

جامعة مولود معمري - تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية

حجية المحررات الرسمية والعقد الإلكتروني في الإثبات في
التشريع الجزائري

مذكرة التخرج لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص

الأستاذة المشرفة:

حمدي سياد نبيلة

من إعداد الطلبة:

- صدقي ثميلة

- بورامة وليد

اللجنة المناقشة:

- د / موم نادية، أستاذة محاضرة، جامعة مولود معمري-تيزي وزو..... رئيسا.
- د / سياد نبيلة، أستاذة مساعدة أ، جامعة مولود معمري-تيزي وزو مشرفة ومقررة.
- د / ديراني ليندة، أستاذة محاضرة ب، جامعة مولود معمري-تيزي وزو.....ممتحنا.

السنة الجامعية:

2020-2019

تقدير وعرفان:

عرفان الحمد لله الذي علّم بالقلم وعلمّ الإنسان ما لم يعلم، الحمد لله الذي عليه

توكلت وإلى وجهه أبتغي إنجاز هذا العمل فهو المنعم والمتفضل قبل أيّ شيء،

والذي وفقني ويسّر لي أمري بما جاد لي بما قدمته شكرا وموضوعا، فاللهم لك واسع

الحمد وعظيم الشكر على إعانتني وتيسير أمري.

وبعد فأتوجه بواجب التقدير والعرفان للأستاذة الدكتورة: **حمدي نبيلة** زوجة سياد

على إشرافها على هذا العمل والتي لم تدخر جهدا في إسداء النصائح والتوجيه ما

كان يلزم الصواب في هذا العمل تقررا ومضمونا، فلها كلّ الشكر جزاها الله عنا

خيرا.

لا يفوتني توجيه خالص الشكر والتقدير إلى كلّ من ساعدني في إنجاز البحث.

الطالبة: **صدقي ثميلة**

إهداء

"ولئن شكرتم لأزيدنكم"

بسم الله الرحمن الرحيم

أولاً لك الحمد ربي على كثير فضلك وجميل عطاءك ووجودك. الحمد لك ربي ومهما حمدنا فلن تستوفي حمدك والصلاة والسلام على من لا نبي بعده.

إلى التي بحنانها ارتويت ويدفئها احتमित، وينورها اهتديت وببصرها اقتديت ولحقها ما وفيت، إلى من يشتهي اللسان نطق اسمها، وترقرق العين من وحشتها وتخشع الأحاسيس لذكرها. إلى الشمعة التي تحترق من أجل أن تضيء لي الدرب، إلى أحلى ما في الوجود. "أمي" أطال الله في عمرها.

إلى درعي الذي به احتमित، وفي الحياة به اقتديت، ركيزة عمري وصدر أمانتي وكبريائي. إلى رمز القوة والعطاء والجود والكرم والوفاء، إلى من علمني محاسن الأخلاق. "أبي أطال الله في عمره إلى من ساندني ودعمني ودفع الأمل في قلبي للمضي قدماً والوصول إلى ما وصلت إليه حفظه الله إلى من تقر العين برؤيتهم ويفرح القلب برفقتهم إخوتي "يوبا" و"كمال" أدامكم الله لي

إلى عائلتي الثانية: والدا زوجي وإخوانه وأخواته

إلى قضاة محكمة عزازقة خاصة منهم "بكاري عبد المالك" و "بن حامة زيدان" و "بن أحمد سعدي"، ورفيق عملي "موساوي حسين" وإلى كل رفقائي في العمل لدى محكمة عزازقة.

صدقي ثميلة

كلمة شكر

الحمد لله وسبحانه وتعالى له عظيم الكرم والحمد بنعمته أتمننا

هذا العمل اعتراف بالفضل والجميل نتوجه بخالص الشكر وعميق

التقدير والامتنان إلى الاستاذة تقديرا على عطائها الدائم وقبولها

الإشراف على هذا العمل وعلى ما قدمت من نصائح وإرشادات أنارت

طريقنا وقوّمت مسارنا ونسأل الله أن يديم عليكم الصحة والعافية، كما

نتقدم بجزيل الشكر إلى كلّ من ساعدنا من بعيد أو من قريب في

إنجاز هذا العمل.

الطالب: بورامة وليد

إهداء

إلى الذي أفني عمره محترقا شامخا لكي يريني
النور إلى ذلك الوجه المكابر ، إلى تلك الهمة العالية
إلى أبي الحبيب.

إلى روضة الأمل المعطاة وجداول الحنين المتدفقة،
إلى الجنة تحت أقدامها إليك أيها الملاك السماوي إلى
أمي الحبيبة إلى من أقدر بنور قلوبهم شموع ليلي
الغريب إلى إخوتي وأخواتي وزوجتي أهدي ثمرة
جهدي.

الطالب: بورامة وليد

مقدمة:

تعتبر نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقا في الحياة العملية، وهي النظرية التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض لها من قضايا. ويعرف الإثبات على أنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون في حالة وجود واقعة يرتب القانون عليها أثر، ومعنى ذلك أنّ هذه الواقعة لا تكون حقيقة إلا عن طريق هذا الإثبات، فالحق الذي لا يقام عليه دليله ليست له قيمة عملية من الناحية القضائية على اعتبار أنّ الدليل هو قوة الحق، وما يتم إثباته ليس هو الحق المدعى به شخصيا سواء كان هذا حقا أو عينا، بل هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق، وهو من الأدلة التي يمكن إعدادها مقدما للإثبات منذ نشوء الحق إلى وقت مخصصة فيه. في الإثبات بصفة عامة هو إقامة أو تقديم الدليل على الحق المدعى به، ويختلف الإثبات المحيط القانوني الذي وصف بأنه إقامة الحجة أو الدليل أمام الجهات القضائية المختصة بالطرق المحددة قانونا، على قيام واقعة قانونية أو تصرف قانوني ترتبت بوجوده آثار قانونية، حيث أنّ هذا الأخير يتم أمام القضاء وبطرق محددة، بينما الإثبات العام طليق من القيود ويتضح دور القضاء في الإثبات من خلال سعي القاضي إلى إثبات الرابطة المباشرة بين الوسيلة والحق، و تحكمه في ذلك الأدلة المحددة قانونا، والتي يقدمها الخصوم وفقا للإجراءات القانونية، فالحقوق المراد إثباتها إذا أقيمت وتبينت الحجة على إنشائها بين صاحب الحق والمدعى عليه بالحق بالطرق الودية فلا ضرورة لتدخل القضاء في إثباتها، ونظرا للأهمية الجلية لنظام الإثبات، ووعيا بالدور الكبير لهذا الأخير بتنظيم المعاملات إثبات الحقوق، أولي الفقه والتشريعات اهتماما كبيرا لهذا المجال منذ بداية تشكل الجمعيات و على مرور العصور، حيث عرفت وسائل الإثبات تقنيا وتنظيما محكم

ومن أهمّ وسائل الإثبات نجد الكتابة التي تعبر من أقوى طرق الإثبات، بحيث احتلت المكانة الرائدة باعتبارها أهم وسائل الإثبات، نظرا لما توفره من ضمانات لا توفرها غيرها من الطرق، لذلك جعلها المشرع الجزائري أداة إثبات أساسية، فهي ذات قوة مطلقة في الإثبات بحيث تصلح لإثبات جميع الوقائع سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية وأيا كانت قيمة الحق المراد إثباته، ومهما بلغت قيمة هذا الحق، وهذا لأن المحررات الرسمية تتميز بمجموعة من الشروط الواجبة احترامها لكي يكون المحرر الرسمي رسميا و أدلة إثبات قانونية ولا يمكن نفيها و إعلان بطلانها إلا إذا كان هناك تزوير. وكغيره من التشريعات نظم المشرع الجزائري الإثبات في مواد متفرقة من القانون الخاص، وأعتمد في ذلك المذهب المختلط حيث حدد طرق إثبات المواد المدنية في الأمر 75- 158¹ المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم في المواد من 323 إلى 350، فيما أطلق الحرية في الإثبات في المواد التجارية بنصوص الأمر 75- 259² المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم وخصوصا المادة 33 منه والتي تنص على " يثبت كل عقد تجاري: 1- سندات رسمية، 2-سندات عرفية، 3 فاتورة مقبولة، 4- بالرسائل، 5 بدفاتر الطرفين، 6- الإثبات بالبيّنة أو بأي وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها.

وقد أخذ اعتماد هذه الوسائل التقليدية حيزا زمنيا لا يستهان به، وكانت ومازالت تحوز على قوة قانونية ودورا لم تتراجع أهميته في الإثبات، إلا أنّ التطور العلمي والتقنية الحديث أحدث ثورة رمت بظلالها على شتى مجالات الحياة البشرية، ودخلت في أدق تفاصيلها فنقلتها من حسن إلى أحسن، الذي اكتسح جميع المجالات بما فيها المبادلات التجارية، أفرز وسائل جديدة ذات صبغة إلكترونية أملت الحاجة الملحة للمرحلة الإلكترونية سيطرت على كل المجالات في بقاء المعمورة.

¹ - قانون رقم 07-05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007 يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 31 المؤرخة في 13 مايو من 2007.

² - قانون رقم 75-59، متضمن القانون التجاري، ج ر عدد 101 مؤرخة في 19/12/1975، ص 1306.

العالم اليوم يعيش نهضة واسعة في مجال التعاملات والاتصالات الإلكترونية، حيث أضحت الوسائل الإلكترونية مادة أصيلة في مجال الاتصالات والمعاملات في جميع الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وذلك لما تتميز به من سرعة وعمق واقتصاد في الوقت والتكاليف، ويعتبر الإنترنت من أهم الوسائل الإلكترونية للتواصل الاجتماعي، وبات الأفراد والمؤسسات تجار أو مدنيين يستعملون هذه الوسيلة لتلبية حاجاتهم الاقتصادية.

توسعت دائرة المعاملات الإلكترونية، وأضحت المعاملات والعقود التجارية على أنها تبرم عن بعد دون عائق مهما بعد موطن الأطراف ، حيث يبرم المتعامل العقد من محل إقامته في موطنه مع متعامل آخر في مكان آخر وموطن آخر، قد يبعد عنه بألاف الأميال و ذلك لتعدد وسائل إبرام العقد الإلكتروني (الفاكس ...)، عن طريق البريد الإلكتروني أو الرسائل الإلكترونية دون معرفة هذا الشخص إلا عن طريق بيانات رقمية أو موقع، أو رسالة إلكترونية حيث أطلق على هذا النوع من المعاملات العقود الالكترونية والتي توسعت بفضل تطورا لوسائل وبفضل ميزاتها التي تخدم كثيرا المبادلات التجارية .

إن دخول العالم في مجال تكنولوجيا المعلومات وقيام ثورة علمية عالمية في مجال نقل المعلومات وتبادلها عبر الأنظمة الإلكترونية وأهمها الأنترنت، أدى إلى تغير مفهوم الإثبات تبعا لإمكانية إنشاء الحقوق والالتزامات بطرق إلكترونية والاستغناء في غالبية الأحيان عن الكتابة الورقية ولم يعد بالإمكان سوى الاعتراف بهذا العالم الجديد الذي يقوم على علم المعلوماتية والتكنولوجيا وهو يعتمد أسلوبا غير ورقي، مرئيا ومنقولا عبر الشاشة الإلكترونية. وما يتعين قوله أنه بالرغم من أن المحررات الرسمية بقيت على مدى طويل من الزمن لها أولوية بين أدلة الإثبات كافة على أساس قوتها الثبوتية الغير المشكوك فيها، إلا أنها لم تدم في ظل ظهور التكنولوجيا وثورة المعلومات التي قلبت الموازين فكل منا أصبح يلمس بوضوح التغيير في مناحي الحياة ومنها الحياة التجارية الدولية على وجه الخصوص باعتبارها أكثر استجابة للتطور التقني بحكم السرعة والائتمان التي تتميز به على غرار المجالات الأخرى، لهذا نطرح الإشكالية التالية:

ما مدى حجية المحررات الرسمية والعقد الإلكتروني في الإثبات؟

نظرا لأهمية هذا الموضوع و حدثته ، فهو من مواضيع الساعة المطروحة أمام المنظمات الدولية و التشريعات الداخلية بهدف وضع منظومة جديدة من القوانين التي تتناسب مع التطورات الحديثة ، و تحقيقا لغايات البحث فقد ارتأينا أن نقوم بدراسة الموضوع من خلال فصلين، حيث نعرض في الفصل الأول " المحررات الرسمية و حجيتها في الإثبات " و الذي يتفرغ على مبحثين : يتحدث المبحث الأول عن ماهية المحررات الرسمية و المبحث الثاني عن حجية المحررات الرسمية في الإثبات، و ننتقدم بتخصيص الفصل الثاني الدراسة "العقد الإلكتروني و حجيته في الإثبات"، و ينقسم بدوره إلى مبحثين: المبحث الأول يتحدث عن ماهية العقد الإلكتروني و في المبحث الثاني ندرس حجية العقد الإلكتروني في الإثبات.

للمحررات الرسمية أهمية بالغة التي تكتسبها في الإثبات في جميع المواد المدنية والتجارية وغيرها، فأهمية هذه الوسائل تتمثل في إمكانية تهيئتها مقدما فتقلل من احتمالات النزاع وتيسر الفصل فيها، خاصة أنّها لا تتعرض للتغيير بمرور الوقت، الأمر الذي أدى إلى تكريس قواعد قانونية تتناسب وتلك الظروف هذا من جهة، أما من جهة ثانية ما يهمننا في دراستنا في هذا الفصل هو حجية المحررات الرسمية في الإثبات، ويعتبر من أهم الموضوعات في القانون المدني.

يعرف الإثبات على أنّه إقامة الدليل أمام القضاء من أجل إثبات الادعاء حيث أنه يقع عبئ الإثبات على الخصم، كما يقصد به أيضا كل الوسائل التي تقنع، وفي هذا الصدد فالإثبات يتمثل في الطرق التي يستعملها الخصم لإقناع القاضي بصحة الواقعة وحقيقة قيام الحق.

ويكتسي الإثبات أهمية بالغة؛ ففي المجتمعات الحديثة يمنع الشخص من أن يقتضي حقه بنفسه حتى لا تسود الفوضى في المجتمع فيصبح القوي يأكل الضعيف، بل لا بد على كل مدعي بحق أن يلجأ إلى السلطة القضائية لتوصله بالحق المفقود أو المتنازع فيه، ولا تستجيب له السلطة القضائية إلّا إذا قام الدليل على وجود هذا الحق وإثبات صحة الواقعة القانونية للمدعى بها.¹

إنّ الكتابة تعتبر من أهم طرق الإثبات القضائي التي يعتمد إليها الفرد، لإثبات حقه أمام القضاء، وتعتبر الكتابة من أقوى الأدلة الرسمية التي تكون من اصطناع أشخاص معينين وبشروط معينة، والسندات أو المحررات المعدة للإثبات في القانون الجزائري نوعين: سندات عرفية وسندات رسمية. هذه الأخيرة خصها المشرع الجزائري بحجية مطلقة وأهمية بالغة إلى مستوى اعتبارها من أهم وسائل الإثبات، والتي سننتقل إلى توضيحها والوقوف عند حجيتها في

¹ - بن ملحّة الغوتي، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 10.

الإثبات في الفصل الأول، الذي ينقسم إلى مبحثين، فالمبحث الأول يتضمن ماهية السندات الرسمية والمبحث الثاني حجية المحررات الرسمية في الإثبات.

المبحث الأول:

ماهية المحررات الرسمية

تعتبر المحررات الرسمية من أهم الوسائل التي يعتمدها القانون لإثبات المعاملات والتصرفات القانونية، وهي قرينة قاطعة لا يمكن دحض حجيتها إلا بالطعن بالتزوير، متى توافرت الضوابط الرسمية، كما تعتبر الضمانة الأساسية للخصوم التي لا توفرها الوسائل الأخرى، ولذلك سنتناول في مبحثنا هذا أولاً مفهوم المحررات الرسمية (المطلب الأول) وثانياً تمييز المحررات الرسمية عن المحررات العرفية (المطلب الثاني) وثالثاً الشروط الواجبة توافرها في المحررات الرسمية وجزاء الإخلال بها (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

مفهوم المحررات الرسمية

إنّ الخوض في مفهوم المحررات الرسمية في الإثبات يتطلب منا إيضاح بعض الاختلافات في المفاهيم وتوظيف المصطلحات، حيث ساهمة الكثير من الباحثين في معالجة موضوع الإثبات بمصطلح الكتابة للاستدلال بها على كل دليل خطي، لكن هذه المسألة ولدت خلافاً فقهيًا بين مؤيد ومعارض، بيد أن الكتابة هي أحد عناصر المحررات، فالمحرر الرسمي هو انتاج تدوين الكتابة على وسيط يسمح بذلك، ولذلك سنسعى إلى تقديم تعريف المحررات الرسمية (الفرع الأول)، والتعرف على خصائص المحررات الرسمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

تعريف المحررات الرسمية (Actes authentiques)

للمحررات الرسمية عدة تعريفات فمنها المفهوم الفقهي والقانوني سواء في التشريع الجزائري أو التشريعات المقارنة فجلها قدمت مفاهيم عضوية عدة وسنرى ذلك في النقطتين التاليتين:

أولاً: المفهوم الفقهي:

لقد قام العديد من الفقهاء بتعريف المحررات الرسمية وتقديم لها عدة تعريفات ومن بينهم نذكر:

- الدكتور السنهوري الذي يعرفها بأنها: "أوراق رسمية يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقاً للأوضاع المقررة وهي كثيرة ومتنوعة منها الأوراق الرسمية المدنية كتلك التي تثبت العقود والتصرفات المدنية، ومنها الأوراق الرسمية العامة كالقرارات الإدارية والقوانين والمعاهدات ومنها الأوراق الرسمية القضائية كعرائض الدعوى وأوراق المحضرين ومحاضر الجلسات والأحكام"¹.
- الأستاذ "محمد زهدور" بأنها: "الأوراق التي تحرر بمعرفة شخص ذي صفة رسمية أي موظف من موظفي الدولة أو شخص مكلف بخدمة عامة"².
- الأستاذ "يحيى بكوش" فيعرفها بأنها: "الأوراق التي يقوم موظف عام مختص بتحريرها وفقاً لأحكام قانونية وهي كثيرة ومتنوعة"³.

إن في المحررات التي يقوم بتحريرها موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عمومية مختص وفقاً لأحكام قانونية مقررة، محرريها.

ثانياً: المفهوم القانوني:

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار التراث العربي ببيروت، الطبعة الثانية منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 106.

² - محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، بدون ذكر دار نشر، الجزائر، 1991، ص 25.

³ - يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 1988 ص 91.

عرف المشرع الجزائري المحررات الرسمية في نص المادة 324 من القانون المدني بعد تعديلها بموجب القانون رقم 88/14 المؤرخ في 03.05.1988 بقوله: "العقد عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"¹.

أما المشرع الفرنسي فقد تحدث عن العقد الرسمي L'acte authentique في نص المادة 1317 من القانون المدني الفرنسي، الذي أخط بين التصرف ووسيلة الإثبات لأنّ الأمران يطلقان على شيء واحد وهو العقد (Acte)، وهذا ما تأثرت به منظومة التشريع العربية ليس لها من الصفة المشرع إلا الاسم، فأطلقت مصطلح العقد على التصرف. واستخدمت المصطلح نفسه، في وسيلة الإثبات، فيقال عقد رسمي (acte authentique)، وعقد عرفي (L'acte sous seing privé) وكان يعني بذلك ورقة أو محرر الذي هو وسيلة إثبات²، رغم أن المشرع الجزائري بين ما المقصود بالعقد في المادة 54 من القانون المدني بقوله: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة اشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"³.

والعقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين، بينما قبل التعديل فالمشرع استعمل مصطلح الورقة الرسمية ما يلاحظ أنّ النص الفرنسي للمادة 324 لم يتغير حيث ذكر مصطلح «Acte»، ومن تلاوة نص المادة يتضح أنّ المشرع جعل مناط اكتساب المحرر للصفة الرسمية رهنا بمجموعة من الشروط يتحقق باجتماعها مصداقية ثقة في المحرر وما يتضمنه من بيانات أساسية.

¹ - قانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام - الإثبات، آثار الالتزام، ج 2، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر 2014 ص 93.

³ - قانون رقم 05 / 10 / 20 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر 75 / 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.

أما المشرّع المصري عرف المحررات الرسمية بموجب المادة 10 من قانون الإثبات بنصه: "هي المحررات التي يثبت افيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه"¹

يتضح مما تقدم أن فكرة المحرر الرسمي عندنا هي ذاتها المعمول بها في التشريع المصري فكلا من التشريع الجزائري والمصري أعطيا نفس التعريف العضوي للمحررات الرسمية في شكلها التقليدي ولم يكن تعريفا خالصا بل مضمونه جملة من الشروط.

وبعبارة أدقّ: عنصرا المحرر الرسمي هما:

- صدره عن موظف عام مختص.
- تدوينه وفقا للأوضاع والإجراءات والشكليات المحددة قانونا.

الفرع الثاني:

خصائص المحررات الرسمية

يتميز المحرر الرسمي عن غيره من السندات بمجموعة من الخصائص، التي تتحدد في النقاط التالية:

أولا: من حيث الشكل:

يتميز المحرر الرسمي من حيث الشكل بأنه يصدر من أشخاص مكلفين بإعداد المحرر الرسمي، وحددهم المشرع الجزائري في المادة 324 من القانون المدني²، وهم الموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة، والذين يجب تعريفهم بالمكلفين بالتوثيق في

¹ - قانون الإثبات المصري رقم 25 سنة 1968، الجريدة الرسمية عدد 22 الصادرة في 30 ماي 1968 المتضمن قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 والقانون رقم 18 لسنة 1999.

² - القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

الجزائر، وهذا في حدود سلطتهم واختصاصهم وفقا لما هو مقرر قانونا¹ وأي الشخص العادي لا يستطيع إصدار سند ورسمي.

ثانيا: من حيث الحجية في الإثبات:

يتميز السند أو المحرر الرسمي من حيث الحجية بالبات أي أن حجيته مطلقة، لأنه لا يمكن إسقاط الحجية عليه إلا عن طريق الطعن بالتزوير، وهذا ما أكدته المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري بقولها: يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كل التراب الوطني².

ثالثا: من حيث القوة في التنفيذ:

للعقود التوثيقية حجية لا تقبل مواجهتها إلا عن طريق الدفع بالتزوير، لذلك فهي تتمتع بنفس القوة التنفيذية الممنوحة للأحكام القضائية، كما تخول حائزها سلطة تنفيذية دون حاجة للجوء للقضاء³.

المطلب الثاني:

تمييز المحررات الرسمية عن المحررات العرفية

لقد عرف المشرع الجزائري في مجال التعاقد بصفة عامة، والتصرفات الناقلة للحقوق العينية والعقارية على وجه الخصوص، عدة نصوص متباينة ومتناقضة، انعكست على حجية المحرر العرفي ويمكن إجمالها في مرحلتين متباينتين، الأولى قبل ظهور قانون التوثيق، والثانية بعد

¹ - على فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، سنة 2013، ص 306 - 307.

² - مجلة الموثق العدد 05 ديسمبر 1998 ص 2.

³ - أحمد مدي، الكتابة الرسمية كدليل اثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، بوزريعة -الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2005، ص 17.

صدور قانون التوثيق. نحاول في هذا المطلب التطرق إلى حجية المحررات العرفية في القانون التوثيق، وتتميز هذه الفترة أنها فترة صدور قانون التوثيق سنة 1971، ولذلك سوف نتطرق إلى حجية المحررات العرفية قبل صدور قانون التوثيق (الفرع الأول)، وحجيتها بعد صدور قانون التوثيق (الفرع الثاني)، وفي الأخير موقف القضاء من هاتين المرحلتين (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

حجية المحررات العرفية قبل صدور قانون التوثيق

أولاً: في شأن المحررات العرفية عامة:

تميزت هذه المرحلة بسيطرة مبدأ الرضائية في التصرفات التعاقدية، فكان للمحرر العرفي نفس حجية المحرر الرسمي في نقل الحقوق، إذ يكفي في التعاقد توفر شروط إبرام العقد والتي يستوجب أن تكون صحيحة وخالية من كل العيوب، والتي تتمثل في الرضا والمحل والسبب وذلك لصحة العقد المنعقد. رغم توفر الطابع الرضائي في إبرام العقود في هذه الفترة إلا أنه كان لقانون المالية لسنة 1965 رقم 61¹/84 دور في ظهور الرسمية في العقود لأول مرة، أوجب الرسمية في التصرفات ، هذا ما يفسر أن هذه الرسمية كانت وسيلة إثبات، و الغرض منها حماية المتعاقد الذي يتمسك بها و بالتالي بقيت للمحرر العرفي حجية كاملة، و يمكن الاحتجاج بها أمام الجهات القضائية تطبيقاً لأحكام القانون المدني القديم، وهذا ما أيدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها، كالقرار رقم 200454 المؤرخ في 31/01/2000 غير منشور، جاء في إحداها: الما كانت أحكام القانون المدني القديم سيما المادتين 1322 و 1582 الساريتين المفعول وقت التصرف تجيز البيع العرفي للعقارات فإن قضاة الموضوع قد أعطوا قرارهم أساساً سليماً وطبقوا صحيح القانون لما ألزموا الطاعنين بتثبيت هذا البيع بما يسمح بنقل الملكية قانوناً مطابقين في ذلك أحكام المادة سيما 361 من القانون المدني ²

¹ - قانون المالية رقم 84 / 61 الصادر في الجريدة الرسمية عدد 2736، بتاريخ 07/04/1945.

² - القرار رقم 200454 المؤرخ في 01 / 31 / 2000 غير منشور.

ثانيا: في شأن المحررات العرفية المبرمة على العقار:

و تتمثل هذه الفترة بالفترة التي يكون فيها السند العرفي مبرم على عقار وهو محرر صحيح في فترة سابقة لصدور وسريان قانون التوثيق العام 1970، بحيث عمد المشرع الجزائري بالاعتراف بالسندات العرفية وسمح التمسك بها في إثبات حق الملكية العقارية من خلال عدة نصوص قانونية، كان أولها المرسوم رقم 73 - 32 المؤرخ في 05/01/1973، المتعلق بإثبات حق الملكية العقارية الخاصة¹، أين أوردت المادتين 04 و 05 منه استثناء على ما جاءت به المادة 03 من هذا المرسوم التي تشترط في السندات المثبتة للملكية العقارية الشكلية الرسمية لتكون وسيلة لإقامة الحجة في إثبات الملكية العقارية الزراعية والحقوق العينية أين عددها في أربعة أنواع- فسمحت لحائزي العقود الرسمية غير المشهورة والعقود غير الرسمية الثابت تسجيلها بالاعتماد عليها للتدليل والاعتراف لهم بحق الملكية.

تدخل المشرع الجزائري بموجب المرسومين الصادرين عام 1980 و 1993 ووضع إجراءات بفضلها يتم تسوية وضعية السندات العرفية المحررة قبل جانفي 1971، وبالتالي إضفاء الحجية عليها بعد تصحيحها وإفراغ محتواها في عقد توثيقي، أو تثبيتها بموجب حكم قضائي مكرس لها، والتي نوردتها على النحو التالي:

✓ مرسوم رقم 80 - 210 المؤرخ في 13 / 09 / 1980 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1396 الموافق 25 مارس سنة 1976 المتعلق بتأسيس السجل التجاري: تدخل المشرع الجزائري إثر تعديله للمرسوم رقم 63-76 بموجب المرسوم رقم 80-210، حيث تم تعديل المواد 15، 18 و 89، وذلك بتصحيح:

¹ - المرسوم رقم 73-32 المؤرخ في 05-01-1973، ج. ر، عدد 15، الصادرة في 02 / 20 / 1973 (ملغ).

- العقود العرفية ثابتة التاريخ المحررة قبل فاتح من مارس 1961¹ في حكم ذلك بتوجيه حاملي هذه السندات إلى القضاء لإثبات صحتها وتكريس قضائي يكون محل إيداع للإشهار بالمحافظة العقارية².

لقد أعفي المشرع الجزائري من شرط الشهر المسبق وذكر أصل الملكية الواجب توفرها في العقود الخاضعة للشهر والقيّد في السجل العقاري، حيث أصبح نص المادة 89³ من مرسوم رقم 76 - 63 بعد التعديل كالتالي: "لا تطبق لقاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه:

- عند الإجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري والذي يكون متمما تطبيقا للمواد من 8 إلى 18 من هذا المرسوم.

- عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول مارس سنة 1961.

فتكون بذلك عملية إشهار هذا الحكم القضائي قاعدة أولية لضبط البطاقة العقارية للعقار أو الحق العيني العقاري الثابت بالعقد العرفي محل التصحيح، وبفضل هذا التعديل تكون العقود

¹- لقد تم معاينة عدة أنواع من السندات العرفية في الجزائر ، منها المحررة في العهد العثماني وتلك المحررة في فترة الاحتلال الفرنسي وتتمثل السندات المحررة في ظل الاحتلال في ثلاثة أصناف والتي تحملها فيما يلي:

أ-السندات المحررة والمسجلة قبل 01-03-1963

ب-السندات المحررة والمسجلة بعد 11-03-1963 أين ألزم صاحبها بإيداعها لدى الموثق في أجل أقصاه 3 أشهر من تاريخ توقيعها، مع وجوب إشهارها لدى مصلحة حفظ الرهون ج-السندات العرفية المنصبة على عقارات غير فرنسية من نوع " ملك " الخاضعة لمرسوم 09-02-1947 من حيث وجوب إشهارها كذلك لدى مصلحة الرهون، وتجدر الإشارة أن هذا النوع من السندات تم معاينتها في منطقة القبائل. راجع في ذلك: عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية ...، مرجع سابق، ص 79 - 85 وكذلك: عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 20-21.

²- عبد العزيز محمودي، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات البغدادي، الجزائر، 2010، ص 134.

³- في حين كان نص المادة 89 من مرسوم 76 - 63 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر، رقم 30 لسنة 1976، قبل التعديل يقضي ب: " تطبق أحكام المادة 88 على العقود الخاضعة للإشهار عند الإجراء الأول"

العرفية ثابتة التاريخ المحررة قبل 01 / 03 / 1961 قد اكتسبت صيغتها الشرعية¹ إذ أصبحت لها قوة ثبوتية مماثلة للعقود الرسمية.

لكن على الرغم من التدابير التي جاء بها المشرع بموجب هذا المرسوم إلا أنه ومن الناحية العملية صادفت عملية تسجيل و إشهار الحكم المصحح والمكرس للتصرف العرفي عراقيل - استعصى معها إتمام إجراءات الإشهار - والتي تعود أساسا إلى الغموض الذي تتضمنه العقود العرفية خصوصا ما تعلق منه بعدم التحديد والتعيين الدقيق للعقار ، الشيء الذي دفع بمصالح الحفاظ العقاري إلى رفض تسجيل الكثير من الأحكام القضائية² وذهبوا إلى اتخاذ تعليمات ، تتضمن توجيه حاملي هذه الأحكام إلى الموثق من أجل إفراغها في عقد توثيقي قبل شهرها: " وكان الحكم القضائي -كما تقول الأستاذة زروقي ليلي - أصبح في مرتبة المحرر العرفي، وهذا ما يعتبر تقليل من شأن الأحكام القضائية الذي يكون القاضي المسؤول الوحيد على هذه الوضعية"³.

تدخلت إدارة أملاك الدولة أمام هذه العراقيل، بعد اليوم الدراسي المنعقد بالجزائر العاصمة بتاريخ 30 / 11 / 1949 بإصدار المذكرة رقم 689، حيث كانت إشكالية إشهار الأحكام القضائية المكرسة للبيع العرفية التي لا تحوي في مناطقها على التعيين الدقيق للعقار محل التعامل العرفي فيه، من بين المحاور التي تناولها المحاضرون، أين تم التوصل من خلال المناقشات بالسماح للموثقين عند مصادفتهم لمثل هذه العراقيل الاستناد والرجوع إلى حيثيات الحكم والوثائق المرفقة بالدعوى، بما فيها تقرير الخبرة والمخطط المرفق به،

وإذا استحال عليهم ذلك وجب على حاملي هذه الأحكام الرجوع مرة أخرى للقضاء من أجل رفع اللبس والغموض عنها.

¹ - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هوم، ط 1، الجزائر، 2009، ص 22.

² - عبد العزيز محمودي، آليات تطهير وتسوية سندات، دار هومة للنشر، الجزائر، 2001، ص 135.

³ - ليلي زروقي، نظام الشهر وإجراءاته في القانون الجزائري ، م، د، عدد 02، الجزائر، 2002، ص 77.

✓ مرسوم التنفيذ رقم 93 - 123 المؤرخ في 19 / 05 / 1993 المعدل والمتمم
للمرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس سنة 1976 المتعلق بتأسيس السجل
العقاري تدخل المشرع الجزائري مرة ثانية من أجل تصحيح وتسوية السندات
العرفية ثابتة التاريخ المحررة قبل دخول قانون التوثيق حيز التطبيق ، ولعل الدافع
إلى ذلك يعود أساسا إلى عدم صرامة النصوص القانونية المتبعة بعد الاستقلال
والتي كانت امتدادا للتشريع الفرنسي ، خصوصا ما تعلق منه بعملية الشهر
العقاري الذي ظل اختياريا، أين كان الهدف من الشهر يقتصر على ترتيب آثار
التصرف في مواجهة الغير فقط ، في حين يبقى الاتفاق منتجا لآثاره بين أطرافه ،
مما فتح المجال أمام الأفراد لعقد تصرفاتهم بصفة عرفية¹ وفقا لإرادتهم الحرة دون
تدخل أي موظف أو ضابط عام مختص في عملية تحرير العقد.

إن هذه الأسباب جعلت من المشرع يتدخل بمقتضى المرسوم رقم 93 - 123 مؤرخ في
19/05/1993، من خلاله تم تمديد فترة الأول من مارس 1961 إلى الفاتح جانفي² 1971
وبذلك تكون السندات العرفية المعايينة المعاملات عقارية الثابتة التاريخ المحررة قبل جانفي
1971 قد اكتسبت صفة الرسمية، بعد إفراغ محتوى السند في عقد توثيقي يطلق عليه " عقد
إيداع"³

¹ - عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 135-136

² - تنص المادة 89 بعد التعديل: " تستثنى القاعدة المدرجة في الفترة الأولى من المادة 88 اعلاه:

- عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري والذي يتم تطبيقا للمواد 8 إلى 18 من هذا المرسوم
عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير 1971.

³ - إن هذا الإجراء هو ما يميز المرسوم رقم 93 - 123 عن مرسوم رقم 80-210، فالمشرع بصدد تسوية وتصحيح العقود
العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل سريان قانون التوثيق قد أعفى حاملها من اللجوء إلى القضاء لإثبات صحتها عن طريق
تأسيسها بموجب أحكام قضائية، هذه الأخيرة التي تكون مرهقة لكل من القاضي والمتقاضى من خلال كثرة المنازعات والدعاوى
المرفوعة بهذا الشأن وكذا طول الإجراءات ، فيكفي التوجه إلى الموثق من أجل إفراغ محتوى العقد العرفي في شكل رسمي لقد
عرف التشريع المصري مثل هذا الإجراء ، الذي أطلق عليه الشهر بطريق الإيداع إذ نص قانون الشهر العقاري طي أن جميع
الأحكام والمحركات الصادرة والمبرمة قبل أول يناير 1924 تعتبر ناقلة للملكية العقارية شريطة أن يكون لها تاريخ ثابت بصفة
رسمية . ويتم شهر هذه المحركات بصفة استثنائية عن طريق ما يسمى بالإيداع عكس ما هو معمول به في الحالات العادية،

يتعين على الموثق قبل مباشرة عملية تحريره في شكل رسمي التأكد أولاً من وجود تاريخ ثابت للعقد العرفي، ثم تدوين الهوية الكاملة لأطراف التصرف ، أسماء الشهود مع تعيين العقار تعييناً دقيقاً ، إضافة إلى البيانات الجوهرية الأخرى الثابتة بالمحرر العرفي ، ليتم إعادة تسجيل العقد العرفي وفقاً لتاريخ عقد الإيداع التوثيقي، ثم إيداعه للإشهار في مجموعة البطاقات العقارية التي من خلالها يعفي الموثق من ذكر أصل الملكية ، ومن مبداء الأثر الإضافي للشهر ، وبهذا يكون التصرفات المستقبلية على هذا العقار أصلاً ثابتاً وأسبقية في الإشهار و يسهل بفضلها نقل الملكية للغير طبقاً لنظام السجل العيني¹.

غير أنه ورغم حجية المحرر العرفي الناقل للحقوق العينية العقارية، إلا أن ذلك يصطدم بعدة إشكالات عملية نتيجة لعدة أسباب، ومن أهمها انتقال المشرع الجزائري من نظام الشهر الشخصي إلى نظام الشهر العيني، وقبل أن يقضي القاضي بصحة المحرر العرفي لتلك الفترة²، فعليه التأكد مما يلي:

- أن يتأكد من الهوية الصحيحة لمحرري المحرر العرفي.
- أن يكون العقار محل هذا التصرف واقعاً ببلدية لم تمسحها عملية المسح العقاري، ولم يتصرف هذا العقار بعد هذا التصرف العرفي، لأنه بعد اتمام المسح العقاري يصبح الدفتر العقاري هو السند الوحيد لإثبات الملكية.
- التحقق من تاريخ إبرام العقد العرفي الذي يجب أن يكون مبرم قبل 01/01/1971، وهو تاريخ دخول قانون التوثيق حيز التنفيذ³.

ويكون بإيداع أصل المحرر بعد أن يتولى الموثق بتحرير محضر يثبت فيه هذا الإيداع وذلك بحضور شاهدين ، ويتم قيده لدفتر معد لهذا الغرض لدى مكتب التوثيق ترتب حسب أرقامه التسلسلية من حيث الأسبقية .

¹ - راجع عن ذلك، مدحت محمد الحسني، إجراءات الشهر العقاري وفقاً للتعديلات الأخيرة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1992، ص 72-74

² - نور الدين رجيبي، موقف النظم الحديثة من مبداء انتقال الملكية، مم، عند 10، الصادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، 2001، ص 32. 2 - مع الملاحظة أن المحرر العرفي يكون حجة إذا كان له تاريخ ثابت قبل تاريخ: 01/01/1971 إما إذا لم يكن له ذلك فتخضع حجته للسلطة التقديرية للقاضي.

✓ المنشور الرئاسي المؤرخ في 30 / 06 / 1976 قد جاء هذا المنشور لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ والمبرمة قبل 05/03/1974.

- تاريخ العمل بقانون الاحتياطات العقارية وسن هذا المنشور إجراءات خاصة فكلّف المحاكم بإجراء تحقيق للمتقاضين عن صحة البيع ومدى توافر أركانه. لكن هذا المنشور الرئاسي لم يلق صدوره أمام المحاكم باعتباره لا يقيد القاضي كونه يحمل وجهة نظر الحكومة في تأويل الأمر رقم 74 - 26 المؤرخ في 20/02/1974 المتعلق بالاحتياطات العقارية، فضلا على انه تجاهل تماما للأمر رقم 70/91 المؤرخ في: 15/12/1970¹ المتعلق بالتوثيق الذي يوجب لصحة المعاملة العقارية إفراغها في قالب رسمي ودفع الثمن بيد الموثق وإلا كان تحت طائلة البطلان.

أما بالنسبة للعقود العرفية غير الثابتة التاريخ:

فانه لا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق القضاء وهو ما أكدته المذكرة رقم 1251 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 29 / 03 / 1994 وكذا القرار الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا تحت رقم 198674 المؤرخ في 26/04/2000 غير منشور: " أن القضاة المجلس بقضائهم بإلزام الطاعنين بالحضور أمام الموثق لتحرير عقد رسمي عن البيع المنعقد بموجب عقد عرفي مؤرخ في 01 / 07 / 1963 طبقوا صحيح القانون".²

" لكن على القاضي وقبل تثبيت صحة البيع العرفي التأكد من تاريخ إبرام العقد تحت طائلة بطلان حكمه، الأمر الذي أكدته قرار عن المحكمة العليا الغرفة العقارية رقم 197347 المؤرخ في 28 / 06 / 2000 غير منشور "من المقرر قانونا أن تصحيح العقود العرفية من قبل القاضي تتطلب قبل تثبيتها التأكد من تاريخ إبرام العقد الذي يعد الدار الذي على ضوءه يعتبر المحرر العرفي صحيحا ومنتجا لجميع آثاره أو باطلا بطلانا مطلقا. ولما كان ثابتا في

¹ - الأمر 70-91 المؤرخ في 15-12-1970 التضمن قانون التوثيق الصادرة في الجريدة الرسمية عدد 107 مؤرخة في 1970 / 12 / 25، ص 1615.

² - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، 22.

قضية الحال أن قضاة المجلس قضوا بصحة البيع العرفي استنادا إلى أن الطرفين اعترفا بصحته من هم التاريخ البيع العرفي لمعرفة ما إذا كان الشارع يتطلب الشكلية الرسمية فإن هم بقضائهم. هذا قد تجاهلوا أحكام القانون وجاءت أسباب قرارهم الواقعية ناقصة، وهو ما يتعذر معه على المحكمة العليا من بسط رقابتها وبالتالي يتعين نقضه".

الفرع الثاني:

حجية المحررات العرفية بعد صدور قانون التوثيق:

أولاً: في شأن المحررات العرفية عامة:

تبدأ هذه المرحلة بصدور الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 / 12 / 1970¹ المتعلق بالتوثيق الذي أوجب الكتابة الرسمية في التعاقد تحت طائلة البطلان ، الذي بدأ سريان تطبيقه في 01 يناير 1971 ، و نصت المادة 12 منه على أن : " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي ، فإن العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارات أو حقوق عينية عقارية أو محلات تجارية أو صناعية يجب أن تحرر تحت طائلة البطلان في شكل رسمي وأن يدفع الثمن لدى الموثق " ، و بذلك أصبحت الرسمية ركن في التعاقد وبذلك لم تعد الرسمية شرط للإثبات فقط بل أصبحت شرط لانعقاد العقد وركنا فيه وتخلفهما يؤدي إلى بطلان مطلق للعقد.

