

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع: 04

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم..القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

# الكتابة وسيلة للإثبات في النزاع المدني

التخصص: قانون خاص

تحت إشراف الأستاذ(ة):

لطروش أمينة

الشعبة: الحقوق

من إعداد الطالب(ة):

برايك سومية

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة): بن عوالي علي.....رئيسا

الأستاذ(ة) لطروش أمينة.....مشرفا مقرر

الأستاذ(ة) لعور ريم رفيعة.....مناقشا

السنة الجامعية: 2019/2018

نوقشت يوم: 2019/07/08

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

"وقل اعملوا فسیری اللہ عملکم ورسولہ والمؤمنون"

صدق اللہ العظیم

سورة التوبة - الآیة 105

## إهداء

إلى من أمر الرحمن ببرها، و وضع الجنة تحت أقدامها، إلى من حبها يغمر قلبي  
و دعاءها يبسر دربي، إلى من تعبت من أجلي، إلى من أعجز اللسان عن شكرها .

إلى أمي الحبيبة

إلى طيب القلب و الروح، إلى من أمدني بالعون المادي و المعنوي، إلى رمز الأخلاق  
و القيم، إلى من أحبه كثيرا إلى أبي العزيز

إلى زوجي الحبيب و أبنائي نور دربي أيوب، أحمد، ريهام

إلى إخوتي و كل أخواتي و كل عائلتي من قريب و من بعيد

كما أهديه إلى كل زملائي في العمل، و أصدقاء دربي في مشواري الدراسي

إلى كل أعضاء كلية الحقوق و العلوم السياسية لجامعة مستغانم .

## كلمة شكر

الحمد لله الذي تم بفضلہ إنجاز هذا العمل

نتقدم بجزيل الشكر و عظيم الامتنان إلى أساتذتنا و بالأخص إلى الأستاذة المحترمة

لطروش أمينة التي تفضلت بقبول الإشراف على هذا العمل، و لم تبخل علينا بملاحظاتها

القيمة و نصائحها السديدة .

كما لا يفوتنا أيضا أن نتقدم بفائق الإحترام و الشكر الجزيل، لأعضاء لجنة المناقشة

الذين شرفونا بمناقشتهم لهذه المذكرة المتواضعة، بهدف إثرائها أكثر .

و كذلك نتقدم بالشكر و التقدير إلى كل من مد لنا يد العون و المساعدة، سواء من قريب

أو من بعيد في إنجاز هذا العمل المتواضع .

## قائمة أهم المختصرات

ط : طبعة

ج ر : الجريدة الرسمية

د.س.ن : دون سنة النشر

د.د.ن : دون دار النشر

د.ب.ن : دون بلد النشر

ص : صفحة

ص ص : من الصفحة إلى الصفحة

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

إن الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل على واقعة قانونية بالطرق التي رسمها و حددها القانون إذا فإثبات الحق هو إقامة الحجة عليه و الحق بدون دليل هو العدم سواء إذ لا فائدة من الادعاء أمام القضاء إذا كان المدعي لا يملك الحجة التي تجعله يصل إلى مبتغاه من الالتجاء إلى المحكمة ولما كانت الكتابة من أهم وسائل و طرق التعامل في العصر الحديث نظرا لما توفره للأطراف من ضمانات سواء من ناحية الاحتفاظ بها أو من إمكانية إعدادها مسبقا كدليل إثبات<sup>1</sup>، فلقد اهتم المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة بتحديد الشروط الواجبة فيها و كذا تبيان حجيتها كدليل إثبات والطرق المقررة قانونا لدحض هذه الحجية.

إن الإثبات عن طريق الكتابة لم يبقى في شكله التقليدي فقط وإنما ظهر مفهوم جديد وحديث لهذه المحررات ألا وهي المحررات الالكترونية.

وتظهر أهمية اختيارنا لهذا الموضوع من خلال عدة نقاط أبرزها:

- الأهمية الكبيرة من الناحية العملية والتطبيقية للكتابة سواء المحررات الرسمية أو المحررات العرفية في الإثبات أمام القاضي المدني.
- نتيجة للثورة الفكرية والتكنولوجية بدأت الحاجة الى المحررات الالكترونية لاستعمالها في المعاملات اليومية من طرف الأفراد أو المؤسسات.
- مواكبة آخر التعديلات فيما يتعلق بموضوع الإثبات خاصة ما يتعلق بالأحكام المتعلقة بالمحررات وفقا للقانون 05-10
- الخلط الكبير في الواقع العملي ما بين التصرف القانوني ووسيلة إثباته.
- إقامة الدليل هو ركيزة العمل القضائي أمام الأقسام المدنية وذلك من خلال إثبات الالتزام و التخلص منه طبقا لنص المادة 323 من القانون المدني .

<sup>1</sup> د/محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، كلية الحقوق جامعتي الإسكندرية و بيروت العربية، دس، ص 12 .

لقد تناول المشرع الجزائري موضوع الكتابة كدليل إثبات في الباب السادس المتعلق بإثبات الالتزام من الكتاب الثاني المعنون بالالتزامات و العقود ذلك من المواد 323 إلى 332 من القانون المدني و لقد تناولها في ثلاثة مواضيع رئيسية:

1 - المحررات الرسمية 2 - المحررات العرفية 3 - المحررات الالكترونية  
 إذا فالكتابة سواء كانت عن طريق المحررات الرسمية أو العرفية أو في شكلها الحديث الالكتروني تعد أوثق و أهم دليل في الإثبات نظرا لما لها من ميزات و خصائص لا توجد في باقي الأدلة الأخرى ، إلا أن هذا الأمر لا يعني أنها تخلو من العيوب التي قد تجعل حجيتها مهيب الريبة، فهي معرضة للتزوير، أو الإنكار وبعض الأحيان قد تكون مخالفة للإجراءات مما يجعلها عرضة للبطلان.<sup>2</sup>

إن موضوع الإثبات عن طريق المحررات الرسمية و المحررات العرفية في شكلها التقليدي والحديث يطرح جملة من الإشكالات القانونية، ولقد اخترنا ان تكون معالجتنا لهذا الموضوع انطلاقا من الإجابة عن الإشكالية التالية: **ما مدى حجية المحررات الرسمية والعرفية سواء في شكلها التقليدي أو الحديث في التشريع المدني الجزائري؟ وهل يمكن دحض هذه الحجية و ما الوسائل الكفيلة لذلك ؟**

ونظرا لطبيعة بحثنا هذا فالحاجة إلى استعمال المنهج الوصفي بالإضافة إلى المنهج التحليلي الذي سوف نستعين به في تحليلنا إما للمواد القانونية، الآراء الفقهية أو حتى الأحكام القضائية مستنديين في بعض الأحيان على المنهج المقارن خاصة بالنسبة للأحكام التي لم يرد فيها نص أو التي تتضمن أحكام غامضة أو التي تكون محل اختلاف في تشريعنا الداخلي.

<sup>2</sup> الأستاذ فيصل سعيد الغريب، التوقيع الإلكتروني و حجيته في الإثبات، د ط، المنظمة العربية للتنمية الإدارية مصر 2005 ص

أما عن الصعوبات التي واجهتنا في بحثنا هذا، فرغم أن الإثبات عن طريق الكتابة يعد من المواضيع الكلاسيكية التي تزخر بالكم الهائل من المراجع، إلا أن المسألة فيها من العراقيل ما فيها خاصة ما يتعلق بالمحركات الالكترونية وذلك أمام اقتصار تشريعنا الداخلي على تقرير المبدأ العام فقط و كذا انعدام المراجع و التطبيقات القضائية.

ولمعالجة هذه الإشكالات القانونية سوف نتناول موضوعنا بالتفصيل التالي مقسمين بحثنا إلى فصلين بالإضافة إلى الفصل التمهيدي حيث سنتناول في الفصل التمهيدي الكتابة في شكلها التقليدي والحديث أما في الفصل الأول نخصصه للمحركات الرسمية، شروطها، حجيتها وطرق الطعن فيها والفصل الثاني سنتناول المحركات العرفية، شروطها وحجيتها وطرق الطعن فيها.

تعطي الشريعة الإسلامية أهمية بالغة للدليل الكتابي و الخط و الختم، ففي مذهب الحنفية و المالكية، و وجه عند الشافعية، و أحد أقوال ثلاثة للإمام أحمد، أنه يعمل بالخط إذا وثق به و لم توجد فيه ريبة من محو أو كشط أو تغيير، و ذلك في الأموال و ما يشبهها مما يثبت مع الشبهة كالطلاق و النكاح و الرجعة . و هذا في المعاملات بين الناس .<sup>3</sup>

و تعتبر الأدلة الكتابية من أقوى طرق الإثبات و أهمها، نظرا لما تلعبه في الحياة العملية من دور كبير في إثبات تصرفات الأفراد و ذلك عن طريق تدوينها في محررات رسمية أو عرفية. و تمتاز الكتابة عن غيرها من طرق الإثبات في أنها من الأدلة التي تعد مسبقا منذ وجود الحق، و دون انتظار المنازعة فيه و لذا يطلق عليها الدليل المعد أو المهيأ. كما تمتاز كذلك بانفرادها عن باقي الأدلة بقوتها المطلقة في الإثبات، حيث تصلح لإثبات جميع التصرفات القانونية و الوقائع المادية على حد سواء .

و قد تشترط الكتابة في التصرفات القانونية كشرط لإتقادها، أي باعتبار الكتابة ركنا شكليا من أركان التصرف القانوني، كما هو الحال في عقد الهبة أو في عقد الرهن الرسمي. أما الكتابة كوسيلة للإثبات فهي الدليل الأصلي بالنسبة للتصرفات القانونية، نظرا لأن هذه التصرفات هي الوقائع التي تسمح طبيعتها بتهيئة دليل إثباتها مقدما، أي منذ نشوئها .<sup>4</sup>

و من اللازم أن ننبه إلى ضرورة التمييز بين الكتابة الشكلية و الكتابة المطلوبة للإثبات. فالكتابة اللازمة للإتقاد شرط ضروري لوجود العقد قانونا، و تخلف الشكل عندئذ يعني نقص ركن من أركانه، و انعدام أثره نتيجة لبطلانه، مهما قام الدليل على إتجاهها لإرادة إليه ، و مهما اعترف طرفاه باتفاقهما المجرد من الشكل. أما الكتابة كوسيلة للإثبات فلا أثر لإنعدامها على وجود العقد، بل يكون هذا موجودا أو منتجا لأثره، فإذا كان معترفا به من طرفيه، لم يكن في حاجة إلى إثباته بالكتابة،

<sup>3</sup> أسامة روبي عبد العزيز الروبي ، الوجيز في القواعد الإجرائية للإثبات المدني، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية القاهرة 2003

ص 11 .

<sup>4</sup> عادل حسن علي ، الإثبات - أحكام الإلتزام، د ط، بند رقم 26، د.د.ن، د.ب.ن، سنة 1999 ص 50

كما أن الإقرار يحل محل الدليل الكتابي في هذا الإثبات، كما يمكن أيضا الوصول إلى إثباته بالإلتجاء إلى اليمين الحاسمة. و قد يتفق شخصان عل ضرورة الكتابة في إبرام عقودهما، فإذا لم يظهر من شروط الإتفاق أنهما علقا إلتزامهما بالعقد على إتمام الكتابة. يفترض أن هذه الكتابة يقصد بها أن تكون وسيلة للإثبات، أخذا بالأصل في انعقاد العقود، و هو رضائيتها.<sup>5</sup>

و هناك مجموعة من الشروط الواجب توافرها في الكتابة، كما أن هناك فروقا بين العقد و المحرر أو الورقة .

ففي بعض الأحيان يعبر في العمل عن الورقة أو المحرر المثبت لاتفاق من الإتفاقات بالعقد. فيقال : إن الاتفاق مثبت في "عقد رسمي" أو "عقد عرفي" ، بل إن المشرع الرسمي استخدم هذه الطريقة في التعبير حينما نص في المادة 137 من المجموعة المدنية على أن : "كل إلتزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك، و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك "

و هناك رأي بان الاتفاق مصطلح له نفس معنى مصطلح العقد فيقصد بالعقد الكائن القانوني الذي ينشأ باتجاه إرادة أطرافه إلى آثاره القانونية، أي أنه بتعبير الفقه، يدل على تصرف قانوني جوهره الإرادة، و لا يصح أن يستعمل نفس المصطلح في الدلالة على شيء مادي مختلف عن ذلك تماما هو الورقة التي يثبت بها مثل هذا التصرف ، بل يجب أن تطلق على أداة الإثبات الكتابي تسمية تميزها عن العقد ذاته، فتسمى "المحرر" أو "الورقة" و قد فضل قانون الإثبات المصري الإسمالثاني في النصوص المتعلقة بالكتابة (المادة 10 و ما بعدها) . كما نظم المشرع بالكويت ما يسمى مبدأ الثبوت بالكتابة في المادة (41) إثبات كويتي (أولاً)<sup>6</sup>

<sup>5</sup> عادل حسن علي ،مرجع سبق ذكره ص 51

<sup>6</sup> عادل حسن علي ،مرجع سبق ذكره ص 52

و نظرا لأهمية الكتابة في الإثبات بجانبها التقليدي و الإلكترونيارتأينا أن نخصص لها فصل و يكون فصل تمهيدي حيث قسمناه إلى مبحثين سنتناول في المبحث الأول مركز أهمية الكتابة في الإثبات المدني و في المبحث الثاني إثبات العقد الإلكتروني.

### المبحث الأول: مركز أهمية الكتابة في الإثبات المدني

مع إهتمام قوانين الإثبات بمبدأ اشتراط وجود الدليل الكتابي لإثبات بعض التصرفات القانونية، إلا أنها تنص أيضا على بعض الإستثناءات التي لا يلزم فيها وجود الدليل الكتابي الكامل للإثبات. فعلى سبيل المثال، ينص المشرع في المادة 39 إثبات كويتي -و تقابلها المادة 60 إثبات مصري، و المادة 109 تجاري فرنسي- على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، و ذلك استثناء من القاعدة العامة للإثبات، و التي تنص علوجوب الإثبات بالكتابة لإثبات التصرف القانوني إذ بلغ حدا معيناً.<sup>7</sup>

و كذلك ينص قانون الإثبات الكويتي على هذه الإستثناءات في المادة (41) و تقابلها المادة 62/الفقرة الأولى إثبات مصري، و المادة 1347 و 1348 مدني فرنسيمنه و التي يجري نصها على أن : "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في الأحوال الآتية :

**أولا** - إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة ، و يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة كل كتابة تصدر من الخصم و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الإحتمال .

**ثانيا** - إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي .

**ثالثا** - إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه " .

و فيما يتعلق بمدى استفادة مخرجات الحاسب الإلكتروني من هذا الإستثناء، فقد انقسم الفقه حول مدى اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من عدمه، على أساس عدم توافر الشرط الثاني من شروط مبدأ الثبوت بالكتابة، و المتعلق بكون الكتابة يجب أن تقام من طرف المدعى عليه إلى اتجاهين :

<sup>7</sup>الأستاذ فيصل سعيد الغريب، مرجع سبق ذكره ص 85

فقد عارض الرأي الأول إعطاء الورقة المستخرجة من الحاسب الإلكتروني قيمة مبدأ الثبوت بالكتابة، مستنديين إلى أنه على سبيل المثال، أن العملية التي تتم باستخدام البطاقة البنكية يكون نظام الحاسب الإلكتروني الذي يتم عن طريقه نظام الحاسب الإلكتروني الذي يتم عن طريقه تمام العملية خاضعا للبنك تماما، و يعمل من خلال تعليماته، و لا يستطيع المستخدم التدخل في ذلك . بينما ذهب أنصار الرأي الثاني إلى إعطاء مستخرج الحاسب الإلكتروني الناتج من عملية تمت من خلال الصرف الآلي قيمة مبدأ الثبوت بالكتابة، على أساس توافر شروط مبدأ الثبوت بالكتابة لاسيما الشرط المتعلق بكون الكتابة الصادرة من الخصم المدعى عليه، على أساس أنه و إن كانت الورقة التي تخرج من الجهاز تخضع لنظام التشغيل الموضوع من قبل البنك، لكنها لا تظهر بهذه الصورة إلا بعد قيام المستخدم ببعض الإجراءات، مثل إدخال البطاقة ذاتها، ثم إدخال الرقم السري، و كذلك تحديد المبلغ المطلوب. و لذلك فإن الورقة الصادرة من جهاز السحب الإلكتروني تكون محصلة تنفيذ أوامر الطرفين -مستخدم الجهازو البنك- في آن واحد، و بالتالي فإن هذه الورقة تكون صادرة عنهما و من ثم يمكن الإحتجاج بها ضدهما، و اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن إكماله بالشهادة أو بالقرائن لتصبح دليلا كاملا .<sup>8</sup>

وفي هذا الإطار تساءل البعض عن مدى اعتبار الوسائل المتأتمية عن طريق الإنترنت مبدأ ثبوت بالكتابة من عدمه و اعتبار مستخرج البريد الإلكتروني، أو ورقة الشبكة العالمية Web و التي يرغب في الإحتجاج بها ضد مرسلها أو ناشرها داخل الشبكة في نزاع أمام القضاء مبدأ ثبوت بالكتابة. فإنه من الممكن تكييفه على أنه مبدأ ثبوت بالكتابة و سيتقبله القاضي بسهولة، و خاصة أن القضاء قد توسع كثيرا في مبدأ الثبوت بالكتابة، و أن هذا الدليل لا يعتبر دليلا كاملا في الإثبات، بل يلزم تعزيزه بأدلة أخرى كالشهادة و القرائن .

<sup>8</sup>الأستاذ فيصل سعيد الغريب ، مرجع سبق ذكره ص 86

و من ثم فإن أغلب الوسائل الحديثة تتوافر فيها الشروط التي تطلبها القانون لاعتبار الدليل مبدأً ثبوت بالكتابة، و بالتالي يمكن إكماله بالبينة أو القرائن ليصبح دليلاً كاملاً.<sup>9</sup>

### المطلب الأول: أهمية الكتابة

تعتبر الكتابة من أهم وسائل أو طرق الإثبات جميعاً، لما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة. فبينما تتطوي الشهادة مثلاً على خطر أن ينسى الشاهد تفاصيل الواقعة التي يشهد عليها، أو حتى أن يخالف الشاهد ضميره فيما يباعد بين الشهادة و الحقيقة فإن الكتابة كدليل لإثبات تصرف قانوني إنما تحرر متعاصرة مع قيام هذا التصرف، و في وقت لا تكون فيه للخصوم مصلحة في تحوير الإثبات بغية تحقيق مصلحة شخصية. و مقارنة بالقرائن القضائية فإن الأخيرة تفتقر إلى التأكيد الذي تتميز به الكتابة.<sup>10</sup>

لذلك فقد جعل المشرع من الكتابة وسيلة الإثبات الأساسية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية، معترفاً لها في ذات الوقت بقوة إثبات مطلقة، حيث يمكن أن تثبت عن طريقها جميع الوقائع القانونية، بينما لا يكون للشهادة أو القرائن القضائية إلا قوة محددة في الإثبات.

هذا و يلاحظ أنه رغم هذه الأهمية للكتابة إلا أنها ليست حجة مطلقة في الإثبات. ذلك أنها على اختلاف أنواعها إنما يجوز إثبات عكسها و إن تم ذلك بطرق مختلفة بحسب نوع الورقة أو المحرر.

### الفرع الأول : التمييز بين التصرف القانوني و أداة إثباته

يجري الخلط في الحياة العملية بين التصرف القانوني و أداة إثباته، فيقال مثلاً عقد بيع عرفي أو عقد بيع رسمي و يقصد بذلك الورقة العرفية أو الورقة الرسمية المثبتة لعقد البيع .

غير أنه يجب التحرز من مثل هذا الخلط بحيث تقتصر كلمة "عقد" على التصرف القانوني الذي يتم بتوافق إرادتين، أما أداة الإثبات أي الورقة المدون فيها ما تم الاتفاق عليه فتسمى ورقة أو

<sup>9</sup>الأستاذ فيصل سعيد الغريب ، مرجع سبق ذكره ص 87

<sup>10</sup>د.محمد حسين قاسم، مرجع سبق ذكره ، ص 139

محرم، و ذلك لما لهذا التمييز من أهمية بالغة إذ أنه من المحتمل أن يكون التصرف القانوني باطلاً رغم إستيفاء المحرم المثبت له شروط صحته التي يتطلبها القانون، كما أنه من الممكن أن يكون التصرف صحيحاً رغم إستيفاء المحرم للشروط القانونية فيبقى هذا التصرف قابلاً للإثبات بوسائل أخرى كالإقرار أو اليمين مثلاً.<sup>11</sup>

#### الفرع الثاني: التمييز بين الكتابة كركن شكلي و الكتابة كطريقة إثبات

يجب التمييز بين الكتابة التي تعتبر ركناً شكلياً في بعض التصرفات القانونية، و الكتابة كأداة للإثبات. فقد يستلزم القانون شكلاً خاصاً يفرغ فيه التعبير عن الإرادة كالكتابة الرسمية اللازمة في عقد الهبة و عقد الرهن الرسمي و الوعد بهبة المنقول، ففي هذه الحالات تكون الكتابة لازمة للإنعقاد بحيث يؤدي تخلفها إلى عدم وجود التصرف أصلاً لتخلف ركن من أركانه لا يمكن أن يقوم بدونه. وقد يستلزم القانون الكتابة لإثبات التصرف، كما في عقد الكفالة و عقد الصلح، فإذا تخلفت الكتابة فلا أثر لتخلفها على وجود التصرف الذي يكون صحيحاً و يمكن إثباته بما يقوم مقام الكتابة من أدلة، كالإقرار و اليمين الحاسمة.

و لما كانت الرضائية هي الأصل فإذا ما قام الشك حول مدلول النص الذي يستلزم الشكلية، و هل قصد بها أن تكون للإنعقاد أم للإثبات و يجب اعتبارها متطلبة للإثبات.<sup>12</sup>

و قد يحدث أن يشترط المتعاقدان في عقد رضائي أن يكون التصرف مكتوباً في ورقة رسمية أو في ورقة عرفية. فإذا تبين من شروط اتفاقهما أنها قصداً أن يجعلوا من الكتابة المتفق عليها شرطاً للإنعقاد ففي هذه الحالة لا يوجد التصرف إلا إذا تم في الشكل المتفق عليه، أما إذا تبين من الإتفاق أن الكتابة المشروطة أريد بها الحصول على دليل أقوى في الإثبات، فإنه إذا تخلفت الكتابة فإن تخلفها لا يحول دون وجود التصرف. و إذا قام الشك حول تفسير نية المتعاقدين، افتراض أن

<sup>11</sup> عبد الوود يحي، الموجز في قانون الإثبات، د. ط، دار النهضة العربية سنة 1988 ص 37

<sup>12</sup> د. محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص 141

الكتابة مشروطة للإثبات لا للإنعقاد، و ذلك نزولا على الأصل العام و هو رضائية التصرفات و العقود.

### المطلب الثاني : نطاق الإثبات بالكتابة في التصرفات المدنية

الأصل العام أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن ارادتين متطابقتين. و هو ما يعبر عنه بأن التراضي لازم و كافي لإبرام العقد. ذلك ما لم يتطلب القانون أو الاتفاق فوق ذلك أوضاعا معينة لانعقاد العقد. كما إذا استلزم تسليم المعقود عليه فيما يعرف بالعقود العينية شأن هبة المنقول (م2/488 مدني). أو حيث يستلزم استيفاء شكل معين لانعقاد العقد فيما يعرف بالعقود الشكلية. و في هذه الحالة لا ينعقد العقد إذا لم يفرغ التراضي في الشكل المتطلب و من ثم لا سبيل لإثباته و لو بالإقرار أو اليمين .

ورد بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني القائم، حيث تكون الكتابة شرطا من شروط صحة الإلتزام يترتب البطلان على تخلفه، و لو كانت قيمته أقل من نصاب الإثبات بالبينة، ذلك أن الكتابة أو الأوضاع الشكلية لا تكون في هذه الحالة مجرد دليل فحسب، بل تعتبر ركنا أو شرطا من شروط الصحة الموضوعية.

و غالبا ما يتمثل الشكل المتطلب للإنعقاد في استلزام الكتابة سواء كانت رسمية، تتم بمعرفة موظف عام مختص، شأن عقد الرهن الرسمي (م1031 مدني) سواء كانت كتابة عرفية تتم بمعرفة المتعاقدين شأن عقد الشركة (م507 مدني). كما قد تكون الكتابة لازمة لنفاذ التصرف في مواجهة الغير شأن الرهن الحيازي (م1114-1117 مدني)

ذلك كله لا يختلط بإشترط الكتابة لإثبات التصرف القانوني. سواء كقاعدة عامة في المواد المدنية حيث تزيد قيمة الحق على خمسمئة جنيه أو كان غير محدد القيمة (م60 إثبات) سواء بنص خاص أيا كانت قيمة الإلتزام لو لم تتجاوز نصاب الإثبات بالبينة. شأن عقد الكفالة أيا كانت قيمة الإلتزام المكفول (م773 مدني)

و في كل هذه الأحوال -التي تكون فيها الكتابة مستلزمة للإثبات- لا يحول عدم استيفائها دون انعقاد العقد. بحيث إذا كان يتمتع إثباته بالبينة و القرائن القضائية، أعمالا للنص، فإنه يظل جائزا إثباته بما يقوم مقام الكتابة من إقرار أو يمين.<sup>13</sup>

فإذا استلزم القانون أو الإتفاق الكتابة بغير إفصاح عن دلالة تطلبها، للإنعقاد أو الإثبات، و لم يمكن التوصل إلى تحديد دلالتها بوسائل التفسير المختلفة، فسر الشك على تقدير استلزامها للإثبات استصحابا للأصل المقرر من رضائية التصرف، الذي لم يقم دليل على ما يغيره، و على أساس أن العبرة في الحكم الغالب الشائع لا للنادر بينما الأصل في الأمور العارضة العدم . في مقامنا هذا نولي اهتمامنا إلى الكتابة باعتبارها دليل إثبات التصرف القانوني من حيث نطاقها، و من حيث صورها، و كيفية دحض حجيتها .

