

الوقف (الحبس)

(دراسة عملية لأهم أحكامه على ضوء النصوص القانونية وبعض أحكام القضاء)

الأستاذ كوسة عمار
محامي بمنظمة المحامين ناحية سطيف

مقدمة:

إن الدارس والباحث والمحترف للقانون، لا شك أنه يرصد ويلمس تلك الأهمية، التي منحها المشرع وخص بها موضوع الوقف، وهذا بعد أن خصص له جملة من النصوص القانونية، تمثلت في البدء بقانون الأسرة، الذي تناوله في مواده من 213 إلى غاية 220، ثم أعقب ذلك القانون 90-25 المؤرخ في: 1990/11/18 الخاص بالتوجيه العقاري، ثم لم يلبث في الأخير أن أفرد له قانون خاص به، وهو القانون 91-10 المؤرخ في: 1991/04/27 والمعدل والمتمم بموجب القانون 02-10 المؤرخ في: 2002/12/14، هاته النصوص وإن كانت في مجملها لم تغفل عن تحديد ماهية الوقف، و تناول الأحكام الخاص به، إلا أن هذا الأمر لم يُجلى و يزيل تلك الصعوبة التي تعترى مسألة الفصل في المنازعات التي تثور بشأنه، لأن الأمر في مجمله يتعلق بمسألة شرعية هي نتاج اجتهاد فقهي، تناولها كل مذهب من المذاهب الإسلامية بأحكام خاصة، قد تتوافق أحيانا وتباين في أحيان أخرى، وعلى اعتبار أن المستقر عليه شرعا وقانونا أن الوقف يخضع في مجمله وعمومه لإرادة الموقوف، بمعنى أن هذا الأمر يبيح ويتيح له الأخذ بأي مذهب، يرتضي سريان أحكامه على الشيء الموقوف، الأمر الذي كرسه المحكمة العليا من خلال القرار الصادر بتاريخ: 1986/02/24 تحت رقم: 40589، مما يحتم الإبحار في الجزئيات والغوص في التفاصيل، التي تناولها كل مذهب على حدا، وهذا حتى يسهل الوقوف على مدى إحترامها من طرف

الواقف، وبالتالي يصح العقد المفرغ فيه، و يستقيم معها الحكم في حال ما أثير بشأنه نزاع، ومنه بعيدا عن هذه الإشكالية، وللإحاطة بجوانب الموضوع ارتأيت تناوله وفق وتحت جملة من العناصر والملاحظات، والتي تجمل وتحتوي في متنها ومضمونها تعريف الوقف، مع تحديد أنواعه، ثم أهم أركانه وخصائصه وهذا على ضوء القوانين المذكورة أعلاه، و كذا بالاستئناس والركون إلى بعض قرارات المحكمة العليا.

أولا/ تعريف الوقف:

إن تعريف الوقف في إطاره العام، والذي تتشارك فيه جملة القوانين المذكورة أعلاه، تجمع على كون الوقف هو حبس المال عن التملك على وجه التأبيد والتصدق، وهو التعريف الوارد بحذافيه في مضمون المادة 213 من قانون الأسرة، كما وأن قانون الأوقاف 91-10 المؤرخ في: 27/04/1991 تبنى نفس التعريف، وأضاف له من خلال المادة 3 منه، من كون أن يكون التصديق على الفقراء أو على وجه من وجه البر أو الخير، أما القانون 90-25 المؤرخ في: 18/11/1990 المتعلق بالتوجيه العقاري، فقد عرف الوقف الواقع على العقار، من خلال المادة 31 منه بقولها "الأملاك العقارية التي حبسها مالكمها بمحض إرادته ويجعل التمتع بها دائما، تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عمومية سواء أكان التمتع فورا أو عند وفاة الموصين و الوسطاء، الذين يعينهم المالك المذكور.

ثانيا/ أنواع الوقف:

إن أنواع الوقف حسب دائما القوانين المذكور أعلاه تنقسم إلى نوعين، وقف عام، وآخر خاص.

01/ الوقف العام:

الوقف العام هو الذي جُعِلت فيه المنفعة لجهة أو أكثر من جهات الخير، وقد تناولته أحكام المادة 06 من القانون 91-10 المؤرخ في: 27/04/1991، فهو

على هذا النحو يخضع في تنظيمه، تسييره، حفظه، حمايته، وطرق إستغلاله وإستثماره وتنميته، إلى القانون 02-10 المؤرخ في: 2002/12/14.

02/ الوقف الخاص:

الوقف الخاص هو ما جُعِلت فيه المنفعة للأفراد، أي ما يحبسها الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم، هذا النوع من الوقف يخضع في تنظيمه للقانون الأسرة وأحكام الشريعة الإسلامية.

ثالثا/ شروط وأحكام الوقف:

لقد خص قانون الأسرة ، بالإضافة إلى جملة القوانين المجسدة في القانون 90-25 المؤرخ في: 1990/11/18 الخاص بالتوجيه العقاري، وكذا القانون 91-10 المؤرخ في: 1991/04/27 والمعدل والمتمم بموجب القانون 02-10 المؤرخ في: 2002/12/14، الوقف بجملة من الشروط والأحكام، هذه الأخيرة التي نوردتها تحت العنوانين الآتي بيانها.

