

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي.
جامعة وهران.
كلية الحقوق.



التوقيع الإلكتروني وحيثته في الإثبات
في
القانون المدني الجزائري مقارنا.

مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون الخاص.

تحت إشرافه:

الأستاذ الدكتور العربي شحات

عبد القادر.

من إعداد الطالبة:

زهود كوثر.

لجنة المناقشة:

الأستاذ الدكتور: محمد جلول محمد..... رئيسا.
الأستاذ الدكتور: العربي شحات عبد القادر..... مشرفا مقرا.
الأستاذة الدكتورة: بولنوار مليكة..... عضوة مناقشة.
الأستاذ الدكتور: داودي ابراهيم..... عضوا مناقشا.

السنة الجامعية: 2007-2008.

باسم الله الرحمان الرحيم
و الصلاة و السلام على سيدنا محمد
أشرف المرسلين و على أصحابه أجمعين.

(اقرأ باسم ربك الذي خلق خلق الإنسان من علق اقرأ و ربك
الأكرم الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم)

(الآيات الخمسة الأولى من سورة العلق)

إهداء

إلى روح أجدادي.

إلى من لم يبخل عليّ يوماً بحب أو علم أو مال.....والذي العزيز أبا و أستاذا.

إلى من حملتني رضيعة وربتني صغيرة و رعتني كبيرة.....والدتي الغالية.

إلى إخواني و أخواتي حبا و عرفانا و بالأخص أخي و أستاذي الدكتور زهدور السهلي فأفضاله عليّ لا تعد و لا تحصى.

إلى كل من علمني حرفا من أساتذتي الأفاضل و أخص منهم بالذكر معلمتي في المرحلة الابتدائية رحمة الله عليها ليسكنها الله في فسيح جنانه.

إلى كل من مدّ إليّ يد المساعدة على إنجاز و إتمام هذا البحث.

أهدي هذه الدراسة المتواضعة إلى كل هؤلاء راجية أن تحظى بقبولهم و رضاهم و من الله التوفيق.

شكر و تقدير

الحمد لله الذي علّم القرآن و خلق الإنسان و علّمه البيان و الصلاة و السلام على سيدنا محمد و على أصحابه أجمعين.

أما بعد، يشرفني أن أرفع قلّمي و أتوجه بكل أسمى عبارات التقدير و الشكر و العرفان إلى أستاذي الكريم الأستاذ الدكتور العربي شحط عبد القادر الذي وافق و بدون تردد على الإشراف عليّ و لم يتردد في مساعدتي ماديا أو معنويا فلم يترك مرجعا قانونيا إلا و منحني إياه و لم أجده إلا و هو يقوي من عزيمتي على المواصلة في هذا البحث. فتحية تقدير و إجلال لهذا الشخص العظيم راجية من الله تعالى أن يوفّقني على رد و لو القليل من جميله.

كما أقدم عرفاني و امتناني إلى جميع أساتذتي الكرام، و أخص منهم بالذكر الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة الذين تحملوا عبء القراءة و المناقشة راجية من الله تعالى أن يثيب الجميع.

(Liste des abréviations)

قائمة المختصرات.

أولاً: باللغة العربية.

- ج: جزء.
- دج: دينار جزائري.
- ص ص: صفحات.
- ص: صفحة.
- ط: طبعة.
- مج: مجموعة.

ثانياً: باللغة الفرنسية.

- cass.civ : cassation civile.
- D : recueil Dalloz.
- Ed : édition.
- n° : numéro
- op cit : ouvrage cité.
- p : page.
- T : tome
- T.Civ : tribunal civil.

مقدمة:

إن التقدم التكنولوجي الحديث أدى إلى استخدام أجهزة الاتصال الحديثة و بصفة خاصة جهاز الحاسب الآلي و الشبكة العالمية (شبكة الأنترنت) في التعاقد و إتمام التصرفات القانونية لما تتيحه هذه الوسائل من سهولة و سرعة و يسر، فكثرت التعاملات بهذه الوسائل الحديثة مما دعت الحاجة إلى تنظيم قانوني يضع الإطار لهذه الاستعمالات.

و بالرغم من أن وسائل الاتصال الإلكتروني تتيح إنجاز التصرفات بسرعة و أمان إلا أن استعمالها لا يخلو من المشكلات القانونية التي تطرح أو يمكن طرحها أمام القضاء و على رأس هذه الإشكالات مسألة الإثبات خاصة بعدما أصبحت معظم التصرفات تتم عن طريق المحررات الإلكترونية لذلك لم تعد الوسيلة التقليدية في إثبات التصرفات القانونية و هي التوقيع التقليدي ملائمة للتعاقدات الحديثة التي تتم في الشكل الإلكتروني، فظهر بديل عن التوقيع التقليدي المتمثل في التوقيع الإلكتروني الذي يتوافق و طبيعة التصرفات التي تتم باستخدام الوسائل الإلكترونية.

و لقد أثار التوقيع الإلكتروني في الإثبات و منحه حجة فيه جدالا فقهيًا و قضائيا كبيرا انتهى بحسم المشرعين النزاع بنصهم على قوانين خاصة بالتوقيع الإلكتروني و إن اختلفت خطة التشريعات في موضوع النص على حجية التوقيع الإلكتروني، فهناك من التشريعات من ذهبت إلى إصدار قوانين خاصة بالتوقيع الإلكتروني فقط، و هناك من التشريعات من ذهبت إلى إدخال تعديلات على النصوص التشريعية القائمة على نحو يؤدي إلى استعابها للصور الحديثة للتعاقد ثم تفرد هذه الخطة التشريعية قوانينا و مراسيما خاصة بتنفيذ تلك المواد المعدلة و المتممة.

و لا شك أن مدى حجية التوقيع الإلكتروني و قوته كدليل في الإثبات تختلف في ظل النصوص التقليدية للإثبات عنها في ضوء النصوص التشريعية المنظمة لحجية التوقيع الإلكتروني.

و في هذا الصدد السؤال الهام الذي يطرح نفسه و الذي يتعين الإجابة عنه حتما هو: هل يمكن لقواعد الإثبات الحالية استعاب هذه التقنيات التكنولوجية الحديثة من محررات

إلكترونية و توقيعات إلكترونية معترفا لها بحجية في الإثبات مساوية لحجية المحررات الورقية الحاملة لتوقيعات تقليدية؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي منا دراسة النظرية العامة في الإثبات أولاً من تعريف للإثبات و المبادئ التي يقوم عليها هذا الأخير و من ثم دراسة الأنظمة المختلفة فيه على ضوء القانون الوضعي و كذا الشريعة الإسلامية الغراء لننتقل بعد ذلك لدراسة الكتابة التقليدية بنوعها الرسمية و العرفية لأن الكتابة تعتبر الوسيلة الأكثر تعارفا عليها لإثبات التصرفات القانونية في معظم التشريعات العربية و الغربية و التي لا يمكن أن يعتد بها قانونا إلا إذا ذلت بتوقيع ينسب الورقة إلى موقعها، مما دفع بالفقه و القضاء كما سيأتي بيانه من خلال هذه الدراسة إلى اعتبار التوقيع الشرط الجوهري و الوحيد لصحة الورقة مما أعطى التوقيع أهمية في إثبات التصرفات القانونية بحسبانه الدليل على صحة المستند و نسبته إلى من وقع.

و تقتضي منا دراسة حجية التوقيع الإلكتروني التطرق للمحررات الكتابية سواء الرسمية منها أو العرفية من حيث المفهوم، و الشروط، و أخيرا الحجية و القوة في التنفيذ لنتمكن من مقارنتها مع المستخرجات الحديثة أي المحررات الإلكترونية الحاملة للتوقيع الإلكتروني، و للتمكن من التعرف على مدى استعاب قواعد الإثبات التقليدي للتوقيع الإلكتروني و كيفية تنظيمه سواء من حيث نشأته أو من حيث حجيته.

و يهدف هذا البحث إلى إيجاد إطار قانوني متكامل يساعد في إضفاء الصفة القانونية على التوقيع الإلكتروني و تنظيم حجيته في الإثبات خاصة و أن المجتمع بفضل التطور التقني لوسائل المعلومات و الاتصالات تحول من مجتمع ورقي تقليدي إلى مجتمع إلكتروني حديث، فالقانون سن لتنظيم حياة المجتمع و هو يتطور مع تطور هذا الأخير، فكما هو معلوم من خصائص القاعدة القانونية أنها قاعدة اجتماعية تمثل مرآة البيئة التي يحكمها و ينشأ فيها فهي تتطور بتطور المجتمع. لهذا و كما سبقت الإشارة إليه عمدت معظم التشريعات إلى تعديل قوانينها تماشيا مع المتطلبات التكنولوجية و الإلكترونية الجديدة و من بينها التشريع الجزائري الذي ساير الركب و قام بتعديل و تتميم القانون المدني.

و نظرا لافتقار المكتبة الجزائرية من المراجع في هذا الموضوع - حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري - لحدائته شكل لدينا دافعا إلى البحث فيه و التعمق في

أحكامه مستنديين في ذلك على المراجع المختلفة سواء العربية منها أو الغربية. و للوصول إلى الهدف المنشود المنوه عنه أعلاه قسمنا هذا البحث إلى باب تمهيدي و بابين رئيسيين تطرقنا في الباب التمهيدي إلى دراسة النظرية العامة في الإثبات أما الباب الأول فخصصناه لدراسة الإثبات بالكتابة بنوعها الرسمية و العرفية لننتقل بعد ذلك لدراسة حجية التوقيع الإلكتروني و ذلك في الباب الثاني معتمدين الخطة التالية:

الخطوة:

مقدمة.

الباب التمهيدي: النظرية العامة في الإثبات.

الفصل الأول: القواعد العامة في نظرية الإثبات.

المبحث الأول: التعريف بالإثبات و آثاره.

المطلب الأول: تعريف الإثبات.

الفرع الأول: الواقعة القانونية محل الإثبات.

الفرع الثاني: شروط الواقعة القانونية محل الإثبات.

المطلب الثاني: أهمية الإثبات.

الفرع الأول: أهمية الإثبات بحد ذاته.

الفرع الثاني: أهمية تحديد المكلف بعبء الإثبات.

المطلب الثالث: سريان قواعد الإثبات زمانا و مكانا.

الفرع الأول: سريان قواعد الإثبات من حيث الزمان.

الفرع الثاني: سريان قواعد الإثبات من حيث المكان.

المطلب الرابع: مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام.

الفرع الأول: علاقة القواعد الإجرائية في الإثبات بالنظام العام.

الفرع الثاني: علاقة القواعد الموضوعية في الإثبات بالنظام العام.

المبحث الثاني: المبادئ العامة في الإثبات.

المطلب الأول: الحق في الإثبات.

الفرع الأول: مضمون الحق في الإثبات.

الفرع الثاني: القيود الواردة على الحق في الإثبات.

المطلب الثاني: دور القاضي في الإثبات.

الفرع الأول: مبدأ حياد القاضي.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من مبدأ حياد القاضي.

الفصل الثاني: تنظيم الإثبات.

المبحث الأول: التطور التاريخي لقواعد الإثبات.

المطلب الأول: مرحلة ما قبل القضاء.

المطلب الثاني: مرحلة الدليل الإلهي.

المطلب الثالث: مرحلة الدليل الإنساني.

المطلب الرابع: الإثبات في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: الأنظمة المختلفة في الإثبات.

المطلب الأول: مذهب الإثبات الحر.

المطلب الثاني: مذهب الإثبات المقيد.

المطلب الثالث: مذهب الإثبات المختلط.

المطلب الرابع: موقف المشرع الجزائري من المذاهب الثلاث.

الباب الأول: الإثبات بالكتابة.

الفصل الأول: المحررات الرسمية.

المبحث الأول: مفهوم المحررات الرسمية و شروطها.

المطلب الأول: مفهوم المحررات الرسمية.

الفرع الأول: مفهوم المحررات الرسمية في التشريعات الوضعية.

الفرع الثاني: مفهوم المحررات الرسمية في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: شروط المحررات الرسمية.

الفرع الأول: شروط المحررات الرسمية في التشريع الوضعي.

الفرع الثاني: شروط المحررات الرسمية في التشريع الإسلامي.

المبحث الثاني: آثار المحررات الرسمية و حالات اشتراط الكتابة.

المطلب الأول: حجية المحررات الرسمية و صورها.

الفرع الأول: حجية المحررات الرسمية في الإثبات.

الفرع الثاني: حجية صور المحررات الرسمية في الإثبات.

المطلب الثاني: القوة التنفيذية للمحركات الرسمية و حالات اشتراط الكتابة.
الفرع الأول: القوة التنفيذية للمحركات الرسمية.
الفرع الثاني: حالات اشتراط الكتابة و الاستثناءات الواردة عليها.
الفصل الثاني: المحركات العرفية.
المبحث الأول: مفهوم المحركات العرفية و أقسامها.
المطلب الأول: المحركات العرفية المعدة للإثبات.
الفرع الأول: أحكام المادة 327 قبل تعديل القانون المدني الجزائري.
الفرع الثاني: أحكام المادة 327 بعد تعديل القانون المدني الجزائري.
المطلب الثاني: الأوراق العرفية الغير معدة للإثبات.
الفرع الأول: الرسائل و البرقيات.
الفرع الثاني: الدفاتر التجارية.
الفرع الثالث: الدفاتر و الأوراق المنزلية.
الفرع الرابع: التأشير ببراءة ذمة المدين.
المبحث الثاني: حجية المحركات العرفية.
المطلب الأول: حجية المحركات العرفية بين الطرفين و خلفهما.
الفرع الأول: حجية المحركات العرفية بين الطرفين.
الفرع الثاني: حجية المحركات العرفية في مواجهة الخلف.
المطلب الثاني: حجية المحركات العرفية قبل الغير.
الفرع الأول: المقصود بالغير طبقا للمادة 328 من القانون المدني الجزائري.
الفرع الثاني: حالات اكتساب المحركات العرفية التاريخ الثابت.
الباب الثاني: التوقيع الالكتروني و حجيته في الإثبات.
الفصل الأول: التوقيع الالكتروني من المنظور التقني.
المبحث الأول: ماهية التوقيع الالكتروني.
المطلب الأول: مفهوم التوقيع الالكتروني و أهميته.

- الفرع الأول: مفهوم التوقيع الالكتروني.
- الفرع الثاني: أهمية التوقيع الالكتروني.
- المطلب الثاني: خصائص التوقيع الالكتروني.
- الفرع الأول: تمييز هوية صاحب التوقيع.
- الفرع الثاني: التعبير عن إرادة صاحب التوقيع.
- المبحث الثاني: أشكال التوقيع الالكتروني و تطبيقاته.
- المطلب الأول: أشكال التوقيع الالكتروني.
- الفرع الأول: التوقيع الرقمي.
- الفرع الثاني: التوقيع البيومتري.
- الفرع الثالث: التوقيع بالقلم الالكتروني أو عن طريق الماسح الضوئي.
- الفرع الرابع: التوقيع الكودي.
- المطلب الثاني: تطبيقات التوقيع الالكتروني.
- الفرع الأول: الشبكات الالكترونية.
- الفرع الثاني: بطاقات السحب الآلي و البطاقات الذكية.
- الفرع الثالث: بطاقات الائتمان.
- الفرع الرابع: التعاقد الالكتروني.
- الفصل الثاني: التوقيع الالكتروني من المنظور القانوني.
- المبحث الأول: مدى توافر شروط التوقيع التقليدي في التوقيع الالكتروني.
- المطلب الأول: التوقيع التقليدي و شروطه.
- الفرع الأول: تعريف التوقيع التقليدي.
- الفرع الثاني: شروط التوقيع التقليدي.
- المطلب الثاني: التعريف القانوني للتوقيع الالكتروني و التمييز بينه و بين التوقيع التقليدي.
- الفرع الأول: تعريف التوقيع الالكتروني تشريعا.
- الفرع الثاني: التمييز بين التوقيع الالكتروني و التوقيع التقليدي.

المبحث الثاني: مدى حجية التوقيع الالكتروني كبديل عن التوقيع التقليدي.

المطلب الأول: حجية التوقيع الالكتروني في التشريع الجزائري و التشريعات الأخرى.

الفرع الأول: حجية التوقيع الالكتروني في التشريع الجزائري.

الفرع الثاني: حجية التوقيع الالكتروني في التشريعات العربية و الغربية.

المطلب الثاني: مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات طبقا لقاعدة الإثبات بالكتابة و الاستثناءات الواردة عليها.

الفرع الأول: حجية التوقيع الالكتروني طبقا لقاعدة الإثبات بالكتابة.

الفرع الثاني: حجية التوقيع الالكتروني طبقا للاستثناءات الواردة على قاعدة الإثبات بالكتابة.

خاتمة.

الباب التمهيدي: النظرية العامة في الإثبات.

نظرا للدور الذي يلعبه الإثبات في الحياة اليومية العملية منها و العلمية ارتأينا أن تكون بداية دراستنا، دراسة موجزة و ملمة بالقواعد العامة في الإثبات لتكون المنطلق لموضوع بحثنا، إذ كما سبقت الإشارة في مقدمة هذا البحث إلى أن الأساس أو الإشكال الذي يقوم عليه موضوع هذا البحث ما هو إلا موقع التوقيع الإلكتروني من أدلة الإثبات التقليدية و كيفية تعامل كل من القانون و القضاء مع هذا التوقيع.

و للإجابة على هذا الإشكال كان لابد من إيجاد أرضية يتأسس عليها البحث، فكانت هذه الأرضية هي دراسة النظرية العامة للإثبات ممّا تتضمنه من تعريف للإثبات و أهميته و كذا المبادئ التي يقوم عليها و الأنظمة المختلفة فيه و ذلك في فصلين اثنين خصصنا الفصل الأول للقواعد العامة في نظرية الإثبات أما الفصل الثاني فخصصناه لدراسة تنظيم الإثبات.

الفصل الأول: القواعد العامة في نظرية الإثبات.

يوجد عدة أنواع من الإثبات، فهناك الإثبات العلمي و الإثبات القضائي و الإثبات التاريخي، و لكن ما هو النوع الذي يحضى بحماية القانون و الذي يقبل أمام القضاء؟

للتوصل إلى إجابة عن هذا السؤال يجب أن نتطرق إلى مفهوم الإثبات لنستخلص منه النتيجة المرجوة - الإجابة على التساؤل -.

و عليه بعد معرفة الإثبات المقبول لابد من معرفة أهميته و كذا المبادئ التي يقوم عليها و هذا بشيء من التفصيل مقسمين هذا الفصل إلى مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول إلى التعريف بالإثبات و آثاره و ذلك في أربعة مطالب، و خصصنا المبحث الثاني للمبادئ التي يقوم عليها الإثبات مقسمين إياه إلى مطلبين اثنين.

المبحث الأول: التعريف بالإثبات و آثاره.

تجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الجزائري خلى من كل تعريف للإثبات⁽¹⁾ ممّا يدفعنا إلى تعريفه فقها و قضاء (المطلب الأول) ثم إبراز أهميته (المطلب الثاني) و كذا سريان قواعده مكانا و زمانا (المطلب الثالث) و أخيرا مدى تعلقه بالنظام العام (المطلب الرابع) كالآتي:

المطلب الأول: تعريف الإثبات.

لقد وردت عدة تعريفات للإثبات نورد بعضها فيما يلي:

يعرف الدكتور سليمان مرقس الإثبات بأنه: "إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به

(1): لا في الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني و لا في الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20-06-2005 المعدل و المتمم للأمر أعلاه.

نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية"⁽¹⁾.

و يعرفه الدكتور محمد زهدور بما يلي: "الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة قانونا على واقعة قانونية ينازع في صحتها أحد أطراف الخصومة"⁽²⁾.

و الدكتور أنور سلطان يعرف الإثبات بأنه: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية متنازع عليها بما يبنى عليها من آثار"⁽³⁾.

أما الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فيعرفه بأنه: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون على وجود حق متنازع فيه"⁽⁴⁾.

و يتفق كل من الأستاذين الغوثي بن ملحمة و بكوش يحيى على التعريف الآتي للإثبات: "الإثبات في الاصطلاح القانوني يحمل ثلاث معان:

أولاً: حسب مفهومه الواسع الإثبات هو إقامة الدليل أما القضاء من أجل إثبات الادعاء و في هذا المضمّر يقال يقع عبء الإثبات على الخصم.

ثانياً: و في مفهوم ضيق يقصد بالإثبات كل الوسائل التي تقنع و في هذا الصدد يتمثل في الطرق التي يستعملها الخصم لإقناع القاضي بصحة الواقعة و حقيقة قيام الحق مثل الأوراق المحررة و الشهود و القرائن.

ثالثاً: و أخيراً يطلق مصطلح الإثبات على النتيجة التي وصل إليها الشخص و هكذا يقال تم الإثبات بمعنى أن الخصم قد أثبت ادعاءه و في الميدان القضائي هو إقامة الدليل على

(1): سليمان مرقس، أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنة بتقنيات سائر البلاد العربية. عالم الكتب، القاهرة، ج 1، ص 11.

(2): محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات. ط1 سنة 1991، ص 9.

(3): أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية. دراسة في القانونين المصري و اللبناني الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، ط1، سنة 1974، ص 4.

(4): عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية. شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده بمصر، ط 2، ص 5.

وجود واقعة قانونية أو تصرف قانوني يرتب آثاره"⁽¹⁾.

يستخلص من هذه التعاريف كلها أن الإثبات المقصود هو الإثبات القضائي أي الإثبات الذي يحدده القانون و الذي يتم أمام ساحة القضاء و هو يختلف عن كل من الإثبات العلمي والإثبات التاريخي لأن كل من هذين الأخيرين يتم بأي طريقة كانت بحثا عن الحقيقة⁽²⁾، عكس الإثبات القضائي فهو محدد بطرق محصورة في القانون.

و يبرر الأستاذ زهدور هذا الفرق بأن الحقيقة العلمية تبقى دائما محل دراسة و تجديد بينما الحقيقة القضائية تنتهي عند اكتشافها من طرف القضاء و في هذا مصلحة للأطراف لأنها تضع حدا للخصومة بينهم⁽³⁾.

كما يستخلص من التعريفات السابقة أن الإثبات ينصب على الواقعة القانونية التي تمثل محل الإثبات و هي نوعان، تصرفات قانونية و أفعال مادية. و سواء كنا أمام النوع الأول أو الثاني يجب توفر بعض الشروط لكي يقبل الإثبات فيهما بطريقة من الطرق المعدة للإثبات. و لهذا سنخصص الفرع الأول لدراسة الواقعة القانونية ثم شروطها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الواقعة القانونية (محل الإثبات).

كما سبق و أن أشرنا إن الواقعة القانونية و هي محل الإثبات تنفرع إلى نوعين التصرفات القانونية و الأفعال المادية.

(1): الغوثي بن ملحة، قواعد الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري. الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط 1، سنة 2001، ص 9. و بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي. دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، ط 1 سنة 1981، ص 15.

(2): داودي ابراهيم، محاضرات في طرق الإثبات. ألفت على طلبة السنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق جامعة وهران، السنة الجامعية 2004-2005.

(3): محمد زهدور، المرجع السابق، ص 9.

أما التصرفات القانونية فهي بدورها تنقسم إلى قسمين: تصرفات تتجه فيها إرادتين متطابقتين نحو إحداث أثر قانوني معين و مثالها العقود كعقد البيع و الإيجار....، فيعرف العقد بأنه اتجاه إرادتين و تطابقهما تطابقا تاما في لحظة معينة من أجل إنشاء حق أو تحويله أو انقضائه⁽¹⁾.

و تصرفات أخرى تصدر من جانب واحد أي بالإرادة المنفردة و المثال الوحيد الذي أورده المشرع الجزائري عن التصرف بالإرادة المنفردة هو الوعد بجائزة و ذلك ما جاء في نص المادة 123 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾ التي يفهم من نصها أن الوعد بالجائزة تصرف بإرادة منفردة هي إرادة الواعد الذي يعلن للجمهور عن جائزة يمنحها لأي شخص يقوم بعمل معين⁽³⁾. و لكي يتم يجب توفر شروط معينة⁽⁴⁾ تتمثل في ما يلي:

أولاً: أن تكون إرادة الواعد بجائزة جادة صادرة من شخص متمتع بأهلية كاملة سليمة من العيوب و خالية من العوارض.

ثانياً: أن يوجه الوعد بجائزة إلى الجمهور لا إلى شخص معين.

ثالثاً: أن يوجه الوعد بجائزة إلى الجمهور عن صورة من صور النشر كالإعلان في الصحف أو الإذاعة أو عن طريق الملصقات أو عن طريق شبكة الأنترنت حالياً.

رابعاً: أن يلتزم الواعد بتقديم الجائزة سواء كانت مادية أو معنوية، فالمادية كمبلغ من المال و المعنوية كمنح وسام شرفي.

و أما الأعمال المادية فهي أعمال يرتب عليها القانون أثرا سواء أكانت أعمالا إرادية أو غير إرادية. و بذلك فإن الأعمال المادية تنقسم إلى نوعين: أعمال إرادية و أعمال غير إرادية.

فالأعمال الإرادية هي التي تقع بفعل الإنسان و هي نوعان، الفعل الضار و الفعل

(1): محمد حبار(الأب)، محاضرات في الالتزامات. أقيمت على طلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق جامعة وهران، السنة الجامعية 2002-2003.

(2): الأمر رقم 10-05 المؤرخ ب 20-06-2005 المعدل و المتمم للأمر 58-75 المتضمن القانون المدني.

(3): محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات. دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط 1، سنة 1991-1992، ص 402.

(4): محمد حبار(الأب)، محاضراته، المرجع السابق.

النافع. أما الفعل الضار فهو يتجسد في قيام المسؤولية التقصيرية التي تقوم بدورها على توفر ثلاثة أركان، الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بينهما. حيث يقصد بالخطأ في المواد المدنية الإخلال بالالتزام القانوني بصفة عامة، و يقصد بالضرر ما يلحق الشخص من ذلك السلوك الخاطئ، أما العلاقة السببية فهي تتمثل في العلاقة المباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول و الضرر الذي أصاب المضرور⁽¹⁾. و أما الفعل النافع فيتمثل في الإثراء بلا سبب و الفضالة و الدفع الغير مستحق. فالإثراء بلا سبب صورته أن شخصا ما يستولي على شيء و يستفيد منه مدة معينة دون أن يتحمل أي شيء فيكون قد استفاد على حساب غيره⁽²⁾.

و تتمثل الفضالة في أن شخصا ما يتولى من تلقاء نفسه و عن قصد القيام بعمل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما به لا قانونا و لا اتفاقا⁽³⁾.

و يتمثل الدفع الغير مستحق في أن شخصا ما يتسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له ففي هذه الحالة يجب عليه رده⁽⁴⁾.

أما الأعمال الغير إرادية فهي أعمال لا دخل ليد الإنسان فيها كالوفاة و الميلاد و القرابة و الجوار⁽⁵⁾.

إذن، كما رأينا إن القواعد القانونية محل الإثبات قد تكون تصرفا قانونيا كما قد تكون فعلا ماديا، و لكن لقبول إثبات الواقعة القانونية بأي طريق من طرق الإثبات يجب توفر شروط معينة فيها نوردها في الفرع الثاني.

(1): ينظر أكثر تفصيلا: اسحاق ابراهيم منصور، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية. ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط 7، سنة 2004، ص 314.

(2): محمد حبار(الأب)، محاضراته، المرجع السابق.

(3): محمد حبار(الأب)، محاضراته، المرجع السابق.

(4): اسحاق ابراهيم منصور، المرجع السابق، ص 318.

(5): سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 62.

الفرع الثاني: شروط الواقعة القانونية محل الإثبات.

لكي يقبل إثبات الواقعة القانونية بالطرق المحددة قانونا لابد من توفر الشروط التالية فيها: أن تكون محددة و ممكنة و متنازع فيها و متعلقة بالدعوى و منتجة فيها و جائزة الإثبات.

أولاً: أن تكون الواقعة محددة.

يجب أن تكون الواقعة محددة تحديدا كافيا و واضحا و ذلك لكي يمكن التحقق من أن الدليل الذي سيقدم يتعلق بها و ليس بغيرها. فهذا الشرط يعتبر من الشروط البديهية، فإن لم تكن الواقعة محددة فهي مجهولة و هذا يجعلها غير قابلة للإثبات⁽¹⁾.

كما تجدر الإشارة إلى أن الواقعة المحددة قد تكون واقعة إيجابية كما قد تكون واقعة سلبية. فالإيجابية كواقعة الوفاء بالدين أو الضرب أو القذف، فيجب في حالة الوفاء بالدين مثلا بيان زمانه و مكانه و أصل الدين الموفى به و مقداره. أما السلبية فهي نفي لأمر وجودي⁽²⁾، كنفي التقصير في الالتزام بعلاج مريض فإثباتها يتم عادة بطريقة غير مباشرة حيث يتم ذلك بإثبات عكسها أي من خلال إثبات واقعة مضادة لها تكون إيجابية⁽³⁾. فالطبيب مثلا يثبت أنه لم يقصر في علاج المريض و هي واقعة سلبية بإثباته أنه قام بكل ما يفرضه عليه واجب العلاج و هي واقعة إيجابية.

و أخيرا إن تقدير ما إذا كانت الواقعة القانونية محل الإثبات محددة أم لا فهي تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع و هم غير خاضعين لرقابة المحكمة العليا في ذلك⁽⁴⁾.

(1): سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 64.

(2): سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 65.

(3): محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية و التجارية. المكتبة القانونية، الدار الجامعية، بدون سنة طبع، ص 63.

(4): نبيل ابراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية و التجارية في ضوء الفقه و القضاء. منشأة المعارف الإسكندرية، جلال جزري و شركاه، ط 1، سنة 2000، ص 58.

ثانيا: أن تكون الواقعة جائزة الإثبات.

يجب أن لا يمنع القانون إثباتها و بعبارة أخرى يجب أن لا تكون مخالفة للنظام العام و الآداب العامة فمثلا دين القمار أصلا يخالف النظام العام فيمنع إثباته كما أن المعاشرة الغير الشرعية هي محرمة و مخالفة للنظام العام فلا يمكن إثباتها أمام القضاء و ذلك بصرف النظر عن اقتناع القاضي بها من عدمه.

ثالثا: أن تكون الواقعة ممكنة.

نعني بالواقعة الممكنة أن تكون غير مستحيلة، فالمستحيل لا يمكن إثباته و مصدر الاستحالة إثنان، فإما أن ترجع الاستحالة إلى استحالة التصديق عقلا كما إذا ادعى شخص أنه ابن لشخص آخر يصغره سنا أو يدعي أعمى أنه رأى المتهم يصدم المضرور بسيارته. و إما أن ترجع الاستحالة إلى أنه لا سبيل لإثباتها رغم قابليتها للتصديق عقلا و هو ما يسمى بالواقعة المطلقة التي تماثل الواقعة الغير محددة، فلا يمكن إثباتها كمن يدعي أنه لم يفترض مالا من أحد طيلة حياته⁽¹⁾.

رابعا: أن تكون الواقعة متنازع فيها.

إن الإثبات القضائي يستلزم بالضرورة وجود واقعة متنازع عليها فإن لم تكن الواقعة محل نزاع فلا معنى للإثبات و لا للتقاضي.

و عليه لا محل لإثبات الوقائع الثابتة كالوقائع المعترف بها من طرف الخصم، فالإقرار بالواقعة يُعفي من إثباتها. كما أنه لا محل لإثبات الواقعة إذا كان القانون قد أَعفى الخصم من إثباتها بقريئة قانونية لأن هذه الأخيرة تغني من تقررت لمصلحته عن أي دليل آخر من أدلة الإثبات⁽²⁾.

(1): محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 65.

(2): آدم وهيب النداوي، شرح قانون البيئات و الإجراء. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع و الفقه و القضاء العربي و الغربي، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ط1، سنة 1998 ص 32.

خامسا: أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى.

و هذا يعني أن تكون الواقعة متصلة بالحق المدعى به اتصالا وثيقا فلا يمكن تقديم دليل على واقعة لا علاقة لها بموضوع الدعوى. وتظهر أهمية هذا الشرط حينما يلجأ المدعي إلى الإثبات الغير مباشر و ذلك عندما لا يثبت الواقعة المدعى بها و إنما يثبت واقعة أخرى متصلة بها يستنتب منها القاضي وجود الواقعة الأصلية⁽¹⁾، ومما لا شك فيه أن درجة هذا الاتصال تختلف بحسب الأحوال و بالتالي فللقاضي السلطة المطلقة في تقدير ذلك الحكم، كما لو قدم المستأجر دليلا يثبت فيه وفاءه ببدل الإيجار عن شهور لاحقة للشهر المطالب به⁽²⁾.

سادسا: أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى.

و معنى ذلك أن الواقعة إذا ثبتت من شأنها أن توصل إلى اقتناع القاضي بما يؤثر على الحكم الذي يصدره، و لكن هذا لا يعني أن تكون هي وحدها الحاسمة في حل النزاع بل يكفي أن تكون عنصرا من عناصر الإقناع، فإن لم تكن كذلك فلا جدوى من إثباتها و لو كانت متعلقة بالنزاع إذ أن تعلقها بالنزاع لا يعني بالضرورة أنها منتجة فيه⁽³⁾. فإذا ما طالب المؤجر المستأجر ببدل إيجار شهر معين و قدم المستأجر إثباتا على تأديته الشهور السابقة فإن هذه الواقعة و لو أنها متعلقة بالدعوى إلا أنها غير منتجة فيها بخلاف إذا ما قدم ما يثبت أداءه لبدل إيجار الشهور اللاحقة عن الشهر المطلوب فإن مثل هذه الواقعة تعتبر منتجة في الدعوى.

و بناء على ما تقدم يظهر أن الواقعة القانونية هي محل الإثبات و ليس القاعدة القانونية التي لا تحتاج إلى إثبات كأصل عام لافتراض العلم بها إلا في حالات استثنائية نذكر بينها العرف المحلي و العادة الاتفاقية و كذا القانون الأجنبي.

(1): محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص66.

(2): محمد زهدور، المرجع السابق، ص16.

(3): عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني. دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط2، سنة 1999 ص58.

فالعرف هو مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ من اضطراد سلوك الإنسان على نحو معين في اتباعها زمنا طويلا مع اعتقادهم بإلزامها⁽¹⁾، و هذا ما يعرف بالعرف العام الذي يفترض علم القاضي به لأنه يأخذ حكم القاعدة القانونية و بالتالي لا يحتاج إلى إثبات. أما إذا كان العرف محليا مقتصرًا على جهة معينة ففي هذه الحالة لا يفترض علم القاضي به مما يستلزم إثباته ممن له مصلحة في ذلك⁽²⁾.

أما العادة الاتفاقية فلا يؤخذ بها إلا إذا اتفق المتعاقدان على الأخذ بها صراحة أو ضمنا، فهي تعتبر مجرد واقعة يقع عبء إثباتها على من له مصلحة في ذلك.

و أما القانون الأجنبي فهو النظام القانوني الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية⁽³⁾، و الملاحظ أن أغلب الفقه ينادي باعتماد الموقف التقليدي للقضاء الفرنسي الذي يعامل القانون الأجنبي كواقعة، فعلى الطرف الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي أن يثبت مضمونه. و هناك اتجاه ثاني من الفقه ينادي بمعاملة القانون الأجنبي كقانون مثله مثل القانون الوطني.

و بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يفصح عن موقفه صراحة و لكن بالرجوع إلى نص المادة 233 فقرة 5 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري⁽⁴⁾ يمكن استخلاص ما يلي:
- أن المشرع الجزائري يعامل القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية معاملة القانون و بالتالي لا يحتاج إلى إثباته أمام القضاء الوطني. و في غير مسائل الأحوال الشخصية يعامله معاملة الواقعة و بالتالي يجب إثباته من طرف الشخص المتمسك به. كما أن المحكمة العليا لا تراقب التفسير المقدم من طرف قضاة الموضوع لهذا القانون الأجنبي.

(1): يوسف محمد المصاروه، الإثبات بالقرائن في المواد المدنية و التجارية. مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ط1، سنة 1996، ص 20.

(2): محمد زهدور، المرجع السابق، ص14.

(3): محمد حبار (الإبن)، محاضرات في القانون الدولي الخاص. أقيمت على طلبه السنة الرابعة حقوق كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2004-2005.

(4): هذه المادة خاصة بأوجه الطعن بالنقض و الفقرة الخامسة منها تخص الوجه الآتي: " مخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الداخلي أو قانون أجنبي متعلق بالأحوال الشخصية ".

المطلب الثاني: أهمية الإثبات.

بعد تنظيم القانون لعلاقات المجتمع وحكم منازعاته أصبح كل فرد من المجتمع إذا ما نوزع في حقه يلتجأ إلى القضاء ليفصل في نزاعه و يسترجع حقه بعدما كان يقتضيه بنفسه في عصر ما قبل القانون.

و كان السبيل الوحيد لاقتضاء الحق و الحكم به هو إثبات ذلك الحق من طرف من يدعيه، و من هنا يظهر أن للإثبات أهمية بالغة في المنازعات أمام القضاء كما لعبت الإثبات أهمية نبينها فيما يلي:

الفرع الأول: أهمية الإثبات بحد ذاته.

للإثبات دور هام خاصة في الحياة العملية حيث أن الدليل القانوني يعد جوهرية بالنسبة للحق ذلك أن الحق بدون دليل عدم. فهو بمثابة روح الحق يظهره و يجعل صاحبه يستفيد منه.

و لهذا يعد الإثبات من أهم المواضيع التي وردت في القانون المدني و كذا الإجراءات المدنية، فمن المعلوم أن طرق الإثبات في القانون الجزائري موزعة بين القانون المدني و قانون الإجراءات المدنية فهي مزيج من القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية معا.

و حتى في الشريعة الإسلامية تثبت أهمية الإثبات و ذلك استنادا إلى قوله صلى الله عليه و سلم: " لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى ناس دماء رجال و أموالهم و لكن البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه "(1).

و من هذا يتبين أن للإثبات القضائي أهمية بالغة بالنسبة للحقوق و بذلك تعد مسألة الإثبات القضائي من أهم النقاط التي يركز و يعتمد عليها القاضي في عمله.

(1): حديث متفق عليه رواه الإمامان البخاري و مسلم ذكره الصنعاني. سبل السلام، ج4، ص 132

مشار إليه في مرجع آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص18.

و لقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية المصري لسنة 1969 ما يلي: " تحتل قواعد الإثبات أهمية خاصة، إذ أن الحق - و هو موضوع التقاضي - يتجرد من كل قيمة إذا لم يقدّم الدليل على الحادث الذي يستند إليه، فالدليل هو قوام حياته و معقد النفع فيه، حتى صدق القول بأن الحق مجردا من دليله يصبح عند المنازعة فيه و العدم سواء، و من هنا يتعين أن تلقى قواعد الإثبات الموضوعية منها و الإجرائية عناية خاصة إذ أنها الوسيلة التي يتوصل بها صاحب الحق إلى إقامة الدليل على قيام هذا الحق و تقديمه للقضاء ليتمكن منه... " (1).

و بعد معرفة أهمية الإثبات لابد من التطرق و تبيان مدى أهمية تحديد على من يقع عبء الإثبات و هذا ما سيتم في الفرع التالي.

الفرع الثاني: أهمية تحديد المكلف بعبء الإثبات.

إن تحديد من يتحمل عبء الإثبات مسألة هامة في الحياة العملية فقد يكون الحق متراوفا بين طرفين لا يمكن لأي أحد منهما أن يثبته أو ينفيه فإلقاء عبء الإثبات على أحدهما معناه حكم عليه أو حكم على خصمه (2). فالحكم في الدعوى يتوقف عمليا على مدى استطاعة من يتحمل عبء الإثبات تقديم الدليل على ما يدعي، فإذا عجز عن ذلك خسر دعواه.

و بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري و بالضبط إلى نص المادة 323 نجده ينص على ما يلي: " على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه ".

يستخلص من نص هذه المادة أن البينة على من ادعى و المدعي هو الدائن الذي ادعى الدين في ذمة المدين، فعليه إثبات ذلك الدين. و متى ادعى المدين ببراءة ذمته عليه هو أيضا إثبات ما ادعاه من خلو ذمته من الدين المدعى به.

(1): محمد فهم أمين، نصوص قانونية، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية و مذكرته الإيضاحية. عالم الكتب ، سنة 1969، ص415.

(2): عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني. المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بدون سنة طبع، ص651.

و المدعي هو من يدعي شيئاً خلاف الثابت. و الثابت أربعة أنواع، فقد يكون الثابت أصلاً أو عرضاً أو فرضاً أو ظاهراً.

أما الثابت أصلاً فيتمثل في أن الأصل في ذمة المرء البراءة أي أن ذمته تكون خالية من أي دين يشغلها أو يثقلها و على من يدعي خلاف ذلك أن يثبته⁽¹⁾. و مثال ذلك من يدعي أن له ديناً في ذمة شخص آخر، فالأصل في هذا الأخير أن ذمته بريئة و ما على المدعي إلا إثبات خلاف ذلك.

و أما الثابت ظاهراً فصورته الحقوق العينية⁽²⁾ و منها حق الملكية إذ أن صورته الظاهرة هي الحيازة، فكان على من يدعي خلاف هذا الظاهر و هو الحيازة أن يثبت ما يدعيه فيقيم دعواه على الحائز فهو المدعي عليه دائماً في دعوى الملكية⁽³⁾.

و الثابت عرضاً يكون عندما يثبت المدعي دينه على المدعي عليه، فينقلب الثابت أصلاً إلى الثابت عرضاً و بالتالي ينتقل عبء الإثبات من المدعي إلى المدعي عليه لكي يثبت براءة ذمته بتقديمه سند الوفاء بالدين فإن فعل يعود الثابت أصلاً إلى حاله⁽⁴⁾.

و يكون الثابت فرضاً عند وجود قرينة قانونية يفترضها القانون، فوجود مخالصة الوفاء ببدل الإيجار عن الشهور اللاحقة للشهر المطالب به المستأجر بيد هذا الأخير تعد قرينة على أدائه الشهور السابقة و الشهر المطالب به. ففي هذه الحالة ينتقل عبء الإثبات من المستأجر إلى المؤجر، فعلى المؤجر إثبات خلاف ما يدعيه المستأجر.

كما أن القضاء الجزائري دعم هذه القاعدة و سايرها و ذلك في عدة اجتهادات قضائية مبينا فيها أنه من المقرر قانوناً على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكاً لقواعد الإثبات

(1): آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص57.

(2): إن الحقوق العينية تعد من الحقوق المالية و هي نوعان حقوق عينية أصلية و أخرى تبعية أما الأولى فتتقسم إلى ثلاثة أنواع، حق الملكية و حق الانتفاع و حق الارتفاق.

(3): عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص652.

(4): آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص57.

المطلب الثالث: سريان قواعد الإثبات زمانا و مكانا.

قبل التطرق إلى موقع قواعد الإثبات من تطبيقها من حيث الزمان و المكان يجب أن نذكر أنه كما رأينا سابقا إن قواعد الإثبات هي مزيج من القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية بالنظر إلى سريانها زمانا و مكانا و هذا ما سيتم تحليله اتباعا في الفرعين التاليين. ندرس في الفرع الأول سريان هذه القواعد من حيث الزمان و كذا سريانها من حيث المكان و ذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: سريان قواعد الإثبات من حيث الزمان.

إن الأصل العام في تطبيق القوانين من حيث الزمان هو أن القانون لا يسري إلا من اليوم الموالي لنشره بالجريدة الرسمية في العاصمة و من اليوم الموالي لوصوله الدوائر التابعة للولايات الأخرى⁽²⁾. و هذا الأصل العام ينطوي على مبدئين أساسيين متكاملين هما مبدأ الأثر المباشر للقوانين و مبدأ عدم رجوعيتها.

(1): - قرار مؤرخ في 30-03-1983، ملف رقم 26320، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 4 ص42.

- قرار مؤرخ في 03-06-1987، ملف رقم 49767، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 3 ص27.

- قرار مؤرخ في 17-06-1987، ملف رقم 49174، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 3 ص20.

- قرار مؤرخ في 28-10-1992، ملف رقم 93169، غير منشور.

- قرار مؤرخ في 08-06-1994، ملف رقم 112011، غير منشور.

- قرار مؤرخ في 05-10-1994، ملف رقم 113267، غير منشور.

هذه القرارات مشار إليها في مؤلف: عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني.

مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 2001، ص ص 92، 93، 94، 95.

(2): راجع المادة 4 من القانون المدني الجزائري.

أما المبدأ الأول (مبدأ الأثر المباشر للقانون) فمؤداه أن القانون الجديد يطبق فوراً منذ تاريخ نفاذه و يرتب آثاره على كل الحالات التي وقعت عقب نفاذه لا التي سبقت نفاذه.

و في مقابل هذا المبدأ يوجد مبدأ عدم رجعية القوانين (المبدأ الثاني) و الذي مؤداه أنه بما أن القانون الجديد يسري بأثر مباشر فلا مجال لتطبيقه على الوقائع و الحالات التي تمت قبل نفاذه و هذا ما يعرف بعدم رجعية القوانين.

فكما يلاحظ إن هذا المبدأ الأخير يلزم المبدأ الأول و فيهما ضمان لاستقرار المعاملات في المجتمع إلا أنه هناك استثناءات واردة على مبدأ عدم رجعية القوانين و هي القانون الأصلح للمتهم و كذا النص صراحة على سريان القانون على الماضي و أخيراً إذا كان القانون الجديد قانوناً تفسيرياً⁽¹⁾.

و في ما يخص قواعد الإثبات فلقد رأينا أن هذه الأخيرة تظم نوعين من القواعد قواعد إجرائية و قواعد موضوعية.

أما الأولى أي القواعد الإجرائية فلقد نصت المادة 7 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالاً ".

يفهم من نص هذه المادة أنه في ما يتعلق بالقواعد الإجرائية يطبق فيها القانون الجديد و يسري بأثر رجعي أي يُطبق حتى على الحالات التي سبقت صدور هذا القانون و هو ما يعد خلافاً للأصل العام، و لكن لا ضرر فيه حيث أن القواعد الإجرائية لا تمس سوى المسائل التي وضعها القانون لحماية الحقوق عن طريق القضاء لا الحقوق ذاتها⁽²⁾. و مثال المسائل الإجرائية، الخبرة و التحقيق و مضاهاة الخطوط⁽³⁾.

و أما القواعد الموضوعية فلقد نصت عليها المادة 8 من القانون المدني الجزائري بنصها على ما يلي: " تخضع الأدلة المعدة مقدماً للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد

(1): لمزيد من التفاصيل ينظر: اسحاق ابراهيم منصور، المرجع السابق، ص177.

(2) : Mazeaud, leçons de droit civil. Tome 1, volume 1,1981, p198.

(3): بكوش يحيى، المرجع السابق، ص71.

فيه الدليل، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده ."

يستخلص من نص هذه المادة أن القانون القديم هو الذي يطبق على الأدلة المعدة مسبقاً أو حتى في الوقت الذي كان ينبغي إعداده فيه رغم صدور القانون الجديد و هذا فيه حماية لحقوق الأطراف، و بعبارة أخرى إن وسيلة الإثبات تبقى صالحة لكي يثبت بها الحق الذي نشأ في ظل القانون القديم حتى و لو أن القانون الجديد لم يعد يعتبرها. و لنضرب مثالا على ذلك إذا كان القانون القديم يسمح بإثبات الدين الذي تفوق قيمته 100000 دينار جزائري بكل وسائل الإثبات ثم جاء قانون جديد ينص على وجوب إثباته بالكتابة فإن مثل هذا الدين لا يُلزم صاحبه بإثباته بالكتابة نظرا لنشوء الدين قبل صدور القانون الجديد.

فبعد معرفة سريان قواعد الإثبات من حيث الزمان ننتقل لدراستها من حيث المكان.

الفرع الثاني: سريان قواعد الإثبات من حيث المكان.

كما كانت واضحة لنا أهمية التفرقة بين القواعد الإجرائية و القواعد الموضوعية في الإثبات في حالة تنازع القوانين من حيث الزمان فهي تلعب نفس الدور بالنسبة لحالة تنازع القوانين من حيث المكان.

فالمتفق عليه إذا ما تنازع قانونان مسألة ما أحدهما وطني و الآخر أجنبي، فإنه بالنسبة للقواعد الإجرائية في الإثبات هي تخضع للقانون الوطني تطبيقاً لنص المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: " يسري على قواعد الاختصاص و الإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات ."

أما بالنسبة للقواعد الموضوعية فالأصل أن يُطبق مبدأ إقليمية القوانين أي خضوع كل من المواطنين و الأجانب الموجودين على إقليم الدولة لقانون تلك الدولة.

و قد نص المشرع الجزائري في القانون المدني و بالضبط في المواد من 9 إلى 24 على القواعد التي تعين القانون الواجب التطبيق على كل نوع من أنواع العلاقات المدنية في حالة تنازع قانونين على حكم نفس العلاقة. ففي المادة 10 مثلاً أخضعت الأهلية لقانون

الجنسية، و في المادة 17 أخضع العقار لقانون موقعه، و أخضع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة أصلا بموجب المادة 18 إلى غير ذلك من الأمثلة.

و تتمثل القواعد الموضوعية في الإثبات في تعيين محل الإثبات و توزيع عبء الإثبات و طرقه و كذا قوة كل منها.

فبالنسبة لتعيين محل الإثبات أي تعيين الواقعة القانونية التي يتوقف عليها الأثر القانوني المطلوب القضاء به، استقر الفقه والقضاء على تطبيق القانون الموضوعي لا قانون القاضي المعروض أمامه النزاع لمعرفة ما إذا كانت الواقعة المتنازع فيها تصلح محلا للإثبات⁽¹⁾.

ففي المنازعات العقارية يطبق قانون موقع العقار في تعيين محل الإثبات، و إذا ما تعلق الأمر بالمنازعات الغير عقدية فيطبق قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

و بالنسبة لعبء الإثبات فتطبق نفس القاعدة التي تطبق على تعيين محل الإثبات أي تخضع للقانون الموضوعي لا قانون القاضي المعروض أمامه النزاع.

و بالنسبة لطرق الإثبات أي جواز الإثبات بدليل معين أو عدم وجوب الإثبات به فيطبق قانون محل إبرام العقد⁽²⁾، و كنتيجة لذلك إذا كان القانون الوطني يلزم إثبات عقد ما مثلا بالكتابة و القانون الأجنبي الذي هو قانون محل إبرام العقد لا يلزم إثبات هذا العقد بالكتابة و إنما بالشهود مثلا ففي هذه الحالة على القاضي المعروض أمامه النزاع أن يقبل إثبات ذلك العقد بالشهود و لا يتطلب الكتابة لإثباته.

أما في ما يخص قوة طرق الإثبات و حجيتها ففيها خلاف، فهناك من يخضعها لقانون محل إبرام العقد⁽³⁾، و هناك من يطبق عليها قانون القاضي⁽⁴⁾.

(1): سليمان مرقس، المرجع السابق، ص53.

(2): بكوش يحيى، المرجع السابق، ص73.

(3): سليمان مرقس، المرجع السابق، ص54.

(4): الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص31.

المطلب الرابع: مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام.

من الصعب وجود تعريف للنظام العام حيث أنه مرن يختلف مفهومه من دولة إلى أخرى بل وقد يختلف في نفس الدولة من مرحلة زمنية إلى أخرى. وقد حاول بعض من الفقه⁽¹⁾ تعريفه بأنه مجموعة المصالح الجوهرية للمجتمع أو مجموعة الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو أخلاقية. و عدم احترام تلك الأسس يترتب عليها البطلان المطلق، فما موقع قواعد الإثبات من النظام العام؟

كما نعلم إن قواعد الإثبات هي قواعد موضوعية وقواعد إجرائية فهل تتعلق كلها بالنظام العام أم إحداها فقط أو لا تتعلق بالنظام العام إطلاقاً؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه بدراسة كل نوع منها على حدة و ذلك في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: علاقة القواعد الإجرائية في الإثبات بالنظام العام.

نظراً لتعلق القواعد الإجرائية بنظام التقاضي و أن هذا الأخير له علاقة وطيدة بالسيادة الوطنية فإن قواعد الإجرائية تتعلق بالنظام العام، فهي لا تلزم الخصوم فقط بل تلزم القاضي أيضاً و لا مجال لمنح الأطراف إمكانية الاتفاق على مخالفتها و بالتالي فإنه يجوز إثارتها أمام أي مرحلة من مراحل الدعوى و لو لأول مرة أمام المحكمة العليا و يمكن للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه.

و من أمثلة القواعد الإجرائية - القواعد التي تتبع لتقديم طرق الإثبات أمام القضاء - ما نصت عليه المادتين 433 و 434 من قانون الإجراءات المدنية الجزائي من كيفية تأدية اليمين. و المواد من 61 إلى 67 من نفس القانون المتعلقة بالأحكام الإجرائية الخاصة بشهادة الشهود و كذا المادتين 33 و 43 من القانون أعلاه المبينتين لطريقة التوصل إلى الإقرار⁽²⁾.

(1): حبيب ابراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية. النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية

ط 1999، ص79.

(2): محمد زهدور، المرجع السابق، ص22.

الفرع الثاني: علاقة القواعد الموضوعية في الإثبات بالنظام العام.

بخلاف القواعد الإجرائية فإن القواعد الموضوعية و هي القواعد المتعلقة بمحل الإثبات و عبئه و طرقه، فيها خلاف بين الفقهاء في مسألة تعلقها بالنظام العام من عدمه. فظهر اتجاهان إثنان، الأول يعتبرها من النظام العام و الثاني لا يعتبرها كذلك. و أمام هذا الخلاف ظهر اتجاه ثالث يقسم القواعد الموضوعية إلى قسمين، قسم منها يتعلق بالنظام العام و قسم آخر لا يتعلق به.

و هذا تفصيل لما قيل:

أولاً: الاتجاه الذي يعتبر القواعد الموضوعية من النظام العام.

إن هذا الاتجاه يعتبر أن كل القواعد المنظمة للإثبات هي قواعد أمرة و من المعلوم أن القواعد الأمرة هي تلك القواعد التي تأمر بسلوك معين أو تنهي عنه حيث لا يجوز للأطراف الاتفاق على خلاف الحكم الذي تقرره، فهي تعد من النظام العام. و بما أن قواعد الإثبات هي من النظام العام فلا يجوز مخالفتها و يمكن إثارتها أمام أي مرحلة كانت عليها الدعوى، كما يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه.

كما يرى أصحاب هذا الاتجاه أن المصلحة العامة تقتضي قيام جهاز القضاء بوظيفته على أحسن وجه دون أن يعرقل هذه الوظيفة اتفاقات الأطراف و هذا ما يضمن حرية القاضي في تسيير الدعوى و إجراءات الإثبات⁽¹⁾.

و أمام هذا الاتجاه ظهر اتجاه ثان لا يعتبر القواعد الموضوعية قواعد متعلقة بالنظام العام.

ثانياً: الاتجاه الذي لا يعبر القواعد الموضوعية من النظام العام.

إن هذا الاتجاه عكس الاتجاه الأول يعتبر القواعد الموضوعية قواعد مكملة، و هي تلك

(1): محمد حسن القاسم، المرجع السابق، ص23.

القواعد التي تنظم سلوك الأفراد على نحو معين و لكن يجوز لهم الاتفاق على ما يخالف حكمها، فهي لا تتعلق بالنظام العام.

فيذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن الخصومة لا تمس سوى مصالح الأطراف الخاصة و لا تمتد إلى المصلحة العامة، فهي تعتبر ملكا لهم باعتبارها الوسيلة القانونية التي وضعها القانون تحت تصرفهم. و بما أن للشخص مطلق الحرية في التنازل عن حقوقه فمن باب أولى يُعطى له الحق في إثبات حقوقه بالوسائل التي يراها مناسبة و ليس التي يفرضها عليه القانون و لا تطبق هذه الأخيرة إلا في حالة عدم وجود اتفاق يخالفها⁽¹⁾.

و لقد وجهت انتقادات عديدة لهذا الاتجاه لنذكر منها:

1- اعتبر هذا الاتجاه الخصومة مجرد نزاع خاص و هذا يعد تطرفا منه ذلك أن الخصومة تحمل طابعا اجتماعيا عاما فهي تعبر عن مصلحة عامة تتمثل في حسم النزاع و تحقيق العدالة لكي يتحصل كل ذي حق على حقه⁽²⁾.

2- استند هذا الاتجاه على كون أن الفرد له إمكانية التنازل عن حقوقه و بالتالي له الحق في إثبات حقه بالوسيلة التي يراها مناسبة و لكن التنازل عن الحقوق لا يؤدي إلى نشوء المنازعات بل ينهيها بينما التنازل عن التمسك بقواعد الإثبات المنصوص عليها قانونا من شأنه أن يثير نزاعات كما يؤثر في سير العدالة.

و نظرا لهذه الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه و نظرا للتعارض التام بين الاتجاهين السابق ذكرهما، ظهر اتجاه ثالث يتوسط الاتجاهين.

ثالثا: الاتجاه الذي يعتبر البعض من القواعد الموضوعية من النظام العام و البعض الآخر منها لا يعتبرها منه.

يعتبر هذا الاتجاه أن القواعد الموضوعية أصلا لا تتعلق بالنظام العام، يمكن للأطراف

(1): رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية. النظرية العامة في الإثبات، الدار

الجامعية، بيروت، ط 1993، ص46.

(2): محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص23.

الاتفاق على مخالفتها إلا أن هناك استثناءات على هذا الأصل أين تعتبر القواعد الموضوعية من النظام العام.

و من القواعد الموضوعية المتعلقة بالنظام العام حسب هذا الاتجاه أنه لا يجوز الاتفاق على إثبات عكس مضمون الورقة الرسمية بغير الكتابة، كما لا يجوز الاتفاق على أن لا تكون للورقة العرفية ثابتة التاريخ حجة على الغير.
و من القواعد الموضوعية التي لا تتعلق بالنظام العام، القواعد التي تبين على أي خصم يقع عبء الإثبات و كذا قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه أجاز تعديل القواعد الموضوعية في حالة وجود نص يقضي بذلك لا نتيجة اتفاق الأطراف على ذلك⁽²⁾. و هذا ما يستشف من نص المادة 333 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري حينما نصت: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ".

إذن يستخلص من نص هذه القاعدة الموضوعية التي نصت عليها المادة 333 ليست من النظام العام و هذا ما أكدته قرارات المحكمة العليا، ففي القرار المؤرخ في 11-05-1983 تحت رقم 28537⁽³⁾ جاء منطوقه كما يلي: " قاعدة المادة 333 مدني التي تفرض الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على 1000 دينار جزائري ليست من النظام العام يجوز للأطراف أن يتنازلوا عنها صراحة أو ضمنا و من ثم لا يجوز أن يثيروها تلقائيا"⁽⁴⁾.

(1): محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص27.

(2): محمد زهدور، المرجع السابق، ص21.

(3): نشرة القضاة، العدد 43، ص65، مشار إليه في مؤلف: عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص103.

(4): إن هذا القرار خاص بالمادة 333 قبل التعديل و لكن تعديلها لم يغير إلا قيمة التصرف فرفعه

إلى 100.000 دينار جزائري، إذن و كنتيجة لذلك فإن هذا الاجتهاد يبقى صالحا حتى بعد التعديل

بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20-06-2005 المعدل و المتمم للقانون المدني

رقم 58-75 المؤرخ في 26-09-1975.

و بهذا نكون قد انتهينا من المبحث الأول المتعلق بتعريف الإثبات و آثاره لننتقل إلى دراسة المبادئ التي يقوم عليها الإثبات و ذلك في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: المبادئ العامة في الإثبات.

للإثبات مبادئ يقوم عليها و تستند عليها أحكامه. فكل الشرائع اتفقت على الأخذ بها مهما اختلف نظامها ذلك أن هذه المبادئ تعتبر الركيزة لنظرية الإثبات في القانون المدني و هي تتمثل في الحق في الإثبات أولا و ما يتضمنه من مفهوم و قيود و دور القاضي في الإثبات ثانيا ندرس كل واحد منها على حدة في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: الحق في الإثبات.

إن الإثبات حق و واجب، فالواجب يتمثل في تحمل المدعي لعبء الإثبات و هو حق في نفس الوقت حيث يتمثل هذا الأخير في منح المدعي وسيلة للحصول على ما يدعيه و هي طرق الإثبات فهي حق له. فما مضمون هذا الحق و هل هو مطلق أم ترد عليه قيود؟

هذا ما سنتم معرفته و دراسته في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: مضمون الحق في الإثبات.

إن لكل خصم الحق في إثبات ما يدعيه و مناقشة ما يقدم ضده في الدعوى من أدلة و ليس للقاضي منعه من ذلك. و كل دليل يقدمه أحد الخصوم في الدعوى يجب أن يعرض على الخصم الآخر لمناقشته و إثبات عكسه، و هذا ما يعرف بالمجابهة بالدليل فمثلا إذا ما قدم شخص دليلا كتابيا لإثبات حقه في الدعوى كان لخصمه الحق في أن يدفع بالتزوير في هذا الدليل. و كما إذا وجه أحد الخصمين اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر كان لهذا الأخير ردها عليه حسب ما جاء في نص المادة 343 من القانون المدني. و إذا ما عين خبير في القضية جاز للخصوم الطعن في تلك الخبرة و طلب خبرة مضادة.

بالفعل، إن المجابهة بالدليل تقتضي مبدأ الوجاهية و هو من أهم مبادئ قانون المرافعات و في مجال الإثبات أكدت هذا المبدأ المادة 323 من القانون المدني الجزائري

بقولها: " على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه ". و لقد كرس القضاء هذا المبدأ و اعتبر مخالفته خرقا للقانون من خلال اجتهاداته القضائية⁽¹⁾.

و لكن هذا الحق في الإثبات ليس مطلقا بل ترد عليه قيود معينة نوردتها فيما يلي.

الفرع الثاني: القيود الواردة على الحق في الإثبات.

إن الحق في الإثبات كما رأيناه سابقا لا يؤخذ به على إطلاقه و إنما تحدّه قيود على الخصوم احترامها و الالتزام بها و من هذه القيود أن يتم الإثبات بالطرق التي حددها القانون و أن يتم وفق الإجراءات و الأوضاع التي رسمها القانون لتقديم الدليل و كذا التقيد بالشروط التي يجب توافرها في الواقعة محل الإثبات و أخيرا أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه كما لا يمكنه تقديم دليل ضد نفسه.

أولاً: أن يتم الإثبات وفق الطرق التي حددها القانون.

حدد القانون المدني الجزائري طرقا معينة للإثبات على المتقاضين التقيد بها و حدد لكل واقعة قانونية متنازع فيها طريقة معينة لإثباتها يلتزم بها صاحب المصلحة و إلا لن يتوصل إلى حقه. حيث أنه كما سيأتي لنا لاحقا بيانه إن المشرع الجزائري أخذ بالنظام المقيد في الإثبات في المواد المدنية، فمثلا نص المادة 333 من القانون المدني توجب إفراغ التصرفات التي تزيد قيمتها على 100.000 دينار جزائري في قالب رسمي و أنه لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة.

و في حالة ما إذا وقع المدين الورقة العرفية على بياض و ترك ملاً البيانات للدائن و قام هذا الأخير بملئها ببيانات مخالفة للحقيقة، فللمدين أن يثبت عدم مطابقة هذه الكتابة لما كان متفق عليه و لكنه ليس حرا في استعمال كل وسائل الإثبات القانونية بل عليه إثبات ذلك بالكتابة لأنه لا يجوز إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة فيستعمل ورقة ضد مثلا.

(1): راجع ما ذكرناه من قرارات قضائية خاصة بهذا المبدأ، ص22 من هذه المذكرة.

ثانيا: أن يتم الإثبات وفق الإجراءات و الأوضاع التي حددها القانون.

كما هو معلوم إن قواعد الإثبات هي قواعد موضوعية وإجرائية و هذه الأخيرة منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية حيث خُصت لكل طريقة من طرق الإثبات قواعد الإجرائية على الخصوم احترامها و الالتزام بها. ومن هذه القواعد ما نصت عليه المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري و التي بينت الإجراءات المتعلقة بتأدية اليمين فنصت على أن للطرف الذي وجهت إليه اليمين أو ردت عليه أن يؤديها بنفسه بالجلسة في حالة ما إذا كان حاضرا، أما إذا كان متغيبا لعذر شرعي ثابتا قطعا فيمكن للقاضي الناظر في الموضوع رفقة كاتب الجلسة الانتقال إلى مكان المطلوب لأداء اليمين و على الكاتب تحرير محضر تأدية اليمين تحت إشراف القاضي. و جاءت المادة 434 من نفس القانون المذكور أعلاه بالصيغة الخاصة بأداء اليمين و هي العبارة التالية: " أَلْفَ بِاللَّهِ الْعَظِيمِ " ثم تأتي العبارات الخاصة بموضوع اليمين، كما يمكن للقاضي قبول أداء اليمين بصيغة أخرى إذا كان الخصم ذي ديانة غير الإسلام.

ثالثا: التقيد بالشروط الواجب توفرها في الواقعة محل الإثبات.

إن الواقعة القانونية هي محل الإثبات كما سبق لنا و أن رأينا و يجب توفر شروط معينة فيها لكي تقبل الإثبات من كونها محددة و ممكنة و جائزة الإثبات و متنازع فيها و متعلقة بالدعوى و منتجة فيها⁽¹⁾. و لمن يريد إثبات هذه الواقعة عليه التأكيد أولا من توفر شروطها لكي يمكنه إثباتها و إلا رفض ادعاءه لانعدام الشروط في الواقعة القانونية. كما يجب على القاضي التأكيد من توفر هذه الشروط و للخصم إثارة هذا الدفع - عدم توفر الشروط - للوصول إلى الغاية و هي إحقاق الحق.

رابعا: عدم جواز اصطناع الخصم دليلا لنفسه.

يعتبر هذا القيد من أهم القيود التي ترد على الحق في الإثبات و مؤداه أنه أصلا يكون للخصم إقامة الدليل بالطرق المحددة على صحة ما يدعيه و لكنه لا يجوز له أن يصطنع دليلا لنفسه و إنما يجب أن يكون الدليل الذي يقدمه الخصم محتجا به على خصمه صادرا من هذا

(1): راجع ص 15 و ما بعدها من هذه الرسالة.

الأخير.

فهذه القاعدة تعتبر قاعدة منطقية و عادلة حيث إذا جاز لكل شخص أن يصطنع دليلا لنفسه ضد أي شخص آخر لما أمن إنسان على نفسه أو ماله⁽¹⁾.

و مع هذا، فإن لهذه القاعدة استثناءات أين يجوز للخصم اصطناع دليل لنفسه و هو ما يستشف من نص المادة 330 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: " دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة.

و تكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار و لكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها و استبعد منه ما هو مناقض لدعواه ".

يفهم من هذه المادة أن الدفاتر التجارية قد يحتج بها في نزاع تجاري بين تاجر و قد يحتج بها في نزاع مدني بين تاجر و غير تاجر، و هذا الأخير هو ما يهمننا، فإذا كان النزاع بين تاجر و غير تاجر فلا يجوز للتاجر أن يستند على دفاتره للاحتجاج بها ضد خصمه غير التاجر كأصل عام، و لكن أجازت المادة المذكورة أعلاه للتاجر أن يستند إلى دفاتره التجارية ضد غير التاجر إذا كان الأمر يتعلق بتوريدات للبضائع وردها لمدينه غير التاجر و أن لا تتجاوز قيمة محل الالتزام 100.000 دينار جزائري أي أن يكون المحل مما يجوز إثباته بالبينة و هذا ما يعتبر استثناء عن المبدأ العام.

خامسا: عدم جواز تقديم الخصم دليلا ضد نفسه.

كما لا يمكن للخصم اصطناع دليل لنفسه، فإنه لا يجوز له تقديم دليل ضد نفسه ذلك أن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به و ليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه و لا يريد تقديمه⁽²⁾. و كما جاء على لسان الدكتور محمد زهدور: " لا يباح إلزام المدعى

(1): محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص88.

(2): نقض مدني مصري، جلسة 11-04-1940، رقم القرار 90، السنة 9 قضائية. مشار إليه في مؤلف:

عباس العبودي، المرجع السابق، ص 92.

عليه بإعطاء عصاه ليضربه بها خصمه" (1).

هذه هي القاعدة العامة و لكل قاعدة استثناءات و هذه الأخيرة تتمثل فيما يلي:

1- إذا كان المحرر مشتركا بين الخصوم يجوز لأحدهم أن يطلب إلزام الآخر بتقديم هذا المحرر المنتج في الدعوى كما لو تعاقد الدائن مع المدين و حرر محرر واحد يبين التزامات كل واحد منهما فيمكن في هذه الحالة لرافع الدعوى أن يطلب من القضاء إلزام المدعى عليه بتقديم الدليل الذي في حوزته.

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يفرد هذا الاستثناء بنص خاص مثلما فعل نظيره المصري و اللبناني في المادتين 20 فقرة 2 إثبات مصري و 203 فقرة 1 أصول محاكمات مدنية لبناني (2).

2- حالة استناد الخصم في الدعوى على ورقة معينة دون أن يقدمها أو يكون قد قدمها في مرحلة ما ثم سحبها في مرحلة أخرى من مراحل الدعوى فيمكن للخصم الآخر أن يطلب إلزام الأول بتقديم هذه الورقة حتى يتم التحقيق من وجودها و صحتها و مناقشتها قانونا.

3- ما يستشف من نص المادة 16 من القانون التجاري التي أعطت للقاضي الصلاحية في الأمر بوضع الدفاتر التجارية تحت تصرفه للإطلاع على محتوى البيانات المتعلقة بالنزاع. ففي حالة ما إذا أمرت المحكمة بتقديم الدفاتر التجارية و رفض الخصم تنفيذ هذا الأمر فإن المحكمة تستخلص أن هذا الامتناع يعد قرينة على صحة أقوال الطرف الآخر.

و بهذا نكون قد انتهينا من دراسة أول مبدأ في الإثبات - الحق في الإثبات - و القيود الواردة عليه لننتقل إلى دراسة المبدأ الثاني و هو دور القاضي في الإثبات.

المطلب الثاني: دور القاضي في الإثبات.

علمنا سابقا أن الإثبات المقصود في هذه الدراسة هو الإثبات القضائي أي الذي يتم أمام ساحة

(1): محمد زهدور، المرجع السابق، ص20.

(2): محمد حسن القاسم، المرجع السابق، ص93.

القضاء، فالخصوم يطرحون نزاعهم أمام القاضي و يثبتون الواقعة محل النزاع بالطرق التي حددها لهم القانون و يلتزمون بما تقدم لنا شرحه من شروط و قيود، فيأتي القاضي أخيرا ليفصل في النزاع. و السؤال المطروح هنا ما هو دور القاضي و ما موقفه إزاء طرق الإثبات التي يقدمها المتقاضين، هل هو موقف سلبي أم إيجابي؟ هل يقف موقف حياد أم يتدخل بعلمه و يستحدث وسيلة إثبات لم يُثرها الأطراف؟

هذا ما سنبينه اتبعا كالتالي.

الفرع الأول: مبدأ حياد القاضي.

يقصد بمبدأ حياد القاضي أن يقتصر دور هذا الأخير على تلقي الأدلة التي يقدمها المتقاضين و تقدير كل دليل منها وفقا للقيمة التي قرر لها له القانون. فلا يقصد منه عدم التحيز لأحد الخصمين على الخصم الآخر لأن هذا أمر بديهي يخضع له القاضي بحكم وظيفته.

و يُرجع البعض⁽¹⁾ مبدأ حياد القاضي إلى تأثير النزعة الفردية التي تعتبر الدعوى منازعة خاصة بين الأفراد و لا يحق للقاضي أن يتدخل فيها إلا بالقدر اللازم لتنظيمها.

و من هذا يظهر أن القاضي طبقا لهذا المبدأ يلعب دورا سلبيا حيث ليس له أن يجمع الأدلة بنفسه أو يتحرى عنها بعيدا عن الخصوم، فيمنع عليه الحكم بعلمه الشخصي و في هذا تجنب لسوء الظن به إذ لا يمكن للقاضي أن يكون شاهدا و حاكما في نفس القضية.

و هذا ما أيده أغلب الفقه حيث يذهب الأستاذ أحمد أبو الوفا إلى القول أن: " مبدأ منع القاضي من الحكم بعلمه الشخصي لا يتأتى من مبدأ حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى، و إنما يتأتى من أن ما شاهده القاضي أو ما سمعه مما يتصل بوقائع القضية سوف يؤثر حتما في تقدير القاضي بل قد يشل هذا التقدير و هو عندئذ يصلح أن يكون شاهدا في القضية ليقدر قاض آخر شهادته و إنما لا يصلح أن يكون قاضيا و إلا عدّ قاضيا و شاهدا في وقت واحد"⁽²⁾.

(1): عباس العبودي، المرجع السابق، ص88.

(2): أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية و التجارية. بيروت، ط 1، سنة 1987، ص26.

أما الأستاذ السنهوري فيرى أنه: " يترتب على حق الخصوم مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه ذلك أن علم القاضي هنا يكون دليلا في القضية، و لما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم فيكون خصما و حكما و هذا لا يجوز "(1).

و يقول الأستاذ زهدور في هذا الصدد: "...إن القاضي لا يجوز له أن يجمع الأدلة بنفسه، أو يكمل بعض الأدلة التي يدلي بها الخصوم أو يستند إلى علمه الشخصي لأن ذلك يعرضه للمناقشة من طرف الخصوم، تلك المناقشة التي تتعارض و حرمة القاضي..."(2).

و يضيف الأستاذ نبيل ابراهيم سعد: "...كان منطقيا منع القاضي من الحكم بعلمه الشخصي لأنه لو أجاز ذلك لكان من الجائز أيضا لأي من الخصوم مناقشة هذا الدليل، و هو ما يؤدي إلى أن ينزل القاضي منزلة الخصوم فيكون خصما و حكما في نفس الوقت و هذا ما لا يجوز..."(3).

و بعد معرفة مضمون هذا المبدأ و الأسس التي يرتكز عليها و كذا مظاهره يُطرح السؤال التالي: ما موقف المشرع الجزائري من هذا المبدأ، أي هل اعتنقه على إطلاقه أم وضع استثناءات عليه؟ و بعبارة أخرى هل دوره إيجابيا أو سلبيا إزاء تقديره لأدلة الإثبات؟

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من مبدأ حياد القاضي.

باستقراء نصوص القانون المدني و كذا قانون الإجراءات المدنية يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يجعل من موقف القاضي موقفا سلبيا بحثا و إنما أضفى عليه نوعا من الإيجابية تتجلى في منح القاضي سلطة غير مقيدة تظهر لنا من خلال الأمثلة التالية:

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني. ج2، ط1، سنة 1968، ص31.

(2): محمد زهدور، المرجع السابق، ص 13.

(3): نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص41.

أولاً: ما نصت عليه المادة 348 من القانون المدني الجزائري.

منحت المادة 348 من القانون المدني الجزائري للقاضي السلطة في توجيه اليمين تلقائياً إلى أي من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في ما يحكم به. و لقد جاء نصها كالاتي:
" للقاضي أن يوجه اليمين تلقائياً إلى أي من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به.
و يشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل، و ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل ".
من أي دليل "

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية خاصة في قرارها المؤرخ في 09-01-1985، قضية رقم 32676 حيث جاء منطوقها كالاتي: " من المقرر قانوناً أن للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الخصمين تلقائياً ليبنى على ذلك حكمه في موضوع النزاع بشرط أن لا تكون الدعوى خالية من أي دليل، و لما كان كذلك فإن النعي على القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار بانعدام الأساس القانوني و خرق أحكام المادة 348 من القانون المدني غير مؤسس و يتعين رده.
و لما كان من الثابت قانوناً أن القضاة عاينوا قرائن قابلة للإتمام باليمين في صالح المطعون ضده فإنهم بذلك التزموا صحيح القانون في مادة عبء الإثبات باليمين.
و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن"⁽¹⁾.

ثانياً: ما نصت عليه المادة 340 من القانون المدني.

إذ جاء في فحواها: " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة ".
فيظهر من هذا النص أن المشرع الجزائري منح للقاضي السلطة التقديرية في استنباط القرائن التي لم يقررها القانون إذا ما تعلق الأمر بالإثبات بالبينة.

فيظهر من هذا النص أن المشرع الجزائري منح للقاضي السلطة التقديرية في استنباط القرائن التي لم يقررها القانون إذا ما تعلق الأمر بالإثبات بالبينة.

(1): المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 4، ص 13. مشار إليها في مؤلف: عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 121.

ثالثا: ما نصت عليه المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية.

إن هذه المادة تخول للقاضي و من تلقاء نفسه أن يأمر بإجراء خبرة أو تحقيق في الكتابة أو أن يأمر بالانتقال إلى المعاينة و في هذا يكمن الدور الإيجابي له حيث إذا ما شاب القضية غموض معين أو نقص يراد استكمالها كان للقاضي أن يأمر بإزالة ذلك الغموض أو إتمام النقص من تلقاء نفسه إثباتا للحقيقة و وصولا إلى حل للنزاع المعروف أمامه.

رابعا: ما نصت عليه المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية.

أجازت المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية للقاضي التحقيق في الواقعة محل النزاع متى كانت قابلة للإثبات بشهادة الشهود إذ جاء في نصها ما يلي: " يجوز الأمر بالتحقيق لإثبات الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، و التي يكون التحقيق فيها جائزا و منتجا في الدعوى ".

خامسا: ما نصت عليه المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية.

جاء نص المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية كما يلي: " يعين القاضي الخبير إما من تلقاء نفسه أو بناء على اتفاق الخصوم ". فإذا ما رأى القاضي ضرورة لتعيين خبير لتكملة اقتناعه كان له ذلك.

و بهذا نكون قد ختمنا الفصل الأول من الباب التمهيدي لننتقل إلى الفصل الثاني الذي خصصناه لدراسة الأنظمة المختلفة في الإثبات.

الفصل الثاني: تنظيم الإثبات.

علمنا أن الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة متنازع عليها، و بالتالي الإثبات هو إثبات قضائي أين يقوم الخصوم بتقديم الدليل على ما يدعونه. لهذا خضع الإثبات لتنظيم دقيق نظم أحكامه و هو ثلاثة أنواع: نظام الإثبات الحر و نظام الإثبات المقيد و نظام الإثبات المختلط.

و لكن الإثبات بهذا المفهوم لم يكن بالصورة المذكورة و المتعارف عليها في الوقت الحالي و إنما مر بمراحل عبر عصور الزمن انتقل من مفهوم إلى آخر، لهذا ارتأينا أن نوجز لمحة تاريخية عن تطور قواعد الإثبات قبل التطرق إلى الأنظمة المختلفة فيه مخصصين بذلك المبحث الأول لدراسة التطور التاريخي لقواعد الإثبات أما المبحث الثاني فنتناول فيه دراسة الأنظمة المختلفة في الإثبات و هذا اتباعاً كما يلي.

المبحث الأول: التطور التاريخي لقواعد الإثبات.

تطور الإثبات مع تطور الفكر الإنساني و اختلفت قواعده من مرحلة إلى أخرى بل و تطورت عبر هذه المراحل التي تتلخص في ثلاث: مرحلة ما قبل القضاء و مرحلة الدليل الإلهي، و مرحلة الدليل الإنساني. فكل مرحلة من هذه المراحل جاءت بفكرة معينة عن الإثبات تماشياً مع الوضع الاجتماعي و الفكر السائد في تلك المرحلة لنختم هذه المراحل بالتطرق إلى الإثبات في الشريعة الإسلامية كما سيأتي بيانه في الآتي.

المطلب الأول: مرحلة ما قبل القضاء.

ما ميز هذه المرحلة أنه لم يكن هناك لا قانون و لا قاضي يحتكم إليه المتخاصمون و إنما كان يُقتضى الحق في هذه المرحلة من طرف الذي سُلِب منه هذا الحق ضد من سلبه فكل واحد كان يقضي لنفسه بنفسه، حيث كان كل فرد قاضي نفسه⁽¹⁾. و كانت القوة هي الوسيلة الوحيدة لفض النزاعات بين الجماعات مما أدى إلى نشوب حروب كثيرة في هذه المرحلة أو العهد.

و تجدر الإشارة إلى أنه لم يكن هناك فرق بين الدعوى المدنية و الدعوى الجزائية كما هو عليه الحال الآن و إنما كانت فكرة القصاص الفردي تغطي على هذا العهد و تسيطر عليه.

كل ما تقدم يخص المعتدى عليه القادر على أخذ قصاصه، أما إذا كان ضعيفاً و أهله ضعفاء أو كان امرأة ليس لها من يأخذ ثأرها، في هذه الحالة كان يلتجأ المعتدى عليه إلى

(1): عباس العبودي، المرجع السابق، ص16.

السحر باعتباره الوسيلة الأقوى من الإنسان فكان عبارة عن ألفاظ و حركات يمارسها المعتدى عليه باعتقاده أن الطبيعة تخضع لهذه الألفاظ و الحركات فتلحق بخصمه الضرر المطلوب أو تهلكه و من أشهر طقوس هذا السحر أن يصنع المعتدى عليه لخصمه تمثالا من الشمع و يوخزه بالإبر حتى يموت⁽¹⁾.

المطلب الثاني: مرحلة الدليل الإلهي.

لقد احتكم الناس في هذه المرحلة إلى الإله حيث كان يقوم المعتدى عليه و من ينتصره بالاحتكام إلى الإله و ذلك عن طريق ما يسمى " بالمحنة "⁽²⁾. إذ كان يُعطى للمتهم السم أو يلقى في حفرة مملوءة بالثعابين أو في النهر أو يصب عليه زيت أو ماء مغلى فإن نجى كان ذلك دليلا على أن الله حماه و بالتالي تثبت براءته.

و كان البعض الآخر يفضل إعطاء السم لحيوان المتهم، فإن مات فهو دليل على ذنبه و إن نجى فهو دليل على براءته⁽³⁾.

و في وقت لاحق خفت هذه الأعمال بل و عوّضت باليمين حيث كان المعتدي يؤدي اليمين فيحلف أنه بريء من هذا الذنب و يطلب الشر لنفسه إن كان كاذبا، فكان يقول مثلا: " أهلكني الله في الحال إن كان ما أقوله ليس الحق "⁽⁴⁾. أو يقول: إن كنت كاذبا فسألقي في هذه الحفرة⁽⁵⁾.

و مما يلاحظ في هذه الفترة أن أقوى اليمين كانت تلك التي يحلف فيها المتهم بالميت حيث كانت تعتبر دليلا على صحة يمينه.

و بعد الاحتكام إلى الإله و استعمال اليمين أصبح الشاكي يطلب من خصمه النزال و لم

(1): أحمد نشأت، رسالة الإثبات. ج1، ط7، ص22.

(2): انظر أكثر تفصيلا: عباس العبودي، المرجع السابق، ص17.

(3): إن أشهر حيوان كان يستعمل لهذا الغرض هو الدجاجة فكانت تعطى السم.

(4): أحمد نشأت، المرجع السابق، ص23.

(5): نفس المرجع، ص23.

تسلم النساء من ذلك حيث إذا اختصمت امرأتان كان زواجهما يأمرانها بالعراك، فكانت النتيجة تتوقف على قوة الخصمين.

ومن الطرق المستعملة أيضا هو الالتجاء إلى تنظيم مساجلات غنائية فمن كان يتابع حتى النهاية كان هو صاحب الحق. و كان اليابانيون إذا ما تعذر أحدهم على الحصول على دليل فتح بطنه أمام باب خصمه و في هذا دليل على استنزال لعنات الآلهة عليه.

المطلب الثالث: مرحلة الدليل الإنساني.

شهدت هذه المرحلة تطور العقل البشري الذي واكبه بطبيعة الحال تطور الإثبات فحددت طرق الإثبات و قوة كل طريقة منها. و لكن تجب الإشارة إلى أنه في بداية هذه المرحلة كان يُلجأ إلى الاعتراف بالتعذيب المؤلم الفضيع⁽¹⁾ فغالبا ما كان المعذب ينتهي بالاعتراف بما نسب إليه حتى و إن كان بريئا.

و بعد ذلك لجئ إلى شهادة الشهود التي لعبت دورا كبيرا في تمكين الأطراف من إثبات ادعائهم و لكن سرعان ما فقدت تلك الأهمية بعدما لجأ الناس إلى الإثبات بالكتابة حيث توسعت رقعة الكتابة لتشمل معظم التصرفات و لم يبق لشهادة الشهود سوى دائرة ضيقة انحصرت في التصرفات قليلة القيمة.

و تجدر الإشارة إلى أنه حتى الكتابة شهدت تطورا عبر أحقاب زمنية فانتقل الناس من الكتابة العرفية إلى الكتابة الرسمية التي اعتبرت كأهم و أقوى دليل من أدلة الإثبات⁽²⁾ حيث خصها المشرعون بأحكام خاصة و حددوا المعاملات التي لا يمكن إثباتها إلا بها.

و بالإضافة إلى شهادة الشهود و الكتابة ظهرت وسائل أخرى للإثبات منها الإثبات بالقرائن و الإقرار بالمفهوم الحالي المعاصر و اليمين كما سيتم بيانه لاحقا.

(1): ينظر أكثر تفصيلا: أحمد نشأت، المرجع السابق، ص25.

(2): هذا ما سيتم بيانه بالتفصيل في الباب الأول من هذه المذكرة.

المطلب الرابع: الإثبات في الشريعة الإسلامية.

أفردت الشريعة الإسلامية الغراء الإثبات بقواعد خاصة و محددة تحديدا دقيقا تجتمع كلها في قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه و ليكتب بينكم كاتب بالعدل و لا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب و ليمل الذي عليه الحق، و ليتق الله ربه و لا يبخس منه شيئا فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل و استشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء إذا ما دعوا و لا تساموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ذلكم أقسط عند الله و أقوم للشهادة...."(1).

فيتضح من هذه الآية الكريمة أن الشريعة الإسلامية تتخذ من الكتابة طريقا رئيسيا للإثبات، اللهم إلا إذا دعت الضرورة لغير ذلك كما سيأتي بيانه لاحقا.

و كما جاء في الحديث الشريف عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: " لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى رجال أموال قوم و دماءهم، و لكن البينة على المدعي و اليمين على من أنكر ".
فهذا الحديث يعتبر أساسا و أصلا في علم القضاء إذ كل دعوى ليس عليها بينة تعتبر مرفوضة و البينة هي كل ما يبين الحق و يفضله عن الباطل فقد تكون شهادة شهود أو إقرار أو كتابة أو حتى قرائن. و من أمثلة ذلك ما رواه لنا نبينا محمد صلى الله عليه و سلم: " أن امرأتين ولد لكل واحدة منهما ولد، فغفلتا عن و لديهما فجاء الذئب و خطف واحد من الولدين، فاختلقتا في الولد الموجود، و كل واحدة منهما تدعيه لنفسها فجاءتا إلى نبي الله داوود و سمع منهما فحكم به للكبرى، فمرت على سليمان فسألها عن خبرهما ، فقالت هذا ولدي حكم به داوود لهذه، فقال انتوني بالسكين أشقه بينكما نصفين، فقالت الصغرى لا تفعل هو لها و لا تشق الولد فانترعه من الكبرى و دفعه إلى الصغرى "(2).

(1): الآية 282 من سورة البقرة. ينظر أكثر تفصيلا في تحليل هذه الآية: علي علي منصور، الشريعة

الإسلامية و القوانين الوضعية بمصر. رسالة الإسلام، العدد 19، السنة 5، ص 282.

(2): عوض عبد الله أبوبكر، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة، ص2. مقال منشور على

موقع: <http://www.iu.edu.sa/magazine/58/28.htm>.

و تجدر الإشارة أن فقهاء الشريعة الإسلامية يعرفون الإثبات بـ "طرق القضاء" و يقسمون أدلة الإثبات إلى قسمين اثنين: قسم اتفق الفقهاء على حججه و قبوله كدليل في الدعوى، و قسم اختلف الفقهاء في قبوله دليلا للإثبات.

أما القسم الأول و الذي يتضمن الأدلة المتفق على حجيتها فهو يشمل الإقرار و شهادة الشهود و قد استندوا في حجيتها على الكتاب و السنة و الإجماع و المعقول⁽¹⁾.

و أما القسم الثاني فهو يشمل باقي أدلة الإثبات الأخرى بما فيها الكتابة التي اعتبرها القانون دليلا رئيسيا في الإثبات كما سيأتي بيانه لاحقا إلا أن عامة الفقهاء لم يجعلوها شرطا لا يجوز الإثبات إلا بها⁽²⁾.

و مما سبق تظهر لنا أهمية الإثبات في الشريعة الإسلامية، فلقد قرر فقهاء الإسلام أنه لا يقبل قول الإنسان في ما يدعيه بمجرد دعواه، بل إنه يحتاج إلى دليل أو تصديق المدعى عليه⁽³⁾.

المبحث الثاني: الأنظمة المختلفة في الإثبات.

لقد اختلفت الأنظمة القانونية في تنظيمها للإثبات ذلك ما للإثبات من أهمية عملية بالغة مما دفع بالمشرعين إلى تنظيم أحكامه و إفراده بقواعد خاصة مع الأخذ بعين الاعتبار الأساسين الذين يقوم عليهما و هما تحقيق العدالة و استقرار التعامل.

أما الأساس الأول فهو يكمن في تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية و ذلك باعتماد المشرع كافة السبل لتحقيق هذا الغرض.

و أما الأساس الثاني فهو يدفع بالمشرع إلى تحديد الأدلة تحديدا يأمن به حيده القاضي و عدم ميله.

(1): عوض عبد الله أبوبكر، المرجع السابق، ص5.

(2): عوض عبد الله أبو بكر، المرجع السابق، ص7.

(3): عباس العبودي، المرجع السابق، ص19.

و كنتيجة لذلك نازع تنظيم الإثبات مذهبان: مذهب الإثبات المطلق أو الحر أين تطلق يد القاضي في البحث عن الحقيقة بأي وسيلة كانت فله واسع النظر في قبول الأدلة و تقدير قيمتها. و مذهب الإثبات المقيد أو القانوني و الذي فيه تحدد لكل وسيلة من وسائل الإثبات قوتها و كذا الحالات التي يتم فيها الإثبات بها و يمنع على القاضي في هذا المذهب تقدير الدليل أو إعطائه القوة التي لم يحددها له القانون.

و نظرا للتفارق الكبير بين المذهبين ذهبت الشرائع الحديثة إلى اعتناق اتجاه يجمع بين المذهبين السالفين فهو يتوسطهما و يعرف بالمذهب المختلط في الإثبات. لهذا ارتأينا أن نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب، نخصص المطلب الأول لدراسة مذهب الإثبات المطلق و المطلب الثاني لدراسة مذهب الإثبات المقيد، أما المطلب الثالث فخصصناه لدراسة المذهب المختلط في الإثبات، و أخيرا نعالج في المطلب الرابع موقف المشرع الجزائري من المذاهب الثلاث المختلفة في الإثبات و أي واحد منها اعتنقها المشرع الجزائري.

المطلب الأول: مذهب الإثبات المطلق.

رأينا سابقا أن الهدف من تنظيم الإثبات هو تحقيق العدالة التي تؤدي إلى تلمس الحقيقة بكل السبل لهذا ذهبت بعض التشريعات إلى اعتماد المذهب المطلق في الإثبات كالتشريعات الأنجلوساكسونية و السويسرية و الألمانية فما مفهوم هذا المذهب و ما هي مزاياه و كذا مأخذه؟

تتلخص ماهية هذا النظام في كونه لا يقيد القاضي و لا الخصوم بطرق محددة للإثبات و إنما أطلق يدهما في إثبات الواقعة المتنازع فيها، ففي ظل هذا النظام يُقبل أي دليل لإثبات أي حق⁽¹⁾ حيث يكون للخصوم مطلق الحرية في اختيار الأدلة التي يرون أنها تؤدي إلى اقتناع القاضي و في مقابل ذلك يكون للقاضي الحرية في تقييم و تقدير أي دليل يقدم إليه كما أنه يمكن للقاضي في ظل هذا المذهب أن يسعى إلى استجماع الأدلة التي تساعد على تكوين اقتناعه بالإضافة إلى إمكانيته القضاء بعلمه.

و يظهر مما سبق أن القاضي طبقا لهذا النظام يلعب دورا إيجابيا يساعد به الخصوم في

(1): أحمد نشأت، المرجع السابق، ص30.

استكمال ما نقص من أدلتهم كما يمكنه السعي بنفسه مستعيناً باقتناعه الشخصي و معرفته للوصول إلى الحقيق.

و من مميزات هذا النظام أنه يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية كما أنه يحقق أكبر قسط من العدالة فالأمران متلازمان كلما زادت فرص وصول القاضي إلى الحقيقة الواقعية طابقتها الحقيقة القضائية مما يؤدي إلى تحقيق العدالة.

و لكن يؤخذ على هذا المذهب أنه يمنح للقاضي السلطة المطلقة في تكوين اقتناعه، فقد يؤدي هذا إلى التحكم من جانبه و جنوحه عن الحق لأن القاضي بشر و البشر قد يخطئ و قد يصيب و قد يحكم بما يريد دون رقيب.

و بالإضافة إلى ذلك رأينا أن أهم ميزة لهذا النظام هي تحقيق العدالة و لكن بالمقابل هذا يؤدي إلى انعدام الاستقرار الواجب في المعاملات لأن الخصوم متوقفون على قناعة القاضي، و القناعة تختلف من قاض إلى آخر مما يؤدي إلى الإخلال باستقرار المعاملات.

المطلب الثاني: مذهب الإثبات المقيد.

على عكس النظام الأول (المطلق) فإن هذا المذهب مؤداه أن القانون يحدد وسائل الإثبات كما يحدد قيمة كل وسيلة من هذه الوسائل فلا يمكن للخصوم إثبات الواقعة محل الإثبات بأي وسيلة يرونها هم مناسبة، بل يتقيدون بما حدد لهم القانون. و في مقابل ذلك فإن القاضي لا يمكنه اعتماد أو اتخاذ أي وسيلة لم يقرها القانون، كما لا يمكن له تحديد قيمة أي وسيلة من وسائل الإثبات و إنما هي محددة من طرف المشرعين.

فيظهر جليا مما سبق أن القاضي في ظل هذا المذهب يلعب دورا سلبيا عكس دوره في النظام المطلق حيث لا يمكنه إكمال أدلة الخصوم في حالة ما إذا كانت ناقصة و لا يمكنه إعطاء رأيه الشخصي بل يقدر قيمة كل وسيلة تقدم أمامه حسب ما قرره لها القانون.

و من مزايا هذا النظام أنه يعمل على استقرار المعاملات و الحقوق كما يمنع تسلط و جنوح القضاة و التعسف في أحكامهم، فهو يكفل الثقة بين المتقاضين.

و لكن يعاب عليه أنه حتى و لو يكفل استقرار المعاملات إلا أنه و بالتوازي مع ذلك
يعدم العدالة حيث أنه يقيد القاضي و يحصر سلطته التقديرية إن لم نقل يعدمها و ذلك بتحديد
لوسائل إثبات معينة و تخصيص كل مسألة من المسائل بوسيلة محددة لا يمكن إثباتها إلا بها.
كما أنه في ظل هذا النظام كثيرا ما تتباعد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية ذلك أنه في
كثير من الحالات ما تظهر الحقيقة جلية و واضحة للقاضي و لكنه لانعدام وسائل الإثبات
أو لقصورها فلا يمكنه الوقوف عند الحقيقة و لا الحكم بها لصاحب الحق مما يؤدي إلى
تباعد الحقيقة الواقعية عن الحقيقة القضائية.

المطلب الثالث: مذهب الإثبات المختلط.

نظرا للانتقادات التي وجهت لكل من النظامين المطلق و المقيد من أن النظام الأول
يحقق العدالة و يغفل عن استقرار المعاملات و يعكسه النظام الثاني حيث يعمل على استقرار
التعامل و يحول دون تحقيق العدالة، ذهبت معظم التشريعات إلى اعتماد نظام يجمع بين
مزايا النظامين الأولين فيحقق العدالة و يضمن استقرار التعامل معا ألا وهو النظام المختلط
في الإثبات.

فهذا المذهب يجمع بين الحرية و التقيد في الإثبات حيث أخذ بحرية الإثبات في المواد
الجنائية و التجارية و قيده في المسائل المدنية.

أما الأولى، فأطلق الإثبات فيها لأنه في المسائل الجنائية كل الأمور تخضع لقناعة
القاضي. فكما يُعرف محكمة الجنايات هي محكمة اقتناع لا يخضع فيها القاضي إلا لضميره
و للقانون بطبيعة الحال، بالإضافة إلى استحالة تقديم الدليل الكتابي غالبا في المسائل الجنائية.

و نفس الأمر بالنسبة للمواد التجارية لأن التجارة في حد ذاتها يحكمها عنصران وهما
السرعة و الائتمان لذا يستحيل تقيد التعاملات بوسائل معينة إثبات حقوقهم ما عدا مسائل
محددة نظرا لأهميتها حدد لها المشرع طرقا لإثباتها.

و أما الثانية، و هي المسائل المدنية فلقد قيد المشرع وسائل إثباتها تقيدا شديدا نظرا
لطبيعتها.

و من التشريعات التي أخذت بهذا النظام هي التشريع الإيطالي و الفرنسي و المصري و اللبناني بالإضافة إلى تشريعات أخرى.

و السؤال المطروح هو ما موقف المشرع الجزائري من هذه المذاهب الثلاث، هل اعتمد المذهب المطلق أم المقيد أم المختلط؟

المطلب الرابع: موقف المشرع الجزائري من المذاهب الثلاث.

لقد سبق لنا و أن علمنا أن المشرع الجزائري وزع قواعد الإثبات بين القانون المدني و قانون الإجراءات المدنية فهي مزيج من القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية معا. و بعد استقراء كل من المواد المتعلقة بقواعد الإثبات سواء الموضوعية منها أو الإجرائية يتبين أن المشرع الجزائري اعتمد المذهب المختلط في الإثبات حيث أخذ بحرية الإثبات في المسائل التجارية و قيده في المسائل المدنية و هذا هو فحوى النظام المختلط.

و مرجعنا في ذلك ما نصت عليه المواد من 323 و ما بعدها من القانون المدني الجزائري حيث حصرت وسائل الإثبات في المواد المدنية في خمسة طرق ألا و هي الكتابة التي تعتبر أقوى و أهم دليل و اليمين بنوعيتها المتممة و الحاسمة و الإقرار و شهادة الشهود و أخيرا القرائن. و حددت لكل طريقة منها الحالات التي يتوجب فيها الإثبات بها.

و ما يدل على أن الإثبات حر في المسائل التجارية هو ما نصت عليه المادة 333 فقرة 1 من القانون المدني التي نصت على ما يلي: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ".

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة اجتهادات قضائية⁽¹⁾ لها من بينها القرار المؤرخ

(1): إن القرارات التي سيتم سردها تمت في ظل أمر 75-58 المتضمن القانون المدني و لكن كما نعلم لقد عدلت المادة 333 من الأمر المذكور بموجب القانون 05-10 إلا أنه تغيرت القيمة فقط أما المضمون فبقي نفسه مما يبرر الاعتماد على هذه القرارات رغم تعديل القانون المدني.

في 11-05-1983، ملف رقم 28537⁽¹⁾. و القرار المؤرخ ب 02-01-1984، ملف رقم 34131⁽²⁾ و أخيرا القرار المؤرخ في 07-07-1992، ملف رقم 84034⁽³⁾.

-
- (1): نشرة القضاة، العدد 43، ص65. ينظر: عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص103.
(2): المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 1، ص139. ينظر: نفس المرجع، ص104.
(3): المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 3، ص164. ينظر: نفس المرجع، ص104.

الباب الأول: الإثبات بالكتابة.

لقد سبق لنا و أن بينا أن وسائل الإثبات في المسائل المدنية منحصرة في خمسة و هي الكتابة و اليمين و الإقرار و شهادة الشهود و القرائن و ردت أحكامها موزعة بين القانون المدني و قانون الإجراءات المدنية.

و نظرا لكون موضوع هذه الدراسة يدور حول التوقيع الإلكتروني و حجيته في الإثبات و لما كانت الكتابة على مستند ورقي هي الوسيلة الأكثر شيوعا إن لم نقل الوسيلة الوحيدة المتعارف عليها لإثبات التصرفات القانونية في معظم التشريعات، و أن هذه الكتابة لا يعتد بها قانونا إلا إذا ذيلت بتوقيع ينسب الورقة إلى من وقعها لدرجة أنه أصبح التوقيع شرط جوهري لصحة الورقة، مما أعطاه أهمية في إثبات التصرفات القانونية باعتباره الدليل على صحة المستند و نسبته إلى من وقعها، ارتأينا أن نخصص الباب الأول من هذه الرسالة لدراسة الكتابة و دور التوقيع التقليدي فيها لنتمكن من مقارنته بالتوقيع الإلكتروني في الباب الثاني لذلك اعتمدنا التقسيم التالي: قسمنا هذا الباب إلى فصلين خصصنا الفصل الأول لدراسة الكتابة الرسمية و الفصل الثاني للكتابة العرفية مقسمين كل فصل إلى مبحثين.

الفصل الأول: الكتابة الرسمية.

أصبح للكتابة في العصر الحديث الصدارة على باقي أدلة الإثبات ذلك لشيوعها و تعدد وسائلها، فهي تلعب دورا مهما في الحياة العملية إذ تدعو إلى الثقة و الطمأنينة و ذلك بعدما كانت البيئة تحتل تلك المكانة سابقا التي فقدتها بسبب ما يعيها من أن ذاكرة الشهود قد تقصر في تذكر تفاصيل الواقعة القانونية خاصة إذا تقادم عليها الزمن كما أنه قد يغري الشاهد فيشهد بغير وجه حق و بالتالي تكون شهادته شهادة زور.

و تعتبر الكتابة من أهم طرق الإثبات جميعها لما توفره من ضمانات للأطراف لا توفرها لهم باقي الطرق، ذلك أن مضمون الدليل الكتابي يمثل انعكاسا صحيحا للحقوق القائمة بين الأطراف كما أنه أقل عرضة لتأثير الزمن عليه⁽¹⁾.

و ما يميز الكتابة هي أنها دليل يمكن إعداده مقدما عند صدور التصرف و قبل قيام النزاع مما يمكن معه تحديد مركز الشخص تحديدا دقيقا يعتمد عليها القضاء في تحييث حكمه و إعداد منطوقه ما لم يثبت تزويرها كما سيأتي بيانه لاحقا.

فماذا يقصد بالكتابة قانونا و ما هي الشروط الواجب توافرها فيها حتى يمكن الاعتداد بها كوسيلة إثبات؟

و إذا توصلنا إلى معرفة مفهومها و شروطها تأتي مسألة حجيتها في الإثبات لتطرح نفسها و مدى قوتها في التنفيذ و كذا حالات اشتراطها. لذلك تقتضي الضرورة أن نعالج كل هذه النقاط في مبحثين، ففي المبحث الأول سنتطرق إلى مفهوم الورقة الرسمية و شروطها أما المبحث الثاني فسنخصصه لآثار الورقة الرسمية و حالات اشتراط الكتابة.

المبحث الأول: مفهوم الكتابة الرسمية و شروطها.

قبل التطرق إلى مفهوم الكتابة كدليل رسمي و كذا شروطها يتحتم علينا الإشارة إلى مسألتين هامتين.

(1): بكوش يحيى، المرجع السابق، ص77.

أما المسألة الأولى و هي وجوب التمييز بين التصرف القانوني و دليل إثباته، فعالبا ما يجرى الخلط في الحياة العملية بين التصرف القانوني و أداة إثباته فيقال على سبيل المثال عقد بيع رسمي أو عقد بيع عرفي و يقصد بذلك الورقة الرسمية أو الورقة العرفية المثبتة لعقد البيع، لذلك يجب التمييز بين التصرف القانوني (وهو عقد البيع في هذا المثال) و بين أداة الإثبات (وهي الورقة الرسمية المثبتة لعقد البيع) لما يكتسبه هذا التمييز من أهمية حيث من المحتمل أن يكون التصرف باطلا و لكن وسيلة إثباته و هي الكتابة قد تكون مستوفية لجميع شروطها و بالتالي تكون صحيحة. أو أن يكون التصرف في حد ذاته صحيحا و لكن وسيلة إثباته باطلة كما لو اشترط المشرع لإثبات التصرف الذي تفوق قيمته 100.000 دج الكتابة، فإن فقدان الكتابة لا يؤثر على صحة الدين فهو قائم قد يثبت بالإقرار⁽¹⁾.

و أما المسألة الثانية فهي تتمثل في وجوب التفرقة بين الكتابة كركن في التصرف القانوني و بين الكتابة كدليل إثبات فقد يستلزم القانون شكلا خاصا يفرغ فيه التعبير عن الإرادة كالكتابة الرسمية اللازمة في عقد بيع العقار مثلا أو بيع المنقولات ذات القيمة العالية كالسفن و الطائرات ففي هاتين الحالتين تكون الكتابة لازمة للانعقاد فلولاها لما نشأ التصرف أصلا لانعدام ركن من أركانه، فهذه الكتابة هي كتابة متطلبة للانعقاد لا للإثبات.

و قد يستلزم القانون الكتابة لإثبات التصرف وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 333 من القانون المدني في ما يخص التصرفات التي تفوق قيمتها 100.000 دج يتوجب إثباتها بالكتابة و لكن يبقى التصرف إذا خلى من هذه الكتابة صحيحا في حد ذاته كما سبقت الإشارة إليه أعلاه. أو ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 حيث أوجبت تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي.

وبعد الإشارة إلى هاتين المسألتين الأساسيتين في علم الإثبات سنتعرض في ما يلي لدراسة مفهوم الكتابة كدليل رسمي و كذا شروطها و ذلك في مطلبين متتاليين.

المطلب الأول: مفهوم الكتابة الرسمية.

لقد سبقت الإشارة إلى أن الكتابة نوعان كتابة رسمية و كتابة عرفية، فالكتابة الرسمية

(1): محمد زهدور، المرجع السابق، ص24.

و هي موضوع الدراسة الحالية لها خصوصياتها تميزها عن الكتابة العرفية و عن سائر أدلة الإثبات الأخرى و لقد خصها المشرع الجزائري كغيره من المشرعين الآخرين سواء العرب أو الغربيين بنصوص خاصة تحكمها و تبين قواعدها و لقد أفردوا لها تعريفا خاصا بينوا فيه ما يتعلق بها. و قبل المشرعين و قوانينهم عنت الشريعة الإسلامية بالكتابة و أعطتها مكانة خاصة سواء في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة، فهل التعريف الذي حظيت به الكتابة في التشريعات الوضعية هو نفسه الذي جاءت به الشريعة الإسلامية أم يختلفان؟

هذا ما سيتم بيانه في الفرعين التاليين وذلك بدراسة كل واحد منهما على حدة مخصصين الفرع الأول لدراسة مفهوم الكتابة في التشريعات الوضعية و الفرع الثاني لدراسته في الشريعة الإسلامية لنخلص في الأخير بنتيجة نبين فيها اتفاقهما أو اختلافهما و ذلك اتباعا كما يلي.

الفرع الأول: مفهوم الكتابة الرسمية في التشريعات الوضعية.

ورد تعريف الكتابة الرسمية في التشريع الجزائري في القانون المدني و بالضبط في نص المادة 324 منه و الذي ينص على ما يلي:

" العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه."

يلاحظ بدءا من هذا النص أن المشرع الجزائري استعمل كلمة "عقد" بدل كلمة "محرر" و هذا تعبير خاطئ ذلك أن المشرع ترجم النص من الفرنسية إلى العربية فترجم كلمة « acte » إلى "عقد" و هي ترجمة خاطئة فكلمة « acte » تعني تصرف و التصرف كما هو معلوم قد يكون بإرادتين و قد يكون بإرادة واحدة لذلك يستحسن استعمال لفظ "المحرر" أو "السند" أو "الورقة" بدل عقد لتصبح صياغة المادة كالآتي:

" المحرر (أو السند أو الورقة) الرسمي محرر يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه."

فرغم كل الانتقادات المتكررة⁽¹⁾ في ما يخص هذه الصياغة و ضرورة تغييرها إلا أن المشرع ضرب هذه الانتقادات بعرض الحائط حيث لم يعد هذه المادة المذكورة و لم يغير شيء من صياغتها في آخر تعديل له للقانون المدني⁽²⁾.

أما المشرع المصري فلقد استعمل الصياغة الصحيحة ألا و هي المحررات الرسمية فلقد عرفها في المادة 10 من قانون الإثبات المصري التي تنص على ما يلي:
" المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يده أو ما يلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقاً للأوضاع القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه"⁽³⁾.

كما ورد نفس التعريف في كل من التقنين العراقي في مادته 1/450 و التقنين المدني الليبي (المادة 377) و بينات سوري (المادة 5) و بينات أردني (المادة 1/6) و في قانون المرافعات الكويتي في مادته 77 و قانون المرافعات البحريني (المادة 1/30) و قانون المرافعات اللبناني في مادته 154⁽⁴⁾. و القانون المدني الفرنسي في مادته 1317 و القانون المدني البلجيكي في مادته 1322.

يظهر من هذه التعريفات أن الورقة (الكتابة) الرسمية عُرِّفت بشروطها حيث يجب توفر هذه الأخيرة فيها لتكون رسمية لذلك سنتطرق إلى كل شرط منها بشيء من التفصيل في المطلب الثاني من هذا المبحث كما بينا سابقاً.

كما أشارت المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري إلى وجوب اشتمال الورقة الرسمية على توقيع الأطراف و كذا الشهود عند الاقتضاء و التوقيع المقصود هنا هو التوقيع التقليدي ذلك أن المشرع في نفس المادة أوجب على الأطراف أو الشهود الذين لا يعرفون أو لا يستطيعون التوقيع أن يضعوا بصماتهم في آخر المحرر.

(1): محمد زهدور، المرجع السابق، ص26. و يحيى بكوش، المرجع السابق، ص8.

(2): عدل و تم القانون المدني بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20-06-2005.

(3): أنور سلطان، المرجع السابق، ص45.

(4): سليمان مرقس، المرجع السابق، ص142.

و للكتابة المعتد بها قانونا عدة أشكال، نصت عليها المادة 323 مكرر⁽¹⁾ كالاتي:
" ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها و كذا طرق إرسالها ".
.

ففي هذا النص إشارة إلى أشكال الكتابة مستحدثا فيه النوع الجديد من الكتابة ألا و هو الكتابة الالكترونية و دليلنا في ذلك قوله: " ... أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها و كذا طرق إرسالها ".
فغالبا ما تكون الكتابة التقليدية عبارة عن تسلسل حروف و إن تضمنت أرقام و ليست عبارة عن رموز و علامات بل هي الكتابة الالكترونية التي سيتم التعرف عليها لاحقا في هذه الدراسة.

