جـامعـــة النجاح الوطنية
كليـــة الدراســـات العليـــا

أثر الشكلية على التصرفات القانونية (دراسة مقارنة)

إعداد
هاشم "محمد رشاد" سعيد مجدوبة

إشراف
د. أشرف ملحم

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، من كلية الدراسات العليا، في جامعة النجاح الوطنية، نابلس– فلسطين.

2023

أثر الشكلية على التصرفات القانونية (دراسة مقارنة)

إعداد

هاشم "محمد رشاد" سعيد مجدوبه

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 2023/10/1 م، وأجيزت:

د. أشرف حسين	التوقيع
المشرف الرئيسي	
د. محمد الأحمد	التوقيع
الممتحن الخارجي	
د. إسحاق برقاوي	التوقيع
الممتحن الداخلي	

الإهداء

إلى وطني الغالي فلسطين

الى أرواح الشهداء وإلى روح أبي الطاهرة رحمه الله

والى الاسرى في سجون الاحتلال

وإلى ميناء العشق الأزلي...أمي الحبيبة.

وإلى شموع الوفاء الدائمة... زوجتي الغالية.

وإلى نور الأمل السامي في قلبي.... أهلي

وإلى ربيع الإخلاص الدائم في قلوب.... أصدقائي

أقدم لهم جميعاً هذا الجهد المتواضع.

الشكر والتقدير

"من لا يشكر الناس لا يشكر الله"

أتقدم بجزيل الشكر إلى الدكتور أشرف ملحم، الذي تكرم بالإشراف على هذه الرسالة، وكانت توجيهاته الصائبة عوناً على إتمامها، كما لا أنسى الشكر للأساتذة في لجنة المناقشة لتفضلهم في مناقشتي وما أخذته من وقتهم.

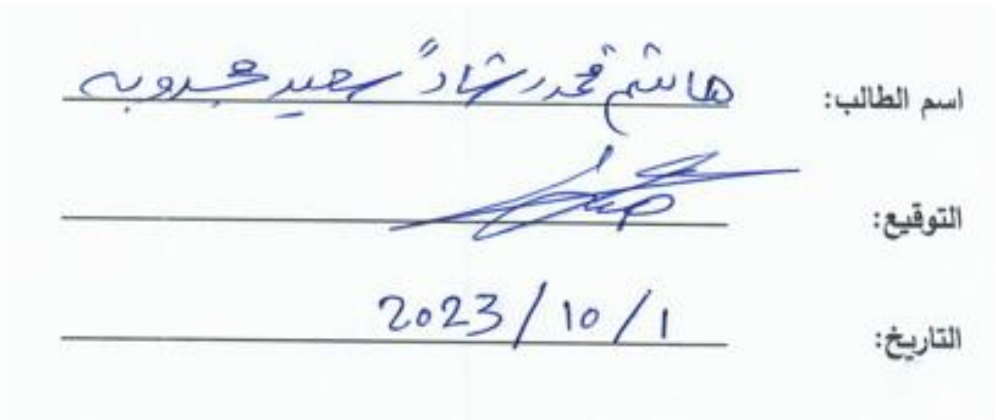
وكما لا يسعني إلا أن أقدم عظيم امتناني إلى كل من أمدّني بالعون ولم يبخل بإسداء النصح والإرشاد طوال فترة إعداد هذه الرسالة من الزملاء المحامين والقضاة كل باسمه.

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل عنوان:

أثر الشكلية على التصرفات القانونية (دراسة مقارنة)

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة اليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.



فهرس المحتويات

الإهداء ..... ج

الشكر والتقدير ..... د

الإقرار ..... ه

فهرس المحتويات..... و

الملخص ..... ح

المقدمة..... 1

أهمية الدراسة 2

أهداف الدراسة 2

إشكالية الدراسة 3

أسئلة الدراسة..... 3

منهجية الدراسة 4

محددات الدراسة..... 4

خطة الدراسة..... 5

الفصل التمهيدي: ماهية الشكلية القانونية 7

الفرع الأول: مفهوم الشكلية..... 7

الفرع الثاني: صور الشكلية ومصادرها 10

الفرع الثالث: أصناف الشكية في التصرفات القانونية 12

الفصل الأول: الشكلية في المحررات التقليدية 19

المبحث الأول: الأساس القانوني للشكلية وصورها 20

المطلب الأول: الأساس القانوني للشكلية 20

الفرع الأول: الأساس القانوني للشكلية القانونية..... 20

الفرع الثاني: الأساس القانوني للشكلية الرضائية (الاتفاقية)..... 32

المطلب الثاني: صور الشكلية التقليدية 35

الفرع الأول: الشكلية الرسمية 35

الفرع الثاني: الشكلية العرفية 36
المبحث الثاني: آثار تخلف الشكلية على التصرفات القانونية..... 38
المطلب الأول: بطلان التصرفات القانونية..... 38
الفرع الأول: ماهية البطلان وأحكامه..... 38
الفرع الثاني: خصائص البطلان وآثاره القانونية. 41
المطلب الثاني: جزاءات أخرى 46
الفصل الثاني: الشكلية في الكتابة الالكترونية 49
المبحث الأول: الكتابة الالكترونية 49
المطلب الأول: ماهية المحررات الالكترونية..... 50
الفرع الأول: تعريف المحررات الالكترونية وشروط انشائها..... 50
الفرع الثاني: الشكلية الالكترونية 55
المطلب الثاني: صور الشكلية الالكترونية..... 59
الفرع الأول: الشكلية الرسمية الالكترونية 59
الفرع الثاني: الشكلية العرفية الالكترونية..... 63
المبحث الثاني: اثبات العقود الالكترونية وحجيتها 67
المطلب الأول: ماهية التوقيع الالكتروني وصوره 67
الفرع الأول: مفهوم التوقيع الالكتروني 68
الفرع الثاني: صور التوقيع الالكتروني 69
المطلب الثاني: آثر شكلية المحررات الالكترونية واستثناءاتها 72
الفرع الأول: حجية شكلية المحررات الالكترونية 72
الفرع الثاني: استثناءات الشكلية الإلكترونية..... 80
الخاتمة..... 85
قائمة المصادر والمراجع..... 88
Abstract..... b

أثر الشكلية على التصرفات القانونية

إعداد

هاشم " محمد رشاد" سعيد مجدوبة

إشراف

د. أشرف ملحم

الملخص

تعد الشكلية هي استثناء عن مبدأ الرضائية في التصرفات القانونية وفقاً للأصل العام عملاً بأحكام مجلة الأحكام العدلية، حيث تتناول هذه الدراسة وتهدف إلى تسليط الضوء على أحكام الشكلية وصورها، وطبيعتها، وآثارها القانونية التي تترتب عليها، وكما ان الأصل في التصرفات القانونية هو الرضائية، إلا أن المشرع أوجب على بعض التصرفات القانونية اتباع ركن الشكلية، لكي ترتب آثارها بشكل صحيح وسليم، وفرض على ذوي علاقة ان يتخذوا الشكلية التي حددها القانون، لكي ترتب آثارها القانونية، وهو ما يسمى بالشكلية القانونية، إلا انه من الممكن أن يتفق أطراف العلاقة القانونية على شكلية معينه لأي تصرف قانوني، وهذا ما يسمى بالشكلية الاتفاقية.

وأن كانت الشكلية تعتبر ركناً في التصرف القانوني التقليدي، ومطلوبة لإثباته، وسميت بالشكلية التقليدية لتمييزها عن الشكلية الالكترونية، فالشكلية التقليدية تتحقق بإجراءات يفرضها المشرع بعينها، وكذلك تتطلب حضور أطراف العلاقة القانونية والتوقيع على التصرف الذي يكون على شكل ورقي، وفي بعض الأحيان يفرض الكتابة اليدوية كإجراء تقليدي لصحة تصرف قانوني ما، وكما تحدثنا في هذه الدراسة عن الشكلية التقليدية بقسميها الرسمية والعرفية، وكذلك تناولت الدراسة أحكام الشكلية الالكترونية لكثرة اللجوء إليها في عصرنا الحاضر للتعرف على أحكامها القانونية، وكما نجد أن المشرع قد ساوى بين الكتابة الورقية والكتابة الالكترونية، وعرف المشرع الفلسطيني السند الالكتروني بأنه السند الذي يتم إنشاؤه وتوقيع الأطراف عليه، ويتم تداوله بشكل إلكترونيٍ، وعليه فإن العقد من حيث تكوينه اما ان يكون رضائياً، أو شكلياً، أو عينياً،

وأن العقد الالكتروني لا يخرج من حيث تكوينه وانواعه، وآثاره عن العقد التقليدي، ولا يختلف من الأمر شيئا إن كان يبرم بوسائل إلكترونية، وأن العقد الالكتروني من العقود التي تبرم عن بعد، وبالإضافة لذلك فإن الباحث قد تناول في موضوع الدراسة مفهوم الشكلية وشروطها، والطبيعة القانونية لها، وصورها، وبيان تطبيقاتها والأمثلة عليها، وكذلك تناولنا أحكام الشكلية التقليدية والشكلية الالكترونية، والآثار القانونية المترتبة عليها وفقاً لأحكام "مجلة الأحكام العدلية"، وقرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية النافذ، كما توصلت الدراسة إلى النتائج والتوصيات المتعلقة بموضوعها.

الكلمات المفتاحية: الرضائية، الشكلية، التصرفات القانونية، الشكلية التقليدية، الشكلية الالكترونية.

المقدمة

يعتبر العقد من التصرفات القانونية المهمة والأكثر شيوعاً بين الأفراد، ويعد أكثر المصادر الارادية أهمية وترتيباً في انشاء الالتزامات، وتأكيداً لهذا خصصت العديد من التشريعات الكثير من النصوص القانونية بما يتناسب مع تلك الأهمية، إلا أن ذلك لم ينقص أي قيمة من التصرفات القانونية الأخرى كالتصرفات القانونية الناتجة عن الإرادة المنفردة، وأن الركيزة الأساسية في تكوين العقد هي الإرادة أو تراضي المتعاقدين، أي ارتباط الإيجاب بالقبول في إحداث أثر قانوني معين، وانطلاقاً من ذلك فإنه يتطلب لانعقاد العقد توافر أركانه وهي التراضي، والأهلية، والمحل، والسبب، ويضاف إليها الشكلية في العقود التي تطلب القانون اتخاذ اطراف العلاقة لها ذلك، وعليه ينعقد العقد إذا توافرت اركانه جميعاً، بحيث إذا تخلف أحدها كان العقد باطلاً، فإن العقد الشكلي هو ما لا يكفي التراضي لانعقاده، فلابد من مراعاة الشكل الذي فرضه القانون مع توافر كافة الأركان العامة لانعقاد العقد، وهذا لاعتبارات المصلحة العامة، وكذلك لتنبيه المتعاقدين إلى خطورة التصرف القانوني، ولحماية الغير حسن النية.

فكثير من الناس يقدمون على ابرام العقود التقليدية، وانتشار التصرفات القانونية الالكترونية بشكل واسع، دون اتباع أي شكلية معينة في تكوينها، وذلك وفقاً لمبدأ سليطان الإرادة باعتبار أن الأصل العام هو الرضائية في العقود، إلا أن ذلك ينعكس على اطرافه ومما قد لا يرتب أي أثر قانوني، وكما انه يجوز لطرفي العقد أن يتفقا على ان لا ينشأ العقد بينهما إلا باتخاذ شكل معين كتدوينة في ورقة خاصة سواء كانت ورقة رسمية أو عرفية فيطلق عليها شكلية اتفاقية تمييزاً لها عن الشكلية المفروضة بحكم القانون.

وإذا كان الغالب في العقود أن تكون رضائية كالبيع والايجار والوديعة وغيرها، فإن الكتابة التي تنظم بين أطرافه ليست لأغراض الانعقاد وإنما لهدف اثبات التصرف القانوني، والواقع أن التصرفات القانونية الأخرى كالرهن الوارد على عقار والبيع وكذلك المقايضة والوصية والقسمة والتخارج والتصرف في الأراضي الأميرية وغيرها لا تعتبر وتعد كأن لم تكن أن لم يستوف الشكلية المفروضة قانوناً، ونخلص ذلك

إلى أن العقود تقسم إلى ثلاث إلى العقد الرضائي والعقد العيني والعقد الشكلي وهذا الأخير هو كل دراستنا التي تناولت أثر الشكلية على التصرفات القانونية هو محور دراستنا وذلك لبيان جميع أحكامها وأثر تخلف الشكلية بشقيها التقليدية، والالكترونية على التصرفات القانونية.

أهمية الدراسة

تكمن أهمية هذه الدراسة من خلال التعرف على الشكلية القانونية للتصرفات القانونية في ظل التشريعات النافذة في فلسطين، وذلك بين أطراف العلاقة العقدية، وكذلك للتعرف على الآثار القانونية الناتجة عند مخالفة ركن الشكلية التي فرضها القانون، باعتبار أن آثر شكلية التصرفات القانونية تنعكس على اطراف العقد، ومما يرتب حقوق والتزامات على كل منهما، وكما تكمن أهمية هذه الدراسة بكثرة اللجوء في الواقع العملي، وفي المحاكم الفلسطينية إلى الأحكام القانونية المتعلقة بالشكلية ، وآثارها لمعرفة الأثر القانونية المترتب على مخالفة ركن الشكلية، ولذا تكمن أهمية هذا الموضوع في التعرف على شكلية التصرفات القانونية بشكلٍ عام، وبيان الآثار القانونية الناتجة عن مخالفة الشكلية التي رسمها القانون، وكذلك لتمييز شكلية التصرفات إن كانت مطلوبة للانعقاد أم للإثبات القانوني، كما تظهر أهمية هذه الدراسة من خلال قرارات المحاكم المتعلقة بهذا الموضوع نظراً لأهميته القانونية على المستوى العلمي والعملي.

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على ماهية الشكلية للتصرفات القانونية، وأساسها القانوني، وأحكامها، والطبيعة القانونية لها، وآثارها، وكما تهدف إلى تناول الأحكام وقرارات المحاكم المتعلقة بموضوع هذه الدراسة، وذلك لغايات الوصول إلى نتائج وتوصيات تؤدي إلى أفضل الحلول للمشاكل المتعلقة بموضوع هذه الدراسة، وكما تهدف إلى التعرف الأثار القانونية المترتبة في حال مخالفة ركن الشكلية، ومعرفة جميع الآثار القانونية المترتبة على ذلك، وكما تكمن اهداف الدراسة للوصول إلى النتائج والتوصيات لمعالجة

إشكالية الدراسة، وكذلك تهدف للتطرق إلى موقف القضاء الفلسطيني، وبيان مدى تشابهها واختلافها مع بعض نقاط وأحكام موضوع هذه الدراسة.

إشكالية الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في الغموض الذي يحيط ركن الشكلية في التصرفات القانونية، وبيان أحكامها القانونية المنظمة لها، باعتبار أن مجلة الأحكام العدلية هي التشريع النافذ في الضفة الغربية لم تفرض أية شكلية في التصرفات القانونية، وإنما تبنت ركن التراضي في جميع التصرفات القانونية، إلا أن القوانين الخاصة النافذة في الضفة الغربية اوجبت اتباع ركن الشكلية في بعض التصرفات القانونية لإحداث أثر قانوني، وكما تكمن مشكلة الدراسة في أن الكثير من القانونين يخلط بين أنواع شكلية التصرفات القانونية فيما إن كان الشكلية مطلوبة للانعقاد أم للإثبات أمام المحكمة المختصة، ولذلك لابد من معرفة الأثر القانوني المترتب على تخلف شكلية التصرف القانوني، وهذا بتناول الشكلية بنوعيها شكلية الانعقاد و الإثبات، فإما يترتب البطلان لعدم مراعاة شكلية الانعقاد، واما النتيجة تكمن بعدم وجود دليل لإثبات التصرف القانوني لعدم مراعاته لشكلية الاثبات التي يتطلبها القانون، والجدير بالذكر انه لم تقم القوانين الخاصة بتنظيم هذه المسائل موضوع الدراسة من جميع جوانبها بشكل دقيق، وكذلك ولم تنظم القوانين الخاصة موضوع الدراسة بشكل واضح أو بشكل يسهل الوصول إليه.

أسئلة الدراسة

تثور عدة تساؤلات نتيجة إشكالية الدراسة، التي سيقوم الباحث بالإجابة عليها، ولذلك لابد من إيجاد الحلول القانونية للإجابة على العديد من التساؤلات، ومن أهمها:

1. ما المقصود بشكلية التصرفات القانونية؟
2. ما هي أنواع الشكلية التي أوجبها القانون لكل التصرفات القانونية؟
3. ما هي الأثار القانونية المترتبة على تخلف ركن الشكلية؟

4. ما إذا كانت الشكلية (الكتابة) مطلوبة للإثبات أم للانعقاد؟
5. بيان أنواع وخصائص البطلان المترتب على تخلف شكلية في التصرفات القانونية؟
6. أي من أطراف العلاقة العقدية يستطيع التمسك بالبطلان في حال تخلف ركن الشكلية؟
7. ما المقصود بالشكلية الالكترونية، وبما تتميز عن الشكلية التقليدية؟
8. ما هي استثناءات الشكلية الالكترونية؟

منهجية الدراسة

سيقوم الباحث باتباع المنهج الوصفي التحليلي وذلك بتفسير وتحليل النصوص والأحكام القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة، وكذلك بتناول الاحكام القانونية في القوانين الخاصة النافذة في فلسطين، والتطرق إلى قرارات وأحكام المحاكم بما يتعلق بموضوع هذه الدراسة.

محددات الدراسة

سيتناول الباحث في هذه الدراسة شكلية التصرفات القانونية، وفقاُ لأحكام مجلة الأحكام العدلية والقوانين الخاصة النافذة في فلسطين، بحيث سيتناول في هذه الدراسة شكلية التصرفات القانونية وانواعها، واساسها القانوني، وطبيعتها، والتنظيم القانوني لها، وأحكامها، وبيان أثر مخالفة شكلية التصرفات القانونية، بالإضافة إلى الإشارة إلى قرارات المحاكم المتعلقة بموضوع الدراسة، باعتبار أن شكلية التصرفات القانونية تندرج تحت مصدر الالتزام الأكثر اعمالاً وهو العقد، لذلك سيقوم الباحث بتوضيح كل ما يتعلق بموضوع الدراسة وفقاً للقوانين الخاصة النافذة، وصولاً إلى النتائج والتوصيات المتعلقة بموضوع الدراسة.

خطة الدراسة

قام الباحث بتقسيم الدراسة إلى تمهيد وفصلين، وتم تقسيم كل فصل إلى مبحثين، وكل مبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

الفصل الأول: الشكلية في المحررات التقليدية

المبحث الأول: الأساس القانوني للشكلية وصورها، وقسمت المبحث إلى مطلبين، بحيث تناولت في المطلب الأول الأساس القانوني للشكلية، وفي المطلب الثاني صور الشكلية التقليدية، وقسمته إلى فرعين لكل مطلب، وتحدثت في الفرع الأول للمطلب الأول عن الأساس القانوني للشكلية القانونية، وفي الفرع الثاني عن الأساس القانوني للشكلية الاتفاقية، وكما تحدثت في الفرع الأول في المطلب الثاني عن الشكلية الرسمية، وكذلك تناولت في الفرع الثاني عن الشكلية العرفية.

المبحث الثاني: آثار تخلف الشكلية على التصرفات القانونية، بحيث قسمت المبحث إلى مطلبين، تناولت في المطلب الأول بطلان التصرفات القانونية، وفي المطلب الثاني جزاءات أخرى، تناولت في الفرع الأول ماهية البطلان وأحكامه، وتناولت في الفرع الثاني خصائص البطلان وآثاره القانونية، وتناولت في المطلب الثاني جزاءات أخرى.

الفصل الثاني: الشكلية في الكتابة الالكترونية

المبحث الأول: الكتابة الالكترونية، وقسمت المبحث إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول تعريف المحررات الالكترونية وشروط انشائه، وقسمته إلى فرعين، تناولت في الفرع الأول تعريف المحررات الالكترونية وشروط انشائه، وتناولت في الفرع الثاني الشكلية الالكترونية، وتناولت في المطلب الثاني وتناولت في المطلب الثاني صور الشكلية الالكترونية، وقسمته إلى فرعين، وتحدثت في الفرع الأول الشكلية الرسمية الالكترونية، وكذلك تناولت في الفرع الثاني الشكلية العرفية الالكترونية.

المبحث الثاني: اثبات العقود الالكترونية وحجيتها، وقسمت المبحث إلى مطلبين بحيث تناولت في المطلب الأول ماهية التوقيع الالكتروني وصورة، وفي المطلب الثاني آثار الكتابة الالكترونية، وقسمته إلى فرعين لكل مطلب، وتحدثت في الفرع الأول من المطلب الأول عن مفهوم التوقيع الالكتروني، وفي الفرع الثاني عن صور التوقيع الالكتروني، وكما تحدثت في الفرع الأول في المطلب الثاني عن حجية شكلية المحررات الالكترونية، وكذلك تناولت في الفرع الثاني استثناءات الشكلية الالكترونية.

الفصل التمهيدي

ماهية الشكلية القانونية

لقد اختلف الفقه حول مفهوم الشكلية بين المفهوم الضيق والموسع في تعريفها، مما ينعكس ذلك سلباً على عمل القضاء الفلسطيني، فتحديد مفهوم الشكلية لما له من ضرورة بحثية نظراً لما يبنى عليه من أحكام وقرارات قضائية، (ابن الفقيه، 2019) وتعد الشكلية في التصرفات القانونية استثناءً عن الأصل وهي الرضائية التي تعد هي الأصل العام في العقود وفقاً لما جاء في مجلة الأحكام العدلية باعتبارها التشريع النافذ في فلسطين، ولابد من التعرض لمفهوم الشكلية القانونية، وكذلك على صورها، ومصادرها، وأصنافها، وهذا ما سيتم بيانه في تمهيد دراستنا.

الفرع الأول: مفهوم الشكلية

حيث سنقوم بتحديد مفهوم الشكلية انطلاقاً من تحديد المفهوم اللغوي ومن ثم المفهوم الاصطلاحي وفقاُ لما يلي:

أولاً: المفهوم اللغوي

يعرف الشكل في اللغة من شكل الشيء: "صوره، وهو صورة الشيء المحسوسة او المتوهمة، والجمع أشكال، (ابن المنظور) وشكل الشيء إي صورة وعالجه بغية إعطائه شكل معين"،(معجم المعاني الجامع) وعرف الشكل بأنه هيئة الشكل وصورته ويقال أمور شكلية يعني يهتم فيها بالشكل دون الجوهر ، (معجم اللغة، معجم الوجيز، مادة الشكل) والشكلية مصدر من الشكل: تمسك شديد بالأشكال الشكلية في الدين والحياة الاجتماعية، ومبدأ قوامه أن صحة الأعمال القانونية مرتبط بمراعاة الأشكال، حيث ان جميع التعاريف لكلمة " شكل" وهي أصل كلمة شكلية تنصب في معنى واحد وهو الصورة الخارجية للشيء، وضد الشكل هي الصورة الباطنية للشيء أي الجوهر. (معجم المعاني الجامع)

ثانياً: المفهوم الاصطلاحي

لم تعرف القوانين العربية الشكلية في العقود، (رهش، 2016) وتعددت تعريفات الشكلية فمنهم من عرف الشكلية على أنها أسلوب محدد للتعبير عن الإرادة يفرضه القانون بصورة إلزامية، ويكون ركناً أساسيا في إنشاء العقد أو يعد صورة خاصة من صور التعبير عن الإرادة يفرضها المشرع، ويلاحظ من هذا التعريف انه يربط بين الشكلية وبين التعبير عن الإرادة، وبالنتيجة تضييق نطاق الشكلية واستبعاد عقود شكلية عديدة من نطاق وأحكام الشكلية، كالعقود التي تشترط لصحتها الإشهاد كعقد النكاح، والعقود التي يشترط لصحتها القبض كعقد الصرف وعقد السلم ،لأن الشكل في هذه العقود لا يتعلق بالتعبير عن الإرادة.

وعرفت الشكلية بأنها وضع يفرضه القانون ويلتزم به، لانعقاد العقد من أجل مصلحة عامه أو خاصة، وتعد الشكلية هي استثناء عن الأصل العام وهو الرضائية في العقود، فالعقد ينعقد بتبادل الإرادتين متطابقتين، فالشكلية لا يوجبها المشرع إلا في حالات استثنائية من أجل حماية مصلحة بنوعيها عامة أو خاصة. (ابن الفقيه، 2019، صفحة 174)

ويرى الباحث أن مجمل هذه التعاريف توصل أن الشكل مصدره النص القانوني بمعنى يفرضه المشرع ويلزم به المتعاقدين، ولكن هناك بعض الشكليات يكون مصدرها إرادة المتعاقدين (الاطراف)عملاً بمبدأ سلطان الإرادة، وعلى هذا الأساس اختلف الباحثين حول تحديد تعريف محدد للشكلية بشكل عام، فتجهوا إلى اتجاهين منهم الموسع ومنهم الضيق لمفهوم الشكلية.

- **الاتجاه الموسع في مفهوم الشكلية**

يرى الباحثين هذا الاتجاه بشكل أوسع لمفهوم الشكلية لتستوعب إي إجراء أو صورة يجب أن تفرغ فيها الإرادة الخارجية للمتعاقدين، وليس ضرورة وجوب فرضها من المشرع، بل حتى الإجراءات التي يتفق عليها أطراف العلاقة يجب اعتبارها شكلاً ملزماً ما دام اتفق عليها أطراف العقد بإرادة حرة دون أي أكره. (ابن الفقيه، 2019، صفحة 175)

وكما يذهب أنصار هذا الاتجاه أن التعبير عن الإرادة بحد ذاتها يعد شكلية، لأنه مسألة الإرادة هي مسألة داخلية يصعب تحديدها للكشف عن ما بداخلها إلا بالظهور الخارجي في شكل من الأشكال التي يعتبر تعبيراً مادياً عن الإرادة باطنية. (ابن الفقيه، 2019، صفحة 175)

وبالنتيجة يرى الباحث ولما سبق ذكره، إذا علمنا بالمفهوم الموسع لمفهوم الشكلية، سنجد أن جميع التصرفات القانونية هي تصرفات شكلية، لاعتبار أن التعبير عن الإرادة هي مسألة ضرورية وجوهرية في جميع التصرفات القانونية، وان الركن الأساسي هو التراضي في العملية التعاقدية.

- **الاتجاه الضيق في مفهوم الشكلية**

يعتبر هذا الاتجاه أن الشكلية تتمثل في الإجراءات الرسمية المتوجب اتباعها لانعقاد العقد واللازمة لإبرامه، حيث أن الشكل وفق هذا الاتجاه هو الطريقة التي فرضها المشرع للتعبير عن الإرادة والتي بتخلفها يبطل العقد، وهذا النوع من الشكلية يطلق عليه الشكلية القانونية القطعية. (عليوي، 2016، صفحة 568)

وبالنتيجة فلا يمكن وجود شكلية، إلا إذا أوجبها المشرع لإنشاء التصرف القانوني، وفي ذات الوقت يكون هذا الشكل ملزم ويفرض القانون جزاء على تخلفه، وأن هذا الاتجاه يضيق من مفهوم الشكلية يحصرها بالشكلية القانونية، دون غيرها من الأشكال الخارجية للتعبير عن الإرادة، كالشكلية الاتفاقية أو غيرها.

