

## إثبات التصرف المرتبط بالنصاب القانوني في المواد المدنية

وإشكالية تطبيق نص المادة 1/334 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم

**Proof of disposition related to quorum in civil matters  
And the problem of applying the article 334/1 of Algerian civil law**جريدان فاطمة رجاء<sup>1\*</sup>، علي خوجة خيرة<sup>2</sup><sup>1</sup> مخبر التنمية الديمقراطية و حقوق الانسان، جامعة زيان عاشور الجلفة (الجزائر).[fr.djeridane@univ-djelfa.dz](mailto:fr.djeridane@univ-djelfa.dz)<sup>2</sup> جامعة زيان عاشور الجلفة ( الجزائر ) ، [aliksali@gmail.com](mailto:aliksali@gmail.com)

تاريخ النشر: 2022/06/15

تاريخ القبول: 2022/02/23

تاريخ الاستلام: 2021/11/14

**ملخص:**

يتناول هذا المقال بالدراسة موضوع الاثبات القضائي في المواد المدنية في القانون الجزائري المتعلق بالالتزام المرتبط بالقيمة المحددة قانونا بمائة ألف دينار وفقا لنص المادة 333 ق م، اذ لا يجوز إثبات الالتزام الذي يجاوز قيمته المبلغ المذكور بشهادة الشهود وانما يكون بالكتابة بأنواعها الرسمية، العرفية أو الالكترونية واشترط المشرع في المادة 334 ق م عدم الاثبات بشهادة الشهود أي وجوب الكتابة ولو لم تزد القيمة على 100.000 دج فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي.

وبذلك تطرح المادة 334 ق م إشكالية في تطبيقها ذلك أن المشرع نفسه لم يشترط الكتابة الرسمية في اثبات التصرف المرتبط بالنصاب القانوني، فكيف له اشتراط عدم جواز الاثبات بشهادة الشهود فيما يخالف أو يجاوز مضمون العقد الرسمي دون المكتوب حتى ولو لم يزد هذا التصرف عن 100.000 دج؟ فهل يجوز إثباته بشهادة الشهود وإن كان التصرف الأصلي مكتوبا بموجب كتابة عرفية أو كتابة الكترونية؟

**كلمات مفتاحية:** اثبات الالتزام؛ الدليل الكتابي؛ الاثبات بالبينة؛ العقد الرسمي.

**Abstract:**

This article examines the judicial proof in Algerian civil law concerning the obligation linked to a value grater than 100.000 da according to article 333 civil law, which states that it's not permissible to prove the obligation whose value exceeds the amount mentioned in the testimony of witnesses. But the proof is in writing of all kinds , formal, customary or electronic. And the proof of by witnesses is also mot admitted even

\*المؤلف المرسل

though the value would not exceed 100.000 da when it comes to proving against the content of an authentic contract (art 334)m which poses a problem in the application of this article the legislator did not require the authentic writing to prove the initial obligation , and if it can be proved by witness even if the original obligation was written customary or electronic?

**Keywords:** prove the obligation ; written proof; proof by witnesses ; formal contract .

## مقدمة

الإثبات بمعناه القانوني، هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون، على وجود أو صحة واقعة قانونية ترتب آثارها.<sup>1</sup>

وبما أن الإثبات ينصب على الواقعة القانونية بمعناها العام أي التصرف القانوني والواقعة المادية، فإنه يتعين إثبات وجودها بالطرق القانونية. والذي يعنينا في هذه الدراسة هو إثبات التصرف القانوني دون الواقعة المادية، لأن الوقائع المادية تثبت بكل الطرق القانونية.

كما أن الذي يعنينا في هذه الدراسة هو التصرف القانوني في المواد المدنية، لأن الإثبات في المواد التجارية هو إثبات غير مقيد نظرا لارتباطه بالمعاملات التجارية التي تمتاز بالسرعة والائتمان.

لقد عني المشرع الجزائري تنظيم وسائل إثبات هذا التصرف القانوني وحدد له قواعد وأحكام بمقتضى المواد من 333 إلى 336 ق م ج، واهم ما يميز الإثبات في هذه الحالات هو ربطه بقيمة مالية معينة حددها المشرع مائة ألف دينار جزائري (100.000 د ج)، فوجب الإثبات فيها بالكتابة إذا تجاوزت قيمة التصرف هذا الحد المعين قانونا وأجاز الإثبات بالبينة فيما دون هذا الحد. كما أضاف المشرع قاعدة أخرى في هذا الصدد وهي عدم جواز الإثبات بالبينة حتى ولو لم يتجاوز الالتزام المراد إثباته هذا الحد، وهذا إذا كان الأمر يتعلق بإثبات ما يخالف أو يجاوز محتوى الدليل المكتوب، وهذا أخذا من قاعدة رومانية قديمة أخذها المشرع الجزائري عن المشرع الفرنسي.

ولقد فرض المشرع الجزائري وجوب إثبات الالتزام الذي تفوق قيمته مائة ألف دينار جزائري (100.000 د ج) بالكتابة، والكتابة أنواع، قد تكون رسمية، عرفية أو الكترونية وبذلك يجوز إفراغ التصرف في أي شكل منها.

غير أن الملفت للنظر، هو ما جاء في نص المادة 1/334 ق م ج حين اشترط المشرع عدم جواز الإثبات بالبينة فيما يجاوز أو يخالف مضمون العقد الرسمي حتى ولو لم يزد التصرف القانوني عن مائة ألف دينار جزائري (100.000 د ج).

وعليه، فإذا كان المشرع الجزائري لم يشترط أصلا إثبات الالتزام الذي يفوق مائة ألف دينار جزائري (100.000 د ج) بالكتابة الرسمية فلماذا ينص على عدم جواز الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز مضمون (العقد الرسمي) وليس المكتوب كما جاء مختلف التشريعات المقارنة.

<sup>1</sup> عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، الطبعة ٢، دون سنة نشر، 1955، ص 5. و أيضا في تعريف الإثبات انظر سليمان مرقس، أصول الإثبات و اجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، الجزء الأول، دار عالم الكتاب للطباعة و النشر و التوزيع، سنة 1981، ص 11.

إن نص المادة 334 ق م ج يطرح إشكالية كبيرة من حيث تطبيقه، ووقوفاً عند حرفية النص، فإنه يجوز إثبات ما يجاوز أو يخالف الثابت كتابة (كتابة عرفية أو الكترونية) بالبينة حتى لو لم يتجاوز الالتزام الحد المعين قانوناً بمائة ألف دينار جزائري (100.000 دج)، وهذا يعد خروجاً عن القاعدة المعروفة بعدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز الدليل الكتابي إلا بالكتابة المأخوذة من القانون الروماني والتي لها أصولها ومبرراتها وأحكامها، وعليه فإن الإشكالية التي يعالجها هذا الموضوع هي:

ما هي وسائل إثبات التصرف القانوني المرتبط بالنصاب المحدد قانوناً بمائة ألف دينار جزائري (100.000 دج) في المواد المدنية؟ ويتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات التالية:

- إذا كانت القاعدة هي وجوب إثبات التصرف القانوني المدني إذا تجاوز الحد المعين قانوناً بـ 100.000 دج بالكتابة (الرسمية، العرفية، الالكترونية) وجواز الإثبات بالبينة فيما دون هذا الحد. فلماذا استبعد المشرع الإثبات بالبينة حتى لو لم يتجاوز الالتزام الحد المعين قانوناً في الحالة التي يكون المراد فيها إثبات ما يخالف أو ما يجاوز مضمون عقد رسمي؟ - ولماذا تشترط الكتابة لإثبات ما يخالف أو ما يجاوز الكتابة الرسمية في حين أن الرسمية غير مطلوبة لإثبات التصرف الأصلي؟ - وهل قصد المشرع فعلاً عدم جواز الإثبات بالبينة فيما هو ثابت في مضمون العقد الرسمي أم أن هناك خطأ وقع فيه المشرع الجزائري؟