و لقد أكد القضاء الجزائري و سار على مضمون نص المادة 324 من القانون المدني من خلال قراره المؤرخ في 19-10-1985 حيث جاء فيه ما يلي: " متى كان من المقرر قانونا أن الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عمومية ما تم لديه أو ما تلقاه من نوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية في حدود سلطته و اختصاصه.
و لذا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقانون..... " (2).

إذن بعد التعرف على مفهوم الورقة الرسمية في التشريعات الوضعية يأتي السؤال التالي لي طرح نفسه: كيف تعرف الشريعة الإسلامية الورقة الرسمية؟ هذا ما سيتم الإجابة عليه في الفرع الآتي.

الفرع الثاني: مفهوم الكتابة الرسمية في الشريعة الإسلامية.

إن القرآن الكريم قد أتى بأرقى مبادئ الإثبات في العصر الحديث و هو الكتابة و هذا ما نص عليه في آية التداين في قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل

(1): تمت هذه المادة الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20-09-1975 المتضمن القانون المدني بموجب المادة 44.

(2): ملف رقم 36662، المجلة القضائية سنة 1989، العدد 4، ص152. مشار إليه في مؤلف: عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص95.

مسمى فاكتبوه و ليكتب بينكم كاتب بالعدل و لا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب و ليمل الذي عليه الحق، و ليتق الله ربه و لا يبخس منه شيئا فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل و استشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء إذا ما دعوا و لا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ذلكم أقسط عند الله و أقوم للشهادة و أدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها، و اشهدوا إذا تبايعتم و لا يضار كاتب و لا شهيد و إن فعلوا فإنه فسوق بكم و اتقوا الله و يعلمكم الله و الله بكل شيء عليم و إن كنتم على سفر و لم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته و ليتق الله ربه و لا تكتموا الشهادة و من يكتمها فإنه آثم قلبه و غنه بما تعملون عليم ". (الآية 282 من سورة البقرة).

لقد اختلف الفقهاء في تفسيرهم لهذه الآية فانقسموا إلى فريقين. أما الفريق الأول يرى أن ذكر الكتابة في الآية جاء على سبيل النذب لا الوجوب، فالأمر بالكتابة يدل على الإرشاد و الاحتياط و حجيتهم في ذلك أن الآية لا تدل على إنشاء الدين بالكتابة يعني أنها لم تستعمل في إنشاء عقد الدين بل هي دالة و صريحة في أنه بعد تحقق الدين تجب الكتابة للاحتجاج بها في مقام الاختلاف بالنسبة للزيادة و النقصان، فالأمر في هذه الآية هو إرشادي⁽¹⁾. كما أنه تعاقبت الأجيال خلفا عن سلف و أبرمت عقود المداينات و البيوع دون كتابة و لا إشهاد و ذلك منذ عصر النبي صلى الله عليه و سلم إلى يومنا هذا⁽²⁾. و أما الفريق الثاني فيرى أن الأمر بالكتابة في الآية الكريمة ورد على سبيل الوجوب فقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه " إنما هو دليل على أن الكتابة أمر مفروض بالنص غير متروك للاختيار في حالة الدين إلى أجل.

و تفسير معاني هذه الآية كما ورد حرفيا على قول محمد فريد وجدي هو كالآتي:
" يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى موعد عينتموه فاكتبوه و ذلك أوثق و أرفع للنزاع. و ليكتب لكم كاتب عدل لا يجور على أحد الطرفين.

(1): محمد جواد الفاضل، رسالة في الكتابة في الفقه الإسلامي، ص3. منشورة على شبكة الانترنت على

موقع الكتابة في الفقه الإسلامي/ www.yahoo.fr

(2): بكوش يحيى، المرجع السابق، ص79.

و لا يمتنع أحد الكتاب أن يكتب لينفع الناس كما نفعه الله بتعليمه الكتابة و ليكن المملي هو الذي عليه الحق و ليق الله و لا ينقص من الحق شيئا.
فإن كان الذي عليه الحق لا يستطيع أن يملل لقله أو ضعفه من صغر أو كبر أو جهل فليملل قيمه أو وكيله و ليشهد على ذلك رجلان أو رجل و امرأتان. و إذا طلب الشهداء لأداء شهادتهم فلا يمتنعوا. و لا تملوا أن تكتبوا الديون و الحقوق صغيرة كانت أو كبيرة إلى مواعيدها، ذلكم عدل و أقوم للشهادة و أقرب ألا تشكوا، إلا أن تكون تجارة تديرونها يدا بيد و إذا تبايعتم فاشهدوا شهودا و لا تضروا الشهود و الكتاب و اتقوا الله. و إن كنتم مسافرين و لم تجدوا معكم كاتباً فيقوم مقام الكتابة رهان يعطيها المدين للدائن، فإن كان الدائن يأمن المدين فلم يأخذ عليه كتابة و لا تسلم منه رهنا فليؤد الذي أوّتمن أمانته و ليخف الله ربه. و إذا دعيتم إلى أداء الشهادة فلا تكتموها فإن كتمانها إثم كبير و الله مطلع عليكم يعلم ما لا تعلمون"⁽¹⁾.

يستخلص من الآية الكريمة النقاط التالية:

أولاً: أن الشريعة الإسلامية أمرت بكتابة الدين صغيراً كان أم كبيراً.

ثانياً: أن يكتب ذلك الدين شخص ثالث يلقب بالكاتب غير طرفي الدين (الدائن و المدين) و يشترط في الكاتب أن يكون عادلاً.

ثالثاً: المدين هو من يمل على الكاتب و إن لم يستطع أن يمل لقصر أو سفه أو ضعف فينوب عنه القيم أو الوكيل.

رابعاً: أوردت الشريعة الإسلامية استثناء عن وجوب الكتابة و المتمثل في التجارة ذلك لمتطلبات التجارة من سرعة و ائتمان.

خامساً: نصت الشريعة الإسلامية على حالة استحالة إعداد الدليل الكتابي و هي حالة السفر فيعوض الكتابة في هذه الحالة الرهن الحيازي بالمفهوم الحالي إلا إذا اتفق على

(1): محمد فريد وجدي، المصحف المفسر. الدار العربية للكتاب، تونس، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، ط1، سنة 1988، ص60.

خلاف ذلك.

سادسا: في حالة الكتابة أوجبت الشريعة الإسلامية إحضار شاهدين و هما رجلين فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأة.

هذا عن المعنى العام للآية، و لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل للكتابة شروط يجب التقيد بها أوردتها الشريعة الإسلامية أم لا؟ فإن كانت الإجابة بنعم، فهل هي نفس الشروط المتطلبية في القانون الوضعي أم تختلف عنها؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه في المطلب التالي.

المطلب الثاني: شروط الورقة الرسمية.

لقد سبق لنا و أن تعرفنا على ماهية الورقة الرسمية في المطلب الأول سواء في التشريعات الوضعية أو في التشريع الإسلامي و عرفنا أن الورقة لكي تتصف بالرسمية يجب أن تتوفر على بعض الشروط نص عليها مشرعا الجزائري في نص المادة 324 من القانون المدني فهل هذه الشروط هي نفسها في الشريعة الإسلامية أم لهذه الأخيرة شروط مختلفة عن نظيرتها في التشريع الوضعي؟

هذا ما سيتم التعرف عليه من خلال دراسة شروط الورقة الرسمية في كل من التشريعات الوضعية و بالأخص في التشريع الجزائري و الشريعة الإسلامية و ذلك في فرعين متتاليين.

الفرع الأول: شروط المحرر الرسمي في التشريع الوضعي.

بالرجوع إلى نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري نلمح أن المشرع الجزائري أوجب توافر شروط معينة حتى يمكن وصف و تسمية المحرر بالمحرر الرسمي و التي تتمثل في ما يلي:

- 1- صدور الورقة من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.
- 2- أن يكون صدور المحرر داخلا في حدود سلطة الموظف.

3- مراعاة الأشكال القانونية في تحرير الورقة.

و في ما يأتي تفصيل لهذه الشروط:

أولاً: صدور الورقة من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.

لقد نص المشرع الجزائري بصريح العبارة على هذا الشرط بقوله: " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة... ".

إذن فرسمية الورقة تتوقف على صدور هذه الأخيرة من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة فما معنى كل من الموظف و الضابط العمومي و الشخص المكلف بالخدمة العامة؟

1- صدور الورقة من موظف.

إن أول نص نظم الوظيفة العمومية في الجزائر هو أمر 66-133 المؤرخ في 02-06-1966 و الذي دخل حيز التنفيذ في 01-01-1967 ثم تلاه المرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 22-01-1985 بالإضافة إلى قوانين و مراسيم أخرى تلت هذين النصين.

فيعرف الموظف العمومي طبقاً لنصي 66 و 85 على النحو التالي: " يعتبرون الموظفون عموميون الأشخاص المعينون بوظيفة دائمة و الذين رسموا أو ثبتوا في درجة من درجات التدرج الوظيفي في الإدارات المركزية للدولة و الجماعات المحلية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ".

يستخلص من هذا التعريف أن الموظف هو كل شخص يعين بصفة دائمة و يرسم في درجة من درجات التسلسل في إدارة عمومية.

و بالتالي يمكن من هذا التعريف استخلاص الخصائص العامة للوظيفة العمومي و هي :

أ- التعيين بصفة دائمة.

ب- التعيين في وظيفة دائمة.

ج- التثبيت و الترسيم.

أما الخاصية الأولى و هي التعيين فعلى السلطة التي لها صلاحيات التعيين أن تصدر قرارا إداريا الذي بدوره يجب أن يخضع للشروط المنصوص عليها قانونا من حيث الموضوع و الشكل.

و أما الخاصية الثانية ألا و هي دائمية الوظيفة فمضمونها أن يقوم الموظف بنشاط بصفة دائمة في إطار وظيفة هي بدورها تتسم بطابع الديمومة و هي تهدف إلى تحقيق مبدأ استمرارية المرفق العام.

و الدائمة لا تعني القيام بالعمل بصفة مستمرة و في كل الأوقات و إنما تعني أن يكون الموظف في خدمة الإدارة باستمرار الأمر الذي يتوقف على ضرورات تنظيم المرفق فمثلا قد تعني الدائمة العمل لبضع ساعات في اليوم أو الأسبوع أو الشهر أو عن طريق التناوب أو المداومة، فالأهم في الدائمة هو ضمان استمرار النشاط حسب ضرورات القطاع.

و أما التثبيت و الترسيم في درجة من درجات التدرج الإداري فهو مبدأ متمم لمبدأ استمرارية المرفق و لا يتحقق التثبيت إلا بعد قضاء مدة تجريبية يكون فيها الموظف تحت التدريب بشرط أن يكون هذا الأخير في درجة من درجات الهرم الإداري أي في إحدى الوظائف المحددة قانونا وفق تنظيم الإدارة المعنية لأن الأمر يتعلق بضرورة التعيين في الدرجة التي تناسب مؤهلات المعني و هي محددة قانونا، إذن فعلى الإدارة بعد إصدار قرار تعيين المعني كموظف تحت التجربة أن تثبته و ترسمه بعد مضي المدة القانونية إذا ما أثبتت الكفاءات المناسبة⁽¹⁾.

فبجمع هذه الخصائص تتحقق صفة الموظف في القانون الجزائري كما أن هذه الخصائص المكونة لصفة الموظف تدفعنا إلى استبعاد فئات معينة لا تتوفر فيهم صفة الموظف و هم كالاتي:

1- مساعدي الإدارة: و هم أعوان الإدارة الذين يتدخلون طواعية من أجل تحقيق المنفعة العامة لا تتوفر فيهم صفة الموظف و الذين يتمثلون في:

(1): بن تازي علي، محاضرات في قانون الوظيف العمومي. ألقيت على طلبة السنة الرابعة حقوق، كلية

الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2004-2005.

1.1- المساعدون بالمجان: هم الأشخاص الذين يمدون يد المساعدة إلى الإدارة بصفة إرادية كلما اقتضى الأمر القيام بأعمال ذات منفعة عامة مثلا الأشخاص الذين يساهمون في الإنقاذ فهذه المساعدة تعتبر مشروعة قانونا و بالتالي فإن تصرفاتهم هي قانونية و تكون قابلة للطعن بالإلغاء ما دامت أنها تحت رقابة و إشراف الإدارة وفقا لنظرية الموظف الفعلي. كما أن المساعدين بالمجان يتلقون تعويضا عن الأضرار التي تلحق بهم من جراء قيامهم بنشاط مجانا دون إلزامهم بإثبات الخطأ وفقا لنظرية المخاطر شريطة أن تكون الإدارة هي من طلبت المساعدة صراحة و أن الظروف قد فرضتها و أن يكونوا قد تصرفوا من أجل المصلحة العامة و ألا يكونوا في وضعية المستفيدين من الخدمة.

2.1- المساعدون المجندون أو المسخرون: و هم الأشخاص الذين تلزمهم الإدارة عن طريق التجنيد أو التسخير بمساعدتها تحت طائلة العقوبات و قد تظهر هذه الضرورة في حالة السلم و الحرب على حد سواء، ففي حالة الحرب يمكن للسلطة العسكرية تجنيد أشخاص للقيام بمهام معينة كإيواء العسكريين و جمع المعلومات. و في حالة السلم يمكنها تجنيد المواطنين في الخدمة الوطنية و هي مقسمة إلى خدمة عسكرية و إلى حالة الأشخاص الذين تسخرهم السلطات المحلية لمواجهة حالات الشغب أو الزلزال أو الحريق.

3.1- المأمورون العموميون: و هم الذين يساعدون في سير المرفق العام كمأموري القضاء إلا أنهم لا ينتمون إلى الإدارة مع أنها لها دخل في اختيارهم و تعيينهم و تحديد منصبهم و وضع قانونهم الأساسي و هم يتلقون أتعابهم مباشرة من الأفراد كالموثق و المحضر القضائي و بعض أعوان الصرف.

4.1- المتعاقدون و المؤقتون: المتعاقدون هم الأشخاص الذين تتعاقد معهم الإدارة وفق لحاجياتها سواء كانت محددة مسبقا أو حسب إرادة الأطراف. أما المؤقتون فهم الأشخاص الذين تستعين بهم الإدارة لفترة أو فترات معينة للقيام بمهام محددة استنادا إلى وجود قرار بالتعيين.

2- الأعوان الخاضعون لقوانين استثنائية و مستقلة: تنص المواد الأولى من القوانين الأساسية العامة للوظيفة العمومية على تعريف الموظف العمومي مع استبعاد و استثناء بعض الفئات بالنظر إلى خصوصيات تنظيمية نظرا لتعدد وظائف الدولة و خضوعها لمبادئ

تنظيمية معينة هذا من جهة، و من جهة ثانية يستلزم الأمر إصدار قوانين أساسية مستقلة خاصة بفئات معينة كالتعليم، الأمن و بعض الوظائف الأخرى.

1.2- الأعران الخاضعون لقوانين استثنائية: و هم كالآتي:

1.1.2- **القضاة:** استبعدوا مبدئيا لما يتمتع به القضاة من حصانة و ضرورة إضفاء هبة على شخصهم و ضمانا لاستقلالية القضاء فهم يخضعون لقانون أساسي خاص بهم.

2.1.2- **أعضاء الجيش:** يرجع استبعادهم إلى طبيعة السلطة التدريجية و إلى تنظيم الرتب و إلى عامل الانضباط و أساليب التأديب و التجنيد و النقل.

3.1.2- **أعران البرلمان و القائمين بمهام نيابية:** يرجع استثناءهم إلى ضرورة استقلال السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية فهم يخضعون لأنظمة خاصة بهم في النظام الداخلي للمجلس النيابي.

4.1.2- **المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي:** إن نص 66 لم يستبعد هذه الفئة بشكل مباشر ذلك بمنحه مهلة للتمييز بين المؤسسة العامة ذات الطابع الإداري عن تلك التي لها طابع اقتصادي إذ كان يسود بينهما تداخل من حيث طبيعتهما القانونية فكانت تتبعان لنفس الشخص المعنوي المتمثل في الدولة و لكن مرسوم 85-59 استثناءهم استثناء صريحا.

5.1.2- **القائمين بالشعائر الدينية:** المتمثلين في الأئمة فهم أيضا مستثنون لهم قوانين خاصة تحكمهم.

2.2- **الأعران الخاضعون لقوانين أساسية مستقلة:** نصت المادة 4 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية على ضرورة لإصدار قوانين خاصة لأسلاك معينة و هي السلك الولائي المتمثل في الوالي، الكاتب العام للولاية و سلك التعليم و أخيرا سلك الأمن، بالإضافة إلى أعران الجماعات المحلية و المؤسسات و الهيئات العمومية و الموظفين المعينين في وظائف عليا أو سامية.

فهؤلاء الأعران بالنسبة لنصوصهم الخاصة و المستقلة سمح المشرع بمخالفتها لأحكام القانون الأساسي لتلبية حاجياتهم الخاصة باستثناء كل ما يخص الترقية و المرتبات

و المعاشات التي تبقى خاضعة للأحكام العامة⁽¹⁾.

كما تجدر الإشارة إلى أنه يجب توفر شروط معينة في الموظف العمومي كي يمكنه الالتحاق بالوظيفة و هي شروط عامة نظمها القانون الأساسي للتوظيف العمومي و شروط خاصة خاضعة لنظام كل قطاع.

فالشروط العامة حددتها المواد من 24 إلى 30 من أمر 1966 و التي تقابلها المواد من 31 إلى 39 من مرسوم 1985 و المتمثلة في ما يلي:

- 1- أن يكون المترشح للوظيفة من جنسية جزائرية أصلية كأصل عام.
- 2- أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية و حسن السيرة و الأخلاق.
- 3- أن يثبت المستوى التأهيلي الذي يتطلبه منصب العمل.
- 4- أن تتوفر فيه شروط السن و اللياقة البدنية التي تقتضيها ممارسة الوظيفة.

و توضح المادة 34 من مرسوم 85-59 كيفيات الالتحاق بالوظيفة العمومية و هي محددة في ثلاث طرق و هي المسابقة على أساس الاختبارات و المسابقة على أساس الشهادات و أخيراً الامتحانات و الاختبارات المهنية.

2- صدور الورقة من ضابط عمومي.

الضابط العمومي هو شخص أهله القانون لتحرير نوعاً معيناً من الأوراق الرسمية و أضيف عليه هذه الصفة بموجب نص قانوني⁽²⁾، و مثاله المحضر القضائي و الموثق.

أ- المحضر القضائي.

لقد عرفت المادة 4 من قانون رقم 06-03 المؤرخ في 20-02-2006 و المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، المحضر القضائي كالاتي: " المحضر القضائي ضابط

(1): ينظر أكثر تفصيلاً: بن تازي، محاضراته، المرجع السابق.

(2): بن شنات صالح، الكتابة كدليل إثبات في المواد المدنية. رسالة ماجستير، سنة 2003، كلية الحقوق جامعة وهران، ص46.

عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص و تحت مسؤوليته، على أن يكون المكتب خاضعا لشروط و مقاييس خاصة تحدد عن طريق التنظيم".

كما حددت المادة 9 من نفس القانون الشروط التي يجب توافرها في المترشح لكي يصبح محضرا قضائيا. و هذه الشروط تتمثل في ما يلي:

- التمتع بالجنسية الجزائرية.
- حيازة شهادة الليسانس في الحقوق أو ما يعادلها.
- بلوغ سن 25 سنة على الأقل.
- التمتع بالحقوق المدنية و السياسية.
- التمتع بشروط الكفاءة البدنية الضرورية لممارسة المهنة.

بالإضافة إلى الحصول على شهادة الكفاءة المهنية لمهنة المحضر القضائي و ذلك عن طريق مسابقة تنظمها وزارة العدل بعد استشارة الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين كما توضحه المادة 8 من القانون المذكور أعلاه.

أما بالنسبة لمهامهم فنصت عليها المادة 12 من قانون المحضرين القضائيين، من بين هذه المهام:

- تبليغ العقود و السندات و الإعلانات التي تنص عليها القوانين و التنظيمات ما لم يحدد القانون طريقة أخرى للتبليغ.
- تنفيذ الأوامر و الأحكام و القرارات القضائية الصادرة في جميع المجالات ما عدا المجال الجزائي، و كذا المحررات أو السندات في شكلها التنفيذي.
- القيام بتحصيل الديون المستحقة و ديا أو قضائيا أو قبول عرضها أو إيداعها.
- القيام بمعاينات أو استجوابات أو إنذارات بناء على أمر قضائي دون إبداء رأيه.
- كما يمكن انتدابه قضائيا أو بالتماس من الخصوم للقيام بمعاينات مادية بحثة أو إنذارات دون استجواب أو تلقي تصريحات بناء على طلب الأطراف.

و تجدر الإشارة إلى أن المحضر القضائي يتمتع بحصانة خاصة و حماية قانونية و هذا ما أشارت إليه المادة 7 من قانون 06-03 بنصها على ما يلي: " يتمتع مكتب المحضر القضائي بالحماية القانونية، فلا يجوز تفتيشه أو حجز الوثائق المودعة فيه إلا بناء على أمر

قضائي مكتوب، و بحضور رئيس الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين أو المحضر الذي يمثله و بعد إخطاره قانونا. يقع تحت طائلة البطلان كل 'جراء يخالف هذه المادة' .

ب- الموثق.

لقد كان نظام التوثيق سابقا منقسما إلى نوعين:

- النوع الأول و هو التوثيق الفرنسي الذي كانت تنظمه القوانين الفرنسية من بينها قانون 25 للعام التاسع للثورة الفرنسية⁽¹⁾.
- النوع الثاني و هو التوثيق الجزائري الذي تنظمه القوانين و اللوائح التي تأسست بموجبها المحاكم الشرعية في الجزائر حيث كان قاضي المحاكم الشرعية يلعب دور الموثق إلى جانب دوره كقاض⁽²⁾.

و بعد ذلك صدر أول قانون ينظم مهنة التوثيق و هو الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15-12-1970 حيث جاء في مادته الأولى: " تلغى المحاكم و المكاتب العمومية الخاصة بالتوثيق و تنشأ مكاتب للتوثيق تسند إليها اختصاصات المحاكم و المكاتب العمومية الخاصة بالتوثيق ". فهذا القانون كما يظهر من مادته الأولى ألغى نظام الازدواجية في التوثيق فتوحد بذلك نظام التوثيق في الجزائر.

ثم جاء قانون 88-27 المؤرخ في 12-07-1988 ليُلغى الأمر 70-91 و ليضع القواعد العامة للتوثيق.

ومما يلاحظ على قانون 88-27 أنه أضفى لأول مرة صفة الضابط العمومي على الموثق ذلك في نص المادة 5 من هذا القانون حيث نصت على ما يلي: " يعد الموثق ضابطا عموميا يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صفتها الرسمية، و كذا العقود التي يريد

(1): يحيى بكوش، المرجع السابق، ص75.

(2): ينظر أكثر تفصيلا: عدة جلول محمد، محاضرات في تاريخ المؤسسات الجزائرية مقارنة بالمؤسسات الفرنسية. أُلقيت على طلبة ماجستير القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة وهران السنة الجامعية 2005-2006.

الأطراف إعطاءها الصيغة التنفيذية.

كما يتولى استلام أصول جميع العقود و الوثائق للإيداع التي حدد لها القانون هذه الصيغة أو التي يود حائزها ضمان حفظها ."

و أخيرا صدر القانون رقم 02-06 المؤرخ في 20-02-2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق الذي عرف الموثق في مادته الثالثة التي نصها كالآتي:
" الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية، و كذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة ."

و يجب توفر شروط محددة في الموثق نصت عليها المادة 6 من قانون 02-06 و هي متمثلة في:

- التمتع بالجنسية الجزائرية.
 - حيازة شهادة الليسانس في الحقوق أو شهادة معادلة لها.
 - بلوغ 25 سنة على الأقل.
 - التمتع بالحقوق المدنية و السياسية.
 - التمتع بشروط الكفاءة البدنية الضرورية لممارسة المهنة.
- كما يتعين حصوله على شهادة الكفاءة المهنية للتوثيق بعد إجرائه مسابقة تنظمها وزارة العدل بعد استشارة الغرفة الوطنية للموثقين حسب ما أشارت إليه المادة 5 من هذا القانون و كذا أدائه اليمين أمام المجلس القضائي الكائن بمحل تواجد مكتبه نصها كالآتي:
" بسم الله الرحمن الرحيم.
- أقسم بالله العلي العظيم، أن أقوم بعملتي أحسن قيام، و أن أخلص في تأدية مهنتي و أكتف سرها و أسلك كل الظروف سلوك الموثق الشريف و الله على ما أقول شهيد ."

و من مهام الموثق ما نصت عليه المادة 10 من قانون 02-06 و كذا المواد 11، 12، 13 و 14 من نفس القانون إذ يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها و الإعلان عليها و نشرها و شهرها في الأجل المحددة قانونا.

كما يتولى حفظ الأرشيف التوثيقي و تسييره وفقا للشروط و الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم.

و يقوم الموثق بتسليم النسخ التنفيذية للعقود التي يحررها أو النسخ العادية منها أو المستخرجات.

كما يجب على الموثق أن يتأكد من صحة العقود الموثقة و يقدم النصائح إلى الأطراف و يعلمهم بالتزاماتهم و حقوقهم و كذا الآثار المترتبة عن تصرفاتهم. و أخيرا يلزم الموثق بالسر المهني فلا يجوز له أن ينشر أو يفشي أية معلومات إلا بإذن من الأطراف أو بإعفاءات منصوص عليها في القوانين و الأنظمة المعمول بها.

و الموثق كالمحضر القضائي يتمتع بحماية قانونية و هذا ما أكدته المادة 4 من قانون 02-06 المنظم لمهنة الموثق بنصها على ما يلي:

" يتمتع مكتب التوثيق بالحماية القانونية فلا يجوز تفتيشه أو حجز الوثائق المودعة فيه، إلا بناء على أمر قضائي مكتوب و بحضور رئيس الغرفة الجهوية للموثقين أو الموثق الذي يمثله أو بعد إخطاره قانونا. يقع تحت طائلة البطلان كل إجراء يخالف أحكام هذه المادة ".

3- صدور الورقة من شخص مكلف بخدمة عامة.

الشخص المكلف بخدمة عامة هو كل شخص يقوم بخدمة عامة سواء خضع لقانون الوظيف العمومي أو لم يخضع و سواء تلقى أجرا على خدمته أو قام بها مجانا و ليس من اللازم أن يكون تعيينه من السلطة المركزية⁽¹⁾.

و مثاله ضابط الحالة المدنية الذي عرفته المادة 1 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19-02-1970 المتعلق بالحالة المدنية و التي نصت على ما يلي:

" إن ضباط الحالة المدنية هم رئيس المجلس الشعبي البلدي و نوابه و في الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية و رؤساء المراكز القنصلية ".

كما أجازت المادة 2 من نفس الأمر لرئيس المجلس الشعبي البلدي و تحت مسؤوليته أن يفوض إلى عون بلدي أو أعوان عديدين قائمين بالوظائف الدائمة المهام التي يمارسها كضابط الحالة المدنية لقولها:

" يجوز لرئيس المجلس الشعبي البلدي، و تحت مسؤوليته، أن يفوض إلى عون بلدي أو أعوان عديدين قائمين بالوظائف الدائمة و البالغين على الأقل 21 سنة المهام التي يمارسها كضابط الحالة المدنية لتلقي التصريحات بالولادات و الوفيات و تسجيل و قيد جميع العقود

(1): محمد زهدور، المرجع السابق، ص27.

أو الأحكام في سجلات الحالة المدنية، و كذلك لتحرير جميع العقود المتعلقة بالتصريحات المذكورة أعلاه.

يرسل القرار المتضمن التفويض إلى الوالي و إلى النائب العام بالمجلس القضائي التي توجد في دائرة اختصاصه البلدية المعنية.

يجوز للمستخدمين أو المستخدمين المفوضين بهذا الشكل تسلم كل نسخ الحالة المدنية و ملحقاتها مهما كان نوع هذه العقود.

يمارس المفوض الخصوصي الموجود في البلديات مهام ضابط الحالة المدنية فيها " .

و نصت المادة 3 من نفس الأمر على مهام و اختصاصات ضابط الحالة المدنية منها السهر على حفظ السجلات الجاري استعمالها و سجلات السنوات السابقة المودعة بمحفوظات البلدية و البعثات الدبلوماسية و المراكز القنصلية و تسليم نسخ أو ملخصات العقود المدرجة في السجلات إلى الذين لهم الحق في طلبها⁽¹⁾.

و يعتبر كل أمين عن سجلات الحالة المدنية مسؤولا مدنيا عن الفساد الحاصل عليها إلا إذا قدم طعنا ضد المتسببين فيه إن وجدوا. (المادة 37).

كما يعاقب على مخالفة الأحكام المتعلقة بمسك السجلات و تنظيمها من قبل الموظفين المذكورين أنفا بغرامة لا تزيد عن 200 دج تقررها المحكمة التي تبث في المسائل المدنية بناء على طلب النيابة العامة. (المادة 39).

ثانيا: أن يكون صدور الورقة داخلا في حدود سلطته و اختصاصه.

إن المادة 324 من القانون المدني الجزائري أوضحت بشكل صريح أن الورقة لاكتسابها صفة الرسمية لا تكفي أن تكون صادرة من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة بل يجب أن يكون صدور هذه الورقة داخلا في حدود سلطة و اختصاص الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة، ففي ما تتمثل هذه السلطة؟ و أي اختصاص مقصود في هذه المادة؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه اتبعا في الآتي.

(1): بالنسبة للمهام الأخرى ينظر ص71 من هذه المذكرة.

1- أن يكون صدور الورقة داخلا في حدود و سلطة الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة.

يقصد باصطلاح السلطة في نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري أن تكون للموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العامة الولاية لإصدار مثل هذه الأوراق و كذا أن يكون أهلا لمثل هذه التصرفات. إذن يقصد المشرع بعبارة " في حدود سلطته " أن تكون للمعني بالأمر (الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العامة) الولاية و الأهلية معا في إصدار الورقة أو المحرر.

و نظرا لشيوع العقود التوثيقية ارتأينا أن نفتصر على دراسة هذا الشرط و صورته على الموثق فقط فنبيين مدى ولاية و صلاحية الموثق في إصدار الأوراق الرسمية و نفس المفهوم ينطبق على الآخرين ألا و هما الموظف و الشخص المكلف بالخدمة العامة حيث في كل نص خاص بهذين الشخصين نجد قواعد تبين لنا مدى ولايتهم و أهليتهم و كذا حدودهما، فالمفهوم واحد.

فنعني بولاية الموثق (الموظف أو الشخص المكلف بالخدمة العام) أن تكون له صلاحية وقت تحرير الورقة أي أن وقت تحرير الورقة كان يتمتع بصفة الموثق فإن عزل أو وقف عن عمله أو نُقل و رغم ذلك قام بتحرير الورقة فهذه الأخيرة تعد باطلة لانعدام ولايته و لكن لا تكون الورقة التي يحررها حينئذ باطلة إلا إذا كان عالما بالعزل أو الإيقاف أو النقل فإن لم يكن عالما تبقى الورقة صحيحة حماية للوضع الظاهر⁽¹⁾.

و من مظاهر الولاية أيضا أنه لا يستطيع الموثق مباشرة أعماله و إصدار أوراق إلا بعد تأديته اليمين القانونية⁽²⁾.

كما يشترط لصحة الورقة الرسمية أن تكون صادرة من موثق (نفس الشيء ينطبق على الموظف و الشخص المكلف بخدمة عامة) أهل للتصرف الذي يقوم به و هذا ما يعرف بحالات المنع أي الحالات التي لا يجوز فيها للموثق أن يصدر فيها أوراق رسمية و إن فعل

(1): يحيى بكوش، المرجع السابق، ص98.

(2): راجع ص64 من هذه المذكرة.

تعتبر باطلّة و هذه الحالات نصت عليها المواد من 19 إلى 22 من قانون 02-06 المؤرخ في 20-02-2006 و المتضمن تنظيم مهنة الموثق فلا يجوز للموثق أن يحرر محررا رسميا يكون هو طرف فيه أو ممثلا أو مرخصا له بأي صفة كانت كأن يكون وكيلًا مثلا أو يتضمن تدابير لفائدته (المادة 19).

كما لا يجوز للموثق إصدار الورقة الرسمية إذا ما كان أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة طرفا فيها. و تجدر الإشارة إلى أن هذا النص الجديد (أي قانون 02-06) قد حدد درجة الأقارب و الأصهار معدلا بذلك القانون رقم 27-88 في مادته 15 الذي سكت على تحديد درجة الأقارب و الأصهار التي يقف عندها المنع.

و نصت أيضا المادة 19 على عدم جواز تحرير الموثق لورقة رسمية يكون فيها طرفا إما أحد أقاربه أو أصهاره الذين تجمعهم بهم قرابة حواشي.

و بينت المادة 21 أنه يمنع على الموثق الذي يكون عضوا في مجلس محلي منتخب أن يحرر ورقة أو محررا تكون فيه الجماعة المحلية التي هو عضو في مجلسها طرفا فيه.

و تجدر الملاحظة إلى أن المشرع من خلال نصه على حالات المنع لم يحدد نوع معين من العقود التي لا يمكن للموثق تحريرها فهذه النصوص تشمل كل أنواع العقود دون تمييز. كما أنه لم يفرق بين العقود التي تكون فيها الشكلية مطلوبة للإثبات و العقود التي تكون فيها الشكلية مطلوبة للإنعقاد و لم يفرق كذلك بين العقود التي تتوجب فيها الكتابة لإثباتها و العقود التي يرغب الأطراف في إفراغها في شكل رسمي.

و بالتالي و كحوصلة لما قيل لا تعتبر الورقة رسمية إذا ما حررها الموثق وهو في حالة تنعدم فيها ولايته و كذا أهليته في إصدارها و إنما تعتبر ورقة عرفية بشرط أن تكون موقعة من قبل الأطراف. هذا ما يفهم من نص المادة 326 مكرر 2 التي نصها كالآتي: " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف ".

2- أن يكون صدور الورقة داخلا في حدود اختصاص الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة.

يشترط لصحة الورقة الرسمية أن يكون الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العامة مختصا بإصدارها و اختصاصه نعالجه من ناحيتين:
أ- من ناحية الاختصاص المكاني.
ب- من ناحية الاختصاص النوعي.

أ- من ناحية الاختصاص المكاني.

القانون هو الذي يحدد الاختصاص المحلي لكل موظف فعلى سبيل المثال نصت المادة 2 من قانون 02-06 المؤرخ في 20-02-2006 و المتضمن تنظيم مهنة الموثق على امتداد الاختصاص الإقليمي لمكاتب التوثيق على كامل التراب الوطني و هو نفس مضمون المادة 2 من قانون 27-88 المؤرخ في 12-07-1988 و عكس ما ورد في أول قانون نظم التوثيق في الجزائر (أمر 91-70 المؤرخ في 15-12-1970) في مادته 6 حيث حدد الاختصاص الإقليمي للموثق في دائرة المحكمة التابع لها مكتبه.
و هذا هو نص المادة 2 من قانون التوثيق الجديد (قانون 02-06): " تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق، تسري عليها أحكام هذا القانون و التشريع المعمول به و يمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني...".

كما حددت المادة 4 من الأمر 20-70 المؤرخ في 19-02-1970 المتعلق بالحالة المدنية الاختصاص المحلي لضابط الحالة المدنية فحصته في نطاق دوائره فقط إذ جاء نصها كآتي: " تكون لضابط الحالة المدنية الأهلية في قبول التصريحات و تحرير العقود نطاق دوائره فقط ".
فإذا ما حرر ضابط الحالة المدنية عقدا خارج نطاق دائرة اختصاصه الإقليمية ترتفع عنه الصفة الرسمية.

و حددت المادة 2 من القانون رقم 03-06 المؤرخ في 20-02-2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي الاختصاص الإقليمي لهذا الأخير في نطاق دائرة الاختصاص

الإقليمي للمجلس القضائي التابع له و هذا نصها: " تنشأ مكاتب عمومية للمحضرين القضائيين لدى المحاكم وفقا لمعايير موضوعية تسري عليها أحكام هذا القانون. يمتد الاختصاص الإقليمي لكل مكتب إلى دائرة الاختصاص الإقليمي للمجلس القضائي التابع له ".

ب- من ناحية الاختصاص النوعي.

إن كل من القانون و القواعد التنظيمية تحدد لكل موظف اختصاصه بالنسبة لتحرير أوراق ذات نوع معين. فمثلا المادة 3 من الأمر 20-70 المؤرخ في 19-02-1970 المتعلق بالحالة المدنية حددت المهام المنوط بها ضباط الحالة المدنية المتمثلة في ما يلي:

1- مشاهدة الولادات و تحرير العقود بها.

2- تحرير عقود الزواج.

3- مشاهدة الوفيات و تحرير العقود بها.

4- مسك سجلات الحالة المدنية أي:

* تقييد كل العقود التي يتلقاها.

* تسجيل بعض العقود التي يتلقاها الموظفون العموميون الآخرون.

* تسجيل منطوق بعض الأحكام.

* وضع البيانات التي يجب حسب القانون تسجيلها في بعض الأحوال على هامش عقود الحالة المدنية التي سبق قيدها أو تسجيلها.

كما نصت المادة 3 من القانون رقم 02-06 المؤرخ في 20-02-2006 و المتضمن تنظيم مهنة الموثق على الاختصاص الموضوعي للموثق فنصت على أن الموثق يختص بتحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية و مثالها ما أشارت إليه المادة 324 مكرر 1 من العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو مؤسسات صناعية. و كذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة.

فلا بد أن تكون للموظف الولاية لإصدار الأوراق الرسمية و أن تكون داخلة في اختصاصه الموضوعي فالموثق و إن كان يقوم بتحرير عقود الزواج و إصدارها إلا أنه لا يمكنه إصدار عقود طلاق لأن الطلاق من اختصاص السلطة القضائية كما أن ضابط الحالة المدنية حتى و إن كان يبرم عقود زواج مثله مثل الموثق إلا أنه لا يمكنه إصدار أو إثبات

عقود بيع عقارية فهذا من اختصاص الموثق و القاضي أحيانا في ما يتعلق بالوعد بالبيع و هذا ما يستخلص من نص المادة 72 من القانون المدني الجزائري التي نصها كالآتي: " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد " .

ثالثا: مراعاة الأشكال القانونية في تحرير الورقة الرسمية.

وضع القانون لكل نوع من الأوراق الرسمية أوضاعا و أشكالالا و قواعد يجب على الموظف المختص أن يراعيها و يتمسك بها إلزاميا عند تحرير الورقة الرسمية.

فالموثق عليه مراعاة نص كل من المواد 26، 27، 29 و 38 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20-02-2006 و المتضمن تنظيم مهنة الموثق التي يستخلص منها ما يلي:

تحرر العقود التوثيقية باللغة العربية في نص واحد و واضح تسهل قراءته و بدون اختصار أو بياض أو نقص و تكتب المبالغ و تاريخ التوقيع من يوم و شهر و سنة بالحروف و تكتب التواريخ الأخرى بالأرقام و يصادق على الحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات و على عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق و الأطراف و عند الاقتضاء الشهود و المترجم. (المادة 26).

كما يجب ألا تتضمن العقود أي تحوير أو كتابة بين الأسطر أو إضافة كلمات. (المادة 27).

و يجب أن يتضمن المحرر الذي يحرره الموثق مجموعة من البيانات نصت عليها المادة 29 تتمثل في ما يلي:

- اسم و لقب الموثق و مقر مكتبه.
- اسم و لقب و صفة و موطن و تاريخ و مكان ولادة الأطراف و جنسيتهم.
- اسم و لقب و صفة و موطن و تاريخ و مكان ولادة الشهود عند الاقتضاء.
- اسم و لقب و موطن المترجم عند الاقتضاء.
- تحديد موضوعه.
- المكان و السنة و الشهر و اليوم الذي أبرم فيه.

- وكالات الأطراف المصادق عليها التي يجب أن تلحق بالأصل.
- التنويه على تلاوة الموثق على الأطراف النصوص الجبائية و التشريع الخاص المعمول به.
- توقيع الأطراف و الشهود و الموثق و المترجم عند الاقتضاء.

و في ما يتعلق بالعقود التوثيقية التي تعرض على سلطات أجنبية يجب إخضاعها إلى التصديق من قبل رئيس محكمة محل تواجد المكتب ما لم تنص الاتفاقيات الدولية على خلاف ذلك.

و أخيرا يجب على الموثق تحت طائلة البطلان دمج نسخ العقود و النسخ التنفيذية و المستخرجات التي يقوم بتحريرها أو تسليمها بخاتم الدولة الخاص به حيث هذا الأخير يسلمه له وزير العدل حافظ الأختام. (المادة 38).

أما القضاة فعند إصدارهم الأحكام عليهم التقيد بمضمون المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية فعلى الأحكام أن تحتوي على ديباجة الحكم أو ما يعرف بتصدير الحكم الذي هو كالاتي: " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية " بالإضافة إلى بيانات أخرى كبيان المجلس القضائي و المحكمة اللذان تم في إطارهما طرح النزاع و رقم الفهرس... كما يتعين ذكر أسماء المتقاضين بما فيهم المدخلون أو المتدخلون في الخصام و كذا أسماء المحامين مع بيان رقم القضية و تاريخ صدور الحكم و ملخص عن أهم وقائع النزاع و المستندات التي أسس عليها الأطراف دعواهم و ذلك على شكل حيثيات.

و يجب أن يكون الحكم مسببا فعلى القاضي بيان الأسانيد التي أسس عليها حكمه على أن يذكر في منطوق الحكم بأن هذا الأخير صدر في جلسة علنية و أخيرا توقع هذه الأحكام من قبل القاضي مصدر الحكم و كاتب الضبط على أن يسجل ذلك في سجل الأحكام.

و أما بالنسبة لضباط الحالة المدنية فإن قانون رقم 70-20 المؤرخ في 19-02-1970 المتعلق بالحالة المدنية يبين في مواده 8، 9، 30، 33، 35، 36 و 37 كيفية مسك السجلات الخاصة بالحالة المدنية و تنظيمها فنصت المادة 8 على أنه تسجل العقود في السجلات بالتتابع دون أي بياض أو كتابة بين الأسطر و يصادق و يوقع على عمليات الشطب و الإلحاق بنفس الطريقة التي يوقع بها مضمون العقد و لا يكتب أي شيء باختصار كما لا

يكتب أي تاريخ بالأرقام، كما أضافت المادة 9 على أنه تختم السجلات و تقفل من قبل ضابط الحالة المدنية عند انتهاء كل سنة. هذا عن السجلات أما عن تحرير عقود الحالة المدنية فالمادة 30 تنص على أنه يجب أن يبين في عقود الحالة المدنية السنة و اليوم و الساعة التي تلقيت فيها و كذا اسم و لقب و صفة ضابط الحالة المدنية و أسماء و ألقاب و مهن و محل سكن كل الذين ذكروا، كما يبين فيها تواريخ و أماكن ولادة الأب و الأم الموجودة في عقود الميلاد و الأزواج في عقود الزواج و الوفاة في عقود الوفيات عندما تكون معروفة أما إذا كانت مجهولة فإن العمر يبين بعدد السنوات كما هو في جميع الأحوال غير المصرحين. أما في ما يتعلق بالشهود فتبين فقط صفة رشدهم (21 سنة على الأقل حسب المادة 33 من هذا الأمر) كما يجوز أيضا ذكر الأسماء المستعارة و الكنيات و إذا خشي وقوع التباس بين عدة أسماء مترادفة يجب أن يسبقها نعت " المدعو " .

أما المادة 35 فتتص على أنه يجب أن يتلو ضابط الحالة المدنية العقود على الأطراف الحاضرين أو الوكلاء و على الشهود كما يطلب منهم الاطلاع عليها مباشرة قبل التوقيع عليها و يشار في العقود إلى استكمال الإجراءات. و أما المادة 36 فتوضح أن العقود توقع من قبل ضابط الحالة المدنية و الطرف الحاضر و الشهود و يشار إلى السبب الذي منع الحاضرين و الشهود من التوقيع. و أخيرا يجب أن تحرر العقود باللغة العربية.

رابعا: الجزاء المترتب على تخلف شرط من الشروط الثلاث.

إذا انعدم شرط من الشروط الواجب توافرها لصحة الورقة الرسمية تنتحى عن هذه الأخيرة صفة الرسمية فتصبح باطلة كأن تصدر الورقة من شخص غير الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة أو تصدر من هؤلاء و لكن وقت صدورها لا تكون لهم الولاية لإصدارها أو حين إصدارهم للورقة لم يراعوا الأشكال القانونية المحددة.

و تجدر الإشارة إلى أنه رغم بطلان الورقة كورقة رسمية إلا أن التصرف الذي احتوته هذه الورقة يبقى صحيحا يمكن إثباته بالطرق الأخرى للإثبات و في هذا تأكيد لما قلناه على ضرورة التمييز بين التصرف القانوني و وسيلة إثباته⁽¹⁾.

و لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو مادام أن الورقة التي لم يراع فيها

(1): راجع ص51 من هذه المذكرة.

شرط من الشروط الثلاثة الواجب توافرها تفقد وصف الرسمية، فما مصير هذه الورقة و كيف تعتبر قانونا؟

لقد أجابت على هذا السؤال المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري حيث اعتبرت الورقة الرسمية التي لم يراع فيها شرط من الشروط السابقة كورقة عرفية بشرط توافرها على توقيع الأطراف و هذا حل معقول.

و تجدر الإشارة إلى أن الحكم الذي نصت عليه المادة 326 مكرر 2 لا يمكن تطبيقه على التصرفات التي نص القانون على إفراغها في قالب شكلي وجوبا أي بعبارة أخرى أين تكون فيها الشكلية ركنا متطلبا للانعقاد كالشكلية التي تطلبها المادة 324 مكرر 1⁽¹⁾ مثلا فإن مثل هذه التصرفات لو تنحت عنها الرسمية تصبح باطلة بطلانا مطلقا أي إذا بطلت الورقة الرسمية التي تتضمن تصرفا من التصرفات التي نصت عليها المادة 324 مكرر 1 بطل التصرف في حد ذاته و نفس الأمر بالنسبة للتصرفات التي يتفق الأطراف على إفراغها في شكل رسمي و يكون القصد من تلك الشكلية اعتبارها ركنا في العقد.

و بعد دراسة الشروط التي يجب توافرها في الورقة لتصير رسمية و الجزاء المترتب على الإخلال بشرط منها في التشريع الوضعي نتناول في ما يلي دراسة هذه الشروط على ضوء التشريع الإسلامي.

الفرع الثاني: شروط الورقة الرسمية في التشريع الإسلامي.

بالرجوع إلى الآية 228 من سورة البقرة⁽²⁾ نلاحظ أن الشارع⁽³⁾ لم يشترط أي شرط من الشروط السابقة الذكر في التشريع الوضعي حسب مقتضيات المادة 324 من القانون المدني الجزائري إلا في ما يخص الشخص الذي يقوم بالتحضير فذكره بوصف كاتب

(1): راجع ص 71 من هذه الرسالة.

(2): ينظر ص ص 53، 54 من هذه الرسالة.

(3): الله سبحانه و تعالى.

بالعدل، فهو كاتب و ليس أحد المتعاقدين. و تكمن الحكمة من استدعائه هو و ليس أحد المتعاقدين في الاحتياط و الحيطة المطلقة. لهذا أمر أن يكتب بالعدل فلا ينقص و لا يزيد في النصوص و لا يميل إلى أحد الطرفين لقوله تعالى: " ... و ليكتب بينكم بالعدل، و لا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب و ليمل الذي عليه الحق، و ليتق الله ربه و لا يبخس منه شيئا...".

كما اشترطت شهادة الشهود تدعيما للكتابة و دحضا للريبة. و حصر الشهود في رجلين أو رجل و امرأتين لقوله تعالى: " و استشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء، أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى...". كما حث الله سبحانه و تعالى الشهود على الشهادة و عدم النكول عنها إذا ما دعوا إليها.

إذن تكمن شروط الورقة الرسمية في الشريعة الإسلامية في إثنان: محررها و هو كاتب بالعدل، و الشهود أو بالأحرى الشاهدين سواء رجلين أو رجل و امرأتان.

و يظهر من خلال دراسة الكتابة و شروطها في كل من التشريع الوضعي و التشريع الإسلامي أن هذين الأخيرين يتفقان من حيث وجوب الكتابة في العقود التي محلها الدين لأجل و الإعفاء منها في المادة التجارية (المادة 33 من القانون التجاري و المادة 333 من القانون المدني و كذا قوله تعالى: " إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم، فليس عليكم جناح ألا تكتبوها و اشهدوا إذا تبايعتم...").

إلا أنه في التشريع الوضعي يعفي المشرع الأطراف من إثبات التصرفات التافهة بالكتابة إذ حدد قيمة معينة تجب فيها الإثبات بالكتابة أما دونها فلا واجب و هذا عكس الشريعة الإسلامية حيث أكد الله سبحانه و تعالى على كتابة الدين صغيرا كان أو كبيرا لقوله تعالى: " و لا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ذلكم أقسط عند الله و أقوم للشهادة و أدنى ألا ترتابوا".

و اتفق كل من التشريع الوضعي و التشريع الإسلامي على تدعيم الكتابة بشاهدين و لو اختلفا من حيث التطبيق، فالحياة العملية تظهر أنه لا يعمل بقاعدة رجل و امرأتان فغالبا ما يكون الشاهدان ذكريين و لكن لا ضرر من هذا لأن هذه القاعدة لا تعتبر القاعدة العامة و إنما استثناء فالأصل أن يكون الشاهدان رجلين.

المبحث الثاني: آثار الورقة الرسمية و حالات اشتراط الكتابة.

لقد سبق لنا أن بينا في المبحث الأول مفهوم الورقة الرسمية فعلمنا أن الورقة لكي تكون رسمية لابد من صدورها من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة و ذلك في حدود سلطته و اختصاصه و وفقا للأشكال التي حددها له القانون. و كل هذه العناصر المكونة لتعريف الورقة الرسمية تعتبر كما رأينا شروطا جوهرية لإضفاء الرسمية على الورقة.

و بعد صدور الورقة من الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة محترما الشرطين الآخرين تكون لهذه الورقة صفة الرسمية و لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما مدى حجية هذه الورقة في الإثبات و ما هي حالات اشتراطها و كذا قوتها التنفيذية؟.

سنعالج هذه النقاط في إطار هذا المبحث مقسمين إياه إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول لدراسة حجية الورقة الرسمية في الإثبات و المطلب الثاني لدراسة القوة التنفيذية للورقة الرسمية و حالات اشتراطها و ذلك اتباعا كما يلي.

المطلب الأول: حجية الورقة الرسمية و صورها.

إذا قدمت ورقة رسمية يدل ظاهرها على صفتها الرسمية بأن احتوت على توقيع الموظف مثلا و توقيع الأطراف اعتبر ذلك قرينة على رسمية تلك الورقة تطبيقا للحديث الشريف لقوله صلى الله عليه و سلم: " أمرت أن أحكم بالظاهر و الله يتولى السرائر "، فهل هذه القرينة قاطعة أم قرينة بسيطة يمكن دحضها بمجرد ادعاء عكسها؟

و إذا ما أخذت صور لهذه الورقة الرسمية سواء منها أو من صورة لها فهل تتمتع هذه الصور بنفس الحجية التي تتمتع بها الورقة الرسمية؟

هذا ما سيتم الإجابة عليه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: حجية الورقة الرسمية في الإثبات.

الورقة الرسمية إذا ما روعي فيها كل الشروط السالفة التي سبق لنا و أن أوضحنها في المبحث الأول من هذه الدراسة تكون مدعمة بقرينة الرسمية و هذه القرينة لا تنتج آثارها إلا إذا اتصفت بحالة ظاهرة من الصحة و المشروعية فإذا تبين أنها مشوبة بعيب كتشطيب أو محو فإن القاضي يمكن أن يستبعدا من النزاع إذا تبين له أن القصد في الدعوى لا يتوقف على هذه الورقة.

و لقد نصت على حجية الورقة الرسمية كل من المواد 324 مكرر5، 324 مكرر6 و 324 مكرر7 من القانون المدني الجزائري و التي سيتم تحليلها اتباعا.

تحليل هذه النصوص المتعلقة بحجية الورقة الرسمية يقتضي التفرقة بين حجية هذه الأخيرة بالنسبة للأطراف و كذا حجيتها بالنسبة للغير.

أولاً: حجية الورقة الرسمية بالنسبة للأطراف.

لقد نصت المادة 234 مكرر5 على أنه يعتبر ما ورد في الورقة الرسمية حجة حتى يثبت تزويره و يعتبر نافذا في كامل التراب الوطني.

و حسب نص هذه المادة إن المحرر الرسمي له حجة مطلقة لا يمكن دحضها إلا عن طريق الطعن بالتزوير. و لكن هذه المادة تعرضت إلى نقد شديد من طرف الفقه كونها لم تفرق بين البيانات الواردة في الورقة الرسمية و كذا حجية كل واحدة منها إذ هناك نوعين من البيانات لابد من دراسة حجية كل واحدة منها و الآثار المترتبة عليها.

بالفعل إن تعبير " المحرر الرسمي له حجية مطلقة لا يمكن دحضها إلا عن طريق الطعن بالتزوير " تعبير خاطئ ذلك أن المحرر الرسمي له حجية ما لم يطعن فيه بالتزوير أو ما لم يطعن فيه بالبطلان و ذلك حسب نوع البيانات الواردة في المحرر و هذا شرح لما قيل.

1- البيانات التي لا يجوز إثبات عكسها إلا بالطعن بالتزوير.

و هي البيانات التي يقوم بها الموظف بنفسه و يذكر أنها تمت أمام عينيه أو سمعها بأذنيه و شهد على صحتها فمثل هذه البيانات يكون لها حجيتها المطلقة في الإثبات و لا يجوز دحضها إلا بطريق الطعن بالتزوير.

مع ملاحظة أن القانون أوجب أن تكون هذه البيانات في حدود اختصاص الموظف و إلا عد المحرر باطلا، لهذا أعطاه المشرع قيمة خاصة لا يكفي لإثبات عكسها إنكارها أو تقديم دليل آخر مناقض لها و إنما خصها المشرع طريقا وحيدا لنفي حجيتها و هو الطعن بالتزوير.

و لنضرب مثالا على ذلك، الموثق عندما يكتب المحرر بنفسه مدونا فيه المكان و التوقيع و يثبت فيه حضور ذوي الشأن و الشهود بعد تحققه من هويتهم الشخصية و في الأخير تلاوته المحرر بعد كتابته، تكتسي هذه البيانات التي دونها الموثق حجية مطلقة في الإثبات لا يمكن لمن يدعي عدم صحتها إلا الطعن فيها بالتزوير و لا مجال لأي طريق آخر لدحضها.

و للطعن بالتزوير طريقتان إما بإقامة دعوى أصلية أمام القضاء الجزائري و إما برفع دعوى فرعية أمام قاضي الموضوع المقدم أمامه المحرر الرسمي:

أ- دعوى التزوير الأصلية:

إذا ما قام الطرف الذي يدعي تزوير المحرر الرسمي المودع بالملف المدني أمام القضاء الجزائري فإن القاضي المدني يتقيد بالقاضي الجزائري أي يقوم القاضي المدني بإصدار أمر بوقف الفصل مؤقتا في الدعوى المطروحة أمامه إلى حين الفصل في الدعوى الجزائرية و صدور حكم من القاضي الجزائري تطبيقا للمبدأ المعروف، " الجزائري يقف المدني " و أيضا تطبيقا للمادة 165 من قانون الإجراءات المدنية التي نصها: " إذا رفعت الدعوى العارضة بالطعن بالتزوير بصورة مستقلة و أصلية أمام القضاء الجزائري، فإنه يوقف الفصل في الدعوى المدنية إلى حين صدور حكم في دعوى التزوير ".

