وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

التخصص: القانون الخاص المعمق

عنوان المذكرة:

الإثبات بالكتابة في القانون المدني الجزائري

اعداد الطالبة: تحت اشراف الأستاذ

مسكين آمال زهرة د.يحي عبد الحميد

اعضاء لجنة المناقشة

- درعي العربي – أستاذ مساعد أ..... رئيساً

-يحيى عبد الحميد – أستاذ محاضر أ.....مشرفاً

-عثماني محمد – أستاذ مساعد أ.....ممتحناً

السنة الجامعية 2017-2018

شكر وعرفان

نشكر الله الواحد الأحد الذي كرمني بنعمه، وبفضله العظيم وبث في نفسي روح الجّد و العمل فالحمد لله والشكر له. نعم المولى ونعم النصير.

والشكر الى رسولنا الحبيب صلىّ الله عليْهِ وسَلَمْ

الذي أخرج الناس من جهل الظلمات الى نور العلم

أتقدم بجزيل الشكر الى الأستاذ المشرف الدكتور يحي عبد الحميد الذي امدني بتوجيهاته القيمة ولم يبخل علي بوقته ومعلوماته حتى أتمكن من إتمام هذا البحث

فله مني جزيل الشكر والامتنان وأسأل الله سبحانه وتعالى أن يديم عليه الصحة والعافية ويبلغه أمانيه وطموحاته وأن يأتيه أجرا كريما .

كما أتقدم بجزيل الشكر والامتنان لجميع أساتذة كلية الحقوق الذين كانوا لي سند دراستي و تعليمي بالجامعة.

المقدمة

المقدمة:

نص القانون المدني الجزائري على مختلف طرق الإثبات ، حيث تبرز الكتابة وبدون شك من أهم هذه الوسائل في عصرنا الحديث ذلك لما توفره من للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة وهذا يعود لما تحمله من قوة اثبات مطلقة فيما يتعلق بالتصرفات القانونية، مما جعل اختيارنا لهذا الموضوع لعدة أسباب:

- كون الكتابة الوسيلة الأكيدة التي يلجأ اليها الأفراد لحماية حقوقهم.
- الخلط بين الكتابة كركن للانعقاد في بعض التصرفات القانونية والكتابة كوسيلة للإثبات .
- ظهور الكتابة الالكترونية إلى جانب الكتابة الكلاسيكية في المعاملات سواء من طرف الأفراد أو المؤسسات .
- عدم التمييز بين المحرر والتصرف القانوني الذي يتضمنه .

حيث جاء المشرع الجزائري بموضوع الكتابة كدليلي إثبات في الباب السادس المتعلق بإثبات الالتزام من الكتاب الثاني المعنون بالالتزامات والعقود ذلك من المواد 323 إلى 332 من القانون المدني ولقد تناولها في ثلاث مواضيع :

1- المحررات الرسمية
2- المحررات العرفية
3- المحررات الالكترونية

فالكتابة سواء كانت في شكلها التقليدي عن طريق المحررات الرسمية والمحررات العرفية أو في شكلها الحديث عن طريق المحررات الالكترونية ورغم أهميتها البالغة في الإثبات ولما تتميز به من خصائص إلا أنها في المقابل لا تخلو من العيوب التي قد تشوبها وقد تنقص أو تلغي من حجيتها أو قد تخالف الإجراءات الواجب إتباعها ، الأمر الذي يقودنا إلى طرح جملة من التساؤلات والإشكالات ولقد اخترنا أن تكون دراستنا لهذا البحث بالإجابة عليها:

فما هو موقف المشرع الجزائري من الإثبات بالكتابة في شكلها التقليدي والحديث؟

كيف عالج المشرع الجزائري العقود العرفية المبرمة قبل قانون التوثيق؟

ومن هذا المنطق ومن خلال دراستنا لهذا البحث الذي يعد من أهم مواضيع الإثبات في القانون المدني قسمنا دراستنا للموضوع إلى فصلين، الفصل الأول إلى مبحثين والفصل الثاني إلى ثلاثة مباحث وهذا التقسيم راجع إلى طبيعة الموضوع الذي تفرضه علينا

الفصل الأول : الأحكام العامة للإثبات بالكتابة

المبحث الأول : تعريف الإثبات بالكتابة

المبحث الثاني: إجراءات الإثبات بالكتابة

الفصل الثاني : أنواع المحررات

المبحث الأول: المحررات الرسمية

المبحث الثاني : المحررات العرفية

المبحث الثالث : المحررات الإلكترونية

الفصل الأول : الأحكام العامة للإثبات بالكتابة

بدأت طرق الإثبات تنظم في نطاق قانوني إبتداءا من ظهور قانون نابليون ورتبها هذا القانون حسب درجة الإثبات ونقلتها القوانين الوضعية التي استمدت من هذا القانون ، فأصبحت طرق إثبات محدودة القوة وطرق إثبات مطلقة القوة حيث نص القانون المدني الجزائري على طرق الإثبات وهي : الكتابة ، الإقرار ،الشهود،البينة،اليمين،القرائن.

وتنحصر دراستنا على الإثبات بالكتابة في القانون المدني الجزائري .

المبحث الأول: تعريف الإثبات بالكتابة

لقد حدد المشرع الجزائري معنى الإثبات في المادة 323 مكرر

"ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وطرق إرسالها". لقد أعطى المشرع الجزائري لإثبات في المشكل الإلكتروني: نفس مكانة الإثبات بالكتابة على الورق وهذا في التعديل الأخير حسب نص المادة 323 مكرر1:"يعتبر الإثبات في المشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وان تكون معدة ومحفوظة في ظروف "ضمن سلامتها".

لذلك فقد جعل المشرع من الكتابة وسيلة لإثبات الأساسية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية، معترفا لها في ذات الوقت بقوة إثبات مطلقة، حيث يمكن أن تثبت عن طريقها جميع الوقائع القانونية.[1] الحالات التي يجب إثباتها بالكتابة تناولتها المادتين 333-334 المُعَدَلَتين بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005،من خلال تحليل نص المادتين: فان مبدأ الإثبات بالكتابة تحكمه قاعدتين أساسيتين هما :

- (1):الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية لنبيل صقر و مكاري نزيهة ص76 طبعة 2009.

أولاً: إثبات التصرف القانوني غير التجاري . تزيد قيمته عن مائة ألف دينار جزائري أوغير محدد القيمة .

من خلال هذه القاعدة يمكن استنتاج شرطان لإثبات التصرف في كتابة وهما:

1) -يجب أن يكون التصرف مدنيا، لا تجاريا.
2) –يجب أن تزيد قيمة التصرف عن 100000دج أو يكون غير محدد القيمة.

تحدد القيمة بالنقود ، وإذا كانت قيمة التصرف غير محددة بالنقود ، يقوم المدعي بتحديد القيمة ، ولكن تقديره يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ولهذا الأخير تقديرها بنفسه أو بواسطة خبير، وإذا كان التصرف غير محدد القيمة اعتبر يجاوز المائة ألف دج ولو قدره المدعي اقل من هذه القيمة ،ويجب إثباته كتابة.

-تحديد هذه القيمة وقت صدور التصرف، ليس وقت رفع الدعوى (إذا كانت قيمة التصرف وقت صدوره 100000دج ، وانخفضت وقت رفع الدعوى وجب إثباته كتابة. أما لو كانت القيمة اقل و ارتفعت من صدور الدعوى فيجوز إثباته بالشهود).

-العبرة في تحديد القيمة بالأصل وليس الملحقات(مثلا أصل الدين هو 80000دج.والفوائد 20000دج.والتعويض عن التأخير 4000دج،فالمجموع104000دج فهذا التصرف يجوز إثباته بشهادة الشهود لان أصل الدين 80000دج وان كان مجموعه مع الملحقات يزيد عن 100000دج.

والعبرة في تحديد القيمة بكل طلب على حدى:

فإذا كانت الدعوى مشتملة على عدة طلبات ناشئة عن مصادر التزامية مختلفة بين الخصوم أنفسهم جاز الإثبات في كل طلب يقل عن 100000دج بشهادة الشهود. مثال: دين عن عقد بيع يقدر ب 70000دج.ودين ناتج عن عقد إيجار ب 20000دج.ودين عن عقد قرض ب 40000دج وان كانت العقود بين الخصوم أنفسهم فكل طلب يثبت بشهادة الشهود لكونه يقل عن 100000دج .

هذا حتى إن كانت التصرفات من طبيعة واحدة مثلا دين ناتج عن عقد بيع أثاث يقدر ب 90000دج. ودين ناتج عن عقد بيع أجهزة كهر ومنزلية يقدر ب2000دج فهذا أيضا يجوز الإثبات في كل طلب بشهادة الشهود وان كانت في المجموع تجاوز 100000دج.

كل وفاء لا تزيد قيمته 100000دج إذ يجوز إثباته بشهادة الشهود،إلا إذا تعلق الأمر بالوفاء بالباقي أو بجزء من حق وجب إثباته كتابة (أي زاد عن 100000دج) فتحسبا لغش المدين.و ادعائه الوفاء بدين على دفعات معتمدا على شهادة الشهود.

-أوجب المشرع الكتابة في هذه الحالة (مثلا شخص اقرض شخص آخر مبلغ 125000دج واتفقا على الوفاء به على 5 أقساط كل قسط ب 25000دج واضطر احدهما لإثبات القسط وجب إثباته كتابة رغم كونه يقل عن 100000دج لان العبرة بالأصل.)

بمعنى أنه اذا أسس المدعي دعواه، طالبا من مدينه ما يجاوز 100000دج ثم عدل عن الطلب الى طلب أقل من هذه القيمة وجب الإثبات كتابة لأن العبرة بالطلب الأصلي (مثلا أقام المدعي دعواه طالبا 100000دج ثم عدل عن طالبا 40000دج ، فهنا يجب الإثبات بالكتابة لا بشهادة الشهود).

ثانياً:

إثبات ما يجاوز أو يخالف ما اشتمل عليه عقد رسمي ولو لم تزد القيمة عن 100000دج.

لتطبيق هذه القاعدة شروط:

-يجب أن يكون التصرف مدنيا.

-يجب أن يكون هناك عقد رسمي.

هناك من يرى أن المقصود بالعقد الرسمي كل دليل كتابي كامل سواء كان عقدا رسميا أو محررا عرفيا موقعا عليه من قبل الأطراف أو رسائل موقعا عليها.

الأدلة غير الكاملة فلا تدخل تحت طائلته مثل الدفاتر المنزلية، دفاتر التجار ، يجوز إثبات ما يناقضها بكافة الطرق[1].

-المراد هو إثبات ما يجاوز أو يخالف ما اشتمل عليه العقد الرسمي.

فالمجاوزة تعني التعديل أو الإضافة (مثلا في عقد رسمي ، دون أجلا للوفاء وادعى المقترض وجود أجل مزور ، فهذا الادعاء يجب إثباته كتابة)

والمخالفة تعني التكذيب (مثلا دُوِنَ في عقد رسمي أن للبائع قد تسلم ثمن المبيع وأراد البائع تكذيب واقعة التسليم مدعيا أن العقد هبة فهنا يجب عليه إثباتها بكافة الطرق باعتبارها

وقائع مادية وهناك استثناءات على القاعدتين : حيث يمكن الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته كتابة وهي واردة في المادة 335-336و المعدلتين:

1-وجود مبدأ ثبوت بالكتابة.

2- وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

3- فقدان السند الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادة الدائن.

---

[1]:الوجيز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات للأستاذ محمد زهدور

المطلب الأول: المقصود بالكتابة:

يقصد بالكتابة المحرر- السند-الورقة وهناك من لا يفاضل بين هذه العبارات بينما هناك من يفرق بينهما:

المحرر: يطلق على الدليل الكتابي عموما ،أيا كان نوعه، سواء مكان يعد للإثبات أم لا بما في ذلك الأوراق العادية.

السند:يطلق على الوثيقتين المعدتين خصيصا للإثبات وهما الورقة الرسمية والورقة العرفية (السند العرفي- السند الرسمي).

ورقة: ترسل على ما عداها من الأدلة مثل الرسائل – الدفاتر التجارية- والتي لم تكن معدة أساسا لتكون أداة للإثبات.

ويطلق على الكتابة لفظ تأثر باللغة الفرنسية acteفأطلق العقد على التصرف القانوني ثم استعمل نفس اللفظ (عقد) للتعبير عن أداة إثباته[1].

الفرع الأول: أ -التمييز بين التصرف القانون ووسيلة إثباته:

<u>أولا:</u> التصرف القانوني هو اتجاه إرادة الشخص إلى إحداث اثر قانوني معين قد يكون انشاء حق أو تعديله أو نقله أو انقضائه (في نطاق القانون الخاص) وقد يكون التصرف ناشئا عن إرادة واحدة وهو ما يسمى بالتصرف بالإرادة المنفردة أو ناشئا عن ارادتين وهو العقد:

التصرف الإرادة المنفردة :هو التزام الشخص بإرادته المنفردة بإحداث أثر قانوني معين إنشاء حق –الوعد بالجائزة ،أو تعديل حق انتقاله(نقل الهبة عن طريق حوالة حق من دائن أول الى دائن ثان) أو انقضائه (إنهاء الوكالة).

- (1)الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 2 نظير الالتزام يوجه آثار الالتزام لمؤلفه عبد الرزاق حمد السنهوري والدكتور عبد الباسط جميعي ومصطفى محمد الفقي صفحة 105-106.

العقد: توافق إرادتين وتطافهما تطابقا تاما في لحظة معينة لإحداث أثر قانوني قد يكون إنشاء حق أو تعديله أو انقضائه .

ثانيا:هي الورقة التي يفرغ فيها التصرف القانوني ونسميها محررات الإثبات وقد تكون رسمية وقد تكون عرفية.

الفرع الثاني : ب- آثار التمييز بين التصرف وأداة إثباته:

أولا :قد يكون التصرف باطلا والمحرر صحيحا:

-اذا كان التصرف باطلا لسبب من الأسباب (صدوره عن شخص عديم الأهلية –محل غير مشروع مثلا التعامل في المال العام –المخدرات) أو السبب غير مشروع (مثلا هبة على شرط القيام بجريمة أو علاقة غير مشروعة) ولكن بطلان التصرف لا يعني بطلان المحرر اذا تم وفق الشروط و الإجراءات المقررة قانونا.

ثانيا: قد يكون التصرف صحيحا ولكن المحرر باطلا:

مثلا صدور المحرر عن شخص غير مؤهل قانونا، وجود مبدأ الإثبات بالكتابة أو قاعدة الدليل المهيأ((preuve préconstituée) ليس خرقا لمبدأ الرضا في العقود (العقد شريعة المتعاقدين).

المطلب الثاني: استعمال الكتابة:

إن الكتابة قد تكون ركنا في العقد كما تكون وسيلة إثبات له.

الكتابة كركن في العقد هي الحالة التي يشترط فيها المشرع إفراغ التصرف القانوني في ورقة رسمية (محرر رسمي) أي أمام موظف مؤهل قانونا لكي يرتب التصرف آثاره أي ركن الشكلية في التصرفات (العقود مثلا).

أمثلة: م 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

"زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها الى شكل رسمي: يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، دفع الثمن لدى ضابط العمومي الذي حرر العقد.

-كما يجب، تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة والمعدلة للشركة بعقد رسمي، وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى ضابط العمومي المحرر لعقد".

من العقود التي يجب الكتابة فيها وهي :324 مكرر1

1-العقود المتعلقة بالعقار أو حقوقه.

2-عقود المحلات تجارية أو الصناعية أوكل عنصر من عناصرها.

3-عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية.

4-العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة وعقود التنازل عن أسهم أو حصص فيها.

-المادة 12 من قانون التوثيق الصادر في سنة 1970 تنص على أن عقد بيع العقار لا يكون قائما ولا صحيحا إلا إذا أفرغ المتعاقدان إرادتهما في وثيقة رسمية حررها موظف عمومي.