01/ الصيغة التي ينعقد بها الوقف:

إن الوقف و فق المبادئ العامة المقررة له، ينعقد بالصيغة واللفظ الدال على إرادة الواقف، فقد تكون صريحة أو كتابة، كما يجب أن تكون جازمة لا تقبل التحوير أو التأويل، وعلى ضوء هذا فإن الوقف لا ينعقد بالوعد، ولا يوقف على شرط (المادة 16 من القانون 91-10 يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من التي اشترطها الواقف في وقفه، إذا كانت منافية لمقتضى حكم الوقف)، وهو ما يقودنا للقول أن الوقف إذا اقترن بشرط غير صحيح بطل الشرط وصح الوقف، وهذا لا يمنع بأي حال من الأحوال الواقف من التراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف، إذا ما اشترط لنفسه ذلك، حين انعقاد العقد، الأمر الذي كرسه المحكمة العليا من خلال القرار الصادر بتاريخ: 2001/01/31 تحت رقم: 200374.

02/ ملكية الشيء الموقوف وأهلية الواقف:

يشترط في الواقف أن يكون مالكا للعين أو المال الذي يريد وقفه، أهلا للتبرع، عاقلا بالغاً، غير محجور عليه لا تشوب إرادته أي عيب من العيوب (في هذا الشأن يجوز لكل ذي مصلحة إذا اختلت هذه الشروط أن يرفع دعوى إبطال الوقف)، و يشترط كذلك في الموقوف عليه (الجهة التي تنتفع بالوقف) أن تكون جهة بر وخير وليست جهة معصية (المادة 5 من القانون 10-02 المعدلة للمادة 13 من القانون 10-91)، وأن تكون هذه الجهة مما يصح أن تملك (لا يصح الوقف للجنين في رحم أمه)، كما وأنه يشترط في محل الوقف (المادة 216 من قانون الأسرة والمادة 11 من القانون 10-91) سواء أكان عقاراً أو منقولاً أو منفعة، أن يكون محدداً، مشروعاً، خالياً من النزاع، وهو ما كرسته المحكمة العليا من خلال القرار الصادر بتاريخ: 1988/11/21 تحت رقم: 46546، ويصح كذلك في هذا الشأن أن يكون محل الوقف مالا مشاعاً (تحبیس الواقف لنصيبه في المال الشائع)، بشرط أن لا يشمل الوقف نصيب باقي المالكين على الشيوع، لأن ذلك بمثابة التصرف في ملك الغير، وهو الأمر الذي كرسته المحكمة العليا كذلك في القرار الصادر عنها بتاريخ: 2010/05/13 تحت رقم: 600620.

03/ مدة الوقف:

يشترط في الوقف أن يكون على سبيل التأييد (المادة 28 من القانون 91-10)، بمعنى أنه لا يجوز التراجع عنه، بوصفه صدقة مؤبدة، الأمر الذي كرسته المحكمة العليا من خلال القرار الصادر بتاريخ: 2011/07/26 تحت رقم: 692342.

04/ قسمة الوقف:

إن الوقف هو حبس العين عن التملك مع بقاء الإنتفاع بها (المادة 3 من القانون 10-91)، وبالتالي تجوز قسمة الاستغلال أو الانتفاع بين المستفيدين

من الوقف (سواء قسمة ودية أو قضائية)، ولا تجوز القسمة الناقلة للملكية ،
الأمر الذي كرسه المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ: 2007/01/14
تحت رقم: 393937.

05/ التصرف في الوقف:

إن الوقف بمجرد انعقاده لا يجوز للواقف بمقتضى هذا الأمر، أن
يتصرف في الشيء الموقوف بالبيع أو الهبة أو التنازل، ولكن المحكمة العليا من
خلال الصادر بتاريخ: 1993/07/21 تحت رقم: 102230، أقرت أن الوقف إذا
كان معلقا أو مضافا، جاز للواقف التراجع عنه، ولكن إذا كان منجزا (فوري)،
فلا يجوز له ذلك، و عليه وما دام أن الوقف معلقا لما بعد وفاة الواقفة، فإن
تراجعها بإبطالها له بعقد توثيقي، وذلك ببيعها العقارات محل الوقف بعقود
رسمية كان الأمر جائزا شرعا.

كما تجدر الإشارة أن المشرع و إن كان أخرج العين الموقوفة من ملكية
الواقف بعد انعقاد الوقف، فإنه لم ينقلها إلي ملكية الموقوف له، وجعل بذلك
الوقف ذو طابع مؤسساتي (كيان قانوني يتمتع بالشخصية المعنوية)، وهو ما
يستشف من مضامين المادتين 5 و 17 من القانون 91-10 والمادة 23 من
القانون 90-25.

06/ الشكلية في الوقف:

يخضع الوقف للشكلية المطلوبة، وهذا إذا ما اقتضتها وتطلبتها طبيعة
التصرف، أي الكتابة الرسمية والشهر (التوثيق)، إذا ما انصب محله علي
عقار، وهو ما شددت عليه المادة 41 من القانون 91-10 بقولها "يجب أن يقيد
الوقف بسند توثيقي كشرط لنفاذه"، تجدر الإشارة فقط أن المشرع من خلال
المادة 5 من المرسوم 00-336 أجاز لمدير الشؤون الدينية تحرير السندات
الرسمية للأموال الوقفية.

07/ عدم قابلية الوقف للتملك بالتقادم المكسب:

لا يجوز تملك العقار محل إجراءات الوقف بالتقادم المكسب (المادة 23 من القانون 91-10)، الأمر الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 2010/04/22 تحت رقم: 547662 بقولها "لا يجوز تحرير عقد شهرة علي أرض محبسة بقصد تملكها".

