جـــــــــــــامعة عبـــد الـــــــــــرحمان ميـــــــــــــرة

كليـــــــــــة الحـــــــقوق و العلـــــوم السيـــــاسية

قســـــم القـــــانون الخـــــــاص

حجية الكتابة في الإثبات

مـذكـرة لنيـــل درجـــة المـــــاستر

شـعبة القــانون الخــاص

تخـــصص القــانون الخــاص الشـــامل

مـن إعـداد:

إسقــونن أحمـــد

ميـــزي ســـارة

تحت إشراف:

الأستاذ / سرايش زكريا

لجنة المناقشة:

الأستاذ(ة)/ إنوجال نسيمة .....رئيـــسا

الأستاذ(ة) / سرايش زكريـا..... مشـــرفا

الأستاذ(ة) / إسعد فاطمة.....ممتحنـــا

تاريخ المناقشة: 22/ 2013/06

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

إلى الذي أفنى عمره محترقا شامخًا لكي يريني النور، و يبحث عن أفضل الطرق لإدخال السعادة على وجهي، إلى الذي رغم كل جراح الزمن لم ترتسم الدموع على عينيه، إلى ذلك الوجه المكابر إلى تلك الهمة العالية. إلى أبي...

إلى من سهرت الليل لأنام، إلى من لا تكتفي بالدعاء لي ، إلى التي الجنة تحت أقدامها...إلى عنوان الحنان و الرحمة . إلى أمي...

إلى سندي و رفيق دربي، إلى الذي يدعمني في كل أمالي و طموحاتي، إلى مصدر قوتي و رافع معنوياتي، الى زوجي ...

إلى أخي الذي أتمنى له النجاح و التفوق الدراسي .

و إلى كل عائلة زوجي الكريمة.

سـارة .

شكر و عرفان

نشكر الله العلي العظيم على القوة التي أمدنا بها لإتمام هذه المذكرة ، كما نتقدم بالشكر إلى الأستاذ الفاضل لفقيري الذي كان المشرف الأول لنا ، ونتمنى له الشفاء العاجل ، و كذلك نتقدم بجزيل الشكر للأستاذ سرايش على قبوله الإشراف على عملنا و توجيهنا ، رغم طلبنا المتأخر و كثرة أعماله دون نسيان جميع أساتذة كلية الحقوق بجامعة بجاية .

و كذا نشكر موظفي مكتبات الحقوق بكل من جامعة جيجل، و جامعة الجزائر، و جامعة سطيف، و كذا جامعة تيزي وزو، الذين استقبلونا و أتاحوا لنا فرصة الحصول على مراجعها.

كما نتقدم بالشكر و العرفان للجنة المناقشة على صبرها و تفانيها في قراءة هذا الموضوع.

إهداء

إلى التي عملت على راحتي، فصامت عن الكرى و شربت من السهر حتى الثمالة

فسقتني من الحب و الحنان بكل سخاء، لك يا من أتقنت كل فنون الأمومة

أهدي ثمرة عملي، أمي الغالية.

و إلى من كلّله الله بالهيبة و الوقار، و أحمل أنا اسمه بكل افتخار

أبي لك أقدم أسمى معاني الإحترام.

إلى التي كان دعاؤها سر نجاحي، جدتي أطال الله في عمرها.

ثمّ للّذي تطلّع دائما لتألقي، و حصد الأشواك عن دربي ليمهّد لي طريق العلم

أقول ألف شكر أخي حكيم.

إلى التي كانت إلى جانبي في السراء و الضراء سميرة.

و إلى كل عائلتي صغيرا و كبيرا

دون أن أنسى كل الأصدقاء اللذين قاسموني الحلو و المر

و كل من عرفني من قريب أو بعيد، و تمنوا لي الأفضل من الصميم.

أحـــــــمد.

مقدمـــــــة

مقدمـــــــــة

إنّ الحق بدون دليل عند المنازعة فيه لا قيمة له، حتى وإن لم يكن الإثبات ركناً في الحق، إذ الحق متواجد بغض النظر عن وسيلة إثباته، ولهذا أبرز ما أولته الشريعة الإسلامية عناية خاصة وكذا قوانين سائر الدول هو الإثبات القضائي، فبينت طرقه وأوضحت أحكامه، ليكون عوناً على إيصال الحقوق إلى أصحابها.

يطلق مصطلح الإثبات القضائي على ثلاث معاني يمكن أن تؤدي في مجموعها إلى تعريف واحد للإثبات، فهو الفعل الذي بمقتضاه يتقدم أحد الخصوم إلى القاضي بالوسائل اللازمة لإقناعه، وهذا هو المقصود بالإثبات عندما يقال أنّ أحد الخصوم هو الذي يتحمل عبء الإثبات، و الإثبات هو الوسيلة أو الطريقة التي تؤدي لإقناع القاضي، و هو كذلك النتيجة التي يتم الحصول عليها بعد التقدم إلى القاضي ولكن يمكن القول عامة أنّ الإثبات القانوني يتمثل في تأكيد حق متنازع عليه أمام القضاء و ذلك بإقامة الدليل على الواقعة مصدر هذا الحق، فهو إثبات يهدف إلى تحقيق غايات عملية تتمثل في الفصل في المنازعات و رد لكل صاحب حقٍ حقه.

نظرًا لإهتمام فقهاء القانون بنظرية الإثبات، وهذا رغبة في تحقيق أهدافه ظهرت ثلاث مذاهب مختلفة لتنظيم الإثبات، فنجد مذهب الإثبات الحر الذي لا يُحدد فيه للقاضي طرقا ووسائل للإثبات تقيد نشاطه، فله كامل الحرية في النظر في الوقائع المعروضة من الخصوم، كما يترك الخصوم أحرارا في تقديم الأدلة التي يستطيعون بها إقناع القاضي، و بالتالي هذا الأخير حرٌ في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم إليه، كما نجد مذهب الإثبات المقيد الذي يحصر وسائل الإثبات وطرقها وتعين تعيينا دقيقا وتحدد قيمة كل واحدة منها، إذ لا يجوز للخصوم إثبات حقوقهم بغير هذه الوسائل، والقانون في الوقت ذاته أعطى لكل دليل قيمته في الإثبات.

من النظامين السابقين نشأ مذهب الإثبات المختلط الذي يزن بينهما، فيجمع بين الإثبات المطلق والإثبات المقيّد، ففي المسائل التجارية الأقرب هو نظام الإثبات المطلق أو الحر لأن المعيار الأساسي في المسائل التجارية هو السرعة، أمّا في المسائل المدنية فهو أقرب إلى التقييد، فلا يسمح إلا بطرق محددة للإثبات، وذلك لا يمنع من تمتع القاضي بقدر من المرونة، التي تمكنه من تسيير الخصومة وتقدير الأدلة، بهدف الوصول إلى الحقيقة، فإنّه يستعين بأهل الخبرة، كما أنّ له عند اختلاف الشهود أن يرجح شاهدا على آخر، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري و التشريع المصري، والتشريعات اللاتينية

كالقانون الفرنسي و الإيطالي في نظام الإثبات، ذلك أن غاية هذا المذهب التوفيق بين استقرار المعاملات بما يحتويه من قيود، وبين تحقيق العدالة عن طريق منح قدر من الحرية للقاضي والخصوم، من أجل تقريب الحقيقة الواقعية من الحقيقة القضائية.

لقد مرّت وسائل الإثبات القضائي بمراحل متطورة و مختلفة من عهد الدليل الإلهي إلى عهد دليل العقل البشري، بدءًا من الشهادة التي كانت تعتريها في بعض الحالات عراقيل متمثلة في شهادات الزور و كذا و سائل أخرى تتمثل في القرائن والمعاينة، والإقرار واليمين، و البينة إضافة إلى الكتابة.

غير أنّ الدليل الكتابي يمتاز عن باقي الأدلة، فهو من إحدى طرق الإثبات القضائي التي يعمد إليها الفرد لإثبات واقعة أو إثبات حق أو إثبات الالتزام ...الخ، بحيث يكون محررا عند حدوث الواقعة القانونية وقبل أن يثور أي نزاع حولها، و بالتالي يكون معبرًا أكثر عن حقيقة الواقع وأكثر فعالية وصدق من شهادة الشهود، التي يعيب عليها ما قد يصاحبها من رشوة أو انتقام أو مبالغة أو مجرد خطأ أو نسيان، كما أنّ القانون اعتبر الكتابة ركنًا في بعض التصرفات نظرًا لأهميتها ، لاسيما تلك المتعلقة بالحياة المدنية خاصة التي يكون محلها عقارًا، وكذا المتعلقة بالأحوال الشخصية كعقد الزواج ... .

يلجأ الأشخاص لتثبيت والحفاظ على حقوقهم للكتابة بنوعيها الرسمية والعرفية ، ولكل منهما نظام ومقومات خاصة بها، وإن كانتا تختلفان من هذه الزاوية إلا أنّ كلتاهما تتفقان من حيث منهج التحرير غير أنّهما لم تبقيا حبيستا القالب التقليدي، وإنّما سايرتا التطور التكنولوجي المتسارع، الذي كان له دور كبير في ظهور طرق ونماذج مستحدثة تتسم بالطابع اللامادي، فأصبحنا اليوم نشهد صورًا جديدة لتصرفات قانونية تقوم على آليات و دعائم إلكترونية، التي ألقت بضلالها على قواعد وأحكام طرق الإثبات، هذا ما جعل سائر التشريعات تسارع لاستيعاب هذا التطور، وتهيئة نصوص قانونية لسد الفراغ المحتمل أثناء التعامل بهذا النظام الحديث في الكتابة، وذات الحال بالنسبة للمشرع الجزائري فبعد تعديل 2005 لقانون المدني بالآمر رقم 05-10 أقر بالكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات.

فما مدى فعالية النظام القانوني للكتابة كدليل للإثبات ؟

يكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة، نظرًا لما للدليل الكتابي من ثقل في الإثبات من الناحية العملية فهو يرجح الكفة بين المتقاضين، إضافة إلى أنّه يعّد الوسيلة الفعالة والأكثر بساطة التي يعتمد عليها الأشخاص في صيانة حقوقهم في حالة المنازعة فيها، كما أنّ تحرير وكتابة معاملات الأطراف من الأمور المندوب إليها شرعاً وقد حثنا القرآن الكريم على كتابة التصرفات فهي تزيد الحق وضوحا، وكون

أنّها اجتاحتها التطورات التكنولوجية من جراء زمن العولمة الذي ادّى لاتساع نطاق الاعتماد على وسائل الإتصال الحديثة، فولد التعاقد الإلكتروني الذي يتم إثباته بمحررات إلكترونية ولذلك نحن بصدد معالجة موضوع عريق تخللته الحداثة.

من أجل ذلك ارتأينا في دراستنا لهذا الموضوع اتّباع المنهج الاستقرائي حيث عمدنا لاستقراء المواد المتعلقة بالكتابة وحجيتها في الإثبات، و كذا المنهج التحليلي بالتعرض لجوانبها القانونية بقدر الإمكان، ونظرًا لقلّة المراجع التي تتناول الكتابة بحلّتها الجديدة أي الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، الذي لم يتخذ موقفا صريحا منها، وإنّما اكتفى بتعديل بعض النصوص التي لها صلة بها، عكس بعض التشريعات المقارنة التي خصصت لها قانونًا خاصًا ، وبالتالي ما كان لنا سبيل إلاّ الرجوع لهذه الأخيرة، وعليه فقد استعنا بالمنهج المقارن في هذا الجانب، حتى نستطيع الإلمام بالمفاهيم المتعلقة بالكتابة الإلكترونية.

إنّ المراد التوصل له من خلال التعرض لهذا الموضوع يتجلى في التمييز بين النظام القانوني لكل من المحررات الرسمية والمحررات العرفية، وهذا من حيث التطرق لمفهوم كل منهما، وكذلك للأسلوب الحديث للكتابة المتمثل في الكتابة الإلكترونية وما نتج عنها من وسائل إثبات كالتوقيع الإلكتروني، وكذا بيان كيفية معالجة المشرع الجزائري للدليل الكتابي في شكله الجديد، أضف إلى ذلك التعرف على الجوانب القانونية، وكذا مدى حجية كل من المحرر الرسمي والعرفي بنوعيه سواء في القالب التقليدي أو الحديث، إضافة إلى التطرق للتعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكلاسيكية التي نص عليها المشرع الجزائري.

سنقوم بالتطرق إلى الإطار النظري في عدة نقاط تتصل اتصالا وثيقا بالموضوع محاولين الإعتماد على تقسيم متوازن، إذ تم تقسيم دراسة هذا الموضوع إلى فصلين، الفصل الأول يتضمن النظام القانوني للكتابة الرسمية كدليل للإثبات، وفيه مبحثين، المبحث الأول يتناول مفهوم الكتابة الرسمية التقليدية و الإلكترونية الذي بدوره يحتوي على مفهوم الكتابة الرسمية التقليدية كمطلب أول، و على مفهوم الكتابة الرسمية الإلكترونية كمطلب ثاني، في حين المبحث الثاني يتضمن حجية الكتابة الرسمية التقليدية و الإلكترونية، الذي يحتوي على مطلبين كذلك، فالمطلب الأول تم تخصيصه لحجية الكتابة الرسمية التقليدية، و المطلب الثاني لحجية الكتابة الرسمية الإلكترونية .

أمّا بالنسبة للفصل الثاني فيتضمن النظام القانوني للكتابة العرفية كدليل للإثبات، وفيه مبحثين المبحث الأول يتناول الكتابة العرفية المعدة للإثبات، و الذي يحتوي على مطلبين، وقد تم تخصيص المطلب الأول لمقومات الكتابة العرفية المعدة للإثبات، أمّا المطلب الثاني يتناول حجية الكتابة العرفية

المعدة للإثبات، أمّا فيما يخص المبحث الثاني فيتضمن حجية الكتابة العرفية غير المعدّة للإثبات، الذي بدوره يتناول حجية الأوراق المتعلقة بالمراسلات كمطلب أول، و حجية الأوراق غير المتعلقة بالمراسلات في المطلب الثاني.

الفصل الأول

النظام القانوني للكتابة الرسمية كدليل للإثبات

الفصل الأول
النظام القانوني للكتابة الرسمية كدليل للإثبات

تعتبر الكتابة أهمّ طرق إثبات التصرفات القانونية في العصر الحديث، حيث أصبحت الوسيلة الفعالة والمأمونة في المعاملات أمام ضعف الثقة في شهادة الشهود وتطور العلاقات وتشابكها في مجتمع سادت فيه الغربة وذبل فيه التعارف، فالكتابة تضمن وجود الدليل لإثبات الحق عند المنازعة فيه أو وفاة أحد أطرافه، كما أنّ الله تعالى أمرنا بتدوين المعاملات بالكتابة، بحيث خص لها أطول آية في القرآن الكريم المذكورة في سورة البقرة [1]، و عليه تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين كالتالي :

المبحث الأول : مفهوم الكتابة الرسمية التقليدية والإلكترونية

المبحث الثاني : حجية الكتابة الرسمية التقليدية والإلكترونية

المبحث الأول
مفهوم الكتابة الرسمية التقليدية و الإلكترونية

الكتابة الرسمية تتمثل في كل محرر أو عقد رسمي محرر وفق شروط محكمة، وأي إخلال بأحد الشروط يُفقد المحرر الصيغة الرسمية، وعليه سنقوم بإبراز كل المفاهيم المتعلقة بالكتابة، ولذا قسّمنا هذا المبحث كما يلي:

المطلب الأول : مفهوم الكتابة الرسمية التقليدية.

المطلب الثاني : مفهوم الكتابة الرسمية الإلكترونية.

---

[1] – أنظر: الآية 282 من سورة البقرة " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ" .

المطلب الأول
مفهوم الكتابة الرسمية التقليدية

كانت الكتابة التقليدية الأولى في المجالات الرسمية، وبالتالي اعتبرت من أهم طرق الإثبات، فهي دليل يعد مقدما أثناء قيام تصرف قانوني، أي في وقت لا يكون لأي من الخصوم مصلحة في تحديد الإثبات بغية تحقيق مصلحة شخصية [1]، ومن هنا تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول : تعريف الكتابة الرسمية التقليدية

الفرع الثاني : شروط الكتابة الرسمية التقليدية

الفرع الأول
تعريف الكتابة الرسمية التقليدية

لقد تنوّعت كل من التعاريف الفقهية والنصوص التشريعية، في تعريف وشرح الكتابة الرسمية التقليدية، لتوضيح المقصود بهذه الأخيرة تم تقسيم هذا الفرع كالآتي :

أولا : التعريف الفقهي

تندرج تحت هذه التسمية كل كتابة على دعامة ورقية محررة بخط اليد، و تحوي على توقيع خطي سواء كان تصرف قانوني، أو واقعة قانونية، ولقد عرفها الدكتور السنهوري عبد الرزاق بأنّها : "أوراق رسمية يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقا للأوضاع المقررة وهي كثيرة و متنوعة منها الأوراق الرسمية المدنية كتلك التي تثبت العقود والتصرفات المدنية و منها الأوراق الرسمية العامة كالقرارات الإدارية والقوانين والمعاهدات ومنها الأوراق الرسمية القضائية كعرائض الدعاوى وأوراق المحضرين ومحاضر الجلسات والأحكام " [2]، أمّا الدكتور أحمد نشأت فقد عرفها بأنّها: " كل ورقة صادرة من

---

[1]– أنظر: (محمد صبري) السعدي، الواضح في شرح القانون المدني " الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الهدى، الجزائر، سنة 2009 ، ص.45. أنظر كذلك في الموضوع: (آدم وهيب) الندوي، دور الحاكم المدني في الاثبات، دار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و الدار الثقافة لنشر و التوزيع، الأردن، سنة 2001 ، ص.ص. 210–211.

[2]– أنظر: (أحمد عبد الرزاق) السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000 ، ص.106.

موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عمومية مختص بتحريرها، من حيث النوع ومن حيث المكان حسب القواعد المقررة قانونا يثبت فيها ما تلقاه من ذوي الشأن أو ما تم على يده " [1].

ثانيا : التعريف القانوني

بالنسبة للتعريف القانوني لقد عرف المشرع الجزائري الكتابة الرسمية من خلال المادة 324 من القانون المدني كالآتي : " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وحدود سلطته واختصاصه " [2].

كانت هذه المادة قبل التعديل تنص على أنّ : " الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية في حدود سلطته واختصاصه " [3].

الشيء الملاحظ في هذا التعديل أنّ المشرع الجزائري، إستبدل كلمة الورقة بكلمة العقد في النص العربي، بينما في النص الفرنسي بقيت كما هي، أي كلمة " ACTE " وسوء ترجمة هذه الكلمة أدّى بالفقه والقضاء للخلط بين التصرف القانوني وأداة إثباته، فعوض أن تترجم بمعانيها المختلفة ترجمت بمعنى واحد وعليه فقد جاء النص العربي قاصرًا في المعنى و مثيرًا للبس و الغموض لأنّ كلمة "Acte" قد تعني العمل كما قد تعني تصرف قانوني، أو المحرر بجميع أشكاله سواء كان رسميا أو عرفيا، أمّا المشرع فقد جاء بما يقابلها في النص العربي بكلمة عقد في حين أن المقصود هو التصرف القانوني [4].

---

[1]– أنظر: (أحمد) نشأت، رسالة الإثبات، مكتبة العلم للجميع، الجزء الأول، لبنان، 2005، ص. 182. أنظر كذلك : (محمد مصطفى) الزحيلي، وسائل الاثبات في الشريعة الاسلامية، "في المعاملات المدنية و الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، 1982، ص.482.

[2]– أنظر: أمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05– 10 المؤرخ في 13 جمادى الأول عام 1426 الموافق ل20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية عدد 44 الصادرة ب 26 يوليو 2005.

[3]– أنظر: الأمر نفسه .

[4]– أنظر: (عبد الرحمان) ملزي، محاضرات في طرق الإثبات في المواد المدنية، ألقيت على الطلبة القضاة، الدفعة السابعة عشر، 2007 – 2008 ، ص 9.

أمّا المشرع المصري فنجده قد عرّفها بموجب المادة 10 من قانون الإثبات التي تنص : "هي المحررات التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه " [1].

الفرع الثاني
شروط الكتابة الرسمية التقليدية

يمكن استخلاص الشروط الكتابة الرسمية من خلال التعاريف التي تعرضنا إليها سابقا وكذا من خلال المادة 324 من القانون المدني والمتمثلة في ما يلي :

أولا : صدور المحرر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة

يتصف المحرر بالرسمية نتيجة لتحريره بمعرفة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ولا يستلزم ذلك أن يكتب المحرر بيد الموظف بل يكفي أن ينسب إليه، أي أن تكون الورقة صادرة باسمه وأن يوقعها بنفسه [2].

و المقصود بالموظف العام أو الضابط العمومي، كل شخص تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها، سواء بأجر أو بدون أجر[3]، و بالتالي تحمّله الحكومة جزءًا من مسؤوليتها ليقوم بقسط من واجبها نحو الأمّة [4]، ويختلف الموظفون العموميون باختلاف السندات التي يختصون بإصدارها [5]، أمّا بالنسبة للمكلف بخدمة لا يشغل وظيفة عامة، فهو ليس موظف عمومي، لكنه يقوم بعمل لحساب السلطة

---

[1]– أنظر: قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 الجريدة الرسمية عدد 22 الصادرة في 30 ماي 1968 المتضمن قانون الاثبات في المواد المدنية و التجارية المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 و القانون رقم 18 لسنة 1999.

[2]– أنظر: (محمد حسين) منصور، قانون الإثبات "مبادئ الإثبات و طرقه"، دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص. 57.

[3]– أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق، ص.51 .

[4]– أنظر: (أحمد) نشأت، المرجع السابق، ص .182 .

[5]– أنظر: (عباس) العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، دون طبعة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2002 ، ص.124.

العمومية وفقا للقوانين واللوائح والأنظمة المرعية، وتحت إشراف السلطة العامة التي قد تزوده بتفويض في تحرير بعض المحررات الرسمية [1].

لقد عدد الدكتور يحي بكوش الموظفون العموميون أو الأشخاص المكلفون بخدمة عامة على سبيل المثال، فهناك الموثق الذي يقوم بتحرير الرسوم و الوثائق، وهناك القاضي الذي يصدر الأحكام إضافة إلى الكاتب الذي يدون ما يدور في الجلسات الرسمية، وكذا المُبلِّغ الذي يقوم بإعلان أوراق المرافعات، والمُنفِّذ الذي يتولى تنفيذ الأحكام بما يحرره من مستندات، وهناك سائر الموظفين الإداريين الذين يباشرون أعمالهم في مختلف الإدارات الحكومية كالمدير والمتصرف، والوالي، والمحافظ ورجال الدرك، والشرطة، وغيرهم، كلهم تعتبر الأوراق التي يصدرونها في حدود اختصاصهم أوراقا رسمية[2] .

يمكن القول أنّ الموظف العمومي هو كل عون عمومي، يسند إليه المشرع، القيام بعمل متعلق بالمصلحة العامة ويخضع لقانون الوظيف العمومي الذي عرّفه في المادة 4 منه التي تنص:" يعتبر موظفاً كل عون عيّن في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري..." [3] أمّا المكلف بخدمة عامة فهو كل شخص يشغل منصب ما بمقتضى قرار إداري أو بمقتضى عقد سواء كان مأجور أو غير مأجور، تابع لجهاز مركزي أو محلي أو هيئة عامة تابعة للدولة أو كان يعمل تحت سلطة جهاز إداري .

أمّا الضابط العمومي فنجد مثلا الموثق، فهو ضابط عمومي تكمن مهامه في تحرير العقود المبرمة بين الأطراف في حدود اختصاصه، سواء كانت بحكم القانون أو بمحض إرادة الأطراف، و يقوم بحفظ المحررات الأصلية وتقديم نسخ عنها قابلة للتنفيذ [4]، وكما جاء في المادة 03 من قانون الموثق التي

---

[1]– أنظر: عصام (سليم أنور)، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي للحقوق، 2010، ص. 142.

[2]– أنظر: (يحي) بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، 1988، ص.94.

[3]– أنظر: الأمر رقم 06–03 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق ل 15 يوليو سنة 2006 المتضمن القانون الاساسي العام للموظف العمومي، جريدة رسمية عدد 46، الصادرة في 16 يوليو 2006 .

[4]- CORUM (Gerard) , vocabulaire juridique , presses universitaires de France , Paris , 1987, p.542 Notaire officier public qui a pour fonction de recevoir, dans l'étendue de son ressort , les actes auxquelles les parties doivent ou veulent donner un caractère authentique, d'en conserver le dépôt et d'en délivrer des copies exécutoires (grosses).

تنص: " الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية " [1]، إضافة للمحضر القضائي حسب المادة 4 من القانون المحضر القضائي التي تنص:" المحضر القضائي ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تسير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته " [2].

ثانيا : تحرير الورقة في حدود سلطة و اختصاص الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة

يستنتج هذا الشرط من خلال العبارة الاخيرة للمادة 324 من القانون المدني : "...في حدود سلطته واختصاصه " [3]، فلا يكتسي المحرر صفة الرسمية إلّا اذا كان صادرا في حدود سلطة واختصاص الاشخاص المذكورين سابقا [4]، وبالتالي تم التقسيم على النحو التالي :

1 – في حدود سلطته

المقصود بالسلطة في هذه الحالة أن يكون الموظف أو المكلف بالخدمة العامة ذا ولاية قائمة وقت تحرير الورقة، وإن كان قد نُقل أو عُزل، زالت ولايته وفقدت الورقة صفة الرسمية [5]، اللهم إن كان الموظف لا يعلم بالوقف أو العزل أو النقل أو انتهاء الولاية، وكان ذوو الشأن هم أيضا حسنو النية لا يعلمون بشيء من ذلك، فالورقة الرسمية المحررة في هذه الظروف تكون صحيحة* رعاية للوضع الظاهر المصحوب بالنية الحسنة [6]، فالمقصود بالولاية القائمة هي أن يؤدّي الموظف أو الضابط العمومي بعد تعينيه أو تكليفه بمهمة وهذا بعد تأديته لليمين القانونية، هذه الأخيرة تخص عادة كل الموظفون أو

---

[1]– أنظر: القانون رقم 06–02 المؤرخ ب 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة في 8 مارس سنة 2008.

[2]– أنظر: القانون رقم 06–03 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006 المتضمن مهنة المحضر القضائي، الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة في 8 مارس سنة 2008.

[3]– أنظر: الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، المرجع السابق.

[4]– أنظر كذلك : (سامية) براهيمي، اثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة فى القانون الجزائرى، مذكرة لنيل الماجستير في القانون الخاص، القانون العقاري ، جامعة منتوري " قسنطينة " ، 2008، ص.60.

[5]– أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق، ص.52.