-عقد الإيجار اشترط فيه المرسوم التشريعي رقم 93-08 الرسمية (التوثيق) وكذا المادة 467 مكرر من القانون رقم 507 الموافق ل 13 ماي 2007.

-بعض التصرفات الواقعة على بعض المنقولات الخاصة مثلا السفن الطائرات والمحل التجاري (لابد من التوثيق) "ينعقد الإيجار كتابة ويكون له حق ثابت وإلا كان باطلا".

لم تكن الكتابة ذات قوة إثبات في العصور العتيقة بل كانت الصدارة في طرق الإثبات للبيئة ، و الكتابة في حقيقة أقوى من البينة ، لأن الشاهد قد تعتريه النسيان أو تضعف ذاكرته ، كما قد تفد أخلاقه ويحرف عمدا.

لهذا مع ظهور الإسلام أصبحت الكتابة في المرتبة الأولى وذلك بأمر من الشارع الإلاهي اذا جاء في سورة البقرة "يأيها الذين أمنو اذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فكتبوه..." (الآيتين 282-283).

ثم جاءت القوانين الوضعية اللاحقة للشريعة الإسلامية ،واعترفت بالكتابة كأول دليل، وهو يوفر ضمانات بالغة ، لأنه يعكس الصورة الحقيقة للحق القائم بين أطراف النزاع، لذلك فقد جعل المشرع من الكتابة وسيلة الإثبات الأساسية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية ، معترفا لها في ذات الوقت بقوة إثبات مطلقة ، حيث يمكن أن تثبت عن طريقها جميع الوقائع القانونية [1].

• (1)الوسيط في القواعد الاجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية ل نبيل قر ومكاري نزيهة 76،77 طبعة 2009.

المبحث الثاني: إجراءات الإثبات بالكتابة

للإثبات بالكتابة يجب اتخاذ إجراءات، خاصة إذا امتنع أحد الطرفان عن تقديم الدليل الكتابي و الأصل أن المدعي هو الذي يطرح للنقاش الدليل الكتابي وقد يكون هذا الدليل الكتابي بحوزة خصمه فما هي الطرق المتخذة لتسيير الأمور؟

المطلب الأول : إيداع الأدلة الكتابية وابلاغها:

حسب المادة 21 من ق.إ.م رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 فإن الأوراق والسندات والوثائق التي يستند اليها الخصوم دعما لادعاءاتهم تودع بأمانة الضبط للجهة القضائية أما بأصولها أو نسخ رسمية منها، أو مطابقة للأصل ، ويجوز للقاضي أن يقبل النسخ العادية و الاقتضاء ، وبمقتضى نص المادة 22 منه يقوم كاتب الضبط بجرد هذه الأدلة والتأشير عليها ثم يودعها بملف القضية ، وهذا تحت طائلة رفضها ، ويسلم للخصوم وصل استلام.

تبلغ هذه الأدلة للخصم ، ويمكن أن يتم هذا التبليغ في شكل نسخ ، ويتم تبادل المستندات أثناء الجلسة و خارجها بواسطة أمين الضبط ك 23 ق .إ.م، يمكن للقاضي الأمر شفاهه بإبلاغ وثيقة عرضت عليه ، وثبت عدم إبلاغها للخصم الآخر ويحدد الآجال وبالكيفية المحددة من قبله ويبقى للقاضي سلطة اتخاذ الإجراءات الضرورية ومنح الآجال المناسبة من أجل ضمان حسن سير الخصومة م 24 ق.إ.م.

في مرحلة الاستئناف لا يشترط ابلاغ الخصم بالأدلة المودعة في ملف الدعوى بالدرجة الأولى ، ولكنه يمكن لأي خصم طلبها م 70ق .إ.م، ويفصل في إشكالات الإبلاغ م 71 ق .إ.م كما يمكنه اللجوء بهذه المناسبة الى الغرامة التهديدية م71-72 ق.إ.م.

المطلب الثاني : - إثبات صحة المحرر :

إن المحرر المعرفي حجة على من صدر منه ما لم ينكر ماهو منسوب اليه من خط أو توقيع ، أما المحرر الرسمي فهو حجة على الكافة إلى أن يطعن فيه بالتزوير وإجراءات إثبات صحة المحرر ترتكز على قاعدتين هما :

القاعدة الأولى : ومفادها أن من سلطة المحكمة تقدير ما يحتوي عليه المحرر من محو وشطب و غيرها من العيوب الواردة عليه و للمحكمة طلب الأصل من الشخص المؤهل قانونا الذي كتب المحرر إن كان رسميا ،أو استدعاء الشخص الذي دونه إن كان عرفيا وهذا يعرض التوضيحات اللازمة.

القاعدة الثانية : مفادها إنكار أو التوقيع على السندات غير الرسمية (المعرفية) أم الدفع بالتزوير فيقع على الورقة العرفية والرسمية ،فالورقة العرفية تجد حجيتها متى اعترف الذي نسبت اليه بخطه وإمضائه أو بصمته أما اذا أنكرها انتفت قوتها الثبوتية ، غير أن الأخذ بهذا الإنكار أمر جوازي للقاضي متى تبين جدتيه وعدم الرغبة في المماطلة فله أن يمهله ولكن عن قبله فيأمر إما بمضاهاة الخطوط أو يلجأ الى شهادة الشهود(حسب ما إذا ما كان المحرر الرسمي أو المعرفي منتجا في الدعوى م 165،م181ق.إ.م).

أولا: الدفع بالتزوير:

هو دفع يستعمل للتحقيق من مدى صحة المحرر الرسمي أو المعرفي ، وهو يختلف عن إنكار التوقيع ،فعبء إثبات التزوير يقع على من يدعيه، أما عبء إثبات عدم صحة الإنكار فيقع على من يتمسك بالورقة العرفية (إثبات التوقيع هو من طرف خصمه)

غير أن الدفع بالتزوير يكون إلزاما في بعض الأوراق العرفية:

- المحررات العرفية التي تحمل على التصديق على التوقيع من طرف موظف عام أو ضابط عمومي.
- المحررات العرفية المعترف بالتوقيع عليها دون الكتابة ،أو سبق إثبات صحة التوقيع الذي تحمله فإذا ادعى من يحتج عليه بها حدوث تغيير مادي أو التشطيب.

- المحررات العرفية التي نوقشت في الموضوع بحضور الأطراف فلا يمكن الدفع فيها بالإنكار.

إجراءات الدفع بالتزوير أمام القضاء المدني :

الطعن بالتزوير من المسائل المتعلقة بالنظام العام ، يمكن الدفع به سواء أمام المحكمة الابتدائية، أو أمام المجلس القضائي كحجة استئناف وفي أي مرحلة مراحل الدعوى (أثناء رفعها أو السير فيها) وللخصم الذي يريد الدفع بالتزوير أن يطلب ذلك من المحكمة بالتزوير أن يختار بين الطريق المدني أو الجزئي.

1)- الطعن بالتزوير فى الأوراق العرفية:

أ-عن طريق الادعاء الفرعي :

يتم هذا الطعن عن طريق مذكرة أمام القضاء الناظر في الدعوى الأصلية،ويجب أن تتضمن بدقة الأوجه التي يستند عليها الخصم لإثبات التزوير،تحت طائلة عدم القبول ، ويتعين تبليغ هذه المذكرة إلى الخصم ، ويحدد القاضي الأجل الممنوح للخصم للرد على هذا الإعداء ، وعلى القاضي المعروض عليه النزاع وقف الفصل في الدعوى الأصلية لغاية الفصل في دعوى الطعن بالتزوير ، إذا كانت الوثيقة المطعون فيها بالتزوير لها أهمية في الإثبات (م180من ق.إ.م) وإذا تبين للقاضي عدم أهمية هذه الوثيقة جاز له استبعاد الدفع المتعلق بالطعن بالتزوير ، غير أنه لا يجوز له استبعاد الدفع من جهة والقضاء بناء على هذه الوثيقة من جهة أخرى.

يقوم القاضي بالتأشير على الوثيقة محل النزاع، ويأمر أصلها بأمانة الضبط(165ق.ا.م) و يأمر بإجراء مضاهاة الخطوط اعتمادا على المستندات ،أو على شهادة الشهود وعند الاقتضاء بواسطة خبير (م165ق.إ.م) ،كما يمكن لرئيس الجهة القضائية المعروض عليها الطعن بالتزوير سماع الخصم الذي قدم الوثيقة المطعون فيها بالتزوير ، وكاتب المحرر والشهود عند الاقتضاء (م166ق.إ.م) كما يأمر بتقديم الوثائق التي تسمح بإجراء المقارنة،

ويؤشر عليها و يودعها مع المحرر المنازع فيه بأمانة الضبط ،ليتم سحبها من قبل الخبير المعين مقابل وصل استلام(م166ق.إ.م).

ب-عن طريق الإدعاء الأصلي :

يتم ذلك عن طريق عريضة تبين فيها أوجه التزوير م176ق.إ.م، و إذا صرح المدعي عليه بعدم استعمال المحرر المطعون فيه بالتزوير ، ويعطي القاضي للمدعي إشهادا بذلك (م177 من ق.إ.م)، وإذا صرح المدعي عليه بتمسكه بالمحرر المنازع ، تتبع الإجراءات السابقة (م178 من ق.إ.م)

2)-الطعن بالتزوير في الأوراق الرسمية:

يهدف هذا الإدعاء إلى إثبات تزييف أو تغيير عقد سبق تحريره،أو إضافة معلومات مزورة إليه (م179 من ق.إ.م) وقد تهدف إلى إثبات الطابع المصطنع لهذا العقد ، ويقام هذا الإدعاء بطلب فرعي أو دعوى أصلية.

أ- عن طريق الإدعاء الفرعي:

يتم عن طريق مذكرة أمام القاضي الناظر في الدعوى ، ومتى تبين للقاضي أن الفصل في الدعوى يتوقف على المحرر الرسمي المطعون فيه بالتزوير، يدعو المدعي إلى التصريح عما إذا كان يتمسك به ، إذا صرح الخصم بعدم التمسك به أو لم يبد أي تصريح ، استبعد المحرر ، وإذا تمسك الخصم باستعماله ، دعاه القاضي إلى إيداع أصل المحرر أو نسخة مطابقة عنه بأمانة ضبط الجهة القضائية خلال أجل لا يزيد عن ثمانية أيام ، وفي حالة عدم إيداعه في الأجل المحدد يتم استبعاده ، وإذا كان الأصل مودعا ضمن محفوظات عمومية ، يأمر المودع لديه الأصل بتسليمه لأمانة ضبط الجهة القضائية (م181ق.إ.م)

ب-عن طريق الإدعاء الأصلي:

يتم رفع الإعداء الأصلي بالتزوير عن طريق عريضة تبين أوجه الطعن بالتزوير ، ويأمر القاضي بإيداع العقد المطعون فيه بالتزوير لدى أمانة الضبط خلال أجل لا يتعدى ثمانية

أيام ، ويأمر القاضي بمضاهاة الخطوط اعتمادا على المستندات أو شهادة الشهود أو الخبرة المواد 165و167و170و174ق.إ.م

ومن خلال إجراءات التحقيق في هذا الادعاء يتبين أما تزوير المحرر أو صحته وهذا ما سنوضحه:

ثبوت تزوير الوثيقة المطعون فيها فعلا:

وهنا يصدر القاضي حكما أو قرارا باعتبار الوثيقة المطعون فيها مزورة وبالتالي بطلانها واستبعادها من الدعوى الأصلية كما له الأمر بإزالتها أو إتلافها أو شطبها كليا أو جزئيا وإما بتعديلها، ويسجل منطوق الحكم على هامش العقد المزور (183ق.ا.م) ويقرر القاضي أما إعادة إدراج العقد الرسمي ضمن المحفوظات التي استخرج منها حفظه بأمانة الضبط.

ثبوت صحة الوثيقة المطعون فيها بالتزوير:

يحكم القاضي برفض الطعن لعدم التأسيس مع رد الوثيقة المطعون فيها الأوراق الدعوى الأصلية.

ويكون الحكم قابلا للاستئناف إذا كان أمام المحكمة وللنقض إذا كان أمام المجلس ولهذا الطعن اثر موقف خلاف للأصل (م358ق.ا.م، 361ق.ا.م)

ولا يجوز للخصم الخاسر في الدعوى المدنية الطعن بالتزوير من جديد أمام القاضي الجزائي.

كما أن الطعن بالتزوير في المحررات الرسمية والعرفية هو جريمة في قانون العقوبات طبقا لأحكام المادتين (216-220ق.ا.ج)

حالة الطعن عن طريق الدعوى الجزائية: وفي حال إتباع الطريق الجزائي لابد من رفع شكوى ضد الشخص المستظهر للوثيقة أمام وكيل الجمهورية في المحكمة المختصة محليا، فلهذا الأخير أمر الضبطية القضائية بفتح تحقيق وسماع الشاكي والمشتكي من كما يمكنه

إحالتها على قاضي التحقيق الذي يستعين بالخبراء، أو يعرض الوثيقة على مخبر الشرطة القضائية أو إجراء مضاهاة الخطوط وغيرها من الإجراءات.

بعد انتهاء التحقيق إما أن يصدر القاضي أمر بانتفاء وجه الدعوى ضد المتهم،أوإحالتها على محكمة الجنح أو غرفة الاتهام(جناية).

ويجب على القاضي المدني وقف الدعوى الأصلية لغاية الفصل في الطعن بالتزوير تطبيقا لمبدأ الجزائي يوقف المدني (م165ق.ا.م)

اثر الحكم الجزائي على المدني:

يجوز لصاحب الشكوى التأسس كطرف مدني أمام القضاء الجزائي للمطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به فإذا ثبتت الإدانة فالقاضي يفصل في المدني والجزائي.

والطرف المدني يجوز له استخراج نسخة من الحكم بالإدانة واستظهار أمام القاضي المدني و طلب إعادة السير في الدعوى المتوقفة فالقاضي المدني عليه استبعاد الوثيقة الثابت جزائيا تزويرها وعدم الاعتماد عليها كدليل إثبات (عن طريق عريضة إعادة السير في الدعوى بعدد النسخ حسب الخصوم). وان انتهت بالبراءة ، فالمستفيد عليه استخراج نسخة من الحكم واستظهاره أمام القاضي المدني الذي يلزم بإعادة الورقة (تستعيد قوتها الثبوتية) بناء على الحكم الجزائي وله طلب التعويض المدني عن الأضرار بسبب التهمة.

يرى الفقه وجوب توافر شروط لقبول الدفع بالتزوير:

1) أن يكون هذا الدفع منتجا في الدعوى .
2) أن تكون هناك وقائع كافية في الدعوى لتكوين اقتناع القاضي بصحة المحررأو بتزويره
3) أن يكون إجراء التحقيق جائزا ، فلا يقبل القاضي التحقيق إذا كان المقصود نفي قرينة قانونية قاطعة كما لو كان المقصود هو إثبات عدم التوقيع على ورقة سبق للمحكمة أن فصلت فيها بحكم حائز لقوة الشيء المقضي به.
4) واثبات التزوير يكون بكافة وسائل الإثبات وخاصة عن طريق الخبرة.

ويترتب على الدفع بالتزوير إذا قبلته المحكمة وقف الفصل في الدعوى المدنية إلى حين الفصل النهائي في الدعوى العمومية وقد تحكم المحكمة ببطلان وتبيان العيب الذي يشوب الوثيقة المطعون فيها بالتزوير وهذا لا يؤثر على مراكز الأشخاص أمام المحكمة الجزائية الناظرة في دعوى التزوير.

ثانيا : دعوى مضاهاة الخطوط :

تهدف دعوى مضاهاة الخطوط أو نفي صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي ، عن طريق طلب فرعي أو دعوى أصلية م 164 وتتم المضاهاة وفقا للمواد 164-174 من ق .إ.م. و يجوز للمحكمة أن تجري بواسطة خبير أو عدة خبراء يعينهم القاضي للقيام بالعملية ، ويجوز أن تتم المضاهاة بمعرفة القاضي (فحص الوثيقة وما فيها من شطب أو تحشير).

