرة الثانية من الفصل 1-417 من ق.ل.ع المعدل بمقتضى القانون رقم 05. 53. نجدها تنص على ما يلي "تقبل الوثيقة المحررة بشكل الكتروني للإثبات شأنها شأن الوثيقة المحررة على الورق شريطة ان يكون بالإمكان التعرف عليها بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه، وان تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها."

"فاذا تحققت هذه الشروط في الوثيقة الالكترونية الرسمية آنذاك يمكن الاحتجاج بها كوسيلة للإثبات " مطلب اول " ثم ان العقد الالكتروني العقاري تنتج عنه مجموعة من الآثار القانونية " مطلب ثان."

المطلب الأول: حجية العقد الالكتروني العقاري

لقد اعترف المشرع المغربي بالتعاقد الالكتروني كوسيلة من وسائل الاثبات القانونية، حيث جاء في الفصل 1-418 من قانون الالتزامات والعقود ما يلي "تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة الكترونية بنفس قوة الاثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق.

وتنص المادة 18 من القانون المصري على ما يلي "يتمتع التوقيع الالكتروني والكتابة الالكترونية والمحركات الالكترونية بالحجية في الاثبات:

إذا توافرت فيها الشروط الآتية:

- ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره.
- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الالكتروني.
- إمكانية كشف أي تعديل، او تبديل في بيانات المحرر الالكتروني، او التوقيع الالكتروني¹⁶.

يستفاد من هذه المقتضيات التشريعية ان الوثيقة المحررة الكترونيا والتي تتضمن توقيعها الكترونيا لها نفس حجية الوثيقة المحررة على الورق والتي تتضمن توثيقا يدويا، ومنه فان التوقيع الالكتروني له نفس حجية التوقيع التقليدي، وقد اعتبرت محكمة النقض في قرار عدد 250 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 06-06-2013 في الملف رقم

894/3/1/2012

"إن الوثيقة الالكترونية دليلا كافيا للإثبات قائما بذاته¹⁷.

نستشف من خلال هذا القرار ان المشرع المغربي اضى على مثل هذه الوثائق الحجية في الاثبات بمقتضى الظهير الشريف بتنفيذ القانون رقم 05-53 المؤرخ في 30-11-2007 المتعلق بالتبادل الالكتروني تميما



للفصل 417 من قانون الالتزامات والعقود، حيث اعتبرها دليلا كتابيا بعد ان عرف الدليل الكتابي بانه الدليل الناتج عن الوثائق المحررة على الورق، او الوثائق الخاصة او عن اية إشارات او رموز أخرى ذات دلالة واضحة كيما كانت دعامتها وطريقة ارسالها.

فالمشرع المغربي تبني التوجه الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة بأخذه لمبدأ المقاربة الوظيفية للاعتراف بمعادلة التوقيع الإلكتروني للتوقيع التقليدي، غير ان ذلك يبقى متوقفا بطبيعة الحال على تعزيز الثقة والطمأنينة لدى المتعاملين بالسندات الالكترونية الموثقة بالتوقيع الإلكتروني، الا انه قد تبني بالأساس جل المقتضيات الجوهرية عن القانون المدني الفرنسي بعد تعديله وتتميمه في مجال التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية¹⁸.

وينص الفصل 3-417 من قانون 05-53 في فقرته الأخيرة على ما يلي "تتمتع كل وثيقة مذيبة بتوقيع الكتروني مؤمن والمختومة زمنيا بنفس قوة الاثبات التي تتمتع بها الوثيقة المصادق على صحة توقيعها والمذيلة بتاريخ ثابت"

وهذه المحاولة بين العقد المحرر على دعاء ورقية والعقد المحرر على دعامة الكترونية فرضها الواقع، بحيث كان لزاما على المشرع ان يفرض هذه المعادلة بين المحررين التقليدي والالكتروني من اجل طمأننة المتعاقد الإلكتروني وتحفيزه على الاقدام على مثل هذه العقود الالكترونية، لان في ذلك توفير للوقت بالنسبة للمتعاقدين، وتفعيل هذا المقتضى بشكل إيجابي وملموس يجب ان يصدر من طرف الجهات المخول لها توثيق المعاملات العقارية والمنصوص عليها في المادة 4 من القانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، والا فقدت رسميتها وخرجت من نطاق الوثيقة الرسمية المحررة بشكل تقليدي.

