

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

الإثبات بالمحررات العرفية في التشريع الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
شعبة القانون الخاص
تخصص: القانون الخاص الشامل

تحت إشراف الأستاذ:

* بهلولي فاتح

من إعداد الطالبتين:

* بوجنوي تكليت

* مسعودان أسية

أعضاء لجنة المناقشة:

*الأستاذة : دفوس هند.....رئيسة.

*الأستاذ : بهلولي فاتح..... مشرفا.

*الأستاذة: بن شعلال نبيلة.....ممتحنة.

السنة الجامعية 2012/2013

شكر و عرفان

لتكن هذه الورقة مساهمة إحتراض أكثر من مجرد شكر الأستاذ الفاضل
"بطلولي فاتح"، الذي قبل الإشراف على هذا العمل المتواضع، ولما لمسناه منه
من صدر رغبة و توجيه سديد و نتائج قيمة كان لها أبلغ الأثر في إنجاز هذا
العمل منذ بدايته إلى غاية إخراج هذه السطور إلى النور.

كما لا يفوتنا أن نتقدم بالشكر الجزيل لكل الأساتذة الأفاضل و كل من
نملنا من نبع علمهم طيلة سنوات تكويننا في شهادة الليسانس و كنا
المستمر.

و إلى كل من قبل بمناقشة عملنا هذا من اللجنة المحترمة.

الإهداء

إلى والدينا العزيزين

إلى أخواتنا وإخواننا الكرام

إلى محاببتنا الأحرار

إلى أصدقاءنا الأحرار

إلى كل من أسدى لنا يد المساعدة في مشوارنا

نهدي هذا العمل المتواضع.

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

د ج : دينار جزائري.

ط: طبعة.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري.

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.

ق.إ.م. و.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ص: صفحة.

ثانياً: باللغة الفرنسية

Op-cit : ouvrage précédemment cité.

P : page.

مقدمة

مقدمة

يعتبر الإثبات وسيلة من وسائل الإقناع التي يقدمها الأشخاص للدفاع عن حقوقهم، والإثبات بمعناه القانوني يعني إقامة الدليل على واقعة قانونية بالطرق التي رسمها وحددها القانون، فإثبات الحق هو إقامة الحجة عليه، وبالتالي الحق المجرد عن الدليل هو والعدم سواء، إذ لا فائدة من الإدعاء أمام القضاء إذا كان المدعي لا يملك الحجة التي تجعله يصل إلى مبتغاه من الالتجاء إلى المحكمة، فالدليل هو دوام حياة الحق.

والمشروع الجزائري على غرار أغلبية التشريعات نظم قواعد الإثبات في موضعين مختلفين، بحيث أفرد للقواعد الموضوعية الباب السادس في الكتاب الثاني من التقنين المدني، وخصص للقواعد الإجرائية الباب الرابع من الكتاب الأول من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبتصنيفنا لطرق الإثبات كما نظمها المشروع الجزائري بحسب وظيفتها وقوتها في الإثبات يمكن ردها إلى ثلاث طوائف، بحيث تأتي في المرتبة الأولى الكتابة، ثم تليها شهادة الشهود والقرائن القضائية، وأخيرا القرائن القانونية والإقرار واليمين.

الكتابة تعتبر من أهم وسائل وطرق الإثبات في العصر الحديث، وذلك لما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها غيرها من الأدلة سواء من ناحية الاحتفاظ بها، أو إمكانية إعدادها مسبقا كدليل للإثبات، فالكتابة عرفت منذ القديم ونصت عليها مختلف الشرائع، وقد نص عليها القرآن الكريم في الآية 282 من سورة البقرة بقوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه...»⁽¹⁾

أدلة الإثبات بالكتابة تنقسم إلى كتابات أو محررات رسمية والتي يدونها ويحررها موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة مختص وفقا للأوضاع القانونية المقررة، ومحررات عرفية يحررها أصحاب الشأن فيما بينهم. والمحررات العرفية نوعان: محررات عرفية أعدت مقدما لتكون دليلا للإثبات، ولذلك فهي تكون موقعة ممن هي حجة عليه، ومحررات عرفية غير معدة للإثبات، فهي لم تعد مسبقا لتكون دليلا للإثبات إلا أنّ القانون جعل لها حجة إلى مدى معين وأكثر هذه المحررات غير موقعة ممن هي حجة عليه.

إضافة إلى المحررات السالفة الذكر، كشف التطور المعاصر عن ظهور شكل جديد للكتابة والتوقيع وهو الأسلوب الإلكتروني عبر الأحرف والأرقام والرموز والإشارات الضوئية وغيرها وأصبح واقعا

(1) القرآن الكريم.

ملموسا أقرته التعديلات التشريعية في النظم القانونية المعاصرة ومنها المشرع الجزائري بمقتضى المواد 323 مكرر و 323 مكرر 1 وكذلك تعديل المادة 327 من القانون المدني، وذلك بموجب القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 جوان 2005.⁽¹⁾

دراستنا لهذا الموضوع كانت لأسباب عدة، منها كون موضوع الإثبات من المواضيع المرتبطة بالواقع العملي وذات أهمية إذ يعتمد عليها الأفراد لإثبات وصيانة حقوقهم، إذ كثيرا ما يلجأون إلى الكتابة سواء الرسمية أو العرفية نظرا للضمانات التي توفرها، والمحركات العرفية هي الأكثر استعمالا لإثبات حقوقهم وذلك لسهولة تحريرها وقلة تكاليفها.

نتيجة التطور التكنولوجي الهائل الذي شهده العالم، أصبح الأفراد يتعاملون بالمحركات الإلكترونية مما جعل المشرع الجزائري يواكب هذا التطور بتعديله للقانون المدني الجزائري وإقراره بمبدأ التعادل الوظيفي بين المحركات العرفية والمحركات الإلكترونية، حيث إعتبرت هذه الأخيرة من المحركات العرفية. اختيارنا للموضوع أيضا يرجع إلى الرغبة في الإلمام بجوانب الموضوع، وأن الموضوع يدخل ضمن الاختصاص ويتلاءم مع رغباتنا ويؤكد معارفنا ذلك في أملنا أن نوفق بإذن الله، ومن أجل دراسة موضوعنا هذا، يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما المقصود بالمحركات العرفية ؟ وما مدى حجيتها في الإثبات وفقا للتشريع الجزائري؟

أثناء دراستنا للموضوع اتبعنا التسلسل المنطقي والمبسط في طرح الأفكار، بالإضافة إلى المنهج التحليلي الذي نستعين به في تحليلنا للمواد القانونية مستنديين في بعض الأحيان على المنهج المقارن خاصة بالنسبة للأحكام التي لم يرد فيها نص أو التي تتضمن أحكام غامضة .

وللإجابة على هذه الإشكالية، اتبعنا في دراستنا الخطة التالية، وذلك بتقسيم بحثنا إلى فصلين، كل فصل مبني على مبحثين، بحيث تناولنا في الفصل الأول المحركات العرفية المعدة للإثبات الذي يتضمن شروطه وحجيته كل في مبحث، أما عن الفصل الثاني، فتناولنا الكتابة الخاصة غير المعدة للإثبات والمحركات الإلكترونية في مبحثين أيضا كالاتي : المبحث الأول الكتابة الخاصة غير المعدة للإثبات والمبحث الثاني المحركات الإلكترونية.

(1) أمر رقم 75 - 58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم.

الفصل الأول

المحررات العرفية المعدة للإثبات

الفصل الأول

المحركات العرفية المعدّة للإثبات

المحركات العرفية المعدّة للإثبات هي تلك الأوراق والسندات التي يتولى تحريرها وإعدادها أشخاص عاديون، بقصد أن تكون أداة للإثبات فيما قد يثور من منازعات حول مضمونها مستقبلا، لذا يشترط فيها أن تكون موقعة ممّن هي حجة عليه حتى تكون دليل كامل في الإثبات، فالتوقيع هو الذي يعطي ويضفي لها الحجية في الإثبات واعتبارها عندئذ دليلا كاملا للإثبات.

وبالتالي هذا النوع من المحركات يهيئها ذوي الشأن مقدما وسلفا لتقديمها كدليل للإثبات في حالة نشوء أي نزاع حول مضمونها، فهي أدلة إثبات مهيأة.

ولا يستوجب القانون فيها أثناء تحريرها وإعدادها شكلية معينة، فهي تمتاز بانعدام الشكلية في إعدادها، كما تمتاز أيضا بانعدام الرسمية في إنشائها كون أنه يتولى صياغتها وإعدادها ذوي الشأن دون تدخل أي موظف عام في ذلك بحكم وظيفته، ورغم ذلك فالكثير من الأشخاص يلجأون إلى هذه المحركات العرفية لإثبات حقوقهم، وذلك لما تتميز به من سرعة في التحرير وسهولة في الإعداد وقلة تكاليفها.⁽¹⁾

وعليه فدراستنا في هذا الفصل تكون في مبحثين، المبحث الأول نتناول فيه شروط المحركات العرفية المعدّة للإثبات والمتمثلة في الكتابة والتوقيع، المبحث الثاني نتناول فيه حجية هذه المحركات العرفية المعدّة للإثبات.

⁽¹⁾ بكوش يحي، الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، ط 2، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1998، ص. 126.

المبحث الأول

شروط المحررات العرفية المعدّة للإثبات

يشترط في المحرر العرفي المعدّ للإثبات شروط معينة حتى تضى عليه الحجية، واعتباره عندئذ دليلا كاملا في الإثبات، وعليه نصت المادة 327 ق.م.ج: « يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.»⁽¹⁾

نستنتج من نص المادة أعلاه أنّ المشرع الجزائري حدد الشروط الواجبة في المحرر العرفي لاعتباره دليل كامل في الإثبات، والتي تتمثل في الكتابة والتوقيع.

غير أنّ شرط الكتابة شرط بديهي ولكنه مهم في الوقت نفسه، إذ بدون الكتابة لا وجود للمحرر أصلا، فطبيعي أن يكون المحرر مكتوبا، أمّا شرط التوقيع، فيعتبر الشرط الأهم في المحرر العرفي لأنّه هو الذي يضي عليه الحجية في الإثبات، فبدونه لا يكون للمحرر العرفي أية قوّة وحجية في ذلك.⁽²⁾

وبالتالي سنتناول هاذين الشرطين كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول

الكتابة

تعتبر الكتابة الشرط الأول للمحرر العرفي، وذلك وفقا لنص المادة 327 ق.م.ج، والكتابة هي كل ما يتضمنه المحرر العرفي من تصرفات قانونية ووقائع مادية، والتي من أجلها أعد السند ليكون دليلا كاملا للإثبات.

ودرستنا في هذا المطلب تكون على الكتابة الواردة على المحررات العرفية في فرع أول، ثم نتطرق للتمييز بين التصرف القانوني وأداة إثباته في فرع ثاني، وذلك للخلط الكبير بينهما من طرف رجال القانون منهم المشرع الجزائري، أما الفرع الثالث نتناول فيه الحالات التي يجب فيها الإثبات بالكتابة.

⁽¹⁾ أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

⁽²⁾ محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، (الكتابة، البينة، القرائن، الإقرار، اليمين، المعاينة، الخبرة، حجية الأمر المقضي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص. 78.

الفرع الأول

الكتابة الواردة في المحررات العرفية

يشترط في المحرر العرفي المعد للإثبات أن يحتوي ويتضمن على كتابة تدل على الهدف والغاية المقصودة عند تحريره، أي أن تكون الكتابة واردة على الواقعة القانونية التي من أجلها أعد السند العادي ليكون دليلاً كاملاً عليها كالبيع والإيجار.

لا يشترط في الكتابة المدونة على المحرر العرفي شكلية معينة، فكل ما يكتب ويؤدي المعنى يعتبر كافياً، لذا يمكن أن تكون مكتوبة باللغة العربية أو أية لغة أجنبية حتى وإن كانت لغة اصطلاحية أو لغة الرموز إن كان لها مفتاح خاص يفهما الطرفين.⁽¹⁾

ويستوي أن تعد الورقة العرفية بخط موقعها المدين أو الدائن، أو حتى بخط الغير وإن كان ناقص الأهلية، كما يستوي أيضاً أن يكون تحريرها بخط اليد أو بالآلة الناسخة أو بالكمبيوتر، كما يمكن أن يكون المحرر العرفي في شكل استمارة معدة مسبقاً يقوم المتعاقدون بملء فراغها، ولا تهم مادة الكتابة وذلك سواء كانت بالمداد أو بالكربون أو الحبر أو الرصاص، غير أنه جرت العادة أن تكون بالحبر لأنه أبلغ حيطة من الرصاص الذي قد يسهل من إحداث تغيير في الكتابة.⁽²⁾

ولا يشترط كتابة قيمة الالتزام بالأرقام والأحرف كما هو الحال في الورقة الرسمية، ففي المحرر العرفي يجوز ذكر المبلغ بالأرقام أو بالأحرف، ولكن لتجنب الوقوع في نزاع يستحسن تدوينها بالأحرف والأرقام، لأن كتابة المبلغ بالأرقام فقط يسهل إحداث تغيير في قيمة الالتزام، وذلك بزيادة رقم أو أكثر وبالتالي تسهل عملية التزوير ويصعب إثباتها.

(1) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، (الكتابة، البيئة، القرائن، الإقرار، اليمين، المعاينة، الخبرة، حجة الأمر المقضي)، المرجع السابق، ص. 79.

(2) رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص. 388 - 389.

ولا يشترط في المحرر العرفي ذكر مكان التحرير إلا بالنسبة للأوراق التجارية كالسفتجة، السند لأمر والشيك، وعدم ذكره لا يؤدي إلى بطلانه، لكن ذكره يكون بمثابة قرينة قاطعة على أنه المكان الحقيقي لإبرام العقد، بحيث في حالة تنازع القوانين من حيث المكان يسمح بمعرفة القانون الواجب التطبيق.⁽¹⁾

كما لا يشترط أيضا ذكر التاريخ في المحرر العرفي، ولكن هذا التاريخ إذا ما دَوّن في المحرر لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان له تاريخ ثابت، وهذا طبقا لنص المادة 328 ق.م.ج،⁽²⁾ وبيان تاريخ المحرر العرفي له أهمية في الإثبات في حالة ما إذا أصيب أحد المتعاقدين بفقدان أو نقصان أهليتهم بعد أن كان متمتعا بكامل الأهلية وقت التعاقد، فوجود التاريخ على المحرر العرفي قبل حدوث تغيير في الأهلية يعد قرينة قاطعة على أنّ التوقيع حصل أثناء تمتعه بالأهلية الكاملة ويبقى المحرر العرفي صحيحا، أما إذا ادعى الموقع أنه كان قاصرا وقت التعاقد وقع عليه عبء إثبات ذلك. غير أنه يشترط القانون في بعض الحالات الاستثنائية ذكر التاريخ في الأوراق التجارية كالسفتجة (المادة 390 ق.ت.ج) وسند لأمر (المادة 465 ق.ت.ج)، والشيك (المادة 472 ق.ت.ج)،⁽³⁾ إلا أنّ غياب التاريخ لا يؤدي إلى بطلان الأوراق التجارية. وإذا تعددت تواريخ المحرر العرفي، فيأخذ بعين الاعتبار التاريخ الأخير إلا إذا ثبت تزويره.⁽⁴⁾

كما لا يؤثر في صحة المحرر العرفي وجود تحشير أو إضافات بين السطور أو في الهامش⁽⁵⁾ وأنه ليس من الضروري التوقيع عليها، وتترك للقاضي السلطة في الأخذ بها إذ كانت تلك الإضافات

(1) عباس العبودي ، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، (دراسة مقارنة بالتشريعات العربية والأجنبية وأحكام القضاء)، دار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص. 34.

(2) أمر رقم 75 - 58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(3) أمر رقم 75 - 59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 79، الصادر في سنة 1975، المعدل و المتمم.

(4) بكوش يحي، المرجع السابق، ص. 128-129.

(5) أما بالنسبة للمحررات الرسمية إذا تخلّل مظهرها الخارجي عيوب مادية، كوجود كشط أو محو أو تحشير جاز للمحكمة أن تسقط قيمة هذا المحرر أو تنقصها ويتحول إلى محرر عرفي. وهذا ما قضت به المادة 326 مكرر2 من ق.م.ج بأنه: «يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف.» وبالتالي يتحول المحرر الرسمي إلى محرر عرفي إذا كان موقعا ممن يحتج به عليه. وهذا ما قضت به كذلك المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، القرار رقم 68467، مؤرخ في 21 أكتوبر 1990، (قضية بين س- ضد- س)، المجلة القضائية، عدد1، سنة 1992، ص. 84.

والتحشيرات لا يستقيم المعنى إلاّ بها، وتدل باقي عبارات المحرر العرفي على ضرورتها، وإذا كانت موجودة في كل النسخ أو حررت بخط الطرف المحتج بها عليه، كما يمكن للقاضي استبعادها ورفض الأخذ بها.⁽¹⁾

وأيضاً لا يلزم ذكر الكلمات المشطوبة والتوقيع عليها كما هو الشأن في الورقة الرسمية، لأنها تعتبر ملغاة على أساس أنّ التشطّيب وقع عند صياغتها أي عند التعاقد، إلاّ إذا تبين أنّ التشطّيب كان نتيجة إهمال، أو عدم الحرص، أو حصل غشا، أو بسبب حادثة.

الفرع الثاني

التمييز بين التصرف القانوني وأداة إثباته

يختلف التصرف القانوني عن أداة إثباته، فالتصرف القانوني يتم بتوافق إرادتين أو أكثر وله شروط محددة في القانون المدني من حيث الرضا والأهلية والمحل والسبب وغيرها، أمّا أداة الإثبات، فهو السند أو المحرر الذي يدون به التصرف القانوني أو العقد، وبالتالي فهي أداة إثبات لهذا التصرف القانوني.⁽²⁾ وكثيراً ما نجد رجال القانون يطلقون على الورقة أو المحرر المثبت للتصرف القانوني عبارة "عقد" فيقال عقد رسمي أو عقد عرفي وبهذا أخرجنا كلمة العقد عن المعنى الأصلي لها. والمشرع الجزائري وقع في هذا الخطأ، وذلك في القانون المدني وفي المواد المتعلقة بالإثبات التي نذكر منها المادة 327 ق.م.ج التي تنص: «يعتبر العقد العرفي صادراً...»، وكذلك المادة 328 ق.م.ج التي تنص: «لا يكون العقد العرفي حجة على الغير...».