1) الأوراق التي تصلح للمضاهاة م 167 ق.إ.م:

يتعين على القاضي إجراء المضاهاة استنادا الى العناصر التي توجد بحوزته، عند الاقتضاء أمر الخصوم بتقديم الوثائق التي تسمح بالمقارنة، ويقبل لهذا الغرض على وجه الخصوص : التوقيعات التي تتضمنها العقود الرسمية ، الخطوط والتوقيعات التي سبق الاعتراف بها من الخصم ، الجزء من المستند الذي لا ينكره الخصم.

ففي هذه الحالات لا يلزم اتفاق الخصوم عليها أم الأوراق خلاف هذه فلا بد من الاتفاق عليها و تعرض إشكالات مضاهات الخطوط لاسيما في الشأن على القاضي م 170 ،وإذا اعترف المدعي عليه بكتابة المحرر أعطى القاضي للمدعي إشهاد بذلك م172ق.إ.م.

2) شروط دعوى التحقيق " المضاهاة أو شروط الدفع بالإنكار":

يشترط لقبول دعوى التحقيق:

أ-انكار ورقة عرفية لم يسبق الاعتراف بتوقيعها.

ب- أن يكون الانكار في ورقة عرفية: لأن الورقة الرسمية لا يؤثر فيها التوقيع بل يجب الدفع فيها بالتزوير.

ت- أن يكون الانكار صريحا :

إن اعترف الشخص بتوقيعه على الورقة العرفية، يجوز أن يكون صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا بمجرد السكوت عن الإنكار ، أما انكار التوقيع فلا بد أن يكون صريحا ، ولا يتصور أن يكون ضمنيا أبد وبمجرد الإنكار الصريح تزول حجية الورقة مؤقتا الى حين الفصل فيها ، ويلاحظ أن الإنكار يجب أن يكون صادرا من الشخص نفسه، وليس من ورثته، إذ يمكنهم حلف يمين على أنهم لا يعلمون أن الحظ أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

ث-الإنكار قد يكون للخط أو التوقيع و إما أن يكون إنكارا كلي فيشمل كل ما هو منسوب لشخص ،فإذا اعترف الخصم بمضمون الورقة العرفية (الكتابة)، ولكنه أنكر التوقيع المنسوب إليه اعتبرت الورقة بداية ثبوت بالكتابة وعلى من يتمسك بهذه الكتابة أن يجري خبرة أو تحقيق (سماع الشهود) إذا اعترف الخصم بالتوقيع وأنكر الكتابة ، فإن هذا الإنكار للكتابة لا ليهدر حجية الورقة ، لأن هذه لا يشترط فيها سوى وجود ورقة موقعة من طرف الشخص حتى وان لم تكن بخطه ، وفي هذه الحالة على المنكر للكتابة الطعن بالتزوير ، إذا كانت الورقة المحتج فيها في نزاع بين شخص والورثة ، فإنه يجوز لهم إنكار صدور الورقة من مورثهم كما يمكن لهم أن يحلفوا يمينا بأنهم لم يتعرفوا على توقيع مورثهم أو بصمته أو إمضائه (م327 المعدلة)،كما يشترط أن لا يكون الورثة قد سبق لهم الاعتراف بالورقة العرفية.

ج-أن تكون الورقة العرفية منتجة في الدعوى :

تكون الورقة منتجة في الدعوى إذا كانت ضرورية أو أساسية تتضمن للأطراف لها علاقة بموضوع النزاع الأصلي ، وسبق لمحكمة أن قبلتها كوثيقة وهذا الشرط المنصوص عليها بمفهوم المخالفة (م165ق.إ.م) ومفاد ذلك أن القاضي لا يقبل الدفع بمضاهاة الخطوط إلا إذا كانت للورقة موضوع الإنكار وسيلة إثبات مقبولة ومنتجة للفصل في النزاع.

إذا تخلفت الشروط أو إحداهما فلا يجوز التمسك بالإنكار ، وتبقى للورقة العرفية حجيتها إلى أن يطعن فيها التزوير والقضاء المصري لا يجوز الفصل في الموضوع بل تحكم بعدم قبول الإنكار وتترك فرصة للخصم لإتباع طريق الطعن بالتزوير.

ثالثا: شهادة الشهود: (انظر م 165 من ق .إ.م):

أي أن الشاهد يشهد على مدى صحة التوقيع، بعبارة أخرى ما رآه في توقيع الخصم على الورقة العرفية ، وهذه الطريقة غير مجدية إذ من جهة تشترط الكتابة في إثبات التصرف

المجاوز لقيمة 100000دج، أو غير محدد القيمة ومن جهة أخرى نسمح بإثبات التوقيع على الورقة عن طريق شهادة الشهود. وإذا ثبت صحة المحرر يسترجع حجيته ، ويحكم على المنكر بغرامة مدنية و التعويضات والمصاريف م 174 ق.إ.م

في الأصل أن المدعي هو الذي يطرح الدليل الكتابي وقد يكون هذا الدليل بحوزة خصمه فما هي الطرق المتخذة لتسيير الأمور؟

عند امتناع أحد الطرفين عن تقديم الدليل الكتابي:

في الأصل أنالمدعي هو الذي يطرح الدليل الكتابي وقد يكون هذا الدليل بحوزة خصمه فما هي الطرق المتخذة لتسيير الأمور ؟

1) يوجد حالات يلزم أحد الطرفين تقديم الدليل الذي بحوزته بقوة القانون وهذا هو ما هو منصوص عليه في القانون التجاري بالنسبة للإثبات الدفاتر التجارية.

أ- **طريقة تقديم الدفاتر التجارية** : للمحكمة طلب الإطلاع عليها وندب خبير للقيم بذلك وفي حال رفض الخصم تنفيذ أمر المحكمة يكون هذا الامتناع قرينة على صحة أقوال الخصم الآخر.

أ- **طريقة التسليم** : نعني بها تسليم الدفاتر للتاجر في ثلاث حالات وهي : حالة الميراث ، حالة قسمة الشركات (حلها) ، حالة الإفلاس وللقاضي السلطة التقديرية في قبول طلبت التسليم أو رفضه .

ب-يوجد حالات يلزم فيها لطرفان بتقديم الدليل :

وهذا في حالة وجود نسخة مزدوجة عن الدليل الكتابي .

أ- يوجد حالات يستند فيها الخصم على دليل كتابي ثم يسحبه:

ويحدث ذلك أن قدم أحد الخصوم دليلا كتابي ثم يسحبه حتى لا تتاح الاستفادة منه من طرف المحكمة غير أن إلزام الخصم بتقديم دليل تحت يده، ما هو إلا الإجراء لخضع لتقدير القاضي فله أن يقبل هذا الطلب متى تراءت له جديته وفائدته في الدعوى أو يرفضه إذا كانت الأوراق المقدمة كافية لإصدار الحكم في الدعوى.

إذا اكتشفت بعد الحكم وثائق كانت محتجزة لدى الخصم ، وقاطعة في الدعوى يمكنه الطعن بالتماس إعادة النظر خلال شهرين (392 من ق .إ.م) .

4- حالات وجود السند بحوزة الغير:

يجوز للقاضي أن يأمر باستخراج نسخة رسمية أو إحضار عقد رسمي أو عرفي أو إحضار أية وثيقة محتجزة لدى الغير ، بناء على طلب أحد الخصوم الذي يقدمه في شكل عريضة تبلغ للخصوم، يقوم القاضي بالفصل في الطلب بأمر معجل النفاد المادة 73والمادة 74 ق. إ.م ،له أن يأمر ولو من تلقاء نفسه ،بإحضار الأصل أو أية وثيقة محتجزة لدى الغير متى كانت مقارنتها بالمحرر المنازع فيه مفيدة ، وتودع هذه الوثائق بأمانة ضبط الجهة القضائية مقابل وصل ، ويأمر القاضي باتخاذ التدابير اللازمة التي من شأنها المحافظة على هذه الوثائق والاطلاع عليها أو نسخها أو إرجاعها أو إعادة إدراجها المادة 169 من ق .إ. م

يجوز للمحكمة إذا أدخلت الغير في الخصام و إن لم يمتثل بالحكم عليه بغرامة مالية

المبحث الأول :المحررات الرسمية

تكتسي العقود الرسمية أهمية بالغة في الإثبات في جميع المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ، وغيرها ولهذا فقد أحاطها المشرع بعناية خاصة فحدد مدلول العقد الرسمي وشروطه والآثار المترتبة على تخلف شروطه وحجيته بين الأطراف واتجاه الغير.

المطلب الأول :مفهوم المحررات الرسمية

لما كان الإثبات عن طريق الكتابة من أضمن وأقوى أدلة الإثبات على الإطلاق فقد اهتم المشرع الجزائري بتبيان الشروط التي تكون لازمة فيها ، حيث تكون المحررات الرسمية من اصطناع أشخاص معينين و شروط معينة.

الفرع الأول :تعريف المحررات الرسمية

وهي الأوراق التي يقوم موظف عام بتحريرها وفقا لأحكام قانونية مقررة وهي كثيرة ومتنوعة منها الأوراق الخاصة بالحالة المدنية ومنها الوثائق الرسمية القضائية كالأحكام والقرارات ومحاضر المنفذين ومنها الوثائق الرسمية العامة كالقرارات الإدارية والقوانين والمعاهدات . ومنها أوراق الموثقين لأنها تتميز بتدخل إرادة الأطراف.

وقد عرفها المشرع الجزائري قبل التعديل في نص المادة 324 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ب : الأوراق الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديهْ وما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية في حدود سلطته واختصاصه وبعد التعديل عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 324 من القانون المدني بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 ب :" العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقته من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"

فقبل التعديل كان يغبر على المحرر بالورقة الرسمية وبعد التعديل أصبح العقد الرسمي

كما أن مصدر المحرر قبل التعديل هو الموظف العام والشخص المكلف بالخدمة وبعد التعديل أضيف الضابط العمومي.

- و العقود الرسمية نوعان :

1- تعاقدية : تتوفر فيها إرادتين متبادلتين أي إيجاب من الطرف الأول وقبول من الطرف الآخر كالبيع، الهبة ، الإيجار ، الشركة.

2- تصريحية : ويقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح ويحرر بشأنه عقد قالب رسمي متى كان هذا التصريح غير مخالف للقانون مثل :

طلب إعداد فريضة ، شهادة توثيقية ، تصريح شرفي

الفرع الثاني : الشروط الواجب توافرها في المُحَرَرات الرسمية

بالرجوع إلى نص المادة 324 من القانون المدني يتبين أن الشروط التي يجب توافرها ليكون السند الرسمي صحيحا هي :

أولا: صدور المحرر الرسمي من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة :

أن الموظف العام هو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام من أعمالها ويتنوع الموظفون العموميون بتنوع المُحَررات الرسمية التي يصدرونها .

ويشمل تعريف الموظف جميع موظفي الدولة بمختلف مصالحها المركزية والخارجية ، الولاية بجميع مصالحها الإدارية ، البلدية بجميع مصالحها ، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة للدولة والولاية والبلدية ويخرج من مفهوم الموظف جميع عمال المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي والتجاري وغيرها من المؤسسات التي تخضع لإحكام القانون العام ويخضع العاملون فيها لإحكام القانون 90-11 المتضمن علاقات العمل المعدل والمتمم بالأمر رقم 21/96.

-أما الضابط العمومي: مقل الموثق ، المحضر القضائي ، المترجم.

- وليس من الضروري أن يكون من تصدر منه الورقة الرسمية موظف عام بل يكفي أن يكون مكلف بخدمة عامة ومثال المكلفين بالخدمة العامة الخبراء المقبولون الذي تعينهم المحكمة ورؤساء المجالس الشعبية المنتخبون.

-والسبب في إعطاء هذه الأهمية في الإثبات للمحررات التي يصدرها هؤلاء الموظفون والمكلفون بالخدمة هو الثقة التي توحيها مهمتهم بالنسبة لعموم الناس ومن ثمة فإنه لا يمكنهم تفويض سلطتهم إلى غيرهم.

- مفهوم الموظف العمومي محدد بموجب النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالوظيفة العمومية وهو مكرس خاصة في النصوص التطبيقية للقانون العام للعمال لاسيما المرسوم الرئاسي رقم 85-59 المؤرخ في :23 مارس1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية.

ثانيا : سلطة الموظف أو الضابط العمومي واختصاصه في إصدار المقرور الرسمي :

لا يكفي أن يكون المُحَرِر صادرا عن الموظف أو ضابط عمومي ليكون رسميا بل لابد أن يكون هذا الموظف أو الضابط العمومي قد تصرف في حدود سلطته واختصاصه والمقصود بالسلطة- كما يعرفها فقهاء القانون –هي ولاية الموظف أو الضابط العمومي و أهليته [1].

-الولاية : يجب أن تكون ولاية الموظف أو الضابط العمومي قائمة وقت تحرير المُحَرِر الرسمي فو قام الموظف قبل تعيينه بتحرير مُحَرِر رسمي فإنه يكون باطلا.

-الأهلية : يجب أن يكون الموظف أو الضابط العمومي أهلا لتحرير جميع العقود التي تدخل في اختصاصه

1—زيتوني عمر ، مقال بعنوان حجية العقد الرسمي ، مجل الموثق ، العدد 3،2001 ،ص :42

- اختصاص الموظف أو الضابط العمومي إقليميا في إصدار أو تحرير المحرر الرسمي : يرتبط الاختصاص الإقليمي لكل موظف عمومي في السلك الإداري بدائرة الاختصاص للهيأة الإدارية التابع لها فاختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي يمتد إلى مجموع إقليم البلدية واختصاص مدير أملاك الدولة يمتد إلى كامل إقليم الولاية وهكذا .غير أن الاختصاص الإقليمي للموثق يخرج عن هذه القاعدة ليمتد اختصاصه إلى كامل التراب الوطني وهو ما نصت عليه المادة 2 من قانون رقم 88-27 مؤرخ في : 12 يوليو 1988 يتضمن تنظيم التوثيق ،ويتعلق الاختصاص الإقليمي عموما بأحد الأمرين:

1- موطن الأطراف أو محل إقامتهم أو الموطن المختار من طرفهم لإبرام العقد أو مكان حصول الواقعة القانونية كما هو الحال في عقود الزواج وسائر عقود الحالة المدنية.

2- موقع ومحل وجود الأموال موضوع العقد لاسيما في المعاملات الواردة على الأموال العقارية والمحلات التجارية والأموال المرهونة.

ثالثا :مراعاة الأشكال والأوضاع التي قررها القانون :

-أن هذا الشرط مكرس بموجب المادة 324 من القانون المدني وتحديد النصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة عادة كيفية تحرير المُحَرَرَات الرسمية فتحدد العناصر والبيانات التي يجب أن تشمل عليها والشكليات التي يخضع لها كل عقد مثلما هو الحال بالنسبة لقانون التوثيق الذي حدد في نص المادة 18 كل عقد مثلما هو الحال بالنسبة لقانون التوثيق الذي حدد في نص المادة 18 كيفية تحرير العقود . وكذلك الأمر في قانون الحالة المدنية من خلال نص المادة 63 والمرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المواد 61و71.إن بعض النصوص التشريعية لا تكتفي بتحديد تلك العناصر والشكليات بل تحيل على التنظيم مهمة إصدار نماذج كاملة للمحررات كما هو الحال في المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في :1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري الذي تلاه صدور مرسومين تنفيذيين تضمن الأول تحيدي نموذج عقد بيع على التصاميم والثاني نموذج الإيجار وتنطبق هذه القاعدة بصفة عامة على العقود التي يختص بتحريرها كل من مدير أملاك الدولة ورئيس المجلس الشعبي البلدي وأهم البيانات الواردة في السُنَد الرسمي : الهوية الكاملة للشهود ، ذكر تاريخ العقد، اسم الضابط العمومي محرر السند لاإضافة إلى توقيعه.

