

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

المحرر العرفي وحجيته في الإثبات

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

التخصص: القانون القضائي

تحت إشراف الأستاذ:

بلحاج جيلالي

الشعبة: حقوق

من إعداد الطالب:

فراح رمضان

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ خالد زواتين.....رئيسا

الأستاذ بلحاج جيلالي مشرفا مقررا

الأستاذ مشرفي عبد القادر..... ممتحنا

السنة الجامعية: 2020/2019

نوقشت يوم : 2020/10/02

الإهداء

- إلى الوالدين الكريمين

- إلى ابني وزوجتي

- إلى كل إخواني وأخواتي الأعزاء

- إلى كل الأهل والأحباب والأصدقاء

- إلى كل من أعانني من قريب أو من بعيد لإتمام هذا

العمل

كلمة شكر وعرافان

اعترافا بالفضل والجميل، أتوجه بخالص الشكر وعميق التقدير والامتنان والمحبة إلى أولئك الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة و مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة، إلى الذين قيل فيهم " قم للمعلم وفه التبجيلا كاد المعلم أن يكون رسولا " ، إلى جميع أساتذتي الأفاضل وأخص بالذكر الأستاذ المشرف:

"بلحاج جيلالي"

الذي كان له الفضل في هذه الثمرة العلمية، فنسال الله عز وجل أن يرفع من مكانته ليقدم المزيد من أعماله العلمية وجزاه الله كل خير، ولا يفوتنا في هذا المقام أن نتقدم بجزيل الشكر والعرافان إلى اللجنة الموقرة التي قبلت مناقشة هذه الرسالة، وإلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل وكل من ساعدنا على إتمامه إلى كل من خصنا بنصيحة أو دعاء ، وقدم لنا تشجيعا، زودنا بمعلومة أو قال لنا ببساطة إلى الأمام والله في عونكم

قائمة أهم المختصرات

- ق م ج: القانون المدني الجزائري.
- ق ت ج: القانون التجاري الجزائري.
- ق م ف: القانون المدني الفرنسي.
- ق إ م إ ج: قانون الإجراءات المدنية والإجراءات الإدارية.
- ج ر : الجريدة الرسمية .
- ص: صفحة
- PAGE :P

مقدمة:

يحتل الدليل الكتابي قمة أدلة الإثبات في أغلب التشريعات على العموم وفي التشريع الجزائري على وجه الخصوص، كما أنه المجال الخصب في التصرفات القانونية رغم أنه على خلاف أدلة الإثبات الأخرى يتسع ليثبت الوقائع والتصرفات القانونية وقد عرفت الكتابة منذ القديم ونصت عليها مختلف التشريعات وقد نص عليها القرآن الكريم في قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ¹، كما نصت عليها مختلف التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري في الفصل الأول من الباب السادس المتعلق بإثبات الالتزام.

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ما حقّ امرئ مسلم يبني بيت ليلتين وله شيء يوصي فيه إلا ووصيته مكتوبة عنده"²، من خلال هذا الحديث نجد أنه لو لم تكن الكتابة حجة كافية لما طلبها الرسول صلى الله عليه وسلم حيث لا فائدة فيها، وقد عاهد عليه الصلاة والسلام كثيرا من القبائل والأمم وكان يكتب بينه وبينهم من الصلح والمعاهدات .

¹ القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية 282، ص48.

² صحيح البخاري، ص 2738.

وتنقسم أدلة الإثبات الكتابي إلى كتابات يحررها الموثق أو ما اصطلح عليه في القانون الجزائي العقد الرسمي وأدلة يحررها الأطراف بأنفسهم وفقا لمبدأ سلطان الإرادة وهو ما اصطلح عليه بالمحررات العرفية، كما نص المشرع في التعديل الأخير للقانون المدني بموجب القانون 05/10 المؤرخ في 26 جوان 2005 بالمواد 323 مكرر و 323 مكرر 1 و 327 من القانون المدني على المحررات الالكترونية وأعطى لها حجية المحررات العادية، وإضافة إلى ذلك انتقل المشرع من مبدأ سلطان الإرادة وحرية التصرفات إلى مبدأ الشكلية ما أدى إلى اختلافا حجية المحررات العرفية عبر مراحل مختلفة يتدخل فيها المشرع تارة والاجتهاد القضائي تارة أخرى وذلك إما لتكييف الواقع مع القانون أو لتصحيح التطبيق الخاطئ والشائع لنص القانون، وأكثر من ذلك تبنى المشرع بمقتضى الأمر 75/74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن نظام الشهر العيني الذي يعتبر القيد وحده الذي ينشئ الحقوق أو يعدلها أو يزيلها إلا انه لم يأخذ بهذا النظام بصفة مطلقة بل أبقى على نظام الشهر الشخصي إلى حين تمام عمليات المسح مما خلق عدة إشكالات من الناحية العملية ساهم فيها القضاء لأسباب اجتماعية بغية منه استقرار الأوضاع الظاهرة، كما تجدر الإشارة إلى ما جاءت به القواعد الإجرائية الجديدة بموجب قانون الإجراءات المدنية

والإدارية رقم: 08/09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 في فقرته الثانية من المادة الثامنة منه على ضرورة أن تكون الوثائق والمستندات المطروحة أمام القضاء كأدلة إثبات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة تحت طائلة البطلان وبما أن المحرر الرسمي لا يثير أي إشكال لأن المشرع اشترط أن يكون باللغة العربية على خلاف المحرر العرفي الذي لا يشترط القانون شكلية معينة، مما يطرح التساؤل عن موقف القاضي إذا ما طرح أمامه محرر عرفي محرر بلغة أخرى غير اللغة العربية.

إن المحررات العرفية هي كل وثيقة يحررها المتعاقدون بأنفسهم وبمعرفة من أجل أن تكون دليلا كتابيا، دون تدخل موظف عام في ذلك كالموثق، فلا يشترط في المحررات العرفية شكلية معينة لوجودها أو قيامها كدليل كتابي، كما لا يشترط أن تكون باللغة العربية شأن المحررات الرسمية، أو لغة أخرى معينة من أجل أن تكون دليلا كتابيا، إلا أن القانون يعتبر كل محرر عرفي خال من توقيع المتعاقدين بوضع الاسم أو الكنية أو الاثنين معا اعتبره باطلا، فلا وجود للورقة العرفية بدون ذلك.

لقد مرت الورقة العرفية بعدة مراحل في التشريع الجزائري من محرر له حجية المحرر الرسمي، إلى محرر باطل من ناحية، ومن ناحية أخرى غالبا

ما تبقى حجية المحرر العرفي نسبية تستوجب أحيانا قوة الإقناع لقيام الدليل.

وأسباب اختيارنا لدراسة هذا الموضوع مختلفة من بينها كون أن موضوع الإثبات من المواضيع المرتبطة بالواقع العملي وذات أهمية إذ يعتمد عليها الأفراد لإثبات وصيانة حقوقهم، سواء الرسمية أو العرفية نظرا للضمانات التي توفرها لهم، والمحررات العرفية هي الأكثر استعمالا لإثبات حقوقه وذلك لسهولة تحريرها وقلة تكاليفها.

ومن الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع هي تسليط الضوء على موقف المشرع الجزائري من المحررات العرفية لاسيما المحررات الإلكترونية، بحيث لاحظنا أنه نتيجة التطور التكنولوجي الذي شهده العالم، أصبح الأفراد يتعاملون بالمحررات الإلكترونية، ما دفع المشرع الجزائري إلى مواكبة هذا التطور بتعديله القانون المدني وإقراره بمبدأ التعادل الوظيفي بين المحررات العرفية والمحررات الإلكترونية، حيث اعتبرت هذه الأخيرة من المحررات العرفية، واختيارنا لهذا الموضوع أيضا يرجع إلى الرغبة في الإلمام بجوانبه ولكونه يدخل ضمن الإختصاص ويتلاءم مع رغباتنا ويؤكد معارفنا.

من خلال ما تقدم بيانه تبرز الإشكالية المحورية حول هذا الموضوع

والتي تهدف الدراسة لمناقشتها ومحاولة الإجابة عليها وهي كالتالي:

ما هية المحرر العرفي ؟ وما هي حجيته في الإثبات ؟

ما مدى حجية المحررات العرفية وشروطها عبر المراحل المختلفة في

التشريع الجزائري، وما هي الوسائل القانونية التي تبناها المشرع لدحض

هذه الحجية ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية التي يثيرها هذا الموضوع قسمنا هذه

الدراسة إلى فصلين اثنين، كل فصل تضمن مبحثين اثنين، فخصصنا

الفصل الأول لدراسة الإطار المفاهيمي للمحرر العرفي، من خلال تعريف

المحرر العرفي وتحديد خصائصه وشروطه وأنواعه وموقعه من أدلة الإثبات

في حين خصصنا الفصل الثاني من هذه الدراسة إلى حجية المحررات

العرفية في الإثبات، من خلال تبيان حجية المحررات العرفية في إثبات

المعاملات المدنية والتجارية وكذا المعاملات العقارية، وأثناء دراستنا انتهجنا

التسلسل المنطقي والمبسط في طرح الأفكار وذلك باستقراء النصوص

والاعتماد على آراء الفقه، ونظرا لطبيعة هذا البحث كانت الحاجة إلى

استعمال المنهج الوصفي لازمة بالإضافة إلى المنهج التحليلي لدراسة

النصوص التي سنها أو وضعها المشرع الجزائري حول حجية وقوة المحرر

العرفي في الإثبات، وانهينا هذه الدراسة بخاتمة تبرز أهم النقاط التي توصلنا إليها في الإجابة على الإشكالية التي أثارها هذا الموضوع.

وبالرغم من أن الإثبات عن طريق الكتابة يعد من المواضيع الكلاسيكية التي تزخر بالكم الهائل من المراجع فقد واجهتنا الكثير من العراقيل في إعداد هذه الدراسة ومحاولة الإمام الشامل بحوثات الموضوع حيث تجسدت تلك الصعوبات في قلة المراجع الجزائرية التي نتناول موضوع بحثنا هذا، وإن وجدت تكون مفصلة في بعض جوانب الموضوع لتظهر الصعوبة في محاولة تقييد ما هو مهم من جهة والتقييد بالعدد المقرر للصفحات من جهة أخرى، لكن الحمد لله والشكر حول تذليل تلك العوائق وتوفيقه لنا في إعداد وإتمام بحثنا هذا.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للمحرر العرفي

المحرر العرفي هو كل وثيقة يحررها الأشخاص المتعاقدين بأنفسهم وبمعرفة من أجل أن تكون دليلاً كتابياً وهذا دون تدخل موظف عام في ذلك، ولا يشترط في المحرر العرفي شكلاً معيناً كما لا يشترط أن يكون باللغة العربية غير أن القانون يعتبر كل محرر عرفي خال من توقيع المتعاقدين محرر باطلاً إذ لا وجود للورقة العرفية بدون توقيع. كل هذا سنتعرض له بالتفصيل في هذا الفصل الخاص بالإطار المفاهيمي للمحرر العرفي والذي يتضمن مبحثين اثنين، حيث ارتأينا دراسة مفهوم المحرر العرفي في المبحث الأول، ثم المحرر الإلكتروني في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مفهوم المحرر العرفي

لقد أحاط المشرع الجزائري المحرر العرفي بعناية خاصة، وحدد شروط هذا السند ومدلوله القانوني، كما بين مدى قوته وحجيته في الإثبات، غير انه لم يضع تعريفا خاصا لهذا النوع من المحررات على خلاف المحرر الرسمي تاركا مهمة التعريف والتفسير للفقهاء والقضاء، مما يستوجب علينا تخصيص المطلب الأول من هذا المبحث للتعريف بالمحرر العرفي، ثم نعالج في المطلب الثاني شروط صحة المحرر العرفي.

المطلب الأول: تعريف المحرر العرفي

في ظل اختلاف فقهاء القانون في تحديد تعريف دقيق للمحرر العرفي وكذا عدم تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف هذا النوع من المحررات كما سبق ذكره، قسمنا هذا المطلب إلى فرعين اثنين ارتأينا أن نخصص الفرع الأول من هذا المطلب للتعريف اللغوي للمحرر العرفي، في حين خصصنا الفرع الثاني للتعريف الفقهي له، ثم سنتناول التعريف القانوني للمحررات العرفية مبينين موقف المشرع الجزائري من هذا النوع من المحررات.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للمحرر العرفي

تتكون عبارة المحرر العرفي من مصطلحين قانونيين اثنين: محرر و عرفي.

- **المحرر لغة هو:** من الفعل حرر يحزر تحريرا، ومحرر، جمع محرر ومحررون وهو يعني مكتوب، واسم الفاعل من الفعل حرر، هو محرر، ويستعمل هذا المصطلح في مواضع عديدة فيقال مثلا: حرر العبد اعتقه، حرر رقبته، حرر الكتاب وغيره، أصلحه وجود خطه، حرر الرسالة ونحوها، كتبها.¹

- **العرف لغة هو:** ضد النكر، والمعروف ضد المنكر، والعرف ضد النكر، والمعروف: كالعرف، يقال أولاه عرفا أي معروفا، والعرف والمعارفة والمعروف واحد وهو كل ما تعرفه النفس من خير وتأنس به وتطمئن إليه.²

¹ قاموس المعاني، قاموس عربي، منشور على الموقع الإلكتروني: <https://www.almaany.com/ar/dict/ar/>

[/ar/%D9%85%D8%AD%D8%B1%D8%B1](https://www.almaany.com/ar/dict/ar/)

² منتديات المحرق، منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.kashifalgetaa.com/?id=26>

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للمحرر العرفي

سنتناول في هذا الفرع تعريف المحرر العرفي لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون.

أولا/ تعريف المحرر العرفي لدى فقهاء الشريعة الإسلامية

لم نجد تعريفا لكلمة المحررات في الفقه الإسلامي، سواء أكانت رسمية أو عرفية ولكن وردت تسميات عديدة كلها تعطي نفس المعنى فقد أطلق الفقهاء على المحررات تسميات عدة كل مسمى يدل على معنى محدد تدل على الإثبات عن طريق الكتابة ومن هذه المسميات: الصك، الحجة، المحضر، السجل، الوثيقة.¹

- **الصك هو:** جمعه صكوك وصكاك وهو الكتاب الذي نكتب فيه المعاملات وقد قصره بعض الفقهاء على الإقرار الكتابي بوقوع العقد أو التصرف الانفرادي، والصكوك هي أوراق مالية متداولة غرضها الأساسي هو التمويل.

- **الحجة هي:** الغلبة، الدليل والبرهان، ومطلق ما يحتج به عند الخصومة، وذلك لأن الحجة مشتقة من الحج، والذي هو القصد، وحينئذ تكون الحجة أقرب للوسيلة منها إلى الغاية فالغاية هي الغلبة والوسيلة هي البرهان والدليل.²

- **المحضر هو:** الذي يكتب فيه القاضي دعوى الخصمين مفصلا ويتضمن عادة الوقائع وكلام الخصوم وحججهم، ولا يحكم بما ثبت فيه، وأماك يكتبه للتذكر.

- **الحجة اصطلاحاً هي:** الكتابة التي تبين الواقعة وتتضمن علامة القاضي في أعلاها وخط الشاهدين في أسفلها وتعطى للخصوم.

- **السجل لغة هو:** الكتاب ويدون فيه ما يراد حفظه، يقال سجل القاضي قضي وحكم وأثبت حكمه في سجله.

- **السجل اصطلاحاً هو:** الكتاب الذي يدون فيه القاضي حكمه (كتاب الحكم).

- أما الوثيقة فهي تشمل الحجة والمحضر والسجل.³

¹ عبد الله أحمد فروان، المحررات وحجيتها في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مجلة الدراسة الاجتماعية، العدد 12، يوليو، ديسمبر 2001، ص 141.

² الشيخ محمد الصلقور، المعجم الأصولي، ج2، الهدى للدراسات الإسلامية، 2005، بدون بلد نشر، ص. 281 .

³ عبد الله أحمد فروان، المرجع السابق، ص142.

ثانيا/ تعريف المحرر العرفي لدى فقهاء القانون

عرف الفقه المحرر العرفي اعتمادا على القائم بتحريره على أنه: "سند معد للإثبات يتولى تحريره وتوقيعه أشخاص عاديون بدون تدخل لموظف"¹. ورغم اختلاف التعاريف التي جاء بها الفقهاء للمحرر العرفي، إلا أن التباين في أغلبيته ليس إلا لفظي مع توافق المعنى، وكل هاته التعاريف تنتهي إلى أن القصد من المحرر العرفي هو: "سند أو ورقة يعدها ويوقعها الأطراف دون تدخل الموظف العام أو السلطة العامة، وقد تكون مقدما كدليل للإثبات وقد لا تكون كذلك".

يعرف الدكتور محمد حسين منصور بأنها: "المحررات العرفية تلك الصادرة من الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف رسمي أو شخص مكلف بخدمة عامة، فالمحرر العرفي هو محرر غير رسمي، ولا تحيط به الضمانات التي تحيط بالمحررات الرسمية"². وعرفها الدكتور محمد زهدور بأنها: "الأوراق التي تصدر بمعرفة أفراد عاديين، ولا يتدخل أي موظف أو مكلف بخدمة عامة أو ضابط عمومي (موثق) في تحريرها"³. أما الدكتور عباس العبودي فيعرف المحرر العرفي بأنه: "يقصد بالسند العادي، الكتابة التي يوقعها شخص بشأن تصرف قانوني ودون أن يتدخل موظف عام، ولا يستلزم القانون أي شكل معين في إعداده، ولهذا سمي بالسند العادي لأن العادة والعرف جرت على جعل العقود أن تكون خاضعة في الأصل إلى أصول تقليدية وأن الأفراد العاديين هم الذين يتولون صياغتها وإعدادها، ودون تدخل لأي موظف رسمي في ذلك"⁴.

إن أول ما يلاحظ على هاته التعاريف أن فقهاء القانون اختلفوا في تسميتهم للمحرر العرفي، فاستعملوا السند أو الورقة العرفية أحيانا، وأحيانا أخرى مصطلح المحرر العرفي

¹ يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة تطبيقية ونظرية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982، ص 62.

² حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002، ص 17.

³ محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، طبعة 1991، ص 33.

⁴ عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 134.

واستعمل آخرون مصطلح السند العادي، إلا أنه يبقى الاختلاف منحصراً في استعمالهم للتسميات فقط، أما المعني فإنه وباستقراءنا لها فإنها تؤدي نفس المعنى.

الفرع الثالث: تعريف المحرر العرفي في القانون الوضعي

التشريعات الوضعية هي الأخرى قد نظمت المحررات العرفية ووضعت لها تعريفات أردنا أن نعرض على بعض منها، فنجد أن المشرع الأردني قد عرف المحرر العرفي في نص المادة العاشرة من قانون البيانات الأردني بأنه: "المحرر الذي يصدر من الأفراد دون أن يتدخل الموظف العام في تحريره".¹

أما المشرع الفلسطيني فقد عرفها وفقاً لنص المادة 15 من قانون البيانات الفلسطيني: "المحرر الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه أو بصمته ولا تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 09 من هذا القانون"²، ولإشارة فإن المادة 09 من قانون البيانات الفلسطيني قد نصت على الشروط التي تتوفر في السند الرسمي.

ويعرف العقد العرفي حسب التشريع الفرنسي في نص المادة 1325 قانون مدني فرنسي بأنه: "العقد الذي يحوي على اتفاقات ملزمة لجانبيين على أن هذه العقود غير صالحة إلا بقدر ما كانت مصنوعة في عدد النسخ ما هناك أطراف لها مصالح منفصلة".

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجده لم يعرف المحرر العرفي صراحة كما سبق الإشارة إليه بل اكتفى بتحديد مدلوله وبيان شروطه وأثار تخلفها وكذا مدى حجيتها القانونية في الإثبات وذلك من خلال المواد 326 مكرر 2 و 327 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2006 محدد له، كما نجده استعمل في تنظيمه للمحرر العرفي مصطلح العقد العرفي وهو الأمر الذي يحسب عليه على عكس التشريعات الأخرى التي استعملت تارة مصطلح السند وأحياناً أخرى مصطلح المحرر، إلا أنه في مقابل ذلك قد عرف العقد الرسمي وذلك في نص المادة 324 من القانون المدني والتي جاء فيها: "العقد الرسمي

¹ القانون رقم 1952/30 المؤرخ في 17/05/1952، المتضمن قانون البيانات الأردني، ج ر، عدد 1108، ص 08.

² القانون رقم 04 لسنة 2001، المؤرخ في 12/05/2001، المضمن قانون البيانات الفلسطيني، ج ر، عدد 38، ص 07.

عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".¹

وبالمعنى المخالف لنص المادة 324 ق م ج فإن المحرر العرفي هو محرر غير رسمي وصادر من طرف الأشخاص غير المذكورين في نص المادة 324 أعلاه، أو صادر من طرف هؤلاء الأشخاص لكن خارج إطار وظيفتهم الرسمية وهذا ما أكدت عليه المادة 326 مكرر 2 ق م ج والتي جاء في مضمونها: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف".²

المطلب الثاني: شروط صحة المحرر العرفي

لقد تولى المشرع الجزائري تبيان الشروط اللازمة لصحة المحرر العرفي المعد للإثبات وهذان الشرطان نستنتجها من استقراء نص المادتين 327 و328 من القانون المدني، وتعد الكتابة أول هذه الشروط والتي بدونها لا يوجد المحرر، أما ثانيهما فهو التوقيع والذي بدونه لا تعتبر الكتابة دليلاً كاملاً للإثبات، وحتى يتسنى لنا الإلمام أكثر بهذه المحررات سنتناول في هذا المطلب فرعين الأول يتعلق بشرط الكتابة والثاني يتعلق بشرط التوقيع.

الفرع الأول: الكتابة

ويقصد بذلك أن نكون بصدد ورقة مكتوبة يدون فيها الواقعة المراد إثباتها³، وكذا الغرض المقصود من تحريرها بصرف النظر عن طبيعته عقد أو تصرفاً بإرادة منفردة، واشتراط المشرع للكتابة في المحرر العرفي لا يقصد به أن توجد كتابة، لأن هذا أمر بديهي إذ بدونها لا يوجد السند ويبقى التصرف القانوني محصوراً بين أطرافه ويصعب في حالة النزاع إقامة الدليل عليه، لأن التوقيع لم يطلب إلا اعتماداً وتثبيتاً لما هو مدون في السند والالتزام بما

¹ الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري ، ج ر ، العدد 78 ، ص 990.

² المادة 326 مكرر 02 من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري ، ج ر ، العدد 78 ، ص 1009.

³ محمد زهدور، المرجع السابق، ص 33.

ورد فيه¹، وليس لازم أن يتولى الأطراف المتعاقدون تحرير السند العرفي بأنفسهم، بل يمكن أن يقوم بتحريرها أي شخص كالكاتب العمومي مثلا، أو الموظف العام في غير هيئته الرسمية.

ولا يشترط القانون في إعداد المحررات العرفية أي شكل معين أو نوع محدد فكل عبارة مكتوبة تؤدي المعنى المراد كافية لتحقيق هذا الشرط سواء كتبت بخط اليد أو على الراقنة أو آلة الطباعة²، كما يمكن أن تكون في شكل استمارة معدة مسبقا، وقد تكون الكتابة باستعمال آلة الطباعة، أو بالآلة الكاتبة أو بالتصوير الشمسي أو بالكربون.

وقد تكون الكتابة بالحروف أو بالأرقام أو بالاختزال أو بالرموز ما دام لها مفتاح خاص معتمد من ذوي الشأن كما لا يلزم توقيع الشهود على المحرر وان جرت العادة على ذلك.³ ولا يشترط في صحة الورقة العرفية كتابة التاريخ أو مكان الإنشاء، إلا في حالات معينة نص عليها القانون ومثال ذلك السفتجة من خلال المادة 390 من القانون التجاري مثلا لكن ورغم أن التاريخ ليس بيان ضروري في مضمون المحرر العرفي إلا أنه يبقى من البيانات الهامة التي قلما يغفله أصحاب الشأن، وإلا يشق عليهم بعد ذلك إثباته، بل إن تاريخ الورقة العرفية لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا، وهذا ما سنراه لاحقا.