وعطفاً على ما سبق ذكره، واستناداً للقواعد العامة لإنشاء التصرفات القانونية ومبدأ سلطان الإرادة، فإنه كلا من الاتجاهين الأول والثاني لمفهوم الشكلية يتسمان بنوع من الإفراط، حيث اننا نرى أن المفهوم القانوني السليم للشكلية هو كل إجراء أو صورة للتعبير عن الإرادة الداخلية والذي من الممكن أن يكون مصدر هذا الشكل اما القانون، يوجبه ويحدد جزاء على تخلفه، أو يكون مصدره إرادة المتعاقدين عملاً بمبدأ سلطان الإرادة، وقاعدة العقد شرعية المتعاقدين، وهذا ما يعرف بالشكلية الاتفاقية.

وما يجدر الإشارة إليه ان الشكلية أوجبها القران الكريم، حيث جاء في آية الدين، بسم الله الرحمن الرحيم (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فأكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل...) صدق الله العظيم (البقرة: 283)، وأن هذا المبدأ العام الذي يريده الله سبحانه الله وتعالى، فإن الكتابة أمر مفروض بالنص، فإنه غير متروك للأطراف في حال الدين لأجل، ليكون ذلك أحفظ لمقدارها، وأضبط للشاهد فيها، وسواء كانت الكتابة فرضاً أو اختيارا فإنها اقصى متطلبات الشكلية.

الفرع الثاني: صور الشكلية ومصادرها

تنحصر صور الشكلية في ثلاثة مصادر وهي: القانون، والشريعة، واتفاق الأطراف، وتعددت الصور التي تتخذها الشكلية باختلاف مصدرها، فتتمثل صور الشكلية التي اوجبتها الشريعة الإسلامية في صورتين وهي: الإشهاد والقبض. ولا نريد ان ندخل في مضمونها. (المعشني و ادريس، 2014، صفحة 274)

وقد تنحصر صور الشكلية في القانون في صورتين وهما: الكتابة الرسمية، والكتابة العرفية، وسيقوم الباحث بالوقوف على هذه الصور بدراسة معمقة وتفصيلية لكل منها، إلا انه يقصد بالكتابة الرسمية هي الكتابة التي ينظمها الموظفون العموميون أو من يكن في حكمهم ويقوموا بتنظيمها طبقاً لأحكام القانون،

أما السندات التي يقوم أطرافها بتنظيمها، ويصدقها هؤلاء الموظفون تصديقها طبقاً لأحكام القانون، فتعد أسناداً رسمية من حيث التاريخ والتوقيع فقط".[1]

أما الصورة الثانية من صور الشكلية التي فرضها القانون وهي الكتابة العرفية، والتي سيقوم الباحث بتنظيم دراسة معمقة وتفصيليه، إلا أنها تعرف وفقاُ لأحكام قانون البينات الفلسطيني النافذ بأنها هي الأسناد التي لم تستوف الشروط التي ذكرت في المادة (9) من القانون المذكور، فتكون هي السندات العرفية متى كان أطراف العلاقة قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصماتهم، وعليه تعني وجوب إفراغ ما اتفق عليه المتعاقدان في مستند مكتوب، ومن الأمثلة عليها وجوب كتابة عقد التحكيم، بموجب أحكام المادة (2/5) من قانون التحكيم الفلسطيني النافذ التي نصت على " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً".

أما الصورة الأخيرة من صور الشكلية وهي التي يكون مصدرها اتفاق الأطراف ولم يكن مصدرها القانون أو الشريعة الإسلامية، فقد يكون العقد رضائياً في الأصل، فيتفق أطراف العلاقة التعاقدية على أن يكون شكلياً، أي ان تكون الشكلية مفروضة بحكم اتفاق الأطراف، كأن يتفق الأطراف على عدم انعقاد العقد إلى حين قيام المشتري بدفع مبلغ بمقدار معين، فتكون الدفعة النقدية ركناً شكلياً لا ينعقد العقد إلا بتحققه، وعليه لا يمكن حصر صور الشكلية التي يكون مصدرها اتفاق الأطراف فهي متعددة وفقاً لاتفاقهم، لأنها مرهونة باتفاق الأطراف وليست محددة سلفاً كصور الشكلية المذكورة أعلاه. (السنهوري ع.، الوسيط في شرح القانون المدني، صفحة 163)

ويرى الباحث أن القوانين المدنية لا تعرف صور للشكلية القانونية إلا الكتابة سواء كانت كتابة رسمية، او عرفيه، وهي صوراً مرتبطة بالتعبير عن الإرادة، وأن الشكلية إجراء منفصل عن التعبير عن الإرادة، وتعرف الشكلية على انها هو اتباع شكل معين أوجب القانون اتباعه لإحداث أثر قانوني، وكما تعتبر من

[1] راجع نص المادة (9) من قانون البينات رقم 4 لسنة 2001 النافذ.

أهم القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، وانهالا تفرض هذه الشكلية إلا لتحقيق غاية معينه ستناولها لاحقاً في هذا التمهيد.

الفرع الثالث: أصناف الشكية في التصرفات القانونية

حيث لا تنشأ التصرفات القانونية الشكلية صحيحة إلا بتوافر عناصرها الجوهرية، والتي تتمثل الأركان الأساسية للتصرف الشكلي، ونود ذكرها دون تناول مضمونها باستثناء ركن الشكل ستناول اصناف هذا الركن باعتباره موضوع دراستنا:

1. الأهلية.
2. الرضا.
3. المحل.
4. السبب.
5. الشكل.

لابد من تصنيف الشكلية لما له من أهمية في تحديد الآثار القانونية المترتبة على تخلف ركن الشكلية، وذلك قمت بمناقشة كل صنف على حدا، بحيث يمكن تصنيف التصرفات القانونية إلى شكلية أو رضائية، حسب مدى وجود الإلزام في التعبير عن الرضا من عدمه، والتصرفات الشكلية تصنف على عدة أصناف وهي:

1. الشكلية القانونية والشكلية الاتفاقية

بدايةً فإننا نتناول الشكلية القانونية، ومن ثم ستناول الشكلية الاتفاقية وحيث تعرف الشكلية القانونية بانها شكلية مفروضة بنص قانوني من طرف المشرع، فإن جهة الإلزام ومصدها هو المشرع بنص قانوني، وذلك نظراً لأهمية بعض التصرفات القانونية، وحماية لأموال الناس ولضمان حقوقهم، فقد تدخل المشرع وأوجب

في هذا الصنف من التصرفات بضرورة التعبير عن الإرادة وفقاً للشكلية التي حددها القانون، ولم يعتد بآثار هذه التصرفات إن لم يتم وفق الشكل المحدد قانوناً. (الاسدي، 2007، صفحة 258)

فالشكلية القانونية هي الاستثناء عن القاعدة العامة وهي قاعدة الرضائية في العقود، التي تعتبر الأصل في إنشاء التصرفات القانونية، حيث في الشكلية القانونية لا يكتفي بالتراضي، بل يجب أن يكون هذا التراضي وفق قالب معين يحدده القانون، ولا ينشأ التصرف القانوني صحيحاً إلا باتخاذ الشكلية التي حددها القانون.

ويمكن القول بان الشكلية القانونية تضيق من حرية أطراف العلاقة في اختيار الوسيلة التي تناسبهم في انشاء تصرفهم القانوني، بل ان القانون يفرض شكلاً يجب اتباعه لإنشاء هذا التصرف القانوني ويرتب الجزاء في حال تخلف الشكل بأنه لا يرتب أثره القانوني وأن الشكلية القانونية غالباً ما تفرض من طرف المشرع باشتراط الكتابة، اما الرسمية أو العرفية، وأحيانا يوجب التسجيل أو التسليم. (ابن الفقيه، 2019، صفحة 183)

أما بخصوص الشكلية الاتفاقية، فإن مصدر هذه الشكلية هو اتفاق أطراف العلاقة التعاقدية، فالشكلية المتفق عليها تصبح ملزمة لهم، بمجرد قبول كلاهما بالشكلية المتفق عليها عملاً بمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ويصبح الشكل المتفق عليه كأنه مفروض بنص القانون، رغم أنه يمكن للأطراف التراجع عن هذا الاتفاق، تعديله باتفاق لاحق، وهذا ما يميزها عن الشكلية القانونية، ولكن الشكلية الاتفاقية قد تثير بعض صعوبات، ولاسيما في الحالة التي يكون فيها التصرف القانوني رضائياً في الأصل، فيصبح تصرفاً شكلياً بموجب اتفاق الأطراف، فعندها تصبح الشكلية مفروضة وواجبة. (ابن الفقيه، 2019، صفحة 183)

حيث انقسمت آراء الباحثين بهذا الخصوص إلى اتجاهين:

- **الاتجاه الأول:** حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشكل الاتفاقي عندما يكون متفق عليه، يعتبر شكلاً قائما بذاته وله ذات قوة الشكل المفروض قانوناً، وان الاتفاق يؤدي لإنشاء تصرف قانوني ما إلى تحول هذا التصرف من رضائي إلى شكلي. (السنهوري ع.، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، صفحة 143)
- **الاتجاه الثاني:** يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشكل الاتفاقي يختلف عن الشكل القانوني، وان إرادة الأطراف غير قادرة على تحول التصرف القانوني من الرضائية إلى الشكلية، وكذلك صفة الالزام لا تتحقق في الشكل الاتفاقي، على عكس الشكلية القانونية، باعتبار أن بإمكان الأطراف التراجع عن الأولى أما باتفاق لاحق صريح أو بشكل ضمني، وذلك بمجرد البدء بتنفيذ التصرف دون مراعاة للشكلية المتفق عليها. (يحيى، 1990)

ويرى الباحث أن الشكل الاتفاقي قادر على تحويل التصرف القانوني من الرضائية إلى الشكلية، لان ارادة الأطراف فرضته، لما لها من قوة في إنشاء التصرفات القانونية، استناداً إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولمبدأ سلطان الإرادة. إلا أن الشكل القانوني يتميز عن الشكل الاتفاقي باعتبار ان الأول مفروض بنص قانوني، وباعتباره من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته.

2. الشكلية الانعقاد والشكلية الإثبات

يعرف الاثبات لغةً بانه:" أثبت الشي أي أقره، وأثبت الحق: أقام حجته، والحجة: الدليل والبرهان، والبينة: الحجة الواضحة". (معجم الوجيز)

حيث أن ما يميز الشكلية بنوعيها إن كانت للانعقاد أو الاثبات، حيث يمكن القول إذا كان الشكل مفروضاً على الإرادة واجب الاتباع عند ابرام العقد، كركن لانعقاد العقد فإن ذلك يجعل من التصرف شكلياً للانعقاد، وذلك واضحاً في بيع الأراضي التي تمت عليها اعمال التسوية، بأن لا يعتبر البيع والمبادلة وكذلك القسمة

والإفراز في الأرض أو الماء صحيحاً، إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة تسجيل الأراضي المختصة. [1] مما لا يترتب الأثر القانوني في حال مخالفة شكلية الانعقاد التي حددها المشرع بنص صريح وقد رتب البطلان في حال مخالفتها.

أما إذا انعقد العقد صحيحاً مستوفياً لأركانه وشرائط صحته إلا أن اثباته يستلزم شكلاً معيناً، فهنا لا تثور الحاجة إليه إلا ذا تنازع أطراف العلاقة حول وجوده أو آثاره، فنكون هنا امام شكلية الاثبات، (المومني، دور الشكلية في التصرفات الفانونية دراسة مقارنة، 2005) وكما يفهم من أحكام المادة (68) من قانون البينات النافذ على أن في المواد الغير تجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته عن مائتي دينار اردني، او ما يعدلها بالعملة المتداولة قانوناً، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجودة أو انقضائه، ما لم يوجد نص صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، وعليه فإن الالتزامات المدنية التي تزيد قيمها عن مائتي دينار لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود، ومما يجعل ذلك أن الكتابة لهذه الالتزامات هي شكلية لإثبات التصرفات القانونية.

وأن وظيفة الشكل كافية للتميز بين شكلية الانعقاد وشكلية الاثبات، إلا ان الواقع العملي الذي يجعل من الحق وإن كان موجوداً الذي لا يستند إلى دليل يثبته هو والعدم سواء، (المومني، دور الشكلية في التصرفات الفانونية دراسة مقارنة، 2005، صفحة 95) حيث يرى جانب من الفقه من أن شكلية الاثبات هي احدى أنواع الشكلية المخففة التي ترد على مبدأ الرضائية، (سوار، 1990، صفحة 206) بل جانب من الفقه ذهب إلى أبعد من ذلك وذهب بالقول بأن وظيفة الشكل بالقانون الحديث هي وظيفة إثباتية، ولا حاجة للتفرقة بين الشكل ووسائل الاثبات. (المومني، دور الشكلية في التصرفات الفانونية دراسة مقارنة، 2005، صفحة 95)

[1] أنظر نص المادة (3/16) من قانون التسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952.

وبالرغم من ذلك، يرى الباحث أنه في الواقع العملي أن الحق الذي لا دليل لإثباته، هو والعدم سواء، إلا ان التمييز بين شكلية الانعقاد والاثبات ضرورة عملية وقانونية، حيث يكفي بانعدام التصرف الشكلي أو بطلانه انتفاء الشكل، بينما يبقى التصرف القانوني الفاقد لدليل اثباته صحيحاً وقائماً بذمة المدين، فإنه يعوزه الدليل بانتظار إقرار المدين أو تحليفه اليمين.

وكما تبرز صعوبات التمييز بين شكلية الاثبات والانعقاد، إذا كان الشكل وجوداً وتخلفاً يختلف باختلاف دوره ووظيفته، فإنه يصعب في بعض الأحيان الوقوف على وظيفة الشكل والدور الذي يؤديه في التصرف القانوني، نظراً لعدم وضوح النص القانوني الذي ابتغاه المشرع منه، فعلى سبيل المثال في عقود العمل، حيث واضح انه الكتابة هي وسيلة للإثبات في عقد العمل وحقوق العامل، لان المشرع لم يرتب على تخلف الكتابة بطلان عقد العمل، معطياً العامل في حال تخلف الكتابة الحق بإثبات حقوقه بكافة بطرق الاثبات، وبالمقابل تكون الكتابة او التسجيل هي ركن في انعقاد عقد البيع للأراضي التي جرت عليها اعمال التسوية.

ويرى الباحث أنه تبرز أهمية التفرقة بين الشكلية بنوعيها إن كانت للانعقاد أم للإثبات هو معرفة الأثر القانوني المترتب على تخلف شكلية التصرف القانوني، فإما يترتب البطلان لعدم مراعاة شكلية الانعقاد، واما النتيجة تكمن بعدم وجود دليل لإثبات التصرف القانوني لعدم مراعاته لشكلية الاثبات التي يتطلبها القانون، وحيث من الواضح أن الشكل المتمثل بالتسجيل، فإنه لا ينعقد الرهن بدون مراعاته، إلا ان المشرع قد يأتي في كثير من النصوص إما بالمقدمات التي لا تتفق مع النتائج التي يقررها النص، وإما أن يأتي النص غامضاً لا يمكن الوقوف على حقيقة الغرض أو الهدف الذي ابتغاه المشرع.

- **الغاية القانونية من فرض الشكلية.**

تكمن الغاية في فرض الكتابة كشكلية لانعقاد العقد هو حماية لمصالح خاصة، وعامه ولابد من تناولها بشكل كافي ومفصل، وتتمثل فيما يلي:

1. حماية المصلحة العامة

أن الكتابة كشكلية للانعقاد تسعى إلى حماية مصالح أطراف العلاقة التعاقدية، فإن ذلك يؤدي بالضرورة إلى تحقيق المصلحة العامة، وذلك ينعكس على حسن أداء الدولة لوظائفها وخدماتها، فإن الشكل الرسمي يسعى إلى حماية التراضي من أي عيب من عيوب الإرادة، لاسيما انه يعطي لطرفي العقد التفكير بجدية بشأن العلاقة العقدية، ومن شأن ذلك يؤدي على حماية العلاقات الاجتماعية والاقتصادية، ومما يعد حماية للمصلحة العامة، ومما يهدف المشرع الفلسطيني من فرض الكتابة كركن للشكلية في الانعقاد، على حماية الملكية العقارية وذلك بمراقبة الدولة هذه الملكية وطريقة استغلالها وكذلك معرفة جميع التصرفات القانونية الواردة على العقار، باعتبار أن السند الرسمي المكتوب يثبت ملكية العقار. (أودادسي و بوعشيق، 2018)

وكما ان الشكل الرسمي يعمل على تسهيل عمل القضاء الفلسطيني في حال وجود نزاع بين أطراف العلاقة التعاقدية، باعتبار أن من يقوم بتنظيم هذه الاسناد هو موظف عام مختص وهذا ما سأقوم بتبيانه في دراستنا، وأن من خلال ذلك فإن يستطيع القاضي من الكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين دون أي شبهه، لان الموظف العام هو القادر على اختيار المصطلحات القانونية للتعاقد.

2. حماية المصلحة الخاصة

أن الشكل الرسمي هو أداة للتأكد من صحة التراضي وتقويته، ولإثارة انتباه أطراف العلاقة القانونية حول خطورة بعض العقود لما لها من أهمية وآثار كبيره، وتعد الكتابة كركن للشكلية هي بمثابة تنبيه لما يقدم

عليه المتصرف من تصرف، فلا يكفي رضاه، بل يجب ان يتخذ التصرف القانوني الشكل الذي يحدده القانون لكي ينتج آثاره القانونية، فالتصرفات الشكلية فقد حدد لها المشرع شكلية ولم يترك للأطراف حرية اختيار شكلية للتعبير عن إرادته، فهو من باب الحماية القانونية له لأطراف العلاقة التعاقدية، فإن المشرع يفرض الكتابة كوسيلة الأكثر وضوحاً في الكشف عن إرادة المتعاقدين.

ومن جانب آخر، فإنه يتمثل دور الكتابة كشكلية للانعقاد، لا يهدف إلى حماية أطراف التصرفات القانونية، وإنما بدوره يهدف حماية حقوق الغير الذين يمسهم التصرف القانوني، فإن القانون الفرنسي على سبيل المثال جعل الكتابة الرسمية لعقد الهبه لخطورة هذا العقد، باعتباره انه يؤدي إلى خروج المال من ذمة صاحبه، ولذلك اشترط المشرع الفرنسي الكتابة من اجل ان يتأنى الواهب على الإقدام على هذا التصرف مراعاة لمصحة عائلته، وعليه فإن الشكل الرسمي كما يحمي الواهب يحمي الأغيار وهم عائلة الواهب في المثال المذكور. (أودادسي و بوعشيق، 2018، صفحة 263)

وكما يفهم من القواعد الفقهية الوارد ذكرها في مجلة الأحكام العدلية، باعتبارها القانون المدني النافذ في الضفة الغربية، بأنها أوردت قواعد قانونية شكلية على طرق الأثبات، وقد تعرضت المجلة لأحكام الاثبات تحت عنوان كتاب البينات والتحليف، وبدأ بتعريف الشهادة، والبينة، والتواتر والتحليف، وغيرها، تناولت أحكام كيفية التقاضي، والدعوى ونذكر بعض الأمثلة العامة عليها وهي: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، [1]والأصل براءة الذمة،[2] والضرر لا يزال بمثله، [3]والأصل في الكلام الحقيقة.[4]

[1] أنظر نص المادة (3) من مجلة الأحكام العدلية.

[2] أنظر نص المادة (8) من مجلة الأحكام العدلية

[3] أنظر نص المادة (25) من مجلة الأحكام العدلية

[4] أنظر نص المادة (12) من مجلة الأحكام العدلية

الفصل الأول

الشكلية في المحررات التقليدية

ان الشكلية التقليدية هي تلك الشكلية التي تعد ركناً في التصرف القانوني التقليدي، ومن المعلوم أن التصرفات الشكلية لا تختلف عن التصرفات غير الشكلية، في أن تتوافر أركانها القانونية ومنها التراضي– الايجاب والقبول باعتباره الركن الأول والذي يقف في المرتبة الأولى لأركان العقد، لان الشكل في القانون لا يصادر الارادة بل يؤكدها، باعتبار أن الشكل ليس الركن الوحيد في العقد الشكلي، لذللك يجب أن تكون وراءه إرادة حرة سليمة من عيوبها، وان انعدامها يترتب عليه بطلان التصرف الشكلي، (رهش، 2016، صفحة 54) فالشكلية الحديثة إن كانت لازمة، فإنها ليست كافية بل يجب أن تقترن بإرادة المتعاقدين، فإن الإرادة هي التي يقع عليها الشكل، (ابن الفقيه، 2019، صفحة 189) وهذا ما سيتم التطرق إليه في موضوع دراستنا، بالإضافة لذلك أن الشكلية التي تعتبر ركناً في التصرف القانوني التقليدي، ومطلوبة لإثباته، وسميت بالشكلية التقليدية لتمييزها عن الشكلية الالكترونية التي سنتناولها في محور دراستنا، وحيث أن هذا النوع من الشكلية يكون على دعامة ورقية، وغالباً ما تنحصر الشكلية التقليدية في الكتابة، وفي بعض الإجراءات التقليدية التي يوجبها المشرع لقيام التصرف، فالشكلية التقليدية تتحقق بإجراءات يفرضها المشرع بعينها، وكذلك تتطلب حضور أطراف العلاقة القانونية والتوقيع على التصرف الذي يكون على شكل ورقي،[1] وفي بعض الأحيان يفرض الكتابة اليدوية كإجراء تقليدي لصحة تصرف قانوني ما،[2] وكل ذلك سنتناوله في هذا الفصل ولمعرفة الأساس القانوني للشكلية.

[1] لقد اوجب المشرع الفرنسي لصحة بعض التصرفات القانونية الشكلية ان تكون مكتوبة بكامل خط اليد، فيشترط لصحة الوصية ان تكون مكتوبة بخط اليد الموصي، انظر نص المادة (97) من القانون المدني الفرنسي.

المبحث الأول: الأساس القانوني للشكلية وصورها.

تعد الشكلية أحد أركان انعقاد التصرفات القانونية، وعليه لابد من التطرق والتعرف على الأساس القانوني الموجب للشكلية، لكي يتسنى لنا التعرف على آثارها القانونية، وقد حدد القانون التصرفات القانونية التي أوجب توافر الشكلية بها، باعتبار انه لا يمكن تصور وجود شكلية، إلا بوجود شكل محدد يتطلبه القانون، ويجب التقييد به واتباعه لإنشاء التصرف القانوني، ونظراً لتعدد صور الشكلية فلابد من التعرف على الأساس القانوني لنوعيها الشكلية القانونية، والشكلية الاتفاقية، وهذا ما سيتم تناوله في محور دراستنا في المطلب الأول، ولابد من اسقاط الضوء على صور الشكلية القانونية بنوعيها الشكلية الرسمية، والشكلية العرفية، وهذا ما سيتم مناقشته في المطلب الثاني وفقاً لما يلي:

المطلب الأول: الأساس القانوني للشكلية

أن المعروف لنا لا تنهض التصرفات القانونية الصحيحة، المنتجة لأثارها القانونية إلا باجتماع أركانها، والتي تعد من القواعد العامة القانونية وهي الرضا والمحل والسبب والشكل، وإلا ان ما يثير الجدل ما هو الأساس القانوني للشكلية، فهل باختلاف أنواع الشكلية، من شكلية قانونية، وشكلية اتفاقية، يختلف الأساس القانوني لكل منهما، وللإجابة على الكثير من التساؤلات، وقسمت هذا المطلب إلى فرعين وفقاً لما يلي:

الفرع الأول: الأساس القانوني للشكلية القانونية

أن الشكلية القانونية هي الشكلية المفروضة بنص قانوني من قبل المشرع، وان اساسها القانوني – مصدرها وجهة الإلزام بها هو المشرع بنص قانوني، وذلك نظراً لأهمية التصرفات القانونية، وحماية لأموال الناس ولضمان حقوقهم، فقد تدخل المشرع وأوجب في هذا الصنف من التصرفات بضرورة التعبير عن الإرادة وفقاً للشكلية التي حددها القانون، ولم يعتد بآثار هذه التصرفات إذ لم تكن وفق الشكل المحدد قانوناً. (الأسدي، 2007، صفحة 258)

وأن الشكل يكون مفروضاً بموجب نص قانوني، وعلى الإرادة اتباعه تحت طائلة بطلان التصرف، ويأتي ذلك استثناءً عن الأصل العام وهو مبدأ الرضائية في التصرفات القانونية، ويعد القانون هو المصدر الرئيس والطبيعي للتصرفات القانونية الشكلية، لاسيما أن إرادة المشرع هي التي تفرض على الكافة، وكما يمتد تدخل المشرع إلى شكلية الإثبات ولم يتوقف عند شكلية الانعقاد، وذلك كشكلية الاثبات بما زاد عن مئتي دينار أردني وفقاً لأحكام المادة (68) من قانون البينات الفلسطيني النافذ، وذلك تحت طائلة فقدان الحق لدليل اثباته. (المومني، دور الشكلية في التصرفات القانونية دراسة مقارنة ، 2005)

وفي هذا المقام يرى الباحث أن ما يعنينا هو أن القانون الذي ينص على الرضائية في التصرفات القانونية وفقاً للأصل العام عملاً بأحكام مجلة الأحكام العدلية التي تعد جميع التصرفات القانونية المنظمة بموجبها هي تصرفات رضائية، نجد أن القانون ذاته هو الذي ينص على استثناء الشكلية.

وفي هذا الصدد نورد بعض الأمثلة على التصرفات الشكلية القانونية وفقاً لأحكام قانونية ذات علاقة، التي تجسد استثناء الشكلية من قاعدة الرضائية في التصرفات القانونية، التي تتثمل في عقد البيع العقاري من العقود التي نظم المشرع أحكامها، وهي من العقود المسماة إذ جعل هذا العقد عقداً شكلياً، وأوجب في الأماكن التي تمت فيها أعمال التسوية أن يكون البيع أو المبادلة أو الإفراز والقسمة في دائرة تسجيل الأراضي المختصة حتى يعتبر التصرف القانوني صحيحاً منتجاً لأثارة القانونية،[1] وعليه فأنه يكون عقد البيع الواقع على العقار عقداً شكلياً يجب ان يتخذ الشكلية التي حددها القانون، إلا انه يستلزم علينا لتناول أحكام البيع العقاري من التمييز بين نوعين من الأراضي: وهي الأراضي التي تمت عليها أعمال التسوية، والأراضي التي لم تتم عليها أعمال التسوية، وذلك للوقوف على حقيقة شكلية التصرفات الواردة على الأراضي.

[1] أنظر نص المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952 وتعديلاته النافذ.