-أما شهود العقد الرسمي ثلاثة أنواع: [1]

1- شهود التعريف " شهود التأكيد les témoins certificateurs "

وهم الشهود الذين يضمنون هوية المتعاقدين وحضورهما في العقد ليس واجبا الا اذا كان الموثق يجهل هوية الأطراف وهذا طبقا لنص المادة 324 مكرر 2 فقرة 3 من القانون المدني ، لذلك يجوز للموثق تحرير عقد بيع أو عقد إيجار أو عقد شركة بدون حضور شهود الإثبات.

2- شهود العدل : "شهود العقد " les témoins instrumentairesوهم الذين يساهمون في إنشاء العقد وتكوينه وشهادتهم واجبة في العقود الإحتفائية ' actes solennels" تحت طائلة البطلان إعمالا بنص **المادة** 324 **مكرر 3 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 بموجب المادة 45** التي تنص :**"يتلقى الكاتب العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور الشاهدين."** ومثالها الهبة ، الوصية ، الوقف والزواج فهذه الأنواع من العقود حضور شهود العدل فيها ضروري .

3- شهود التشريف : les témoins d'honneur وليس لهم أية قيمة قانونية وإنما يحضرون على سبيل التشريف.

-أما بالنسبة للعقد الرسمي الناقل للملكية العقارية فإن **المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني** أضاف شروط أخرى والتي تتمثل في :

أن يكون العقد محررا أمام الموثق بالنسبة للعقارات التابعة للإفراد وبمعية مدير أملاك الدولة بالنسبة للعقارات التابعة لهذا الأخير.

-أن يكون مكرس لاتفاق الطرفين أي أن يتطابق الإيجاب مع القبول حول جميع المسائل الجوهرية في العقد.

-أن يكون مبرم بين الطرفين يحوزان أهلية التعاقد : أي بالغين لسن الرشد المدني وهو 19 سنة وغير محجور عليهما طبقا للمادة 40 من القانون المدني.

[1]- حمدي باشا، المرجع السابق ص109.

- أن يحتوي على أصل الملكية : وذلك بتبيان أسماء المالكين السابقين وعدد الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية وهذا من أجل تجنب الوقوع في التصرف في ملك الغير.

- محدد للعقار تحديدا نافيا للجهالة من ناحية موقعة، رقمه ، مساحته ومعالمه الحدودية.

- مراعيا للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المادة 324 مكرر 02 وما بعدها من القانون والمادة 61 وما بعدها من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيسي السجل العقاري والمادة 15 وما بعدها من القانون رقم 27/88 المؤرخ في :1988/07/12 والمتضمن تنظيم مهنة التوثيق.

لتسديد المبلغ بالنسبة للعقود المبرمة أمام الموثق عند صدور قانون المالية خمس 1/5 ثمن الملكية لزوماً ما بين لدى الموثق لكن بعد صدور قانون المالية 2018 يجب دفع $^{1}/_{2}$ ثمن الملكية بالخزينة العامة.

(1)حمدي باشا عمر : نقل الملكية العقارية :في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام * دار هومة ، الجزائر ، طبعة 2002، ص 107.

رابعا :وظيفة التسجيل

إضافة إلى تحرير العقد على الشكل الرسمي الذي اشترطه القانون للتعبير عن الإرادة اشترط قانون التسجيل الصادر بتاريخ : 1976/12/29 بموجب الأمر 76-105 على الموثق تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل والطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليميا ، إذا جاء بالمادة 75 فقرة 01 من قانون التسجيل : (لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم).

ويلزم نفس القانون الموثقين تسجيل جميع العقود التي تحرر بمعيتهم في اجل لا يتجاوز شهرا وفي حالة التأخير في التسجيل يتعرض الموثق لعقوبات جبائية (دون نزع الصبغة الرسمية على العقد) طبقا للمادة 58 من قانون التسجيل : (يجب أن ستجل عقود تسجيل الموثقين في اجل شهر ابتداءا من تاريخها ..) وأضافت المادة 93: (أن الموثقين الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المحددة تطبق عليهم العقوبات التأديبية من قبل السلطة المختصة التي يتبعونها من دون المساس بتطبيق العقوبات الأخرى المنصوص عليها في القوانين والأنظمة السارية المفعول عند الاقتضاء [1]

-والغرض من عملية تسجيل العقود الرسمية تمكين إدارة الضرائب من مراقبة ومتابعة جميع التحويلات في الملكية خاصة العقارية وإعادة تقويمها وتحصيل الرسوم و الضرائب المترتبة عليها . [2]

---

[1]- حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص 115.

[2]- زيتوني عمر ، المرجع الآنف الذكر ، ص 42.

وظيفة الشهر خامسا:

يعرف الإشهار العقاري بأنه نظام قانوني ، له مجموعة نمن القواعد والإجراءات يضمن بها حق الملكية العقارية وكذا الحقوق العينية الأخرى وجميع العمليات القانونية الواردة على العقارات . إذن فإن الإشهار العقاري يلعب دورا هاما يتمثل في إعلام الغير حول الوضعية القانونية لعقار ما وأيضا حول الثروة العقارية لشخص ما فضلا على أنه يلعب دور مهم في التشريع الجزائري يتمثل أساسا في إتمام نقل الملكية حتى بين الطرفين المتعاقدين ، ومن جهة أخرى يبقى الإشهار إجباري ليس فقط بين طرفي العقد وإنما أيضا بالنسبة لكل طرف مشارك في العمليات الخاضعة لهذا النظام أو ما نسميهم بالمحررين (الموثقين ، السلطات الإدارية ،كتاب الضبط ، القناصلة) طبقا لنص المادة 90 من المرسوم 76-63 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري واستنادا لأحكام المادة 14 من الأمر 75-74 مؤرخ في : 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري [1]

إن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني)

وعليه في حالة تزاحم المشترين فإن الملكية تنتقل إلى من اتخذ إجراءات الإشهار قبل الآخر ولو بساعات محدودة.

1- حمدي باشا عمر ،المرجع السابق ،ص120

الفرع الثالث : الآثار المترتبة على الإخلال بشروط المُحَرِر الرسمي:

يترتب على مخالفة الأوضاع أو اختلال شرط من الشروط السالف ذكرها بطلان المُحَرِر الرسمي وفقد قرينة الرسمية التي يتمتع بها وبالتالي فقدان حجيته كسند رسمي ولو كان التصرف القانوني موضوع السند في حد ذاته صحيحا [1].

-لم يحدد القانون المدني ولا قانون التوثيق الحالات التي يترتب عليها بطلان المُحَرِر الرسمي بحكم القانون ما عدا حالتي : عدم دفع الثمن بين يدي الضابط العمومي وتلقي السند (العقد) الاحتفائي[2] بدون شاهدين.

-ومن ثم فإنه يجب التمييز بين الأوضاع والشكليات التي تعتبر جوهرية ويترتب عليها البطلان وتتجلى في إحدى الصور التالية على سبيل المثال ولا الحصر:

-صدور السند من شخ ليس موظف ولا ضابط عموميا.

- صدور السند من موظف أو ضابط عمومي لكنه غير مختص إقليميا أو موضوعيا .

- صدور السند بدون تاريخ.

- تلقي العقود الاحتفائية بدون شاهدين.
- تحرير السند بغير اللغة العربية باعتبارها اللغة الرسمية.
- عدم اشتمال السند على هوية الأطراف.
- والبطلان هنا مقرر قانونا إما بالنص عليه صراحة أو لكون المخالفة المستوجبة للبطلان تشكل مخالفة لقاعدة قانونية آمرة أو لكونها تمس بقاعدة من القواعد المتعلقة بالنظام العام كقواعد الاختصاص والصفة والأهلية

---

[1]- زيتوني عمر ، المرجع السابق الذكر ، ص :42

[2]- حسب المادة 324 مكرر 3 من قانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المادة 45 منه – استبدال العقود الإحتفائية

- أما مخالفة الأشكال والأوضاع والشروط التي لا تعد جوهرية ولا تشكل مخالفة للنظام العام ، وليس من شأنها أن تؤثر على السند الرسمي فلا يترتب عليها البطلان ومثال ذلك :
- عدم كتابة التاريخ والأرقام بالحروف.
- الكتابة بين الأسطر أو التشطيب أو التحشير ما لم يكن ماسا بجوهر العقد
- أما الآثار المترتبة على بطلان المحرر الرسمي :

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

-و تنص المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني المعدل على أنه:

(يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة وعدم أهلية الضابط أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف) ويستفاد من نص المادة أن المحرر الرسمي .

متى كان باطلا لأي سبب من الأسباب المذكورة أعلاه سواء ما تعلق منها بعدم اختصاص أو عدم أهلية الضابط العمومي أو عدم احترام الأشكال والأوضاع المقررة .

قانونا ، فإنه يعتبر غير رسمي و يأخذ مرتبة السند العرفي بشرط أن يكون موقعا من قبل الأطراف ، وتكون له حجية المحرر العرفي ولا يكون لتحريره من طرف ضابط عمومي أي أثر فيما يتعلق بثبوت التاريخ إلا من تاريخ تسجيله والتأشير عليه من طرف مفتشية التسجيل أو إيداعه وهذا تطبيقا للقاعدة العامة.

المطلب الثاني : حجية المحررات الرسمية في القانون المدني

يتمتع السند الرسمي بافتراض تفيد صحته قانونا كلما كان مظهره الخارجي يوحي بذلك وهذه القاعدة مكرسة بنص **المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني [1] والتي تنص " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني ".**

- وهذه القرينة التي تتمتع بها الورقة الرسمية لا تحدث أثرها إلا إذا اتسمت بحالة ظاهرة من الصحة والمشروعية كما تقدم فإذا ظهر على شكلها أنها مشوبة بعيب ظاهر للعيان كأن تكون مشتملة على حشو أو محو أو تشطيب فإن من حق المحكمة وبدون أن يطعن فيها بالتزوير مسبقا أن تستبعدها من النزاع إذا تراءى للقاضي أن الفصل في الدعوى لا يتوقف على المستند المدعى بتزويره وهذا طبقا لنص المادة 156 من قانون الإجراءات المدنية. [2]

الفرع الأول : حجية المحرر الرسمي فيما بين الطرفين :

تنص **المادة 324 مكرر 1/6 : (يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن .**

غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل ، يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الاتهام ، وعند رفع دعوى فرعية بالتزوير يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتا).

---

[1]- المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري أضيفت بمقتضى قانون 88-14 المؤرخ 3 ماي 1988 ، الجريدة الرسمية رقم 18 ، ص 541.

[2]– يحي بكوش أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الطبعة الثانية ، 1988 ص 118.

والمادة 324 مكرر7 : يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة ، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء.

- **ولا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبداية للثبوت.**
- ويستفاد من نص المادتين أن المحرر الرسمي حجة على الأطراف وورثتهم وخلفهم ويشمل الخلف العام الخاص وهذه الحجية مستمدة من قرينة الرسمية التي توحي بالثقة و الائتمان متى كان المحرر في مظهره يوحي بصحته وسلامته إلى أن يثبت تزويره أو يثبت ما يخافه.

فالخصم الذي يتمسك بمحرر رسمي لا يلزم بإثبات صحته طالما كان مظهره سليما . ويحمل الختم الرسمي للدولة وتوقيع الضابط العمومي الذي حرره.

- غير أنه ينبغي التذكير بأن البيانات الواردة في المحرر الرسمي ليست على مستوى واحد من الأهمية فهناك نوعان من البيانات التي يتضمنها السند الرسمي :

أ- <u>بيانات يكون فيها المُحَرِر الرسمي حجيته حتى يطعن فيه بالتزوير :</u>

وتشمل كل البيانات التي دونها الضابط العمومي فيما وقع من ذوي الشأن بمحضره وتحت نظره ، أما ما دونه بحكم وظيفته ومهامه وتتمثل فيما يلي :

- حضور الأطراف والشهود والتأكد من هوية وشخصية المتعاقدين إما بوثائق رسمية أو بشهادة شهادتين تحت مسؤوليتهما.
- التأكد من أهلية المتقاعدين ببلوغ سن الرشد والخلو من العوارض الأهلية الظاهرة كالجنون أو العته أما العوارض الخفية في تأكد منها بواسطة شاهدين.
- تدوين مضمون تصريح الطرفين أمامه بالإيجاب والقبول والشروط الخاصة للعقد والعلم بها من قبل الأطراف.
- دفع وقبض الثمن إذا كان واجب الدفع بمعاينة وبين يدي الضابط العمومي.
- تاريخ المُحَرر وتوقيعه من قبل الأطراف والشهود بمحضر الضابط العمومي.
- الإشارة إلى تلاوة المُحَرِر على الأطراف.
- صدور السند من الضابط العمومي ببيان اسمه ولقبه وصفته ومحل إقامته المهنية.

- فمثل هذه البيانات لا تكون قابلة للطعن فيها إلا بالتزوير ولا يقبل من الخصم الي يدعي خلافها أي وسيلة أخرى لدحض ما ورد بالمحرر الرسمي.

ب- بيانات تكون لها الحجية حتى يثبت العكس :

وتتمثل في كل ما أتثبته الضابط العمومي في السند باعتباره وارد على لسان الأطراف أو الشهود أو ما دونه بناء على استماعه للأطراف ، فلا تصل حجيته إلى حد الطعن بالتزوير وإنما يجوز إثبات عكسها بوسائل الإثبات المقررة قانونا مع التذكير أنه لا يجوز إثبات خلاف ما ورد بسند مكتوب إلا بالكتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة تعززه البيئة أو القرائن ومن أمثلة هذه البيانات :

- التصريح بمبلغ الثمن المتفق عليه وإقرار البائع باستلامه خارج مكتب الموثق في غير الحالات التي يتم فيه الدفع بين يدي الموثق لزوما.
- تصريح المشتري بأنه قد عاين المبيع وقبوله به على الحالة التي هو عليها.
- تصريح البائع بأن العقار المبيع خال من كل قيد أو دين أو تبعية.
- تصريح الأطراف بأنهم ليسو في حالة ولا إفلاس ولا تسوية قضائية ولا توقف عن الدفع.
- تصريح الأطراف بمهنهم ، ومحل إقامتهم.
- تعيين المبيع واصل الملكية ، الذي يستنسخ من سندات أصل الملكية السابقة
- تعيين الورثة الشرعيين في عقد الفريضة الذي يدونهم الموثق بناءا على تصريح طالب الفريضة وشهادة الشاهدين.
- الإخفاء أو التخفيض من مبلغ الثمن المصرح به.

فكل هذه البيانات وما يماثلها ، التي يمكن أن ترد في مُحَرِر رسمي تكون قابلة لدحضه بإثبات العكس ولا تكون قابلة للطعن فيها بالتزوير، حيث أن الضابط العمومي يدونها بالسند بناء على تصريحات الأطراف وبالتالي تكون على مسؤوليتهم ولا يكون الضابط العمومي محرر السند مسؤولا عن صحة مضمونها وإنما يكون مسؤولا فقط من حيث مطابقة التصريحات لما دون المُحَرَرْ الرسمي.

لكن ما مدى صحة مضمون التصريحات ؟ قد تحتمل التصريحات الصدق أ, الكذب من الأطراف وبالتالي تقبل إثبات العكس لأن الموثق لم يكتب إلا ما أقره الأطراف صادقين كانوا أم كاذبين.

ولكن هناك نوع ثالث من البيانات التي يمكن أن يتضمنها المُحَرَرْ الرسمي وهي واردة على سبيل الإشارة كما عرفتها المادة 324 مكرر 7 من القانون المدني أي أنها لا تشكل عنصر أساسيا في العقد مثل : ذكر مهنة الأطراف والشهود وذكر أن المرأة متزوجة أو عازبة أو مطلقة في غير عقود الزواج وعقود الأحوال الشخصية ، فإن هذا النوع من البيانات تكون له حجية حتى يثبت العكس إذا كانت متعلقة مباشرة بموضوع العقد أما إذا لم تكن متعلقة بموضوع العقد فلا تعد إلا كبداية ثبوت بالكتابة.

