

التوثيق الرسمي الإلكتروني للتصرفات الواردة على عقار أو حقوق عقارية ما بين المنع والإقرار

"دراسة مقارنة"

The Official Electronic Authentication of Real Estate or Property Rights

Transactions between Prohibition and Approval

"A Comparative Study "

د/ باهة فاطمة، جامعة ابن خلدون تيارت

FATMA.BAHA@univ-tiaret.dz

تاريخ القبول: 2019/03/30

تاريخ الإرسال: 2018/12/15

الملخص:

إن التوثيق الرسمي للكتابة الإلكترونية المنصبة على عقار أو حقوق عقارية شهد نوع من التباين على مستوى التشريعات الدولية الإقليمية والوطنية المقارنة، بين من منعه بموجب نصوص صريحة تقر بعدم كفايته لاستيفاء الشكلية المطلوبة قانوناً في التصرفات العقارية، وأخرى أقرت به مع تنظيم شروطه القانونية والتقنية للاعتداد به ومنحه الحجية القانونية في الإثبات.

الكلمات المفتاحية:

الكتابة الرسمية الإلكترونية. عقار. حقوق عقارية. الإثبات

Abstract:

The electronic notarial writing relating to the building or land rights has had divergences in international and national legislation in comparative law. There are those who have forbidden this writing with the virtues of the clear texts by considering it insufficient as to the required conditions. by the acts relating to the buildings and others which admitted it with the organization of its conditions to give it an evidential value in evidence.

Keywords:

Electronic Official Writing. Immovable. Land Rights. Proof.

مقدمة:

نجم عن التطور التقني المعلوماتي لوسائل الاتصال وتكنولوجيا المعلومات الذي شهده العالم، ظهور نوع جديد من التصرفات القانونية المنصبة على العقارات أو على حقوق عقارية التي تبرم عن بعد والتي لا تتسم بالحضور المادي لأطرافها في لحظة تبادل الرضاء بينهم، وهذا النوع من التصرفات فرض لإبرامه وإثباته ضرورة مواكبة قانون الاثبات له وذلك بتطوير المفهوم السائد للتوثيق الرسمي الورقي وذلك بالسماح بإمكانية الاعتداد بنوع مستحدث من التوثيق الرسمي المتخذ للشكل الالكتروني على دعائم غير ملموسة متمسة بالطابع اللامادي، والذي اختلقت الاتجاهات التشريعية المقارنة الإقليمية منها والوطنية حول مسألة الاعتراف به فيما بين منعه والإقرار به.

ولذلك يثور التساؤل في هذا الصدد حول مدى الاقرار التشريعي للتوثيق الرسمي المتخذ للشكل الإلكتروني لإثبات التصرفات القانونية الواردة على عقار أو حقوق عقارية والتي تشترط فيها أغلب قواعد الاثبات العامة المقارنة ضرورة أن تكون مثبتة بالشكل الرسمي؟، وما موقف التشريع الجزائري من ذلك؟، وفي حالة ما إذا تم إقراره تشريعياً فما مدى استجابته للشروط اللازمة لتوافر صفة الرسمية والتي أقرتها القواعد العامة للإثبات، وما مقدار الحجية القانونية الممنوحة له في اثبات التصرفات العقارية، وفي حالة التنازع بين نوعي التوثيق الرسمي الالكتروني والورقي أيهما أكثر ترجيحاً؟ وما مقدار السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في الترجيح بينهما؟، وهو ما سيتم محاولة الاجابة عليه من خلال هذا البحث.

المبحث الأول: مدى الإقرار التشريعي للتوثيق الرسمي الإلكتروني للتصرفات العقارية

إن التوثيق الرسمي وفقاً للقواعد العامة في الإثبات هي ما يوثق فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه¹، ويعد التوثيق الرسمي بهذه المواصفات أهم شرط شكلي في لانعقاد التصرفات القانونية العقارية تحت طائلة بطلانها². إلا أنه ومنذ بداية الاعتراف بالإثبات الإلكتروني ثار التساؤل حول مدى امكانية التوثيق الرسمي في الشكل الإلكتروني لهذا النوع من التصرفات القانونية، وما مدى تحقيق هذا النوع من التوثيق الرسمي الإلكتروني لوظائف التوثيق الرسمي الورقي من اثبات التعبير الصريح عن ارادة المتعاقدين، ومن استيفاء الشرط الشكلي الرسمي لانعقاد التصرفات القانونية الواردة على عقار أو حقوق عقارية، ما هي أهم الشروط اللازمة لتوافر صفة الرسمية فيه، حتى يكون من الممكن أن تمنح له ذات القيمة القانونية الممنوحة للتوثيق الرسمي الورقي.

وفي هذا الاطار تبنت التشريعات الاقليمية والوطنية المقارنة موقفين متباينين ومتناقضين من هذه المسألة، فمنها من استتنت بنصوص صريحة التصرفات العقارية من نطاق التصرفات القانونية المسموح بإثباتها بالكتابة في الشكل الإلكتروني، وأخرى من سمحت صراحة بإمكانية توثيق التصرفات العقارية رسمياً بالشكل الإلكتروني وذلك بتوافر ضوابط وشروط محددة سلفاً، ومنحت له ذات الحجية القانونية الممنوحة للتوثيق الرسمي الورقي للتصرفات العقارية.

¹ - المادة (324) من القانون المدني الجزائري، ويقابلها في القانون المدني المصري المادة (390)، وفي القانون المدني الفرنسي المادة (1369) وفي التشريع المغربي المادة (418) من ظهير الالتزامات والعقود المغربي.

² - يرجى الاطلاع على نص المادة (324 مكرر 1) من القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول: الاتجاه التشريعي المكرس لمبدأ عدم كفاية التوثيق الإلكتروني لاستيفاء الشكلية المطلوبة قانوناً في التصرفات العقارية

بعض التشريعات المقارنة بالرغم من اقرارها بإمكانية استيفاء الكتابة الالكترونية للشكل المطلوب لانعقاد بعض التصرفات القانونية تطبيقاً لمبدأ الاعتراف بالشكلية الالكترونية الذي تم تكريسه دولياً واقليمياً¹، ووطنياً²، إلا أنها لم ترد تطبيق هذا المبدأ على جميع التصرفات القانونية بصفة مطلقة، حيث فضلت أن يتم إبرام بعضها في الشكل التقليدي دون الشكل الإلكتروني، ومن بينها التصرفات المنشئة أو الناقلة لحقوق الملكية العقارية، فوجد التوجيه الأوربي الصادر في 8 جوان 2000 بشأن التجارة الالكترونية في مادته (2/09) قد قرر أنه: " لا ينطبق هذا التوجيه على العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق

¹ - ومنها قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية لعام 1996 الذي نصّ في مادته السادسة على أنه: « 1- عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً. 2- وتسري أحكام الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو أكتفي في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة...»، ينظر دليل تشريع قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية عام 1996، الصادر بقرار الجمعية العامة رقم 162/51 في 16 ديسمبر 1996، منشورات الامم المتحدة، نيويورك، 2000، ص 35.