النوع الأول: الأراضي التي تمت عليها أعمال التسوية

يقصد بأعمال التسوية وفقاً لتعريف المشرع بأنها هي تسوية لجميع الخلافات والمسائل التي تتعلق بأي حق تملك أو تصرف، أو المياه أو المنفعة فيها، أو أية حقوق تتعلق بها،[1] وتعتبر هي تصفية لجميع المنازعات المتعلقة بالعقار أو الحقوق العينية المرتبطة به. (العبيدي، 1997، صفحة 80)

وما يجدر الإشارة إليه هو أن القيد في سجل الأراضي بمقتضى قانون التسوية النافذ يتمتع بحجه مطلقة، لا يمكن للمحاكم الفلسطينية ان تسمع أي دعوى بما يخالف ما ورد في سند التسجيل الصادر استنادا لقانون التسوية، ويعد عقد البيع باطلاً إن جرى خارج دائرة تسجيل الأراضي المختصة أي لم يرتب أي أثر قانوني، وان كل من كان طرفاً في المعاملة التي تمت خلافاً لما ذكر يكون عرضة بعد الإدانة من قبل المحكمة التي تنظر في القضية لدفع غرامة لا تتجاوز خمسة دنانير، وكما أن هذه الشكلية القانونية تشمل عقود المغارسة وعقود الإيجار المنظمة المتعلقة بأرض تمت التسوية فيها، وكما يجب أن تجرى في دوائر التسجيل وأن كل عقد نظم خلافاً لذلك، فأنه لا تسمع الدعوى به في المحاكم. [2]

حيث إذا كان القيد الناجم عن أعمال التسوية كما بيناه سالفاً بما له من حجية مطلقه، إلا أن التصرفات اللاحقة لا تكون لها ذات الحجية، ولم تكن محصنه من الطعن فيها، فإذا أختل ركن من أركان التعاقد أو شاب الإرادة عيباً، (الزعبي، 2005) وما قررته محكمة التمييز الأردنية في حال مخالفة هذه الشكلية هو البطلان، حيث اعتبرت البيع الواقع على عقار جرت فيه أعمال التسوية بيعاً باطلاً لا يرتب أي أثر قانوني، وكما قررت إعادة المتعاقدين إلى ما كان علية المتعاقدين قبل التعاقد، فيسترد البائع المبيع، ويسترد المشتري الثمن،[3] وفي هذا المقام لابد من الإشارة إلى الشكلية القانونية في البيع العقاري للتعرف على

[1] انظر نص المادة (2) من قانون تسوية الأراضي والمياه وتعديلاته النافذ.

[2] أنظر نص المادة (16) بفقرتيها الثالثة والرابعة من قانون تسوية الأراضي والمياه وتعديلاته النافذ.

[3] تميز حقوق رقم (79/166)، مجلة نقابة المحامين لسنة 1979، ص 1029، تمييز حقوق رقم (80/31)، مجلة نقابة المحامين لسنة 1980، ص 1248.

ماهية الشكلية القانونية المطلوبة في عقد البيع العقاري باعتباره من أبرز الأمثلة على الشكلية في العقود الرسمية، والتي خرج المشرع بهذا العقد عن الأصل العام وهو قاعدة الرضائية في العقود، نظراً لأهميته بالنسبة للدولة والأفراد. (دواس، 2013، صفحة 303) ونورد الكثير من الأمثلة التي فرضت الشكلية بموجب نص القانون وتتمثل هذه الشكلية القانونية فيما يلي:

- تسجيل التصرف القانوني الواقع على أرض تمت تسويتها: أن ما أوجبه المشرع هو تسجيل التصرف القانوني في دوائر الأراضي المختصة، وذلك عند إجراء معاملات التصرف في الأراضي الموقوفة والأميرية والاملاك والمسقفات والمستغلات الوقفية وكذلك إعطاء سندات التسجيل بها في دوائر التسجيل،[1] وأن المشرع أوجب الشكلية في التصرفات التي تقع على الأراضي التي تمت بها أعمال التسوية بموجب نصوص آمره وصريحة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

حيث تتمثل هذه الشكلية في عقد البيع العقاري بهذا النوع من الأراضي، بوجوب إجراء معاملة البيع لدى دائرة تسجيل الأراضي المختصة، وهذا سنداً لأحكام المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه التي سبق الإشارة إليها، ولما قررته محكمة التمييز الأردنية، واستقرت عليه بأنه عقود بيع العقار هي عقود شكلية، وتتمثل الشكلية فيها بإجراء البيع في دوائر تسجيل الأراضي المختصة. (المومني، دور الشكلية في التصرفات القانونية دراسة مقارنة ، 2005، صفحة 149)

وكما تنسحب هذه الأحكام عقود المغارسة والايجار في الأراضي الخاضعة لأعمال التسوية، على الرغم من أن مجلة الأحكام العدلية لم تعرف عقد المغارسة صراحةً إلا انه تناولت بموجب أحكام المادة (1441) منها ، الأراضي المساقاة بانها نوع من شراكة على ان تكون الأشجار من طرف والتربية من طرف آخر، وأن يقسم الثمر الحاصل بينهما، إلا انه يجوز عقد المساقاة في صورة عقد المغارسة، وذلك بأن يتفق صاحب الأرض مع شخص آخر على تسليمه للأرض ليقوم بغرسها والعناية بها، وأن ما يعزز هذا

[1] أنظر نص المادة (2) من قانون التصرف في الأموال الغير منقولة رقم (49) لسنة 1953 النافذ.

الاستنتاج هو أحكام المواد (31،91،83،96) من مجلة الأحكام العدلية، وكما عرفت محكمة التمييز الاردنية عقد المغارسة بأنه العقد الذي يتضمن اتفاق الطرفين على إعطاء كل منهما قسما من الأرض والشجر معا، وليس حصة من الثمر فقط . (دواس، قانون الأراضي، 2013، صفحة 306)

وكما اشترط قانون تسوية الأراضي والمياه بموجب أحكام المادة (4/16) منه، على تسجيل عقد المغارسة لدى دائرة التسجيل الأراضي، إن كانت الأرض تمت عليها أعمال التسوية، وإلا كان العقد باطلا، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية في العديد من أحكامها القضائية، حيث قررت المحكمة أن عقد المغارسة الذي يتعلق بأرض تمت فيها أعمال التسوية في الأرض موضوع النزاع، فإن ادعاء المميز بأنه وضع يده عليها بموافقة مورث المدعيين وشريكة لا يكسبه أي حق فيها وفقاً لأحكام المادة المذكورة أعلاه، التي اعتبرت العقود البيع والمغارسة والايجار باطلة، ولا تسمع بها الدعوى. (دواس، قانون الأراضي، 2013، صفحة 308)

أما بخصوص عقد الايجار فقد نظمت مجلة الأحكام العدلية الإجارة عملاً بأحكام المواد (404-611)، بالإضافة لذلك فقد جاء قانون المالكين والمستأجرين رقم 62 لسنة 1953، ينظم أحكام الايجار الوارد على العقارات التجارية وبيوت السكن الواقعة في مناطق البلديات والمجالس المحلية، وذلك عملاً بأحكام المادة (3) منه، وعليه فإن اشتراط تسجيل عقد الايجار وفقاً لأحكام قانون التسوية لا تمتد إلى العقارات التي تخضع إلى قانون المالكين والمستأجرين المذكور، وذلك يعود إلى ان القانون الأخير هو قانون صدر بعد قانون التسوية، وذلك عملاً بالقاعدة العامة أن اللاحق يعدل السابق، وان قانون المالكين والمستأجرين لم يوجب التسجيل العقد كشكلية انعقاد على خلاف قانون تسوية الأراضي والمياه النافذ، وكما يرى الباحث ان عقود الايجار التي تكن سنداً لأحكام قانون المالكين والمستأجرين هي عقود صحيحه منتجة لآثارها القانونية، ولم يكن هناك حاجة لتسجيها، إلا ان العقود التي لم تخضع لأحكام القانون المذكور فهي عقود يجب تسجيلها في دائرة تسجيل الأراضي وإلا اعتبرت باطلة غير منتجة لآثارها القانونية.

النوع الثاني: الأراضي التي لم تتم عليها أعمال التسوية

حيث تعتبر البيوع العادية الجارية بموجب سند مكتوب في الأراضي الأميرية، وعقارات الملك الواقعة خارج إعمال التسوية، او استثنيت منها، نافذه بشرط أن يمر على تصرف المشتري تصرفاً فعلياً مدة عشر سنوات في الأراضي الأميرية وخمس عشرة سنه في العقارات المملوكة.[1] ومن خلال النص المشار عليه أعلاه، فلابد من الوقوف على شروط بيع العقارات التي لم تتم عليها أعمال التسوية وهي:

1. **أن يكون العقار من العقارات خارج اعمال التسوية:** لأن العقارات التي تمت عليها اعمال التسوية فانه يعتبر عقد البيع عقداً شكلياً كما بينا سالفاً، ولابد من أبرامه في دوائر تسجيل الأراضي المختصة، وإلا كان العقد باطلاً.
2. **أن يتصرف المشتري بالمبيع تصرفاً فعلياً:** حيث يقصد بالتصرف الفعلي هو أن يقوم المشتري بالأعمال التي تظهر رغبته في تملك العقار، فإن كانت أرضاً زراعية فيقوم بزراعتها واستغلالها، فإذا كان العقار منزلاً سكنه أو قام بتأجيره أو تحسينه. (المومني، دور الشكلية في التصرفات القانونية دراسة مقارنة، 2005، صفحة 156) .
3. **أن يمر مدة عشر سنوات على التصرف الفعلي في الأرض الاميرية وخمس عشر سنه على العقار المملوك:** أن المشرع اشترط بنص واضح وصريح ان يمر على تصرف المشتري الفعلي للعقار المبيع مدة معينه واختلفت بين كون العقار أميرياً أو مملوكاً، وهي مرور مدة عشرة سنوات في الأرض الأميرية، وخمس عشر سنه على العقار المملوك، وأن ما قررته محكمة التمييز الأردنية بأن شراء العقارات الواقعة في مناطق خارج أعمال التسوية شراء خارجياً لم يسجل في دائرة 1التسجيل لا يعتبر

[1] أنظر نص المادة (3) من قانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة 51 لسنة 1958 النافذ.

صحيحاً وناقلاً للملكية ما لم يقترن بتصرف المشتري مدة التقادم،[1] مع الإشارة إلى أن بخصوص مدة التقادم فإنه يمكن إضافة مدة السلف إلى الخلف.[2]

4. **ان يكون البيع بموجب سند:** حيث اشترط القانون بالإضافة للشروط التي سبق ذكرها، بأن يكون البيع بموجب سند، إلا انه ثار خلاف حول شكلية البيع في المناطق خارج أعمال التسوية، وأن ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية في قرارتها بأن البيع الواقع خارج دائرة التسجيل يشترط ان يكون بموجب سند، وأن يمر على تصرف المشتري المدة التي سبق اشرنا إليها في الأراضي المملوكة، والأراضي الأميرية،[3] إلا انه ذهبت محكمة التمييز في قرارات لها إلى رضائية البيع في العقارات خارج أعمال التسوية، ولا يشترط فيها أن يكون السند مكتوب،[4] ولكن لابد من مرور مدة التقادم وثبوت وضع اليد على العقار طيلة مدة التقادم، ولا يستلزم أن يقوم المشتري بإثبات السند الذي تم البيع بموجبه، مما يعني أن السند هو للإثبات للانعقاد.

وبالتدقيق نجد أن البيوع العادية التي تمت بموجب سند مكتوب تكون نافذة بشرط مرور مدة التقادم المنصوص عليها، والتي سبق الإشارة إليها، اما إذا كانت البيوع بغير سند مكتوب فانه لا يكون نافذاً ولو مرت مدة التقادم، وأن عبارة السند التي وردت في المادة أعلاه تعني السند المكتوب أي حجة البيع ولا يمكن أن تحمل أي تفسير آخر، والذي بدوره يعتبر السبب القانوني المشروع لوضع اليد، وبالنتيجة مما يستلزم ان يتوافر جميع الشروط المذكورة، وذلك بأن يكون السند مكتوب ومرور مدة التقادم، وهي ما تجعل البيع العادي في الأراضي الأميرية والعقارات المملوكة في المناطق التي لم تعلن فيها التسوية أو التي استثنيت من التسوية فيعتبر البيع صحيحاً ونافذ ومرتب لآثاره. [5]

---

[1] تمييز حقوق رقم (77/375)، مجلة النقابة المحامين لسنة 1978، ص193.

[2] تمييز حقوق رقم (83/387)، مجلة النقابة المحامين لسنة 1983، ص 1417

[3] تمييز حقوق رقم (78/225)، مجلة نقابة المحامين لسنة 1978، ص 1415، وقرار رقم (88/701) لسنة 1988، ص1970.

[4] تمييز حقوق رقم (73/318)، مجلة نقابة المحامين لسنة 1974، 359.

[5] انظر نص المادة (3) من قانون المعدل للأحكام المتعلقة بالأموال غير منقولة رقم (51) لسنة 1958.

وما يجدر الإشارة إليه، انه لا يوجد في التشريعات النافذة في الضفة الغربية ما يسمح بوضع إشارة في السجل العقاري تفيد بأنه تم بيع هذا العقار بموجب وكالة، وذلك في العقارات التي تمت عليها أعمال التسوية، وعليه يبقى المالك له الحرية المطلقة في التصرف بعقار موضوع الوكالة الدورية، الامر الذي يفقد معه الحماية القانونية للوكالة الدورية بتهديد حقوق الغير المتعلقة بها، ولاسيما ان أحكام المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه النافذ، تشترط لبيع العقارات الخاضعة لإعمال التسوية التسجيل في دائرة تسجيل الأراضي المختصة، وإذا لم يسجل عقد البيع أو حتى الوعد به كان العقد باطلاً لانعدام الشكلية التي يتطلبها القانون.

وفي هذا المعنى قررت محكمة التمييز الأردنية أنه:" تعتبر الوكالة المعطاة من المدعى عليه للمدعي هي وكالة غير قابلة للعزل وهي وكالة صحيحة وقابلة للتنفيذ طبقاً لأحكام المادة (11) من القانون المعدل للأحكام المتعلقة للأموال غير المنقولة رقم 51 لسنة 1958 النافذ وتعديلاته، إلا انه ليس من شأن هذه الوكالة نقل ملكية القطعة موضوع الدعوى إلا في حالة تنفيذها، وتسجيل نقل الملكية في السجل العقاري لدى دائرة التسجيل الأراضي المختصة...".[1]

وعليه تثور مسألة إشكالات تنفيذ الوكالة الدورية فيما يخص ركن الشكلية في بيع العقارات التي تمت عليها أعمال التسوية، وهي في حال قيام المالك (الموكل) ببيع العقار محل الوكالة بموجب وكالة دورية ثانية، ولابد من القول أن من المتفق قانوناً، وحسب ما استقر عليه الفقه والقضاء بأن البيع خارج دائرة التسجيل المختصة يقع باطلاً، ومتعلقاً بالنظام العام، وهذا ما نصت عليه أحكام المادة (16) من قانون تسوية الأراضي والمياه النافذ، واما بخصوص الوكالة الدورية الغير قابلة للعزل فقد استقر القضاء بشأنها على إنها لا تعتبر سنداً ناقلاً للملكية ولا تقوم مقام سند التسجيل، وذلك يعود إلى أن التوكيل في الوكالة الدورية لا يخرج عن كونه إجراء تحضيري لإتمام البيع، وبالنتيجة لا يجوز الاستناد إليها في إثبات الملكية، إذا

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 430 لسنة 2003، (هيئة خماسية) بتاريخ 2003/4/10، منشورات مركز عدالة.

أقيمت دعوى الملكية أو منع معارضه بالاستناد لهذه الوكالة الدورية لا تكون الدعوى قائمة على سبب قانوني صحيح. (دواس، 2013، صفحة 511) .

وان ما ذهبت إليه محكمة النقض الفلسطينية في العديد من أحكامها، حيث جاء في منطوق حكمها " وفي ذلك نجد ان هذا الذي ساقته محكمة الاستئناف في حكمها الطعين جاء مخالفاً لما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض في العديد من احكامها، بأن إعطاء وكالة دورية يتعلق بها حق الغير يحول بين معطيها وبين إعطاء وكالة أخرى بالعقار موضوعها كما تحول بينة وبين اجراء أية بيوعات على العقار موضوع الوكالة ذلك ان الوكالة المعطاة تغل يد البائع عن أية بيوعات تتعلق بذات العقار المباع بموجب الوكالة ويبقى حق المستفيد من الوكالة (المشتري) قائما طيلة المدة المقررة قانوناً وهي خمس عشرة سنة"،[1] وفي ضوء ذلك فإن أية بيوعات يقوم بها البائع تلي الوكالة الدورية الأولى المعطاة منه سواء كان ذلك في الموقع الرسمي أو بموجب وكالات دورية لاحقة للوكالة الأولى تقع باطلة مستوجبة الإلغاء، وأن القانون رتب بيع العقار بموجب الوكالة وجوب تنفيذها في جميع الأحوال سواء عزل الموكل الوكيل أو توفى الوكيل او الموكل ان تقوم بإتمام معاملة البيع وهذا ما أنبأت عنه المادة (11/ب)، وان قيام البائع بالبيع ذات العقار مرة ثانية بموجب وكالة دورية أخرى، او لدى دائرة التسجيل– أي إخفاء البيع فإنه يعد عملاً احتيالياً إذا اجتمعت عناصره، ولا يمكن العمل الغير قانوني ان تضفي عليه الحماية القانونية، وهذا كله ما جاء في تسبيب قرار محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في مدينة رام الله رقم 560 لسنة 2019 الصادر بتاريخ 2022/1/3.

[1] حكم محكمة النقض الفلسطينية بصفتها الحقوقية المنعقدة في مدينة رام الله رقم 560 لسنة 2019 الصادر بتاريخ 2022/1/3.

ونرى انه جرى قضاء محكمة التمييز سابقاً على اعتبار الوكالة الدورية اللاحقة المعطاة من مالك الأرض على قطعة الأرض ذاتها هي بمثابة عزل للوكيل الأول عن وكالته، وأن هذه الوكالة تعتبر باطلة وغير واجبة التنفيذ، لأنه ليس للموكل عزل الوكيل طبقاً لأحكام المادة 863 من قانون المدني الأردني النافذ لديهم.[1]

ويرى الباحث انسجاماً مع أحكام المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه النافذ، ان العقارات التي تمت عليها أعمال التسوية، أن العبرة بانتقال ملكية هذه الأراضي هي بتسجيلها لدى دائرة تسجيل الأراضي، وليست العبرة بأسبقية تاريخ الوكالة الدورية التي لم تنفذ أمام دائرة التسجيل، وذلك لان الوكالة الدورية هي عقد ملزم لطرفيها بتنفيذ البيع لدى دائرة تسجيل الأراضي المختصة، إلا انها لا تعتبر بأي حال سند ملكية ما دام انها لم تنفذ، وعليه يمكن القول أن العبرة في بيع الأراضي التي تمت عليها أعمال التسوية هي لأسبقية تسجيل هذا البيع وفقاً لما نصت عليه أحكام المادة المذكورة أعلاه، والتي نصت على: " في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الأرض او الماء صحيحاً إلا إذا كان المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل".[2]

- اما بخصوص شكلية التصرفات القانونية الواردة على المركبات: لحسم الجدل المثار بخصوص بيع المركبات القانونية خارج دائرة الترخيص، وقد أصبحت المركبات تمثل جانباً كبيراً من ثروات الأفراد، ولما لها من انتشار واسع وذات عالية القيمة، وعليه تدخل المشرع لحماية ملكية الأفراد لهذه المركبات وقام بتنظيم أحكامها، كما هو الحال بالنسبة للأراضي التي سبق وتحدثنا عنها سالفاً لما لها دوائر تسجيل أراضي مختصة تحتوي على سجلات الأراضي التي تسجل فيها الأرضي، وأيضاً أصبحت للمركبات أيضاً سجلات خاصة بها موجودة لدى دوائر الترخيص.

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2004/3612 (هيئة خماسية) بتاريخ 2005/3/10، منشورات مركز عدالة.

[2] أنظر نص المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 النافذ.

نجد أن المشرع الفلسطيني أوجب على مالك المركبة ان يبلغ كتابة دائرة الترخيص المختصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ البيع أو التصرف الناقل للملكية مبين بذلك المالك الجديد وعنوانه، وذلك في حال بيعها أو اجراء تصرف عليها بنقل ملكيتها للغير، وحيث تستمر مسؤولية المالك الأصلي فيما يخص تنفيذ احكام هذا القانون إلى أن يتم نقل ملكيتها،[1] وكذلك نجد أن المشرع أوجب على كل شخص أصبح مالكاً للمركبة أن يقدم طلب لسلطة الترخيص المختصة، بغاية إتمام إجراءات الملكية خلال مدة ثلاثون يوماً كحد أقصى،[2] وكما يعرف المالك بأنه من سجل اسمه في رخصة المركبة بموجب اتفاق شراء من مالكها الأصلي. [3]

ويرى الباحث أنه الأحكام المنظمة لعقود بيع المركبات، نجدها خاليه من الإشارة إلى وقوع البطلان لعقود بيع المركبات التي تبرم خارج دوائر الترخيص، وإن أحكام قانون المرور النافذ أوجبت على كل شخص أصبح مالك للمركبة تقديم طلب إلى سلطة الترخيص لإتمام إجراءات نقل الملكية وفقاً لما أشرت إليه من مواد قانونية، الامر الذي يدلل بأن عقود بيع المركبات هي ليست عقود شكلية، وإنما رضائية، ومن الممكن المتعاقد الاتفاق على بيع المركبة بموجب اتفاقية بيع، وأن يتقدم بدعوى للمحكمة المختصة بموضوع صحة ونفاذ عقد ويحصل من خلالها على حكم بإلزام خصمة بتنفيذ التزاماته تنفيذاَ عيينياً، بالنتيجة فإن عقد بيع المركبة خارج دائرة الترخيص يعتبر صحيحا ملزماً لأطرافه وهذا ما ذهبت إليه العديد من قرارات محكمة النقض الفلسطينية ومحكمة الاستئناف ومنها قرار محكمة الاستئناف حقوق رام الله رقم 255 لسنة 2017 الصادر بتاريخ 2017/5/30، ويرى الباحث بالنتيجة أن بيع المركبات تخرج عن الشكلية المفروضة بموجب القانون، وإنما يمكن أن تدخل في الشكلية الاتفاقية التي ستناولها في الفرع الثاني.

[1] انظر نص المادة (17) من قانون المرور رقم (5) لسنة 2000 النافذ.

[2] انظر نص المادة (1/18) من قانون المرور رقم (5) لسنة 2000 النافذ.

[3] انظر نص المادة (1) من قانون المرور (5) لسنة 2000 النافذ.

وما نود الإشارة إليه، هو موقف القانون الأردني حيث أسبغ المشرع الأردني صفة الرسمية على شكلية التصرف في المركبة، واعتبر المعاملات بيع المركبات ورهنها وكافة التصرفات القانونية المتعلقة باطلة، إلا إذا تم تسجيلها وتوثيقها في دائرة الترخيص،[1] على أن " تعتبر معاملات نقل ملكية المركبات ورهنها وسائر التصرفات القانونية المتعلقة بها باطلة ما لم يتم تسجيلها وتوثيقها في إدارة الترخيص"،[2] وكما حظر المشرع قيادة أي مركبة أو السماح بقيادتها من قبل الغير ما لم تكن مسجلة في إدارة الترخيص بأسماء مالكيها"، [3] حيث اعطى المشرع الأردني صلاحية كاتب العدل لموظفي إدارة الترخيص، وكما انه اشترط وحصر إجراء التصرفات على المركبة تنظيماً وتصديقاً في الموظفين العاملين في إدارة الترخيص، صلاحية تصديق وتنظيم العقود وجميع التصرفات القانونية سواء كانت نقل مليكة أو إيقاع الرهن أو غير ذلك.

- أما بخصوص شكلية عقد الشركة التجارية، لابد من الإشارة إليه بدايةً من أن مجلة الأحكام العدلية تبنت قاعدة الرضائية في ابرام العقود، إلا ان قرار بقانون رقم (42) لسنة 2021 بشأن الشركات النافذ، أوجب الكتابة والتسجيل لدى مراقب الشركات في وزارة الاقتصاد الوطني، [4]وذلك نظراً لخطورة عقد الشركة التجارية في المعاملات، والدور الذي تلعبه في الحياه الاقتصادية، وبالإضافة لاكتساب الشركة الشخصية المعنوية ولما تتمتع من كيان مستقل، وذمة ماليه مستقلة عن أطراف وشركاء التعاقد، وكما ان الغاية من ذلك لكي يعلم الغير بوجود الشركة قانوناً، ليتسنى لهم التعامل معها لاحقاً. (الدليجم ، 2000، صفحة 34)

[1] راجع نص المادة (1/4) من قانون السير رقم (47) لسنة 2001 وتعديلاته. النافذ في المملكة الأردنية الهاشمية.

[2] راجع قانون السير رقم (47) لسنة 2001 وتعديلاته.

[3] راجع المادة (4) و(5) من قانون السير رقم (47) لسنة 2001 وتعديلاته. النافذ في المملكة الأردنية الهاشمية.

[4] راجع المادة الأولى من قرار بقانون رقم (42) لسنة 2021 بشأن الشركات.

وبالتدقيق في تعريف الشركة من قبل المشرع وفقاً لأحكام القرار المذكور أعلاه، نجد انه بدأ بالقول بانها هي كل شركة مسجلة، وكما حظر القانون ان تمارس أي شركة أعمالها بدون تسجيلها لدى مراقب الشركات، ولا تتمتع هذه الشركة بأي حقوق بدون تسجيلها، [1] وبالنتيجة فإن عدم الالتزام بالشكلية المفروضة بموجب القانون وهي تسجيل الشركة لدى مراقب الشركات هو عدم تمتع هذه الشركة بالشخصية المعنوية المستقلة عن ذمة الشركاء، ومما يعني انه لا وجود قانوني لها.[2]

ويرى الباحث في هذا المقام حتى يتسنى للقانوني من معرفة ماهية شكلية التصرف القانوني، لابد من الرجوع إلى الأحكام القانونية المنظمة للتصرف القانوني المراد معرفة حكم الشكلية بخصوصه ودراسة أحكامة، وذلك للتعرف على نوع الشكلية في التصرفات القانونية، فيما إذا كانت شكلية انعقاد أم اثبات، حتى تتمكن من التعرف على حكم التصرف القانوني باعتبار أن لا بطلان إلا بنص وفقاً للأصل العام وهو (إعمال العقود أولى من إبطالها).