وذلك ما نعالجه من خلال هذا المقال الذي آثرنا أن نركز فيه على الكتابة كأول وسيلة إثبات في التصرف القانوني المرتبط بالحد المعين قانوناً والبينة كوسيلة ثانية مرتبطة هي أيضاً بالحد القانوني من خلال المبحثين التاليين:

### المبحث الأول: الكتابة كوسيلة لإثبات التصرف القانوني المدني

تعتبر الكتابة من أهم وسائل أو طرق الإثبات جميعاً، بما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة. فهي تحتل الصدارة على باقي أدلة الإثبات بعد أن كانت تحتل هذه المرتبة في الماضي. وقد ساعد على تقدم الكتابة على باقي طرق الإثبات، تنوع الكتابة وتعدد وسائلها ولهذا فقد جعل المشرع من الكتابة هي وسيلة الإثبات الأساسية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية، معترفاً لها بقوة إثبات مطلقة، حيث يمكن أن تثبت بها جميع الوقائع القانونية في حين لا يكون للشهادة أو القرائن القضائية إلا قوة محددة في الإثبات وسوف نتعرض في هذا المبحث لتعريف الكتابة وأنواعها (المطلب الأول) وإلى الحالات التي يفرض فيها القانون الإثبات بالكتابة (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: تعريف الكتابة وأنواعها

لقد عرف المشرع الجزائري الكتابة لأول مرة بمناسبة تعديله للقانون المدني بمقتضى القانون رقم: 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 وهذا باعترافه بالكتابة الالكترونية وبالتوقيع الالكتروني تمشياً مع ما وصلت إليه التشريعات المقارنة في هذا المجال. وعليه سوف نتعرض لتعريف الكتابة (الفرع الأول) ولأنواعها (الفرع الثاني)

#### الفرع الأول: تعريف الكتابة

عرف المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر ق م ج الكتابة بأنها عبارة عن تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها.

ويتضح من هذا التعريف أن الكتابة تتمثل في مجموعة متسلسلة من الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو الرموز...

إن الغرض من كل هذه العناصر هو التعبير عن شيء معين فهي تحمل معنى معيناً والعبارة هي بالوظيفة الموكلة لهذه الحروف أو الرموز أو الأرقام أو العلامات.

غير أن اطلاع الغير على دلالة هذه الحروف أو الرموز أو غيرها، يقتضي وضعها على دعامة كالورقة أو وسيلة إلكترونية وإرسالها إلى الغير عن طريق البريد أو بوسيلة إلكترونية، بمعنى آخر يجب توافر أمرين هما:

- حمل هذه الحروف على دعامة.

- إرسال هذه الدعامة إلى الغير بأية وسيلة كانت.

### الفرع الثاني: أنواع الكتابة

لقد اعترف المشرع الجزائري بثلاثة أنواع من الكتابة هي: الكتابة الرسمية والكتابة العرفية وأخيراً الكتابة الإلكترونية وهذا بمناسبة تعديله للقانون المدني بمقتضى القانون 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني وهي الأنواع التي نتعرض لها فيما يلي:

#### أولاً: الكتابة الرسمية (شروطها وحجبتها)

القاعدة العامة في التعاقد طبقاً للقانون الجزائري هي الرضائية، ذلك أن تطابق الإرادتين كاف لإنشاء العقد، ما لم يقضي بغير ذلك نص خاص، حيث تنص المادة 59 ق م ج على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية."

ومقابل ذلك أقر المشرع مبدأ الشكلية في العقود في بعض التصرفات منها المعاملات الواردة على العقارات، حيث تفرغ هذه المعاملات في شكل رسمي من طرف ضابط عمومي أو ضابط مختص أثبت له القانون هذه الصفة وفي حدود سلطته واختصاصه، وهذا تطبيقاً لنص المادة 324 مكرر 1 ق م ج.

ويقصد بقاعدة الرسمية إفراغ تصرف قانوني في شكل معين من طرف أشخاص مختصين أقر لهم القانون هذه الصفة، وهذا ما أكدته المادة 1/79 من القانون التجاري والمادة 324 مكرر 1 ق م ج.

وسوف نتعرض فيما يلي للشروط الواجب توافرها في المحرر الرسمي ولحجية هذا المحرر بالنسبة لطرفيه وبالنسبة للغير

#### 1- الشروط الواجب توافرها في المحرر الرسمي

بالرجوع إلى نص المادة 324 ق م ج المذكورة أعلاه فقد اشترط المشرع في بعض المعاملات وجوب إعدادها من طرف موظف عام، ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة، في حدود سلطته واختصاصه وفقاً لأشكال القانونية التي حددها القانون، ويتضح من ذلك بأنه يجب توافر ثلاثة شروط في العقد الرسمي: الشرط الأول محرر العقد والشرط الثاني الاختصاص والشرط الثالث الأشكال القانونية الواجب إتباعها.

**محرر العقد:** يشترط في العقد الرسمي أن يكون محرراً من قبل موظف أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة.

**الاختصاص:** يشترط إضافة إلى صفة الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص الكلف بخدمة عامة الاختصاص الإقليمي والنوعي. فيجب على الموظف أن يتقيد بحدود سلطته واختصاصه، فإذا كانت صلاحياته لا تخول له مباشرة تحرير عقود رسمية فلا يمكن له القيام بذلك، وعند مخالفته لقواعد الاختصاص لا يعتبر العقد رسمياً. كما يتقيد الضابط العمومي هو أيضاً بحدود اختصاصه من حيث الموضوع والإقليم.

وإضافة إلى قواعد الاختصاص هذه، هناك اعتبارات شخصية قد تحد من اختصاص محرر العقد، فلا يجوز له أن يتلقى العقد الذي يكون فيه طرفاً بأية صفة كانت، كما لا يجوز للموثق إبرام العقود التي يكون طرفاً فيها، وهذا وفقاً لنص **المادة 19** من قانون التوثيق.

**مراعاة الأشكال القانونية:** تشترط المادة 324 ق م ج أن تحرر العقود الرسمية وفق الأشكال التي يفرضها القانون مثلها وجوب تحرير العقود التوثيقية باللغة العربية في نص واحد وواضح، تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص، وجوب كتابة المبالغ والسنة والشهر واليوم ووجوب التوقيع على العقد بالحروف وكتابة التواريخ الأخرى بالأرقام والمصادقة على الإحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات، وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد وكذا وجوب التوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق والأطراف وعند اقتضاء الشهود والمترجم وهذا تحت طائلة البطلان (المادة 26 من قانون التوثيق).

ومن الأشكال الجوهرية أيضاً ما جاء في نص المادة 26 ق م ج من وجوب ذكر البيانات المتعلقة باسم ولقب الموثق ومقر مكتبه، اسم ولقب وصفة، وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسياتهم، اسم ولقب وموطن المترجم عند الاقتضاء، التنويه على تلاوة الموثق على الأطراف، النصوص الجبائية والتشريع الخاص المعمول به، توقيع الأطراف والشهود والموثق والمترجم عند الاقتضاء...

## 2- حجية السند (المحرر) الرسمي في الإثبات

إذا قدم المحرر الرسمي بشكل يدل ظاهره على صفته الرسمية، بأن كان يحتوي على إمضاء الموظف العام والختم الرسمي وتوقيع أصحاب الشأن مع توافر باقي المظاهر الخارجية لهذا المحرر الرسمي، اعتبر ذلك قرينة على رسميته، ويكون بذلك حجة بذاته يعني من يتمسك به من إقامة أي دليل على صحة توقيع الموظف أو على صحة توقيع الأطراف مثلاً.