و الأمر بوقف الفصل يتخذ إحدى الصورتين التاليتين⁽¹⁾:

الصورة الأولى: تتمثل في أن القاضي المدني يأمر بوقف الفصل في الدعوى المدنية إلى حين صدور الحكم الجزائي فيحفظ ملف القضية بكتابة ضبط المحكمة المدنية إلى أن يصدر الحكم الجزائي فيقوم المعني بتقديم طلب مكتوب مصحوب بنسخة من الحكم الجزائي يطلب فيه إعادة جدولة القضية و من تم يقوم بتبليغ خصمه برجوع القضية إلى الجدول بغرض مواصلة إجراءات التقاضي.

الصورة الثانية: و هي نادرة فغالبا ما يتم العمل في الحياة العملية بالصورة الأولى ففي هذه الصورة لا يخرج القاضي القضية من الجدول و إنما يبقيها و يقوم بتأجيلها بصفة دورية إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية.

ب- دعوى التزوير الفرعية:

نظمت أحكام دعوى التزوير الفرعية المواد من 155 إلى 164 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري و التي يستشف منها ما يلي:

على المدعي بتزوير الورقة الرسمية إعداد عريضة افتتاحية تتضمن دعوى فرعية بالتزوير و يرفقها بنسخة من الوثيقة المدعى بتزويرها مع بيان مواطن التزوير و تبلغ إلى المدعى عليه طبقا للإجراءات المتبعة في التبليغ حتى و إن كان عالما بذلك.

و بعد استفاء الدعوى لكل إجراءاتها يحدد رئيس الجلسة الأجل الذي يتعين على الخصم الذي قدم الوثيقة المدعى بتزويرها بيان موقفه بشأن التمسك بالوثيقة من عدمه، فإذا قرر عدم استعمالها أو سكت عن الرد استبعد رئيس الجلسة الوثيقة و حكم بصرف النظر عن دعوى التزوير. أما إذا قرر المعني التمسك بالورقة فلرئيس الجلسة الحكم بوقف الفصل في الدعوى المدنية إلى غاية الفصل في دعوى التزوير و يأمر بإجراء تحقيق و يأمر بالتوازي المتمسك بالورقة إيداعها لدى كتابة ضبط المحكمة خلال ثلاثة أيام من تاريخ الأمر الصادر عنه.

(1): سائح سنقوفة، قانون الإجراءات المدنية نسا وتعليقا، وشرحا و تطبيقا. دار الهدى، عين مليلة الجزائر، ط 1 ، سنة 2001، ص129.

و خلال ثمانية أيام يقوم رئيس الجلسة بإعداد محضر يبين فيه حالة الورقة المدعى بتزويرها نسخة و أصلا أو يأمر بتحرير محضر عن حالة النسخة ثم يقوم بإعداد محضر آخر عن حالة الأصل ليقوم بالمقارنة بينهما مبينا مواطن التزوير و نوعها مع ضرورة حضور النائب العام إلى جانب الأطراف و الرئيس مع التأشير في المحضر من طرفهم دليلا على حضورهم إعداده.

فإذا ثبت تزوير الورقة و صدر الحكم بكون هذه الوثيقة مزورة فإن هذا الحكم لا ينفذ إلا بعد استنفاد طرق الطعن العادية منها و غير العادية أما إذا لم يثبت تزوير الورقة يلزم المدعي بالتزوير بدفع غرامة مدنية مقدرة ب 50 دج إلى 500 دج بالإضافة إلى التعويضات مستندا إلى أحكام المادة 124 من القانون المدني و كذا إمكانية تعرضه لإجراءات جزائية من لجوء الطرف الآخر إلى النيابة العامة لتقديم شكوى ضده اعتمادا على أحكام المادة 296 من قانون العقوبات و كنتيجة لذلك تستبعد الوثيقة من الملف الأصلي و يفصل في الدعوى الأصلية.

2- البيانات التي يمكن إثبات عكسها بأي طريقة أخرى.

و هي البيانات التي تصدر من ذوي الشأن أمام الموظف و لها علاقة مباشرة و لكن دون أن يتم التصرف أمام الموظف كما لو صرح البائع أمام الموثق بأنه قبض الثمن من المشتري أو صرح المشتري أنه تسلم المبيع دون أن يحصل القبض أو التسليم أمام الموثق.

فهذه البيانات تعتبر صحيحة حتى يقوم ما ينكر صحتها بإثبات عكسها بأي طريقة من طرق الإثبات دون الحاجة إلى إجراءات الطعن بالتزوير و العلة في ذلك أن الطعن في هذه البيانات لا يمس بأمانة الموظف و صدقه فالموثق عندما أثبت حصول التعاقد لم تكن لديه الوسيلة للتحقق من جدية هذا التصرف و لذلك فإن ادعاء أن إرادة الطرفين لم تتجه مطلقا إلى إبرام العقد أو اتجهت إلى إبرام عقد آخر غير العقد الظاهر من المستند لا يمس بأمانة الموثق و لا يحتاج إثبات ذلك إلى اتخاذ طريق الطعن بالتزوير.

ثانيا: حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير.

تنص المادة 324 مكرر 6 على ما يلي: " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق

المبرم بين الأطراف المتعاقدة و ورتتهم و ذوي الشأن...".

يستخلص من نص هذه المادة أنها حصرت امتداد الحجية في الأطراف المتعاقدة و الورثة و ذوي الشأن و هذا أمر منتقد⁽¹⁾ ذلك أن للورقة الرسمية حجة على كافة الناس و ليس فقط الأطراف المتعاقدة و ورتتهم و ذوي الشأن كما ورد في نص المادة أعلاه.

لذا كان من المستحسن على المشرع الجزائري أن يحذو حذو المشرع المصري حين نصه على حجية الورقة الرسمية إذ جاء في نص المادة 11 من قانون الإثبات المصري ما يلي: " الورقة الرسمية حجة على الناس كافة...". ذلك أن إنشاء الورقة يعتبر في حد ذاته واقعة قانونية لها وجود بالنسبة للكافة⁽²⁾.

و تجدر الإشارة إلى أن للغير كذلك الحق في الطعن في الورقة الرسمية سواء بالتزوير أو بأي طريقة أخرى ذلك حسب نوع البيانات الواردة في الورقة بشرط توفر فيهم الصفة و الأهلية و المصلحة كما بينته المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

الفرع الثاني: حجية صور الورقة الرسمية في الإثبات.

ما سبق ذكره بالنسبة لحجية الورقة الرسمية ينطبق بالنسبة لأصلها و لكن قد تؤخذ عن هذا الأصل صور نوجز حجيتها في ما يلي:

لقد خص المشرع الجزائري حجية صور الورقة الرسمية بمادتين وهما المادتين 325 مدني جزائري و 326 مدني جزائري.

فالمادة 325 من القانون المدني الجزائري تنص على ما يلي: " إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل.

و تعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين فإن وقع تنازع ففي هذه

(1): محمد زهدور، المرجع السابق، ص30.

(2): بن شنات صالح، المرجع السابق، ص67.

الحالة تراجع الصورة على الأصل".

- و أما المادة 326 من القانون المدني الجزائري فتتص على ما يلي: " إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي:
- يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.
 - و يكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها و لكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها.
 - أما ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى فلا يعتد بها إلا بمجرد الاستئناس تبعاً للظروف".

يستخلص من نص هاتين المادتين أن حجية صور الورقة الرسمية تتوقف على الورقة الرسمية الأصلية و ما يترتب عن وجودها من عدمه و سنبين هذه العلاقة في ما يلي:

أولاً: حالة ما إذا كان الأصل موجوداً.

إذا كان أصل الورقة الرسمية موجوداً فإن صورته الرسمية تكون لها ذات الحجية مع الأصل و يستوي في ذلك أن تكون الصورة نقلت عن الأصل أو عن صور الأصل مادام أنها كلها رسمية أي تم نقلها عن الأصل أو صور الأصل بواسطة موظف مختص.

و لإعطاء الصورة نفس الحجية التي تخص الأصل يجب توافر شرطان⁽¹⁾:

الشرط الأول: أن يكون أصل الورقة موجوداً.

و ذلك لكي يمكن الرجوع إليه عند الحاجة، و علة ذلك أنه لا قيمة للصورة أو النسخة الخطية في حد ذاتها و إنما تستمد قيمتها من مدى مطابقتها للأصل.

(1): ينظر أكثر تفصيلاً: بكوش يحيى، المرجع السابق، ص121.

الشرط الثاني: أن تكون هذه الصورة رسمية.

إذا كانت الصورة عادية فإنه لا يعتد بها و لا يصح كما سبق الذكر أن تكون منقولة على الأصل ذاته أو على صورة رسمية للأصل.

فإذا توافر هذان الشرطان قامت قرينة قانونية على أن الصورة مطابقة للأصل و تكون لها حجيتها غير أن هذه القرينة غير قاطعة و هي قائمة مادام لم ينكرها الخصم فإذا نازع فيها و جب مراجعتها على الأصل فإذا تبين مطابقة الصورة للأصل كانت لها قوتها في الإثبات أما إذا تبين عدم مطابقتها للأصل تم استبعادها من ملف الدعوى.

ثانيا: حالة عدم وجود الأصل.

إن هذه الحالة ناذرا ما تقع، و لكن إذا ما فقدت الورقة الرسمية الأصلية فطبقا لنص المادة 326 من القانون المدني الجزائري علينا أن نفرق بين ثلاث حالات:

- حالة الصورة الرسمية الأصلية.
- حالة الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية.
- حالة الصورة الرسمية للصورة المأخوذة عن الصورة الأصلية.

1- حالة الصورة الرسمية الأصلية.

تكون الصورة الرسمية مأخوذة عن الأصل مباشرة سواء كانت هذه الصورة تنفيذية⁽¹⁾ أو غير تنفيذية⁽²⁾، ففي هذه الحالة تعتبر الصورة أصلية و تكون لها حجية الأصل طالما أن مظهرها الخارجي يوحي بذلك و لا يضع مجالا للشك في مطابقتها و حجيتها.

ففي هذه الحالة الصورة تكون لها حجية تستمد من ذاتها لا من ذات الأصل لأن الأصل منعدم. و الذي يجعل الصورة تأخذ هذا الحكم هو وجود ختم الموظف العام رغم أنها لا تحمل

(1): الصورة التنفيذية هي التي تنقل على الأصل مباشرة و توضع عليها الصيغة التنفيذية.

(2): الصورة الغير تنفيذية هي أيضا تنقل عن الأصل مباشرة و تسمى نسخة أو صورة بسيطة تعطى لذوي الشأن لاستعمالها وفق القانون.

توقيع الأطراف⁽¹⁾.

2- حالة الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية.

في هذه الحالة الصورة ليست مأخوذة من الأصل مباشرة و لكنها مأخوذة من الصورة الأصلية، فهنا تكون لها أي للصورة الرسمية المأخوذة عن الصورة الأصلية نفس الحجية التي هي للصورة الأصلية بشرط أن تكون الصورة الأصلية موجودة حتى يمكن إجراء مراجعة عليها إذا طلب أحد الطرفين ذلك، إذن المشرع أقام قرينة المطابقة مع النسخة الأصلية و لكن هذه القرينة سرعان ما تزول بمجرد ادعاء الخصم عدم المطابقة، فيستلزم الأمر عندئذ وجود الصورة الأصلية للمطابقة.

و حجة الصورة الرسمية في هذه الحالة مستمدة من الصورة الأصلية لا من ذاتها، فإذا لم تكن مطابقة للصورة الأصلية استبعدت و بقيت الصورة الأصلية هي صاحبة الحجية فإن فقدت هي بدورها فالصورة المأخوذة عنها لا يكون لها أي حجية و لا يعتد بها إلا على سبيل الاستدلال فقط.

3- حالة الصورة الرسمية للصورة المأخوذة عن الصورة الأصلية.

هذه الصور لا يعتد بها إلا على سبيل الاستدلال و الاستئناس حسب ظروف كل قضية فيكون للقاضي أن يعتد بها في دعوى معينة باعتبارها مجرد قرينة يستخلص منها احتمال وجود الحق المدعى به و يكمله باليمين المتممة⁽²⁾. و قد يعتد بها في دعوى أخرى بداية ثبوت بالكتابة⁽³⁾ فيكملها بالشهادة أو باليمين المتممة. و قد لا تفيد شيئاً على الإطلاق في قضية أخرى ذلك أن البعد شاسع بين هذه الصورة و الصورة الأصلية.

(1): داودي ابراهيم، محاضراته، المرجع السابق.

(2): اليمين المتممة هي اليمين التي يوجهها القاضي لأحد الخصوم و لا يجوز لمن وجهت إليه أن يردها على خصمه، نظمتها المواد 348، 349، 350 من القانون المدني الجزائري.

(3): انظر مفهوم حالة بداية ثبوت بالكتابة ، ص90 من هذه المذكرة.

المطلب الثاني: القوة التنفيذية للورقة الرسمية و حالات اشتراط الكتابة.

علمنا أن للورقة الرسمية حجة في الإثبات سواء في مواجهة الأطراف المتعاقدة أو الغير كما أن لصورها حجية مع التفاوت في درجاتها. فهل للورقة الرسمية حجة في التنفيذ كما لها حجة في الإثبات؟

و بعد معرفة هل لها قوة في التنفيذ أم لا يطرح السؤال التالي ، هل تستوجب الكتابة في كل الحالات و في كل التصرفات دون تمييز أم هناك حالات يعفى فيها صاحبها من الإثبات بالكتابة؟

الفرع الأول: القوة التنفيذية للورقة الرسمية.

إذا كانت الورقة الرسمية تتمتع بقوة في الإثبات كما رأينا فإنها كذلك تتمتع بقوة في التنفيذ بقوة القانون. فصاحب المصلحة يمكنه أن يطلب وضع الصيغة التنفيذية على الصورة الأصلية للمحرر فتسمى بذلك النسخة التنفيذية. و الصيغة التنفيذية التي توضع على المحرر الرسمي عبارة على أمر موجب من المشرع للجهات التي يناط بها التنفيذ حتى تبادر إليه. و لهذه الجهات استعمال القوة العمومية إن اقتضى الأمر ذلك و صياغتها هي كالتالي:

" الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، باسم الشعب الجزائري "

و تنتهي بالصيغة التالية: " بناء على ما تقدم، فإن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية تدعو و تأمر جميع أعوان التنفيذ، إذا طلب إليه ذلك تنفيذ هذا (القرار، الحكم، السند) و على النواب العاملين و وكلاء الجمهورية لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية"⁽¹⁾.

فالموثق له الحق في إظهار العقود التي تتضمن التزامات بين الأطراف بالصيغة التنفيذية متى حان أجل الأداء دون أن يلجأ الأطراف إلى القضاء. و غالبا ما تكون هذه الصيغة مضمون ختم يدمغ به العقد ليتم الالتجاء بعد ذلك إلى المحضر القضائي لتنفيذه طوعا أو جبرا حسب الأحوال.

(1): المادة 320 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

الفرع الثاني: حالات اشتراط الكتابة و الاستثناءات الواردة عنها.

تنص المادة 333⁽¹⁾ من القانون المدني الجزائري بعد تعديلها بموجب المادة 48 من قانون 10-05 المؤرخ في 20-06-2005 المعدل و المتمم للقانون المدني على الحالات التي تتوجب فيها الكتابة حيث جاء فيها:

" في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده. و يقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف القانوني و يجوز الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الالتزام على 100.000 دينار جزائري لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل.

و إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري و لو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة و لو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة، و كذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري "

يستخلص من نص هذه المادة أن أي تصرف في غير المواد التجارية إذا زادت قيمته على 100.000 دج تجب فيه الكتابة و بالتالي إثباته لا يكون إلا بالكتابة.

و العبرة في تقدير قيمة الالتزام هو وقت صدوره لا يوم رفع الدعوى، فإذا كانت قيمة الالتزام مثلا لا تجاوز 100.000 دج وقت صدور هذا الالتزام و يوم رفع الدعوى جاوزت قيمة هذا الالتزام 100.000 دج لا يلزم في هذه الحالة رافع الدعوى من إثبات التصرف بالكتابة فتكفيه شهادة الشهود.

كما أنه يمكن إثبات التصرف بالشهود لا بالكتابة إذا لم تأت زيادة قيمة الالتزام إلى 100.000 دج إلا من ضم الملحقات بالأصل.

و نفس الحكم بالنسبة للدعوى التي تشتمل على عدة طلبات ناشئة من مصادر متعددة

(1): المادة 333 قبل التعديل كانت تنص على قيمة 1000 دج.

فتحدد قيمة كل طلب على حدة مع الأخذ بعين الاعتبار الحد القانوني ألا و هو 100.000 دج فإذا زاد الطلب عن هذه القيمة وجب إثباته بالكتابة و إن لم يجاوزها أعفي من إثباته بها، فلا يجوز جمع قيمة الطلبات حيث لا يمكن تطبيق قاعدة الإثبات بالكتابة حتى و إن جاوز قيمة الطلبات مجموعة 100.000 دج.

بالإضافة إلى ذلك توجد حالة أين يوفى فيها الدين على دفعات ففي هذه الحالة تؤخذ كل دفعة على حدة، فإن لم تتجاوز قيمة الدفعة 100.000 دج جاز إثباتها بالشهود حتى و إن كانت قيمة الدين كله تجاوز 100.000 دج فالعبرة بقيمة الدفعة لا بقيمة الدين كله.

و قد نصت المادة 334 في فقرتها 1 من القانون المدني الجزائري على قاعدة هامة أين يجب فيها الإثبات بالكتابة و هي قاعدة إثبات ما يخالف و ما يجاوز مضمون الورقة الرسمية حيث لا يجوز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة إلا بالكتابة.

و لقد اشترطت المادة لتطبيق هذه القاعدة شروطا ثلاث⁽¹⁾:

- 1- وجود ورقة رسمية.
- 2- أن يكون المراد إثباته تصرفا مدنيا.
- 3- أن يكون المراد إثباته ما يخالف و ما يجاوز مضمون الورقة الرسمية.

فالشرط الأول يوجب وجود ورقة رسمية و بمفهوم المخالفة لا تدخل الورقة العرفية في حكم هذه المادة. إلا أن البعض⁽²⁾ يرى أن المقصود بالعقد الرسمي في نص المادة وجود دليل كتابي كامل سواء كان عبارة عن محررات رسمية أو محررات عرفية أو رسائل موقع عليها. و الورقة الرسمية كما علمناه هي كل ورقة تصدر من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود سلطته و اختصاصه.

أما الشرط الثاني فيوجب أن يكون التصرف مدنيا أي ليس تجاريا، فالتصرف التجاري يمكن إثباته بكافة وسائل الإثبات عملا بنصي المادتين 333 من القانون المدني الجزائري

(1): ينظر أكثر تفصيلا: محمد زهدور، المرجع السابق، ص47 و ما بعدها. بن شنات صالح، المرجع السابق، ص135 و ما بعدها.

(2): محمد زهدور، المرجع السابق، ص50.

و 30 من القانون التجاري الجزائري بالرغم من عدم استثنائها في المادة 334 السالفة الذكر.

و أما الشرط الثالث و هو أن يكون المراد إثباته ما يخالف أو يجاوز مضمون الورقة الرسمية، فما يخالف الورقة الرسمية هو ما يناقضها كما لو وجد عقد بيع تمسك به أحد الطرفين و الطرف الآخر أنكره و اعتبر ذلك العقد عقد هبة ففي هذه الحالة على الطرف المنكر إثبات ادعائه بالكتابة ذلك أن عقد البيع مثبت بالكتابة لا يجوز إثبات مخالفته إلا بالكتابة.

أما ما يجاوز الكتابة فيعني تعديلها و تغييرها فمثلا وجود عقد دين حدد فيه قيمة و أجل الوفاء ثم نازع أحد الطرفين الأجل و ادعى أجلا غير الأجل المدون في العقد فعلى هذا الأخير إثبات ما ادعاه بالكتابة تطبيقا للقاعدة المذكورة.

و يرى الأستاذ زهدور أن هذه القاعدة لا تطبق على عيوب الرضاء⁽¹⁾ فمن يدعي أن رضاه بما هو مكتوب كان نتيجة عيب من العيوب فله أن يثبتته بالبينة لأن إثباته لهذه العيوب لا يعتبر إثباتا يخالف المكتوب و إنما إثباتا لوقائع مادية أثرت له على صحة تصرفه و الواقعة المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات⁽²⁾.

و يضيف الأستاذ زهدور أنه يدخل ضمن مفهوم الوقائع المادية تاريخ التصرف فإذا ما خلى المحرر من تاريخ التصرف جاز إثباته بالبينة فلا يعتبر هذا إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة إلا إذا كان مدونا في المحرر و نازعه أحد الطرفين ففي هذه الحالة يجب إثبات مخالفته بالكتابة.

إذن و كحوصلة لما قيل أوجب المشرع الكتابة في حالتين:

الحالة الأولى: إذا تجاوزت قيمة التصرف 100.000 دج.

الحالة الثانية: إذا كان المراد إثباته يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة.

و لكن في بعض الحالات قد يتجاوز فيها التصرف 100.000 دج إلا أنه لا يمكن إثبات

(1): تتمثل في الغلط و الإكراه و التدليس و الاستغلال.

(2): محمد زهدور، المرجع السابق، ص52.

هذا التصرف بالكتابة و هي حالات نصت عليها المادتين 335 و 336 من القانون المدني⁽¹⁾ تتمثل في ما يأتي:

- 1- حالة بداية الثبوت بالكتابة (المادة 335 مدني).
- 2- حالة المانع الأدبي و المادي (المادة 336 مدني).
- 3- حالة فقدان الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي (المادة 336 مدني).

أولاً: حالة بداية الثبوت بالكتابة.

نصت على هذه الحالة المادة 335 من القانون المدني الجزائري بقولها: " يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة. و كل كتابة تصدر من الخصم و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ".

قبل تحليل هذه المادة تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري استعمل عبارة " مبدأ ثبوت بالكتابة " و هذه العبارة منتقدة⁽²⁾ فكان من الأفضل استعمال عبارة بداية ثبوت بالكتابة لأن كلمة مبدأ تعني قاعدة.

و نعني ببداية ثبوت بالكتابة كل كتابة تصدر من الخصم تدل على تصرف قانوني اشترط فيه المشرع الإثبات بالكتابة، و كان هذا التصرف قريب الاحتمال بنسبته إلى الخصم.

فمن خلال هذا التعريف يمكن أن نستخلص الشروط الواجب توفرها لتكون أمام حالة بداية ثبوت بالكتابة و هذه الشروط تتمثل في ما يلي:

- وجود ورقة مكتوبة.
- أن تكون هذه الورقة صادرة من الخصم.
- أن يكون التصرف الذي يشكل محتوى الورقة و المراد إثباته قريب الاحتمال.

(1): عدلت هاتين المادتين بالمادة 45 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20-06-2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.

(2): محمد زهدور، المرجع السابق، ص47.

أ- وجود ورقة مكتوبة.

يراد من هذا الشرط وجود أي ورقة بشرط أن تكون مكتوبة فلا يشترط فيها شكل معين فقد تكون ورقة عرفية خالية من التوقيع حسب نص المادة 327 من القانون المدني.

و قد تكون تلك الورقة في نفس الوقت دليلا كاملا على إثبات تصرف معين و بداية ثبوت بالكتابة لتصرف آخر و هذا ما يستشف من نص المادة 324 مكرر 7 حيث جاء فيها ما يلي: " يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى و لو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة شريطة أن تكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء. و لا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبداية ثبوت بالكتابة ".

و مثال هذه الحالة قد يظهر أثناء تحرير الموثق للورقة الرسمية بغرض تصرف معين فيذكر الأطراف بعض البيانات قد تكون متصلة بتصرف آخر وقع بينهما، فهذا التصرف لا يمكن إثباته عن طريق هذا المحرر الرسمي و إنما هو كبداية ثبوت بالكتابة لذلك التصرف و ليس دليلا كاملا له⁽¹⁾.

و مثال الورقة المكتوبة أيضا ما نصت عليه المادة 326 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري و هي حالة تقييد المحررات الرسمية في سجلات عمومية كسجلات مصالح الشهر العقاري مثلا فهي تعتبر بداية ثبوت بالكتابة في حالة فقدان أصل المحرر الرسمي و ذلك بتوفر شرطان أوردتهما المادة المذكورة أعلاه و هما:
الشرط الأول: أن يثبت أنه تم فقد أصول الموثق للسنة التي يبدو أنه تم تحرير العقد خلالها أو أن يثبت أن فقدان أصل هذا العقد قد كان نتيجة حادث خاص.
الشرط الثاني: أن يكون فهرس قانوني لدى الموثق يبين فيه أن العقد قد حرر في نفس التاريخ.

ب- أن تكون هذه الورقة صادرة من الخصم.

و نعني بهذا الشرط أن تكون الورقة صادرة ممن يحتج بها عليه سواء صدرت من

(1): بن شنات صالح، المرجع السابق، ص146.

نفسه شخصيا أو ممن يمثله قانونا كالوكيل أو الوصي أو القيم.
أما إذا صدرت الورقة من شخص لا يمثل الخصم أو صدرت من ابن هذا الأخير أو زوجته فهي لا تعتبر بداية ثبوت بالكتابة⁽¹⁾.

ج- أن يكون التصرف المراد إثباته قريب الاحتمال.

و مثاله أن يرسل مدين إلى دائنه رسالة يكتب فيها أنه مدين و لكنه لم يذكر مقدار الدين و لا تاريخ الوفاء فهذه الرسالة تعتبر بداية ثبوت بالكتابة حتى و لو زاد المبلغ على 100.000 دج.

فبتوفر حالة بداية الثبوت بالكتابة يجوز إثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة عن طريق الشهود و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 19-05-1982 تحت رقم 22117⁽²⁾.

ثانيا: حالة المانع المادي أو الأدبي.

نصت على هذه الحالة المادة 336 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى بقولها: " يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة:
- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي "

فالمانع المادي يكون عندما تحيط بالعلاقة التعاقدية ظروف خارجية لم تمكن المتعاقدين من إعداد الدليل الكتابي و مثال ذلك الوديعة التي تتم بسرعة تفاديا لأي خطر حيث لم تتوفر للمودع فترة من الوقت الكافي لإعداد الدليل الكتابي على ذلك⁽³⁾.
أما المانع الأدبي فهو الهاجس النفسي⁽⁴⁾ الذي لم يسمح للمتعاقد من الناحية الأدبية طلب

(1): سليمان مرقس، المرجع السابق، ص535.

(2): مجلة قضائية لسنة 1989، العدد1، ص29 مشار إليها في مؤلف عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص105.

(3): الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص44.

(4): داودي ابراهيم، محاضراته، المرجع السابق.

الدليل الكتابي من طرف الآخر لسبب ما كوجود علاقة نسب أو زوجية أو مصاهرة بين المتعاقدين أو صداقة.

و قد عملت المحكمة العليا على السهر على تطبيق هذه المادة و ذلك من خلال قراراتها حيث جاء في منطوق أحدها: " من المقرر قانونا أنه يجوز الإثبات بالبينة لمن وجد له مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي و من ثم فإن النعي على القرار بمخالفة القانون في غير محله.

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن علاقة الطرفين هي علاقة الأبوة و البنوة و تمثل مانعا أدبيا و من ثم فإن قضاة الموضوع عند أخذهم بالبينة (الشهادة) كانوا مطبقين القانون التطبيق السليم. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن "(1).

ثالثا: حالة استحالة وجود الدليل الكتابي المعد مسبقا بسبب أجنبي.

نصت على هذه الحالة المادة 336 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري حيث نصت على: " يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة... إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته ".

فالدليل الكتابي في هذه الحالة يكون موجودا و لكن لسبب خارجي عن إرادة من يدعي به أي لسبب أجنبي يفقد منه كأن يبلغ الدائن السند إلى المحكمة و يضيع هذا الأخير أو يسلمه إلى خصمه فيمزقه أو يحرقه، أو كأن يسرق الدليل الكتابي من الدائن المدعي به مثلا. و قد يتمثل السبب الأجنبي أيضا في الفيضان أو الزلزال أو الحريق أو ما شابه ذلك.

فعلى الدائن إثبات وقوع السبب الأجنبي بعد إثباته وجود السند الكتابي و أن السبب الأجنبي كان هو السبب في فقدان السند الكتابي حتى يستفيد من أحكام هذه الحالة و يمكنه إثبات ذلك بكل وسائل الإثبات لأن السبب الأجنبي يدخل في مفهوم الواقعة القانونية و هذه الأخيرة يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات.

(1): قرار مؤرخ في 15-07-1999، ملف رقم 62268، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 3

ص106، مشار 'ليه في مؤلف عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص106.

و كخلاصة لما قلناه توجب الكتابة الرسمية كأصل عام إذا ما زادت قيمة التصرف على 100.000 دج إلا في حالات معينة وردت على سبيل الحصر (حالة بداية الثبوت بالكتابة و حالة المانع الأدبي و المادي، و حالة استحالة وجود السند الكتابي لسبب أجنبي) أين يعفى فيها المدعي من إثبات التزامه بالكتابة رغم اشتراطها كأصل عام.

الفصل الثاني: الكتابة العرفية.

لقد سبق لنا في الفصل الأول من الباب الأول أن تطرقنا إلى دراسة الكتابة الرسمية فعلمنا أن الكتابة الرسمية خصها المشرع الجزائري بالمواد من 323 مكرر إلى 326 مكرر 2 من القانون المدني، كان يتمحور مضمونها حول مفهوم الورقة الرسمية شروطها حجيتها، حالات اشتراطها و كذا قوتها التنفيذية.

فعرف المشرع الجزائري الورقة الرسمية في نص المادة 324 و هي نفس المادة التي حددت شروط الورقة لكي تضى عليها صفة الرسمية و هي صدورها من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة و ذلك وفق حدود سلطته و اختصاصه وفقا للأشكال التي حددها القانون، فمتى كانت الورقة رسمية تثبت حجيتها سواء بالنسبة للأطراف أو الغير و لكن هذه الحجية متوقفة على وجود أصل الورقة الرسمية من عدمه كما توضحه المادتان 325 و 326 من نفس القانون.

كما علمنا أنه تتوجب الكتابة الرسمية في كل تصرف تزيد قيمته على 100.000 دج و في إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة إلا أن هذه القاعدة تشكل الأصل العام فهناك استثناء من هذا الأصل يعفى فيه المدعي من إثبات ما يريد بالكتابة لتوفر حالة من الحالات المنصوص عليها في المادتين 335 و 336 من القانون المدني.

و علمنا أيضا أن للورقة الرسمية قوة تنفيذية بقوة القانون لا يحتاج حاملها اللجوء إلى القضاء لتنفيذها و إنما هي تعتبر سندا تنفيذيا بمجرد تأشير الموظف (الموثق) على المستند و وضعه الصيغة التنفيذية عليه.

هذا بالنسبة للورقة الرسمية، أما الورقة العرفية و هي تعتبر النوع الثاني من الكتابة فما تعريفها و ما هي أقسامها و هل تتمتع بحجية كما تتمتع بها الورقة الرسمية و هل لها

كل هذه الأسئلة تجد جوابها اتباعا في ما يلي: قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين خصصنا المبحث الأول لمفهوم الورقة العرفية و أقسامها و خصصنا المبحث الثاني لحجيتها في الإثبات.

المبحث الأول: مفهوم الورقة العرفية و أقسامها.

لم يعرف المشرع الجزائري الورقة العرفية كما فعل بالنسبة للورقة الرسمية، لا في الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني و لا في القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20-06-2005 المعدل و المتمم للأمر السابق ذكره و هو نفس الأمر بالنسبة للمشرع المصري و كذا الفرنسي. و إنما وردت تعريفات متفرقة للفقهاء، فهناك من عرف الورقة العرفية بأنها: " المحررات الصادرة من الأفراد دون أن يتدخل موظف عام أو موثق في تحريرها بحكم وظيفته و يجوز أن يحررها موظف أو موثق و لكن بصفته الشخصية، فهي إذن عمل من أعمال الأفراد دون وساطة السلطة في ذلك " (1).

و يعرف الدكتور محمد زهدور الورقة العرفية بأنها: " الأوراق التي تصدر بمعرفة أفراد عاديين لا يتدخل أي موظف أو مكلف بخدمة عامة أو ضابط عمومي في تحريرها " (2).

كما يعرفها الدكتور سليمان مرقس بأنها: " ورقة صادرة من أحد الأفراد بتوقيعه إياها و تصلح أن تكون دليلا كتابيا " (3).

كما يعرفها الدكتور أنور سلطان بأنها: " المحرر الذي يتم بمعزل عن الموظف العام أي المحرر الذي يستقل الأفراد بكتابته " (4).

(1): بن شنات صالح، المرجع السابق، ص75.

(2): محمد زهدور، المرجع السابق، ص33.

(3): سليمان مرقس، المرجع السابق، ص192.

(4): أنور سلطان، المرجع السابق، ص55.

و يعرف الدكتور نبيل ابراهيم سعد الأوراق العرفية كالتالي: " هي الأوراق غير الرسمية أي الأوراق التي تصدر من ذوي الشأن دون أن يتدخل موظف عام في تحريرها "(1).

و الورقة العرفية نوعان: أوراق معدة للإثبات و أوراق غير معدة للإثبات، فما مضمون كل واحدة منها و ما هي أحكامها؟

هذا ما سيتم بيانه في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: الأوراق العرفية المعدة للإثبات.

باعتبار أن المادة 327 من القانون المدني الجزائري هي التي نصت على الأوراق العرفية المعدة للإثبات ستتم دراستها بشيء من التفصيل و ذلك قبل و بعد تعديلها أي سنخصص الفرع الأول من هذا المطلب لدراسة الأوراق العرفية المعدة للإثبات في ظل نص المادة 327 من الأمر 58-75 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني و سنخصص الفرع الثاني منه لدرستها في ظل نص المادة 327 المعدلة بموجب المادة 46 من القانون 10-05 المؤرخ في 20-06-2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 58-75.

الفرع الأول: أحكام المادة 327 قبل تعديل القانون المدني.

تنص المادة 327 مدني جزائري⁽²⁾ قبل التعديل على ما يلي: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أم وراثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو ممن تلقوا منه هذا الحق ".

يستخلص من نص هذه المادة أن المحرر العرفي لكي يعتد به في الإثبات يجب أن يتوفر على شرطين يتمثل الأول في وجود كتابة أما الشرط الثاني فيتمثل في التوقيع و هذا ما

(1): نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص123.

(2): من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني.

سنيينه بالتفصيل في الآتي.

أولاً: الكتابة.

و نعني بها وجود كتابة تنصب على مضمون الورقة العرفية و تجدر الإشارة أن القانون لم يشترط أن تكون الكتابة باللغة العربية أو الفرنسية عكس المحرر الرسمي الذي يشترط فيه اللغة العربية كما رأينا سابقاً، كما لم يشترط القانون أن تكون الكتابة بخط المدين أو غيره، و لم يلزم حضور الشهود ليقعوا عليها و لم يشترط أيضا أي صيغة معينة لهذه الكتابة و لا تاريخ حصولها أو مكان تحريرها.

ثانياً: التوقيع.

حسب المادة 327 قبل التعديل، التوقيع هو الشرط الجوهري في المحرر العرفي حتى يمكن الاعتداد به في الإثبات فهو روح الورقة العرفية فبدونه لا تتوفر هذه الأخيرة، فالتوقيع هو الذي تقوم عليه صحة صدور المحرر ممن يراد أن يكون حجة عليه. فوجوده يفيد موافقة الموقع على ما جاء بالمحرر من بيانات و إقرارات.

كما تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد تعريف قانوني للتوقيع التقليدي و لكن حاول الفقه تعريفه فتوصل إلى التعريف التالي: هو " علامة أو إشارة أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص على استعماله للتعبير عن موافقته على عمل أو على تصرف قانوني بعينه "⁽¹⁾.

و قد يكون التوقيع باليد أو بصمة الأصبع أو بالختم رغم أن المشرع في المادة 327 قبل تعديلها لم ينص إلا على التوقيع باليد. و يرى الأستاذ زهدور أن عدم التنصيص على التوقيع ببصمة الأصبع ليس له ما يبرره خاصة و أن التوقيع بالبصمة أضمن من التوقيع بالإمضاء.

أما فيما يخص التوقيع بالختم فسكوت المشرع برره الأستاذ زهدور أنه من الناحية العملية كثيرا ما يحدث فقد الختم من صاحبه و يستعمل في توقيع أوراق تثبت ديونا

(1): عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية. بدون مكان نشر، ط 2، سنة 1954، ص110.

أو إقرارات أو التزامات لم يكن يعلم بها. و على هذا الأساس يرى الأستاذ زهدور أنه لا يمكن اعتبار التوقيع بالختم جائزا بصحة الورقة العرفية، و لا يجوز إلزام شخص بمضمون ورقة عرفية بحجة أنها تتضمن ختمه، فالمحررات العرفية الموقعة بهذا الختم لا تلزم صاحبها إلا إذا اعترف بها أو أثبت المحتج بها أنها صادرة من الخصم⁽¹⁾.

و يرى الدكتور أحمد أبو الوفا أنه يكفي أن يتم التوقيع بالأحرف الأولى من الاسم أو بعلامة مختصرة⁽²⁾ و يشاطره الرأي الدكتور محمد حسن قاسم حيث قال: " يصح التوقيع بعلامة رمزية أو باختصار بحيث يتكون التوقيع من الأحرف الأولى للاسم و اللقب"⁽³⁾.

أما الدكتور نبيل ابراهيم سعد فيرى أنه لا يكفي في التوقيع علامة مألوفة أو إمضاء مختصر بل يلزم أن يكون التوقيع بالاسم الكامل حتى و إن لم يكن الاسم المثبت في شهادة الميلاد و إنما اسم الشهرة فقط⁽⁴⁾.

و التوقيع غالبا ما يكون في أسفل المحرر إلا أنه لا يوجد مانع بأن يكون على هامش المحرر أو في الأعلى.

أما السؤال المطروح و هو في حالة تعدد صفحات المحرر العرفي فهل يجب توقيع كل صفحة على حدة أو يكفي التوقيع على الصفحة الأخيرة؟

يرى البعض⁽⁵⁾ أنه يجب أن يكون التوقيع على كل ورقة على حدة، أما إذا كان التوقيع على ورقة واحدة فقط فإن الاعتراف بالتوقيع يتوقف على ما إذا كان مجموع الأوراق يشكل كلا واحدا لا يتجزأ يشمل التوقيع. أما إذا كانت الأوراق مختلفة من حيث الموضوع فللقاضي السلطة التقديرية في قبول التوقيع أو رفضه.

(1): محمد زهدور، المرجع السابق، ص34.

(2): أحمد أبو الوفا، التعليق على قانون الإثبات. بدون مكان نشر، ط 2، سنة 1981، ص100.

(3): محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص159.

(4): نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص124.

(5): داودي ابراهيم، محاضراته، المرجع السابق.

أما الأستاذ أحمد أبو الوفا في تعليقه على نصوص قانون الإثبات يذكر أنه يمكننا الاكتفاء بالتوقيع في ختام المحرر على صفحته الأخيرة⁽¹⁾.

و يرى الأستاذ سليمان مرقس أنه يتوجب التوقيع على كل ورقة على حدة و لا يكفي توقيع الورقة الأخيرة وحدها⁽²⁾.

و يرى الأستاذ محمد عبد اللطيف أنه لا يلزم التوقيع على كل صفحة، بل يكفي التوقيع على الصفحة الأخيرة⁽³⁾.

وأكد الدكتور محمد حسن قاسم أنه يمكن الاكتفاء بتوقيع الورقة الأخيرة شريطة ثبوت الاتصال الوثيق بين سائر أوراق المحرر و يخضع وجود هذا الاتصال لتقدير قاضي الموضوع مستندا في ذلك بقرار محكمة النقض المصرية الصادر ب 1994-11-01 مجموعة س 45، ص1221⁽⁴⁾.

و يرى أيضا الدكتور نبيل ابراهيم سعد أنه يكفي أن يرد التوقيع في الصفحة الأخيرة إذ ليس بلازم أن يرد التوقيع في كل صفحة⁽⁵⁾.

ويثور تساؤل آخر بالنسبة للتوقيع ألا و هو هل يجوز التوقيع بالكربون أو يجب أن يكون التوقيع مباشرة أي إذا تعددت نسخ السند و لم توقع كل نسخة على حدة بل وضع التوقيع على نسخة واحدة فقط و وضع الكربون على النسخ المتبقية فهل تعتبر النسخ الموقعة بالكربون مجرد صورة أو تعتبر أصلا قائما بذاته؟

ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن المحررات الموقعة بالكربون تعتبر محررات

(1): أحمد أبو الوفا، التعليق على قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 102.

(2): سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 46.

(3): محمد عبد اللطيف، قانون الإثبات في المواد المدنية، ط1، ج1، سنة 1970، ص24.

(4): محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص161.

(5): نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص126.

قائمة بذاتها لها حجيتها في الإثبات و ليس مجرد صورة طبقاً للأصل⁽¹⁾.

أما القضاء الفرنسي ففيه خلاف، فقد ذهبت محكمة ران إلى اعتبار المحرر الموقع بالكربون أصلاً له حجيته في الإثبات على أساس توفر الشرط الجوهري و الوحيد للتوقيع و هو أن يكون ناتجاً عن حركة اليد فهذا يكفي⁽²⁾.

في حين أن محكمة استئناف تولوز ذهبت عكس محكمة ران حيث قررت أن التوقيع بالكربون لا يعبر عن إرادة الموقع بالتزامه بمحتوى السند⁽³⁾.

و هذا الاتجاه سلكته محكمة النقض الفرنسية إذ رفضت النسخة الموقعة بالكربون على أنها أصل بحد ذاته و اعتبرت السند الموقع بالكربون مجرد صورة منقولة عن الأصل⁽⁴⁾. و لقد أيد الفقه الفرنسي هذا القضاء.

و إذا تعددت الأطراف في الورقة الواحدة فلا يجب أن تكون توقيعاتهم جميعاً في وقت واحد أو مكان واحد، و تعتبر الورقة دليلاً على كل من وقعها و لا يحتج بها على من لم يوقعها و لو ذكر اسمه فيها.

هذا و قد يحدث أن يوقع السند العرفي على بياض فتطرح على المحاكم قضايا تتعلق بقيمة الكتابة التي دونت على المحرر الموقع على بياض خلافاً لما تم الاتفاق عليه، فنكون أمام حالتين:

الحالة الأولى: توقيع المدين على بياض و ملاً الدائن لبيانات مخالفة للحقيقة.

قد يحدث أن يوقع المدين على بياض و يترك للدائن كتابة البيانات التي تم الاتفاق

(1): نقض مدني، 31-01-1978، مجموعة س، ص357، مشار إليه في مؤلف محمد حسن قاسم المرجع السابق، ص160.

(2) : T.civ. Rennes, 22 novembre 1957 : recueil Dalloz, 1958.631.

(3) : Toulouse, 4 décembre 1968 : recueil Dalloz, 1969.673.

(4) : civ.1^{re}, 17juillet 1980 :bull.civ.1,n° 225.

عليها، فإذا ما تمت الكتابة للبيانات مخالفة عما جرى عليه الاتفاق نكون أمام حالة خيانة الائتمان على بياض (Abus de blanc seing).

و لكن للمدين الحق في أن يثبت عدم مطابقة هذه الكتابة لما كان متفق عليه و لكنه ليس حرا في مثل هذه الحالة أن يستعمل كل وسائل الإثبات القانونية بل يجب تطبيق القاعدة التي تنص على أنه: " لا يجوز إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة "، كأن يكون لدى المدين ورقة ضد (la contre lettre) فإذا نجح المدين في هذا الإثبات اعتبر الدائن مرتكبا جنحة خيانة الائتمان على بياض مع العلم أن المشرع الجزائري لم ينص في القانون المدني على ورقة ضد عكس نظيره الفرنسي حيث بين في المادة 1321 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ أن ورقة الضد لا تكون لها حجية إلا بين الأطراف أما الغير فلا حجية لها في مواجهته.

الحالة الثانية: توقيع المدين على بياض و شخص آخر غير الدائن يملأ المحرر لبيانات مخالفة للحقيقة.

إذا حدث و أن غير شخص آخر الحقيقة في المحرر الموقع على بياض نكون أمام حالة تزوير و يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية المتاحة للمدين. و يرى الأستاذ محمد حسن قاسم أنه في حالة ما إذا كان من سلمت إليه الورقة قد تعاقد مع الغير بناء على ما كتب فيها و كان هذا الغير حسن النية فإن الموقع على بياض يلزم تجاه هذا الغير حتى و لو أثبت مخالفة مضمون المحرر لما اتفق عليه مع من سلمت إليه الورقة (المتعاقد الأصلي)⁽²⁾.

الفرع الثاني: أحكام المادة 327 بعد تعديل القانون المدني.

تنص المادة 327 المعدلة⁽³⁾ على ما يلي: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما وراثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

(1) : Code civil Français, 101^e édition, Ed 2002, Dalloz.

(2): محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص163.

(3): عدلت و تمت هذه المادة بموجب المادة 46 من القانون 10-05 المؤرخ ب20-06-2005.

و يعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه ."

يبدو من ظاهر النص الجديد للمادة 327 من القانون المدني أن المشرع الجزائري أضفى الحجية على المحرر العرفي حتى ولو لم يكن موقعا ذلك لاستعماله عبارة " يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو... " أي بعبارة أخرى يكفي أن يكون المحرر العرفي مكتوبا ليتمتع بحجية في الإثبات بالرغم من انعدام التوقيع فيه و لكن بالرجوع إلى نفس النص باللغة الفرنسية نجد أن المشرع أبقى على التوقيع كشرط جوهري لإضفاء الحجية على المحرر العرفي حيث حررها كما يلي: « l'acte sous- seing privé est réputé émaner de la personne à qui sont attribuées **l'écriture, la signature ou l'empreinte digitale** y apposées, à moins de désaveu formel de sa part... ».

يستخلص مما سبق أن المشرع الجزائري وقع في خطأ في الترجمة حيث استعمل عبارة " أو " بدل " و " إذ أن النص باللغة الفرنسية هو الصحيح فكان عليه صياغة المادة 327 باللغة العربية كالآتي: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه و وقعه أو وضع بصمة إصبعه عليه... " . لتتوصل في الأخير إلى النتيجة التالية، لكي يتمتع المحرر العرفي بحجية في الإثبات لابد من توفر شرطان، أولهما الكتابة و ثانيهما التوقيع و هذا الأخير حسب التعديل الجديد يمكن أن يكون عبارة عن بصمة إصبع أو يكون خطيا كما قد يكون إلكترونيا⁽¹⁾ مع ملاحظة أن المشرع الجزائري لم ينص على التوقيع بالختم⁽²⁾.

المطلب الثاني: الأوراق العرفية الغير معدة للإثبات.

إلى جانب المحررات المعدة خصيصا للإثبات توجد بعض المحررات لم تُعد مقما للإثبات، و مع ذلك فإن القانون جعلها تتمتع بحجية معينة. و هذه المحررات بالرغم من أنها غير مهيأة خصيصا للإثبات، فهي تحتوي على معلومات قد تنير القاضي على الوصول إلى الحقيقة و هي تتمثل في ما يلي:
- الرسائل و البرقيات.

(1): ستم دراسته لاحقا في الباب الثاني من هذه المذكرة.

(2): راجع ص97 من هذه المذكرة.

- الدفاتر التجارية.
- الدفاتر والأوراق المنزلية.
- التأشير ببراءة ذمة المدين.

الفرع الأول: الرسائل و البرقيات.

نصت عليها المادة 329 مدني جزائري بقولها: " تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات و تكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، و تعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. و إذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس "

فالملاحظ أنه لا يوجد تعريف قانوني للرسالة و البرقية فقد عرفها الأستاذ يحيى بكوش على أنها كل كتابة مخصصة لربط علاقة بين شخصين أو أكثر لغرض من الأغراض⁽¹⁾.

أولاً: الرسائل.

إن التعود المتزايد على استعمال الرسائل و خاصة في المسائل التجارية قد يجعل من الرسائل أداة للإثبات فكثير من المعاملات تقع عن طريق تبادل الرسائل فيتقدم الطرف الذي بحوزته الرسالة و يقدمها أمام القضاء ليثبت حقه.

و لكن هناك عدة مسائل تثور بسبب تقديم الرسائل كدليل للإثبات و هي:

1- تقديم الرسائل أمام القضاء.

الأمر الذي استقر عليه الفقه و القضاء هو أن الرسالة ملك للمرسل إليه⁽²⁾، و من ثم يمنحه الإدلاء بها أمام القضاء، على أن لا يكون في كل هذا انتهاك لحرمة السرية، فلا يمكن

(1): يحيى بكوش، المرجع السابق، ص153.

(2): محمد زهدور، المرجع السابق، ص41.

للمرسل إليه الاحتجاج بالرسالة و تقديمها للقضاء متى كانت هناك سرية تنتهك و إن قدمها المرسل إليه رغم هذا الانتهاك سيعرض لمواجهة دعوى مدنية يطالب فيها المرسل بالتعويض.

و لا تعتبر المحافظة على سرية الرسائل من النظام العام⁽¹⁾، فلا يجوز للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه باستبعاد الرسالة لاحتوائها على سر من أسرار المرسل، بل يتوقف هذا الأمر على طلب ممن له مصلحة في ذلك.

كما أن مناقشة الرسالة أمام محكمة الدرجة الأولى تمنع من التمسك بالسرية أمام المحكمة الاستئنافية⁽²⁾.

غير أن السكوت على الدفع بسرية الرسالة أمام محكمة الدرجة الأولى لا يمنع من التمسك بهذا الدفع أمام محكمة الاستئناف إذا تبين للقاضي من ظروف الدعوى أن سكوته في الدرجة الأولى لا يعتبر بمثابة تنازل لا منه على التمسك بالسرية⁽³⁾.

2- إثبات الاستلام.

غالباً ما يحصل ذلك عن طريق الإشعار بالاستلام الذي يبين أن المرسل إليه اتصل بالرسالة أو بالنص في سجل خاص معد لذلك بمصلحة البريد.

3- إثبات مضمون الرسالة.

لقد استقر القضاء على أن استلام الرسالة إلى المعني بالأمر هو بمثابة بداية ثبوت بالكتابة عما تضمنته من معلومات⁽⁴⁾.

(1): بن شنات صالح، المرجع السابق، ص106.

(2): بن شنات صالح، المرجع السابق، ص106.

(3): الدناصورى و عكار، التعليق على قانون الإثبات. ط 2، بدون مكان نشر، ص132.

(4): الغوثى بن ملح، المرجع السابق، ص56.

4- قوة حجية الرسائل.

هنا يتعلق الأمر بحجية أصل الرسالة و بحجية صورها:

أ- حجية أصل الرسالة.

إن الرسالة الموقعة ممن تنسب إليه تكون لها نفس حجية المحرر العرفي في الإثبات و هذا حسب نص المادة 329 فقرة 1 مدني جزائري.

و الرسالة المعترف بتحريها أو التي يثبت حقيقتها قضائيا لها حجية بكل ما هو وارد فيها، على من صدرت منه و للقاضي أن يتمسك بالمعلومات الواردة فيها.

ب- حجية صور الرسالة.

القاعدة هي أن صور الرسائل لا تكون لها أي حجية في الإثبات إلا إذا كانت مطابقة للأصل⁽¹⁾، و في حالة ما إذا فقد الأصل فلا يمكن الاعتداد بها إلا على سبيل الاستئناس.

ثانيا: البرقيات.

تختلف البرقية على الرسالة في أن المرسل إليه لا يستلم أصل البرقية و إنما يستلم صورة منها فقط و لكن المشرع افترض مطابقة هذه الصورة لأصلها لأن موظف البريد ليست له مصلحة في تغيير محتوياتها و يجوز لمن يدعي التغيير أن يقابلها بأصلها المحفوظ في مكتب التصدير⁽²⁾.

و البرقيات طبقا لنص المادة 329 مدني جزائري لها نفس قيمة الأوراق العرفية.

(1): الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص57.

(2): محمد زهدور، المرجع السابق، ص 42.

الفرع الثاني: الدفاتر التجارية.

نصت على هذه الحالة المادتين 330 مدني جزائري و 13 تجاري جزائري.
فالمادة 330 مدني تنص على ما يلي: " دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يجوز إثباته بالبينة.
و تكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار. و لكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها و استبعاد منه ما هو مناقض لدعواه".

أما المادة 13 تجاري جزائري فتتص على ما يلي: " يجوز للقاضي قبول دفاتر تجارية منتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية".

يفهم من المادتين أن الدفاتر التجارية قد يحتج بها في نزاع تجاري بين تجار و قد يحتج بها في نزاع مدني بين تاجر و غير تاجر.

فإذا كان النزاع بين تاجرين و كان موضوع النزاع عملا تجاريا يجب أن تكون الدفاتر التجارية ممسوكة بصفة منتظمة فإن كانت غير منتظمة و كان صاحبها دائما فلا يجوز له الاحتجاج بها. أما إذا كان مدينا فتكون حجة عليه لأن ما كتب فيها أو عليها يعتبر إقرارا منه.

أما إذا كان النزاع بين تاجر و غير تاجر فلا يجوز للتاجر أن يستند على دفاتره للاحتجاج بها ضد خصمه غير التاجر و لكن أجازت المادة 330 مدني للتاجر أن يستند إلى دفاتره التجارية ضد غير التاجر إذا كان الأمر يتعلق بتوريدات للبضائع و ردها لمدينه غير التاجر كشركة تجارية تورد المستشفى بمواد غذائية و كانت قيمتها لا تتجاوز 100.000 دج و هذا الأمر جوازي للقاضي أن يأخذ به كما له أن يرفضه.

و الأصل أن فحوى المادتين 13 تجاري و 330 مدني تعتبر استثناءات أو خروج عن القواعد العامة في الإثبات ذلك أنه لا يجوز للخصم أو للمرء أن يصطنع دليلا لنفسه كما أنه لا يجوز له تقديم دليل ضد نفسه.

و خروجا عن هذه القاعدة نجد أن المشرع أجاز أن تكون الدفاتر التجارية حجة في

الحالتين المتقدمتين و لكن جعل هذه الحجية متوقفة على شروط يجب توافرها، فبالنسبة للحالة الأولى و هي النزاع بين تاجرين يجب توفر الشروط التالية:

- أن يكون كلا الخصمين تاجرين.
- أن تكون الدفاتر التجارية المحتج بها ممسوكة بصفة منتظمة.

أما الحالة الثانية و هي النزاع بين تاجر و غير تاجر فيجب أيضا توفر الشروط الآتية:

- أن يكون محل النزاع بضائع وردها التاجر (الشركة التجارية كما هو في المثال السابق) إلى غير التاجر (المستشفى) أي أن يكون المحل متعلق بتوريدات.
- ألا تتجاوز قيمة محل الالتزام 100.000 دج.
- أن يوجه القاضي اليمين المتممة لتكملة الدليل.