الفرع الثاني: الأساس القانوني للشكلية الرضائية (الاتفاقية)

يعد اتفاق أطراف العلاقة التعاقدية هو المصدر الأساسي لهذه الشكلية، فإن الشكلية المتفق عليها تصبح ملزمة لهم، بمجرد قبول كلاهما بالشكلية المتفق عليها عملاً بمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ويصبح الشكل المتفق عليه كأنه مفروض بنص القانون، رغم أنه يمكن للأطراف التراجع عن هذا الاتفاق، تعديله باتفاق لاحق، وهذا ما يميزها عن الشكلية القانونية التي لم يكن للأطراف تعديلها او إلغائها، ولكن الشكلية الاتفاقية قد تثير بعض صعوبات، ولاسيما في الحالة التي يكون فيها التصرف القانوني رضائياً في الأصل، فيصبح تصرفاً شكلياً بموجب اتفاق الأطراف، فعندها تصبح الشكلية مفروضة وواجبة، (ابن الفقيه، 2019، صفحة 183) وفي هذا الصدد نواجه السؤال التالي، هل بإمكان

[1] راجع نص المادة 6 من قرار بقانون رقم (42) لسنة 2021 بشأن الشركات.

[2] راجع نص المادة (1/15) من قرار بقانون رقم (42) لسنة 2021 بشأن الشركات النافذ.

الأطراف أن يحولوا التصرف القانوني من رضائي إلى شكلي، أم أن التصرف يبقى رضائياً؟ للإجابة على ذلك انقسمت آراء الفقه بهذا الخصوص إلى اتجاهين:

- **الاتجاه الأول:** حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن الشكل الاتفاقي عندما يكون متفق عليه، يعتبر شكلاً قائما بذاته وله ذات قوة الشكل المفروض قانوناً، (السنهوري ع.، صفحة 143) وعليه يجب على الطرفين مراعاته، وإلا كان تصرفهم باطلاً، فعدم مراعاة الشكلية المتفق عليها يؤدي حتماً إلى عدم انعقاد العقد. (جبر، 2020، صفحة 22)

- **الاتجاه الثاني:** يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشكل الاتفاقي يختلف عن الشكل القانوني، وان إرادة الأطراف عاجزه عن تحول التصرف القانوني من الرضائية إلى الشكلية، وكذلك صفة الالزام لا تتحقق في الشكل الاتفاقي، على عكس الشكلية القانونية، باعتبار أن بإمكان الأطراف التراجع عن الأولى أما باتفاق لاحق صريح أو بشكل ضمني، وذلك بمجرد البدء بتنفيذ التصرف دون مراعاة للشكلية المتفق عليها، (يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، 1990، صفحة 113) ومن يقرر بطلان التصرف القانوني لعدم استيفاء شرط معين هو القانون وليس الأطراف.(جبر، 2020، صفحة 23).

حيث ما سبق الإشارة إليه، هو أن الشكلية إذا كانت للانعقاد، فهي وسيلة للتعبير عن الإرادة، فهي شكلية يؤدي عدم مراعاتها إلى عدم وجود التصرف القانوني المراد، إلا أن هناك نوع آخر من الشكلية لا تؤثر عدم استيفائها على عدم وجود التصرف القانوني بقدر ما تؤثر على إثباته، فشكلية الاثبات تختلف عن شكلية الانعقاد بحيث عدم تعلق الأول بحياة التصرف القانوني على خلاف الثاني، وعليه فإن عدم استيفاء شكل الانعقاد يؤدي حتماً على عدم وجود التصرف القانوني، وبالإضافة لذلك فإن بتخلف شكل الاثبات يؤدي لأن يكون قد فقد صاحب الحق حقه عند انكار الطرف الآخر، على الرغم من وجوده. (جبر، 2020، صفحة 25)

وان الاتفاق الأطراف يعمل على استبعاد النص القانوني الذي يقرر الاثبات بشهادة الشهود أو بالكتابة، ولذلك نقول ان هذه القواعد القانونية هي مكملة وليست آمره، مما يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها، وهكذا يكون الشكل الاتفاقي هاماً ليس في إمكانية الاتفاق على تحويل التصرف القانوني من رضائي إلى شكلي، وإنما في إمكانية الاتفاق على تحويل الطريقة القانونية للإثبات، إلى الطريقة المتفق عليها.

إلا انه قد يثور التساؤل، ماذا لو اتفق الأطراف على شكلية معينة دون ان يصرحا فيما إذا كانت للإثبات ام للانعقاد؟

فإن هذه المسألة يترك تقديرها للقضاء، فإن قاضي الموضوع عليه ان يتحرى عن قصد المتعاقدين في اشتراط الشكلية في كل حالة على حدا، مستعينا بالظروف التي أحاطت باتفاق الأطراف، وكافة الوقائع المنتجة بذلك، وعليه فإن في هذه الحالة الماثلة لا يوجد إشكالية، لأن المحكمة إذا قررت إن الشكل المقصود هو للانعقاد، فإن العقد لا ينعقد إلا باستيفائه، أما إذا قررت الشكل الاتفاقي المقصود هو للإثبات، فإن العقد ينعقد ولكن لا يتم اثباته إلا بالشكل المتفق عليه بين الأطراف، إلا ان الإشكالية تكمن في حال لم يتمكن قاضي الموضوع من استخلاص قصد الأطراف من تلك الظروف، فقد ظهر اتجاه قد تبناه معظم الفقه القانوني بأن الشكلية في هذه الحالة (أي في حالة الشك) تكون للإثبات وليس للانعقاد، مستنداً في ذلك للقواعد العامة التي تعتمد الرضائية كأساس للتصرفات القانونية، إلا ان ذلك التسويغ لم يعد مقبولا، لان الرضائية والشكلية ترتبط بالتعبير عن الإرادة، فعندها يكون الشكل هو شكل التعبير وليس شكل التصرف، فمتى كانت الإرادة حره في اختيار طريقه للتعبير عن الإرادة نكون امام تصرف رضائي، وإن كانت الإرادة مجبره على اختيار طريقة بعينها نكون امام تصرف شكلي.

يرى الباحث على العكس ما ذهب إليه الرأي الراجح، وانه في حال لم يحدد الأطراف الغرض من الشكلية، فيما إذا كانت للإثبات، ام للانعقاد، وعجزت المحكمة عن كشف الإرادة الحقيقة التي أرادها المتعاقدين، فأنه يكون الشكل في هذه الحالة الماثلة هو للانعقاد وليس للإثبات، لان من المعلوم أن القانون عندما

يفرض شكلية وبنص عليها انها للانعقاد، كما هو الحال في بيوع الأراضي التي تمت عليها أعمال التسوية التي سبق واشرنا إليها، وكذلك قد ينص على شكل معين وينص على للإثبات، كما هو الحال ما نصت عليه أحكام المادة (68) من قانون البينات الفلسطيني النافذ، التي نصت على " في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته على مائتي دينار اردني او ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً او كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك"، وكما ان القانون قد ينص على شكلية معينة دون أن يحدد إن كان للانعقاد، ام للإثبات، فالشكل في هذه الحالة يكون للانعقاد وليس للإثبات.

المطلب الثاني: صور الشكلية التقليدية

تتمحور صور الشكلية التقليدية في عدة صور، لابد من اسقاط الضوء عليها والتي تتمثل فيما يلي الشكلية الرسمية، والشكلية العرفية (العادي) موضحاً كل منها فيما يلي:

الفرع الأول: الشكلية الرسمية

تعرف الشكلية الرسمية بأنها هي الشكلية التي أوجب بها المشرع تدخل موظف عام مختص، لتصبغ عليها صفة الرسمية، بحيث أنه قد يفرض المشرع صور معينة للإنشاء التصرفات القانونية، كما أوجب في نوع معين من العقود والتصرفات القانونية ان يتم ابرامها لدى موظف عام، وأن المشرع حدد شكليه وأوجب اتباعها، لإنشاء التصرف القانوني ورتب جزاء على تخلفها، باعتبارها أحد أركان التصرفات القانونية الشكلية، (ابن الفقيه، 2019، صفحة 175) وكما عرف قانون البينات الفلسطيني النافذ السندات الرسمية عملاً بأحكام المادة (9) منه، بأنها السندات التي ينظمها الموظفون العموميون ومن يكون في حكمهم الذين من اختصاصهم ويقوموا بتنظيمها طبقاً لأحكام القانون، وكذلك الأسناد التي ينظمها أصحابها ويصادق عليها الموظفون الذين من اختصاصهم، تصديقاً طبقاً للقانون.

فإن توافرت في الشكل الرسمي شروط صحته كافة، فإن ركن انعقاد التصرف الشكلي يتوافر، مما ينعقد التصرف الشكلي صحيحاً مرتب لأثارة القانونية، (المومني، دور الشكلية في التصرفات الفانونية دراسة مقارنة، 2005، صفحة 138) ومما يجدر بنا في هذا الصدد تناول أثر سمية الشكل باعتبارها أثر رئيس مترتب على توافر رسمية الشكل، حيث يعطي المشرع لهذا النوع من الأسناد الرسمية الحجية التي لم تكن لغيره من الأشكال أو الأسناد، حيث أن كل تصرف قانوني يفرغ في قالب رسمي يكتسب قرينة الرسمية، ويصبح له مظهر خاص، مما تقوم قرينة رسميته بمجرد الاطلاع عليه، (بوغرارة، صفحة 138) ومن العلامات التي تدل على الرسمية هي ختم الموثق والتي يصعب تقليدها أو تزويرها، وكما أنها أعطيت هذه القرينة للصور المأخوذة عن الورقة الرسمية وفقاً لأحكام المادة (12) من قانون البينات النافذ، وللعقد الرسمي حجة على الكافة أي انه حجة في مواجهة الأطراف، وفي مواجهة الغير.

الفرع الثاني: الشكلية العرفية

لا يشترط المشرع لإنشاء جميع التصرفات القانونية، أن تتم الكتابة بواسطة الموظف العام، بل يكفي لصحتها ان يتم التصرف القانوني بمحرر مكتوب يوقع من كافة الأطراف، ولا يستلزم فيه تدخل موظف عام مختص، وهذا ما يعرف بالكتابة العرفية التي عرفها القانون بأنها هي السندات التي لم ينظمها الموظف العام، أو من في حكمهم متى كان ذو علاقة قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصماتهم، هذا ما يفهم من أحكام المادة (10) من قانون البينات الفلسطيني النافذ، وكما لا يشترط وجود الشهود، ولم يكن هناك أي بيانات يفرضها المشرع لهذه الكتابة سوى الكتابة، والتوقيع، وكما لا يشترط ان تكون الكتابة على ورق، بل يكفي ان تكون مقبولة بوصفها أسلوباً للتعبير عن الإرادة. (ابو طه، 2020، صفحة 113)

وكما أن المشرع لم يشترط في الكتابة شروطاً خاصة وكذلك لم يشترط لغةً خاصة فهي تصلح في أية لغة حتى لو كانت اللغة الأجنبية، بل تصلح باستخدام لغة رمزية ما دامت تدل على المعنى المقصود، (القضاة، 2009، صفحة 72) وكما أنها يمكن أن تكون مكتوبة بخط يد موقعها أو بخط غيره، بصرف النظر تكون مكتوبة بقلم او نوعه أو يكون السند طباعة ما دام يفهم منها ما هو مكتوب وموقعة من ذو علاقة.

وكذلك لم يشترط في الكتابة أي أوضاع قانونية معينه كالسند الرسمي وهذا ما يميزه عن السند الرسمي، وكما لا يشترط ذكر إسم من قام بتحرير السند العرفي، أو تاريخ تحريره ما لم يشترط المشرع خلاف ذلك بنص خاص كما هو الحال في الأوراق التجارية، وكما لا يشترط في الكتابة حضور شهود عند كتابة السند، وإن كان حضور الشهود يفيد صاحب المصلحة في اثبات السند في حال انكار السند أو إثبات صحة الكتابة أو لإعطاء السند عرفي تاريخ ثابت باعتبار ان توقيع الشاهد ممن لهم أثر على السند.

وكما أن المشرع أجاز التوقيع بالختم أو ببصمة الأصبع وذلك لوجود مناطق ما زال فيها الأمية من لا يعرف الكتابة. وذلك رغم تطور الكتابة وانتشارها، وكما أن التوقيع ببصمة الأصبع أكثر ضماناً من التوقيع بالختم، وحيث أن الختم منفصل عن صاحبه فيمكن سرقته او ضياعه واستخدامه من قبل أحد بدون معرفة من صاحبه، [1]من الجديد الإشارة إليه أن المشرع الفرنسي لا يجيز التوقيع بالبصمة وكذلك لا يجيز التوقيع بالختم وإذا كان ذو علاقة لا يستطيع الكتابة وجب تحرير السند بمعرفة أحد الموثقين، ولما في ذلك من حماية أكبر نظراً لتدخل الموظف العام، أما إذا تعذر على المتعاقد التوقيع على السند، لوجود عاهة جسمانية تمنعه من ذلك، او لأنه أمياً، فإنه من المستحسن في مثل هذه الحالات اللجوء إلى استبدال المحررات العرفية برسمية. (السنهوري ع.، الوسيط في شرح القانون المدني، صفحة 178).

[1] أنظر نص المادة (10) من قانون البينات الفلسطيني النافذ.

وكما تتمحور آثار الكتابة العرفية كل عقد اتخذ الشكل العرفي المكتمل الشروط التي بيناها أعلاه، تكون حجة على مصدره ما لم ينكره صراحةً، حيث يعتبر السند العرفي حجة على من يقوم بتوقيع عليه، ما لم ينكر خطه أو إمضاءه أو بصمته عند اطلاعه عليه، وإلا ان الخلف العام أو الخاص فلا يطلب منه انكار السند، وإنما يكفي ان يقر بأنه لا يعلم أن الخط أو التوقيع أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق.[1]

المبحث الثاني: آثار تخلف الشكلية على التصرفات القانونية

يترتب على تخلف الشكلية في التصرفات القانوني، عدة آثار ذات أهمية بالغة ناتجة عن تخلف الشكلية، يمكن إجمالها فيما يلي:

المطلب الأول: بطلان التصرفات القانونية

تتمحور آثار تخلف الشكلية على التصرفات القانونية في بطلان التصرف، وعليه لابد من التعرض لماهية البطلان وبيان أحكامه القانونية، وهذا ما سيتم بيانه وفقاً لما يلي:

الفرع الأول: ماهية البطلان وأحكامه

البطلان هو الجزاء الطبيعي لعدم استيفاء الشكل المطلوب، ويعد البطلان من النظام العام إذ يمكن للقاضي ان يحكم به من تلقاء نفسه، ومن صفاته أيضاً انه مطلقاً ولا تلحقه الاجازة، وأن هذه الصفات لا تنسحب على الشكل الاتفاقي، إذ يمكن لأطراف التنازل عن الشكل الاتفاقي، مما يمكن لهم ان يصححون العقد الباطل لعدم استيفاء الشكل، وهو ما يعرف بإجازة البطلان، (رهش، 2016، صفحة 114) وان كل التصرفات التي جعل المشرع الشكل الرسمي ركناً لانعقادها فإنها تبطل بطلاناً مطلقاً، كعقود بيع العقارات التي تمت بها أعمال التسوية، ولا يصح القول بصحة التصرفات القانونية عن انعدام الشكل الرسمي، أو عند تخلف البيانات الجوهرية فيه، إلا أن التصرف الذي لا يشترط فيه القانون شكلاً معيناً للانعقاد،

[1] أنظر نص المادة (16) بفقرتيها الأولى والثانية من قانون البينات الفلسطيني النافذ.

ويكتفي بالأركان العامة للتعاقد وهي الرضا، والمحل، والسبب، فإنه لا يبطل العقد الرسمي عند تخلف الشكل فيه، بما أن الأركان العامة متوافره، وان التصرف القانوني لا يبطل عند تخلف الشكل فيه إن كان الأطراف قد اتفقوا على افراغه فيه كون الأمر يتعلق بمصلحة الأطراف فقط، ويمكنهم التنازل عن ذلك ويكون قابلاً للفسخ فقط على أساس الإخلال بالتزام تعاقدي. (بوغرارة ، الشكلية في التصرفات القانونية، 2005، صفحة 102)

حيث أن الأَصل بطلان السند الرسمي فإنه يبطل السند بكل ما اشتمل عليه من بيانات، بما في ذلك ثبوت التاريخ، إلا انه يجب التمييز بين السند الرسمي وبين التصرف القانوني الذي يثبته هذا السند، حيث أن بطلان السند لا يستلزم حتماً بطلان التصرف القانوني الذي من الممكن اثباته بوسيلة أخرى من وسائل الاثبات التي يسمح القانون بها وجاءت في قانون البينات الفلسطيني النافذ، وكما يجوز اثباته بالسند الباطل نفسه بوصفه سنداً عرفياً متى توافرت شروطه، باستثناء التصرفات القانونية والعقود التي يوجب بها القانون الرسمية كشرط لصحتها، مثل التصرفات القانونية الواردة على عقار، وكذلك الحقوق العينية العقارية وعقود الشركات، وما إلى ذلك فإنها تبطل ببطلان السند الرسمي المعد لأثباتها، باعتبار ان شكل الرسمية ركن في العقد ذاته. (خان ، 2010، صفحة 314).

وأن الشكلية القانونية بوصفها ركناً في العقد، فإنه بتخلفه يرتب البطلان، وعليه ندرس قواعد البطلان وذلك من خلال البحث في أحكامه، وخصائصه متناولاً ذلك فيما يلي:

أولاً: أحكام البطلان لتخلف الشكل

حيث سنتناول أحكام البطلان بتخلف ركن الشكل بالبحث بالذين يحق لهم التمسك بالبطلان، وكذلك كيفية تقرير البطلان لتخلف ركن الشكل في العقد، وذلك فيما يلي:

1. من له حق بالتمسك بالبطلان: إن لكل ذو مصلحة ان يتمسك ببطلان الناشئ عن تخلف الشكلية في التصرفات القانونية الشكلية، وهذا ما أكدته نص المادة (3) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية النافذ، والتي نصت على عدم قبول أي دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبة مصلحة قائمة يقرها القانون، وعليه فإنه يمكن أن يتمسك بالبطلان كل من الطرفين، وخلفهما العام والخاص، وكل من كسب حقاً شخصياً على العين موضوع العقد الباطل أو حقاً عينياً عليها، وما تجدر الإشارة إليه بأنه يستوي أن يكون الشكل المتخلف عرفياً او رسمياً، وكذلك أن يكون حسن النية أو سيئها ويمكن للمحكمة ان تتصدى للحكم ببطلان العقد في حال تخلف الشكلية القانونية متى تحقق لها لديها سبب البطلان. (معروف، 2004، صفحة 215)

2. كيفية تقرير البطلان لتخلف الشكل: كما أسلفنا أعلاه أن العقد الباطل لتخلف الشكل هو عقد معدوم قانوناً، ولم يرتب أي أثر قانوني، ويكون لذو علاقة ومصلحة حقيقية أن يتمسك ببطلان التصرف على أساس عدم وجود هذا العقد، ومما يعني أنه لم يكن حاجة لرفع دعوى قضائية للمحكمة المختصة، لان العدم لا يحتاج إلى تقرير. (سلطان، 1962، صفحة 266)

وعلى الفرض باللجوء إلى القضاء بشأن العقد الباطل، فإن حكم المحكمة الصادر هو كاشف لهذا البطلان ولم يكن مقرراً لها، وغالباً لما يلجأ أحد المتعاقدين إلى القضاء في هذه الحالة، عند قيامه بتنفيذ التزاماته المترتبة على العقد الباطل، فعلى سبيل المثال لو حصلت الهبه بعقد غير رسمي في القانون المصري،[1] كما لو قام الواهب في عقد الهبه بتسليم المال الموهوب إلى الموهوب له عن غلط، فإن في الحالة يستطيع الواهب اللجوء للمحكمة المختصة لاسترداد ما قام بتسليمه، بإقامة دعوى بمطالبة بالحكم ببطلان عقد الهبه، لتخلف الشكلية الرسمية، باعتبار أن الشكلية استثناء عن الأصل وهي الرضائية في التصرفات القانونية. (رهش، 2016، صفحة 122)

الفرع الثاني: خصائص البطلان وآثاره القانونية.

ان ببطلان العقد لتخلف الركن الشكلي، كغيره من أسباب البطلان لتخلف تخلف ركن من أركان العقد، وان لبطلان العقد لتخلف ركن الشكل من خصائص يمكن اجمالها فيما يلي:

1. **بطلان العقد لتخلف ركن الشكل لا يزول بالتقادم:** يعد العقد الباطل في نظر المشرع عقد معدوم، ولذلك يجوز إقامة دعوى للكشف عن البطلان في أي وقت، إذ أن الزمن لا يجعل للمعدوم وجوداً، (السنهوري ع.، 1998، صفحة 672) إلا أن بعض التشريعات قررت إسقاط دعوى البطلان لعدم إقامتها بمرور الزمن، وذلك رغبة منها بإيجاد حماية للأوضاع المستقرة مدة من الزمن، ولم يكن القصد منها خلق حماية للتصرف الباطل ذاته، ولا يعني ذلك أن العقد الباطل تحول إلى عقد صحيح، وهذا هو موقف بعض التشريعات العربية كالقانون المدني الأردني والمصري الذي قرر أن دعوى البطلان تسقط بمضي خمسة عشر عاماً من تاريخ التصرف، [2]ولابد من الإشارة إلى أن الدفع بالبطلان لا يتقادم، فلو كان العقد باطل لتخلف ركن الشكل ولم يتم تنفيذه، وطالب المتعاقد الآخر

[1] نصت المادة (1/488) من قانون المدني المصري على " تكون الهبه بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تمم تحت ستار عقد آخر".

[2] نصت المادة (3/168) من قانون المدني الأردني على " لا تسمع دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنه من وقت العقد"، والمادة (2/141) من قانون المدني المصري على " أن دعوى البطلان تسقط بمضي (15) ينه من تاريخ التصرف.

تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، فيكن من حق الطرف الآخر الامتناع عن تنفيذ هذه الالتزامات والدفع ببطلان العقد حتى لو مضى على ابرام العقد المدة المانعة من سماع الدعوى، (رهش، 2016، صفحة 118) مما يستنتج بأنه لابد من التفريق بين الدفع بالبطلان، ودعوى البطلان، فإن الدعوى هي التي تتقادم، أما الدفع بالبطلان فلا يتقادم، فإذا وقع عقد باطل ومضت المدة التقادم على إقامة الدعوى، فإن القاضي لا يحكم بصحة الباطل، ولكن يحكم بسقوط دعوى البطلان لتقادمها.

2. **بطلان العقد لتخلف ركن الشكل لا يختلف عن الالتزام الطبيعي:** يعرف الالتزام الطبيعي بأنه التزام قانوني ولكن لا يتحقق فيه من إلا عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية، وأن بطلان التصرف القانوني لتخلف ركن الشكل يجعل التصرف القانوني معدوماً، وهذا ما أشرنا إليه أعلاه، مما يعني ذلك انه لم ينشأ عن التصرف المعدوم إي الالتزام سواء كان التزاماً طبيعياً، ام مدنياً، في ذمة أطراف العلاقة التعاقدية، وهذا يعود إلى أن العقد اساساً لم ينعقد، ولم يتوافر فيه أي من عنصري الالتزام، عنصر المسؤولية وعنصر المديونية. (السنهوري ع.، الوسيط في شرح القانون المدني، صفحة 729)

وكما ذكرنا أن الشكل هو الركن الجوهري في التصرفات القانونية الشكلية، ولم يكن الركن الوحيد، فإن الإرادة هي العنصر الأساسي اللازم لإنشاء جميع التصرفات القانونية سواء كانت شكلية أم غير شكلية – الرضائية، باعتبار أن التصرفات الشكلية هي استثناء عن مبدأ الرضائية في العقود. (معروف، 2004، صفحة 210)

ويرى الباحث أن هذه الخصيصة هي احدى خصائص البطلان لتخلف الشكل، باعتبار ان الالتزام الطبيعي يقتضي وجود المديونية، فان ذلك لا يتحقق في العقد الباطل لعدم مراعاة الشكلية المفروضة، وكما لا يمكن التحدث عن واجب أدبي لتنفيذ التصرفات الباطلة، لأنه يتناقض مع الوظيفة الحمائية للشكلية التي تحدثنا عنها سالفا.

1. **بطلان العقد الشكلي لتخلف ركن الشكل لا يقبل الإجازة:** كما تحدثنا أن الجزاء المقرر لتخلف ركن الشكلية هو البطلان، وان هذا البطلان لا يمكن اجازته، باعتبار ان التصرف الباطل هو والعدم سواء، والمعدم لا يجاز، وقد نصت أحكام القانون المدني الأردني على أن العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله، ووصفة، ولا يرتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة. [1]

وما يجدر الإشارة إليه أن لتعلق قواعد الشكلية في النظام العام، فأنه لا يجوز تصحيح التصرف الشكلي بأي عمل لاحق يستوفي الشكل، لأن التصرف هو والعدم سواء، وكما لا يكون للتصرف قيمة يعتد بها، ولا يستطيع أي طرف أن يجيزه، وكما تنسحب هذه الأحكام حتى لو لم يتخلف الشكل المطلوب لإجراء التصرف القانوني، وإنما يكفي أن يكون الشكل معيباً، كما لو كانت البيانات السند الرسمي ناقصة التي تطلبها القانون لصحة الورقة الرسمية، وفي هذه الحالة لا يمكن تصحيح هذا الشكل بإضافة البيانات الناقصة في السند الرسمي، وإنما من الممكن إعادة التصرف من جديد مع مراعاة الشكلية التي يفرضها القانون، لانعقاد التصرف بشكل بتوافق مع صحيح القانون، وفي هذه الحالة يكون تاريخ إنشاء التصرف من وقت صدور التصرف أي بعد إعادة أجرائه، وليس من وقت صدور التصرف الباطل، لان التعبير عن الإرادة يكون منعدماً في حال تخلف الشكل الذي يتطلبه القانون أو إذ كان الشكل معيباً. (رهش، 2016، صفحة 116)

2. **بطلان جزء من العقد يبطل العقد كله:** حيث أن الأصل العام في حال بطلان جزء من العقد فأنه يبطل العقد كله إلا إذا كان العقد قابلاً للبقاء بدون الجزء الذي ناله البطلان، حيث يمكن أن يكون هذه الحالات محصورة بأن يكون العقد صحيحاً، لكن جزء منه باطل، من ثم يقرر المشرع أن العقد برمته باطلاً، وكما يمكن ان ينحصر البطلان في الجزء الباطل، وترك العقد قائما في الأجزاء الصحيحة منه، كما في حال أن يعمد الشركاء تحت تأثير ما إلى إعفاء أحدهم من الخسارة، فإن المشرع في

[1] أنظر نص المادة (1/168) من قانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م.