ومن الملاحظات التي يمكن اثارها في هذا الموضوع ما يلي:

ان المشرع المغربي لم يحدد بشكل مباشر الجهات المخول لها توثيق المعاملات العقارية الالكترونية.

ثانيا: هل يعتبر المحرر الإلكتروني المحرر من طرف محام مقبول للترافع امام محكمة النقض محررا رسميا اذا توفرت فيه نفس الشروط المنصوص عليها في الفصل 1-417 و2-417 والتي يمكن اجمالها فيما يلي:

✓ ان يكون بالإمكان التعرف على الشخص الذي صدرت عنه.

✓ ان تكون مكتوبة على دعامة الالكترونية،

✓ ان تكون معدة ومحفوظة وفق شروط تضمن سلامتها وتمايمتها.



فالكتابة الالكترونية لكي تقوم بوظيفة الكتابة الورقية التقليدية ولكي تتمتع بالحجية يجب ان تتوفر فيها شروط الكتابة المعتبرة قانونا، وهي ان تكون مقروءة وتتصف بالاستمرارية والثبات، وعدم قابليتها للتلاعب والتعديل والا كان في ذلك نوع من المخاطرة التي ستلحق ضررا فاحشا بأحد طرفي العقد.

وتجدر الإشارة في الأخير الى ان المشرع المغربي نص في المرسوم رقم 181.18,2¹⁹ المتعلق بتحديد شروط وكيفيات التدبير الالكتروني لعمليات التحفيظ العقاري لا يمكن الاحتجاج بها الا بعد تقييدها بالرسم العقاري وهو ما أشارت اليه المادة الثانية من المرسوم المذكور أعلاه، ويقصد بعمليات التحفيظ العقاري حسب هذه المادة والتي يمكن تدبيرها بطريقة الكترونية وفق احكام هذا المرسوم : الإجراءات المتعلقة بالتحفيظ العقاري والمسح العقاري والخرائطية المنصوص عليها في المقتضيات التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل ولا سيما منها :

اشهار الحقوق العينية والتحملات العقارية.

تأسيس الرسوم العقارية ونظائرها.

طلب وتسليم الشهادات ونسخ الوثائق العقارية وغيرها من العمليات العقارية المرتبطة بمسطرة التحفيظ العقاري، وعلى هذا الأساس فان العقد الالكتروني العقاري في مجال التحفيظ العقاري لا يمكن الاحتجاج به الا بعد تقييده بالرسم العقاري.

المطلب الثاني: اثار التعاقد الالكتروني العقاري

أولا : ان المشرع المغربي في معرض تناوله للتصرفات العقارية المستثناة من إمكانية ابرامها بالطريق الالكتروني لم يذكر التصرفات المنشئة والناقلة للملكية العقارية، ولا حتى التصرفات المنشئة والناقلة للحقوق وايجارها، حيث نصت المادة 02/2 من القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية " ان الوثائق المتعلقة بتطبيق احكام مدونة الاسرة والمحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية، او العينية ذات الطابع المدني، او التجاري لا تخضع لأحكام هذا القانون ماعدا المحررات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته".

ويعتبر بعض الفقه بان المشرع المغربي وان كان هدفه الطرف الذي لا إلمام له بتقنيات الاتصال والتعاقد الالكتروني، الا انه ما كان عليه ان يستثني الضمانات الشخصية، او العينية في الميدانيين التجاري والمدني وهو يسعى الى تطبيق القانون رقم 05-53 على الحقوق العينية، وان المادة 42 من قانون رقم 05-53 تنص على ان تحديد شروط وكيفيات تطبيق احكام هذا القانون على الحقوق العينية بمرسوم²⁰

ثانيا: صعوبة اثبات التدليس فيما يخص العقود الالكترونية وذلك اعتبارا للطبيعة غير المادية للمعلومات والبيانات التي يجري نقلها عبر تقنيات الاتصال الحديثة²¹.

ثالثا: إذا كان اعمال عقد الاكراه يشترط فيه تحقق شروط معينة²²



منصوص عليها في ق، ل، ع، الا ان المستهلك العقاري يمكن ان يقع ضحية اكراه اقتصادي، وبالتالي فان نظرية الاكراه التقليدية لا توفر له الحماية المرجوة

رابعاً: ما طبيعة المحررات الصادرة عن المحامين المقبولين للترافع امام محكمة النقض هل تدخل ضمن طبيعة المحررات الرسمية ام هي مستثناة من القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للعقود العقارية.