#### الفرع الأول : الدليل الكتابي هو الدليل الأصل لإثبات التصرفات المدنية

مقابلة بالوقائع المادية التي غالبا ما لا يتيسر، بالنظر لطبيعتها كعمل مادي سواء منفعل الطبيعة أو من فعل الإنسان، تهيئة الدليل الكتابي عليها مما يجعل إثباتها مقبولا بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة و القرائن فيما لا يقرر القانون عكسه، فإن التصرف القانوني، كعمل إرادي، يسهل تهيئة الدليل الكتابي لإثباته مقدما عند انشائه.<sup>14</sup>

ذلك و لقد خص القانون المصري الدليل الكتابي بالصدارة في إثبات التصرفات القانونية المدنية، و هو ما يستفاد من جهة من تحديد المشرع، بحسب الأصل، لنطاق الإستعانة بالبينة في خصوص التصرفات المدنية فيما لم تتجاوز قيمته منها النصاب المحدد تشريعا. بحيث يكون الدليل الكتابي هو دليل إثبات ما تجاوز، من هذه التصرفات ، القيمة المقررة أو كان غير محدد القيمة ، و يظهر من جهة أخرى من تضييقه نطاق الإستعانة بالبينة في الحالات التي أوردها في م 61 إثبات .

<sup>13</sup>د-همام محمد محمود زهران-الوجيز في الإثبات المواد المدنية و التجارية،د.ط، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية سنة 2003

<sup>14</sup>د.همام محمد محمود زهران، مرجع سابق ، ص 89

و يرجع إثبات الدليل الكتابي بالصدارة و تقييد الإثبات بالبينة. إلى ما يوجه إلى الإثبات بشهادة الشهود من مسالب. و هو ما أشارت إليها مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني فيما قررته، ليس يقتصر الأمر في توجيه تقييد الإثبات بالبينة على خطر إغراء الشهود و الإدلاء بالشهادة زورا، بل هو يجاوز ذلك بوجه خاص، إلى ما يقع من أخطاء الشهود بسبب ما قد يعوزهم من دقة الملاحظة، أو قوة الذاكرة، فضلا عن ندرة احتمال وجودهم إذا كان العهد قد تقادم على الوقائع... فضلا عن احتمال تحريف أو تلفيق الشهادة، فقد أسفرت الدراسات النفسية و تجارب القضاء، عن تناقض أقوال من يسمعون من الشهود في يوم وقوع الحادث، مع القطع بتوافر حسن النية فيهم. فأبي ضمان يكفل صحة الشهادة و دقتها إذا سمع الشهود بعد ذلك بعشر سنوات أو أكثر، و إن لذا الشأن ببقاء الشهود على قيد الحياة و إمامه بمصائبهم...

و كان أن تفرغ عن المصادقية التي يورثها الدليل الكتابي أن اختلفت حجيته اختلافا جوهريا عن البينة. فعلى ما ورد بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني، فبينما يعتبر الدليل الكتابي حجة بذاته، فيفرض سلطانه على القضاء ما لم يطعن فيه بالتزوير أو ينقض بإثبات العكس، تترك البينة على نقیض ذلك لتقدير القاضي، و يكون له كامل السلطة في تقدير قيمتها، أيا كان عدد الشهود و أيا كانت صفاتهم، دون أن يخضع في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض<sup>15</sup>

#### الفرع الثاني : نطاق الدليل الكتابي في الإثبات لا يتصل بالنظام العام

إذا كان من المسلم به أن سلطة القاضي في تقدير الشهادة لا تتناول إلا تعلق البينة بالوقائع و دلالتها عليها، دون جواز قبول الإثبات بمقتضاها. على اعتبار أن تعيين نطاق الإستدلال بها من شأن القانون وحده على ما ورد في م 60-61م إثبات. غير أنه من الأهمية بمكان بيان ما إذا كان تنظيم نطاق الدليل الكتابي مقابلة بالبينة يتصل بالنظام العام من عدمه. و هو ما يأتي الرأي

<sup>15</sup>د.همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ص 90

فيه فرعا من النظر في إتصال قواعد الإثبات الموضوعية-المنظمة لمحل الإثبات و عبئه و طرقه-بالنظام العام من عدمه .

و الرأي في هذا الشأن له أهميته و نتائجها، باعتبار أن الإنتهاء إلى تعلق التنظيم الموضوعي للإثبات بالنظام العام يترتب ما يلي :

1-جواز التمسك بالتنظيم المقرر في أية حالة كانت عليها الدعوى و لو لأول مرة أمام محكمة النقض.

2- بطلان الإتفاق على ما يخالفه، سواء كان اتفاقا سابقا على قيام المنازعة أو لاحقا على قيامها. بحيث أن قبول الإثبات بالبينة على خلاف التنظيم القانوني لا يقيد صاحبه .

3- المحكمة تقضي ببطلان الاتفاق المخالف للتنظيم الموضوعي من تلقاء نفسها و لو لم يتمسك به ذو الشأن .

و لقد توزع الرأي في هذا الشأن إلى اتجاهين أساسيين :

**الاتجاه الأول :** إلى إلحاق هذه القواعد بالنظام العام، باعتبار تعلقها بالنظام القضائي و أهميتها للوصول إلى أمثل طريق لحسم المنازعات. كما أن ما يوفره التنظيم الموضوعي للدليل الكتابي من ضبط و توثيق للحقوق و حفظا لها من الضياع من جراء مزلق الإستعانة بالبينة مع ما يترتب عليه من جهة من فرصة أوفر لإقامة العدالة و تحقيق القسط و من جهة أخرى مصون للأخلاق من أن يلحق بها الفساد إذا ما أطلق نطاق الإستعانة بالبينة في إثبات الحقوق و من جهة ثالثة ما يترتب عليه من تقليل المنازعات و حفظ وقت القضاء نتيجة ما يوفره الدليل الكتابي من حفظ و توثيق للحق، كل ذلك مصالح تتصل بالنظام العام .

فلقد ذهب إتجاه آخر إلى نفي اتصال التنظيم القانوني الموضوعي للإثبات بالنظام العام باعتبار أن اتصاله بحفظ حقوق الأفراد أوثق من اتصاله بنظام العمل القضائي. و هو ما يعززه مقتضيات القياس من باب أولى على أحقية الأفراد في النزول عن حقوقهم بما لا يجوز فرض الوصاية عليهم

لدى نزولهم عن التنظيم الحمائي لهذه الحقوق. بحيث يصح الاتفاق على ما يخالف التنظيم الموضوعي تخفيفا أو تشديدا .

ذلك و لقد شايحت أغلب أحكام القضاء في ظل القانون المدني القديم بمصر هذا الإتجاه الأخير . هذا الخلاف حسم بصدور التقنين المدني الحالي متبنيا انتفاء صلة التنظيم الموضوعي للإثبات بالنظام العام، فيما قرره في المادة 400 منه-المطابقة لنص المادة 60 من قانون الإثبات-بعد تعديل النصاب، في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 500 جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه . ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.<sup>16</sup>

و من ثم يصح الاتفاق على ما يخالف التنظيم التشريعي، سواء بالاتفاق على الإثبات بالكتابة فيما جاز إثباته بالبينة سواء بالاتفاق على الإثبات بالبينة أو القرائن فيما وجب إثباته بالكتابة سواء بالنظر لقيمه أو بالنظر لإفراغه في محرر مكتوب (م 61 إثبات). سواء تم ذلك مقدما قبل النزاع أو بعده. سواء كان الاتفاق صريحا أم ضمنيا تحصله محكمة الموضوع من وقائع الدعوى، و في ذلك قضى بأنه "إذا طلب أحد الخصوم إثبات حقه بالبينة و سكت الخصم الآخر عن التمسك بالدفع بعدم جواز هذا الإثبات و لم يعارض فيه عند تنفيذ الحكم الصادر بالإحالة على التحقيق، فإن ذلك يعد قبولا منه لجواز الإثبات بالبينة، ذلك تأسيسا على إطلاق النص الذي لا يجوز تقييده بغير مقيد. غير أنه لا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض، لأنها لا يجوز أن يثار أمام هذه المحكمة إلا ما كان معروضا على محكمة الموضوع من أوجه الدفاع. و من المقرر أنه لا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه رفض الإثبات بالبينة حيث يوجب القانون الإثبات بالكتابة ، من غير طلب من الخصوم .

<sup>16</sup>د.همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق صص 91-92

حيث أن قواعد الإثبات الموضوعية المحددة لنطاق الإستعانة بالدليل الكتابي تكون واجبة التطبيق ما لم ينص استبعادها و الاتفاق على ما يخالفها صراحة أو ضمناً، كل ذلك ما لم يقرر القانون غير ذلك .

غير أنه لا يجوز اتفاق الخصوم مقدماً أو أثناء الدعوى على عدم اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات. فهذا الإتفاق لا يفيد القاضي (م 9 إثبات)، ما لم يكن الادعاء ثابتاً بالكتابة المعترف بها و غير المطعون عليها، لما لها من قوة ملزمة للقاضي .<sup>17</sup>

الفرع الثالث : الحالات التي تخرج عن نطاق استلزام الكتابة في الإثبات .

يتعطل مقتضى استلزام الدليل الكتابي للإثبات عملاً للمادتين 60-61 إثبات في الحالات الآتية:

1-إذا وجد نص أو اتفاق صريح أو ضمني يقضي بغير ذلك، باعتبار أن القاعدة الموضوعية المنظمة لنطاق دليل الإثبات ليست متصلة بالنظام على ما سبق تفصيله .

2-التصرفات التجارية التي يقوم الإثبات فيها على مبدأ حرية الإثبات (م60إثبات-م69 من القانون التجاري

3-المتعاقدان و خلفهم العام هما من يتقيدان بلزوم الإثبات بالدليل الكتابي على ما ورد بالمادتين 60-61 إثبات، 240 مدني .

و يرجع تقيد الخلف العام بما يتقيد به المتعاقدان، إلى أنهم يستمدون حقوقهم و التزاماتهم من سلفهم(م145 مدني) بما يتعين معه تقيدهم بما يقيد سلفهم في إثبات هذا التصرف .

4-استقر الفقه و القضاء على السماح للمتعاقدين و خلفهما العام بالإثبات بجميع طرق الإثبات فيما كان يجب إثباته بالكتابة-أعمالاً بالمادتين 60،61 حيث يكون التصرف الظاهر المدعى بصورتيه قصد به التحايل على القانون ضد مصلحة المدعي منهما .

<sup>17</sup>د.همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ص 93

على إعتبار أن المتعاقد المدعي الذي تم التحايل على القانون ضد مصلحته لم يكن في موقف يبسر له الحصول من خصمه على ورقة ضد، بحيثلا ينسب إليه، وهو المضار من الصورية، ثمة تقصير في تهيئة الدليل الكتابي عليها. كما أن استلام المتعاقد للصورية التي وجهت ضد مصلحته و التي تخفي ما منعه القانون و اشتراكه في اصطناعها لا تمنع عنه الاستضعاف الذي يبرر حمايته و لا تبرر تكريس وضع المتعاقد المدبر و المستفيد من عدم المشروعية. فضلا عن أنه لا يجوز أن يستخدم التنظيم القانوني لأدلة الإثبات وسيلة لمخالفة التنظيم القانوني الموضوعي لاكتساب الحقوق، و ذلك من خلال ستر التصرف الممنوع بالقانون تحت ستار تصرف صوري مشروع حرر كتابة. لذلك فإنه رغبة في أن يرد على المتحايل قصده و رغبة في تيسير الكشف عن التصرف غير المشروع المخالف للقانون توصلا لابطاله، سمح للمتعاقد- و خلفه العام- الذي استخدمت الصورية ضد مصلحته في هذه الحالة أن يثبتها بجميع طرق الإثبات دون أن يمنعه من ذلك قيمة الحق المدعى به أو افراغ التصرف الظاهر المدعى بصورتيه في محرر مكتوب.

و قضى في هذا بأن الصورية التدليسية لا يقتضي لتحقيقها وجود ثبوت بالكتابة، و إنما هي تثبت بالقرائن في حق كل من مسه هذا التدليس سواء أكان طرفا في العقد أو لم يكن .

غير أن الإثبات بالبينة و القرائن فيما كان يجب إثباته بالكتابة منوط من جهة بالإدعاء بعدم مشروعية التصرف الحقيقي و اتخاذ التصرف الظاهر ستارا لاختفاء التحايل على القانون. بحيث أن المتعاقد و خلفه العام يخضع في ادعائه بصورية التصرف الظاهر للقواعد العامة في الإثبات (م60-61) إذا ادعى ستر التصرف الظاهر لتصرف حقيقي مشروع و إن اختلف عنه في المحل أو السبب (م245مدني)<sup>18</sup>

**المبحث الثاني: إثبات العقد الإلكتروني.**

<sup>18</sup>د. همام محمد محمود زهران .مرجع سابق ص 94 ، 95

إن التطور التقني لوسائل الإتصال الحديثة وتقنيات المعلومات أتاح التعامل بنوع جديد من الدعامات، وخلق نوعا جديدا من الكتابة والتوقيع اللذين أصبحا يتمان إلكترونيا، حيث يتم تبادل رسائل البيانات وإبرام العقود عبر شبكات اتصالات، وتحميلها على دعامات غير ورقية داخل أجهزة الكمبيوتر وخارجها مصحوبة بتوقيع إلكتروني لصاحب الرسالة عن طريق التشفير، مما جعل الكتابة الخطية بصورتها التقليدية ليست هي الوسيلة الوحيدة في الإثبات بل أصبح يعتد أيضا بالكتابات التي تكون على دعامات غير ورقية مادامت هذه التقنيات تسمح بحفظ الكتابة وقراءتها، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال تعديل قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني، من خلال القانون رقم 05-10.

### المطلب الأول: الكتابة في الشكل الإلكتروني وحجيتها في الإثبات.

نتطرق في هذا المطلب إلى تحديد مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني ثم دراسة القوة الثبوتية لهذه الكتابة.

#### الفرع الأول: تحديد مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني.

نتعرض أولا إلى التعريف الجديد للكتابة الذي جاء به القانون المدني ثم نتطرق ثانيا إلى خصائص التعريف الجديد للكتابة.

### 1- تعريف الكتابة:

لقد أورد المشرع في المادة 323 مكرر من القانون المدني تعريفا للكتابة بالنص على أنها: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"<sup>19</sup>.

<sup>19</sup>استعمل المشرع في تعريف الكتابة عبارة "أي كانت الوسيلة التي تتضمنها" والصحيح هو "أي كانت الدعامة التي تتضمنها" حسب الترجمة الفرنسية للنص: "...quels que soient leur support".

فالمقصود بالكتابة في الشكل الإلكتروني حسب هذا النص<sup>20</sup>، ذلك التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، المكتوبة على دعامة إلكترونية ومهما كانت طرق إرسالها، ومثال ذلك تلك المعلومات والبيانات التي تحتويها الأقراص الصلبة أو المرنة، أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وإرسالها أو نشرها على شبكة الأنترنت.

الملاحظ أن نص المادة 323 مكرر من القانون المدني، يعتبر أول نص عرف من خلاله المشرع الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة، والتصرفات الإلكترونية بصفة خاصة، وذلك لتفادي الجدل الذي قد يثور حول الإقرار بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، كون الكتابة بمفهومها " التقليدي " كان مرتبطا بشكل وثيق بالدعامة المادية أو الورقة، إلى درجة عدم إمكانية الفصل بينهما، وبالتالي لم يكن القانون يعترف بالكتابة المدونة على دعامة إلكترونية افتراضية، والتي لا تترك أثرا ماديا مدونا له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات.

## 2- خصائص التعريف الجديد للكتابة:

إن مفهوم الكتابة الذي جاءت به المادة 323 مكرر قابل للتوسع، ذلك أن صياغتها بالنص على أنه " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها" يفهم منه أن المشرع يعتد لإثبات التصرفات القانونية بأية دعامة كانت عليها الكتابة سواء كانت على الورق أو على القرص المضغوط أو على القرص المرن، ويتسع المفهوم إلى كل الدعائم التي يمكن أن تفرز عنها التطورات التكنولوجية في المستقبل، وهذا المبدأ الذي أخذ به المشرع الجزائري في عدم التفرقة بين الدعائم الإلكترونية

<sup>20</sup> واستعمل المشرع أيضا مصطلح الكتابة في الشكل الإلكتروني وليس الكتابة الإلكترونية، كون شكل الكتابة هو الذي تغير وليس طبيعتها.:

« Principe de neutralité technique et de non discrimination à :- Caprioli سماه الفقيه »<sup>21</sup>.  
l'encore d'un support ou d'un média »<sup>21</sup>.

- ويعتد المشرع أيضا في مفهوم الكتابة بأية وسيلة من وسائل نقلها، فيشمل بذلك تعريف الكتابة في الشكل الإلكتروني التي تكون منقولة عن طريق اليد، والتي تكون منقولة على شبكات الإتصال المختلفة.

- إشرط المشرع أن تكون هذه الكتابة مفهومة *signification intelligible* وبالتالي يجب أن تكون هذه الأحرف أو الأشكال أو الإشارات أو الرموز أو الأرقام لها دلالة قابلة للإدراك وللقراءة، والمقصود بذلك أنه لو كان هذا التابع للعلامات أو الرموز، وبمعنى آخر هذا المحتوى المعلوماتي للكتابة المعبر عنها في الشكل الإلكتروني مشفرا بحيث لا يمكن إدراك معانيته من قبل الإنسان بل من قبل الحاسوب فقط فإن هذه الكتابة لا تصح لتكون دليل إثبات، لأنه لا يمكن للقاضي إدراك محتواها في حالة النزاع.

من خلال هذه الخصائص يتضح أن هذا المفهوم الجديد للكتابة كما يقول الأستاذ كمال العياري " أدخلت مسحة من التطور على مفهوم الكتابة مما آل إلى التخلي عن التعريف التقليدي المرتكز على المفهوم الورقي والمادي، فالإعتراف بالكتابة في الشكل الإلكتروني قد أدى في الحقيقة إلى تقويض ثنائية المحتوى والوعاء (*contenu - support*)، التي كانت تشكل إحدى أهم خصائص الكتابة التقليدية، ولكن الفصل بين مضمون الكتابة والشكل الذي ترد فيه يثير مسألة الثقة في هذا النوع من الكتابة، ويصيب قيمتها القانونية بالنقصان"<sup>22</sup>، فالكتابة في الشكل الإلكتروني على خلاف الكتابة التقليدية معرضة للتبديل وللتحويل اللاحق مما يمس قوتها

<sup>21</sup> وهو نفس المبدأ الذي كرسه قانون الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية CNUDCI في مادته 09، والقانون المدني الفرنسي في مادته 1316.

<sup>22</sup> كمال العياري، التطور العلمي وقانون الإثبات، ورقة عمل مقدمة في الندوة العالمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة، بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت، لبنان، 6-8 يناير 2003.

الثبوتية، الشيء الذي جعل المشرع يحيطها بعدة ضمانات نتطرق إليها ضمن الفرع الثاني المخصص للقوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني.

**الفرع الثاني: القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني.**

نصت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

لقد أسس المشرع من خلال هذا النص مبدأ التعادل الوظيفي L'équivalent fonctionnel<sup>23</sup> بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الدعامة الورقية. غير أنه لم يأخذ به على إطلاقه بل قيده بشرطين هما:

- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت عنه هذه الكتابة.
  - أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.
- وفي هذا الفرع سنتناول بالدراسة المبدأ الذي جاء به المشرع الجزائري ضمن الفقرة الأولى، والشروط المقيدة له في الفقرة الثانية؛

**الفقرة الأولى: مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق.**

لقد اعترفت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني بالكتابة الإلكترونية في إثبات التصرفات والعقود من جهة، وجعلتها معادلة في حجيتها للوثيقة المخطوطة على دعامة ورقية، أي لهما نفس

<sup>23</sup> وهو نفس المبدأ الذي كرسه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة السادسة منه التي تنص: "عندما يشترط أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً"

أنظر المادة 1316-1 من القانون المدني الفرنسي التي تقابل المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، والمادة 7 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الأردني.

الأثر والفعالية من حيث حجية وصحة الإثبات، لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد حول نوع الكتابة التي يمكن أن تعادل في حجيتها الكتابة في الشكل الإلكتروني؟، وبمعنى آخر هل يمكن إثبات التصرفات والعقود التي يتطلب القانون في إثباتها الكتابة الرسمية بالكتابة في الشكل الإلكتروني؟

إن موقع المادة 323 مكرر من القانون المدني المقابلة لنص المادة 1-1316 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بتعريف الكتابة الواردة ضمن الباب المخصص بإثبات الإلتزام وتحديدًا في الفصل الأول الخاص بالإثبات بالكتابة قد أثار جدلا فقهيًا، خاصة في فرنسا عما إذا كانت الكتابة في صورتها الحديثة في الشكل الإلكتروني، تعادل في حجيتها الكتابة الرسمية، وبالتالي يمكن من خلالها إثبات عكس التصرفات والعقود المثبتة بكتابة رسمية.

فقد انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى فريقين، ذهب جانب منه في تفسير أحكام هذه المادة إلى أن نطاقها يتسع ليشمل الكتابة التي تكون في الشكل الرسمي، نظرا لعمومية تعريف الكتابة الواردة بنص المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي، المقابلة للمادة 323 مكرر من القانون المدني، وموقعها ضمن قواعد الإثبات في مقدمة الفصل الخاص بالإثبات بالكتابة من جهة أخرى، وبالتالي بإمكانها معادلة الكتابة الرسمية في الإثبات<sup>24</sup>.

بينما ذهب الفريق الثاني للقول بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال أعماله في العقود العرفية، وبالتالي فإن الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني لا يمكن لها أن تكون إلا عرفية، كون 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 ما تعلق الأمر بالكتابة في الشكل الإلكتروني

<sup>24</sup> د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص107.

واننا نميل إلى الرأي الثاني في عدم قابلية إثبات التصرفات والعقود التي يشترط فيها المشرع لإثباتها الكتابة الرسمية، كون المادة 324 من القانون المدني تشترط حضور الضابط العمومي والحضور المادي لأطراف العقد أمامه لصحته<sup>25</sup>، ويقول في هذا الشأن الأستاذ العياري " في الحقيقة يعود هذا الإحتراز إلى أن المشرع مازال محتفظا ببعض الخشية إزاء هذه المعاملات ولا يروم ضمن منظومة لم تستكمل بعد فترة التجربة"<sup>26</sup>، وتطبيقا لذلك فإن الأحكام المتعلقة بالكتابة العرفية هي التي تطبق على الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني، لذا يمكن إثبات العقود والتصرفات القانونية التي تفوق قيمتها مائة ألف دينار بالكتابة المبرمة في الشكل الإلكتروني، تطبيقا لنص المادة 333 من القانون المدني من جهة، ولا يمكن معارضة الكتابة في الشكل الإلكتروني بشهادة الشهود تطبيقا من جهة أخرى، غير أن اليمين الحاسمة قد تقوض الدليل الثابت بالكتابة في الشكل العرفي.

#### الفقرة الثانية: شروط قبول الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات.

وضع المشرع شرطين لقبول الكتابة في الشكل الإلكتروني للإثبات، وهما، امكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وسبب وضع المشرع لهذين الشرطين<sup>27</sup> يرجع الى طبيعة المحيط الذي تتم فيه المعاملات الإلكترونية كونه محيط إفتراضي وليس محسوس virtuel et dématérialisé، مما يفرض عوائق ناتجة عن طبيعة المحيط نفسه وهي:

- صعوبة التعرف على هوية الطرف الآخر في العلاقات العقدية.

<sup>25</sup> وقد حسم الأمر في فرنسا في ما يخص هذه الاشكالية بصدور المرسومين الذين يسمحان بإبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية في الشكل الإلكتروني

Décret n° 2005-972 modifiant le décret n° 56-222 relatif au statut des huissiers de justice.  
Décret n° 2005-973 modifiant le décret n° 71-941 relatif aux actes établis par les notaires.

<sup>26</sup> كمال العياري، المرجع السابق، ص 85.

<sup>27</sup> وهو نفس المبدأ والشروط التي أخذت بها معظم التشريعات التي اعترفت صراحة بالإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني.

- اصطدام استخراج الكتابة في الشكل الإلكتروني من ذاكرة الحامل ببعض العوائق التقنية.
  - إمكانية تعرض الكتابة الإلكترونية للتغيير من دون أن يترك هذا التبديل أثرا محسوسا.
- وسنتطرق للشرطين المذكورين أعلاه فيما يلي:
- أولا: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها.**

إن التعاقد الإلكتروني، لاسيما الذي يتم عن طريق الأنترنت يثير مسألة هامة تتعلق بإمكانية تأكد المتعاقد من هوية المتعاقد معه، أي توثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلا ذلك الذي قدم له إسمه وعنوان بريده الإلكتروني، وغير ذلك من المعلومات، وقد يمتد هذا الإشكال في حالة المنازعة حول حجية هذا العقد، فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص أو ذلك، وتعد هذه الإشكاليات من بين أهم الإشكاليات التي تواجه العقود الإلكترونية.