وقد أكدت المحكمة العليا على ذلك في القرار رقم 20264 مؤرخ في 2000/09/27 عن حجية عقد الشهرة [1] وجاء فيه ما يلي : (حيث أن العقد التوثيقي يتضمن نوعين من البيانات :

البيانات التي تتعلق بالوقائع التي يباشرها الموثق نفسه أو الوقائع المادية التي يقوم بها الأطراف التي يقوم بها الأطراف أمام الموثق الذي يعاينها وهذه البيانات بالتصريحات والاتفاقيات التي يتلقاها الموثق من الأطراف تكون حجة إلى أن يثبت عكسها.

1- أنظر الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثاني ، 2004 ص 139 ، مقال الدكتور : صالح بأي محمد شريف.

وبالرغم من الحجية التي يعطيها القانون للورقة الرسمية ، فإن ذلك لا يمنع القاضي من أن يقوم بتفسيرها عن محتوى الاتفاق المبرم بينهما ولكن يجب ألا يتعرض للشكل الذي صيغ فيه ذلك الاتفاق[1].

الفرع الثاني : حجية المُحَرَر الرسمي بالنسبة للغير

وردت **المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني** بصيغة مطلقة في نصها على حجية العقد الرسمي على خلاف المادتين المواليتين ومن هذه المادة نستخلص أن المُحَرَر الرسمي حجة على الكافة وليس على أطراف العقد وخلفهم فقط ويسري على الغير ما يسري على الأطراف فيما يتعلق بالبيانات القابلة للطعن بالتزوير وحتى البيانات الواردة في المُحَرَرْ على سبيل الإشارة ، فإن ادعى الغير أن التصرف المدون في الورقة الرسمية ليس بيعا كما تدل عليه وإنما هو هبة مستترة فإن بإمكانه أن يثبت ذلك بالوسائل المختلفة أما إذا أنكر حصول العقد أمام الموظف فليس أمامه إلا طريق الطعن بالتزوير.

الفرع الثالث : حجية صور المُحَرَرْ الرسمي :

أن الأوراق التي يحررها الموثق على نوعين :

أ- الأصول التي يحتفظ بها في مكتبه وتحت مسؤوليته وهذا طبقا لنص **المادة 4/6 من قانون 88-27 المؤرخ في : 12 يوليو 1988 الذي يتضمن تنظيم التوثيق.**

ب-أصول أخرى يحررها أو يصادق عليها ولكنه لا يحتفظ بها وإنما يسلمها لذوي الشأن مباشرة كالوكالات البسيطة مثلا ، غير أنه من الناحية الواقعية فإن جميع السندات يحتفظ بأصلها على سبيل الاحتياط والاحتراز من التلاعب بها وتزويرها.

1- يحى بكوش ، المرجع السابق ، ص 118

***الفرق بين الأصل والصورة :** أن أصل الورقة الرسمية هو الذي يحمل التوقيعات وهي التي تعتبر من صنع الموثق ، أما الصورة فهي لا تحمل التوقيعات وليست صادرة من الموثق إلا في حدود ما هي منقولة عن الأصل بواسطته أو بواسطة موظف تابع له ، فهي من هذه الناحية ورقة رسمية ولكن رسميتها محدودة في كونها صورة لا في كونها أصلا ، والمفروض أنها مطابقة للأصل مطابقة تامة بما ورد فيه من بيانات وما تحمله من توقيعات وأنه لا فرق بين الصورة الخطية أي النسخة وبين الصورة الفوتوغرافية.

ولكن في الغالب هو أن لا تكون الورقة التي يدلى بها أمام القاضي إلا صورة أو نسخة من الأصل الذي دونت فيه الحقوق أساسا ، وبالرغم من أن الصورة إلا أن القضاء يتخذ بشأنها قيمة الورقة الرسمية الأصل ، كلما عرضت صورة كدليل للإثبات.

- فما هي قيمة هذه الصورة أو النسخة ؟ والى أي حد يمكن للقاضي أن يطمئن إلى حقيقة الوقائع المسجلة بها ؟[1]
- إن ما يستنسخ أو يستخرج عن الأصل ولا يحمل إلا إمضاء وختم الموظف أو الضابط العمومي فيسمى نسخة عادية ، أو نسخة تنفيذية أو مستخرج ، وتتضمن النسخة العادية النص الكامل للمُحَرَر الرسمي المحفوظ قانونا وتسلم عادة للأطراف عند كل طلب ، وذلك من أجل الاحتفاظ والاستعمال أو الاستدلال أو الاستظهار بها عند الحاجة.

بينما يتضمن المستخرج ملخص يشمل كل البيانات الرئيسية في العقد كالتاريخ وبيانات محرر السند وهوية أطراف العقد وتعيين العقار وتعيين الثمن وتحرر هذه المستخرجات بصفة رئيسية لتقديمها إلى مصالح التسجيل والطابع رفقة الكشوف الخاصة بتسجيل العقود الرسمية ولا يوجد ما يمنع من تسليمه للأطراف بناءا على طلبهم.

---

[1]- يحى بكوش ، المرجع السابق، ص 120

- أما النسخة التنفيذية فإنها تشتمل بالإضافة إلى النص الكامل للسند ، الصيغة التنفيذية وهي نفس الصيغة التنفيذية الخاصة بالأحكام الصادرة عن المحاكم مثلما حددتها المادة 320 من قانون إجراءات المدنية ، وتسلم النسخة التنفيذية مرة واحدة بناء على طلب أحد الأطراف أو بأمر من رئيس المحكمة من أجل تمكين الدائن بالاتزام من تنفيذ السند الممهور بالصيغة التنفيذية ضد المدين بكل وسائل التنفيذ بما في ذلك الحجز التنفيذي واستعمال القوة العمومية عند الاقتضاء وذلك طبقا **للمادة 20 من قانون رقم 88-27 المؤرخ في : 12 يوليو 1988 الذي يتضمن تنظيم التوثيق [1].**
- **تنص المادة 325 من القانون المدني : إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا ، فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل.**
- **وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين ، فإذا وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل.**
- **وتنص المادة 326 من القانون المدني : إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي :**
- **يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أم غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.**
- **ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها.**
- **أما ما يؤخذ من الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأول فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف".**
- يتبين من هذه النصوص أن هناك حالتين متميزتين :

---

[1]- زيتوني عمر ، الرجع السابق ، ص 43.

أ/- حالة ما إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا.

ب/- حالة ما إذا كان أصل الورقة الرسمية مفقودا

<u>أولا : حجية الصورة إذا كان الأصل موجود.</u>

لكي تكون للصورة حجية الورقة الرسمية ذاتها فإن القانون في المادة 325 من القانون المدني يشترط توافر أمرين أساسين [1] :

- يجب أن يكون أصل الورقة الرسمية موجودا : أي محفوظا لكي يمكن الرجوع عند الحاجة وعلة ذلك أنه لا قيمة للصورة أو النسخة الخطية في حد ذاتها وإنما تستمد قيمتها من مدى مطبقتها للأصل ومن ثم فأن بإمكان الخصم الذي يحتج عليه بصورة رسمية أن يطلب إحضار الأصل ، ولا يشترط القانون أي شكل في ذلك ويلزم القاضي بالأمر بإحضارها ولا يستطيع الامتناع عن ذلك بحجة أن الصورة تشتمل على ضمانات تدل على مطابقتها التامة للأصل ، كما أنه لا أهمية للموظف الذي حرر الصورة أو استخراجها.
- يجب أن تكون هذه الصورة رسمية : فإذا كانت صورة عادية فإنه لا يعتد بها وقد تكون هذه الصورة الرسمية صورة عن الأصل ذاته كما قد تكون صورة عن صورة رسمية للأصل والحل في جميع الحالات سواء طالما أن الأصل موجود فإنه يمكن دائما مضاهاتها به.

- فإذا توافر هذان الشرطان قامت قرينة قانونية على أن الصورة و مطابقة للأصل وتكون لها حجيتها ، غير أن هذه القرينة غير قاطعة وهي قائمة ما دام لم ينكرها الخصم فإذا نازع فيها وجب مراجعتها على الأصل.

[1]- د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية – القاهرة ، الطبعة الثانية ص21

ثانيا :حجية الصورة متى كان الأصل غير موجود.

تنطبق على صور الأوراق الرسمية ولا تنطبق على الأوراق العرفية وهذا أمر طبيعي لأن المحررات العرفية لا توفر أدنى شيء من الضمانات لأنها لم تحرر أمام موظف عمومي وتشمل هذه الحالة كل الصور التي ينعدم فيها الأصل نتيجة تلف أو حرق تشمل حتى الأوضاع التي يوجد الأصل فيها لدى موظف أجنبي مثل الاحتلال أو الثورات.

- ويجب على الخصم الذي يريد الاستفادة من هذه الحالة بتقديم صورة لأصل يزعم عدم وجوده أن يتولى إثبات انعدام الأصل.
- وتشمل هذه الحالة على ثلاثة فروض:
- **أولا** : أن تكون الصورة الرسمية مأخوذة عن الأصل مباشرة سوءا كانت مأخوذة عن الأصل ذاته المحفوظ أي عن الصورة التنفيذية أو عن النسخة العادية الأولى وهذه الصورة الرسمية كلها لها حجية واحدة هي حجية الأصل المفقود وذلك متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل ، أما إذا كان العكس كما إذا كانت مشتملة على شطب أو محو أو تحشير فإن الصورة تسقط حجيتها فهي لا تستمد هذه الحجية من الأصل لأنه مفقود . وإنما من ذاتها بالرغم من أنها لا تحمل توقيع الخصم وبالرغم من عدم إمكانية مطابقتها على الأصل وهذا طبقا لنص المادة 1/326 من القانون المدني.
- **ثانيا** : أن تكون الصورة الرسمية مأخوذة عن الصورة الرسمية الأصلية ، وهي لا تعتبر صورة عن الأصل إلا بطريق غير مباشر وهذه الصورة لها نفس الحجية للصورة الرسمية الأصلية بشرط أن تكون الصورة الرسمية الأصلية موجودة ليتمكن مقارنتها بها ، وأما إذا كانت هذه الصورة مفقودة فإنها لا يعطي لها هذه الحجية وهذا طبقا لنص المادة 2/326 من القانون المدني .
- **ثالثا** : أن تكون الصورة الرسمية مأخوذة عن الصورة المأخوذة عن النسخة الأولى وهنا تبتعد المسافة ما بين الصورة والأصل فهي صورة الصورة أي الصورة الثالثة في هذه الحالة لا تكون للصورة أية حجية وإنما يمكن أن تؤخذ على سبيل الاستئناس لا غير أما إذا اقر بها الخصم فان المشكل يزول وتسترجع الصورة حجيتها وهذا طبقا لنص المادة 3/326 من القانون المدني.

***حجية البيانات المقيدة في الفهارس والسجلات الرسمية:**

أن السجلات العمومية التي يمسكها ويحتفظ بها الموظف أو الضابط العمومي [1] والخاصة بقيد السندات الرسمية والتي تخضع وجوبا للقيد في سجلات يومية وفهارس لعقود مرقمة ومؤشرة من طرف رئيس المحكمة المختص ، تقيد فيها العقود وقد أوردت **المادة 326 مكرر 1 من القانون المدني** حكما خاصا بها واعتبرت البيانات الواردة بها كبداية ثبوت بالكتابة ولكنها قيدت ذلك بشرطين اثنين هما :

1- أن يثبت فقدان جميع أصول الوثائق للسنة التي يبدو أن السند المحتج به قد حرر خلالها أو أن يثبت أن فقدان أصل هذا السند كان نتيجة حادث خاص.

2- أن يكون لدى الموثق فهرس قانوني منظم أي تتوافر فيه الشروط التي يفرضها القانون ويتضمن البيان بأن العقد المراد الاحتجاج به قد حرر فعلا في نفس التاريخ المدعى بتحريره فيه.

- ففي حالة تحقق هذين الشرطين تعتبر البيانات الواردة في السجلات كبداية ثبوت بالكتابة ويقبل عندئذ الإثبات بالبينة أي بشهادة الشهود ويصبح من الضروري الاستماع لمن كان شاهدا على العقد إن وجد على قيد الحياة ليتحول الشاهد بذلك من شاهد على صحة المُحَرَرْ الرسمي ، إلى شاهد إثبات على التصرف القانوني وفقا لأحكام **المادة 333 من القانون المدني**

---

[1]- زيتوني عمر ، المرجع السابق ، ص 34

المبحث الثاني : المحررات العرفية :

المحررات العرفية هي التي يحررها الأطراف بمعرفتهم وقد شاعت هذه الكتابة بين الأفراد في مختلف المجتمعات مما استوجب تنظيمها وتحديد أحكام وقواعد لتسويتها حماية لما تحمل من حقوق الأفراد في المجتمع ولقد مر المُحَرَرْ العرفي بعدة مراحل في التشريع الجزائري من عقد له حجية العقد الرسمي إلى عقد باطل .

المطلب الأول : مفهوم المُحَرَرات العرفية

يقصد بالمحررات العرفية الأوراق التي تصدر بمعرفة أفراد عاديين لا يتدخل أي موظف أو ضابط عمومي في تحريرها، حيث لم يأتي المشرع الجزائري بتعريف العقد العُرفي وإنما اكتفي بتعريف العقد الرسمي، وسنعرف فيما يلي المحررات العرفية

الفرع الأول : تعريف المُحَرَرات العرفية

المحررات العرفية هي تلك المُحَرَرات التي يقوم بإعدادها الأطراف سواء بأنفسهم أو بواسطة كاتب من أجل تصرف قانوني ويتم توقيعها من قبل المتعاقدين أو بواسطة كاتب من أجل تصرف قانوني ويتم توقيعها من قبل المتعاقدين وحدهم والشهود إن وجدوا من دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي مختص ولا يعد التصديق على توقيعات الأفراد من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو نائبه أو الموظف الذي ينتدبه لهذا الغرض من قبيل إضفاء طابع الرسمية على المحرر العرفي المصادق عليه وذلك لأن التصديق على التوقيعات لا يستهدف إثبات شرعية أو صحة العقد أو الوثيقة إنما يثبت فقط هوية الموقع دون ممارسة الرقابة على محتوى ومضمون العقد وهو ما تنص عليه صراحة أحكام المادتين 1 و 2 من المرسوم رقم 77-41 المؤرخ في : 1977/02/19 المتعلق بالتصديق على التوقيعات ، غير أن التصديق على التوقيعات من طرف المجلس الشعبي البلدي أو الموظف المفوض يعطي للسند العرفي تاريخا ثابتا ابتداءا من تاريخ التصديق على التوقيع تطبيقا لأحكام المادة 328 من القانون المدني [1]

1- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية ، دار هومة ، الجزائر ، طبعة 2002 ، ص17

الفرع الثاني : الشروط الواجب توافرها في المُحَرَرات العرفية

لم يضع المشرع الجزائري تعريف العقد العرفي بل اكتفى المشرع بتعريف العقد الرسمي بنص المادة **324 من القانون المدني .**فبالمعنى لمخالف فإن العقد العرفي هو العقد المحرر من غير الأشخاص المذكورين في المادة أو من طرفهم لكن خارج أداء مهامهم وهذا ما أكدته **المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني (يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف).**

- فمن خلال هذا التعريف نلاحظ وجود شرطين للعقد العرفي هما الكتابة والتوقيع.

-**أولا: الكتابة :** يتميز هذا النوع من الأوراق المعدة للإثبات بأن القانون لا يتطلب أي شكل معين في يتميز هذا النوع من الأوراق المعدة للإثبات بأن القانون لا يتطلب أي شكل معين في عداده فليس من اللازم أن يتولى الأطراف المتقاعدون تحرير الورقة العرفية بأنفسهم بل يمكن أن يقوم بذلك أي شخص كان سواء في هيئة كاتب تابع لهم أولا أو يكون مستخدما متخصص في ذلك وقد يكون موظف عاما في غير هيئته الرسمية. كما قد تكون مكتوبة بخط اليد أو آلة طباعة.