خامساً: ان المشرع المغربي عند وضعه لقانون 05-53 أغفل استشارة اهل الاختصاص في المجالين التقني والقانوني من اجل تطوير الوسائل التقنية الحديثة عملياً وحمائتها قانوناً، فتطويرها يجعلها جديرة بالحصول على الحجية القانونية للإثبات.

سادساً: ان المشرع المغربي لم يحدد الجهات القانونية التي يحق لها ابرام العقود الالكترونية العقارية بشكل واضح بخلاف العقود المحررة على الورق بمقتضى المادة 4 من القانون رقم 39-08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية والا فقدت رسميتها، غير انه أشار في المادة 42 من قانون 53-05 على ان تحديد شروط وكيفيات تطبيق احكام هذا القانون على الحقوق العينية بمرسوم وهو لم يصدر الى حد الساعة، مما يجعل الكثير من الباحثين والمهتمين بالشأن القانوني والعقاري يتساءلون عن الجهات المخول لها توثيق المعاملات الالكترونية العقارية.



خاتمة:

ان ظهور فكرة التعاقد الإلكتروني العقاري غيرت من مفهوم التعاقد التقليدي، اذ تراجع هذا الأخير بعد دخول التعاقد الإلكتروني العقاري وبسرعة شديدة في مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية والمعلوماتية، وبما انه واقعة مستجدة على الفكر القانوني، فقد صدرت تشريعات تنظمه وتعطيه الاطار القانوني الخاص به، وذلك لما له من أهمية في التصرفات القانونية وخاصة العقارية، الا انها لم تأت صراحة على ذكر العقد الإلكتروني في صورته الرقمية القادرة على تحقيق الحجية، بل انها جاءت لتنظيم العقد الإلكتروني بصفة عامة، وذلك مخافة ظهور اشكال أخرى تضاهي العقد الإلكتروني الرقمي في تحقيق الحجية، إضافة الى ان المشرع المغربي لم يهتم بتقنيات التشفير والمصادقة الإلكترونية خصوصاً وان التصرفات بتنوعها واختلافها تكون عبر وسيط الكتروني لامادي ولا محسوس، تتخلله مخاطر عدة، تلحق ضرراً بليغاً بالأطراف المتعاقدة .

توصيات:

- العمل على مواكبة التطورات الحديثة الحاصلة على مستوى آليات الاستهلاك الإلكتروني في مجال المعاملات العقارية لحماية سائر التصرفات المبرمة عبر الإنترنت.
- تكوين قضاة وفرق متخصصة بالمحاكم الابتدائية تختص بالنظر في النزاعات المتعلقة بعقود الاستهلاك العقاري.
- العمل على نشر ثقافة التسوق عبر شبكة الإنترنت من خلال تنظيم ندوات وبرامج تحسيسية تهدف إلى توعية المتعاقد الإلكتروني العقاري بحقوقه التي يتمتع بها.
- ضرورة استعمال اللغة العربية في العقود الإلكترونية العقارية لفهم محتوى بنود العقد الذي يقدم عليه المتعاقد الإلكتروني احتراماً للمقتضيات الدستورية.

الهوامش:

- ¹ المادة الأولى من القانون رقم 53-05 "يحدد هذا القانون النظام المطبق على المعطيات القانونية التي يتم تبادلها بطريقة الكترونية، وعلى المعادلة بين الوثائق المحررة على الورق وتلك المعدة على دعامة الكترونية، وعلى التوقيع الإلكتروني.
- ² كما يحدد الإطار القانوني المطبق على العمليات المنجزة من قبل مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية، وكذا القواعد الواجب التنفيذ بها من لدن مقدمي الخدمة المذكورين ومن لدن الحاصلين على الشهادات الالكترونية المسلمة.
- ³ شحاتة غريب "العقد الإلكتروني في التشريعات العربية" دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع سنة 2007 الطبعة الأولى، الصفحة 63
- ⁴ نفس المرجع ص 32
- ⁴ عمر الرواضي "المقتضيات القانونية والتقنية للتعاقد الإلكتروني وحجيتها في الإثبات" رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة 2016-2015 ص 11



