جامعة 20أوت 1955- سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

حرية الإثبات في المواد التجارية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون أعمـــال

من تقديم الطالب:
فيلالي رضوان

تحت إشراف الأستاذ:
أ/ لكحل مخلوف

لجنة المناقشة:

1/أ/يونس بدر الدين.....رئيسا

2/ أ/ لكحل مخلوف.....مشرفا ومقررا

3/ أ/ بوصلاح عليمة.....مناقشا

دورة جوان 2018

إهداء

إلى من علمني النجاح والصبر
إلى من علمني التفاؤل والمضي إلى الأمام، إلى من رعاني وحافظ علي، إلى من وقف
إلى جانبي عندما ضللت الطريق... أبي وأمي
إلى الشموع التي تحترق لتضيء الآخرين
إلى من أضاء بعلمه عقل غيره
أو هدى بالجواب الصحيح حيرة سائليه
فأظهر بسماحته تواضع العلماء وبرحابته سماحة العارفين.

شكر وعرفان

بعد الحمد والشكر لله تعالى
أتقدم بجزيل الشكر و العرفان وعظيم الامتنان إلى أستاذي الدكتور لكحل مخلوف الذي لم يبخل علي بتوجيهاته السديدة، وكان عونا لي في كل سطر من سطور هذه المذكرة، أشكره شكرا لن يفي بحقه، كما أشكر كذلك أعضاء اللجنة الكرام الدكتور بدر الدين

يونس والأستاذة بوصلاح عليمة على قراءتهم لهذه المذكرة رغم مشاغلهم المتعددة والكثيرة

كما لا يسعني إلا أن أتقدم بأخلص تشكراتي لكل من ساعدني من قريب أو من بعيد في انجاز هذه المذكرة، أذكر خاصة الأستاذ طارق بودينار وكذا مسؤول المكتبة حمزة نيني دون أن أنسى كل أساتذة الكلية الكرام وخاصة أساتذة تخصص قانون الأعمال.

قائمة المختصرات

1-**د ت** : دون تاريخ.
2- **د د ن** : دون دار النشر.
3- **ج ر** : جريدة رسمية.

مقدمة

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت عليها آثارها[1]، إذ لا تكاد تخلو الحياة العملية من اللجوء إلى الإثبات للمطالبة بالحقوق وتثبيت الالتزامات، حيث حصر المشرع طرق الإثبات في وسائل محدودة لا يملك القاضي أن يؤسس حكمه إلا بناء عليها، ولا يسوغ له أن يلتمس دليل إثبات في غيرها، هذا النهج وإن بدا للبعض مقبولا في المنازعات المدنية إلا إن التجارة ومنازعاتها القضائية تأبى هذا الحصر والتقييد، ذلك أن عامل السرعة في إبرام العقود التجارية والثقة الفاشية بين التجار تسوغ للتاجر ترك إثبات معاملاتها بالطرق المعهودة، والاتجاه إلى طرق تتميز بالحرية في الإثبات، لذلك فعلاقة الإثبات بالأعمال التجارية علاقة وطيدة خاصة في ظل التطور الرهيب الذي تشهده المجتمعات في المجال المعلوماتي والتكنولوجي.

تكتسي دراسة موضوع الإثبات في المواد التجارية أهمية بالغة بالنظر إلى أنه لا قيمة للحق أمام القضاء ما لم يستطيع صاحبه إثباته، بحيث يصبح إثبات الحق أكثر أهمية من الحق نفسه، إذ تزداد أهمية دراسة نظام الإثبات حينما يتعلق الأمر بالمسائل التجارية فالسرعة والائتمان اللذان يميزان الأعمال التجارية يجعلان الأطراف أكثر حرصا على إعداد الأدلة المثبتة للحق، كما أن هذه المعاملات تتم بمجرد تبادل الإرادتين بالإيجاب والقبول بعيدا عن الشكلية المعقدة والمتشعبة التي تتطلب وقتا طويلا، وهذا من أجل كسب الوقت وتحقيق أكبر قدر من الربح.

إن الهدف من دراسة هذا الموضوع هو تسليط الضوء على أهمية ودور الإثبات في المعاملات التجارية، ومدى فعالية النظام القانوني للإثبات خاصة مع التطور التكنولوجي الهائل الذي أثر وسيؤثر مستقبلا على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية هذا من جهة ومن جهة أخرى دراسة القواعد التي ينبني عليها الإثبات في المعاملات التجارية التي تعد عصب المجتمع ومعيار تطوره الاقتصادي.

لم يتم التطرق إلى موضوع مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية بشكل مستقل سواء عن طريق الكتب أو عن طريق الأطروحات، إذ نجد معظم هذه الدراسات تمزج بين الإثبات في المواد التجارية بالإثبات في المواد المدنية بصفة عامة، إذ تم التطرق إلى هذا الموضوع وبصفة جزئية في عدة كتب نذكر منها:

- طرق الإثبات في المواد التجارية والمدنية، بلعيساوي محمد الطاهر، غنية باطلي.[2]
- الإثبات في المواد المدنية والتجارية، محمد صبري السعدي.[3]
-أصول القانون التجاري، مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق.[4]

ومن بين أسباب اختياري لهذا الموضوع هو الرغبة في الإلمام بجوانب هذا الموضوع لأنه يدخل ضمن الاختصاص ويتلاءم مع رغبتي في دراسة هذا الموضوع، كما أن له أهمية كبيرة في مجال قانون الأعمال.

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني إثبات آثار الالتزام**، الجزء الثاني، دار النهضة العربية القاهرة، 1968، ص 14، 15.

[2] بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، **طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، دار هومة، الجزائر، 2017.

[3] محمد صبري السعدي، **الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، دار الهدى، الجزائر، د ت.

[4] مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، **أصول القانون التجاري**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

ولدراسة هذا الموضوع والغوص فيه اعتمدت المنهج الوصفي مع استعمال التحليل لأن طبيعة الموضوع تتطلب استعمال التحليل والتفسير القانوني للقواعد العامة والخاصة للإثبات في المواد التجارية وتحديد نطاقها حتى لا تتشعب إلى أنظمة مشابهة، وحتى يكون الوصول إلى استنتاجات حقيقية تعبر عن طبيعة الموضوع.

نظرا لتلك الأهمية البالغة لهذا الموضوع ومما سبق ذكره يطرح الإشكال الآتي: ما هي المبادئ والطرق التي يقوم عليها الإثبات في المواد التجارية؟ و ما هي الاستثناءات الواردة على حرية الإثبات في المواد التجارية؟ وهل لاختلاف نهج المشرع في سن قواعد الإثبات الإلكتروني أثره في استمرار أو عدم استمرار العمل بمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية؟

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين رئيسيين، إذ سنتناول في الفصل الأول ماهية مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، وفي الفصل الثاني القيود الواردة على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.

يتفرع الفصل الأول إلى مبحثين، المبحث الأول جاء تحت عنوان مفهوم مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، والمبحث الثاني سنتناول فيه وسائل الإثبات في المواد التجارية.

أما الفصل الثاني فقد تطرقنا فيه إلى القيود الواردة على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية معتمدين على مبحثين أساسيين، المبحث تناولت فيه الإثبات في العقود التجارية بالكتابة الرسمية، والمبحث الثاني خصصته للإثبات في الشكل الإلكتروني.

لتنتهي هذه الدراسة بخاتمة حاولنا فيها استخلاص بعض الملاحظات التي نرى أنها أساسية كختام للموضوع.

الفصل الأول
ماهية مبدأ
حرية الإثبات في المواد التجارية

الفصل الأول

ماهية مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

إن المعاملات التجارية، معاملات تقوم على أساس الثقة والائتمان مما دفع بالمشرع الجزائري إلى وضع مجموعة من الوسائل لإثبات هذه الأعمال التجارية تتناسب بما تتميز به من سرعة سواء في انعقادها أو حتى في تنفيذها مرتكزة في ذلك على مبدأ حرية الإثبات فالمشرع هنا لم يسهل نظام الإثبات دون أي قصد أو أي هدف، وإنما بسبب ما لها من أهمية للفرد وللمجتمع وللدولة هذا من جهة، ولطبيعة هذه المعاملات التي تتطلب التحرر من القيود أو العوائق من أجل تطورها وازدهارها من جهة أخرى.

ولدراسة كيفية إثبات هذه المعاملات التجارية ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين كالتالي:

المبحث الأول جاء تحت عنوان مفهوم مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية والمبحث الثاني جاء تحت عنوان وسائل الإثبات في المواد التجارية.

المبحث الأول

مفهوم مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

إن ما يميز المعاملات التجارية عن غيرها من المعاملات الأخرى ميزتي السرعة والائتمان، لذا نجد أن التعامل في المجال التجاري يحتاج إلى وسائل أكثر مرونة وبساطة من أجل تسهيل وتدعيم هذه المعاملات لأن هذه الوسائل تؤدي إلى بسط الثقة في النشاط التجاري بما يضمن خصوصيته ويسهل طرق إثباته.

فالإثبات يقوم على مبادئ عديدة تتميز بخصوصيتها في بعض المعاملات التجارية، لا تتوفر في بقية المعاملات الأخرى، إذ يعتبر مبدأ حرية الإثبات السمة البارزة التي تميز المعاملات التجارية عن غيرها من المعاملات المدنية الأخرى.

إذ سنتناول في هذا المبحث ثلاثة مطالب معنونة على التوالي: تعريف مبدأ حرية الإثبات، المبادئ الخاصة بالإثبات في المواد التجارية، محل وعبء الإثبات.

المطلب الأول

تعريف مبدأ حرية الإثبات

تعد نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها انتشارا، بل لا يكاد يمر يوم في المحاكم إلا ويتم اللجوء إليها، كما نجد أن المشرع الجزائري في المجال التجاري قد خصه بمبدأ حرية الإثبات في المادة 30 من القانون التجاري الجزائري، وهذا لخصوصيته التي تتطلب السرعة والائتمان والثقة في جميع معاملاته.

وبالتالي سنتناول في هذا المطلب فرعين الفرع الأول جاء تحت عنوان تعريف الإثبات والفرع الثاني عنون بتعريف مبدأ حرية الإثبات.

الفرع الأول

تعريف الإثبات

الإثبات هو " يعرف الإثبات بأنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت أثارها"[1]

كما يعرف الإثبات كذلك أنه إقامة الدليل أمام القضاء بالكيفية والطرق المحددة قانونا على الواقعة القانونية التي تمثل مصدر الحق المتنازع عليه.[2]

ولعل ما يستفاد من هذين التعريفين ما يلي:

1/ الإثبات بمعناه القانوني هو غير الإثبات بمعناه العام، فالإثبات بالمعنى العام لا يتخصص بأن يكون أمام القضاء، ولا بأن يكون بطرق محددة، بل هو طليق من هذه القيود فالباحث في التاريخ يستجمع أدلته من الوقائع التاريخية التي يقررها من المستجدات التي تحت يده أو من أية طريقة أخرى يراها كافية.

إذ أن الإثبات بمعناه القانوني مقيد في طرقه، فلا يجوز للخصم أن يثبت دعواه إلا بطرق الإثبات المحددة قانونا.[3]

2/ إن الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء أي تقديم ذلك للقاضي حتى تتم مناقشته وليس إنشاؤه.

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 14، 15.

[2] همام محمد محمود زهران، **أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002، ص07.

[3] همام محمد محمود زهران، المرجع نفسه، ص10.

3/ إن الإثبات القضائي ملزم للقاضي بحيث تصبح النتائج التي يستخلصها من أدلة الإثبات حقيقة قضائية، لا يجوز الانحراف عنها حتى ولو ثبت فيما بعد عدم تطابقها مع الحقيقة الواقعية، وبالتالي فالقاضي وهو يحكم عليه أن يكتفي بالحقيقة النسبية لأن الحقيقة المطلقة عسيرة المنال.

4/ إن الإثبات القضائي ينصب على وجود واقعة قانونية ترتب أثارها، فمحل الإثبات ليس هو الحق المدعي به ولا أي أثر قانوني آخر يتمسك به المدعي في دعواه، بمعنى أن الإثبات لا يرد على الحق دائما وإنما يرد على الواقعة التي تنشئ هذا الحق.[1]

5/ إن الواقعة القانونية إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق الإثبات، فالحق الذي لا ينكر على صاحبه ولا يقام عليه دليله القضائي ليس له قيمة عملية وهو والعدم سواء من الناحية القضائية.[2]

الفرع الثاني

التعريف بحرية الإثبات

إن الفقهاء لم يعرفوا ولم يتصدوا لوضع تعريف لحرية الإثبات في النظام التجاري فشراحه أشاروا إليه دون وضع تعريف يحدد معناه، هناك من عرفه على أنه :

"هو منح المنظم القضاء التجاري سلطة اختيار ما يراه صالحا من الأدلة للحكم بحق أو واقعة تترتب أثارها"،[3] من خلال هذا التعريف سنشرح أهم المصطلحات فيما يلي:

1- **منح المنظم**: أي لابد من وجود نصوص نظامية صريحة بإعطاء القاضي هذه السلطة.

2- **القضاء التجاري**: هذا قيد ضروري في التعريف، إذ أن حرية الإثبات لا يتمتع بها إلا القاضي التجاري دون غيره من سائر القضاة، كالقاضي المدني والإداري والعمالي.

3- **ما يراه صالحا:** قيد أساسي في التعريف، فيدخل في التعريف كل وسيلة إثبات تبين الحق وتظهره مما عرف منها، أو من مستجدات هذا العصر كالجانب الآلي، ووسائل الاتصالات.

4- **من الأدلة**: أي أدلة الإثبات، من غير حد ولا حصر.

5- **للحكم:** أي يجعل الوسيلة الإثباتية التي اصطفاها واطمأنت إليها نفسه سندا لحكمه القضائي.

---

[1] سمير بن فاتح، **الإثبات في المواد التجارية**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005، ص11.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص16.

[3] يوسف بن عبد الله بن محمد الخضير، **"حرية الإثبات في النظام التجاري"**، المجلة القضائية، العدد السابع، 2003 ص.26.

6- **بحكم أو واقعة**: المراد بالحق كل ما يسوغ استيفاؤه، مما انطوى على مصلحة مشروعة، والواقعة مصدر الحق ينشأ عنها حقوق والتزامات على الطرفين.

7- **ترتبت أثارها**: هذا هو القصد الذي يبتغيه المدعي من وراء دعواه، فلا يصح إثبات واقعة لا أثر لها.[1]

المطلب الثاني

المبادئ الخاصة بالإثبات في المواد التجارية

تمتاز الأعمال التجارية عن غيرها من الأعمال الأخرى بالسرعة في المعاملات من جهة والائتمان من جهة أخرى، فهي تحتاج إلى وسائل مرنة تعمل على دفع وتطوير النشاط التجاري، تكون بعيدة كل البعد عن الشروط الشكلية المتشعبة التي تمتاز بها الأعمال المدنية، وبالتالي فإن الإثبات في الأمور التجارية يقوم أساسا على مبادئ خاصة به مرتبطة بطبيعته.[2]

لذلك سنتناول في هذا المطلب هذه المبادئ والتي تتمثل فيما يلي مبدأ الإثبات بكافة الطرق في الفرع الأول، ومبدأ حق الشخص في أن يتمسك بدليل صدر منه في الفرع الثاني، وأخيرا مبدأ إلزام الخصم على تقديم دليل ضد نفسه في الفرع الثالث.

الفرع الأول

مبدأ الإثبات بكافة الطرق

لا شك أن الإثبات في المواد التجارية يقوم على القاعدة العامة للإثبات أي أنه حر طليق من كل قيد، ومن ثم يجوز إثبات التصرفات القانونية التجارية مهما بلغت قيمتها بكافة وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن والدفاتر التجارية والمراسلات وجميع طرق الإثبات، والعلة من ذلك أن الحياة التجارية تتطلب السرعة في التعامل وتبسيط الإجراءات فضلا عن الثقة المتبادلة بين التجار.[3]

على عكس الأعمال المدنية التي تتميز بالبطء، فالتاجر يقوم بنشاط خاص يجني من وراءه الأرباح، وبالتالي يكون ميالا بطبعه بأن يقوم بأكبر عدد ممكن من العمليات التجارية وبأقصى سرعة لكي لا يفوته الربح، وبالتالي فمن المعلوم في عالم التجارة أن رأس المال

---

[1] يوسف بن عبد الله بن محمد الخضير، المرجع السابق، ص27.

[2] مزعاش عبد الرحيم، **قواعد الإثبات في الأمور التجارية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 107.

[3] عمار عمورة، **شرح القانون التجاري الجزائري**، دار المعرفة، الجزائر، 2010، ص43.

ينتج أرباحا كلما تحرك بسرعة وقام على الثقة والائتمان[1]، وقد نصت المادة 30 من القانون التجاري على أن:" يثبت كل عقد تجاري:

1- سندات رسمية،
2- سندات عرفية،
3- فاتورة مقبولة،
4- بالرسائل،
5- بدفاتر الطرفين،
6- بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها."

أما الأعمال القانونية المدنية، فتخضع لمبدأ الإثبات بالكتابة في التصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري، المادة 333 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني

مبدأ حق الشخص أن يتمسك بدليل صدر منه

خلافا لما هو معمول به في الأمور المدنية أن الإثبات يتم بطرق الإثبات المحددة قانونا بحيث لا يستطيع الشخص أن يتمسك أو يصطنع دليلا لنفسه من أجل إثبات دعواه أما الإثبات في الأمور التجارية، فانه يتم بكافة الطرق سواء المنصوص عليها في القانون المدني، أو في القانون التجاري كالدفاتر التجارية والفاتورة المقبولة أو بالرسائل أو بأي وسيلة أخرى متى رأت المحكمة وجوب قبولها مهما كانت قيمة التصرف موضوع النزاع.

لذلك أجاز المشرع للتاجر في الأمور التجارية أن يتمسك أو يصطنع دليلا لنفسه من أجل إثبات دعواه أمام القضاء، حيث تحتوي الوثائق الصادرة منه على أدلة تثبت حقه في مواجهة الغير وكثيرا ما تأخذ المحاكم هذه الأدلة خاصة إذا كانت منتظمة وغير مشوبة بأي عيب،[2]ومن أهم هذه الأدلة نجد:

أولا: الدفاتر التجارية

فرض القانون التجاري على التجار مسك دفاتر معينة يدونون فيها ما لهم من حقوق وما عليهم من الديون، ويثبتون فيها جميع العمليات التجارية التي يباشرونها، ولا شك أن مسك الدفاتر التجارية بطريقة دقيقة ومنتظمة أمر لا غنى عنه في الحياة التجارية لما يتضمنه من فائدة تعود على التاجر ودائنيه والخزانة العامة على السواء، فهي الأداة التي يسترشد بها التاجر في أعماله، ويستطيع الوقوف من خلالها على مركزه المالي وحالة تجارته، وما له وما عليه من ديون ومدى ما أصابه من ربح أو خسارة، ويستخلص الطرق

[1] بن النية يعقوب، **وسائل الإثبات في المواد التجارية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2014، ص 117.
[2] مزعاش عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 117.

التي يوجد على مقتضاها نشاطه التجاري، ثم أنه إذا أفلس التاجر فحصت دفاتره إذا كانت عملياته جدية ومنتظمة.[1]

إذ اشترط المشرع الجزائري لكي تكون هذه الدفاتر حجة للتاجر ما يلي:

1-أن يقوم النزاع بين تاجرين،[2] فإذا وقع بين تاجر وغير تاجر فلا يجوز العمل بهذه القاعدة.

2-يجب أن يكون النزاع متعلقا بالأعمال التجارية، فإذا كان نزاعا مدنيا أو مختلطا فلا يتسنى العمل بالقاعدة.[3]

3-أن يكون الدليل الذي يتمسك به التاجر مقيدا بدفاتره التجارية متعلقا بالنزاع.

ثانيا: الفاتورة المقبولة

الفاتورة محرر يصدره التاجر ويذكر فيها نوع البضاعة أو الخدمة التي أداها وثمنها واسم العميل والدين المستحق له على العميل، وفي الغالب يجب أن تتضمن هده الفاتورة الشروط الأساسية للاتفاق، كما أن الفاتورة تثبت دينا عقدي وهي لا تصلح لإثبات دين غير عقدي ناشئ عن فعل ضار مثلا،[4] إذ أن المشرع الجزائري في نص المادة 30 البند 03 من القانون التجاري أجاز إثبات المعاملات التجارية بالفاتورة المقبولة، وبالتالي يجوز للتاجر التمسك بها كدليل صادر منه في مواجهة خصمه أمام القضاء، بحيث تعد حجة على الخصم حتى يدحضها بالدليل العكسي بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن ويشترط فيها أن تكون مقبولة أي سليمة لا يشوبها أي عيب كعدم تحديد بعض البيانات وذلك تفاديا لوقوع غش أو احتيال أو تزوير في البيانات.

ومتى كانت هذه الفاتورة مقبولة يجوز للقاضي أن يعتمدها كدليل إثبات لمصلحة التاجر في مواجهة خصمه إلى أن يثبت العكس.[5]

ثالثا: المراسلات التجارية

إن البند الرابع من المادة 30 قانون تجاري ينص على: "يثبت كل عقد تجاري: بالرسائل"

فلرسائل أهميتها في الإثبات خصوصا فيما يتعلق بالمعاملات التجارية فهي وان كانت أوراقا لم تعد مقدما للإثبات إلا أنها تتضمن شرطي الكتابة والتوقيع.[6]

من خلال المادة المذكورة أعلاه يجوز للتاجر مرسل الرسالة أن يتمسك بها كدليل صدر منه لإثبات ما يدعيه من حق في مواجهة خصمه المرسل إليه سواء كان تاجرا أو غير تاجر، ولكي تكون هذه الرسالة لها حجية مطلقة يجب توافر الشروط الآتية:

أ- أن تكون صادرة ومحررة من طرف المرسل.

---

[1] مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 158.

[2] المادة 18 من الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالقانون 15-20 المؤرخ في 2015/12/30.