في هذا المجال حاول المختصين إيجاد بعض الحلول التقنية لهذه الإشكالية باستعمال وسائل تعريف الشخصية عبر كلمة السر أو الأرقام السرية، و كذا وسائل التشفير أو ما يعرف بوسيلة المفتاح العام والمفتاح الخاص، ووسائل التعريف البيولوجية للمستخدم، كبصمات الأصابع المنقولة رقميا أو تناظريا وسمات الصوت أو حدقات العين أو غيرها.

وهي وسائل أريد منها ضمان تأكيد الإتصال من جهة وإثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة الإلكترونية من جهة أخرى، لكن تأكد بعد تجربتها أن لكل منها ثغرات أمنية ولذلك تعد غير كافية.

وهذا ما استدعى اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية أو ما يسمى سلطات الموثوقية *Autorités de certification* أو *Prestataire de service de certification électronique* وهي عبارة عن شركات ناشطة في ميدان خدمات التقنية تقدم شهادات تتضمن تأكيدا بأن الطلب أو الجواب قد صدر من الموقع المعني وتحدد تاريخ صدور الطلب أو الجواب، وحتى تضمن هذه

الجهات تأكيد شخصية المخاطب، تستعمل تقنيات التعرف على الشخص بدءا بكلمة السر وانتهاء بتقنيات التشفير<sup>28</sup>.

وقد أخذت معظم التشريعات التي اعترفت بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات بهذه الوسيلة للتأكد من هوية الشخص الذي صدر منه الإيجاب أو القبول، ومنها القانون الفرنسي الذي أنشأ ما يسمى بهيئة خدمات التصديق prestataire de service de certification ، وكذلك القانون التونسي الذي أنشأ ما يسمى بجهات المصادقة وسماها الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية<sup>29</sup>. وبالرجوع إلى القانون الجزائري، نجده لم يحدد إلى يومنا هذا كليات تطبيق هذا الشرط المقرر بالمادة 323 مكرر من القانون المدني المتعلق بكليات التأكد من هوية الشخص الذي صدرت منه الكتابة في الشكل الإلكتروني أو الوثيقة الإلكترونية، وفي انتظار صدور المرسوم التنفيذي الذي يحدد كليات تطبيق هذه المادة، فإن تطبيقها يبقى معلقا، كونه يصعب على القاضي التثبت من هوية من صدرت عنه الكتابة، لذا يبقى إنشاء مثل هذه الهيئات أفضل حل لهذا المشكل في الوقت الحاضر<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> منصور عز الدين، كميني خميسة، الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16 سنة 2005-2008 ص 35

<sup>29</sup> منصور عز الدين، كميني خميسة، مرجع سابق ص 36

Décret n° 2001-272 du 30 Mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, JO n° 77 du 31 Mars 2001 page 2070..

المادة 08 وما بعدها من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي

<sup>30</sup> رغم ما يمكن أن يعتري ذلك من نقائص، فإذا تمكن الشخص من سرقة المفتاح السري الخاص بشخص آخر فإنه يستطيع سرقة هويته فينتحل شخصيته في إبرام العقود، فتكون الكتابة أو الوثيقة الإلكترونية المحتج بها أمام القضاء صادرة باسم صاحب المفتاح، ولذلك يرى الأستاذ Caprioli، بأن مصطلح identification de la personne dont l'écrit émane الوارد في المادة 1316-2 من القانون المدني الفرنسي المقابلة للمادة 323 مكرر 1 من القانون المدني يقصد بها في الحقيقة l'imputabilité à l'auteur.

ثانيا: أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

مع تطور التقنيات الإلكترونية وتحركها المستمر أصبح من الصعب ضمان الوجود المستمر للوسائط الإلكترونية اللازمة لقراءة السند الإلكتروني المنظم منذ مدة وفقا لتقنيات قديمة، كما أن السندات الإلكترونية هي عمليا معرضة للتلف بعد مدة، حتى ولو حفظت في شروط ملائمة وهنا وجه الإختلاف بين السند المادى والسند الإلكتروني، فالأول يمكن إعادة إنشاؤه من الأصل عند تغييب الورقة، بينما التغييب يمحي السند الإلكتروني كليا، فمشكلة الحفظ تساوى فيها السند الإلكتروني والسند الرسمي، ولذلك أوجب المشرع ضرورة حفظ الوثيقة الإلكترونية من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها أو من كان لهم حقوق ثابتة بها.

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

وفي كل الأحوال يجب أن يكون الحامل الإلكتروني من الوسائط المتاحة حاليا أو التي يكشف عنها العلم مستقبلا، فنص المادة 323 مكرر يحتمل توسيع مجال الدعائم الإلكترونية ووسائط جديدة تعد بمثابة الحامل الإلكتروني، كما سبقت الإشارة إلى ذلك عند تعريف الكتابة في الشكل الإلكتروني.

ويتعين حسب الفقه أن يتوافر في الحامل الإلكتروني الذي تحفظ عليه الوثيقة الإلكترونية خصائص معينة تتعلق بهذه الرسالة أو الوثيقة وهي:

- إمكانية الإطلاع على الوثيقة الإلكترونية طيلة مدة صلاحيتها وذلك أن هذه الوثيقة تماما كالوثيقة المكتوبة، لها فترة صلاحية، وطالما فقدت هذه الصلاحية يكون من المتعذر استرجاع

البيانات المدونة بها والإستفادة منها، وهذا ما يقتضي أن يكون للحامل صفة القابلية للاستمرار  
support durable<sup>31</sup>.

- حفظ الوثيقة الإلكترونية في شكلها النهائي طوال مدة صلاحيتها، بحيث يمكن الرجوع دائما لهذا  
الشكل النهائي عند الحاجة إليها.

- يتعين كذلك حفظ المعلومات المتعلقة بالجهة التي صدرت عنها الوثيقة الإلكترونية سواء كان  
شخصا طبيعيا أو اعتباريا، وكذلك الجهة المرسله إليها.

- حفظ المعلومات المتعلقة بتاريخ ومكان إرسال الوثيقة واستقبالها، وذلك لأن هذه المعلومات ترتب  
آثارا قانونية في حق طرفي الرسالة أو الوثيقة متى تعلقت بعقد من العقود الإلكترونية، إذ يمكن عن  
طريق هذه البيانات تحديد مكان وزمان انعقاد العقد، وما إذا كان طرفا العقد قد جمعها مجلس  
عقد واحد أم لا، والتوصل إلى معلومات تتعلق بسداد الثمن أو الأجرة وكيفية ذلك ومكانه، ولاشك  
أن كل هذه الأمور من العناصر الجوهرية في التعاقد بالطريق الإلكتروني، لأن الهدف النهائي هو  
الحفاظ على حقوق الأطراف وحقوق كل من له علاقة بهذه الوثيقة.

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

- التزام المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في ذات الشكل الذي أرسلها به، حتى تكون حجة عليه  
متى تعلق حق للغير بهذه الوثيقة، فإذا ادعى خلاف ذلك، كانت الصورة المسلمة إليه، حجة عليه  
وحجة للطرف الآخر الذي يتمسك بهذه الوثيقة الإلكترونية<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> لذلك فقد استثنى التوجيه الأوروبي رقم 97-07 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد مواقع الانترنت من  
الدعائم القابلة للاستمرار كونها دعامة تقتصر إلى هذه الخاصية فيما عدا تلك التي تستجيب للمعايير المبينة بشأن تعريف الدعامة  
التي لها قابلية للاستمرار وهو التعريف الذي جاءت به المادة 02 من هذا التوجيه بقولها " كل أداة تسمح للمستهلك بتخزين  
المعلومات التي توجه إليه شخصيا على نحو يمكن معه الرجوع إليها بسهولة مستقبلا خلال فترة زمنية تتلاءم مع الأغراض التي  
من اجلها تم توجيه هذه المعلومات ، وتسمح بإعادة نسخ هذه المعلومات نسخة مطابقة لتلك التي تم تخزينها.

<sup>32</sup>د/ عبد الفتاح بيومي حجازي ، مرجع السابق ص 149.

ونشير في الأخير إلى أن تخزين أدلة الإثبات في الآلات و عبر المواقع المؤقتة التي يمكن أن لا تتمتع بصفة الدوام والاستقرار جعل الفقيه Caprioli يقترح إنشاء جهات ثالثة تضمن سلامة الوثائق الالكترونية من التبيد والتحريف أو يسمى بـ " TiersArchiveur أو Serviced'archivage " ، فتخزين المعلومات في الكمبيوتر الخاص بأحد المتعاقدين يمكن أن يعرضها للتبديل أو التحريف كون هذا الجهاز يخضع لإرادة و إشراف وتوجيهات مستعمليه ، وإذا كان هذا الكمبيوتر يؤدي مهمته تنفيذا للتعليمات ولإيعاز الشخص الذي يخزنها فإنه يقال بأن هذه المعلومات التي سوف تقدم كدليل إثبات يمكن أن تكون من صنع هذا المستعمل، فهي إذن صادرة عنه وبالتالي لا يجوز له أن يحتج بها كدليل إثبات، تطبيقا لمبدأ عدم جواز إصطناع الشخص دليلا لنفسه، ومن هنا تظهر القيمة القانونية لوجود الوسيط لحفظ هذه الوثائق<sup>33</sup>.

**الفقرة الثالثة:** التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق في الإثبات.

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

<sup>33</sup> وأكد القانون النموذجي للتجارة الالكترونية CNUDCI في مادته 03 امكانية اللجوء الى شخص ثالث كوسيلة لاضفاء الجدية على الوثيقة الالكترونية، الا أنه أشار الى بعض الشروط التي يجب توافرها عند حفظ الوثيقة الالكترونية وهي:

- تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح الجوع اليها لاحقا  
- الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن اثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت.

- الاحتفاظ بالمعلومات ، ان وجدت، التي تمكن من استبانة رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت استلامها ووصولها وكذلك، د/ سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني ، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق ببيروت العربية، بدون طبعة، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2004، ص343.

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

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

لم يتطرق المشرع لمسألة تنازع أدلة الإثبات عندما قام بتعديل القانون المدني وأدخل الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات، وهذا عكس القانون الفرنسي الذي عالج هذه النقطة بمناسبة تعديله للقانون المدني بموجب القانون 230-2000 المؤرخ في 13 مارس 2000 المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني، وتحديداً في المادة 1316-2 التي تنص على أنه: "عندما لا ينص القانون على قواعد مخالفة أو عندما لا يكون هناك اتفاق متكافئ في إثبات الإلتزامات والحقوق بين الأطراف يبت القاضي في النزاعات القائمة حول الإثبات بالكتابة عبر تحديد السند الأكثر مصداقية، أي كانت دعامته، وذلك عن طريق استخدام كافة الطرق المتوفرة لديه"<sup>34</sup>.

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

- أعطى للقاضي سلطتين، الأولى صلاحية البت بالنزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد السند الأكثر مصداقية، والثانية هي سلطة تقديرية واسعة في عملية التحديد، فهو الذي يرجح

<sup>34</sup> L'article 1316-2 stipule que. "Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérales en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable quel qu'en soit le support".

واسطة إثبات دون أخرى، بمعزل عن الدعامة ورقية كانت أو إلكترونية، وذلك باستخدام الطرق المتوفرة لديه.

- إمكانية وضع اتفاقات بين المتعاقدين تخالف قواعد الإثبات الموجهة للقاضي، وبالتالي الإقرار بأن هذه القواعد يمكن الإتفاق على خلافها<sup>35</sup>.

وهذه القواعد التي جاء بها القانون الفرنسي يمكن الإستعانة بها في الجزائر كونها لا تخرج عن القواعد العامة المتعلقة بالإثبات، فالقاضي الجزائري في غياب النص الذي يفصل في تنازع أدلة الإثبات بإمكانه استعمال سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة على غيرها، كما في حالة ما إذا عرض عليه محرران عرفيان ورقيان، إلا إذا اتفق طرفا العقد على ترجيح إحدى الوثائق على الأخرى، كأن يتفقا على ترجيح وثيقة إلكترونية على الوثيقة الخطية، وهذا الإتفاق جائز لأن قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام<sup>36</sup>، وفي هذا يقول الأستاذ يحي بكوش: " تبقى القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات التي تمس بالحقوق الخاصة خاضعة لإرادة الخصوم يتصرفون فيها طبقا لرغباتهم"<sup>37</sup>.

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

<sup>35</sup> عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق ص 120.

<sup>36</sup> يوجد في الحقيقة إتجاهان، يرى أحدهما أن قواعد الإثبات الموضوعية من النظام العام، وبالتالي يمنع كل اتفاق يحصل بين المتخاصمين حولها، كونها مرتبطة بوظيفة الدولة وإقامة العدالة، في حين يفرق الإتجاه الثاني، بين قواعد الإثبات الموضوعية وبين الإجراءات الخاصة بالإثبات، فيجيزون اتفاقات حول الأولى، باعتبارها حقوق ترجع إلى الخصوم، وأن من حقهم التنازل عنها، ومن جهة أخرى يمنعون الإتفاق حول الثانية ويصنفونها ضمن قواعد النظام العام ولذلك يمنعون الإتفاق على إجراءات الإثبات وعلى شروط قبول قواعد الإثبات، والشكليات المقررة في ذلك، وقيمة تلك القواعد والحجج التي ينبغي أن تعطى لها راجع، أ/ يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، بدون سنة ص 52.

<sup>37</sup> راجع، أ/ يحي بكوش، المرجع السابق، ص 53.

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

ثانيهما واقعي، هو أن معرفة القاضي متصلة بالقانون وليس بالآلة أو بالتقنية، وهي متميزة وفي غاية الدقة في هذا المجال المتطور، مما سيلغي واقع التوازن الوظيفي بين الوسائل الإلكترونية والتقليدية في الإثبات، التي أقرها المشرع في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني<sup>38</sup>.

### المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني و حجيته في الإثبات .

لا تعد الكتابة سواء كانت في الشكل الإلكتروني أو على دعامة مادية دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، فالتوقيع هو العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد أصلا للإثبات، وهو شرط أساسي لصحة الوثيقة سواء كانت إلكترونية أو ورقية.

لذا نص المشرع في المادة 327 فقرة 2 من القانون المدني على أنه: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما وراثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

وبذلك يكون المشرع قد اعترف صراحة بالتوقيع الإلكتروني استكمالا باعترافه بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني، وذلك تماشيا مع إفرازات عهد المعلومات الذي أدخل وسائل حديثة في إبرام العقود والتوقيع عليها إلكترونيا.

وسوف يتم التطرق في هذا المطلب إلى تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني في فرع أول، ثم دراسة حجيته في الإثبات ضمن الفرع الثاني.

<sup>38</sup> د/ سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 367.

الفرع الأول: تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني.

في هذا الفرع، نتطرق إلى تعريف التوقيع الإلكتروني وبيان الخصائص التي تميزه عن التوقيع العادي ثم بيان أنواعه في النقاط التالية:

### 1 تعريف التوقيع الإلكتروني:

لم يعرف المشرع التوقيع الإلكتروني، غير أنه بالرجوع إلى التعريفات التي تم اعتمادها من قبل القوانين المقارنة والفقهاء، والتي نجدها اهتمت إما بالوسائل التي يتم بها التوقيع وإما بالوظائف والأدوار التي يضطلع بها التوقيع، ومنها من يجمع بين الوظائف والأدوار في نفس الوقت.

فلجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة عرفته بأنه " مجموعة أرقام تمثل توقيعاً على رسالة معينة "، يتحقق هذا التوقيع من خلال اتباع بعض الإجراءات الحسابية المرتبطة بمفتاح رقمي خاص بالشخص المرسل، ومن ثمة فإنه بالضغط على هذه الأرقام الخاصة بمستخدم الأنترنت، يتكون التوقيع الإلكتروني، ويمكن أن يتم تحديد هذه الأرقام الخاصة من خلال اتفاقيات جماعية لمستخدمي الأنترنت في المعاملات التجارية أو من خلال عقد مبرم بين الطرفين يحدد الرقم السري الخاص بكليهما، بحيث أن اقتران الرسالة المرسلة بهذه الأرقام، يستطيع الشخص أن يحدد شخصية المتعاقد الذي أرسل الرسالة، وهذا يعني إمكانية تعدد التوقيع الإلكتروني، بتعدد المعاملات التي يقوم بها الشخص<sup>39</sup>.

وعرفه المشرع الفرنسي في المادة 1316-4 من القانون المدني بأنه: "التوقيع الضروري لإكمال التصرف القانوني، والتعريف بهوية صاحبه، والمعبر عن رضا الأطراف بالإلتزامات الناشئة عنه"<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 82.

<sup>40</sup> L'article 1316-4 du code civil français stipule que: "la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose, elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte".

راجع أ/ محمد بودالي، التوقيع الإلكتروني، مجلة الإدارة، العدد رقم 2، لسنة 2003، ص 55.

كما أوردت التعليمات الأوربية المؤرخة في 13 ديسمبر 1999 في المادة 2 منه تعريفا للتوقيع الإلكتروني بأنه عبارة عن : "معلومات أو معطيات في شكل إلكتروني، ترتبط أو تتصل منطقيا بمعطيات إلكترونية أخرى وتستخدم كوسيلة لإقرارها"<sup>41</sup>.

ومن التعاريف التي اقترحتها الفقهاء التعريف القائل بأن التوقيع الإلكتروني هو: "اتباع مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتاح استخدامها عن طريق الرمز أو الأرقام أو الشفرات ، بقصد إخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة التي نقلت إلكترونيا"<sup>42</sup>.

## 2- خصائص التوقيع الإلكتروني.

كما هو واضح من خلال هذه التعاريف فإن التوقيع الإلكتروني يتميز عن التوقيع التقليدي من خلال خصائصه التي نوردتها فيما يلي:

- إن التوقيع الإلكتروني، وعلى العكس من التوقيع الكتابي لا يقتصر على الإمضاء أو بصمة الأصابع بل يشمل صورا لا يمكن حصرها منها الحروف والأرقام والصور والرموز والإشارات وحتى الأصوات، كل ذلك بشرط أن يكون لها طابع فردي، يسمح بتمييز الشخص صاحب التوقيع وتحديد هويته، وإظهار رغبته في إقرار العمل القانوني والرضا بمضمونه، فالتوقيع الإلكتروني على رسالة ما أو وثيقة هو عبارة عن بيانات متجزئة من الرسالة ذاتها (جزء صغير من البيانات) يجرى تشفيره<sup>43</sup> وإرساله مع الرسالة، بحيث يتم التوثق من صحة صدور الرسالة من الشخص عند فك التشفير، وانطباق محتوى التوقيع على الرسالة.

<sup>41</sup> "une donnée sous forme électronique qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification"

أ/ محمد بودالي، نفس المرجع السابق، ص 55.

<sup>42</sup> د/ عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص 72.

<sup>43</sup> ويرتبط التوقيع الإلكتروني بالتشفير ارتباطا عضويا فالتشفير هو عملية لتغيير البيانات بحيث لا يمكن قراءتها إلا من قبل الشخص المستخدم وحده باستخدام مفتاح فك التشفير .

- إن التوقيع الإلكتروني يتميز بأنه لا يتم عبر وسيط مادي، أي دعامة ورقية، بحيث تذيل به الكتابة، كما هو الحال بالنسبة للتوقيع الكتابي، وإنما يتم كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني من خلال أجهزة الكمبيوتر، أو عبر الأنترنت، بحيث يكون بإمكان أطراف العقد الإتصال ببعضهم البعض والإطلاع على وثائق العقد، والتفاوض بشأن شروطه وإفراغ هذا العقد في محررات إلكترونية، وأخيراً التوقيع عليها إلكترونياً<sup>44</sup>.

- لزوم تدخل طرف ثالث Tiers de confiance الذي يقوم بدور الوسيط بين أطراف العقد، حيث استلزمت ضرورة الأمن القانوني وجوب استخدام تقنية آمنة في التوقيع الإلكتروني تسمح بالتعرف على شخصية الموقع ' وسوف يتم تفصيل هذه الخاصية عند معالجة حجية التوقيع الإلكتروني.

### 3- أنواع التوقيعات الإلكترونية:

للتوقيع الإلكتروني صورتان شائعتان إحداهما التوقيع الرقمي وآخر بيومتري.

#### أولاً: التوقيع الرقمي La signature numérique.

يطلق عليه أيضاً اسم التوقيع الكودي Key based signature، تقوم هذه التقنية بتزويد الوثيقة الإلكترونية بتوقيع مشفر يمكنه تحديد الشخص الذي قام بتوقيعها والوقت الذي قام فيه بتوقيعها، ومعلومات أخرى خاصة بصاحب التوقيع.

والطريقة الشائعة للتشفير تتمثل في وجود مفتاحين، المفتاح العام وهو معروف للعامة، ومفتاح خاص يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشأه، ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسالة المشفرة، ولكن لا يستطيع أن يفك شفرتها إلا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص.

ويجب في هذا الصدد عدم الخلط بين التوقيع الإلكتروني وبين تشفير الرسالة الإلكترونية chiffrement du message، فصحيح أن كليهما يقوم على عملية حسابية يتم من خلالها تشفير مضمون التوقيع أو الرسالة، ولكن هناك فرق وهو أن تشفير الرسالة يشملها بأكملها، في حين أن التشفير في التوقيع الإلكتروني يقتصر فقط على التوقيع دون بقية الرسالة، بحيث أنه يمكن أن يكون مرتبطاً برسالة غير مشفرة.

<sup>44</sup> / محمد بودالي، المرجع السابق، ص 57.

ثميسجل التوقيع الرقمي بشكل رسمي عند جهات تعرف بسلطات التوثيق Autorités de certification<sup>45</sup>، ويتم هذا التوقيع بوجود مفتاحان، مفتاح العام وهو معروف للكافة، ومفتاح خاص يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشاه ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسائل المشفرة، ولكن لا يستطيع أن يفك شفرة الرسالة الا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص، ويستخدم هذا النظام خاصة في التعاملات البنكية وأوضح مثال على ذلك بطاقة الإئتمان التي تتضمن رقما سريا لا يعرفه إلا الزبون، الذي يدخل بطاقته في آلة السحب، عندما يطلب الإستعلام عن حسابه أو يبدي رغبته في صرف جزء من رصيده.

ويمكن تلخيص مزايا هذا التوقيع في الآتي:

- أنه يؤدي إلى إقرار المعلومات التي يتضمنها السند أو التي يهدف إليها صاحب التوقيع.
- يسمح بإبرام العقود عن بعد، وذلك دون حضور المتعاقدين جسديا في ذات المكان، الأمر الذي يساعد في ضمان وتنمية التجارة الإلكترونية.
- هو وسيلة مأمونة لتحديد هوية الشخص الذي قام بالتوقيع.
- أما أكبر سلبية من سلبيات التوقيع الرقمي فتتمثل في أن احتمال تعرض الرقم السري أو الكودي للسرقة أو الضياع أو التقليد، مما يجعل صاحبه ملزما بسرية رقمه، وفي حالة تسرب الرقم للأخرين فيعد هو المسؤول عن الآثار المترتبة على ذلك طالما أنه لم يراعي قواعد الحيطه والحذر، إلا إذا قام بالإبلاغ عن سرقة أو فقدانه إلى سلطات التوثيق أو البنك.

### ثانيا: التوقيع البيومتري Signature biométrique

يعتمد التوقيع البيومتري على تحديد نمط خاص تتحرك به يد الشخص الموقع أثناء التوقيع، إذ يتم توصيل قلم إلكتروني بجهاز كمبيوتر، ويقوم الشخص بالتوقيع باستخدام هذا القلم الذي يسجل

<sup>45</sup>. عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص 76.

حركات يد الشخص أثناء التوقيع كسمة مميزة له اخذا في الاعتبار بأن لكل شخص سلوك معين أثناء التوقيع<sup>46</sup>.

ويتم التحقق من صحة هذا التوقيع، عن طريق قيام نفس البرنامج، الذي تم التوقيع بواسطته، بفك رموز الشفرة البيومترية، ومقارنة المعلومات مع التوقيع المخزن، ثم إرسالها إلى برنامج كمبيوتر الذي يعطي الإشارة فيما إن كان التوقيع صحيحا أم لا<sup>47</sup>.

**الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.**

نص المشرع في المادة 327 فقرة 2 على أنه: " يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه"، ويكون بذلك المشرع قد سوى في الحجية بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، وهو ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، أي أن التوقيع الإلكتروني يمكن أن يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها التوقيع الخطي من حيث تحديد هوية صاحبه و إقراره بمضمون التعامل الذي استخدم هذا التوقيع في إنجازه<sup>48</sup>.

في نفس الوقت أحال المشرع على الشروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر 1 للإعتداد بهذا التوقيع وهي:

- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره.

- أن يكون معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته.

فكما سبقت الإشارة إليه أعلاه فإنه يصعب تحقق هذين الشرطين إلا بوجود جهات وسيطة تصادق على صحة هذا التوقيع، وضمان أن صدوره كان من الشخص المنسوب إليه، وتأكيد أنه لم يحدث أي تحريف أو تعديل فيه.

<sup>46</sup> عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص 80.

<sup>47</sup> د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 99.

<sup>48</sup> د/سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 365.

