

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك ، عدد (ماي) 103

❖ مع موايدج العدد 103 لشهر ماي :

- التجارة الإلكترونية في المنطقة العربية.
- واقع التجارة الإلكترونية في مواجهة الجائحة.
- البصمة الوراثية كدليل في المادة الجزائية.
- ضوابط الفتوى من خلال وسائل الإعلام .
- الحساب الجاري كآلية لتسوية الديون.
- دور السلطة القضائية في حماية الجمعيات.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

صفحة رئيسية | مدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والمراسلات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محبوبي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... المزيد	
كثف القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديدي عميد جامعة لاهي الدولية (2012/10/21)... المزيد	
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والفقه المغربي : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	
قراءة في النظام الفتوي للبروتوكول (قانون 02/15) : الأستاذ القبطي الطيب بن لمقدم محام بهيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد	

المقالة الرئيسية

اللجنة الاستشارية

أهداف المجلة

أخبار المجلة

المؤلفون

المدير المسؤول

شروط النشر

مقالات فقهية

مقالات مقارنة

مقالات بالفرنسية

حوارات علمية

تقارير جامعية

المساهمون بالمجلة

أعداد المجلة

إشراك بالمجلة

العدد 103 ماي 2021

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- معلومات الكاتب مع ملخصين بالعربية والانجليزية.
- ألا تقل الصفحات عن 3000 كلمة وأن لا تتجاوز 9000 .
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكدك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرنسي : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري : أستاذ بكلية الحقوق السويدي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبى : أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد 103 لشهري ماي 2021

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 103 لشهر ماي 2021 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكداك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. التجارة الإلكترونية في المنطقة العربية "دراسة قانونية مقارنة" : كرم محمد زيدان النجار ، محامي وباحث

بصف الدكتوراة بالسنة الرابعة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة- تونس.....06

3. واقع التجارة الإلكترونية في مواجهة جائحة كورونا في الجزائر : الدكتورة سعاد يجياوي ، أستاذة محاضرة

أ- كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مصطفى اسطمبولي ، معسكر - الجزائر.....30

4. أثر البصمة الوراثية كدليل علمي في المادة الجزائية : منذر عبد الرزاق مصلح العميره ، دكتوراه قانون

عام - القانون الجنائي ، جامعة عمان العربية ، الأردن ، عضو هيئة تدريس جامعة الشرق الأوسط

-المملكة الأردنية الهاشمية.....52

5. ضوابط الفتوى في الإعلام : الدكتور خالد عبد الجابر الصليبي ، أستاذ القضاء الشرعي والفقه المقارن

المساعد ، قسم الشريعة الإسلامية -كلية الشريعة والقانون - بالجامعة الإسلامية بغزة فلسطين.....72

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

6. Le compte courant : un mécanisme de règlement des créances : Nizar Hamrouni

Maître assistant à l'université du Roi Fayçal - l'Arabie Saoudit.....103

✓ تقارير :

7. دور القضاء في حماية الجمعيات : محور ندوة تفاعلية للمجلس الوطني لحقوق الإنسان ، (تقرير تركيبي من

إعداد إبراهيم اشويعر دكتور في الحقوق).....130

ترتيب المقالات يخضع لإعبارات فنية

كل المقالات المنشورة نعبر عن آراء كاتبها ولا نعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد 103 لشهر ماي 2021



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكالك

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد 103 لشهر ماي 2021 من مجلة الفقه والقانون الدولية ، وقد شمل العدد الجديد العديد من الدراسات والأبحاث الهامة من عدة هيئات و جامعات وكليات ومراكز ومعاهد بحث عربية عريقة ونخص بالذكر :

- كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة- تونس.
- كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مصطفى اسطمبولي ، معسكر- الجزائر.
- كلية الحقوق ، جامعة عمان العربية ، وجامعة الشرق الأوسط المملكة الأردنية الهاشمية.
- كلية الشريعة والقانون - بالجامعة الإسلامية بغزة فلسطين.
- كلية الحقوق جامعة الملك فيصل - المملكة العربية السعودية.

فشكرا لجميع الباحثين بالعالم الذين أكرمونا بتوجيهاتهم و بحوثهم ودراساتهم الأكاديمية القيمة الرصينة، وساهموا في مزيد من التقارب والتواصل والتفاعل بين الباحثين في العلوم الشرعية والقانونية .

ومن بين المواضيع القيمة التي ناقشها العدد الجديد ما يلي :

- التجارة الإلكترونية في المنطقة العربية "دراسة قانونية مقارنة" .
- واقع التجارة الإلكترونية في مواجهة جائحة كورونا في الجزائر.
- أثر البصمة الوراثية كدليل علمي في المادة الجزائية.
- ضوابط الفتوى في الإعلام.

▪ **Le compte courant : un mécanisme de règlement des créances .**

▪ دور القضاء في حماية الجمعيات.

ختاما لا تنسوننا من دعائكم وتوجيهاتكم ، وجعلنا العلي القدير مثل البنيان المرصوص يشد

بعضه بعضا .

مع تحيات المدير المسؤول

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.be.ma

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

التجارة الإلكترونية في المنطقة العربية "دراسة قانونية مقارنة"

Electronic commerce in the Arab region

A comparative legal study



كرم محمد زيدان النجار ، محامي ، وباحث بصف الدكتوراة

بالسنة الرابعة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة - تونس

Karam mohammedAlnajjar , Lawyer, and PhD student,

fourth year , Faculty of Law and Political Science, Sousse - Tunisia

ملخص:

يتناول هذا البحث موضوع التجارة الإلكترونية التي تقوم على أساس السرعة وتجاوز الحواجز المكانية والزمنية بين مختلف الأسواق، من حيث بيان دورها في العصر الحديث الذي يشهد ثورة في مجال تكنولوجيا المعلومات والمخاض تكلفة الاتصالات، وبيان الواقع الفعلي لتنظيمها في ظل التقدم التكنولوجي الذي يعيشه العالم في الأعوام الأخيرة، فقد غيرت الإنترنت وجه عالم التجارة والأعمال وساهمت في تحقيق الوجود الفعلي للتجارة الإلكترونية. وقد كانت تونس أولى الأنظمة العربية اهتماماً بالتجارة الإلكترونية إذ واكب قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي مستجدات ومتطلبات التجارة الإلكترونية، وكذلك فعلت بعض التشريعات العربية، فقد صدر في فلسطين قانون المعاملات الإلكترونية، بينما لا زالت قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين هي المهيمنة على تعاقدات التجارة الإلكترونية في البعض الآخر كما في مصر التي لم تصدر بعد تشريع لضبط التعامل في التجارة الإلكترونية وحماية المواطنين الذين يتعاملون بالبيع والشراء عبر الإنترنت.

وتناولنا موضوع عقود التجارة الإلكترونية ومزاياها، وختم البحث بذكر أهم النقاط اللازمة لتطوير بيئة التجارة الإلكترونية التي أضحت أداة رئيسية في التجارة الدولية.

الكلمات المفتاحية : المعاملات الإلكترونية، الوسيط الإلكتروني، التسوق الإلكتروني، المستهلك.

Abstract :

This research addresses the subject of electronic commerce, based on speed and overriding spatial and temporal barriers between different markets, in terms of illustrating its role in the modern-day which witness revolution in information technology field and the decrease of the cost of communications. And reflect the actual reality of organizing it, in the light of the technological advances of the world in recent years. The internet changed business and commerce world and contributed to achieve the actual reality of electronic commerce. Tunisia has been the first Arab regimes paid attention to the electronic commerce. Tunisia's law of trade and electronic commerce has kept up with development and requirements of electronic commerce, as well some Arab legislations done so. The Electronic Transactions Act has been promulgated in Palestine, while the rule that "pactasuntservanda" is still dominating on the electronic commerce contracting. Some others, has not yet passed transaction of electronic commerce that controls the dealing of electronic commerce and protects citizens who are dealing with selling and purchasing on internet. We addressed the subject of electronic commerce contracts and its merits. This research concluded with the important points required to improve the electronic commerce environment which became an a main tool in the international commerce. In support of the economies of the countries, we have presented through research the most important

Key Words : electronic transactions, electronic medium, online shopping , consumer.

المقدمة :

أدى التطور الهائل والمتسارع الذي شهده العالم في السنوات الأخيرة التي يطلق عليها عصر ثورة المعلومات أو العصر الرقمي، إلى ظهور تقنيات إلكترونية حديثة أزالَت العوائق المادية والجغرافية التي كانت تعيق تنقل التجار وتؤثر على تجارتهم، فقد أسهم اختراع الحاسب الآلي في ظهور الشبكة الدولية "الإنترنت"، التي أضحت من أهم وسائل الاتصال الإلكترونية، والتي يمكن بواسطتها إبرام العقود والصفقات والتعاملات الإلكترونية المختلفة.

فمع سيادة النظام الاقتصادي العالمي الجديد القائم على العولمة وتحرير تجارة السلع والخدمات وهيمنة تقنيات المعلومات الحديثة على آلية انعقاد الصفقات التجارية في عصر الحوسبة والاتصال والانتقال من الأسلوب التقليدي إلى الأسلوب الإلكتروني، أدى إلى نشوء وبروز التجارة الإلكترونية التي تبرم عن بُعد بواسطة مواقع إلكترونية على شبكة الإنترنت، من خلال جهاز الحاسوب ومختلف الوسائل التقنية للتنفيذ وإدارة النشاط التجاري، حيث أصبحت السلع معروضة بطريقة منظورة، وغير ملموسة، يتفاوض حولها الأطراف المتعاقدون عن بعد؛ فيتبادلون المعلومات ويطلعون على المواصفات وسائر البيانات بسرعة فائقة في مجلس عقد افتراضي، ويتم التعبير عن الإرادة إلكترونياً.

والتجارة الإلكترونية هي نتاج عملية تطور مستمر في الإنتاج والتسويق وتطور وسائل الدفع من الأوراق النقدية إلى آليات سداد إلكترونية بواسطة الشبكات والنقود الإلكترونية. ولخصائص التجارة الإلكترونية التي تتمتع بها دور كبير في نموها وسرعة انتشارها، والتي من أهمها السرعة في التعاقد والتنفيذ. ومن هنا فقد جاء البحث للتعرف على مفهوم التجارة الإلكترونية وملاحظتها الرئيسية، ومعوقات التجارة الإلكترونية العربية خاصة وأن الفجوة الرقمية بين الدول العربية والدول المتقدمة في تزايد، إذ أن معظم الدول العربية ما زالت تبذل جهوداً حثيثة لترويج فكرة التجارة الإلكترونية، أو تطوير البنى التحتية، وتوفير الإطار التشريعي الملائم لبيئة وعمليات التجارة الإلكترونية.

أهمية البحث: تأتي أهمية البحث من أهمية التجارة الإلكترونية كموضوع حديث يشهد تزايد تعاقد الأفراد والمنشآت الصغيرة والكبرى عبر المواقع الإلكترونية، ما يتطلب الامام الكافي بتقنيات التجارة الإلكترونية، والبحث على وضع قوانين للتجارة الإلكترونية في كل الدول العربية لمواجهة الفجوة الرقمية نحو تطوير التجارة الإلكترونية العربية، ولتأكيد صحة المعلومات التي يتم استخدام الوسيط الإلكتروني فيها لتحرير أو نقل أو تخزين البيانات والعقود التجارية البيانات.

• أهداف البحث: يهدف البحث إلى التعرف على هذا النوع الجديد من التعامل التجاري الذي يبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة، ومعرفة واقع الاقتصاد العربي من التجارة الإلكترونية، ومحاولة تحديد المعوقات التي تحد من نمو التجارة الإلكترونية العربية، لإيجاد مقترحات لتطوير التجارة الإلكترونية، وتقديم توصيات لمواجهة تحديات تطور التجارة الإلكترونية، في ظل غياب الرؤى والوعي

التكنولوجي، والعديد من الظروف الصعبة التي تعيشها المنطقة العربية وباقي الدول النامية، ولمواجهة أوجه القصور التي تواجه الازدهار المستقبلي المأمول في بيئة التجارة الإلكترونية.

• **إشكالية البحث** : تتلخص مشكلة البحث في كيفية الانخراط الفعلي في المجتمع الافتراضي، إذ أن سعي الدول العربية للاندماج في الاقتصاد العالمي، يفرض عليها مواكبة كل التطورات الاقتصادية الحديثة ومنها التجارة الإلكترونية، وهو ما يستدعي التساؤل حول :

- ماهية التجارة الإلكترونية وخصائصها؟ وما أهم سمات التعاقد الإلكتروني؟ ومعوقاته؟ ومدى إلزاميته؟
- ما هي مقومات ومتطلبات اعتماد وتنمية التجارة الإلكترونية العربية؟

• **منهج البحث** : للإجابة على الإشكالية المطروحة اعتمدنا المنهج التحليلي المقارن لتحليل ودراسة مفاهيم الموضوع للوصول لتفصيل جوانبه ووضع مقترحات لمواجهة معوقات التجارة الإلكترونية.

• **خطة البحث** : تم تقسيم موضوع البحث إلى مبحثين الأول يتناول ماهية التجارة الإلكترونية وعقودها وأشكالها، والمبحث الثاني يعرض مزايا ومعوقات التجارة الإلكترونية وسبل النهوض بالتجارة الإلكترونية العربية.

المبحث الأول : ماهية التجارة الإلكترونية وعقودها :

التجارة تعني التبادل الطوعي للبضائع والسلع والخدمات، وقد ظهرت التجارة مع تحضر الإنسان، وتوسع احتياجاته المختلفة، وعدم قدرة سوقه المحلي، وإنتاج بلده على تلبية احتياجاته المختلفة، فهو بحاجة لتبادل السلع بينه وبين البلدان الأخرى. ولا تعد التجارة عن بعد ظاهرة جديدة، حيث مارسها التجار منذ زمن بعيد، لكنها كانت تتأسس على طرق يدوية، لا تعتمد على وسائل تقنية، وتتطلب بالضرورة الانتقال المادي لإتمام المعاملات، ولإبرام الصفقات⁽¹⁾. أما في عصرنا الحديث فقد ساهمت ثورة المعلومات والاتصالات في انتشار التجارة الإلكترونية، التي تعتمد على نظام معلوماتي أدواتها كلها إلكترونية، تتمثل في الحاسب الآلي وملحقاته، وشبكة الإنترنت التي يبرم عبرها الصفقات، التي أظهرت العقود الإلكترونية كوسيلة قانونية جديدة، كذلك فإن الوفاء بقيمة التجارة يتم بطريقة إلكترونية عن طريق السداد الإلكتروني والتحويل الإلكتروني للنقود، فصارت هذه التجارة التي تتم من خلال سوق لربط الزبائن بالتجار، مثار جدال قانوني خصب، ما جعل الكثير من المنظمات الإقليمية والدولية وكثير من مشرعي الدول إلى الإقرار بهذا الواقع والاعتراف به، ومن ثمة إجازة التعبير عن الإرادة التعاقدية عبر الوسائل الإلكترونية، وهو ما يعني أن التقاء الإرادات إلكترونياً يكفي لإبرام العقد متى استوفى شروطه الشكلية والموضوعية.

المطلب الأول : مفهوم التجارة الإلكترونية، وتطورها التشريعي :

التجارة الإلكترونية مصطلح ينقسم لمقطعين الأول "التجارة" وهي ممارسة البيع والشراء واحتراف الأعمال التجارية. والثاني "الإلكترونية" وهي تدل على أن التجارة تتم عبر وسائل الاتصالات الحديثة

¹ - علي كحلون، الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، داراسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس 2002، ص155.

المعالجة إلكترونياً. والتجارة الإلكترونية أو كما يطلق عليها بتجارة الإنترنت أو تجارة الأون لاين، أو التجارة الرقمية، أو التجارة عبر المواقع الإلكترونية، وغيرها من المسميات؛ ظهرت منذ ثلاثة عقود مضت، ثم تطور مفهومها خلال الربع الأخير من القرن الماضي بتطور الأجهزة الإلكترونية التي تخدم مصالح المستهلك ورغباته، وهي أحد الأساليب والتقنيات الحديثة لإتمام وتنفيذ المعاملات والصفقات التجارية إلكترونياً، تعرض من خلالها الشركات والمؤسسات المختلفة منتجاتها من السلع والخدمات باستخدام وسائل وأدوات العرض التي تتيحها تقنيات الحاسب الآلي وغيره من الوسائط الإلكترونية، لإتاحة الفرصة للمشتريين في استعراض مزايا استخدامها، ثم يتم الاتصال بالبائع والمشتري عبر شبكة الإنترنت باستخدام البريد الإلكتروني، لإتمام الصفقة دونما حاجة إلى الانتقال وإجراء ما يترتب عليها من عمليات وتسويات مالية.

الفرع الأول: تعريف التجارة الإلكترونية في النظم العربية وتطورها التشريعي:

أصدرت بعض الأنظمة العربية قوانين خاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، وتعد تونس الدولة العربية الرائدة في هذا الميدان، كونها من أولى الدول العربية التي قامت بإصدار قانون متعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، من خلال إصدار القانون رقم 83 لسنة 2000⁽¹⁾. ثم تلتها دول عربية أخرى في إصدار قوانين أو مراسيم قانونية تخص التجارة الإلكترونية، ففي المملكة الأردنية الهاشمية صدر قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001، وأصبح ساري المفعول بتاريخ 31 مارس 2002، ثم أصدرت دولة الإمارات العربية المتحدة في تاريخ 12 فبراير 2002 قانون رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، ثم في 14 سبتمبر 2002 أصدرت مملكة البحرين مرسوم بقانون رقم 28 لسنة 2002 بشأن المعاملات الإلكترونية، ثم في 14/3/8هـ أصدرت المملكة العربية السعودية المرسوم الملكي رقم 18 يتضمن نظم التعاملات الإلكترونية، ثم قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007، كما أصدر المشرع المغربي في 6 ديسمبر 2007 القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، لم يتعرض فيه لمسألة تعريف التجارة الإلكترونية، كذلك صدر في فلسطين قانون المعاملات الإلكترونية رقم 6 لسنة 2013، وفي الكويت صدر القانون رقم 20 لسنة 2014 بشأن المعاملات الإلكترونية، وهي بصدد إصدار قانون للتجارة الإلكترونية، ومؤخراً صدر قانون التجارة الإلكترونية الجزائري رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 وقد عرف التجارة الإلكترونية من خلال المادة 6 الفقرة الأولى والتي تنص على أن "التجارة الإلكترونية هي النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلعوخدمات عن بعد مستهلك إلكتروني عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

ونلاحظ عدم استخدام المشرع الفلسطيني مصطلح التجارة الإلكترونية في تسمية القانون، مثلما فعل المشرع التونسي والإماراتي والجزائري، واكتفى بتسمية قانون المعاملات الإلكترونية؛ وذلك لأن القانون يعالج

¹ كما قامت تونس بإنشاء الوكالة الوطنية للسلامة المعلوماتية (بمقتضى القانون عدد 05 لسنة 2004) وتتمثل مهامها في حماية الفضاء السيبراني الوطني، والكشف المبكر عن الهجمات والاختراقات الكبرى إضافة إلى التدقيق في سلامة الأنظمة المعلوماتية. انظر: طرشي محمد وبوفليح نبيل، التجارة الإلكترونية في الدول العربية بين الواقع والمأمول، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا المجلد 14 العدد (19) 2018، ص 43.

موضوعاً واحداً من موضوعات التجارة الإلكترونية، كذلك اعتمد المشرع مصطلح المعاملات وليس المبادلات الإلكترونية، وذلك لأن كلمة المعاملات أعم وأشمل من كلمة المبادلات.

وفي مصر بالرغم من التقدم التكنولوجي وسرعة الانفتاح العالمي وتزايد عمليات البيع والشراء الإلكتروني؛ إلا أن القوانين التي تحكم عملية التسويق الإلكتروني متأخرة، وأن مشروع قانون المعاملات الإلكترونية لم يُصدر بعد، برغم نمو التجارة الإلكترونية في مصر خلال العام 2020/2019 لنحو 3مليارات دولار، بينما كان لا يتجاوز 560 مليون دولار خلال العام 2016/2015⁽¹⁾. وأن القانون الإلكتروني النافذ في مصر هو قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات رقم 15 لسنة 2004.

وقد عرف المشرع التونسي التجارة الإلكترونية أنها "العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية"⁽²⁾. بينما عرف المشرع الفلسطيني التجارة الإلكترونية بأنها: "كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة إلكترونية"⁽³⁾. والمقصود بالوسيلة الإلكترونية في هذا التعريف هو غالباً الإنترنت، الذي من خلاله يتم تقديم طلب الشراء، وسداد قيمة المشتريات إلكترونياً، وتسليم بعض أنواع المشتريات عن طريق الوسيط الإلكتروني مثل الكتب والمجلات والألعاب الإلكترونية، وبرمجيات الكمبيوتر، وبرامج المحاسبة، والموسيقى، وأفلام الفيديو، والاستشارات الطبية والصحية...

وقد أخضع القانونين التونسي⁽⁴⁾ والفلسطيني⁽⁵⁾ العقود الإلكترونية لنظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وأثرها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام القانونين اللذين تضمنتا تنظيماً لأحكام الوثيقة الإلكترونية، والإمضاء الإلكتروني، وكيفية التعامل بهما واتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي كل استعمال غير مشروع لعناصر التشفير أو المعدات الشخصية المتعلقة بالإمضاء.

وقد استحدث القانون التونسي الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية⁽⁶⁾ والتي أصبحت تمثل أعلى مستوى للثقة في مجال المصادقة الإلكترونية وسلامة المعاملات والمبادلات الإلكترونية، وتتمثل مهمتها في ضمان محيط من الثقة والسلامة للمعاملات والمبادلات الإلكترونية.

¹ - محمد الإتربي، التجارة الإلكترونية في مصر تسجل 3 مليارات دولار، مقال تم الاطلاع عليه في 20 أكتوبر 2020 منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة المال على الإنترنت: <https://almaalnews.com>

² - الفقرة الثانية من الفصل الثاني من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية. كما عرف في الفصل ذاته المبادلات الإلكترونية بأنها: "المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية". يلاحظ أن هذا التعريف لم يبين الوسائل الإلكترونية التي يتم عن طريقها التعاقد عن بعد.

³ - الفقرة 25 من المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم (6) لسنة 2013، والذي أقره المجلس التشريعي بالقراءة الأولى في جلسة 30-2013-5، ونشر في العدد 89 من الجريدة الرسمية "الوقائع الفلسطينية" ونفذ بتاريخ 4 يناير 2017.

⁴ - بناءً على ما جاء في الفقرة 3 من الفصل الأول من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، من أنه "يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية، من حيث التعبير عن الإرادة، أو مفعولها القانوني وصحتها، وقابليتها للتنفيذ".

⁵ - إذ نصت الفقرة 5 من المادة 4 من قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني على أنه "يكون للعقود الإلكترونية ذات الآثار القانونية المتعلقة بالعقود التي تبرم بالأساليب العادية من حيث الإثبات والصحة والقابلية للتنفيذ وغير ذلك من الأحكام".

⁶ - عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004 ص128.

ويبدو أن معظم الدول العربية التي أصدرت قوانين متعلقة بالمعاملات الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية، لم تقم بإجراء مراجعة نقدية لقوانينها النافذة والسارية المفعول مثل قوانين الإثبات والعقوبات والقوانين التجارية التي لها علاقة بقوانين المعاملات والتوقيعات الإلكترونية، وذلك لبيان مدى تعارضها أو توافقها مع قوانين المبادلات والتجارة الإلكترونية، وقد يؤدي ذلك إلى تعارض القوانين مع بعضها البعض، على الرغم من أن أغلب قوانين المعاملات تنص على أن القوانين الجديدة هي التي يعمل بها عند التعارض، وهذا لا يكفي لأنه يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار النصوص والقوانين القديمة عند سن وإصدار قوانين جديدة.

الفرع الثاني : تعريف التجارة الإلكترونية وتطورها التشريعي وفقاً للمنظمات الدولية :

وضعت بعض المنظمات الدولية مثل منظمة التجارة العالمية WTO ولجنة الأمم المتحدة لقوانين التجارة الدولية UNCITRAL ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD والاتحاد الأوروبي EU فضلاً عن المنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية WIPO مبادئ قانونية نموذجية بشأن التجارة الإلكترونية تدور حول التوقيع الإلكتروني والتصديق الإلكتروني، تساعد حكومات الدول على التشريع للتجارة الإلكترونية.

عرفت منظمة التجارة العالمية التجارة الإلكترونية بأنها: "عبارة عن عملية إنتاج وترويج وبيع وتوزيع المنتجات من خلال شبكة اتصال". من خلال هذا التعريف يتضح أن التجارة الإلكترونية تشمل جميع الأنشطة الناشئة عن العلاقات ذات الطابع التجاري، وأن التجارة الإلكترونية تقوم على نقطتين هما العموم والشمولية، فلا ترتبط التجارة الإلكترونية بوسيلة معينة كشبكات الحاسب الآلي، بل تشمل كل تعامل يتم عبر شبكة اتصال إلكترونية من غير تحديد بوسيلة معينة⁽¹⁾. بينما عرف الاتحاد الأوروبي التجارة الإلكترونية بأنها "كل الأنشطة التي تتم بوسائل إلكترونية سواء تمت بين المشروعات التجارية والمستهلكين أو بين كل منهما على حدة وبين الإدارات الحكومية". كذلك عرفها التوجه الأوروبي رقم 97/27 الصادر في 20 مايو 1997 بأنها "كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام لبيع أو تقديم خدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد فقط تقنين أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه"⁽²⁾. كما عرفت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية التجارة الإلكترونية بأنها "جميع أنواع الصفات التجارية التي تعقد سواء بين الإدارات أو بين الأفراد عن طريق المعالجة الإلكترونية سواء كانت تلك البيانات مقروءة أو أصوات أو صورة مرئية".

أما قانون "الأونسترال" النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون الدولي في الأمم المتحدة والمعتمد من الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم 85 بتاريخ 16 ديسمبر 1996 فلم

¹ - فهد بن عبدالعزيز الداود، الاختصاص القضائي في عقد التجارة الإلكترونية، بحث محكم، منشور في مجلة العدل، العدد 60، السنة 15، السعودية 1434هـ، ص 206.

² - عبدالفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 28.

يضع تعريفاً للتجارة الإلكترونية، وإنما أوردت الفقرة "ب" من المادة الثانية تعريف تبادل البيانات الإلكترونية بأنها "نقل المعلومات إلكترونياً من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

الفرع الثالث: التعريف الفقهي للتجارة الإلكترونية:

عرفها جانب من الفقه⁽¹⁾ بأنها: "كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية، وذلك حتى تمام العقد". وبأنها "السوق الكوني الإلكتروني الذي يتيح لجميع العاملين والمستفيدين في الحلقات الإنتاجية القدرة على التعامل الآني والفوري من خلال سوق مفتوح يشكل أرضية للإدارة المتكاملة للعلاقات البشرية العملية والمعلوماتية"⁽²⁾.

وعليه نؤيد التعريف الفقهي⁽³⁾ الذي اعتبر أن التجارة الإلكترونية هي "عملية البيع والشراء عبر الشبكات الإلكترونية على المستويين السلعي والخدمي بجانب المعلومات وبرامج الكمبيوتر وأنشطة أخرى التي تساعد الممارسات التجارية، تنفذ بعض أو كل المعاملات التجارية بين السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر وبين مشروع تجاري ومستهلك، باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"، كون أنه تعريف لم يقتصر على الإنترنت كشبكة تجري عليها الأنشطة التجارية فقط، إذ أن التعامل الإلكتروني يشمل أية وسيلة إلكترونية أخرى ماثلة لشبكة الإنترنت، يعقد من خلالها صفقات تجارية عن بعد.

المطلب الثاني: أشكال التجارة الإلكترونية⁽⁴⁾:

بفضل ثورة الإنترنت والمعلومات ومواقع الويب ظهرت لدينا بيئة الفضاء الإلكتروني التي تعد أحد العناصر الرئيسية التي تؤثر في النظام الدولي بما يحمل من أدوات تكنولوجية⁽⁵⁾، وللنشاط التجاري بمختلف أشكاله الدور الأبرز في هذا الفضاء الإلكتروني، إذ أن أشكال التجارة الإلكترونية ما فتئت تتبدل وتتغير خاصة في عصرنا الحالي، فبمجرد الفتح الآلي لجهاز صغير ينكشف العالم بأسواقه ومصانعه وشركاته⁽⁶⁾.

¹ - عبدالفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، "كتاب 1"، دار الفكر الجامعي، مصر 2002، ص 49

² - مصطفى يوسف كافي، التجارة الإلكترونية، دار ومؤسسة رسلان للطباعة والنشر والتوزيع، 2009، ص 15-16.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، ط2، دار الفكر الجامعي، مصر 2011، ص 58-59. في ذات المعنى: أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2002، ص 39.

⁴ - وتجدر الإشارة إلى أن مصطلح التجارة الإلكترونية يختلف عن مصطلح الأعمال الإلكترونية، ومصطلح المعاملات الإلكترونية، ومصطلح المبادلات الإلكترونية، الذي تتم بها التجارة الإلكترونية، وأن المبادلات الإلكترونية تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية. وهذا ما جاء به قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسية لسنة 2000 بينما لم يعرف نظيره الفلسطيني مصطلح المبادلات الإلكترونية. كذلك فإن الأعمال الإلكترونية أكثر اتساعاً وأوسع مجالاً من التجارة الإلكترونية، حيث تشملها وتشمل مفاهيم أخرى مثل عقود الخدمات الإلكترونية، وشركات التأمين الإلكتروني، وتعني استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، انظر في ذلك: إبراهيم العيسوي، التجارة الإلكترونية، المكتبة الأكاديمية، ط1، مصر 2003، ص 13. أما مصطلح المعاملات الإلكترونية فهو أوسع وأشمل من الأعمال الإلكترونية، حيث تتضمن المعاملات الإلكترونية كافة الأعمال والتصرفات والتبادلات التي تتم بين طرفين غير حاضرين من الأفراد أو الشركات بطريق إلكتروني، وقد عرفها قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم 6 لسنة 2013 "المعاملات الإلكترونية: أي تعامل أو عقد أو اتفاقه يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية".

⁵ - إيهاب خليفة، القوة الإلكترونية، كيف يمكن أن تدير الدول شؤونها في عصر الإنترنت، العربي للنشر والتوزيع ط1، القاهرة 2017، ص 7.

⁶ - علي كحلون، مرجع سابق، ص 169.

وتتمثل التجارة الإلكترونية في كافة أنواع التعاملات التجارية التي تتم إلكترونياً عبر شبكة المعلومات الدولية "الإنترنت" وتجري هذه التعاملات سواء بين المشروعات بعضها البعض "بين الشركات وموردي مدخلات الإنتاج، أو منشآت التسويق أو التوزيع"، أو بين الشركات وعملائها من المستهلكين، أو بين المنشآت والأجهزة الرسمية، وفيما يلي نذكر أشكال التجارة الإلكترونية.

الفرع الأول : من شركة إلى شركة :

عادةً ما تتم التجارة الإلكترونية عن طريق التعامل التجاري البحث بين منشآت تجارية، ولكن الجزء الأهم هو ما يتم عن طريق إدارة سلسلة التوريد بين الشركات، عن طريق أنظمة تبادل المعلومات الإلكترونية التي يوجد لها أشكال كثيرة، هذه السلاسل موجودة في شركات صناعية كبرى مثل تويوتا وإيرباص وغيرها، وترتبط بعدد كبير من الشركات الكبيرة والمتوسطة وصغيرة الحجم، فيما تعتبر التجارة الدولية النموذج الأمثل لهذا النوع من أعمال التجارة الإلكترونية.

الفرع الثاني : التجارة الإلكترونية بين شركة ومستهلك :

هي عمليات البيع الإلكتروني بين منشأة تجارية ومستهلك من خلال العروض المختلفة التي تقدمها المؤسسة للمستهلكين عبر مراكز التسويق على الإنترنت، إذ يستطيع المستهلك القيام بجولات شرائية من كافة أنحاء العالم، ويقوم بشراء ما يحتاجه من سلع وخدمات دون تنقل أو سفر، ويتم الدفع من خلال الشبكة، أما الاستلام فحسب طبيعة السلعة وصيغة الاتفاق. وعرف هذا النوع بشكل واسع مع ظهور المراكز التجارية الافتراضية والأسواق الإلكترونية على شبكة الإنترنت، ومن أمثلتها: المجمع التجاري الإلكتروني الموجود في سريلانكا الذي يعرض مختلف أنواع الشاي والملابس والأحجار الكريمة، وأيضاً موقع شركة أمازون كوم، المتخصص في بيع الكتب، وشركة ديل التي أصبحت من أشهر الشركات التي تملك سلسلة توريد متميزة مرتبطة بعملائها مباشرة⁽¹⁾.

الفرع الثالث : من مستهلك إلى مستهلك :

ظهر هذا الشكل مع انتشار استخدام الإنترنت وظهور التقنيات الحديثة، فيه تتم المزادات التي يتم فيها البيع والشراء عن طريق الإنترنت، بين شخصين مختلفين. وأشهر الأمثلة على هذا القسم هو موقع إيباي eBay.com والنوع الرئيسي لهذا الشكل هو المعاملات بين المستهلكين، عن طريق الرف الإلكتروني، فيه يقوم المستهلك بتقديم البضائع إلى المستهلك، ويستطيع المستهلكون الآخرون المزايدة على الثمن، ويقوم الرف الإلكتروني بالخدمة كوسيط حيث يتيح للعملاء وضع بضائعهم للبيع على الموقع الخاص بالرف الإلكتروني، وغالباً ما يأتي دور الوسيط بوصفه طرفاً ثالثاً نظراً إلى أن معظم البائعين المستهلكين الأفراد لا يملكون موقع على الإنترنت، لذا يعتمدون على مؤسسات لها مواقع متخصصة على شبكة الإنترنت تقوم بعرض منتجات البائعين الأفراد وتلقي طلبات الشراء، وذلك مقابل عمولة أو مجاناً⁽²⁾.

¹ - علي كحلون، المرجع السابق، ص 180.

² - مصطفى كافي، المرجع السابق، ص 14.

هكذا وبعد أن تعرفنا على المقصود بالتجارة الإلكترونية وأشكالها، سنعرض فيما يلي لتعريف العقد الإلكتروني كونه يعتبر العصب الأساسي للتجارة الإلكترونية، وهو يمثل ترجمة قانونية لتلاقي إرادتي البائع أو مقدم الخدمة والمشتري أو المستهلك، وهو عقد يستند على الثقة ويتطلب وسطاً قانونياً ملائماً يحيطه بالضمانات اللازمة ضد المخاطر التي تتعرض لها المعاملات المبرمة عن بعد.

المطلب الثالث : عقود التجارة الإلكترونية :

يعتقد الكثير أن التجارة الإلكترونية هي مجرد امتلاك موقع على شبكة الإنترنت لبيع السلع والخدمات فقط، إلا أن التجارة الإلكترونية لها مجالات وتطبيقات أوسع من ذلك، مثل الأسواق الإلكترونية، أي التسوق الإلكتروني عبر الشبكة بشكل مباشر، وشراء الأسهم والسندات، والبحث عن فرصة عمل، وتقديم الخدمة المصرفية عبر الإنترنت، وإجراء المزايدات عبر المزادات الإلكترونية⁽¹⁾.

الفرع الأول : ماهية العقد الإلكتروني :

العقد الإلكتروني عبارة مركبة من كلمتين "العقد" وكلمة "إلكتروني"⁽²⁾ والعقد هو "توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"⁽³⁾، وهذا تعريف العقد بشكل عام، وقد عرفتهم مجلة الأحكام العدلية⁽⁴⁾ أنه "التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله". وقد جاء في القانون المدني الفلسطيني أنه "ينعقد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقاده"⁽⁵⁾. ويرتبط مصطلح التعاقد الإلكتروني ارتباطاً وثيقاً بتقنيات المعلومات والاتصالات، على اعتبار أنه يقوم على تبادل السلع أو الخدمات عبر شبكات الاتصالات. وقد اختلف الفقه حول تعريف العقد التجاري الإلكتروني بسبب التنوع الشديد للعقود الإلكترونية، فهناك من يطلق تعبير عقود التجارة الإلكترونية على سائر العقود التي تتم عبر شبكة الإنترنت.

ولا يختلف العقد الإلكتروني عن العقد العادي إلا من حيث أنه يبرم بوسيلة إلكترونية تربط بين أطرافه، دون اشتراط الحضور المادي لطرفي العلاقة العقدية في مكان واحد، وبذلك فالعقد الإلكتروني يخضع في تنظيمه للقواعد والأحكام العامة التي تنظمها النظرية العامة للالتزامات، ومنهم من يقصرها على عقود البيع والشراء، ومنهم من يشمل كل العقود الإلكترونية حتى التي تستخدم وسائل الاتصال الأخرى كالفاكس،

¹ - سعد غالب ياسين، وبشير عباس العلق، التجارة الإلكترونية، دار المناهج، ط1، الأردن 2009، ص179.

² - إلكتروني نسبة إلى الإلكترون، وهو أحد مكونات الذرة المستقرة خارج نوى الذرات، عبارة عن شحنات كهربائية دقيقة جداً، دائمة الحركة، حول جسم، وهو النواة، والذي هو جزء من الذرة، وهذه الإلكترونات استخدمت في التصنيع، ودخلت في كثير من المجالات، كالراديو، والتلفزيون، التللكس، الفاكس، وأخيراً الحاسب الآلي، والانترنت.

³ - عبدالرازق السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، نسخة إلكترونية منشوره بواسطة Mr-Gado في 2007-2008، ص117.

⁴ - المادة (103) والمادة (104) من مجلة الاحكام العدلية، كتاب البيوع، مجلة الاحكام العدلية، كانت مطبقة في العديد من الدول العربية والاسلامية إبان الحكم العثماني، وهي بمثابة القانون المدني، وما زالت مطبقة في فلسطين الي يومنا هذا، وصدرت بمرسوم السلطان العثماني عبد العزيز بن محمود الثاني عام 1286هـ، الموافق 1869م وتوطد نفوذها في عام 1293هـ، الموافق 1886م في عهد السلطان عبد الحميد الثاني.

⁵ - المادة (74) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012م.

والتلكس...⁽¹⁾. فالعقد الإلكتروني يعتبر من التصرفات القانونية المستحدثة التي ظهرت مع التطور التكنولوجي نتيجة استخدام وسائل الاتصال الحديثة، يبرم عن بعد بين غائبين ليس حاضرين، باستخدام وسائط إلكترونية من أجهزة وبرامج معلوماتية وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة التي تعمل آلياً وتلقائياً، بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها. وقد شهد العقد الإلكتروني نمواً متزايداً، كونه يمثل القلب النابض للتجارة الإلكترونية، حيث بات يمثل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية والداخلية، فبعد أن كانت شبكة الإنترنت تستخدم لإيصال التعليمات العسكرية ولتبادل البيانات والمعلومات أو التعليم، أصبحت الآن معبراً أساسياً للتجارة الإلكترونية.

وبغرض الوقوف على ماهية العقد الإلكتروني نرى ضرورة ضبط المفهوم الدقيق لعقود التجارة الإلكترونية، من خلال استعراض بعض التعريفات الفقهية والتشريعية، ثم تحديد طبيعتها وخصائصها وشروط إبرامها. أولاً: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني :

اختلفت تعريفات عقد التجارة الإلكترونية، سواء الفقهية أو القانونية، باختلاف الجانب القانوني الذي يوضع في ضوئه التعريف، وهو ما سنعرض له فيما يلي :

استند جانب فقهي⁽²⁾ في تعريفه لعقد التجارة الإلكترونية إلى وسيلة إبرامه، فعرفه بأنه "العقد الذي يلتقي فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية، باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية".

واستند جانب آخر إلى اعتبار أنه عقد ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بُعد، فعرف عقد التجارة الإلكترونية بأنه "اتفاق تجاري بموجبه يتم تلاقي الإيجاب مع القبول، من خلال تقنية الاتصال عن بعد، يبرم وينفذ كلياً، أو جزئياً، من خلال ذات الوسائل، بدون حضور مادي متزامن للمتعاقدين، يهدف إلى إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها، وذلك لإشباع حاجاتهم المتبادلة بإتمام العقد"⁽³⁾.

وهناك من الفقه من ركز في محاولته تعريفه على الصفة الدولية فيه، كون أن العقد الإلكتروني يخترق الحدود ليربط كل متعاقد بآخر من خلال شبكة عنكبوتية عالمية، حيث عرف هذا الجانب الفقهي العقد بأنه "العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات، التي يعبر عنها بالوسائط التكنولوجية المتعددة، خصوصاً شبكة المعلومات الدولية من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة، بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط بإتمام العقد"⁽⁴⁾.

¹ - هونة رحمه رشيد القرداعي، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2017 ص55

² - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص74.

³ - هونة رحمه رشيد القرداعي، المرجع السابق، ص59-60.

⁴ - أحمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي "الإلكتروني، السياحي، البيئي"، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص68.

وعرفه بعضهم بأنه "اتفاق يتلاقى فيه الايجاب والقبول بشأن الأموال، والخدمات عبر شبكة دولية"⁽¹⁾. وإذا كانت تلك هي أبرز المحاولات الفقهية لتعريف العقد الإلكتروني، فإن التشريعات الدولية والوطنية قد حاولت بدورها وضع تعريف لهذا العقد.

ثانياً: تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية، وتوجيهات الاتحاد الأوروبي :

لما كانت الإنترنت شبكة ذات صبغة دولية، فإن تطوير قواعدها يجب أن يكون على المستوى الدولي، لذا وضعت بعض المنظمات الدولية والمنظمات الإقليمية قواعد محددة تحكم نشاط التجارة الإلكترونية، مثل منظمة التجارة العالمية ولجنة الأمم المتحدة لقوانين التجارة الدولية الأونسيترالمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية والمنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية، والاتحاد الأوروبي الذي صدر عنه التوجيه الأوروبي بخصوص التجارة الإلكترونية رقم 2000/31/EC. إذ وضعوا مجموعة من التشريعات النموذجية التي تساعد حكومات الدول على التشريع للتجارة الإلكترونية. وتعد أهم التشريعات وأسبقها في تعريف العقد الإلكتروني هو قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية المعد من طرف لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، وقد حاول هذا القانون وضع تعريف للعقد الإلكتروني من خلال تعريف الوسائل التي يتم من خلالها إبرامه، حيث جاء في نص المادة الثانية منه المخصصة للتعريفات في الفقرة "أ" ما يلي: يراد بمصطلح "رسالة بيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية، أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس، أو النسخ البرقي.

وعلى صعيد التنظيم الداخلي للتجارة الإلكترونية فقد عرف المشرع الفلسطيني العقد الإلكتروني، في الفقرة 11 من المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية رقم 6 لسنة 2013 بأنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل أو وسائط إلكترونية"⁽²⁾.

وعلى الرغم من صعوبة وضع تعريف جامع مانع للعقود الإلكترونية نظراً للاختلافات الفقهية وتعدد وجهات النظر، إلا أنه يمكننا تعريفه أنه "اتفاق إلكتروني يبرم بين غائبين عبر الإنترنت أو أية وسيلة إلكترونية، بصدور إيجاب إلكتروني يتمثل في عرض السلع والخدمات، يلقي القبول من أشخاص في ذات الدولة، أو دول أخرى، بقصد إحداث أثر قانوني، هو إتمام التعاقد".

- يستخلص من جملة التعاريف أن للعقد الإلكتروني ثلاث عناصر أساسية، هي وجود تعاقد قانوني، يتم عن بعد، بواسطة وسيلة اتصال حديثة مرئية ومسموعة هي الإنترنت.

¹ - أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2007، ص 120.

² - المادة الأولى من الفصل الأول من قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطينية رقم (6) لسنة 2013.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني وخصائصه :

العقد الإلكتروني هو عقد يبرم عبر شبكة الإنترنت، أو غيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية، إذ تبرم الآلاف من العقود الإلكترونية من طرف مستخدمي هذه الوسيلة، من بيع واستئجار لمختلف السلع والخدمات، فتغطي التجارة الإلكترونية مجالات عديدة تشمل أنشطة الترويج والدعاية والإعلان، وتقديم المعلومات عن السلع أو الخدمات وإبرام عقودها الإلكترونية، والاستلام الفوري للسلع والخدمات عبر الشبكات وأخبارها، إضافةً إلى السداد الإلكتروني الفوري للالتزامات المالية، هذا ما جعلنا ننظر في تكييف هذه العقود وتحديد طبيعتها قبل التطرق لأهم الخصائص والسمات التي تتمتع بها عقود التجارة الإلكترونية.

أولاً : طبيعة عقود التجارة الإلكترونية :

يختلف الفقه في تكييف طبيعة عقود التجارة الإلكترونية، أي من العقود الرضائية التي تتساوي فيه إرادة كل طرف مع الطرف الآخر، أم أنها من عقود الإذعان التي تنعدم فيها حرية الأطراف.

