وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية المرجع: .....

قسم : القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

آليات الإثبات في القانون المدني الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق التخصص:القانون الخاص

من إعداد الطالبة :
- فاتح عائشة

تحت إشراف الأستاذة:
- عون فاطمية الزهرة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ.....درعي العربي .....رئيسا

الأستاذة ..... **عون فاطمية الزهرة**.....مشرفا مقررا

الأستاذ.....بن عبو عفيف .....مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

نوقشت يوم:**.2022/06./27**

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى أعز ما يملك الإنسان في هذه الدنيا إلى ثمرة نجاحي إلى من أوصى بهما الله سبحانه وتعالى :

" وبالوالدين إحسانا "

إلى الشمعة التي تحترق من أجل أن تضئ أيامي إلى من ذاقت مرارة الحياة وحلوها، إلى قرة عيني وسبب نجاحي وتوفيقي في دراستي إلى

"أمي يامنة "

أطال الله في عمرها

إلى الذي أحسن تربيتي وتعليمي وكان مصدر عوني ونور قلبي وجلاء حزني ورمز عطائي ووجهني نحو الصلاح والفلاح إلى

"أبي محمد "

رحمه الله

إلى أخواتي وجميع أفراد عائلتي خاصة العائلة الصغيرة والي وزوجي سفيان واولادي

يونس –جنان - خولة - لؤي

إلى أستاذتي **" عون فاطمية "** و جميع الأساتذة الأجلاء الذين أضاءوا طريقي بالعلم

وإلى كل أصدقاء الدراسة و العمل ومن كانوا برفقتي أثناء إنجاز هذا البحث إلي كل هؤلاء وغيرهم ممن تجاوزهم قلمي ولن يتجاوزهم قلبي أهدي ثمرة جهدي المتواضع

شكر وتقدير

- الحمد لله على توفيقه وإحسانه، والحمد لله على فضله وإنعامه، والحمد لله على جوده وإكرامه، الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده

أشكر الله عز وجل الذي أمدني بعونه ووهبني من فضله ومكنني من إنجاز هذا العمل ولا يسعني إلا أن أتقدم بشكري الجزيل إلى كل من ساهم في تكويني وأخص بالذكر أستاذتي الفاضلة **" عون فاطمية "**

الذي تكرمت بإشرافها على هذه المذكرة ولم تبخل علي بنصائحها الموجهة لخدمتي

فكانت لي نعم الموجه والمرشد

كما لا يفوتني ان أشكر أعضاء لجنة المناقشة المحترمين الذين تشرفت لمعرفتهم وتقييمهم لمجهوداتي

كما أشكر كل من قدم لي يد العون والمساعدة ماديا أو معنويا من قريب أو بعيد

إلى كل هؤلاء أتوجه بعظيم الامتنان وجزيل الشكر المشفع بأصدق الدعوات

مقدمة

تعد نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية ، و الأكثر عملا في الواقع ولها ارتباط وثيق بالقاعدة التي تقضي بأن الإنسان لا يستطيع أن يقضي حقه بنفسه بل باللجوء إلى القضاء فأصبح من غير الممكن تصور أن ثمة حق إلا إذا كان لصاحبه سلطة الإلتجاء إلى القضاء بغرض حمايته، ويلتزم الفرد أن يقنع القاضي بوجود حقه الذي ينازعه الغير فيه.

ويكتسي الإثبات أهمية بالغة في المجال القانوني ،فكلما يعرض نزاع أمام القضاء إلا ووجب على من يتمسك بواقعة ما أن يقيم الدليل على وجودها، فالدليل وحده هو الذي يجعل للحق كيانا في نظر القانون يغدو معه واجب الإحترام ، فإذا لم يتمكن صاحب الحق من إقامة الدليل على الحق المطالب به يجعله غير موجود و بدون أي قوة قانونية و يتجرد الحق من قيمته، فالإثبات عبارة عن التعبير المادي عن وجود الحق و التجسيد له في الواقع ،فالحق بدون إثبات هو العدم سواء ويعبر عن هذا المعني بالمثل القديم الذي يقرر أنه يستوي حق لا دليل عليه وحق لا وجود له.

ضف إلى ذلك يجب على المشرع أن يوفر الحماية القانونية لتلك الحقوق ، فلا تقيد الحقوق أصحابها إلا إذا اقترنت بحماية فعالة لها تخول لهم القدرة على الإنتفاع بحقوقهم والدفاع عنها و الإستئثار بها عند الإعتداء عليها من طرف الغير.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الإثبات المختلط الذي يتوسط بين مذهب الإثبات المطلق ومذهب الإثبات المقيد فيقوم بإعطاء القاضي سلطة واسعة في تقدير الأدلة التي حددها القانون ، الأمر الذي يكفل حسن سير العدالة.

وقد إهتمت جل التشريعات العربية بالإثبات و نظمته و حددت الطرق التي يقوم عليها الدليل أمام القضاء بهدف منح المتقاضيين فرصا لإثبات حقوقهم إذا ما ثار حولها النزاع. | ولقد إمتد التقدم العلمي إلى مجال الإثبات المدني و التجاري، وذلك لأن الوسائل التقليدية المستخدمة في الإثبات المتمثلة في الكتابة و شهادة الشهود و القرائن و الإقرار و

اليمين الحاسمة و المتممة..... الخ قد لا تتلاءم مع افرازات التطور الحديث مما يجعلها لا تحقق العدالة من جهة ، أو تكون غير كافية لتحقيقها من جهة ثانية .

مما جعل العلماء يبتكرون وسائل الإتصال الحديثة ، والتي أدت إلى ظهور نمط جديد من الكتابة و التوقيع ، حيث تم التحول من الشكل الواقعي الملموس إلى الشكل الافتراضي الرقمي ، و كرست القوانين الحديثة مبدأ الفصل بين الكتابة و الدعامة التي تكتب عليها ، مما أدى للإعتراف بالكتابة في الشكل الإلكتروني

وتتجلى أهمية دراستنا لهذا الموضوع كون أدلة الإثبات لها دور فعال في ساحة القضاء، كما تعد على أنها الوسيلة التي يعول القاضي لإصدار أحكام عادلة يرضى بها أطراف الدعوى كما أنها في الوقت نفسه أداة للفرد الإقامة الدليل على ما يدعيه ،فالإثبات اذن هو بمثابة شريان الحياة للحق.

غير أن الاعتماد على الكتابة والتوقيع في شكلهما الإلكتروني في المعاملات التي تتم عن بعد خصوصا ، بات يطرح مشكلة تتعلق بمستوى الثقة والأمان لدى المتعاملين؛ لأن هذه المعاملات تتم بين أشخاص لا يلتقون وقد لا يعلم بعضهم البعض الآخر، وهو أمر دفع في حقيقة الأمر معظم التشريعات التي اعترفت بحجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في مثل هذه المعاملات إلى ضرورة توفير ضمانات كفيلة لتحديد هوية المتعاملين وتحديد حقيقة المعاملة ومضمونها، من خلال التيقن من إرادة الأطرا ف، ونسبة كل تصرف إلى صاحبه.

وقد وجدت هذه التشريعات غايتها من خلال إيجاد طرف محايد موثوق به، يتكفل بطرقه القانونية والتقنية بالتأكد من صحة صدور الإرادة التعاقدية من الأطرا ف، وكذا التأكد من هوية الأشخاص المقدمين على هذه المعاملة، ويتمثل هذا الطرف المحايد في شركات أو هيئات مستقلة تقوم بدور الوسيط بين المتعاقدين لتوثيق المعاملات الإلكترونية، تسمى "جهات التصديق الإلكتروني."

إن التطور التكنولوجي الذي نعيشه الآن، يطلق عليه عصر المعلومات والبيانات، أدى الى ظهور وسائل وأساليب جديدة في ابرام العقود، لم تكن معروفة منذ سنوات قليلة، و هذه الوسائل في تطوير دائم ومستمر وسريع، ولما كان القانون مرآة للواقع وأمام هذه الزيادة الهائلة في حجم التعامل كان الزاما على هذه الجهات إدخال الوسائل الحديثة في مجال معالجة المعلومات، وقد تزايد استخدام هذه الوسائل الحديثة التي لا تعتمد على المستندات الورقية كوسيط لنقل المعلومات فيما بين اطراف التعامل، كما تزايد الاعتماد بصورة كبيرة على تبادل البيانات والمعلومات الكترونيا [1].

أضحت التجارة الالكترونية ثورة حقيقية في مجال الاقتصاد مكنت العالم من التواصل والتفاعل تجاريا وتحقيق منافع هامة في مستوى التبادل مما دفع بميزان التنمية الى أفق أرحب[2].

من أجل توثيق المعاملات الخاصة بالتجارة الالكترونية بين المتعاملين، فإنها بحاجة الى توقيع يتلاءم مع البيئة الحديثة، وهذه الأخيرة تتفق مع فكرة التوقيع بمفهومها التقليدي، مما أدى الاتجاه نحو بديل لهذا التوقيع. فظهر ما يعرف بالتوقيع الالكتروني، حيث اتخذ عدة أشكال بدءا بالتوقيع عن طريق الرقم السري وانتهاء بالتوقيع الرقمي الذي أخذ حيزا واسعا في مجال المعاملات الالكترونية ونال الاعتراف القانوني به[3].

يعتبر التوقيع هو وسيلة يستخدمها الشخص لتحديد هويته والتعبير عن ارادته في الالتزام بمحتوى التصرف القانوني، وقد تطورت هذه الوسيلة، ففي بداية الامر استخدم الشمع (على شكل ختم) في العصور القديمة لتوثيق المراسيم التي كانت تصدر باسم الملك،

[1]– أفيصل سعيد الغريب، التوقيع الالكتروني وحجيته في الاتبات، دط، منشورات العربية لتنمية الإدارية، مصر، 2005،ص . 213.

[2] – Mada fusaw. Commerce. Électronique comment créer la confiance. Québec. 2002. P19.

[3]– دعاء محمد عبد نصيلات، حجية التوقيع الالكتروني في الفتيات، (دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص. 46.

وتطورت بعد ذلك إلى استعمال الورق (الكولان) في القرون الوسطى، ومع بداية القرن السادس أصبح التوقيع بخط اليد إلزاميا.

بعد التطور العلمي وفي سنة 1877، تم اختراع طريقة وضع البصمة على الورق، باعتبار كل شخص تختلف بصمته من شخص لآخر، ثم اخذت هذه الوسيلة تتطور تدريجيا الا ان ظهر ما يسمى بالتوقيع التقليدي (اليدوي).

وفي الفترة القريبة الماضية دخلت البشرية مرحلة جديدة مع التطور الفكري، المعرفي والتقني غير مسبوق، حيث ظهر التوقيع الالكتروني، الذي غير المفاهيم الكلاسيكية للكتابة والتوقيع التقليدي والمتمثلين في الصورة المادية والمحسوسة، فبدأت الدول تهتم به خصوصا مع تزايد استخدامه من يوم لآخر عبر شبكة الانترنت. التي اختصرت المسافات بين الدول والأفراد.

لذلك فإن عنصري الأمان والثقة ضروريين لتطوير التجارة الالكترونية، التي تعتمد على شبكة اتصال مفتوحة، لذا ارتأت التشريعات الدولية والوطنية ضرورة إيجاد طرف ثالث محايد، وضيفته توثيق العلاقات التي تتم بين الأشخاص الذين يعتمدون على الوسائط الإلكترونية

– خاصة شبكة الانترنت لإبرام عقودهم، وهذا الطرف هو جهة التصديق على التوقيع الالكتروني.

يتطلب استخدام لتوقيع الالكتروني الأمن، طرقا ووسائل تؤمن تحقيقه للوظائف المطلوبة وتثبت مصداقيته، وكل ذلك تقوم به هذه الجهة، والتي تصدق على توقيع صاحب الرسالة، بحيث يصبح وضع التوقيع الالكتروني على هذه الرسالة مضمونا ومصادقا من تلك الجهة، حيث تقوم هذه الأخيرة بإصدار شهادة توثيق تثبت فيها صحة التوقيع الالكتروني ونسبته لمن صدر عنه.

وعن الأسباب التي دفعتنا لإختيار هذا الموضوع تكمن في أنه موضوع حساس يمس بحقوق الأفراد هذا من جهة ، ومن جهة أخرى وجود نقص لبحوث قانونية متخصصة في هذا المجال ، ونأمل في ذلك أن يكون محل إهتمام بالقدر الكافي .

ومن هذا المنطلق يتمحور موضوعنا في البحث عن الإشكالية التالية: "كيف عالج المشرع الجزائري وسائل الإثبات ؟؟ وما مدى حجيتها ؟؟" وباعتبار المنهج الوسيلة التي يمكن بواسطته الإجابة عن الاشكالية المطروحة حول موضوع البحث، فقد اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع على المنهج الوصفي الإستقرائي ، وذلك باعتبار المنهج الوصفي ملائم الإستعراض طرق الاثبات بنوعيها التقليدية و الحديثة ، وكذا نطاق حجيتها في الإثبات القضائي.

تم تقسيم الدراسة إلى فصلين :

الفصل الأول بعنوان وسائل الإثبات التقليدية والحديثة حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول بعنوان وسائل الإثبات التقليدي ، وفي المبحث الثاني إلى وسائل الإثبات الحديثة

أما الفصل الثاني سنتطرق فيه حجية الكتابة الالكترونية في القانون الجزائري في المبحث الأول سنتطرق مفهوم الكتابة الإلكترونية ، وفي المبحث الثاني ستنطرق إلى التصديق الإلكتروني

وفي الأخير أنهينا هذا البحث بخاتمة تتضمن مجموعة من النتائج والتوصيات التي توصلنا لها من خلال هذه الدراسة.

الفصل الأول
وسائل الإثبات التقليدية والحديثة

تعد نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية ، و الأكثر عملا في الواقع ولها ارتباط وثيق بالقاعدة التي تقضي بأن الإنسان لا يستطيع أن يقضي حقه بنفسه بل باللجوء إلى القضاء فأصبح من غير الممكن تصور أن ثمة حق إلا إذا كان لصاحبه سلطة الإلتجاء إلى القضاء بغرض حمايته، ويلتزم الفرد أن يقنع القاضي بوجود حقه الذي ينازعه الغير فيه ويكتسي الإثبات أهمية بالغة في المجال القانوني ، فكلما يعرض نزاع أمام القضاء إلا ووجب على من يتمسك بواقعة ما أن يقيم الدليل على وجودها، فالدليل وحده هو الذي يجعل للحق كيانا في نظر القانون يغدو معه واجب الإحتراما ، فإذا لم يتمكن صاحب الحق من إقامة الدليل على الحق المطالب به يجعله غير موجود و بدون أي قوة قانونية و يتجرد الحق من قيمته، فالإثبات عبارة عن التعبير المادي عن وجود الحق و التجسيد له في الواقع ، فالحق بدون إثبات هو العدم سواء ويعبر عن هذا المعني بالمثل القديم الذي يقرر أنه يستوي حق لا دليل عليه وحق لا وجود له ضف إلى ذلك يجب على المشرع أن يوفر الحماية القانونية لتلك الحقوق ، فلا تقيد الحقوق أصحابها إلا إذا اقترنت بحماية فعالة لها تخول لهم القدرة على الإنتفاع بحقوقهم والدفاع عنها و الإستئثار بها عند الإعتداء عليها من طرف الغير.

المبحث الأول : وسائل الإثبات التقليدية

أهم طرق الإثبات، و هو دليل يعد مقدما حين قيام التصرف القانوني في وقت لا يكون لأي من الخصوم مصلحة في تحديد الإثبات بغية تحقيق مصلحة شخصية ، ولا يمكن أن يرد عليها تحريف كالإثبات بالشهود أو عدم التأكد كالقرائن لذلك تقررت لها قوة إثبات مطلقة فتصلح لإثبات جميع الوقائع

المطلب الأول : الكتابة و شهادة الشهود في الإثبات

الفرع الأول : الكتابة و أهميتها في الاثبات

1 – الكتابة هي الأصل في إثبات التصرفات القانونية

هي أهم طرق الإثبات ، و هو دليل يعد مقدما حين قيام التصرف القانوني في وقت لا يكون لأي من الخصوم مصلحة في تحديد الإثبات بغية تحقيق مصلحة شخصية ، ولا يمكن أن يرد عليها تحريف كالإثبات بالشهود أو عدم التأكد كالقرائن لذلك تقررت لها قوة إثبات مطلقة فتصلح لإثبات جميع الوقائع ، تصرفات قانونية أو أعمال مادية مهما بلغت قيمة الأثر القانوني المدعى به على نقيض الشهود و القرائن فلهما قوة اثبات محدودة[4].

2 – الدليل الكتابي في الشريعة الإسلامية

لقد استخدمت الكتابة في الإثبات في معظم الشرائع، فلقد استخدمها الفراعنة و اليونان و الفرس و غيرهم، وعندما انبثق فجر الإسلام تبوأت الكتابة مكانها فقال الله تعالى

{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا ۚ فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ

[4] – محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء 04 ، الاثبات في المواد التجارية ، دار هومة ، الطبعة الأولى 2008، 2009 ص 41.

فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ۚ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ ۚ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ۚ وَلَا تَسْأَمُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ۚ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ۖ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ۗ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ۚ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ۚ وَإِن تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۖ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ ۗ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ }[5].

وفي العصر الحديث أصبحت الكتابة تحتل المرتبة الأولى بين طرق الإثبات المختلفة بل وغدت الأصل في اثبات التصرفات القانونية هذه القوة في الإثبات التي تتمتع بها الكتابة ترجع أولا إلى طبيعتها من حيث تحديدها ووضوحها .

وإمكانية بقائها و استمرارها دون الإرتباط بكاتبها أو موقعها وثانيا إلى طبيعة البشرية من حيث فساد الذمم الذي قد يغرى بشهادة الزور، أو من حيث ذاكرة الشهود التي غالبا ما تقصر مع تقادم العهد على الواقعة عن إستيعاب تفاصيل هذه الواقعة و إدراك الأمور على حقيقتها[6].

والكتابة في حالة عدم إعدادها مقدما للإثبات يمكن الإستدلال بها عند وقوع النزاع كما هي الحال بالنسبة إلى دفاتر التجار فهذه يكون الغرض منها تنظيم أعمال التاجر و لكن يجوز إتخاذها أداة للإثبات لهذا جعلت الإدارة التشريعية للكتابة حجية ملزمة لقاضي مالم ينكر الخصم أو يدع بتزويرها بينما أخضعت الشهادة لتقدير القاضي فخولت له بالنسبة إليها سلطة كاملة لا تمتد إليها رقابة المحكمة العليا (النقض) وخضوع الشهادة لتقدير القاضي يراد بها أن القاضي له أن يأخذ بشهادة الشهود إذا إطمأن إليها وله أن يتغاضى عنها إذا

[5] – سورة البقرة الآيات 282–283

[6] – سورة البقرة الآيات 282–283 .

ساوره الشك في صدقها أما كون الإثبات بالشهود يجوز في الدعوي المعروضة أو لا يجوز فالمسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا (النقض). [7]

3 – التمييز بين التصرف القانوني و أداة إثباته : يجري الخلط في الحياة العلمية بين التصرف القانوني و أداة إثباته ، فيقال مثلا عقد بيع رسمي و يقصد بذلك الورقة العرفية أو الورقة الرسمية المثبتة لعقد البيع. غير أنه يجب التحرر من مثل هذا الخلط بحيث تقتصر كلمة 'عقد على التصرف القانوني الذي لم يتوافق إرادتين أما أداة الإثبات أي الورقة المدون فيها ما تم الإتفاق عليه فتسمى ورقة أو محرر[8]. وذلك لما لهذا التمييز من أهمية بالغة إذ أنه من المحتمل أن يكون التصرف قابلا لإثبات بوسائل أخرى كالإقرار أو اليمين. فالكتابة هنا شرط لإنعقاد العقد. أما اشتراط الكتابة لإثبات التصرف كما إذا كانت قيمته تزيد على مائة ألف دينار جزائري فإن غيابها لا يؤثر على صحة التصرف في الواقع الأنه قد يثبت الإقرار و اليمين[9].

4 – التمييز بين الشكلية و طريقة الإثبات :

يجب أن نميز بين الشكلية التي تعتبر ركنا شكليا في بعض التصرفات القانونية، والكتابة كأداة للإثبات فقط يتطلب القانون شكلا خاصا في بعض التصرفات القانونية كالكتابة الرسمية في عقد بيع العقار في القانون المدني الجزائري المادة 324 مكرر 1 وعقد الرهن الرسمي المادة 883 من القانون المدني الجزائري ، إذ في هذه الحالة تكون الكتابة الازمة لإنعقاد ، بحيث يؤدي تخلفها إلى عدم وجود تصرف أصلا، أما إذا استلزم القانون الكتابة لإثبات التصرف كما في الكفالة المادة 645 من القانون المدني الجزائري فإن تخلفه لا يؤثر على وجود التصرف الذي يكون صحيحا و يمكن إثباته بالإقرار أو اليمين ، وإذا لم

[7] – نبيل إبراهيم سعد، الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار الجامعة الجديدة ، 2008 ، الاسكندرية ، ص95.

[8] – محمد حسن قاسم ، قانون الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، بيروت 2007 ، ص 140.

[9] – محمد زهور ، الموجز في الطرق المدنية للاثبات في التشريع الجزائري ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 1991 ، ص 25 .

يتبين من النص ما إذا كانت الكتابة مطلوبة للإنعقاد التصرف أو إثباته، فإن الكتابة في هذه الحالة تكون مطلوبة للإثبات لأن القاعدة هي أن تكون التصرفات رضائية ، ويجوز أن يتفق المتعاقدان في عقد رضائي على أن يكون التصرف مكتوبا في ورقة رسمية أو ورقة عرفية فإذا تبين من هذا الإتفاق أن المتعاقدين قصدا حقيقة أن يجعلا من الشكلية المتفق عليها شرطا للإنعقاد ، فإن إتفاقهم يجوز و حينئذ لا ينعقد التصرف إلا بتوفر هذه الشكلية[10].

أولا : السندات الرسمية

تعريف الوثيقة الرسمية :

طبقا لما جاء في المادة 324 مج " الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية في حدود سلطته و اختصاصه . وعلى إثر صدور القانون رقم 88-14 المؤرخ في 1988/07/12، الخاص بالتوثيق المعدل بالقانون رقم 02-06 المؤرخ في 10 فبراير 2006 تغير صيغة هذه المادة على نحو التالي :''العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية في حدود سلطته و اختصاصه. " و الشيء الملاحظ في التعريف القديم و الذي يقصد به الموثق المختص بتوثيق المحررات وهو ما ذكره المشرع صراحة في قانون التوثيق الصادر في سنة 1988 و عدل في 2006-2018 في مادته الخامسة حيث جاء فيها : " يعد الموثق ضابطا عموميا يتولى تحرير العقود..... [11] كما إستبدل المشرع كلمة الورقة الرسمية في التعريف القديم بصيغة جديدة هي العقد الرسمي وهو الخلط الذي أشرنا إليه فيما سبق.

[10] – محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ص 43

[11] – مامون عبد الكريم، محاضرات في طرق الاثبات، الطبعة الثانية 2011.

شروط الوثيقة الرسمية : من تعريف المحرر الرسمي، يمكن إستخلاص ثلاث شروط رئيسية يجب توافرها في الورقة لكي تكون رسمية و هي:

1 – أن يتم تحرير الورقة بمعرفة موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.

2 – أن يكون هذا الموظف أو الضابط العمومي مختصا بكتابتها.

3 – أن يتم تحريرها طبقا للأشكال القانونية.

الشرط الأول: صدور الورقة من موظف أو ضابط عمومي (موظف) أو شخص مكلف بخدمة عامة الموظف العام هو من يعين من قبل السلطة للقيام بعمل من أعمالها في شكل خدمة و يخضع لقانون الوظيفة العمومية في حين الضابط العمومي (الموثق) صفة يمكن إسنادها لكل من له مؤهلات قانونية شهادة جامعية[12]، ويبلغ من العمر 25 سنة على الأقل و جزائري الجنسية[13]. يستند إليه تسيير مكتب عمومي للتوثيق لحسابه الخاص و تحت مسؤوليته و يتقاضى أجره ممن يقتصد لخدمة عامة تتمثل عادة في تحرير العقود بمختلف أنواعها [14].

أما المكلف بخدمة عامة فهو كل من كلف بأداء عمل معين في شكل خدمة عمومية سواء خضع للوظيفة العمومية أم لا، و سواء تقاضى عليه أجرا أم أقام بهذا العمل مجانا.

وعلى العموم فإن المصطلح موظف يشمل ليس فقط الموظف المعين من قبل السلطة المركزية ، بل تثبت هذه الصفة كذلك لأشخاص الهيئات المحلية كالمجالس البلدية و الولائية وكذا المؤسسات العمومية ذات الشخصية المعنوية و غيرها.

---

[12] – وعلى اثر صدور القانون التوثيق الجديد، قانون رقم 06-02 المؤرخ في 10 فبراير 2006 ، نصت المادة الثانية منه على ما يلي" الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود....."

[13] – المادة 06 من قانون التوثيق الجديد

[14] – المادة 09 من قانون التوثيق الجديد.

وكل ما في الأمر أن مهام الموظف تختلف بإختلاف الورقة التي يختص بتحريرها. فالقاضي موظف يختص بتحرير الأحكام القضائية و الموثق كضابط عمومي يعتبر موظفا عموميا بالنسبة الى المحررات التي يقوم بتحريرها.

و الجدير بالذكر أن هذه المحررات تختلف عن المحاضر التي يدونها الخبراء بمناسبة المهام المستندة إليهم عن طريق الانتداب فهي ليست أوراق رسمية كما سوف نرى لأن أصحابها غير مكلفين بخدمة عامة[15].

الشرط الثاني: أن يكون هذا الموظف أو الضابط العمومي مختصا بكتابتها ، ومقتضى هذا الشرط أن يكون لهذا الأخير ولاية إصدار الورقة وقت تحريرها. بمعنى اخرأن يكون يتمتع بصفة الموظف أو الضابط و لم يمنعه مانعا قانونيا من تحريرها.

فإذا صدرت من موظف أو ضابط عمومي وهو معزول أو موقوف أو كان به مانعا قانونيا يمنعه من تحريرها كما لو حررها لنفسه أو لأحد أقارب أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة فإن الوثيقة تكون باطلة[16]. كما يجب أن يكون محرر الورقة مختصا بكتابتها بالنظر إلى طبيعة هذه الورقة ومن حين مكانها. فالحكم القضائي يختص بتحريره القاضي و محضر الجلسة يختص به كاتب الجلسة في حين العقود تكون من اختصاص الموثق.

وتجدر الإشارة في هذا المقام أن الورقة الرسمية تكتسي هذه الصفة بتوقيع الموظف العام أو الضابط العمومي الذي يختص بتحريرها، وسواء حررها بنفسه أو كانت من تحرير المتعاقدين أو حتى من طرف الغير. وعليه فإذا وقع الموثق ورقة رسمية باعتباره شاهدا أو متعاقدا فإن توقيعه هذا لا يكسبها الرسمية.

الشرط الثالث: مراعاة الأشكال القانونية

[15] – محمود زهدور المرجع السابق ص26

[16] – المادة 19 من القانون التوثيق.

لقد حدد القانون قواعد يجب مراعاتها في تحرير الأوراق الرسمية، فكما أن القاضي مجبر على إحترام الإجراءات المحددة له في تحرير الأحكام من بيان أطراف الدعوى و مطالبهم و دفوعهم و ذكر النصوص القانونية التي إعتمدها و أسس عليها حكمه ومنطوق حكمه مع ذكر أسماء الهيئة الحاكمة التي أصدرته و توقيعه وكذا بيان اليوم و الشهر و السنة التي صدر فيها و النص على أن الحكم قد صدر في جلسة علنية عامة، فإن الموثق كذلك يخضع لقواعد شكلية في تحرير الأوراق الرسمية[17] وتشمل عادة ما يلي:

1 – اسم ولقب الموثق الذي حررها ومكان ومقر إقامته.

2 – اسم ولقب وصفة و مسكن وتاريخ و محل ولادة الأطراف.

3 – اسم ولقب وصفة ومسكن الشهود.

4 – اسم ولقب ومسكن المترجم عند الاقتضاء .

5 – المحل والسنة واليوم الذي ابرمت فيه العقود

والأهم من ذلك أن تحتوي الورقة على خط واضح غير مشتملة على إضافة أو تحشر أو كشط أو كتابة بين السطور و التصديق على الإحالات[18]. كما يجب أن تحرر الورقة باللغة العربية[19].

هذه هي الشروط الثلاث التي يجب توافرها ، فإذا تخلف منها شرطا فقدت الورقة صفتها الرسمية وتبقى لها فقط قيمة الورقة العرفية إذا كانت موقعة من قبل الأطراف كما نصت على ذلك المادة 326 مكرر2 من القانون المدني الجزائري.

حجية الوثيقة الرسمية في الإثبات : تعتبر الوثيقة المستوفية للشروط السابقة الذكر ورقة رسمية، و تكون لها ذاتية بحيث لا يلزم من يحتج بها بإثبات صحتها. في حين يتعين على

[17] – المادة 29 من قانون التوثيق الجديد .

[18] – المادة 27 من قانون التوثيق الجديد .

[19] – المادة 26 من قانون التوثيق الجديد .