وفي غياب نص تنظيمي للمسألة، تظل مشكلة تحديد الشخص الذي يصدر عنه هذا التوقيع قائمة في كيفية تعيين المتعاقد حتى مع وجود التوقيع الإلكتروني، وفي هذا الصدد تظهر أهمية تحديد هذا التوقيع من خلال شخص آخر يسمى بهيئة الإقرار *Autorité certificatrice*، والتي تقدم خدمة التصديق *prestataire de service de certification*، أو الغير الموثق *Tiers certificateur ou Authentificateur*، وهذا يعني ضرورة إنشاء هذه الوظيفة بالنسبة للمعاملات التي تتم من خلال شبكة الأنترنت، وهذه الجهة الموثقة أو هذا الشخص المصدق يجب أن يقدم وثيقة إلى مستخدم الأنترنت في إبرام العقود تتضمن اسمه، عنوانه، وإذا كان شخص معنوي يتم تحديد سلطاته، ورقمه السري، وهذه الشهادة تحمل التوقيع الإلكتروني للجهة الصادرة عنها، وهذا من شأنه أن يؤكد العلاقة بين الشخص والرسالة الإلكترونية الصادرة عنه، وإن بث الرسالة مقترنة بهذه الإجراءات المكونة للتوقيع الإلكتروني يؤكد نسبتها لشخص محدد من جهة، وأنه لم يحدث تلاعب أو تحريف أو تعديل في الرسالة من جهة أخرى، وهذا من شأنه إضفاء نوع من الثقة في التعامل الذي يتم من خلال شبكة الأنترنت، إذ يضمن للمستقبل سلامة المعلومات المرسلة من الطرف الآخر كما صدرت عنه تماما دون تحريف ناتج عن تدخل شخص آخر على الشبكة، وفي سبيل إضفاء الثقة على هذه الوسيلة يجب على هذه الهيئة أن تخلق لديها نظاما رقميا خاصا بالتوقيع الإلكتروني بما يمنع الخلط بين مستخدمي الأنترنت وكذلك خلق أرشيف إلكتروني، يتضمن التوقيعات الإلكترونية الصادرة عنها<sup>49</sup>.

هذا وقد أبدت أغلب التشريعات التي اعترفت بالتوقيع الإلكتروني في إثبات التصرفات القانونية مجموعة من الضوابط الصارمة، وتدخلت الدولة في هذا الخصوص بإنشاء هيئة عامة يناط بها مهمة التوثيق بما يؤدي إلى نوع من التنظيم الرسمي لاستخدام الأنترنت في المعاملات التجارية

<sup>49</sup>د/سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص 367

وإبرام العقود بصفة عامة، وبالتالي إضفاء نوع من الثقة على التعامل الذي يتم عبر شبكة الأنترنت  
50.

أما في الجزائر، وبسبب غياب إطار منظم لهذه الوظيفة، فلأطراف العقد الحرية في اختيار النظام الإلكتروني الذي يضمن للإمضاء موثوقيته، وذلك بإنشاء الجهة الموثقة باتفاق مستخدم الأنترنت في تعاملاتهم، ومن ثمة تكون هذه الهيئة خاصة.

---

<sup>50</sup> وفي هذا الإطار أصدر المشرع الفرنسي مرسوما تنظيميا يحدد كيفية تطبيق المادة 1316-4 من القانون المدني الذي أنشأ هيئة التوثيق، ونظم هذه المهنة بشكل دقيق، وأحاط بالجوانب التقنية للتوقيع الإلكتروني.

Décret n° 2001-272 du 30 Mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, JO n° 77 du 31 Mars 2001 page 2070.

تكتسي المحركات الرسمية أهمية بالغة في الإثبات خاصة في الأقسام المدنية ذلك أن الهدف من اللجوء إلى العدالة هو إقامة الدليل من أجل إثبات حق أو نفي ادعاء خصم. و لذا فقد أحاطها المشرع بعناية خاصة في المواد من 324 إلى 326 مكرر 2 و ذلك من خلال تحديد شروطها و الآثار المترتبة عن تخلف أحد هذه الشروط .

إن المحركات الرسمية تكون مجسدة على دعامة مادية ورقية يحررها أفراد لهم صفة خاصة و لها حجية ثبوتية تختلف عن باقي المحركات ضف إلى ذلك خصوصيتها من حيث طرق الطعن فيها و سنتناول كل هذه العناصر من خلال هذا الفصل الأول و ذلك في المبحثين الآتين المبحث الأول نتناول فيه ماهية المحركات الرسمية و شروطها وحجيتها و في المبحث الثاني نتناول فيه طرق الطعن في المحركات الرسمية .

### المبحث الأول : ماهية المحرر الرسمي

سنتطرق في هذا المبحث إلى أهم التعريفات الفقهية و القانونية التي أعطيت للمحركات الرسمية و كذا شروط صحتها و الأثر المترتب عن تخلف أحد الشروط بالإضافة إلى حجيتها .

#### المطلب الأول: تعريف المحرر الرسمي و شروطه :

#### الفرع الأول : تعريف المحرر الرسمي:

لقد وردت عدة تعريفات فقهية للمحركات الرسمية حسب المفهوم التقليدي أو عن المفهوم القانوني سواء في التشريع الجزائري أو التشريعات المقارنة فجلها قدمت مفاهيم عضوية لا غير .

1- **التعريف الفقهي:** قام العديد من الفقهاء بوضع تعريف للمحركات الرسمية و من بينهم نجد

الدكتور السنهوري الذي يعرفها بأنها: " أوراق رسمية يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقا

للأوضاع المقررة و هي كثيرة و متنوعة منها الأوراق الرسمية المدنية كتلك التي تثبت العقود

و التصرفات المدنية، و منها الأوراق الرسمية العامة كالقرارات الإدارية و القوانين و المعاهدات

و منها الأوراق الرسمية القضائية كعرائض الدعوى و أوراق المحضرين و محاضر الجلسات و الأحكام<sup>51</sup>

و عرفها الأستاذ محمد زهدور بأنها: " الأوراق التي تحرر بمعرفة شخص ذي صفة رسمية أي موظف من موظفي الدولة أو شخص مكلف بخدمة عامة "<sup>52</sup>

أما الأستاذ يحي بكوش فيعرفها بأنها: "الأوراق التي يقوم موظف عام مختص بتحريرها وفقا لأحكام قانونية و هي كثيرة و متنوعة "

إذا فهي الأوراق (المحركات) التي يقوم بتحريرها موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عمومية مختص وفقا لأحكام قانونية مقررة، و تختلف هذه الأوراق باختلاف محرريها .

2- **التعريف القانوني**: عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 324 من القانون المدني بقوله: "

العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه "

أما المشرع المصري فنجده قد عرفها بموجب المادة 10 من قانون الإثبات<sup>53</sup> بنصه: "هي المحركات التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه

من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأوضاع القانونية: و في حدود سلطته و اختصاصه"

الملاحظ أن كلا من التشريعين الجزائري و المصري أعطيا نفس التعريف العضوي للمحركات

الرسمية شكلها التقليدي و ان لم يكن تعريفا خالصا بل مضمونه جملة من الشروط .

#### الفرع الثاني : شروط المحرر الرسمي

<sup>51</sup>د عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، د.ط ، نظرية الالتزام-الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية سنة 2004، ص 106

<sup>52</sup>د.محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، بدون دار نشر، سنة 1991 ، ص 25

<sup>53</sup>قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 و القانون رقم 18 لسنة 1999

بالإستناد إلى التعريفات الفقهية و القانونية للمحركات الرسمية يمكن إجمال شروط صحة المحركات الرسمية في ما يلي:

### 1- صدور المحرر من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة

يشترط القانون أن تصدر هذه المحركات من طرف الأشخاص الذين عدتهم المادة 324 من القانون المدني و التي ميزت ما بين ثلاثة أشخاص مخولين قانونا لتحرير هذه المحركات الرسمية و هذا التمييز لم يأتي هكذا عبثا و لكن ما يبرره نظرا للاختلاف من المركز القانوني لكل فئة و بالتالي فإن أي محرر غير صادر من طرف الأشخاص الذين عدتهم المادة المذكورة أعلاه لا يعتبر رسميا، أما الأشخاص الذين عدتهم المادة 324 من القانون المدني هم:

-**الموظف العام:** هو كل شخص تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها و يتنوع الموظفون العموميون بتنوع السندات الرسمية التي يصدرونها، و يدخل في هذا المفهوم جميع موظفي الدولة بمختلف مصالحها المركزية و الخارجية، الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و المؤسسات العمومية و الإدارات ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي -الضابط العمومي:

هو كل شخص يعطي له القانون هذه الصفة و نذكر على سبيل المثال لا الحصر من يعتبر من الضباط العموميين الموثق<sup>54</sup>، المحضر القضائي<sup>55</sup>، المترجم، و حتى الموظف المكلف بالوظيفة القنصلية<sup>56</sup>.

<sup>54</sup>حسب ما جاءت به المادة 03 من القانون 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة الموثق(ج.ر 14 لسنة 2006

<sup>55</sup>حسب ما جاءت به المادة 04 من القانون 03/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي (الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2006

<sup>56</sup>حسب ما جاءت به المادة 28، 38 من المرسوم الرئاسي 405/02 متعلق بوظيفة القنصلية(الجريدة الرسمية رقم 79 لسنة ( 2002

-الشخص المكلف بخدمة عامة: و هو كل شخص يشغل منصبا ما بمقتضى قرار إداري أو بمقتضى عقد سواء أكان مأجور أو غير مأجور، تابع لجهاز مركزي أو محلي أو هيئة عامة تابعة للدولة أو كان يعمل تحت سلطة جهاز إداري، و لعل أحسن مثال لنا في الخبراء الذين تنتدبهم المحكمة لإجراء خبرة فنية و يعد ما يقومون به من قبيل المحركات الرسمية .<sup>57</sup>

أما المقصود بصورها من أحد هؤلاء الأشخاص هو أن يكون المحرر صادرا بإسم الموظف أو موقعا من طرفه و لا يشترط أن يكون محررا بيده، و معنى هذا الكلام أن ينسب المحرر لأحد هؤلاء الأشخاص .

## 2- أن يتم تحرير المحرر في حدود سلطته و اختصاصه:

تتشرط المادة 324 من القانون المدني السالفة الذكر إضافة إلى الشرط الأول أن يتم تحرير المحرر في حدود سلطة هذا الموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة و في دائرة اختصاصه .

و معنى أن يتم تحرير المحرر في حدود سلطته حسب ما يراه الدكتور عبد الرزاق السنهوري هو أن يكون للموظف الولاية الكاملة من حيث التحرير و أهلية من حيث عدم وجود مانع شخصي به و أن يكون له اختصاص موضوعي من حيث نوع المحرر الرسمي، أما الإختصاص فاقتصاره يكون على الإختصاص المكاني فقط .<sup>58</sup>

و نعني بالولاية أن يكون للموظف الولاية القانونية في تحرير هذه المحركات و ذلك بأن يكون تعيينه قانونيا فإن كان غير معين أو تم عزله أو إيقافه عن العمل أو نقله فإن المحرر يكون باطلا، بالإضافة إلى أن يكون أهلا لتحرير هذه المحركات .

<sup>57</sup>الأستاذ يحي بكوش، مرجع سابق ص 94

<sup>58</sup> الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ص 122

كما يجب أن يكون مختصا نوعيا من خلال نوع المحركات الرسمية، فالقاضي يصدر الأحكام القضائية و الموثق يصدر العقود التوثيقية و ضابط الحالة المدنية مختص في تسجيل الولادات و الوفيات .

أما أن يكون في حدود اختصاصه فالمقصود به الإختصاص الإقليمي أي المكاني و هو ممارسة و وظائفه في حيز مكاني محدد أو في دائرة إختصاص الهيئة الإدارية المحدد إما قانونا أو تنظيميا .

3- أن يتم تحرير المحرر وفق الأشكال التي حددها القانون .

يحدد القانون للموظف أو الضابط العمومي أو المكلف بالخدمة العامة عند ممارسة مهامه مجموعة من الشكليات التي يجب مراعاتها تحت طائلة البطلان و بالتالي عدم إضفاء طابع الرسمية على الورقة المحررة التي لم تتم مراعاة الأشكال القانونية، و هذه الأوضاع و الشكليات تختلف حسب نوع المحرر و لتبسيط الصورة سوف نتناول و على سبيل المثال الشروط المستلزمة في المحركات التوثيقية الصادرة من مكاتب التوثيق .

و بالرجوع إلى أحكام المواد من 324 مكرر 2 إلى 324 مكرر 4 من القانون المدني<sup>59</sup>، و كذا المواد 26 إلى 29 من القانون 02/06 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق و من هذه الشكليات :

- التأكد من شخصية أطراف العقد .
- توقيع المحرر من قبل ذوي الشأن .
- حضور شاهدين في العقود الشكلية .
- أن يكون المحرر مكتوبا باللغة العربية و في نص واحد .
- المصادقة على الإحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات .

<sup>59</sup>لقد جاء في نص المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني وجوب حضور شاهدين في العقود التي يحررها الموظف العمومي الأمر الذي يفهم منه أن كل العقود التي يقوم بتحريها الموثق لابد من حضور شاهدين إلا أن الصحيح غير ذلك حيث أنه بالرجوع إلى النص الفرنسي فإن العقود المقصودة هي العقود الشكلية فقط التي لا تتعقد إلا بإفراغ العقد في الشكل الرسمي و هي العقود المحددة حصرا في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني و بعض النصوص الخاصة .

- كتابة المبالغ و السنة و الشهر و يوم التوقيع على العقد بالحروف .
- عدم تضمينها أي تحوير أو كتابة بين الأسطر أو إضافة كلمات .
- المصادقة على الإحالات في الهامش .

#### 4- الآثار المترتبة عن تخلف هذه الشروط :

إنما يخص الآثار المترتبة عن تخلف هذه الشروط فلقد دأب الفقه على التفريق ما بين حالة تخلف الشرطين الأول و الثاني و الى تخلف الشرط الثالث، فإذا صدر المحرر من غير موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة أو بسبب عزله أو عدم تعيينه أصلا أو لإنعدام أهليته أو ولايته في ذلك فإن المحرر يعتبر باطلا بطلانا مطلقا بقوة القانون و هذا البطلان يلحق كل العقد لأن البطلان لا يتجزأ، أما إذا تعلق الأمر بالشرط الثالث و المتعلق بضرورة احترام الإجراءات و الشروط القانونية المتطلبة فإنه يجب التمييز ما بين الأوضاع و الإجراءات الجوهرية و الإجراءات الغير جوهرية، فإذا تعلق هذه البيانات بأوضاع جوهرية فإن ما يترتب عنها هو بطلان المحرر الرسمي أما إذا تعلقت بأوضاع غير جوهرية فإنه لا يؤدي ذلك حتما إلى البطلان.<sup>60</sup>

و تعتبر من البيانات الجوهرية في القانون الجزائري على سبيل المثال لا الحصر ذكر اسم الموثق، تاريخ التوثيق، أصحاب الشأن، تحديد موضوع المحرر، التوقيع، بالإضافة إلى ما تشترطه بعض المحررات الرسمية الأخرى كالأحكام القضائية مثلا أو المحررات الإدارية الرسمية .

أما البيانات الغير جوهرية فنذكر منها عدم ترقيم الصفحات، عدم تسطير الفراغات، عدم ذكر الإحالات أو الشطب، عدم دفع الرسوم و الحقوق أو عدم ذكر ساعة التحرير .

إن وصف المحرر بالبطلان لفقده الصفة الرسمية فيه شيء من المغالاة، ذلك أن وصف البطلان يجب أن يقتصر على التصرف القانوني المعيب لتخلف ركن من أركانه، أما استخدام هذا الوصف

<sup>60</sup>د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، الصفحة 171

بالنسبة لوسيلة إثبات التصرف و هي المحرر فيه مجاز ليس له ما يبرره، لهذا فهو يرى أن النقد وجيه و لأن صحة التصرف القانوني لا تتعلق بصحة المحرر الرسمي المثبت لهما ما لم يكن المحرر الرسمي ركن ركين في العقد<sup>61</sup>، كأن يكون مثلا يتعلق بأحد العقود الواردة في نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني أو يتعلق بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو تطبيقا لأحكام قانونية معينة كعقد الشركة مثلا .

و مهما يكن فإن المشرع الجزائري و تطبيقا لأحكام المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني فقد جسد مبدأ : تحول العقد الرسمي إلى عقد عرفي و ذلك بنصه "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو إنعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف". أي أن تخلف شرط أو أكثر من شروط اكتساب المحرر الصفة الرسمية و أن يجعله باطلا كمحرر رسمي إلا أنه تبقى له قيمة المحرر العرفي متى كان موقعا من ذوي الشأن ما لم تكن الرسمية شرطا للإنعقاد أما إذا كان التصرف ملزما لجانب واحد فقط فإنه لا يشترط إلا توقيع هذا الجانب فقط بجميع أفراداه .<sup>62</sup>

إن هذا الحكم ما هو إلا تطبيقا للقواعد العامة في التشريع الجزائري ذلك أنه متى توافرت شروط المحرر العرفي من كتابة و توقيع كان ذلك كاف لكي يعتبر محررا عرفيا عكس المشرع الفرنسي و اللبناني الذين يشترطان بالإضافة إلى الكتابة و التوقيع شرط تعدد النسخ بالنسبة للعقود التبادلية و هو ما يجعل النص عليه له ما يبرره .

إن التاريخ الوارد في المحرر الرسمي الباطل لا يعد تاريخا ثابتا لأن البطلان يمتد إلى كل ما قام به الموثق من أعمال و منها ذكره لتاريخ التحرير، و بالتالي يعد المحرر هنا محررا عرفيا بسيطا

<sup>61</sup>د. عبد الرحمان ملزي، محاضرات طرق الإثبات في المواد المدنية-مقابلة على الطلبة القضاة الدفعة 17 لسنة 2007/2008 ص

بغير تاريخ ثابت، و لا يصبح لهذه الورقة تاريخ ثابت إلا بإحدى الطرق المنصوص عليها قانونا في المادة 328 من القانون المدني كما سوف يتم تبيانها في حينه .

### المطلب الثاني : حجية المحرر الرسمي

لقد نص المشرع الجزائري على حجية المحرر الرسمي في المواد من 324 مكرر 05 إلى 324 مكرر 07 و ذلك على النحو التالي "ما ورد في المحرر الرسمي حجة حتى يثبت تزويره" المادة 324 مكرر 05 "يعتبر العقد (المحرر) حجة لمحتوى الإتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم و ذوي الشأن " المادة 324 مكرر 05 "يعتبر العقد (المحرر) الرسمي حجة بين الأطراف حتى و لو لم يعبر فيها إلا ببيانات على سبيل الإشارة شريطة ان يكون لذلك علاقة مباشرة بالإجراء...." و المادة 324 مكرر 07 و من جملة هذه النصوص مجتمعة فإنه متى توافر للمحرر الرسمي الشروط المطلوبة و كان مظهره الخارجي ناطقا برسميته قامت قرينة قانونية على سلامته من الناحية المادية و من حيث صدوره من الأشخاص الذين و قعوا عليه، و إذا كان المظهر الخارجي للمحرر الرسمي يدل على أن به تزوير كوجود كشط أو تحشير أو على أنه باطلا لتخلف شرط من شروطه جاز للمحكمة حسب ما يراه الدكتور عبد الحكيم فوده<sup>63</sup> أن تقضي بإسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها و هذا ما سار عليه المشرع الجزائري الذي منح للقاضي سلطة إسقاط صفة الرسمية<sup>64</sup> من المحرر أو دعوة الموظف الذي حرره لسؤاله في حالة ملاحظة كشط أو تحشير أو غير ذلك من العيوب المادية خاصة و أن المادة 27 من قانون تنظيم مهنة الموثق<sup>65</sup> أوجبت على الموثق عدم تضمين العقود التي يحررها أية كتابة أو تحوير أو غير ذلك مع توقيع البطلان في حالة وجودها و لكن التساؤل الذي يبقى مطروحا هل يقوم بذلك القاضي المدني من

<sup>63</sup>د.عبد الحكيم فودة، المحركات الرسمية و المحركات العرفية في ضوء مختلف الآراء الفقهية و أحكام محكمة النقض ، طبعة

2006، دار الفكر و القانون، المنصورة، ص8

<sup>64</sup> الأستاذ ملزي عبد الرحمان ، مرجع سابق ص 15

<sup>65</sup> قانون رقم 02-06 المؤرخ في 29-02-2006 الذي يتضمن تنظيم مهنة التوثيق

تلقاء نفسه لكون الأمر يتعلق بالنظام العام أم أنه يقوم بذلك بعد دفع لأحد الخصوم بوجود كشط أو غيره .

#### الفرع الأول : حجية المحركات الرسمية من حيث الأشخاص

وضع المشرع قاعدة عامة من خلال سياق النصوص السالفة الذكر مفادها أن المحرر الرسمي له حجية مطلقة على الكافة متى توافرت فيه الشروط المطلوبة لاعتباره محرر رسمي و لا يطعن فيه سواء من ذوي الشأن أو الغير إلا بالطعن بالتزوير، أما حجية ما صرح به ذوي الشأن، فإنها لا تنقرر إلا لهم و لغيرهم سواء كان خلفا عام أو خاص و لا يطعن فيها إلا بالبطلان و عليه نتناول حجية المحرر الرسمي بداية فيما بين المتعاقدين ثم الغير .

#### 1-حجية المحرر الرسمي فيما بين المتعاقدين من حيث الإثبات

إن العقد الرسمي يعتبر حجة و دليلا قاطعا على حصول التعاقد الثابت فيه و لا يستطيع ذوي الشأن أن ينكروا شيئا مما جاء به لا من حيث التوقيعات الموقع بها عليه و لا من حيث محتوياته و لا من حيث حصوله أمام الموظف المحرر له إلا بالإدعاء بحصول تزوير في البيانات التي تمت بمعرفة أو مشاهدة أو سماع الموثق شخصيا، أما فيما يتعلق ببطلان البيانات التي أثبتتها الموثق بناء على ما يقرره الخصوم له لكونه لا يمكن التأكد منها شخصيا وقت تحرير العقد فهي تخضع للقواعد المقررة في الإثبات دون الحاجة للطعن بالتزوير فيها لأنها لا تمس بأمانة الموثق و صدقه و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا أنه "حيث إذا كانت حجية الورقة الرسمية في الإثبات هي حجية على الناس كافة، أي فيما بين المتعاقدين و بالنسبة للغير مع، فإنه يجب التفريق بين الوقائع التي أثبتتها الموثق مما جرى تحت سمعه و بصره و التي فيها مساسا بأمانة الموثق و هذه حجيتها مطلقة و لا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير أما الوقائع التي ينقلها ذوي الشأن فيجوز الطعن فيها عن طريق إثبات عكسها دون حاجة إلى الطعن في الورقة ذاتها

بطريق التزوير<sup>66</sup> و إثبات العكس يكون بالكتابة لأن إثبات ما يجاوز أو يخالف الثابت بالكتابة يكون بالكتابة بالنسبة للمتعاقدين طبقاً للمبدأ توازي الأشكال .

## 2-حجية المحركات الرسمية بالنسبة للغير من حيث الإثبات :

قد ينحصر الغير في كل من يضار أو يستفيد من المحرر و يعتبر المحرر الرسمي حجة عليه بما دون فيه من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً و هنا الغير هو الخلف العام أو الخلف الخاص الذي يتوجب عليه إذا ما ادعى عدم صحة ما ورد بتلك التصريحات أن يثبت ذلك بالطرق المقررة قانوناً ، و قد يكون الغير الأجنبي و هو كل شخص من غير ذوي الشأن و خلفائهم فلا تكون تصريحات<sup>67</sup> ذوي الشأن حجة عليهم إذا أنكروا صحتها دون الحاجة إلى أن يثبتوا عدم صحتها و إذا رغب في إثبات عكس مضمونها<sup>68</sup> فيكون بكافة طرق الإثبات باعتبار التصرف المبرم بين طرفي العقد هو واقعة مادية له، مثال ذلك الشفيع الذي هو شخص ثالث أجنبي عن عقد البيع فالعقد اتجاهاً يعتبر واقعة مادية له أن يثبتها بكافة طرق الإثبات ما عدا ما يذكر الموظف الرسمي أنه شاهده أو سمعه بنفسه عند تنظيم المحرر الرسمي و التي لا يجوز إثبات عكسها إلا بالطعن بالتزوير فيها .