أ- العقد الإلكتروني من العقود الرضائية "عقد المساومة":

يُميز بعض الفقه⁽¹⁾ طبيعة العقد الإلكتروني أنه من العقود الرضائية أم من عقود الإذعان من خلال الوسيلة المستخدمة في إبرامه، فإذا تم التعاقد عبر البريد الإلكتروني، أو باستخدام الوسائل السمعية البصرية المرئية، أو برامج الحادثة، كنا بصدد عقداً رضائياً، إذ أن هذه الوسائل تمكن الأطراف المتعاقدة من تبادل وجهات النظر والتفاوض حول شروط العقد والمفاضلة بين العروض المقدمة. أما التعاقد عبر مواقع الواب والتي تستخدم غالباً عقوداً نموذجية تكون شروطها معدة سلفاً من قبل الموجب، وبالتالي لا يملك الزبون حق التفاوض أو المناقشة والمفاضلة، مما يجعل منه الطرف الضعيف في العقد، لعدم التكافؤ في القدرة التعاقدية.

ب- العقد الإلكتروني من عقود الإذعان:

على خلاف الرأي الأول اعتبر فريق آخر من الفقه⁽²⁾ أن العقد الإلكتروني نوع من أنواع عقود الإذعان الذي يقوم على خرق مبدأ سلطان الإرادة، وأن المتعاقد في العقد الإلكتروني لا يملك إلا أن يوافق على الشروط التعسفية المعروضة عليه عبر وسيلة الاتصال المستعملة في إبرامه دون مناقشة، فيقوم أساساً على فرض جملة من الشروط من قبل الشركة الموردة بحيث لا يبقى أمام المستهلك إلا أن يأخذ بها جملةً واحدة، أو تترك جملةً ويلغي المشتري التعاقد مع تلك الشركة أو ذلك المتجر الإلكتروني، فيقتصر القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها⁽³⁾، فالتعاقد في البيئة الإلكترونية لا يملك إلا أن يوافق على الشروط المعروضة عليه عبر وسيلة الاتصال المستعملة في إبرام العقد دون مناقشة أو مشاركة

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 83.

² - صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 25.

³ - المادة 89 من القانون المدني الفلسطيني، ويتطابق هذا النص مع المادة 100 من القانون المدني المصري، والمادة 70 من القانون المدني الجزائري، والمادة 104 من القانون المدني الأردني.

للطرف الأخر. ذلك أن عقد الإذعان كما عرفه بعض الفقه هو العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كلياً أو جزئياً بصورة مجردة عامة قبل الفترة التعاقدية⁽¹⁾.

وما يمكننا قوله في هذا الصدد أنه إذا كان العقد الإلكتروني يجيز التفاوض، بحيث يعطي المستهلك حق مراجعة شروطه وطلب تعديلها كان العقد عقد مساومة، ويكون عقد إذعان إذا كان لا يقبل التعديل أو التفاوض، ويترك الأمر للقضاء المختص لتقدير وجود الإذعان في العقد، الذي له تعديل شروطه أو أن يعفي الطرف المزعن منها.

ثانياً: خصائص عقود التجارة الإلكترونية :

غالباً ما يتم العقد التجاري الإلكتروني بين متعاقدين كل منهم في بلد مختلف، وتحرر بنود العقد في محرر إلكتروني، وتتسم عقود التجارة الإلكترونية بخصائص متعددة تميزها عن التجارة التقليدية، وبناءً على ذلك سنبين خصائص العقد التجاري الإلكتروني، على النحو التالي :-

أ : يتم إبرامه دون التواجد المادي لأطرافه وهو ما يميز عقود التجارة الإلكترونية عن عقود التجارة التقليدية التي تتطلب التواجد المادي للأطراف أو ممثليهم والجلوس لإتمام المفاوضات المباشرة في مجلس العقد عند إبرام أي من العقود التجارية التقليدية، فإبرام العقود التجارية عبر الشبكة العنكبوتية يتم بدون التواجد المادي لأطراف العقد التجاري الإلكتروني كونه من العقود المبرمة عن بعد بين متعاقدين لا يجمعهم مجلس عقد حقيقي. وبهذا ألغيت المسافات وأصبحت التجارة تتم في سوق مفتوح يسمح فيه للمنتجين بعرض كل منتجاتهم وتتيح للمستهلكين سهولة الحصول على السلع والخدمات المعروضة⁽²⁾.

ب : غياب التعامل الورقي في عقود التجارة الإلكترونية، فيعقد بوسائل اتصال إلكترونية وأجهزة تكنولوجية، بدءاً من تبادل البيانات عبر البريد الإلكتروني بين المتعاملين، أو التفاوض التجاري، أو إصدار فواتير إلكترونية أو التعاملات المصرفية الإلكترونية، أو المتابعة الإلكترونية لعمليات التعاقد وتنفيذ الصفقات.. إلخ، ويكون العقد فيها افتراضياً، فالاختلاف بين العقد التجاري الإلكتروني، والعقد التجاري التقليدي يظهر في وسيلة وطريقة إبرام العقد التجاري الإلكتروني الذي يتم في بيئة لا ورقية، وليس من حيث الموضوع أو أطراف التعاقد. وهذه الخاصية تثير ميزه القضاء على مشاكل بطء تداول الأوراق، ومخاطر حفظ المستندات الورقية، حيث برز ما يسمى بالأرشيف الإلكتروني.

ج : يتسم غالباً بالطابع الدولي حيث أن العلاقات القانونية الناشئة عن التجارة الإلكترونية، ليست مقيدة أو حبيسة مكان أو بلد معين، وليست مرتبطة بمكان معين، فالتكنولوجيا لا تعرف الحدود السياسية، فتنتقل عبر حدود الدول لتشمل كافة أرجاء المعمورة⁽³⁾، وأن إنشاء موقع تجاري إلكتروني يقدم سلعاً أو خدمات على الإنترنت لا يعني بالضرورة الانتقال إلى منطقة جغرافية بعينها.

¹ - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 23.

² - سلطان عبدالله محمود الجوازي، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 36.

³ - عبدالفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 22.

د : العقد الإلكتروني هو عقد تجارة وفقاً لسمته الغالبة: فالعقود التي تتم بين المشروعات التجارية تستهدف الانتفاع بشبكة الإنترنت، لجني الأرباح من إبرام الصفقات التجارية، حيث أن عقود البيع الإلكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من هذه العقود، وتتسم بالطابع الاستهلاكي، لأنه غالباً ما يتم بين تاجر، أو مهني ومستهلك، ومن ثم فإنه يعتبر في الغالب من قبيل عقود الاستهلاك، لذلك يخضع العقد الإلكتروني عادةً للقواعد الخاصة بحماية المستهلك⁽¹⁾.

هـ : حلول وسائل السداد النقدي الإلكتروني محل النقود العادية، حيث أصبح دفع الثمن يتم في لحظات، بطريق أكثر أمناً من خلال الإنترنت فيجذب المتعاقدين خطر حمل الأموال والسفر بها لدفع ثمن المشتريات. و : يتسم بالسرعة في إنجاز المعاملة فالتاجر يعرض منتوجاته على صفحته الإلكترونية، فلم يعد بحاجة لطبع الكتالوجات وإرسالها، لينتظر وصول بريد منهم، ما يسرع عملية الشحن والتسليم.

ي: زيادة المنافسة بين التجار، حيث أستغل التجار أصحاب المواقع الإلكترونية سهولة وقلة تكلفة استخدام الوسيط الإلكتروني، فأصبحوا يقدمون عروض ومزايا متنوعة، لجذب المستهلكين للتعاقد معهم، سواء في مجال ضمان العيوب الخفية، وخدمات ما بعد البيع، ولا شك أن توفير التاجر لهذه الخدمات يسمح له بالاستحواذ على السوق الافتراضي، وأن تجاهله لها يفقده عملائه الذين سيجدون ضالتهم لدى موقع تجاري إلكتروني آخر⁽²⁾.

الفرع الثالث : إبرام العقد الإلكتروني :

وفقاً للقواعد العامة لنظرية العقد فإن أي عقد يعتبر مبرماً متى تبادل طرفاه التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية، وأن استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود ونقل التعبير عن الإرادة عبر الإنترنت بموجب وسائل وتقنيات إلكترونية وبنفس الآلية التي ينعقد بها أي عقد آخر، يجعلها كالعقود التقليدية يجب أن تتوافر فيها شروطاً موضوعية وأخرى شكلية، لذلك يجب أن تتوافر في عقود التجارة الإلكترونية عند إبرامها أركان العقد التقليدي من رضا ومحل وسبب، وأحياناً استيفاء شكل معين في بعض العقود كالتسليم عبر الإنترنت في بعض العقود الإلكترونية مثل عقود الخدمات كبيع الكتب الإلكترونية.

وبناءً على ما سبق فوجود التراضي عبر الإنترنت يكفي لوجود العقد، ولكنه لا يكفي لصحته، فحتى يكون العقد صحيحاً يجب أن يكون رضا العاقدين غير مشوب بأي عيب من عيوب الرضا، فيتحقق التراضي بمطابقة القبول للإيجاب⁽³⁾. كذلك يجب توافر المحل والسبب باعتبارهما ركنين أساسيين، ولا بد من توافر شرعيتهم، وذلك انسجاماً مع ما تقرره القواعد العامة للعقد، فمحل العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية هو الالتزامات التي يولدها هذا العقد، وهو يعد ركناً في الالتزام، ويتم تعيين محل العقد الإلكتروني المبرم عبر

¹ - عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2009 ص 294.

² - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة بنها، 2010، ص 61.

³ - بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة، ط2، الأردن 2010، ص 106-107.

الإنترنت على الشبكة نفسها، وذلك من خلال تحديد مواصفات المبيع وصوره، كما هو الوضع في التعاقد التقليدي من خلال وجود كتالوجات. ويقوم العقد الإلكتروني على نوعين من التجارة، وعليه فإن محله يتخذ صورتين، الأولى تجارة السلع ويقصد بها التجارة التي محلها بضائع، والثانية تجارة الخدمات ويقصد بها التجارة التي محلها خدمات⁽¹⁾، والتي تتم وتنفذ على الخط، والتي يشترط أن يكون محلها معيناً، أو قابلاً للتعين، وهو ما اشترطه القانون التونسي حيث جاء في الفصل 25 منه على أنه: "يجب على البائع في المعاملات الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية: هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمات، ووصفاً كاملاً لمختلف مراحل إنجاز المعاملة، وطبيعة وخصائص وسعر المنتج، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة 11 من التجارة الإلكترونية الجزائري رقم 18-05، كذلك المادة 29 من قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم 6 لسنة 2013.

كذلك يعتبر السبب ركن أساسي من أركان العقد وهو الباعث أو الدافع للتعاقد، ويقصد به غاية الملتزم من التزامه، وتخلفه يؤدي إلى بطلان العقد، ويجب أن يكون السبب مشروع، وفقاً لما قرره المبادئ العامة للقانون المدني⁽²⁾، وهو ما ينطبق عليه في عقود التجارة الإلكترونية، حيث لا يتمتع ركن السبب في العقد الإلكتروني المبرم عبر تقنيات الاتصال الحديثة بأية خصوصية عن ركن السبب في العقد المبرم بالصورة التقليدية، الذي يشترط أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وإلا كان باطلاً لعدم المشروعية. وأن شبكة الإنترنت أحد أهم وسائل إبرام العقود عن بعد ما بين غائبين، بحيث تنشأ في هذا النوع من التعاقد فترة من الزمن، تفصل ما بين صدور الإيجاب وعلم القابل به وصدور القبول، وهذا التعاقد يتم بالكتابة من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية، أو بالصوت عبر تبادل الحديث عبر الشبكة، أو باستخدام تقنية تبادل الصوت والصورة معاً⁽³⁾، وهو ما يجسد مرحلة التفاوض في مجلس إبرام العقود التقليدية، حيث أن للمفاوضات التي تجري عبر الإنترنت نفس الأهمية التي تثبت في الأوضاع العادية. وبعد أن تناولنا طبيعة وخصائص عقود التجارة الإلكترونية وشروط إبرامها عبر الإنترنت، ننتقل فيما يلي لعرض معوقات التجارة الإلكترونية وسبل النهوض بها بعد عرض أهم مزاياها.

¹ - وتتعدد مجالات تجارة الخدمات التي يمكن ممارستها من خلال التجارة الإلكترونية، كالخدمات المصرفية، والتي تعتبر من أقدم المجالات التي تتم فيها التجارة الإلكترونية، وكذا الخدمات المالية، وتشتمل الأعمال المصرفية، والتأمين والاستثمار، والخدمات المهنية، كالمحاماة والاستشارات القانونية والهندسية والتعليمية والرعاية الصحية والوساطة والسمسرة وخدمات التسلية والألعاب الإلكترونية كالفيديو، وكذا خدمات الوصول إلى الشبكة الدولية عن طريق موردي هذه الخدمة، وعقود خدمة الخط الساخن وعقود إنشاء المتجر الافتراضي وعقود الإيواء، بالإضافة إلى خدمات وكلاء السياحة التي تشمل حجز تذاكر السفر، وتأكيد الحجز، وحجز الفنادق والمطاعم وزيارة المتاحف إلكترونياً، وخدمات شركات البورصة، وشركات الاستثمار، وخدمات الصحافة على الخط وخدمات التأمين على الخط، وخدمات التسويق عن بعد. انظر في ذلك: بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص142.

² - الفصول من 67-70 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والمواد من 135-138 من القانون المدني الفلسطيني.

³ - بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص71.

المبحث الثاني : مزايا التجارة الإلكترونية ومعوقاتها في الدول العربية وسبل النهوض بها :

التجارة الإلكترونية بوصفها التطوير الحاصل للتجارة التقليدية جاء بالعديد من المزايا مثل توفير النفقات والوقت اللازم للانتقال للشراء أو التسوق ونفقات الإعلان والنفذ إلى الأسواق، وتخفيض سعر السلعة للمستهلك، وتوفير قواعد بيانات متكاملة للسلع وتغيرات أسعارها لحظه بلحظه. لكن وعلى الرغم من مزاياها العديدة، فإن هناك من المعوقات ما يقف في طريق التوسع في التجارة الإلكترونية، وهو ما يستدعي اهتمام المشرع العربي بالتعاملات الإلكترونية وبمبحث سبل تعزيز التجارة الإلكترونية وحمايتها وحماية المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في التعاقدات الإلكترونية، ونعرض فيما يلي لأهم مزايا ومعوقات التجارة الإلكترونية، ثم لسبل النهوض بها في المنطقة العربية.

المطلب الأول : مزايا ومعوقات التجارة الإلكترونية :

يُصاحب المزايا الكثيرة للتجارة الإلكترونية العديد من العراقيل والمعيقات في الوطن العربي التي لا بد أن تمر بها التجارة الإلكترونية، إذ تعتبر مشكلة الأمان الإلكتروني في الوطن العربي من أكبر معوقات التجارة الإلكترونية.

الفرع الأول : مزايا التجارة الإلكترونية :

من أهم مزايا التجارة الإلكترونية في الوقت الراهن -في ظل استمرار انتشار وباء كورونا- أنها تجنب المتعاقدين التنقل والتزام للشراء، فيمكن للتاجر إدارة أعماله التجارية من مكتبه في شركته، والمستهلك من منزله، الأمر الذي يقود إلى الحد من ارتفاع نسبة الإصابة وانتقال العدوى. وتتلخص أهم مزايا التجارة الإلكترونية في ما يلي :-

1-تحقق التجارة الإلكترونية السرعة والبساطة واليسر في انجاز التعاملات الخاصة بالسلع والخدمات بين الأطراف المعنية، فتوفّر التجارة الإلكترونية فرصة رائعة لزيارة مختلف أنواع المحلات على الإنترنت دون وسطاء، وتتجلى البساطة في إتاحة فرصة أكبر للمفاضلة بين السلع والمواصفات والخدمات والتعاقد وسداد الثمن مع الاستفادة من فروق أسعار العملة، كل ذلك دون مغادرة المستهلك لمنزله ودون حاجة لترتيبات مسبقة لالتقاء البائع والمشتري، وذلك من خلال مواقع التجارة الإلكترونية بدون توقف وعلى مدار الساعة⁽¹⁾.

2- تساهم التجارة الإلكترونية في توفير الوقت والجهد الذي يبذل في التعاقد التجاري التقليدي، فبأقل تكلفه وجهد يمكن للمشتريين التسوق في مختلف الأسواق العالمية والاطلاع على المنتجات والخدمات المعروضة بطريقة ممتعة وواضحة، وتخفيض التجارة الإلكترونية الفترة الزمنية بين دفع الأموال والحصول على المنتجات والخدمات⁽²⁾.

¹ - إبراهيم العيسوي، المرجع السابق، ص35.

² - مصطفى كافي، المرجع السابق، ص94.

- 3- في التجارة الإلكترونية والتسويق الإلكتروني يمكن التعامل مع أكثر من طرف في نفس الوقت، بمعنى انه يمكن إرسال إيجاب إلكتروني لعدد كبير جداً من المستقبلين في نفس الوقت⁽¹⁾.
- 4- تتيح التجارة الإلكترونية للمنتج وللتاجر إمكانية دخول أسواق جديدة قد تحتاج جهد وتكلفة كبيرة بدون استخدام تكنولوجيا التجارة الإلكترونية، فتسهم في توسيع السوق المحلي إلى نطاق دولي وعالمي⁽²⁾، ما يخلق فرصاً كبيرة لزيادة المبيعات، فمع القليل من التكاليف فإنه بوسع أية شركة إيجاد مستهلكين أكثر ومزودين أفضل وشركاء أكثر ملائمة وبصورة سريعة وسهلة⁽³⁾، وترفع درجة الانفتاح الاقتصادي ما يدعم التجارة الخارجية.
- 5- زيادة صادرات المشروعات الصغيرة والمتوسطة والتي غالباً ما تعاني من صعوبة التصدير والوصول إلى الأسواق العالمية، وهو الأمر الذي توفره له التجارة الإلكترونية، وهو ما يعزز التنمية الاقتصادية.
- 6- انخفاض التكلفة مقارنة بأنشطة التجارة التقليدية إلى حد كبير، فكل ما تحتاجه التجارة الإلكترونية هو فتح موقع ويب خاص بالمنشأة، فلا تحتاج إلى متاجر أو معارض أو مخازن أو مجتمعات تسويق إذ يكفي وضع موقع على الإنترنت ويعد الموقع الإلكتروني وسيلة إعلانية عن الشركة، دون حاجة إلى إنفاق أموال كثيرة في إنشاء فروع بالخارج وتأسيسها.
- 7- تخلق التجارة الإلكترونية نوعاً من المنافسة التسويقية، تجعل أغلب الشركات تسعى إلى تطوير البنى التحتية التقنية والاستراتيجيات التسويقية وبرامج التدريب وتطوير العلاقات العامة للشركة.
- 8- إمكانية السداد الإلكتروني، وتخفيض التكاليف الإدارية وتكاليف الشحن والنقل والإعلانات وتوفير المعلومات اللازمة في مختلف العمليات التي تقوم بها الشركة.
- 9- نيل رضا المستخدم: توفر الإنترنت اتصالات تفاعلية مباشرة، مما يتيح للشركات الموجودة في السوق الإلكتروني (e-market) الاستفادة من هذه الميزات للإجابة على استفسارات الزبائن بسرعة، مما يوفر خدمات أفضل للزبائن ويستحوذ على رضاهم.
- 10- دعم القطاعات التكنولوجية: يؤدي انتشار التجارة الإلكترونية إلى ظهور قطاعات متخصصة في تقنية المعلومات والاتصال من أجل دعم البنية التحتية للتجارة الإلكترونية.
- 11- أن تكلفه تداول النقود الإلكترونية زهيدة، ويمكن تحويلها من أي مكان في العالم، فتحويل النقود الإلكترونية لسداد ثمن المشتريات من خلال التجارة الإلكترونية أرخص كثيراً من استخدام الأنظمة البنكية التقليدية.

¹ - مصطفى كمال طه، ووائل بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 327.

² - محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 62.

³ - مصطفى كافي، المرجع السابق، ص 93.

الفرع الثاني : معوقات التجارة الإلكترونية العربية :

بالرغم من محاولة ما صدر من تشريعات عربية معالجة مسائل التجارة الإلكترونية؛ إلا أن مظاهر العجز والنقص في المنظومة التشريعية ظهر في عدم قدرتها على تدارك مستجدات التطبيق العملي في التجارة الإلكترونية خاصة مع وجود العديد من المعوقات أمام النهوض بالتجارة الإلكترونية في الدول العربية، ومن هذه المعوقات ما يرجع إلى طبيعتها، ومنها ما يرجع إلى الظروف المحيطة بها :

1- أن اللغة العربية لا تمثل أكثر من 0.5% من مساحة الاستخدام على شبكة الإنترنت، خاصة وأن أغلب محركات البحث الفعالة تعمل باللغة الإنجليزية، وهذا يعد عائقاً رئيساً أمام نجاح تجارة التسوق الإلكتروني في المنطقة العربية، فمشكلة اللغة تمثل عاملاً مهماً يقيد نشاط التجارة الإلكترونية العربية، كما أن عدم الوعي بوسائل التجارة الإلكترونية كالسداد الإلكتروني وبطاقات الائتمان، وضعف الثقة بالجوانب الأمنية لحماية المعلومات مثلت عوامل حاسمة في ضعف شيوع هذا النمط المستحدث للأنشطة التجارية⁽¹⁾.

2- عدم الاهتمام العربي بالبنية الأساسية التقنية للتجارة الإلكترونية بجانب تكلفة إنشاء مواقع تسويقية على الشبكة العنكبوتية لتعزيز الصادرات العربية، خاصة في ظل افتقار المواقع التجارية الإلكترونية العربية إلى المزايا والخصائص الإعلامية والفنية التي تضيف على المواقع الجاذبية وترغب المستهلك في التعاقد الإلكتروني لشراء ما يحتاجه من سلع أو خدمات.

3- عدم مجازاة المستهلكين العرب للتطور الإلكتروني، نظراً لضعف كفاءة انتشار الإنترنت في الوطن العربي.

4- مخاطر القرصنة التي تشكل خطر على التعاملات الإلكترونية وإرباك في حركة التجارة عبر الإنترنت ما يؤثر على سمعة الشركات التجارية، ويعزز الشعور الراض لدى المستهلك بعدم الشراء عن طريق الإنترنت لإيمانه بعدم توفير حماية كاملة لتعامله عبر التجارة الإلكترونية وإمكانية وصول الاختراق لبيانات المستهلك السرية، وللكلمة السرية للشركات ومواقعها الإلكترونية، وتغييرها، أو لسرقة المعلومات وأرقام بطاقات الائتمان من قبل قرصنة الإنترنت Hackers، إذ تحدث أحياناً اختراقات لإتلاف المواقع وتدميرها بالفيروس المعلوماتي من قبل المتطفلين والمخربين، الأمر الذي يشكل تحدياً كبيراً يواجه التجارة الإلكترونية.

5- وجود بعض الشركات الوهمية سواء كانت شركات عارضة لمنتجاتها أو مستهلكة وهو ما يؤدي إلى وقوع المتعاقدين في شرك المحتالين، خاصة مع عدم قدرة الأطراف المتعاقدين إلكترونياً من التحقق من شخصية كل طرف وهويته.

6- إمكانية التعاقد على سلع محظورة بالأسواق المحلية، وخصوصاً ما يمكن تسليمه على الإنترنت.

7- صعوبة إثبات الجريمة الإلكترونية؛ لأنها ترتكب بواسطة أجهزة الحاسوب وعبر الشبكة العنكبوتية من قبل شخص لديه خبرة عالية في مجال تكنولوجيا المعلومات، ما يعيق تتبع مرتكبها، من جانب آخر فإن الجني عليه كثيراً ما يحجم عن إبلاغ السلطات المختصة بوقوع الجريمة، بسبب جهله للفاعل، أو إنّه يخشى من إطلاع

¹ المركز الوطني اليمني للمعلومات، مادة معلوماتية عن التجارة الإلكترونية ص14. وتم التصفح في 10 أكتوبر 2020، منشورة على الموقع الإلكتروني:

السلطات على سر يخفيه، أو إنالضحية لا تريد التفريط بثقة المتعاملين معها خاصةً إذا كانت من المؤسسات المصرفية⁽¹⁾.

8- عدم قدرة الأسواق العربية على مواجهة منافسة الشركات الأجنبية ذات التقنيات المتطورة.

9- الافتقار إلى النظم المصرفية الإلكترونية في أغلب البلدان العربية.

10- الافتقار إلى التشريع القانوني العربي الموحد اللازم لضبط عمليات التجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني : سبل النهوض بالتجارة الإلكترونية العربية :

لمواجهة الدول العربية لمعوقات التطور التكنولوجي والنهوض بالتجارة الإلكترونية العربية ينبغي عليها

أن تسعى جاهدةً لتحسين اقتصادها وتطور نظمها المختلفة، من خلال :

- تكثيف الجهود المشتركة بين البلاد العربية من أجل توطين اللغة العربية والسعي إلى إقامة مواقع على الإنترنت باللغة العربية لإتاحة المجال أمام المستهلك العربي الذي يجهد اللغات الأجنبية، وأمام قطاع الأعمال العربي لاستخدام المعلومات في اتخاذ قراراتها وتنفيذ أعمالها.

- الاهتمام بالبنى الأساسية لقطاع المعلومات والاتصالات لتطوير البيئة الإلكترونية عبر تشجيع الاستثمار في مجال تكنولوجيا الاتصالات، وتطوير الاستثمار عبر الإنترنت، وإعداد الموارد البشرية المدربة والمؤهلة في مجال تكنولوجيا المعلومات والشبكات والاتصالات لما له دور في إدخال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في الاقتصاد الوطني بسرعة وكفاءة عالية.

- تعزيز ثقة المستهلك العربي في التجارة الإلكترونية من خلال العمل الدؤوب على تأمين التجارة الإلكترونية من مختلف جرائم المعلوماتية كالسرقة المعلوماتية من قبل المخترقين والتزوير الإلكتروني، وإتلاف الأموال الإلكترونية، والاستيلاء على أدوات الدفع الإلكتروني، عبر وضع النص التجريمي لها من خلال إصدار قانون ينظم أحكام الجرائم التقنية، وتفعيل الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات⁽²⁾. ومن خلال إقامة الندوات التثقيفية والدورات التأهيلية حول التجارة الإلكترونية.

- تطوير المنظومة التشريعية الحالية ووضع قانون عربي موحد للتجارة الإلكترونية العربية، ووضع قواعد تشريعية جديدة في الدول العربية بشأن مختلف جوانب التجارة الإلكترونية، وأهمها التوقيع الإلكتروني والمصادقة الإلكترونية، لتسهيل التعاقد الإلكتروني وإزالة وتفادي جميع العراقيل والمشكلات القانونية التي تعيق انتشار التجارة الإلكترونية كمشكلات تحديد الاختصاص القضائي الدولي، وتنازع القوانين، إذا ما اشتملت على عنصر أجنبي، ولحماية البيانات والأموال في نطاق التجارة الإلكترونية، وتعزيزاً لثقة المتعاملين العرب والأجانب بالتجارة الإلكترونية العربية، ولمواجهة مشكلات الإثبات والملكية الفكرية.

¹ - محمد مجيد كريم الإبراهيمي، معوقات التجارة الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لمواجهتها "دراسة مقارنة" مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2017، ص684.

² - محمد مجيد كريم الإبراهيمي، المرجع السابق، ص 699.

- تطوير وسائل التوثيق الإلكتروني كجهات التصديق الإلكتروني والكاتب بالعدل الإلكتروني في توثيق المعاملات الإلكترونية من خلال وضع قوانين أو إضافة مادة لقوانين التجارة الإلكترونية القائمة، وكذلك دعم أنظمة التشفير الإلكتروني لتوفير الحماية للتجارة الإلكترونية وتجاوز المعوقات التي تواجهها⁽¹⁾.

- إرساء آليات فض المنازعات من خلال وضع قوانين خاصة بالتحكيم الإلكتروني وغيره من وسائل التسوية الإلكترونية البديلة التي تتوافق مع التجارة الإلكترونية في عنصر السرعة والفعالية، للإسراع في الفصل في ما ينجم عن بعض عقود التجارة الإلكترونية من منازعات، ولمواجهة مشكلة الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق.

- توفير أنظمة فعالة للسداد أو الدفع الإلكتروني وتطوير البطاقات البنكية " النقود البلاستيكية الممغنطة" وبطاقات الائتمان وحماتها من الاختراق، وتهيئة البنوك العربية للمساهمة في المبادلات الإلكترونية عبر إنشاء البنوك الإلكترونية التي تهتم بالصيرفة الإلكترونية.

- العمل على تفعيل اتفاقية السوق العربية المشتركة المناطق الحرة، وإزالة أو تخفيض الضرائب على التجارة الإلكترونية في المنطقة العربية والعالم الخارجي عبر تعزيز جهود التعاون الإقليمي والدولي في ميدان التجارة الإلكترونية، مع تحسين خدمات النقل والشحن لتسهيل حركة البضائع ما بين البلدان العربية.

خاتمة :

لقد أزالَت التجارة الإلكترونية وعقودها عراقيل التجارة التقليدية بفضل استخدام الوسائط الإلكترونية، ودعمت الاقتصاد الرقمي الجديد القائم على السرعة والفعالية، والذي أسهم في زيادة حجم التدفقات النقدية. فالتجارة الإلكترونية تعد وسيلة حديثة للتعامل التجاري المحلي والدولي، وهي من بين القطاعات الأسرع نمواً في الاقتصاد العالمي، ولكنها لم تشهد الاهتمام اللازم في الوطن العربي رغم صدور عدد من القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية في عدد من الدول العربية، لذلك نضع فيما يلي جملة من النتائج والمقترحات والتوصيات في سبيل النهوض بالتجارة الإلكترونية في المنطقة العربية.

أولاً/ النتائج :

1- شبكة الإنترنت عالمية الانتشار تتميز بقلّة التكلفة، وترتبط بها التجارة الإلكترونية ارتباطاً وثيقاً، وأن العقد الإلكتروني هو صنيع الشبكة الدولية ، وهو الآلية التي من خلالها يتم تفعيل التجارة الإلكترونية، فمن خلاله تبرم الصفقات والعقود.

2- التجارة الإلكترونية تحتل المرتبة الأولى في المعاملات الإلكترونية نظراً لانتشارها وكثرة ما ينجز خلالها من عقود وصفقات تجارية.

3- تطبيق قوانين المعاملات أو المبادلات الإلكترونية لا يعني استبعاد كل القوانين، فغالباً ما يتم الرجوع إلى القوانين المدنية لاستكمال النقص والقصور في قوانين التجارة الإلكترونية.

¹ - محمد مجيد كريم الإبراهيمي، المرجع السابق، ص 698.

- 4- تطرح التجارة الإلكترونية الكثير من التحديات بالنسبة للدول العربية، خاصةً ضعيفة الدخل منها.
- 5- النظم القانونية العربية بحاجة إلى كم من التشريعات التي تضبط وتحمي الاستخدامات الإلكترونية.
ثانياً/ التوصيات :
- 1- الدول العربية بحاجة لتطوير البنية التحتية الإلكترونية، والاهتمام من المشرع العربي واعتماد المعاملات الإلكترونية وضمان حقوق المزودين والمستهلكين.
- 2- يجب العمل على تطوير القوانين التقليدية وعصرنتها لتتوافق مع القواعد الحديثة التي جاءت بها قوانين التجارة الإلكترونية، مثل قوانين الإثبات، والقانونين المدنية، وقوانين العقوبات والاتصالات والمرافعات أو أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وغيرها من القوانين ذات الصلة.
- 3- أنه لا يكفي مجرد إصدار قوانين داخلية ودولية بشأن التجارة الإلكترونية حتى يتحقق الهدف من التجارة الإلكترونية، وإنما يجب تضافر عوامل متعددة ومن بينها القضاء على الأمية الإلكترونية ونشر ثقافة الإنترنت.
- 4- الاهتمام بحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في التعاقد الإلكتروني، وعمل دورات تكوينية وتقنية تكون في متناول المستهلك العادي، وأيضاً للتاجر المهني والمزود.
- 5- تطوير البنى التحتية لقطاع الاتصالات وتخفيض أسعار الولوج للإنترنت، وتحريره من كل أشكال الاحتكار التي تعرقل تقدم تكنولوجيا المعلومات، ليسهل على المتعاقدين إيجاد بيئة قانونية سليمة يلجون لها لممارسة التجارة الإلكترونية، كما أنه.
- 6- تشجيع الاتجاه نحو اللجوء لتطبيق وسائل التقاضي البديلة والتشجيع عليها وعلى اختيار القانون الواجب التطبيق، وهو ما يستدعي وضع قواعد قانونية خاصة بالتسوية الإلكترونية البديلة، لفض أية منازعات قد تترتب على التعاقدات التجارية في بيئة الفضاء الإلكتروني، ليتم الفصل فيها بنفس الوسيلة التي أبرمت بها عقود التجارة الإلكترونية، تحقيقاً للسرعة المرجوة من التجارة الإلكترونية. وحتى يكون هناك غطاء قانوني شامل ومتكامل لكل مسائل وجوانب التجارة الإلكترونية من لحظة عرض الإيجاب الإلكتروني مروراً بمرحلة التعاقد الإلكتروني، حتى إتمام التعاقد.
- 7- توفير الحماية اللازمة للبيئة الإلكترونية والتقنية من خلال إصدار قوانين تحظر الأفعال التي توصف بأنها جرائم إلكترونية تعيق انتشار التجارة الإلكترونية وتضعف ثقة المستهلك فيها، والتنسيق الجاد لإيجاد الآليات الفعالة للتنفيذ.

❖ قائمة المراجع :

أولاً : الكتب :

- أحمد عبدالكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي "الإلكتروني، السياحي، البيئي"، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.
- أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2002.
- إبراهيم العيسوي، التجارة الإلكترونية، ط1، المكتبة الأكاديمية، مصر، 2003.
- إيهاب خليفة، القوة الإلكترونية.. كيف يمكن أن تدير الدول شؤونها في عصر الانترنت، ط1، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017.
- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، ط2، دار الثقافة، الأردن، 2010.
- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، ط2، دار الفكر الجامعي، مصر 2011.
- سعد غالب ياسين، و بشير عباس العلق، التجارة الإلكترونية، ط1، دار المناهج، الأردن، 2009.
- سلطان عبدالله محمود الجوارى، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2009.
- عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، نسخة إلكترونية منشوره بواسطة Mr-Gado في 2007-2008.
- عبدالفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- عبدالفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، "الكتاب الأول"، دار الفكر الجامعي، مصر 2002.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- علي كحلون، الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، دار اسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس 2002.
- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- مصطفى كمال طه، و وائل بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- مصطفى يوسف كافي، التجارة الإلكترونية، دار ومؤسسة رسلان للطباعة والنشر والتوزيع، 2009.
- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.

- محمد محمد حسن الحسني، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

- هونة رحمة رشيد القرداعي، الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2017.
ثانياً/ البحوث والمجلات:

- طرشي محمد و د. بو فليح نبيل، التجارة الالكترونية في الدول العربية بين الواقع والمأمول، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا المجلد 14 العدد (19) 2018.

- فهد بن عبدالعزيز الداود، الاختصاص القضائي في عقد التجارة الالكترونية، بحث محكم، منشور في مجلة العدل، العدد 60، السنة 15، السعودية 1434هـ.

- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الالكتروني، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة بنها، 2010.

- محمد مجيد كريم الإبراهيمي، معوقات التجارة الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لمواجهتها "دراسة مقارنة" مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2017.

ثالثاً/ المواقع الإلكترونية :

1- <https://www.academia.edu/9792264>

2- <https://almalnews.com>

واقع التجارة الإلكترونية في مواجهة جائحة كورونا في الجزائر

The reality of e-commerce in the face of the Corona pandemic in Algeria



الدكتورة سعاد يحيياوي : أستاذة محاضرة قسم - أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مصطفى اسطمبولي ، معسكر

Yahiaoui souad : Lecturer, Department A,

Faculty of Law and Political Science, Mustafa Istanbuli University, Mascara

ملخص :

نتج عن جائحة الكورونا تضرر العديد من القطاعات الاقتصادية لكن هذا لم يمنع من استفادة بعض القطاعات التي تأثرت تأثرا إيجابيا، أهمها قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات وقطاع التجارة الإلكترونية، هذا ما يستوجب ضرورة استغلال هذا الازدهار والنمو لمثل هذه القطاعات الحساسة وتطويرها للمساهمة بجزء ولو بسيط لتعويض الخسائر التي تكبدها الاقتصاد العالمي عامة والجزائري خاصة.

بمجرد أن كان أثر تداعيات فيروس كورونا إيجابيا من حيث إنعاش حجم وحركة التجارة الإلكترونية، إذ عجلت أزمة كورونا بالتحول إلى الرقمية ودفعت السوق الإلكترونية إلى مستويات نمو قياسية بالاعتماد على البرامج المتطورة والتكنولوجيا الحديثة حيث أضحت عمليات وصفقات البيع والشراء تتم عبر الإنترنت، فالتوجه العالمي لغلق الحدود وفرض حظر التجول بشكل جزئي أو كلي لمواجهة فيروس كورونا جعل الوسيلة الأولى للمستهلكين للحصول على احتياجاتهم عن طريق التواصل بالشركات والمؤسسات والمتاجر عبر الإنترنت وذلك لصعوبة التحرك بسبب حظر التجول فإلى أي مدى استفادت الجزائر من هذا التأثير.

الكلمات المفتاحية : التجارة الإلكترونية، السوق، الرقمنة، فيروس كورونا، الاقتصاد.

Abstract :

The Corona pandemic has resulted in damage to many economic sectors, but this has not prevented the benefit of some sectors that have been positively affected, the most important of which are the communications and information technology sector and the electronic commerce sector. This necessitates the need to exploit this prosperity and growth for such sensitive sectors and develop them to contribute even a small part to compensate for the losses. Incurred by the global economy in general and Algerian in particular.

So that the impact of the repercussions of the Corona virus was positive in terms of reviving the volume and movement of electronic commerce, as the Corona crisis accelerated the transition to digital and pushed the electronic market to record levels of growth by relying on advanced programs and modern technology, as the sale and purchase transactions take place via the Internet, so the global trend is to close borders and impose The curfew, partially or completely, to confront the Corona virus has made it the first means for consumers to obtain their needs by communicating with companies, institutions and stores via the Internet, due to the difficulty of moving due to the curfew.

Keywords : E-commerce, market, digitization, coronavirus, economy.

مقدمة :

في ظل أزمة الكورونا تضررت العديد من القطاعات الاقتصادية منها قطاع السياحة والصناعة وقطاع التجارة بالجملة والتجزئة، لكن هذا لم يمنع من استفادة بعض القطاعات التي تأثرت تأثرا إيجابيا، أهمها قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات وقطاع التجارة الالكترونية، هذا ما يستوجب ضرورة استغلال هذا الازدهار والنمو لمثل هذه القطاعات الحساسة وتطويرها للمساهمة بجزء ولو بسيط لتعويض الخسائر التي تكبدها الاقتصاد العالمي عامة والجزائري خاصة.

بميت كان أثر تداعيات فيروس كورونا إيجابيا من حيث إنعاش حجم وحركة التجارة الالكترونية، فأصبحت الشركات والمؤسسات المتمكنة ذات نموذج الأعمال الرقمي المتصل بالانترنت والتي تعتمد على التعاملات التجارية الالكترونية هي الرابح الأساسي في هذه الفترة. إذ عجلت أزمة كورونا بالتحول إلى الرقمية ودفعت السوق الالكتروني إلى مستويات نمو قياسية بالاعتماد على البرامج المتطورة والتكنولوجيا

الحديثة حيث أضحت عمليات وصفقات البيع والشراء تتم عبر الإنترنت، فالتوجه العالمي لغلق الحدود وفرض حظر التجول بشكل جزئي أو كلي لمواجهة فيروس كورونا جعل الوسيلة الأولى للمستهلكين للحصول على احتياجاتهم عن طريق التواصل بالشركات والمؤسسات والمتاجر عبر الانترنت وذلك لصعوبة التحرك بسبب حظر التجول.

هذا ما يدفعنا للتساؤل عن واقع التجارة الالكترونية في الجزائر ومدى تأثيره بجائحة الكورونا مقارنة مع

العالم؟

وترجع أهمية البحث إلى الأثر الإيجابي الذي أحدثته التجارة الالكترونية في مواجهة جائحة الكورونا حيث كانت السبيل الوحيد لاقتناء السلع والخدمات في ظل الإجراءات القانونية المتخذة لمواجهة جائحة الكورونا أهمها الحجر الصحي الذي تعذر معه الخروج والتنقل لاقتناء هذه السلع والخدمات هذا ما يبرز الهدف الجوهرى من الدراسة، حيث تهدف هذه الدراسة إلى بيان مدى تأثير جائحة كورونا على التجارة الالكترونية بشكل عام ومحاولة تعظيم أثرها الإيجابي على التجارة الإلكترونية لتعويض جزء ولو بسيط من الخسائر الاقتصادية في ظل تلك الجائحة، كما تهدف إلى محاولة تقليل الآثار السلبية للجائحة على الأنشطة التجارية ومحاولة حل المشكلات والتغلب عليها واقترح بعض التدابير والسياسات التي من شأنها تفادي التحديات والتغلب عليها.

وعليه ارتأينا معالجة هذه الإشكالية من خلال التعرض لدراسة واقع التجارة الالكترونية في ظل جائحة الكورونا في الجزائر مقارنة مع العالم (مبحث أول) ثم الانتقال إلى معرفة تحديات التجارة الالكترونية في ظل جائحة الكورونا (مبحث ثاني) معتمدين في ذلك على المنهج الوصفي التحليلي مستعينين بالمنهج المقارن.

المبحث الأول: واقع التجارة الالكترونية في ظل جائحة الكورونا في الجزائر مقارنة مع العالم:

مع تطور الشبكات وعالم الملميديا فتحت أبواب جديدة للتجارة. وأصبحت تكنولوجيا الاتصال ووسائل الإعلام الحديثة الأساس الضروري لغزو أسواق تجارية جديدة وهو ما عرف اليوم "بالتجارة الإلكترونية" التي تستعمل الوسائل الموجودة والمتوفرة بعالم المواصلات لأجل تنمية تجارة المؤسسة على المستويين الداخلي والخارجي.

والتجارة الإلكترونية هي عبارة عن نظام يتيح عبر وسائل الاتصال عن بعد أهمها الأنترنت حركات بيع وشراء السلع والخدمات والمعلومات كما يتيح الحركات الإلكترونية التي تدعم توليد العوائد مثل عمليات تعزيز الطلب على تلك السلع والخدمات والمعلومات، حيث إنّ التجارة الإلكترونية تتيح عبر الأنترنت عمليات دعم المبيعات وخدمة العملاء. يمكن تشبيهها بسوق إلكتروني يتواصل فيه البائعون والوسطاء والمشترون وتقدم فيه الخدمات والمنتجات في صيغة افتراضية أو ورقية، كما يدفع ثمنها بالنقود الإلكترونية.¹

¹ - طارق عبد العال حماد، التجارة الالكترونية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2003. ص 30.

وتنقسم نشاطات التجارة الإلكترونية إلى قسمين رئيسيين، يهّم الأول منها التجارة الإلكترونية التي تتمّ من الشركات إلى الزبائن الأفراد Business to consumer وهي تمثّل التبادل التجاري بين الشركات من جهة والزبائن الأفراد من جهة أخرى. ويشمل القسم الثاني التجارة الإلكترونية التي تتمّ من الشركات إلى الشركات Business to Business وهي تمثّل التبادل التجاري الإلكتروني بين شركة وأخرى.¹

وترتّب عن ظهور هذا النوع من التجارة ظهور أنواع جديدة من العقود تتماشى ومتطلّبات التجارة الإلكترونية والعالم اللامادي، عرفت "بعقود التجارة الإلكترونية" أو أيضا بالعقود الإلكترونية، وهي عقود تتمّ عن بعد باعتبارها تتمّ بين أطراف لا يجمعهم مجلس واحد.

المطلب الأول: التأطير القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري:

لا يعتبر العقد عن بعد ظاهرة جديدة أو من الأمور المستحدثة بل تضمّنت القوانين القديمة والفقه الإسلامي على وجه الخصوص أحكاما تتعلق بالتعاقد عن طريق الوكيل أو الرسول، كما تضمّنت أحكاما للتعاقد بالمراسلة والتعاقد بين غائبين. ورغم التطور الكبير والسريع الذي شهدته الجزائر، خلال السنوات الأخيرة، في استخدام التكنولوجيات الحديثة، إلا أن ذلك لم ينعكس على كلّ مناحي الحياة اليومية للجزائريين، ومنها المعاملات التجارية التي مازالت محتكمة، في كثير من الأحيان، إلى الأنماط التجارية التقليدية، في ظلّ حضور محتشم للمعاملات الإلكترونية التي تختصر وتسهّل العمليات التجارية.