كل من يذكرها إقامة الدليل على بطلانها بطريقة واحدة وهي الطعن بالتزوير. وهذا على عكس الوثيقة العرفية التي ليست لها قوة ذاتية في الاثبات و أن حجيتها متوقفة على إقرار صحتها من الخصم.

غير أن الوثيقة الرسمية التي تتمتع بقوة ذاتية في الإثبات يجب أن يكون مظهرها الخارجي سليما من العيوب بحيث لا يدعو إلى الشك .فاذا احتوت الوثيقة على شطب أو كشط أو محو من غير تصديق ممن صدرت منه جاز للمحكمة ومن تلقاء نفسها أن تأمر بتحقيق بشأنها وذلك طبقا لما جاء في نص المادة 43 ق إ م ج : " يجوز للقاضي ..... ومن تلقاء نفسه....أن يأمر..... بإجراء الخبرة أو التحقيق في الكتابة...." .

كما يجوز للمحتج بالوثيقة الرسمية أن يتنازل عن الاحتجاج بها رغم رسميتها لأنها مجرد وسيلة إثبات، فيجوز استبعادها من ملف الدعوى اذا طعن فيها بالتزوير وهذا ما يستفاد من نص المادة 181 ق. إ. م. ج.

ثانيا : حجية مضمون الوثيقة الرسمية :

لقد نصت على هذه الحجية المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني حيث جاء فيها يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة يثبت تزويره ويعتبر نافدا في كامل التراب الوطني.

كما جاء في نص المادة 324 مكرر 6 " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن.

ويفهم من نص المادتين أن حجة الوثيقة الرسمية تشمل جميع البيانات الواردة فيها، ولا يمكن إنكار أحدها الا عن طريق دعوى التزوير . غير أن حجية بيانات الوثيقة الرسمية تشمل و تثبت لما قام به الموظف العام أو الموثق بنفسه أو راه بعينه في نطاق مهامه و اختصاصاته. أما ما صدر من ذوي الشأن في غياب الموظف العام أو الموثق واقتصر

عمله فيه على تدوين ما يصرح به الأطراف، فلا يلحقه صفة الرسمية ويمكن اثبات عكسه بالطرق العادية للإثبات من غير التقيد بطريق دعوى التزوير[20].

وعليه يجب أن نفرق بخصوص ما ورد في المحرر الرسمي بين حالتين :

1 – ما قام به الموثق بنفسه أو قام به ذوي الشأن أمامه.

اقتصار عمل الموظف العام أو الموثق على تدوين الشأن خارج مجلس العقد بناء على تصريحاته.

ففي الحالة الأولى تثبت الحجية لكل البيانات الواردة و نقصد بذلك توقيع الموثق و الأطراف ، تاريخ المحرر ، توقيع الشهود ، دفع ثمن البيع للموثق ، ما عاينة الموثق بمعرفته أو سمعه بأذنيه من وقائع مادية وقعت أمامه أو قيلت بمحضره كاعتراف المشتري باستلامه العين وثمن البيع .

فكل هذه البيانات رسمية على من يدعي خلافها أن يثبت تزويرها.

أما في الحالة الثانية وهي حالة الاتفاق بين الأطراف في غير حضور الموثق بحيث يلجأ هؤلاء الى الموثق فقط لإشهاده على ما اتفقوا عليه وتدوينه في محرر.فاذا تعلق الأمر ببيع عقار بثمن معين ، فان صفة الرسمية تحقق البيع كواقعة وهذا لا يمنع المتعاقد من الادعاء فيما بعد بأن ذلك البيع كان صوريا وله أن يثبت تلك الصورية بكافة طرق الاثبات . ومثاله أن يدعي متعاقدين أمام الموثق بعقد بثمن محدد في حين أن هذا التصرف هو في حقيقة الأمر هبة مستترة في شكل عقد بيع وهي واقعة لم يعاينها الموثق أو الموظف العام وبالتالي لا تلحقها الرسمية ومن ثم يجوز إثبات عكسها بالطرق العادية من غير التقيد بدعوى التزوير.

[20] – قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1971/11/13.

حجية الوثيقة الرسمية بالنسبة للأشخاص :

طبقا للمادتين 324 مكرر 5 و 324 مكرر 6 مج تعتبر الوثيقة الرسمية حجة على المتعاقدين و على خلفائهم وعلى الناس كافة وهذا ما يؤديه الفقه و يأخذ به القضاء ولو أن المادة 324 مكرر 6 حصرت الحجية على الأطراف المتعاقدة وورثتهم و ذوي الشأن " فالحقيقة أن الوثيقة الرسمية حجة ليس فقط في مواجهة من ذكرتهم المادة 342 مكرر 6 بل هي حجة على الناس كافة وعلى من ينكر صحتها إبطال ما جاء فيها بالطرق المحددة قانونا[21].

صور الوثيقة الرسمية في الإثبات :

طبقا لما ورد في قانون التوثيق الجديد يحتفظ الموثق بأصل المحررات الرسمية الموثقة التي تحمل توقيعه ذوي الشأن و توقيع الشهود وأن يسلم نسخا أو صورة منها للمتعاقدين[22]. فماهي القيمة القانونية لهذه الصور في مجال الإثبات ؟

يفقر القانون في هذا المجال بين حالتين :

2 – حالة وجود أصل الصورة.

3 – حالة فقدان أصل الصورة

الحالة الأولى : وجود أصل الصورة أو النسخة

نصت على هذه الحالة المادة 325 مج حيث جاء فيها " إذا كان أصل الورقة الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون مطابقة للأصل. وتعتبر الصورة مطابقة للأصل مالم ينازع في ذلك أحد الطرفين ، فاذا وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل." فمن استقراء هذه المادة يمكن إستخلاص الأحكام التالية :

[21] – محمد زهدور المرجع السابق ص30،

[22] – سمير السيد تناغو " النظرية العامة في الإثبات " 1988 ص ص 104 و105 .

1 – صورة الورقة الرسمية لها نفس الحجة الاثباتية التي تكون لأصلها طالما هي مطابقة لهذا الأصل.

2 – اذا وقع نزاع بشأن مطابقتها لأصلها أمرت المحكمة بالتحقيق و ذلك من خلال مقابلتها بأصلها بمعرفة المحكمة نفسها أو عن طريق إنتداب أحد قضاتها للتنقل الى مكتب التوثيق حيث يوجد أصل الورقة و بحضور الموثق الذي حررها تتم عملية من صلاحيات المحكمة لمجرد قيام نزاع حول تطابق الصورة مع الاصل دون أن تكلف المنازع بثبات عدم مطابقة الصورة للأصل.

الحالة الثانية : عدم وجود أصل الصورة تناولت هذه الحالة المادة 326 مج على النحو التالي اذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه التالي :

– يكون للصورة الرسمية الاصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل ، ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجة ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين ان يطلب مراجعتها على الصور الأصلية التي أخذت منها.

– أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من النسخة الأولى فلا يعتد به الا المجرد الاستئناس تبعا للظروف. "

يستفاد من نص المادة 326 مج أن أصل الورقة اذا ضاع أو هلك لسبب من الأسباب وبقيت صورته فقط فان حجية هذه الصورة تكون مماثلة لحجية الورقة الاصلية ولكن **على التفضيل التالي :**

1 – الصورة المأخوذة مباشرة عن الاصل الضائع و التي لها مظهر لا يوحي بالشك في شكلها أو مضمونها بمطابقتها لأصلهان لها نفس الحجة المقررة لأصلها .

2 – الصورة المأخوذة من الصورة الأصلية لها كذلك الحجة التي هي مقررة للورقة

الأصلية ولكن يجوز لأحد الأطراف طلب مقابلتها مع الصورة المنقولة منها .

3 – الصورة المنقولة من صورة غير منقولة مباشرة من الورقة الأصلية كما هو الشأن في الحالة الثانية ، فان هذه الصورة الثالثة تدريجيا ليست لها حجة الوثيقة الأصلية ولا يعتد بها الا على سبيل الاستئناس.

الوثيقة الرسمية وقوتها التنفيذية : طبقا لما ورد في الباب الرابع من الكتاب الثالث من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية تحت عنوان في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية .

" فان السندات الغير قضائية وهي العقود ذات قوة تنفيذية تعطي الحق لحاملها في طلب تنفيذها بواسطة المنفذ من غير أن يستصدر حكما بشأنها كما هو الحال في الورقة العرفية ، شريطة أن تمهر بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في المادة 281 قام اج والمادة 21 من قانون التوثيق .

حجية الوثيقة العرفية في الإثبات :

مفهوم الوثيقة العرفية :

هي تلك المحررات التي يصدرها الافراد دون تدخل من موظف عام في تحريرها ولا يهم بعد ذلك لما اذا كانت المادة التي يكتب عليها هي الورق ام القماش ام الجلد ، كما لا يهم ما اذا كانت المادة مستعملة في الكتابة عليها هي الحبر ام القلم ام الة حادة كالنقش وسواء كانت مكتوبة بخط اليد ام بالة كاتبة ام مطبوعة كما لا تهم لغة الكتابة . والمحررات العرفية إما أن تكون معدة للاثبات مسبقا ويكون ذو الشأن وقعوها مسبقا التعد بذلك أدلة كاملة للاثبات وقد تكون غير معدة للإثبات ومع ذلك يعطيها القانون قوة للإثبات .

شروط المحررات العرفية :

– أن يكون بالمحرر كتابة مدونة مثبتة لواقعة معينة.

– والكتابة هي التي تعبر عن الواقعة المثبتة في المحرر العرفي ، ولا يشترط فيها أن تكون بخط موقع الورقة ، وقد تكون بالة كاتبة ، ولا يشترط فيها لغة معينة ، كما لا يمكن أن تكون برموز متفق عليها ، كما لا يشترط فيها أن تتم بصيغة معينة او بعبارات معينة .

أن تكون الكتابة موقعة من الشخص المنسوب اليه التوقيع هو الذي ينسب محتوى الورقة للملتزم بها او لصاحب التوقيع بشرط أن يأتي التوقيع باسم الموقع و لقبه كاملين فلا يكفي التوقيع بالحروف الاولى او التوقيع المختصر.

ولا يشترط أن يأتي التوقيع بالاسم الحقيقي للموقع، كما يمكن أن يأتي التوقيع بإمضاء الشخص او بختمه او بصمة يده .

ويلاحظ أن الورقة إذا خلت من التوقيع فإنها لا يكون لها حجية المحررات العرفية ، و انما يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت كتابي اذا كانت بخط يد المدين . والقاعدة في هذا الشأن انه اذا ثبت توقيع احد الخصوم على الورقة فإنها تصبح حجة عليه بما ورد فيها بصرف النظر عما اذا كان صلب الورقة محررا بخطه أو بخط غيره[23].

التوقيع على بياض يجوز أن يوقع الشخص على ورقة على بياض ويسلمها للدائن ليدون فيها ما تم الاتفاق عليه ويحدث هذا كثيرا في الشيكات ، فاذا ما ملأت الورقة بالبيانات بعد التوقيع فيصبح لها من الحجية ما للورقة التي تكتب اولا ثم وقعت بعد ذلك.

وفي حالة ما اذا كان من سلمت اليه الوثيقة غير أمين وكتب بها بيانات غير حقيقية ، فالطرق الاخر ان يثبت عكس ذلك وفق للقواعد العامة في الإثبات ، ولا يستطيع أن يثبت عكس ما هو ثابت بالكتابة الا بالكتابة . واذا نجح الشخص في اثبات أن هذه البيانات التي دونت على توقيعه على بياض غير صحيحة اعتبر الدائن مرتكبا لجريمة خيانة امانة ويعاقب وفقا لنصوص قانون العقوبات ، واذا كان من دون البيانات الغير صحيحة قد تعامل

[23] – موقع الانترنت : www.stratimes.com

بالورقة مع الغير حسب النية الذي لا يعلم بحقيقة الورقة فلا يستطيع المدين أن يتخلص من التزامه قبل هذا الغير

حجية المحررات العرفية :

1 – حجية المحررات العرفية بصدورها ممن وقعها : لان الورقة العرفية لا يتدخل موظف عام في تحريرها بخلاف الورقة الرسمية ، فيكفي الشخص اذا ما احتج بالورقة العرفية عليه أن يذكر ما بها من بيانات أو ينكر نسبتها اليه حتى يقع على الدائن المتمسك بهذه الورقة في هذه الحال عبء اثبات صدور التوقيع منه .

وعلى ذلك فان الوثيقة العرفية تعد حجة بما دون فيها على من نسب اليه توقيعه عليها الا اذا انكر مضمون الورقة أو ذات التوقيع ، او الختم وكان انكاره صريحا وواضحا فلا يكفي مجرد التشكيك في حصول التوقيع منه ، كما أن سكوته لا يعتبر انكارا بل هو في هذه الحالة اقرار بان هذه الورقة تخصه وان البيانات المدونة بها صحيحة[24].

– الاعتراف ببصمة الختم و انكار التوقيع بها :

قد يعترف المدين في الوثيقة العرفية بأن الختم ختمه ، ولكنه ينكر انه وقع به وذلك مقصور الحدوث على الحالة التي يكون فيها الختم قد فقد منه او اعطاه لشخص غير امين فاستغله ، فهل نعتبر موقفه هذا عبارة عن انكار للتوقيع ؟؟ ام نعتبر أن موقفه هذا اعتراف بان هذا توقيعه وعليه أن يثبت أن الدائن تحصل عليه بطريق غير مشروعة ؟؟

في الاجابة على هذا السؤال تردد القضاء بين الرأيين السابقين قبل أن يستقر عل **الرأي الأول وهو :** انه اذا اعترف الخصم الذي تشهد عليه الورقة بان الامضاء او الختم يخصه او متى ثبت ذلك بعد الانكار فلا يطلب من المتمسك بالورقة العرفية أي دليل اخر

[24] – نفس المرجع . موقع الانترنت

لاعتماد صحة الورقة ، ولا يستطيع الخصم التنصل مما ثبتته الوثيقة الا اذا بين كيف وصل امضاؤه او ختمة الصحيح على الورقة واقام الدليل على صحة ما يدعيه.

2 – حجية البيانات المذكورة بالمحرر العرفي :

اذا تقرر صحة نسبة محرر عرفي الى شخص سواء باعترافه او ثبوت ذلك بعد الانكار ، فان المحرر العرفي يصبح في قوة المحرر الرسمي وتكون له حجية في مواجهة أطرافه بالنسبة للكافة ، وبمعنى آخر انه اذا ادعى من يتمسك ضده بالمحرر او غيره آن البيانات المثبتة فيه اصابها التحوير او الاضافة فلا سبيل إلى اثبات ذلك الا بسلوك طريق الطعن بالتزوير. ولكن اعتراف شخص بانه نسبة الوثيقة العرفية اليه صحيحة لا يمنعه من أن يدعي أن البيانات المدونة بها غير صحيحة، ولكن عليه هو اثبات صحة ما يدعيه في هذه الحال .

3 – حجية تاريخ المحرر العرفي : اذا ثبت صحة التوقيع على المحرر العرفي سواء بإقرار الخصم ام بإثبات ذلك بعد الانكار ، فان هذه الوثيقة العرفية تحوز الحجية في مواجهة اطرافا و بالنسبة للكافة ، لكنها لا يكون لها حجة على الغير بالنسبة للتاريخ المدون بها الا اذا اصبح التاريخ ثابت والتاريخ الثابت تكون حجيته في مواجهة الغير اقوى من حجيته في مواجهة اطراف المحرر العرفي ، اذ ان تكذيب التاريخ الثابت من جانب الغير يستلزم سبيل الطعن بالتزوير ، في حين أن تكذيب التاريخ العرفي بين الأطراف لا يستلزم اكثر من تقديم الدليل الصحيح طبقا للقواعد العامة في الإثبات .

المقصود بثبوت التاريخ في الوثيقة العرفية ، مما لا شك فيه أن الوسيلة الأولى التي تجعل التاريخ ثابت حتى يحتج به في مواجهة الغير هو تدخل شخص له صفة رسمية في تحديد تاريخ الوثيقة العرفية ، و الصورة الطبيعية لهذه الوسيلة هي قيد المحرر في السجل المعد لذلك في مكاتب التوثيق التابعة للشهر العقاري . اما عن الوسائل الاخرى في طرق اثبات التاريخ فقد نصت عليها المادة 15 اثبات وهي :

1 – اثبات مضمون المحرر في ورقة اخرى ثابتة التاريخ .

2 – التأشير على المحرر العرفي من موظف عام مختص.

3 – وجود خط او توقيع لشخص توفي او اصابه عجز جسماني.

4 – وقوع حادث يقطع بانه الوثيقة صدرت قبله المقصود بالغير في ثبوت التاريخ لا يعني تعبير الغير بالنسبة لثبوت التاريخ أي شخص غير اطراف المحرر العرفي و انما الغير هنا له معنى خاص يقتصر على الشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بالمحرر و يشمل :

الخلف الخاص : وهو كل من تلقى من سلفه حقا عينيا على عقار ، كالمشتري الذي يعتبر خلفا للبائع ، فمشتري العقار المؤجر يعتبر من الغير بالنسبة لعقود الايجار الصادرة من البائع ولا تسري في حقه الا اذا كانت لها تواريخ ثابتة سابقة على شرائه العقار.

الدائن الحاجز : هو الذي أوقع حجز على مال مملوك للمدين سواء تحت يد المدين نفسه او تحت يد الغير ، وهو يعد من الغير بالنسبة للتاريخ فلا ينفد في حقه الا اذا كان ثابت وسابق على الحجز .

الدائن المرتهن : الدائن المرتهن هو الذي يتمتع برهن على أحد عقارات المدين ، وهو يعد من الغير بالنسبة لعقود الايجار التي أبرمها المدين على العقار المرهون ، فلا يسري التاريخ في حقه الا اذا كان ثابت و سابق على تنبيه نزع الملكية .

الدائن الذي يرفع دعوى عدم نفاذ التصرفات : اذا رفع الدائن الدعوى البوليصية ، فانه يعتبر من الغير بالنسبة لتصرف مدينه الذي اضر به و بالضمان العام فيجب أن يكون هذا التاريخ ثابت حتى ينفذ في حقه .

دائنو المفلس : وكذلك يعد دائنو التاجر المفلس من الغير بالنسبة لمعاملاته المدينة حيث يرتب القانون على شهر افلا س التاجر رفع يده عن ادارة امواله فلا يكون التصرف الذي يجريه نافذ في حق دائنيه الا اذا كان التاريخ ثابت سابق على اشهار الإفلاس.

ضرورة توفر حسن النية : يترتب عل اعتبار كل من ذكرناهم من الغير ان تاريخ المحرر العرفي لا يكون حجة عليه الا اذا كان ثابتا ولا يطلب منهم اثبات عدم صحة هذا التاريخ بل يكفيهم أن يتمسكوا بعدم ثبوته حتى لا يحتج به في مواجهتهم ولكن يشترط لامكان ذلك يكون الغير حسن النية أي انه لا يعلم وقت ابرام التصرف ان نصرفه كان يسبقه التصرف المثبت بالوثيقة العرفية.

من لا يعتبر من الغير : اذا كان الغير محصورا في الأشخاص المذكورة آنفا فكل ما عداهم يسري عليه تاريخ الوثيقة العرفية حتى ولو لم يكن ثابتا وفقا للمعنى المتقدم ذكره وعلى ذلك فالدائن العادي و الخلف العام لا يلزم ثبوت تاريخ الوثيقة للاحتجاج بها عليه .

استثناءات المخالصات من قاعدة ثبوت التاريخ : ويستثني القانون المخالصات من قاعدة ثبوت التاريخ في خصوص ما اذا حجز الدائن ما لمدينة لدى الغير فقدم مدين المدين مخالصة تفيد وفاءه فلا يطلب منه أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ قبل توقيع الحجز ولما كان من المحتمل تغيير تاريخ المخالصة اضرارا بالدائن الحاجز . فقد جعل القانون هذا الاستثناء جوازي للقاضي فله أن يحكم به اذا ما وجد من ظروف الدعوى ما يبرر عدم تطلب ثبوت تاريخ المخالصة.

حجية صور المحررات العرفية : الأصل أن صور المحررات العرفية ليس لها حجية في الاثبات ذلك أن الصورة تكون نسخة من الأصل وتكون خالية من التوقيع ومع ذلك فان هناك نوع من المحررات العرفية كان ينبغي على المشرع أن يجعل لصورتها قوة في الاثبات وهي المحررات العرفية المسجلة فهذه المحررات تتقضي قواعد الشهر ان تحفظ اصولها في

مكاتب الشهر العقاري ويعطي منها صورة ضوئية او فوتوغرافية لذوي الشأن لكن المشرع لم يجعل لهذه الصور الحجية .

الفرع الثاني : الاثبات بشهادة الشهود

يعتبر الاثبات بشهادة الشهود من اقدم الطرق التي اعتمدتها الأنظمة القديمة وفي الشريعة الاسلامية بحيث كان القاضي على دراية بما يجري في الوسط والمجتمع الذي يعيش فيه فكان يستطيع أن يعتمد على من يثق بهم من شهود غير انه لما اتسعت المجتمعات وقلت الثقة في شهادة الشهود وكثر احتمال الكذب و التزوير فأصبح للإثبات بالشهادة مجال محدود ولا يستعمل كأداة اثبات الا في الحالات التي حددها القانون[25].

جعل المشرع الجزائري شهادة الشهود في المرتبة الثانية بعد الكتابة ونضمها في الفصل الثاني من الباب السادس تحت عنوان الاثبات بالشهود من المواد من 333 الى المادة 336 من التقنين المدني الجزائري .

أولا : القواعد الموضوعية لشهادة الشهود

ان الشهادة كطريق للإثبات ثابتة بالقران الكريم والسنة النبوية الشريفة فمن الكتاب قوله تعالى : " وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ".[26].

[25] – العبودي عباس ، شرح أحكام قانون الإثبات المدني ، د. ط. دار النشر للثقافة و التوزيع ، عمان ، 199، ص ص . 232 -233

[26] – سورة البقرة ، الآية 283 .

اما من السنة النبوية فمنها قوله عليه الصلاة والسلام " البينة على من ادعى و اليمين على من انكر "[27]

تعريف شهادة الشهود : تعددت التعاريف لشهادة الشهود وذلك من حيث التعريف اللغوي ومن حيث التعريف الفقهي ومن حيث التعريف الاصطلاحي .

1 – التعريف اللغوي : هي الاخبار القاطع عن مشاهدة و عيان لا عن تقدير وحساب ، فتطلق في اللغة على معان كثيرة منها الحلف، والحضور و الادراك .

2 – التعريف الفقهي : للشهادة اكثر من تعريف فعن الحنفية " اخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس قضاء." و يعرفها المالكية على انها " اخبار الحكم عن علم ليقضي بمقتضاه " و الشافعية " اخبار بحق للغير على الغير بلفظ خاص أي بلفظ اشهد " وعند الحنابلة " هي اخبار شخص بما علمه بلفظ خاص كشهدت و اشهد"[28]

3 – التعريف القانوني : سكت القانون عن تعريف شهادة الشهود واكتفى بتنظيمها وتحديد نطاقاتها ، وبين لنا شروط قبولها وحجيتها واجراءاتها فترك مهمة تعريفها للفقهاء ، وبعض الشراح و للاجتهاد القضائي[29].

4 – التعريف الاصطلاحي : تعرف على انها الادلاء أمام هيئة قضائية بكل ما وقع تحت سمع شخص وبصره بما يرتب عليه ، القانون اثرا ، فالشهادة اخبار وبالتالي فهي تحتمل الصدق او الكذب ، مع ترجيح احتمال الصدق فيها اكثر على احتمال الكذب ، لأنه لا مصلحة للشاهد في الكذب[30].

---

[27] – الحديث النبوي ، منقول عن عابد فايد عبد الفتاح فايد، نظام الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص159.

[28] – المزغي رضا ، أحكام الاثبات ، د.ط. الدار الجزائرية للنشر و الطبع و التوزيع ، الجزائر ، 1998، ص. 274.

[29] – صالح براهيمي ، الاثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية ، معهد الحقوق و العلوم الادارية ، بن عكنون 1999 ص06 .

[30] – سعد نبيل ابراهيم ن همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ن ص 329 .

الاشكال المختلفة لشهادة الشهود : كأصل عام تؤدى الشهادة أمام المحكمة شفاهه ولا يجوز أن يستعين الشاهد بمذكرات مكتوبة الا اذا كانت طبيعة النزاع تقتضي ذلك، لكن استثناء للقاعدة المذكورة أعلاه اجاز المشرع أن تأخذ الشهادة صورا وأشكالا اخرى الى جانب الشهادة الشفهية والتي نجوزها فيما يلي :

5 – الشهادة الشفهية و الشهادة المكتوبة : في الغالب يكون الإدلاء بالشهادة بتصريح شفوي ، وذلك عن طريق قيام الشهود بالتصريح شخصيا للقاضي عما ابصره او سمعوه . أما الشهادة المكتوبة هي التي تكون عن طريق الكتابة وهذا أمر نادر ومثال ذلك التصريحات الواردة في التقارير كما ظهر نوع آخر من الشهادة عن طريق الاشرطة و التسجيلات ولكن القضاء يتقبلها بتحفظ[31] .

6 – الشهادة المباشرة وغير المباشرة :

تكون الشهادة غالبا مباشرة ، ويدلي بها الشاهد اذا ما اتصلت بعلمه بواسطة حاسة من حواسه كالبصر أو السمع أو بهما معا كحدوث واقعة الضرب أو واقعة السرقة أمام شخص ما ، فيشهد بما رآه و سمعه أمام القاضي . كما يمكن أن تكون الشهادة غير مباشرة أو من الدرجة الثانية وتعرف بالشهادة السماعية وفي هذه الشهادة لا يشهد الشخص بما رآه أو سمعه مباشرة بل يشهد بما سمعه عن شخص آخر يكون قد شاهد الواقعة بعينه أو سمعها بأذنه[32]، وتعتبر أقل من الشهادة المباشرة ويبقى أمر تقديرها للقاضي لمعرفة قيمتها في الإثبات[33].

---

[31] – الغوثى بن ملحة ، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري ن الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2001 ن ص 67.

[32] – شرف الدين أحمد ، أصول الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، الطبعة الأولى ، طبعة نادي القضاة 2004 ، ص186 .

[33] – مصطفى مجدي هرجة، شهادة الشهود في المجالين الجنائي و المدني ، د، ط، دار محمود ، القاهرة ، د.س.ن.ص101 .

7 – الشهادة بالشهرة العامة :

عبارة عن ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية يقوم بها موظف عام أو موثق أو قاضي يدون فيها وقائع معينة ، يشهد بها شهود يعرفون تلك الوقائع عن طريق الشهرة العامة كمحضر حصر التركة ، تقرير غيبة المفقود[34].

ففي الجزائر كثيرا ما تستعمل هذه الشهادة الإثبات عقد الزواج عند عدم تمكن الزوجين من تسجيله ، فيلجؤون أمام الموثق بصحبة شهود يشهدون على حالة الزواج عن طريق الشهرة العامة [35].

8 – الشهادة بالتسامع :

تختلف الشهادة بالتسامع عن الشهادة السماعية ، من حيث أنها ليست نقلا عن شخص معين شاهد الأمر بنفسه ، ففي هذه الشهادة يقول الشاهد سمعت الناس يقولون كذا و كذا عن أمر معين دون أن يستطيع إسناد ذلك لشخص معين ، فهي تقبل في المسائل التجارية على سبيل الاستئناس .

أما في المسائل المدنية لا تلقى قبولا نظرا لصعوبة التحري عن وجه الصحة .
خصائص الشهادة : تتميز[36] الشهادة كدليل من أدلة الإثبات بعدة خصائص نوجزها فيما يلي :

9. الشهادة الشخصية : فيجب على الشاهد الحضور بنفسه أمام المحكمة لأداء شهادته ، فلا يجوز الانابة في ذلك .

---

[34] – الدناصوري عز الدين ، حامد عبد الحميد عكاز ، التعليق على قانون الإثبات ، دط، عالم الكتب القاهرة ، د.س. ن. ص ، 100 .

[35] – بكوشي يحي ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي ، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة ، الطبعة الثانية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1998، ص 192

[36] – صقر نبيل ، مكاري نزيهة ، الوسيط في القواعد الإجرائية و الموضوعية للاثبات في المواد المدنية ، د. ط. دار الهدى ، الجزائر ن د. س . ن. ص 123.

10 – تصدر عن شخص لا يعد خصما في الدعوى : حيث تكون الشهادة صادرة عن شخص لا يعد طرف في الخصومة ، أما اذا صدرت عن أحد الخصوم في القضاء أثناء استجوابه يعتبر اقرارا ، اذا تضمن اعترافا بالواقعة المدعاة.

11 – الشهادة حجة مقنعة غير ملزمة للقاضي : فهي تخضع لتقدير قاضي الموضوع و اقتناعه ، فله سلطة كاملة في الأخذ بها أو طرحها جانبا اذا لم يطمئن اليها ، كما يتمتع بسلطة في تقدير قيمتها[37].

12. الشهادة حجة غير قاطعة : اذ أنها تقبل النفي و إثبات عكسها بأي طريق من طرق الإثبات ، كما يمكن للخصم الآخر نفيها بشهادة أخرى ، فهي بذلك تختلف عن الاقرار و اليمين.