هذه الحالة قد قرر بطلان هذا الشرط، وبقاء عقدها صحيحاً رغم بطلان هذا الشرط . (ماء العينين، 1989، صفحة 181)

3. **البطلان لا يحتاج إلى إبطال:** حيث أن التصرف القانوني الباطل لا يحتاج إلى إبطال، وبما ان العقد الباطل يعد هو العدم سواء، فإن البطلان لا يحتاج إلى لتقريره ، لأنه باطل من الأساس ولا يتوقف على أن يتقرر إبطاله، فإن القانون هو من قرر بطلان هذا التصرف، وليس الحكم القضائي، وعليه إذا كان شخص طرفاً في عقد باطل، فإن محل العقد لم يخرج عن ملك البائع لبطلان العقد، وحتى إذا رفع أحد الأطراف دعوى بطلب تسليم المحل أمكن للطرف الآخر الاحتجاج ببطلان العقد، والامتناع عن تسليم المحل، وكما ان يملك قاضي الموضوع من تلقاء نفسه ان يحكم بالبطلان دون أن يلزم ذو مصلحة طلب ذلك، وكما يملك صاحب المصلحة أن يبادر برفع دعوى البطلان. (ماء العينين، 1989، صفحة 183)

وكما تتميز القوانين المدنية بكثرة تقسيمات أنواع البطلان، فهناك النظرية التقليدية التي تقسم البطلان إلى نوعين: وهما البطلان المطلق، والبطلان النسبي، حيث أن البطلان المطلق يتحقق بتخلف ركن من أركان العقد، أما بالنسبة للبطلان النسبي فهو يتحقق بتخلف شروط من شروط صحة العقد، وكما جاءت نظرية ثانية وقامت بتقسيم البطلان إلى ثلاثة اقسام : الانعدام، والبطلان المطلق، والبطلان النسبي، حيث يكون العقد أو التصرف القانوني بوجه عام منعدماً إذا فقد أحد أركان انعقاده، وكما يكون باطل بطلانا مطلقا إذا فقد شرط من شروط صحة انعقاده. (ماء العينين، 1989، صفحة 177).

اما بخصوص البطلان النسبي فإنه يكون في حال كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، أو شاب ارادته عيباً من عيوب التراضي، وعليه لابد من تناول ذلك بشكل مفصل، وفقاً لما يلي:

1. **الانعدام:** يكون التصرف القانوني بوجه عام، والعقد بوجه خاص منعدماً في حال تخلف أحد أركان العقد، وهي الرضا، والمحل، والسبب، والشكل الذي حدده القانون في العقود الشكلية، أو بتخلف الشكلية المتفق عليها بين الأطراف، مما يصبح العقد منعدماً لا وجود له.

2. **البطلان المطلق:** وهو الجزاء المفروض في حال تخلف شرط من شروط صحة أحد أركان العقد، كعدم تعيين المحل، أو عدم مشروعية السبب.

3. **البطلان النسبي:** وهو الجزاء المفروض من قبل المشرع عندما يشاب بعيب من عيوب التراضي، وعليه فهو عقد قائماً بذاته منتج لآثاره حتى يتقرر إبطاله، او يصبح عقداً صحيحاً في حال تمت إجازته من قبل الطرف الذي يملك الحق في طلب إبطاله، وكما على قاضي الموضوع أن يحكم ببطلانه من تلقاء نفسه، دون الحاجة إلى طلب إبطاله من أحد أطراف العقد. (ماء العينين، 1989، صفحة 177)

وكما يرى الباحث انه يستوي الانعدام مع احكام البطلان المطلق، فإن التصرف القانوني الذي يكون في حكم الباطل بطلاناً مطلقاً يعد منعدماً، لان المشرع اعتبره كان لم يكن، فلا يمكن أن يكون في العدم درجات في التفاوت مما يؤيد من وجهة نظرنا النظرية التقليدية الأولى وهي الأقرب إلى الصواب، والخلاصة أن البطلان المطلق هو جزاء تخلف ركن من أركان العقد، او بتخلف شرط من شروط أحد هذه الأركان، أما بخصوص البطلان النسبي فهو جزاء لوجود عيب من عيوب الإرادة، او نقصان الأهلية.

المطلب الثاني: جزاءات أخرى

حيث أن الجزاء الرئيس المترتب على تخلف ركن الشكلية في التصرفات القانونية هو البطلان، وهذا ما تم مناقشته أعلاه، إلا ان ذلك لا ينفي من وجود جزاءات أخرى مترتبة على تخلف ركن الشكلية في السندات الرسمية، حيث باختلاف دور الشكل، يختلف الجزاء المترتب، فعندما يكون الشكل هو مطلوب لحماية أحد أطراف التصرف أو الغير، فأنه يكون الجزاء عدم فعاليته، اما إذا كان دور الشكل مطلوب للإثبات، فعندها يفقد التصرف القانوني لدليل إثباته، ومن الملاحظ ان جميع هذه الجزاءات تكون أخف أثراً من جزاء البطلان، وتتمثل هذه الجزاءات فيما يلي:

1. **تحول العقد الرسمي إلى عقد عرفي**

حيث اصبغ المشرع الفلسطيني على السندات، التي لم تستوف الشروط السندات الرسمية التي ناقشنا مضمونها بموضوع دراستنا أعلاه، بالسندات العرفية بشرط ان يكون موقعة من ذوي الشأن اما بأختامهم، أو بإمضاءاتهم، أو ببصماتهم، وأنه بذلك يكون السند الرسمي قد تحول إلى سند عرفي، وتسري عليها أحكام السندات العرفية الوارد ذكرها في قانون البينات من حيث اثباتها.[1]

2. **عدم فعالية التصرف**

حيث أن الشكلية هنا ليست شكلية للانعقاد، إلا انها مطلوبة لنفاذ التصرفات القانونية، والاحتجاج بها، فأنه لا يكون إلا بتباع الشكلية التي حددها القانون، ومن الأمثلة على ذلك، أنه لا يكون نقل ملكية العلامات التجارية أو رهنها، حجة على الغير إلا بتدوين النقل أو وضع إشارة الرهن في السجل، ونشر ذلك في الجريدة الرسمية.[2]

[1] أنظر نص المادة (10) من قانون البينات الفلسطيني النافذ.

[2] أنظر المادة (4/19) من قانون العلامات التجارية رقم 33 لسنة 1952م.

3. فقدان التصرف للحماية القانونية.

حيث أنه احياناً يأتي جزاء تخلف الشكل ويتمثل بفقدان الحماية القانونية، وذلك على سبيل المثال كحقوق الملكية الفكرية بشكل عام، حيث يستلزم القانون تسجيل الحق في السجل الخاص به ليتمتع بالحماية القانونية، ومن الأمثلة على ذلك حماية الاختراعات، حيث يشترط المشرع لحماية الاختراعات منح براءة الاختراع به، ويتم منح هذه البراءة الاختراع بعد تسجيل الاختراع في سجل الاختراعات المعد لذلك في وزارة التجارة والصناعة وفقاً للإجراءات التي نص عليها قانون براءات الاختراعات، وكذلك ذات الحماية التي تتمتع بها العلامة التجارية إذا تم تسجيلها في سجل العلامات التجارية. حسب الأصول المرسومة في قانون العلامات التجارية النافذ، وحيث أن استعمال العلامة التجارية المسجلة يقتصر على مالكها أو يعطي المالك هذا الحق، وكذلك الأمر بخصوص حماية الرسوم والنماذج الصناعية، حيث أن مالك الرسم او النموذج الصناعي، فأنه يتمتع بعد تسجيله بحماية القانون في منع الغير من صنع منتجات تم فيها الرسم أو النموذج المسجل دون موافقة المالك. (المومني، دور الشكلية في التصرفات الفانونية دراسة مقارنة، 2005، صفحة 128)

4. فقدان التصرف دليل إثباته.

حيث يكون دور وغاية الشكلية هنا للإثبات، أنه استلزم المشرع كقاعدة عامة شكلية معينه للإثبات، إن لم يستوف هذه الشكلية المطلوبة قانوناً فلا يمكن اثبات الحق، حيث نجد ان المشرع الفلسطيني قد نص كقاعدة عامة أنه إذا كانت قيمة الالتزام تزيد عن مائتي دينار اردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً فانه يجب وجود دليل كتابة وذلك في الالتزامات المدنية دون التجارية،[1] وكذلك الأمر فأنه يجب أن تكون الدفاتر التاجرية منظمة حسب الأصول وفقاً لأحكام المواد (17،18) من قانون التجارة الأردني النافذ، لتكون حجة لصاحبها في نزاعه مع تاجر آخر، وحيث عدم الالتزام بشكل الدفاتر التجارية مما يفقدها

[1] أنظر نص المادة (1/68) من قانون البينات الفلسطيني النافذ.

حجيتها هذه الدفاتر لصالح منظمها. ومن المعلوم إن فقد التصرف دليل لإثباته أصبح هو العدم سواء، فإن الحق الذي لا دليل له يكن كالعدم.

5. **الغرامة.**

أن الغرامة تعتبر احدى الجزاءات المفروضة على تخلف ركن الشكلية في التصرفات القانونية، وانه يلزم بدفعها المتخلف عن اتباع الشكلية التي حددها القانون باعتبار ان هذه الغرامة جزاء للمتخلف، وذلك بوجود نص قانوني صريح على فرض غرامة ماليه كجزاء على مخالفة الشكلية التي يتطلبها القانون.

الفصل الثاني

الشكلية في الكتابة الالكترونية

أن التصرفات القانونية بوجه عام، وفقاً لأحكام مجلة الاحكام العدلية باعتبارها التشريع المدني في فلسطين، فإنها تصرفات قانونية رضائية، حيث يكفي لانعقادها تراضي الطرفين، أي باقتران الإيجاب بالقبول، وعليه فإن التراضي وحده هو أساس التعاقد، ولكن هناك أنواع معينه من العقود كما أشرنا إليها، لا يكفي في انعقادها مجرد اقتران الايجاب بالقبول، بل يجب لإتمام هذه العقود اتباع الشكلية التي حددها القانون، وهذه هي العقود الشكلية.

فالعقد الشكلي هو العقد الذي لا يتم بمجرد اقتران الايجاب بالقبول، أي بتراضي أطراف العلاقة التعاقدية، بل يجب اتباع الشكلية التي حددها القانون، وعليه يثور التساؤل عن مدى إمكانية ابرام هذه العقود الشكلية إلكترونياً، أي عبر شبكة الانترنت، وذلك لصعوبة استيفاء العقود الشكلية عبر الإنترنت، فهل يمكن استيفاء الشكلية التي حددها المشرع في العقود الالكترونية، وهل جميع العقود الالكترونية تخضع لأحكام الشكلية، وكل ذلك سنتناوله في هذا الفصل لمعرفة الشكلية الالكترونية ولابد بدايةً من التعرف على ماهية المحررات الالكترونية، وصور الشكلية الالكترونية، وللتعرف على أثر الشكلية الالكترونية، وما إلى ذلك.

المبحث الأول: الكتابة الالكترونية

حيث نجد أن المشرع قد ساوى بين الكتابة الورقية والكتابة الالكترونية، كشكلية للتصرفات القانونية، ويكون للمعاملات والسجلات والتواقيع الالكترونية أثرها القانوني، وتعتبر صحيحة ونافذه في ذلك شان الوثائق والمستندات الخطية بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها، وصلاحيتها في الاثبات،[1] إلا أن الملاحظ ان الكتابة الورقية أما أن تكون كتابة رسمية وإما ان تكون كتابة عرفية وفقاً لما بيناه في

[1] أنظر نص المادة (9) من قرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الإلكترونية النافذ.

الفصل الأول من هذه الدراسة، إلا انه بدايةً سنقوم في المطلب الأول بمناقشة ماهية المحررات الالكترونية، وسيتم تقسيمه إلى فرعين، للوقوف من خلالهما على تعريف المحررات الالكترونية وشروط انشائها، وكذلك للتعرف على الشكلية الالكترونية، ونتناول في المطلب الثاني صور الشكلية الالكترونية وتقسيمها إلى نوعين اما ان تكون رسمية الالكترونية، أو عرفية الالكترونية، وهذا ما سنقوم بمناقشته وفقاً لما يلي:

المطلب الأول: ماهية المحررات الالكترونية

حيث تعد المحررات الكتابية من أهم طرق الإثبات، نظراً للحماية والأمان الذي تضفيه على التصرفات القانونية، وكذلك تعد المحررات الالكترونية من اهم الأدلة الكتابية، ومما قد تكون الكتابة الالكترونية هي شكلية لنشوء أي تصرف قانوني، مما يستدعي علينا البحث في تعريف المحررات الالكترونية وشروطها وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول، وكما ستناول في الفرع الثاني الشكلية الالكترونية، وهذا ما سيتم مناقشته وفقاً لما يلي:

الفرع الأول: تعريف المحررات الالكترونية وشروط انشائها

عرف المشرع الفلسطيني السند الالكتروني بأنه السند الذي يتم إنشاؤه وتوقيع الأطراف عليه، ويتم تداوله بشكل إلكتروني، وكذلك يعرف العقد الالكتروني هو اتفاق بين طرفين أو أكثر بوسائل إلكترونية،[1] وعليه فإن العقد من حيث تكوينه اما ان يكون رضائياً، أو شكلياً، أو عينياً، أن العقد الالكتروني لا يخرج من حيث تكوينه وانواعه، وآثاره، عن العقد التقليدي، ولا يختلف من الأمر شيئا إن كان يبرم بوسائل إلكترونية، وأن العقد الالكتروني من العقود التي تبرم عن بعد، (رهش، 2016، صفحة 134) وأن المحررات الالكترونية يمكن لها ان تقوم بدور المحررات التقليدية (الكتابية)، حيث أن الكتابة الالكترونية يتم معالجتها بطريقة رقمية، ويتم تخزين البيانات بطريقة الالكترونية، بشكل يمكن الوصول إليه من قبل أطراف العلاقة،

[1] أنظر نص المادة (1) من قرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الالكترونية النافذ.

والاطلاع عليها، وعلى مضمونها، عن طريق جهاز الكمبيوتر، والذي يجعل هذه البيانات تظهر بصورة واضحة ومقروءة للأطراف، وبالنتيجة تعبر عن ارادتهم الصريحة لأطراف التصرف، ويمكن التوقيع الوارد عليها من نسبتها إلى صاحبها.

- **شروط الاعتداد بالسندات الالكترونية**

حيث لابد من توافر شروط المحرر الالكتروني مجتمعة، لكي يمكن الاعتداد بهذه المحررات وترتب أثارها القانونية، فلا يتطلب منها إلا أن يكون السند مكتوب، وأن يكون موقع من أطراف العلاقة القانونية، وهذا ما سنناقشه بشكل مفصل وفقاً لما يلي:

1. **أن يكون المحرر مكتوباً**

حيث من المعروف لما لهذا الشرط من ضرورة إلزامية بأن يكون السند مكتوب، فهذا المستند اما أن يكون ورقة رسمية أو عرفية، ويعتبر الفرق بينهما هو أن المستند الرسمي يصدر من موظف عام وهو المكلف بخدمة عامة، وأن يكون مختصاً بإنشائها من حيث الزمان والمكان والموضوع، أما المستند العرفي فهو لم يتوافر فيه مقومات السند الأول وإنما ينظم من قبل أطرافه ويوقع منهم، وهذا ما أسلفنا ذكره. (القضاة، 2009، صفحة 87)

وحتى تعتبر الوثيقة الناتجة عن المعاملة الالكترونية دليلاً كتابياً، فأنه يستلزم أن يكون المحرر مكتوب، وقد جرى العرف أن يكون التدوين على وسائط إلكترونية، من خلال ومضات الكترونية وتحويلها إلى لغة يفهمها الحاسب الآلي، وبناءً على ما سبق ذكره، وحتى يتمكن أطراف العلاقة من الاحتجاج بمضمون المحرر الالكتروني المكتوب، فإنه يشترط ان يكون المحرر مقروءاً، وأن يكون مدون بالحروف أو الرموز التي يفهمها الشخص المراد الاحتجاج عليه بهذا المحرر. (النسور، 2016، صفحة 95)

بالإضافة لهذا الشرط، فإن جميع التشريعات اشترطت أن يكون المحرر مقروءاً، ذلك علاوةً على شرط أن يتم التدوين على وسيط يسمح بإثبات الكتابة، وان يمكن الرجوع إليه عند الحاجة إليه، كمراجعة بنود العقد، أو لعرضه على القضاء عند وجود نزاع بين أطرافه، للاعتداد بالكتابة في الاثبات، وكما يجب أن يكون المحرر متميز بالثبات والاستمرارية، أي يجب ان تكون الكتابة المحرر ثابته لا يمكن تعديلها إلا بإتلافها، اما بخصوص المحررات المدونة على وراق (المحررات التقليدية) فأنه لا يمكن تعديلها إلا بإتلافها، أو بإحداث تغيرات مادية عليها، مما يسهل التعرف عليها، اما بواسطة الخبرة، او بواسطة القراءة العادية التي من خلالها يمكن الكشف عن وجود التحريف فيها. (النسور، 2016، صفحة 98)

وكما أن التطور التكنولوجي في حياتنا قد جعل حفظ المحررات الالكترونية في صيغتها النهائية، بشكل لا يقبل التبديل، او حدوث تغيير في فحواها، وذلك من خلال حفظها في صناديق إلكترونية لا يسمح بفتحها إلا بمفتاح خاص لا يعلمه إلا الأشخاص العلمية، وقد يكون بحوزة جهات معينه من قبل الدولة، وهذا ما يمنح الثقة بالمحررات الكترونية على ذات الدرجة من المحررات التقليدية، بل على اضعافها. (النسور، 2016، صفحة 98)

2. أن يكون المحرر موقع من أطرافه

لكي يكون للسند التقليدي حجية في الاثبات لابد من أن يشتمل على توقيع من صدر عنه، والتوقيع هو الشرط الجوهري في السند الذي يقصد به إقرار الموقع بما هو موجود بالسند ومدون به، وقد بين قانون البينات الفلسطيني النافذ أنواع التوقيع التقليدي وهي أما أن تكون بالإمضاء أو بالختم أو بالبصمة،[1] لهذا يجب التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وكما يتم التأكد من هوية مصدري التصرفات القانونية بتوقيعهم على مضمون العقد باعتباره يعد اقراراً منهم بما ورد بالعقد، وقد يأخذ أشكال التوقيع الالكتروني من خلاله يتم التعرف على هوية موقعها ومنها بطاقة الائتمان الممغنطة، أو عن طريق الماسح الضوئي،

[1] انظر المادة (15) من قانون البينات الفلسطيني النافذ.

وما إلى ذلك من أشكال متعددة ومتزايدة، ولا بد من الإشارة ان حجية التوقيع الالكتروني كأنه توقيع على الورق.

وان مصطلح التوقيع يستعمل بمعنيين: الأول هو عبارة عن إشارة أو علامة تسمح بتميز الشخص الموقع عن غيره، و الثاني هو فعل أو عمليه التوقيع ذاتها، وهو ما يتم وضعة على مستند يحتوي على معلومات معينه، ومن هذا التعريف يمكن استنتاج عناصر التوقيع الجوهرية، وهي أن يكون علامة خطية وشخصية لمن نسب إليه التوقيع، اما بخصوص التوقيع الالكتروني هو الوسيلة الالكترونية التي يمكن بمقتضاها تحديد هوية الشخص المنسوب إليه التوقيع، وما يجدر الإشارة إليه أن قرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية النافذ، قد تطرق إلى ما يعرف بالمصادقة الالكترونية وقام بالوقوف عليها بتنظيم أحكامها، وقد عرفها بالمادة الأولى بأنها" وسيلة فنية آمنة للتحقق من صحة التوقيع أو السجل الالكتروني". وعرف السجل الالكتروني في ذات المادة المذكورة بأنه " مجموعة المعلومات التي يتم انشاؤها او إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية، والتي تشكل بمجملها وصفاً لحالة شخص او شيء ما".

وحيث أفادت المادة (34) من قرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية، أنه حتى يعتد بصحة التوقيع أن يكون من الممكن التحقق منه بإجراءات التوثيق التي تصدر عن وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، وبجب ان تتوافر فيه عدة شروط وهي: أن يكون التوقيع خاص بالموقع ويثبت هويته، وأن يكون هناك ارتباط بالوثيقة المتصلة بالتوقيع، وأن يكشف أي تغيير لاحق أدخل عليها، وكذلك أن يتم انشاء التوقيع بوسائل يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الخاصة.

أي أن وكما يمكن اعتبار أن الوظائف الرئيسية للتوقيع هي لتمييز هوية صاحب التوقيع، وكذلك أن التوقيع يدل على حضور صاحب التوقيع، وكذلك ان بموجب التوقيع يتم التعبير عن إرادة صاحبه، وبالنتيجة يجب ارتباط الكتابة بمنشئها وهو بان تحتفظ الرسالة الالكترونية بصورة تسمح للتعرف على شخصية مرسلها، وكذلك جميع البيانات المتعلقة بها.

1. أن تكون الكتابة محفوظة

حيث أن الهدف من وجود هذا الشرط هو ضمان بقاء واستمرار الكتابة، بحيث يمكن لأي أحد من أطراف العلاقة القانونية الرجوع إليها، عند وجود حاجة لذلك، وكما ينسجم هذا الشرط مع أحكام الفقه الإسلامي، والذي قسم الكتابة لنوعين، الأولى هي الكتابة المستبينة وتعرف بأنها الكتابة التي تكتب في دعامة تسمح بحفظها وبقائها محفوظة فترة طويلة من الزمن، أما النوع الثاني وهي الكتابة الغير مستبينة والتي تعرف بانها الكتابة التي تكتب على دعامة يستحيل أن تضمن بقاءها، كالكتابة الهواء والماء، ولا يعتد الفقه الإسلامي إلا بالنوع الأول المدون الذي يضمن استمراريته وبقائها لإحداث أي أثر شرعي. (المعشني و ادريس، 2014، صفحة 282)

وكما أن في المعاملات الالكترونية نجد أن الدعامة التي بموجبها تحفظ الكتابة الالكترونية متعددة، على خلاف الكتابة التقليدية التي غالبا ما تكون الورق، فهناك عدة وسائل يمكن من خلالها أن تحفظ الكتابة الالكترونية وتتمثل فيما يلي نذكر منها مثالاً وليس حصراً باعتبارها وسائل تتقدم بتقدم التكنولوجيا، وذلك كمساحات التخزين المتوفرة على شبكة الانترنت، وكالشريط المغناطيسي، والأقراص الصلبة والمرنة، وأن جميع هذه الوسائل تتيح لأي من أطراف العلاقة القانونية، الرجوع إلى المحرر الالكتروني والاطلاع على المعلومات التي وردت فيه، وما يفهم انه ليس شرطا حفظ الكتابة الالكترونية على أقراص التي تكون في تناول اليد، بل يجوز الحفظ على مساحات تخزينه عبر شبكة الانترنت. (المعشني و ادريس، 2014، صفحة 282)

وكما يرى الباحث أن المحادثات التي تتم بين أطراف العلاقة القانونية عبر المحادثات المباشرة، أن الكثير من هذه البرامج لا يتحقق معها هذا الشرط، لعدم إمكانية حفظ واستعادة المحادثات الالكترونية المكونة للعقد، بحيث يمكن ان تختفي هذه المحادثات او تحذف بمجرد الخروج من البرنامج، ومن ثم لا يعتد

بالكتابة الالكترونية سواء كانت للانعقاد أو للإثبات، وعليه فإن بعدم تحقق الشروط سالفة الذكر مجتمعة لا يمكن إنشاء محرر إلكتروني بشكل يتفق مع صحيح القانون.

2. تأمين الكتابة من التلاعب والتزوير

بالإضافة لما ذكرته من شروط فأنه يجب أن تكون الكتابة سواء كانت شرط للانعقاد أو للإثبات لكي يعتد بها أن تكون مؤمنة من أي تلاعب ضد التزوير، أو التعديل فيها بحيث لا يمكن تعديلها، بحيث لا يمكن تعدليها بدون أن تترك أثر مادي يدل على ذلك، فيمكن أن يتحقق هذا الشرط من خلال بعض البرامج التي تقوم بحفظ المستند الكتابي بصورة لا تسمح بالتعديل بما جاء به، بحيث ان هذه البرامج التي تقوم بحفظ المستند الكتابي بالصورة التي تحفظ النصوص على شكل ملفات لا يمكن التعديل عليها إلا بإتلافها، واهم ما يميز هذه الملفات أنها تكون للقراءة فقط. (رشدي، 2003، صفحة 450)

وأن الكثير من النظم المعلوماتية لا تسمح للأطراف تعديل الرسائل الالكترونية، كما هو الحال في الرسائل التي تتم عبر البريد الالكتروني التي لا يمكن لمرسل الرسالة أن يعدل فيها بعد قيامة بإرسالها، وكما لا يستطيع المرسل إليه اجراء تعديل على أصل الرسالة إلا بحذفها، وعليه فإن الكتابة الالكترونية كالكتابة التقليدية، تستطيع أن تفي بالشروط المطلوبة للاعتداد فيها قانوناً، ومما لا يرى الباحث وجود مانع من قبول الكتابة الالكترونية في العقود الشكلية التي تكون الكتابة العرفية ركناً فيها. (رشدي، 2003، صفحة 451)

الفرع الثاني: الشكلية الالكترونية

كما تحدثنا سابقاً أن الأصل هو الرضائية في العقود، وأن الشكلية هي استثناء عن الأصل العام، وإذا القانون اشترط شكلية معينه، فإن يكون بهدف التنبيه على المتعاقدين بخطورة التصرف القانوني، وأن مبدأ الشكلية معروف في نطاق العقد، إلا انه يجب عدم الخلط بين الشكلية التي يفرضها القانون لتكوين العقد، ام تكون لغرض اثباته، فإن ذلك لا يمنع من أن ينعقد ذلك العقد رضائياً، ويكون صحيحاً ومستوفياً لأركانه

إذا انعقد صحيحاً، واننا تحدثنا عن الشكلية التقليدية للتصرفات القانونية، وفي ضل التطور التكنولوجي وابرام العقود عبر شبكة الانترنت، فقد ثار العديد من الأسئلة حول إمكانية تحقيق تلك الشكلية من خلال العقود الالكترونية، ولاسيما انه من المعروف ان من خصائص تلك العقود هو تباعد اطراف العلاقة التعاقدية مكانياً، وكما اتفقنا سابقاً ان الشكلية كركن من أركان العقد لا تعدو أن تكون اما وجوب التسجيل في سجل رسمي، او مجرد الكتابة.