خلال العشر سنوات الأخيرة، جاء المشرع الجزائري بمعاملات إلكترونية حديثة إلى جانب المعاملات التقليدية التي كانت سائدة من قبل في القانون الخاص الجزائري. إذ ولأول مرة، نظم الانترنت كنشاط اقتصادي مقنن بموجب المرسوم التنفيذي 257\98 المؤرخ في 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها المعدل بموجب مرسوم تنفيذي رقم 307\2000 المؤرخ في 14 أكتوبر سنة 2000.

كما تضمن القانون المدني الجزائري أحكام العقد الإلكتروني بنصه على أن "العقد شريعة المتعاقدين"، ومن ثم فإن عقود التجارة الإلكترونية كان من الممكن التفاوض عليها وإبرامها وتنفيذها في الجزائر في ظل التشريعات السارية، نهوضاً على المبادئ التعاقدية التي يتفق عليها أطراف التعاقد، ومثل هذا العقد يجب أن يشمل النواحي الموضوعية بالإضافة إلى الشروط والأركان التي استلزامها القانون، فطبقاً للقوانين الجزائرية السارية يعد العقد الإلكتروني صحيحاً وقائماً، طبقاً لإرادة المتعاقدين، وفي ظل النصوص التعاقدية الاتفاقية، ما لم يتعارض مع النصوص التشريعية الأمرة الموجودة في القانون الجزائري وكذلك ما لم يتعارض مع النظام العام والآداب.

ف نجد أن المادة 59 نصت على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية" وعليه فلو تقابل الإيجاب والقبول على طريق شبكة الإنترنت، فإن العقد ينعقد بقوة

¹ - شحاتة غريب محمد، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص 46.

القانون دون أن يكون لغياب العلاقة المباشرة بين طرفي التعاقد أي تأثير على انعقاده أو إلى توافر أركانه التي اشترطها القانون¹.

إلى جانب هذا، فإن المادة 60 من القانون المدني الجزائري نصت على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، أو باتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالته، فيجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً².

ومن هنا نجد أن المادة 60 من ذات القانون لم تنص على شكل معين لإبداء التعبير عن الإرادة المشترطة في انعقاد العقد، فقد نصت تلك المادة على أنه يمكن إبداء تلك الإرادة بالطرق الأربعة سالفة الذكر، وعليه نجد أن التعبير عن الإرادة عند انعقاد العقد في شكله الإلكتروني سواء كان صريحاً أو مشفراً هو تعبير صحيح، طالما كان الطرف الآخر في العقد تعرف عليه، وهذا دون أن يثير في نفسه أي شك في كونه إيجاباً أو قبولاً إلكترونياً³.

ف نجد أن القانون المدني قد أشار إلى العقد الإلكتروني في عدة مجالات، مثل الإثبات الإلكتروني الذي أشار إليه بصدور القانون 05-10 المعدل والمتمم في القانون المدني الجزائري⁴ والذي انتقل فيه المشرع من النظام الورقي في الإثبات إلى النظام الإلكتروني. حيث أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني مكاناً ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري طبقاً لنص المادة 323 مكرر.

بموجب المادة 323 مكرر 1 جاء المشرع بحل قانوني، ووفقاً للقاعدة الفقهية التي تقول لا اجتهاد في وجود النص القانوني، فإن المشرع يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة العادية من حيث حجية الإثبات.

كما اعتد المشرع الجزائري بالتوقيع الإلكتروني لأول مرة في نص المادة 2/327 مدني جزائري المعدلة بالقانون 05\10 والتي تنص على أنه "يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر أعلاه" وذلك من أجل إضفاء الحجية على المحررات الإلكترونية.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف العقود التجارية لكنه عرف العمل التجاري من خلال المواد 2، 3، و 4 من القانون التجاري، فلا تكون التجارة الإلكترونية سوى ممارسة تلك الأعمال بواسطة الوسائل الإلكترونية. ومنه يمكن القول بأن التجارة الإلكترونية لا تختلف عن التجارة التقليدية من حيث مضمونها ومحترفيها، فوجه الخصوصية فيها يتمثل في وسائل مباشرتها، وبصفة خاصة الطريقة التي تنعقد بها العقود ووسائل تنفيذها.

¹ - اسماعيل قطاف، بحث لنيل شهادة الماجستير، العقود الإلكترونية وحماية المستهلك، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006، ص 7.

² - علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الطبعة الأولى، 1997، ص 20.

³ - طارق عبد العال حماد، التجارة الإلكترونية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2003، ص 43.

⁴ - الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم

لكون التعاقد عن بعد تميزه بصفة أساسية مسألة التباعد المكاني بين أطرافه والتي تثير بدورها نقطة اللحظة التي يبرم فيها هذا العقد و مكان انعقاده.

حيث تبرز أهميته في تحديد زمان انعقاد العقد بصفة خاصة، لأن في تلك اللحظة قد يؤدي إلى امتناع أي من طرفيه من قبول بعض شروطه، أو نقضه أو التحلل منه، ففي هذه اللحظة تتوافق فيها الإرادتان و بها يتحقق وجود العقد.

وعملا بطريقة التعاقد عن بعد وتطبيقا لها من خلال شبكة الانترنت، يمكن القول بأن لحظة القبول في هذا العقد هي مثلا تلك التي يجر فيها من وجه إليه الإيجاب رسالة الكترونية، تعبر عن قبوله للإيجاب وهي اللحظة التي يضغط فيها على الأيقونة المخصصة للقبول.¹

ولما كان التعاقد عن بعد يجمع الغائبين عن مجلس العقد بوسائط إلكترونية انسحب عليه حكم التعاقد بين غائبين والذي تطبق عليه نص المادة 67 من قانون المدني الجزائري التي جاء فيها " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان و الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

كما أن العقد يرتب آثاره ابتداء من لحظة إبرامه إذ منذ ذلك الوقت تنتقل وتكتسب تلك السلع مثلا محل هذا التعاقد.

ونظرا لأهمية التجارة الالكترونية تدخل المشرع الجزائري ليؤطرها بنظام قانوني خاص بالتجارة الالكترونية وذلك بموجب القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية.²

المطلب الثاني : إيجابيات فيروس كورونا على التجارة الالكترونية في الجزائر:

للقاية من فيروس كورونا تجنب الكثير من الأفراد المتاجر الفعلية أو التقليدية خاصة مع فرض الحجر الصحي والتباعد الاجتماعي بموجب المرسوم رقم 20-69 المؤرخ في 21 مارس 2020 المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء كورونا ومكافحته، لذلك أصبح الطلب على الأنترنت هو الطريقة المثالية للتسوق خاصة بالنسبة للضروريات³، حيث كان الطلب كبيرا حول المنتجات الصحية التي كانت محركا رئيسيا في هذا النمو على المدى القصير مع ارتفاع المخاوف من الإصابة بالفيروس وكذلك مع توصيات منظمة الصحة العالمية بتوخي كافة الإجراءات الوقائية.⁴

¹ - خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص 89.

² - القانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية، ح ر ع 28، المؤرخة في 10/05/2018.

³ - Logistiek, (2020). https://www.logistiek.nl/supply-chain/nieuws/2020/03/zo-hard-groeit-e-commerce-doorcoronavirus-101172759?_ga=2.193285098.618788324.1584541771-1722569770.1584541771. Accessed: 16-06-2020.

⁴ - Stephanie Crets, (2020). How the coronavirus is affecting online retailers, Digital Commerce 360 news, Mar 12, 2020.

<https://www.digitalcommerce360.com/2020/03/12/coronavirus-affects-online-retailers/>. Accessed: 17-06-2020.

فقد حققت التجارة الالكترونية مكاسب عديدة في ظل وباء كورونا، إذ يلجأ الجميع إلى الخدمات الالكترونية والأدوات الجديدة التي تسمح لهم بالتكيف مع الظروف الاستثنائية السائدة حالياً بسبب انتشار فيروس كورونا.

المبحث الثاني : تحديات التجارة الالكترونية في ظل جائحة الكورونا :

يتضح أن عقد التجارة الالكترونية هو عقد يغلب عليه الطابع التجاري والاستهلاكي، وقد جاءت الصفة من السمة الغالبة لذلك العقد، حيث أن عقود البيع الالكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من مجمل العقود، و يترتب على ذلك أن العقد الالكتروني يتسم بطابع الاستهلاك ومن ثم فإنه يعتبر في الغالب من قبيل عقود الاستهلاك، وباعتبار عقود التجارة الإلكترونية ترتبط بالعملية الاستهلاكية فإن نجاحها يتوقف على مدى توفير الحماية القانونية للمتعاملين بصفة عامة والمستهلك بصفة خاصة، فتطور هذا الشكل الجديد للمبادلات التجارية مرهون بوجود ضمانات تحترم حقوق الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية.¹

حيث شهد العالم اليوم تطورات عالية الأهمية ودقيقة النتائج والآثار من حيث طريقة التعاقد استدعت ضرورة وضع آليات قانونية لحماية المستهلك حين يلجأ إلى التعاقد عبر وسائل الاتصال عن بعد على أساس أنه عقد أمين وموثوق، لكن في الحقيقة عادة ما يتم عرض عبر وسائل الاتصال عن بعد سلع وخدمات بطريقة مبالغ في الاعلان عنها والاشهار بها مما يؤثر بشكل واسع على توجه المستهلك الذي كثيراً ما يقع في الغلط، نتيجة عدم توفر المستهلك الالكتروني على الامكانيات الفعلية والحقيقية لمعالجة ومعاينة السلع والتحقق من الأداء المناسب للخدمة قبل ابرام العقد الالكتروني.

كما أنّ الحماية القانونية المقررة لتعيّب الإرادة بعيب من عيوب الرضا لم تعد كافية أو فعّالة بسبب تضيق المشرّع من ناحية لشروط الطعن على أساس إبطال العقد رغبة منه في توفير استقرار نسبي معين للعقود والمعاملات،⁽²⁾ ومن ناحية أخرى بسبب ظهور طائفة جديدة من العقود تتميز باختلال التوازن في المراكز العقدية بسبب عدم المساواة في العلم أو في القوة الفعلية بين كل المتعاقدين.³ لذلك تدخلت مختلف التشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية بخلق آليات تسمح بإعادة التوازن بين طرفي العقد - البائع والمستهلك - وهو ما سعى لتحقيقه كل من المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك،⁴ والقانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية.⁵ وكذلك المشرع التونسي الذي أكد هذه الحماية في عقود

¹ . مناني فراح، المرجع السابق، ص 43.

² - يبرز الفقه الفرنسي تضيق القانون لنظرية عيوب الإرادة واستلزامه لإبطال العقد توافر شروط من الصعّب على المتعاقد في كثير من الحالات إثباتها بأنه أثر مبدأ الروماني « Jura vigilantibus subveniunt » : أي على كلّ شخص أن يسهر على الدفاع عن مصالحه الخاصة. خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2009، ص 109.

³ - خالد ممدوح ابراهيم، المرجع نفسه، ص 109.

⁴ - القانون رقم 03/09 المؤرخ بتاريخ 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية ر 15 المؤرخة في 08/03/2009 المعدل بموجب القانون رقم 09/18 المؤرخ في 10 يونيو 2018، ح ر ع 35 مؤرخة في 13 يونيو 2018.

⁵ - القانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية، ح ر ع 28، المؤرخة في 10/05/2018.

التجارة الالكترونية بموجب القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 09/08/2000 والمتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.¹

فأهمية حماية المستهلك الالكتروني الطرف الضعيف في العلاقة القانونية تدفعنا للتساؤل عن نجاعة الحماية القانونية التي قررها كل من المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة من خلال سنّها وفرضها وتنظيمها لأحكام الالتزام بالاعلام والحق في العدول في العقود الالكترونية كآليات قانونية تجعله على بينة من أمره ومصالحته قبل وبعد إبرام العقد الالكتروني لاسيما في ظل الظروف الصحية المترتبة على جائحة الكورونا؟ باستقراء مختلف النصوص القانونية المقارنة المنظمة للعقود الالكترونية يتجلى حرصها على حماية الطرف الأضعف في العقد وضمن الشفافية في المعاملات من خلال إقرار للمستهلك الالكتروني الحق في الإعلام المسبق (مطلب أول) وتمكينه من الحق في العدول عن الشراء (مطلب ثاني).

المطلب الأول : حق المستهلك الالكتروني في الإعلام المسبق :

لقد كرّس المشرع الجزائري الحق في الإعلام المسبق في عدة قوانين أهمها القانون المدني بموجب نص المادة 352 ومايليها² والقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش وكذلك القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية. وهو ما أكدّه المشرع التونسي ضمن أحكام القانونين عدد 39 و40 المؤرخين في 02/06/1998³، إلا أنّ تكريس الحق في الإعلام في القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية قد اتخذ أبعادا أخرى نظرا لطبيعة المعاملات المبرمة عن طريق الأنترنت.

أ- الالتزام بالاعلام :

يجد الالتزام بالإعلام في العقد الالكتروني أساسه في عدم التكافؤ بين طرفي العقد المتفاوض عليه من حيث العلم بعناصر العقد وظروفه مما يلقي على الطرف المحترف المتدخل في العلاقة الاستهلاكية بصفة خاصة الالتزام بالإدلاء للطرف الأخر بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد حتى يتصرف على دراية كاملة ولكي يتسم التفاوض بالوضوح والشفافية وحسن النية.⁴

لقد أكد المشرع الجزائري حق المستهلك أو المشتري في الإعلام في قانون حماية المستهلك، إذ نص على حق المستهلك في الإعلام بصفة عامة و لم يحدد هل الإعلام قبل التعاقد أم أثناء التعاقد و ذلك في المادة 17 من القانون 03\09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش⁵ التي نصت على أنه يجب على كل متدخل أن يعلم

¹ - قانون عدد 83 لسنة 2000، مؤرخ في 09 أوت 2000 المتعلق بمبادلات والتجارة الالكترونية، الرائد الرسمي لسنة 2000 عدد 64 المؤرخ بتاريخ 11 أوت 2000.

² - الأمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ح ر ع 44 لسنة 2005، ص 18

³ - علي كحلوني، التجارة الالكترونية، مجلة القضاء والتشريع التونسية عدد 2 لسنة 2000، ص 40.

⁴ - خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2006 ص240.

⁵ - القانون رقم 03\09، المؤرخ في 02.25.2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المرجع السابق.

المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم و وضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة، فقد ألزمت هذه المادة المتدخل بتمكين المستهلك أو المشتري بكل البيانات الضرورية لإتمام العقد، فيجب أن يكون العرض المقدم على شاشة الويب محددًا بدقة ووضوح، ولا بد من ظهور كل البيانات الإلزامية الخاصة بالتعاقد مع العرض المقدم. وذلك بعدما جسده ضمن قواعد القانون المدني لما نص على مبدأ إعلام المشتري بالمبيع في المادة 352 ق م ج.

لما كان الالتزام بالاعلام من أهم آليات حماية المستهلك الإلكتروني خصه المشرع الجزائري باهتمام خاص عند وضعه للقانون المنظم للتجارة الإلكترونية بحيث أفرد أحكامه بموجب الفصل الثالث وجعله من المتطلبات المتعلقة بالمعاملات التجارية عن طريق الاتصال الإلكتروني، حيث أوجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبقة بعرض تجاري إلكتروني وألزمت المادة 11 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المورد الإلكتروني بضرورة تقديم العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة محددًا البيانات الضرورية التي لا بد أن يحتويها بيان العرض.

أما عن الوسيلة التي يمكن بها الاثبات في العلم من عدمه فهي الإقرار ففي عقد البيع إقرار المستهلك يكون بالشكل والوسيلة المتفق عليها مع التاجر الإلكتروني، ويرسل إلى هذا الأخير بواسطة البريد الإلكتروني أو الفاكس¹.

هذا ما أكدته التوجيه الأوروبي الصادر عن البرلمان الأوروبي رقم 97 الصادر في 20 مايو 1997 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد²، الذي حاول إضفاء مستوى معين من التكافؤ في الحماية بين المستهلك الإلكتروني نظيره في التعاقد عن بعد بصورته التقليدية، والذي اعتبر الدفاع عن الطرف الأضعف هو المنطلق الأساسي الذي اعتمده نصوص التوجيه الأوروبي وذلك بإتاحة وتمكين المستهلك الإلكتروني من جميع المعلومات عن العقد، وهو شرط حاسم لا غنى عنه لصحة موافقته الحرة والمستنيرة³، وفي هذا الصدد ألزم التوجيه الأوروبي رقم 97\7 الصادر في 20 مايو 1997 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد بموجب نص المادة 4 منه ، الموردين بإعلام المستهلكين ببيان للأوصاف الأساسية للسلع والخدمات وكذا بعض المعلومات الخاصة بالعقد كبيان لطريقة أو

¹ - د.عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقيقية، ط 1، 2007، ص 364.

² - la directive 97 /07 du parlement européen et du conseil européen du 20 mai 1997 concernant la Protection des consommateurs en matière de contrats à distance Michel TROCHU : Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive n° 97-7, Dalloz, 1999, p 179 .

³ . Vincent GAUTRAIS : L'encadrement juridique du cyberconsommateur québécois, Droit du commerce électronique, Montréal, Thémis, 2002, p266.

كيفية الدفع التسليم و التنفيذ، إقرار حق العدول للمستهلك، ومدة صلاحية الإيجاب أو العرض¹ حيث أرست هذه المادة دعائم الالتزام بالإعلام من أجل حماية المستهلك إذ جاء فيها: " على البائع أن يقدم للمستهلك في وقت مناسب وسابق على إبرام العقد المعلومات التالية :

- ◀ تحديد هوية المورد وعنوانه.
- ◀ تحديد الخصائص الرئيسية للبضاعة.
- ◀ تحديد ثمن الخدمات شاملاً جميع الضرائب ونفقات التسليم وطرق دفعها.
- ◀ تحديد الحد الأدنى لمدة صلاحية العرض.

ويتعين على البائع مقدم العرض تحديد مضمون العرض التجاري بوضوح و بدون أي غموض، وأن تظهر على صفحة الويب المبنية على الشاشة أشكال الدفع و طرق التسليم و مدة التسليم بحد أقصى ثلاثين يوماً و قيمة استخدام تقنية الاتصال عن بعد إذا تم احتسابها بطريقة مغايرة للسائد².

وقد قررت المادة 1602 من القانون المدني الفرنسي الخاصة بعقد البيع على كل بائع لسلعة أو مقدم لخدمة، وقبل إبرام العقد، أن يزود من ي تعاقد معه بطريقة مفهومة ومقروءة بالمعلومات الكافية عن الخصائص والصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة محل العقد³، وقد عمم القضاء الفرنسي هذا الالتزام على جميع أنواع العقود⁴. كما كشف قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993⁵، على مبدأ وجود الالتزام بالإعلام في العقود المبرمة بين المورد المهني و العميل المستهلك والذي أكد المشرع الفرنسي أهميته بتعديله للفقرة 1 من المادة 111 سنة 2020 حيث جاء فيها: " قبل أن يلتزم المستهلك بعقد بيع السلع أو توريد الخدمات ، يتوجب على المحترف إبلاغ المستهلك بطريقة مقروءة ومفهومة المعلومات التالية :

¹ Article 4 : « 1. En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivantes :

a) identité du fournisseur et, dans le cas de contrats nécessitant un paiement anticipé, son adresse. /b) caractéristiques essentielles du bien ou du service./c) prix du bien ou du service, toutes taxes comprises./d) frais de livraison, le cas échéant./e) modalités de paiement, de livraison ou d'exécution./f) existence d'un droit de rétractation, sauf dans les cas visés à l'article 6 paragraphe 3./g) coût de l'utilisation de la technique de communication à distance, lorsqu'il est calculé sur une base autre que le tarif de base./h) durée de validité de l'offre ou du prix./i) le cas échéant, durée minimale du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un bien ou d'un service ».

² - خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 111.

³ - Art 1602 crée par loi 06 /03/1804 promulguée le 16/03/1804 .

⁴ - نزيه المهدي ، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1990 ، ص 124. محمد السيد عمران، الالتزام بالإخبار دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1999 ، ص 130.

⁵ L'article L.111-1 du code de la consommation : « Tout professionnel de biens ou prestataire de services doit avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service » . grée par la loi 93-949 du 26/07/1993 annexe jorf du 27/07/1993 modifié le 12/02/2020

1- الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة مع مراعاة وسيط الاتصال، المستخدم والسلعة أو الخدمة.

2- سعر السلعة أو الخدمة المعروضة.

وهو ما تم تأكيده في التشريع الخاص والمتعلق بالقانون الفرنسي رقم 2004\ 575 الصادر في 21 يونيو 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي¹ الذي فرض وعزز واجب الالتزام بالإعلام على عاتق المهني، نفس الالتزام نجده أيضا ضمن نصوص المرسوم الفرنسي رقم 2005\ 648 الصادر في 6 يونيو 2005 المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد²، الذي ألقى على عاتق المهني واجب إعلام المستهلك عن بعد.

كما أنه تماشيا مع السياسات التشريعية الفرنسية التي تهدف إلى حماية المستهلك الإلكتروني نجد قانون التوقيع الإلكتروني رقم 230 لسنة 2000 ولائحته التنفيذية لم يشر صراحة إلى مبدأ حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية إلا أن الشروط التي وضعها المشرع الفرنسي للقيام بعملية التصديق على شهادات مقدمي هذه الخدمة توضح بأن الهدف منها حماية المستهلك³. كما أنه بالرجوع للقانون الصادر في فرنسا ب 17 يناير 1978 الخاص بالمعلوماتية والحريات نجده قد أكد حق المستهلك في الاطلاع على البيانات الخاصة به والتحقق منها⁴.

ب- الالتزام بالإعلام في قوانين التجارة الإلكترونية :

قد اهتم المشرع التونسي عند تناوله لموضوع الإعلام المسبق في قانون المبادلات التجارية الإلكترونية بمسألة البيانات المفروضة (1) وأغفل إشكاليات أخرى لا تقل أهمية (2).

1 - البيانات المفروضة : Informations exigées :

نصّ الفصل 25 من قانون التجارة الإلكترونية التونسي على ما يلي : "يجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية، أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة، قبل إبرام العقد المعلومات التالية :

- هوية وعنوان وهاتف البائع أو مُسلي الخدمة.
- وصفا كاملا لمختلف مراحل إنجاز المعاملة.
- طبيعة وخصائص وسعر المنتج.
- كلفة تسليم المنتج ومبلغ تأمينه والأداءات المستوجبة.
- الفترة التي يكون خلالها المنتج معروضا بأسعار الخدنة.
- شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع.

¹ - La Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) , l0\ n° 143 du 22 juin 2004 p 11168.

² -Ordonnance n°2005-648 du06/06/2005 relative à la commercialisation à distance de services Jorf N° 131 du7/6/2005 page 10002 texte n°8 .

³ - خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 52.

⁴ - أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 108.

- طرق إجراءات الدّفع، وعند الإقتضاء شروط القروض المقترحة.
- طرق وآجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم إنجاز الإلتزامات.
- إمكانية العدول عن الشّراء وأجله.
- كيفة إقرار الطلبيّة.
- طرق إرجاع المنتج أو الإبدال وإرجاع المبلغ
- كلفة استعمال تقنيات الإتّصالات حين يتمّ احتسابها على أساس مختلف التعريفات الجاري بها العمل.
- شروط فسخ العقد إذا كان لمّة غير محدّدة أو تفوق السّنة.
- الملمّة الدّنيا للعقد فيما يخصّ العقود المتعلّقة بتزويد المستهلك لمنتج أو خدمة خلال مّلة طويلة أو بصفة دورية.
- يتعيّن توفير هذه المعلومات إلكترونيًا ووضعها على ذمّة المستهلك للإطّلاع عليها في جميع مراحل المعاملة".

لكن هل أنّ البيانات التي تضمّنها الفصل 25 المذكور سلفا وردت على سبيل الحصر أم الذّكر؟ يمكن أن نعتبر أنّ البيانات التي تضمّنها الفصل 25 واردة على سبيل الذكر لا الحصر حتّى يكون بإمكان المشرّع أو حتّى الأطراف إضافة بيانات أخرى تحمي المستهلك أو تستوعب التطوّر الحاصل في هذا الميدان المستحدث. هذا ما أكده المشرع الجزائري عند وضعه لقانون التجارة الإلكتروني رقم 05/18 حيث نص في المادة 11 منه تقريبا على نفس البيانات المذكورة في المادة 25 من قانون التجارة الإلكتروني التونسي وأكد صراحة أنّ هذه البيانات ليست واردة على سبيل الحصر بقوله: " يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروعة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر المعلومات الآتية: رقم التعريف الجبائي...تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها".

باستقراء أحكام كل من المادة 25 من قانون التجارة والمبادلات الإلكترونية التونسي وكذلك المادة 11 من قانون التجارة الإلكتروني الجزائري يتبين أنّ كلا المشرعين حرصا على بناء الرّضاء الإلكتروني على أسس واضحة ومعروفة شاملة لجميع أركان العقد، هذا ما يضمن للمستهلك الإلكتروني إمكانية الاطلاع على جميع هذه البيانات قبل الضّغط على زرّ الموافقة الذي ينعقد معه العقد.

إلا أنّ الإعلام المسبّق لا يطرح مسألة البيانات المفروضة فقط بل عدّة إشكاليّات أخرى ذات أهميّة والتي سيتم تفصيلها على النحو الآتي.

2- إشكاليّات الإعلام المسبّق الأخرى :

تخصّ هذه الإشكاليّات تأكيد المعلومات وعبء الإثبات ونطاق الإعلام وجزاء الإخلال بهذا الواجب.

2-1 تأكيد المعلومات : Confirmation des informations

نصّ الفصل 36 من القانون عدد 83 أنّه "على البائع إثبات حصول الإعلام المسبّق وإقرار المعلومات واحترام الآجال وقبول المستهلك وكلّ اتّفاق مخالف يُعدّ باطلاً".

ما يلاحظ في هذا الإطار هو أنّ المشرّع التونسي قد اكتفى بمجرد الإشارة إلى هذا الواجب رغم أهميته خلافا لبعض التشريعات المقارنة وخاصة التوصية الأوروبية المتعلقة بالعقود عن بعد المؤرّخة في 1997/05/20 التي أوجب الفصل الخامس منها على البائع أن يتولّى تأكيد المعلومات وإبلاغها إلى المستهلك عن طريق كتب أو على سند دائم¹. ولا يُعتبَر هذا الواجب مكتملا إذا اقتصر البائع على الإعلان عن التأكيد عبر شاشة الحاسوب تاركا للمستهلك مهمة التزوّد بمحتواه عن طريق التحميل أو طبع المعلومات.

أما المشرّع الجزائري فقط اكتفى فقط بالإشارة في نص المادة 12 من قانون 05/18 إلى ضرورة وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة دون أن يبين على من تقع مسؤولية إثبات ذلك.

2-2- عبء الإثبات :

يتحمّل البائع أو المورد الإلكتروني عملا بأحكام الفصل 36 من قانون التجارة الإلكتروني التونسي وكذلك المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري واجب إثبات حصول الإعلام، إذ عليه أن يوفر طبق أحكام هذه المواد للمستهلك الإلكتروني جملة من المعلومات ووضعها على ذمته إلكترونيا. وهو ما أكده كذلك الفصل 29 الذي جاء فيه "يتعيّن على البائع أن يوفر للمستهلك عند الطلب خلال العشرة أيام الموالية لإبرام العقد وثيقة كتابية أو إلكترونية تتضمّن كافة المعطيات المتعلقة بعملية البيع" وهو ما يمكن من تكوين حجة كتابية ويصير تبعا لذلك الإثبات ممكنا.

كما نصت المادة 10 من قانون 05/18 على ضرورة توثيق المعاملة التجارية الإلكترونية بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني. وألزمت المادة 19 من نفس القانون المورد الإلكتروني بإرسال نسخة إلكترونية من العقد إلى المستهلك الإلكتروني.

2-3 نطاق الإعلام :

يطرح هذا الفرع إشكاليّتين :

- هل أنّ الإعلام المسبّق واجب محمول على البائع المحترف والبائع غير المحترف على حدّ السواء؟
لم يتضمّن القانون عدد 83 إجابة وهو ما يفرض علينا الاعتماد على القواعد العامة الواردة بمجلة الالتزامات والعقود التونسية وتحديد المبدأ العام الذي أقرّه الفصل 533 "إذا كانت عبارة القانون مطلقة

¹ - يحيل لفظ "السند الدائم" إلى البيوعات المجرة عن طريق الأنترنت إذ لا يمكن أن يفرض على موقع تجاري أن يقدم للطرف المقابل تأكيدا على ورق لذلك فإنّ التوصية الأوروبية تقبل أن يتمّ التأكيد عن طريق البريد الإلكتروني أو شريط أو قرص، على كحلون، المسؤولية المعلوماتية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2005، ص 29.

جرت على إطلاقها" ، وبالتالي يمكن القول أنّ واجب الإعلام محمول على البائع المحترف والبائع غير المحترف على حدّ السواء.

- هل أنّ واجب الإعلام المحمول على البائع كحماية للمستهلك ينطبق حتّى في صورة ما إذا كان المستهلك قد تصرف في إطار نشاطه المهني؟

لم يُعط المشرع التونسي حلاً لذلك، إلاّ أنّه يمكن القول أنّ الحقّ في الإعلام إنّما مأثاه افتراض انعدام التوازن بين القوّة الاقتصادية للتاجر ومقدرته على الإقناع بفضل طغيان وسائل الإشهار التجاري التي مجوزته أو في مقدوره توظيفها لفائدته وضعف تجربة المستهلك وتسرعّه في اتّخاذ قرار الشراء وعدم إلمامه بفضول التسويق التجاري وهو ما يفرض استثناء المستهلك الذي يقتني بضاعة أو خدمة في إطار نشاطه المهني، وقد تبنى المشرع هذا الموقف بالفصل الأوّل من القانونين عدد 39 و40 المؤرّخين في 1998/06/02 حيث جاء بالفصل 1 من القانون عدد 39 "المشتري هو كلّ من يشتري منتوجاً لاستهلاكه أو خدمة للإنتفاع بها في أغراض خارج إطار نشاطه المهني" وهو ما أكده كذلك الفصل 1 من القانون عدد 40 "المستهلك هو كلّ من يشتري منتوجاً لاستهلاكه أو خدمة للإنتفاع بها في أغراض خارج نشاطه المهني".¹

أما المشرع الجزائري فقد أكد صراحة أنّ المستهلك المستفيد من أحكام هذا الإعلام هو المستهلك الإلكتروني المعرف بالفقرة الرابعة من المادة 6 من قانون 05/18 والذي يتمثل في كلّ شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي مراعيًا في ذلك التعريف العام للمستهلك المحدد بالمادة الثانية من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

4-2 جزاء الإخلال بواجب الإعلام:

يعتبر الإخلال بهذا الواجب جريمة تعرّض صاحبها للتتبع الجزائي على معنى أحكام الفصل 49 من القانون عدد 83.

ويعاقب كذلك كلّ من استغلّ ضعف شخص أو جهله في إطار عمليّات البيع الإلكتروني بدفعه للإلتزام حاضراً أو آجلاً بأي شكل من الأشكال وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أنّ هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهّداته أو كشف الحيل والخدع المعتمدة بالإلتزام أو إذا ثبت أنّه كان تحت الضغط.

ويتبين ممّا سبق بسطه أنّ كلّ من المشرع الجزائري والتونسي قد حاولا من خلال تنظيم أحكام "حقّ الإعلام المسبّق" توفير حماية كافية للمستهلك وهو ما سعيا إليه أيضا من خلال إقرار حقّ العدول.

المطلب الثاني : حقّ العدول عن الشراء :

إنّ الطبيعة اللامادية التي تميّز العقد الإلكتروني تجعل من إمكانية وقوع المتعاقد (الموجب له) في عيب من عيوب الرضا أمراً وارداً جداً بالرغم من أنّ المشرع قد فرض على البائع أن يوفرّ للمستهلك جملة من البيانات التي

¹ - محمد صالح بن حسين، المرجع السابق، ص 56.

يكون بدونها العرض (الإيجاب) باطلا. لذلك ولتفادي ذلك منح كل من المشرع الجزائري، الفرنسي والتونسي للمستهلك باعتباره الطرف الأضعف في العقد إمكانية العدول عن الشراء.

أخذ المشرع الفرنسي بهذا الاتجاه بالقوانين الخاصة بحماية المستهلك عام 1971، 1972 و 1978 بشأن القرض الاستهلاكي وأخيرا قانون 6 يناير 1988 رقم 1988/21 المتعلق بعمليات البيع عن بعد¹ حيث يحق للمستهلك وبعد تسلمه المبيع رده واسترجاعه واسترداد الثمن خلال سبعة أيام محسوبة من تاريخ تسليمه المبيع.² أما المشرع التونسي فقد أكد على حق المستهلك في العدول صلب الفصول 30، 32 و 33 من القانون عدد 83. أما المشرع الجزائري فقد تعرض للحق في العدول ضمن نص الفقرة 14 من المادة 11 من قانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية التي نصت على شروط وآجال العدول.

أول ما يلاحظ عند قراءة هذه النصوص القانونية هو أنّ حقّ العدول ليس بالحقّ المطلق ولا يمسّ بالنظام العام إذ بإمكان الأطراف المتعاقدة الاتفاق على خلافه. فالفصل 25 الذي يحيل إليه الفصل 30 يمنح المتعاقدين إمكانية الاتفاق حول شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع وطرق وآجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم إنجاز الإلتزامات وإمكانية العدول عن الشراء وأجله وطرق إرجاع المنتج أو إبداله وإرجاع المبلغ وشروط فسخ العقد. فإذا اتفق المتعاقدان على هذه المسائل فإنّها تكون ملزمة لهما طبق أحكام الفصل 242 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية من ذلك أنّه إذا اتفق البائع والمشتري حول شروط وطرق إبدال المنتج فلا يمكن للمشتري العدول عن الشراء نهائياً بل هو مقيد بالشروط المتفق عليها ولا يمكنه إلا المطالبة بإبدال المنتج.

يطرح حقّ العدول ثلاث إشكاليات رئيسية تتعلق بأجل ممارسته وآثاره (أ) وبمحدوده (ب).

أ - أجل ممارسة حق العدول وآثاره :

حتى يرتب الحق في العدول آثاره (2) لابد أن يمارس خلال أجله القانوني (1).

1 - أجل ممارسة حقّ العدول :

لقد حدّد كل من المشرع الجزائري والتونسي والفرنسي أجل ممارسة المستهلك لحقّ العدول عن الشراء إذ تعرض له المشرع التونسي صلب الفصل 30 من قانون 2000/08/09 ويكون ذلك في أجل عشرة أيام عمل⁽³⁾ تحتسب بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك وبالنسبة للخدمات من تاريخ إبرام العقد.

¹ - loi n° 88-21 du 6/1/1988 relative aux opérateurs de télé – promotion avec offre de vente dite de « télé- achat » abrogé au 27 /07/1993 loi n 93-949 du 26 juillet 1993 art 4 (v) jorf 27/7/1993

² - article 1 de la loi 88-21 & « pour toutes les opérations de vente à distance l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours francs à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit dispose vendeur pour échange ou remboursement, sans pénalités à l'exception des frais de retour.

⁽³⁾ يقصد بأيام العمل أيام العمل الرسمية والإدارية وليس أيام عمل التاجر وذلك حتى يتمكن المستهلك من القيام بالإجراءات اللازمة لضمان حقوقه عند الإقتضاء: مداوات مجلس النواب جلسة يوم 2000/07/27، ص. 20.

أما المشرع الجزائري فنص عليه بالفقرة الثانية من المادة 23 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية والتي أوجبت على المستهلك الالكتروني ضرورة إرجاع السلعة وإرسالها في غلافها الأصلي خلال مدة أقصاها أربعة أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج وقد ألزمه المشرع الجزائري ببيان أسباب العدول عن الشراء.

أما المشرع الفرنسي فقد حددها سابقا في المادة 121 الفقرة 6 من قانون الاستهلاك الفرنسي لعام 1993 بسبعة أيام، لكن منذ صدور قانون هامون أصبحت المدة المقررة لممارسة الحق في العدول 14 يوما بدل 7 أيام وذلك بالنسبة للعقود المبرمة بداية من 14 يونيو 2014. أما التوجهات الأوروبية فهي تقيم تفرقة بين السلع والخدمات فبالنسبة للسلع تبدأ مدة أسبوعين من يوم استلام المستهلك لها، أما بالنسبة للخدمات فتبدأ المهلة من لحظة إبرام العقد.¹

لكن هنا يطرح إشكال إذا اكتشف المستهلك عيبا خفيا في المبيع بعد فوات الأجل القانوني فهل بفوات هذا الأجل لا يمكنه التمتع بحق العدول عن الشراء؟

يبدو أنّ المشرع التونسي قد تعرّض إلى هذه الصّورة صلب الفقرة الثانية من الفصل 35 من قانون 2000/08/09 والتي جاء بها: "وباستثناء حالات القوّة القاهرة، يفسخ العقد إذا أخلّ البائع بالتزاماته ويسترجع المستهلك المبلغ المدفوع بقطع النظر عن جبر الضرر اللاحق به".

إذن يبقى للمستهلك حقّ طلب فسخ العقد خاصّة وأنّ المشرع قد جعله صلب قانون 2000 غير مقيّد بأجل كما أنّه جعل أسباب طلب الفسخ مطلقة إذا استعمل عبارة "إذا أخلّ البائع بالتزاماته" وهي عبارة مطّاطة تقبل عدّة تأويلات.

2- آثار ممارسة حقّ العدول :

رتّب المشرع التونسي على ممارسة حقّ العدول أثرين أساسيين :

* الأثر الأوّل : موضوع الفقرة الأخيرة من الفصل 30 التي جاء بها: "في هذه الحالة يتعيّن على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة. ويتحمّل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة".

يستشفّ من هذا الفصل أنّه يترتّب عن عدول المستهلك عن الشراء إرجاع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد الإلكتروني. بعبارة أخرى فإنّ المستهلك يرجع المبيع إلى البائع الذي اشترى عليه في أجل عشرة أيام على أن يرجع له المبلغ المدفوع.

وهذه الآثار كان المشرع قد كرّسها بمجلة الالتزامات والعقود التونسية وتحديدًا بالفصل 336 منها والذي نصّ على أنّه: "إذا فسخ الإلتزام عاد الطرفان إلى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كلّ منهما أن يرّد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد المذكور أو من جرّائه".

¹ - المادة 11/2 من تعليمات التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلك عن بعد رقم 34/23 لسنة 2000.

* الأثر الثاني : موضوع الفصل 33 الذي تضمّن ما يلي : "إذا كانت عملية الشراء ناتجة كلياً أو جزئياً على قرض ممنوح إلى المستهلك من قبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم بين البائع والغير، فإنّ عدول المستهلك عن الشراء يفسخ عقد القرض بدون تعويض".

يكرّس هذا النص القانوني المبدأ العام الوارد بالفصل 326 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية القائل بأنّه : "إذا بطل الإلتزام الأصلي بطل ما التحق به من التزامات...".

ويبدو أنّ المشرّع قد حاول من خلال هذا الحلّ حماية المستهلك الذي قد يوجد في وضعيّة حرجة إن هو لم يتمكن من إتمام العمليّة التجارية التي اقترض من أجلها المال.¹

أما المشرع الفرنسي فنص بموجب المرسوم رقم 2001/741 الصادر في 2001/08/23 والمجسد بالمادة 20/121 من قانون الاستهلاك الفرنسية لسنة 1993 على التزام المحترف برد ما تقاضاه إلى المستهلك.

أما المشرع الجزائري فقد حدد الآثار القانونية المترتبة على ممارسة المستهلك الإلكتروني حقه في الرجوع ضمن الفقرة الثالثة من المادة 23 من القانون رقم 05 /18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، باستقراء نص هذه الفقرة يتبين أن المشرع الجزائري قد قرر حلول قانونية متزامنة مع طبيعة السبب الذي لأجله عدل المستهلك عن الشراء إذ ألزم المشرع الجزائري المورد الإلكتروني بضرورة تسليم منتج جديد يتوافق مع الطلبية، أو إصلاح المنتج إذا كان معيباً أو استبداله بمنتج آخر مماثل أو إلغاء الطلبية بفسخ العقد وإرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد تطبيقاً للأحكام العامة المقررة في كل من قانون حماية المستهلك رقم 03/90 وكذلك أحكام القانون المدني.

وفي حالة فسخ العقد ألزم المشرع الجزائري المورد الإلكتروني بضرورة إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل 15 يوماً من تاريخ استلامه المنتج كما أعطى الحق للمستهلك الإلكتروني في المطالبة بالتعويض في حالة وقوع الضرر.

ب- حدود ممارسة حقّ العدول :

لئن كان المشرّع قد أقرّ بصفة ضمنيّة حقّ العدول عن الشراء بصفة مطلقة إذ مكنّ المستهلك من ممارسة هذا الحقّ كلّما تبين له وجود عيب ظاهر أو خفيّ في المبيع (وهو ما يستنتج بمفهوم المخالفة من أحكام الفصل 32 من قانون 2000) وكلّما أخلّ البائع بالتزاماته⁽²⁾ فإنّه لم يجعل من هذا الحقّ حقاً مطلقاً بل إنّّه قد وضع له حدوداً صلب الفصل 32 من قانون 2000 الذي جاء به : "مع مراعاة أحكام الفصل 30 من هذا القانون وبإستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفيّة لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية :

- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفّر البائع لذلك.

¹ - محمد صالح بن حسين، المرجع السابق، ص 59.

⁽²⁾ الفصل 35 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرّخ في 2000/08/09.

- إذا تمّ تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيّات شخصيّة أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لإنتهاء مدّة صلاحيّتها.
- عند قيام المستهلك بنزع الأختام من التسجيلات السمعيّة أو البصريّة أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلّمة أو نقلها آلياً.
- شراء الصّحف والمجلّات".
- بالنسبة للحالة الأولى : فهي تخصّ العقد الإلكتروني الذي يكون موضوعه إسداء خدمة حيث اعتمد المشرّع المبدأ العامّ موضوع الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية " ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين". وبناء على ذلك فإذا طلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول فلا يمكنه التمسك بحقّ العدول بعد ذلك و"من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه إلا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح".
- الحالة الثانية : إذا كان المستهلك قد اشترط على البائع أن يوفر له منتجاً يتميّز ببعض الخاصيّات التي لا توجد في غيره في نفس نوعه فلا يمكن إرجاعها لأنّ البائع قد يجد صعوبة في تسويقها أو يتكبّد خسائر خاصّة إذا كان المنتج قابلاً للتلف بسرعة.
- الحالة الثالثة : من الطبيعي أنّ استعمال أو استهلاك المنتج ولو جزئياً يحول دون إرجاعه أو إبداله. وكذلك الأمر بالنسبة لشراء الصحف والمجلّات فاستعمالها يكون حائلاً دون إبدالها أو إرجاعها والقول بخلاف ذلك فيه إجحاف بحقّ البائع، كما أنّ استهلاك المبيع يعتبر تنفيذاً للعقد.
- هذا وقد حمل المشرّع التونسي المستهلك واجب إعلام البائع بالعدول عن التعاقد بجميع الوسائل المنصوص عليها مسبقاً في العقد، إلاّ أنّه لم يجدد ما هي الآثار التي من الممكن أن تترتب في صورة عدم قيام المستهلك بالإعلام قياساً على أحكام الفصل 652 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية فإنّ سكوته يعدّ قبولا بالمبيع على حالته.
- يتّضح ممّا سبق بسطه أنّ الإعلام المسبق وحقّ العدول يرميان إلى إنارة المشتري بجعله لا ينظر إلى الجانب الظاهر من الأشياء فقط بل وكذلك إلى الجانب المخفي منها ذلك أنّ الالتزام قد يكون حلو المذاق عند إبرامه إلاّ أنّه قد يصير مرّ المذاق عندما ينظر إلى عمومه.
- إنّ رضا الطرفين يحصل بتلاقي إرادتهما وتطابقهما على إنشاء أثر قانوني ملزم. إلاّ أنّ تحديد تطابق تلك الإرادتين من حيث المكان والزمان كثيراً ما يكون مصدر صعوبات ماديّة وقانونيّة هامّة.

خاتمة :

يعتبر المستهلك في نطاق التجارة الالكترونية أكبر ضحية لممارسة التسوق غير عادلة لأنه لا يتعامل مع المنتج مباشرة بل عبر الموقع الذي يعرض المنتج أو الخدمة ولهذا كان لابد من توفير حماية فعالة له، يعتبر الالتزام بالاعلام من أهم آليات التي توفر له هذه الحماية والذي لم يعد مجرد واجب أخلاقي بل أصبح في ظل التطورات التشريعية الحديثة بمثابة التزام قانوني أساسي مشمول بمجزاءات مدنية وجنائية كفيلة بردع كل التصرفات المالية المنافية لهذا الالتزام.