و بذلك لم يوافق المشرع الجزائري حين استعماله لمصطلح "العقد" والأمر راجع إلى الخطأ الذي وقع فيه أثناء ترجمته لكلمة ACTE، والتي تطلق في اللغة الفرنسية في آن واحد على التصرف القانوني من جهة ووسيلة إثباته من جهة أخرى، أما الأمر في اللغة العربية غير كذلك، فالعقد يطلق على التصرف القانوني بمفهوم المادة 54 من ق.م.ج،⁽³⁾ أما أداة إثباته فهي إما سند أو محرر أو ورقة.

(1) أحمد نشأت، رسالة إثبات، الجزء الأول: (أركان الإثبات، عبء الإثبات، طرق الإثبات، الكتابة، شهادة الشهود)، مكتبة العلم للجميع، مصر، 2005، ص. 263.

(2) محمد فواز محمد المطلقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، (أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق، حمايته "التشفير"، التوقيع الإلكتروني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص. 189.

(3) المادة 54 من ق.م.ج: «العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما.»

وبالتالي صار من الضروري التمييز بين التصرف القانوني ذاته الذي يعد محلا للإثبات، وبين أداة إثباته، أي الورقة المكتوبة التي يدون فيها ذوي الشأن ما تمّ الاتفاق عليه فيما بينهم. ذلك أنّ بطلان أداة الإثبات أو الورقة لا يؤثر في صحة التصرف القانوني، وكذلك لا تمنع صحة الورقة من بطلان التصرف القانوني الثابت بها، لذلك يجب بقدر الإمكان تفادي تسمية أداة الإثبات عقداً، وإنما تسميتها ورقة أو محرر واقتصار لفظ العقد على التصرف القانوني.⁽¹⁾

الفرع الثالث

الحالات التي يجب فيها الإثبات بالكتابة

هناك حالات يستبعد فيها الإثبات بشهادة الشهود، وبالتالي الإثبات فيها يجب أن يكون بالكتابة وتتمثل هذه الحالات في حالتين:

التصرفات القانونية المدنية التي تزيد قيمتها 100.000 دج والتصرفات غير محددة القيمة، وكذلك في إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة إلا بالكتابة.

الحالة الأولى: التصرفات القانونية المدنية التي تزيد قيمتها 100.000 دج والتصرفات غير

محددة القيمة

وهذا ما قضت به المادة 333 ق.م.ج: « في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك...».⁽²⁾

وبالتالي حسب نص المادة أعلاه نجد أنّها أخرجت الإثبات بشهادة الشهود في التصرفات القانونية المدنية التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج.

ومنه لتطبيق هذه القاعدة، يشترط أن تكون الواقعة المتنازع فيها تصرفاً قانونياً كالعقد مثلاً، أمّا الوقائع المادية، فإنّ الشهادة هي الأصل في إثباتها لأنّه يستحيل توقعها لإعداد دليل لإثباتها، ويجب أيضاً أن يكون هذا التصرف مدنياً لا تجارياً لأنّ التصرفات التجارية يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات ويجب أن تكون قيمة التصرف تزيد عن 100.000 دج أو غير محدد القيمة، كما يجب النظر إلى قيمة

⁽¹⁾ جنان عيسى، حجية المحرر العرفي في إثبات الوقائع والتصرفات، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، المدرسة العليا للقضاة، الجزائر، 2009، ص. 5.

⁽²⁾ أمر رقم 75 - 58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

التصرف وقت صدوره لا وقت المطالبة به، وهذا حسب الفقرة الثانية من المادة أعلاه، ونتيجة ذلك أنه إذا كان المطالب به لا يتجاوز 100 ألف دج في حين أن أصل الالتزام يفوق ذلك وجب الإثبات بالكتابة. وحسب الفقرة الثالثة من المادة المذكورة أعلاه، فإن الدعوى إذا اشتملت على طلبات متعددة وكانت هذه الطلبات ناشئة عن مصادر مختلفة وجب النظر في كل طلب على حدى، فالطلب المؤسس على تصرف قانوني تجاوز قيمته 100.000 دج وجب إثباته بالكتابة، أما الطلب المؤسس على تصرف قانوني لا تتجاوز قيمته 100.000 دج جاز إثباته بالشهادة. أما عن الإثبات بالكتابة في التصرف القانوني غير المحدد القيمة، فإنه قليلا ما يكون ومن ثمة فتطبيقه محصور في نطاق ضيق جدا، وكمثال للتصرف القانوني غير محدد القيمة ذلك الذي ينشأ عن عقد يخول أحد الطرفين حق البناء في أرض الطرف الآخر، ففي هذه الحالة يتعين على المدعي تقديم دليل كتابي.

الحالة الثانية: إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي إلا بالكتابة

وهذه القاعدة أخذت بها جميع التشريعات، ومنها المشرع الجزائري وذلك في نص المادة 334 ق.م.ج.⁽¹⁾ وهذا له مبرر من الناحية القانونية لأنه إذا قصد أو لجأ المتعاقدان إلى الكتابة فإن ذلك يعني أنهما قصدا بذلك الحصول على دليل أقوى من الشهادة وحسب المادة السالفة الذكر، فإن هذه القاعدة تنطبق على التصرفات التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج.

غير أنه نجد المشرع الجزائري في المادة 334 ق.م.ج. قد قصر هذه القاعدة على الكتابة الرسمية دون العرفية، وذلك حين نصه على أنه لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة على 100.000 دج فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي.

وبالتالي هذا الأمر لا تقبله القواعد العامة في الإثبات، كون أن الكتابة سواء كانت رسمية أو عرفية لها نفس الحجية، وعليه الأخذ بخلاف هذا يهدر وينزل في قيمة الكتابة من المقام الأول في أدلة الإثبات إلى منزلة الشهادة.

(1) المادة 334 ق.م.ج: « لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة عن 100.000 دينار جزائري:

- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي.
- إذا كان المطلوب هو الباقي، أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.
- إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري، ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة.»

ولهذا يبدو أنّ الكتابة العرفية سقطت من طرف المشرع الجزائري سهواً، ولم يقصد بذلك مخالفة قاعدة عامة في الإثبات.⁽¹⁾

وبالتالي فالأصل هو إثبات ما يخالف الكتابة، غير أنه قد يرد استثناء عنه، وذلك في حالة الغش الذي يهدف إلى التهرب من أحكام القانون المتعلقة بالنظام العام، ومثال ذلك أن يكون هناك اعتراف بدين مدوّن في ورقة على أساس أنّه مبلغ قرض، في حين أنّه عقد هبة، وعليه ففي هذه الحالة باستطاعة المدين إثبات العقد الصوري بكافة وسائل الإثبات دون التقيد بضرورة الدليل الكتابي.

المطلب الثاني

التوقيع

يعتبر التوقيع الشرط الجوهري والأهم في المحرر العرفي، لأنّه هو الذي ينسب ما دوّن في المحرر إلى صاحب التوقيع، وهو الذي يضيف ويعطي للمحررات العرفية قوة وحجية في الإثبات.⁽²⁾

وعليه دراستنا في هذا المطلب تكون بتعريف التوقيع وتبيان مختلف أنواعه كل في فرع، ثم كفرع ثالث وأخير نورد حكم التوقيع على بياض.

الفرع الأول

تعريف التوقيع

لم يعرف المشرع الجزائري التوقيع، ولكن يمكن تعريفه بأنّه: « علامة أو إشارة أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص على استعماله للتعبير عن موافقته على عمل أو على تصرف قانوني يعنيه.»⁽³⁾ كما يتمثل التوقيع في أن يضع الشخص بخط يده على المحرر العرفي لقبه، أو اسمه، أو كليهما أو أي علامة أخرى جرت عادته أن يدلل بها على هويته في المحرر العرفي ويعبر عنه، عن موافقته على عمل، أو تصرف قانوني معين.⁽⁴⁾

والتوقيع يجب أن يكون بخط الموقع شخصياً، ويشكل للمحرر عنصران؛ عنصر مادي يتمثل في الإشارة أو العلامة التي تمثل التوقيع، وعنصر معنوي يتمثل في اتجاه إرادة الموقع إلى قبوله بمحتوى

(1) جنان عيسى، المرجع السابق، ص.7.

(2) جلال علي العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، مصر، 1996، ص. 419.

(3) محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص.159.

(4) بكوش يحيى، المرجع السابق، ص. 130-131.

المحرر، والتوقيع يعتبر كدلالة بقبول الموقع على مضمون المحرر، لذا فعادة ما يتم التوقيع في أسفل المحرر فهذه الكيفية تضمن موافقة الموقع لمضمون المحرر العرفي، إلا أنه عدم وروده بتلك الطريقة لا يؤدي إلى اعتباره عديم القيمة.

وإذا كان المحرر ملزم للطرفين يجب أن يوقعه كلا الطرفين كعقد البيع، أما إذا كان ملزم لطرف واحد كالوديعة فيوقعه الطرف الملزم فقط وهو المودع لديه،⁽¹⁾ وفي حالة ما إذا تكوّن المحرر من عدّة أوراق فيكفي توقيع الورقة الأخيرة شريطة ثبوت الاتصال الوثيق بين سائر أوراق المحرر العرفي وللقاضي سلطة تقدير وجود هذا الاتصال من عدمه.⁽²⁾

الفرع الثاني

أنواع التوقيع

تنص المادة 327 ق.م.ج على أنه: « يعتبر العقد العرفي صادرا ممّن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه...».⁽³⁾

نستنتج من نص المادة السابقة أن التوقيع يأخذ أشكال مختلفة وتتمثل في:

أولاً: الإمضاء الكتابي:

هو الإمضاء الذي يكون بخط يد من ينسب إليه المحرر ويكون بكتابة الاسم واللقب، أو كلاهما أو اسم شهرة، أو أي علامة، أو إشارة اختارها لنفسه بمحض إرادته للتعبير عن هويته وموافقته على عمل أو تصرف قانوني معيّن.⁽⁴⁾

ثانياً: التوقيع ببصمة الأصبع:

هو التوقيع الذي يتم ببصمة الأصبع، والملاحظ هنا أنّ المشرع الجزائري أقرّ واعترف بهذا النوع من التوقيع بعد التعديل الأخير للقانون المدني الجزائري سنة 2005، خلافاً لما كان عليه قبل التعديل ذلك نتيجة انتشار الأمية في المجتمع الجزائري، وبالتالي يجوز الإمضاء ببصمة الأصبع لكل من لا

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام، (الإثبات، آثار الالتزام)، ط 3، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 2000، ص. 176.

(2) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 160.

(3) أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(4) عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، (دراسة مقارنة بالتشريعات العربية والأجنبية وأحكام القضاء)، المرجع السابق، ص. 39.

يعرف الكتابة والقراءة، ولقد اكتشف العلم بأن التوقيع بالبصمة أفضل وأضمن وسيلة من وسائل التوقيع لإمكانية التأكد من هوية صاحبها، وذلك لعدم تشابه بصمات الأصابع بين الأفراد، بحيث لا يمكن أن تتشابه بصمتان لشخصين مختلفين، ولا يمكن أن تتشابه بصمة أصبعين لشخص واحد.⁽¹⁾

وهذا ما ورد أيضا في القرآن الكريم وذلك في سورة القيامة في الآيات 1 - 4 بقوله تعالى: « لا أقسم بيوم القيامة، ولا أقسم بالنفس اللوامة، أيعسب الإنسان أن نجمع عظامه، بلى قادرين على أن نسوي بنانه.»⁽²⁾ والبنان هو السلامة العليا في الأصبع، وما الواضح أن الله جلّت قدرته خصّ البنان من دون سائر الأعضاء، لما فيه من دقة وتناسق في الشكل وتباين في التفاصيل.

ثالثا: التوقيع بالختم

التوقيع ببصمة الختم يعد كالتوقيع بالإمضاء والبصمة، ويعتد به أكثر في المواد التجارية بشرط إمكانية قراءة بصمة الختم كما يجب أن يتم التوقيع عن طريق صاحبه أو على الأقل في حضوره وبرضاه، إلا أن استخدام الختم كوسيلة للتوقيع فيه محاذير كثيرة إذ من السهل تقليده أو سرقة أو ضياعه، مما يفتح المجال للغير في استعماله ضد صاحبه للإضرار به ويعرض حقوق الغير للضياع والتلف، هذا لكون الختم مستقل ومنفصل عن صاحبه.⁽³⁾

التوقيع بالوكالة جائز، ولكن بشرط أن يوقع الوكيل المحرر العرفي بإمضائه أي باسمه هو مع ذكر صفته كوكيل، أما إذا قام بالتوقيع باسم موكله أو قلّد توقيعه فهنا التوقيع يقع باطلا.⁽⁴⁾

الفرع الثالث

حكم التوقيع على بياض

إنّ الغالب في التوقيع على المحرر العرفي يكون بعد كتابته، غير أنه يمكن أن يتم قبل كتابة مضمون المحرر، وهو ما يسمى بالتوقيع على بياض، حيث يقوم الشخص المدين بالتوقيع مقدّما على الورقة أو المحرر العرفي ويسلمها للدائن (الطرف الثاني) ليتولى كتابة البيانات التي تمّ الاتفاق عليها، وهذا كثيرا ما يحصل في الشيكات فيوقعها المدين على بياض ويترك ملئ البيانات (خاصة المبلغ)

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، (طبقا لأحدث التعديلات ومزينة بأحكام القضاء)، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص. 70.

(2) القرآن الكريم.

(3) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 162.

(4) بكوش يحيى، المرجع السابق، ص. 132.

للدائن بحسب ما اتفقا عليه، وإذا تمّت تلك البيانات أعلا التوقيع صارت للورقة قوّة المحرر العرفي، ذلك أنّ التوقيع السابق كالتوقيع اللاحق صحيح وملزم وحجة على من صدر منه التوقيع.⁽¹⁾

غير أنّه قد يحدث وأن يكتب الدائن على غير ما اتفق عليه، وما على المدين الموقّع إلاّ إثبات أنّ ما كتبه الدائن من البيانات غير مطابق لما تمّ الاتفاق عليه، وإثبات ذلك يكون وفق للقواعد العامة في الإثبات والتي تقضي بأنّه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلاّ بالكتابة، وعليه إذا توصل المدين الموقّع إلى هذا الإثبات عدّ الدائن مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة ويعاقب عليها قانون العقوبات. والورقة تفقد حجتها على موقّعها إلاّ إذا كان الدائن الخائن للأمانة قد تعامل بها مع شخص حسن النية، فهنا يجوز لهذا الأخير التمسك بحجتها على موقّعها، ولا يكون أمام الموقّع سوى الرجوع على الدائن خائن الأمانة.

أما إذا تحصل من خان الأمانة على الورقة العرفية بغير رضا صاحب التوقيع أي المدين، أو دون علمه أو اختلس التوقيع غشا أو كرها، باستطاعة المدين الموقّع على بياض إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، ولا يستطيع الغير الذي تعامل مع الخائن للأمانة بناء على هذه الورقة أن يتمسك بها قبل من وقّع على الورقة، أي المدين الموقّع على بياض حتى ولو كان هذا الأخير حسن النية⁽²⁾

فالتوقيع إذن يعدّ الشكلية الأساسية لصحة المحرر العرفي، وهو الوسيلة الوحيدة لصحة البيانات الواردة فيه، إذ هو الوحيد الذي يدلّ على وجود الرضا لإنشاء أي تصرف قانوني. ومن ثمة فانهدام وخلو المحرر العرفي من التوقيع يعتبر باطلا ولا قيمة له، إلاّ إذا كان مكتوب بخط المدين فإنّه يصلح كمبدأً ثبوت بالكتابة.⁽³⁾

إضافة إلى شرطي الكتابة والتوقيع اللذان أقر بهما المشرع الجزائري لصحة المحرر العرفي، نجد التشريع الفرنسي واللبناني يشترط شرطان آخران إضافة إلى التوقيع والكتابة، واللذان يتمثلان في: شرط تعدد النسخ، وشرط ذكر عبارة "صالح لأجل".

⁽¹⁾ عبد الحميد الشوربي، التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، (الفقه، القضاء، الصيغ القانونية)، منشأة المعارف، مصر، 2002، ص. 123.

⁽²⁾ عابد فايد عبد الفتاح فايد، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص. 119 - 120.

⁽³⁾ محمد حسن منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، (الكتابة، البينة، القرائن، الإقرار، اليمين، المعاينة، الخبرة، حجة الأمر المقضي)، المرجع السابق، ص. 80.

أولاً: شرط تعدد النسخ

ويكون ذلك في العقود المتبادلة أو الملزمة لجانبين، والتي يستوجب فيها تعدد النسخ الأصلية بقدر عدد أطرافها، ويجب ذكر عدد نسخ المحرر العرفي في كل نسخة، وجزءاً عدم تعدد النسخ في العقود المتبادلة ليس بطلان العقد، وإنما يفقد المحرر العرفي حجتيه في الإثبات.⁽¹⁾ وهذا الشرط لا نجد له وجود في القانون الجزائري، فإذا كتبت نسخة واحدة اعتبرت دليلاً كاملاً يجوز لكل المتعاقدين التمسك به، غير أنّ الضرورة العملية تقتضي أن تكتب الورقة العرفية بقدر عدد أطرافه.

ثانياً: شرط عبارة صالح لأجل

تكون في العقود الملزمة لجانب واحد، فقبل التوقيع عليها يجب كتابة عبارة "صالح لأجل" أو أي عبارة مرادفة لها مثل: عبارة "فقط لا غير"، والهدف من ذلك تجنب كل ما قد يتعرض له الموقع من خطأ في مقدار الالتزام، وفي حالة غياب هذه العبارة تفقد الورقة العرفية حجيتها في الإثبات.⁽²⁾ غير أنّ هذا الشرط استبعده قانون المحاكمات المدنية اللبناني الجديد، وبالتالي لم يعد يأخذ به⁽³⁾ ولا نجد مثل هذا الشرط لازماً لصحة الورقة العرفية في القانون الجزائري.