- 5 نقلا عن كتاب مصادر الالتزامات، الكتاب الأول نظرية العقد عبد القادر العرعاري، دار الأمان، الرباط، الطبعة السادسة 2018 ص 105
- 6 فاطمة بن الغازي، محاضرات في العقود الخاصة - عقد البيع - كلية الحقوق مكناس، السنة الجامعية 2019-2018 ص 74
- 7 حسن فاروق 'البريد' الإلكتروني، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1999 ص 90
- 8 عبد القادر العرعاري "العقود الخاصة الكتاب الأول، عقد البيع، مطبعة الأمانة السنة 2017 ص 81-82
- 9 فاطمة بن غازي " محاضرات في العقود الخاصة، عقد البيع مرجع سابق ص 66
- 10 القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين المؤرخ في 01 فبراير 2015 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 06 الصادر في 10 فبراير 2015
- 11 ، لورنس محمد عبيدات " اثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى 2005 ص 56
- 12 محمد اهتوت " شكلية الاثبات في العقود الإلكترونية، مقال منشور بالموقع الإلكتروني التالي: <https://www.araclaw.com> تم الاطلاع عليه بتاريخ 2022 على الساعة 11: 43
- 13 حسن عبد الباسط، اثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت دار النهضة 2002 ص 28
- 14 تنص المادة 12 من القانون 05-53 على ما يلي "تهدف وسائل التشفير على الخصوص الى ضمان سلامة تبادل المعطيات القانونية بطريقة الكترونية، او تخزينها، او هما معا، بكيفية تمكن من ضمان سريتها وصدقها ومراقبة تماميتها.
- يراد بوسيلة التشفير كل عتاد او برمجية او هما معا، ينشأ او يعدل من اجل تحويل معطيات سواء كانت عبارة عن معلومات او إشارات او رموز استنادا الى اتفاقيات سرية او من اجل انجاز عملية عكسية لذلك بموجب اتفاقية سرية او بدونها
- يراد بتقديم خدمة التشفير كل عملية تهدف الى استخدام وسائل التشفير لحساب الغير
- 15 محمد يحيى مطر، وسائل الاثبات في القضايا المدنية والتجارية، المكتبة القانونية، الدار البيضاء، بيروت، طبعة 1991 ص 10
- 16 قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 سنة الصادر سنة 2004
- 17 قرار قرار عدد 250 الصادر بتاريخ 06/06/2013 القاعده تقول "لن كان التوقيع هو المحسد لإرادة الملتزم ويتم في الحالات العادية بوضع علامة بخط يد الملتزم نفسه طبقا لأحكام الفصل 426 من قانون الالتزامات والعقود، فإن التوقيع الإلكتروني لا يكون بنفس طريقة التوقيع التقليدي بل إنه وبمقتضى الفصل 417 من نفس القانون يكون بكل ما يتيح التعرف على الشخص الموقع ويعبر عن قبوله للالتزامات الناتجة عن الوثيقة الإلكترونية ومن ثم لا يشترط توقيع هذه الوثيقة بيد الملتزم ولا وضع خاتمه عليها.
- 18 احمد ادريوش "تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، مطبعة الأمانة، الطبعة الأولى 2009 ص 18
- 19 مرسوم رقم 181.18.2 صادر في 2 ربيع الاخر 1440 (10 ديسمبر 2018) بتحديد شروط وكيفيات التدبير الإلكتروني لعمليات التحفيظ العقاري والخدمات المرتبطة بها.
- 20 محمد محروك "خصوصيات التوقيع الإلكتروني وحجتيه في الاثبات، المؤتمر العلمي المغربي الأول حول المعلوماتية والقانون المنعقد في 28 - 29 أكتوبر 2009 اكااديمية الدراسات العليا- طرابلس- ليبيا ص 31 و32
- 21 عبد الحق الصافي " الوجيز في القانون المدني الجزء الأول، المصادر الارادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2016 ص 4
- 22 ينص الفصل 47 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: الإكراه لا يخول إبطال الالتزام إلا: 1 - إذا كان هو السبب الدافع إليه؛ 2 - إذا قام على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه إما ألما جسميا أو اضطرابا نفسيا، أو الخوف من تعريض نفسه أو شرفه أو أمواله لضرر كبير، مع مراعاة السن والذكورة والأنوثة وحالة الأشخاص ودرجة تأثرهم.