*– أنظر: (أحمد عبد الرزاق) السنهوري، المرجع السابق، ص.122. الموظف العام يعد موظفا فعليا حتى لو عينته سلطة غير شرعي، قد استقر سلطانها كحكومة دولة غازية فأن السند الذي يصدره الموظف المعين تعيينا باطلا يكون صحيحا تطبيقا لنظرية الموظف الفعلي وهي نظرية معروفة في القانون الاداري.

[6]– أنظر: المرجع نفسه، ص 67.

الأعوان الذين لهم علاقة مباشرة أو غير مباشرة مع سلك القضاء أو مرفق العدالة منهم الموثقين، القضاة المحضرين ... . [1] .

مثال ذلك ما جاء في المادة 8 من قانون التوثيق التي تنص : " يؤدي الموثق ، قبل الشروع في ممارسة مهامه، أمام المجلس القضائي لمحل تواجد مكتبه اليمين الآتية : "**باسم الله الرحمان الرحيم، أقسم بالله العلي العظيم، أن أقوم بعملي أحسن قيام، و أن أخلص في تأدية مهنتي و أكتم سرها و أسلك في كل الظروف سلوك الموثق الشريف و الله على كل ما أقول شهيد**" [2].

إضافة لعنصر الحياد لدى الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العامة أثناء تحريره للورقة الرسمية، حيث أنّه يجب أن لا يوجد أي مانع شخصي ، أو أي مصلحة شخصية لدى الأشخاص المذكورين سابقا وهذا ما نصت عليه المادة نصت المادة **19** منه على أنه " لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد :....يعين أو يكون فيه وكيلا أو متصرفا أو أي صفة كانت:
أ- أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة.
ب- أحد أقاربه أو أصهاره تجمعه به قرابة الحواشي ويدخل في ذلك العم إبن الأخ و إبن الأخت " [3].

2 – في حدود اختصاصه

يجب أن يكون محرر الورقة مختص من جانبين، و هذا ما سنبينه كما يلي :

أ ـ الإختصاص الموضوعي

لكل عون معني بتحرير سند رسمي، أن يتقيد بما خول له القانون من اختصاص موضوعي أو نوعي، و المقصود بهذا أن كل موضوع مختص بنوع من الأوراق، فحدّد القانون لكل موظف عام نطاق نوعي لولايته في تحرير المحررات، ولا يجوز لأحدهم أن يتجاوز ما هو من ولاية غيره، من الموظفين، وما يمليه القانون من سلطة هو عماد ما للورقة الرسمية من قوة في الإثبات، فالقاضي هو المختص بتحرير الأحكام القضائية [4] .

---

[1]- أنظر: (أحمد) ميدي، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005 ، ص. 19.

[2]- أنظر: القانون رقم 06-02 المتعلق بمهنة التوثيق، المرجع السابق.

[3]- أنظر: القانون نفسه.

[4]- أنظر: (نبيل ابراهيم) سعد، (همام محمد محمود) زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001 ، ص.200.

مفاد ذلك أنّه إذا لم يكن للموظف سلطة أو ولاية في تحرير الورقة، كأن يكون قد أُوقف عن عمله، أو عُزل من وظيفته، أو نُقل منها، فإنّ الورقة تكون باطلة، ويسري نفس الحكم إذا لم يكن للموظف أهلية في تحرير الورقة، فلا يجوز للموثق مثلا أن يوثق محررًا يخصه شخصيًا [1] .

يمكن القول أنّ الإختصاص الموضوعي يتحدد بالنظر للقانون المنظم لصلاحية الوظيفة، فنجد مثلًا المادة 16 من قانون التوثيق تنص : " يمكن للموثق أن يوظف تحت مسؤوليته الأشخاص الذين يراهم ضروريين لتسير المكتب ..." [2]، وقد يتحدد الإختصاص النوعي بالقانون المنضم لموضوع السند فنجد المادة 18 من قانون الأسرة تنص: " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانونا..." [3] .

ب ـ الإختصاص الإقليمي

يعرف كذلك بالإختصاص المكاني، أساسه أنّ القانون قد حدّد لكل موظف دائرة إقليمية معينة لا يجوز للموظف العام أن يباشر عمله خارجها [4]، فضابط الحالة المدنية لبلدية ما لا يجوز له أن يحرر وثيقة الإقامة لشخص غير تابع لبلديته، وإلا توبع ذلك الموظف بالتزوير أو تسليم وثيقة بدون وجه حق، كذلك لا يجوز للمحضر القضائي أن يحرر محضر إثبات حالة خارج دائرة الإختصاص الإقليمي للمجلس القضائي التابع له، وإلّا كان محضره باطلًا .

أمّا بالنسبة لاختصاص المكاتب التوثيقية كان إختصاصها قبل إلغاء الأمر 70-91 المتضمن تنظيم التوثيق منحصرًا في دائرة إختصاص المحكمة الموجود بها، ولا يجوز للموثق أن يقوم بأي عمل لا يدخل في وظيفته، خارج نطاق الدائرة المختص بها وإلا أُعتبِر عمله باطلًا ، وكان يجوز له استثناءًا أن يُنتدب من طرف وزير العدل، للقيام بمهامه في دائرة اختصاص محكمة أخرى [5]، لكن بعد التعديل أصبح اختصاص الموثقين يمتد على كافة التراب الوطني وهذا حسب المادة 2 من قانون التوثيق التي تنص " تنشأ مكاتب عمومية لتوثيق، تسري عليها أحكام هذا القانون والتشريع المعمول به، ويمتد

---

[1]- أنظر: (محمد شتا) أبو سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، المجلد الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997 ، ص.8.

[2]- أنظر: قانون 06 -02 المتعلق بمهنة التوثيق، المرجع السابق .

[3]- أنظر: الأمر 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم ب الامر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير سنة 2005 جريدة رسمية عدد 15 الصادرة في 27 فبراير سنة 2005 .

[4]- أنظر: (محسن عبد الحميد) البيه، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، 2008 ، ص.98 ، مقال منشور في الموقع: .http://law77.blogspot.com/2011/02/2007.html

[5]- أنظر: (أحمد) ميدي، المرجع السابق، ص. 24.

اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني " [1] ، ويلاحظ أنّه لا يقصد بتحديد الإختصاص المكانى لمكاتب التوثيق إجبار الأفراد على تقديم محرراتهم إلى مكتب معين، إذ أن للأفراد الحرية فى التقدم لأيّ مكتب توثيق عبر كامل التراب الوطني [2].

ثالثا : أن يتم تحرير الورقة الرسمية طبقا للأشكال المقررة قانونا

لقد أوجب القانون من خلال المادة 324 من القانون المدني التي تنص على"... وذلك طبقا لأشكال القانونية..." [3] وكما أن كل من المواد 324 مكرر 1 الى غاية 324 مكرر 4 من القانون المدني تضمنت بعض الأشكال القانونية الواجب توفرها في المحرر، حتى يكتسب صفة الرسمية من بينها إخضاعها لشكل رسمي، توقيع العقود الرسمية من قبل الأطراف، وفي عقود أُخرى يستوجب حضور الشهود ... .

وزيادة على ذلك تضمنت المواد 26. 27 .28. 29 لقانون التوثيق تفصيلا للبيانات الواجب مراعاتها لتوثيق الأوراق الرسمية، من بينها أن تحرر العقود التوثيقية باللغة العربية في نص واضح وسهل القراءة دون اختصار أو نقص، وتكتب المبالغ واليوم والشهر والسنة والتوقيع على العقد بالأحرف، وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام، وكما يدرج في الوثيقة الأسماء والألقاب وصفات الأطراف ومكان وزمان الإبرام، وتحديد الموضوع.

تعتبر الشروط سالفة الذكر معيار لقيام صفة الرسمية في المحررات، و بالتالي تخلف أحدها يؤدي لا محال لفقدان هذه الصفة، فالأصل أنّ كل إخلال بشرط من هذه الشروط يؤدي لبطلان المحرر بوصفه محررًا رسميًا [4]، كما أنّ المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني التي تنص : " يعتبر العقد غير الرسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعًا من قبل الأطراف " [5] ، فإذا فقد المحرر صفة الرسمية بسبب تخلف أحد الشروط * ، فإنّ ذلك لا يعني أنّه فقد كل قيمته، فيقرر القانون في هذه الحالة أنّه إذا لم يكتسب صفة الرسمية، كان له قيمة المحرر

---

[1]– أنظر: قانون 06–02 المتعلق بمهنة التوثيق، المرجع السابق .

[2]– أنظر: (محسن عبد الحميد) البيه، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق ، ص 98.

[3]– أنظر: الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق .

[4]– أنظر: (رضا) المزغني، أحكام الاثبات، معهد الادارة العامة، المملكة العربية السعودية، 1985 ، ص. 186.

[5]– أنظر: الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، المرجع السابق .

*– بالنسبة لشروط الكتابة الرسمية في الشريعة الاسلامية تتمثل في : توافر العدالة والتقوى في كاتب المحررات وعدم الإضرار بالآخرين أو ما يوجب الخصام والتنازع بين الأطراف ويتضح هذا من كتاب الله عز وجل .

العرفي[1] شرط أن يتم التوقيع عليه من قبل ذوي الشأن بإمضاءهم* أو أختامهم أو ببصمات أصابعهم، غير أنّه إذا كان التصرف القانوني لا يمكن إثباته إلّا بالشكلية، فإنّ هذه القاعدة لا تجدي نفعًا، إذ تصبح الورقة الرسمية باطلة بطلانًا مطلقًا، وغير قابلة لأن تحول إلى ورقة عرفية [2]، مثال ذلك ما جاء في المادة 883 من القانون المدني التي تنص : " لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون وتكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك " [3].

إستثناءًا بالنسبة لشرط مراعاة الأوضاع القانونية ينبغي التفرقة بين الأوضاع و الإجراءات الجوهريه، وبين الأوضاع و الإجراءات غير الجوهرية، فالورقة تفقد صفة الرسمية إذا تم الإخلال بوضع جوهري، كإغفال أسماء ذوي الشأن، أو إسم الموثق، أو التاريخ، أو التوقيعات، أمّا الأوضاع غير الجوهرية، كدفع الرسم أو ترقيم صفحات المحرر فإنّ تخلفها لا يفقدها صفة الرسمية [4].

المطلب الثاني
مفهوم الكتابة الرسمية الالكترونية

إنّ التطور التكنولوجي المستمر، الذي عرفه القرن الحالي، و الذي اجتاح جميع الميادين بما فيها العلوم القانونية، بالأخص وسائل إثبات المعاملات من بينها الكتابة، فبعدما كانت تقتصر على النموذج التقليدي ظهر نوع آخر يُعرف بالكتابة الإلكترونية، ولتوضيح معنى الكتابة الإلكترونية تم تقسيم هذا المطلب كالآتي :

الفرع الأول : تعريف الكتابة الرسمية الالكترونية

الفرع الثاني : شروط الكتابة الرسمية الالكترونية

---

[1] -. Muriel (Fabre-magnan) , introduction générale au droit, (cours et méthodologie), 1ere édition, presses universitaire de France, paris, 2009,p242. un acte qui ne peut étre quallifié d'authentique en raison de certains vices , peut étre valoir comme acte sous seing privé

*- أنظر: (أحمد) نشأت، المرجع السابق، ص. 218. إذا تعدد الطرف المدين في الورقة يجب أن يوقعوا جميعا عليها فإذا وقعها البعض دون البعض الآخر فلا قيمة له لأنه ليس من العدل أن تترك الموقّع تحت رحمة غير الموقّع.

[2]- أنظر: (يحي) بكوش، المرجع السابق ، ص.111.

[3]- أنظر: الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، المرجع السابق.

[4]- أنظر: (محمد حسين) منصور، المرجع السابق، ص. 63.

الفرع الأول
تعريف الكتابة الرسمية الإلكترونية

لقد تنوّعت التشريعات المقارنة في تعريف الكتابة الرسمية الإلكترونية، وقد تمّ التعرض لبعضها للتوصل إلى أقرب وأوضح تعريف ممكن، وبالتالي تم تقسيم الفرع كالآتي :

أولا : تعريف قانون الأونسيترال و قانون التوقيع الإلكتروني المصري

إنّ المادة الثانية من قانون الأونسيترال* النموذجي في الفقرة (أ) بشأن التجارة الإلكترونية نصت على"يراد بمصطلح "رسالة البيانات" المعلومات التي يتم انشاءها أو ارسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو وسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية، أو البريد الالكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي " [1].

إضافة إلى أن قانون التوقيع الإلكتروني المصري، عرف كلا من الكتابة الإلكترونية والمحرر الإلكتروني في المادة الأولى التي تنص : " أ– الكتابة الالكترونية : كل حروف أو ارقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أيّة وسيلة أخرى مشابهة و تعطي دلالة قابلة للإدراك . ب – المحرر الإلكتروني: رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تُدمج، أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، بأيّة وسيلة أخرى مشابهة " [2]

يرى الأستاذ محمد الرومي أنّ هذا التعريف قاصر ينقصه ضرورة توفّر التوقيع الإلكتروني على المحرر الالكتروني حتى يكون ذو حجة في الإثبات [3].

---

*– تسمى الأونسيترال :اختصارا لتسميتها باللغة الانجليزية

United nation commission on international treade law

أمّا باللغة الفرنسية :

Commission de nations unies pour le droit commercial international

[1]– أنظر: القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية المؤرخ في 16 ديسمبر 1996 المنشور على الموقع : http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-ecomm-a_ebook.pdf .

[2]– أنظر: القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني، و انشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات . الجريدة الرسمية المصرية عدد 17 المؤرخة في 22 افريل 2004 .

[3]– أنظر: (محمد أمين) الرومي، المستند الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرى ، 2007 ، ص .51 .

ثانيا : تعريف المشرع الفرنسي

أمّا بالنسبة للقانون المدني الفرنسي قبل التعديل لم يتعرض لها في مواد الإثبات فكان تدخله متناثرا ومن بعض الأمثلة نجد قانون 12 جويلية 1980 بشأن قبول الميكروفيلم في الإثبات، وقانون 30 أفريل 1983 المتعلق باستخدام الوسائط الإلكترونية كبديل عن الدفاتر التجارية و قانون 3 ماي 1999 المعدل للمادة 279 من قانون الضرائب ليسمح بقبول جميع المحررات المدونة على الوسائط الإلكترونية [1].

ولكن بعد مصادقة فرنسا على مشروع التوجيه الأوروبي حول إطار قانون عام للتوقيع الإلكتروني الذي أوجب على الدول الأعضاء اتخاذ الإجراءات اللازمة لإدماج أحكامها في قوانينها الداخلية في مدة أقصاها ثمانية عشرة شهر، قدم مجلس الدولة في جويلية 1998 تقريرا بعنوان: " الأنترنت والشبكات الرقمية « ***Internet et les réseaux numériques*** » اقترح فيه التدخل التشريعي والإعتراف بالقيمة القانونية للمحررات الإلكترونية [2] .

وبناءا على ذلك تم تعديل القانون المدني الفرنسي بحيث جاءت المادة 1316 منه تنص على:" يشمل الإثبات بالكتابة كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى، ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة أيًا كانت الدعامة التي تستخدم لإنشائها، أو الوسيط الذي تنتقل عبره " [3].

---

[1]– أنظر: (فاروق علي) الحفناوي، قانون البرمجيات، دار الكتاب الحديث، 2001 ، نقلا عن (خميسة) كميني، منصور (عز الدين) ، الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، دفعة السادسة عشر ،2008 ص. 5.

[2] -ESNAULT (Julien) , La signature électronique , Mémoire de DESS de droit du Multimédia et de l'Informatiqu , université Paris II PANTHEON-ASSAS, page 05 , publié au http://www.signelec.com .

[3]- ART. 1316 : « La preuve littérale , ou preuve par écrit , résulte d'une suite de lettres , de caractères , de chiffres ou de tous autres signes ou symbole dotes d'une signification intelligible , quels que soient leur support et leurs modalités de transmission » . Loi n° 2000 – 230, portent adaptation du droit de la preuve aux technologie de l'information et relative à la signature électronique, JO,14/03/2000. P. 2968 www.journal .officiel.goov.fr.

ثالثا : تعريف المشرع الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري هذا النوع من الكتابة الّا بعد تعديل 2005 للقانون المدني حيث أتى بالمادة 323 مكرر التي تنص: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أي علامات أو رموز ذات معنى مفهوم ، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها " [1].

يفهم من نص المادة أنّ المشرع الجزائري وسّع من نطاق الكتابة، من خلال استخدامه لعبارة "مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها" وبالتالي نستخلص من سياق هذا المفهوم أنّ الكتابة الإلكترونية مثلها مثل الكتابة العادية، وكل ما هناك أنّها تثبت على دعامة إلكترونية* أو رقمية، أو ضوئية، أو أيّة وسيلة أخرى مشابهة تعطي دلالة قابلة للإدراك [2].

ما يمكن قوله أنّ سائر التشريعات التي عرّفت الكتابة الإلكترونية ، وسّعت من نطاقها فأصبحت تشمل عدة أنواع مختلفة من الكتابات متمثلة في : " كل بيانات ضوئية أو رقمية، أو إلكترونية أو التلكس أو الفاكس، و ترك المجال مفتوح للمستقبل في حال ظهور و سائل أخرى " [3].

الفرع الثاني
شروط الكتابة الرسمية الالكترونية

حتى تستخدم الكتابة الإلكترونية كدليل للإثبات، يجب أن تكون قائمة على مجموعة من الشّروط يمكن استخلاصها من خلال المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري التي جاءت كالآتي : " يعتبر الإثبات بالكتابة الإلكترونية كالإثبات على الورق، بشرط امكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها " [4]، وتقابلها المادة 1316 – 1 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على : " الكتابة في الشكل الإلكتروني لها نفس حجية الكتابة على دعامة الورقية مع مراعاة قدرتها على تعريف الشخص الذي أصدرها، وأن يكون

---

[1]– أنظر: الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، المرجع السابق.

*– الدعامة الإلكترونية : وسيط مادي لحفظ و تداول الكتابة الالكترونية مثل الذاكرة الالكترونية، الاقراص مدمجة... .

[2]– أنظر: (أمير فرج) يوسف، التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، مصر ، 2007 ص.43.

[3]– أنظر كذلك لتفصيل : (أحمد يوسف) النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، دون طبعة، دار وائل للنشر الأردن،2007 ، ص.51 و ما بعدها.

[4]– أنظر: الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، المرجع السابق .

تدوينها وحفظها قد تم في شروط تدعوا إلى الثقة " [1]، وبالتالي سنتناول في هذا الفرع كل شرط على حدى ، بالتقسيم التالي :

أولا : الكتابة

يجب أن تكون الكتابة ذات دلالة تعبيرية واضحة و مفهومة، هذا ما جاء في صلب نص المادة 323 مكرر "...ذات معنى مفهوم..." ، زيادة على ذلك نصت المادة 6 من قانون الأونسيترال على أنّه: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، فإن رسالة البيانات (أي المحرر الالكتروني) يستوفي ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا " [2].

تختلف آلية كتابة المحرر الإلكتروني عن آلية كتابة المحرر التقليدي، فالمحرر الإلكتروني يتكون من رموز أو أرقام ، وهما الرقمين صفر و واحد، حيث يتم إدخال هذه الرموز في الحاسوب الذي يقوم بدوره بترجمة هذه الارقام إلى كلمات مقروءة [3]، ويعبر كل منها وفق العدد الذي تكتب به عن الكلمة معينة، و يتمكن الجهاز من قراءتها و تحويلها إلى لغة مكتوبة عربية أو إنجليزية أو لغة أخرى، بحيث أنّ هذه الرموز تكون محفوظة على دعامة أو ديسك disque في الكمبيوتر[4]، أمّا الكتابة التقليدية تكتب برسوم وأشكال تقرأ مباشرة، ولا تحتاج لوسيط أو نظام أو برنامج معين لقراءتها، لكن هذا الإختلاف لم يمنع من إدراج الكتابة الإلكترونية في مواد الإثبات.

ثانيا : إمكانية تحديد هوية الشخص المنسوب إليه المحرر

وهذا ما نصت عليه المادة 323 مكرر من قانون المدني الجزائري في عبارة : "...بشرط التأكد من هوية الشخص..." ، والوسيلة التي تحدد هوية أطراف المحرر في موضعنا هذا، هي التوقيع الإلكتروني، الذي لم يذكره المشرع الجزائري صراحة في هذه المادة، إنّما أشار إليه في المادة 327 فقرة 2

---

[1]- ART. 1316-1. « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité » . la loi num 2000/230 pré-cité .

[2]- أنظر: القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية، المرجع السابق.

[3]– أنظر: (أحمد يوسف) النوافلة، المرجع السابق، ص. 57.

[4]– أنظر: المرجع نفسه، ص. 62 .

من نفس القانون ولكن لم يقدم تعريف للتوقيع الإلكتروني، ولتوضيح المقصود بالتوقيع الإلكتروني تم اتباع التقسيم الآتي :

1 ـ تعريف التوقيع الإلكتروني

جاء في قانون الأونسيترال المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة 7 التي تنص على " عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا :
(أ) اِستُخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات ..." [1] .

فضلا عن ذلك ما جاء في نص المادة 2 من القانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الذي عرفه كالآتي : " التوقيع الإلكتروني يعني بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات وتبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات " [2].

يظهر إذا من خلال هذا التعريف أن منظمة الأمم المتحدة للتجارة الدولية لم تقم بتحديد الطريقة التي يتم اعتمادها في التوقيع الإلكتروني، تاركة بذلك حرية اختيار الطريقة للفرد أو الدولة، ما دامت تلك الطريقة تسمح بتعيين هوية الموقع وبموافقته على المعلومات الواردة في الرسالة، وكذا قانون التوقيع الإلكتروني المصري الذي عرفه في المادة 1 كالآتي : "ما يوضع على المحرر الإلكتروني و يتخذ شكل أو حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها فيكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره " [3] .

أمّا بالنسبة للتعريف الذي قدمه قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، جاء في نص المادة 2 منه كالآتي: "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو اشارات أو غيرها مدرجة بشكل الإلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أية وسيلة أخرى مماثلة في رسالة المعلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها

---

[1] – أنظر: قانون الأونسيترال بشأن التجارة الالكترونية، المرجع السابق.

[2]– أنظر: القانون النموذجي الأونسيترال بشأن التوقيع الإلكتروني، 2001 . المنشور على الموقع : http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf

[3] – أنظر: القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني، المرجع السابق .

طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها و يميزه عن غيره من أجل توقيعه، وبغرض الموافقة على مضمونه " [1].

كما عرّفته أيضًا الأستاذة نسرين عبد الحميد البيه كالآتي : "هو عبارة عن إجراء يقوم به المرسل بحيث يتم ربط هويته بالوثيقة الموقع عليها وبالتالي يمكن لمستلم الوثيقة التحقق من صحة التوقيع، ولا يعني التوقيع الإلكتروني الإمضاء المعروف الذي يتم غالبا على الورق، بل هو مجرد نص قصير يضاف إلى أوّل الوثيقة أو آخرها، أو أن يكون مفصول عنها تماما كأن يرسل في ملف مستقل " [2].

يتضح من خلال كل التعاريف السابقة التي أعطيت للتوقيع الإلكتروني، أنّه يوجد تقارب في التعريف الذي أعطته كلّ دولة على حدى، إضافة لكونه لا يوجد تعريف شامل للتوقيع الإلكتروني ولعل هذا يعود إلى التطور السريع الذي تعرفه وسائل الإتصال، والذي سيؤدي بالتبعية إلى تطور التعاريف، لكن ما يمكن استخلاصه، أنّ التوقيع الإلكتروني يختلف عن التوقيع التقليدي، في أنّ التوقيع العادي عبارة عن رسم يقوم به الشخص، بمعنى أنّه فن و ليس علم، ومن هنا يسهل تزويره، أمّا التوقيع الإلكتروني فهو علم وليس فن ويصعب تزويره .

2 ـ صور التوقيع الإلكتروني

تتمثل صور التوقيع الإلكتروني في ما يلي :

أ ـ التوقيع الرقمي أو الكودي(Digital signature)

سمي بالتوقيع الرقمي كونه يأخذ شكل أرقام، و يعتمد على قيام الحاسوب بتحويل رسالة البيانات إلى أرقام، قد جاءت فكرته نتيجة التطور الناشئ في علم التشفير[3]، بحيث يقوم باستخدام اللوغاريتمات

---

[1] – أنظر: قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم 85 ، لسنة 2000، المؤرخ في 11 ديسمبر 2001.

[2] – أنظر: (نسرين) عبد الحميد البيه، الجانب الالكتروني للقانون التجاري، دون طبعة، منشأة المعارف، الاسكندرية ، 2008 ، ص. 338.

[3]– أنظر: (يوسف) واقد ، النظام القانوني للدفع الإلكتروني، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص.161.التشفير يقسم إلى نوعين : النوع الأول يتمثل في التشفير المتماثل الذي يقوم على فكرة رقم سري معلوم بين الطرفين، مثل التلكس و البطاقات البلاستيكية، أمّا النوع الثاني يتمثل التشفير غير المتماثل الذي يعتمد على زوج مفاتيح غير متماثل " مفتاح عام و مفتاح خاص" .

والمعادلات الرياضية [1]، ذلك بتحويل المحرر المكتوب من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية تحويل التوقيع إلى أرقام، فهو عبارة عن عدة ارقام يتم تركيبها لتكون في النهاية كودا يتم التوقيع به ويستخدم في التعاملات البنكية والمرسلات الإلكترونية التي تتم بين التجار أو بين الشركات[2].

ب ـ التوقيع بالرقم السري (البطاقة الممغنطة)

يستعمل غالبا لدى البنوك ومؤسسات الإئتمان حيث تصدر بطاقات لعملائها تمكنهم من سحب النقود من أجهزة الصرف الآلي عن طريق إدخال البطاقة والرقم السري، ويتم استخدام البطاقة أيضا لسداد ثمن السلع والخدمات من خلال جهاز معين لدى المحال التجارية [3]، ومثال ذلك التعامل ببطاقة الائتمان، وهي بطاقة بلاستيكية تصدرها هيئة دولية، أو بنوك، أو مؤسسات مالية، وتضعها تحت تصرف عملائها، حيث تقوم بدفع ثمن مشترياتهم من سلع أو خدمات في حدود مبلغ مالي معين.