ما يمكن استخلاصه عن موقف التشريع بشأن السندات العرفية، أنّ هذا الأخير حسم موقفه حول موضوع العقود العرفية من الإثبات بإقراره بصحة جميع العقود العرفية المحررة قبل سريان قانون التوثيق الموافق للفاتح جانفي 1971، وأمر بتصحيحها لكي تكون لها قوة في إثبات حق الملكية أما تلك العقود المحررة بعد هذا التاريخ فتعتبر باطلة بطلانا مطلقا دون استثناء، لكن وجهة نظر التشريع هذه ليست نفسها التي عرفها القضاء الذي ثبت فيه تعارض وجهات النظر حول مسألة العقود العرفية.

¹ - الأمر رقم 70-91، المتضمن قانون التوثيق، المرجع السابق.

لكن حتى لو كان السند العرفي المحرر بعد سريان قانون التوثيق الموافق للفتاح جانفي 1971 فلا أثر له بين أطرافه فيما يتعلق بنقل الملكية لبطلانه بطلانا مطلقا إلا أن ذلك لا يمنع من اعتماده كأداة ودليل للتمسك به على أساس الحيازة والتقدم المكسب، إذا ثبتت الحيازة الفعلية والمادية المستوفية لشروطها آجالها، التي يبدأ حسابها من يوم تحرير وإبرام العقد العرفي¹، كما أن تقرير بطلان المحرر العرفي لا يمنع من جهة أخرى استعماله كمبدأ ثبوت بالكتابة².

وهو ما أكدته الغرف المجتمعة للمحكمة العليا بعد تردد كبير في القرار رقم 136156 المؤرخ في 02 / 18 / 1997، مجلة قضائية 1997 عدد 01 صفحة 10 من المقرر قانونا أن كل بيع اختياري ووعده بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا.

من المقرر أيضا أنها زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن: نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية أو

¹ هو ما قضت به المحكمة العليا في القرار الصادر من الغرفة العقارية، القسم الثاني، بتاريخ 14-05-2008، تحت رقم 448006 وما جاء فيه: حيث يتبين من القرار موضوع الطعن أن الطاعن رفع دعوى إبطال عقد عرقي كان إبرامه مع المطعون ضده خصوص عقار فيما دفع هذا الأخير بسقوط دعوى البطلان وتمسك بالتقدم المكسب. حيث رفض قضاة الموضوع دعوى الطاعن بناء على المادة 102 قيم التي تنص على سقوط دعوى البطلان المطلق للعقد العرفي بمرور 15 عشرة ملة ابتداء من تاريخ العقد، وهو الشرط الذي شهد قضاة الموضوع على توفره في دعوى الحال حيث رفع المطعون ضده طلبا مقابلا برمي إلى الإشهاد له باكتساب العقار موضوع النزاع بالتقدم طبقا للمادة 827 ق.م. واستجاب قضاة الموضوع لطلبه بعدما شهدوا على توفر شروط المادة المذكورة بخصوص اجل 15 سلة لحيازة مستمرة، علنية، هادئة وبدون التباس وذلك انطلاقا من تاريخ إبرام العقد العرفي باعتباره قرية على الدخول في الحيازة وليس باعتباره عقدا صحيحا، وعليه فإن قضاة الموضوع طبقوا تصحيح القانون مما يجعل الطعن غير مؤسس يستوجب رفضه.

م.م. ع، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ج، 03، 2010 س ص 111-107. راجع في التعليق على هذا القرار عليمه لحلو، تقدم دعوى بطلان العقد التقدم المكسب، تعليق على القرار رقم (448006)، م.م.ع، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج 03، 2010، ص ص 112-115.

² - تطبيقا لأحكام المادة 335 قانون مدني جزائري التي تنص: يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة وكل الكتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف للمدعى به قريب الاحتمال، يعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة "

محلات تجارية أو صناعية مع مراعاة كل عنصر من العناصر التي يجب أن تتوفر حتى يتم تحريرها على شكل رسمي، وإلا يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله ". حيث أنه كانت المحكمة العليا في تلك الفترة تعطي للعقود العرفية مرتبة العقود الرسمية وترتب عليها نفس الآثار، وقد أحدث ذلك إشكالات دفعت بالأطراف المتعاقدة إلى الابتعاد عن المؤسسات الرسمية والتعامل بالعقود العرفية رغم أن المادة 351 من قانون التسجيل الصادر بموجب الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09 / 12 / 1976 كانت تحظر تسجيل العقود العرفية بمصالح التسجيل والطابع.

ثانيا: في شأن المحررات العرفية المبرمة على العقار:

تتميز فترة ما بعد صدور قانون التوثيق سنة 1971 ، بشرط توافر الرسمية في العقود الرسمية المبرمة ، و لكن بحكم أن هناك عقود مبرمة قبل صدور قانون التوثيق و رغم ذلك بقي التعامل في العقارات عن طريق المحررات، و هذا ما أدى بالحكومة وبهدف استقرار الوضع القانوني في المجال العقاري، إلى إصدار منشور رئاسي بتاريخ 30/06/1976 الذي جاء لتثبيت عقود عرفية ثابتة التاريخ مبرمة قبل 05/03/1976 تاريخ العمل بقانون الاحتياطات العقارية غير أن هذا المنشور زاد الأمر تعقيدا بالنسبة للمحاكم بين مؤيد و معارض لحجية المحررات العرفية، باعتبار أن هذا المنشور ما هو إلا تفسير لوجهة نظر حكومية في تأويل الأمر رقم 74/76، باعتباره متناقض مع قانون التوثيق.

هناك نصوص أخرى خاصة بالعقار منها المادة 29 من قانون التوجيه العقاري، فكل خلاف لأحكام هذه المواد يترتب عنه البطلان المطلق، باعتبار القاعدة الرسمية المشترطة في المعاملات العقارية من النظام العام، ويتعين على القضاة إثارته من تلقاء أنفسهم، إلى جانب حق الأفراد التمسك به بما فيهم المتعاقد في مواجهة من استظهره للدعاء بحق الملكية أو أي حق عيني عقاري آخر.

إلا أن المادة 351 من قانون التسجيل تم إلغائها فيما بعد بموجب أحكام المادة 178 فقرة 06 من قانون المالية التكميلي لسنة 1983 ومن ثم تم تسجيل العقود العرفية ، والمادة 256

من قانون التسجيل قائمة ، والمادتين 12 و 13 من الأمر رقم 70/191 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 نصتا صراحة على بطلان العقود العرفية المتعلقة بنقل الملكية العقارية بطلانا مطلقا وتم التراجع عن ذلك فيما بعد وأعيدت أحكام المادة 351 من قانون التسجيل وأعيد حظر تسجيل العقود العرفية بمقتضى أحكام المادة 63 من قانون المالية السنة 1992 وبقيت العقود العرفية التي تم تسجيلها بحوزة أصحابها بدون حل بسبب تناقض وتضارب النصوص القانونية.

وفي سنة 1985 تدخل المشرع من جديد من أجل تسوية العقود العرفية ، بموجب القانون رقم 85/01 المؤرخ في 13²/08/1985 المتعلق بقواعد شغل الأراضي قصد المحافظة عليها، فصدر في هذا المجال المرسوم 85/212 المؤرخ في 18³/08/1985 الذي يحدد أوضاع الذين يشغلون أراضي عمومية أو خاصة محل عقود غير مطابقة للقوانين ، فالمادة 14 منه تنص على أنه تدمج في الأملاك الخاصة و تحول إليها دون مصاريف و تتخذ البلدية أي إجراء يستهدف الذين يشغلون فعلا هذه الأراضي التي أدمجت في حقوقهم الحيازية، نستكشف من استقراء هذه المادة أن المشرع أدخل في الوعاء العقاري هذه العقود العرفية ، و منح حق التصرف فيها الحائز عليها الحاملين لعقود عرفية شرط أن يكون التاريخ ثابت قبل صدور هذا ذلك فقد أبطلت العديد من العقود العرفية ، و أعيد الأطراف إلى الحال التي كانوا عليها قبل التعاقد ، رغم أن لديهم عقود إدارية مشهورة في إطار التسوية.

ورغم اختلاف القضاء في تلك الفترة حول حجية المحرر العرفي⁴، إلا أن المشرع زاد الطين به بمقتضى القانون 86/07 المؤرخ في 04/03/1986 المتضمن الترقية العقارية ، و الذي نصت المادة 04 مئة : يحرر العقد التمهيدي المسمى عقد حفظ الحق في شكل عرفي و يخضع لإجراءات التسجيل، فإذا تم البيع وجب الشكل حسب ما تقتضي المادة 38 من نفس

¹ - الأمر رقم 70-91، المتضمن قانون التوثيق، المرجع السابق.

² - القانون رقم 85 - 01 المؤرخ في 13/08/1985، المتعلق بقواعد شغل الأراضي المحافظة عليها، جر عدد 34، المؤرخة في 14 غشت 1985، الصفحة 1186

³ - القانون رقم 85 - 212 المؤرخ في 18/08/1985، الذي يحدد أوضاع الذين يشغلون أراضي عمومية أو خاصة محل عقود غير مطابقة للقوانين، جر عند 34، مؤرخة في 14 غشت 1985، ص 1197.

⁴ - حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء العقاري دار العلوم للنشر والتوزيع. 2000 ص 9 - 10.

القانون" ، هذا ما شكل اختلاف لدى الكثير من القضاة حول حجية هذا العقد في انتقال و تضاربه بالنسبة للنصوص القانونية السابقة، و تحديد مبالغ التعويض خاصة في السنوات الأخيرة الذي ارتفعت فيه قيمة الوعاء العقاري ، الذي أصبحت فيه المحررات العرفية أقرب إلى جريمة الاحتيال ، و لحسن الحظ فقد تم إلغائه بموجب المرسوم التشريعي رقم 93/03 المؤرخ في 01/03/1993¹ المتعلق بالنشاط العقاري ، أين أوجب المشرع عقد بيع على التصاميم في شكل عقد رسمي مشهر و نظرا لاختلاف الفقه حول حجية المحرر العرفي بحجة أن قانون التوثيق قانون خاص ، فقد استدرك المشرع هذا التأويل و نص صراحة على الرسمية في العقود ، و التي على إثرها نقل المادة 12 من قانون التوثيق حرفيا إلى المادة 324 من القانون المدني²، و رغم هذا بقي الاجتهاد القضائي متذبذبا في الأخذ بحجية المحررات العرفية.

ولتأكيد الرسمية في التصرفات العقارية جاء قانون التوجيه العقاري واضعا حدًا للانتقال الملكية والحقوق العينية العقارية عن طريق المحررات العرفية، إذ نصت المادة 03 منه على ما يلي: التثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية بموجب عقد رسمي يخضع القواعد الإشهار العقاري". ولكن رغم كل ذلك، فهل تمسك القضاء بهذه النصوص؟

فالجواب على ذلك يكون بالنفي، وهذا ما يفسر اختلاف غرف المحكمة العليا في اجتهاداتها، وهو الشيء الذي دفع إلى ضرورة توحيد الاجتهاد القضائي واعتبار الرسمية ركن في التصرف ولا مجال للعقد العرفي في التصرفات العقارية، فهذا ما ذهبت إليه الغرف المجتمعة للمحكمة العليا طبقا لقرارها الصادر في بتاريخ 18/02/1997 تحت رقم 136156³ الذي ينص بعدم صحة التصرفات الواردة على العقارات بموجب عقد عرفي بعد 01 جانفي سنة 1971.

¹ - المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01-03-1993، المتعلق بالنشاط العقاري چ ر عدد 14 مؤرخة في 03 مارس 1993، ص 4.

² القانون رقم 05-07، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

³ - قرار المحكمة العليا رقم 136156 الصادر بتاريخ 18-02-1997 قرار رقم 232678 صادر بتاريخ 02/02/2000، الصادر بالمجلة القضائية! 200 العدد الأول ص 268 انظر في هذا الإطار حمدي باشا عمر ليلي زروقي. المنازعات العقارية، دار هومة، 2006، ص 53

إلا أنه رغم ذلك فإن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا خالفت قرار الغرفة المجتمعة السابق الذكر، حيث أنها كرست حبس عقاري عرفي مؤرخ في جانفي سنة 1973 بدعوى أن الحبس هو من أعمال التبرع ولا تنطبق عليه المادة 12 من قانون التوثيق عند إبرامه¹

كما تم تأكيد ذلك من طرف مجلس الدولة في القرار² الذي جاء فيه أن المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني³ توجب تحرير العقود الناقلة للملكية العقارية في الشكل الرسمي مع دفع الثمن إلى الموثق، وأن الرسالة المحتج بها والعقد العرفي لا تعد عقد بيع، ومن جهة أخرى لا يمكن الاستجابة لطلب المستأنفين الرامي إلى توجيه أوامر للإدارة.

هذا وما تجدر الإشارة إليه في الأخير هو أن حجية المحرر العرفي في إثبات الملكية العقارية قد زالت بالانتقال إلى نظام الشهر العيني، فان السياسة التشريعية الجديدة قد ردت الاعتبار للمحررات العرفية، إذ منحت الملاك الأراضي بموجب عقود عرفية الحق في الحصول على شهادة الحيازة من البلدية طبقا للمادة 40 من القانون 90/25 المؤرخ في: 18/11/1990⁴ المتضمن التوجيه العقاري، والذي يخضع الطلب لإجراءات الإشهار طبقا للمرسوم رقم 91/254 المؤرخ في: 27⁵/07/1991، إلا أنه ما يميز هذه الشهادة هي أنها اسمية غير قابلة للبيع وتجدد باسم الورثة، ويجوز استثناء التصرف في العقار بموجب شهادة الحيازة طبقا لأحكام المادة 43 منه.

¹ - قرار رقم 10419 صادر بتاريخ 26/02/2000 غير منشور

² - القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

³ - القانون 90/25 المؤرخ في: 18/11/1990، المتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 49، مؤرخة في 18 نوفمبر 1990، ص 1560

⁴ - القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 49، مؤرخة في 18 نوفمبر 1990، ص 1560.

⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 91/254 معضي في: 27/07/1991، يحدد كيفية إعداد شهادة الحيازة وتسليمها المحدثّة بموجب المادة 39 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 والمتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 36 مؤرخة في 31 يوليو 1991، ص 1365.

ثم الغرفة العقارية للمحكمة العليا في القرار رقم 148541 المؤرخ ف 23 / 05 / 1997 مجلة قضائية رقم 1997 عدد 1 ص 183: "من المقرر أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي يجب أن تحرر على هذا الشكل تحت طائلة البطلان، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه لم يخرق بموجب قرار يخالف الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي أعيد النظر فيه بموجب قرار رقم 136156 المؤرخ في 18/02/1997 المكرس بموجب المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني¹ فيما يخص العقود العرفية.

وأن قضاة المجلس لما قضوا بطلان البيع بالعقد العرفي للقطعة الأرضية المشاعة بين الورثة المالكين فإن هم طبقوا صحيح القانون".

وعليه فإن العقود العرفية المبرمة بعد 01 / 01 / 1971 تعتبر في حكم القانون باطلة بطلانا مطلقا، لكون المسألة تتعلق بركن من أركان العقد حتى ولو تم تسجيلها، الأمر الذي أكدته القرار رقم 62624 مؤرخ في 24 / 09 / 1990 مجلة قضائية 1992 عدد 02 ص 24: حيث أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية بل أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط أما مضمون العقد فيبقى بعيدا كل البعد عن الرسمية " ، بمصلحة التسجيل والطابع بمتقشية الضرائب وهذا طبقا لنص المادة 63 من القانون رقم 91 - 25² المؤرخ في 16/12/1991 المتضمن مادة 63 من القانون رقم 91 - 25 المؤرخ في 16/12/1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 (يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية ، المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها التنازل عن الأسهم والحصص في الشركات، الإيجارات التجارية ، إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية ، العقود التأسيسية أو التعديلية للشركات³ .

¹ - القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

² - القانون رقم 91 - 25 المؤرخ في 18/12/1991، المتضمن قانون المالية لسنة 1992، جر عدد 65 مؤرخة في 18/12/1991، ص 2440.

³ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 2.

وبالتالي فإن العقود العرفية المحررة بعد 15 / 12 / 1970 ليس لها أي أثر بالنسبة النقل الحقوق العينية العقارية ولا يترتب عنها إلا حقوق شخصية لأطرافها وبالتالي تعتبر باطلة بطلان مطلقا ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب إبطالها كما يجوز للقاضي إثارته تطبيقا للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني¹.

إنّ العقود الباطلة، ترتب آثارا والتزامات شخصية مثل التعويض عن الأضرار الناشئة عن بطلان العقد، وإرجاع ثمن المبيع مقابل إخلاء العقار محل البيع إذا كان ممكنا، وذلك لأن هناك حالات يستحيل فيها إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل البيع مثلا: نزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

فالأحكام التي تقضي بصحة البيع العرفي الصادر بعد سنة 1970 هي أحكام مخالفة للقانون ومعرضة للنقض وأن الأحكام التي تقضي بصحة الاتفاق الوارد في العقد العرفي.

وصرف الطرفين إلى تمام الإجراءات الشكلية والكتابة الرسمية أمام الموثق هي أيضا أحكام مخالفة للقانون ويستحيل تنفيذها عمليا².

الفرع الثالث:

موقف القضاء من أعمال السندات العرفية في الإثبات

¹ - القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

² - عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2003 اص 86: - لم يواجه القضاء الإداري إشكالية العقود العرفية مقارنة بالقضاء العادي ذلك أن التعامل مع الإدارة يكون حتما في شكل عقود رسمية ، كما أن القاضي الإداري قد يستبعد مثل هذا النوع من العقود إذا أستظهر بها ضد الإدارة ، وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة من خلال قراراتين صادريين عله ، حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 26 / 02 / 2000 تحت رقم 21041 (غ مما يلي : ان المادة 324 مكرر من القانون المدني توجب تحرير العقود الناقلة للملكية في شكل رسمي مع دفع الثمن الميثاق ، وأن الرسالة المحتج بها والعقد العرفي لا يعد عقد بيع من جهة ، ومن جهة أخرى ، لا يمكن الاستجابة الطلب المستأنفين الرامي إلى توجيه أوامر للإدارة والمتمثلة في إتمام إجراءات البيع وشهر العقد الشيء الذي يخالف القضاء المستقر ومبدأ الفصل بين السلطات ، نقلا عن موسى بوصرف ، دور القاضي الإداري في المنازعات العقارية مداخلة في إطار الأيام الدراسة ، الجهوية بولاية وهران تحت عنوان المنازعة العقارية ، م.م.د. عدد 02 ، 2002 ، ص 29

لقد كان لصدور الأمر رقم 70 - 91¹ المتضمن مهنة التوثيق، وبالأخص ما جاء في المادة 12 منه التي نقلت حرفيا إلى القانون المدني بموجب المادة 324 مكرر 1 إثر تعديله عام 1988، أثر كبير في تعارض وجهات النظر حول تفسير مدلول هذه المادة.

فعرف القضاء على مختلف مستوياته من قضاء الدرجة الأولى إلى قضاء الاستئناف وحتى على مستوى أعلى هرم النظام القضائي العادي²، تباين في الأحكام والقرارات الصادرة لدى الفصل في النزاعات العقارية التي يكون محلها سند عرفي وذلك لعدة اعتبارات، هذا التعارض الذي استمر إلى غاية سنة 1997 أين حسمت المحكمة العليا موقفها من خلال القرار الصادر عن الغرف المجتمعة، وبفضله تم توحيد الاجتهاد القضائي ووضع حد للتضارب حول صحة التصرفات العقارية العرفية من عدمها.

أولا: مرحلة تعارض الاجتهاد القضائي:

بعد أن كانت العقود العرفية تشكل سندات معترف بها في نقل وثبات الملكية العقارية في المرحلة السابقة عن صدور الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15/12 / 1970 تطبيقا لأحكام القانون المدني الفرنسي³ الساري المفعول في الجزائر أثناء الاحتلال، وبعد الاستقلال ضمن المرحلة التشريعية الانتقالية، أين كان يكفي للتقرير بصحة البيع أن يكون اتفاق يلتزم بمقتضاه

¹ - قانون رقم 70 - 91 المتضمن مهنة التوثيق، المرجع السابق.

² - لم يواجه القضاء الإداري إشكالية العقود العرفية مقارنة بالقضاء العادي ذلك أن التعامل مع الإدارة يكون حتما في شكل عقود رسمية ، كما أن القاضي الإداري قد يستبعد مثل هذا النوع من العقود إذا أستظهر بها ضد الإدارة ، وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة من خلال قراراتين صادريين عله ، حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 26 / 02 / 2000 تحت رقم 21041) غ مما يلي : ان المادة 324 مكرر من القانون المدني توجب تحرير العقود الناقلة للملكية في شكل رسمي مع دفع الثمن الميثاق ، وأن الرسالة المحتج بها والعقد العرفي لا يعد عقد بيع من جهة ، ومن جهة أخرى ، لا يمكن الاستجابة الطلب المستأنفين الرامي إلى توجيه أوامر للإدارة والمتمثلة في إتمام إجراءات البيع وشهر العقد الشيء الذي يخالف القضاء المستقر ومبدأ الفصل بين السلطات ، نقلا عن موسى بوصرف ، دور القاضي الإداري في المنازعات العقارية مداخلة في إطار الأيام الدراسة ، الجهوية بولاية وهران تحت عنوان المنازعة العقارية ، م.م.د. عدد 02 ، 2002 ، ص 29.

³ - Art: 1582 de code civil français qui dispose: «la vente est une convention par 1 laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre a payé le prix, elle peut être faite par acte authentique ou par acte sous seing privé». Code n ° 75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil, JORA n ° 78 du 30/09/1975

أحد أطرافه بتسليم شيء والآخر بدفع الثمن لاعتبار العقد والاتفاق ناجز دون اشتراط إفراغه في أي شكلية معينة. أنه وبعد صدور قانون التوثيق أخذ القضاء منعرجا آخر، وانقسم اجتهاد المحكمة العليا والمجلس الأعلى سابقا إلى طائفتين بين من يقول بصحة السندات العرفية ومنه إمكانية التمسك بها للتدليل على حق الملكية مثلها مثل السند الرسمي (أ) في حين ذهب آخرون إلى القول ببطلان جميع العقود العرفية المتضمنة معاملات وحقوق عينية عقارية الثابت تحريرها بعد سريان قانون التوثيق الموافق للفتاح جانفي 1971 (ب) وكان لكل منهم أسس اعتمدوا عليها لتبرير موقفهم. أ-القائلون بصحة السندات العرفية المحررة بعد سريان قانون التوثيق: يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بصحة العقود العرفية وحجيتها في إثبات حق الملكية العقارية استنادا إلى عدة تفسيرات واعتبارات، فمنها ما تم تأسيسها على تفسير المادة من قانون التوثيق، التي اعتبروها شرط للإثبات وليست ركنا الانعقاد، ويجب على القضاة عند القضاء بصحة محرر ما مراقبة مدى تطابق وتوافق إرادة الأطراف المتعاقدة حول مضمون العقد والتزامهم بمقتضيات الاتفاق.¹

يذهب أصحاب هذا الاتجاه من جهة ثانية إلى تأسيس موقفهم على فكرة أن الرسمية المشترطة بالمادة 12 من قانون التوثيق جاءت لصالح الخزينة العمومية فقط، فالحق يكون صحيحا ومنتجا لآثاره بين أطرافه، ضف إلى ذلك فإن عملية الشهر العقاري للعقود جاءت الحماية حقوق الغير² فما دام أن الشكلية المقررة في المادة 12 من قانون التوثيق والمادة 324

¹ - وهو ما قضت به المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 18-02-1992 ملف رقم 82998 والذي جاء في حيثياته حيث أنه يتبين من خلال الاطلاع على القرار المنتقد أن جهة الاستئناف قد رفضت كل قيمة قانونية للعقدين المحررين بسبب أنهما لم تتوافر فيهما الشكلية القانونية ولم تطبق أحكام المادة 361 من القانون المدني التي تلزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري ، وأن يتمتع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية عيضا أو مستحيلا وتكون جهة الاستئناف بذلك قد أساعت تطبيق القانون ... " ، أنظر تطبيقات قضائية في المادة العقارية ، وزارة العدل المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1995 ، ص 58. راجع كذلك والقرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 07/02/1990 ملف رقم 57930، فهرس رقم: 127 تطبيقات قضائية في العقارية، المرجع نفسه، ص 27

² - حمدي باشا عمر، منازعات حول إثبات ونقل الملكية العقارية، الحلقة الأولى دمهم عدد 01، 2001، ص 19: حيث جاء في القرار الصادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 05 / 05 / 1995 تحت رقم 180101 (غ.م) ما يلي: " وأنه بإحالة الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي، فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا سليما، وأنه لا يمكن

مكرر 1 من القانون المدني تشترط لنقل الملكية، فلا مانع من الأمر بتوجيه أطراف العقد لإبرام العقد النهائي ومنه استيفاء الشكلية¹، وإلا حلول الحكم محل العقد، وهو ما قضت به الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 19-11-1970 بمناسبة الفصل في الملف رقم 61324 (غير منشور) ومما توصل فيه أنه وما دام أن قضاة الموضوع ناقشوا العقد العرفي المحرر في 09/04/1981 واعتبروه صحيحا من خلال الشروط المنظمة له، ولما كان العقد العرفي صحيحا وأنشأ التزامات بين الأطراف، مما يجعلهم أصابوا عندما أعلنوا صحة العقد العرفي وصرف الأطراف لإتمام إجراءات البيع².

مما تجدر الإشارة إليه أن هذا الاتجاه المكرس لصحة العقود العرفية المحررة بعد صدور وسريان قانون التوثيق ، جاء كذلك مساندة للواقع الاجتماعي والتاريخي وما فرضته القوانين من تقييد التعامل في العقارات الخاصة بالفلاحة منها والحضرية على حد سواء³، ضف إلى ذلك ، فإن قانون الاحتياطات العقارية لما استثنى من حظر التعامل نقل الملكية العقارية بموجب الإرث نتج عنه قيام الأفراد أصحاب هذه الحقوق بالتصرف فيها بصفة عرفية، مما استدعى تدخل القضاء من أجل تسوية هذه الوضعية موازنة مع تقرير الدولة وضع حد لظاهرة البناء الفوضوي وتسويتها⁴. كما كان لصدور قانون المالية التكميلي منة 1983 بموجب المادة 138 ف 2 التي ألغت المادة 351 من الأمر رقم 76-105⁵ المتضمن قانون التسجيل المعدل

المدعي الاحتجاج بخرق المادة 12 من الأمر المؤرخ في سنة 1970، التي جاءت في صالح الخزينة العمومية والشهر العقاري فقط "

¹ - فاطمة الزهراء بالعربية " انتقال الملكية العقارية تعليق على القرارين رقم 491615 و 549408 ، م.م.ع ، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ج 03 ، الجزائر ، 2010 ، ص ص 24 - 25 : أن القرارات الأمرة للطرفين بإتمام البيع أمام الموثق أو الناطقة باعتبار الحكم قائمة مقام العقد تصطدم بصعوبات في التنفيذ بسبب رفض البائع -حسب الحالة- الاقتراب من الموثق أو المحافظ العقاري ، ومن ثمة استحالة توفر الموثق أو المحافظ العقاري على المعطيات الوثائق الضرورية لتحديد الطرفين ... ويستحيل عليهما تحرير العقد وتسجيله".

² - Nadia Younsi HADAD ; «l'acte sous seing privé et les transactions immobilières» IDARA، Vol. 8، N ° 01. Algérie, 1998, P82.

³ - عبد العزيز محمودي، مرجع سابق، ص14.

⁴ - عمر حمدي باشا، منازعات حول إثبات ونقل الملكية، مرجع سابق، ص 19.

⁵ - القانون رقم 76-105، ممضي في 09/12/1976، المتضمن قانون التسجيل، ج ر عدد 1 مؤرخة في 18/12/1977، ص 1212.

والمتمم، والسماح بتسجيل العقود العرفية أمام مصلحة التسجيل المختصة، وإعطاء تاريخ ثابت لها، أثر في إقرار العديد من الجهات القضائية على مختلف مستوياتها بصحة العقود العرفية تأسيساً على أحكام هذا القانون¹.

ب-القائلون ببطلان السندات العرفية المحررة بعد سريان قانون التوثيق:

بناءً على عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا تم تكريس اتجاه قضائي يقضي ببطلان كل تصرف عرفي معين لبيع عقار حرر بعد دخول قانون التوثيق حيز التطبيق أي بعد الفاتح جانفي 1971، الذي نص في المادة 12 على تعداد العقود التي يجب تحريرها تحت طائلة البطلان من بينها العقود المتضمنة نقل ملكية عقارية أو حق عيني عقاري.

لقد أسس هذا الاتجاه موقفه على التفسير الصحيح لنص المادة 12 من قانون التوثيق وقولهم بوجوب الالتزام بتطبيق القانون دون مراعاة الواقع الاجتماعي الذي فرضته القوانين المكرسة لاحتكار الدولة للمعاملات العقارية في الأوساط الحضرية والفلاحية وبالتالي القضاء بالبطلان المطلق لكل محرر عرفي يتضمن معاملة عقارية، والتصدي بالرفض لكل الطلبات الرامية إلى الحكم بإثبات صحتها، أو المتضمنة إلزام الأطراف بالتوجه إلى الموثق لإتمام إجراءات البيع².

يضيفون في موقفهم بالقول أن المادتين 792 و792³ من القانون المدني تضمنت بصفة صريحة وملزمة وجوب احترام إجراءات الشهر العقاري والرسمية تحت طائلة البطلان المطلق، ضف إلى ذلك ما نصت عليه المادتين 15 و16 من الأمر رقم 75-74⁴ المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، حيث تم النص صراحة

¹ - د / عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 42

² - عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 145. القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

³ - القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

⁴ - القانون رقم 75-74 ممشي في 12/11/1975، المتضمن إعداد المسح الأراضي العام وتأسيس العقاري، ج ر عند 82 مؤرخة في 18/11/1975، ص 1206.

على أن كل تصرف يتضمن نقل الملكية العقارية لا وجود له بين الطرفين ولا بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية¹.

فتعد العقود العرفية المحررة بعد سريان قانون التوثيق لعام 1971 بمثابة وعد بالبيع لا يجوز لحائزها إلا المطالبة بإتمام الإجراءات أمام الموثق، أو الحصول على تعويضات مدنية، لكون العقد العرفي لا يولد إلا التزامات شخصية لا غير²، ونفس المبدأ تم تكريسه من طرف الغرفة التجارية لدى المجلس الأعلى بصدد عقود الإيجار المتعلقة بالمحلات التجارية أين اشترطت تحت طائلة البطلان المطلق تحريرها في شكل رسمي، واخضاعها لقواعد الشكلية الرسمية المستوجبة في المعاملات العقارية عامة³.

ما ينبغي الإشارة إليه بشأن هذا الموقف، أنه قد ساهم إلى حد كبير في تكريس مبادئ الرسمية والشهر العقاري، إلا أن ذلك لم يمنع من معاينة قيام العديد من الجهات القضائية على مختلف مستوياتها وحتى على مستوى المحكمة العليا من القضاء والاعتراف بصحة العقود العرفية المحررة بعد جانفي 1971، ما أدى بالمحكمة العليا باعتبارها جهة قانون تعمل على توحيد الاجتهاد القضائي، بالتدخل لحسم مسألة العقود العرفية.

ثانيا: مرحلة توحيد الاجتهاد القضائي

أمام تضارب الاجتهاد القضائي فيما يتعلق بصحة المعاملات العقارية المحررة بواسطة عقود عرفية وتعارضه مع التشريع، خصوصا أمام صدور نصوص قانونية كرسست في مجملها بصفة صريحة مبدأ الشكلية الرسمية، سواء في عملية نقل الملكية العقارية وحتى في إثباتها، تحتم على المحكمة العليا التدخل في هذا المجال أمام شيوع ظاهرة التعاقد العرفي وزيادة حدة المنازعات بشأنها.

¹ عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص 147.

²– Nadia Younsi HADAD ; Op.cit. p79.

³– Ibid., P79.

إنّ كل هذه الأسباب وأخرى دفعت المحكمة العليا بصدد الطعن المرفوع أمامها الذي كان موضوع النزاع فيه يتعلق ببيع قاعدة تجارية الثابت تحريره بموجب عقد بيع عرفي مؤرخ في 22/08/1988 ، أين قضي قضاة الاستئناف المتمثل في مجلس قضاء معسكر - بتاريخ 03 / 5 / 1994 بعد إلغائه حكم الدرجة الأولى بالإشهاد بصحة بيع محل تجاري المبرم بين الطرفين المتنازعين وصرفهما أمام الموثق والقيام بإجراءات نقل الملكية¹ الذي لم يكن الفصل فيه بالأمر الهين، إذ تطلب الأمر عرض الملف على الغرفة المختلطة للمحكمة العليا التي ضمت قضاة الغرفة المدنية من جهة وقضاة الغرفة التجارية والبحرية من جهة أخرى من أجل دراسة الإشكالية القانونية التي أثارها الملف رقم 136156.

لقد تمسكت الغرفة المدنية من خلال دراسة الملف بموقفها القائل بصحة العقود العرفية، في حين تمسكت الغرفة التجارية بموقفها الرامي إلى بطلان العقود العرفية المنصبة على بيع المحل التجاري²، مما تقرر معه إحالة الملف على الغرف المجتمعة للفصل فيه عملاً بالمادتين 22 و23 من القانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا³

تم التوصل من خلال القرار الصادر بتاريخ 02 / 1997 / 18 تحت رقم⁴ 136156 إلى توحيد الاجتهاد القضائي وتكريس خيار المشرع المتمثل في اشتراط الرسمية في جميع العقود المتضمنة بيع قاعدة تجارية⁵، أهم ما جاء في حيثياته: «حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع

¹– Nadia Younsi HADAD: op.cit.p62.

²– حسان بوعروج، " تعليق على قرار 18 فيفري 1997 «، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص المحكمة العليا، 1999 ص ص 42-43.

³– قانون رقم 89-22 مؤرخ في 12/12/1989، يتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، معدل ومتمم، جر عدد 53، مؤرخة في 13/12/1989، ص 1435.

⁴– قرار المحكمة العليا رقم 136156، المرجع السابق.

⁵– حيث جاء في تعليق السيد حسان بوعروج (نائب الرئيس الأول للمحكمة العليا) حول اجتهاد المحكمة العليا المشار إليه أعلاه إن الحل القانوني الذي أعطته الغرف المجتمعة يتعلق بمدى صحة العقود العرفية التي تتضمن بيع محلات تجارية، ولكنه يمكن توسيع موضوع هذا القرار ليشمل ايضا بيع العقارات المالية وغير المبنية لأن نفس النصوص القانونية تطبق على بيع المحلات التجارية والعقارية.

القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته وأن تحريرها في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد".

حيث أنه إذا كان صحيحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والمشتري إلا أنه باطلا بطلنا مطلقا لكونه يخضع للإجراءات القانونية تخص النظام العام لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع وضمن هذه الظروف يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية ويأمروا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وفقا لأحكام المادة 103 من القانون المدني¹.

يكون هذا القرار المتوصل إليه مرجع في توحيد الاجتهاد القضائي، والقضاء ببطلان كل تصرف لم يفرغ في شكل رسمي يكون موضوعه عقار أو حق عيني عقاري ومنطلق يقتضي على الجهات القضائية السهر على التطبيق السليم للقانون، خصوصا وأنه جاء في الوقت المناسب لتوحيد الاجتهاد القضائي بشأن مسألة العقود العرفية، كما أنه من جهة أخرى يعتبر خطوة جديدة من خلالها يتعين على المواطنين احترام الشكل الرسمي في معاملاتهم التجارية والعقارية²، تحقيقا للاستقرار في المعاملات.

لقد سائرت الكثير من الجهات القضائية وحتى المحكمة العليا³، هذا الحل المتوصل إليه بخصوص مسألة الشكالية الرسمية، في حين ورغم هذا الموقف إلا أن هناك بعض

نقلا عن حسان بوعروج، تعليق على قرار 18 فيفري 1997، مرجع سابق، ص 43 راجع أيضا في التعليق على هذا القرار: -Ghenima Lahlou Khlar: Commentaire de l'arrêt de 18 février 1997. Cour suprême toutes chambres réunies, R.A.S.J.E.P. Vol. 35. N°03, université d'Alger, 1997, pp. 742 - 754

¹ - مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، المحكمة العليا، 1999، ص 46 - 49.

² - حسان بوعروج، تعليق على قرار 18 فيفري 1996، مرجع سابق، ص 44 - 45.

³ - منها القرار الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 28 / 1997 / 05 تحت رقم 149156 الذي قررت فيه المحكمة العليا رفض الطعن المرفوع إليها ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو، الذي وبمناسبة الفصل في الاستئناف المرفوع أمامه من أجل المطالبة باسترجاع قطعة أرض تمسك فيها المستأنف عليه عن أحقيتهم في الملكية بحجة أن مورثهم قد اشتراها بموجب عقد عرفي مؤرخ في 23/05/1981، في حين تمسك المستأنف ببطلان العقد لكونه لم يقع في شكل رسمي وفقا لما

الجهات القضائية لا تزال تقرر بصحة التصرفات العرفية المبرمة بعد صدور وسريان قانون التوثيق، مما يجعلها عرضة للطعن بالنقض والإلغاء¹.

ما يمكن قوله في الأخير بشأن السندات العرفية ، أنه ورغم جهود السلطات العليا في البلاد من خلال وضع نصوص قانونية لتصحيح وتسوية وضعيتها على الأقل بالنسبة لتلك المحررة بعد سريان قانون التوثيق وتدخل القضاء بحسم موقفه بعد جدل وتعارض دام قرابة 27 سنة كاملة، إلا أنّ كل ذلك لم يمنع الأفراد في بقائهم على التعامل بمثل هذه العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً خصوصاً وأن القضاء على الرغم من إقراره البطلان، إلا أنه من جهة أخرى سمح بإعمالها للتمسك بالتقادم المكسب دون تحديد منه للتاريخ الذي يمكن ابتداء منه السماح للدفع بالتقادم، وهو ما يجعل تطهير الملكية العقارية وتوفير اوعية ثابتة بسندات أمر صعب التحقيق على المدى القريب .

المطلب الثالث: الشروط الواجب توافرها في المحررات الرسمية وجزاء الإخلال بها

لقد قرر القضاء أنه لصحة الورقة الرسمية وإضفاء الحجية عليها لابد أن تكون متضمنة مجموعة من الشروط حتى تنسب إلى موقعها، فإذا خلت من ذلك فلا تكون لها حجية قبله وهو الأمر الذي تطرق إليه المشرع الجزائي وذلك بذكر الشروط الواجبة توافرها في المحررات

يقتضيه القانون بالرغم من ثبوت دفع الثمن مراجع تفضيل هذا القرار إقغ. ع، عدد خاص، ج 02، المحكمة العليا، 2004، ص ص 271 - 275. كما أكد على ذلك القرارين الصادرين عن المحكمة العليا بتاريخ 12/11/2009، الأول تحت رقم 54908، والثاني تحت 49615، م.م. ع عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج 03، 2010 ص ص 231 - 246، راجع في التعليق على هذين القرارين: فاطمة الزهراء بلعربية، انتقال الملكية العقارية ...، مرجع سابق، ص ص 247-251.

¹ - راجع: القرارين الصادرين عن المحكمة العليا بتاريخ 28 / 2000 / 06، الأول تحت رقم 196507 والثاني تحت رقم 199852، إي.ع.ع عدد خاص، ج 02، المحكمة العليا، 2004، ص ص 262-270.

الرسمية وذلك لصحتها (الفرع الأول)، وكما أوقع المشرع الجزائري جزاء على من قام بمخالفة هذه الشروط الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الشروط الواجب توافرها في المحررات الرسمية

بالاستناد إلى التعريفات الفقهية والقانونية للمحررات الرسمية، ومن خلال نص المادة 324 ق م ج نستنتج أنه للقيام المحرر الرسمي يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط التي تمنحه صفة " الرسمية أي العقد الرسمي ثلاثة شروط أساسية التي يجب أن تتوفر في المحرر حتى يتشكل المحرر الرسمي وتمنحه الرسمية: يتعلق الشرط الأول بمحرر العقد، والشرط الثاني بالاختصاص، والشرط الثالث بالأشكال القانونية الواجب اتباعها.

أولاً: محرر العقد:

يشترط القانون أن تصدر هذه المحررات من طرف الأشخاص الذين عدتهم المادة 324 من القانون المدني و التي تنص : " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ما تم لديه او ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه"¹ ضابط عمومي وهذه المادة القانونية قد ميّزت ما بين ثلاثة أشخاص مخولين قانونا لتحريير هذه المحررات الرسمية و هذا التمييز لم يأتي هكذا عبثا ولكن له ما يبرره نظرا للاختلاف في المركز القانوني لكل فئة وبالتالي فان أي محرر غير صادر من طرف الأشخاص الذين

عدتهم المادة 324 من القانون المدني المذكورة أعلاه لا يعتبر رسميا، أما الأشخاص الذين عدتهم المادة القانونية هم:

1-1 - الموظف:

¹ - القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

ما دام أن الموظف العام من جهة يعتبر كعنصر أساسي في فكرة المحرر الرسمي أو العمومي و من جهة ثانية كفاعل أصلي في إعداد المحرر الرسمي ، فلا بد من إعطاء لمحة عن تعريف الموظف العام في التشريع الجزائري فصفة الموظف العام مستمدة من احكام القانون الإداري و تحديدا من القانون الأساسي للوظيفة العمومية، الذي صدر في الجزائر بتاريخ 02/06/1966 و هو ما يعرف بالمرسوم رقم 66/133 الذي حددت بموجبه المبادئ الأساسية للوظيفة العمومية ، و الذي ألغي بموجب القانون رقم 78/12 المؤرخ في 05 أوت 1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل و الملغي أيضا بموجب القانون 90/11 المتعلق بعلاقات العمل.