وبالنسبة للقواعد الخاصة بتحشير الأوراق الرسمية وتهميشها وتذييلها، لا يمكن أن تنطبق على الورقة العرفية ومنه فان الكلمات المشطوبة في السند لا تعتبر ملغاة، إلا إذا تبين أن التشطيب وقع بصفة تدليسية أو أنه وقع لحادث عارض لا دخل للإرادة فيه، ويتمتع القاضي بسلطة واسعة في تقدير قيمة التهميش والتحشير التي يتضمنها السند العرفي المكتوب وعموما يجب أن تشمل الكتابة على البيانات الجوهرية المعنية بالتصرف الذي أعدت دليلا عليه، فلو كان عقد بيع وجب أن تتضمن الكتابة تحديدا للمبيع والثمن، وفي المقابل فإن إغفال الكتابة

¹ تنص المادة 26 من القانون 02/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 يتضمن تنظيم مهنة التوثيق: "تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان بلغة العربية في نص واحد واضح، تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص.

² يحي بكوش، المرجع السابق، ص 127 .

³ نبيل صقر، مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وحدث تعديلات القانون المدني، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 97.

لأحد البيانات الغير جوهرية لا يؤثر في حجيتها الإثبات، وكما يصح أن تكون باللغة العربية يصح أن تكون بغيرها عكس الورقة الرسمية والتي يشترط فيها أن تحرر باللغة العربية.¹ وهناك بعض القوانين الوضعية الأخرى تشترط في الورقة العرفية استثناء وبخصوص شرط الكتابة بعض الشروط ومنها على سبيل المثال ما تنص عليه المادتين 146 و 147 من قانون البيئات اللبناني والتي يلزم القانون من خلالهما أن يحزر العقد العرفي بعدد من النسخ الأصلية بعدد مساوي لعدد المتعاقدين ذوي المصالح المتعارضة كالبائع والمشتري، والمؤجر والمستأجر²، على أن القانون ومن خلال نفس المواد المذكورة أعلاه فإنه يبين الجزاء المترتب على عدم احترام شرط تعدد النسخ حيث أنه إذا لم تراعى هذه القاعدة لا يعد السند إلا بمثابة بيئة خطية على قيام العقد، بمعنى في حالة عدم احترام قاعدة تعدد النسخ بعدد مساوي للأطراف المتعاقدة يصبح السند عديم القيمة ويصبح مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة يجب إكماله بالشهادة والقرائن.

وقد نص على هذا الاستثناء أيضا المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1325 الفقرة الأولى من القانون المدني الفرنسي على الأطراف أن يحزروا العقد العرفي بقدر عدد الأطراف، فإذا كان العقد بيعا مثلا وكان البائع والمشتري شخصا واحدا فإنه يجب أن يكتب من عقد البيع نسختان، إحداهما للبائع والأخرى للمشتري أي أن تعدد النسخ يكون في حالة تعارض المصالح بين الأطراف، فإذا لم تتعارض المصالح في الجانب الواحد لا تتعدد نسخ هذا المحرر، وحسب نفس المادة السابقة الذكر فإنه في حالة تخلف هذا الشرط فإن الجزاء المقرر لهاته الورقة هو بطلانها كدليل للإثبات، لكن العقد الملزم لجانبين يبقى قائما، ويجوز إثباته بطرق أخرى غير الكتابة، وأخيرا يمكن تفادي شرط تعدد النسخ بكتابة نسخة واحدة وإيداعها عند أمين يحفظها لحساب الجميع.³

¹ القانون 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر، العدد 14، ص 15.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الالتزام - بدون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر، ص 182.

³ نعيمة حاجي، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2002، ص

الفرع الثاني: التوقيع

التوقيع هو شرط أساسي وجوهري لوجود المحرر العرفي¹، لأنه هو الذي ينسب ما دون في المحرر إلى صاحب التوقيع وهو الذي يعطي له قوته في الإثبات، إذ لا يمكن أن تكون الكتابة وحدها مقوماً يجعل منها دليلاً للإثبات إلا إذا كانت موقعة وعليه ففي غياب التوقيع يفقد السند حجبيته وقيمته في الإثبات.

وتظهر أهمية التوقيع في المكانة التي يحتلها فيما يتعلق الاعتراف بالحجية للسند العرفي وإجماع القضاء على اعتباره الشرط الوحيد والجوهرى لصحة هاته الورقة، وسنتناول هذا الفرع في نقطتين أساسيتين، أولاً المقصود بالتوقيع، وثانياً أثر تخلف شرط التوقيع.

أولاً/ المقصود بالتوقيع

لا يوجد تعريف قانوني للتوقيع ولكن عرف بأنه: "علامة أو إشارة وبيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص على استعماله للتعبير عن موافقته على عمل أو على تصرف قانوني بعينه".² يلاحظ أن التوقيع يشمل عنصرين اثنين: عنصر مادي وعنصر معنوي، يتمثل العنصر المادي في التوقيع ذاته باعتباره عملاً مادياً ظاهراً، ويعني هذا العنصر أن الموقع قد حضر فعلاً المجلس الذي تم فيه التوقيع، أما العنصر المعنوي، فيتمثل في اتفاق إرادة الموقع ورضاه مع محتويات المحرر والعنصر الأخير هو الذي يدل على نية التعاقد لدى الموقع، ولكن لا يختلط بها، فالنية سابقة على التوقيع وهذه النية قد وجدت عند حدوث اتفاق بين إرادة المتعاقدين وموافقتهم على التعاقد قبل توقيع المحرر.³

والتوقيع له صور عديدة، فإما أن يتم بخط اليد، وإما أن يتم ببصمة الأصبع كما يمكن أن يتم عن طريق الختم ولكل صورة من هذه الصور ما يميزها:

1- التوقيع بالإمضاء الكتابي (الإمضاء الخطي):

يقصد بالإمضاء الكتابي كل إشارة أو اصطلاح خطي يختاره الشخص لنفسه بمحض إرادته للتعبير عن صدور السند منه وموافقته على ما ورد في هذا السند ومحتوياته⁴، ويكون

¹ المرجع نفسه، ص 143.

² نبيل صقر، مكاري نزيهة، المرجع السابق، ص 99.

³ رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 394.

⁴ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 138.

الإمضاء بكتابة اسم الموقع ولقبه إن وجد، غير انه من الممكن أن يتم التوقيع بالاسم فقط أو باللقب فقط إذا اعتاد الشخص التوقيع به، فالمهم هو دلالة التوقيع على شخص صاحبه مما يعني صدور التوقيع منه شخصيا.¹

يصح التوقيع بعلامة رمزية أو باختصار بحيث يتكون التوقيع من الأحرف الأولى للاسم واللقب أو باسم الشهرة، فالمهم أن يكون التوقيع صادرا عن الشخص نفسه المنسوب إليه المحرر وإذا حدث وكان هذا الشخص لا يستطيع التوقيع لسبب أو لآخر فيمكن لغيره أن يساعده في ذلك بإسناده يده مثلا ن ولكن دون أن يوجه حركة يده أو أن يضغط عليها وإذا حدث ذلك عد توقيعه باطلا.²

في العقود الملزمة لجانبين يجب أن يكون التوقيع صادرا من الطرفين معا، أما في العقود الملزمة لجانب واحد يكفي بتوقيع الملتزم فقط، كتوقيع المدين على سند الاعتراف بالدين وتوقيع الدائن على سند المخالصة³، أي أن التوقيع بالإمضاء يجبان يكون صادرا من قبل الملتزم بمضمون السند شخصيا وعليه فان السند ليس له أي قيمة قانونية إذا كان يحمل توقيع شخص غير ملتزم به حتى وان كان هذا الشخص هو الوكيل عن المعني بالسند حيث أنه لا يمكن له أن يوقع باسم هذا الأخير بل عليه أن يوقع باسمه الشخصي مع ذكر صفته كوكيل.

إذا تكون المحرر العرفي من عدة أوراق، لزم توقيع كل ورقة منها فلا يكفي توقيع الورقة الأخيرة وإذا تعدد الأطراف في المحرر العرفي، الذي يتخذ شكل العقد، وجب لن يوقعوا جميعا عليه ولكن ليس بل لازم أن يتم التوقيع منهم جميعا فيوقت واحد بل من الجائز أن يوقع طرف بعد الآخر، وحيث لا يكتمل العقد إلا بتوقيعهم جميعا، أما من لم يوقع المحرر فلا يحتج به عليه حتى ولو ذكر لسمه فيه ولكن من وقع المحرر في هذه الحالة لا يرتبط به طالما لم يحصل توقيع الطرف الآخر إذا كان المحرر يشمل تصرفا قانونيا بإرادتين.⁴

¹ نبيل صقر، مكاري نزيهة، المرجع السابق، ص 99.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 138.

³ محمد زهدور، المرجع السابق، ص 33.

⁴ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 393.

1- التوقيع بالختم أو ببصمة الأصبع:

مما تجدر ملاحظته أن المشرع وفي تعديله لنص المادة 327 من القانون المدني تطرق إلى التوقيع ببصمة الأصبع واعتد بها خلافا لما كانت عليه في السابق وهو أمر اقتضته الضرورة.

إن جواز الإمضاء بالختم أو ببصمة الأصبع هو أمر اقتضته الضرورة وذلك راجع إلى انتشار الأمية في المجتمع، وعجز هذه الفئة على التوقيع بالإمضاء الخطي وهو ما جعل التوقيع بهاتان الصورتان البديل لا يحسنون التوقيع بالإمضاء الخطي هذا ويشترط في التوقيع بالختم أن تكون بصمة الختم واضحة مقروءة، كما يجب أن يتم التوقيع به عن طريق صاحبه أو على الأقل في حضوره وبرضاه، ويرى أغلب الفقه أن التوقيع بالختم له مضار كثيرة بوصفه مستقلا عن صاحبه إذ يسهل تقليده وتزويره، وقد يكون معرضا لأن يستعمله أشخاص آخرون ضد مصلحة صاحبه في حالة ضياعه أو سرقة وشاع التوقيع بواسطة الختم في المعاملات التجارية خاصة، أما الإمضاء ببصمة الأصبع فأكثر دقة¹، حيث أنه وبالعكس الختم الذي لا يلزم صاحبه وهو معرض للسرقة والفقدان فإن البصمة قد أثبت العلم عدم تشابه بصمات الأصابع بين الأفراد²، لذا فإن التوقيع ببصمة الإبهام لا يزال تقره غالبية القوانين.

2- التوقيع على بياض:

يجوز أن يوقع الشخص على ورقة بياض ويسلمها للدائن ليدون فيها ما تم الاتفاق عليه وهذا يحدث عامة عندما تكون الثقة كبيرة بين الطرفين وهذا ما يحدث كثيرا في الشيكات، وتجدر الإشارة هنا إلى أن حجية البيانات المكتوبة بعد التوقيع هي نفس الحجية التي تعطى لتلك البيانات أو أنها كتبت قبله بمعنى أن التوقيع على بياض صحيح ويكسب البيانات الواردة فوقه حجية السند العرفي سواء كتبت قبل التوقيع أو بعده، فالمهم أن من يوقع الورقة بخطه يقصد أن يرتبط توقيعه بالبيانات الواردة بالسند على أن يحرص محرر الورقة الموقعة على

¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الجزء الأول، دار الكتاب الحديث، الطبعة الخامسة، بدون بلد النشر، بدون سنة النشر، ص 129.

² عباس العبودي، المرجع السابق، ص 139

ببإض أن يراعي الأمانة في تحريره لها وان يتقيد بالبيانات المتفق عليها وإلا عوقب جزائياً، ونظراً لكون هذه الطريقة محفوفة بالمخاطر فقد خص المشرع عقوبة خيانة الأمانة على كل من أوتمن على ورقة موقعة على بياض وخان أمانتها حيث جاء في نص المادة 381 من الأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم: "كل من أوتمن على ورقة موقعة على بياض وخان أمانتها بان حرر عليها زورا التزاماً أو إبراء منه، أو أي تصرف آخر يمكن أن يعرض شخص الموقع أو ذمته المالية للضرر يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 1000 إلى 50000 دج، ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة من سنة على الأقل إلى 5 سنوات على الأكثر، وفي الحالة التي لا تكون الورقة الموقعة على بياض قد عهد بها إليه فتتخذ ضده الإجراءات الجزائية بوصفه مزوراً ويعاقب بهذا الوصف"، ولما كان تسليم ورقة موقعة على بياض واقعة مادية فإنه يصح إثباتها بجميع طرق الإثبات.¹

ويقع على المدين -الذي وقع على بياض- عبء إثبات أن ما جاء في المحرر يخالف ما اتفق عليه وفقاً للقواعد العامة في الإثبات والتي تقضي بأنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، ما لم يكن هناك غش أو احتيال فحينئذ يجوز الإثبات بكافة الطرق، وإذا ما تمكن المدين من إثبات ذلك سقطت حجية المحرر وأصبح باطلاً.²

أما إذا كان من تسلم الورقة الموقعة على بياض قد تعامل مع الغير بناءً على ما دون في هذه الورقة وكان هذا الغير حسن النية فإن إثبات عدم مطابقتها للاتفاق لا يبيري المدين من التزامه قبل هذا الغير وليس للمدين إلا أن يرجع على من خانته بكتابة بيانات مخالفة للاتفاق.³ ولكن إذا كان التوقيع على بياض ذاته قد تم الحصول عليه من غير علم صاحب التوقيع أي قد حصل عليه خلسة كان التوقيع نفسه غير صحيح وكانت الورقة باطلة ويعاقب

¹ نبيل إبراهيم سعد، همام محمد زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دون طبعة، دار الجامعة الحديثة للنشر، مصر، 2001، ص 163

² محمد حسين قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 163

³ صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2005، ص 71.

المختلس عن جريمة التزوير¹، وقد نصت المادة 220 من الأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات " كل شخص ارتكب تزويرا بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة 216 في محررات عرفية أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دينار، ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة من سنة إلى خمس سنوات على الأكثر" ولصاحب التوقيع أن يثبت هذا الاختلاس بجميع طرق الإثبات، وإذا ثبت ذلك فقدت الورقة حجيتها حتى في مواجهة الغير حسن النية.

- موقف المشرع الجزائري من أشكال التوقيع:

جاء في نص المادة 327 من القانون المدني الجزائري: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه أو كتبه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه..... ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه"²، وعليه فإن المشرع الجزائري يعترف سابقا ولفترة طويلة من الزمن فقط بالتوقيع الخطي دون الاعتراف بالبصمة ليتراجع عن موقفه في التعديل الأخير للقانون المدني باعتبارها الصورة الأكثر ضمانا والناجع في التوقيع وكذا من حيث سهولة إثباتها.

كما أن المشرع الجزائري وكغالبية للتشريعات الوضعية يعترف بحجية التوقيع الالكتروني وذلك بشروط وضوابط سيأتي تفصيلها لاحقا.

ثانيا/ أثر تخلف شرط التوقيع

التوقيع هو الشكلية الأساسية والشرط الجوهرى لصحة المحرر العرفي وهو الوسيلة الوحيدة لصحة البيانات الواردة فيه، وهو وحده الذي يدل على وجود الرضا الضروري لإنشاء أي تصرف وعلى توافق إرادة الموقعين على مضمونه، وبدونه لكن قد يحدث أن يعد الأطراف محررا ليس هناك ما يدل على وقوع التراضي، ومن ثم فإن الورقة تعتبر باطلة بدون التوقيع عليها ومع ذلك فليس من السهل القول بان الورقة العرفية تفقد كل قيمة لها إذا لم تكن موقعة

¹ الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم ، ج ر ، العدد 49 ، ص 702

² القانون 10/05 المؤرخ في 20/07/2005 المتضمن القانون المدني ، ج ر ، العدد 44 ، ص 17.

وهذا لأن التوقيع ليس إلا مجرد قرينة على وجود التصرف القانوني بحيث يمكن إثبات هذا التصرف بوسائل أخرى غير التوقيع.¹

وعندما تكون الورقة العرفية منشأة لالتزام من عدة جوانب كالعقود التي تحوي التزامات تبادلية ويوقع كل طرف على نسخة من العقد ويسلمها الطرف الآخر بحيث يكون لكل طرف نسخة من العقد موقعة من طرف المتعاقد الآخر ومثل هذا المحرر الموقع بهذه الطريقة يتمتع بقوة المحرر العرفي الموقع وذلك لان حيازة المحرر من قبل هذا الطرف المتعاقد والتمسك به بمحض إرادته يؤكدان موافقة هذا الطرف على مضمون المحرر بالرغم من أنه لم يوقع النسخة التي حازها²، وعليه فإنه بإمكان القاضي أن يعتبر الورقة حجة بالنسبة للجميع.

أما إذا كانت الورقة منشأة للالتزام من جانب واحد، فإن التوقيع اللازم لصحة المحرر العرفي هو توقيع هذا الملتزم لوحده³، الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات منها: القرار المؤرخ في 1987/12/07 ملف رقم 45658 المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الرابع، الصفحة 61.

كذلك إذا قام الشخص بتحرير الورقة بخطه الأصلي وصاغها بنفسه ولم يوقعها فإنه يمكن للقاضي في هذه الحالة أن يستخلص من الورقة العرفية الغير موقعة مبدأ ثبوت بالكتابة أما إذا كتب بخط غير المتعاقدين فلا يجوز اعتباره كذلك، وبشكل عام إذا توافرت هذه الشروط في المحرر العرفي واشتمل على توقيع الأطراف كانت له الحجية في إثبات التصرف القانوني المبرم بينهما.

عندما تكون الورقة مشتملة على التزامات ذات طابع تضامني كالكفالة مثلا ووقع عليها بعض المتضامنين دون البعض الآخر فإن توقيع هؤلاء المتضامنين دون البعض الآخر لا يشكل أية حجة على الذين لم يوقعوا على الورقة العرفية، أما إذا تبين للقاضي من ظروف الدعوى أن عدم توقيع بعض الأطراف ليس امتناعا على موافقتهم على مضمونها أو أن ظروفها خاصة منعتهم من توقيعها، فإنه بإمكان القاضي أن يعتبر الورقة حجة على الجميع.⁴

¹ يحي بكوش، المرجع السابق، ص 133 - 134.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 400.

³ بكوش يحي، المرجع السابق، ص 143.

⁴ يحي بكوش، المرجع السابق، ص 134.

هذا وقد استقر القضاء الفرنسي على أن الورقة تعتبر باطلة بالنسبة للأطراف الذين رفضوا التوقيع عليها وبالنسبة للذين وقعوا عليها على حد سواء¹ كما قضي كذلك بان الورقة العرفية التي تثبت اتفاق على قسمة ولم توقع من طرف جميع المقتسمين تعتبر باطلة.

المبحث الثاني: المحررات الالكترونية

أدى ازدياد التطور العلمي وظهور الحاسب الآلي وشبكة الانترنت إلى ظهور نوع جديد من المحررات يختلف عن المحررات الورقية التقليدية من حيث إعدادها وتوقيعها ومن حيث الدعامة التي يرتكز عليها وهذا النوع هو ما يصطلح على تسمية المحررات الالكترونية. والمشرع الجزائري ومحاولة منه مواكبة هذا التطور اقر بهذا النوع من المحررات وجعل منها وسيلة من وسائل الإثبات التي لها حجيتها وقوتها الثبوتية في المجال القانوني وذلك من خلال تنظيم أساليب المعاملات الإلكترونية وإيجاد البيئة التشريعية الملائمة التي تعنى بالأساسيات كما تعنى بالتفاصيل القانونية التي قد تنشأ في أحوال الخلاف وتثير جدلا فقهيًا وقضائيا واسعا. وإذا كان المحرر الورقي يتشكل من كتابة تحدد مضمونه وتوقيع يقيد نسبة هذا المحرر إلى شخص معين هو الموقع ويتخذ من الورق والكتابة دعامة تقليدية له، فإن المحرر الورقي من حيث الدعامة والكتابة طريقة وشكلا، فضلا عن اختلاف التوقيع الالكتروني عن التوقيع التقليدي.

وليس من السهل الإحاطة بهذا النوع من المحررات وذلك لأنه يثير من التساؤلات كما ويستلزم دراسة عدة نقاط وجوانب، لكن ما يهمنا وما ركزنا عليه في هذا البحث هو معرفة المقصود من هذا المفهوم الجديد والطارئ في نظام الإثبات، ومعرفة الشروط التي يجب توافرها للاعتداد به، لذلك ارتأينا أن نخصص هذا المبحث للتعريف به وتبيان أهم أحكامه القانونية.

¹ المرجع نفسه، ص 135.

المطلب الأول: مفهوم المحرر الإلكتروني

رأينا فيما سبق أن الكتابة تعد أهم أدلة الإثبات على الإطلاق باعتبارها تعد مسبقاً، أي عند حدوث الواقعة وقبل نشوب النزاع، وبذلك يكون الدليل الكتابي قريباً من الحقيقة بعيداً عن الخطأ أو الكذب أو النسيان.

ولأن الأدلة الورقية التقليدية أصبحت لا تواكب التطورات الحاصلة في عالم التكنولوجيا، انتشرت المحررات الإلكترونية بشكل كبير استدعى تنظيمها ووضع أحكام خاصة بها، لذلك سنحاول التعرف بالمحرر الإلكتروني من خلال التطرق أولاً للكتابة الإلكترونية وذلك في الفرع الأول، ثم التعرف بالمحرر الإلكتروني في الفرع الثاني، لنخصص الفرع الثالث لتطرق إلى بعض صور المحررات الإلكترونية.

الفرع الأول: تعريف الكتابة

قبل التعريف بالكتابة الإلكترونية سنتناول أولاً مفهوم الكتابة التقليدية والشروط الواجب توافرها بها، ثم نحاول إسقاط هذا التعريف على الكتابة الإلكترونية لمعرفة مدى احتواء التعريف لها مبينين الفرق بينهما وهذا سنراه على النحو التالي:

أولاً / التعريف بالكتابة

- **الكتابة لغة هي:** من الفعل كتب، أي كتبه كتباً، وكتاباً، بمعنى خطة، وكتبه، واستكتبه، استملاه.¹

- **أما اصطلاحاً فتعرف الكتابة بأنها:** "الكتابة عموماً تعني أية رموز تعبر عن الفكر والقول دون اشتراط استنادها لوسيط معين، فقد يكون ورق أو حجر أو خشب أو جلد أو أية وسيط آخر قادر على نقل رموزها، كما يمكن أن تتم بأية وسيلة وبأية لغة سواء كانت محلية أو أجنبية أو حتى بالرموز المختصرة مادامت مفهومة من الطرفين كما قد تكون بخط الموقع على ورقة أو بخط يده".²

¹ الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، ليبيا، ص 522.

² حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي المبرم عبر الانترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص 234 .

- كما يمكن تعريف الكتابة على أنها: "هي الكتابة التي تتم على دعامة من الورق.... بخط اليد أو بآلة من آلات الكتابة وطبعت على الورق وقعت من ذوي الشأن".¹

المشعر الجزائري هو الأخر عرف لنا الكتابة وذلك في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"²، وعليه فإننا نجد أن المشعر الجزائري يأخذ بالكتابة كدليل لإثبات التصرفات القانونية مهما كان المحتوى والتركيب الذي تتشكل منه ومهما كانت الدعامة التي تتضمنها وكذا الطريقة التي يتم بها إرسالها، بشرط أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط، أهم هذه الشروط هي:

- يجب أن يكون المحرر الكتابي مقروءا حتى يتم الاحتجاج به في مواجهة الآخرين بمعنى أن يكون مدونا بحروف، أو رموز معروفة ومفهومة لدى الشخص الآخر.

- يجب أن يتم تدوينها على دليل يضمن ثباتها بشكل مستمر ويستطيع أصحاب الشأن الرجوع إليها إذا لزم الأمر³، وهذا الشرط يجربنا إلى شرط آخر يلزمه وهو شرط الثبات وعدم القابلية للتعديل، فحتى يتم إسباغ الحجية على المحرر الكتابي يجب أن لا يكون قابل للتعديل والتغيير في مضمونه، وأن أي تعديل عليه لا يتم إلا بإتلافه أو يترك أثرا واضحا عليه، وهذا الشرط يضيف الثقة على الدليل الكتابي للاعتماد عليه ومنحه الحجية القانونية، فالعيوب المادية تؤثر على قوة المحرر في الإثبات، ومؤدى ذلك إنقاصها أو إسقاطها بحسب الأحوال ويفهم من هذان خاصية استمرارية الكتابة غير مضمونة في المحررات الالكترونية وذلك في السندات المستخدمة في التعاقد عبر الانترنت وذلك بسبب التكوين المادي والكيميائي للشرائح المغنطة وأقراص التسجيل التي تتصف بدرجة عالية من الحساسية تؤدي إلى تلفها إذا تغيرت قوة التيار الكهربائي أو تغيرت درجة تخزين هذه الوسائط مما يفقدها القدرة على الاحتفاظ بتلك المعلومات المكتوبة الكترونيا واستمرارها، ولتجنب ذلك قد تم التغلب على هذه المساوئ للكتابة الالكترونية

¹ حسن عبد الحميد إبراهيم البيه، الإثبات في المواد المدنية والتجارية وفقا لقانون الإثبات وقانون التوقيع الالكتروني، مدونة العلم القانونية، 2007، ص 16.