[3] نادية فضيل، **القانون التجاري الجزائري**، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 154.

[4] سمير بن فاتح، المرجع السابق، ص 146.

[5] بن النية أيوب، المرجع السابق، ص 95.

[6] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص93.

ب-أن تكون موقع عليها من طرف المرسل.
ج-أن تكون متعلقة بموضوع النزاع.
د-أن تكون ثابتة التاريخ.

فطبيعة الأعمال التجارية تتطلب من التاجر القيام بمراسلة المتعاملين معه كليا إذا اقتضت الظروف ذلك، كأن يرسل تاجر الجملة رسالة إلى تاجر التجزئة يخبره أن بضاعته جاهزة وعليه أن يستلمها ويضعها في مخازن التبريد لكونها سريعة التلف، وبالتالي فكل رسالة مضمنة والثابت وصولها بإشعار الاستلام من البريد أو بسند إيصال من المرسل إليه موضوعة بشكل بطاقة مكشوفة أو كان العنوان مكتوبا على ظهر الرسالة ذاتها، جاز للمرسل إثبات مضمونها بإبراز النسخة المحفوظة للدين وتعد النسخة صحيحة إذا رفض المرسل إليه إبراز الرسالة التي استلمها.[1]

الفرع الثالث

مبدأ إلزام الخصم على تقديم دليل ضد نفسه

يجوز لأحد طرفي الخصومة أو حتى القاضي من تلقاء نفسه أن يجبر الخصم على تقديم ما لديه من وثائق منتجة في الدعوى وهذا بقوة القانون، إذ أجاز المشرع الجزائري ذلك في الأمور التجارية، عملا بالقاعدة الخاصة بالمعاملات التجارية التي تجيز الإثبات بجميع طرق الإثبات، خلافا للقاعدة العامة في المعاملات المدنية التي تقتضي في الأصل أنه لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

فطبيعة الأعمال التجارية والتي تقوم على السرعة والثقة تسمح للتاجر بإبرام عقود تجارية شفاهة أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو حتى الهاتف، كما يلزم القانون التاجر على مسك دفاتر تجارية يقيد فيها جميع العمليات المتعلقة بتجارته، وفي حالة نشوب نزاع يجوز لأطراف الخصومة إثبات ما يدعونه من حقوق بكافة طرق الإثبات، وبالمستندات التي تكون بحوزتهم وتقديمها للخصم إذا لم يتحصل عليها أو لم تكن بحوزته، وكذلك يقدمها للمحكمة وهذا من أجل الاطلاع عليها حتى يتسنى له تقديم دفوعه.[2]

هذا وقد نصت المادة 15 قانون تجاري على أنه "لا يجوز الأمر بتقديم الدفاتر وقوائم الجرد إلى القضاء إلا في قضايا الإرث وقسمة الشركة وفي حالة الإفلاس."

و يفهم من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد حصر الحالات التي يلزم فيها الخصم بتقديم دفاتره التجارية إلى المحكمة من أجل الاطلاع عليها اطلاعا كليا، إذ أن المشرع قد راعى عدة عوامل من بينها نجد أنه في جميع هذه الحالات تعتبر الدفاتر ملكا مشتركا لجميع أطراف الدعوى مما ينتفي معه الضرر من كشف الأسرار الواردة فيها، كما هو الشأن في المواد المنظمة للأموال المشاعة والتركات وقسمة الشركات، أو أنه لم تعد ثمة فائدة من الاحتفاظ بأسرار أعمال التاجر كما هو الشأن في الإفلاس، إذ لا يجوز الاطلاع الكلي على دفاتر التاجر في الحالات المذكورة سابقا.[3]

---

[1] بن النية أيوب، المرجع السابق، ص96.
[2] المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25.
[3] مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 175.

كما ألزم المشرع في حالات أخرى على التاجر تقديم دفاتره التجارية إلى المحكمة من أجل الاطلاع عليها، ولكن يكون هذا الاطلاع جزئيا حيث يقتصر على صفحة أو صفحات المدعى بها من الدفاتر التجارية التي وردت فيها البيانات المتعلقة بالنزاع موضوع الدعوى ويكون الاطلاع عليه للمحكمة وحدها دون الخصوم.[1]

بالإضافة إلى ذلك أجاز المشرع لأحد أطراف الخصومة على إجبار خصمه على تقديم ما يحوزه من وثائق متعلقة بالدعوى، إذا كانت هذه المستندات مشتركة بين الخصوم وخاصة بنشاط تجاري فهذه المستندات تثبت حقوق مشتركة بينها ويشترط فيها:

1-أن تكون متعلقة بحقوق مشتركة بين الخصوم.

2-أن تكون متعلقة بنشاط تجاري.

3-أن تكون متعلقة بالنزاع.

4-أن تكون بحوزة أحد طرفي الخصومة دون الآخر.[2]

وبالتالي يلزم على الخصم الحائز على هذه الوثائق أن يقدمها إلى المحكمة من أجل تقديم الدفوع والمطالبة بحقوقه، لأن الوثائق كما ذكرنا سابقا تحتوي وتثبت حقوقا مشتركة بين الخصوم، فإذا رفض أحد الأطراف منح الطرف الآخر حق الاطلاع على وثائق الشركة أو أي مستند، ومنعه من حقوقه في الشركة تحل الشركة وينتهي الغرض الذي أنشأت من أجله، وبالتالي يلزم الشخص الذي بحوزته وثائق الشركة على تقديمها إلى المحكمة أو إلى أي خبير تعينه المحكمة للقيام بجرد ممتلكات الشركة وإعداد قسمة لممتلكات الشركة.

المطلب الثالث

محل وعبء الإثبات

إن المهم في هذا الموضع من النظرية العامة هو معرفة مسألتين في الإثبات، وهما محل الإثبات أي الأمر المراد إثباته على وجه التحديد، وعبء الإثبات والذي نعرف من خلاله الخصوم الذين يكلفون بالإثبات.

إذ سنتناول في هذا المطلب فرعين، الفرع الأول جاء تحت عنوان محل الإثبات والفرع الثاني معنون بعبء الإثبات.

الفرع الأول

محل الإثبات

[1] تنص المادة 16 قانون تجاري على أنه "يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام نزاع وذلك بغرض استخلاص ما تعلق منها بالنزاع".

[2] مزعاش عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 115.

إذا ادعى شخص بحق أمام القضاء وجب عليه إقامة الدليل على الواقعة القانونية المنشئة لهذا الحق حتى يحكم له بما يدعي، فمن يدعي دينا في ذمة آخر عليه أن يثبت مصدر هذا الدين، أي الواقعة التي أنشأت هذا الالتزام العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو الواقعة الطبيعية التي رتب عليها القانون هذا الالتزام فإذا استطاع المدعي أن يثبت هذه الواقعة القانونية، فإنه يكون بذلك قد أثبت وجود الحق المطالب به، فمحل الإثبات يقتصر على الواقعة القانونية، فالخصم يقيم الدليل على وجودها أما الأثر الذي يرتبه القانون عليها فيدخل في مهمة القاضي الذي يطبق القانون على تلك الواقعة ليستخلص أثرها القانوني، فمحل الإثبات ليس الحق نفسه أو الأثر القانوني المدعى به كبطلان تصرف أو انقضاء حق بل هو مصدر الحق أو بعبارة أخرى السبب المنشئ له.[1]

كما يشترط في الواقعة القانونية المراد إثباتها خمسة شروط وهي كالتالي:

1-الشرط الأول: واقعة قانونية: يجب أن تكون الواقعة القانونية محددة المعالم، فمن يطالب بمبلغ من المال يتعين عليه أن يحدد مصدر التزام الخصم به وتاريخ قيامه.

2-الشرط الثاني: واقعة متنازع فيها: هذا الشرط تمليه البداهة فلا مجال للإثبات إن لم تكن هناك منازعة في الواقعة القانونية، كأن ينازع (أ) في وجود العقد أو ينازع في ارتكاب الفعل الضار، على العكس إذا أقر الخصم بما يطالبه به خصمه، وبالتالي لم يكن هناك نزاع لأن الإقرار إعفاء من الإثبات شريطة أن يكون حاسما على نحو يمحو كل فائدة من وراء الإثبات.[2]

3-الشرط الثالث: واقعة متعلقة بالدعوى: ينبغي أن تكون الواقعة المراد إثباتها أمام القضاء متصلة بالحق المطالب به، أما إذا كانت بعيدة الصلة عن موضوع الدعوى فلا توجد فائدة من وراء إثباتها.[3]

4-الشرط الرابع: واقعة منتجة: الواقعة المنتجة هي التي يؤدي إثباتها إلى اقتناع القاضي بوجود الحق المدعي به، فالواقعة القانونية تكون مقبولة الإثبات أمام القضاء إذا أدت إلى صحة إدعاء من يطلب إقامة الدليل عليها، ولا يشترط أن تكون الواقعة حاسمة في النزاع، بل يكفي أن[4] يتوفر بها أحد عناصر الإقناع، والواقع أن كل واقعة منتجة في الدعوى لابد وبالضرورة أن تكون متعلقة بموضوع النزاع والعكس صحيح، فقد تكون متعلقة بالدعوى دون أن تكون منتجة فيها، والمثال على ذلك ما يلي: تقديم المستأجر مخالصة بسداد الأجرة عن مدة سابقة على المدة التي يطالب المستأجر بأجرتها ذلك أن دفع الأجرة السابقة لا يعني دفع الأجرة اللاحقة.

5-الشرط الخامس: واقعة جائزة الإثبات قانونا: ويقصد بذلك أن تكون الواقعة غير مستحيلة، مثال ذلك لا يقبل من شخص يطالب بأجرة يومية لمدة شهر فبراير أن يثبت أن هذا الشهر فيه 31 يوما، كما يجب ألا يكون القانون قد منع إثبات الواقعة لأسباب تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة كإثبات دين قمار أو بيع شركة إنسان ما يزال على قيد الحياة.[5]

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 12.

[2] محمد حسام محمود لطفي، **النظرية العامة في الالتزام**، القصر للطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، 2007، ص 23.

[3] محمد حسين منصور، **قانون الإثبات**، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، مصر، د ت، ص 33.

[4] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 34.

[5] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 29.

الفرع الثاني

عبء الإثبات

يقصد بعبء الإثبات أي تحديد من يقع عليه عبء الإثبات، لذا سنتناول في هذا الفرع كل من القاعدة العامة والاستثناء.

أولا: القاعدة العامة

لتحديد من يقع عليه عبء الإثبات أهمية كبيرة، إذ يترتب على المكلف خسارة دعواه عند عجزه عن تقديم الإثباتات، لذلك عنت الإدارة التشريعية بتوزيع عبء الإثبات نظرا لما لذلك من أثر على مركز الخصوم في الدعوى.[1]

كما تنص القاعدة العامة على أن عبء الإثبات يكون على المدعي فهو الملزم بالإثبات أصلا أو عرضا ظاهرا أو فرضا، فمن يدعي حقا في ذمة آخر إثبات الواقعة التي كانت مصدرا لذلك، وتطبيقا لهذه القاعدة نصت المادة 323 قانون مدني جزائري على أنه "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين التخلص منه "

لذا وجب بيان التفرقة بين إثبات الحقوق الشخصية وإثبات الحقوق العينية، ففيما يتعلق بالحقوق الشخصية فالأصل هو براءة الذمة والخروج عن الأصل أي بانشغال ذمته هو الاستثناء أو الوضع العرضي، فالوضع الأصلي أن كل شخص يعتبر بريء من الالتزامات فإذا ادعى شخص أن له دينا في ذمة آخر، فإنه يدعي خلاف الأصل وعليه إثبات ما يدعيه بإقامة الدليل على الواقعة مصدر الدين، فإذا نجح الدائن في ذلك انتفى الوضع الثابت أصلا وهو البراءة وأصبحت المديونية هي الوضع الثابت عرضا، فالوضع الثابت عرضا هو ما أقام الخصم الدليل عليه بالطرق القانونية، فإذا أراد المدين أن يثبت انقضاء الدين بالوفاء أو بالمقاصة أو بالتقادم هنا نلاحظ أن المدين أصبح هو المدعي براءة ذمته أي يدعي خلافا للوضع الثابت عرضا فيكون عليه عبء إثبات دعواه.[2]

أما فيما يخص إثبات الحقوق العينية، فالأصل احترام الظاهر، فحائز الحق يعتبر بحسب الظاهر صاحبه، والأصل بقاء الوضع المكتسب وعلى من يدعي زواله إثبات الواقعة التي أدت إليه، فحائز الأرض مثلا يعتبر بحسب الظاهر هو المالك لهذه الأرض، فلا يطلب منه أن يقيم الدليل على ملكيته فإذا ادعى أجنبي ملكيته لهذه الأرض فإنه يكون مدعيا خلاف الظاهر ومن ثم يقع عليه عبء الإثبات.[3]

ثانيا: الاستثناء (القرائن القانونية):

يعتبر المشرع أن الواقعة الأصلية ثابتة فرضا وأن الثابت فرضا كالثابت أصلا وظاهرا فلا حاجة إلى إقامة الدليل عليه، ونفرق في هذا المقام بين قرينة قطعية وأخرى غير قطعية.

1-قرينة قانونية قطعية: أي لا مجال لإثبات عكسها.

2-قرينة قانونية غير قطعية (بسيطة)

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 33.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 33.

[3] محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 30.

أي يجوز إثبات عكسها، مثال ذلك اعتبار التصرف وصية وليس بيعا قرينة قانونية غير قطعية (بسيطة)، أي يجوز إثبات عكسها مثال ذلك اعتبار التصرف وصية وليس بيعا إذا احتفظ المتصرف لنفسه بحيازة العين المتصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته.[1]

وخلاصة القول إن مفاد إعمال القرينة القانونية القاطعة هو إعفاء من يتمسك بها من الإثبات إعفاءا نهائيا، أما القرينة القانونية غير القاطعة فيقتصر أثرها على نقل عبء الإثبات فحسب.

المبحث الثاني

وسائل الإثبات في المواد التجارية

رسم القانون طرق الإثبات المختلفة وهي سبعة طرق الكتابة، البينة أو شهادة الشهود القرائن والإقرار، اليمين والخبرة والمعاينة،[2] إذ نجد أن المشرع الجزائري وزعها في مجموعة من القوانين بدأ بالقانون المدني فالقانون التجاري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ففي القانون التجاري نجد أن المشرع قد أعطى للتجار حرية في إثبات تعاقداتهم من خلال نصه على المادة 30 من القانون التجاري، من خلال هذا سنتناول في هذا المبحث ثلاثة مطالب معنونة على التوالي: وسائل الإثبات ذات القوة المطلقة، وسائل الإثبات ذات القوة النسبية وأخيرا الوسائل الأخرى المعدة للإثبات.

[1] محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 30.
[2] سمير بن فاتح، المرجع السابق، ص 42.

المطلب الأول

وسائل الإثبات ذات القوة المطلقة

إن وسائل الإثبات ذات القوة المطلقة تتميز بكونها تصلح لإثبات كافة الوقائع، سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية، أيا كانت قيمة الحق المراد إثباته،[1] إذ تكتسب هذه الطرق قوتها المطلقة من عدم جواز الطعن فيها إلا بالتزوير، وهذا ما يعطيها أهمية كبيرة في مجال الإثبات.

الفرع الأول

السندات الرسمية

منح المشرع للسندات الرسمية القوة المطلقة من خلال جعلها تصلح لإثبات جميع الوقائع.

أولا: تعريف السندات الرسمية

عرفها المشرع الجزائري في المادة 324 من القانون المدني على أن " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه "

فمن خلال هذه المادة يتضح أن السندات الرسمية هي عبارة عن أوراق تحرر من طرف موظف أو ضابط عمومي، كالمدير أو الموثق أو أي شخص مختص بتحريرها وهذا وفقا للقواعد المقررة قانونا.

كما نصت المادة 30 البند الأول من القانون التجاري على أن: " يثبت كل عقد تجاري: سندات رسمية..."وبالتالي تصلح السندات الرسمية لإثبات كافة المعاملات التجارية.

ثانيا: شروط السند الرسمي

من خلال تعريف المشرع للسند الرسمي نستنتج توافر ثلاثة شروط لتكون الورقة رسمية.

1-أن تحرر بمعرفة موظف عام أو الشخص المكلف بخدمة عامة

فيكتفي هنا بالتوقيع على المحرر الرسمي من موظف عام[2] أو مكلف بخدمة عامة[3] أو موكل من يشغل وظيفة عامة في حدود ما يتم على يديه، فإذا فقد المحرر هذا الشرط فقد الرسمية ووقع باطلا والأمثلة على ذلك كثيرة، فالمحضر موظف عام بالنسبة لما يعلنه من أوراق وصحف ودعاوى، والقاضي موظف عام بالنسبة لما يصدره من أحكام، والموثق

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 103.

[2] وصف الموظف العام يثبت لكل من تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها في مجال معين، كالقضاة في تحرير الأحكام وكتاب الضبط وسائر الموظفين الذين يعملون في مختلف الإدارات العمومية كموظفي الولاية والبلدية الوالي وبصفة عامة كل من يخضع لأحكام الوظيف العمومي.

[3] الشخص المكلف بخدمة عامة يشمل كل الأشخاص الذين ينتدبون لأداء عمل معين كتقارير الخبراء المعينين من قبل القضاء طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والمقيدين ضمن جدول الخبراء المعتمدين.

موظف عام بالنسبة لما يتم على يديه من عقود وتصرفات، حيث يكتفي أن يكون الموظف مختصا بكتابتها من حيث طبيعتها، وأن يراعي الأوضاع القانونية المتطلبة في تحريرها.[1]

2-صدور السند من الموظف العام في حدود اختصاصه وسلطته

يفقد المحرر صفته الرسمية، إذا صدر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة غير مختص نوعيا أو مكانيا، كما لو كان العمل الذي حرر بشأنه المحرر يتجاوز اختصاصه، أو كان المحرر غير داخل في دائرة اختصاصه أي خارج تخصصه المحدد له مكانيا.

ويختص مكتب التوثيق بتلقي جميع التصرفات القانونية، بصرف النظر عن مكان انعقادها أو موطن طرفيها، ويكون المحرر الصادر بشأنها رسميا، وينتفي الاختصاص.[2]

3-مراعاة الأوضاع التي قررها القانون في تحرير الورقة

يجب أن يراعي الموظف أو المكلف بالخدمة العامة الأوضاع التي قررها القانون في تحرير الورقة، ومن الأمثلة التي قررها القانون ما نصت عليه المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري " توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء يؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد.

وإذا كان بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن ويضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر.

وفضلا على ذلك إذا كان الضابط العمومي يجهل الاسم والحالة والسكن والأهلية المدنية للأطراف، يشهد على ذلك شاهدان بالغان تحت مسؤوليتهما."[3]

ثالثا: تخلف أحد الشروط

إن تخلف شرط من الشروط الثلاثة السالفة الذكر واللازمة لوجود المحرر الرسمي يؤدي حتما إلى بطلان المحرر الرسمي، إلا أن فقدان المحرر لصفته الرسمية لا يجرده من كل قيمته الإثباتية، حيث يعتبر هذا المحرر ورقة عرفية متى استوفى شروط الورقة العرفية كما أن بعض العقود أو التصرفات القانونية تشترط الرسمية لانعقادها، وبالتالي فإن تخلفها يؤدي إلى بطلان المحرر وتجرده من كل قيمة قانونية،[4] كعقد الهبة أو الرهن الرسمي.

رابعا: حجية السندات الرسمية

إذا توافر للورقة الشروط التي تكسبها صفة الرسمية وجدت بالنسبة إليها قرينة الرسمية، أي أن تكون للورقة الرسمية حجة بذاتها دون حاجة إلى الإقرار بها، فهي بذاتها تنقل عبء الإثبات.

فإذا تنازع الخصم في صحة الورقة الرسمية فلا يكون على من يتمسك بها إلا أن يقيم الدليل على صحتها، ولا يتيسر له ذلك إلا عن طريق التزوير، فالورقة الرسمية حجة

---

[1] محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 62.

[2] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، **النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام والإثبات**، د د ن، د ت ، ص205.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 53.

[4] بن النية أيوب، المرجع السابق، ص 48.

على الكافة[1] وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 324 مكرر 06 و324 مكرر 07 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني

السندات العرفية

سنتناول في هذا الفرع السندات العرفية، أولا سنتناول التعريف وثانيا الشروط وثالثا حجية السندات العرفية في الإثبات.

أولا: تعريف السندات العرفية

يقصد بالسند العرفي الورقة الصادرة من أحد الأطراف بتوقيعه عليها من أجل إعدادها للإثبات إذ نص المشرع الجزائري في المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري على أنه " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف."

يفهم من نص المادة أن السند العرفي هو كل عقد غير رسمي، أي غير محرر من طرف أشخاص مختصين قانونا، أو حرره موظف بصفته الشخصية كشخص عادي يطلب منه تحرير عقد، كما أن المشرع لم يشترط أي قالب شكلي في إعداده، وإنما اشترط لصحة العقد العرفي شرط الكتابة مع التوقيع، فإذا كان العقد تبادليا كالبيع والإيجار أو الشركة وجب توقيع كل أطراف العقد، أما إذا كان عقدا فرديا كالإقرار بالدين يكفي توقيع الطرف الملتزم المدين.[2]

ثانيا: شروط السند العرفي

تعتبر كل من الكتابة والتوقيع شرطان مهمان لكي تكون الورقة دليلا كاملا وغني عن البيان.