### الفرع الثاني :حجية المحركات الرسمية من حيث المضمون

تكتسي البيانات الواردة في المحرر الرسمي حجية تختلف باختلاف طرق الطعن فيها<sup>69</sup>، إذ نجد أن المحرر الرسمي لا يجوز إثبات عكس البيانات الثابتة فيه إلا بالطعن بالتزوير فيما تم لدى الموثق أما الطعن بالبطلان فلا يتم إلا في البيانات التي صدرت من ذوي الشأن و هذا ما جاء في قرار

<sup>66</sup>قرار رقم 190514 المؤرخ في 29-03-2000، اللجنة القضائية سنة 2000 عدد 12 ص 154

<sup>67</sup>الأستاذ ملزي عبد الرحمان، مرجع سابق ص 66

<sup>68</sup>د. إلياس أبو عبيد، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية و الجزائية، ج 1، الطبعة 2005، د.ب.ن، ص 151

<sup>69</sup>د.محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات و طرقه، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر 1998 ص 66

المحكمة العليا عن حجية عقد الشهرة و جاء 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 أمام الموثق الذي يعاينها و هذه البيانات تكون حجة حتى يطعن فيها بالتزوير، أما البيانات المتعلقة بالتصريحات و الاتفاقات التي يتلقاها الموثق من الأطراف تكون حجة إلى أن يثبت عكسها، حيث أن قضاة المجلس الذين سمحوا بإثبات عكس ما تضمنه عقد الشهرة المحتج به من طرف الطاعن فيما يخص التصريحات التي أدلى بها الموثق لم يخالفوا أحكام المادة 324 مكرر 05 من القانون المدني الجزائري ذلك أن التصريح الشرفي المدلى به للموثق من طرف الطاعن حول حيازة القطعة الأرضية المذكور مساحتها و حدودها في عقد الشهرة يمكن أن يدحضه من يناع في محتوى هذا التصريح بالدليل العكسي و دون الحاجة إلى الطعن بالتزوير في عقد الشهرة<sup>70</sup> على هذا الأساس نتطرق إلى هذه البيانات على النحو الآتي :

### 1-بيانات لا يجوز إثبات عكسها إلا بالطعن بالتزوير:

و هي البيانات التي دونها الموثق بنفسه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره بحيث يمكنه إدراكها بسمعه و بصره و يشمل ذلك الوقائع التي يقوم الموظف بتدوينها في حدود مهنته كالتاريخ و التحقيق من أسماء ذوي الشأن و أهليتهم و توقيعاتهم و مكان التوثيق و كذلك تلاوة المحرر بعد كتابته و كل هذه البيانات التي ذكر الموثق أنها تمت أمام عينه أو سمعه بأذنه و شهد على صحتها يكون لها حجيتها المطلقة في الإثبات و لا يجوز دحضها إلا بطريق التزوير، و أعطى المشرع الثقة الخاصة لهذه البيانات شرط أن تكون قد تمت في حدود مهمة الموثق و إذا كانت خارج حدود مهمته فهنا يعتبر المحرر باطلا أو كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف

قرار رقم 20264، المؤرخ في 27-09-2000،الغجتهاد القضائي في الغرفة العقارية، الجزء الثاني، سنة 2004ص 139

طبقا للمادة 326 مكرر 02، و ما يتعلق بالتصرفات القانونية التي يوجب فيها القانون الرسمية كشرط لانعقادها مثل التصرفات الواردة في المادة 324 مكرر 01 و المادة 324 مكرر 03.<sup>71</sup>

## 2-بيانات يجوز إثبات عكسها :

إن البيانات التي دونها الموثق بعد أن تلقاها من ذوي الشأن و تبعا لتصريحاتهم فقط و لها علاقة مباشرة بالمحرر يكون عل الموثق أن يدونها دون أن يتحقق من صحتها فلا تثبت لها الصفة الرسمية و لا تكون لها نفس الحجية في الإثبات شأن البيانات التي تمت أمام الموثق أو قام بتدوينها بنفسه إذ يجوز دحضها بإثبات عكسها دون الحاجة إلى الطعن في المحرر بالتزوير بل بالطرق العادية المقررة في الإثبات لكون الطعن في هذه البيانات لا يتضمن مساسا بأمانة الموثق و صدقه<sup>72</sup>، و مثال ذلك إذا أثبت الموثق أن البائع أقر أمامه بقبض الثمن فإنه لا يجوز الطعن في هذا الإجراء إلا بالتزوير أما واقعة قبض الثمن التي لم تتم أمام الموثق و لم يتحقق منها بل صدرت على لسان صاحب الشأن فيمكن تكذيبها بإقامة الدليل على العكس دون الحاجة إلى الطعن بالتزوير، و يرى الأستاذ أحمد نشأت<sup>73</sup> أنه لا ضرورة للطعن بالتزوير فيما يستنتجه المحرر استنتاجا كالأمر التي يستخلصها من إشارات متعاقد أبكم، أصم فيحين أن المشرع الجزائري في قانون تنظيم مهنة التوثيق رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006، أشار في المادة 29 التي جاءت في الفصل الخامس المتعلق بأشكال العقود التوثيقية و مضمونها أنه "يجب أن يتضمن العقد الذي يحرره الموثق البيانات الآتية و من بينها اسم و لقب و موطن المترجم عند الاقتضاء و توقيعه " و من هذا المنطلق يتبين أنه يجوز الطعن بالتزوير في المحرر الرسمي كما يجوز الطعن فيه بالبطلان أيضا .

<sup>71</sup>المادة 324 مكرر 03 من القانون المدني، المعدلة بموجب القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، المنضمن

القانون المدني

<sup>72</sup>د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 66

<sup>73</sup>د/ محمد حسن قاسم ، مرجع سابق، ص 171

الفرع الثالث : حجية المحركات الرسمية فيما يتعلق بالصور

يتم تحرير المحرر الرسمي من أصل و صورة يضل أصل المحرر محفوظا في مكتب التوثيق و يعطى لذوي الشأن صورا رسمية منه ، إذ أن الأصل هو الذي يحمل توقيعات ذوي الشأن و الشهود و الموثق أما الصورة فلا تحمل هذه التوقيعات، و الصورة إما أن تكون خطية أو شمسية و يسوي القانون بينهما في الحكم طالما كانت هذه الصور صورا رسمية أي مطابقة للأصل تماما، وهذه المطابقة يقوم بها و يشهد عليها الموظف الرسمي أما ما يصنعه الأفراد من صور فوتوغرافية للأوراق الرسمية فلا تكون لها حجية الصور الرسمية .

و نجد أن المشرع أوضح حجية صور المحرر تارسمي في المادتين 325 و 326 من القانون المدني الجزائري و هي أن حجية الصور أقل من حجية الأصل، فالصور الرسمية لا تكون لها الحجية إلا باعتبار أنها قرينة على مطابقتها للأصل و لهذا فإن حجية الصورة تتوقف على عدم منازعة أحد الطرفين في هذه المطابقة و بالتالي فإن حجيتها تختلف في القوة بحسب ما إذا كان أصل المحرر الرسمي موجودا أو مفقودا .

#### أولا:حجية الصور إذا كان الأصل موجود

نصت المادة 325 من القانون المدني الجزائري على أنه إذا كان أصل المحرر الرسمي موجودا فإن صورته الرسمية تكون لها ذات الحجية المقررة للأصل و يستوي في ذلك أن تكون هذه الصورة فوتوغرافية أو خطية كما أنه يستوي أن تكون صور نقلت عن الأصل مباشرة أو صورا أخذت عن صور الأصل ما دام أنها كلها رسمية أي تم نقلها عن الأصل، و الصورة الرسمية لا تكون لها الحجية المقررة للأصل إلا إذا كانت مطابقة له و عليه فإنه بإمكان الخصم<sup>74</sup> الذي يحتج عليه بصورة رسمية أن يطلب إحضار الأصل و يلزم القاضي بالأمر بإحضارها دون أن يتمتع من تمسك بها القيام بذلك بحجة أن الصورة تشتمل على ضمانات تدل على مطابقتها التامة للأصل

<sup>74</sup>د/ يحي بكوش، مرجع سابق ص 123

فإذا كانت الصورة مطابقة للأصل كانت لها قوتها في الإثبات أما إذا تبين عدم مطابقتها للأصل يتم استبعادها من ملف الدعوى .

### ثانيا : حجية الصور إذا كان الأصل غير موجود:

هذه الحالة التي تنطبق على صور الأوراق الرسمية في حالة فقدان الأصل لأسباب قهرية كالحريق أو السرقة، و قد أشارت المادة 326 من القانون المدني الجزائري إلى 03 أوضاع للصورة الرسمية في حالة عدم وجود أصل المحرر الرسمي و ميزت بينهم .

1-حالة الصورة الرسمية الأصلية: و هي الصورة المنقولة عن أصل السند الرسمي مباشرة بواسطة ضابط عام مختص سواء كانت هذه الصورة تنفيذية و هي التي تنقل عن الأصل مباشرة و توضع لها الصيغة التنفيذية أو كانت غير تنفيذية و هي التي تنقل عن الأصل مباشرة عقب التوثيق و تسمى النسخ و تعطى لذوي الشأن، و الصورة الأصلية البسيطة تنقل عن الأصل مباشرة<sup>75</sup> لكن بعد التوثيق بمدة و تعطى لذوي الشأن و قد تعطى للغير بعد إذن المحكمة بذلك و في كل هذه الأحوال فإن الصورة تعتبر أصلية لأنها مأخوذة من الأصل مباشرة و يكون حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالكشف بمطابقتها للأصل حجية الصورة في هذه الحالة مستمدة من ذاتها لا من الأصل لأن الأصل غير موجود و الذي يجعل الصورة تأخذ هذا الحكم هو موجود ختما لموثق عليها رغم أنها لا تحمل توقيعات الأطراف و لا توقيعه، و يرى الأستاذ أحمد نشأت<sup>76</sup> أنه إذا كان المظهر الخارجي للصورة يثير الشك في مطابقتها للأصل سواء كانت مخالفة للأصل مخالفة كلية أو جزئية و ادعى الخصم بشيء من ذلك لا يصح اعتبار المحرر أكثر من مبدأ ثبوت بالكتابة أو مستندا ضاع على صاحبه بقوة قاهرة بما أن ضياعه من مكتب التوثيق يعتبر قوة قاهرة بالنسبة لصاحبه و النتيجة تكون واحدة و هي أن يكون لصاحب المحرر حق إثبات مطابقتها للأصل بكافة طرق الإثبات، و لكن في التشريع الجزائري بالرجوع إلى

<sup>75</sup>الأستاذ ملزي عبد الرحمان، مرجع سابق ص 140

<sup>76</sup>الأستاذ أحمد نشأت، رسالة الإثبات ، ط 1، ج 1، د.د.ن، القاهرة سنة 2005 ص 94

نص المادة 326 من القانون المدني الجزائري نجد أنه ذكر "يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالكشف بمطابقتها للأصل" فهذا المشرع أشار إلى حجية الصور الرسمية الأصلية تنفيذية أم غير تنفيذية أن لها حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي مطابق للأصل فهنا لم يتطرق إلى الجزاء المترتب عنها في حالة عدم مطابقتها للأصل و الحجية المترتبة عن ذلك و عليه فلو اعتبرناها كمحرر عرفي فإننا نصطدم بالشرط الجوهري للمحركات العرفية و هو التوقيع و هذه الصورة الرسمية الأصلية غير موقع عليها و بالتالي لا يبقى إلا أن نعتبرها مبدأ ثبوت بالكتابة باعتبارها واقعة مادية و للمكلف بالإثبات أن يثبت بكافة طرق الإثبات أنها مطابقة للأصل .

## 2- حالة الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية:

الصورة هنا ليست مأخوذة عن الأصل مباشرة و إنما مأخوذة عن الصورة الأصلية للمحرر هنا يكون للصورة ذات الحجية المقررة للصورة الأصلية شرط أن تكون موجودة حتى يمكن للطرفين طلب مراجعة الصورة المقدمة على الصورة الأصلية التي أخذت عنها و هذه القرينة تزول بمجرد إدعاء الخصم بعدم المطابقة و يتعين بعدها توافر الصورة الأصلية للمطابقة و حجية الصورة في هذه الحالة ليست مستمدة من ذاتها بل هي مستمدة من الصورة الأصلية و لذلك إذا فقدت الصورة الأصلية و الفرض أن الأصل أيضا مفقودا فلا تكون للصورة المأخوذة عنها حجية عند المنازعة و لا يعتد بها على سبيل الاستئناس،<sup>77</sup> في حين يرى الدكتور محمد حسين منصور أنه يمكن اعتبار الصورة الرسمية إذا لم تطابق الصورة الأصلية مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة إذا توافرت شروط ذلك،<sup>78</sup> و هذا مالا يتوافر بالفعل كوجود سند سابق كامل فهنا الصورة الرسمية الأصلية ليست سندا كاملا حتى تعتبر الصورة الرسمية المأخوذة عنها مبدأ ثبوت بالكتابة .

<sup>77</sup>الأستاذ ملزي عبد الرحمان ، مرجع سابق ص 33

<sup>78</sup>د/ محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 69

## 3- حالة الصورة الرسمية المأخوذة عن صورة الصورة الأصلية:

في هذه الحالة تبتعد المسافة ما بين الصورة و الأصل فهي صورة الصورة أي الصورة الثالثة ففي هذه الحالة لا تكون للصورة أية حجية و إنما للقاضي أن يأخذ بها لمجرد الاستدلال و الاستئناس فقط حسب ظروف كل قضية مع اعتبارها مجرد قرينة يستتبط منها احتمال وجود الحق المدعي به و تكمل باليمين المتممة كما يمكن اعتبارها في دعوى أخرى بداية ثبوت بالكتابة فيكملها بالشهادة.

**المبحث الثاني: طرق الطعن في المحرر الرسمي**

و نظرا لما تملكه المحررات الرسمية من حجية سواء في ما بين الاطراف أو في ما بين الأطراف أو في مواجهة الغير فقد أوجد المشرع وسائل لدحض هذه الحجية نتناولها فيما يلي :

**المطلب الأول : الطعن عن طريق البطلان****الفرع الأول: تعريف البطلان**

و هو الجزء المترتب على العقد الذي لم يستكمل أركانه أو لم يستوف شروطه و يعد منعدم الوجود قانونا<sup>79</sup> و لا يحقق الأثر القانوني الذي أعد من أجله و نظرا للشروط التي ألزمها المشرع أن تتوفر في المحرر لكي يعتبر محررا رسميا فإنه إذا وقع الإخلال بأحد الشروط الواجب توافرها في المحرر الرسمي أو بعضها و المحددة في نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري لم تعد له الرسمية و ارتفعت عنه الحجية التي كان ينبغي أن تعطي له و بذلك تصبح الورقة باطلة و من شأن ذلك أنه إذا لم يصدر السند من ضابط عمومي مثلا أو صدر من موظف مكلف بخدمة عامة و لكنه غير مختص أو أنه لم يراع الأشكال القانونية المقررة كان السند باطلا باعتباره محرر رسمي غير أن<sup>80</sup> بطلان المحرر طبقا لما سبق ذكره فلا يعني بطلان الاتفاق ذاته إذ بالإمكان إثباته بوسائل الإثبات الأخرى التي يجيزها القانون و عليه فما مصير الورقة الرسمية الباطلة ؟

<sup>79</sup>د/ علي فيلاي، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ،د.ط، موفم للنشر الجزائر ،سنة 2010 ص 317

<sup>80</sup> الأستاذ يحي بكوش ، مرجع سابق ، ص 110

الأصل أن الورقة الرسمية إذا كانت باطلة تكون جميع أجزاءها باطلة فلا يبطل جزء و يصح جزء فمثلا إذا كان للموثق مصلحة شخصية مباشرة في الورقة فإن الورقة تكون كلها باطلة و لا يقتصر البطلان على الجزء الذي يثبت للموثق فيه هذه المصلحة الشخصية المباشرة<sup>81</sup>، إلا أن الفقه فرق بين حالة تخلف الشرطين المتعلقين بصدور المحرر من موظف و في حدود سلطته و اختصاصه فتخلفهما يؤدي إلى بطلان المحرر و فقدانه صفة الرسمية و بين تخلف شرط الشكلية التي ميز فيها بين أمرين إذا كان المتخلف من البيانات الجوهرية كإغفال التاريخ أو اسم الموثق أو عدم توقيعه أو عدم ذكر أسماء الخصوم أو عدم ختم المحرر بالختم الرسمي فإن المحرر يعتبر باطلا و إذا كان المتخلف ليس بيانا جوهريا كعدم ذكر الإحالات أو الكشط أو الشطب فإن ذلك يعتبر من البيانات غير الجوهرية فعدم مراعاتها لا يؤدي إلى البطلان .

#### الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن بطلان المحرر الرسمي

يجب التمييز بين المحرر الذي يثبت التصرف القانوني و التصرف القانوني ذاته فإذا كان المحرر باطلا فلا يقتضي الأمر بالضرورة بطلان التصرف القانوني بل يبقى قائما و إن كان إثباته عن طريق المحرر الرسمي قد انعدم و عليه يصح إثبات التصرف عن طريق آخر غير الكتابة، بل قد يصح إثباته بالمحرر الرسمي الباطل ذاته إذا صح كمحرر عرفي طبقا للمادة 326 مكرر 02 من القانون المدني الذي ينص على "أنه يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف " و هذا ما لم يكن التصرف القانوني شكليا أي يجب لانعقاده أن يحزر في محرر رسمي كالهبة و الشفعة و يترتب على بطلان المحرر الرسمي بطلان التصرف ذاته و في هذا الصدد نستقر على قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه "أنه يحزر وجوبا عقد مقايضة العقار في الشكل الرسمي لإثبات صحته و ذلك طبقا للمواد 324 مكرر 01 و 415 من القانون المدني الجزائري تحت طائلة البطلان. و أنه زيادة

<sup>81</sup>د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ، ص 121

على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها يجب أن يحرق على الشكل الرسمي"،<sup>82</sup> و بناء على ذلك فإن المشرع الجزائري أخذ طبقاً لنص المادة 324 مكرر 02 من القانون المدني بقاعدة تحول المحرر الرسمي إلى محرر عرفي و معناه أن كل ما هو محرر رسمي لم يستوف شروط الصحة لقيامه كما هي محددة في نص المادة 326 مكرر 02 من القانون المدني فهو محرر مكتوب وقعه من صدر منه و التوقيع هو شرط جوهري في المحرر العرفي، و المشرع هنا لم يفرق بين المحرر الرسمي الذي هو ركن للانعقاد و المحرر الرسمي الذي هو معد للإثبات خلافاً للفقهاء الذي يرى أنه إذا كان المحرر الرسمي ركناً في التصرف القانوني لا ينعقد إلا به ففي هذه الحالة يترتب على بطلان الورقة الرسمية بطلان التصرف ذاته دون أن يتحول إلى عرفي خلافاً ما إذا كان المحرر الرسمي معداً للإثبات فهنا يتحول إلى ورقة عرفية و لا يعتبر تاريخاً ثابتاً بل يعتبر كتاريخ أي ورقة يحرقها ذوي الشأن بأنفسهم .

الفرع الثالث: تقرير البطلان

أ- دعوى البطلان:

وهي دعوى قضائية يرفعها المدعي أمام المحكمة يطعن في صحة العقد و المحرر الرسمي تهدف إلى تقرير البطلان و هذا بموجب عريضة افتتاحية و هذا طبقاً للشروط التي يتطلبها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>83</sup> و يكون الحكم الصادر حكماً مقراً بحيث أن المشرع حدد للقاضي الشروط التي يجب أن تتوفر في المحرر الرسمي لكي يعتبر رسمياً و في غيابها أن يقرر ببطلان المحرر و إسقاط حجتيه .

ب- الدفع بالبطلان أو الإبطال:

<sup>82</sup>القرار رقم 255411 ، مؤرخ في 06-02-2002، مجلة المحكمة العليا العدد الأول، سنة 2004 ، ص 81

<sup>83</sup>د/علي فيلالي ، مرجع سابق ، ص 327، 328،

و يقع هذا في حالة الدعوى القضائية التي تنصب على تنفيذ المحرر الرسمي و ما به من إلتزام مدعيا منه صحته فيقوم الخصم بالدفع بالبطلان أو الإبطال لغياب أحد الشروط الجوهرية المذكورة و في هذه الحالة يقوم القاضي بفحص المحرر من حيث البيانات الواجب توافرها فإذا غابت أقر بهذا البطلان و إذا توفرت استبعد هذا الدفع .

### المطلب الثاني: الطعن عن طريق التزوير

#### الفرع الأول: تعريف التزوير :

يعرف التزوير بأنه تغيير الحقيقة في محرر بشكل سندا بإحدى الطرق التي ينص عليها القانون تغييرا من شأنه أن يسبب ضررا<sup>84</sup> أو هو تغيير الحقيقة في المحرر بقصد الغش بإحدى الطرق التي عينها القانون تغييرا من شأنه يسبب ضررا و كذلك اصطناع المحررات هو من طرق التزوير المنصوص عليها في قانون العقوبات .<sup>85</sup>

و قد عرفته المادة 179 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بأنه الإدعاء بالتزوير ضد العقود الرسمية بمفهوم المادة 324 من القانون المدني على أنه الدعوى التي تهدف للإثبات تزيف أو تغيير عقد سبق تحريره أو إضافة معلومات مزورة إليه و قد تهدف أيضا إلى إثبات الطابع المصطنع لهذا العقد<sup>86</sup> . و قد يكون التزوير ماديا و يمكن أن يقوم به أي شخص في عقد عرفي أو رسمي إذا ما زيف العقد أو صنع من العدم، و يكون التزوير معنوي إذا لم يغير محتوى العقد بل أدخلت عليه بعض التصريحات غير صحيحة بعد تحريره<sup>87</sup> .

#### الفرع الثاني: كيفية الطعن بالتزوير

### 1-دعوى التزوير الفرعية :

<sup>84</sup>د/أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة 11، دار هومة، الجزائر، سنة 2011 ص 388

<sup>85</sup>د، أحسن بوسقيعة، مرجع سابق ص 389

<sup>86</sup>د/ بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (قانون 08-09 مؤرخ في 2008/02/23) الطبعة الأولى /

منشورات بغداوي ، الجزائر، 2009 ، ص 153، 154،

<sup>87</sup>الأستاذ عبد السلام ديب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، ترجمة للمحاكمة العادلة، طبعة ثانية، موفم للنشر الجزائر

2011 ، ص 164

وقد نصت عليها المادة 180 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بأنها تثار بموجب مذكرة يودعها من يدعي التزوير أمام القاضي المكلف بالدعوى الأصلية سواء أمام القاضي المكلف بالدعوى الأصلية سواء أمام المحكمة او المجلس، و يكون الإدعاء أمام قضاة المجلس مقبولا لأنه يتعلق بوسيلة دفاع و ليس بطلب جديد<sup>88</sup> و تبلغ نسخة منها من طرف الخصم المدعي في الدعوى الفرعية للخصم الآخر .

يجب أن تتضمن المذكرة الأوجه المسند عليها لإثبات التزوير تحت طائلة عدم القبول و يحدد القاضي الأجل الذي يمنحه للمدعي عليه للرد عن المذكرة يتعين تبليغ الدعوى للنيابة العامة لتقديم طلباتها، و إذا كان العقد المدعى بتزويره فرعيا محل دعوى جزائية يتعين على القاضي إرجاء الفصل إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية .

على القاضي مراعاة آثار العقد المدعى بتزويره ما إذا كان من الممكن الفصل في الدعوى دون الإعتماد عليه كما يمكن الفصل في الدعوى دون التأسيس على العقد المدعى بتزويره أما إذا كان التزوير جليا كالتشطيب و الحشو و الإضافة فعلى القاضي التصريح بتزوير العقد و استبعاده . و في الحالة العكسية يدعو القاضي ممن تقدم به أن يصرح عما إذا كان يتمسك باستعماله<sup>89</sup> بالرغم من الإدعاء الموجه ضده، أما إذا صرح هذا الطرف أنه لن يتمسك به استبعد المحرر، أما إذا تمسك به من يدعوه إلى إيداعه بأمانة ضبط المحكمة في أجل لا يتعدى ثمانية أيام، في حالة امتناع الخصم المعني عن هذا الإيداع في الأجل المحدد يستبعد هذا المحرر، إذا كان أصل العقد مودع ضمن محفوظات عمومية يأمر القاضي السلطة المعنية بتسليمه إلى أمانة الضبط .

يتبع القاضي في معالجة دعوى التزوير الإجراءات المنصوص عليها لمضاهاة الخطوط و التي سوف تدرس لاحقا أي يصرف النظر عن ذلك إن كان غير منتج في الدعوى، أو يأمر بإيداع

<sup>88</sup>الأستاذ عبد السلام ديب ، مرجع سابق ، ص 165

<sup>89</sup>المادة 181 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

الأصل أمام كتابة الضبط ، إجراء مضاهاة الخطوط أو سماع شهود أو ندب خبير عند الحاجة و في نهايتها إذا صرح بالتزوير المدعى به يأمر بإزالة أو إتلاف المحرر أو شطبه كلياً أو جزئياً أو بتعديله، و يسجل منطوق الحكم على هامش المحرر أو العقد الذي ثبت تزويره، و يكون الحكم الصادر قابلاً للطعن .

يقرر القاضي إرجاع العقد إلى المحفوظات التي أخرج منها أو حفظه بأمانة الضبط، إذا أمر الحكم بإرجاع المستندات المقدمة لا ينفذ في هذا الجانب إلا إذا حاز قوة الشيء المقضي به ما لم يأمر بخلاف ذلك، لا يمكن تسليم نسخة من المستندات المدعى بتزويرها إلا بموجب عريضة .

## 2-دعوى التزوير الأصلية :

تنص المادة 186 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه يرفع الإيداع الأصلي بالتزوير طبقاً للقواعد المقررة لرفع الدعوى و هي دعوى وقائية<sup>90</sup> مقررة لمن يخشى أن يستعمل ضده عقداً رسمياً مزوراً أن يبادر بدعوى أصلية لإثبات التزوير و تتبع جميع الإجراءات المتعلقة بالتبليغ الرسمي للخصم، يطلب القاضي من الخصم إيداع العقد المطعون فيه بالتزوير خلال أجل لا يتعدى ثمانية أيام (8)<sup>91</sup> كما يطلب منه إذا كان ينوي استعماله في حالة تمسكه بالعقد يتبع القاضي الإجراءات المتعلقة بمضاهاة الخطوط<sup>92</sup> و تطبق على الحكم بتزوير العقد القواعد التي تم عرضها فيما تعلق بالتزوير الفرعي للعقود الرسمية .<sup>93</sup>

<sup>90</sup>الأستاذ ، عبد الرحمان بريارة ، مرجع سابق ، ص 157

<sup>91</sup>المادة 187 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

<sup>92</sup>أحالت المادة 187 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على المواد 165 ، 167 ، 170 ، 174 من نفس القانون

<sup>93</sup>الأستاذ عبد السلام ديب ، مرجع سابق ، ص 165

تعتبر المحركات العرفية من المحركات المتداولة كثيرا بين الأشخاص لإبرام التصرفات القانونية رغم عدم توافرها على نفس الضمانات التي تمتاز بها المحركات الرسمية و لتبيان ذلك سنتناول هذه المحركات بنفس الطريقة التي تناولنا بها المحركات الرسمية بحيث نبين في المبحث الأول ماهية المحرر العرفي وتبيان شروطه و حجيته ثم نبين في المبحث الثاني طرق الطعن في المحرر العرفي .