² المادة 323 مكرر من الأمر 75/58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، وهذه المادة جديدة قد أضافها المشعر بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في: 2005/06/20، ج ر ، عدد 44 ، ص 17.

³ يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص 72 .

عن طريق الأجهزة المتطورة ذات القدرة على حفظ المعلومات واستمرارها بدرجة كبيرة وهذا ما يؤدي إلى تحقيق هذا الشرط في السندات الالكترونية ويوفر لها عنصري الاستمرار والثبات، ويفهم من هذا أن المحرر الكتابي لا يجب إطلاقاً أن يكون قابل للتعديل أو الإضافة وتقدر قيمته في الإثبات تبعاً لذلك.¹

ثانياً/ تعريف الكتابة الالكترونية

أقر المشرع بكل كتابة تؤدي المعنى وبدون أن يحصرها في شكل معين وذلك من خلال نص المادة 323 مكرر السابقة الذكر وعليه فإنه يعتد بالكتابة الالكترونية كطريق للإثبات، وهذا ما يفهم من قوله مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها (ورقية أم الكترونية) وكذا طرق إرسالها، وهذا النص جاء عام ومطبق على جميع أنواع الكتابات ولم يعرف لنا الكتابة الالكترونية وذلك على عكس ما فعلته أغلب التشريعات الوطنية التي تولت تنظيم هذا النوع من الكتابات، وإذا أخذنا نص المادة 323 مكرر كأساس لتعريف الكتابة الالكترونية فهي وفق هذه المادة ذلك التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم وتكون مكتوبة على دعامة الكترونية ومرسلة الكترونياً.

جاء في القانونين النموذجيين للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (الاونسيترال)²، بصدد تعريف المصطلحات: "رسالة البيانات تعني المعلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر التبادل للبيانات أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"، والبيانات هي معلومة الكترونية يمكن من خلالها الوصول إلى نتائج معددة، فهي عبارة عن كلمات أو أرقام أو رموز أو حقائق أو إحصائيات منفصلة عن بعضها لكن بمجرد وضعها في منظومة معينة يمكن معالجتها آلياً وتوصل إلى إعطاء النتائج أو المعلومات التي يستفاد منها وهذه البيانات هي التي تشكل لنا الكتابة في لغة الكمبيوتر.

¹ المرجع نفسه، ص 72-74.

² القانون الأول: قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية والمعتمد رسمياً من قبل اللجنة العامة للأمم المتحدة بموجب القرار 162/51 الصادر في: 1996/12/16، ص 03.

ومنه فإن القوانين النموذجية للجنة الأمم المتحدة قد أعطت مفهوم واسع للكتابة الالكترونية في تعريفها بأنها البيانات التي تنشأ وتخزن وترسل وتسترجع الكترونياً وعليه فلم يشترط القانون النموذجي شكلاً ولا لغة معينة ولم يربطها بالدعامة التي تنشأ أو تخزن أو ترسل أو تستقبل منها¹، واشترط فقط أن تعطي النتيجة أو المعلومة المنتظرة منها حين وضعها في نظام متفق عليه.²

وفي التشريعات المصرية عرفت المادة الأولى الفقرة "أ" من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 الكتابة الالكترونية بقولها: " يقصد بالكتابة الالكترونية: كل حروف وأرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو صوتية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك".

وعليه يتضح، المشرع المصري قد تناول الكتابة الالكترونية من خلال تبيان العناصر التي تتكون منها أولاً ثم الدعامة التي تقوم عليها هاته الكتابة مع اشتراط قابلية هذه الكتابة للإدراك، كما أعطى المشرع المصري للكتابة الالكترونية والمحركات كذلك ذات القوة الثبوتية التي أعطاها للمحركات والسندات الورقية.³

الفرع الثاني: تعريف المحرر الالكتروني

بظهور الكتابة الالكترونية ظهرت المحركات الالكترونية، هاته الأخيرة والتي تعد مفهوماً جديداً وطارئاً على الأنظمة القانونية النافذة يصعب تصنيفها ضمن الأدلة والسندات الكتابية بحكم أنها تقوم على دعامة ذات طبيعة الكترونية في حين أن الكتابة عادة تكون متضمنة على دعامة تقليدية ورقية أما مضمون المحرر الالكتروني فلا يمكن الاطلاع عليه ولا معرفة مضمونه إلا باستعمال الأجهزة الالكترونية.

وقد جاء في الفقرة "ب" من المادة الأولى من القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بالتوقيع الالكتروني: "إن المحرر الالكتروني هو رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة الكترونية أو رقمية أو صوتية أو

¹ خميسة كميني، منصور عز الدين، الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2005/2008، ص 4-5.

² المادة 15 من القانون رقم 15 لسنة 2004: للكتابة الالكترونية والمحركات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ص 06.

³ حسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 197.

بأية وسيلة أخرى مشابهة" ثم أعادت المادة الأولى الفقرة الثالثة من اللائحة التنفيذية لهذا القانون نفس التعريف حرفياً.¹

وما يلاحظ على المشرع الفرنسي في التعديل التشريعي الجديد أنه لم يضع تعريفاً مستقلاً للمحرر العرفي وإنما أورد تعريفاً للدليل الكتابي بصفة عامة، فقد اكتفى المشرع الفرنسي بتعديل نصوص قانون الإثبات وقانون المرافعات دون أن يصدر تشريعاً مستقلاً في هذا الشأن وقد جاءت صياغة المشرع الفرنسي لتعريف الدليل الكتابي بطريقة تتصرف إلى مفهوم المحرر التقليدي الذي دعامة من الورق، كما تتصرف إلى مفهوم المحرر الإلكتروني حيث استخدم الدليل الكتابي أياً كانت دعامة الأمر الذي يفيد مواكبة النص للتطور التكنولوجي.²

ما سبق يمكن تعريف المحررات الإلكترونية بأنها: "البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها من خلال المراسلات التي تتم بين طرفي العلاقة بوسائل إلكترونية سواء أكانت من خلال شبكة الانترنت أو من خلال الأقراص الصلبة أو شاشات الحاسب الآلي أو أية وسيلة إلكترونية أخرى لتوصيل المعلومة بينهما أو إثبات حق أو القيام بعمل، فهي الوسيلة التي من خلالها يتمكن المتلاقون عبر الانترنت، من توصيل المعلومة لبعضهم البعض".³

هذا وقد عرفت إحدى المجالات القانونية المحررات العرفية بأنها: "المحررات الإلكترونية هي عبارة عن المعلومات أو البيانات التي يتم إنشاؤها وعالجتها وإرسالها أو تخزينها واسترجاعها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة وسواء أكانت هذه المعلومات المستخدمة لغوية مقروءة أو مسموعة أو منظورة، اشتملت على عقد أو وعد أو عهد أو إعلام أو التزام أو اتفاق أو غير ذلك وسواء تم تبادلها على شكل رقمي أو تماثلي".⁴

وما يجب التوحيه إليه في هذا المقام أنه لا يجب الخلط بين الكتابة التي تعبر عن الفكر والقول، وبين المحرر الذي يعد محل هذا التعبير والذي يعد لدمج أو تخزين أو إرسال أو

¹ المرجع نفسه، ص 199.

² إياد "محمد عارف"، عطا سده، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات "دراسة مقارنة" أطروحة استكمال متطلبات الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص 41.

³ حسني بن محمد المهدي، (القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية)، مجلة البحوث القضائية، العدد السابع، الصادر في 07 يونيو 2007، الجمهورية اليمنية، صنعاء، ص 46.

⁴ حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 239.

استقبال المعلومات والبيانات سواء كان وسيلة ضوئية أو رقمية أو أية وسيلة أخرى تؤدي ذات الغرض.¹

الفرع الثالث: صور المحرر الإلكتروني

تختلف صور المحررات الإلكترونية باختلاف الوسيلة المستعملة في التعاقد وكذا تختلف بحسب الدعامة التي تحفظ عليها البيانات، كما أن هذه الدعامة تتأثر وتتغير بحسب الوسيلة المستخدمة في التعاقد ولأن التكنولوجيا الحديثة لها إفرازاتها الجديدة يوميا فان القول ينطبق على الدعامات الإلكترونية التي لا يمكن الإحاطة بكل أشكالها لذلك سنتناول في هذا الفرع بعض أنواع المحررات الإلكترونية وذلك على النحو التالي:

أولا/ رسائل الفاكس والتلكس

لقد أخذت الرسائل المتبادلة عبر أجهزة الفاكس والتلكس باعا طويلا من النقاش والبحث الفقهي، وذلك لتقدير مدى قبولها كإسناد كافية في إثبات المعاملات الإلكترونية جانب من الفقه يرى بأنها وسيلة لا توفر الأمان الكامل للمتعاقدين من خلالها، وأبدى بعض التحفظ حول مدى حجيتها في الإثبات، غير أن البعض الآخر يرى عدم تمتعها بالحجية القانونية في الإثبات، كونها لا تمكن من التعرف على المرسل ولا على المرسل إليه، وإنها عرضة للعبث والتزوير.²

1- رسائل الفاكس:

الفاكس هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر لدى المستقبل ويلاحظ انه يوجد فارق زمني للرد على المرسل.³

¹ لموم عبد الكريم، الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون التعاوني الدولي، مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 95.

² عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، أطروحة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص 119.

³ برني نذير، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، الجزائر، دفعة 2006/2003، سنة 2006، ص 09.

ويعد التعاقد بواسطة الفاكس تعاقدًا بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد، حيث يكون كل من العاقدين حاضرا من جانب وغائب من جانب آخر، فالموجب حاضرا عند إصداره الإيجاب، ويعد غائبا بعد وصول الإيجاب إلى من وجه إليه الأخير، ويعد الأخير حاضرا في الوقت الذي يكن فيه الموجب غائبا.¹

ولا تعتبر السندات الالكترونية المرسلّة عن طريق الفاكس والتي يتسلمها المرسل إلهي سندات أصلية وإنما هي صور حرفية مستنسخة طباق لأصل السندات المرسلّة والتي تبقى لدى المرسل إذا كان لديه عقد إيجار لجهاز نقل الصورة بالهاتف (الفاكس) أو لدى دائرة البريد التي تحتفظ بأصل السند العادي للمرسل إذا كان السند مرسلا عن طريق البريد الإلكتروني، هذه الخدمة، أي خدمة البريد الإلكتروني عرفن انتشارا واسعا في مختلف مكاتب البريد في العالم²، وبالرجوع إلى غالبية التشريعات العربية نجدتها تعتبر رسائل الفاكس صورة لسند كتابي عادي تركتها مهمشة ولم تعط لها أية حجية معينة في الإثبات، ولم تأخذ هذه التشريعات بالمفهوم المتكور الذي اعتمده الاتفاقيات الدولية المعاصرة ومنها القانون المدني الفرنسي في تعديله الجديد لسنة 2003 والمعدل والمتمم لنص المادة 1316، والذي ساوى فيها بين رسائل الفاكس والرسائل العادية.³

2- رسائل التلكس:

يعتبر التلكس أحد الوسائل الحديثة في الاتصالات، ونادرا ما تخلو مؤسسة أو مكتب تجاري منه فإذا كان الهاتف سيد الاتصالات الحديثة فإن التلكس يعد حاليا سيد الاتصالات في الأعمال التجارية والإدارية⁴، ويتسم التلكس بسمة أساسية كونه يترك أثرا ماديا مكتوبا باستخدام الطابعة التي تحول السند من الطبيعة الالكترونية إلى الطبيعة الورقية⁵، والتلكس هو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة ولا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها.⁶

¹ لعباس العبودي، المرجع السابق، ص 357.

² لموم عبد الكريم، المرجع السابق، ص 54.

³ لموم عبد الكريم، المرجع السابق، ص 56.

⁴ نبيل صقر، مكاري نزيهة، المرجع السابق، ص 260 .

⁵ برني نذير، المرجع السابق، ص 09.

⁶ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 352 .

والتلكس عمله كعمل الفاكس ولكن الفرق بينهما أن التلكس لاسلكي أي يعمل بواسطة صحن مرسل وآخر مستقبل بينما الفاكس فلا بد لكي يعمل من وصله بسلك الهاتف. وتعتبر المرسلات بالتلكس إحدى وسائل الإثبات، ولقد تبنى هذا الاتجاه الكثير من الاتفاقيات الدولية كاتفاقية الأمم المتحدة الموقعة في فيينا بشأن النقل الدولي للبضائع لسنة 1980 من خلال نص المادة 13 من الاتفاقية التي نصت على أنه: "ينصرف مصطلح الكتابة إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس".¹

3- رسائل البريد الإلكتروني:

يعرف البريد الإلكتروني بأنه صندوق بريد شخصي يعمل من خلال شبكة الانترنت بحيث يتيح للمشارك بالخدمة أن يرسل ويستقبل الرسائل من خلال الحاسوب الآلي وذلك بعد أن يقوم الشخص بفتح البريد الخاص به من خلال طباعة اسم المستخدم وكلمة المرور وتعتبر خدمة البريد الإلكتروني أسرع خدمة عرفتها البشرية حتى وقتنا الحاضر فيما يتعلق بتبادل الرسائل حيث يستطيع أي شخص لديه بريد إلكتروني ومن خلال الانترنت أن يرسل ويستقبل الرسائل في غضون ثواني.²

كما يعد البريد الإلكتروني من أحدث طرق تبادل البيانات عن طريق رسائل إلكترونية اصطلح على تسميتها رسائل البيانات والتي تعرف على أنها: "تلك المستندات التي يتم إرسالها أو استلامها نظام اتصالات بريدي إلكتروني وتتضمن ملحوظات مختصرة ذات طابع شكلي حقيقي ويمكنه استصحاب مرفقات به معالجة الكلمات وأية مستندات أخرى يتم إرسالها رفقة الرسالة ذاتها".

ولقد عرف المشرع الجزائري رسالة البيانات في الملحق الوارد في المرسوم التنفيذي رقم 123/01 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية على أنها: "تبادل وقراءة وتخزين معلومات في شكل رسائل بين الموزعات الموجودة

¹ لموم عبد الكريم، المرجع السابق، ص56.

² لما عبد الله صادق سهلب، المرجع السابق، ص09.

في مواقع متباعدة، ويمكن المرسل إليه (أو المرسل إليهم) قراءة الرسالة المبعوثة في وقت حقيقي أو في وقت مؤجل".¹

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني

لا تحوز الكتابة على قوة ثبوتية إلا إذا اقترنت بتوقيع يضي عليها تلك الحجية والأهمية في الإثبات وشرط ضروري لتوثيق أي مستند قانوني إلكتروني كان أو عادي، وقد كان التوقيع التقليدي العادي ولا يزال من الضروريات والحتميات التي تقتضيها المعاملات بين الأفراد وهو الإجراء المستخدم والضروري في جميع المستندات، لكن ومع ظهور الحاسب الآلي واستخدام الأفراد لبطاقات الائتمان ظهر ما يسمى التوقيع الإلكتروني.

ولما كان المحرر الإلكتروني يقوم على دعامة إلكترونية فهذا يؤدي بالضرورة للاعتراف بالتوقيع الإلكتروني، فلا يعقل أن تكون البيانات والمعلومات مدونة ومضمنة على دعامة إلكترونية ويكون التوقيع تقليدياً نولان التوقيع الإلكتروني هو من العناصر المهمة والضرورية للكتابة الإلكترونية حتى لها قوة في الإثبات ارتأينا أن نخصص هذا المطلب للتعريف بهذا النوع من التوقيع مبينين الوظائف التي تنشأ من خلاله ومعرجين على أهم صورته وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني ووظائفه

سنتناول في هذا الفرع أولاً التعريف بالتوقيع الإلكتروني فقهاً وشرعاً، ثم نتناول وظائف التوقيع الإلكتروني ثانياً.

أولاً/ تعريف التوقيع الإلكتروني

سنتناول في هذا العنصر التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني ومن ثم نتناول التعريف القانوني له.

أ- التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني:

يعتبر التوقيع بصفة عامة أهم عنصر في المحرر أو الورقة العرفية، فالتوقيع هو الذي ينسب الورقة إلى من يراد الاحتجاج عليه بها، والتوقيع الإلكتروني هو إجراء معين يقوم به

¹ المرسوم التنفيذي 123/01، المؤرخ في: 2001/05/09، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر الصادرة في: 2001/05/13 عدد 27، ص 13.

الشخص المراد توقيعه على المحرر سواء هذا الإجراء على شكل رقم أو إشارة الكترونية معينة أو شفرة خاصة، المهم أن يحتفظ بالرقم أو الشفرة بشكل امن وسري تمنع استعماله من قبل الغير وتعطي الثقة في أن صدور هذا التوقيع يفيد انه بالفعل صدر من صاحبه.¹

كما يعرفه الدكتور عبد الفتاح البيومي الحجازي بأنه: "التوقيع الإلكتروني هو إتباع لمجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتاح استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام أو الشفرات بقصد إخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة التي نقلت الكترونياً".²

ب/التعريف القانوني للتوقيع الإلكتروني:

جاء تعريف التوقيع الإلكتروني في نص المادة الثانية من قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001 وذلك بصدد تعريف المصطلحات وعرفته المادة بأنه: "التوقيع الإلكتروني: يعني بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها، أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، وليبيان الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

كما أن قانون التوجيه الأوروبي 1993/99 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني والمؤرخ في: 1996/12/13 قد عرف التوقيع الإلكتروني في نص المادة الثانية الفقرة الأولى منه بأنه: "عبارة عن معطيات ذات شكل الكتروني مرتبطة أو مدرجة بمعطيات الكترونية أخرى يمكنها أن تقوم بوظيفة التعريف"، للإشارة فإن التوجيه الأوروبي قد تضمن نوعين من التوقيع وهما التوقيع الإلكتروني العام المقدم بأي طريق أو إجراء الكتروني، والتوقيع الإلكتروني المتقدم أو المؤمن الذي يكون محرراً بشكل يجعل من أي تعديل لاحق عليه يمكن تبيينه بكل سهولة.³

أما المشرع المصري فقد عرف التوقيع الإلكتروني في المادة الأولى من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني بأنه: "ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع وبميزه عن غيره".

¹ مداني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، بدون طبعة، دار الهدى والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 88.

² عبد الفتاح البيومي الحجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، بدون سنة نشر، 2002، ص 72.

³ حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 287.

أما المشرع الفرنسي فقد عرف التوقيع الإلكتروني أثر تعديله لأحكام الإثبات سنة 2000، وقد جاء في نص المادة 1316/4 منه: "التوقيع الذي ينتج عن استخدام أية وسيلة مقبولة موثوق بها لتحديد هوية الموقع وتكفل اتصال التوقيع بالعمل أو المستند المرتبط به".¹

يستفاد من خلال هاته التعريفات القانونية للتوقيع الإلكتروني أن التشريعات الوطنية قد انقسمت في تحديدها لمفهوم التوقيع الإلكتروني حيث ركز البعض منها على شكل التوقيع الإلكتروني بينما ركز البعض الآخر على وظيفته.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فلم يعرف التوقيع الإلكتروني في قانون خاص به، وذلك على عكس ما فعلته غالبية التشريعات الأخرى التي اهتمت به ونظمتها في قانون خاص به، وقد اكتفى نص المادة 327 ق م ج بالاعتراف بالتوقيع الإلكتروني حيث جاء في الفقرة الثانية من نص المادة 327: "ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر أعلاه"، مع العلم أن المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري تشترط في إمكانية التأكد من هوية الشخص الموقع الذي اصدر الكتابة وتشترط حفظ هاته الأخيرة في ظروف تضمن سلامتها، وشرط الحفظ وسلامة المحتوى من أي تعديل أو تغيير تضمنه اليوم برامج الكترونية تعمل على تحويل النص الذي يمكن التعديل فيه إلى صورة ثابتة لا يمكن التدخل فيها ولا تعديلها²، كما أنه لا يعقل أن يستحدث المشرع في القانون المدني نص المادة 323 مكرر ويقر من خلالها بالكتابة في الشكل الإلكتروني ولا يقر بالتوقيع الإلكتروني، كونهما نظامان قانونيان متلازمان يستوجب أحدهما الآخر، وكون كلاهما يتم في الشكل الإلكتروني ويخضعان في إنشائهما إلى قواعد ونظم معلوماتية الكترونية.

ثانيا/ الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني

يشترط في التوقيع الإلكتروني حتى يؤدي دوره في الإثبات ويعتد به أن يتوافر على الشروط الآتية:

أ- أن يكون التوقيع الإلكتروني علامة شخصية ومميزة لصاحبه، بحيث يجب أن يكون هذا التوقيع مرتبطا بشخص صاحبه بدرجة تسمح بتمييزه عن غيره من الأشخاص، ولأن لكل

¹ خميسة كميني، منصور عز الدين، المرجع السابق، ص 15.

² إبراهيم حنان، المرجع السابق، ص 144.

شخص توقيع خاص به بدرجة تسمح بتمييزه عن غيره من الأشخاص، ولأن لكل شخص توقيع خاص به يعتبر التوقيع سواء أكان تقليدياً أو إلكترونياً الدليل القاطع على نية الموقع في إبرام ومباشرة التصرف القانوني كما يرتبط ارتباطاً وثيقاً بشخص الموقع مما يجعل منه حجة على من يقوم به.

ب- أن ينشأ التوقيع بوسائل تقع تحت سيطرة الموقع ورقابته، حيث يجب أن يكون صاحب التوقيع منفرداً بتوقيعه بحيث لا يستطيع أي شخص فك رموز هذا التوقيع الخاص به أو الدخول إليه بغير إذنه، أي أنه يجب أن تكون بيانات إنشاء التوقيع تحت سيطرة الموقع وحده في وقت استعمالها، فالتوقيع الرقمي يتكون من حروف وأرقام لا يمكن لأحد أن يعرفها سواه هو وبالتالي عندما تتحول الحروف إلى أرقام بواسطة رموز فك معينة، فإن الموقع هو الوحيد القادر على استخدام هذه الرموز من أجل الوصول إلى التوقيع.¹

ج- يجب أن يكون التوقيع واضحاً مستمراً حيث يسهل الرجوع إليه طول الفترة اللازمة لاستخدامه في الإثبات.

د- يجب أن يتصل التوقيع اتصالاً مباشراً للمحرر وذلك لتأدية وظيفته في إثبات إقرار الموقع بما ورد في مضمون هذا المحرر، ويتم ذلك بوضوح التوقيع في المستند بحيث يتصل به ولا ينفصل عنه إلا بالتعديل الذي يسهل كشفه بالخبرة الفنية.²

ثالثاً/ وظائف التوقيع الإلكتروني

من خلال التعريف بالتوقيع الإلكتروني يتبين أنه يناط به تحقيق وظيفتين جوهريتين هما في الحقيقة من أهم وظائف التوقيع بشكل عام الكتروني كان أو تقليدي.

1- تحديد هوية صاحب التوقيع:

إن أهم وظيفة يمكن أن يحققها التوقيع لكي يعتد به هو أن يكون علامة مميزة للشخص يمكن من خلالها تحديد هويته تحديداً نافياً للجهالة، والتوقيع الإلكتروني يمكن له تحقيق هاته الغاية سيما في ظل ما يتميز به من قدرة تقنية تعتمد على أرقام سرية خاصة بكل موقع ومدعمة بشهادات مصادقة من قبل جهات تصديق محايدة تشهد عليه وعلى ثبوته لصاحبه أياً كانت الصورة التي يتخذها خاصة مع التوقيع الرقمي المعتمد على تقنيات التشفير، ونفس

¹ إياد "محمد عارف" عطا سده، المرجع السابق، ص 6.

² إياد "محمد عارف" عطا سده، المرجع السابق، ص 6.