ولكن استثناء يجوز إدماج العقار الموقوف ضمن الإحتياطات العقارية للبلدية أو الدولة بصفة عامة (نزع الملكية للمنفعة العمومية)، وهذا شريطة تقديم تعويض عادل يوضع تحت تصرف ناظر الوقف، لشراء عقار آخر تسري عليه نفس أحكام الوقف المدمج، مع بقاء سريان حق الانتفاع لمن قرر له ذلك، وهو ما ذهب إليه قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ: 2005/07/12 تحت رقم: 16765.

الخاتمة:

ختاما يمكن القول، أنه إذا كان غالبية الشعب الجزائري يأخذ بأحكام المذهب المالكي في جميع شؤونه التعبدية والفقهية، وكذا ما يسري على معاملاته الدنيوية، فكان من الأجدر والأمثل تكريس أحكام هذا المذهب كأطر شرعية وقانونية ناظمة لأحكام الوقف دون غيرها من مذاهب الأخرى، ما دام أنه يوجد تباين فيما بينها، والذي نلمسه بالخصوص في مسألة المدة الزمنية للوقف، والتي أجاز المذهب المالكي تأقيته، في حين أن المذهب الشافعي والحنفي قضى بتأييده (وهو ما أخذ به المشرع الجزائري)، وكذلك يجب رفض الغبار على الأملاك الوقفية المهملة، وإعطاء دفعة لها في سوق الإستثمار حتى تعود فوائدها بالنفع علي الوجوه التي حبست من أجلها، وهذا لن يتأتى إلا من خلال تحيين مختلف النصوص القانونية والتنظيمية التي ترفع العقبات والعراقيل المادية، وتسهل سبل وطرق تنمية واستثمار هذه الأملاك الوقفية.

إثبات إجراءات التقاضي الرقمي في الجزائر

د/ فواتحية حبارة - محامية بمنظمة المحامين أم البواقي
أستاذة محاضرة بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أم البواقي

الملخص:

يعتبر التقاضي الرقمي أحد آليات رقمنة قطاع العدالة، أين يتم الإعتماد في الإجراءات والمراسلات بين طرفي الدعوى على الدعامة الرقمية عوض الدعامة الورقية. فتختفي بذلك الأوراق التقليدية ويحل محلها ملف إلكتروني رقمي للدعوى. حيث ظهرت على الساحة القضائية منازعات من نوع جديد تسمى منازعات إلكترونية ولإثباتها اعتمدت وسائل جديدة تتلاءم مع طبيعتها وظروف إبرام المعاملات الخاصة بها .

من ثم جاءت هاته المداخلة كمحاولة للتعرف على موقف المشرع الجزائري حول مسألة اثبات إجراءات التقاضي الرقمية باعتبارها إشكالا يواجه القضاء عموما و المحامي خصوصا .

Abstract:

Digital litigation is one of the mechanisms for digitizing the justice sector, where procedures and correspondence between the parties are relied upon on the digital support rather than the paper support. Traditional papers disappear and are replaced by a digital electronic file of the lawsuit. Where disputes of a new kind, called electronic disputes, have arisen in the judicial arena and have been established, new means have been adopted, adapted to their nature and the conditions for concluding their own transactions.

The intervention was therefore an attempt to identify the Algerian legislator's position on the issue of establishing digital litigation as a problem facing the judiciary in general and the advocate in particular.

مقدمة

هذه المداخلة تصب في خاصية مهمة من خصائص التقاضي الرقمي وإشكال يواجه القضاء عموما و المحامي خصوصا ألا هو الإثبات الإلكتروني.. ففي التقاضي الرقمي يتم الإعتماد في الإجراءات والمراسلات بين طرفي الدعوى على الدعامة الرقمية عوض الدعامة الورقية. حيث تختفي الأوراق التقليدية ويحل محلها ملف إلكتروني رقمي للدعوى .

ونتيجة لذلك تصبح الرسالة الإلكترونية هي السند القانوني الذي يمكن لطرفي النزاع اعتماده في حالة نشوئه ودليل من أدلة الإثبات الإلكترونية. وبالتالي عدم تنظيم هذه السندات الإلكترونية بنصوص تشريعية يعد من المشكلات التي تواجه المحاكم في النزاعات عند تقديم الأطراف لمستخرجات التلكس أو الفاكس أو الأنترنت أو الوسيط الإلكتروني عموما سواء أقرصا ممغنطة أو فلاش ديسك...إلخ

ومن ثم كان بنا أن نجيب عن إشكالية: مدى اعتبار المحرر الإلكتروني دليل كامل في الإثبات في القانون الجزائري؟ وإن كانت الإجابة بنعم فمامحل المستندات الورقية من الحجية إذا ما وجدت جنب إلى جنب مع المستندات الإلكترونية في نزاع واحد وتعارضت معها ؟ ومن ثم نصل إلى مسألة الترجيح للقاضي ومعايير ذلك ؟

وحتى تكتمل صورة الموضوع بحديثاته الرئيسية مهدنا له بالتعرض للمفاهيم المستحدثة جراء هذا النظام التقني للتقاضي ومقوماته أو أسسه في

الجزائر وصولاً لموقف المشرع الجزائري من عملية الإثبات الإلكتروني وإشكالات التطبيق في المحاكم الجزائرية.