حيث بالتدقيق في الأحكام القانونية المنظمة للمعاملات الالكترونية، نجد أن المشرع الفلسطيني قد أجاز ان يتم التعاقد بين وسائط إلكترونية، ويكون هذا التعاقد منتج لآثاره القانونية، على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر، لأي شخص طبيعي في عمليه ابرام العقد،[1] وبعد استعراض النصوص القانونية نستطيع أن نجزم ان الشكلية إن كانت ركناً من أركان العقد، وإن كانت مشترطة ان تمثل بالكتابة بين أطراف العلاقة التعاقدية، دون ان توثق في دائرة رسمية، أو أمام موظف مختص، وعليه فانه يمكن تحل الشكلية الالكترونية محل الشكلية التقليدية، بعد ان اعترف المشرع الفلسطيني بالتوقيع الالكتروني، باعتباره اهم شرط من شروط المحرر الالكتروني يصح الاعتماد عليه، والاحتجاج به في مواجهة من ينكره، وان هذه النتيجة تلزمنا بوجوب التدقيق في مسألة التوقيع الالكتروني، ومدى دلالته على موقعه، إذ أن التوقيع الالكتروني يستطيع موقعة انكاره بسهولة على خلاف التوقيع التقليدي. (عبطان ، الشكلية في العقود الالكترونية، 2005، صفحة 250)

ومن الملاحظ أن الشكلية الالكترونية في العقد، يمكن تحققها إذا كانت ممثله بالكتابة فقط (الشكلية العرفية)، دون اشتراط توقيعها امام موظف عام، أو تصديقها من دائرة معينه، أو وجوب توثيقها في سجل معين، وحيث أن أغلب التشريعات تتبنى مبدأ المساواة بين الكتابة الإلكترونية، والكتابة التقليدية، والتوقيع الالكتروني، والتوقيع التقليدي، لكن أن الإشكالية تثور عندما يستلزم القانون شكلاً معيناً لانعقاد التصرفات،

[1] أنظر نص المادة (11) من قرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الالكترونية النافذ.

ولتفادي إجراءات الشكلية الرسمية في العقود، نجد انه هناك بعض القوانين الوطنية استبعدت تطبيق القواعد الخاصة بالعقود الالكترونية، وذلك على بعض التصرفات القانونية، وفضلت ابرام هذه التصرفات في الشكل التقليدي دون الالكتروني، وهذه التصرفات هي ما تخرج عن الشكلية الالكترونية وسيتم مناقشتها فيما بعد. (العيش، 2007، صفحة 114)

ويثور التساؤل إلى مدى اعتبار الكتابة الالكترونية من قبيل الكتابة التي ينعقد فيها التصرف الشكلي، فأنه لغاية الوصول إلى ذلك يتوجب علينا دراسة الاختلاف ما بين الكتابة الالكترونية، والتقليدية، بالإضافة لذلك قد تعرفنا سابقاً على الشروط قانونية الواجب توافرها في الكتابة الالكترونية، تتمثل أهم الاختلافات بين الكتابة الالكترونية والكتابة التقليدية في نقطتين أساسيتين وهما: الدعامة التي تحفظ الكتابة، والطريقة التي يعتمد عليها في الكتابة، سأتناولها بشكل مفصل وفقاً لما يلي:

1. **الدعامة التي تعتمد عليها**

بعد ان كانت الورق هي الدعامة الأساسية التي يعتمد عليها في الكتابة، حيث ظهر في العصر التكنولوجي الحديث دعامات الالكترونية، لحفظ الملفات الإلكترونية بمختلف أنواعها، ومن ضمنها النصوص والكتابات التي تحرر بطريقة الكترونية، وحيث تختلف الدعامات الالكترونية عن الورقية التقليدية في أن الأولى لا يمكن قراءتها مباشره إلا بتوافر جهاز حاسب آلي، بينما يمكن قراءه الكتابة المكتوبة على محررات ورقية بصورة مباشرة، دون الحاجة إلى أي وسيط، وقد يرى البعض من الفقهاء أن الدعامات الالكترونية تكون معرضة للخلل، ويؤدي ذلك إلى استحالة القراءة الكتابة المثبتة عليها، أو زوالها، ولا يعتبر ذلك عيباً يمنعنا من قبول الكتابة الالكترونية، ولان أيضا الدعامة الورقية معرضة للهلاك كاحتراقها، وتمزقها، أو تعرضها لبعض المواد التي قد تمحو الكتابة المثبتة عليها، بل على العكس ذلك أن الدعامة الالكترونية تتميز فيها إمكانية استرجاع محتوياتها في حال تعرضها لخلل بعكس الدعامة الورقية، ورغم

ذلك إلا انه قد اعتاد الافراد على الدعامة التقليدية (الورقية) كدعامة أساسية للكتابة. (المعشني و ادريس، 2014، صفحة 279).

2. طريقة الكتابة

حيث من المعروف بأن طريقة كتابة المحررات الالكترونية تختلف عن الكتابة التقليدية على المحررات الورقية، حيث أن الثانية تكتب بأداة معينه، ويقوم الكاتب بتحريك هذه الأداة برسم الحروف، التي تتكون منها الكتابة، بينما الكتابة الالكترونية تتم بواسطة لوحة معينه، حيث تحتوي تلك اللوحة على عدة مفاتيح، وكل مفتاح يدل على حرف معين، أو رمز معين، وحيث يقوم الكاتب بالضغط على المفاتيح التي يختارها للكتابة، وأنه ينتج عن التفرقة بين طريقة الكتابة الالكترونية عن التقليدية بأن الثانية تعتمد على حركة يد الكاتب وتختلف من كاتب عن الآخر لاعتمادها على خواص ذاتيه للكاتب، حيث أن حركة يد الكتاب تتميز عن غيره في طريقة الكتابة، ومستوى ضغط الكاتب على أداة الكتابة،

بينما الكتابة الالكترونية فإن ما سبق ذكره لم يكون موجودا فيها، وان الكتابة فيها تكون بواسطة الضغط على المفاتيح ويقوم برنامج النصوص بترجمة الإشارة التي يتلقاها من المفتاح إلى الحرف الذي يقابله ويظهره على الشاشة، وبالنتيجة فأنه لا ينفرد الحاسب الآلي بخط معين يميزه عن غيره من الحواسيب، وانه برغم تعدد أنواع الخطوط في الكتابة الالكترونية في الحاسب الآلي، إلا انه لا يمكننا أن ننسب خط معينا لحاسب آلي وحدة دون غيره، إلا انه متصور في حالتين وهي: اما أخذ صورة عن الكتابة التقليدية بواسطة الماسح الضوئي، أو القيام بالكتابة بواسطة قلم الإلكتروني. (المعشني و ادريس، 2014، صفحة 280)

وقد استغل القانون في الكتابة التقليدية، واتخذها قرينه على صاحبها في أنكار التصرف القانوني، المثبت بالكتابة العرفية التقليدية، وذلك عن طريق مضاهاة خطة مع خط الثابت بالكتابة العرفية التقليدية التي ينكرها، أما الكتابة الالكترونية فلا يجوز مضاهاة الكتابات الالكترونية للدلالة على شخص الذي أنشأها، إلا ان ذلك لا يعد عيباً مانع من استبعاد الكتابة الالكترونية من دائرة الاعتراف القانوني، إلا انه هناك عدة

طرق تتوافر فيها الكتابة الالكترونية نستطيع من خلالها معرفة منشئ الكتابة الالكترونية بصورة دقيقة وآمنه حتى لو أنكرها بدون الحاجة إلى المضاهاة.

المطلب الثاني: صور الشكلية الالكترونية

تقسم صور الشكلية إلى عدة اقسام منها الشكلية المباشرة وهي شكلية المتطلبة لانعقاد العقد، وهي تلك الشكلية التي يتطلبها القانون بشكل استثنائي عن قاعدة الرضائية في التصرفات القانونية، والصورة الثانية الشكلية الغير مباشرة وهي الشكلية التي لا يتطلبها القانون لانعقاد العقد، وإنما يتطلبها لغاية أخرى قد تكون للإثبات أو لنفاذ التصرف القانوني. (النسور، 2016، صفحة 107)

وكذلك من أبرز صور الشكلية الالكترونية كالشكلية التقليدية هي الشكلية الرسمية، والعرفية، وسنقوم بمناقشتها بشكل تفصيلي، في الفرعين التاليين وفقاً لما يلي:

الفرع الأول: الشكلية الرسمية الالكترونية

حيث ان في العالم المتطور لا تنعقد بعض العقود الالكترونية ما لم تستوف الشكلية الرسمية المفروضة بموجب نص قانوني، كتصديقها من جهة معينه مثل التصرفات الواردة على العقار، ويتبين لنا أن التسجيل يفترض الكتابة الرسمية، والتي يمكن تعريفها بأنها الكتابة التي يثبت فيها الموظف عام أو مكلف بخدمة عامة، طبقاً للأوضاع القانونية، وفي حدود اختصاصه، ما قام به أطراف العلاقة في حضوره، او بما تم على يديه. (رهش، 2016، صفحة 166)

ويشترط بهذه الكتابة باعتبارها رسمية الشروط التالية:

1. صدور السند من موظف عام او مكلف بخدمة عامة: يعرف قانون الخدمة المدنية الموظف العام بموجب أحكام المادة الأولى، بأنه هو الشخص الذي يعين من جهات ذات اختصاص لشغل وظيفة

عامة تكن مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية وتكن على موازنة إحدى الدوائر الحكومية مهما كانت طبيعة تلك الوظيفة أو مسماها.[1]

وعرفت المادة (169) من قانون العقوبات الأردني النافذ بالموظف العام بالمعنى المقصود من هذا الباب، هو كل موظف عام يكن في المجال الإداري أو القضائي وكذلك كل ضابط من ضباط السلطة المدنية أو العسكرية او فرد من أفرادها، وأيضاً كل عامل أو مستخدم في الدولة او في إداراتها العامة، وان لفظ الإدارة لم يقتصر على الدوائر الرسمية او على مجلس الوزراء بل تنسحب إلى جميع أشخاص القانون العام. [2]

وتجدر الإشارة إليه أن صفة الرسمية لا تتأثر بصحة قرار تعين الموظف العام، أو قرار عزله، أو فصله أو إحالته للتقاعد، طالما لم يكن يعلم بالقرار الصادر بذلك ولم يبلغ فيه بشكل رسمي، وبخلاف ذلك فأنه يفقد ولايته كموظف عام، وتزول صفته القانونية الرسمية عن السند، وهذا ما يؤدي إلى بطلان التصرف الشكلي. (رهش، 2016، صفحة 167)

2. أن يكون الموظف العام مختصاً بالكتابة الرسمية: وهذا الشرط يقتضي أن يكون الموظف مختصاً اختصاصاً مكانياً وزمانياً ونوعياً بالكتابة الرسمية، وهذا ما تم تبيانه في الفصل الأول عند مناقشنا لاختصاص الموظف العام، وكذلك في حدود اختصاصه المكاني والزماني.

3. مراعاة الأوضاع القانونية في إنشاء الكتابة الرسمية: حيث أن على الموظف العام مراعاة الإجراءات والأوضاع القانونية أي المنصوص عليها بموجب أحكام القانون، وذلك عند قيامه بإصدار الكتابة الرسمية، وبتخلف أي شرط من الشروط المشار إليها أعلاه، فإن ذلك يؤدي إلى بطلان التصرف الشكلي، وذلك لان الكتابة الرسمية تعد جزءً من التصرف الشكلي وتدخل في ماهيته، وبتخلفها لا ينعقد التصرف الشكلي لعدم استكمال العقد لأركانه، فإن لم تصدر الكتابة من موظف عام مختص

[1] أنظر المادة (1) من قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998 النافذ.

[2] د. حنا نده: **المرجع سابق**، ص 265

يعد التصرف الشكلي باطل، وكذلك الحالة إن لم تشمل الكتابة الرسمية البيانات الجوهرية التي يجب ذكرها في الكتابة الرسمية لكي تنشأ الكتابة صحيحه، كذكر أسم كاتب العدل، أو موظف تسجيل العقاري، وأسماء المتعاقدين، وتاريخ السند، اما بخصوص البيانات الغير جوهرية فأنه لا يؤثر من الأمر شيئاً إن لم تشمله الكتابة الرسمية، كذكر رقم الصفحة، أو مهنة أطراف العلاقة أو الشهود. (رهش، 2016، صفحة 168)

حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن الكتابة الالكترونية لم تعد وظيفتها قاصرة على الاثبات، وإنما تعدت وظيفتها لتعد شرط لصحة العقد كالكتابة التقليدية، أي لما لها من وظيفة شكلية، وهذا ما يؤكده التوجيه الأوروبي رقم (2000/31) بشأن التجارة الإلكترونية، والتي بموجبه حث دول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي على تطوير تشريعاتها في المعاملات الالكترونية، وأن إعطاء الكتابة الالكترونية مركز أدنى من الكتابة التقليدية أمر يخالف مقتضيات الجماعة الأوروبية، وأن هذا الرأي يشمل الشكلية بصورها سواء كانت قانونية أو اتفاقية، أو شكلية قانونية رسمية أو عرفية. (رهش، 2016، صفحة 169)

ويرى الباحث بأنه لا يمكن توثيق المحرر الالكتروني، لأن برجوعنا إلى التنظيم القانوني للمعاملات الالكترونية، وهو القرار بقانون رقم15 لسنة 2017 بشأن المعاملات الالكترونية النافذ، نجد أن القانون لن يسمح بذلك، لان الأمر يحتاج إلى بنية إلكترونية تربط مكاتب التوثيق، حتى يسمح بتوثيق المحرر الالكتروني.

حيث ان بعض العقود لا تكون صحيحة إلا بأن تستوفي الشكلية التي فرضها القانون، فالسؤال الذي يجب الإجابة عليه هو كيفية التوفيق بين إلكترونية العقود، وبين اشتراط القوانين وجوب تسجيل تلك العقود في دوائر مختصة، وعليه نجد أنه برجوعنا لنص المادة (6) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي النافذ لديهم،[1] انه حاول الاستعانة بجهة ثالثة وهي جهة محايده، لضمان التثبيت، والتأكد من هوية المتعاقد

[1] قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000.

قبل المتعاقد الآخر، وأن هذه الطريقة توفر تأكيداً بأن العقد تم مع الشخص المطلوب التعاقد معه، وقد اختلفت المسميات التي تطلق على من يتولى هذه المهمة، فنجد ان القانون المذكور أعلاه يسميه (مزود خدمات المصادقة الالكترونية)، في حين سماه تشريع دبي باسم (مزود خدمات التصديق)، والتشريع المصري سماه باسم (جهة اعتماد التوقيع الالكتروني)، في حين سماه المشرع الفلسطيني باسم (وحدة المصادقة الالكترونية التوقيع الالكتروني)، (عبطان، 2005، صفحة 253) وقد عرف الفقه وحدة المصادقة والتوقيع الالكتروني بانها عباره عن سجل من المعلومات يتضمن مجموعة من المعلومات تتعلق بطلب الشهادة، والجهة المناحة لها، وتاريخ صلاحية الشهادة، وبعد ان تصدر شهادة عن هذه الوحدة تسمى بشهادة المصادقة الالكترونية. (عبطان ، الشكلية في العقود الالكترونية، 2005، صفحة 253).

ان مركز القانوني لوحدة المصادقة أثير بشأنها خلاف حول تكييفه القانوني، فحاول البعض مقارنته بمركز الكفيل والضامن، والبعض الآخر أطلقوا عليه مصطلح كاتب العدل الالكتروني، وذهب جانب من الفقه إلى عدم الأخذ بهذه الفكرة وإنما تبنى انه مركز قانوني جديد، ظهر وبرزت أهميته مع استغلال شبكة المعلومات بشكل واسع في مجال التجارة والمعاملات الالكترونية، (باسل، 2000، صفحة 26) ويرى الباحث انه هو الأقرب لمركز كاتب العدل الالكتروني نظراً لما يقوم به من خدمه، وكذلك من توفير ضمانات، واحتفاظ بنسخة من العقد، ومن هويات المتعاقدين، وشفرات الخاصة بهم، وبصماتهم.

ومما نستطيع ان نجزم بأن الشكلية التقليدية المتمثلة بالكتابة أصبحت تعوض عنها الشكلية الالكترونية، فبدلاً من السجلات التقليدية لمختلف الأشخاص هناك سجلات الكترونية، رغم كل ذلك إلا ان هناك جملة من التصرفات القانونية بطبيعتها تبقى في زاوية الورق والسجلات التقليدية، وذلك لخطورتها في مجال الحياة ولكثرة استخدامها واللجوء إليها. (عبطان، الشكلية في العقود الالكترونية، 2005، صفحة 255)

الفرع الثاني: الشكلية العرفية الالكترونية

يعرف المحرر العرفي بأنه المحرر الذي يصدر من الأفراد ولا يدخل موظف عام في تحريره، (التهامي، 2008، صفحة 550) حيث أن بعض التصرفات القانونية لم يحتم القانون اللجوء إلى موظف عام، أو دائرة رسمية لغرض انشاء التصرف القانوني، أو لغايات توثيق العقد، بل أنه اشترط القانون وجوب الكتابة بين أطراف العلاقة القانونية، إذا كان من العقود أو التصرفات التي اشترط القانون الكتابة العرفية فيها، ومنها عقد التحكيم، او عقد نقل التكنولوجيا، او عقد ترتيب المرتب مدى الحياة، وكذلك التصرف في حقوق التأليف.[1]

وأن ما تتطلبه شكلية الكتابة العرفية، هي كتابة العقد وتوقيع أطرافه عليه، وهذان الشرطان يتحققان في العقود الالكترونية (المبرمة عبر الانترنت)، وأن المشرع الفلسطيني قد اعطى للمحرر الالكتروني الذي تتوافر فيه الشروط القانونية ذات القيمة التي يتمتع بها المحرر التقليدي (الورقي)، وكما ان المحرر الورقي يكون له نفس القوة التي للمحرر الرسمي إذا اعترف به من يتمسك به ضده، (السنهوري ع.، الوسيط في شرح القانون المدني، 1982، صفحة 190) وحسناً ما فعله المشرع بهذه الخصوصية تفادياً للإشكاليات القانونية المترتبة على ذلك، وعليه فأنه يتمتع أطراف السند الالكتروني الدائن والمدين بذات الحقوق والدفوع القانونية التي يتمتع بها أطراف السند الخطي. [2]

وهناك مساواة تامة بين المحرر الورقي والمحرر الالكتروني، ففي هذه الحالة تقديم كل من المحرر الورقي والمحرر الالكتروني معاً إلى القاضي في دعوى منظورة أمامه، فإن لا يمكن للقاضي أن يعطي أفضلية لأي منهما على الآخر لمجرد الدعامة التي تم إنشاء المحرر عليها، فإنه لا يجوز أن يعطي أفضلية للمحرر الورقي على المحرر الإلكتروني، طالما ان المحرر الإلكتروني متوافره فيه الشروط التي نص عليها القانون، فإن المحرر الإلكتروني الناتج عن التعاقد عبر الانترنت سواء أكان هذا التعاقد قد تم عن

[1] أنظر المادة (10/أ) من قانون التحكيم الأردني.

[2] أنظر المادة (23) من قرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية النافذ.

طريق أحد مواقع الانترنت، او البريد الالكتروني، فإنه يتمتع بالحجية في الإثبات طالما توافرت فيه الشروط المنصوص عليها قانوناً. (التهامي، 2008، صفحة 554)

وبالنتيجة فإن المحرر الالكتروني العرفي يكون له ذات الحجية المقررة قانوناً للمحرر العرفي وفقاً لأحكام قانون البينات الفلسطيني النافذ، طالما ان شروط المحرر العرفي الإلكتروني متوافره، وعليه فإن اثبات صحة المحرر العرفي الإلكتروني يخضع لقواعد الإثبات وفقاً لأحكام قانون البينات، (التهامي، 2008، صفحة 555) ولابد من التعرض لأحكام المادة (1/16) من قانون البينات الفلسطيني النافذ والتي اعتبرت السند العرفي حجة على من وقعة ما لم ينكر ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء او ختم أو بصمة عند اطلاعه عليه، ويعتبر سكوته إقراراً بصحة ما نسب إليه، مما يعني ذلك أن المحرر العرفي يتمتع بحجية مؤقته على من وقعه إلى أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، من خط أو توقيع ، فإن أنكر ما هو منسوب إليه فأنه زال عن المحرر العرفي حجيته مؤقتاً، ويتعين على من يتمسك به أن يثبت صدوره ممن ينسب إليه التوقيع، وذلك بأن يطلب من المحكمة بإجراء المضاهاة، فإذا ثبت من التحقيق صدور المحرر ممن وقعة أعتبر حجية عليه. (عبد الودود ، 1994، صفحة 846)

إلا أن الاختلاف بين المحرر الالكتروني العرفي، والمحرر الورقي العرفي في إجراء المضاهاة، إذا لا يمكن التصور أن يطلب من يتسمك بالمحرر الالكتروني العرفي من المحكمة أن تأمر بتحقيق الخطوط بأعمال المضاهاة، وذلك لان المحرر الالكتروني غير مكتوب بخط المدين، وبالتالي فما هو الحل القانوني في حالة إنكار المدين التوقيع الالكتروني الموجود على المحرر العرفي؟

ولحل هذه الإشكالية فإن الحل يختلف على حسب الفروض التالية، التي تتمثل فيما يلي:

الفرض الأول: قيام المدين بإنكار التوقيع الالكتروني الموجود على المحرر الالكتروني، وان في هذه الفرضية يكون الحل سهلاً، وهو ان يقع على عاتق من يتسمك بالمحرر الالكتروني، تقديم شهادة التصديق الالكتروني الخاصة بالموقع، والتي تقم بإصدارها جهة التصديق الالكتروني الخاصة بالموقع، (التهامي،

2008، صفحة 556) والتي عرفت هذه الجهة بانها وسيلة فنية آمنه للتحقق من صحة التوقيع او السجل الالكتروني،[1] وان هذه الشهادة تحتوي على عدة بيانات وأن مسالة قبول البيانات الواردة فيها يعود تقديرها للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ويرى الباحث في الواقع العملي أن القاضي غالباً ما يأخذ بما يرد في الشهادة لأنها صادرة من جهة تصديق حاصلة على ترخيص من قبل وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، وذلك وفقاً لأحكام نصوص القرار بقانون بشان المعاملات الالكترونية.[2]

وفي هذا الصدد ما يجدر الإشارة إليه، بأن هذه الشهادة التي تتضمن ما يفيد بسلامة شهادة التصديق الالكتروني، وتوافقها مع بيانات انشاء التوقيع الالكتروني، وكذلك تحديد مضمون المحرر الالكتروني الموقع بدقه، وشخص الموقع، سواء في حالة استخدامه لاسمه الأصلي، أو استخدامه لاسم مستعار، او اسم الشهرة، (التهامي، 2008، صفحة 557) وعليه مما اعتقد بأن هذه الشهادة سيكون لها أثر كبير في اقتناع القاضي لصدورها من جهة تصديق حاصلة على ترخيص من قبل وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات.

الفرض الثاني: أن يعترف المدين أن هذا التوقيع الإلكتروني خاص به، ولكن ينكر حصول التوقيع منه، وأن هذا الفرض مماثل للحالة الخاصة بالتوقيع بالختم دون رضاء صاحبه، حيث يعترف صاحب الختم بأن الختم موجود على محرر هو ختمه ولكن ينكر أن يكون قد بصم بختمه على المحرر، وكما ذكرنا سابقاً أن الاعتراف ببصمة الختم كاف لثبوت حجية المحرر، ويجب على من يحُتج عليه بالمحرر إذا انكر التوقيع بختمه، ان يقيم دليل على ما يدعيه، وذلك بأن يقيم دليل على كيفية حصول الختم على هذا المحرر، وهذا ما يشكل دعوى تزوير يتم اتخاذ كافة إجراءاتها القانونية، وإن قمنا بتطبيق هذه القاعدة في حال انكار المدين، بأنه قام بالتوقيع الكتروني على هذا المحرر مع اعترافه بأن التوقيع هو توقيعه أو أن شهادة التصديق أثبتت ذلك، فإن في هذه الحالة الماثلة يقع على عاتقة ان يثبت كيفية وصول هذا التوقيع

[1] أنظر المادة (1) من قرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية النافذ.

[2] أنظر نص المادة (1) والمادة (6) من قرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية النافذ.

على هذا المحرر، وكيف تم استخدام المفتاح الخاص به من قبل شخص آخر للتوقيع إلكترونيا. (التهامي، 2008، صفحة 558)

وأن ما يؤيد ذلك أحكام المادة (1/8/أ) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية التي يفهم من أحكامها انه يتعين على كل موقع أن يمارس عناية معقولة لتفادي استخدام بياناته بإنشاء توقيعه استخداما غير مأذون به، وعليه مما يوجب النص المذكور على كل صاحب توقيع إلكتروني أن يقوم ببذل عناية معقولة في الحفاظ على سرية مفتاحه الخاص، ولا يفشي به لأي شخص، وكما يعرف المفتاح الخاص بأنه الرمز الذي يتم استخدامه لإنشاء توقيع إلكتروني في معاملة الكترونية، أو سجل إلكتروني، او عقد إلكتروني، أو رسالة بيانات، او سند إلكتروني،[1] وكما تعود آثار التصرف القانوني على صاحب التوقيع، وبالنتيجة إذا أهمل صاحب المفتاح الخاص العناية به، وأفشى به إلى شخص آخر، فاستخدامه هذا الشخص في ابرام تصرف قانوني، فإنه يقع على صاحب التوقيع عبء اثبات كيفية وصول الغير إلى مفتاحه الخاص، وإثبات واقعة قيام الغير بالتوقيع وكل ذلك يعود إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، (التهامي، 2008، صفحة 558) وكما يؤكد ذلك المشرع الفلسطيني حيث اوجب على الموقع اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لضمان دقه واكتمال كل ما يقدمه من بيانات وتصريحات جوهرية ذات صلة بالشهادة طيلة فتره سريانها، وكما يكون الموقع مسؤولاً عن عدم المحافظة على أداة التوقيع،[2] وكما يمكن أن يصل الغير إلى المفتاح الخاص للموقع عن طريق وسائل الغش، أو نتيجة ثغرات امنيه في نظام التوقيع الالكتروني، ففي هذه الحالة يقع على عاتق صاحب المفتاح الخاص إثبات ذلك، (التهامي، 2008، صفحة 559) وكما لا يجوز للغير الذي قدمت إليه بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني، أو حصل عليها

[1] انظر نص المادة (1) من قرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية النافذ.

[2] أنظر نص المادة (32) من قرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية النافذ.

بحكم عمله، إفشاؤها للغير، او استخدامها في غير الغرض الذي قدمت من اجله، باعتبار أن بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني سرية لا يمكن لأحد الاطلاع عليها. [1]

المبحث الثاني: اثبات العقود الالكترونية وحجيتها

عندما تتبادل الإرادات التعاقدية الايجاب مع القبول عبر شبكة الانترنت، من خلال تبادل رسائل المعلومات، حيث أن التحقق من صحة التراضي في مثل هذه الحالات قد يثير إشكالية بالغة وهي إثبات أن التراضي قد تم عبر شبكة الانترنت، وفي سبيل حل هذه الإشكالية اعتمد الفقه لحل هذه الإشكالية وذلك لتوصل لإثبات وجود تراضي للتعاقدات التي تتم عبر شبكة الانترنت وهو التوقيع الالكتروني وهذا ما سنتناوله في محور دراستنا، ولابد من التعرض لكيفية اثبات العقود الالكترونية، و التطرق لماهية التوقيع الالكتروني وصوره، وحجيته وفقاً لما يلي:

المطلب الأول: ماهية التوقيع الالكتروني وصوره

لا تعد الوسيلة التقليدية في الاثبات، وهي التوقيع التقليدي الخطي مناسبة للمعاملات والمبادلات الالكترونية، مما يتعذر على التوقيع التقليدي القيام بالغاية التي تطلب منه، وذلك لإحلال الوسيط الالكتروني محل الوسيط الورقي، فأصبحت الحاجة ملحة لإيجاد بديل عن التوقيع التقليدي، للقيام بذات وظائفه من حيث التوثيق والإثبات، فظهر بما يعرف بالتوقيع الالكتروني كتقنية يستطيع أطراف العلاقة القانونية التعامل بنظام التبادل الالكتروني للبيانات وتوثيق معاملاتهم، وعليه تناولت مفهوم التوقيع الالكتروني في الفرع الأول، وصورة في الفرع الثاني، وذلك وفقاً لما يلي:

[1] انظر نص المادة (33) من قرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية النافذ.