ذلك يكون بتقديم عملائها لبطاقاتهم كأداة وفاء لدى التجار المتعاملين بهذا الأسلوب من الدفع، بدلا من الدفع الفوري، سواء بالنقد أو بواسطة شيكات، بحيث يوقع العميل حامل البطاقة الفاتورة وعدد من النسخ المسجلة عليها بيانات البطاقة بعدها يقوم التاجر بإرسال الفاتورة من أجل تحصيل قيمة المشتريات إلى البنك أو الجهة المصدرة للبطاقة، والتي بدورها تقوم باستيفاء المبالغ المدفوعة من الحامل في نهاية كل شهر[4]، والواقع أن عامل الأمان يفتقد بفقد البطاقة الإلكترونية من حوزة من تحت يده و قيامه بالتالي بإجراء عمليات السحب و الشراء دون التأكد من شخصية من يجدها و تحديد القائم بها، لذا فمن الممكن

---

[1]– أنظر: (خميسة) كميني، (عز الدين) منصور، المرجع السابق، ص.22 و ما بعدها. تكمن آلية انتاج التواقيع الرقمية في انتاج ما يمكن تسميته بخلاصة الرسالة (Digest) و الذي يتم إنتاجه عبر خوارزمية معينة، بعد إنتاج هذه الخلاصة يتم تشفيرها باستخدام المفتاح الخاص للمرسل و من ثم ارسالها مع البريد الإلكتروني أو إلحاقها مع المستند المراد توقيعه رقمياً عند استقبال هذه الرسالة، فيقوم المستقبل بانتاج خلاصة للرسالة التي قام باستقبالها، و من ثم يقوم بعمليه فكّ تشفير التوقيع الموجود في المستند أو البريد الإلكتروني، حيث يستخدم المفتاح العام (Public Key) في عملية فك التشفير لهذا التوقيع، بعد ذلك يكون باستطاعة المستقبل أن يحصل على الخلاصة التي قام المرسل بانتاجها، و بإجراء مقارنة سريعة بين الخلاصة التي أنتجها المستقبل، و الخلاصة التي استخرجها من البريد أو المستند ، يكون باستطاعته عند حدوث تطابق في البيانات، أن يؤكد أن الرسالة تم توقيعها بشكل صحيح ، لأن لا أحد يستطيع معرفة المفتاح الخاص، الذي تم استخدامه في تشفير الخلاصة ، سوى صاحب التوقيع نفسه .

[2]– أنظر: (نسرين) عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص. 343.

[3]– أنظر: (محمد حسين) منصور، المرجع السابق، ص. 286.

[4]– أنظر: (أمينة) بن عميور، البطاقة الالكترونية لدفع و القرض و السحب، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، جامعة منتوري قسنطينة، 2005 ، ص.ص. 12-13.

أن تخضع تلك العمليات لإجراءات أمان إضافية بوضع ذبذبات صوتية، أو بصمة أصبع حتى يمكن تفادي هذه العيوب [1].

ج ـ التوقيع البيومتري(Biometric Signature)

يسمى كذلك التوقيع باستخدام الخواص الذاتية، يعتمد على الخصائص الفيزيائية والطبيعية كالبصمة الشخصية، مسح العين البشرية، التحقق من نبرة الصوت، خواص اليد البشرية التعرف على الوجه البشري، التوقيع الشخصي [2]، ووفقًا لهذه الطريقة يتم تخزين* بصمة الشخص داخل الدائرة الإلكترونية للجهاز المراد التعامل معه، بحيث لا يمكن أن يستجيب للشخص إلا بعد النطق بكلمات محددة أو بوضع البصمة أو المرور أمام الجهاز عندما يتأكد من عملية المطابقة الكاملة.

بالرغم من التكنولوجيا العالية المستعملة في هذا النظام إلا أنّه يمكن أن يكون عرضة لبعض المشاكل، منها أنّ بيانات التوقيع يتم وضعها على القرص الصلب للحاسب، ومن ثمّ يمكن مهاجمتها أو نسخها بواسطة الطرق المستخدمة فى القرصنة الإلكترونية، كذلك عدم إمكانية استخدام هذه التقنية مع جميع الحاسبات المتوفرة، بالإضافة إلى إمكانية الحصول على الخواص الذاتية المستعملة عن طريق استعمال بعض الوسائل مثل تسجيل الصوت و إعادة بثه، أو طلاء الأصابع والشفاه بمادة معينة تجعلها مطابقة للبصمة الأصلية يمكن صنع عدسات لاصقة يدويا على غرار القزحية.

إضافة إلى أنّ هذا النوع من التوقيع يحتاج إلى استثمارات ضخمة، لتمكين مستخدمي الشبكة الإلكترونية من استخدام الخصائص الذاتية لشخص الموقع مما حد من انتشاره [3]، ولو افترضنا بإمكانية تزوير هذا التوقيع فإنه سيكون ضئيلا، وخصوصًا أنّه يحتاج إلى مهارة وتقنية عالية، ولهذا سيعود بالفائدة

---

[1]– أنظر : (صفيان) خالي، الإثبات عن طريق المحررات الرسمية و العرفية في التشريع المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة السابعة عشر، 2009 ، ص.26.

[2]– أنظر: (نسرين) عبد الحميد البيه، المرجع السابق، ص 344. انظر كذلك : (يوسف) واقد، المرجع السابق، ص.155.

*– ويتم تخزين هذه الخواص على جهاز الحاسب الآلي وذلك بطريق التشفير، ويعاد فك التشفير للتحقق من صحة التوقيع وذلك بمطابقة صفات العميل .

[3] – أنظر: (خميسة) كميني، (عز الدين) منصور، المرجع السابق ، ص. 21.

أكثر على المجتمع من عدمه، وقد رأينا في الآونة الأخيرة أنه جرى تطبيق مثل هذا النظام في أوروبا في المطارات ومعابر الحدود للحد من ظاهرة الإرهاب[1].

د ـ التوقيع بالقلم الإلكتروني(Pen-op)

يقوم هنا مرسل الرسالة بكتابة توقيعه الشخصي، باستخدام قلم إلكتروني حساس و خاص على شاشة الحاسب الآلي، عن طريق برنامج معين ويقوم هذا البرنامج بالتقاط التوقيع تخزينه [2] ، وإضافته لأي بيانات يراد إرسالها، للتحقق من صحة التوقيع، يقارن نظام معلوماتي معين بين التوقيع الموجود على المحرر، والمُخزّن، وتعتمد المقارنة على مجموعة من الخصائص المتعلقة بالتوقيع مثل :البيانات المتعلقة بموقع القلم على اللوحة، تسارع الكتابة، قوة الضغط على اللوحة ،الفوارق الزمنية النسبية، اتجاهات الكتابة بإحداثيات ايجابية وسلبية.

لكن المشكلة المطروحة هي أنّ هذا النظام لا يستطيع استيعاب جميع الأشكال الممكنة للتوقيع الواحد، فالموقّع قد يوقع بخفة أو ببطء، قد يضغط على القلم أو لا، بالإضافة إلى استحالة إعادة نفس التوقيع بنفس الكيفية، و بشكل مطابق وعلى الرغم من ذلك فالنظام يعتبر كل حركة بيان يستعمله للتحقق من صحة التوقيع، مما يؤدي إلى رفض أغلبيتها، إضافة أنّه يخزن على القرص الصلب للحاسب الآلي مما قد يعرضه للمخاطر التي يواجهها التوقيع البيومتري، مما يجعله قاصرا على تحقيق الأمان الكلي المناط بالتوقيع الإلكتروني ، وهذا طبعا يحد من استخدامه وصعوبة نشره للتعامل العام في شبكات الإتصال مثلا [3] .

---

[1] – أنظر: (إياد) عطا سده "محمد عارف "، مدى حجية المحررات الالكترونية في الاثبات "دراسة مقارنة "، رسالة ماجستير في القانون الخاص، بكلية الدرسات العليا، فلسطين، 2009 ، ص. 77 .

[2]– أنظر: (أمير فرج) يوسف، المرجع السابق ، ص. 20 .

[3]– أنظر: (علاء محمد) نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، طبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2011 ، ص. 32 . (عبد الحميد) ثروت، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة الاسكندرية ، سنة 2007 ، ص. 54 (فيصل سعيد) الغريب، التوقيع الإلكتروني و حجته في الإثبات، منشورات المنظمة العربية للتنمية الادارية ، 2005 ، ص.23 . نقلا عن (خميسة) كميني، (عز الدين) منصور، المرجع السابق ، ص. 21.

ثالثا : حفظ المحرر الإلكتروني بطريقة تضمن سلامته

ورد هذا الشرط في نص المادة 323 مكرر1 من القانون المدني الجزائري وردت فيه العبارة التالية : " ...وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها " [1] ، والمراد منه أن المحررات الإلكترونية، على عكس المحررات العادية المجسدة على الدعامة الورقية التي تعتبر طرق حفظها واضحة، أمّا بالنسبة للمحررات في الشكل الإلكتروني يجب الإحتفاظ بها بطريقة تتماشى وطبيعتها الإلكترونية [2].

أضف إلى ذلك ما جاء في المادة 8 من القانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية التي تنص على ما يلي : "عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الإحتفاظ بها في شكلها الاصلي تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط إذا:(أ) وجد ما يعول عليه لتأكيد صلاحية المعلومات منذ الوقت الذي انشئت فيه للمرة الاولى في شكلها النهائي ..."[3]، وكذا المادة 10 من نفس القانون التي تنص : " عندما ما يقضي القانون بالاحتفاظ بمستندات أو سجلات أو معلومات بعينها يتحقق الوفاء بهذا المقتضى إذا تم الاحتفاظ برسائل البيانات شريطة مراعاة الشروط التالية :
(أ) تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع اليها لاحقا ، و(ب) الإحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي انشئت أو أُرسلت أو أُستلمت، و(ج) الاحتفاظ بمعلومات ، إن وجدت، التي تمكن رسالة من استبانة منشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت ارسالها واستلامها... "[4].

فلا بدّ من الإحتفاظ بالسجل الإلكتروني بذات الشكل والمواصفات التي تم بها إنشاء السند أو إرساله أو تسلمه عند إنشاءه، بحيث أنّه إذا رجعنا إلى هذا السند كان هو ذات السند المُنشأ أو المُرسل أو المُستلم دون أيّ تحريف أو تبديل أو تغيير[5] .

والإحتفاظ بمعلومات المحرر الإلكتروني يتم عن طريق إدخال المعلومات أو بنود الإتفاق بين الطرفين أو تخزينها كما هي، وبما تحتويه من نصوص و توقيعات أليًا في الحاسب الإلكتروني، وذلك بعد

---

[1]– أنظر: الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، المرجع السابق.

[2]– أنظر: (صفيان) خالي، المرجع السابق، ص. 27.

[3]– أنظر: قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، المرجع السابق.

[4]– أنظر: القانون نفسه .

[5]– أنظر: (يوسف أحمد) النوافلة، المرجع السابق، ص. 61.

أن يتم معاينتها عن طريق شاشة الحاسوب، ويتم تخزينها على أسطوانة مغناطيسية، ويمكن استرجاع الوثيقة واستخراج نسخ عنها مطابقة للأصل، ومن وسائل الإحتفاظ بالمحررات أو المستندات الإلكترونية نجد الشريط المغناطيسي؛ شبكة الأنترنت؛ الأقراص المرنة، إضافةً للقرص الصلب، وتعتبر هذه الوسائل بمثابة السند الورقي الذي تحفظ عليه البيانات والذي يمكن الرجوع إليه في أي وقت، وبالتالي فإنّ إمكانية الرجوع إلى السند الإلكتروني واسترجاعه، شرط ضروري وهام، ويمكن القول بأنّه الدعامة الرئيسية للإحتجاج بهذا السند[1].

رابعا : التوثيق

غالبية التشريعات المقارنة تضيف شرط رابع إلى هذه الشروط المذكورة سلفا، ألا وهو شرط التوثيق عكس المشرع الجزائري الذي اقتصر على ثلاثة شروط للمحرر الإلكتروني، حسب ما جاءت به المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، ومن بين هذه التشريعات نجد قانون المعاملات الإلكترونية الأردني الذي أطلق عليها تسمية شهادة التوثيق وهذا في المادة الثانية منه التي تنص: " شهادة التوثيق : الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين اِستنادًا إلى إجراءات توثيق معتمدة " [2].

سمّاها المشرع المصري في قانون التوقيع الإلكتروني بشهادة التصديق الإلكتروني " ... الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق و تثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع" [3] وكما أنّ قانون التوقيع الإلكتروني المصري خوّل التوثيق إلى هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا لتوثيق التوقيع، أمّا المشرع التونسي أنشأ الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية ونجد المشرع الفرنسي أحدث : « ÉLECTRONIQUE PRESTATAIRES DE SERVICES DE CERTIFICATION »

إنّ المقصود بالتوثيق، مجموعة من الإجراءات المعتمدة و المتفق عليها بين الأطراف، بهدف التحقق من أنّ التوقيع الإلكتروني لم يتعرض إلى أي تغيير أو تعديل، وتقوم بهذه الوظيفة جهات إمّا حكومية أو غير حكومية، والتي تعمل على توثيق التوقيع الإلكتروني والقيود الإلكترونية المراد إستخدامها في إنشاء

---

[1]– أنظر: (يوسف احمد) النوافلة، المرجع نفسه، ص. 62.

[2]– أنظر: قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المرجع السابق.

[3]– أنظر: القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني، المرجع السابق.

التصرفات القانونية والمعاملات الالكترونية، ولهذا الغرض فقد أُنشئ على سبيل المثال، أما المشرع المصري فانشأ هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات [1].

ما يمكن قوله أنّ المشرع الجزائري حسنًا ما فعل، لعدم تحديده للوسائل الكفيلة للحفظ، حيث تقضي أحكام المادة 323 مكرر 1 بما يلي :"... وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها " وهذا بغية مسايرة التطور والتقدم العلمي والتقني في مجال الاثبات بالكتابة الذي لم يعد منحصر وكذا من خلال عرض هذه الشروط نلاحظ أن التعديل والتتمة التي مست قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري جاءت عامة بتقرير مبادئ فقط، الأمر الذي يبقي حالة البحث محصورة في المبادئ و مستندة أكثر على التشريعات المقارنة التي وضع اغلبها نصوص خاصة متعلقة بالإثبات الالكتروني [2].

المبحث الثاني
حجية الكتابة الرسمية التقليدية و الإلكترونية

بعد تعرضنا لمختلف تعريفات الكتابة الرسمية بنوعيها التقليدية والالكترونية، وإبراز الشروط الواجبة لصحتها، وباستكمال هذه الأخيرة تنتج الكتابة آثارها القانونية، وعليه تم تقسيم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول : حجية الكتابة الرسمية التقليدية .

المطلب الثاني : حجية الكتابة الرسمية الالكترونية.

المطلب الاول
حجية الكتابة الرسمية التقليدية

إنّ الكتابة الرسمية المحفوظة على الدعامة الورقية تكون على صفتين إمّا على شكلها الأصلي أو نسخة من الاصل فتعتبر بمثابة صورة للأصل، ولذلك سنتعرض في هذا المطلب للتقسيم التالي :

الفرع الأول : حجية أصل الورقة الرسمية التقليدية.

الفرع الثاني : حجية صور الورقة الرسمية التقليدية.

---

[1]– أنظر: (علاء محمد) نصيرات ، حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005 ، ص.126 و ما بعدها . نقلا عن (صفيان) خالي، المرجع السابق، ص. 29.

[2]– أنظر : (صفيان) خالي، المرجع نفسه، ص. 28.

الفرع الأول
حجية أصل الورقة الرسمية التقليدية

إنّ الحجية مفترضة في الورقة الرسمية بحكم القانون متى كان مظهرها الخارجي سليما و لا يشوبها أي اختلال في الشروط، فلا يلزم من يتمسك بها ان يقيم الدليل على صحتها، هذا ما جاء به المشرع الجزائري في المادة من 324 مكرر 5: " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، و يعتبر نافذا في كامل التراب الوطني " [1] .

أولا : الحجية من حيث الأشخاص

يندرج تحت مظلة مصطلح الاشخاص في موضعنا هذا كل من الاطراف المعنيين بالورقة الرسمية في الدرجة الاولى وكذا الغير الذي لا يعتبر طرف في المحرر، هذا ما جاء في المادة 324 مكرر 6 من القانون المدني الجزائري التي تنص : " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الاطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن " [2].

نلاحظ أنّه في محتوى المادة السالفة الذكر باللغة العربية ذُكر مصطلح حجة بينما النص باللغة الفرنسية [3] جات بعبارة « fait pleine foi »، أي بمعنى حجية مطلقة، فإذا اعتمدنا على النص العربي الذي جاء بحكم سليم، والذي لا يستفاد منه أنّ الحجية مطلقة، وإنّما حجية غير قاطعة يمكن دحضها عن طريق الطعن بالتزوير، أمّا إذا اعتمدنا على النص باللغة الفرنسية، الذي يعتبر الحجية مطلقة، فتصبح المادة غير سليمة و متناقضة [4]، زيادة على ذلك ما جاء في نص المادة 324 مكرر 7 من القانون المدني الجزائري على النحو التالي : " يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة شريطة ان يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء ... " [5] .

---

[1] – أنظر: الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق .

[2] – أنظر: الأمر نفسه .

[3] -Article 324 bis 6 du code civile algérien : " L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers et ayants cause ."

[4] – انظر: (أحمد) ميدي، المرجع السابق، ص ص. 44–45.

[5] – انظر: الأمر رقم 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

من خلال هاتين المادتين يتضح لنا أنّ المحرر الرسمي حجة على الناس كافة، أي فيما بين المتعاقدين، وكذلك في مواجهة الغير[1]، ولا يجوز لذوي الشأن أو الغير نقض الحجية الرسمية للمحرر إلا بإثبات التزوير بالطرق المقررة قانونا [2]، أمّا إذا كان ما يراد نقضه من البيانات لا تثبت له صفة الرسمية إما لأنه صادر من ذوي الشأن أو لأنه صادر من الموظف العام ولكن خارج حدود اختصاصه فإن هذه البيانات يمكن إثبات عكسها بالطرق العادية [3]، الغير الذي يحتج عليه بالمحرر الرسمي هو نفس الغير الذي يحتج عبيه بالتصرف القانوني والخلف الخاص. فالغير الذي يسري عليه هذا التصرف كدائن أحد طرفي التصرف هو وحده الذي يحتج عليه بالمحرر الرسمي المثبت لهذا التصرف، امّا الغير الذي لا يسري عليه التصرف فلا يحتج عليه بالمحرر الرسمي المثبت له [4].

كما جاء في قرار المحكمة العليا أنه "حيث ...إذا كانت حجية الورقة الرسمية في الإثبات هي حجية على الناس كافة، أي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير معا، فإنه يجب التفرقة بين الوقائع التي أثبتها الموثق مما جرى تحت سمعه وبصره والتي فيها مساس بأمانة الموثق وهذه حجيتها مطلقة ولا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير أمّا الوقائع التي ينقلها ذوي الشأن فيجوز الطعن فيها عن طريق إثبات عكسها دون حاجة إلى الطعن في الورقة ذاتها بطريق التزوير " [5].

إذن يجب التمييز في حجية الورقة الرسمية بالنسبة للغير وحجيتها بين الطرفين، وبين صحة صدور ما ذكر الموثق أنّه رآه، أو سمعه بأذنه، أو تحقق منه بنفسه، و بين صحة الوقائع و القرارات التي أثبت الموثق ورودها على لسان أصحاب الشأن فالتشكيك بصحة الأولى يمس بأمانة الموثق وصدقه ومن ثم لا يجوز الانكار إلا عن طريق الطعن بالتزوير، أمّا انكار صحة الثانية، فيما اذا كانت جدية أم صورية، فليس به مساس بأمانة الموثق ومن ثم جاز إنكارها، دون الطعن بالتزوير ويكفي تقديم دليل[6].

---

[1]– للتفصيل في الموضوع أنظر كذلك : (عبد الله أحمد) فروان، المرجع السابق، ص. 156.

[2] – أنظر: (محمد حسين) منصور، المرجع السابق، ص. 63.

[3] – أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق، ص. 60.

[4] – أنظر: (محمد حسين) منصور، المرجع السابق،ص ص.63–64.

[5] – أنظر: المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 1905114 ، المؤرخ في 29 مارس 2000، المجلة القضائية ، عدد 01 ، الجزائر ، سنة 2000 ، ص. 154.

[6] – أنظر: (فتحي عبد الرحيم) عبد الله ، (أحمد شوقي محمد) عبد الرحمن، شرح النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الثاني دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص.366 .

ثانيا : الحجية من حيث المضمون(الموضوع)

يعتبر المحرر الرسمي حجة بما دون فيه من أمور قام بها محرره في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا بحيث يرى الاتجاه الغالب في الفقه ضرورة التفرقة بين نوعين من البيانات التي يتضمنها المحرر الرسمي [1] :

البيانات الصادرة من الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة لها حجية مطلقة على الناس كافة، ولا يمكن دحض حجيتها إلا عن طريق التزوير، تشمل نوعين من الوقائع النوع الأول يتمثل فيما يقوم الموظف بتدوينه في حدود مهمته ومثال ذلك؛ تاريخ الورقة، ومكان توثيقها، والتأكد من أهلية وتوقيع ذوي الشأن، وتوقيع الموثق، أضف إلى ذلك ما يصدر من ذوي الشأن من بيانات في حضور الموظف العام كإقرار المؤجر أنّه تسلم مقابل الإيجار، إقرار المشتري أنّه تسلم المبيع [2] وبعبارة أخرى، الأمور التي دونها الموظف بنفسه، أو وُقِّعت من ذوي الشّأن في حضوره، بحيث يمكنه إدراكها بسمعه وبصره [3] .

أمّا النّوع الثاني يتمثل في البيانات التي تصدر من الأطراف، دون حضور الموظف أو الموثق بناءًا على وقائع أو تصرفات، تمت خارج مجلس العقد، ويقتصر عمل الموظف على تدوين تصريحاتهم دون أن يتحقق من صحتها، فهذه البيانات لا تكون لها حجية المحرر الرسمي لأنها لا تدخل في صميم عمله وبالتالي يمكن دحض حجيتها بإثبات عكسها بالطرق المقررة قانونا هذا ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه أنّه : " من الثابت قانونًا وقضاءًا، أنّه إذا كان للعقد الرسمي قوة ثبوتية حتى يطعن فيه بالتزوير فيما يخص المعاينات التي قام بها الموثق نفسه فإنّ المعلومات الأخرى المعطاة من قبل أطراف العقد تكون لها قوة اثباتية إلى غاية تقديم الدليل العكسي، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الفريضة التي تم على أساسها البيع أمام الموثق لم تكن تشمل جميع الورثة الرئيسيين، بتعمد من المدينين فهذا يشكل غشا من شأنه أن يؤدي إلى بطلان البيع و من ثمة فان قضاة المجلس كانوا على صواب لما أبطلوا عقد البيع مسببين قرارهم تسببا كافيا و منه يستوجب النقض " [4] .

---

[1] – أنظر: (محمد حسين) منصور، المرجع السابق، ص. 64.

[2] – أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق، ص ص. 58–59.

[3] – أنظر: (محمد حسين) منصور، المرجع السابق، ص.64.

[4] – أنظر: المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 148561 المؤرخ في 30 افريل 1997 ، مجلة قضائية، العدد 2 1997 ، ص. 47.

أمّا بالنسبة لواقعة الإدلاء بهذه الاقرارات، مثلا لو أقر أحد المتعاقدين أنّه باع، وأقر الآخر أنّه أدى الثمن أثبت الموثق هذين الإقرارين و كان إثباته لهما دليل على الإدلاء بهما، لا على صحة الوقائع التي تنطوي عليه، وعلى ذلك لا يستطيع أي منهما أن ينكر إقراره إلّا إذا طعن بالتزوير، أمّا إذا ادعى البائع أنّ البيع كان صوريًا، فإنّ له أن يثبت ذلك بالطرق العادية، دون حاجة إلى الطعن بالتزوير، فواقعة الإقرار تثبت لها صفة الرسمية لأنها صدرت أمام الموثق، ولكن هذا لا يمنع البائع بعد ذلك أن يثبت بالطرق العادية أنّه لم يقبض الثمن، لأنّ واقعة قبض الثمن لم تقع أمام الموثق [1] .

من ثم فالشخص الذي يحتج عليه بالمحرر الرسمي يستطيع أن يطعن في البيانات الصادرة من ذوي الشأن بالغلط، أو التدليس، أو الإكراه، أو الصورية، وله أثبات ذلك وفقًا للقواعد العامة في الإثبات، ذلك أنّ الموظف العام ليس من مهمته، كما ليس باستطاعته أن يتحقق من اتفاق بين الطرفين قد صدر عن حرية واختيار، وأنّ البيانات التي أدلى بها ذوي الشأن صحيحة غير صورية ذلك لأنّ المحرر لم يعد لإثبات هذه الأمور، كما أنّ الموظف العام لا يمكنه أن يثبت إلّا ما رأى وما سمع، وعلى ذلك فكل ما لا يكون له مظهر خارجي محسوس، لا يدخل في مهمته [2].

يتضح مما تقدم أنّ البيانات الصادرة عن ذوي الشأن والتي يدونها الموظف تبعا لإقراراتهم فقط دون أن يكون عليه التحقق من صحتها، وليس باستطاعته ذلك، يمكن إثبات عكسها وفقا لقواعد الاثبات العادية، دون حاجة إلى الطعن بالتزوير، لأنّ الطعن في صحة هذه البيانات لا يتضمن مساسا بأمانة الموظف وصدقه، ووفقا لقواعد الإثبات المشار إليها، ولما كانت هذه البيانات قد أُثبتت في المحرر كتابة فإنّه لا يجوز إثبات عكسها بين ذوي الشأن إلا بالكتابة أيضًا، أو بمبدأ ثبوت بالكتابة مستكملا بالبينة أو بالقرائن [3].

فالجدير بالذكر أنّ القوة التنفيذية للسند الرسمي تختلف بحسب ما إذا كان الموظف قد تحقق منها شخصيا، أو اكتفى بتدوين تصريحات أصحاب العلاقة، وعلى هذا نستنتج أنّ البيانات، الواردة في السند الرسمي وتحقق الموظف منها بنفسه، تكون لها حجية مطلقة في الإثبات حتى الإدّعاء بتزويرها، أمّا

---

[1] – أنظر : (فتحي عبد الرحيم) عبد الله ، (أحمد شوقي محمد) عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 365.

[2] – أنظر : (محمد حسن) قاسم،الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دون طبعة، الدار الجامعية لنشر والطباعة ، لبنان، 2003، ص.143.

[3] – أنظر : (عبد الرزاق) السنهوري، المرجع السابق ، ص. 202.

البيانات التي لم يتحقق منها الموظف بنفسه، فتكون ثابتة حتى إقامة الدليل على عكسها، والحكمة من ذلك تعود للثّقة الملازمة للموظف العام [1].

الفرع الثاني
حجية صور الورقة الرسمية التقليدية

أُسندت للموثق مهمة حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها لإيداع حسب القانون 06-02 المنظم لمهنة التوثيق، من خلال المادة 10 التي تنص على ما يا يلي : " يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يستلمها للإيداع و يسهر على تنفيذ الاجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا " [2]، أي أن أصل العقود* تظل محفوظة في مكتبه ولا يسلم إلا صور منها فالمادة 11 من نفس القانون نصت على أن " يقوم الموثق ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون بتسليم نسخ تنفيذية للعقود التي يحررها، أو نسخ عادية منها أو المستخرجات، والعقود التي لا يحتفظ بأصلها " [3] .