- كما لا يجب أن تكون اللغة المكتوبة بها الورقة العرفية هي اللغة الوطنية – عكس الورقة الرسمية – فيمكن تحريرها باللغة العربية أو أية لغة أجنبية أخرى.

- ولا يشترط القانون كتابة التاريخ على الورقة العرفية ولكن هذه الورقة لا تكون حجة على الغير إلا إذا كان لها تاريخ ثابت حسب المادة 328 من القانون المدني.

- ومع ذلك فقد يوجب القانون على سبيل الاستثناء ذكر التاريخ على بعض المحررات العرفية ومثال ذلك السفتجة المادة 390 من التجاري ، الشيك 742 من القانون

التجاري ، السند لأمر المادة 465 من القانون التجاري ولكن عدم ذكر التاريخ فيها لا يشكل سببا من أسباب البطلان.

- وإذا تعددت التواريخ في المحرر العرفي فإن التاريخ الأخير هو الذي يجب أخده بعين الاعتبار إلا إذا ثبت تزويره[1].
- وقد يساهم الشهود في إنشاء الورقة العرفية ولكن هذه المساهمة لا يزيدها شيئا من الحجية ومع ذلك فقد يكون توقيع الشهود على الورقة العرفية مفيدا لاحتمال أنه في حالة وقوع إجراءات مضاهاة الخطوط عليها يستدعى هؤلاء للتأكد على المصدر الحقيقي للورقة المتنازع فيها كما أن وفاة أحد الشهود الذين وقعوا على الورقة العرفية لها تاريخا ثابتا حسب المادة 328 من القانون المدني.
- ولا يشترط القانون ذكر المكان الذي حررت فيه الورقة العرفية ولكن قد يتعلق بذكر المكان في الورقة العرفية أهمية خاصة لأن المكان إذا وقع ذكره كان ذلك قرينة على أنه هو المكان الحقيقي الذي ابرم فيه العقد ولذا فقد تترتب عليه نتائج هامة خاصة ما يتعلق بالاختصاص المحلي.

ثانيا : التوقيع على الورقة : يتمثل التوقيع على الورقة العرفية في أن يضع الشخص بخط يده عليها لقبه أو اسمه أو هما معا أو كنيته أو أية كتابة أخرى ومن ثم لا بد أن

يكون التوقيع باليد و أما في المواد التجارية فإن بالإمكان أن يكون التوقيع بوضع ختم خاص في شكل توقيع La griffe

- ولا يمكن إعطاء أية قيمة للتوقيع إلا إذا كان صادرا من الطرف الذي ينسب إليه ولذلك فإن الوكيل لا يوقع باسم موكله ولو تلقى تعليمات في ذلك وإنما يجب أن يوقع باسمه الشخصي وبصفته نائيا عن موكله.ذ
- وقد يقع التوقيع على الورقة العرفية من طرف جميع ذوي الشأن في وقت واحد كما أنه قد يتم متفرقا وعلى مراحل أو في أماكن مختلفة.

وقد يكون التوقيع قبل كتابة النص وعلى ورقة بيضاء ليقع ملؤها فيما بعد وهذا ما يسمى بالتوقيع على بياض غير أن هذه الطريقة فيها نوع من المشاكل إلا أن الشخص الذي يوقع

1- يحى بكوش ، المرجع السابق ، ص129

على بياض مهما كانت غفلته يستطيع أن يتنصل من الالتزام المضاف على تلك الورقة فيثبت أن البيانات الموجودة بها ليست مطابقة لنواياه الحقيقية ، وقد أضاف المشرع الجزائري إثر تعديل القانون المدني وفق القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم القانون المدني **البصمة**، وهذا طبقا لنص المادة 48 منه.

- والتوقيع ببصمة الإصبع لم يكن التقنين القديم ينص عليه إلا أنه ظهر في العمل أكثر ضمانا من التوقيع حيث أثبت العلم أن بصمات الأصابع لا تتشابه [1] وقد جعل المشرع الجزائري للبصمة قوة الإمضاء تلبية للطرف الآخر الذي يقصد التحفظ من الطعون التي قد توجه في المستقبل إلى صحة الإمضاء.

- **الفرع الثالث : جزاء الإخلال بمبدأ التوقيع على الورقة العرفية**

أن التوقيع هو الشكلية الأساسية اللازمة لصحة الورقة العرفية هي وحدها التي تدل على وجود الرضاء الضروري لإنشاء أي تصرف قانوني وبدون تلك الشكلية فليس هناك ما يدل على وقوع التراضي ومن ثم فإن الورقة تعتبر باطلة بدون توقيع عليها ، و مع ذلك فقد يثور التساؤل عندما تكون الورقة تعتبر مشتملة على التزامات ذات طابع تضامني كما هو الشأن في الكفالة إذا وقّع عليها بعض المتضامنين دون البعض الآخر ، إن مما لا شك فيه أن توقيع هؤلاء المتضامنين أو بعض منهم لا يشكل حجة على الذين لم يوقعوا على الورقة العرفية.

- أما إذا تبين من ظروف الدعوى أن عدم توقيع بعض الأطراف ليس امتناعا من موافقتهم على مضمونها أو أن ظروفا خاصة منعتهم من توقيعها فإنه بإمكان القاضي أن يعتبر الورقة حجة بالنسبة للجميع.

- وإذا كانت الورقة العرفية منشأة لالتزام من جانب واحد فإن التوقيع اللازم لصحة الورقة هو توقيع هذا الملتزم وحده[2].

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

2-يحى بكوش ، المرجع السابق ، ص 133.

المطلب الثاني : حجية المُحَرَرَات العرفية في القانون المدني

أن تعرف على الحجية التي يمكن أن تُعْطَى للورقة العرفية يستلزم التعرض إلى عد من المسائل وهي أهم المراحل التي مرت بها الورقة العرفية ومدى حجيتها في كل مرحلة بالإضافة إلى كيفية تنظيمها من قبل المشرع .

الفرع الأول : حجية المُحَرَرات العرفية قبل صدور قانون التوثيق

للعقد العرفي حجية فيما بين المتعاقدين وحجية في مواجهة الغير إذا استوفى الشروط القانونية التي سوف يأتي بيانها وعلى هذا الأساس سوف نتطرق لهذه الحجية في ثلاث فروع:

أولا : حجية الورقة العرفية من حيث مصدرها

عل العكس مما قيل في الورقة الرسمية فإن الورقة العرفية ليست لها حجية في ذاتها من حيث المصدر وذلك لأنه لا تساندها أية قرينة تدل على صدورها حقيقة ممن تنسب إليه أو من الشخص الذي وقعها.

- ويستثنى من ذلك ما إذا أودعت الورقة العرفية لدى الموثق ولكن بشرط أن يكون الإيداع ثابتا وأن يقوم به جميع الأطراف المتعاقدة أو على الأقل الطرف المدين وعلة ذلك كما هو ظاهر هو أن القيمة عند الإيداع الذي يثبت وحده مصدر الورقة العرفية وفيما عدا ذلك فليس للورقة العرفية حجية الإقناع إلا إذا اعترف بالتوقيع الوارد فيها بصفة تلقائية من طرف الشخص المنسوب إليه أو إذا قرر القاضي ثبوت ذلك التوقيع على صاحبه.
- وسواء كان الأمر إنكار للتوقيع أو عدم تعرف عليه فإن على القاضي أن يفصل في الورقة موضوع النزاع ويبدي رأيه فيها باعتبارها مسألة أولية .

فالورقة العرفية تفقد قيمتها وتنهار حجيتها بصفة مؤقتة بمجرد الإنكار ويتعين على من يدعي صحتها أن يثبت ذلك [1].

- وللتأكد من صحة التوقيع أو عدمه يلتجئ القضاة إلى طريقة مضاهاة الخطوط إما مباشرة بأنفسهم وإما بالشهود أو الخبراء. وهذا حسب نص **المادة 76 من قانون الإجراءات المدنية :" إذا أنكر احد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليها دعى عدم تعرفه على خط أو توقيع الغير فيجوز للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك إذ رأى أن هذه الوسيلة غير منتجة في الفصل في النزاع وإلا فإنه يؤشر بإمضائه على الورقة المطعون فيها ويأمر بإجراء تحقيق الخطوط إما بمستندات أو بشهود وإذا لزم الأمر بواسطة خبير.**
- **وتطبق القواعد المقررة للتحقيقات وإعمال الخبرة على إجراءات تحقيق الخطوط).**
- حيث أنه يستفاد من هذا النص أنه لا يلزم القضاة باللجوء إلى طريقة مضاهاة الخطوط بمجرد الإنكار فإن بإمكانهم أن يصرفوا النظر عن ذلك إذا تبين لهم أن هذه الوسيلة غير منتجة في الفصل في النزاع ويرفضوا الورقة باعتبارها مزورة أو مشبوهة لا توحي لهم بأية ثقة كما أن بإمكانهم أن يحكموا بصحة التوقيع الوارد فيها إذا قامت مؤيدات في ذلك.
- **ثانيا** : حجية الورقة العرفية من حيث مضمونها:

إذا وقع الاعتراف بالورقة العرفية أو حكم بصحتها فإنها تصبح حجة عما ورد فيها[2].

إلا أنه لا بد من تحديد بعض مجالات الخلاف بينها وبين الورقة الرسمية.

أ/- المُحَرَرْ الرسمي لا تسقط حجيته من حيث المبدأ إلا بالطعن فيه بالتزوير بينما يكفي أنكرا الخط أو التوقيع من طرف المدين في السند العرفي لتسقط حجيته.

ب/- يكون تاريخ المحرر الرسمي حجة على الكافة منذ توقيعه أما تاريخ السند العرفي فيكون على موقعيه ، ولا يكون حجة على الغير إلا منذ أن يكتسب تاريخا ثابتا بإحدى الطرق المقررة قانونا في **المادة 328 من القانون المدني .**

1- على عكس الورقة الرسمية من قرينة الرسمية التي تعفى من يستفيد منها من إثبات صحتها

2- يحى بكوش ، المرجع السابق ، ص138

ج/- للمحرر الرسمي قوة التنفيذ ، ويكون قابلا للتنفيذ جبرا بمجرد استخراج صورته التنفيذية ، دون حاجة للحكم القضائي وذلك وفقا لمقتضيات **المادة 320 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والمادتين (6و 21) من قانون التوثيق رقم 88-27**

أما المحرر العرفي فليس له أية قوة تنفيذية فلا يجبر الخصم على تنفيذه إلا إذا حصل. الدائن بالالتزام على حكم قابل للتنفيذ فينفد حينئذ الحكم وليس المحرر العرفي

ثالثا : حجية التاريخ بالنسبة للغير **:**

أن الورقة العرفية ليست في حد ذاتها إلا واقعة مادية من شأنها أن تحدث وضعا لدى الغير قد يكون قليلا وقد يكون كثيرا بحسب التاريخ الذي وقعت فيه تلك الورقة ولهذا تدخل المشرع ليمنع التحايل على الغير فوضع قرائن تدل على صحة التاريخ الذي تحمله الورقة العرفية وهذا ما يسمى بالتاريخ الثابت ، إلا أنه قبل التطرق إلى الحالات التي يكون فيها التاريخ الذي تحمله الورقة العرفية ثابت لا بد من التطرق إلى مفهوم الغير .

<u>*مفهوم الغير :</u>

لكي يعتبر الشخص من الغير يجب أن تتوفر فيه ما يلي :

1- يجب أن لا يكون قد ذكر اسم الشخص كطرف في العقد.

2- يجب أن يدعي الشخص بحق خاص به: وبالتالي يستبعد من فكرة الغير كل شخص يستمد حقه مباشرة من أحد الأطراف المتعاقدة في الورقة العرفية وعلى هذا فلا يعتبر من الغير الخلف العام وكل من كان في حكمه مثل الورثة أو الموصي لهم بحصة من التركة من قبل احد المتعاقدين في الورقة العرفية وهذا لأنهم يتلقون الحق عنه ويعتبرون ممثلين فيها.

- ولذا تعتبر من الغير في هذا الصدد :

أ- **الخلف الخاص :** هو كل من تلقى من سلفه حقا معينا كالمشتري الذي يعتبر خلفا خاصا للبائع، فإذا تصرف السلف (البائع) في المال المبيع للخلف (المشتري) فإن تصرفه لا يكون نافذا في حق المشتري إلا إذا كان ثابت التاريخ.

ب-**الدائن الحاجز** : إذا قام الدائن بإجراء حجز على أموال منقولة موجودة عند مدينة أو موجودة عند مدين مدينة فإنه يعتبر غيرا بالنسبة للتصرفات في مواجهة دائنه الحاجز إلا إذا كانت ثابتة التاريخ أي ثبوت واقعة تؤكد أن التصرف الذي أجراه المدين كان قبل إجراء الحجز على أمواله من طرف دائنه.

ج- **دائنوا التاجر المفلس** : فالقانون يرتب على الحكم بشهر افلاس التاجر رفع يده عن إدارة أمواله ونشوء حق للدائنين على أمواله كالحق الذي يترتب للدائن الحاجز على المال المحجوز فلا يكون التصرف نافدا في حق الدائنين إلا إذا كان له تاريخ ثابت قبل شهر إفلاسه [1].

د- **الدائن الطاعن في تصرف صدر من مدينه بعدم نفاذ التصرف** : إذا ابرم مدين تصرفا مع شخص آخر لافتقار ذمته المالية التي هي ضامنة للوفاء بديونه فإن دائنه إذا طعن ببطلان تصرفه مع الشخص الآخر فلا يحتج عليه بتاريخ المحرر العرفي إلا إذا كان ثابتا لأن هذا الدائن الطاعن ببطلان تصرف مدينه يعتبر من الغير في مفهوم المادة 328 من القانون المدني.

وعليه فبالرجوع **للمادة 328 من القانون المدني** التي تنص على : "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون العقد ثابتا إبتداءا:

- يوم تسجيله.
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.

1- **من يوم أن يؤشر على الورقة العرفية موظف عام مختص** : مثل ذلك أن تقدم الورقة في قضية فيؤشر عليها القاضي أو كاتب الجلسة.

2- **ثبوت مضمون المحرر العرفي في عقد آخر حرره موظف عام** : فمن الطبيعي أن يكتسب المحرر العرفي الذي ينقل في المحرر الرسمي تلك الحجية تبعا له وذلك من اليوم الذي تم فيه تحرير المحرر الرسمي.

- ولا يلزم أن يتضمن المحرر الرسمي جميع محتويات المحرر العرفي وإنما يكتفي أن

1-د سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، الطبعة الخامسة ،ص281

- يشتمل على ما هو أساسي وجوهري فيه بحيث يمكن التعرف عليه أو ضبط تاريخه.
- **وفاة أحد الذين لهم على الورقة خط أو إمضاء :** إذا توفى شخص أو أكثر من الأشخاص الذين سبق لهم أن وضعوا توقيعهم أو خطهم على الورقة العرفية فان ذلك يدل على أنها كانت موجودة يوم حصول الوفاة على الأقل ولهذا فإن لم يقع تسجيل الورقة العرفية أو لم يؤشر عليها موظف عام فأن الوفاة هي الواقعة التي تعطي لها التاريخ الثابت ويستوي في ذلك أن يكون الأشخاص المتوفون من وقعوا على المحرر العرفي بصفتهم متعاقدين أو شهودا أو مجرد كاتبي.

***الاستثناء:**

هناك بعض الحالات التي لا يكون فيها للورقة العرفية تاريخ ثابت ولكنها مع ذلك تكون حجة على الغير ، وهذه الحالات هي :

الحالة الأولى : وتشمل الحالات التي لا تخضع لتطبيق المادة 328 من القانون المدني ليست جميع الأوراق العرفية قابلة لأن تنطبق عليها أحكام المادة 328 فهناك بعض منها يخرج عن نطاقها ومعنى ذلك أن الأشخاص الذين يصدق عليهم وصف الغير يمكن أن يحتج عليهم مع ذلك بتاريخ الورقة العرفية ومن هذه الحالات :

المادة التجارية : أن المادة 328 من القانون المدني لا تنطبق على المنازعات التجارية وهذه القاعدة راجعة إلى مبدأ حرية الإثبات الذي تتسم به هذه المنازعات.