13 – الشهادة حجة متعدية : فاذا اقتنع القاضي يصدقها فتصبح حجة بذاتها وذات قوة في الإثبات بالنسبة للخصوم وكذلك بالنسبة للغير ، فما يثبت فيها يعتبر ثابتا بالنسبة للكافة.

14 – لشهادة دليل مقيد : تعتبر الشهادة دليل مقيد لا يجوز الإثبات بها في جميع الأحوال نظرا لأنهل ذات قوة محدودة في نطاق التصرفات القانونية ..... الخ [38].

شروط الإثبات بالشهادة : حتى يوصف ما يصدر من الشاهد بأنه شهادة في مدلولها القانوني يجب أن يتوفر في أداء الشهادة عدة شروط منها ما يتعلق بالشاهد ذاته ، ومنها ما يتعلق بالشهادة ذاتها .

الشروط الخاصة بالشاهد :

[37] – شرف الدين احمد ، المرجع السابق ، ص 186 . 3–

[38] – عادل حسن علي ، الاثبات في المواد المدنية ، د. ط مكتبة زهراء الشرق ، د. ب. ن. 1996 ، ص 205 .

1 – الاهلية : لا تقبل شهادة الصغير غير مميز وكذلك ناقص الاهلية ذلك أن التمييز يتطلب قوي ذهنية قادرة على تفسير المحسوسات والقدرة على ادراك ماهية الأفعال والاثار المترتبة عنها[39].

الا انه يجوز سماع شهادة الصبي المميز الذي بلغ 13 سنة على سبيل الاستدلال وهذا ما نصت عليه المادة 153 الفقرة 5 من ق.. م." يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التميز على سبيل الاستدلال"[40].

أما البالغ سن الرشد القانوني المحدد ب 19 سنة و المتمتع بكامل قواه العقلية تكون شهادته مقبولة أمام القضاء بعد أداءه حلف اليمين على أنه يقول غير الحق وإلا تكون شهادته باطلة[41].

2 – الا يكون محكوما عليه بعقوبة جنائية : يشترط في الشاهد الا يكون محكوما عليه بعقوبة جنائية لم تقضي مدتها بعد ، غي أنه يمكن سماع شهادته على سبيل الاستدلال فقط.

1 – الا يكون الشاهد ممنوعا من الشهادة : أورد المشرع في نص المادة 153 من ق... م.إ مجموع من الأشخاص لا يجوز سماعهم كشهود ، المتمثلة في الحالات الثلاثة:

– اذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم.

– لا يجوز كذلك سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه ولو بعد انتهاء العلاقة الزوجية .

---

[39] – صقر نبيل ، مكاري نزيهة ، مرجع سابق ، ص 129 .

[40] – قانون رقم08/09، مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الاجرءات المدنية و الادارية ، ج. ر. العدد 21 ، صارة بتاريخ 23 أفريل 2008 .

[41] – دلاندة يوسف ، الوجيز في شهادة الشهود ، وفق أحكام الشريعة و القانون وما إستقر عليه قضاء المحكمة العليا ، د. ط. دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2005 ، ص. 70 .

– لا يجوز أيضا قبول شهادة الاخوة والاخوات و ابناء العمومة لاحد الخصوم غير انه يجوز سماعهم باستثناء في القضايا الخاصة بحالة الاشخاص و الطلاق[42].

الشروط الخاصة بشهادة الشهود :

الأصل أن تكون الشهادة شفوية وأن تصدر أمام القضاء طبقا للأوضاع المقررة قانونا ، فلا عبرة بأي شهادة يحصل الإدلاء بها خارج المحكمة ، ويعتمد بالشهادة التي تكون وفقا للإجراءات التي يتطلبها القانون .

كما يجب أن تؤدي الشهادة بعد حلف اليمين القانونية ، فحلف الشاهد اليمين تعد من أهم الضمانات التي تمنح للشهادة الثقة و قوة في الاثبات . ويشترط في موضوع الشهادة أن تتوافر فيه الشروط العامة في محل الإثبات ، فيجب أن يكون موضوعها واقعة قانونية متنازع فيها ويكون متعلق بالدعوى منتجة فيها و جائزة للإثبات قانونا. كما يجب أن تنصب الشهادة على عرض الوقائع التي يعرضها الشاهد وليس على إبداء رأي فيها أو استخلاص النتائج[43].

الحالات التي يجوز فيها الاثبات بالشهود :

2 – الحالات التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود: المواد التجارية : فلقد استثنت المادة 333 مج صراحة المواد التجارية من الحالات التي يجب اثباتها بالكتابة . ومعنى ذلك أن المواد التجارية تبقى قابلة للإثبات بالبينة و إن تجاوزت قيمتها 100000 دج ، وذلك لاعتبارات مرتبطة بطبيعة التجارة التي تقوم على عنصر الثقة والسرعة في المعاملات .

[42] – المادة2/153 من القانون رقم 08 – 09 ، متضمن ق. إ. م. إ. مرجع سابق .

[43] – العبودي عباس ، مرجع سابق، ص240.

وتجدر الاشارة الا ان قاعدة الاثبات الحر في المواد التجارية لا تتنافى مع ما قد يذهب اليه الأطراف في إثبات تصرفاتهم التجارية بالكتابة وفي هذه الحالة لا تقبل هذه التصرفات الا بالكتابة طبقا لاتفاق الاطراف .

التصرفات المدنية التي لا تتجاوز 100000 دج : وتستخلص هذه الحالة بمفهوم المخالفة من المادة 333 مج ، بحيث كانت قيمة التصرف تساوي أو تقل عن مائة الف دينار جزائري جاز إثباته بالبينة ، مع العلم أن المشرع قد أوجب الكتابة لإثبات بعض التصرفات ولو تتجاوز قيمتها مائة ألف دينار مثل الكفالة و الوصية .

الوقائع المادية : هي الأخرى مستخلصة بمفهوم المخالفة من المادة 333مج التي نصت على التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها 100000 دج . فكما هو معلوم ، الوقائع القانونية نوعان ، تصرفات قانونية وهي المشار إليها في نص المادة 333 مج و(هي التي يجب إثباتها بالكتابة إذا تجاوزت مقدار البينة).أو وقائع مادية لا دخل لإدارة الشخص في حدوثها وهي تكون اما بفعل الطبيعة (كالفيضان ، الحريق ، الزلزال ، الجنون ، العته ، الغفلة ، السفه) واما بفعل الانسان كالفعل الضار . فكل هذه الوقائع يمكن اثباتها بالبينة .

الحالات التي يجوز اثباتها بشهادة الشهود استثناء : الأصل في هذه الحالات وجوب إثباتها بالكتابة ، ولكن بسبب اعتبارات معينة أجاز المشرع اثباتها بالبينة استثناء . وقد نصت على هذه الحالات المادتين 335 و 336 مج

3 – وجود مبدأ ثبوت بالكتابة .

4 – وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول عل الدليل الكتابي .

5 – فقدان الدائن لسنده الكتابي .

الحالة الأولى : وجود مبدأ ثبوت الكتابة

نصت عليها المادة 335 مج بقولها " يجوز الثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة.

وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب ا حتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ."

يستخلص من النص جواز الاثبات بالبينة بشرط وجود بداية ثبوت بالكتابة . ومعنى ذلك انه يجوز للخصمان أن يطلب من المحكمة إثبات ما يدعيه عن طريق شهادة الشهود فيما

كان يجب إثباته بالكتابة أصلا . ولكن يشترط لتحقيق هذه الحالة أن يكون لديه بداية ثبوت بالكتابة ، أي وجود دلائل كتابية لا ترقى إلا بالكتابة الحائزة لقوة الاثبات الذاتية .

وطبقا لنص المادة 335م. ج لتحقيق بداية الثبوت بالكتابة يجب توافر ثلاث شروط :

6 – وجود الكتابة .

7 – أن يكون التصرف المدعى به قريب الاحتمال .

8 – الكتابة الصادرة من الخصم.

الحالة الثانية : وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي : نصت على هذه الحالة المادة 336 م.ج بقولها " يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة – اذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي....."

فقد يوجد الفرد في ظروف تمنعه من الحصول على الدليل الكتابي لإثبات تصرف قانوني معين يوجب القانون إثباته بالكتابة ولكن استثناءا يسمح له بسبب هذه الظروف إثبات هذا التصرف بالبينة و ان تجاوز من حيث القيمة نصيب البينة أو كان يخالف أو يجاوز الدليل الكتابي .

و يقصد بالمانع الذي يتعذر بسببه الحصول على الدليل الكتابي ، عند التعاقد . وهذا المانع إما يكون ماديا أو يكون أدبيا . الحالة الثالثة : فقدان الدائن لسنده الكتابي بأمر قاهر : نص على هذه الحالة البند الثاني من المادة 336 م ج غذا جاء فيها " يجوز الاثبات بالبينة فيما كان يجوز إثباته بالكتابة .....

– إذا فقد سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته ؟" تختلف هذه الحالة عن سابقتها في كون الخصم حصل على الدليل الكتابي عند إنشاء التصرف، غير أنه فقده بسبب أجنبي ، وبناءا على ذلك اذا ضاع السند من صاحبه بدون خطأ منه جاز له إثبات ما يدعيه بالبينة وإن وجب أصلا إثباته بالكتابة حتى ولو كانت الكتابة شرطا للانعقاد. ومعنى ذلك أنه يجوز له إثبات التصرفات القانونية التي تجاوزت ألف دينار و كذا التصرفات التي تكون فيها الكتابة شرط انعقاد كالوصية ، الكفالة و الشركات ، لأن المفروض أن السند الكتابي الضائع كان د استوفي الكتابة المفروضة الصحة التصرف و قيامه .

ثانيا : القواعد الاجرائية لشهادة الشهود

تبدأ إجراءات الاثبات بالشهادة بطلب يتقدم به الخصم يستأذن فيه المحكمة سماع الشهود الإثبات واقعة معينة ، فيمكن أن يطلبه المدعي ليثبت مزاعمه ، كما يمكن أن يطلبه المدعى عليه ليثبت دفاعه ، يسمى طلب سماع شاهد ، و بالمقابل من ذلك فان للمحكمة سلطة في تقدير الاثبات بالشهادة[44] .

[44] – صالح براهيمي ، المرجع سابق ، ص 126

1 – إجراءات سماع الشهود :

حدد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الفصل الثاني ، القسم العاشر تحت عنوان في سماع الشهود من المواد 150 الى غاية المادة 163 الاجراءات التي يجب اتباعها السماع الشهود والتي تتم على النحو التالي :

– يتم تكليف الشهود بالحضور بسعي من الخصم الراغب في ذلك وعل نفقته بعد ايداع المبالغ اللازمة لتغطية التعويضات المستحقة للشهود والمقررة قانونا [45].

– يسمع كل شاهد على انفراد في حضور أو غياب الخصوم .

– يعرف الشاهد قبل سماعه ، باسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وعلاقته ودرجة قرابته ومصاهرته أو تبعيته للخصوم .

– يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة وإلا كانت شهادة قابلة للإبطال .

– يدلي الشاهد بشهادته دون قراءة لأي نص مكتوب .

– يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو يطلب من الخصوم او احدهم أن يطرح على الشاهد الاسئلة التي يراها مفيدة .

– لا يجوز الا للقاضي مقاطعة الشاهد أثناء الادلاء بشهادته او يسأله مباشرة[46] .

– تدون أقوال الشاهد في محضر يتضمن البيانات الواردة في المادة 160 من ق م ج [47].

---

[45] – بربارة عبد الرحان ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، طبعة ثانية ، منشورات بغدادي ، د. ب. ن. 2009، ص 143

[46] – المواد 152، 158 ، 159، من قانون رقم 08–09 ، متضمن ق. ب. م. إ. مرجع سابق.

[47] – تنص المادة 160 من قانون رقم08/09 ، مرجع نفسه على :" تدون أقوال الشاهد في محضر يتضمن البيانات الاتية : مكان ويوم وساعة سماع الشاهد

– حضور او غياب الخصوم

– اسم ولقب ومهنة وموطن الشاهد

– تتلى على الشاهد أقواله من طرف أمين الضبط فور الادلاء بها .

– يجب توقيع المحضر من القاضي و أمين الضبط والشاهد ويلحق مع اصل الحكم إذا كان الشاهد لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع أو يرفضه ينوه عن ذلك في المحضر .

– إذا تم التجريح في شاهد بسبب عدم أهليته للشهادة أو قرابته أو لأي سبب جدي آخر يفصل فورا في ذلك بموجب أمر غير قابل لأي طعن .

– يجب إثارة أوجه التجريح قبل الإدلاء بالشهادة الا اذا ظهر سبب التجريح بعد الإدلاء بالشهادة وأثناء سماع الشهود الاخرين ، إذا قبل التجريح في الحالة الأخيرة تكون الشهادة باطلة[48].

سلطة المحكمة بالنسبة للإثبات بشهادة الشهود:

أعطى القانون للقاضي السلطة التقديرية مطلقة في قبول الاثبات بالشهادة ، ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا على النحو التالي :

– **سلطة القاضي في اجابة طلب الاثبات بالشهادة :** فاللمحكمة سلطة تقديرية مطلقة في اجابة هذا الطلب او عدم اجابته ، اذ قد يكون في وقائع الدعوى ما يغني عن الشهادة في تكوين اقتناع المحكمة ، أو نظرا لكون الوقائع المراد إثباتها بالشهادة بعيدة الاحتمال ، أو الكون الوقائع قد تقادم العهد بها ،

وبالتالي يتعذر إثباتها بالشهادة ولا تخضع محكمة الموضوع في ذلك لرقابة المحكمة العليا [49].

– اداء اليمين من طرف الشاهد ودرجة قرابته او مصاهرته مع الخصوم او تبعية لهم

– اوجه التجريح المقدمة ضد الشاهد عند الاقتضاء . اقوال الشاهد و التنويه بتلاوتها وعليه ".

[48] – المواد 161 ، 156 ، 157 ن مرجع سابق

[49] – مجدي فتحي ، مرجع سابق ، ص 322 .

– **سلطة القاضي في الأمر بالإثبات بالشهادة من تلقاء نفسه** : فاللمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الحالات التي يجيز فيها القانون الإثبات بها متى رأت في ذلك فائدة لإظهار الحق[50].

– سلطة القاضي في تقدير الشهادة وكفايتها : تتمتع محكمة الموضوع بسلطة تقديرية واسعة في تقدير ما إذا كانت شهادة الشهود كافية في إثبات الواقعة المدعاة حتى ولو كانت تلك الوقائع متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزة قبولها ، كما لا يقيد بعدد الشهود ولا بجنسهم ولا بسنهم ، كما يمكن له أن يقوم بترجيح شهادة شاهد على آخر فهو غير ملزم بتصديق الشاهد في كل أقواله[51] .

المطلب الثاني : الإثبات بالقرائن و الاقرار و اليمين

الفرع الأول : الاثبات بالقرائن والاقرار

أولا : الاثبات بالقرائن

القرائن هي " ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم الدلالة على أمر مجهول. "[52]

وهي نوعان : قرائن قانونية وقرائن قضائية . القضائية منها ما يستنبطة القاضي في نظره في دعوى معروضة عليه ، أما القرائن القانونية هي من استنباط المشرع من حالات يغلب ظهورها فيضعها في شكل قاعدة عامة و مجردة .

وقبل دراسة كل من النوعين ، تجدر الاشارة بداية الى ان القرائن القضائية تتطلب عملا ايجابيا من قبل القاضي هو استنباطها من وقائع الدعوى و الاستدلال بها و إثبات ما يعجز المدعي عن إثباته . في حين القرائن القانونية تنقل عبء الإثبات من المدعي الى

---

[50] – سعد نبيل ابراهيم ، همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ، ص 340 .

[51] – عصام أنور سليم ، النظرية العامة للاثبات في المواد المدنية و التجارية ، د. ط. منشأ المعارف ، الاسكندرية ، 2005 ، ص ص 273، 274 .

[52] – عبد المنعم فرج الصدة " الاثبات في المواد المدنية ، طبعة 1955 ، ص6 .

المدعى عليه خاصة عندما يتعلق الأمر بالقرائن البسيطة . أما القرائن القاطعة فإنها تعفي من الاثبات أصلا من قررت لمصلحته .

القرائن القضائية : نصت عليها المادة 340 م ج بقولها " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ، ولا يجوز الاثبات بهذه القرائن الا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الاثبات بالبينة ."

من استقراء المادة يمكن استنباط الأحكام التالية : سبقت الإشارة في تعريف القرينة بأنها استدلال بالمعلوم الإثبات المجهول كأن يستنبط القاضي قرينة من واقعة معلومة في الدعوى المعروضة عليه لغرض اثبات واقعة عجز المدعي عن إثباتها ومثالها استنباط القاضي لصورية التصرف بين الأب وابنه من واقعة القرابة القائمة بينهم ، فاذا ادعى الابن بأنه اشتري المال محل النزاع من ابيه في حياته وهو لا يزال صغيرا ولا دخل له ، فانه نازعه أحد في هذا المال بعدها جاز للقاضي ان يستدل بواقعة القرابة التي هي ثابتة لإثبات صورية العقد وهي واقعة مجهولة . وقد أشارت المادة 340 م ج صراحة الى سلطة القاضي التقديرية بشأن استنباط القرائن ولا قرابة عليه من المحكمة العليا في هذا الشأن.

لقد أجازت المادة 340 م ج الاثبات بالقرائن القضائية فقط في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبينة . وبناء على ذلك فما لا يجوز إثباته بالبينة لا يجوز إثباته بالقرائن القضائية . وعليه يمكن اللجوء الى القرائن القضائية لإثبات الوقائع التي يمكن أثبتها بالبينة ويدخل ذلك ضمن الوقائع المادية و التصرفات القانوني في غي التجارة التي لا تتجاوز قيمتها 100000 دج ، التصرفات التجارية بصفة مطلقة ، كما يجوز اللجوء الى الاثبات بالقرائن لتكملة الدليل في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو في حالة تعذر الحصول على الدليل الكتابي أو فقدانه بسبب أجنبي ، وقد سبق توضيح هذه الحالات في فصل الاثبات بالبينة .

القرائن القانونية : سبقت الإشارة إلى أن هذا النوع من القرائن هو من وضع المشرع في شكل قواعد قانونية عامة و مجرة تطبق على كل الحالات المتماثلة ، ومثالها القرينة القانونية الواردة في المادة 499 م ج التي جاء فيها " الوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك ." فاذا قدم المدين دليلا على وفائه بقسط من الأجرة يعتبر ذلك قرينة بسيطة على الوفاء بالأقساط السابقة محل النزاع. وقد نصت المادة 337 م ج " القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحيه عن اي طريقة اخرى من طرق الاثبات ....." ففي المثال السابق اذا أثبت المستأجر وفائه لقسط من الاجرة ، فان ذلك يغنيه عن اثبات الوفاء بالأقساط الأخرى وفي هذه الحالة ينتقل عبء الاثبات الى المؤجر الذي يتعين عليه اثبات عدم الوفاء بهذا القسط ، أي اثبات عكس ما جاءت به القرينة القانونية .

غاية المشرع من اللجوء الى القرائن القانونية :

من الأسباب الرئيسية التي دفعت بالمشرع الى اعتماد القرائن القانونية حماية المصالح الفردية و الجماعية للأفراد . فمن أمثلة القرائن القانونية التي قررت حماية المصلحة عامة القرينة الواردة في المادة 338 م ج الخاصة بحجة الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به فيما فصلت فيه المحكمة و ذلك حماية للمصلحة العامة التي تقتضي توافر الثقة في الأحكام القضائية ، و أبرز الأمثلة عن القرائن القانونية المقررة لحماية مصلحة خاصة افتراض الخطأ لدى حارس الشيء و متولى الرقابة وهي القرائن التي نصت عليها المواد 134 و 138 م ج.

كما يهدف اللجوء الى القرائن القانونية من جهة اخرى الى التحاليل على القانون ، ومثاله القرينة المنصوص عليها في المادة 776 م ج والتي تجعل من التصرفات التي في مرض الموت بمثابة تبرع يخضع لأحكام الوصية ولو أعطته الاطراف اسما آخر أثناء التعاقد .

أنواع القرائن القانونية : القرائن القانونية نوعان : قرائن قاطعة و اخرى بسيطة ، فالقاطعة منها لا يجوز اثبات عكسها على أساس أنها تبنى على الراجح الغالب من الأحوال ، بينما القرائن البسيطة يجوز إثبات عكسها بحكم انها مبنية على مجرد الاحتمال المتأرجح بين الصحة و الخطأ ، ففي تقدير المشرع كلما كانت القرينة قريبة من مطابقة الحقيقة بحيث يكون احتمال الخطأ ضعيفا فيها .

– **القرينة القانونية البسيطة** : الأصل في القرائن انها بسيطة وهو ما يمكن استنتاجه من نص المادة 337 م ج التي جاء فيها " ..... على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك ."

فطبقا لهذا النص كل القرائن يمكن اثبات عكسها مالم يوجد نص يجعل منها قرينة . ومن أمثلة القرائن البسيطة ، ما نصت عليه المادة 98 مج من ان كل التزام يفترض أن سببه مشروعا الى ان يثبت العكس بالدليل . فلا يلتزم عادة الدائن الذي يطالب بدين معين بإثبات مشروعية سبب التزامه الا اثبت المدين أن سبب هذا الالتزام كان غير مشروعا (دين قمار).

– **القرائن القانونية القاطعة** : هي القرائن القانونية التي لا يمكن إثبات عكسها ومثالها قرينة الحقيقة القضائية المعبر عنها بقوة الأمر المقضي به، ومعنى ذلك أن الحكم القاضي الفاصل في دعوى معروضة قرينة قانونية قاطعة على صحة ما فصل فيه متى أصبح هذا الحكم باتا ، أي بعد استنفاذه لطرق الطعن القانونية ، فلا يجوز بعدئذ للمحكوم عليه أن يثبت ما يخالف هذا الحكم حسب ما جاء في نص المادة 338 م ج .

ثانيا: الإثبات بالإقرار

الاقرار " هو اعتراف شخص بواقعة من شأنها أن تنتج ضده أثارا قانونية مع قصده آن تعتبر هذه الواقعة صحيحة في حقه "[53].

[53] – عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق ص387 .

ويعتبر الاقرار ثاني أهم طريقة من طرق الاثبات نسبة الى القول المشهور ط الاعتراف سيد الادلة " . الاعتراف نوعان اقرار قضائي و اقرار غير قضائي .

الاقرار القضائي : لقد عرفته المادة 341 مج (الاقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعي بها عليه وذلك اثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة) . شروط الاقرار القضائي : يتضح من نص المادة أن الإقرار القضائي يستوجب ثلاث شروط رئيسية هي :

– وجوب صدور الاقرار من الخصم .

–ان يتم الإقرار أمام القضاء .

–ان يتم الاقرار أثناء سير الدعوى .

– **وجوب صدور الاقرار من الخصم :** ويعتبر الاقرار صادرا من الخصم سواء تم ذلك من قبل خصم شخصي أو بواسطة نائبه الذي يكون له حق الإقرار بموجب توكيل خاص طبقا للمادة 534م ج أو توكيل عام مفوض طبقا للمادة الثانية من القانون رقم 75–61 المؤرخ ب 1975/09/26 والمنظم لمهنة المحاماة .

وجوب صدور الاقرار أمام القضاء : سواء تم ذلك شفويا في الجلسة أو أثناء التحقيق أو البحث أو الاستجواب أو كان كتابيا مقدما في شكل مذكرات أو طلبات معلنة للخصم الدعوى موضوع الاقرار ويدخل ضمن هذا الشرط أن تكون الجهة القضائية مختصة نوعيا ووظيفا .

اما الاقرار الصادر من الخصم أمام الخبير المنتدب في الدعوى ، فالراجح أنه لا يعتبر اقرارا قضائيا لأن متلقيه ليس قاضيا ، وتقريره ليس ملزم للقضاء. كما لا يعتبر الاقرار قضائيا ، الاقرار الصادر أمام جهة إدارية أو أمام النيابة العامة لأن ليس لها سلطة الفصل في الدعوى .

صدور الاقرار من الخصم أثناء الدعوى المتعلقة بموضوعه : وبناءا على ما جاء في المادة 341 م ج فان الاعتراف الصادر في دعوى سابقة أو في مذكرات دعوى ماضية لا يكون اعترافا قضائيا ، و انما ينظر اليه على أساس أنه اعتراف غير قضائي كما سوف نوضحه لاحقا .

حجية الاقرار القضائي : لقد تضمنت المادة 342 م ج فقرة 1 حجية الاقرار بنصها " الاقرار حجة قاطعة على المقر ."

فمن استقراء المادة يمكن استنباط الأحكام التالية :

الاقرار حجة قاطعة : يعتبر الاقرار حجة قاطعة على المقر ، وهو الحكم الأول و الاساسي الذي مكن ملاحظته في الفقرة الأولى من المادة 342 م ج بحيث يكون الاعتراف حجة قائمة بذاتها ، ويكون القاضي ملزما بالأخذ به وليس له أن يطلب من الخصم إقامة دليل آخر.

يشترط في المقر لكي يكون لإقراره هذه الحجية ما يشترط عادة في المتصرف التصرف القانوني من أهلية أداء كاملة و إرادة سالمة من العيوب ، فاذا كان المقر ناقص الأهلية أو عيبت إدارته بغلط أو تدنيس فلا يعتد بإقراره . خاص .

-تنصرف أثار الاقرار الى الاشخاص اللذين تنصرف اليهم اثار التصرفات القانونية و يعني ذلك أن الإقرار ينصرف الى المقر نفسه او الى خلفه العام و خلفه الخاص . يمكن لكل من له مصلحة أن يقيم الدليل على عدم صحة الاقرار اذا تم هذا الاقرار في حالات معينة ، كاعتراف المريض مرض الموت بمديونيته لشخص غير وارث ، يجوز اللورثة في هذا المثال إقامة الدليل على صدور الاقرار في مرض الموت لغرض إخضاعه لأحكام الوصية.

عدم جواز تجزئة الاقرار : وهو الحكم الذي تضمنته المادة 342 م ج فقرة 2 بقولها " ولا يتجزأ الاقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها محتما وجود الوقائع الاخرى ."

فلقد اوجب نص المادة صراحة الأخذ بالإقرار كله أو تركه كله ، فلا يجوز للمقر له أن يأخذ ما ينفعه ويترك ما يضره من إقرار خصمه ، غير أنه لهذه القاعدة استثناء خاصا بحالة تعدد الوقائع في الاقرار حينما لا يوجد بين هذه الوقائع تلازما و ارتباطا.

الاقرار الغير قضائي : تعريفه " هو الذي لم يتم أمام القضاء ولم يكن جزءا في دعوى متعلقة بوضوعه". ومثاله الاقرار الذي يصدر في دعوى أخرى بين نفس الخصوم أثناء تحقيق تجريه النيابة العامة أو جهة ادارية ، وبما أن الاقرار غير القضائي من أعمال التصرف يشترط فيمن يصدر عنه أهلية أداء وارادة غير معيبة بعيوب الرضا .

أحكام الاقرار غير قضائي :

ليس هناك شك حاصا بالإقرار غير القضائي فقد يتم بصورة شفوية خلا لمناقشة عامة او مدونا في أي ورقة لا تكون معدة للإثبات اساسا ، وهذا هو الفرق الأساسي بين الاقرار غير القضائي والسند المكتوب المعد للإثبات ، اذا يصدر الاقرار لا حقا عند الواقعة المراد اثباتها في حين السند الكتابي ينشأ مع تصرف القانوني لفرض إثباته إذا وقع النزاع بشأن وجوده لاحقا . وقد يصبح الاقرار غير القضائي اقرارا قضائيا اذا جدده المقر امام القضاء بمناسبة الدعوى المقامة عليها والمتعلقة بموضوعه[54] .

حجية الاقرار غير قضائي :

لم يتعرض المشرع الجزائري لحجية الاقرار غير القضائي لما يستنتج منه أن الاعتراف غير القضائي ليست له الحجية المقررة للاعتراف القضائي وان الامر يبقى متروكا للسلطة

[54] – محمد زهور ، المرجع السابق ص 57.

التقديرية لقاضي الموضوع ، فله الأخذ به أو تركه حسب الأحوال ، كما يمكنه الأخذ به كليا او تجزئته حسب ما يراه مناسب .

الاقرار في المجال الجنائي :

لا تطبق القواعد السالفة الذكر الشأن الإقرار في الميدان الجنائي ، لان اقرار المتهم في الجزائي ليس حجة قاطعة على المقر و انما يخضع لتقدير القاضي ، فله أن يأخذ به او تركه وفقا لقناعته الشخصية ، ذلك أن المقر في الجزائي قد يعتمد الكذب في الاعتراف الغرض التستر أو فدية شخص آخر من العقاب . كما أن المقر مكرها على الاعتراف ، اما اكراها بدنيا او معنويا ، وبناء على ذلك يجوز للمقر في الجزائي الرجوع عن اقراره كما يجوز تجزئة اقراره لأن الجزاء العقابي يتعلق بالنظام العام ويقتضي الامر توقيع العقوبة على المذنب الحقيقي .

الفرع الثاني : الاثبات باليمين

تعرف اليمين بأنها " إشهاد الله تعالى على صدق ما يقوله الحالف أو على كذب ما يقوله الخصم ."[55].