1-**الكتابة:** يجب أن تتضمن الورقة العرفية كتابة تدل على الغرض المقصود من تحريرها، كما أن القانون لم يستلزم أن تكون هذه الورقة المكتوبة في شكل معين أو بلغة معينة، إذ أن المشرع أعطى الحرية لأصحاب الشأن في كتابة الورقة العرفية، غير أنه هناك استثناءات ترد على هذه القاعدة، فهناك أوراق عرفية يتطلب القانون فيها أوضاعا معينة ومن قبل ذلك الأوراق التي تقدم للإشهار، فهنا يلزم القانون أن تكتب على ورق خاص وبمداد خاص وأن تشمل على جميع البيانات التي ينص عليها القانون المنظم للإشهار[3]

2-**التوقيع:** هو شرط جوهري لأنه يتضمن قبول الموقع لما هو مدون في الورقة والتوقيع يكون بالإمضاء الذي يتعين أن يشمل اسم الموقع ولقبه كاملين، ولا يشترط أن يكونا مطابقين للاسم الوارد في شهادة الميلاد، بل يكفي أن يكون ذلك بالاسم الذي اشتهر به الشخص أو الاسم الذي اعتاد التوقيع به، أما إذا كان صاحب الشأن أميا فيجوز أن يكون

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 55 -57.
[2] سمير بن فاتح، المرجع السابق، ص 52.
[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 69، 70.

التوقيع بالختم أو ببصمة الأصبع، وهي في الحقيقة أكثر ضمانا من الختم، حيث أثبت العلم أن بصمات الأصبع لا تتشابه ويستحيل تقليدها.

ولا يستلزم ذكر تاريخ الورقة إلا في حالات معينة نص عليها القانون كما في الكمبيالة والسند والشيك والتظهير، على أن الأفراد يحرصون على إثبات التاريخ لأن له أهمية بين المتعاقدين خاصة في حالات نقص الأهلية.[1]

ثالثا: حجية السند العرفي

للسندات العرفية حجية في الإثبات من ثلاثة نواحي، فالمحرر العرفي حجية بصدوره ممن وقعه، كما تكمن حجيته في صدق البيانات المدونة فيه، بالإضافة إلى حجيته بالنسبة للتاريخ المدون به.

1-حجية السند العرفي بصدوره ممن وقعه

السند العرفي المكتوب والموقع ممن هو منسوب إليه، يحوز الحجية بشرط عدم وجود عيب مؤثر كالكشط والمحو والتحشير مما يجيز للمحكمة إسقاط أو إنقاص قيمة المحرر في الإثبات، ويشترط كذلك عدم وجود تزوير ظاهر يجيز للقاضي الحكم برد بطلان المحرر[2] وهناك أيضا شرط أخر هام ومهم وهو عدم الإنكار، لأن الإنكار يؤدي إلى فقدان المحرر حجيته مؤقتا.

2-حجية البيانات المدونة في السند

إذا اعترف الخصم بصدور الورقة العرفية منه أو ثبوت هذا بعد الإنكار، يجعل للورقة القوة الرسمية فيما يتعلق بمحتوياتها المادية، فإذا ادعى من تشهد عليه الورقة أو غيره أن البيانات الواردة فيها مع التسليم بصحتها في الأصل قد لحقها تزوير مادي أي أصابها تحريف مادي بالتغيير أو بالإضافة أو بالحذف، ففي هذه الحالة يتعين عليه لينقض هذه البيانات أن يسلك طريق الادعاء بالتزوير لإثبات ما يدعيه.[3]

3-حجية السند العرفي بالنسبة للتاريخ المدون به

القاعدة العامة أن تاريخ المحرر العرفي يكون حجة على أطرافه دون الغير بالنسبة لطرفي المحرر العرفي، فإن الحجية تشمل البيانات المدونة فيه بما في ذلك التاريخ، فتاريخ المحرر يؤكد صدوره في هذا التاريخ وليس للأطراف نفي ذلك إلا من خلال الطعن بالتزوير أو إثبات عكس ذلك بالكتابة، أما بالنسبة للغير فالقاعدة أن المحرر العرفي لا يكون حجة عليه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، فالتاريخ العادي لا يحتج به على الغير نظرا لأنه لم يشترك في تحرير المحرر ومن تم يستطيع الأطراف عن طريق تقديم التاريخ أو تأخيره الإضرار بمصلحة الغير، فتقديم تاريخ بيع منقول معين سبق بيعه قبل ذلك ولم يتم تسليمه يجعل المشتري الثاني أحق بالبيع من المشتري الأول، وقد يصدر التصرف من شخص محجور عليه بسبب السفه مثلا. [4]

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 70.
[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 86.
[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 78.
[4] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 96، 97.

أما فيما يخص مسألة حجية صور المحررات العرفية فلا حجة لها في الإثبات، لأن المحررات العرفية تستمد قوتها من توقيعات المتعاقدين، لذلك فلا قيمة لهذه الصور كدليل كتابي إلا إذا اكتملت بشهادة الشهود.[1]

الفرع الثالث

الدفاتر التجارية

ألزم المشرع الجزائري التاجر بمسك دفاتر معينة، كدفاتر اليومية ودفتر الجرد ودفتر المراسلات، إذ تكتسب هذه الدفاتر القوة الإثباتية عندما يقوم التاجر بترقيمها وتقديمها للمحكمة من أجل التوقيع عليها.

أولا: الأشخاص الملزمون بمسك الدفاتر التجارية

تنص المادة التاسعة من القانون التجاري الجزائري على " كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر لليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقاولة أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق...".

من خلال المادة نستنتج أن المشرع ألزم كل شخص طبيعي أو معنوي يحمل صفة التاجر على مسك هذه الدفاتر التجارية، سواء كان هذا الشخص جزائري أو أجنبي فردا أو شركة.

للعلم أن الشركاء المتضامنين في شركات التضامن رغم أنهم يكتسبون صفة التاجر بمجرد كونهم أعضاء في الشركة إلا أنهم لا يلزمون بمسك دفاتر تجارية، والاكتفاء بدفاتر الشركة، أما إذا مارس أحد الشركاء المتضامنين تجارة مستقلة إلى جانب عضويته في الشركة، فيتعين عليه في هذه الحالة مسك دفاتر تجارية خاصة بتجارته.[2]

ثانيا: تنظيم الدفاتر التجارية

تخضع مسك الدفاتر التجارية لأحكام خاصة، وذلك نظرا لما لهذه الدفاتر من أهمية في الإثبات أمام القضاء، أو ربط الضرائب على التاجر، أو بيان مركزه المالي.[3]

وهذا ما جاءت به نص المادة 13 من القانون التجاري " يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية " إذ وحسب المادة 11 من القانون التجاري ألزم المشرع التاجر بمسك دفاتر اليومية ودفتر الجرد بحسب التاريخ وبدون ترك بياض أو تغيير من أي نوع كان أو نقل إلى الهامش وترقيم صفحات كل من الدفترين والتوقيع عليهما من طرف قاضي المحكمة، كما يستفاد من نص المادة السالفة الذكر أنه يجب أن تكون الدفاتر خالية من أي فراغ أو كتابة في الهامش أو أي كشط والقصد من ذلك هو سلامة البيانات الواردة بها ومنع الإضافة إليها عن طريق الفراغ المكتوب.[4]

---

[1] سمير بن فاتح، المرجع السابق، ص 58.
[2] عمار عمورة، المرجع السابق، ص 97.
[3] مصطفى كمال طه، وائل بندق، المرجع السابق، ص 164.
[4] عمار عمورة، المرجع السابق، ص 100.

ثالثا: حجية الدفاتر التجارية ضد التاجر

تكون دفاتر التاجر حجة عليه لأنها بمثابة إقرار صادر منه رغم أنها غير موقعة منه، حيث يتم تحريرها تحت إشرافه وبمعرفته، وتعتبر دفاتر التاجر حجة عليه بصرف النظر عما إذا كان خصمه تاجرا أم غير تاجر، وعما إذا كان الأمر متعلقا بنزاع تجاري أم بنزاع مدني، ومع ذلك فإن حجية هذه الدفاتر في الإثبات مقيدة بعدة قيود من بينها نجد:

1-إذا كانت الدفاتر منتظمة ومستوفية للشروط المقررة قانونا فلا يجوز تجزئة الإقرار الوارد فيها، فليس لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزئ ما ورد ويستبعد منها ما كان مناقضا لدعواه، فإما أن يأخذه بأكمله أو يطرحه بأكمله.[1]

2-لا تصل حجية الدفاتر التجارية ولو كانت منتظمة إلى قوة الدليل الكامل، لأنها غير موقعة من صاحبها ولا معدة أصلا للإثبات، بل تعتبر في مستوى القرائن فقط.

لذلك يجوز للتاجر إثبات عكس ما ورد في دفاتره بكافة الطرق بما في ذلك البينة والقرائن.

رابعا: حجية الدفاتر التجارية بين تاجرين

نصت المادة 13 من القانون التجاري على " يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية ".

ولكي تكون الدفاتر حجة لمصلحة التاجر يجب توافر ثلاثة شروط:

- يجب أن يكون النزاع قائما بين تاجرين أي بين شخصين يلتزمان بمسك الدفاتر التجارية، حيث يسهل على القاضي التحقق من البيانات عن طريق مقارنة دفاتر كل من الخصمين، ولا صعوبة إذا تطابقت بياناتها، أما إذا اختلفت الدفاتر جاز للقاضي ترجيح دفاتر أحدهما إذا كانت منتظمة على دفاتر الطرف الآخر غير المنتظمة.[2]

- يجب أن يكون النزاع ناشئا عن عمل تجاري بالنسبة لكل من الخصمين، كما إذا باع التاجر بضاعة إلى تاجر آخر لأجل بيعها، أما إذا كان العمل مدنيا بالنسبة للتاجر المدعى عليه كما إذا اشترى سلعا لمنزله أو لاستعماله الخاص فلا يجوز الاحتجاج عليه بالدفاتر التجارية.[3]

- يجب أن تكون الدفاتر التجارية التي يتمسك بها التاجر ويحتج بها على الغير منتظمة، والسبب في ذلك أن البيانات المدونة فيها تستوفي شروط الصحة والجدية، أما الدفاتر غير المنتظمة فلا تكون حجة في الإثبات أمام القضاء، غير أن القاضي يمكن أن يستأنس بها ويستنبط منها قرائن تكمل عناصر الإثبات الأخرى في الدعوى.[4]

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 110، 111.
[2] عمار عمورة، شرح المرجع السابق، ص 103، 104.
[3] مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 169.
[4] عمار عمورة، المرجع السابق، ص104.

خامسا: حجية الدفاتر التجارية على غير التاجر

القاعدة العامة في دعوى التاجر ضد التاجر أن دفاتر التاجر لا تكون حجة له وقد قررت هذا الحكم الفقرة 1 من المادة 330 قانون مدني بقولها " دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ".

إلا أن هذه الفقرة بعد أن نصت على هذه القاعدة أضافت " غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة " وهذا الاستثناء مقصور على البيانات الواردة في دفتر التاجر عما ورده التاجر لعملائه غير التجار فدفتر التاجر يكون حجة على هؤلاء في حدود معينة[1] وذلك بشروط ثلاثة:

-أن يكون محل الالتزام سلعا وردها التاجر لغير التاجر كصاحب مخبرة أو جزار يورد اللحم، فإذا ما تعلق الأمر بقرض قدمه التاجر لغير التاجر فلا يؤخذ بعين الاعتبار.

-أن يكون محل الالتزام مما يجوز إثباته بالبينة للطرف غير التاجر أي لا يتجاوز100.000 دج استنادا لنص المادة 333 قانون مدني.

-متى قرر القاضي قبول الدفاتر في الإثبات تعين عليه تكملته بتوجيه اليمين المتممة وهذا أمر جوازي للقاضي فله كامل الحرية في تعيين من توجه إليه هذه اليمين من الطرفين.[2]

المطلب الثاني

وسائل الإثبات ذات القيمة النسبية

لقد أعتبر المشرع الجزائري كل من الرسائل والبرقيات والشهادة وغيرهم من الأدلة ذات القوة المحدودة في مجال الإثبات، وهذا لكونها لا تصلح لإثبات كامل التصرفات القانونية في المجال التجاري، فهي مجرد أدوات لإتمام دليل ناقص أي من الأدلة المكملة، ورغم هذا إلا أن القانون منحها قوة في الإثبات.

الفرع الأول

الرسائل

أقر المشرع الجزائري للرسائل حجية في إثبات المعاملات التجارية ولكن بتوفر مجموعة من الشروط، سنتناول في هذا الفرع كل من مفهوم وحجية الرسائل في الإثبات.

أولا: مفهوم الرسائل في الإثبات

إن طبيعة الأعمال التجارية تتطلب من التاجر مراسلة المتعاملين معه كلما اقتضت الضرورة ذلك، كأن يرسل تاجر جملة رسالة إلى تاجر التجزئة يخبره أن بضاعته جاهزة

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 98، 99.
[2] عمار عمورة، المرجع السابق، ص 104.

وعليه استلامها، ويضعها في المخازن لكونها سريعة التلف، وبالتالي تعتبر المراسلات التجارية ذات فائدة في الإثبات.

هذا و لا يوجد تعريف قانوني للرسالة إلا أنه يمكن تعريفها بأنها" كل كتابة مخصصة لربط علاقة بين شخصين أو أكثر لغرض من الأغراض"، ولقد جعل التقدم التكنولوجي لنظام المواصلات من الرسائل التجارية وسيلة هامة للإثبات، فكثير من العقود والصفقات التجارية تبرم بواسطة مراسلات عادية، وبهذا اعترف المشرع بدور هذه المراسلات في الإثبات.

كما أوجبت المادة 12 قانون تجاري أن ترتب وتحفظ المراسلات ونسخ الرسالات الموجهة في دفتر خاص لمدة عشر سنوات، لأنها تعتبر مكتوبا ماديا وتشكل أداة اتصال بين إرادات الأشخاص، وقد تكون مصدرا للعديد من العلاقات القانونية وأهمها الحق في الإثبات أمام القضاء.[1]

ثانيا: حجية الرسالة في الإثبات

أقر المشرع بحجية الرسائل في إثبات المعاملات التجارية صراحة بقوله: " يثبت كل عقد تجاري بالرسائل."[2] وأعطاها نفس حجية المحررات العرفية، وذلك بتوفر شرط التوقيع وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري بقوله " تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات."[3]

فتكون حجة على المرسل بصحة المدون فيها إلى أن يثبت العكس بالطرق المقررة للإثبات قانونا، وإذا لم تكن الرسالة موقعا عليها فيمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة.[4]

فيجوز أن تستعمل الرسالة لإثبات أي تصرف قانوني أو عقد تجاري مهما بلغت قيمته لأن القانون نص على حجيتها في إثبات العقود التجارية، وذلك وفقا لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.

1-حجية الرسائل بالنسبة للمراسل

تكون الرسالة حجة على راسلها من ثلاثة جوانب:

-من حيث صدور الرسالة: متى كانت الرسالة مذيلة بتوقيع الراسل، ولم ينكر الراسل توقيعه أو خطه على الرسالة وفقا للقواعد العامة.

-من حيث المدون بالرسالة: ما جاء بالرسالة من بيانات حجة على الراسل، ونرى أنه يستوي في مضمون الرسالة أن يكون بخط الراسل أو بخط غيره أو حتى مدونة بطريقة آلية بالكمبيوتر طالما خلت الورقة من طرق الطعن المقررة على صلب الورق في قانون الإثبات.

-كذلك تعد الرسالة حجة على الراسل من حيث ثبوت التصرف القانوني أو الذي تشهد به الرسالة مع حفظ حق المرسل في الاعتراض على ذلك بجميع الدفوع الشكلية أو الموضوعية المقررة في هذا الشأن.[1]

---

[1] سمير بن فاتح، المرجع السابق، ص 142.

[2] المادة 30 بند 4 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 15-20 المؤرخ في 2015/12/30.

[3] المادة 329 من القانون المدني الجزائري.

[4] أنور سلطان، **قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 76.

2-حجية الرسائل بالنسبة للمرسل إليه

يجوز للمرسل إليه التمسك بالرسالة المرسلة له من خصمه كدليل إثبات يدعم به موقفه في الخصومة القضائية التي بينه وبين الراسل متى تضمنت بيانات تؤكد وتدعم موقفه في دعواه أمام القضاء، كما لو تضمنت إقرارا ببراءة الذمة أو غير ذلك، وينتقل الحق في استخدام الرسالة كدليل إثبات إلى ورثة المرسل إليه من بعده.

3-حجية الرسائل بالنسبة للغير

إذا كان في الرسالة دليل لمصلحة الغير، فله أن يطلب إلزام من تحت يده الرسالة لتقديمها إلى المحكمة، أو كان قد تحصل عليها هذا الغير بطريق مشروع أن يقدمها كدليل إثبات أما إذا تحصل الغير عليها بطريقة غير مشروعة فلا يجوز الاحتجاج بها كدليل إثبات، فلكي تكون الرسالة حجة للغير يجب توفر ما يلي:

-أن يكون قد تحصل عليها بشكل مشروع.

-ألا يؤدي تقديمها إلى انتهاك سرية المراسلات المقررة.[2]

رغم أن الرسالة لا تكون سرية في المواد التجارية، وهذا نظرا للطبيعة الخاصة للمعاملات التجارية، أما في الأعمال المدنية فيتعين موافقة المرسل على تقديم الرسالة كدليل إثبات إذا تضمنت سرا له.[3]

الفرع الثاني

الفاتورة

سنتناول في هذا الفرع كل من دور وشروط وحجية الفاتورة في الإثبات.

أولا: دور الفاتورة في الإثبات

الفاتورة وثيقة محاسبية يقيد فيها التاجر توريداته، إذ تلعب دورا كبيرا في تحصيل الديون، وتستعمل كذلك من طرف البنوك لتكوين الفاتورة الصورية لاقتناء القروض، إذ عدها المشرع الجزائري وسيلة للإثبات المعاملات التجارية بقوله:" يثبت كل عقد تجاري بفاتورة مقبولة. "[4] لذلك تعتبر الفاتورة وسيلة إثبات لما لها من أهمية وقيمة كبقية الوسائل الأخرى في الإثبات، ونظرا لتطور أهمية الفاتورة فقد اهتم بها القانون ونظمها وأعطاها دورا متنوعا بعدما كانت أداة معاملات بين الأطراف لتصبح أداة لإثبات العديد من المعاملات التجارية.[5]

---

[1] خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، **شرح قواعد الإثبات الموضوعية**،الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد الرياض، 2014، ص137 .

[2] خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، المرجع السابق، 138.

[3] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 76.

[4] المادة 30 البند 3 من القانون التجاري الجزائري.

[5] سمير بن فاتح، المرجع السابق، ص 146.

ثانيا: شروط الفاتورة

الفاتورة محرر يصدره التاجر ويذكر فيه مجموعة من البيانات، كنوع البضاعة أو الخدمة التي أداها وثمنها واسم العميل والدين المستحق له على العميل، كما أن الفاتورة تثبت دينا عقديا وهي لا تصلح لإثبات دين غير عقدي ناشئ عن فعل ضار مثلا، كما أنها تثبت الخدمة أو السلعة التي يقدمها التاجر الدائن للعميل والثمن المطلوب من هذا العميل بوصفه دائنا، فهي إذا لا تصلح لإثبات التخلف عن تنفيذ الالتزام.

ولكي تعتبر الورقة فاتورة لابد أن تشتمل على البيانات التالية:

1- يجب أن تبين الدين الذي تثبته.
2- يجب أن تبين سبب الدين سواء كان بضاعة أو خدمة يؤديها التاجر.
3- يجب أن تحمل اسم العميل.
4- وأن تكون مؤرخة.[1]
5- أن تحتوي على الرقم الجبائي والطابع الجبائي الذي يثبت التصريح الجبائي بالفاتورة محل المطالبة. [2]

ثالثا: حجية الفاتورة المقبولة في الإثبات

نتطرق هنا إلى حجية الفاتورة في الإثبات من ناحيتين وهما حجيتها لصالح التاجر وحجيتها ضد التاجر.

1-حجية الفاتورة لصالح التاجر

لما كانت الفاتورة محرر صادر عن التاجر، فهي بذلك لا تصلح أن تكون حجية لصالحه ضد العميل إلا إذا قبلها هذا الأخير، لذلك فإنه متى تبين قبول العميل للفاتورة بدون اعتراض، فإنها بذلك تصلح لإثبات مديونيته هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الفاتورة المقبولة تعتبر مثبتة للتعاقد الوارد بها، حيث يلتزم بذلك العميل بالشروط العامة التي يتعامل على أساسها التاجر ويدفع الدين المستحق الذي هو في ذمته.

ومن المتعارف عليه في المجال التجاري أن الفاتورة يتبعها وصل الطلب من الزبون وتأشير على وصل الاستلام أو في ذيل الفاتورة يعد دليلا على قبولها ويكفي فقط الختم أو التوقيع عليها.[3]

2-حجية الفاتورة ضد التاجر

لما كانت الفاتورة ناشئة عن عقد ملزم للجانبين ومحررة من قبل التاجر يذكر فيها نوع السلعة أو الخدمة التي أداها وثمنها الواجب الدفع من طرف العميل، فإنه بذلك يعترف بأن عليه التزامات يؤديها مقابل الحق الذي يلتزم العميل بأن يمنحه إياه، ذلك أن الفواتير تعتبر حجة على مرسلها ولو لم تكن موقعة منه مادام هو مرسلها، أما إذا كانت مذيلة بتوقيعه فإنها تعتبر دليلا كاملا ضده ولا مجال للإنكار.

---

[1] سمير بن فاتح، المرجع نفسه، ص 174.
[2] المادة 8 و9 من المرسوم التنفيذي 305/95 المؤرخ في1995/10/07، الذي يحدد كيفيات تحرير الفاتورة.
[3] سمير بن فاتح، المرجع السابق، 148.

وتعد الفاتورة دليل إثبات على وفاء العميل للدين الوارد فيها متى تضمنت إشارة تفيد معنى " خالص " أو " مدفوع " ولكن للتاجر أن يثبت العكس بكافة الطرق. [1]

الفرع الثالث

الشهادة

إن الأصل في المواد المدنية هو تقييد الإثبات عكس المواد التجارية التي تتسم بحرية الإثبات، فيجوز فيها الإثبات بالشهود والقرائن، لذلك أخرجت المادة 333 قانون مدني المواد التجارية من نطاقها،[2]إذ سنتناول في هذا الفرع كل من مفهوم الشهادة وشروطها، وأخيرا الأصل العام في ما يجوز إثباته بالشهادة.