(1) توفيق حسن فرج ، عصام توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص. 106 - 107.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق، ص. 184.

(3) أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص. 61.

المبحث الثاني

حجية المحررات العرفية المعدة للإثبات

إذا استوفى المحرر العرفي للشروط القانونية السالفة الذكر، فتكون له الحجية الكاملة في الإثبات ولدراسة حجية هذه المحررات العرفية المعدة للإثبات يجب أن نميز بين حجيتها بين أطرافها وحجيتها بالنسبة للغير.

المطلب الأول

حجية المحررات العرفية بالنسبة للأطراف

تقتضي المادة 327 ق.م.ج بأنه: « يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.»⁽¹⁾

نستنتج من نص المادة أنّ المحررات العرفية المعدة للإثبات والمذيلة بتوقيع ممن هو حجة عليه، تكسب الحجية الكاملة في الإثبات، وذلك سواء من ناحية صدورها ممّن وقّع عليها، أو من حيث صحة ما ورد فيها من مضمون ووقائع، وتظل هذه الحجية قائمة إلى أن يقوم الموقع بالدفع بالإنكار على توقيعه الوارد في المحرر العرفي أو قيام الورثة بالدفع بالجهالة.

الفرع الأول

حجية المحررات العرفية من حيث المصدر

المحرر العرفي ليس له حجية في ذاته من حيث المصدر على خلاف المحرر الرسمي، ذلك لأنّه لا توجد أيّة قرينة تدل على صدوره فعلا من الموقع، ولعدم تدخل الموظف العمومي في إنشائه وأخذ الاحتياطات اللازمة لمنع التزوير، فهو من صنع الأفراد مما يجعل مصدره مشكوك فيه كقاعدة عامة.⁽²⁾

وحجية المحرر العرفي من حيث مصدرها تتوقف على عدم إنكارها، ويختلف ذلك بالنسبة لمن ينسب إليه المحرر عنه بالنسبة لخلفه.

(1) أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(2) بكوش يحي، المرجع السابق، ص. 135، 136.

أولاً: الدفع بالإنكار:

نص المادة 327 ق.م.ج المذكورة سابقاً، جعل حجية المحرر العرفي الصادر من صاحب التوقيع موقوفة ومعلقة على شرط عدم إنكار الموقع لتوقيعه. حيث جاء في قرار المحكمة العليا بأنه: « من المقرر قانوناً أن العقد يتم بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما ومن المقرر أيضاً أن العقد العرفي يعتبر صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، ومن ثم فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه في غير محله، ويستوجب رفضه، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لا ينكر اتفاقه مع مطلقته باقتسامه المنزل الزوجي معها والزوجية قائمة بينهما طبقاً للعقد العرفي الممضي من قبله، فإن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي بإرجاع الغرفة والمطبخ للمطعون ضدها طبقوا صحيح ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.»⁽¹⁾

وبهذا لا يكون للمحرر العرفي حجية إلا إذا اعترف صاحب التوقيع بتوقيعه الوارد في السند العرفي أو إنكاره وإثبات صحته، والاعتراف بصحة التوقيع يكون إقرار بصيغة واضحة وصریحة، أما إذا سكت الموقع ولم ينكر توقيعه صراحة كان ذلك إقراراً ضمنياً بنسبة المحرر إليه، كما يجب أن يكون الإنكار قبل البدء في مناقشة مضمون الورقة العرفية، وعلى ذلك فإن من يحتج عليه بمحرر عرفي ثم يناقش موضوع هذا المحرر لا يقبل منه بعد ذلك إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة المنسوبة إليه والغاية من ذلك سد باب المطل والكيد.⁽²⁾

وبالتالي عدم إبداء الموقع لإنكاره فإن ذلك يؤدي إلى سقوط حقه في التمسك بالإنكار، ولا يبقى أمامه من سبيل لنفي حجية السند العادي إلا الطعن عليه بالتزوير مع تحميله عبء إثبات ذلك.⁽³⁾ أما إذا أنكر الطرف المحتج عليه بالمحرر العرفي توقيعه عليه، فإنه يؤدي إلى زوال حجية المحرر العرفي مؤقتاً، وعلى من يتمسك بصحة المحرر العرفي إقامة دليل على صدوره من صاحب التوقيع، أي أن عبء الإثبات يقع على المستفيد من المحرر العرفي لا على الموقع المنكر للمحرر العرفي.

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 45658، مؤرخ في 7 ديسمبر 1987، (قضية بين خ ب - ضد - م ز)، المجلة القضائية، عدد 4، سنة 1990، ص. 61.

(2) محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص. 84.

(3) عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص. 200 - 201.

وما أشار إليه القرار السابق من كون المحرر العرفي صادرا ممن وقع ما لم ينكره صراحة هذا في الأحوال العادية، لكن قد يحدث أن يعترف الشخص الذي نسب إليه المحرر العرفي بأن بصمة ختمه صحيحة إلا أنها تمت دون علمه، كما لو ضاع منه الختم، أو عهد به إلى شخص يخون الأمانة.

وبالتالي في هذه الحالة لا يستطيع صاحب الختم التحلل من المحرر بإنكاره، وإنما لابد من الطعن فيه بالتزوير وإثبات عدم توقيعه بالختم، بحيث لا يكفي في هذا الإثبات أن يكون قد أعلن فقد ختمه في الصحف، فهذا الإعلان لا ينهض دليلا على حدوث الفقد فعلا، ولا يعتبر حجة على المتمسك بورقة مختومة بهذا الختم.

ثانيا: الدفع بالجهالة:

الدفع بالجهالة أو بعدم العلم، يكون في حالة ما إذا احتج بالمحرر العرفي بعد وفاة صاحب التوقيع فيكفي على الخلف لنفي حجية المحرر العرفي أن يحلفوا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه الحق.⁽¹⁾ أي لا يطلب من الخلف إنكار صريح كما يكون عند صاحب التوقيع، وإنما يكفي بأن يصرحوا بأنهم لا يعلمون بأن ذلك الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه الحق مع تعزيز ذلك بيمينهم، وهذا وفق نص المادة 327 ق.م.ج «...أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخطأ أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.»⁽²⁾

وهذا ما هو ثابت في قرار المحكمة العليا الذي خلص إلى أنه: « من المقرر قانونا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقع ما لم ينكر صراحة، أما ورثته أو خلفه لا يطلب منهم ذلك فيكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخطأ أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق، من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.»⁽³⁾

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 74.

(2) أمر 75 - 58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(3) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 33054، مؤرخ في 6 فيفري 1985، (قضية بين ش ع - ضد - ش ف ومن معها)، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1992، ص. 16.

الفرع الثاني

انتفاء حجية المحررات العرفية

المحرر العرفي لا يكسب الحجية والقوة في الإثبات بمجرد احتواءه واشتماله على كتابة وتوقيع وإثبات حجيتة تتوقف على اعتراف الشخص المنسوب إليه المحرر العرفي بتوقيعه، وعدم إنكاره له عند مواجهته به. وللشخص المحتج عليه بمحرر عرفي وسيلتين منحهما القانون لدحض وإسقاط هذه الحجية وهما: الدفع بالإنكار وكذا الدفع بالتزوير.

والفرق بينهما هو أن الإنكار يكون في المحررات العرفية فقط، ويقوم فيه صاحب التوقيع باتخاذ موقف سلبي وذلك بإنكاره للمحرر العرفي، مما يفقده حجيتة مؤقتا في الإثبات، ويقع عبء الإثبات بعدها على المتمسك بالمحرر العرفي الملزم بإثبات ذلك بالكتابة على أساس قاعدة لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، ولكن فيما يخص واقعة حصول الكتابة أو التوقيع فيجوز إثباته عن طريق شهادة الشهود.

أما الدفع بالتزوير فإنه يرد على المحررات العرفية والرسمية على حد سواء، ويتخذ فيه صاحب التوقيع موقف الهجوم، ويقع حينئذ عبء الإثبات عليه، ولا تسقط حجية المحرر العرفي إلا إذا ثبت تزوير بموجب حكم قضائي ويجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات.⁽¹⁾

ويشترك كل من الإنكار والتزوير في الهدف والغاية المتمثلة في الوصول إلى الحقيقة، ومعرفة ما إذا كان المحرر العرفي صحيحا أو غير صحيح. وهذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 164 ق.إ.م.و.إ. بنصها: « تهدف دعوى مضاهاة الخطوط إلى إثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي. »⁽²⁾

⁽¹⁾ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، (في ضوء الفقه والقضاء)، منشأة المعارف، مصر، 2000، ص. 152-153.

⁽²⁾ قانون رقم 08 - 09 ، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج ر عدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008.

أولاً: الدفع بالإنكار أو بالجهالة:

الدفع بالإنكار أو بعدم العلم هي الرخصة التي يمنحها القانون لمن يحتج عليه بمحرر عرفي لإسقاط حجيته مؤقتاً في الإثبات، ويقع على المتمسك بالمحرر العرفي عبء الإثبات.⁽¹⁾ واتخاذ إجراءات تحقيق الخطوط وفقاً للمواد 164 ، 174 ق.إ.م.و.إ.⁽²⁾

نستنتج من نص المادة 165 ق.إ.م.و.إ أنه لقبول دعوى تحقيق الخطوط يجب توافر شرطين: أن ينكر الخصم إنكاراً صريحاً للتوقيع أو الخط المنسوب إليه، أو يصرح بعدم الاعتراف بخط أو توقيع الغير مع تعزيز ذلك بيمينه، وأن يكون المحرر العرفي منتج في الدعوى. وكما نستنتج من نص المادة 164 ق.إ.م.و.إ أن دعوى مضاهاة الخطوط إما تنشأ بصفة فرعية أو ترفع بصفة أصلية.

1) دعوى تحقيق الخطوط الفرعية

هي دعوى تنشأ ضمن دعوى أصلية متعلقة بموضوع المحرر العرفي الذي تم إنكاره، وتدخل في اختصاص المحكمة التي تفصل في الموضوع الأصلي. ولقد رسم المشرع الجزائري في نص المادة 165 ق.إ.م.و.إ الإجراءات الواجب إتباعها في حالة دفع الخصم بالإنكار أو بالجهالة، بحيث يجوز للقاضي أن لا يأخذ بعين الاعتبار هذا الإدعاء، إذا تبين له أن هذه الوسيلة غير منتجة في بناء حكمه وإذا وجد في وقائع الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدته. أما في الحالة العكسية أي دفع الخصم بالإنكار أو بالجهالة، وتبين للقاضي أن المحرر العرفي مهم ومنتج للفصل في النزاع، يأمر القاضي بإجراء مضاهاة الخطوط بعد أن يؤشر بتوقيعه على المحرر العرفي المطعون فيه بالإنكار أو بالجهالة حتى لا يستبدل بمحرر آخر، وكما يأمر بإيداع أصل المحرر العرفي بأمانة الضبط، وبعدها يأمر بإجراء مضاهاة الخطوط بالاعتماد على المستندات، أو على شهادة الشهود ، وعند الاقتضاء، بواسطة خبير، مع وجوب تقديم الملف إلى النيابة العامة لتقدم طلباتها المكتوبة، وفي حالة تقديم القضية أمام القاضي الجزائري، فيتم الفصل أولاً في الدعوى الجزائرية ثم الفصل في دعوى مضاهاة الخطوط.

حيث يتعين على القاضي إجراء مضاهاة الخطوط استناداً إلى عناصر المقارنة التي توجد بحوزته كالأمر بالحضور الشخصي للخصوم وسماع من كتب المحرر المنازع فيه، أو سماع الشهود الذين

(1) عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2005، ص. 184.

(2) قانون رقم 08 - 09 ، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق.

شاهدوا واقعة الكتابة أو التوقيع، أو يأمر الخصم المنكر للمحرر العرفي كتابة عبارات ونماذج مشابهة للمحرر العرفي حتى يتم مقارنتها، كما يجوز له أن يأمر ولو من تلقاء نفسه وتحت غرامة تهديدية بإحضار الأصل أو نسخة من الوثائق التي بحوزة الغير، إذا كانت مقارنتها بالمحرر المنازع فيه مفيدة وبعدها يؤشر القاضي بتوقيعه على الوثائق المعتمدة للمقارنة ويحتفظ بها مع المحرر المنازع فيه، أو يأمر بإيداعها بأمانة الضبط، ليتم سحبها من طرف الخبير المعين مقابل توقيعه بالإستلام.

والتحقيق بواسطة خبير مختص في الخطوط يكون بفحص ومقارنة خط وتوقيع من نسب إليه المحرر العرفي وأنكره، استنادا إلى الأوراق التي تقبل المقارنة والتي حددتها المادة 167 ق.إ.م.و.إ. والمتمثلة في التوقيعات التي تتضمنها العقود الرسمية، الخطوط والتوقيعات التي سبق الاعتراف بها أو جزء من المحرر العرفي موضوع المضاهاة الذي لم ينكره.

وعليه يتبين من نتائج مضاهاة الخطوط، إمّا ثبوت صحة الإدعاء وتحكم الجهة القضائية بإستبعاد المحرر العرفي ويفقد حجيته في الإثبات، وإما ثبوت أنّ المحرر العرفي محل النزاع مكتوب أو موقع عليه من الخصم الذي أنكره، فيكسب المحرر العرفي حجية في الإثبات، ويحكم عليه بغرامة مدنية من خمسة آلاف دينار جزائري إلى خمسين ألف دينار جزائري، بالإضافة إلى طلب المصاريف التي تسبب فيها، والتعويضات المدنية ممّن له الحق فيها، طبقا لنص المادة 174 من ق.إ.م.و.إ.

2) دعوى تحقيق الخطوط الأصلية:

وهي دعوى ترفع بصفة مبتدئة دون أن تكون متفرعة من دعوى أصلية، كأن يكون بيد شخص محرر عرفي يخشى أن ينكره من يشهد عليه في المستقبل، فيلجأ إلى رفع دعوى تحقيق خطوط أصلية قبل رفع الدعوى المتعلقة بأصل الحق إلى القضاء وقبل حلول الأجل، وهذه الدعوى تهدف إلى تأكيد حجية هذا المحرر.

وطبقا لنص المادة 171 ق.إ.م.و.إ. يجوز للقاضي أن يعتبر عدم حضور المدعى عليه المبلغ شخصا في حالة الإدعاء الأصلي إقرار منه بصحة المحرر العرفي، إلا في حالة وجود عذر مقبول.⁽¹⁾ أمّا إذا دفع المدعى عليه في الدعوى الأصلية بالإنكار أو بالجهالة المحرر العرفي فنتبع الإجراءات المحددة في المادة 165 ق.إ.م.و.إ. أي يؤشر القاضي بتوقيعه على المحرر العرفي، ويودع أصل الوثيقة

(1) العذر المقبول هو السبب الذي يجعل من تقدم وحضور المدعي عليه أمام المحكمة مستحيل، كالقوة القاهرة، أو مرض، أو حادث يمنعه من الحضور. والسلطة التقديرية في ذلك ترجع للقاضي الذي يحدد إن كان هذا العذر مقبول أم مرفوض.

بأمانة الضبط، ويأمر بإجراء مضاهاة الخطوط اعتمادا على المستندات أو على شهادة الشهود وعند الاقتضاء الإستعانة بخبير مختص، ومع تقديم ملف القضية إلى النيابة العامة لتقدم طلباتها، وفي حالة ما عرضت القضية أمام القاضي الجزائي فيفصل أولا في الدعوى الجزائية ثم دعوى مضاهاة الخطوط.

ثانيا: الإدعاء بالتزوير

يقصد بالتزوير تغيير الحقيقة في المحرر العرفي بشكل يسبب ضررا للغير.⁽¹⁾ ومن النادر أن يلجأ من يحتج عليه بمحرر عرفي إلى سلوك طريق الإدعاء بالتزوير ويلزم نفسه بالإثبات إلا في حالة اعترافه بصحة التوقيع المنسوب إليه، أو ثبوت صحته بعد إنكاره، وينصب الطعن في هذه الحالة على المحرر ذاته، أي على البيانات والوقائع الواردة فيه، عكس الطعن بالإنكار الذي يرد على التوقيع فقط.

ولقد تناولت المادة 175 ق.إ.م.و.إ هذه الدعوى والتي يمكن أن تكون في شكل دعوى فرعية يرفعها الموقع على المحرر العرفي أو خلفه أثناء سير الخصومة. أو في شكل دعوى أصلية وذلك وفقا لنص المادة 176 ق.إ.م.إ، وبالتالي يجب تبيان في العريضة أوجه التزوير وإتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 165 ق.إ.م.إ إذا تمسك المدعى عليه بالمحرر العرفي المنازع فيه.⁽²⁾

الفرع الثالث

حجية المحررات العرفية من حيث مضمونها

إذا اعترف صاحب التوقيع بتوقيعه على المحرر العرفي، أو سكت ولم ينكر صدوره منه صراحة أو ثبوت صحة التوقيع بعد إنكاره، كان للمحرر العرفي حجية من حيث مضمونه وكذا الوقائع الثابتة فيه.⁽³⁾

وبالتالي على من يدعي خلاف ذلك إثبات ما يدعيه بطرق الإثبات، ومعنى ذلك أن كل من يدعي من الأطراف بعدم الاعتراف بالتوقيع على المحرر العرفي بوقائع صورية يقع عليه إثبات ذلك بالكتابة على أساس قاعدة أنه، لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة.⁽⁴⁾

(1) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 231.

(2) قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق.

(3) أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات، (عبء الإثبات، المحررات الرسمية والعرفية، الإقرار واليمين، القرائن والحجية، الخبرة والإثبات بشهادة الشهود)، منشأة المعارف، مصر، 2000، ص. 139.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 194 - 195.