واليمين بهذا المفهوم عمل ديني لذلك فهي تؤدي بصيغة الأوضاع المقررة في ديانة الحالف ، وقد أسند المشرع الى القاضي مهمة تحديد صيغة اليمين طبقا لنص المادة 191 من ق... م...

ولا تؤدي اليمين فقط لغرض إثبات الوقائع ، بل قد تؤدي باعتبارها وعدا و عهدا من الحالف على القيام بأمور مستقبلية كاليمين التي يؤديها الموظفون و الخبراء وأصحاب المهن الحرة ، و هذا النوع من اليمين لا يدخل ضمن موضوع دراستنا ، بينما اليمين التي تهمنا و المراد تبيان أحكامها هي يمين الاثبات .

[55] – محمد زهور ، المرجع السابق ، ص59.

وتنقسم اليمين الى قسمين : يمين قضائية وتكون إما حاسمة أو متممة و تؤدي في كلتا الحالتين أمام القضاء ، ويمين غير قضائية وهي التي يتم أداؤها خارج مجلس القضاء أمام شخص يتفق عليه الطرفان ، مع العلم أن المشرع الجزائري أهمل تنظيم هذا النوع من اليمين و اهتم فقط بتنظيم اليمين القضائية .

أولا: اليمين الحاسمة و شروطها و آثارها

تعريف : هي اليمين التي يوجهها الخصم الى خصمه عندما يعوزه الدليل على ادعاءه ليحسم بها النزاع ، وسميت بالحاسمة لأنها تحسم النزاع وتقطعه ويمكن توجيه اليمين الحاسمة وفقا لما نصت عليه المادة 343 م ج سواء من المدعي او المدعى عليه حيث جاء في نص المادة " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الاخر .. فاليمين الحاسمة تغني عن الاثبات عندما لا يوجد دليل آخر على الواقعة المدعى بها ، إذ يحق لمن يدعي حقا لا دليل له عليه أن يحتكم الى ذمة خصمه عن طريق توجيه اليمين إليه ، ما في ذلك من مجازفة .

توجيه اليمين الحاسمة و شروطها : لقد تضمنت أحكام توجيه اليمين المادة 343 م ج بقولها " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الاخر ، على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين اذا كان الخصم مستعفا في ذلك ."

ولمن وجهت اليه اليمين أن يردها على خصمه ، غير انه لا يجوز ردها اذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت اليه اليمين ."

فمن استقراء المادة يمكن استنتاج الأحكام التالية :

للأطراف المتخاصمة وحدها حق توجيه اليمين (لا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه) توجه اليمين للخصم شخصيا لأنها مرتبطة بذمته وهذا يعني عدم جواز توجيهها للوكيل أو النائب القانوني و يشترط فيمن وجهها أوردها شروط التصرف من أهلية كاملة و إرادة غير معيبة مع الأخذ بقاعدة " النكول بالنكول تصديق للناكل الأول ."

لا يجوز للوكيل توجيه اليمين الحاسمة لخصم نيابة عن موكله إلا بمقتضى وكالة خاصة تطبيقا لنص المادة 574 مدني جزائري

. حق الخصم في توجيه اليمين مقيد بعدم التعسف في استعماله لهذا الحق ، كأن يعرف أحد الخصوم حالة التدين الشديد لخصمه فيعمد الى احراجه بتوجيه اليمين الحاسمة وهو يعلم أنه لا يحلفها ، أو كما اذ لاحظ القاضي أن توجيه اليمين يقصد منها التشهير بالخصم ، أو كان موضوع الدعوى لا يحتمل التصديق [56].

شروط قبول اليمين الحاسمة : بالإضافة الى حق القاضي في منع توجيه اليمين الحاسمة في حالة التعسف ، لقد تضمنت المادة 344 م ج شروط اخرى يجب توافرها لقبول توجيه اليمين ، حيث نصت "لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام ، ويجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت اليه اليمين فان كانت غير شخصية له قامت اليمين على مجرد علمه بها ."

وعليه يمكن تحديد شروط قبول اليمين الحاسمة بما يلي :

1-يجب أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى و غير مخالفة للنظام العام : ومعنى ذلك أن تكون الواقعة موضوع النزاع في حالة ثبوتها فاصلة النزاع بحيث اذا انصبت عليها اليمين حسمت النزاع ، وبناء على ذلك اذا لم تكن الواقعة فاصلة في الدعوى فان اليمين لا تقبل ، كما لا تقبل اليمين اذا كانت الواقعة مخالفة للنظام العام ، ومثاله توجيه اليمين بشأن الدين

[56] – حكم محكمة وهران المدنية عدد 88/1111 المؤرخ في 1989/02/28 ب-محمد أحمد ضد م – خديجة .

نشأ من القمار ، أو بشأن واقعة فصل فيها القضاء بحكم حائز لقوة الشيء المقضي به ، أو تصرف يشترط القانون لقيامه ركن التشكيلة كبيع العقار مثلا أو توجيه اليمين يخالف ما هو مدون بمحرر رسمي .

2-تعلق الواقعة بشخص الحالف : فان لم تكن متعلقة بشخص حالف انصبت على مجرد علمه بها ، ويعتبر هذا الشرط منطقيا بحكم أن الذي يوجه اليمين يحتكم الى ذمة خصمه ويناشد ضميره بالانصياع الى الحق وقول الحقيقة ، ولا يمكن للحالف أن يوفي بهذا الطلب الا اذا تعلق بشخصه ، فيؤدي اليمين على وجود او عدم وجود الواقعة موضوع النزاع ن ومثاله كأن يحلف المدعي على أنه أقرض المدعي ، ومثاله كأن يحلف المدعي على انه أقرض المدعي عليه مبلغا معينا أو كأن يؤدي المدعي عليه يمينا ينفي فيها حصوله على اي قرض من المدعي . أما اذا لم تكن الواقعة متعلقة بشخص من وجهت اليه اليمين بل كانت متعلقة بشخص غيره توجه اليه يمين العلم ، أي يؤدي اليمين على عدم علمه بالواقعة المنسوبة الى غيره كالوارث الذي يحلف على عدم علمه بمديونية مورثه لشخص يطالب بدين ، ويمين العلم هي نوع من انواع اليمين الحاسمة .

وتجدر الإشارة أن توجيه اليمين الحاسمة غير مقيد بوقت معين ، فيجوز توجيهها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المجلس القضائي ، وهذا ما ذهبت اليه الفقرة الأخيرة من المادة 343 م ج بقولها " ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أي حالة كانت عليها الدعوى ."

آثار توجيه اليمين الحاسمة : آن توجيه اليمين يحدث اثار يمكن تناولها فيما يلي :

1 – اثار اليمين بالنسبة لمن وجهها : تنص المادة 345 م ج على ما يلي " لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين ." ومقتضى هذا النص أنه لا يجوز الرجوع في توجيه اليمين أو ردها.

ان يرجع هذا التوجيه طالما أن خصمه لم يعلن قبول الحلف ، و كذلك من رد اليمين يستطيع أن يرجع عن هذا الرد طالما أنه من ردت عليه لم يعلن قبولها أو نوكلها و تبقى موجهة لمن ردها ويقبل الرجوع ولو بعد صدور الحكم بالحلف لأن العبرة بإعلان الاستعداد للحلف ، فان استعد الخصم الأداء اليمين أمتع على خصمه أن يرجع عن هذا التوجيه والا خسر دعواه ، و الاستعداد قد يكون ضمنيا كما في حالة حضور من وجهت اليه اليمين للجلسة المحددة للحلف .

غير أن هناك حالة يمكن فيها الرجوع في توجيه اليمين رغم استعداد بالموجه اليه اليمين للحلف اذا كان موجهها ناقص الاهلية او كانت ارادته معيبة بغلط في الواقع او تدليس او اكراه .

2 – آثار اليمين بالنسبة لمن وجهت اليه اليمين : عند توجيه اليمين للخصم فان له أن يتخذ تجاهها موقفا واحدا من بين ثلاث ، اما آن يحلف ، ينكل او يردها على من وجهها وعلى هذا الأخير بدوره اما ان يحلف أو ينكل .

أ– الحلف : اذا حلف الخصم الذي وجهت له اليمين انحسم النزاع بينه وبين خصمه و خسر هذا الاخير دعواه لزوما بحكم نهائي ، ويعني ذلك أنه لا يجوز لمن وجه اليمين أن يقدم دعوى جديدة بأدلة أخرى أو يطعن في حكم اليمين بالاستئناف طبقا لما جاء في نص المادة 34 م ج "لا يجوز للخصم اثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت اليه او ردت عليه ....." .

ولكن اذا ثبت بحكم جزائري كذب اليمين التي أداها من وجهت اليه ، يجوز لمن وجهها ان يطعن في الحكم الذي بني على اليمين الكاذبة بشرط أن يكون أمد الطعن لا يزال قائما او يرفع دعوى جديدة للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي اصابه من واقعة اليمين الكاذبة .

وهو الاستثناء الذي نصت عليه المادة 346 م ج بقولها " على انه اذا اثبت كذب اليمين بحكم جزائر فان للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدره ضده ." ويستفاد كذلك من هذا النص أن الخصم الذي يخسر دعواه بسبب اليمين الكاذبة ، لا يجوز له التأسيس كطرف مدني في الدعوى الجزائرية ضد مرتكب جريمة اليمين الكاذبة وإنما عليه اللجوء الى القضاء المدني .

ب- النكول :

والمقصود به رفض أداء اليمين من قبل الشخص الموجهة اليه من خصمه ، و النكول يؤدي إلى خسران الدعوى ، بمعنى يحكم على الناكل بما طلبه المدعي في دعواه ، و النكول قد يكون صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا كامتناعه عن حضور جلسة اداء اليمين و هذا طبقا لنص المادة 347 م ج " كل من وجهت له اليمين فنكل عنها ..... خسر دعواه ".

ج – الرد: ونصت عليه المادة 343 فقرة 2 كالتالي " ولمن وجهت له اليمين أن يردها على خصمه ، غير أنه لا يجوز ردها اذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت اليه اليمين ." وعليه مكن استخلاص الأحكام التالية :

– اذ لم يقم من وجهت اليه اليمين بأدائها او النكول عنها يمكن ردها على من وجهها اليه وعلى هذا الأخير أن يسلك أحد الطريقين من هذا الرد ، اما ان يحلف ويكسب دعواه . واما ان ينكل عنها و يخسر دعواه تطبيقا للقاعدة " النكول بالنكول تصديقا للناكل الأول "

– يشترط لرد اليمين أن تكون الواقعة موضوع اليمين مشتركة بين الطرفين كما اذا وجه احدهم اليمين الى مدينه دين معين فيردها على موجهها مدعيا أنه وفي الدين ، فهنا واقعة الدين مشتركة بين الطرفين .

أما اذا لم تكن الواقعة مشتركة بين الخصمين ؟ كأن تستقل بشخص من وجهت اليه فلا يجوز ردها كالوارث الذي يوجه اليمين الى مدين مورثه ، فان المدين لا يجوز رد اليمين على الوارث لأن الدين متعلق بشخص مورثه وليس بشخصه هو . يجوز لمن رد اليمين أن يرجع عن رده وخسر دعواه وهذا ما تقصده المادة 345 م ج " لا يجوز لمن وجه اليمين او ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه تلك اليمين ."

3 – اثار اليمين بالنسبة للغير و الخصمين : في هذا الصدد تنص المادة 347 م ج " كل من وجهت اليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها حسر دعواه ." يستفاد من النص التالي :

– اذا وجه المدعي اليمين الى خصمه فنكل عنها دون ردها على المدعي خسر دعواه وحكم لصالح المدعي .

– اذا رد من وجهت له اليمين الى خصمه ، اي قام المدعى عليه بردها على المدعي فنكل عنها هذا الأخير حكم القاضي لصالح المدعى عليه تطبيقا للقاعدة " النكول بالنكول تصديق للناكل الأول ".

اثار اليمين لا تتحقق الا اذا كان هناك تضامن بين الدائنين و تضامن بين المدينين ووجهت لأحدهم اليمين فحينئذ تطبق قاعدة النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر .

ثانيا : اليمين المتممة وشروطها و آثارها

تعريف : هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصوم ليكمل بها اقتناعه فيما يحكم به في موضوع الدعوى او قيمتها ." [57] وقد نصت عليها المادة 348 م ج بقولها " للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا الى اي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو فيما يحكم به .

[57] – محمد زهور ، المرجع السابق ص 66.

ويشترط في توجيه هذه اليمين الا يكون في الدعوى دليل كامل والا تكون الدعوى خالية من أي دليل ."

مصدر توجيه اليمين المتممة : يتضح من نص المادة 348 م ج أن اليمين المتممة يوجهها القاضي من تلقاء نفسه الى احد الخصمين ليكمل بها اقتناعه ، وهو بذلك يقوم بعمل ايجابي في الاثبات على خلاف الأصل الذي هو حياد القاضي بالنسبة لأدلة الإثبات .

ويتمتع القاضي في توجيه اليمين المتممة بسلطة تقديرية كاملة سواء من حيث توجيهها أو عدم توجيهها ، أضف إلى ذلك أن النكول عنها من قبل أحد الخصوم لا يعني بالضرورة الحكم ضده و انما كل مافي الامر ان ادلة الدعوى تبقى ناقصة ، كما انه لا يملك لمن وجهت اليمين المتممة ردها على خصمه كما هو الحال في اليمين الحاسمة وذلك تطبيقا لنص المادة 349 م ج التي جاء فيها " لا يجوز للخصم الذي وجهه اليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على خصمه ."

كما أن للقاضي سلطة اختيار من يوجه اليه اليمين المتممة وان يتم ذلك عادة بناء على أسباب موضوعية ، فقد يوجه اليمين الى أحد الخصوم الذي يقدم دليلا أقوى ، واذا تعادلت الأدلة يكون المدعى عليه اولى بأن توجه اليه اليمين عملا بالمبدأ المشهور " الأصل في الانسان براءة ذمته ".

ويجب التنبيه في الاخير بأنه لا يجوز للقاضي توجيه اليمين الى الخصمين معا في نفس الوقت .

شروط توجيه اليمين المتممة : لقد اشترطت المادة 348 م ج شرطين لتوجيه اليمين المتممة وهما :

4 – الا يكون في الدعوى دليل كامل .

5 – الا تكون الدعوى خالية من أي دليل الا يكون في الدعوى دليل كامل : وهو شرط منطقي بحكم أن اليمين المتممة كما يدل عليها اسمها هي متممة و مكملة لأدلة اخرى مقدمة في الدعوى و لكنها غير كافية في النزاع ، وبناء عليه فلا يجوز توجيه اليمين المتممة اذا كانت الأدلة المقدمة كافية لإثبات الحقوق المتنازع عليها ، وعلى القاضي أن يحكم وفقا للأدلة المقدمة و يمنع عليه اللجوء الى اليمين المتممة بسبب عدم وجود الحاجة اليها .

الا تكون الدعوى خالية من أي دليل :

تكملة الشرط الأول و بحكم ان اليمين المتممة تكمل الأدلة الناقصة ، فان خلو الدعوى من اي دليل يجعل اليمين المتممة غير ممكنة لأنها تبقى الدليل الوحيد وهذا غير جائز على خلاف اليمين الحاسمة.

غير أن الدليل الناقص او ما يسمى ببداية الثبوت القانوني يختلف باختلاف الواقعة محل الاثبات . فاذا كانت مما يمكن إثباته بالبينة بداية ثبوت قانوني ، ويكون نفس الحكم بالنسبة للواقعة التي يمكن إثباتها بالقرائن ، ومثالها وجود واقعة يتطلب القانون ثبوتها بالكتابة غير أنه وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على الكتابة ، ووجدت بالمقابل قرائن دلت على ثبوت هذه الواقعة ، ففي هذه الحالة يمكن اعتبار القرينة بداية ثبوت قانوني و يجوز توجيه اليمين المتممة لتكملة الادلة .

ويشترط في الواقعة بالإضافة الى ذلك الشروط العامة التي سبق الحديث عنها فيما سبق ان من حيث كونها غير مخالفة للنظام العام و كونها منتجة في الدعوى.

وجدير بالتنبيه في الاخير الى ان اليمين المتممة مجالها القضاء المدني و التجاري ، فلا يجوز توجيهها أمام القضاء الإداري أو الجنائي ، ويجوز من جهة أحرى شأنها شأن

اليمين الحاسمة توجيهها في أي مرحلة من مراحل الدعوى ن طالما لم يصدر حكما حائزا لقوة الشيء المقضي به [58].

اثار توجيه اليمين المتممة : خلافا لليمين الحاسمة التي تجعل حدا للنزاع ، فان اليمين المتممة لا تضع حدا للنزاع ، يعني ذلك أن القاضي غير مقيد باليمين فقد يقضي بها و يستفيد الحالف من حلفه ن كما له أن يحكم ضد الحالف ، مع العلم أنه اذا ظهرت أدلة جديدة منتجة في الدعوى حكم بها القاضي حتى ولو كانت مخالفة لنتيجة اليمين التي أداها الخصم ، ومن جهة اخرى يجوز للخصم ان يثبت كذب اليمين المتممة التي حلفها الخصم وله أن يطلب التعويض عن الضرر الذي مسه جراء اليمين الكاذبة سواء أمام القضاء المدني أو القضاء الجنائي .

يمين التقويم : يمين التقويم هي نوع أو صورة من صور اليمين المتممة و تقابل يمين الاستيثاق التي هي صورة من صور اليمين الحاسمة ، ولقد نص المشرع الجزائري على يمين التقويم في المادة 350 م ج التي جاء فيها " لا يجوز للقاضي أن يوجه الى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به الا اذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة اخرى . و يحدد القاضي حتى في هذه الحالة حدا أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعي بيمينه" يفهم من نص المادة أن يمين التقويم توجه من القاضي وحده شأنها شأن اليمين المتممة ويكون موضوعها " قيمة الشيء المطالب به " التي تكون غير معروفة اذا استحال رده عينا كما إذا سرق أو أهلك ولم تعرف قيمته ، ففي هذه الحالة يلجأ القاضي الى يمين التقويم لتحديد قيمة المدعى به . غير أن يمين التقويم مقيد بشرطين :

6 – استحالة تقدير قيمة الشيء المطالب به بطريقة اخرى غير اليمين .

7 – وضع حد اقصى للقيمة التي يؤدي المدعي اليمين عليها .

[58] – محمد زهور ، المرجع السابق ، ص ، 68 .

ومعنى ذلك أن التقويم غير متروك لرغبة المدعي وإنما على القاضي أن يضع حد لهذه القيمة و يقوم المدعى بتزكيتها بيمينه ، وللقاضي في هذا الشأن الاعتماد على عدة معايير في تحديد الحد الأقصى للقيمة ، منها سلوك المدعي . أخلاقه ومهنته ، مركزه الاجتماعي وسمعته وغير ذلك من العناصر التي تجعله يثق أو لا يثق في ادعاءات المدعي.

المبحث الثاني : وسائل الإثبات الحديثة

المطلب الاول : الكتابة الالكترونية وحجيتها في الاثبات

تتفق مختلف التشريعات على كون الكتابة ، خاصة الرسمية منها ، أهم طرق الاثبات و آن حجيتها في الاثبات مطلقة .مع العلم أن هذه الميزة لم تلازم الكتابة الا حديثا . فقد ظلت البينة حتى وقت قريب الطريق الأول في الاثبات . الا انه مع شيوع الكتابة و اختراع الطباعة اصبح بالإمكان اعداد الدليل الكتابي منذ نشوء الحق دون الانتظار الى حين قيام نزاع بشأنه ، ولذلك سميت بالدليل المعد . وبما أن الاثبات و اساليبه جاء وليد الواقع والتطور العلمي فمن الطبيعي أن يتأثر بالتكنولوجيا الحديثة . فقد كشف التطور المعاصر عن ظهور شكل جديد و حديث للكتابة و المحررات و التوقيع ، وهو الاسلوب الالكتروني عبر الاحرف و الارقام و الرموز و الاشارات الضوئية وغيرها [59].

و أمام هذا التطور المتزايد لوسائل التكنولوجيا وهيمنتها على كافة جوانب الحياة المعاصرة ، بما فيها الجانب القانوني ، بات من الضروري تطوير وسائل الإثبات التقليدية .

[59]– عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " نظرية الالتزام بوجه عام ، الاثبات واثار الالتزام ، المجلد الثاني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص96

ذلك انه لم يعد الاثبات يقتصر على استعمال المحرر الورقي و التوقيع بالأحرف أو البصمة يشمل أيضا استعمال المحررات الالكترونية ، الأمر الذي دفع المشرع في مختلف البلاد بما فيهم المشرع الجزائري الى تنظيم الاطار القانوني لهذا النمط الجديد من وسائل الاثبات [60].

الفرع الأول : مفهوم الكتابة الالكترونية و شروط صحتها

يتطلب بحث الكتابة الالكترونية في التعريف بها و التفرقة بينها وبين الكتابة التقليدية من جهة ثم تحديد شروط صحتها في الاثبات وقيمة مستخرجاته.

أولا: تعريف الكتابة الالكترونية

يقصد بالكتابة الالكترونية " كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات اخرى تثبت على دعامة إلكترونية او رقمية او ضوئية او وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك ." من خلال التعريف يمكن استخلاص اهم الفروق الجوهرية القائمة بين الكتابة الالكترونية و الكتابة التقليدية وهي كالتالي :

تظهر الكتابة التقليدية في شكل مادي ملموس وهو ما يسهل قراءتها مباشرة وتكتب عادة على الورق . بينما الكتابة الالكترونية تسجل على دعامة مغناطيسية ، ولا يمكن قراءتها الا باستعمال جهاز خاص مثل الشاشة الحاسوب او طبعها على الورق.

تتسم الكتابة التقليدية بالثبات و الدوام، وهو ما يسهل كشف التزوير او التعديل الذي قد يمسها . بينما تتميز الكتابة الالكترونية بعد الثبات و امكانية تغيرها دون ترك أي أثر

[60]– مأمون عبد الكريم ، محاضرات في طرق الاثبات ، الطبعة الثانية 2011 ، ص 43

لذلك سواء تمت العملية بمعرفة مختص في الاعلام الالي أو بفعل فاعل كإطلاق فيروس على البرنامج لتدميره [61].

لا يمكن ارسال الكتابة التقليدية الا عبر وسائل الاتصال المعرفة بمعرفة مصالح البريد ، في حين يمكن ارسال المعلومات الكترونيا من أي مكان ، كما يمكن حفظ تلك المعلومات على الاسطوانة الضوئية او الممغنطة .

لقد ادت المزايا المتعددة للكتابة الالكترونية على النحو المشار اليه اعلاه الى انتشار المحررات الالكترونية و اصبت واقعا ملموسا يستحيل وبات من الضروري تدخل المشرع في مختلف البقاع لإعادة النظر في قواعد الاثبات وتعديلها بما يضمن استيعاب الطرق الحديثة في الإثبات ومنها الاثبات الالكتروني ، وهو ما يشكل موضوع الفرع الموالي .

ثانيا: شروط صحة الكتابة الالكترونية

على غرار المشرعين في كثير من الدول المعاصرة تدخل المشرع الجزائري ليضفي على المحرر الالكتروني ذات الحجية المقررة للمحرر العرفي التقليدي ، حيث تنص المادة 327 مدني جزائري على ما يلي " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه او وقعه او وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه ... ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1".

1-شروط صحة المحرر الالكتروني

اللاعتداد بالمحرر الالكتروني في الاثبات يجب أن يتوافر على شرطين اساسين عددتهما المادة 323 مكرر 1 م ج على النحو التالي : "

[61]- د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص272 ولقد تطرقت المادة 323 مكرر م ج معدل الى الكتابة الالكترونية على النحو التالي " ينتج الاثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم ، مهما كانت الوسيلة التي تضمنها وكذا طرق إرسالها ."

يعتبر الاثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط امكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وان تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها [62].

أ- حفظ المحرر الالكتروني بطريقة تضمن سلامته المادية

وهو شرط ضروري لإمكانية مراجعة المحرر الالكتروني على اعتبر انه صالح لان يكون دليل اثبات أمام القضاء، ولا يمكن الاعتماد عليه كدليل اثبات الا اذا كان بإمكان حفظه بطريقة تضمن عدم تغيير محتواه بين الحين و الاخر سواء من قبل الاطراف التي تبادلته او من قبل الغير .ولم تحدد التشريعات مدة صلاحية المحرر الالكتروني مما يعني ان امرها متروك للسلطة التقديرية للقاضي ، ويرى البعض أنها لا يجب أن تقل عن فترة التقادم المدنية وهي كقاعدة عامة 15 سنة [63].

ب- امكانية التأكد من هوية الشخص الذي اصدر المحرر الالكتروني ويتم ذلك عادة عن طريق التوقيع الالكتروني الذي يتخذ شكل [64]." حروف او ارقام او رموز او اشارات ، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع وتمييزه عن غيره ".3 فلقد اعتمد المشرع على التوقيع كدليل عن صدور الوثيقة الموقعة من صاحبها واسنادها اليه سواء تعلق الأمر بالكتابة التقليدية ام الكتابة الالكترونية . ذلك انه بخلاف للكتابة التقليدية التي يمكن اسنادها إلى صاحبها عن طريق التحقيق في الخطوط ، فان الكتابة الالكترونية لا يمكن اسنادها إلى الشخص الا بالتوقيع الالكتروني ويخضع التوقيع الالكتروني لنظام خاص سنتعرض له لاحقا

---

[62]- محمد حسين منصور المرجع السابق ، ص 273

[63]- المادة 309 وما بعدها من القانون المدني الجزائري

[64]- . عبد الفتاح بيومي حجازي ، " التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية " ، الكتاب الأول ، دار الكتب القانونية ، 2007 ن ص. 182.

الفرع الثاني : حجية الكتابة الالكترونية وأهميتها في الاثبات

سبقت الإشارة آنفا إلى أن صلاحية المحرر الالكتروني في الاثبات مرتبطة بامكانية التاكد من هوية الشخص مصدر المحرر الالكتروني ، وهذا على خلاف المحرر العرفي التقليدي الذي قد ينسب الى صاحبه سواء بالكتابة أو التوقيع او البصمة وفقا لما جاء في المادة 327 مج [65].

1 على هذا الأساس فان للتوقيع الالكتروني أهمية كبيرة باعتبارها الطريقة الوحيدة لنسبة المحرر الى صاحبه ، الأمر الذي يتطلب منا توضيح حجية الكتابة الالكترونية في الفرع الاتي :

أولا : حجيتها في الاثبات

لقد توالت التشريعات المعاصرة في تبني الاثبات بوسائل التكنولوجيا الحديثة ، و إضفاء الحجية على المحرر والتوقيع الالكتروني بشرط مراعاة المواصفات ة المقتضيات التي تضمن تحديد هوية الموقع والتزامه بمضمون المحرر المرتبط به ، وتمكينه من الاحتفاظ بتوقيعه والسيطرة عليه بشكل حصري وأن تكون لديه الوسائل المناسبة لكشف أي تعديل أو تلاعب به . وتتولى هذه المهمة جهات تنشأ للتوثيق أو التصديق الالكتروني ، و هي تعمل بترخيص وتحت إشراف السلطة التنفيذية [66].

وتقوم هذه الجهات بتقديم شهادة الكترونية لتأكيد هوية الموقع وصفته وصحة توقيعه ونسبة رسالة البيانات أو العقد لصاحبه . من ثم فأن التوقيع الالكتروني يستمد حجيته في تلك الدول من التشريع الصادر فيها وطبقا للضوابط و الاجراءات المقررة فيه . وعليه يمكن القول أن التوقيع الالكتروني بإمكانه ، في ظل الضمانات المشار اليها ، أن يقوم بذات الدور الذي

[65]– د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص. 276.

[66]– مأمون عبد الكريم ، محاضرات في طرق الاثبات ، الطبعة الثانية ، 2011 ، ص 43

يؤديه التوقيع التقليدي . بل يرى البعض أن التوقيع التقليدي قد لا يجد له مكانا في ظل المعالجة الالكترونية للمعلومات ، ولذلك يمكن الاعتماد على الرقم السري وغيره من طرق التوقيع الالكتروني كوسيلة بديلة أو اضافة للتوقيع التقليدي . ولقد اعتمد المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعد والمتمم للقانون المدني الاثبات بالمحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني ، حيث نصت المادة 323 مكرر 1 منه على مايلي " يعتبر الاثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالاثبات بالكتابة على الورق ، بشرط امكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وان تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها[67].

يتضح من هذا النص أن الكتابة الالكترونية لها نفس حجية وقوة الاثبات التي تتمتع بها الكتابة العرفية وليس الكتابة الرسمية وهذا ما أكدته المادة327/2 من نفس القانون " ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في مادة 323 مكرر 1 اعلاه .

" غير أن الكتابة الالكترونية لا تتمتع بالحجية المقررة للمحرر العرفي في القانون الجزائري الا بشرطين :

1-امكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها ، أي إمكانية تحديد هوية الشخص المنسوب إليه المحرر بصورة قاطعة ، ويتم ذلك عن طريق التوقيع الالكتروني ، الذي يتخذ شكل حروف او ارقام او رموز او اشارات او غيرها .

ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد

هوية وشخصية الموقع وتميزه عن غيره ، فهو وسيلة موثوقة تضمن تمييز صاحبها وعلاقته بالمحرر او التصرف القانوني المرتبط به . فكقاعدة عامة يرتبط التوقيع بالموقع وحده دون

[67]- القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعد والمتمم للقانون المدني الاثبات بالمحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني

غيره .فتقوم الصلة الوثيقة بين التوقيع ومضمون المحرر المنسوب للموقع ، حيث يلتزم الاخير بذلك المضمون الذي وقع عليه [68].

ومعنى هذا أنه إذا كانت الكتابة الالكترونية غير متضمنة لهوية الشخص الذي أصدرها او ارسلها ، فانه لا يمكن الاعتداد بها ، مع العلم أن التأكد من هوية الشخص ممكن من خلال عنوانه الالكتروني

2-أن تكون الكتابة الالكترونية معدة ومحفوظة بأجهزة تضمن سلامتها ، ومعنى ذلك أنه إذا كانت الكتابة الالكترونية غير ثابتة ويمكن تغيير مضمونها فإنه لا يصح اعتمادها للإثبات . وتجدر الاشارة بهذا الصدد الى أنه رغم اعتمادها لتشريع الجزائري للتوقيع الالكتروني، الا أنه وعلى خلاف التشريع المصري [69].

لم ينشأ هيئة خاصة للتصديق الالكتروني ولم يعرف بالهيئات الاجنبية التي تتولى هذه الصلاحية كما فعل نظيره المصري.. وهو ما يثير التساؤل حول قيمة المحررات الالكترونية في الإثبات في ظل القانون الجزائري . فهل سيعتد القاضي الجزائري بالمحررات الغير موقعة وما هو مصير المحررات الالكترونية الموقعة والخاضعة لرقابة هيئة أجنبية [70].

وتسمى هيئة التنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات تقوم بحدمات التصديق الالكتروني في جمهورية

---

[68]- القانون المصري للتوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004 ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار رقم 109 لسنة 2005 الصادرة بتاريخ2005/05/15 ، اشار اليها

[69]- محمد حسين منصور ، المرجع السابق ن ص. 282 .

[70]- المادة 22 من قانون التوقيع الالكتروني المصري ، سبقت الإشارة إليه .

لقد سبقت الإشارة الى أنه طبقا للمادة 327 من القانون المدني الجزائري ينسب المحرر العرفي لمن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه [71].

وإذا كان بالامكان التاكد من نسبة الكتابة التقليدية والتوقيع التقليدي و البصمة بمعرفة أهل الخبرة ، فإنه من الصعب نسبة الكتابة الالكترونية لصاحبها إذا افتقرت إلى التوقيع الالكتروني بالشروط المشار إليها أعلاه. وعليه فتطبيقا لنص المادة 327 م ج يمكن الاحتجاج بالمحرر الالكتروني وإن كان غير موقعا إذا لم ينكره من صدر عنه . أما إذا تم إنكاره ممن هو منسوب إليه ، فلا يمكن إثبات صدوره عنه مادام يفتقر إلى التوقيع الذي ينسبه الى صاحبه ويميزه عن غيره .

أما بخصوص المحررات الالكترونية الموقعة تحت رقابة هيئات أجنبية فلا يجوز الأخذ بها الا على سبيل الاستئناس لعدم خضوعها لرقابة السلطة الجزائرية .

ثانيا : أهميتها في الاثبات

تتجلى أهمية الاثبات الالكتروني في لجوء التشريعات الدولية الى الاعتراف به ومساواته بطرق الاثبات التقليدية. كما اصبح كل من المحرر و التوقيع الالكتروني يحظى بنفس حجية المحرر و التوقيع التقليدي في القوانين الداخلية [72].

ونظرا لتضخم المعلومات المدونة في المستندات وعجز الأرشيف التقليدي عن حفظها ظهرت فكرة السجلات و الارشيف الالكتروني الذي حل محل علب الأرشيف التي ظلت حتى وقت قريب الأسلوب الشائع لحفظ المعلومات[73].

[71]– محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص. 268.

[72]– المادة 327 من القانون رقم 10–05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للقانون المدني الجزائري .

[73]– . محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 270

مما لا شك فيه أن الاسلوب الالكتروني في الكتابة والمحررات و التوقيع يصلح كوسيلة الإثبات جميع التصرفات القانونية في كافة المعاملات المدنية و التجارية ، إلا أن الاشكال يثور بشأن التصرفات التي يتطلب القانون فيها الكتابة الرسمية كشرط لانعقادها ، فيصعب القول بصلاحية ذلك الأسلوب في هذا المجال ، بل يجب إتباع النمط التقليدي في الكتابة و التوثيق ، حيث يترتب على تخلفه بطلان التصرف ولا يمكن العدول عن ذلك الا بنص صريح مع ضرورة إعادة هيكلة الدوائر و الجهات الادارية المختصة كالشهر العقاري والسجل التجاري لإستيعاب تلك الأساليب الحديثة والعمل بها [74].

ولا شك في حتمية ذلك التطور لمواكبة تلك المستجدات على الصعيد العالمي ، من خلال الحكومة و الادارة الالكترونية [75].

وعليه فإن اعتماد الاسلوب الالكتروني في التواصل و إبرام التصرفات يتطلب التفكير في كيفية إضفاء الشكلية الالكترونية في مجال التوثيق وغيرها من المصالح الحكومية ، دون تفرقة بين الحالات التي تكون فيها الكتابة شرط لصحة التصرف أو أداة لإثباته

المطلب الثاني : الاثبات بالفاكس و التلكس

الفرع الأول : الاثبات بالفاكس وقوته في الاثبات

بعد ان كانت معدلات الافراد تتم ببساطة و الحضور المادي للأطراف وعبر الكتابة اليدوية المعاصرة لحضور الأطراف وكذلك عبر الرسائل و البرقيات ، تغير الأمر بظهور الثورة التقنية الحديثة والتي أفرزت وسائل جد متطورة بدأت بظهور التلكس و الفاكس ، ثم أعقبها الوسائل الإلكترونية المستحدثة كمخرجات الحاسب الالي و شبكة الانترنت و البريد

[74]– مامون عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص 57.

[75]– حسين منصور ، المرجع السابق، ص. 270 .

الالكتروني ، وأصبحت تلك الوسائل تستعمل في إبرام العقود و التصرفات و المعاملات المدنية و التجارية ، وقد ثار جدل فقهي كبير حول قبولها في الاثبات .

أولا : مفهوم الفاكس

يعرف كذلك بتسمية الفاكسيميلي أي الصورة المطابقة للأصل، ويرمز له اختصارا (fax) وقد تم تعريفه بأنه جهاز تصوير و استنساخ بالهاتف بواسطته يتم نقل المستندات المخطوطة باليد و المطبوعة بكل محتوياتها مثل أصلها ، كما يعرف بأنه جهاز وظيفته نقل الصور الثابتة من مكان إلى آخر عبر شبكات الهاتف ، ورغم أنه ذاع كثيرا وتم استعماله بقوة في بداية ظهوره الا انه تراجع في الوقت الحالي بعد ظهور وسائل إتصال مستحدثة كالحاسب الالي وشبكة الانترنت .

ولقد تم استخدام الفاكس بين الأشخاص بشكل كبير ، والسؤال المطروح في هذا المقام هل يمكن اعتبار المستندات التي ترسل و تستخرج عبر جهاز الفاكس من قبيل الكتابة الالكترونية ؟ وهل ساهم هذا الجهاز في توسيع مفهوم الكتابة ليشمل دعامات غير خطية ؟

ثانيا : قوة الفاكس في الاثبات

وللبحث في هذه المسألة لابد من البحث عن مدى اعتراف الفقه والاتفاقيات و التشريعات الدولية ، وكذلك القضاء بهذه الرسائل المرسلة عبر جهاز الفاكس، ومدى جواز استخدامها والاثبات بها كالأتي :

أ/- الفقه :

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن الرسائل المرسلة عبر جهاز الفاكس ليست لديها الحجية القانونية في الإثبات ، لأن استخدامها لا ينطوي على أي ضمان من ضمانات الامان التقني [76].

كما يرى جانب آخر من الفقه أن عنصر التحريف الذي يحيط بالرسائل التي يتم ارسالها عبر جهاز الفاكس ، يجعلها لا تستفيد من التعديل التشريعي للقانون المدني الفرنسي والذي سمح بقبول صور المحررات العرفية في الإثبات متى تضمنت شرطي مطابقتها للأصل و الإستقرارية ، وعلى هذا الأساس فهذه الرسائل ادلة ناقصة لابد أن تتم بالبينة و القرائن . ويرى اخرون بان رسائل الفاكس لكي يأخذ بها لابد من تحقيق نسبتها لمن يراد الاحتجاج بها عليه ، وأيضا خلوها من كل بلاعب في مصدرها و مضمونها ، ولكي يحدث هذا الأمر قامت بعض الدول الأوروبية ، بوضع طرف ثالث يمثل دور الوسيط الذي يعني بالتثبيت من سلامة هذه الرسائل وحقيقة إرسالها على غرار فرنسا والتي وضعت خدمات شبكة السويفت ، هذا وينظر الفقه الفرنسي لرسائل الفاكس كدليل إثبات من زاويتين [77].

.2 أ/- إذا لم يشترط القانون شكلا خاصا في إبرام التصرف مثل التعامل بين التجار ، وكذلك إذا أجاز القانون اثبات تصرف قانوني معين بكافة طرق الاثبات .

/2- اذا كنا بصدد اثبات التزامات تفوق قيمتها المقدار المحدد للإثبات بشهادة الشهود، أو اذا تطلب القانون شكلا معينا يجب أن يفرغ فيه التصرف القانوني ن وهذا ما يجل رسائل الفاكس يطالها الضعف ولا يلجا اليها الا على سبيل الاستئناس أو نقص الدليل المقدم ، أو مثل الرسائل و البرقيات العادية العرفية غير المعدة للإثبات أصلا والملاحظ

[76]- الصالحين محمد العيش ، الكتابة الرقمية طريق للتعبير عن الارادة ودليلا للاثبات، منشأة المعارف، الاسكندرية ، 2008 ، ص. 30

[77]- إلياس ناصيف ن العقود الدولية ، العقد الالكتروني في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2009 ، ص. 12 .

على الأراء الفقهية سالفة الذكر أنه رغم تبيانها و اختلافه حول مسألة مدى قبول رسائل الفاكس في الاثبات ، الا أنها تلتقي جمعيها في الأخذ بهذه الرسائل وفق ما يتفق مع التشريعات المنظمة لمسائل الإثبات ، ووفق الشروط التي تضمن صحة وسلامة هذه الرسائل ، وهذا ما يفتح المجال للبحث عن المواقف التشريعية الدولية والداخلية وكذلك الاجتهادات القضائية حول هذه المسألة.

ب الاتفاقيات والتشريعات والقضاء :

ب-1- الاتفاقيات :

ومن ضمن الاتفاقيات الأولى التي عنت برسائل الفاكس اتفاقية نيويورك المتعلقة بالتقادم في عقود البيوع الدولية للبضائع لعام 1972، حيث ورد في المادة 09 منها توسيع مصطلح الكتابة و الذي يشمل جميع المراسلات التي ترسل عبر جهاز الفاكس أو برقية . وكذلك نجد اتفاقية فيينا الخاصة باتفاقية الأمم المتحدة لعقد البيع الدولي ، حيث أجازت المادة 11 منها امكانية اثبات العقد الدولي بأي وسيلة ، ويدخل ضمنها الرسائل التي يتم إرسالها عبر جهاز الفاكس [78].

ويستثنى من تطبيق أحكام هذه الاتفاقية العقود المبرمة بين الدول الغير أعضاء فيها أو بين رعايا هذه الدول ، وكذلك بعض أنواع العقود والتي تتمثل في عقود البيع الموجهة للمستهلكين و المتعلقة بالكهرباء و السفن و المراكب والطائرات

وبعد استقراء هذا الكم من الاتفاقيات نجد أنها وإن اختلفت حول قيمة رسائل الفاكس في الاثبات والذي يعتريها بعض التخوف ، لكنها تتفق جميعها في توسيع مفهوم الكتابة الذي لم يصبح مختزلا في الكتابة بخط اليدن وهو تطور يستحق الإشادة به وفتح المجال العمل

[78]- سلطان عبد الله محمود الجواري ، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق ، دراسة قانونية مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2010 ، ص. 214

المشرعين المتواصل وكذلك القضاء لاحتواء هذا التطور وتأطيره من الناحية التشريعية ن وكذلك من ناحية القضاء ، وهو ما يجعلنا نبحث اكثر في مدى الاعتراف التشريعي و القضائي بهذه الرسائل

ب-2- التشريعات : بالرجوع للتشريع الفرنسي نجد بعض النصوص المتناثرة مثل القانون رقم 380 الصادرة سنة 1966 والذي يسمح باستعمال بعض الوسائل الميكانيكية على غرار جهاز الفاكس في إنشاء الشيك و الأوراق التجارية ، وكذلك يوجد القانون الصادر في 30 أفريل 1983 والمتعلق باستعمال الوسائط الالكترونية بديلا عن الدفاتر التجارية ، وهذا النص وإن كان يتعلق فقط بالتعاملات التجارية ، والتي تمتاز بالسرعة الا انه يمكن تطبيقه في إثبات التصرفات المدنية .

أما بالنسبة للتشريعات العربية ، ومنها التشريع الجزائري فقد اعترف هذا الأخير برسائل الفاكس كدليل للإثبات في معرض تنظيمه للرسائل و البرقيات بصفة عامة ، في المادة 329 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه " تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الاثبات ، وتكون للبرقيات هذه القيمة ايضا اذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك ، واذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها الا لمجرد الاستئناس" ويتضح من نص المادة السابقة أن المشرع منح الرسائل الفاكس والتي عبر عنها بالبرقيات نفس حجية الأوراق العرفية المعدة للإثبات بشرط أن تكون موقعة ممن ارسلها وهو أمر بديهي لأن هذا من أهم شروط حجية تلك المحررات العرفية . ويضاف لذلك الشرط تواجد اصل الرسالة لدى مكتب التصدير ، وهو الذي يقدم خدمة الفاكس كمصلحة البريد و المواصلات ، وإذا نفي الشخص الذي نسبت اليه هذه الرسالة ارسالها أو لم يكلف أحدا بارسالها فهذه المنازعة تفقدها قوتها الثبوتية اذا قدم الدليل على ذلك ، أما اذا أتلف أصلها المحفوظ تنزل هذه الرسالة الى مجرد دليل لا يستند اليه الا على سبيل الاستئناس . أما

المشرع المصري فقد عالج الرسائل التي يتم تبادلها عبر جهاز الفاكس في قانون التحكيم و بالضبط في نص المادة 12 منه [79].

حيث أقر بان اتفاق التحكيم يكون مكتوبا إذا تضمنه محرر موقع من الطرفان أو محرر تبادلاه برسائل أو برقيات أو بأي وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة [80].

ونجد كذلك التشريع الاردني لم يتجاهل المسألة حيث نص في قانون البيانات في المادة 13 الفقرة 2 على قبول رسائل الفاكس ، حيث جاء في نصها : " و تكون لرسائل الفاكس و التلكس و البريد الالكتروني قوة الاسناد العادية في الإثبات ، مالم يثبت من نسب اليه ارسالها انه لم يقم بذلك أو لم يكلف احدا بارسالها[81].

ويتضح من خلال نص المادة أن المشرع الاردني اهتم برسائل الفاكس ولم ينكرها ومنحها منزلة المستند العادي أو الورقة العرفية في الإثبات ، وقد اشترط لذلك إثبات المرسل اليه أن هذه الرسالة تنسب لمرسلها الذي يدعي بانه قد ارسلها ، وعلى هذا الأساس فان انكار المرسل ارساله لرسالة الفاكس أو عدم تكليفه لاحد من طرفه بارسالها يفقد رسالة الفاكس حجيتها في الاثبات . ب-3- القضاء : توجد العديد من الأحكام و القرارات القضائية في فرنسا اعترفت بالرسائل التي يتم ارسالها عبر جهاز الفاكس وسوف نتعرض للبعض منها تبعا كالاتي :

---

[79]- محمد 2- المادة 329 من القانون المدني الجزائري

[80]- السعيدي رشدي ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2008 ، ص. 165.

[81]- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، الأردن، 2009 ، ص.174.

نبدأ بالحكم الصادر في 11 ديسمبر 1990 عن محكمة النقض الفرنسية عن الدائرة الجنائية حيث اعترفت فيه بحجية المذكرة التي أرسلها محامي اليها عن طريق رسالة مرسلة عبر جهاز الفاكس ، وقد اشترطت في حكم اخر توقيع المرسل أو نائبه من اجل قبولها [82].

حكم اخر صدر عن محكمة النقض الفرنسية في 15 ديسمبر 1992 ن حيث نازع أح الأطراف في مطابقة نسخة من مستند تم ارساله عبر الفاكس للأصل المفقود ، وقد إعتبرت فيه المحكمة رسائل الفاكس بمثابة البينة الخطية ومنحتها حجية الاوراق العرفية في الإثبات[83]

نجد كذلك حكم آخر صادر عن محكمة إستئناف باريس الغرفة الثانة بتاريخ 21 يونيو 1994 حول عقد المقاولة المتعلق بإصلاح السيارات ، حيث لم يوجد ما يثبت العقد سوى رسالة الفاكس ، وقد اعتبرتها المحكمة كافية لإثبات ابرام العقد.

أما بالنسبة للقضاء المصري فقد صدر عن محكمة النقض المصرية حكم في 22-06-2002 تحت رقم 1987، وجاء فيه أن المستند الذي يتم إرساله عبر جهاز الفاكس يعد مبدأ ثبوت بالكتابة شريطة وجود الاصل لدى المرسل ويمكن تكملته بشهادة الشهود أو بالقرائن [84].

ويعد موقف القضاء المصري قريبا من الواقع ، حيث يعد تمحيص المخرجات الورقية الجهاز الفاكس ، وباعتبارها كتابة تقليدية ينقصها التوقيع ، وعلى هذا الأساس لا مفر من إعتبارها مبدا ثبوت بالكتابة يستمد قوته ووجوده من توافر ورقة صادرة من الخصم أو ممن

---

[82]- عطا عبد العاطي السنباطي ، الاثبات في العقود الالكترونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2012 ، ص 205 .

[83]- يوسف احمد النوافلة ، حجية المحررات الالكترونية في الإثبات ، دار وائل للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، الأردن ، 2007 ، ص . 20 و 21 .

[84]- احمد عزمي الحروب ، السندات الرسمية الالكترونية ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، عمان، الأردن، 2010 ، ص113.112

يمثله . كما ان موقف القضاء المصري هذا ينظر بالفاكس من زاوية ضيقة تجعله مجرد طابعة الكترونية لا تزيد وظيفتها المنوطة بها عن مجرد ما ينسخ من ذاكرتها من أوراق و مستندات ، وهو موقف يتعارض مع التقنية التي يوفرها جهاز الفاكس. أما بالنسبة للتشريع الاردني فقبل تعديل المادة 13 من قانون البيانات الاردني كانت محكمة التمييز لا تمنح الرسائل التي يتم إرسالها عبر جهاز الفاكس مكانة الدليل الرسمي في الاثبات ، وتعطيها حجية الدليل العرفي في حدود ضيقة ، حيث تذهب الى أنها محررات أصبح التعامل بها و التخاطب بها شائعا وان عدم اكتسابها الصفة الرسمية لا يعني استبعادها من عداد البيانات الخطية المنتجة في الإثبات [85].

وقد رفضت محكمة التمييز رأي محكمة الاستئناف بان رسائل الفاكس ماهي الا صور فتو ستاتية لا تأخذ بها المحكمة لأنها صادرة عن المدعي ذاته ولا يلجأ لها كدليل إثبات ، كما أعابت محكمة التمييز على محكمة الاستئناف كذلك كونها[86] لم تدقق في هذه البيانات قبل الحكم عليها بالقصور ، الا أنه بعد تعديل قانون البيانات الاردني اعتبرها بينة مقبولة في الاثبات بشرط أن تكون موقعة حسب الأصول المتعارف عليها ، وفي قرار اخر رقم1878-2003 اعتبرت الفاكس الصادر من مالك السفينة والذي يقر بحق المدعية عن ما الحقها من ضرر هو إقرار يقطع التقادم

وبعد الخوض في هذه الأراء النابعة عن القضاء الفرنسي وقضاء بعض الدول العربية نجدها وان تململت قبولا ورفضا لرسائل الفاكس في الاثبات ، لكنها تتقاطع مجملها في توافر

[85]- عايض راشد عايض المرى ، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في اثبات العقود التجارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، الموسم الجامعي ، 1998 ، ص 104.

[86]- سمير عك عبد الفاتح ن الحجية القانونية لوسائل المعلومات المستحدثة في الإثبات ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، قسم القانون المدني ، الموسم الجامعي 1999 ، ص . 127 و 128 .

الشروط و الضمانات التي يشترطها القانون في الدليل الكتابي او غيره ، فمتى تحققت هذه الشروط يصح القول بحجية رسائل الفاكس في الاثبات .

وفي اعتقادنا ان اصلح راي هو الذي اعتبرها نسخة أصلية للمستند الاصلي متى أمكن التحقق من ذلك ، كضرورة وجود النسخة الأصلية للمستند المرسل، وهو الموقف الذي تبنته عدة تشريعات للدول الأوروبية وكذلك التشريع الجزائري ، ولكي يتضح الأمر أكثر أثرنا أن نتعرض لبعض العيوب التي تطال رسائل الفاكس لكي يتأتى تفادها . سهولة تغيير عنوان المرسل أو رقم الهاتفي وتاريخ الارسال ، و التمكن من إنشاء إشعار بإرسال وهمي أو مزور [87].

– إرسال المستندات عبر جهاز الفاكس لا يفيد على وجه الدقة استلامها من ارسل اليه بقدر ما يفيد إرسالها من مرسلها فقط. وحسب رأينا فان هذه المناقب التي تلحق بجهاز الفاكس و تضعف من شانه كوسيلة إثبات هي أمور تقنية من الممكن تفاديها مع الدرجة الحديثة للأمان التقني وما منحه من ضمانات خاصة في جهاز الفاكس المقترن او المثبت على جهاز الحاسوب ، أو الملحق بالوسائل الحديثة مما يدفع للثقة فيه ، ويفتح المجال الإعماله في الاثبات ، ويبعد كل تنازع حوله من قبل الأطراف التي تستخدمه . وهذا ما يتماشى مع المفاهيم الحديثة للكتابة لان المفاهيم التقليدية للإثبات بالكتابة والتي تحصرها في الكتابة الخطية ، من شأنها دحر كل أجهزة الاتصال الحديثة التي لا ترتكز على دعامة ورقية ، والتي أصبح التعامل بها بشكل واسع ولابد من تأطيرها من الناحية التشريعية و القضائية [88].

الفرع الثاني : التلكس وقوته في الاثبات

[87]– يوسف احمد النوافلة ، مرجع سابق ، ص 145

[88]– عاطف عبد الحميد حسن ، مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص 83.

أولا : مفهوم التلكس

تتشكل كلمة تلكس من مقطعين " " أي البرقية و" " ويقصد بها التبادل أي التبادل البرقي ، ويصدق هذا الوصف على الوظيفة المنوطة للتلكس ، أما جهاز التلكس من حيث الشكل فهو عبارة عن ألة طباعة الكترونية مبرقة تتصل ببدالة تعمل على طبع المعلومات الصادرة من المرسل وتكون باللون الأحمر أما المعلومات الصادرة من المرسل اليه فتكون باللون الاسود ، وهذا مع بداية ظهوره واليوم أصبحت الرسالة الصادرة تكون مائلة لليمين أما المستلمة فتكون حروفها معتدلة وهذا لتسهيل التفرقة بين الرسالتين .

هذا ويستطيع كل مشترك في خدمة التلكس التواصل مع أي مشترك في الخدمة وفي أي مكان وإرسال ايجابية واستلام الرد، ويتم هذا بواسطة إدخال رقم المشترك المطلوب والذي تظهر بياناته على الجهاز خلال ثوان بعد هذه العملية التي تشبه التواصل في جهاز الهاتف ومثلما لكل مشترك في خدمة الهاتف رقم خاص به فلكل مشترك في خدمة التلكس رمز خاص ، ولا يتم ارسال الرسالة الا اذا تم ادخال الرمز الصحيح ، أما بالنسبة للأشخاص الذين لا يملكون أجهزة التلكس وغير مشتركين في هذه الخدمة يمكنهم الاستفادة منها عن طريق المكاتب الخاصة التي توفر هذه الخدمة [89].

ويلاحظ أنه منذ ظهور جهاز التلكس وما أتاحه لمستعمليه منذ بدء التعامل به من قبل الأفراد وحتى الهيئات والمؤسسات التابعة للقطاعين العام والخاص ، وقد حضى باهتمام الفقه و الاتفاقيات الدولية و التشريعات وكذلك القضاء مما يحتم التساؤل في هذا المقام على إمكانية الاثبات بواسطة الرسائل التي تمثل صورا للمستندات و الرسائل الأصلية والتي يتم ارسالها عبر هذا الجهاز ؟.

ثانيا : قوة التلكس في الاثبات

[89]– محمد السعيد رشدي ، مرجع سابق، ص 172 .

وللبحث في المسألة لابد من البحث عن موقف الفقه والاتفاقيات و التشريعات الدولية وكذلك القضاء من الرسائل المرسلة عبر جهاز التلكس ، ومدى جواز التعامل بها والاثبات بها كالاتي :

أ – **الفقه** : يرى الفقيه الفرنسي هيووت أن التلكس يمنح أمانا أكبر لأنه يوفر لنا عناصر الاثبات وقد حذر من عدم التمييز بين جهازي الفاكس و التلكس ، كما يذهب جانب آخر منه الفقه الفرنسي الى اعتبار رقم التلكس بمثابة التوقيع ، مما يجعل التلكس أولوية على جهاز الفاكس بالرغم أنه من الصعب القول بذلك ، بالاضافة الى سهولة الاثبات بجهاز التلكس لانه يترك أثرا للعملية التي مرت عبره بخلاف جهاز الفاكس [90].

ب– الاتفاقيات والتشريعات :

– الاتفاقيات من أهمها نجد اتفاقية نيويورك المتعلقة بالتقادم في البيوع الدولية للبضائع لعام 1972 ، حيث إشتملت على مصطلح الكتابة والذي يتسع كذلك ليشمل كل أنواع المرسلات الموجهة في شكل برقيات أو تلكس حسب نص المادة 09 من الاتفاقية

– اتفاقية الأمم المتحدة و الموقعة بفيينا التي تتعلق بالنقل الدولي للبضائع عام 1980 ، حيث ورد في نص المادة 13 منها أنه فيما يخص أغراض هذه الاتفاقية ينصرف مصطلح الكتابة كذلك للمراسلات التي تتبادلها رعايا الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية والتي تكون في شكل تلكس او برقية – اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستعمال الخطابات الالكترونية في إثبات العقود الدولية لعام 2005، وهذه الخطابات يمكن أن تكون عن طريق جهاز التلكس وهذا حسب نص المادة 04 منها .

[90]– ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، اثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، 2009 ، ص 19 .

وما يلاحظ على الاتفاقيات السابقة أنها اتفقت على توسيع مفهوم الكتابة المشترطة لاثبات المعاملات و التصرفات بين رعايا الدول الأعضاء فيها ، وهو اعتراف ضمني بجهاز التلكس و بالرسائل التي تمر عبره لكن الكتابة التي تقصدها الاتفاقيات غير واضحة هل هي كتابة عرفية أم رسمية وان أخذنا بهما معا فسوف نصطدم بمدى توافر أركانهما و شروطهما في رسائل التلكس .

ج- **التشريعات** : بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فانه لا يختلف بين جهازي الفاكس و التلكس خاصة بعد تعديل القانون المدني الفرنسي واستجابته في ميدان الكتابة لكل الدعامات ، وكل الاجهزة الالكترونية الحديثة التي تخزن فيها المستندات التي يتم تبادلها أو ارسالها عبر جهاز التلكس هل تتفق مع الكتابة الخطية أم لا وهل توفر درجات الامان التي توفرها الكتابة الخطية ، وهي الصعوبات التي ارهقت المشرعين ورجالات القضاء و اصبحت تمثل مصدر قلق .

أما بالنسبة للتشريعات العربية ، ومنها التشريع الجزائري فقد اعترف برسائل التلكس كدليل معد للإثبات في معرض تنظيمه للرسائل و البرقيات بصفة عامة في المادة 329 من القانون المدني .

ويظهر من نص المادة السابقة أن المشرع منح لرسائل التلكس والتي عبر عنها بالبرقيات نفس حجية الأوراق العرفية المعدة للاثبات بشرط توقيعها ممن أرسلها حتى تتوفر على شروط المحررات العرفية ، ويضاف لذلك الشرط ضرورة تواجد أصل رسالة التلكس لدى مكتب التصدير وهو الذي يقدم خدمة التلكس .