لم يعرف الموظف تعريفا واضحا كما فعل القانون الأساسي للوظيفة العامة، فنجد المادة الأولى منه تعرف الموظف كما يلي: "هم الأشخاص المعينون في وظيفة دائمة الذين رسموا في درجة من درجات التدرج الوظيفي في الإدارات المركزية التابعة لدولة وفي المصالح الخارجية التابعة لهذه الإدارات المركزية وفي الجماعات المحلية، وكذلك في المؤسسات والهيئات العامة حسب كفايات تحدد بمرسوم"¹.

تنص المادة 4 من ال أمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية: " يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة السلم الإداري الترسيم هو الإجراء الذي يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتبته "، وتنص المادة 7 من نفس الأمر: يكون الموظف اتجاه الإدارة في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية".

يقصد بالموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة كل شخص تعينه الدولة القيام بعمل من أعمالها ، سواء كان هذا العمل مقابل أجر²، أي كل شخص تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها ويتنوع الموظفون العموميين بتنوع السندات الرسمية التي يصدرونها و بالتالي تحمله الحكومة جزءا من مسؤوليتها ليقوم بقسط من واجبها نحو الأمة³، و يختلف الموظفون

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 06.

² - أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1984 ص 46

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009م ص 51.

العموميون باختلاف السندات التي يختصون بإصدارها ، و يدخل في هذا المفهوم جميع موظفي الدولة بمختلف مصالحها المركزية و الخارجية ، الولاية والبلدية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و المؤسسات العمومية و الإدارات ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي.

ويختلف الموظفون العموميون باختلاف المحررات التي يقومون بها، فالقاضي موظف عام بالنسبة للأحكام التي يقوم بتحريها، وكاتب الجلسة موظف عام بالنسبة المحاضر الجلسات التي يقوم بكتابتها¹ وهذا ما جاء في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 03-06-1989: أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون وطبقا لما استقر عليه الفقه القضاء تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتبه العقود من طرف الأعوان العموميين".

واعتبرت المحكمة العليا الحوالة البريدية والشهادة البريدية المحررتان من طرف قابض البريد ندين رسميين²

1- 2- الضابط العمومي:

الضابط العمومي هو كل الشخص الذي يخول له القانون سلطة تصديق وإعطاء الصبغة الرسمية للعقود أو الوثائق، كرئيس البلدية بصفته ضابط الحالة المدنية، ويعتبر من الضباط العموميين الموثق، المحضر القضائي، المترجم، وحتى الموظف المكلف بالوظيفة القنصلية³.

1- 3- الشخص المكلف بخدمة عامة:

وهو كل شخص قائما بعمله في إحدى الإدارات الرئيسية للدولة أو إحدى الهيئات المحلية أو المنشآت والمؤسسات العامة كموظفي البلدية والجامعات الحكومية أو يشغل منصبا ما بمقتضى قرار إداري أو بمقتضى عقد سواء أكان مأجور أو غير مأجور، تابع الجهاز مركزي أو محلي

¹ - أحمد نشات، رسالة الإثبات، مكتبة العلم للجميع، الجزء الأول، لبنان، سنة 2005، ص ص 182-185.

² - على فيلاي، المرجع السابق، ص 307-308.

³ نفس المرجع، ص 308.

أو هيئة عامة تابعة للدولة أو كان يعمل تحت سلطة جهاز إداري. 9 و تتولى السلطة العمومية تعيين هؤلاء ، غير انهم يتقاضون أتعابهم من ذوي الشأن ، أي من المستفيدين من خدماتهم ، و لما كان الأمر يتعلق بتسيير مرافق عمومية ، تنظم هذه المهن قانونا و ذلك من خلال تحديد المهام ، و شروط ممارسة المهنة ، و الرقابة ، و المحاسبة ، و التأديب ، ... الخ¹ ولعل أحسن مثال لنا في الخبراء الذين تنتدبهم المحكمة الإجراء خبرة فنية وبعد ما يقومون به من قبيل المحررات الرسمية أما المقصود بصورها من أحد هؤلاء الأشخاص هو أن يكون المحرر صادرا باسم الموظف او موقعا من طرفه ولا يشترط أن يكون محررا بيده ، و معنى هذا الكلام أن ينسب المحرر لأحد هؤلاء الأشخاص ..

ثانيا: بالنسبة للاختصاص:

تشترط المادة 324 من القانون المدني من خلال العبارة الأخيرة: " ... في حدود ملطته اختصاصها نستنتج من خلال هذه المادة القانونية إضافة إلى الشرط الأول أنه يتم تحرير المحرر الرسمي في حدود سلطة الموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة وفي دائرة اختصاصه²، بمعنى أن المحرر لا يكتسي صفة الرسمية إلا إذا كان صادرا في حدود سلطته واختصاص الأشخاص المذكورين سابقا (النقطة الأولى).

وحسب ما يراه الدكتور عبد الرزاق السنهوري هو أن يتم تحرير المحرر الرسمي في حدود سلطته بمعنى أن يكون للموظف الولاية الكاملة من حيث التحرير وأهلية من حيث عدم وجود مانع شخصي به ويكون له اختصاص موضوعي من حيث نوع المحرر الرسمي، أما الاختصاص فاقتضاه يكون على الاختصاص المكاني فقط³.

ونعني بالولاية أن يكون للموظف الولاية القانونية في تحرير هذه المحررات وذلك بان يكون تعيينه قانونيا فان كان غير معين أو تم عزله أو إيقافه عن العمل أو نقله فان المحرر يكون

¹ على فيلالي، المرجع السابق، ص 309.

² القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني. المرجع السابق

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 97.

باطلا، بالإضافة إلى ان يكون املا تحرير هذه المحررات، وعلى هذا الأساس تم التقسيم على النحو التالي سلطة واختصاص الموظف العام وهي:

1-2 -في حدود سلطته:

المقصود بالسلطة في هذه الحالة أن يكون الموظف أو المكلف بالخدمة العامة ذا ولاية قائمة وقت تحرير الورقة، وإن كان قد نقل أو عزل، زالت ولايته وفقدت الورقة صفة الرسمية¹ أو إذا كان الموظف لا يعلم بالوقف أو العزل أو انتهاء الولاية، وكان ذوو الشأن هم أيضا حسنوا النية لا يعلمون بشيء من ذلك، فالورقة الرسمية المحررة في هذه الظروف تكون صحيحة رعاية للوضع الظاهر المصحوب بالنية الحسنة، فالمقصود بالولاية القائمة هي ان يؤدي الموظف العمومي بعد تعيينه أو تكليفه بمهمة وهذا بعد تأديته لليمين القانونية، هذه الأخيرة تخص عادة كل الموظفين أو الأعوان الذين لهم علاقة مباشرة أو غير مباشرة مع سلك القضاة أو مرفق العدالة منهم الموثقين، القضاة المحضرين².

إضافة لعنصر الحياد لدى الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العامة أثناء تحريره للورقة الرسمية، حيث أنه يجب ألا يوجد أي مانع شخصي، أو أي مصلحة شخصية لدى الأشخاص المذكورين سابقا وهذا ما نصت عليه المادة 19 من قانون التوثيق³: لا يجوز للموثق يتلقى العقد يعين أو يكون وكيلاً أو متصرفاً أو أي صفة كانت:

أ- أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى للدرجة الرابعة.

ب- أحد أقاربه أو أصهاره تجمعهم به قرابة الحواشي ويدخل في ذلك العم وابن الأخ وابن الأخت⁴.

¹ احمد ميدي، المرجع السابق، ص19.

² نفس المرجع ص 21.

³ القانون رقم 70-91، المتضمن قانون التوثيق، المرجع السابق

⁴ - القانون رقم 06-02 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006، ص15. المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية عدد 14 الصادرة في 08 مارس سنة 2006، ص 15.

ت- أهلا لتحرير جميع العقود التي ويجب أن يكون الموظف أو الضابط العمومي تدخل في اختصاصه¹.

2-2- في حدود اختصاصه:

اختصاص الموظف أو الضابط العمومي في إصدار أو تحرير السند الرسمي، يكون في اختصاصين وهما الاختصاص الموضوعي والاختصاص الإقليمي وهذا ما سنبينه:

أ- الاختصاص الموضوعي:

كل عون معني بتحرير سند رسمي، أن يتقيد بما خول له القانون من اختصاص موضوعي أو نوعي، والمقصود بهذا أن كل محرر مختص بنوع الأوراق التي يحررها، فحدد القانون لكل موظف عام نطاق نوعي لولايته في تحرير المحررات، ولا يجوز لأحدهم أن يتجاوز ما هو من ولاية غيره، وما يمليه القانون من سلطة هو عماد ما للورقة الرسمية من قومة في الإثبات، فالقاضي هو المختص بتحرير الأحكام القضائية².

مفاد ذلك أنه إذا لم يكن للموظف سلطة أو ولاية في تحرير الورقة، كأن يكون قد أوقف عن عمله، أو عزل من وظيفته، أو نقل منها، فإن الورقة تكون باطلة، ويسري نفس الحكم إذا لم يكن للموظف أهلية في تحرير الورقة، فلا يجوز للموثق مثلا أن يوثق محررا يخصه شخصيا³

كما يمكن القول إن الاختصاص الموضوعي يتحدد بالنظر للقانون المنظم لصلاحيات الوظيفة، فنجد مثلا المادة 16 من قانون الموثق تنص: "يمكن للموثق أن يوظف تحت مسؤوليته الأشخاص الذين يراهم ضروريين لتسيير المكتب"¹.

¹- عبد الرزاق منهوري، المرجع السابق، 122-123.

²- نبيل ابراهيم سعد، همام محمد محمود زهران، اصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر 2001 ص 200.

³- محمد شتا أبو سعد، الاثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، المجلد الأول، دون طبعة، دار الفكر العربي القاهرة، 1997 ص 8.

قد يتحدد الاختصاص النوعي بالقانون المنظم لموضوع السند فنجد المادة 18 من قانون الأسرة تنص: يتم عقد الزواج أمام الموثق أو الموظف المؤهل قانوناً ...²

الاختصاص الإقليمي:

يعرف كذلك بالاختصاص المكاني، أساسه أن القانون قد حدد لكل موظف دائرة إقليمية معينة لا يجوز للموظف العام أن يباشر عمله خارجاً³، فضابط الحالة المدنية لبلدية ما لا يجوز له أن يحرر وثيقة الإقامة لشخص غير تابع لبلديته، وإلاّ توبع ذلك الموظف بالتزوير أو تسليم وثيقة بدون وجه حق، كذلك لا يجوز للمحضر القضائي أن يحرر محضر إثبات حالة خارج دائرة الاختصاص الإقليمي القضائي التابع له، وإلاّ كان محضره باطلاً.

كما يجب أن يكون المحرر مختصاً نوعياً من خلال نوع المحررات الرسمية فالقاضي يصدر الأحكام القضائية والموثق يصدر العقود التوثيقية وضابط الحالة المدنية مختص في تسجيل الولادات والوفيات.

أما أن يكون في حدود اختصاصه فالمقصود به الاختصاص الإقليمي أي المكاني وهو ممارسة وظائفه في حيز مكاني محدد أو في دائرة اختصاص الهيئة الإدارية المحدد إما قانوناً أو تنظيمياً.

ثالثاً: الأشكال القانونية الواجب إتباعها:

يقصد بذلك أنه يجب تحرير السندات أو المحررات الرسمية وفقاً لشكليات محددة بموجب التشريع المعمول به، لأن هذه الشكليات هي التي تضفي طابعاً رسمياً، فتكون بذلك صحيحة

¹ القانون رقم 06-02 المتعلق بمهلة التوثيق، الرجوع السابق 43.

² - الأمر رقم 05-02 مضي في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عند 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005، 18

³ - محسن عبد الحميد البيه، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، 2008 ص 98 مقال منشور في الموقع

<http://law77blogspot.com>

ولا مجال للارتياح حول صحة مضمونها، مما يوحي بالثقة فيها والاطمئنان إليها¹. يحدد القانون للموظف أو الضابط العمومي أو المكلف بالخدمة العامة عند ممارسة مهامه مجموعة من الشكليات التي يجب مراعاتها تحت طائلة البطلان وبالتالي عدم إضفاء طابع الرسمية على الورقة المحررة التي لم تتم فيها مراعاة الأشكال القانونية، وهذه الأوضاع والشكليات تختلف حسب نوع المحرر ولتبسيط الصورة سوف نتناول وعلى سبيل المثال الشروط المستلزم في المحررات التوثيقية الصادرة من مكاتب التوثيق. وبالرجوع إلى أحكام المادة 324 مكرر 2 تنص: " توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء ويؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد وإذا كان بين الأطراف والشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي تصريحاً في هذا الشأن ويضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر ".

وفضلاً عن ذلك إذا كان الضابط العمومي يجهل الاسم والحالة والسكن والاهلية المدنية للأطراف يشهد على ذلك شاهدان بالغان تحت مسؤوليتهما، ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني² بقولها يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنه عن ملكية عقارية طبيعة ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية ". وكذا المواد 26 إلى 29 من القانون 06/02 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق ومن هذه الشكليات:

- التأكد من شخصية أطراف العقد.
- توقيع المحرر من قبل ذوي الشأن.
- حضور شاهدين في العقود الشكلية.
- أن يكون المحرر مكتوباً باللغة العربية وفي نص واضح وسهل القراءة دون اختصار أو نقص.

¹ القانون رقم 88-27 ماضي في 12 يوليو 1988، المتضمن تنظيم التوثيق، ج 1 عدد 28، المؤرخة في 13 يوليو سنة 1988 ص 1035.

² القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

- المصادقة على الإحالات في الهامش أو في الصفحات.
- كتابة المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف.
- عدم تضمينها أي تحوير أو كتابة بين الأسطر أو إضافة كلمات.
- المصادقة على الإحالات في الهامش تعتبر الشروط سالفه الذكر معيار القيام صفة الرسمية في المحررات، وبالتالي تخلف أحدهما يؤدي لا مجال لفقدان هذه الصفة، فالأصل أن كل إخلال بشرط من هذه الشروط يؤدي لبطلان المحرر بوصفه محرراً رسمياً¹

كما أن المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني التي تنص: "يعتبر العقد غير الرسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف²، فإذا فقد المحرر صفة الرسمية بسبب تخلف أحد الشروط فإن ذلك لا يعني أنه فقد كل قيمته، فيقرر القانون في هذه الحالة أنه إذا لم يكتسب صفة الرسمية، كان له قيمة المحرر العرفي³.

شرط أن يتم التوقيع عليه من قبل ذوي الشأن بإمضائهم أو أختامهم أو ببصمات أصابعهم، غير أنه إذا كان التصرف القانوني لا يمكن إثباته إلا بالشكلية، فإن هذه القاعدة لا تجدي نفعا، إذ تصبح الورقة الرسمية باطلة بطلانا مطلقا، وغير قابلة لأن تحول إلى ورقة عرفية⁴، مثال ذلك ما جاء في المادة 883 من القانون المدني التي تنص: "لا ينعذ الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون وتكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك"⁵.

استثناءً بالنسبة لشرط مراعاة الأوضاع القانونية ينبغي التفرقة بين الأوضاع والإجراءات الجوهرية، وبين الأوضاع والإجراءات غير الجوهرية، فالورقة تفقد صفة الرسمية إذا تم الإخلال

¹ - رضا المزغلي، أحكام الإثبات، دون طبعة، معهد الادارة العامة، المملكة العربية السعودية، 1985، ص 186.

² - القانون رقم 07-05، المرجع السابق.

³ - MURIEL (Fabre-Magnan)، Introduction Générale au Droit. (Cour et Méthodologie)، 14re édition، presses universitaire de France، Paris، 2009 p 242.

⁴ - محمد السعدي صبري، المرجع السابق، ص 48

⁵ - القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

بوضع جوهري، كإغفال أسماء ذوي الشأن، أو اسم الموثق أو التاريخ، أو التوقيعات، أما الأوضاع غير الجوهرية كدفع الرسم أو ترقيم صفحات المحرر فإن تخلفها لا يفقدها صفة الرسمية¹.

أما بشأن العقد الرسمي الناقل للملكية العقارية فيشترط فيه:

- أن يكون العقد محررا أمام الموثق بالنسبة للعقارات التابعة للأفراد، وبمعية مدير املاك الدولة بالنسبة للعقارات التابعة لهذه الأخيرة.
- أن يكون مكرس لاتفاق الطرفين: أي أن يتطابق الإيجاب مع القبول حول جميع المسائل الجوهرية في العقد.
- أن يكون مبرم بين طرفين يحوزان أهلية التعاقد بأي بالغين لسن الرشد المدني وهو 19 سنة وغير محجور عليهما طبقا للمادة 40 من القانون المدني.
- أن يحتوي على أصل الملكية وذلك بتبيان أسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية وهذا من أجل تجنب الوقوع في التصرف في ملك الغير.
- محدد للعقار تحديدا نافيا للجهالة من ناحية موقعه، رقمه، مساحته ومعالمه الحدودية.
- مراعي للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المادة 324 مكرر 02 وما بعدها من القانون المدني والمادة 61 وما بعدها من المرسوم 76- 63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والمادة 15 وما بعدها من القانون رقم 88 / 27 المؤرخ في 12/07/1988 والمتضمن تنظيم مهنة التوثيق.
- معاين لتسديد المبلغ بالنسبة للعقود المبرمة أمام الموثق بعد صدور قانون المالية لسنة 1998 أصبح فقط خمس 1/5 ثمن نقل الملكية يدفع لزوما ما بين يدي الموثق.
- موقع عليه من قبل الموثق محرر العقد، بمعية الطرفين المتعاقدين والشهود²

¹- محمد السعدي صبري، المرجع السابق، ص 50.

²- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 154، 155، 156. 48

الفرع الثاني:

جزاء الإخلال بشرط من شروط المحررات الرسمية

يترتب على مخالفة " الأوضاع أو اختلال شريط من الشروط السالف ذكرها بطلان السند الرسمي وفقد قرينة الرسمية التي يتمتع بها وبالتالي فقدان حجية سند رسمي ولو كان التصرف القانوني موضوع السند في حد ذاته صحيحاً¹.

البديهي أنه إذا تخلف أو اختل شرط من شروط صحة المحرر الرسمي فإن المحرر الرسمي يكون باطلاً، بحيث لا يكون له حجية المحرر الرسمي، ولكن هل يتجرد المحرر الرسمي الباطل بوصف كونه محرراً رسمياً، من كل قيمته في الإثبات؟ أم أنه يمكن يتحول إلى محرر عرفي؟ هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فهل يقتصر بطلان المحرر الرسمي على جزء منه أم أنه يمتد إلى المحرر الرسمي برمته، وفي فرعنا هذا سوف نتطرق إلى مسألة نطاق بطلان المحرر الرسمي أولاً، وثم نتعرض لضوابط تحول المحرر الرسمي الباطل إلى محرر عرفي ثانياً. وفي الأخير نتطرق إلى الآثار التي تترتب على الإخلال بهذه الشروط.

أولاً: نطاق بطلان المحرر الرسمي:

تنص المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري على: " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل".

نفهم من هذه المادة إنه إذا اختل شرط من شروط صحة المحرر الرسمي، فإنه يكون المحرر الرسمي باطلاً بطلاناً يمتد إلى جميع أجزائه، فلا يبطل جزء ويصح جزء منه. فإذا كان للموثق مصلحة شخصية مباشرة في المحرر مثلاً، فإن المحرر يكون كله باطلاً، ولا يقتصر البطلان على الجزء الذي يثبت فيه للموثق مصلحة شخصية له فيه فقط.

¹ عمر زيتوني، مقال بعنوان حجية العقد الرسمي، مجلة الموثق العدد، 2001 م 2. 49

وإذا لم يوقع أحد الشهود على المحرر، ومن باب أولي إذا لم يوقع الموثق أو أحد أصحاب الشأن، كان المحرر كله باطلا حتى بيان التاريخ، مع أن التاريخ لم يقع فيه بطلان، ومن ثم لا يكون التاريخ ثابتا بل يكون تاريخا عرفيا لا حجية فيه على الغير.

هكذا فالأصل أنه إذا اختل شرط من الشروط الواجب توافرها لصحة المحرر الرسمي، فإنه لا يكتسب هذه الصفة ويكون باطلا كمحرر رسمي، وكذلك إذا فقد بيانا أو إجراء جوهريا. وعلى ذلك يفقد المحرر الرسمي رسميته إذا كان خاليا من تاريخ تحريره، أو خاليا من توقيع الموظف العمومي الذي حرره، أو خاليا من بيان أسماء الخصوم أو المتعاقدين. ولا يفقد المحرر الرسمي رسميته إذا لم تذكر فيه ساعة تحريره، أو لم يذكر اسم الموظف العمومي الذي حرره متى كان توقيعه واضحا، أو كان هناك خطأ في اسم أحد المتعاقدين أو لقبه أو صفته لا يجهل به¹.

هكذا فالقاعدة أن بطلان المحرر الرسمي يؤدي إلى بطلانه في كافة أجزائه، فالبطلان لا يتجزأ، وبالتالي إذا لم يوقع أحد أصحاب الشأن أو الشهود أو المترجم مثلا على المحرر، بطل المحرر كله. وكذلك إذا لم يوقع الموثق على المحرر، فالبطلان يمتد إلى المحرر بكامله، ولا يجوز القول بأن التاريخ مثلا يعتبر صحيحا لعدم وقوع أي بطلان فيه. فالبطلان إذا شمل وضعاً جوهريا تخلف عنه عيب جوهري، كان البطلان مطلقا شاملا للمحرر بكامله.

وتكون الورقة الرسمية المثبتة باطلة إذا كان الذي قام بتحريرها ليس موظفا عاما أو ضابطا عموميا أو شخصا مكلفا بخدمة عامة مختصا، أو كان موظفا عموميا أو ضابطا عموميا أو مكلف بخدمة عامة ولكنه غير مختص بإصدار الورقة الرسمية أو تلقيها بسبب عزله أو توقيفه.

وتكون الورقة الرسمية المثبتة باطلة أيضا إذا لم تكن للموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة المختص سلطة إصدارها أو تلقيها كأن تكون له مصلحة شخصية مباشرة في هذه الورقة أو تربطه بالبائع أو المشتري أو الشهود قرابة نسب أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة.

¹ - أحمد ابو الوفا، الجنبات في المواد المدنية والتجارية، بمقتضى قانون الإثبات المصري، رقم 25 لسنة 1968 والكتاب الثالث من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الخاص بالبيئات، الدار الجامعية، بيروت، 1983

وتكون الورقة الرسمية المثبتة باطلة بالإضافة إلى ما تقدم إذا لم يراع الموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة عند إصدارها الأشكال المقررة قانونا لإصدارها أو تلقيها ويميز بعض الفقه في هذا الخصوص بين الأشكال الجوهرية التي تبطل الورقة الرسمية والأشكال غير الجوهرية التي لا تبطلها. وتشمل الاشكال الجوهرية البيانات العامة التي يجب ذكرها في الورقة الرسمية كتاريخ تحرير الورقة الرسمية واسم الموثق واسم البائع والمشتري والشهود إن وجدوا وتحرير الورقة باللغة العربية والتأشير في الورقة الرسمية على أنها قد تليت، والتوقيعات التي نص عليها القانون. والجوهرية تتمثل في عدم دفع الرسم الذي يبقى واجب الدفع للخرينة العمومية، وعدم تثبيت الموثق من شخصية البائع والمشتري عن طريق شاهدين أو عن طريق مستند رسمي، والإضافة والتحضير والشطب، وقد يكون هذا دليلا على تزوير الورقة الرسمية.

ثانيا: ضوابط تحول المحرر الرسمي الباطل إلى محرر عرفي:

تنص المادة 324 من القانون المدني: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه¹، ويفهم من هذه المادة أن المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

فإذا لم تكتسب هذه المحررات صفة رسمية، فلا تكون لها إلا قيمة المحررات العرفية، متى كان ذو الشأن قد وقعها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم، وهذا ما جاء في المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري وبالتالي فإنه يتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح توافرت فيه أركان وشروط صحته، بحيث تنص المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري: "كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف"².

¹ - القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

² - نفس المرجع.

وبالتالي فإن صحة الورقة الرسمية مرتبطة بصحة العقد باعتباره ركنا لانعقاده، فإن المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني تقضي بتحول الورقة الرسمية الباطلة إلى ورقة عرفية إذا كانت موقعة من طرف اطرافها، وتقبل الورقة العرفية في إثبات وجودها.

فإذا اختل شرط من شروط صحة الورقة الرسمية التي سبق بيانها كانت الورقة الرسمية باطلة كورقة رسمية، وترتب على بطلانها تحقيق العقد بطلانا مطلقا تطبيقا للمادة بطلانا مطلقا.

فالمادة 105 من القانون المدني تنص على أنه: " إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت اركانه تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"¹ بحكم يتفق مع القواعد العامة، التي لا تشترط لصحة المحرر العرفي سوى توقيع ذو الشأن، ولا تشترط لصحته تعدد نسخ المحرر العرفي، لهذا نستخلص أنه في حالة بطلان المحرر الرسمي تتوافر فيه أركان المحرر العرفي وشروط صحته، مادام موقعا من أصحاب الشأن، ويعتبر هذا تحولا من نوع خاص للمحرر الرسمي الباطل إلى محرر عرفي صحيح"².

ثالثا: الآثار المترتبة على بطلان السند الرسمي:

الأصل أن بطلان السند الرسمي يشمل السند كله بكل ما اشتمل عليه من بيانات بما في ذلك ثبوت تاريخه ، ولكن يجب التمييز بين السند الرسمي والتصرف القانوني الذي يثبت هذا السند ، فبطلان السند لا يستلزم حتما بطلان التصرف القانوني الذي يبقى قابلا للإثبات بالوسائل الأخرى التي يسمح القانون بها ، ويجوز إثباته بالسند الباطل نفسه بوصفه سندا عرفيا متى توافرت شروطه وذلك باستثناء العقود والتصرفات القانونية التي يوجب فيها القانون الرسمية كشرط لصحتها مثل التصرفات الواردة على العقار والحقوق العينية العقارية وعقود الشركات والمحلات التجارية والرهون العقارية والحيازية وغيرها فإنها تبطل ببطلان السند المعد لإثباتها

¹ - القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، ص52.

² - محمد السعدي صبري، المرجع السابق، ص 53.

باعتبار شكل الرسمية ركن في العقد ذاته . وهو ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات نذكر منها:

- القرار رقم 36662¹ المؤرخ في: 19/10/1985 الذي يتضمن (إيجار -محل تجاري-تنازل عليه-عقد رسمي-تلقى موظف مصلحة السكن التنازل -ورقة رسمية- قضاء بخلاف ذلك-انعدام الأساس القانوني -مخالفة القانون).

متى كان من المقرر قانونا أن الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عمومية ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية في حدود سلطته واختصاصه لذا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

- إذا ثبت في النزاع أن موظف مصلحة السكن كان قد تلقى تنازل المطعون ضده عن حقه في المحل التجاري المتنازع فيه لفائدة الطاعن ومنح هذا الحق المتنازل عنه لهذا الأخير فإن قضاة الاستئناف بقضائهم رفض طلبات الطاعن كلها بسبب البطلان الناشئ عن عدم وجود إثبات تنازل بعقد رسمي طبقا للمادتين 69 و 83 من القانون التجاري مع اعتبار أن المطعون ضده يظل حقه قائما في المحل التجاري ، خرقوا القانون بتطبيقهم أحكام القانون التجاري على بطلان الوصل المؤرخ في : 11/04/1973 إذا لم يكن هذا القانون قد صدر في ذلك الوقت ودون الإشارة إلى شهادة مصالح السكن ولا تنازل المطعون ضده ولا لوصلات الإيجار المحررة منذ فاتح شهر سبتمبر 1973 وكان لذلك نعي الطاعن على قرارهم مؤسسا ، مما يستوجب معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ) .

- القرار رقم 11699² المؤرخ في: 09/11/1994 الذي يتضمن إلغاء الحكم الأول والإشهاد بصحة بيع المحل التجاري وبصرف الأطراف الموثق للقيام بإجراءات نقل الملكية -طعن

¹ - القرار 36662 المؤرخ في 19/10/1985 مجلة قضائية العدد الرابع سنة 1989 ص 152.

² القرار رقم 11699 المؤرخ في 09/11/1994 نشرة القضاء العدد 51، مطبعة 1997، ص 116

بالنقض لأن المادة 79 من القانون التجاري والمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني توجب الرسمية تحت طائلة البطلان قبول الطعن.

- إن الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان العقد.

وتنص المادة 326 مكرر¹ 2 من القانون المدني المعدل على أنه : (يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف) ويستفاد من نص المادة أن السند الرسمي متى كان باطلا لأي سبب من الأسباب المذكورة أعلاه سواء ما تعلق منها بعدم اختصاص أو عدم أهلية الضابط العمومي أو عدم احترام الأشكال والأوضاع المقررة قانونا ، فإنه يعتبر غير رسمي ويأخذ مرتبة السند العرفي بشرط أن يكون موقعا من قبل الأطراف ، وتكون له حجية السند العرفي ولا يكون لتحريره من طرف ضابط عمومي أي أثر فيما يتعلق بثبوت التاريخ إلا من تاريخ تسجيله والتأشير عليه من طرف مفتشية التسجيل أو إيداعه وهذا تطبيقا للقاعدة العامة.

المبحث الثاني:

حجية المحررات الرسمية في الإثبات

يتمتع السند الرسمي بافتراض صحته قانونا كلما كان مظهره الخارجي يوحي بذلك وهذه القاعدة مكرسة بنص المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني والتي تنص " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني"² وهذه القرينة التي تتمتع بها الورقة الرسمية لا تحدث أثرها إلا إذا اتسمت بحالة ظاهرة من الصحة والمشروعية، فإذا ظهر على شكلها أنها مشوبة بعيب ظاهر كان تكون مشتملة على حشو أو محو أو تشطيب فإنه من حق المحكمة وبدون أن يطعن فيها بالتزوير مسبقا أن تستبعدا من

¹ - القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

² - نفس المرجع.

النزاع إذا تبين للقاضي أن الفصل في الدعوى لا يتوقف على ادعاء المدعي بتزويره وهذا طبقاً لنص المادة 156 من قانون الإجراءات المدنية.

المطلب الأول:

مكانة الورقة الرسمية في الإثبات

إذا توفرت في المحرر الرسمي الشروط السالفة الذكر، اكتسبت صفة الرسمية واصبحت لها ذاتية في الإثبات، بحيث يطلب ممن ينكرها أن يقدم الدليل على بطلانها وليس له من طريقة لهذا الادعاء إلا الطعن بالتزوير، فالمحرر الرسمي قرينتان في مظهره، قرينة السلامة المادية والأخرى بصوره من الأشخاص الذين وقعوا عليه الذين هم الموظف أو الضابط العمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة حتى يثبت تزويره أو بطلانه سواء أكانت هذه الحجة بالنسبة للمتعاقد (الأشخاص) الفرع الأول -أور في مواجهة الغير -الفرع الثاني.

القيمة الرسمية للمحرر:

يلتزم على الورقة أن تتوفر فيها الشروط التي تكسبها صفة الرسمية والتي تعطي لها صفة القرينة الرسمية، وبمقتضى هذه القرينة أن تكون للورقة الرسمية حجة في الإثبات في ذاتها دون حاجة إلى الإقرار بها، وإلا إذا كان فيها خلل فهي بذاتها تنقل عبء الإثبات. فإذا تنازع الخصم في صحة الورقة الرسمية فلا يكون على من يتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها وإنما يقع عليه نقضها على الخصم الذي ينكرها والذي يلزم عليه ذلك ويكون ذلك بالادعاء بالتزوير.

فالورقة الرسمية حجة على كافة المتعاقدين والغير دون حاجة إلى إقرارهم بها وتبقى لها هذه الحجية كاملة إلى أن يطعن فيها بالتزوير¹ وهذا ما نصت عليه المواد 324 مكرر 5، 324 مكرر 6 و324 مكرر 7 من القانون المدني الجزائري.

¹. محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص 56-57

-حيث تنص المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري على: " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، و يعتبر نافذا في كامل التراب الوطني"¹ تنص المادة 324 مكرر على أنه : " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة و ورثتهم و ذوي الشأن غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل يوقف تنفيذ العقد مؤقتا"² و المادة 324 مكرر 7 من القانون المدني الجزائري تنص أيضا : يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة ، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء، ولا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبداية الثبوت"³

وقضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه من المقرر قانونا أنه يجوز الطعن بالتزوير في أية وثيقة مقدمة سواء كانت وثيقة عرفية أو رسمية، وأنه ليس للجهة القضائية أن تصرف النظر عن الطعن بالتزوير إلا إذا تبين لها أن الفصل في الخصومة الأصلية لا توقف عن سند المدعي بتزوير، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا وه للقانون⁴.

ويتضح من ذلك أنّ المشرع الجزائري وضع قرينة قانونية على سلامة المحرر الرسمي من الناحية المادية ومن حيث صدوره من الأشخاص الذين وقعوا عليه متى توافرت له شروطه المطلوبة وكان مظهره الخارجي ناطقا برسميته وعلى هذا يمكن القول بان المحرر الرسمي يتمتع بقوة مطلقة في الإثبات فهو حجة على الناس كافة ما لم يطعن فيه بالتزوير كما جاءت به المادة 14 من قانون التوثيق المؤرخ في 15.12.1970 التي تنص يعتبر ما ورد في العقود الموثقة حجة ما لم يثبت و تزويرها"⁵ هكذا فليس له أن يستوجب خصمه تمهيدا للحصول على إقرار منه، و لا أن يوجه له اليمين القانونية الحاسمة ، و لا أن يطلب إحالة الدعوى على

القانون رقم 07-05 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق. ¹

² - نفس المرجع

³ - نفس المرجع

⁴ - قرار المحكمة العليا رقم 34700 بتاريخ 06 / 1985 / 26 المجلة القضائية السلة 1989 العدد 2 ص 57 المذكور في

كتاب محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص57.

⁵ - قانون رقم 02، مضمن تنظيم التوثيق، المرجع السابق.

التحقيق بغير الطريق المرسوم للطعن بالتزوير، و لا أن يطلب إثبات وقائع تتعارض مع البيانات الثابتة للورقة الرسمية ، حتى لو يتمسك بمبدأ ثبوت الكتابة و يريد أن يستعمله بالبينة أو بالقرائن¹، فلا بد إذا من سلوك طريق الطعن بالتزوير ، إذا كانت المنازعة فيما يشتمل عليه المحرر الرسمي من البيانات و امور قام بها الموثق في حدود مهمته او وقعت من ذوي الشأن في حضوره ، وقد رسم قانون المرافعات المدنية و التجارية طرق و مواعيد الطعن بالتزوير²

الفرع الأول:

حجية المحرر الرسمي من حيث الأشخاص.

إن المحررات الرسمية حجة فيما اشتملت عليه من بيانات وامور قام بها الموظف العمومي أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، وتعتبر حجيتها مفترضة متى كان مظهرها الخارجي سليما ولا ينبئ أنها غير ذلك، ويلزم على من يتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها، ولهذا لا يكفي مجرد إنكارها، بل يلزم على المتمسك بعدم صحتها الطعن فيها بالتزوير وهذا ما نصت عليه المواد 324 مكرر 5، 324 مكرر 6 و 324 مكرر 7 من القانون المدني الجزائري، ويكون الطعن فيها سواء من أطراف المحرر أم من طرف الغير.

أولاً: حجية المحرر الرسمي فيما بين المتعاقدين:

وضع المشرع الجزائري قاعدة عامة مفادها أن السند أو المحرر الرسمي حجة على الكافة، سواء كانوا أطرافاً في المحرر أي فيما بين المتعاقدين، أو كانوا من الغير الذين يضارون أو يستفيدون من المحرر، لذلك تم تخصيص نقطتين لبيان حجية السند أو المحرر الرسمي فيما بين المتعاقدين وكذا في مواجهة الغير.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص150.

² - عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، شركة الجلال للطباعة، الإسكندرية، 2005، ص

نصت على ذلك المادة 324 مكرر 6 من القانون المدني الفقرة الأولى منها والتي نقلها المشرع الجزائري عن نص المادة 1319 قانون المدني الفرنسي¹: يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن "، فالورقة الرسمية حجة يدون فيها ما لم يتبين تزويره أو لم يقدم دليل على خلاف ما دون فيها، فمتى كانت المظاهر الخارجية للمحرر تثبت أنه محرر رسمي، اعتبر كذلك إلى أن يثبت ذو المصلحة أنه ليس له صفة الرسمية لبطلانه أو لتزويره. وبذلك يكون له حجة بسلامته المادية وبصدوره ممن صدرت منه دون الحاجة إلى الإقرار به من قبلهم، وإذا اقتضت مصلحة أحد من ذوي الشأن أن يقيم الدليل على عكس بيان من البيانات التي يلحق بها وصف الرسمي، تعين عليه أن يلجأ إلى طرق الطعن بالتزوير، وهذا هو متاح فقط به في المحررات الرسمية².

والورقة الرسمية يساهم في تكوينها فريقان: أصحاب الشأن الذين يدلون بما عندهم من بيانات والموظف العام الذي يقوم بتحرير هذه البيانات ويضفي عليها صفة الرسمية: فالورقة الرسمية تشمل على عنصرين: عنصر يأتي من الموظف العام وآخر يأتي من أصحاب الشأن. واول هذين العنصرين هو الذي يلحق به وصف الرسمية ويتحتم الادعاء بالتزوير لرفع حجته، أما الثاني فلا يصدق لا يطبق عليه هذا الوصف ويجوز نقضه بالطرق العادية دون حاجة إلى الادعاء بالتزوير³. ولذلك يجب التفرقة بين الوقائع التي حدثت تحت سمع وبصر الضابط العمومي (الموثق) وأثبتها في المحرر الرسمي والتي تكتسي حجية مطلقة ولا يكون لصاحب المصلحة الذي يدعي غير ذلك أن يطعن فيها إلا بالتزوير وبين الوقائع التي ينقلها عن الأطراف والتي يمكن الطعن فيها بإثبات عكسها دون الطعن في المحرر في حد ذاته. فالمحرر الرسمي يتضمن نوعين من البيانات، الأولى ما يثبتته الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في حدود مهمته أو التي تصدر عن ذوي الشأن في حضوره ويثبتها الموظف بناءً على معرفته أو مشاهدته أو سماعه شخصياً، والثانية هو ما يثبتته الموظف بناءً على ما يقره الأطراف فتقتصر مهمته على إثبات ما يصدر عنهم فقط. أي كان نصيبه من الحقيقة فالنوع الأول من البيانات

¹ - القانون المدني الفرنسي، المرجع السابق.

² عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 263

³ محمد صبري السعدي، الرجوع السابق، ص 58.

يرتبط بمهمة الموظف وبالثقة التي تضفي على المحرر صفة الرسمية أما النوع الثاني فنقتصر مهمة الموظف بشأنه على ما يتلقاه من ذوي الشأن.

1-1- البيانات المدونة في السند والتي صدرت بمعرفة الأشخاص المكلفين بالتوثيق: تعتبر هذه البيانات رسمية على الناس كافة لا يمكن نقض حجيتها إلا عن طريق الطعن بالتزوير¹، ذلك لأنها تمت في حدود سلطة الموظف العام أو الضابط العمومي وكذلك في إطار المهام المخولة له قانونا، وبصفة أدق كل البيانات التي ذكر أنها تمت أمام عينيه أو سمعها بإذنه وشهد على صحتها²، ويتمتع على إثرها المحرر الرسمي بحجية مطلقة.

تشمل هذه البيانات التي يثبتها الموظف العام تطبيقا لواجبات وظيفته أو تحقق منها بنفسه في حدود مهمته مثل توقيعه على المحرر أو التاريخ الذي يدونه على المحرر و إثباته لحضور الأطراف المتعاقدين و الشهود وتوقيعهم و تسجيل رضائهم أمامه ، توقيعات الأطراف ، و تاريخ و مكان تحرير المحرر و اسم الموثق ، و حضور المترجم عند الاقتضاء ، و كذا إثبات ما جرى تحت سمعه و بصره و ما صدر من المتعاقدين أو ذوي الشأن ، ذلك من الإجراءات المتعلقة بإتمام الإجراءات التي يتطلبها القانون، فهذه الطائفة لها حجية مطلقة ولا يجوز دحضها إلا بالطعن بالتزوير ، فكل هذه البيانات يفترض أنها صحيحة بالنظر لمكانة الضابط العمومي في نظر المشرع . فكل هذه البيانات المدونة في المحرر الرسمي يفترض أنها صحيحة بالنظر لمكانة وأمانة الضابط العمومي في نظر المشرع³ وجعل لها طريقا معقدا لدحضها وهو طريق الطعن بالتزوير.

الغاية من هذه الحماية القانونية لتلك البيانات، هو أن المشرع اعتبر كل من الموظف العام والضابط العمومي والمكلف بخدمة عامة، بمثابة شهود تتميز شهادتهم بقيمة استثنائية فيما قاموا

¹ - محمد زهدور، المرجع السابق، ص 30

² - كريمة بلقاضي، الكتابة الرسمية والتسجيل والشهر في نقل الملكية العقارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر 2004-2005، ص 38

³ - نفس المرجع، ص 38.

بصياغته في السند أو المحرر الرسمي، فإذا ادعى أحدهم تزويرا فيما يخص عملهم، فإن ادعائه لا يتم إثباته بالطرق البسيطة وأيضا يجلب أن يخضع لإجراءات معقدة¹

وطبقا للمادة 324 مكرر 6 الفقرة الثانية من القانون المدني فإن الطعن بالتزوير في المحرر الرسمي، يتم إما بتقديم شكوى للجهة المختصة والتي تحرك دعوى التزوير الأصلية التي تعتبر جزائية، فتكون النيابة العامة طرفا فيها، وفي هذه الحالة على القاضي وقف تنفيذ هذا السند أو المحرر متى عرض عليه، وإما أن يقوم المدعي برفع دعوى تزوير فرعية تابعة للدعوى الأصلية المدنية القائمة، وهنا للقاضي السلطة التقديرية في أن يوقف تنفيذ السند مؤقتا أو لا يوقف تنفيذه، وذلك حسب الظروف المتعلقة بكل قضية².