### المبحث الأول: ماهية المحرر العرفي

نظرا لإنتشاره في المعاملات بين الناس خاصة المعاملات التجارية و ما يمتاز به من سرعة و خصائص و قلة تكاليف مقارنة بالمحرر الرسمي حدد له المشرع بعض الشروط و الضوابط يجب أن تتوفر فيه لكي يكون له حجة و أداة إثبات نبينها من خلال ما يأتي:

#### المطلب الأول : تعريف المحرر العرفي و شروطه

##### الفرع الأول: تعريف المحرر العرفي

المحركات العرفية هي تلك المحركات التي يقوم بإعدادها الأطراف، سواء بأنفسهم أو بواسطة كاتب من أجل تصرف قانوني، و يتم توقيعها من قبل المتعاقدين ووحدهم و الشهود إن وجدوا، من دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي مختص، أو أنها "الورقة الصادرة من أحد الأفراد بتوقيعها إياها من أجل أن تكون دليل إثبات و يعبر عنها المشرع اللبناني بالسندات ذات التوقيع الخاص"<sup>94</sup> و لا 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، ذلك أن التصديق على التوقيعات لا يستهدف إثبات شرعية أو صحة العقد أو الوثيقة، إنما يثبت فقط هوية الموقع دون ممارسة الرقابة على محتوى و مضمون العقد، و هو ما تنص عليه صراحة أحكام المادتين 1 و 2 من المرسوم رقم 41-77 المؤرخ في 19/02/1977 المتعلق بالتصديق على التوقيعات "غير أن التصديق على التوقيعات من طرف رئيس المجلس الشعبي

<sup>94</sup> الأستاذ ملزي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 27 .

البلدي أو الموظف المفوض للسند العرفي تاريخا ثابتا، ابتداء من تاريخ التصديق على التوقيع تطبيقا لأحكام المادة 328 من القانون المدني<sup>95</sup>.

#### الفرع الثاني: شروط صحة المحرر العرفي

لم يضع المشرع الجزائري تعريف المحرر العرفي، بل اكتفى المشرع بتعريف المحرر الرسمي بنص المادة 324 من القانون المدني : العقد (المحرر) الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة...فبالمعنى المخالف فإن المحرر العرفي هو الورقة المحررة من غير الأشخاص المذكورين في المادة أو من طرفهم، لكن خارج أداء مهامهم و هذا ما أكدته المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني يعتبر العقد (المحرر) 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 للمحرر العرفي هما الكتابة و التوقيع.

#### 1- الكتابة:

ليس المقصود من اشتراط الكتابة في الورقة العرفية، أن توجد كتابة فهذا أمر بديهي و إنما المقصود أن توجد كتابة ينصب مضمونها على الواقعة المراد إثباتها بالمحرر ، فإذا كانت هذه الواقعة عقد بيع يجب أن تكون الكتابة متضمنة اتفاق الطرفين على المبيع و الثمن و سائر شروط البيع<sup>96</sup>.

و يتميز هذا النوع من الأوراق المعدة للإثبات بأن القانون لا يتطلب أي شكل معين في إعداده ، فليس من اللازم أن يتولى الأطراف المتعاقدون تحرير الورقة العرفية بأنفسهم ، بل يمكن أن يقوم بذلك أي شخص كان سواء في هيئة كاتب تابع لهم أو لا أو يكون مستخدما متخصصا في ذلك، و قد يكون موظفا عاما في غير هيئته الرسمية، كما قد تكون مكتوبة بخط اليد أو مهيأة على الآلة الراقنة أو آلة طباعة .

<sup>95</sup> الأستاذ حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، د.ط ، دار هومة ، الجزائر، سنة 2012 ، ص 15 .

<sup>96</sup> ملزي عبد الرحمان ، مرجع سابق ، ص 28 .

كما لا يجب أن تكون اللغة المكتوبة بها الورقة العرفية هي اللغة الوطنية، فيمكن تحريرها باللغة العربية أو أية لغة أجنبية أخرى.<sup>97</sup>

و لا يشترط القانون كتابة التاريخ على الورقة العرفية، و لكن هذه الورقة لا تكون حجة على الغير إلا إذا كان لها تاريخ ثابت حسب المادة 328 من القانون المدني، ومع ذلك قد يوجب القانون على سبيل الاستثناء ذكر التاريخ على بعض المحركات العرفية ومثال ذلك السفتجة المادة 390 من القانون التجاري، الشيك المادة 742 من القانون التجاري، السند لأمر المادة 465 من القانون التجاري و لكن عدم ذكر التاريخ فيها لا يشكل سببا من أسباب البطلان .  
و إذا تعددت التواريخ في المحرر العرفي فإن التاريخ الأخير هو الذي يجب أخذه بعين الاعتبار إلا إذا اثبت تزويره .

و قد يساهم الشهود في إنشاء الورقة العرفية و لكن هذه المساهمة لا يزيدنها شيئا من الحجية، و مع ذلك فقد يكون توقيع الشهود على الورقة العرفية مفيد لأنه في حالة وقوع إجراءات مضاهاة الخطوط عليها، يستدعي هؤلاء للتأكد من المصدر الحقيقي للورقة المتنازع فيها كما أن وفاة أحد الشهود الذين وقعوا على الورقة العرفية، يعطي لها تاريخا ثابتا حسب المادة 328 من القانون المدني .

و لا يشترط القانون ذكر المكان الذي حررت فيه الورقة العرفية، و لكن قد يتعلق بذكر المكان في الورقة العرفية أهمية خاصة لأن المكان إذا وقع ذكره كان ذلك قرينة على أنه هو المكان الحقيقي الذي أبرم فيه العقد، و لذا فقد تترتب عليه نتائج هامة خاصة فيما يتعلق بالإختصاص الإقليمي للجهات القضائية.

## 2- التوقيع على الورقة :

<sup>97</sup> المادة 8 من ق.إ.م.إ. تنص : " يجب أن تقدم الوثائق و المستندات باللغة العربية...تحت طائلة عدم القبول"

يتمثل التوقيع على الورقة العرفية أن يصنع 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، غير أن جزء من الفقه لا يعتبر التوقيع عن طريق الختم توقيعاً لأنه لا يمكن التأكد من هوية الشخص الذي قام بوضع هذا الختم على المحرر.<sup>98</sup>

و لا يمكن إعطاء أية قيمة للتوقيع إلا إذا كان صادراً من الطرف الذي ينسب إليه، و لذلك فإن الوكيل لا يوقع باسم موكله و لو تلقى تعليمات في ذلك و إنما يجب أن يوقع باسمه الشخصي، و بصفته نائباً عن موكله ، وقد يقع التوقيع على الورقة العرفية من طرف جميع ذوي الشأن في وقت واحد كما أنه قد يتم متفرقا و على مراحل أو في أماكن مختلفة، و قد أضاف المشرع الجزائري إثر تعديل القانون المدني وفق القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل المتمم للقانون المدني، البصمة و هذا طبقاً لنص المادة 48 منه.<sup>99</sup>

و التوقيع ببصمة الأصبع لم يكن التقنين القديم ينص عليه إلا أنه ظهر في العمل أكثر ضماناً من التوقيع بالإمضاء، حيث أثبت العلم أن بصمات الأصابع لا تتشابه<sup>100</sup> و قد جعل المشرع الجزائري للبصمة قوة الإمضاء تلبية للطرف الآخر الذي يقصد التحصن من الطعون الذي قد توجه في المستقبل إلى صحة الإمضاء .

**أ- حكم التوقيع على بياض:** كثيراً ما تطرح أمام المحاكم قضايا تتعلق بقيمة الكتابة التي دونت على المحرر الموقع على بياض خلافاً لما تم الاتفاق عليه، ذلك أنه إذا كان التوقيع هو الشرط

<sup>98</sup> د/ عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية و التجارية، د.ط، منشورات حلي الحقوقية لبنان، 2010 ص 207

<sup>99</sup> د/ يحيى بكوش، مرجع سابق ، ص 129

<sup>100</sup> د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية ، الطبعة الخامسة، الجزء الأول،

دار الكتاب الحديث، بدون سنة ص 129

الجوهري لصحة المحرر العرفي، فقد يحدث أحيانا أن يوقع المدين على بياض و يترك للدائن كتابة البيانات التي تم الإتفاق عليها ، عادة ما يحدث في الشيكات .

فإذا دونت الكتابة للبيانات فوق التوقيع صارت للورقة حجية المحرر العرفي و لكن للمدين الحق في إثبات عدم مطابقة هذه الكتابة للمتفق عليه، ليس في استعمال جميع طرق الإثبات بل لابد عليه أن يطبق قاعدة توازي الأشكال أي لا بد أن يثبت عكس الكتابة بالكتابة، فإذا اثبت ذلك الدائن مرتكب جنحة خيانة الأمانة، أما إذا كان شخص آخر من غير الدائن فهنا يعد تزوير و بالتالي يجوز للمدين إثبات عكس ذلك بجميع طرق الإثبات .<sup>101</sup>

**ب-جزاء الإخلال بمبدأ التوقيع على المحرر العرفي :** إن التوقيع هو الشكلية الأساسية اللازمة لصحة الورقة العرفية، لأنها هي وحدها التي تدل على وجود الرضاء الضروري لإنشاء أي تصرف قانوني، و بدون تلك الشكلية فليس هناك ما يدل على وقوع التراضي و من ثم فإن الورقة تعتبر باطلة بدون توقيع عليها، و مع ذلك يثور التساؤل عندما تكون الورقة مشتملة على التزامات ذات طابع تضامني كما هو الشأن في الكفالة إذا وقع عليها بعض المتضامنين دون البعض الآخر، إن مما لا شك فيه أن توقيع هؤلاء المتضامنين أو بعضا 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 ظروفها خاصة منعتهم من توقيعها فإنه بإمكان القاضي أن يعتبر الورقة حجة بالنسبة للجميع .

و إذا كانت الورقة العرفية منشأة لالتزام من جانب واحد، فإن التوقيع اللازم لصحة الورقة هو توقيع هذا الملتزم وحده،<sup>102</sup> الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات و التي نذكر منها : القرار المؤرخ في 1987/12/07 ملف رقم 45658 المجلة القضائية1990 العدد الرابع الصفحة 61 .

<sup>101</sup> د/ ملزي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 31

<sup>102</sup> د/ يحي بكوش، مرجع سابق ، ص 134

( من المقرر قانون أن العقد يتم بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما و من المقرر أيضا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون و الخطأ في تطبيقه في غير محله، يستوجب رفضه و لما كان من الثابت في قضية الحال - أن الطاعن لا ينكر اتفاقه مع مطلقته باقتسامه المنزل الزوجي معها و الزوجية قائمة بينهما طبقا للعقد العرفي الممضي من قبله، فإن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي بإرجاع الغرفة و المطبخ للمطعون ضدها طبقوا صحيح القانون و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن )

و يتبين مما قدمناه أن التوقيع هو الشرط الوحيد لصحة الورقة العرفية، فإذا لم يوضع التوقيع على الورقة، لم تكن لها حجية في الإثبات .

و غنى عن البيان أن الورقة العرفية إذا كانت باطلة فلا يؤدي بطلانها إلى بطلان التصرف القانوني ذاته، الذي قصد بالورقة أن تثبته، بل يبقى هذا التصرف قائما و يصح أن يكون جائز الإثبات بطرق أخرى .<sup>103</sup>

### المطلب الثاني: حجية المحررات العرفية في الإثبات

المحررات العرفية هي الدليل الكتابي الثاني في الترتيب بعد الأوراق الرسمية ولو أنها أكثر منها انتشارا ولمعرفة مدى قوة هذا المحرر في الإثبات نتناول حجيته من حيث المضمون من جهة ومن حيث التاريخ من جهة أخرى.

الفرع الأول: حجية المحررات العرفية المعدة للإثبات وصورها

أولا: حجية المحرر العرفي بالنسبة لمضمونه

تتحصر حجية المحرر العرفي من حيث المضمون فيما بين أطرافه والغير .

#### 1- حجية المحرر العرفي فيما بين أطرافه:

<sup>103</sup> د/عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق، ص 179

أفصح المشرع عن هذه الحجية في نص المادة 327 من القانون المدني الجزائري و المعدلة بالمادة 104<sup>46</sup> و التي نصت في فقرتها الأولى بأنه " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه" و يتضح من هذه المادة أن المحرر العرفي المكتوب أو الموقع أو من وضعت عليه بصمة الأصبع ممن هو منسوب إليه يجوز الحجية إذا اعترف صاحب التوقيع على المحرر العرفي بصدوره منه أو سكت و لم ينكر صدوره عنه صراحة كله أو بعضه ينفذ عندئذ التصرف الثابت في المحرر في حقه هو و خلفه العام و الخاص<sup>105</sup> و هذا الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في قرار لها حول إثبات عقد عرفي نتيجة تطابق الإرادتين و غير المنكر ممن وقعه و هذا في قولها " من المقرر قانونا أن العقد يتم بمجرد تبادل الطرفين لتعبير عن إرادتهما و من المقرر أيضا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ومن تم فإن النعي عن القرار المطعون فيه بمخالفة القانون و الخطأ في تطبيقه في غير محله ويستوجب رفضه و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لا ينكر اتفاقه مع مطلقة باقتسامها لمنزل الزوجية معها و الزوجية قائمة بينهما طبقا للعقد العرفي الممضي من قبله فإن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي بإرجاع الغرفة و المطبخ للمطعون ضدها طبقوا صحيح القانون و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن<sup>106</sup> و بالتالي عدم إنكار التوقيع ممن وقعه طبقا للقرار السالف للذكر هو إقرارا ضمنيا بصدق جميع البيانات الواردة فيه بما في ذلك تاريخه باعتباره أحد البيانات الجوهرية .

## 2-حجية المحرر العرفي بالنسبة للغير:

<sup>104</sup> قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20-02-2005، يعدل و يتمم الأمر رقم 75-58 ، المؤرخ في 26-09-1975 ، و

المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم

<sup>105</sup>د/ أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية و التجارية،د.ط، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، سنة 1983 ، ص 89

<sup>106</sup>قرار رقم 45658 ، مؤرخ في 07-12-1987 ، المجلة القضائية لسنة 1990 ، العدد 4 ، ص 61 .

الغير هنا كل شخص ليس طرفا في المحرر و لكن من شأنه أن يستفيد أو يضر من المحرر و تنص المادة 327 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية "... أما وراثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخطأ و الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق " من استقراء نص المادة نجد أن المحرر العرفي حجة على من صدر منه و على خلفه الخاص و العام و إذا ما توفى صاحب التوقيع فهنا لورثته أو الخلف أن يتمسك بعدم صدور المحرر ممن وقعه لا عن طريق إنكار التوقيع بل يكفي أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخطأ و البصمة أو الختم هي لمن تلقى عنه الحق ، و هذا ما هو ثابت في قرار المحكمة العليا الذي خلص إلى أنه "من المقرر قانونا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكره صراحة أو وراثته أو خلفه لا يطلب منه ذلك و يكفي أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم و أن الخطأ و الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون "،<sup>107</sup> إن ما أشار إليه القرار من كون التوقيع ممن صدر منه ما لم ينكر صراحة هذا في الأحوال العادية لكن في حالة إذا أقر الشخص المنسوب إليه المحرر العرفي بأن بصمة ختمه صحيحة إلا أنها تمت بدون علمه و إرادته كما في حالة ضياع الختم أو عهد به إلى شخص يخون الأمانة فلا يستطيع صاحب الختم التحلل من المحرر بإنكاره و إنما لا بد من الطعن فيه بالتزوير و إثبات عدم توقيعه بالختم و لا يكفي في هذا الإثبات أن يكون قد أعلن فقد ختمه في إحدى الصحف<sup>108</sup> ، فهذا الإعلان لا ينهض دليلا على حدوث الفقد فعلا و لا يعتبر حجة على المتمسك بورقة مختومة بهذا الختم و زيادة على ذلك فإنه لا يكفي لأحد المتعاقدين إنكار التوقيع المصادق عليه من ضابط الحالة المدنية لأن التصديق على التوقيع في هذه الحالة يعتبر في هذه الحدود بمثابة محرر رسمي ، أما ورثة أو خلف من صدر عنه التوقيع لا يطلب منهم إلا حلف

<sup>107</sup> قرار رقم 53931، مؤرخ في 28-05-1990، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 1 ، ص 99

<sup>108</sup> الأستاذ ملزي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 35

اليمن بأنهم لا يعلمون و هو طريق الطعن بالجهالة الذي لا يمتد أثره إلى التصرف<sup>109</sup> ذاته الصادر عن الموروث أما إقرار الخلف أو الورثة بأن الختم أو التوقيع أو بصمة الأصبع الموجودة على المحرر لمن تلقوا عنه الحق فإنه لا يقبل منهم بعد ذلك الطعن بالجهالة بل سلوك طريق الطعن بالتزوير في المحرر العرفي

يقتضي الأمر على من ينكر نسب المحرر إليه أو نفي الوارث أو الخلف علمه بذلك أن يكون قبل مناقشة موضوع المحرر العرفي و بالتالي خلافا للطعن بالتزوير في المحرر الرسمي الذي يقع عبئ إثباته على الطاعن لأن الرسمية قرينة على الصحة هذا فيما يتعلق بسلامة و صحة المحرر كورقة عرفية أما الطعن في صورية التصرف الذي يتضمنه المحرر العرفي فإنه لا يجوز إثباته إلا بالكتابة فيما بين المتعاقدين كأن يثبت أن التاريخ المذكور ليس حقيقيا و لا يجوز ذلك إلا بدليل كتابي و هو عادة ورقة الضد ، فيحين يجوز للغير إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات باعتبار التصرف واقعة مادية لهم واعتبارها كذلك بالنسبة لأطراف العقد إذا كانت الصورية تخفي غشا نحو القانون كالبيع المقصود به التحايل على أحكام الميراث .

### ثانيا: حجية المحرر العرفي من حيث تاريخه

إن المحركات العرفية لها الحجية فيما تتضمنه من بيانات بين أطرافها فيحين لا يكون لها ذلك بالنسبة للغير إلا إذا كان لها تاريخ ثابت وعليه فاختلف الحجية للمحرر العرفي بين الأطراف والغير نتناوله على النحو الآتي:

#### 1-حجية التاريخ بالنسبة لطرفي العقد:

إن التاريخ ليس إلا عنصر من المحرر العرفي وله الحجية على المتعاقدين شأنه في ذلك شأن باقي البيانات التي يتضمنها و لأي من أطرافه إقامة الدليل على عدم صحة ذلك التاريخ و يقع

<sup>109</sup>د/ محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 83

عليه عبء إثبات ذلك، فيما أن المسألة هنا تتعلق بإثبات ما يخالف سنداً مكتوباً فإن الإثبات يكون بالكتابة ما لم يوجد مبدأ ثبوت الكتابة.

## 2- حجية التاريخ بالنسبة للغير:

إن المحرر العرفي لا يكون حجة على الغير إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت فالتاريخ العادي الذي يدونه أطراف التصرف القانوني ليس له أثر على الغير و لا يحتج به عليه نظراً لأنه لم يشترك في تحرير المحرر و من ثمة يستطيع الأطراف عن طريق تقديم التاريخ أو تأخيره الإضرار بمصلحة الغير إذ أنه قد يصدر تصرف من شخص محجور عليه بسبب السفه و لكن يقدم تاريخه بحيث يبدو و كما لو تم قبل قرار الحجر في مثل هذه الحالات لا يكون التاريخ المذكور في المحرر حجة على الغير و أن التمسك بقاعدة ثبوت تاريخ المحرر العرفي ليست من النظام العام و من ثم فإن القاضي لا يثيرها من تلقاء نفسه بل ينبغي التمسك به أما من صاحب الشأن فإذا لم يتمسك الغير بتلك القاعدة كان التاريخ الثابت في المحرر العرفي حجة عليه، و على هذا الأساس لا بد من تحديد من هو الغير مع حصر ثبوت التاريخ بوجه رسمي في المحررات العرفية .

### أ- من يعتبر غيراً:

تنص المادة 328 من القانون المدني الجزائري على أنه "لا يكون العقد (المحرر) العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت " و عليه فهنا تحديد الغير لم يرد في نص القانون و لكنه يستفاد من اجتهاد الفقه و أحكام القضاء أنه لا يقصد به ذلك الشخص الأجنبي الذي يكون بعيداً عن التصرف موضوع المحرر العرفي و إنما يراد به<sup>110</sup> كل من يضار من الاعتماد بالتاريخ الثابت في المحرر العرفي و بدهاة لا يعتبر من الغير المتعاقد نفسه و لو قام نائبه بالتعاقد نيابة عنه و لهذا الخلف العام الذي مثله سلفه في المحرر و الدائن الذي مثله مدينه هؤلاء ليسوا من الغير لأنهم أطرافاً في المحرر العرفي أو كانوا ممثلين فيه بواسطة شخص آخر ،

<sup>110</sup>د/ أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق ، ص 94

فيحين يعتبر غيرا و يضار من تقديم التاريخ و تأخيره في المحرر العرفي، و بالتالي لا يسري في حقه إلا التاريخ الثابت<sup>111</sup> ، هو الشخص الذي تتصرف إليه فقط تصرفات سلفه السابقة على تاريخ انتقال الحق إليه و هذا التعريف ينحصر في الخلف الخاص و الدائن الحاجز الذي يختص بعين معينة في ذمة مدينه، و لهذا يتم التطرق إليهم على النحو التالي :

#### -الخلف الخاص:

هو من تلقى حقا عينيا من صاحب التوقيع على شيء معين بالذات فتسري في حقه تصرفات السلف إذا كانت سابقة على تاريخ اكتسابه لحقه، أما إذا كانت هذه التصرفات لاحقة لذلك الاكتساب فلا تسري في حقه و نفس الشيء بالنسبة لمشتري العقار فيما يتعلق بعقود الإيجار الصادرة من البائع على هذا العقار فلا تنفذ في مواجهة المشتري إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على البيع و كذا مشتري المنقول أيضا هو خلف للبائع فإذا قام البائع بإعادة بيع المنقول إلى مشتري آخر و تواطأ معه على تقديم تاريخ البيع إضرارا بالمشتري الأول، فإن هذا البيع الثاني لا يحتج به على المشتري الأول إلا منذ ثبوت تاريخه ثبوتا قطعيا و إلا يسري ذلك التصرف في مواجهة الغير .

#### -الدائن الحاجز:

القانون يجيز للدائن اتخاذ بعض الإجراءات يترتب عليها أن يتعلق حقه بمال معين من أموال مدينه و حتى لا يضار هذا الدائن من تصرفات مدينه الواردة على هذا المال فإنه يعتبر من الغير إذ تسري في حقه تلك التصرفات إلا إذا كانت ثابتة التاريخ، و سابقة على الحجز و مثال ذلك<sup>112</sup> إذا حجز الدائن على منقول مملوك لمدينه و تقدم شخص مدعيا أنه اشتراه لا يسري في حق الدائن الحاجز هذا الشراء إلا إذا كان ثابت التاريخ بشكل قطعي، و كان تاريخه الثابت سابقا على تاريخ

<sup>111</sup>الأستاذ ملزي عبد الرحمان ، مرجع سابق، ص 36

<sup>112</sup>الأستاذ ملزي عبد الرحمان ، مرجع سابق، ص 38

الحجز ، أما إذا كان تاريخ الشراء غير ثابت أو كان لاحقا على الحجز فإنه لا يحتج به على الدائن الحاجز ، و بالتالي مواصلة إجراءات التنفيذ على الشيء المحجوز لبيعه و استيفاء حقه في حين نجد أن الدكتور أحمد أبو الوفاء له نظرة فيما يتعلق بحجية التاريخ بالنسبة للدائن الحاجز إذ يرى<sup>113</sup> أن الأصل في تصرفات المحجوز عليه غير ثابتة التاريخ قبل الحجز و أنها قد تمت بعد توقيع الحجز، و هنا الفرض غير قابل لإثبات العكس حتى و لو كان المحرر يحمل تاريخا عرفيا سابقا على الحجز، أما غير الحاجز من دائن المدين فإن تصرفه الذي يتم و لو بعد الحجز يسري و ينفذ في حقهم.

### ب-ثبوت التاريخ في المحرر العرفي:

بالرجوع إلى نص المادة 328 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أنه يكون: "تاريخ العقد (المحرر) ثابتا ابتداء من يوم تسجيله و من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، و من يوم التأشير عليه على يد ضابط عمومي مختص، من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خطأ و إمضاء".