والتاريخ عنصر من المحرر العرفي، وله حجية على الطرفين المتعاقدين شأنه في ذلك شأن باقي البيانات الأخرى المتضمنة للمحرر، ويمكن لأحد أطرافه إقامة الدليل على عدم صحة ذلك التاريخ مع تحمله عبء إثبات ذلك، والمسألة هنا تتعلق بإثبات ما يخالف الكتابة، وبالتالي إثبات عدم صحة التاريخ يكون بالكتابة.⁽¹⁾

المطلب الثاني

حجية المحررات العرفية بالنسبة للغير

التصرف القانوني الثابت في السند العادي، كما هو حجة على أطرافه، فهو حجة على الغير أيضا فيما عدا تاريخه، فلا يعتبر حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا، ومعنى ذلك أن المحرر العرفي حجة ممن وقع على الغير ما لم ينكره الموقع صراحة أو قيام الخلف بعد وفاة صاحب التوقيع بنفي حجيته، وذلك بتصريحه أنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقى منه الحق مع تعزيز ذلك باليمين. والورقة العرفية حجة على الغير من حيث صحة البيانات والوقائع الثابتة فيها، إذ تتمتع بنفس الحجية فيما بين أطرافه، أي تتمتع بنفس الأثر الذي يسري في شأن أطرافه، وعليه للغير دفع التصرف القانوني الذي تتضمنه الورقة العرفية بجميع الدفوع الموضوعية والشكلية التي كان يملكها صاحب التوقيع كأن يدفعوا مثلا ببطلان التصرف لعدم مشروعية المحل أو السبب أو بانقضاء الالتزام. مما سبق، يتبين لنا أن المحرر العرفي بما فيه من بيانات ووقائع فهي حجة في مواجهة الغير، إلا تاريخه فله وضع وشأن خاص، فلا يعتبر حجة على الغير إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت. وقبل التطرق إلى الحالات التي يكون فيها تاريخ الورقة العرفية ثابت، نحدد أولا من هو الغير.

الفرع الأول

المقصود بالغير

الغير بصفة عامة هو كل شخص لم يكن طرفا في المحرر العرفي، لكن يجوز أن يسري في حقه التصرف القانوني الذي يتضمنه السند العادي. وقبل تحديد من يعتبر من الغير في المحرر العرفي يستحسن أولا تحديد من ليس من الغير.

(1) نبيل إبراهيم، همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001، ص. 230 - 231.

أولاً: من لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى تاريخ المحرر العرفي

لا يعتبر من الغير كل من كان طرفاً في التصرف القانوني الموجود في المحرر العرفي أو كان ممثلاً فيه بواسطة شخص آخر، وبالتالي يحتج بتاريخ السند العادي في مواجهته حتى ولو لم يكن له تاريخ ثابت.⁽¹⁾ ومن ثمة لا يعتبر من الغير كل من:

(1) **الطرفان في الورقة العرفية:** إذا كان أحد طرفي العقد قاصراً أو محجوراً عليه واتفقا الطرفان على تأخير أو تقديم التاريخ تحايلاً وتهرباً من أحكام القانون، فإنّه يجوز لكل من له مصلحة أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات.⁽²⁾

(2) **الأصيل:** إذا وقع المحرر العرفي نائبه سواء كانت النيابة اتفاقية كالوكيل، أو قضائية كالحارس القضائي، أو قانونية كالولي والوصي والقيم، فالتاريخ المدون على الورقة العرفية يكون حجة على كل من كان ممثلاً في التصرف، إلا إذا تمكن الأصيل من إثبات عدم صحة التاريخ كصدور التصرف من النائب في وقت كانت النيابة منتهية.

(3) **الخلف العام:** وهو الوارث والموصي له بحصة من التركة، فهؤلاء يعتبرون ممثلون في العقود المبرمة من سلفهم والتي تسري في حقهم، بحيث يعتبر تاريخ الورقة العرفية حجة عليهم حتى يقوم الخلف العام بتقديم دليل عدم صحة التاريخ.⁽³⁾

ثانياً: من يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحرر العرفي

ويقصد بالغير الذي لا يحتج عليه بالمحرر العرفي، إلا إذا كان له تاريخ ثابت كل شخص تتأثر حقوقه على نحو أو آخر نتيجة تغيير تاريخ المحرر العرفي دون أن يكون طرفاً في هذا المحرر أو ممثلاً فيه بشخص آخر،⁽⁴⁾ ويعتبر من الغير كل من:

(1) **الخلف الخاص:** وهو من تلقى حقا عينياً من صاحب التوقيع على شيء معين بالذات فتسري في حقه تصرفات السلف إذا كانت سابقة على تاريخ اكتسابه لحقه، أما إذا كانت هذه التصرفات لاحقة لذلك الاكتساب فلا تسري في حقه. لذلك فإنّ تحديد تاريخ تصرف السلف مسألة في غاية الأهمية بالنسبة للخلف الخاص لمنع تواطؤ السلف للإضرار بالخلف الخاص

(1) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 174 - 175.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 202.

(3) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 427.

(4) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 81.

عن طريق تقديم تاريخ المحرر العرفي، ولهذا السبب اشترط القانون طبقاً لنص المادة 328 ق.م.ج الاحتجاج على الخلف الخاص بمحرر عرفي ثابت التاريخ. كالمشتري الذي يعتبر خلف البائع، فإذا باع البائع فلا يحتج على المشتري بإيجار أبرمه البائع على المبيع، إلا إذا كان تاريخ الإيجار ثابتاً وسابقاً على تاريخ البيع، فإذا كان تاريخ الإيجار ليس ثابتاً، أو كان لاحقاً لتاريخ البيع فلا يسري الإيجار في حق المشتري.⁽¹⁾

(2) الدائن الحاجز: الدائن الحاجز بمجرد توقيع الحجز على أموال أو حقوق مدينه، يصبح من الغير بالنسبة للتصرفات الصادرة من مدينه بعد إجراء الحجز، وأي تصرف يصدر من المدين لا يعتد به اتجاه الدائن الحاجز إلا إذا كان تاريخ الورقة العرفية ثابتاً.⁽²⁾ ذلك لمنع تلاعب المدين في هذا المال عن طريق التصرف فيه وتقديم التاريخ للإضرار بالدائن الحاجز، قرر المشرع حماية الدائن الحاجز، بحيث لا تسري تصرفات المدين في مواجهة الدائن الحاجز إلا إذا كانت ثابتة التاريخ. وعلى ذلك إذا حجز الدائن على كل شيء مملوك لمدينه وتقدم شخص مدعياً أنه اشترى هذا المنقول من المدين قبل الحجز، فالحجز يقع باطل لوروده على شيء غير مملوك للمدين، أما إذا كان تاريخ الشراء غير ثابت أو كان لاحقاً على الحجز، فإنه لا يحتج به على الدائن الحاجز.⁽³⁾

(3) الدائن المرتهن: الدائن المرتهن عندما ينفذ على عقار المدين الراهن، فلا تنفذ في حقه عقود الإيجار الصادرة من المدين الراهن، إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية.⁽⁴⁾

(4) دائنوا المدين المفلس: ففي حالة إفلاس المدين فإن دائنوه يصبحون من الغير بالنسبة إلى تصرفاته، وبالتالي لا تكون نافذة في حقهم إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل شهر الإفلاس أي هذه التصرفات التي قام بها المدين المفلس يجب أن يكون لها تاريخ ثابت سابق على إشهار الإفلاس.

(1) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، (الكتابة، البينية، القرائن، الإقرار، اليمين، المعاينة، الخبرة، حجية الأمر المقضي)، المرجع السابق، ص. 99.

(2) _____، الإثبات التقليدي والإلكتروني، المرجع السابق، ص. 96.

(3) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 128.

(4) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 83.

5) الدائن الذي يرفع دعوى عدم نفاذ تصرف المدين: (الدعوى البوليصية) فالدائن الذي يطعن في التصرفات الصادرة عن مدينه بدعوى عدم نفاذ التصرف الذي قام به المدين مع شخص آخر، لا تسري هذه التصرفات على الدائن الطاعن فيها، إلا إذا كان لها تاريخ ثابت قبل رفع دعوى عدم نفاذ التصرفات.⁽¹⁾

ثالثاً: شروط تمسك الغير بعدم ثبوت التاريخ

يشترط لتمسك الغير بعدم الاحتجاج عليه بتاريخ المحرر العرفي لعدم ثبوت تاريخه شروط، والتي تتمثل في:

1) أن يكون للمحرر العرفي المحتج به على الغير تاريخ ثابت، فإذا تنازع مشتريان لمنقول مثلاً وكان لكل منهما تاريخ ثابت، كان لكل منهما حجة على الآخر، ولكل من المشتريان أن يثبت عدم صحة تاريخ الآخر.

2) أن لا يشترط القانون إجراءات أخرى غير ثبوت التاريخ كما هو الشأن في التصرفات العقارية حيث يطلب إجراء آخر وهو التسجيل.

3) أن يكون الغير حسن النية، ويقصد بحسن النية هنا عدم علمه بسبق حصول التصرف المثبت في المحرر العرفي الذي يراد الاحتجاج به عليه وقت نشوء حقه الذي أكسبه صفة الغير.

وعليه إذا كنا بصدد شخص من الغير وتوافرت فيه الشروط السابقة فإنّ المحرر العرفي لا يسري في مواجهته إلا منذ ثبوت التاريخ.⁽²⁾

الفرع الثاني

طرق ثبوت التاريخ

نصت المادة 328 ق.م.ج على أنه: « لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابت ابتداء:

- من يوم تسجيله.
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.

⁽¹⁾ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 134.

⁽²⁾ محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، (الكتابة، البينية، القرائن، الإقرار، اليمين، المعاينة، الخبرة، حجة الأمر المقضي)، المرجع السابق، ص. 101.

- من يوم التأشيرة عليه على يد ضابط عام مختص.
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء.

غير أنه للقاضي تبعاً للظروف، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة.⁽¹⁾

نستنتج من نص المادة 328 ق.م.ج أن الهدف الذي توجه إليه المشرع الجزائري من خلال قاعدة ثبوت التاريخ هو حماية الغير من خطر تقديم التاريخ، وهي قاعدة مقررة لمصلحة الغير، وهي ليست من النظام العام لذلك لا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه.

وبالرجوع أيضاً إلى نص المادة 328 ق.م.ج نجد أن المشرع الجزائري حدد لنا وسائل وطرق ثبوت التاريخ والتي تتمثل في:

أولاً: من يوم التسجيل

قيد الورقة العرفية في سجل خاص لدى مكتب التوثيق يكسبها تاريخاً ثابتاً من ذلك الحين، حتى ولو كان فعلياً قد نشأ قبل ذلك التاريخ، كذلك يتحقق قيد الورقة العرفية إذا كانت المحررات واجبة الشهر فتصبح ذوا تاريخ ثابت من وقت حدوث الشهر، كما يتحقق التسجيل أيضاً في حالة التصديق على التوقيع، لأن المحررات التي تصدق على توقيع ذوي الشأن فيها تدون في سجل خاص معد لذلك.⁽²⁾ غير أنه يلاحظ أن هذه الحالة قد انتهت مفعولها منذ 1992 حينما منع قانون المالية لهذه السنة تسجيل المحررات العرفية وأوجب أن تفرغ جميع العقود الخاضعة للتسجيل في محرر رسمي صادر عن الموثق، وهكذا أصبحت هذه الحالة غير ممكنة عملياً منذ سنة 1992 وسقطت بذلك حالة من حالات ثبوت تاريخ المحرر العرفي المنصوص عليها في المادة 328 ق.م.ج المذكورة سابقاً.

ثانياً: ثبوت مضمون المحرر العرفي في عقد آخر حرره موظف عام

المحرر العرفي يصبح ثابت التاريخ إذا ذكر مضمونه بشكل واضح لا يحتمل اللبس في محرر ثابت التاريخ سواء كان محرر رسمي أو عرفي،⁽³⁾ مثال ذلك أن يذكر في عقد بيع توكيل عرفي صادر من البائع إلى وكيل له يبيع نيابة عنه فيصبح التوكيل بذكره في البيع ثابت التاريخ.

(1) أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 86.

(3) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 136 - 137.

ثالثا: من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص

قد يقدم المحرر العرفي إلى موظف عام مختص ويؤشر عليه تأشيراً مؤرخاً، فإن هذا المحرر العرفي المؤشر عليه يعتبر ثابت التاريخ من يوم التأشير، ومثال ذلك تأشير القاضي أو كاتب الجلسة على المحرر العرفي الذي يقدمه الخصوم.

رابعا: وفاة أحد الذين لهم على المحرر خط وإمضاء

إذا توفي شخص وسبق له وأن وضع توقيع أو خطه على المحرر العرفي، فإن ذلك يدل على أن التوقيع موجود على الأقل يوم حصول الوفاة، ولهذا إذا لم يقع تسجيل المحرر العرفي أو لم يؤشر عليه، فإن واقعة الوفاة تعطي له تاريخ ثابت، ويستوي أن يكون المتوفى وقع على المحرر العرفي بصفته شاهد أو متعاقد.⁽¹⁾

والملاحظ أنّ هناك حالة لم ينص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 328 ق.م.ج وأشارت إليها التشريعات المقارنة، وهي حالة الشخص الذي وضع خطه، أو توقيع، أو هما معا على المحرر العرفي ثم أصبح عاجزا على القيام بذلك كبتير أو شلل اليد التي يكتب ويوقع بها فهي تأخذ حكم الوفاة فتاريخ العجز هو التاريخ ثابت للمحرر العرفي.

فالمبدأ إذن يتمثل في أنّه لا يكون المحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه، إلا إذا كان له تاريخ ثابت، غير أنّه ترد بعض الاستثناءات على هذا المبدأ والتي تتمثل في:

أولاً: المخالصات

والتي نصت عليها المادة 328 ق.م.ج في فقرتها الأخيرة: « غير أنه للقاضي تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصات.»⁽²⁾

المخالصات محررات يثبت بواسطتها المدين تحرره من دينه أي وفاءه، والمشرع الجزائري استثنى المخالصات من قاعدة ثبوت التاريخ، بحيث أجاز للقاضي وفقا لسلطته التقديرية أن يعتد بالمخالصات غير ثابتة التاريخ اتجاه الغير، ومثال ذلك إذا حجز الدائن مال مدينه لدى الغير فقدم مدين المدين

(1) بن حركات اسمهان، ملكي زرفة، أدلة الإثبات ذات الحجية المطلقة أمام القاضي المدني، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، 2008، ص. 34.

(2) أمر رقم 75 - 58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

مخالصة يثبت وفاءه، فلا يطلب منه أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ قبل الحجز، وإنّما تعتبر حجة على الدائن الحاجز بتاريخها العرفي.⁽¹⁾

ثانيا: في المواد التجارية

وهذا راجع إلى مبدأ حرية الإثبات الذي تتسم به المنازعات التجارية.

ثالثا: حالة علم الغير بالورقة

فإذا ثبت أن الغير كان عالما بالورقة العرفية التي ليس لها تاريخ ثابت، فإنّه يحتج بها عليه.

رابعا: التنازل عن الحق في التمسك بانعدام التاريخ الثابت في الورقة العرفية

إنّ مقتضيات المادة 328 ق.م.ج ليست من النظام العام، لأنّها شرعت لحماية مصالح الأفراد من التعسفات الناجمة عن تسبيق التواريخ في المحرر العرفي، ويترتب على ذلك أنّه بإمكان الغير التنازل عن هذه الحماية القانونية.⁽²⁾

وتجدر الملاحظة بأنه لصور الأوراق الرسمية حجية تتفاوت قوة وضعفا بحسب نوعية الصورة، وذلك لكون هذا النوع من المحررات سواء كانت أصلية أو مصورة حررت بمعرفة موظف عام مختص يضيف عليها الثقة والقوة في الإثبات، فإن صور المحرر العرفي ليست لها بحسب الأصل أية حجية في الإثبات، طالما أنّها غير موقعة ممن صدرت منه، وذلك أن حجية هذه المحررات تستمد من التوقيع عليها والاعتراف بها.

أما إذا كانت صور المحرر العرفي محررة بخط المدين، ولو كانت خالية من التوقيع تصلح كمبدأ ثبوت بالكتابة.⁽³⁾

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 85.

(2) بكوش يحي، المرجع السابق، ص. 149 - 150.

(3) توفيق حسن فرج، عصام توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 124 - 125.

الفصل الثاني

الكتابة الخاصة غير المعدة للإثبات
والمحررات الإلكترونية

الفصل الثاني

الكتابة الخاصة غير المعدة للإثبات والمحركات الإلكترونية

يقصد بالكتابة الخاصة غير المعدة للإثبات، تلك الكتابات التي لم تعد مسبقا لتكون كدليل للإثبات، لذا فهي في الأصل أدلة غير معدة ومهيأة للإثبات، بل هي مجرد أوراق ودفاتر ومذكرات يحررها الأشخاص بأنفسهم نتيجة معاملاتهم اليومية، غير أن القانون جعل لها حجية معينة في الإثبات.

ولقد نص المشرع الجزائري على هذه الكتابات في الباب السادس من القانون المدني تحت عنوان إثبات الالتزام في فصله الأول "الإثبات بالكتابة" في المواد 329 إلى 332 منه،⁽¹⁾ وأغلب هذه الكتابات غير موقعة عليها من أطرافها.

وإزاء التطور المتزايد لوسائل التكنولوجيا الحديثة وأهميتها على كافة جوانب الحياة المعاصرة بما فيها الجانب القانوني، أصبح من الضروري تطوير وسائل الإثبات التقليدية وعدم الإقتصار على المحرر الورقي والتوقيع بالأحرف، واستيعاب المحركات الإلكترونية التي تعتمد على دعائم غير مادية مصحوبة بالتوقيع الإلكتروني.

وعليه دراستنا في هذا الفصل تكون في مبحثين، المبحث الأول نخصه للكتابات الخاصة غير المعدة للإثبات، المبحث الثاني نخصه للمحركات الإلكترونية.

(1) أمر رقم 75 - 58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

المبحث الأول الكتابة الخاصة غير المعدة للإثبات

هي تلك المحررات العرفية التي لم تعد وتتهياً من ذوي الشأن مقدماً لكي تكون كدليل للإثبات، فلم ينظر عند كتابتها إلى استخدامها في الإثبات، ومع ذلك جعل لها القانون حجية معينة وأغلبها غير موقعة من ذوي الشأن.