1/ التقاضي الرقمي مفاهيم ومقومات

كبدية نقول بأن التقاضي الرقمي كمفهوم تعرض لشد وجذب من قبل الفقهاء نأخذ منها تعريفاً راجحاً يفى بالغرض كي نترك المجال للمداخلات اللاحقة والتي تناولت موضوع التقاضي عن بعد التفصيل فيه

1-1: مفهوم التقاضي الرقمي: رغم تعدد التعاريف فهو لا يخرج عن كونه:

عبارة عن: "نظام تقني معلوماتي بين شبكة الربط الدولية وبين مبنى الجهاز القضائي في إطار عصنة العدالة، من خلاله يمكن للمدعي أن يرفع دعواه يسجلها ويقدم المستندات، يحضر الجلسات ومن ثم يصدر الحكم في النزاع دون أن ينتقل إلى مبنى المحكمة باستعمال وسائل الإتصال الإلكتروني..

2_1: خصائص التقاضي الرقمي: نحاول تلخيصها فيما يلي:

- حلول الوثائق الإلكترونية محل الوثائق الورقية
- تسليم المستندات والعوارض إلكترونياً عبر شبكة الإتصال
- الاعتماد على الوسيط الإلكتروني
- سرعة تنفيذ إجراءات التقاضي الإلكتروني
- إثبات إجراءات التقاضي الإلكتروني
- استخدام الوسائل الإلكترونية لدفع رسوم ومصاريف الدعوى

2- الأسس التشريعية للتقاضي الرقمي

إن التقاضي الرقمي ليس مجرد مصطلح فقهي افتراضي وإنما جسده التشريع وإجراءاته ووسائله بجملة من النصوص القانونية باعتبارها الإطار القانوني للموضوع وأساسه. نحاول ذكرها على سبيل الجرد التسلسلي من الناحية الزمنية والجزئية المعالجة كون التقاضي الرقمي مرتبط بالعديد من

القوانين سواء الموضوعية أو الإجرائية تصب بصفة مباشرة في إجراءات التقاضي الرقمي أو في المعاملات الإلكترونية عموماً :

نبدأ بأول مبادرة من المشرع الجزائري للحاق بركب المعلوماتية وهو تعديل القانون المدني سنة 2005 بموجب الأمر حيث نصت المواد: 323 مكرر، 323 مكرر 1، 327/2 على الإثبات الإلكتروني لأول مرة

يلمها القانون 03/15 المتعلق بعصرنة العدالة والذي يعتبر أول قانون جسد عملية التقاضي الرقمي في الجزائر

القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين والذي فصل في كل الأحكام المتعلقة بحجية التوقيع الإلكتروني وكيفية إضافة لعملية التصديق الإلكتروني وسلطاته

القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية : بالرغم من أنه يظهر بعيداً عن ميدان التقاضي الرقمي إلا أنه ساهم بشكل غير مباشر فيه في الحديث عن أحكام الدفع الإلكتروني ومعالجة المنازعات الإلكترونية ذات الطابع الاستهلاكي بين الموردين والمستهلكين. والتي تعتبر كثيرة الانتشار في يومنا الحالي في ظل التسوق الإلكتروني من المتاجر الافتراضية.

ناهيك عن القانونين الإجرائيين وهما قانوني الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية 04/20

وهنا نقول بأن إجراءات التقاضي هي نفسها فقط تغير الأسلوب المستعمل ومن ثم تغيرت تبعاً لذلك بعض النقاط كالإثبات مثلاً. ولهذا نقترح اعتماد تسمية التقاضي في الشكل الإلكتروني بدل التقاضي الإلكتروني

كون أسلوب ونوع القضاء بقي هو نفسه والوسيلة تغيرت شكله في ذلك شكل الكتابة في الشكل الإلكتروني. هذه الأخيرة التي لا تعتبر نوع جديد من الكتابات وإنما شكل أو وسيط جديد للكتابة أو ما يعرف بالدعامة.

فإذا كانت الدعامة الورقية سميت الكتابة على الورق، وإذا كانت على الرمل أو الحجر سميت بذلك، وكذلك الحال للدعامة الإلكترونية سميت الكتابة في الشكل الإلكتروني" وهي التسمية المعتمدة من قبل المشرع الجزائري وهو موفق في ذلك.

وهذا المنهج المتبع من قبله هو النهج المتبع من قبل التشريعات الإلكترونية الدولية، التي تعتمد على مبدأي الحياد التقني أو ما يعرف بالحياد إزاء التكنولوجيا والمقصود به عدم تحديد الأطراف بوسيلة تقنية معينة أي ترك الحرية لهم لاختيار الوسيلة المستعملة للتبادل المعلوماتي إلا أن هذه الحرية مقيدة بشروط تخص التقنية المستعملة (توفر امن التراسل وتحفظ المعلومات من أي تعديل إضافة لتاريخ الإرسال). فمبدأ "الحياد التقني" يظهر بشكل جلي في القوانين الخاصة بالتوقييع الإلكترونية، لتعلقه بالتقنية المستعملة إذ لا يجب أن ينص قانون التوقيع الإلكتروني على تقنية معينة تستخدم في عملية التوقيع، وإنما من المستوجب بدلا من ذلك أن ينص على شروط معينة من الواجب توافرها فيه حتى تكون له حجية قانونية¹.

وكذلك مبدأ التكافؤ الوظيفي أو التعادل الوظيفي وهو المعادلة بين الأشياء نتيجة قيامها بنفس الوظيفة وهو ما يتجلى في المعادلة بين الكتابة التقليدية والكتابة في الشكل الإلكتروني في نص م 323 مكرر 1 من القانون المدني، وبين التوقيع الخطي والتوقيع الإلكتروني م 8 من قانون 04/15 و م ... من قانون 03/15. فالحياد التقني + التكافؤ الوظيفي = التعادل القانوني. بمعنى عدم التفرقة بين الوسائل التكنولوجية ومعادلتها مع التقليدية نتيجة قيامها بنفس الوظائف يؤدي لمعادلتها قانونا والمقصود هنا المعادلة من ناحية الحجية في الإثبات.