أولا: مفهوم الشهادة

شهادة الشهود أو البينة كوسيلة للإثبات القضائي هي إخبار شخص، من غير أطراف الخصومة، أمام القضاء بصدور واقعة من غيره تثبت حقا لشخص آخر أو تنشئ التزاما على الغير، وهي تعتبر من وسائل الإثبات في العقود التجارية التي نص عليها المشرع في المادة 30 قانون تجاري.[3]

والأصل أن تكون الشهادة مباشرة حيث يدلي الشاهد بما وقع تحت بصره أو سمعه كمن يشهد حادث سيارة أو عقد معين، وقد تكون غير مباشرة أي سماعية حيث يشهد الشاهد بما سمع رواية عن الغير، ولا شك أن قيمة الشهادة السماعية في الإثبات أقل من الشهادة الأصلية، وإن كان للمحكمة أن تقدر قيمتها في الإثبات فيمكنها أن تستأنس بها في حالات معينة.[4]

ثانيا: شروط الشهادة

1-أن تكون الشهادة شفوية، وفي هذا نصت المادة 152 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن تسمع شهادة الشهود على انفراد، ويذكر كل شاهد اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وعلاقته بالخصوم، ويحلف الشاهد بأن يقول الحق وإلا كانت شهادته باطلة.

2-أن تصدر الشهادة أمام مجلس القضاء، فلا تقبل الشهادة الصادرة في مجلس آخر و تنص المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ضرورة حضور الشهود إلى كتابة المحكمة.

3-أن يكون الشاهد مميزا، فلا يجوز شهادة القصر الذين لم يتموا السادسة عشر إلا على سبيل الاستدلال، كما لا تقبل شهادة فاقد الأهلية وهو ما نصت عليه المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[5]

---

[1] سمير بن فاتح، المرجع نفسه، ص 149.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 138.

[3] قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 513057 بتاريخ 2009/02/04، المجلة القضائية، العدد الأول، 2010، ص 162.

[4] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 130.

[5] سمير بن فاتح، المرجع السابق، ص 62.

ثالثا: الأصل العام فيما يجوز إثباته بالشهادة

توجد عدة طرق ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة طرق بحسب الطائفة التي تندرج تحتها، المواد التجارية والمواد المختلطة والمواد المدنية.

1-المواد التجارية

الأصل هو حرية الإثبات في المواد التجارية، حيث يجوز إثبات التصرف القانوني التجاري أيا كانت قيمته بكافة الطرق بما فيها البينة،[1] ويرجع ذلك إلى ما تقتضيه التجارة من سرعة وما تقوم عليه من الثقة والائتمان بين المتعاملين.[2]

ولكي تتوافر لشهادة الشهود القوة المطلقة في الإثبات يجب أن يتعلق الأمر بأعمال تجارية تمت بين تجار، وينبني على ذلك النتائج التالية:

-إذا كان العمل القانوني الذي تم بين تاجرين عملا مدنيا، وجب الالتزام بقواعد الإثبات بالكتابة.

-إذا كان العمل التجاري قد تم بين غير تاجرين، تعين الالتزام بقواعد الإثبات بالكتابة كذلك.[3]

وإذا كان الأصل هو جواز الإثبات بشهادة الشهود في المواد التجارية إلا أنه خروجا على هذا الأصل يتعين الإثبات بالكتابة في حالتين:

الأولى: إذا استلزم المشرع الكتابة في إثبات العمل التجاري كما هو الحال بالنسبة لعقود الشركات وعقود بيع السفن وتأجيرها والتأمين عليها والأوراق التجارية كالكمبيالة مثلا.

الثانية: إذا اتفق التجار على ضرورة الإثبات بالكتابة، حيث يصبح اتفاق التاجرين على وجوب إثبات التصرفات القانونية بينهما بالكتابة ولو كانت تجارية.[4]

2-الأعمال المختلطة

يقصد بهذه التصرفات كل تصرف قانوني يتم بين شخص تاجر وشخص مدني، فهذه التصرفات هي محصلة إيجاب صادر من تاجر وقبول صادر من شخص مدني أو إيجاب صادر من الأول، وينص المشرع على عدم خضوع التصرفات بين التجار لقواعد الإثبات المدنية، لأن ذلك يتنافى مع ما تقوم عليه التجارة من ثقة متبادلة وسرعة في التعامل، وما يعنينا في هذا الشأن هو التأكيد على حق الطرف المدني في إثبات التصرفات القانونية في مواجهة التاجر بكل طرق الإثبات، مفاد ذلك أن يستفيد غير التاجر طبقا لهذه القاعدة من قاعدة حرية الإثبات في مواجهة من يتعاقدون معه من التجار، ويلاحظ بشأن التجار التزامهم الحرفي بقواعد الإثبات الواردة في القواعد العامة، وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بأن قاعدة حرية الإثبات في مواجهة التجار تنطبق في اتجاه واحد فقط وهو اتجاه غير التاجر في مواجهة التاجر.[5]

3-المواد المدنية

---

[1] المادة 30 البند 6 من القانون التجاري الجزائري.

[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 136.

[3] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 126.

[4] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 139.

[5] محمد حسام لطفي، المرجع السابق، ص 104، 105.

يخرج القانون على قاعدة الكتابة في مجال الإثبات في حالات ستة، وهي حالات الاتفاق بين الأطراف على ذلك، والتصرفات القانونية التي تتجاوز قيمة أو مبلغ الاستحالة التي تعترض تقديم كتابي، وفقد السند الكتابي، ومبدأ الثبوت بالكتابة وأخيرا الاحتيال نحو القانون.

ويلاحظ على هذه الأخيرة أنها لا تعد بمثابة استثناء حقيقي على قاعدة الكتابة بل مجرد تطبيق لأصل عام في القانون وهو أن الغش يفسد كل شيء.[1]

أما فيما يخص التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها على 100.000دينار جزائري فإن القاعدة نصت عليها المادة 333 قانون مدني جزائري لا تجيز الشهادة في إثبات التصرف المدني الذي تزيد قيمته على مائة ألف دينار جزائري، أو يكون غير محدد القيمة.

وبذلك يخرج عن نطاق هذه القاعدة التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها هذا الحد وعليه فالتصرف القانوني المدني الذي لا تزيد قيمته على 100.000دينار جزائري يجوز إثباته بالشهود، ويلاحظ أن الإرادة التشريعية الجزائرية قد تتطلب الكتابة لإثبات بعض التصرفات المدنية ولو لم تزد قيمتها على100.000دينار جزائري كما هو الشأن في عقد الكفالة وعقد الصلح.[2]

المطلب الثالث

الوسائل الأخرى المعدة للإثبات

من الأدلة الغير مكتوبة التي اعتبرها المشرع ذات فعالية محدودة في الإثبات، نجد كل من الإقرار والقرائن واليمين، فهي لا تصلح إلا لإثبات الأعمال المادية أما التصرفات القانونية لا تثبت بها إلا في حدود معينة، كما أن المشرع الجزائري منح للقاضي وسيلتي إثبات مكملة وهما الخبرة والمعاينة، نتناول في هذا المطلب أربعة فروع وهي القرائن والإقرار واليمين والوسائل المكملة للإثبات والتي تتمثل في إجراء الخبرة والمعاينة.

الفرع الأول

القرائن

سنتناول في هذا الفرع كل من تعريف وأنواع القرائن.

أولا: تعريف القرائن

القرينة هي استنباط واقعة غير ثابتة من واقعة ثابتة، أي أنه يتم الاستناد إلى أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول.[3]

ثانيا: أنواع القرائن

تنقسم القرائن إلى نوعين قضائية وقانونية.

---

[1] محمد حسام لطفي، المرجع نفسه، ص 105.
[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 141.
[3] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 162.

1-القرائن القضائية

يقصد بها استنتاج القاضي لأمور مجهولة من أمور معلومة باجتهاده وذكائه من موضوع الدعوى وظروفها،[1] ويشترط لوجود القرينة القضائية توافر عنصرين الأول ثبوت واقعة معينة في الدعوى والثاني استنباط الواقعة المطلوبة منها، ومثال ذلك: وجود عقد الإيجار التوثيقي دليل على قيام علاقة إيجار بين الطرفين، فالعقد التوثيقي الموجود بينهما يفترض أن المستأجر يدفع الإيجار نهاية كل شهر وهي قرينة على دفع الإيجار.[2]

2-القرائن القانونية

القرينة القانونية هي التي يقوم المشرع بنفسه بتحديد دلالتها، أي استنباط أو افتراض ثبوت واقعة من ثبوت أخرى وعندئذ يؤخذ هذا الافتراض في كل الأحوال وبتحديد ما يعتبر من القرائن يكون دائما بنصوص التشريع أي لا قرينة بلا نص.[3]

وتنقسم القرائن القانونية إلى:

-قرائن قانونية قاطعة وهي التي لا تقبل إثبات ما يخالفها، حيث أقامها المشرع لاعتبارات هامة والغرض منها إبطال عقد لمخالفته أحكام القانون، مثال ذلك عندما يوقع المسحوب عليه السفتجة بالقبول يعد قرينة قاطعة في مواجهة الحامل أن لديه مقابل الوفاء.[4]

-قرائن قانونية بسيطة وهي التي يجوز إثبات ما يخالفها أي عدم مطابقتها للواقع في القضية المعروضة والمراد التمسك فيها بتلك القرينة، فالقرينة مبنية على الراجح والغالب في العمل وليس اليقين المؤكد، فالوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة فالوفاء بأجرة شهر مايو مثلا قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة.[5]

الفرع الثاني

الإقرار

سنتناول في هذا الفرع كل من تعريف وأنواع الإقرار.

أولا: تعريف الإقرار:

عرفه المشرع في المادة 341 من القانون المدني " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة."

فالإقرار هو اعتراف خصم بالحق الذي يدعيه ويقصد به إلزام نفسه بمقتضاه، وبالتالي يعد الإقرار سيد الأدلة لأنه يعتبر حجة قاطعة على صاحبه بما أقر به،[6] كما لا يجوز تجزئة الإقرار، فإما أن يؤخذ به كله أو يترك كله.[7]

---

[1] بن النية أيوب، المرجع السابق، ص 66.
[2] قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 620073، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 243.
[3] سمير بن فاتح، المرجع السابق، ص 68.
[4] سمير بن فاتح، المرجع نفسه، ص 69.
[5] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 169 -171.
[6] بن النية أيوب، المرجع السابق، ص 67.
[7] الطاهر بلعيساوي، غنية باطلي، المرجع السابق، ص 181.

ثانيا: أنواع الإقرار

1-الإقرار القضائي

هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة، من خلال التعريف يتضح أن للإقرار عدة شروط وهي:

أ-صدور الإقرار في الدعوى

يصدر الإقرار في الدعوى من الخصم، إما منه شخصيا أو من نائب عنه له حق الإقرار.[1]

ب-صدور الإقرار في الدعوى المتعلقة بها

أي يصدر في ذات الخصومة التي يحتج بها وليس في خصومة أخرى ولو كانت بين نفس الخصمين وفي نفس الواقعة.[2]

ج-صدوره أمام القضاء

أي أمام القضاء العادي أو الاستثنائي أو أمام هيئة محكمين فلا يعتبر إقرارا قضائيا الإقرار الصادر من النيابة أو جهة إدارية أخرى.[3]

2-الإقرار غير القضائي

هو الذي يصدر خارج مجلس القضاء ولكن في دعوى لا تتعلق بموضوعه، وهو عمل قانوني ويتم بالإرادة المنفردة ويعتبره بعض الفقه من أعمال التصرف، ومن أمثلته الإقرار الذي يصدر في دعوى أخرى بين نفس الخصوم، أو الذي يصدر أثناء تحقيق تجريه النيابة العامة أو تحقيق إداري.

الفرع الثالث

اليمين

سنتناول في هذا الفرع كل من تعريف وأنواع اليمين.

أولا: تعريف اليمين

هو إشهاد الله عز وجل على صدق ما يقوله الحالف أو عدم صدق ما يقوله الخصم الآخر، ولما كان اليمين عملا دينيا فإن لمن حلف اليمين أن يؤديها وفقا للأوضاع المقررة في ديانته إذا طلب ذلك، ويكون أداؤها بأن يقول الحالف أحلف ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة.[4]

[1] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 204.
[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 207.
[3] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 207.
[4] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 261.

ثانيا: أنواع اليمين

لليمين نوعان يمين قضائية تؤدى أمام القضاء، ويمين غير قضائية تؤدى أو يتفق على تأديتها خارج مجلس القضاء، يؤديها من يتقلدون المناصب العليا كالوزراء والقضاة واليمين القضائية تنقسم إلى نوعان[1] وهما:

1-اليمين الحاسمة

أ-تعريف اليمين الحاسمة

عرفتها المادة 343 فقرة 01 من القانون المدني كما يلي "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك." فاليمين الحاسمة يوجهها الخصم إلى خصمه عند عجزه إثبات حقه حتى يحسم النزاع ويطلق عليها اسم اليمين الحاسمة لأن الغرض منها حسم النزاع.[2]

ب-آثار اليمين الحاسمة

لليمين الحاسمة ثلاثة آثار وهي:

-حلف اليمين:

إذا قام من وجهت إليه اليمين بحلفها ترتب على ذلك حسم النزاع في الواقعة التي انصبت عليها اليمين، وتكون بذلك حجة ملزمة للقاضي وللخصوم لصالح الحالف.[3]

-النكول عن اليمين:

إذا نكل من وجهت إليه اليمين أي رفض الحلف خسر دعواه والنكول عن اليمين قد يكون صريحا أو ضمنيا كالتخلف عن حضور الجلسة دون عذر مقبول.[4]

-رد اليمين:

يجوز لمن توجه إليه اليمين أن يردها لخصمه، وهنا لا يكون أمام من ردت إليه اليمين سوى أن يحلف، فيكسب الدعوى أو ينكل عنها[5] فيخسر دعواه، ولكنه لا يستطيع ردها ثانية للخصم.[6]

2-اليمين المتممة

أ-تعريف اليمين المتممة يمين يوجهها القاضي إلى أحد المختصمين ليتمم بها قناعته بأن الحق له في النزاع المطروح، فيخرج بذلك عن دوره الحيادي في الخصومة ويلعب دورا إيجابيا.[7]

ب-آثار اليمين المتممة

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 223.
[2] بن النية أيوب، المرجع السابق، ص 72.
[3] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 232.
[4] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 235.
[5] قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 50281 بتاريخ 1989/06/28، المجلة القضائية، العدد الأول، 1991 ص 19.
[6] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 235.
[7] محمد حسام لطفي، المرجع السابق، ص 183.

-لا يترتب على حلف اليمين المتممة حسم النزاع بالضرورة، فالقاضي هو الذي يقرر نتيجتها على ضوء الأدلة المعروضة أمامه.

-للقاضي أن يعدل عن توجيهها في أي وقت إذا ثبت له أنه لا حاجة له بها.[1]

-اليمين المتممة على عكس اليمين الحاسمة لا يجوز ردها على الخصم.

-يستطيع الخاسر للدعوى بسبب حلف الخصم لليمين المتممة أن يثبت كذب هذه اليمين.[2]

الفرع الرابع

أدلة الإثبات المكملة

نظم المشرع كل من المعاينة والخبرة في القسم الثامن من الباب الرابع تحت عنوان وسائل الإثبات من الجانب الإجرائي ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

سنتناول في هذا الفرع تعريف كل من المعاينة والخبرة وسلطة المحكمة في إجراء المعاينة وأخيرا حجية الخبرة.

أولا: المعاينة

1-تعريف المعاينة

هي انتقال المحكمة لمعاينة الشيء المتنازع عليه، وانتقال المحكمة للمعاينة قد يكون من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم هذا إذا رأت المحكمة أن إجراء المعاينة مجدي في الدعوى.[3]

2-سلطة المحكمة في إجراء المعاينة

للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءا على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة الأمر المتنازع فيه أو أن تندب أحد قضاتها لذلك، فطلب الانتقال إلى محل النزاع لمعاينته هو من الرخص القانونية لمحكمة الموضوع، كما يجوز للمحكمة القيام به من تلقاء نفسها وبناء على طلب أحد الخصوم، وهي صاحبة السلطة في تقدير لزوم هذا الإجراء من عدمه.[4]

ثانيا: الخبرة

1-تعريف الخبرة

[1] سمير بن فاتح، المرجع السابق، ص 89.
[2] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 241.
[3] بن النية أيوب، المرجع السابق، ص 81.
[4] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 245.

هي الاستشارة الفنية التي يستعين بها القاضي في مجال الإثبات لمساعدته في تقدير المسائل الفنية التي يستلزم تقديرها إلى معرفة فنية أو دراسة علمية لا تتوافر لدى عضو السلطة القضائية المختص بحكم عمله وثقافته.[1]

2-حجية الخبرة

إذا استوفى تقرير الخبرة الإجراءات القانونية، وكانت المحكمة التي اعتمدت هذا التقرير هي التي قررت انتدابه تكون له هنا قوة السند الرسمي، فلا يجوز إنكاره إلا عن طريق الطعن بالتزوير.

وبالرغم من أن تقرير الخبرة يعد دليلا من أدلة الإثبات، إلا أنه ليس بالدليل الحاسم في الدعوى، وإنما يخضع لسلطة المحكمة فلها أن تأخذ به كله أو بجزء منه أو أن تقضي بما يخالفه.

فإذا أخذت به فليس لها أن تلتزم بتسبيب أو تعديل قرارها الذي اقتنعت به، أما في حالة ما إذا تغاضت المحكمة عما جاء في التقرير ورفضت ما جاء فيه، فيتوجب عليها أن تبين في حكمها الأسباب التي دفعتها لعدم الأخذ برأي الخبير.

وفي حالة ما إذا اعتمدت التقرير لا يمكنها أن تضعه جانبا بجميع ما ورد فيه لأن ذلك يحرم الخصم من الاستفادة من هذه البينة، فسلطة القاضي هنا تقديرية وفي الأخير تملك المحكمة الجزم بما لا يجزم به الخبير لكونها خبيرة الخبراء.[2]

خلاصة الفصل الأول

[1] محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 190.
[2] بن النية أيوب، المرجع السابق، ص 86، 87.

مما سبق ذكره نستنتج أن المشرع الجزائري نظم قواعد الإثبات في عدة قوانين مختلفة، إذ نجد القواعد العامة للإثبات منظمة في القانون المدني، بالإضافة إلى تحرير المشرع إثبات المعاملات التجارية بكافة طرق الإثبات من خلال نصه على المادة 30 من القانون التجاري الجزائري، عاكسا بذلك خصائص ومميزات هذه المعاملات التجارية التي تتسم بالسرعة والائتمان، كما نجد بعض الوسائل الأخرى تتميز بجانبها الإجرائي والشكلي نظمها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فمن خلال هذه الترسانة من القوانين نجد أن المتخاصمين غالبا ما تضيع حقوقهم بسبب تشتت وسائل الإثبات من قانون إلى أخر.

أما في ما يخص مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية فقد يبدو للوهلة الأولى أن هذه الحرية مطلقة في كل المعاملات التجارية، إلا أن هناك بعض العقود تتقيد تخرج عن مبدأ حرية الإثبات بقوة القانون فلا يمكن إثباتها إلا بالكتابة الرسمية وإلا وقعت تحت طائلة البطلان.

الفصل الثاني
القيود الواردة على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

يعتبر مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية مبدأ يعكس خصائص وصفات هذه المعاملات التجارية من حيث السرعة والائتمان والثقة، لكن هناك بعض المعاملات أو العقود التجارية تخرج عن قاعدة حرية الإثبات كاستثناء على هذا المبدأ، لتتقيد ببعض القيود الشكلية وهذا لطبيعة هذه القيود التي تستلزم الكتابة الرسمية من أجل إثباتها، كعقد الشركة مثلا هذا من جهة.

ومن جهة أخرى نجد بعض القيود تتمثل في الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر01 قانون مدني جزائري، من خلال إبرام عقود ومعاملات عبر شبكات الإنترنت على وجه المثال، إذ تمتاز هذه العقود أنها مكتوبة على دعامات إلكترونية تتساوى حسب نص المادة 323 مكرر 01 مع الدعامات الورقية من حيث الحجية أو من حيث القوة الثبوتية.

من خلال ما سبق ذكره قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين وهما كالتالي:

المبحث الأول: الإثبات في العقود التجارية بالكتابة الرسمية.

المبحث الثاني: الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني.

المبحث الأول

الإثبات في العقود التجارية بالكتابة

ألزم المشرع الجزائري إثبات بعض العقود التجارية بالكتابة الرسمية، نظرا لما تستغرقه من وقت طويل في إبرامها وتنفيذها، حيث يكون فيها للمتعاقدين متسع من الوقت من أجل تحرير العقد من جهة، وما للكتابة من أهمية خاصة في حسم النزاعات المحتملة حول طبيعته من جهة أخرى، كما نجد العديد من العقود التجارية ألزم فيها المشرع الكتابة الرسمية كشرط أساسي لانعقادها، ومن أمثلة ذلك عقد البيع أو إيجار المحل التجاري والعقود المتعلقة

بالقاعدة التجارية وعقد البيع أو يجار السفن وعقد نقل التكنولوجيا أو تشغيل آلات وأجهزة أو لتقويم خدمات....إلى غير ذلك من العقود التي تستلزم شرط الكتابة لانعقادها.[1]

ونظرا لتعدد العقود التجارية التي تتطلب الكتابة الرسمية للانعقاد وللإثبات، ارتأينا أخد ثلاثة نماذج من العقود التجارية في ثلاثة مطالب، وهي عقد الشركة في المطالب الأول وعقد بيع المحل التجاري في المطلب الثاني، وأخيرا عقد التسيير الحر في المطلب الثالث.