و تجدر الملاحظة إلى أن هناك طريقتين للإثبات بالدفاتر التجارية:

- طريقة تقديم الدفاتر التجارية.
- طريقة تسليم الدفاتر التجارية.

أولاً: تقديم الدفاتر التجارية.

إن هذه الطريقة تعين وضع هذه الدفاتر تحت تصرف القاضي أي السماح للقاضي للاطلاع على محتوى البيانات المتعلقة بالنزاع و غالبا ما يعين القاضي خبير للقيام بهذه المهمة⁽¹⁾.

و في حالة ما إذا أمرت المحكمة بتقديم الدفاتر التجارية و رفض الخصم تنفيذ هذا الأمر فإن المحكمة تستخلص أن هذا الامتناع يعد قرينة على صحة أقوال الطرف الآخر. كما تجدر الإشارة إلى أنه يمنع تقديم الدفاتر للخصم إذا كانت الدفاتر إلزامية أما الدفاتر الاختيارية فيمكن للخصم الاطلاع عليها لأنها لا تتضمن خطورة في كشف أسرار التاجر أما القاضي و الخبير سمح لهما القانون الاطلاع على الدفاتر الإلزامية لأنهما خاضعان للسر المهني⁽²⁾.

(1): صالح فرحة زراوي، محاضرات في القانون التجاري. أُلقيت على طلبة السنة الثالثة حقوق، السنة الجامعية 2003-2004.

(2): صالح فرحة زراوي، محاضراتها، المرجع السابق.

ثانيا: تسليم الدفاتر التجارية.

- و يقصد به تسليم هذه الدفاتر للخصم و وضعها تحت تصرفه للاطلاع عليها و هذه الطريقة خطيرة لأنها تكشف عن أسرار التاجر لذلك أجازها القانون في ثلاث حالات فقط:
- حالة الميراث (النزاع بين الورثة).
 - حالة حل الشركة.
 - حالة الإفلاس.

فإذا توفي التاجر و ثار نزاع بين الورثة فإن المحكمة تلزم من يحوز الدفاتر التجارية لتسليمها لبقية الورثة لمعرفة نصيب كل وارث. و نفس الشيء بالنسبة للشركاء في حالة حل الشركة إذ يمكن لكل شريك الاطلاع على الدفاتر التجارية. و في حالة الإفلاس يمكن لوكيل التفلسة الاطلاع على الدفاتر التجارية لتسهيل مهمته. و تجدر الإشارة إلى أن للقاضي سلطة تقديرية لقبول طلب تسليم الدفاتر أو رفضه⁽¹⁾ فسلطته في هذا مطلقة.

الفرع الثالث: الدفاتر و الأوراق المنزلية.

إن الدفاتر و الأوراق المنزلية⁽²⁾ ليست لها نفس القيمة التي هي للدفاتر التجارية ذلك أن المشرع لم ينظم كيفية مسكها و لا كيفية تقديمها أمام القضاء إلا أنه يمكن أن يجد فيها القاضي بيانات هامة تساعد على حل النزاع المعروض عليه.

نص عليها المشرع في نص المادة 331 مدني و التي تنص: " لا تكون الدفاتر و الأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين:

- إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً.
- إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دفعه في هذه الدفاتر و الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته "

(1): بكوش يحيى، المرجع السابق، ص170.

(2): الأوراق المنزلية هي أوراق عادية قد تتمثل في مذكرات يدون فيها الشخص كل ما يتعلق بزمته المالية.

يظهر من نص المادة أن المبدأ هو عدم جواز تقديم الدفاتر و الأوراق المنزلية كدليل للإثبات إلا في حالتين محددتين.

أما الحالة الأولى و هي التي يذكر فيها (أي صاحبها) صراحة أنه استوفى ديناً، فيجب أن يكون تصريحه صريحاً بما لا يدع مجالاً للشك مهما كان الموضوع الذي تعلق به أو قيمته فالنص لم يشر إلى محل الدين فقد يكون أي محل⁽¹⁾.

و أما الحالة الثانية فهي تتمثل في ذكر صاحب الورقة أو الدفتر المنزلي أن هذا الأخير يقوم مقام السند من أثبت له حقه. و لكن مجرد التأشير بالدين و الاعتراف به لا يكفي و إنما يجب التنويه على أن التصريح خصص ليكون سنداً للدين يحل محل السند الأصلي. ففي هذه الحالة لم يشترط القانون أي صيغة خاصة لذكر البيانات و من ثم فليس من الضروري أن يكون ما دونه صاحب الدفاتر أو الأوراق حاملاً لتوقيعه بل يكفي أن يكون ذلك بخطه⁽²⁾.

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا وجدت العبارة التي تدل على أن الورقة تقوم مقام السند مشطوباً عليها فإن حجيتها تزول سواء كانت غير مقروءة أو مقروءة⁽³⁾.

الفرع الرابع: التأشير ببراءة ذمة المدين.

نصت على هذه الحالة المادة 332 مدني و التي جاء فيها: " التأشير على سند بما يفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس و لو لم يكن التأشير موقعا منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته. و كذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى، أو في مخالصة و كانت النسخة أو المخالصة في يد المدين ".⁽¹⁾

يظهر من نص المادة أن هناك حالتان و هما:

(1): بكوش يحيى، المرجع السابق، ص177.

(2): بكوش يحيى، المرجع السابق، ص178.

(3): عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، ط1956 القاهرة، ص 158.

الحالة الأولى: التأشير ببراءة الذمة الواقع على السند الذي هو بحوزة الدائن.

حتى يتمتع التأشير بقوة في الإثبات يشترط في ذلك حسب الفقرة الأولى من نص المادة 332 من القانون المدني ما يلي:
- أن يكون التأشير بخط يد الدائن.
- أن يكون الدائن حائرا للسند الذي عليه التأشير.

أما الشرط الأول فمفاده أن يكون مكتوبا بخط الدائن و قد اختلف في وجوب حمل التأشير تاريخا أو توقيعيا فهناك من رأى وجوب حمل التأشير تاريخا أو توقيعيا فهناك من رأى وجوب حمل التأشير لتاريخ⁽¹⁾ و هناك من يرى العكس أي لا يوجب وجود التاريخ أو التوقيع ذلك أن التأشير لو كان مؤرخا أو موقعا لكان بمثابة مخالصة تامة لا تخضع لهذه المادة⁽²⁾.

و تجب الإشارة إلى أنه لا مانع من توقيع التأشير من طرف وكيل الدائن بشرط إثبات الوكالة والذي يكون بجميع وسائل الإثبات و لكن إذا ما شطب التأشير فإنه يفقد قيمته و لا تكون له أي حجية في الإثبات.

و أما الشرط الثاني فيتمثل في اعتبار السند بحوزة الدائن و الحيازة هنا قد تكون حقيقية أو حكمية، فالحقيقية عندما تكون بحوزة الدائن نفسه و حكمية عندما تكون بيد من يحوزه بأمر من الدائن أو بمقتضى عقد وكالة.

و يشترط في الحيازة أيضا أن تكون مستمرة و إن ادعى الدائن أنه فقد حيازته للسند لمدة فعليه إثبات ذلك لأنه إذا ما أثبت المدين وجود التأشير على السند و أن هذا الأخير هو بحوزة الدائن، يعد هذا قرينة على استمرارية الحيازة و عدم

فبتوفر هذان الشرطان يكون للتأشير ببراءة الذمة قوة للإثبات على الدائن و لكنه ليس بسند إثبات مطلق فهو مجرد قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

(1): الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص59.

(2): بكوش يحيى، المرجع السابق، ص181.

الحالة الثانية: التأشير ببراءة الذمة على السند الذي هو بحوزة المدين.

نصت على هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة 332 المذكورة أعلاه و اشترطت ليكون لهذا التأشير قوة في الإثبات توافر شرطان:

يتمثل الشرط الأول في كون التأشير ببراءة الذمة الواقع على السند أن يكون بخط الدائن، أو من ينوب عنه. و صورة ذلك أن يكتب السند على أصلين أحدهما بيد الدائن و الآخر بيد المدين على أن يقع التأشير في النسخة التي هي بحوزة المدين فمثلا إذا وقع عقد بيع بين المشتري و البائع يحتفظ كل واحد منهما بنسخة من العقد فإذا كان الثمن يدفع على أقساط كلما دفع المشتري قسطا للبائع أشر هذا الأخير على النسخة التي بيد المشتري على براءته من ذلك القسط.

كما يجب أن يكون التأشير بخط الدائن نفسه لا بخط الغير و إذا أنكر الدائن خطه كان على المدين اللجوء إلى إجراءات التحقيق لإثبات أن التأشير هو بخط الدائن⁽¹⁾.

و الشرط الثاني يتمثل في حيازة المدين للسند أي يجب أن يكون السند في حيازة المدين و إظهاره لكي يحتج به و لو للحظة واحدة حتى و لو خرج ذلك السند من حوزته بعد ذلك.

فتوافر هذان الشرطان فإن التأشير يثبت براءة ذمة المدين، و لكن المتفق عليه هو أنه يجوز إثبات العكس⁽²⁾. و إذا تم شطب على هذا السند تزول قوته في الإثبات.

المبحث الثاني: حجية الورقة العرفية.

لقد سبق لنا و أن رأينا أن المحرر الرسمي له حجية مطلقة في الإثبات أضفاها عليه القانون و ذلك إذا ما روعي فيه الشروط التي تضمنتها المادة 324 من القانون المدني الجزائري. و قرينة الرسمية كما رأينا لا تنتج آثارها إلا إذا اتصفت بحالة ظاهرة من المشروعية و كما أن للصورة الرسمية حجية في حالتها الأصلية فصورها تتمتع أيضا بتلك الحجية و إن هي تختلف من صورة إلى أخرى. فما نصيب المحرر العرفي و هو النوع

(1): بكوش يحيى، المرجع السابق، ص182.

(2): الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص65.

الثاني من المحررات إلى جانب المحرر الرسمي من الحجية أي له حجية أم لا؟ و كيف تكيف هذه الحجية أهي قاطعة أم بسيطة و هل يحتج بهذه الحجية بالنسبة للأطراف فقط أم تمتد إلى الغير؟

كل هذه الأسئلة تجد الإجابة عنها في ما يلي و ذلك في مطلبين متتاليين خصص المطلب الأول لحجية الورقة العرفية بين الطرفين و المطلب الثاني لدراسة حجية الورقة العرفية في مواجهة الغير.

المطلب الأول: حجية الورقة العرفية بين الطرفين و خلفهما.

إن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى حجية المحرر العرفي بصفة صريحة فبالرجوع إلى نص المادة 327 المعدلة نجدها تنص على ما يلي: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق... ".

و لدراسة هذه المادة يتوجب علينا أن نفرق بين حجية المحرر العرفي بين الطرفين و حجيته قبل الخلف العام و ذلك اتباعا في الفرعيين التاليين.

الفرع الأول: حجية الورقة العرفية بين الطرفين.

حسب نص المادة 327 من القانون المدني الجزائري نجد أن للمحرر العرفي حجة ما لم ينكر الشخص المنسوب إليه المحرر الخط أو التوقيع أو البصمة إنكارا صريحا فإذا سكت المنسوب إليه المحرر العرفي و لم ينكره صراحة عدّ ذلك إقرارا منه بصحة المحرر العرفي أي كما يرى البعض " أن حجية المحرر العرفي موقوفة على اعتراف من وقعه بصحة هذا التوقيع أو على الأقل عدم إنكاره له "(1).

فإذا تم إنكار الورقة العرفية فإن هذه الأخيرة تفقد حجيتها مؤقتا لينقلب عبء الإثبات

(1): محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص165.

على المتمسك بها فيقيم الدليل على صحتها أمام المحكمة الناظرة في النزاع و لهذه الأخيرة
إحالة الدعوى إلى التحقيق عن طريق ما يسمى بمضاهاة الخطوط و التي خصها المشرع
بالمواد من 76 إلى 80 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

و الهدف من مضاهاة الخطوط هو التحقيق في مدى مطابقة الكتابة أو التوقيع المدونين
في المحرر مع كتابة أو توقيع من نسب إليه هذا المحرر.

و قد جاءت المادة 76 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري لتبين أمرا هاما و هو أنها
منحت للقاضي الفاصل في النزاع السلطة التقديرية في تقدير مدى توقف الفصل في القضية
على المحرر المطعون فيه من عدمه، فإذا ما ارتأى القاضي أن الورقة المطعون فيها غير
منتجة في الدعوى صرف النظر عنها أما إذا ارتأى العكس فيجب عليه التأشير بإمضائه على
الورقة المطعون فيها و يأمر بإجراء تحقيق الخطوط كما يمكن له الاستعانة بخبير إذا
لزم الأمر و هذا ما أكدته المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية ففي القرار المؤرخ
في 03-06-1982، ملف رقم 98842 جاء منطوقها كالآتي: " من المقرر قانونا أنه إذا أنكر
أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه في وثيقة يرى القاضي أنها وسيلة منتجة للفصل
في النزاع، يؤشر بإمضائه على الورقة المطعون فيها و يأمر بإجراء تحقيق الخطوط إما
بمستندات أو شهود و إذا لزم الأمر فبواسطة خبير.

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع عند مناقشتهم دفوع الطاعن اكتفوا
بسماع البائع و استبعدوا المحرر العرفي المحتج به رغم أنه وسيلة منتجة في النزاع، و كان
عليهم الاستماع إلى الشاهدين الذين حضرا تحريره، و عليه فإنهم قد خالفوا القانون و قصروا
في تسبيب قرارهم مما يتوجب نقضه "(1). و نفس الحكم تبنته في قرارها المؤرخ
في 26-06-1985، ملف رقم 34700(2).

كما بينت المادة 78 من قانون الإجراءات المدنية أنه إذا ثبت من تحقيق الخطوط أن
الورقة محل الطعن تعود حقيقة إلى من أنكرها تُسلط على هذا الأخير غرامة مدنية تتراوح

(1): المجلة القضائية لسنة 1993، العدد4، ص41. مشار إليها في مرجع عمر بن سعيد ، الاجتهاد

القضائي وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط2007، ص74.

(2): المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 4، ص57. مشار إليه في مرجع عمر بن سعيد، الاجتهاد

القضائي وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية، المرجع السابق، ص72.

بين 50 إلى 300 دج بالإضافة إلى تحمله المصاريف (التقاضي، الخبرة) و كذا التعويضات.

و تجدر الملاحظة إلى أنه كما لذي المصلحة المطالبة بإجراء التحقيق عن طريق مضاهاة الخطوط يمكنه أيضا الادعاء بالتزوير بشرط أنه إذا لجأ الطاعن إلى سلوك طريق الطعن بالتزوير فلا يجوز له بعد ذلك اللجوء إلى الطعن بالإنكار. و الطعن بالتزوير تحكمه المادتان 79 و 80 من قانون الإجراءات المدنية و تتبع بشأنها نفس الإجراءات التي سبقت الإشارة إليها بالنسبة للطعن بالتزوير في المحررات الرسمية⁽¹⁾.

هذا عن حجية المحرر العرفي بين الطرفين فماذا عن حجيته قبل الخلف؟

الفرع الثاني: حجية الورقة العرفية في مواجهة الخلف.

بينت المادة 327 أن الإنكار هو خاص بمن تنسب إليه الورقة العرفية دون خلفه لقولها: " ... أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق ".
إذن يظهر من نص المادة أنه لا يجب على الوارث أو الخلف لكي يدحض المحرر العرفي أن ينكره أو يطعن فيه بالتزوير بل يكفي أن يحلفوا أنهم لا يعرفون أن هذا الخط أو التوقيع أو البصمة هو لسلفهم و هذا ما يسمى " الدفع بالجهالة "⁽²⁾.

و يرى الأستاذ زهدور أن موضوع اليمين يجب أن ينحصر في عدم علم الوارث بإمضاء المورث لا عدم معرفة توقيع أو خط مورثه⁽³⁾. فإذا ما دفع الوارث أو الخلف بجهله للتوقيع أو الخط و أدى اليمين على ذلك كان للطرف (الخصم) الآخر إثبات العكس عن طريق إجراء تحقيق الخطوط.

و يرى الأستاذ زهدور أن موضوع اليمين يجب أن ينحصر في عدم علم الوارث بإمضاء المورث لا عدم معرفة توقيع أو خط مورثه⁽³⁾. فإذا ما دفع الوارث أو الخلف بجهله للتوقيع أو الخط و أدى اليمين على ذلك كان للطرف (الخصم) الآخر إثبات العكس عن طريق إجراء تحقيق الخطوط.

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا ما حصل و أن أقر الوارث أن الختم أو البصمة أو التوقيع

(1): راجع ص 79 و ما بعدها من هذه الرسالة.

(2): ينظر أكثر تفصيلا: محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 169.

(3): محمد زهدور، المرجع السابق، ص 35.

الموجودة على الورقة العرفية صحيح فإنه لا يقبل منه بعد ذلك أن يدفع بجهله هذا التوقيع أو الختم أو البصمة و إنما يجب عليه سلوك طريق الطعن بالتزوير في هذه الحالة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: حجية الورقة العرفية في مواجهة الغير.

لقد نصت على هذه الحجية المادة 328 من القانون المدني الجزائري بقولها: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت و يكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء:

- من يوم تسجيله،
 - من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام،
 - من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص،
 - من يوم وفاة أحد اللذين لهم على العقد خط أو إمضاء.
- غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة "

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري جعل حجية الورقة العرفية تمتد إلى الغير و لكنه قيدها بشرط التاريخ بحيث لا تكون للورقة العرفية حجية تجاه الغير إلا إذا كان التاريخ الوارد عليها ثابتا.

و السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو هل كلمة "غير" تؤخذ بمفهومها العام أم هناك أشخاص محددين ينحصر فيهم مصطلح الغير في مفهوم المادة 328 مدني جزائري أي بعبارة أخرى ما المقصود بالغير في مفهوم المادة 328 من القانون المدني الجزائري؟ و ما المقصود بالتاريخ الثابت؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: المقصود بالغير طبقا للمادة 328 من القانون المدني.

طبقا للقواعد العامة، الغير هو كل شخص أجنبي عن العقد و لكن هل يمكن اعتبار كل أجنبي من الغير حسب نص المادة 328 من القانون المدني؟

(1): داودي ابراهيم، محاضراته، المرجع السابق.

لقد اجتهد الفقه و حاول إعطاء مفهوم للغير أو الذي يحتج في مواجهته بالمحرر العرفي الذي يحمل تاريخا ثابتا، فذهب الأستاذ محمد حسن قاسم أولا إلى استبعاد الأشخاص الذين لا يعتبرون غيرا بالمعنى المقصود - في إطار نص المادة 328 مدني- فاستثنى الأطراف الموقعين على المحرر العرفي الأصيل بالنسبة للمحرر الذي يوقعه النائب سواء كانت النيابة قانونية أو اتفاقية أو قضائية، الخلف العام كالوارث، الدائنون العاديون لما لهم من حق الضمان العام على جميع أموال المدين و يقول في هذا الصدد أن " هؤلاء الأشخاص لا يعتبروا من الغير بصدد تاريخ المحرر العرفي و بالتالي يمكن الاحتجاج عليهم بتاريخه و لو لم يكن ثابتا و ذلك إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ "(1).

و يعرف الأستاذ زهدور الغير بأنه: " كل شخص لم يكن طرفا في المحرر العرفي و لا ممثلا فيه و يصاب بضرر في حقه الذي تلقاه من طرفي المحرر أو بمقتضى القانون. أما إذا كان طرفا في المحرر بشخصه أو بنائب عنه أو كان خلفا عاما كالوارث و الموصى له بجزء من التركة فلا لا يعتبر من الغير و يحتج في مواجهته بتاريخ المحرر العرفي و لو كان غير ثابت "(2).

كما عرف الأستاذ نبيل ابراهيم سعد الغير بأنه: " كل شخص يتأثر حقه الذي تلقاه من أحد طرفي الورقة أو بموجب القانون بثبوت صحة تاريخ هذه الورقة... فلا يعتبر من الغير أطراف الورقة العرفية و كذلك الخلف العام... و لا يعتبر من الغير أيضا الدائنين العاديين، إذ ليس لهم إلا حق الضمان العام على أموال مدينهم، و لا يعتبر من الغير من كان له توقيع على الورقة مثل الضامن أو الشاهد "(3).

وعرفه الأستاذ أحمد نشأت بأنه: " كل شخص لم يكن طرفا في العقد و لكنه نال من أحد المتعاقدين أو اكتسب بمقتضى القانون حقا شخصيا أو عينيا بحيث يضره العقد إذا قدم تاريخه "(4).

(1): محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص175.

(2): محمد زهدور، المرجع السابق، ص37.

(3): نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص133.

(4): أحمد نشأت، المرجع السابق، ص362.

فالغير حسب هؤلاء الفقهاء بالاتفاق هو:

أولاً: الخلف الخاص.

هو الذي يخلف سلفه في جزء من ذمته المالية عكس الخلف العام الذي يخلف سلفه في ذمته المالية كلها إذا انفرد أو في جزء شائع منها إن تعدد⁽¹⁾.

و هو بمفهوم المادة 328 من تلقى من صاحب التوقيع على المحرر العرفي حقا عينيا على شيء معين بالذات أو هو الشخص الذي ينتقل إليه من أحد أطراف التصرف المثبت بالمحرر حق معين كالمشتري بالنسبة للبائع، فلا يحتج بتصرفات البائع في مواجهة المشتري إلا إذا كانت تحمل تاريخا ثابتا، فلو باع شخص منقولا مثلا فلا يحتج على المشتري بإيجاز ما أبرمه البائع على هذا المنقول إلا إذا كان التاريخ ثابتا بالعقد العرفي، فإذا ما فرضنا أن البائع قد باع هذا المنقول لمشتري ثان فإن هذا البيع لا يحتج به في مواجهة المشتري الأول إلا إذا كان عقد البيع حاملا لتاريخ ثابت و سابق على الشراء الأول.

ثانياً: الدائن الحاجز.

كما رأينا الدائن العادي لا يعتبر من الغير بمفهوم المادة 328 لعدم تعلق حقه بعين مفرزة من أموال مدينه و إنما الدائن الحاجز هو الذي يعتبر من الغير في هذا الصدد.

و الدائن الحاجز هو ذلك الدائن الذي وقع حجرا على مال معين من أموال مدينه بغية بيعه و تحصيل حقه من ثمنه.

فإذا ما قام الدائن بحجز منقول معين مملوك لمدينه و تعرض له شخص آخر يدعي أنه مشتري هذا المنقول من مدينه قبل توقيع الحجز، لو صح قوله عدّ هذا الحجز باطلا لوروده على شيء غير مملوك للمدين و لا يكون ادعاؤه صحيحا إلا إذا كان العقد المثبت للشراء ثابت التاريخ و سابقا لتاريخ توقيع الحجز، و من ثم فإن لم يكن عقد الشراء ثابت التاريخ كان الحجز صحيحا و لا يحتج به على الدائن الحاجز.

(1): محمد حبار (الأب)، محاضراته، المرجع السابق.

و ينظم إلى الدائن الحاجز الدائن الذي يتدخل في إجراءات التنفيذ بعد توقيع الحجز من قبل غيره من الدائنين و قبل توزيع ثمن المال المحجوز فيصبح شأنه شأن الدائن الحاجز⁽¹⁾.

و نفس الأمر بالنسبة لدائني المفلس و المعسر، فإذا ما أشهر إفلاس التاجر فإن جماعة الدائنين تصبح من الغير بالنسبة لتصرفاته، فلا تكون هذه التصرفات نافذة في حق الدائنين إلا إذا كان لها تاريخ ثابت و سابق على شهر الإفلاس⁽²⁾.

إن و كما رأينا لا يحتج بالمحرر العرفي في مواجهة الغير إلا إذا كان ثابت التاريخ، فما المقصود بالتاريخ الثابت في مفهوم المادة 328 من القانون المدني؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه في ما يلي.

الفرع الثاني: حالات اكتساب الورقة العرفية للتاريخ الثابت.

إن المادة 328 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر نصت على الحالات التي يكون فيها التاريخ ثابتا و هي أربعة حالات وردت على سبيل الحصر لا المثال و هي:

أولاً: التسجيل.

يقصد بالتسجيل قيد ملخص المحرر العرفي في سجل خاص من طرف الضابط العمومي و الذي يوقعه هذا الأخير مع صاحب الشأن و يضع ختمه عليه⁽³⁾. فإن هذا التسجيل يمنح للمحرر العرفي تاريخا ثابتا.

و تجدر الملاحظة أن قانون المالية لسنة 1992⁽⁴⁾ منع تسجيل المحررات العرفية و أوجب أن تفرغ جميع العقود الخاضعة للتسجيل لمحرر رسمي صادر عن موظف عام

(1): سليمان مرقس، المرجع السابق، ص250.

(2): عبد الودود يحيى، الموجز في قانون الإثبات. دار النهضة العربية، ط 1، سنة 1988، ص63.

(3): محمد زهدور، المرجع السابق، ص38.

(4): قانون رقم 91-25 المؤرخ في 18-12-1991 المتضمن قانون المالية، جريدة رسمية رقم 65.

(الموثق) و ذلك في مادته 63 التي أحدثت أحكاما مختلفة من قانون التسجيل و بالضبط جاءت المادة 351 التي نصها كآآتي: " يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية، المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها، التنازل عن الأسهم و الحصص في الشركات، الإيجارات التجارية إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، العقود التأسيسية أو تعديلية للشركات ".

و نتيجة لهذا يرى الفقه أن هذه الحالة أي التسجيل سقطت بموجب قانون المالية لسنة 1992⁽¹⁾.

ثانيا: من يوم ثبوت مضمونه في محرر رسمي.

يكتسب المحرر العرفي تاريخا ثابتا إذا ما أشير إليه في محرر رسمي و يكون هذا الأخير عبارة عن حكم قضائي أو محضر للضبطية القضائية أو محضر المحضر القضائي أو أي محرر يكون مصدره موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة بشرط أن يذكر هذا المحرر البيانات الجوهرية للمحرر العرفي و أن يحدد موضوعه تحديدا دقيقا مع ذكر الأطراف و تاريخ التحرير.

و مثاله أنه قد يشار في حكم قضائي إلى مضمون المحرر العرفي الذي يشكل حيثيات الحكم كأن يشار في الحكم إلى أن المدعي قدم محررا عرفيا يتضمن عقد إيجار⁽²⁾ التزم المدعي عليه (المستأجر) بدفع مبلغ 25.000 دج شهريا للمدعي (المؤجر) عند بداية كل شهر فتاريخ صدور هذا الحكم يمثل التاريخ الثابت للمحرر العرفي (المتضمن عقد الإيجار) الذي يحتج به في مواجهة الغير (مشتري العقار) باعتباره خلفا خاصا للمدعي (البائع المؤجر) فيلزم بعقد الإيجار الذي أبرمه المدعي قبل البيع⁽³⁾. فتاريخ صدور الحكم هو التاريخ الثابت للمحرر العرفي.

(1): داودي ابراهيم، محاضراته، المرجع السابق.

(2): قبل صدور المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01-03-1993 المتعلق بالنشاط العقاري و المرسوم التنفيذي رقم 94-69 المؤرخ في 19-03-1994 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي 93-03 المذكور أعلاه.

(3): مشار إليه في محاضرات داودي ابراهيم، المرجع السابق.

ثالثا: من يوم التأشير عليه من طرف ضابط عام مختص.

غالبا ما تتمثل هذه الحالة في مصادقة ضابط الحالة المدنية على توقيعات أطراف المحرر العرفي. فيعد التاريخ الذي يدونه ضابط الحالة المدنية التاريخ الثابت للمحرر العرفي كما قد يؤشر القاضي على المحرر العرفي المقدم في الدعوى لتسليمه إلى الخصم للاطلاع عليه⁽¹⁾. أو يقدم المحرر إلى خبير منتدب قضائيا فيؤشر عليه أو يثبتته في محضر خبرته.

و أضاف الأستاذ أحمد نشأت التأشير الذي يقوم به المحكم على مستند عرض عليه في النزاع الذي حكم فيه⁽²⁾. و لكن السؤال المطروح هل المحكم يعد ضابطا عاما؟ فالتحكيم كما هو معلوم يقوم به أشخاص عاديون غالبا ما يكونوا ذوي خبرة في المجال الذي يُحكمون فيه بالإضافة إلى ذلك نص المادة 454 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري التي تنفي أية حجية لحكم المحكمين في مواجهة الغير بقولها: " لا يحتج بأحكام التحكيم قبل الغير "، مما يدفعنا إلى مخالفة هذا الرأي و إبعاد ما أتى به كمثال للحالة التي ندرسها حاليا.

رابعا: من يوم وفاة أحد اللذين لهم على العقد خط أو إمضاء.

إذا حدث و أن توفي شخص له خط أو إمضاء أو بصمة على المحرر العرفي كان تاريخ وفاته هو التاريخ الثابت للمحرر العرفي ذلك أن تاريخ الوفاة دليل قاطع على أن المحرر العرفي صدر قبل وفاة هذا الشخص أو أن المحرر العرفي كان موجود يوم الوفاة على الأقل - و إن كنا نخالف هذا الرأي فلو افترضنا مثلا أن المتوفى توفي قبل وجود أي محرر و قام أحد الأشخاص بإبصامه على المحرر الذي أعده بعد وفاته لغرض ما مما يدفعنا إلى القول بعدم قطعية الدليل -.

و بما أن الوفاة واقعة مادية فإنها تثبت بكافة وسائل الإثبات و لكن غالبا ما تثبت بشهادة الوفاة المستخرجة من سجلات الوفيات بالبلدية.

و يرى الأستاذ يحيى بكوش أنه في حالة ما إذا اعتبر المحرر الرسمي مجرد محرر

(1): داودي ابراهيم، محاضراته، المرجع السابق.

(2): أحمد نشأت، المرجع السابق، ص420.

عرفي لعيب من العيوب فإن وفاة الموثق تمنح لهذا المحرر تاريخا ثابتا⁽¹⁾.

هذه هي الحالات الأربعة التي يكون فيها تاريخ المحرر العرفي تاريخا ثابتا يحتج به في مواجهة الغير إلا أن المشرع الجزائري في نص المادة 328 من القانون المدني نص على حالة يمكن فيها الاحتجاج بالمحرر العرفي قبل الغير حتى وإن لم يكن حاملا لتاريخ ثابت، تتمثل هذه الحالة في المخالصات (les quittances) فيمكن للقاضي و حسب الظروف قبول مخالصة لا تحمل تاريخا ثابتا كما لو أثبت المدين تحرره من الدين بمخالصة.

بهذا نكون قد انتهينا من دراسة الكتابة بنوعها الرسمية و العرفية (الباب الأول) لننتقل لدراسة التوقيع الالكتروني و حجيته في الإثبات فبهذا عنون الباب الثاني من هذه الدراسة لتتم مقارنته بالأحكام التقليدية في الإثبات التي سبق و أن رأيناها في البابين السابقين.

(1): يحيى بكوش، المرجع السابق، ص144.

الباب الثاني: التوقيع الإلكتروني و حجيته في الإثبات.

نظرا للتطور التكنولوجي الحديث شهد العالم ثورة معلوماتية هائلة طغت على وسائل المعرفة الأخرى مما ألزمت الدول و الأفراد على حد سواء بناء علاقاتهم و تعاملاتهم وفقا لهذه المعلومات.

فبعد إنشاء شبكة الأنترنت أصبحت وسيلة للربط بين مراكز الاتصال في العالم بشكل سريع جدا مما دفع بالمشرعين إلى إيجاد نظام قانوني يحكم هذه التعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت.

و فضلا عن ذلك أدى التوسع في التعاملات الإلكترونية إلى تقليل الاعتماد على المستندات الورقية التقليدية لتحل محلها المخرجات الجديدة للحاسب الآلي كالأشرطة الممغنطة و الأقراص المدمجة و ما إلى ذلك من الوسائل التكنولوجية الحديثة.

و إزاء هذا التطور السريع كان من الضروري الوقوف على كيفية إثبات التصرفات القانونية التي تتم عبر الحاسب الآلي دون استخدام الأوراق التقليدية و معرفة مدى حجية مخرجات هذه الوسائل في الإثبات و كذا مدى تكيف هذه الوسائل مع النصوص الحالية للإثبات.

و كنتيجة لذلك لم تعد الوسيلة التقليدية في إثبات التصرفات القانونية و هي الكتابة ملائمة للتعاقدات الحديثة التي تتم في الشكل الإلكتروني و بما أن الكتابة باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات التقليدية لا تكون لها حجية إلا إذا احتوت على توقيع (تقليدي) يُنسب الورقة إلى من وقعها، فكيف تُضفى الحجية على المخرجات الإلكترونية و هي خالية من التوقيع التقليدي؟

حلا لهذا الإشكال ظهر ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني كبديل عن التوقيع التقليدي هذا من الناحية التقنية، و لكن هل لهذا التوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات؟ و هل منحه المشرع الجزائري نفس الحجية التي يتمتع بها التوقيع التقليدي مثله مثل بقية المشرعين الآخرين سواء العرب منهم أو الغربيين؟

كل هذه الأسئلة نحاول الإجابة عنها من خلال هذه الدراسة في إطار هذا الباب و لكن قبل الإجابة عنها لابد من معرفة أولا ماهية التوقيع الإلكتروني أي معناه و كيف يتم الحصول عليه و ما هي أشكاله و كذا تطبيقاته لتأتي بعد ذلك مسألة حجته أي دراسة التوقيع الإلكتروني من الناحية القانونية. لهذا نقسم هذا الباب إلى فصلين اثنين نخصص الفصل الأول لدراسة التوقيع الإلكتروني من الناحية التقنية أما الفصل الثاني فسنخصصه لدراسته من الناحية القانونية و هذا اتبعا كما يلي.

الفصل الأول: التوقيع الإلكتروني من المنظور التقني.

كما سبقت الإشارة إن التوقيع الإلكتروني ظهر كنتيجة للتطور الهائل الذي عرفته المعلوماتية و حل محل التوقيع التقليدي الذي كان و مازال يلعب دورا هاما في معرفة هوية مُحرر المستند التقليدي فهو الذي يضيف عليه الحجية.

فما معنى هذا التوقيع (الإلكتروني) و كيف يتم و ما هي خصائصه و كذا أشكاله و تطبيقاته؟ إذ لابد من دراسة التوقيع الإلكتروني من الجانب التقني لتوصل إلى مفهومه و مصدره و الطريقة التي نتوصل بها إلى تشكيل توقيع إلكتروني. فبعد أن تتضح لنا الأمور التقنية ننتقل لدراسته (التوقيع الإلكتروني) من الناحية القانونية.

لهذا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين خصصنا المبحث الأول لماهية التوقيع الإلكتروني و في المبحث الثاني تناولنا دراسة أشكاله و تطبيقاته.

المبحث الأول: ماهية التوقيع الإلكتروني.

إن مصداقية المعلومات التي يتم نقلها و تحويلها عبر شبكة الانترنت و تحديد شخصية طرفي العمليات التعاقدية تكمن في ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني لهذا خصصنا هذا المبحث لدراسة التوقيع الإلكتروني تقنيا أي عرض تبسيطي لفكرة التوقيع الإلكتروني و إبراز أهميته في مطلب أول و بيان خصائصه في مطلب ثان.

المطلب الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني و أهميته.

في إطار هذا المطلب سنتطرق لمفهوم التوقيع الإلكتروني و كيفية الحصول عليه و ذلك في الفرع الأول لنتقل بعد ذلك إلى إبراز أهميته مخصصين لها فرع مستقل و هو الفرع الثاني و ذلك اتباعا كما يأتي.

الفرع الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني.

إن التوقيع الإلكتروني هو عبارة عن ملف رقمي صغير (شهادة رقمية) تصدر عن إحدى الهيئات المتخصصة والمستقلة و معترف بها من الحكومة تماما و في هذا الملف يتم تخزين اسم المتعامل و بعض المعلومات المهمة الأخرى مثل رقم التسلسل و تاريخ انتهاء الشهادة و مصدرها، و هي تحتوي عند تسليمها على مفتاحين (المفتاح العام و المفتاح الخاص).

أما المفتاح الخاص فهو يعبر عن التوقيع الإلكتروني الذي يميز صاحبه عن بقية الناس و أما المفتاح العام فيتم نشره في الدليل و هو متاح للعامة من الناس⁽¹⁾.

و كما عرفه البعض الآخر هو عبارة عن وسيلة تسمح بضمان هوية المرسل و مراقبة سلامة الرسالة المرسلة⁽²⁾.

و عن كيفية التوقيع إلكترونيا فيتم عن طريق عدة مراحل⁽³⁾ نوجزها في ما يلي:

أولاً: في الحاسب الآلي المستندات تكون محفوظة في شكل إلكتروني و هي مجموعة من الأرقام المتتابعة 0 أو 1.

ثانياً: في العالم الإلكتروني العلامة الشخصية هي عبارة عن مفتاح يسمى مفتاح التشفير (clé de chiffrement) فلكي يوقع مستند إلكترونيا لابد من تشفيره.

ثالثاً: لقراءة المستند المشفر علينا استعمال مفتاح فك التشفير (clé de déchiffrement).

رابعاً: كل من مفتاح التشفير (clé de chiffrement) و مفتاح فك التشفير (clé de déchiffrement) يُمنحان معا من طرف هيئة مختصة.

(1): جوريسبيدا، موقع إلكتروني خاص بالتوقيع الإلكتروني: <http://www.Jorispida.com>.

(2) : Renard Isabelle, vie la signature électronique.Delmas express,ed 2002,p19.

(3): ينظر أكثر تفصيلا: <http://www.Formation.ssi.gouv.Fr/signature.Final1-1htm>.

خامسا: هذين المفتاحين هما عبارة عن عناصر حساب (des éléments de calcul) مستعملة من قبل أنظمة التشفير و غالبا ما يحفظان في أشرطة ممغنطة أو بطاقة ذات رقاقة إلكترونية (une carte à puce).

سادسا: مفتاح التشفير يسمى أيضا " المفتاح الخاص " (clé privée) و كما يدل عليه اسمه هو مفتاح خاص بالموقع فقط لا غير و هذا المفتاح هو فريد من نوعه يحتفظ به الموقع و يستخدمه في التوقيع.

سابعا: للسماح للأشخاص الآخرين (الغير) بقراءة المستندات تمنح لهم صور من مفتاح فك التشفير و هو ما يسمى بالمفتاح العام (clé publique) الذي يستخدمه الغير ليستعرضوا الرسائل المرسله إليهم من صاحب التوقيع.

ثامنا: إذن حسب ما سبق، لتوقيع مستند إلكتروني يتم تشفيره بواسطة المفتاح الخاص و لقراءته لا بد من استعمال المفتاح العام، فالتوقيع هو عبارة عن تشفير النص بالمفتاح الخاص و عند فك التشفير بالمفتاح العام يتضح أن النص يحمل توقيع المرسل.

و لنضرب مثلا ليتضح الأمر أكثر فلو افترضنا أن (أ) يريد إرسال رسالة موقعة إلكترونيا إلى (ب)، (أ) سيقوم باستخدام برنامج خاص به يقوم من خلاله بتشفير الرسالة و ذلك بواسطة المفتاح الخاص فيكون هذا هو التوقيع الإلكتروني و بعدها يتم إرسال الرسالة إلى (ب).

(ب) عندما يستقبل الرسالة يقوم بعملية عكسية أي يعمل على فك شفرة التوقيع الإلكتروني الخاص ب (أ) باستخدام المفتاح العام الخاص ب (أ) فإذا ما نجحت العملية أي فك التشفير هذا دليل على أن التوقيع هو توقيع (أ) لأنه تم فك توقيعه بواسطة مفتاحه العام.

يتضح مما سبق أن التوقيع الإلكتروني هو عبارة عن عملية تشفير نص و بعد ذلك فك تشفيره، فبرامج التشفير تعتمد على شكلين أساسيين و هما الترميز (التشفير) و فك الترميز (فك التشفير).

فالترميز يتم على البيانات و التي تسمى المادة الخام و هي تحتوي على مجموعة من الحروف و الأرقام مفهومة و مقروءة و التي يتم تحويلها إلى مادة غير مقروءة تسمى المادة

و أما فك الترميز فهو عملية عكسية للترميز و التي يتم بموجبها إعادة المادة الغير مقروءة إلى أصلها المقروء⁽¹⁾.

هذا عن مفهوم التوقيع الإلكتروني تقنيا فماذا عن أهميته و الدور الذي يلعبه؟

الفرع الثاني: أهمية التوقيع الإلكتروني.

إن التوقيع الإلكتروني يلعب دورا هاما في إرساء نوع من الأمن و الخصوصية للمتعاملين مع شبكة الانترنت من خلال قدرته في الحفاظ على سرية المعلومات أو الرسالة المرسله و عدم قدرة أي شخص آخر الاطلاع أو تعديل أو تحريف الرسالة.

كما أنه بواسطة التوقيع الإلكتروني تحدد شخصية و هوية المرسل و المستقبل إلكترونيا و التأكد من مصداقية هذه الشخصيات⁽²⁾.

فشبكة الانترنت رغم المزايا التي تتمتع بها إلا أنها تكتسبها عيوب، و من هذه العيوب انتهاك الخصوصية و التصنت أي التعرض للمعلومات و سرقة حسابات بطاقات الائتمان تعديل البيانات و فيه تتعرض البيانات للهجوم و يقوم المتدخل بتعديلها، الخداع و في هذه الحالة يقوم المتطفل بتقمص شخصية شخص آخر و التعامل على الشبكة بهذه الشخصية. و مواجهة لكل هذه العيوب اخترع ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني إذ يشكل ضمانا كافية تحمي المنخرطين في شبكة الأنترنت و التعامل معها بكل ثقة و اطمئنان.

و بالنتيجة و كما سبق توضيحه سابقا تبرز أهمية تشفير البيانات لضمان سريتها عند تنقلها عبر الشبكة حيث تقوم عملية التشفير على مفهوم أساسي مفاده أن كل معلومة تم

(1): عبد الله مسفر الحيان، حسن عبد الله عباس، التوقيع الإلكتروني. دراسة نقدية لمشروع وزارة التجارة و الصناعة الكويتية، مجلة العلوم الاقتصادية و الإدارية، المجلد 19، العدد 1، ص8.

(2) : Mohamed Fares, le législateur Français crée l'acte authentique électronique.

مجلة الموثق، العدد 12، سنة 2005، ص26.

تشفيرها تحتاج لفكها و إعادتها إلى وضعها الأصلي من قبل صاحبها و ذلك باستخدام مفاتيح خاصة و بهذا تضمن سلامة المستند المرسل و التأكد من هوية المرسل معا.

و التشفير أنواع، فهناك نوع من التشفير يستخدم فيه مفتاح واحد للتشفير و فك التشفير و هناك نوع آخر يستخدم فيه مفتاحين واحد للتشفير و الآخر لفك التشفير إلى جانب أنواع أخرى، و كل هذه الأنواع تشكل ما يسمى بصور أو أشكال التوقيع الالكتروني التي سيتم التطرق إليها لاحقا من خلال هذه الدراسة⁽¹⁾.

و كما للتوقيع الالكتروني أشكال متعددة إلا أنها تتفق جميعا في خصائص معينة يجب توافرها للاعتداد بها و التي هي تشكل موضوع المطلب التالي.

المطلب الثاني: خصائص التوقيع الالكتروني.

إن التوقيع الالكتروني يجب أن يتمتع بخصائص معينة تستخلص مما سبق ذكره من خلال تعريفه ، و هذه الخصائص تتمثل في ما يلي:

- أولا: تمييز هوية صاحب التوقيع.
- ثانيا: التعبير عن إرادة صاحب التوقيع.

لهذا و تبعا لما قيل سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الفرع الأول لدراسة الخاصية الأولى ألا و هي تمييز هوية صاحب التوقيع في حين أننا سنتناول في الفرع الثاني الخاصية الثانية و المتمثلة في التعبير عن إرادة صاحب التوقيع.

الفرع الأول: تمييز هوية صاحب التوقيع.

إن التوقيع يجب أن يحدد شخص الموقع و يبين هويته و يميزه عن غيره من الأشخاص لأن التوقيع كأصل عام بغض النظر عن كونه إلكترونيا أو تقليديا هو علامة شخصية مميزة لصاحبه يمكن من خلالها تمييز الموقع عن غيره من الأشخاص.

(1): ينظر ص130 من هذه المذكرة.

فالتوقيع الإلكتروني يجب أن يدل على موقعه مما يشترط فيه أن يكون متعلقاً بشخص واحد معين بذاته لهذا ذهب البعض في تعريفه له إلى أنه عبارة عن: " مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه الإجراءات و قبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبةه"⁽¹⁾.

يظهر من خلال هذا التعريف أن التوقيع يعبر عن شخصية الموقع، و هذا الأخير يرد إسمه في بطاقة تسمى بشهادة اعتماد التوقيع و هي شهادة إلكترونية تربط بين أداة التوقيع و بين شخص معين و يكون من شأنها تأكيد شخصية صاحب التوقيع، و تُمنح هذه الشهادة من قبل جهة مختصة بتقديم هذه الخدمات تكون معتمدة من طرف الدولة.

تحتوي هذه الشهادة على عدة بيانات نوجزها في ما يلي:

أولاً: تعريف صاحب التوقيع فيدون فيها اسم و عنوان و مهنة صاحب التوقيع و كل بيان يساعد في تعريف هذا الأخير.

ثانياً: المفتاح العام لصاحب التوقيع فمن خلاله يستطيع المرسل إليهم مراقبة صحة التوقيع الإلكتروني و مصدره.

ثالثاً: الهيئة التي منحت المفاتيح ليتمكن المرسل إليه من الاتصال بهذه الهيئة للتحقق من هوية المرسل.

رابعاً: رقم الشهادة، فعند اتصال المرسل إليه بالهيئة التي منحت المفاتيح يُقدم لها هذا الرقم للتأكد من صحة التوقيع و المرسل.

خامساً: توقيع الشهادة من طرف الهيئة المختصة.

هذا عن الخاصية الأولى أما الخاصية الثانية فسنوجزها في ما يلي.

(1): قدرى عبد الفتاح الشهاوي، قانون التوقيع الإلكتروني و لائحته التنفيذية و التجارة الإلكترونية في التشريع المصري و العربي و الأجنبي. دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، سنة 2005، ص19.

الفرع الثاني: التعبير عن إرادة صاحب التوقيع.

يجب أن يوضح التوقيع ارتباط صاحب التوقيع بـمضمون المستند الإلكتروني المرسل أي أن يعبر عن إرادة الموقع في الالتزام بالتصرف القانوني الذي يتضمنه المحرر الإلكتروني⁽¹⁾.

فبمجرد قيام الموقع بالتوقيع إلكترونياً فإن ذلك يفيد رضاه و التزامه بما تم التوقيع عليه طالما أن توقيعه صحيح و ينسب إليه خاصة إن تم التوقيع باستعمال نظام التشفير بالمفتاحين العام و الخاص⁽²⁾، فاستعمال الموقع المفتاح الخاص لتشفير المستند المتضمن الالتزام الذي يتعهد به دليل على رضائه بمضمون المستند بناء على أن المفتاح الخاص هو مفتاح سري لا يعرفه و لا يمكن استعماله إلا من طرف صاحب التوقيع و الذي يظهر اسمه و بياناته في شهادة اعتماد التوقيع.

و أخيراً و لتحقيق الميزتين معا أي تمييز هوية صاحب التوقيع و التعبير عن إرادته يجب أن يكون التوقيع مرتبطاً بشخص واحد لا غير و لا يكون كذلك إلا إذا كان له طابعاً متفرداً يسمح بتحديد هوية الموقع و يميزه عن غيره من الأشخاص.

و كما علمنا سابقاً للتوقيع الإلكتروني أشكال متعددة و يطبق في مجالات عديدة سنحاول دراستها بشيء من التفصيل في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: أشكال التوقيع الإلكتروني و تطبيقاته.

إن التوقيع الإلكتروني يتمثل في البرنامج أو الأسلوب الذي يتم به إثبات صحة الرسالة الإلكترونية و يتحقق ذلك كما رأينا عن طريق استخدام مفاتيح التشفير مما يجعل و بالضرورة كل رسالة إلكترونية تتميز بتفرد التوقيع الإلكتروني المتضمنة له.

(1): ممدوح محمد علي مبروك، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات. دراسة مقارنة بالفقه

الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، سنة 2005، ص140.

(2): راجع ص125 من هذه المذكرة.

فنظام التوقيع الإلكتروني يقوم على أساس عملية التشفير، و التشفير يتم بطرق مختلفة فهناك من التشفير من يعتمد على مفتاح واحد و هناك من يعتمد على مفتاحين بالإضافة إلى أنواع أخرى، و كل نوع من هذه الأنواع إلا و يجد له تطبيقا في الحياة العملية في مجال معين.

لذلك سنتناول في هذا المبحث أشكال التوقيع الإلكتروني مخصصين له المطلب الأول ثم نوضح التطبيقات المختلفة له و ذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أشكال التوقيع الإلكتروني.

تتعدد أشكال التوقيع الإلكتروني و أنواعه بحسب الوسيلة أو التقنية التي تستخدم في إنشاء التوقيع، و من هذه الأشكال أو الصور و التي ستنم دراستها استقلالا في فروع متتالية كما يلي:

- أولا: التوقيع الرقمي.
- ثانيا: التوقيع البيومترى.
- ثالثا: التوقيع بالقلم الإلكتروني أو بالماسح الضوئي.
- رابعا: التوقيع الكودي.

الفرع الأول: التوقيع الرقمي.

التوقيع الرقمي يقوم على أساس تحويل المحرر المكتوب من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية لا يمكن لأحد أن يعيدها إلى الصيغة المقررة ماعدا الشخص الذي يملك المعادلة الخاصة بذلك و التي يطلق عليها المفتاح⁽¹⁾.

و هذا النوع من التوقيعات الإلكترونية (التوقيع الرقمي) يعتبر أكثر أمانا و سرية و آخر ما توصلت إليه التكنولوجيا فهو يعتمد على استخدام طريقة حسابية باستعمال مفتاحين مختلفين و إن كانا مرتبطين رياضيا⁽²⁾ و هذا ما يعرف بنظام التشفير اللا متناظر أو نظام

(1): عبد الله مسفر الحيان، حسن عبد الله عباس، المرجع السابق، ص21.

(2): قدرى عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص400.

" شفرة المفتاح العام " ، حيث يستعمل الطرف الموقع على الرسالة ما يعرف بالمفتاح الخاص لوضع التوقيع الرقمي و هو مفتاح يحتفظ به الموقع و يحفظه على درجة عالية من السرية فمن الضروري أن يظل سرياً. بينما يستعمل الطرف الآخر (مستقبل الرسالة) المفتاح العام للتحقق من صحة التوقيع الرقمي الموضوع بواسطة المفتاح الخاص و هو معروف لأكثر من شخص يستطيع بموجبه فك شفرة النص الذي تم تشفيره بواسطة المفتاح الخاص.

فالتشفير يمنع الاطلاع على محتويات الرسالة و يضمن بذلك سرية المعلومات المتبادلة و لكنه في نفس الوقت لا يمنع تخريب مضمون الرسالة من تغييرها أو إتلافها أي لا يضمن تطابق محتواها عند وصولها لأمع محتوى الرسالة الأصلية عند إرسالها لذلك اخترع ما يسمى بالبصمة الالكترونية يتم الحصول عليها وفقاً لخوارزميات معينة أي عن طريق إجراء حسابات رياضية معقدة على الرسالة.

تتكون هذه البصمة من بيانات لها طول ثابت يتراوح بين 128 و 160 بت⁽¹⁾ تمكن من تمييز الرسالة الأصلية و التعرف عليها بدقة حيث أن أي تغيير في الرسالة و لو بت واحد سيؤدي إلى الحصول على بصمة إلكترونية مختلفة⁽²⁾.

و لكن غالباً ما يكون حجم الرسالة كبيراً و بالتالي كلفة الانتقال على الشبكة تكون أعلى لهذا وجدت خوارزمية الهاش⁽³⁾ (une fonction de hachage) أو ما يعرف باللغة الانجليزية بـ « message digest » و هذه الخوارزمية تستخدم لتحويل الرسالة الأصلية إلى جزء أصغر و من ثم يتم تشفير الرسالة المصغرة باستعمال المفتاح الخاص و يستقبل الطرف الآخر الرسالة المشفرة و يتم فك تشفير الرسالة بواسطة المفتاح العام.

فهذه الخوارزمية تشبه نوعاً ما بصمة الإصبع التي تؤخذ من الإنسان فمهما اختلف حجم الإنسان نتحصل تقريبا على نفس بصمة الإصبع.

(1): بت هي وحدة (Bits).

(2): عبد المجيد ميلاد، تشفير البيانات و التوقيع الالكتروني. مقال منشور في موقع عبد المجيد ميلاد في تكنولوجيا المعلومات: <http://www.Abdel-Magid.M.Rad.com>

(3): ينظر أكثر تفصيلاً: أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الالكتروني. دراسة مقارنة مقال منشور على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي: <http://www.Arablawinfo.com>

و رغم أن التوقيع الإلكتروني يضمن التحقق من صحة الرسالة ومصدرها و كذا سلامتها و عدم تحريفها إلا أنه لا يُمكن من التحقق من هوية المرسل حيث أن متلقي الرسالة يحتاج إلى التحقق من أن المرسل هو الشخص الذي يدعي ذلك، لهذا وجد طرف ثالث موثوق فيه يربط كل من المفتاحين العام و الخاص المستخدمان في التوقيع الرقمي بالشخص الذي استخدمه أي التوقيع و هذا الطرف الثالث يتمثل في هيئة تسمى بسلطات التصديق التي تمنح ما يسمى " شهادة التصديق الإلكتروني " التي تعتبر كضمان لعدم إنكار أحد الطرفين توقيع الوثيقة المرسله إلكترونيا و دلالة واضحة على أن الموقع يملك المفتاح الخاص و بالتالي هو الذي قام بالتوقيع⁽¹⁾.

و هذه الشهادة تحتوي على بيانات تبين هوية الموقع و كل ما يتعلق بشخصه⁽²⁾. و تقوم جهة التصديق بضمان وصول الرسالة عن طريق تقديم وصل استلام.

و خلاصة لما سبق ذكره التوقيع الرقمي هو توقيع يسمح بالتأكد من هوية صاحب الرسالة و التأكد أيضا من عدم تحويرها أثناء نقلها و هو يعتمد على الخوارزمية التي يستعملها المرسل لتحويل الرسالة الأصلية إلى رسالة مشفرة بواسطة المفتاح الخاص و يمكن للمرسل إليه فك هذه الرسالة المشفرة باستخدام المفتاح العام ليقارنها بالرسالة الأصلية و من تم التحقق من صحة التوقيع و صاحبه.

الفرع الثاني: التوقيع البيومتري.

التوقيع البيومتري هو نوع من التوقيعات الإلكترونية التي يعتمد بشكل أساسي على الخصائص الذاتية للإنسان و من أبرزها قزحية العين⁽³⁾ و بصمة الإصبع و نبيرة الصوت و بصمة الشفاه و درجة ضغط الدم و غير ذلك من الصفات الجسدية و السلوكية.

و لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل يمكن اعتبار خصائص الإنسان الذاتية وسيلة من وسائل التوقيع الإلكتروني؟ أي هل تصلح لذلك؟

للإجابة على هذا السؤال لابد من معرفة كيف يتم هذا التوقيع أي التوقيع بيومتريا؟

(1): ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص19.

(2): راجع ص129 من هذه الرسالة.

(3): هي الجزء الموجود خلف قرنية العين و الذي يعطي للعين لونها و هي تختلف من شخص إلى آخر.