المخالصات: les quittances لقد استقر في الاجتهاد القضائي أن المخالصات لا تخضع لأحكام المادة 328 من القانون المدني وأن المدين يستطيع أن يثبت تحرره من الدين بمخالصة ليست بذات تاريخ ثابت وتبرر هذه القاعدة نص المادة 328 في فقرتها الأخيرة على أنه**" يجوز للقاضي ، تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة"** وينطبق هذا الاستثناء على المخالصات التي وقعت في ميعادها أما إذا كانت سابقة لأوانها فإن على المدين الذي يدفع دينه قبل حلول أجل أن يقدم البينة للغير، شرط أن يكون الدفع حقيقيا لا شبهة فيه.

الكتابات الخاصة : أن المادة 328 من القانون المدني لا تعني إلا المحررات العرفية المعدة خصيصا للإثبات وهي مايسمى بالسندات (actes instrumentaires) أما ما عداها كالأوراق المنزلية والدفاتر التجارية فتعتبر أجنبية عن هذه المادة.

الحالة الثانية : حالة علم الغير بالورقة : إذا ثبت أن الغير كان عالم بالورقة العرفية التي ليست ذات تاريخ ثابت فإنه يحتج بها عليه[1].

الحالة الثالثة: التنازل عن الحق في التمسك بعدم التاريخ الثابت : إن مقتضيات المادة 328 من القانون المدني ليست من النظام العام ، لأنها شرعت لحماية مصالح الأفراد ضد التعسفات الناجمة عن تسبق التواريخ في المحررات العرفية ويترتب على ذلك أن بإكن الغير أن يتنازل عن هذه الحماية القانونية بالاعتراف إما صراحة ، بصحة التاريخ الموجود على الورقة التي يحتج بها عليه وإما ضمنيا بأن يتصرف بما لا يقبل مجالا للشك في أن قصده هو عدم التمسك بعدم وجود التاريخ الثابت.

تنظيم المحررات العرفية المبرمة قبل قانون التوثيق : العقود العرفية الواردة على العقار والمبرمة قبل 1971.

- أن عملية نقل الملكية العقارية وإثباتها في تلك الفترة لم يكن يشترط في صحتها الشكل الرسمي ويكفي فيها الشكل العرفي تكريسا لمبدأ الرضائية الذي كان يسود ويطبع المعاملات العقارية في تلك الحقبة الزمنية مع ضرورة توافر أركان العقد من تراضي ، محل وثمن...الخ.
- لكن انتقال المشرع الجزائري من نظام الشهر الشخصي الموروث عن الحقبة الاستعمارية إلى نظام الشهر العيني المستحدث بالأمر 75-74 المؤرخ في : 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام ، وتأسيس السجل العقاري والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه والذي أساسه وركيزته شهر الممتلكات العقارية أدى بالسلطة التنفيذية التدخل ثلاث مرات
- لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ:

1- يحي بكوش،المرجع السابق، ص43

أولا: بمقتضى المرسوم رقم 80-210 المؤرخ في :1980/09/13 والذي عدل المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في : 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري إذا بموجب المادة 03 منه أصبحت المادة 89 من المرسوم 76-63.

محررة على النحو التالي: (تعدل المادة 89 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في:1976/03/25 المذكور أعلاه وتتم ويستبدل بما ما يلي : المادة 89 : لا تطبق القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه.

- عند الإجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري والذي يكون متمما للمواد من 8 إلى 18 من هذا المرسوم.
- عندما يكون صاحب الحق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا قبل أول مارس 1961.
- وعليه فحسب هذا المرسوم اكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل 1961/03/01 صيتها الشرعية [1].

ثانيا : بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري و الذي تم بموجبه تمديد فترة 1961/03/01 إلى الأول من شهر يناير 1971 وعليه اكتسبت المحررات العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل أول جانفي 1971 صيغتها الرسمية، دون حاجة للجوء إلى الجهات القضائية لغرض إشهارها كما كان الشأن سابقا،إذ يكفي اللجوء إلى الموثق لتحرير عقد إيداع[2] بشأنها يتم شهرة المحافظة العقارية المختصة وعلى ضوء ذلك أعفيت من الإشهار المسبق الذي كان مفروض بحكم نص المادة 88 من المرسوم 76-63 المشار إليه أعلاه.

1- حمدي باشا عمر . حماية الملكية العقارية. دار هومة. طبعة 2001.ص20.

2- يعاد تسجيل العقد العرفي وفقا لتاريخ الإيداع ألتوثيقي.

ثالثا : المنشور الرئاسي المؤرخ في : 1976/06/30 وقد جاء هذا المنشور لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ والمبرمة قبل 1974/03/05

تاريخ العمل بقانون الاحتياطات العقارية وسن هذا المنشور إجراءات خاصة فكلف المحاكم بإجراء تحقيق للمتقاضين عن صحة البيع ومدى توافر أركانه.

لكن هذا المنشور الرئاسي لم يلق صدى أمام المحاكم باعتباره لا يقيد القاضي كونه يحمل وجهة نظر الحكومة في تأويلا لأمر رقم 74-26 المؤرخ في 1974/02/20 المتعلق بالاحتياطات العقارية . فضلا على انه تجاهل تماما الأمر رقم 91/70 المؤرخ في : 1970/12/15 المتعلق بالتوثيق الذي يوجب لصحة المعاملة العقارية إفراغها في قالب رسمي ودفع الثمن بيد الموثق تحت طائلة البطلان.

- أما بالنسبة **للعقود العرفية غير الثابتة التاريخ**: فانه لا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق القضاء وهو ما أكدته المذكرة رقم 1251 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية بتاريخ 1994/03/29 وكذا القرار الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا تحت رقم 198674 المؤرخ في 2000/04/26" غير منشور" [1]**أن القضاة المجلس بقضائهم بإلزام الطاعنين بالحضور أمام الموثق لتحرير عقد رسمي عن البيع المنعقد بموجب عقد عرفي مؤرخ في 1963/07/01 طبقوا صحيح القانون).**
- لكن على القاضي وقبل تثبيت صحة البيع العرفي التأكد من تاريخ إبرام العقد تحت طائلة بطلان حكمه الأمر الذي أكده قرار عن المحكمة العليا الغرفة العقارية رقم 197347 مؤرخ في 2000/06/28"غير منشور" **(من المقرر قانونا أن تصحيح العقود العرفية من قبل القاضي تتطلب قبل تثبيتها التأكد من تاريخ إبرام العقد الذي يعد الدار الذي على ضوئه يعتبر المحرر العرفي صحيحا ومنتجا لجميع أثاره أو باطلا بطلانا مطلقا.ولما كان ثابتا-في قضية الحال- أن قضاة المجلس قضوا بصحة البيع العرفي استنادا إلى أن الطرفين اعترفا بصحته منهم لتاريخ البيع العرفي**

- 1-حمدي باشا عمر ،المرجع السابق ،22.

لمعرفة ما إذا كان الشارع يتطلب الشكلية الرسمية فإنهم بقضائهم.

هذا قد تجاهلوا أحكام القانون وجاءت أسباب قرارهم الواقعية ناقصة ، وهو ما يتعذر معه على المحكمة العليا من بسط رقابتها وبالتالي يتعين نقضه

<u>الفرع الثاني : حجية السندات العرفية بعد قانون التوثيق:</u>

بعد صدور الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن مهنة التوثيق الذي بدأ سريان تطبيقه في 01 يناير1971 جاءت المادة 12 منه على أن **" العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار والحقوق العقارية يجب أن تحرر تحت طائلة البطلان في شكل رسمي وأن يدفع الثمن لدى الموثق" وبذلك** لم تعد الرسمية شرط للإثبات فقط بل أصبحت شرط لانعقاد العقد وركن فيه وتخلفهما للبطلان المطلق.

- وهو ما أكدته الغرف المجتمعة للمحكمة العليا بعد تردد كبير في القرار رقم 136156 المؤرخ في 1997/02/18 ، مجلة قضائية 1997 عدد01 صفحة 10(**من المقرر قانونا أن كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا.**

من المقرر أيضا أنه زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل الملكية عقارا أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها يجب أن يحررها على الشكل الرسمي.

من المقرر أيضا أن يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله) حيث أنه كانت المحكمة العليا في تلك الفترة تعطي للعقود العرفية مرتبة العقود الرسمية وترتب عليها نفس الآثار وقد أحدث ذلك إشكالات دفعت بالأطراف المتعاقدة إلى الابتعاد عن المؤسسات الرسمية والتعامل بالعقود العرفية رغم أن المادة 351 من قانون التسجيل الصادر بموجب الأمر رقم 76-105

المؤرخ في 1976/12/09 كانت تحظر تسجيل العقود العرفية بمصالح التسجيل والطابع.

إلا أن هذه المادة 351 من قانون التسجيل تم إلغائها فيما بعد بموجب أحكام المادة 178 فقرة 06 من قانون المالية التكميلي لسنة 1983 ومن ثم تم تسجيل العقود العرفية.والمادة 256 من قانون التسجيل قائمة والمادتين 12و13 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 نصتا صراحة على بطلان العقود العرفية المتعلقة بنقل الملكية العقارية بطلانا مطلقا وتم التراجع عن ذلك فيما بعد وأعيدت أحكام المادة 351 من قانون التسجيل وأعيد حظر تسجيل العقود العرفية بمقتضى أحكام المادة 63 من قانون المالية لسنة 1992 وبقيت العقود العرفية التي تم تسجيلها بحوزة أصحابها بدون حل بسبب تناقض وتضارب النصوص القانونية.

- ثم الغرفة العقارية للمحكمة العليا في القرار رقم 148541 المؤرخ في 1997/05/23 مجلة قضائية 1997 عدد1 ص 183:**(من المقرر أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي يجب أن تحرر على هذا الشكل تحت طائلة البطلان ومن ثم فإن القرار المطعون فيه لم يخرق بموجب القرار يخالف الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي أعيد النظر فيه بموجب القرار رقم 136156 المؤرخ في 1997/02/18 المكرس بموجب المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني فيما يخص العقود العرفية.**
- **وأن قضاة المجلس لما قضوا ببطلان البيع بالعقد العرفي للقطعة الأرضية المشاعة بين الورثة المالكين فإنهم طبقوا صحيح القانون)**
- وعليه فإن العقود العرفية المبرمة بعد 1971/01/01 تعتبر في حكم القانون باطلة بطلانا مطلقا لكون المسألة تتعلق بركن من أركان العقد حتى ولو تم تسجيلها –الأمر الذي أكده القرار رقم 62624 مؤرخ في 1990/09/24 مجلة قضائية 1992 عدد 02 ص24.

(حيث أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية بل أقصى ما يفيده التسجيل هو إثبات التاريخ فقط أما مضمون العقد فيبقى بعيدا كل البعد عن الرسمية)- بمصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب وهذا طبقا لنص المادة 63 من القانون رقم 91-25 المؤرخ في

1991/12/16 المتضمن قانون المادة 63 من القانون رقم 91-25 المؤرخ في 1991/12/16 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 (يمنع مُفتشوا التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية ، المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها التنازل عن الأسهم والحصص في الشركات ، الإيجارات التجارية، إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، العقود التأسيسية أو التعديلية للشركات) [1]

- وبالتالي فإن العقود العرفية المحررة بعد 1970/12/15 ليس لها أي أثر بالنسبة لنقل الحقوق العينية العقارية ولا يترتب عنها إلا حقوق شخصية لأطرافها وبالتالي تعتبر باطلة مطلقا ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب إبطالها كما يجوز للقاضي إثارتها تطبيقا للمادة 324 مكرر1 من القانون المدني.
- أن العقود الباطلة ، ترتب آثارا والتزامات شخصية مثل التعويض عن الأضرار الناشئة عن بطلان العقد وإرجاع ثمن المبيع مقابل إخلاء العقار محل البيع إذا كان ممكنا وذلك لأن هناك حالات يستحيل فيها إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل البيع مثلا كنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.
- فالأحكام التي تقضي بصحة البيع العرفي الصادر بعد1970هي أحكام مخالفة للقانون ومعرضة للنقض وأن الأحكام التي تقضي بصحة الاتفاق الوارد في العقد العرفي وصرف الطرفين إلى تمام الإجراءات الشكلية والكتابة الرسمية أمام الموثق

هي أيضا أحكام مخالفة للقانون ويستحيل تنفيذها عمليا[2]

---

[1]- حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص 26.

[2]-عبد الحفيظ بن عبيدة : إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية ، دار هومة ، الجزائر ، طبعة 2003 ،ص86.

الفرع الثالث : أمثلة عن العقود العرفية

- يمكن التمييز بين أنواع العقود العرفية وآثارها على النحو التالي:
- أ/ **عقود إيجار فلاحية** : نصت المادة 2/53 من القانون رقم 90-25 المؤرخ عقود إيجار الفلاحية في شكل عقود عرفية).
- يستخلص من هذا النص أن عقود الإيجار الزراعية لم تعد تخضع للشكل الرسمي الذي فرضته المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، بل يمكن إبرامها على الشكل العرفي تطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام.[1]

ب/ **العقود العرفية الواقعة على الملكية العقارية:**

العقود العرفية المشهرة وفقا للمرسوم 1936/03/11فهذا المرسوم كان يقضي بتطبيق مقتضيات المرسوم الصادر في 1935/10/30 بالجزائر و المتعلق بتعديل نظام تسجيل الرهون العقارية وكان هذا المرسوم يسمح للأشخاص بشهر عقودهم العرفية لدى المحافظة العقارية أو ما يسمى بمحافظة الرهون العقارية. وإجراء هذه الشكلية يعطي للعقود العرفية المشهرة حجية في مواجهة الغير وتنص المادة 2 من مرسوم 1935/10/30 بأن يتم شهر العقود العرفية بعد إيداعها لدى الموثق في خلال 03 أشهر من تاريخ توقيعها.

1- حمدي باشا عمر ، دراسات قانونية مختلفة ، دار هومة ، الجزائر ، طبعة 2002 ، ص:46.

المبحث الثالث: المحررات الإلكترونية

ان المحررات الإلكترونية أو المحررات بمفهومها الحديث لم يعرفها المشرع الجزائري قبل التعديل القانون المدني بموجب قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 وذلك لمواكبة التطور الكبير الذي عرفه العالم الحديث في مجال الاتصال والتعاقد عن بعد.

المطلب الأول : مفهوم المحررات الإلكترونية

أن الموضوع الإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية أو في الشكل الإلكتروني يعد من المواضيع الحديثة التي كانت وليدة التطور العلمي والتكنولوجي الهائل الذي مس ميدان المعاملات الفردية ، ونظرا لذلك فقد وجب على المشرع الجزائري تدارك ذلك شأنه شأن النظم المقارنة، خاصة إذا علمنا بأن أهم الحالات التي تتجسد فيها هذه المعاملات هي التجارة الدولية، وتزداد هذه الحاجة أكثر عند انضمام بلادنا إلى المنظمة العالمية للتجارة .

الفرع الأول: التعريف الفقهي للمحررات الإلكترونية:

تعددت التعريفات الفقهية بالنسبة لتحديد مفهوم المحررات الإلكترونية وفي هذا الصدد يرى الأستاذ عباس العبودي بأنها :" أسلوب للتعبير يتضمن تسطير وجمع الحروف والكلمات في شكل مادي ظاهر ويعبر اصطلاحا عن معنى مكتمل أو فكرة مترابطة صادرة عن الشخص الطي نسبت إليه" إذا فهي مجموعة من الحروف أو الرموز أو الأشكال أو أية وسيلة للتعبير تتضمن معنى مفيد يمكن أن يعكس إرادة الشخص الصادرة منه موجودة على دعامة الإلكترونية أو في شكل الإلكتروني وتختلف صفتها باختلاف شكلها وكذا الدعامة التي تحملها.