2-1-البيانات التي أثبتها الأشخاص المكلفون بالتوثيق في السند باعتبارها واردة على لسان ذوي الشأن:

أما النوع الثاني فيتمثل في البيانات التي يدونها الموظف العام أو المكلف بخدمة على مسؤولية ذوي الشأن كونها صادرة منه دون أن يكون في استطاعته أن يتحقق من صحتها كونها خرجت عن حدود المهام القائم بتحرير المحرر الرسمي إلا أنه له علاقة مباشرة بالسند ، و لا تصل حجيتها إلى حد العلن فيها بالتزوير ، و إنما تعتبر صحيحة حتى يثبت عدم صحتها بطرق الإثبات المقررة قانونا³، لكونها هي الإقرارات أو البيانات التي يدلي بها ذوي الشأن إليه عن أمور لم تقع أمامه و لم تجر بحضوره و إنما يتم تدوينها على مسؤوليتهم دون أن يقوم الموظف بالتحقق من صحتها مثل : إقرار البائع أمام الموثق أنه قبض الثمن ، هذه الطائفة من البيانات تعتبر صحيحة حتى يقوم من ينكر صحتها بإثبات عكسها بطرق الإثبات العادية و لا تصل حجيتها إلى حد الطعن فيها بالتزوير ، و إنما تعتبر صحيحة حتى يثبت المدعى تنطوي عليه ، ومن ثمة يمكن إثبات صورية العقد المثبت في محرر رسمي دون حاجة إلى إجراءات الطعن بالتزوير لأن الموثق عندما أثبت حصول التعاقد لم تكن لديه وسيلة للتحقق من جديته

¹ - أحمد ميدي، المرجع السابق ص 56-57

² - يحي بكوش، المرجع السابق، ص114.

³ - كريمة بلقاضي، المرجع السابق، ص 28.

أو تكييفه القانوني ، لذلك فإن الادعاء أن إرادة الطرفين لم تنتج مطلقا إلى إبرام العقد، أو كونها اتجهت إلى إبرام عقد آخر غير العقد الظاهر من المحرر، لا يمس بأمانة الموثق.

كما أن وجود مثل هذه الإقرارات لا يمنع من التمسك بإبطال السند التوثيقي دون حاجة إلى الطعن فيه بالتزوير، ذلك أن الموثق يثبت إقرارات الأطراف المتعاقدة والتي قد تكون غير صحيحة، لأن عليه عدم صحته، أي إثبات عكس ذلك بطرق الإثبات المقررة قانونا، بحيث الطعن فيها لا يمس أمانة الموظف ولذلك يمكن إثبات عكسها بطرق الإثبات العادية دون الحاجة إلى سلوك طرق الطعن بالتزوير¹.

إثبات هذه المسائل ليس مما يدخل في مهمة من يتولى التوثيق، لكن ذلك لا ينفي وجوب تثبته من أهلية المتعاقدين ورضائهما ولو أقر بأهليتهما للتعاقد، وفي هذا الصدد قررت المحكمة العليا في القرار رقم 42316 المؤرخ 1987-02-02: " أن ملاحظات الموثق بان البائع يتمتع بكافة ملكاته الذهنية لا تكفي لصحة التعاقد، ويتعين على قضاة الموضوع الاعتماد على عناصر أخرى².

معيار التفرقة بين نوعي البيانات السابق ذكرهما، يكمن في اعتبار أن كل ما يتعلق بالمساس بأمانة وصدق المكلفين بالتوثيق حسب نص المادة 324 من القانون المدني، لا يمكن الطعن فيه إلا بطريق الطعن بالتزوير، أم ما دون ذلك فيكفي إثبات عكسه بطرق الإثبات العادية³.

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا ونصه ... " إذا كانت حجية الورقة الرسمية في الإثبات هي حجية على الناس كافة، أي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير معا، فإنه يجب التفرقة بين الوقائع التي أثبتها الموثق مما جرى تحت سمعه وبصره ، والتي فيها 6 مساس

¹ - كريمة بلقاضي، المرجع السابق، ص 28.

² - عبد الرحمان ملزي، محاضرات طرق الإثبات في المواد المشنية، لمقاة على الطلبة القضاء بالمدرسة العليا للقضاء الدفعة 15، الجزائر، السنة الدراسية 2004-2005، ص14-15.

³ - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق ص 15.

بأمانة الموثق وهذه حجيتها مطلقة ولا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير ، أما الوقائع التي ينقلها ذوي الشأن فيجوز الطعن فيها عن طريق إثبات عكسها دون حاجة إلى الطعن في الورقة ذاتها بطريق التزوير¹ ولما كانت هذه البيانات قد أثبتت في المحرر كتابة ، فإنه لا يجوز إثبات عكسها بين ذوي الشأن إلا بالكتابة أيضا أو بمبدأ ثبوت ، بالكتابة مستكملا بالبينة أو القرائن ، و العلة من كل هذا أن الطعن في هذه البيانات لا يتضمن مساسا بأمانة الموثق و صدقه ، لذلك تكون إجراءات الطعن فيه بالتزوير عديمة الجدوى.

الفرع الثاني:

حجية المحرر الرسمي من حيث الغير

يعتبر ما دون في المحرر الرسمي حجة ليس على أطرافه فحسب بل وعلى الغير والناس كافة، بحيث يسري على الغير ما يسري على الأطراف فيما يتعلق بحجية السند الرسمي، وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 7 وعبرت عليه أيضا المادة 324 مكرر 5 بقولها: " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني «، ومعنى ذلك أنها حجة بالنسبة للكافة فلا يستطيع أي شخص أن ينكر ما ورد به من بيانات مما يلحقه وصف الرسمية على التفصيل الذي سبق بيانه إلا عن طريق الطعن بالتزوير².

ونقصد بالغير كل من لم يكن طرفا في المحرر ولا خلفا عاما لأحد طرفيه. والخلف العام كالوارث أو الموصي له بحصة شائعة من التركة، أما الخلف الخاص كالمشتري من أحد طرفي المحرر فيعتبر بطبيعة الحال من الغير وكذلك يعتبر من الغير دائن أحد طرفي المحرر³.

ويرى الأستاذ ملزي، عبد الرحمان أن غير الأجنبي هو كل شخص يضار أو يستفيد من المحرر لكنه ليس من ذوي الشأن وخلفائهم سواء كانوا خلفا عاما أو خاصا.

¹ - كريمة بلقاضي، المرجع السابق، ص 29.

² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 60.

³ عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 167.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 6 ق.م " يعتبر العقد الرسمي حجة فر المحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن ... " ¹

من خلال استقراء نص المادة يتبادر للذهن أن حجية السند الرسمي تقتصر فقط على الأطراف المتعاقدة ، وورثتهم وخلفهم دون غيرهم ، لأن النص الذي جاء به المشرع الجزائري تم نقله عن المادة 1319 من القانون المدني الفرنسي، الذي نشأ في فترة زمنية وقع فيها الخلط بين حجية السند الرسمي كأداة إثبات، وبين التصرف المدون في ذلك المحرر ² ، والحقيقة أن حجية السند الرسمي بالنسبة للغير تنطبق عليها نفس أحكام الحجية بالنسبة للطرفين المتعاقدين ، إذا ما تعلق الأمر بالبيانات التي أثبتها الموثق والضابط العمومي والمكلف بخدمة العامة بمعرفته وفي حدود اختصاصه وسلطته ، فلا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير ³، أما البيانات الأخرى التي حررها نقلا عن تصريحات ذوي الشأن فلا تكون حجة على الغير إذا أنكروا صحتها ، وذلك دون حاجة لإثبات عدم صحتها ⁴.

ولكن لبيان مدى هذه الحجية في مواجهة الغير يجب إجراء التفرقة بالنسبة لحجية المحرر الرسمي بين أطرافه من نوعي البيانات التي يتضمنها وذلك من حيث البيانات القابلة للطعن بالتزوير وحتى البيانات الواردة في السند على سبيل الإشارة.

فبالنسبة للبيانات الصادرة عن الموظف أو المكلف بخدمة عامة أو تلك التي وقعت، فإنه لها حجية بالنسبة للغير حتى يقوم الدليل على العكس وإذا ما أراد الاحتجاج عليه بهذا المحرر، فلا يجوز له إثبات عكس تلك البيانات إلا عن طريق الطعن بالتزوير.

أما بالنسبة للبيانات الصادرة عن الأطراف والتي لم تقع في حضور الموثق فهي حجة عليه غير أنه يمكن له أن يثبت عكسها بغير طريق الطعن بالتزوير بل بجميع الطرق الممكنة

¹ - القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

² - أنور سليم عصام، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى سلة 2010، ص 180.

³ - أحمد ميدي، المرجع السابق ص 58 - 59.

⁴ - نفس المرجع 60-59.

فمثلا إذا ادعى الغير أن التصرف المدون في المحرر الرسمي ليس بيعا كما تدل عليه بل هو هبة مستترة بإمكانه أن يثبت ذلك بالوسائل المختلفة.

يمكن للغير حسن النية، أي الذي لا يعلم بصورية العقد يجوز له أن يتمسك بالعقد الصوري أو بالعقد الحقيقي، أيهما شاء فمثلا يمكن للدائن البائع أن يطعن بالصورية في البيع الرسمي الصادر عن مدينه ويثبتها بكافة طرق الإثبات منها البيينة والقرائن فإذن يمكن للغير أن ينكر صحة الوقائع التي أثبتتها الموثق دون أن يتعرض في ذلك لأمانة الموثق أو صدقه. وفي الأخير نرى أن حجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير هي حجيتها فيما بين الطرفين.

كما لا يجوز للغير في المحرر الرسمي أن يثبت خلاف ما أثبتته الموثق من أمور قام بها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره إلا إذا نجح في سلوك طريق الطعن بالتزوير، لأن المحرر الرسمي حجة على الناس كافة بما دون فيه من أمور قام بها محرره في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويره بالطرق المقررة قانونا.

المطلب الثاني:

صور المحررات الرسمية وحجيتها

تنص المادة 325 من القانون المدني: " إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا، فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل ». الصورة بوجه عام هي نسخة حرفية تنقل عن أصل ورقة من الأوراق، وتكون خالية من التوقيع. والواقع أن صورة السند أو المحرر الرسمي قد تكون صورة فوتوغرافية أو ضوئية، وقد تكون صورة خطية وقد تكون كربونية¹. عليه فإن صور المحرر الرسمي الفوتوغرافية أو الضوئية أو الخطية أو الكربونية قد تكون صورة رسمية، قام بتصويرها أو بنقلها كتابة أو بالآلة الكاتبة موظف عام مختص، أو تم تصويرها فوتوغرافيا أو ضوئيا تحت إشرافه²

¹ - عبد الرحمان ملزي، المرجع السابق، ص 14

² - أنور سليم عصام، المرجع السابق، ص 183

تنص المادة 326 ق م ج على ما يلي: "إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي: " يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجة الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل. ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها.

أما ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى فلا يعتد به إلا المجرّد الاستثناس تبعا للظروف¹ ويتضح من هذين النصين أن الصورة الرسمية بوجه عام هي نسخة حرفية تنتقل من أصل ورقة من الأوراق الرسمية دون أن تحمل التوقيعات التي على الأصل وتكتسب الصورة صفة الرسمية متى كانت منقولة عن الأصل بواسطة موظف عام مختص، ونظرا لانتشار التصوير الضوئي فقد سوى القانون بين الصور الخطية والصور الضوئية متى قام موظف عام بالاستيثاق من مطابقتها.

ولبيان حجية صور الأوراق الرسمية فقد فرق القانون بين ما إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا (الفرع الأول)، أو ما إذا كانت صورة المحرر الرسمي قد فقد أصلها (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

في حالة وجود أصل الورقة الرسمية وحجيتها

لقد نصت المادة 325 من القانون المدني بقولها: إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل. وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم يناف ذلك أحد الطرفين، فإن وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل² نفهم من هذه المادة أن المحررات الرسمية تحتوي على

¹ - القانون رقم 07-05، القانون المدني، المرجع السابق.

² - القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

صورتين أساسيتين وهما: في حالة وجود أصل الورقة الرسمية (النقطة الأولى)، وفي حالة عدم وجود أصل الورقة الرسمية (النقطة الثانية)

لقد تناول المشرع الجزائري حجية الصور المحررات الرسمية في نص المادتين 325 326 من القانون المدني مميزا ما بين حالتين، الحالة الأولى وهي الحالة الغالبة في حالة وجود الأصل محفوظ لدى المكاتب التي تم فيها تحرير هذا المحرر، والحالة الثانية والتي من النادر جدا حصولها في حالة عدم وجود الأصل إما لضياعه أو لسرقته أو للفه. قبل أن تبدأ هذه النقطة لا بد لنا أن نحدد أولا مفهوم كل من الأصل والصورة:

الأصل: هو الذي يحمل توقيعات أصحاب الشأن والشهود وغيرهم ممن تمت الاستعانة بهم ويحتفظ بها في مكاتب التوثيق.

الصورة: أما الصورة فلا تحمل هذه التوقيعات وليست صادرة من الموثق بل هي منقولة عن الأصل بواسطته وهذا ما يعطيها صفة الرسمية، إلا أن الأمر الذي يطرح نفسه هذا المقام هي القيمة الثبوتية لهذه الصور.

- لكي تكون الصورة حجية الورقة الرسمية ذاتها فإن القانون يشترط توافر امرين أساسيين تبني عليهما قرينة قانونية في يجب أن يكون أصل الورقة الرسمية موجودا، أي محفوظا، لكي يمكن الرجوع إليه عند الحاجة، وعليه أنه ذلك لا قيمة للصورة أو للنسخة الخطية في حد ذاتها وإنما تستمد قسمتها من مدى مطابقتها للأصل.
- يشترط أن تكون الصورة الرسمية، فإن كانت صورة عادية فانه لا يعتد بها، وقد تكون هذه الصورة الرسمية صورة عن الأصل ذاته، كما قد تكون صورة عن صورة رسمية للأصل، الحل في جميع الحالات سواء طالما أن الأصل موجود لأنه يمكن دائما في مضاهاتها به.

يفهم من نص هذه المادة أن الصورة الرسمية للأصل تكون لها حجية الأصل سواء كانت خطية أو فوتوغرافية ، و لإعطائها هذه الحجية يشترط أن تكون مطابقة للأصل و لا تكون صورة رسمية منقولة مباشرة من الأصل ، و لما كانت الصورة الرسمية ينقلها موظف عام مختص فقد اعتبر القانون أن الصورة مطابقة للأصل بمقتضى القرينة القانونية و هي ما لم ينازع أحد الطرفين في مطابقتها للأصل و في هذه الحالة فإن المحكمة تأمر بمراجعة الصورة على الأصل ، و قد قضت محكمة النقض المصرية بأن " الصورة الرسمية حجة بقدر مطابقتها للأصل - سقوط القرينة بالمنازعة في تلك المطابقة و يجب أن تكون المنازعة جدية و صريحة"¹

الفرع الثاني:

حالة عدم وجود أصل الورقة الرسمية

تعتبر هذه الحالة من الحالات النادرة جدا في الواقع العملي اذ من القليل جدا أن يفقد أصل المحررات الرسمية، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 326 من القانون المدني: " إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية، كانت الصورة حجة على الوجه الآتي: يكون الصورة الرسمية الأصلية، تنفيذية كانت أو غير تنفيذية، حجية الأصل، متى كان مظهرها إلا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل. ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها".²

أولا: إذا تعلق الأمر بالصورة الرسمية الأصلية:

¹ - نقض مدني، جلسة 24/5/1978، مج المكتب الفني من 29، ص 1215. المذكور في كتاب محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 62.

² - القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، ص 70.

إنّ الصورة الرسمية الأصلية هي أن تكون الصورة الرسمية مأخوذة عن الأصل مباشرة بواسطة موظف عام مختص يستوي أن تكون صورة تنفيذية أو صورة غير تنفيذية¹، سواء كانت مأخوذة عن الأصل

أولى ذاته المحفوظ أي عن الصورة التنفيذية أو النسخة العادية الأولى². وتكون الصورة بهذا المعنى حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل، أما إذا كان العكس كما إذا كانت مشتملة على شطب أو محو أو تحشير، ففي هذه الحالة تسقط للصورة حجيتها فهي لم تستمد هذه الحجية من الأصل كون أن الأصل غير موجود أصلاً لأنه مفقود، وإنما من ذاتها بالرغم من أنّها لا تحمل توقيع الخصم، وبالرغم من عدم امكانية مطابقتها مع الأصل.

ثانياً: إذا تعلق الأمر بالصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية فهي منقولة بمعرفة موظف عام مختص من الصورة الأصلية:

تكون لهذه الصورة نفس الحجية التي تكون الصورة الرسمية الأصلية³ بشرط أن تكون الصورة الرسمية الأصلية موجودة، و هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 2/325 من القانون المدني" وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين ، فإن وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل"⁴، و لكن يجوز لكل من الطرفين طلب مراجعتها على الصورة الأصلية فإذا فقدت الصورة الرسمية و تعذر إجراء المضاهاة فلا يجوز الاعتداد عند المنازعة إلا على سبيل الاستئناس إذ المشرع أعطى قرينة مفادها أن الصورة الرسمية حجية الصورة الأصلية ولكن تزول هذه القرينة بمجرد المنازعة .

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 63.

² - يحيى بكوش، المرجع السابق، ص 123.

³ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 63.

⁴ - القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

ان حجية الصورة في هذه الحالة ليست مستمدة من ذاتها بل مستمدة من الصورة الأصلية المأخوذة عنها، فإذا كانت مطابقة لها كانت لها حجية الصورة الأصلية على التفصيل السابق أما إذا كانت غير مطابقة للصورة الأصلية استبعدت واستبقيت الصورة الأصلية.

أما إذا كانت الصورة الأصلية غير موجودة لسبب ما، وأمام سكوت النص فقد اختلفت مواقف الأساتذة وفقهاء القانون في ذلك إذ اعتبرها الدكتور السنهاوري لا حجية لها وإنما يعتد بها على سبيل الاستئناس فقط، أما الأستاذ سليمان مرقس فيرى أن لها حجية أصلها الضائع متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في هذه المطابقة، أما الأستاذ أحمد نشأت فيرى أنه يمكن اعتبارها مبداً ثبوت بالكتابة.

ونحن من جهتنا فإننا نرى ما ذهب إليه الأستاذ السنهاوري أجدر بالتأييد وذلك راجع لان المشرع لو أراد أن يمنح لها حجية الصورة الرسمية الأصلية المفقودة لنص على ذلك هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المشرع اشترط لاكتسابها الحجية أن تكون هذه الصورة الأصلية موجودة الإمكان المراجعة متى نازع الأفراد في ذلك.

ثالثاً: إذا تعلق الأمر بالصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية:

ويعني هذا النوع هو ان تكون الصورة الرسمية مأخوذة عن الصورة المأخوذة عن النسخة الأولى هنا تبتعد المسافة ما بين الصورة والأصل بحيث تكون في الصورة الثالثة، في هذه الحالة تتعدد الحلقات وتتفرج المسافة ما بين الصورة والأصل وهنا فانه لا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف أي أنّها لا تصلح إلا أن تكون قرائن يستنبط منها القاضي ما يراه¹، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 326 من القانون المدني: أما ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى، فلا يعتد به إلا المجرّد الاستئناس تبعاً للظروف².

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 64

² - القانون رقم 05-07، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

ويرى غالبية الفقه. في بلاد المشرق وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري أنّها لا تصلح بان تكون حتى مبدأ ثبوت بالكتابة، إلّا أن الأستاذ عبد الرحمان ملزي ذهب إلى عكس ذلك إذ يرى أنه لا يوجد أي مانع من اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتاب. بحيث تعتبر هذه الصورة الثالثة وبالتالي لا تكون لها أية حجية وإنّما تكون على سبيل الاستئناس لا غير، ولكن إذا أقرها الخصم فإنها تسترجع صورتها

الفصل الثاني العقد الإلكتروني وحجته في الإثبات:

إن التطور العلمي و التكنولوجي أدى في السنوات الأخيرة إلى ظهور محررات جديدة تتميز كثيرا وتختلف اختلافا جوهريا عن المحررات الورقية التقليدية سواء من حيث الوسائط أو الدعائم التي تنظم هذه المحررات ، و من حيث إنشائها و تبادلها و تخزينها و توقيعها و هذه هي المحررات الإلكترونية ، و يترتب على ذلك أن الإثبات في المواد المدنية و التجارية لم يعد يقتصر على المحررات الورقية الرسمية و العرقية فقط و إنما فرضت المحررات الإلكترونية نفسها خاصة منها العقد الإلكتروني ، و ذلك في جميع الميادين و في المجال القانوني خاصة ، و هذا بازدياد التعاقدات التي تتم من خلال وسائل الاتصال الحديثة و خاصة شبكة الأنترنت .

أدى التطور التكنولوجي والمعلوماتي وانتشار الاتصالات العالمية إلى بروز المحررات الإلكترونية كأنواع جديدة وبديلة للمحررات التقليدية، وذلك بتحويل المجتمع من مجتمع ورقي إلى مجتمع إلكتروني، وكان من الواجب أن يتم منح الأمان القانوني للمتعاقدين من خلال هذه الوسائل الحديثة، لذلك اتجه الفقه إلى النظر في العقد الإلكتروني وتحليله والبحث فيه فيما إذا كان من الممكن أن يمنح هذا العقد الحجية في الإثبات، بحيث يكون من السهل على المتعاقدين إثبات التعاقدات التي تتم من خلال هذه الوسائل الحديثة.

ويتميز العقد الإلكتروني بمجموعة من البيانات التي يتضمنها وهي غير مرئية في حد ذاتها، كما أن نقلها أو تبادلها عبر المسافات يتم بطريقة غير تقليدية، ولهذا فإن ثمة شروط يجب على العقد الإلكتروني استيفائها لإضفاء الحجية عليه (المبحث الأول). ولقد ثارت مشكلة الإثبات في العقد الإلكتروني، وهل يتعادل في حجته مع المحررات الورقية التقليدية، خاصة أن الدليل الكتابي يأتي في قمة أدلة الإثبات في معظم التشريعات المبحث الثاني).

المبحث الأول:

ماهية العقد الإلكتروني

إنَّ المحررات الإلكترونية من الأفكار الحديثة التي ظهرت في مجال التعاملات الإلكترونية ، والذي شاع التعامل بها في الوقت الحاضر ، وقد أبرزت المحررات الإلكترونية أهمية بارزة و قوية نظرا لبدء المعاملات الإلكترونية والتي جاءت نتيجة للاستخدام المختلف للوسائل الإلكترونية ، و أصبحت حقيقة قائمة يستحيل تجاهلها في إبرام التصرفات القانونية فقد أقرت التشريعات التي نظمت الإثبات الإلكتروني صحة المحررات المدونة على الوسائط الإلكترونية و منحتها الحجية في الإثبات مساوية لتلك الحجية المقررة للمحررات الورقية و من خلالها نجد أن العقد الإلكتروني يعتبر وسيلة من وسائل الإثبات و أبرزها والاختلاف طبيعة المحررات الإلكترونية عن المحررات التقليدية ، لابد من التطرق إلى مفهوم العقد الإلكتروني (المطلب الأول) وبيان شروط قبوله (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

مفهوم العقد الإلكتروني

لقد أدى انتشار العقود الإلكترونية وإجراء التعاقد عن بعد، إلى طرح مجموعة من الإشكالات لاسيما عند النزاع بين أطراف المعاملة، حيث أن المتعاملين إلكترونيا أو عن بعد لا يملكون محررات ورقية للاحتجاج بها، وليست لديهم شهود، ولا وجود لوسائل الإثبات، فكل ما لديهم هو بيانات إلكترونية قائمة على دعائم إلكترونية لا تقرأ إلا بواسطة الحاسوب، لذلك يجب معرفة هذا العقد وذلك بالتطرق إلى مدلوله (فرع أول)، وتبيان خصائصه (فرع ثان)، بالإضافة إلى ضرورة تمييزه عن المحررات الورقية (فرع ثالث).

الفرع الأول:

تعريف العقد الإلكتروني

تعد رسالة البيانات التي يتم إرسالها من قبل طرفي العلاقة العقدية وهي الركيزة الأساسية التي يستند عليها في إثبات التصرفات القانونية التي تبرم إلكترونياً، لأنها تحتوي في مضمونها المحررات الإلكترونية التي تتضمن إرادة طرفي العلاقة¹، مما يوجب علينا تعريف العقد الإلكتروني فقهما (أولاً) وبعده تعريفة من خلال ما نصت عليه بعض التشريعات (ثانياً). ليس هناك تعريف موحد للعقد الإلكتروني لاسيما لو أخذنا بعين الاعتبار تعدد الجهات والمحافل التي أوردت هذه التعاريف من جهة، ونوع التقنية التي تستعمل في إبرامه من جهة أخرى وعليه سيتم عرض أهم التعاريف الواردة بشأنه فقهما أولاً، ثم في الموثيق الدولية ثانياً، وأخيراً تلك التي جاءت بها القوانين المقارنة ثالثاً.

أولاً: تعريف العقد الإلكتروني فقهما:

العقد الإلكتروني في الإطار العام لا يخرج من انه عقد يخضع إلى الأحكام العامة للالتزامات غير أنه يتمتع بخصوصية عن غيره من العقود التقليدية الذي يركز حول العنصر الإلكتروني في هذا العقد، إذ يتم ترويج السلع والخدمات وتبادلها وإتمام الصفقات باستخدام الوسائل الحديثة عن بعد. قد أعطى الفقه للعقود الإلكترونية عدة تعريفات لا تختلف كثيراً عما ذهبت إليه التشريعات الغربية والعربية في هذا المجال، فقد ذهب البعض إلى التوسع وذهب البعض الآخر إلى التضييق على النحو التالي:

¹ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون مكان النشر،

عرف الفقهاء التعاقد الإلكتروني على أنه: " هو التعامل الذي يشتمل على ثلاثة انواع ومختلفة من الصفقات وهي تقديم خدمات الأنترنت والتسليم الإلكتروني للخدمات أي تسليم صفقات المنتجات الخدمية للمستهلك في شكل

معلومات رقمية، واستخدام الأنترنت كقناة لتوزيع الخدمات، وعن طريقها يتم شراء السلع عبر الشبكة، ولكن يتم تسليمها بعد ذلك للمستهلك في شكل إلكتروني"¹.

كما عرفه البعض بأنه: تلك العملية التجارية التي تتم بين طرفين بائع ومشتري وتتمثل في عقد صفقات وتسويق منتجات عن طريق استخدام الحاسب الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت، وذلك دون الحاجة لانتقال الطرفين أو لقائهما، بل يتم التوقيع الإلكتروني على العقد"²

عرف الفقه العقد الإلكتروني أيضا: " عرض المشروع للسلع والخدمات على موقع الأنترنت ليحصل على طلبات العملاء"³. فعرفه الباحثان ممدوح خالد إبراهيم وصالح المنزلاوي⁴ بأنه " العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية"⁵

¹ - أحمد إبراهيم، تقرير عن الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في مصر «، بحث مقدم إلى مركز المعلومات ودعم القرار بمجلس الوزراء، مصر، مذكور في كتاب ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد ناشرون، السعودية، 2009، ص 18 - 23.

² - حسن فاروق: البريد الإلكتروني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1999، ص 9.

³ - رمضان مدحت عبد الحليم، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 17.

⁴ - ممدوح خالد ممدوح إبراهيم، إثبات العقود والمراسلات الإلكترونية، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 17.

⁵ - صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية مصر، بدون رقم طبعة، سنة 2008، ص 12، نقلا عن:

BEAURE D'AUGERES (G)، BREESE (P) et THUILLER (S)، patinaient numérique sur internet aspects juridiques et impact sur les métiers ; Thomson publishing 1997.

فيما البعض الآخر يرى أنه " هو ذلك العقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة، فهو عقد عادي ولكنه يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها"¹ وهذان التعريفان يعدان التعريف القصير للعقد الإلكتروني، الذي يتم إبرامه على شبكة المعلومات العالمية بواسطة الإنترنت رغم تعدد الوسائل المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني بينما يرى جانب من الفقه القانوني أن العقد الإلكتروني هو: " جميع المعاملات التي تتم عبر الانترنت، حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية، و إن كان الغالب أنها تتمتع بهذه الصفة من جانب مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل، و الذي غالبا ما يكون تاجرا"².

ويلاحظ أن هذا التعريف حصر العقد الإلكتروني في الانترنت، ولهذا فإن هذا التعريف يحتاج إلى دراسة معمقة، حيث أثار ولا يزال يثير عند الفقهاء الكثير من الخلاف والجدل، ولا زال الكثير يربط العقد الإلكتروني بالتعاقد عبر الانترنت، وهو ما يتنافى مع مفهوم الوسائل الإلكترونية كالفاكس، التلكس والميتل الخ، بينما يبقى الانترنت وسيلة من وسائل إبرام العقود الإلكترونية وذلك مرده إلى تنوع الوسائل الإلكترونية التي يمكن التعاقد بواسطتها.

وقد أعطى الدكتور إلياس ناصيف تعريفا موسعا وشاملا، حيث عرفه بأنه عقد يتم إبرامه بوسيلة إلكترونية كلياً أو جزئياً، والوسيلة الإلكترونية هي كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو أي وسيلة مشابهة، تكون صالحة لتبادل البيانات بين المتعاقدين³.

ويعتبر هذا التعريف هو التعريف الواسع والشامل لكل جوانب عملية التعاقد، ومدى استعمال الوسيلة الإلكترونية في انعقاده كلياً أو جزئياً، وطبيعة الوسيلة التي يبرم بها.

¹ - بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى 2006. ص 17.

² - مجاهد أسامة، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات في الفترة من 1-2 مايو 2000 ص 32.

³ - إلياس ناصيف، العقود الدولية (العقد الإلكتروني في القانون المقارن)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، مئة 2010 ص 36.

ويمكن تعريف العقد الإلكتروني بأنه عقد أو اتفاق يتم بوسيلة إلكترونية كلياً أو في مرحلة من مراحله، حيث تمكن هذه الوسيلة من تبادل البيانات بين أطرافه.

وذهب جانب من الفقه إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل.

ثانياً: التعريف الوارد في المواثيق الدولية:

نقتصر في هذه النقطة على التطرق إلى التعريف الذي جاء به القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية كونه أهم وثيقة دولية في هذا المجال، ثم التعريف الذي جاءت به المواثيق الأوربية.

01/ التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية:

لقد عرفت اللجنة المنبثقة عن منظمة الأمم المتحدة و المتخصصة في القانون التجاري الدولي الأونسيترال لسنة 1996¹، و التي خلال جمعيتها العامة رقم 85 المنعقدة في 16 ديسمبر 1996، و التي انتهت بإصدار توصية ضمنت القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية،

¹ - قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل الاشتراع ، و الذي وضع من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسيترال في 14 يونيو 1996 ، و الذي اعتمد من الجمعية العامة للأمم المتحدة في الجلسة رقم (15/162) بتاريخ 16 ديسمبر 1996 ، و التي وافقت فيها لجنة الأونسيترال على إصدار قانون يهدف إلى وضع بيئة آمنة لتسيير و تنظيم استعمال وسائل الاتصال الحديثة ، فأصدر القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ، و الذي كان المرجعية للعديد من دول العالم و التي سارعت إلى إصدار قوانين تنظم المعاملات الإلكترونية، و أول دولة طبقت هذا القانون هي دولة سنغافورة ، و التي أصدرت قانون المعاملات الإلكترونية في سنة 1998، أي بعد عامين فقط من صدور قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية ، ثم تلتها الدول تباعاً ، و أول دولة عربية أصدرت قانون ينظم المعاملات الإلكترونية في تونس في سنة 1999 ، نقلاً عن سليمان مصطفى ، المرجع السابق، ص 15 .

حيث نصت في المادة 2/1 تعريفاً غير صريح للعقد الإلكتروني واكتفى بالإشارة إلى نطاق تطبيقه ، و على أي نوع من المعلومات و هي كما يلي : " يراد بمصطلح تبادل البيانات نقل المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو التلكس أو الفاكس البرقي".

بحيث اكتفى بسرد الوسائل والتقنيات المعتمدة في تبادل البيانات ونقل المعلومات والسبب في ذلك أن هذا القانون أصلاً يتعلق بتبادل البيانات والمعلومات ثم عنون بالتجارة الإلكترونية، والتي تكون على شكل رسائل وبيانات والتي تستخدم في الأنشطة التجارية، حيث لم يحدد نوع الوسيلة التي يتم بها هذا التبادل.

اكتفى القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية (UNCITRAL)¹ ، في المادة 2 - ب بتعريفه بأنه: " تبادل البيانات الإلكترونية " L'échange des données informatisées ، حيث نصت بأنه : " يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات ، ورأت اللجنة المعدة لهذا القانون بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الإلكترونية ، ويشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة وعليه فإن العقد الإلكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة في المادة 2- أو 2- ب وهي:

¹ - صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51-162 في 16 ديسمبر 1996 ، يتكون هذا القانون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل ، وهذه المواد مقسمة إلى بابين ، الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد من 1 إلى 10 ، أما الباب الثاني فمكون من أمل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16 و 17 منه ، ويلحق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطاباً للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية . من أجل الاطلاع على القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وملاحقة المفسرة له، راجع 79. www.unicitral.org.

- نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر وفقا لنظام عرض موحد.
- نقل الرسائل الإلكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية.
- النقل بالطريق الإلكتروني للنصوص باستخدام الإنترنت، أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتلكس والفاكس.

وواضح مما سبق أن الانترنت حسب هذا القانون ليست الوسيلة الوحيدة لإتمام عملية التعاقد والتجارة الإلكترونية بل تشاركها وسائل أخرى مثل جهازي التليكس والفاكس. ويرى أغلب الفقه أن القانون الموحد للتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة لم يعرف العقد الإلكتروني لكنه عرف الوسائل المستخدمة في إبرامه، كما أن هذا القانون توسع في سرد وسائل إبرام هذه العقود، فبالإضافة على شبكة الانترنت هناك وسيلة الفاكس والتليكس.

أما قانون التوجيه الأوروبي 97-7 الصادر في 20 ماي 1997 بشأن حماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد، والتي عرفت فقد عرف في المادة الثانية منه العقد الإلكتروني بأنه كل عقد يبرم عن بعد يتعلق بالسلع والخدمات، بين مورد ومستهلك بموجب نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد، التي ينظمها المورد وتستخدم فيه حصريا وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى لحظة إبرام العقد.

فالملاحظ أن هذا التعريف وازن بين العقد العادي والعقد الإلكتروني، من خلال إفراغ هذا الأخير في قالب الأحكام التنظيمية الخاصة بعقد البيع وعقد تقديم الخدمات عن بعد، عبر كل الوسائل الإلكترونية التي يمكن معها تبادل الإيجاب والقبول دون استثناء حتى آخر ثالثا: تعريف القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني. إن استعمال التقنية في التعاقد والمعاملات جعل من تنظيمها بتشريعات ونصوص قانونية أمر لا مفر منه، فاتجهت أغلب الدول وخصوصا المتقدمة منها إلى سن نصوص قانونية لتنظيم المعاملات الإلكترونية، كما أدى صدور قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية إلى تحفيز الفقه التشريعي العربي والغربي لإصدار قوانين تنظم المعاملات الإلكترونية، فتناولت تعريف العقد الإلكتروني من وجهات نظر مختلفة.

ففي الجانب الفرنسي عرف المشرع الفرنسي العقود الإلكترونية في القرار الصادر بتاريخ 3-12-1987 الخاص بإعلام المستهلك¹، وعلى أنها العقود التي تتم بكل الوسائل التي تسمح للمستهلك بأن يطلب سلع أو بضائع موجودة خارج محل إقامته ، وتسلمه إياها من البائع² وبصدور الأمر رقم 2001 -741³ المتعلق بالبيع عن بعد، والمعدل لقانون الاستهلاك والذي حاول المشرع الفرنسي من خلاله أيضا وضع تعريفا للعقد عن بعد ، بإضافة المادة 121 - 16 و التي تنص على ما يلي " تسري أحكام هذا القسم على أي عملية بيع الممتلكات أو أي توريد للخدمة دون التواجد المادي المتزامن للأطراف ، بين المستهلك والمهني ويستعملان حصريا لإبرام هذا العقد ، تقنية أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد و مواكبة التطور ومسايرة للتحديات التكنولوجية وتطورات المعاملات التجارية ، كان لابد للدول العربية والتي وجدت نفسها أمام حتمية استعمال التقنية في المعاملات والمبادلات التجارية من أفراد نصوص قانونية تنظم هذا النوع من المعاملات ، فكانت تونس السياقة إلى وضع قانون للمبادلات والتجارة الإلكترونية سنة 2000⁴، والذي نص على كيفية تكوين العقد الإلكتروني عند موافقة البائع على طلب المستهلك من خلال وثيقة ممضية من البائع والموجهة إلى المستهلك⁵، أي أن

¹-Arrêté du 3decembre 1987، relatif à l'information du consommateur، NOR.Ecoc 8700137A، JORF du 10 décembre 1987. P14354.

²- ريمون ملك حمودة حجية الدليل الإلكتروني أمام القضاء الطبعة الأولى، المركز القومي الاصدارات القانونية، القاهرة مصر، مسنة 2017، ص 17.

³-Ordonnance n ° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, JORF n ° 196 du 25 août 2001. page 13645 , art 221-16 ' Les dispositions de la présente section s'appliquent à toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue , sans la présence physique simultanée des parties , entre un consommateur et un professionnel qui , pour la conclusion de ce contrat , utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance'

⁴- القانون المبادلات والتجارة الإلكترونية عدد 83 لسنة 2000، المؤرخ في 9 أوت 2000، المتعلق بالمبادلات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية.

⁵- الفصل 28 من نفس القانون " ينشأ العقد الإلكتروني بعلوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. - قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الصادر في 11 أوت 2000، للإشارة فان تونس تعتبر أول دولة عربية أصدرت قانونا يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

العملية تتم إلكترونياً عن طريق إرسال طلبات المستهلك إلى البائع، ويقوم البائع بالقبول وتوقيع وثيقة إلكترونية لإتمام المعاملة، فهذه الوثيقة بمجرد قبولها وتوقيعها من طرف البائع فتعتبر بمثابة عقد إلكتروني.

أما المشرع الأردني فقد عرفه في المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني¹ العقد الإلكتروني على أنه: " الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية، كلياً أو جزئياً. وأضافت نفس المادة إلى ذلك تعريفاً خاصاً للوسائل الإلكترونية التي تبرم بواسطتها العقد على أنها: " أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها ".

كما عرف المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية رقم 15 المؤرخ في 19/05 / 2015 في المادة 2 على أنه أي إجراء يتم بين الأطراف لإنشاء التزام من جانب واحد أو من جانبين سواء كان يتعلق بعمل مدني أو تجاري، وأضاف في نفس المادة أن المعاملات الإلكترونية هي التي تتم بالوسائل الإلكترونية، وهذه الوسائل حسب نص نفس المادة أيضاً هي كل تقنية تستخدم للاتصال بوسائل مغناطيسية أو كهربائية أو ضوئية أو أي وسيلة مشابهة لها في تخزين وتبادل المعلومات².

وعرف قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي³ المبادلات الإلكترونية في مادته 2 على أنها: " المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية "، وعرف التجارة الإلكترونية بأنها: العمليات التجارية التي تتم عبر المبادل-وتولت التشريعات تعريف العقد الإلكتروني، ومنها:

¹ - قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2000 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001.

² - خالد حسن احمد، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، المطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة مصر، مصر، سنة 2016، ص 234.

³ - قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الصادر في 11 أوت 2000، للإشارة قان تونس تعتبر أول دولة عربية أصدرت قانوناً يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

التوجه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد فقد عرفت المادة الثانية منه التعاقد المبرم عن بعد بأنه: أي عقد متعلق بالسلع والخدمات التي يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد الذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الالكترونية حتى إتمام العقد.

وعرف **المشرع المصري** العقد الالكتروني في مشروع قانون التجارة الالكترونية في المادة 01 انه كل عقد تصور فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو قبول وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط الكتروني.

أما **المشرع الجزائري** فلم يعطي تعريفا محددا للعقد الإلكتروني في القانون المدني، ولكنه أشار إلى التعاقد عن بعد عن طريق الوسائل الإلكترونية كالهاتف في المادة 64 ف 1 من القانون المدني الجزائري¹: " ... وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل " والتي فتحت المجال لكل وسيلة مستحدثة للتعاقد عن بعد. وما يؤخذ به المشرع الجزائري التأخر الكبير في تنظيم مجال المعاملات والمبادلات الإلكترونية فلم يكن هناك قانون خاص ينظم هذا المجال، بحيث المشرع الجزائري قام بإصدار مجموعة من النصوص التي تنظم باستغلال وسائل الاتصال وتبادل المعلومات وذلك لمواكبة منه للتطورات التكنولوجية التي تحتاج إلى تنظيم قانوني. فقد أسس المشرع الجزائري نظام الرخص في استغلال مختلف شبكات التواصل السلكية اللاسلكية بموجب القانون رقم 2000 / 03².

¹ - القانون رقم 05-07، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

² - قانون رقم 2000 / 03 مؤرخ في 05 اوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 48، صادر في 06/08/2000 معدل ومتمم.

خاصة في مادته 8¹/8 والمادة 32، منه ليليه مرسوم تنفيذي رقم 01²/123 المحدد النظام هذا الاستغلال المعدل سنة 2004 بموجب المرسوم التنفيذي رقم 04 / 157³.

أحدث المشرع الجزائري قفزة نوعية بإدراج الكتابة الإلكترونية ضمن وسائل الإثبات القانونية بمناسبة تعديل القانون المدني لسنة 2005 بموجب القانون رقم 05-10⁴، الذي استحدث المادة 323 مكررة التي تعترف بالكتابة الإلكترونية كالكتابة الرقمية شرط إمكانية التأكد من هوية الشخص المصدر، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وقصد المشرع المدني بهذا الشرط التصديق الإلكتروني، دون أن يصرح بها، ثم تلاه القانون التجاري الذي نص على التبادل الإلكتروني للسفجة والشيك.