² - العديد من التشريعات العربية والأوروبية قد اعترفت صراحة في نصوصها بالشكلية الالكترونية وذلك بإجازتها لامكانية استيفاء الكتابة الالكترونية للاشتراط القانوني للكتابة في بعض التصرفات القانونية التي تتطلب شكلية معينة، ينظر في ذلك نص المادة (07) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي الاماراتي رقم 01 لسنة 2006، والمادة 06 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم (15) لعام 2015، والمادة (05) من قانون المعاملات الالكترونية رقم 28 لسنة 2002، والمادة 02 من القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي...، ومن بين التشريعات الأوروبية كذلك يمكن الاستناد على نص المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه: " عندما تكون الكتابة مطلوبة لصحة عقد، فإنه يكون بالامكان انشائه وحفظه في الشكل الإلكتروني مع ضرورة احترام الشروط المنصوص عليها في المواد 1366 و1367 والتين تتعلقا بشروط الكتابة والتوقيع في شكلهما الإلكتروني حتى يعتد بهما كدليلي اثبات أمام القضاء، كما أنه يطبق ذات الحكم في حالة تطلب العقد الرسمي في الاثبات ولكن مع وجوب احترام الشروط الواردة في المادة 1369 المتعلقة بالعقد الرسمي، كما أضافت المادة 1174 بأنه عندما يكون مطلوب تأشير كتابي ما بيد الملتزم نفسه de la main même، فإن هذا الأخير يستطيع وضعه في الشكل الإلكتروني، اذا كانت شروط وضعه من شأنها ضمان تنفيذه بواسطته شخصياً par lui-même. ينظر:

code civil français Modifié par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

الملكية العقارية فيما عدا حقوق الإيجار، والعقود التي تتطلب تدخلاً من المحاكم والسلطات العامة أو المهن التي تمارس سلطة عامة، وعقود التأمينات والضمانات المقدمة من أشخاص للتصرف فيها لأغراض لا تدخل في اطار نشاطهم المهني أو التجاري، والعقود المتعلقة بقانون الأسرة أو قانون المواريث مثل عقود الوصية والهبة والزواج وإشهار الطلاق والتبني¹.

ويبدووا جلياً من هذه المادة أنّ المشرع الاوروبي قد استثنى العديد من التصرفات القانونية من امكانية توثيقها بالشكل الالكتروني، ومنها عقود التأمينات والضمانات المقدمة من أشخاص للتصرف فيها لأغراض لا تدخل في اطار نشاطهم المهني أو التجاري، والعقود المتعلقة بقانون الأسرة أو قانون المواريث مثل عقود الوصية والهبة والزواج وإشهار الطلاق والتبني، وما يهم من أمرها كذلك أنّه استثنى أيضاً العقود التي تتطلب تدخلاً من المحاكم والسلطات العامة أو المهن التي تمارس سلطة عامة ومنها على وجه المثال العقود التي تتطلب تدخلاً من الموظفين العاميين الممنوحين من طرف دولهم سلطات عامة لإسباغ صفة الرسمية على العقود مثل العقود المبرمة من طرف المحضرين القضائيين والموثقين وغيرهم، كما أنّ المشرع الاوروبي استثنى كذلك بشكل صريح العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق الملكية العقارية فيما عدا العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق إيجارها.

وقد تبنت بعض التشريعات العربية اتجاه وموقف التوجيه الاوروبي السالف الذكر من حيث استبعاد التصرفات القانونية الواردة على العقار أو على الحقوق العقارية من إمكانية توثيقها الرسمي بالشكل الالكتروني، ومنها قانون المعاملات الإلكترونية الاردني رقم 15 لسنة 2015 ، والذي نظم هذه المسألة في المادة (3/ب) منه والتي تنص على أنه: " لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي ما لم ينص أي قانون آخر على خلاف ذلك:- 1- إنشاء الوصية والوقف وتعديلهما. 2- معاملات التصرف في الأموال غير المنقولة والأموال المنقولة التي تتطلب التشريعات تسجيلها بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها

¹ - voir l'article 9/2 du directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur «directive sur le commerce électronique» journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 01 – 16.

وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها بإستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال. 3- الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية¹. 4- الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة. 5- لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم. 6- الأوراق المالية باستثناء ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استنادا لقانون الأوراق المالية أو أي تشريع آخر".

ومن خلال هذه المادة يتبين بأنّ المشرع الاردني اتخذ ذات موقف المشرع الاوروبي السالف الذكر، من حيث استثناءه للعديد من التصرفات القانونية من امكانية ابرامها بالشكل الالكتروني، ومن بينها على وجه الخصوص معاملات التصرف في الأموال غير المنقولة (ومنها العقارات) والتي تتطلب التشريعات تسجيلها بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها بإستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال.

كما استثنى كذلك المشرع البحريني في قانون المعاملات الالكترونية رقم (28) لسنة 2002، بعض التصرفات القانونية في المادة (2/02) حيث تنص على أنه: " تسري أحكام هذا القانون على السجلات والتوقيعات الإلكترونية، ويستثنى من أحكام هذا القانون ما يلي:- أ - كافة المسائل التي ينعقد الاختصاص بشأنها للمحاكم الشرعية طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم (13) لسنة 1971 بشأن تنظيم

¹ - استثناء المعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية ومنها المتعلقة بالزواج، والطلاق، والإرث، والحالة المدنية، والنسب، والوصية، وغيرها... ، له ارتباط وثيق بأحكام الشريعة وأعراف المجتمع، والتي تعتبر من صميم النظام العام ولذلك لا يمكن تصور ابرامها إلكترونياً، بالإضافة إلى أن التعاقد فيها يقتضي الحضور الفعلي للمتعاقدين، ومع ذلك فإنّ البعض يرى امكانية ابرام عقد الزواج بالبريد الالكتروني في القانون الجزائري بعد ان ساوى المشرع الجزائري بين حجية الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق، وذلك لأن المشرع نص في المادة (10) من قانون الأسرة الجزائري أن الأصل في التعبير عن صيغة عقد الزواج تكون باللفظ، واستثناءً يجوز من العاجز الإيجاب و القبول بكل ما يفيد معنى النكاح كالكتابة و الإشارة، وبما ان المشرع لم يحدد المقصود من العجز فيعتبر الفقه بأن العجز بمفهومه الواسع يقصد به العجز عن النطق أو تعذر حضور مجلس العقد وهو الأمر الذي يرى فيه بعض الفقه الاسلامي جواز انعقاد الزواج بالكتابة ولكن مع الأخذ بالشروط التي اعتمدها الفقهاء في ذلك، لما في ذلك من تيسير على الناس ومراعاة لظروفهم وأحوالهم .عبد الرحيم صالح، انعقاد الزواج بالبريد الالكتروني دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري، دفاثر السياسة والقانون، العدد السابع، جوان 2012، ص 194 و 195.

القضاء وتعديلاته. ب- مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين مثل الزواج والطلاق والحضانة والتبني والميراث وإنشاء الوصايا وتعديلها. ج- المعاملات والتصرفات التي يشترط القانون للاعتداد بها أن تكون مثبتة في محررات رسمية. د- السندات القابلة للتداول. هـ - سندات الملكية، فيما عدا تلك المنصوص عليها في المادة (20) من هذا القانون".¹

ويبدو أنّ المشرع البحريني من خلال هذه المادة لم يسري على خطى واتجاه الموقف التشريعي الاوروبي بمطلقه، والذي يقضي باستبعاد العقود المنشئة والناقلة لحقوق الملكية العقارية من نطاق الاعتماد بالكتابة الالكترونية لإبرامها وإثباتها فيما عدا العقود المنشئة والناقلة لحقوق ايجارها، بينما نجد بأنّ المشرع البحريني قد استثنى جميع المعاملات والتصرفات التي يشترط القانون للاعتداد بها أن تكون مثبتة في محررات رسمية، وكذلك العقود المنشئة والناقلة لملكية الأموال الغير المنقولة بما فيها كذلك العقود المنشئة والناقلة لحقوق ايجارها.