وهاتان القرينتان لا وجود لهما في المحرر العربي أو السند العادي، ذلك أن المحرر العربي لا يعتبر حجة بما جاء فيه إلا بعد الإقرار به.<sup>1</sup>

وقرينة الرسمية تبقى قائمة ولكن ليست قاطعة، وإنما يجوز إقامة الدليل على خلافها، ويتعين على من يدعي عدم صدور المحرر من الموظف العام أو تزوير توقيع أطرافه، أو حصول تغيير في محتوياته أن يقيم الدليل على ذلك بطريق واحد وهو طريق الطعن بالتزوير في المحرر الرسمي ووفقاً للإجراءات التي حددها القانون.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، طبعة نادي القضاة، 1982، ص 191.

هذا ما لم يكن ظاهره سليماً، أو كان خالياً من توقيع الموظف العام أو من الختم الرسمي أو من توقيع ذوي الشأن أو كان التزوير فيه واضحاً، حيث يمكن التعرف عليه بسهولة، وبمجرد الفحص البسيط<sup>1</sup>، يمكن للقاضي أن يرد المحرر باعتباره مزوراً باطلاً دون الحاجة إلى سلوك طريق الطعن بالتزوير<sup>2</sup> ويعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وخلفهم وعلى الغير أيضاً، وفي هذا يختلف عن المحرر العرفي.

#### أ) حجية السند الرسمي فيما بين الطرفين

تنص المادة 324 مكرر 5 ق م ج بأنه يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، وتنص المادة 324 مكرر 6 ق م ج بأنه يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن. غير أنه في حالة الشكوى بسبب التزوير في الأصل يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتاً، وأكدت المادة 324 مكرر 7 ق م ج على اعتبار العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء. ويتضح من ذلك أن هناك نوعين من البيانات يتضمنها المحرر الرسمي:

- بيانات يكون للمحرر الرسمي فيها حجية إلى أن يطعن فيه بالتزوير: أي البيانات التي يكون للمحرر الرسمي فيها حجية إلى أن يطعن فيه بالتزوير وتشمل ما يثبتته الموظف العام أو الضابط العمومي أو المكلف بخدمة عامة في حدود مهمته أو التي تصدر عن ذوي الشأن أمام الموظف أو بحضوره فيثبتها بالمحرر.
- بيانات دون ذلك في القوة: أي البيانات التي لا تكون لها نفس الحجية المعترف بها للبيانات المذكورة آنفاً فهي تشمل تلك التي يدي بها ذوو الشأن إلى الموظف العام فيقوم بتدوينها تحت مسؤوليتهم وتبعاً لإقراراتهم.

#### ب) حجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير

رأينا فيما تقدم أن المادة 324 مكرر 5 ق م ج تقضي بأنه يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني، كما يعتبر حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن وهذا وفقاً لنص المادة 324 مكرر 6 ق م ج. وعلى ذلك يعتبر ما دون في المحرر الرسمي حجة ليس على أطرافه فحسب بل يمتد إلى الغير والناس كافة. على أنه يتعين لبيان مدى هذه الحجية في مواجهة الغير إجراء نفس التفرقة التي تم إجراؤها بالنسبة لحجية المحرر الرسمي بين أطرافه بين نوعين من البيانات التي يتضمنها المحرر الرسمي.

فبالنسبة لحجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير فيما يتعلق بالبيانات الصادرة عن الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة، أو البيانات التي وقعت من ذوي الشأن في حضوره. فإن المحرر الرسمي لما تضمن من بيانات صادرة عن الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة أو وقعت من ذوي الشأن في حضورهم، له حجيته بالنسبة إلى الغير، وإذا ما أريد الاحتجاج عليه بهذا المحرر، فلا يجوز له إثبات عكس تلك البيانات إلا عن طريق الطعن بالتزوير.

<sup>1</sup> محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 136.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 191.

فإذا تعلق الأمر مثلا بمدين يبيع عقارا له بمحرر رسمي، ويدعي دائه أن هذا البيع الرسمي لم يصدر من مدينه حتى يتمكن من التنفيذ بحقه على العقار المبيع، فلا يجوز لهذا الدائن إثبات ما يدعيه أو إثبات عكس ما ورد في المحرر من بيانات أثبتها الموثق في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره إلا عن طريق الطعن بالتزوير<sup>1</sup> أما بالنسبة للبيانات الصادرة عن ذوي الشأن وتحت مسؤوليتهم فهي حجة على الغير، غير أنه يمكن لهذا الغير أن يثبت عكسها بغير طريق الطعن بالتزوير فيمكنه ذلك عن طريق إقامة الدليل على العكس بالطرق المقررة قانونا.

### ثانيا: الكتابة الالكترونية

في ظل التقدم الهائل الذي شهده العلم وما رافقه من ثورة معلوماتية كبيرة، ظهرت طرق جديدة للتعامل بين الأشخاص، إذ انتشر استعمال الوسائل التقنية ودخلت في مختلف جوانب الحياة مما أدى إلى الاستعانة بالحاسب الآلي في كافة المعاملات. وأدى ذلك إلى تغيير مفهوم الإثبات وذلك لإمكانية إنشاء الحقوق والالتزامات بطرق الكترونية والاستغناء في غالبية الأحيان عن الكتابة الورقية<sup>2</sup> وقد كشف التطور المعاصر عن ظهور دعوات غير ورقية في الكتابة والتوقيع وهو الأسلوب الالكتروني<sup>3</sup>، بحيث يستخدم فيه الأحرف والأرقام والرموز والإشارات الضوئية وغيرها ليحل محل الكتابة التقليدية على الورق والتوقيع بالإمضاء أو البصمة أو الختم. وسوف نتعرض للسندات الالكترونية ولحجية وقيمة الكتابة الالكترونية في الإثبات وهذا فيما يلي:

#### (1) السندات الالكترونية

السندات الالكترونية، هي كتابة غير تقليدية مستخرجة من وسائل خزن لتقنيات علمية، ولقد انتشرت الوسائل الالكترونية وتدخلت في كل معاملات الفرد اليومية. ولا شك أن استخدام هذه المعلوماتية ينعكس عمليا على طرق ووسائل إثبات المعاملات التي تتم من خلالها. وهذه الوسائل هي التلكس والفاكس والحاسب الالكتروني والشبكة المعلوماتية. ومنه أصبح للكتابة مفهوم حديث أي لا يقتصر على السندات الكتابية بالمفهوم التقليدي بل يشمل السندات الالكترونية المرسله عن طريق وسائل الاتصال الحديثة.

يجب أن يكون السند الالكتروني مكتوبا بطريقة تسمح بحفظ بيانات السند وإمكانية الرجوع إليها بشكل مستمر، ويمكن تقديمها أيضا للاطلاع عليها والاحتجاج بها، وكذلك تدوين البيانات على الدعامة أو الرقاقة بشكل غير قابل للتغيير أو التبدل، وإن يكون المحرر الالكتروني موقعا من الأطراف وذلك أيضا بالطرق الالكترونية باستخدام التوقيع الالكتروني.

#### (2) الإثبات في الكتابة الالكترونية

أعطى المشرع الجزائري للكتابة الالكترونية نفس قيمة الإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها أو أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها وهذا ما نصت عليه المادة 323 مكرر 1 ق م ج

<sup>1</sup> محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 144.

<sup>2</sup> مناني فرح، أدلة الإثبات الحديث في القانون، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 11.

<sup>3</sup> عبد الله أحمد عبد الله غرابية، حجية التوقيع الالكتروني في التشريع المعاصر، دار الراجحة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 17.