المطلب الأول

عقد الشركة

يعتبر عقد الشركة كغيره من العقود التجارية التي نص المشرع الجزائري على وجوب كتابة عقدها كتابة رسمية، إذ يعتبر نموذج للعقود التي يشترط فيها المشرع الكتابة الرسمية للإثبات.

من خلال هذا سنتناول في هذا المطلب ثلاثة فروع، الفرع الأول نتناول فيه تعريف الشركة، والفرع الثاني شكل عقد الشركة وأخيرا إثبات عقد الشركة في الفرع الثالث.

الفرع الأول

تعريف عقد الشركة

عرف المشرع الجزائري الشركة في المادة 416 من القانون المدني الجزائري بقوله "الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك ".

ويتضح من هذا التعريف أن الشركة عقد يقوم كباقي العقود الأخرى على الأركان الموضوعية العامة، وهي الرضا المحل والسبب بشروطهم التي تجعلنا أمام عناصر صحيحة وغير مشوبة بأي عيب.

كما يجب أن يتوافر على أركان موضوعية خاصة وهي أن يصدر العقد من إنفاق شخصين فأكثر للمساهمة في مشروع مالي وهو أمر تقتضيه الفكرة التعاقدية للشركة، وتقديم الحصص حيث يلتزم كل شريك بتقديم حصته في رأس مال الشركة وإلا انهارت فكرة الشركة ويضاف إلى هذه الأركان ركن آخر، وهو نية الاشتراك أي انصراف نية الشركاء إلى التعاون بطريقة إيجابية وعلى قدم المساواة فيما بينهم بغية تحقيق غرض الشركة.

[1] بن النية أيوب، المرجع السابق، ص 108.

ولم يكتف المشرع بالأركان الموضوعية العامة والخاصة السالفة الذكر، بل اشترط لانعقاد العقد أن يفرغ في شكل كتابي باستثناء شركة المحاصة وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 418 من القانون المدني[1]، بقوله " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا ، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد."

الفرع الثاني

كتابة عقد الشركة

يقصد بالكتابة كتابة عقد الشركة "نظام الشركة " إذ تعد الكتابة أهم إجراء شكلي يشترطه القانون، فهو يجعل رضا الشركاء شيئا ماديا، ينظم جميع مراحل حياة الشركة فيعتبر شريعة الشركاء كما هو العقد شريعة المتعاقدين.[2]

تنص المادة 418 قانون مدني جزائري " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا " كما نصت المادة 545 قانون تجاري على "تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة ".

يتبين من هاتين المادتين أن الشركات المدنية والتجارية لا تنعقد إلا بورقة مكتوبة وأكد المشرع على ضرورة أن تكون هذه الكتابة رسمية، وأضاف في المواد 544 إلى 550 من القانون التجاري الجزائري شروط أخرى وهي:

التوثيق في قلم المحكمة، القيد في السجل التجاري والإشهار بالنسبة للشركات التجارية، كما أضاف المشرع نصا جديدا على اشتراط الرسمية في عقد الشركة وفي كل العقود التعديلية وعقود التنازل عن الأسهم والحصص في الشركات وقد نصت المادة 63 من قانون المالية[3] لسنة 1992 على منع مفتشي التسجيل من القيام بإجراء العقود العرفية المتضمنة عقود الشركات وكل العقود المعدلة لها.[4]

إذ لابد من توفر الرسمية بتوثيق العقد لدى موثق معتمد يوقعه جميع الشركاء بأنفسهم أو بواسطة وكلائهم ينوبون عنهم بموجب وكالة.[5]

وهذا ما أخذ به قضاء المحكمة العليا في قراره الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية على أن الشركة يثبت قيامها بعقد رسمي طبقا لنص المادة 545 من القانون التجاري

---

[1] عمار عمورة، المرجع السابق، ص 127.
[2] سلام حمزة، **الشركات التجارية**، دار هومه، الجزائر، 2015، ص 24.
[3] قانون 25/91 المؤرخ في 1991/12/16، المتضمن قانون المالية لسنة 1992.
[4] سمير بن فاتح، المرجع السابق، ص121.
[5] بن النية أيوب، المرجع السابق، ص 109.

الجزائري وذلك تحت طائلة البطلان، إذ لا يكفي لإثبات الشركة التجارية وجود وثائق بين الطرفين لأن القانون صريح باشتراطه شكلية في عقد الشركة تحت طائلة البطلان.[1]

والكتابة شرط لازم في جميع الشركات التجارية مهما كان شكلها القانوني وهي شرط لازم لتكوين الشركة، وليس للإثبات فحسب على أن تستثنى من ذلك شركة المحاصة التجارية، فلا يلزم في شأنها كتابة العقد حتى للإثبات ولا إتباع الإجراءات المقررة للشركات الأخرى.[2]

فشركة المحاصة يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية طبقا لنص المادتين 30 و735 مكرر02 من القانون التجاري الجزائري[3].

أما الحكمة من اشتراط المشرع العقد الخطي للشركة أن يحمل الشركاء على التفكير قبل الإقدام على تكوين شركة، بإعطائهم مهلة طويلة لكي لا يعرضوا ثرواتهم وسمعتهم للخطر والاعتبار المهم الذي حدا بالمشرع إلى ضرورة فرض كتابة عقد الشركة هو أن هذا العقد من شأنه أن ينشئ شخصا معنويا جديد، له وجوده المستقل عن الشركاء وله حياته القانونية الخاصة، لذلك يجب أن يكون دستور هذا الشخص المستقل مكتوبا ليتمكن الغير من الاطلاع عليه قبل أن يتعامل مع الشركة ،خصوصا أن الكتابة لم تفرض لصالح الشركاء فقط بل وضعت أيضا لمصلحة الغير الذي يهمه أن يعلم شروط عقد الشركة، كذلك عقد الشركة يكون ضروريا من الناحية العملية نظرا لكون هذا العقد واجب النشر وفقا للأصول القانونية المقررة فلا يمكن نشر العقد إذا لم يكن خطيا.[4]

أما الحكمة من استثناء القانون عقد شركة المحاصة من قاعدة الإثبات الخطي تكمن في بساطته، وقلة أهميته وعدم خضوعه للنشر، كما أن هذه الشركة لا تشكل شخصا معنويا.[5]

الفرع الثالث

إثبات عقد الشركة

تنص المادة 545 الفقرة 02 و03 من القانون التجاري الجزائري على " لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة.

يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء. " يفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري فرق بين حالتين للإثبات الشركة:

الحالة الأولى:

بالنسبة للشركاء فيما بينهم فلا يثبت عقد الشركة إلا بالكتابة وما دامت الكتابة شرط لانعقاد الشركة فهي بالضرورة لازمة لإثباتها.[6]

---

[1] قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 142806 تاريخ 1996/03/26، المجلة القضائية، عدد خاص 1999، ص 141.

[2] هاني محمد دويدار، **مبادئ القانون التجاري**، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1995، ص 131.

[3] قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم624252 بتاريخ 2010/06/03، العدد الثاني، 2011، ص 255.

[4] إلياس ناصيف، **موسوعة الشركات التجارية**، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، د د ن، 2007، ص 152، 153.

[5] أنظر هاني دويدار، المرجع السابق، ص 166.

[6] مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 226.

وقد قضت المحكمة العليا بأنه من المستقر عليه قانونا أن إنشاء وإثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا، وبالتالي فإن إثبات الشركة بناء على عقد عرفي وبشهادة الشهود يشكل خرقا للقانون ولاسيما المادة 418 من القانون المدني.[1]

فلا يجوز للشركاء إثبات الشركة فيما بينهم إلا بالكتابة، بيد أنه لما كان تخلف الكتابة يؤدي إلى بطلان الشركة، وهذا البطلان بالنسبة إلى الشركة التي زاولت نشاطها قبل طلب البطلان، فلا يكون له أثر إلا من وقت طلبه، أي أن الشركة توجد بالنسبة للشركاء في الفترة السابقة على طلب البطلان بوصفها شركة فعلية أو واقعية استقلالا عن كل سند كتابي، إذ يجوز للشركاء إثبات الشركة الفعلية بكافة الطرق حتى يتسنى تصفية العلاقات بين الشركاء في الماضي.

الحالة الثانية: لا يجوز للشركاء إثبات الشركة تجاه الغير إلا بالكتابة، في حين أنه يجوز للغير أن يثبت قيام الشركة أو أي شرط من شروطها بكافة طرق الإثبات، لأن الشركة بالنسبة للغير تعد واقعة مادية.[2]

المطلب الثاني

عقد بيع المحل التجاري

نظم المشرع الجزائري عقد بيع المحل التجاري في القانون التجاري في الكتاب الثاني من الفصل الأول المعنون بالبيع والوعد بالبيع من المواد 79 إلى 117، إضافة إلى القواعد القانونية العامة في العقود بوجه عام وفي عقد البيع بوجه خاص.

من خلال هذه المواد سأتناول في هذا المطلب ثلاثة فروع، الفرع الأول الطبيعة القانونية للمحل التجاري، والفرع الثاني شروط انعقاد المحل التجاري، والثالث جاء تحت عنوان إثبات عقد بيع المحل التجاري.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لعقد بيع المحل التجاري

هو عقد تجاري يرد على مال منقول حيث نجد المادة الثانية الفقرة الأولى من القانون التجاري الجزائري نصت على أن كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها أو بعد تحويلها وشغلها يعتبر عملا تجاريا بحسب الموضوع،[3] وقد استقر القضاء على أن شراء المحل التجاري بقصد الاستغلال يعد عملا تجاريا بالتبعية لأنه الخطوة الأولى في سبيل احتراف التجارة.

---

[1] قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 142806 بتاريخ 1996/03/26، المجلة القضائية، عدد خاص 1997، ص 141.

[2] مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 226، 227 .

[3] عبد القادر البقيرات، **مبادئ القانون التجاري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 70.

أما بيع المحل التجاري يعد عملا تجاريا بالتبعية للبائع إذا كان تاجرا وقت البيع لأنه آخر عمل في حياته التجارية، أما إذا كان البائع قد اكتسب ملكية المحل بالميراث وباعه دون أن يستغله من قبل فإن البيع يكون مدنيا لعدم اتصاله بمزاولة التجارة.[1]

في الجزائر المشرع حسم الأمر من خلال المادة 03 فقرة 04 من القانون التجاري الجزائري على اعتبار أن العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية عملا تجاريا بحسب الشكل يعتبر بيع المحل التجاري عملا تجاريا حتى لو كان البائع شخصا مدنيا كما لو كان موظف آل إليه المحل التجاري بطريق الميراث أو الهبة أو الوصية، إذا بيع المحل التجاري يعد عملا تجاريا أيا كان أطرافه ومهما كانت صفتهم وقت التعاقد.[2]

الفرع الثاني

انعقاد بيع المحل التجاري

يشترط لانعقاد بيع المحل التجاري توافر الأركان العامة للعقد، وهي الرضا والمحل والسبب وهنا تطبق القواعد القانونية العامة، كما توجد قواعد وأركان خاصة يجب بيانها.

أولا: الأركان الموضوعية العامة

1-الرضا

يتوسع القضاء في قبول إبطال بيع المحل التجاري بسبب الغلط أو التدليس وذلك لأن المحل التجاري منقول معنوي يضم عناصر مختلفة مما يسهل معه وقوع المشتري في الغلط أو خديعته في عناصر المحل الجوهرية، وبوجه خاص في عنصر الاتصال بالعملاء فاعتبر الغلط في أهمية حق الاتصال بالعملاء غلطا في صفة جوهرية للشيء كما اعتبر القضاء خديعة المشتري في رقم الأعمال أو الأرباح تدليسا مبطلا للعقد، وقضى بإبطال البيع للتدليس إذا كتم البائع عن المشتري عند التعاقد أمر الحكم الصادر بإغلاق المحل التجاري لإدارته بدون ترخيص.[3]

2-محل البيع

يرد البيع على المحل التجاري ذاته حرية تحديد العناصر التي يتألف منها المحل التجاري وتكون محلا لعقد البيع بشرط أن ينطبق على هذه العناصر وصف المحل التجاري ولقد اشترط المشرع في المادة 79 قانون تجاري جزائري أن يتضمن العقد بيانات معينة:

-اسم البائع السابق وتاريخ سنده الخاص بالشراء ونوعه وقيمة الشراء بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات.

-رقم الأعمال التي حققها في كل سنة من سنوات الاستغلال الأخير.

-عقد الإيجار وتاريخه ومدته واسم المؤجر للمحل.

-الأرباح التي حصل عليها خلال ثلاث سنوات الأخيرة.

---

[1] عبد الحميد الشواربي، **القانون التجاري العقود التجارية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ت، ص 45.

[2] عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص 70.

[3] مصطفى كمال طه، وائل انور بندق، المرجع السابق، ص 670.

من خلال هذه الشروط المذكورة يستطيع المشتري التأكد من صحة ملكية البائع الحالي، والتأكد من حيازته للمحل ومعرفة القيمة الحقيقية للمحل التجاري ومعرفة حجم الديون التي تقع على كاهله، ومعرفة حجم الأرباح وعنصر الاتصال بالعملاء وهذا أهم عنصر جوهري لقيمة المحل التجاري.[1]

3-السبب أو الغرض:

يجب أن يكون الغرض من استغلال المحل التجاري مشروعا أي لا يكون مخالفا لنظام العام أو الآداب العامة، ونصت المادة 97 من القانون المدني الجزائري على " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا" [2]

ثانيا: الأركان الخاصة أو الشكلية

تقضي المادة 79 من القانون التجاري الجزائري الفقرة الأولى على أن " كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادرا بموجب عقد من نوع أخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو بالمزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال الشركة يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا. "وبذلك يكون المشرع قد استلزم الكتابة ليس لإثبات العقد وإنما لانعقاده، بما يعني أن هذه العقود الواردة على المحل التجاري تعد عقودا شكلية وليست رضائية.[3]

وأكثر من ذلك نصت المادة 83 من القانون التجاري الجزائري على ضرورة إشهار بيع المحل التجاري وذلك خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ البيع، وحرصا من المشرع على سلامة الإشهار أوجب تجديد الإعلان في اليوم الثامن إلى الخامس عشر من تاريخ أول نشر ويتم الإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ أول نشر.[4]

وبالتالي يجب كتابة العقد رسميا وإلا كان التصرف باطلا، وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا الذي اعتبر الشكل الرسمي في بيع القاعدة التجارية شرطا ضروريا لصحة البيع، وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون يؤدي إلى بطلان ذلك العقد بطلانا مطلقا كونه يمس بالنظام العام.[5]

الفرع الثالث

إثبات عقد بيع المحل التجاري

إن بيع المحل التجاري يعد بيعا للأموال المنقولة المعنوية إذ يتمتع بقيمة مالية هامة مما دفع بالمشرع الجزائري إلى تناوله بنص خاص في الإثبات، فبعد أن قرر حرية الإثبات في المجال التجاري من خلال المادة 30 البند 1 من القانون التجاري الجزائري، وضع استثناء

[1] عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص 70، 71.
[2] عبد القادر البقيرات، المرجع نفسه، ص 71.
[3] مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 672.
[4] عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، 71.
[5] قرار المحكمة العليا، الغرف المجتمعة، رقم: 136156 بتاريخ: 1997/02/18، المجلة القضائية، عدد 1، 1997 ص10-14.

على هذا المبدأ، وقرر إثبات بيع المحل التجاري بالكتابة الرسمية وهذا طبقا للمادة 79 من القانون التجاري الجزائري، إذ يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري يتطلب في إثبات عقد بيع المحل التجاري ضرورة تقديم الدليل الكتابي الرسمي، إذ يعتبر هذا العقد من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها مجرد التراضي، كما هو الحال في التصرفات القانونية الأخرى فالشكلية الرسمية التي فرضت كوسيلة لإثباته تعد في نفس الوقت ضرورية ولكن المشرع اعتبر الشكلية بمثابة ركن من أركان عقد البيع، لأن المشرع لم يكتف بالكتابة فحسب لبيع المحل التجاري، وإنما اشترط شكلية أخرى وهي نشر ملخص العقد أو إعلانه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.[1]

إذ يعتبر القضاء الجزائري عقد بيع المحل التجاري المحرر أمام الموثق والذي تخلف إشهاره وإعلانه في النشرة الرسمية عقدا عرفيا لا ينتج آثاره إلا بعد القيام بشهره ونشره.[2]

المطلب الثالث

عقد التسيير الحر

يعتبر عقد التسيير الحر[3] عقدا حديث النشأة نسبيا، وما كان ليظهر إلا بعد وجود فكرة ملكية المحل التجاري المتميزة عن الاستغلال، ومن أسباب ظهور هذا العقد انتقال المحل التجاري إلى الورثة، وحالة تواجد مالك المحل التجاري أمام وضع يتنافى مع ممارسته للتجارة وكذلك حالات المرض.[4]

إذ قسمت هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، الأول سأتناول فيه تعريف عقد التسيير الحر وطبيعته القانونية، والثاني سأتناول فيه شروط هذا العقد، وأخيرا إثبات عقد التسيير الحر.

الفرع الأول

تعريف عقد التسيير الحر وطبيعته القانونية

سنتناول في هذا الفرع نقطتين أساسيتين وهما تعريف عقد التسيير الحر وطبيعته القانونية.

أولا: تعريف عقد التسيير الحر:

عرف المشرع الجزائري عقد التسيير الحر في القانون التجاري رقم: 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م بموجب الفقرة الأولى من المادة 203 في الباب الثالث منه تحت عنوان التسيير الحر، تأجير التسيير بقوله " يخضع للأحكام التالية، وذلك بالرغم من كل

[1] نادية فضيل، المرجع السابق، ص 205، 206.

[2] قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 68467 بتاريخ 1990/10/21، المجلة القضائية، العدد 1، 1992 ص84.

[3] يختلف عقد التسيير الحر عن عقد تأجير المحل التجاري بأن المستأجر في عقد التسيير الحر لا يستطيع أن يطلب التعويض الاستحقاقي ولا حتى التنبيه بالإخلاء، قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 139696 بتاريخ 1996/02/27.

[4] عبد القادر البقيرات، **محاضرات في مادة القانون التجاري الجزائري**، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، د ت، ص 62.

شرط مخالف وكل عقد أو اتفاق يتنازل بواسطتهما المالك أو المستغل لمحل تجاري عن كل أو جزء من التأجير لمسير بقصد استغلاله على عهدته."

يلاحظ بشأن عنوان هذه المادة أن المشرع الجزائري أطلق أيضا على عقد التسيير الحر تسمية عقد تأجير التسيير، والواقع أن الفقهاء انتقدوا اصطلاح التسيير الحر ورأوا ضرورة استعمال اصطلاح تأجير التسيير، لأن هذا الاصطلاح يوضح طبيعة العقد كما يبين مهمة المستأجر المسير، فرغم اتفاق الفقهاء على الاصطلاح إلا أنهم اختلفوا حول تعريف هذا العقد.

فبالنسبة للفقه العربي نجد تعريف الدكتور على حسن يونس الذي عرفه كما يلي: " عقد يؤجره فيه مالك المحل التجاري إلى شخص آخر يقوم باستغلاله لحساب نفسه ويلتزم في مقابل ذلك بدفع الأجرة إلى المالك، وهو عقد يكون فيه الشيء المؤجر هو المحل التجاري " أما أحمد محرز فعرفه على أنه " عقد يستأجر بمقتضاه شخص المحل التجاري من مالكه لأجل استثماره لحسابه الخاص على عهدته متحملا مسؤولية هذا الاستثمار وحده دون أن يلتزم مالك المحل نتائج هذا الاستثمار." [1]

وبالتالي فعقد التسيير الحر لا ينقل ملكية القاعدة التجارية ولا ملكية الجدران من المؤجر إلى المستأجر بل هو عقد ينصب على الاستمرار في نشاط تجاري لقاعدة تجارية معينة أي تأجير المنفعة فقط، حيث يبقى المؤجر مالكا للقاعدة التجارية ولأدوات العمل، وهو هنا يؤجر الجدران ويؤجر سمعته التجارية واسمه التجاري وعلامته التجارية بالإضافة إلى العتاد وأدوات العمل كاملة.[2]

أما الفقه الفرنسي فقد عرف عقد التسيير الحر على أنه " العقد أو الاتفاق الذي يمنح بمقتضاه مالك المحل التجاري أو مؤسسة حرفية، استغلاله لشخص لمدة معينة ومقابل أجرة الاستغلال، وهذا الاستغلال يتم تحت السلطة الوحيدة لهذا الشخص حيث يتحمل مخاطر ونتائج هذا الاستغلال التجاري." إذ يمكن القول إن هذا التعريف شامل لتضمنه أهم عناصر العقد التي تتلخص في إرادة المالك في منح محله التجاري لاستغلاله، ومسؤولية المستأجر الذي يسير المحل تحت مسؤوليته وأخيرا اكتساب المستأجر صفة التاجر دون المالك.[3]

استنادا إلى ما سبق يمكن استخلاص تعريف عقد التسيير الحر بأنه " العقد الذي ينعقد بين شخصين طبيعيين أو معنويين أحدهما يدعى المؤجر وهو مالك للمحل التجاري أو مستغله والآخر يدعى بالمستأجر المسير، يمنح بمقتضاه المؤجر محله التجاري للمستأجر المسير ليسيره ويستغله لحسابه الخاص لمدة معينة وتحت مسؤوليته وحده ومع اكتسابه صفة التاجر مقابل أجرة أو مبلغ مالي أو نسبة من الأرباح يتفق الطرفين على تحديدها بموجب عقد رسمي."[4]

---

[1] طراد إسماعيل، **النظام القانوني لعقد تأجير تسيير المحل التجاري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007، ص 21.

[2] بن النية أيوب، المرجع السابق، ص 113.

[3] طراد إسماعيل، المرجع السابق، ص 22.

[4] طراد إسماعيل، المرجع السابق، ص 22.

ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد التسيير الحر

مال منقول معنوي بمقتضاه يتنازل صاحب المحل التجاري كليا عن استغلال المحل التجاري لفائدة المستأجر المسير، الذي يستغل المحل التجاري باعتباره تاجرا لحسابه فيتحمل أخطار ونتائج الاستغلال مع دفع مقابل للمؤجر مالك المحل التجاري.[1]

وينجم عن عقد التسيير الحر أن مؤجر المحل التجاري يبقى تاجرا ومكتسبا صفة التاجر في نظر القانون، كما يكتسب أيضا المستأجر صفة التاجر إذا كان عمله تجاريا بحسب الموضوع أو بحسب الشكل، أما إذا كان عمله مهنيا فإنه يكتسب هو الآخر صفة التاجر شكلا استنادا لأحكام المادة 03 البند 04 من القانون التجاري الجزائري[2].

الفرع الثاني

شروط عقد التسيير الحر

لعقد التسيير الحر شروط متعددة تخص كل من المؤجر والمستأجر والعين المؤجرة وشروط أخرى شكلية.

أولا: الشروط الخاصة بالمؤجر: طبقا للمادة 205 من القانون التجاري الجزائري " يجب على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يمنحون إيجار التسيير أن يكونوا قد مارسوا التجارة أو امتهنوا الحرفة لمدة خمس سنوات أو مارسوا لنفس المدة أعمال مسير أو مدير تجاري أو تقني واستغلوا لمدة سنتين على الأقل المتجر الخاص بالتسيير " كما أنه هناك استثناءات على المدة أشارت إليها المادة 206 من القانون التجاري جزائري " يجوز أن تلغى أو تخفض المهلة المنصوص عليها في المادة 205 بموجب أمر من رئيس المحكمة بناء على مجرد طلب من المعني بالأمر وبعد الاستماع إلى النيابة العامة، وخاصة إذا أثبت هذا الأخير بأنه يتعذر عليه أن يستغل متجره شخصيا أو بواسطة مندوبين عنه." [3]

من خلال نص المادة 206 من القانون التجاري الجزائري نستنتج أنه يمكن تخفيض مدة خمس سنوات بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة وهذه العملية تشبه عملية الترشيد بالنسبة للقاصر التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 05 من القانون التجاري الجزائري، كما يجب أن يكون أمر رئيس المحكمة مسببا ومعتمدا فعليا على وجود المحل التجاري وممارسة النشاط في ذلك المتجر على ألا تقل تلك المهلة عن سنتين.[4]

كما استثنت المادة 207 من القانون التجاري الجزائري بعض الفئات من الأشخاص من قاعدة شرط الخبرة في مجال الأعمال التجارية أو الحرفية، واستغلال المحل بالتسيير وذلك نظرا لقدرتهم على تسيير المحل التجاري مهما كان حجمه ومقدار رأسماله ونشاطه لخبرتهم في هذا المجال،[5] فنصت المادة 207 من القانون التجاري على أنه " لا تسري المادة 205 على كل من:

---

[1] عبد القادر البقيرات، **مبادئ القانون التجاري**، المرجع السابق، ص 76.
[2] مزعاش عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 136.
[3] عبد القادر البقيرات، **مبادئ القانون التجاري**، المرجع السابق، ص 76.
[4] بن النية أيوب، المرجع السابق، ص 116.
[5] طراد إسماعيل، المرجع السابق، ص 75.

1-الدولة،
2-الولايات والبلديات والمؤسسات الاشتراكية،
3-المؤسسات المالية،
4-المحجور عليهم والمعتوهين المحجور عليهم أو الأشخاص الذين لهم وصي قضائي وذلك فيما يتعلق بالمحل التجاري الذي يملكونه قبل فقدانهم الأهلية،
5-الورثة والموصي لهم من تاجر أو من حرفي متوفى والمستفيدين أيضا من القسمة وذلك فيما يتعلق بالمحل التجاري المنتقل إليهم،
6-مؤجر المحل التجاري إذا كان تأجير التسيير يهدف أصلا إلى ضمان تصريف المنتجات المجزأة المصنوعة أو الموزعة من طرفه بموجب عقد احتكار."

إن المادة 207 من القانون التجاري الجزائري قد أملتها الظروف التاريخية التي مرت بها الجزائر، والنظام الاشتراكي الذي كان مطبق أنداك حيث أن الجزائر ورثت كثيرا من المحلات التجارية عن المستعمر الفرنسي التي كان يمارس فيها المعمرون أنشطتهم التجارية ومع العلم أن الدولة والولاية والبلدية لا تؤجر المحل بعتاده ومعداته وإنما تؤجر الجدران فقط لذلك لا يمكن أن نكيف العقد بأنه عقد تسيير حر لسببين:

الأول: خلو المحل التجاري من العتاد والعدة للممارسة النشاط التجاري.

الثاني: أن عنصر الزمن عنصر هام وحاسم في هذا الموضوع حيث أن المتجر عندما يغلق لمدة تنوف عن (02) شهرين فهو يفقد قاعدته التجارية لأنه يفقد زبائنه، حيث أن الزبائن أهم عنصر من العناصر المعنوية التي تكون المحل التجاري.[1]

ثانيا: الشروط الخاصة بالمستأجر

يعتبر المستأجر المسير الطرف الثاني في عقد التسيير الحر، حيث يقوم باستغلال المتجر مستقلا عن المؤجر كما إنه يتحمل خسائره وتعود إليه أرباحه، فعلاقته بالمؤجر هي علاقة يحكمها عقد التسيير الحر، ولعل ذلك يعود إلى رغبة المشرع في تسهيل دخول الشباب إلى مهنة التجارة واحترافها.

لذلك تنص المادة 203 الفقرة 02 من القانون التجاري الجزائري على أنه " يكون للمستأجر المسير صفة التاجر أو الحرفي إذا كان الأمر يتعلق بمؤسسة ذات طابع حرفي وهو يخضع لكل الالتزامات التي تنجم عن ذلك، كما يجب عليه أن يمتثل حسب الأحوال لأحكام هذا القانون المتعلقة بالسجل التجاري."

وعليه يشترط في المستأجر المسير أن يكون له صفة التاجر ويتمتع بالأهلية التجارية وأن يقيد نفسه في السجل التجاري وألا يمارس مهنة تتعارض مع ممارسة التجارة.[2]

ثالثا: الشروط الخاصة بالعين المؤجرة

[1] مزعاش عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 140.
[2] طراد إسماعيل، المرجع السابق، ص 81، 82.

يشترط أن يكون موضوع الإيجار محل تجاري طبقا لأحكام المادة 78 من القانون التجاري التي نصت على " تعد جزئا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة للممارسة نشاط تجاري ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملاءه وشهرته.

كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك." كما يجب أن تتوفر فيه العناصر المعنوية والمادية وأن يكون المؤجر قد اكتسب حق الإيجار.[1]

كما لا يجوز لمستأجر القاعدة التجارية على أساس التسيير الحر إجراء أي تبديل أو تغيير في نشاط المحل ولا في اسم المحل أو في عتاد المحل ولا بإحداث أمر كان بالمحل التجاري إلا بالموافقة الصريحة والمكتوبة لمالك القاعدة التجارية، لأن عقد التسيير الحر لا ينشأ للمستأجر أية حقوق عينية سواء كانت حقوق عينية أصلية أو حقوق عينية بالتخصيص كذلك يمنع المستأجر عند انتهاء العقد إخراج أي عتاد من المحل التجاري الذي كان يسيره لأن ذلك العتاد قد يكون عتاد بالتخصيص للمحل، أو عتاد استبدله المستأجر عوضا عن العتاد الذي استهلكه المستأجر أثناء النشاط التجاري، لأن كل عتاد يخضع لقاعدة الاستهلاك الجزئي السنوي لرأسمال المحل التجاري ومجوداته.[2]

رابعا: الشروط الشكلية

اشترط المشرع أن يكون عقد التسيير الحر مكتوبا ورسميا محررا من طرف الموثق وبالتالي تعد الكتابة شرطا أساسيا لانعقاد عقد التسيير الحر، حيث يؤدي تخلفه إلى بطلان العقد.

كما اشترط المشرع الجزائري إلى جانب الكتابة الرسمية نشر وإشهار هذا العقد حسب المادة 203 فقرة 03 من القانون التجاري الجزائري.[3]

الفرع الثالث

إثبات عقد التسيير الحر

إن عقد التسيير الحر لا تكفي فيه الرضائية بل لابد من الشكلية حيث يشترط المشرع أن يكون العقد مكتوبا ورسميا من طرف الموثق، وبالتالي فالكتابة شرط أساسي لانعقاد العقد من جهة، وأداة للإثبات دون سواها من طرق الإثبات الأخرى، شأنها في ذلك شأن أي عقد لتأجير المحل التجاري.[4]

وبالتالي فإن الكتابة الرسمية والقيد في السجل التجاري عاملان أساسيان في إثبات عقد التسيير الحر، فالمشرع هنا خرج عن قاعدة حرية الإثبات في المعاملات التجارية التي ترتكز على مبدأ حرية الإثبات بكافة الطرق.

---

[1] عبد القادر البقيرات، **مبادئ القانون التجاري**، المرجع السابق، ص 76.
[2] مزعاش عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 138.
[3] بن النية أيوب، المرجع السابق، ص 113.
[4] مزعاش عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 147.

المبحث الثاني

الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني

إذا كان مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية قد تقرر في ظل أوضاع للمعاملات يكثر فيها التعامل الورقي، فإن الولوج إلى عصر التعامل بالوسائل الإلكترونية وتحديد كيفية إثبات المعاملات التي تتم عبر دعامات إلكترونية غير ملموسة وغير مادية، والتي تتسم بالسرعة في إبرام المعاملات، وهي الخاصية التي تتميز بها المعاملات التجارية، من شأنها أن تثير مسألة مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية خاصة مع التطور التكنولوجي الهائل في شتى الميادين منها الميدان التجاري خاصة التجارة الإلكترونية.

وبالتالي إذا قام الأساس القانوني لتنظيم إثبات المعاملات التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة على رفع المحررات الإلكترونية إلى مرتبة المحررات الورقية كدليل، يصبح الإثبات الإلكتروني مظهرا من مظاهر العمل بمبدأ الإثبات المقيد والذي يتناقض مع مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.[1]

لذلك قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وهي كالتالي:

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني.

المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني.

المطلب الثالث: وسائل الإثبات في الشكل الإلكتروني.

المطلب الأول

[1] هاني دويدار، **مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل أحكام الإثبات الإلكتروني**، مؤتمر المعاملات الإلكترونية، ص 03.

تعريف العقد الإلكتروني

يعتبر العقد الإلكتروني بمثابة القلب النابض للتجارة الإلكترونية، إذ يستند هذا العقد على الثقة ويتطلب وسطا قانونيا قويا يحيطه بسياج من الضمانات التي تعمل على تدارك المخاطر التي تتعرض لها المعاملات المبرمة عن بعد[1]، إذ سنتناول في هذا المطلب تعريف العقد الإلكتروني في القوانين المقارنة في الفرع الأول، وفي فرع ثان التعريف الوارد في المواثيق الدولية، وأخيرا من الناحية الفقهية في الفرع الثالث.

الفرع الأول

التعريف التشريعي

إن المشرع الجزائري تناول العقد الإلكتروني بطريقة غير مباشرة، وذلك باعترافه بحجية العقد الإلكتروني في الإثبات من خلال نص المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري، وفي انتظار صدور قانون التجارة الإلكترونية عرفت المادة 02 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني العقد الإلكتروني بأنه " الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية كليا أم جزئيا " وأضافت نفس المادة تعريفا للوسائط الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنه " أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها " [2]

كما تنص المادة 02 من القانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 بشأن المعاملات التجارية الإلكترونية على أنه يقصد بالمعاملات الإلكترونية " أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية. "[3]

أما المشرع المصري فقد عرفه في المادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية بأنه " كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو يتبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني " وفي هذا السياق يمكن القول بأن التعريف الذي أورده المشرع الأردني قابل للتطبيق على المدى البعيد ويتماشى مع التطور الإلكتروني واكتشاف وسائل أخرى للاتصال، فهو لم يحصر الوسائط الإلكترونية في تلك الموجودة في الوقت الراهن وإنما ترك المجال مفتوحا لاعتبار كل وسيلة تتوفر على الخصائص الواردة في التعريف كوسيط إلكتروني.[4]

الفرع الثاني

التعريف الوارد في المواثيق الدولية

---

[1] سمير حامد عبد العزيز الجمال، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2006، ص 64.

[2] مصطفى منشور وسيمة، **النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2016-2017، ص 88.

[3] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 66.

[4] قسنطيني حدة صبرينة، **العقد الإلكتروني**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2011 -2012، ص 10.

سنتناول في هذا الفرع كل من التعريف الوارد في القانون النموذجي من جهة والتعريف الصادر عن البرلمان الأوروبي.

أولا: التعريف الوارد في القانون النموذجي

لقد عرف القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية البيانات الإلكترونية في المادة الثانية منه فقرة ب التي نصت على " يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر، باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات ".[1]

لقد اكتفى القانون النموذجي بتعريف تبادل البيانات الإلكترونية، والملاحظ في هذا المجال بأن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قد حددت الأنشطة التجارية التي يجب أن ينطبق عليها هذا القانون تحديدا واسعا يشمل جميع المسائل الناشئة عن العلاقات التجارية، وتضم العلاقات التعاقدية ذات الطابع التجاري عدة معاملات منها:

المعاملة التجارية لتوريد وتبادل السلع والخدمات، الأعمال المصرفية، وطبقا لهذه المادة لا يعتبر الإنترنت الوسيلة الوحيدة لإتمام عملية التعاقد، إذ أضاف هذا القانون كل من:

التلكس والفاكس على سبيل المثال لا الحصر في المادة 02 فقرة أ.[2]

ثانيا: التعريف الصادر عن البرلمان الأوربي

صدر التوجيه الأوربي رقم 07/97 بتاريخ: 20 مايو 1997 والخاص بعقود البيع عن بعد، إذ عرف في المادة الثانية منه عقد البيع عن بعد بأنه " كل عقد يتعلق بأموال أو خدمات يبرم بين المورد والمستهلك ضمن إطار نظام بيع وتقديم خدمة عن بعد ينظمه المورد باستخدام عدة جمل تقنية للاتصال عن بعد وصولا إلى إبرام العقد وتنفيذه " وقد حدد هذا التوجيه في المادة 02 منه وسائل الاتصال عن بعد بقوله " كل وسيلة تستخدم للاتصال عن بعد بدون حضور مادي متزامن لمقدم الخدمة والمستهلك وتؤدي إلى إبرام العقد بين هذه الأطراف ويعتبر من قبيل وسائل الاتصال عن بعد والتي يمكن إبرام العقد الإلكتروني من خلالها: الهاتف واجتماعات الفيديو وشاشة التلفزيون الحاسوب والبريد الإلكتروني كما يضاف إليه أي وسيلة أخرى يتحقق بها الاتصال عن بعد دون حضور مادي للمتعاقدين."[3]

أما التوجيه الأوربي رقم 31/2000 الصادر في 08 جوان 2000 الذي يطلق عليه توجيه التجارة الإلكترونية فقد عرف في مادته الثانية الاتصال التجاري " كل شكل من أشكال الاتصال يستهدف تسويق بضائع أو خدمات أو صورة مشروع أو منظمة أو شخص يباشر نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو يقوم بمهنة منتظمة "، وواضح أن هذا التوجيه قد صدر عاما وشاملا لموضوع التجارة الإلكترونية وأشخاصها، خلافا لتوجيه الأول الذي

---

[1] صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، يتكون من 17 مادة وهي مقسمة إلى بابين الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية والثاني يتعلق بعقود نقل البضائع والمستندات، تم إقراره بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51 -162 في: 1996/12/16.

[2] قسنطيني حدة صبرينة، المرجع السابق، ص 09.

[3] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 64، 65.

تناول التعاقد عن بعد، في حين تناول التوجيه الثاني تسويق البضائع والخدمات والأنشطة التجارية أو الصناعية أو الحرفية أو المهنية بصورة منتظمة.[1]

وبالتالي فقد أتاح التوجيه الأوربي رقم 31/2000 لأصحاب المهن المختلفة كالمحامين والمحاسبين وأعضاء المهن الطبية الانتفاع التام بهذه التقنيات، وتقديم الخدمات من خلالها داخل أقاليم الدول الأعضاء في الإتحاد الأوربي، إلا أنه ألزم المستخدمين من أصحاب المهن المختلفة باحترام القواعد المهنية المعمول بها مثل:

المحافظة على أسرار المهنة الأمانة والصدق في جميع الأنشطة، كما حظر مباشرة الأنشطة التي تعد مخالفة للقانون أو النظام العام والآداب العامة.[2]

الفرع الثالث

التعريف الفقهي

نظرا للتطور السريع الذي طرأ على مفهوم العقد الإلكتروني، فقد ظهرت العديد من التعريفات الفقهية للعقد الإلكتروني تختلف باختلاف وجهة النظر إلى التجارة الإلكترونية فهناك من يعرفها بأنها " عمليات الإعلان والتعريف للبضائع والخدمات يتم تنفيذ عمليات إبرام العقود والشراء والبيع لتلك البضائع والخدمات ثم سداد القيم الشرائية عبر شبكات الاتصال المختلفة سواء كانت الإنترنت أو غيرها من الشبكات التي تربط البائع بالمشتري."[3]

كما ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه " العقد الذي يتم إبرامه عبر الإنترنيت " إذ يعاب على هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الإنترنت متجاهلا الوسائل الأخرى كالتلكس والفاكس.[4]

أما الفقه الفرنسي فقد عرف العقد الإلكتروني بأنه " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية تنتج التفاعل الحواري بين الموجب والقابل" يعاب على هذا التعريف أيضا أنه لم يقم بتبيان نتيجة تلاقي الإيجاب والقبول أي الأثر الذي يحدثه التعاقد إلكترونيا من إنشاء التزامات تعاقدية.[5]

وبصفة عامة يمكن القول بأن التعريف الشامل للعقد الإلكتروني هو ذلك التعريف الذي يعرفه على أساس خصوصيته المتمثلة بصفة أساسية في الطريقة التي ينعقد بها دون إغفال أهم صفة فيه باعتباره من العقود التي تبرم عن بعد، فالعقد الإلكتروني هو التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية سمعية أو مرئية أوكليهما على شبكة الاتصالات والمعلومات بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطريق بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها.[6]

---

[1] مصطفى منشور وسيمة، المرجع السابق، ص 87.
[2] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 65، 66.
[3] قسنطيني حدة صبرينة، المرجع السابق، ص 06.
[4] طمين سهيلة، **الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 10.
[5] مصطفى منشور وسيمة، المرجع السابق، ص 83.
[6] قسنطيني حدة صبرينة، المرجع السابق، ص 07.

المطلب الثاني

خصائص العقد الإلكتروني

يختص العقد الإلكتروني بعديد من الخصائص والتي تتمثل في أنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية كما يغلب عليه الطابع التجاري، بالإضافة إلى أنه عقد يبرم عن بعد، من خلال هذا سأتطرق إلى هذه الخصائص في فروع ثلاثة على التوالي.

الفرع الأول

عقد مبرم بوسيلة إلكترونية

إن أهم خاصية يتميز بها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود هي أنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، فالوسيلة التي من خلالها يتم إبرام العقد هي التي تكسبه هذه الصفة وتتمثل هذه الوسائل عادة في أنظمة الكمبيوتر المرتبطة بشبكات الاتصالات المختلفة والملاحظ أنه لا يمكن حصر هذه الوسائل في الوقت الراهن لارتباطها مع التطور التكنولوجي غير أنه يمكن عرض أهمها فيما يلي[1]:

أولا: التعاقد عن طريق الإنترنت

شبكة الإنترنت هي مجموعة من أجهزة الحاسب الآلي التي تتحاور مع بعضها البعض من خلال اتصالها معا عبر كوابل الألياف الضوئية والخطوط التليفونية والأقمار الصناعية وغيرها من وسائل الاتصال الشبكي، وبالتالي فهي عبارة عن شبكة اتصالات دولية متصلة بشبكات المعلومات الدولية في شتى بقاع الأرض وبنوك المعلومات ومراكز البحث العلمي والمكتبات العلمية والشركات الكبرى.[2]

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب التفرقة بين التعاقد عبر الانترنت، والتعاقد عبر شبكة الإنترنت والإكسترانت.

فشبكة الإنترنت هي عبارة عن سلسلة من شبكات المعلومات تمتلكها مشروع مؤسسة واحدة، وهذه الشبكات قد تكون داخلية محدودة النطاق داخل نفس المكان أوفي شبكات واسعة النطاق، ويتم الربط بينها وبين شبكة الإنترنت بواسطة جهاز كمبيوتر أو أكثر يكون بمثابة المدخل الرئيسي لها عبر الإنترنت.

أما شبكة الإكسترانت هي جزء من شبكة الانترنت الداخلية الخاصة بالمنشأة أو المشروع، لكن تم إمداده وإتاحة استخدامه لأشخاص خارج المنشأة وفروعها.

ويتم استخدام عدة وسائل في التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت أهمها:

---

[1] برني نذير، **العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري**، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2006، ص 08.

[2] قسنطيني حدة صبرينة، المرجع السابق، ص 18.

1-الكمبيوتر: هو أوسع الأجهزة انتشارا ويعرف بأنه جهاز إلكتروني يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية طبقا للتعليمات المعطاة بسرعة ودقة كبيرين وله القدرة على التعامل مع كم هائل من البيانات وكذلك تخزينها واسترجاعها عند الحاجة.