أما اذا ادعى مرسل الرسالة أنه لم يرسلها أو لم يكلف احدا بارسالها فهذه المنازعة تفقدها قوتها الثبوتية بشرط تقديم الدليل على ذلك من الخصم ، أما اذا أتلف أصلها المحظوظ حينها تنزل هذه الرسالة الى مجرد دليل لا يستند اله الا على سبيل الاستئناس . وبالنسبة

للتشريع الاردني فقد تعرض لرسائل التلكس وفصل أكثر في المسألة وفي قانون البينات و بالتحديد في المادة 13 ف 3- أوب، حيث جاء فيها :

"3-أ- وتكون الرسائل الفاكس و التلكس و البريد الالكتروني قوة الاسناد العادية في الإثبات مالم يثبت من نسب اليه ارسالها أنه لم يقم بذلك ، أو لم يكلف أحدا بارسالها ،

3-ب- وتكون رسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل و المرسل اليه حجة على كل منهما [91].

ويظهر من خلال نص هذه المادة السابقة أن المشرع الاردني اهتم برسائل التلكس كدليل اثبات غير انه ميز بين شكلين منها ، أما الأول فيتمثل في الرسائل التي يتم ارسالها في ظروف عادية أي بدون دلالات توحي بهوية المرسل للرسالة مثل البيانات المدونة في الرسالة كاسمه أو عنوانه أو التوقيع الصادر عنه ، وفي هذه الحالة لا يكون الرسالة التلكس سوى حجية السند العادي في الاثبات شريطة عدم نفي مرسلها الذي نسبت له أنه ارسلها أو أنه لم يعهد لأحد بارسالها .

فان لم يقم أو لم يستطيع انكار ارسال الرسالة فلا مجال لاهمال رسالة التلكس ، ولابد من اعتبارها سند عادي اذا توفرت فيها شروطه ، وهو نفس الحكم في رسالة الفاكس.

أما الشكل الثاني لرسالة التلكس هو الرسائل التي يتم تزويدها برقم سري ويكون ذلك محل اتفاق سابق بين المرسل و المرسل اليه ، وفي هذه الحالة تكون الرسالة التي تم ارسالها عبر جهاز التلكس حجة على الطرفين لأنه تحقق علمها بها [92].

---

[91]- عطا عبد العاطي السنباطي ، مرجع سابق ، ص 215.

[92]- الصالحين محمد العيش ، الكتابة الرقمية طريقا للتعبير عن الارادة و دليلا للاثبات، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2008 ، ص 30

اذا سلمنا بالمفهوم الواسع للكتابة يتحقق الشرط الأول للورقة العرفية ، أما التوقيع فهو غير موجود في هذه المستخرجات و الحل هو في اعتقادنا الأخذ بالمفهوم الحديث للتوقيع الذي اصبح عبارة عن رموز فقط ، او يتم الأخذ بهذه المستخرجات على سبيل الاسناد العادية غير الموقعة كدفاتر التجار الالزامية او الرسائل و البرقيات اي نأخذ بالرموز التي تنشأ عند استعمال التلكس في ارسال الرسائل عبره . ورغم كل هذا التطور في جهاز التلكس وبدء تغير مفهوم الكتابة الا انه تشوبه بعض النقائص كالبطء وعدم القدرة على ارسال التواقيع و الرسوم التوضيحية عبره، وهذه النقائص لا تطال جهاز الفاكس مما يضيق نطاق التعامل بجهاز التلكس ، وقد بدأت هذه النقائص تزول ببروز وسائل الاتصال المتقدمة التي استجابت التغيرات التي شملت المعاملات المدنية و التجارية مثل جهاز الحاسب الالي ، وشبكة الانترنت ووسائلها التي تتيحها

الفصل الثاني
حجية الكتابة الإلكترونية في القانون الجزائري

يعتبر في الإثبات وتم تعريفه وتمييزه عن التوقيع التقليدي وشروطه ووظائفه وهو مطلب ضروري لحجية الإثبات بالسندات الإلكترونية والتي لابد أن تقترن بتوقيع إلكتروني وحتى تكتمل دراستنا لابد من التطرق إلى الكتابة الإلكترونية وحجيتها والإستثناءات الواردة عنها في مبحث أول ثم إلى التصديق الإلكتروني في مبحث ثاني وإلى الأثر المترتب على المحررات الإلكترونية والقوة الثبوتية لبعض الوسائل الحديثة في مبحث ثالث وأخير.

المبحث الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية

تفيد القاعدة أن الكتابة إما تكون رسمية أو عرفية وبالرجوع إلى القانون الجزائري في نص المادة 323 مكرر نجده قد جاء بنوع جديد من الكتابة ألا وهي الكتابة إلكترونية .

المطلب الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية

إن كتابة الإلكترونية رغما عن تعدد جوانبها و تشعبها لاقترنها بعدة عناصر فنية مستحدثة فإنها تبقى في جوهرها دراسة لتاريخ هذا المخاض الذي أدى بالكتابة .

إلى الاستقلالية عن ولاية الورق إن المتمعن في تاريخ الكتابة يتبين بكل جلاء أن الارتباط بينها وبين الورق ليس ارتباطا عضويا وأن الكتابة باعتبارها ضربا من ضروب الرموز المتفق عليها في إطار اجتماعي معين قد ظهرت عدة قرون قبل ظهور الورق واتخذت لها عدة سندات مادية مثل جدران الكهوف والحجارة وجلود الحيوانات وخشب الأشجار ، وفي خضم هذا التطور كان الورق آخر هذه السندات إلا أن تطوره وتدعيمه بأساليب الطباعة جعل من الفحوى المتمثل في الكتابة يرتبط ارتباطا وثيقا بشكله المادي الورقي إلى بالرجوع إلى القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية نجدها لم تعرف الكتابة الإلكترونية تعريفا شاملا بل قامت بتعريف الكتابة بصفة عامة ثم ضمنتها الكتابة الإلكترونية وهو الأمر الذي سايره المشرع الجزائري والفرنسي في نص المادة 1316 وفي مرحلة أخرى[1].

والكتابة من الأفكار القانونية التي يصعب تعريفها وهذا ما جعل معظم التشريعات تتجنب إعطاء تعريف للكتابة ما عدا بعض الفقهاء الذين عرفوها بمفهوم ضيق فمنهم من يعرفها على أساس الدعامة التي يدون عليها وهي الورق حتى أصبح هناك خلط بين مفهوم الكتابة والورقة أو المحرر الورقي

[1]– د. عطا عبد العاطى السنباطى: الإنبات في العيد الكترونية، ، الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، ص472

الفرع الأول: في الفقه

تعرف الكتابة بأنها :" كل مجموعة من أحرف أو أرقام أو أية إشارة أخرى أو رموز تكون ذات دلالة يمكن حفظها و قرائتها عند طلبها، مهما كانت الدعامة أو وسيلة الاتصال المتبادلة [1].

إذ نلاحظ أن هذا التعريف جاء صائبا من حيث عدم تحديده للدعامة نظرا لإختلاف الدعامات التي تحمل المحررات كالأقراص اللينة والمضغوطة أو أي واسطة إلكترونية أخرى يمكن أن تظهر مع التطور التقني.

الفرع الثاني: في التشريع

عرفتها المادة 01/أ من قانون التنظيم الإلكتروني المصري بأنها: " كل حروف أو أرقام أو رموز أو أية علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك [2].

رغم أن التعريفات السابقة الخاصة بالكتابة الالكترونية دقيقة، إلا أن التعريف الفرنسي جاء أوسع وأشمل تندرج ضمنه جميع العقود سواء رسمية أو عرفية إضافة إلى أن التشريعات الأخرى جاءت بأنواع جديدة للكتابة الإلكترونية كالسجلات الإلكترونية والرسالات الإلكترونية ونظمت المادة 323 مكرر من القانون المدني المضافة بالقانون رقم 05-10 من القانون الفرنسي الكتابة الإلكترونية بقولها: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي

[1]– د. محمد المرسي زهرة، «عناصر الدليل الكتابي التقليدي في ظل القوانين النافذة و مدى تطبيقها على الدليل الإلكتروني"، ص 07

[2]– تقابلها المادة 02 من القانون الأردني الكتابة الالكترونية السابق الذكر بقولها: " رسالة المعلومات: المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي

تتضمنها وكذا طرق إرسالها". وهو النص الذي تقابله المادة 01/ 1316 و 03 من القانون المدني الفرنسي[1].

إن المشرع الجزائري كغيره من المشرعين اعتمد في تعديله لأحكام القانون المدني على المبادئ التي جاء بها القانون بشأن التجارة الإلكترونية ، ودعى الدول الى اتباع قواعده في تنظيم الكتابة الالكترونية و المعاملات الالكترونية ، فجاء بنص المادة 323 مكرر 1 على النحو التالي : "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

لكن موقف المشرع الجزائري جاء غامضا في نظرنا، بنصه على مادة واحدة منح الحجية للإثبات بالكتابة الالكترونية مغفلا لأحكام الإثبات بالكتابة التي رأيناها سابقا ، و تمييز أنواع المحررات (عرفية ورسمية.)

إن موقف المشرع الجزائري خلق تخوفا كبيرا للقانونيين ، و القضاء ، كونه من غير المنطقي ان نعترف للكتابة الالكترونية و للتوقيع الإلكتروني بقوته في الإثبات، لأنه سوف يترتب على الأخذ بالتوسع في مدلول فكرة المحرر والتوقيع على النحو الذي ينادي به الرأي الموسع – دون وجود تنظيم تشريعي دقيق ومفصل – إلى إثارة مشكلات كبير ة في الإثبات وهو ما يهدد استقرار المعاملات بدلا من تدعيمه في كيفية التعامل مع نص المادة 323 مكرر 1 ، و كيفية تطبيقها لاسيما ان التعاملات الالكترونية أصبحت جزء مهم من حياة الأفراد ، وحتى الدولة (الحكومة الالكترونية.)[2]

[1] – المادة 01/ 1316 و 03 من القانون المدني الفرنسي.

[2] – المادة 323 مكرر 1 ، و كيفية تطبيقها لاسيما ان التعاملات الالكترونية أصبحت جزء مهم من حياة الأفراد ، وحتى الدولة (الحكومة الالكترونية.)

لقد رأينا أن معظم التشريعات المقارنة سعت بقوة لتبني الكتابة الالكترونية و منحها حجة في الإثبات تضاهي الكتابة الالكترونية ، او تفوقها أحيانا ، و إن الرأي الموسع لمدلول الكتابة أصبح يشمل المحررات بمعناها التقليدي والمحررات الإلكترونية هو تقدم جرئ ، لاسيما اعتناق جل التشريعات لمبدأ تكافؤ المحررات الالكترونية و الورقية على أساس أنه لا يوجد شكل معين للكتابة يجب الالتزام به، ومن ثم لا يوجد ما يحول دون منح الحجية الكاملة للمحررات الالكترونية ،و في تقديرنا ، أن الكتابة التي يعتد بها أي نظام قانوني يجب ان تتمتع بصفات معينة تكفل لها تحقق دورها في إثبات المعاملات، ولذلك لم يثر شك في أن الكتابة بمداد يزول بعد فترة من الوقت أو الكتابة على الآلات والأدوات وغيرها من صور لا تدخل في نطاق الكتابة بمعناها القانوني، ومن أصول التفسير في هذه الحالة أن يفترق المدلول الإصطلاحي للكتابة عن مدلولها اللغوي، ولا يجوز في تقديرنا أن نفسر النصوص التي نصت على فكرة المحرر والكتابة والتوقيع لنمدها إليها إذا تحققت بوسيلة إلكترونية والسبب في ذلك أن فكرة المستند الإلكتروني بمعناه الواسع ونظم حمايته وتأمينه لم تزل حتى الآن عرضه للتطور التقني، ولا يجوز التضحية باستقرار التعاملات قبل التأكد من أداء الكتابة الإلكترونية لدورها الذي يجب أن يرسمه لها القانون حتى بفرض صحة المساواة بين الكتابة العادية والإلكترونية، فإن هناك سببا يحول دون المساواة التلقائية بين الفكرتين: هذا السبب يرجع إلى أن الأخذ بفكرة التوقيع الإلكتروني على سبيل المثال يجب ان يقترن بتنظيم تشريعي دقيق يحدد طرق هذا التوقيع وصوره وآثاره في الإثبات وضماناته وسبل حمايته وينص على شهادات توثيق هذا التوقيع ويحدد الجهة المختصة بمنح هذه الشهادات[1] وأوضاعها وشروطها وآثارها القانونية وجزاء الإخلال بها وغيرها من شروط، وإذا لم تنص

[1] – الأمر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 1975/09/26 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتهم بالقانون رقم 05–10.

بعض التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري على هذا التنظيم، فإنه يبدو من غير المنطقي – في تقديرنا

– ان نعترف للكتابة الالكترونية و للتوقيع الإلكتروني بقوته في الإثبات، وسوف يترتب على الأخذ بالتوسع في مدلول فكرة المحرر والتوقيع على النحو الذي ينادي به الرأي الموسع – دون وجود تنظيم تشريعي دقيق ومفصل[1].

– إلى إثارة مشكلات كبيرة في الإثبات وهو ما يهدد استقرار المعاملات بدلا من تدعيمه ، وإذا كان من الأصول المستقر عليها أنه إذا تعارضت اعتبارات العدالة مع اعتبارات الأمان والاستقرار القانوني فإن الاعتبارات الأخيرة هي الأولى بالرعاية ، فإنه من باب أولى إذا تعارضت هذه الاعتبارات مع اعتبارات تسهيل المعاملات وسرعة إنجازها، فلا يجوز التضحية بأمان واستقرار المعاملات في هذه الحالة

وفي الأخير نقول أن توافر هذه الشروط تساعد القضاء على تقدير حجية الأدلة الإلكترونية ومثالها: المماثلة بين البريد الإلكتروني والكتابة العادية.

المطلب الثاني: شروط الكتابة الإلكترونية ووسائل إثباتها ومجال الاستعانة بها

الفرع الاول : شروط الكتابة الاكترونية

من المقرر قانونا وإتفاق بين التشريعات المتعلقة بالمحررات الإلكترونية أنه حتى يكون السند الحجية لابد أن تتوفر فيه الشروط المنطقية في المحررات العرفية التقليدية بالقياس مع إضافة فقط ما تم النص عليه صراحة في قانون المعاملات الإلكترونية وذلك لمحاولة الوصول إلى شروط أساسية يجب توافرها حتى تتمتع بالحجية القانونية في الإثبات.

[1] –Art. 1316 du code civil français : «La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission >> modifiant le code civil, la loi n° : 2000/230 du 13 Mars 2000 portant l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies de l'information et relative à la signature électronique., J.O., no 62, 14 mars 2000, p. 3968

أ- أن يكون الدليل مكتوب

مضمون هذا الشرط هو تثبيت الكتابة البيانات التصرف أو صياغة ما تم الإتفاق عليه بين الأطراف مع تذييلها بالتوقيع سواء كان يدوي أو إلكتروني واعتماد الأنظمة الإلكترونية أفرز لنا أنواع جديدة للكتابة كالبيانات المخزنة في البطاقات الإلكترونية والبريد الإلكتروني والشيكات الإلكترونية وغيرها فالتعدد في الكتابة يعتبر دليل حتى ولو لم يكن على دعامة مادية[1].

ب- أن تكون الكتابة الإلكترونية مقروءة أو قابلة للقراءة

إن أي دليل يقدم للإحتجاج به لابد أن يكون واضحا ومفهوم، وهو الشرط الذي ينطبق على الإشارات أو الأحرف أو الأرقام المستدل بها حتى يتمكن الغير من فهمها ونلاحظ أن الكتابة الإلكترونية المشفرة أهم الوسائل التي تكون أكثر فهما للأطراف تقدم مكتوبة على محرر ورقي أو تطبع او تظهر على شاشة الكمبيوتر والمستقر عليه أن تغير الشكل الذي يتخذه المحرر لا يغير شيئا من طبيعة القانونية

ج- تعيين الأطراف

وهو الشرط الذي جاء به نص المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري ومفاده أن يتم تعيين طرفي المحرر تعيينا كافيا وتمييزهم عن الغير والتطور التقاني أفرز لنا العديد من الوسائل والحلول التي تلائم البيئة الإلكترونية كالتوقيع الإلكتروني المحمي، وجهات التصديق الإلكتروني إذ تضمن سلامة المعاملة الإلكترونية أثناء التبادل عبر الشبكة من أي تعديل في الموضوع والأكثر من ذلك أنها تكشف عن أطراف التعامل و هويتهم وتكون دليل مهيء في حال نشوب نزاع بين هؤلاء[2].

[1]– رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999، ص 69.

[2]– لورنس محمد عبيدات 'إثبات المحرر الإلكتروني ، رسالة دكتوراه ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، طبعة 2005. صفحة 79

د- الحفظ المضمون المحرر

ورد هذا الشرط بصفة صريحة في نص المادة 323مكرر1 من القانون المدني و مرده إلى أن المحررات الالكترونية على العكس من المحررات العادية المجسدة على الدعامة الورقية تعتبر طرق حفظها واضحة ، أما بالنسبة للمحررات في الشكل الالكتروني يجب الاحتفاظ بها بطريقة تتماشى و طبيعتها الالكترونية اما عن طريق حفظها فتتم عن طريق إدخال المعلومات أو بنود الاتفاق بين الطرفين و تخزينها كما هي و بما تحتويه من نصوص أو توقيعات في الحاسب الالكتروني.

و كما سبق بيانه فان هذه المحررات تعد محفوظة بطريقة سليمة متى أمكن اكتشاف اي تعديل او تغير فيها وبقيت على حالتها الأولى وقت التعاقد او الإبرام ، ولقد أوجد الباحثون عدة طرق للحفظ عن طريق استخدام برامج حاسب آلي بتحويل النص الذي يمكن التعديل فيه إلى صورة ثابتة لا يمكن التدخل فيها أو تعديلها و يعرف هذا النظام باسم (Document Image Processing)و اما عن طريق النسخ في شكل دعامة مادية.

ان عملية التخزين تتم بوسائل علمية معدة خصيصا لهذه الأمور نذكر منها على سبيل المثال:

- الشريط المغناطيسي.
- شبكة الانترنت.
- الأقراص المرنة. CD.ROM
- القرص الصلب. DISQUE DURE

و الملاحظ أن المشرع الجزائري حسنا ما فعل حسب رأينا ذلك لعدم تحديده للوسائل المنوطة و الكفيلة بالحفظ حيث تقضي أحكام المادة 323 مكرر1 بما يلي :"...مهما كانت الوسيلة التي تضمنها ، و كذا طرق إرسالها "، ذلك أن مثل هذه المحررات مرتبطة بشكل وثيق بالتطور العلمي و التقني الذي يأتي دائما بالجديد و التطور المستمر.

من خلال عرض هذه الشروط أن التعديل و التتمة 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 بالاثبات الالكتروني وبقي لنا في الأخير ان نذكر بانه في غالبية التشريعات المقارنة تضيف شرط رابع إلى هذه الشروط ألا وهو شرط التوثيق عكس المشرع الجزائري الذي اقتصرعلى ثلاثة شروط للمحرر الالكتروني حسب ما جاءت به المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني[1].

ان المقصود بالتوثيق مجموعة من الإجراءات المعتمدة و المتفق عليها بين الأطراف بهدف التحقق من أن التوقيع الإلكتروني لم يتعرض إلى أي تغييـر أو تعديل ، و تقوم بهذه الوظيفة جهات اما حكومية او غير حكومية والتي تعمل على توثيق التوقيع الالكتروني و القيود الالكترونية المراد استخدامها في إنشاء التصرفات القانونية و المعاملات الالكترونية . و لهذا الغرض فقد انشأ على سبيل المثال المشرع التونسي الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية ، أما المشرع المصري فانشأ هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات[2].

إن هذا الأمر حسب المفهوم السابق هو ما يفتقده التشريع الجزائري و لو أن المبدأ يستشف منه التوجه إلى تحقيق مركز أو هيئة تعنى بالتوثيق الالكتروني في الجزائر ، ذلك أن المادة 323 مكرر 1 تشترط أن يكون المحرر معدا و محفوظا في ظروف تضمن سلامته، و لن يتسنى هذا الأمر حسب رأينا إلا بإيجاد هيئة على شاكلة ما أخذت به التشريعات المقارنة و تجسيده في تشريعنا الداخلي على هذه الأخيرة بل حتى السجلات والمستندات الإلكترونية أصبحت تقوم بنفس الدور أي حفظ التصرفات القانونية والعودة إلى

[1]– شهادة التوثيق أطلقها قانون المعاملات الالكترونية الأردني، رقم 75 لسنة 2001 في المادة الثانية منه، وسماها المشرع المصري في قانون التوقيع الالكتروني في المادة 1 بشهادة التصديق الالكتروني ،أما قانون دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية فسماها بشهادة المصادقة طبقا للمادة 3 منه.

[2]– علاء محمد نصيرات . حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات (دراسة مقارنة) دار الثقافة للنشر و التوزيع.الطبعة الاولى. 2005. ص126.

هذا السجل الإلكتروني في أي وقت وفي أي مكان، وأثار القانون النموذجي للأمم المتحدة والمتعلق بالتجارة الإلكترونية الشروط القانونية التي يجب توافرها عند حفظ الوثيقة الإلكترونية وهي:[1]

أ- تيسير الإطلاع على المعلومات الواردة على نحو يتيح إستخدامها في الرجوع إليها مستقبلا.

ب- الإحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو أسلمت

ت- الإحتفاظ بالمعلومات التي تمكن من معرفة منشأ الرسالة وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها

ث- لا يستحب الإلتزام بالإحتفاظ بالمستندات والسجلات وفقا للفقرة الأولى على أية معلومات يكون الغرض الوحيد منها هو التمكين من إرسال الرسالة أو إستلامها.

الفرع الثاني : وسائل إثبات الكتابة الإلكترونية والإستثناءات الواردة عليها

لقد جاءت الإرادة التشريعية بقاعدة عامة في الإثبات بالنسبة للتصرفات التي يتجاوز نصاها القانوني مبلغا معينا أو فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي أنه يكون الإثبات فيها بالكتابة لكن لم يترك هذه القاعدة مطلقة بل جاءت باستثناءات والهدف منها هو التحقيق من حدة القاعدة العامة وذلك من خلال فتح المجال في حالات معينة باللجوء إلى أدلة الإثبات الأخرى لإثبات التصرف القانوني حتى ولو كانت قيمته تتجاوز النصاب المحدد قانونا أو كان المراد إثباته يخالف أو يتجاوز ما هو ثابت بالكتابة توقيع ، تمثل هذه الاستثناءات في حالتين وهما [2]:

[1]- فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قوات المعلومات عبر شبكة الأنترنت ، المرجع السابق، 77-78

[2]- د محمد مرسي زهرة، عناصر الدليل الكتابي التقليدي في ظل القوانين ومتى تطبيقها على الدليل الإلكتروني، نشوة التوقيع الإلكتروني، الإمارات العربية المتحدة، سنة 2001، ص 10

لقد عبر المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري بالأخص المواد 336 وما يليها منه نجد أنه أورد إستثناءات عن الإثبات بالكتابة ولذلك سوف نتطرق إليها على النحو التالي:

أ- الإثبات بالكتابة الإلكترونية

يلاحظ أن القانون تدخل في تعديل سنة 2005 وعدل من قواعد الإثبات حتى يدرج ضمنها الكتابة الإلكترونية كأحد وسائل إثبات الحقوق إذن قوة وحجية الدليل والشروط الواجب توافرها فيها هي إختصاص أصيل للقانون مع مراعاة سلطة القاضي في تقدير هذا النوع الجديد من الأدلة وعلى من يقع عبء الإثبات.

فالقول بالإثبات الإلكتروني يتحقق أولا بقبول القاضي العناصر الإثبات القانونية المرتبطة بالحق المتنازع عليه، دون إلزامه بأخذ عنصر من العناصر بل الأخذ بها كلية أو تركها ، فبالرجوع إلى المادة التجارية أو المدنية فنجد في سقف التصرفات التي لا تتجاوز قيمتها100.000 دج يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود إلا أنه في حالة حدوث العكس كنص القانون على عدم قبول البيئة إذا كنا بصدد الكتابة فيجب عندها مراعاة هذا الشرط واذا قبل القانون ذلك الدليل فإن قيمته القانونية تتأكد دون القول بقناعة القاضي به.

ونجد أهم القوانين المتعلقة بما سبق، كالقانون النموذجي للأمم المتحدة المتعلق بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996 والقانون الأردني للمعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 والمادة323 مكرر من القانون المدني الجزائري وفي غياب أي قواعد قانونية يبقى للقاضي نصيب كبير في الإجتهاد بالنسبة للشكلية في الكتابة والتوقيع الإلكتروني أو في حدود الإثبات الحر والمقيد أو حتى في نطاق الإعتراف بالكتابة الإلكترونية كإستثناء، إذ أن لكل أصل إستثناء ومثالها المادة 323 من القانون المدني الجزائري.

ب- الإستثناءات الواردة على الإثبات بالكتابة الإلكترونية

أولا: الاستناد إلى المحرر الإلكتروني باعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة

إذ تنص المادة 335 من القانون المدني الجزائري والمادة 62 من القانون المصري على أن المقصود ببداية ثبوت بالكتابة هو: "وجود الكتابة بداية عند الاستدلال أو رفع الدعوى صادرة عن الخصم وتحمل توقيعه تجعل من الحق المدعى به قريب الإحتمال" [1].

ويتضح لنا من خلال النصوص أنه وحتى يوجد بداية ثبوت بالكتابة لابد أولا من وجود كتابة، وأن تصدر من الخصم ويكون من شأن هذه الكتابة أن تجعل التصرف المدعى به قريب الإحتمال[2].

وقد أخذ الفقه بهذا النص من حيث إعتبار المحررات الإلكترونية كبداية ثبوت بالكتابة وقد برر بعض الفقه حتى ولم تكن المحررات الإلكترونية صادرة من الخصم بالمعنى الضيق.

فإن وجود المحرر الإلكتروني على الوسيط الإلكتروني أو طبع صورة منه بعد قرينة قانونية قوية على صدور الكتابة من المدعى عليه. إذ أن المشرع الأردني إعتبر المحررات الإلكترونية دليل كامل في الإثبات له حجية السند العادي وبالتالي لا تثور إشكالية ما إذا كان السند الإلكتروني محرر أم لا.

كما أن المحرر الإلكتروني إذا لم يكن موقعها من الخصم يصلح لأن يكون بداية ثبوت بالكتابة فرسائل البريد الإلكتروني تعد بداية ثبوت بالكتابة ويمكن الإحتجاج بها في مواجهة مرسلها أما إذا كانت الكتابة شرطا للإنعقاد فإن الشهادة غير مقبولة لإكمال بداية

[1]– عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الاثبات ط 1 عمان، 2002 ص101

[2] – I/ MANTOINE, J.–F.BRAKELAND, MELOY, Droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information, Cahiers du CRID, N°07, Bruxelles, E. Story–Scientia, 1991, p.55.

الثبوت بالكتابة (الرهن التأميني والبيوع العقارية) لأن تخلف الكتابة يؤدي إلى إنعدام التصرف أساسا.

والنتيجة التي يمكن التوصل إليها هي أن بداية الثبوت بالكتابة يعتبر جزء أكبر في الإثبات وما المحرر الإلكتروني الموقع إلا تكملة للدليل خاصة إذا لم يعترض الخصم على المحرر الإلكتروني حتى نصل إلى مرتبة الدليل الكامل[1].

ثانيا: حجية المحرر الإلكتروني

في حالة تعذر الحصول على دليل كتابي بسبب مانع مادي أو أدبي مؤدي هذا المبدأ وجود ظروف تحول بين الشخص وبين الحصول على الدليل الكتابي حتى ولو كانت القيمة تزيد عن100.000 دج أو كان التصرف تشترط فيه الكتابة أما التصرفات الشكلية فهي مستعدة من تطبيق هذا الغرض.

والمانع قد يكون مادي أو معنوي، إذ يعتبر مادي إذا نشأ التصرف في ظروف لم يكن لذوي الشأن فيها متسع من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابي ومن التطبيقات العملية لذلك ما يسمى بالوديعة الإضطرارية (تتم في ظروف يخشى فيها على الشيء من خطر داهم ودون وجود وقت كافي لكتابتها لدى المودع لديه)، نفس الأمر الذي نصت عليه المادة71 /02 من القانون الفلسطيني.

أما المانع الأدبي أو المعنوي فلا يقوم على ظروف مادية وإنما على ظروف نفسية وشخصية تربط بين الأطراف لاتسمح من الناحية الأدبية بأن يطالب أحدهم الآخر بدليل كتابي لوجود درجة قرابة أو علاقة زوجية.... ويزى جانب من الفقه أن التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية تمثل نوعا من الاستحالة المادية المانعة من الحصول على الدليل الورقي فالمتعاقدان عبر الأنترنت هناك تباعد مادي بينهما، ويرى جانب آخر من الفقه أنه في حالة

[1]– د محمد حسنين منصور أن تلك الاستحالة نوعان: مادية ومعنوية، قانون الإثبات المصري، المرجع السابق، ص146.

التعاقد عبر الأنترنت لا يعني وجود مانع مادي من الحصول على الدليل الكتابي وإنما قبول المحررات الإلكترونية يكون على أساس صعوبة إنشاء الدليل[1].

وفي الأخير يمكن القول أنه لا توجد إجتهادات فقهية أو قضائية بخصوص إعتبار الإثبات بالمحررات الإلكترونية جائز لعدم إمكانية الحصول على الدليل[2].