ولقد نص عليها المشرع الجزائري في المواد 329 إلى 332 من القانون المدني، وجعل لكل نوع منها قيمة معينة في الإثبات، وهذه المحررات العرفية غير المعدة للإثبات تتمثل في: الرسائل والبرقيات دفاتر التجار، الأوراق المنزلية، والتأشير ببراءة ذمة المدين.⁽¹⁾

المطلب الأول الرسائل والبرقيات ودفاتر التجار

نتناول في هذا المطلب الرسائل والبرقيات في فرع أول، ثم دفاتر التجار في فرع ثان

الفرع الأول الرسائل والبرقيات

تنص المادة 329 من ق.م.ج بأنه: « تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات. وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. وإذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس». ⁽²⁾

ويستفاد من نص المادة 329 ق.م.ج أعلاه أنه، للرسائل الموقع عليها نفس حجية الورقة العرفية من حيث الإثبات، وهو الشأن أيضاً بالنسبة للبرقيات متى كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها.

(1) الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص. 54.

(2) الأمر رقم 75 - 58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

أولاً: الرسائل

بالرجوع إلى نص المادة 329 ق.م.ج لم يرد تعريفاً للرسالة، إذ لا يوجد تعريف قانوني لها، ولكن يمكن تعريفها على أنّها: « كل كتابة مخصصة لربط علاقة بين شخصين أو أكثر لغرض من الأغراض ». (1)

ولأهمية الرسائل في الإثبات وخاصة في نطاق المعاملات التجارية نجد أن المشرع الجزائري في نص المادة 329 ق.م.ج سوى بين حجية الرسائل الموقعة والأوراق العرفية في الإثبات، أي أنّها تكون دليل كتابي كامل بشرط أن تكون موقعة من مرسلها وتتضمن من البيانات ما يعين الواقعة المراد إثباتها.

الرسائل الموقعة تخضع لنفس الحكم الذي تخضع له الورقة العرفية من حيث حجيتها في الإثبات وبالتالي تعتبر دليلاً كاملاً اتجاه المرسل الموقع عليها ما لم ينكر مرسلها بالتوقيع عليها، كما تكون هذه الرسائل حجة لمرسلها بحقيقة المدون فيها ما لم يثبت عكسه بالطرق المقررة قانوناً، وهو لا يستطيع إثبات العكس إلاّ بالدليل الكتابي، وهي أيضاً حجة على المرسل من حيث قيام التصرف القانوني، وله أن يدفع هذا التصرف بجميع الدفوع الشكلية والموضوعية التي يسمح بها القانون، وكذلك حجة من حيث التاريخ حيث لا يحتج بتاريخها على الغير إلاّ من الوقت الذي يصبح فيه هذا التاريخ ثابتاً، أما بالنسبة لمرسلها وخلفه فإن تاريخ الرسالة هو حجة عليهم ولو لم يكن ثابتاً.

وإذا كانت الرسالة غير موقعة فلا تكون لها حجية المحرر العرفي، غير أنّه يمكن اعتبارها مبدأً ثبوت بالكتابة إذا كانت مكتوبة بخط المرسل، (2) كما أنّه إذا كان القانون يعطي للرسالة الموقع عليها حكم الورقة العرفية بالرغم من أنّها لم تكن معدة سلفاً للإثبات، فإنّه ينبغي على القاضي أن يراعي عند تفسير العبارات الواردة فيها أن كاتبها لم يأخذ الاحتياط الذي يتخذه عادة عند إعداد دليل للإثبات. (3)

وتجدر الإشارة هنا إلى مسألة جد هامة، والتي تتمثل في من هو الشخص مالك الرسالة ومن له الحق بالإثبات بها؟

(1) بكوش يحي، المرجع السابق، ص. 153.

(2) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، (الكتابة، البينة، القرائن، الإقرار، اليمين، المعاينة، الخبرة،

حجة الأمر المقضي)، المرجع السابق، ص. 108.

(3) جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص. 446.

يعد مالكا للرسالة الشخص المرسل إليه، وإذا توفي انتقلت الرسالة إلى ورثته، ولذا فهو صاحب الحق في تقديمها للإثبات قبل المرسل، غير أنّ حقه هذا مقيد بأن لا يكون في تقديمها إفشاء لسر أو أسرار مرسلها كالأسرار المهنية أو العائلية، ولا توجد قاعدة عامة للاعتماد عليها بشأن ما إذا كانت هذه الرسالة سرية أم لا، لذا يكون للقاضي كل السلطة التقديرية في ذلك. فالقاضي وحده الذي يقدر إذا ما كانت الرسالة ذات طابع سري أم لا، كما أنّ الدفع بسرية المراسلات ليس من النظام العام وإنما هو مقرر لفائدة صاحب المصلحة الذي له وحده أن يتنازل عن هذا الدفع.

إذا تقدم المرسل إليه برسالة تتضمن سرا وأفشاء عند تقديمها لاستخلاص دليل لصالحه، يمكن للمرسل الرجوع عليه بالتعويض إذا لم يوافق هذا الأخير على تقديم هذه الرسالة.⁽¹⁾

وللغير أيضا الحق بالاستناد بالرسالة لإثبات حقه متى تضمنت هذه الرسالة إقرارا يفيد، غير أنّه هنا يجب التمييز والتفرقة إذا ما كان هذا الغير قد تحصل على الرسالة بطريقة مشروعة أو غير مشروعة كالسرقة مثلا، فإذا تحصل عليها هذا الغير بطريقة مشروعة، يجوز له التمسك بها بعد إذن المرسل إليه وكذا في حدود عدم إمكانية إفشاء السر، أما إذا تحصل عليها ووقعت في يده بطريقة غير مشروعة فإنه لا يجوز تقديمها للقضاء للإثبات.

وأخيرا لا يجوز لمرسل الرسالة مطالبة المرسل إليه تقديم الرسالة للإثبات إلا في الأحوال التي يجيز له القانون فيها مطالبة الغير بتقديم ورقة تحت يده.⁽²⁾

ثانيا: البرقيات

تنص المادة 329 ق.م.ج في فقرتها الثانية و الثالثة: «...وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، وإذا تلف أصل البرقية، فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس.»⁽³⁾

البرقيات تكون من أصل وصورة، فالأصل يحزر من طرف موظف عام مختص بذلك، ثم يوقع عليها من طرف صاحب البرقية ويحفظ هذا الأصل على مستوى مكتب التصدير لمدة معينة، أما الصورة فتسلم إلى المرسل إليه.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 261.

(2) عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص. 135.

(3) أمر رقم 75 - 58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

صورة البرقية تستمد حجيتها في الإثبات التي تتمتع بها الرسالة الموقعة والمحركات العرفية من أصلها، حيث أنه إذا كان أصل البرقية مودع على مستوى مكتب التصدير وموقع عليه من طرف مرسله تكون لصورة البرقية حجية، فهذه قرينة قانونية وضعها المشرع في المادة 329 ق.م.ج ومفادها أنه متى كان أصل البرقية موقعا ومحفوظا في مكتب التصدير يفترض مطابقة البرقية للأصل وعلى من يدعي خلاف ذلك إقامة الدليل العكسي، وذلك باعتبار أنّ الموظف العام المختص بإرسال البرقيات ليست له مصلحة في تغيير مضمونها، وبالتالي إذا كان أصل البرقية غير موجود لانقضاء المدة المقررة لحفظه مثلا أو لأي سبب آخر، فلا تعد صورة البرقية في هذه الحالة إلا على سبيل الاستئناس فقط، وهذا حسب ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 329 ق.م.ج.

أما إذا كان أصل البرقية غير موقع عليه من طرف المرسل، فإنه لا تكون لها أية حجية ولا يمكنها أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة، لأنها ليست مكتوبة بخط المرسل كما سبق الذكر، وتاريخ البرقية ثابت بصفة رسمية لأنها تكون مختومة بخاتم مؤرخ بمكتب التصدير ومكتب التسليم وتفيد في الدفتر الخاص بالبرقيات.⁽¹⁾

وبالتالي ما يستشف من نص المادة 329 ق.م.ج، أنه لكي تكون لصورة البرقية حجية في الإثبات يشترط أن يكون أصل البرقية المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من طرف مرسلها، وأن يظل ويبقى هذا الأصل قائما ومحفوظا في مكتب التصدير، وفي حالة غياب هذه الشروط فلا يكون لصورة البرقية حجة في الإثبات، ولا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس. وإضافة إلى هذه الشروط المستنبطة من المادة أعلاه، هناك شرط آخر والمتمثل في ألا يكون في تقديم البرقية للإثبات إفشاء لأي سر يمنع القانون إفشائه ما لم يأذن المرسل بتقديمها.⁽²⁾

ثالثا: الفرق بين الرسالة والبرقية

للرسالة والبرقية نفس الحجية في الإثبات التي للمحركات العرفية، فالقاعدة أنه لا يوجد أي فرق بينهما، غير أنه يوجد بعض الاختلافات فيما بينهما، فمن حيث المضمون، البرقية تختلف عن الرسالة كون أنها أكثر إيجازا وأشد سرعة في إبلاغها إلى المرسل إليه، أما من حيث حجية صور كل منهما فالقاعدة أنه، لا حجية في الإثبات لصور الرسالة شأنها شأن المحركات العرفية، والأمر نفسه بالنسبة لصور البرقية فلا قوة لها، إنما القوة تكون لأصل البرقية المودع في مكتب البريد، إلا أنه خروجاً لهذه

(1) نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود، المرجع السابق، ص. 278.

(2) جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص. 447.

القاعدة فيمكن اعتبار صور البرقية التي تسلم إلى المرسل إليه مطابقة للأصل كذلك -أي لها حجية في الإثبات- حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، وذلك لأنّ موظف البريد لا مصلحة له في تغيير مضمون هذا الأصل. أمّا الفرق الأخير يكمن فيما يخوله القانون لمصلحة البريد في إعدام أو إتلاف البرقيات بعد انقضاء فترة معينة، وهذا ما يجعل حجية البرقية أدنى توقيتاً وحظاً في الاستقرار عن الرسائل.⁽¹⁾

الفرع الثاني

دفاتر التجار

أوجب القانون التجاري على التجار بمسك الدفاتر التجارية، وذلك بطريقة يقيد فيها كل تاجر عملياته التجارية، وكل ما يرتبط بتجارته على نحو يوضح مركزه المالي، وبالرجوع إلى القانون التجاري في نص المادة التاسعة والعاشره منه نجد أنّه يلزم على كل تاجر أن يمكّ دفتراً اليومية ودفتراً الجرد.⁽²⁾ وإلى جانب هذه الدفاتر يوجد دفاتر أخرى كدفتر الخزانة، فهي اختيارية، إضافة غير ملزمة للتجار بالمسك بها.

كما أوجب أيضاً القانون التجاري مراعاة إجراءات معينة في استعمال الدفاتر التجارية وتنظيمها حتى يكون لها حجية في الإثبات، ولسبب ما يتوافر لهذه الدفاتر من ضمانات فإن القانون جعل لها حجية في الإثبات، وذلك في نص المادة 330 من ق.م.ج التي تنص: « 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. وتكون دفاتر التجار حجة على غير التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه.»⁽³⁾

(1) عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، (دراسة مقارنة بالتشريعات العربية والأجنبية وأحكام القضاء)، المرجع السابق، ص. 168.

(2) دفتر اليومية: هو الذي يدون فيه التاجر كل العمليات التي يقوم بها في يومه، دون تمييز بين ما هو متعلق بتجارته، وما هو غير متعلق بها حتى الهبات والصدقات والتبرعات، بل وحتى المبالغ المنصرفة على منزله. ودفتر الجرد: هو حصر سنوي لأموال المدين المنقولة والثابتة، وكذلك حصر سنوي لما للتاجر وما عليه من ديون.

(3) أمر رقم 75 - 58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

وبالتالي حسب نص المادة 330 ق.م.ج أعلاه دفاتر التجار تكون لها حجية في الإثبات، فتارة تكون حجة له، وتارة أخرى تكون حجة عليه.

أولاً: دفاتر التاجر حجة له

وفقا للقواعد العامة في الإثبات لا يمكن للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه، ولكن استثناء أجاز المشرع الخروج عن هذه القاعدة وذلك في الفقرة الأولى من هذه المادة 330 ق.م.ج، وبالتالي جعل وإعتبر دفاتر التجار حجة للتاجر ماسك الدفتر وذلك في حالتين:

الحالة الأولى: في الدعاوي التجارية إذا كان الخصم تاجرا

وهذه الحالة منصوص عليها في نص المادة 330 ق.م.ج بنصها أن: «...دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار...»، أي بالمعنى المخالف تكون حجة على التجار، وكذلك ما نصت المادة 13 من ق.ت.ج: « يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية. »⁽¹⁾

وبالتالي حسب المواد أعلاه لا تكون الدفاتر التجارية حجة للتاجر، إلا إذا كانت دفاتر منتظمة والخصم تاجر، وأيضا أن يكون النزاع متعلق بعمل تجاري.

وهذه القاعدة تجد تفسيرها في أن كل من التاجرين مجبرين باتخاذ دفاتر معينة وبصفة منتظمة وهذا ما يسمح للقاضي بمقابلة هذه الدفاتر للتأكد من صحة البيانات الواردة في كل منهما،⁽²⁾ وقيامه أيضا بالمقارنة بدفتر التاجر ودفتر خصمه والأخذ بالبيانات الواردة في إحدهما متى إطمئن وإرتاح إليها بحيث يستطيع العمل بها على أنها صحيحة وكافية لإثبات الشيء المدعى به. كما يمكن له إبعادها وإعتبارها أنها ليست لها قيمة في الإثبات، فكل السلطة التقديرية في ذلك له.

إذا كانت هذه الدفاتر ممسوكة بطريقة غير منتظمة فلا يقبل الإدلاء والإثبات بها، وأيضا يجب أن يكون النزاع متعلقا بواقعة تجارية وإذا كان نزاعا مدنيا أو مختلطا، فلا يمكن أن يكون لهذه الدفاتر أن تكون حجة للتاجر.

(1) أمر رقم 75 - 59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، المرجع السابق.

(2) بكوش يحي، المرجع السابق، ص. 172.

الحالة الثانية: في الدعاوي التجارية أو المدنية التي يكون فيها غير تاجر

وهذه الحالة منصوص عليها في المادة 330 ق.م.ج بنصها أن: «...غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التاجر، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة.»

وبالتالي حسب نص المادة أعلاه دفاتر التاجر تكون حجة له على غير التاجر بشروط وهي:

- أن يكون موضوع الالتزام متعلق بتوريد سلع.
- أن لا يتجاوز قيمة السلع والبضاعة نصاب البينة، أي لا يتجاوز قيمة مئة ألف دج (100.000 دج) كما هو محدد في نص المادة 333 ق.م.ج⁽¹⁾ أو غير محدد القيمة.

ويتوفر هاذين الشرطين يكون للدفاتر التجارية حجية في الإثبات، والحجية المستمدة من دفاتر التاجر في هذه الحالة حجية ناقصة يجب تكملتها باليمين المتممة من طرف القاضي إذا قبلها، واستكمال الدليل المستخلص من الدفاتر التجارية لا يكون إلا بطريقة واحدة وهي اليمين المتممة، وفي جميع الأحوال فللقاضي السلطة التقديرية ومطلق الحرية بالأخذ بالدفاتر التجارية أو رفضها، لذلك لم يشترط المشرع أن تكون منتظمة.

ثانيا: دفاتر التاجر حجة عليه

وهذه الحالة منصوص عليها في المادة 330 ق.م.ج فقرتها الثانية بنصها: « وتكون دفاتر التاجر حجة على هؤلاء التاجر. ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها...»، إذن فالدفاتر التجارية حجة على التاجر كون أن الدفتر هنا يعتبر إقراراً مكتوباً صادراً منه، ولا يهيم في هذا المقام إذا كان الخصم تاجراً أو غير تاجر، وعمّا إذا كان الأمر يتعلق بنزاع مدني أو تجاري، كما لا يشترط في هذه الحالة أن تكون الدفاتر منتظمة، ولما كان دفتر التاجر يعد بمثابة إقرار، فإنه لا يجوز تجزئة ما ورد فيه من بيانات إذا كان منتظماً، فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيه بطريقة يأخذ فيها ما يتماشى مع مصلحته، ونفي واستبعاد ما لا يكون لصالحه، أما إذا كانت دفاتر التاجر غير منتظمة فيجوز لمن يتمسك بها ضد التاجر تجزئة ما ورد فيها.⁽²⁾

(1) أمر رقم 75 - 58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(2) الغوثي بن ملحّة، المرجع السابق، ص. 60.

إنّ تقدير أنّ دفاتر التاجر حجة عليه يعتبر خروجاً عن القواعد العامة للإثبات من ناحيتين: من ناحية أولى اعتبار دفتر التاجر ورقة عرفية بالرغم من أنه غير موقع عليه، ومن ناحية ثانية القانون يلزم التاجر بتقديم دفتره، وهو يشكل بذلك خروجاً عن قاعدة عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، وللقاضي أن يأخذ بالدفتر كدليل للإثبات وله أن يستبعده.

وأخيراً، وفي كل الحالات التي يمكن فيها اعتبار دفاتر التجار حجة لما ورد فيها سواء كان ذلك حجة له أو عليه، فإن هذه الحجية ليست مطلقة، وإنما تقبل إثبات العكس بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، وبالتالي لا يعتد بقاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلاّ بالكتابة، ذلك لكون هذه الدفاتر غير موقعة إضافة إلى مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.

المطلب الثاني

الدفاتر والأوراق المنزلية والتأشير ببراءة ذمة المدين

نتناول في هذا المطلب الدفاتر والأوراق المنزلية، ثم التأشير ببراءة ذمة المدين كل في فرع مستقل.