أولا : حالة وجود أصل الورقة :

تنص المادة 325 من قانون المدني الجزائري على ما يلي :"إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا، فإنّ صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، وتعتبر الصورة المطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، فإن وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل " [4].

---

[1] – أنظر: (إلياس) أبو العيد، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية و الجزائية، الجزء الأول، دون طبعة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005، ص.139.

[2] – أنظر: قانون 06-02 المتضمن مهنة التوثيق، المرجع السابق .

*– أنظر: (صفيان) خالي، المرجع السابق ، ص. 32. الأصل هو الذي يحمل توقيعات أصحاب الشأن والشهود وغيرهم ممن تمت الاستعانة بهم و يحتفظ بها في مكاتب التوثيق، أمّا الصورة فلا تحمل هذه التوقيعات بل هي منقولة عن الأصل بواسطة موظف عام مختص و هذا ما يعطيها صفة الرسمية، إلّا إن الأمر الذي يطرح نفسه في هذا المقام هي القيمة الثبوتية لهذه الصور.

[3] – أنظر: قانون 06-02 المتضمن مهنة التوثيق، المرجع السابق.

[4] – أنظر: الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

يفهم من نص هذه المادة أن الصورة الرسمية للأصل تكون لها حجية الأصل، سواء كانت خطية أو فوتوغرافية، ولإعطائها هذه الحجية يشترط أن تكون مطابقة للأصل ولا يقصد هنا أن تكون صورة رسمية منقولة مباشرة من الأصل، بل يكفي أن تكون رسمية فقط وذلك بأنّ تكون منقولة عن صور الأصل [1]، فيجب أن يكون أصل الورقة الرسمية موجودًا، أي محفوظا حتى يمكن الرجوع إليه عند الحاجة، وعلة ذلك أنّه لا قيمة للصورة أو النسخة الخطية في حد ذاتها، وإنّما تستمد قيمتها من مدى مطابقتها للأصل، ومن ثم فإنّ بإمكان الخصم الذي يحتج عليه بصورة رسمية أن يطلب إحضار الأصل ولا يشترط القانون أي شكل في ذلك، ويلزم القاضي بالأمر بإحضارها، ولا يستطيع الإمتناع عن ذلك بحجة أنّ الصورة تشتمل على ضمانات تدل على مطابقتها التامة للأصل [2].

ثانيا : حالة انعدام أصل الورقة

تنص المادة 326 من القانون المدني بما يلي : "إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي : يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية، حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل. ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية، الحجية ذاتها، ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين ، أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية.

أمّا ما يُأخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى، فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف " [3]، فمن خلال هذه المادة نستنتج أنّ المشرع فرق بين ثلاث أنواع من الصور[4] حتى يكون للصّورة حجية :

أ ـ الصورة الرسمية الأصلية المأخوذة من الأصل

وهي الصورة التي أخذت مباشرة عن أصل السند الرسمي بواسطة موظف عام مختص [5]، ويستوي أن تكون صورة تنفيذية أو صورة غير تنفيذية ، فالصورة التنفيذية هي التي تنقل عن الأصل

---

[1]– أنظر: (سفيان) خالي، المرجع السابق، ص. 33.

[2]– أنظر: (يحي) بكوش، المرجع السابق، ص. 122.

[3]– أنظر: الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[4]– أنظر: (أحمد) نشأت، المرجع السابق، ص. 252.

[5]– أنظر: (عباس) العبودي، المرجع السابق، ص. 133.

مباشرة وتوضع لها الصيغة التنفيذية أما غير التنفيذية[1] هي التي تنقل عن الأصل مباشرة عقب التوثيق وتسمى النسخ وتعطى لذوي الشأن، والصورة الأصلية البسيطة تنقل عن الأصل مباشرة [2]، كما يستوي أن تكون صورة أصلية أولى أو تالية لها [3].

جميع هذه الصور، تستفيد من حجية الأصل المفقود، متى كان مظهرها لا يدع مجالا للشك في مطابقتها للأصل، بمعنى أنّها لا تستمد الحجية من الأصل غير الموجود، بل منها ذاتها، مادام ظاهرها سليما، و يكون هنا المشرع قد أورد استثناء على القواعد العامة، معتمدا على الظاهر الذي لا يؤدي دائما إلى الصواب، لا سيما مع التطور السريع في مجال استعمال جهاز سكانير وآلة الاستنساخ الملونّة وآلات الطباعة المختلفة الأشكال والألوان، أمّا إذا كان مظهرها الخارجي يبعث على الشك، في أن يكون قد عُبث بها، كما إذا وجد بها كشط أو محو، أو تحشير، فإن الصورة تسقط حجيتها في هذه الحالة [4].

ب ـ الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية

نصت عليها المادة 326 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري، و هي صورة رسمية أيضًا صادرة عن موظف مختص و منقولة عن الصورة الرسمية الأصلية لا عن الأصل مباشرة، سواء كانت خطية ام فوتوغرافية، فالصورة في هذه الحالة الثانية ليست الصورة الرسمية الأصلية، و إنّما هي صورة رسمية منقولة بطريق غير مباشر عن الأصل الرسمي [5]، وهذا ما أضعف من حجية هذه الصورة الرسمية و جعل قوتها في الإثبات ليست ذاتية بل مرتكزة على الصورة الرسمية الاصلية و هذا ما أدى بالمشرع أن يقرر لها ذات الحجية المقررة للصورة الأصلية ، غير أنّه لمن يحتج تجاهه بهذه الصورة الرسمية أن ينازع في مطابقتها لصورة الاصلية و يطلب مطابقتها بها [6] .

---

[1]– : (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق، ص. 63. لا تعطى الصورة التنفيذية إلاّ لمن يعتبر دائنا في الورقة بالتزام يجب على الطرف الآخر ان ينفذه المشتري الذي لم يتسلم المبيع، فيأخذ صورة تنفيذية لتنفيذ العقد و تسليم المبيع، والبائع الذي لم يقبض الثّمن، امّا ذو الشأن في الورقة الذي لا يكون دائنًا بالتزام لم يتم تنفيذه فتعطى له صورة غير تنفيذية.

[2]– أنظر : (إسمهان) بن حركات، (زرقة) ملكمي، أدلة الاثبات ذات الحجية المطلقة أمام القاضي المدني، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، دفعة السادسة عشر، 2008 ، ص. 23.

[3]– أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق، ص. 63 ، أنظر كذلك : (أحمد) ميدي، المرجع السابق، ص 52.

[4]– انظر: (أحمد) ميدي، المرجع نفسه، ص. 53. انظر كذلك : (أحمدعبد الرزاق) السنهوري، المرجع السابق ، ص 168.

[5]– أنظر: (محمد حسن) قاسم، المرجع السابق، ص.151.

[6]– أنظر: (نبيل ابراهيم) سعد، (همام محمد) زهران، المرجع السابق، ص.216.

وهنا يُثار التساؤل عن الحكم في حالة إذا كانت الصورة الأصلية مفقودة، حيث انقسم رأي الفقهاء في هذا الشأن، فهناك من يعتبرها في حكم الصورة الأصلية المأخوذة من صورة أصلية مفقودة وتكون لها حجية الصورة الأصلية متى كان مظهرها الخارجي لا يدع مجالا للشك في مطابقتها لها، وهناك من يرى انه امام سكوت النص، أنّه ليست لها حجية محددة، ولا يعتد بها، إلا على سبيل الاستئناس، شأنها شأن الصورة المأخوذة من الصورة الاصلية، وهناك من يرى أنّ الصورة غير الأصلية في هذه الحالة تكون لها قيمة مبدأ ثبوت بالكتابة على الأقل [1].

ج ـ الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية

تنقل عن صورة رسمية غير أصلية، فتتمثل في الصورة الثالثة للأصل أي صورة صورة الصورة[2]، وفي هذا الوضع يزداد التباعد بين الصورة الأصلية و الأصل، وقد وردت هذه الحالة في الفقرة الثالثة للمادة 326 من القانون المدني الجزائري، وقررت عدم الاعتداد بها إلاّ لمجرد الإستئناس تبعا للظروف، أي أنّها لا تصلح إلّا أن تكون قرائن يستنبط منها القاضي ما يراه ملائما [3].

ما يمكن إضافته عن المحررات الرسمية، باعتبارها ذات قوة مطلقة في الإثبات، إلا أنّها تتمتع زيادة على ذلك بالقوة في التنفيذ، ومن ثمة يجوز لصاحب المصلحة أن يطلب وضع الصيغة التنفيذية على الصورة الأصلية للمحرر فتسمى بذلك النسخة التنفيذية، ومن شأن ذلك أن يسمح في حالة عدم وفاء المدين بالتزامه، أن يقوم الدائن الثابت حقه في المحرر الرسمي، بتنفيذ هذا الحق جبرًا عنه، دون الحاجة إلى استصدار حكم من القضاء بحقة، و الصيغة التنفيذية التي توضع على المحرر الرسمي هي عبارة عن أمر موجّه للجهات التي يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه، ولها استعمال القوة العمومية إذا لزم الأمر[4].
الأمر [4].

---

[1]– أنظر: (أحمد) ميدي، المرجع السابق، ص. 54.

[2]– أنظر: (محمد حسن) قاسم، المرجع السابق، ص. 152.

[3]– أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق، ص. 64.

[4]– أنظر: (عبد الرحمان) ملزي، المرجع السابق، ص.17.

المطلب الثاني
حجية الكتابة الرسمية الإلكترونية

لم يعرف المشرع الجزائري التعامل بالاثبات بالكتابة الالكترونية إلّا بعد تعديل القانون المدني لسنة 2005، فقد اقر بها ومنحها نوع خاص من الحجية وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب باتباع التقسيم التالي :

الفرع الأول : حجية أصل المحرر الرسمي الالكتروني .

الفرع الثاني : حجية المستخرجات والصور الإلكترونية.

الفرع الاول
حجية أصل المحرر الرسمي الإلكتروني

حسب تعديل 2005 للقانون المدني الذي جاء بأحكام عامة تتعلق بشكل جديد للإثبات عن طريق الكتابة الإلكترونية، التي أقرّ بها المشرع الجزائري، وصرّح بمبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية، وبالتالي تم تقسيم هذا الفرع كما يلي :

أولا : مبدأ التعادل الوظيفي

تنص المادة 323 مكرر 1 منه : "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق ، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها " [1] . وتقابلها المادة 1316 من قانون المدني الفرنسي التي تنص " الكتابة في الشكل الإلكتروني لها نفس حجية الكتابة على دعامة الورقية مع مراعاة قدرتها على تعريف الشخص الذي اصدرها، وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في شروط تدعوا إلى الثقة " [2].

[1]– أنظر : الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، المرجع السابق.

[2] -Art. 1316-1 « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité » la loi 2000/230 pré -cité.

يفهم من نص المادة أنّ المشرع الجزائري أخذ بمبدأ التعادل الوظيفي، و الذي يقصد به أن المشرع لا يفرق بين القوة الثبوتية للكتابة في الشكل التقليدي و الكتابة في الشكل الإلكتروني طالما إستطاعت أن تؤدي الوظيفة والمهمة التي يتطلبها القانون ، متى توافرت الشروط المحددة، ومعنى هذا أنّه لا عبرة بالدعامة التي تحوي هذه الكتابة، إذ الأمر سواء، مادام المشرع قضى بأنّ الكتابة في الشكل الالكتروني لها نفس الحجية مع الكتابة في الشكل الورقي[1]، متى أمكن التأكد من الشخص الذي أصدرها، وأنها محفوظة في ظروف تضمن سلامتها، و بعبارة أخرى فإنّ المشرع أقرّ بالإثبات عن طريق الكتابة، فاتحًا المجال لشكلها أو لأسلوبها وحتى الدعامة التي تصاغ عليها، مجسدًا مبدأ الفصل ما بين الكتابة والدعامة التي تحملها [2].

بالتالي الحجية تكون بالتفصيل الذي سبق وقد تم التعرض له آنفًا، فالمهم إذا ليس شكل النسخة ورقيا كان أو إلكترونيا وإنما الأهم هو التأكد من المحرر وحفظه بوسائل تضمن سلامته من كل تغيير قد يدخل عليه. وقد ورد في المادة 9 من القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية في فقرته الثانية ما يلي : " يعطى للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الاثبات، وفي تقدير حجية رسالة البيانات في الاثبات، يولي الاعتبار لجدارة الطريقة التي استخدمت في انشاء او تخزين أو إبلاغ رسالة البيانات بالتعويل عليها، ولجدارة الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات بالتعويل عليها، وللطريقة التي حددت بها هوية منشئها، ولأيّ عامل آخر يتصل بالأمر " [3].

ثانيا : أساس حجية المحرر الإلكتروني الرسمي

أساس حجية المحرر الالكتروني الرسمي هو تدخل الموظف العام، فهذا الأخير إن كانت تنظمه لوائح وقرارات، بما تفرضه من تفصيلات فنية وتقنية، قد تصل إلي حد إسناده مهمة القيام بمقتضيات الرسمية إلى مقدم الخدمات الإلكترونية المتعلقة بالكتابة، والتوقيع الإلكتروني، والتوثيق ،عندئذ يكتسب المحرر الإلكتروني الرسمي نفس حجية المحرر الرسمي الورقي، ويكون كذلك لما يضعه القانون من ثقة وأمانة وصدق في الموظف العام الذي صدر عنه المحرر، باعتباره يمثل الدولة في حدود اختصاصه هو ما يقتضي منح حجية قوية في الإثبات للمحرر الرسمي، سواء كان ورقياً أم إلكترونيا[4].

---

[1]- Muriel (Fabre-magnan) , op.cit. , p.243. L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au méme titre que l'écrit sur support papier .

[2] – أنظر: (سفيان) خالي، المرجع السابق، ص ص. 40-41.

[3] – أنظر: قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، المرجع السابق.

[4] – أنظر: (محسن عبد الحميد ابراهيم) البيه، دور المحررات الإلكترونية في الاثبات في القانون المصري، ص. 151.

ما يمكن استخلاصه أنّه بتوفر الشروط اللازمة للكتابة الرسمية الالكترونية المتمثلة في الكتابة والتوثيق، وامكانية الحفظ والإسترجاع، وكذا امكانية تحديد هوية الأطراف، وهذا بالتوقيع الإلكتروني، تقوم حجية للمحرر الالكتروني الرسمي، ولكن بتخلف أحد الشروط خاصة التوثيق، يفقد المحرر حجيته كمحرر رسمي ويصبح محرر عرفي إن صح فيه التوقيع الإلكتروني وهذا ما سنراه في الفصل الثاني.

الفرع الثاني
حجية المستخرجات والصور الإلكترونية

تختلف حجية صور المحررات التقليدية عن حجية صور المحررات الإلكترونية وللتمييز بينهما ارتأينا تقسيم هذا الفرع كما يلي :

أولا : حجية المستخرجات الإلكترونية

فى ظل تقنية الكتابة الإلكترونية يلاحظ أن أصل المحرر مثل الصورة، بل ويختلطان على وجه يصعب الفصل بينهما فصلاً دقيقاً بحيث يمتد أصل المحرر فيشمل ما هو مثبت داخل الأجزاء الصلبة فى الجهاز، كما يمتد ليشمل ما هو من مخرجات الجهاز فى شكل غير ورقي، وهكذا يتضح أن المفهوم الذى تطرحه البيئة الإلكترونية بشأن" الأصل" يجب أن يُفهم باعتباره محاكاة أو معادل لفكرة الأصل المعروفة فى القانون وليس تطبيقاً لفكرة " الأصل الورقي" [1].

ثانيا : حجية صور المحررات الإلكترونية

نصت المادة 16 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري على هذه الحالة و جاءت كالآتي: " الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي حجة على الكافة بالقدر الذى تكون فيه مطابقة لأصل هذا المحرر ، وذلك ما دام المحرر الإلكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة الإلكترونية " [2]، فالصورة الورقية للمحرر الإلكتروني تتمثل في الصورة المنسوخة على الورق عن المحرر الإلكتروني الرسمي، و النقل يتم بواسطة موظف عام مختص، حتى في الصورة الرسمية،

---

[1]– أنظر: (محسن عبد الحميد ابراهيم) البيه، المرجع السابق ، ص.175.

[2]– أنظر: القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني، المرجع السابق.

والفرق بين الأصل والصورة هو أنّ أصل المحرر الإلكتروني دعامته إلكترونية، أمّا الصورة الرسمية المنقولة عنه فدعامته ورقية، وتطبق عليها نفس أحكام صور المحرر الرسمي التقليدي التي سبق وتعرضنا لها في الفرع الثاني تحت عنوان حجية صور الورقة الرسمية التقليدية.

الفصل الثاني

النظام القانوني للكتابة العرفية كدليل للإثبات

الفصل الثاني
النظام القانوني للكتابة العرفية كدليل للإثبات

لم يرد في القانون المدني الجزائري سواء قبل أو بعد التعديل تعريف واضح للكتابة العرفية، إنّما ما هو متفق عليه انتفاء صفة الرسمية في هذا النوع من الكتابة، وهذا راجع إلى مصدرها، بحيث تُحرر من طرف أفراد عاديين، فلا دخل لموظف عام أو مكلف بخدمة عامة في صياغتها، والأوراق العرفية نوعان: أوراق عرفية معدة للإثبات، وأوراق عرفية غير معدة للإثبات، وعلى هذا الأساس ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، كما يلي :

المبحث الأول : الكتابة العرفية المعدة للإثبات

المبحث الثاني : الكتابة العرفية غير المعدة للإثبات

المبحث الأول
الكتابة العرفية المعدة للإثبات

قد يتفق الأطراف على صياغة محرر عرفي، لغرض إثبات تعامل أو تصرف ولكن يجب أن يستوفي على مقومات حتى يعتد به كدليل إثبات، ومن هنا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : مقوّمات المحرر العرفي المعد للإثبات

المطلب الثاني : حجية المحرر العرفي المعد للإثبات

المطلب الأول
مقومات المحرر العرفي المعد للإثبات

يكون المحرر العرفي معدًا للإثبات، إذا كان الهدف من إعداده إقامته كدليل لتصرف قانوني معين، فيجب أن يكون التصرف الذي يتضمنه هذا المحرر مكتوبًا وموقعًا، وعليه سوف نتناول هذا المطلب في فرعين كالآتي :

الفرع الأول: الكتابة

الفرع الثاني: التوقيع

الفرع الأول
الكتابة

يشترط في المحرر العرفي المعد للإثبات، أن يتضمن كتابة تدل على الغرض الذي أُعد من أجله، أي تكون الكتابة واردة على الواقعة التي أعد هذا المحرر ليكون دليلا عليها، سواء كانت واقعة قانونية أو واقعة مادية، وقد تم تقسيم هذا الفرع إلى :

أولا : الكتابة التقليدية

نص عليها المشرّع الجزائري في المادة 327 من القانون المدني كما يلي : " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه ..." [1]، و المقصود بالكتابة التقليدية تلك التي تكون على دعامة ورقية، وليس لازمًا أن يتولى الأطراف المتعاقدون تحريرها بأنفسهم، بل يمكن أن يقوم بذلك أي شخص كان، ولا يهم طريقة أو وسيلة أو أسلوب أو لغة الكتابة، كما لا يشترط فيها حضور الشهود*، ولا يُعيب المحرر العرفي وجود تحشير أو إضافات أو كشط، عكس ما هو الحال بالنسبة للكتابة الرسمية [2]، أما بالنسبة لكتابة التاريخ فلا يعتبر شرطا في الورقة العرفية، ولكن هذه الأخيرة لا تكون حجة على الغير، إلّا إذا كان لها تاريخ ثابت .

أضف إلى ذلك أنّ انعدام التاريخ على الورقة قد يثير بعض المشاكل حتى بين الأطراف، فقد يحدث أن تتغير حالة أحدهم بفقدان أهليته أو نقصها، وبالتالي فالتاريخ يلعب دورا هاما في معرفة ما إذا كان تغير حالته قد حدث قبل أو بعد إبرام التصرف الذي تضمنته الورقة العرفية [3]، كما أنه في بعض الحالات يكون التاريخ إلزاميا [4]، وذلك بنص قانوني، كما هو الحال في الأوراق التجارية هذا ما نصت عليه المادة 390 من القانون التجاري التي جاءت كالآتي : " تشمل السفتجة على البيانات

---

[1]– أنظر: الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

*– قد يساهم الشهود في إنشاء الورقة العرفية ، ولكن هذه المساهمة لا يزيدها شيئا من الحجية ، ومع ذلك فقد يكون توقيع الشهود على الورقة العرفية مفيدا ، لاحتمال أنه في حالة وقوع إجراءات مضاهاة الخطوط عليها يستدعى هؤلاء للتأكد من المصدر الحقيقي للورقة المتنازع فيها ، كما أن وفاة أحد الشهود الذين وقعوا على الورقة العرفية يعطي لها تاريخا ثابتا ، حسب المادة 328 من القانون المدني.

[2]– أنظر: (صفيان) خالي، المرجع السابق ، ص.11 .

[3]– أنظر: (يحيى) بكوش، المرجع السابق، ص ص. 128–129.

[4]– أنظر، (فتحي عبد الرحيم) عبد الله، (أحمد شوقي محمد) عبد الرحمان، المرجع السابق، ص. 376 .

التالية : ... تاريخ انشاء السّفتجة ومكانه ...إذا خلا السند من أحد البيانات المذكورة في الفقرات المتقدمة فلا يعتد به كسفتجة " [1]، بحيث أنها تجعل من بين البيانات التي تشملها السفتجة، ذكر تاريخ إنشائها و تاريخ الإستحقاق، و نفس الشيء بالنسبة للسّند لأمر وذلك في المادة 465 من نفس القانون جاءت كالآتي : " يحتوي السند لأمر على :... وتاريخ الذين حرر فيهما السند..."، وكذا المادة 472 المتعلقة بإنشاء الشيك، ولكن في حال ما إذا تعددت التواريخ في المحرر العرفي فإنّ التاريخ الأخير هو الذي يجب أخذه بعين الإعتبار إلّا إذا ثبت تزويره [2].

أمّا بالنسبة للمكان، فإنّ القانون لا يشترط ذكر المكان الذي حررت فيه الورقة العرفية، ولكن قد يكون ذا أهمية خاصة، لأنّ المكان إذا تمّ ذكره كان ذلك قرينة على أنه هو المكان الحقيقي الذي أبرم فيه العقد، ولذا فقد تترتب عليه نتائج هامة خاصة ما يتعلق بالإختصاص المحلي في حالة النزاع، كما لا يجب أن تكون اللغة المكتوب بها على الورقة العرفية هي اللغة الوطنية ضرورة، عكس الورقة الرسمية فيمكن تحرير ورقة عرفية باللغة العربية أو أية لغة أجنبية أخرى.

ثانيا : الكتابة الإلكترونية

النوع الثاني من الكتابة يتمثل في الكتابة الإلكترونية، فالمحررات العرفية الإلكترونية تتمثل في بيانات و معلومات يتم تبادلها من خلال وسائل الكترونية، سواء كانت من خلال شبكة الأنترنت أو من خلال الأقراص الصلبة، أو شاشات الحاسب الآلي أو أيّة وسيلة إلكترونية، فهي متمثلة في البيانات التي يتم تبادلها من خلال المراسلات، التي تتم بين طرفي العلاقة لتوصيل المعلومة بينهما أو إثبات حق أو قيام بعمل، فهو محرر عادي يختلف فقط من ناحية الوسيلة فقط [3].

إنّ اشتراط الكتابة شيء بديهي، بدونها يبقى التصرف محصورا بين أطرافه، و يصعب في حالة النزاع إقامة الدليل عليه [4]، فضلا عن ذلك فالمشرع الجزائري اعتبر الإثبات بالكتابة في شكلها

---

[1]- أنظر: الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم ب قانون رقم 05-02 المؤرخ في 6 فيفري 2005 جريدة رسمية عدد 11 المؤرخة في 09 فيفري 2005 .

[2]- أنظر: (يحي) بكوش، المرجع السابق، ص. 129.

[3]- أنظر: (أحمد) خروبي، الاثبات بالمحررات الالكترونية "دراسة مقارنة"، مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر، 2009، ص.11.

[4]- أنظر: (عباس) العبودي، المرجع السابق ،ص. 136 .

التقليدي كالإثبات بالكتابة الإلكترونية، وعليه فإن المحررات العرفية يمكن أن تصاغ في قالب إلكتروني، ولقد سبق وأن تمّ تعريف الكتابة الإلكترونية في الفصل الأول، وإذا انعدم فيها شرط التوثيق، تصبح الكتابة الإلكترونية الرسمية كتابة عرفية، أي أن يتم التخلي عن شهادة التصديق فهي التي تضفي صفة الرسمية على المحرر الإلكتروني، فبعدم وجودها نكون أمام محرر إلكتروني عرفي.

الفرع الثاني
التوقيع

يعتبر التوقيع الشرط الأساسي والجوهري في المحرر العرفي، لأنه يتضمن إقرار الموقع لما هو مدون فيه، ودليل على حصول الرضا في إنشائه، ولو لم يكن مكتوبا بخطه، فبالتوقيع على المحرر يتعين عليه الإلتزام بما جاء فيه [1]، وعلى هذا الأساس سنتناول هذا الفرع كالتالي :

أولا : التوقيع اليدوي

يعتبر التوقيع اليدوي أو التقليدي علامة خطية و شخصية، يمكن من خلالها تحديد هوية الموقّع، فهو كما يقول البعض ترجمة لكلمة أو علامة تميز شخصية الموقّع، وتتكوّن هذه العلامة من إحدى الخواص الإسمية للموقع هما إسمه ولقبه، فالإسم هو الذي يعبّر عن الشّخص بطريقة واضحة ومحدّدة، وبذلك يكون الإسم هو التّرجمة الحرفية للعلامة [2]، وتكمن أهمية التوقيع في المكانة المتميّزة التي يحتلها فيما يتعلق بالإعتراف بالحجية للورقة العرفية، وإجماع القضاء على اعتباره الشرط الوحيد والجوهري لصحة هذه الورقة[3]، وقد اختلفت نماذج التوقيع فنجد إمّا أن يكون بالإمضاء أو بصمة الأصبع أو الختم، ويوضع التوقيع في آخر الكتابة للدلالة على إطلاع الموقع على مضمونه وإن وجد في مكان آخر فللمحكمة أن تقرر قيمة المحرر[4]، هذا ما سنوضّحه كالآتي :

---

[1]– أنظر: المرجع نفسه، ص.137، أنظر كذلك : أبو العيد (إلياس)، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005، ص.180 و ما بعدها.

[2]– أنظر: (محمد عمار) تيبار، مدى حجية المحرر الالكتروني في مجال الإثبات، ص.25. مقال منشور على لموقع :
www.ac.ly/vb/attachment.php?attachmentid=1168&d=1257714225

[3]– أنظر: (إياد) محمد عارف عطا سده، المرجع السابق، ص. 52.