الشيء بالنسبة للتوقيع البيومتري المعتمد على تقنيات جد متطورة تفوق حتى الثقة الموضوعية في التوقيع الخطي.¹

وبالرجوع إلى نص المادة 327 ق م ج يتبين انه يشترط لكي يعتد بالمحرر العرفي أن لا ينكره من ينسب إليه، وهذا يعني أن يكون التوقيع الوارد في المحرر العرفي دالا ومحددا لهوية الشخص الصادر منه، كما أن نص المادة 327 ق م ج تعترف بحجية التوقيع وبالتالي عندما تتحول الحروف إلى أرقام بواسطة رموز فك معينة، فإن الموقع هو الوحيد القادر على استخدام هذه الرموز من أجل الوصول إلى التوقيع.²

الإلكتروني وذلك وفق الشروط المذكورة في نص المادة 323 مكرر 01، والتي جاء فيها: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامته".³

وإذا لم يكن التوقيع كاشفا عن هوية صاحبه، ومحددا لذاتيه فانه لا يعتد به، ويقصر عن أداء دوره القانوني في إسباغ الحجية على المحرر، ويظهر ذلك إذا استخدم الشخص في توقيعه كنية هزلية أو تهكمية أو وقع باسم وهمي لا وجود له.⁴

وبالنتيجة نجد أن التوقيع الإلكتروني بصوره المتعددة قادر على تحديد هوية الشخص الموقع إذا كان يتمتع بقدر من الثقة في إجراءات توثيقه واستخدامه في تحديد هوية الموقع.⁵

2- التعبير عن إرادة الموقع بمضمون السند:

التوقيع هو أداة تعكس رضا الموقع بمضمون السند وإقرارا صريحا على موافقته عن إرادته بالموافقة عليه ما لم يذكر ما هو منسوب إليه، والمشرع الجزائري لم يحصر طرق التعبير عن الإرادة وإنما ترك المجال مفتوحا أمام أي طريق أو وسيلة يمكن لها أن تحقق هذه الغاية (التعبير عن الإرادة)، بما في ذلك التوقيع الإلكتروني الذي اعتبره البعض أكفى من التوقيع التقليدي في التعبير عن الإرادة كون هذا الأخير معرض للتزوير كما سنراه لاحقا في الفصل الثاني.

¹ يحي يوسف فلاح حسن، المرجع السابق، ص 83.

² حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 299.

³ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر، العدد 78، ص 1008.

⁴ خميسة كميني، منصر عز الدين، المرجع السابق، ص 19.

⁵ إياد "محمد عارف" عطا سده، المرجع السابق، ص 71.

ففي التوقيع البيومتري مثلا، الموقع لا يضع توقيعه في مجال الصراف الآلي أو الانترنت إلا للدخول لنظام الصراف الآلي والقيام بالعملية المطلوبة وهو بذلك يعبر عن إرادته، كذلك التوقيع بالرقم السري الشخص يقوم بنفس الأمر، فهو عند إدخاله للرقم الرسيل إتمام المعاملة فهو يعبر عن رضاه بإجرائها دون شك أو ريب في ذلك ولا يمكن لأحد أن يعبر عن إرادته عوضا عنه.

أما التوقيع الرقمي المبني على المفتاحين العام والخاص، فقد استحدث أصلا لتوثيق مضمون الإرادة عبر الشبكات المفتوحة لمواجهة الاختراقات والقرصنة التي تؤدي إلى تحريف مضمون الرسالة الحاملة لإرادة الأطراف وهي أفضل وسيلة للتوقيع تضمن سلامة التعبير عن الإرادة وحمايتها.¹

الفرع الثاني: صور التوقيع الالكتروني :

للتوقيع الالكتروني عدة صور نابعة من طبيعته الخاصة، باعتباره يتم عبر وسائل الكترونية حديثة، ومن بين هاته الصور التوقيع الرقمي، والتوقيع البيومتري، والتوقيع باستعمال القلم الالكتروني، وسنتناول باختصار في النقاط الموالية:

أولا/ التوقيع الرقمي

يعد هذا النوع من التوقيع الإلكتروني التقنية الأهم والأكثر شيوعا نظرا لسهولة استخدامها وقلة تكلفتها مقارنة بقرينتها.

والتوقيع الرقمي هو الذي يعتمد أساسا على تحويل الكتابة العادية إلى معادلات خوارزمية باستخدام معادلات خاصة يحوزها فقط صاحب التوقيع مع حمايتها عن طريق التشفير.²

والتشفير ينقسم إلى نوعين: أولهما التشفير المتماثل الذي يقوم على فكرة رقم سري معلوم بين الطرفين، ومثاله التلكس والبطاقات البلاستيكية، فالرقم السري معلوم بين صاحبه والجهاز فقط.

¹ لموم كريم، المرجع السابق، ص 148.

² حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 293.

أما الثاني فهو التشفير الغري متماثل والذي يعتمد على زوج مفاتيح غير متماثل (مفتاح عام ومفتاح خاص)، الأول يكون معلوم لكل والثاني معلوم فقط لصاحبه ويلتزم بالاحتفاظ به سرا ولا يمكن بأي حال معرفة المفتاح الخاص انطلاقاً من المفتاح العام كون ذلك يتطلب وقت طويل لاعتماده على إعداد ضخمة يحصل عليها باستخدام سلسلة من الصيغ الرياضية المطبقة على إعداد أولية، ويقوم الموقع بالخطوات التالية إذا أراد توقيع رسالة البيانات:

1- تحديد الرسالة المراد توقيعها

أ- القيام بفك تشفير المفتاح الخاص عن طريق إدخال الرقم السري الخاص بذلك.

ب- تشفير رسالة المعلومات باستخدام المفتاح الخاص واستخدام برنامج معلوماتي لتقطيع الرسالة وتحويلها إلى رسالة رقمية، وتتحول الرسالة إلى شكل عشوائي ومبعثر يستحيل لأي شخص فهمها أو الحصول على الرسالة الأصلية أو استنتاجها . ولا يستطيع من أرسلت إليه الرسالة قراءتها إلا بفك الشيفرة الخاصة بها عن طريق المفتاح العام لمرسل الرسالة الذي يقوم بإرساله إلى مستلم الرسالة.¹

ثانياً: التوقيع البيومتري

وهي التسمية المستمدة من كون هذا التوقيع يعتمد على علم "البيومتولوجي" الذي يهتم بدراسة الخواص المميزة لكل إنسان من بصمات أصابع وبصمات شفاه أو بصمة العين أو بصمة الصوت، وكذا دراسة المميزات التي تميزه من مظهره الخارجي كدراسة الإنسان بقياس درجة ضغط اليد على القلم وكمية الاهتزازات الصادرة عنها أثناء الكتابة، وكل الصفات والخواص الطبيعية والسلوكية للإنسان وهي التي تختلف بالضرورة من شخص إلى آخر، فتخزن هذه الصفات للشخص الموقع عن طريق برامج معلوماتية معينة وتشفر وتخزن في ذاكرة الحاسوب لتتم مقارنتها في كل مرة يقوم الموقع بالتوقيع بإعادة فك تشفيرها لأنها حولت بيانات ورموز يتفرد كل شخص بها ليتم التحقق من صحة التوقيع.²

وآلية التوقيع البيومتري مازالت في مرحلة الاختبار الأولى لأن استعمالها يصطدم بعدة عقبات، أهمها: احتمال تغير بعض خصائص الإنسان بفعل الظروف، كتآكل بصمات الأصابع عبر الزمن أو بفعل بعض المهن اليدوية، أو تأثير التوتر على نبرة الصوت وتشابه أوجه

¹ يحي يوسف فلاح حسن، المرجع السابق، ص 88.

² حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 295.

التوائم، ولهذا فإن هذا النوع من التوقيع الإلكتروني نادر الاستعمال عبر شبكة الانترنت الإلكترونية.¹

ثالثاً/ التوقيع بالقلم الإلكتروني :

يقوم الشخص مرسل الرسالة في هذه الطريقة بكتابة توقيعه الشخصي باستخدام قلم الكتروني خاص على شاشة الحاسب الآلي عن طريق برنامج معين ويقوم هذا البرنامج بالتقاط التوقيع والتحقق من صحته.²

ويتلقى البرنامج بيانات المستخدم عن طريق بطاقة تحقيقي هوية الكترونية خاصة تحتوي على بيانات كاملة عن هذا الشخص، لتظهر له بعد ذلك بعض التعليمات على شاشة الحاسوب يتبعها المستخدم لغاية ظهور رسالة على الشاشة تطلب منه كتابة توقيعه باستخدام القلم الإلكتروني داخل مربع مرسوم على الشاشة ،وعند قيام المستخدم بالتوقيع على الشاشة بالقلم الإلكتروني يقوم البرنامج بالمعلوماتي بالتقاط حركة اليد بالإضافة إلى تحديد السرعة السلبية التي جبر بها وضع كل سمة معينة على الشاشة، ليظهر للمستخدم على الشاشة ثلاثة مفاتيح: الأول للموافقة على شكل هذا التوقيع، والثاني لإعادة المحاولة، والثالث لإلغاء التوقيع، وإذا ضغط المستخدم على أيقونة قبول التوقيع يقوم الحاسب بتجميع جميع البيانات الخاصة بالمستخدم وبيان التوقيع وعدد المحاولات، ثم يقوم بعد ذلك بتشفير هذه البيانات والاحتفاظ بها على نحو يتيح استرجاعها واستخدامها عند الضرورة.³

غير أن هذه الطريقة لا تحقق الأمان الكافي للتعامل مع مثل هذه المستندات التي يضاف إليها التوقيع بالقلم الإلكتروني، إذ بإمكان أي شخص استخدام هذا التوقيع على أي مستند بإضافته عليه دون علمه، وبالتالي فإن هذا التوقيع في كثير من الأحيان لا يعبر على صاحبه وهويته ولا يحدد إرادته بالالتزام بما ورد في المستند بما ورد مما يؤدي إلى فقدان السند لحجبيته في الإثبات.⁴

¹ فراح مناني، المرجع السابق، ص 98.

² إياد "محمد عارف" عطا سده، المرجع السابق، ص 75 .

³ حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 296.

⁴ إياد "محمد عارف" عطا سده، المرجع السابق، ص 75.

خلاصة القول:

إننا تطرقنا في هذا الفصل الأول من هذه الدراسة بنوع من التفصيل إلى تحديد مفهوم المحرر العرفي بنوعيه التقليدي الورقي والالكتروني الحديث، وبيننا الشروط المتطلبة قانونا للاعتداد بهما كدليلين كاملين في الإثبات، وقد رأينا أن التوقيع هو أساس هذا المحرر لمن أراد الاحتجاج به عليه والذي يرد كما سبق تفصيله على محرر مكتوب مدون عليه التصرف والموقع من طرف أصحاب العلاقة القانونية وهذا التوقيع هو الشرط الجوهرى لكي يعتمد على محتوى المحرر العرفي كدليل إثبات كامل ولكي يكون له الدلالة وقيمة قانونية.

الفصل الثاني:

حجية المحررات العرفية في الإثبات

لكي نصل في مقام آخر من الفصل الثاني من هذه الدراسة إلى تبيان دور العقود العرفية في إثبات الملكية العقارية لأنه لا يعقل دراسة هذا الموضوع دون التطرق إلى العقود العرفية باعتبارها جزء لا يتجزأ من المحررات والسندات العرفية وكونها لعبت ولفترة لا بأس بها من الزمن دورا كبيرا في إثبات المعاملات والتصرفات العقارية، سنتناول كل ذلك في مبحثين منفصلين:

- المبحث الأول: حجية المحرر العرفي في إثبات المعاملات المدنية والتجارية.
- المبحث الثاني: حجية المحرر العرفي في إثبات المعاملات العقارية.

المبحث الأول: حجية المحرر العرفي في إثبات المعاملات المدنية والتجارية

إن المحرر العرفي ورغم أن القانون قد أعطى له حجية وقوة في الإثبات إلا أن هذه الحجية تختلف بحسب نوع المحرر العرفي، سواء كان محررا عرفيا معدا مسبقا للإثبات وموقعا من ذوي الشأن، لذلك يعد دليلا كاملا للإثبات، ومحررا عرفيا غير معد للإثبات ويغلب عليه أن يكون غير موقع من ذوي الشأن، إلا إن القانون ومع ذلك يعطيه قوة في الإثبات تختلف باختلاف طبيعته، وسنبين حجية كلا منهما في الإثبات مخصصين المطلب الأول للتطرق إلى حجية المحرر العرفي المعد للإثبات والمطلب الثاني لحجية المحرر الغير معد للإثبات .

المطلب الأول: حجية المحررات العرفية المعدة للإثبات

إن المحررات العرفية المعدة للإثبات قد سميت كذلك لأنها أوراق أعدت مسبقا لكي تكون دليلا للإثبات فهي أدلة مهياة بمعنى أن الغرض منها هو تهيئة دليل على التصرف بمناسبة إنشائه ومن ثم فهي تحمل توقيع من يراد الاحتجاج بها عليه وتعد دليلا كتابيا كاملا على من تحمل توقيعها مادام لم ينكر ما هو منسوب إليه من توقيع.¹

الفرع الأول: حجية المحرر العرفي بين طرفيه

يتمتع المحرر العرفي بالحجية فيما بين أطرافه من خلال حجيته من حيث التوقيع، ومن حيث البيانات التي يتضمنها المحرر، وقد نصت المادة 327 ق م ج على أنه: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، إما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق"، يتبين من نص المادة 327 أعلاه أن المحرر العرفي حجية من حيث صدوره ممن وقع عليه وتظل هذه الحجية قائمة إلى أن ينكره صاحب التوقيع، كما أنه تبين من نفس المادة أن الورقة العرفية هي حجة على أصحاب الشأن (أطرافه) وعلى الغير.

¹ نبيل إبراهيم سعد، همام محمود الزهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001، ص219.

أولاً/ حجية المحرر العرفي من حيث التوقيع

حيث تعتبر الورقة العرفية حجة على من صدرت منه ووقعها على أن هذه الحجة متوقفة على عدم إنكار من ينسب إليه التوقيع والكتابة¹، أما إذا أنكر صاحب التوقيع صراحة توقيعه على الورقة وأنكر صدورها منه زالت حجيتها مؤقتاً وتعين على من يتمسك بها أن يثبت صدورها ممن ينسب إليه التوقيع، وذلك وفق إجراءات قانونية يأتي بيانها لاحقاً، وإذا أثبتت هذه الإجراءات صدور الورقة ممن وقعها عادت للمحرر حجيته.

إن الإقرار بصحة التوقيع يكون صراحة بان يقر الموقع بتوقيعه وقد يكون ضمناً كالكسوت مثلاً وعدم المنازعة في صحة التوقيع، وهذا ما جاء في نص المادة 327 ق م والتي اشترطت أن يكون إنكار المحرر بشكل صريح، بمعنى أنه وفي حالة الكسوت وعدم المنازعة في صحة المحرر فذلك يعد صورة من صور الإقرار بنسبة التوقيع إلى من يحتج به عليه، كذلك إذا سكت الخصم الذي ينسب إليه التوقيع في أول الأمر ولم يتعرض لهذا المحرر فليس له بعد ذلك أن ينكر مضمون هذا المحرر والتوقيع الوارد عليه، لأن سكوته في أول الأمر يعتبر اعترافاً ضمناً به.

ينبغي الإشارة إلى أنه إذا كان التوقيع مصدقاً عليه رسمياً فلا يجوز إنكاره من صاحبه ولا حلف اليمين من خلفه، وإنما يلزم لجده الالتجاء إلى الطعن بالتزوير إلى الطعن بالتزوير لأن التصديق يتم رسمي يتولاه موظف رسمي مختص مما يجعل التوقيع المصدق عليه كالبيانات الرسمية المدونة في المحرر الرسمي.²

ولما كانت آثار العقد الذي يبرمه السلف تنتقل إلى خلفه العام فإنه يسري في حق هذا الخلف ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد، وحسب نص المادة 327 ق م ج فإن المحرر العرفي يسري في مواجهة الورثة والخلف العام بما فيه من بيانات، ومن كان يحتج عليه بمحرر عرفي سواء كان وارثاً أو خلفه أو من في حكمه كالموصى له بجزء من التركة والخلف الخاص والدائن العادي، فلا يطلب منهم الإنكار بل يكفي عليه أن يحلف على عدم تعرفه على توقيع مورثه أو سلفه، فإذا حلف على ذلك زالت عن الورقة مؤقتاً قوتها في الإثبات.³

¹ محمد زهدور، المرجع السابق، ص 34.

² نبيل إبراهيم سعد، همام محمد الزهران، 219.

³ سليمان مرض، المرجع السابق، ص 251.

ثانيا/ حجية بيانات المحرر العرفي

يقصد حجية بيانات المحرر العرفي صدق البيانات الواردة في السند العادي¹، فإذا ما تقررت صحة المحرر العرفي وقع الاعتراف به فإنه يصبح حجة من حيث صحة الوقائع الثابتة به، وعلى من يدعي عكس ذلك إثبات ما يدعيه بطرق الإثبات العادية.

كذلك يجوز للمقر بالمحرر العرفي الطعن في الواقعة المثبتة فيه وفق القواعد العامة للإثبات وذلك في حالة عدم تطابق مضمون المحرر مع الواقع، فمثلا إذا كان المحرر مثبتا لبيع فإن البائع يستطيع إثبات أنه لم يقبض الثمن وان البيع كان صوريا حتى لو كان قد اقر بتوقيعه لصاحب التوقيع لا يقتصر دوره على الإنكار بل يقع عليه عبء إثبات العكس، أما الغير فيستطيع أيضا الصورية بجميع الطرق.

كما أن إقرار صاحب التوقيع بتوقيعه لا يمنعه من يدعي أن البيانات الواردة في الورقة العرفية لا تتطابق مع أراده الطرفان ومنه يستطيع الطعن في التصرف الثابت في الورقة بالبطلان أو الغش أو الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال وكل ذلك وفق القواعد العامة للإثبات والتي تفضي بأن الإثبات يكون بدليل كتابي لأن الأمر يتعلق بإثبات ما يخالف الكتابة²، كذلك من البيانات الواردة في المحرر العرفي التاريخ، فالتاريخ الذي تحمله هذه الورقة يفترض صحته حتى يثبت صاحب التوقيع انه غير صحيح، ولا يثبت هذا أيضا ما يخالف المكتوب إلا بالكتابة³.

الفرع الثاني: حجية تاريخ المحرر العرفي

نصت المادة 328 ق م ج: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ يثبت..."⁴، ما يعني أن العقد العرفي كما هو حجة في مواجهة ذوي الشأن وخلفهم العام هو حجة في مواجهة الغير لكن بشرط أن يكون هذا المحرر ثابت التاريخ وعليه فان المحرر العرفي هو حجة في مواجهة أطرافه وخلفهم العام حتى وان كان خالي من التاريخ،

¹ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 144.

² صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2005، ص 79.

³ السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 195.

⁴ الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر، العدد 78، ص 1009.

لكن الأمر يختلف في مواجهة الغير أين اشترطت المادة 328 ق م ج أن يكون المحرر ثابت التاريخ لكي يحتج به في مواجهتهم، ما يدفعنا إلى تحديد مفهوم مصطلح هذا الغير أولاً.

أولاً/ المقصود بمصطلح الغير الوارد في نص المادة 328 ق م ج

يراد بالغير كل شخص ليس طرفاً في المحرر العرفي ولا ممثلاً في ويصاب بضرر في حقه الذي تلقاه من طرفي المحرر أو بمقتضى القانون، أما إذا كان طرفاً في المحرر بشخصه أو بنائب عنه أو خلفاً عاماً كالوارث أو الموصى له بجزء من التركة فلا يعتبر من الغير ويحتج في مواجهته بتاريخ المحرر العرفي ولو كان غير ثابت¹، وقبل معرفة من هم الذين يطلق عليهم مصطلح الغير، يجب أولاً معرفة من لا يعتبر من الغير وهم كل من:

- المتعاقد نفسه، سواء وقع العقد أصالة عن نفسه أو بالنيابة عن غيره.
- الأصيل بالنسبة للمحرر الذي يوقعه النائب.
- الخلف العام للمتعاقد وهو الوارث والموصى إليه بحصة من التركة.
- الدائن العادي، حيث لا يكون له سوى حق الضمان العام، ومن ثم تسري عليه تصرفات مدنية أين ما كان تاريخها ولو لم يكن ثابتاً².
- وأما المقصود بالغير المذكور في نص المادة 328 ق م ج هم:

1- **الخلف الخاص:** وهو من انتقل إليه من السلف مال معين بالذات، وتكون تصرفات السلف نافذة في حقه على هذا المال قبل تاريخ معين، فلا يكون تاريخ هذه التصرفات حجة عليه إلا إذا كان ثابتاً وسابقاً على هذا التاريخ³.

فالمشتري يعتبر خلفاً خاصاً للبائع، فإذا تصرف هذا الأخير في الشيء المباع للخلف (المشتري) فإن تصرفه لا يكون نافذاً في حق المشتري إلا إذا كان ثابت التاريخ واشتراط القانون لذلك هو منع البائع (السلف) عدة بيوع على الشيء المباع وتقديم تاريخها إضراراً بالمشتري.

2- **الدائن الحاجز:** إذا حجز الدائن على منقول مملوك لمدينه فإنه يصب من الغير بالنسبة

¹ محمد الزهدور، المرجع السابق، ص 37.

² محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 98.

³ السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 218.

3- للتصرفات التي تصدر من المدين في المال المحجوز، ولا تنفذ تلك التصرفات في مواجهة دائنة الحاجز إلا كان لها تاريخ ثابت سابق على الحجز.¹

ورغم أن الحجز لا يخرج المال المحجوز عليه من ملك صاحبه (المدين) فإن تصرفات المحجوز عليه، اللاحقة للحجز أو غير ثابتة التاريخ لا تسري في حق الحاجز، ويستوي فيما تقدم أن يكون الحجز على منقول أو أن يكون الحجز على دين للمدين في ذمة الغير (حجز ما للمدين لدى الغير) أو على عقار، على أن هذا النوع الأخير من الحجز (الحجز على عقار) يعتبر الدائن من الغير إذ اتخذ إجراءات التنفيذ على العقار وقيدها في التسجيلات الخاصة بذلك.

3- دائنو التاجر المفلس أو المعسر: إذا أشهر إفلاس التاجر فإنه وحسب الفقرة الأولى من نص المادة 244 من القانون التجاري²، فإنه تغل يد المدين عن إدارة أمواله فإذا حدث ذلك ثبت الحق لدائنيه على هذه الأموال ويصبحون بذلك من الغير بالنسبة للتصرفات التي يقوم بها المدين المفلس، ولا تعتبر هذه التصرفات نافذة في حق الدائنين إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق لشهر الإفلاس.

كذلك الأمر إذا أشهر إعسار المدين إذ يصبح دائنوه من الغير بالنسبة إلى كل تصرف يزيد من التزامه أو ينقص من حقوقه أو ما يقوم به من وفاء، فلا تنفذ جميع هذه التصرفات في حق الدائنين إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على تسجيل دعوى الإعسار.

4- كذلك يعتبر من الغير حسب نص المادة 328 من القانون المدني الجزائري الدائن الطاعن في تصرف صادر من مدينه بدعوى عدم نفاذ التصرف³، بمعنى أنه إذا أبرم المدين تصرفا مع شخص آخر ليفقر ذمته المالية التي هي ضامنة للوفاء بديونه، فإن دائنوه إذا طعن ببطلان تصرفه مع الشخص الآخر فلا يحتج عليه بتاريخ المحرر العرفي إلا إذا كان ثابتا باعتباره ضمن من يعتبر غيرا .

¹ محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 100.

² المادة 244 من الأمر رقم 95/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون التجاري، ص 64.

³ المادة 191 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، ص 32.

ثانيا/ طرق ثبوت التاريخ

الورقة العرفية تكون على الغير حسب نص المادة 328 ق م ج، إلا منذ أن يكون للمحرر تاريخ ثابت، وقد عدت المادة الطرق التي بمقتضاها يكون للمحرر تاريخ ثابت وقد عدت المادة الطرق التي بمقتضاها يكون للمحرر تاريخ ثابت حيث نصت على ما يلي:

".....ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء:

- من يوم تسجيله.

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

- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.

- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء "

1- التسجيل: يقصد بهذا التسجيل أن يقيد ملخص المحرر في سجل خاص معد لهذا الغرض من طرف الضابط العمومي، حيث إن مكاتب التوثيق تعد سجل خاص لقيد المحررات المطلوب إثبات تاريخها حيث تتدرج به مثل هذه المحررات حسب الترتيب المسلسل مع ذكر بعض البيانات الواردة بها، على أن يدون الرقم والتاريخ على المحرر مع توقيع الموثق وختمه. وتسجيل المحرر العرفي في سجل الموثق يجعل تاريخ المحرر ثابتا، كذلك يتحقق قيد الورقة إذا كانت المحررات واجبة الشهر فتصبح ثابتة التاريخ من وقت حدوث الشهر، كما يتحقق القيد أيضا في حالة التصديق على التوقيع لأن المحررات الني يصدق على التوقيع فيها تدون في سجل خاص معد لذلك.¹

ولقد قضت المحكمة العليا في قرار صادر لها بتاريخ 1993/07/25: من المقرر قانونا أنه لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخ العقد ثابتا من يوم تسجيله، أو في الحالات الأخرى المحددة في القانون.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المستأنفتين لم تبادرا بتسجيل وإشهار الحكم القضائي الذي اثبت البيع المبرم بموجب عقد عرفي، فإن العقد المذكور اختل فيه هذا الشرط مما يعد

¹صبري السعدي، المرجع السابق، ص 86.

فاقدا للحجية اتجاه الغير وهي بلدية العلمة مما يتعين تأييد القرار المستأنف الذي قضى برفض دعوى المدعيتين.¹

1- من يوم ثبوت مضمون المحرر في عقد آخر حرره موظف عام: ولا يشترط أن يورد مضمون المحرر كاملا بل يمكن أن تذكر بيانات تكفي لتعيينه وهي البيانات الجوهرية للمحرر العرفي كبين الأطراف وموضوع العقد، والعقد الآخر الذي يثبت فيه مضمون الورقة العرفية قد يكون عقدا رسميا، وهو ثابت التاريخ بحكم رسميته ومثال ذلك الحكم القضائي المحضر التنفيذي، القرار الإداري... وقد يكون عقدا عرفيا ثبت تاريخه بإحدى طرق إثبات المحرر، وكلاهما يعطي للمحرر تاريخا ثابتا باعتباره قد حرر من طرف موثق أو ضابط عمومي.

2- من يوم التأشير على العقد العرفي من طرف ضابط عمومي مختص: فقد يعرض المحرر العرفي على موظف عام أو من يقوم مقامه أثناء قيامه بعمله المكلف به قانونا أيا كان سبب ذلك، فيقوم بالتأشير عليه تفيد أنه إطلع على مضمون المحرر وأنه قد عرض عليه، مع توقيعه عليه وذكر التاريخ وعليه يصبح المحرر ثابت التاريخ بموجب هذا التأشير من قبل الضابط العام.

ومثال ذلك أن تقدم الورقة العرفية في قضية فيؤشر عليها القاضي أو كاتب الجلسة أو تقدم في تحقيق فيؤشر عليها المحقق أو تقدم في جرد رسمي فيؤشر عليها مندوب الجرد أو تقدم لأصرف نفود فيؤشر عليها مندوب الخزنة العامة، وتكسب المراسلات المسجلة تاريخا ثابتا هو تاريخ ختم مصلحة البريد إذ أمكن التثبيت منه بالرجوع إلى السجلات الرسمية التي سجلت فيها هذه المراسلات، أما المراسلات الغير مسجلة فلا يثبت تاريخها من ختم مصلحة البريد لأنه لا توجد سجلات رسمية يمكن الرجوع إليها للتثبيت من صحة التاريخ.²

3- من يوم وفاة أحد ممن لهم على العقد خط أو إمضاء: فإذا توفي شخص أو أكثر من الأشخاص الذين سبق لهم وان وضعوا توقيعهم أو خطهم على الورقة العرفية، فإن ذلك يدل على أنها كانت موجودة قبل حادثة الوفاة أو على الأقل يوم حصولها، ويثبت تاريخ الوفاة إما

² القرار رقم 99699 المؤرخ في: 1993/07/25 م ق 94/2 (قرار منكور لدى مكاري نزيهة، نبيل صقر، المرجع السابق، ص 103، 104).

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 241.

بشهادة الوفاة المستخرجة من سجلات الوفيات بالبلدية أو بالطرق الأخرى للإثبات لأن الوفاة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود.¹

وأخيراً فإن المادة 328 ق م ج بعد أن عدت لنا طرق ثبوت المحرر العرفي استثنت في الفقرة الأخيرة المخالصات من قاعدة ثبوت التاريخ: "غير أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام في ما يتعلق بالمخالصة".

والمخالصات هي محررات مثبتة للوفاء، ورغم أنه يجب أن تكون ثابتة التاريخ لكي تكون حجة على الغير، فإن القانون وتيسيراً منه أجاز للقاضي أن يعتد بالعرف الذي يقضي بعدم إثبات اشتراط التاريخ فيها.²

وما يجب التنويه عليه في هذا المقام هو أن المشرع قد ساوى بين المحرر الورقي والمحرر الإلكتروني في القيمة الثبوتية، واشترط عليه أن يكون منسوباً للشخص الذي أصدره وأن ينشأ في ظروف تضمن سلامته من أي تغيير، وهذا استناداً لنص المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني، ومن خلال هذه المادة فإن الحجية التي تحوزها المحررات العرفية والتي بينها في هذا الفصل هي نفسها الحجية التي يحوزها المحرر الإلكتروني، وهذا إعمالاً لمبدأ التعادل الوظيفي الذي أقره المشرع، بالرغم من أن المشرع اكتفى بتنظيم المحرر الإلكتروني بنصوص قليلة بحاجة إلى الكثير من التفصيل.

الفرع الثالث: طرق الطعن في حجية المحرر العرفي

أرسى المشرع إجراءات وقواعد يتبعها كل من يحتج عليه بسند أو ورقة عرفية وينكر توقيعها أو مضمونها وذلك من خلال الطعن وفق قاعدة مضاهاة الخطوط وكذا الدفع بالتزوير، لذلك ارتأينا أن نفصل هذا الفرع في نقطتين أساسيتين: النقطة الأولى نتناول فيها دعوى مضاهاة الخطوط أما الثانية فتناولنا فيها دعوى التزوير.

أولاً/ دعوى مضاهاة الخطوط

إذا تم إنكار الورقة العرفية، فإن عبء الإثبات يقع على عاتق الخصم الذي له في هذه الحالة أن يلجأ إلى اتخاذ إجراءات مضاهاة الخطوط، هذا الإجراء في حد ذاته عبارة عن مجموعة من الإجراءات التي أوردها القانون لإثبات صحة المحررات العرفية التي يحصل

¹ محمد زهدور، المرجع السابق، ص 39.

² صبري السعدي، المرجع السابق، ص 85.

إنكارها من الخصم المنسوبة إليه، وهذا الإجراء يتعلق فقط بالمحررات العرفية ذلك أن المحررات الرسمية لها حجة بما تضمنته.

والنزاع في صحة المحررات العرفية ينصب على الخط والتوقيع، هذا وإن القانون الجزائري لم يتطرق لكيفية الطعن في حجية البصمة والختم كما هو وارد في القانون المصري مثلا، هذا الأخير الذي خصص الفصل الرابع من قانون الإثبات المصري المعنون بإثبات صحة المحررات، ضمن الفرع الأول: إنكار الخط والإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع، وقد خصص هذا الفرع لتبيان طرق الطعن في هذا النوع من المحررات من خلال المواد من 30 إلى 45 من قانون الإثبات المصري.

وإجراء مضاهاة الخطوط يمكن أن يكون في شكل إدعاء فرعي كما يمكن أن يكون في شكل دعوى أصلية، وهذا ما جاء في نص المادة 164 الفقرة الثانية والثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يختص القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية بالفصل في الطلب الفرعي لمضاهاة الخطوط المتعلقة بمحرر عرفي".

1- دعوى مضاهاة الخطوط الفرعية

تقوم هذه الحالة عند قيام احد الخصوم بإنكار صحة المحرر العرفي المنسوب إليه، من حيث الخط أو التوقيع أو يصرح بعدم علمه أو تعرفه على الخط أو التوقيع الصادر من الغير ويكون هذا أثناء سير الدعوى، أين يقوم أحد أطرافها بتقديم المحرر الصادر من خصمه للمحكمة كدليل إثبات لواقعة قانونية، أو حق من حقوقه، ويفترض أن هذا الخصم إما أن يقر بصحة المحرر أو ينكر خطه وتوقيعه، لكن إذا تم تقديم هذا المحرر في مواجهة الورثة أو الخلف فهؤلاء غير مطالبين بالإنكار، بل يكفي أن يحلفوا اليمين وهذا ما نصت عليه المادة 327 من القانون المدني الجزائري.¹

أ- شروط قبول الدعوى:

تنص الفقرة الأولى من المادة 164 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "تهدف دعوة مضاهاة الخطوط إلى إثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي".²

¹ مونية العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الجزء الثاني، إجراءات التحقيق والإثبات، الطبعة الأولى، منشورات أمين، الجزائر، دون سنة الشر، ص 35.

² المادة 1/164 من القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ص 18.

فمن خلال نص المادة السابقة الذكر يتبين أن رفع دعوى مضاهاة الحقوق هي نتيجة لقيام أحد الخصوم بإنكار مضمون محرر عرفي يحتج به في مواجهته، فيهدف الطرف الآخر إلى مضاهاة الخطوط وذلك لإثبات صحة الخط أو التوقيع أو نفيهما، لكن لرفع هاته الدعوى لابد من توافر شروط هي:

- أن يكون الإنكار صريحا: فيجب أن يأتي إنكار الورقة العرفية في صورة صريحة وجازمة وتدل على إصرار المنكر على إنكاره¹، وهذا مت تؤكدته المادة 327 ق م ج والتي تنص على إلزامية أن يكون الإنكار صريحا (يعتبر العقد العرفي صادرا مما كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ...) هذا ويراعي أنه إذا كان المنكر للورقة العرفية قد اعترف بها مسبقا أو أنه قد ثبت صحتها بعد إنكاره لها، فلا يقبل منه الإنكار بعد ذلك ويبقى له إذا أراد التخلص من الورقة العرفية إتباع طريق الطعن بالتزوير.

- أن يكون المحرر موضوع الإنكار منتجا في الدعوى: من شروط رفع دعوى مضاهاة الخطوط أن يكون المحرر الذي يرد عليه الإنكار منتجا في الدعوى الموضوعية، وإلا فإن الدفع بالإنكار يكون غير مقبول، وفي هذا الصدد تنص الفقرة الأولى من المادة 165 ق. أ. م على أنه: "إذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه أو صرح بعدم الاعتراف بخط أو توقيع الغير، يجوز للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك إذا رأى أن هذه الوسيلة غير منتجة في الفصل في النزاع"، وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه من المقرر قانونا أنه إذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه في وثيقة يرى القاضي أنها منتجة للفصل في النزاع يؤشر بإمضائه على الورقة المطعون فيها بأمر بإجراء تحقيق الخطوط إما بمستندات أو بشهود وإذا لزم الأمر فبواسطة خبير، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع عند مناقشتهم دفوع الطاعن، اكتفوا بسماع البائع واستبعدوا العقد العرفي المحتج به رغم أنه وسيلة منتجة للفصل في النزاع، وكان عليهم الاستماع إلى الشاهدين الذين حضروا تحريره وعليه فإنهم خالفوا القانون وقصروا في تسبيب قرارهم مما يستوجب نقضه.

¹ صبري السعدي، المرجع السابق، ص 73.

ب- الأمر بإجراء مضاهاة الخطوط:

نصت على هذا الإجراء الفقرة الثانية من المادة 165 ق أ م: "وفي الحالة العكسية يؤشر القاضي على الوثيقة محل النزاع ويأمر بإيداع أصلها بأمانة الضبط كما يأمر بإجراء مضاهاة الخطوط اعتماداً على المستندات أو على شهادة الشهود عند الاقتضاء بواسطة خبير".

للقاضي الخيار في أن يسلك أي طريق من الطرق الواردة في المادة 165 أعلاه لكي يقوم بهذا الإجراء أي إجراء مضاهاة الخطوط فله أن يقارن الخطوط بناءً على المستندات التي بحوته وإما أن يقوم بهذا الانجرار اعتماداً على شهادة الشهود كما له أن يستعين بخبير عند الاقتضاء، وللقاضي حسب نص المادة 166 من ق م ج عند قيامه بإجراء المضاهاة أن يأمر الخصوم بالحضور الشخصي وكذا أن يستمع إلى محرر العرفية محل النزاع كمل له أيضاً حسب نص المادة أن يستمع إلى الشهود الذين شاهدوا كتابة المحرر أو وضعوا توقيعهم عليه، ورغم أن حضور الشهود أثناء تحرير المحرر العرفي ليس شرطاً من شروط صحته إلا أنه تظهر أهمية الشهود عند القيام بإجراء المضاهاة أيضاً تلعب شهادة الشهود دوراً في إثبات أو نفي صحة المحرر العرفي، والقاضي عندما يقوم بإجراء المضاهاة فهو يستند إلى العناصر الموجودة بحوزته من وثائق وخطوط ومستندات، إما بالنسبة للعناصر التي يمكن أن تكون محلاً للمضاهاة أو المقابلة فهي وفقاً للمادة 167 ق أ م أ هي:

- التوقيعات التي تتضمن العقود الرسمية.
 - الخطوط والتوقيعات التي سبق الاعتراف بها.
 - الجزء من المستند موضوع المضاهاة الذي لم يتم إنكاره.
- ويقوم القاضي بالتأشير على هاته الوثائق والاحتفاظ بها وإيداعها لدى أمانة الضبط لكي يتم سحبها فيما بعد من طرف الخبير المعني للقيام لإجراء المضاهاة¹.

2- دعوى مضاهاة الخطوط الأصلية

هذه الدعوى من أهم ما جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أصبح من الممكن تقديم دعوى مضاهاة الخطوط للمحرر العرفي كدعوى أصلية أمام الجهة القضائية

¹ صبري السعدي، المرجع السابق، ص 77.

المختصة وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من نص المادة 164 ق أ م أ: "يمكن تقديم دعوى مضاهاة الخطوط المحرر العرفي كدعوى أصلية أمام الجهة القضائية المختصة".

وتهدف هذه الدعوى إلى اطمئنان من بيده المحرر أو السند بشأن الدليل الذي يستند إليه لإثبات حقه الذي سترفع بشأنه دعوى في المستقبل خشية أن ينكر من يشهد عليه المحرر عند حلول أجل المطالبة بهذا الحق صدور المحرر منه، أو خشية حدوث هذا الإنكار من ورثة هذا الشخص.¹

ترفع هذه وفقا للإجراءات العامة المقررة لرفع الدعوى وذلك أمام المحكمة المختصة هاته الأخيرة والتي يقتصر دورها على التحقق من نسبة المحرر أو عدم نسبته إلى المدعى عليه. فإذا قام المدعي برفع دعوى أصلية لمضاهاة الخطوط لمحرر عرفي فإن الحكم في هذه الدعوى يتحدد وفقا لموقف المدعى عليه، حيث انه وحسب نص المادة 171 ق أ م أ إذا لم يحضر المدعى عليه المبلغ شخصيا في حالة الدعاء الأصلي لمضاهاة الخطوط فإن هذا الموقف يعد إقرار بصحة المحرر ما لم يوجد له عذر مشروع.

أما إذا اعترف المدعى عليه بكتابة المحرر، أعطى القاضي المدعى إسهادا بذلك وهذا بموجب نص المادة 172 ق أ م أ، أما إذا تغيب المدعى عليه رغم صحة تكليفه، أو إذا أنكر أو لم يتعرف على الخط أو التوقيع، تتبع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 165 وما يليها أي إجراءات مضاهاة الخطوط الفرعية والتي سبق تبيانها.

ثانيا/ دعوى التزوير

يقصد بالتزوير إحداث تغيير مخالف للحقيقة في المحررات الرسمية والعرفية، ويقع هذا تحت طائلة قانون العقوبات، والتزوير الذي يصيب المحررات العرفية وينال من حجيتها في الإثبات هو على نوعين:

1- التزوير المادي: وهي تلك التغييرات المادية غير الحقيقة التي يقوم إحداثها المزور على المحررات، بحيث يمكن إدراكها بالعين، والتزوير المادي صورتين:

- **التقليد:** وهو اصطناع شيء مماثل للأصل، أين يتم اصطناع أوراق مماثلة للمحررات الرسمية وإسنادها إلى موظف أو ضابط عمومي، وهذا بوضع التوقيعات أو الأختام المقلدة عليها.

¹ محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 275.

- **التزيف** هو: تلك التغييرات غير الحقيقة والتي تتم على ذات المحرر المراد تزويره بالتحشير أو الكشط أو الإضافة.

- **التزوير المعنوي**: وهي تلك التغييرات التي لا تحدث في شكل المحرر أو مادته، بل في معناه أو مضمونه، حيث يكون هذا النوع من التزوير أثنا تحرير العقد أو السند أين يصرح ببيانات غير صحيحة أو غير مطابقة للواقع¹، والطعن بالتزوير أو الادعاء بالتزوير هما مصطلحان قانونيان يؤيدان نفس المعنى ويقصد بهما الإجراءات التي فرضها القانون لإثبات تزوير محرر عرفي أو غير رسمي عرفي سواء بدعوى فرعية في أي مرحلة كانت عليها الدعوى أو دعوى أصلية.²

وقد تناول المشرع أحكام هذه الدعوى ضمن الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، وذلك في القسم الثاني عشر المعنون بالتزوير في العقود العرفية من الفصل الثاني إجراءات التحقيق في الباب الرابع من الكتاب الأول في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يمكن الطعن في صحة المحرر العرفي عن طريق إما طلب فرعي بالتزوير والذي يقدم أثناء سير الخصومة وفي هذه الحالة تتبع الإجراءات المنصوص عليها في نص المادة 165 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي سبق شرحها، وإما عن طريق رفع دعوى أصلية بالتزوير، وفي هذه الحالة يجب أن يبين ت خصم الذي يدعي قيام التزوير في العريضة الافتتاحية للدعوى أوجه التزوير.

يتبين لنا من نص المادة 175 من ق أ م أ أن المشرع الجزائري قد قرر بالخصوص دعوى التزوير نفس الإجراءات التي قررها بشأن دعوى مضاهاة الخطوط، وعليه فلا داعي لتكرار هذه الإجراءات، إنما فقط يجب الإشارة أنه ورغم أن كلا من الطعن بالتزوير وإجراء مضاهاة الخطوط هما دعويين يهدفان إلى تحقيق غرض واحد وهو معرفة صحة المحرر من عدمه، إلا أنهما يختلفان في طبيعة الادعاء حيث أن إنكار المحرر والقيام بإجراء مضاهاة الخطوط لا يتضمن اتهاماً في حق الخصم وإنما يكون نتيجة لإنكار المحرر العرفي أو الدفع

¹ ثابتي عمار، دعوى التزوير الفرعية في ظل قانون الإجراءات المدنية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004/2001، ص 9-10 .

² محمود حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، المصادر، الأحكام، الإثبات، دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دون طبعة، القاهرة، مصر 2007، ص 290.

بعدم العلم به، بينما الدعاء بالتزوير هو في حد ذاته يؤدي ثبوته إلى قيام المسؤولية الجنائية، ومع توافر نية التزوير تقوم جريمة التزوير التي يعاقب عليها القانون.

وعليه فإن الادعاء بالتزوير إما أن يكون مودعا لدعوى عمومية تفصل فيها المحاكم الجزائية، وإما أن كون موضوعا لدعوى مدنية تهدف إلى إسقاط الحجية على المحرر العرفي وذلك إما عن طريق دعوى فرعية أو أصلية.

إذا كان المحرر العرفي محل دعوى أصلية بالتزوير هناك نكون أمام فرضين:

- الفرضية الأولى إما أن يصرح المدعى عليه بعدم استعمال المحرر المطعون فيه بالتزوير وإما هذه الفرضية يعطي القاضي إسهادا بذلك للمدعي.

- الفرضية الثانية أن يصرح المعتدى عليه بتمسكه بالمحرر المتنازع فيه بالتزوير وأمام هذه الحالة يتم إتباع نفس إجراءات مضاهاته الخطوط المنصوص عليها في المواد 165 وما يليها.

المطلب الثاني: حجية المحررات العرفية غير المعدة للإثبات

رأينا فيما سبق أن المحررات العرفية إما أن تكون موقعة من ذوي الشأن ومعدة لكي تكون دليا كاملا للإثبات، وإما ألا تحمل توقيع الأطراف ولم تعد أصلا للإثبات وهذا النوع الأخير من المحررات ورغم أن إرادة الأطراف لا تذهب إلى إعدادها كدليل للإثبات ورغم انه ينقصها الدقة والحيطه اللتان تراعيان في السندات المعدة للإثبات، لكن ومع ذلك فان المشرع قد جعل لها حجية في الإثبات تتفاوت قوة وضعفا تبعا لنوع هذا المحرر¹.

ويعرف المحرر العرفي الغير معد للإثبات: بأنه "المحرر الذي لم يهياً مقدما للإثبات ويمنحه القانون حجية ثبوتية عند تقديمه كدليل في الدعوى".

والمشرع الجزائري قد أورد هذا النوع من المحررات في المواد 329 إلى 332 من القانون المدني، وهي أربعة أنواع: الرسائل والبرقيات، الدفاتر التجارية، الدفاتر والأوراق المنزلية، والتأشير على السند بما يفيد براءة ذمة المدين، وسنتعرض لكل من هذه المحررات في فرع مستقل.

الفرع الأول: حجية الرسائل والبرقيات في الإثبات

جعل المشرع الرسائل والبرقيات دليلا للإثبات يمكن منحه حجية المحرر العرفي وذلك متى توافرت فيها شروط معينة تناولتها المادة 329 ق م ج، حيث جاء في نصها: "تكون

¹ محمود حسام محمود لطفي ، المرجع السابق، ص 302.

للسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات، وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، وإذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا مجرد استئناس".

أولا / الرسائل

الرسالة هي خطاب مكتوب يرسل من شخص إلى آخر بشأن المعاملات أو التعهدات الجارية بينهما أو بشأن أية مسألة أخرى تهتم الطرفين، وتقوم بإيصال الرسالة دائرة البريد كما هو الغالب، وقد يقوم بذلك رسول، وقد يسلمها الشخص مباشرة إلى صاحبه كما لو كان أصم فيجري التفاهم معه بالكتابة.¹

إن المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 329 ق م ج، قد أعطى للرسالة الموقعة ذات الحجية التي تحوزها الورقة العرفية وتسري عليها نفس الأحكام الأسبق ذكرها، وعلى ذلك تكون الرسالة حجة بصدورها ممن وقعها وبسلامتها المادية ما لم يتم مرسلها بإنكار توقيعه عليها، كما هو الحال بشأن المحررات العرفية المعدة للإثبات، كما تكون الرسالة حجة لمرسلها بحقيقة المدون بها ما لم يثبت عكسه بالطرق المقررة قانونا، وهو لا يستطيع إثبات العكس إلا بدليل كتابي.²

كما يمكن للغير أن يستند إلى الرسالة في إثبات حقه بشرط أن يكون لها تاريخ ثابت، أما بالنسبة لمرسلها وخلفه فإن تاريخ الرسالة هو حجة عليهم ولو لم يكن التاريخ الثابت.

وإذا تخلف في الرسالة شرط من شروط الورقة العرفية المعدة للإثبات فإنها لا تكون إلا كبدائية ثبوت بالكتابة وهذا إن كانت مكتوبة بخط المرسل، والمرسل إليه يجوز أن يقدم الرسالة إلى القضاء ليستخلص منها دليلا لصالحه ضد المرسل متى كانت له مصلحة مشروعة في ذلك، ومثال أن تتضمن الرسالة اتفاقا تم بين المرسل والمرسل إليه، أو التزاما تعهد به المرسل أو مخالصة أو إبراء أو إقرارا، على أن لا يكون في كل هذا انتهاك لحرمة السرية وإن فعل ذلك جاز للمرسل أن يطلب استبعادها وله الرجوع على المرسل إليه بالتعويض، ونظرا لأن الرسائل غير معدة للإثبات، فإنه يجب على القضاء عند تفسير عباراتها مراعاة أن كاتبها لم يأخذ

¹ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 165

² نبيل صقر، مكاري نزيهة، المرجع السابق، ص 104-105.