الفرع الأول

الدفاتر والأوراق المنزلية

كثيراً من الناس يقومون بتدوين مذكراتهم، والوقائع الخاصة بشؤونهم المنزلية والمالية أو العائلية في دفاتر أو على أوراق متفرقة، كتسجيل شراء بعض الأشياء أو كتابة بعض الديون، وبالتالي فالغرض الأساسي من تدوينها هو الإبقاء على الذكرى أو نحو ذلك من الأغراض الخاصة، وبالرغم من ذلك فإنّه يمكن لهذه المذكرات والدفاتر المنزلية أن يكون لها بعض الآثار القانونية، ويمكن تعريف الأوراق والدفاتر المنزلية بأنها: « ما يتخذها الناس من مذكرات ومدونات شخصية يكتبون فيها ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات. »⁽¹⁾

وهذه الدفاتر والأوراق المنزلية ليس لها شكل معيّن ينظمه القانون ولا يلزم أحد بتدوينها أو حفظها كما هو الحال بالنسبة للتجار الذين يلزمون بمسك بعض من الدفاتر التجارية وبشكلية معينة يحددها لهم القانون، فالغاية من هذه الأوراق المنزلية الذكرى.

(1) عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص. 140.

والقانون لم يمنح أية قيمة واضحة لهذه الأوراق المنزلية، وذلك سواء لفائدة من يحتفظ بها أو ضده إلا في حدود ضيقة، وذلك ما قضت به المادة 331 من ق.م.ج: « لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين:

- إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً.

- إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر والأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته.⁽¹⁾

باستقراء المادة 331 ق.م.ج أعلاه، نجد أنها أتت بمبدأ عام وأوردت عليه استثناء في حالتين فالمبدأ العام يتمثل في أنه ليس لهذه الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لصاحبها، وهذا المبدأ متوافق تماماً مع قواعد الإثبات وهو أنه لا يجوز للشخص اصطناع دليل لنفسه، أما الاستثناء يكمن في جواز اعتبار هذه الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على صاحبها وذلك في حالتين:

الحالة الأولى: إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً

التعبير والإشارة عن استيفاء الدين يجب أن يكون بصيغة صريحة ومباشرة بما لا يدع أي مجال للشك، ولا توجد طريقة أو صيغة خاصة للتعبير عن الاستيفاء، بحيث يمكن استخلاص الاستيفاء مثلاً من إشارة تشطيب مبلغ الدين إذا كانت هذه الصيغة أو الطريقة المتبعة بين الدائن ومدينه، كما لا يشترط في الإشارة أن تكون موقعة عليها، ولا أن تكون بخط الدائن، بل يمكن أن تكون مكتوبة بخط المدين متى كان ذلك بحضور الدائن.⁽²⁾

الحالة الثانية: إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه أن يقوم مقام السند

وفي هذه الحالة صاحب الدفاتر والأوراق المنزلية يؤشر بوجود دين فيها، ويعترف به وأيضاً يكون قاصداً من أن تكون هذه الدفاتر والأوراق المنزلية سنداً للدين وتقوم مقامه، وبالتالي في هذه الحالة لا بد على صاحب الدفاتر التنويه على أن الإشارة خصصت لتكون سنداً للدين وتقوم مقامه.

البيانات المدونة في الدفاتر والأوراق المنزلية تعتبر من قبيل الإقرارات،⁽³⁾ لذا تكون غير قابلة للتجزئة، ومن ثمة لا يجوز لمن يحتج بها أن يأخذ منها ما يفيد ويستبعد ما لا يفيد، وإذا زالت الإشارة التي تفيد أن الدفاتر والأوراق المنزلية تقوم مقام السند أو شطبت، فإن هذا الشطب يزيل حجيتها سواء

(1) أمر رقم 75 - 58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(2) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 203.

(3) الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص. 63.

أصبح البيان مقروء أو غير مقروء، وهذا بخلاف البيان الذي يذكر فيه صاحبه بأنه استوفى الدين فإذا محو أو شطب ولكن البيان بقي مقروء فإن حجيته لا تزول، أما إذا أصبح البيان غير مقروء بفعل المحو أو الشطب فإن حجيته تزول، والعلة من كل ذلك هو أنّ الاعتراف بدين أخطر من ذكر استيفاء الدين من صاحب الأوراق والدفاتر المنزلية.⁽¹⁾

وفي كل الحالات فإنّ الدفاتر والأوراق المنزلية ليست مطلقة، إذ هي حجة قابلة لإثبات العكس وبالتالي يستطيع صاحب هذه الأوراق أن يثبت أن ما جاء فيها كان عن طريق الخطأ، ويمكن إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها البيينة والقرائن كون أن الأوراق المنزلية لا تعد محررات عرفية موقعا عليها.

الفرع الثاني

التأشير على السند بما يفيد براءة ذمة المدين

يقوم المدين أحيانا بالوفاء بالدين الذي في ذمته، ويقوم الدائن بالتأشير على هذا الوفاء وتسجيله على سند الدين، وهذا يقع كثيرا في حالات الوفاء بأقساط ودفعات.⁽²⁾

وهذا التأشير قد يكون على سند في يد الدائن نفسه، كما قد يكون على نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة تكون بيد المدين، والمشرع الجزائري في نص المادة 332 ق.م.ج بين حجية هذا التأشير وذلك في حالتين، والتي تقضي بأنه: « التأشير على السند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقع منه، ما دام السند لم يخرج قط من حيازته. وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى أو في مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين.»⁽³⁾

وبالتالي حسب نص المادة المذكورة أعلاه يجب التفرقة فيما إذا كان السند المؤشر عليه بما يستفاد براءة ذمة المدين في حيازة الدائن، أو في حيازة المدين.

أولا: التأشير على السند في يد الدائن

في هذه الحالة الدائن يؤشر على سند الدين ذاته بما يفيد براءة ذمة المدين، ويحتفظ به الدائن ويجعله في حيازته، ولكي يعتبر هذا التأشير دليلا على براءة ذمة المدين ويكون له حجية يشترط :

(1) بكوش يحي، المرجع السابق، ص. 178.

(2) عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 138.

(3) أمر رقم 75 - 58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

1) أن يكون التأشير ببراءة ذمة المدين على سند الدين ذاته

بحيث يجب أن يكون التأشير في السند ذاته بما يستفاد منه براءة ذمة المدين، وعليه إذا كان التأشير في ورقة أخرى فقدت قرينة الوفاء، كما أنه لا يشترط شكلا معيناً لهذا التأشير، لذلك يكفي أن يكون التأشير بأي عبارة تفيد هذا المعنى، أي حصول الدائن على الوفاء وبراءة ذمة المدين. كما لا يشترط مكانا معيناً للتأشير ولا أن يكون مؤرخا ولا حتى موقعا، وفي حالة ما إذا كان السند موقعا صلح أن يكون دليلا كاملا للإثبات دون حاجة إلى نص. ولا يشترط أيضا مكان معين للتأشير، بحيث يمكن أن يكون في أي مكان، وليس بالضرورة أن يكون التأشير بخط الدائن نفسه إذ يمكن أن يكون مكتوبا بخط أجنبي أو حتى بخط المدين نفسه ما دام أن السند في حيازة الدائن.

التأشير يمكن أن يمحي أو يشطب، وانقسم الفقه حول قوة التأشير بعد شطبه، إذ هناك من يرى أنّ التأشير يبقى يحتفظ بقوته في الإثبات، وهناك من قال أن الشطب يزيل قيمة التأشير، بينما ذهب آخرون بالقول بترك الأمر لتقدير القاضي ليعطي للتأشير حجته أو ليجرده منها وذلك تبعا للظروف المعروضة أمامه.⁽¹⁾

أما عن موقف المشرع الجزائري على شطب أو محو التأشير الوارد على سند الدين فسكت عن ذلك تماما ولم يرد أي حكم حول ذلك.

2) أن يظل السند دائما في حيازة الدائن

يشترط في هذه الحالة أيضا أن يكون السند في حوزة الدائن، وأن لا يخرج من حيازته ولو لمدة قصيرة، لأنّه بخروجه تنتفي وتزول قرينة الوفاء، وقد تكون حيازة الدائن للسند حكمية، كما هو الحال إذا كان مودعا لدى الغير كالراهن الوكيل أو المحكمة عند قيام النزاع. وللدائن إذا أراد إسقاط دلالة هذه القرينة أن يقيم الدليل على أن السند خرج من حيازته لأي سبب، غير أن خروج السند من حيازة الدائن لا يؤدي حتما إلى إهدار قيمة التأشير كلية، إنّما تتخذ هذه القيمة على ضوء القواعد العامة في الإثبات، وإذا كان التأشير بخط الدائن يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز إكماله بشهادة الشهود والقرائن.

(1) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 204.

وفي الأخير، فإن حجية التأشير مقررة لمصلحة المدين، فلا يأخذ بها إلا إذا تمسك هو بها، ولكنها ليست قرينة قاطعة، فهي قابلة لإثبات العكس، وللدائن دحض حجيتها بما يفيد العكس بجميع طرق الإثبات.⁽¹⁾

ثانيا: التأشير على سند أو مخالصة في يد المدين

سند الدين في هذه الحالة مفترض أنه كتب من نسختين أصليتين، وسلمت إحداها للمدين و يقوم الدائن بالتأشير عليها بخط يده.⁽²⁾ و يكون للتأشير في هذه الحالة حجية وذلك بتوفر شرطين:

1) أن يكون التأشير بخط يد الدائن

هنا يشترط المشرع أن يكون التأشير بخط الدائن حتى ولو لم يوقع عليه، وبالتالي لا عبء بتأشير غيره، كون أن النسخة أو المخالصة هنا في يد المدين والذي يمكن له أن يدون عليها بما يشاء لذا هذا الشرط يعد جوهريا، كما يشترط ألا يكون هناك محو أو شطب وإلا زالت كل قيمة لهذا التأشير.

2) أن يكون التأشير على السند أو المخالصة في حيازة المدين

في هذه الحالة يكفي أن يكون السند في حيازة المدين، ولو لفترة وجيزة طالما أن الدائن أشر عليه بخطه بما يفيد براءة ذمة المدين.

وبتوفر الشرطان، فإن التأشير حجة على الدائن ببراءة ذمة المدين، ولا يكون المدين بحاجة لإثبات أنه وفي بالدين، أما إذا لم يتوفر الشرطان، فإن للتأشير حجية مبدأ ثبوت بالكتابة طالما أنه مكتوب بخط الدائن، ويصبح دليلا غير كامل يستكمل بالبينة والقرائن من المدين، أما في حالة إنكار الدائن لخطه وجب على المدين اللجوء إلى إجراءات مضاهاة الخطوط⁽³⁾ لإثبات صدور التأشير منه، ولكن مع ذلك يستطيع الدائن أن يثبت العكس وذلك بكل طرق الإثبات لأن التأشير لا يزال ورقة عرفية.

(1) بكوش يحي، المرجع السابق، ص. 180 - 181.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 105.

(3) راجع ص. 18، 20.

المبحث الثاني

الإثبات بالمحركات الإلكترونية

نظرا للتطور العلمي والتقني لوسائل الاتصال، ظهرت في العالم موجة من التعديلات لقواعد الإثبات التي نادى بها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي،⁽¹⁾ وما استوجب بالتشريعات الحديثة ومن بينها المشرع الجزائري مواكبة هذا التطور، باستيعابه للمحركات الإلكترونية إلى جانب المحركات التقليدية، وبالتالي تغيرت فكرة المحرر المقتصرة على المحرر الورقي إلى نوع آخر من المحركات وهي المحركات الإلكترونية.

وعرف قانون الانسترا⁽²⁾ المحرر الإلكتروني في المادة الثانية منه برسالة البيانات، والمراد بهذا المصطلح: « المعلومات التي يتم إنشاءها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني أو التلكس، أو النسخ البرقي.»

أما الفقه فعرف المحرر الإلكتروني من خلال رسالة البيانات الإلكترونية بأنه: « معلومات إلكترونية ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها.»⁽³⁾ ومما سبق فيمكن تعريف المحرر الإلكتروني بأنه: البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها من خلال وسائل إلكترونية سواء من خلال شبكة الانترنت، أو من خلال الأقراص، أو شاشة الحاسب الآلي، أو أية وسيلة إلكترونية متاحة في المستقبل.⁽⁴⁾

و عليه فالمحرر الإلكتروني لكي يكسب الحجية والقوة القانونية الكاملة في الإثبات، وإمكانية مساواته بالمحركات التقليدية يجب توافره على شروط، والتي تتمثل في الكتابة والتوقيع الإلكترونيين.

(1) تسمى الأنسترا اختصارا لتسميتها باللغة الإنجليزية (unictral) unite nation commission for international trade Law
تم إنشاءها بمقتضى قرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة بهدف العمل على تطوير قواعد التجارة الدولية.

(2) هو القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي إعدته لجنة الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية، وجاء هذا القانون النموذجي كدليل تشريعي يهدف إلى مساعدة المشرعين الوطنيين على وضع التشريعات الخاصة بتنظيم التجارة الإلكترونية.

(3) لورانس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص. 77 - 78.

(4) محمد فواز محمد المطالفة، المرجع السابق، ص. 205.

المطلب الأول

الكتابة الإلكترونية

لما كانت الكتابة وسيلة للتعبير عن إرادة طرفي العلاقة التعاقدية، فبالتقدم العلمي وظهور وسائل التعاقد الحديثة تطورت فكرة الكتابة بعدما كانت مرتبطة بالمحرر الورقي المادي، أصبح الآن الواقع والفكر القانوني ينادي بالكتابة الإلكترونية.

والكتابة الموجودة في المحرر الإلكتروني تكون على شكل معادلات خوارزمية،⁽¹⁾ تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسب أو أية وسيلة إلكترونية، بحيث يتم تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدات الإدخال المتمثلة في لوحة المفاتيح، أو استرجاع المعلومات المخزنة في الوحدة المركزية، وبعد معالجة البيانات يتم كتابتها على أجهزة الإخراج المتمثلة في: شاشة الحاسب، أو طباعة هذه المحررات على الطابعة، أو الأقراص الممغنطة، أو غيرها من وسائل تخزين البيانات⁽²⁾

الفرع الأول

تعريف الكتابة الإلكترونية

عرف الفقه الكتابة بأنها: «مجموعة الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو الفكر، بغض النظر عن الوسيط المدونة عليه»⁽³⁾

نستنتج من خلال هذا التعريف بأن الكتابة يمكن أن تحملها دعامة مادية ورقية، كما يمكن أن تحملها دعامة غير مادية إلكترونية، لأنّ المهم في الكتابة هو ما تحققه من التعبير الدال، الواضح والمفهوم، إذ العبرة بكفاءة التقنية المستعملة لا بنوعها.

كما عرف قانون الانسترال الكتابة الإلكترونية في نص المادة السادسة منه بأنها: تشمل رسالة البيانات إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً.⁽⁴⁾

(1) وتدعى كذلك باللوغاريتمات وهي تمثل لغة الآلة المكونة من توافق و تبديل بين رقمين واحد و الصفر.

(2) لورانس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص. 79.

(3) أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة بين القانون المصري و الفرنسي)، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص. 206.

(4) لزهري بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومو للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص. 142.

كما نجد المشرع الفرنسي عرف الكتابة الإلكترونية في نص المادة 1316 ق.م. ف يشمل الإثبات عن طريق الكتابة كل تدوين للحروف، أو العلامات، أو الأرقام، أو أي رمز، أو إشارة أخرى ذات دلالة تعبيرية واضحة و مفهومة، أي كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسط الذي تنتقل عبره.⁽¹⁾

من خلال التعريف أعلاه نجد أن المشرع الفرنسي من أكثر القوانين تطورا ووضوحا في تحديد معنى الكتابة، حيث عرفها بألفاظ عامة لها مفهوم واسع وشامل لكل أنواع الكتابة، سواء تلك الواردة على دعامة ورقية مادية أو دعامة غير مادية إلكترونية.⁽²⁾

و نجد المشرع الجزائري عدّل القانون المدني وأضاف المادة 323 مكرر التي تقضي بأنه: « ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها.»⁽³⁾

نستشف من نص المادة أن المشرع الجزائري قد نقل عن المشرع الفرنسي هذا النص كما هو، حيث عرف مدلول الكتابة وجعله واسعا جدا ليجمع الكتابة الموجودة على الدعامة الورقية والكتابة الموجودة على الدعامة غير الورقية، و حتى نعتد بالكتابة الإلكترونية في الإثبات وتؤدي وظيفتها القانونية يشترط فيها مجموعة من الشروط.

الفرع الثاني

شروط الكتابة الإلكترونية

تقضي المادة 323 مكرر 1 ق.م.ج « يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.»، وتتص كذلك المادة 323 مكرر ق.م.ج بأنه: «... ذات معنى مفهوم...»

باستقراء المادتان يمكن لنا حصر الشروط التي يجب أن تستجمعها الكتابة الإلكترونية لكي تؤدي وظيفتها في الإثبات، وهي كما يلي:

(1) لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص. 143.

(2) MAS Florence, la conclusion des contrats du commerce électronique, L.G.D.J, PARIS, 2005, P. 234.

(3) أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

أولاً: أن تكون الكتابة مقروءة

حتى نعتد بالكتابة الإلكترونية في الإثبات، يجب أن يتحقق شرط القراءة، بحيث يتم تدوين الكتابة بحروف أو رموز أو أرقام لها معنى مفهوم و واضح، و هذا ما نجده في نص المادة 323 مكرر ق.م.ج: «...ذات معنى مفهوم...»، أي تكون الكتابة الإلكترونية ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة، بالرغم من أنّ شرط القراءة منطقي وبديهي، إلا أنّ الكتابة الإلكترونية تحملها دعائم غير مادية، ممّا يستلزم الاستعانة بوسائط إلكترونية لتدوينها وبرامج معلوماتية قادرة على تحويل الرموز الرياضية التي تشكل لغة الآلة إلى لغة مفهومة ومقروءة للأشخاص.⁽¹⁾

أما في حالة غياب شرط القراءة، فلن تكون للكتابة الإلكترونية معنى ولا قيمة، وهذا قد يحدث في حالة الكتابة الإلكترونية المشفرة التي تظهر على شاشة الحاسب بأرقام ورموز لا معنى لها، وبفك الشفرة تتحقق إمكانية القراءة، وفهم معنى الكتابة الإلكترونية بوضوح.⁽²⁾

ثانياً: تحديد هوية الشخص مصدرها

ومعنى هذا الشرط أن تدل المعلومات التي يتضمنها المحرر الإلكتروني على هوية الشخص الذي أنشأ هذه المعلومات والبيانات.⁽³⁾ وهذا ما جاء في نص المادة 323 مكرر 1 بأنه: «...بشرط التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها...»، و بالتوقيع تتحدد هوية الشخص الذي ينسب إليه المحرر، وذلك مثل الشخص الذي يقدم محرراً إلكترونياً محملاً على قرص مرن disquette يقرأ في نظام الوارد Word دون أن يستخدم أي طريقة ليبدل على هويته كالتوقيع الإلكتروني، فالكتابة الإلكترونية لا يمكن الاعتداد عليها كدليل إثبات، ومن ثمة تستبعد.