[4]– أنظر: (محمد) سعدي ، الأدلة الملزمة للقاضي في المواد المدنية، مذكرة تخرج لنيل الاجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السابعة عشر، 2009، ص. 9.

1 ـ التوقيع بالإمضاء

يعد التوقيع بالإمضاء نوعاً من التوقيع التقليدي الأكثر انتشاراً بين الأفراد، ولا يشترط القانون شكلاً معنياً للإمضاء، ولكن يمكن القول أنّه يرد في شكل كتابة حروف، أو رموز أو إشارة أو علامة مقروءة أو غير مقروءة أو خليطًا منهم، غير أنّه لا يشترط أن يكون الإمضاء مقروءاً أو كاشفًا عن إسم صاحبه، بل يصح ولو كانت به أخطاء إملائية، فيكفي أن يدل الإمضاء بصورة كاملة عن شخصية الموقع، بحيث يمكن من خلال الرجوع إليه تمييز شخصية الموقع دون غيره [1]، فالمهم في التوقيع هو دلالته على ذلك الشخص مما يعني صدور المحرر الموقع منه شخصيا [2]، وبالتالي يمكن القول أنّ الشرط الوحيد الملزم في التوقيع بالإمضاء هو أن يكون شخصي، وبخط يد المعني لا غير.

2 ـ التوقيع بالبصمة و التوقيع بالختم

يعتد بالتوقيع بالبصمة* والتوقيع بالختم في المحررات العرفية، خاصة إذا كان المعني به أميًا [3]، وهي في الحقيقة أكثر ضمانا ، فلقد أكّدت الدراسات والبحوث، والتجارب، والإحصاءات العلمية على أنّه لا يمكن أن تنطبق بصمتان لشخصين مختلفين، كما أنّه لا يمكن أن تنطبق بصمة أصبعين لشخص واحد ، فضلا عن ذلك فالبصمات لا تتأثّر بعوامل الوراثة، ولا تتطابق بصمات الآباء مع الأبناء والأشقّاء، ولو كانوا توائم، بل ثبت تنوّع البصمات بالنّسبة لكلّ شخص تنوّعًا لا حدود له بحيث تتميّز بصمات كل شخص بميزات خاصة، ينفرد بها دون أي شخص آخر في العالم [4]، ولا تتغيّر مع مرور الزّمن [5].

---

[1]– أنظر: (محمد) تيبار، المرجع السابق، ص.25.

[2]– أنظر: (محمد حسن) قاسم، المرجع السابق، ص. 159.

*– البصمة عبارة عن شكل مؤلف من مجموعة من الخطوط البارزة، وفراغات بين هذه الخطوط تسمى بالأخاديد (أوالوديان)، لها شكل مميز خاص بكل شخص، تُتم عملية التأكد من الهوية أو التعرف عليها. (صلاح محمد) رحال، نظام التعرف على الهوية باستخدام البصمة، مقال منشور في الموقع :
http://faculty.ksu.edu.sa/Rahal/Arti/Fingerprint%20Recognition%20System.pdf

[3]– أنظر: (عبد الرحيم) عبد الله فتحي، (محمد عبد الرحمان) أحمد شوقي، المرجع السابق، ص. 371.

[4]– أنظر: (آدم وهيب) النداوي، المرجع السابق، ص.231.

[5]– أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق، ص.70.

فالبصمة تمكّن من تحديد هوية الشخص الطبيعي بشكل واضح، ويمكن أن تعبر عن إرادته إذا إختارها كوسيلة للتوقيع، بل يكون معوّلا في العمل على التوقيع بالبصمة عند المضاهاة، أكثر من الإمضاء الكتابي، غير أنّه يؤخذ على هذه الصورة للتوقيع بأنها سهلة التحريف، وخاصة للأشخاص الأميين الذين لا يعرفون القراءة والكتابة، حيث يمكن أن يوقع الشخص بإرادته ولكنه لا يطلع على مضمون المحرر[1].

أمّا بالنسبة للتوقيع بالختم فهو متداول عادة لدى فئة التجار، حيث يكون التوقيع بوضع ختم خاص في شكل توقيع « la griffe » [2]، والختم بالتوقيع يعد كالتوقيع بالإمضاء، ولكن يشترط أن تكون بصمة الختم واضحة ومقروءة [3].

ما يمكن إضافته عن التوقيع اليدوي، أنّه من المستحسن أن يكون في آخر المحرر، بحيث من جهة يدل على رضا موقّعه على كل ما ورد فيه، و من جهة أخرى لكي لا تثور أيّة شبهة حول إضافة شيء بعد التّوقيع، فإنّه ينتج أثره في جعل المحرّر دليلاً كتابيًا في مواجهة موقّعه، و لو تم في هامشه أو أي مكان آخر، ويستوي الأمر فيما إذا كان التّوقيع بعد الكتابة أو قبلها [4]، بحيث يمكن أن يكون التوقيع مقدمًا و هو ما يعرف (التوقيع على بياض) [5]، فقد يقوم الشخص أحيانا بالتوقيع مقدما على ورقة ورقة بيضاء ويسلّمها لدائنه، ليقوم هذا الأخير بكتابة ما تم الإتّفاق عليه، وهذا يحدث عادة في الشّيك أين يقوم المدين بتوقيع شيك لمدينه، وهذا الأخير يقوم بتدوين قيمة الدين المستحق.

القاعدة أنّه إذا تمّت كتابة البيانات بعد التوقيع، صارت للورقة قوّة المحرر العرفي، ذلك أنّ التوقيع السابق مثل التوقيع اللّاحق، يعتبر صحيحًا وملزمًا لصاحبه، طالما صدر عن علم واختيار[6] ولكن ما يلاحظ أنّ هذه الطريقة محفوفة بالمخاطر ونادرة الوقوع، وقد خصّ المشرع الجزائري عقوبة خيانة الأمانة، على كل من أؤتُمن على ورقة موقّعة على بياض فخان أمانتها، وذلك بأن حرر عليها زورًا أو

---

[1]- أنظر: (محمد) تيبار، المرجع السابق، ص.27.

[2]- أنظر: (يحي) بكوش، المرجع السابق، ص.131.

[3]- أنظر: (ابو السعود) رمضان، المرجع السابق، ص.397.

[4]- أنظر: (نبيل إبراهيم) سعد، (همام محمد محمود) زهران، ص. 226، لمزيد من التفصيل أنظر كذلك (عباس) العبودي ، ص. 147 وما بعدها.

[5] -Rémy Cabrillac , 7eme édition Dalloz, paris, 2007, p.18 . La signature peut étre donnée à l'avance (blanc-seing)

[6]- أنظر: (محمد حسين) منصور، المرجع السابق، ص ص. 80-81.

إبراءًا للذّمة، أو أيّ تصرّفٍ آخر غير ذلك الذي اتُّفِق عليه [1]، هذا ما جاء في المادّة 381 من قانون العقوبات التي تنص : "كلُّ من أؤتُمن على ورقة موقّعة على بياض وخان أمانتها، بأن حرّر عليها زورا التزامًا أو إبراء منه..." [2] .

ثانيا : التوقيع الإلكتروني

إنّ ظهور التّوقيع الإلكتروني كمصطلح جديد نتيجة استخدام وسائل الإتّصال الحديثة، والأنترنت التي أحدثت ثورة هائلة في مجال المعلوماتية والإتصالات، أثّر على تعاملات الأفراد في إبرام العقود، حيث لا يجد التوقيع التقليدي بأشكاله المختلفة مجالاً له، أمام انتشار نظم المعالجة الإلكترونية، هذا ما أدّى بالتشريعات القانونية للإعتراف به و تنظيمه، من بينها المشرّع الجزائري، الذي نصّ عليه بعد تعديله للقانون المدني سنة 2005 في المادة 327 فقرة 2 على ما يلي : " يعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 اعلاه " [3]، ولقد سبق وأن تمّ التفصيل في مفهوم التوقيع الإلكتروني، في الفصل الأول، تحت عنوان شروط الكتابة الرسمية الإلكترونية.

أمّا عن جزاء الإخلال بشرط التّوقيع، فباعتبار هذا الأخير هو الشكلية الأساسية اللاّزمة لصحة الورقة العرفية، لأنّه هو وحده الذّي يدلُّ على وجود الرضا في إنشاء أيّ تصرّفٍ قانوني، وبدون هذه الشّكلية، ليس هناك ما يدلّ على وقوع التراضي ، ومن ثمّ فإنّ الورقة تعتبر باطلة بدون التوقيع عليها ومع ذلك فليس من السّهل القول بأنّ الورقة العرفية تفقد كل قيمة لها إذا لم تكن موقّعة، وهذا لأنّ التّوقيع ليس إلّا مجرد قرينة على وجود تصرّف قانوني، بحيث يمكن إثبات هذا التصرف بوسائل أخرى غير التوقيع، وعلى ذلك فيجوز للقاضي أن يستخلص من ورقة عرفية غير موقع عليها، إذا تأكّد من أنّ مضمون الورقة العرفية هو من صنع الطرف الذي يُحتجّ بها عليه، أو من إنشائه و صياغته أو من خطّه الشخصي.

بالرغم من ذلك فقد يثار التّساؤل عندما تكون الورقة مشتملة على التزامات ذات طابع تضامني، كما هو الشّأن في الكفالة، إذا وقّع عليها بعض المتضامنين دون البعض الآخر، ممّا لا شكّ فيه أن توقيع هؤلاء المتضامنين أو بعض منهم، لا يشكّل حجّة على اللّذين لم يوقّعوا على الورقة العرفية، أما إذا

---

[1]- أنظر: (يحيى) بكوش، المرجع السابق، ص. 133.

[2]- أنظر: الأمر رقم 66 -156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرّخ في 20 ديسمبر 2006 جريدة رسمية عدد 84 .

[3]- أنظر: الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. المرجع السابق.

تبيّن من ظروف الدعوى، أنّ عدم توقيع بعض الأطراف ليس امتناعًا عن موافقتهم لمضمونها، أو أنّ ظروفًا خاصّة منعتهم من توقيعها، فإنّه بإمكان القاضي أن يعتبر الورقة حجّة بالنسبة للجميع، وإذا كانت الورقة العرفية مُنشِئة لإلتزام من جانب واحد، فإنّ التّوقيع اللّازم لصحّة الورقة، هو توقيع هذا المُلتزم وحده [1].

المطلب الثاني
حجية المحرر العرفي المعد للإثبات

إنّ استيفاء المحرّر العرفي المعد للإثبات للشّروط السّابقة الذّكر، يجعل منه دليلاً كتابيًا ذا قوّة في الإثبات، وعليه سنتعرّض في هذا المطلب إلى تبيان مدى حجية المحرر العرفي المعد للإثبات، وذلك بتقسيمه إلى ثلاثة فروع كما يلي :

الفرع الأول: حجّية المحرر العرفي من حيث المضمون.

الفرع الثاني: حجّية المحرر العرفي من حيث التاريخ.

الفرع الثالث: حجّية صور المحرر العرفي.

الفرع الأول
حجية المحرر العرفي من حيث المضمون

تنحصر حجية المحرر العرفي من حيث المضمون فيما بين الأطراف وخلفهم العام، وعليه سنقسم هذا الفرع إلى :

أولا : الحجّية فيما بين الأطراف

إنّ المشرع الجزائري يعتبر المحرر العرفي بمثابة المحرر الذي فقد صفة الرسمية لسبب من الأسباب المذكورة آنفا إذا كان موقعًا، هذا ما نصت عليه المادة 326 مكرر2 من القانون المدني، التي جاءت كالأتي: " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف" [2]، أمّا الأستاذ يحيى بكوش فقد عرف الورقة

---

[1]- أنظر: (يحي) بكوش، المرجع السابق، ص ص. 133-134.

[2]- أنظر: الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

العرفية على أنها سند معد للإثبات، يتولى تحريره وتوقيعه أشخاص عاديون بدون تدخل الموظف العام" [1].

تطرّق المشرّع الجزائري للحجّية فيما بين الأطراف، في المادة 327 من القانون المدني الجزائري التي جاءت كالتّالي: " يعتبر العقد العرفي صادرًا ممّن كتبه أو وقّعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحةً ما هو منسوب إليه " [2]، يفهم من نصّ المّادة أنّ المحرّر العرفي المكتوب، أو الموقّع، أو الّذي وُضعت عليه بصمة الأصبع ممّن هو منسوب إليه، يحوز الحجّية إذا اعترف صاحب التوقيع على المحرر العرفي، بصدوره منه، أو سكت ولم ينكر صدوره عنه صراحةً كلّه أو بعضه [3].

أمّا إذا أنكر صاحب التّوقيع صراحة توقيعه على الورقة، وأنكر صدورها منه، زالت حجّيتها مؤقتًا، فيتعيّن على من يتمسّك بالتّوقيع، أن يطلب من المحكمة إجراء تحقيق الخطوط إمّا بمستندات، أو بشهود، وإذا لزم الأمر بواسطة خبير[4] ، هذا ما جاء في نص المادة 165 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [5]، كما جاء أيضًا في قرار المحكمة العليا الجزائرية أنّه : " من المقرّر قانوناً أن يعتبر العقد العرفي صحيحا، وصادرا ممّن وقعه، ما لم ينكر هذا الأخير ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء، ولما ثبت من قضية الحال أن الطاعن منذ بداية الدعوى ينكر هذا العقد العرفي بالبيع، ويتكلم فقط عن سلف دين فإنّ قضاة المجلس بإلزامهم الطرفين إفراغ البيع في الشّكل الرّسمي، قد تجاهلوا تمامًا نصّ المادة 327 من القانون المدني، وأغفلوا اتباع طرق البحث عن الحقيقة، مما

---

[1]– أنظر: (يحيى) بكوش، المرجع السابق، ص. 126.

[2]– أنظر: الأمر 75–58 المتضمن للقانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[3]– أنظر: (إسمهان) بن حركات، ملكمي (زرفة)، المرجع السابق، ص.28.

[4]– أنظر: (حسين) طاهري، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الثانية، دار ريحانة للنشر و التوزيع ، الجزائر، 2001، ص. 39.

[5]– المادة 165 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية : " اذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه، أو صرح بعدم الاعتراف بخط أو توقيع الغير، يجوز للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك اذا رأى أن هذه الوسيلة غير منتجة في الفصل في النزاع، و في الحالة العكسية، يؤشر القاضي على الوثيقة محل النزاع، و يأمر بإيداع أصلها بأمانة الضبط ، كما يأمر بإجراء مضاهاة الخطوط إعتمادا على المستندات أو على شهادة الشهود، و عند الإقتضاء بواسطة خبير. الأمر 66–154 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل بالقانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، جريدة رسمية عدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

يستوجب نقض قرارهم [1]، وقضت كذلك أنه :"... ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع عند مناقشتهم دفوع الطاعن، اكتفوا بسماع البائع واستبعدوا العقد العرفي المحتج به، رغم أنه وسيلة منتجة للفصل في النزاع، وكان عليهم الاستماع إلى الشاهدَين اللّذين حضروا تحريره ، وعليه فإنهم قد خالفوا القانون وقصروا في تسبيب قرارهم مما يستوجب نقضه" [2] .

ثانيا : الحجية بالنسبة للخلف العام

يقصد بالخلف العام كل شخص ليس طرفا في العقد أو الورقة العرفية ، و لكن قد يستفيد أو يتضرر من مضمون المحرر العرفي، كما جاء بصريح العبارة في المادة 327 من القانون المدني : "... 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 " [3].

من خلال نص المادة نجد أنّ المحرر العرفي حجة على من صدر منه، وعلى خلفه الخاص والعام، وإذا توفى صاحب التوقيع، فهنا لورثته أو الخلف أن يتمسك بعدم صدور المحرر ممن وقعه، لا عن طريق إنكار التوقيع، بل يكفي أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو البصمة أو الختم هي لمن تلقى عنه الحق، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الذي خلص إلى أنه " من المقرر قانونا عن العقد العرفي أنه يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء، أمّا ورثته أو خلفه ، فيكفي أن يحلفوا يمينا بأنّهم لا يعلمون بأنّ الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق .

من ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفًا للقانون، و لما كان من الثّابت في قضية الحال أنّ الطّاعن قدّم عقدًا عرفيًا، اشترى بواسطته العقّار محل النّزاع من أبيه الهالك، فإنّ قضاة الموضوع بتقريرهم قسمة تركة الهالك دون مراعاةٍ للعقد العرفي، و دون توجيه اليمين لبعض الورثة الذين أنكروا، بأنّهم لا يعلمون نسبة الخط أو الإمضاء لمورّثهم، يكونون قد خالفوا القانون، و متى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه " [4].

---

[1]– أنظر: المحكمة العليا ، الغرفة المدنية، قرار رقم 85535 ، المؤرخ في 1992/05/27، المجلة القضائية العدد الثالث ، الجزائر، 1994 .

[2]– أنظر: المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 99842، المؤرخ في 1992/06/03، المجلة القضائية العدد الرابع، الجزائر، 1993 .

[3]– أنظر: الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. المرجع السابق .

[4]– أنظر: المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 33054، المؤرخ في 1985/02/06، المجلة القضائية العدد الرابع، الجزائر، 1992 .

يفهم من نصّ المّادة وقرار المحكمة العليا، أنّه قد يحدث أن يُحتجّ بالمحرر العرفي، لا في مواجهة موقّعه، وإنّما في مواجهة ورثته وخلفه ، لذلك كان من غير المنطقي أن يستوجب المشرع من الورثة أو الخلف، إنكار التوقيع وهو إجراء لم يحدث منهم، ومع ذلك فإنّه يجوز لأيٍّ من هؤلاء أن يتمسّك بعدم صدور المحرر ممّن وقّعه، لا عن طريق إنكار التوقيع، بل عن طريق ما يسمّى الدّفع بالجهالة.

ذلك يكون في صورة يمين يحلفها بأنّه لا يعلم أنّ الخط أو الختم هو لمن تلقى منه الحق، وهذا يؤدي إلى سقوط حجية المحرر العرفي، إلى أن يقوم من يحتج به بإثبات حجيته عن طريق إجراء تحقيق الخطوط، ويلاحظ أنّه لا يكفي لسقوط حجية المحرر في هذه الحالة حلف الوارث أو الخلف على عدم العلم بحصول التوقيع، بل يجب الحلف على عدم التعرّف على توقيع من تلقى عنه الحق [1].

الفرع الثاني
حجية المحرر العرفي من حيث التاريخ

إنّ المحررات العرفية لها حجية فيما تتضمّنه من بيانات بين أطرافها، باعتبار أنّه تمت صياغتها بمحض إرادتهم، ومن المفروض أن ذلك كان برضاهم، في حين لا يكون لها ذلك، أي لا يكون لها حجية بالنسبة للغير إلّا إذا كان لها تاريخ ثابت، وعليه ارتأينا تقسيم هذا الفرع كالآتي :

أولا : الحجية فيمابين الأطراف

يعتبر التاريخ بالنسبة للأطراف المتعاقدة جزءًا من البيانات الأخرى التي تشتمل عليها الورقة، فهو ليس إلّا عنصرًا من المحرر العرفي، متّفقا عليه بين الأطراف، بنفس الطريقة التي اتفقوا عليها بالنسبة للعناصر الأخرى الموجودة فيها، و كل طرفٍ يدّعي عدم صحّة تاريخ المحرّر، يقع عليه عبء إثبات ذلك، ولكن بما أنّ المسألة هنا تتعلّق بإثبات ما يخالف سندًا مكتوبًا، فإنّ الإثبات بالبيّنة يجب أن يستبعد إلّا إذا وُجد مبدأ الثّبوت بالكتابة، ولكن قد يحدث أن يتبيّن عدم صحة التّاريخ، ذلك من التّناقض الموجود في صلب المحرّر نفسه، كأن تكون الصّورة المائية للمحرّر العرفي تحمل تاريخًا لاحقًا على التّاريخ الموضوع على الكتابة، فالتزوير في هذه الحالة واضح [2].

---

[1]- أنظر: (محمد حسن) قاسم، المرجع السابق، ص.169.

[2]- أنظر: (يحي) بكوش، المرجع السابق، ص.141.

ثانيا : الحجية بالنسبة للغير

تنص المادة 328 من القانون المدني الجزائري على أنّه : " لا يكون العقد العرفي حجّة على الغير في تاريخه، إلّا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتًا ابتداءً : من يوم تسجيله، من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرّره موظف عام، من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، من يوم وفاة أحد اللّذين لهم على العقد خط وإمضاء، غير أنه يجوز للقاضي تبعًا للظّروف، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلّق بالمخالصة " [1].

يفهم من خلال نص المادة أنّ المحرر العرفي لا يكون حجّة على الغير ، إلّا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ، فالتّاريخ الّذي يدوّنه أطراف التّصرف القانوني ، ليس له أثر على الغير ولا يُحتجّ به عليه نظرًا لأنّه لم يشترك في تحرير المحرّر ، ومن ثمّ يستطيع الأطراف عن طريق تقديم التّاريخ ، أو تأخيره ، الإضرار بمصلحته ، إذ أنّه قد يصدر تصرّف من شخصٍ محجورٍ عليه بسبب السّفه مثلاً ، ولكن يُقدَّم تاريخ المحرّر ، بحيث يبدو كما لو تمّ هذا التصرّف قبل الحجر عليه ، ففي مثل هذه الحالة لا يكون التّاريخ المذكور في المحرر حجّة على الغير.

باعتبار قاعدة ثبوت تاريخ المحرر العرفي ليست من النّظام العام، فإنّ القاضي لا يثيرها من تلقاء نفسه، بل ينبغي التمسّك بها من صاحب الشّأن، فإذا لم يتمسك بها فإنّ التاريخ الثابت في المحرر العرفي حجّة عليه ، وعلى هذا الأساس لا بد من تحديد من هو الغير مع حصر حالات ثبوت التاريخ في المحررات العرفية [2]، هذا ما سنبيّنه كما يلي :

1 ـ المقصود بالغير

يختلف تحديد مفهوم الغير تبعًا لأوضاع مختلفة، فالغير له تحديد خاص فيما يخص ثبوت التاريخ وفي حجية الشيء المقضي فيه و في الصّورية، كذلك من حيث حجية البيانات الواردة في الورقة العرفية، ففي كل وضع من هذه الأوضاع يتحدد مفهومه على النحو الملائم لذلك [3]. لم يرد مفهوم الغير بالنّسبة لثبوت التّاريخ في نص المادة 328 من القانون المدني، إلّا أنّه يستفاد من اجتهاد الفقه وأحكام

---

[1]– أنظر: الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[2]– أنظر: (إسمهان) بن حركات، ملكمي (زرفة) ، المرجع السابق ، ص.31.

[3]– أنظر: (عصام انور) سليم، المرجع السابق ، ص.246.

القضاء، أنّ المقصود به كل من يُضار من تقديم أو تأخير التاريخ الوارد في المحرر المحتج به دون أن يكون طرفا في العقد أو ممثلا فيه [1]، هذا ما سنوضّحه بإتباع التقسيم التالي :

أ ـ الخلف الخاص

الخلف الخاص هو كل من تلقّى حقًا معينًا من سلفه، سواء كان هذا الحق عينيًا أو شخصيًا، وعليه فإنّ تصرّفات سلفه تكون نافذة على الحق الّذي انتقل إليه قبل تاريخ معين، و بالتالي هذا التاريخ لا يكون حجة على الخلف الخاص إلّا إذا كان ثابتًا، وسابقًا على انتقال الحقّ إليه ، فتصرفات السّلف المتعلقة بالمال الّذي انتقل إلى الخلف ، لا تكون نافذة في حق هذا الأخير، إلّا إذا كانت سابقة في تاريخها على انتقال المال إليه [2]، مثلًا البائع يعتبر سلفًا بالنسبة للمشتري، وكذا الموهوب له بالنسبة للواهب، والدائن المرتهن وجميع هؤلاء تسري في حقهم تصرفات السلف، فقط إذا كانت سابقة على تاريخ اكتسابهم لحقوقهم [3].

ب ـ الدّائن الحائز

يقصد بالدائن الحائز، ذلك الذي تعلّق حقه في مال المدين، فبتوقيع الحجز على هذا المال يكون وضعه كالخلف الخاص، و يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ الورقة العرفية الصادرة من المدين، المتعلقة بالمال المحجوز عليه [4]، أمّا الدّائن العادي لا يعتبر من الغير حسب الأصل لأن حقّه لا يتعلق بمال معين من أموال مدينه، بل تتعلق بذمة هذا المدين، وحتّى لا يُضار هذا الدائن من تصرفات مدينه الواردة على هذا المال، فإنّه يعتبر من الغير، إذ لا تسري في حقّه تلك التصرفات إلّا إذا كانت ثابتة التاريخ، وسابقة على اتّخاذ الإجراءات التّي علّقت حقّ الدائن بالعين، أهمّها الحجز.

فإذا حجز الدّائن على منقول مملوك لمدينه، و تقدّم شخص مدّعياً أنّه اشتراه، لا يسري في حق الدائن الحاجز هذا الشراء إلا إذا كان ثابت التاريخ بشكل قطعي، وكان تاريخه الثابت سابقاً على تاريخ

---

[1]– أنظر: (صفيان) خالي، المرجع السابق ،ص.37.

[2]– أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق ، ص.82.

[3]– أنظر: (محمد) سعدي، المرجع السابق ، ص.11. لمزيد من التفصيل إنظر كذلك : (أحمد) نشأت، المرجع السابق ، ص.332 و ما بعدها.

[4]– أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع نفسه، ص.83.

الحجز، أما إذا كان تاريخ الشّراء غير ثابت أو كان لاحقا على الحجز، فإنّه لا يُحتجّ به على الدّائن الحاجز، وبالتالي مواصلة إجراءات التنفيذ على الشيء المحجوز تحت يد الدائن ، لبيعه واستيفاء حقه[1].

ج ـ دائن المفلس

إذا أُشهر إفلاس تاجر فإنّ دائنيه، يصبحون من الغير بالنسبة لتصرفاته المدنية، فبعد شهر إفلاسه تغل يده عن إدارة أمواله، وثبوت الحق للدائنين على هذه الأموال يجعلهم من الغير بالنسبة لما يقوم به من تصرفات[2]، وبالتالي فإنّ كل تصرفاته لا تعتبر نافذة اتجاه جماعة الدائنين، إلا إذا كانت قبل شهر الإفلاس وكانت ثابتة التاريخ [3]، وبالتالي العقد العرفي الصادر من مُفلس لا حجية له في مواجهة جماعة الدائنين، ما لم يكن قد اكتسب تاريخاً ثابتاً قبل صدور حكم إشهار الإفلاس[4]، كذلك نفس الحال بالنسبة للمدين الذي يشهر إعساره، ويصبح دائنوه من الغير بالنسبة لكل تصرف يقوم به المدين يزيد من التزاماته، أو ينقص من حقوقه، وكذا ما يقوم به من وفاء.