الفرع الأول: مفهوم التوقيع الالكتروني

يعرف التوقيع الالكتروني بأنه الوسيلة الالكترونية التي يمكن بمقتضاها تحديد هوية الشخص المنسوب إليه التوقيع، وان التوقيع هو الشرط الجوهري في الورقة العرفية المعدة للإثبات، لان بموجب التوقيع ينسب السند الالكتروني لموقعه، حتى لو لم تكن مكتوبة بخطه، ويشترط في التوقيع أن يكون بخط الموقع. (الأودن، 2005، صفحة 175)

وكذلك يعرف التوقيع الالكتروني وفقاً للمشرع الفلسطيني، بأنه هو مجموعة من بيانات إلكترونية، سواء كانت حروف أو أرقام أو رموز، او أي شكل مشابه لذلك، مرتبطة بمعاملة إلكترونية بشكل يسمح بتحديد هوية الذي وقعها، وتميزه عن غيره بغرض الموافقة على مضمون المعاملة الإلكترونية.[1]

ويعد التوقيع الالكتروني مصطلح حديث تقني عام يتعلق بكافة الطرق التي تسمح للشخص بالتوقيع على وثيقة الالكترونية، (الشريفات ، 2005، صفحة 186) وحيث يلاحظ أنه جاء التعريف مرناً لا يقصر التوقيع على هيئة حروف أو الأرقام أو الرموز أو الإشارات فقط، وأن الهدف من ذلك هو أن يستوعب مفهوم التوقيع الالكتروني هو أي وسيلة موجودة حالياً او ستظهر مستقبلاُ بحيث يمكن إدراجها إلكترونياً أو ربطها أو إضافتها وتكون قادرة على القيام بوظيفة التوقيع الالكتروني، وكما ما تجدر الإشارة إليه أنه لم يشترط ان يكون صاحب التوقيع الإلكتروني شخصاً طبيعياً، فإنه من الممكن أن يكون صاحب التوقيع شخصاً معنوياً. (الشريفات ، 2005، صفحة 187)

حيث تعددت تعاريف الفقهاء بشأن التوقيع الالكتروني، فجانب منهم ما اعتبره ما يوضع على محرر إلكتروني (شريحة الالكترونية) ويتخذ شكل الحروف أو الأرقام أو الرموز وغيرها، ويكون له طابع يمكن من خلاله من تحديد هوية الشخص الموقع، ويتمثل الفرق بين التوقيع العادي والالكتروني بأن التوقيع العادي هو عبارة عن رسم يقوم به الشخص الموقع، بمعنى أنه فن وليس علم وعليه ما يجعله يسهل

[1] أنظر نص المادة (1) من قرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الالكترونية النافذ.

تزويره، وعلى عكس ذلك التوقيع الالكتروني مما يصعب تزويره، ويكون هو علم وليس رسم، ومنهم من عرف التوقيع الالكتروني بأنه أجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر، بصرف النظر عن شكله سواء كان رقم أو شفرة معينه، بشكل يحفظ السرية، وكما يعطي الثقة في دلالة التوقيع على صاحبة،[1] وقد عرف قانون الأونسترال النموذجي التوقيع الالكتروني لسنة 2001 بأنه "بيانات في شكل الالكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، ويجوز ان تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة بيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة فيها، (ابراهيم، 2020، صفحة 262) وقد عرفه المشرع المصري بأنه ما يوضع على المحرر الالكتروني ويتخذ شكل حروف او أرقام او رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره.

الفرع الثاني: صور التوقيع الالكتروني

أن للتوقيع الالكتروني صور متعددة ومتنوعة، ومتطورة بتقدم التكنولوجيا، ولعل أهم الأنواع المعروفة حتى الآن والتي توصلت إليها التكنولوجيا، وتتمثل فيما يلي:

أولاً: التوقيع بالرقم السري والبطاقة الممغنطة

حيث بإمكان إي شخص أن يستخدمها، ولا تتطلب خبرة معينه، ولاحاسب آلي أو أن يكون الجهاز متصل بشبكة الانترنت، وان التطبيق العملي لهذه الصورة هو عملية سحب الفلوس من البنك بواسطة بطاقة الصراف آلي، وذلك بإدخال البطاقة في المكان المخصص لها في الصراف الآلي، ومن ثم إدخال الرقم السري لصاحب البطاقة، والضغط على أمر السحب بتحديد المبلغ وذلك بالموافقة على إتمام العملية من خلال مفاتيح الموجودة في جهاز الصراف الآلي، وانه تتم عمليه سحب الفلوس آلياً من خلال ماكينة الصرف عن طريق ادخال البطاقة، ومن ثم ادخال الرقم السري الخاص به، ومن ثم اتباع الإجراءات التي

[1] أنظر المادة (7/1/أ) من قانون الأونسترال لسنة 1996.

بموجبها تتم بها عملية السحب، وهكذا يحل التوقيع السري الالكتروني محل التوقيع اليدوي. (ابراهيم، 2020، صفحة 278)

ويلاحظ أن هذا الشكل من التوقيع يمتاز بالسرية التامة بين مصدر البطاقة (البنك)، وصاحب هذه البطاقة، إلا ان بعض من الفقهاء القانون يقرر أن هذا النوع لا يصلح طبقاً للقواعد العامة في الإثبات، باعتباره عنصر من عناصر الدليل الكتابي، وذلك لانعدام المستند الذي يوضع عليه التوقيع، كالمستند التقليدي أو الالكتروني، وبذلك يبقى التعامل الخطي بين البنك والعميل مستخدم البطاقة، بموجب اتفاق خاص بينهما، إلا أن ذلك لم ينكر وجود جانب آخر من الفقهاء ويرى صلاحية هذا النوع من التوقيع كدليل للإثبات، لما له من وسائل تأمين هامة يتمتع بها، وذلك أن الحاسب الآلي قد أجرى تسجيلاً للمعاملة، وأن هذا التسجيل لا يحدث إلا بإجراء مزدوج بتمرير بطاقة الصراف الآلي ومن ثم بإدخال الرقم السري، وأن بذلك قرينه على أن حامل البطاقة هو من قام بعملية السحب بشخصه، إلا انها قرينه بسيطة يمكن اثبات عكسها، على إقامة دليل على اختلال نظام البيانات داخل البنك، أو سرقة البطاقة واختلال الرقم السري، ومن الممكن لتلافي هذه العيوب من وضع بصمة أصبع أو غيره للتأكد من شخصية من يجري هذه العملية. (الأودن، 2005، صفحة 182)

ثانياً: التوقيع باستخدام الخواص الذاتية

أن هذا التوقيع يقوم على الاعتماد على الخصائص الطبيعية والفيزيائية والسلوكية للإنسان وأن هذه الصورة تنفي جميع العيوب التي يمكن اثارتها بخصوص التواقيع الالكترونية، وذلك لتطورها التكنولوجي، ومن الأمثلة على هذه الخواص:

1. مسح العين البشرية.
2. التوقيع الشخصي.
3. البصمة الشخصية.

4. التعرف على الوجه البشرى.
5. التحقق من خبرة الصوت.
6. خواص اليد البشرية.

فإن هذه الخواص مميزه لكل شخص، وأن هذه الوسيلة تسمى بالتوقيع البيومتري، باعتبارها مرتبطة بالخصائص الذاتية للشخص، (الأودن، 2005، صفحة 183) وهذا النوع كشأن كل أنواع التوقيع الالكتروني، يرتبط استخدامه والتوثيق فيه، بمدى درجة التقدم التكنولوجي التي تؤمن انتقاله بدون القدرة على التلاعب به، مما يجدر الإشارة إليه ان عند استخدام هذه الخواص يتم أولاً يتم الحصول على صورة للشخص، ويتم تخزينها داخل الكمبيوتر حتى يمكن الرجوع إليها عند الحاجة، وكما يتم تشفير هذه البيانات الذاتية حتى لا يتمكن أي شخص الوصول اليها ومحاولة العبث فيها أو تغيرها. (ابراهيم، 2020، صفحة 277)

ثالثاً: الضغط على أحد المفاتيح لوحة الحاسب الآلي

حيث أحيانا ما يتم التعاقد الالكتروني عن طريق صفحات الويب، التي تتضمن نماذج التعاقد الخاص بالمشتري، وذلك للاطلاع على كافة التفاصيل، فإذا وافق المشتري على ذلك، فأنه يقوم بالضغط على أيقونة (OK)، وذلك بعد الإجابة على جميع التساؤلات بنعم، ولا، والتي بموجبها تؤكد على موافقته، وأن هذه الصورة تحقق وظيفة الاثبات ويتساوى مع التوقيع التقليدي، نظراً لدقته والمعلومات التفصيلية المعطاة قبل إتمام العملية. (الأودن، 2005، صفحة 181)

ولكن هذه الطريقة لا تعتبر بحد ذاتها توقيع الالكتروني، يكتسب به المحرر الالكتروني العناصر اللازمة لاعتباره دليلاً كاملاً، ولهذا تلجأ المنشآت التجارية في الغالب الأعم إلى إضافة خانة في نموذج التعاقد الموجود على صفحة الويب، توجب أن يوضع المتعاقد الرقم السري وذلك للتحقق من صحة التعاقد وشخصية المتعاقد. (ابراهيم، 2020، صفحة 276)

رابعاً: التوقيع بالقلم الإلكتروني

حيث أن هذه الطريقة عبارة عن قلم إلكتروني، يمكن من خلاله الكتابة على شاشة الكمبيوتر، عن طريق برنامج وهو المحرك والمسيطر لكل هذه العملية، ويقوم هذا البرنامج بوظيفتين أساسيتين لهذا النوع من التوقيعات، الأولى وهي خدمة التقاط التوقيع، والثانية هي خدمة التحقق من صحة التوقيع، وتتمثل هذه الطريقة بنقل التوقيع المكتوب بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي، ومن ثم تنتقل هذه الصورة إلى رسالة الالكترونية المراد منها إضافة هذا التوقيع إليها لإضفاء الحجية عليها، إلا انه بإمكان المرسل إليه الاحتفاظ بنسخة من صور التوقيع التي وصلته ثم يعيد وضعها على أية وثيقة عبر الوسيط الالكتروني ومن ثم يدعي أن واضعها هو صاحب التوقيع الفعلي. (ابراهيم، 2020، صفحة 276)

المطلب الثاني: آثر شكلية المحررات الالكترونية واستثناءاتها

يترتب عن توافر شروط الشكلية للمحررات الالكترونية في التصرفات القانوني، عدة آثار ذات أهمية بالغة كونها هي التي تمنح السند الالكتروني الوجود القانوني، وعليه تناولت في الفرع الأول حجية المحررات الالكترونية، وتناولت في الفرع الثاني الاثار القانونية للشكلية الالكترونية واستثناءاتها القانونية وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: حجية شكلية المحررات الالكترونية

يأتي حجية المحررات الالكترونية من حجية التوقيع الالكتروني من خلال استيفاء الشروط اللازمة للاعتداد به، كتوقيع كامل وذلك من خلال تحقيقه لدوره ووظيفته، ولما للتوقيع الالكتروني أهمية بالغة لاعتباره هو الفيصل الوحيد في اعتبار المحررات الالكترونية دليلاً معدا للإثبات، ونتيجةً لذلك فإذا خلا المحرر الالكتروني من التوقيع الالكتروني فإنه لا يعتد به كمستند ولا يمكن الاحتجاج به.

وأن البحث في حجية التوقيع الالكتروني تعتمد فعلاً على مدى قدرته في تحديد شخصية الموقع ودلالته على سلامة وصحة انصراف الإرادة للتعاقد نحو الايجاب والقبول، وذلك على نحو يمكن من خلاله تحديد هوية الموقع، وتعطي دلاله قاطعة بالموافقة بما جاء في مضمون الوارد في الوثيقة الموقعة. (المعشني و ادريس، 2014، صفحة 262)

وأن معظم التشريعات الحديثة التي اعترفت بالتوقيع الالكتروني، نجدها قد أشارت إلى طبيعة النظام المستخدم، وإلى إجراءات التوقيع المعتمدة، والتي باستكمالها يعتبر التوقيع موثقاً، وكما ان المحررات الالكترونية كما أسلفنا ذكره لا تعدو أن تكون محررات عرفية تحتاج لاستكمالها بشكل بديهياً التوقيع، وأن حجية المحررات الالكترونية تأتي من كفاءة التقنيات المستخدمة في تأمين مضمون المحرر المدون الكترونياً من جانب، ومن جانب آخر في تأمين ارتباطه بشكل لا يقبل الانفصال عن التوقيع.

وكما تأتي حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات في الفقه والقضاء، في الوقت الذي زاد فيه التعامل عبر الوسائط الالكترونية، وأصبح ذات أثر وقيمه اقتصاديه، حيث أصبحت العقود الالكترونية تشكل عبئاً ثقيلاً على القانونيين في ظل غياب تشريعي يتعرف على هذه الوسائل المبتكرة للتعاقد، ولذلك قام الفقه والقضاء بمحاولات اجتهادية عديدة لمنح هذه الوسائل القيمة المرجوة وعدم اهدار قيمتها، فقد بذل الفقه في كثير من الدول اجتهادات متمثلة فيما يلي:

1. حجية المحررات الالكترونية المستخرجة من شبكة الانترنت استناداً إلى اتفاقات الخاصة بين المتعاملين عبرها.
2. للمحررات الالكترونية حجية في الاثبات استناداً لمبدأ حرية الاثبات في المعاملات التجارية.
3. حجية المحررات الالكترونية في الاثبات على اعتبار استحالة تقديم سند كتابي بسبب وجود مانع ادبي أو مادي.

4. للمحررات الالكترونية حجيه في الاثبات استناداً لمبدأ التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على حد أو مبلغ معين.
5. منح المحررات الالكترونية حجيه في الاثبات على اعتبار مبدأ ثبوت بالكتابة.
6. حجية رسائل البيانات المستخرجة من الكمبيوتر قياساً برسائل التلكس والفاكس.

حيث تقوم الكتابة في المحررات الالكترونية بأكثر من وظيفة في مجال العمل القانوني، فإنها اما ان تكون شرطاً شكلياً لانعقاد العقد في بعض التصرفات القانونية، كما هو الحال في عقد الرهن الرسمي والهبه، وإما أن تكون الكتابة دليلاً لإثبات التصرف القانوني، إلا أنه إذا لم يبين النص القانوني ما الغرض من الكتابة فيما إذا كانت لانعقاد العقد أو لإثباته، فإن والحالة هذه تكون مطلوبة لإثبات التصرف القانوني، لان الأصل في التصرفات القانونية الرضائية، وليست شكلية، (الأودن، 2005، صفحة 161) ومن المسلم به بأن التشريعات الدولية والوطنية، قد منحت القيمة القانونية للمحررات الالكترونية في الإثبات، مثلها مثل المحررات التقليدية، وبدون وضع أي تسلسل بينها، واعتبارها أدلة كتابية مهما كانت دعامتها، وأن هذه الحجية مبنيه على مجموعة شروط يجب توافرها مجتمعة حتى تتمتع بالحجية، (اهتوت و المحبوب، 2019، صفحة 153) وكما يقتضي علينا الأمر أن نقوم بمناقشة الشروط التي يجب توافرها في المحرر الالكتروني وبعد التدقيق بتعريف التوقيع الالكتروني وفقاً لما عرفه المشرع الفلسطيني نجد أنه بإمكاننا استنتاج الشروط التي تطلبها المشرع الفلسطيني في المحرر الالكتروني، والتي تتمثل فيما يلي:

1. **ان يكون بالإمكان تحديد هوية الشخص الصادر عنه المحرر**

حيث يرى جانب من الفقه بأن لم يكن هناك حاجه لهذا الشرط، لأن مسألة تحديد هوية الشخص هي وظيفة من وظائف التوقيع الالكتروني، وليست خاصة بالمحرر الالكتروني نفسه، إلا أن الرأي الراجح من الفقه يرى أن المشرع لم ينص على هذا الشرط سهواً أعمالاً لأحكام القاعدة أن المشرع لا يلغو، فيرى أنه استهدف من ذلك أن المحرر الالكتروني لم يكون له حجية في الإثبات إلا إذا كان ممهوراً بالتوقيع

إلكتروني، بحيث يمكن تحديد هوية من صدر عنه هذا المحرر، اما في حال لم يشتمل المحرر الالكتروني على توقيع إلكتروني فإنه لم يكون له الأثر المنصوص عليه في القانون وهي مساواته بالمحرر الورقي في الحجية. (التهامي، 2008، صفحة 531)

ويرى الباحث أن الرأي الثاني هو الأرجح والأقرب إلى الصواب، والدليل على ذلك أن المحرر العرفي لا يكون له حجية في الإثبات إلا إذا كان موقعاً ممن يحتج به عليه، وإذا انكر من يحتج عليه بالمحرر العرفي ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، فإن حجية المحرر تزول مؤقتاً إلى أن يتم التأكد من نسبة المحرر لهذا الشخص.

حتى يتمتع المحرر الالكتروني بحجية في الإثبات، فانه يجب أن يصدر عن شخص معين، ويجب التأكد من تدخل هذا الشخص الإرادي في إنشاء المحرر الالكتروني، وتتم هذه العلاقة القانونية من خلال توقيع الشخص على المحرر إلكترونياُ، وعليه فإن المحرر العرفي الالكتروني يتمتع بنفس الحجية المقررة للمحرر العرفي الورقي التقليدي وفقاً لأحكام قانون البينات الفلسطيني النافذ، هذه الحجية المقررة في قانون البينات المذكور على شرط وهو أن يكون المحرر العرفي موقعاً من مصدرة، وبالتالي نفس هذا الشرط يجب أن يتم تطبيقه أيضا على المحرر الالكتروني ولو لم ينص عليه صراحةً. (التهامي، 2008، صفحة 533)

وكما نصت المادة (2/9) من قانون الإونسيترال النموذجي الخاص بالتجارة الالكترونية. تنص على " يعطي للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات وفي تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات، يولي الاعتبار لجدارة الطريقة التي استخدمت في إنشاء أو تخزين أو إبلاغ رسالة البيانات بالتعويل عليها، وللطريقة التي حددت بها هوية منشئها ولأي عامل آخر يتصل بالأمر"

وبالتالي فالطريقة التي يتم بها تحديد هوية منشئ الرسالة البيانات هي شرط أساسي وفقاً لقانون الإونسيترال لمنح الحجية لرسالة البيانات في الإثبات، وهذه دلالة على اتجاه قانون الإونسيترال للأخذ بهذا الشرط المتمثل في ضرورة أن يكون المحرر الإلكتروني موقعاً إلكترونياً.

2. **أن يتم انشاء المحرر الالكتروني في ظروف تضمن سلامته.**

وأن ما يقصد بهذا الشرط هو ألا يتم تعديل مضمون المحرر، او العبث به، ويهدف هذا الشرط هو الحفاظ على مضمون المحرر الالكتروني، بالحالة التي تم إنشاؤه عليها منذ صدوره من منشئة إلى وصولة إلى المرسل إليه، وهو المتعاقد الآخر عبر الانترنت، ويعد مصطلح سلامة المحرر هو مصطلح جديد في قانون الإثبات وشرط جديد لم يكن يتم اشتراطه قبل ذلك في المحرر، فهو مصطلح مبتكر في قانون الاثبات، وهذا يرجع إلى أنه بالنسبة للمحرر الورقي يكن هناك عدة أمور يمكن من خلالها التأكد من سلامة المحرر، وهي أنه إذا حدث أي تعديل في مضمون المحرر، سواء بالكشط او الشطب او التحشير، فإن كل هذه الأفعال تظهر للعيان بمجرد النظر للمحرر، وكما ان صفحات المحرر يتم ترقيمها، بحيث إذا تم نزع أي صفحة من صفحات المحرر يظهر ذلك بوضوح، أما هذه الأمور فهي غير موجودة بالنسبة للمحرر الالكتروني، وهو ما دفع المشرع إلى استحداث هذا الشرط في قانون الإثبات بالنسبة للمحرر الالكتروني، فالدعامة الورقية تسمح بكشف أي تعديل في مضمون المحرر بعكس الحال بالنسبة للدعامة الالكترونية. (التهامي، 2008، صفحة 536)

وفي الواقع، فقد قررت محكمة النقض الفرنسية إلى هذا الشرط بالنسبة للمحرر الالكتروني، فقررت في حكمها الصادر في 1997/12/2، حيث قالت أن:" المحرر الكتابي يمكن أن يتم إنشاؤه وحفظه على أي دعامة، بما في الفاكس، طالما كانت سلامة المحرر ونسبته إلى من أصدره يتم التأكد منها دون أي نزاع".[1]

[1] قرار محكمة النقض الفلسطينية الصادر بتاريخ 1997/12/2، عبر الموقع الالكتروني https://www.legifrance.gouv.fr/

ويلاحظ أن هذا الشرط بالمحافظة على سلامة المحرر الإلكتروني يهدف إلى توفر فيه خاصية من أحدى الخواص التي يجب توافرها في المحرر الكتابي بصفة عامة، وهي خاصية ثبات مضمون المحرر، ويقصد بها هو ألا تكون الكتابة الموجودة في المحرر قابلة للتعديل، وغن حدق إي تعديل في الكتابة الواردة في المحرر، فإن هذا التعديل يجب أن يترك أثراً مادياً على الدعامة الخاصة بهذا المحرر، وأنه يجب أن يتم إنشاء المحرر الالكتروني بطريقة تضمن سلامة المحرر، ويجب عدم حدوث تعديلات في مضمون المحرر منذ إنشائه حتى يتم تسليمة إلى المرسل إليه، وبالنتيجة يتحقق في المحرر الالكتروني هذه الخاصية المتعلقة بثبات مضمونة، وأن هذا الشرط الخاص بسلامة المحرر الالكتروني، يمكن تحقيقه بصورة واضحة من خلال تقنية التوقيع الرقمي، فالتوقيع الرقمي كصورة من صور التوقيع الالكتروني، وهو الذي يضمن سلامة المحرر بأن لم يتم تعديله اثناء انتقاله من المرسل إلى المستقبل، (التهامي، 2008، صفحة 538) وذلك ما يتم تناوله عند تحدثنا عن صور التوقيع الالكتروني.

3. أن يتم حفظ المحرر في الظروف تضمن سلامته

يعد هذا الشرط أحد الشروط التي يجب توافرها لكي يتمتع المحرر الالكتروني بالحجية، وهو أن يتم حفظة في ظروف تضمن سلامته، وما يقصد بحفظ المحرر هو أن يتم الحفاظ على المحرر ووقايته من أي تدخل او تعديل أو إتلاف فترة من الزمن، وذلك بطريقة تضمن عدم حدوث أي تعديل له، او إتلاف، حتى يمكن بعد ذلك تقديمة إلى القضاء عند حدوث أي نزاع بحيث يتم إثبات الحق المتنازع عليه، وبالتالي يجب أن يبقى المحرر على حالته التي تم إنشاؤه عليها دون تغير إلى أن يتم تقديمة إلى القضاء، مما يجب أن يتم تقديم المحرر للقضاء بذات الصورة التي صدر بها من أطرافه، وكما ان المحرر الالكتروني من السهل التعديل فيه مع مرور الزمن، فإن المشرع يشترط حفظ المحرر بذات الصورة التي صدر بها حتى يمكن الاعتداد به في المستقبل، إلا ان المشرع الفلسطيني لم يحدد ما هي أشكال الحفظ، إلا أن الذي يقوم بحفظ المحرر الالكتروني في الواقع العملي، فأنه يعهد المتعاقد إلى جهة خاصة بحفظ المحررات، إلا أنه من الصعب من ناحية عملية أن يقوم المتعاقد بحفظ المحررات الالكترونية، لأن في ذلك يحتاج إلى وسائل

تقنية تضمن سلامة المحرر، وأن هذه الوسائل لا تتوافر إلا في جهات مختصة بعملية الحفظ وتحتاج إلى خبراء متخصصين بعملية الحفظ، وبالإضافة لذلك فأنه يهدف هذا الشرط إلى استمرارية المحرر. (التهامي، 2008، صفحة 545)

وأن أفضل وسيلة لحفظ المحرر الالكتروني وهي الأقراص الضوئية التي تسمى (Worm)، فهي كوسيلة لحفظ هذه المحررات لما تتمتع به من مزايا فائقة في حفظ المحررات الالكترونية، وتتميز هذه الأقراص بانها معدة للكتابة مره واحدة وللقراءة عدة مرات، مما يمكن تسجيل البيانات عليه مره واحدة فقط، والاحتفاظ بها للأبد فلا يمكن إلغاء هذه البيانات المسجلة، او اجراء تعديلها، ولذلك تعد خير وسيلة لعملية حفظ المحرر بطريقة تضمن سلامة المحرر الالكتروني، وعدم التعديل فيه طيلة فتره حفظة. (التهامي، 2008، صفحة 545)

وكما أن الفقه اشترط أن يكون الدليل الكتابي الالكتروني مثله مثل الأدلة الكتابية الورقية، تتصف بالدوام والاستمرارية، حتى يمكن الرجوع إليه عند حاجة إليه من ذو مصلحة من أحد أطراف العلاقة التعاقدية، (اهتوت و المحبوب، 2019، صفحة 155) وعليه لابد من توافر صفة الاستمرارية، لأن بطبيعة الحال فأن حجة أو دليل مهما كان نوعه وطريقة تحريره، ومهما كانت دعامته، فإن لم يكن مستمر في الزمن فلا قيمة له من الناحية القانونية.

وكما أن المحررات الورقية لما لها من قواعد تضمن سلامتها، بالإضافة لكونها محررة بطريقة يسهل معه كشف أي تحريف وقع فيها سواء بالعين المجردة، او بواسطة الخبرة الفنية، حيث لا يمكن إجراء التغيير إلا بإتلاف الدليل او ترك أثر عليه، أما المحرر الإلكتروني عكس ذلك قد يتعرض للتغيير والتحريف دون ترك أي أثر، ما عدا البيان الذي يسجله الحاسوب والمتعلق بزمن وتاريخ التغيير. (اهتوت و المحبوب، 2019، صفحة 155)

وحتى هذا البيان قابل للتغيير إذ أن الجهاز يمكن أن يتم برمجته وفق أي تاريخ نرغب فيه قبل القيام بتغيير المحرر، وبالتالي يسجل التاريخ الذي وقع فيه التغيير ويكون متفق لتاريخ كتابة المحرر، وكما يرى أحد الباحثين انه من الضروري الاعتماد على أنظمة تحقق التطابق الدائم للقرص الصلب مع مواقيت مرجعية من أجل ضمان تاريخ التصرفات القانونية الإلكترونية. (اهتوت و المحبوب، 2019، صفحة 155).