ثالثاً: شرط الاستمرارية والدوام

ورد هذا الشرط في نص المادة 323 مكرر 1 من ق.م.ج التي تقضي بما يلي: «...أن تكون معدة ومحفوظة...»، فاستمرارية الكتابة تعني أن يتم التدوين على دعائم تحفظها لمدة طويلة من الزمن بحيث يمكن الرجوع إليها كلما استدعى الأمر، وعملية الحفظ و التخزين تتم بوسائل علمية معدة خصيصاً لهذه الأمور، نذكر منها على سبيل المثال ذاكرة الحاسب، الأقراص الممغنطة CD-ROM، البريد

(1) حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص. 278.

(2) أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص. 208.

(3) مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص.

الإلكتروني E.MAIL وغيرها من الوسائل. والمشرع الجزائري لم يحدد الوسائل المنوطة والكفيلة بالحفظ حيث تقضي المادة 323 مكرر 1 من ق.م.ج ما يلي: «... مهما كانت الوسيلة التي تضمنها، و كذا طرق إرسالها.»

و الدعائم الإلكترونية التي تحفظ الكتابة الإلكترونية تتصف بالحساسية مما يعرضها للتلف والزوال بسبب سوء التخزين، أو تغيير مفاجئ للتيار الكهربائي، أو حدوث خطأ عند استعمال الحاسب، ولضمان حفظ الكتابة لمدة طويلة يمكن استخدام وسائط ذات تقنيات متطورة وحديثة لها قدرة عالية في الحفظ، كما يمكن اللجوء إلى جهات التصديق الإلكتروني التي تحفظ الكتابة الإلكترونية لمدة أطول، تكسبها الحجية والقيمة القانونية في الإثبات.⁽¹⁾

رابعا: عدم قابلية الكتابة للتعديل

يشترط في الكتابة لتصلح كدليل للإثبات، أن تكون خالية من كل عيب يؤثر في صحتها، بحيث تكون خالية من كل محو أو تحشير أو كشط وغيرها من العيوب التي تسقط قيمة وحجية الكتابة الإلكترونية. وهو ما نصت عليه المادة 323 مكرر 1 من ق.م.ج بأنه: «...في ظروف تضمن سلامتها...».

رغم أنه يمكن بسهولة تعديل محتوى الكتابة الإلكترونية ودون ترك أي أثر، إلا أنّ التقنيات الحديثة تسمح بالكشف عن كل تعديل يلحق الكتابة الإلكترونية، بحيث تظهر بدقة البيانات المعدلة وتاريخ تعديلها، ذلك باستخدام برامج الحاسوب التي تقوم بحفظ الكتابة الإلكترونية في صورتها الأولى ولا يمكن تعديلها. كما يمكن لجهات التصديق الإلكتروني حفظها في الشكل النهائي الذي كتبت فيه دون إمكانية تعديلها.⁽²⁾

الفرع الثالث

حجية الكتابة الإلكترونية

بتوافر شروط الكتابة الإلكترونية تصبح هذه الأخيرة مقبولة قانونا لتأدية وظيفة الكتابة التقليدية في مجال الإثبات، وعليه فإختلاف الأداة المستخدمة والوسيط المستعمل لا يؤثران في قيمة الوثيقة الإلكترونية

(1) إلياس ناصيف، العقود الدولية، (العقد الإلكتروني في القانون المقارن)، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص.

212 - 213.

(2) زهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 147 - 148.

في الإثبات، خاصة فيما يقدمه الوسيط الإلكتروني من القراءة والفهم، وسرعة الحفظ والاسترجاع مقارنة بالدعامة الورقية المادية التي يمكن أن تتلف بعوامل الزمن والرطوبة والحريق.⁽¹⁾

والمشرع الجزائري أخذ بمبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الورقية، حيث سوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في الإثبات، وذلك في نص المادة 323 مكرر 1 من ق.م.ج التي تقضي بأنه: « يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.»⁽²⁾

نستشف من نص المادة أن المشرع الجزائري أقر بصيغة واضحة وصريحة بأن الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني مساوي للإثبات بالكتابة على الورق، أي لهما نفس الأثر والفعالية من حيث حجية وصحة الإثبات، متى توافرت شروط الكتابة الإلكترونية المذكورة أعلاه.

وما تجدر ملاحظته أنه بعد التعديل الأخير للقانون المدني الجزائري، المشرع الجزائري لم يشر إلى مسألة التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة التقليدية، بالرغم من إقراره بحجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات والتي جعلها موازية لحجية الكتابة الورقية.

وبالمقابل نجد المشرع الفرنسي عالج هذه المسألة، ذلك في نص المادة 1316 في فقرتها الثانية من ق.م.ف التي تقضي بأنه عندما لا ينص القانون على مسائل معينة وغياب إتفاق متكافئ للأطراف يبيت القاضي في تنازع الحجج الكتابية بأن يحدد بكل الوسائل الوثيقة الأكثر مصداقية مهما كان شكلها.⁽³⁾

ونستنتج من نص المادة أن المشرع الفرنسي أعطى للقاضي سلطة واسعة بالاعتماد على السند الأكثر مصداقية، دون النظر إلى نوع الدعامة التي تحمل الكتابة، سواء كانت مادية ورقية أو غير مادية إلكترونية، أي دون أن يعتمد على الوسيلة التي كتب بها هذا المحرر، وبعبارة أخرى لا يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يقدم المحرر التقليدي على المحرر الإلكترونية، كون هذا الأخير أعد بوسيلة إلكترونية.⁽⁴⁾ وعليه فهذه القاعدة التي جاء بها القانون الفرنسي يمكن تطبيقها في القانون الجزائري كون أنها لا تخرج

(1) حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 281.

(2) أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

(3) مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق، ص. 134.

(4) المرجع نفسه، ص. 134.

عن القواعد العامة المتعلقة بالإثبات، فالقاضي الجزائري في غياب النص الذي يفصل في تنازع أدلة الإثبات بإمكانه استعمال سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة على غيرها.

غير أنه في واقع الأمر يصعب على القاضي ترجيح الوثيقة الإلكترونية على الوثيقة الورقية لسببين: أولهما نفسي كون أنّ القاضي تعودّ على الوسائل الورقية، والتوقيع باليد في إثبات التصرفات القانونية، وثانيهما واقعي ذلك أنّ معرفة القاضي متصلة بالقانون، وليس بالتقنية التي تتميز بالدقة.

المطلب الثاني

التوقيع الإلكتروني

لا تعد الكتابة سواء كانت في الشكل الإلكتروني، أو على دعامة مادية دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، فالتوقيع هو العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي، وهو شرط أساسي لصحة الوثيقة سواء كانت إلكترونية أو ورقية.

ومصطلح التوقيع الإلكتروني ظهر نتيجة استخدام وسائل الاتصال الحديثة والانترنت التي أحدثت ثورة هائلة في مجال المعلوماتية والاتصالات، والتي انعكست سلبا على تعاملات الأفراد في إبرام العقود عبر هذه الوسائل، حيث لا يجد للتوقيع التقليدي بأشكاله المختلفة مجالا له أمام انتشار نظم المعالجة الإلكترونية، فبدأ الحديث عن الرقم السري لكي يقوم بهذه الوظيفة، ثم ظهرت صور أخرى للتوقيع الإلكتروني وذلك لتنوع وتعدد التقنية المستخدمة في ذلك.

الفرع الأول

تعريف التوقيع الإلكتروني

عرف الفقه التوقيع الإلكتروني بأنه: « مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات، وقبوله لمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبةه. »⁽¹⁾

كما عرفه قانون الأونيسترال لسنة 2001 بأنه: « بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، ويجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة لرسالة بيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة فيها. »⁽²⁾

(1) مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق، ص. 155.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص. 192.

وما يلاحظ من تعريف الأونيسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني أنه لم يقيد مفهومه، بل بإمكان استعاب أي تكنولوجيا قد تظهر في المستقبل وتفي بإنشاء التوقيع الإلكتروني.

كما عرفه أيضا المشرع الفرنسي في المادة 1316 ق.م.ف فقرتها الثانية بأنه: « التوقيع الذي ينتج عن استخدام أية وسيلة مقبولة موثوق بها لتحديد هوية الموقع وتكفل اتصال التوقيع بالعمل أو المستند المرتبط به.»

وما يلاحظ من تعريف المشرع الفرنسي للتوقيع الإلكتروني أنه جاء عاما ومركزا على وظائف التوقيع، بذلك فتح المجال لاستيعاب لكل توقيع قد يظهر في المستقبل، كما اشترط أن تكون طريقة وكيفية التوقيع موثوقة، وأن يكون كذلك اتصال بين التوقيع و المستند المرتبط به.⁽¹⁾

والمشرع الجزائري إعترف بالتوقيع الإلكتروني، وذلك في المرسوم التنفيذي رقم 07 - 162⁽²⁾، في مادته 3 مكرر التي تقضي بأن: « التوقيع الإلكتروني: هو معطى ينجم عن إستخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 من الأمر رقم 75 - 58 ...»

وطبقا لنص المادة 323 مكرر المتضمنة لتعريف الكتابة الإلكترونية، وبإعتبار التوقيع الإلكتروني كتابة إلكترونية تتشكل من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو علامة أو رمز ذات معنى مفهوم، إذن يسري هذا التعريف على التوقيع الإلكتروني. كما أضاف المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 327 ق.م.ج التي تقضي: « ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه.»

كما بيّنت المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي 07 - 162 معنى التوقيع المؤمّن بأنه: « التوقيع الإلكتروني المؤمّن: توقيع إلكتروني يفى بالمتطلبات الآتية:

- يكون خاصا بالموقع،
- يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ الموقع تحت مراقبته الحصرية ،
- يضمن مع الفعل المرتبط به صلة، بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه.»

ومن التعاريف السابقة للتوقيع الإلكتروني يتبين لنا وظائفه والتي تتمثل في:

(1) نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص. 171.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 07 - 162، مؤرخ في 30 ماي 2007، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 01 - 123 المؤرخ في 09 ماي 2001 والمتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 37، الصادرة بتاريخ 7 جوان 2007.

1) تحديد هوية الموقع

تتحقق هذه الوظيفة من خلال وسائل و إجراءات موثوق بها تتمثل باستخدام أنظمة مختلفة، كالتوقيع بالقلم الإلكتروني مثلا أو بالبصمة، حيث أنه هذه الوسائل تتيح تحديد هوية الأشخاص الذين أوجدوا هذه الوثائق، وذلك من خلال الربط بين هويتهم والنصوص والوسائل التي يقومون بتبادلها. وعدم تحقيق التوقيع الإلكتروني بأشكاله المختلفة لهذه الوظيفة لا يعتد به قانونا.

2) التعبير عن إرادة الموقع على المحرر

هذه الوظيفة الثانية للتوقيع الإلكتروني تكمن في إظهار رغبة وإرادة التزام الموقع بمحتوى مضمون المحرر، فالتوقيع وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة التي يتطلبها القانون لإنشاء التصرف القانوني ففي مجال التوقيع الإلكتروني، فإنّ قيام الشخص بإدخال الرقم السري الخاص به أو مفتاح الترميز في التوقيع الرقمي بشكل إرادي على المحرر الإلكتروني الخاص به، يعد موافقة على مضمون العقد⁽¹⁾.

3) إثبات سلامة المحرر الإلكتروني

وتعتبر هذه الوظيفة من الوظائف الأكثر حداثة، بحيث تتمثل في الحفاظ على مضمون ومحتوى المحرر الإلكتروني من أي تغيير أو تعديل، و ذلك عن طريق استخدام التوقيع الإلكتروني الرقمي والمحرر على التشفير المزدوج بالمفاتيح العام والخاص، وبالتالي يتم تحويل النص والتوقيع إلى رموز مما يسمح بالحفاظ على سلامة المحرر الإلكتروني، وهذه الوظيفة تتحقق في التوقيع الرقمي.

الفرع الثاني

صور التوقيع الإلكتروني

تتعدد وتتوزع صور التوقيع الإلكتروني بحسب الطريقة التي يتم بها هذا التوقيع، إذ تختلف هذه الصور باختلاف التقنيات المستخدمة في ذلك، وبحسب الإجراءات المتبعة في إصدارها، و من أهم هذه الصور نذكر:

أولاً: التوقيع البيومترى

وهذه التسمية مستمدة من كون هذا التوقيع يعتمد على علم "البيوميترولوجي" الذي يهتم بدراسة الخواص المميزة لكل إنسان مثل بصمة الأصبع، بصمة الشفاه، قزحية العين، التعرف على الوجه

⁽¹⁾ نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص. 169.

البشري، وكذا نبذة الصوت.⁽¹⁾ بحيث يتم التأكد من شخصية المتعامل عن طريق إدخال معلومات إلى الحاسب أو الوسائل الحديثة الأخرى مثل التقاط صورة دقيقة لعين المستخدم، أو صوته، أو يده ويتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسوب ليقوم بعد ذلك بالمطابقة.

غير أن هذا النظام يعتره العديد من المشاكل، منها أن بيانات التوقيع يتم وضعها على القرص الصلب للحاسب، ومن ثم يمكن مهاجمتها أو نسخها بواسطة الطرق المستخدمة في القرصنة الإلكترونية،⁽²⁾ وكذلك إمكانية الحصول على الخواص الذاتية المستعملة عن طريق استعمال بعض الوسائل مثل: تسجيل بصمة الصوت و إعادة بثها، أو طلاء الشفاه و الأصابع بمادة معينة تجعلها مطابقة للبصمة الأصلية، كما يمكن صنع عدسات لاصقة يدويا على غرار القرصية،⁽³⁾ وهذا بالإضافة إلى تكلفته الغالية إذ يحتاج استثمارات ضخمة لتمكين مستخدمي الشبكة الإلكترونية من استخدام الخصائص الذاتية للشخص الموقع.

ثانيا: التوقيع بالرقم السري

تعد هذه الصورة الأكثر شيوعا لدى الجمهور على اعتبار أن هذه التقنية يمكن لكل شخص استخدامها، كما أنها لا تقتضي امتلاك الشخص لجهاز وحاسب آلي، ولا أن يكون هذا الجهاز متصل بشبكة الأنترنت. وعادة ما تصدر هذه البطاقات من البنوك ومؤسسات الائتمان، حيث يتم استعمالها في سحب النقود في الصراف الآلي عن طريق قيام حاملها بالعمليات والإجراءات التالية:

إدخال الحامل للبطاقة التي تحتوي على البيانات الخاصة بالعميل، وذلك في فتحة خاصة في جهاز الصراف الآلي، وبعدها يدخل الرقم السري والذي يعد بمثابة التوقيع، وذلك بكتابته بواسطة لوحة المفاتيح الموجودة على الجهاز الآلي. وعليه إذا كان الرقم السري صحيحا يعطي الجهاز الآلي أمرا للعميل لتحديد المبلغ المطلوب سحبه ثم تتم عملية الصرف، و يمكن استخدام هذه البطاقة أيضا لوفاء ثمن البضائع أو الخدمات. غير أن عامل الأمان في هذا النوع من التوقيع يفتقد بفقدان البطاقة الإلكترونية من حوزة من تحت يده، وقيامه بالتالي بإجراء عمليات السحب والشراء دون التأكد من

(1) حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 338.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 204.

(3) إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 245.

شخصية من يجدها وتحديد القائم بها، لأن التوقيع الإلكتروني منفصل ماديا عن الشخص صاحب التوقيع، أي أنه ليس مرتبطا ارتباطا دائما ومنسجما بشخصية الموقع.⁽¹⁾

ثالثا: التوقيع بالقلم الإلكتروني

يتمثل في نقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي scanner، ثم نقل هذه الصورة إلى الملف الذي يراد إضافته إليه لإعطائه الحجية اللازمة. فطريقة عمل التوقيع هي عبارة عن قلم إلكتروني حساس يمكنه الكتابة على شاشة الحاسوب الإلكتروني عن طريق برنامج هو المسيطر لكل هذه العملية. وعلى الرغم من مزايا هذا التوقيع وذلك لمرونته وسهولة استعماله، وذلك من خلال تحويل التوقيع التقليدي إلى الشكل الإلكتروني عبر أنظمة معالجة المعلومات، إلا أنه يتسبب في مشكلة تتعلق بإثبات العلاقة بين التوقيع ورسالة البيانات (المحرر)، وذلك لعدم وجود تقنية توضح هذه العلاقة إذ بإمكان المرسل إليه الاحتفاظ بنسخة عن صورة التوقيع التي وصلته على أحد المحررات، ثم يعيد وضعها في أي وثيقة محررة عبر وسيط إلكتروني.⁽²⁾

رابعا: التوقيع الرقمي

يقصد بالتوقيع الرقمي "بيانات أو معلومات متصلة بمنظومة بيانات أخرى أو صياغة منظومة في صورة مشفرة"⁽³⁾، فالتوقيع الرقمي هو تحويل التوقيع أو المحرر المكتوب من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية لا يمكن لأحد أن يعيدها إلى الصيغة المقررة إلا الشخص صاحب المعادلة الخاصة.