حيطة الشخص الذي يقصد الارتباط بعبارته قانونيا، وينبغي أن يدخل ذلك في تقدير القاضي عند تقدير قيمة الرسالة في الإثبات.

ثانيا/ البرقيات

البرقية رسالة مختصرة يوجهها شخص إلى آخر بواسطة دائرة البريد التي تحتفظ بأصلها وتعطي من وجهت إليه صورة عنها¹، والبرقيات نوعان: برقيات لها أصل موقع عليه ومودع لدى مكتب التصدير، وبرقيات أصلها غير موجود، ويلزم لمنح البرقية الحجية القانونية توفر بعض الشروط هي باختصار:

- أن يتوفر لمنح البرقية القانونية توفر بعض الشروط هي باختصار:
- أن يتوفر وصف المحرر في البرقية وما في حكمها، ويجب أن يتوفر هذا الوصف في أصل المحرر الموجود لدى مكتب التصدير.
- أن تحتوي البرقية على واقعة قانونية متنازع فيها.
- توقيع المرسل على أصل البرقية وما في حكمها، كماي يجوز أن يقع التوقيع من طرف من ينوب عنه أو المكلف بإرسالها.

وحسب الفقرة الثانية من نص المادة 329 ق م ج، فإن المشرع الجزائري قد أعطى للبرقية نفس القيمة التي أعطاها للرسالة، أي ساوى بين حجة الرسالة والبرقية في الإثبات وحجية المحرر العادي المعد للإثبات.

لكن ولكي تحوز البرقية على هذه الحجية فإن يجب أن يكون أصل البرقية المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وقد افترض القانون أن البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، لأن موظف مكتب البرق ليست له مصلحة في تغيير مضمون الأصل إنما يجوز لذي مصلحة إثبات عدم مطابقة الصورة للأصل الذي يطلب إلى الجهة القضائية المختصة لتقديره ليقوم بالمضاهاة، وعليه فان حجية البرقية في الإثبات رهينة بوجود الأصل الموقع عليه في مكتب التصدير.²

¹عباس العبودي، المرجع السابق، ص 127.

²صبري السعدي، المرجع السابق، ص 95.

وعليه وبناء على ما تقدم فإن البرقية خلال تلك الفترة التي يحتفظ فيها مكان التصدير بأصل البرقية، يكون لها حجية المحرر العرفي وتقوم قرينة بسيطة على مطابقتها للأصل المحتفظ به في مكان التصدير حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

كما تنص الفقرة الأخيرة من نص المادة 329 ق م ج على أنه: "تلف أصل البرقية أو كان غير موجود لأن سرق أو احترق أو ضاع أو فقد لأي سبب آخر، فلا عبء بالصورة، لأن الحجية إنما هي مستمدة من الأصل، وتصلح الصورة إلا لمجرد الاستئناس".¹

الفرع الثاني: الدفاتر التجارية

لقد ألزم القانون التجاري كل شخص يكسب صفة التاجر الإمساك بدفاتر يقيد فيها كل ما له من حقوق وما عليه من ديون ويقيد فيها كل ما يتعلق بأعماله التجارية وكل ما يرتبط بتجارته بشكل يوضح فيه مركزه المالي حسب نصوص المواد 09 و10 و11 من القانون التجاري، وهذه الدفاتر هي: دفتر اليومية ودفتر الجرد، وقد أجاز القانون للمحكمة أن تطلب تقديمها إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليه.

ويمكن تعريف دفاتر التجار بأنها: "سجلات يلزم التاجر بإمساكها لقيد عملياته التجارية الدائنة والمدينة"، ولقد جاء في نص المادة 330 من القانون المدني الجزائري: "دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة"، وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر التجارية منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد ما هو مناقض لدعواه.

كما جاء نصت المادة 13 من القانون التجاري على: "يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية"، يتبين من النصين السابقين أن دفاتر التاجر قد تكون حجة عليه كما قد تكون حجة لها، كما يتبين أيضا أن الدفاتر التجارية قد يحتج بها في النزاع التجاري بين تاجرين، وقد يحتج بها في نزاع مدني بين تاجر وغير تاجر.

أولا / دفاتر التاجر حجة له

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 255.

خروجاً عن القاعدة العامة بأنه لا يمكن للشخص أن يصطنع دليلاً بنفسه لنفسه، فقد أعطى المشرع حجة للدفاتر التجارية واعتبرها حجة لصالحه وذلك في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كانت الدعوى تجارية (الخصم تاجر أيضاً)

بمعنى آخر في الدعاوى التجارية ما بين تاجر وتاجر وفي هذه الحالة يشترط القانون توافر ثلاثة شروط لتكون دفاتر التاجر حجة له، وهي أن تكون الدعوى تجارية، وأن يكون الدفتر منتظماً، وأن يكون الخصم تاجراً، وكذلك إذا كانت العملية المتنازع عليها تجارية، فهي مقيدة بتفصيلاتها في دفاتر كل من الخصمين فتذكر في دفاتر أحدهما بوصفها حقا له وفي دفاتر الآخر بوصفها ديناً عليه، وقد نصت المادة 13 من القانون التجاري على أنه يجوز للتجار الاستدلال بالدفاتر التجارية بينهم كوسيلة للإثبات بالنسبة للأعمال التجارية، خاصة إذا كانت منتظمة وهنا يجوز للقاضي المحكمة عن طريق مضاهاة الدفاتر والتأكد من صحة البيانات الواردة بها والوصول إلى الحقيقة، فإذا توافقت دفاتر الخصمين، فللمحكمة أن تركز إلى النتيجة المستخلصة منها، أما إذا اختلفت بان كانت دفاتر أحدهما منتظمة ودفاتر الآخر غير منتظمة فتأخذ بما جاء في الدفاتر المنتظمة.

وإذا كانت دفاتر كل من الخصمين منتظمة أو غير منتظمة فلا ارجحية لدفاتر أحدهما على الآخر، وفي كل الأحوال تبقى مسألة تقدير قيمة الدفاتر كدليل للإثبات أمراً جوازياً يخضع للسلطة التقديرية للقاضي وله كامل الحرية في أخذه أو غض البصر عنه.¹

الحالة الثانية: إذا كانت الدعوى مدنية

بمعنى أن الخصم ليس تاجر، وفي هذه الحالة نصت المادة 330 ق م ج: "دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار"، بمعنى أن القانون أجاز كذلك أن يكون الدفتر حجة له على غير التاجر إذا توافرت شروط معينة:

- **الشرط الأول:** أن يكون محل الالتزام سلعة ورد لها التاجر لعميله غير التاجر.
- **الشرط الثاني:** أن يكون الالتزام مما يجوز إثباته بالبينة بالنسبة إلى العميل الغير التاجر أي لا تتجاوز قيمته 100.000 دج.

¹ حسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 182.

- **الشرط الثالث:** يتعلق بقوة الدفتر في الإثبات فليس هذا الدفتر دليلاً كاملاً ولذلك يتعين على القاضي متى قرر قبول البيانات المدونة في الدفتر استكمال دلائلها بتوجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه أي من الطرفين.

وفي جميع الأحوال فإن دفاتر التاجر في هذه الحالة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فله مطلق الحرية في الأخذ بها أو في طرحها وذلك على ضوء ظروف كل دعوى. ولذلك لم يشترط المشرع أن تكون دفاتر التاجر منتظمة كما يستطيع إثبات عكس الدليل المستمد من هذه الدفاتر بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن.¹

ويلاحظ أنه في كل الحالات التي يجوز فيها اعتبار دفاتر التاجر حجة بما ورد فيها سواء له أو عليه فإن هذه الحجية ليست مطلقة وإنما تقبل إثبات العكس بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن، ولا يعتد هنا بقاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة وذلك لأن الدفاتر التجارية غير موقعة، فلا تعد دليلاً كتابياً كاملاً، كما إن المبدأ في المواد التجارية هو في حرية الإثبات.²

وهنا قد يتعامل التاجر مع شخص قد يكون تاجراً أو لا يكون كذلك وفي حالة نشوب نزاع يطلب هذا الشخص من التاجر تقديم دفاتره لإثبات حقه وهنا القاعدة الجوهرية هي أن هذه البيانات المدونة في الدفتر هي بمثابة إقرار غير قضائي صادر عن التاجر كما يعتد كذلك حتى بالبيانات المدونة في الدفاتر من قبل مستخدمي التاجر المأذونين في ذلك وتعتبر أنها قد دونت بعمله ورضاه إلا أن يقيم التاجر الدليل على خلاف ذلك.

وهذا سواء كان خصمه تاجراً أم غير تاجر بصرف النظر عما إذا كان الأمر متعلق بنزاع تجاري أو نزاع مدني³، وهنا للقاضي أن يقدر تبعاً للظروف القيمة التي يستخلصها من الدفتر لإثبات الوقائع المتنازع فيها ومن حق التاجر أن يثبت بجميع الوسائل سواء بالشهادات أو بالقرائن خلاف ما ورد في دفتر.

¹ محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 199.

² رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 445.

³ محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 195.

وتجدر الإشارة إلى أن البيانات التي تكون حجة على التاجر هي غير قابلة للتجزئة فإن على الشخص الذي يتمسك بها أو يريد إعماله لفائدته أن يأخذ بها كوحدة قائمة، بشرط أن تكون الدفاتر منتظمة حسب ما تنص عليه المادة 330 الفقرة 02 من القانون المدني.

الفرع الثالث: حجية الدفاتر والأوراق المنزلية

كثيرا ما يقوم الناس بتدوين مذكراتهم والوقائع الخاصة بشؤونهم المنزلية والمالية والعائلية في دفاتر أو على ورقات متفرقة أو على يوميات عادية وقد تكون لهذه المذكرات بعض الآثار القانونية¹، ونظرا لما يميز هذه الدفاتر والأوراق المنزلية بأنها أوراق خاصة يكتبها الأفراد، دون أن تكتب أو أوضاع معين، ولا يشترط أن تكتب من الشخص الذي تنسب له ولا أن توقع من طرفه فمن المنطق أن لا يضيف عليها القانون نفس القيمة التي للأوراق العرفية عامة والدفاتر خاصة وفي هذا الصدد يستخلص من نص المادة 331 ق م ج أنها تتضمن على قاعدة أو مبدأ عام أو استثناء، وسنتطرق لكليهما على النحو التالي:

أولا/ المبدأ العام الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لصاحبها

وقد نص على هذا المبدأ اغلب القوانين العربية، وذلك لأن القاعدة العامة أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع دليلا لنفسه ولا يعقل أن تكون هاته الأوراق والدفاتر حجة لصاحبها باعتبار أنه من كتبها فهي صادرة منه بل هي لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة لمصلحته لأنها غير صادرة من خصمه.²

ولكن رغم ذلك فإنها تكون قرائن قضائية يستفيد منها صاحبها كما إذا كانت ظروف دينه تمنعه من الحصول على دليل كتابي كالطبيب الذي يدون في مفكرات إتعابه في علاج مرضاه فإنه يجوز له أن يستند إلى مذكراته في مطالب مرضاه بمقابل إتعابه وحينئذ فإن مذكراته تعتبر من القرائن القضائية إذا أضيفت إليها قرائن أخرى ويستطيع القاضي أن يقبلها منه كإثبات بالقرائن.³

ثانيا/ الاستثناء الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على صاحبها

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 277 .

² المرجع نفسه، ص 286.

³ محمد الزهدور، المرجع السابق، ص 44.

بعد أن قررت المادة 331 ق م ج المبدأ العام الذي يقضي بأن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة على من صدرت منه، أدرجت استثناءاً لهذه القاعدة حيث يجوز أن تكون حجة صاحبها وذلك في حالتين هما:

- **الحالة الأولى:** إذا ذكر فيها صراحة انه استوفى ديناً، وفي هذه الحالة هي الأكثر شيوعاً وتحدث عندما يكون من صدرت عنه هذه الأوراق دائماً كان يذكر مثلاً انه استوفى دينه الذي هو في ذمة خصمه كلاً أو جزءاً، لكن لكي يعد مضمون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على صاحبها، لا بد أن تكون العبارة المذكورة فيها صريحة واضحة لا تدع مجالاً للشك أو التفسير¹، كما ليس هناك ثمة صيغة التعبير عن الاستيفاء، فقد يكون بأي طريقة تؤدي المعنى ولا يشترط فيها أن تكون موقعة ولا أن تكون بخط الدائن.

- **الحالة الثانية:** إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في الأوراق أن تكون مقام السند لمن اثبت حقاً لمصلحته وهذه الحالة هي نادرة الوقوع لأن الشخص إذا قصد أن تقوم هذه الأوراق مقام السند فإنه سيوقع عليها، وفي هذه الحالة ستكون الورقة الموقعة دليلاً كتابياً كاملاً، ولا حاجة إلى الاستناد إلى هذا النص الاستثنائي، ولكن إذا وجدت العبارة التي تدل على أنها تقوم مقام السند مشطوباً عليها فان حجيتها تزول سواء أصبح البيان غير مقروء أو بقي مقروءاً، وذلك لأن الاعتراف بالدين أمر فيه خطورة فأمر محو أو شطب يلحقه يكفي لإزالة حجيته حتى لو بقي مقروءاً بعد المحو أو الشطب ويلاحظ أخيراً أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم الدفاتر والأوراق المنزلية إلا إذا كانت مشتركة بين الخصمين كما لو كانت متعلقة بشركة أو بتركة.

الفرع الرابع: التأشير ببراءة ذمة المدين.

إذا قام المدين بالوفاء بالدين فان الدائن يعطيه، عادة، مخالصة بالسداد أو يؤشر على سند الدين بالوفاء مع التوقيع ويعد ذلك بمثابة دليل كتابي كامل، وقد يكفي الدائن بالتأشير بخطه، دون توقيع على السند المثبت للدين ببراءة ذمة المدين، خاصة إذا كان الوفاء جزئياً.²

نصت المادة 332 من القانون المدني على ما يلي: "التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو يكن التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعا

¹ عباس عبودي، المرجع السابق، ص 178.

² محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 116.

منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته"، وكذلك يكون الحكم إذا اثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى أو في مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين، مما استقرأ نص المادة 332 من القانون المدني الجزائري حالتين للتأشير على سند الدين:

- الحالة الأولى: حيازة السند المؤشر عليه في يد الدائن

وهذا يعني أن التأشير يكون على سند الدين ذاته بما يفيد براءة ذمة المدين فإذا تم على صورة من السند أو في ورقة أخرى مستقلة عنه لا يعتبر ذلك قرينة على الوفاء لأن الاحتجاج يتم بأصل السند إضافة إلى أن التأشير على أصل السند ذاته يمنع الدائن من المطالبة بالدين مرة أخرى، ولا يشترط المشرع شكلا معيناً لهذا التأشير، كما لم يحدد له مكانا معيناً في السند فيصح أن يكون بظهره أو بهامشه أو في ذيله، بل يشترط المشرع حتى يكون هذا التأشير قرينة على حصول الوفاء الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون التأشير على السند بما يفيد براءة ذمة المدين

يشترط أن يحصل التأشير على سند الدين ذاته بما يستفاد براءة ذمة المدين، وبكفي في هذا التأشير أية عبارة تفيد هذا المعنى، ولا يشترط القانون شكلا معيناً لهذا التأشير أية عبارة تفيد أن يكون مؤرخاً ويمكن أن يكون بدون تاريخ، كما يجوز أن يكون بغير توقيع الدائن، فإذا كان موقعا صلح أن يكون دليلاً كاملاً دون حاجة إلى نص، كما لا يشترط أن يتم التأشير في مكان معين من السند أو على ظهره أو في هامشه أو في أي مكان آخر¹.

الشرط الثاني: أن يكون السند المؤشر عليه في حيازة الدائن

ويعد هذا الشرط الجوهري لتوافر حجية تأشير الدائن، وإذا كان السند قد خرج من حيازته الدائن انتفت دلالة التأشير.

الشرط الثالث : لا يشترط أن يكون التأشير بخط الدائن

بل يصح أن يكون بخط الغير أو حتى بخط المدين، ما لم يخرج من حيازة الدائن وأن يتم التأشير بعلم الدائن أو بإملائه أو بموافقه.

¹ عباس عبودي، المرجع السابق، ص 191.

فإذا توافرت الشروط الثلاثة السابقة الذكر في السند العرفي، كان هذا التأشير قرينة على أن الدائن قصد به إثبات براءة ذمة المدين بالقدر المدون فيه، وعلى الدائن إثبات عكس هذه الحجية بان يثبت خروج السند من حيازته، ولا يعتبر انتقال السند إلى يد وكيل الدائن أو محاميه أو مدير أعماله أو مودع لديه أو دائن مرتتهن أو تقديمه إلى القضاء خروجاً من حيازته الدائن، وإذا وجد التأشير على سند الدين وقام بعد ذلك الدائن بشطبه، فإنه لا يعول على هذا الشطب ويبقى التأشير حافظاً لقوته في الإثبات، ويعتبر قرينة للوفاء على الرغم من الشطب، ما لم يتم إثبات عدم حصول الوفاء وإن الشطب كان بسبب مشروع.¹

- الحالة الثانية: حيازة السند المؤشر عليه في يد المدين

في هذه الحالة إذا اشر الدائن بما يفيد براءة ذمة المدين على السند الموجود على السند الموجود لدى المدين، فإن ذلك يكون حجة في الإثبات بشرطين:

- 1- أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن على نسخة من السند الأصلي أو على مخالصة ببراءة ذمة المدين، ولا يلزم أن يكون التأشير موقعا عليه من الدائن ولكن يجب ألا يكون هناك محو وشطب، وإلا زالت الحجية التي للتأشير.²
- 2- يجب أن تقع نسخة السند أو المخالصة في حيازة المدين، غير أنه لا يشترط أن يظل السند أو المخالصة في حيازة المدين ولفترة وجيزة طالما أن الدائن أشر عليه بما يفيد براءة ذمة المدين، وإذا توافرت الشروط المتقدمة فإن التأشير يكون حجة على الدائن في براءة ذمة المدين رغم عدم توقيعه على هذا التأشير ومع ذلك يستطيع الدائن أن يثبت عكس الدليل المستفاد من تأشيره بكل طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن، وذلك لأن التأشير يعتبر ورقة عرفية غير موقعة يجوز إثبات العكس بدليل كتابي.³

المبحث الثاني: حجية المحرر العرفي في إثبات المعاملات العقارية

عرف المشرع الجزائري الملكية العقارية في نص المادة من القانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري⁴: "الملكية العقارية هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق

¹ عبد الرزاق عبد الله، تأشير الدائن على سند الدين من دون توقيع براءة ذمة المدين، جريدة القيس، العدد 14445، مقال منشور بتاريخ: 2010/01/08، ص 11.

² محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 115.

³ محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 295.

⁴ القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية عدد، 49، ص 1560.

العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها"، وهذا التعريف يتوافق ويتطابق مع مضمون 674 ق م ج، والتي عرفت حق الملكية بوجه عام، وهاته السلطة التي منحها المشرع لصاحب الملكية العقارية تنتقل من شخص إلى آخر وفقا لما ينص عليه القانون من شروط وأحكام .

ولأن حق الملكية هو من أهم الحقوق على الإطلاق خاصة أنه يرد على العقار فإن الحديث عن دور المحررات العرفية في الإثبات يفرض علينا التطرق إلى الدور الذي يلعبه العقد في إثبات الملكية العقارية، وكذا نقلها وذلك لاعتبارات عديدة من بينها أن المشرع ولمدة طويلة من الزمن كان يعترف ويعطي في قوانينه القديمة كامل القوة والحجية لهذا العقد وذلك تكريسا لمبدأ الرضائية الذي كان سائدا آنذاك، فكانت التصرفات القانونية منتجة لكافة أثارها وصحيحة على الرغم من عدم إفراغها في الشكل الرسمي وحتى وان وردت على عقار .

وعلى الرغم من تبني المشرع لقاعدة الرسمية إلا أن الكثير من المواطنين الجزائريين يلجئون سنويا للقضاء، مدعين حقهم في ملكية عقار أو أرض ما، مستنديين على أوراق عقود عرفية قديمة، لذلك ارتأينا أن نخصص هذا المبحث للتطرق إلى المراحل التي مر بها العقد العرفي في الجزائر وكذا أنواع هذا العقد والآثار التي يترتبها وأخيرا موقف القضاء من هذا العقد.

المطلب الأول: المراحل التي مر بها العقد العرفي

قبل صدور قانون 91/70 المتضمن مهنة التوثيق كانت جميع الأعمال والتصرفات الواردة على العقار تخضع إلى مبدأ الرضائية ولا تخضع إلى الشكل الرسمي ولكن بعد صدور قانون 91/70 أصبحت الرسمية شرطا وركنا جوهريا في قيام وسريان هاته الأعمال والتصرفات، وعليه سنتطرق في فرعين اثنين إلى حجية العقود العرفية في إثبات الملكية العقارية قبل صدور القانون 91/70، وبعده¹.

الفرع الأول: حجية العقود العرفية قبل صدور القانون 91/70

كانت عملية نقل الملكية العقارية وإثباتها قبل صدور القانون 91/70 لا يشترط فيها الشكل الرسمي أبدا، ويكفي فيها الشكل العرفي، وهذا ما تبناه القانون المدني الفرنسي الذي كان مطبقا في الجزائر آنذاك حيث أن المشرع الفرنسي لا يتطلب إفراغ العقود في الشكل الرسمي وإنما يكتفي بالتراضي بين المتعاقدين لكي يتم العقد على أن هذا الاشتراط للورقة أو السند

1 عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، دار هومة ، ط 6 ، الجزائر 2011، ص 85 .

المكتوب عرفيا كان أم رسميا لإثبات العقد وليس لانعقاده و هذا ما جاء في نص المادة 1582 من قانون المدني الفرنسي، وبالنسبة للعقود التي كانت شائعة آنذاك فيمكن التعرّيج عليها فيما يلي:

أولا / العقود العرفية المشهورة وفقا للمرسوم 1936/03/11

وكان يقضي بتطبيق مقتضيات المرسوم الصادر في: 1935/01/30، بالجزائر والمتعلق بتعديل نظام تسجيل الرهون العقارية وإجراء هذه الشكلية يعطي العقود العرفية المشهورة حجية في مواجهة الغير¹، ويكون بذلك سندهم مرتبا لكافة آثاره القانونية اتجاههم .

- العقود العرفية المسجلة بعد 1936/03/11: حيث تم صدور المرسوم المؤرخ في 1936/03/11، والذي جعل المرسوم الصادر في فرنسا بتاريخ 1936/10/30 واجب التطبيق بالمستعمرة، الأمر الذي أصبح بموجبه لزاما على الموقعين على سند عرفي أن يقوموا بإيداع عقودهم لدى موثق خلال ثلاثة أشهر من تاريخ توقيعها.²

- العقود العرفية الواردة على أملاك عقارية تابعة للأهالي بمنطقة القبائل المحررة بعد 1946/10/24: هذه الوثائق تحوز فعلا حجية لإقامة الدليل فيما يتعلق بالملكية العقارية وذلك لأن المرسوم الصادر بتاريخ 1974/02/09، نظم شهرا خاصا للتحويلات العقارية في بلاد القبائل.

والمقتضى هذا التنظيم فإن أصحاب أراضي الملك الغير مفرنسة الموجودة بدواوير ولاية تيزي وزو ودواوير بجاية ملزمون للخضوع إجباريا لشكليات شهر الرهون العقارية لتصبح نافذة في مواجهة الغير، وكذلك بالنسبة لكل عقود البيع أو الرهون أو العقود التي تتعلق بحقوق عينية.³

- العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل صدور قانون التوثيق 91/70

¹ بن عبدة عبد الحفيظ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 85 .
² وهذا ما جاء في نص المادة 02 من المرسوم المؤرخ في: 1935/10/30: " يتم شهر العقود العرفية بعد إيداعها لدى الموثق في خلال 03 أشهر من تاريخ توقيعها "، ص 456.
³ حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية، بدون طبعة، دار هومة الجزائر، 2002، ص 19 .