2-الهاتف المحمول: لقد أدى استخدام الهواتف النقالة في مجال إبرام عقود التجارة الإلكترونية بصفة عامة إلى ظهور نمط جديد من التجارة عرف بتجارة الهاتف المحمول أو التجارة الخلوية يرمز لها اختصارا ب: M-COMMERCE.[1]

ثانيا: التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة

1-المينتيل: ظهر في فرنسا في بداية الثمانينات هو جهاز يشبه الكمبيوتر لكنه صغير الحجم نسبيا ويتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشمل على حروف وأرقام، يلزم لتشغيله أن يوصل بخط الهاتف.[2]

2-التلكس والفاكس

يعتبر التلكس جهاز لإرسال 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 إرسالها، أما جهاز الفاكس فهو جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقل مطابق لأصلها فتظهر الرسائل والمستندات على جهاز فاكس آخر في حيازة المستقبل.[3]

3-الهاتف المرئي

لقد تطور الهاتف العادي وأدخلت عليه بعض التعديلات، فظهر ما يعرف بالهاتف المرئي الذي يمكن صاحبه من الكلام مع شخص ومشاهدته في نفس الوقت ويعد من أكثر وسائل الاتصال الفورية فاعلية وانتشارا في العالم المنظور.[4]

الفرع الثاني

الطابع التجاري للعقد الإلكتروني

يرى جانب من الفقه أن العقد الإلكتروني مثل العقد التقليدي ولا يختلف عنه سوى في أنه ينعقد بطريقة إلكترونية عبر تقنيات الاتصال المختلفة، إلا أن هذا العقد يتسم بالطابع التجاري ولذلك يطلق عليه اسم عقد التجارة الإلكترونية.[5]

كما أن التجارة الإلكترونية هي المجال الذي يظهر فيه العقد الإلكتروني بصفة خاصة كون العقد الإلكتروني هو أهم وسيلة من وسائل التجارة الإلكترونية، وهذا ما جعل بعض الفقه يعبر بمصطلح التجارة الإلكترونية على العقود الإلكترونية تجاوزا، ولا يقصد تلك التجارة في الأجهزة الإلكترونية بل يقصد بها المعاملات والعلاقات التجارية التي تتم بين

---

[1] برني نذير، المرجع السابق، ص 10.
[2] قسنطيني حدة صيرينة، المرجع السابق، ص 19، 20.
[3] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، **العقد الإلكتروني**، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، د ت، ص 26، 27.
[4] برني نذير، المرجع السابق، ص 09.
[5] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 71.

المتعاملين فيها، من خلال استخدام أجهزة ووسائل إلكترونية، والعقد الإلكتروني قد يتمثل في عقد البيع أو في عقد تقديم خدمات أو سمسرة أو تأمين أو حتى عقد قرض، ويلاحظ أن العقود المبرمة عبر الإنترنت بين المشروعات التجارية والمستهلك عادة ما تتخذ نموذج عقد إذعان[1] أو عقد استهلاك.[2]

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف العقود التجارية لكنه عرف العمل التجاري من خلال المواد 2-3-4 من القانون التجاري الجزائري، فلا تكون التجارة الإلكترونية سوى ممارسة تلك الأعمال بواسطة الوسائل الإلكترونية، ومنه يمكن القول إن التجارة الإلكترونية لا تختلف عن التجارة التقليدية من حيث مضمونها ومحترفيها، أما وجه الخصوصية فيها فيتمثل في وسائل مباشرتها، وبصفة خاصة الطريقة التي تنعقد بها العقود ووسائل تنفيذها.[3]

الفرع الثالث

عقد مبرم عن بعد

إن العقد الإلكتروني يتميز عن باقي العقود بأنه عقد مبرم عن بعد، أي أن هناك مسافة بين المتعاقدين " فالتعاقد الإلكتروني على الانترنت يعد تعاقد بين حاضرين حكما حيث أن هناك تباعد مكاني بين البائع أو المنتج وبين المستهلك ولكن هناك في الغالب اتحاد زمني بين الطرفين، فالطرفين لا يجمعهما مجلس عقد واحد " [4]

وبالتالي فإن العقود في التجارة الإلكترونية تعتمد على مفاهيم البعد وعدم تواجد أطراف العقد معا وقت نشأته، لأنها تتم عن طريق تقنيات الاتصال الحديثة التي تحقق الاتصال بين الأطراف دون أن يتطلب ذلك الالتقاء المادي بينهم. إذ عرف البرلمان والمجلس الأوربي رقم 07/97 العقد بأنه " كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام لبيع أو تقديم خدمات عن بعد، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد فقط تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه " [5]

فمن ميزات إبرام العقد عن بعد أي دون حضور مادي للمتعاقد نجد مزايا اقتصادية للمشروعات التجارية وللعملاء على حد سواء:

أولا: بالنسبة للعملاء

نجده يوفر لهم الجهد والوقت كما يتيح للعميل معرفة الأسعار المختلفة، والتعرف بسهولة على الأصناف المتعددة للسلعة الواحدة، وبالتالي تحقق مصالح العملاء.

---

[1] **عقد إذعان**: هو ذلك العقد الذي ينفرد أحد المتعاقدين بوضع شروطه ولا يسمح للطرف الأخر بمناقشتها.

[2] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 71.

-**عقد الاستهلاك**: هو عقد تقليدي يتمثل في توريد أو تقديم مال أو خدمة إلا أن مقدم الخدمة أو السلعة يكون منتجا أو مهنيا والمتلقي هو المستهلك أي الفرد العادي الذي يرغب في إشباع حاجاته الشخصية والعائلية.

[3] برني نذير، المرجع السابق، ص 12.

[4] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 33.

[5] مصطفى منشور وسيمة، المرجع السابق، ص 91.

ثانيا: بالنسبة للمشروعات التجارية

أدى استخدامها للعقود الإلكترونية في المعاملات التجارية إلى تخفيض النفقات الداخلية وتقليص عدد العمالة، وتلبية طلبات العملاء بسرعة، وتخفيض تكاليف التوزيع والتسويق. [1]

بالرغم من المزايا التي يتمتع بها العقد الإلكتروني المبرم عن بعد إلا أنه لا يسمح بضمان بعض المسائل القانونية أهمها:

1- استطاعة كل من الطرفين التحقق من أهلية الآخر وصفته في التعاقد.

2-التحقق من تاريخ التصرفات والمستندات.

3-الإعداد المسبق لأدلة الإثبات.

4-التحقق من إبرام العقد.[2]

إن التباعد المكاني للطرفي العقد لا ينفي الوجاهية في العقد، خاصة عند استعمال الوسائل السمعية البصرية.[3]

وعليه فإن العقد الإلكتروني ينتمي إلى زمرة العقود التي أصطلح القانونين على تسميتها بالعقود التي تبرم عن بعد، فهذا العقد لا يوجد فيه مجلس مادي للمتعاقدين ويتم الإيجاب عن بعد بوسائل مختلفة كما ينتقل أمر الشراء (القبول) بواسطة هذه الوسائل وهي السمة الأساسية لهذا النوع من العقود، حيث يتسم باستخدام وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة.[4]

المطلب الثالث

وسائل الإثبات في الشكل الإلكتروني

إن التطور التقني لوسائل الاتصال الحديثة وتقنيات المعلومات، أتاح التعامل بنوع جديد من الدعامات، هذه الدعامات هي الأخرى تتطلب شروط شكلية كالكتابة والتوقيع مثلا وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال تعديل قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني من خلال القانون رقم 05-10، وبذلك سنتناول في هذا المطلب ثلاثة فروع معنونة تواليا كما يلي:

الكتابة الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني، حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات.

الفرع الأول

الكتابة الإلكترونية

سنتناول في هذا الفرع نقطتين أساسيتين وهما تعريف وشروط الكتابة الإلكترونية.

أولا: تعريف الكتابة الإلكترونية

[1] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 70، 71.
[2] برني نذير، المرجع السابق، ص 11.
[3] قسنطيني حدة صبرينة، المرجع السابق، ص 21.
[4] مصطفى منشور وسيمة، المرجع السابق، ص 94.

كما هو معلوم لجأ المشرع الجزائري إلى عملية تطويع قواعد القانون المدني المتعلقة بالإثبات لتستوعب الرسائل والدعامات غير الورقية، إذ نص في المادة 323 مكرر وكذا المادة 323 مكرر 01 من القانون 05-10 المعدل للقانون المدني الجزائري على الكتابة الإلكترونية حيث نص في المادة 323 مكرر على أنه " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها." [1]

كما عرف المشرع الفرنسي الكتابة الإلكترونية في تعديل القانون المدني ليوائم هذا التطور بموجب القانون رقم: 2000-230 حيث أعيدت صياغة نص المادة 1316 -01 منه لتصبح على النحو الآتي " يشمل الإثبات بالكتابة كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى ذات دلالة تعبيرية واضحة مفهومة أيا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره." [2]

أما المشرع المصري فقد عرفها في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 حيث تنص المادة 01-أ منه على أنها " كل حروف وأرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك." [3]

يتضح من النصوص السابقة أن كل من المشرع المصري والفرنسي قد تبنيا مفهوما موسعا للكتابة، واعترفا بالكتابة الإلكترونية، ومنحاها نفس الحجية القانونية المقررة للكتابة التقليدية في الإثبات.[4]

ثانيا: الشروط القانونية للكتابة الإلكترونية

لقد وضعت التشريعات القانونية الداخلية شروطا واضحة للكتابة الإلكترونية، حتى تكون دليلا قائما بذاته ومقبولا في الإثبات وتعادل حجيتها الكتابة على الورق كما أضاف الفقه بعض الشروط وتتمثل فيما يلي:

1-إمكانية قراءة الكتابة

يشترط في الكتابة لكي يتم قبولها كدليل إثبات تحقق خاصية القراءة والوضوح ويستوي في هذا أن تكون على دعامة ورقية أو إلكترونية أو أن يتم تدوينها بحروف أو برموز، وشرط القراءة هذا يتحقق بسهولة في الكتابة الخطية لأنها تقرأ مباشرة وهو شرط بديهي فيها.[5]

وإذا كان الشرط يتوفر في الكتابة التقليدية إلا أنه تماشيا مع هذا المفهوم فإن البيانات الإلكترونية رغم أنها تكون في صورة غير مادية بل وقد تكون مشفرة إلا أنه يمكن قراءتها باستخدام الحاسوب، وبالتالي يكون لها قيمة وحجية قانونية في الإثبات متى أمكن فك هذا

---

[1] بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، المرجع السابق، ص 101، 102.

[2] رزوق يوسف، **حجية وسائل الإثبات الحديثة**، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، ص 169.

[3] لملوم كريم، **الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 25.

[4] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 197.

[5] رزوق يوسف، المرجع السابق، ص 176.

التشفير[1] وذلك بوضع قواعد تقنية تتمثل في برنامج خاص يقوم بترجمة لغة الآلة اللوغاريتمية[2] إلى اللغة التي يفهمها الإنسان أي تحويل الرموز إلى حروف مقروءة ومفهومة وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر بقوله ".... رموز ذات معنى مفهوم...." كما أشار إليه المشرع المصري في المادة 01 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 في العبارة ".... تعطي الكتابة دلالة قابلة للإدراك...." [3]

2-التدليل على هوية الشخص الذي أصدرها: لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على شرط التأكد من هوية الشخص الذي ينسب إليه المحرر الإلكتروني، والذي يتحمل الالتزامات المترتبة على ذلك ويجني الحقوق المترتبة كذلك، وبالتالي فهذه المسألة تزداد تعقيدا إذا استعملنا الكتابة الإلكترونية للتعاقد على شبكة الإنترنت، خاصة مع العدد الكبير للمتدخلين فيها وبعدهم الجغرافي ومدى التحقق من أهليتهم للتعاقد[4]، لكن مع تقنية التوقيع الإلكتروني أصبح الحل موجودا للتأكد من نسبة الكتابة لشخص ما، لكن الإشكال المطروح في الكتابة الإلكترونية غير الموقعة فكيف يتم التأكد من مصدرها ؟ ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول أن التوقيع هو الذي يحدد هوية منشئ المحرر (الكتابة) وليس من وضع المحرر الإلكتروني.[5]

3-إمكانية الحفظ وعدم القابلية للتعديل:

أ-إمكانية الحفظ: يعني حفظ الكتابة أن يتم التدوين على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه واستمرارها، بحيث يمكن الرجوع إليه وقت الحاجة، فإذا كان الوسيط الورقي يوفر هذه الخاصية فإن الإشكال يقوم بصفة خاصة في الوسيط الإلكتروني، كالشرائح الممغنطة وأقراص التسجيل التي تتسم بحساسية عالية، إذ يمكن أن تتلف بمجرد اختلاف شدة التيار الكهربائي، أو حتى الاختلاف الكبير في درجة حرارة تخزين هذه الوسائط، إلا أنه تم تجاوز ذلك باستخدام وسائط متطورة تضمن الثبات والاستمرارية، ولا تتأثر بعوامل الزمن أو الحريق أو الرطوبة أو الحشرات.[6]

ومن أمثلة الوسائط الإلكترونية التي تضمن الحفظ، وتمكن من العودة إليها بكل سهولة نجد كل من الحفظ على الأقراص (CD.ROM) البريد الإلكتروني (E-mail) الحفظ عن طريق برنامج(PDF) الحفظ على صناديق إلكترونية.

ب-عدم القابلية للتعديل: يقصد بهذا الشرط صمود الكتابة في مواجهة كل محاولات التعديل أو التغيير في مضمونها، حيث يشترط في الكتابة عموما خلوها من العوامل المؤثرة في صحتها مثل الكشط والمحو، ويقصد به في حال الكتابة الإلكترونية جعل الكتابة تتمتع بالثقة والأمان من طرف مستخدميها، وكذلك من طرف المتعاملين في مجال التجارة

[1] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 199.
[2] اللوغاريتمية هي كلمة إنجليزية أخذت من اسم العالم العربي الخوارزمي، ولقد أدخل مفهوم اللوغاريتمات إلى الرياضيات في أوائل القرن 17 على يد العالم جون نابيير كوسيلة لتبسيط الحسابات.
[3] بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، المرجع السابق، ص 109، 110.
[4] رزوق يوسف، المرجع السابق، ص 180.
[5] بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، المرجع السابق، ص 111، 112.
[6] قسنطيني حدة صبرينة، المرجع السابق، ص 86.

الإلكترونية، إذ نص المشرع الجزائري على فعل تزوير المحررات في تعديله لقانون العقوبات [1]2004 من خلال الأمر 15/04 في المواد من394 مكرر إلى 394 مكرر06.[2]

ثالثا: معادلة الكتابة الإلكترونية للكتابة الورقية

لا يجوز القول بأن المعالجة الإلكترونية التي تتم للبيانات بواسطة الحاسب الآلي من شأنها التمييز بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الورقية، فلم تكن يوما وسيلة الكتابة بالنقش على الجدران أو بالنقر على الألواح الحجرية أو الخشبية أو باستخدام العظام للكتابة على جذع النخل أو الريشة أو القلم للكتابة على الورق عند اختراعه أو حتى الكتابة باليد أو بواسطة آلة مما يتحدد به مفهوم الكتابة، ومن تم لا يجوز تمييز الكتابة باستخدام تكنولوجيا المعلومات عن الصور الأخرى للكتابة للقول بعدم إمكانية معادلة حجية المحررات الإلكترونية بحجية المحررات الورقية، وبالتالي فالدعامة الإلكترونية والدعامة الورقية لهما نفس القوة الثبوتية.[3]

الفرع الثاني

التوقيع الإلكتروني

أصبح التوقيع التقليدي لا يتلاءم والكتابة في الشكل الإلكتروني خصوصا مع ظهور الوسائل المستحدثة ونتيجة ثورة المعلومات،[4] إذ سنتناول في هذا الفرع تعريف وصور وحجية التوقيع الإلكتروني.

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني

هو الوسيلة الإلكترونية التي يمكن بمقتضاها تحديد هوية الشخص المنسوب التوقيع إليه، وكما نص عليه القانون المصري بأنه " ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد ويسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره."[5]

كما عرفه قاموس روبير الفرنسي بأنه " علامة شخصية يضعها الموقع باسمه ليؤكد صحة مضمون الورقة وصدق ما كتب بها وإقراره بتحمل المسؤولية عنه"، أما الأستاذ كرستوف دوفيس فعرفه كما يلي " كل علامة توضع على سند تميز هوية وشخصية الموقع وتكشف عن إرادته بقبول التزامه بمضمون هذا المستند وإقراره له." [6]

كما عرفه المشرع الأردني في المادة 02 من القانون رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الإلكترونية بأنه " الأصوات الإلكترونية أو الرموز أو المعالجة أو التشفير

---

[1] بلعيساوي محمد الطاهر، غنية باطلي، المرجع السابق، ص 116، 117.

[2] الأمر رقم 66-156 المؤرخ في08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004.

[3] هاني دويدار، **مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل أحكام الإثبات الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 10.

[4] بلعيساوي محمد الطاهر، غنية باطلي، المرجع السابق، ص 119.

[5] سمير عبد السميع الأودن، **العقد الإلكتروني**، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 175.

[6] لملوم كريم، المرجع السابق، ص 102.

الرقمي التي تبين هوية الشخص المعني الذي وضع هذه الإشارات على المستند من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه."[1]

أما المشرع الجزائري فقد عرفه من خلال المرسوم التنفيذي رقم 162/07 [2] الصادر في 2007/05/30 في المادة 03 مكرر الفقرة الأولى كما يلي " التوقيع الإلكتروني هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر01 من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26."[3]

ثانيا: صور التوقيع الإلكتروني

1-التوقيع الرقمي: هو عبارة عن وحدة قصيرة من البيانات التي تحمل علاقة رياضية مع البيانات المتضمنة في محتوى الوثيقة، كما يعرف بأنه طريقة اتصال مشفرة تعمل على توثيق المعاملات التي تتم عبر الإنترنت.[4]

إذ يقوم هذا التوقيع على وسائل التشفير الرقمي الذي يعتمد على خوارزميات أو معادلات حسابية رياضية لضمان سرية المعلومات والاتصالات بطريقة آمنة عبر تحويله إلى شكل غير مفهوم إلا من صاحب العلاقة، فهذا النوع من التوقيع يعتمد على نظام التشفير باستخدام نظام المفتاحين، أحدهما للتشفير ويسمى المفتاح الخاص وقد عرفه المشرع الجزائري في الفقرة الثامنة من المادة الثانية من قانون التوقيع والتصديق رقم 04/15[5] كالتالي " مفتاح التشفير الخاص هو عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط ويستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي " [6]

أما المفتاح الثاني فيسمى بالمفتاح العام وهو الذي يسمح لكل من يهتم بقراءة الرسالة أن يقرأها دون أن يستطيع إدخال أي تعديل عليها، فإذا ما وافق على مضمونها وأراد إبداء قبول بشأنها وضع توقيعه عليها من خلال مفتاحه الخاص،[7] إذ عرفه المشرع الجزائري في الفقرة 09 من المادة 02 من القانون 04/15 بأنه " سلسلة من الأعداد يكون موضوعه في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني ".

2-التوقيع البيومتري: يعتمد التوقيع البيومتري على الخواص والصفات الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للإنسان، والتي من المفترض أنها تختلف من شخص إلى أخر منها البصمة الشخصية، مسح العين البشرية أو ما يعرف ببصمات قزحية العين وخواص اليد

---

[1] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 212.

[2] مرسوم تنفيذي 162/07 مؤرخ في 2007/05/30، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

[3] بلعيساوي محمد الطاهر، غنية بالطي، المرجع السابق، ص 122.

[4] لملوم كريم، المرجع السابق، ص 131.

[5] قانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2015، الخاص بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

[6] فوغالي بسمة، **إثبات العقد الإلكتروني وحجيته في ظل عالم الأنترنت**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2015/2014، ص 68، 69.

[7] منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، **الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية د ت، ص 197.

البشرية وبصمة نبرة الصوت والتعرف على الوجه البشري وغير ذلك من الصفات الجسدية والسلوكية.[1]

3-التوقيع بالقلم الضوئي: مبدأ هذه الطريقة عبارة عن قلم إلكتروني يمكنه الكتابة على شاشة الكمبيوتر عن طريق برنامج هو المسير والمحرك لكل هذه العملية، ويقوم هذا البرنامج بوظيفتين أساسيتين لهذا النوع من التوقيعات، الأولى وهي خدمة التقاط التوقيع والثانية خدمة التحقق من صحة التوقيع.[2]

ثالثا: حجية التوقيع الإلكتروني

لكي يحوز التوقيع الإلكتروني الحجية الكاملة لابد من توفر مجموعة من الشروط وهي:

1-تحديد هوية الموقع: إذا لم يكن التوقيع كاشفا عن هوية صاحبه ومحددا لذاتيته فإنه لا يعتد به، ولا يصلح لأداء دوره في إضفاء الحجية على المحرر لأنه يتضمن إقرار الموقع بالرضا عما هو مدون[3].

2-التعبير عن إرادة صاحب التوقيع: عندما يوجد التوقيع على المحرر فهذا إقرار من صاحب التوقيع بالتعبير عن رضاه على محتوى المحرر، وتتحقق هذه الوظيفة من خلال تحقق شروط التوقيع الإلكتروني، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " ثبوت صحة التوقيع بعدم إنكاره صراحة، كافية لإعطاء الورقة حجيتها وأن صاحب التوقيع قد ارتضى مضمونها والتزم بها مؤداه إعطاء الورقة حجيتها.[4]"

3-اتصال التوقيع بالمحرر: إن مسألة ارتباط التوقيع بالمحرر مسألة غاية في الأهمية ذلك أنها تعكس سلامة المحرر من أي تعديل قد يطرأ عليه بعد توقيعه، وبالتالي فإن حماية التوقيع الإلكتروني ليست غاية في حد ذاتها وإنما الهدف منها هو حماية المحرر الموقع عليه، والذي يضمن انصراف مضمون المحرر إلى الموقع، ذلك أن وضع التوقيع الإلكتروني على العقد يعني اتجاه إرادة الموقع إلى انصراف آثار العقد إليه والتزامه به.[5]

4-التوثيق: يقوم بمهمة توثيق التوقيع الإلكتروني جهات مختصة في ذلك وهي عبارة عن طريق ثالث محايد موثوق فيه يقوم بدوره كوسيط بين المتعاملين إلكترونيا، وذلك بربط شخص أو كيان بعينه بالتوقيع، كما يضمن أمن المعلومات الإلكترونية، فهي أشبه بكاتب عدل إلكتروني مرخص له للقيام بإصدار شهادات توثيق وتقديم خدمات التوقيع الإلكتروني.[6]

الفرع الثالث

حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات

مع التزايد المستمر في استخدام تقنيات الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها، بدأ الاهتمام بمدى حجية وقوة وسائل التخزين والحفظ التقني للمعلومات

[1] فوغالي بسمة، المرجع السابق، ص 71.
[2] لملوم كريم، المرجع السابق، ص 129.
[3] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 228.
[4] بلعيساوي محمد الطاهر، غنية باطلي، المرجع السابق، ص 136.
[5] قسنطيني حدة صبرينة، المرجع السابق، ص 103.
[6] فوغالي بسمة، المرجع السابق، ص 76.