ثالثا: حالة فقدان السند الكتابي بسبب أجنبي

يفترض في هذه الحالة أن الدائن كان لديه سند مكتوب سواء عرفي أو رسمي عند إنشاء التصرف القانوني ولكن هذا السند فقد منه بسبب لا بد له فيه أي بسبب أجنبي خارج عن إرادته، وهذا الاستثناء يستفيد منه كلا المتعاقدين كما أن إصطلاح (بسبب أجنبي) واسع يشمل الكثير من الحوادث والتي يرجع تقديرها إلى القاضي طبقا للمادة 336 من القانون المدني الجزائري والمادة 03/71 من القانون الفلسطيني والمادة 92 من قانون البنوك الأردنى رقم 28 لسنة 2000.

كما يشترط أن يكون السبب الأجنبي قهريا وليس يعود إلى إهمال صاحبه وتقصيره وأجاز الفقه الفرنسي الاستناد إلى هذا الاستثناء الخاص بفقد السند للاستعانة بالمحررات المطبوعة من الوسائط الإلكترونية في إثبات التصرفات القانونية. ومرد ذلك أنه في حالة إختفاء المعلومات عن الوسيط الإلكتروني لأسباب تتعلق بحوادث إستثنائية أو عدم قدرة الوسيط الإلكتروني على الإحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة.

يمكن اللجوء لهذه الطريقة في الإثبات (الإثبات الحر) طبقا للمادة 30 من القانون التجاري الجزائري كما يرى البعض بأن القضاء لا يلزم بقبول الإثبات بالمحررات الإلكترونية بل له سلطة تقديرية على عكس الرأي القائل بجواز الإثبات بالمحررات الإلكترونية الموقعة إذا فقد السند الكتابي لسبب لايد لصاحبه فيه.

---

[1]– الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الاتيات و ميانترنها في النظام القانوني الجزائري، ص 112.

[2]– رائد عبد الحميد، مدى حجية وسائل الإتصال الحديثة في قانون الإنبات، دار هومه للنشر عمان 2007 ص41

الرأي الراجح أن قاعدة حرية الإثبات في حال فقد السند الإلكتروني لا يمكن أن تطبق الإمكانية استصدار سند بديل للسند المفقود

الفرع الثالث : مجال الإستعانة بالكتابة الإلكترونية

بشأن التوقيع الإلكتروني إلى المعاملات التي يقبل فيها التوقيع الإلكتروني وتلك التي لا يقبل فيها التوقيع الإلكتروني ، تفس الأمر ينطبق على الكتابة الإلكترونية فعدة تشريعات إستبعدت من التطبيق أحكام هذه الأخيرة بخصوص بعض الأحوال سيما الشخصية وتلك المتعلقة بالنظام العام والشكلية وأحسن مثال على ذلك إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بإستخدام الخطابات الإلكترونية إذ إستعدت عن نطاق تطبيقها:

- معاملات النقد الأجنبي.
- نظم الدفع فيما بين المصارف.
- العقود المبرمة لأغراض شخصية أو عائلية.
- نظم المقاصة والتسوية المتعلقة بالأوراق المالية أما المعاملات التي يجوز الإثبات فيها بالكتابة الإلكترونية فلا تخرج عن ثلاث[1] :

أ- حرية الإثبات في المواد التجارية

مؤدي هذا المبدأ هو خروج التصرفات التجارية عن دائرة وجوب الإثبات بالكتابة فلو أشترطت الكتابة كأصل عام فإن ذلك يتنافى وما تقوم عليه التجارة الإلكترونية من سرعة وثقة متبادلة، فللتاجر الخيار في وسائل الإثبات متى كان الأطراف تجار أو كان العمل مختلط بالنسبة إليه أين يتواجد الطرف المدني غير التاجر.

[1]- عباس العبودي، أحكام الإثبات في القانون المدني العراقي، عمان، دار الثقافة 1998 ص 309

ففي هذه الحالة يستفيد الشخص المدني من هذه القاعدة ويتعامل إلكترونيا معه ومن ثم الإثبات بمخرجات الحاسب الألي كسند الشحن الإلكتروني والسجلات الإلكترونية التي تحل محل الدفاتر التجارية[1].

ب- المواد المدنية :

في هذا المجال يكون الأطراف مقيدون بقاعدة الإثبات كتابة إذا تجاوزت قيمة تصرفاتهم 100.000 دج أو في حالة الإتفاق على التبادل الإلكتروني للبيانات فلها حجية تعاقدية كما قد يلجأ الأطراف إلى المعاملات الإلكترونية التي لا تتجاوز قيمتها 100.000 دج إذ كل تصرف يقل عن هذه القيمة جاز إثباته بكل الطرق بما فيها شهادة الشهود والكتابة الإلكترونية وبالتالي فهذا المبدأ عكس القاعدة التجارية التي تطرقنا إليها أعلاه[2].

ج- بداية ثبوت بالكتابة الإلكترونية

يستند هذا الإستثناء على جعل الحق المدعى به قريب الإحتمال لهذا السبب يبرر الإكتفاء بأدلة أقل حجية من الكتابة منها شهادة الشهود والقرائن لإستكمال قناعة القاضي به، ويعتبر كل من المشرع الجزائري والفرنسي بداية الثبوت بالكتابة كل كتابة تصدر من الخصم، غير أن المشرع الجزائري يقر بهذا المبدأ لكنه يحصر نطاقه في المحررات الرسمية فقط دون غيرها مخالفا المشرع اللبناني الذي ذهب إلى أبعد من ذلك في المادة 03/257 من قانون أصول المحاكمات المدنية التي تأتي على أية كتابة ولو خالية من التوقيع صادرة عن الخصم المحتج بها عليه.

[1]– ايمان مأمون أحمد سليمان، أبرام العقد الالكتروني و اثباته، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2008، ص 73.

[2]– محمد حسام محمود لطفي، عقود خدمات المعلومات، القاهرة 1993، ص 12.

المبحث الثاني: التصديق الإلكتروني

يقصد بالتصديق أو التوثيق الإلكتروني عملية التأكد من صحة الكتابة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني. إذ يقوم بهذه العملية طرف محايد ومستقل عن أطراف التعاقد عاديا أو شركة أو جهة معينة، ويسمى "مقدم خدمات الإلكتروني وقد يكون فردا التصديق" أو" مؤدي خدمات بالتصديق" أو "جهة التصديق."

تختلف التسميات من تشريع لآخر ويتمثل دور الموثق أو المصدق الإلكتروني في توثيق المعاملات الالكترونية للأشخاص، بهدف منحهم الثقة في محرراتهم الاثبات تصرفاتهم القانونية، وقد أطلق عليهم اسم "وكلاء الإثبات[1].

أما عن طبيعة عملية التصديق التي تقوم على التأكد من شخص المتعاقد ومن مضمون التصرف المراد توثيقه، فيعتبر البعض أن مهمة هذه الجهة تقترب من مهنة الموثق، فأطلق على سلطات التصديق الإلكتروني اسم الموثق الإلكتروني، غير أن الفرق جوهري بينهما، فليس من مهمة جهة التصديق إنشاء وتأريخ وحفظ المحررات عطاء نما مهمتها تنطوي على فحص التصرفات القانونية الإلكترونية، وا القانونية، اعطاء ذوي الشأن شهادة بذلك[2]

وبالتالي يعرف التصديق أو التوثيق الإلكتروني على أنه:" وسيلة فنية آمنة للتحقق من صحة التوقيع أو المحرر، حيث يتم نسبته إلى شخص أو كيان معين عبر جهة موثوق بها يطلق عليها مقدم خدمات التصديق أو مورد خدمات التوثيق. وعرفه كذلك المعهد الوطني للعلوم والتكنولوجيا في الولايات المتحدة الأمريكية بأنه: الإجراءات التي من خلالها يتم خلق الثقة في هوية المستخدم لنظم معلوماتية آلية بطريقة آلية"

---

[1]– أحمد الملا، "الأعراف القانوني بالتوقيع الالكتروني"، الإمارات العربية المتحدة ، ص16

[2]– إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الالكترونية (دراسة مقارنة) ، ديوان المطبوعات الجامعية ،2003، ص110.

وبالتالي فإن البحث في عملية التوثيق (الصديق الإلكتروني تكون في المطالب التالية:

المطلب الأول: جهات التصديق الإلكتروني

أطلق المشرع الجزائري على جهة التصديق اسم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وقد عرفه في نص المادة 8-8 من القانون رقم 2000 -03[1] على أنه" :كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية

كما عرفته المادة 2-12 من القانون 15-04[2] على أنه: " شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، و قد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد عرف مؤدي خدمة التصديق على عكس المشرع المصري الذي لم يعرف جهة التصديق، فقانون التوقيع الإلكتروني جاء خاليا من أي تعريفا لها [3]،إلا أن هذا الأخير أشار لها في اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري في نص المادة 2/10 على أنها " الجهات المرخص لها بإصدار 4شهادة تصديق الإلكتروني وتقدم خدمات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني[4].

بما أن وسائل الإثبات التقليدية أصبحت لا تتماشى مع مبادئ السرعة والتسهيل في الإجراءات فيما يخص المعاملات خاصة التجارية.

---

[1]- القانون رقم: 2000-03 المؤرخ في 05 أوت 2000 ،يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية، عدد 48 لسنة 2000،ص: 03.

[2]- قانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فبراير 2015 ،يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، الجريدة الرسمية، عدد 06 لسنة 2015، ص: 07.

[3]- عابد فايد عبد الفاتح فايد، الكتابة الالكترونية في القانون المدني، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2007 ص 74.

[4]- لائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 109 لسنة 2005

الفرع الأول: تعريف مقدم خدمة التصديق الإلكتروني

يقوم دور مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أساسا على تحقيق الأمان ألقانوني أي التأكيد على شخصية المرسل الذي يستخدم المفتاح العام، و صلاحياته ففي حال التحقق غياب مؤدي هذه الخدمات فكيف يمكن لشخصين لم يسبق لهما التعاقد معا من المفتاح العام المرسل لكل منهما للتحقق من هوية كليهما؟

فهذه مشكلة أمان تفتقدها الصفقات المبرمة عن طريق الانترنيت[1] ولذلك يجب أن نوضح الدور أو الوظيفة المنوطة بجهة التصديق بصفة عامة علما أن المشرع الجزائري قد أوردها بالتفصيل في القانون رقم: 04/15 ضمن الفرع الثاني تحت عنوان تأدية خدمات التصديق الالكتروني من المادة 41 إلى المادة 50.

عرفته المادة 02/ه من قواعد اليونسترال النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني لسنة 2001 بأنه :" مقدم خدمات التصديق يعني شخصا يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية[2]. وعرفه التوجيه الأوربي بشأن التوقيع الإلكتروني في المادة 11/02 بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يصدر شهادات توثيق التوقيع الإلكتروني أو يتولى تقديم خدمات أخرى مرتبطة بذلك وهي التقنيات التي تسمح بإصدار توقيع مؤرخ..... وعرفته اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري بأنه:" الجهات المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني وتقديم خدمات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني أما الفقه فقد تناول عدة تعريفات والراجح فيها أن مقدم خدمات التصديق الإلكتروني هو:" كل جهة أو منظمة عامة أو خاصة تستخرج شهادات إلكترونية تؤمن

[1]– سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، : 63.ص، 2004ص:73

[2]–– دا قارة مولود ، الإطار القانوني للتوقيع والتوثيق الإلكتروني، 2007

تاريخ اطلاع على الموقع هو : 2019/04/04. WWW.MINSHAWI. COM

صلاحية الموقع أو حجية توقيعه ومعرفة المفتاح العام من منطلق ما تقدم نقول أن هذه الجهة تقوم بإصدار بطاقة هوية إلكترونية مرخص لها مسبقا[1].

من الجهات التي نصت عليها القوانين فمثلا القانون المصري أناط هذه المهمة إلى(هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات) بموجب المادة 02 منه كذلك القانون التونسي أنشأ ما تسمى بالوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية وهي وكالة وطنية ذات صبغة إدارية لها الشخصية المعنوية وتقوم بالإشراف على جميع الجهات العاملة في مجال التوثيقة[2].

الفرع الثاني: دور مقدم خدمات التصديق الإلكتروني وهيكلته

رأينا أن التشريعات المقارنة منحت هذه المهمة إلى جهات خاصة ومعينة بموجب القانون في المقابل حصرت بعض التشريعات الأشخاص الذين يسمح لهم بذلك، فالقانون المصري بموجب المادة 19 لم يرخص للأشخاص الطبيعية القيام بأعمال شهادات التصديق الإلكتروني وانما فقط الأشخاص الإعتبارية.

إلا أن البعض من النقاد يرون ضرورة أن تكون هذه الخدمة مفتوحة للمنافسة سواء في القطاع العام أو الخاص وما على الدول إلا تنظيمها وفق قوانيها مع توفر شرطي الأهلية والكفاءة الإستمرار هذه الخدمة. وتختلف هيكلة هيئات التوثيق الإلكتروني من دولة إلى أخرى، فمن الدول ما تكتفي بهيكلة واحدة و تتبعها تسمية واحدة كأن يصطلح على أنها سلطة المصادقة الالكترونية و منها من قال بأنها مقدم الخدمة الالكترونية، غير أن أحسن هيكلة ما أتى بها المشرع الفرنسي في تقسيمها إلى مكاتب تسجيل محلية و سلطة تصديق عليا تشرف على هذه المكاتب.

[1]– محمد أمين الرومي، المسند الإلكتروني، مرجع سابق، ص 164

[2]– إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، توثيق التعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 113

أولا: سلطة التصديق الالكتروني

حددها الملحق الثاني من التوجيه الأوربي المتعلق بالتواقيع الالكترونية، و هي السلطة العليا التي تضمن للجمهور الولوج السجلات المكاتب الالكترونية بما فيها الفهارس و السجلات المتضمنة للشهادات المنشأة المفاتيح العامة، والعمل في حالة الريبة والشك على العدول عن تلك الشهادات، وهي التي تحسم النزاعات بتدخلها لإثبات المعاملة، تشرف على المفتاحين العام والخاص و التحقق من التواقيع الالكترونية و التأكيد على صحتها و سريانها[1].

وتقابلها في التشريع التونسي الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية، وفي فرنسا سلطة التوثيق و تتفرع عنها سلطة التسجيل وتشرف عليها تقنيا المصلحة المركزية الأمن أنظمة الإعلام الآلي تطابق في مدى استجابة كل هيئة المقاييس و المواصفات القانونية.

ثانيا: سلطة التسجيل و هي عبارة عن أشخاص

قانونية طبيعية أو إعتبارية تواجه الجمهور في تلقي طلباته للحصول على الشهادات و إن كان قد تتداخل في ممارسة مهامها مع سلطة التصديق الالكتروني، مؤسسات أو مكاتب عامة أو تجارية غير إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية يحكمها في غالبية التشريعات القانون التجاري، و يمكن إجمال اختصاصاتها فيما يلي:

* أن تتصرف وفقا للبيانات التي يقدمها بخصوص ممارساته.

* أن تمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدم من بيانات جوهرية ذات صلة بالشهادة أو مدرجة فيها طيلة سريانها.

* تتحقق من الطريقة المستخدمة في تعيين هوية الموقع.

* تراعي وجود أية قيود على الغرض أو القيمة التي يجوز أن تستخدم من أجلها أداة التوقيع.

[1]– وائل أنور بندق، موسوعة القانون الإلكتروني و تكنولوجيا الاتصالات، مرجع سابق، ص 309

* تراعي ما إذا كانت أداة التوقيع صحيحة ولم تتعرض لما يثير الشبهة، أو ما إذا كان هناك وسيلة مناسبة للإبلاغ عن الإلغاء[1].

الفرع الثالث: إلتزامات مقدم خدمات التصديق الإلكتروني

أكد المشرع الجزائري في المادة 33 من القانون رقم 15-04 السالف الذكر على ضرورة حصول مؤدي خدمات التصديق الالكتروني على ترخيص لمزاولة نشاطاته من السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني، على أن يستوفي مجموعة من الشروط أوردتها المادة 34 و المتمثلة في: "يجب على كل طالب ترخيص لتأدية خدمة التصديق الالكتروني أن يستوفي الشروط الآتية :

-أن يكون خاضعا للقانون الجزائري للشخص المعنوي أو الجنسية الجزائرية للشخص الطبيعي

-أن يتمتع بقدرة مالية كافية

-أن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيات العالم والاتصال للشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي

-أن ال يكون قد سبق الحكم عليه في جناية أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الالكتروني[2].

يمكن تلخيص إلتزامات مزود خدمة التصديق في نقاط رئيسية وبمقارنة بين التشريعات:

- ضرورة الحصول على ترخيص من الجهة المختصة وإتمام النشاط دون التوقف أو التنازل

[1]- ام القاضي وسيم الحجار، الإثبات الالكتروني، المنشورات الحقوقية، بيروت، 2002 ، ص 212

[2]- سامة روبي عبد العزيز الروبي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات والادعاء مدنيا بتزويره بحث مقدم لمؤتمر المعاملات الإلكترونية، كلية الشريعة و القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، يومي 20/19 مايو 2009،المجلد الثاني، ص: 517

عنه للغير إلا بعد الحصول على موافقة من الجهات المعنية وهو الأمر الذي ذهب إليه المشرع المصري في نص المادة 26 من قانون التوقيع الإلكتروني، وكذا أجازه القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية في الفصل الرابع والعشرين(24) لمزود خدمات التصديق الإلكتروني إيقاف النشاط بشرط إعلام الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية قبل 3 أشهر من ذلك.

– عدم إفشاء سرية البيانات الإلكترونية وهو ما نص عليه في المادة 32 من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني وكذا نص المادة 21 من القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني إذ أن هذا الأخير جعل الحظر مطلق على كل العاملين في مجال خدمات التصديق الإلكتروني[1].

– تلتزم جهات التصديق بعد إنتهائها من عملها وبعد التأكد من صحة البيانات المتعلقة بالتوقيع ونسبته إلى صاحبه إرساله إلى الهيئة المختصة بإصدار شهادات التصديق بوصفها سلطة تصديق عليا.

وقد ساوت التشريعات المقارنة وخاصة قانون إمارة دبي والقانون التونسي بين الشهادات الصادرة من المزود الوطني وناك الصادرة في أي بلد آخر ضمن إتفاقيات تتبرمها الهيئات المختصة تترتب المسؤولية المزود الخدمة عن أي ضرر حاصل لشخص حسن النية نتيجة لعدم إلغاء الشهادة أو تعليقها إذا طلب ذلك وفي المقابل يكون الشخص مسؤولا عن عدم إحترامه الشروط إستعمال شهادة التصديق وشروط التوقيع الإلكتروني الأمر الذي أكدته المادة 22 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي. أما المشرع المصري فلم يفصل ذلك وإكتفى بالإحالة على اللائحة التنفيذية مما جعل نصوصه تتسم بالمرونة وعدم الدقة وصعوبة التقني

[1]– سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ،2004، ص 90.

نخلص إلى أن المشرع الجزائري يلزم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بالحصول على الترخيص واحترام الشروط المنصوص عليها آنفا بما فيها الالتزام بإتباع ما جاء في دفتر الشروط، أما قانون التوقيع الالكتروني المصري فقد نص على الشروط المتطلبات التي يجب توافرها في جهة التصديق الإلكتروني، وهي شروط تقنية وشروط متعلقة ببيانات التوقيع الإلكتروني [1] :

أ/ الشروط التقنية

1- نظام تأمين المعلومات وحماية البيانات: اشترطت المادة 06 من الالئحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري أن يتوافر لدى طالب الترخيص بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني برنامج وأنظمة تحقيق تأمين للمعلومات وحماية البيانات وتوفير أألمان التقني

2- استخدام خبراء ومتخصصين: و هذا ما أوردته المادة 06 من الالئحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري، حين اشترطت أن توكل جهة التصديق إلى متخصصين وذوي خبرة، وأن تتوافر فيهم المؤهلات اللازمة ألداء الخدمات المرخص بها

ب/ الشروط المتعلقة ببيانات التوقيع الإلكتروني :يقصد ببيانات التوقيع الإلكتروني المفتاح العام والمفتاح الخاص، فالمفتاح الخاص: هو بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

وأما المفتاح العام: فهو بيانات التحقق 2من صحة التوقيع الإلكتروني، وتتمثل هذه الشروط في[2].

-يجب أن تكون لدى جهة التصديق منظومة تكوين بيانات، بمعنى يجب أن يكون المفتاح الخاص مؤمنا لدرجة عالية وسريا لا يطلع عليه غير صاحبه .

-أن تحرص على ارتباط المفتاح العام و المفتاح الخاص للموقع

[1]- المادة 06 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

[2]- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص: 420.

– عدم حفظ المفتاح الخاص بالموّقع إلا بناء على طلب منه بموجب عقد مستقل يتم . إبرامه بين جهة التصديق و المواقع

المطلب الثاني: شهادة التصديق الإلكتروني

يقصد بشهادات التصديق الإلكتروني، الشهادات التي يصدرها مؤدي خدمات التصديق الالكتروني والمرخص له من قبل السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني و عليه نعرف شهادات التصديق الالكتروني في مجال المعاملات الإلكترونية على إعتبار أنه من خلالها يتم التأكد من شخصية المرسل وكذا صحة [1] البيانات المتعلقة بالمحرر والتوقيع وعدم تعديلهما أو تحريفهما هذه الشهادة لا تصدر إلا عن مزود خدمات التصديق الإلكتروني الذي يضفي المصداقية والثقة والأمان لدى المتعاملين والمتعاقدين بالوسائل الإلكترونية ومن منطلق هذه التوطئة سنتعرف على شهادة التصديق وإجراءاتها وحجية هذه الشهادة في القوانين المقارنة[2].

الفرع الأول: تعريف شهادة التصديق الإلكتروني

عرف المشرع الجزائري الشهادة الإلكترونية في المادة 2 فقرة 7 من القانون رقم 15–04 سابق الذكر، على أنها: "وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني الموقع .

أما المشرع المصري فقد عرفها في قانون التوقيع الإلكتروني المادة الأولى، على أنها "الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع"[3].

كما وعرفت المادة 02 من قانون اليونسنترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الشهادة بأنها : رسالة بيانات أو سجل آخر يؤكدان الإرتباط بين بين الموقع وبيانات إنشاء

[1]– ابرهم نضال إسماعيل، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، ط 01 ، دار الثقافة، عمان 2005 ص 197.

[2]– عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، مرجع سابق، ص 161.

[3]– أوصياء أمين مشيميش، التوقيع الالكتروني، المنشورات الحقوقية، بيروت، ص 21.

التوقيع"، وقد عرف قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي شهادة المصادقة الإلكترونية في الفصل الثاني بأنها :" الوثيقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الإلكتروني للشخص الذي أصدرها والذي يشهد من خلالها أثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها "..

ما يلاحظ على هذه النصوص أنها تؤكد على الإقرار بصحة التوقيع الإلكتروني ونسبته إلى صاحبه مع إستيفاء الشروط والضوابط الفنية التقنية المنصوص عليها قانونا.

وأخيرا نقول أن شهادة التصديق الإلكتروني هي بمثابة صك أمان تفيد صحة المعاملة الإلكترونية وضمانها من حيث صحة البيانات ومضمون المعاملة وأطرافها.

الفرع الثاني: بيانات شهادة التصديق الإلكتروني واجراءات الحصول عليها

نص المشرع الجزائري على نوعين من الشهادة الإلكترونية؛ وهما الشهادة الإلكترونية التي عرفناها سابقا، والشهادة الإلكترونية الموصوفة والتي عرفها بموجب المادة 15 من القانون رقم 04/15[1] و التي وردت كما يلي: "شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة هي شهادة تصديق إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية

– أن تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات تصديق إلكتروني، طبقا لسياسة التصديق الالكتروني الموافق عليها،

–أن تمنح للموقع دون سواه،

– يجب أن تتضمن على الخصوص

- إشارة تدل على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق الكتروني موصوفة، لكي تكون الشهادة الإلكترونية ذات قيمة قانونية ومعلوماتية يجب أن تشتمل على مجموعة من البيانات التي تجعلها تكتسي الثقة وتبعث على سلامتها وقد جاء في الفصل

[1]– بموجب المادة 15 من القانون رقم 04/15

السابع عشر (17) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي أنه يجب أن تتضمن شهادة التصديق البيانات التالية:

- هوية صاحب الشهادة.
- هوية مصدر الشهادة وأمضاؤه الإلكتروني.
- عناصر التدقيق في إمضاء صاحب الشهادة.
- مجالات استعمال الشهادة.

وعلى خلاف القانون المصري الذي نص في المادة 20 من اللائحة التنفيذية على عدة بيانات منها:

- ما يفيد إختصاص الموقع والغرض الذي تستخدم فيه الشهادة.
- حد قيمة المعاملات المسموح بها في الشهادة.
- مجالات استخدام الشهادة. وصفة الموقع : تاريخ صلاحية الشهادة وتاريخ الإنتهاء.. الخ.

وتنص المادة 03/24 من قانون إمارة دبي على البيانات التي تتضمنها الشهادة وهي:

- هوية مزود خدمات التصديق.
- سيطرة الشخص المعني على أداة التوقيع المشار إليها في الشهادة[1].
- سريان مفعول أداة التوقيع في وقت التوقيع أو قبل صدور شهادة التصديق.
- تحديد القيود الواردة على الغرض من أداة التصديق إتجاه الغير.

الملاحظ من هذه النصوص أنها تتفق على أن البيانات الهدف منها الاستجابة لمقتضيات السلامة والوثوق بالتوقيعات وحمايتها من أي تغيير وذلك من خلال جمع

[1]–سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2004 ص 91.

المعلومات الشخصية مباشرة من الشخص المعني وصحة معلومات الشهادة في تاريخ تسليمها وكلها تحفظ في سجل محمي.

وتتم إجراءات الحصول على الشهادة الإلكترونية موثقة التوقيع الإلكتروني بمايلي:

– تقيدم طلب مكتوب وموقع من صاحب الشأن يتضمن توثيق توقيع إلكتروني وعادة ما يكون هذا الطلب مجسد في إستمارة تملا وتوقع.

– التحقق من البيانات ومطابقتها بهوية طالبها .

– إصدار الشهادة متضمنة المفتاحين العام والخاص .

– التأكد من صلاحية المفتاحين وذلك بقيام الموقع بتجريبها عن طريق

مفتاحه العام الذي يشفر به رسالة معلومات ويوقعها بمفتاحه الخاص.

– إعادة رسالة المعلومات إلى المرسل على نحو يتم به التأكد من قيام أجهزة المصادقة بمراجعة البيانات المدونة ومطابقتها مع التوقيع الإلكتروني الإثبات صحته بعد إكتمال الملف يسلم الموثق الإلكتروني شهادة لطالبها

الفرع الثالث : انواع الشهادات الالكتروني

وبالنسبة للشهادة الإلكترونية الأجنبية التي يسلمها مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم في بلد أجنبي فإنه يكون لها نفس قيمة الشهادات الإلكترونية ألوطنية متى كان مؤدي خدمات التصديق الأجنبي يتصرف في إطار اتفاقية الاعتراف المتبادل والتي أبرمتها السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني [1].

أما عن التشريع المصري فقد نصت المادة 22 من قانون التوقيع الإلكتروني على نوعين من الشهادات

- الشهادة التي تصدر من جهات داخلية؛ أي شهادة وطنية

[1]– نصت على ذلك المادة 23 من القانون رقم 04/15 ،سابق الذكر

●الشهادة التي تصدر من جهات أجنبية معتمدة، وهي شهادة أجنبية تختص الهيئة باعتماد الجهات التي تقوم بإصدارها، نظير مقابل يحدده مجلس إدارة الهيئة وبذلك تتساوى الشهادة الأجنبية مع نظيرتها الوطنية في الحجية وذلك وفقا للإجراءات والضمانات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون [1].

وقد حددت المادة 21 من اللائحة التنفيذية الحالات التي تعتمد فيها الهيئة الجهات الأجنبية بإصدار شهادات التصديق الالكتروني نذكر منها

-أن يتوافر في الجهات الأجنبية المرخص لها بمزاولة هذا النشاط الشروط التي حددتها اللائحة التنفيذية

-أن يكون لدى الجهات الأجنبية وكيل في جمهورية مصر مرخص له من قبل الهيئة.