فيتبين من نص المادة أن المشرع استبعد التاريخ الذي يدونه أطراف التصرف القانوني للدفع بصحة المحرر العرفي و إنما يتعين مراعاة الطرق الأربعة المشار إليها في نص المادة السالفة الذكر لمعرفة ما إذا كان المحرر العرفي صحيح منتج لجميع آثاره في مواجهة الغير أو باطلا بطلانا مطلقا و هذا ما انتهت إليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها أنه " من المقرر قانونا أن تصحيح العقود العرفية من قبل القاضي تتطلب قبل تثبيتها التأكد من تاريخ إبرام العقد الذي يعد على ضوءه يعتبر المحرر العرفي صحيحا و منتجا لجميع آثاره أو باطلا بطلانا مطلقا و لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس قضاوا بصحة البيع العرفي استنادا إلى أن الطرفين اعترفا بصحته دون تحديد منهم لتاريخ البيع العرفي لمعرفة ما إذا كان إن التسجيل الذي يعطى جاءت

<sup>113</sup>د/أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق ، ص 95

أسباب قرارهم الواقعية ناقصة و هو ما يتعين على المحكمة العليا في بسط رقابتها و بالتالي يتعين نقضه<sup>114</sup> و على هذا الأساس اكتفى المشرع بوضع أربعة طرق للتدليل على ثبوت تاريخ الورقة العرفية و هي :

-من يوم التسجيل:

رغم أن قاعدة ثبوت التاريخ المنصوص عليه صراحة في نص المادة 328 من القانون المدني إلا أن المحافظات العقارية لا تعترف إلا بحالة تسجيل المحرر العرفي لاعتبار أن له تاريخ ثابت لأن التطبيق العملي دل على أن كثيرا من المحررات الثابتة التاريخ المحررة قبل 01-01-1971 مزورة و مصنعة لذا جرى العمل في أغلبية مصالح الحفظ العقاري على قصر عملية الإشهار بطريق الإيداع على المحررات التي تثبت تواريخها رسميا عن طريق التسجيل مع أن المديرية العامة للأموال الوطنية أوضحت بموجب المذكرة رقم 6124<sup>115</sup> المؤرخة في 17/12/1995 للسيد العقاري لولاية تبسة على استفسار وجهه لها هذا الأخير حول طريقة إثبات العقود العرفية بأن طرق إثباتها تنحصر في أربع و هي :

\*تاريخ تسجيله

\*تاريخ ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.

\*تاريخ التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.

\*تاريخ وفاة أحد الذين لهم على العقد خطأ وإمضاء.

و أكدت المذكرة بأنه فيما يخص الحالات الثلاثة الأولى، فإن المحافظ العقاري لا يمكن له التأكد منها بمجرد الاطلاع على الوثائق المذكورة فيحين الحالة الرابعة فإنها تقتضي الفصل في مسألة

<sup>114</sup> قرار رقم 471973 ، مؤرخ في 28-06-2000 ، الغرفة العقارية، غير منشور ، أشار إليه الأستاذ حمدي باشا، في كتابة

حماية الملكية العقارية الخاصة ، طلعة 2004 ن ص 19

<sup>115</sup>د/ حمدي باشا ، حماية الملكية العقارية ، د.ط، د.ب.ن، سنة 2004 ، ص 19

انتساب الخطأ و الإمضاء إلى المتوفى، فهذا الأمر ليس من اختصاص المحافظ العقاري بل من اختصاص القضاء .

إن التسجيل الذي يعطى للمحرر العرفي تاريخاً ثابتاً هو من يوم تسجيله في مصلحة التسجيل و الطابع لا من الشهر أو القيد خاصة فيما يتعلق بالتصرفات التي يبرمها الأشخاص و الناقلة للملكية، و بالتالي تاريخ تسجيلها هو التاريخ الثابت الذي يحتج به في مواجهة الغير، غير أنه يلاحظ أن هذه الحالة قد انتهى مفعولها منذ 1992 حينما منع قانون المالية لهذه السنة تسجيل المحركات العرفية و أوجب أن تفرغ جميع العقود الخاضعة للتسجيل في محركات رسمية صادرة عن الموثق و هكذا أصبحت هذه الحالة غير متصورة علمياً منذ 1992<sup>116</sup> إذ أن جميع المحركات العرفية المتعلقة بنقل الملكية لعقارية المبرمة بعد 1971/01/01، تعتبر في حكم القانون باطلة بطلاناً مطلقاً لكون المسألة تعلق بركن من أركان العقد و هو الشكلية حتى و لو تم تسجيلها في مصلحة التسجيل، و الطابع بمفتشية الضرائب و هذا ما أشير إليه في نص المادة 63 من القانون رقم 91-25 المؤرخ في 1991/12/16 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 "إذ يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية، المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها، التنازل عن الأسهم و الحصص في الشركات الإيجارية التجارية، إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، العقود التأسيسية أو تعديلية للشركات "لكون هذا التسجيل حتى و إن تم بالرغم من منع مفتشي التسجيل من القيام بذلك، فإنه لا يكسب المحرر العرفي الرسمية و إنما أقصى ما يمنحه هو إثبات التاريخ و هذا ما جاءت به المحكمة العليا في قرار لها مفاده أنه "حيث أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية

<sup>116</sup> المرجع السالف ، ص 22

حيث أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط أما مضمونه ذلك العقد فيبقى بعيدا كل البعد عن الرسمية<sup>117</sup>

-من يوم ثبوت مضمونه في محرر رسمي:

يصبح المحرر ثابت التاريخ من يوم تدوين مضمونه في محرر رسمي بشرط أن يذكر مضمون المحرر العرفي بصورة واضحة لا تؤدي إلى أي لبس، و في هذه الحالة يكون التاريخ الثابت للمحررين واحد هو التاريخ الثابت للمحرر الذي يتضمن المحرر الآخر كالإشارة إلى مضمون محرر عرفي في محاضر الضبطية القضائية أو في أي محرر يكون مصدره موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، و مثال ذلك<sup>118</sup> إشارة القاضي في حيثياته إلى أن المدعي قدم في ملف دعواه محررا عرفيا يتضمن عقد إيجار التزم فيه المدعي عليه بدفع مبلغ 2000 دج شهريا للمدعي عند بداية كل شهر، فتاريخ صدور مثل هذا الحكم هو التاريخ الثابت للمحرر العرفي الذي يحتج به في مواجهة مشتري العقار من المدعي باعتباره خلفا خاصا للمدعي تسري في حقه الإيجارات السابقة على عقد البيع .

-وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به:

يعتبر المحرر العرفي ثابت التاريخ من يوم وفاة أحد ممن لهم عليه أثر معترف به من خطأ وإمضاء أو بصمة أصبع، وذلك سواء أكان المتوفى طرفا في التصرف المدون أم شاهد، ونفس الحكم إذا أصبح من المستحيل على الشخص أن يكتب أو يبصم لعله في جسمه كبتز يديه أو شلله كلياً، ويعتبر التاريخ الثابت للمحرر عندئذ من وقت الإصابة إذ أنه لا بد أن يكون قد وقعها قبل حصول الحادث وإثبات الوفاة أو الإصابة تكون بكل وسائل الإثبات باعتبارها واقعة مادية ومن بين وسائل الإثبات في هذه الحالة شهادة الشهود.

<sup>117</sup> قرار رقم 62624 ، مؤرخ في 24-09-1990 ، مجلة قضائية سنة 1992 ، عدد 02 ، ص 24

<sup>118</sup> الأستاذ ملزي عبد الرحمان ، مرجع سابق ، ص 39

**-التأشير على المحرر من موظف عام مختص:**

هنا عند تقديم المحرر أمام ضابط الحالة المدنية للمصادقة على إمضاءات الأطراف ففي هذه الحالة يكتسب المحرر العرفي تاريخا ثابتا و هو التاريخ الذي دونه ضابط الحالة المدنية على المحرر العرفي عند المصادقة على الإمضاء و شأنه في ذلك شأن التاريخ المدون في المحررات أو الأوراق العرفية التي يؤشر عليها القاضي أما فيما يتعلق بالأوراق العرفية التي ليست دليلا كاملا كالأوراق التي تستخدم كبداية ثبوت بالكتابة، وكذا المسائل التجارية و التصرفات التي لا تزيد قيمتها عن 100.000 دج فإن ثبوت التاريخ ليس شرطا فيها و بناء على ما سبق ذكره فإن العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل أول جانفي 1971 اكتسبت صيغتها الرسمية دون الحاجة للجوء إلى الجهات القضائية لغرض إشهاره، إذ يكفي اللجوء إلى الموثق لتحرير عقد إيداع بشأنها يتم شهره بالمحافظة العقارية المختصة<sup>119</sup>، أما العقود العرفية غير ثابتة التاريخ فإنه لا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق القضاء و هو ما أكدته المذكرة رقم 1251 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية في بندها السادس بقولها: "بالنسبة للعقود العرفية التي ليس لها تاريخ ثابت فإنه لا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق القضاء"، و أكد القرار الصادر عن الغرفة العقارية ذلك بأن قضاة المجلس بقضائهم بإلزام الطاعنين بالحضور أمام الموثق لتحرير عقد رسمي عن البيع المنعقد بموجب عقد عرفي مؤرخ في 1963/07/01 طبقوا صحيح القانون و عليه لإعطاء الحجية للمحرر العرفي المعروض أمام القضاء بأنه حرر في تاريخ سابق ل 1971/01/01 يتعين على القاضي قبل تثبيته التأكد من صحته و تاريخ إبرام العقد فيه تحت طائلة بطلان حكمه<sup>120</sup>.

**3-حجية صور المحررات العرفية المعدة للإثبات**

<sup>119</sup>الأستاذ حمدي باشا ، المرجع السابق ، ص 26

<sup>120</sup>قرار رقم 198674 المؤرخ في 26-04-2000 غير منشور ، المرجع المأخوذ منه هو كتاب لحمدي باشا الخاص بحماية

الملكية الخاصة ، طبعة 2004 ، ص 24

إن صور المحركات الرسمية لها قوة الإثبات لأنها تحرر بمعرفة موظف عام مختص يضي عليها الثقة و قوة في الإثبات أما صور المحركات العرفية هي ورقة منقولة عنها كتابة أو تصوير أو غالبا ما يكون توقيع من ينسب إليه المحرر منقولا لها في الإثبات إلا بمقدار مطابقتها إلى الأصل إذا كان موجودا فيرجع إليه كدليل إثبات<sup>121</sup> أما إذا كان غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذ هي لا تحمل توقيع من صدرت عنه.

#### الفرع الثاني: حجية المحركات العرفية الغير معدة للإثبات وصورها

هناك بعض المحركات العرفية لم تعد أصلا للإثبات ولا تكون عادة موقعا عليها من ذوي الشأن ومع ذلك فإن القانون يعطيها بعض الحجية في الإثبات تختلف قوة وضعفا بحسب ما يتوافر فيها من عناصر الإثبات وقد أوردها القانون المدني الجزائري في المواد 329 إلى 332 قانون المدني الجزائري وهي أربعة أنواع الرسائل، البرقيات، الدفاتر التجارية، والأوراق المنزلية التأشير على سند الدين وسنتناول حجيتها على النحو الآتي:

#### أولا: حجية الرسائل والبرقيات في الإثبات

تكون للرسائل والبرقيات حجية في الإثبات إذا توافرت في كل منها شروط نصت عليها المادة 329 من القانون المدني الجزائري.

#### 1- حجية الرسائل:

لا يوجد تعريف قانوني للرسالة لكن يمكن القول أنها كل كتابة مخصصة لربط علاقة بين شخصين أو أكثر لغرض من الأغراض<sup>122</sup> و الرسالة غير معدة أصلا للإثبات إلا أن نص المادة 329 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري و التي جاءت فيه أنه 'تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات ...' نستكشف من هذا النص أن المشرع أعطى للرسائل نفس قيمة المحرر العرفي في الإثبات، أي أنها تكون دليل كتابي كامل بشرط أن تكون موقعة من

<sup>121</sup> محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 95

<sup>122</sup> د/يحي بكوش ، مرجع سابق ، ص 153

مرسلها و تتضمن من البيانات ما يعني الواقعة المراد إثباتها و تخضع الرسالة لنفس الحكم الذي تخضع له الورقة العرفية من حيث حجيتها في الإثبات و من حيث عم الاحتجاج بتاريخها على الغير إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا التاريخ ثابتا أما بالنسبة لمرسلها و خلفه فإن تاريخ الرسالة هو حجة عليه أمل و لم يكن ثابتا و أن تخلف شرط من شروط الورقة العرفية المعدة للإثبات فإنها لا تكون إلا كبدائية ثبوت بالكتابة يجب تكملتها بالبنية .

إن التساؤل يثار عن من له الحق في استخدام الرسالة للإثبات المرسل أو المرسل إليه .حسبما استقر عليه الفقه القضاء أن الرسائل هي ملك للمرسل إليه و ورثته وله أن يستند إليها كدليل لصالحه قبل المرسل مع أن حقه في ذلك مقيد بأن لا يكن في تقديمها إفشاء لأسرار مرسلها كالأسرار المهنية أما المرسل فلا يستطيع مطالبة المرسل إليه بتقديمه للرسالة إلا في الأحوال التي يجيز له القانون مطالبة الغير بتقديم ورقة تحت يده لإثبات حقه بشرط أن تكن قد وصلت إليه بطريقة مشروعة فلا يكون قد سلمت إليه من موزع البريد خطأ هنا يتمتع عليه تقديمها أمام القضاء حقه في الإثبات بها مقيد بعد إفشاء الأسرار .

## 2-حجية البرقيات:

يستكشف من نص المادة 329 فقرة 02 التي تنص على أنه "وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إن كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها...." من هنا يتم تسليم صورة البرقية للمرسل إليه بينما يحفظ الأصل في مكتب البريد لمدة معينة لذلك أعطى المشرع لصورة البرقية نفس حجية المحرر العرفي لكن بشروطين و هو أن يكون أصل البرقية المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها و أن يظل هذا الأصل محفوظا في مكتب البريد فإذا لم يكن أصل البرقية موقعا عليه أو إذا كان هذا الأصل قد فقد بانقضاء المدة القانونية للاحتفاظ به فلا تكون لصورة البرقية حجية في الإثبات و لا يعتد بها إلا على سبيل الاستثناس و هذا ما أشارت إليه المادة 329 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا تلف أصل

البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس" كما أنه لا يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة باعتبار البرقية صورة عن الأصل و لا قيمة لها لأنها ليست من توقيع المرسل نفسه و إنما من عمل الموظف الذي ليس من شأنه أن يتحقق من هوية الشخص المرسل، و على هذا الأساس فإن صورة البرقية تظل مطابقة للأصل حتى يقوم الدليل على عكس ذلك باعتبار أن موظف التلغراف ليست له مصلحة في تغيير مضمونها ، فإذا ادعى صاحب الشأن أن الصورة غير مطابقة للأصل فعليه أن يطلب من المصلحة المختصة إبراز الأصل كي يمكن إجراء المطابقة بينها و نجد أن تاريخ البرقية يكون ثابتاً بصفة رسمية لأنها تكون مختومة بخاتم مؤرخ بمكتب التصدير و مكتب التسليم و تقيد في الدفتر الخاص بالبرقيات

### ثانياً: حجية الدفاتر التجارية:

أوجب القانون التجاري في المادة 14 منه على التاجر إمساك دفترين هما: دفتر اليومية ودفتر الجرد السنوي ليقيد فيهما العمليات التجارية وكل ما يرتبط بتجارته على نحو يوضح مركزه المالي وينبغي على التاجر مراعاة إجراءات معينة في استعمال الدفاتر وتنظيمها حتى يكون لها حجة في الإثبات طبقاً للمادة 330 من القانون المدني الجزائري، و الدفاتر التجارية قد تكون حجة على التاجر كما يمكن أن تكون حجة له و يظهر ذلك على النحو الآتي:

#### 1- دفاتر التاجر حجة عليه:

تكون الدفاتر حجة عليه لأنها إقرار مكتوب صادر منه رغم أنها غير موقعة منه حيث يتم تحريرها تحت إشرافه بمعرفته بصرف النظر عما إذا كان خصمه تاجراً أم غير تاجر وعما إذا كان الأمر متعلقاً بنزاع تجاري أم بنزاع مدني واعتبار دفاتر التاجر حجة عليه فإن هذا يعد خروجاً عن القاعدة العامة في الإثبات من ناحيتين:

\* إن دفتر التاجر ورقة عرفية و لكنها غير موقعة من قبل التاجر و مع ذلك تعتبر حجة رغم أن التوقيع على الورقة العرفية شرط لحجيتها

\* القانون يلزم التاجر بتقديم الدفتر و هذا خروجاً عن القاعدة التي تقضي أنه لا يجبر الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، و للقاضي أن يأخذ بالدفتر كدليل و له أن يستبعده و لا يجوز تجزئة الإقرار الوارد في الدفاتر التجارية إن كانت منتظمة و مستوفية للشروط المقررة قانوناً، و لمن يريد استخلاص منها دليلاً لنفسه أن لا يجزئها و إنما يأخذها كاملة أو يستبعدها، أما إذا كان غير منتظمة يجوز لمن يتمسك بها ضد التاجر تجزئة ما ورد فيها تبقى حجية الدفاتر التجارية المنتظمة لا تصل إلى قوة الدليل الكامل لأنها غير موقعة من صاحبها و لا معدة أصلاً للإثبات بل تعتبر كقرينة<sup>123</sup> و من ثم يجوز إثبات عكس ما ورد بها بكافة طرق الإثبات .

## 2- دفاتر التاجر حجة له :

الأصل أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه و خروجاً عن هذه القاعدة فإنه تكون دفاتر التاجر حجة له إذا كانت منتظمة في مواجهة الغير و في مسألة تجارية و للقاضي مضاهاة الدفاتر الخاصة بالتاجر و له حرية الأخذ بها أقرب إلى الثقة و الاطمئنان هذا إذا تعلق الأمر بتجارين و المسألة تجارية، أما إذا كان الخصم غير تاجر فالأصل أن دفاتر التاجر لا تكون حجة له غير أن المشرع استثنى حالة واحدة تكون لدفاتر التاجر حجة له على غير التاجر إذا توافرت شروط ثلاثة فيها كون محل النزاع ما يورده التاجر لعملائه غير التجار كالملابس و الأغذية، و إذا كانت قيمة الإلتزام مما يجوز إثباته بالبينة، و للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين. و كما يجوز الإثبات بشهادة الشهود في هذه الحالة إذا كانت قيمة البضاعة لا تتجاوز 100.000 دج و هنا يبقى التقدير للقاضي في الأخذ بهذا كدليل أم استبعاده و لغير التاجر في هذه الحالة إثبات عكس ذلك بشهادة الشهود و القرائن .

## ثالثاً: حجية الأوراق المنزلية

<sup>123</sup>د/ محمد حسين، مرجع سابق ، ص 172

يقصد بالأوراق و الدفاتر المنزلية تلك التي يدون فيها الأشخاص أمورهم الخاصة و من بينها حقوقهم و التزاماتهم و الحسابات و التصرفات المختلفة التي تتعلق بشؤونهم المنزلية و المالية أو العائلية و المذكرات ليرجع إليها بدل من الاعتماد على ذاكرته، و الحجية التي يمكن أن تلحق هذه الدفاتر هي أقل بكثير من الحجية التي تعلق على الدفاتر التجارية و ذلك لكون القانون لم ينظم طريقة مسكها أو حفظها و لم يذكر طريقة الإدلاء بها أمام القضاء و القاعدة أن هذه الأوراق و الدفاتر إن وجدت لا تكون حجة لصاحبها لأنه لا يستطيع أن يضع دليلا لنفسه كما أنها غير موقعة منه إلا أنه يمكن أن تكون حجة عليه و هذا ما أوضحه المشرع الجزائري في المادة 331 من القانون المدني الجزائري و ذلك في حالتين :

### 1- إذا ذكر فيها أنه استوفى ديناً:

يجب أن يكون التعبير عن استيفاء الدين صريحا لا ضمنيا بما لا يدع مجالا للشك كما أنه لا توجد صيغة خاصة للتعبير عن الاستيفاء فقد يستخلص ذلك من إشارة تشطيب على مبلغ الدين إذا كانت هذه الطريقة المتبعة بين الدائن و مدينه<sup>124</sup> .

2- إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقه و هي صورة تكاد أن تكون نادرة في الواقع العملي .

هنا ينبغي أن تكون طريقة صياغة الورقة كما لو كانت دليلا للإثبات لمصلحة من تثبت له حقا و أن مجرد التأشير بالدين أو الاعتراض به لا يكفي بل لابد من التتويه على أن الإشارة خصصت لتكون سند الدين و تقوم مقامه و مع ذلك فلا توجد عبارة مخصصة لذلك .

وهذه الحالتين هما بمثابة إقرار من الشخص على نفسه و من ثم لا يجوز تجزئة البيان المدون فيه و يجب أن تكون الأوراق المنزلية مدونة بخط من تنسب إليه أو وكيله أو مستخدم لديه و مع ذلك فهي لا تعتبر في قوة المحررات العرفية لأنها غير موقعة كما أنها ليست دليلا معدا للإثبات لذا

<sup>124</sup>د/ يحي بكوش ، مرجع سابق ، ص 177

فإن حجيتها في الإثبات ليست مطلقة و يجوز لمن يحتج بها عليه إثبات عكسها بكل طرق الإثبات بما في ذلك البيئة و القرائن دون التقيد بقاعدة جواز إثبات ما يناقض الكتابة إلا الكتابة و في غيرها من الحالتين يجوز للقاضي أن يعتبر البيانات الواردة في الدفاتر و الأوراق المنزلية مجرد قرينة تضاف إلى وثائق أخرى سبق تقديمها وفقا للقواعد العامة بشأن الإثبات بالقرائن . القاعدة العامة لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه ، و عليه فلا يجوز الإجبار على تقديم الأوراق و الدفاتر المنزلية إلى القضاء إلا إذا كانت مشتركة بين من وجدت تحت يده و بين خصمه أو مثبتة للالتزاماتهما و حقوقهما المتبادلة كما لو كانت متعلقة بشراكة مدنية .

#### رابعاً : حجية التأشير على السند بما يستفاد منه براءة الذمة للمدين

إذا قام المدين بالوفاء بالدين فإن الدائن يعطيه عادة مخالصة بالسداد أو يؤشر على سند الدين بالوفاء مع التوقيع و يعد ذلك دليل كتابي كامل، و قد يكتفي الدائن بالتأشير بخطة دون توقيع على السند المثبت للدين ببراءة ذمة المدين، خاصة إذا كان الوفاء جزئياً فاعتبر المشرع طبقاً للمادة 332 من القانون المدني الجزائري أن مثل هذا التأشير حجة على الدائن بحصول الوفاء حتى يثبت عكس ذلك، و يلزم لأعمال هذا الحكم توافر عدة شروط تختلف بحسب ما إذا كان السند في حيازة الدائن أم في حيازة المدين .<sup>125</sup>

#### 1-التأشير على سند الدين و هو في يد الدائن

يحتفظ الدائن بسند الدين في حيازته كدليل إثبات على وجود حقه في مواجهة المدين ، فإذا ما أشار الدائن على سند الدين الموجود في حيازته بما يفيد الوفاء الكلي أو الجزئي فإن هذا التأشير رغم أنه غير موقع عليه من الدائن يعتبر دليلاً على براءة ذمة المدين، و لكن يشترط لكي يكون للتأشير حجيته في هذه الحالة شرطان :

<sup>125</sup>د/ محمد منصور ، مرجع سابق ، ص 116

\* أن يتضمن التأشير ما يفيد براءة ذمة المدين من كل أو بعض الدين و أن يقع التأشير على سند الدين ذاته لا على صورة له أو ورقة مستقلة عنه . و لم يشترط القانون أي شكل للتأشير على السند فيصح أن يكون بظهره أو بهامشه أو بأعلاه أو بأسفله و لا يلزم أن يكون التأشير بخط الدائن أو بخط الغير كما لا يؤثر وجود محو أو شطب على وجود قرينة الوفاء ما لم يثبت الدائن عكس ذلك .

\* يجب أن لا يكون السند قد خرج من حيازة الدائن فإذا خرج من حيازته فيقع عليه عبء إثبات خروج السند من حيازته و عليه فإن توافر الشرطان يكون التأشير حجة على الدائن ببراءة ذمة المدين و لكن يبقى قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس بكافة طرق الإثبات على اعتبار أن التأشير غير الموقع ليس دليلاً كتابياً كاملاً و لا يلزم الكتابة في إثبات ما يخالفه، فللدائن لإقامة الدليل على أن التأشير وضع بخط غيره بدون علمه أو موافقته أو أنه تم بسبب توقع الوفاء و لكنه لم يتم بالفعل و تخلف الشرطين السابقين فلا يكون التأشير حجة على براءة ذمة المدين .

## 2-التأشير على سند الدين و هو في يد المدين:

إذا أشار الدائن بما يفيد براءة ذمة المدين على السند الموجود لدى المدين فإن ذلك يكون حجة في الإثبات بشرطين<sup>126</sup>:

أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن على نسخة من السند الأصلي أو على مخالصة ببراءة ذمة المدين لا يلزم أن يكون التأشير موقعا عليه من الدائن و لكن يجب ألا يكون هناك محو أو شطب و إلا زالت الحجية التي للتأشير لأنه لا يمكن أن يفهم من المحو إلا أن الوفاء لم يتم و إذا ادعى أن الشطب تم عن غلط و دون علمه كان عليه أن يثبت حقيقة ما يدعيه .

<sup>126</sup>د/محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 118

يجب أن تقع نسخة السند أو المخالصة في حيازة المدين، إذا ما توافر هذان الشرطان اعتبر التأشير حجة على الدائن في براءة ذمة المدين إلا أنه لا يصل إلى قوة الورقة العرفية الموقعة و من ثم يجوز للدائن أن يثبت عكس هذا الدليل بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة .

### المبحث الثاني : طرق الطعن في المحررات العرفية

لقد وضع المشرع بعض الآليات والوسائل لدحض حجية المحررات العرفية و هذا في مواجهة الخصم الآخر سواء كان طرفا في التصرف أو من الغير نبينها في المطلبين التاليين :

**المطلب الأول : الدفع بإنكار الخط أو التوقيع أو البصمة أو الدفع بعدم العلم**  
**الفرع الأول : الدفع بإنكار الخط أو التوقيع أو البصمة**

لقد قررت المادة 327 من القانون المدني المذكورة بأن المحرر العرفي لا يكتسب الحجية القانونية إلا إذا لم ينكره صراحة من نسب إليه . و ينصب الإنكار إما على الخط أو التوقيع أو البصمة ، و معنى هذا أن الدفع بالإنكار هو من الدفع الشكلية التي يجوز التمسك بها، و بالتالي فإذا أقر من نسب إليه المحرر العرفي أو لم ينكره صراحة ثم بعد ذلك تمت مناقشة الموضوع فإن دعوى الإنكار تكون غير مقبولة (يجب إثارته قبل أي دفع في الموضوع طبقا لأحكام المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ) و لا يبقى في يد المحتج عليه بالمحرر العرفي إلا الطعن بالتزوير في المحرر العرفي، و هو نفس الأمر إذا تعلق بحالة المصادقة على الإمضاء أو البصمة من طرف ضابط الحالة المدنية فإنه لا تقبل دعوى الإنكار أو الجهالة و إنما لا بد من الطعن بالتزوير<sup>127</sup> .

**الفرع الثاني : الدفع بعدم العلم ( الدفع بالجهالة )**

أما إذا كان هذا المحرر متمسكا به ضد أحد الورثة فإنه يكفي الوارث أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق و هذا ما نصت عليه المادة 327 من

<sup>127</sup>همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ، ص 299

القانون المدني على أنه "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء، أما وراثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار، و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق " كما أن المادة 165 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصت على أنه "إذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه أو ادعى عدم تعرفه على خط أو توقيع الغير ...."

فعدم العلم أو عدم التعرف هو من الجهل، أي جهل الخلف سواء كان عاما أو خاصا بأن الخط أو التوقيع الوارد في المحرر العرفي هو للسلف الذي تلقى عنه الحق .<sup>128</sup>

أما الفقه فيعرف الدفع بعدم العلم بأنه صورة من صور الإنكار المقررة للوارث أو من في حكمه، و ما دام الأمر كذلك فإن أحكامه تخضع لنفس القواعد التي تحكم الدفع بالإنكار و بالتالي فإن الوارث لا يقع عليه عبء إثبات صحة توقيع المحرر بل يكفي أن يحلف اليمين بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء الوارد في المحرر هو لموروثه، و في هذه الحالة يكون عبء إثبات صحة التوقيع على عاتق من يحتج بالمحرر العرفي و ذلك باللجوء إلى إجراءات مضاهاة الخطوط مع الإشارة هنا أن الدفع بعدم العلم من طرف الوارث من دون تأدية اليمين، يجعل التوقيع الوارد في المحرر صحيحا و منسوبا إلى موروثه و يكون بذلك دليلا كاملا في الإثبات .

غير أنه ما يجب لفت الإنتباه إليه هو أنه إذا سبق للمورث أو السلف أن أقر بصحة توقيعه أو خطه الوارد في المحرر على النحو الذي رأيناه سلفا، فإن الوارث أو الخلف لا يجوز له في هذه الحالة أن يدفع بعدم العلم، و إنما يجب عليه سلوك سبيل الطعن بالتزوير .<sup>129</sup>

<sup>128</sup> المشرع المصري يستعمل مصطلح الدفع بالجهالة، المادة 14 من قانون الإثبات .

<sup>129</sup> سليمان مرقس ، مرجع سابق ، ص 351

و مهما يكن فإنه سواء تعلق ذلك بالدفع بالإنكار المقرر لمصلحة السلف الذي وقع على المحرر، أو اقتصر الأمر على الدفع بعدم العلم المقرر لصالح الخلف، فإنه يجب إبداء هذين الدفعين قبل مناقشة موضوع المحرر، و إلا عد ذلك إقرارا بصحة المحرر العرفي

### المطلب الثاني : دعوى مضاهاة الخطوط

#### الفرع الأول : مفهوم دعوى مضاهاة الخطوط

و قد عرفها المشرع الجزائري من خلال المادة 164 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنها الدعوى الرامية إلى إثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي فهي تتعلق فقط بالمحررات العرفية دون الرسمية<sup>130</sup> تقوم في حالة إنكار أحد الخصوم الخط المنسوب إليه أو صرح عدم الاعتراف بالخط أو توقيع الغير أو تصريح الورثة بعدم العلم .

و هي كذلك الدعوى التي يتقدم بها أحد الخصوم بطلب أصلي أي بدعوى أصلية مستقلة أو طلب فرعي أو دعوى فرعية<sup>131</sup> يطبق في حالة الطعن بالتزوير في المحرر فإذا تقدم أحد الخصوم بمحرر صادر عن خصمه لإثبات حقه جاز الطعن لهذا الأخير في صحة هذا المحرر المنسوب له من حيث توقيعه له أو كتابته، كما يمكن لورثته أو خلفه التصريح بعدم علمهم أن الإمضاء أو الخط هو لمن تلقوا منه هذا الحق طبقا لنص المادة 327 من القانون المدني في هذه الحالات يتحتم على من يحتج بالمحرر أن يعلم المدعي للمطالبة بمضاهاة الخطوط .<sup>132</sup>

#### الفرع الثاني : الشروط الخاصة لقيام دعوى مضاهاة الخطوط

- أن يكون الإنكار صريحا: بحيث أنه لا يعتبر السكوت تعبيرا بل لابد أن يكون هذا الإنكار صريحا سواء حول مضمون المحرر أو التوقيع .

- أن يكون المحرر منتجا في الدعوى: بحيث أنه لا بد أن يكون له تأثيرا في مجرى الدعوى أما إذا كان من المحررات الغير مجدية في الدعوى فإنه يمكن استبعادها .<sup>133</sup>

<sup>130</sup> بربارة عبد الرحمان ، مرجع سابق ، ص 144

<sup>131</sup> همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ، صص 299 ، 300

<sup>132</sup> الأستاذ عبد السلام ديب ، مرجع سابق ، ص 161

<sup>133</sup> همام محمود زهران، مرجع سابق ، ص 301

الفرع الثالث : الإجراءات الخاصة بمضاهاة الخطوط

-المطالبة بإجراء المضاهاة:

أ- إما بطلب فرعي بمناسبة نزاع مطروح أمام القضاء و هنا يكون من اختصاص القاضي الذي يفصل في الدعوى الأصلية .

ب- إما بدعوى أصلية أي يمكن لمن يحوز على محرر يخشى أن تتكر صحته ممن حرره أو ينازع فيه من ورثته عدم انتظار الخصومة حول الحق ذاته أو للإحتراز و التحصيل على سند تنفيذي و إقامة دعوى أصلية لإثبات أن المحرر الذي يحوزه صادر فعلا من الشخص الذي كتبه ووقعه و هي عبارة عن دعوى وقائية قائمة على مصلحة محتملة مستقبلية .<sup>134</sup>

تقام الدعوى الأصلية ضد هذا الشخص أو ورثته للإعتراف بصحة المحرر و احتياطيا لطلب مضاهاة الخطوط الأصلية و عدم حضور المدعي عليه المبلغ شخصيا دون عذر مشروع يعتبر إقرار بصحة المحرر .

غير أنه يمكن الادعاء بالتزوير في المحرر العرفي و يتعلق الأمر هنا بموضوع المستند و التزوير هنا إما أن يكون موضوعا لدعوى عمومية تقيمها النيابة العامة أمام المحاكم الجزائية، و إما أن تكون موضوعا لدعوى مدنية كاستثناء من أجل إثبات عد صحة المحرر المقدم فيها لإسقاط حجيته في الإثبات و قد سبق تبيانه .

نجد أن الطعن بالتزوير يتفق في نقاط و يختلف في البعض مع مضاهاة الخطوط، فيتفقان في كون كل واحد منهما يراد به الوصول لمعرفة إن كان المحرر المقدم في الدعوى صحيحا أم لا و طرق الإثبات فيهما واحدة كالمقارنة بالمستندات-الخبرة...إلخ . و النتيجة هي الوصول إلى أن المحرر مقبول في الملف أو يستبعد، غير أنهما يختلفان في نقطة أن الإنكار ليس فيه اتهام من مدعيه أما الادعاء بالتزوير فإنه اتهام يؤدي ثبوته إلى مسؤولية المتمسك بالمحرر مسؤولية جزائية،

<sup>134</sup> د/ عبد السلام ديب ، مرجع سابق ، ص 162

لذلك ألزم المشرع القاضي قبل الأمر بالتحقق في الادعاء بالتزوير استدعاء الطرف الذي قدم المحرر ليصرح ما إن كان يتمسك به أم لا صراحة، و إذا سكت يستبعد المحرر لأن المشرع اعتبر السكوت عن استعمال المحرر في الدعوى تنازلاً من المستعمل له .

الفرع الرابع : الإجراءات التي يقوم بها القاضي

يقوم القاضي بمراقبة المحرر ما لم يكن ممكناً الفصل في الدعوى دون الأخذ به أو ما لم يكن ممكناً التأكد حينها من صحة الوثيقة .

و يختص القاضي الفاصل في الدعوى الأصلية بالفصل في الدعوى الفرعية للتزوير، و إذا اعتبر أن الوثيقة المدعى فيها بالتزوير مهمة في الدعوى يؤشر عليها و يأمر بإيداع أصلها بأمانة الضبط و كذا بمضاهاة الخطوط عن طريق المستندات أو الشهود أو عند الاقتضاء بواسطة الخبير و تتطلب تبليغ النيابة بالملف .

و لقيام بمضاهاة الخطوط يمكن للقاضي اللجوء إلى عدة تدابير منها طلب الخصوم تقديم الوثائق التي تسمح بالمقارنة أو إنجاز مخطوطات من طرفهم تحت إملائه أو الأمر بحضورهم الشخصي أو اللجوء إلى خبير و هذا طبقاً لنص المادة 166 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية . كذلك يمكن للقاضي أن يستعمل كعناصر المقارنة التوقيعات التي تتضمنها العقود الرسمية، الخطوط و التوقيعات التي سبق الاعتراف بها سواء كلياً أو جزئياً و التي لم يتم إنكارها .

يؤشر القاضي على وثائق المقارنة و يأمر بضمها إلى المحرر المنازع فيه أو بإيداعها أمام كتابة ضبط المحكمة تحت تصرف الخبير، و يأمر القاضي الغير بتسليم وثائق التي سوف تعتمد للمقارنة تحت طائلة الغرامة التهديدية و يسير القاضي كل ما يتعلق بحفظ و تسليم و الإطلاع على الوثائق أو على نسخها أو إرجاعها أو إعادة إدراجها و يفصل القاضي في إشكالات تنفيذ مضاهاة الخطوط لا سيما المتعلقة بتحديد المعتمدة في عملية المقارنة، و يفصل بمجرد الإشارة

على ظهر الملف يضمنها لاحقا في الحكم<sup>135</sup> و هذا طبقا لنص المادة 170 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

---

<sup>135</sup> عبد السلام ديب ، مرجع سابق ، ص 163

يعتبر موضوع الإثبات من بين المواضيع التي تستقطب اهتمام القوانين لما لهذه مسألة من أهمية بالغة و ثقل كبير في ترجيح الكفة بين المتقاضين و تحكم القضاة في ممارسة العمل القضائي . و لما كان موضوعنا متعلقا بالإثبات عن طريق المحررات الرسمية و العرفية، المجسدة على الدعامة المادية الورقية، و التي تناولناها في بحثنا هذا من جوانب عدة مركزين بالأساس على مدى حجية هذه المحررات و الوسائل الكفيلة لدحض هذه الحجية كما تناولنا قبل ذلك في فصل تمهيدي الكتابة بجانبها التقليدي و الإلكتروني و لقد توصلنا إلى :

- يقتصر واجب الخصم في الإثبات على الواقعة القانونية التي يدعيها من تصرف قانونيو واقعة مادية .

- إذا أثبت المدعي الواقعة التي يدعيها فإن خصمه المدعي عليه ينقلب إلى مدعي يقع عليه عبء الإثبات، و قد يقرر القانون إعفاء المدعي من الإثبات من خلال قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس لينقلب المدعي عليه مدعيا مكلفا بالإثبات .

- لا يمكن أن يتوصل الخصم إلى حقه المتنازع عليه ما لم يجهد لإثبات ما يدعيه فطبيعة دوره في الإثبات هي الإيجابية بعكس دور القاضي الذي يقف حياديا و لكن ليس الحياد المطلق .

- إن المحررات الرسمية إذا توافرت فيها جميع الشروط القانونية تعتبر حجة بين المتعاقدين و الغير و هي قابلة للتنفيذ دون استصدار حكم من القضاء و لا يطعن في رسميتها إلا بالتزوير نظرا لقوتها الثبوتية في حين يحوز المحرر العرفي على ذات الحجية بين المتعاقدين و الخلف إذا توافرت فيه شروطه من كتابة و توقيع و يكون الطعن فيه بإنكاره أو الدفع فيه بالجهالة، و عن دعوى مضاهاة الخطوط تكون له الحجية بالنسبة للغير إذا كان له تاريخ ثابت إضافة إلى ذلك فإن المحرر العرفي لا يكون قابلا للتنفيذ إلا إذا صدر بشأن تنفيذه حكما قضائيا، و هناك بعض المحررات العرفية التي لم تعد أصلا للإثبات و لا تكون عادة موقعا عليها من ذوي الشأن و مع

ذلك فإن القانون يعطيها بعض الحجية في الإثبات تتفاوت بحسب الأحوال كشأن الرسائل و البرقيات و الدفاتر التجارية .

-في الحالة التي يعرض فيها على القاضي محررين أحدهما رسمي و مشهر له حجية مطلقة و آخر عرفي أبرم قبل 1971/01/01 فإن القاضي هنا يعتد بالمحرر العرفي اعتبارا أن التصرف القانوني المبرم قبل 1971/01/01 كان لا يشترط محررا رسميا كدليل لإثباته و ذلك لتقريب عناصر إثبات التصرف من عناصر تكوينه وقت إبرام هذا التصرف و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري طبقا للمادة 08 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون 10/05 المؤرخ في 2005/07/20 .

-و في الأخير يتعين على الخصوم إحترام قواعد الإثبات و إجراءاته، و عليهم أن يسلكوا في الإثبات سلوكا حسنا بأن يتقيدوا بمبدأ حسن النية فيسعون إلى إظهار الحقيقة مع القضاء و عدم التعسف في استعمال حقهم في الإثبات .

## قائمة المراجع

أولاً: من القرآن الكريم

- سورة التوبة، الآية 105

ثانياً: النصوص القانونية

- قانون رقم 10-05 مؤرخ في 20-02-2005، يعدل و يتم الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26-09-1975، و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

- قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

- قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 و القانون رقم 18 لسنة 1999 .

- القانون التجاري الجزائري

- القانون 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق (الجريدة الرسمية 14 لسنة 2006)

- القانون 03/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي (الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2006)

- المرسوم الرئاسي 405/02 متعلق بوظيفة القنصلية (الجريدة الرسمية رقم 79 لسنة 2002)

- القانون المدني الفرنسي .

ثالثاً: الكتب

- الأستاذ أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج 1، الطبعة الأولى، د.د.ن، سنة 2005 .

- د/أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، د.ط، الدار الجامعية للطباعة و النشر، سنة 1983 .

- د/أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة 11، دار هومة، الجزائر، سنة 2011 .

- أسامة روبي عبد العزيز الروبي، الوجيز في القواعد الإجرائية للإثبات المدني الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2003 .
- د/إلياس أبو عبيد، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية و الجزائرية، الطبعة 1 سنة 2005 .
- د/بريرة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (قانون 08-09 مؤرخ في 2008/02/23) الطبعة الأولى، منشورات بغدادي، الجزائر سنة 2009 .
- الأستاذ حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، سنة 2012
- د/سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، بيروت العربية، بدون طبعة، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان سنة 2004 .
- د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الإلتزام- الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة 2004 .
- الأستاذ عبد الرحمان ملزي، محاضرات بعنوان طرق الإثبات في المواد المدنية، ألقيت على طلبة القضاة الدفعة 16 للمدرسة العليا للقضاء، سنة 2006-2007 .
- عبد الحكيم فوده، المحررات الرسمية و المحررات العرفية في ضوء مختلف الآراء الفقهية و أحكام محكمة النقض، طبعة 2006، دار الفكر و القانون، المنصورة .
- د/علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر الجزائر، سنة 2010 .
- الأستاذ عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، طبعة ثانية ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، الجزائر سنة 2011 .
- عادل حسن علي، الإثبات- أحكام الإلتزام، بند رقم 26 سنة 1999 .
- عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الجامعة الجديدة الأزاريطة، سنة 2007 .

- عبد الودود يحي، الموجز في قانون الإثبات، دار النهضة العربية سنة 1988 .
- فيصل سعيد الغريب، التوقيع الإلكتروني و حجيته في الإثبات، بدون طبعة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية مصر 2005 .
- كميني خميسة، منصور عز الدين، الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16 سنة 2008،2005 .
- محمد حسين منصور، قانون الإثبات-مبادئ الإثبات و طرقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1998 .
- محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية كلية الحقوق جامعتي الإسكندرية و بيروت العربية، بدون سنة نشر .
- محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، بدون دار نشر، سنة 1991 .
- يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى لسنة 1981 .

#### رابعاً: المجالات القضائية

- قرار رقم 190514، المؤرخ في 29-03-2000، اللجنة القضائية سنة 2000، عدد 012
- قرار صادر بتاريخ 11-05-1983، تحت رقم 28537، النشرة القضائية، عدد 43.
- قرار رقم 62624، مؤرخ في 24-09-1990، مجلة قضائية، سنة 1992، عدد 02 .
- قرار رقم 198674 المؤرخ في 26/04/2000 "غير منشور"، المرجع المأخوذ منه هو كتاب لحمدى باشا الخاص بحماية الملكية الخاصة، طبعة 2004 .
- قرار رقم 45658، مؤرخ في 07-12-1987، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 4 .
- قرار رقم 53931، مؤرخ في 28-05-1990، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 1 .
- قرار رقم 471973، مؤرخ في 28-06-2000، لبغرفة العقارية "غير منشور"، أشار إليه الأستاذ حمدي باشا في كتابه حماية الملكية العقارية الخاصة، طبعة 2004 .

- قرار رقم 20264، المؤرخ في 27-09-2000، الإجتهد القضائي في الغرفة العقارية، الجزء الثاني، سنة 2004، مقال للدكتور صالح باي محمد شريف .
- القرار رقم 255411، مؤرخ في 06-02-2002، مجلة المحكمة العليا العدد الأول، سنة 2004 .

## الفهرس

1	مقدمة.....
4	الفصل التمهيدي : الكتابة.....
6	المبحث الأول: مركز أهمية الكتابة في الإثبات المدني .....
8	المطلب الأول: أهمية الكتابة.....
9	الفرع الأول : التمييز بين التصرف القانوني و أداة إثباته.....
9	الفرع الثاني : التمييز بين الكتابة كركن شكلي و الكتابة كطريقة إثبات.....
10	المطلب الثاني : نطاق الإثبات بالكتابة في التصرفات المدنية .....
12	الفرع الأول : الدليل الكتابي هو الدليل الأصلي لإثبات التصرفات المدنية.....
13	الفرع الثاني : نطاق الدليل الكتابي في الإثبات لا يتصل بالنظام العام .....
16	الفرع الثالث : الحالات التي تخرج عن نطاق إستلزام الكتابة في الإثبات.....
17	المبحث الثاني : إثبات العقد الإلكتروني.....
18	المطلب الأول : الكتابة في الشكل الإلكتروني و حجيتها في الإثبات.....
18	الفرع الأول : تحديد مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني.....
18	1-تعريف الكتابة.....
19	2-خصائص التعريف الجديد للكتابة.....
21	الفرع الثاني : القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني.....
21	1-مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الإلكتروني و الكتابة على الورق.....
23	2-شروط قبول الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات.....
24	أولاً: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها.....
25	ثانياً: أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها.....
28	ثالثاً : التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني و الكتابة على الورق في الإثبات.....
31	المطلب الثاني : التوقيع الإلكتروني و حجيته في الإثبات.....
32	الفرع الأول : تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني .....
32	1-تعريف التوقيع الإلكتروني.....
33	2-خصائص التوقيع الإلكتروني.....
34	3-أنواع التوقيعات الإلكترونية.....
34	أولاً : التوقيع الرقمي.....
35	ثانياً : التوقيع البيومترى.....
36	الفرع الثاني : حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.....
39	الفصل الأول : المحررات الرسمية.....

المبحث الأول : ماهية المحرر الرسمي.....	ص39
المطلب الأول: تعريف المحرر الرسمي و شروطه.....	ص39
الفرع الأول: تعريف المحرر الرسمي.....	ص39
1-التعريف الفقهي.....	ص39
2-التعريف القانوني.....	ص40
الفرع الثاني: شروط المحرر الرسمي.....	ص41
1-صدر المحرر من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.....	ص41
2-أن يتم تحرير المحرر في حدود سلطته و اختصاصه.....	ص42
3-أن يتم تحرير المحرر وفق الأشكال التي حددها القانون .....	ص43
4-الآثار المترتبة عن تخلف هذه الشروط.....	ص44
المطلب الثاني: حجية المحرر الرسمي.....	ص46
الفرع الأول: حجية المحررات الرسمية من حيث الأشخاص.....	ص47
1-حجية المحرر الرسمي فيما بين المتعاقدين من حيث الإثبات.....	ص48
2-حجية المحررات الرسمية بالنسبة للغير من حيث الإثبات.....	ص48
الفرع الثاني: حجية المحررات الرسمية من حيث المضمون.....	ص49
الفرع الثالث: حجية المحررات الرسمية فيما يتعلق بالصور.....	ص51
المبحث الثاني: طرق الطعن في المحرر الرسمي.....	ص55
المطلب الأول: الطعن عن طريق البطلان.....	ص55
الفرع الأول: تعريف البطلان.....	ص55
الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن بطلان المحرر الرسمي.....	ص56
الفرع الثالث: تقرير البطلان.....	ص57
1-دعوى البطلان.....	ص57
2-الدفع بالبطلان أو الإبطال.....	ص57
المطلب الثاني: الطعن عن طريق التزوير.....	ص58
الفرع الأول: تعريف التزوير.....	ص58
الفرع الثاني: كيفية الطعن بالتزوير.....	ص58
1-دعوى التزوير الفرعية.....	ص58
2-دعوى التزوير الأصلية.....	ص60
الفصل الثاني: المحررات العرفية.....	ص61
المبحث الأول: ماهية المحرر العرفي.....	ص61
المطلب الأول: تعريف المحرر العرفي و شروطه.....	ص61

الفرع الأول: تعريف المحرر العرفي.....	ص61
الفرع الثاني: شروط صحة المحرر العرفي.....	ص62
1-الكتابة.....	ص62
2-التوقيع على الورقة.....	ص64
أ-حكم التوقيع على بياض.....	ص65
ب-جزاء الإخلال بمبدأ التوقيع على المحرر العرفي .....	ص65
المطلب الثاني: حجية المحررات العرفية في الإثبات.....	ص67
الفرع الأول: حجية المحررات العرفية المعدة للإثبات و صورها.....	ص67
أولاً: حجية المحرر العرفي بالنسبة لمضمونه.....	ص67
1-حجية المحرر العرفي فيما بين أطرافه.....	ص67
2-حجية المحرر العرفي بالنسبة للغير.....	ص68
ثانياً: حجية المحرر العرفي من حيث تاريخه.....	ص70
1-حجية التاريخ بالنسبة لطرفي العقد.....	ص70
2-حجية التاريخ بالنسبة للغير.....	ص70
أ-من يعتبر غيرا.....	ص71
*الخلف الخاص.....	ص71
*الدائن الحاجز.....	ص72
ب-ثبوت التاريخ في المحرر العرفي.....	ص72
*من يوم التسجيل.....	ص73
*من يوم ثبوت مضمونه في محرر رسمي.....	ص75
*وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به.....	ص76
*التأشير على المحرر من موظف عام مختص.....	ص76
3-حجية صور المحررات العرفية المعدة للإثبات.....	ص77
الفرع الثاني: حجية المحررات العرفية الغير معدة للإثبات و صورها.....	ص77
أولاً: حجية الرسائل و البرقيات في الإثبات.....	ص78
1-حجية الرسائل.....	ص78
2-حجية البرقيات.....	ص79
ثانياً: حجية الدفاتر التجارية.....	ص80
1-دفاتر التاجر حجة عليه.....	ص80
2-دفاتر التاجر حجة له.....	ص81
ثالثاً: حجية الأوراق المنزلية.....	ص81

رابعاً: حجية التأشير على السند بما يستفاد منه براءة الذمة للمدين.....	ص83
1-التأشير على سند الدين و هو في يد الدائن.....	ص83
2-التأشير على سند الدين و هو في يد المدين.....	ص84
المبحث الثاني: طرق الطعن في المحررات العرفية.....	ص85
المطلب الأول: الدفع بإنكار الخط أو التوقيع أو البصمة أو الدفع بعدم العلم.....	ص85
الفرع الأول: الدفع بإنكار الخط أو التوقيع أو البصمة.....	ص85
الفرع الثاني: الدفع بعدم العلم(الدفع بالجهالة).....	ص85
المطلب الثاني: دعوى مضاهاة الخطوط.....	ص87
الفرع الأول: مفهوم دعوى مضاهاة الخطوط.....	ص87
الفرع الثاني: الشروط الخاصة لقيام دعوى مضاهاة الخطوط.....	ص87
الفرع الثالث: الإجراءات الخاصة بمضاهاة الخطوط.....	ص88
الفرع الرابع: الإجراءات التي يقوم بها القاضي.....	ص89
خاتمة.....	ص90
قائمة المراجع.....	ص93
الفهرس.....	ص97