يتم هذا التوقيع عن طريق أجهزة تقوم بإدخال المعلومات إلى الحاسب الآلي كالفأرة و لوحة المفاتيح التي تقوم بالتقاط صوت الموقع أو صورة دقيقة لعينه أو بصمة إصبعه و يتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسب الآلي، و للتحقق من صحة التوقيع يعاد فك التشفير و ذلك لمقارنة صفات الموقع مع الصفات التي تم تخزينها في الحاسب الآلي⁽¹⁾.

و تجدر الإشارة إلى أنه حتى و لو أن ارتباط هذه الخصائص الذاتية بالإنسان تسمح بتمييزه عن غيره إلا أنه من الممكن أن تخضع الذبذبات الحاملة للصوت أو الصورة أو بصمة الإصبع أو شبكة العين للنسخ و إعادة الاستعمال كما يمكن إدخال تعديلات عليها مما يجعل هذا التوقيع أقل أماناً لذلك يرى بعض الفقهاء أن التوقيع البيومتري يتطلب استخدام منظومة بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة حيث تضمن انتقاله دون القدرة على التلاعب فيه بالإضافة إلى توافر الضوابط الفنية و القانونية للاعتداد به كتوقيع⁽²⁾.

الفرع الثالث: التوقيع بالقلم الإلكتروني أو عن طريق الماسح الضوئي.

إلى جانب التوقيع الرقمي و التوقيع البيومتري يوجد ما يسمى بالتوقيع بالقلم الإلكتروني (باللغة الانجليزية: pen-op) أو عن طريق الماسح الضوئي.

فبموجب هذا الشكل من التوقيع يتم نقل التوقيع اليدوي (التقليدي) عن طريق التصوير بالماسح الضوئي (scanner) و من ثم يقوم المعني بالأمر بنقل التوقيع إلى الملف أو الوثيقة المراد توقيعها، فالتوقيع ابتداء يدوي و ينقل إلى الشكل الإلكتروني بواسطة الماسح الضوئي.

و لكن ما يلاحظ على هذا النوع من أنواع التوقيع الإلكتروني أنه لا يتمتع بأي درجة من درجات الأمان التي يمكن أن تحقق الثقة في التوقيع حيث أن المرسل إليه يمكنه الاحتفاظ بنسخة من صورة التوقيع و يعيد لصقها على أي وثيقة من الوثائق الإلكترونية و يدعي أن واضعها هو صاحب التوقيع الفعلي، لذلك فهذا النوع من التوقيع لا يمكن الاعتداد به قضاء

(1): سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني. ماهيته، صورته، حجيته في الإثبات بين التدويل و الاقتباس دار الجامعة الجديدة للنشر، ط 1، سنة 2004، ص70.

(2) : Lamberterie, la valeur probatoire des documents informatiques dans les pays de la C E E, revue internationale du droit comparatif, ed 1992, p15.

كما سيأتي بيانه لاحقا من خلال هذه الدراسة.

أما التوقيع بالقلم الإلكتروني فصورته تتمثل في قيام الموقع بكتابة توقيعه الشخصي باستخدام قلم إلكتروني ضوئي خاص و حساس يمكنه الكتابة على شاشة جهاز الحاسب الإلكتروني عن طريق برنامج خاص يقوم بخدمة التقاط التوقيع و التحقق من صحته بالاستناد إلى حركة هذا القلم على الشاشة و الأشكال التي يتخذها من دوائر أو انحناءات أو التواءات أو نقاط أو درجة الضغط بالقلم و غير ذلك من سيمات التوقيع الشخصي الخاصة بالموقع و الذي يكون قد سبق تخزينه بالحاسب الآلي⁽¹⁾.

و يحتاج هذا النوع من التوقيعات إلى تقنية عالية و نوع خاص من الحسابات يقبل الكتابة على شاشته مباشرة⁽²⁾.

الفرع الرابع: التوقيع الكودي.

يقصد بالتوقيع الكودي أو السري استخدام مجموعة من الأرقام أو الحروف أو كليهما يختارها صاحب التوقيع لتحديد هويته و شخصيته و يتم تركيبها و ترتيبها في شكل كودي معين بحيث لا يعلمها إلا صاحب التوقيع فقط و من يبلغه بها⁽³⁾.

هذا النوع من التوقيع يعتمد على مفتاح واحد للتشفير و فك التشفير عكس التوقيع الرقيم الذي يعتمد على مفتاحين كما رأينا سابقا أي مفتاح عام للتشفير و مفتاح خاص لفك التشفير.

(1): عايض راشد عايض المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية.

أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1998، ص113.

(2): أيمن سعد سليم، التوقيع الإلكتروني. دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص 27.

عبد العزيز المرسي حمود، مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية ط 1، سنة 2005، ص33.

(3): ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية. مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط 1، سنة 2003، ص158.

و للحصول على هذا التوقيع نتبع الخطوات التالية⁽¹⁾:

أولاً: نرفق كل حرف من الحروف الأبجدية برقم معين كالتالي:

أ	ب	ت	ث	ج	ح	خ	د	ذ	ر	ز	س	ش	ص
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14
ض	ط	ظ	ع	غ	ف	ق	ك	ل	م	ن	ه	و	ي
15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28

ثانياً: نقوم بترميز النص و ذلك بإلحاق كل حرف منه بالرقم المرفق و نضيف لكل حرف من أحرف النص، حرف من الكلمة التي تسمى المفتاح و الذي هو بدوره يكون قد رمز برقم مع الإشارة أن كلمة السر أي المفتاح هي التي يختارها المعني بالأمر و التي ينبغي حفظها. و لنضرب مثالا على ذلك: النص هو: "نلتقي على الساعة السادسة" و المفتاح هو كلمة "صباح"، فالتشفير يكون كالاتي:

1- النص الأصلي: " نلتقي على الساعة السادسة".

ن	ل	ت	ق	ي	ع	ل	ى	ا	ل	س
25	23	3	21	28	18	23	28	1	23	12
ا	ع	ة	ا	ل	س	ا	د	س	ة	
1	18	3	1	23	12	1	8	12	3	

2- كلمة السر (المفتاح): " صباح".

ص	ب	ا	ح
14	2	1	6

(1) : Michel Jaccard, droit de la concurrence et signature numérique. p16.

3- النص المشفر:

ن+ص	ل+ب	ت+أ	ق+ح	ي+ص	ع+ب	ل+أ
14+25	2+23	1+3	6+21	14+28	2+18	1+23
ي+ح	أ+ص	ل+ب	س+أ	أ+ح	ع+ص	ت+ب
6+28	14+1	2+23	1+12	6+1	14+18	2+3
أ+أ	ل+ح	س+ص	أ+ب	د+أ	س+ح	ت+ص
1+1	6+23	14+12	2+1	1+8	6+12	14+3

ثالثاً: لفك تشفير النص يكفي الحصول على كلمة السر أي المفتاح و القيام بفك التشفير بواسطة عملية الطرح و التي تتم كالآتي:

1- يصل النص المشفر إلى المرسل إليه كالتالي: $ن+ص=14+25=39$ ل+ب=2+23=25،... ، فنتحصل على:

39	25	4	27	42	20	24	34	15	25	13
7	32	5	2	29	26	3	9	18	17	

2- نقوم بطرح هذه الأرقام كالآتي:

14-39	2-25	1-4	6-27	14-42	2-20	1-24
ص	ب	ا	ح	ص	ب	ا
6-34	14-15	2-25	1-13	6-7	14-32	2-5
ح	ص	ب	ا	ح	ص	ب
1-2	6-29	14-26	2-3	1-9	6-18	14-17
ا	ح	ص	ب	ا	ح	ص

3- فنتحصل على:

12	23	1	28	23	18	28	21	3	23	25
	3	12	8	1	12	23	1	3	18	1

4- ثم نقوم بإلحاق كل رقم بالحرف الخاص به فنحصل على النص الأصلي كآتي:

12	23	1	28	23	18	28	21	3	23	25
س	ل	ا	ى	ل	ع	ي	ق	ت	ل	ن
	3	12	8	1	12	23	1	3	18	1
	ة	س	د	ا	س	ل	ا	ة	ع	ا

أي نحصل على: " نلتقي على الساعة السادسة "

و تجب الإشارة إلى أن التوقيع الكودي أو السري غالبا ما يستخدم في المراسلات و إبرام عقود التجارة الالكترونية و المعاملات المصرفية البنكية.

المطلب الثاني: تطبيقات التوقيع الالكتروني.

بسبب التطور التكنولوجي الهائل أصبح للتوقيع الإلكتروني عدة تطبيقات في الحياة العملية فظهرت الشيكات الإلكترونية و بطاقات الصرف الآلي و بطاقات الائتمان و أخيرا حالة التعاقد عن بعد أي التعاقد الالكتروني. لذا خصصنا لكل حالة منها فرعا خاصا بها و بذلك قسمنا هذا المطلب إلى أربعة فروع تطرقنا في الفرع الأول إلى الشيكات الإلكترونية و الفرع الثاني خصصناه لبطاقات السحب الآلي و الفرع الثالث لبطاقات الائتمان أما الفرع الأخير فخصصناه لدراسة حالة التعاقد الإلكتروني و هذا كآتي.

الفرع الأول: الشيكات الإلكترونية.

هي عبارة عن رسالة تحتوي على كافة البيانات التي يحتويها الشيك الورقي العادي من ذكر كلمة شيك في السند نفسه، اسم الشخص الذي يجب عليه الدفع (المسحوب عليه)، المكان الذي يبرم فيه الدفع، تاريخ إنشاء الشيك و مكانه و توقيع من أصدر

الشيك⁽¹⁾ (الساحب) مع العلم أن هذا التوقيع الذي يتضمنه الشيك يكون توقيعاً إلكترونياً و في غالب الأحيان يكون توقيعاً رقمياً⁽²⁾.

فيقوم المسحوب عليه بإرسال الشيك إلكترونياً عبر أي وسيلة إلكترونية كالفاكس أو البريد الإلكتروني في أغلب الأحيان⁽³⁾.

و تتم عملية استخدام الشيك الإلكتروني كوسيلة للدفع كالآتي:

يقوم المسحوب عليه (المشتري مثلاً) بفتح حساب جاري لدى البنك الذي يلعب دور الوسيط و الذي يقوم بإجراء عملية التحويل - تعتمد عملية استخدام الشيك الإلكتروني كوسيلة للدفع على وجود وسيط و هو البنك - حيث يتم تحديد التوقيع الإلكتروني للمسحوب عليه و تسجيله في قاعدة البيانات الخاصة بالبنك شرط أن يكون الساحب (أي البائع مثلاً) هو الآخر لديه حساب جاري بنفس البنك و أن يكون توقيعته الإلكتروني محمداً و مسجلاً بالمثل في قاعدة البيانات الخاصة بهذا البنك.

و يقوم بعد ذلك المسحوب عليه (المشتري) بتوقيع الشيك بالتوقيع الإلكتروني المشفر و يرسله للساحب (البائع) عن طريق البريد الإلكتروني و عند استلام هذا الأخير أي الساحب (البائع) الشيك الإلكتروني يقوم بالتوقيع عليه كمستفيد بتوقيع الشيك الإلكتروني المشفر و يرسله إلى البنك فيتولى هذا الأخير مراجعة الشيك و التحقق من مدى صحة الأرصدة و التوقيعات و بعد تأكده يعلن كل من المسحوب عليه و الساحب (المشتري و البائع) إتمام العملية أي أنه تم خصم الرصيد من المشتري و إضافته للبائع⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: بطاقات السحب الآلي و البطاقات الذكية.

إن أغلب المعاملات البنكية تتم اليوم من خلال أجهزة الصرف الآلي و التي تتم عن طريق إدخال العميل بطاقة السحب الآلي إلى داخل الجهاز مع الرقم السري و من ثم متابعة

(1): راجع المادة 472 من القانون التجاري الجزائري.

(2): راجع ص 131 من هذه المذكرة.

(3): قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 446.

(4): قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص 447.

العملية من خلال الخيارات المتاحة على الشاشة كالسحب و تحويل المبالغ⁽¹⁾.

و مما تجدر الإشارة إليه في ما يخص المشكل الذي يواجه استعمال بطاقات السحب الآلي هو فقدان هذه البطاقة أو ضياع الرقم السري مما قد يؤدي إلى استخدامها من قبل الغير مما دفع إلى خلاف بين الفقهاء حول مصداقية و ثقة هذا النوع من أنواع التوقيع الإلكتروني و مدى حجيته على صاحبه و هذا ما سيتم الإشارة إليه لاحقاً حين التطرق إلى حجية التوقيع الإلكتروني.

ثم ظهر إلى الوجود إلى جانب بطاقات السحب الآلي، البطاقات الذكية فهي تعتبر وسيلة مستقلة للدفع الإلكتروني و هي عبارة عن بطاقة بلاستيكية ذات مواصفات و مقاييس محددة تحتوي على رقاقة إلكترونية تعمل كالحاسوب حيث يمكن تخزين بعض البيانات عليها كالبيانات الخاصة بحاملها من اسم و عنوان و المصرف المصدر لها و تاريخ حياة العميل المصرفية و الأرصدة القائمة لصاحب البطاقة و قيود المصروفات المالية التي يقوم بها فضلا عن بياناته الشخصية و الرقم السري⁽²⁾.

و أهم ما يميز هذه البطاقات هو الحماية التي توفرها ضد عمليات التزوير و التزيف و سوء الاستخدام من جانب الغير في حالة سرقتها أو محاولة تقليدها، و من أهم مرجعياتها: الشريط الممغنط و الصورة الفوتوغرافية للعميل و الرقم السري و عدم القدرة على فتح الغطاء الخارجي لها⁽³⁾.

كما أن البطاقات الذكية تعتبر حافظة نقود إلكترونية في الإمكان أن تملأ و تفرغ من النقود و عملية تحويل النقود من المشتري إلى البائع لا تحتاج إلى عملية تصديق أو إثبات من قبل طرف ثالث (أي البنك)، فالبائع ليس في حاجة إلى الرجوع إلى البنك للتأكد من وجود مبالغ في حساب العميل لأن البطاقة مزودة بذاكرة ذات سقف مالي لا يمكن تجاوزه إثر إنجاز المعاملات⁽⁴⁾.

(1): عبد الله مسفر الحيان، حسن عبد الله عباس، المرجع السابق، ص17.

(2): رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية. المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ط 1999، ص54.

(3): رأفت رضوان، المرجع السابق، ص55.

(4): قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص445.

الفرع الثالث: بطاقات الائتمان.

أصبح استخدام بطاقات الائتمان للشراء عبر شبكة الأنترنت منتشرا على نطاق واسع خاصة على مستوى المعاملات التجارية التي تتم بين البائع و المستهلك. و لاستخدام بطاقات الائتمان لابد من توافر عاملين هما:

أولاً: فتح حساب خاص بأحد البنوك يُعرف باسم الحساب التجاري و لا يعتبر هذا الإجراء سهلا حيث أن معظم البنوك لا تقبل تحمل مخاطرة ضمان بائع غير معروف لديها فقد يكون من المحتملين إذ لو تحقق مثل هذا الاحتيال فإن البنك يجد نفسه ملزما بوفاء الالتزامات التي لم يوف بها التاجر تجاه حامل البطاقة الائتمانية. لذلك البنك عند منحه للحساب التجاري يطلب سعر فائدة مقابل ذلك الحساب التجاري كنوع من الضمان له لمواجهة أي إخلال يمكن أن يصدر من البائع تجاه المشتريين حاملي بطاقات الائتمان⁽¹⁾.

ثانياً: أن يتوافر ما يسمى مدخل الدفع الآمن حيث يقوم هذا المدخل بعمل السيارة التي تقوم بنقل البيانات الخاصة ببطاقة الائتمان و المعلومات المالية بصورة آمنة من الموقع الخاص بالتاجر إلى معالج بطاقة الائتمان الذي يعتبر طرفا ثالثا يعمل ما بين شركة الائتمان و البنك الخاص بالتاجر إذ يعمل على الكشف عن حقيقة بطاقة الائتمان و بياناتها و كذا التأكد من صلاحيتها لقيام حاملها بالشراء لإمكانية المصادقة و الموافقة على عملية البيع. ثم يقوم معالج بطاقة الائتمان بتحويل المبلغ المستحق للتاجر إلكترونيا من حساب المشتري إلى الحساب الخاص بالبائع و العكس في حالة رد أي مبالغ للعميل. و حتى لا يتم السطو على البيانات المدونة و الاستلاء على ما بها من أموال فإنه لابد من استخدام وسائل أمينة من أهمها إرسال طلب الشراء حاملا للتوقيع الرقمي⁽²⁾.

الفرع الرابع: التعاقد الإلكتروني.

تتعدد التعاملات الإلكترونية و تختلف في ما بينها اختلافا كبيرا، فمن ناحية قد تكون

(1): رأفت رضوان، المرجع السابق، ص53.

(2): رأفت رضوان، المرجع السابق، ص54.

هذه التعاملات على شبكات اتصال مفتوحة للكافة دون تمييز كشبكة الأنترنت أو شبكات مغلقة يقتصر التعامل من خلالها على عدد محدود من الأفراد أو الهيئات و مثالها الشبكات الخاصة بالشركات و المؤسسات الحكومية و الهيئات التي تقدم خدمات مثل الرعاية الصحية و التأمينية⁽¹⁾.

و قد أسهمت نظم جديدة في الاتصالات في زيادة أهمية و كفاءة المعاملات الإلكترونية التي بمقدورها إتمام التصرف في لحظات معدودة و كذلك وسائل الاتصال عن بعد و نظم التبادل الإلكتروني للبيانات⁽²⁾.

و تتم هذه المعاملات أي إبرام التصرفات و الصفقات عن طريق السند الإلكتروني الذي ينطوي على ثلاثة عناصر، أولها أنه يتضمن تعبير عن الأفكار الإنسانية المترابطة و ثانيها أن يكون هذا التعبير له قيمة قانونية، و ثالثها أن يتصف هذا المستند بالصفة الإلكترونية أي أن كتابة المستند و نقله يتم بصورة إلكترونية.

و أهم صورة للسندات الكتابية: العقود الإلكترونية، فالعقد الإلكتروني هو عقد يتحقق بإيجاب و قبول مثل العقود العادية التي تبرم و توقع كتابة، غير أن الإيجاب و القبول يتحققان بوسيلة إلكترونية دون حاجة إلى مستند مكتوب. فهذا العقد يتم إبرامه عبر شبكة الأنترنت أو الشبكات المغلقة⁽³⁾.

و من أمثلة ذلك أن يرسل الموجب عرضه إلى الطرف الآخر بطريق البريد الإلكتروني الذي قد يكون شخصا عاديا أو هيئة اعتبارية و يقوم من يوجه إليه الإيجاب بالتوقيع عليه إلكترونيا بما يفيد القبول و يعيده للمرسل ثانية، و من ثم ينعقد العقد بهذه

(1): أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق.

(2): محمد حسام الدين لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية. دراسة قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية مع إشارة خاصة لبعض قوانين البلدان العربية، القاهرة، ط 2002، ص 28.

(3): أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت. دراسة مقدمة إلى مؤتمر موضوعه " القانون و الكمبيوتر و الأنترنت "، جامعة الإمارات العربية، سنة 2000، ص 37، منشور على شبكة الأنترنت.

الطريقة و تكون له قوته القانونية⁽¹⁾.

و يستوي في هذا القبول أن يتم في رسالة منفصلة ترسل إلى صاحب الإيجاب أو أن ترسل في ذات المستند الذي يتضمن الإيجاب، و يتحقق ذلك بقيام من وجه إليه الإيجاب بالضغط على أحد الأزرار في صفحة المستند و التي تتضمن معنى القبول و ذلك عقب بيان شروط العقد و أن يقوم بوضع توقيع إلكتروني في خانة معينة و يقوم بإعادة المستند ثانية إلى الموجب.

و بهذا نكون قد ألمنا بشيء من التفصيل دراسة التوقيع الإلكتروني من الناحية التقنية فعلمنا أن للتوقيع الإلكتروني عدة أشكال، فهناك التوقيع الرقمي الذي يعتمد على نظام التشفير المزدوج و التوقيع البيومترى الذي يرتكز أساسا على الخصائص الذاتية للإنسان و التوقيع بالقلم الإلكتروني أو بالماسح الضوئي و فيه ينقل التوقيع التقليدي من سند مكتوب إلى سند إلكتروني عن طريق الماسح الضوئي و أخيرا التوقيع الكودي الذي يعتمد على نظام تشفير واحد أي مفتاح واحد و كلمة سر واحدة.

و كما للتوقيع الإلكتروني أشكال فهو يعرف تطبيقات عدة كالشيكات الإلكترونية و بطاقات الائتمان و بطاقات السحب الآلي و أخيرا العقود الإلكترونية التي تعتمد التوقيع الإلكتروني لضمان سلامتها و أمنها.

أما الفصل الآتي فسنخصصه لدراسة التوقيع الإلكتروني من المنظور القانوني مقارنة إياه بالتوقيع التقليدي و هذا في المبحث الأول من هذا الفصل و في المبحث الثاني من نفس الفصل سنخصصه لمعرفة مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في القانون الجزائري و القوانين الأخرى سواء العربية منها أو الغربية.

(1): حسن شحادة الحسين، التوثيق الإلكتروني في الاعتماد المستندي. دراسة قدمت إلى المؤتمر العلمي الثالث للقانونيين المصريين تحت عنوان " الجوانب القانونية للعمليات المصرفية "، القاهرة سنة 2002، ص6، منشور على شبكة الانترنت.

الفصل الثاني: التوقيع الإلكتروني من المنظور القانوني.

بفضل التطور التقني لوسائل المعلومات و الاتصالات تحول المجتمع من مجتمع ورقي إلى مجتمع لا ورقي أي إلكتروني حيث ظهر مستند للمعلومات يختلف جذريا عن المستند الورقي التقليدي و من ثم بدأت المستندات الورقية الموقع عليها خطيا تتراجع شيئا فشيء في العمل ليحل محلها أنواع جديدة من المستندات تعتمد على دعائم غير ورقية تسمى بالمحركات أو السندات الإلكترونية بتوقيعات أطلق عليها التوقيعات الإلكترونية.

و هكذا فإن التوقيع الإلكتروني هو عبارة عن وسيلة تسمح بضمان هوية المرسل و مراقبة سلامة الرسالة المرسلة، ظهر مع توسع التعاملات الإلكترونية عن طريق المستندات الإلكترونية بدل المستندات الورقية التقليدية.

و أصبح التوقيع الإلكتروني بديلا عن التوقيع التقليدي يتوافق و طبيعة التصرفات القانونية و العقود التي تتم باستخدام الوسائل و الأجهزة الإلكترونية.

و لكن قبول التوقيع الإلكتروني كحجة في الإثبات أثار جدلا كبيرا بين الفقه و القضاء كما سيتم بيانه لاحقا خاصة قبل صدور القوانين المنظمة للتوقيع الإلكتروني. و لاشك أن مدى حجية التوقيع الإلكتروني و قوته كدليل في الإثبات تختلف في ظل النصوص التقليدية لقواعد الإثبات عنها في ضوء النصوص التشريعية المنظمة لحجية التوقيع الإلكتروني و ذلك باختلاف وجهة المشرعين.

و لمعرفة مفهوم التوقيع الإلكتروني قانونا لابد من مقارنته بالتوقيع التقليدي لتوصل إلى مدى توافر شروط التوقيع التقليدي في التوقيع الإلكتروني فلقد خصصنا لهذه النقطة مبحثا كاملا (المبحث الأول).

و بعد مقارنته بالتوقيع التقليدي و تمييزه عنه تأتي مسألة حجيته في الإثبات كبديل عن التوقيع التقليدي لتطرح نفسها، و في هذه النقطة بالذات سننطلق إلى دراسة حجية التوقيع الإلكتروني في القانون المدني الجزائري لانعدام قانون خاص به في التشريع الجزائري. و لإثراء الدراسة و نظرا لانعدام قانون خاص بالتوقيع الإلكتروني في الجزائر كما ذكرنا سابقا اقتضت الضرورة منا أن ندرس التشريعات الأخرى سواء العربية منها أو الغربية

خاصة من أفردت منها قانونا خاصا بالتوقيع الإلكتروني فصلت فيه أحكامه تفصيلا دقيقا كما سيأتي بيانه فحذ لو يحذو المشرع الجزائري حذوهم في تشريع قانون خاص بالتوقيع الإلكتروني و عدم الاكتفاء بالنص عليه في القانون المدني الجزائري. إذن سنخصص المبحث الثاني من هذا الفصل لدراسة حجية التوقيع الإلكتروني.

المبحث الأول: مدى توافر شروط التوقيع التقليدي في التوقيع الإلكتروني.

لا تعد الكتابة دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، فالتوقيع هو العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد أصلا للإثبات بعد الكتابة، بل إن التوقيع في نظر البعض⁽¹⁾ هو الشرط الوحيد في الدليل الكتابي على فرض أن الورقة تتضمن كتابة تثبت ما تم الاتفاق عليه.

و طالما أن التوقيع يمثل العنصر الثاني في الدليل الكتابي الكامل فإن غياب هذا العنصر يفقد الدليل الكتابي حجيته في الإثبات و هذا ما يستشف من نص المادة 327 مدني جزائري إذ التوقيع هو الذي ينسب الكتابة إلى من وقعها حتى و لو كانت الكتابة بخط غيره، فإذا لم يكن المحرر موقعا اقتصررت قيمته في الإثبات على بداية الثبوت بالكتابة متى كان مكتوبا بخط يد المدين.

و تحت ضغط الثورة المعلوماتية و إبرام العقود عبر الوسائل الإلكترونية أصبح ينظر إلى التوقيع التقليدي على أنه إجراء غير ملائم للإثبات و ظهر ما يعرف بالتوقيع الإلكتروني⁽²⁾.

فما المقصود بكلا التوقيعين و ما هي شروطهما؟ و هل يمكن المساواة بينهما بحيث يكون للتوقيع الإلكتروني نفس حجية التوقيع التقليدي في الإثبات؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه في مطلبين متتاليين، نخصص المطلب الأول لمفهوم

(1): عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني. نظرية الالتزام، ج 2، المجلد 1

الإثبات، دار النهضة العربية، ط1982، ص232. و أحمد نشأت، المرجع السابق، ص261.

(2): عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص20.

التوقيع التقليدي و شروطه و المطلب الثاني للتعريف بالتوقيع الالكتروني و التمييز بينه و بين التوقيع التقليدي.

المطلب الأول: التوقيع التقليدي و شروطه.

إن التوقيع التقليدي يلعب دورا ثلاثي الأبعاد فهو من ناحية وسيلة لا يتطرق إليها الشك لتحديد شخصية الموقع كقاعدة عامة، و من ناحية أخرى هو تعبير واضح عن إرادة الموقع بمضمون الورقة و إقراره لها و أخيرا هو دليل على حضور أطراف التصرف وقت التوقيع أو حضور من يمثلهم قانونا أو اتفاقا.

و بما أن التوقيع التقليدي قد تمت دراسته في الباب الأول⁽¹⁾ من هذه الدراسة بتفصيل سندرس حاليا ما يهمننا معتمدين أسلوب الاختصار و ما يكفي لمقارنته بالتوقيع الالكتروني و هذا في فرعين متتاليين: الفرع الأول سنذكر فيه تعريف التوقيع التقليدي و الفرع الثاني فسنخصصه لدراسة شروطه.

الفرع الأول: تعريف التوقيع التقليدي.

تجب الإشارة ببدءا إلى أن معظم المشرعين العرب منهم و الغربيين لم يعرفوا التوقيع التقليدي تاركين مهمة تعريفه للفقهاء و هذا أمر لا يعاب عليهم لأن التعريفات القانونية هي من مهمة الفقهاء لا المشرعين، فالمادة 327 مدني جزائري جاءت خالية من أي تعريف للتوقيع التقليدي و اكتفت بالنص على الحجية قائلة: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ...".

و نفس الشيء بالنسبة للمشرع المصري إذ جاء في الفقرة 2 من المادة 10 من قانون الإثبات المصري ما يلي: " ... فإذا لم تكتسب هذه المحررات (أي المحررات الرسمية) صفة رسمية فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم".

(1): راجع ص 97 من هذه المذكرة.

و المشرع الفرنسي أيضا لم يعط تعريفا للتوقيع التقليدي فنص في المادة 1318 مدني فرنسي على ما يلي: « l'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé par des parties ».

فعرف بعض الفقهاء التوقيع التقليدي بأنه: " كل علامة مكتوبة بخط اليد مميزة و شخصية و تساعد على تحديد ذاتية مؤلفها دون شك و مترجم إرادته في قبول هذا التصرف "(1).

و عرفه البعض الآخر بأنه وضع التوقيع على متن ورقة تحتوي على معلومات معينة (علامة، بصمة إصبع، إشارة) تسمح لنا بتمييز شخص عن آخر(2).

كما عرفه آخرون بأنه: " التأشير أو وضع علامة على السند أو بصمة إبهام للتعبير عن القبول بما ورد فيه "(3). أو هو " علامة أو إشارة أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص على استعماله للتعبير عن موافقته على عمل أو على تصرف قانوني بعينه "(4).

و تجب الإشارة إلى أنه رغم أن القانون لم يشترط شكلا خاصا في التوقيع على السند العادي و مع ذلك فإن هناك أمورا معينة يجب مراعاتها في التوقيع و يمكن إجمالها في ما يأتي (الفرع الثاني).

الفرع الثاني: شروط التوقيع التقليدي.

يظهر لنا من التعريفات السابقة للتوقيع التقليدي أن لهذا الأخير شروطا جوهرية يجب توافرها فيه لتكون له حجية في الإثبات و هي تتمثل في ما يلي:

(1) : M.Mercadal, droit des affaires. 4^{ème} Ed, édition Francis le fobure, p1117.

(2): داودي ابراهيم، محاضراته، المرجع السابق.

(3): عباس العبودي، المرجع السابق، ص137.

(4): رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية. النظرية العامة في الإثبات، الدار الجامعية، بيروت، ط1، سنة 1993، ص270.

- 1- أن يكون التوقيع صادرا من قبل الملتمزم بمضمون السند شخصيا.
- 2- أن يكون التوقيع دالا بوضوح على شخص موقعه.
- 3- أن يرد التوقيع على السند العادي ذاته.

أولاً: أن يكون التوقيع صادرا من قبل الملتمزم بمضمون السند شخصيا.

و نقصد بذلك أن يتم التوقيع من طرف الملتمزم بمضمون السند شخصيا أي بنفسه و باسمه و خطه ذلك أن التوقيع لا تكون له قيمة إلا إذا كان صادرا عن الشخص المنسوب إليه. و عليه فلا عبرة بالسند إذا كان يحمل توقيع شخص آخر غير الملتمزم به حتى و لو كان هذا الغير موكلا بالتوقيع لأن الوكيل لا يستطيع التوقيع بالاسم الشخصي لموكله بل عليه أن يوقع السند باسمه الشخصي بالذات مع ذكر صفته كوكيل.

ثانياً: أن يكون التوقيع دالا بوضوح على شخص موقعه.

يجب أن يكون التوقيع واضحا و مقروءا أي يجب أن يكون مشتملا على اسم و لقب الموقع بكامل حروفهما، إلا أن هناك بعض من الفقه من يرى كفاية العلامات الأولى للإسم و اللقب⁽¹⁾.

و يرى بعض الفقه أنه يمكن الاعتداد بالتوقيع غير الواضح إذا كان الشخص الصادر عنه قد اعتاد التوقيع بهذا الشكل و أصبح من الممكن أن يدل عليه دلالة كافية⁽²⁾. و التوقيع المقروء هو ذلك التوقيع الذي يمكن قراءته أي أن يكون مرئيا.

ثالثاً: أن يرد التوقيع على السند العادي ذاته.

حتى يكون التوقيع مقروءا و مرئيا لا بد من وروده على سند مادي لكي يمكنه أن يترك آثارا واضحة لا تزول بمرور الزمن⁽³⁾، و يجب أن يرد على وجه السند نفسه و أن يوضع

(1): راجع ص 98 من هذه الرسالة.

(2): عباس العبودي، المرجع السابق، ص141.

(3): داودي ابراهيم، محاضراته، المرجع السابق.

في محل يستدل منه أن الموقع أراد الالتزام بجميع ما ورد من بيانات في ذلك السند لذا قد جرت العادة على التوقيع أسفل السند لما في ذلك من الدلالة الواضحة على موافقة الموقع لما ورد من بيانات بالرغم من انه لا يوجد ما يمنع التوقيع في أعلى السند أو في صلبه إلا أن المنطق يقتضي ورود التوقيع في أسفل المستند.

و بعد التطرق إلى مفهوم التوقيع التقليدي و شروطه سنقارن ما توصلنا إليه بأحكام التوقيع الإلكتروني و هذا اتباعا في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: التعريف القانوني للتوقيع الإلكتروني و التمييز بينه و بين التوقيع التقليدي.

لنتمكن من مقارنة التوقيع التقليدي بالتوقيع الإلكتروني لابد من دراسة التوقيع الإلكتروني أولا، فسنحاول تعريفه تشريعا معتمدين في ذلك على القانون الجزائري و القوانين الأخرى العربية منها و الغربية و إدراك شروطه و أحكامه و هذا في الفرع الأول و من ثم سنحاول التمييز بينه و بين التوقيع التقليدي و ذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني تشريعا.

سنورد في إطار هذا الفرع تعريف التوقيع الإلكتروني على مستوى القانون الجزائري و القوانين العربية و القوانين الغربية.

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني في القانون الجزائري.

في الجزائر لا يوجد أي تشريع خاص بالتوقيع الإلكتروني عكس التشريعات الأخرى و إنما اقتصر المشرع الجزائري على ذكره في القانون المدني في الباب السادس تحت عنوان إثبات الالتزام من الفصل الأول المعنون بالإثبات بالكتابة و بالضبط في نص المادة 327 المعدلة بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20-06-2005 حيث جاء فيه ما يلي: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما وراثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

و يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه ."

يظهر من هذا النص أن التشريع الجزائري خلا من كل تعريف للتوقيع الإلكتروني و إنما اكتفى بالنص على حجيته و الشروط اللازمة لكي يكتسي هذه الحجية. لهذا لا بد من البحث عن تعريف له في التشريعات الأخرى، فسنحاول البدء بالقوانين العربية ثم إلى القوانين الغربية.

ثانيا: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية.

عكس المشرع الجزائري ذهب أغلبية المشرعين العرب إلى أفراد قانون خاص بالتوقيع الإلكتروني، نظموا أحكامه سواء من حيث المفهوم أو الشروط أو الحجية.

فالمشرع المصري عرف التوقيع الإلكتروني في المادة 1 من القانون رقم 15 لسنة 2004⁽¹⁾ بأنه: " ما يوضع على محرر إلكتروني و يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها و يكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع و يميزه عن غيره ". و عرف المحرر الإلكتروني في نفس المادة بأنه " رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلية أو جزئيا بوسيلة الكترونية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى مشابهة ".

و لقد ورد بالمذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون تعريف التوقيع الإلكتروني كالآتي: " التوقيع الإلكتروني يشمل كل مل يتم وضعه على محرر إلكتروني و يتخذ شكل حرف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو رسوم أو أختام أو صور أو بصمات كبصمات الأصابع أو العيون أو غيرها، سواء كانت مشفرة أو غير مشفرة بشرط أن يكون لهذه الأشكال طابع منفرد لصاحبها يسمح بتحديد شخص الموقع و يميزه عن غيره ".

و المشرع البحريني يعرف هو الآخر التوقيع الإلكتروني في المادة 1 من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني و التجارة الإلكترونية المؤرخ في 14-09-2002 بأنه: " معلومات في شكل الكتروني تكون موجودة في سجل إلكتروني أو مثبتة أو مقترنة به منطقيا، و يمكن

(1): قانون رقم 15 لسنة 2004 يتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني و بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، منشور بالجريدة الرسمية رقم 17 في 22-04-2004.

للموقع استعمالها لإثبات هويته".

أما المشرع التونسي ففي مواد قانون التوقيع الإلكتروني و التجارة الالكترونية لسنة 2000 أتى بأحكام التوقيع الإلكتروني أو الإمضاء الإلكتروني على حد تعبيره و لكنه لم يأت بتعريف واضح له.

و مشرع دولة الإمارات العربية في قانون التوقيع الإلكتروني لسنة 2004 المسمى حسب المادة 1 منه بقانون المعاملات و التجارة الإلكترونية يعرف التوقيع الإلكتروني في مادته 2 بأنه: " توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل الكتروني و ملحق أو مرتبط منطقيا برسالة الكترونية و مهور ببنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة".

و عرف الرسالة الإلكترونية بأنها معلومات الكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المسلمة فيه.

و أما المشرع الفلسطيني فهو في حالة دراسة مشروع قانون التوقيع الإلكتروني و التجارة الالكترونية، جاء في المادة 1 من هذا المشروع تعريف التوقيع الإلكتروني فعرفه بأنه: " بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتحديد شخصية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات و لبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"⁽¹⁾.

و عرف المشروع رسالة البيانات بأنها المعلومات التي يتم إنشاؤها أ، إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، و يشمل ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي⁽²⁾.

يظهر من التعاريف السابقة أن المشرعين العرب اتفقوا على أن التوقيع الإلكتروني لكي يتصف بهذه الصفة لابد من توفر بعض الميزات. فحقيقة يتميز التوقيع الإلكتروني بالخصائص التالية⁽³⁾:

(1): قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص216.

(2): نفس المرجع، ص217.

(3): ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص8.

- 1- التوقيع الإلكتروني يتكون من عناصر متفردة و سمات ذاتية خاصة بالموقع يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو نبرات صوت أو غيرها.
- 2- التوقيع الإلكتروني يحدد شخص الموقع و يبين هويته و يميزه عن غيره من الأشخاص.
- 3- التوقيع الإلكتروني يعبر عن رضاء الموقع و التزامه بالتصرف القانوني الذي يتضمنه المحرر الإلكتروني.
- 4- التوقيع الإلكتروني يوضع على محرر الكتروني (سجل أو رسالة بيانات) و يتصل به عبر وسيلة الكترونية.
- 5- التوقيع الإلكتروني يحقق قدرا من الأمان و السرية و الثقة في انتسابه للموقع (أي صاحب التوقيع) لأنه يستند إلى منظومة تكوين بيانات إنشاء توقيع الكتروني مؤمنة كما سيأتي بيانه لاحقا.

هذا عن التشريعات العربية فماذا عن التشريعات الغربية؟

ثالثا: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الغربية.

يعرف قانون الأونسترال النموذجي⁽¹⁾ بشأن التوقيعات الإلكترونية المؤرخ في 2001-07-05 التوقيع الإلكتروني بأنه: " بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات و لبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات " .

و المشرع الفرنسي نص على التوقيع الإلكتروني في المادة 1316-4 من القانون المدني الفرنسي المعدلة و المضافة بموجب قانون رقم 2000-230 المؤرخ في 2000-03-17.

و لقد عرف المرسوم رقم 2001-272 المؤرخ في 2001-03-30 و المتعلق بتطبيق المادة 1316-4 من القانون المدني الفرنسي، التوقيع الإلكتروني في مادته 1 بأنه معطيات ناتجة عن استعمال لوسيلة تتعلق بالشروط المنصوص عليها في الجملة الأولى من الفقرة الثانية من

(1): هو قانون أصدرته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بعد إصدارها عام 1985 بيانا ناشدت فيه الحكومات المختلفة بإعادة النظر في القواعد القانونية الداخلية المعمول بها لدى الدول و التي تشكل عقبة في ازدهار التجارة الإلكترونية.

المادة 4-1316 قانون مدني فرنسي و التي تنص: " عندما يكون التوقيع إلكتروني فيجب أن يتم باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع و ضمان صلته بالتصرف الذي وقع عليه ".

يستخلص من النصين أن التوقيع الإلكتروني هو عبارة عن معطيات ناتجة عن استعمال وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع و ضمان صلته بالتصرف الذي وقع عليه.

أما المشرع الألماني ففي القانون الفيدرالي الخاص بالشروط العامة لمصالح الإعلام و الاتصال المؤرخ في 13-06-1997 الجزء الثالث منه ينص على قانون التوقيع الإلكتروني الذي دخل حيز التنفيذ في 01-08-1997 ، فالمادة 2 منه تعرف التوقيع الإلكتروني بأنه: " ختم لصيق ببيان الكتروني ناتج عن مفتاح خاص الذي يبين هوية مالك المفتاح و يضمن سلامة البيانات التي يتوصل بها بواسطة المفتاح العام الذي منح مع شهادة المفتاح المعتمدة من طرف مصالح التصديق"⁽¹⁾.

و أما المشرع البلجيكي ففي نص المادة 1322 من القانون المدني البلجيكي المعدلة يعرف التوقيع الإلكتروني بأنه: " مجموعة من المعطيات الإلكترونية التي من خلالها يمكن تمييز هوية الشخص الملزم بالتصرف و ضمان سلامة هذا التصرف"⁽²⁾.

و المشرع الدنمركي يعرف التوقيع الإلكتروني في المادة 4 من قانون التوقيع الإلكتروني لسنة 1998 بأنه: " عبارة عن بيانات في شكل إلكتروني مدرجة أو مضافة في رسالة بيانات إلكترونية تستعمل لتعيين هوية الموقع"⁽³⁾.

كل هذه القوانين الأوروبية جاءت نتيجة إصدار الاتحاد الأوروبي توجيهها حول التوقيع الإلكتروني سنة 1999⁽⁴⁾ و الذي عرفته المادة 2 من هذا التوجيه بأنه: " التوقيع الحاصل في شكل رقمي المندمج أو الملتصق أو المرتبط منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، الذي يستخدم كوسيلة في المصادقة ".

(1): ينظر: extranet-senat.fr/rap/signature digitale.Almagne/199.2.3/199.2031.html

(2): ينظر: <http://www.economie-Fgov.be> : la loi Belge.20-10-200

(3): ينظر: extranet-senat.fr/rap/signature électronique /199.2.3/199.2031.html

(4): ينظر: Directive européenne n°1999/93/ce : <http://www.legiFrance-gouv.fr>

يظهر من هذه النصوص أنها أوجبت خضوع التوقيع الإلكتروني للشروط التالية⁽¹⁾:

- 1- أن يكون التوقيع مرتبطا بشخص الموقع وحده.
- 2- أن يسمح بتعريف هوية الموقع.
- 3- أن يكون قد وجد بوسائل تمكن الموقع من إبقائها تحت رقابته الحصرية.
- 4- أن يكون التوقيع مرتبطا بالبيانات التي يحمل إليها بشكل يسمح بكشف كل تعديل لاحق لها.

و بهذا نكون قد ألممنا بتعريف التوقيع الإلكتروني في مختلف التشريعات لننتقل إلى تمييزه عن التوقيع التقليدي و ذلك في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: التمييز بين التوقيع الإلكتروني و التوقيع التقليدي.

علمنا أن التوقيع التقليدي هو كل علامة مكتوبة بخط اليد مميزة و شخصية و تساعد على تحديد ذاتية مؤلفها دون شك و تترجم إرادته في قبول هذا التصرف. أما التوقيع الإلكتروني فهو ما يوضع على المحرر الإلكتروني و يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها و يكون له طابعا متفردا يسمح بتحديد شخص الموقع و يميزه عن غيره بالإضافة إلى التعاريف المختلفة له و التي سبق لنا و أن درسناها و التي من خلالها نستطيع التمييز بين التوقيع الإلكتروني و التوقيع التقليدي من عدة نواحي كالتالي:

- 1- من حيث صورة و شكل التوقيع.
- 2- من حيث الدعامة التي يوضع عليها التوقيع.
- 3- من حيث الأدوار التي يؤديها التوقيع.

أولاً: من حيث صورة أو شكل التوقيع.

للتوقيع التقليدي ثلاثة صور، فإما أن يكون بخط اليد أو ببصمة الإصبع أو بالختم فهناك من التشريعات من اعتمدت سوى التوقيع بخط اليد كالتشريع الفرنسي، و هناك من

(1) : Anne Lise Vilarrubla, les apports de la signature électronique, article publié sur le site :www.Juris consul.com, p2.

اعتمدت نوعين منها أي خط اليد و بصمة الإصبع كالتشريع الجزائري، و هناك من اعتمدها كلها أي خط اليد و بصمة الإصبع و الختم كالتشريع المصري. في حين أن التوقيع الإلكتروني له عدة أشكال و صور تتعدى أشكال التوقيع التقليدي فقد يكون في شكل صورة أو حرف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو حتى أصوات بشرط أن يكون لهذه الأشكال طابعا منفردا يسمح بتمييز شخص صاحب التوقيع و تحديد هويته و إظهار رغبته في إبرام التصرف القانوني و القبول بمضمونه⁽¹⁾.

ثانيا: من حيث الدعامة التي يوضع عليها التوقيع.

إن التوقيع التقليدي يتم على دعامة مادية، غالبا ما تتمثل في الورق أما التوقيع الإلكتروني فيتم عبر وسيط إلكتروني غير محسوس كالأجهزة الإلكترونية.

ثالثا: من حيث الأدوار التي يؤديها التوقيع.

كما علنا سابقا إن للتوقيع التقليدي ثلاثة أدوار فهو يعتبر وسيلة لا يتطرق إليها الشك لتحديد شخصية الموقع و هو تعبير عن إرادة الموقع بمضمون الورقة و إقراره لها و هو دليل على حضور أطراف التصرف وقت التوقيع أو حضور من يمثلهم قانونا أو اتفاقا. أما التوقيع الإلكتروني فله أربعة أدوار:

- 1- تمييز الشخص صاحب التوقيع.
- 2- تحديد هوية القائم بالتوقيع و أنه هو بالفعل صاحب التوقيع.
- 3- التعبير عن إرادة الشخص في القبول بالتصرف القانوني و الالتزام بمضمونه.
- 4- الثقة بمضمون المحرر الإلكتروني و تأمينه من التعديل بالإضافة أو الحذف و ذلك بالربط بينه و بين التوقيع الإلكتروني بحيث أن أي محرر لاحق يقتضي توقيع جديد.

يظهر مما تقدم أن التوقيع الإلكتروني له نظام خاص به يختلف فيه عن التوقيع التقليدي و لقد حل محله فإذا كان التوقيع الإلكتروني هو البديل العملي للتوقيع الخطي (التقليدي)، فهل يعتبر أيضا بديلا قانونيا؟ أو بعبارة أخرى هل للتوقيع الإلكتروني ذات حجية التوقيع التقليدي في الإثبات؟

(1): عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص31.

المبحث الثاني: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات كبديل عن التوقيع التقليدي.

التساؤل المثار في هذا المبحث يدور حول مدى توافر الشروط و المتطلبات اللازمة للاعتداد بالتوقيع في الإثبات على التوقيع الإلكتروني و هذا التساؤل يعني مدى الأخذ بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، و هل يمكن اعتباره دليلا كالتوقيع التقليدي؟

و الحقيقة أن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على مدى قدرة التوقيع الإلكتروني على القيام بدور التوقيع التقليدي. فالتوقيع التقليدي هو علامة مميزة و شخصية تساعد على تمييز شخصية الموقع و تعبر عن إرادته بمضمون السند الموقع مما يجعله يعبر عن الحقيقة بدرجة لا تدانيها وسيلة أخرى⁽¹⁾.

و قد يبدو في بادئ الأمر أن التوقيع الإلكتروني يعجز عن أداء دور التوقيع ذلك بكونه منفصلا ماديا عن صاحبه و يتم في العديد من تطبيقاته إلكترونيا الأمر الذي لا يستبعد تزويره أو تقليده.

إلا أن التوقيع الإلكتروني في صورته الرقمية أي التوقيع الإلكتروني في الشكل الرقمي⁽²⁾ يمكن أن يقوم بدور التوقيع التقليدي أو ربما بوجه أفضل كما يرى البعض⁽³⁾. لأنه كما سبق لنا و أن رأينا التوقيع الإلكتروني في الشكل الرقمي يوفر ذات القدر من الأمان و الثقة التي يوفرها التوقيع التقليدي نظرا لما يحيط بهذا النوع من التوقيع من إجراءات تقنية عديدة فضلا عن أن التوقيع التقليدي قد لا نجد له مكانة في ظل المعالجة الإلكترونية للمعلومات التي لا يتلاءم معها إلا التوقيع الإلكتروني.

و لكن هل يكفي ذلك لقبول التوقيع الإلكتروني في ظل قواعد الإثبات الحالية كبديل للتوقيع التقليدي؟

(1) : H.Croze, informatique, preuve et sécurité, Dalloz, ed 1987, n 17, p169.

(2): راجع ص 131 من هذه الرسالة.

(3): محمد المرسي زهرة، عناصر الدليل الكتابي التقليدي في ظل القوانين النافذة و مدى تطبيقها على الدليل الإلكتروني. ط 2001، بدون مكان نشر، ص14.

هذا ما سنحاول الإجابة عليه على ضوء القانون المدني الجزائري باعتباره يحتوي قواعد الإثبات و على ضوء القوانين الأخرى العربية و الغربية.

المطلب الأول: حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري و التشريع المقارن.

لقد سلك الفقه اتجاهين في ما يخص قبول التوقيع الإلكتروني كبديل عن التوقيع التقليدي في ظل قواعد الإثبات الحالية فهناك من كان يرى إمكانية قبول التوقيع الإلكتروني بديلا عن التوقيع التقليدي طالما أن التوقيع الإلكتروني يقوم بذات الدور الذي يؤديه التوقيع التقليدي فالعبرة في حجية التوقيع حسب هذا الاتجاه هو المقدرة على القيام بدور التوقيع في تمييز شخصية الموقع و التعبير عن إرادته في الالتزام بمضمون السند و إقراره له بصرف النظر عن شكل التوقيع⁽¹⁾.

و هناك من يرى أن التوقيع الإلكتروني و إن كان من الناحية الموضوعية يؤدي نفس الدور الذي يؤديه التوقيع التقليدي إلا أنه يختلف عنه تماما من الناحية الشكلية، فالتوقيع الإلكتروني غير مستوف للشكل الذي يتطلبه القانون الأمر الذي يجعل حجيته محل شك في ظل قواعد الإثبات الحالية⁽²⁾.

فأي الاتجاهين سلكه المشرع الجزائري في تنظيمه لأحكام التوقيع الإلكتروني، هل أضى عليه حجية و ساو بينه و بين التوقيع التقليدي؟ و ما موقف التشريعات المقارنة؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه مقسمين هذا المطلب إلى فرعين اثنين، نخصص الفرع

(1): حسام الأهواني، إثبات عقود التجارة الإلكترونية. بحث مقدم إلى مؤتمر القانون و تحديات المستقبل في العالم العربي، الكويت، سنة 1999 منشور في كتاب مقدمة في الحاسب الآلي، نفس المؤلف بدون مكان نشر، ط 1999، ص225.

(2): محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص45.

- D.Syx, vers de nouvelles formes de signature, le problème de la signature dans les rapports juridiques électroniques. Ed 1986, p233.

- M.mercadal, op cit, n 6561, p 1117.

الأول لدراسة حجية التوقيع الإلكتروني في القانون الجزائري أما الفرع الثاني فسنخصصه لدراسة هذه الحجية في التشريعات العربية والغربية.

الفرع الأول: حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري.

عدل و تم المشرع الجزائري بموجب المادة 46 المادة 327 من القانون المدني الجزائري و التي أصبح نصها كالآتي: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما وراثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

و يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه."

و عليه لقد اعتد المشرع الجزائري بالتوقيع الإلكتروني و لكن أقرن قبوله في الإثبات بتوفر شروط نصت عليها المادة 323 مكرر 1 من ذات القانون⁽¹⁾ و التي تنص على ما يلي: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق شرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

و عرف الكتابة الإلكترونية في نص المادة 323 مكرر⁽²⁾ بقوله: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها و كذا طرق إرسالها".

تقتضي منا الضرورة و قبل التطرق إلى حجية التوقيع الإلكتروني دراسة الكتابة الإلكترونية و مقارنتها بالكتابة العادية أي هل تستطيع الكتابة الإلكترونية أداء نفس الدور

(1) و (2): المادة 44 من قانون 10-05 المؤرخ في 20-06-2005 تمت الأمر 58-75 المؤرخ

في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني بالمادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1.

الذي تؤديه الكتابة العادية ألا و هو الإثبات بغض النظر عن دعامة الكتابة سواء تمثلت هذه الدعامة في الورق أو أي شيء آخر؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد من التعرف على الشروط الواجب توافرها في الكتابة العادية لتمكينها من أداء دورها في الإثبات و هل تتوفر هذه الشروط في الكتابة الإلكترونية؟

لقد اتفق الفقه و القضاء على وجوب استقاء الكتابة مجموعة من الشروط حتى تكون لها حجية في الإثبات⁽¹⁾ و هي:

أولاً: أن تكون الكتابة مقروءة.

حتى تكون للكتابة حجية في الإثبات لابد أن تكون مقروءة و هنا ما يقتضي أن يكون المحرر مدوناً بحروف أو رموز أو إشارات معروفة و مفهومة لمن يحتج عليه بها. أما في ما يخص المحرر الإلكتروني فلا يمكن الاطلاع عليه و الوصول إلى محتواه بمجرد الرؤية المجردة و إنما عن طريق حفظه في نظام تشغيل إلكتروني⁽²⁾. و لكن رغم أن قراءة المحرر الإلكتروني لا تتم بطريقة مباشرة بل يقتضي الأمر استخدام الحاسب الآلي لقراءتها فهذا ليس من شأنه أن يحول دون اعتبار هذه المحررات مقروءة⁽³⁾. فكما أن القلم وسيلة للكتابة الخطية، فإن الحاسب الإلكتروني وسيلة قراءة الكتابة الإلكترونية⁽⁴⁾.

ثانياً: أن تكون الكتابة مستمرة.

بالإضافة إلى الشرط الأول و هو كون الكتابة مقروءة لابد أن تكون مستمرة أيضاً أي

(1) : F.Lorentz, rapport du commerce électronique, une nouvelle donnée pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics, Ed Ber 1998,p 5 et s.

(2): أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، ص10.

(3): حسن جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت. دار النهضة العربية ط 2000، ص2.

(4): عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص16.

أن تكون الكتابة مدونة على وسيط يسمح بثبات الكتابة و استمرارها ليتمكن الرجوع إلى المحرر عند الحاجة فالوسيط الورقي متوفر على هذا الشرط لا محالة أما الوسيط الإلكتروني فقد استطاعت التقنية الحديثة من جعله يتصف بالاستمرارية و الديمومة⁽¹⁾. و هذا ما أشار إليه قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني حيث جاء في نص المادة 6 فقرة 1 ما يلي: " عندما يشترط القانون أن تكون المعلومة مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً"⁽²⁾.

ثالثاً: عدم قابلية الكتابة للتعديل إلا بإتلاف المحرر أو ترك أثر مادي عليه.

إن حجية المحرر الكتابي في الإثبات مرهونة بعدم وجود عيوب مادية من شأنها أن تقلل من قيمته الثبوتية كالإضافة أو المحو أو الشطب⁽³⁾، فإذا وجد عيب من هذه العيوب وجب أن يكون له أثر مادي ظاهر على المحرر⁽⁴⁾. و غالباً ما يسهل اكتشافه في السند الورقي نظراً للحبر الذي يمتصه الورق بحيث لا يمكن فصل الكتابة عن الورق إلا بإتلاف الورق أو إحداث تغييرات مادية به يسهل التعرف عليها من خلال الاستعانة بالخبرة الفنية⁽⁵⁾.