[1]- عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص: 08/79

خاتمة

تعتبر هذه الدراسة محاولة لتسليط الضوء على طرق الإثبات بصفة عامة، و من خلال ذلك إتضح لنا أن موضوع طرق الإثبات تنقسم الى قسمين طرق تقليدية و حديثة و يعد الاثبات من المواضيع الحساسة فقد كان وسيبقى موضوع الساعة لارتباطه بأهم ما يملكه الإنسان وهو الحق، و هذه الميزة تجعله من بين الدراسات الشيقة والتقنية التي تطل بحاجة لقراءة مستفيضة واسعة في الفكر. الملاحظ أن القانون جعل كلا من الكتابة و شهادة الشهود و القرائن القضائية في مرتبة واحدة من حيث قوة الإثبات، بحيث ما يمكن إثباته بإحدى الطريقتين جاز إثباته بالطريقة الأخرى . و في حالة عدم إستكمال الوسيلتين المذكورتين لقناعة القاضي، أجاز المشرع اللجوء إلى وسيلة قانونية ثالثة ألا وهي اليمين المتممة أو المكملة لدليل ناقص و ذلك في الحالات التي يجوز إثبات الإدعاء بشهادة الشهود والقرائن . تظهر فعالية طرق الإثبات التقليدية من الناحية العملية و العلمية، ذلك في إثبات الوقائع المادية و التصرفات التجارية و التصرفات المدنية التي تقل قيمتها عن 011.111 دج، و كذا في حالة ضياع فيها الدليل الكتابي المعد مسبقا للإثبات أو تلفه، و لا يجد صاحبه أمامه خيار أخر لإثبات إدعائه إلا اللجوء إلى هذه الوسائل. وتظهر كذلك فعالية طرق الإثبات التقليدية من خلال ما منحه المشرع الجزائري اللقاضي من سلطة تقديرية واسعة في تقدير دلالة هذه الطرق، وقد أحسن المشرع في ذلك لأن القاضي أكثر احتكاكا بالدعوى، و بذلك يستطيع أن يأخذ بشهادة شاهد كما يستطيع أن يطرحها جانبا، كما يستطيع تغليب شهادة القلة على شهادة الكثرة، كما يمكن أن يرفض طلب سماع الشهود إذا أرى عدم ضرورة ذلك و أن في وقائع الدعوى ما يغني عن الشهادة في تكوين اقتناع المحكمة كما منح له المشرع سلطة تقديرية في استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، و ترك أمر استنباطها لتقديره و قناعته، كما له الحرية في توجيه اليمين المتممة إلى أي من الخصمين في الدعوى ليستكمل بها دليلا غير كاف، فيتمم بها إقناعه، فتظهر سلطته المطلقة في كپى

توجيهها إلى أي من الخصمين وفقا لتقديره، و يظهر في ذلك ما للقاضي من دور إيجابي في توجيه الخصومة وهذا ما يقرب بين الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، الأمر الذي يكفل حسن سير العدالة و هذا ما يمنح لهذه الأدلة فعالية في الإثبات و لها دور مهم في إثبات حقوق الأفراد و صيانتها و حمايتها. و إذا حاولنا تقييم موقف المشرع نلاحظ بأسف شديد أنه أهمل الكثير من بعض الأحكام المهمة في الموضوع فتركها جانبا، و كذلك القضاء فنادرا ما يجتهد و نجده يقف موقف العاجز في المسائل الغامضة، و نجد في هذا المجال سوى دراسات فقهية كما نجد فراغ قانوني كذلك في ما يخص التشريع الذي لم يحدد بوضوح شروط قبول الإثبات بشهادة الشهود و التي استقين معضمها من القواعد العامة و الشريعة الإسلامية، كما خلت الإجراءات من بعض الأحكام و لم يتعمق كثيرا المشرع في هذا الموضوع. فمثلا الشهادة التي يؤديها الإنسان يمكن أن تكون عرضة لأخطاء قد تكون غير ارادية كضعف الذاكرة و النسيان، وقد تكون ارادية من فعل الإنسان ويتعمد في تضليل العدالة فيكون في ذلك خطورة عليها و على حقوق الأفراد. ترك المشرع مهمة تعريف شهادة الشهود و القرائن القضائية للفقهاء و لبعض شراح القانون

و للإجتهاد القضائي، كما قام بتخصيص مادة يتيمة لموضوع القرائن القضائية فهذا أمر قليل بالنظر إلى أهميتها في الإثبات في إعمال القاضي سلطته التقديرية لم يحدد المشرع صيغة اليمين المتممة التي يقوم الخصم بحلفها و هذا على خلاف ما قام به قبل تعديل ق.إ.م. و حدد صيغتها في أن يقول "أحلف بالله العظيم"، أما بعد التعديل ترك هذه المهمة للقاضي و ترك فراغ قانوني في هذا المجال. كما قد يقوم الشخص بتحليف يمين كاذبة أو يكون ملحدا لا يدين بأي دين سموي ففي هذه الحالة فكيف للقاضي أن يكتشف صدق أو كذب اليمين.

و في محاولتنا لمعالجة بعض جوانب هذا الموضوع نشير في أخر محطة لهذا البحث إلى جملة من الاقتراحات و بذلك ننتمي إلى ما ينادي به بعض كتاب القانون و رجال الإصلاح. وكذا ما تطرقنا اليه في وسائل الإثبات الحديثة و المتمثلة في الكتابة الالكترونية و الفاكس و التلكس الذي أضاف على نوعا من الصعوبة وفي نفس الوقت التخلص من الشك الذي يراود الأفراد من تزوير وما إلى ذلك ومع التطور الذي لاحظته المجتمعات فاصبحت وسائل الإثبات بالطريقة الالكترونية ذات قيمة قضائية و يستعان بها لاثبات واقعة ما . بتوصياتنا التالية: – وجب على القاضي عند الإستماع إلى الشاهد أن يتخذ كل الإحتياطات الازمة للتأكد من صدق شهادته و عدم تضليله للعدالة، و يجب عليه أن يتأكد من خلو الشهادة من كل عيب يمكن أن يتخللها كعيب النسيان أو مرض الشيخوخة أو كل ما يمكن أن يؤثر عليها سلبا.

– نلتمس من المشرع التدخل لوضع تعريف لشهادة الشهود و القرائن القضائية لكي لا نرجع إلى كتب فقهية لإستقاء منها هذه التعريف التي أوردتها بشكل عام. – ننادي بالمشرع التدخل لازالة غموض مصطلح مبدأ ثبوت بالكتابة الذي إستعمله في المادة 333 من ق.م.ج و إعادة صياغته بمبدأ بداية الإثبات بالكتابة لازالة الغموض و تسهيل المعنى للقارئ.

فالمحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني أصنما يكون جزءا من حياتنا، ولا يمكن بأي حال من الأحوال تجاهلهما أو البقاء بمنأى عنهما. وشر الأمر الذي جعل من مسائل الإثبات عبر الأنترنت خاصة ووسائل الاتصال الحديثة، التي جات ناجا لما فرضه علينا الوجود الواقعي لتنظم تكنولوجيا المعلومات والتجارة الإلكترونية المعتمدة في إحداث معامها، باستخدام البدائل الإلكترونية تحل محل الأساليب التقليدية المستندة إلى الكتابة الخطية، بحيث تؤدي هذه النينال نفس الأهداف والوظائف بشكل أسرع وأقل تكلفة.

وكإجابة عن الأشكال الأساسي المطروح في هذه الدراسة فيما يخص إقرار صحة المحررات الإلكترونية واكتسابها الصيغة القانونية والحجية في الإثبات كما هو الحال بالنسبة

للمحررات الورقية التقليدية، فإن القانون 15-04 أقر بنص صريح بالمحررات الإلكترونية، وفيما يتعلق بالقوة القانونية لها تجد المشرع الجزائري أخذ بها من خلال القانون المدني الذي ارتكز على مبدأ التعادل الوظيفي في نص المادة 323 مكرر 1 منه فقد وفقنا على وجه الخصوص في هذه الدراسة على بروز المحررك الإلكترونية، ونورها كنوع جديد يتلائم مع التطور الحالي ومقتضيات السرعة التكنولوجية في حياتنا اليومية.

وينادوا على ماسبق يمكن إيراد جملة من النتائج والتوصيات لهذه الدراسة كالأتي:

أولا: النتائج .

حاول المشرع الجزائري بإصداره للقانون 15-04 التماشي والمستجدات التكنولوجية الهائلة والمساواة مع باقي التشريعات الدولية، وذلك من خلال إقراره للمحررات الإلكترونية

• المحررات الإلكترونية كغيرها من الوسائل التي أوجدها الإنسان لخدمته، والتي أصبحت ذات فعالية وآثار واضحة في الحياة اليومية، وأصبحت هذه الوسائل تحل مطل المحررات التقليدية في الإثبات في كثير من القطاعات:

-نظم تعديل 05-10 عنصر مهم للمحررت الإلكترونية رشي الكتابة الإلكترونية، ونظم القانون 15 هو العنصر الأهم للمحررات الإلكترونية وشر الترع الإلكتروني، وحشد المقصود به وبين أهميته من خلال استخدامه في العديد من المجالات المهمة بتعند صورة

- المشرع الجزائري وبصدد تطبيقه لمبدأ التعادل الوظيفي التي أقره تعتيل 05-10 ساوى بين الكتابة في الشكل الورقي والكتابة في الشكل الإلكتروني وأعطاها ذات الحجية بشرط أن يتم التأكد من هوية مصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف منسيا

- المحررات الإلكترونية كمستندات وكالة باتت تعادل المستندات التقنية الورقية من حيث قوتها أثناء تقديمها للقضاه

- قام المشرع الجزائري بإصداره للقانون 15-04 يضفاء حجة على الموقع الإلكتروني من خلال ربطه بمجموعة من الشروط الشكلية في إطار تحت قانوني الجهات التصديق الإلكتروني، وأخرى موضوعية تتعلق بالتوقيع في حد ذاته.

ولعل هذا الارتباط الحتمي بين سلامة الوثيقة الإلكترونية وما تتضمنه من بيانات وبين جهات التصديق الإلكتروني هو ما جعل هذه الأخيرة تنال اهتمام التشريعات الحديثة. والمشرع الجزائري بدوره وان لم يفرد لهذه المسألة نظاما خاصا على غرا ر ما فعلته بعض الدول التي ضمنت ذلك في تشريعات خاصة بالمعاملات الإلكترونية، قد ركز على مسألة جد مهمة في قواعد الإثبات بشكل عام، وهي تأكيده على التوثق من بيانات الكتابة أو التوقيع الإلكتروني في نص المادة 363 مكرر 0 من القانون المدني

التي نصت على أنه" :يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها."

وقد توصلت من خلال هذا الموضوع لمجموعة من النتائج وهي:

– استطاعت الكتابة والتوقيع الالكترونيين من أن تكون غير قابلة للتعديل أو العبث بها عن طريق تشفيرها والتصديق عليها وان كان البحث العلمي مازا ل مستمرا في اكتشاف المزيد من الوسائل التقنية التي تحفظ الكتابة الإلكترونية.

– عمل المشرع الجزائري من خلال إصداره للقانون 15–04 على خلق الترابط بين شخص الموقع وتوقيعه على المحررات الإلكترونية، وذلك حتى يحقق الثقة والأمان للأخذ بالمحررات الإلكترونية في الإثبات.

– بالرغم من أن المشرع الجزائري قد أقر بالمحررات الإلكترونية في القانون 15–04 إلا أنه لم يتعرض إلى كل ما يتعلق بإثباتها، هو الأمر الذي يقودنا إلى إسقاط قواعد الإثبات التقليدي على قواعد الإثبات الإلكتروني

ثانيا: التوصيات

1) نوصي المشرع الجزائري بأن يولي اهتماما يوعي المحررات الإلكترونية، سواء الإلكترونية الرسمية أو الإلكترونية العرفية، والتطرق إليهما ضمن نصوص خاصة التنظيم كل ما يتعلق بهما.

2) نوصي المشرع الجزائري بأن من مختلف الفرات القانونية المتواجدة على مستوى منظومته، خاصة فيما يتعلق بالقوة الشيونية المحررت الإلكترونية الرسمية والمحررات الإلكترونية العرفية، والد من تطبيق القواعد العامة في كل مرة تكون فيها بداية اليات

3) العمل على إنشاء هيئات مراقبة خاصة، سواء على الصعيد العربي أو على الصعيد الدولي، يكون الغرض منها بث الثقة بين المتعاملين إلكترونيا، والسير على مختلف تطبيقات التجارة الإلكترونية التي تتم على الشبكة العالمية.

– نناشد من المشرع تحديد صيغة اليمين المتممة التي يقوم الخصم بحلفها كما فعل قبل التعديل، و لتحديد هذه الصيغة نرى ضرورة تدخل الإجتهاد القضائي لسد هذا الفراغ و ينبغي للإصلاح المذكور أن يتم وفق نظرة شاملة تأخذ في الحسبان كل العناصر و العوامل ذات صلة بالإثبات و ذلك بإعتماد رؤية مستقبلية تراعي فيها كل الظروف المحيطة بهذا الشأن .

قائمة المراجع

اولا : المؤلفات

1 – باللغة العربية

1. ابد فايد عبد الفاتح فايد، الكتابة الالكترونية في القانون المدني، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2007
2. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الالكترونية (دراسة مقارنة) ، ديوان المطبوعات الجامعية ،2003،
3. أبو زيد محمد محمد، تحديث في قانون الإثبات، (مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية)، دون طبعة ، دون دار نشر، مصر، 2002
4. أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية الجزء الأول، النشر دار المعرفة الرباط المغرب، الطبعة الأولى 1998
5. إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، القواعد العامة لوسائل الإثبات الكتابةالقرائن الإقرار – اليمين، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 1990
6. أفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999،
7. ام القاضي وسيم الحجار، الإثبات الالكتروني، المنشورات الحقوقية، بيروت، 2002
8. أمير فرج يوسف، التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، الإسكندرية، 20080
9. امير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعق، د ط دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004
10. أوصياء أمين مشيميش، التوقيع الالكتروني، المنشورات الحقوقية، بيروت بدون سنة نشر

11. ايمان مأمون أحمد سليمان، أبرام العقد الالكتروني و اثباته، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2008

12. حسام محمد نبيل الشرافي، جرائم الاعتداء على التوقيع الالكتروني دراسة تطبيقية مقارنة، دار الشتات لنشر والتوزيع، سنة 2007

13. خالد عبد الفتاح محمد، التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني، طا، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2009

14. د. عطا عبد العاطى السنباطى: الإنبات في العيد الكترونية، ، الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، السنة 2015.

15. الدعيسى غسان عبد الله، رسالة دكتوراه، القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني، كلية الحقوق جامعة عين شمس سنة 2006

16. الدكتور، المري عايض راشد، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة 1998

17. رائد عبد الحميد، مدى حجية وسائل الإتصال الحديثة في قانون الإنبات، دار هومه للنشر عمان 2007

18. رائد عبد الحميد، مدى حجية وسائل الإتصال الحديثة في قانون الإنبات، دار هومه للنشر عمان 2007

19. سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004

20. عباس العبودي، أحكام الإثبات في القانون المدني العراقي، عمان، دار الثقافة 1998

21. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الاثبات ط 1 عمان، 2002

22. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات، آثار الالتزام مجلد2، منشورات دار إحياء التراث العربي، بيروت طبعة 1973

23. العبودي عباس، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، الطبعة الثانية 1998

24. علاء محمد نصيرات . حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات (دراسة مقارنة) دار الثقافة للنشر و التوزيع.الطبعة الاولى. 2005.

25. عيسى غسان ربضي ، القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن 2009

26. فرج توفيق حسن، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية تنقيح ، عصام توفيق حسن فرج ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت، لبنان، طبعة 2003

27. القاضي الحجار، وسيم شفيق، الإثبات الإلكتروني ،المنشورات الحقوقية ،بيروت لبنان، طبعة 2002

28. لسان العرب، لابن منظور، الجزء السادس، مطبعة مصر الحديثة، 2004،

29. لورنس محمد عبيدات 'إثبات المحرر الإلكتروني ، رسالة دكتوراه ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، طبعة 2005

30. مثير محمد الجنيهي، ممدوح محمد الجنيهي، التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2004

31. محمد حسام محمود لطفي، عقود خدمات المعلومات، القاهرة 1993.

32. محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2008،

33. محمد محمد سادات ، حجية المحررات الموقعة إلكترونيا في الإثبات دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2011

34. مرقص سليمان، وصول الإثبات في المواد المدنية المطبعة العالمية القاهرة، الطبعة الثانية، بدون سنة نشر

35. منصور محمد حسين، قانون الإثبات وطرقه، دار المعارف الجامعية الإسكندرية، طبعة 2004،

36. نوري حمد خاطر، وظائف التوقيع في القانون الخاص في القانون الأردني والفرنسي، دراسة مقارنة، المجلد الثالث العدد الثاني، لسنة 1998.

37. محمد مرسي زهرة، عناصر الدليل الكتابي التقليدي في ظل القوانين ومتى تطبيقها على الدليل الإلكتروني، نشوة التوقيع الإلكتروني، الإمارات العربية المتحدة، سنة 2001

38. محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء 4 ، الاثبات في المواد التجارية ، دار هومة ، الطبعة الأولى 2008-2009

39. رمضان أبو السعود ، مبادئ الاثبات ، مبادئ الاثبات في المواد المدنية والتجارية ،

40. - سورة البقرة الآيات

41. - نبيل إبراهيم سعد، الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار الجامعة الجديدة ، 2008 ، الاسكندرية

42. - محمد حسن قاسم ، قانون الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، بيروت ، 2007

43. محمد زهدور ، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 1991

44. مأمون عبد الكريم ، محاضرات في طرق الإثبات ، الطبعة الثانية 2001-

45. . سمير السيد تناغو " النظرية العامة في الإثبات " 1988

46. العبودي عباس ، شرح أحكام قانون الإثبات المدني ، د. ط. دار النشر للثقافة و التوزيع ، عمان ، 199

47. عابد فايد عبد الفتاح فايد ، نظام الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006

48. – سعد نبيل ابراهيم ، همام محمد محمود زهران ، أصول الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، د. ط. دار الجامعة الجديدة للنشر ، د. ب. ن. 2001

49. المزغي رضان أحكام الإثبات ، د. ط. الدار الجزائرية للنشر و الطبع و التوزيع ، الجزائر ، 1998

50. صالح براهيمي ، الاثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية ، معهد الحقوق و العلوم الادارية ، بن عكنون 1999

51. الغوثي ملحة ، قواعد وطرق الاثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2001

52. شرف الدين أحمد ، أصول الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، الطبعة الأولى ، طبعة نادي القضاة 2004

53. مصطفى مجدي هرجة ، شهادة الشهود في المجالين الجنائي و المدني ، د. ط. دار محمود ، القاهرة ، د.س. ن.

54. الدناصوري عز الدين ، حامد عبد الحميد عكاز ، التعليق على قانون الإثبات ، د. ط عالم الكتب ، القاهرة ، د. س.ن . ص

55. بكوشي يحي ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي ، (دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة)، الطبعة الثانية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1998

56. صقر نبيل ، مكاري نزيهة ، الوسيط في القواعد الإجرائية و الموضوعية للإثبات في المواد المدنية ، د. ط. دار الهدى ، الجزائر ، د. س. ن. ص

57. عادل حسن علي ، الاثبات في المواد المدنية ، د. ط مكتبة زهراء الشرق ، د. ب. ن. 1996

58. قانون رقم 08 / 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الادارية ، ج. ر. العدد 21 ، صادرة بتاريخ 23 أفريل 2008

59. دلاندة يوسف ، الوجيز في شهادة الشهود، وفق أحكام الشريعة و القانون وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا ، د. ط. دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2005

60. بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الادارية ، طبعة ثانية ، منشورات بغدادي ، د. ب. ن. ، 2009

61. القانون رقم 08-09، متضمن ق...م... – عصام انور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية و التجارية ، د. ط. منشاة المعارف الاسكندرية .2005-

62. عبد المنعم فرج الصدة "الاثبات في المواد المدنية" الطبعة 1955-

63. قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري. –

64. حكم محكمة وهران المدنية عدد88/111 المؤرخ في1989/02/28

65. عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " نظرية الالتزام بوجه عام ، الاثبات و آثار الالتزام ، المجلد الثاني ، دار النهضة العربية ، القاهرة

66. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، 2009

67. محمد العيش ، الكتابة الرقمية طريق للتعبير عن الارادة و دليل للإثبات، منشاة المعارف ، الاسكندرية .2008.

68. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الالكتروني في القانون القارن ، منشورات الجلي الحقوقية . الطبعة الأولى ، لبنان ،2009

69. إلياس ناصيف العقود الدولية ، العقد الالكتروني في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، لبنان ، 2009

70. عطا عبد العاطي السنباطي ، الاثبات في العقود الالكترونية ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة ، عمان، الأردن، 2010

71. عاطف عبد الحميد حسن ، مبدا الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002

2 – المؤلفات باللغة الفرنسية

1. Jean Baptiste Michelle, créer et exploiter un commerce électronique, Litec, paris, 1998, p. 127.
2. JeffC.Dodd and James A. Hernandez, Contracting In Cyberspace, P18.
3. Didier lamethe : Réflexions sur la signature, Gaz-pal 24janvier 1976 (1" sem) page:74 Cass civ 1-5 oct; 1959 jcp 5911.11.323 note voirin..
4. Gauaida (H), la validite De ceraines signatures A la Griffe Deffer de commarce, Jcp1966, paris, 1 page 2034.
5. Herve croze : << Informatique, preuve et sécurité Dalloz 1987, No24 chronique XXXI, p169.

6. Martin (s), Tessalonikos(A) la signature électronique premières refixions après la publication de la directive du 13 décembre 1999 et de la loi du 13 mars 2000, gas. pal. Mercredi 19, jeudi 20 juillet 2000, p4,5,
7. Wilims (w), De la signature Au "notaire Electronique la validation De la communication Electronique, melanges. Pardon (Jean) Bruylant, Bruxelles 1996, page 570.
8. William S.Davis and John Benamati ,E-Commerce Basics technology foundations and e-business applications ,Addison-Wesley,Cornell University, Newyork2003,P285
9. I/ MANTOINE, J.-F.BRAKELAND, MELOY, Droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information, Cahiers du CRID, N°07, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, p.55.

Textes

juridique

1. Arret de 22 mai 1975,D1976 .Somm8
2. Art. 1316 du code civil français : «La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission >> modifiant le code civil, la loi n° : 2000/230 du 13 Mars 2000 portant l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies de l'information et relative à la signature électronique., J.O., no 62, 14 mars 2000, p. 3968

ثانيا : الرسائل و بحوث العلمية

1. سامة روبي عبد العزيز الروبي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات والادعاء مدنيا بتزويره بحث مقدم لمؤتمر المعاملات الإلكترونية، كلية الشريعة و القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، يومي 20/19 مايو 2009،المجلد الثاني،
2. يمينة حوحو ، عقد البيع الإلكتروني دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة ابن عكنون، الجزائر، 2013/2012.

ثالثا : التشريعات

*** القوانين**

1. القانون رقم: 2000-03 المؤرخ في 05 أوت 2000 ،يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية، عدد 48 لسنة 2000.
2. قانون التوقيع الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 المنشور بجريدة الوقائع العراقية بالعدد 4256 بتاريخ 2019/02/05.
3. قانون رقم 04/15 المؤرخ في 01 فبراير 2015 ،يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر.لسنة 2015 ، عدد 06 ، صادر في 2015/02/10.

*** الأوامر**

1. الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، 2007 ، المعدل والمتمم.

*** المراسيم**

4. المرسوم التنفيذي رقم (07-162) المؤرخ في 30-05-2007 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم (123/01) الصادر في 09-05-2001.

***القرارات**

5. قرار مؤرخ في أول صفر عام 1433 الموافق 26ديسمبر سنة 2011، يحدد المواصفات التقنية لجواز السفر الوطني البيومتري

رابعا : الموقع الالكتروني

1. قانون التوقيع الإلكتروني الاتحادي الأمريكي الصادر في 30 جانفي 2000 و المنشور على الموقع الإلكتروني.
2. قانون المعاملات الإلكترونية الموحد الأمريكي لسنة 1999، المنشور على الموقع الإلكتروني.
3. قانون الإثبات المتعلق بالتوقيع الإلكتروني الفرنسي رقم 230 لسنة 2000 ، المنشور على الموقع الإلكتروني موقع المنظمة التجارة العالمية.
4. ، بتاريخ 23 /2019/01 ، 17:50 ساعة
5. http://www.bmck.com/ecommerce/fedlegis-t
6. http://www.law.upenn.edu/bullfulc/ucite/ucita 200.htm
7. http://www.uncitral.org
8. http://www.uncitral.org/stable/ml-arb-a.pdf :
9. http://www.wto.org
10. WWW.MINSHAWI. COM : تاريخ اطلاع على الموقع هو .2019/04/04
11. رقم 162/51 المؤرخ في 16 ديسمبر 1996 المتضمن قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، منشور الموقع على

12. قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 ، ج.ر ، العدد 217 بتاريخ 22 أفريل 2004.

13. القانون العربي الاسترشادي للايات بالطرق الحديثة منشور على موقع جامعة الدول العربيةhttp://www.lasportal.org/ar

14. القرار رقم 80/56 المؤرخ في 12 ديسمبر 2001 المتضمن قانون الأونيسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية، منشور في الموقع

15. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 ، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 4524 بتاريخ 31 ديسمبر 2001.

الفهرس

إهداء

الشكر

المقدمة 01

الفصل الأول : وسائل الإثبات التقليدية والحديثة 07

المبحث الأول : وسائل الإثبات التقليدي..... 08

المطلب الأول : الكتابة وشهادة الشهود في الإثبات..... 08

الفرع الأول : الكتابة و أهميتها في الإثبات..... 08

الفرع الثاني : الإثبات بشهادة الشهود..... 26

المطلب الثاني : الإثبات بالقرائن و الإقرار و اليمين..... 38

الفرع الأول : الإثبات بالقرائن و الإقرار 38

الفرع الثاني : الإثبات باليمين..... 45

المبحث الثاني : وسائل الإثبات الحديثة..... 55

المطلب الأول : الكتابة الإلكترونية وحجيتها في الإثبات..... 55

الفرع الأول : مفهوم الكتابة الإلكترونية و شروط صحتها..... 55

الفرع الثاني : حجية الكتابة الإلكترونية و أهميتها في الإثبات..... 58

المطلب الثاني : الإثبات بالفاكس والتلكس 63

الفرع الأول : الإثبات بالفاكس وقوته في الإثبات..... 63

الفرع الثاني : التلكس وقوته في الإثبات..... 71

الفصل الثاني : حجية الكتابة الالكترونية في القانون الجزائري..... 78

المبحث الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية 79

المطلب الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية..... 79

الفرع الأول: في الفقه..... 80

الفرع الثاني: في التشريع 80

المطلب الثاني: شروط الكتابة الإلكترونية ووسائل إثباتها ومجال الاستعانة بها 83

الفرع الاول : شروط الكتابة الإلكترونية..... 83
الفرع الثاني : وسائل إ ثبات بالكتابة الإلكترونية والإستثناءات الواردة عليها..... 87
الفرع الثالث : مجال الإستعانة بالكتابة الإلكترونية..... 92
المبحث الثاني: التصديق الإلكتروني..... 94
المطلب الأول: جهات التصديق الإلكتروني..... 95
الفرع الأول: تعريف مقدم خدمة التصديق الإلكتروني..... 96
الفرع الثاني: دور مقدم خدمات التصديق الإلكتروني وهيكلته..... 97
الفرع الثالث: إلتزامات مقدم خدمات التصديق الإلكتروني..... 99
المطلب الثاني: شهادة التصديق الإلكتروني..... 102
الفرع الأول: تعريف شهادة التصديق الإلكتروني..... 102
الفرع الثاني: بيانات شهادة التصديق الإلكتروني واجراءات الحصول عليها..... 103
الفرع الثالث : انواع الشهادات الالكتروني..... 105
الخاتمة 108
قائمة المراجع 115

مـلخص مذكرة الماستر

ومن هنا نستنتج في هذه الدراسة محاولة لتسليط الضوء على طرق آليات الإثبات في القانون الجزائري بصفة عامة، و من خلال ذلك إتضح لنا أن موضوع طرق الإثبات تنقسم الى قسمين طرق تقليدية و حديثة و يعد الاثبات من المواضيع الحساسة فقد كان وسيبقى موضوع الساعة لارتباطه بأهم ما يملكه الإنسان وهو الحق، و هذه الميزة تجعله من بين الدراسات الشيقة والتقنية التي تطل بحاجة لقراءة مستفيضة واسعة في الفكر. الملاحظ أن القانون جعل كلا من الكتابة و شهادة الشهود و القرائن القضائية في مرتبة واحدة من حيث قوة الإثبات، بحيث ما يمكن إثباته بإحدى الطريقتين جاز إثباته بالطريقة الأخرى . و في حالة عدم إستكمال الوسيلتين المذكورتين لقناعة القاضي، أجاز المشرع اللجوء إلى وسيلة قانونية ثالثة ألا وهي اليمين المتممة أو المكملة لدليل ناقص و ذلك في الحالات التي يجوز إثبات الإدعاء بشهادة الشهود والقرائن

الكلمات المفتاحية:

1/ وسائل 2/. التقليدية 3/.الحديثة. 4/. الإثبات 5/. الكتابة الإلكترونية 6/. حجية الكتابة

Abstract of The master thesis

Hence, we conclude in this study an attempt to shed light on the methods of proof mechanisms in Algerian law in general, and through this it became clear to us that the subject of proof methods is divided into two parts, traditional and modern methods. It is possessed by man and it is the truth, and this feature makes it among the interesting and technical studies that require extensive and extensive reading in thought. It is noted that the law made both the writing, the testimony of witnesses, and the judicial evidence in one rank in terms of the strength of proof, so that what can be proven in one of the two ways may be proven in the other way. In the event that the aforementioned means were not completed by the judge's conviction, the legislator permitted to resort to a third legal means, which is the oath that complements or complements an incomplete evidence, in cases where the allegation may be proven by the testimony of witnesses and presumptions.

key words:

1/ Means 2/. Traditional 3/..modern. 4/. Evidence 5. Electronic writing 6/. Authentic writing