وكذلك الحال بالنسبة للقانون الاتحادي الاماراتي رقم 1 لسنة 2006 في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية الذي نصّ في المادة (2/02) منه على أنه: "يسري هذا القانون على السجلات والمستندات والتوقيعات الالكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الالكترونية، ويستثنى من أحكامه ما يأتي: أ- المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا. ب- سندات ملكية الأموال غير المنقولة. ج- السندات القابلة للتداول. د- المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدد تزيد على عشر سنوات وتسجيل أية حقوق أخرى متعلقة بها. هـ- أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام الكاتب العدل. و- أية مستندات أو معاملات أخرى يتم استثنائها بنص قانوني خاص -3. لمجلس الوزراء، بقرار يصدره أن يضيف أية معاملات أو مسائل أخرى لما هو وارد في البنود السابقة من الفقرة (2) من هذه المادة، أو أن يحذف منها أو يعدل فيها".

¹ - وتخص المادة 20 من هذا القانون عقود نقل ملكية البضائع والتي لم يستثنها المشرع البحريني من نطاق الاعتماد بالكتابة الالكترونية في ابرامها واثباتها.

وموقف المشرع الاتحادي الإماراتي لا يختلف كثيراً عن موقف المشرع البحريني من حيث استبعاد سندات ملكية الأموال غير المنقولة وكذلك المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتسجيل أية حقوق أخرى متعلقة بها، أما بالنسبة للعقود المنشئة والناقلة لحقوق ايجار الأموال الغير المنقولة فلم يستثني منها إلا التي تزيد مدد تأجيرها عن عشر سنوات، وبمعنى مخالف فإن العقود المنشئة والناقلة لحقوق ايجار الأموال الغير المنقولة والتي تقل مدد تأجيرها عن عشر سنوات غير مستثناة من نطاق إمكانية ابرامها بالشكل الالكتروني ومن ثمة إمكانية توثيقها الرسمي الالكتروني.

المطلب الثاني: الاتجاه التشريعي المكرس لمبدأ الاعتراف بالتوثيق الرسمي الالكتروني للتصرفات العقارية

بالرغم من ترخيص التوجيه الأوروبي رقم 31-2000 الصادر بتاريخ 08 جوان 2000 المتعلق بالتجارة الالكترونية للدول الأعضاء أن تستثني من امكانية ابرام التصرفات القانونية بالشكل الالكتروني بعض التصرفات القانونية التي يتطلب قانونها الداخلي ضرورة ابرامها عن طريق تدخل سلطات عامة او مهنيين يمارسون سلطة عامة، إلا أن المشرع الفرنسي فضل عدم مسايرة هذا الاتجاه بمطلقه¹، وكان من أول التشريعات التي تبنت امكانية التوثيق الرسمي الالكتروني للتصرفات العقارية، وذلك من خلال المادة

¹¹ - إن القانون المدني الفرنسي تبنى نفس توجه التوجيه الاوروبي من حيث استبعاد بعض التصرفات القانونية من نطاق الاعتداد بالكتابة في الشكل الالكتروني في ابرامها، وذلك من خلال المادة 1175 التي حضرت ابرام العقود العرفية المتعلقة بقانون الاسرة والموارث، والعقود العرفية المتعلقة بالتأمينات الشخصية أو العينية، ذات الطبيعة المدنية أو التجارية إلا اذا كانت ابرمت من طرف شخص لحاجات مهنته، إلا أن المشرع الفرنسي لم يحضر العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق الملكية العقارية ماعدا حقوق الايجار مثلما فعل التوجيه الاوروبي، ويبدو من نص المادة السالف الذكر أنه يتعلق فقط بالعقود العرفية دون العقود الرسمية، وذلك لأن المشرع الفرنسي قد خص العقود الرسمية بنص خاص هو المادة 1369 من القانون المدني الفرنسي التي تتيح امكانية انشاء العقود الرسمية في الشكل الالكتروني بعد استيفاء الشروط التي يحددها المرسوم الصادر عن مجلس الدولة.

1369 من القانون المدني التي نصت على امكانية انشاء محرر رسمي على دعامة الكترونية، والاعتداد به في الإثبات اذا ما توافرت في اعداده وحفظه الشروط المحددة من مرسوم صادر عن مجلس الدولة¹.

وقد صدر تبعاً لذلك المرسومين رقم 2005-973 ورقم 2005-972 الصادرين في 10 اوت 2005 والذين حدد فيهما المشرع الفرنسي شروط انشاء وحفظ الكتابة الرسمية على دعامة الكترونية وصورها بالنسبة للموثقين وللمحضرين القضائيين².

وللتوثيق الرسمي الالكتروني في التشريع الفرنسي نوعين، كتابة رسمية على دعامة الكترونية وهي التي أشارت اليها المادة 1369 من القانون المدني والتي أجازت امكانية تحرير كتابة رسمية عادية تستوفي جميع الشروط اللازمة لتوافر صفة الرسمية غاية ما في الأمر أنها تحرر على دعامة الكترونية، وبهذا لا يوجد ما يدل على أن الطبيعة الالكترونية للكتابة والتوقيع الذين عليها يمكن أن يتما عن بعد أي بدون حضور الأطراف³.

أما النوع الثاني فيتعلق بوجود كتابة رسمية الكترونية بالمعنى الدقيق، أي ذلك النوع من الكتابة الذي يتم عن طريق وسيلة الكترونية بين أطراف يوجد كل منهم في مكان مختلف عن الآخر، وبالتالي لا وجود فعلي أو مادي شخصي للأطراف بأنفسهم أو بواسطة من يمثلهم، وهذا النوع من الكتابة الرسمية في الشكل الالكتروني أشار اليه المشرع الفرنسي في احكام المادة 1369 من القانون المدني والمادة 20

¹ - Article 1369 : «L'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter. Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Lorsqu'il est reçu par un notaire, il est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ».

² - Décret n° 2005-972 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 56-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice, JORF n°186 du 11 août 2005 page 13095 texte n° 33. Et Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, JORF n°186 du 11 août 2005 page 13096 texte n° 34.

³ - عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الالكترونية في القانون المدني " الفكرة والوظائف"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق ، بجامعة حلوان، مصر، 2008، ص 191 وما بعدها.

من المرسوم رقم 71-941 المتعلق بالمحركات المنشأة من قبل الموثقين والمعدلة بموجب المادة 04 من المرسوم رقم 973-2005.

وبالنسبة للتشريع المصري، فقد كان أقل دقة في مسألة اقراره لامكانية انشاء الكتابة الرسمية في الشكل الالكتروني، فلم ينص على امكانية انشائها من طرف الموظف العام بموجب نص صريح، غير أنه أشار الى حجبتها في الإثبات اذا ما توافرت فيها الشروط الواردة في المواد 14 الى 17 من قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004¹، وكذلك للضوابط الفنية والتقنية التي حددتها المادة 18 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني. وهو بذلك لم يضع تنظيم كامل يشمل الكتابة الرسمية المتخذة شكلاً إلكترونياً من حيث بيان جميع الاوضاع الشكلية لانشاءها وحفظها كما فعل المشرع الفرنسي.