وبالرجوع للقانون الجزائري نجد أنه في السابق لم تكن القواعد المنظمة للالتزام بالاعلام ضمن أحكام القانون المدني أو القوانين المتعلقة بحماية المستهلك كافية لحماية المستهلك الالكتروني وهو ما استطاع المشرع الجزائري تداركه بتنظيمه للتجارة الالكترونية بموجب أحكام القانون رقم 05/18 التي علجت أحكام الالتزام بالاعلام بطريقة تضمن حماية المستهلك الالكتروني.

كما أكدت وزارة التجارة بالزامية توفير التجار وسائل الدفع الالكترونية لتمكين العملاء من تسديد مشترياتهم عبر حساباتهم البنكية أو البريدية الموجودة قانونا على مستوى مؤسسة بريد الجزائر أو المؤسسات البنكية المعتمدة وذلك قبل 31 ديسمبر 2020 وهذا يأتي تطبيقاً لأحكام المادة 111 لقانون المالية سنة 2020 والتي تقضي بالزامية وضع تحت تصرف المستهلك وسائل الدفع الالكتروني.

في هذا العصر الرقمي الذي تنتشر فيه الإنترنت انتشاراً هائلاً، وفي ظل جائحة الكورونا شاع مفهوم التجارة الإلكترونية التي تتيح العديد من المزايا باعتبارها وسيلة سهلة وبسيطة يمكن استخدامها من طرف جميع الطبقات والأفراد والشركات في وقت قصير و بأقل تكلفة ممكنة. تتعدى حاجز الزمان والمكان حيث يمكن التعامل معها 24 ساعة في اليوم ومن أي مكان في العالم. تلبية خيارات الزبون بيسر وسهولة، حيث تمكن التجارة الالكترونية من تفهم احتياجات المتعاملين معها وإتاحة خيارات التسوق أمامهم بشكل أوسع وهذا بذاته يحقق رضا الزبائن والذي لا تتيحه وسائل التجارة التقليدية، فالزبون يمكنه معرفة الأصناف والأسعار وميزات كل صنف المفاضلة وتقييم المنتج موضوع الشراء من حيث مدى تلبية لرغبة وخيارات المشتري.

هذا إلى جانب تطوير الأداء التجاري والخدمات، فالتجارة الالكترونية بما تتطلبه من بنى تقنية استراتيجيات إدارة مالية وتسويقية و إدارة علاقات واتصال بالآخرين تتيح الفرصة لتطوير أداء المؤسسات في مختلف الميادين وهي تقدم خدمة كبرى للمؤسسات في ميدان تقييم واقعها وكفاءة موظفيها وسلامة فعالية بنيتها التحتية التقنية وبرامج التأهيل الإداري¹.

اعتبر رئيس المنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك ومحيطه، مصطفى زايدني أنه من الضروري استغلال الظروف المفروضة بسبب جائحة كورونا لتطوير وتعميم التجارة والدفع الالكترونيين ما يسمح بالتقليص من الآثار الاقتصادية لهذا الوباء سواء على التجار أو المستهلكين أو النمو الاقتصادي الوطني، حيث

¹ - عبد العزيز عبد الرحيم سليمان، " التبادل التجاري الأسس: العولمة و التجارة الالكترونية "، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص 40.

أكد السيد زيدي أن السوق الوطنية تشهد حاليا ركودا كبيرا بحيث تقلصت النشاطات الاقتصادية بنسبة تفوق 80% منذ بداية انتشار الوباء وأن 20% المتبقية تقتصر على الضروريات فقط مثل تجارة الخضر والفواكه والمواد الغذائية وخدمات الاتصال والهاتف.

ولهذا أكد أن الضرر يمس الطرفين سواء المستهلك الذي ليس بإمكانه تلبية حاجياته في هذا الظرف أين يصعب التعامل بالطريقة التقليدية بسبب الحجر الصحي، وكذلك التاجر الذي تقلص نشاطه، وفي هذا الصدد نعتبر أن التأخر الذي تعرفه الجزائر في مجال التجارة الالكترونية والدفع الالكتروني يزيد من تعقيد الوضع التجاري والاقتصادي.

❖ قائمة المراجع :

المراجع باللغة العربية :

أ- النصوص القانونية :

- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ح ر ع 44 لسنة 2005، ص 18
- القانون رقم 03/09 المؤرخ بتاريخ 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية ر 15 المؤرخة في 08/03/2009، المعدل بموجب القانون رقم 09/18 المؤرخ في 10 يونيو 2018، ح ر ع 35 مؤرخة في 13 يونيو 2018.
- القانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية، ح ر ع 28، المؤرخة في 05/10/2018.
- قانون عدد 83 لسنة 2000، مؤرخ في 09 أوت 2000 المتعلق بمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي، الرائد الرسمي لسنة 2000 عدد 64 المؤرخ بتاريخ 11 أوت 2000.
- ب- المراجع العامة والمتخصصة :
- طارق عبد العال حماد، التجارة الالكترونية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2003. ص 30.
- شحاتة غريب محمد، التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص 46.
- اسماعيل قطاف، بحث لنيل شهادة الماجستير، العقود الالكترونية و حماية المستهلك، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006، ص 7.
- علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الطبعة الأولى. 1997. ص 20.
- طارق عبد العال حماد، التجارة الالكترونية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2003، ص 43.
- خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2009.
- علي كحلوني، التجارة الالكترونية، مجلة القضاء والتشريع التونسية عدد 2 لسنة 2000، ص 40.
- علي كحلون، المسؤولية المعلوماتية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2005، ص 29.

- عحالي بخالد، التنظيم التشريعي للتعاقد الالكتروني، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 02، 2012، ص ص 356 - 373.
 - سي يوسف زاهية حورية، الالتزام بالإفشاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 02، 2009، ص ص 55-79.
 - درماش بن عزوز، حماية المستهلك في مجال التجارة الالكترونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 02، 2011، ص ص 375-386.
 - خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2006 .
 - د.عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقيقية، ط 1، 2007.
 - نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
 - 19 محمد السيد عمران، الالتزام بالإخبار دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1999، ص 130.
- المراجع باللغة الفرنسية :

- la directive 97 /07 du parlement européen et du conseil européen du 20 mai 1997 concernant la Protection des consommateurs en matière de contrats à distance Michel TROCHU : Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive n° 97-7, Dalloz, 1999, p 179 .
- Directive 97-07/CE du parlement européen et du conseil du 20 Mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière des contrats à distance, J.O n° L144 du 4 juin 1997
- Art 1602 crée par loi 06 /03/1804 promulguée le 16/03/1804 .
- L'article L.111-1 du code de la consommation : « Tout professionnel de biens ou prestataire de services doit avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaitre les caractéristiques essentielles du bien ou du service » . grée par la loi 93-949 du 26/07/1993 annexe jorf du 27/07/1993 modifié le 12/02/2020
- La Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) , l0\ n° 143 du 22 juin 2004 p 11168.
- -Ordonnance n°2005-648 du 06/06/2005 relative à la commercialisation à distance de services Jorf N° 131 du 7/6/2005 page 10002 texte n°8 .

- loi n° 88-21 du 6/1/1988 relative aux opérateurs de télé – promotion avec offre de vente dite de « télé- achat » abrogé au 27 /07/1993 loi n 93-949 du 26 juillet 1993 art 4 (v) jorf 27/7/1993

– Vincent GAUTRAIS : L'encadrement juridique du cyberconsommateur québécois, Droit du commerce électronique, Montréal, Thémis, 2002, p266.

– DREXL Josef, « Le commerce électronique et la protection des consommateurs », *Revue internationale de droit économique*, 2002/2 t. XVI, pp. 405-444. Article disponible en ligne à l'adresse: <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2002-2-page-405.htm>.

أثر البصمة الوراثية كدليل علمي في المادة الجزائية

The effect of the genetic fingerprint
as scientific evidence in the penal article



منذر عبد الرزاق مصلىح العمائره ، دكتوراه قانون عام - القانون الجنائي

جامعة عمان العربية / الأردن ، عضو هيئة تدريس جامعة الشرق الأوسط / الأردن

Munther Abd Al-Razzaq Musleh Al-Amaireh, PhD in Public Law - Criminal
Law - Amman Arab University / Jordan ; Member of the teaching staff of the
University of the Middle East / Jordan

المخلص :

تهدف هذه الدراسة لتسليط الضوء على أمر بغاية الأهمية وهو دور العلم في تحديد الجريمة من خلال تطوير أدلة الإثبات حيث إن موضوع الإثبات الجنائي يعد من الموضوعات المهمة التي تواجه السلطات أثناء مكافحة الجريمة لذا تعمل هذه السلطات على الاستفادة من الأدلة العلمية التي تسهم في اكتشاف الجريمة والحد منها. وعلى الرغم من أن الطب الشرعي والأدلة الجنائية التقليدية قد توصلت إلى العدالة الجنائية إلا أن الثورة التي حصلت في عالم الجينات بشكل عام وتقنية الحمض النووي (DNA) بشكل خاص ودخولها في مجال الإثبات يعتبر امر مهم في مجال الإثبات، وتعتبر البصمات على اختلاف أنواعها من الوسائل الحديثة لكشف الجريمة اذ تطور علم البصمات تطورا مذهلا فلم تقتصر على بصمة الاصبع بل توصل علم الأدلة الجنائية إلى التعرف على الأشخاص من خلال بصمات العين والأذن والحمض النووي DNA. من هنا جاءت أهمية البحث لدراسة لبيان دور هذه البصمات في المادة الجزائية وخاصة في الأردن .

وتوصلت الدراسة الى عدد من النتائج كان أهمها ان للبصمة الوراثية اثر كبير في المادة الجزائية يعتبر من أهم الأدلة الجزائية في كشف الجريمة.

Abstract :

This study aims to shed light on a matter of great importance, which is the role of science in determining the crime by developing evidentiary evidence, as the subject of criminal evidence is one of the important issues that face the authorities during the fight against crime. Of which. Although forensic medicine and traditional forensic evidence have reached criminal justice, the revolution that took place in the world of genetics in general, and DNA technology in particular, and its entry into the field of proof is an important matter in the field of proof, and fingerprints of all kinds are considered Modern methods of crime detection as the science of fingerprints has developed astonishingly, and it is not limited to the top of the fingerprint, but forensic science has reached the identification of people through eye and ear fingerprints and DNA.

The study reached a number of results, the most important of which was that the genetic fingerprint had a significant effect on the penal article. One of the most important criminal evidence is the detection of the crime.

الكلمات المفتاحية : الحمض النووي ، علم الجينات ، الادلة الجزائية

Keywords : DNA, GENETICS, CRIMINAL EVIDENCE.

المقدمة :

من أكبر التحديات التي تواجه السلطات المختصة أثناء الكشف عن الجرائم هو ما يعرف بـ الإثبات الجنائي سواء أثناء التحقيق او الادعاء ، وحيث يحرص المجرمين في العادة على إخفاء شخصياتهم كي يفلتوا من العقاب ولا تطالهم يد العدالة الا أنه وبفضل التقدم المستمر في حقل العلوم الجنائية. فهذا التطور في علوم الأدلة الجنائية ما حصل في عالم الجينات بشكل عام وتقنية الحمض النووي (DNA) بشكل خاص ودخولها في مجال الإثبات الجنائي في الوقت الحاضر يعد تحولا هاما اذ بدأت الدول تأخذ بالبصمة سواء التقليدية او غير التقليدية في الإثبات الجنائي، أما في الأردن فقد حدد قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني وسائل وطرق الإثبات، اذ وضح القانون وسائل الإثبات وهي الاعتراف، وشهادة

شهود، والخبرة، والأدلة الخطية، والضبوط. ونظم وسائل الاحتصال على الأدلة المادية والفنية، بالمعينة، والتفتيش وضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة، الا أنه لم ينظم كيفية الأخذ بالأدلة العلمية الحديثة، وطرق التعامل معها، وقد يعود السبب في ذلك ليفسح المجال لقناعة القاضي في القبول ببعض الأدلة أو استبعاد بعضها إلا أن - القاضي يحتاج الى الاستعانة بالخبراء في بعض الأمور الفنية التي تحتاج إليها للفصل في القضية المنظورة أمامه .

ويذكر ان الخبرة قد تشمل تقرير المعامل الجنائية، وتحليل بصمة ال(DNA)، و فحص البصمات، وغيرها، حيث انها دخلت مجال القضاء الجنائي منذ وقت ليس بالبعيد، حيث كانت القضاة يعتمدون على الوسائل التقليدية مثل: الاعتراف، والشهادة، والبينة الخطية، هي الأساس الذي تبنى عليه الأحكام القضائية.

ومع ظهور البصمات والأخذ به في الأدلة الجنائية . فإن الدول المتقدمة قد أعطت اهتماما كاملا للبصمة الوراثية وذلك من خلال تسليم سجل قوي للبصمة الوراثية للاستفادة في التعرف عليهم ، يذكر ان الولايات المتحدة الامريكية بدأت اختبارات الاستفادة من بصمة الحمض النووي عام 1988 م كما عمل مكتب التحقيقات الفيدرالي عام 1990م بإنشاء سجل قومي لعينات البصمة الوراثية. وادخل العمل بالبصمات الى العديد من الدول العربية فما هي البصمة ومدى مشروعيتها الاخذ بالبصمات في الأدلة الجنائية .

• مشكلة البحث :

تكمن مشكلة البحث في بيان أثر البصمات في المادة الجزائية من خلال تسليط الضوء على دور الأدلة العلمية الحديثة، ومنها البصمات في تحقيق العدالة، من خلال دراسة التشريع الأردني وبيان مدى جاهزية كوادرات القضاة للتعاطي مع هذه الأدلة .

في ظل عدم توفر التقنيات الحديثة كيفية استغلاله لأنها تجربة حديثة على القضاء، وما زال القضاء يأخذ بصورة قليلة، حيث أنه لو وجدت قرينة أو دليل آخر غير البصمة الوراثية يقوم القاضي باللجوء إليه دون الحاجة للجوء إلى البصمة؛ ليتفادى أمور تتعلق بحجية الإثبات، وجدالات أخرى كما أن المختبرات في الدول العربية لا زالت غير قادرة على القيام بواجبها بهذا الشأن على أتم وجه نظرا لضيق الإمكانيات، وعدم تطور الأجهزة المستخدمة، بالإضافة إلى أن الكادر من الضابطة العدلية والقضائية ، لا يتمتع بالمهارة الفنية الكافية، والإمكانيات لمعالجة اعتماد هذه الأدلة. ودراسة مدى الاهتمام بالعلوم الجنائية المساعدة ضمن مناهج الدراسات القانونية بشكل فاعل. وذلك من خلاله استخدم الباحث المنهج التحليلي المقارن وذلك من خلال دراسة ما هو قائم حالياً فيالقانون الجنائي الأردني ، وتحليل المشكلات العملية والقانونية التي تواجه استخدام هذه الأدلة، واقتراح الحلول وصولاً إلى النتائج المرجوة منها.

و تتمثل المشكلة بالاجابة عن الاسئلة التالية :

- 1- ما هي مفهوم البصمة الوراثية وما هي أنواعها
- 2- هل تعتبر البصمة الوراثية من الأدلة البيولوجية القاطعة لتحديد هوية الإنسان؟
- 3- ما مدى حجية البصمة في الإثبات؟
- 4- ما المعوقات والمشاكل التي تواجه القضاء في استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائية ؟
- 5- ما هو نظام الإثبات المعمول به في التشريع الأردني ؟

• خطة الدراسة :

سوف يتم تقسيم هذا البحث إلى مبحثين : سنتكلم في المبحث الأول عن البصمة الوراثية من خلال أولا بيان ماهية البصمة الوراثية. أما المطلب الثاني: سنتكلم فيه أنواع البصمة الوراثية .

المبحث الثاني : سنتكلم فيه عن ضوابط العمل بالبصمة الوراثية كدليل إثبات. من خلال بيان شروطها ثم دراسة التطبيقات العملية للبصمة الوراثية كدليل إثبات. المطلب الثالث سنتكلم فيه عن المشاكل, والصعوبات التي قد يثيرها استخدام البصمة الوراثية كدليل علمي في الإثبات .

المبحث الأول : البصمة الوراثية :

في العقود الأخيرة اكتشف البروفيسور أليس جيفري من جامعة ليستر بإنجلترا بأن البصمة الوراثية تختلف من شخص إلى آخر واحتمال تطابق الـ DNA البصمة الوراثية عند شخصين هو أمر نادر وذلك باستثناء التوائم المتماثلة.

تعتبر البصمة الوراثية من أهم الوسائل الحديثة القادرة على التعرف على الأشخاص من خلال مقارنة مقاطع من الحمض النووي الريبوزي منقوص الأكسجين. وتعتبر البصمة الوراثية واحدة من أهم التقدم الحاصل للبشرية ضمن مجال البحث الجنائي والهادفة إلى محاربة الجريمة. إما لتحديد المشتبه بهم، أو بسبب اختبارات النسب (الابوة والأمومة وصلات القرابة الأخرى.) وعليه يحتاج المحقق لتحديد البصمة الوراثية العثور على دليل بشري في موقع الجريمة، مثل: قطرات العرق، السائل المنوي، الشعر، واللعاب. فكل ما يلمس المرء، ومهما بلغت بساطة اللمسة، سترك أثراً بصمة وراثية فريدة.

فما مفهوم البصمة الوراثية لبيان ذلك سوف نتناول في هذا المبحث ماهية البصمة الوراثية، ومن ثم سوف نتحدث عن أنواع البصمة الوراثية وخصائصها .

المطلب الأول : ماهية البصمة الوراثية :

لبيان ماهية البصمة الجنائية سوف يتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين الأول لبيان تعريف البصمة الجنائية والثاني لبيان خصائصها .

الفرع الأول : تعريف البصمة الجنائية :

لم يعرف التشريع الأردني البصمة الوراثية وإنما ترك أمر تعريفها للفقه ويذكر أن تعريف البصمة لم يأخذ أهمية كبيرة لدى الفقهاء القانونيين ويعود السبب في ذلك لأن تعريفها يدخل من ضمن التعبير الطبي اذ انه يدخل في المجال العلمي بقدر أكبر من دخوله في الجانب الفقه والقضاء وعليه نذكر عدد من التعريفات للبصمة الوراثية.

تعتبر البصمات عبارة عن مجموعة من الانفرادات التي تُميز شخص عن غيره ، وقد عرف الفقه البصمة الوراثية على أنها المادة الوراثية التي يتم من خلالها تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حامض النووي في نواة أي خلية من خلايا جسمه .¹

وتعرف البصمة : بأنها عبارة عن تلك الخطوط البارزة التي تحاذيها خطوط أخرى ويعرف بأنه العلم الذي يستخدم خصائص الأفراد الجسدية والبيولوجية لتحديد هوية الأشخاص.²

كما عرفت أيضا على أنها الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع، إذ تقوم بتعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من الحامض النووي DNA ذلك من خلال شريط من سلسلتين كل سلسلة له بها تدرج على شكل خطوط عريضة مسلسلة وهي خاصة تميز شخص عن الآخر في الترتيب، وفي المسافة ما بين الخطوط العرضية وتمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب والأم.³

وعرفت محكمة التمييز DNA بقرارها اذ جاءت " وحيث إن هذه السمات والجينات الوراثية (DNA) لا يمكن أن تتطابق مع أي إنسان آخر وأن لكل إنسان سمات وراثية مستقلة عن غيره".⁴

¹ - (العزمي ، 2006 ، ص 600).

² (عوض ، 2004 ، ص190).

³ (عبد المجيد ، 1998 ، ص84)

⁴ - محكمة التمييز قراررقم 2018/4094 تاريخ 2019/2/27، قرارك.

وتكمن أهمية البصمات الوراثية في الكشف عن الجرائم وتعرف على الجرمين والمجني عليهم اذ استخدم الطب الشرعي ذلك عن طريق إستخدام " نظم المعلومات الوراثية " التي توفرها معظم المختبرات الجنائية المتقدمة المختصة بفحص وتحليل الحمض النووي DNA - ويكون ذلك من خلال عمل نظم معلومات وقواعد بيانات إحصائية ، وتشمل قاعدة البيانات على ثلاثة أجزاء :

أنماط الحمض النووي من العينات الجنائية المختلفة بمسرح الحادث للمجرمين المجهولين وتسمى أنماط مسرح الجريمة وتكون عند تحديد أنماط لعينة مرفوعة من مسرح جريمة فيتم اضافتها إلى القاعدة و من ثم مقارنتها مع أنماط مسرح الجريمة وأنماط المجرمين ، فإذا تطابقت أنماط عينة مسرح الجريمة محل البحث مع نمط مسرح الجريمة في القاعدة ، فهذا معناه أنهما من شخص واحد ، وهو الجاني و أنماط للمجرمين، وأنماط للأشخاص المفقودين، ويكون ذلك من خلال حساب تكرار الأنماط الجينية في منطقة معينة لمجموعات من الاشخاص ، وعن طريق أخذ عينات عشوائية وتحليلها بهدف معرفة الأنماط الجينية التي يحملونها وتحديد نسبة تكرارها و تخزينها ، اذ تساعد قاعدة المعلومات تلك على مناقشة نتائج اختبارات الحمض النووي والعمل على كتابة التقارير على أسس علمية ثابتة وحسابات دقيقة، مثال ذلك قاعدة البيانات للمشتبه بهم والتي يتم إجراؤها في إنجلترا وأمريكا بهدف توفر الدليل الكافي للتعرف على المجرم في حالة العثور على آثار بيولوجية مجهولة بمسرح الجريمة أو بالمجني عليه وتطابق أنماطها الجينية مع أحد أنماط الحمض النووي المخزنة بتلك القاعدة ، يذكر أن بريطانيا تملك أكبر نظام للمعلومات الوراثية عن المشتبه فيهم وأحسن سجل لحل الجرائم بواسطة البصمة الوراثية و يتبعها في ذلك النظام الأمريكي.¹

ويوجد في الأردن قاعدة بيانات للجينات الوراثية وقد قضت محكمة التمييز بهذا الخصوص " الملتقطة من موقع الجمعية وهي مكان السرقة تم تشفيرها وتسليمها لإدارة المختبر وقد أصدرت إدارة المختبر تقريرها بأن هذه العينات تم مقارنتها مع السمات الوراثية المتخذة لديهم في قاعدة البيانات للجينات الوراثية ولم تتطابق مع أي منها.وحيث إن المميز ضد هما عيسى عبدالرحمن ويعرب علي عقلة من ذوي أسبقيات وتوجد لهما عينات في قاعدة البيانات لدى إدارة المختبرات الجنائية فإنه لا لزوم لإرسالها إلى إدارة المختبرات لأخذ عينات منها أو إرسال أية عينات جديدة.وحيث إن المقارنة حصلت ولم تتطابق مع عيناتها أو العينات المخزنة في إدارة المختبر مما يجعل هذا السبب غير وارد ويتعين رده ويكون ما توصل إليه مساعد النائب العام والمدعي العام واقع في محله ."²

¹ - (الحمادي، 2005، ص65).

² - - محكمة التمييز بصفتها الجزائية، الحكم رقم 1371 لسنة 2020 الصادر بتاريخ 26-07-2020، قرارك.

الفرع الثاني : خصائص البصمة الوراثية :

من خلال تعريف السابق يمكن استنتاج خصائص البصمة الوراثية حيث أن البصمة الوراثية تتمتع بعدد من الخصائص التي تجعلها تتميز عن أدلة الإثبات الأخرى والتي يمكن اجمالها بما يلي¹ :-

1- تختلف البصمة الوراثية من شخص لآخر، إذ لا يوجد شخصان على وجه الأرض يتشابهان في هذه البصمة ما عدا التوائم المتطابقة.

2- تتميز البصمة الوراثية بتعدد وتنوع مصادرها منها اللعاب ، واللحم، والعظم²، والجلد، والشعر والدم ولا يمكن ان تتشابه مع غيرها كان ذلك واضح في القرار التمييزي اذ قضت محكمة التمييز بهذا الخصوص " وحيث إن هذه السمات والجينات الوراثية (DNA) لا يمكن أن تتطابق مع أي إنسان آخر وأن لكل إنسان سمات وراثية مستقلة عن غيره (انظر قرار محكمتنا رقم 2018/4094 تاريخ 2019/2/27) وحيث إن محكمة الاستئناف لم تناقش هذه البينة بصورة قانونية وذهبت لاعتبارها عينة دم عادية ويمكن أن تتشابه مع غيرها من العينات الأمر الذي يجعل من قرارها مشوباً بفساد الاستدلال وأنه كان عليها مناقشة هذا التقرير مبرز (ن/2) مع باقي بينات الدعوى ووزنه خاصة وأن المميز ضده أنكر تواجده في المسجد المسروق أمام الشرطة وأمام المدعي العام وحيث إنها لم تفعل ذلك فإن قرارها يكون مستوجباً للنقض لورود أسباب التمييز عليه."³

3- تتميز البصمة الوراثية بمقاومتها عوامل التحلل، والتعفن، والعوامل المناخية الأخرى من حيث البرودة او الرطوبة او الجفاف.

4- يمكن تخزين البصمة الوراثية والتعرف عليها بسهولة اذ يظهر الحمض النووي على هيئة خطوط تسهل قرائتها وحفظها وتخزينها في الكمبيوتر حين الطلب، فالنتيجة النهائية لعمل البصمة الوراثية تكون على صورة خطوط عرضية تختلف من شخص لآخر.

5- البصمة الوراثية أحد الأساليب الأساسية للتعرف على (ضحايا الجريمة) وفتح التحقيقات فيها من جديد، وقد برأت البصمة الوراثية مئات الأشخاص من جرائم القتل والاعتصاب كما أدانت آخرين.⁴

¹ - (الجريوي، 2009، ص43).

² - أثبتت البحوث العلمية إمكانية استخلاص البصمة الوراثية من العظام الأدمية التي مضى عليها ما يقارب 300 عام والتعرف على هوية أصحابها

³ - محكمة التمييز بصفتها الجزائية حكم رقم 1770 لسنة 2020 الصادر بتاريخ 25-08-2020، قراك

⁴ - (الجريوي، مرجع سابق، ص43).

المطلب الثاني : أنواع البصمات :

اعترفت أغلب التشريعات فى العالم ببصمات الأصابع كدليل لا يحمل الشك اذ مرت بمراحل متعددة و استغرقت سنوات طويلة من الدراسة ، حتى وصلت إلى مكانة عالية فى مجال الإثبات الجنائي ، إلا أنه هناك أنواع من البصمات غير بصمة اليد وهو ما سوف نتناوله فى هذا المطلب من خلال بيان بصمة الاصبع وبصمة العين وبصمة الصوت. وهو ما سوف نتناوله وفق عدد من الفروع :-

الفرع الأول : بصمة الأصبع¹ :

تعتبر بصمات الأصابع شكل من أشكال البيولوجيا الإحصائية، وقد توصل العلماء إلى سر البصمة فى القرن التاسع عشر، وتبين أن البصمة عبارة عن خطوط بارزة فى بشرة الجلد وتجاورها منخفضات وتعلو لخطوط بارزة فتحات المسام العرقية، وتتمادى هذه الخطوط وتتلقى وتتفرع منها فروع لتأخذ فى النهاية شكلا مميزاً يختلف من شخص إلى آخر، إذ أنه من المستحيل أن يتطابق هذا الشكل عند شخصين حتى فى الإخوان والتوائم وحتى ولو كانا توأمين متماثلين. كذلك فإن بصمات الأصابع لا تتغير، حتى عندما تقدم السن، إلا فى حال دُمرت الطبقة العميقة أو “الأساسية” لهذه البصمات أو غيرت عن قصد بعملية جراحية تجميلية.

ويعود اكتشاف بصمات الأصابع إلى العالم البريطاني (وليم هرشل)، وكان ذلك عام 1858، وذلك عندما ثم اشتباك بينه وبين مقاول بناء يدعى (ارجا دار كوناس) ، وكان بسبب أنه رفض أن يوقع على عقد حكومي فأمسك (هيرشل) بيد هذا المقاول وأجبره على وضعها بقوة ورغماً عنه فى إناء به حبر الأختام، ثم ضغط بإصبعه على العقد، وقد اعترف فيما بعد أنه اراد من المقاول أن يترك أثر على العقد؛ لكنه اكتشف أنه أمام شيء مثير وهو بصمات مختلفة لذا قام بطلب من العمال العاملين معه والذي يقوم بدفع رواتبهم أن يقوموا بذات الشيء الا انه اكتشف أنهم يحتالون عليه ويأخذون مستحقاتهم أكثر من مرة وعندما شعر (هيرشل) بأهميته ما قام به استدعى عدداً من العمال بعد ذلك بفترة زمنية، واكتشف أن بصماتهم لم تتغير مع الزمن.²

وتعرف بأنها الانطباع التي تتركها الخطوط الحلمية من سلاميات أصابع اليد، بسبب إفرازات العرق. الخطوط الحلمية هي البارزة التي تحاذيها.³

¹ - (عبدالدايم، 2009، ص564).

² - (حسن، 2012، ص98).

³ - (الجريوي، مرجع سابق، ص43).

وتعرف البصمات : بأنها عبارة عن خطوط بارزة تحاذيها خطوط أخرى منخفضة متخذة أشكال مختلفة، وتعاريج متعددة، تتكون في الجنين في الشهر السادس من الحمل، ولا يطرأ عليها أي تغيير بعد الولادة، وتبقى مدى الحياة حتى بعد الوفاة إلى أن تتحلل الجثة. ولقد شوهدت بصمات أصابع واضحة في مومياء قديمة،¹ وتعرف أيضا على انها عبارة عن تلك الخطوط البارزة التي تحاذيها خطوط أخرى منخفضة والبصمات ثلاثة أنماط أساسية تدعى الأقواس، والحلقات، والدوامات. وما يجعل كل بصمة فريدة من نوعها هو شكل التفاصيل الصغيرة في هذه الأنماط، وعدد وحجمها وترتيبها.

وقد انتهى العلم الى اكتشاف ما يُسمى باسم “ هندسة اليد “ وتهدف إلى التعرف على الهوية الأشخاص ويتم ذلك من خلال إدخال اليد الشخص المطلوب في جهاز يقيس الأصابع وكف اليد بدقة ، ويعود السبب في ذلك إلا أن كف كل شخص له سماته الخاصة به وهي أشبه بسمات الأصابع مع التعرف على الأوردة خلف راحة اليد. وتعتبر دلائل تأكيدية لبصمة اليد والأصابع. كما أن التوقيع على الأوراق والمستندات والشيكات له سماته الشكلية والهندسة المميزة ، سيما وأن بصمة توقيع الإنسان لا يتعرف عليها من خلال الشكل الظاهري لها فقط ، لوجود أجهزة تتعرف على التوقيع وشكله وطريقة ووقت الكتابة. والآن يوجد التوقيع الرقمي “ الالكتروني “ حيث يوقع الشخص فوق قرص رقمي أو باستعمال اقلام خاصة ، ويمكن التوقيع على الانترنت على الوثائق أو العقود الالكترونية .²

وقد اخذ المشرع الأردني في بصمة الاصبع كدليل للاثبات اذ نصت المادة (180/1) من الأصول الجزائية على أن بصمة الأصابع تقبل كبينة إذا كانت مؤيدة بالبينة الفنية. وقد قضت محكمة التمييز بهذا الخصوص " وفي ذلك نجد أن من احتج عليه بسند عادي وكان لا يريد أن يعترف به وجب عليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو خاتم أو بصمة أصبع وإلا فهو حجة عليه بما فيه وذلك وفقاً لما هو وارد بالمادة (1/11) من قانون البينات ."³

الفرع الثاني : بصمة العين :

هي بصمة تم اكتشافها عن طريق شركة طبية بعد بحوث طويلة، وتؤكد الشركة أنه لا يوجد أي شخصين متماثلين في بصمة العين، حيث يتم أخذ بصمة العين عن جهاز معين يأخذ صورة لشبكية العين وتستخدمها الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا في المجالات العسكرية، وتعد أكثر دقة من بصمات اليد، ويعود السبب في ذلك لأن لكل عين خصائصها المميزة عن غيرها . ويتم أخذ بصمة العين عن طريق جهاز مخصص من خلال

¹- (عوض ، مرجع سابق ، ص199).

²- (الكعي، 2006، ص51).

³ - - محكمة التمييز بصفتها الجزائية الحكم رقم 3136 لسنة 2020 الصادر بتاريخ 22-12-2020، قرارك.

النظر في عدسة الجهاز , من خلال التقاط صورة لشبكية العين، وعند الاشتباه في أي شخص، فإنه يتم مقارنة صورة العين مع الصورة المخزنة في ذاكرة الجهاز، ولا يزيد الوقت الذي تستغرقه هذه العملية على ثانية ونصف.

وهناك عدد من الأنواع لبصمات العين وهي : بصمة لقاع العين (الشبكية) و بصمة القزحية وبصمة الانحراف الجنسي في العين.

الفرع الثالث : بصمة الصوت :

يحدث الصوت نتيجة اهتزاز الأوتار الصوتية في الحنجرة لفعل هواء الزفير، وذلك بمساعدة العضلات المجاورة التي تحيط بها تسعة غضاريف صغيرة تشترك جميعها مع الشفاه واللسان، وعليه فإنه يخرج نبرة صوتية من الحنجرة تميز كل الإنسان عن غيره. وقد أثبتت الدراسات العلمية أن بصمات الصوت لا تتطابق، فكل شخص منا يولد بصوت مميز، يختلف عن الآخر، وان التعرف على الجاني من خلال صوته، أصبح من الأدلة العلمية التي أحدثت تطورا في العالم اذ انه عند التسوق بواسطة الهاتف فإن العاملة أو جهاز التسجيل يتلقى رقم بطاقتك الائتمانية والمعلومات حول التحقق من شخصيتك. وهذه المعلومات يمكن استغلالها في السطو على حسابك في البنك وسحب أموال على بطاقتك دون علمك. ولهذا أضيفت بصمة الصوت عن طريق جهاز خاص. فلا يمكن لأي شخص لديه هذه المعلومات سحب أي أموال إلا بالبصمة الصوتية التي يتحكم فيها نبرات وطبقات صوتك والتي لا يمكن تقليدها. لأن هذه التقنية تعتمد على الأحبال الصوتية وتجويف الأنف والفم.¹

إلا أننا في الأردن استخدام البصمة الصوتية يكاد يكون معدماً، لعدة أسباب منها: عدم توفر الأجهزة المتاحة لاستخدام مثل هذه التقنية، هذا بالإضافة إلى التكلفة العالية لهذه الأجهزة، وعدم وجود كادر فني متخصص يستطيع القيام بهذه المهمة، وعدم وصول الوعي القضائي حتى لدى المحققين.

وأخيراً يوجد أنواع أخرى من البصمات نذكر منها:²

1- بصمة الرائحة : إذ أن لكل إنسان بصمة خاصة به من خلال رائحته التي يتميز بها عن غيره وقد استغلت هذه الصفة المميزة في الاستقصاء أو التتبع والبحث الجنائي عن أشخاص معينين.

2- بصمة الشفاه : ونقصد ببصمة الشفاه بأنها تلك العضلات الموجودة على الشفاه، وقد ثبتت هذه البصمة أن لكل شخص صفات مميزة جدا عن غيره حتى أنه لا يتشابه مع أي شخص آخر ويتم ذلك أن

¹ - (المعاينة، 2009، ص164).

² - (عبدالدايم ، مرجع سابق، ص10).

طريق جهاز خاص اذ يوضع على شفاه حبر غير مرئي حيث يوضع الجهاز على شفاه الشخص المطلوب بعد أن يوضع عليها ورقة من النوع الحساس فتطبع عليها بصمة الشفاه.

3- بصمة الأذن : تتميز بصمة الأذن بأنها لا تتغير من ولادة الشخص إلى أن يموت.

4- بصمة المخ : ويمكن ان تحدد هذه البصمة مدى علم المشتبه به بالجريمة، اذ تعمل هذه التقنية الجديدة على قياس وتحليل طبيعة التشابك الكهربائي للمخ في زمن أقل من الثانية لدى مواجهة صاحبه بشيء على علم به وكمثال على كيفية عمل هذه التقنية، إذا ما عرض على قاتل جسم مادي من موقع الجريمة التي ارتكبها ولا يعرفه سواه، يسجل المخ على الفور التعرفه عليه بطريقة لا إرادية، وتسجل هذه التقنية ردود أفعال المخ، بواسطة أقطاب كهربائية متصلة بالرأس ترصد نشاط المخ في صورة موجات كهربائية ، أما الشخص الذي لم يكن في موقع الجريمة فلن تسجل هذه التقنية على مخه أي ردود أفعالوهذه التقنية أيضاً غير مستخدمة في الأردن، وتستخدم في بلدان أجنبية في مجالات العمل الاستخباري.

وقد اكتشف العلم أخيراً ما يُسمى باسم “هندسة اليد” وتهدف إلى التعرف على هوية الشخص المطلوب ، حيث يتم إدخال اليد في جهاز يقيس الأصابع وكف اليد بدقة، لأن كف كل شخص له سماته الخاصة وهي أشبه بصمات الأصابع مع التعرف على الأوردة خلف راحة اليد. وهي دلائل تأكيدية لبصمة اليد والأصابع. كما أن التوقيع على الأوراق والمستندات والشيكات له سماته الشكلية والهندسة المميزة ، لا سيما وأن بصمة توقيع الإنسان لا يتعرف عليها من خلال الشكل الظاهري لها فقط ، لوجود أجهزة تتعرف على التوقيع وشكله وطريقة ووقت ونقاط الكتابة وسرعة القلم. والآن يوجد التوقيع الرقمي “الإلكتروني” حيث يوقع الشخص فوق قرص رقمي أو باستعمال قلم خاص ، ويمكن التوقيع على الانترنت على الوثائق أو العقود.¹

المبحث الثاني : ضوابط العمل بالبصمة الوراثية كدليل إثبات.

لبيان ضوابط العمل بالبصمة الوراثية كدليل إثبات سوف نتناول في هذا المبحث ضوابط العمل بالبصمة الوراثية كدليل للاثبات من خلال تقسيم هذا المبحث الى ثلاث مطالب الأول لبيان شروط العمل بالبصمة الوراثية من ثم دراسة التطبيقات العملية للبصمة الوراثية كدليل إثبات. المطلب الثالث سنتكلم فيه عن المشاكل، والصعوبات التي قد يثيرها استخدام البصمة الوراثية كدليل علمي في الإثبات.

¹- (الجريوي، مرجع سابق، ص 43).

المطلب الأول : شروط العمل بالبصمة الوراثية :

ان تحليل البصمة الوراثية باعتباره دليلاً علمياً في الاثبات الجنائي يفترض توافر شرطين اساسيين هما :
التأكد من مصداقية نتيجة تحليل البصمة الوراثية، وضرورة الحصول على عينة من المتهم بطريق مشروع .

الفرع الأول : التأكد من مصداقية نتيجة تحليل البصمة الوراثية :

ان التأكد من مصداقية تحليل البصمة الوراثية يعتمد بصورة كلية على جودة طريقة البحث والدقة في تفسير النتائج التي اسفر عنها هذا التحليل ، حيث ان امكانية الاعتماد على البصمة الجنائية في اصدار الاحكام القضائية تعتمد على اساس التحاليل (الاختبارات) ، مما يجعلنا نكون امام معايير هم :

- أولاً : المعايير الاجرائية¹ : وتشمل جميع المسائل التي تلازم وتعاصر هذا التحليل من المراكز الصحية المختصة والكيفية التي يمكن من خلالها المحافظة على سرية المعلومات الخاصة بالعينة واجازة الكفاءات البشرية التي تمارس هذا التحليل . وهو امر يتطلب وجود معمل ذي كفاءة عالية لفحص العينة الجينية ، لذا لا بد من مراقبة الطريقة الفنية في المختبر الذي تجري فيه تحاليل هذه العينة ، وبما ان تحليل البصمة الوراثية هو تقنية جديدة في مجال الاثبات الجنائي فيجب وضع قواعد لحفظ العينات والمعلومات الناتجة عن هذا التحليل ، اذ لا بد ان يكون العمل وفق أسلوب يمكن الرجوع اليه اذ يجب التأكد من سلامة الأجهزة والعمل والفنيين في تشغيلها ومطابقتها للمعايير العلمية والفنية العالمية المعتمدة. ويجب عدم التسليم المطلق بالنتائج لاحتمال الخطأ نتيجة التدخل البشري. كما يجب ان يتم توثيق كل خطوة من خطوات التحليل بدءاً من نقل العينات إلى ظهور النتائج النهائية كما انه يشترط التعدد في التقارير عن فحص وتحليل البصمة للتثبت من أن النتائج يقينية الثبوت.

- ثانياً : المعايير التقنية² : - فإنها تتضمن المعايير المخبرية التي تستخدم في اجراء هذا التحليل والقواعد التي تتم على اساسها المقارنة بين العينات التي تؤخذ من الحامض النووي (DNA) والنطاق الذي يستعان فيه بأجهزة الكمبيوتر لاجراء هذا التحليل بالإضافة الى وجوب أخذ ترخيص للحصول على هذه المعلومات من السلطات المختصة اذ يجب ان يكون من أهل الاختصاص، الذين يتمتعون بمؤهلات علمية وخبرات فنية وتطبيقية متميزة في هذا المجال، لأنهم أعرف بأوجه المفارقات والاختلافات، وهذا يعني عدم الاعتماد على نتائج الأبحاث في مرحلة التجريب، إلى أن يثبت صدق تلك النتائج وتعتبر إلى مرحلة ثبات صدق النتائج والتطبيق. كما أنه من الضروري في إجراءات تحليل العينات والصدق في الحكم على النتائج والاطمئنان لسلامتها بهدف الربط والمقارنة.

¹ - (المعاينة، مرجع سابق، ص164).

² - (الحمادي، مرجع سابق، ص65-66).

ونجد ذلك حاضرا في القرار التمييزي اذ قضت محكمة التمييز بهذا الخصوص " " طالباً قبول التمييز شكلاً وموضوعاً نقض القرار المميز للسبب الآتي:-القرار المطعون فيه سابق لأوانه وقبل استكمال إجراءات التحقيق وإرسال المميز ضده إلى إدارة المختبرات والأدلة الجرمية لغايات استكمال الفحص المخبري في ضوء التقرير المخبري رقم (14317) تاريخ 20 و2020/4/23 مضمونه النتائج المخبرية للعينات المحرزة من مسرح الجريمة أو الاستعلام من الجهة ذاتها فيما إذ كانت هنالك عينات و/أو بصمات للمميز ضده مخزنة على قاعدة البيانات للجينات الوراثية وعلى جهاز البصمة الآلي".¹

الفرع الثاني : ضرورة الحصول على العينة من المتهم بطريق مشروع :

ان قبول الادلة يستلزم ان تكون الاجراءات التي اتبعت في الحصول عليها مطابقة للاجراءات المنصوص عليها قانونا وبخلاف ذلك لا يكون للأدلة قيمة قانونية²، - ويذكر انه لم ينص التشريع الأردني في أصول المحاكمات الجزائية على حجية البصمات الوراثية، الا يمكن للقاضي الجنائي اللجوء إليها، والحكم بموجبها عملاً بمبدأ الإثبات الحر، وقد قضت محكمة التمييز بهذا الخصوص " وجرى معرفة بأن من قام بسرقة المركبة والاستيلاء عليها هو هذا المتهم بعد أن جرى التحرز على عقب سيجارة عُثر عليه في مكان وجود المركبة المسروقة وبعد ذلك جرى التحرز عليها وضبط هذا العقب وإرساله إلى إدارة المختبرات والأدلة الجرمية حيث وبعد إجراء التحاليل اللازمة تبين بموجب التقرير الفني المحفوظ في الملف التحقيقي بأن الخلايا الطلائية المستخلصة من عقب السيجارة تعود إلى المتهم وتتطابق مع سماته الوراثية المخزنة بالمختبر بموجب قاعدة البيانات للجينات الوراثية".³

وعليه يمكن ان تكون دليل في الإثبات الا أنه يجب ان يكون الدليل الجنائي مقبولاً يشترط توافر امرين هما : حرية الدليل ومشروعية الدليل ويبدو ان استخدام تقنية البصمة الوراثية كأحد الادلة المعتمد عليها في الاثبات الجنائي، لكي يكون الدليل المستمد من تحليل الحامض النووي مقبولاً يجب أن تكون وسيلة الحصول عليه مشروعة، بمعنى أنه يجب أن تكون الإجراءات التي اتبعت للحصول على الدليل مطابقة للإجراءات المنصوص عليها قانوناً فإذا كان الدليل قد وصل إليه القضاء بوسيلة غير مشروعة انهار وأصبح لا قيمة اذ قالت محكمة التمييز في ذلك " تستقل محكمة الاستئناف بوصفها محكمة موضوع وقانون في وزن أدلة الدعوى وتقديرها ولا معقب عليها في هذه المسألة الموضوعية ما دامت استخلاصاتها مستمدة من خلال البيئات المقدمة في الدعوى ومستخلصة استخلاصاً سائغاً ومقبولاً وذلك على مقتضى أحكام المادة (147) من قانون أصول

¹ - محكمة التمييز بصفتها الجزائية، الحكم رقم 1847 لسنة 2020 - م الصادر بتاريخ 06-08-2020. قرارك.