فالجمع بين المبدأين واجب، إذ يسمح بتوسيع نطاق مفهوم الحيادية الخاصة بالحيادية التقنية، من أجل الوصول إلى حيادية قانونية. هذه الأخيرة

التي تعتبر - بحق - المغزى من ذلك، إذ هي التي تسمح باستمرار تطبيق نفس قواعد القانون مهما كان نوع دعامة المحرر². وهذا ما أدى بالبعض إلى استعمال مفهوم "المعادلة القانونية" بين الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة في الشكل الإلكتروني.

3- مظاهر تجسيد المشرع الجزائي للمبدأين:

بحثا عن مظاهر التجسيد لهذين المبدأين في نصوص القوانين ذات الصلة وجدنا مايلي/

3-1: القانون المدني: نص في المادة 323 مكرر 1 على المساواة في الإثبات بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق³، بعد أن نفى كل فرق بين أشكال الكتابة على أساس الدعامة أو طرق الإرسال في المادة 323 مكرر على أساس الحياد التقني. وكذلك نص المادة 327 مكرر اين عادل بين التوقيع الإلكتروني والخطي.

3-2: قانون 03/15 المتعلق بعصرنة قطاع العدالة

اشترط هذا القانون في الوسائل التقنية المستعملة في المراسلات الإلكترونية طبقا للم 10 مايلي: امكانية التعرف الموثوق على أطراف التراسل الإلكتروني، سلامة الوثائق المرسل، أمن وسرية التراسل، حفظ المعطيات بما يسمح بتحديد تاريخ الإرسال والإستلام من طرف المرسل إليه بصفة أكيدة فبتوافر هذه الشروط واعداد الوثيقة المرسله بالطريق الإلكتروني وفق الإجراءات اللازمة تكون هذه الأخيرة متمتعة بصحة وفعالية الوثيقة الأصلية حسب ماتقضي به م2/10 من هذا القانون.

أما على مستوى المحاكمة عن بعد فقد حددت المادة 441 مكرر 8 من قانون الإجراءات الجزائية وم 14 من قانون 03/15 شروط وإجراءات المحاكمة عن بعد وهي نفس الشروط المذكورة سابقا(وجوب أن تتضمن الوسيلة

المستعملة سرية الإرسال وأمانته، تسجيل التصريحات على دعامة تضمن سلامتها وترفق بملف الإجراءات...)

والملاحظ أنها نفس شروط القانون المدني.

3-3: قانون 04/15 الخاص بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين:

نجد من خلال عنونة الفصل ب" مبادئ المماثلة وعدم التمييز اتجاه التوقيع الإلكتروني" إشارة واضحة لتبني المشرع الجزائري لمبدأ التعادل الوظيفي والحياد التقني ازاء التوقيع الإلكتروني أي الإعتماد به كحجة في الإثبات مماثلا في ذلك التوقيع الخطي. مبلورا هذا الحكم من خلال نص المادة 8 من القانون نفسه: " يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي"

إلا أن الملاحظ بأن المشرع الجزائري لم يطلق الأمر بدون شرط، بل قيد مبدأ المماثلة بجعله مقتصرًا على التوقيع الإلكتروني الموصوف دون غيره، والذي بين المتطلبات الضرورية له من خلال المادة 7 من نفس الأمر⁴

3-4: قانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية

يبدو أن المشرع الجزائري وصل لمرحلة متقدمة تجاوز فيها مرحلة النص على حجية الإثبات كون الأمر حسم في ظل قانون خاص به ألا وهو قانون 04/15. إلا أننا وجدنا بعض الإشارات التي تؤكد على ضرورة التصديق والتوثيق واحترام سرية البيانات وأمن نظم المعلومات والتي من شأنها تسهيل بيئة الإثبات الإلكتروني. كالمواد: 20، 26، 28 و30.

لكي يعتد بدليل الإثبات الإلكتروني، يجب أن يتضمن كتابة إلكترونية تثبت تصرفا قانونيا معينًا، وأن يكون موقعًا إلكترونيًا من الشخص المنسوب إليه الدليل الإلكتروني⁵. فالكتابة لا تعد دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، إذ أن غياب التوقيع يفقد الدليل الكتابي حجيته في الإثبات.

ولهذا نجد أن المشرع أقر قوة ثبوتية لهذين العنصرين ومساواتهما مع عنصري دليل الإثبات الخطي في ظل توافر شروط وضوابط. وهو ماسوف نتعرض له فيما يأتي

4- شروط اعتبار الكتابة دليلا كاملا في الإثبات

باستقراء نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني نجد بأن المشرع الجزائري اشترط عدة شروط للاعتداد بالكتابة في الإثبات كالآتي:

1-4 حفظ المحرر الإلكتروني في ظروف تضمن سلامته: نص على هذا الشرط: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على ورق شرط... وأن تكون محفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

عبارة "حفظ المحرر" يقصد بها أن يتم الحفاظ على المحرر ووقايته من أي تدخل أو تعديل أو إتلاف فترة من الزمن، حتى يمكن بعد ذلك تقديمه للقضاء عند حدوث أي نزاع، بحيث يتم إثبات الحق المتنازع عليه⁶. وهو ما يعرف بقابلية السجل الإلكتروني للاحتفاظ بالمعلومات الواردة فيه.