ونجد كذلك بالنسبة للتشريع المغربي الذي لا يوجد فيه ما يمنع من امكانية التوثيق الرسمي الالكتروني للتصرفات العقارية²، خاصة و أنه تعرض لشروط إصباغ صفة الرسمية على الكتابة في الشكل الالكتروني من خلال الفقرة الثانية من الفصل 417-2 من قانون الالتزامات والعقود التي تنص

¹ - قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، المنشور في الجريدة الرسمية المصرية الصادرة بتاريخ 22 افريل 2004، عدد 217.

² - وما يدعم هذا الرأي كذلك هو أنّ المشرع المغربي في معرض تناوله للتصرفات القانونية المستثناة من امكانية ابرامها بالطريق الالكتروني لم يذكر التصرفات المنشئة والناقلة للملكية العقارية ولا حتى التصرفات المنشئة والناقلة لحقوق ايجارها، حيث نصت المادة 02 / 2 من القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي الصادر بتاريخ 30 نوفمبر 2007، على أنّ: "الوثائق المتعلقة بتطبيق أحكام مدونة الأسرة والمحركات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية، ذات الطابع المدني أو التجاري لا تخضع لأحكام هذا القانون، ما عدا المحركات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته"، ويعتبر بعض الفقه بأن المشرع المغربي وإن كان هدفه حماية الطرف الذي لا إمام له بتقنيات الاتصال والتعاقد الكترونياً، إلا أنه ما كان عليه أن يستثني الضمانات الشخصية أو العينية، في الميدانين المدني والتجاري، وهو يسعى إلى تطبيق القانون 53.05 على الحقوق العينية خاصة وأنّ المادة 42 من قانون 53.05 تنص على أنّ: "تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذا القانون على الحقوق العينية بمرسوم". محمد محروك، خصوصيات التوقيع الالكتروني وحجبيته في الإثبات، المؤتمر العلمي المغربي الأول حول المعلوماتية والقانون، المنعقد في 28-29 أكتوبر 2009، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس- ليبيا. ص 31 و 32.

على أنه: " يتيح التوقيع الضروي لإتمام وثيقة قانونية التعرف على الشخص الموقع ويعبر عن قبوله للالتزامات الناتجة عن الوثيقة المذكورة. وتصبح الوثيقة رسمية إذا وضع التوقيع المذكور عليها أمام موظف عمومي له صلاحية التوثيق"، ويتبين من ظاهر النص أن وضع التوقيع الإلكتروني أمام الموظف العمومي يكسب الكتابة في الشكل الإلكتروني المثبتة للتصرفات العقارية صفة الرسمية شأنها في ذلك شأن الكتابة العرفية، غير أن المشرع المغربي لم يتدخل لتنظيم كيفية التوثيق الرسمي الإلكتروني اللامادي من طرف الموظف العمومي وشروط الاعتداد به في الإثبات، ولم يبين كذلك الضوابط التقنية لوضع توقيعه عليها ونوعه فيما اذا كان موصوف أو عادي.

ولقد نتج عن الاقرار بإمكانية التوثيق الرسمي الإلكتروني ومنحه الحجية في الإثبات المماثلة لحجية التوثيق الرسمي الورقي التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق نفس الشروط والأوضاع القانونية المحددة في التوثيق الرسمي الورقي على التوثيق الرسمي الإلكتروني الذي يتسم بعدم الحضور المادي المتزامن لأطرافه لحظة تبادل الرضاء بينهم، مما يصعب عملية التأكد من أهليتهم ومن صدور الإيجاب والقبول، إلا أنه استقر بأنه يمكن للتوثيق الرسمي الإلكتروني التغلب على هذه المشكلة، حيث أنه يمكن ضمان الحضور الشخصي لجميع أطرافه الكتابة ولكن هذا الحضور يتسم بطبيعة خاصة، وذلك بتطلب تدخل أكثر من موظف عام في انشاء الكتابة الرسمية في الشكل الإلكتروني، فأحد أطرافها يحضر أمام الموظف العام الذي يوجد في دائرة اقامته، ويحضر الطرف الثاني أمام الموظف العام الذي يوجد في دائرة اقامته.

وهو الحل الذي اعتمده المشرع الفرنسي في المادة 20 من المرسوم رقم 973-2005 المعدل للمرسوم رقم 941-71 الصادر في 26 نوفمبر 1971 المتعلق بالمحركات المنشأة من طرف الموثقين، ويقدم العديد من المزايا تتمثل في أنه يمكن من ضمان الحضور الفعلي لجميع أطراف التوثيق الرسمي الإلكتروني ومنهم ذوي الشأن بالإضافة الى الموظف العام، حيث يكون هناك موظف عام يحضر مع

كل متعاقد في دائرة اقامته يتلقى رضائه وتوقيعه، وفي ذات الوقت لا يؤدي حضور أكثر من موظف عام الى المساس بمفهوم الرسمية.

إلا أن انشاء الكتابة الرسمية على دعامة الكترونية بتدخل أكثر من موظف عام تتطلب وجود نظام تقني جد هام نصت عليه كل من المادتين 16 من المرسوم رقم 973-2005 السالف الذكر، و 26 من المرسوم رقم 972-2005 المعدل للمرسوم رقم 56-222 والثنتين نصتا على ضرورة استخدام كل من الموثق والمحضر القضائي لنظام لمعالجة وإرسال المعلومات معتمد من طرف المجلس الأعلى للموثقين (CSN) بالنسبة للموثق ومن طرف الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين (CNHJ) بالنسبة للمحضر القضائي، ويضمن سلامة وسرية محتوى الكتابة الرسمية في الشكل الالكتروني¹.

وقد تتطلب القواعد العامة في الإثبات في التوثيق الرسمي الورقي مراعاة بعض الأوضاع القانونية حتى يمنح لها الحجية القانونية الكاملة في الإثبات²، تتعلق في مجملها بشروط تحرير الكتابة وشكلها وتاريخها وضرورة ثباتها وسهولة قرائتها، والتأكد من أهلية المتعاقدين وانصراف ارادتهم الى محتوى الكتابة، وضرورة وضع كل من الموثق والأطراف والشهود توقيعاتهم على كل صفحاتها ومرفقاتها. إلا أن هذه الأوضاع القانونية في التوثيق الرسمي الالكتروني تتميز بسمات خاصة تتلاءم مع طبيعته اللامادية،

¹ - Sabine LIPOVETSKY et Gérard WEISZ, Les actes authentiques se dématérialisent enfin, le journal du net, France, 20/09/2005. Disponible sur :

<http://www.journaldunet.com/juridique/juridique050920.shtml>

² - ومنها في التشريع الفرنسي نصوص المرسوم رقم 941-71 الصادر بتاريخ 26 نوفمبر 1971 المتعلق بالمحركات المنشأة بواسطة الموثقين، ومنها كذلك في التشريع الجزائري ما نصت عليه المادتين (324 مكرر 2)، و(324 مكرر 4) من القانون المدني الجزائري، والمواد (26) وما بعدها من قانون 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق الجزائري. والمواد (61) وما بعدها من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية، العدد 30 لسنة 1976، الصادر في 1976/04/13. وللتفصيل أكثر ينظر: رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص 42 وما بعدها.