د ـ الدائن الطاعن في تصرف صادر من مدينه بعدم نفاذ التصرف

يقصد بالدائن الطاعن في تصرف صادر من مدينه بعدم نفاذ التصرف، ذلك الدّائن المتدخل في إجراءات التنفيذ، بعد توقيع الحجز من جانب غيره من الدائنين، وقبل توزيع ثمن المال المحجوز، فيطعن في التصرف الصادر من مدينه بدعوى عدم نفاذ التصرف الذي قام به مدينه مع شخص آخر، فإنّ المحرّر العرفي الّذي يتضمّن هذا التصرّف، لا يكون حجة على دائن المدين إلّا إذا كان له تاريخ ثابت قبل رفع دعوى نفاد التصرف.

ومن ثم فإنّ المقصود بالغير في هذا المقام، كلّ شخص لم يكن طرف في المحرر العرفي سواء بصفة شخصية أو بالنيابة، ويصاب بضرر من جراء تصرف من تلقى منه الحق من أحد طرفي المحرر أو بمقتضي القانون، ومن ثم فإنّ كل شخص كان طرفًا في العقد أو ممثلًا فيه كالخلف العام والدائنين العاديين، لا يعتبر من الغير[5].

---

[1]– أنظر: (محمد) سعدي، المرجع السابق، ص.11.

[2]– أنظر: (محمد حسن) قاسم، المرجع السابق، ص.176.

[3]– أنظر: (صفيان) خالي، المرجع السابق، ص.38.

[4]– أنظر: (نبيل ابراهيم) سعد، (همام محمد محمود) زهران، المرجع السابق، ص.253.

[5]– أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق ، ص. 81.

2 ـ حالات ثبوت التاريخ

من خلال ما تقدم يتضح لنا أنّ تاريخ المحرر هو جزء من التصرف الذي يتم الإتفاق عليه من قبل الأطراف، لذا له حجة عليهم، غير أنّه لكل واحد منهم أن يثبت عدم صحته، وفقًا للقواعد العامة في الإثبات، أمّا بالنسبة للغير فالتاريخ لا يمكن الإحتجاج به إلّا إذا كان ثابتا بالطرق المحددة قانونا [1].

هذا ما نصت عليه المادة 328 من القانون المدني الجزائري على حالات ثبوت التاريخ : "... و يكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء : من يوم تسجيله ، من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء، غير أنّه يجوز للقاضي تبعا للظروف، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة " [2]، و على ضوء هذا النص سنتناول حالات ثبوت التاريخ كما يلي :

أ ـ من يوم تسجيله

يعتبر تاريخ الورقة العرفية ثابتا من يوم قيدها في السّجل المعد لذلك في مكتب التوثيق، وهذه في الطريقة العادية لإثبات تاريخ الورقة العرفية، ويكون ذلك بإدراج البيانات الخاصة بهذه الورقة وملخّص له يوقّعه الموثق وصاحب الشّأن، ثم يكتب محضر على المحرر يبيّن فيه تاريخ تقديمه و رقمه في السّجل، ويختم بخاتم المكتب ويوقعه الموثق وتاريخ هذا المحضر يعتبر تاريخا ثابتا للورقة [3].

أمّا الطريقة الثانية لقيد الورقة في السجل المعد لذلك، تكون بالنسبة للمحررات واجبة الشهر، فهذه المحررات لا يقبل إثبات تاريخها بالطريقة المعتادة، وإنّما يجب شهرها وبه تصبح تلك المحررات لها تاريخ ثابت من وقت شهرها، ومكاتب الشهر هي التي تختص بشهر المحررات واجبة التسجيل أو القيد، وذلك بأن تثبت في الدفاتر المعدة لذلك، بالبيانات التي تعين ذاتية المحرر بأرقام متتابعة بحسب أسبقية تقديمها، مع ذكر تاريخ اليوم والساعة، ويؤشر على المحرر بما يفيد شهره [4].

---

[1]– أنظر: (محمد حسن) قاسم، المرجع السابق ، ص.182.

[2]– أنظر: الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[3]– أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق، ص.86.

[4]– أنظر: (محمد حسن) قاسم، المرجع السابق، ص.184.

ويكون للمحرر العرفي تاريخ ثابت من يوم تسجيله في مصلحة التسجيل والطابع، و ليس من تاريخ الشهر أو القيد، خاصةً فيما يتعلق بالتصرفات الناقلة للملكية، وبالتالي تاريخ تسجيلها هو التاريخ الثابت الذي يحتج به في مواجهة الغير، غير أنّه يلاحظ أن هذه الحالة قد انتهت صلاحيتها منذ صدور قانون المالية لسنة 1992، الذي منع تسجيل المحررات العرفية، و أوجب أن تفرغ جميع العقود الخاضعة للتسجيل في محررات رسمية صادرة عن الموثق، وهكذا أصبحت هذه الحالة غير متصورة عملياً [1].

فجميع المحررات العرفية المتعلقة بنقل الملكية العقارية المبرمة بعد 1971/01/01 تعتبر في حكم القانون باطلة بطلاناً مطلقاً، لكون المسألة تتعلق بركن من أركان العقد وهو الشكلية حتى و لو تم تسجيلها في مصلحة التسجيل، والطابع بمفتشية الضرائب [2]، هذا ما جاء في المادة 63 من قانون المالية لسنة 1992 التي تنص : " يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية، المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية، المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها، التنازل عن الأسهم والحصص في الشركات الإيجارية التجارية، إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، العقود التأسيسية أو تعديليه للشركات " [3].

ب ـ من يوم ثبوت مضمونه في محرر رسمي

يعتبر تاريخ المحرر ثابتًا من اليوم الذي يثبت مضمونه في عقد آخر حرّره موظف عام، فيكتسب هذا المحرر تاريخا ثابتا، و هو تاريخ المحرر الآخر الثابت التاريخ، وقد يكون هذا المحرر الرسمي توثيقيا، و قد يكون محضرا تنفيذيا أو تفتيشيا أو حكما قضائيا، أو قرارا إداريا، أو وزاريا [4]، و يشترط في هذه الحالة أن يُذكر مضمون المحرر العرفي بصورة واضحة لا تؤدي إلى أي ليس، و هنا يكون التاريخ الثابت للمحرّرين واحد.

مثال ذلك أن يذكر في عقد البيع – سواء ورد في ورقة رسمية أو عرفية مُصادق فيها على التوقيع– توكيل عرفي صادر من البائع إلى وكيل له يبيع نيابة عنه فتصبح هذه الوكالة بذكرها في

---

[1]– أنظر: (حمدي) باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، 2004، ص. 26.

[2]– أنظر: (إسمهان) بن حركات، (زرفة) ملكمي، المرجع السابق ، ص.34.

[3]– أنظر: القانون رقم 91– 25 المؤرخ في 18 ديسمبر 1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 الجريدة الرسمية عدد 65 الصادرة في 11 جمادي الثاني الموافق ل 18 ديسمبر 1991.

[4]– أنظر: (يحي) بكوش، المرجع السابق ، ص.142.

البيع ثابتة التاريخ وهو تاريخ ورقة البيع [1]، ولا يلزم أن يتضمّن المحرّر الرسمي جميع محتويات المحرر العرفي، و إنما يكفي أن يشمل على ما هو أساسي و جوهري فيه بحيث يمكن التعرف عليه وضبط تاريخه [2].

ج ـ التأشير على المحرر من موظف عام مختص

قد يُقدّم محرر عرفي سواء كان ورقة عرفية أو عقد عرفي ، إلى موظف عام مختص أثناء تأدية وظيفته ، ليؤشّر عليه بما يفيد تقديمه، و يحرّر تاريخ لذلك التأشير[3]، فيستدل على ثبوت تاريخ المحرر العرفي بتاريخ التأشير عليه من الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة، والذي عرض عليه المحرر بمناسبة أدائه لوظيفته، أي في نطاق اختصاصه [4]، ومثال ذلك أن تُقدم ورقة أثناء النّظر في قضية أو جلسة، فيؤشّر عليها، كذلك عندما تقدم ورقة لتحصيل رسوم، يؤشر عليها بما يفيد تحصيل الرّسم المستحق.

د ـ وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به [5]

إذا كان المحرر العرفي يحمل أثرًا معترفاً به، كخط أو توقيع، لشخص توفي أو أصابه عجز جسماني يمنعه من الكتابة، فإنّ ذلك يكون قاطع الدّلالة على صدور المحرّر قبل الوفاة أو الإصابة بالعجز الجسماني، و لذلك يعتبر تاريخ الوفاة أو العجز، تاريخًا ثابتًا للمحرّر، ولا يشترط أن يكون الموقّع على المحرّر طرفًا في التصرف المثبت فيه، بل يكفي أن يكون توقيعه بصفته شاهدًا أو ضامنًا لأحد طرفيه [6].

---

[1]– أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق ، ص.87.

[2]– أنظر: (يحي) بكوش، المرجع السابق، ص .143.

[3]– أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق، ص.88.

[4]– أنظر: (نبيل ابراهيم) سعد، (همام محمد محمود) زهران، ص 265. أنظر كذلك : (أحمد) نشأت ، ص.416 و ما بعدها .

[5]– أنظر: في الموضوع : (أحمد) نشأت، المرجع السابق، ص. 421 و ما بعدها، أنظر كذلك : (إلياس) أبو العيد ، المرجع السابق، ص ص.224–225.

[6]– أنظر: (محمد حسين) قاسم، المرجع السابق، ص.187.

ويرى الأستاذ محمد صبري السعدي الذي انتقد نص المادة 328 المذكورة أعلاه في هذا الشّأن أنّه لا حكمة من اجتماع الخط و الإمضاء للمتوفي، وكذا الإقتصار على التوقيع بالإمضاء فقط، وإنّما أيّ أثر معترف به يكفي، حتى تأخذ الورقة العرفية تاريخًا ثابتًا، كما أصرّ على ضرورة تطرّق نص المادة لحالة العجز الجسماني لصاحب الخط أو التوقيع، فتاريخ العجز يكون ثابتًا للمحرر العرفي، كما إذا تمّ بتر يد صاحب الخط، أو التوقيع، أو أصابه شلل يمنعه من الكتابة [1].

على خلاف ما سبق، فإنّه تجدر الإشارة إلى أنّ ثبوت التاريخ ليس شرطًا في المحررات العرفية التي ليست دليلًا كاملًا، مثل الأوراق التي تتضمن مبدأ ثبوت بالكتابة، نفس الشيء بالنسبة للتصرفات التي لا تزيد قيمتها عن 1000 دج لأن البيّنة جائزة في إثباتها [2]، كما أنّ قاعدة ثبوت التاريخ لا تسري في حالة انعدام محرر عرفي لإثبات تصرف قانوني، و لا حديث عن ثبوت التاريخ إذا كنّا بصدد محرر عرفي غير معد للإثبات، و من ثمّ فلا مجال لتطبيق هذه القاعدة إلّا إذا كان لتاريخ المحرر العرفي أهمية، بحيث أنّ بدونه لا ينصرف أثره إلى الغير [3].

أضف إلى ذلك فإنّ المشرّع قد منح للقاضي السلطة التقديرية، فيما يخص تطبيق أحكام المادة 328 من القانون المدني على المخالصات، هذا ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة أعلاه :" يجوز للقاضي تبعا للظروف، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة" [4].

ففي الواقع العملي المدين الذي يوفّي بالدين، و يحصل على مخالصة بالوفاء من دائنه قلّما يفكّر أن يجعل تاريخ هذه المخالصة ثابتًا، فهو يكتفي بحجية هذا التاريخ بالنسبة لدائنه الذي وقّع على المخالصة ولا يعنيه كثيرا حجيتها بالنسبة للغير[5]، كما أنّ المخالصات التي تتضمن وفاء مع الحلول، الحلول، يجب أن تكون ثابتة التاريخ حتى يحتج بها على الغير، إذ أنّ المُوفّي في هذه الحالة يعلم أنّه سيحتجّ بهذه المخالصة على الغير، ويعلم ما لتاريخ المخالصة من أهمية كبرى بالنسبة لهم.

---

[1]- أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق، ص.89.

[2]- أنظر: (عبد الرحمان) ملزي، المرجع السابق، ص.25.

[3]- أنظر: (رمضان) أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد التجارية والمدنية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007 ص.ص.457-459.

[4]- أنظر: الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[5]- أنظر: (سمير عبد السيد) تناغو، المرجع السابق، ص. 109.

أمّا المخالصات التي تتضمن الوفاء البسيط، فإنّ تقدير ما إذا كان يشترط فيها التاريخ الثابت متروك للقاضي، فإذا كانت المخالصة بعيدة عن شبهة الغش، اعتبرها القاضي حجة بتاريخها على الغير، كالدّائن الحاجز والمحال له بالحق، ولو لم يكن تاريخها ثابتًا، أما إذا شكّ في صحّة هذا التاريخ، في هذه الحالة تطبق القاعدة العامة التي تقضي بأن التاريخ غير الثابت لا يكون حجة على الغير[1].

الفرع الثالث
حجية صور المحرر العرفي

إذا كان القانون يعطي لصور الأوراق الرسمية حجية في الإثبات، طبقًا لما سبق بيانه، مرجع ذلك أنّ أصول هذه الأوراق قد توفّر فيها من الرسمية على يد ضابط عام مختص، ما يبعث على الثقة في صحتها، و أنّ صور هذه الأوراق يحررها أيضا موظف عام موثوق به، فصور المحررات العرفية كقاعدة عامة لا حجية ولا قيمة لها ولكن قد تكتسب الحجية في حالة استثنائية، هذا ما سنبيّنه بتقسيم هذا الفرع إلى :

أوّلا : إنعدام حجية صور الورقة العرفية في الإثبات

تتمثل صورة المحررات العرفية في ورقة منقولة عنها، كتابةً أو تصويرًا، ولا تحمل توقيع من ينسب إليه المحرر، وغالبًا ما يكون توقيعه منقولا بطريق التصوير[2]، و بالتالي تفتقد الحجية في الإثبات، على اعتبار أنّ قوام الحجية للورقة العرفية في الإثبات هو التوقيع الّذي لا يتوفّر في هذه الحالة [3]، وبالتالي لا سبيل للإحتجاج بها، لخلوّها من هذا الشرط الجوهري، أضف إلى ذلك أنّها لا تكتسب الثقة، مثلما هو الحال في الأوراق الرسمية، فضلًا عن ذلك فقد تكون الصورة محرّفة وقد يكون الأصل مزورًا[4]، هذا ما يؤدي إلى عدم الإعتداد بها كدليل إثبات من طرف القاضي.

---

[1]– أنظر: (إسماعيل) غانم، في النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، مكتبة عبد الله وهب، مصر، 1967، ص.482.

[2]– أنظر: (محمد حسين) منصور، المرجع السابق، ص 93.

[3]– أنظر: (نبيل ابراهيم) سعد، (همام محمد محمود) زهران، المرجع السابق، ص.269.

[4]– أنظر: (محسن عبد الحميد إبراهيم) البيه، المرجع السابق، ص.176.

ثانيا : الإعتداد بحجية صور الورقة العرفية في الإثبات

كإستثناء يمكن القول أنّ لصورة المحرر العرفي حجية في الإثبات، فالصورة الفوتوغرافية للمحرر العرفي الذي قُدّم للتسجيل، والتي يستخرجها موظف الشهر العقاري، تكون لها قوة الأصل في الإثبات إذا لم ينازع في مطابقتها للأصل، أمّا إذا فقد الأصل من مصلحة الشهر العقاري، فالرّأي متردّد بين إعتبارها في نفس قوّة الأصل ذاته، متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل، وبين اعتبارها مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة يجب تكملته بالشهادة والقرائن [1].

ففقدان الأصل نادر الحدوث لكنه محتمل، و ذلك لقوة قاهرة، مثل الحريق أو السرقة، فإنّ ترجيح سلامة الأصل من التزوير ودقة الصورة الفوتوغرافية، كلّ هذا يسمح بإعطاء قوة في الإثبات لهذه الصور، أو على الأقل الأخذ بها كمبدأ ثبوت بالكتابة [2]، و يعتدّ كذلك بحجية صور المحرر العرفي، إذا كانت موقّعة ممّن صدر منه الأصل، ففي هذه الحالة تعتبر بمثابة نسخة ثانية، ولها نفس قيمة الأصل في الإثبات، كذلك إن كانت الورقة ليست صورة للمحرر الأصلي، إنّما تشير إلى الأصل وتؤكّده وتكون موقعة ممّن صدر منه الأصل، ففي هذه الحالة تسمى بالمحرر المؤيّد وتكون له حجية ما لم يثبت مخالفته للأصل [3].

المبحث الثاني
الكتابة العرفية غير المعدة للإثبات

لقد رأينا سابقا أن الحجية التي يقرّها القانون للكتابة العرفية المعدة للإثبات، إنّما مردّها التوقيع عليها من ذوي الشّأن، الّذي اعتبره المشرع شرطًا جوهريًا لقيام الحجية، ولكن قد يحدث وأن يقوم الأشخاص بصياغة بعض المحررات أو بالأحرى كتابات خاصة، لكن ليس بهدف تقديمها كدليل، هذا ما يجعلها في غالب الأحيان لا تحمل توقيعا، وبالرغم من ذلك فقد أقرّ لها المشرع الجزائري حجية معينة، ذلك ما جاء في المواد من 329 إلى 332 من القانون المدني، وسنتعرض لحجية كل نوع بالترتيب الذي جاء به المشرع، وعلى هذا الأساس سنتناول هذا المبحث في مطلبين :

المطلب الأول: حجية الأوراق المتعلقة بالمراسلات

المطلب الثاني: حجية الأوراق غير المتعلقة بالمراسلات

---

[1]– أنظر: (اسماعيل) غانم، المرجع السابق، ص. 482.

[2]– أنظر: (محسن عبد الحميد إبراهيم) البيه، المرجع السابق، ص.171.

[3]– أنظر: (محمد حسين) منصور، المرجع السابق، ص.96.

المطلب الأول
حجية الأوراق المتعلقة بالمراسلات

أقرّ المشرع الجزائري لكل من الرسائل والبرقيات حجية في الإثبات، ولكن بتوافر الشروط اللازمة. وعلى ضوء هذا النص تمّ تقسيم هذا المطلب الى فرعين :

الفرع الأول: الرسائل

الفرع الثاني: البرقيات

الفرع الأول
الرسائل

الأصل فى الرسائل أنها ليست معده أصلا كوسيلة إثبات لما تحويه من أمور شخصية والرسالة عبارة عن ورقه عرفية ينسب صدورها إلى المرسل متى كانت تحمل توقيعه ومتضمنه بيانات فى الورقة ومن ثم تأخذ الرسالة حكم الأوراق العرفية فى قوانين الإثبات ، هذا ما سنبينه بتقسيم هذا الفرع كالآتي :

أولا : تعريف الرسائل

تعتبر الرّسالة خطابًا مكتوبًا يرسل من شخص إلى آخر ، بشأن المعاملات أو التعهّدات الجارية بينهما، وذلك بواسطة البريد في الغالب، كما يمكن أن يتم التسليم مباشرة للشخص المعني بها والرسالة في الأصل هي ملك للمرسِل ، يتصرّف فيها كما يشاء ، طالما أنها لم تصل إلى المرسل إليه ، ولكن تنتقل ملكيتها إلى المرسل إليه بمجرد استلامه إيـّاها [1].

لا يوجد تعريف قانوني للرسالة لأنها لم تُعد للإثبات، و لكن يمكن اعتبارها كل كتابة مخصّصة لربط علاقة بين شخصين أو أكثر لغرض معيّن [2]، مهما كانت الوسيلة المستخدمة في ذلك، سواء كانت الرّسالة مدوّنة في محرر كتابي تقليدي تُرسل عن طريق البريد، أو مدوّنة في محرر إلكتروني

---

[1]– أنظر: (عباس) العبودي، المرجع السابق، ص. 165.

[2]– أنظر: (يحي) بكوش، المرجع السابق، ص.153.

فتُرسل عن طريق البريد الإلكتروني، فالمهم أن تكون مكتوبة و موقّعة من قبل المرسل. هذا ما جاء في المادة 329 من القانون المدني التي تنص:" تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية ... " [1].

أما الأساس الذي اتّخذه المشرع للإعتماد على الرّسائل كوسيلة إثبات، هو كونها تتوفّر على مقوّمات الدليل الكتابي الكامل، متمثلًا في كتابة البيانات الجوهرية للتصرف الوارد به، و كذا التوقيع الذي هو عماد حجية الدليل الكتابي [2]، كما يشترط أن لا تتضمّن الرّسالة أسرارًا لا يجوز إفشاؤها بنص القانون، وأن لا يكون في تقديم هذه الرّسالة انتهاك لحرمة الحياة الخاصة للمرسل، ولا بد من وجود مصلحة مشروعة للمرسل إليه بتقديمها للقضاء ، كما لو تضمّنت تصرفًا قانونيًا كعقد بيع بين الطرفين[3].

يؤيّد هذا الرّأي الدكتور محمد صبري السعدي، حيث أنّه يقرّ بامتناع الإحتجاج بالرسالة إن كانت متضمنة سرًا، وإذا فعل ذلك فيحق للمرسل طلب استبعادها، وله الحق في مطالبة المرسل إليه بتعويض[4]، أما الدكتور أحمد نشأت كان له نظرة أخرى في هذا الصدد، حيث يرى أنّه يجب على المرسل إليه قبل تقديمه الرسالة للمحكمة، أن ينذر المرسل بأنّه إذا لم ينفذ إلتزامه ، سيقدّم الخطاب للقضاء، رغم ما فيه من أسرار، فيجوز للمرسل إليه التمسك بالخطاب، ولو احتوى أمرا سرّيًا مع المتعاقد ، رغم كون السر يبقى بطبيعته ملك صاحبه ، ولا تعتبر عند المرسل إليه إلّا وديعة أُؤتمن عليها [5] .

من جانبنا نرجح رأي الدكتور أحمد نشأت، لأنّه الأقرب لتحقيق العدالة بين المرسل والمرسل إليه ، فقد يكون المرسل سيّء النية، وبالتالي يمكنه دائما كتابة أشياء سرّية لمنع المرسل إليه من التمسك بالخطاب عند حصول نزاع بينهما. و في جميع الأحوال إنّ المحافظة على سرّية الرّسائل ليست من النّظام العام، بحيث لا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه استبعاد رسالة تضمّنت سرًا، إلّا إذا كان بطلبٍ من المرسل [6].

---

[1]– الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم. المرجع السابق .

[2]– أنظر: (نبيل ابراهيم) سعد، (همام محمد محمود) زهران، ص.274.

[3]– أنظر: (يوسف أحمد) النوافلة، المرجع السابق، ص.49.

[4]– أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق، ص .94.

[5]– أنظر: (أحمد) نشأت، المرجع السابق، ص.512.

[6]– أنظر: (نبيل ابراهيم) سعد، (همام محمد محمود) زهران، المرجع السابق، ص. 276.

ثانيا : حجية الرسائل

فمن خلال نص المادة 328 من القانون المدني ، يتبيّن لنا أنّ المشرع أعطى للرسائل نفس قيمة المحرر العرفي في الإثبات ، لكن بتوفّرها على الشروط اللّازمة ، المتمثلة في التوقيع من مرسلها و أن تتضمن من البيانات ما يعيّن الواقعة المراد إثباتها. أما إذا كانت الرّسالة غير موقّعة فلا يكون لها حجية المحرر العرفي ، ولكن يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ، إذا كانت مكتوبة بخط المرسل [1]، غير أنّ هذه الحجية مشروطة بعدم انكار الرسالة من قبل المرسل، لأنّه إذا ثبت عدم قيام المرسل بإرسالها، أو أنّه لم يكلّف أحدًا بإرسالها، فلا قيمة لها في الإثبات و يقع عبء الإثبات على عاتق المرسل [2] ، فيسقط ما لها من حجية في صدورها عنه و صحة بياناتها، بما في ذلك تاريخها.

قد لا ينكر المرسل توقيعه على الرسالة، غير أنّ اعترافه بها لا يمنعه من إثبات صورية ما تضمنته من بيانات، على أن يثبت ما يدعيه بدليل كتابي وفقًا للقواعد العامة للإثبات [3]، فالّذي يحق له أن يتّخذ الرسالة دليلًا لصالحه في الإثبات هو المرسل إليه، متى كانت له مصلحة مشروعة في ذلك، لأنه يعتبر مالكا لها بمجرد وصولها إليه، فيجوز له أن يحتج بها على مرسلها [4]، أمّا الغير فليس له حق استعمال الخطاب الوارد في الرسالة، إلّا إذا سلّمها له المرسل إليه، وأذن له باستخدامها كدليل إثبات، ولكن إذا تحصّل على الخطاب بطرق غير مشروعة أو بسبب خطأ المرسل إليه فلا حق له الإحتجاج بها[5].

الفرع الثاني
البرقيات

ما قيل على الرسائل يقال على البرقيات، في كونها غير معدة للإثبات، إلّا أنّها ذات اعتبار في حالة قيام نزاع معين، فإنّ لم يأخذ بها القاضي كدليل كامل، فعلى الأقل تكون مبدأ ثبوت بالكتابة، و لنبيّن هذا ارتأينا تقسيم هذا الفرع كما يلي :

---

[1]– أنظر: (محمد حسن) قاسم، المرجع السابق، ص.191.

[2]– أنظر: (يوسف أحمد) النوافلة، المرجع السابق، ص.49.

[3]– أنظر: (نبيل ابراهيم) سعد، (همام محمد محمود) زهران، المرجع السابق، ص.275، أنظر كذلك : (إلياس) أبو عيد ، المرجع السابق، ص.264 و ما بعدها.

[4]– أنظر: (فتحي عبد الرحيم) عبد الله، (احمد شوقي محمد) عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.385.

[5]– أنظر: (أحمد) نشأت، المرجع السابق، ص.514.

أولا : تعريف البرقيات

تسمى البرقية كذلك بالتلغراف، و هويختلف عن الرّسالة، كونه عبارة عن ترجمة لما كتبه المرسل إلى مصطلحات تلغرافية في مكتب المُصدر، ثم تتم كذلك ترجمته إلى ألفاظ عادية في مكتب الوارد، ومن الجائز حصول خطأ في التلغراف عند الترجمة أو عند تبليغ المصطلحات التلغرافية خصوصًا إذا مرّت البرقية على أكثر من مكتب، لذلك يجب الرّجوع دائمًا إلى الأصل مادام موجودًا [1].

لقد نصّت المادة 329 من القانون المدني بصريح العبارة على الإعتداد بالبرقية في الإثبات وجاءت كالتالي : " ...وتكون للبرقيات هذه الحجية 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 " [2].

نلاحظ من خلال نص المادة أنّه حتى تحوز البرقية على قوة السند العادي، يجب أن يكون أصل البرقية المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، و أن يظّل هذا الأصل محفوظًا في مكتب البريد، و بخلاف هذا تفقد البرقية قوتها، كأن لم يكن أصل البرقية موقعا أو أنّه فُقد أو انقضت المدة القانونية للاحتفاظ به، فلا يُعتد بها إلّا على سبيل الإستئناس [3].