أما بالنسبة للدعائم الإلكترونية فالأطراف يمكنهم التعديل من التصرف الذي تتضمنه هذه الدعائم بالإضافة أو الإلغاء دون وجود أثر مادي. و لكن بعد اكتشاف برامج تسمح بتحويل النص إلى صورة ثابتة لا يمكن تعديلها أصبحت المحررات الإلكترونية تؤدي نفس الدور الذي تؤديه المحررات العادية من كونها مقروءة و مستمرة و لا يمكن تعديلها إلا من خلال ترك أثر مادي عليها خاصة بعدما أصبح يلجأ إلى حفظ المحررات الإلكترونية في صناديق تكون تحت إشراف جهات موثوق فيها حيث تؤدي محاولة تعديل الوثيقة الإلكترونية

(1): حسن جميعي، المرجع السابق، ص21.

(2): راجع: قديري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص240.

(3): راجع ص72 من هذه الرسالة.

(4): عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص17.

(5) : A.Raynoward, la dénaturalisation des titres, étude sur la forme scripturale, thèse, Paris 2, 1998, n65.

إلى إتلافها⁽¹⁾.

يظهر مما سبق أن المحرر الإلكتروني له نفس حجية المحرر العادي و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر 1 المذكورة آنفا و التي يستخلص منها نتيجتان⁽²⁾:

النتيجة الأولى: عدم التمييز بين الكتابة بسبب الوسيط الذي تتم من خلاله. فسواء تمت الكتابة على وسيط ورقي أو عبر وسيط إلكتروني فإن هذا الأمر لا يحول دون قوتها في الإثبات.

النتيجة الثانية: المساواة الوظيفية بين المحرر الإلكتروني و المحرر التقليدي أي منح نفس الحجية للمحرر الإلكتروني التي يتمتع بها المحرر العرفي التقليدي بشرط التمكن من خلال التوقيع الذي يحمله المحرر تمييز الشخص الذي أصدره و تحديد هويته. وأن هذا التوقيع كان إنشأؤه و حفظه قد تما في ظروف و بطريقة جديرة بالحفاظ عليه من التحريف أو التعديل و بالنتيجة المساواة بين التوقيع التقليدي و التوقيع الإلكتروني و الاعتراف لهذا الأخير بذات الحجية التي يتمتع بها التوقيع التقليدي.

و لكن شرط التأكد من إعداد المحرر و حفظه في ظروف تضمن سلامته لا يمكن أن ينفذ و يطبق بشكل دقيق إلا عند وجود طرف ثالث و هو ما يعرف بالهيئة التي تصدر شهادات التصديق الإلكتروني. فهذه الهيئة تعمل على تثبيت الارتباط بين الموقع و بيانات إنشاء التوقيع و التي لم يعرها المشرع الجزائري أي اهتمام بل لم ينص عليها إطلاقا لذا يبقى التساؤل مطروحا **كيف يمكن التأكد من سلامة المحرر و أمانته في ظل التشريع الجزائري الراهن؟**

هذا عن التشريع الجزائري أما التشريعات الأخرى فقد عمدت إلى إعداد تشريع خاص

(1) : E.Caprioli, preuve et signature dans le commerce électronique, droit et patrimoine. Ed 1997, n 55, p 57.

(2): ينظر أكثر تفصيلا: Sofiane Azabi, la signature électronique bientôt en vigueur en Algérie. Article publié le 19-06-2006 sur le site : www.algerie-dz.com.

بالتوقيع الإلكتروني بكل جوانبه كما سيأتي بيانه في الآتي.

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية و الغربية.

إن التشريعات الأجنبية العربية منها و الغربية أصدرت قوانين تنظم أحكام التوقيع الإلكتروني و حجيته في الإثبات و إن كانت بعض التشريعات قد اكتفت بتعديل القانون المدني و تنميته و لكن ألقته بمراسيم تنظم كيفية تطبيق المواد المتممة و المعدلة. لذلك سنشرع في دراسة كل من التشريعات العربية و الغربية على حدة مبيينين من خلال دراستها مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في كل منها و ذلك اتباعا كما يلي.

أولا: حجية التوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية.

إن معظم التشريعات العربية - ما عدا التشريع الجزائري - أفردت للتوقيع الإلكتروني قانونا خاصا كما سبقت الإشارة إليه تكرارا من خلال هذه الدراسة و استهلت قوانينها بإعطاء مفهوم شامل للمصطلحات المستعملة في هذه القوانين و التي رأينا ضرورة ذكرها في هذا المنوال حتى يسهل علينا دراسة حجية التوقيع الإلكتروني في هذه التشريعات. و تجب الإشارة إلى أن هذه المصطلحات الواردة في التشريعات العربية هي سارية المفعول أيضا بالنسبة للتشريعات الغربية التي سندرسها لاحقا بعد دراسة التشريعات العربية.

هذه المصطلحات تتمثل في ما يلي:

- **الكتابة الإلكترونية:** كل حروف أو أرقام أو أي علامات تثبت على دعامة إلكترونية و رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة و تعطي دلالة قابلة للإدراك.

- **المحرر الإلكتروني:** أو السجل الإلكتروني أو رسالة البيانات: معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر التبادل الإلكتروني للبيانات أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي.

- **الموقع:** يعني شخصا حائزا على بيانات إنشاء توقيع و يتصرف إما بالأصالة عن نفسه

و إما بالنيابة عن الشخص الذي يمثله.

- الوسيط (الوكيل) الإلكتروني: أداة أو أدوات أو أنظمة إنشاء التوقيع الإلكتروني.

- شهادة التصديق الإلكتروني: الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق و تثبت الارتباط بين الموقع و بيانات إنشاء التوقيع.

- الدعامة الإلكترونية: وسيط مادي لحفظ و تداول الكتابة الإلكترونية و منها الأقراص المدمجة أو الأقراص الضوئية أو الأقراص الممغنطة أو الذاكرة الإلكترونية أو أي وسيط آخر مماثل.

- بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني: عناصر متفردة خاصة بالموقع و تميزه عن غيره و منها على الأخص مفاتيح الشفرة الخاصة به و التي تستخدم في إنشاء التوقيع الإلكتروني.

و في ما يلي حجية التوقيع الإلكتروني في بعض التشريعات العربية:

1- حجية التوقيع الإلكتروني في القانون المصري.

نظم القانون رقم 15 لسنة 2004⁽¹⁾ أحكام التوقيع الإلكتروني. و قبل التطرق إلى حجية التوقيع الإلكتروني في ظل هذا القانون سنقوم بإعطاء لمحة وجيزة عن كيفية تنظيم التوقيع الإلكتروني و من الهيئة التي تنظمه طبقاً للقانون المصري. فالمادة 2 من القانون المذكور أعلاه أنشأت هيئة عامة تسمى " هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات " و أوضحت أن لتلك الهيئة شخصيتها الاعتبارية العامة و بأنها تابعة للوزير المختص و هو وزير الاتصالات و تكنولوجيا المعلومات، تسهر هذه الهيئة على تنظيم نشاط خدمات التوقيع الإلكتروني و غيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الإلكترونية و صناعة تكنولوجيا المعلومات بالإضافة إلى مهام أخرى نظمتها المادة 3 من نفس القانون. كما لها أن تحدد معايير منظومة التوقيع الإلكتروني بما يؤدي إلى ضبط مواصفاتها الفنية و هي التي تتلقى الشكاوي المتعلقة بأنشطة التوقيع الإلكتروني.

(1): جريدة رسمية عدد 17 تابع (د) مؤرخة في 22-04-2004.

و الهيئة التي ترخص لمزاولة نشاط إصدار شهادات التوقيع الإلكتروني و لا تمنحها لطالبتها إلا إذا توافرت فيه شروط معينة من بينها⁽¹⁾: أن يكون لطالب مزاولة نشاط إصدار شهادات التوقيع الإلكتروني نظام تأمين للمعلومات و حماية البيانات و خصوصيتها و يكون له دليل إرشادي يتضمن ما يلي: إصدار شهادات التصديق الإلكتروني، إدارة المفاتيح الشفريّة، إدارة الأعمال الداخلية، إدارة التأمين و الكوارث.

و بالإضافة إلى نظام التأمين و الدليل الإرشادي يجب حصوله على منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني - مجموعة عناصر مترابطة و متكاملة تحتوي على وسائط الكترونية و برامج حاسب آلي و يتم بواسطتها تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني باستخدام المفاتيح الشفري - و هو أداة الكترونية تنشأ بواسطة عملية حسابية خاصة و تستخدمها جهات التصديق الإلكتروني لإنشاء شهادات التصديق و بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني - مؤمنة - و لا تكون كذلك إلا إذا استوفت ما يلي⁽²⁾:

- الطابع المنفرد لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.
- سرية بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.
- عدم قابلية الاستنتاج أو الاستنباط لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.
- حماية التوقيع الإلكتروني من التزوير أو التقليد أو التحريف أو الاصطناع أو غير ذلك من صور التلاعب أو من إمكان إنشائه من غير الموقع.
- عدم إحداث أي إتلاف بمحتوى أو مضمون المحرر الإلكتروني المراد توقيعه.
- ألا تحول هذه المنظومة دون علم الموقع علماً تاماً بمضمون المحرر الإلكتروني قبل توقيعه له.

و يجب حصوله (طالب مزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني) كذلك على جملة من المعطيات نلخصها في ما يلي:

- نظام لتحديد تاريخ و وقت إصدار الشهادات و إيقافها و تعليقها و إعادة تشغيلها و إلغائها.
- نظام للتحقق من الأشخاص المصدر لهم شهادات التصديق الإلكتروني و التحقق من صفاتهم المميزة.

(1): المادة 12 من اللائحة التنفيذية رقم 109 المؤرخة في 15-05-2005 بشأن تنفيذ قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004.

(2): راجع المادة 20 من اللائحة التنفيذية الصادرة من وزير الاتصالات و تكنولوجيا المعلومات تحت رقم 109 لسنة 2005 في 15-05-2005 بشأن قانون التوقيع الإلكتروني و بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات الصادر تحت رقم 15 لسنة 2004.

- المتخصصون من ذي الخبرة الحاصلين على المؤهلات الضرورية لأداء الخدمات المرخص بها.
- نظام حفظ بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني و شهادات التصديق الإلكتروني طوال المدة التي تحددها الهيئة في الترخيص و تبعا لنوع الشهادة المصدرة.
- نظام للحفاظ على السرية الكاملة للأعمال المتعلقة بالخدمات و البيانات الخاصة بالعملاء.

و أشارت المادة 15 من اللائحة التنفيذية رقم 109 المؤرخة في 15-05-2005 بشأن التوقيع الإلكتروني أنه يجب على الهيئة أن تبث في طلب الحصول على الترخيص خلال مدة لا تتجاوز 60 يوما من تاريخ استقاء طالب الترخيص لجميع الشروط و ذلك طبعا بعد ملئ طالب الرخصة النماذج التي تعدها الهيئة مسبقا.

و لقد جاءت المادة 21 من قانون 2004 لتضع على عاتق الجهة المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني الالتزام بسرية البيانات و المعلومات المقدمة إليها فيمنع عليها إفشاء هذه البيانات إلى الغير أو استخدامها في غير الغرض الذي قدمت من أجله. و قد قصد بذلك التأكيد و الحرص على مبدأ سرية المعلومات و البيانات لدى الهيئة تشجيعا للمتعاملين على الإدلاء ببيانات صحيحة و دقيقة دون خشية اطلاع الغير عليها⁽¹⁾.

و تلعب هذه الهيئة دورا مهما في سرية البيانات المتداولة و كذا التصديق على التوقيع الإلكتروني و ضمان سلامته فهي التي تصدر شهادة التصديق الإلكتروني التي تحتوي على مفاتيح التشفير و فك التشفير.

نقول إن شهادة التصديق الإلكتروني يجب أن تتضمن بيانات معينة ذكرتها المادة 20 من اللائحة التنفيذية رقم 109 لسنة 2005 بشأن قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 و هي كالتالي:

- 1- ما يفيد صلاحية هذه الشهادة للاستخدام في التوقيع الإلكتروني.
- 2- موضوع الترخيص الصادر للمرخص له موضعا فيه نطاقه و رقمه و تاريخ إصداره و فترة سريانه.
- 3- اسم و عنوان الجهة المصدرة للشهادة و مقرها الرئيسي و كيانه القانوني و الدولة التابعة

(1): هذا ما ورد بالمذكرة الإيضاحية بشأن هذه المادة (المادة 21 من قانون 2004).

لها.

- 4- اسم الموقع الأصلي أو اسمه المستعار أو اسم شهرته و ذلك في حالة استخدامه لأحدها.
- 5- صفة الموقع.
- 6- المفتاح الشفري العام لحائز الشهادة المناظر للمفتاح الشفري الخاص به.
- 7- تاريخ بدء صلاحية الشهادة و تاريخ انتهائها.
- 8- رقم مسلسل للشهادة.

و يجوز احتواء الشهادة على أي من البيانات الآتية عند الحاجة:

- الغرض الذي تستخدم فيه الشهادة.
- حد قيمة التعاملات المسموح بها بالشهادة.
- مجالات استخدام الشهادة.

و بهذا نكون قد علمنا كيف ينظم المشرع المصري التوقيع الإلكتروني و يحدد الشروط الواجب توافرها في الهيئة التي تصدر شهادة التصديق، فماذا عن حجبة التوقيع الإلكتروني في ظل القانون المصري؟

نصت المادة 14 من القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 على ما يلي: " للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية و التجارية ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية إذا ما روعي في إنشائه و إتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون و الضوابط الفنية و التقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون ".

و لقد جاء في المذكرة الإيضاحية في ما يخص هذه المادة أنه " تم إضفاء حجبة الإثبات على التوقيع الإلكتروني عند استخدامه في نطاق المعاملات الإلكترونية المدنية و التجارية و الإدارية أيضا، ليكون له ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية في هذا الشأن، بشرط أن يتم هذا التوقيع الإلكتروني طبقا للشروط و الأوضاع التي حددها مشروع القانون و لائحته التنفيذية بهذا الشأن. و يهدف المشروع من ذلك أن يكون للمعاملات الإلكترونية نفس الحجية الموجودة للمعاملات الورقية أو الخطية" (1).

(1): قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص68.

يستخلص من نص المادة 14 و مذكرتها الإيضاحية أن التوقيع الإلكتروني يتمتع بذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية شريطة أن يراع في إنشائه و إتمامه الشروط المنصوص عليها في قانون التوقيع الإلكتروني و الضوابط الفنية و التقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

و مما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المصري أضفى الحجية على المحررات الإلكترونية (الحاملة لتوقيع إلكترونية بطبيعة الحال) و هي ذات الحجية التي تتمتع بها المحررات الرسمية و العرفية على حد سواء و بهذا نلاحظ الاختلاف الجوهرى بين التشريع المصري و التشريع الجزائري حيث هذا الأخير أضفى الحجية إلا على المحررات الإلكترونية العرفية ذلك بتنصيبه على التوقيع الإلكتروني في نص المادة 327 مدني جزائري و هذه المادة كما هو معلوم تخص حجية المحررات العرفية.

و لكن المشرع المصري قرن تلك الحجية بتوافر شروط منصوص عليها في قانون التوقيع الإلكتروني وفقا للضوابط الفنية و التقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية الخاصة بهذا القانون. ف جاء باللائحة التنفيذية الصادرة بقرار وزير الاتصالات و تكنولوجيا المعلومات تحت رقم 109 لسنة 2005 بشأن قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 في المادة 8 منها ما يلي: " مع عدم الإخلال بالشروط المنصوص عليها في القانون تتحقق حجية الإثبات المقررة للكتابة الإلكترونية و المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية لمنشئها إذا توافرت الضوابط الفنية و التقنية الآتية:

أ- أن يكون متاحا فنيا تحديد وقت و تاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية، و أن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل و غير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو تلك المحررات أو سيطرة المعني بها.

ب- أن يكون متاحا فنيا تحديد مصدر إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية و درجة سيطرة منشئها على هذا المصدر و على الوسائط المستخدمة في إنشائها.

ج- في حالة إنشاء و صدور الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية بدون تدخل كلي أو جزئي فإن حجيتها تكون متحققة متى أمكن التحقق من وقت و تاريخ إنشائها و من عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك المحررات.

و لقد قضت المادة 18 من القانون رقم 15 لسنة 2004 بأنه لكي يتمتع التوقيع الإلكتروني بحجية في الإثبات لابد من توفر الشروط التالية:

- 1- ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره.
- 2- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.
- 3- إمكانية كشف أو تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني.

و لقد أحالت هذه المادة على اللائحة التنفيذية للقانون لتحديد الضوابط الفنية و التقنية لذلك و حقا فقد نصت كل من المادتين 9 و 10 من اللائحة على هذه الضوابط.

فالمادة 9 قضت بأنه يتحقق من الناحية الفنية و التقنية ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره متى استند هذا التوقيع إلى منظومة تكوين بيانات توقيع إلكتروني مؤمنة و توافرت الحالتين الآتيتين:

أ- أن يكون التوقيع مرتبطا بشهادة تصديق إلكتروني معتمدة و نافذة المفعول صادرة من جهة تصديق إلكتروني مرخص لها أو معتمدة.

ب- أن يتم التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني.

و أما المادة 10 من هذه اللائحة فتتص على أنه يتحقق من الناحية الفنية و التقنية سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني المستخدم في عملية التوقيع الإلكتروني عن طريق حيازة الموقع لأداة حفظ المفتاح الشفري الخاص متضمنة البطاقة الذكية المؤمنة و الكود السري المقرن بها.

كما يتم كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني الموقع إلكترونيا باستخدام تقنية شفرة المفاتيح العام و الخاص، و بمضاهاة شهادة التصديق الإلكتروني و بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني بأصل هذه الشهادة و تلك البيانات⁽¹⁾.

و تجب الملاحظة أخيرا إلى أن المشرع المصري وضع قاعدة عامة في إثبات صحة التوقيع الإلكتروني و كذا المحررات الإلكترونية سواء الرسمية منها أو العرفية، و هذه القاعدة مفادها أنه سيرجع في صحة هذا الإثبات إلى القواعد المعمول بها في شأن إثبات

(1): قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، ص75.

صحة التوقيعات و المحررات الرسمية و العرفية المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية في حالة ما لم توجد قاعدة تصلح لإثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية و العرفية و التوقيع الإلكتروني في قانون التوقيع الإلكتروني أو اللائحة التنفيذية لهذا القانون⁽¹⁾.

2- حجية التوقيع الإلكتروني في القانون البحريني.

المشرع البحريني كنظيره المصري اعتمد هيئة هي التي تصدر شهادة التصديق على التوقيع الإلكتروني و تضمن سلامة التوقيع و المحرر و هوية الموقع بموجب القانون المؤرخ في 14-09-2002⁽²⁾ إلا أنه استثنى من تطبيق أحكام هذا القانون ما يلي⁽³⁾:

- كافة المسائل التي ينعقد الاختصاص بشأنها للمحاكم الشرعية طبقاً لأحكام المرسوم رقم 13 لسنة 1971 بشأن تنظيم القضاء و تعديلاته.
- مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين مثل الزواج و الطلاق و الحضانة و التبني و الميراث و إنشاء الوصايا و تعديلها.
- المعاملات و التصرفات التي يشترط القانون للاعتداد بها أن تكون مثبتة في محررات رسمية.
- السندات القابلة للتداول.
- سندات الملكية في ما عدا تلك المنصوص عليها في المادة 20 من هذا القانون أي ما عدا مستندات نقل البضائع و تحديد نوع البضائع أو قيمتها و إصدار إيصال بتسلم البضائع و كذا اكتساب أو نقل الحقوق و الالتزامات التي ينص عليها عقد نقل البضائع إلى غير ذلك من الإجراءات المنصوص عليها في المادة المذكورة.

يظهر من نص هذه المادة أن المشرع البحريني لم يضيف الحجية على المحررات الإلكترونية إلا بنسبتها إلى المحررات العرفية و هو نفس منهج المشرع الجزائري أي

(1): راجع المادة 17 من القانون رقم 15 لسنة 2005 المتضمن قانون التوقيع الإلكتروني و مذكرتها الإيضاحية.

(2): المادة 2 من قانون التوقيع الإلكتروني لمملكة البحرين.

(3): منشور على موقع دليل القوانين لمملكة البحرين: <http://www.arablaws.com>.

أضفى نفس الحجية التي تتمتع بها المحررات العرفية على المحررات الإلكترونية حتى و إن وردت جزئياً في شكل إلكتروني، هذا ما ذهبت إليه المادة 5 من هذا القانون. و أضافت نفس المادة أنه يراع في تقدير حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات عند النزاع في سلامته ما يلي:

- مدى الثقة في الطريقة التي تم بها إنشاء أو حفظ أو بث المحرر الإلكتروني.
- مدى الثقة في الطريقة التي تم بها توقيع السجل الإلكتروني.
- مدى الثقة في الطريقة التي استعملت في المحافظة على سلامة المعلومات التي تضمنها المحرر الإلكتروني.
- أية أمور أخرى ذات علاقة بسلامة المحرر الإلكتروني.

أما في ما يخص حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات فقد نظمها المشرع البحريني في المادة 6 من قانون التوقيع الإلكتروني حيث متع التوقيع الإلكتروني بذات حجية التوقيع التقليدي بنصه حرفياً: " لا ينكر الأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني من حيث صحته و إمكان العمل بموجبه لمجرد وروده كلياً أو جزئياً في شكل إلكتروني ".

و لقد قرن المشرع البحريني التوقيع الإلكتروني المصحوب بشهادة معتمدة بقرينة الحجية ما لم يثبت العكس أو يتفق الأطراف على خلاف ذلك و تتمثل هذه القرينة في ما يلي:

- أن التوقيع الإلكتروني على المحرر الإلكتروني هو توقيع الشخص المسمى في الشهادة المعتمدة.
- أن التوقيع الإلكتروني على المحرر الإلكتروني قد وضع من قبل الشخص المسمى في الشهادة المعتمدة بغرض توقيع هذا المحرر الإلكتروني.
- أن المحرر الإلكتروني لم يطرأ عليه تغيير منذ وضع التوقيع الإلكتروني عليه.

أما إذا لم يتم وضع التوقيع الإلكتروني باستعمال شهادة معتمدة، فإن قرينة الصحة المقررة بموجب الأحكام السابقة لا تلحق أياً من التوقيع أو المحرر الإلكتروني.

و عليه فلقد اعترف المشرع البحريني فقط بالمحررات الإلكترونية العرفية و استبعد المحررات الإلكترونية الرسمية و بالنتيجة استبعد التوقيع الإلكتروني الموضوع على

المحرر الرسمي أي بعبارة أخرى التوقيع الإلكتروني الموقع على المحرر الرسمي لا يتمتع بأي حجية في الإثبات.

3- حجية التوقيع الإلكتروني في القانون الأردني.

أضفى المشرع الأردني بموجب القانون رقم 85 لسنة 2001⁽¹⁾ المسمى بقانون المعاملات الإلكترونية الحجية على التوقيع الإلكتروني و منح نفس حجية التوقيع التقليدي كما أنه أضفى الحجية كذلك على المحررات الإلكترونية الرسمية (بتحفظ) و العرفية و اعتبر أنها لها نفس الحجية التي هي للمحررات الرسمية و العرفية الخطية و ذلك في نص المادة 7 من هذا القانون.

إلا أنه استثنى من تطبيق هذا القانون ما يلي⁽²⁾:

- العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقا لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها :
 1. إنشاء الوصية وتعديلها.
 2. إنشاء الوقف وتعديل شروطه.
 3. معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال .
- الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية .
- الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة .
- لوائح الدعاوي والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم .

يستخلص مما سبق أن القانون الأردني المتعلق بالتوقيع الإلكتروني يتميز بما يلي:

- استبعد ضمناً المحررات الإلكترونية الرسمية إلا في ما يخص عقود الإيجار و بالضرورة

(1): للاطلاع على نص القانون ينظر: مركز القوانين العربية: <http://www.arablaws.com>.

(2): المادة 6 من هذا القانون.

استبعاد التوقيع الإلكتروني من التطبيق في هذه المعاملات.
- جعل التوقيع الإلكتروني يتمتع بذات الحجية التي يتمتع بها التوقيع التقليدي في ظل قانون الإثبات المعمول به.
- إضفاء نفس الحجية التي تتمتع بها المحررات العرفية على المحررات الإلكترونية العرفية.
هذا عن حجية التوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية فماذا عن حجته في التشريعات الغربية؟

ثانيا: حجية التوقيع الإلكتروني في التشريعات الغربية.

بعد دراسة حجية التوقيع الإلكتروني في كل من التشريع الجزائري و التشريعات العربية حان الوقت لدراستها في التشريعات الغربية باعتبارها التشريعات الأولى في اعتماد مثل هذا التوقيع فكيف نظمت هذه التشريعات التوقيع الإلكتروني و هل اعتبرته متمتعاً بحجية في الإثبات أم لا؟

بعد التوجيه الأوروبية الخاصة بالتوقيعات الإلكترونية المؤرخة ب 03-11-1999 و التي تنص في مادتها 5 أنه على الدول الأعضاء أن تسهر على أن تكون التوقيعات الإلكترونية تركز على شهادة معتمدة من هيئة إصدار الشهادات و أن تجعل للتوقيع الإلكتروني نفس القيمة للتوقيع الخطي و يعتبر كطريقة إثبات أمام القضاء بنفس الكيفية التي تقدم بها التوقيعات الخطية، ذهب معظم المشرعين الأوروبيين إلى اعتماد نصوص خاصة أو إدماج مواد خاصة به في القانون المدني و إلحاقها بمراسيم متعلقة بتنفيذها و في ما يلي حجية التوقيع الإلكتروني في بعض التشريعات الأوروبية:

1- حجية التوقيع الإلكتروني في القانون الفرنسي.

بعد ظهور الأنترنت و استخدامه على نطاق واسع في إبرام التصرفات القانونية دفع بأغلبية الفقه الفرنسي إلى المناداة بوجود التدخل التشريعي لتعديل قواعد الإثبات على نحو يسمح باستخدام المحررات الموقعة إلكترونياً في الإثبات و عدم ترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية لأنها لم تعد قادرة على إظهار الحقيقة في كل الأحوال، الأمر الذي ينعكس سلباً

على الثقة في المعاملات الإلكترونية⁽¹⁾.

و حقيقة استجاب المشرع الفرنسي لمطالب الفقه بإصدار قانون متعلق بالتوقيع الإلكتروني المؤرخ في 13-03-2000 و الذي تم القانون المدني الفرنسي. فبموجب هذا النص أصبحت الكتابة الإلكترونية مطابقة للكتابة الخطية في الإثبات بشرط إمكانية التعرف على هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون في أوضاع تضمن سلامتها. هذا ما جاء في نص المادة 1-1316 مدني فرنسي بقولها: « l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dument identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

أما المادة 4-1316 من القانون المدني الفرنسي فقد نصت على التوقيع الإلكتروني و التوقيع بصفة عامة فعرفت التوقيع بأنه يعرف بصاحبه و يعبر عن رضاء الأطراف بالالتزامات الواردة في التصرف و أما التوقيع الإلكتروني فعرفته بأنه عبارة عن استخدام وسيلة موثوق بها للتعريف بصاحبه و لضمان اتصاله بالتصرف الذي يلحق به، و في ما يلي النص الحرفي للمادة 4-1316 مدني فرنسي: « ...lors qu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache ».

ثم جاء المرسوم رقم 272-2001 المؤرخ في 30-03-2001 الذي يرسم الإطار القانوني للإجراءات الخاصة بالتوقيع الإلكتروني المؤمن، من أجل تطبيق المادة 4-1316 من القانون المدني الفرنسي و الذي اعتبر للتوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات في مادته 2 و لكن بتوفر شروط ثلاث⁽²⁾:
1- أن يكون التوقيع مؤمنا.

(1) : Julien Esnault, la signature électronique, thèse publiée le 21-07-2003 sur : <http://www.signalec.com>, p30.

(2) : Lionel Bochurberg, Internet et commerce électronique. Delmat, 2^{ème} Ed, 2001, p138.

- 2- يجب أن يكون صادرا من هيئة مؤمنة خاصة بإصدار مثل هذه التوقيعات.
3- مراقبة التوقيع يجب أن تتم بناء على استعمال شهادة إلكترونية مصادق عليها.

ففي ما يخص الشرط الأول أي أن يكون التوقيع مؤمنا لا يتحقق إلا بتحقق الشرطين التاليين أي يجب أن يكون التوقيع صادرا عن هيئة مؤمنة خاصة بإصدار مثل هذه التوقيعات و أن تتم مراقبة هذه الأخيرة بناء على استعمال شهادة إلكترونية مصادق عليها. و لا يمكن اعتبار الهيئة مؤمنة إلا إذا وفرت عبر وسائل تقنية و إجراءات خاصة معطيات إصدار التوقيع الإلكتروني حيث لا يمكن استعمالها مرة أخرى لثبوت سريتها و بالمقابل حماية الموقع من كل استعمال غير شرعي من طرف الغير⁽¹⁾. أما في ما يخص مراقبة التوقيع الإلكتروني فهي تتطلب عملية تشفير مؤمنة لهذا اعتمد المرسوم المذكور أعلاه التوقيع الرقمي⁽²⁾ و يكون ذلك عبر شهادة إلكترونية تمنح لصاحب التوقيع تحتوي معلومات أساسية⁽³⁾ من أهم المفتاحين العام و الخاص الذين تعتمد عليهما عمليتي التشفير و فكه من أجل ضمان سلامة إرسال و استقبال المحرر الإلكتروني الحامل للتوقيع الإلكتروني و ضمان نسبه إلى موقعه.

إذن للتوقيع الإلكتروني حجة في الإثبات تستخلص من نص المادة 1316-3 التي تنص على أن للمحرر الإلكتروني نفس القوة الثبوتية التي هي للمحرر الورقي.

و يعلق الأستاذ Gautier على التعديل الذي أحدثه المشرع الفرنسي على نصوص القانون المدني قائلا: : بتبني هذا القانون، الحكومة سايرت عالم الأنترنت بإعادة صياغتها الكتابة و منح التوقيع الإلكتروني اعترافا تشريعيًا يتمتع بنفس حجية التوقيع الخطي ... و لكن لا يمكن الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني و المحررات الإلكترونية إلا في الحالة العرفية أو في الحالة التي لا يتطلب فيها الرسمية للانعقاد⁽⁴⁾.

(1) : Anne Lise Vilarrubla, op cit, p 3.

(2): راجع ص 131 من هذه المذكرة.

(3): راجع ص 129 من هذه المذكرة.

(4) : Recueil Dalloz 2000, n°12, 23 mars, point de vue, page V.

مشار إليه في: Anne lise Vilarrubla, op cit, p8.

أما مجلس الدولة الفرنسي في مقرره المشهور *Internet et réseaux numériques* اتخذ موقفا بشأن التوقيع الإلكتروني و اعتبر أن له حجية في الإثبات و لكن في مجال المحررات العرفية فقط بشرط أن يكون التوقيع محفوظا بشكل دائم⁽¹⁾.

كخلاصة لما قيل في ما يخص حجية التوقيع الإلكتروني في القانون الفرنسي إن المشرع الفرنسي جعل التوقيع الإلكتروني يتمتع بحجية في الإثبات مثله مثل التوقيع التقليدي و لكنه ربط مجال تطبيقه في المحررات العرفية فقط و هو نفس موقف المشرع الجزائري أو بالأحرى إن المشرع الجزائري اعتمد نفس موقف المشرع الفرنسي.

2- حجية التوقيع الإلكتروني في القانون الإيطالي.

إن القانون رقم 59 المؤرخ في 15-03-1997 المدعو بقانون Bassanini⁽²⁾ في مادته 15-2 يؤكد على القيمة القانونية للمستندات الإلكترونية و نفس المادة أشارت إلى أنه خلال 6 أشهر من دخول هذا القانون حيز التنفيذ ستصدر تنظيمات و مراسيم تنظم تطبيق هذه المادة التي جاء في نصها أن كل التصرفات و العقود المبرمة من طرف الإدارة العامة أو أشخاص القانون الخاص عن طريق وسائل إلكترونية لها نفس الآثار القانونية التي تتمتع بها التصرفات العادية.

و حقيقة إن المشرع الإيطالي أصدر المرسوم رقم 513 المؤرخ في 10-11-1997 الذي عرف التوقيع الإلكتروني في الشكل الرقمي - هو الشكل الوحيد الذي اعتمده المشرع الإيطالي في هذا المرسوم - و نص على أن للتوقيع الرقمي نفس القيمة و الحجية التي هي للتوقيع اليدوي، فيمكنه حل محل الختم أو الدمغ أو أي توقيع آخر أو علامة.

و أضاف المشرع الإيطالي أنه لكي تكون للتوقيع الإلكتروني (الرقمي) حجية لابد من احترام الإجراءات التقنية (تعريف اللوغارتميات المستعملة لإنشاء التوقيع و مراقبته خصوصيات المفاتيح، التزامات حاملي المفتاح و الهيئات المصدرة للشهادات، مضمون

(1) :Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, *Internet et les réseaux numériques*, étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998, La documentation française, 1998.

(2) : www.extranet-senat.fr/rap/1999.203/1999.203/4/html.

الشهادة⁽¹⁾ التي تسهر عليها هيئة خاصة معتمدة تكون على شكل شركة ذات أسهم حسب نصي المادتين 8 و 9 من مرسوم 1997 و لكن هذا الأخير لا يرتب أي مسؤولية على هذه الهيئة و إنما ينص على الالتزامات التي يجب احترامها⁽²⁾.

3- حجية التوقيع الإلكتروني في قانون لوكسمبورغ.

إن القانون المؤرخ في 10-03-1999 تم القانون المدني اللوكسمبورغي بالمادة 1-1322 التي عرفت التوقيع الإلكتروني انطلاقاً من الوظيفتين الأساسيتين اللتين يقوم بهما التوقيع و هما تمييز هوية الموقع و انتسابه إلى مضمون التصرف و نفس المادة تشير إلى أن التوقيع يمكنه أن يكون خطياً كما قد يكون إلكترونياً.

و في المادة 17 نص أن التوقيع الإلكتروني المنشأ عبر وسيط يسمح للموقع بالحفاظ على الرقابة المقتصرة عليه بواسطة شهادة معتمدة صادرة من هيئة مؤمنة أي ما يعرف بالتوقيع الإلكتروني المحمي يحظى بنفس الحجية التي يتمتع بها التوقيع المنصوص عليه في القانون. و لا يمكن للقاضي رفضه بمجرد أن التوقيع ورد في شكل إلكتروني.

و أخيراً تجب الإشارة إلى أن المحرر الذي يحمل توقيعاً إلكترونياً يعتبر كبدائية ثبوت بالكتابة أو قرينة قضائية⁽³⁾ تخضع في تقديرها لسلطة القاضي المعروض عليه النزاع.

يظهر من خلال دراسة هذا المطلب الذي هو معنون بحجية التوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري و التشريعات الأخرى، أن التشريعات العربية منها أو الغربية و إن اتفقت في شرعية التوقيع الإلكتروني و تمتيعه بحجية في الإثبات إلا أنها اختلفت في تقديره فهناك من اعتبرت أنه لا يمكن إضفاء حجية على التوقيعات الإلكترونية إلا في نطاق المحررات العرفية (القانون الجزائري، القانون الفرنسي و القانون الأردني) و هناك من

(1) : Arnaud.F.Fausse, la signature électronique, transactions et confiance sur Internet, www.dunod.com, 2001, p76.

(2): هي تقريبا نفس الالتزامات التي أشرنا إليها خلال دراستنا لحجية التوقيع الإلكتروني في القانون المصري، راجع ص163 و ما بعدها من هذه الرسالة.

(3): www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes

اعتمده و اعتبر أن للتوقيع الإلكتروني حجية سواء بالنسبة للمحررات العرفية أو الرسمية (القانون المصري) و هناك من اعتبره بداية ثبوت بالكتابة أو قرينة قضائية فقط (قانون لوكسمبورغ).

نعم، لقد درسنا حجية التوقيع الإلكتروني بصفة عامة مما يدفعنا إلى دراستها وفقا للقواعد التقليدية في الإثبات و ذلك في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات طبقا لقاعدة الإثبات بالكتابة و الاستثناءات الواردة عليها.

لقد سبق لنا من خلال هذه الرسالة أن درسنا الكتابة و حالات اشتراطها و كذا الاستثناءات الواردة عليها بشيء من التفصيل⁽¹⁾، لهذا في هذا المطلب سنقتصر على ذكر ما تقتضيه دراسة حجية التوقيع الإلكتروني طبقا لهاتين القاعدتين فقط و تبعا لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين نتناول في الفرع الأول حجية التوقيع الإلكتروني طبقا لقاعدة الإثبات بالكتابة و في الفرع الثاني نتناول حجيته طبقا للاستثناءات الواردة على قاعدة الإثبات بالكتابة.

الفرع الأول: حجية التوقيع الإلكتروني طبقا لقاعدة الإثبات بالكتابة.

طبقا لنص المادتين 333 المعدلة و 334 فقرة 1 مدني جزائري تطلب المشرع الجزائري الإثبات بالكتابة في حالتين:

- 1- إثبات التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها على 100.000 دج أو كانت غير محددة القيمة.
- 2- إثبات ما يخالف أو ما يجاوز الثابت بالكتابة.

و نفس الحكم أخذ به المشرع المصري في المادتين 20 فقرة 1 و 21 فقرة 1 من قانون الإثبات المصري تحت رقم 25 لسنة 1968 المعدل بالقانون رقم 18 لسنة 1999 و أيضا المشرع الفرنسي في المادة 1341 من القانون المدني الفرنسي.

(1): راجع ص 87 و ما بعدها من هذه المذكرة.

الحالة الأولى: إثبات التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها على 100.000 دج أو كانت غير محددة القيمة.

- يتضح من نص المادة 333 المعدلة أنه يلزم لتطبيق هذه القاعدة توافر الشروط التالية:
- 1- أن يكون التصرف محل الإثبات تصرفاً قانونياً، فقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة لا تسري على الوقائع المادية لكون طبيعتها لا تسمح بإمكانية إعداد الدليل الكتابي مقدماً لإثباتها بل يقتصر تطبيق هذه القاعدة على التصرفات القانونية سواء أكانت هذه التصرفات عقوداً كالبيع أو تصرفات بالإرادة المنفردة كالوعد بجائزة⁽¹⁾.
 - 2- أن يكون التصرف القانوني تصرفاً مدنياً و أما التصرفات القانونية التجارية فإنها تخرج من إطار تطبيق هذه القاعدة حيث يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات أي كانت قيمة التصرف⁽²⁾.
 - 3- أن تزيد قيمة التصرف على 100.000 دج أو يكون غير محدد القيمة، و على ذلك فلا يكلف الأطراف بكتابة التصرفات التي تقل قيمتها عن هذا الحد لما في ذلك من المشقة عليهم، كما أن هذه التصرفات ليست على درجة من الخطورة يتوجب إثباتها بالكتابة.

و عند تطبيق هذه القاعدة على التصرفات القانونية التي تبرم بالوسائل الإلكترونية عن بعد عبر الانترنت باستخدام الكتابة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني فإنه يمكن القول أن القانون المدني الجزائري تطرق إلى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات و ذلك بتنصيبه في الفقرة الأخيرة من المادة 327 مدني على ما يلي: " و يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه."

فالمادة 323 مكرر 1 نصت على أنه يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة الورقية، إذن فالكتابة الإلكترونية المصدقة بالتوقيع الإلكتروني يمكنها إثبات التصرفات القانونية المدنية التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج إذا ما توافرت الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 طبعاً، عكس القانون المصري ففي قانون الإثبات المصري لم يُتطرق إلى حجية الكتابة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني في الإثبات بل اقتصر على الكتابة الخطية و التوقيع التقليدي و على ذلك فإنه طبقاً للقواعد العامة في الإثبات في القانون المصري، الكتابة الإلكترونية المصدقة بالتوقيع الإلكتروني لا تكفي لإثبات التصرفات

(1): راجع ص 13 من هذه المذكرة.

(2): راجع ص 87 من هذه المذكرة.

المدنية التي تزيد قيمتها عن 500 جنيه.

الحالة الثانية: إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة.

يستخلص من نص المادة 334 فقرة 1 مدني جزائري أنه لتطبيق هذه القاعدة لا بد من توافر الشروط التالية:

- 1- أن يوجد دليل كتابي و يقصد به الدليل الكتابي الكامل سواء كان عبارة عن محررات رسمية أو عرفية⁽¹⁾.
- 2- أن يكون المراد إثباته تصرفا مدنيا و بالنتيجة إذا كان التصرف تجاريا ثابتا بالكتابة فيجوز إثبات ما يخالفه بكافة طرق الإثبات.
- 3- أن يكون المراد إثباته ما يجاوز أو يخالف الثابت بالكتابة⁽²⁾.

و بما أن النصوص التقليدية لقواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري تمنح الكتابة الإلكترونية حجية الدليل الكتابي الورقي فإن قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة في ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي يمكن تطبيق شروطها على التصرفات القانونية المبرمة بالوسائل الإلكترونية باستخدام الكتابة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني.

و مقارنة مع التشريع المصري فيما أن قانون الإثبات المصري لم ينص على حجية التوقيع الإلكتروني فلا يمكن تطبيق شروط هذه القاعدة على التصرفات الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الأنترنت⁽³⁾.

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فيمكن تطبيق هذه القاعدة أيضا على المحررات الإلكترونية المصدقة بالتوقيع الإلكتروني.

هذا عن حجية التوقيع الإلكتروني طبقا لقاعدة الإثبات بالكتابة أما حجيته طبقا للاستثناءات الواردة على الكتابة فسنتناولها في الفرع الثاني.

(1): راجع ص 88 من هذه المذكرة.

(2): راجع ص 89 من هذه المذكرة.

(3): ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص 57.

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني طبقا للاستثناءات الواردة على الكتابة.

تتمثل الحالات التي يجوز فيها الإثبات بغير الكتابة رغم تجاوز قيمة التصرف القانون المدني 100.000 دج في الحالات الآتية:

- 1- وجود بداية ثبوت بالكتابة (المادة 335 مدني جزائري).
- 2- وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي (المادة 336 مدني جزائري).
- 3- فقدان الدليل الكتابي بسبب أجنبي (المادة 336 مدني جزائري).
- 4- وجود نص قانوني يجيز الإثبات بغير الكتابة (المادة 333 معدلة) كما أضاف كل من المشرعين المصري و الفرنسي إلى هذه الحالة وجود اتفاق بين الطرفين يجيز الإثبات بغير الكتابة (المادتين 20 فقرة 1 قانون إثبات مصري و 1341 مدني فرنسي).

أولاً: حالة وجود بداية ثبوت بالكتابة.

يظهر من نص المادة 335 مدني جزائري أنه يجب توافر شروط ثلاث لنكون أمام حالة بداية ثبوت بالكتابة:

- 1- وجود كتابة مهما كان شكلها فأي ورقة مكتوبة يمكن اعتبارها بداية ثبوت بالكتابة إذا ما توافرت الشروط الأخرى.
- 2- أن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم المدعى عليه أو من يمثله قانوناً.
- 3- أن تجعل هذه الكتابة التصرف المدعى به قريب الاحتمال.

فإذا ما توافرت هذه الشروط الثلاثة السابقة يمكن اعتبار الدليل الكتابي الناقص بداية ثبوت بالكتابة يجوز تكملته بشهادة الشهود و يخضع ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع و هو نفس الشيء بالقانون المصري و كذا القانون الفرنسي.

و السؤال المطروح الآن هو هل يمكن اعتبار المحرر الموقع إلكترونياً كبداية ثبوت بالكتابة؟

في هذا المجال ميز الفقه الفرنسي⁽¹⁾ بين حالتين:

الحالة الأولى هي حالة ما إذا كان المحرر الإلكتروني موقعا من الطرفين و اتبعت في إنشائه و حفظه تقنية جديرة بالحفاظ عليه، ففي هذه الحالة يجوز للطرفين الاحتجاج بهذا المحرر باعتباره بداية ثبوت بالكتابة يمكن تكملته بالبيئة حتى يصبح دليلا كاملا على حصول التصرف و مضمونه، فمثلا في مجال بطاقات السحب الآلي رغم خضوع الورقة التي تخرج من جهاز الحاسب الآلي لنظام التشغيل الموضوع من قبل المؤسسة المالية (البنك) إلا أنها لا تظهر بهذه الصورة إلا بعد قيام المستخدم (العميل) ببعض الإجراءات كإدخال البطاقة نفسها ثم إدخال الرقم السري و تحديد المبلغ المطلوب، فتكون الورقة الصادرة من جهاز الحاسب الآلي محصلة تنفيذ أوامر الطرفين (البنك و العميل) في آن واحد. و بالتالي فإن هذه الورقة تكون صادرة من عنهما و يمكن لكل طرف الاحتجاج بها ضد الآخر باعتبارها بداية ثبوت بالكتابة يمكن تكملتها بالبيئة لتصبح دليلا كاملا⁽²⁾.

أما **الحالة الثانية** فهي حالة ما إذا كان المحرر الإلكتروني مستخرجا من نظام معلوماتي خاص بالمؤسسة و لا تتوفر له ضمانات الثقة و الأمان، و في هذه الحالة لا يجوز لهذه المؤسسة أن تتمسك بهذا المحرر ضد الغير، لأن هذا الأخير يتعارض مع مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه ، في ما يجوز للغير أن يتمسك بهذا المحرر ضد المؤسسة.

أما الفقه المصري فهو بدوره انقسم إلى قسمين، قسم رفض اعتبار المحرر الإلكتروني بداية ثبوت بالكتابة تأسيسا على أن تخلف صفة الكتابة عن المحرر الإلكتروني بما يحول دون اعتبارها دليلا كتابيا كاملا يؤدي في ذات الوقت إلى عدم إمكان اعتبارها من قبيل الكتابة التي تصلح لأن تكون بداية ثبوت بالكتابة أو إمكان نسبة صدورها إلى الخصم بأي شكل من الأشكال⁽³⁾. و قسم ثان يعتبر أن الكتابة الإلكترونية و إن لم تكن صادرة من الخصم بالمعنى الضيق فإن وجود المحرر الإلكتروني على الوسيط الإلكتروني أو استخدام صورة

(1) : J.Huet et H.Mesal, droit de l'informatique et des télécommunications. Etat des questions, textes et jurisprudence, étude et commentaires, litec, 1989, n 94,p665.

(2) : A.Lucas de leysac, le droit de l'informatique. Ed Thémis, 1987, p376.

(3): حسن جميعي، المرجع السابق، ص69.

مكتوبة منه على الآلة الطابعة يعد قرينة قوية على صدور الكتابة من المدعى عليه مما يسمح باعتبار هذه المحررات بداية ثبوت بالكتابة.

أما في ما يخص تفسير المادة 335 مدني جزائري و تطبيق شروطها على التوقيع الإلكتروني، فإننا نرى أنه ليس من السليم اعتبار المحرر الموقع إلكترونيا بداية ثبوت بالكتابة لأن هذا من شأنه إخضاع حجية التوقيع الإلكتروني للسلطة التقديرية للقاضي في قبوله من عدمه كما أن الأمر سينتهي بمنح المحرر الموقع إلكترونيا قوة محدودة في الإثبات و هذا ما يتعارض مع مضمون المادة 323 مكرر 1 التي اعتبرت المحرر الإلكتروني مثله مثل المحرر الورقي دليل كتابي كامل في الإثبات إذا ما توافرت شروط صحته و حفظه و أمانه.

ثانيا: حالة وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

نصت على هذه الحالة المادة 336 مدني جزائري فالقانون أعطى فرصة للخصم لإثبات حقه عن طريق البينة بدلا من الدليل الكتابي متى أقام الدليل على وجود مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على الدليل الكتابي⁽¹⁾.

و السؤال الذي يطرح نفسه هو هل يعتبر إنشاء المحرر على دعامة إلكترونية من قبيل المانع الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي كامل؟

لقد ثار الخلاف بين فقهاء القانون حول مدى اعتبار التعاقد بالوسائل الإلكترونية و عبر الأنترنت باستخدام الدعامات الإلكترونية من قبيل المانع الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي كامل.

فهناك من الفقهاء من ذهب إلى عدم اعتبار ذلك من قبيل الموانع التي تحول دون الحصول على دليل كتابي كامل⁽²⁾.

(1): راجع ص92 من هذه المذكرة.

(2) : Piette Coudol (Thiry), l'échange des données informatisées et droit, Hermès, Paris, Ed 1991, p37.

و ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى القول بأن التعاقد بالوسائل الإلكترونية عبر الانترنت يمثل نوعا من الاستحالة المادية المانعة من الحصول على الدليل الكتابي الورقي لأن المتعاقدين يتمركزان في أماكن مختلفة و متفرقة و يتم التعاقد باستخدام الحاسب الآلي و وسائل الاتصال عن بعد، حيث يتم تدوين البيانات و كتابتها و حفظها على دعائم و وسائط إلكترونية كالشرائط الممغنطة و من ثم يوجد المتعاقدان في استحالة مادية تحول دون الحصول على دليل كتابي كامل⁽¹⁾.

و بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري و بما أن المشرع منح المحرر الإلكتروني ذات حجية المحرر الورقي العادي ففي كلتا الحالتين أي سواء تم إعداد المحرر إلكترونيا بوجود أو عدم وجود مانع مادي يكون لهذا المحرر الموقع إلكترونيا حجة في الإثبات على أساس أن المحرر الإلكتروني يحل محل المحرر الورقي.

ثالثا: حالة فقدان الدليل الكتابي بسبب أجنبي.

نصت على هذه الحالة المادة 336 مدني جزائري فهذا الاستثناء لا يقوم إلا بتوفر شرطان و هما:

- 1- سبق وجود دليل كتابي يتضمن التصرف المراد إثباته.
- 2- فقد الدليل الكتابي بسبب أجنبي لا يد للدائن فيه.

فإذا توافر هذان الشرطان جاز للقاضي أن يرخص للخصم أن يثبت ما كان يجب إثباته كتابة بالبينة.

و لقد اختلف الفقهاء حول مدى تطبيق الاستثناء الخاص بفقد السند الكتابي على التعاقد بالوسائل الإلكترونية عبر الأنترنت؟

(1): ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص77.

- Yves Chartier, l'impossibilité absolue de produire un écrit, juris-classeur, civil, Ed 1994, n38, p8.

(3): محمد حسام ممدوح لطفي، الحجية القانونية للمصغرات الفيديوية، دار الثقافة للنشر و التوزيع ط 1998 ، ص44.

فذهب البعض إلى القول بإمكانية تطبيق الاستثناء الخاص بفقد السند الكتابي على التعاقد بالوسائل الإلكترونية عبر الانترنت إذا فقد المحرر الإلكتروني بسبب أجنبي لا يد للدائن فيه كما في حالة اختفاء بيانات المحرر بسبب عدم قدرة الوسيط الإلكتروني على الحفاظ بالمعلومات لمدة طويلة أو بسبب حوادث استثنائية⁽¹⁾.

بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بأنه لا يمكن تطبيق الاستثناء الخاص بفقد السند الكتابي على التعاقد بالوسائل الإلكترونية عبر الأنترنت نظرا لعدم وجود مستند كتابي في الأصل حيث لا يعتبر المحرر الإلكتروني دليلا كتابيا كاملا في ظل القواعد التقليدية للإثبات⁽²⁾.

أما في ما يخص القانون المدني الجزائري فإنه يمكن تطبيق هذا الاستثناء على المحرر الإلكتروني باعتبار أن المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر 1 اعتبر أن الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة في الورق إذا ما توفرت الشروط المذكورة في المادة نفسها.

رابعا: حالة وجود نص قانوني يجيز الإثبات بغير الكتابة (القانون الجزائري) أو حالة وجود نص أو اتفاق يجيز الإثبات بغير الكتابة (القانونان المصري و الفرنسي).

سندرس هذه الحالة كما يلي:

1- حالة وجود نص قانوني يجيز الإثبات بغير الكتابة.

يأخذ المشرع في مصر⁽³⁾ وفرنسا⁽⁴⁾ و الجزائر⁽⁵⁾ بمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية و التصرفات القانونية المدنية التي لا تزيد قيمته على 500 جنيه مصري و 800 يورو و100.000دج.

(1): محمد حسام ممدوح لطفي، المرجع السابق، ص11 و ما بعدها.

(2): حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص69.

(3): المادة 20 فقرة 1 مدني مصري المعدلة بالقانون رقم 18 لسنة 1999.

(4): المادة 1341 مدني فرنسي المعدلة بموجب المرسوم رقم 2001/476 المؤرخ في 30-05-2001.

(5): المادة 333 مدني جزائري المعدلة بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20-06-2005.

أ- مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.

بناء على هذا المبدأ يجوز إثبات التصرف التجاري بأي طريق من طرق الإثبات و لو كانت قيمة التصرف تزيد عن 100.000 دج في القانون الجزائري أو 500 جنية في القانون المصري أو 800 يورو في القانون الفرنسي.

و من ثم يسمح مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية للمتعاقد بالوسائل الإلكترونية عبر الأنترنت بإثبات وجود التعاقد و مضمونه بكافة طرق الإثبات بما فيها المحرر الذي يحمل توقيعاً إلكترونياً في كل من القانون الجزائري و الفرنسي.

أما القانون المصري و الذي لا ينص على حجية التوقيع الإلكتروني في قواعد الإثبات التقليدية يعتبر المحرر الموقع إلكترونياً مجرد قرينة تخضع لسلطة القاضي التقديرية مما دفع ببعض الفقهاء⁽¹⁾ إلى المطالبة من المشرع المصري التدخل بالتنصيص على حجية المحرر الإلكتروني و التوقيع الإلكتروني في قانون الإثبات المصري.

ب- مبدأ حرية الإثبات في التصرفات القانونية المدنية التي لا تتجاوز قيمتها 100.000 دج أو 500 جنية مصري أو 800 يورو فرنسي.

حسب هذا المبدأ يجوز إثبات هذه التصرفات بكافة طرق الإثبات بما فيها المحررات الإلكترونية بالنسبة للأطراف المتعاملين بالوسائل الإلكترونية فيمكنهم استعمال هذه المحررات التي تحمل توقيعاً إلكترونياً كدليل إثبات على حصول هذه التصرفات و إثبات مضمونها إذا كانت قيمة العملية في حدود النصاب المقرر. و هذا أمر بديهي بالنسبة لكل من المشرعين الجزائري و الفرنسي أما المشرع المصري فبعدم نصه على حجية المحررات الإلكترونية و التوقيعات الإلكترونية في قانون الإثبات المصري فهذا من شأنه أن يخضع المحرر الإلكتروني في قبوله و تقدير قيمته للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع و في هذا زعزعة للثقة بين المتعاملين و عدم تحقيق الاستقرار المنشود في المعاملات التي تتم بالوسائل الإلكترونية الأمر الذي دفع بالفقهاء⁽²⁾ إلى مناشدة المشرع بالتدخل بالنص على حجية المحررات الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني في قانون الإثبات تحقيقاً لاستقرار

(1): عبد العزيز مرسي حمود، المرجع السابق، ص85.

(2): ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص68.

- عبد العزيز مسري حمود، المرجع السابق، ص64.

2- حالة وجود اتفاق يجيز الإثبات بغير الكتابة.