التوقيع الرقمي يعتبر من أهم صور التوقيع الإلكتروني، نظرا لما يتمتع به من قدرة فائقة على تحديد هوية أطراف العقد تحديدا دقيقا ومميزا، كما يحدد مصدر الرسائل المتبادلة إلكترونيا، ويوفر الحماية بحيث يضمن عدم إمكانية تدخل الغير وإحداث تغييرات أو تعديلات على مضمون التوقيع أو مضمون المحرر الذي يرتبط به.⁽⁴⁾

(1) مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق، ص. 161.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 200.

(3) المرجع نفسه، ص. 198.

(4) BENSOUSSAN Alain, le commerce électronique, (aspects juridiques), paris, Edition Hermes, 1998, p. 46.

وفكرة التوقيع الرقمي تقوم على زوج من المفاتيح، مفتاح عام يسمح لكل من يهتم بقراءة الرسالة أن يقرأها دون أن يستطيع إدخال أي تغيير عليها فإذا ما وافق على مضمونها وأراد إبداء قبوله بشأنها وضع توقيعه عليها من خلال مفتاحه الخاص، و عليه تعود الرسالة إلى مرسله مذيبة بالتوقيع.⁽¹⁾

هذا النوع من التوقيع يستخدم خاصة في التعاقدات التي تتم عن بعد.⁽²⁾ وكما يستعمل في نظام التعاملات البنكية كونه وسيلة مأمونة لتحديد هوية الشخص الذي قام بالتوقيع.

الفرع الثالث

حجية التوقيع الإلكتروني

حتى يتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية والقوة القانونية الكاملة في الإثبات يجب توافره على شروط، ولقد أحالتنا في هذا الشأن الفقرة الأخيرة من المادة 327 من ق.م.ج إلى شروط الكتابة المنصوص عليها في المادة 323 مكرر 1 من ق.م.ج التي تقضي بما يلي: «...بشروط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.»، وكذا نجد نص المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي 07 - 162 التي تقضي بأن التوقيع الإلكتروني يفى بالمتطلبات الآتية: يكون خاص بالموقع، و يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية يضمن مع الفعل المرتبط به صلة، بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلاً للكشف عنه.

منه فالمشرع الجزائري اشترط في التوقيع الإلكتروني حتى يعتد به كدليل في الإثبات، أن يكون قادراً على تعرف وتحديد هوية الموقع، وأن يتمكن من حفظ التوقيع الإلكتروني في شكل يضمن سلامته.

أولاً: التأكد من هوية الموقع

حسب نص المادة 323 مكرر 1 من ق.م.ج و كذا نص المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي 07-162 المذكورين أعلاه، نجد أنه يشترط في التوقيع الإلكتروني أن يكون قادراً على تحديد هوية الشخص الموقع و تمييزه عن غيره، وهذا الشرط يحققه التوقيع الإلكتروني، لأنه يتميز بقدرة تقنية تعتمد على أرقام سرية خاصة لا يعرفها إلا الموقع الذي إختارها ليدل بها على هويته، ويعبر بواسطتها عن رضاه بمضمون المحرر الإلكتروني، ولا سيما الاستعانة بجهات التصديق التي تكلف بتقديم شهادات

(1) ناهد فتحي الحموري ، الأوراق التجارية الإلكترونية، (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص. 84.

(2) BENSOUSSAN Alain, op-cit, p. 46.

توثيقية تشهد فيها بأن التوقيع الإلكتروني صادرا من صاحبه وتبين هويته وأهليته وكل المعلومات الخاصة بالموقع.⁽¹⁾

ثانيا: أن يكون التوقيع الإلكتروني معدّ ومحفوظ في ظروف تضمن سلامته

طبقا لنص المادة 323 مكرر 1 من ق.م.ج، وكذا نص المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي 162-07 المذكورتان سلفا، فإنه يشترط في التوقيع الإلكتروني أن يتم بوسيلة تترك أثرا مميزا يبقى ولا يزول.⁽²⁾ بحيث يكون التوقيع الإلكتروني مسجلا ومتصلا بالمحرر الإلكتروني اتصالا دائما ومستمرًا، ويمكن حفظه واسترجاعه بطريقة معلوماتية آمنة طوال الفترة اللازمة لإمكانية استخدامه في الإثبات، لذا لا بد أن يكون التوقيع الإلكتروني متصلا اتصالا ماديا ومباشرا بالمحرر الإلكتروني، حتى يكون دليلا على إقرار الموقع بما ورد في المحرر الإلكتروني، كما يستعان بجهات التوثيق التي تقوم بحفظ البيانات الإلكترونية، منها التوقيع بطريقة سرية وآمنة، وتضفي عليها الثقة والأمن لدى المتعاقدين، وبالتالي يتوفر لدينا شرط حفظ وسلامة التوقيع الإلكتروني الذي يمكن الرجوع إليه في فترة تفوق حتى فترة الاحتفاظ بالمحركات الورقية.⁽³⁾

مما تقدم نتوصل إلى القول بأنه إذا تحققت الشروط السالفة الذكر في التوقيع الإلكتروني، يكتسب هذا الأخير الحجية والقوة القانونية الكاملة في الإثبات، وتكون مساوية للحجية التي يكتسبها التوقيع الخطي والمشرع الجزائري في هذا الشأن أقر بمبدأ التعادل الوظيفي بين التوقيعين اليدوي والإلكتروني، وذلك عندما سوى بينهما من حيث الحجية والقوة القانونية في الإثبات، وذلك بالرغم من أن التوقيع الإلكتروني لا يناظر التوقيع اليدوي من حيث الشكل نظرا لاختلاف الوسيلة المستخدمة، ذلك لأن التوقيع الإلكتروني يتم باستخدام وسائط إلكترونية، إلا أنهما يشتركان من حيث الوظيفة والهدف والحجية.

ويقصد بجهة التصديق جهة ثالثة محايدة ومستقلة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني. وتمثل هذه الأخيرة عنصر جوهرية يضمن نزاهة ومصداقية التوقيع الإلكتروني المؤمن.⁽⁴⁾ وقد أنشأ المشرع التونسي بشأن ذلك "الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية"، وأحدث المشرع المصري "هيئة تنمية صناعة التكنولوجيا المعلومات"، و في فرنسا توجد *prestataire de service de certification Electronique* ، ويطلق على الغير الذي يتولى عملية

(1) حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 342 - 343.

(2) لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص. 161.

(3) حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 344 - 345.

(4) MAS Florence, op-cit, p. 241.

التصديق " مقدم خدمات التصديق"،⁽¹⁾ ولقد تناوله المشرع الجزائري بصفة عرضية في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 07 - 162، بالنص: «...مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني: كل شخص في مفهوم المادة 8 - 8 من القانون رقم 2000 - 03 المؤرخ في: 5 أوت 2002، والمذكورة أعلاه، يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني.»⁽²⁾

ويتم تدخل الموثق الإلكتروني بناء على طلب شخصين أو أكثر بهدف إنشاء وحفظ وإثبات مضمون التبادل الإلكتروني، ومهمتها التحقق من هوية الشخص الموقع، إثبات مضمون التبادل الإلكتروني وكذلك تحديد لحظة إبرام العقد وإصدار المفاتيح الإلكترونية، وحفظ كل ما يتعلق بالتوقيع الإلكتروني.⁽³⁾

(1) حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 349.

(2) مرسوم تنفيذي رقم 07-162، مؤرخ في 30 ماي 2007، يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 01 - 123 المؤرخ في 9 ماي 2001، المرجع السابق.

(3) زهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 172، 176.

خاتمة

خاتمة

وما نستخلصه في الأخير أنّ المحررات العرفية هي التي تحرر من قبل الأفراد العاديين أو بمساعدة الغير، وتتعدد هذه المحررات فمنها المحررات أو السندات العرفية المعدّة للإثبات والتي تكون موقعة ممن صدرت منه، والمحررات العرفية غير المعدّة أو المهيئة للإثبات، وهذه الأخيرة قد تكون موقعة من الأطراف كالرسائل والبرقيات، وقد تكون غير موقعة من طرفهم كالدفاتر التجارية و الدفاتر والأوراق المنزلية الخاصة والتأشير ببراءة الذمة بسند بيد الدائن أو المدين.

كما نصّ المشرع الجزائري على نوع آخر من المحررات الكتابية بموجب التعديل الأخير للقانون المدني وذلك طبقا للمواد 323 مكرر، و 323 مكرر 1 منه، وكذلك بموجب تعديل المادة 327 منه، حيث جعلها من المحررات العرفية نظرا لعدم توافر شروط المحررات الرسمية فيها، أي كل من الحضور المادي للأطراف المتعاقدين أمام الموظف العمومي الذي يمنحها الرسمية ومنح لها نفس الحجية التي للمحررات العرفية التقليدية، حيث أخذ بمبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية، وبين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطي.

كما انتهينا من خلال طرح الموضوع إلى أنّ المحررات العرفية تختلف من حيث قوتها وحجيتها فالمحررات العرفية متى توافرت شروطها أصبحت كالمحررات الرسمية حجة على الكافة بما تضمّنته ومن حيث صدورها من موقعها إلى حد الطعن فيه بالإنكار أو التزوير، إذ أنّ المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تبنى إجراءات جديدة تسمح بإثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع الوارد في المحررات العرفية، من خلال إجراءات مضاهاة الخطوط بطلب فرعي أثناء سير الخصومة في الدعوى الأصلية أو عن طريق دعوى مبتدأة أصلية، وهذا من شأنه أن يسهل على القاضي الوصول إلى الحقيقة عند الفصل في النزاع ويعطي للأطراف دورا أكبر في إثبات إدعائهم والمحافظة على حقوقهم.

والمحررات العرفية تتمتع بحجية غير قاطعة، يجوز إثبات ما يخالفها، لكن في هذه الحالة لا بد من إحترام قاعدة "لا يجوز إثبات ما يخالف أو يجاوزها إلا بالكتابة"، على خلاف الغير الذي يجوز له مخالفة هذه القاعدة وذلك بإثبات ما يخالف الثابت بالكتابة بكافة طرق الإثبات على إعتبار أن التصرف يعتبر بالنسبة إليه كواقعة مادية، من ناحية أخرى فإنّ تاريخ المحرر العرفي لا يكون حجة على الغير إلا من يوم أن يكون له تاريخ ثابت وذلك طبقا للوسائل المحددة في المادة 328 من القانون المدني الجزائري.

أما المحررات العرفية غير المعدّة للإثبات، فقد ترتقي إلى الدليل الكامل كالرسائل والبرقيات متى إستوفت شروطها وتطبق عليها القواعد السالفة الذكر في السند العرفي، وقد تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة تتمم بالبينة والقرائن أو اليمين المتممة حسب الحالة، وتكون خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي.

أما المحررات الإلكترونية رغم أن المشرع الجزائري سوى بينها وبين المحررات والسندات العرفية في الحجية، إلا أنّ الشكل أو القالب الذي تفرغ فيه يقلل أو يزيد من القوة الثبوتية، وذلك حسب التقنية المستعملة في تحريرها وبما أن المسألة فنية فهي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

أمّا عن العراقيل التي وجهناها في دراستنا، فموضوع الإثبات بالمحررات العرفية من المواضيع الكلاسيكية التي تزخر بالكم الهائل من المراجع، إلا أنه صادفتنا بعض العراقيل فيما يتعلق بالمحررات الإلكترونية، وذلك أمام إقتصار تشريعنا الداخلي على تقديم مبادئ عامة فقط، ولم يتطرق إلى التفصيلات سواء الموضوعية منها أو الفنية، مما يستلزم على المشرع الجزائري إستكمال هذا النقص بوضع قانون خاص يحكم المحررات الإلكترونية.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

1- باللغة العربية

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب

1. أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات، (عبء الإثبات، المحررات الرسمية والعرفية، الإقرار واليمين، القرائن والحجية، الخبرة والإثبات بشهادة الشهود)، منشأة المعارف، مصر، 2000.
2. أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية، مصر، 2009.
3. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الأول: (أركان الإثبات، عبء الإثبات، طرق الإثبات، الكتابة، شهادة الشهود)، مكتبة العلم للجميع، مصر، 2005.
4. ألغوثي بن ملح، قواعد و طرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
5. إلياس ناصيف، العقود الدولية، (العقد الإلكتروني في القانون المقارن)، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
6. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
7. بكوش يحي، الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، (دراسة نظرية تطبيقية ومقارنة)، ط2، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1998.
8. توفيق حسن فرج، عصام توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
9. جلال علي العدوي، أصول أحكام الإلتزام والإثبات، منشأة المعارف، مصر، 1996.
10. حمودي محمد ناصر، العقد الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
11. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.
12. رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
13. عابد فايد عبد الفتاح فايد، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، مصر، 2006.
14. عباس العبودي، السندات العادية و دورها في الإثبات المدني، (دراسة مقارنة بالتشريعات العربية و الأجنبية و أحكام القضاء)، دار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.

15. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
16. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، (الفقه، القضاء، الصيغ القانونية)، منشأة المعارف، مصر، 2002.
17. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (الإثبات، آثار الإلتزام)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
18. عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، مصر، 2005.
19. لزهرة بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
20. لورانس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
21. محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
22. محمد حسين منصور، قانون الإثبات، (مبادئ الإثبات وطرقه، الكتابة، البيئة، القرائن، الإقرار، اليمين، المعاينة، الخبرة، حجية الأمر المقضي)، دار الجامعية الجديدة للنشر، مصر، 2002.
23. _____، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.
24. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، (طبقاً لأحدث التعديلات ومزينة بأحكام القضاء)، دار الهدى، الجزائر، 2011.
25. محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، (أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق، حمايته، التوقيع الإلكتروني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
26. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
27. ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية، (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
28. نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، (في ضوء الفقه والقضاء)، منشأة المعارف، مصر، 2000.
29. نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001.
30. نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

ثالثا: المذكرات

1. بن حركات أسهمان، ملكي رزقة، أدلة الإثبات ذات الحجية المطلقة أمام القاضي المدني، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا، المدرسة العليا للقضاء، 2008.

2. جنان عيسى، حجية المحرر العرفي في إثبات الوقائع و التصرفات، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2003.

رابعاً: الأحكام والقرارات القضائية

1. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 45658، مؤرخ في 7 ديسمبر 1987، (قضية بين خ ب-ضد م-ز)، المجلة القضائية، عدد 4، سنة 1990.

2. المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، قرار رقم 68467، مؤرخ في 21 أكتوبر 1990، (قضية بين س-ضد س)، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1992.

3. المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 33054، مؤرخ في 6 فيفري 1985، (قضية بين ش ع-ضد -ش ف ومن معها)، المجلة القضائية، عدد 4، سنة 1992.

خامساً: النصوص القانونية

1- النصوص التشريعية

1. أمر رقم 75 - 58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

2. أمر رقم 75 - 59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 79، الصادرة في سنة 1975، المعدل والمتمم.

3. قانون رقم 08 - 09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

2- النصوص التنظيمية

1. مرسوم تنفيذي رقم 07 - 162، مؤرخ في 30 ماي 2007، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01 -

123 المؤرخ في 9 ماي 2001، والمتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما

فيها اللاسلكية الكهريائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 37، الصادرة بتاريخ 7 جوان 2007.

II - باللغة الفرنسية

1- ouvrage

1. Bensoussan Alain, le commerce électronique, (aspects juridiques), Hermès, paris, 1998.
2. MAS Florence, la conclusion des contrats du commerce électronique, L.G.D.J, paris, 2005.

الفهرس

فهرس

1.....	مقدمة
3.....	الفصل الأول: المحررات العرفية المعدة للإثبات
4.....	المبحث الأول: شروط المحررات العرفية المعدة للإثبات
4.....	المطلب الأول: الكتابة
5.....	الفرع الأول: الكتابة الواردة في المحررات العرفية
7.....	الفرع الثاني: التمييز بين التصرف القانوني وأداة إثباته
8.....	الفرع الثالث: الحالات التي يجب فيها الإثبات بالكتابة
10.....	المطلب الثاني: التوقيع
10.....	الفرع الأول: تعريف التوقيع
11.....	الفرع الثاني: أنواع التوقيع
12.....	الفرع الثالث: حكم التوقيع على بياض
15.....	المبحث الثاني: حجية المحررات العرفية المعدة للإثبات
15.....	المطلب الأول: حجية المحررات العرفية بالنسبة لأطراف
15.....	الفرع الأول: حجية المحررات العرفية من حيث المصدر
18.....	الفرع الثاني: إنتفاء حجية المحررات العرفية
21.....	الفرع الثالث: حجية المحررات العرفية من حيث المضمون
22.....	المطلب الثاني: حجية المحررات العرفية بالنسبة للغير
22.....	الفرع الأول: المقصود بالغير
25.....	الفرع الثاني: طرق ثبوت التاريخ
29.....	الفصل الثاني: الكتابة الخاصة غير المعدة للإثبات والمحررات الإلكترونية
30.....	المبحث الأول: الكتابة الخاصة غير المعدة للإثبات
30.....	المطلب الأول: الرسائل والبرقيات ودفاتر التجار
30.....	الفرع الأول: الرسائل والبرقيات
34.....	الفرع الثاني: دفاتر التجار
37.....	المطلب الثاني: الدفاتر والأوراق المنزلية والتأشير ببراءة ذمة المدين
37.....	الفرع الأول: الدفاتر والأوراق المنزلية
39.....	الفرع الثاني: التأشير على السند بما يفيد براءة ذمة المدين

42.....	المبحث الثاني: الإثبات بالمحركات الإلكترونية.
43.....	المطلب الأول: الكتابة الإلكترونية.
43.....	الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية.
44.....	الفرع الثاني: شروط الكتابة الإلكترونية.
46.....	الفرع الثالث: حجية الكتابة الإلكترونية.
48.....	المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني.
48.....	الفرع الأول: تعرف التوقيع الإلكتروني.
51.....	الفرع الثاني: صور التوقيع الإلكتروني.
53.....	الفرع الثالث: حجية التوقيع الإلكتروني.
56.....	خاتمة.
58.....	قائمة المراجع.
62.....	الفهرس.