إنّ صورة البرقية مطابقة للأصل وهذا بقوة القانون، إلّا أنّها تعتبر قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، بحيث يمكن الإدّعاء بأنّها غير مطابقة للأصل فيُطلب من المصلحة المختصة إبراز الأصل لإجراء المطابقة بينهما، أمّا بالنسبة لتاريخ البرقية فهو ثابت، نظرًا لخاتم البريد الذي يختم به الأصل، و بالتالي يحمل تاريخ الإرسال، و تقيّد جميع البرقيات الصادرة في يوم واحد في دفاتر وصول البرقيات، و بالتالي يمكن التأكد من التاريخ بالعودة إلى الدفتر المعد لذلك [4].

---

[1]- أنظر: المرجع نفسه، ص.522.

[2]- أنظر: الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم. المرجع السابق.

[3]- أنظر: (محمد حسين) منصور، المرجع السابق، ص.109، لمزيد من التفصيل أنظر : (عباس) العبودي، المرجع السابق، ص. ص.168-169.

[4]- أنظر: (يحي) بكوش، المرجع السابق، ص.163، أنظر كذلك : العبودي (عباس)، المرجع السابق، ص.169.

ثانيا : حجية البرقيات

إذا توفّرت البرقية على الشرطين المنصوص عليهما في المادة 329 المذكورة أعلاه، تكتسب البرقية حجية المحرر العرفي، ولكنّها حجية مرهونة بوجود الأصل في مكتب التصدير، ومدى مطابقتها له، ويسري على البرقيات ما تقدّم بشأن الرسالة من وجوب المحافظة على ما يكون قد تضمّنته من أسرار تخص المرسل، ومن حيث جواز الإحتجاج بها عليه بشرط الحصول عليها بطريقة مشروعة [1]، ولكن أصول البرقيات لا يصحّ إظهارها إلّا لمرسلها أو المرسلة إليه، وهذا بعد إثبات شخصية طالب الاطلاع عليها أو الوكيل المفوض من أي منهما، كما يمكن للمحكمة والنيابة طلب الاصول بإذن كتابي من القاضي [2].

أما في حالة انعدام أصلها، كفقدها لأي سبب أو انقضاء المدّة المقررة لحفظها، فلا يكون للصورة التي لم يثبت مطابقتها للأصل قبل فقده، أيّة حجّية في الإثبات، إلّا على سبيل الإستئناس، لأنّ تلك الحجية ترجع للأصل الموقع عليه من المرسل، ولكن إذا وُجد نزاع فعلا بين المرسل و المرسل أليه بشأن البرقية، وقربت نهاية مدة الحفظ، يمكن للمرسل إليه أن ينذر وزارة المواصلات رسميًا، بأن لا تُعدِم الأصل حتى تطّلع عليه المحكمة، وتتحقق ممّا فيه، وممّا إذا كان صادرا من المرسل أم لا [3].

ولكن هل يمكن الأخذ بهذه البرقية كمبدأ الثبوت بالكتابة ؟ يرى الأستاذ يحي بكوش أنّه لا يمكن اعتبار البرقية مبدأ ثبوت بالكتابة، لأنّها عبارة عن صورة للأصل، و لا قيمة لها إذ أنّها ليست من توقيع المرسل نفسه، و إنّما من عمل الموظف الذي ليس من شأنه التحقّق من هوية الشخص المرسل [4].

---

[1]– أنظر: (نبيل ابراهيم) سعد، (همام محمد محمود) زهران، المرجع السابق، ص.278.

[2]– أنظر: (أحمد) نشأت، المرجع السابق، ص ص.525.526.

[3]– أنظر: (أحمد) نشأت، المرجع السابق، ص.528.

[4]– أنظر: (يحيى) بكوش، المرجع السابق، ص.164، لمزيد من التفصيل أنظر : (أحمدعبد الرزاق) السنهوري، المرجع السابق ، ص.135.

المطلب الثاني
حجية الأوراق غير المتعلقة بالمراسلات

بعدما تطرّقنا للأوراق المتعلقة بالمراسلات ، و بيّنا مدى حجيتها في الإثبات ، سنتعرّض في هذا المطلب إلى نوع آخر من المحررات العرفية غير المعدة للإثبات ، ألا و هي المحررات غير المتعلقة بالمراسلات ، بحيث لا تتم عبر البريد مثلما هو الحال بالنسبة للرسائل و البرقيات. و عليه سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع :

الفرع الأول : الدفاتر التجارية

الفرع الثاني : الأوراق المنزلية

الفرع الثالث : التأشير على السند ببراءة ذمة المدين

الفرع الأول
الدفاتر التجارية

ألزم القانون التجاري التجار باتخاذ دفاتر يسجلون فيها ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات، ويقيّدون فيها جميع ما يتعلق بأعمالهم التجارية [1]، هذا ما جاء في نص المادة 9 من القانون التجاري الجزائري التي تنص : " كل شخص طبيعي او معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر لليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقاولة أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميا " [2]، وعليه فسنقسم هذا الفرع كما يلي:

---

[1]- أنظر: (يحيى) بكوش، المرجع السابق ، ص.166.

[2]- أنظر: الأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، المرجع السابق.

*- دفاتر اليومية يعتبر من أهم الدفاتر التجارية وأكثرها بيانا لحقيقة المركز المالي ، يجب على التاجر أن يقيد في دفتره اليومي جميع العمليات التي يقوم بها ، وتتعلق بتجارته من بيع و شراء أو اقتراض أو دفع أو قبض ، سواء أوراقا نقدية أو أوراقا تجارية أو استلام بضائع ، وإلى غير ذلك من الأعمال المتعلقة بتجارته. كما أن المشرع لا يلزم التاجر بقيد مصروفاته الشخصية ، لأن ذلك مساس بحياته الخاصة، ومن الناحية العملية قد لا يكفي دفتر واحد لقيد العمليات التجارية على اختلاف أنواعها ، لذلك يجوز أن يمسك أكثر من دفتر يومي مساعد له.

أما دفاتر الجرد : نصت عليها المادة 10 من القانون التجاري بإلزام التاجر بمسك دفتر للجرد مرة على الأقل في السنة لبيان المركز المالي للتاجر، يقيد فيه عناصر المشروع التجاري، وهي ما للتاجر من أموال ثابتة ومنقولة وحقوق لدى الغير و ما عليه من ديون التي تكون في ذمة التاجر آخر.

أولا: تعريف الدفاتر التجارية

بمجرد اكتساب التاجر الصفة التجارية يصبح في مركز قانوني يترتب عنه حقوق و التزامات، من بين هذه الإلتزامات مسك الدفاتر التجارية، ويُقصد بها السجلّات التي يقيّد فيها التاجر عملياته التجارية المتمثلة في إيراداته و مصروفاته، وحقوقه والتزاماته، ومن خلال هذه السجلّات يتضح مركزه المالي وظروف تجارته، ولقد اهتم المشرع الجزائري بهذا الإلتزام الطبيعي فجعله واجبا قانونيا بالنسبة للتجار، سواء كانوا أفرادًا أو شركات، قاصدًا مصلحة التاجر نفسه ومصلحة الأفراد الذين يتعاملون معه فخصّص لها المواد 9 حتى 18 من القانون التجاري الجزائري، وتختلف أنواع الدفاتر التجارية فنجد أهمّها دفاتر اليومية، و دفاتر الجرد*.

اعترف المشرع بحجية الدّفاتر على صاحبها ، خلافًا للقاعدة العامة، التي تنص بأنّه لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، وأيضا خلافًا للقاعدة التي تجيز للشخص أن يصطنع دليلًا لنفسه، ولكن اشترط فيها أوضاع تستلزمها طبيعة تجارتهم، تكفل بيان ما لهم وما عليهم، واشترط فيها أوضاع متى توافرت كانت الدفاتر منتظمة، ممّا يبعث بالثقة فيها ويبرّر إعطاءها حجية في الإثبات على النحو المتقلب [1].

ثانيا : حجية الدفاتر التجارية

تنص المادة 330 من القانون المدني:" دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير ان هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون اثباته بالبينة " [2]، من خلال نص المادة يتبين لنا أنّ دفاتر التجار يمكن أن تكون حجة عليه كما يمكن أن تكون حجة له هذا ما سنعرضه بإتباع التقسيم التالي :

[1]– أنظر: (عبد الرحيم) فتحي عبد الله، (أحمد شوقي محمد) عبد الرحمان، ص.388.

[2]– أنظر: الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم. السابق الذكر .

1ـ دفاتر التاجر حجة عليه

يمكن لدفاتر التاجر التي هي من صنعه أن تكون حجة عليه [1]، و هذا خروجا عن القواعد العامة للإثبات، من ناحية أن دفتر التاجر محرر عرفي غير موقع من التاجر هذا من جهة ومن جهة أخرى أنّ التاجر ملزم بتقديم دليل ضد نفسه [2]، القاعدة الجوهرية في هذه المسألة أنّ دفاتر التاجر حجة عليه، لأنّها تعتبر بمثابة إقرار منه مكتوب ، ومن ثم تكون حجة عليه بغض النظر عن صفة خصمه، ما إذا كان تاجرًا أو غير ذلك، وإذا كان النزاع تجاريًا أو مدنيًا [3] .

يرجع السبب في اعتبار ما ورد في الدفاتر التجارية بمثابة إقرار كتابي من التاجر بصحتها، حتى و إن لم تكن منتظمة، لأن إهمال المُقر لا يقلّل من قيمة إقراره، إذ أنّه قام بتدوين تلك القيود بمحض إرادته، فضلا عن ذلك أنه ليس من المقبول عقلًا أن يقيّد التاجر في دفاتره، أنّه ملتزم بتصرف قانوني معين، دون أن يكون قد حصل ذلك فعلًا [4].

وعليه فيجب تطبيق القواعد المتعلقة بالإقرار في هذا الشّأن، ولا سيما قاعدة الإمتناع عن تجزئة الإقرار، متى كانت دفاتر التاجر منتظمة ، معنى ذلك من يستدل بالدفتر التجاري في مواجهة التاجر فله خيارين ، فإمّا أن يعتمد على الدفتر بكامله، أي كل ما ورد في الدفتر يؤخذ بعين الإعتبار، وإمّا أن ينبذه كله، فلا يجوز له أن يجزّئه، كأن يُبقي ما يفيده و يستبعد ما يضره [5]، هذا ما أورده المشرع في الفقرة الأخيرة من نص المادة 330 من القانون المدني الجزائري [6].

فلتطبيق قاعدة عدم تجزئة الإقرار، يجب أن تكون البيانات الواردة في دفاتر التاجر متصلة بالوقائع موضوع النّزاع، وأن تكون ممسوكة بطريقة منتظمة، أمّا إذا كانت هذه الدفاتر مخالفة للقانون فإنّه يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الإعتبار البيانات التي تكون حجة على التاجر، و يستغني عن البيانات التي تكون في صالحه [7].

---

[1]– أنظر في الموضوع : (نبيل ابراهيم) سعد، (همام محمد محمود) زهران، ص.291 .

[2]– أنظر: (محمد) سعدي، المرجع السابق، ص.13.

[3]– أنظر: (عبد الرزاق) السنهوري، المرجع السابق، ص.277.

[4]– أنظر: (عباس) العبودي، المرجع السابق، ص.172.

[5]– أنظر: (فتحي عبد الرحيم) عبد الله، (أحمد شوقي محمد) عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.388.

[6]– أنظر: الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. المرجع السابق.

[7]– أنظر: (يحيى) بكوش، المرجع السابق، ص ص.171–172.

2 ـ دفاتر التاجر حجة له

استثناءا على القاعدة التي تقول أنّه لا يجوز للشخص اصطناع دليل لنفسه بنفسه، نجد أن دفاتر التجار قد تقدم كدليل في صالح هؤلاء التجار، ونطاق استعمال هذه الدفاتر كحجة يكون في المسائل التجارية، أي بين التجار، لكن هذا لا يمنع استعمالها كحجة في المسائل المدنية، أي بين تاجر وغير تاجر، وهذا ما سنعرضه بهذا التقسيم :

أ ـ في الدعاوى التجارية بين تاجر و تاجر

إذا كانت الدفاتر التجارية مستوفية للشروط المقررة لها قانونا، جاز للقاضي الأخذ بها لصالح أحد التجار في مواجهة غيره من التجار، و لكن بشرط أن تكون منتظمة، و أن يكون العمل تجاريا بالنسبة للطرفين [1]، و عليه فإنّ دفاتر التجار لا تكون دليلًا كاملًا، إذا كان محل النزاع متعلق بعمل مدني بين التاجرين، ذلك أنّ ما يُدوّن في الدفاتر التجارية لا يعدو أن يكون إلّا من الأعمال التجارية [2].

فإذا جاءت مستوفية للشروط يستطيع القاضي في هذه الحالة أن يقارن دفتر التاجر بدفتر خصمه، إن كانا متطابقين اطمأنّ إلى الدليل، وبالتالي يأخذ بها وإذا كان العكس فيمكنه استبعادها وبالرغم من كون دفاتر التجار حجة له على النحو السابق ذكره، إلّا أنّه يجوز إثبات عكس ما ورد فيها بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن [3].

ب ـ في الدعاوى المدنية بين تاجر وغير تاجر

الأصل أنّ حجية الدفاتر التجارية لا تكون إلّا على التجار، هذا ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 330 من القانون المدني الجزائري التي تنص : " دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار" [4] ، إلّا أنّ هذه الفقرة أضافت أنّ الدفاتر التجارية متى كانت تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التاجر، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتمّمة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبيّنة.

---

[1]– أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق، ص.98.

[2]– أنظر: (محمد حسين) منصور، المرجع السابق، ص.113.

[3]– أنظر: (محمد حسن) قاسم، المرجع السابق، ص ص.197–198.

[4]– أنظر: الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. المرجع السابق .

و هذا الإستثناء يقتصر على البيانات الواردة في دفتر التاجر، المتعلّقة بما ورّده التاجر لعملائه غير التجار[1]، فبالرغم من كون دفاتر التجار ليست حجة على غير التجار، إلّا أن القاضي يمكنه أن يتّخذها كعنصر من عناصر الإثبات، ليس كدليل كامل، إنّما تكون لها حجية إثبات ناقصة، و ذلك بتوافر ثلاثة شروط [2].

الشرط الأول : أن يكون محل الإلتزام سلعة ورّدها التاجر لعميله غير التاجر، كالخباز و البقال و غيرهما، و لا يصلح الدفتر حجة لفائدة التاجر في غير موضوع توريد البضائع، و يستوي في ذلك أن يكون العمل مدنيا بالنسبة للطرف غير التاجر، أو تجاريا بالنسبة للطرفين [3].

الشرط الثاني : أن لا تزيد قيمة الإلتزام عن 100.000 دج، لأن الإثبات بالشهود في مواجهة غير التاجر، لا يجوز إلا فيما لا تتجاوز قيمته هذا المبلغ [4].

الشرط الثالث : أن يقوم القاضي بتكملة الدليل باليمين المتممة، و يوجهها إلى التاجر لتدعيم ما جاء في دفاتره، و لكن ليس له الإستعانة بالشهود بدلا من توجيه اليمين المتممة [5].

فإذا توافرت هذه الشروط فيبقى بعد ذلك أمران، الأول أن الأخذ بهذه الدفاتر جوازي للقاضي، فله السلطة التقديرية في الاخذ بها من عدمه*، كما هو الحال في سائر الأدلة التي تستخلص من دفاتر التجار، ثانيا أن للقاضي أن يسمح لغير التاجر بنقض الدليل المستخلص ضدّه من دفتر التاجر، و تكفي البينة و القرائن لذلك [6].

---

[1]- أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق ، ص.ص.98-99.

[2]- أنظر: (محمد حسين) منصور، المرجع السابق، ص. 113.

[3]- أنظر: (يحيى) بكوش، المرجع السابق، ص.173.

[4]- أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق، ص.99.

[5]- أنظر: (يحيى) بكوش، المرجع السابق، ص.174.

*- (محمد شتا) أبو سعد، المرجع السابق، ص. ص.97-99. يتم عرض الدفاتر التجارية على القاضي بطريقتين ، تتمثل الأولى في التقديم وهي الطريقة الإعتيادية بعد قرار تصدره المحكمة، أما بناء على طلب الخصم او من تلقاء نفسها، أما الطريقة الثانية هناك من يسميها بالتسليم و هو تخلي التاجر عن الدفاتر التجارية لخصمه للإطلاع على جميع محتوياته .

[6]- أنظر: (أحمدعبد الرزاق) السنهوري، المرجع السابق، ص 282.

الفرع الثاني
الأوراق المنزلية

بعدما تعرضنا للمراسلات وحجيتها في الإثبات، سنتناول نوع آخر من الأوراق غير المعدة للإثبات والغير متعلقة بالمراسلات ، المتمثلة في الأوراق المنزلية، التي سنتعرض لها في هذا الفرع بهذا التقسيم:

أولا : تعريف الأوراق المنزلية

من الصّعب إيجاد تعريف دقيق للدفاتر والأوراق المنزلية، ذلك لأنّه ليس لها شكل خاص، أو أنواع خاصة، أو أصول معينة، ومع ذلك يعرّفها الفقه على أنّها ما يدوّنه بعض الأفراد من مذكرات خاصة تتعلق بمعاملاتهم من إيرادات ومصروفات و غير ذلك من الأمور، دون أن يُلزمهم القانون بذلك سواء كانت مجتمعة في دفاتر أو متناثرة في أوراق متفرقة [1]، وهذه الدفاتر والأوراق قد تكون موقعة من صاحبها، والغالب ألّا تكون كذلك، فهي إذن دفاتر كتبها صاحبها دون التقيّد بأي شكل في ذلك، محتفظا بها للرّجوع إليها عند الإقتضاء [2]، لأن في بعض الحالات قد تكون لهذه المذكرات بعض الآثار القانونية ، كتسجيل شراء بعض الحاجيات أو الممتلكات، أو التنويه ببعض الدّيون، بالرغم من أنّ الغرض الأساسي من تدوينها ليس لتقديمها كدليل إثبات واقعة معينة [3].

ثانيا : حجية الأوراق المنزلية

تنصّ المادة 331 من القانون المدني الجزائري على أنّه:" لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين:
-إذا ذكر فيها صراحة أنّه استوفى دينا،
-إذا ذكر فيها صراحة أنّه قصد بما دونه في هذه الدفاتر والأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته " [4].

---

[1]- أنظر: (عباس) العبودي، المرجع السابق، ص 176، انظر كذلك : السعدي (محمد صبري)، المرجع السابق، ص 102.

[2]- أنظر: (عبد الرزاق) السنهوري، المرجع السابق، ص.285.

[3]- أنظر: (يحيى) بكوش، المرجع السابق، ص. 174.

[4]- أنظر: الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

من خلال نص المادة يتضح لنا أنّ الدفاتر المنزلية لا تكون حجة لمن صدرت منه، و إنّما تكون حجة عليه ، ذلك متى توفّرت الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة، فالقاعدة أن الدفاتر والأوراق المنزلية، لا تكون حجة لصاحبها في الإثبات، شأنها شأن ما قيل في الدفاتر التجارية، بحيث لا يجوز للشخص صنع دليل لنفسه، ومن ثم فليس لصاحبها الإحتجاج بما دوّنه فيها في مواجهة الغير ، ولو كمبدأ الثبوت بالكتابة، كما أنها لا تعتبر وحدها دليلًا ناقصا يجوز للقاضي تكملته عن طريق توجيه اليمين المتممة [1].

فإذا ادعى الدائن حقًا دوّنه في دفتر منزلي، وقدّم هذا الدفتر كدليل لإثبات هذا الحق، أو قدّم المدين مثله كدليل على براءة ذمته، فلا يجوز أن يؤخذ هذا كدليل لا على وجود حق ولا على براءة الذمة، ويترتب على ذلك أنّ المدين إذا دفع بتقادم الدين، فلا يجوز لدائنه التمسك بانقطاع التقادم بحجة أنّه أثبت في أوراقه المنزلية أنّ المدين كان يدفع أقساط الدين، أو يدفع فوائده مما يعد إعترافه بالدين قاطعًا للتقادم [2].

إلّا أنّه قد يكون ما دُوّن في الدفاتر والأوراق المنزلية قرينة قضائية على صحة ادعاء الدائن، كما لو كان طبيبا قد اعتاد أن يُدوّن في مذكراته الخاصة، زياراته للمرضى ولو فيما يجاوز نصاب البينة لقيام المانع الأدبي، فقد يُؤخذ بها كما قد تُستبعد من طرف القاضي، فهي قابلة لإثبات العكس، كما يجوز للخصم أن يقبل الإحتكام إلى ما دوّنه خصمه من مذكرات وأوراق منزلية [3].

أمّا بالنسبة لحجية الأوراق والدفاتر المنزلية على من صدرت منه، فالقاعدة أنّه لا حجية لها أيضا إلّا أنّ المشرع كما رأينا في نص المادة السابقة استثنى هذه الحالة، بحيث أقرّ لها حجية لكنها ليست مطلقة وإنّما لا تخرج عن حالتين:

الحالة الأولى : إذا ذكر فيها صراحة أنّه استوفى دينا، وهذه الحالة هي الأكثر شيوعًا، تحدث عندما يكون من صدرت عنه هذه الدفاتر والأوراق دائنًا، كأن يذكر مثلًا أنّه استوفى دينه الذي في ذمّة خصمه، ففي هذه الحالة يُعدّ ما جاء في هذه الدفاتر دليلًا كاملًا، وحجّة على من صدرت منه، ذلك أنه ليس من المعقول أن يذكر دائن في دفاتره المنزلية، أنّه استوفى دينه دون أن يكون قد حصل ذلك

---

[1]- أنظر: (محمد حسين) منصور، المرجع السابق، ص.114.

[2]- أنظر: (عبد الرزاق) السنهوري، المرجع السابق، ص.286.

[3]- أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق، ص ص. 102-103.

فعلًا[1]، ويجب أن تكون هذه الإشارة صريحة بما لا يدع مجالا للشك، مهما يكن الموضوع الذي تتعلق به أو قيمته، وسواء كان يتعلق الأمر بمخالصة جزئية أو باستيفاء كامل للدين، ولا توجد صيغة خاصة للتعبير عن الاستيفاء، كما أنّه لا يشترط أن تكون موقّعة [2].

الحالة الثانية : إذا ذكر فيها صراحة أنّه قصد بما دوّنه في هذه الدفاتر والأوراق، أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لصالحه، هذه الحالة نادرة الوقوع عملًا، فهي تحدث عندما يكون صاحب الدّفاتر المنزلية مدينًا، وأنّ الدائن ليس بيده سند للدّين، بحيث تكون حجة على صاحبها المدين، كأن يذكر صاحبها مثلًا أنّه اقترض مبلغا من شخص لم يرض أن يأخذ منه سندًا، فأثبت ذلك في دفاتره لتقوم مقام السّند [3]، غير أنّ مجرد التّأشير بالدّين أو الاعتراف به لا يكفي، بل لا بدّ من التّنويه على أنّ الإشارة خُصّصت لتكون سندًا للدّين، وتقوم مقامه، دون تحديد عبارة خاصة لذلك، ولكن إذا كانت العبارة مشطوبًا عليها، فإنّ حجيتها تزول، حتى ولو بقيت مقروءة بعد الشّطب، لأنّ الإعتراف بالدين أمرٌ في غاية الخطورة [4].

تعتبر هاتين الحالتين بمثابة إقرار من الشخص على نفسه، و من ثمّ لا يجوز تجزئة البيان المدوّن فيها، ويجب أن تكون الأوراق المنزلية مكتوبة بخط من نسب إليه، أو وكيله، أو مستخدم لديه، ومع ذلك فهي لا تعتبر في قوة المحررات العرفية المعدة للإثبات، لأنها غير موقعة، و يجوز لمن يُحتج بها عليه إثبات عكسها بكل طرق الإثبات، بما في ذلك البينة والقرائن [5].

أمّا في غير هاتين الحالتين، فإنّ الأوراق والدفاتر المنزلية لا تكون لها حجية كاملة، على أنّه يجوز للقاضي أن يستخلص منها قرائن قضائية ضدّ صاحبها، فيما يجوز إثباته بالقرائن، كما قد يرى فيها القاضي مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز تكملته بالشهادة و القرائن، فيما كان يجب فيه الدليل الكتابي [6] وفي هذا المقام لا يقال أنّه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلاّ بالكتابة، فإنّ البيان المكتوب ليس ورقة

---

[1]- أنظر: (عباس) العبودي، المرجع السابق، ص. 177.

[2]- أنظر: (يحيى) بكوش، المرجع السابق، ص. 177.

[3]- أنظر: (عباس) العبودي، المرجع السابق، ص. 179.

[4]- أنظر: (يحيى) بكوش، المرجع السابق، ص. 178.

[5]- أنظر: (محمد حسين) منصور، المرجع السابق، ص.115.

[6]- أنظر: (اسماعيل) غانم، المرجع السابق، ص.485.

عرفية موقّعة ولم يعدّ مقدما للإثبات، فيجوز إثبات عكسه بغير الكتابة [1]، ويجدر الإشارة إلى أنّ هذه الأوراق لا يجوز الإجبار على تقديمها إلى القضاء إلّا في حالة اشتراكها بين الخصمين [2].

الفرع الثالث
التأشير على السند ببراءة ذمة المدين

العادة المتبعة في وفاء الديون و خاصة إذا كان الوفاء جزئيا، أن يقوم الدائن بالتأشير على سند الدين الموجود في حيازته، أو على نسخة أصلية أخرى للسند الموجودة في حيازة مدينه، وهذا التأشير يفيد ببراءة ذمة المدين، وعليه قد يعتد بهذا التأشير كدليل لإثبات الوفاء بالدين، ومن هنا تم تقسيم هذا الفرع كما يلي :

أولا : التأشير على السند في يد الدائن

تنص المادة 332 من القانون المدني الجزائري على : " التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس و لو لم يكن التأشير موقعا منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته " [3]. يلاحظ أن المشرع لم يوجب أيّة شكلية في هذا الشّأن، فهو لا يشترط توفّر تاريخ التّأشير ، أو توقيع من الدّائن ، كما أنه لم يحدّد مكان التأشير على السند، وعليه فقد يكون على الهامش أو الظهر أو في آخر الورقة، وغير ذلك من البيانات [4]، بل اكتفى بالإشارة إلى حالتين، بهما يكون للتأشير حجّية على الدّائن، إذا أشّر الدائن على سند الدين الموجود في حوزته، بما يفيد الوفاء الكلي أو الجزئي، فإنّ هذا التأشير بالرغم من أنّه غير موقع من الدّائن، إلّا أنّه يعتبر دليل على براءة ذمة المدين، ولكن هذا يتوقف على شرطين [5]، سنتعرض لهما كالآتي :

---

[1]– أنظر: (عبد الرزاق) السنهوري، المرجع السابق، ص.290.