والتي جاء فيها: "يعتبر الإثبات في الكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق. بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها."

### ثالثا: الكتابة العرفية

المحرر العرفي أي السند العادي أو السند ذو التوقيع الخاص، هو المحرر الذي يتم بمعزل عن الموظف العام، أي المحرر الذي يستغل الأفراد بكتابات، وهو على نوعين محررات عرفية معدة للإثبات ومحررات عرفية غير معدة للإثبات، وسوف نتعرض إلى النوع الأول فقط دون النوع الثاني، لارتباطه بموضوع دراستنا الحالية

### 1) الشروط الواجب توافرها في المحررات العرفية المعدة للإثبات

**شروط المحرر العرفي المعد للإثبات:** يشترط في هذا النوع من المحررات العرفية حتى يعتبر دليلا في الإثبات:

- **الكتابة:** يشترط في المحرر العرفي المعد للإثبات أن يتضمن كتابة تدل على الغرض الذي اعد لأجله، أي أن تكون الكتابة واردة على الواقعة الذي اعد هذا المحرر ليكون دليلا عليها. ويشترط أي شرط شكلي في هذه الكتابة. فيمكن أن تكتب بأية وسيلة. والعقد العرفي هو العقد الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه عملا بنص المادة 327 ق م.

- **التوقيع:** التوقيع هو الشرط الأساسي والجوهرى لوجود المحرر العرفي، بدونه لا يتحقق وجود المحرر العرفي.

فالتوقيع هو الذي تقوم عليه صحة صدور المحرر ممن يراد أن يكون حجة عليه. ويفيد موافقة الموقع على ما جاء في المحرر من بيانات وإقرارات. ويتم التوقيع عادة بالإمضاء وذلك بكتابة اسم الموقع ولقبه، أو بالاسم فقط أو اللقب فقط، وقد يقتصر على كتابة الحرف الأول وكتابة اللقب كاملا أما القانون فلم يحدد كيفية التوقيع. وهو أمر جوهري وأساسي في العقد العرفي، حيث يندم العقد العرفي لانعدام توقيعه. ونظرا لهذه الأهمية اقر المشرع التوقيع بالبصمة لتمكين المتعاقد الأمي من التوقيع.

### • التوقيع بالبصمة:

وتمثل التوقيع بالبصمة بوضع الشخص بصمة إصبعه على المحرر معربا بذلك عن قبوله لما ورد فيه.

وتقرير جواز الإمضاء بالبصمة أمر اقتضته انتشار الأمية فيجوز لمن لا يعرف القراءة أو الكتابة بالبصمة بإصبعه، ولقد اعتمدت مختلف التشريعات التوقيع ببصمة الإصبع بكونها تتوفر على دقة، إذ ثبت علميا أن بصمات الأصابع لا تتشابه ومن ثمة فهي فعلا مميزة للشخص.<sup>1</sup>

وأما إذا تم التعاقد بواسطة شبكة المعلومات العالمية، فلا بد من طريقة جديدة للتوقيع وهي التوقيع الالكتروني.

### • التوقيع الالكتروني:

لقد اعتمد المشرع الجزائري على غرار تشريعات المقارنة التوقيع الالكتروني إذ تنص المادة 327 ق م ج في فقرتها الثانية: "ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 ق م ج المذكورة أعلاه".

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الثاني ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 1958 ، ص 177.



نستنتج مما سبق أن شكل التوقيع قد يكون في صورة إمضاء أو إشارة أو علامة للتعبير عن الموافقة في مجال التصرفات القانونية، وقد يأخذ التوقيع شكل بصمة، أما الختم فلم ينص عليه المشرع الجزائري لإمكانية ضياعه وحيازته من طرف الغير. أما عن التوقيع الإلكتروني فقد أجاز المشرع شريطة أن يكون محميا بشفرة أو رقم سري يصعب على الغير تزويره، وهذا كله للوصول إلى حماية وحفظ المعاملات التعاقدية المبرمة في الشكل الإلكتروني، أما في مجال العقود الرسمية فلا مجال فيها للتوقيع الإلكتروني وهذا لوجوب توقيعها من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء أمام محرر العقد (الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العامة) وهذا ما تؤكد المادة 324 مكرر 2 بنصها "توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء..."

## (2) حجية المحررات العرفية في الإثبات

المحرر العرفي يكتسي حجة بالنسبة لأطرافه وكذا بالنسبة للغير وهذا ما نتعرض له في ما يلي:

(أ) حجية المحرر العرفي فيما بين أطرافه: يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار، ويكفي أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق وهذا استنادا لنص المادة 327 من ق م ج. فإذا اعترف صاحب التوقيع صراحة بصدور المحرر منه يكون للمحرر حجية في الإثبات من حيث صدوره ممن وقعه ومن حيث سلامته المادية، ويصبح بذلك كالمحرر الرسمي تماما بحيث لا يجوز له بعد ذلك أن يدعي حصول تغيير في المحرر أو حذف أو إضافة إلا بإتباع طريق الطعن بالتزوير فيه. وإن أنكر المدين توقيعها ارتفع عن المحرر حجيته بصفة وقتية، ويجب على من يحتج به أن يثبت صدوره من صاحب التوقيع، ويطلب من المحكمة أن تأمر بتحقيق الخطوط، فإن انتهى التحقيق إلى صدور المحرر ممن وقعه عادت إليه حجيته.

أما إذا كان الشخص الذي يتمسك ضده وارثا أو خلفا، فلا يطلب منه الإنكار، وإنما يكفي أن يقر أنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقى عنه الحق، ويكفي أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم بأن الخط أو التوقيع أو البصمة هي ممن تلقى منه الحق وهذا ما جاء في المادة 327 ق م ج. وإذا فعل الوارث أو الخلف ذلك، توقفت حجية المحرر العرفي إلى حين الانتهاء من إجراءات تحقيق الخطوط التي سيطالب بها من تمسك بالمحرر.

وإذا كان التوقيع مصادق عليه، والتصديق يكسب التوقيع صفة الرسمية، فإنه يتعين على من ينكر نسبة التوقيع إلى من صدر منه أن يلجأ إلى الطعن بالتزوير. ومنه إذا ثبت صدور المحرر العرفي من الشخص المنسوب إليه، سواء لاعترافه به أو لثبوت ذلك بعد إنكاره، كان للمحرر حجيته من حيث صحة الوقائع الثابتة به وعلى من يدعي عكس ذلك يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه بطرق الإثبات العادية.

## (ب) حجية العقد العرفي بالنسبة للغير

المحرر العرفي يعد حجة بما دون فيه ليس فقط على أطرافه وإنما على الغير أيضا. والغير بصفة عامة هو كل شخص لم يكن طرفا في المحرر ويجوز أن يسري في حقه التصرف القانوني الذي يتضمنه المحرر ومن ثم يصح أن يحتج عليه بهذا المحرر كدليل على التصرف الذي يراد أن يسري في حقه، غير أن المقصود بالغير في هذا الصدد هو كل شخص يحتج عليه بالمحرر العرفي ويضار في حق تلقاه من احد طرفي المحرر، أو بمقتضى نص في القانون إذا ثبت صحة تاريخه في مواجهته.

#### - حجية المحرر العرفي بالنسبة إلى الغير من حيث صدوره ممن وقع عليه

وفي حالة وفاة صاحب التوقيع، واحتج بالمحرر على الوارث أو الخلف، فإن هؤلاء لا يطلب منه لنفي حجية هذا المحرر إنكاره إنكارا صريحا كما هو الحال بالنسبة لصاحب التوقيع بل يكفي أن يحلف الوارث أو الخلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق.