2-4: إنشاء المحرر الإلكتروني في ظروف تضمن سلامته:

اشترط المشرع بمقتضى المادة 323 مكرر 1 لاعتبار الكتابة في الشكل الإلكتروني معادلا وظيفيا للكتابة على الورق أن تكون معدة في ظروف تضمن سلامتها:

فالمقصود بالحفاظ على سلامة المحرر من الناحية التقنية هو ألا يتم تعديل مضمون المحرر أو العبث به. بمعنى الحفاظ على حالة المحرر الإلكتروني بحيث لا يصيبه أي تعديل أو تغيير عن حالته الأولى التي تم إنشاؤه عليها أي بقاءه على الصورة الأولى التي أرادها منشئه⁷.

3-4: دلالة المعلومات الواردة في السجل الإلكتروني على من ينشئه أو يتسلمه وتحديد هويته:

وهنا نتساءل عما يضمن للقاضي بأن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص؟

من هذا التساؤل نبع هذا الشرط في المادة 323 مكررا1: "...إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها". والذي نراه متضمنا في العنصر الثاني للمحرر وهو التوقيع. هذا الأخير الذي يعد إثبات هوية الموقع من أهم وظائفه حسب نص م 6 من القانون 04/15 المذكور أعلاه: "يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع..."

نخلص أخيرا بأنه إذا توافرت في الكتابة في الشكل الإلكتروني هذه الشروط يمكن أن تعد دليلا للإثبات كالكتابة المادية على المستندات الورقية.

5: شروط الإعتداد بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات

رأينا سابقا أن للتوقيع أهمية كبيرة في الإثبات، فهو العنصر الثاني الذي به يكون دليل الإثبات الإلكتروني تاما، إذ لا قيمة لدليل الإثبات إذا لم يكن موقعا من أطرافه. فبالإضافة إلى أنه يعمل على نقل المحررات من مرحلة الإعداد إلى مرحلة الإنجاز وإعطائها صفة الأصل في نظر القانون، فهو يلعب دورا جوهريا وأساسيا في إضفاء القوة الثبوتية على المحررات والتي تعتبر الغاية الأساسية منه مهما كان شكله⁸.

ونتيجة لازدياد التعامل بهذه الوسائل الحديثة في استخدام تقنيات التوقيع الإلكتروني كبديل للتوقيع التقليدي نشأت الحاجة إلى وضع إطار قانوني يرمي إلى التقليل من فكرة عدم اليقين بشأن الأثر القانوني لها⁹. ومن هنا رصدت التشريعات المنظمة للإثبات الإلكتروني للتوقيع الإلكتروني بعدا قانونيا يعادل بقوته الثبوتية الحجية المقررة للتوقيع التقليدي. فمنح التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية في الإثبات جاء منوطا بتوافر شروط معينة.

حيث منح المشرع الجزائري الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني حتى تكون له نفس القوة الثبوتية للتوقيع الكتابي، ولكنه فرض توفره على شروط

تثبت مصداقيته وقبوله في الإثبات. حيث لم يكتف بالقانون المدني بمقتضى المادة 327 مكرر فقرة 2 التي نصت على أنه: "يعتد بالتوقيع الإلكتروني بنفس الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1" بل تدخل بمقتضى القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين مفردا له الباب الثاني تحت عنوان التوقيع الإلكتروني للتفصيل في أحكامه.

سنحاول إحداث مقارنة بين نصوص المواد لاستخراج شروط الإعتداد بحجية التوقيع الإلكتروني لدى المشرع الجزائري.

باستقراءنا للنصوص في كلا من القانونين المدني وقانون 04/15: نجد بأن نص المادة 327 مكرر فقرة 2 قد أحالت شروط الاعتماد بالتوقيع الإلكتروني إلى شروط الاعتماد بالكتابة في الشكل الرقمي، دون مراعاة أي خصوصية لآلية التوقيع عن الكتابة. في حين تنظيم مسائل التوقيع الإلكتروني بمقتضى قانون خاص تحتسب خطوة حسنة للمشرع الجزائري. ولهذا شروط التوقيع الإلكتروني موضحة بالتفصيل في القانون 04/15 من المواد 6، 7، 8.

فالتوقيع الإلكتروني إذن معتد به في الإثبات مهما كان شكله أو أسلوبه، إلا أن مماثلته للتوقيع الخطي في القوة الثبوتية لا تكون إلا من نصيب التوقيع الإلكتروني الموصوف. مبينا شروط هذا الأخير في المادة 7 من القانون 04/15.

وهنا نصل إلى أن المحرر الإلكتروني هو دليل كامل في الإثبات شأنه في ذلك شأن الدليل الكتابي في الشكل الورقي. ولم يعد أي شك في حجيته أمام القضاء. له عنصران هما الكتابة في الشكل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني فالمحرر الإلكتروني = كتابة إلكترونية + توقيع إلكتروني. ولبحث مدى حجيته لابد من بحث مدى حجية عنصريه.

ونظرا كون الدليل الكتابي في الشكل الإلكتروني مساويا للدليل الكتابي في الشكل الورقي تثور مسألة الترجيح عند التعارض؟ فأيهما يرجح القاضي وما معايير ذلك؟

بحثنا عن حل وإجابة لهذه الإشكالية وأمام سكوت المشرع الجزائري عن معالجة هذه الإشكالات رغما عن أهميتها من الناحية التطبيقية، خصوصا في ظل التواجد المتوازي لكلا المحررين جنبا إلى جنب، لا نجد مانعا من الاستهداء بمسلك المشرع الفرنسي إزاء التعارض بين شكلي المحررات والذي كان واضحا وصريحا.