² - (سلامة، 1992، ص503).

³ - - محكمة التمييز بصفتها الجزائية الحكم رقم 468 لسنة 2020 الصادر بتاريخ 31-05-2020، قرارك.

المحاكمات الجزائية ، وحيث إن محكمة الاستئناف وبقرارها محل الطعن قد ناقشت أدلة الدعوى مناقشة وافية ووجدت أن البينة التي قام عليها القرار المطعون فيه (الخلايا الطلائية) بينة قانونية بتجريم المميز بجناية الشرع التام بالسلب ، خصوصاً وإن المميز لم يقدم أية بينة تدحض أو تعاكس بينات النيابة.¹

المطلب الثاني : التطبيقات العملية للبصمة الوراثية كدليل إثبات :

نصت المادة (160/1) على ما يلي :

"لإثبات هوية المتهم أو الظنين أو المشتكى عليه أو هوية من له علاقة بالجرم، تقبل في معرض البينة بصمات الأصابع، وبصمات اراحة اليد، وباطن القدم، أثناء المحاكمات أو إجراءات التحقيق إذا قدمت بواسطة الشاهد أو الشهود وكانت مؤيدة بالبينة الفنية، كما يجوز قبول الصور الشمسية في معرض البينة للتعرف على صاحبها".

وعليه فإن المحاكم الأردنية تأخذ بالبصمات الوراثية كدليل للإثبات إذ اقترنت ببينة اخرى وهذا ما قضت به محكمة التمييز الحكم"- إن وزن البينة وتقدير الأدلة يعود لمحكمة الموضوع على مقتضى المادة 2/147 من قانون أصول المحاكمات الجزائية شريطة أن تكون النتيجة التي توصلت إليها المحكمة صحيحة ولها ما يؤيدها من البينة في الدعوى ، وحيث أن محكمة الاستئناف بصفتها محكمة موضوع وقانون قد أحاطت بظروف هذه القضية كما أنها ناقشت البينات الواردة فيها وخصوصاً تقرير المختبر الجنائي والأدلة الجرمية الذي بين تطابق الخلايا الطلائية عن العينات المخوذة عن مقبض المفك حرزت عن ستيرنج المركبة وسكين والمتعلق بالبكب الذي قام من بداخله بسرقة مخرطة المشتكى مع السمات الوراثية لدى المتهم ، وإن وجود البصمات والدماء الملتقطة من مكان وقوع السرقة تدل دلالة قاطعة على تواجد صاحب البصمة أو الدماء في ذلك المكان إلا أنها لا تعتبر وحدها دليلاً كافياً على قيام صاحب البصمة أو الدماء بالأفعال المنسوبة إليه ما لم تتأيد ببينة أو قرائن أخرى يستدل فيها على أن المتهم قام بأفعال السرقة المنسوبة إليه وحيث أن هذه البينة الوحيدة لم تؤيد بأية بينة أخرى أو قرينة أخرى تساندها وحيث توصلت بالنتيجة إن هذا الدليل لا يكفي وحده لتجريم المميز ضده بجناية السرقة المسندة له فيكون استخلاصها هذه النتيجة استخلاصاً سائغاً ومقبولاً وجاء قرارها معللاً التعليل الكافي ومستوفياً لشروطه القانونية وبما يتفق وأحكام المادة 237 من قانون أصول المحاكمات الجزائية"²

ومثال ذلك في القضايا الخاصة بالأشخاص المشتبه بهم في ارتكاب جنایات أو جنح ضد أمن الدولة أو ضد الأشخاص أو الآداب العامة أو الأموال أو الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة المخدرات أو جرائم السرقة أو لإثبات النسب جنحة . كما يمكن أخذ عينات بيولوجية من : الأشخاص الذين لا يمكنهم الإدلاء

¹ - محكمة التمييز بصفتها الجزائية الحكم رقم 468 لسنة 2020 - الصادر بتاريخ 31-05-2020، قرارك .

² - محكمة التمييز بصفتها الجزائية رقم 599 لسنة 2019 - الصادر بتاريخ 15-05-2019، قرارك .

بمعلومات حول هويتهم بسبب سنهم أو بسبب حادث أو مرض مزمن أو إعاقة أو خلل نفسي أو أي خلل في قواهم العقلية. ونذكر من ذلك اثبات البنوة :- يتم اثبات البنوة. من خلال فحص الجيني الوراثي وكان ذلك حاضرا في عدد من القضايا منها قرار محكمة التمييز القاضي " بتاريخ 2019/11/5 أنجبت المجني عليها طفلاً وبإجراء الفحص الجيني الوراثي dna للطفل المولود تبين أن المتهم والمجني عليها هما الأبوان البيولوجيان للطفل".¹

1- السرقة : قد يتم تطابق السمات الوراثية المرفوعة عن بعض العينات مع الجينات الوراثية للمتهم وقد قضت محكمة التمييز بهذا الخصوص " بالتدقيق في ملف الدعوى والبيانات المقدمة فيها وجدت المحكمة بأن الوقائع الثابتة فيها تتلخص إنه وبتاريخ 2016/3/30 أقدم المتهمان عامر و خليل على تسلق سور مركز صحي وادي الحجر الشامل وخلع قفل الباب الخلفي بواسطة أداة صلبة وكسر زجاج باب الألمنيوم وتكسير شبك غرف المحاسبة وغرفة الصيدلية وخلع زرفيل إحدى الخزائن وسرقة شيك بقيمة خمسة آلاف دينار مسحوباً على بنك الأردن يعود للمشتكي غالب فائق خميس أبو عبده وقد تبين تطابق السمات الوراثية المرفوعة عن بعض العينات مع الجينات الوراثية للمتهم عامر والذي اعترف بارتكاب السرقة بالاشتراك مع المتهم خليل وعليه تم تقديم الشكوى وجرت الملاحقة".²

وأيضاً القرار التمييزي " هذا وتقدمت بعدها المشتكية بهذه الشكوى وتم الكشف على مكان السرقة وأخذ عينات من مسرح الجريمة (مكان السرقة) وتم بعدها إعداد التقرير الفني الصادر عن إدارة المختبرات والأدلة الجرمية رقم (32032/13/11/1711) تاريخ 2017/10/18 وكانت نتيجة فحص العينات المذكورة وجود تطابق للجينات الوراثية مع السمات الوراثية للخلايا الطلائية المستخلصة من عينة دم تعود للمتهم (ليث أحمد محمود أبو علوش) والمستخلصة من رأس وصلة بلاستيكي لون أسود وفضي طول (16) سم والمحززة عن الأرض داخل غرفة الصف في المركز المذكور العائد للمشتكية، وقد جرى تشخيص طابور الإقامات الجبرية في مركز أمن المدينة في الرمثا لكلب الأثر فقام بالجلوس بجانب المتهم كونه هو من اشتم رائحته من مكان السرقة نفسه، وبعدها وأثناء وجود المشتكى عليه في نظارة المركز الأمني المذكور قام بإيذاء نفسه بواسطة قطعة حديد (مشرط) كانت مجوزته حيث قام بضرب نفسه بها على أنحاء متفرقة من جسمه وأصيب جراء ذلك بعدة إصابات واحتصل على تقرير طبي أولي بإصاباته وعليه جرت الملاحقة القانونية".³

¹ - - محكمة التمييز بصفحتها الجزائية، الحكم رقم 2048 لسنة 2020 الصادر بتاريخ 15-09-2020، قرارك.

² - - محكمة التمييز بصفحتها الجزائية الحكم رقم 1367 لسنة 2020 الصادر بتاريخ 23-07-2020، قرارك .

³ - - محكمة التمييز بصفحتها الجزائية، الحكم رقم 3543 لسنة 2019 الصادر بتاريخ 15-01-2020، قرارك.

المطلب الثالث : المشاكل والصعوبات التي يثيرها استخدام البصمة الوراثية في الاثبات الجنائي :

هناك عدد من الصعوبات التي قد تواجه استخدام البصمات في التحقيق التي اجمالها بما يلي: ¹ -

1-أولا السلامة الجسدية : ان تحليل البصمة الوراثية يتطلب الحصول على عينة من جسم الانسان ، لأنه لا يمكن اجراء تحليل في ظل الوضع العلمي الحالي الا على عينات الدم او اي خلايا صادرة او منفصلة من جسم الانسان، وهذا التحليل يقوم بإجراء المقارنة بين المخلفات التي تترك في مكان الجريمة والعينات التي تأخذ من المتهم لتقدير ما اذا كان المصدر واحداً من عدمه، وقد ذهب بعض الفقه القانوني² إلى أنه : لا يجوز أخذ عينة من جسد المتهم بهدف إجراء اختبار البصمة الوراثية عليها، لمساس ذلك بجرية الجسد، ونهي في جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه فأخذ عينة من جسم المتهم تعتبر ضده ، وقد تكون هي دليل الإدانة ، وقد يعتبر ذلك اعتداء على حرته الشخصية البيولوجية للاختبارات الجينية.

الا ان هذا الرأي قابل بالرفض لأن من شأنه أن يضع عقبات في طريق التقدم الاجتماعي تعوق تطور قانون العقوبات الذي يحدد ما يعتبر جريمة، كما يحدد عقوبة لكل جريمة ولكن توقيع العقاب يحتاج لدليل، وبرهان. وان تلك التشريعات قد جاءت لتحمي حق المجتمع في أن يعيش في أمان، واطمئنان، وحقه في ألا يفر مجرم من العقاب، وأن مصلحة العدالة تفوق؛ ولذلك قد يثار التساؤل التالي ماذا لو رفض المتهم أن تنزع عينة من جسمه³ لم يعالج القانون الأردني والتشريعات في الدول العربية ذلك مما قد يخلق فراغ تشريعي عند حدوث ذلك وان الباحث قد يجد سبب ذلك هو ان المشرع الأردني لم يأخذ بالبصمات الوراثية كدليل منفصل انما اذا اقترن بدليل اخر او ما يؤيده

2- حرمة الحياة الخاصة (الخصوصية الجينية)⁴ : لذا يشترط في إذن إجراء تحليل البصمة الوراثية ، أن يكون صادراً من جهة التحقيق إذا كانت الدعوى لم تصل بعد لحوزة المحكمة ، أو من قبل محكمة الموضوع المختصة. ووفقاً لذلك ، فلا يستطيع اي شخص من تلقاء نفسه ان يطلب اجراء التحليل بصفة شخصية ، بدون ان تكون هناك دعوى او اذن صادر من الجهة المختصة وعلى الجهة القائمة بأمر التحليل ان تمتنع عن القيام به قبل استيفاء كافة الشروط التي يتطلبها القانون ، نظراً لخطورة الاثار الناجمة عن مثل هذه الفحوصات في كافة المجالات عارضة مع الحرية الفردية للأشخاص الذين لهم الحق وحده، والحرية الكاملة في تقديم عينة.

¹ - (فواز، 2007، ص299).

² - (عبدالمجيد، مرجع سابق، ص84).

³ - (عبد الدايم، مرجع سابق، ص865).

⁴ - (الصغير، 2001، ص79)..

3- تطابق البصمة الوراثية (DNA) في حالة التوائم المتطابقة. ففي هذه الحالة إن (DNA) يكون متطابقاً ومتماثلاً، وبالتالي لا تستطيع البصمة الوراثية أن تكون دليلاً قاطعاً في هذه الحالة بل تقف عاجزة عن تحديد من هو الفاعل الحقيقي من التوائم.¹

4- عدم وجود نص قانوني يلزم القاضي للأخذ بالبصمة الوراثية؛ عندما لا يكون نص قانوني فإن هذا الامر يكون وفق قناعة القاضي بإحضار المتهم، أو المجني عليه لفحص DNA، وله الأخذ بهذه النتائج بعد صدورها أو عدم الأخذ بها. ويجد الباحث انه في حال القانون فرض على القاضي بإحالة المتهم، أو المجني عليه لأخذ العينات بان ذلك من شأنه ان يؤدي الى الوصول الى الحقيقية وبصورة أسرع، مما يؤدي إلى الإسراع في الفصل في القضية، وفي هذه الحالة تختصر العدالة الطريق للوصول الى الحقيقة .

5- هذا بالإضافة إلى أن عينة (DNA) قد تختلط مع عينة أخرى أخذت من مكان الجريمة، فضلاً عن مشكلات التطبيق العملي للبصمة الوراثية؛ وقد قضت محكمة التمييز بهذا الخصوص " للمجني عليها غير صالحة للفحص الجيني الوراثي وجرت الملاحقة".²

للإثبات بالبصمة الوراثية ومدى جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه فأخذ عينة من جسم المتهم تعتبر ضده بل وقد تكون هي دليل الإدانة، يمثل اعتداء على حرته الشخصية؛ ولذلك قد تثار هنا مشكلة هي رفض المتهم أن تنزع عينة من جسمه. (علماً أن القانون الأردني والتشريعات في الدول العربية لم تناقش هذه المشكلة).

الخاتمة :

إن موضوع هذا البحث هو دراسة أثر البصمة الوراثية كدليل علمي في المادة الجزائية، اذ تبرز أهمية هذه الدراسة في أن الدول المتقدمة قد أعطت اهتماماً كاملاً للبصمة الوراثية وذلك من خلال تسليم سجل قوي للبصمة الوراثية للاستفادة في التعرف عليهم، يذكر أن الولايات المتحدة بدأت اختبارات الاستفادة من بصمة الحمض النووي عام 1988 م كما علم مكتب التحقيقات الفيدرالي عام 1990م بإنشاء سجل قومي

¹ - مثال ذلك قضية التي قضت بهل محكمة الجنايات الكبرى في الأردن والتي تحمل الرقم (94/2009)تم إعلان براءة المتهم من التهمة المنسوبة إليه نظراً لتشابه (DNA) (التوأم المتطابق)قرارك .

² - محكمة التمييز بصفتها الجزائية، الحكم رقم 4225 لسنة 2019 - الصادر بتاريخ 12-04-2020، قرارك.

لعينات البصمة الوراثية. وادخل العمل بالبصمات الى العديد من الدول العربية فما هي البصمة ومدى مشروعية الاخذ بالبصمات في الأدلة الجنائية .

وقد حاول البحث تسليط الضوء على دور الأدلة العلمية الحديثة ومنها البصمات في تحقيق العدالة , من خلال دراسة التشريع الأردني وبيان مدى جاهزية كوادر القضاة للتعاطي مع هذه الأدلة .

في ظل عدم توفر التقنيات الحديثة كيفية استغلاله لأنها تجربة حديثة على القضاء, وما زال القضاء يأخذ بصورة قليلة، حيث انه لو وجدت قرينة أو دليل آخر غير البصمة الوراثية يقوم القاضي باللجوء إليه دون الحاجة للجوء إلى البصمة؛ ليتفادى أمور تتعلق بحجية الإثبات وذلك من خلال تقسيم هذا البحث إلى مبحثين اذ خصص المبحث الأول لبيان البصمة الوراثية من خلال أولا بيان ماهية البصمة الوراثية. أما المطلب الثاني فقد خصص لبيان فيه أنواع البصمة الوراثية والمبحث الثاني تناول ضوابط العمل بالبصمة الوراثية كدليل إثبات. من خلال بيان شروطها ثم دراسة التطبيقات العملية للبصمة الوراثية كدليل إثبات. المطلب الثالث تناول المشاكل, والصعوبات التي قد يثيرها استخدام البصمة الوراثية كدليل علمي في الإثبات.

وتوصل الباحث الى عدد من النتائج والتوصيات :-

النتائج :

- 1- تعد البصمة الوراثية من انتاج الثورة البيولوجية المعاصر، ويتم التعرف عليها عن طريق تحليل الحامض النووي (DNA). وقد استطاع القضاء الاستفادة من هذا أثناء التحقيق بسبب دقة نتائج المتحصلة منها في تحديد هوية الجناة والمجني عليهم
- 2- تعدد مصادر الحصول على البصمة الوراثية من خلال العينات التي يمكن التقاطها من مسرح الجريمة و المأخوذ من جسم المتهم أو المخزنة في بنك المعلومات.
- 3- تعتبر البصمة الوراثية دليلاً مساعداً يساعد القاضي في تكوين قناعته دون اجباره على الأخذ بنتيجة
- 4- لا يوجد نص في القانون الاردن ينص بأن يقوم الجناة على فحص البصمة الوراثية في الاردن والدول العربية كدليل للإثبات
- 5- إن أثر بصمة الأصابع هو الأثر المنفرد الذي يحتوي على كل الخصائص المطلوب لتعرف عليهم ، وبالتالي يساعد في إثبات شخصية مرتكبي الجرائم لمن تثبت لهم وجود آثار بصماتهم في مسرح الجريمة، كما أن المشرع الأردني نص بالمادة (180/1) من الأصول الجزائية على أن بصمة الأصابع تقبل كبينة إذا كانت مؤيدة بالبينة الفنية.

التوصيات :-

- 1- ضرورة تعديل قانون أصول المحاكمات الجزائية و اعتبار الدليل المستمد من الحامض النووي كدليل للإثبات مما يساعد في إقرار العدالة الجنائية.
- 2- إصدار تشريع أو قوانين خاصة تتضمن شروط اللجوء لتحليل (DNA) بجميع أنواعه و اعطاء هذا التشريع حجية البصمة و قوة في الثبوتية. بما في ذلك إجبار الجناة في بعض القضايا على فحص البصمة الوراثية خاصة في قضايا البنية
- 3- جمع عينات DNA لأكثر شريحة ممكنة في الأردن؛ ليصار إلى تخزين أكبر قاعدة بيانات DNA وبالتالي سهولة الرجوع إليها، في حال وقوع الجريمة.
- 4- عمل مزيد من الأبحاث الخاصة بالبصمات على جميع أنواعها بهدف تطويره والاستفادة منها في الكشف عن الجريمة او الحد منها.

المراجع :

الكتب :-

- أبو بكر. عزمي، الشرعية الإجرائية للأدلة العلمية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2006.
- الحمادي، خالد حمد محمد، الثورة البيولوجية ودورها في الكشف عن الجريمة، الإمارات، 2005.
- د. عبد الدايم، حسني محمود، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2009.
- رضا عبد الحليم، عبد المجيد ، الحماية القانونية للجين البشري والاستنتاج وتداعياته، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998.
- سلامة، مأمون محمد، الجريمة وأدلة ثبوتها ونسبتها إلى المتهم، القاهرة، دار النهضة العربية ط1، ج1، 1992.
- الصغير، جميل عبد الباقي، أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2001.
- عوض، رمزي رياض، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، القاهرة دار النهضة، 2004.
- الكعبي، خليفة علي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، عمان، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 2006.

- المعاينة، منصور ، الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي، عمان، دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع،
2009.

الرسائل والأبحاث :

- الجريوي، منار محمد سعد، البصمة الوراثية أثرها في الإثبات الجنائي ، رسالة ماجستير قدمت في الجامعة الخليجية، مملكة البحرين 2009.
- حسن امال ، الأدلة العلمية ودورها في الإثبات الجنائي ، رسالة ماجستير ، الشرق الأوسط ، عمان، الأردن، 2012.
- صالح فواز ، دور البصمات الوراثية في القضايا الجزائية، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد (23) العدد الأول ، 2007.

ضوابط الفتوى في الإعلام

Fatwa Controls in the Media



**الدكتور/ خالد عبد الجابر الصليبي ، أستاذ القضاء الشرعي والفقه المقارن المساعد
قسم الشريعة الإسلامية - كلية الشريعة والقانون - بالجامعة الإسلامية بغزة - فلسطين**

**Dr. Khalid A. Slaibi : Assistant Professor
of Comparative Jurisprudence Faculty of Sharia and Law – Department of
Islamic Sharia in the Islamic University of Gaza**

الملخص:

إن تسارع الزمن والتطور العلمي والتكنولوجي لهما أثر كبير على واقع الحياة، كما ولهما الأثر الأكبر على الأحكام الشرعية التي ينتصب لاستنباطها من هم أهل لها من علماء الشريعة الإسلامية الغراء؛ والمفتي يقع على عاتقه بيان الحكم الشرعي لكل ما يستجد من حوادث ونوازل للناس بما يتناسب مع واقعهم وفقاً لمقاصد الشريعة الإسلامية.

والإفتاء قديماً كان قائماً على ذهب المستفتي للمفتي لسؤاله عن الحكم الشرعي، لكننا اليوم مع التطور التكنولوجي والتقني أصبحت الفتوى أكثر اتساعاً وانتشاراً فقد يكون المفتي في بلد والمستفتي في بلد آخر لكنهما أمام شاشة واحدة وعبر أثر واحد.

وتعددت وسائل نشر الفتوى فمنها المقروءة والمسموعة والمرئية والأخيرة هي المعول عليها في وقتنا الحالي وكثرة انتشارها عبر الفضائيات المختلفة.

ونتيجة لهذا التطور والتقدم أصبح لا بد من ضوابط تضبط بها الفتاوى عبر وسائل الإعلام المختلفة لنضيق بذلك دائرة الخلاف بين العلماء ونستأصل الفتاوى الشاذة والتي يتصدرها من هم ليسوا بأهل لها. فكان هذا البحث أضع فيه بين يدي القارئ هذه الضوابط وأتحدث فيه عن أهمية الفتوى وخطر الإفتاء لما له من أثر عظيم على الفرد والمجتمع، وفتوى واحدة قد تحل قضايا شائكة وفتوى واحدة قد تحدث فتن وبلايل عظيمة، كما وتحدثت فيه عن إيجابيات وسلبيات الفتاوى عبر وسائل الإعلام المختلفة. وأسأل الله تعالى أن يوفقني لما فيه الخير لهذه الأمة، فما كان من صواب فهو من الله وما كان فيه من خطأ فمن نفسي.

الكلمات المفتاحية : الفتوى، الإعلام، الضابط، المفتي، المستفتي.

Abstract :

This study aims to shed light on the Shari'ah judgment of learning musical acoustics when reciting the Quran, Which is repeatedly discussed these times between a supporter and The acceleration of time and the development of science and technology have a major impact on the reality of life, as they have the greatest impact on the legal provisions that stand to infer them from the people of her who are scholars of Islamic Sharia glue, The Mufti is responsible for explaining the legal ruling on all new incidents and calamities for people in a manner that is appropriate to their reality in accordance with the purposes of Islamic Sharia.

And the fatwa was in the past based on the Mufti's going to the Mufti to ask him about the legal ruling, but today with technological and technical development, the fatwa has become more widespread and widespread.

There are many ways of spreading the fatwa, including the audio-visual and the final, which are reliable in our time and its wide spread through various satellite channels.

As a result of this development and progress, it has become imperative to control the fatwas through various media outlets in order to narrow the circle of disagreement between scholars and eradicate abnormal fatwas, which are led by those who are not their own.

So, this research put in it in the hands of the reader these controls and talk about it the importance of the fatwa and the risk of advisory opinion because of its great impact on the individual and society, and one fatwa may solve thorny issues and one fatwa may occur sedition and great strand.

It's also talked about the pros and cons of fatwas through various media outlets.

And I ask God Almighty to grant me success in what is good for this nation. What was right is from God and what was in it is wrong, so who is myself.

Key words : Fatwa, Media, Officer, Mufti, Al-Mufti.

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين، نحمده تبارك وتعالى على عموم نعمائه وجزيل عطائه حمدا يليق بجوده وإحسانه وجلاله وسلطانه، ونصلى ونسلم على خاتم النبيين وصفوة المرسلين سيدنا محمد -صلى الله عليه وعلى آله الأطهار وصحابه الأخيار- صلوات لا حصر لها كثرة ولا يُحصيها العدد وسلم يا ربنا تسليما كثيرا، أما بعد:

فإن شريعة الله الخالدة جاءت أحكامها شاملة لعموم المكلفين واتسمت نصوصها بال مرونة في نظر المجتهدين، فهي معاصرة لكل عصر ومكان، كما أنها مواكبة لكل تطور وزمان، وما من حادثة من الحوادث أو نازلة من النزال إلا وللشريعة الإسلامية القول الفصل في بيان حكمها.

ويقع على عاتق علماء الشريعة إظهار أحكام القضايا الحادثة والوقائع المتجددة، فيستفتي الناس العلماء ويتوجهون إليهم من نواح متعددة وأقطار متباعدة، وكان العلماء يبينون لهم ما يستفتونهم فيه، إلا أنهم في بعض الأحيان كانوا يتورعون عن الفتوى خاصة في المسائل التي فيها إشكال أو اختلاف، لأن الشارع الحكيم قد حذر من التجرؤ عليها لما لها من خطر عظيم الأثر على الفرد والمجتمع.

ومع ذلك فإن أكثر ما بليت به هذه الأمة في سنين تطورها جرأة البعض ممن يدعون العلم على الفتيا مع تعدد مذاهبهم واختلاف أهوائهم، فيفتون الناس لقلّة علمهم بغير علم فيضلون ويُضلون، وإنّ أشد هذا الأمر بلاء أن تصدر تلك الفتاوى الشرعية عبر وسائل الإعلام المرئية التي يشاهدها العالم والمتعلم والكبير والصغير والذكر والأنثى، فقد دخلت كل بيت بلا استئذان حيث يسمعها ملايين المشاهدين من ذوي الثقافات المختلفة. وكان البعض ممن يتصدون للفتيا غرضهم الشهرة أو كسب المال، أما عن الفضائيات التي تبث تلك الفتاوى فغايتها جذب الجماهير واستمالتهم أو إحداث نزاعات وصراعات بين العلماء والشعوب أو ما شاكل ذلك مما لا يجوز أن يوجد وما ينبغي أن يعهد في أمة دستورها القرآن.

فالإفتاء مع أهميته إذن لا يخلو عن جهل المفتين من الأمور التدميرية أو الآثار السلبية لأنه أصبح مستفيضا جدا، وقد لا يقتصر ضرره على الفرد والمجتمع بل ربما تعدى ذلك إلى الأمة الإسلامية وقضاياها المصيرية. فكان لا بد من وضع ضوابط تحكم هذه البرامج التي تنشر الفتاوى، ووضع شروط لكل من يظهر على وسائل الإعلام حتى يكون أهلاً للفتوى.

لذا جاء هذا البحث الذي عمدت لأبين فيه شروط المفتي وضوابط الفتوى عبر وسائل الإعلام، والله المستعان وعليه وحده التكلان.

• الدراسات السابقة :

من خلال اطلاعي على الكتب والأبحاث؛ فإنني لم أجد من كتب في هذا الموضوع ببحث مستقل، وإنما كانت هناك بعض المقالات التي دونت عبر صفحات الانترنت، ومن هذه المقالات ما يلي:

1. ضوابط الفتوى عبر الفضائيات لفضيلة الأستاذ الدكتور عبد الناصر أبو البصل.
2. ضوابط الإفتاء في وسائل الإعلام والوسائط الالكترونية للأستاذ الدكتور أحمد عبد الله الضويحي.
3. الفتاوى المباشرة في وسائل الإعلام خطورتها وضوابطها للأستاذ الدكتور القرّة داغي.

• أهمية البحث :

ضوابط الفتوى في الإعلام لها أهمية بالغة، وحاجة ملحة فرضها الواقع المعاصر، وتكمن أهمية البحث في الآتي :

1. بيان أهمية نشر الفتوى عبر وسائل الإعلام المختلفة في توعية الناس بما يستجد من نوازل وأحداث.
2. توضيح وسائل نشر الفتوى عبر الإعلام، وحكم هذه الوسائل من منظور مقاصد الشريعة.
3. إبراز الضوابط العامة والخاصة للفتوى عبر وسائل الإعلام المختلفة.

• منهج البحث :

اتبعت في بحثي هذا المنهج التالي :

1. المنهج الاستنباطي الاستقرائي، حيث قمت بجمع المعلومات المتعلقة بموضوع البحث وتكييفها من الناحية الفقهية وفقا للشريعة الإسلامية.
2. عزو الآيات إلى سورها وضبط أرقامها.
3. تخريج الأحاديث الشريفة من مصادرها الأصلية والحكم عليها إن لم توجد في الصحيحين.
4. مراعاة الدقة العلمية في نسبة الأقوال لأصحابها.
5. أثناء التوثيق أبدأ باسم الشهرة للمؤلف أو اسم عائلته ثم اسم الكتاب ثم رقم الجزء إن وجد والصفحة بين قوسين، وبعد ذلك أترك باقي المعلومات إلى قائمة المصادر والمراجع.
6. عمل فهرس في نهاية البحث.

• أهداف البحث :

يهدف هذا البحث إلى عرض مجموعة من المفاهيم المهمة في فتاوى الإعلام وضوابطها، وسيتم تناولها في البحث من خلال ما يلي :

1. إظهار إيجابيات وسلبيات الفتوى عبر وسائل الإعلام.
2. التأصيل الشرعي لمسائل مستجدة في البحث.
3. تطبيق مقاصد الشريعة على وسائل الإعلام وبيان درجاتها من حيث القوة والضعف والسلبيات والإيجابيات.
4. محاولة الوصول لحل لبعض العوائق والمشاكل التي تواجه المفتي عبر وسائل الإعلام.

• مشكلة البحث :

تكمن مشكلة البحث في الإجابة على الأسئلة التالية:

1. ما وسائل نشر الفتوى عبر الإعلام؟
2. ما إيجابيات وسلبيات الفتاوى عبر الإعلام بوسائله المختلفة؟
3. ما ضوابط الفتوى عبر الإعلام بوسائله المختلفة؟

• خطة البحث :

تتألف خطة الموضوع من ثلاثة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول : مفهوم الضابط والفتوى والإعلام.

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم الضابط.

المطلب الثاني : مفهوم الفتوى.

المطلب الثالث : مفهوم الإعلام.

المبحث الثاني : أهمية الفتوى وضوابطها وأركانها.

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أهمية الفتوى وضوابطها.

المطلب الثاني : أركان الفتوى.

المبحث الثالث : الفتوى عبر وسائل الإعلام.

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : وسائل الفتوى عبر الإعلام .

المطلب الثاني : الفتوى عبر الإعلام بين الإيجابيات والسلبيات.

المطلب الثالث : ضوابط لا بد منها للفتوى عبر الإعلام.

مصطلحات الدراسة : (الفتوى، وسائل الفتوى، والفتوى عبر وسائل الإعلام المختلفة).

المبحث الأول : مفهوم الضابط والفتوى والإعلام :

المطلب الأول : مفهوم الضابط :

أولا : الضابط لغة :

الضبط لزوم الشيء وحبسه، وضبط الشيء حفظه بالخزم⁽¹⁾.

ثانيا : الضابط اصطلاحا :

فرق ابن نجيم بين القاعدة والضابط بقوله: "أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمعها من

باب واحد هذا هو الأصل⁽²⁾.

وعرفه السبكي بقوله هو : "الغالب فيما اختص بباب من أبواب الفقه وقصد به نظم صور متشابهة".

أو هو: "ما عم صورا، وكان القصد ضبط تلك الصور بنوع من أنواع الضبط من غير نظر في مأخذها"⁽³⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب: (2549/28)؛ الرازي، مختار الصحاح: (ص 158)، مادة (ضبط).

(2) ابن نجيم، الأشباه والنظائر: (ص 137).

(3) السبكي، الأشباه والنظائر: (11/1).

وهو : " ما يندرج تحته عدة أحكام تشريعية جزئية، لكنه يختص باب فقهي واحد" (1).

وعرفه قطب سانو بقوله هو : " القاعدة الكلية، الناظمة للقضايا المتشابهة والمتداخلة" (2).

ومن خلال التعريفات السابقة نرى أنها تتفق على أن الضابط هو حكم كلي ينطبق على باب واحد من أبواب الفقه.

التعريف الراجح :

من خلال التعريفات السابقة يظهر أن تعريف السبكي هو التعريف المناسب فالضابط اصطلاحاً هو: "الغالب فيما اختص باب من أبواب الفقه وقصد به نظم صور متشابهة".

والسبب في ترجيحه يرجع إلى :

أنه تعريف جامع لمفهوم الضابط مانع لدخول القواعد وشامل لمعنى الضابط عند الجميع من لغويين وأصوليين وفقهاء، فالجميع متفقون على هذا المعنى العام الذي جاء به.

فتحديد لفظ (الغالب) متفق عليه بخلاف فيما لو قلنا اختص باب، وقوله فيما اختص باب، قيد أخرج القاعدة (وهي الأقرب إلى الضابط في المعنى اللغوي والاصطلاحي)؛ لأن القاعدة تكون فيما اختص بأبواب متعددة (3).

المطلب الثاني : مفهوم الفتوى :

أولاً : الفتوى لغة :

أصلها من الفتى وهو الشاب القوي، والأفتاء: الشباب. والفتى والفتية: الشاب والشابة، والفعل فتو يفتو فتاء (4).

أفتاه في الأمر: أبانه له، وأفتى الرجل في المسألة، واستفتيته فيها فأفتاني إفتاءً وفتىً وفتوى: اسمان يوضعان موضع الإفتاء.

ويقال أفتيت فلانا رؤيا رأها، إذا عبرتها له، وأفتيته في مسألته إذا أجبتة عنها، وأفتى المفتي إذا أحدث حكماً (5).

واستفتاه في مسألة فأفتاه والاسم (الفتيا) و(الفتوى)، وتفتأوا إليه ارتفعوا إليه في الفتيا (6).

(1) الباحثين، المعايير الجلية في التمييز بين الأحكام والقواعد والضوابط الفقهية: (ص 30).

(2) سانو، مصطلحات أصول الفقه: (ص 263).

(3) العاني، الضوابط الأصولية للاجتهاد في السياسة الشرعية: (ص 23).

(4) الفيومي، المصباح المنير: (2/462)؛ ابن منظور، لسان العرب: (37/3348).

(5) ابن منظور، لسان العرب: (37/3348)، مادة (فتا).

(6) الرازي، مختار الصحاح: (ص 206)، مادة (فتي).

ثانيا : الفتوى اصطلاحا :

تعددت تعريفات الفتوى والإفتاء لدى الفقهاء والعلماء على النحو الآتي : "الإخبار بحكم الله تعالى عن دليل شرعي لمن سأل عنه في أمر نازل"⁽¹⁾. أو "هي تبين الحكم الشرعي بلا إلزام"⁽²⁾. من خلال التعريفين السابقين للفتوى أو الإفتاء نلاحظ اتفاق كلمة الفقهاء على أنه بيان أو إخبار بالحكم الشرعي.

التعريف المختار: يظهر من خلال التعريفين السابقين أن تعريف الأشقر للإفتاء هو الأقرب للصواب؛ فالإفتاء هو : "الإخبار بحكم الله تعالى عن دليل شرعي لمن سأل عنه في أمر نازل من غير إلزام".
شرح التعريف :

1. الإخبار : هو الإعلام، وهو كالجنس في التعريف ويدخل فيه الإفتاء وغيره.
2. بحكم الله تعالى : وهو قيد يحرز به عن جميع الأحكام باستثناء الأحكام الشرعية التي هي من عند الله تعالى، وهي تشمل الأحكام التكليفية والوضعية والاعتقادية.
3. عن دليل شرعي : الدليل في اللغة هو : المرشد والكاشف⁽³⁾، واصطلاحا هو: ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري⁽⁴⁾.
- وهو قيد يحرز به عن قول من أخبر بالحكم الشرعي عن غير دليل، كمن ينقل فتوى غيره حكاية عنه، أو قال به تقليداً لغيره، فلا بد أن تكون الفتيا عن اجتهاد⁽⁵⁾.
4. لمن سأل عنه : هذا قيد يحرز به عن الإرشاد والتعليم، لأنه يقع من غير سؤال، علاوة على أن المعنى اللغوي والشرعي للفتيا مرتبط بالسؤال قال تعالى: "يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ"⁽⁶⁾، فالإخبار بحكم الله تعالى عن غير سؤال هو إرشاد⁽⁷⁾.
5. في أمر نازل : يحرز به عن التعليم، وهو الإخبار بحكم الله تعالى عن سؤال في غير أمر نازل⁽⁸⁾.
6. من غير إلزام : إذ إن الفتوى ليست ملزمة للمستفتي، فهي تختلف عن القضاء الذي تعتبر أحكامه ملزمة التطبيق والعمل بها.

(1) القرافي، الذخيرة: (12/10)؛ الأشقر، الفتيا ومناهج الإفتاء: (ص9).

(2) الكرمي، غاية المنتهى: (2/561)؛ الجرجاني، التعريفات: (ص60)؛ القرضاوي، الفتوى بين الانضباط والتسيب: (ص11)؛ الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي: (2/377)؛ العثماني، أصول الإفتاء وأدابه: (ص11)؛ إبراهيم، الفتوى أهميتها، ضوابطها، آثارها: (ص30).

(3) الفيومي، المصباح المنير: (1/199).

(4) البابرتي، الردود والنقود شرح مختصر ابن الحاجب: (1/116).

(5) إبراهيم، الفتوى أهميتها، ضوابطها، آثارها: (ص30).

(6) النساء: 176.

(7) الأشقر: الفتيا ومناهج الإفتاء: (ص9)؛ إبراهيم، الفتوى: أهميتها، ضوابطها وآثارها: (ص30).

(8) الأشقر، الفتيا ومناهج الإفتاء: (ص9).

المطلب الثالث : مفهوم الإعلام :

أولاً : الإعلام لغة :

الإعلام مصدر أعلم⁽¹⁾، والعلم من صفات الله سبحانه وتعالى فهو العليم والعالم والعلام، قال تعالى: "وَهُوَ الْخَلَّاقُ الْعَلِيمُ"⁽²⁾، وقال: "عَالِمُ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ"⁽³⁾، وقال: "عَلَّمَ الْغُيُوبِ"⁽⁴⁾.

وعلمت الشيء أعلمه علماً: عرفته، وعلمه العلم وأعلمه إياه فتعلمه، وعلم بالشيء: شعر به، يقال: ما علمت بخبر قدومه، أي ما شعرت، ويقال: استعلم لي خبر فلان وأعلمنيه حتى أعلمه، واستعلمني الخبر فأعلمته إياه⁽⁵⁾.

ثانياً : الإعلام اصطلاحاً :

اختلفت تعريفات المعاصرين حول مصطلح الإعلام حسب توجهاتهم وأفكارهم، واختلاف مذاهبهم الإعلامية، وتضاد أهدافهم :

فقد عرفه الأستاذ إبراهيم إمام بقوله: "هو نشر للحقائق والأخبار والأفكار والآراء بوسائل الإعلام المختلفة"⁽⁶⁾.

وهو: "عملية اتصالية بين مرسل ومستقبل من خلال وسيلة معينة تهدف لإحداث أثر معين"⁽⁷⁾.

وهو: "ما ينقل للمتلقي من معلومات وأخبار، لتحقيق اتصال يلي حاجة مجتمعية"⁽⁸⁾.

وهو: "إيصال معلومة معينة إلى المتلقي لهدف معين بأسلوب يخدم ذلك الهدف ويتوقع منه أن يؤثر في المتلقي ويغير من ردود فعله"⁽⁹⁾.

ومن خلال التعريفات السابقة يمكن القول بأن الإعلام هو:

ما يصل للمستقبل من أخبار وأفكار بوسائل مختلفة لإحداث أثر معين من خلال الرسالة الإعلامية.

شرح التعريف :

1. ما يصل للمستقبل : أي أن الوسيلة الإعلامية توصل المعلومات والفتاوى وغيرها للمستقبل¹ القارئ والسامع والمشاهد.

(1) بشر، دراسات في علم اللغة: (ص 202).

(2) يس: الآية (81).

(3) الرعد: الآية (9).

(4) سبأ: الآية (48).

(5) ابن منظور، لسان العرب: (3082/31 - 3083)؛ الرازي، مختار الصحاح: (ص 189).

(6) إمام، الإعلام والاتصال بالجمهير: (ص 12)؛ نقلاً عن شنداخ، أثر الإعلام في نشر الدعوة الإسلامية: (ص 6).

(7) مؤسسة الفرقان، أهداف الإعلامي المسلم: (ص 9).

(8) عايش، الإعلام: ضوابطه وأحكامه الشرعية: (ص 5).

(9) راضي: الإعلام الإسلامي رسالة وهدف: (ص 29).

2. من أخبار وأفكار : فهدف الإعلام نشر المعلومات المختلفة لتثقيف الناس وتجديد الفكر وغيرها من الأهداف الأخرى.

3. بوسائل مختلفة : فالإعلام منه ما هو مقروء كالجرائد والمجلات ومنه ما هو مسموع كالإذاعات ومنه ما هو مرئي كالفضائيات.

4. لإحداث أثر معين من خلال الرسالة الإعلامية : فالإعلام له تأثيره على المستقبل، فقد يتأثر القارئ أو السامع أو المشاهد من الوسيلة الإعلامية فيحدث ذلك تغييراً في فكره وآرائه.

المبحث الثاني : أهمية الفتوى وضوابطها وأركانها :

حوى هذا المبحث بين جنبيه مطلبين، ذكرتُ في الأول منهما أهمية الفتوى وضوابطها، وتحدثتُ في المطلب الثاني عن أركان الفتوى، وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول : أهمية الفتوى وضوابطها :

أولاً : أهمية الفتوى :

لقد أدى التقدم العلمي، وتعدد حاجات الناس المستحدثة، وما ترتب على ذلك من كثرة الوقائع المتباينة، والمتعددة مع غياب المؤسسات الشرعية التي تقوم بتطبيق الشريعة أو بيان حكمها فيها إلى تطلع المسلمين إلى معرفة حكم الله فيها لمعرفة حلالها من حرامها، وصحيحها من فاسدها، ومقبولها من مردودها ومرجع الناس في ذلك بعد الرسول -صلى الله عليه وسلم- هو عالم الشريعة، الراسخ في العلم، المشهود له بالفتوى والورع، المستقل بأحكام الشرع نصاً واستنباطاً⁽¹⁾؛ لقوله سبحانه وتعالى: (فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ)⁽²⁾. ولو أن مجتمعاً مسلماً انعدم فيه القائمون بالإفتاء، بحيث لا يجدُ الناسُ من يعلمون منه حكم الله في عباداتهم ومعاملاتهم وسائر شؤونهم، لأتت ذلك إلى تزايد الجهل بالشريعة وتخبُّط الناس في دينهم، فيحلون الحرام، ويحرمون الحلال، ويرتكبون المعاصي من حيث يشعرون أو لا يشعرون⁽³⁾.

والمفتي باعتباره الموقع عن رب العالمين يجب عليه أن يعد لهذا المنصب عدته وأن يتأهب له أهبتة، وأن يعلم قدر المقام الذي أقيم فيه، فيصدق بالحق ولا يخاف في الله لومة لائم، وأن يجعل مخافة الله تعالى أمام عينيه فلا يتساهل في الفتوى ولا يتجرأ عليها لما للفتوى من خطر عظيم يتوقف عليها صلاح الدنيا والآخرة⁽⁴⁾.

وكان السلف الصالح والعلماء الربانيون يتهيّبون من الفتوى، بل إن كثيراً منهم لكثرة تهيبه منها إذا سُئِلَ عن مسألة لا يمنعه شهرته بالإمامة والفتوى أن يقول لا أدري أو أن يؤخر الفتوى إلى أن يعلم الحكم الشرعي فيها⁽⁵⁾؛ فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أجرؤكم على الفتيا أجرؤكم على النار"⁽¹⁾.

(1) معوض، أهمية الفتوى وحاجة الناس إليها، الملتقى الفقهي: <http://fiqh.islammessage.com>.

(2) النحل: الآية (43).

(3) الأشقر، الفتيا ومناهج الإفتاء: (ص 19).

(4) الجيزاني، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة: (ص 504)؛ إبراهيم، الفتوى، أهميتها، ضوابطها، آثارها: (ص 435)، معوض، أهمية الفتوى وحاجة الناس إليها، الملتقى الفقهي: <http://fiqh.islammessage.com>.

(5) ابن الصلاح، فتاوى ومسائل: (ص 8).

ولما للفتوى من الأهمية كان أهل الإفتاء هم صفوة الوري، ومصايح الدجى⁽²⁾، لقوله تعالى: (قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ)⁽³⁾، وقال سبحانه وتعالى: (يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ)⁽⁴⁾، وقال جلَّ وعلا: (إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ)⁽⁵⁾.

فدلاً هذا على أن العلماء هم خيرة الخلق، وصفوة العالم، ثم إن أهل الإفتاء من الفقهاء أعظم العلماء رتبة، وأعلاهم منزلة؛ فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين"⁽⁶⁾، فضلاً عن أن نبينا محمداً صلى الله عليه وسلم هو أول من قام بهذا المنصب، فكان يفتي عن الله تعالى بوحية المبين. ومن هنا يتبين لنا أن الفتوى لها أهميتها العظيمة في حياة الناس فهي تهدف إلى مراعاة مصالحهم وحاجاتهم وتبصيرهم بدين الله حتى يُعبد الله تعالى على علم، فتستقيم الحياة، ويزول الجهل الذي يوقع في الضلال ويفضي إلى النزاع فيزول الأمن والاستقرار.