ظهر مصطلح التصديق الإلكتروني لأول مرة في القاموس القانوني الجزائري سنة 2007 بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07⁵/162 المعدل والمرسوم رقم 01/123 الذي أدرج ضمن قائمة الخدمات الخاضعة للترخيص والتي كانت تقص عليها المادة 8/8 من القانون رقم 2000/03 خدمات التصديق الإلكتروني الذي رافق الترخيص لممارسة خدمة التصديق الإلكتروني بدفتر شروط نموذجي.

¹ - تنص المادة 8 / 8 من القانون رقم 2000/03 على ما يلي: موفر الخدمات كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية". أما المادة 32 من القانون نفسه تنص على ما يلي: "تمنح الرخصة لكل شخص طبيعي أو معنوي برسي عليه المزداد إثر إعلان المنافسة ويلتزم باحترام الشروط المحددة في دفتر الشروط".

² - مرسوم تنفيذي رقم 01/123 مؤرخ في 9 ماي 2001، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية جر عدد 27، صادر في 13/05/2001، معدل ومتمم، خولت المادة 3 من هذا المرسوم صلاحية منح الرخص لسلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ومن بين النشاطات التي أخضعتها هذه المادة لرخصة سلطة الضبط هي خدمات توفير النفاذ إلى الأنترنت.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 04/157 مؤرخ في 31 ماي 2004، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01/123 المؤرخ في 09 ماي 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية جر عدد 35، صادر في 2 يونيو 2004، معدل ومتمم. - قانون رقم 05 / 10، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

⁴ - قانون رقم 05 / 10، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

⁵ - مرسوم تنفيذي رقم 07/162 مؤرخ في 30 ماي 2007، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، يعدل ويتمم المرسوم رقم 01/123، ج ر عدد 27، لسنة 2007

عرف المرسوم التنفيذي رقم 07/162 لأول مرة التوقيع الإلكتروني المؤمن بأنه ذلك التوقيع الخاص بالموقع فقط ، يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت رقابته الحصرية ، و أن تكون متصلا بالمعاملة و اي تعديل فيه يكون قابلا للكشف ، كما نص على معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني و معطيات فحصه ، الشهادة الإلكترونية ، و مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني وبعدها أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 15-04 لسنة 2015 الذي يتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكتروني ، و الذي أعاد تعريف المصطلحات التي تناولها المرسوم التنفيذي رقم 07/162 و منحها تعريف مغايرة بمصطلحات مختلفة ، ليكشف بذلك خلل المنظومة القانونية الجزائرية التي سبق المرسوم صدور القانون ، كما أن بعض الهيئات الإدارية منها وزارة الداخلية و وزارة العدل تطبق هذه الإجراءات قبل صدور القانون رقم 15-04¹، الذي يعتبر الإطار العام للتوقيع و التصديق الإلكتروني.

لتنفيذ القانون رقم 15-04 صدرت مجموعة من النصوص التنفيذية، منها المرسوم التنفيذي رقم 16/134² يحدد تنظيم المصالح التقنية والإدارية للسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني، ثم المرسوم التنفيذي رقم 16/135³، الذي يحدد طبيعة السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وتشكيلها وتنظيمها، ثم درس المرسوم التنفيذي رقم 16/142⁴ الذي يحدد كيفية حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا.

و أخيرا أصدر المشرع الجزائري قانون يتعلق بالتجارة الإلكترونية بموجب قانون رقم 5 /18 /05 لسنة 2018 عرف العقد الإلكتروني صراحة في المادة 06 الفقرة الثانية منه على أن العقد

¹ - قانون رقم 15-04 مؤرخ في 01 فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر عدد 06، صادر في 10/02/2015.

² - مرسوم تنفيذي رقم 16 / 134 مؤرخ في 25 أفريل 2016، يحدد تنظيم المصالح التقنية والإدارية للسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني، ج ر عدد. صادر في 28 أفريل 2016

³ - مرسوم تنفيذي رقم 16/135 مؤرخ في 25 أفريل 2016، يحدد طبيعة السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وتشكيلها وتنظيمها، ج ر عدد 26، صادر في 28 أفريل 2016

⁴ - مرسوم تنفيذي رقم 16 / 142 المؤرخ في 25 أفريل 2016، يحدد كفاءات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، ج ر عدد 26 صادر في 28 أفريل 2016

⁵ - قانون رقم 18/05 مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28 صادر في 16 ماي 2018.

الإلكتروني : " العقد بمفهوم القانون رقم¹ 04-02 المؤرخ في 05 جمادي الأول عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، و يتم إبرامه عن بعد ، دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه ، باللجوء حصريا التقنية الاتصال الإلكتروني"²، فان العقد الذي أشارت إليه في الفقرة 4 من المادة الثانية ، يتم عقده باللجوء حصريا إلى التقنية الإلكترونية ، و يمكن أن ينجز على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو وثيقة أخرى ، مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا.

وهذا التعريف للعقد الإلكتروني في نظرنا يحتاج إلى بعض الدقة في الصياغة، حيث أنه وصف العقد على أنه يمكن أن يكون فاتورة أو جدولا، فالفاتورة هي من آثار العقد وتتبع عملية التسليم، أما الجدول فهو شكل من الأشكال الهندسية قد يضم كتابة وقد لا يضمها، وزاد في غموض هذا التعريف في وصفه بأنه قد يكون أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها، فالوثيقة ليس شرطا أن تضم تعهدا أو التزاما فقد تكون قانونا أو منشورا أو تعليمة.

ما يلاحظ من تعريف المشرع الجزائري للعقد الإلكتروني، أنه لم يكن دقيقا في وصفه حيث أنه لم يشر إلى المعيار الذي يحدد إلكترونية العقد، ومدى استعمال الوسائل 2 4

الإلكترونية في كل مرحلة من مراحله أو جزء منها، كما أنه ضيق مجال العقود الإلكترونية وحصرها في عقود الإذعان، حيث أنه يمكن أن يكون العقد إلكترونيا باستعمال التقنية الرقمية في مرحلة التسليم فقط، كتسليم برامج رقمية عن طريق إرسالها عبر البريد الإلكتروني، فيما تمت مرحلة التفاوض بين حاضرين بصفة عادية.

الفرع الثاني:

خصائص العقد الإلكتروني

¹ - القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد 41، المؤرخة في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004.

² - قانون رقم 18/05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المرجع السابق.

يتميز العقد الإلكتروني بخصائص عديدة تميزه عن غيره من العقود و التي يتم إبرامها بين المتعاقدين يجمعهما مجلس العقد ، فالعقد الإلكتروني يتم باستخدام وسائل او وسائط الكترونية و غالبا ما يتم بين متعاقدين كل منهما في بلد أي هناك تباعد مكاني بينهما و يكون هناك تواجد زمني كما يتم الوفاء في العقد الكترونيا ويتم التعاقد بطريقة الكترونية كذلك نصوص وبنود العقد الإلكتروني تكون محررة في محرر الكتروني و ليس في محرر ورقي كما هو معروف في العقود العادية لذلك سيتم استعراض خصائص التعاقد الإلكتروني على النحو التالي:

أولاً: السرعة في انجاز الأعمال:

يتميز العقد الإلكتروني بالسرعة في إبرام التعاقد، إذ يستطيع الشخص الذي يقرر التعاقد عن طريق وسائل الاتصال والتأكد من وصوله إيجابيا إلى الشخص الآخر الذي تعاقد معه في أي بلد كان والحصول على الإجابة المباشرة بالقبول أو الرفض خلال ثوان معدودة، وبهذا توفر الوقت وتختصر المسافات بشكل كبير لاسيما في التجارة الإلكترونية. فالسرعة في انجاز الأعمال على شبكة الانترنت تعد إحدى المميزات الأساسية التي عملت على انتشار التعاقد الكترونيا بل وانجاز كافة المعاملات التجارية وغير التجارية الأخرى، فلو ذكرنا مثلا أن طرفي التعاقد جنسيتين مختلفتين فيمكن لكل منهما التفاوض وهو في مكتبه دون أن يتحمل عناء ومشقة السفر والإقامة في دولة غير دولته وهو ما يعد تقدما كبيرا بل ثورة في انجاز المعاملات التي كان يتطلب انجازها في الماضي وقتا وجدا. فضلا عن السرعة فان المحررات الإلكترونية أيضا تتصف بالفعالية التي تسمح بحضور افتراضي معاصر، وذلك بتسليم بعض الأشياء أو أداء بعض الخدمات فورا، كما في حالة الحصول على خدمات معينة، وتمكن كذلك من عملية الوفاء عن طريق الانترنت أي دفع الثمن إلكترونيا عن طريق إحدى الوسائل المعروفة للوفاء، إما بواسطة بطاقة الائتمان أو البطاقة الذكية وغيرها¹.

¹ - عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 40.

ثانيا: السرية وضمان الأمن القانوني

و يتميز العقد الإلكتروني كذلك بالسرية ، لأن العقد يكون مطبوع او مكتوب أو مستنسخ ولا يعرف ما فيه من معلومات إلا المرسل الذي أرسله أو الشخص المخول بإرساله ، خلافا للبرقية العادية التي تفتقد الكثير من سريتها ، إذ يتداولها عدة أشخاص حتى تصل إلى المرسل إليه ، فالعقد الإلكتروني مستخرج من تقنيات متطورة يكون فيه أمر المحافظة على سرية مضمونها ، وكذلك انعدام احتمال صياغته ، لاسيما أن العقد الإلكتروني استخرج من الانترنت كونه تقنية توفر أمان عال ، فمعظم التشريعات التي أقرت هذا العقد أوجد وسائل تقنية تضمن الثقة به وذلك عن طريق إقرار نظام تشفير العقد الإلكتروني ونظام كاتب العدل الإلكتروني ، الذي يقوم بتصديق العقد الإلكتروني ، هذان النظامان يوفران أمن عالي للعقد الإلكتروني يضمن سرية بعدم اطلاق أي طرف أجنبي عليها، فضلا عن عدم تغيير مضمونها وذلك لصعوبة إنكار هذا العقد بعد المصادقة عليه¹.

ثالثا: الإتقان والوضوح:

وتعني هذه الخاصية أن العقد الإلكتروني المستخرج عن طريق التقنيات الحديثة، يحقق العديد من الفوائد للأفراد والشركات التي تثبت عقودها عن طريق هذه العقد الذي يتميز بالاتفاق والوضوح، إذ يتم إعداده قبل إرساله فيكون بذلك خالية من الأخطاء، وأن حدثت أخطاء فإنه تصحح عند حصوله بالتالي يظهر واضح ومنظم، لا سيما في المحررات الإلكترونية المرسلة عن طريق نظام الفاكس، لأن هذا العقد لا يحتاج إلى تدقيق للأخطاء فيه فهو يصل بالصورة والحجم نفسيهما.

¹ - نفس المرجع، ص 42

العقد الإلكتروني بذلك وفر نفقات الاتصال والوقت والنفقات اللازمة للتسوق والتنقل، فضلا عن تكريسها لمبدأ الشفافية في المعاملات التجارية بما تتيح من سهولة في الحصول على معلومات دقيقة وكاملة¹.

رابعاً: تخفيض تكاليف النقل والتخزين إلى أقل حد ممكن

أما عن خاصية خفض التكاليف فإنها تترجم بان التعامل الإلكتروني بالعقد الإلكتروني قد قلص كثيراً من مشكلة خزن الأوراق المكتوبة ، والتي كانت تعد من أهم المشكلات في حفظ الأدلة الكتابية التقليدية وتخزينها لفترة طويلة لاسيما في ظل نظام نقل البضائع ، والذي بلغت فيه مشكلة كمية الوثائق المكتوبة جداً مرهقاً إلى درجة أنها لا تعد ، وهذا الأمر جعل من الصعب إيجاد المكان الكافي والملائم لدى شركات النقل والمنشآت ، لذلك جاء الحاسوب ليساهم في حل هذه المشكلة ، حيث يقوم بحفظ تلك المعلومات بداخله ، وهكذا ظهرت فكرة الأرشفة الإلكترونية ، بالتالي بالعقد الإلكتروني أدى إلى تضائل استخدام المحررات التقليدية الورقية²

خامساً: ظهور ما يسمى بالإثبات الإلكتروني.

وهو ما يعني أن العقد الإلكتروني أدلة حديثة فرض نفسه في التعامل، ويتم استخراج معلوماته من وسائل خزن التقنيات علمية متطورة. وقد أدى هذا العقد إلى ظهور ما يسمى بالإثبات الإلكتروني والذي يجد مكانه في مجال إبرام التصرفات القانونية والمعاملات التجارية، والمعترف به من قبل غالبية التشريعات التي ساوته بالإثبات التقليدي ومنحته الحجية ذاتها³.

سادساً: عدم وجود علاقة مباشرة بين أطراف العقد:

¹ - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 48

² - المرجع السابق، ص 46

³ - المرجع السابق، ص 44.

إن العقد الإلكتروني يتميز عن باقي العقود بأنه عقد مبرم عن بعد، أي أن هناك مسافة بين المتعاقدين " فالتعاقد الإلكتروني " عبر الانترنت يعد تعاقد بين حاضرين حكماً، حيث أن هناك تباعد مكاني بين البائع والمنتج وبين المستهلك ولكن هناك في الغالب اتحاد زمني بين الطرفين فالطرفين لا يجمعهما مجلس عقد واحد¹.

والخلاف يثار بين حول طبيعة العقد المبرم بواسطة الانترنت هل هو بين حاضرين أم أنه تعاقد بين غائبين؟ فذهب البعض إلى اعتباره تعاقد بين حاضرين لإمكانية تبادل طرفي العقد الكلام عبر الشبكة وهذا ما ينطبق على التعاقد عبر الهاتف²

بينما ذهب رأي آخر إلى اعتبار تعاقد بين غائبين لأن صفحة العقد تكون معدة سلفاً، وما على المتعاقد سوى القبول أو الرفض وهو أقرب إلى عقد الإذعان.

ونرى أن التعاقد عبر الانترنت يعتبر تعاقد بين غائبين لما سبق وكذلك فتبادل الحديث عبر الشبكة ليس هو الأساس ولا يمثل محور حيوي لأن حجم العقود الهائل لا يسمح بتبادل الأحاديث حول كل عقد والأمر يختلف بالتعاقد عن طريق البريد الإلكتروني فعند وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول فإن التعاقد هنا يكون بين غائبين من حيث

الزمان والمكان وهذه الحالة تقترب من حالة الفاكس العادي، أما لو كان الإيجاب والقبول في نفس الوقت كالتعاقد عبر الهاتف فلا بد من تطبيق التعاقد بين حاضرين زماناً لأنه لا يوجد فترة زمنية تفصل بين الإيجاب والقبول بينما التعاقد عبر شبكة المواقع ففي هذه الحالة يدخل الشخص إلى موقع ما على الشبكة ويمكن له وضع إجابة وينتظر فترة زمنية لتلقي الإجابة فهنا نكون أمام تعاقد بين غائبين، أما إذا تم القبول فوراً فنكون أمام حالة تعاقد بين حاضرين زماناً وكذلك الحال في التعاقد عبر المحادثة المباشرة³.

سابعا: وجود الوسيط الإلكتروني:

¹ - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، د ط مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، السعودية، 2009، ص 33

² - نفس المرجع، ص 33

³ - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 33-32

لقد كان وجود مجلس انعقاد العقد من الأمور الجوهرية والمسلم بها وذلك قبل انتشار الوسائط الإلكترونية ولكن في الوقت الحاضر ومع انتشار الوسائط الإلكترونية عالمياً وتنوعها أصبح من الطبيعي انعقاد العقد دون وجود ما كان يسمى بمجلس انعقاد العقد. وبالرجوع إلى المادة الرابعة من التقنين المدني المصري نجد أنها تنص على أنه: " إذا صدر الإيجاب في مجلس انعقاد العقد ... " أي أنه من الطبيعي بل ومن المسلم به وجود مجلس انعقاد العقد وإن عدم وجوده يعد تخلف أحد شروط الانعقاد، وفي تفسير هذه المادة نرى أنه:

1- مجلس العقد هو المكان الذي يضم كلا من طرفي التعاقد وهو المكان الذي يجتمع فيه طرفي التعاقد بحيث يكون كلا منهما منشغلاً بالتعاقد.

2- إذا ما انصرف أي منها من هذا المجلس فإن المجلس الخاص بانعقاد العقد يكون قد انخفض وسقط الإيجاب الصادر من أحدهما إلى الآخر، ونرى أن مجلس العقد هو ركن أساسي في انعقاد العقد أيًا كانت الطريقة أو التكنولوجيا المستخدمة في التفاوض على انعقاده.

كما نرى كذلك أن مجلس العقد وانعقاده يظل موجوداً عند انعقاد العقد بالطريقة الإلكترونية الحديثة، وإنما تواجهه يكون بشكل مختلف يتوافق والتقدم التكنولوجي يشهده العالم حالياً والتطور بشكل غير مسبوق الذي يعرفه وبطريقة مستمرة.

وبناءً على ذلك فإن وجود كل من طرفي العقد أمام شبكة الانترنت للتفاوض على العقد وبنوده وما إلى ذلك هو مجلس العقد وإنما جمع أطراف العقد بصورة الكترونية دون أن يكون كل منهما متواجد بجسده، وهو ما كان لا بد من توافره في طريقة التعاقد الغير الكتروني.

مما سبق نجد أن التعاقد الإلكتروني توفر فيه الرضا وذلك من خلال ارتباط القبول بالإيجاب ولم تشترط التشريعات شكلاً معيناً يتعين إجراؤه لينعقد العقد، كما أنه عقد معارضة

بمعنى أن كل متعاقد يحصل على مقابل ما يقدم، كما انه أيضا عقد محدد القيمة بمعنى أن لكلا الأطراف تحديد مقدار ما يلتزم به عند التعاقد وكذلك المقابل الذي سيحصل عليه وهو عقد ناقل للملكية¹

الفرع الثالث:

تمييز المحررات الإلكترونية عن المحررات الورقية

تشتمل كل من المحررات الإلكترونية المحررات الورقية على مجموعة من الرموز تعبر عن جملة مترابطة من الأفكار، إلا أن أوجه الاختلاف بين هذه المحررات تختلف وتتعدد بتعدد الزاوية المنظور منها إليها، وأهمها الكتابة (أولا)، الدعامة (ثانيا)، والتوقيع (ثالثا) وفي الأخير نتعرض لأوجه الاختلاف والتشابه بين المحرر الإلكتروني والمحرر العادي رابعا).

أولا: الكتابة:

يكمن الاختلاف الجوهرى بين المحررات الإلكترونية و المحررات الورقية من ناحية الكتابة، في أن هذه الأخيرة في المحررات الإلكترونية تكون على شكل معادلات خوارزمية ، لا يتم استخدام أحبار او اقلام فهي عبارة ومضات كهربائية يتم تحويلها إلى لغة يفهمها الحاسب الآلي² ، فقد تخزن في وسيلة إلكترونية أو قرص صلب ، أو بطاقة ممغنطة ، يكون مسجل على دعامة إلكترونية غير مادية ، تحتاج قراءتها غالبا إلى جهاز سواء كان حاسب آلي أو جهاز ممن يتيح هذه الميزة ، تنفذ من خلال عمليات إدخالها وإخراجها من خلال شاشة الحاسوب ، أو أية وسيلة إلكترونية أخرى³.

¹ - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق ص 35

² - حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت، د ط دار النهضة العربية القاهرة، 2000 ص 19

³ - محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، 2

بينما الكتابة في المحررات الورقية فهي مجموعة من الرموز تدل على مجموعة من الأفكار تتم على وسط ورقي بالإضافة إلى أن الكتابة في الشكل الإلكتروني يمكن تعديلها دون ترك أي أثر، أما الكتابة في الشكل الورقي، فيمكن كشف تعديلها بمجرد النظر إليها¹.

ثانيا: الدعامة.

المحررات الورقية أساسها دعائم ورقية، بينما المحررات الإلكترونية فترتكز على عدة أشكال من الدعومات كالأقراص المضغوطة أو الأقراص الضوئية أو الأشرطة المغناطيسية².

ثالثا: التوقيع

تتميز المحررات الإلكترونية عن المحررات الورقية من ناحية التوقيع، في كون أن هذا الأخير في الشكل الكتابي يتم عبر وسيط سادي هي في الغالب دعامة ورقية، حيث

تذيل به الكتابة فيتحول إلى محرر يتم الإثبات به، أما التوقيع في الشكل الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني من خلال أجهزة الحاسوب³.

رابعا: أوجه الاختلاف والتشابه بين المحرر الإلكتروني والمحرر العادي:

أولا -مدى تميز المحرر الإلكتروني عن المحرر العادي⁴:

¹ - إيهاب فوزي السقا، جريمة التزوير في المحررات الإلكترونية، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 17 -

المرجع السابق، ص 18

² -المرجع السابق، ص 18

³ - سمير عبد السميع الأردن، العقد الإلكتروني، د ط، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، مصر، 2441 م، ص 515

⁴ -علي عبد العالي خشان الأسدي، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات المدني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية،

بيروت لبنان، سنة 2013، م 21 - 20

يختلف المحرر الإلكتروني عن المحرر المادي من عدة نواحي رغم أن المحتوى واحد، فكلاهما يحوي على تسلسل حروف، أو أرقام على دعامة إلا أن هناك عدة اختلافات تميز المحرر الإلكتروني عن العادي نذكر من بينها:

1-المحرر الإلكتروني يكون مسجل على دعامة إلكترونية، غير مادية، تحتاج قراءته غالبا إلى جهاز سواء كان حاسب آلي أو جهاز آخر ممن يتيح هذه الميزة، أو استخراجها في وسيط ورقي بطباعتها، بل قد تحتاج بعض المحررات الإلكترونية إلى إجراءات معقدة لقراءتها وخصوصا إذا كانت في ملفات محمية أو مشفرة بكلمات مرور أو مفاتيح إلكترونية، مما يجعل الولوج إليها من الصعوبة.

2-عدم الارتباط بدعامة معينة، حيث أن التركيبة الورقية الملموسة والمرئية هي جزء من المحرر ولا يمكن فصل الرموز عن هذه البنية دون تلف، وهي أحد المعايير الأساسية لمصادقيتها قيام الدليل على أنها أصلية، في حين أن المحرر الإلكتروني بنيته معقدة وغير مرئية، نظرا لكونها تتكون من لغات تقنية متطورة وبرمجيات إلكترونية، تنظمها نظم مصممة الإخراج هذه البيانات في صورة مرئية، ويمكن نقلها من حاسوب إلى آخر ومن بنية إلى أخرى.

3-تتميز الكتابة التقليدية بالديمومة والثبات وطريقة وضعها نهائية، بحيث لا يمكن تغييرها أو التلاعب بها دون ملاحظة ذلك، بينما تقتقد الكتابة الإلكترونية إلى هذه الميزة، بحيث يمكن محوها أو تعديلها أو إتلافها دون ترك أي أثر يكشف أنها خضعت لذلك، خصوصا إذا الفاعل خبير في الأجهزة الرقمية أو متخصص في الحاسب الآلي، وقد يتم ذلك أيضا بواسطة عطل أو خلل تقني في الآلة، كما يمكن أن يتم ذلك بإطلاق فيروس في الشبكة.¹

¹ - علي عبد العالي خشان الأمني، المرجع السابق، ص 21

إلا أن التطور والتقدم العلمي في هذا المجال أوجد العديد من الوسائل التي تضمن الحماية والقدرة على توفير الثقة المستندات والمحركات الإلكترونية، مثل أنظمة التشفير وهيئات التصديق.

4- وجود بيانات وصفية وهي بيانات تقنية عن المحركات الإلكترونية، غالبا ما تكون مخفية فهي تصف تنظيم المحركات وبنيتها الداخلية، والقواعد التي تحكم إضافة وإلغاء المحركات أو تغييرها وتحديد هوية الوسائط التي تخزن فيها البيانات".

5- يتميز بالوضوح والإتقان حيث الطبيعة والدعامة الإلكترونية للمحركات الرقمية، تجعل من العمل عليها عمل منظم ومتقن إذ أن الدعامة الإلكترونية تتيح إمكانية تصحيح الأخطاء بطريقة متقنة إذ لا يمكن أن تترك أثرا للتصحيح عكس التحرير على الدعامة الورقية، مما يجعل المستخرجات الإلكترونية منظمة وخالية من الأخطاء، وخاصة التي ترسل عن طريق الفاكس¹.

حيث لا تحتاج إلى تدقيق في الأخطاء الواردة فيها، فهي تصل بالشكل والحجم والصورة نفسها التي أرسلت بها

6- كما يتميز أيضا المحرر الإلكتروني عن المحرر العادي بالسهولة في الإنشاء، إذ يمكن تعديل الكتابة بالإضافة أو الحذف بسهولة، دون ترك أثر للكشط أو الشطب كما يمكن أن يحدث في المحرر العادي في حالة تغييره، فبرامج الكمبيوتر المخصصة للكتابة، تتيح إمكانية إحداث فراغ بين الكلمات لإضافة عبرة أو جملة وهو ما لا يسمح به المحرر الورقي.

ثانيا: أوجه التشابه بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي:

¹ - الفاكس هو اختصار لكلمة فاكسميلي باللاتينية هو facsimile ، وهو عبارة عن جهاز يعمل عن طريق تقنية الاتصال عبر الخطوط أو الأقمار الصناعية، ويقوم بإرسال نسخ طبق الأصل من الوثائق التي ترسل عبره إلى الطرف الآخر، وهو يشبه ألان المخ (التصوير القديمة الفورية، وهو إما أن يكون مزودة هاتف أو متصلة به، نقلا عن موقع المصمم التقني لتقنية المعلومات 95 <http://www.1d.com.sa>

يتشابه المحرر الإلكتروني مع المحرر التقليدي في أن محتوى كل منهما هو الحقيقة التي تعبر عن العلاقة والتي يستهدف المشرع حمايتها، فهي تعبير عن التصرف الصادر من طرفي العلاقة أو أحدهما مفرغ في وسيط، وإن كل منهما يحتوي على رموز وتسلسل أحرف أو أرقام والتي تعبر عن معاني وافكار، وتغيير الحقيقة فيهما هو الضرر الذي هو على التجريح.

المطلب الثاني:

وسائل إبرام العقد الإلكتروني وأطرافه

الفرع الأول:

وسائل العقد الإلكتروني:

هناك العديد من الوسائل الحديثة التي تستجد كل فترة زمنية قصيرة نسبياً والتي تستخدم في إبرام العقود، ومن هذه الوسائل نجد شبكة الانترنت، جهاز الميناتل، وجهاز الفاكس التلكس، وجهاز البيجر، والتليفون المرئي والتلفزيون وأخيراً الهاتف، وسوف يتم تناول كل وسيلة من هذه الوسائل على النحو التالي:

أولاً: شبكة الأنترنت:

أ/ تعريف الأنترنت:

مصطلح الإنترنت هو لفظ باللغة الانجليزية ويتكون من شاطرين الأول internet مشتق من مصطلح interconnections ويقصد به البيئة أو الاتصال أو الدخول أو الربط والثاني net مشتق من مصطلح بينها network بمعنى الشبكة. واصطلاحاً يعرف الأنترنت على انه مجموعة كبيرة من الحواسيب ومجموعة كبيرة من شبكات المعلومات الالكترونية ترتبط هذه

الشبكات فيما بينها من خلال وسائل الاتصال كالهاتف والأقمار الصناعية ارتباطا فنيا وتقنيا، بحيث تتصل الشبكات الكبيرة بالشبكات المحلية المنتشرة في أرجاء الأرض¹

وهي شبكة عالمية وتسمى أيضا بالشبكة العنكبوتية، تتشكل من شبكات صغيرة مترابطة مع بعضها بين الحواسيب وتتفرع لتربط كل الحواسيب حول العالم عن طريقة أنظمة وبرتوكولات محددة، تسمح بتبادل البيانات والمعلومات بين المستخدمين، وهي الوسيلة الأكثر رواجاً في الوقت الحالي، نظراً للمحاسن والمزايا المتعددة التي توفرها هذه الوسيلة، حيث توفر ملايين المواقع التجارية مما يتيح للمستهلك الاختيار والبحث الجيد على المواقع التي

توفر السلع والخدمات ذات الجودة العالية، كما أن مواقع العرض تتيح فضاء أكبر للمعaine والاطلاع على شروط البيع ومواصفات السلع والخدمات².

ب / خصائص الانترنت:

1- شبكة مفتوحة غير مملوكة.

2- شبكة عالمية.

3- شبكة غير متخصصة

4- شبكة مجانية.

ثانياً: جهاز الميناتل (minitel) :

ظهر جهاز الميناتل في فرنسا في منتصف الثمانينات وهو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر المنزلي ولكنه صغير الحجم نسبياً، ويتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشتمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر ويعد جهاز الميناتل من وسائل إبرام

¹ - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني مرجع سابق ص 29

² - سليمان مصطفى، وسائل الإثبات وحجيتها في عقود التجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق تخصص القانون الخاص العنق، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أحمد دراية أدرار، السنة الجامعية 2019-2020.

العقود إلكترونيا. وهو وسيلة اتصال مرئية تنقل الكتابة على الشاشة دون الصور، فهو وسيلة عن طريق الكتابة ويلتزم التشغيل جهاز الميناتل توصيله بخط هاتف ويلاحظ أن خدمة الميناتل كانت نتيجة تعاون بين الهيئة العامة للاتصالات السلكية واللاسلكية وهي إحدى الهيئات الكبرى البرق والبريد والهاتف وبين متعهدي خدمة معينة عن طريق عقد.

ثالثا: الفاكس والتاكس:

اولا: الفاكس: هو جهاز استنساخ بالهاتف يمكن نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقل مطابق لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر في حيازة المستقبل ويلاحظ أن هناك فاصل زمني للرد على المرسل، وقد تطورت أجهزة الفاكس تطورا هائلا، بحيث أصبح إرسال ورقة عن طريق الفاكس يستغرق عشر ثوان فقط في بعض الأجهزة¹.

ثانيا: التلكس: هو أحد الوسائل الحديثة للاتصال وهو عبارة عن جهاز إرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة، فلا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها²، ويمكن وصفه بجهاز طباعة إلكتروني مبرق يتصل ببداية يطبع البيانات الصادرة عن المرسل باللون الأحمر، والبيانات الصادرة من المرسل إليه باللون الأسود وبواسطته يستطيع المشترك الاتصال مباشرة مع أي مشترك آخر يمتلك الجهاز نفسه ومن ثم إرسال إجابة وتسلم رده سواء كان داخل القطر أو خارجه وذلك بتدوين الرقم المخصص للمشارك فتظهر البيانات المكتوبة بسرعة عالية خلال ثوان في كلا الجهازين³.

¹ - العجلوني أحمد خالد، التعاقد عن طريق الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 50-

² - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني مرجع سابق ص 26.

³ - علاء محمد الفوعير المرجع السابق ص 76-77

ويقوم عمل جهاز التتبع على تحويل الحروف المكتوبة التي تتم عن طريق الإرسال والتسلم بالاتصال السلكي واللاسلكي إلى نبضات كهربائية ثم تتحول النبضات الكهربائية إلى موجات كهرومغناطيسية تمر خلال سلك أو بالأمواج في الجو ليقوم بتسلمها جهاز التسليم التي تنعكس فيه العملية سالفة الذكر فتتحول الموجات الكهرومغناطيسية إلى حروف مكتوبة يمكن قراءتها.¹

مما يميز هذا الجهاز أنه يترك أثرا ماديا مكتوبا للوثائق المرسله من خلاله وهذه الميزة تشكل وجه الخلاف بين التعاقد عبر الفاكس والتلكس عن التعاقد عبر الانترنت إذ أن التعاقد عبر الانترنت يتميز بالطبيعة غير المادية وان مكونات الاتفاق لا تكون ثابتة على دعامة ورقية، كما هي الحال في الفاكس والتلكس، بل تكون مثبتة على دعامة الكترونية.²

رابعاً: البيجر:

هو جهاز صغير الحجم فهو أصغر من الراديو الترانزستور وأكبر من علبة الكبريت قليلا، وهو جهاز مخصص في المقام الأول لأغراض الاستدعاء والتتبع. وظهر ذلك الجهاز قبل ظهور الموبايل، وغالبا ما يستخدم هذا الجهاز الأطباء ومهندسي الصيانة وغيرهم ممن تهتم عليهم طبيعة عملهم التواجد في أي لحظة عند الاحتياج إليهم. ويتيح جهاز البيجر معرفة أرقام المكالمات الهاتفية المتصلة به في أي لحظة، وقد أدخلت منتصف الثمانينات بعض التعديلات على الأنظمة الخاصة بأجهزة الاستدعاء والتتبع بحيث أصبحت الأجهزة قادرة على استقبال رسائل كتابية تظهر على شاشة الجهاز وعن طريق هذه الرسائل الكتابية يمكن تصور الاتفاق على إبرام عقد من العقود كعقد بيع مثلا أو عقد مقاوله، وذلك عن طريق إرسال رسائل متبادلة بين حاملي جهاز البيجر.³

¹ - نفس المرجع، ص 76-77

² - علاء محمد الفوعير، المرجع السابق ص 76-77

³ - ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني مرجع سابق ص 27

خامسا: التليفون المرئي والتلفزيون: يعتبر جهاز التلفزيون من أكثر وسائل الاتصال سرعة وفاعلية إذ يتسم بسهولة الاستخدام وسرعة الاتصال حيث أن الإيجاب يعقبه قبول أو رفض مباشرة، وقد نص على ذلك التقنين المدني المصري في المادة 94 الفقرة الأولى: " ... إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاد للقبول فإن المرجح يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل"¹.

ولقد تطور التليفون العادي وأدخلت عليه بعض التعديلات التكنولوجية وظهر ما يعرف بالتليفون المرئي، ولقد ظهر التليفون المرئي لأول مرة عام 1998 وأنتجته شركة الكاتيل الفرنسية، وقد كان من المفترض أن يستخدم هذا الجهاز في الدخول على شبكة الإنترنت وذلك لسهولة استخدامه ورخص ثمنه، ولكنه خرج من السوق بسرعة ويوجد الآن شكل آخر لهذا الجهاز يسمى وبتنش بالسوق الفرنسي، ويفترض أنه سوف يوفر هذه الإمكانية.

وأصبح التلفزيون في العقود الأخيرة يستخدم كوسيلة لبيع السلع وكان ذلك في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، إذ يقوم العديد من منتجي السلع باستخدامه لغايات تسويق منتجاتهم ويسعون من خلال تقديم عرض تلفزيوني -صوت والصورة إلى بيان ماهية السلع وميزاتها وطرق الحصول على هذه السلع، ويتسم مثل هذا النوع من الإعلان بأنه محدد بفترة زمنية معينة يمكن الاستعلام عنه من خلال صفحات الانترنت بتصفح الموقع الالكتروني للمنتج أو الموقع الذي تم استخدامه لعرض المنتج من خلاله ويتم قبول العرض عن طريق الضغط على زر الموافقة على لوحة مفاتيح الحاسوب وتقتقد هذه الوسيلة في التعاقد الصفة التفاعلية التي توفرها أنواع أخرى كالتعاقد عبر الانترنت التي تسمح بحضور افتراضي معاصر بين أطراف التعاقد على خلاف استخدام التلفزيون الذي لا يستطع القابل التفاعل مع هذه العرض بشكل مباشر.

¹ - نفس المرجع، ص 27.

سادسا: الهاتف¹ يعرف الهاتف على أنه وسيلة لنقل المكالمات الشخصية من خلال الأسلاك التي ترتبط بين نقطتين المرسل والمستقبل يمر فيها تيار كهربائي وفق ذبذبات صوت المتكلم ويتم الهاتف بالمزايا التالية:

أ- سرعة الاتصال.

ب- بساطة التكاليف بالنسبة للمكالمات التي تتم داخل البلد الواحد.

ولقد تناول المشرع الأردني التعاقد عن طريق الهاتف بالتنظيم من خلال نص المادة 102 من القانون المدني، إذ عن التعاقد عن طريق الهاتف تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان ويتميز هذا التعاقد بأنه شفوي قد يتطلب صدور تأكيد كتابي من جانب المرجب في موطنه نظرا لصعوبة اثبات التعاقد بالهاتف.

ويشترك التعاقد عن طريق الهاتف و التعاقد عبر الانترنت في صفة الابرام عن بعد و في تحقيق التزامن و التعاصر و في تبادل الایجاب و القبول و يختلف عنه في جوانب عدة منها أن التعاقد عبر شبكات الانترنت يوفر إلى جانب خدمة الصوت التي يقتصر عليها التعاقد عن طريق الهاتف خدمة الصورة و الحركة و الكتابة فضلا عن أنه لا يحتاج التعاقد عبر الانترنت إلى صدور تأكيد كتابي من الموجب كما هو الحال في التعاقد عن طريق الهاتف إذ تتم الكتابة العقد على مستند الكتروني ، يضاف إلى ذلك أن التعاقد عبر شبكة الانترنت يتيح لعدد غير محدود من الأشخاص أن يكونوا أطرافا في العملية ذاتها بخلاف التعاقد عن طريق الهاتف الذي يقتصر اطرافه على طرفين أو ثلاثة فقط.

الفرع الثاني:

أطراف العقد الإلكتروني

¹ - علاء محمد الفتيتز ، المرجع السابق ص 78-79

تبرم العقود التقليدية بين شخصين أو أكثر من الأشخاص القانونية، لكن العقود الإلكترونية قد تبرم بين شخص طبيعي وشخص غير طبيعي وغير تقليدي، يتمثل في وسيط أو وكيل الكتروني، أوقد تبرم بين جهاز كمبيوتر وجهاز آخر، فما هي الآثار القانونية لهذا التعاقد؟ ولحل هذا الإشكال أجازت المادة 4 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية باستعمال البرامج الإلكترونية لإبرام التصرفات القانونية حيث نصت على " يقصد بمصطلح نظام رسائل إلى كل برنامج حاسوبي أو وسيلة آلية أخرى تستخدم الاستهلال إجراء ما أو للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل بيانات أو العمليات تنفيذها ، دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء ما أو ينشئ استجابة ما"¹، فمن نص هذه المادة فقد أجاز القانون الدولي صحة العقود التي تبرم عبر وسائط إلكترونية بحتة ، حيث ترتب آثارها القانونية مثلها مثل غيرها من العقود .

المطلب الثالث:

الطبيعة القانونية العقد الإلكتروني:

إن الفقهاء يقسمون العقود من حيث مدى توافر عنصر مناقشة مضمونها وشروطها إلى عقود مساومة وعقود إذعان، وعند العارمة هو الذي يتم عن طريق المناقشة بين المتعاقدين بحيث يضع كل منهما ما يحقق مصلحته من شروط وتكون الإرادتان فيها غالبا متساويتين ومتكافئتين، أما عقد الإذعان فالوضع فيه مختلف عن عقد المساومة إذ أن أحد طرفي العقد فيه يستأثر بوضع شروط العقد ولا ينتظر من الطرف الآخر سوى قبول العقد جملة أو رفضه جملة فهل عقد الإلكتروني ذو طابع تساومي يقبل المناقشة من حيث مضمونه وشروطه اما انه ذو طابع ادعائي يستلزم الحماية منه.

اختلف الفقهاء بشأن هذه الطبيعة فمنهم من رأى أن العقد الإلكتروني هو من عقود المساومة (الفرع الأول) في حين ذهب رأي ثان إلى اعتباره من عقود الإذعان (الفرع الثاني).

¹ لزروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012/2013، ص 143.

الفرع الأول:

العقود الالكترونية من عقود المساومة:

اعتبر هذا الفريق أن العقد الالكتروني عقد من عقود المساومة تتساوى فيه إرادة كل طرف الآخر، وتتبادل فيه النقاشات بكل حرية وليس للمتعاقد فيه أن يطالب بأي حماية خاصة وفيما يلي نبين مضمون هذا الاتجاه وأدلته.

أولاً: عرض الاتجاه وأدلته:

أن انصار هذا الاتجاه يرون أن العقد الالكتروني هو عقد مساومة لأنه لا يتوافر على الخصائص التي تميز عقد الإذعان فالموجب مثلاً لا يتمتع بأي احتكار قانوني أو فعلي ، نظراً إلى عالمية الشبكة و طبيعتها و الخدمات المعروضة بواسطتها يصعب القول بشأنها أنها تتعلق بعقود تكون فيها المنافسة فيها محدودة النطاق كما أن عنصر المناقشة لا يزال يسود العقود الالكترونية على اختلاف أنواعها فدور المتعاقد الموجب له لا يقتصر على مجرد الموافقة على شروط العقد المعدة سلفاً اذ له مطلق الحرية في التعاقد و اي منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة على الشاشة الانترنت ويستطيع الانتقال من موقع إلى آخر و اختيار ما يشاء و ترك ما يشاء و قد يبدو من الوهلة الأولى أن العقد الالكتروني ذو طبيعة إذعانية حيث لا يملك المناقشة أو التفاوض على شروط العقد.

ويخلص هذا الاتجاه إلى القول بأن العقد الالكتروني ليس بالضرورة من تطبيقات عقود الإذعان بل هو من عقود المساومة باستثناء العقود الالكترونية التي تعد في الواقع

عقود اذعان كالعقود المبرمة الكترونياً للحصول على الخدمات الضرورية كالماء والكهرباء والهاتف وخدمات الاشتراك في شبكة الانترنت ويزيد أنصار هذا الرأي أن التشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية من عقود اذعان رغم اعترافهم بأن هذه التشريعات توفر حماية خاصة للمتعاقد حينما يكون طرفاً ضعيفاً في العلاقة التعاقدية.