لم ينص المشرع الجزائري على هذه الحالة بل اكتف بحالة وجود نص قانوني يجيز الإثبات بغير الكتابة عكس ما فعله كل من المشرعين المصري و الفرنسي معا.

و استنادا إلى نص المادتين 20 فقرة 1 مدني مصري و 1341 مدني فرنسي استقر الرأي الغالب في الفقه القانوني في فرنسا و مصر على جواز الاتفاق على مخالفة أحكام القواعد الموضوعية في الإثبات لعدم تعلقها بالنظام العام⁽¹⁾.

كما سائر كل من القضاء الفرنسي و المصري موقف الفقه فذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القضاء بأن " قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام فيجوز للخصوم التنازل عن التمسك بالمادة 1341 من القانون المدني الفرنسي و أن يستبدل الدليل الكتابي بأي وسيلة أخرى بغض النظر عن قيمة التصرف محل النزاع"⁽²⁾.
و قضت محكمة النقض المصرية بأن " قواعد الإثبات ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها و النزول عنها"⁽³⁾.

إذن يهدف اتفاق الإثبات إلى تحديد الأدلة المقبولة في الإثبات بغض النظر عن قيمة التصرف محل النزاع.

والسؤال الذي يثور هو مدى إمكان الأخذ بالتوقيع الإلكتروني كحجة و دليل في

(1): جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص35.

- محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص8.

- عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص28.

- Henri et Léon Mazeaud, leçons de droit civil. T1, 7^{ème} Ed, 1991, n°373, p 436.

(2) : cassation civile, 8-11-1989, Dalloz, 1990, jurisprudence, p369.

(3): نقض مدني مصري، 10-04-1995، الطعن رقم 1325، مجموعة المكتب الفني، ج 1، قاعدة 12 ص612. مشار إليه في مرجع ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص60.

الإثبات من خلال الاتفاقات المعدلة لطرق الإثبات؟

إن مثل هذه الاتفاقيات غالبا ما تكون بين البنوك و عملائها في ما يتعلق بعقود إصدار بطاقات الائتمان⁽¹⁾ و بطاقات الصرف الآلي⁽²⁾ حيث تدرج البنوك في هذه العقود شروطا مفادها إعطاء الحجية الكاملة للتوقيع الإلكتروني الذي يصاحب استخدام البطاقة و اعتبار مستخرجات الحاسب الآلي صحيحة في كافة بياناتها و جزئياتها و إعفاء البنك من عبء إثبات صحة ما تقوم به أجهزة الحاسب الآلي من تسجيلات للعمليات المصرفية التي تتم بواسطة تلك البطاقة⁽³⁾.

فهذه الاتفاقيات شهدت جدالا فقهيها حادا و لحد الآن فهناك من اعتبر أنه طالما أن للأطراف الحرية في الاتفاق على مخالفة القواعد الموضوعية في الإثبات لكونها لا تتعلق بالنظام العام فيجوز لهم الاتفاق على الإثبات بالمحركات الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني⁽⁴⁾.

و لقد انتقد هذا الرأي من الفقه من عدة أوجه كما يلي:

فمن وجهة أولى تتعارض مثل هذه الاتفاقيات مع المبادئ المستقر عليها في الإثبات ذلك أن الاتفاق المسبق بين العميل و البنك على حجية التوقيع الإلكتروني و مستخرجات الحاسب الآلي الخاصة بالبنك يعد خرقا للمبدأ القائل بأنه: " لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه يحتج به على الغير". و بناء على ذلك فإنه لا يجوز قبول الشريط الورقي الخارج من الحاسب الآلي الإلكتروني الخاص بالبنك كدليل في الإثبات لأنه من صنع البنك⁽⁵⁾.

(1): راجع ص141 من هذه المذكرة.

(2): راجع ص139 من هذه المذكرة.

(3): عبد العزيز مرسي حمود، المرجع السابق، ص65.

(4): بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت. دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، سنة 2003، ص25.

- سعيد سيد القنديل، المرجع السابق، ص43.

(5) : P.Courtin vincent, la preuve du paiement d'une somme d'argent (de l'écrit à la télématique), thèse de doctorat, paris 1, 1989, p185.

و من وجهة ثانية فإن مثل هذا الاتفاق يؤدي إلى حرمان العميل من حقه في الإثبات ذلك بافتراض صحة التسجيلات التي قامت بها الأجهزة الإلكترونية و حرمانه من إثبات العكس و هو ما يمثل تعارضا مع حق الخصم في إثبات ما يدعيه أو نفي ما يدعيه الخصم الآخر⁽¹⁾ و إما بقلب عبء الإثبات حيث يتحمله العميل وحده وهو المدعى عليه و هو أمر بالغ الصعوبة حيث أن التعاقد يتم عن طريق أجهزة الحاسب الآلي و بالتالي لا توجد أي محررات مكتوبة يدويا من الخصم المدعي (البنك) كما لا وجود للشهود على التعاقد في المجال الإلكتروني⁽²⁾.

و من وجهة ثالثة فإن هذا الاتفاق يعتبر من عقود الإذعان في ما يتضمنه من شروط تعسفية لا تترك مجالا لحرية الاختيار من جانب العميل⁽³⁾. و تكييف الشروط بالتعسفية من عدمه خاضع لسلطة القاضي التقديرية مما يسمح له بتقدير الاتفاقات الخاصة و المتعلقة بالإثبات على حق الطرف المدعى في الإثبات و يتيح له بالتالي تعديل الاتفاقيات و بالضرورة تصبح حجية التوقيع الإلكتروني رهينة السلطة التقديرية للقاضي.

و هكذا نخلص أنه سواء تمت الاستعانة بالاستثناءات على قاعدة وجوب الدليل الكتابي في الإثبات كوسيلة للأخذ بالمحرر الإلكتروني أو الأخذ بهذا الأخير كبديل عن المحرر الورقي في الحالات التي تجب فيها الكتابة تمتع المحرر الموقع إلكترونيا بحجية في الإثبات في كل من القانونين الجزائري و الفرنسي في انتظار أن يعدل المشرع المصري قواعد قانون الإثبات لتكون للمحرر الإلكتروني نفس الحجية التي هي للمحرر الورقي و عدم الاكتفاء بالاستثناءات الواردة على وجوب الدليل الكتابي للأخذ بالمحرر الإلكتروني و التوقيع الإلكتروني كوسيلة للإثبات.

و يترتب على الاعتراف بالمحرر الإلكتروني الموقع إلكترونيا كدليل كتابي كامل أن يتمتع هذا المحرر بحجية كاملة في الإثبات لا تقل عن حجية المحرر العرفي حيث يتعين على القاضي الأخذ بالمحرر الإلكتروني المعروض عليه دون أن تكون له سلطة تقديرية

(1): عبد العزيز مرسي حمود، المرجع السابق، ص69.

(2): نفس المرجع، ص69.

(3) : Anne Lise Vilarrubla, op cit, p 6.

حياله.

و لكن قد يثار إشكال حينما يملك أحد الخصوم كدليل إثبات المحرر الإلكتروني بينما الخصم الآخر يستعمل كدليل مضاد محرر عرفي تقليدي، ففي مثل هذه الحالة تثار مسألة الترجيح بين المحررات العرفية و المحررات الإلكترونية و أي منهما يفضل على الآخر؟

المشرع الفرنسي حسم هذا الأمر بنصه في المادة 1316-2 من القانون المدني الفرنسي على أنه " إذا لم يكن هناك نص أو اتفاق بين الأطراف يحدد أسسا أخرى فإنه على القاضي مستخدما كل الوسائل أن يفصل في التنازع القائم بين الأدلة الكتابية عن طريق ترجيح السند الأقرب إلى الاحتمال أيا كانت الدعامة المستخدمة في تدوينه ".

يظهر من هذا النص أن للقاضي السلطة التقديرية في الترجيح بين المحررات الورقية و المحررات الإلكترونية أي لا تفضل بين المحررات الإلكترونية و المحررات الورقية إلا بمقدار اقترابها إلى الاحتمال و الحقيقة⁽¹⁾ و لكن سلطته التقديرية مقيدة بضابطين اثنين:

أنه يتعين عدم وجود نص أو اتفاق ينظم الدليل المقبول في الإثبات كما هو الشأن بالنسبة لعقود إصدار بطاقات الانتماء بين البنك و العميل⁽²⁾ (الضابط الأول). كما يتعين أن لا تكون المحررات المتعارضة مختلفة من حيث اعتبارها أدلة إثبات كاملة أي يجب أن تتوافر في كل من المحررات الورقية و كذا الإلكترونية الشروط المتطلبة قانونا لاعتبارها دليلا كتابيا كاملا⁽³⁾ (الضابط الثاني).

و بهذا نكون قد انتهينا من دراسة التوقيع الإلكتروني و حجيته في الإثبات في القانون المدني الجزائري مقارنين إياه بالقوانين الأجنبية العربية منها و الغربية لنخلص في الأخير بنتائج كرسنها هذه الدراسة سنذكرها في خاتمة هذه المذكرة.

(1): عبد العزيز مرسي حمود، المرجع السابق، ص97.

(2): راجع ص187 من هذه المذكرة.

(3): محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات، مكانة المحرر الإلكتروني بين الأدلة الكتابية. دار النهضة العربية، ط2002، ص239 إلى 242.

الخاتمة.

في ختام هذه الدراسة التي استعرضنا خلالها أحكام التوقيع الإلكتروني و حجيته في الإثبات على ضوء التشريع الجزائري و التشريعات العربية و الغربية، نستعرض بعض النتائج بهذا الشأن كالآتي:

أولاً: في قواعد الإثبات تعتبر كل من الكتابة و التوقيع العنصرين الأساسيين في الدليل الكتابي الكامل و لا وجود لأي شرط في الكتابة طالما كانت مستبينة و ثابتة و غير قابلة للتعديل أو التبديل إلا بإتلاف المحرر أو ترك أثر مادي يدل عليه، أما عن التوقيع فيكون إما بخط اليد أو الختم أو بصمة الإصبع و يترتب على خلو المحرر منه أن هذا الأخير لا يصلح إلا بداية ثبوت بالكتابة إذا كان بخط المدين و توافرت فيه شروط معينة.

ثانياً: التوقيع الإلكتروني أداة جديدة ظهرت نتيجة التطور التكنولوجي السريع حل محل التوقيع التقليدي، فهو عبارة عن بيانات تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها و يعبر عن الموافقة على مضمونها.

ثالثاً: تتعدد صور التوقيع الإلكتروني بحسب الوسيلة أو التقنية التي تستخدم في إنشائه و تتمثل أهم صور التوقيع الإلكتروني في التوقيع الرقمي و التوقيع البيومتري و التوقيع بالقلم الإلكتروني أو بالماسح الضوئي و أخيراً التوقيع الكودي.

رابعاً: يعتبر التوقيع الرقمي أفضل صور التوقيع الإلكتروني فهو أكثرها أماناً يعتمد على تقنية المفاتيح العام و الخاص.

خامساً: إن التوقيع الإلكتروني يتميز بدوريه الذي يقوم بهما و هما تحديد هوية الموقع و ضمان موافقته على مضمون المحرر الذي وقع.

سادساً: إن التوقيع الإلكتروني و إن كان يماثل التوقيع التقليدي في الوظيفة المنوه عنها أعلاه (ثانياً) إلا أنه لا يماثله في الشكل المتطلب قانوناً.

سابعاً: إن المشرع الجزائري لم يفرد التوقيع الإلكتروني بقانون خاص به و إنما اكتفى بتعديل القانون المدني و تنميته بمواد تنظم التوقيع الإلكتروني.

ثامناً: نص المشرع الجزائري على التوقيع الإلكتروني في نص المادة 327 مدني المتعلقة بحجية المحررات العرفية و قرن حجيته بالمادة 323 مكرر 1.

تاسعاً: إن المشرع الجزائري جعل المحررات الإلكترونية تتمتع بنفس حجية المحررات الورقية بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

عاشراً: المشرع الجزائري جعل المحررات الإلكترونية الموقع عليها إلكترونياً تتمتع بحجية المحررات العرفية مستبعداً بذلك بصورة ضمنية المحررات الإلكترونية الرسمية.

أحداً عشر: نص المشرع الجزائري على حجية المحررات الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني دون أن يشير إلى الضوابط الفنية و التقنية التي تحكم إنشاءه و سيره و من بين هذه الضوابط الهيئة المصدرة لشهادة التوقيع الإلكتروني مما يجدر بمشرعنا اعتماد نفس منهج أمثاله من المشرعين العرب و الغربيين و يعتمد قانوننا يبين فيه كيفية إنشاء التوقيع الإلكتروني و ما يجب احترامه من إجراءات لضمان تحديد هوية الموقع و كذا ضمان التزامه بمضمون المحرر الموقع إلكترونياً.

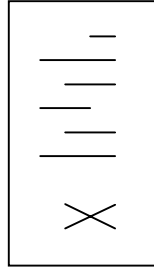
و بهذا الخصوص قمنا بإلحاق هذه الرسالة بقانون اليونسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني فحبذ لو يقوم المشرع الجزائري بمبادرة اعتماده و رسم قانونه الخاص بالتوقيع الإلكتروني خاصة و أن الجزائر ستتنظم إلى المنظمة العالمية للتجارة.

الملاحقات.

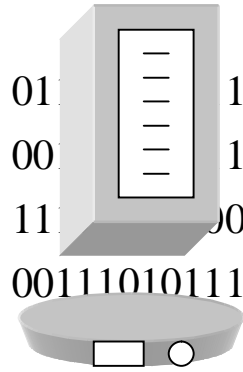
- مخطط يبين كيفية التوقيع إلكترونيا.

- قانون اليونسטרال النموذجي للتوقيع الإلكتروني.

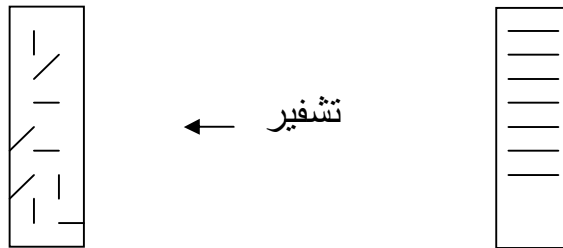
مخطط يبين كيفية التوقيع إلكترونيا.



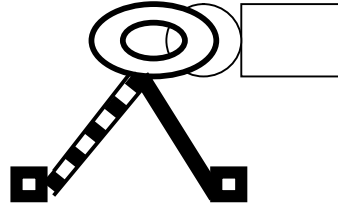
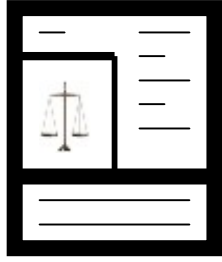
1- عندما توقع محررا تضع علامة شخصية، هذه العلامة تجعل من المحرر محررا فريدا من نوعه. فتوقيعك يعبر عن رضائك بمضمون هذا المحرر.



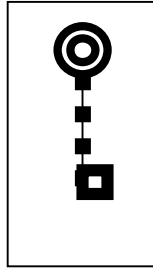
2- في الحاسب الآلي المحرر يحفظ على شكل إلكتروني و هو عبارة عن تسلسل من الأرقام 0 و1 فلا مجال للتوقيع باليد فكيف يا ترى نتحصل على العلامة الشخصية؟



3- في العالم الإلكتروني علامتك الشخصية هي عبارة عن مفتاح التشفير، من أجل توقيع نص لابد من تشفيره.

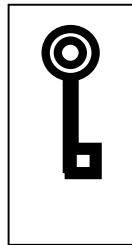


4- هيئة مؤمنة تمنح مفاتيح التشفير العام و الخاص مصحوبين بشهادة تصديق للتوقيع الإلكتروني و غالبا ما يحفظان في الحاسب الآلي أو في الشرائط الممغنطة أو بطاقات ذات رقاقات إلكترونية.

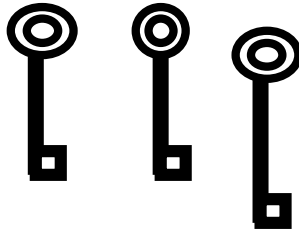


المفتاح الخاص

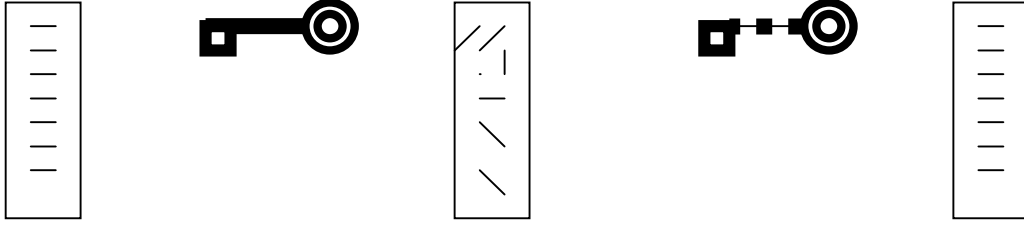
5- يجب أن يبقى المفتاح الخاص سريا فبواسطته تتم عملية التشفير.



المفتاح العام



6- من أجل السماح للغير بالاطلاع على النص تمنح صور عن المفتاح العام حتى يتمكنوا من فك تشفير النص.



النص الأصلي ← تشفير (مفتاح خاص) ← النص المشفر ← فك التشفير (مفتاح عام) ← النص الأصلي

7- كخلاصة عامة وقعت النص بواسطة المفتاح الخاص فأصبح مشفرا فلا يمكن إلا للمفتاح العام فك تشفيره و بفك التشفير نتأكد أن النص مشفر و بالتالي يحمل توقيعك الإلكتروني.

قانون اليونسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني.

(مقتطف من تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن أعمال دورتها الرابعة والثلاثين، المعقودة في فيينا، من 25 جوان 2001).

المرفق الثاني

قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية (2001)

نطاق الانطباق

المادة 1 :

ينطبق هذا القانون حيثما تُستخدم توقيعات إلكترونية في سياق⁽¹⁾ أنشطة تجارية⁽²⁾ . وهو لا يلغي أي قاعدة قانونية يكون القصد منها حماية المستهلكين.

- (1): تقترح اللجنة النص التالي للدول التي قد ترغب في توسيع نطاق انطباق هذا القانون: "ينطبق هذا القانون حيثما تُستخدم توقيعات إلكترونية، باستثناء الأحوال التالية.....".
- (2): ينبغي تفسير مصطلح " تجاري " تفسيراً واسعاً بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية. وتشمل العلاقات ذات الطابع التجاري المعاملات التالية، على سبيل المثال لا الحصر: أي معاملة تجارية لتوريد أو تبادل البضائع أو الخدمات؛ اتفاق التوزيع؛ التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية؛ العمولة؛ البيع الإيجاري؛ تشييد المنشآت؛ الخدمات الاستشارية الأعمال الهندسية؛ منح الرخص؛ الاستثمار؛ التمويل؛ الأعمال المصرفية؛ التأمين؛ اتفاق أو امتياز الاستغلال؛ المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو الأعمال؛ نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية.

التعريف لأغراض هذا القانون

المادة 2:

- (أ) : توقيع الكتروني " يعني بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تُستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"
- (ب) : شهادة " تعني رسالة بيانات أو سجلاً آخر يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع"

- (ج) : رسالة بيانات " تعني معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر التبادل الالكتروني للبيانات أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"
- (د) : موقع " يعني شخصا حائزا على بيانات إنشاء توقيع و يتصرف إما بالأصالة عن نفسه وإما بالنيابة عن الشخص الذي يمثله"
- (هـ) : مقدم خدمات تصديق " يعني شخصا يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الالكترونية".
- (و) طرف معوّل " يعني شخصا يجوز أن يتصرف استنادا إلى شهادة أو إلى توقيع الكتروني".

المعاملة المتكافئة لتكنولوجيات التوقيع

المادة 3:

لا يطبق أي من أحكام هذا القانون، باستثناء المادة 5، بما يشكّل استبعادا أو تقييدا أو حرمانا من مفعول قانوني لأي طريقة لإنشاء توقيع إلكتروني تفي بالاشتراطات المشار إليها في الفقرة 1 من المادة 6، أو تفي على أي نحو آخر بمقتضيات القانون المنطبق.

التفسير

المادة 4:

- 1- يولى الاعتبار في تفسير هذا القانون لمصدره الدولي وللحاجة إلى تشجيع توحيد تطبيقه ومراعاة حسن النية.
- 2- مسائل المتعلقة بالأمر التي يحكمها هذا القانون ولا يسويها صراحة ، تُسوّى وفقا للمبادئ العامة التي يستند إليها هذا القانون.

التغيير بالاتفاق

المادة 5:

يجوز الاتفاق على الخروج على أحكام هذا القانون أو تغيير مفعولها، ما لم يكن من شأن ذلك الاتفاق أن يكون غير صحيح أو غير ساري المفعول بمقتضى القانون المنطبق.

الامتثال لاشتراط التوقيع

المادة 6:

- 1- حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يُعد ذلك الاشتراط مستوفى بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استُخدم توقيع الكتروني موثوق به بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة.
- 2- تنطبق الفقرة 1 سواء أكان الاشتراط المشار إليه فيها في شكل التزام أم كان القانون يكتفي بالنص على تبعات تترتب على عدم وجود توقيع.
- 3- يعتبر التوقيع الإلكتروني موثوقا به لغرض الوفاء بالاشتراط المشار إليه في الفقرة 1 إذا :
 - (أ) : كانت بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة، في السياق الذي تُستخدم فيه، بالموقع دون أي شخص آخر؛
 - (ب) : كانت بيانات إنشاء التوقيع خاضعة، وقت التوقيع، لسيطرة الموقع دون أي شخص آخر؛
 - (ج) : كان أي تغيير في التوقيع الإلكتروني، جرى بعد حدوث التوقيع، قابلا للاكتشاف؛
 - (د) : كان الغرض من اشتراط التوقيع قانونا هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع وكان أي تغيير يجرى في تلك المعلومات بعد وقت التوقيع قابلا للاكتشاف.
- 4- لا تحدُّ الفقرة 3 من قدرة أي شخص:
 - (أ) : على القيام بأي طريقة أخرى بإثبات موثوقية التوقيع الإلكتروني، لغرض الوفاء بالاشتراط المشار إليه في الفقرة 1 ؛
 - (ب) : على تقديم دليل على عدم موثوقية التوقيع الإلكتروني.

الوفاء بالمادة 6

المادة 7:

- 1- يجوز لأي شخص أو جهاز أو سلطة تعيّنّها الدولة المشرعة جهة مختصة، سواء أكانت عامة أم خاصة، [تحديد التواقيع الإلكترونية التي تفي بأحكام المادة 6 من هذا القانون].
- 2- يتعين أن يكون أي تحديد يتم بمقتضى الفقرة 1 متسقا مع المعايير الدولية المعترف بها.
- 3- ليس في هذه المادة ما يخلّ بسريان مفعول قواعد القانون الدولي الخاص.

سلوك الموقع

المادة 8:

- 1- حيثما يمكن استخدام بيانات إنشاء التوقيع لإنشاء توقيع يكون له مفعول قانوني، يتعين على كل موقع:

(أ) : أن يمارس عناية معقولة لاجتناب استخدام بيانات إنشاء توقيعه استخداما غير مأذون به؛

(ب) : أن يبادر، دون تأخر لا مسوّغ له، إلى استخدام الوسائل التي يوفرها مقدّم خدمات التصديق بمقتضى المادة 9 من هذا القانون، أو على أي نحو آخر إلى بذل جهود معقولة، لإشعار أي شخص يجوز للموقع أن يتوقّع منه على وجه معقول أن يعوّل على التوقيع الإلكتروني أو أن يقدم خدمات تأييدا للتوقيع الإلكتروني، وذلك في حالة:

(1): معرفة الموقع بأن بيانات إنشاء التوقيع تعرّضت لما يثير الشبهة؛

(2): كون الظروف المعروفة لدى الموقع تؤدي إلى احتمال كبير بأن بيانات إنشاء التوقيع ربما تكون قد تعرّضت لما يثير الشبهة؛

(ج) أن يمارس، في حال استخدام شهادة لتأييد التوقيع الإلكتروني ، عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه الموقع من تأكيدات مادية ذات صلة بالشهادة طيلة دورة سريانها، و أن يتوخى إدراجها في الشهادة.

2- يتحمّل الموقع التبعات القانونية لتخلفه عن الوفاء باشتراطات الفقرة 1.

سلوك مقدم خدمات التصديق

المادة 9:

1- حيثما يوفر مقدّم خدمات التصديق خدمات لتأييد توقيع الكتروني يجوز استخدامه

لإعطاء مفعول قانوني بصفته توقيعا، يتعيّن على مقدّم خدمات التصديق المشار إليه:

(أ) : أن يتصرّف وفقا للتأكدات التي يقدمها بخصوص سياساته وممارساته؛

(ب) : أن يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من تأكيدات جوهرية ذات صلة بالشهادة طيلة دورة سريانها، أو مدرجة في الشهادة؛

(ج) : أن يوفر وسائل يكون الوصول إليها متيسرا بقدر معقول وتمكّن الطرف المعوّل من التأكد، من الشهادة، مما يلي:

1- هويّة مقدّم خدمات التصديق؛

2- أن الموقع المعيّنة هويته في الشهادة كان يسيطر على بيانات إنشاء التوقيع في الوقت الذي أُصدرت فيه الشهادة؛

3- أن بيانات إنشاء التوقيع كانت صحيحة في الوقت الذي أُصدرت فيه الشهادة أو قبله؛

(د) : أن يوفر وسائل يكون الوصول إليها متيسرا بقدر معقول وتمكّن الطرف المعوّل من التأكد، عند الاقتضاء، من الشهادة أو من سواها، مما يلي:

1- الطريقة المستخدمة في تعيين هوية الموقع؛

- 2- وجود أي تقييد على الغرض أو القيمة التي يجوز أن تُستخدم من أجلها بيانات إنشاء التوقيع أو أن تُستخدم من أجلها الشهادة؛
- 3- أن بيانات إنشاء التوقيع صحيحة ولم تتعرض لما يثير الشبهة؛
- 4- وجود أي تقييد على نطاق أو مدى المسؤولية التي اشترطها مقدم خدمات التصديق؛
- 5- ما إذا كانت هناك وسائل متاحة للموقع لتقديم إشعار بمقتضى الفقرة (ب) من المادة 8 من هذا القانون؛
- 6- ما إذا كانت تتاح خدمة إلغاء أنيية؛
- (هـ): أن يوفر، حيثما تُقدم الخدمات بمقتضى الفقرة الفرعية (د-5)، وسيلة للموقع لتقديم إشعار بمقتضى الفقرة 1 (ب) من المادة 8 من هذا القانون، وأن يضمن، حيثما تقدم الخدمات بمقتضى الفقرة الفرعية (د-6) إتاحة خدمة إلغاء أنيية؛
- (و) : أن يستخدم في أداء خدماته نظماً وإجراءات وموارد بشرية جديرة بالثقة.
- 2- يتحمل مقدم خدمات التصديق التبعات القانونية لتخلفه عن الوفاء باشتراطات الفقرة 1.

الجدارة بالثقة

المادة 10 :

- لأغراض الفقرة (1- و) من المادة 9 من هذا القانون ، يجوز، لدى تقرير ما إذا كانت أي نظم وإجراءات وموارد بشرية يستخدمها مقدم خدمات التصديق جديرة بالثقة، أو مدى جدارتها بالثقة، إيلاء الاعتبار للعوامل التالية:
- (أ) : الموارد المالية والبشرية، بما في ذلك توافر الموجودات؛
- (ب) : جودة نظم المعدات والبرمجيات؛
- (ج) : إجراءات تجهيز الشهادات وطلبات الحصول على الشهادات والاحتفاظ بالسجلات؛
- (د) : إتاحة المعلومات للموقعين المعيّنة هويتهم في الشهادات وللأطراف المعوّلة المحتملة؛
- (هـ) : انتظام ومدى مراجعة الحسابات من جانب هيئة مستقلة؛
- (و) : وجود إعلان من الدولة أو من هيئة اعتماد أو من مقدم خدمات التصديق بخصوص الامتثال لما سبق ذكره أو بخصوص وجوده؛
- (ز) : أي عامل آخر ذي صلة.

سلوك الطرف المعوّل

المادة 11 :

- يتحمل الطرف المعوّل التبعات القانونية الناجمة عن تخلفه عن:
- (أ) : اتخاذ خطوات معقولة للتحقق من موثوقية التوقيع الإلكتروني؛

- (ب) : اتخاذ خطوات معقولة، إذا كان التوقيع الإلكتروني مؤيدا بشهادة، لأجل:
- 1- التحقق من صلاحية الشهادة أو وقفها أو إلغائها؛
 - 2- مراعاة وجود أي تقييد بخصوص الشهادة.

الاعتراف بالشهادات والتوقيعات الالكترونية الأجنبية

المادة 12:

- 1- لدى تقرير ما إذا كانت الشهادة أو التوقيع الإلكتروني ساري المفعول قانونيا، أو مدى كونهما كذلك، لا يولى أي اعتبار لما يلي:
 - (أ) : الموقع الجغرافي الذي تصدر فيه الشهادة أو يُنشأ أو يُستخدم فيه التوقيع الإلكتروني؛
 - (ب) : الموقع الجغرافي لمكان عمل المُصدر أو الموقع.
- 2- يكون للشهادة التي تصدر خارج " الدولة المشرعة " المفعول القانوني نفسه في " الدولة المشرعة " الذي للشهادة التي تصدر في " الدولة المشرعة " إذا كانت تتيح مستوى مكافئا جوهريا من الموثوقية.
- 3- يكون للتوقيع الإلكتروني الذي ينشأ أو يستخدم خارج " الدولة المشرعة " المفعول القانوني نفسه في " الدولة المشرعة " الذي للتوقيع الإلكتروني الذي ينشأ أو يستخدم في "الدولة المشرعة " إذا كان يتيح مستوى مكافئا جوهريا من الموثوقية.
- 4- لدى تقرير ما إذا كانت الشهادة أو التوقيع الإلكتروني يتيحان مستوى مكافئا جوهريا من الموثوقية لأغراض الفقرة 2 أو الفقرة 3 ، يولى الاعتبار للمعايير الدولية المعترف بها ولأي عوامل أخرى ذات صلة.
- 5- إذا اتفقت الأطراف فيما بينها، برغم ما ورد في الفقرات 2 و 3 و 4 ، على استخدام أنواع معينة من التوقيعات الالكترونية أو الشهادات، يتعيّن الاعتراف بذلك الاتفاق باعتباره كافيا لأغراض الاعتراف عبر الحدود، ما لم يكن من شأن ذلك الاتفاق أن يكون غير صحيح أو غير ساري المفعول بمقتضى القانون المنطبق.

قائمة المراجع مرتبة ترتيبا هجائيا.

أولا: المراجع باللغة العربية.

1- المراجع العامة:

- أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية و التجارية. بيروت، ط 1، سنة 1987.
- أحمد أبو الوفاء، التعليق على قانون الإثبات. بدون مكان نشر، ط 2، سنة 1981.
- أحمد نشأت، رسالة الإثبات. القاهرة، ج 1، ط 7، بدون سنة طبع.
- آدم وهيب النداوي، شرح قانون البيئات و الإجراء. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع و الفقه و القضاء العربي و الغربي، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ط 1، سنة 1998 .
- اسحاق ابراهيم منصور، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية. ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط 7، سنة 2004.
- الدناصوري و عكاز، التعليق على قانون الإثبات. ط 2، بدون مكان نشر و لا سنة طبع.
- الغوثي بن ملح، قواعد الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري. الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط 1، سنة 2001.
- أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية. دراسة في القانونين المصري و اللبناني،الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، ط 1، سنة 1974.
- بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي. دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، ط 1 سنة 1981.
- حبيب ابراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية. النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 1999.
- رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية. النظرية العامة في الإثبات، الدار الجامعية، بيروت، ط 1993.
- رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية. النظرية العامة في الإثبات، الدار الجامعية، بيروت، ط 1، سنة 1993.
- سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية نصا و تعليقا، و شرحا و تطبيقا. دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط 1 ، سنة 2001.

- سليمان مرقس، أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية. عالم الكتب، القاهرة، بدون سنة طبع.
- عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني. دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط2 سنة 1999.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني. المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بدون سنة طبع.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني. نظرية الالتزام ج 2، المجلد 1 ، الإثبات، دار النهضة العربية، ط1982.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، ط1956 القاهرة.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني. ج2، ط1، سنة 1968.
- عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية. بدون مكان نشر، ط 2، سنة 1954.
- عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية. شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده بمصر، ط 2، بدون سنة طبع.
- عبد الودود يحيى، الموجز في قانون الإثبات. دار النهضة العربية، ط 1، سنة 1988.
- عمر بن سعيد ، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط2007.
- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني. مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 2001.
- محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية و التجارية. المكتبة القانونية، الدار الجامعية بدون سنة طبع.
- محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات. ط 1 ، سنة 1991، بدون مكان نشر.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات. دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط 1، سنة 1991-1992.
- محمد عبد اللطيف، قانون الإثبات في المواد المدنية، ط1، ج1، سنة 1970.
- محمد فريد وجدي، المصحف المفسر. الدار العربية للكتاب، تونس، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، ط1، سنة 1988.
- محمد فهيم أمين، نصوص قانونية، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية و مذكرته الإيضاحية. عالم الكتب ، سنة 1969.

- نبيل ابراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية و التجارية في ضوء الفقه و القضاء. منشأة المعارف لإسكندرية، جلال جزري و شركاه، ط 1، سنة 2000.
- يوسف محمد المصاروه، الإثبات بالقرائن في المواد المدنية و التجارية. مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ط1، سنة 1996.

2- المراجع المتخصصة:

- ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية. مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، ط 1، سنة 2003.
- أيمن سعد سليم، التوقيع الالكتروني. دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.
- عبد العزيز المرسي حمود، مدى حجية المحرر الالكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، ط 1، سنة 2005.
- حسن جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت. دار النهضة العربية، ط 2000.
- رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية. المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ط 1999.
- سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني. ماهيته، صورته، حجيته في الإثبات بين التدويل و الاقتباس دار الجامعة الجديدة للنشر، ط 1، سنة 2004.
- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، قانون التوقيع الالكتروني و لائحته التنفيذية و التجارة الالكترونية في التشريع المصري و العربي و الأجنبي. دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1 سنة 2005.
- محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات، مكانة المحرر الالكتروني بين الأدلة الكتابية. دار النهضة العربية، ط 2002.
- محمد المرسي زهرة، عناصر الدليل الكتابي التقليدي في ظل القوانين النافذة و مدى تطبيقها على الدليل الالكتروني. ط 2001، بدون مكان نشر.
- محمد حسام الدين لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية. دراسة قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية مع إشارة خاصة لبعض قوانين البلدان العربية، القاهرة، ط 2002.
- محمد حسام ممدوح لطفي، الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ط 1998.

- ممدوح محمد علي مبروك، مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات. دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، سنة 2005.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية.

- A.Lucas de leysac, le droit de l'informatique. Ed Thémis, 1987.
- D.Syx, vers de nouvelles formes de signature, le problème de la signature dans les rapports juridiques électroniques. Ed 1986.
- E.Caprioli, preuve et signature dans le commerce électronique, droit et patrimoine. Ed 1997.
- F.Lorentz, rapport du commerce électronique, une nouvelle donnée pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics, Ed Ber 1998
- H.Croze, informatique, preuve et sécurité, Dalloz, ed 1987.
- Henri et Léon Mazeaud, leçons de droit civil. T1,7^{ème} Ed, 1991.
- J.Huet et H.Mesal, droit de l'informatique et des télécommunications. Etat des questions, textes et jurisprudence, étude et commentaires, litec, 1989.
- Lamberterie, la valeur probatoire des documents informatiques dans les pays de la C E E, revue internationale du droit comparatif, ed 1992.
- Lionel Bochurberg, Internet et commerce électronique. Delmat, 2^{ème} Ed, 2001.
- Mazeaud, leçons de droit civil. Tome 1, volume 1, 1981.
- M.Mercadal, droit des affaires. 4^{ème} Ed, édition Francis le fobure
- Piette Coudol (Thiery), l'échange de données informatisées et droit, Hermès, Paris, Ed 1991.
- Renard Isabelle, vie la signature électronique. Delmas express, Ed 2002.
- Yves Chartier, l'impossibilité absolue de produire un écrit, juris-classeur, civil, Ed 1994.

ثالثا: رسائل الماجستير و الدكتوراه باللغتين العربية و الفرنسية.

- بن شنات صالح، الكتابة كدليل إثبات في المواد المدنية. رسالة ماجستير، سنة 2003، كلية الحقوق، جامعة وهران.
- بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت. دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، سنة 2003.
- عايض راشد عايض المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية. أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1998.
- محمد جواد الفاضل، رسالة في الكتابة في الفقه الإسلامي. منشورة على شبكة الانترنت على موقع الكتابة في الفقه الإسلامي / www.Altavista.fr

-A.Raynoward, la dénaturalisation des titres, étude sur la forme scripturale, thèse, Paris 2.

- Julien Esnault, la signature électronique, thèse publiée le 21-07-2003 sur :
- P.Courtin vincent, la preuve du paiement d'une somme d'argent (de l'écrit à la télématique), thèse de doctorat, paris 1, 1989, p185.

www.extranet-senat.fr/rap/1999.203/1999.203/4/html.

رابعا: المقالات باللغتين العربية و الفرنسية.

- أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الانترنت. دراسة مقدمة إلى مؤتمر موضوعه " القانون و الكمبيوتر و الانترنت "، جامعة الإمارات العربية، سنة 2000، منشور على شبكة الانترنت.
- أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الالكتروني. دراسة مقارنة، مقال منشور على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي: <http://www.Arablawinfo.com>
- حسام الأهواني، إثبات عقود التجارة الالكترونية. بحث مقدم إلى مؤتمر القانون و تحديات المستقبل في العالم العربي، الكويت، سنة 1999 منشور في كتاب مقدمة في الحاسب الآلي نفس المؤلف، بدون مكان نشر، ط 1999.
- حسن شحادة الحسين، التوثيق الالكتروني في الاعتماد المستندي. دراسة قدمت إلى المؤتمر العلمي الثالث للقانونيين المصريين تحت عنوان " الجوانب القانونية للعمليات المصرفية "، القاهرة، سنة 2002، منشور على شبكة الانترنت.
- عبد المجيد ميلاد، تشفير البيانات و التوقيع الالكتروني. مقال منشور في موقع عبد المجيد ميلاد في تكنولوجيا المعلومات: <http://www.Abdel-Magid.M.Rad.com>

- عوض عبد الله أبوبكر، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة. مقال منشور على موقع: <http://www.iu.edu.sa/magazine/58/28.htm>
- Anne Lise Vilarrubla, les apports de la signature électronique, article publié sur le site: www.Juris_consul.com.
- Arnaud.F.Fausse, la signature électronique, transactions et confiance sur Internet, www.dunod.com, 2001.
- Michel Jaccard, droit de la concurrence et signature numérique, article publié Jaccard@ttv.ch,28/11/200 sur le site :
- Sofiane Azabi, la signature électronique bientôt en vigueur en Algérie. Article publié le 19-06-2006 sur le site : www.algerie-dz.com

خامسا: القوانين و الأوامر و المراسيم.

1- القوانين الوطنية:

- الأمر رقم 66-133 المؤرخ في 02-06-1966 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، منشور بالجريدة الرسمية رقم 46، ص542.
- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08-06-1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، منشور بالجريدة الرسمية رقم 47، ص582.
- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19-02-1970 المتضمن قانون الحالة المدنية، منشور بالجريدة الرسمية رقم 21، ص274.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني، منشور بالجريدة الرسمية رقم 78، ص990.
- قانون رقم 88-27 المؤرخ في 12-07-1988 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، منشور بالجريدة الرسمية رقم 28، ص1035.
- قانون رقم 91-25 المؤرخ في 18-12-1991 المتضمن قانون المالية، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 65، ص2440.
- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20-06-2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، منشور بالجريدة الرسمية رقم 44، ص17.

- قانون رقم 02-06 المؤرخ في 20-02-2006 و المتضمن تنظيم مهنة الموثق، منشور بالجريدة الرسمية رقم 14، ص15.
- قانون رقم 03-06 المؤرخ في 20-02-2006 و المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، منشور بالجريدة الرسمية رقم 14، ص21.
- المرسوم رقم 59-85 المؤرخ في 22-01-1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية، منشور بالجريدة الرسمية رقم 13، ص333.
- المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في 01-03-1993 المتعلق بالنشاط العقاري، منشور بالجريدة الرسمية رقم 14، ص4.
- المرسوم التنفيذي رقم 69-94 المؤرخ في 19-03-1994 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 17، ص8.

2- القوانين الأجنبية:

- القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 يتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني و بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا لمعلومات، منشور بالجريدة الرسمية رقم 17 في 22-04-2004.
- اللائحة التنفيذية الصادرة من وزير الاتصالات و تكنولوجيا المعلومات تحت رقم 109 لسنة 2005 في 15-05-2005 بشأن قانون التوقيع الالكتروني و بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات الصادر تحت رقم 15 لسنة 2004.
- Directive européenne n°1999/93/ce : <http://www.legiFrance-gouv.fr>
- la loi Belge.20-10-200 : <http://www.economie-Fgov.be>

سادسا: المحاضرات.

- بن تازي علي، محاضرات في قانون الوظيف العمومي. أقيمت على طلبة السنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2004-2005.
- داودي ابراهيم، محاضرات في طرق الإثبات. أقيمت على طلبة السنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2004-2005.
- صالح فرحة زراوي، محاضرات في القانون التجاري. أقيمت على طلبة السنة الثالثة حقوق، السنة الجامعية 2003-2004.

- عدة جلول محمد، محاضرات في تاريخ المؤسسات الجزائرية مقارنة بالمؤسسات الفرنسية. أقيمت على طلبة ماجستير القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة وهران السنة الجامعية 2005-2006.
- محمد حبار (الأب) ، محاضرات في الالتزامات. أقيمت على طلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2002-2003.
- محمد حبار (الأب)، محاضرات في القانون الدولي الخاص. أقيمت على طلبة السنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2004-2005.

سابعا: المواقع الإلكترونية.

- جوريسبيدا، موقع إلكتروني خاص بالتوقيع الإلكتروني: <http://www.Jurispida.com>.
- مركز القوانين العربية: <http://www.arablaws.com>
- موقع دليل القوانين لمملكة البحرين: <http://www.arablaws.com>
- <http://www.Formation.ssi.gouv.Fr/signature.Final1-1htm>
- www.extranet-senat.fr/rap/signature digitale.Almagne/199.2.3/199.2031.html
- www.extranet-senat.fr/rap/signature électronique /199.2.3/199.2031.html
- www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes.

الفهرس.

01.....	مقدمة
04.....	الخطة
09.....	الباب التمهيدي: النظرية العامة في الإثبات
10.....	الفصل الأول: القواعد العامة في نظرية الإثبات
10	المبحث الأول: التعريف بالإثبات و آثاره
10	المطلب الأول: تعريف الإثبات
12	الفرع الأول: الواقعة القانونية محل الإثبات
15.....	الفرع الثاني: شروط الواقعة القانونية محل الإثبات
15	أولاً: أن تكون الواقعة محددة
16.....	ثانياً: أن تكون الواقعة جائزة للإثبات
16.....	ثالثاً: أن تكون الواقعة ممكنة
17.....	رابعاً: أن تكون الواقعة متنازع فيها
17.....	خامساً: أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى
17.....	سادساً: أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى
19.....	المطلب الثاني: أهمية الإثبات
19.....	الفرع الأول: أهمية الإثبات بحد ذاته
21.....	الفرع الثاني: أهمية تحديد المكلف بعبء الإثبات
23.....	المطلب الثالث: سرعان قواعد الإثبات زمانا و مكانا
23.....	الفرع الأول: سرعان قواعد الإثبات من حيث الزمان
25.....	الفرع الثاني: سرعان قواعد الإثبات من حيث المكان
26.....	المطلب الرابع: مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام
27.....	الفرع الأول: علاقة القواعد الإجرائية في الإثبات بالنظام العام

- 27..... الفرع الثاني: علاقة القواعد الموضوعية في الإثبات بالنظام العام.
- 28..... أولا: الاتجاه الذي يعتبر القواعد الموضوعية من النظام العام.
- 28..... ثانيا: الاتجاه الذي لا يعبر القواعد الموضوعية من النظام العام.
- ثالثا: الاتجاه الذي يعتبر البعض من القواعد الموضوعية من النظام العام
و البعض الآخر منها لا يعتبرها منه.
- 29.....
- 30..... المبحث الثاني: المبادئ العامة في الإثبات.
- 31..... المطلب الأول: الحق في الإثبات.
- 31..... الفرع الأول: مضمون الحق في الإثبات.
- 31..... الفرع الثاني: القيود الواردة على الحق في الإثبات.
- 32..... أولا: أن يتم الإثبات وفق الطرق التي حددها القانون.
- 32..... ثانيا: أن يتم الإثبات وفق الإجراءات و الأوضاع التي حددها القانون.
- 33..... ثالثا: التقيد بالشروط الواجب توفرها في الواقعة محل الإثبات.
- 33..... رابعا: عدم جواز اصطناع الخصم دليلا لنفسه.
- 35..... المطلب الثاني: دور القاضي في الإثبات.
- 35..... الفرع الأول: مبدأ حياد القاضي.
- 37..... الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من مبدأ حياد القاضي.
- 37..... أولا: ما نصت عليه المادة 348 من القانون المدني الجزائري.
- 38..... ثانيا: ما نصت عليه المادة 340 من القانون المدني.
- 38..... ثالثا: ما نصت عليه المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية.
- 39..... رابعا: ما نصت عليه المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية.
- 39..... خامسا: ما نصت عليه المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية.
- 40..... الفصل الثاني: تنظيم الإثبات.
- 40..... المبحث الأول: التطور التاريخي لقواعد الإثبات.
- 40..... المطلب الأول: مرحلة ما قبل القضاء.
- 41..... المطلب الثاني: مرحلة الدليل الإلهي.

42.....	المطلب الثالث: مرحلة الدليل الإنساني
42.....	المطلب الرابع: الإثبات في الشريعة الإسلامية
44.....	المبحث الثاني: الأنظمة المختلفة في الإثبات
45.....	المطلب الأول: مذهب الإثبات الحر
46.....	المطلب الثاني: مذهب الإثبات المقيد
47.....	المطلب الثالث: مذهب الإثبات المختلط
48.....	المطلب الرابع: موقف المشرع الجزائري من المذاهب الثلاث
49.....	الباب الأول: الإثبات بالكتابة
50.....	الفصل الأول: المحررات الرسمية
50.....	المبحث الأول: مفهوم المحررات الرسمية و شروطها
51.....	المطلب الأول: مفهوم المحررات الرسمية
52.....	الفرع الأول: مفهوم المحررات الرسمية في التشريعات الوضعية
54.....	الفرع الثاني: مفهوم المحررات الرسمية في الشريعة الإسلامية
57.....	المطلب الثاني: شروط المحررات الرسمية
57.....	الفرع الأول: شروط المحررات الرسمية في التشريع الوضعي
	أولا: صدور الورقة من موظف أو ضابط عمومي أو شخص
58.....	مكلف بخدمة عامة
67.....	ثانيا: أن يكون صدور الورقة داخلا في حدود سلطته و اختصاصه
72.....	ثالثا: مراعاة الأشكال القانونية في تحرير الورقة الرسمية
74.....	رابعا: الجزاء المترتب على تخلف شرط من الشروط الثلاث
75.....	الفرع الثاني: شروط المحررات الرسمية في التشريع الإسلامي
77.....	المبحث الثاني: آثار المحررات الرسمية و حالات اشتراط الكتابة
77.....	المطلب الأول: حجية المحررات الرسمية و صورها
78.....	الفرع الأول: حجية المحررات الرسمية في الإثبات

- 78.....أولا: حجية الورقة الرسمية بالنسبة للأطراف.
- 81.....ثانيا: حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير.
- 82.....الفرع الثاني: حجية صور المحررات الرسمية في الإثبات.
- 83.....أولا: حالة ما إذا كان الأصل موجودا.
- 84.....ثانيا: حالة عدم وجود الأصل.
- 86.....المطلب الثاني: القوة التنفيذية للمحررات الرسمية و حالات اشتراط الكتابة.
- 86.....الفرع الأول: القوة التنفيذية للمحررات الرسمية.
- 87.....الفرع الثاني: حالات اشتراط الكتابة و الاستثناءات الواردة عليها.
- 90.....أولا: حالة بداية الثبوت بالكتابة.
- 92.....ثانيا: حالة المانع المادي أو الأدبي.
- 93.....ثالثا: حالة استحالة وجود الدليل الكتابي المعد مسبقا بسبب أجنبي.
- 94.....الفصل الثاني: المحررات العرفية.
- 95.....المبحث الأول: مفهوم المحررات العرفية و أقسامها.
- 96.....المطلب الأول: المحررات العرفية المعدة للإثبات.
- 96.....الفرع الأول: أحكام المادة 327 قبل تعديل القانون المدني الجزائري.
- 97.....أولا: الكتابة.
- 97.....ثانيا: التوقيع.
- 101.....الفرع الثاني: نص المادة 327 بعد تعديل القانون المدني الجزائري.
- 102.....المطلب الثاني: الأوراق العرفية الغير معدة للإثبات.
- 103.....الفرع الأول: الرسائل و البرقيات.
- 103.....أولا: الرسائل.
- 105.....ثانيا: البرقيات.
- 106.....الفرع الثاني: الدفاتر التجارية.
- 107.....أولا: تقديم الدفاتر التجارية.
- 108.....ثانيا: تسليم الدفاتر التجارية.

108.....	الفرع الثالث: الدفاتر و الأوراق المنزلية.
109.....	الفرع الرابع: التأشير ببراءة ذمة المدين.
110.....	الحالة الأولى: التأشير ببراءة الذمة الواقع على السند الذي هو بحوزة الدائن.
111.....	الحالة الثانية: التأشير ببراءة الذمة على السند الذي هو بحوزة المدين.
111.....	المبحث الثاني: حجية المحررات العرفية.
112.....	المطلب الأول: حجية المحررات العرفية بين الطرفين و خلفهما.
112.....	الفرع الأول: حجية المحررات العرفية بين الطرفين.
114.....	الفرع الثاني: حجية المحررات العرفية في مواجهة الخلف العام.
115.....	المطلب الثاني: حجية المحررات العرفية قبل الغير.
	الفرع الأول: المقصود بالغير طبقا للمادة 328 من القانون
115.....	المدني الجزائري.
117.....	أولا: الخلف الخاص.
117.....	ثانيا: الدائن الحاجز.
118.....	الفرع الثاني: حالات اكتساب المحررات العرفية التاريخ الثابت.
118.....	أولا: التسجيل.
119.....	ثانيا: من يوم ثبوت مضمونه في محرر رسمي.
120.....	ثالثا: من يوم التأشير عليه من طرف ضابط عام مختص.
120.....	رابعا: من يوم وفاة أحد اللذين لهم على العقد خط أو إمضاء.
122.....	الباب الثاني: التوقيع الإلكتروني و حجيته في الإثبات.
124.....	الفصل الأول: التوقيع الإلكتروني من المنظور التقني.
124.....	المبحث الأول: ماهية التوقيع الإلكتروني.
124.....	المطلب الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني و أهميته.
125.....	الفرع الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني.
127.....	الفرع الثاني: أهمية التوقيع الإلكتروني.

128.....	المطلب الثاني: خصائص التوقيع الإلكتروني
128.....	الفرع الأول: تمييز هوية صاحب التوقيع
130.....	الفرع الثاني: التعبير عن إرادة صاحب التوقيع
130.....	المبحث الثاني: أشكال التوقيع الإلكتروني و تطبيقاته
131.....	المطلب الأول: أشكال التوقيع الإلكتروني
131.....	الفرع الأول: التوقيع الرقمي
133.....	الفرع الثاني: التوقيع البيومترى
134.....	الفرع الثالث: التوقيع بالقلم الإلكتروني أو عن طريق الماسح الضوئي
135.....	الفرع الرابع: التوقيع الكودي
138.....	المطلب الثاني: تطبيقات التوقيع الإلكتروني
138.....	الفرع الأول: الشبكات الإلكترونية
139.....	الفرع الثاني: بطاقات السحب الآلي و البطاقات الذكية
141.....	الفرع الثالث: بطاقات الائتمان
141.....	الفرع الرابع: التعاقد الإلكتروني
144.....	الفصل الثاني: التوقيع الإلكتروني من المنظور القانوني
145.....	المبحث الأول: مدى توافر شروط التوقيع التقليدي في التوقيع الإلكتروني
146.....	المطلب الأول: التوقيع التقليدي و شروطه
146.....	الفرع الأول: تعريف التوقيع التقليدي
147.....	الفرع الثاني: شروط التوقيع التقليدي
148.....	أولاً: أن يكون التوقيع صادراً من قيل الملتزم بمضمون السند شخصياً
148.....	ثانياً: أن يكون التوقيع دالاً بوضوح على شخص موقعه
148.....	ثالثاً: أن يرد التوقيع على السند العادي ذاته
	المطلب الثاني: التعريف القانوني للتوقيع الإلكتروني و التمييز بينه
149.....	و بين التوقيع التقليدي

149	الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني تشريعا
149	أولاً: تعريف التوقيع الإلكتروني في القانون الجزائري
150	ثانياً: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية
152	ثالثاً: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الغربية
154	الفرع الثاني: التمييز بين التوقيع الإلكتروني و التوقيع التقليدي
154	أولاً: من حيث صورة أو شكل التوقيع
155	ثانياً: من حيث الدعامة التي يوضع عليها التوقيع
155	ثالثاً: من حيث الأدوار التي يؤديها التوقيع
156	المبحث الثاني: مدى حجية التوقيع الإلكتروني كبديل عن التوقيع التقليدي
	المطلب الأول: حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري
	و التشريعات الأخرى
157	
158	الفرع الأول: حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري
159	أولاً: أن تكون الكتابة مقروءة
159	ثانياً: أن تكون الكتابة مستمرة
160	ثالثاً: عدم قابلية الكتابة للتعديل إلا بإتلاف المحرر أو ترك أثر مادي عليه
162	الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية و الغربية
162	أولاً: حجية التوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية
172	ثانياً: حجية التوقيع الإلكتروني في التشريعات الغربية
	المطلب الثاني: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات طبقاً لقاعدة الإثبات بالكتابة و الاستثناءات الواردة عليها
177	
177	الفرع الأول: حجية التوقيع الإلكتروني طبقاً لقاعدة الإثبات بالكتابة
	الحالة الأولى: إثبات التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها على 100.000 دج
178	أو كانت غير محددة القيمة
179	الحالة الثانية: إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة
	الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني طبقاً للاستثناءات الواردة
180	على قاعدة الإثبات بالكتابة

180.....	أولاً: حالة وجود بداية ثبوت بالكتابة.....
182.....	ثانياً: حالة وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.....
183.....	ثالثاً: حالة فقدان الدليل الكتابي بسبب أجنبي.....
	رابعاً: حالة وجود نص قانوني يجيز الإثبات بغير الكتابة (القانون الجزائري) أو حالة
184.....	وجود نص أو اتفاق يجيز الإثبات بغير الكتابة (القانونان المصري و الفرنسي).....
190.....	خاتمة.....
192.....	الملحقات.....
193.....	مخطط يبين كيفية التوقيع إلكترونياً.....
194.....	قانون اليونسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني.....
210.....	الفهرس.....