ثانياً: ضوابط الفتوى:

المنتصب للإفتاء بمثابة الموقع عن ربِّ العلمين، لذا فإنه يجب عليه أن تكون فتواه ضمن ضوابط لا يتعداها، فالقول بالحل والحرم من غير ضابط افتراء على الله؛ قال الله عز وجل: (وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لَتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ)⁽⁷⁾. ولأجل ما سبق ذكر العلماء ضوابط عدة للفتوى منها:

1. أهلية المفتي⁽⁸⁾: وهي أن تتوفر الشروط والصفات الواجبة في المفتي والتي سيأتي ذكرها، بحيث يكون من أهل الذكر الذين أمر الله سبحانه وتعالى بالرجوع إليهم في قوله تعالى: (فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ)⁽⁹⁾.

فإن لم تتوفر فيه هذه الشروط تحرم عليه الفتوى؛ لقوله تعالى: (قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزَّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ)⁽¹⁰⁾.

(1) أخرجه الدارمي في سننه: (258/1)، (ح 159). حديث ضعيف.

(2) إبراهيم، الفتوى، أهميتها، ضوابطها، آثارها: (ص 83).

(3) الزمر: الآية (9).

(4) المجادلة: الآية (11).

(5) فاطر: الآية (28).

(6) رواه البخاري في صحيحه: [كتاب: العلم، باب: من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين، (26/1)، (ح 71).

(7) النحل: الآية (116).

(8) الرعي، مواهب الجليل: (6/95)؛ الدوسكي، ضوابط الفتوى في الشريعة الإسلامية: (ص 81)؛ ابن حسين، ضوابط الفتوى: (ص 31)؛ طريق الإسلام،

ضوابط الفتوى: <https://ar.islamway.net>.

(9) النحل: الآية (43).

(10) الأعراف: الآية (33).

ففي هذه الآية رتب الله سبحانه وتعالى في تشريعه المحرمات بادئا بأخفها، ثم مبينا ما هو أشد، فذكر الفواحش أولا ثم ثنى بالإثم والظلم، وختمها بالشرك والقول على الله بغير علم، وهو عام في القول في ذات الله سبحانه وتعالى ودينه وتشريع.

وقوله تعالى : (وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ ۗ ذَا حَلَالٍ وَذَا حَرَامٍ لِّتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ ۗ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ)⁽¹⁾، فقد أبان الله سبحانه وتعالى، أنه لا يجوز للمسلم أن يقول: هذا حلال وهذا حرام، إلا إذا علم أن الله سبحانه وتعالى أحله أو حرمه.

وقد ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم مثل ذلك حيث قال : "من قال علي ما لم أقل فليتبوأ بيتاً في جهنم، من أفتى بغير علم كان إثمه على من أفتاه، ومن أشار على أخيه بأمر يعلم الرشد في غيره فقد خانه"⁽²⁾.

2. الاعتماد على الأدلة الشرعية القاطعة⁽³⁾: فيكون اعتماد المفتي في فتواه على كتاب الله تعالى، وما صحَّ من سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، فلا تصح فتواه إلا بالنظر فيهما قبل كل شيء، ثم ينظر في الأدلة الأخرى من الإجماع والقياس وغيرهما؛ لقوله تعالى : (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا)⁽⁴⁾.

3. أن تكون الفتوى موافقة لعرف المستفتي⁽⁵⁾: فالمفتي عندما يستفتيه شخص، يسأله عن عرف بلده ثم ينظر هل يوافق عرف بلده عرف بلد المفتي حتى يتمكن المفتي من إفتاء المستفتي وإلا فلا يفتي، وهذا مما لا يختلف عليه العلماء.

فلا يحل للمفتي أن يفتي بالطلاق حتى يعلم العرف في ذلك البلد وجميع الأحكام المبنية على العوائد أي الأعراف؛ كالنقود والسكك في المعاملات، والمنافع في الإيجارات، والأيمان والوصايا والندور، وغيرها مما ينبنى على العرف⁽⁶⁾.

4. تحقيق مناط الفتوى⁽⁷⁾: ومعناه تنزيل الفتوى على واقعها، وذلك يتطلب فقه المفتي بالواقع حتى لا يخفف في محل التشديد، ولا يشدد في محل التخفيف، ولا يخرج الفتوى عن ظروفها وملاساتها الزمانية والمكانية.

5. الحذر من الفوضوية في الفتوى⁽⁸⁾:

إنَّ المُلَّاخَظَ في واقعنا أن للمسلمين ولعاً بالفتيا، فما من شخص يتبوأ مكانة من التجروء على الفتيا مع شيء قليل من العلم إلا وتجد الناس يسارعون إلى استفتائه في كثير من المسائل التي ربما سبق أن استفتوا فيها عدداً

(1) النحل: الآية (116).

(2) رواه البيهقي في سننه: [كتاب: آداب القاضي، باب: إثم من أفتى أو قضى بالجهل]: (10/199)، (ح 20353).

(3) الدوسكي، ضوابط الفتوى في الشريعة الإسلامية: (ص 82)، طريق الإسلام، ضوابط الفتوى: <https://ar.islamway.net>

(4) الأحزاب: الآية (36).

(5) الدوسكي، ضوابط الفتوى في الشريعة الإسلامية: (ص 84).

(6) الكشناوي، أسهل المدارك: (2/145)؛ الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل: (4/177)؛ الصاوي، بلغة السالك: (2/366).

(7) طريق الإسلام، ضوابط الفتوى: <https://ar.islamway.net>

(8) المرجع السابق.

غير قليل من أهل العلم، ولا يستغرب مع هذا الحال أن يوجد خلاف شديد وتناحر بين من يستفتون كل من تصدر للفتوى.

وإن مما يستغرب حقاً أن بعض الجمعيات والمؤسسات الإسلامية التي ظهرت مع طلوع شمس الصحوة المباركة لا يوجد في هياكلها التنظيمية في الغالب أي بند يخص رعاية شؤون الإفتاء، أو إعداد المفتين، ومعنى هذا أن كل فرد من أفراد المجموعة علماً كان أو نصفه أو أقل من ذلك من حقه أن يمارس الإفتاء على الانفراد دون مشورة الآخرين، وهذا يعني أن الارتجال في الإفتاء بات سمة أساسية لتلك الجمعيات التي أسست لتسعى إلى تصحيح ما اعوجج من تصورات الناس لحقائق الدين وقضاياه. وهذا مرتع خطير لا بد من وضع حد له، فإذا كان التطبيق من غير طبيب جريمة يعاقب عليها القانون الوضعي بأقسى العقوبات، فإن الإفتاء بغير علم ينبغي أن يعاقب عليه القانون عقوبة لا تقل عن العقوبة المترتبة على التطبيق بغير علم بالطب تنزل بأولئك الذين يتصدون للإفتاء قبل تمكنهم من أدواته وعلومه الضرورية.

6. الابتعاد قدر الإمكان عن الإفتاء الفردي، خاصة في المسائل التي تعم بها البلوى⁽¹⁾ : لما يترتب على الخطأ فيها من تشتت شمل الأمة، أو إيقاع شبابها في فتن لا مخرج لهم منها، وقد تصطلي الأمة كلها بنيرانها، ولهذا يرى عامة أهل العلم عدم تصدي الأفراد للاجتهاد في النوازل العامة، وكان هدي النبي صلى الله عليه وآله وسلم - جمع أعيان الصحابة وعلمائهم عندما تنزل نازلة عامة ولا يكون فيها وحي من عند الله، وكذلك كان منهج خلفائه رضوان الله عليهم أجمعين.

7. التيسير في مواطن الخلاف⁽²⁾ : فإن منهج السلف الصالح من هذه الأمة قائم على ضرورة تسامح المسلمين فيما بينهم فيما اختلفوا فيه إذا كان المختلف فيه مسألة من مسائل الاجتهاد محتملة للخلاف، فلا حرج في تقليد بعض العلماء في المسائل الاجتهادية، ولا يحق لأحد إجبار غيره على اتباع رأي معين أو مذهب معين طالما ظهر له رجحان أحد الأقوال على غيرها.

8. مراعاة مقاصد الشريعة في الفتوى: ينبغي للمفتي أن تكون فتواه موافقة لمقاصد الشريعة ملائمة لها ومحققة للمصالح التي قصدها الشارع من تشريع الأحكام، وألا تفضي إلى مصادمتها وإلا كانت باطلة، فالفتوى الموافقة لمقاصد الشريعة تحقق التوازن والاعتدال في إصدار الأحكام.

المطلب الثاني : أركان الفتوى :

إن معرفة أركان الفتوى وشروط كل ركن منها من الأهمية بمكان فليس كل شخص أهلاً للفتوى، كما أن للفتوى ضوابطها من حيث مناسبتها لحال المستفتي وواقعه.

وأركان الفتوى أربعة وهي : المفتي، والمستفتي، والمستفتى فيه، والحكم الذي هو الفتوى⁽³⁾، ولكل منها شروط، وتفصيلها على النحو التالي :

(1) المرجع نفسه.

(2) طريق الإسلام، ضوابط الفتوى: <https://ar.islamway.net>

(3) الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي: (2/379)؛ ابن الصلاح، أدب المفتي والمستفتي: (1/21).

أولاً: المفتي : هو: المخبر بحكم شرعي عملي مكتسب من أدلته التفصيلية لمن سأل عنه في أمر نازل⁽¹⁾. وهذا المعنى هو المراد في هذا العصر.

شروط المفتي وصفاته :

أولاً : شروط المفتي : ينبغي لمن تصدر للفتوى أن تتوفر فيه الشروط الآتية:

1. أن يكون مسلماً بالغاً عاقلاً، مأموناً منزهاً من أسباب الفسق ومسقطات المروءة والاستقامة⁽²⁾.
2. أن يكون عالماً قد توفرت فيه شروط الاجتهاد.
3. أن يكون عدلاً، متصفاً بالصدق والأمانة⁽³⁾.
4. أن يكون فقيه النفس، سليم الذهن، رصين الفكر، صحيح التصرف والاستنباط، متيقظاً⁽⁴⁾.
5. النية الصالحة؛ لأنها رأس الأمر وعموده وأساسه وأصله الذي يبنى عليه، وبالنية الصالحة يستجلب التوفيق فلا بد أن تكون نيته خالصة لوجه الله تعالى لتكون سبباً للقبول عنده وعند خلقه⁽⁵⁾.
6. ينبغي للمفتي أن يحسن سيرته ويجعل أعماله موافقة للشريعة ويضبط أقواله بميزان الشرع، كي يكون قدوة للناس فيما يقول وفيما يفعل⁽⁶⁾.
7. الحلم، فالمفتي يتعرض لجميع أصناف الناس وبمختلف أخلاقهم وصفاتهم⁽⁷⁾.
8. أن يكون قيماً بمعرفة أدلة الأحكام الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وما التحق بها على التفصيل⁽⁸⁾.
9. القوة على ما هو فيه من الحق وعلى معرفته، فلا يظهر ضعفاً وتساهلاً فيما يعلمه من الحق، ولا ينصب نفسه للفتيا حتى يكون من أهلها لئلا يُحجم في موقع الإقدام ويقدم في موقع الإحجام⁽⁹⁾.
10. معرفة الناس، فينبغي للمفتي أن يكون على معرفة بأحوال الناس، وأن يكون عنده من الثقافة العامة ما يمكنه من معرفة أحوال المجتمع الذي يعيش فيه⁽¹⁰⁾.
11. عدم التساهل في الفتيا، فهو أدعى بأن يقوم بحق الله تعالى في إظهار دينه.
12. أن يكون عالماً بمقاصد الشريعة الإسلامية، فالأحكام تتأثر بمراعاة المقاصد.

(1) المنياوي، المعتصر من شرح مختصر الأصول في علم الأصول: (ص 234).

(2) إبراهيم، الفتوى أهميتها وضوابطها وأثارها: (ص 451).

(3) ابن قدامة، روضة الناظر: (2/334)؛ مجلة البحوث الإسلامية، الموقع: <http://www.alifta.net>.

(4) ابن الصلاح، أدب المفتي والمستفتي: (21/1).

(5) إبراهيم، الفتوى، أهميتها، ضوابطها، أثارها: (ص 463)؛ العثماني، أصول الإفتاء وأدابه: (ص 324).

(6) العثماني، أصول الإفتاء وأدابه: (ص 324).

(7) إبراهيم، الفتوى، أهميتها، ضوابطها، أثارها: (ص 463).

(8) ابن الصلاح، أدب المفتي والمستفتي: (21/1).

(9) إبراهيم، الفتوى، أهميتها، ضوابطها، أثارها: (ص 464 - 465).

(10) المرجع السابق.

وإذا أردنا الإسهاب أكثر في شروط المفتي وآدابه وصفاته؛ فإننا نجد أن العلماء وضعوا هذه الشروط والصفات والآداب منعا من التجرؤ على الفتيا من كل من هبَّ ودب، وتضييقا لدائرة المتصددين لها لأنها أمر عظيم فلفتي بمثابة الموقع عن الله سبحانه وتعالى، فلا يجوز أن يفتي الناس في دينهم من ليس له صلة وثيقة وخبرة عميقة بالكتاب والسنة والإجماع والقياس، ولا يجوز أن يفتي الناس من لم يتمرس بأقوال الفقهاء ومن لم يتمرس بعلم أصول الفقه، كما لا يجوز أن يفتي الناس من لم تكن له ملكة في فهم لغة العرب حتى يقدر على فهم القرآن والحديث، كما أنه من المهم للمفتي أن يعي واقع الناس ويحس بمشكلاتهم⁽¹⁾.

ثانيا : المستفتي : وهو السائل عن حكم الشرع في مسألة ما، وهو كل من لم يستطع معرفة الحكم الشرعي من دليله⁽²⁾.

وإذا كان على المفتي واجبات يتعين عليه أن يقوم بها، وآداب يحسن أن يراعيها، فإن على المستفتي مثل ذلك أيضا⁽³⁾، فأداب المستفتي وصفاته وشروطه يمكننا أن نجملها في النقاط التالية:

1. يجب عليه الاستفتاء إذا نزلت به حادثة يتعين عليه معرفة حكمها، فإن لم يجد ببلده من يستفتيه وجب عليه الرحيل إلى من يفتيه⁽⁴⁾.
2. يجب عليه البحث الذي يعرف به أهلية من يستفتيه، فإذا لم يكن عارفا بأهليته، يستفتي من اشتهر كونه أهلا للفتوى.
3. لو اختلفت فتوى مفتيين، يقدم من هو أعلم وأورع في نظره⁽⁵⁾.
4. أن يحسن السؤال، فحسن السؤال نصف العلم، فيسأل عما ينفع، أو يسأل في واقعة يعاينها هو أو غيره ويريد الحكم فيها، ولا يسأل فيما هو مفترض بعيد الوقوع⁽⁶⁾.
5. أن يتقي الله ويراقبه في استفتائه إذا استفتى، ولا يجعل الفتوى ذريعة إلى أمر يعلم في قرارة نفسه أنه غير جائز شرعا⁽⁷⁾.
6. أن يحفظ جانب الأدب مع المفتي، فينبغي عليه احترام العلماء المفتين وإجلالهم، فلا يتكلم مع المفتي إلا بما جرت به العادة في السؤال والاستفسار⁽⁸⁾.

(1) القرضاوي، الفتوى بين الانضباط والتسيب: (ص 31 – 32).

(2) إبراهيم، الفتوى، أهميتها، ضوابطها، آثارها: (ص 37).

(3) القرضاوي، الفتوى بين الانضباط والتسيب: (ص 47).

(4) النووي، آداب الفتوى والمفتي والمستفتي: (ص 71).

(5) العثماني، أصول الإفتاء وآدابه: (ص 331).

(6) القرضاوي، الفتوى بين الانضباط والتسيب: (ص 47 – 48).

(7) المرجع السابق.

(8) ابن الصلاح، أدب المفتي والمستفتي: (91/1)، إبراهيم، الفتوى، أهميتها، ضوابطها، آثارها: (ص 641).

7. لا يجوز للمستفتي العمل بمجرد فتوى المفتي إذا لم تظمن نفسه إليها، وما يعلم أن الأمر في الباطن بخلاف ما أفتاه به، ولم تخلصه فتوى المفتي من الله كما لا ينفعه قضاء القاضي له بذلك⁽¹⁾، كما قال صلى الله عليه وسلم: "فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليركها"⁽²⁾.
8. أن يتجنب اعتراض العلماء بصعاب المسائل التي يكثر فيها الغلط ليستزلوا بها ويستسقط رأيهم فيها⁽³⁾.
9. لا يسأل المفتي وهو نائم أو على حالة ضجر أو همٍّ أو غير ذلك مما يشغل القلب⁽⁴⁾.
10. لا ينبغي للمستفتي أن يطالب المفتي بالحجة فيما أفتاه به، ولا يقول له لم، وكيف، فإن أحب أن تسكن نفسه لسماع الحجة في ذلك، سأل عنها في مجلس آخر أو في ذلك المجلس بعد قبول الفتوى مجردة عن الحجة⁽⁵⁾.
- ثالثاً: المستفتى فيه: وهي المسألة التي تقع، أو تحيط بالشخص، وتكون في الأصل ظنية اجتهادية، أما القضايا العلمية المعتمدة على الأدلة القطعية فيتعلمها المسلم حكماً، ومع ذلك فالمستفتى فيه يشمل الأمرين، والمفتي يخبر بالأحكام الثابتة بالأدلة، وبالأحكام الاجتهادية، ويجب على المستفتي اتباع قول المفتي؛ لأنه هو حكم الشرع لما سأل عنه⁽⁶⁾. والمستفتى فيه يمكن القول بأنه: النازلة وجمعها نوازل وهي المسائل المستجدة التي لا عهد للفقهاء بها.
- ويشترط في المستفتى فيه⁽⁷⁾:

1. الوقوع: أي الحلول والحصول، وقد خرج بهذا القيد المسائل غير النازلة وهي المسائل الافتراضية المقدرة، وهذه المسائل الافتراضية نوعان: إما مسائل مستحيل وقوعها، وإما مسائل يبعد وقوعها.
2. الجدة: أي عدم وقوع المسائل من قبل؛ فالنوازل إذن تختص بنوع من الوقائع وهي المسائل الحادثة التي لا عهد للفقهاء بها حيث لم يسبق أن وقعت من قبل.
3. الشدة: ومعناها أن تستدعي المسألة حكماً شرعياً بحيث تكون ملحة من جهة النظر الشرعي، ولا ينحصر المستفتى فيه في النوازل التي لا حكم فيها بل تشمل أيضاً المسائل التي لها حكم شرعي ظني مختلف فيه، فقد قال ابن عباس -رضي الله عنهما- عن الصحابة: "ما كانوا يسألون إلا عما ينفعهم"⁽⁸⁾.

(1) الجيزاني، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة: (ص 515).

(2) رواه البخاري في صحيحه: كتاب: المظالم والغصب، باب: إثم من خاصم في باطل: (131/3)، (ح 2458).

(3) السيوطي، أدب الفتيا: (ص 39).

(4) ابن الصلاح، أدب المفتي والمستفتي: (91/1).

(5) المرجع السابق.

(6) الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي: (387/2).

(7) الجيزاني، فقه النوازل: (ص 22).

(8) الهيثمي، مجمع الزوائد: (158/1)، أبو الفضل، المسند الجامع: (344/21).

واحتج الشافعي رحمه الله تعالى على كراهة السؤال عن الشيء قبل وقوعه بقوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءٍ إِنْ تُبَدَّ لَكُمْ تَسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنَزَّلُ الْقُرْآنُ تُبَدَّ لَكُمْ عَفَا اللَّهُ عَنْهَا وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ)⁽¹⁾.

رابعاً : المفتى به : وهو الفتوى، أو الحكم الشرعي للمسألة المستفتى فيها،⁽²⁾ وقد سبق تعريفها في المبحث الأول من هذا البحث.

المبحث الثالث : الفتوى عبر وسائل الإعلام :

اشتمل هذا المبحث على ثلاثة مطالب، تحدثت في الأول عن وسائل نشر الفتوى عبر الإعلام، وذكرت في الثاني إيجابيات وسلبيات الفتوى عبر الإعلام، وأفردت الثالث للحديث عن ضوابط الفتوى عبر وسائل الإعلام، وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : وسائل نشر الفتوى عبر الإعلام :

ساهم الإعلام بشكل كبير في سرعة انتقال المعلومات وجعل العالم الكبير المترامي الأطراف قرية صغيرة، ودخل الإعلام كل بيت، كما أثر بشكل كبير وملحوظ في فكر الشباب وثقافة أفراد المجتمعات. والتطور السريع في وسائل الإعلام لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية في مواكبتها للتطورات؛ بل تشجع عليها، ولا تمنع أن تكون مصدراً لنقل المعلومات الشرعية ومنها الفتوى، لكن ضمن إطار من الضوابط، حيث حرص الإسلام العظيم على الاستفادة من كافة الوسائل في تحقيق أهدافه سواء التقليدية أو المتطورة فالأمر لا يتعلق بالوسيلة الإعلامية بقدر ما يتعلق بالمصداقية في نقل المعلومة.

وما يشير لذلك ما ذكره ربنا في قوله تعالى: (فَمَكَثَ غَيْرَ بَعِيدٍ فَقَالَ أَحَطْتُ بِمَا لَمْ تُحِطْ بِهِ وَجِئْتُكَ مِنْ سَبَإٍ طَبِيبًا يَقِينًا)⁽³⁾ حيث تقبل النبي سليمان -عليه الصلاة والسلام- النبا الذي جاء به الهدى -نوع من أنواع الطيور- ولم يقل له أنت طير إنما أكد على اهتمامه بمصداقية النبا كما في قوله تعالى: (قَالَ سَنَنْظُرُ أَصَدَقْتَ أَمْ كُنتَ مِنَ الْكَاذِبِينَ)⁽⁴⁾، فإن كانت الاستفادة من الطير كوسيلة لنقل المعلومة مقبولة شرعاً، فمن باب أولى أن نقبل الوسائل الإعلامية المختلفة التي تنقل المعلومات الشرعية ما دامت هذه الوسيلة تحقق مقاصد الشريعة الإسلامية وتؤدي رسالتها السامية من نشر الدين بين الناس.

وفي خضم ثورة الاتصالات مع التقدم العلمي والتطور التكنولوجي، وتنوع الوسائل الإعلامية انتشرت ظاهرة الإفتاء عبر وسائل الإعلام المختلفة، وبناء عليه سأتحدث عن هذه الوسائل التي تنشر الفتاوى بشكل عام، على النحو الآتي :

1. وسائل مقروعة كالجرائد والمجلات.

(1) المائدة: آية (102).

(2) الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي: (388/2).

(3) سورة النمل، آية (22)

(4) سورة النمل، آية (27).

2. وسائل مسموعة وهي عبر الإذاعات المحلية أو العالمية.
3. وسائل مرئية وهي الفتاوى التي تطرح عبر الفضائيات.
4. الفتوى عبر الانترنت وشبكات التواصل الاجتماعي.

أولاً : الفتوى عبر الجرائد والمجلات :

كانت وما زالت الجرائد والمجلات الوسيلة الإعلامية الأولى في نشر الفتاوى عبر صفحاتها قبل انتشار وسائل الإعلام المسموعة والمرئية وشبكات الانترنت، وتتسم الفتوى عبر وسيلة الإعلام هذه بعدة أمور منها :

1. عدم ارتفاعية المفتي التي قد تؤدي إلى الخطأ.
2. تفتقر الجرائد والمجلات إلى التواصل المباشر بين المفتي والمستفتي.
3. لا يستطيع المستفتي أحياناً إيصال فتواه بالشكل الصحيح مما ينتج عنها إجابة من المفتي على غير المطلوب⁽¹⁾.
4. عدم الصياغة الدقيقة للفتوى قد تؤدي إلى تغيير فحواها أو إيصالها بشكل غير صحيح للمستفتي.
5. بعض الجرائد والمجلات لا تلقي اعتباراً للفتوى بوضعها في مكان يليق بمكانتها ومكانة علمائها المفتين، بحيث توضع في زاوية خاصة بها، إلا إن البعض يضعها في هامش الصفحات، أو بجانب الإعلانات التي قد تكون مخلة بالأداب والذوق العام.

ثانياً : الفتوى عبر الإذاعات :

تقوم هذه الإذاعات باستضافة عالم من العلماء في برنامج مخصص للإجابة على أسئلة المستفتين، وقد يكون برنامج الفتوى مسجلاً وقد يكون مباشراً.

ثالثاً : الفتوى عبر الفضائيات :

أصبحت الفضائيات منبرا مهما لنشر الفتوى الشرعية، ومع انتشار الفضائيات وما تتيحه من ميزات جالبة للمتابعة نجد كثيرا من هذه الفضائيات تقيم برنامجاً خاصاً للإفتاء، فتستضيف مفتياً للإجابة على أسئلة المستفتين⁽²⁾.

وبرامج الفتوى عبر الفضائيات تعتبر كالفتوى عبر الإذاعات المحلية بحيث يتم استضافة عالم في برنامج مخصص للفتاوى للإجابة على استفسارات المستفتين، ومنها ما هو مباشر ومنها ما هو مسجل، وسيتم الحديث عنها ومميزاتها وسلبياتها في ثنايا هذا البحث.

رابعاً : الفتوى عبر الانترنت وشبكات التواصل الاجتماعي :

وهذه الفتاوى عبر هذه الوسيلة تدخل ضمن وسيلة الفتوى عبر الجرائد والمجلات إن كانت مقروءة، وتدخل ضمن الإذاعات والفضائيات إن كانت مسموعة أو مشاهدة.

[1] عماري، الفتوى عبر وسائل الإعلام: (ص 418).

[2] الريسوني، الإفتاء الفضائي في ضوء المصالح والمفاسد: (ص 321).

الحكم الشرعي لنشر الفتاوى عبر هذه الوسائل من منظور مقاصد الشريعة :

عندما ننظر في الوسيلة التي يتم نشر الفتوى عبرها لا بد أولاً من النظر في المصلحة والمفسدة المتحققة عبر هذه الوسيلة، فالوسائل هي الطرق المفضية إلى المصالح والمفاسد، فالوسيلة المفضية إلى أفضل المقاصد هي أفضل الوسائل، والوسائل، والوسيلة المفضية إلى أردل المقاصد هي أردل الوسائل، ويترتب الحكم على هذه الوسائل بترتب المصالح والمفاسد، وتتفاضل هذه الوسائل بحسب ما تفضي إليه من مصالح ومفاسد فمنها الفاضل ومنها المفضول⁽¹⁾، وسأحدث عن الإيجابيات والسلبيات المترتبة على هذه الوسائل على النحو الآتي :

المطلب الثاني : الفتوى عبر الإعلام بين الإيجابيات والسلبيات :

إن مواكبة التطور وانتشار الفتاوى عبر وسائل الاعلام المختلفة ينطوي على جملة من المصالح والمفاسد التي سأبينها في هذا المطلب، وصولاً للموازنة بين تلك المصالح والمفاسد، مع التعرّيج على جملة من الإيجابيات والسلبيات للإفتاء عبر وسائل الإعلام وذلك كما يلي :

أولاً : المصالح المتحققة عبر وسائل نشر الفتوى في الإعلام :

إن نشر الفتوى عبر وسائل الإعلام المختلفة تحقق مصالح لا يمكن لأحد إغفالها أو إنكارها تتمثل في النقاط التالية :

1. إن وسائل الإعلام المختلفة إذا تم التعامل معها بشكل صحيح، واختير لها أفضل العلماء لنشر الفتوى بما يحقق مقاصد الشريعة وغايات الدين الإسلامي، تؤدي رسالتها على أتم وجه وتعتبر بمثابة وسيلة علمية لنشر الدين الإسلامي وتعاليمه.
2. وسائل الإعلام المختلفة تتيح التغيير الديني والاجتماعي في الأنفس من خلال نشر الفتاوى المختلفة، وتنشر الوعي بأحكام الشريعة الإسلامية.
3. وسائل الإعلام المختلفة تتيح للمفتي التمعن في سؤال المستفتي وتصور المسائل، فهي تعطيه فرصة للتأني قبل إصدار الفتوى⁽²⁾.
4. وسائل الإعلام المختلفة تبرز للناس جهابذة العلماء الذين قد يكون البعض منهم مصباحاً في العلم لكنه مغمور غير معروف للناس، كما أنها تعرف الناس على العلماء من شتى الأقطار، فالناس يعرفون علماء بلدهم لكنهم لا يعرفون في الغالب العلماء من بلدان أخرى.

ثانياً : مفاسد نشر الفتوى عبر وسائل الإعلام المختلفة :

هناك جملة من المفاسد من وراء نشر الفتوى عبر وسائل الإعلام المختلفة تتمثل في الآتي :

1. وسائل الإعلام تفتح المجال لأنصاف المفتين وكل من كان يملك ثقافة إسلامية للخوض في غمار الفتوى، فيفتون الناس عن جهل فيحللون ويحرمون، وقد يصدرون الفتوى لإحداث بلبلة بين الناس فيخوضون فيها ويتناقلوها وتكثر الفوضى حينئذ.

(1) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية: (ص 161 – 162) بتصرف.

(2) الريسوني، الإفتاء الفضائي في ضوء المصالح والمفاسد: [ص 321 وما بعدها] بتصرف.

2. الفتوى عبر الجرائد والمجلات قد يعترها ضعف الصياغة اللغوية مما يؤثر سلباً على الفتوى فيغير فيها الحكم تبعاً لذلك ، وقد تتلاعب إدارة التحرير في الجريدة أو المجلة فتغير من صياغة جواب المفتي على الفتوى فتقع أخطاء جسيمة، وكما ذكرت سابقاً؛ إن بعض الجرائد والمجلات لا تهتم بمكانة الفتوى فتضعها على هامش الصفحات أو بجانب إعلانات مخلة بالأداب والذوق العام.
 3. الفتوى الفضائية قد تساق بعجلة يقتضيها ضيق الوقت في البرنامج، فيجيب المفتي ارتجالاً مما يؤدي في بعض الأحيان إلى عدم مراعاة فقه الواقع ومقاصد الشريعة، أو حتى حال المستفتي.
 4. الفتوى الفضائية المباشرة تدفع بالكثير من المفتين للتجرؤ على الفتوى وعدم القول لا أدري خوفاً من الوقوع في الحرج أمام المشاهدين⁽¹⁾.
 5. الفتوى الفضائية يتصل بها أناس من بلدان شتى ومن الصعب على المفتي أن يستفسر عن حال كل مستفتي وظروفه وعادات بلده نظراً لضيق الوقت في البرامج الفضائية وكثرة المستفتين.
 6. البعض من المتصلين يكيدون لعلماء الأمة فيما أن يوقعوهم في حرج من خلال أسئلتهم، وإما أن يعتدوا عليهم لفظياً أمام ملايين المشاهدين، محاولين بذلك التقليل من مكانة العلماء.
 7. البعض ممن يتصدون للإفتاء عبر وسائل الإعلام يتخذها مكسباً مادياً له وشهرة، وليس هدفه إفادة الناس وتوعيتهم بأحكام الشريعة الإسلامية.
 8. الفتوى عبر مواقع التواصل الاجتماعي يكثر فيها النقل ممن ليسوا بأهلٍ للفتوى.
- ثالثاً: الموازنة بين المصالح والمفاسد للفتوى عبر وسائل الإعلام :
1. إن المصلحة العظيمة من وراء نشر الفتوى في وسائل الإعلام المختلفة تطغى بشكل كبير على المفاسد الأخرى، إذ إن الفتوى عبر الإعلام وسيلة مثلى لنشر الإسلام، واستمالة غير المسلمين إلى حظيرته، والتوعية بالأحكام الشرعية وتصريفها بأقل عناء وكلفة.
 2. بيان الفتوى وإظهارها للناس مقصد واجب العمل به، والوسيلة الإعلامية طريق لإحكام صنعة الإفتاء وتجويدها والوسيلة تأخذ حكم مقصودها فكان من الواجب الأخذ والعمل بها لنشر الفتوى، وكما قال علماء الأصول : ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.
 3. العبرة في الترجيح بين المصالح والمفاسد في الفتوى عبر الإعلام بغلبة الصلاح والفساد، فمتى ترجحت كفة أحدهما على الأخرى فالعمل بالراجح جلباً ودرءاً.

(1) المرجع السابق (ص 326 وما بعدها). بتصرف وزيادة.

(2) المرجع نفسه بتصرف.

4. لو قلنا بسد باب الإفتاء عبر وسائل الإعلام سداً لذريعة الفوضى في الفتاوى لحرم أهل الكفاءة المؤهلين من تعاطي المسلك الإعلامي الباهر في تبليغ الكلمة الخيرة المعطاءة، فالأمر إلى فساد أعظم وتعطيل للشرائع لا يحمد عقباه، لذا قال علماؤنا: لا ينكر المنكر إذا كان إنكاره سيفضي إلى مفسدة أكبر.

5. الفتوى عبر الإعلام ذات أثر مستقبلي عظيم لا يمكن إغفاله وهو التمكين لشرع الله تعالى في الآفاق قاصيها ودانيها، وهي مصلحة لا ينقطع أثرها مع تراخي الوقت، أما المفاصد الناتجة عن الفتوى عبر الإعلام فيمكن إصلاحها مع الوقت ووضع ضوابط لها، مع وضع لجنة من العلماء لتفقد حال المفتين عبر وسائل الإعلام المختلفة وغير ذلك.

6. إن تعطيل الفتوى عبر الإعلام يعني تعطيل أغلب المصالح لأندر المفاصد، وهذا خلاف ما جاء في الشرع، إذ إن من رحمة الشرع تحصيل المصالح الكثيرة الغالبة وإن لزم من ذلك مفاصد قليلة نادرة.

7. الوسيلة الإعلامية التي يتم نشر الفتوى عبرها تتفاوت في القوة، وعند تزامنها تقدم الوسيلة الأقوى، حيث أن الفتوى المطبوعة في الجرائد والمجلات والفتوى المسموعة والفتوى عبر شبكات التواصل الاجتماعي وشبكات الانترنت كلها دون الفتوى الفضائية المباشرة؛ لأن الفتوى الفضائية المباشرة يتم فيها التواصل بين المفتي والمستفتي، كما أنها تعمل على نشر الدين والأحكام الشرعية في جميع العالم المترامي الأطراف. فكان للفتوى نصيب كبير من اتساع الإعلام وانتشاره، إذ كثرت الفتاوى عبر وسائل الإعلام، ورغب كثير من الناس فيها حيث تسهل لهم الأمور وتختصر عليهم المسافات.

مع التأكيد على أن الفتوى عبر وسائل الإعلام سلاح ذو حدين، وفتوى واحدة قد تؤدي إلى فتن أو انتشار جهل وتعصب بالدين⁽¹⁾؛ لذا لا بد من بيان إيجابيات هذه الفتوى وسلبياتها عبر وسائل الإعلام، ويمكن أن نحصر برامج الفتوى في الإعلام المعاصر في نوعين من الإخراج:

النوع الأول: برامج الفتوى المسجلة:

فتقوم هذه البرامج باستقبال أسئلة الجمهور قبل بث الحلقة، وتعرض على المفتي، فيفحصها ويعد الإجابات، ثم تعرض الحلقة على شكل أسئلة وأجوبة، يلقيها المفتي أو تلقى عليه الأسئلة ويتولى هو الإجابة عنها⁽²⁾.
إيجابيات هذا النوع من الفتاوى⁽³⁾:

1. تحقيق أهم شروط الفتوى والمتمثل في التروي والتثبت فيها، وعدم التسرع والتساهل.

2. إعطاء المفتي فرصة الضبط التام للفتوى والتأكد من صحتها.

3. عدم ارتجالية المفتي التي قد تؤدي إلى الغلط.

وهذا النوع هو أكثر انتشاراً على صفحات الانترنت، وعلى الجرائد اليومية.

(1) داغي، الفتاوى المباشرة في وسائل الإعلام خطورتها، ضوابطها، الموقع: <http://www.qaradaghi.com>

(2) عماري، الفتوى عبر وسائل الإعلام المعاصرة: (ص 418).

(3) عماري، الفتوى عبر وسائل الإعلام المعاصرة: (ص 418)؛ سعود، الفتوى الشرعية عبر الفضائيات: (ص 33).

وأما سلبيات هذا النوع من الفتاوى⁽¹⁾ :

1. افتقار هذا النوع من الفتاوى إلى التواصل المباشر بين المفتي والمستفتي.
2. لا يستطيع المستفتي إيصال مسألته بالشكل المطلوب أحيانا، مما يجبر المفتي إلى الجواب عن غير المطلوب لافتقار الحوار المباشر.
3. عدم معرفة واقع المستفتي وحاله مما يوسع من إمكانية الخطأ في الفتوى، إضافة إلى عدم قدرة المفتي من التفرس في وجه المستفتي لمعرفة حاله الحقيقية التي ربما تؤدي إلى تغيير الفتوى.
- فعن سعد بن عبيدة قال : جاء رجل إلى ابن عباس فقال: لمن قتل مؤمنا توبة؟ قال : "لا، إلا النار" فلما ذهب قال له جلساؤه: ما هكذا كنت تفتينا، كنت تفتينا أن لمن قتل مؤمناً توبة مقبولة، فما بال اليوم؟ قال: "إني أحسبه رجل مغضب يريد أن يقتل مؤمناً" قال: فبعثوا في أثره فوجدوه كذلك⁽²⁾.
- فابن عباس تفرس في وجه المستفتي وعلم حاله من خلال ذلك مما دفع ابن عباس إلى تغيير حكم الفتوى.
4. من الممكن أن تكون هذه الفتوى حالة خاصة تبعا لظروف معينة للمستفتي، ويظنها السامع^ل الجمهور أنها تنطبق على الجميع في حال تكرار المستفتي فيه فيكون حكمها واحدا.

النوع الثاني : برامج الفتاوى المباشرة :

- المقصود بالفتوى المباشرة هنا هي الفتوى التي تعرض على المفتي فيجيب عنها فوراً، أي يجيب عنها دون أن تعرض عليه ليدرسها بدقة، فيرجع فيها إلى المصادر الأصلية والتبعية للفقه الإسلامي، وإلى أقوال العلماء القدامى أو المعاصرين، والجامع والمؤتمرات والندوات الفقهية⁽³⁾.
- فهذه الفتاوى المباشرة توجه من مقدم البرنامج أو من الجمهور مباشرة فيجيب عنها الشخص فوراً؛ وبالتالي فهذه الفتاوى المباشرة لها خطورة أكبر وآثار سلبية أكثر من التي تعرض منها المسألة على المفتي فيدرسها دراسة متأنية يرجع فيها إلى المصادر والمراجع بل قد يستشير فيها أهل العلم والخبرة والدراية، وحينئذ يستطيع المفتي أن يجيب عنها.
- فالفتاوى المباشرة فهي تحتاج إلى علم كثير، وثقافة واسعة، وخبرة وافية، وتجارب كافية، وملكة فقهية راقية في فهم النص والواقع، وقدرة رائدة في مجال التنزيل وتخريج المناط وتحقيقه، ودراية تامة بمقاصد الشريعة، ودربة جيدة في نطاق فقه الأولويات والموازنات⁽⁴⁾.

(1) المرجع السابق.

(2) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: (435 / 5)، (ح 27753)؛ روى نحوه البخاري: كتاب: تفسير القرآن، باب: قوله تعالى: (والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر)، (110/6)، (ح 4762).

(3) داغي، الفتاوى المباشرة في وسائل الإعلام خطورتها، ضوابطها، الموقع: <http://www.qaradaghi.com>؛ عماري، الفتوى عبر وسائل الإعلام المعاصرة: (ص 418)؛ سعود، الفتوى الشرعية عبر الفضائيات: (ص 33).

(4) داغي، الفتاوى المباشرة في وسائل الإعلام خطورتها، ضوابطها، الموقع: <http://www.qaradaghi.com>

ولهذا النوع من برامج الإفتاء صورتان، هما :

الصورة الأولى : أن يستقبل مقدم البرنامج مجموعة من الأسئلة، ثم يعرضها على العالم بعد ذلك واحدا واحدا، فمقدم البرنامج يعتبر الواسطة بين المفتي والمستفتي وفي بعض الأحيان يعتبر مقدم البرنامج مشاركا للمفتي ومعيناً له على فهم بعض الأسئلة أثناء إدارة البرنامج⁽¹⁾.

الصورة الثانية : أن يستقبل مقدم البرنامج كل سؤال على حدة، ويعرضه على المفتي مباشرة، وهذه أعلى مراتب الاستفتاء؛ لأن المفتي يجاور المستفتي المباشر ثم يفتيه⁽²⁾.
وتتلخص إيجابيات الإفتاء المباشر في النقاط التالية :

1. الانتقال السريع للمعلومات، وما يستلزمه من انتشار سريع للفتاوى داخل المجتمع الإسلامي، ومن ثم نرى تأثيرا مباشرا وسريعا للفتاوى في إظهار حكم الله أو إحداث تغييرات اجتماعية إيجابية في مدة وجيزة.
2. تمكين المفتي من مناقشة المستفتي في المسألة المعروضة، وإعطائه فرصة التقصي وفهم السؤال بما فيه من ملبسات وأحوال وظروف محيطة بالمستفتي من شأنها تغيير حكم المسألة.
3. إعطاء المستفتي فرصة اختيار العالم الذي يرغب في سؤاله واستفساره عن مسأله بنفسه، بخلاف ما لو أرسلت مكتوبة إلى جهات الفتوى الأخرى فلا يدري من سيرد عليها من أولئك المفتين⁽³⁾.
4. في حال وجود سؤال يحتاج إلى كثير من الدقة أو عدم الحديث به أفضل حتى لا يحدث أي خلافات ونزاعات طائفية أو غير ذلك ممكن قد تحدث، تلافي ذلك من خلال وضعه آخر سؤال ويعتذر مقدم البرنامج بانتهاء الوقت (دفعاً للضرر الأكبر في حال الإجابة).
5. تحديد موضوع الحلقة التي يتم الاستفتاء فيها يساعد المفتي على مراجعة أهم الأصول والموضوعات التي تتعلق بالحلقة، بحيث يكون له أريحية أكثر في تذكر الحكم الشرعي للمستفتي فيه وعلى ماذا اعتمد في إجابته من الأدلة مما يعطيه قوة في الإجابة.

6. الوسائل الإعلامية أملت على المفتي أن يتعامل مع أجهزة الإعلام، والتمرس على المخاطبة بلغة إعلامية، وذلك لإيصال الأحكام لجمهور عريض من المستفتين، ممن هم على درجات مختلفة من الفهم والتنوع الثقافي⁽⁴⁾.

وأما سلبيات الإفتاء المباشر عبر وسائل الإعلام، فهي على النحو التالي :

1. استغلال تقنيات الوسائل الإعلامية العالية في إيصال الفتاوى المغرضة؛ كالفتاوى التحريضية والتكفيرية، أو الفتاوى الإفسادية التدميرية، أو توجيه المجتمع نحو مصالح فئوية أو طائفية.
2. التعدد والتنوع : فكثرة القنوات وتنوع مشاربها، وتعدد المفتين واختلاف توجهاتهم وخلفياتهم الشرعية أنتج اختلافا كبيرا في الآراء والفتاوى قد يصل أحيانا إلى حد الفوضى الإعلامية، وجعل الناس في بلبلة وشك.

(1) عماري، الفتوى عبر وسائل الإعلام المعاصرة: (ص 419)؛ سعود، الفتوى الشرعية عبر الفضائيات: (ص 33).

(2) عماري، الفتوى عبر وسائل الإعلام المعاصرة: (ص 419).

(3) الفوزان، الإفتاء الفضائي، الموقع: <http://fiqh.islammesage.com>

(4) الفوزان، الإفتاء الفضائي، الموقع: <http://fiqh.islammesage.com>

3. اختراق الإعلام للحدود والأقاليم : وهذا الأمر له تداعياته على الإفتاء من حيث إن المستفتي أمام كم كبير من الفتاوى ترده من بلدان كثيرة تختلف في عاداتها وتقاليدها، وأحوالها وظروفها، عن الواقع في بلد المفتي، مما يستوجب منه التأكيد على أن هذه الفتوى خاصة بذلك المستفتي، أو بتلك الحال المسؤول عنها، ولا يصلح لغيره ممن تختلف حاله أو واقعه عن ذلك السائل أن يأخذ بها.

4. في أغلب الأوقات يفرض على المفتي الالتزام بسياسة الوسيلة الإعلامية بحيث يمنع الحديث عن قضايا معينة خاصة التي تتعلق بالمتغيرات الجوهريّة في المنطقة العربيّة والإسلامية، وبذلك يُفرض عليه الحديث ضمن مواضيع معينة وغالبا تكون في الصيام والصلاة والزواج والطلاق والطهارة...إلخ.

5. بعض الأوقات يتعمد المستفتي بطرح سؤال للمفتي بشكل مباشر فيه نوع من الحيلة قد تخفى على المفتي، نظرا للسرعة في الإجابة وانحصار البرنامج في وقت معين، يهدف من خلالها المستفتي الحصول على فتوى لصالح قضية معينة قد تخالف الكثير من علماء الحق لما عليها العديد من الملاحظات والاعتراضات.