حيث نصت المادة 02/1316 من القانون المدني الفرنسي المعدلة على أنه: "إذا لم يكن هناك نص أو اتفاق بين الأطراف يحدد أسسا أخرى، فإنه على القاضي مستخدما كل الوسائل أن يفصل في النزاع القائم بين الأدلة الكتابية عن طريق ترجيح السند الأقرب إلى الاحتمال أيا كانت الدعامة المستخدمة في تدوينه"¹⁰.

فالموضح من هذا النص أنه أعطى للقاضي سلطتين:

- صلاحية البت بالنزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد السند الأكثر مصداقية.
- سلطة تقديرية واسعة في عملية الترجيح بين الأدلة الكتابية المتعارضة، تاركا له- أي القاضي- حرية الاستعانة بكافة الوسائل الممكنة بصرف النظر عن دعامة المحرر¹¹.

فالقاضي الفرنسي لا يرجح بين الحجج المتنازعة اعتمادا على شكلها أو وسيلة حفظها، إذ لا فرق في هذا المجال بين المحرر الورقي والإلكتروني في ظل الاعتراف بمبدأ التعادل الوظيفي ومنع التمييز ضد السجلات الإلكترونية لورودها بوسائل إلكترونية، وإنما المعيار الوحيد في ذلك هو المصداقية¹². هذه الأخيرة التي تجعل الحق المدعى به أقرب إلى الحقيقة بما يلزم القاضي للاستعانة به للبت في النزاع بغض النظر عن نوع الدعامة المرتكز عليها، وله في ذلك كافة الوسائل القانونية لتقييم المحرر الأقرب إلى الحقيقة كالاستعانة

بأهل الخبرة التقنية لتحديد صحة المحرر الإلكتروني من حيث دقة البيانات الواردة به وعدم تحريفها¹³.

فمعيار المصادقية أو الأقرب احتمالاً هو في الأصل معيار قضائي ناتج من الاجتهادات القضائية، أعيد استعماله من طرف الفقه والتشريع في إطار الإثبات التكنولوجي، كما أنه يجدر التنويه إلى أن باقي طرق الإثبات كالشهادة وغيرها تقصى من هذا المجال، فنحن أمام إثبات بالأدلة الكتابية¹⁴.

وبالتالي يلزم علينا الحديث عن مدى إمكانية تطبيقها على مستوى المشرع الجزائري:

وهنا نقول أن القواعد التي جاء بها القانون الفرنسي يمكن الاستعانة بها ، كونها لا تخرج عن القواعد العامة المتعلقة بالإثبات¹⁵. فالقاضي الجزائري في ظل غياب النص الفيصّل بإمكانه استعمال سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة.

كما نضيف ومن باب التحليل لنصوص المواد بحثاً عن الحل: نجد بأن المشرع من خلال نص المادة 8 من قانون 04/15 السابقة الذكر قد وضع مبادئ المماثلة أو ما يعرف بمبدأ التكافؤ الوظيفي، بجعله للتوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلاً للتوقيع الخطي. بما يفهم أن المشرع لم يجعل المساواة مطلقة لجميع أنواع التوقيعات الإلكترونية. وإنما جعلها فقط من نصيب التوقيع الإلكتروني الموصوف. هذا الأخير الذي بينت نص المادة 7 من القانون السابق الذكر الصفات الواجب توافرها فيها.

وبالتالي يمكننا استعمال هذا التصور في الإجابة عن إشكالية تعارض المحررات: حيث أن القاضي يمكن أن يعتمد في مسألة الترجيح بين محررين ورقي وإلكتروني نوع التوقيع الإلكتروني أي صفته إن كان موصوفاً أم لا؟ فإذا كان غير موصوف يرجح الورقي.

نضيف كذلك فرض آخر للترجيح وهو شكل المحررات بين الرسمية والعرفية والتي تدخل في إطار القواعد العامة، فالرسمية دائما أولى من العرفية. ناهيك عن التأكد من عناصر المحرر المذكورة سابقا (الكتابة والتوقيع) والنظر في مدى توافرها في المحررين، فإذا خلا أحد المحررين من عنصر أو أكثر فقد الترجيح.

خاتمة

نصل في نهاية هذه المداخلة إلى أن المشرع الجزائري خطى خطوات مهمة في المعاملات الإلكترونية عموما والتقاضي الرقمي خصوصا تلبية لعملية عصرنة قطاع العدالة من خلال قانون 03/15 الخص بعصرنة قطاع العدالة، 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين وقانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية. إضافة لتعديل قواعد الإثبات في القانون المدني.

فهو نظم هاته المسألة وجعلها في بعضها تحال للقواعد العامة وفي بعضها الآخر تحكمها قواعد خاصة نابعة من خصوصية الوسيلة المستعملة. وبالتالي لم يعد أي شك حول حجية المحررات الإلكترونية فهي ذات حجية كاملة وتساوي في ذلك المحررات التقليدية. من خلال عناصرها: الكتابة في الشكل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني.

إلا أنه أغفل بعض النقاط في مجال الإثبات الإلكتروني وهو مسألة التعارض بين المحررات الورقية والإلكترونية، حيث ندعو من هذا المنبر إضافة مادة تفصل في مسألة الترجيح.