حاول المشرع الفرنسي مراعاتها في تنظيمه لها من خلال المرسومين رقم 973-2005 ورقم 972-2005 السابق الاشارة إليهما.

ومنها ما اشترطته المادتين 17 من المرسوم رقم 973-2005 و3/26 من المرسوم رقم 972-2005 من ضرورة توقيع الموثق الرئيسي والمحضر القضائي على الكتابة في الشكل الالكتروني عبر وسيلة التوقيع الالكتروني المؤمن المفترض موثوقيته، وذلك وفقا للمتطلبات المنصوص عليها في المرسوم رقم 272-2001 الصادر بتاريخ 30 مارس 2001 المتعلق بالتوقيع الالكتروني¹، وذلك ضماناً لسلامتها من مخاطر التعديل عند تداولها والإطلاع عليها، بالإضافة الى وجوب وضع توقيعات ذوي الشأن والشهود إن وجدوا، غير أنّ هذه التوقيعات في المرسوم رقم 973-2005 لم يشترط فيها المشرع الفرنسي أن تكون الكترونية مؤمنة، وإنما اجاز لهم استخدام وسيلة تسمح بوضع صورة من توقيعاتهم اليدوية بشكل مرئي على الشاشة والتي لا تتوفر على ذات عناصر الموثوقية والأمان التي تتوفر للتوقيع الالكتروني المؤمن، كما اشترطت المواد (22) و(08) من المرسوم رقم 973-2005 و2/28 من المرسوم رقم 972-2005 أنه في حالة وجود مستندات مرفقة، فينبغي على الموثق أن يجعلها مرتبطة بشكل غير قابل للانفصال مع الحاقه لتوقيعه الالكتروني على كل هذه المرفقات، مع ضرورة أن يذكر التاريخ كله بالحروف لا بالأرقام.

المطلب الثالث: موقف التشريع الجزائري من اقرار التوثيق الرسمي الالكتروني للتصرفات العقارية

بالنسبة لموقف التشريع الجزائري، فإنه ينبغي بداية ملاحظة بأنّ المشرع الجزائري لم يقر اتجاهاً واضحاً وصريحاً بخصوص هذه المسألة لا بالمنع ولا بالاقرار مثلما فعلت التشريعات المقارنة، فقد اكتفى بإقرار مبدأ المساواة بين الاثبات الالكتروني والاثبات الورقي دون التعرض لتفصيلاته المرتبطة به، حيث أقر المشرع الجزائري بالمساواة فيما بين الكتابة في الشكل الالكتروني والكتابة على الورق وكذلك بين

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, JORF n°0077 du 31 mars 2001 page 5070, texte n° 19.

التوقيع الإلكتروني الموصوف والمستوفي للشروط المحددة قانوناً والتوقيع الخطي المكتوب، وذلك بموجب أحكام المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، والتي نصت على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها."، وكذلك نص المادة 08 من القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الصادر ب01 فيفري 2015¹، والتي تقضي بأن: "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلاً للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي". إلا أنه المشرع الجزائري لم يحدد حدود هذه المساواة هل تشمل الكتابة الرسمية أم الكتابة العرفية فقط؟.

وفي المقابل فإنه قد لاحظنا بأن أغلب التشريعات المقارنة اتفقت فيما بينها على إجازة مبدأ الشكلية الإلكترونية والذي يقضي بإمكانية استيفاء الكتابة في الشكل الإلكتروني للشكلية التي يتطلبها القانون في بعض التصرفات القانونية نظراً لخطورتها²، إلا أن الاختلاف فيما بين هذه التشريعات كان فقط يكمن في حدود الاقرار بهذا المبدأ وذلك من خلال استثناء بعض التصرفات القانونية من نطاق إمكانية الاعتداد بالكتابة في الشكل الإلكتروني في إبرامها وإثباتها ومن بينها قلنا: التصرفات القانونية الناقلة لملكية عقار أو حقوق عقارية، فهذا النوع من التصرفات هناك من التشريعات من منعت إمكانية توثيقها الرسمي بالشكل الإلكتروني ومنها من أجازت ذلك وفق شروط قانونية محددة وعلى رأسها النموذج التشريعي الفرنسي الرائد في هذا المجال.

¹ - القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين المؤرخ في 01 فيفري 2015، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 06 الصادرة في 10 فيفري 2015.

² - القانون قد يتطلب الكتابة الرسمية أو العرفية لانعقاد التصرف القانوني، وفي هذه الحالات لا وجود للتصرف القانوني بغير الكتابة إذا كانت الكتابة ركن لانعقاد التصرف ذاته، مثل عقد الرهن بموجب نص المادة (883) من القانون المدني الجزائري: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي"، وكذلك ما نصت عليه المادة (324 مكرر 1): "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي... كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسية أو المعدلة للشركة بعقد رسمي".

بينما التشريع الجزائري فلم يتعرض لمدى امكانية الكتابة في الشكل الالكتروني لاستيفاء شكلية التصرف القانوني عندما يتطلبه القانون صراحة، لا بصفة مطلقة ولا بصفة مقيدة بأن يوضح استثناءات تطبيق ذلك المبدأ، ولذلك كان ينبغي عليه على الأقل أن يورد نص صريح يقضي بإجازة الشكلية الالكترونية مثلما فعلت التشريعات المقارنة¹، وقد يدل هذا على أنّ المشرع الجزائري أراد التدرج في تنظيم المسائل القانونية الخاصة بالتقنيات الحديثة، واكتفى بالاعتداد بالكتابة والتوقيع في الشكل الالكتروني في مجال الاثبات وحسب دون إجازة الشكلية، ويكون من المفيد تعرضه لهذه المسألة وتنظيمها مثله مثل التشريعات الحديثة المتعلقة بالمعاملات الالكترونية وذلك بغرض ازالة الغموض بشأن تطبيقها.

كما أنّ المشرع الجزائري لم ينص صراحة على إمكانية انشاء كتابة رسمية في شكل الالكتروني لتوثيق التصرفات القانونية التي يتطلب القانون توثيقها رسمياً ومثلها التصرفات الناقلة للملكية العقارية أو حقوق عقارية على غرار ما فعله المشرع الفرنسي. ويمكن القول بأن النصوص الحالية للقانون المدني وقانون التوثيق الجزائري² لا يوجد فيها ما يجيز أو يمنع إمكانية نشوء كتابة رسمية في شكل الالكتروني لتوثيق التصرفات القانونية ومن بينها التصرفات العقارية خاصة وأنّ هذه الرسمية في الشكل الالكتروني لا تتطلب مجرد جراءة من الموثقين للقيام بإنشاءها فقط، وإنما تتطلب كذلك ضرورة وجود النصوص الصريحة التي تنظم عمل الموثق الالكتروني وضرورة وجود شبكة داخلية ونظام لمعالجة وإرسال المعلومات معتمد من طرف أعلى هيئة مركزية يتبع لها الموثقين والمحضرين القضائيين وترتبط مكاتبهم، حيث يتم تداول الكتابات الرسمية الإلكترونية داخلها، بشكل يضمن سلامتها وسريتها.