6. وجود لكل وسيلة إعلامية سياسة معينة يُنبّه عليها المفتي قبل مشاركته في البرنامج، وذلك يجعله لا يجيب على بعض الأسئلة حتى لا يخرج عن سياسة الوسيلة الإعلامية، وهذا الأمر يضعف المفتي أمام الجمهور حيث لا يكون عامة الجمهور على علم بذلك، ويضع على المفتي علامات استفهام كثيرة، وافترض إجابات مختلفة خاصة إن كان السؤال عن قضايا مهمة يتم تداولها على الساحة.

وهذا النوع من الفتاوى أعني المباشرة عبر الفضائيات هي التي كثر فيها القبح وانتشرت فيها الفوضى؛ لأنها أكثر جذبا وأعظم تأثيرا، لكثرة القنوات الفضائية التي تتسابق لكسب أكثر عدد ممكن من المشاهدين، مع كونها تتحرك في حرية كبيرة فيما تبث⁽¹⁾.

المطلب الثالث : ضوابط لا بد منها للفتوى عبر الإعلام :

إن الضرر المخوف من الخطأ أو الانحراف في فتاوى عصرنا أشد منه في أزمنة سلفت، نظراً لسعة الدائرة التي تنتشر فيها الفتوى المخطئة والخطئة، بواسطة وسائل الإعلام الحديثة، من طبع ونشر وإذاعة وتلفزة⁽²⁾.

ونظرا لانتشار الفتاوى بكثرة عبر وسائل الإعلام المختلفة كان لا بد من وضع ضوابط لها لإزالة فوضى الإفتاء مع رعاية الأولويات وفق الموازنات في قانون الفتوى وتضييق دائرة الخلاف التي تتسع كلما كثر المفتون واختلفت آراؤهم، ويمكن تقسيم الضوابط إلى ضوابط عامة وضوابط خاصة بالوسيلة الإعلامية، وذلك على النحو التالي :

(1) الفوزان، الإفتاء الفضائي، الموقع: <http://fiqh.islammassage.com>.

(2) القرضاوي، الفتوى بين الانضباط والتسيب: (ص 64).

أولاً : ضوابط عامة :

1. على المفتي استشعار رقابة الله تعالى عليه، وأنه بين يدي الله تعالى يوقع نيابة عن الشرع وأن الله تعالى سائله عن ذلك يوم القيامة⁽¹⁾.
2. أن يختار للفتاوى عبر الإعلام أفاضل العلماء، وأكثرهم علماً وورعاً، وأخلاقاً وسمتاً وسكينة وانضباطاً، وألا ينظر في ذلك إلى المصالح الدنيوية. كما يجب على هؤلاء العلماء أن يستجيبوا إذا دعوا لهذه البرامج وأمثالها، وأن يحتسبوا في ذلك، وأن لا يجعلوا الباب مشرعاً لغيرهم ممن هم دونهم⁽²⁾.
3. أن يكون المفتي من العلماء المتخصصين في علوم الشريعة المحققين لرتبة متقدمة تؤهلهم للإفتاء "العالمي" وليس "المحلي" وذلك بالتمكن من معرفة المذاهب الفقهية المختلفة المنتشرة في العالم الإسلامي والمعرفة بأحكام النوازل المعاصرة والاطلاع على قرارات الجامع الفقهية للتزود بالمعرفة الثقافية المعاصرة مما يتعلق بالمجتمعات الإسلامية من قضايا ويحل بها من أحداث يغلب على الظن التعرض لها من قبل المشاهدين⁽³⁾.
4. عدم الإجابة على الأسئلة المتعلقة بالقضايا المصيرية للأمة فلا ينبغي للمفتي أن ينفرد فيها برأي؛ لأنها بحاجة إلى اتفاق كلمة كبار العلماء في الجامع الفقهية⁽⁴⁾.
5. ألا يفتي في القضايا التي هي من اختصاص القضاء والتحكيم والتي يتنازع فيها طرفان، فالنزاعات لا يمكن حلها عبر الهواء⁽⁵⁾.
6. إذا كانت الفتوى خاصة بالمستفتي فعلى المفتي أن ينص على ذلك في فتواه⁽⁶⁾.
7. أن يتبع المنهج الشرعي المبني على التوسط والاعتدال، الذي هو منهج السلف الصالح⁽⁷⁾.
8. أن يكون المفتي على علم هل ستكون الفتوى في إطار مستقل أو ضمن تقرير تلفزيوني؛ خوفاً من أن توضع الفتوى في سياق آخر.

ثانياً : ضوابط الإفتاء الفضائي أو الإذاعي :

1. ألا يقبل المفتي بالحلقة العامة التي يسأل فيها عن كل شيء، وإذا قبل فعليه إذا أشكل عليه الأمر أن يقول (لا أدري) أو يؤجل الجواب عنه إلى حلقة أخرى، أو يوجه المستفتي إلى عالم آخر⁽⁸⁾.

(1) داغي، الفتاوى المباشرة في وسائل الإعلام خطورتها، ضوابطها، الموقع: <http://www.qaradaghi.com>؛ سعود، الفتوى عبر الفضائيات: (ص 103).

(2) عماري، الفتوى عبر وسائل الإعلام المعاصرة: (ص 427).

(3) أبو البصل، ضوابط الفتوى عبر الفضائيات، الموقع: <http://almoslim.net>

(4) داغي، الفتاوى المباشرة في وسائل الإعلام خطورتها، ضوابطها، الموقع: <http://www.qaradaghi.com>؛ سعود، الفتوى عبر الفضائيات: (ص 105).

(5) المرجع السابق.

(6) سعود، الفتوى عبر الفضائيات: (ص 105).

(7) المرجع السابق.

(8) داغي، الفتاوى المباشرة في وسائل الإعلام خطورتها، ضوابطها، الموقع: <http://www.qaradaghi.com>

2. أن يبين المفتي إذا أوردوا عليه مسائل خلافية بعض جوانب الخلاف باختصار دون إسهاب، وأن يثني على العلماء الآخرين، ويبين وجهة أقوالهم، ثم يفتي بما يراه هو، وهذا يكفل غرس الثقة في أقوال العلماء الآخرين، ويقلص من خطورة تضارب الآراء⁽¹⁾.

ثالثاً: ضوابط خاصة بمقدم برامج الفتوى :

يظن البعض أن عملية تقديم البرنامج تتطلب مهارة في التقديم وقوة الشخصية وفهم موضوع البرنامج إلا إن حقيقة الأمر في البرامج الدينية وخاصة الفتوى الأمر لا يقتصر على ما سبق فلا بد من ضوابط تنظم آلية عمله، ومنها ما يلي.

1. أن يتقي الله تعالى في عمله بحيث لا يغير في جوهر المستفتى فيه قبل تقديمه من المستفتى إلى المفتي.
 2. أن يكون دارساً لتخصص الشريعة الإسلامية؛ حتى يكون مدركاً للسؤال وطريقة توجيهه للمفتي، وقادراً على دمج سؤال آخر مرتبط فيه خاصة في القضايا المهمة.
 3. أن يكون مدركاً لأهمية عمله فيحرص كل الحرص على نقل وقراءة الفتوى بشكل صحيح، خاصة أن هناك الكثير من الألفاظ والمصطلحات الخاصة في الشريعة الإسلامية.
 4. أن يجمع بين علم الشريعة والإعلام حتى يكون على قدرة أكبر في إدارة البرامج الدينية، بحيث يتطلب ذلك منه مهارة ويقظة في المحافظة على أجواء البرنامج، ومهارة التواصل مع الجمهور والمفتي، وفي الوقت ذاته يعلم متى يصمت، ومتى يتكلم، بحيث ينظم وقت البرنامج بما يتناسب مع عدد الأسئلة والإجابة عليها.
 5. أن يستقبل مقدم البرنامج الأسئلة على شكل مجموعات، ثم يفرقها على المفتي حتى يتمكن من استحضار جوانب الفتوى لكل سؤال حال استقبال بقية الأسئلة، وهذه الطريقة تجنب المفتي بعض المفاجآت⁽²⁾.
 6. أن يتحلى بالأخلاق الطيبة في الحديث والمظهر الذي يتناسب مع كونه مقدماً لبرنامج الفتوى.
- وهذا الضوابط تنطبق على محرر الصفحة الدينية، وخاصة التي تتعلق في بتخصص الشريعة الإسلامية، حتى لا يتم اقتصاص الفتوى بحجة المساحة، أو تغيير بعض الألفاظ التي تؤدي إلى التغيير الجوهرى للفتوى.
- رابعاً: ضوابط الإفتاء في الصحف والمجلات والمواقع الإلكترونية :

1. مراجعة السؤال المراد الإفتاء عنه وإجابة المفتي قبل طباعته ونشره من قبل المفتي؛ حتى يتأكد من سلامة الإجابة وصحتها، وعدم إجراء أي تغيير فيها خاصة أنه من الممكن عند تحرير المادة بحيث لا يتم استبدال الكلمات بقصد أو بدون قصد مما يغير جوهر الفتوى.
2. أن يكون للمفتي علم بالوسيلة الإعلامية - صحفية أو مجلة... الخ - التي أفتى بها، ويشترط الحق في ملاحقة الوسيلة الإعلامية قانونياً في حال صدور أي فتوى غير التي أفتى بها حتى يكون حرصاً أكبر في الحفاظ على الفتوى من التلاعب بها؛ نظراً لأن وجود الخطأ يكون من الصعب تعديله بعد نشره في الصحيفة لجمهور

(1) المرجع السابق.

(2) عماري، الفتوى عبر وسائل الإعلام المعاصرة: (ص 428).

واسع خاصة إن كانت دولية، على عكس المواقع الإلكترونية التي يكون فيها تعديل المعلومة بشكل أسرع ويمكن حذف المعلومة السابقة أيضاً.

3. يحق للمفتي عدم الإجابة بشكل مباشر بعد السؤال بحيث يطلب مزيداً من الوقت للتريث في الفتوى والاطلاع أكثر على الوسيلة الإعلامية ومنهج سيرها، وبعد ذلك يقرر الإجابة أو الاعتذار بالتعامل مع الوسيلة.

4. يكون من حقّ للمفتي المطالبة بوضع الفتوى بعيداً عن الإعلانات، نظراً لما في الفتوى مكانة عظيمة في شريعتنا الإسلامية فلا يتناسب وضعها بجوارها إعلانات مساحيق التجميل وإطارات السيارات وغيرها.
الخاتمة :

بعد عرض هذا البحث، نستخلص منه أهم النتائج والتوصيات على النحو التالي :

أولاً : نتائج البحث :

1. للإعلام أهمية بالغة في نشر الفتوى والتمكين لشرع الله تعالى من خلاله عبر وسائله المختلفة.
2. تختلف وسائل نشر الفتوى عبر الإعلام، فمنها المقروءة ومنها المسموعة ومنها المرئية.
3. الفتوى عبر الإعلام تتداخل فيها المصالح مع المفسد ولا بد من ضابط لها حتى تؤدي رسالتها على أكمل وجه.
4. تعتبر مقاصد الشريعة الضابط الأساسي في تنظيم الفتوى عبر الإعلام تفادياً لفوضى الفتاوى وتضاربها.
5. كفة المصالح للفتوى عبر الإعلام تربو على كفة المفسد، فكان لا بد من ترجيح المصالح الكثيرة على المفسد القليلة.
6. وسائل الإعلام التي يتم نشر الفتوى عبرها تختلف قوة وضعفاً؛ فأضعفها المقروءة، وأقواها الفتوى الفضائية المباشرة.

ثانياً : توصيات البحث :

1. تشكيل لجنة عالمية من جميع علماء البلدان الإسلامية لضبط الفتاوى عبر الإعلام ووضع شروط للمفتي الذي يتصدر لها.
2. عقد مؤتمرات وندوات ومناقشة سبل النهوض بالفتوى عبر وسائل الإعلام المختلفة.
3. عقد دورات تأهيلية للعلماء الراغبين في التصدي للفتاوى عبر وسائل الاعلام المختلفة وخاصة الفتاوى الفضائية المباشرة.
4. تنبيه المسؤولين في وسائل الإعلام بإعطاء برامج الإفتاء أهمية بالغة ترفع من مكانتها وتحفظ لها قيمتها.

• المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم.
1. إبراهيم، محمد يسري، الفتوى أهميتها، ضوابطها، آثارها، بحث مقدم لنيل جائزة نايف بن عبد العزيز آل سعود العالمية للسنة النبوية والدراسات الإسلامية المعاصرة، ط3، 1428هـ - 2007م.
2. ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواتسي العبسي، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ.
3. أحمد، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ - 2001م.
4. الأرمي، محمد الأمين بن عبد الله العلوي الهرري الشافعي، تفسير حدائق الروح والريحان في روابي علوم القرآن، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ - 2001م.
5. الأشقر، محمد سليمان عبد الله، الفتيا ومناهج الإفتاء، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط1، 1396هـ - 1976م.
6. إمام، إبراهيم، الإعلام والاتصال بالجماهير، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1969م.
7. البابر تي: محمد بن محمود بن أحمد، الردود والنقود شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: ضيف الله بن صالح بن عون العمري، ترحيب بن ربيعان الدوسري، أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراة، مكتبة الرشد ناشرون، ط1، 1426هـ - 2005م.
8. البالحسين ، يعقوب بن عبد الوهاب، المعايير الجلية في التمييز بين الأحكام والقواعد والضوابط الفقهية، مكتبة الرشد، ط2، 1429هـ - 2008م.
9. البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة أبو عبد الله، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1 1422هـ.
10. بشر، كمال، دراسات في علم اللغة، دار غريب للطباعة والنشر والتوزيع، بدون طبعة.
11. أبو البصل: عبد الناصر بن موسى، ضوابط الفتوى عبر الفضائيات، أبحاث المؤتمر العالمي للفتوى وضوابطها، رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي بمكة، 20-24/01/1430هـ.
12. البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد، ط1، 1344هـ.
13. الجرجاني، علي بن محمد بن علي الحسيني، التعريفات، تحقيق: نصر الدين تونسي، شركة القدس للتصدير، القاهرة، ط1، 2007م.
14. الجيزاني، محمد بن حسين بن حسن، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، دار ابن الجوزي، ط5، 1427هـ.
15. الجيزاني، محمد بن حسين، فقه النوازل - دراسة تأصيلية تطبيقية، دار ابن الجوزي، ط2، 2006م.
16. ابن حسين، محمد بن علي المكي المالكي، ضوابط الفتوى، دار الفرقان، الإسكندرية، ط1، (د.ت).
17. حوى، سعيد، الأساس في التفسير، دار السلام، القاهرة، ط6، 1424هـ.

18. الخطابي، أبو سليمان حمد بن محمد، أعلام الحديث (شرح صحيح البخاري)، تحقيق: د. محمد بن سعد بن عبد الرحمن آل سعود، جامعة أم القرى، ط1، 1409 هـ - 1988م.
19. الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن، مسند الإمام الدارمي، تحقيق: الدكتور مرزوق بن هياس آل مرزوق الزهراني، بدون ناشر، ط1، 1436هـ - 2015م.
20. داغي، الفتاوى المباشرة في وسائل الإعلام خطورتها، ضوابطها: <http://www.qaradaghi.com>
21. الدوسكي، محسن صالح ملا نبي صالح، ضوابط الفتوى في الشريعة الإسلامية (رسالة ماجستير)، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط2، 1428 هـ - 2007م.
22. الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، ط1، 1967م.
23. راضي، سمير بن جميل، الإعلام الإسلامي رسالة وهدف، دعوة الحق كتاب شهري يصدر عن رابطة العالم الإسلامي، 1417هـ، العدد 172، السنة الخامسة عشرة.
24. الرعيني، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1412هـ - 1992م.
25. الريسوني، قطب، الإفتاء الفضائي في ميزان المصالح والمفاسد، جامعة قطر، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 31، 2013م.
26. الزحيلي، محمد مصطفى، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ط2، 1427هـ - 2006م.
27. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ - 2002م.
28. سانو، قطب مصطفى، مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، دار الفكر، دمشق، ط1، 1420هـ.
29. السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، الأشباه والنظائر، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ.
30. سعود، حواء، الفتوى الشرعية عبر الفضائيات الواقع والمأمول (رسالة ماجستير)، جامعة الوادي، الجزائر، 1435هـ - 2014م.
31. السيوطي، الحافظ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، أدب الفتيا، تحقيق: أ.د. محيي الدين هلال السرحان، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط1، 1428هـ - 2007م.
32. الشيرازي، الحسين بن محمود بن الحسن مظفر الدين الزيداني، المفاتيح في شرح المصابيح، تحقيق ودراسة: لجنة مختصة من المحققين بإشراف: نور الدين طالب، دار النوادر، وزارة الأوقاف الكويتية، ط1، 1433هـ - 2012م.
33. الصاوي، أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1415هـ - 1995م.

34. ابن الصلاح، عثمان بن عبد الرحمن، فتاوى ومسائل ابن الصلاح في التفسير والحديث والأصول والفقه ومعه أدب المفتي والمستفتي، تحقيق: الدكتور عبد المعطي أمين قلعجي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1406هـ - 1986م.
35. الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي أبو جعفر، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط1، 1422هـ - 2001م.
36. طريق الإسلام، ضوابط الفتوى: <https://ar.islamway.net>
37. أبو الطيب، محمد صديق خان بن حسن بن علي بن لطف الله الحسيني البخاري القنوجي، فتح البيان في مقاصد القرآن، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، صيدا، بيروت، 1412هـ - 1992م.
38. الطيبي، شرف الدين الحسين بن عبد الله، فتوح الغيب في الكشف عن قناع الريب (حاشية الطيبي على الكشف)، جائزة دبي الدولية للقرآن الكريم، ط1 1434هـ - 2013م.
39. العاني، عبد الكريم عمر عبد الكريم الشقائي، الضوابط الأصولية للاجتهد في السياسة الشرعية، دار الكتب العلمية، 2012م.
40. عايش، حسام خليل، الإعلام، ضوابطه وأحكامه الشرعية، (رسالة ماجستير)، الجامعة الإسلامية بغزة، غزة، 2007م.
41. العثماني، محمد تقي، أصول الإفتاء وآدابه، مكتبة معارف القرآن، كراتشي، باكستان، 1432هـ - 2011م.
42. عماري، عبد الحميد، الفتوى عبر وسائل الإعلام المعاصرة، مجلة الإحياء، العدد الحادي عشر.
43. أبو الفضل، السيد أبو المعاطي النوري، المسند الجامع، دار الجيل للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1413هـ - 1993م.
44. الفوزان، الإفتاء الفضائي: <http://fiqh.islammesssage.com>
45. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الحموي أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت.
46. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد أبو محمد، روضة الناظر وجنة المناظر، تحقيق: الدكتور: عبد العزيز بن عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ط2، 1399م.
47. القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، سعيد أعراب، محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.
48. القرضاوي، الدكتور يوسف، الفتوى بين الانضباط والتسيب، دار الصحوة للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 1408هـ - 1988م.
49. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423هـ - 2003م.

50. ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1423هـ.
51. ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2، 1420هـ - 1999م.
52. الكرمي، مرعي بن يوسف الحنبلي، غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى، مؤسسة غراس، الكويت، ط1، 1428هـ - 2007م.
53. الكشناوي، أبو بكر بن حسن بن عبد الله، أسهل المدارك (شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك)، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، (د.ت).
54. لوح، الفتوى وضوابطها: <http://www.dr malo.com>
55. مجلة البحوث الإسلامية: <http://www.alifta.net>
56. مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر، التفسير الوسيط للقرآن الكريم، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ط1، 1414هـ.
57. معوض، أهمية الفتوى وحاجة الناس إليها، الملتقى الفقهي: <http://fiqh.islammmessage.com>
58. ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن أبي القاسم بن حنبل، لسان العرب، تحقيق: عبد الله الكبير، محمد حسب الله، دار المعارف، القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
59. المنيأوي، أبو المنذر محمود بن محمد بن مصطفى بن عبد اللطيف، المعتصر من شرح مختصر الأصول في علم الأصول، المكتبة الشاملة، مصر، ط2، 1432هـ - 2011م.
60. مؤسسة الفرقان، أهداف الإعلامي المسلم، المنهجية في تحصيل الخبرة الإعلامية، سلسلة تدريبية للمجاهد الإعلامي، مركز اليقين الإعلامي، الحلقة الثامنة، 1433هـ.
61. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ - 1999م.
62. الهيثمي، أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الفكر، بيروت - لبنان، 1412هـ.

دراسات وأبحاث بالفرنسية : ✓

Le compte courant : un mécanisme de règlement des créances

الحساب الجاري : آلية لتسوية الديون



نزار الحمروني دكتور في القانون الخاص

أستاذ مساعد بكلية الحقوق جامعة الملك فيصل

Nizar Hamrouni : Maître assistant

à l'université du Roi Fayçal - l'Arabie Saoudite

ملخص :

يتفق البنك وعميله عادة على إدراج معاملاتهما ضمن حساب جاري يضم مختلف العمليات القانونية المتقابلة بين الطرفين. ورغم تنظيم اتفاق الحساب الجاري في المجلة التجارية التونسية إلا أن طبيعته القانونية مازالت تثير اشكالا فقهيا. ولكن يمكن أن نعتبر أن الحساب الجاري اتفاق ذو طبيعة خاصة تميزه عن النظرية العامة للعقود في القانون المدني وذلك خاصة من حيث الأثر الأساسي الذي يرتبه وهو اجرائه لتسوية سريعة ومبسطة للديون المتقابلة بين البنك وعميله.

يترتب أثر التسوية المبسطة للديون عن اندماج العمليات الجارية بين الطرفين اندماجاً تاماً في الحساب بحيث تنصهر فيه لتعطي رصيداً مؤقتاً يعكس ظرفياً حالة الحساب الذي بصدد العمل. ويمكن تسجيل رصيد جديد

إثر كل عملية يسجلها الحساب من تسوية آنية ومؤقتة للديون المتقابلة. وهو ما يميز الحساب الجاري عن حساب الإيداع الذي لا يسجل عادة إلا عمليات إيداع لفائدة العميل المودع.

ويمكن تداخل العمليات المسجلة في الحساب الجاري من ضمانات خاصة للطرفين باعتبار أن كل عملية مسجلة تجري مقاصة مع عملية متقابلة لتغيير في الرصيد المؤقت وهو رصيد قابل للتصرف فيه وللحجز القضائي ويمثل كذلك دينا يمكن إعلانه للمطالبة به لاحقاً في حالة مرور المؤسسة بصعوبات اقتصادية.

يؤدي اقفال الحساب الجاري الى إنهاء تعاملات الطرفين وتحديد الرصيد النهائي مما يفضي الى تسوية نهائية للعمليات بين الطرفين. يتميز الحساب الجاري إذن بأثر تسوية الديون على مستويين أولهما ظرفي متزامن مع عمل الحساب وثانيهما نهائي عند إقفاله.

Abstract :

The bank and its customer usually agree to include their transactions in a current account that includes various opposite legal transactions between the two parties. Despite the regulation of the current account agreement in the Tunisian Commercial Review, its legal nature still raises jurisprudential problems. However, we can consider that the current account is an agreement of a special nature that distinguishes it from the general theory of contracts in civil law, especially in terms of the basic effect that it creates, which is its quick and simplified settlement of the reciprocal debts between the bank and its customer.

The effect of the simplified settlement of debts resulting from the merger of the ongoing operations between the two parties is a complete merger in the account, as it merges into it to give a temporary balance that temporarily reflects the status of the account in action. The recording of a new balance, as a result of each transaction recorded by the account, enables immediate and temporary settlement of the corresponding debts. This distinguishes a current account from a deposit account, which usually only records deposits for the benefit of the depositing customer.

The overlapping of the operations recorded in the current account enables special guarantees for both parties, given that each recorded transaction conducts

a set-off with a corresponding process for a change in the temporary balance, which is a disposable balance and for judicial seizure, and it also represents a debt that can be declared to be claimed later in the event that the institution goes through economic difficulties.

Closing the current account leads to the termination of the two parties' transactions and determining the final balance, which leads to a final settlement of transactions between the two parties. The current account, then, is characterized by the effect of debt settlement on two levels, the first of which is circumstantial and concurrent with the operation of the account, and the second is final when it is closed.

Introduction :

Deux correspondants en relation d'affaires peuvent au lieu de concevoir sporadiquement leurs opérations, convenir de fondre ces opérations en un solde unique qui, seul, devra être pris en considération. Il en résulte une très grande simplification des rapports de créances, car au lieu de devoir conserver les spécificités de chaque opération d'escompte ou d'encaissement de chèque, il sera plus facile de ne retenir qu'un chiffre global. Il s'agit du compte courant qui permet la simplicité, la célérité et la connexité des diverses opérations entre les correspondants. En effet, dans le compte courant les créances et les dettes s'incorporent en un solde unique¹, par conséquent le titulaire du compte par simple inscription de remise en compte, réalise une opération juridique et règle à la fois la créance qui en découle.

Cette incorporation des créances en solde dépend d'un accord préalable intervenu entre les parties. Le compte courant n'est pas alors *un simple cadre comptable* mais *c'est une convention* conclue par les deux correspondants.²

¹ M. T. Calais Auloy : « Le compte courant » Juris-cl. Fasc. 210, n°5 p.4.

² J.L. Rives Lange et M.C. Raynaud , *Droit bancaire*, 6^{ème} éd. , Dalloz 1995, n° 228 p. 221.V.aussi, D. Martin « De l'idée de compte » in *droit bancaire et financier*, mélanges AEDBF-France sous la direction de J.P. Mattout et H. De Vaulpane, banque éditeur, p. 285.

Le compte courant est une institution qui occupe une place prépondérante dans la vie des affaires à un tel point qu'il est considéré comme l'outil de travail bancaire par excellence. L'expansion économique, et la rénovation du système de crédit ont engendré un essor fulgurant de ce compte.

Cette institution semble n'avoir que peu d'assises dans le passé ; elle n'a été pleinement consacrée qu'au 12^{ème} siècle à travers les rapports des banquiers vénitiens.

Les français ont attendu le 18^{ème} siècle pour connaître de timides apparitions du compte courant dans leur législation ; cela a été avec la création en 1796 de « la caisse du compte courant » qui jouera le rôle précurseur à la banque de France.

Mais le compte courant n'a pas fait l'objet d'aucune réglementation législative d'ensemble en droit français ; il est l'œuvre de la jurisprudence.¹

Toutefois la commission de réforme du code de commerce français a élaboré en 1951 un projet de la loi relative au compte courant, lequel projet n'a pas abouti à la promulgation d'une loi en la matière.

Le législateur tunisien a su tirer profit de ce projet en adoptant ses dispositions dans le code de commerce. En effet les articles 728 à 742 réglementant le compte courant, constituent, en quelque sorte, une reproduction des dispositions du projet de 1951.²

Le législateur tunisien a défini le compte courant dans l'article 728 code de commerce (c.com.) qui dispose *qu'il y a contrat de compte courant quand deux personnes, dites correspondants, conviennent de faire entrer dans un compte, par voie de remises réciproques et enchevêtrées, les créances résultant des opérations qu'elles feront entre elles et de substituer ainsi à des règlements particuliers et successifs de ces opérations un règlement unique devant porter sur le seul solde du compte lors de sa clôture.*

¹ G. Ripert et R. Roblot ,*traité de droit commercial*, T.2 par PH. Delebecque et M. Germain L.G.D.J. ,14^{ème} édition, 1996, n° 2314

² V. H. saidi ,*Le fonctionnement du compte courant bancaire* , mémoire pour l'obtention du diplôme des études approfondies en droit privé ,Tunis 1997,p.4.

Le compte courant est communément traité dans le cadre des opérations bancaires, il est le contenant des créances et des dettes qui naissent de la relation entre le banquier et son client. Cependant, il peut théoriquement se rencontrer chaque fois que des créances réciproques se produisent à l'occasion d'une relation d'affaires suivie entre deux individus qui conviennent d'y recourir¹.

La définition législative est applicable aussi bien au compte courant bancaire qu'au compte courant qui peut exister entre deux personnes de droit civil. Mais on voit que le législateur a disposé que l'effet de règlement, effet majeur du fonctionnement du compte courant, est reporté à la clôture. Autrement dit, le règlement des créances par remise en compte courant n'apparaîtra qu'à la clôture du compte. Ainsi le solde provisoire, c'est à dire le solde relevé à l'occasion du fonctionnement du compte, n'est à partir de cette définition ni disponible, ni exigible ce qui est démenti par l'article 733 c.com. qui prévoit la disponibilité du solde même s'il est provisoire.²

Il est admis, en effet, que le règlement de créances par leur fusion en un solde est instantané, il n'est pas reporté, comme l'a admis le législateur, à la clôture du compte.³

L'effet de règlement de créance par remise en compte courant étant à *double degré* - provisoire et définitif - a laissé la doctrine très embarrassée lors de la détermination de la nature juridique du compte courant.

Une doctrine devenue classique s'est contentée depuis longtemps à confiner le compte courant dans une institution de droit civil. Ainsi pour certains auteurs,

¹Réglémenté dans le cadre des contrats commerciaux prévus par le code de commerce, mais rien ne cantonne le compte courant dans le domaine bancaire. L'article 731 c.com. dispose que *le contrat de compte courant est civil ou commercial suivant la qualité des parties*. Le compte courant n'est pas en effet, l'apanage des transactions commerciales quoiqu'il y trouve son champ d'élection. On le rencontre par exemple entre un commerçant et un commissionnaire, entre un entrepreneur et le maître d'ouvrage, entre un employeur et son employé.

² L'article 733 c.com. « *Sauf convention contraire, chaque correspondant a la libre disposition, à tout moment, du crédit que la position du compte fait apparaître en sa faveur* ».

La règle est affirmée par la jurisprudence française V. cassa. Com. 13 octobre 1973, R.T.D. com. 1989, p.631.

³ J.L. Rives Lange et Raynaud, *op.cit.* n°229.

le compte courant est une convention qui se base sur le règlement des créances réciproques par une *compensation successive* qui se produit au fur et à mesure des inscriptions réciproques. La créance est éteinte par une autre inscrite au sens inverse.¹

Bien qu'elle explique le mécanisme de règlement, cette approche ne donne aucune explication à la transformation des créances au sein du compte courant et à la perte de leurs individualités dans le cadre de ce compte.

Par ailleurs, il a été considéré que le compte courant est une convention par laquelle les parties conviennent de régler leurs créances réciproques par une *compensation générale au moment de la clôture du compte*.² Mais cette approche a été battue en brèche par la jurisprudence qui a considéré que le solde provisoire est disponible et exigible, et qu'il peut alors constituer une provision d'un chèque tiré sur la banque ouvrant le compte.

L'exigibilité du solde n'est pas alors, comme l'a prétendu cette doctrine, différée à la clôture du compte.³

Essayant de parer à cette inertie une doctrine moderne considère, avec raison, que la nature juridique du compte courant n'est assimilable à aucune autre institution connue.⁴ *Mieux vaut conclure à son caractère sui généré et se borner à lui attribuer les effets qu'implique la volonté des parties telle qu'elle se dégage de l'économie et de l'utilité de la convention*.⁵

Toutefois l'intérêt est concentré sur l'effet essentiel du compte courant, en effet il fait perdre aux créances la possibilité d'être recouvrées individuellement pour ne plus laisser subsister qu'un solde à tout moment disponible et exigible. La fusion de ses créances en un solde « vaut paiement ».⁶ L'effet de règlement par

¹ P. Esmein « Essai sur la théorie juridique du compte courant », R.T.D. civ. 1920, p.79.

² R. Percerou : Encyclopédie Dalloz droit commercial : « Compte courant » n°63. R.Desgorges « Relecture de la théorie du compte courant », RTD.com.1997,p.383.

³ L'arrêt Leboucher 1 avril 1935, R.T.D. com. 1989 p.630 ; la solution est consacrée en droit tunisien par l'article 733 du code du commerce qui permet au client de disposer à tout moment du solde créditeur apparu en sa faveur.

⁴ M. T. Calais Auloy , ouvrage précité. n°22.

⁵ J.L. Rives Lange et Raynaud ouvrage précité. n°234.

⁶ Cassa. Com. 9 juillet 1985 , Rev. Banque 1986 p.86.

compte détermine ainsi l'essence même du compte courant .Il est plus opportun de reproduire la définition traduisant le compte courant en une *convention par laquelle deux personnes affectent toutes leurs créances réciproques à un mécanisme de règlement instantané par fusion en un solde immédiatement disponible*.¹

L'effet de règlement permet de distinguer entre le compte courant et le compte de dépôt bien que le solde dans les deux comptes ait un régime unitaire. Ce qui caractérise le compte courant c'est la transformation que subissent les créances à l'intérieur du compte². Lesquelles créances sont d'origines variées et ayant des régimes différents de celui du solde. D'autre part, l'enchevêtrement et la réciprocité des remises relèvent de l'essence du compte courant, ils ne le sont pas pour le compte de dépôt, ils sont même exceptionnels dans ce dernier.³

La distinction entre les deux notions se base alors sur leurs éléments constitutifs.

Le mécanisme des deux comptes est, en outre, un élément de distinction ; en effet l'absence⁴ de la réciprocité des remises dans le compte de dépôt, fait démunir celui-ci de la fonction de règlement .Le principe est énoncé par l'article 728 code de commerce (c.com.) qui dispose que le compte courant est une convention par laquelle les parties font substituer à des règlements particuliers et successifs de leurs opérations, un règlement unique devant porter sur le solde du compte.

Ainsi au lieu d'envisager chaque opération isolément et de procéder à des règlements distincts, soumis à des modalités différentes, les parties conviennent de simplifier leurs rapports juridiques et de régler leurs créances réciproques par fusion en un solde. Par cette fusion la créance est payée, et seul le solde fait l'objet du recouvrement par son titulaire⁵.

¹ J.L. Rives et Raynaud ouvrage précité. n°234.

² M.T. Calais Auloy , ouvrage précité. n°7.

³ M. T. Calais Auloy : ouvrage précité. n°8.

⁴ Rien n'empêche la réciprocité occasionnelle des remises dans le compte de dépôt, bien qu'elle ne soit pas de son essence. Ce compte est ouvert généralement aux personnes civiles pour déposer leurs fonds et les retirer en cas de besoin ; le compte courant, quant à lui, est généralement ouvert aux commerçants entretenant des relations d'affaires avec leurs banquiers, ce qui donne lieu à des créances variées au profit des deux correspondants.

⁵ R.Desgorges:« Relecture de la théorie du compte courant» *article précité* p .384.

L'effet de règlement du compte courant est couronné d'un effet de garantie de paiement que procurent la réciprocité des remises et la contre-passation. En effet, l'incorporation des créances en un solde étant prévue à l'avance par les parties, les créances acquièrent entre elles un lien de connexité qui fait qu'elles pourront se compenser¹. Chaque créance sert de garantie aux créances en sens inverse ; pour cela la réciprocité des remises est une caractéristique du compte courant, son absence fait perdre à ce compte son essence.

Caractérisée par une importance pratique fulgurante, le règlement de créance par remise en compte courant a doté ce compte d'une spécificité marquée. Son régime juridique reste à être décortiqué vu le chevauchement des règles de droit commun² et celles de droit commercial relatives au compte courant , et vu le caractère *sui generis* de ce compte qui traduit un règlement de créance successif et à double degré lors de son fonctionnement et sa clôture.

Pour traiter le mécanisme du règlement de créance dans le compte courant, il convient d'aborder en premier lieu ses conditions (I) ; avant d'étudier son effet (II).

I- Les conditions de règlement des créances dans le compte courant :

Pour que les créances soient réglées dans le compte courant il faut qu'il y ait convention de remises réciproques et enchevêtrées(A) et qu'il y ait remises effectives de créances (B).

A- L'accord sur les remises réciproques et enchevêtrées :

Le caractère contractuel du compte courant est affirmé par l'article 728 c. com. ; la définition établie par cet article décompose ce compte en deux éléments ; un élément intentionnel, subjectif relatif à la volonté des parties .Un deuxième élément objectif consiste en la possibilité de remises réciproques et enchevêtrées.

1-l'élément intentionnel

¹ J. Labat , *Le compte courant bancaire des entreprises* , Lamy 2007, p. 202.

² C'est le cas par exemple des règles civiles relatives à la novation et la compensation.

L'élément intentionnel est, dans le compte courant, l'accord des parties.

L'article 728 c. com. l'exige expressément « *Il y a contrat de compte courant quand deux personnes, dites correspondants, conviennent ...* ».

Dans ce compte, l'effet recherché est la réunion des créances réciproques des parties dans un cadre juridique unique au sein duquel elles seront soumises à un régime juridique uniforme et donneront lieu à un règlement global¹. Sans cette volonté il n'existe qu'un compte ordinaire dépourvu des effets spécifiques du compte courant.

Le principe est mis en évidence par la cour de cassation française : « *mais attendu qu'après avoir exactement appelé que la création d'un compte courant entre les parties qui entretiennent des relations d'affaires implique leur commune intention de suspendre entre elles, pendant la durée du compte, l'exigibilité de leurs créances ...* »².

Le contenu de l'accord des parties doit correspondre à la définition du compte courant, il faut donc retrouver dans cet accord les composantes du compte courant. Les parties doivent alors avoir la volonté de régler leurs créances par leur fusion en un solde unique et exigible ; et l'intention d'affecter toutes leurs créances au compte.

Etant un contrat consensuel, la formation du compte courant n'exige aucune formalité spéciale, la volonté des parties peut être expresse c'est le cas lorsque le banquier adresse à son client un imprimé que celui ci doit remplir et signer ; il s'agit de *la lettre de l'ouverture de compte courant*.

La volonté peut être tacite et déduite du fonctionnement de compte .En effet, étant très souvent implicites, elle est déduite du mécanisme et du fonctionnement du compte, lequel fonctionnement se traduit par l'incorporation des créances dans le solde, c'est un phénomène qui se produit automatiquement sans qu'un accord exprès ne soit nécessaire à propos de chaque créance apparue.

¹ T. Ben Nasr ,*Droit bancaire tunisien* ,Librairie Latrach édition 2^{ème} éd. , Tunis2017, p. 278.

² Cassa. com. 13 janvier 1970, Bull. Civ. IV 1970 n° 16.

La preuve de la convention est libre, le principe est affirmé indirectement par la cour de cassation tunisienne dans un arrêt daté du 31 janvier 1974 dans lequel elle affirme que, *le relevé de compte peut être produit devant les tribunaux sans qu'il soit nécessaire de le certifier conforme à l'original* ¹.

Il va sans dire enfin que le juge n'est pas lié, quant à la qualification de la nature du compte, par la dénomination donnée par les parties si elle s'avère erronée.²

2- l'élément objectif : les remises réciproques et enchevêtrées :

Il n'y a règlement par compte courant que lorsqu'il y a des remises réciproques et enchevêtrées.

Au sens juridique du terme³, la remise désigne la créance destinée à être réglée en compte, l'article 728 c.com prévoit la notion des créances résultant des opérations effectuées entre les deux correspondants.

Le remettant est le créancier propriétaire de la créance passée en compte. Le récepteur est le débiteur de cette créance, celui qui reçoit du remettant la créance inscrite au compte⁴. La créance constituant la remise est due généralement à un transfert de propriété des effets de commerce ou des marchandises du remettant au récepteur.

Pour constituer une remise, la créance doit être au vue d'une tendance doctrinale amorcée par quelques arrêts de la cour de cassation française,⁵ certaine, liquide, exigible et enfin fongible. Certes sans ces caractéristiques la créance ne peut subir le mécanisme du règlement mais il ne faut pas perdre de vue qu'elle peut constituer une garantie pour les inscriptions inverses puisque tôt ou tard elle peut acquérir ces conditions.

¹ Revue de la cour de cassation tome III 1975, p. 31.

² Cassa. Com. 13 janvier 1970 Bull. civ. 1970 IV n° 16 p. 16.

³ Le terme « remise » peut désigner la tradition matérielle d'un bien, on parle ainsi de remise d'effets de commerce. V. sur les sens multiples de terme « remise » M.T. Calais Auloy : ouvrage précité. n° 39 .

⁴ V. Rives- Lange : ses observations sous cassa.com . 9 juillet 1985, Rev. banque 1986 p. 86.

⁵ Cassa . com. 10 mai 1989 Rev. Banque 1989 p. 1085.

Pour cela les créances n'ayant pas ces caractères sont admises au compte mais elles sont inscrites dans une rubrique spéciale dite *différée*,¹ ainsi les caractéristiques déjà indiquées ne sont exigées que pour l'inscription au *disponible*.²

Le défaut du caractère exigible de la créance est généralement la cause de son inscription au différé ; en effet il est reconnu dans son principe comme un mécanisme d'attente³; la créance ne sera pas encore réglée.

En outre la condition relative à la réciprocité et l'enchevêtrement des remises est une condition de l'application des règles relatives au compte courant ; en effet aux termes du deuxième paragraphe de l'article 728 c.com. « ... *Les articles 729 et suivants ne sont pas applicables s'il a été stipulé que les remises de l'une des parties ne devront commencer que lorsque les remises de l'autre seront terminées* ».

Le mécanisme de règlement des créances par fusion en un solde unique implique la possibilité des deux parties de devenir réciproquement créancière et débitrice l'une vis à vis de l'autre.

La précision de l'article 728 c.com., est à vrai dire, une définition de l'enchevêtrement et non pas de la réciprocité puisque celle-ci n'exige que les remises des deux correspondants. L'enchevêtrement est de sa part une formule spéciale de la réciprocité ; elle consiste en l'alternance des remises et leur chevauchement, la simple succession ne suffit pas.⁴

Les deux conditions ont été affirmées par la cour de cassation française dans son arrêt du 17 décembre 1991⁵ qui a nié la qualification d'un compte courant à un un compte qui n'a enregistré que le montant d'un prêt accordé à un client, les intérêts, les frais et enfin les remboursements de ce prêt sans possibilité de remises

¹ V. Régine Bonhomme « Reconnaissance ou négation du différé du compte courant ? » mélanges Christian Mouly . édition Litec 1998 p. 275 et s.

² Le législateur tunisien prévoit dans l'article 730 c.com le cas de la spécialisation des chapitres distincts dans le cadre du compte courant .Des chapitres consacrés pour des créances de sommes d'argent qui ne sont pas exprimées dans la même monnaie, ou pour des choses non fongibles entre elles .

³ R. Bonhomme : son article précité p. 291.

⁴ Ripert et Roblot : ouvrage précité. n°2328 p.407.

⁵ Cassa. Com. 17 décembre 1991 Bull. civ. IV, n°389 p.269.

réciproques et alternées. Il en découle que l'enchevêtrement et la réciprocité peuvent ne pas être expressément prévues par les parties mais tout simplement déduites du fonctionnement de compte enregistrant un chevauchement des créances entrant en compte.

B- L'entrée des créances en compte courant :

Dès le moment où la convention du compte courant est conclue entre les parties, le compte est prêt à fonctionner. Pour cela il faut qu'une créance entre en compte pour qu'elle soit réglée.

Pour entrer en compte la créance doit être prête à subir l'effet de règlement .elle doit être certaine, liquide, exigible et fongible¹. Ces conditions relèvent, en réalité, du droit civil qui exige pour la compensation la certitude de la créance, car on ne saurait compenser une créance incertaine avec une créance certaine .De même la créance doit être liquide car l'entrée en compte vaut règlement instantanée et provisoire de la créance² . En outre, elle doit être une créance exigible et fongible. L'exigibilité³ et la fongibilité conditionnent la compensation des créances en droit commun .En effet, le règlement de créances par compensation exige leur équivalence quant à leur nature pour éviter que l'une des parties ne soit lésée.

Ces caractéristiques sont d'autant plus justifiables par la nature juridique de la passation de la créance en compte. Il est communément affirmé qu'il s'agit d'un transfert de propriété de la créance du remettant au récepteur. La jurisprudence est constante en la matière⁴.

Toutefois la question se pose quant aux créances figurant dans l'affectation générale mais n'ayant pas les conditions précitées. La distinction est établie à ce propos entre l'entrée au disponible et l'entrée au différé.

¹ Cf. P. Esmein « Essai sur la théorie juridique du compte courant » , article précité, p.79.

² V. L'article 373C.O.C.

³ V. L'article 374C.O.C

⁴ V. C.A. Paris ,14janvier 1935, La gazette du palais, 1934,1, p.472. V. de même la jurisprudence égyptienne : /

د.إلياس ناصيف العقود المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، 2012، ص.303.

Le disponible, comme sa dénomination l'indique, constate les créances exigibles et disponibles et qui peuvent subir le mécanisme de règlement. L'entrée de la créance au disponible est au même moment de son existence.

Par contre les créances non encore exigibles ou incertaines, ne participent pas au mécanisme de règlement, mais elles constituent une garantie. Elles passent alors au différé, défini par la doctrine comme étant *l'ensemble des créances affectées au compte mais dont le règlement est retardé pour une cause juridique quelconque*¹

La créance entre au différé dès le moment où l'accord des parties donne naissance à cette créance ; mais elle ne passe au disponible que lorsqu'elle sera susceptible d'être réglée par fusion en un solde.

L'entrée en compte peut avoir plusieurs formes, elle peut être automatique, volontaire ou enfin par contre-passation.