كما أغفل مسألة إضفاء الحجية على مخرجات الحاسوب في الوقت الذي تعددت فيه هذه المخرجات وتطورت نتيجة لتطور أجهزة الحاسوب. فنجد المخرجات الموقعة أو المصدقة وغير الموقعة. كما لابد من توضيح الفرق في المعاملة بين المخرجات ذات الأصل الورقي كالفاكس والمسح الضوئي والتي ينعلم فيها الأصل الورقي كالبريد الإلكتروني والوثائق المحررة ابتداءا الكترونيا كالبيانات

المملوءة على الاستثمارات الموضوعة على الموقع. وهذا كله في إطار إشكالية الأصل والصورة في المعاملات الإلكترونية.

فالإثبات الإلكتروني يعاني من معوقات تحول دون تطبيقه رغم وضوح أساسه القانوني، ما يجعل الفجوة كبيرة بين ماهو مخطط له وماهو مجسد على أرض الواقع، نذكر على سبيل المثال : المعوقات بشرية والمعوقات الفنية التقنية: فالإشكال الأول أين الجانب البشري الذي يؤمن بالوثيقة الإلكترونية ويرجحها على الورقية؟ ، فالمشكل ذهني يحتاج لوقت مثلما احتاجته العديد من المستجدات حتى لاقت مقبولية من المجتمع أو يحتاج للإلزام لتبني الوسيلة الجديدة . أما الإشكال التقني فيتمثل في مشكل الأمن السيبراني أي كثرة القرصنة والخرق المعلوماتي والتي تحتاج هي كذلك لتظافر جهود تقنية إلى جانب القانونية لتوفير شروط حفظ الوثيقة الرقمية. سيما ونحن في مجال تقاضي أي حق دستوري مكفول . وما يرتبط به من إشكالات حول حفظ المعطيات ذات الطابع الشخصي وسرية المعلومات .

فالتقاضي الرقمي تحد من جهتين قانوني فني يستدعي تظافر الجهود الوطنية الدولية إلى جانب الاستفادة من تجارب الدول السباقة في المجال بإيجابياتها وسلبياتها.

والأخذ والغوص في التقاضي الرقمي حتمية تستلزم المضي قدما بتطبيقها على نطاق واسع، إلا أن التطبيق لا بد وأن يكون بخطى ثابتة خصوصا وأنه ينتظرنا مايسمى الذكاء الاصطناعي فنتعدى المحامي المعلوماتي إلى المحامي الروبوت ومن التقاضي الرقمي إلى التقاضي الذكي.

ولا نقول من هذا المنبر نحن بعيدين عن ذلك فكما كنا نقول ببعدنا عن أشياء كثيرة أصبحت واقعا معاشا، وأصبح الأمي منا من يجهل بالمعلوماتية . فمن باب أولى نقول ماذا ينقصنا كمحامين لاستيعاب هذا النمط الجديد من

التقاضي وحفظ حقوق المتقاضين ونبقى محامين أكفاء حتى ولو تغيرت بيئة التقاضي طالما الحق حقا والقانون موجود.

الهوامش

1- عامر، عادل، قانون التوقيع الإلكتروني وضرورته لدعم نمو التجارة الإلكترونية، ص3.

مقال متوفر على الموقع: <http://www.f-law.net/law//showthread.php?t=19940>

2- Proulx, Me Jeanne, Loi Concernant le Cadre Juridique des Technologies de l'Information; (journée d'étude organisée par l'université de Montréal) le 27

P6, septembre 2001

3- المادة 323 مكرر1: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على

الورق، شرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها"

4- نص المادة 7 من القانون 04/15: "التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني

الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:1) أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكترونية موصوفة2) أن يرتبط بالموقع دون سواه3) أن يمكن من تحديد هوية الموقع4) أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني5) أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع6) أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات."

5- عيسى غسان، الرضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2009، ص164.

6- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت - دراسة مقارنة - د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص541.

7- انظر. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع نفسه، ص534.

8- انظر. الرضي، عيسى غسان، المرجع السابق، ص28.

9- انظر. عبيدات، لورنس محمد إثبات المحرر الإلكتروني. ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، الإصدار الأول، ص158.

10- النص باللغة الفرنسية:

" Lorsque la loi n'a Pas Fixé D'autre Principes et a Défaut de Convention "

Valable Entre les Parties, le Juge Règle les Conflits de Preuve Littérale en

Déterminant par Tous Moyens le Plus Vraisemblable Quel Qu'en Soit le
Support

مع الإشارة إلى أن أحسن ترجمة حرفية مطابقة لمعنى النص " في حال لم يحدد التشريع أسسا أخرى وفي غياب اتفاق صحيح بين الأطراف، يفصل القاضي في التنازع بين الأدلة الكتابية من خلال تحديد الأقرب إلى الصواب من بينها، بكل الطرق ومهما كانت الدعامة المثبتة فيها."

11- انظر. العيش، الصالحين محمد، الكتابة الرقمية طريقا للتعبير عن الإرادة ودليلا للإثبات ط1، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2008، ص 230.

12- انظر. عرفة، خالد، حجية الوثيقة الإلكترونية. ص11. دراسة منشورة على الموقع: <http://www.afkaronline.org/arabic/archives/mai-juin2005/araafa.html> تاريخ الإطلاع: 2009/07/19 على الساعة: 4:17.

13- انظر. الرضي، عيسى غسان، المرجع السابق، ص 209.

14- Caprioli, Eric; Le Juge et la Preuve Electronique; Op.Cit,P 24

15- لمعرفة القواعد العامة في الإثبات والتي لا يكفي المحل لذكرها ينصح الرجوع إلى الكتب العامة فيما يخص الإثبات المدني ودور القاضي في الإثبات مثل: توفيق حسن فرج، عصام توفيق فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية. منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، د.ت.