¹ - وبالتالي الأرجح أنه لا مجال للقول بأن المشرع الجزائري يسمح باستيفاء الكتابة في الشكل الالكتروني للاشتراط القانوني للكتابة كشرط لصحة التصرف، فتقرير مبدأ بهذه الأهمية ينبغي أن يتضمن القانون الإشارة إليه بشكل صريح خاصة وأن معظم التشريعات التي أقرت صراحة بهذا المبدأ وضعت شروطاً له يجب التقيد بها لامكانية تطبيقه.

² - القانون رقم 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق، الصادر بتاريخ 20 فيفري 2006، الجريدة الرسمية عدد 14 مؤرخة في 08 مارس 2006، الصفحة 15.

المبحث الثاني: الحجية القانونية الممنوحة للتوثيق الرسمي الإلكتروني

أقرت التشريعات المقارنة التي اعترفت بإمكانية انشاء كتابة في شكل الكتروني بحجيتها في الاثبات ومنحتها ذات الحجية القانونية الممنوحة للكتابة على الورق¹، وبناءً على هذا الأساس فإنه يمكن منح التوثيق الرسمي في الشكل الإلكتروني للتصرفات القانونية العقارية ذات الحجية القانونية الممنوحة للتوثيق الرسمي الورقي لهذا النوع من التصرفات، ويترتب على ذلك منحها ذات عناصر الحجية القانونية المقررة وفقاً للقواعد العامة، إلا أنه تثار في الحالة إمكانية التنازع بينهما وهي المسألة التي خصتها بعض التشريعات المقارنة بنوع معين من التنظيم.

المطلب الأول: إقرار التكافؤ الوظيفي بين نوعي التوثيق العقاري الرسمي الإلكتروني والورقي

منح التشريع الفرنسي للتوثيق الرسمي الإلكتروني العقاري ذات الحجية القانونية الممنوحة للتوثيق الرسمي العقاري الورقي، وذلك من خلال نص المادة 1369 من القانون المدني الفرنسي التي أقر فيها بأنه بمجرد توافر الكتابة الرسمية في الشكل الإلكتروني لشروط التمتع بصفة الرسمية والمتطلبات التقنية والفنية المقررة في المرسوم رقم 973-2005 والتي تكفل سلامة وسرية محتواها وتحديد هوية الأطراف مع الحاق الموظف العام لتوقيعه الإلكتروني المؤمن، فإنه تثبت لها الحجية القانونية الكاملة التي تتمتع بها الكتابة الرسمية على الورق في الإثبات.

وهذا الموقف قد اتخذه كذلك المشرع المصري من خلال نص المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 التي نصت على أنه: " للكتابة الإلكترونية وللمحركات

¹ وفي مقدمة هذه التشريعات نجد قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 أكد في مادتيه (05 و 05 مكرر) على أنه لا يجوز التكرار للقيمة القانونية للبيانات أو لصحتها أول قابليتها للنفاد لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات، كما أنه منع تطبيق أي حكم من أحكام قواعد الاثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل اثبات لمجرد انها مدونة على وسيط ورقي، وهو نفس الموقف الذي انتهجه كل من المشرع المصري من خلال المادة (15) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 وكل من المشرع الفرنسي والجزائري وذلك من خلال المادتين 1-1316 من القانون المدني الفرنسي والمادة 323 مكرر 1 واللتين جاءتا متشابهتين من حيث الصياغة.

الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون¹.

إلا أنّ التساؤل يثور في حالة تخلف شرط أو متطلب من شروط ومتطلبات منح صفة الرسمية للتوثيق الإلكتروني العقاري كعدم اختصاص منشؤه أو عدم مراعاته للأشكال المقررة قانوناً للتوثيق أو عدم الحاق الموثق لتوقيعه الإلكتروني المؤمن، فما مقدار الحجية القانونية الممنوحة له في هذه الحالة؟ ويعتبر البعض أنّه في هذه الحالة يمكن تطبيق ذات القاعدة العامة في الإثبات الورقي التي تقضي بمنح الكتابة الرسمية الورقية في حالة تخلف أحد شروط الرسمية ذات الحجية القانونية الممنوحة للكتابة العرفية الورقية¹، ومن ثمة فإنّه يكون من الممكن أن يحوز التوثيق الرسمي الإلكتروني الذي تخلفت فيه أحد شروط الرسمية على حجية الكتابة العرفية الإلكترونية في الإثبات مع اشتراط أن تكون موقعة من الأطراف².

¹ - ينظر نصوص المواد 1370 من القانون المدني الفرنسي والمادة 326 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري والمادة 10 من قانون الإثبات المصري.

² - وهناك من الفقه من يفصل في شأن هذه الحالة على النحو التالي: فيعتبر بأنّ الكتابة الإلكترونية التي لم تكتسب صفة الرسمية إذا كانت موقعة من ذوي الشأن بتوقيعات الكترونية مؤمنة فإنّها تحوز على حجية الكتابة الإلكترونية العرفية الموقعة توقيماً إلكترونياً مؤمناً، أمّا إذا كانت موقعة من ذوي شأن بتوقيعات الكترونية بسيطة فإنّها تحوز على حجية الكتابة العرفية الورقية حيث تعتبر صادرة ممن وقعها ما لم يطعن فيها بالانكار، ينظر في ذلك: الدمياطي تامر محمد سليمان، اثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت "دراسة مقارنة"، بهجات للطباعة، 2009، الطبعة الأولى، ص 841.

المطلب الثاني: آثار إقرار التكافؤ الوظيفي بين نوعي التوثيق العقاري الرسمي الإلكتروني الورقي

طالما أنّ للتوثيق الرسمي العقاري الإلكتروني ذات الحجية القانونية المقررة للتوثيق الرسمي العقاري الورقي فإنه يسري عليه نفس القواعد العامة التقليدية المقررة من حيث حجيته في الإثبات وفي التنفيذ، وذلك كما يلي:

الفرع الأول: حجية التوثيق الرسمي الإلكتروني العقاري في الإثبات

بتطبيق القواعد العامة للإثبات الخاصة بحجية التوثيق الرسمي العقاري على التوثيق الرسمي العقاري الإلكتروني¹، يكون هذا الأخير متى اكتسب صفة الرسمية حجة في الإثبات على الكافة بمن فيهم الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن من الغير دون الحاجة الى الإقرار بها من الأطراف المتعاقدة، بما دون في الكتابة محل التوثيق من بيانات تحقق الموظف العمومي من صحتها في حدود مهمته واختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره المادي²، وعلى من ينكرها أن يقيم الدليل على بطلانها و ليس له من طريقة لهذا الادعاء إلاّ الطعن بالتزوير³.

¹ - ينظر نصوص المواد 324 مكرر 6 من القانون المدني الجزائري، و 11 من قانون الإثبات المصري، و 1371 من القانون المدني الفرنسي.

² - حيث تنص المادة 324 مكرر 05 من القانون المدني الجزائري: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره..."، وتقابلها المادة 11 من قانون الإثبات المصري: "المحركات الرسمية حجة علي الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً".

³ - وهو ما نصت عليه المادة 324 مكرر 6 فقرة 02 بقولها " غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الاتهام وعند رفع دعوى فرعية بالتزوير، و يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتاً ".