- *L'entrée en compte automatique :*

L'entrée en compte automatique est qualifiée de *mode d'entrée en compte de droit commun*.² Lorsque le compte courant fonctionne, toutes les créances résultant des relations d'affaires entre les parties y entrent pour être réglées par fusion en un solde. La règle est énoncée par le premier paragraphe de l'article 729 c.com.³

L'automatisme de l'entrée des créances est dû au principe *d'affectation générale des créances*⁴. Lorsqu'il existe une convention de compte courant, tous les rapports d'obligations qui découlent des opérations intervenues entre les parties au compte dans le cadre de leurs relations d'affaires passent obligatoirement dans ce compte. Toutes les créances et dettes qui résulteront de ces opérations *seront automatiquement absorbées par le compte*⁵

¹ M.T. Rives Lange « Le différé du compte courant, partie distincte du disponible » J.C.P. 1966, 1, 2289 n°3.

² Marie- Thérèse Rives- Lange, *le compte courant en droit français* , Paris Sirey 1969 p.99.

³ L'article 729 c.com. : « *toutes les créances, résultant des relations d'affaires de correspondants et qui ne sont pas garanties par des sûretés légales ou conventionnelles, font, de plein droit, l'objet de remises en compte courant ...* ».

⁴ J. De Bouetiez De Kerorguen « La généralité du compte courant ». Revue Banque 1955 p.276.

⁵ Vasseur et Marin, *Banques et opérations de banque- tome 1 : Les comptes en banque*, Sirey 1966 p.401.

Des parties sont libres pour déterminer le domaine du compte et les créances qui doivent y entrer. Elles peuvent réserver le mécanisme du compte à une catégorie d'opérations.

En l'absence d'une convention restrictive, le principe de la généralité des créances au compte s'applique.¹

Toutefois il ne faut pas prendre le terme « généralité » au sens littéral ; en effet il faut décider que seules peuvent entrer en compte les créances qui se *situent dans le cadre des prévisions des parties*.²

Pour cela les créances doivent avoir une origine conventionnelle commune, elles doivent résulter directement des relations d'affaires entre les parties. Toute créance ayant une origine délictuelle ou quasi-délictuelle demeure en dehors du compte courant.

En outre les créances doivent avoir une origine économique commune³, ainsi les créances doivent provenir de l'activité économique des deux correspondants, la solution est justifiée par la prévisibilité de ces créances. Par conséquent, demeurent hors du compte courant les créances n'ayant aucun rapport avec la vie des affaires telles que les créances naissant des rapports familiaux.

Ne figurent pas au compte courant les créances exclues par la volonté des correspondants, on parle dans ce cas de *l'affectation spéciale*,⁴ ou par leur nature. Une troisième catégorie prévue par le législateur est exclue du compte courant, elle concerne les créances assorties des sûretés conventionnelles⁵, celles ci peuvent

¹ J. Du Bouetiez de Kerorguen affirme qu' « en absence de stipulations contraires, il est normal de présumer la généralité » article précité p.278.

² J.L. Rives Lange et C. Raynaud, ouvrage précité n°247 p.235.

³ Sont exclues du domaine du compte courant les créances qui naissent des rapports fortuits d'affaires ; par exemple le banquier qui escompte à un tiers un effet de commerce tiré sur son client.

⁴ L'affectation spéciale est définie par J. du Bouetiez de Kerorguen comme étant « la possibilité de constituer à propos d'une remise particulière une affectation spéciale ... on est en présence d'une affectation spéciale chaque fois qu'une remise réunissant toutes les conditions nécessaires pour pouvoir entrer en compte courant reçoit une autre destination par les parties » V. son article précité p.280.

⁵ L'article 729 c.com. dans son deuxième paragraphe.

peuvent figurer dans ce compte à condition qu'une convention spéciale entre les parties intervienne.

Les créances assorties des sûretés légales, quant à elles, sont exclues du compte courant pour leur épargner la perte des garanties dont elles sont assorties, c'est le cas des créances cambiaires.

- L'entrée en compte volontaire :

Certaines créances peuvent entrer en compte, bien qu'elles soient en principe exclues du compte courant de par leur nature ou de par l'affectation générale convenue entre les correspondants.

L'entrée en compte doit être l'œuvre d'une convention des deux parties¹, c'est ce qu'a prévu le deuxième paragraphe de l'article 729 c.com. concernant les créances assorties des sûretés conventionnelles.

- L'entrée en compte par contre-passation :

Le montant qui a été inscrit au crédit du client après une opération d'escompte a pour contrepartie le transfert de la propriété du titre au profit du banquier. La créance de celui-ci à l'égard de son client comporte des garanties de recouvrement supérieures à celle qu'offre le compte courant, donc elles sont en principe exclues du compte courant.²

Toutefois l'entrée de la créance du banquier non remboursée à l'échéance a été prévue par le législateur³, d'ailleurs cette créance répond généralement aux exigences déjà citées de la communauté d'origine conventionnelle et économique ; mais rien n'affirme l'automatisme de son entrée en compte. Au contraire le banquier est libre de poursuivre le paiement sur la base du titre en invoquant ces

¹ La doctrine et la jurisprudence française ont admis l'entrée volontaire d'une créance par la volonté unilatérale du banquier dans le cas où la créance résulte de l'inexécution d'un contrat conclu par les deux correspondants. La créance doit être évaluée et fixée dans son montant pour entrer en compte.

V. pour plus de détails : H. Saïdi , mémoire précité,p.279.

² De Kerorguen , ouvrage précité p.279.

³ V. Les articles 740 et s. c.com.

droits cambiaires. Il s'agit alors d'un mode d'entrée volontaire et non pas automatique.¹

II- L'effet de règlement des créances dans le compte courant.

Le règlement des créances dans le cadre du compte courant est à double niveau. L'un s'opère lors du fonctionnement du compte donnant lieu à un solde provisoire (A). L'autre lors de la clôture du compte donnant lieu à un solde définitif (B).

A- Le règlement des créances lors du fonctionnement du compte.

Il va sans distinguer entre le disponible et le différé quant à l'effet de règlement. En effet les créances entrant dans le différé ne servent que de garantie,² elles ne seront pas considérées payées. Ces créances même si elles ne sont pas encore disponibles, sont affectées pour garantir les créances en sens inverse, pour cela elles ne peuvent être enlevées par le créancier sans le consentement de son correspondant ; d'ailleurs ces créances sont prises en considération à l'occasion de l'évaluation de la situation réelle des parties.³

Les créances figurant au différé passent automatiquement au disponible dès lors qu'elles puissent subir l'effet de règlement. Le différé est par définition un mécanisme d'attente.⁴

C'est l'entrée de la créance au disponible qui vaut règlement de la créance.

Le règlement entraîne l'extinction des créances (1), et donne naissance à un solde provisoire (2).

¹ M.T. Rives Lange, ouvrage précité. p113.

² Régine Bonhomme a défendu la consécration de la notion du différé contre l'hésitation de la jurisprudence, en rapprochant les deux mécanismes de règlement et de garantie, en effet le différé est un mécanisme de garantie immédiat, mais il servira le règlement dans le futur « ...La remise en cause du mécanisme du compte courant, plus encore que du différé, fait peser un danger inattendu sur les correspondants, est-il nécessaire de répéter que le rapport entre risque et garantie du compte courant doit être apprécié de façon globale et indivisible ? C'est le fondement même du règlement qui est mis à mal ... lorsque le banquier prend un risque ... c'est en fonction des rentrées en compte en sens inverse immédiates ou futures. » V. Régine Bonhomme : son article précité n°26.

³ V. M. T. Rives Lange : son article précité n°12 et s.

⁴ V. R. Bonhomme : article précité n°5.

1 -L'extinction des créances :

L'inscription de la créance produit dans le cadre du compte en cours de fonctionnement un effet novatoire¹ et un effet de règlement. Ce principe connaît une application jurisprudentielle constante. La cour de cassation française a déjà affirmé dans un arrêt de principe que : « *si la contre-passation en compte courant d'effets non payés à l'échéance intervient à un moment où le remettant était encore in bonis, et le compte n'est pas clôturé, elle équivaut à un paiement et prive le banquier de tous ses droits sur l'effet contre-passé* »².

L'extinction de la créance par novation³ consiste en la disparition de la créance ancienne et apparition d'un nouveau lien juridique qui préside aux rapports entre les parties.⁴

L'extinction de la créance primitive s'accompagne logiquement par la disparition des sûretés dont elle a été assortie avant son entrée en compte. La solution s'avère fâcheuse pour le banquier, qui est généralement la partie exigeant la constitution des sûretés, pour cela le législateur tunisien a prévu par l'article 735 c.com. le transfert automatique des sûretés sur le solde éventuel du compte.

D'une autre part les créances entrant en compte cessent d'être soumises aux règles qui leurs sont propres en matière de prescription et d'intérêts⁵.

L'extinction de la créance a une cause efficiente à savoir la modification du solde au profit du créancier ; en effet en entrant en compte courant, la créance va perdre ses caractères essentiels pour devenir un simple article de compte qui vient se greffer sur le solde déjà disponible entraînant sa modification au profit du remettant.

¹ V. l'art. 737 c.com. ; J. Labat, *Le compte courant bancaire des entreprises*, éd. Lamy, 2007, n° 140 et s.

² Cassation du 25 janvier 1955 D. 1957 p.287.

³ La novation est définie par l'article 357 c.o.c. comme suit « *La novation est l'extinction d'une obligation moyennant la constitution d'une obligation nouvelle qui lui est substituée* ».

⁴ J. L. Rives Lange et C. Raynaud *ouvrage précité*. n°257.

La jurisprudence rapproche l'extinction de la créance dans le cadre du compte et le paiement V. Cassation Com. 25 janvier 1955, D. 1957 p.287.

⁵ L'alinéa 1^{er} de l'article 737 c. com. ; la solution a été consacrée, pour la prescription, par la cour de cassation tunisienne dans son arrêt n°6829 du 25 juin 1970 R.J.L.(Revue de Jurisprudence et Législation Tunisienne) 1971 n°3 p. 52.

Cependant on doit se garder contre l'affirmation d'une rupture intégrale entre la créance primitive et les remises passées en compte ; *les diverses créances passées en compte ne sont pas indépendantes des actes juridiques qui les ont engendrés.*¹

La règle est affirmée par l'article 734 c.com. qui dispose que *lorsqu'une remise en compte courant vient à disparaître ou à être réduite par suite à un événement postérieur à l'inscription de cette remise en compte, l'article correspondant du compte doit être annulé ou réduit dans la même mesure et le compte rectifié en conséquence.* La disparition de la créance primitive n'est pas alors totale, elle réapparaît lorsqu'une cause de nullité vient postérieurement à son entrée en compte mettre en cause son existence.²

Enfin et conformément à la règle de l'indivisibilité du compte courant, jadis prônée par la jurisprudence³, aucun article ne peut être imputé sur un autre article de sens inverse ; le principe est expressément énoncé par l'article 736 c.com. ; il s'agit d'une dérogation aux articles 343 et 344 c.o.c prévoyant l'imputation des paiements.

La règle signifie l'indépendance des articles les uns à l'égard des autres ; une remise en compte ne constitue pas un paiement des remises en sens inverse.⁴

2- Le solde provisoire :

Les créances sont payées par fusion en un solde ; à chaque entrée de créance un nouveau solde se dégage : *le solde provisoire*. Ce solde est qualifié de « provisoire » par opposition au solde « définitif » dégage à la clôture.

Le solde provisoire, seul à prendre en considération, manifeste la consécration pratique de l'indivisibilité du compte courant, chaque remise fait modifier ce solde, elle n'annule pas une écriture en sens inverse.

¹ Vasseur et Marin : ouvrage précité. p.434.

² M.T. Rives Lange *op.cit.* p. 136. ; Hamel, Lagarde et Jauffret, affirmaient en des termes très significatifs que l'entrée en compte courant *n'est pas l'entrée dans un lieu d'asile assurant au remettant l'immunité contre les causes de nullité, de résolution ou de révocation qui existaient à l'encontre de la créance primitive avant son inscription comme un article de compte* ». V. leur ouvrage *Droit commercial* Tome II, Dalloz 1966 p.317.

³ cassation Civile 19 novembre 1929 Dalloz périodique 1930, 1, 97.

⁴ J.L. Rives Lange et C. Raynaud ouvrage précité n°260.

Le solde provisoire a fait l'objet d'un débat doctrinal et des hésitations jurisprudentielles en France. Pour certains il ne s'agit que d'un renseignement comptable. Mais ultérieurement, ayant le caractère de créance reconnu, le solde provisoire est considéré tantôt une créance à terme¹, ne pouvant être recouvré qu'à la clôture, tantôt une créance sous condition résolutoire, puisque la créance reste conditionnelle ; une remise ultérieure en sens inverse peut ainsi l'annuler ou le modifier². Enfin la jurisprudence française a reconnu la disponibilité du solde provisoire et a admis la saisie du compte courant en cours de fonctionnement.³

La solution en droit tunisien est donnée expressément par l'article 733 c.com. qui reconnaît à chaque correspondant le droit de disposer, à tout moment, du crédit que la position de son compte fait apparaître en sa faveur. Par conséquent l'article 739 c. com. prévoit la possibilité de la saisie du compte à tout moment.

Enfin on doit rappeler que le solde provisoire est productif d'intérêt conformément à l'article 737 c.com.⁴ ; il est garanti, comme cela a été indiqué, par les sûretés accordées au créances primitives qui fusionnent dans le compte.⁵ Le solde provisoire est, en outre, prescriptible⁶, mais toute remise nouvelle a pour effet d'interrompre la prescription et de faire courir un nouveau délai de prescription.

La fusion des créances en un solde unique comporte un mécanisme de garantie ; en effet les créances servent de garantie aux dettes ; chaque remise est une garantie de paiement des remises inverses. Cet effet est une caractéristique du

¹ Cette conception a été défendue par M. Percerou comme cela a été indiqué et reproduite par le législateur tunisien dans l'article 728 c.com. ; mais elle ne trouve plus application.

² M.T. Rives Lange op.cit. p.150.

³ la cour de cassa . française a affirmé que « *le solde créditeur d'un compte courant est un élément de l'actif disponible du créancier et pouvait faire l'objet d'une saisie de la part de ses propres créanciers* » cassation Com. 130 octobre 1973 R. T.D com. 1989 p 631 .

⁴ Le principe a été appliqué par le C.A. de Tunis dans son arrêt n° 25218 du 2 mars 1965 : elle a affirmé que le titulaire d'un compte courant ouvert à son profit, chez un banquier, a le droit d'exiger les intérêts produits par les créances passées en compte suivant les dispositions des articles 728 à 734 c.com » R.J.L. 1969 n°6/7 p.73.

⁵ L'article 735 c.com.

⁶ L'article 737 c.com. dans son premier alinéa V. aussi C.A. de Tunis arrêt n°6829 du 25 juin 1970 R.J.L. 1971 n°3 p.52.

compte courant, on ne le trouve pas dans le compte de dépôt dépourvu, en principe, de la réciprocité des remises.

Il en découle l'impossibilité d'extraire, par la seule volonté d'un correspondant, une créance au compte.¹

N'étant pas nécessairement *in bonis* le remettant peut être en difficultés économiques. La convention du compte courant peut faire l'objet d'une continuation forcée durant le règlement judiciaire du remettant². La jurisprudence³ affirme que « *le mécanisme de règlement simplifié et de garantie propre au compte courant ne s'oppose pas à la continuation de celui-ci en cas de redressement judiciaire, et n'empêche pas qu'on puisse tirer un solde provisoire et le déclarer* »⁴.

Si le remettant débiteur fait l'objet d'un règlement judiciaire, l'établissement du crédit doit arrêter le compte à un moment donné pour déclarer sa créance dans les procédures⁵. Ce solde provisoire est ainsi dégagé pour être inscrit parmi les créances antérieures à l'ouverture du règlement. Certaines pratiques bancaires consistent en l'ouverture d'un compte « bis » pour recevoir les créances postérieures au jugement d'ouverture⁶.

Toutefois, ces solutions ont été critiquées car elles mettent en cause le principe d'indivisibilité du compte courant. A cette objection, la jurisprudence, soutenue par une doctrine autorisée⁷, répond que l'indivisibilité « *ne fait que traduire une conséquence du contrat du compte courant entre les parties* », et ne s'oppose pas à ce qu'« *à l'égard des tiers, il soit fait état de la position du compte à un moment déterminé* »⁸.

¹ M. T. Calais Auloy, ouvrage précité, n°132.

² V. l'art. 38 de la loi du 17 avril 1995 ; M. H. Monserie, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, préface C. Saint-Alary-Houin, Litec, 1994, n° 185, p. 176, l'auteur parle de « *l'élimination de l'obstacle lié à l'intuitus personae* ». V. T. Ben Nasr, *Droit bancaire tunisien, ouvrage précité*, n° 386, pp. 301 et s.

³ Cass. com. du 8 décembre 1987, *JCP*, 1988, II, 20297, note M. Jeantin.

⁴ M. J. Campana, « De la continuation du compte courant en cas de redressement judiciaire du remettant », *Revue Banque*, 1986, p. 962.

⁵ J. Labat, *Le compte courant bancaire des entreprises, ouvrage précité*, n° 568, p. 230 et 231.

⁶ J. Labat, ouvrage précité, p. 231.

⁷ H. Synvet, article précité, n° 12.

⁸ Cassation civile 25 juin 1985, *D.* 1986, 317, observations M. Vasseur.

En outre la saisie-arrêt du compte, admise par le législateur, ne saurait léser les droits du banquier, pour cela il faut, avant de déterminer l'assiette de la saisie, attendre les résultats de la liquidation des opérations en cours au jour de la saisie. La liquidation consiste à attendre le moment où les créances qui figurent au différé passent au disponible.

B- Le règlement des créances lors de la clôture du compte.

La clôture du compte est la fin de convention conclue entre les deux correspondants ; laquelle fin ne coïncide pas toujours avec la liquidation et le règlement du compte. La lecture de l'article 732 c.com. nous permet de dégager les causes de la clôture. Elles sont soit volontaires ou involontaires .

Spécialement pour ce compte on peut dire que la clôture est généralement due non à l'élément intentionnel, mais à l'élément objectif qui peut faire défaut. Il s'agit d'une absence effective de toute remise, ce qui fait présumer la clôture du compte. En réalité c'est une expression tacite de la volonté de l'un ou des deux correspondants¹.

De même l'absence de réciprocité des remises peut révéler une clôture tacite du compte qui n'enregistre que des remises de l'un des correspondants, par exemple le banquier pressant le redressement judiciaire de son client ne verse aucune remise, et essaye par contre d'obtenir des remises de ce dernier pour combler le débit ; en fait il s'agit d'un paiement d'une dette et non plus d'un fonctionnement normal d'un compte courant.

Le règlement de créance lors de la fin expresse ou tacite du compte courant passe par l'établissement d'un solde définitif qui débouchera normalement sur le recouvrement des créances.

¹ J. L. Rives Lange et C. Raynaud affirment pertinemment : pour décider s'il y a clôture tacite, il faut s'attacher moins à la durée pendant laquelle les remises ont cessé qu'à l'improbabilité de remises futures. V.. ouvrage précité, n°26.

1-L'établissement du solde définitif.

L'effet de règlement ne passe pas toujours sans rencontrer des difficultés .En effet, dans la situation saine et maitrisée par la volonté des parties la clôture d'un compte courant coïncide avec un solde déjà liquide. Dans ce cas, les effets de la clôture vont s'appliquer immédiatement.

Toutefois la clôture du compte peut intervenir alors que des opérations sont encore en cours. Dans ce cas on procède à l'ouverture d'une période de liquidation

L'ouverture d'une période de liquidation est, généralement, due à une opération de contre-passation des montants des effets escomptés au profit du client failli. La possibilité est prévue par le premier alinéa de l'article 740 c.com., et admise par la jurisprudence française depuis 1888.¹

Toutefois s'il est admis par la doctrine majoritaire que la contre-passation est un mode d'exercice de recours cambiaires² , comment l'admettre après la faillite du remettant, c'est à dire après la clôture du compte?

Plusieurs tentatives doctrinales ont essayé d'expliquer ce recours aposteriori, l'une parmi d'elle a fait recours à la condition résolutoire stipulée par le banquier pour garder son recours même après clôture de compte, laquelle stipulation reste, en réalité, sans preuve³.

Vasseur et Marin affirment judicieusement que la contre- passation est, dans ce cas, *une exercice du recours de change en vue d'assurer le règlement d'opérations anciennes portées en compte courant mais non encore définitivement réglées.*⁴ Il s'agit

¹ Cassa. 19 novembre 1888 D.P. 1888, 1, 409.

² V. sur les différentes théories expliquant la contre-passation, J. L. Rives-Lange, thèse précitée, n° 315.

³ د.إلياس ناصيف : العقود المصرفية، مذكور سابقاً، ص 387.

⁴ Vasseur et Marin, ouvrage précité p.514.

alors d'apurement du différé¹, la contre-passation est, dans ce cas, une exception dictée par les nécessités de crédit².

Dans tous les cas les créances qui devront passer au compte pendant la période de liquidation doivent répondre à une double condition ; d'abord elles doivent être affectées, dès le départ, à la convention du compte courant. Ensuite, les opérations dont elles résultent doivent être en cours le jour de la clôture.

Le fonctionnement du compte pendant la période de liquidation consiste seulement dans le passage des créances du différé au disponible.

Cependant l'entrée d'une créance au disponible n'importe pas son paiement et ne sera pas considérée réglée ; en effet la perspective des remises futures a disparu, ce qui anéantit la confiance entre les deux parties, *ainsi, dans le compte courant, c'est en définitive la fin de la convention du compte courant qui explique l'absence d'effet de règlement après clôture.*³

De ce principe découlent plusieurs conséquences ; d'abord les créances entrées en compte courant après clôture gardent leur individualité, ensuite ces créances gardent les sûretés et les actions dont elles étaient pourvues dès le départ. La règle est justifiable, on ne saurait priver le banquier des sûretés relatives aux créances entrant en compte en cours de liquidation, et dont l'effet de garantie par remise réciproque n'est plus envisageable.

En application de cette conséquence en matière de contre- passation d'effets de commerce, la créance cambiaire que le banquier détient à l'encontre de son client demeure avec toutes ses actions et sûretés ; par conséquent le banquier demeure propriétaire des effets lorsqu'après la contre- passation, le solde du

¹ La cour d'appel de Rouen a proposé une autre explication de l'entrée des créances au compte après sa clôture ; elle considère que la convention du compte courant est opposable à la masse des créanciers du failli même après la clôture du compte. V. C.A. Rouen 24 avril 1948 J.C.P. 1948 n°4464 note Larguier.

² M. Vasseur, *Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, thèse, Paris, 1949, n° 106, p. 300.

³ M.T. Rives Lange, thèse précitée, p.215.

compte est à la charge du client.¹ La solution est l'œuvre du législateur tunisien qui l'a expressément énoncé dans l'article 741 c.com.²

Le banquier est, d'autant plus, en droit de bloquer le solde créditeur et ne pas le verser à son client tant que les opérations de liquidation ne sont pas encore achevées.

2-Le recouvrement du solde définitif.

A l'issue de la période de liquidation, un solde définitif va s'établir soit en faveur du client soit à sa charge. Ce n'est qu'avec le paiement de ce solde que le règlement global du compte aura lieu.

Si le solde définitif est créditeur en faveur du client ; il représentera pour celui-ci une créance immédiatement exigible dont il peut disposer. Au contraire si le solde est débiteur à la charge du client celui-ci devra le verser au banquier.

Les sûretés qui ont été attachées aux créances primitives garantissent le paiement du solde définitif ; à condition que la publicité légale soit accomplie.³

Si la clôture est causée par la faillite du client, le solde est dû au banquier par le syndic.

Enfin, en cas de non paiement des effets déjà escomptés au profit du client failli, le banquier touchera un dividende à la faillite calculé sur le montant du solde débiteur après contre-passation ; mais rien ne l'empêche de poursuivre ses recours contre les signataires du titre⁴ ; il peut cumuler les deux procédés pour être payé sans que le montant perçu à cause de ce cumul ne dépasse le montant du solde débiteur.⁵

¹ M.T. Calais Auloy , ouvrage précité,p.28.

² J.L. Rives Lange op.cit. n°270 p.252 ; ce droit constitue une exception aux dispositions de l'article 733 c.com. qui permet à chaque correspondant de disposer du solde créditeur, l'exception est justifiée par la fin de la convention du compte courant.

³ L'article 735 c.com.

⁴ L'article 741 c.com. ; V. sur les effets de la contre passation après la clôture et ses avantages pour le banquier : Ch. Gavalda et J. Stoufflet ,ouvrage précité ,n°328 et s.

⁵ L'article 742 c.com.

Bibliographie :

Ouvrages et theses :

- Ben Nasr (T.) ,*Droit bancaire tunisien* ,Librairie Latrach édition 2^{ème} éd. , Tunis 2017, p. 278.
 - Hamel, Lagarde et Jauffret *Droit commercial* Tome II, Dalloz 1966.
 - Labat (J.) , *Le compte courant bancaire des entreprises* , Lamy 2007,.
 - Monserie (M. H.), *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, préface C. Saint-Alary-Houin, Litec, 1994
 - Rives Lange(J.L.) et Raynaud (M.C) ,*Droit bancaire*, 6^{ème} éd. ,Dalloz 1995.
 - Ripert (G.) et Roblot (R.) ,*traité de droit commercial*, T.2 par PH. Delebecque et M. Germain L.G.D.J. ,14^{ème} édition, 1996
 - Rives- Lange (M- T.), *le compte courant en droit français* , Paris Sirey 1969.
 - saidi (H.) ,*Le fonctionnement du compte courant bancaire* , mémoire pour l'obtention du diplôme des études approfondies en droit privé ,Tunis 1997
 - Vasseur (M.), *Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, thèse, Paris, 1949
 - Vasseur et Marin, *Banques et opérations de banque- tome 1 : Les comptes en banque*, Sirey 1966
- د. إلياس ناصيف : العقود المصرفية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط2، 2012.

Articles :

- Bonhomme (R) :« Reconnaissance ou négation du différé du compte courant ? » mélanges Christian Mouly . édition Litec 1998 p. 275 et s.
- Calais Auloy (M.T.) : « Le compte courant » Juris-cl. Fasc. 210
- Campana (M. J.): « De la continuation du compte courant en cas de redressement judiciaire du remettant », *Revue Banque*, 1986, p. 962

- De Bouetiez De Kerorguen (J.) : « La généralité du compte courant ». Rev. Banque 1955 p.276.
- Desgorces(R.) « Relecture de la théorie du comtecourant rtd.com 1997 ;p383.
- Esmein (P.) : « Essai sur la théorie juridique du compte courant » , R.T.D. civ. 1920, p.79.
- Martin (D.) : « De l'idée de compte » in *droit bancaire et financier*, mélanges AEDBF-France sous la direction de J.P. Mattout et H. De Vulpane, banque éditeur, p. 285.
- Percerou (R.) : Encyclopédie Dalloz droit commercial : « Compte courant » n°63.
- Rives- Lange(J.L.) : ses observations sous cassation commerciale 9 juillet 1985, Rev. banque 1986 p. 86.
- Rives Lange(M.T.) : « Le différé du compte courant, partie distincte du disponible » J.C.P. 1966, 1, 2289.

✓ نقارير :

دور القضاء في حماية الجمعيات محور ندوة تفاعلية للمجلس الوطني لحقوق الانسان



تقرير تركيبي من إعداد : الدكتور إبراهيم اشويعر دكتور في الحقوق

نظم المجلس الوطني لحقوق الانسان عشية يوم الجمعة 26 فبراير 2021 ندوة تفاعلية عبر تقنية التواصل عن بعد في موضوع " دور السلطة القضائية في حماية الجمعيات".

استهل اللقاء بكلمة افتتاحية للسيدة فاطمة عراش عضو المجلس الوطني لحقوق الانسان التي تولت مهمة تيسير أشغال هذه الندوة تطرقت فيها الى سياق تنظيمها الذي يأتي في إطار مساهمة المجلس في إثراء النقاش العمومي وإذكاء الوعي حول أدوار الجمعيات، التي تعتبر من بين الدعائم الأساسية الشريكة في مجال النهوض والتوعية والتحسيس، وتعزيز منظومة حقوق الإنسان وفعالية التمتع بها. وأضافت أنه و"لما كبة التطور الذي يعرفه النقاش العمومي، استقر الاختيار هذه السنة على موضوع جد دقيق، ويتعلق بالضمانات الحمائية القانونية والقضائية للجمعيات لمواجهة المشاكل والمعوقات التي تعترضها أثناء عملية التأسيس وتجديد مكاتبها المسيرة، وكذلك حرمانها من حقها في تنظيم الأنشطة بالفضاءات والقاعات العمومية"، وذلك بغية تبادل الرأي والمقترحات بين المتدخلين حول السبل والإمكانات المتاحة لتجاوز هذه الوضعية خاصة وأن الحماية

القضائية للجمعيات من بين أكثر المواضيع حضورا في علاقة القضاء بحقل حقوق الإنسان وذلك من خلال عملية التلازم بين حرية تأسيس الجمعيات وتجديد مكاتبها، وحرص القضاء وسهره على حماية شروط هذا التأسيس، وشروط ممارسة الجمعية لأنشطتها بعد التأسيس.

وتناول الدكتور أحمد البوز أستاذ علم السياسة والقانون الدستوري بجامعة محمد الخامس بالرباط كلية الحقوق السويسي، مداخلة حول موضوع تأسيس الجمعيات بين القضاء والإدارة، انطلق فيها من رصد إشكاليات عديدة، من قبيل: هل يحق للإدارة رفض تسلم وثائق الجمعية، هل تأسيس الجمعيات تعبير عن إرادة أعضائها أم تعبير عن إرادة الإدارة، هل الجمع العام يحتاج الى التصريح وبالتالي تنطبق عليه نفس مسطرة التجمعات العمومية، هل رفض الإدارة تسلم ملف الجمعية أو تسليم الوصل المؤقت يسمح للمؤسسين بالحق في اللجوء الى القضاء، هل فعلا عدم تسليم الوصل النهائي بعد انصرام أجل 60 يوما على تسليم الوصل المؤقت يسمح حقيقة للجمعية بممارسة نشاطها، ما حقيقة الازدواجية القائمة بين منح الوصل للأجهزة الوطنية للجمعية وحرمان فروعها من الحصول على الوصل، أو العكس، ما موقع الجمعيات الفعلية التي تعمل في الميدان دون أن يقوم مؤسسوها والناشطون فيها بافراغها في قالب قانوني، علما بأن المواثيق الدولية تعط للجمعيات الفعلية بعض الحقوق ومنها الحصول على التمويل، هل يجوز أن تكون أهداف الجمعيات أو أنظمتها أو شخصية مؤسسيتها أو انتماءاتهم أو عددهم أيا كان مجال الجمعيات سببا لفرض قيود أو عراقيل من طرف الإدارة، إشكالية الازدواجية بين الجمعيات الوطنية والجمعيات الأجنبية فيما يخص الوضع القانوني، إشكالية حصول الجمعيات على التمويل الأجنبي، هل يمكن للإدارة إضافة شروط أخرى غير منصوص عليها في قانون الجمعيات عند وضع الملفات المتعلقة بتأسيسها كالتوفر على عنوان محدد، ثم إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الإدارة؟

إجابة عن هذه الأسئلة في علاقتها بمحور الندوة اعتبر الدكتور البوز أن هناك دور حمائي مفترض للقاضي المغربي عندما يتعلق الأمر بحرية تأسيس الجمعيات وحريتها في ممارسة أنشطتها ينطلق من احكام الدستور والصكوك الدولية التي تجعله في خط الدفاع الأول عن الحقوق والحريات، مؤكدا وجود اتجاهين :

- اتجاه أول وهو الاتجاه العام يبدو فيه القضاء منتصرا لحرية الجمعيات وقد تدخل من أجل تصحيح سلوك الإدارة في عدة حالات منها تأكيده على الطابع التصريحي لنظام تأسيس الجمعيات، وأن

التصريح مجرد اخبار للإدارة يجب عليها الاشهاد عليه بتسليم وصل مؤقت، وأن الإدارة لا تملك الا حق الرقابة البعدية عن طريق عرض أي مقتضى تراه مخالفا للقانون على الجهة القضائية المختصة، وأن رفض تسليم الوصل يعتبر قرارا إداريا قابلا للطعن، وأن الجموع العامة للتأسيس يقتصر فيها الحضور على المؤسسين ولا تخضع لسابق تصريح يستوجب قانون التجمعات العمومية، وأن هذا القانون الأخير لا يتضمن أي مقتضى يفيد أن الاستثناء من التصريح ينحصر على الاجتماعات التي تنعقد داخل مقر الجمعيات فقط، بل تشمل أيضا باقي الاجتماعات التي تنعقد بالقاعات العمومية، وأن الإدارة لا تملك حق فحص الجموع العامة.

- أما الاتجاه الثاني وهو توجه قضائي خاص في بعض القضايا انزاح فيه القضاء عن دوره الحمائي الي كرسه في اجتهادات سابقة، ويبدو من خلال بعض الأمثلة، كاشتراطه ضرورة توفر الجمعية على الشخصية المعنوية لاكتساب الحق في التقاضي، وهو ما يتوقف على ضرورة التصريح بالتأسيس بشكل قانوني، وهذا يتطلب سلفا الحصول على وصل مؤقت أو نهائي، بمعنى أنه في حالة رفض تسلّم الملف، وعدم تسليم الوصل المؤقت لا يمكن للمؤسسين اللجوء الى القضاء للمطالبة بالانتصاف، وهو ما وقع في قضية جمعية الحربة الآن، فضلا عن مثال ثان اعتبر فيه القضاء أن رفض تسليم الوصل النهائي لا يقبل الطعن لانعدام المصلحة، لصيرورة الجمعية بالتصريح، بمرور شهرين، علما بأن ذلك يخلق عدة صعوبات للجمعية في الحصول على القاعات أو التمويل أو فتح حساب بنكي لاشتراط عدة جهات ضرورة الادلاء بالوصل النهائي.

وقدم الدكتور أنس سعدون عضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية مداخله حول دور النيابة العامة في مسار الحياة الجمعوية، معتبرا أن هذا الدور يتأسس طبقا لأحكام المواثيق الدولية وللمقتضيات الدستور الذي يجعل النيابة العامة جزءا من السلطة القضائية، التي تبقى مؤتمنة على حماية الحقوق والحريات، وتحدث المتدخل عن دور حمائي قضائي تمارسه النيابة العامة من اجل حماية الحق في تأسيس الجمعيات، بحيث ان التأكد من احترام المقتضيات القانونية موكول لسلطة قضائية مستقلة، لا لجهة إدارية، وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي في عدة مناسبات كما أكدته توصيات مؤسسة الوسيط. وأضاف الدكتور سعدون الى أن ما يؤكد أهمية هذا الدور هو وجود حالات لإحجام الإدارة عن تسلّم ملف الجمعية وهو ما يعد محاولة للتهرب من اعمال الدور

الحماي لمؤسسة النيابة العامة، معتبرا أن المعايير الدولية تكرس حرية عمل الجمعيات كما تسمح بإمكانية فرض قيود، توضحها المادة 22 (2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي تلزم بأن تكون القيود المسموح بها منصوص عليها قانونا وتشكل تدابير ضرورية، في مجتمع ديمقراطي، لصيانة الأمن القومي أو السلامة العامة أو النظام العام أو حماية الصحة العامة أو الآداب العامة أو حماية حقوق الآخرين وحياتهم"، كما توضح اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بأنه متى فرضت أية قيود فعلى الدول أن تقدم الدليل على ضرورتها، كما يتعين فقط اتخاذ تلك التدابير التي تكون متناسبة مع السعي إلى تحقيق الأهداف المشروعة بغية ضمان حماية الحقوق المنصوص عليها في العهد حماية مستمرة وفعالة، ولا يجوز في أي حال فرض القيود أو التذرع بها على نحو يضر بجوهر تلك الحقوق، كما أن القيود المفروضة بموجب مراسيم حكومية أو أوامر إدارية بدون نصوص قانونية واضحة تعتبر مخالفة للقانون الدولي حيث أنها لا تفي بشرط المشروعية والقانونية. وعلاوة على ذلك، لا يجوز إقرار قوانين تحتوي بنودا غامضة وفضفاضة يمكن استغلالها أو إساءة تفسيرها بسهولة، كما أن شرط اتخاذ التدابير الضرورية في مجتمع ديمقراطي يقتضي ضمان وجود وعمل عدد من الجمعيات، بما فيها تلك التي تعمل سلمياً لنشر أفكار قد تكون لا تتفق أو تناقض رؤية الحكومة أو أغلبية السكان. كذلك أن حظر تكوين الجمعيات ومحكمة الأفراد بسبب عضويتهم في تلك المنظمات يجب أن يكون فقط ضرورياً لتفادي خطراً حقيقياً وليس افتراضياً فقط على الأمن الوطني أو النظام الديمقراطي ويجب إثبات أن التدابير الأقل تدخلا لم تكن كافية لتحقيق ذلك الهدف.

وتوقف الدكتور أنس سعدون عند بعض صور تدخل النيابة العامة في مجال قانون الجمعيات مؤكداً أنها تكون أحيانا طرفا مدعيا في قضايا بطلانها كطرف أصلي، كما قد تكون طرفا منضما، حيث تكفي بتقديم ملتمساتها، وهناك دور اخر للنيابة العامة يتجلى في تحريك الدعوى العمومية بشأن مخالفة قانون الجمعيات الذي يتضمن نصوصا زجرية معاقب عليها بالحبس أو بالغرامة. وبلغت الأرقام توقف المتدخل عند مفارقة مفادها أنهفي الوقت الذي يعرف فيه عدد ملفات الجمعيات التي تحال على النيابة العمومية ارتفاعا مضطردا، يلاحظ في المقابل تراجع كبير جدا في حالات اعمال المقتضيات الزجرية الواردة في قانون الجمعيات من طرف النيابة العمومية، وهكذا يلاحظ أنه في سنة 2017 وهي سنة استقلال النيابة العامة، سجلت 37 متابعة، وتوبع على اثرها 39 شخص، وفي سنة 2018 انخفض هذا الرقم الى 08 متابعات وتوبع على اثرها 08

أشخاص، وفي سنة 2019 سجلت متابعتين فقط بقانون الجمعيات وبلغ عدد المتابعين فيها 05 أشخاص، معتبرا أن هذه الاحصائيات تعبر عن توجه جديد للنيابة العامة معمول به في القضايا المتعلقة بالحريات والذي ترجمه بشكل واضح أول منشور يصدر عن رئيسها، حث فيه أعضاء النيابة العامة على الحرص على ترشيد استعمال الآليات القانونية الماسة أو المقيدة للحريات وذلك باستعمالها فقط في الحالات التي تدعو إليها الضرورة، وأن يتم استعمالها وفقاً للقانون ودون تجاوز أو تعسف. واختتم مداخلته بالتأكيد على أهمية التكوين والتكوين المستمر في مجال اعمال حقوق الانسان لكل المتدخلين في مجال الجمعيات بما في ذلك مهنيي الإدارة، كما دعا الى نشر الأحكام القضائية للنهوض بثقافة حقوق الانسان.

من جهته تناول الدكتور عبد الله الكرجي عضو نادي قضاة المغرب موضوع دور القضاء في المنازعات بين الأفراد والإدارة حيث أكد في مداخلته على أن المشرع اختار أن يكرس النظام التصريحي في الجمعيات، وجعل السلطة القضائية هي الجهة المؤتمنة على حماية حرية تأسيس الجمعيات وحرية أنشطتها، وأن محاكم المملكة بمختلف درجاتها أصدرت أحكاماً قضائية مبدئية في حماية الجمعيات من خلال حماية النظام التصريحي وعدم منح الإدارة سلطة مراقبة شرعية الجمعية بمناسبة تأسيسها، وحماية أنشطة الجمعيات من الاعتداء المادي على بعض أنشطتها من طرف الإدارة، واعتبار رفض تسليم ملفات تأسيس الجمعية من طرف الإدارة بمثابة اعتداء على دور السلطة القضائية التي يبقى لها وحدها الاختصاص، وتوقف المتدخل عند إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة، مشيراً الى عدد من الحلول التي أبدعها القضاء المغربي لالزام الإدارة على تنفيذ الأحكام، موصياً في نهاية مداخلته بأهمية الحل التشريعي لتحديد مفهوم الصفة في حالة عدم حصول الجمعية على وصل مؤقت أو نهائي، وتدقيق بعض المفاهيم الواردة في قانون الجمعيات في اطار ملاءمته مع المعايير الدولية ذات الصل.

وتناول الأستاذ محمد الحبيب شيخ محام بهيئة الرباط وناشط حقوقيموضوع "الحماية القضائية والقانونية للجمعيات وحدود الممارسة" وقال أن ظروف جائحة كورونا عقدت من عمل الجمعيات حيث أغلقت بعض مقارها وواجهت صعوبات عدة في تنظيم أنشطتها، وطرح إشكاليات جديدة من قبيل إمكانية تنظيم الجموع العامة عن بعد، مشيراً الى اجتهاد المحكمة الأوربية لحقوق الانسان الذي يعتبر النصوص المتعلقة بحرية تأسيس الجمعيات وطرق تطبيقها من طرف السلطات العامة من بين العناصر الأساسية لمعرفة وضعية الديمقراطية في

أي بلد معين، وتوقف المتدخل عند عدة عراقيل تواجه عمل الجمعيات على مستوى الممارسة، سواء المتعلقة بوجود ثغرات قانونية كاستعمال مصطلحات عامة وفضفاضة يمكن تفسيرها بشكل مزاجي أو غير منضبط، أو بعض الممارسات الأمنية والإدارية التي تشكل أحيانا عاملا معيقا أمام عمل الجمعيات من خلال اللجوء الى مبررات من قبيل المخاوف الإرهابية للتضييق على عمل الجمعية، بل وقد تصل الى حد التحريض على عمل جمعيات كما وقع سنة 2014، وأشار المحامي والناشط الحقوقي الحبيب بن شيخ لإشكالية الحق في الوصول الى المحاكم الإدارية لطلب الانتصاف بسبب عدم توажدها في كافة جهات المملكة.

وتجدر الإشارة الى أنه سبق للمجلس أن أصدر سنة 2014 مذكرة استشارية تتضمن اقتراحاته وآرائه حول حرية الجمعيات بالمغرب، كما يساهم في إغناء النقاش حول هذا الموضوع من خلال مجموعة من اللقاءات أبرزها الندوة حول ظهير الحريات العامة المنظمة بتنسيق مع مجلس المستشارين، والتي تميزت بمشاركة عدد مهم من الفاعلين والمتدخلين المعنيين. كما تضمن التقرير السنوي الأخير الصادر عن المجلس الوطني لحقوق الانسان عدة توصيات تهدف الى مراجعة المقتضيات القانونية المتعلقة بمسطرة التأسيس والتجديد، والتمويل، والاستفادة من القاعات العمومية لتنظيم الأنشطة، بما يضمن ممارسة حرية الجمعيات وفقا للدستور والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية؛ مراجعة المقتضيات القانونية المتعلقة بالجمعيات وذلك باستبدال العقوبات السالبة للحرية بالغرامات؛ تمكين الأطفال البالغ سنهم من 15 إلى 18 سنة من تأسيس جمعيات خاصة بهم إعمالا لمبدأ الحق في المشاركة؛ وتشجيع الحوار بين السلطات العمومية والجمعيات لتجاوز المعوقات والإكراهات التي تحول دون ممارسة الجمعيات لأدوارها؛ وتفعيل توصيات مؤسسة وسيط المملكة في مجال تأسيس وتجديد الجمعيات والأحزاب والنقابات؛ وتشجيع الجمعيات على الولوج إلى القضاء الإداري كآلية للانتصاف في المنازعات بين السلطات الإدارية الجمعيات، وذلك بالعمل على تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الصادرة لصالح الجمعيات؛ وتوسيع نطاق ممارسة القضاة لحرية التنظيم لضمان حقهم في تأسيس وتسيير جمعيات مدنية ونقابات إعمالا للمبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية.



المجلس الوطني لحقوق الإنسان
Conseil national des droits de l'Homme

ندوة عن بعد حول موضوع

دور السلطة القضائية في حماية الجمعيات بمشاركة



د. أنس سعدون
عضو المرصد الوطني
للاستقلال السلطة القضائية

التسيير:



الأستاذة فاطمة عراش
عضوة المجلس الوطني
لحقوق الإنسان



د. أحمد بوز
أستاذ علم السياسة
والقانون الدستوري بجامعة
محمد الخامس بالرباط كلية
الحقوق السويسي



**د. محمد بن الشيخ
الحبيب**
محام بعيثة الرباط
وناشط حقوق



د. عبد الله الكرجي
كتور في الحقوق وعضو
مؤسس لنادي القضاة

FACEBOOK LIVE

2021/02/26

16:00 ابتداء من الساعة

على صفحة المجلس الوطني لحقوق الإنسان

@CNDHMaroc



www.cndh.ma

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.be.ma

ردمد : 2336-0615