في الإثبات، ومدى استيعاب النظام القانوني للإثبات لهذه الأنماط المستحدثة في إثبات التصرفات القانونية[1].

أولا: حجية مخرجات الهاتف وما يشابهه

بعد الثورة التقنية في مجال الهاتف النقال وظهور عديد الأشكال والأصناف منها نذكر الأنسرماشين، كما ظهر الجيل الثالث من الهواتف والتي تتيح نقل الصوت والصورة معا والاتصال بالانترنت، لكن التساؤل الذي يثور هو حول مدة صلاحية الصوت لاستخدامه في الإثبات، وهل يكتسب صفة المحرر على النحو الذي حدده المشرع؟ هناك جانب من الفقه يرى أن لفظ المحرر التقليدي يفيد بالضرورة وجود الكتابة، ومدام أن اللفظ لا يطلق لغة على الأقوال الشفهية وعلى هذا النحو لم يعترف المشرع المصري بالصوت كمحرر.[2]

وهناك من الآراء من التزم الصمت حيال هذه النقطة على غرار المشرع الجزائري، كما نجد تشريعات أخرى أقرت الصوت كمحرر وأعطته منزلة الكتابة في الإثبات كالمشرع السوداني مثلا وهذا من خلال المادة 37 من قانون الإثبات لسنة 1983، لذلك فإن اعتراف الدول بالحجية القانونية للأصوات المسجلة عبر وسائل الاتصال الحديثة يتواءم مع ركب التقدم والخوض في غمار المعاملات التجارية الإلكترونية، إضافة إلى السرعة التي تتطور بها التقنيات التي تفوق بتطورها الدراسات القانونية التي تلاحقها، وبالتالي فإن هذه التطورات من شأنها أن تضمن حماية نقل الأصوات [3].

ثانيا: حجية رسائل الفاكس وما يماثلها

لقد اختلفت الآراء حول حجية رسائل الفاكس في الإثبات، فهناك جانب من الفقه يرى أن الرسائل المرسلة عبر جهاز الفاكس ليست لديها الحجة القانونية في الإثبات لأن استخدامها لا ينطوي على أي ضمان من ضمانات الأمن التقني.[4]

كما يرى رأي أخر أن رسالة الفاكس تتمتع بحجية ناقصة في الإثبات لأنها تفتقر للضمانات التي تكفل سلامة الرسالة، مما يبرر عدم إعطاء رسالة الفاكس حجية الدليل الكتابي الكامل ما لم يعترف المرسل بإرسالها وبصحة مضمونها وتوقيعه عليها.[5]

يرى اتجاه فقهي ثالث بأن رسائل الفاكس والتلكس يتمتعان بحجية قانونية كاملة في الإثبات، طالما أن القانون لم يتطلب شكلا خاصا في التصرف المراد إبرامه، كذلك في التصرفات التجارية التي لا تتجاوز حدا معينا، كذلك في الحالات التي تتطلب إثباتها بالكتابة، لذلك فإن التطور الفني والتقني للفاكس يمكن أن يسمح له بقبوله كوسيلة تتمتع مخرجاتها بحجية قانونية كاملة في الإثبات.[6]

والملاحظ على الآراء الفقهية السالفة الذكر أنه رغم تباينها واختلافها حول مسألة مدى قبول رسائل الفاكس في الإثبات إلا أنها تلتقي جميعا في الأخذ بهذه الرسائل وفق ما يتفق مع التشريعات المنظمة لمسائل الإثبات.[7]

---

[1] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 256.
[2] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 257.
[3] لملوم كريم، المرجع السابق، ص 93، 94.
[4] رزوق يوسف، المرجع السابق، ص 98.
[5] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 262.
[6] لملوم كريم، المرجع السابق، ص 95.
[7] رزوق يوسف، المرجع السابق، ص 99.

ثالثا: حجية مخرجات الحاسوب في الإثبات

لقد تطرق المشرع الجزائري لهذه المخرجات في المادة 323 مكرر من القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها." وهذا النص يقترب من نص المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي إن لم نقل أنه نسخة حرفية له.[1]

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول الحجية القانونية للعقود المبرمة عبر الانترنت بين منحها الحجية الكاملة، وبين من رأى أن هناك مخرجات لها حجية كاملة، وأخرى لا تحوز الحجية الكاملة، ورأي أخر يرى أنها لا تحوز الحجية.

لكن أغلب التشريعات تؤيد الرأي الذي منحها الحجية الكاملة طالما توافرت شروط الأمان والحماية اللازمة للدعامات الإلكترونية على نحو يضمن سلامتها من عبث العابثين والمتطفلين، وطالما أمكن حفظها على نحو يتيح استرجاعها وقت طلبها، إذ أن خير وسيلة لضمان حجية هذه المخرجات في الإثبات هو الاستعانة بجهات التصديق الإلكترونية والتي من شأنها أن تضفي على هذه المحررات المزيد من الثقة والأمان لدى المتعاملين بها.[2]

خلاصة الفصل الثاني

من خلال ما سبق ذكره في هذا الفصل نخلص إلى جملة من الاستنتاجات، وهي أن المشرع الجزائري قد خرج عن مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، في عديد من العقود التجارية والتي استثناها بنص صريح كعقد الشركة وعقد إيجار ورهن المحل التجاري وعقد التسيير الحر، كذلك نجد الحال بالنسبة للعقود البحرية كعقد استخدام الملاحين وعقد بيع السفينة أو حتى عقد التأمين البحري، فالمشرع اشترط الكتابة الرسمية نظرا لما تستغرقه هذه العقود في إبرامها وتنفيذها من وقت طويل من جهة وما للكتابة من أهمية خاصة في مسائل حسم النزاعات المحتملة حول طبيعتها أو أثارها من جهة أخرى.

ومن القيود التي وضعها المشرع الجزائري على مبدأ حرية الإثبات هي الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، إذ نجد أن المشرع استلزم الكتابة الإلكترونية وأشترط فيها شروط من أجل اكتسابها القوة الثبوتية كشرط الانتساب والسلامة، لكن أهم شيء يستنتج من هذه العقود الإلكترونية، أن المستقبل سينصفها لتصير مع مرور الزمن ومع التطور التكنولوجي الهائل هي الأصل في إبرام العقود وإثباتها والاستثناء هو اللجوء إلى وسائل أخرى للإثبات وبالتالي هناك من الآراء من يقول أن مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية مهدد بالزوال وربما سيصبح هو الاستثناء والإثبات الإلكتروني هو الأصل [3].

---

[1] رزوق يوسف، المرجع نفسه، ص 117، 118.

[2] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 275.

[3] هاني دويدار، **مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل أحكام الإثبات الإلكتروني**، المرجع السابق، ص 21.

خاتمة

في الأخير ومما سبق ذكره نستنتج أن المعاملات التجارية تخضع لمبدأ حرية الإثبات التي تقتضي جواز إثبات الأعمال التجارية بكافة الطرق، وقرر المشرع هذا المبدأ في نص المادة 30 من القانون التجاري الجزائري، كما يظهر تقرير هذا المبدأ أيضا في نص المادة 333 من القانون المدني الجزائري، بذلك يتضح أن المشرع الجزائري لم يتقيد بنظام الإثبات في المعاملات التجارية بالكتابة حتى لو كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري، أو كان غير محدد القيمة مثلما فعل في إثبات المعاملات المدنية من وجوب الإثبات بالكتابة.

حيث يرجع ذلك إلى الاختلاف الجذري بين الحياة المدنية والحياة التجارية التي تقوم على عاملي السرعة والائتمان، وكذلك بالنظر لما يتمتع به القانون التجاري من ذاتية وكيان مستقل عن القانون المدني.

فالأفراد في الحياة المدنية تتسم أعمالهم بالثبات والاستقرار فهم لا يقومون بإبرام التصرفات أو العقود إلا نادرا، وبالتالي فلديهم الوقت الكافي لإجراء ما يلزم من مفاوضات ومساومات لإتمام تصرفاتهم، وذلك منعا للثغرات التي ينجر عنها من منازعات أو أضرار تلحق بهم مستقبلا .

رغم أن المشرع الجزائري يسر إثبات العقود التجارية من جهة إلا أنه قيدها من جهة أخرى، كما ألزم الأطراف بموجب استحضار دليل كتابي في بعض العقود التجارية كعقد الشركة وعقد بيع ورهن المحل التجاري وعقد إيجار المحل التجاري وعقد بيع السفينة وعقد التسيير الحر.....، بذلك يكون المشرع قد قلل من حرية الإثبات وسرعة المعاملات التجارية.

وبالرجوع لنص المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد جاء بقيد آخر على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، هذا القيد يتمثل في الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني.

فمما سبق دراسته نرى أن مبدأ حرية الإثبات بات مهددا في ظل اللجوء إلى وسائل الاتصال الإلكتروني في عقد الصفقات التجارية، حيث أن التعامل الإلكتروني يختزل عنصري الزمان والمكان، وهو ما ينشئ عن ضرورة تنظيم العقود التي تبرم عبر الوسائل الإلكترونية بقواعد مغايرة لتلك الواردة في القانون المدني والتجاري، كما يرى عديد الفقهاء أن مستقبل مبدأ حرية الإثبات سيصبح مع التطور العلمي والتكنولوجي المتسارع هو الاستثناء والأصل هو الإثبات طبقا لأحكام الإثبات الإلكتروني، حيث يرون بضرورة الاستمرار بمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية إلى أن يصبح التعامل الإلكتروني هو الأصل في التعامل.

مما سبق يمكن لنا تقديم بعض التوصيات كما يلي :

- أن طبيعة الإثبات في المعاملات التجارية ليست من النظام العام، حيث يجوز للمتعاقدين التاجرين الاتفاق على وسائل محددة في الإثبات، وعليه فالأجدر أن يخضع مبدأ حرية الإثبات لقيود وضوابط تضمن جريانه وفق قواعد العدل والإنصاف وتمنع تسييره على مراكب الأهواء والمصالح.

-أن قواعد الإثبات جاءت متفرقة ومشتتة بين قانون الإجراءات المدنية والقانون المدني والقانون التجاري، مما يصعب على المتخاصمين تتبع قواعد الإثبات ومعرفتها معرفة تامة

وعلى ذلك نوصي على ضرورة تجميع كل النصوص المتعلقة بالإثبات في قانون واحد اقتداء ببعض التشريعات.

- إصدار قانون التجارة الإلكترونية تماشيا مع التطور العلمي والتكنولوجي الحاصل في هذا المجال.

قائمة المراجع والمصادر

القوانين والأوامر

1-القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية المؤرخ في 1996/12/16.
2-الأمر66-154، المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في2008/02/25.
3-الأمر 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم04-15 المؤرخ في10نوفمبر2004، ج ر71.
4-الأمر75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم. بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في20 يونيو 2005، ج ر44 .
5-الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم. بالقانون رقم 15-20 المؤرخ في: 2015/12/30، ج ر 71.
6-القانون 91-25 المؤرخ في 16 ديسمبر1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992.
7-قانون 91-25 المؤرخ في 1991/12/16 المتضمن قانون المالية لسنة 1992.
8-قانون 15-04 المؤرخ في 01 فبراير2015 الخاص بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.
9-المرسوم التنفيذي 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف المواصلات السلكية واللاسلكية.

الكتب

1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، **النظرية العامة للالتزام**، د د ن، مصر، 2008.
2- إلياس ناصيف، **موسوعة الشركات التجارية**، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، د د ن، د ت، 2001.
3- أنور سلطان، **قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.
4- بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، **طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية** دار هومة، الجزائر، 2017.
5- خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، **شرح قواعد الإثبات الموضوعية**، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2014.
6- سلام حمزة، **الشركات التجارية**، دار هومة، الجزائر، 2015.
7- سمير حامد عبد العزيز الجمال، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
8- سمير عبد السميع الأودن، **العقد الإلكتروني**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2005.
9- عبد الحميد الشواربي، **القانون التجاري العقود التجارية**، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، د ت.
10-عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني إثبات أثار الالتزام** الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

11-عبد القادر البقيرات، **مبادئ القانون التجاري**، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2011.
12- عبد القادر البقيرات، **محاضرات في مادة القانون التجاري الجزائري**، د د ن الجزائر، د ت.
13-عمار عمورة، **شرح القانون التجاري**، دار المعرفة، الجزائر، 2010.
14- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، **العقد الإلكتروني**، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، د ت.
15- محمد حسام محمود لطفي، **النظرية العامة في الالتزام**، القصر للطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، 2007.
16- محمد حسين منصور، **قانون الإثبات**، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.
17- محمد صبري السعدي، **الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، دار الهدى، الجزائر د ت.
18- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، **أصول القانون التجاري**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
19- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، **الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني** دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ت.
20- نادية فضيل، **القانون التجاري**، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2004.
21- هاني محمد دويدار، **مبادئ القانون التجاري**، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1995.
22- همام محمد محمود زهران، **أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002.

الرسائل والمذكرات

1- رزوق يوسف، **حجية وسائل الإثبات الحديثة**، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2012-2013.
2- مصطفى منشور وسيمة، **النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2016 -2017.
3- بن النية يعقوب، **وسائل الإثبات في المواد التجارية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2014.
4- سمير بن فاتح، **الإثبات في المواد التجارية**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005.
5- طراد إسماعيل، **النظام القانوني لعقد تأجير تسيير المحل التجاري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007 – 2008.

6- طمين سهيلة، **الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2011.
7- فوغالي بسمة، **إثبات العقد الإلكتروني وحجيته في ظل عالم الانترنت**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لمين دباغين، سطيف، 2014 – 2015.
8- قسنطيني حدة صبرينة، **العقد الإلكتروني**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل 2011 – 2012.
9- لملوم كريم، **الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
10-مزعاش عبد الرحيم، **قواعد الإثبات في الأمور التجارية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المؤسسات كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001 – 2002.

مذكرات التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء

1-برني نذير، **العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري**، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2006.

المقالات

1-يوسف بن عبد الله بن محمد الخضير، **حرية الإثبات في النظام التجاري**، المجلة القضائية، العدد السابع، 2003.

المؤتمرات

1-هاني دويدار، **مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل أحكام الإثبات الإلكتروني، مؤتمر المعاملات الإلكترونية**، د ت.

الأحكام القضائية

1-قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 50281 بتاريخ 1989/06/28 المجلة القضائية، العدد الأول، 1991.
2-قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 68467 بتاريخ 1990/10/21 المجلة القضائية، العدد الأول، 1992.
3-قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 142806 بتاريخ 1996/03/26، المجلة القضائية، عدد خاص، 1997.
4-قرار المحكمة العليا، الغرف المجتمعة، رقم 136156 بتاريخ 1997/02/18 المجلة القضائية، العدد الأول، 1997.

5-قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 215174 بتاريخ 2000/05/09، المجلة القضائية، العدد الثاني.
6-قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 513057 بتاريخ 2009/02/04، المجلة القضائية، العدد الأول، 2010.
7-قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 624252 بتاريخ 2010/06/03، العدد الثاني، 2011.
8-قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، رقم 620073، مجلة المحكمة العليا العدد الأول، 2012.

الفهرس

الفهرس

المقدمة.....أ
الفصل الأول: ماهية مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.....4
المبحث الأول: مفهوم مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.....5
المطلب الأول: تعريف مبدأ حرية الإثبات.....6
الفرع الأول: تعريف الإثبات.....6
الفرع الثاني: التعريف بحرية الإثبات.....7
المطلب الثاني: المبادئ الخاصة بالإثبات في المواد التجارية.....8
الفرع الأول: مبدأ الإثبات بكافة الطرق.....9
الفرع الثاني: مبدأ حق الشخص أن يتمسك بدليل صدر منه.....10
أولا: الدفاتر التجارية.....10
ثانيا: الفاتورة المقبولة.....11
ثالثا: المراسلات التجارية.....11
الفرع الثالث: مبدأ إلزام الخصم على تقديم دليل ضد نفسه.....12
المطلب الثالث: محل وعبء الإثبات.....14
الفرع الأول : محل الإثبات.....15
الفرع الثاني: عبء الإثبات.....16
أولا: القاعدة العامة.....16
ثانيا: الاستثناء.....17
المبحث الثاني: وسائل الإثبات في المواد التجارية.....19
المطلب الأول: وسائل الإثبات ذات القوة المطلقة.....19
الفرع الأول: السندات الرسمية.....19
أولا: تعريف السندات الرسمية 20
ثانيا: شروط السند الرسمي.....20
ثالثا: تخلف أحد الشروط 21
رابعا: حجية السندات الرسمية 22
الفرع الثاني: السندات العرفية 22
أولا: تعريف السندات العرفية 22
ثانيا: شروط السند العرفي 23
ثالثا: حجية السند العرفي 24
الفرع الثالث: الدفاتر التجارية 25
اولا: الأشخاص الملزمون بمسك الدفاتر التجارية 25
ثانيا: تنظيم الدفاتر التجارية 26
ثالثا: حجية الدفاتر التجارية ضد التاجر.....26
رابعا: حجية الدفاتر التجارية بين تاجرين 27
خامسا: حجية الدفاتر التجارية على غير التاجر 28

المطلب الثاني: وسائل الإثبات ذات القيمة النسبية 28
الفرع الأول: الرسائل 29
أولا: مفهوم الرسائل في الإثبات 29
ثانيا: حجية الرسالة في الإثبات 30
الفرع الثاني: الفاتورة 31
أولا: دور الفاتورة في الإثبات 31
ثانيا: شروط الفاتورة 32
ثالثا: حجية الفاتورة المقبولة في الإثبات 32
الفرع الثالث: الشهادة 33
أولا: مفهوم الشهادة 34
ثانيا: شروط الشهادة.....34
ثالثا: الأصل العام في ما يجوز إثباته بالشهادة 35
المطلب الثالث: الوسائل الأخرى المعدة للإثبات 37
الفرع الأول: القرائن 37
أولا: تعريف القرائن 37
ثانيا: أنواع القرائن 38
الفرع الثاني: الإقرار 39
أولا: تعريف الإقرار 39
ثانيا: أنواع الإقرار 39
الفرع الثالث: اليمين 40
أولا: تعريف اليمين 40
ثانيا: أنواع اليمين 40
الفرع الرابع: أدلة الإثبات المكملة 42
أولا: المعاينة 43
ثانيا: الخبرة 43
خلاصة الفصل الأول: 45
الفصل الثاني: القيود الواردة على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية 46
المبحث الأول: الإثبات في العقود التجارية بالكتابة 47
المطلب الأول: عقد الشركة 47
الفرع الأول: تعريف عقد الشركة 48
الفرع الثاني: كتابة عقد الشركة 49
الفرع الثالث: إثبات عقد الشركة 51
المطلب الثاني: عقد بيع المحل التجاري 52
الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقد بيع المحل التجاري الشركة 52
الفرع الثاني: انعقاد بيع المحل التجاري 53
أولا: الأركان الموضوعية العامة 53
ثانيا: الأركان الخاصة أو الشكلية 54

الفرع الثالث: إثبات عقد بيع المحل التجاري 55
المطلب الثالث: عقد التسيير الحر 56
الفرع الأول: تعريف عقد التسيير الحر وطبيعته القانونية 56
أولا: تعريف عقد التسيير الحر 56
ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد التسيير الحر.....58
الفرع الثاني: شروط عقد التسيير الحر 58
أولا: الشروط الخاصة بالمؤجر 58
ثانيا: الشروط الخاصة بالمستأجر 60
ثالثا: الشروط الخاصة بالعين المؤجرة 61
رابعا: الشروط الشكلية 61
الفرع الثالث: إثبات عقد التسيير الحر 62
المبحث الثاني: الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني 62
المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني 63
الفرع الأول: التعريف التشريعي 64
الفرع الثاني: التعريف الوارد في المواثيق الدولية 65
أولا: التعريف الوارد في القانون النموذجي 65
ثانيا: التعريف الصادر عن البرلمان الأوربي 66
الفرع الثالث: التعريف الفقهي 67
المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني 68
الفرع الأول: عقد مبرم بوسيلة إلكترونية 68
أولا: التعاقد عن طريق الانترنت 68
ثانيا: التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة 69
الفرع الثاني: الطابع التجاري للعقد الإلكتروني 70
الفرع الثالث: عقد مبرم عن بعد 71
أولا: بالنسبة للعملاء 72
ثانيا: بالنسبة للمشروعات التجارية 72
المطلب الثالث: وسائل الإثبات في الشكل الإلكتروني 73
الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية 73
أولا: تعريف الكتابة الإلكترونية 73
ثانيا: الشروط القانونية للكتابة الإلكترونية 74
ثالثا: معادلة الكتابة الإلكترونية للكتابة الورقية 76
الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني 77
أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني 77
ثانيا: صور التوقيع الإلكتروني 78
ثالثا: حجية التوقيع الإلكتروني 79
الفرع الثالث: حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات 80
أولا: حجية مخرجات الهاتف وما يشابهه 81

ثانيا: حجية رسائل الفاكس وما يماثلها 81
ثالثا: حجية مخرجات الحاسوب في الإثبات 82
خلاصة الفصل الأول.....83
خاتمة.....84
قائمة المصادر والمراجع.....86
الفهرس.....91