ثانيا: تقدير الاتجاه:

يبدو أن هذا الرأي يعبر فعلا على تبني أنصاره لفكرة الإذعان الكلاسيكية التي تستند أساسا على ضرورة توافر عنصر الاحتكار لاعتبار العقد بأنه عقد اذعان مع التوجه الحديث¹. لم يعد يقصر فكرة الإذعان على شرط الاحتكار إذ لوحظ انه في ظل الانفتاح الاقتصادي و انتشار المنافسة الحرة و العرض المتدفق لكافة أنواع السلع و الخدمات و إتاحة فرص كبيرة للمستهلك في اختيار شريكه في العلاقة التعاقدية وتتبع ما هو أصح له من شروط إلا أن عقد الإذعان استمر في التواجد على الساعة التعاقدية حتى أننا لا نكون مغالين في القول أن عقد الإذعان قد زاد ذيوعه و انتشاره حتى أضحى معضلة حقيقة تعترض سبيل المستهلكين فهل يرجع ذلك إلى صفة الاحتكار لا الاقتصادية لقد أصبحنا نصادف جملة من العقود يظهر لنا إمكانية مناقشة شروطها أو إيجاد بديل عنها لدي عارض آخر و في سعينا لذلك نفاجئ بان شروط المحترف الثاني لا تكاد تختلف عن سابقه و التالي له .

إن المنافسة الحرة قد خلقت إذعانا جديدا جعلنا نحس بترية في الاختيار بين المحترفين ونحس بالعدالة فيما يقدم من منتجات وخدمات لكافة المستهلكين فالكل سواء من حيث المعاملة فهل يعقل أن يذعن الكل، هذه المعطيات وغيرها أبعدت الفقه الحديثين عن المفهوم التقليدي للإذعان من اجل تبني مفهوم أكثر اتساعا ليشمل حتى العقود الالكترونية وهو التوجه الذي سوف ندرسه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني:

العقود الإلكترونية من عقود الإذعان

¹ - رباحي احمد ملخص الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، الجزائر، 2007، ص

على خلاف الرأي الأول اتجه جانب من الفقه إلى اعتبار العقد الالكتروني أحد أنواع عقد الإذعان معتمدين في ذلك على المفهوم الواسع لهذا العقد ونظرا لجوهرية هذه الفكرة فقد أثرنا أن نخرج على بيانها ابتداء بشيء من الاختصار.

أولاً: عقد الإذعان في المفهومين التقليدي والحديث:

أن عقد الإذعان يقوم على خرق مبدأ سلطان الارادة لأنه لا يقبل المناقشة ويقوم أساسا على فرض جملة من الشروط إما يؤخذ بها جملة أو نترك جملة والايجاب والقبول فيه يختلف تمام الاختلاف عن عقود المساومة كما ان محله ايضا يتميز بخصائص معينة جعلته ذو مجال ضيق في المفهوم التقليدي إثر ظهور فكرته وهذه الخصائص هي:

- 01- أن يتعلق العقد بسلعة أو فكرة أو مرافق تعتبر من الضرورية بالنسبة لمستهلكي
- 02- أن يكون الموجب محتكرا السلع أو الخدمات احتكارا قانونيا أو فعليا وتكون المنافسة محدودة النطاق.
- 03- أن يصدر الإيجاب إلى الكافة وبشروط واحدة على نحو دائم غير محدد المدة وغير قابل للنقاش.
- 04- أن يكون الإيجاب في طائفة عقود الإذعان صادرا عن الطرف الأقوى في التعاقد وحده بحيث لا يشارك الطرف الآخر في وضع شروط العقد. ويرى أصحاب الاتجاه الحديث المفهوم عقد الإذعان انه من السهل في ظل هذه الخصائص القول إن للمستهلك الحق في ألا يتعاقد غير أن الواقع يكشف عن أحوال تقرض الشخص قبول التعاقد مثل حالة الاستعجال وحالة العقود التي أضحت في عصرنا ضرورة حقيقية¹. وقد أرجع الفقهاء سبب تطلب صفة الاحتكار في وعقود الإذعان لدى البعض إلى الواقع العملي الذي افرز هذه العقود و الذي كان دافعا لتطلب القضاء لهذا الشرط نظرا التعلق معظم تلك العقود بسلع أو خدمات احتكارية ومن جانب آخر فان القول بعدم اشتراط الاحتكار في عقد الإذعان يتفق مع نصوص التشريعات العربية بهذا

¹رباحي أحمد، مرجع سابق ص 101.

الصدد التي لم تتعرض لتعريف عقد الإذعان و لم تستلزم وجود الاحتكار للقول بتوافر صفة الإذعان بل اكتفت بالقول أن عقد الإذعان يتم بمجرد أن يرتضي احد المتعاقدين ويسلم بشروط العقد التي وضعها الطرف الآخر سلفا و لقد نص المشرع الجزائري في المادة 70 من قانون المدني " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها".

ثانيا: مضمون الاتجاه وأدلته:

إذا ما نظرنا إلى العلاقة التعاقدية في العقد الالكتروني من حيث أطرافها فإننا نلاحظ أنّها فيغالب صورها تجمع بين مستهلك بحاجة إلى الحصول على سلعة أو خدمة وبين طرف محترف يعرض خدماته على الزبائن عن طريق وسائل تقنية حديثة و إما إذا نظرنا إلى العقد الالكتروني من حيث مضمونه و مدى تفاعل إرادة الطرفين في إنشائه فإننا لا نكاد نقف على أسلوب تعاقدى تسوده روح المناقشة بين أطراف العقد بل جل ما نجده هو عرض للسلع و الخدمات عن طريق أسلوب ترويجي يجلب المستهلك و يثير فيه الفضول المعرفة مزاياه وأن كان ذلك دون معاينة حقيقية للشيء المتعاقد عليه.

والملاحظ أن الشركات التي تمارس التجارة الالكترونية بالرغم من توفر عبر مواقعها معلومات مفيدة بشكل عام إلا أنّها لا توفر المعلومات الهامة المتعلقة بالعقد و يتضح من هذا أن المستهلك بصدد عقود التجارة الالكترونية هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية لأنه يدعن لمجمل الشروط الواردة بالعقد الالكتروني و لا يستطيع المفاوضة فيها شأنها شأن أي متعاقد يواجه عقدا تقليديا يسمى عقد الإذعان و من ثم فان حاجة المستهلك إلى الحماية القانونية تغدو ضرورة ملحة إذا انه قد يتلقى معلومات تتعلق بعقد في غير مصلحته و عليه أن ينفذ شروط العقد بما يتضمنه من مصطلحات تحد بشكل غير عادل من حقوقه و لا يملك اختيارا لشروط العقد فهو في موقف المذعن و لهذا الاتجاه عدة أسس نذكر منها¹:

¹ - رباحي أحمد، مرجع سابق ص 102 - 103.

- 01- المتعاقد لا يملك سلطة مناقشة الشروط الواردة في العقد الالكتروني وما عليه سوى الرفض جملة أو القبول جملة.
- 02- مضمون العقد الالكتروني محدد سلفا من قبل المحترف في قالب نموذجي تتسم الصياغة فيه بالطرق لمسائل دقيقة يعسر فهمها ومناقشتها من قبل المستهلك
- 03- أن الاتجاه الأول يدعون إلى عنصر المناقشة إلا أن المناقشة المزعومة هي مجرد فرض نظري بعيد عن واقع المعاملات الالكترونية
- 04- لا يتوافر تواصل مباشر بين المستهلك والمحترف يمنح فرصة المساومة من أصلها ويتم التعامل على هذا المحتوى بأكمله كوحدة بمجرد النقر على الموقع وطالما أن العقد غير متوازن فانه من المؤكد أنه سيكون لصالح المحترف ضد مصلحة المستهلك
- 05- يطرح الإيجاب عبر الموقع بشكل عام ودائم لكل الجمهور ولوقت غير محدد
- 06- القبول في العقد الالكتروني هو التعبير عن رضا من وجه إليه الإيجاب لإبرام العقد بالشروط المحددة سلفا من طرف الموجب ولما كان القبول بهذا الشكل فلا يكفي وحده وإنما يجب أن يصدر والإيجاب لا يزال قائما لمحدودية اجل سريانه.
- 07- باعتبار ان التجارة الالكترونية ترتبط بالعملية الاستهلاكية فان نجاحها يتوقف على مدى توفير الحماية القانونية للمتعاملين بصفة عامة فتطور هذا الشكل الجديد للمبادلات التجارية مرهون بوجود ضمانات تحترم حقوق الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية
- 08- إذا كان عقد الاستهلاك العادي يعتبر من عقود الإذعان باعتباره مجالا خصبا لعدم التوازن العقدي بمختلف اسبابه فانه كذلك بالأولى إذا تم ابرامه بالوسائل الحديثة حيث يفترق فيها المكان ويختلف الزمان ويعم فيها الجهل بمحل العقد وأطرافه.

المبحث الثاني:

حجية العقد الالكتروني

نتيجة التطور التكنولوجي الحديثة وفي ظل ثورة المعلومات والاتصالات وظهور الحاسوب الآلي، وتطور الأمور أكثر فأكثر بعد انتشار الانترنت أصبح من خلالها يتم إبرام عدة عمليات إلكترونية، نتج عنها كذلك عدة تغييرات في كثير من المفاهيم القانونية كمفهوم الكتابة والتوقيع والمحرر.

فقد أثرت الطبيعة الإلكترونية لهذه العقود على الوسائل التقليدية المتبعة في الإثبات، بعد أن كانت الكتابة محررة على الورق والتوقيع يتم بخط اليد أو البصمة، أو بالختم، ظهر الإثبات بواسطة المحررات الإلكترونية واستخدام التوقيع الإلكتروني، حيث يتم تبادل رسائل البيانات وإبرام العقود عبر شبكات اتصالات، وتحملها على دعائم غير ورقية داخل أجهزة الكمبيوتر وخارجها مصحوبة بتوقيع إلكتروني لصاحب الرسالة عن طريق التشفير، مما جعل الكتابة الخطية بصورتها التقليدية ليست هي الوسيلة الوحيدة في الإثبات

بل أصبح يعتد أيضا بالكتابات التي تكون على دعائم غير ورقية مادامت هذه التقنيات تسمح بحفظ الكتابة وقراءتها.

وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال تعديل قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني، من خلال القانون رقم 05-10. التي تواكب التطور في مجال التجارة الإلكترونية، وأصبح إثبات المعاملات أو العقود الإلكترونية من أهم الأمور التي يتعامل بها أطراف المعاملة الإلكترونية.

ومن خلال هذا المبحث سوف نتطرق إلى الكتابة الإلكترونية (المطلب الأول)، وإلى التوقيع الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

الكتابة الالكترونية

أحد الموضوعات 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 غير أن ظهور الكتابة الالكترونية والتي تتم على دعامة غير مادية أصبح من الضروري إيجاد مفهوم حديث للكتابة مستقل عن دعامتها مهما كان نوعها.

أن ظهور الكتابة الالكترونية استوجب علينا التطرق إلى مفهومها الفرع الأول)، وهذا ما سنحاول إبرازه بالرجوع إلى النصوص القانونية والتشريعات التي اهتمت بتنظيم المعاملات الالكترونية من خلال الاعتراف بحجتها في الإثبات وشروطها (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مفهوم الكتابة الإلكترونية

تعد الكتابة أحد الأساليب المستخدمة في التعبير عن إرادة طرفي العلاقة، وهي عبارة عن تسيطر الحروف في شكل مادي ظاهر معبرا عن المعنى الكامل أو فكرة مترابطة صادرة من الشخص الذي نسبت إليه وتكون الكتابة بلغة المتعاقدين أو اللغة المعتمدة لتحرير العقد، إلا أن الشكل الجديد للكتابة الذي قدمته الوسائل الإلكترونية المستحدثة، حيث يتم وضع البيانات في صورة رقمية تخزن كبيانات إلكترونية على شرائط ممغنطة أو أقراص مرنة¹، ولعل أبرز المشكلات التي تطرحها تلك المعاملات الجديدة هي مشكلة الإثبات.

فكيف يتسنى إثبات التعاملات غير الورقية والسؤال الذي يطرح نفسه الآن هو: هل مازالت الكتابة هي الوسيلة الأكمل والافضل الأدلة على الإطلاق؟ وهل يمكن طرح أدلة جديدة

¹ - محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 206.

لإثبات إلى جانب الطرق التقليدية المنصوص عليها من جانب المشرع؟ وهذا ما جعلنا نتساءل عما المقصود بالكتابة الإلكترونية؟ وإذا كان المحرر الإلكتروني مرتبطة بالكتابة الإلكترونية فما المقصود بها؟ وفيما تتمثل حجية الكتابة في العقود الإلكترونية؟

1-تعريف الكتابة الإلكترونية:

الكتابة الإلكترونية هي الكتابة التي تكون على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات وإدخالها بالجهاز وإخراجها من خلال شاشة الحاسوب والتي تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدات الإدخال والتي تتبلور في لوحة المفاتيح أو استرجاع المعلومات المخزنة في وحدة المعالجة المركزية وبعد الفراغ من معالجة البيانات يتم كتابتها على أجهزة الإخراج التي تتمثل في شاشة أو طباعة هذه المحررات على الطباعة أو الأقراص الممغنطة أو أي وسيلة تخزين البيانات.¹

ولقد عرف المشرع المصري الكتابة الإلكترونية في المادة الأولى بانها: " كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك".²

والكتابة لا تكون إلا فوق الورق ، فمن الجائز أن تكون الكتابة على الورق أو الخشب أو الحجر أو حتى الرمال ، و لذلك عرف المشرع اللبناني الكتابة بأنها " تسلسل أحرف أو أشكال أو أية رموز أو إشارات تشكل معنى قابل للقراءة ذلك أين تكن الركائز و الوسائل المستخدمة كسند لها أو لقلها"³ أما المشرع الجزائري فقد عرف الكتابة في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معن مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها ، وكذا طرق إرسالها " ، فقد استعمل

¹- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2009، ص 172

²- المادة 1 من القانون المصري رقم 2004/15 المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات، الجريدة الرسمية 17 المصرية، عدد الصادر في 22/04 / 2004

³- القانون رقم 05-07، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

المشرع الجزائري في تعريف الكتابة عبارة " : أيا كانت الوسيلة التي تضمنها " والصحيح هو " أيا كانت الدعامة التي تتضمنها"¹

2- شروط قبول المحرر الإلكتروني دليلا للإثبات:

اتفقت معلم التشريعات على جملة من الشروط التي يجب تستجمعها الكتابة الإلكترونية ومن خلالها المحررات الإلكترونية، حتى يمكن الاعتراد بها قانونا وبالتالي تأدية وظيفتها في الإثبات، وتكون وسيلة ثقة وامان بين معاملي التجارة ووسيلة للتدليل

على صحة التصرف القانوني ومضمونه²، وهذه الشروط هي القابلية للقراءة (أولا)، والمحافظة على سلامة البيانات (ثانيا)، وعدم الاختراق (ثالثا).

2-1- قابلية المحرر الإلكتروني للقراءة:

وتعني قابلية المحرر الإلكتروني للقراءة، أن يكون المحرر المتضمن الكتابة المراد جعلها دليلا ناطقا بما فيه، أي أن يكون مفهوما وواضحا من خلال كتابته بحروف أو رموز أو أرقام أو بيانات مفهومة حتى يتسنى استيعابه و إدراك محتواه³، و هو شرط نجده متوفر في الكتابة أو المحررات الإلكترونية ، و ذلك على الرغم من أن لغة الكتابة في تلك المحررات و التي تعد بواسطة جهاز الحاسب الآلي هي لغة الآلية ، إلا أن هذه اللغة من الممكن ترجمتها إلى لغة

¹ - مناني فراج، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المالي الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009، س 172

² -حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2012، ص 278.

³ -Tabarot Michel، le projet de la loi pour la confiance dans l'économie numérique، assemblée national Fr، Paris، 11/02/2003، p60، la date de mise en ligne 20/10/2014، disponible sur le [http : WWW. Assemblée national. Fr / 12 / rapports / 0608.Asp](http://WWW.Assemblée.national.Fr/12/rapports/0608.Asp).

الإنسان باستخدام جهاز الحاسب الآلي أيضا ، و تكون مفهومة و مقروءة و يتوافر بها الشرط السابق¹.

وقد أكدت على هذا المعنى المادة السادسة من قانون اليونس ترال بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996، حيث نصت على أنه: " عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، فإن رسالة البيانات أي المحرر الإلكتروني -تستوفي ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا"²

أما المشرع الفرنسي فقد طور المفهوم القانوني للكتابة، إلّا أنه اشترط أن تكون الرموز أو الأرقام أو العلامات مقروءة ومفهومة للآخرين وهذا بموجب الفقرة الأولى من المادة 1316 للقانون المدني الفرنسي، وبالتالي يجب تقديم الدليل الكتابي الإلكتروني مقروءا للقاضي عن طريق معالجته بالوسائل التقنية المناسبة³. ونص على هذا الشرط أيضا المشرع المصري في المادة أفقره) من قانون التوقيع الإلكتروني، من خلال التأكد على ضرورة أن يكون للكتابة الإلكترونية دلالة قابلة للإدراك ومعن القابلية للإدراك، وأنه يمكن فهمها وإدراك معناها، ولن يتسنى ذلك إلّا إذا كان من الممكن قراءتها⁴

ونجد هذا الشرط قد تضمنته المادة 323 مكرر من القانون 05/10، التي نصت على أنه: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأرقام أو أية رموز ذات معنى مفهوم »، ونقصد منه إمكانية قراءته، لأنه لا فهم دون قراءة لأمر مكتوب⁵.

¹ - زياد خليف العنزي، المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 38.

² - محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، دور المحررات الإلكترونية في الإثبات في القانون المصري، مقال منشور في موقع مدونة العلوم القانونية. Http : // taw 77 Blog spot. Com. ص 21

³ أحمد شرف الدين، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، ورقة عمل مقدمة في ندوة المعاملات القانونية الإلكترونية وعقود التجارة الدولية، المنعقدة في دبي، الإمارات العربية المتحدة، فبراير 2007، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2008، ص 14.

⁴ - محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 22

⁵ - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 279

ويستوي بعد ذلك أن تكون هذه الكتابة الإلكترونية من الممكن قراءتها مباشرة من شاشة جهاز الكمبيوتر، أو بعد طباعتها على أوراق عادية، أو قراءة رموزها وفك شفرتها، إذ مهما كانت الصورة المحتملة هنا فالعبرة دائماً في إمكانية القراءة وإدراك المعنى بطريقة مؤكدة ومحددة¹

2-2 المحافظة على سلامة البيانات:

أما الشرط الثاني من الشروط الواجب توافرها بالمحرر الكتابي المعدّ للإثبات فهو الاستمرارية، فاستمرارية الكتابة تعني أن يتم التدوين على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه واستمرارها، بحيث يمكن الرجوع إليها وقت الحاجة²، فالوسيط الورقي بحكم تكوينه المادي يسمح بتحقيق هذا الشرط³.

أما الوسائط الإلكترونية فهي تتسم بدرجة حساسية عالية ، و بالتالي فإنه في حالة اختلاف شدة التيار الكهربائي أو الاختلاف الشديد في درجة حرارة تخزين هذه الوسائط ، يؤدي إلى حدوث تلف بتلك الوسائط الإلكترونية ، و يترتب على ذلك عدم تحقيق شرط الاستمرارية إلا أنه قد أمكن التغلب على ذلك باستخدام وسائط إلكترونية متطورة ، يتحقق فيها عنصر الثبات و الاستمرارية بالنسبة لما دون عليها ، حيث يمكن الاحتفاظ بتلك المعلومات لمدة طويلة ربما تفوق قدرة الأوراق، التي تتأثر هي الأخرى بعوامل الزمن أو الحريق أو الرطوبة أو الحشرات⁴.

وقد أشارت المادة 14/1 من قانون اليونس ترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، إلى هذا الشرط بنصها: " ... الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً"، كما نصت المادة السادسة من نفس القانون صراحة على هذا الشرط بأنه:

¹ - محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، 22.

² Verbiest Thibault, la protection juridique de cyberconsommateur, Litec, Paris.2002. p80.

³ - محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 21.

⁴ - إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، دط دار لجامعة الجدية للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 194.

" عندما يشترط القانون أن تكون المعلومة مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً"¹.

وهما النصين اللذين تأثرت بهما العديد من القوانين الحديثة في مجال الإثبات القانوني مثل القانون التونسي والأردني، والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب نص المادة 1316/1 التي اشترطت أن تكون الكتابة الإلكترونية كالكتابة الورقية بشرط إمكانية تحديد الشخص الذي أصدرها، أو يكون تدوين الكتابة وحفظها قد تم في ظروف ذات

طبيعة تضمن تكاملها، وهو نفس اتجاه المشرع الجزائري أيضا في تعديله الأخير للتقنين المدني 5 / 10 في المادة 323 مكررا بالنص التالي: " ... وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها «، ويفهم من الإعداد والحفظ ان يكون ذلك بشكل دائم ومستمر². أما القانون المصري، فقد اكتفى المشرع المصري بالنص في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 في المادة 15 على ضرورة توافر الشروط والضوابط التي تكفل للمحرر الإلكتروني نفس الحماية المقررة للمحررات الورقية، ثم ترك تفصيل ذلك للائحته التنفيذية³.

2-3- عدم الاختراق: يقصد باختراق المحرر الإلكتروني، الوصول إليه بطريقة غير مشروعة ، أي أن يتمكن الغير من الاطلاع على مضمون المحرر، أو إدخال تعديلات على البيانات أو محو جزء منها دون أن يكون لهم الحق في ذلك ، و الواقع أن البنية الإلكترونية التي يتم عبرها نقل و تبادل المحررات الإلكترونية بين أطرفها تثير تنوفا ملحوظا، حيث يلجا قراصنة الحاسب الآلي إلى اختراق الشبكات و التجسس على المعلومات و البيانات ، و يتم ذلك عادة باستخدام برامج خاصة لهذه الانتهاكات ، الأمر الذي يعرض المتعاقدين عبر شبكة الإنترنت إلى العديد من الأخطار⁴، منها إفشاء أسرار مهمة تتعلق بعملية التعاقد يفضل أطرافها

¹ - محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 24.

² - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 279، 280.

³ - نفس المرجع، ص 280.

⁴ - محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 26 ، 27.

أو احدهم عدم اطلاع الغير عليها ، كحجم التعاقد و اسعار الصفقات¹ ، ومنها كذلك تغيير مضمون المحرر الإلكتروني، بإدخال تعديلات على البيانات أو إضافة بيانات محددة أو محو بعضها². و حتى يكون بالإمكان الاحتجاج بالمحرر ، لابد أن يتم الرجوع إليه بالشكل الذي تم به دون تحريفه زيادة أو نقصان³، و إحاطته بوسائل تمنع اختراقه أو إحداث تغيير فيه⁴، و من هذه الوسائل تنظيم استخدام تكنولوجيا تشفير المعلومات التي تنتقل عبر الإنترنت ، بحيث لا يستطيع فهمها و قراءتها سوى المرسل و المرسل إليه، إذ قدرة المحرر في الإثبات تتقرر بمدى سلامته من أي عيب قد يؤثر في شكله الخارجي و هو المعنى الذي أخذت به المادة 10/1 من قانون اليونس ترال النموذجي، بنصها على أن : " الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت و أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات وأرسلت أو استلمت".

وهو شرط نجد غالبية التشريعات قد اشترطته، بحيث أوجبت حفظ المحرر من أي تعديل أو عمل قد ينقص من قيمته القانونية كدليل إثبات أو يشك في صحته، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 323 مكررا بالنص " في الظروف تضمن سلامتها

الفرع الثاني:

حجية الكتابة الإلكترونية

¹ - رأفت رضوان، المخاطر التي تتعرض لها الشركات والمؤسسات من هجمات الهواة والمحترفين على شبكة الإنترنت، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 1999، ص 103.

² Kamel Mehdaouik la formation du contrat électronique International، faculté de droit de la maitrise en droit international، université de Québec، Montréal، mars 2010،

³ - سمير طه عبد الفتاح، الحجية القانونية لوسائل المعلومات المستحدثة في الإثبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1999، ص 62.

⁴ - احمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 06.

كما عرفها أيضا المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني على أنه: يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، التي أنشئت

بشروط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها¹. لقد أسس المشرع من خلال هذا النص مبدأ التعادل الوظيفي L'équivalent fonctionnel² بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الدعامة الورقية ولكن يكون ذلك بمراعاة مجموعة الشروط التي قيدها بها وتتمثل في: -إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت عنه هذه الكتابة. - أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها أولا-مبدأ التعادل الوظيفي للكتابة الإلكترونية وشروطها

أولاً: مبدأ التعادل الوظيفي للكتابة الإلكترونية وشروطها:

1-مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق:

لقد اعترفت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري بالكتابة الإلكترونية في إثبات التصرفات والعقود من جهة، وجعلها معادلة في حجيتها للوثيقة المخطوطة على دعامة ورقية، أي لهما نفس الأثر والفعالية من حيث الحجية والصحة في الإثبات، لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد حول نوع الكتابة التي يمكن أن تعادل في حجيتها الكتابة في الشكل الإلكتروني ؟، وبمعنى آخر هل يمكن إثبات التصرفات والعقود التي يتطلب القانون في إثباتها الكتابة الرسمية بالكتابة في الشكل الإلكتروني؟ أن موقع المادة 323 مكرر من القانون المدني المقابلة لنص المادة 1316-1 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بتعريف الكتابة الواردة ضمن الباب المخصص بإثبات الالتزام وتحديدا في الفصل الأول الخاص بالإثبات بالكتابة قد أثار جدلا فقهيًا، خاصة في فرنسا عما إذا كانت الكتابة في صورتها الحديثة في الشكل الإلكتروني،

¹- القانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، نفس المرجع.

²- وهو نفس المبدأ الذي كرمه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة السادسة منه التي تنص: " عندما يشترط أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً.

تعادل في حجيتها حجية الكتابة الرسمية، وبالتالي يمكن من خلالها إثبات عكس التصرفات والعقود المثبتة بكتابة رسمية.

فقد انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى فريقين، ذهب جانب منه في تفسير أحكام هذه المادة إلى أن نطاقها يتسع ليشمل الكتابة التي تكون في الشكل الرسمي، نظرا لعمومية تعريف الكتابة الواردة بنص المادة 1316¹ من القانون المدني الفرنسي، المقابلة للمادة 323 مكرر من القانون المدني، وموقعها ضمن قواعد الإثبات في مقدمة الفصل الخاص بالإثبات بالكتابة من جهة أخرى، وبالتالي بإمكانها معادلة الكتابة الرسمية في الإثبات².

بينما ذهب الفريق الثاني للقول بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال إعماله في العقود العرفية ، وبالتالي فإن الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني لا يمكن لها أن تكون إلّا عرفية ، كون المشرع أراد رضا المتعاقدين لما اشترط إثبات بعض العقود بالكتابة الرسمية التي يشترط لصحتها حضور الضابط العمومي وتوقيعها ، وهذا الأخير هو الذي يمنحها رسمتها، والذي لا يمكن حضوره إذا ما تعلق الأمر بالكتابة في الشكل الإلكتروني ، إلّا أن المشرع الفرنسي انفرد بتنظيم هذه الآلية بتخصيص نصوص قانونية خاصة ، حيث أصدر مرسومين ، المرسوم رقم 972-2005 ، بتاريخ 10 أوت 2005 يتعلق بشروط إنشاء وحفظ المحررات الرسمية على دعامة إلكترونية ، وصورها بالنسبة للمحضرين القضائيين ، والرسوم 973-2005 المتعلق بتحديد شروط إنشاء وحفظ المحررات الرسمية على دعامة إلكترونية وصورها بالنسبة للموثقين ، في نفس التاريخ .

¹ - انظر المادة 1316-1 من القانون المدني الفرنسي التي تقابله المادة 323 مكرر أمن القانون المدني الجزائري، والمادة 7 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الأردني

² - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 107. 118

وهذا ما جاء في المادة 1369 من القانون المدني الفرنسي التي أكدت هذه الحجية حين أقر أن توقيع موظف عام على المحرر كان ورقيا أو إلكترونيا، يكسب ذلك المحرر الصفة الرسمية¹.

وإننا نميل إلى الرأي الثاني في عدم قابلية إثبات التصرفات والعقود التي يشترط فيها المشرع لإثباتها الكتابة الرسمية ، كون المادة 324 من القانون المدني تشترط حضور الضابط العمومي والحضور المادي الأطراف العقد أمامه لصحته²، ويقول في هذا الشأن الأستاذ العياري " في الحقيقة يعود هذا الاحتراز إلى أن المشرع مازال محتفظا ببعض الخشية إزاء هذه المعاملات ولا يروم ضمن منظومة لم تستكمل بعد فترة التجربة³، وتطبيقا لذلك فإن الأحكام المتعلقة بالكتابة العرفية هي التي تطبق على الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني ، لذا يمكن إثبات العقود والتصرفات القانونية التي تفوق قيمتها مائة ألف دينار بالكتابة المبرمة في الشكل الإلكتروني ، تطبيقا لنص المادة 333 من القانون المدني من جهة ، ولا يمكن معارضة الكتابة في الشكل الإلكتروني بشهادة الشهود تطبيقا من جهة أخرى ، غير أن اليمين الحاسمة قد تقوض الدليل الثابت بالكتابة في الشكل العرفي.

أولا -2: شروط قبول الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات.

¹– Eric Caprioli, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, Litec, Paris, 2002. P56.

²وقد حسم الأمر في فرنسا فيما يخص هذه الإشكالية بصدور المرسومين الذين يسحان بإبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية في الشكل الإلكتروني:

Décret n ° 2005-972 du 10 Aout 2005 modifiant le décret n ° 56-222 de 29 Février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance de 02 Novembre 1945 relatif au statut des huissiers de justice. Décret n ° 2005-973 10 Aout 2005 modifiant le décret n ° 71-941 26 Novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, JORF n ° 186 du 11 Aout 2005 page 13096. Marlene Trezeguet, Op cit.

³– القاضي، كمال العياري، المرجع السابق.

لكي تؤدي الكتابة الإلكترونية وظيفتها القانونية في الإثبات كدليل على صحة التصرف القانوني ومضمونه، وتكون وسيلة ثقة وأمان بين المتعاملين بها يجب أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط هي نفسها التي يجب أن تتضمنها الكتابة والمحضر التقليدي، وهي أن تكون مقروءة ومتصفة بالاستمرارية والديمومة والثبات أي لا تكون عرضة للتعديل والإتلاف والعبث بها، وسنتناول الشروط بالتفصيل.

وضع المشرع شرطين لقبول الكتابة في الشكل الإلكتروني للإثبات، وهما إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وسبب وضع المشرع لهذين الشرطين¹ يرجع إلى طبيعة المحيط الذي تتم فيه المعاملات الإلكترونية كونه محط افتراضي وليس محسوس virtuel et dématérialisé ، مما يفرض عوائق ناتجة عن طبيعة المحيط نفسه وهي:

- صعوبة التعرف على هوية الطرف الآخر في العلاقات العقدية. -
- اصطدام استخراج الكتابة في الشكل الإلكتروني من ذاكرة الحامل ببعض العوائق التقنية.
- إمكانية تعرض الكتابة الإلكترونية للتغيير من دون أن يترك هذا التبديل أثرا محسوسا.

وسنتطرق للشرطين المذكورين أعلاه فيما يلي:

01: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها.

إن التعاقد الإلكتروني، لاسيما الذي يتم عن طريق الانترنت يثير مسألة هامة تتعلق بإمكانية تأكد المتعاقد من هوية المتعاقد معه، أي توثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلا ذلك الذي قدم له اسمه وعنوان بريده الإلكتروني، وغير ذلك من المعلومات، وقد يمتد

¹- فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة. للنشر، مصر، 2002، ص 85.

هذا الإشكال في حالة المنازعة حول حجية هذا العقد، فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص أو ذاك، وتعد هذه الإشكاليات من بين أهم الإشكاليات التي تواجه العقود الإلكترونية.

في هذا المجال حاول المختصين إيجاد بعض الحلول التقنية لهذه الإشكالية باستعمال وسائل تعريف الشخصية عبر كلمة السر أو الأرقام السرية، وكذا وسائل التشفير أو ما يعرف بوسيلة المفتاح العام والمفتاح الخاص، ووسائل التعريف البيولوجية للمستخدم بصمات الأصابع المنقولة رقمياً أو تناظرياً وسمات الصوت أو عدسات العين أو غيرها.

وهي وسائل أريد منها ضمان تأكيد الاتصال من جهة وإثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة الإلكترونية من جهة أخرى، لكن تأكد بعد تجربتها أن لكل منها ثغرات أمنية ولذلك تعد غير كافية. وهذا ما استدعى اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية أو ما يسمى سلطات الموثوقية *Autorités de certification* أو *Prestataire de service de certification électronique* وهي عبارة عن شركات ناشطة في ميدان خدمات التقنية تقدم شهادات تتضمن تأكيدا بأن الطلب أو الجواب قد تصدر من الموقع المعني وتحدد تاريخ صدور الطلب أو الجواب، وحتى تضمن هذه الجهات تأكيد شخصية المخاطب، تستعمل تقنيات التعرف على الشخص بدءاً بكلمة السر وانتهاء بتقنيات التشفير¹.

وقد أخذت معظم التشريعات التي اعترفت بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات بهذه الوسيلة للتأكد من هوية الشخص الذي صدر منه الإيجاب أو القبول، ومنها القانون الفرنسي الذي أنشأ ما يسمى بهيئة خدمات التصديق *De prestataire de certification*

¹ يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية. arablaw.org ٧ / ٧ / ٧ تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 2020. /

وكذلك القانون التونسي الذي أنشأ ما يسمى بجهات المصادقة، سماها الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية¹.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، نجده لم يحدد إلى يومنا هذا كيفية تطبيق هذا الشرط المقرر بالمادة 323 مكرر من القانون المدني المتعلق بكيفية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت منه الكتابة في الشكل الإلكتروني أو الوثيقة الإلكترونية، وفي انتظار صدور المرسوم التنفيذي الذي يحدد كيفية تطبيق هذه المادة، فإن تطبيقها يبقى معلقا، كونه يصعب على القاضي التثبت من هوية من صدرت عنه الكتابة، لذا يبقى إنشاء مثل هذه الهيئات أفضل حل لهذا المشكل في الوقت الحاضر².

02- أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

مع تطور التقنيات الإلكترونية وتحركها المستمر أصبح من الصعب ضمان الوجود المستمر للوسائط الإلكترونية اللازمة لقراءة السيد الإلكتروني المنظم منذ مدة وفقا لتقنيات قديمة، كما أن السندات الإلكترونية في عمليا متردة للتلف بعد مدة، حتى ولو حفظت في شروط ملائمة وهنا رجه الاختلاف بين السيد المادي والسند الإلكتروني، فالأول يمكن إعادة إنشاؤه من الأصل عند تغييب الورقة، بينما التغييب يمحى السند الإلكتروني كليا فمشكلة الحفظ تساوى فيها السند الإلكتروني والسيد الرسمي، ولذلك أوجب المشرع ضرورة حفظ الوثيقة

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص 128 وما يليها:

Décret n ° 2001-272 du 30 Mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique، Jon " 77 du 31 Mars 2001 page 2070. www.journal-officiel.gouv.fr.

وما بعدها من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

² - رغم ما يمكن أن يعني ذلك من نقائص، فإذا تمكن الشخص من مرقمة المفتاح السري الخاص بشخص آخر فإنه يستطيع سرقة هويته فينتحل شخصيته في إبرام العقود، فتكون الكتابة أو الوثيقة الإلكترونية المحتج بها أمام القضاء صادرة باسم صاحب المفتاح، ولذلك بني الأستاذ Capriotti، بأن مصطلح identification de la personne dont récrit amane الوارد في المادة 1316-2 من القانون المدني الفرنسي المقابلة للمادة 323 مكررا من القانون المدني يقصد بها في الحقيقة imputabilité a l'auteur. لمزيد من التفصيل راجع: 60، Op cit، Eric Capriol

الإلكترونية من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها أو من كان لهم حقوق ثابتة.

ويمكن حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني، ويسمى الوسيط أيضا، وهو وسيلة قابلة لتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة إلكترونية كان تحفظ في ذاكرة الحاسب الآلي نفسه في اسطواناته الصلبة Disques Durs أو على الموقع في شبكة الأنترنت أو على شبكة داخلية تخص صاحب الشأن، وقد تتمثل في قرص مدمج ROM أو قرص مرن Disquette informatique، أو قرص فيديو رقمي DVD .

وفي كل الأحوال يجب أن يكون الحامل الإلكتروني من الوسائط المتاحة حاليا أو التي يكشف عنها العلم مستقبلا، فنص المادة 323 مكرر يحتمل توسيع مجال الدعائم الإلكترونية ووسائط جديدة تعد بمثابة الحامل الإلكتروني، كما سبقت الإشارة إلى ذلك عند تعريف الكتابة في الشكل الإلكتروني ويتعين حسب الفقه أن يتوافر في الحامل الإلكتروني الذي تحفظ عليه الوثيقة الإلكترونية خصائص معينة تتعلق بهذه الرسالة أو الوثيقة وهي:

- إمكانية الاطلاع على الوثيقة الإلكترونية طيلة مدة صلاحيتها وذلك أن هذه الوثيقة تماما كالوثيقة المكتوبة، لها فترة صلاحية، وطالما فقدت هذه الصلاحية يكون من المتعذر استرجاع البيانات المدونة بها والاستفادة منها، وهذا ما يقتضي أن يكون للحامل صفة القابلية للاستمرار¹ support durable.

¹ - لذلك فقد استثنى التوجيه الأوروبي رقم 97-07 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد مواقع الانترنت من الدعائم القابلة للاستمرار كونها دعامة تقتصر إلى هذه الخاصية فيما عدا تلك التي تستجيب للمعايير المبينة بشأن تعريف الدعامة التي لها قابلية للاستمرار وهو التعريف الذي جاءت به المادة 02 من هذا التوجيه بقولها " كل أداة تسمح للمستهلك بتخزين المعلومات التي توجه إليه شخصيا على نحو يمكن معه الرجوع إليها بسهولة مستقبلا خلال فترة زمنية تتلاءم مع الأغراض التي من أجلها تم توجيه هذه المعلومات ، وتسمح بإعادة نسخ هذه المعلومات نسخة مطابقة لتلك التي تم تخزينها . د / محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، بدون رقم مطبعة، مسنة 2018، ص 49، 48.

- حفظ الوثيقة الإلكترونية في شكلها النهائي طوال مدة صلاحيتها، بحيث يمكن الرجوع دائما لهذا الشكل النهائي عند الحاجة إليها.
- يتعين كذلك حفظ المعلومات المتعلقة بالجهة التي صدرت عنها الوثيقة الإلكترونية سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتبارا، وكذلك الجهة المرسلّة إليها.
- حفظ المعلومات المتعلقة بتاريخ ومكان إرسال الوثيقة واستقبالها ، وذلك لان هذه المعلومات ترتب آثارا قانونية في حق طرفي الرسالة أو الوثيقة مني تعلق بعقد من العقود الإلكترونية إذ يمكن عن طريق هذه البيانات تحديد مكان وزمان انعقاد العقد ، وما إذا كان طرفا العقد قد جمعهما مجلس عقد واحد أم لا ، والتوصل إلى معلومات تتعلق بسداد الثمن أو الأجرة وكيفية ذلك ومكانه ، ولاشك أن كل هذه الأمور من العناصر الجوهرية في التعاقد بالطريق الإلكتروني، لأن الهدف النهائي هو الحفاظ على حقوق الأطراف وحقوق كل من له علاقة بهذه الوثيقة .

وفي القانون المقارن نلاحظ أن المشرع التونسي قد فرض التزامات إضافية تتعلق بحفظ الوثيقة الإلكترونية وهي:

-التزام المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في ذات الشكل الذي أرسلها به، حتى تكون حجة عليه متى تعلق حق للغير بهذه الوثيقة، فإذا ادعى خلاف ذلك، كانت الصورة المسلمة إليه، حجة عليه وحجة للطرف الآخر الذي يتمسك ضده بهذه الوثيقة الإلكترونية¹.

ونشير في الأخير إلى أنّ تخزين أدلة الإثبات في الآلات وعبر المواقع المؤقتة التي يمكن ألا تتمتع بصفة الدوام والاستقرار جعل الفقيه Cabriolai يقترح إنشاء جهات ثالثة تضمن سلامة الوثائق الإلكترونية من التبدل والتحريف أو يسمى ب Tiers Archiver " أو Service d'archivage ، فتخزين المعلومات في الكمبيوتر الخاص بأحد المتعاقدين يمكن أن يعرضها للتبدل أو التحريف كون هذا الجهاز يخضع لإرادة وإشراف وتوجيهات ادا مستعمليه، وإذا كان هذا الكمبيوتر يؤدي مهمته تنفيذا للتعليمات والإيعاز الشخص الذي يخزنها فإنه يقال

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع السابق ص 149.

بان هذه المعلومات التي سوف تقدم كدليل إثبات يمكن أن تكون من صنع هذا المستعمل، فهي إذن صادرة عنه وبالتالي لا يجوز له أن يحتج بها كدليل إثبات، تطبيقاً لمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه، ومن هنا تظهر القيمة القانونية الوجود الوسيط لحفظ هذه الوثائق¹.

ثانياً: التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق في الإثبات.

لم تكن تثار مسألة تنازع أدلة الإثبات قبل تعديل القانون المدني بموجب الأمر 05-10، الذي اعترف بموجبه المشرع بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني في إثبات العقود والتصرفات القانونية التي توازي في قيمتها القانونية حجية الكتابة الورقية، وذلك لسبب بسيط هو أن قانون الإثبات لم يكن يعترف قبل هذا التاريخ إلا بالكتابة التي تكون على دعامة ورقية أو مادية، كما أشرنا إليه أعلاه.

وبالتالي لم يكن من الممكن تصور حدوث تنازع بين أدلة الإثبات الكتابية فيما بينها، فكل منها قوتها الثبوتية ودرجتها المحددة قانوناً، فكانت المحررات الرسمية الأقوى ثم الكتابة العرفية المعدة للإثبات فالمحررات العرفية غير المعدة للإثبات.