#### - حجية المحرر العرفي بالنسبة إلى الغير من حيث صحة الوقائع الثابتة به:

يتمتع المحرر العرفي بالنسبة لحجيته فيما يتعلق بصحة الوقائع الثابتة به بنفس الأثر الذي يسري في شأن أطرافه. فللغير في هذه الحالة أن يثبت صورية الوقائع الثابتة في المحرر العرفي وفقا للقواعد المقررة في الإثبات. كما أن للغير دفع التصرف القانوني الذي يتضمنه المحرر العرفي بجميع الدفوع الموضوعية والشكلية التي كانت لصاحب التوقيع. فلهم طلب إبطال التصرف لعيب شابه، ولهم طلب بطلانه لعدم مشروعية المحل أو السبب أو لعدم استيفاء الشكل الذي يتطلبه القانون، ولهم أيضا الدفع بانقضاء الالتزام بالوفاء أو بغيره من أسباب الانقضاء.<sup>1</sup>

#### - حجية المحرر العرفي بالنسبة للغير من حيث صحة تاريخه:

رأينا فيما سبق أن المحرر العرفي يعتبر حجة لما ورد به من بيانات ومنها تاريخه في مواجهة طرفيه، وله نفس الحجية أيضا في مواجهة الغير فيما عدا تاريخه، فهو لا يكون حجة في مواجهة الغير إلا إذا كان ثابتا. وهذا ما نصت عليه المادة 328 ق م ج بنصها: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت...". والحكمة من ذلك هي حماية الغير من غش يحتمل قيام السلف به بتقديم التاريخ أو تأخير مع من تعاقد معه إضرارا به. وهذا الغش يصعب على الغير إثباته. ولقد حدد المشرع طرق ثبوت التاريخ في المحرر العرفي، وهذه الطرق تضمنتها المادة 328 ق م ج بنصها: "... ويكون تاريخ العقد ثابت 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 احد الذين لهم على العقد خط وإمضاء،

غير أنه للقاضي تبعا للظروف، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة."

## 2.2 المطلب الثاني: الحالات التي يجب فيها الإثبات بالكتابة

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 271.

أوجب المشرع الجزائري من خلال نص المادة 333 ق م ج الإثبات بالكتابة في التصرفات القانونية المدنية التي تزيد قيمتها على حد معين وكذلك في تصرفات التي تخالف أو تجاوز ما اشتمل عليه العقد الرسمي وهذا ما سنتطرق له في الفرعين التاليين:

**الفرع الأول: عدم جواز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن الحد المعين أو غير محددة القيمة**

نتطرق فيما يلي إلى شروط تطبيق هذه القاعدة وإلى كيفية تقدير قيمة التصرف القانوني

**أولاً: شروط تطبيق هذه القاعدة**

يجب توافر شرطين لتطبيق القاعدة الواردة في نص المادة 333 ق م ج وهي:

1- أن يتعلق الأمر بتصرف قانوني مدني

2- أن يتجاوز قيمة التصرف 100.000 دينار جزائري.

**الشرط الأول:** يجب أن يتعلق الإثبات بتصرف قانوني مدني

يجب في التصرف القانوني الذي يتعين إثباته بالكتابة أن يكون تصرفاً مدنياً، لأن المشرع يميز الإثبات بجميع الطرق وأياً كانت قيمة التصرف في المواد التجارية.

والكتابة هي شرط لإثبات التصرف القانوني سواء كنا بصدد دعوى مدنية أم دعوى جنائية، ذلك أن الجرائم التي تقوم على الإخلال بتصرف مدني كجحفة خيانة الأمانة، يخضع إثبات التصرف في شأنها لقاعدة الإثبات بالكتابة كما هو الشأن بالنسبة لعقد الوديعة، الرهن، العارية، أو الوكالة وهي كلها عقود الأمانة المكونة لجنة خيانة الأمانة التي نص عليها المشرع الجزائري بمقتضى المادة 376 قانون العقوبات.

**الشرط الثاني:** أن تتجاوز قيمة التصرف حداً معيناً

رأى المشرع تيسيراً للمعاملات ألا يطلق قاعدة وجوب إثبات التصرف القانوني بالكتابة، بل قيدها بأن يكون هذا التصرف قد حاورت قيمته حداً معيناً وهو (مائة ألف دينار جزائري) 100.000 دج هذا وقد أعطى المشرع التصرف القانوني غير المحدد القيمة حكم التصرف الذي يتجاوز قيمة 100.000 دج، واستلزم الكتابة في إثباته، ومن أمثلة ذلك الالتزام بعدم البناء، أو بعدم فتح محل تجاري...

**ثانياً: تقدير قيمة التصرف**

تقدر قيمة التصرف حسب نص المادة 333 من القانون المدني وقت صدور التصرف دون النظر إلى ما يطرأ على هذه القيمة من زيادة أو نقص بعد ذلك. وإذا زاد الالتزام عن 100.000 دينار جزائري ولم تأت هذه الزيادة إلا من ضم الملحقات إلى الأصل، فيجوز الإثبات بشهادة الشهود.

ولا صعوبة في تقدير قيمة التصرف إذا كان محله مبلغا من النقود. ولكن إذا كان محل الالتزام شيئا آخر غير النقود، فإن للقاضي أن يحدد قيمته سواء بنفسه أم بواسطة أهل الخبرة دون أن يتقيد في ذلك بتقدير الخصوم أنفسهم. والعبرة في التقدير بأصل الاحترام وقت صدوره، فلا يحسب ما يضاف إلى هذا الأصل من ملحقات وفوائد، ففي القرض بفائدة مثلا لا يحسب مقدار الفائدة.

ويراعى في تقدير قيمة التصرف كذلك أنه إذا تعددت الالتزامات بين شخصين وكانت ناشئة عن مصادر متعددة فالعبرة بكل منهما على حدة، بحيث يكون الإثبات بالشهادة جائزا في كل منها إذا كانت قيمته لا يتجاوز 100.000 دينار جزائري حتى ولو كان مجموع الديون المتعددة يزيد على هذا المبلغ.

إن العبرة في تقدير قيمة التصرف وقت نشوئه، وعليه فإنه إذا كان حق الدائن يتجاوز في ذلك الوقت النصاب المحدد قانونا، فإنه لا يجوز له أن يجزئ هذا المبلغ ليصل إلى إثباته بالشهود ومنه التحايل على قاعدة الإثبات بالكتابة وهذا ما نصت عليه المادة 334 ق م ج.

### الفرع الثاني: الحالات التي يجب الإثبات فيها بالكتابة ولو لم تزد عن الحد المعين قانونا

يجب الإثبات بالكتابة ولو لم يزد التصرف القانوني عن الحد المعين قانونا المقرر بمائة ألف دينار جزائري (100.000 دج) وهذا في الحالات المحددة بموجب نص المادة 334 ق م ج.

وسوف نتناول الحالة الأولى منها في هذا الفرع والمتعلقة بعدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة، وتعرض للحالتين التاليتين لها في المبحث الثاني لارتباطهما أكثر بالإثبات بالبينة.

### أولا: عدم جواز الإثبات بالشهادة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه عقد رسمي

جاء في نص المادة 334 ق م ج " لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة عن 100.000 دج:

- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي... " ويعني ذلك انه إذا كان المطلوب إثباته هو ما يخالف أو يجاوز ما تضمنه عقد رسمي حتى ولو كانت قيمة التصرف القانوني تقل عن مائة ألف دينار (100.000 دج) فانه ينبغي إثباته بالكتابة ولا يقبل الإثبات بالشهادة فيه، وهذه المادة مأخوذة من قاعدة قديمة تمتد جذورها إلى القانون الروماني<sup>1</sup> وهي عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة. وهي القاعدة التي أخذت بها مختلف التشريعات المقارنة منها القانون المصري بمقتضى المادة 1/61 من قانون الإثبات التي جاء فيها: "لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة عن خمسمائة جنيه فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي."