[2]– أنظر: (محمد) سعدي، المرجع السابق، ص.14.

[3]– أنظر: الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. المرجع السابق.

[4]– أنظر: (فتحي عبد الرحيم) عبد الله، عبد الرحمان (أحمد شوقي محمد)، المرجع السابق، ص.394.

[5]– أنظر: (محمد حسين) منصور، المرجع السابق، ص.117.

1 ـ أن يكون التأشير مكتوبا على سند الدين ذاته

يجب أن يكون التأشير مكتوبا على سند الدّين نفسه، وعليه فإذا كان مكتوبًا على صورة السّند أو على ورقة مستقلة، فلا يعدّ ذلك قرينة على الوفاء، ومرجع ذلك أنّ التأشير الذي يكون على ورقة منفصلة عن سند الدّين، يمكن أن يخفيه الدائن ثمّ يطالب المدين بمقتضى السند الأصلي الذي لا يحمل أيّ تأشير بأن يقوم بالوفاء له، و عليه فالمدين يجد نفسه عاجزًا عن الإحتجاج ببراءة ذمّته، لهذا يحرص المدين على أن يكون التأشير على سند الدّين ذاته [1]، و يكفي في هذا التأشير أن يكون بأيّة عبارة تفيد براءة ذمة المدين، كليًا أو جزئيًا، كأن يقول أنّ المدين قد قام بالوفاء، أو أنّه قام بوفاء مبلغ كذا، أو قسط معين، ونحو ذلك من العبارات [2].

2 ـ أن يبقى السند في حيازة الدائن

بالإضافة إلى الشرط السابق فإنّه حتى يكون للتأشير حجة على براءة ذمة المدين، يجب أن يكون السند قد ضلّ في حيازة الدائن، فإذا خرج السند عن حيازته و لو لفترة قصيرة فقد دلالته، و إذا ادّعى الدائن خروج السند عن حيازته يقع عليه إثبات ذلك [3]، إذ يحتمل أن يكون التأشير على السّند قام به شخص آخر غير الدّائن، و بدون معرفة هذا الأخير، كما لو كُتب بخط أجنبي، أو بخط المدين، في الوقت الذي خرج فيه السند عن حيازة الدائن.

ولا يبقى على الدائن في هذه الحالة سوى شطب ذلك التأشير، وعلى هذا فقد اختلف الفقهاء، فمنهم من يرى أن الشطب لا يزيل قوة التأشير، بل تبقى قرينة الوفاء قائمة، إلى غاية إثبات العكس، ومنهم من يرى أنّه يُفقد التأشير قوّته، و الرأي الأوّل هو الرّاجح، ذلك لأنّ الدائن لا يؤشّر على سند الدين الذي في حوزته إلّا إذا قام المدين بالوفاء، فمن غير المعقول أن يقوم بالتأشير والمدين لم يقم بالوفاء [4].

---

[1]- أنظر: (عباس) العبودي، المرجع السابق، ص.181.

[2]- أنظر: (عبد الرزاق) السنهوري، المرجع السابق، ص.296.

[3]- أنظر: (محمد حسن) قاسم، المرجع السابق، ص.204.

[4]- أنظر: (عباس) العبودي، المرجع السابق، ص. ص.181-182.

فإذا توفّر هذان الشرطان يثبت للتأشير حجية مزدوجة، أي حجية بصدوره من الدّائن و سلامته المادية، وحجية بحقيقة ما دُوّن فيه إلى غاية إثبات العكس[1]، لأنّنا أمام قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات، على اعتبار أنّ التأشير غير الموقع ليس دليلًا كتابيًا كاملًا، فضلًا عن ذلك لا تُستوجب الكتابة لإثبات ما يخالفه[2].

ثانيا : التأشير على سند في يد المدين

نص عليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة 332 القانون المدني، في هذه الحالة يقوم الدّائن بالتأشير بما يفيد براءة ذمة المدين، و هذا يكون على نسخة أصلية أخرى من السّند، أو على مخالصة تكون في حوزة المدين، و المفروض أنّ التأشير يكون بغير توقيع من الدائن[3]، و ليكون لهذا التأشير دلالة على براءة ذمة المدين، يجب أن يستوفي شرطان، سنتعرّض لهما كالآتي :

1 ـ أن يكون التأشير مكتوب بخط الدائن

علّة اشتراط أن يكون التأشير مكتوب بخط الدائن هو المنطق السليم، بحيث لو كان من الممكن أن يكون التأشير من غير الدائن، فمن السهل على المدين الذي يحوز على سند الدين، أن يكتب بنفسه، أو يكلف شخص آخر بالتأشير بما يفيد الوفاء، دون وجود وفاء حقيقة، زيادة على ذلك فإذا شُطب التأشير فهذا الأخير يفقد قوته، فلا يكون حجة على الدائن، ذلك أنّه لا يُتصوّر قيام الدائن بشطب التأشير على السّند الذي يفيد براءة ذمّة المدين، دون اعتراض من هذا الأخير[4].

التأشير يجب أن يكون مكتوبًا إمّا في نسخة أصلية لسند الدين، أو في مخالصة يحتفظ بها المدين، والنسخة الأصلية ليست صورة للسّند، وإنّما هي نسخة أصلية للسند، يفهم من ذلك أن سند الدين يكتب في نسختين ، إحداهما يحتفظ بها المدين، والأخرى تبقى بيد الدائن، كما يمكن أن يكون التأشير على

---

[1]– أنظر: (نبيل ابراهيم) سعد، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة 2000 ، ص.150.

[2]– أنظر: (محمد حسين) منصور، المرجع السابق، ص.113.

[3]– أنظر: (فتحي عبد الرحيم) عبد الله، (أحمد شوقي محمد) عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.395.

[4]– أنظر: (عباس) العبودي، المرجع السابق، ص.182.

مخالصة أعدّها المدين ليقوم بتسجيل ما قام بدفعه، و عليه يحتفظ بها لإثبات هذا الوفاء و التأشير يكون بأيّة عبارة تفيد معنى براءة الذمة، ولا يشترط مكان لذلك [1].

2 ـ أن يكون السند أو المخالصة في يد المدين

يجب أن تكون نسخة السند أو المخالصة التي أشّر عليها الدائن في يد المدين، لكن هذا لا يعني أن تكون دائما في حوزته، بل يكفي أن يحوزها ولو لفترة وجيزة، فوقوع هذا التأشير بخط الدّائن على السّند الذي في حيازة المدين ولو للحظة يكفي لقيام قرينة الوفاء، وبه يستطيع الإحتجاج بالوفاء، أمّا إذا لم تكن في حوزته وقد حصل على أمر بتقديمها، فعليه إثبات أنّها وقعت في حوزته لفترة معينة [2].

فإذا توفّر هذان الشرطان، كان التأشير حجة على الدائن، و لكن هذا لا يمنع هذا الأخير من إثبات العكس، وذلك بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن [3]، كما أنّ التأشير إذا كان مشطوبًا كما ذكرنا سابقًا، فإنّه يفقد دلالته، وهذا على خلاف ما رأيناه في حالة ما إذا كان السند في يد الدائن ، فالمدين لا يسمح بشطب التأشير الذي يثبت براءة ذمّته، إلّا إذا كان الوفاء لم يتم فعلًا [4].

---

[1]– أنظر: (عبد الرزاق) السنهوري، المرجع السابق، ص.305.

[2]– أنظر: المرجع نفسه، ص.307.

[3]– أنظر: (محمد حسين) منصور، المرجع السابق، ص.118.

[4] - أنظر: (محمد صبري) السعدي، المرجع السابق، ص.106.

خـــــاتمة

خـــــــــــاتمـــــة

إنّ مدار هذا البحث تمحور حول حجية الكتابة في الإثبات، نأمل أن نكون قد أعطينا للموضوع القدر الكافي والمستحق في البحث والتأصيل للإجابة على الإشكالية المطروحة، فقد حاولنا قدر المستطاع التعرض لأهم المسائل المتعلقة بالإثبات بالكتابة، بنوعيها الرسمية والعرفية سواء في شكلها التقليدي " أي على الدعامة الورقية "، أو في شكلها الحديث " أي على الدعامة الإلكترونية ".

من خلال دراستنا توصلنا لمجموعة من النتائج لعل أبرزها تتمثل فيما للكتابة من أهمية كبيرة في إثبات الحقوق والحدِّ من الترافع أمام القضاء، فلولا توثيق التصرفات المبرمة بين الأشخاص لمّا حُفظت الحقوق، إضافة إلى أنّه اتضح لنا أنّ المحررات الرسمية لها حجية بين المتعاقدين والغير وهي قابلة للتنفيذ من غير الحاجة لاستصدار حكم من القضاء، إضافةً أنّه لا يطعن في رسميتها إلاّ بالتزوير، في حين تحوز المحررات العرفية على ذات الحجية بين المتعاقدين والخلف ما لم يتم إنكارها أو الدفع فيها بالجهالة، و تكون لها حجية بالنسبة للغير إذا كان لها تاريخ ثابت.

أضف إلى ذلك أنّ المحررات العرفية لا تكون قابلة للتنفيذ، إلاّ إذا صدر بشأن تنفيذها حكم قضائي، وهناك بعض المحررات العرفية التي لم تعد أصلا للإثبات ولا تكون عادة موقعة من ذوي الشأن، ومع ذلك فإنّ القانون يعطيها بعض الحجية في الإثبات تتفاوت بحسب الأحوال، كشأن الرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية والأوراق المنزلية والتأشير على سند المدين، كما استنتجنا أنّ الكتابة الإلكترونية ليست مغايرة أو مختلفة عن الكتابة التقليدية، إنّما الفرق يكمن في أنّ الكتابة الإلكترونية تنشأ عن طريق وسائط إلكترونية، وحتى التوقيع الإلكتروني يؤدي نفس وظيفة التوقيع التقليدي، وتعرضنا لحجية الكتابة الإلكترونية من خلال البحث في القواعد العامة للإثبات في القانون المدني الجزائري الذي أقّر بها، ومنحها حجية إثبات كالكتابة على الورق من خلال العمل بمبدأ التعادل الوظيفي.

غير أنّه توصلنا إلى أنّ النصوص القانونية يتخللها غموض، أدّى لوقوعها في بعض المعضلات، فهي لا تستوعب الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات كامل يُعتمد عليه، وإنّما قد تكون مجرد قرينة أو دليل ثانوي خاضع لتقدير القاضي، وهو ما لا يتفق مع الغرض المرجو من وراء الكتابة الإلكترونية التي تسعى إلى سرعة إنجاز المعاملات و بأقصر الطرق، فمن المستبعد الأخذ بمبدأ التعادل الوظيفي لعدم توفير وسائل الأمان المصداقية في المعاملة الإلكترونية، إضافة إلى غياب الشرط الأساسي المتمثل في شرط التوثيق، مما يؤدي بالأشخاص إلى الميل للدليل التقليدي على الدليل

الإلكتروني،لاحظنا كذلك عدم وجود نص ينظم حجية الصور والمستخرجات الإلكترونية عند تعديل القانون المدني.

وعليه فقد ارتأينا تقديم جملة من الإقتراحات لحل العقبات التي تعيق سبيل حجية الكتابة في الإثبات ومن بينها، ضرورة الإهتمام أكثر بمجال الإثبات بالدليل الكتابي في قالبه الحديث، وهذا بتحيين وتعديل القواعد التي تعتبر الأساس في جميع الدعاوى، فهذه الأخيرة مهما كانت موضوعاتها لا يمكن التحكم فيها إلاّ عن طريق الإثبات، من المؤكد أن اعتراف المشرع بالمحررات الإلكترونية كوسيلة للإثبات تعد خطوة إجابية للغاية خاصة في ظلّ الأوضاع الراهنة التي تعيشها الجزائر، أي من خلال التأهب إلى الإنضمام للمنظمة العالمية للتجارة، حيث أنّ كلّ البلدان المنظمة لها تعترف بحجية المحررات الإلكترونية.

لكن لابد من إعادة النظر في التعديل لتحديد بعض المفاهيم، توضيح الشروط اللازمة بشكل دقيق وصريح، لا عام وغامض، فلابد للمشرع من إضافة شرط التوثيق لصحة المحرر الإلكتروني تتولاه جهة محايدة معتمدة من الدولة، لإمكانية تحديد هوية أطراف العلاقة التعاقدية والتصديق على توقيعاتهم، مما يُمكّن الكشف عن أي تحايل أو تلاعب يمكن أن يحدث على المحرر الإلكتروني من قبل هؤلاء المتعاملين به، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لتجنب المخاطر التي تهدد سلامة وصحة المعلومات والبيانات الصادرة عن الوسائل التقنية الحديثة، كالتعرض للقرصنة أو تزوير التوقيع الالكتروني.

حسب رأينا فإنّ الحل الأمثل، يكمن في إصدار قانون خاص بالإثبات، يتضمن باب مخصص لمفهوم الكتابة الإلكترونية، بالأخص شروطها و تمييز الكتابة الإلكترونية الرسمية عن الكتابة الإلكترونية العرفية، وبالتالي يضفي على المحررات الإلكترونية الصفة القانونية، من حيث القوة في الإثبات حتى يتمكن الأشخاص من الاستعانة بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، دون تخوّف من ضياع حقوقهم.

قـــــائمة المـــــراجع

أولاً : باللـــــغة العـــــربية

I. القرآن الكريم

II. المؤلفات العامة

1. أبو سعود رمضان، مبادئ الإثبات في المواد التجارية و المدنية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
2. أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
3. أحمد ميدي، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة لطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر ، 2005.
4. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، مكتبة العلم للجميع، الجزء الأول، لبنان ، سنة 2005.
5. أحمد يوسف النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الاثبات، دون طبعة، دار وائل للنشر، الاردن، 2007.
6. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، دار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و الدار الثقافة لنشر و التوزيع، الاردن ، 2001 .
7. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، دون طبعة، مكتبة عبد الله وهب، مصر، 1967.
8. إلياس أبو العيد، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية و الجزائية، الجزء الأول، دون طبعة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005.
9. أمير فرج يوسف، التوقيع الالكتروني، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
10. حسين طاهري، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الثانية، دار ريحانة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2001.
11. حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، دون طبعة، دار هومة لطباعة و النشر، الجزائر، 2004.

12. رضا المزغني، أحكام الإثبات، دون طبعة ، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية ، سنة 1985.

13. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة في الإثبات، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004 .

14. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، دون طبعة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2002 .

15. عبد الحميد ثروت، التوقيع الإلكتروني، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007 .

16. عبد الرحيم فتحي، عبد الرحمان احمد شوقي، شرح النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، دون طبعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001 .

17. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000 .

18. عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي للحقوق، 2010 .

19. علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار الثقافة، عمان، 2011.

20. فاروق علي الحنفاوي، قانون البرمجيات، دون طبعة، دار الكتاب الحديث، 2001 .

21. فيصل سعيد الغريب، التوقيع الإلكتروني و حجته في الإثبات، دون طبعة، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2005 .

22. محمد أمين الرومي، المستند الالكتروني، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.

23. محمد حسين قاسم، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دون طبعة، الدار الجامعية لنشر و الطباعة،لبنان ،2003.

24. محمد حسين منصور، قانون الاثبات "مبادئ الاثبات و طرقه "، دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 1998.

25. محمد شتا أبو سعد، الاثبات في المواد المدنية و التجارية و الشرعية، المجلد الأول، دون طبعة، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1997.

26. محمد عبد الرحيم الديب، أسس الاثبات المدني في القانون المصري و الفقه الإسلامي، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة لنشر، مصر، 1998.

27. محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الاثبات في الشريعة الاسلامية، "في المعاملات المدنية و الأحوال الشخصية "، الجزء الأول، دار البيان، لبنان، 1982 .

28. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني " الاثبات في المواد المدنية و التجارية"، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2009 .

29. ملزي (عبد الرحمان)، محاضرات بعنوان : طرق الإثبات في المواد المدنية، ألقيت على الطلبة القضاة الدفعة السابعة عشر، 2008/2007.

30. نبيل ابراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 2000.

31. نبيل ابراهيم سعد، همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة لنشر، مصر، 2001 .

32. نسرين عبد الحميد البيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 2008.

33. يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية لنشر و التوزيع، الجزائر، 1988 .

III. الرســـائل و المذكــرات

1. أحمد خروبي، الإثبات بالمحررات الالكترونية "دراسة مقارنة "، مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر، 2009.

2. إسمهان بن حركات، زرفة ملكمي، أدلة الاثبات ذات الحجية المطلقة أمام القاضي المدني، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، دفعة السادسة عشر، 2008.

3. أمينة بن عميور، البطاقة الالكترونية لدفع و القرض والسحب، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص، فرع قانون الاعمال، جامعة منتوري قسنطينة، 2005.

4. إياد محمد عارف عطاه سده، مدى حجية المحررات الالكترونية في الاثبات "دراسة مقارنة "، رسالة ماجستير في القانون الخاص، بكلية الدرسات العليا، فلسطين، 2009.

5. خميسة كميني، عز الدين منصور، الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، دفعة السادسة عشر، 2008.

6. سامية براهيمي، اثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائرى، مذكرة لنيل الماجستير في القانون الخاص، القانون العقاري، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008.

7. صفيان خالي، الإثبات عن طريق المحررات الرسمية والعرفية في التشريع المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة السابعة عشر، 2009.

8. محمد سعدي، الأدلة الملزمة للقاضي في المواد المدنية، مذكرة تخرج لنيل الاجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر، 2009.

9. مساعد صالح نزال الشمري، دور السندات العادية في الاثبات " دراسة مقارنة "، رسالة ماجستير استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الكويت، 2012.
10. يوسف واقد، النظام القانوني للدفع الالكتروني، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011 .

IV. المقالات

1. صلاح محمد رحال، نظام التعرف على الهوية باستخدام البصمة، مقال منشور في الموقع : http://faculty.ksu.edu.sa/Rahal/Arti/Fingerprint%20Recognition%20System.pdf
2. عبد الله احمد فروان، المحررات وحجيتها في الإثبات في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات الاجتماعية، العدد الثاني عشر، جامعة صنعاء، اليمن، 2001 .
3. محسن عبد الحميد البيه، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، 2008 منشور في الموقع: http://law77.blogspot.com/2011/02/2007.html
4. محسن عبد الحميد البيه، دور المحررات الالكترونية في الاثبات في القانون المصري، مقال منشور في الموقع : http://law77.blogspot.com/2011/02/blog-post_28.html
5. محمد عمار تيبار، مدى حجية المحرر الالكتروني في مجال الإثبات، مقال منشور على الموقع: www.ac.ly/vb/attachment.php?attachmentid=1168&d=1257714225

V. الدوريات القضائية

1. المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 33054، المؤرخ في 1985/02/06، المجلة القضائية العدد الرابع، الجزائر، 1992.
2. المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 99842، المؤرخ في 1992/06/03، المجلة القضائية، العدد الرابع، الجزائر، 1993.
3. المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 85535، المؤرخ في 1992/05/27، المجلة القضائية العدد الثالث، الجزائر، 1994 .
4. المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 148561، المؤرخ في 30 افريل 1997، مجلة قضائية، العدد 2، 1997.

5. المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 1905114، المؤرخ في 29 مارس 2000، المجلة القضائية سنة 2000، عدد 01، الجزائر، 2000.

VI. النصوص القانونية

➢ التشريعات الوطنية

1. القانون رقم 06-02 المؤرخ ب 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة في 8 مارس سنة 2008.
2. القانون رقم 06-03 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006 المتضمن مهنة المحضر القضائي، الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة في 8 مارس سنة 2008.
3. القانون رقم 91- 25 المؤرخ في 18 ديسمبر 1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 الجريدة الرسمية عدد 65 الصادرة في 11 جمادي الثاني الموافق ل 18 ديسمبر 1991.
4. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 05- 10 المؤرخ في في 13 جمادى الأول عام 1426 الموافق ل 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية عدد 44 الصادرة ب 26 يوليو سنة 2005 .
5. الأمر رقم 06-03 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق ل 15 يوليو سنة 2006 المتضمن القانون الاساسي العام للموظف العمومي. جريدة رسمية عدد 46، الصادرة في 16 يوليو 2006 .
6. الأمر 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم ب الامر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير سنة 2005 جريدة رسمية عدد 15 الصادرة في 27 فبراير سنة 2005.
7. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم ب قانون رقم 05-02 المؤرخ في 6 فيفري 2005 جريدة رسمية عدد 11 المؤرخة في 09 فيفري 2005.
8. الأمر رقم 66 -156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرّخ في 20 ديسمبر 2006 جريدة رسمية عدد 84 .

9. الأمر 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، جريدة رسمية عدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

➢ **التشريعات الأجنبية**

1. قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 الجريدة الرسمية عدد 22 الصادرة في 30 ماي 1968 المتضمن قانون الاثبات في المواد المدنية و التجارية المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 و القانون رقم 18 لسنة 1999.

2. القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني ، و انشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات، الجريدة الرسمية المصرية عدد 17 المؤرخة في 22 افريل 2004.

3. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم 85، لسنة 2000، المؤرخ في 11 ديسمبر 2001.

4. القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية المؤرخ في 16 ديسمبر 1996، المنشور على الموقع :
.http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-ecomm-a_ebook.pdf

5. القانون النموذجي الاونسيترال بشأن التوقيع الالكتروني، 2001. المنشور على الموقع : http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf

ثانيا : باللــغة الفـــــرنسية

1/ livres

- CORUM Gerarad , vocabulaire juridique, presses universitaires de France , Paris , 1987.
- MURIEL Fabre-magnan , introduction générale au droit, (cours et méthodologie), 1ere édition, presses universitaire de France, paris, 2009.
- CABRILLAC Rémy, intréduction général au droit , 7eme édition, Dalloz, paris, 2007.

2/ mémoire

- ESNAULT Julien , La signature électronique , Mémoire de DESS de droit du Multimédia et de l'Informatique , université Paris, II PANTHEON-ASSAS , publie au http://www.signelec.com

3/ loi

- Loi n° 2000 – 230, portent adaptation du droit de la preuve aux technologie de l'information et relative à la signature électronique, JO,14/03/2000. P. 2968 www.journal .officiel.goov.fr

الفهـــــــرس

المقدمة .....أ

الفصل الأول

النظام القانوني للكتابة كدليل إثبات

المبحث الأول : مفهوم الكتابة الرسمية التقليدية و الإلكترونية 05

المطلب الأول : مفهوم الكتابة الرسمية التقليدية.....06

الفرع الأول : تعريف الكتابة الرسمية التقليدية 06

أولا : التعريف الفقهي 06

ثانيا : التعريف القانوني 07

الفرع الثاني : شروط الكتابة الرسمية التقليدية 08

أولا : صدور المحرر من موظف عام أو شخص مكلّف بخدمة عامة 08

ثانيا : تحرير الورقة في حدود سلطة و اختصاص الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة 10

ثالثا : أن يتم تحرير الورقة الرسمية طبقا للأشكال المقررة قانونا.....13

المطلب الثاني : مفهوم الكتابة الرسمية الإلكترونية.....14

الفرع الأول : تعريف الكتابة الرسمية الإلكترونية 15

أولا : تعريف قانون الأونسيترال و قانون التوقيع الالكتروني المصري 15

ثانيا : تعريف المشرع الفرنسي 16

ثالثا : تعريف المشرع الجزائري 17

الفرع الثاني : شروط الكتابة الرسمية الالكترونية 17

أولا : الكتابة 18

ثانيا : إمكانية تحديد هوية الشخص المنسوب إليه المحرر.....18

ثالثا : حفظ المحرر الإلكتروني بطريقة تضمن سلامته 24

رابعا : التوثيق 25

المبحث الثاني : حجية الكتابة الرسمية "التقليدية و الالكترونية 26

المطلب الاول : حجية الكتابة الرسمية التقليدية 26

الفرع الاول : حجية أصل الورقة الرسمية التقليدية 27

أولا : الحجية من حيث الأشخاص 27

ثانيا : الحجية من حيث المضمون 29

الفرع الثاني : حجية صور الورقة الرسمية التقليدية 31
أولا : حالة و جود أصل الورقة 31
ثانيا : حالة انعدام أصل الورقة 32
المطلب الثاني : حجية الكتابة الرسمية الالكترونية 34
الفرع الاول : حجية أصل المحرر الرسمي الالكتروني 35
أولا : مبدأ التعادل الوظيفي 35
ثانيا : أساس حجية المحرر الالكتروني الرسمي.....36
الفرع الثاني : حجية المستخرجات و الصور الكترونية.....37
أولا : حجية المستخرجات الالكترونية 37
ثانيا : حجية صور المحررات الالكترونية 37

الفصل الثاني

النظام القانوني للكتابة العرفية كدليل للإثبات

المبحث الأول : الكتابة العرفية المعدة للإثبات 39
المطلب الأول : مقومات المحرر العرفي المعد للإثبات 39
الفرع الأول : الكتابة.....40
أولا : الكتابة التقليدية 40
ثانيا : الكتابة الإلكترونية 41
الفرع الثاني : التوقيع 42
أولا : التوقيع اليدوي 42
ثانيا : التوقيع الإلكتروني 45
المطلب الثاني : حجية المحرر العرفي المعد للإثبات 46
الفرع الأول : حجّية المحرر العرفي من حيث المضمون 46
أولا : الحجّية فيما بين الأطراف 47
ثانيا : الحجّية بالنسبة للخلف العام 48
الفرع الثاني : حجّية المحرر العرفي من حيث التاريخ 49
أولا : الحجية فيما بين الأطراف 50
ثانيا : الحجية بالنسبة للغير 50
الفرع الثالث : حجّية صور المحرر العرفي 58
أولا : انعدام حجية صور الورقة العرفية في الإثبات 58
ثانيا : الاعتداد بحجية صور الورقة العرفية في الإثبات 58

المبحث الثاني : الكتابة العرفية غير المعدة للإثبات 59
المطلب الأول : حجية الأوراق المتعلقة بالمراسلات 59
الفرع الأول : الرسائل 60
أولا : تعريف الرسائل 60
ثانيا : حجية الرسائل 61
الفرع الثاني : البرقيات 62
أولا : تعريف البرقيات 62
ثانيا : حجية البرقيات 63
المطلب الثاني : حجية الأوراق غير المتعلقة بالمراسلات 64
الفرع الأول : الدفاتر التجارية 65
أولا : تعريف الدفاتر التجارية 65
ثانيا : حجية الدفاتر التجارية 66
الفرع الثاني : الأوراق المنزلية 69
أولا : تعريف الأوراق المنزلية 69
ثانيا : حجية الاوراق المنزلية 70
الفرع الثالث : التأشير على السند ببراءة ذمة المدين 72
أولا : التأشير على السند في يد الدائن 73
ثانيا : التأشير على السند في يد المدين 74
الخـــــــاتمة 76
قائمة المراجع.....78