مدد المشرع الجزائري غداة الاستقلال العمل بالقوانين الفرنسية التي كانت مطبقة في الجزائر طالما لا تتعارض مع السيادة الوطنية، مع إيراد بعض الاستثناءات إذا نجد في المادة الأولى: "يمدد التشريع المعمول به إلى غاية 1962/12/31، باستثناء النصوص المخالفة للسيادة الوطنية، وفي المادة الثانية: تعد باطلة جملة النصوص التي تمس سيادة الدولة الداخلية والخارجية والتي لها طابع استعماري أو عنصري وكذلك تعد باطلة النصوص التي تمس الحريات الديمقراطية، وتعد العقود العرفية المحررة والثابتة التاريخ قبل صدور قانون التوثيق صحيحة وناقلة للحقوق العينية، غير أنه ورغم أنه يشترط لصحة هاته العقود هو ثبوت التاريخ إلا أن المحافظات العقارية لا تعترف إلا بحالة تسجيل العقد العرفي لأن التطبيق العملي قد دل على كثير من المحررات الثابتة التاريخ المحررة قبل صدور قانون التوثيق 91/70 هي مزورة وبالنسبة للتصرفات الواقعة بين 1964 و1970 فبصدور المرسوم 15/64 المؤرخ في 1964/01/20 المتعلق بحرية المعاملات أو كما سمي بالمرسوم المتعلق بحرية التصرفات والذي جاء ليضع حدا للمضاربة التي كانت سائدة آنذاك في السوق العقارية، فقد أوجب هذا المرسوم على أطراف العقد العرفي تقديم رخصة إدارية تسلم لهم من طرف الوالي.

ورغم أن هذا المرسوم قد كرس حرية التصرفات في مادته الأولى إلا أنه وضع قيودا تتمثل في الرخصة الإدارية التي سبق الإشارة إليها والتي تطلبها هذا المرسوم إذا كانت قيمة العين المبيعة تزيد عن 100.00 دج في العقار وتزيد عن 200.000 دج المحلات التجارية. كما أنه اشترط الرخصة الإدارية لمن يريد أكثر من صفتين وتمنح هذه الرخصة بعد أخذ رأي مصلحة الدومين، وكذلك اشترط هذه الرخصة في بيع الأراضي الزراعية ريثما يصدر ميثاق الثورة الزراعية.

كذلك شهادة الشغور في كل بيع يجب على المالك البائع أن يقدم شهادة بأن المالك ليس شاغرا وقد أصدر السيد وزير العدل آنذاك منشورا في 1964/10/24، تحت رقم 141 يأمر فيه الموثقين بأن لا يحرروا عقد البيع إلا باستصدار شهادة عدم الشغور من الولاية، أما العقود المحررة قبل 1964 فلا يطلب هذه الرخصة ويكفي العقد.¹

¹ ببعع إلهام، حماية الملكية العقارية، مذكرة لنيل الماجستير في الحقوق، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، قسنطينة، الجزائر، 2007، ص 59 .

أما الورقة العرفية المثبتة لبيع العقار التي لم تكتسب تاريخاً ثابتاً قبل 1971/01/01، تاريخ سريان قانون التوثيق فليس لها حجية في ذاتها، ولا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق القضاء حسبما استقر عليه اجتهاد قضاء المحكمة العليا.

الفرع الثاني: حجية العقود العرفية المبرمة بعد صدور قانون التوثيق 91/71

أغلق الأمر 90/71 كل الأبواب في وجه المعاملات العرفية في مجال الحياة العقارية وذلك لاشتراطه الرسمية تحت طائلة البطلان في العقود الناقلة أو المعدلة أو المنشئة لحقوق عقارية سواء أكانت أصلية أو تبعية.

جاء في نص المادة 12 من الأمر 91/70، المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 والمتضمن تنظيم التوثيق، على أنه: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات من شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق".

وقد أضفت هذه المادة حماية خاصة على كل التصرفات الواردة على العقار، فلا يكفي توافر الرضا، المحل، السبب وأهلية إبرام العقود بل لابد من إتباع شكل معين يتمثل في الرسمية التي هي ركن لانعقاد ولصحة العقد، كما أنه وموجب هاته المادة فإن العقد العرفي لم تعد له تلك القوة والحجية، وأن العقود العرفية المحررة العرفية بعد 1970/12/15، ليس لها أي أثر بالنسبة لنقل الحقوق العقارية ولا يترتب عنها إلا حقوق شخصية لأطرافها وبالتالي تعتبر باطلة مطلقاً فيما يتعلق بالحقوق العينية العقارية، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب إبطالها كما يجوز للقاضي أثارتها تلقائياً تطبيقاً للمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني ونصوص أخرى في قوانين مختلفة بالبطلان المطلق¹، من بينها:

- المرسوم 76/63، المؤرخ في 1976/03/25، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، حيث جاء في نص المادة 61 منه: "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

¹ بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 86.

- القانون رقم 14/88 المؤرخ في 1988/05/03، والذي نقل حرفيا نص المادة 12 من قانون التوثيق إلى القانون المدني وبالضبط الباب السادس، الفصل الأول، المتعلق بالإثبات بالكتابة وبالضبط نص المادة 324 مكر ر 2.

- القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18، المتضمن التوجيه العقاري، والذي نص في باب أملاك الملكية الخاصة في المادة 29: "يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية، عقد رسمي يخضع لاشتهار عقاري".

- كما ألزم المرسوم رقم 25/90، بموجب المادة 30 منه الحائز لملك عقاري أو شاغل إياه أن يكون له سند قانوني يبرر حيازته للملك أو شغله له.

- أما في الباب المخصص للأراضي الفلاحية، فقد جاء في نص المادة 55 منه: "تتجز المعاملات العقارية التي تنصب على الأراضي الفلاحية في شكل عقود رسمية".¹

وقد جاء في نص المادة 63 من القانون رقم 25/91 المؤرخ في 1991/12/16، المتضمن قانون المالية لسنة 1992 ما يلي: "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 والحصص في الشركات، الإيجارات التجارية، إدارية المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، العقود التأسيسية أو تعديلية للشركات"، فهذه المادة جاءت لتقضي على العقود العرفية بما فيها العقود المتضمنة نقل الأملاك العقارية.

وأخيرا فإنه يعاب على المشرع الجزائري أنه وبالرغم من تقريره قاعدة الرسمية في المعاملات العقارية، إلا أنه لم يخصص لها القاعدة نصا صريحا في القانون المدني الصادر بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، وأن كان القانون المدني لم ينص صراحة في بداية الأمر على لزوم إبرام العقود المتضمنة التصرفات القانونية الواردة على العقار في الشكل الرسمي إلا أن هذه الحالات على القوانين المعمول بها كافية للقول بأن المشرع قد جعل من الرسمية شرطا أساسيا لانعقاد تلك التصرفات.²

¹ حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 128.

² مقال منشور بعنوان "قاعدة الرسمية والشهر العقاري في القانون الجزائري"، منشور على الموقع الإلكتروني:

P/ http://procedurejudiciaire.blogspot.com/2010/04/blog-post_5856.html

الفرع الثالث: مصير العقود العرفية المبرمة قبل صدور قانون التوثيق

إن انتقال المشرع الجزائري من نظام الشهر الشخصي الموروث عن الحقبة الاستعمارية إلى نظام الشهر العيني المستحدث بموجب الأمر 74/75، المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه والذي أساسه وركيزته شهد الممتلكات العقارية أدى بالسلطة التنفيذية لتدخل ثلاث مرات لتصحيح العقود الثابتة التاريخ.¹

- المنشور الرئاسي المؤرخ في 30/06/1976:

لقد جاء هذا المنشور لتصحيح العقود الثابتة التاريخ والمبرمة قبل 05 مارس 1974، تاريخ العمل بقانون الاحتياطات العقارية، وسن هذا المرسوم إجراءات خاصة، فكلف المحاكم بجراء تحقيق للمتقاضين عن صحة البيع وتاريخه، إذ أصدرت الأمانة العامة للرئاسة تعليمات تتعلق بإثبات المعاملات التي أبرمت قبل نشر الأمر 74/26، المؤرخ في 02/02/1974، والذي جاء فيه ما يلي: "إن الأمر التشريعي رقم 74/26 الصادر في 20/02/1974 المتعلق بالرصيد العقاري للبلديات قد وضع حد لكل المعاملات في الأراضي التي يملكها الخواص والموجودة في المنطقة العمرانية وذلك ابتداء من 05/03/1974 لكن عدد كبير من المواطنين (عمال وشغالين) الراغبين في بناء مسكن لإيواء عائلاتهم قد اشتروا قبل التاريخ المذكور قطع ارض بدون تحرير عقد توثيقي، رفعت أمام المحاكم دعاوى بصحة البيوع، ونظرا لعدم رد الثمن من قبل البائع أو ذوي حقوقه بسبب عسرهم فقد لبت بعض المحاكم مثل هذه الدعاوى اعتماد على كون البيع وقع قبل 05 مارس 1974 تاريخ العمل بالأمر التشريعي المذكور أعلاه الذي لم يطبق نظرا لعدم رجعية القانون وعلى المحاكم أن تتحرى في الوقائع وأن تجري تحقيقات ما إذا كان البيع أبرم قبل 1974/53 وتتوفر فيه جميع شروط البيع من بينها تسليم الشيء المبيع ودفع الثمن ويتعين حينئذ إثبات تاريخ العمليات، ولكن لا تصح سوى البيوع التي أبرمت قبل نشر الأمر التشريعي الخاص بالرصيد العقاري للبلديات، ويجب إجراء مراقبة صارمة ومستمرة على غرار ما هو واقع في ميدان الثورة الزراعية بإنشاء مجموعة بطاقات على نسختين تسجل فيها جميع الأحكام الصادرة وتوضح نسخة في وزارة العدل والأخرى في رئاسة مجلس الوزراء.

¹ حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 17.

إن الأحكام التي تصدر في هذا الشأن والتي يجب أن تحترم الحدود التي فرضها مرسوم 28/76 المؤرخ في 1976/02/07 الذي يحدد كيفية الحاجيات العائلية لمالكي الأرض في ميدان البناء، وتقوم مقام العقود الموثقة بشهر وتنتج أثارها بالنسبة للغير، ويبلغ المعنى بالأمر من طرف المحكمة بعد استلامه من كتابة الضبط إشعاراً من المجلس الشعبي البلدي.¹

إلا أن تجاهل المنشور للأمر رقم 91/70 المتضمن قانون التوثيق الذي أوجب الرسمية في المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان بالإضافة إلى أنه لا يفيد القاضي لأنه يحمل وجهة نظر الحكومة في تأويل الأمر 74/26 المتعلق بالاحتياطات العقارية، إضافة إلى ذلك ليحدد مدة لتصحيح البيوع العرفية ولا يشترط تسجيل العقود العرفية لدى مصلحة التسجيل والطابع لمفتشيه الضرائب لكي يكون لها تاريخ ثابت، ليسهل التأكد من صحتها، كما هي الظروف للأشخاص من أجل التهرب من الإجراءات التي يفرضها قانون التوثيق.²

وتجدر الإشارة إلى أن العقود العرفية غير الثابتة التاريخ، لا يمكن إثبات حجيتها عن طريق القضاء كما سبق الإشارة إليها.

- المرسوم 210/80، المؤرخ في 1980/09/13، يعدل ويتمم المواد 15 و 18 و 89 من المرسوم رقم 36/76 المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري وفي المادة الثالثة التي عدلت نص المادة 89، والتي جاء فيها: " لا تطبق القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه:

- عند الإجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري، والذي يكون متمماً، تطبيقاً للمواد من 8 إلى 18 من هذا المرسوم.

- إذا كان صاحب الحق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجاً عن سند اكتسب تاريخاً ثابتاً أول مارس 1961.³

المشروع الجزائري ارسى من خلال هذا المرسوم مبدأ الأثر الإضافي للشهر والذي يعني أنه لا يمكن إشهار حق ينصب على عقار إلا إذا تم إشهار السند السابق للمتصرف، إلا أنه استثنى من هاته القاعدة العقود العرفية الثابت التاريخ والتي اكتسبت بمقتضى هذا المرسوم

¹ المرجع نفسه، ص 116.

² بعبع إلهام، المرجع السابق، ص 56.

³ المادة 88 من المرسوم 210/80، المتضمن تأسيس السجل العقاري، ج ر، العدد 38، ص 1377.

صيغتها الشرعية وأعفيت من الأثر الإضافي للشهر أو ما يعرف: "بنظام الإشهار المسبق"، وقد قامت المحاكم في تلك الفترة بتثبيت صحة هذه العقود العرفية بعد تقديم الأطراف إشهادا من البلدية يثبت أن العقار لا يدخل ضمن صندوق الثورة الزراعية أو في الاحتياطات العقارية تمهيدا لشهرها بالمحافظات العقارية.¹

بمقتضى هذا المرسوم اكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل جانفي 1971 صيغتها الرسمية، دون حاجة للجوء إلى الجهات القضائية لغرض إشهارها كما كان الشأن سابقا، إذ يكفي اللجوء إلى الموثق لتحرير عقد إيداع بشأنها يتم شهره في المحافظة العقارية المختصة وعلى ضوء ذلك أعفيت من الإشهار المسبق الذي كان مفروض بحكم نص المادة 88 من المرسوم 63/76، وتجدر الإشارة أن عملية الإيداع مشروطة بثبوت تاريخ العقد العرفي حسب المادة 05 من القانون 27/88 المؤرخ في : 1988/07/12 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق .

- يجب على الموثق أن يتأكد من شهر مضمونه لدى المحافظة العقارية، تحت طائلة رفض الإيداع على مستواها.
- يقوم حامل العقد العرفي بجمع ملف يتكون من العقد العرفي موضوع الإيداع، شهادة ميلاد المنتفع من العقد، أصل ملكية البائع أو المتصرف تعيين العقار تعيينا دقيقا.
- يقوم الموثق بتحرير عقد إيداع للعقد العرفي ملتزما بكافة ما ورد فيه مراعيًا إذا ما كان المسح العقاري قد شمل المنطقة أم لا، الواقع فيها العقار موضوع التصرف.
- في حالة وفاة الشخص المعني قبل إيداع الورقة أو العقد العرفي، يحرر الورقة لدى الموثق توثيقية باسم المالك مع الملف المذكور أنفا إضافة إلى عقد الفريضة.²

المطلب الثاني: موقف القضاء من العقد العرفي

إن الاجتهاد القضائي في الجزائر وبشأن الموقف الذي اتخذته بخصوص المعاملات العقارية التي أبرمت عن طريق العقود العرفية، عرف عدة مواقف مختلفة، وذلك من خلال التباين الواضح في الأحكام والقرارات مع القوانين التي كانت سارية آنذاك، وفي خضم هذا

¹ المرسوم التنفيذي رقم 123/93، المؤرخ في 19/05/1993، المعدل والمتمم للمرسوم رقم 76/63، المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل التجاري العقاري، ج ر، العدد 34، ص 14.

² بعبع إلهام، المرجع السابق، ص 59، 58.

التناقض الذي عرفه القضاء في تلك الفترة انقسم هذا الأخير إلى فريقين فريق يدعو إلى تطبيق أحكام القانون لاسيما نص المادة 324 مكرر 1 السالفة الذكر، والتي تتوافق ونص المادة 12 من الأمر 91/70 المتضمن قانون التوثيق السابقة الذكر، وبين فريق آخر لا يعطي هاته المواد الأهمية التي أولاها لها القانون، وتعتبر الرسمية مجرد وسيلة للتعبير عن الإرادة وإفراغها في قالب رسمي.

وأمام هذا التبيان في مواقف القضاء صدر قرار عن الغرف المجتمعة للمحكمة العليا والصادر في 18 فيفري 1997، والذي جاء لتوحيد الاجتهاد القضائي فيما يتعلق بتطبيق المادة 324 مكرر من القانون المدني والمادة 79 من القانون التجاري اللتان لا يجوز الاجتهاد فيهما لصراحة النص.

الفرع الأول: الموقف السابق للمحكمة العليا

لقد كانت المحكمة العليا تعطي للعقود العرفية مرتبة العقود الرسمية وترتب عليها نفس الآثار، وقد أحدث ذلك إشكالات دفعت بالأطراف المتعاقدة إلى الابتعاد عن المؤسسات الرسمية والتعامل بالعقود العرفية¹، ذلك أن العقد العرفي كانت له الحجية المطلقة قبل صدور قانون التوثيق لسنة 1970، وكان يكفي لتكوين العقد توافر أركانه المعروفة من رضا، محل، وسبب وهذا ما أكدته عدة قرارات منها:

قرار المحكمة العليا (غير منشور)، الصادر بتاريخ 19/11/1990، الملف المدني رقم 61796، والذي جاء فيه: "وإما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع طبقوا المادة 12 من الأمر 91/70 المتضمن مهنة التوثيق غير قابلة للتطبيق في القضية الحالية وكان عليهم مناقشة المادتين 351 و 361 من القانون المدني لأن المشرع قد قصد فعلا تخصيص مكانة العقد العرفي بين العلاقات القانونية، ويعد في نظر القانون مصدر التزامات بين الأطراف، وهذا القرار الذي جاءت به المحكمة العليا في قرار لها صادر في 05/05/1995، الملف المدني رقم: 181108، وقد جاء في القرار رقم 200454 الصادر بتاريخ: 31/01/2001، ولما كانت أحكام القانون المدني لا سيما المادتين 1322 و 1582 الساريتين المفعول وفق التصرف تجيزان البيع العرفي للعقارات فإن قضاة الموضوع قد أعطوا قرارهم

¹حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 24.

أساساً سليماً وطبقوا مصححي القانون لما ألزموا الطاعنين بتثبيت هذا البيع بما يسمح بنقل الملكية قانوناً مطبقين بذلك أحكام المادة 361 من القانون.

ورغم صدور القانون 91/70 والذي اشترط الرسمية في مجال المعاملات العقارية إلا أن الواقع العملي بقي بعيداً كل البعد عن مقتضيات قانون التوثيق، واستمر التعامل بالعقود العرفية وتكريسها من قبل الجهات القضائية التي تعترف لها بالحجية على غرار العقود الرسمية، وهذا ما كانت تؤكد عليه المحكمة العليا التي كانت هي الأخرى تعترف بحجية العقد العرفي في مجال إثبات ونقل الملكية العقارية، مكتفية بإلزام البائع بإتمام إجراءات البيع النهائي مع المشتري أمام الموثق، وفي حالة امتناعه عن إتمام هاته الإجراءات قام الحكم مقام العقد وعليه فالرسمية تعد فقط شرطاً للإثبات وليس ركناً للانعقاد، وهذا ما يظهر التناقض والتباين بين القوانين والأحكام والذي كان قائماً آنذاك.

وقد جاء في قرار لها صادر في 1990/02/07 الحامل رقم 57930 أنه: "إذا كان عقد البيع الوارد على عقار قد تم بين البائع والمشتري وكانت أركانه كاملة من حيث الرضا والمحل والثلث ولم يذكر البائع ذلك ولم ينازع في أركانه فإنه يتعين على المحكمة إتمام النقص المتمثل في الرسمية، إما أن تلغي عقداً تام الأركان بسبب عدم احترامه الشكليات الرسمية فهذا مخالف للقانون".¹

وقد أكد هذا الاتجاه قرار صادر عن نفس الغرفة بتاريخ: 1995/05/05، تحت رقم 108/108، وهو قرار غير منشور: "..... وأنه بإحالة الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي فإن قضاة الموضوع قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً وأنه لا يمكن للمدعي الاحتجاج بخرق المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 والتي جاءت في صالح الخزينة العمومية والشهر العقاري فقط".

هناك فريق آخر يختلف عن ما ذهب إليه الفريق السابق حيث أنه لا يعترف بالعقد العرفي ويشترط الرسمية في العقود الناقلة للملكية العقارية وكذا بشأنها إثباتها، فقد جاء في القرار المؤرخ في 1981/10/21 بأن: "العقد العرفي لا يشكل إلا وعداً بالبيع وبإمكان

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 021990/07، الحامل رقم 57936، "تطبيقات قضائية في المادة العقارية"، ص، 27-31.

المشتري المطالبة بتجسيد البيع في شكل عقد توثيقي، وإن حالة عدم التنفيذ لا تخول الا الحصول على التعويضات المدنية".

كما أنه في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا، والذي جاء فيه يشترط في عقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحرر على الشكل الرسمي وإلا وقعت تحت طائلة البطلان.

وعلى عكس ذلك فإن تطبيق المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني والمادة 79 من القانون التجاري التي تقضي ببطلان العقد العرفي بطلانا مطلقا لكونه أبرم خرقا للمواد القانونية أعلاه كان مكرسا بموجب قرارات صادرة عن الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، إلا أن بعض المجالس القضائية كانت تقضي بصحة هذا تلك العقود العرفية وبصرف الأطراف المتنازعة أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع المحل التجاري أو العقار سند رسمي اعتمادا على القرارات الصادرة عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا التي كانت تقرر صحة العقد العرفي مبررة ذلك:

- إن البيع العرفي ينتج آثاره بمجرد تبادل الإيجاب والقبول وتحديد ثمن العين المباعة.
- إن المادتين 351 و 361 من القانون المدني تلزمان البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري والامتناع عن كل ما من شأنه أن يجعل نقل الملكية .
- إن المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني جاءت في صالح الخزينة العمومية.
- إن الاحتكار الذي كان ممنوعا لصالح البلديات فيما يخص المعاملات العقارية في المجال الحضري بموجب الأمر 26/74 المتعلق بالاحتياطات العقارية للبلدية الملغى بموجب قانون التوجيه العقاري الذي كان يستثني الأراضي المعدة للبناء الملغى بموجب قانون التوجيه العقاري الذي كان يستثني الأراضي المعدة للبناء التي تقع داخل المنطقة العمرانية من التداول بين الأشخاص إلا لصالح البلدية مقابل ثمن يتم تقويمه وهو ما جعل المحكمة تتماشى مع هذا الواقع الاجتماعي وتتعاطف مع المتقاضين وربما أيضا لعدم اقتناع قضاة المحكمة العليا بالقيود الشديدة التي فرضها هذا القانون¹.

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 021990/07، الحامل رقم 57936، "تطبيقات قضائية في المادة العقارية"،

الفرع الثاني: الموقف الحديث للمحكمة العليا

نظرا للتبيان الواضح الذي كان يطغى على الأحكام والقرارات الصادرة من المجلس والمحاكم الجزائرية بشأن الاعتراف بحجية المحرر العرفي ووضعه على قدم المساواة مع المحرر الرسمي، ونظرا للاختلاف الذي كان يقسم القضاء الجزائري إلى فريقين كما سبق تبياناه، فريق يعترف بالعقد العرفي وقوته في الإثبات ونقل الملكية، وفريق آخر لا يعترف بذلك، ولكل منهم وجهته وحبته في تفسير نص المادة 12 من قانون التوثيق وكذا المادة 29.

ونظرا لما تتمتع به المحكمة العليا من سلطات بشأن الاجتهاد القضائي، خولتها لها المادة 20 وما يليها من القانون رقم 22/89 المؤرخ في 12/12/1989، المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، اجتمعت الغرفة المختلطة المكونة من قضاة الغرفة المدنية وقضاة الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 12/05/1996، المتعلق بمدى حجية العقد العرفي، ولتوحيد الاجتهاد القضائي في الجزائر، ولكن هذا الاجتماع للغرفتين لم يؤدي إلى الخروج برأي موحد.

لأن الغرفة المدنية تمسكت بموقفها القائل بصحة العقود العرفية وكذلك الأمر بالنسبة للغرفة التجارية والبحرية التي تمسكت بموقفها الرامي إلى الحكم ببطان العقود العرفية وكذلك الأمر بالنسبة للغرفة التجارية والبحرية التي تمسكت بموقفها الرامي إلى الحكم ببطان العقود العرفية المنصبة على بيع المحن العقاري أو العقار.

ونظرا للتناقض الملحوظ في موقف الغرفتين قررت المختلطة إحالة الملف على بيع المحن العقاري أو العقار.

ونظرا للتناقض الملحوظ في موقف الغرفتين قررت المختلطة إحالة الملف على الغرف المجتمعة للفصل فيه لأن القرار الذي سيصدر ويؤدي إلى تغيير الاجتهاد القضائي لإحدى الغرفتين وذلك عملا بمقتضاه نص المادتين 22 و 23 من القانون المؤرخ في 12/12/1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا¹، وقد أسفرت هاته الإجراءات بصدور القرار الحامل رقم 136156 المؤرخ في 20/02/1997 والذي يقضي بـ:

"- حيث أنه يتبين من القرار المطعون فيه أن قضاة الاستئناف اعتبروا أن العقد العرفي المحرر بتاريخ: 22/08/1988 بين طرفي النزاع والمتضمن بيع قاعدة تجارية من الطاعن

¹ حمدي باش عمر، المرجع السابق، ص 187

ب، ع، إلى المطعون ضده ع، ح عقد صحيح مكتمل الشروط الخاصة بوصف المبيع وتحديد الثمن وتترتب عليه التزامات شخصية، ونتيجة لذلك قضاوا بصرف الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع.