وجاء في نص المادة 2/254 من أصول المحاكمات اللبني: "لا تقبل شهادة الشهود: - لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه سند خطي، ولو كانت قيمة المنازع فيه لا تتجاوز أربعين ألف ليرة."

وجاء في نص المادة 1347 من القانون المدني الفرنسي:

" (Mod;l n°75-596 ,9 juill.1975) les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.

<sup>1</sup> محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 219.

On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et rend vraisemblable le fait allégué.

Peuvent être considérés par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution."

وتعني هذه المادة انه يجب الإثبات بالعقد الرسمي أو العقد العرفي في كل التصرفات التي تتجاوز الحد أو القيمة المحددة بموجب مرسوم ولا يقبل الإثبات بالشهود فيما يخالف أو يجاوز مضمون هذه العقود أي ما اشتمل عليه العقد الرسمي أو العقد العرفي أي ما هو ثابت بالكتابة.

فالقاعدة هنا هي عدم قبول شهادة الشهود لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي، حتى ولو كان ذلك فيما هو اقل من نصاب الإثبات بالكتابة. وتبرير ذلك إنه إذا كان المتعاقدان قد احتاطا مقدما وأعدا دليلا كتابيا ومعنى ذلك أنهما قصدا على الحصول على دليل أقوى لإثبات تصرفهما، ولذلك لا يجوز مخالفة هذا القصد بإجازة الإثبات بدليل اقل قوة وهو الشهادة.<sup>1</sup>

**1) نطاق تطبيق هذه القاعدة** يتحدد نطاق تطبيق قاعدة عدم جواز إثبات خلاف ما هو ثابت بالكتابة أو ما يجاوزه إلا بالكتابة على المتعاقدين، ومثل المتعاقدين خلفهما العام. أما الغير فلا يتقيد بهذه القاعدة، فيجوز له إثبات ما يخالف أو ما يجاوز الثابت كتابة بشهادة الشهود والقرائن.

كما أن قاعدة عدم جواز إثبات خلاف ما هو ثابت بالكتابة أو ما يجاوزه إلا بالكتابة لا تنطبق في حالة ما إذا كانت الكتابة مثبتة لتصرف تجاري، إذ في هذه الحالة يجوز إثبات ما يجاوز أو يخالف الثابت بالكتابة بغير الكتابة من شهادة شهود أو قرائن وذلك نظرا لحرية الإثبات في نطاق التصرفات التجارية.<sup>2</sup>

## 2) شروط تطبيق القاعدة

لا يجوز إثبات ما يخالف أو ما يجاوز الثابت كتابة إلا بالكتابة غير أن هذه القاعدة لكي تطبق لا بد لها من توافر شروط معينة هي:

- **وجود دليل كتابي:** يتعين لتطبيق هذه القاعدة أن نكون بصدد دليل كتابي كامل، كالسند الرسمي، أو السند العرفي المعد للإثبات أو الرسائل الموقع عليها. أما إذا كان الدليل الكتابي غير كامل كالدفاتر والأوراق المنزلية ففي هذه الحالات يجوز إثبات عكس ما هو مدون بكافة طرق الإثبات.

- **أن يكون الدليل الكتابي مثبتا لتصرف قانوني مدني:** يجب أن تكون الكتابة المراد مخالفتها مثبتة لتصرف قانوني مدني لأن التصرفات التجارية يجوز إثبات ما يخالفها بالبينة ولو كانت ثابتة بالكتابة.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 396.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 524.

– أن يكون المقصود إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت كتابة: يقصد بإثبات ما يخالف الكتابة تكذيب المكتوب، كما لو ادعى البائع أن الثمن المذكور في عقد البيع هو ثمن صوري الغرض منه التهرب من دفع رسوم الشهر العقاري وأن الثمن الحقيقي أكثر من ما هو مدون في العقد، فهنا يتعين عليه إثبات ذلك بالكتابة. أما إثبات ما يجاوز الكتابة، فالمقصود به ادعاء إضافة أو تعديل لما هو مكتوب، فإذا لم يذكر في عقد القرض مثلا أنه منتج لفوائد، فلا يجوز ادعاء العكس إلا إذا أثبت ذلك كتابة.

### ثانيا: تطبيق القاعدة وإشكالية نص المادة 334 ق م ج

رأينا أن القاعدة السابقة مرتبطة بإثبات ما يجاوز أو يخالف الدليل المكتوب وإلى الأسباب المذكورة أعلاه فرضت مختلف التشريعات المقارنة فيها الإثبات بالكتابة حتى ولو تعلق الأمر بتصرف قانوني يقل عن الحد المعين قانونا. غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 334 ق م ج اشترطت الإثبات بالكتابة في ما يجاوز أو يخالف العقد الرسمي وليس الدليل الكتابي، لأن الدليل الكتابي يتضمن الكتابة الرسمية والعرفية والالكترونية التي تطرقنا لها بالتفصيل في المطلب الأول من هذا المبحث. ووقفا عند حرفية النص، فإن المشرع يفرض الدليل الكتابي فقط إذا تعلق الأمر بإثبات ما يخالف أو يجاوز ما تضمنه العقد الرسمي، ويعني ذلك انه يمكن الإثبات بشهادة الشهود في ما يخالف أو يجاوز ما تضمنته العقود الأخرى العرفية أو الالكترونية.

والأخذ بذلك من شأنه أن يؤدي إلى إهدار القاعدة التي اخذ منها المشرع الجزائري هذا الاستثناء، كما أن الأخذ بحرفية النص من شأنه أن يسمح بالإثبات بشهادة الشهود فيما يجاوز أو يخالف ما اشتملت عليه مضمون العقد العرفي أو العقد الالكتروني. عما بأن المشرع الجزائري لم يشترط الكتابة الرسمية أصلا بإثبات التصرف القانوني المرتبط بالحد المعين قانونا بمائة ألف دينار جزائري بل اكتفى بشرط الكتابة فقط.

وهذا ما يطرح إشكالية كبيرة من حيث التطبيق وبذلك يجوز التمسك بإثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه عقد مكتوب بموجب كتابة عرفية أو الكترونية بشهادة الشهود، الأمر الذي يستوجب تداركه باستبدال عبارة العقد الرسمي بعبارة الدليل الكتابي حتى تنسجم هذه المادة مع القاعدة التي أخذت منها.

### 3. المبحث الثاني: البيئة كوسيلة لإثبات التصرف القانوني المدني

اعتمد المشرع الجزائري على شهادة الشهود كوسيلة يعتد بها في إثبات الوقائع القانونية وحدد لها قيمتها في الإثبات وسوف نتعرض إلى تعريف الشهادة وخصائصها والحالات التي يفرض فيها القانون الكتابة للإثبات – ما لا يجوز إثباته بشهادة الشهود – وإلى الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود – ما يجوز إثباته بشهادة الشهود – وهذا فيما يلي:

#### المطلب الأول: تعريف البيئة وخصائصها

قبل التعرف على أحكام شهادة الشهود كوسيلة ثانية في الإثبات حسب ترتيب القانون المدني الجزائري ينبغي معرفة المقصود بشهادة الشهود وخصائصها وهذا فيما يلي:

#### الفرع الأول: تعريف البيئة

الشهادة هي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره<sup>1</sup>، وعرفت أيضا بأنها إخبار الشاهد في مجلس القضاء بواقعة تمت تحت سمعه أو بصره، ومن شأنها أن ترتب لشخص حقا قبل شخص آخر، كمن يشهد تعاقدًا أو حادثه، فيروي ما سمعه أو رآه وهذه هي الشهادة المباشرة. والغرض من الإثبات بشهادة الشهود هو الحصول على أقوال الشهود الذين يؤيدون مزاعم المدعي والمدعى عليه، وهي بطبيعتها إجراءات متفرعة عن الخصومة الأصلية يراد بها تكوين دليل على تلك الخصومة، ولذلك فإن الأصل أن لا يطلب السير فيها ولا يلجأ إليها إلا أثناء قيام نزاع أصلي أمام القضاء وعندما يتبين الحاجة للركون إليها<sup>2</sup>.