أما ما صدر من ذوي الشأن في غيبة الموظف العمومي واقتصر دور هذا الأخير على تسجيلها بناء على تصريحاتهم فهذه البيانات لا تلحقها صفة الرسمية و يمكن إثبات عكسها بالطرق العادية.¹ كما يكون للتوثيق الرسمي العقاري الإلكتروني بتطبيق القواعد العامة للإثبات عليه قرينة السلامة المادية التي تثبت له في مظهره وذلك بخلوه من أي تغيير في محتواه بالمحو أو التعديل أو الكشط أو التحشير، وإذا وجد ما يدعو إلى الارتياب في سلامته المادية جاز لمن يدعي ذلك اللجوء إلى القضاء والطعن فيه بالتزوير، وللمحكمة أن تقدر ما يترتب على ذلك من إسقاط لقيمته في الإثبات أو انقاصها.²

الفرع الثاني: حجية التوثيق الرسمي العقاري الإلكتروني في التنفيذ

يكون للتوثيق الرسمي العقاري الإلكتروني بتطبيق القواعد العامة للإثبات إذا ما تم تطبيقها عليه متى توافرت له صفة الرسمية، توافره على القوة التنفيذية التي تمكن من تنفيذه دون الحاجة إلى استصدار حكم قضائي بذلك³، وذلك من خلال الحصول على نسخة تنفيذية منها ممهورة بالصيغة التنفيذية من طرف الشخص المؤهل قانوناً لذلك وتسليمها للطرف الذي له مصلحة في التنفيذ، ويعتبر ذلك الأمر

¹ - وقد قضت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأن الكتابة الرسمية و إن كان لها قوة ثبوتية طالما لم يطعن فياه بالتزوير فيما يخص المعاينات التي قام بها الموثق نفسه فإن المعلومات الأخرى المعطاة من طرفها والتي لا يمكن للموثق التحقق منها بنفسه تكون لها قوة ثبوتية إلى غاية تقديم الدليل على عكسها. قرار المحكمة العليا المؤرخ في 30-04-1997، الملف رقم 148561، المجلة القضائية، العدد 02، ص 47.

² - يراجع نصوص المواد 28 من قانون الإثبات المصري، والمادة 29 من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية البحريني، المادة 234 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري، والمادة 22 من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الاماراتي .

³ - هناك بعض التشريعات التي تضيف على الكتابة الرسمية حجية إضافية في التنفيذ لاستيفاء الحقوق دون الحاجة إلى استصدار أحكام قضائية، مثل ما نصت عليه المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري : "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره. ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني". يرجى الاطلاع على نص المادة 31 من قانون التوثيق الجزائري والمادة 02 من قانون التوثيق المصري رقم 68 الصادر بتاريخ 29-06-1947.

الركن الشكلي المنصوص عليه قانوناً لبدء اجراءات التنفيذ¹. ومن ذلك ما نصت عليه المادة 19 من قانون 25 فانتوز الفرنسي السنة 11 المتضمن لتنظيم مكاتب التوثيق بمنح الحجية للمحررات الموثقة وقابليتها للتنفيذ في جميع أنحاء الجمهورية²، والذي أعاد تكريسه المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 973-2005 في نص المادة 4/37 والتي أشار فيها الى امكانية نقل النسخ التنفيذية والنسخ الرسمية بوسيلة الكترونية، ولكن بشرط أن يتم ذلك ضمن شروط تضمن سلامتها وسرية نقلها وتحديد هوية المرسل والمرسل اليه.

المطلب الثالث: التنازع بين نوعي التوثيق العقاري الرسمي الإلكتروني الورقي ودور القاضي في الترجيح بينهما

رأينا كيف أنّ تشريعات الاثبات الإلكتروني المقارنة التي أقرت بالتوثيق الرسمي الإلكتروني للتصرفات القانونية العقارية قد اتفقت على مساواته من حيث الحجية القانونية في الاثبات مع التوثيق الرسمي الورقي لهذا النوع من التصرفات القانونية، وعدم التمييز بينهما إذا ما استوفيا كل منهما الشروط القانونية لصحتها ومن ثمة فإنهما يحتلان مرتبة واحدة ومتكافئة³.

إلاّ أنّه في حالة التعارض والتنازع فيما بينهما فإنّه ينبغي على القاضي أن يتفحص مقدار الضمانات القانونية التي بإمكان كل منهما تقديمه في الاثبات⁴، فإن كان التوثيق الرسمي الورقي يقدم

¹ - ينظر لنص المادة 602 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري رقم 08-09 المتضمن لقانون الاجراءات المدنية والادارية الصادر بتاريخ 25 فيفري 2008، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008، عدد 21، ص 50.

² Article 19 : « Tous actes notariés feront foi en justice, et seront exécutoires dans toute l'étendue de la République. » Loi contenant organisation du notariat (loi 25 ventôse an XI) Version consolidée au 03 septembre 2015.

³ - يأخذ بهذا الرأي كذلك: عبد الله أحمد عبد الله غرابية، حجبة التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر، دار الولاية للنشر والتوزيع، الاردن، الطبعة الأولى، 2008، ص 172 .

⁴ - بعض تشريعات الاثبات الإلكتروني ألقت على عاتق القضاة مهمة تسوية المنازعات بين الأدلة الكتابية الإلكترونية والورقية بتحديد الدليل الكتابي الاقرب إلى الاحتمال عن غيره من الادلة الكتابية أيا كانت دعامته المثبت عليها، ينظر نص المادة 1368 من القانون المدني الفرنسي.

ضمانات قانونية تعتمد أساساً على الوجاهية فيما بين أطرافه وهو ما يعزز الثقة فيه، فإنّ كذلك التوثيق الرسمي في الشكل الالكتروني يمكنه بحسب البعض أن يقدم ضمانات موثوقة وأمان يمكن أن تفوق ما يمكن للتوثيق الورقية تقديمه، فإن كانت ضمانات هذا الأخير تتعلق أساساً بحضور الضابط العمومي أثناء تحريره وإتمامه وتلقي توقيعات أطرافه، فإنّ التوثيق الرسمي الالكتروني يقتضي في كثير من الأحيان تدخل أكثر من موظف عمومي أثناء الانشاء، مع ضرورة إلحاقهم عليه لتوقيعاتهم الالكترونية المؤمنة المفترض موثوقيتها (الموصوف) بنص القانون وذلك، بحيث تتمتع بقرينة الموثوقية إلى غاية اثبات العكس، وذلك لكونها تستجيب لشروط ومتطلبات فنية محددة في غاية من التعقيد لضمان أمنها وموثوقيتها، بالإضافة إلى وجود النظام التقني المؤمن الذي يربط عمل الموثقين الالكترونيين ويضمن سرية وسلامة المعلومات الموثقة والمرسلة بداخله، وهو ما يترتب عليه ضرورة ترجيح التوثيق الرسمي الالكتروني على التوثيق الرسمي الورقي في حالة تعارضهما، خاصة إذا ما كان التوثيق الرسمي الالكتروني تضمن بالإضافة إلى التوقيعات الالكترونية المؤمنة المفترض موثوقيتها للموثقين العموميين الالكترونيين كذلك توقيعات الكترونية مؤمنة ومفترضة موثوقيتها لأطرافها ولذوي الشأن إن وجدوا.