لكن وبظهور الوسائط التقنية الجديدة التي تختلف في طبيعتها عن الوثائق الكتابية وتوازيها في نفس الوقت في قوتها الثبوتية أصبح من الممكن حدوث التنازع فيما بينها ، وبات الأمر ضرورياً بالنسبة للمشرع الفصل في هذا التنازع ، فلو وقع نزاع حول تنفيذ عقد أو تصرف قانوني ما سواء كان مبرماً بطريقة تقليدية وتمسك أحد الأطراف بالوثيقة الورقية بينما تمسك

¹ - أكد القانون النسوجي للتجارة الإلكترونية CNUDCI في مادته 03 إمكانية اللجوء إلى شخص ثالث كوسيلة لإضفاء الجدية على الوثيقة الإلكترونية، إلا أنه أشار إلى بعض الشروط التي يجب توافرها عند حفظ الوثيقة الإلكترونية وهي: - تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح الجوع إليها لاحقاً - الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت. - الاحتفاظ بالمعلومات، أن وجدت، التي تمكن من استبانة رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت استلامها ووصولها Eric op cit، Caprioli ، P62. وكذلك، در سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاض، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2004، ص 343.

الآخر بالوثيقة الإلكترونية المعدة للإثبات ، فأى الدليلين يرجح القاضي لم يتطرق المشرع لمسألة تنازع أدلة الإثبات عندما قام بتعديل القانون المدني وأدخل الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات ، وهذا عكس القانون الفرنسي الذي عالج هذه النقطة بمناسبة تعديله للقانون المدني بموجب القانون 230-2000 المؤرخ في 13 مارس 2000 المتعلق بإصلاح قانون الإثبات التكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني ، وتحديدا في المادة 1316-2 التي تنص على أنه : " عندما لا ينص القانون على قواعد مخالفة أو عندما لا يكون هناك اتفاق متكافئ في إثبات الالتزامات والحقوق بين الأطراف يبت القاضي في النزاعات القائمة حول الإثبات بالكتابة عبر تحديد السند الأكثر مصداقية ، أيا كانت دعامته ، وذلك عن طريق استخدام كافة الطرق المتوفرة لديه"¹

وما يمكن ملاحظته حول هذا الحل التشريعي الذي اعتمده المشرع الفرنسي أنه:

- أعطى للقاضي سلطتين، الأولى صلاحية البت بالنزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد السند الأكثر مصداقية، والثانية هي سلطة تقديرية واسعة في عملية التحديد، فهو الذي يرجح وساطة إثبات دون أخرى، بمعزل عن الدعامة ورقية كانت أو إلكترونية، وذلك باستخدام الطرق المتوفرة لديه².
- إمكانية وضع اتفاقات بين المتعاقدين تخالف قواعد الإثبات الموجهة للقاضي، وبالتالي الاعتراف بأن هذه القواعد يمكن الاتفاق على خلافها³.

وهذه القواعد التي جاء بها القانون الفرنسي يمكن الاستعانة بها في الجزائر كونها لا تخرج عن القواعد العامة المتعلقة بالإثبات ، فالقاضي الجزائري في غياب النص الذي يفصل في تنازع أدلة الإثبات بإمكانه استعمال سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة على غيرها ، كما في

¹ L'article 1316-2 stipule que. Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable quel qu'en soit le support.

² Eric Caprioli, Op cit. 70.

³ - سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 360 وما بعدها.

حالة ما إذا عرض عليه محرران عرفيان ورئيسان ، إلا إذا اتفق طرفا العقد على ترجيح إحدى الوثائق على الأخرى ، كان يتفقا على ترجيح وثيقة إلكترونية على الوثيقة الخطية ، وهذا الاتفاق جائز لأن قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام¹، وفي هذا يقول يحي بكوش : " تبقى القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات التي تمس بالحقوق الخاصة خاضعة لإرادة الخصوم يتصرفون فيها طبقا لرغباتهم².

وفي واقع الأمر فإنه يصعب على القاضي ترجيح الوثيقة الإلكترونية على الوثيقة الأستاذ الورقية لسببين:

➤ " أولهما نفسي، فالقاضي الذي تعود على الوسائل الورقية والتوقيع باليد في إثبات العقود والتصرفات، سيكون منحازا عفويا إلى الوسيلة التي تعودها، فيكون في الأمر قرينة هي ترجيح المستند الورقي حتى إثبات العكس، وقد يصعب أخذ القاضي به السبب نفسه.

➤ واقعي، هو أن معرفة القاضي متصلة بالقانون وليس بالآلة أو بالتقنية، وهي متميزة وفي غاية الدقة في هذا المجال المتطور، مما سيلغي واقع التوازن الوظيفي بين الوسائل الإلكترونية والتقليدية في الإثبات، التي أقرها المشرع في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني³.

المطلب الثاني:

¹ - يوجد في الحقيقة اتجاهان ، يرى أحدهما أن قواعد الإثبات الموضوعية من النظام العام ، وبالتالي يمنع كل اتفاق يحصل بين المتخاصمين حولها ، كونها مرتبطة بوظيفة الدولة وإقامة العدالة في حين يفرق الاتجاه الثاني ، بين قواعد الإثبات الموضوعية وبين الإجراءات الخاصة بالإثبات ، فيمين اتفاقات حول الأولى ، باعتبارها حقوق ترجع إلى الخصوم ، وأن من حقهم التنازل عنها ، ومن جهة أخرى يمتنعون الاتفاق حول الثانية ويصنفونها ضمن قواعد النظام العام ولذلك يمتنعون الاتفاق على إجراءات الإثبات وعلى شروط قبول قواعد الإثبات ، والشكليات المقررة في ذلك ، وقيمة تلك القواعد والحجج التي ينبغي أن تعطي لها راجع ، م يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة ، الطبعة الثانية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، ص 52 وما يليها.

² - يحي بكوش، المرجع السابق، ص 53.

³ - سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 367. وأنظر أيضا في نفس المجال. LE : Carrioli, Op Cit 128272.

التوقيع الإلكتروني

لا تعد الكتابة من الناحية القانونية أو النظامية دليلاً كاملاً في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، فالتوقيع يعتبر بمثابة العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد أصلاً للإثبات وهو الذي ينسب الورقة إلى من وقعها حتى ولو كانت مكتوبة بخط غيره.

وقد أدى التطور في تقنية الاتصالات، والمعلومات، وظهور التعاقد من خلال شبكة الانترنت، إلى إفراد الواقع العملي طرقاً ووسائل حديثة في التعامل لا تتفق مع فكرة التوقيع بمفهومه التقليدي، ولهذا تم الاتجاه نحو بدلي التوقيع الخطي يتماشى مع البيئة الإلكترونية المتمثل في التوقيع الإلكتروني.

و العلة في الحاجة إلى التوقيع الإلكتروني سببها اعتبارات الأمن و الخصوصية على شبكة الانترنت ، التي تثير قلق الكثير من المتعاملين بهذه الشبكة الأمر الذي يسبب نوعاً من انعدام الثقة، ولذلك تم اللجوء إلى تكنولوجيا التوقيع الإلكتروني ، حتى يتم رفع مستوى الأمن و الخصوصية ، حيث أنه و بفضل هذه التكنولوجيا يمكن الحفاظ على سرية المعلومات و الرسائل المرسلة ، بالإضافة إلى إمكانية تحديد هوية المرسل و المستقبل إلكترونياً و التأكد من مصداقية الأشخاص و المعلومات ، و أنها نفس المعلومات الأصلية و لم يتم العبث بها من قبل الأشخاص المحترفين او الهواة في اختراق الشبكات .

كل هذه الأمور ألقت بظلالها على القانون، مما أدى إلى أن تتناول القوانين الحديثة التوقيع الإلكتروني وتعترف بحجيته في الإثبات، ولكنها اشترطت فيه عدة شروط حتى تضمن أنه سوف يقوم بنفس الدور الذي يقوم به التوقيع الخطي ولذلك سنتناول في هذا المبحث إلى ماهية التوقيع الإلكتروني (الفرع الأول) وبعدها نتطرق إلى حجية التوقيع الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

ماهية توقيع الإلكتروني

ان ظهور التوقيع الإلكتروني كمصطلح جديد يقضي محاولة بيان المقصود بهذا المصطلح، والذي نشأ كنتيجة لاستخدام الحاسب الآلي في إجراء المعاملات بين الأفراد، سواء كانوا تجارا أو أفرادا عاديين، وكذلك بينهم وبين مختلف المؤسسات، حيث لا يجد التوقيع التقليدي بأشكاله المختلفة مجالا له أمام انتشار نظم المعالجة الإلكترونية، لعدم استطاعته التكيف مع الوسائل الحديثة في إجراء المعاملات فبدأ الحديث عن الرقم السري لكي يقوم بهذه الوظيفة ويستوعب هذا التطور، ثم ظهرت بعد ذلك صور أخرى للتوقيع الإلكتروني.

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني:

سوف نتطرق في هذه النقطة إلى تعريف التوقيع الإلكتروني فقها وقضاء، وبعدها إليه تعريفه قانونيا:

التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني:

عرف بعض الفقهاء التوقيع الالكتروني بأنه مجموعة من الإجراءات يتبع استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام، إخراج رسالة إلكترونية تتضمن علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة إلكترونيا، يجري تشفيرها باستخدام زوج من المفاتيح، واحد معلن والآخر خاص بصاحب الرسالة.¹

عرفه فقهاء آخرون بأنه مجموعة من الإجراءات التقنية التي تمكن من تحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات، وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع: بشأنه².

وعرفه البعض الآخر بأنه علامة أو رمز متمايز يعود على شخص بعينه، من خلال يعبر الشخص عن إرادته، ويؤكد حقيقة البيانات المتضمنة في المستند الذي وقع¹.

¹ - أسامة بن غانم العبيدي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات «، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28،

العدد 56، ص 145

² - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 326

التعريف القضائي للتوقيع الإلكتروني:

سلكت محكمة النقض الفرنسية في تعريفها للتوقيع الإلكتروني مسلك تعريفه على ضوء التوقيع التقليدي، فبعدها عرفت هذا الأخير بأنه: " شهادة بخط اليد تكشف عن رضا الموقع بهذا التصرف وتمكن من التحقق من إسناد التوقيع لصاحب الوثيقة"²، قررت بان هذه الطريقة الحديثة " التوقيع الإلكتروني تقدم في الضمانات التوقيع اليدوي الذي يمكن أن يكون مقيدا، بينما الرمز السري لا يمكن أن يكون إلا لصاحب الكارت فقط"³

كما كرس القضاء بعد ذلك أحكامه نحو الاعتداد بهذا النوع الجديد من التوقيعات، وبين بأنه يشكل توقيعاً صحيحاً معتاداً به قانوناً، كل رمز خطي مميز وخاص يسمح بتحديد وتشخص صاحبه دون لبس ولا غموض، وانصراف إرادته الصريحة الالتزام بمحتو ما تم التوقيع عليه وقد أقر هذا الاتجاه القضاء الفرنسي في حكم المحكمة النقض المصرية في 8/11/1989 بخصوص قبول التوقيع الرقمي في حالات الوفاء بالبطاقة البنكية تطبيقاً الحكم محكمة النقض الفرنسية في حكمها السابق المشهور بقضية كريك يداس.⁴

من مجمل هذه الأحكام يتضح بان التوقيع الإلكتروني وسيلة حديثة لتحديد هوية صاحب التوقيع و رضائه بالتصرف القانوني الموقع عليه⁵، و بالتالي يقوم بذات وظائف التوقيع التقليدي المعهود ، كل ما هناك أنه ينشأ عبر وسيط إلكتروني ، استجابة لنوعية المعاملات التي تعتبر بدورها إلكترونية ووجب توقيعها إلكترونياً ، كونه لا مكان فيها الإجراءات اليدوية ، و أيّا كانت الألفاظ أو العبارات المستعملة في تعريفه فإنها تتحدد في المضمون و هو تحديد

¹ - عادل رمضان الأبيوغي، التوقيع الإلكتروني في التشريعات الخليجية، دير دار المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009، ص 15

² - في قرارها المؤرخ في 5-11-1952، مشار له لدي حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 327

³ - ce procédé moderne présente les même garanties que la signature manuscrite la quelle peut être imitée tandis que le code secret n'est connu que du seul titulaire de la carte.

⁴ - وقائع القضية أشار إليها الدكتور حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 327

⁵ - Santiago Cavanillas Mugica et autres، commerce électronique، Edition Delta، Beyrouth . Liban 2004. P57.

هوية الشخص الموقع و تمييزه عن غيره ، حيث العبرة بالمساواة الوظيفية بين النوعين من التوقيعات¹

والتعريف القانوني للتوقيع الإلكتروني اهتمت غالبية القوانين، وعلى جميع المستويات بالتوقيع الإلكتروني، فقد كان هذا الأخير محل اهتمام من قبل المنظمات سواء الدولية أو الإقليمية، لتتبعها بعد ذلك تشريعات مختلف الدول.

1- تعريف التوقيع الإلكتروني وفقا للمنظمات الدولية والتوجيهات الأوروبية

كانت الخطوة الأولى الفعلية لميلاد التوقيع الإلكتروني تشريعيا، هي صدور القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الدولية لسنة 1996² قد عرف التوقيع الإلكتروني في المادة السابعة على انه: "عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص يستوي ذلك الشرط وبالنسبة إلى رسالة البيانات إذا:

- استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.
- كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من اجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر"³

¹ - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 328.

² - عبد الوهاب مخلوفي، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج الخضر، باتنة، 2012 / 2011، ص 203.

³ - l'article 7. Lol type de la CNUDCI (A / 51 / 628) 1996. " Lorsque la lol exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de donnée :

A / Si une méthode est utilisé pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données : et

B / Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte de tout accord en matière.

هذا التعريف ركز على ضرورة قيام التوقيع الإلكتروني بالوظائف التقليدية للتوقيع وهي تمييز هوية الشخص، والتعبير عن رضائه الارتباط بالعمل القانوني، على نحو ما ورد في الفقرة (أ)، كما ركز أيضا إلى أنه يتعين أن تكون طريقة التوقيع الإلكتروني، والواردة في الفقرة (ب) طريقة موثوقا بها، ولم يحدد تلك أو الإجراءات التي يتعين إتباعها، وإنما تركها لكل دولة تحددتها بطريقتها ووفقا لتشريعاتها¹. وجاء بعد ذلك قانون اليونس ترال للتوقيعات الإلكترونية لعام 2001، وتحديدا في نص المادة 2/1 التي عرفت التوقيع الإلكتروني بأنه: " بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان مرافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"²

ويظهر من خلال التعريف السابق، أن القانون النموذجي قد اهتم بمسألتين هما هوية الشخص الموقع وبيان موافقته على المعلومات الواردة في المحرر، وهو بذلك انسجم مع الأصل العام للتوقيع في الدلالة على شخص الموقع، وللتأكد على أن إرادته قد اتجهت الالتزام بما وقع عليه³

2-تعريف التوقيع الإلكتروني وفقا لتشريعات الدول:

ان التعريف الذي أورده التوجيه الأوروبي ، أخذت به معظم التشريعات الأوروبية ففي القانون المدني الفرنسي ورد تعريف التوقيع بشكل عام و التوقيع الإلكتروني بشكل خاص في نص المادة 1316 فقرة 4 المضافة بموجب القانون رقم 230/2000⁴، حيث تنص هذه المادة على أن : " التوقيع ضروري لاكتمال التصرف القانوني و هو يحدد هوية من يحتج به عليه و يعبر عن رضا الأطراف بالالتزامات الناشئة عن هذا التصرف ، و عندما يتم بواسطة موظف عام يكتسب هذا التصرف صفة الرسمية ، و عندما يكون التوقيع إلكترونيا يقتضي استخدام وسيلة

¹ - إيمان مامون، أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 249.

² -رانيا عزب، المرجع السابق، ص 181.

³ - عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص 204

⁴ حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 331 - 332

آمنة لتحديد الشخص ، بحيث تضمن صلتها بالتصرف الذي وقع عليه ، و يفترض أمن هذه الوسيلة ما لم يوجد دال مخالف بمجرد وضع التوقيع الإلكتروني الذي يجري بموجبه تحديد شخص الموقع. ويتضمن سلامة التصرف، وذلك بالشروط التي يتم تحديدها بمرسوم يصدر عن مجلس الدولة¹.

أما المشرع الجزائري فقد عرف التوقيع الإلكتروني بموجب القانون رقم 15/04 الخاص بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين²، فقد عرف التوقيع الإلكتروني في مادته الثانية بأنه: بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الإلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة للتوثيق"

" كما عرفت نفس المادة الموقع الإلكتروني بأنه: " شخص طبيعي يحوز بخانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله ".

يتم إنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق مجموعة من البيانات هي بيانات فريدة مثل الرموز او مفاتيح التشفير الخاصة التي يستعملها الموقع لإنشاء توقيع إلكتروني عن طريق تقنيات يتم بموجبه الاعتماد على برنامج معلوماتي معد لتطبيق البيانات.

نلاحظ من خلال التعريف السابق، أن القانون الجزائري قد أخذ بتعريف قانون اليونس ترال النموذجي، مع تغيير بعض العبارات فقط، فقد استعمل عبارة " تستعمل كوسيلة للتوثيق

¹ - l'article 1316-4, loi 2000-230, " La signature nécessaire à la perfection d'un acte Juridique identifier celui qui l'appose elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte quand elle est apposée par un de officier public, elle confère l'authenticité à l'acte lorsqu'elle est électronique elle consiste en l'usage d'un procédé est présumée du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dand des conditions fixées par décret en conseil d'état".

² - قانون رقم 15 / 04، الخام بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، المؤرخ في 1 فبراير 2015 الموافق ل 1 ربيع الثاني 1436 هجر، العدد 6، الصادر في 10 فبراير 2015 الموافق 20 ربيع الثاني 1436.

والمراد بها هو ان تستخدم لتوثيق هوية الموقع وبيان موافقته على مضمون ما وقع عليه، وهو ما نصت عليه المادة السادسة من القانون 15/04 المذكورة " يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني.

كما عرفت المادة الثانية نفسها الموقع وحصرته في الشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي، حيث تنص بان: الموقع: شخص طبيعي يحوز بخانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله.

نلاحظ من مجمل التعريفات، بان التوقيع الإلكتروني في كافة القوانين المنظمة له والمنظمة التجارة الإلكترونية واحدة تقريبا، مع اختلاف الألفاظ ولكن مع وحدة المضمون، فقد اختلفت الأساليب التي يتم خلعها على التعريف دوما تغيير في مضمون التعريف ذاته، والسبب في ذلك هو وحدة المصدر الذي استقت منه هذه التشريعات موضوع تنظيم التوقيع الإلكتروني¹. تتعدد صور وكما ركزت هذه التعريفات على الصور والأشكال على سبيل المثال، حتى تتسع مستقبلا لأي صور أو أشكال قد تظهر للتوقيع الإلكتروني وعلة ذلك هي توفير مرونة أكثر للمتعاملين في اختيار الوسيلة التي يرونها تكفل الأمن والثقة في هذا التوقيع².

ثانيا: صور التوقيع الإلكتروني:

تتعدد أشكال التوقيع الإلكتروني بحسب الطريقة التي يتم بها هذا التوقيع، كما تتباين هذه الصور فيما بينها من حيث درجة الثقة ومستوى ما تقدمه من أمان بحسب الإجراءات المتبعة في إصدار وتأمينها والتقنيات التي تخرجها، ومن أهم هذه الصور نذكر منها:

¹ - محمد حسن رفاعي العطار، البيع على شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص

² اياد محمد عارف عطا سده، مدى حجية المقررات الإلكترونية في الإثبات، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص 61، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2015/11/23 على الموقع:

التوقيع الرقمي:

يعتبر التوقيع الرقمي (انظر الملحق رقم 1 الشكل 1)، من أهم صور التوقيع الإلكتروني وأكثره استخداما في التعاقدات التي تتم عبر الانترنت¹، يقوم هذا التوقيع على وسائل التشفير الرقمي الذي يعتمد على خوارزميات أو معادلات حسابية رياضية لضمان

سرية المعلومات و الاتصالات بطريقة آمنة² عبر تحويله إلى شكل غير مفهوم إلا من صاحب العلاقة³، فالتوقيع الرقمي عبارة عن بيانات متجزأة من الرسالة ذاتها أو بمعنى جزء صغير من بيانات الرسالة يتم تشفيره و إرساله مع الرسالة الإلكترونية⁴، فهذا النوع من التوقيع يعتمد على نظام التشفير باستخدام نظام المفاتيح ، احدهما للتشفير و يسمى المفتاح الخاص ، و قد عرفه المشرع الجزائري في الفقرة الثامنة المادة الثانية من قانون التوقيع و التصديق الإلكترونيين 15/04 كالتالي : " مفتاح التشفير الخاص : هو عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط و تستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني ، و يرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي أما المفتاح الثاني فيستخدم الفك للتشفير و يسمى المفتاح العام أو المفتاح التشفير العمومي⁵، و عرفه المشرع الجزائري بموجب الفقرة التاسعة من المادة الثانية من القانون 15/04 سالف الذكر بأنه : " سلسلة من الأعداد تكون موضوعا في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني ، و تدرج في شهادة التصديق الإلكتروني " ، و يرتبط هذا

¹ – Delphine Majdanski, la signature et les mentions manuscrites dans la mention manuscrite dans les contrats, presses universitaire de bordeaux, 2000. p56.

² – فراح مناني، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني، درة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 192.

³ – لونيس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، سيئة 2005

⁴ – محمد إبراهيم أو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 78.

⁵ – نفس المرجع، 80-81

المفتاح العام بالمفتاح الخاص ، و لكن يتميز عنه بعدم الاحتفاظ بسريته حيث يبلغ للمرسل إليه ليتمكن عن طريقه من فك شفرة الرسالة ، و ميزة هذه الطريقة أنه لو عرف أحد المفتاحين فلا يمكن معرفة المفتاح الآخر حسابيا.

التوقيع البيومتري:

تسمية التوقيع البيومتري مستمدة من كون هذا التوقيع يعتمد على علم البيومتروولوجي الذي يهتم بدراسة الخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للأفراد¹.

يعتمد التوقيع البيومتري على الخواص والصفات الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للإنسان، والتي من المفترض والطبيعي أن تختلف من شخص لأخر² من هذه الخواص البصمة الشخصية، مسح العين البشرية أو ما يعرف ببصمات قزحية العين وخواص اليد البشرية، ونبرة الصوت والتعرف على الوجه البشري وغير ذلك من الصفات الجسدية والسلوكية³.

و يتم التوقيع بالتقاط صورة دقيقة لصفة جسدية للشخص الذي يريد استعمال التوقيع البيومتري، و يتم تخزين هذه الصورة على جهاز الحاسب الآلي و ذلك بطريق التشفير ، و يعاد فك التشفير للتحقق من صحة التوقيع و ذلك بمطابقة صفات وسمات العميل المستخدم للتوقيع مع الصفات التي يتم تخزينها على جهاز الحاسب الآلي، حيث تتم برمجته على أساس إلّا يصدر أمرا بفتح القفل المغلق إلّا بعد أن يطابق هذه البصمة على البصمة المبرمجة في ذاكرته⁴، ولما كانت الخواص المميزة لكل شخص كالبصمة الشخصية و بصمة العين و بصمة الصوت تختلف عن تلك العائدة لغيره ، فان التوقيع البيومتري يعتبر وسيلة يمكن الوثوق بها و

¹ - حمودي محمد ناصر ، الرجع السابق ، ص 338 .

² -عبد العزيز المرمي حمود، مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة، بدون دار نشره سنة 2005، ص 36

³ -أسامة بن غانم العبيدي، المرجع السابق، ص 155

⁴ -أزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار هرمة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، مئة 2014، ص 157-158.

الاعتماد عليها لتمييز الشخص و تحديد هويته نظرا لارتباط الخصائص الذاتية به، وهو ما يتيح استخدامها في إقرار التصرفات القانونية التي نبرم باستخدام وسيلة إلكترونية¹.

إلا أن ما يعيب هذه الصورة إمكان مهاجمتها او نسخها إذ من الممكن أن تخضع الذبذبات الحاملة للصوت أو صورة بصمة الأصبع أو شبكة العين للنسخ و إعادة الاستعمال كما يمكن إدخال تعديلات عليها من قرصنة الحاسب الآلي عن طريق فك شفرتها²، بالإضافة إلى احتمال تغيير بعض خصائص الإنسان بفعل الظروف كتأكل بصمات الأصابع عبر الزمن أو بفعل بعض المهن اليدوية ، أو تأثير التوتر على نبرة الصوت ، أو تشابه أشكال أوجه التوأم فضلا على أن هذا التوقيع يتطلب تكلفة عالية نسبيا ، الأمر الذي جعلها قاصرة على بعض الاستخدامات المحددة³.

ونظرا لإمكانية نسخ التوقيع البيومتري على نحو ما ذكرنا، فإن تأمين الثقة بهذا النوع من التوقيع يتطلب من ناحية التقنية التي تؤمن انتقاله دون التلاعب فيه، ومن ناحية أخرى إقرار المشرع بكفاءة هذه التقنية في تأمين التوقيع، وبالتالي إمكان الاعتداد به في الإثبات⁴.

التوقيع بالقلم الإلكتروني Pen -op

تعتمد هذه الطريقة على استخدام القلم الإلكتروني (أنظر الملحق رقم 1 الشكل 3)، وهي طريقة مبتكرة لاعتماد صحة المحررات الإلكترونية، ويتم ذلك على المحرر بخط اليد باستخدام قلم من نوع خاص يتم التوقيع به على المقرر الإلكتروني عند ظهوره على شاشة الكمبيوتر، ثم تثبيت التوقيع على المحرر بعد التأكد من صحته بحيث ينفصل عنه، ويسمح هذا النظام

¹ - أسامة بن غانم العبيدي ، المرجع السابق ، ص 156 .

² - عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، 37.

³ - نادر شافي، التوقيع الإلكتروني والاعتراف التشريعي به، مجلة الجيش اللبناني، عدد 249 مارس 2006، موقع

www.albarmt.gov، تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 07/03/2020.

⁴ - نفس المرجع

للمتعاملين بالتوقيع على العقود والطلبات وغيرها من رسائل البيانات وربط التوقيع بالمحرر الإلكتروني¹.

ويرتكز هذا التوقيع على استخدام برنامج معين بحيث هذا البرنامج يقوم بوظيفتين أساسيتين الأولى هي خدمة التقاط التوقيع، والثانية هي خدمة التحقق من صحة التوقيع². حيث يتلقى البرنامج أولا بيانات العميل عن طريق بطاقته الخاصة التي يتم وضعها في آلة المستخدمة و تظهر بعد ذلك التعليمات على الشاشة و يتبعها الشخص ثم تظهر رسالة تطالب بتوقيعه باستخدام قلم مربع داخل الشاشة ، و دور هذا البرنامج قياس خصائص معينة من حيث الحجم و الشكل و النقاط و الخطوط و الالتواء ، و يقوم الشخص بالضغط على مفاتيح معينة تظهر له على الشاشة بأنه موافق أو غير موافق على هذا البرنامج ، فإذا تمت الموافقة يتم تشفير تلك البيانات الخاصة بالتين و تخزينها عن طريق البرنامج و بعد ذلك يأتي دور التحقيق من صحة التوقيع بتلك الشفرة البيو مترية ثم مقارنة المعلومات مع التوقيع المخزن³.

ولكن من الملاحظ أن هذا النظام يحتاج إلى جهاز حاسوب آلي بمواصفات خاصة ويستخدم هذا بواسطة أجهزة الأمن والمخابرات كوسيلة للتحقق من الشخصية⁴، إلا أن هذه الطريقة وبإجماع الفقه لا تحقق الأمان الكافي للتعامل مع مثل هذه المحررات التي يضاف إليها التوقيع بالقلم الإلكتروني، إذ أن بإمكان أي شخص استخدام هذا التوقيع على أي محرر يرغب بإضافته عليه، ومنه فانه بالإمكان عمليا اصطناع محررات بمواجهة صاحب التوقيع دون علمه بها، وبالتالي فان هذا التوقيع في كثير من الأحيان لا يعبر عن شخصية صاحبه وهويته ولا يحدد إرادته الالتزام بما ورد في المحرر، مما يؤدي إلى فقدان حجية هذا الأخير في الإثبات⁵.

¹ - محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 55

² - لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 158.

³ - محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 55

⁴ - أمير فرج يوسف، التوقيع الإلكتروني، د ط دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 20.

⁵ - إياد محمد عارف عطا مده، المرجع السابق، ص 75.

تجدر الإشارة بالإضافة إلى الأنواع المشهورة السابقة للتوقيع الإلكتروني ، أفرزت المعاملات الإلكترونية عن أشكال متعددة منها انقل التوقيع الخطي إلى وثيقة إلكترونية موجودة على الانترنت عبر الماسح الضوئي لنقل الوثائق الخطية الورقية كما هي إلى الشكل الإلكتروني ، أو استخدام بطاقات الائتمان الممغنطة ذات الرقم السري لإبرام الصفقات الإلكترونية ، كما مكنت الوسائل الحديثة من تحويل كل اشكال التوقيع التقليدي غلى الشكل الإلكتروني ، و بالتالي أيا كان الشكل الذي يتخذه التوقيع في صورته التقليدية يمكن تحويله إلى الصورة الإلكترونية¹.

الفرع الثاني:

حجية التوقيع الإلكتروني

إن التحول من استخدام التوقيع التقليدي إلى التوقيع الإلكتروني في مجالات المعاملات المدنية و التجارية ، يوجب الحفاظ على الدور الذي يلعبه التوقيع التقليدي ، و مما لا شك فيه أن التوقيع تحيط به كثيرا من المخاطر التي تؤدي إلى عدم الثقة في قدرته على تحقيق الوظائف التي يحققها التوقيع التقليدي ، و في تحديد هوية الموقع و بيان رضا الموقع بمضمون المحرر الموقع عليه²، فإذا استطاع التوقيع الإلكتروني تحقيق شروط معينة تؤدي إلى وصوله إلى درجة الأمان و الثقة في قدرته على تحقيق الوظائف التي يحققها التوقيع الإلكتروني التقليدي ، ففي هذه الحالة فإنه سيتمتع بالحجية القانونية في الإثبات ، و الأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني يختلف بحسب اختلاف مدى تحقيقه لكل هذه الشروط من عدمه، فالتوقيع الذي يحقق كل الشروط التي حددها القانون يتمتع بأثر قانوني أعلى من التوقيع الإلكتروني الذي لا يحقق كل هذه الشروط. وحتى نتمكن من دراسة حجية التوقيع الإلكتروني، يجب ان نتطرق في الأول إلى بمد استيفاء الشروط اللازمة للاحتجاج التوقيع الإلكتروني (أولا)، وبعدها نتطرق إلى الاثار القانونية للتوقيع الإلكتروني (ثانيا).

¹ - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، مدل 341

² - سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2008، ص 446

أولاً: مدى استيفاء التوقيع الإلكتروني للشروط اللازمة للاحتجاج به في الإثبات:

لعل أهم الأسباب التي تدعو إلى التشكيك في قيمة التوقيع الإلكتروني، تتعلق بالمخاطر التي تحيط بهذا النوع من التوقيع وعدم الثقة والأمان في إجراءاته مما يعجزه عن القيام بالدور المنوط بالتوقيع، وهو ما دفع ببعض البنات لإيجاد، تقنيات الحماية أمن المعلومات عامة وأمن التجارة الإلكترونية خاصة من خلال استخدام تقنية التشفير¹.

ولكي يتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية في الإثبات، يجب أن يتوفر على عدة شروط والتي تمنحه نوعاً من الثقة والأمان، وبالتالي تحقيقه لوظائف التوقيع التقليدي.

أولاً-1: المخاطر التي تحيط بالتوقيع الإلكتروني وآليات حمايته:

أن التعامل بصفة عامة سواء تم بأساليب تقليدية أو عبر وسيط إلكتروني، يقوم على دعمتين أساسيتين هما الثقة والأمان، وهما من الأمور التي يسهل توافرها في التوقيع الخطي، أما بالنسبة للتوقيع الإلكتروني فإن انفصال التوقيع عن شخص صاحبه ووجوده على وسيط إلكتروني، يؤدي إلى عدم قدرته على تحقيق الأمان والثقة في جميع الأحوال، ولهذا تم اللجوء إلى استخدام آليات لحماية التوقيع الإلكتروني وضمان درجة من الأمان والثقة في التعاملات الإلكترونية².

أ/المخاطر العمدية: تتمثل المخاطر العملية في القرصنة المعلوماتية، وهذا من خلال اختراق أنظمة المعلومات واكتشاف التوقيع أو فك شفرته أو الاستيلاء عليه واستخدامه بدون موافقة صاحبه أو عمله بذلك³.

ويقوم بعمليات القرصنة المعلوماتية أشخاص محترفون يسمون الهاكرز¹ عن طريقها يستطيعون السيطرة على أي نظام معلوماتي والتحكم فيهِ وفقاً لأهوائهم.

¹ - عبد العزيز المرمي حمود، المرجع السابق، ص 42

² - سماح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، 447.

³ - عبد العزيز المرمي حمود، المرجع السابق، ص 43

وعمليات القرصنة التي تهدد التوقيع الإلكتروني تتمثل في:

- السيطرة على النظام المعلوماتي للموقع: حيث يقوم الهاكر بالسيطرة على النظام المعلوماتي الخاص بصاحب التوقيع أو يقوم بالسيطرة على الكود السري أو المفتاح الخاص في حالة التوقيع الكوادي أو الرقمي، ثم يقوم الهاكر بالتوقيع باستخدام هذا الكود أو المفتاح الخاصة.

- السيطرة على النظام المعلوماتي الجهة التصديق: وفي هذه الحالة يسيطر الهاكر على النظام المعلوماتي للطرف الثالث في التوقيع الإلكتروني، ويقوم الهاكر في هذه الحالة بإصدار شهادات توثيق إلكترونية خاطئة دون علم جهة التوثيق بذلك².

ب / المخاطر غير المعدية:

المخاطر غير المعدية تقوم على فكرة الخطأ وعدم وجود تعمد لإحداث ضرر بأحد الأطراف وهي تنقسم إلى:

أ / خطأ في برنامج التوقيع الإلكتروني:

يتحكم في التوقيع الإلكتروني ويتم كل إجراءاته برنامج من برامج الكمبيوتر، هذا البرنامج يقوم بكل الإجراءات المتعلقة بهذا التوقيع، فهذا البرنامج يمكن أن يحتوي على أخطاء في طريقة عمله فهو من صنع الإنسان، وهذه الأخطاء هي من المشكلات الدائمة التي تتعرض لها الأنظمة المعلوماتية.

¹ - الهاكرز: عموماً كلمة توصف بالمختص المتمكن من مهارات في مجال الحاسوب وامن المعلوماتية، وأطلقت كلمة هاكلز اساساً على مجموعة من المبرمجين الأذكياء الذين كانوا يتحدون الأنظمة المختلفة ويحاولون اقتحامها، وليس بالضرورة أن تكون في نيتهم ارتكاب جريمة ولكن نجاحهم في الاختراق يعتبر نجاح لقدراتهم ومهاراتهم، إلا أن القانون اعتبرهم دخلاً، تمكنوا من دخول مكان افتراضي لا يجب أن يكونوا فيه، تاريخ الاطلاع 02-07-2020 - www.wikipedia.org

² - مسامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 451.

وبالتالي فالبرنامج المتحكم في التوقيع الإلكتروني والذي يحكم كيفية إنشائه، يمكن أن يحتوي على أخطاء داخلية تؤثر على الثقة في هذا التوقيع ومدى قدرته على تحقيق الدور المنوط به.

ب / أخطاء جهة التصديق في الإثبات:

تعتمد عملية الإثبات في التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني على وجود طرف ثالث، يلعب هذا الطرف دورا كبيرا فتحديد هوية الموقع، مثل جهة التصديق في التوقيع الرقمي حيث تصدر شهادة تصديق بها بيانات صاحب المفتاح العام وهويته ويعتمد عليها الطرف الآخر في التعاقد¹.

ومن الممكن أن نتصور وجود أخطاء من جانب الأشخاص القائمين على عمل جهة التصديق، وتؤدي إلى إصدار شهادات بها بيانات خاطئة عن هوية الموقع، مما يؤدي إلى اعتماد الطرف الآخر عليها لذلك فإن الاتجاه الغالب يذهب على مسؤولية جهات التوثيق الإلكتروني عن الأخطاء التي تصدر منها عند ممارستها للدور المنوط بها في الإثبات باعتبار أن التعاقد بني على هذه المعلومات².

خ / خطأ الموقع نفسه:

ينبع الخطر في هذه الحالة من الشخص الذي يقوم بالتوقيع إلكترونيا، فالموقع قد ينسى الكود السري الذي يقوم بالتوقيع به، مما يؤدي إلى عدم استطاعته القيام بعملية التوقيع أو يهمل في الحفاظ على هذا الكود ويفشي به لشخص آخر، فيستعمله بدلا منه أو يهمل في الحفاظ على سرية مفتاحه الخاص، فيستخدمه شخص آخر ويوقع به كل هذه الأخطاء هي خطر يحيط بالتوقيع الإلكتروني ويفقده الثقة والأمان.

¹ نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، د.ت منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 273

² نفس المرجع، ص 274

هذه الأخطار رغم وجاهتها، إلا أنها لا تصلح سندا لاستبعاد التوقيع الإلكتروني، يرى البعض أن إمكانية التزوير في التوقيع التقليدي أسهل منه في التوقيع الإلكتروني، فهو لا يحتاج إلى دراية كبيرة أو خبرة وتقنية عالية¹، أضف على ذلك أن المجهودات تبذل كل يوم من أجل توفير الحماية وضمان الأمن والسلامة في الاستخدامات المختلفة الشبكة الانترنت ونظم المعلومات، عن طريق استخدام النظم الذكية والخبيرة، وهذا ما سنتطرق إليه في النقطة الموالية.

أولاً-2: آليات حماية التوقيع الإلكترونية:

أظهرت المعاملات العديدة على شبكة الانترنت، الحاجة إلى توفير الحماية لها²، ويكتسب هذا الأمر أهمية كبيرة في ضوء الزيادة الكبيرة في جرائم الاختراق والاحتيايل الالكتروني المرتكبة³ ويعد التشفير من وسائل حفظ سرية المعلومات، من خلال منع الغير من التقاط الرسائل والمعلومات والحفاظ على سريتها وخصوصيتها للأطراف باستخدام وسائل الكترونية رقمية أو رموز معينة لا يعرفها إلا أطراف التعاقد بما لا يسمح باستخدامها من قبل الغير⁴.

أ/ المقصود بالتشفير:

عرفت المادة 9/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري، التشفير بأنه: "منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة وتحويل البيانات والمعلومات المقروءة إلكترونياً، حيث تمنع استخلاص هذه البيانات والمعلومات إلا عن طريق استخدام مفتاح أو مفاتيح فك الشفرة"⁵.

¹ ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 2003، ص 176.

² - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعية الإسكندرية، 2002، ص 203.

³ - د. أسامة بن غانم العبيدي، المرجع السابق، ص 156.

⁴ - نفس المرجع، ص 160.

⁵ - محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والانترنت، ط 01، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004 ص 31.

وعرفه القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية بأنه: " استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب بتحريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها"¹.

أما خدمة التشفير فقد عرفها القانون الفرنسي المتعلق بتنظيم الاتصالات كآلاتي: " كل خدمة تهدف تبعا لاتفاقيات سرية إلى تحويل معلومات أو إشارات واضحة إلى معلومات أو إشارات غير مقروءة لدى الغير، أو لإنجاز عمليات تكون مرتبطة ارتباطا عكسيا مع عمليات أخرى استنادا إلى وسائل مادية أو منطقية معدة لهذا الغرض"².

من خلال التعريفات السابقة نجد أن التشفير يعتمد على عمليات رياضية يتم بها تحويل النص المراد إرساله إلى رموز أو إشارات لا يمكن فهم محتواها إلا بواسطة فك الشفرة وتحويل الرموز والإشارات إلى نصوص مقروءة ومفهومة باستخدام مفاتيح التشفير العامة والخاصة فهذه العملية لا تتم إلا إذا كان مستقبل الرسالة يملك مفتاح التشفير الذي يحول الإشارات والرموز إلى النص الأصلي.

ثانيا: شروط حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات:

حتى يتمتع التوقيع الإلكتروني بحجية في الإثبات، لا بد أن يستوفي الشروط التي تمنحه الحجية القانونية في الإثبات والتي يؤدي عدم توافرها إلى عدم تحقق وصف التوقيع الإلكتروني³، ويشترط في التوقيع الإلكتروني عموما حتى يقوم بوظيفته مجموعة من الشروط

¹ - مولود قارة، التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات في القانون الخاص، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق جامعة فرحات عباس، سطيف ص 72.

² - نفس المرجع، ص 13

³ - أسامة بن غانم العبيدي، المرجع السارق، ص 164.

يمكن تصنيفها إلى نوعين من الشروط، شروط قانونية والتي تتطلب في كل توقيع، وشروط تكنولوجية تقنية خاصة بالتوقيع الإلكتروني¹.

ثانيا - 1: الشروط القانونية للتوقيع الإلكتروني:

بما أن التوقيع هو شكل خاص من أشكال الكتابة، فإنه يتعين لكي يخلق وظيفته في الإثبات أن تتوفر فيه الشروط التالية: أن يكون شخصا، أن يكون مميزا لموقع التعاقد أن يصل التوقيع بالمحرر الكتابي.

➤ أن يكون التوقيع شخصا:

التوقيع هو علامة شخصية، بمعنى أن يتولى الشخص بنفسه وضع التوقيع، فإذا وقع شخص آخر باسم الموقع فلا يعتد بهذا التوقيع ويكون باطلا، ولو تم ذلك برضاه صاحب التوقيع، فالعبرة هنا بأن يكون التوقيع صادرا ممن يراد أن يحتج به عليه².