وإلى جانب الشهادة المباشرة توجد صور أخرى للشهادة لا ترقى إلى إقناع القاضي إلى مرتبة الشهادة المباشرة هي:

- 1- الشهادة السماعية، وفيها يقرر الشاهد أنه سمع بالواقعة يرويها له شخص آخر هو الذي رآها أو سمعها، فهي شهادة على الشهادة وهي جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية.
- 2- الشهادة بالتسامع وفيها لا يروي الشخص نقلًا عن شخص معين، ولا عن واقعة معينة، فهي شهادة بما يتسامعه الناس عن الواقعة، فالشهادة هنا تنصب على الرأي الشائع بين الناس على الواقعة المراد إثباتها<sup>3</sup>.
- 3- الشهادة بالشهرة العامة، وهذه ليست شهادة بالمعنى المقصود، إذ هي ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية وتدون فيها وقائع معينة يشهد فيها شهود يعلمون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: خصائص البيئة (الشهادة)

تتميز الشهادة كوسيلة إثبات بالخصائص التالية:

- الشهادة حجة مقنعة وليست ملزمة، فهي دليل مقنع للقاضي وليس ملزما له. فقد يطرح القاضي أقوال الشهود كلية إذا لم يطمئن إليها<sup>5</sup> وقد يأخذ القاضي بأقوال شاهد دون الآخر وقد يرجح شهادة على أخرى دون أن يكون ملزما ببيان أسباب هذا الترجيح<sup>6</sup>.
- الشهادة حجة غير قاطعة، فما يثبت عن طريقها يقبل النفي بشهادة أخرى أو بأي طريق آخر من طرق الإثبات. وهي في ذلك عكس الإقرار واليمين.
- الشهادة حجة متعدية أي أن ما يثبت عن طريقها يعتبر ثابتا بالنسبة للكافة وهي تختلف بذلك عن الإقرار.
- الشهادة دليل مقيد لا يجوز الإثبات به إلا في حالات معينة، فلا يقبل الإثبات بها فيما يوجب القانون إثباته بالكتابة، والشهادة وإن كانت حائزة بالنسبة للوقائع المادية، إلا أنها لا تصلح بالنسبة للتصرفات القانونية التي

<sup>1</sup> سليمان مرقس، أصول الإثبات و إجراءاته، الجزء الثاني، دار عالم الكتاب للطباعة و النشر و التوزيع، 1986، ص 1

<sup>2</sup> محمد العشموي، عبد الوهاب العشموي، قواعد المرافعات في التشريع المصري و المقارن، الجزء الثاني، مكتبة الاداب، 1958، ص 534.

<sup>3</sup> محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 209.

<sup>4</sup> أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 122.

<sup>5</sup> سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 2.

<sup>6</sup> محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 207.



تتجاوز قيمتها حدا معيناً وكذلك هي على عكس الكتابة تخضع لتقدير قاضي الموضوع الذي يستطيع أن يأخذ بها أو أن يطرحها جانبا إذا لم يطمئن إليها.<sup>1</sup>

والأصل في الشهادة أن تكون شفوية، وأن تصدر أمام مجلس القضاء طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً، لذلك فلا عبرة لأي شهادة يحصل الإدلاء بها خارج مجلس القضاء دون إتباع الإجراءات التي يتطلبها القانون.

ويشترط في موضوع الشهادة أن تتوفر فيها الشروط العامة في محل الإثبات، أي أن يكون موضوعها واقعة قانونية متنازع فيها ومتعلقة بالدعوى، منتجة فيها، ويمكن إثباتها وجائزة الإثبات. كما يلزم أن يكون موضوع الشهادة مما يجيز القانون إثباته بشهادة الشهود. أما من ناحية الشاهد فيشترط أن يكون مميزاً، ألا يقل سنه عن حد معين وهو ثلاث عشرة (13) سنة علماً بأن العبرة في تحديد سن الشاهد بوقت الإدلاء بشهادته لا وقت حصول الواقعة التي يشهد بها ومن لم يبلغ هذه السن لا تسمع أقواله إلا على سبيل الاستدلال.

### المطلب الثاني: الحالات التي يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود

أجاز المشرع الجزائري الإثبات بشهادة الشهود في حالات بحسب الأصل وهي الوقائع المادية والمواد التجارية وفي التصرفات التي لا تتجاوز قيمتها حدا معيناً، وفي حالات أخرى مرتبطة بوجود مبدأ ثبوت بالكتابة وفي حالة وجود مانع يحول دون الحصول على الدليل الكتابي وكذا في حالة فقد السند الكتابي وهذا ما سنتطرق له فيما يلي:

### الفرع الأول: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل

بينت المواد 333-335-336 ق م ج هذه الحالات وهي على نوعين من الحالات: تشمل هذه الحالات، الوقائع المادية والتصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها حدا معيناً.

#### أولاً: الوقائع المادية

الوقائع المادية سواء كانت بفعل الطبيعة كالزلازل، والفيضانات. أو من فعل الإنسان كالعامل غير المشروع والفعل النافع أي الإثراء بلا سبب. فهي جميعاً وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات. ونلاحظ أن نص المادة 333 ق م ج أكدت على التصرف القانوني هو الذي لا يجوز إثباته بالشهود بمعنى أن الوقائع المادية يجوز إثباتها بشهادة الشهود.

#### ثانياً: المواد التجارية

أن التقييد الوارد في نص المادة 333 ق م ج هو في الأصل يخص المواد المدنية، لأن حرية الإثبات هي الأصل في المواد التجارية، ولذا كان للإثبات بشهادة الشهود قوة مطلقة في شأن هذه المواد، والسبب في ذلك هو أن الأعمال التجارية تقوم على الثقة والسرعة الائتمان كما هو معلوم.

<sup>1</sup> أنور سلطان ، المرجع السابق، ص 122.

### ثالثا: التصرفات التي لا تتجاوز قيمتها حدا معيناً

رأي المشرع أن لا تطبق قاعدة وجوب إثبات التصرف القانوني بالكتابة، إلا إذا تجاوز هذا التصرف حدا معيناً وهو 100.000 دينار جزائري (مائة ألف دينار جزائري) وهذا تيسيراً للمعاملات. فإذا لم يتجاوز التصرف القانوني هذا الحد، فإنه يجوز الإثبات في وجوده أو في انقضائه، بشهادة الشهود.

### الفرع الثاني: الحالات التي يجوز فيها استثناء الإثبات بشهادة الشهود

يخبر القانون، الإثبات بشهادة الشهود استثناء من تطبيق القواعد التي تلزم بالإثبات بالكتابة في الأحوال التي قدر فيها أن إجازة الإثبات بالشهادة تبررها الظروف وتقتضيها العدالة.<sup>1</sup>

فأجاز الإثبات بشهادة الشهود إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، كما أجاز الإثبات بشهادة الشهود في ما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي. وتتناول هذه الحالات فيما يلي:

#### أولاً: وجود مبدأ ثبوت بالكتابة

يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة وكل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة.

ويظهر من نص المادة 335 ق م ج أن مبدأ الثبوت بالكتابة، يقصد به الكتابة التي لا يتوافر فيها شروط الدليل الكتابي الكامل، وأن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه وأن تجعل هذه الكتابة المدعى به قريب الاحتمال. ويترتب على وجود مبدأ ثبوت بالكتابة، جواز الإثبات بشهادة الشهود مهما كانت قيمة المبلغ المدعى به.