وبالإضافة لذلك فإن قانون المعاملات الالكترونية النافذ لدينا نجد أنه حسم موضوع حجية المحررات الإلكترونية وحيث أعطى حجية لها كحجية المستندات الخطية، وهذا بموجب احكام المادة (9) من القانون المذكور، وقد نصت على "يكون للمعاملات والسجلات والتواقيع الالكترونية أثرها القانوني، وتعتبر صحيحه ونافذه شأنها في ذلك شأن الوثائق والمستندات الخطية بموجب أحكام التشريعات المعمول بها من حيث إلزامها لأطرافها، او صلاحيتها في الإثبات"، ويرى الباحث انه لم يعد امام القضاء إلا تقدير مدى توافر درجات الأمن للنظام المعلوماتي المستخدم في إنشاء المحرر الإلكتروني، أو في الوسائل الداعمة المستخدمة في تأمين تواقيع من الاختراق أو التحريف، وعليه فأنه تكون الحجية كاملة للمحررات الالكترونية في الاثبات كالمحررات التقليدية، وبالرجوع إلى التنظيم القانوني للمعاملات الالكترونية في التشريع الفلسطيني، نجد انه لم يتطرق للتفرقة بين الالتزامات المدنية والتجارية في المعاملات الالكترونية، حيث ان النص جاء شاملاً جامعاً لكلا الالتزامات.

ولابد من الإشارة حجية نسخ المحررات الالكترونية، حيث نص المشرع الفلسطيني على " تعتبر الصورة المنسوخة على الورق من رسالة البيانات الالكترونية حجة على الكافة، مالم ينازع في ذلك أحد الطرفين، وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل" [1]مما يفهم من المادة المذكورة أن نسخ المحررات الرسمية او العرفية لها ذات قوة الإثبات التي لأصولها، عندما يشهد الموظفون الرسميون المختصون بذلك، وكذلك

[1] أنظر نص المادة (2/9) من قرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الالكترونية النافذ.

المحررات الالكترونية العرفية، تكون حجة على الكافة، إلا إذا نازع أحد أطرافها، وفي هذه الحالة تراجع الصورة إلى الأصل.

ويمكن ان نلخص كل ما سبق ذكره، أن المعاملات والتواقيع الالكترونية والسجلات أثرها القانوني، وتكون نافذه، وصحيحه شأنها شأن المعاملات الورقية وانه ينطبق عليها ما ينطبق على الشكلية التقليدية، وذلك من حيث صلاحيتها في الإثبات، وإلزامها لأطرافها وذلك بموجب التشريعات النافذة، وكما تعتبر الصورة المنسوخة على الورق من رسالة البيانات الالكترونية حجة على الكافة، ما لم ينازع فيها أحد الأطراف، ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل.[1]

وكما ان يكون التعاقد الالكتروني صحيحاً، ومنتجاً لجميع آثاره القانونية، على الرغم من عدم التدخل الشخصي او المباشر، لاي شخص طبيعي في عملية التعاقد، طالما انه تم التعاقد عبر نظام معلومات إلكتروني كان معد ومبرمج مسبقاً لهذه الغاية.[2]

الفرع الثاني: استثناءات الشكلية الإلكترونية

حيث استبعدت القوانين الوطنية المختلفة بعض التصرفات القانونية التي تتطلب الشكلية من نطاق وأحكام العقود الالكترونية، وإلزام أبرامها بالشكل التقليدي وليس بالشكل الالكتروني، وذلك يعود لخطورة وأهمية بعض التصرفات القانونية، وكما لأنها غير متعلقة بالنشاط التجاري، وبالنتيجة ليس لها علاقة بالتجارة الالكترونية، وإنما هي تصرفات مدنية، أو تصرفات تتعلق بالأحوال الشخصية، كالزواج والوصية، وكما جانب من الفقهاء بأنه دور الكتابة الالكترونية هي وسيلة للإثبات، ولا يمكن أن تكون ركناً من أركان التصرف القانوني، وعليه بأن الدور الذي تلعبه الكتابة التقليدية باعتبارها قد تكون ركناً من أركان

[1] انظر نص المادة (9) من قرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الالكترونية النافذ.

[2] أنظر نص المادة (11) من قرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية النافذ.

التصرفات القانونية، لم يكن ذلك موجوداً في الكتابة الالكترونية، وهذا ما يعد لحماية الطرف الضعيف من التعرض لأحد عيوب الإرادة. (رهش، 2016، صفحة 178)

حيث ما أوردته نص المادة (3) من القرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية النافذ، بأن هذه المعاملات السابقة الذكر هي غير مستثناة من أحكام هذا القرار بقانون بشرط ان تجيز القوانين ذات علاقة بخضوع هذه المعاملات لأحكام هذا القرار بقانون، ويرى الباحث ان القوانين الخاصة لهذه المسائل لم تجيز ذلك وبالنتيجة فهي مستثناة من الشكلية الالكترونية وتخضع لأحكام الشكلية التقليدية.

وتتمثل هذه الاستثناءات فيما يلي:

1. المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف

أثار مصطلح الأحوال الشخصية خلافاً بين الفقهاء في تحديد نطاق الأحوال الشخصية وما يندرج تحته من مسائل، ولاسيما أن هذا المصطلح يدخل في الفقه الإسلامي، وكما يلاحظ أن اغلبية التشريعات العربية المنظمة للمعاملات الالكترونية تجد انها تستبعد هذه المسائل من نطاق المعاملات الالكترونية، وتبقى خاضعة هذه المسائل للمحررات التقليدية في انشائها وترتيب أثارها وانتهائها، وذلك يعود لان فيها حماية لمسائل تتعلق بالأسرة، ومن المعلوم أن هذه الأمور تحتاج إلى دراية وتأني، وبالإضافة لذلك فإن هذه المسائل تخرج عن نطاق المعاملات المالية. (رهش، 2016، صفحة 178)

كما أن الوصية لم تعد عقداً وإنما هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مفاده تمليك بلا عوض، وهي تصرف رضائي وليس شكلي، وأن كتابة الوصية هو لأثباتها وليس ركناً لصحة التصرف القانوني، وكما انها تستبعد من الشكلية الالكترونية، وبالإضافة لذلك نصت القوانين العربية كالتشريع الأردني[1] على استبعاد أعمال الوقف من نطاق المعاملات الالكترونية، لخطورة هذا التصرف القانوني، فهو يخرج المال من ملك صاحبة ويدخله في ملك الله تعالى، (رهش، 2016، صفحة 181) وكما يرى الباحث

[1] أنظر نص المادة (6/أ/2) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني.

أن استبعاده من المعاملات الالكترونية يعود إلى أن الوقف غالباً ما يرد على الأموال الغير منقولة، وأن الوقف يعد تصرف قانوني لازم أي بمجرد اكتمال إجراءاته، فأنه لا يستطيع الواقف أن يرجع عن وقفه نهائياً وهنا تظهر خطورة هذا التصرف القانوني.

أما فيما يخص الوقف فقد استثنى المشرع الأردني جميع التصرفات القانونية المتعلقة به من نطاق المعاملات الالكترونية، حيث تخضع المنازعات المتعلقة بالوقف لدى المحاكم الشرعية وليس المحاكم النظامية، حيث أكدت نصوص القانون المدني الأردني بأنه لا يستطيع أحد تقرير انشاء الوقف بالوسائل الالكترونية، إلا ان المشرع الفلسطيني لم يأتي بنص قانوني على أمكانية انشاء الوقف بالوسائل الالكترونية، ومما يجعل أن التصرفات القانونية لا يمكن أن تنشأ بالوسائل الالكترونية، وهذا وفقاً للقرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية النافذ.

2. الزواج الالكتروني

يعد الزواج من أخطر وأهم المسائل في جميع تشريعات الدول العربية، وحيث أجمعت التشريعات العربية على استبعاد الزواج من نطاق المعاملات الالكترونية، وذلك لقدسية الزواج ولما يترتب عليه من آثار بمجرد انعقاده، ولخصوصية عقد الزواج في الشريعة الإسلامية تجد أنه منع الفقهاء أجراء عقد الزواج عن طريق الوسائل الالكترونية الحديث بواسطة شبكة الانترنت، وذلك لصعوبة تحقق الشهادة في عقد الزواج الالكتروني،[1] وبالإضافة لذلك فإن قانون الأحوال الشخصية رقم (61) لسنة 1976 النافذ في الضفة الغربية، أوجب حضور الخاطب أو نائبة امام المأذون الشرعي لتحرير عقد الزواج، وذلك من خلال محرر رسمي مكتوب وذلك بموجب أحكام المادة (17) من القانون المذكور، والتي نصت على " ب- يجري عقد الزواج من مأذون القاضي بموجب وثيقة رسمية وللقاضي بحكم وظيفته في الحالات الاستثنائية أن يتولى ذلك بنفسة بإذن من قاضي القضاة"، ولكل ذلك فلا يمكن اعمال قانون المعاملات الالكترونية بشان ابرام

[1] أنظر قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الصادر عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمر السادس بجده في المملكة العربية السعودية بتاريخ 14-20 مارس (آذار) لعام 1990، التعاقد بآلات الاتصال الحديثة المرقم (6/3/54).

عقود الزواج رغم ما يقال به بانتشار ظاهرة الزواج عبر شبكة الانترنت ، فأنه لا ينعقد عقد الزواج إلا بالمحررات التقليدية وفقاً لما قرره المشرع.

وقد افتى مفتي جمهورية نصر العربية ببطلان الزواج والطلاق الالكتروني بقولة " بأن الزواج والطلاق عبر الانترنت باطل بسبب وجود احتمال وجود التزوير عبر هذه الشبكة"، وعلى ذلك لا يمكن وجود مساواة بين عقد النكاح والعقود المالية، التي تكن آثارها مقصورة في الغالب على جانب معين وبشكل محدود. (رهش، 2016، صفحة 181)

3. التصرفات الواردة بالعقارات

يعرف العقار بأنه " ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدور والأراضي مما يسمى بالعقار،[1] وكما يعرف بأنه هو كل شيء مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقلة أو تحويلة دون تلف فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم، وغير ذلك من الأشياء العقارية، حيث أنه تستبعد التصرفات الواردة على العقار من نطاق المعاملات الالكترونية، وذلك لخطورة هذه التصرفات ولارتباطها بإقليم الدولة، وتعد من المواضيع المتعلقة بسيادة الدولة، وغالباً من تتم هذه العقود بواسطة الوسائل الالكترونية ما يكون أحد أطراف اجنبياً، بالإضافة لذلك فأنه حتى لو كان أطراف العلاقة القانونية هم مواطنين، فأن الدولة تحرص على مراقبة جميع التصرفات القانونية الواقعة على العقارات. (رهش، 2016، صفحة 181)

ويرى الباحث أن ما أوردته نص المادة (3) من القرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية النافذ، تجد انها نصت بشكل صريح على معاملات التصرف بالأموال الغير المنقولة بما فيها الوكالات المتعلقة بها، وسندات ملكيتها وكذلك انشاء الحقوق العينية عليها هي مستثناة من أحكام هذا القرار بقانون بشرط ان تجيز القوانين ذات علاقة بخضوع هذه المعاملات لأحكام هذا القرار بقانون، وبرجوعنا إلى جميع الاحكام القانونية المنظمة للأموال الغير منقولة نجد انه لم يرد نص في جميع القوانين المنظمة لأحكام الأموال

[1] انظر نص المادة (129) من مجلة الأحكام العدلية.

الغير منقولة سواء بشكل ضمني أو صريح، على إمكانية تطبيق الأحكام المنظمة للمعاملات الالكترونية عليها، وعليه فأنه لا مجال لإعمال القرار بقانون بشأن المعاملات الالكترونية عليها، وبالإضافة لذلك فقد نص قانون التصرف بالأموال غير منقولة الأردني رقم (46) لسنة 1953 النافذ في الضفة الغربية، بأنه تنحصر إجراء هذه المعاملات لدى دائرة تسجيل الأراضي.[1]

وحيث لابد ان تخضع جميع معاملات التصرف بالأموال غير منقولة من أراضي وشقق وعقارات وأبنيه، بالإضافة لما يتعلق من وكالات بيع وشراء وما ينشأ من حقوق انتفاع وغيره، حيث لابد أن تخضع للإجراءات التقليدية المنصوص عليها في القانون.

[1] نصت المادة (2) من قانون التصرف بالأموال غير منقولة الأردني رقم (46) لسنة 1953 والتي نصت على "ينحصر إجراء المعاملات التصرف في الأراضي الأميرية والموقوفة والاملاك والمستغلات الوقفية وإعطاء سندات التصرف بها في دوائر تسجيل الأراضي ".

الخاتمة

قدمت فيما سبق دراسة تحليليه لأثر الشكلية على التصرفات القانونية، متعرضاً في ذلك إلى مجلة الأحكام العدلية المستمدة من الفقه الحنفي، وأحكام كل من القوانين والقرارات بقانون النافذة في فلسطين، وبعد الانتهاء من موضوع الدراسة توصلت إلى عديد من النتائج والتوصيات المتعلقة بموضوع الدراسة، وفق النحو الآتي:

أولاً: النتائج

1. أقام المشرع الفلسطيني المساواة بين المحرر الورقي (التقليدي)، والمحرر الالكتروني، سواء كان محررا رسميا أو عرفيا هي مساواة قاصرة في مجال الاثبات، ولا مجال للقول بأن المشرع قد ساوى بين المحرر الورقي والمحرر الالكتروني كشكل من أشكال الانعقاد.

2. لا يمكن توثيق المحرر الالكتروني، وذلك برجوعنا إلى التنظيم القانوني للمعاملات الالكترونية، وهو القرار بقانون رقم15 لسنة 2017 بشأن المعاملات الالكترونية النافذ، نجد أن القانون لم ينظم ذلك لأنه الأمر يحتاج إلى بنية إلكترونية تربط مكاتب التوثيق، حتى يسمح بتوثيق المحرر الالكتروني.

3. أن الشكلية الرسمية ليست مستحيلة التحقق في البيئة الالكترونية، إلا أن تطبيق ذلك يعتبر صعب في الوقت الحالي خصوصاً في مجتمعنا الفلسطيني، نظراً لضعف الثقافة المعلوماتية لدينا، ومن جهة أخرى لأن ذلك يحتاج أرشفة الكترونية لجميع العقود التي سبق وتم توثيقها في قاعدة بيانات واحدة بالإضافة إلى توفير شبكة تتصل بين جميع كتاب التوثيق بقاعدة البيانات المذكورة، كما يحتاج إلى بنية تحتية قوية من حيث الاتصالات وتقنية المعلومات، وكل ذلك لا يعتبر مستحيلا.

4. يمكن الاحتجاج بالشكلية الالكترونية في التصرفات القانونية كافة، إلا ما استثني منها بنص خاص وبشكل صريح التي تشترط الشكلية لانعقادها، سواء كانت الشكلية ممثله بالكتابة بين الأفراد فقط، أو الشكلية الرسمية التي تتطلب توثيقها امام موظف عام مختص.

5. هناك بعض أنواع من العقود الالكترونية تخرج عن نطاق الشكلية الالكترونية، وأبقاها القانون تخضع للعقود التقليدية، ومنها المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالوصية، والوقف، والزواج الالكتروني، وكذلك التصرفات الواردة على الأموال الغير منقولة.

6. أن الشكلية الرسمية الالكترونية التي تشترط تصديقها من الكتاب العدل أو الموظف العام، فظهر ما يسمى بمزود الخدمات المصادقة الالكترونية، وعمله يشابه عمل كاتب العدل، وهذا ما يدفع البعض بتسميته بكاتب العدل الالكتروني.

7. أن الشكل الالكتروني يتثمل بالسجل الالكتروني، والعقود الالكترونية، والتوقيع الالكتروني، وأن الشكلية الالكترونية كالشكلية التقليدية أما ان تكون مشترطة لانعقاد التصرفات القانونية، أو لإثباتها.

ثانياً: التوصيات

1. يوصي الباحث بإضافة نصوص صريحة وواضحة في القوانين موضوع الدراسة، توضح أن الشكلية تكن مطلوبة للإثبات ام لانعقاد، لعدم وضوح ذلك في بعض الأحكام القانونية.

2. يوصي الباحث المشرّع الفلسطيني بتنظيم أحكام الشكلية التقليدية والالكترونية، بإضافة نصوص قانونية توضح الأحكام القانونية لكل منهما.

3. يوصي الباحث بتعديل تعريف المالك في قانون المرور رقم (5) لسنة 2000 النافذ التي عرفت المالك بانه " من سجل اسمه في رخصة المركبة أو حاز المركبة بموجب اتفاق شراء من مالكها الأصلي" بأن

يعدل تعريف المالك واحكامه القانونية التي تتعارض مع الشكلية القانونية لبيع المركبات الفلسطينية، وذلك لاستقرار الحقوق والمحافظة عليها.

4. يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بتنظيم أحكام التوثيق الالكتروني للمعاملات الرسمية الالكترونية، وكذلك بإضافة بنية إلكترونية تربط مكاتب التوثيق حتى يسمح بتوثيق المحرر الالكتروني.

5. يوصي الباحث بإصدار تشريع يسمح بوضع إشارة في السجل العقاري تفيد انه تم بيع هذا العقار بموجب وكالة دورية، وذلك لغابات منع تعدد الوكالات الدورية على ذات العقار.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

القوانين

قانون الأحوال الشخصية رقم (61) لسنة 1976

قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 النافذ.

قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966 النافذ.

قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000

قانون التصرف في الأموال الغير منقولة رقم (49) لسنة 1953.

قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998 النافذ.

قانون السير رقم (47) لسنة 2001 وتعديلاته النافذ في المملكة الأردنية الهاشمية.

قانون العلامات التجارية رقم 33 لسنة 1952م.

قانون العمل الفلسطيني رقم 7 لسنة 2000.

قانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م.

قانون المرور رقم (5) لسنة 2000 النافذ.

قانون المعدل لأحكام الأموال غير المنقولة 51 لسنة 1958.

قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952 وتعديلاته.

قانون كاتب العدل رقم (11) لسنة 1952م النافذ

قرار بقانون رقم (15) لسنة 2017 بشأن المعاملات الإلكترونية

قرار بقانون رقم (6) لسنة 2014 بشأن التأجير التمويلي

مجلة الأحكام العدلية لسنة (1876).

ثانياً: المراجع

الكتب القانونية

أ.د. دواس، أمين: **قانون الأراضي**، 2013، تم نشر هذا الكتاب بدعم من الشعب الأمريكي.

ابن الفقيه، العربي: **الشكلية وأصنافها في التصرفات القانونية**، محمد بلحاج الفحصي، ع3، 2019.

الأودن، سمير عبد السميع: **العقد الالكتروني**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، بدون رقم طبعة

بوغرارة، صالح: **الشكلية في التصرفات القانونية، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية**، مرقس، سليمان: **الأدلة الخطية واجراءاتها في تقنيات البلاد العربية**، معهد البحوث ودراسات، القاهرة، 1972،

التهامي، سامح عبد الواحد: **التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)**، دار الكتب القانونية، مصر – المحلة الكبرى، 2008.

د. السنهوري (نظرية العقد) ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، دون مكان وسنة طبع

د. محمد وحيد الدين سوار: **النظرية العامة للالتزامات، المصادر الإرادية**، الجزء الأول، جامعة حلب، دمشق،1990.

سلطان، د. أنور: النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، ج 1، دار المعارف. مصر.1962.

السنهوري، عبد الرازق: **الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)**، الجزء الأول، دون ذكر الطبعة والمطبعة.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **نظرية العقد**، ط2، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،1998.

السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في القانون المدني (الاثبات)**، الجزء 2، دار النهضة العربية، القاهرة،1956

السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء الثاني، الإثبات – آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت –لبنان ، 1982.

السنهوري، عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني**، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الجديدة، الجزء الأول.

الشريفات، محمود عبد الرحيم: **التراضي في التعاقد عبر الانترنت(دراسة مقارنه)**، عمان 2005،ط1

الشهاوي، د. قدري عبد الفتاح: **الإثبات مناطه وظوابطه**، منشأة دار المعارف، الإسكندرية ، 2002.

عبد الودود، يحيى : **الموجز في النظرية العامة للالتزامات**، دار النهضة العربية، 1994.

عبطان، صالح أحمد: **الشكلية في العقود الالكترونية**، جامعة الموصل– كلية الحقوق، مجلة الرافدين للحقوق، ع25، 2005.

العبودي، عباس: **شرح أحكام قانون الإثبات المدني**، ط 4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2020.

العبيدي، د. علي هادي: **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، العقود المسماة في البيع والإيجار**، طبعة الأولى، اربد 1997.

معجم المعاني الجامع.

يحيى، عبد الودود: **الموجز في النظرية العامة للالتزامات**، دار النهضة العربية، القاهرة ، سنه 1990

الأبحاث

الأسدي، عبد العالي خشان: **النظام القانوني للشكل في قانون المرور**، مقال منشور بمجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد2، السنة 2007.

أودادسي، سوسن: **شكلية الكتابة في التشريع المغربي**، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 141، أحمد بوعشيق 2018.

تاشي، مريم: **آثار السند الرسمي وحجية السندات العرفية**، بحوث ومقالات منشورة، مجلة بوغاز للدراسات القانونية والقضائية،2019.

خان، محمد رضا: **حجية السندات الرسمية**، جامعة محمد خضير بسكرة، بحوث ومقالات، المجلد ع7، 2010.

د. حنا ندة: **القضاء الاداري في الأردن**، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، 1972.

رشدي، محمد السعيد: **حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات**، بحث مقدم لمؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية المنعقد في الإمارات العربية المتحدة في ابريل ٢٠٠٣م، المجلد الثاني.

ره ش، أكو فاتح حمه: **الشكلية في العقود دراسة تحليلية مقارنة**، ط1، 2016، المكتب الجامعي الحديث.

الزعبي، محمد يوسف: **مدى قوة تسجيل البيوع العقارية في سجل الأراضي الأردني**، بحث منشور، مجلة دراسات، المجلد دراسات

العبودي، عباس: **شرح أحكام قانون البينات (دراسة مقارنه)**، ط 4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012

عبيدات، يوسف محمد: **شرح قانون البينات**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2022.

عليوي، زياد خلف: **الاحتجاج بعيوب الرضا في العقود الشكلية**، مقال منشور بمجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، الجزء الأول، السنة 2016.

العيش، الصالحين محمد: **الشكلية في العقود الالكترونية**، بحث منشور بجامعة بنغازي – كلية الحقوق، المجلد 16، 2007.

القضاة، مفلح عواد: **البينات في المواد المدنية والتجارية (دراسة مقارنة)**، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

المعشني، سالم مسلم: **الشكلية في عقود الانترنت**، مجلة أبحاث الدراسات الشرعية، عبد الفتاح محمود ادريس، مجلد 3، عدد 24، 2014

الرسائل الجامعية

معروف، د. حسين عبد القادر: **فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود– رسالة دكتوراه**، مقدمة إلى جامعة بغداد، 2004.

المومني، صهيب موسى جفال: **دور الشكلية في التصرفات القانونية دراسة مقارنة**، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة عمان العربية، عمان،2005.

النسور، علي محمد عبد الكريم: **ابرام العقد الالكتروني وفقا لأحكام القانون الأردني (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، جامعة عمان الاهلية، 2016.

قرارات المحاكم

تميز حقوق رقم (79/166)، مجلة نقابة المحامين لسنة 1979، ص 1029، تمييز حقوق رقم (80/31)، مجلة نقابة المحامين لسنة 1980، ص 1248.

قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2004/3612 (هيئة خماسية) بتاريخ 2005/3/10، منشورات مركز عدالة.

قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 430 لسنة 2003، (هيئة خماسية) بتاريخ 2003/4/10، منشورات مركز عدالة.

قرار محكمة النقض الفرنسية.

قرار محكمة النقض الفلسطينية بصفتها الحقوقية المنعقدة في مدينة رام الله رقم 560 لسنة 2019 الصادر بتاريخ 2022/1/3.

قرار محكمة النقض في رام الله، منشور على موقع مقام، موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية.

قرارات محكمة التمييز الأردنية، منشور على موقع منتديات شبكة قانوني الأردن.

المواقع الإلكترونية

http://laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=71170.

https://www.legifrance.gouv.fr/

اهتوت، محمد: شكلية الاثبات في العقود الإلكترونية، ع5،6، عبد الالاه المحبوب، 2019، ص155، عبر الموقع الالكتروني https://www.bing.com/search

مقام – موسوعة القوانين وأحكام المحاكم الفلسطينية (najah.edu)

An-Najah National University

Faculty of Graduate Studies

THE EFFECT OF FORMALITY ON LEGAL CONDUCT

By

Hashem "Mohammad Rashad" Saeed Majduba

Supervisor

Dr. Ashraf Melhem

This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Private Law, Faculty of Graduate Studies, An-Najah National University, Nablus - Palestine.

2023

THE EFFECT OF FORMALITY ON LEGAL CONDUCT

By

Hashem "Mohammad Rashad" Saeed Majduba

Supervisor

Dr. Ashraf Melhem

Abstract

According to the general rule and the guidelines in the "Journal of Judicial Rulings", formality is an exception to the rule of consensual legal proceedings. It is possible for the parties to a legal relationship to agree on a specific formality for any legal conduct, and this is known as the formality by agreement. The legislator required some legal actions adopt the element of formality in order to arrange their effects correctly and properly, and to take in order to the relevant person to take the formality specified by the law, in order to arrange their legal effects.

Traditional formality is used to distinguish it from electronic formality and is seen as a foundation of traditional legal conduct that must be proven. The legislator imposes particular measures to accomplish the conventional formality. The parties of the legal relationship must also be present, and the act must be signed in writing. Handwriting is often required as a customary method for a legal conduct to be valid. Additionally, the traditional formality was examined in both its official and customary aspects in this study. Due to the widespread use of electronic formalities in our modern era to familiarize oneself with its legal provisions, the researcher also dealt with its provisions. Additionally, we note that the legislator has equated between paper writing and electronic writing. The Palestinian legislator defined an electronic bond as one that is created, signed, and conducted electronically. As a result, the contract can be formal or informal, consensual or in-kind, and it has the same composition, types, and effects as a traditional contract. The case is the same if the agreement is reached electronically and is one of the contracts that are reached remotely. The notion of formality and its criteria, legal character, forms, as well as a list of its applications and instances, were also explored in this study. The researcher also discussed the rules governing traditional and electronic formality, as well as their impacts and legal ramifications in light of the norms of the Code of Justice and the applicable decree-law regarding electronic

transactions. The study presented certain findings and recommendations linked to its topic.

Keywords: Consensual; Formality; Legal actions; Traditional formalism; Electronic formality.