الفرع الثاني: المفهوم القانوني للمحررات الإلكترونية

تقضي أحكام المادة 323 مكرر من القانون المدني المعدلة بمقتضى القانون 10/05 بما يلي "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أي علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها" أما المادة 323 مكرر1

من نفس القانون تنص على أنه :" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق ..."

ولقد عرف المشرع المصري الكتابة الإلكترونية بمقتضى الفقرة (أ) من المادة الأولى من القانون المتعلق بالتوقيع الإلكتروني بأنها : "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الإلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك ". أما المقصود بالمحرر الإلكتروني حسب الفقرة (ب) من نفس المادة فهي : "رسالة تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة الإلكترونية أو رقمية أ, ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة".

أما المشرع الفرنسي فانه بمقتضى القانون رقم 230/2000 المتعلق بإدخال تكنولوجيا المعلوماتية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني الصادر بتاريخ 2000/03/13المعدل للقانون المدني الفرنسي وفي نص المادة 1316 منه التي جاءت على النحو التالي :" 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".

إن ما يستشف من هذا النصوص أن المشرع الجزائري وعلى غرار غالبية التشريعات في النظم المقارنة تبنى مفهوما واسعا للإثبات عن طريق الكتابة إذ لم يبقى مقتصرا على المحررات الرسمية والعرفية بالمفهوم التقليدي والمتجسد أساسا على الدعامة الورقية والمادية بل انتقل إلى تجسيد فكرة الإثبات عن طريق الكتابة في أي شكل كان ومهما كانت الدعامة التي تحتويه ، ولو أن أحكامه في تشريعنا الداخلي لم تتضح بعد بسبب أن

النصوص المتعلق بها جاءت مقررة لمبادئ عامة ، إلا أن المؤكد هو أن المشرع الجزائري كرس مبدأ الفصل ما بين الكتابة والدعامة التي تحتويه وفتح مجال الإثبات عن طريق الكتابة مهما كان شكلها مقرا بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات كامل.

المطلب الثاني : حجية المحررات الإلكترونية في القانون المدني الجزائري

الفرع الأول : حجية المحررات الإلكترونية

يثور التساؤل في التشريع الجزائري عن طبيعة المحررات الإلكترونية خاصة أمام تكتم النصوص القانونية وغموضها ذلك أن المشرع كرس مبادئ عامة فقط ، إلا أن لهذا الموضوع أهمية بالغة خاصة فيما يتعلق بمدى هذه الحجية والوسائل الكفيلة بدحضها.

أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة رغم أنه كمبدأ عام أكد على التعادل الوظيفي للمحرر الإلكتروني مع المحرر الورقي من حيث الحجية في الإثبات فيها هذا الغموض كان نتيجة للسهو أم أنه لا حاجة له طالما تم تقرير المبدأ العام القاضي بالتعادل الوظيفي أم أن نية المشرع اتجهت إلى استبعاد طابع الرسمية على هذه المحررات الإلكترونية واعتبارها محررات عرفية فقط لاستحالة توافر الشروط المستلزمة في نص المادة 324 من القانون المدني ، هذا الأمر جعل القانونين عندنا ينقسمون إلى فئتين:

الفريق الأول اعتبر أن أحكام المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1316 من القانون المدني الفرنسي تتسع لتشمل الكتابة التي تكون في الشكل الرسمي نظرا لعمومية تعريف الكتابة الواردة في النصوص السابقة، كما أن موقعها ضمن قواعد الإثبات في مقدمة الفصل الخاص بالإثبات بالكتابة من جهة أخرى وبالتالي بإمكانها معادلة الكتابة الرسمية في الإثبات.

بينما ذهب الفريق الثاني للقول بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال إعماله في العقود العرفية وبالتالي الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني لا يمكن لها إلا أن تكون عرفية لكون المشرع أراد حماية رضا المتعاقدين لما اشترط إثبات بعض العقود بالكتابة الرسمية التي يشترط لصحتها حضور الضابط العمومي وتوقيعها، وهذا الأخير

هو الذي يمنحها رسميتها والذي لا يمكن حضوره إذا تعلق الأمر بالكتابة في الشكل الإلكتروني[1].

أن الأمر لا يخلو من الغموض وعدم الوضوح مما يحتم علينا الاطلاع على بعض التشريعات المقارنة مستأنسين بما تم تقريره عندهم في هذه النقطة كون المبدأ واحد .و برجوعنا إلى التشريعات المقارنة وخاصة التشريع المصري والفرنسي فالمسألة قننت بكثير من التفصيل ،ذلك أن المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري تنص على انه "للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تتخذها اللائحة التنفيذية لهذا القانون". إذا فالأمر في التشريع المصري فصل فيه ذلك من خلال قابلية أن تكون المحررات الإلكترونية في شكل رسمي أو عرفي بالمفهوم التقليدي متى توافرت الشروط المقررة قانونا وكذا طبقا للائحة التنفيذية. وهو نفس المذهب الذي كرسه المشرع الفرنسي طبقا للمادة 1317 من القانون المدني إذ أضفي على المحررات الإلكترونية طابع الرسمية هو الأخر و توافرت الشروط اللازمة قانونا والتي يحددها مجلس الدولة.

وعليه فإن الأمر في تشريعنا يشوبه الكثير من الغموض فات كان من جهة قد أقر مبدأ التعادل الوظيفي لحجية هذه المحررات وكذا شمولية المادة 323 مكرر التي جاءت لتشمل كل من الكتابة عن طريق المحررات الرسمية والعرفية ، فانه من جهة أخرى وأمام الشروط الواجبة بالنسبة للمحررات الرسمية طبقا للمادة 324 التي تقضي بأنه لا بد أن يتم تحرير المحرر أمام موظف عام وبحضور الأطراف وأمام هذه الاستحالة مبدئيا سواء من ناحية الإمكانيات التكنولوجية أو من الناحية التشريعية –إذ صدر قانونين يتعلق الأول بتنظيم مهنة الموثق والثاني يتعلق بتنظيم مهنة المحضر القضائي في سنة 2006 ألا انه لم

- (1):الدكتور سمير عبد السميع الأودن ، العقد الإلكتروني ، نشأة المعارف ، ص157. يتضمن أي حكم يتعلق بالكتابة الإلكترونية-فان أمر إضفاء طابع الرسمية بالنسبة للمحررات الإلكترونية ما يزال

بعيد المنال ولكن لا يوجد ما يمنع تطبيقه في التشريع الجزائري حاليا، ولذا فإننا نرى من الأحسن لو تدخل المشرع وبالتفصيل اللازم من اجل تقنين الأمر وكذا العمل على عصرنة كل الإدارات سواء الحكومية أو المهنية بغرض الأطير ذلك والاستفادة من التطور التكنولوجي الحاصل والواضح أنه لا يوجد أي نص صريح لإضفاء الرسمية على المحررات الإلكترونية ولكن بالمقابل لا يوجد كذلك أي نص يمنعه خاصة أن الواضح من المبادئ المقررة حاليا في القانون المدني والمتعلقة بالمحررات الإلكترونية أن المشرع أقر بالتعادل الوظيفي للمحررات تاركا الأمر إما للتعديل القانوني أو للاجتهاد القضائي.

الفرع الثاني : حجية صور المحررات الإلكترونية

يقصد بها تلك الأوراق والمستندات المستخرجة من الحاسوب الآلي والتي تتضمن بيانات ومعلومات معينة يتم إدخالها وبرمجتها فيه واستخراجها عند اللزوم وكذلك الحال بالنسبة لأجهزة الفاكس والتلكس وأمام عدم وجود نص ينظم حجية المستخرجات الإلكترونية فإن لها من الحجية ما للدليل الكامل وفقا لقواعد الإثبات طالما كانت مطابقة للأصل الذي يتعين ضمان سلامته من خلال منع وصول أحد الطرفين إليه دون علم أو موافقة الطرف الآخر[1] ، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري. والتي جاء في نصها "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق ، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وان تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

---

* [1]: الدكتور سمير عبد السميع الأودن ، المرجع السابق، ص170

الخاتمة :

إن مدار هذا البحث كان حول الإثبات بالكتابة في القانون المدني الجزائري حاولنا من خلاله التوصل للإجابة على أهم التساؤلات التي سبق إثارتها .

لم يعترف المشرع الجزائري قبل تعديل 2005 الا بالمحررات في شكلها التقليدي ، حيث تعتبر المحررات الرسمية حجة بين المتعاقدين والغير وهي قابلة للتنفيذ دون استصدار حكم من القضاء ولا يطعن في رسميتها الا بالتزوير في حين يحوز المحرر العرفي على ذات الحجية بين المتعاقدين والخلف ما لم يتم انكاره أو الدفع به بالجهالة ، تكون له الحجية بالنسبة للغير إذا كان له تاريخ ثابت إضافة الى ذلك فإن المحرر العرفي لا يكون قابلا للتنفيذ إلا إذا صدر بشأن تنفيذه حكما قضائيا ، وهناك بعض المحررات العرفية التي لم تعد أصلا للإثبات ولا تكون عادة موقعا عليها من ذوي الشأن ومع ذلك القانون يعطيها بعض الحجية في الإثبات تتفاوت بحسب الأحوال كشأن الرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية

وفي الحالة التي يعرض فيها على القاضي محرر عرفي أبرم قبل01/01/ 1971 فإن القاضي يعتد بالمحرر العرفي اعتبارا أن التصرف القانوني المبرم قبل 1971/01/01كان لا يشترط محرر رسميا كدليل لإثباته وذلك لتقريب عناصر إثبات التصرف من عناصر تكوينه وقت ابرام هذا التصرف وهذا ما أخد به المشرع الجزائري طبقا للمادة 08 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 10/05المؤرخ في 20 /2005/07

ان المشرع الجزائري وتماشيا مع التطورات التي عرفها عصرنا الحديث في ميدان الاتصال والتعاقد عن بعد جعله يورد تعديلا للقانون المدني مضمونه التوسع في اعتماد الكتابة كدليل اثبات يكون بأي وسيلة وعلى أي دعامة .

وما يعاب على هذا التعديل هو تقريره لمبادئ عامة فقط بالتالي وجود غموض في النصوص القانونية فيما يتعلق بطبيعة المحررات الالكترونية ومدى حجيتها إضافة الى الوسائل الكفيلة لدحض هذه الحجية .

ان المحررات الرسمية تتطلب الحضور المادي لأطراف العقد أمام ضابط عمومي ليمنحها الرسمية وهذا ما تفتقر اليه المحررات الإلكترونية ، لذلك لا يمكن تصور المحررات الإلكترونية في المجال الذي تعد فيه الكتابة شرطا للانعقاد التصرفات كالتصرفات القانونية الواردة على عقار، فإما يتعين الاكتفاء بإتباع النمط التقليدي في الكتابة بمثل هذه التصرفات وبالتالي استبعاد المحررات الإلكترونية وإما العمل على إعادة هيكلة الجهات الإدارية المختصة مثل إدارة الشهر العقاري ومصالح التسجيل لاستيعاب مثل هذه الأساليب الحديثة والعمل بها حتى تستقر أيضا الشكلية الإلكترونية في مجال التوثيق .

وأخيرا نتمنى أن نكون قد وفقنا في هذا البحث وذلك بالإجابة على التساؤلات والإشكالات التي طرحت ، متمنين من المشرع الجزائري إعادة النظر في القانون المدني وإتمامه بنصوص قانونية توضح لنا طبيعة المحررات الإلكترونية وتضع لنا الطرق الإجرائية الكفيلة لدحض حجيتها .

المراجع

قائمة المراجع

- ا)**التشريعات:**

1- القانون المدني الجزائري النص الكامل للقانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005.
2- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. النص الكامل للقانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 طبعة 2010-2011
3- قانون تنظيم مهنة التوثيق رقم 06-02 المؤرخ في 2006/02/20
4- المرسوم الرئاسي رقم 85-59 المؤرخ في 23 مارس 1985المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية.

- اا)**المؤلفات القانونية:**

1- الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، نظرية الالتزام ،الإثبات – آثار الالتزام ،دار إحياء الثرات العربي ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى.
2- الدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور عبد الباسط جميعي و مصطفى محمد الفقي ، الوسيط في شرح القانون المدني الحديث (2) نظرية الالتزام لوجه عام ، آثار الالتزام.
3- الاستاذ محمد زهدور، الوجيز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات.
4- الياس ابو عبيد ، نظرية الإثبات في اصول المحاكمات المدنية الجزء الأول.
5- الاستاذ يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي.
6- الاستاذ حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية "في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام" دار هومة ، الجزائر ، طبعة 2002.
7- زيتوني عمر ، مقال بعنوان حجية العقد الرسمي مجلة الموثق العدد 3- 2001 ص41.

8- عبد الحميد بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية والحقوق المدنية العقارية،دار هومة ، الجزائر ، طبعة 2003ص86.
9- الدكتور سمير عبد السميع الأردن ، العقد الالكتروني ، نشأة المعارف ،ص 157.
10- الدكتور سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، الطبعة الخامسة ، ص 281.
11- الدكتور محمد حسين قاسم ، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبعة 2007.
12- الدكتور أبو سلطان ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية
13- الدكتور همام محمد محمود زهران ، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية.
14- الدكتور عبد الرحمن ملوي ، محاضرات صرف الإثبات في المواد المدنية.
15- الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2006.
16- الدكتور محمد. صبري السعدي ، الواقع في شرح القانون المدني ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

الفهرس

الفهرس

المقدمة.....1

الفصل الأول: الأحكام العامة للإثبات

بالكتابة.....3

المبحث الأول : تعريف الإثبات

بالكتابة 3

المطلب الأول: المقصود بالكتابة 7

المطلب الثاني : استعمال الكتابة 10

المبحث الثاني : إجراءات الإثبات

بالكتابة 12

المطلب الأول : إيداع الأدلة الكتابية

وابلاغها.....12

المطلب الثاني :إثبات صحة

المحررات.....13

الفصل الثاني: أنواع المحررات.....22

المبحث الأول : المحررات الرسمية.....22

المطلب الأول : مفهوم المحررات

الرسمية.....22

الفرع الأول : تعريف المحررات الرسمية 22

الفرع الثاني : الشروط الواجب توافرها في المحررات الرسمية.....23

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على الإخلال بشروط المحرر الرسمي.....30

المطلب الثاني: حجية المحررات الرسمية في القانون المدني 32

الفرع الأول : حجية المحررات الرسمي فيما بين الطرفين.....32

الفرع الثاني : حجية المحررات الرسمي بالنسبة للغير.....36

الفرع الثالث: حجية صور المحررات الرسمية.....39

المبحث الثاني : حجية المحررات العرفية.....42

المطلب الأول : مفهوم المحررات العرفية 42

الفرع الأول : تعريف المحررات العرفية.....42

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحررات العرفية.....43

الفرع الثالث: جزاء الإخلال لمبدأ التوقيع على الورقة العرفية.....45
المطلب الثاني: حجية المحررات العرفية في القانون المدني.....46
الفرع الأول: حجية المحررات العرفية المبرم قبل قانون التوثيق.....53
الفرع الثاني: حجية المحررات العرفية المبرم بعد قانون التوثيق.....54
الفرع الثالث: أمثلة عن بعض المحررات العرفية.....57
المبحث الثالث: المحررات الالكترونية.....58
المطلب الأول : مفهوم المحررات الالكترونية.....58
الفرع الأول : المفهوم الفقهي للمحررات الالكترونية.....58
الفرع الثاني : المفهوم القانوني للمحررات الالكترونية.....58
المطلب الثاني: حجية المحررات الالكترونية في القانون المدني الجزائري 60

الفرع الأول : حجية المحررات

الالكترونية.....60

الفرع الثاني: حجية صورة المحررات

الالكترونية.....63

الخاتمة.....64

المراجع.....66

الفهرس.....68