#### ثانياً: وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي

يظهر من خلال نص المادة 336 ق م ج المذكورة أعلاه أنه يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يمكن إثباته بالكتابة في حالة وجود مانع من الحصول على الدليل الكتابي، ومؤدي لذلك أنه في الأحوال التي يتعزز فيها الحصول على الدليل كتابي.

المانع المقصود، هو المانع الذي تنشأ عنه استحالة الحصول على كتابة وقت التعاقد، استحالة نسبية عارضة، أي استحالة مقصورة على شخص معين وراجعة إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد. والمانع الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي حسب نص المادة 336 ق م ج قد يكون مانعاً مادياً أو مانعاً أدبياً.

- **المانع المادي:** يقوم المانع المادي من الحصول على دليل كتابي إذا ما أحاطت التعاقد ظروف خارجية لم تسمح للمتعاقد بالحصول على مثل هذا الدليل، ممن تعاقد معه. ومن أمثلة ذلك وقوع حادث مفاجئ كحريق أو فيضان أو ثورة... تحول دون الحصول على كتابة تثبت التعاقد. ومن الأمثلة التقليدية التي تعطى في المانع المادي، الوديعة الاضطرارية (dépôt nécessaire) وهي التي تصدر من المودع في ظروف اضطرارية يخشى معها على الشيء من خطر محقق دون أن يكون لديه متسع من الوقت أو وسيلة للحصول من المودع لديه على سند كتابي بالوديعة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> جميل الشرفاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، 1976، ص 97.

<sup>2</sup> أتور سلطان، المرجع السابق و ص 183. و محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 236.

- **المانع الأدبي**: قد يكون المانع من الحصول على دليل كتابي مانعا أدبيا غير مادي، وفي هذه الحالة لا ترجع استحالة الحصول على الدليل الكتابي إلى ظروف مادية أو خارجية تحيط بالتعاقد، وإنما ترجع إلى اعتبارات وظروف نفسية و أدبية تقوم في الوقت الذي تم فيه التصرف وتمنع من المطالبة بالدليل الكتابي، مثل وجود صلة قرابة بين المتعاقدين أو علاقة زواج،<sup>1</sup> علاقة الطبيب بالمريض...

ونلاحظ أن مسألة قيام المانع الأدبي، أن الحالات السابقة وغيرها إنما يجب أن ينظر إليها في كل حالة على حدة. فهذه الحالات لا تعتبر بذاتها موانع أدبية، وإنما يتعين أن يثبت لدى المحكمة من ظروف الدعوى ما من شأنه أن يجعل من المستحيل أدبيا اقتضاء المتعاقد كتابة ممن تعاقد.<sup>2</sup> كما نلاحظ أيضا أن المانع المقصود سواء كان ماديا أو أدبيا، لا يعدو أن يكون واقعة مادية يدعيها الشخص الذي يقع عليه عبء الإثبات.

### ثالثا: فقد السند الكتابي

يفرض هذا الاستثناء أن القواعد الخاصة بالدليل الكتابي قد روعيت عند إنشاء التصرف، ولكن تعذر الإثبات بالكتابة لفقد هذا الدليل. ويشترط في إجازة الإثبات بشهادة الشهود في هذه الحالة الشروط الآتية:

- **سبق وجود سند كتابي**: أي أن يثبت أن هذا السند قد وجد فعلا وأن يقيم الدليل على مضمون السند وعلى مراعاة شروط الصحة التي يتطلبها القانون فيه، وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن، لأن سبق وجود السند واقعة مادية.

- **فقد السند بسبب أجنبي**: لا يكفي أن يثبت المدعي سبق وجود الدليل الكتابي، بل يجب أيضا أن يثبت أن فقد هذا السند كان بسبب أجنبي لا بد له فيه بكافة طرق الإثبات، لأن محل الإثبات هنا هو واقعة مادية.

### خاتمة:

يستخلص مما سبق أن الإثبات هو شريان الحياة للحق، فالحق الذي يعجز صاحبه عن إثبات مصدره هو والعدم سواء، لذلك تولى المشرع تنظيم اغلب قواعد الإثبات بنفسه واشترط الإثبات بالكتابة في بعض التصرفات على أن الإثبات بالكتابة لا يمكن أن يتطلبه بالنسبة لكل التصرفات القانونية أيا كانت قيمتها وفي جميع الأحوال، لان في ذلك عنت كبير على المتعاقدين وإثقال على المعاملات، لذلك لم يستلزم المشرع الكتابة للإثبات كقاعدة عامة إلا إذا زادت قيمة التصرف على حد معين وكذلك لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه محتوى العقد الرسمي.

ولقد لقد نص المشرع الجزائري على عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود إذا تجاوز أو خالف المراد إثباته ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي حتى وإن كانت قيمة هذا التصرف اقل من الحد المعين قانونا أي مائة ألف دينار جزائري، ناسيا

<sup>1</sup> قرار صادر عن المحكمة العليا ، بتاريخ 2013/05/16، الملف رقم 878597 ، الملحق رقم 2.

<sup>2</sup> محمد حسن قاسم، المرجع السابق ، ص 238.

أن المادة 333 ق م ج لا تشترط أصلاً وجوب الإثبات بالعقد الرسمي إذا تجاوز التصرف القانوني الحد المعين قانوناً وإنما اكتفت بشرط الإثبات بالكتابة بأنواعها.

فإذا كان المشرع لم يشترط الكتابة الرسمية في إثبات التصرف الذي يتجاوز الحد المعين قانوناً فكيف له أن يشترط الكتابة الرسمية في التصرف الذي يتجاوز أو يخالف الحد المعين قانوناً وهذا بغير شك مجرد خطأ وقع فيه المشرع الجزائري بنصه على عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود فيما يخالف أو يجاوز مضمون ما اشتمل عليه العقد الرسمي وكان أخرى به أن ينص على عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود فيما يخالف أو يجاوز مضمون ما اشتمل عليه الدليل الكتابي.

ووقوفاً عند حرفية نص المادة 334 ق م ج فإنه يجوز إثبات ما يخالف أو يجاوز مضمون ما اشتمل عليه عقد عربي أو عقد الكتروني ولو لم يتجاوز النصاب القانوني بشهادة الشهود، وهذا ما لم يقصده المشرع الجزائري لعدم انسجام نص المادة 334 ق م ج مع المادة 333 ق م ج، ولمخالفتها للقاعدة التي أخذت منها هذه المادة وهي عدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز الدليل الكتابي إلا بالكتابة.

وفي الأخير نقترح ضرورة تدخل المشرع الجزائري لتدارك هذا الخطأ وتعديل نص المادة 334 ق م ج على أن تكون كالتالي: "لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة على 100.000 دينار جزائري:

- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي،
- إذا كان المطلوب هو الباقي، أو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة،
- إذا طلب احد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة."

#### قائمة المراجع:

- أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2005.
- جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، 1976.
- عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، ط 2، دون دار النشر، سنة 1955.
- سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، جزء 1، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1981.
- سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، الجزء 2، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع 1986.

- عبد الله احمد عبد الله غرايبة، حجية التوقيع الالكتروني في التشريع المعاصر، دار الراجحة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2008
- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في الشرح القانون المدني-نظرية الالتزام-دار الإحياء التراث العربي بيروت، سنة 1958.
- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، طبعة نادي القضاة، سنة 1958 ،
- محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2003
- مناني فرح، أدلة الإثبات الحديث في القانون، دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2008.
- محمد العشماوي-عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، جزء 2، مكتبة الآداب، 1958.