- حيث أن قضائهم هذا يخرق أحكام المادتين 79 من القانون التجاري و324 مكرر 1 من القانون المدني لكونهما تشترطان في كل بيع محل تحرير عقد رسمي لضمان حقوق الأطراف وكذا حقوق الغير وإلا كان باطلا.

- حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد.

- حيث أنه كان صحيحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والمشتري إلا أنه باطل بطلان مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام ولا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع.

- وضمن هذه الظروف يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد المتعلق ببيع القاعدة التجارية ويأمر بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد وفقا لأحكام المادة 103 من القانون المدني. وبما أن القرار المتقدم لم المبينة أعلاه فإنه يراعي القواعد القانونية المبينة أعلاه فإنه يستحق النقض".

ما يلاحظ على هذا القرار يتعلق ببيع المحلات إلا أنه ومن خلال المذكرة الصادرة عن المفتشية العامة لوزارة العدل الصادرة سنة 1997 تحت رقم 97/032 والقرار الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا يبين أن القرار المشار إليه أعلاه والذي فصل في شأن مدى حجية العقد الإداري يمكن توسيع نطاقه ليشمل جميع المعاملات الواردة في نص المادة 324 مكرر 1¹.

ومن بين القرارات الصادرة عن المحكمة العليا واللاحقة لصدور القرار المؤرخ في: 1997/02/18: نجد القرار رقم 255411، المؤرخ في: 2002/2/06، والذي جاء فيه: "يحرر وجوبا عقد مقايضة العقار في الشكل الرسمي لإثبات صحته وذلك طبقا للمواد 324 مكرر 1 والمادة 415 من القانون التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت

¹ حمدي باش عمر، المرجع السابق، ص 189.

طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو حالات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها يجب أن يحرر على الشكل الرسمي".

كذلك تم التأكيد على الرسمية في قرارين صادرين عن مجلس الدولة الأول بتاريخ 2000/02/14، تحت رقم 210419، وجاء في القرار الأخير أن المادة 324 مكرر 1 مدني توجب تحرير العقود الناقلة للملكية العقارية في الشكل الرسمي، مع دفع الثمن للموثق وأن الرسالة المحتج بها في العقد العرفي لا تعد عقد بيع من جهة ومن جهة أخرى لا يمكن الاستجابة لطلب المستأنفين الرامي إلى توجيه أوامر للإدارة (والمتمثلة في إتمام إجراءات البيع والشهر للعقد).

خلاصة القول أن القرار الصادر بتاريخ: 1997/02/18، جاء في الوقت المناسب لكي يوجد الاجتهاد القضائي في نقطة هامة وحساسة نظرا لكثرة القضايا المطروحة على مختلف الجهات القضائية، وليذكر جميع القضاة بضرورة تطبيق القانون تطبيقا سليما. ويعتبر خطوة جديدة لتعزيز دولة القانون لكونه يفرض على المواطنين احترام الشكل الرسمي في معاملاتهم التجارية والعقارية حفاظا وصونا لحقوقهم وحقوق الدولة التي حرمت فترة من الزمن من إيرادات هامة.

فضلا على انه جاء متماشيا مع التوجهات الجديدة التي توخاها المشرع الجزائري من إصدار القانون رقم 90/25 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، والذي يؤكد في المادة 29 منه على أن الملكية العقارية والحقوق العقارية الأخرى لا يمكن أن تثبت إلا عن طريق عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري¹.

¹ حمدي باش عمر، المرجع السابق، ص 189.

خلاصة القول:

وبتوافر الشروط السابقة الذكر في الفصل الأول يحوز المحرر العرفي الحجية والقوة التي أعطاها له القانون والتي تختلف باختلافه فيما إذا كان معدا للإثبات أو لا، ولأن المحرر العرفي معرض للسرقة والتزوير فإن المشرع الجزائري ومن خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قدر أرسى قواعد قانونية يمكن من خلالها الطعن في حجية هاته المحررات وهذا ما حاولنا توضيحه في هذا الفصل مبينين الإجراءات التي تتبع في سبيل تحقيق ذلك كما حاولنا التطرق إلى حجية المحرر العرفي ومدى القوة الثبوتية التي تحوزها المحررات والسندات العرفية.

مما نستخلصه في الأخير أن المحرر العرفي يعتبر حجة بين المتعاقدين والخلف ما لم يتم إنكاره أو الطعن فيه بعدم العلم، ويكون له حجية بالنسبة للغير إذا كان له تاريخ ثابت، وفي الحالة التي يعرض فيها على القاضي عقد عرفي مبرم قبل تاريخ 01/01/1971 يثبت تصرفا ناقلا للملكية العقارية، فان القاضي هنا يعتد بالمحرر العرفي اعتبارا من أن هذا التصرف القانوني المبرم قبل 01 تاريخ /01/1971 كان لا يشترط الرسمية وقت إبرام العقد.

كما أن تأكيد المشرع الجزائري واجتهادات المحكمة العليا على الصيغة الرسمية للعقود الناقلة للملكية العقارية أنهى الفوضى التي كانت سائدة بين المحاكم والمجالس.

ولما كانت المحررات العرفية يحررها الأفراد بمعرفتهم، من أجل أن تكون دليلا كتابيا فإن حجيتها تتوقف على سلامة مضمونها من خط أو توقيع من احتمال تعرضها للتزوير أو اللبس والغموض مما اقتضى فتح مجال الطعن في حجيتها عن طريق الإنكار أو عدم العلم أو الادعاء بالتزوير عليها.

وهكذا فان المشرع في قانون الإجراءات المدنية الجديد 09/08 تبنى إجراءات جديدة تسمح بإثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع الوارد في المحرر العرفي من خلال إجراءات مضاهاة الخطوط بطلب فرعي أثناء سير الخصومة في الدعوى الأصلية أو عن طريق دعوى مبتدئة أصلية، وهو ما من شأنه أن يسهل على القاضي الوصول إلى الحقيقة عند الفصل في النزاع، ويعطي للأطراف دورا كبيرا في إثبات ادعاءاتهم والمحافظة على حقوقهم.

وأهم ما توصلنا إليه في دراستنا هذه أن التوقيع هو الشرط الأساسي والجوهري لتحرير العقد العرفي، فإذا انتفت هذه الشكلية، فإن جزء ذلك الإبطال أو الإنقاص من قيمة المحرر العرفي ليتحول هذا الأخير إلى مبدأ ثبوت بالكتابة.

وكذا في حالة اشتراط القانون الرسمية لقيام التصرف، فإن تخلف هذا الشكل يؤدي إلى بطلان التصرف ومنه المحرر العرفي الذي يتضمنه، أما إذا كانت هذه وسيلة إثبات استرجع المحرر العرفي قيمته في الإثبات وصلح لإثبات هذا التصرف.

كما أن المحررات العرفية هي التي تحرر من قبل الأفراد العاديين أو بمساعدة الغير، وتتعدد هذه المحررات فمنها المحررات العرفية المعدة للإثبات أو السندات العرفية، والمحررات العرفية الغير معدة أو مهيأة للإثبات وهذه الأخيرة قد تكون موقعة من الأطراف كالرسائل والبرقيات، وقد تكون غير موقعة من طرفهم كالدفاتر التجارية والدفاتر والأوراق المنزلية الخاصة والتأشير ببراءة الذمة بسند بيد الدائن أو المدين. كما نص المشرع الجزائري على نوع آخر من المحررات الكتابية بموجب التعديل الأخير للقانون المدني رقم 08-09 بتاريخ 25 فيفري 2008 وذلك طبقا للمواد 323 مكرر و323 مكرر 1 من القانون المدني وكذلك بموجب تعديل المادة 327 منه وقد منح المشرع لهذا النوع قوة الدليل الكتابي مما جعلن نتساءل عن نية وقصد المشرع من ذلك وقد انتهينا في الأخير إلى اعتبار المحرر الالكتروني محرر عرفي كما انتهينا من خلال طرح الموضوع إلى أن المحررات العرفية تختلف كذلك من حيث قوتها وحجتها، فالسندات العرفية متى توافرت شروطها أصبحت كالمحررات الرسمية حجة على الكافة

بما تضمنته ومن حيث صدورها من موقعها إلى حد الطعن فيه بالإنكار أو التزوير، وبما أن هذه السندات ذات الحجية الغير القاطعة فيجوز إثبات ما يخالفها لكن لا بد في هذه الحالة احترام قاعدة لا يجوز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة والمخالف لها إلا بالكتابة، على خلاف الغير الذي يجوز له مخالفة هذه القاعدة وذلك بإثبات ما يخالف الثابت بالكتابة بكافة طرق الإثبات على اعتبار أن التصرف يعتبر بالنسبة إليه كواقعة مادية، من ناحية أخرى فان تاريخ المحرر لا يكون حجة على هذا الغير إلا من يوم أن يكون له تاريخ ثابت وذلك طبقاً للوسائل المحددة في المادة 328 من القانون المدني، أما المحررات العرفية الالكترونية فرغم أن المشرع ساوى بينها وبين السندات العرفية في الحجية، إلا أن الشكل أو القالب الذي تفرغ فيه يقلل أو يزيد من القوة الثبوتية لهذه المحررات وذلك حسب التقنية المستعملة في تحريرها، وبما أن المسألة فنية فهي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

أما المحررات العرفية الغير معدة للإثبات فقد ترتقي إلى الدليل الكامل كالرسائل والبرقيات متى استوفت شروطها وتطبق عليها القواعد السالفة الذكر في السند العرفي. وقد تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة تتمم بالبينة والقرائن أو اليمين المتممة حسب الحالة وتكون خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، وقد تطورت حجية المحررات المعدة للإثبات عبر الزمن فكانت له الحجية المطلقة في إثبات جميع التصرفات وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة. أما بعد صدور قانون التوثيق قيد هذا الأخير من حجية السندات العرفية وذلك باشتراطه الرسمية في انعقاد بعض التصرفات، وبالتالي على القاضي أن يتنبه لتاريخ هذا السند من حيث ثبوت تاريخه وكذلك من

حيث عدم مساسه ببعض الحقوق التي ترتبت بعده والمشهرة طبقاً لمبدأ حجية الشهر واستقرار المعاملات.

وفى الأخير ورغم كل القيود المقيدة لقوة الدليل العرفي إلا أن الواقع يحتم على المشرع إعطاء قيمة أكبر لهذه المحررات في الإثبات وهذا تمليه عدة اعتبارات قانونية تتمثل في توافق هذه المحررات مع مبدأ سلطان الإرادة واعتبارات اجتماعية تتمثل في إفراغ الأفراد لتصرفاتهم في قالب عرفي رغم أن القانون يفرض شكلية معينة لذلك، هذا ما أدى بالمشرع في الكثير من الحالات ورغبة منه في استقرار الأوضاع الحقيقية إلى الاعتراف بحجية المحررات العرفية.

وفي الختام وبناء على ما سبق ذكره، فإن العقد العرفي هو سند معد للإثبات يتولى تحريره وتوقيعه أشخاص عاديون دون تدخل موظف عام بمعنى أنه يتميز عن المحرر الرسمي بانعدام الرسمية، وعليه فإنه من باب الحذر يجدر التنويه إلى بعض مخاطر العقود العرفية خاصة في مجال العقارات وظهور بعض المحتالين الذين يقومون بتحرير عقود عرفية للتحايل على الناس من أجل نهب أموالهم، مثلاً شخص يقوم ببيع قطعة أرض بعقد عرفي ويوهم المشتري أنه سيقوم باكتتاب ذلك العقد لدى الموثق بعد تسويته لدى مصالح مسح الأراضي، فيقوم المشتري ببناء مسكن على القطعة الأرضية أو أي شيء آخر، ليتفاجأ بعد ذلك برفع البائع قضية أمام المحكمة يطالب فيها بإبطال هذا العقد وإرجاع الأطراف إلى الوضعية التي كانوا عليها قبل تحرير العقد، أو يقوم ببيع قطعة أرض بحسن النية بموجب عقد عرفي، وبعد ذلك يتوفى البائع

ويظهر الورثة للمطالبة بإلغاء العقد العرفي زاعمين أنه ليس لديهم علم بهذا العقد، وبهذا يكون المشتري قد خسر الدعوى.

وعليه إذا اقتضت الحاجة أو الضرورة فإني أقترح وضع شرط جزائي كبند في العقد العرفي في حال إخلال البائع أو ورثته أو مطالبتهم بإلغاء العقد العرفي، وكسبيل المثال بأن يرجع للمشتري المبلغ الذي دفعه إضافة إلى مبلغ يساوي 10 أضعاف أو المبلغ الذي يتفقون عليه حتى لا يكون المشتري ضحية هذا الفسخ أو التحايل، وبالتالي إذا قضت المحكمة المختصة بإلغاء العقد العرفي فتحكم على البائع أو ورثته إرجاع المشتري المبلغ إضافة إلى مبلغ التعويض المتفق عليه في بند الشرط الجزائي.

وأیضا من ضمن التحايل، فإن البائع أو ورثته ينكرون وجود هذا العقد ويطعنون في صحته بعدما يوهمون المشتري وبهذا يكون هذا الأخير ضحية هذا التحايل.

وعليه فإني أوصي وأنصح الذي يقوم بالإكتتاب بموجب عقد عرفي أن يدونه ويوقعه بحضور شاهدين أو أكثر حتى لا يطعن في صحته من جهة ولا يكون ضحية نصب من جهة أخرى.

ونفس القول ينطبق على العقود العرفية التي يتم تحريرها في مجالات أخرى كالتجارية، المؤسساتية وغيرها.

قائمة المصادر والمراجع

أولا - المصادر

1- القرآن الكريم

2- الحديث النبوي الشريف

ثانيا: النصوص القانونية

1- النصوص التشريعية

1- الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

3- القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية عدد، 49.

4- القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

5- القانون رقم 1952/30، المؤرخ في: 17/05/1952، المتضمن قانون البيانات الأردني، المعدل والمتمم، ج ر العدد 1108.

6- القرار رقم 99699 المؤرخ في: 25/07/1993 م ق 94/2

2- النصوص التنظيمية

1- المرسوم التنفيذي 123/01، المؤرخ في: 09/05/2001، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق

على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات

المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 27، الصادرة في: 13/05/2001

ثالثا - المعاجم اللغوية

1- قاموس المعاني، قاموس عربي، منشور على الموقع الإلكتروني: www.almaany.com

2- منتديات المحرق، كمنشور على الموقع الإلكتروني: <http://mhrschoo.net/vb>

3- الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، ليبيا.

4- محمد الصلقور، المعجم الأصول، ج2، الهدى للدراسات الإسلامية، 2005، بدون بلد

نشر.

رابعاً - الكتب

أولاً: المؤلفات العامة :

- 1- بن عبيدة عبد الحفيظ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2003.
- 2- مونية العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الجزء الثاني، إجراءات التحقيق والإثبات، الطبعة الأولى، منشورات أمين، الجزائر، دون سنة النشر.
- 3- نعيمة حاجي، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2002 .
- 4- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002 .

ثانياً: المؤلفات المتخصصة :

- 1- حمود حسام محمود لطفي النظرية العامة للالتزام، المصادر، الأحكام، الإثبات، دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دون طبعة، القاهرة، مصر 2007.
- 2- رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 3- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الجزء الأول، دار الكتاب الحديث، الطبعة الخامسة، بدون بلد النشر، بدون سنة النشر.
- 4- صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2005.
- 5- عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999 .
- 6- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الالتزام - بدون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر.
- 7- فراح مناني، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، بدون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

- 8- محمد حسن منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، دار الجامعة للنشر، بدون بلد النشر، 1998.
- 9- محمد حسين قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
- 10- محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، طبعة 1991.
- 11- نبيل إبراهيم سعد، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001.
- 12- نبيل صقر، مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وأحدث تعديلات القانون المدني، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- 13- يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة تطبيقية ونظرية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر 1982.

خامسا - الرسائل الجامعية

- 1- إياد "محمد عارف" عطا سده، مدى حجية المحررات الالكترونية في الإثبات، دراسة مقارنة تفصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، أطروحة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009 .
- 2- برني نذير، العقد الالكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، الجزائر، دفعة 2006/2003، سنة 2006 .
- 3- ببعع إلهام، حماية الملكية العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، الجزائر، 2007.
- 4- ثابتي عمار، دعوى التزوير الفرعية في ظل قانون الإجراءات المدنية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004/2001.
- 5- حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي المبرم عبر الانترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.

6- خميسة كميني، منصور عز الدين، الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2005، 2008.

7- لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الالكتروني، أطروحة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008 .

8- لموم عبد الكريم، الإثبات في معاملات التجارة الالكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون التعاوني الدولي، مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2011 .

9- يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، أطروحة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007 .

سادسا - المقالات

1- حسن عبد الحميد إبراهيم البية، الإثبات في المواد المنية والتجارية وفقا لقانون الإثبات وقانون التوقيع الالكتروني، مدونة العلم القانونية، 2007، ص منشورة على الموقع: <http://www-law 770.Blog spot.Com>

2- عبد الرزاق عبد الله، تأشير الدائن على سند الدين من دون توقيع براءة ذمة المدين، جريدة القبس، العدد 14445، مقال منشور بتاريخ: 2010/01/08 .

3- مقال منشور بعنوان، "قاعدة الرسمية والشهر العقاري في القانون الجزائري، منشور على الموقع الالكتروني: procédure judiciaire blog spot .com.

سابعا - المجلات

- 1- إبراهيم حنان، المحررات الإلكترونية كدليل إثبات، مجلة المفكر، العدد 09.
- 2- حسني بن محمد المهدي، (القوة الثبوتية للمعاملات الالكترونية) ، مجلة البحوث القضائية، العدد السابع، الصادر في 07 يونيو 2007، الجمهورية اليمنية، صنعاء.
- 3- عبد الفتاح البيومي الحجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، بدون سنة نشر، 2002 .

4- عبد الله أحمد فروان، المحررات وحجبتها في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون المدني،
مجلة الدراسة الاجتماعية، العدد 12، يوليو، ديسمبر 2001 .

فهرس المحتويات

كلمة شكر وعرفان

الإهداء

قائمة المختصرات

4.....	مقدمة
10.....	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للمحرر العرفي
11.....	المبحث الأول: مفهوم المحرر العرفي
11.....	المطلب الأول: تعريف المحرر العرفي
11.....	الفرع الأول: التعريف اللغوي للمحرر العرفي
12.....	الفرع الثاني: التعريف الفقهي للمحرر العرفي
14.....	الفرع الثالث: تعريف المحرر العرفي في القانون الوضعي
15.....	المطلب الثاني: شروط صحة المحرر العرفي
15.....	الفرع الأول: الكتابة
18.....	الفرع الثاني: التوقيع
24.....	المبحث الثاني: المحررات الالكترونية
25.....	المطلب الأول: مفهوم المحرر الالكتروني
25.....	الفرع الأول: تعريف الكتابة
28.....	الفرع الثاني: تعريف المحرر الالكتروني
30.....	الفرع الثالث: صور المحرر الالكتروني
33.....	المطلب الثاني: التوقيع الالكتروني
33.....	الفرع الأول: تعريف التوقيع الالكتروني ووظائفه
38.....	الفرع الثاني: صور التوقيع الالكتروني
41.....	خلاصة الفصل
42.....	الفصل الثاني: حجية المحررات العرفية في الإثبات
	المبحث الأول: حجية المحررات العرفية في إثبات المعاملات المدنية والتجارية
43.....	

المطلب الأول: حجية المحررات العرفية المعدة للإثبات.....	43
الفرع الأول: حجية المحرر العرفي بين طرفيه.....	43
الفرع الثاني: حجية تاريخ المحرر العرفي.....	45
الفرع الثالث: طرق الطعن في حجية المحرر العرفي.....	50
المطلب الثاني: حجية المحررات العرفية غير المعدة للإثبات.....	56
الفرع الأول: حجية الرسائل والبرقيات في الإثبات.....	56
الفرع الثاني: الدفاتر التجارية.....	59
الفرع الثالث: حجية الدفاتر والأوراق المنزلية.....	62
الفرع الرابع: التأشير ببراءة ذمة المدين	63
المبحث الثاني: حجية المحرر العرفي في إثبات المعاملات العقارية.....	65
المطلب الأول: المراحل التي مر بها العقد العرفي.....	66
الفرع الأول: حجية العقود العرفية قبل صدور القانون 91/70.....	66
الفرع الثاني: حجية العقود العرفية المبرمة بعد صدور قانون التوثيق 91/71	69
الفرع الثالث: مصير العقود العرفية المبرمة قبل صدور قانون التوثيق.....	71
المطلب الثاني: موقف القضاء من العقد العرفي.....	73
الفرع الأول: الموقف السابق للمحكمة العليا	74
الفرع الثاني: الموقف الحديث للمحكمة العليا	77
80..... خلاصة الفصل.....	80
الخاتمة.....	81
قائمة المراجع.....	86
الفهرس	91
ملخص المذكرة.	



ملخص المذكرة

لقد تطرقنا في بحثنا هذا حول المحرر العرفي وحجيته في الإثبات، الذي له أهمية بالغة من ناحية الواقع العملي بالنسبة للأفراد، وهو كل وثيقة يحررها الأشخاص المتعاقدين بأنفسهم وبمعرفة من أجل أن تكون دليلا كتابيا وهذا دون تدخل موظف عام في ذلك، ولا يشترط في المحرر العرفي شكلا معينا كما لا يشترط أن يكون باللغة العربية غير أن القانون يعتبر كل محرر عرفي خال من توقيع المتعاقدين محرر باطلا، ونظرا للأهمية البالغة للكتابة في الإثبات في جميع المواد المدنية و التجارية وغيرها، ذلك أن غالبية الناس أصبحوا يلجئون لإثبات حقوقهم و تصرفاتهم إلى الكتابة، حيث تعتبر هذه الأخيرة من أهم وسائل الإثبات أمام القاضي والتي تحد من سلطته و تجعله مقيدا بالأخذ بها ، و لا تفقد قوتها في الإثبات إلا بالطعن فيها بطريق التزوير ، و الكتابة العرفية التي لا يشترط فيها شكلية معينة لوجودها أو لقيامها كدليل كتابي ، كما لا يشترط أن تكون باللغة العربية شأن المحررات الرسمية ، فهي تتمتع بحجية في الإثبات ، ما دامت غير منكورة من ذوي الشأن ، أو غير مطعون فيها بعدم العلم من الغير .

وخلصنا في الأخير إلى أن المحرر العرفي يعتبر حجة بين المتعاقدين والخلف ما لم يتم إنكاره أو الطعن فيه بعدم العلم، ويكون له حجية بالنسبة للغير إذا كان له تاريخ ثابت.

المحرر الإلكتروني	2 /	المحرر العرفي	1 /	الكلمات المفتاحية:
الكتابة	4 /	حجية المحرر العرفي	3 /	
الطعن في الحجية	6 /	التوقع	5 /	

Summary

We have dealt in our research about the customary document and its authority in proof, which is of great importance in terms of practical reality for individuals, and it is every document that contracting persons write themselves and with their knowledge in order to be written evidence and this without the interference of a public official in that, and the customary document is not required. A specific form is also not required to be in the Arabic language, except that the law considers every customary document devoid of the signature of the contracting parties to be invalid, and due to the extreme importance of writing in evidence in all civil and commercial matters and other things, so that the majority of people are resorting to writing to prove their rights and their actions. As the latter is considered one of the most important means of proof before the judge, which limits his authority and makes him restricted to taking it, and does not lose its power of proof except by challenging it by means of forgery, and customary writing in which a specific formality is not required for its existence or for its establishment as a written evidence, and it is also

not required That the Arabic language is like the official documents,
as it has the authority to prove, as long as it is not denied by the
concerned parties, or not contested by the lack of knowledge of
.others

In the end, we concluded that the customary document is considered
an argument between the contracting parties and the successor
unless it is denied or challenged by lack of knowledge, and it has
.authority with respect to others if it has a fixed date

Key words:

1 / customary editor

2 / electronic editor

3/ Authoritative reporter customary

4 / Writing

5/Expectation

6 / Challenging the authenticity