وحتى يتسنى للتوقيع القيام بأداء وظيفته، يجب أن يكون دالا على شخصية الموقع فطريقة التعبير من خلال الوسيط الإلكتروني وجهات التصديق الإلكتروني، تسمح بالتعرف على هوية صاحب التوقيع بطريقة محسوسة كما في حالة التوقيع في شكله الكتابي، ومع تقدم التقنيات التي تستهدف التثبت من التوقيع الإلكتروني والتي تسمح عمليات التسلل والقرصنة، وبتحديد هوية صاحب التوقيع من خلال أنظمة فعالة:

حماية الأطراف في ظل تقنيات عالية وبرامج أمنية للتأكد من هوية أصحاب التوقيع بما يؤكد سلامة التوقيع ويعزز الثقة ويدل على موافقة كل طرف على المعلومات الواردة برسالة البيانات، فكل تقنية تميز صاحبها ومستوفية الشروط المطلوبة في التوقيع يعتمد عليها كدليل إثبات، وهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع.

¹ - عبد الله بن عبد العزيز بن محمد الفحام، شوية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1428 الموافق ل 2006/2007، ص 30.

² - إيمان مأمون احمد سليمان، المرجع السابق، ص 273

إنّ التوقيع الإلكتروني قادر على تحديد هوية الشخص الموقع، إذ انه وعند استعراض صور التوقيع الإلكتروني، ترى أنه بإمكان هذه الوسائل إذا دعمت بوسائل توفر الثقة الكافية بها، تساعد على تحديد هوية الشخص الموقع بصورة ممتازة ربما تفوق قدرة التوقيع العادي، فالتوقيع البي ومترى يقوم أساساً على استخدام الخواص الذاتية للشخص، الأمر الذي يؤدي إلى تحديد هويته.

وأما التوقيع الإلكتروني القائم على الأرقام السرية فهو قادر على تحديد هوية الموقع، مادام أن التوقيع رقم سري لا يعرفه إلا صاحبه، فالشخص لا يستطيع أن ينكر استخدامه للبطاقة المقترنة برقم السري الذي لا يعرفه غيره ولا يتشابه مع غيره. وأما التوقيع بالقلم الإلكتروني فهو أن أحسن استخدامه فهو قادر على تحديد هوية الموقع، إذ أن هذا النظام لا يمكن استخدامه إلا من قبل الشخص الموقع وحده والدليل على ذلك أن هذا النظام لا يعمل إذا اختلف الموقع وكذلك إذا وقع الشخص بصورة غير مطابقة لما هو مخزن في ذاكرة الكمبيوتر، أما التوقيع الرقمي فهو بدوره قادر على تحديد هوية الشخص الموقع من خلال المفاتيح العامة والخاصة كما يمكن الاستعانة بسلطة التصديق للتحقيق من هوية الشخص.

➤ أن يكون مميزاً لموقع التعاقد:

حتى يقوم التوقيع بوظيفته في الإثبات لمضمون المحرر، يلزم أن يكون التوقيع دالاً على شخصية صاحبه ومميزاً له عن غيره، فإذا لم يكن التوقيع كاشفاً عن هوية صاحبه وحدداً لذاتيته فلا يعتد به وبالتالي لا يؤدي دوره في إثبات مضمون المحرر، ومن أمثلة ذلك أن يتخذ التوقيع شكل حروف معرّجة أو رسم آخر، أو كان التوقيع بالحروف الأولى من الاسم واللقب أو بواسطة ختم مطموس لا يمكن قراءته¹.

يمكن القول إن التوقيع الإلكتروني بصورة يعد من قبيل العلامات المميزة الخاصة بالشخص وحده دون غيره ولا يشاركه بها أحد، فالتوقيع البيومتري القائم على الخصائص الذاتية أو بالرقم

¹ - عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، 220

السري بكل مجالاته او بالقلم الإلكتروني أو التوقيع الرقمي، كلها تتضمن علامات مميزة تميز الشخص عن غيره فلا يمكن مشاركة أي وسيلة من وسائل التوقيع الإلكتروني بين شخصين أو أكثر فكل واحد منهم يملك علامة خصوصية خاصة به وتده دون غيره وهي التي تميزه به وحده فقط دون غيره.

ولهذا يجب على التوقيع أن يحمل في طياته ما من شأنه التعرف على صاحبه بان يكون مميزا ومحددا لشخص صاحبه بغض النظر عن وسيلة إصداره أي لا يشترط أن يتم التوقيع بخط يد الموقع، بل يمكن إتمامه بأداة منقولة عن شخصه.

➤ اتصال التوقيع بالحرر:

والمقصود بهذا الشرط ان يكون التوقيع ضمن الحرر كلا لا يتجزأ، وذلك حتى يمنح الحرر قيمته القانونية، ويكون التوقيع دالا على رضا موقعه بمضمون الحرر، ومعنى ذلك أنه لا بد أن يكون هذا التوقيع متصلا اتصالا ماديا ومباشرا بالحرر المكتوب¹.

وإذا كان المستقر هو أن يوضع التوقيع في نهاية الكتابة التي تضمنها الحرر، حتى يكون منسجما على جميع البيانات المكتوبة الواردة فيه ويعلن عن موافقة الموقع والتزامه بمضمونه إلا أن وجود التوقيع في مكان آخر لا ينفي هذه الموافقة، وان كان يخضع التقدير قاضي الموضوع، فالمهم هو ان يدل التوقيع على إقرار صاحبه بمضمون الحرر وقبوله له، ولذلك فقد ورد في حكم القضاء محكمة النقض الفرنسية باعتماد التوقيع حتى وان كان الموقع قد وضعه في أعلى الصفحة مادام يدل دلالة واضحة على إقرار الموقع بمضمون الحرر.

ثانيا -2: الشروط التكنولوجية والتقنية:

¹-إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 276

نصت مجمل القوانين التي نظمت التوقيع الإلكتروني على جملة من الشروط يجب توافرها في التوقيع الإلكتروني حتى يمكن الاحتجاج به في الإثبات أهمها الموثوقية، وتعني بالموثوقية أن يكون التوقيع الإلكتروني توقيعاً آمناً، وأن يتم التأكد من صحته بشهادة تصديق معتمدة.

➤ أن يكون التوقيع الإلكتروني توقيعاً آمناً:

ولكي يكون التوقيع الإلكتروني توقيعاً آمناً، يجب أن يكون التوقيع الإلكتروني الخاص بالموقع ، و المقصود بذلك أن تكون بيانات إنشاء التوقيع أو ما يطلق عليها القانون الفرنسي معطيات إنشاء التوقيع ، و هي مثل المتاع الخاص في التوقيع الرقمي أو بصمة الإصبع و بصمة العين في التوقيع البيومتري أو الكود السري في التوقيع الكودي، فكل هذه المعطيات يجب أن تكون خاصة بالموقع وحده ، بمعنى أن تكون حصرية على شخص واحد فقط¹ و هو الموقع ، وقد نص على هذا الشرط في الفقرة الثانية من المادة الثانية² و التي تنص على جملة من الشروط التي يتعين أن تتوافر في التوقيع المؤمن من بينها ارتباط التوقيع الإلكتروني فقط بالموقع، وقد أورد قانون اليونسטרال النموذجي للتوقيع الإلكتروني الصادر عام 2001 ، هذا الشرط أيضاً في الفقرة الأولى من المادة السادسة بنصه " ... ان تكون بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة بالموقع " .

أما المشرع الجزائري فقد نص على هذا الشرط بموجب المادة 10 من القانون 15 / 04 والتي تنص على أنه: " يجتنبه أن تكون آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني الموصوف مؤمنة، لتضيف المادة 11 من القانون 15 / 04 على أن الآلية المؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني هي آلية إنشاء توقيع إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية:

- يجب أن تضمن بواسطة الوسائل التقنية والإجراءات المناسبة على الأقل ما يلي

أ / إلا يمكن عملياً مصادقة البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني إلا مرة واحدة، وأن يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.

¹-سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص458.

²- الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص 223.

ب / إلا يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الاستنتاج وان يكون هذا التوقيع محميا من أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.

ج/ أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من أي استعمال من قبل الآخرين.

- يجب ألا تعدل البيانات محل التوقيع وأن تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع.

ثانيا-3: التوثيق المعتمد:

من أجل الحرص على سلامة التعاقدات الإلكترونية، لا بد من التأكد من صحة التوقيع الإلكتروني و سلامته ، و ايضا و كما يتم توثيق التوقيع اليدوي بواسطة الشهود أو المختار أو كاتب العدل ، فان التوقيع الإلكتروني يتم توثيقه من خلال هيئة أو إدارة عامة أو خاصة تكون مخولة التثبيت من التوقيعات و منح شهادة التوثيق¹، و ذلك منعا لجرائم الاحتيال أو التزوير التي يمكن أن ترتكب في حال كان التوقيع معرّفاً أو مزوراً ، مما يؤثر على مصداقية المعاملات الإلكترونية ، و يزيد الشكوك لدى المتعاملين بها ، وقد ورد هذا الشرط من خلال نص المادة 32 قانون المعاملات الإلكترونية الأردني و التي نصت على أنه : " إذا لم يكن السجل الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني موثقاً فليس له أي حجية " .

أما المشرع الجزائري فقد اشترط نشوء التوقيع الإلكتروني الموصوف على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة والتي تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني²، وهذا حتى يكون له حجية في الإثبات مماثلة للتوقيع المكتوب.

¹ - وائل أنور بندق، موسوعة القانون الإلكتروني وتكنولوجيا، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2007، ص 173.

² - نصت عليه المادة من القانون 15 / 04، المرجع السابق.

يهدف المشرع على العموم، من جعل التوثيق شرطاً لإسباغ الحجية على التوقيع إلى حماية التعاملات الإلكترونية التي تتم من خلال شبكة الإنترنت التي تعتبر مفتوحة للجميع مما يجعل هذه الشبكة عرضة لعمليات القرصنة من قبل الآخرين¹.

ويتضح لنا من خلال عرضنا لهذه الشروط الواجب توافرها مجتمعة في التوقيع الإلكتروني أن له القدرة على أداء نفس المهام التي تتعلق بالتوقيع الكتابي، وبالتالي فالذي يهمننا الجانب الموضوعي أي الوظيفة المرجوة من التوقيع الإلكتروني، وطالما أنه يؤدي ذات وظيفة التوقيع التقليدي فهو بالتالي يحرز الحجية القانونية في الإثبات.

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

لذا نص المشرع في المادة 327 فقرة 2 من القانون المدني على أنه: " يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقع أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه.

وبذلك يكون المشرع قد اعترف صراحة بالتوقيع الإلكتروني استكمالاً باعترافه بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني، وذلك تماشياً مع إفرازات عهد المعلومات الذي أدخل وسائل حديثة في إبرام العقود والتوقيع عليها إلكترونياً.

تأتي حجية التوقيع الإلكتروني من خلال استيفائه للشروط اللازمة للاعتداد به كتوقيع كامل وذلك من خلال تحقيقه لدوره ووظيفته فالتوقيع الإلكتروني أهمية بالغة إذ أن الفصل

¹ - إياد محمد عارف عطا مده، المرجع السابق، ص 67.

الوحيد في اعتبار المحررات الالكترونية دليلا معدا للإثبات وهو الضمانة الوحيدة على اعتبار المحرر الالكتروني محررا عرفيا يمكن الاعتماد به في حالة التنازع وكنتيجه ذلك فاذا ما خلا المحرر الالكتروني من التوقيع الالكتروني فانه لا يعتد به ولا يصلح عندئذ كمستند يمكن الاحتجاج به.

وبين من يرفض اعتبار التوقيع الالكتروني مماثلا للتوقيع اليدوي وبين من يعتبره أفضل من التوقيع اليدوية وأكثر أمنا ولكون أن بحث حجية التوقيع الالكتروني تعتمد فعلا على مدى قدرته في تحديد شخصية الموقع ودلالته على سلامة أو صحة انصراف الإرادة نحو الرضا والقبول، وذلك إذا ما توافرت طريقة يعول عليها لتحديد هوية الموقع وتعطي دلالة قاطعة بالموافقة على المضمون الوارد في الوثيقة الموقعة.

نص المشرع في المادة 327 فقرة 2 على أنه: " يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه «، ويكون بذلك المشرع قد سوى في الحجية بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني وهو ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، أي أن التوقيع الالكتروني يمكن أن يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها التوقيع الخطي من حيث تحديد هوية صاحبه وإقراره بمضمون التعامل الذي استخدم هذا التوقيع في إنجازه¹.

في نفس الوقت أحال المشرع على الشروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر 1 الإعداد بهذا التوقيع وهي:

- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره
- أن يكون معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته.

¹ - سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 365.

كما سبقت الإشارة إليه أعلاه فإنه يصعب تحقق هذين الشرطين إلا بوجود جهات وسيطة تصادق على صحة هذا التوقيع، وضمان أن صدوره كان من الشخص المنسوب إليه، وتأكيد أنه لم يحدث أي تحريف أو تعديل فيه.

وفي غياب نص تنظيمي المائة ، تظل مشكلة تحديد الشخص الذي يصدر عنه هذا التوقيع قائمة في كيفية تعيين المتعاقد حتى مع وجود التوقيع الإلكتروني ، وفي هذا الصدد تظهر أهمية تحديد هذا التوقيع من خلال شخص آخر يسمي بهيئة الإقرار Autorité Certificatrice ، والتي تقدم خدمة التصديق prestataire de service de certification ، أو الغير الموثق Authentificateur به Tiers certificateur ، وهذا يعني ضرورة إنشاء هذه الوظيفة بالنسبة للمعاملات التي تتم من خلال شبكة الأنترنت ، وهذه الجهة الموثقة أو هذا الشخص المصدق يجب أن يقدم وثيقة إلى مستخدم الأنترنت في إبرام العقود تتضمن اسمه ، عنوانه ، وإذا كان شخص معنوي يتم تحديد سلطاته ، ورقمه السري ، وهذه الشهادة تحمل التوقيع الإلكتروني للجهة الصادرة عنها ، وهذا من شأنه أن يؤكد العلاقة بين الشخص والرسالة الإلكترونية الصادرة عنه ، وإن بث الرسالة مقترنة بهذه الإجراءات المكونة للتوقيع الإلكتروني يؤكد نسبتها لشخص محدد من جهة ، وأنه لم يحدث تلاعب أو تحريف أو تعديل في الرسالة من جهة أخرى ، وهذا من شأنه إضفاء نوع من الثقة في التعامل الذي يتم من خلال شبكة الأنترنت ، إذ يضمن للمستقبل سلامة المعلومات المرسلة من الطرف الآخر كما صدرت عنه تماماً دون تحريف ناتج عن تدخل شخص آخر على الشبكة ، وفي سبيل إضفاء . الثقة على هذه الوسيلة يجب على هذه الهيئة أن تخلق لديها نظاماً رقمياً خاصاً بالتوقيع الإلكتروني بما يمنع الخلط بين مستخدمي الأنترنت وكذلك خلق أرشيف إلكتروني يتضمن التوقيعات الإلكترونية الصادرة عنها¹.

هذا وقد أبدت أغلب التشريعات التي اعترفت بالتوقيع الإلكتروني في إثبات التصرفات القانونية مجموعة من الضوابط الصارمة، وتدخلت الدولة في هذا الخصوص بإنشاء هيئة عامة

¹ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 366

يناط بها مهمة التوثيق بما يؤدي إلى نوع من التنظيم الرسمي لاستخدام الأنترنت في المعاملات التجارية وإبرام العقود بصفة عامة، وبالتالي إضفاء نوع من الثقة على التعامل الذي يتم عبر شبكة الأنترنت.

أما في الجزائر، وبسبب غياب إطار منظم لهذه الوظيفة، فلأطراف العقد الحرية في اختيار النظام الإلكتروني الذي يضمن للإمضاء موثوقيته، وذلك بإنشاء الجهة الموثقة باتفاق

خاتمة:

كختام لهذا الموضوع وخلاصة لما سبق ذكره نجد أن موضوع حجية السندات الرسمية في القانون المدني الجزائري من اهم المواضيع والأكثر تداولاً وطرحاً فيما يخص الإثبات، فالإثبات عن طريق ما يسمى بالمحررات الرسمية يكون بتلك الأوراق المعدة الثبات والتي هي دليل مهيا، والأصل أن الورقة التي تعد للإثبات تكتب عقب إبرام هذا التصرف والذي يكون بالاعتماد على الكتابة والتي هي الشكلية في الإثبات.

وبعد الشكل ركن في التصرفات التي يستلزم القانون إلbas الإرادة فيها ثوب الشكلية، بحيث إذا تخلف هذا الركن كان التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً، فالشكل عنصر من العناصر المكونة للتصرف القانوني في بعض التصرفات، خاصة تلك الواردة على العقار أو التي تتضمن نقل ملكية عقارية، والتي أوجب فيها المشرع شروط شكلية وموضوعية، بمعنى أن تحرر وفقاً للإجراءات القانونية والقيود التي أقرها المشرع وحسب ما تقضيه القوانين المنظمة لموضوع العقد.

ونظراً لأهمية الشكلية التي على أساسها تتشكل المحررات الرسمية، ولهذه الأخيرة أهمية بالغة في الإثبات في جميع المواد المدنية والتجارية وغيرها من الميادين، ويتمتع المحرر الرسمي بافتراض صحته قانوناً كلما كان مظهره الخارجي يوحي بذلك وهي القاعدة المكرسة بنص المادة 324 مكرر 5 ق م إذ يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، وكقاعدة عامة يعتبر المحرر الرسمي حجة على الكافة سواء كانوا أطرافاً في المحرر أي فيما بين المتعاقدين، أو كانوا من الغير اللذين يضارون أو يستفيدون من المحرر.

كما تتميز المحررات الرسمية بأنها أدلة إثبات ذات الحجية المطلقة، ولا تسقط هذه الحجية إلا عن طريق الطعن بالتزوير، وتتمتع بنفس القوة التنفيذية الممنوحة للأحكام القضائية، كما تخول حائزها سلطة تنفيذية دون حاجة اللجوء إلى القضاء

اتسع مفهوم المحرر عن المفهوم القديم الذي كان مقتصرًا على الشكل الخطي التقليدي حيث أصبح يشمل نوع جديد له خصية رقمية مادية ، استطاع أن يتعدى المحرر العادي في جميع وظائفه بل تفوق عليه في أداء وظائف معينة ، وهو ما أطلق عليه مصطلح المحرر الإلكتروني بما يشمله من صور أهمها العقد الإلكتروني ، الذي يتم بوسائط إلكترونية عن بعد بين المتعاقدين دون حضورهم المادي ، و الانترنت هي الوسيلة الغالبة استعمالها في هذا النوع من التعاقد بالرغم أن العقد الإلكتروني يتم عبر الإنترنت، في حين أن مفهوم هذا الأخير يتسع ليشمل كل عقد يتم بوسيلة إلكترونية ، بحيث يمكن لشخصين أو أكثر التواصل عبرها كالهاتف والفاكس والتلكس .. إلخ، ولا يشترط أن يتم هذا العقد في كل مراحله بتقنية إلكترونية ليكتسب هذه الصفة، وهو ما أكدته بعض التشريعات كالمرشع الأردني وبعض النصوص المنظمات الدولية، بل يكفي أن يتم ذلك في مرحلة من مراحله، فالفاكس مثلاً ليست وسيلة التفاوض ودورها يقتصر على إرسال واستقبال المتكرر أو العقد إلى الجهة الملتقبة، إلا أنه يعتبر وسيلة من وسائل العقد الإلكتروني اكون انه يقوم على خصائص مادية لا مادية.

ظهر العقد الإلكتروني و يعتبر أدلة إثبات آخر و هو ناتجا لما فرضه علينا الوجود الواقعي لنظم تكنولوجيا المعلومات و التجارة الإلكترونية المعتمدة في إحداث معاملاتها باستخدام البدائل الإلكترونية التي حلت محل الأساليب التقليدية المستندة إلى الكتابة الخطية ، بحيث تؤدي هذه البدائل نفس الأهداف والوظائف بشكل أسرع و أقل تكلفة ، و لهذا سعت مختلف النظم التشريعية إلى محاولة إيجاد إطار تشريعي تنظيمي متكامل يقرر صحة هذه العقود الإلكترونية ، و يكسبها الصيغة التنفيذية و الحجية في الإثبات كما هو الحال بالنسبة للمحركات الرسمية.

وقد توصلنا من خلال دراستنا إلى جملة من النتائج أتبعناها بجملة من التوصيات كالاتي:

- لقد ساوت التشريعات الدولية والوطنية بين المحركات الإلكترونية والمحركات الكتابية للتساوي الوظيفي بينهما، لذا فمعظم الدول عدلت تشريعها ووضعت شروط تسمح بتأمين قيام المحرر الإلكتروني بوظيفة المحرر الكتابي في الإثبات، وهذه الشروط

بصفة عامة هي قابلية المحرر الإلكتروني للقراءة والمحافظة على سلامة البيانات المدونة به وعدم إمكان تعديلها.

- رغم الدور المهم والجلي للمحرر الإلكتروني في الإثبات إلا أن المشرع الجزائري مازال متأخرا في تنظيمه، فلم يضبط المقاليد التي تحدد ضوابطه على غرار غالبية التشريعات الدولية منها أو الغربية أو العربية، والتي تجاوز بعضها المشرع الجزائري في الضبط والتنظيم بمراحل، بحيث اكتفى بالتعديل الذي خص به القانون المدني للكتابة الإلكترونية والتي هي عنصر من عناصر المحرر أو المستند الإلكتروني، ورغم صدور قانون التجارة الإلكترونية 05-18 حديثا إلا أنه لم يتدارك هذا الأمر واكتفى بإعطاء تعريف للعقد الإلكتروني وهو أحد صور المحرر الإلكتروني.
- الطبيعة الخاصة لبعض العقود والمعاملات، وفعاليتها وتأثيرها في الحياة الاجتماعية والاقتصادية تستوجب استثناء من الشكل الإلكتروني كعود الأحوال الشخصية، والمعاملات التي ترد على الحقوق العينية العقارية، والتي قيدت جل التشريعات التعامل بها من حيث إبرامها إلكترونيا، في حين أن المشرع الجزائري، لم يعطي هذا الجانب اهتماما كافيا واكتفى باستثناء كل العقود الذي تتطلب الرسمية، دون تفصيل.

التوصيات:

- ضرورة وضع قواعد وآليات شاذية ومعايير لحفظ المحررات الإلكترونية وذلك بإنشاء مرافق تعمل على القيام بهذه المهمة، على أن تنظم هذه القواعد والآليات مسؤولية هذه المرافق عن الإخلال بسرية هذه المحررات.
- تفعيل أساليب الحماية التي تستخدم من خلال شبكة والإنترنت، وإسباغ الصفة القانونية بشكل مباشر على التشفير والتوقيع الإلكتروني كأسلوب من أساليب الحماية ذلك من خلال وضع قواعد قانونية خاصة تجرم الاعتداء على هذه الوسائل.

قائمة المراجع:

أولاً: باللغة العربية:

1-الكتب:

- 1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، دار هومة الجزائر، 2002.
- 2-أحمد ميدي، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة الطباعة والنشر وبوزريعة، الجزائر، 2005.
- 3-احمد نشأت، رسالة الإثبات، مكتبة العلم الجميع، الجزء الأول، لبنان، سنة 2005.
- 4-أمير فرج يوسف، التوقيع الإلكتروني، د. ط دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.
- 5-أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1984.
- 6- أنور سليم عصام، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2010.
- 7- إيمان مأمون احمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، دط دار الجامعة الجدية للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008.
- 8-إيهاب فوزي السقا، جريمة التزوير في المحررات الإلكترونية، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
- 9-بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر الانترنت، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.
- 10- بن ملحة الغوتي، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001

- 11- ثروت عيد الحميد، التوقيع الإلكتروني، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، 2003.
- 12- ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني ماهيته، مخاطره، مدى حجته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة 2007.
- 13- حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت، د ط دار النهضة العربية، القاهرة، مصر
- 14- حسن فاروق، البريد الإلكتروني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 2000. 1999.
- 15- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، ط 7، الجزائر، 2009.
- 16- خالد حسن محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2012.
- 17- أحمد الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة مصر، مصر، 2016
- 18- راح مناني، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني، دط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 19- رأفت رضوان، المخاطر التي تتعرض لها الشركات والمؤسسات من هجمات الهواة والمحترفين على شبكة الإنترنت، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر، 1999
- 20- رباحي احمد ملخص الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، الجزائر، 2007. 159
- 21- رضا المزمعي، أحكام النبات، دون طبعة، معهد الغدارة العامة، المملكة العربية السعودية، 1985. 21 رمضان مدحت عبد الحليم، الحماية الجنائية التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.

- 22- ريمون ملك حمودة، حجية الدليل الإلكتروني أمام القضاء، الطبعة الأولى، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2017
- 23- - زياد خليف العنزي، المشكلات القانونية العقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- 24- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2008.
- 25- سمير عبد السميع الأردن، العقد الإلكتروني، د ط، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، مصر، 2014.
- 26- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2010.
- 27- عادل رمضان الابیوكية التوقيع الإلكتروني في التشريعات الخليجية، دور دار المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2009
- 28- عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2010.
- 29- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، دار هومة، الجزائر، 2003.
- 30- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام -الإثبات، آثار الالتزام، ج 2، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2014. 160
- 31- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنية الجزء الثاني، دار التراث العربي بيروت، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015.
- 32- عبد العزيز المرسى حمود، مدة حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة، بدون دار نشر، سنة 2005.
- 33- عبد العزيز محمودي، اليات تطهير وتسوية سندات، دار هومة للنشر، الجزائر، 2001.

- 34- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دون سنة النشر.
- 35- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002،
- 36- عبير ميخائيل الصفدي الطوال، النظام القانوني لجهات توثيق الإلكتروني الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 37- العجلوني أحمد خالد، التعاقد عن طريق الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- 38- عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، شركة الجلال للطباعة، الإسكندرية، 2005.
- 39- علي عبد العالي خشان الأسدي، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات المدني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2013
- 40- عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر 2000.
- 41- فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002.
- 42- فراح مناني، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني، دط دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009
- 43- لزهرة بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2014
- 44- محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2009 44 لورنس
- 45- لونيس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2005.
- 46- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، د ط مكتبة الرشد ناشرون رياض، السعودية، 2009.

- 47- محمد إبراهيم أو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005،
- 48- محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والإنترنت، ط 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004
- 49- محمد حسن رفاعي العطار، البيع على شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 50- محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 2018.
- 51- محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، وفق آخر تعديلات، بدون دار نشر، الجزائر، 1991.
- 52- محمد شتا أبو سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، المجلد الأول، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997. 5 162
- 53- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2000
- 54- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008
- 55- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون مكان النشر، 2006،
- 56- ممدوح خالد ممدوح إبراهيم، إثبات العقود والمراسلات الإلكترونية، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2010.
- 57- مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009.
- 58- نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2001.

- 59- نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، ط منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
- 60- وائل أنور بندق، موسوعة القانون الإلكتروني وتكنولوجيا، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007
- 61- يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 1988.

2- المذكرات والرسائل:

- 1- ميمزى طه عبد الفتاح، الحجية القانونية لوسائل المعلومات المستحدثة الإثبات، رسالة شهادة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1999.
- 2- عبد الوهاب مخلوفي، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة. 2011 / 2012
- 3- زريق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 3 2012/2013
- 4- سليمان مصطفى، وسائل الإثبات وحجيتها في عقود التجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث الحقوق تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أحمد دراية أدرار، السنة الجامعية 2019-2020.
- 5- كريمة بلقاضي، الكتابة الرسمية والتسجيل والشهر في نقل الملكية العقارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر 2004-2005
- 6- عبد الله بن عبد العزيز بن محمد الفحام، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1428 هـ الموافق ل 2006/2007. 154
- 7- اياد محمد عارف عطا مده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009. 8 -مولود

قارة، التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات في القانون الخاص، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق
جامعة فرحات عباس، سطيف، 2015/2014

3- المقالات:

- 1- أحمد إبراهيم، " تقرير عن الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في مصر «، مذكور في كتاب ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد ناشرون، السعودية، 2009، ص ص 18
- 2- أحمد نشأت، " رسالة الإثبات"، مكتبة العلم الجميع، الجزء الأول، لبنان، 2005.
- 3- أسامة بن غانم العبيدي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات «، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 23، العدد 56، ص 145.
- 4- حسان بوعروج، " تعليق على قرار 18 فيفري 1997 «، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، شدد خاص، المحكمة العليا، 1999، ص 42- 43.
- 5- على فيلالي، " الالتزامات النظرية العامة للعقد «، الطبعة الثالثة، موفم للنشر الجزائر، سنة 2013، ص
- 6- عمر زيتوني، مقال بعنوان " حجية العقد الرسمي «، مجلة الموثق العدد 3، 2001 6 307-306.
- 7- فاطمة الزهراء بالعربية، " انتقال الملكية العقارية تعليق على القرارين رقم 491615 و549408، م.م.ع عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ج 03، الجزائر، 2010، ص 24- 25
- 8- ليلي زروقي، " نظام الشهر وإجراءاته في القانون الجزائري، م.م.د، عدد 02، الجزائر، 2002، ص ص 80-077
- 9- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، الدور المحررات الإلكترونية في الإثبات في القانون المصري "، مقال منشور في موقع مدونة العلوم القانونية <http://law77blogspot.Com> تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 2020/04/11

10- محسن عبد الحميد البيه، الاثبات في المواد المدنية والتجارية «، 2008 ص 98 مقال منشور في الموقع [http:// law775e. Am](http://law775e.Am) تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 2020/09/11.

11- نادر شافي، التوقيع الإلكتروني والاعتراف التشريعي به «، مجلة الجيش اللبناني، عدد 249 مارس 2006، موقع www.albarm4.GC ، تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 07/03/2020.

12- يونس عرب، لحجية الإثبات بالمستخرجات الالكترونية في القضايا المصرفية «، مقال منشور على موقع Www.arablawn.org تم الاطلاع على الموقع بتاريخ 2020. 07 / 03 /

4- النصوص القانونية:

أولاً: القوانين:

القوانين الوطنية:

- 1- القانون رقم 84 / 84 المؤرخ في 07/04/1984 المتضمن قانون المالية، الصادر في جر عدد 15، مؤرخة في 10/04/1984
- 2- القانون رقم 70-91 المؤرخ في 15-12-1970 المتضمن قانون التوثيق الصادرة في جر عدد 107 مؤرخة في 25/12/1970.
- 3- القانون رقم 74-75 المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن إعداد المسح للأراضي العام وتأسيس العقاري، ممر عدد 82 مؤرخة في 18/11/1975.
- 4- القانون رقم 76-105، المؤرخ في 22/12/1976، المتضمن قانون التسجيل، جر عدد 81 مؤرخة في 18/12/1977.
- 5- القانون رقم 85 -21 الدور في 13/08/1985، المتعلق بقواعد شغل الأراضي المحافظة عليها، جر عدد 34، المؤرخة في 14 غشت 1985.

- 6- القانون رقم 85 -212 المؤرخ في 18/08/1985، المتضمن الأوضاع الذين يشغلون أراضي عمومية أو خاصة محل عقود غير مطابقة للقوانين، ج ر عدد 34، مؤرخة في 14 غشت 1985.
- 7- القانون رقم 88-: 27 المؤرخ في 12 يوليو 1988، المتضمن تنظيم التوثيق، ج ر عدد 28، المؤرخة في 13 يوليو سنة 1988.
- 8- قانون رقم 89-22 مؤرخ في 12/12/1989، المتضمن صلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، معدل ومتمم، ج ر عدد 53، مؤرخة في 1989 / 12 / 13 157
- 9- القانون 90/25 المؤرخ في: 18/11/1990، المتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 49، مؤرخة في 18 نوفمبر 1996.
- 10- القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 والمتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 36 مؤرخة في 31 يوليو 1991.
- 11- القانون رقم 91 -25، المتضمن قانون المالية لسنة 1992، ج ز عدد 65 مؤرخة في 18/12/1991.
- 12- قانون رقم 2000 / 03 مؤرخ في 15 أوت 2000، المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 48، صادر في 06/08/2000، معدل ومتمم
- 13- القانون رقم 83 / 2000، المؤرخ في 9 أوت 2000، المتضمن المبادلات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية.
- 14- القانون رقم 02-04، المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر العدد 41، المؤرخة في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004.
- 15- قانون رقم 02-05 ممضي في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005.
- 16- قانون رقم 05 / 10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، المتضمن القانون المدني معدل ومتمم يعدل ويتمم الأمر 75 / 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975.

- 17- القانون رقم 02-06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر عدد 14 الصادرة في 08 مارس سنة 2006. 168
- 18- قانون رقم 05-07 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007 يعدل ويتم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون النيجر عدد 31 المؤرخة في 1395 13 مايو سنة 2007
- 19- القانون رقم 09-08 مؤرخ في 25/02/2008 متضمن قانون الإجراءات ال 11 المدنية والإدارية ج ر رقم 21 لسنة 2008، الساري المفعول ابتداء من 25 أبريل 2009.
- 20- قانون رقم 15 / 04 المؤرخ في 1 فبراير 2015 الموافق الثاني 1436 هـ، المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين جر العدد 06، الصادر في 10 فبراير 2015 الموافق ل 20 ربيع الثاني 1436.
- 21- قانون رقم 18/05 مؤرخ في 10 ماي 2018، المتضمن بالتجارة الإلكترونية جر عدد 28 صادر في 16 ماي 2018

القوانين الأجنبية:

- 1-قانون الأونسيتال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل الاشتراع، والذي وضع من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسيتال في 14 يونيو 1996
- 2-قانون الإثبات المصري رقم 25 سنة 1968، جر عدد 22 الصادرة في 30 ماي 1968 المتضمن قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المعدل بالقانون رقم 18 لسنة 1999.
- 3-قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2000 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001

ثانيا: المراسيم التشريعية:

01-المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01-03-1993، المتضمن النشاط العقاري، ج ز عدد 14 مؤرخة في 03 مارس 1993

ثالثا: المراسيم التنفيذية:

1-المرسوم التنفيذي رقم 73-32 المؤرخ في 05-01-1973، ج ز عدد 15، الصادرة في 02 / 20 / 1973 (ملغي).

2-مرسوم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر، رقم 30 لسنة 1976.

3- المرسوم التنفيذي رقم 94/254 ممضي في 27/07/1991، المتضمن كيفية إعداد شهادة الحياة وتسليمها المحددة، جر عدد 6 مؤرخة في 31 يوليو 1991.

4- مرسوم تنفيذي رقم 01/123 مؤرخ في 9 ماي 2001، المتضمن نظام الاستغلال المطبق على كل نوع من انواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية جر عدد 27، صادر في 13/05/2001، معدل ومتمم

5-مرسوم تنفيذي رقم 04/157 مؤرخ في 31 ماي 2004، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01/123 المؤرخ في 09 ماي 2001، المتضمن بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من انواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، جر عدد 35، صادر في 02 يونيو 2004، معدل ومتمم.

6-مرسوم تنفيذي رقم 07/162 مؤرخ في 30 ماي 2007، المتضمن نظام الاستغلال المطبق على كل نوع من انواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، يعدل ويتمم المرسوم رقم 01/123، ج ر عدد 27، السنة 2007. 170

7-تنفيذي رقم 16 / 134 مؤرخ في 25 أفريل 2016، المتضمن تنظيم المصالح التقنية والإدارية السلطة الوطنية التصديق الإلكتروني، عدد 26، صادر في 28 أفريل 2016

8-مرسوم تنفيذي رقم 16/135 مؤرخ في 25 أبريل 2016، المتضمن طباعة السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وتشكيلها وتنظيمها، جـر عدد 26 صادر في 28 أبريل 2016

9-مرسوم تنفيذي رقم 16 / 142 المؤرخ في 25 أبريل 2016، المتضمن كفاءات 28. حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً، جـر. عدد 26 صادر أبريل 2016.

المنشورات والوثائق الأخرى:

1-أحمد إبراهيم، تقرير عن الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في مصر، بحث مقدم إلى مركز المعلومات ودعم القرار بمجلس الوزراء، مصر، مذكور في كتاب ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، السعودية، 2009. ناشرون

2-احمد شرف الدين، أحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات «، ورقة عمل مقدمة في ندوة المعاملات القانونية الإلكترونية وعقود التجارة الدولية، المنعقدة في دبي الإمارات العربية المتحدة، فبراير 2007، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2008.

3- إلياس ناصيف، العقود الدولية (العقد الإلكتروني في القانون المقارن)، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، مينة، 2010.

4-أنور سليم عصام " النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية «، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى سنة 2010.

5-مجاهد أسامة، " خصوصية التعاقد عبر الإنترنت «، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت بكلية الشريعة والقانون، بجامعة الإمارات في الفترة من 1 2 مايو 2000،

6-نادر شافي، " التوقيع الإلكتروني والاعتراف التشريعي به «، مجلة الجيش اللبناني، عدد 249 مارس 2006.

قرارات المحكمة العليا:

1- قرار المحكمة العليا رقم 34700 بتاريخ 26/02/1985 المجلة القضائية السنة 1989 العدد 2.

2- القرار 36662 المؤرخ في 19/10/1985 مجلة قضائية العدد الرابع سنة 1989.

3- القرار رقم 11699 المؤرخ في 09/11/1994 نشرة القضاء العدد 51، طبعة 1997

4- قرار 232678 بتاريخ 02/02/2000، الصادر بالمجلة القضائية 2001 العدد الأول ص 268

5- مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، المحكمة العليا، 1999

المراجع باللغة الأجنبية:

أولا: الكتب باللغة الفرنسية:

1- BEAURE D'AUGERES (G) , BREESE (P) et THUILLER (S) ,
paiement numérique sur internet , aspects juridiques et impact sur
les métiers , , Thomson Publishing, France , 1997 .

2-Delphine Majdanski, la signature et les mentions manuscrites dans
la mention manuscrite dans les contrats, presses universitaire de
bordeaux, France, 2000.

3- Eric Caprioli, Règlement des litiges internationaux et droit
applicable.

4- MURIEL (Fabre- Magnan), Introduction Générale au Droit, (Cour
et Méthodologie), 1^{ère} édition, presses universitaire de Paris,
France, 2009.

5-Santiago Cavanillas Mugica et autres , commerce électronique , dans le commerce électronique , litec , Paris , France , 2002, Edition Delta , Beyrouth , Liban , 2004 .

ثانيا المذكرات والرسائل:

– Kamel Mehdaoui, la formation du contrat électronique international, mémoire de maitrise en droit international, université de Québec, Montréal, mars 2010.

ثالثا: المقالات:

- 1– Nadia Younsi RADAD ; « l'acte sous seing privé et les N ° 01, 8, Vol. IDARA, immobilières », transactions Algérie, 1998, p 200–206.
- 2–Ghenima Lahlou Khiair ; " Commentaire de l'arrêt de 18, réunies, février 1997 «, Cour suprême toutes chambres R.A.S.J.E.P, Vol. 35, N ° 03, université d'Alger, 1997, p p 250 601. 366
- 3– Tabarot Michel, le projet de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, assemblée national, Paris, France, 11/02/2003

رابعا: المراسيم: (les ordonnances)

1-Ordonnance n ° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, JORF n ° 196 du 25 août 2001

Les décrets :

1-Décret n ° 2001-272 du 30 Mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, JO n° 77 du 31 Mars 2001 page 2070.

2-Décret n ° 2005-972 modifiant le décret n ° 56-222 relatif au statut des huissiers de justice.

3-Décret n ° 2005-973 modifiant le décret n ° 71-941 relatif aux actes établis par les notaires.

4-Arrêté 1 – Arrêté du 03 décembre 1987, relatif à l'information du consommateur, NOR, ECOC8700137A, JORF du 10 decembre1987, p 1454

فهرس المحتويات:

	مقدمة.....
06	الفصل الأول: المحررات الرسمية وحجيتها في الإثبات
06	المبحث الأول: ماهية المحررات الرسمية
06	المطلب الأول: مفهوم المحررات الرسمية.....
06	الفرع الأول: تعريف المحررات الرسمية (Actes authentiques)
09	الفرع الثاني: خصائص المحررات الرسمية.....
10	المطلب الثاني: تمييز المحررات الرسمية من المقررات العرفية.....
11	الفرع الأول: حجية المحررات العرفية قبل صدور قانون التوثيق.....
18	الفرع الثاني: حجية المحررات العرفية بعد صدور قانون التوثيق.....
26	الفرع الثالث: موقف القضاء من أعمال السندات العرفية في الإثبات.....
34	المطلب الثالث: الشروط الواجب في المحررات الرسمية وجزاء الإخلال بها
34	الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في المحررات الرسمية
44	الفرع الثاني: جزاء الإخلال بشرط من شروط المحررات الرسمية
50	المبحث الثاني: حجية المحررات الرسمية في الإثبات.....
50	المطلب الأول: مكانة الورقة الرسمية الإثبات.....
52	الفرع الأول: حجية المحرر الرسمي من الأشخاص.....

57	الفرع الثاني: حجية المحرر الرسمي من الغير.....
60	المطلب الثاني: صور المحررات الرسمية وحجتها.....
61	الفرع الأول: في حالة وجود أصل الورقة الرسمية وحجيتها.....
63	الفرع الثاني: في حالة عدم وجود أصل الورقة الرسمية.....
66	الفصل الثاني: العقد الإلكتروني وحجته في الإثبات.....
67	المبحث الأول: ماهية العقد الإلكتروني.....
67	المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني.....
68	الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني.....
79	الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني.....
85	الفرع الثالث: تمييز المحررات الإلكترونية عن المحررات الورقية.....
89	المطلب الثاني: وسائل إبرام العقد الكتروني وأطرافه.....
89	الفرع الأول: وسائل العقد الإلكتروني.....
94	الفرع الثاني: أطراف العقد الإلكتروني.....
95	المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني.....
96	الفرع الأول: العقود الإلكترونية من عقود المساومة.....
97	الفرع الثاني: العقود الإلكترونية من عقود الإذعان.....
100	المبحث الثاني: حجية العقد الإلكتروني.....

102	المطلب الأول: الكتابة الإلكترونية
102	الفرع الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية
108	الفرع الثاني: حجية الكتابة الإلكترونية
120	المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني
120	الفرع الأول: ماهية التوقيع الإلكتروني
131	الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني
146	خاتمة
149	قائمة المراجع
164	فهرسة