وهذا الرأي بطبيعة الحال يتماشى مع تشريعات الاثبات الالكتروني التي تفترض موثوقية التوقيع الالكتروني المستوفي للشروط المحددة قانوناً بموجب نصوص صريحة مثل التشريع الفرنسي¹، أمّا بالنسبة للتشريع الجزائري فلا وجود لمثل هذا النص، ومن ثمة فإنّه لا يبقى أمام القاضي الجزائري إلاّ النص القانوني الذي يقضي بإقرار المساواة فيما بين نوعي التوثيق الرسمي الممهور بتوقيعات الكترونية موصوفة والممهور بتوقيع خطي مكتوب متى استوفى كل منهما لشروط صحتها²، وبالتالي فإنّ تفوق

¹ - بموجب الفقرة الثانية من المادة 1367 من القانون المدني الفرنسي، والمادة الثانية من المرسوم رقم 2001-272 الصادر في 30 مارس 2001.

² - بموجب المادة 08 من قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري رقم 15-04 وكذلك المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

أحدهما على الآخر يعد أمراً غير وارد في القانون الجزائري، وبالتالي يبقى الترجيح فيما بينهما في حالة التنازع خاضعاً لمطلق تقدير القاضي بناءً على ظروف وملابسات الدعوى.

خاتمة:

إن هدف هذا البحث المصغر كان لمحاولة تحديد موقف المشرع الجزائري من مسألة إقرار التوثيق الرسمي للتصرفات القانونية العقارية في ظل النصوص القانونية الجزائرية التي تتسم بعدم الوضوح والصرحة في هذا الشأن، وكذلك على ضوء النصوص التشريعية المقارنة والمتضاربة بين المنع والقرار في هذه المسألة، ولذلك فإنه ينبغي على المشرع الجزائري أن يتخذ موقفاً صريحاً وواضحاً وذلك بالقرار الصريح لإمكانية التوثيق الرسمي العقاري في الشكل الإلكتروني وخاصة وأنّ هذه الامكانية لا تتطلب مجرد جراءة من الموثقين للقيام بإنشاءها فقط، وإنما تتطلب كذلك ضرورة وجود النصوص الصريحة التي تنظم عمل الموثقين الإلكترونيين وضرورة وجود شبكة داخلية ونظام لمعالجة وإرسال المعلومات معتمد من طرف أعلى هيئة مركزية يتبع لها الموثقين والمحضرين القضائيين وترتبط مكاتبهم، حيث يتم تداول الكتابات الرسمية الإلكترونية داخلها، بشكل يضمن سلامتها وسريتها، ويتخذ في ذلك من النموذج التشريعي الفرنسي مثلاً للإقتداء به.

أما عن موقف منع التوثيق الرسمي الإلكتروني للتصرفات العقارية والذي انتهجته بعض التشريعات المقارنة فإنه لا مبرر له وإن كانت تلك التصرفات القانونية ترتب آثاراً خطيرة وتتطلب الحضور الشخصي لأطرافها، فإنه ومع ذلك فإنه يجوز توثيقها رسمياً بالشكل الإلكتروني إذا ما تم تفعيل مهنة "الموثق الإلكتروني" الذي يعتبر وسيط محايد ومستقل وموثوق فيه، وأهم وظائفه الأساسية تحديد هوية وأهلية أطراف المعاملات الإلكترونية القانونية، وإثبات وتوثيق مضمون المحررات والعقود الإلكترونية بعد التحقق من صحتها وسلامتها، ووظائفه هذه تكفل تحقيق الحماية التي تسعى لها التشريعات من خلال اشتراطها لضرورة استيفاء شكليات معينة عند إبرام بعض التصرفات القانونية.

قائمة المصادر المراجع:

ا. المراجع باللغة العربية:

1- التشريعات الدولية والوطنية:

- قانون الأونسيتال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية والمعتمد رسميا من قبل اللجنة العامة للأمم المتحدة بموجب القرار 51 / 162 الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1996 ودليل تشريعه الصادر بقرار الجمعية العامة رقم 162/51 في 16 ديسمبر 1996، منشورات الامم المتحدة، نيويورك، 2000.
- القانون رقم 28 لسنة 2002 بشأن المعاملات الالكترونية البحريني، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 18 سبتمبر 2002.
- قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، المنشور في الجريدة الرسمية المصرية الصادرة بتاريخ 22 افريل 2004، عدد 217.
- القانون الاتحادي رقم (1) في شأن المعاملات والتجارة الالكترونية لدولة الامارات العربية المتحدة، الصادر في 30 جانفي 2006، الجريدة الرسمية العدد 442، السنة السادسة والثلاثون، الصادرة بتاريخ 31 جانفي 2006.
- ظهير شريف رقم 1.07.129 صادر في 30 نوفمبر 2007، المتعلق بتنفيذ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية والمعدل والمتمم لظهير الالتزامات والعقود المغربي، جريدة رسمية صادرة بتاريخ 6 ديسمبر 2007، عدد 5584، ص 3879.
- قانون المعاملات الإلكترونية الاردني رقم 15 لسنة 2015 منشور بالجريدة الرسمية للمملكة الاردنية الهاشمية، عدد 5341، الصادرة بتاريخ 2015/5/17

- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني المعدل بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 26 جوان 2005، العدد 44.
- القانون رقم 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق، الصادر بتاريخ 20 فيفري 2006، الجريدة الرسمية عدد 14 مؤرخة في 08 مارس 2006، الصفحة 15.
- قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 الصادر بتاريخ 25 فيفري 2008 المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 23 افريل 2008، عدد 21 .
- القانون رقم 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين المؤرخ في 01 فيفري 2015، المنشور في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 10 فيفري 2015، العدد 06 .
- المرسوم 76/63 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية، العدد 30 لسنة 1976، الصادر في 13/04/1976.

2- الكتب الفقهية:

- الدمياطي تامر محمد سليمان، اثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت" دراسة مقارنة"، بهجات للطباعة، الطبعة الاولى ، 2009.
- عبد الله أحمد عبد الله غرابية، حجية التوقيع الالكتروني في التشريع المعاصر، دار الراجعية للنشر والتوزيع، الاردن، الطبعة الأولى، 2008

3- رسائل الدكتوراه والمجلات والمؤتمرات:

- رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2014.

- عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الالكترونية في القانون المدني " الفكرة والوظائف"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق ، بجامعة حلوان، مصر، 2008.

- عبد الرحيم صالح، انعقاد الزواج بالبريد الالكتروني دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، العدد السابع، جوان 2012.

- محمد محروك، خصوصيات التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات، المؤتمر العلمي المغربي الأول حول المعلوماتية والقانون، المنعقد في 28-29 أكتوبر 2009، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس- ليبيا.

II. المراجع باللغة الفرنسية:

1- Lois :

- directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur «directive sur le commerce électronique» journal officiel n° L 178 du 17/07/2000.

- 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, JORF n°0077 du 31 mars 2001 page 5070, texte n° 19.

- Décret n° 2005-972 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 56-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice, JORF n°186 du 11 août 2005 page 13095 texte n° 33.

- Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, JORF n°186 du 11 août 2005 page 13096 texte n° 34.

- Loi contenant organisation du notariat (loi 25 ventôse an XI) Version consolidée au 03 septembre 2015.

- code civil français Modifié par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

2- articles

Sabine LIPOVETSKY et Gérard WEISZ, Les actes authentiques se dématérialisent enfin, le journal du net, France, 20/09/2005. Disponible sur :

<http://www.journaldunet.com/juridique/juridique050920.shtml>