المحاضرة الرابعة

2-الكتابة العرفية

نظم المشرع الإثبات بالكتابة العرفية في المواد من 327 إلى 332 مدني، نصت المادة 327 في فقرتها الأولى" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه".... فمن هذا النص يمكن تعريف العقد أو المحرر أو الورقة العرفية بأنها تلك الصادرة من ذوي الشأن بأنفسهم دون أن يتدخل في تحريرها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة أو ضابط عمومي مختص، سواء قاموا بتحريرها بخط يدهم أو استعانوا بآلة راقنة أو كمبيوتر على أن تتضمن توقيعاتهم أو بصمة أصابعهم أو الختم أو بالتوقيع والبصمة معا. تعتبر المحررات العرفية من أكثر أنواع المحررات انتشارا في المعاملات التعاقدية لسهولة تحريرها وسرعتها ودون تكاليف إلا أنها لا تتمتع بذات الضمانات التي تتمتع بها المحررات الرسمية، فالمشرع لا يتطلب أن تتوافر فيها شكليات معينة عند تحريرها. وتنقسم المحررات العرفية إلى محررات مُعدّة للإثبات (2.1) وأخرى غير مُعدّة للإثبات (2.2).

- 2.1المحررات العرفية المعدة للإثبات:

يقصد بالمحررات العرفية المعدة للإثبات تلك التي أعدّها ذوو الشأن مسبقا لتكون أداة للإثبات، وهي التي نصت عليها المادة 327 مدني والتي يستفاد منها أنه لا يشترط في الورقة العرفية شكلا معينا إلا أنها يجب أن تكون مكتوبة وموقعة، بعد شرح شروط المحررات العرفية المعدّة للإثبات (2.1.1) نتناول حجيتها (2.1.2(

2.1.1-شروط المحررات العرفية المعدّة للإثبات تكون موقعة من الشخص

يشترط في الورقة العرفية للاعتداد بها كسند في الإثبات أن الأشخاص الذين صدرت عنهم، بالإضافة شرط الكتابة.

أ -شرط الكتابة

و يعتبر شرط الكتابة شرطا بديهيا في الورقة العرفية للاعتداد بها كدليل للإثبات، لأن الكتابة هي ما يدل على الواقعة المراد إثباتها، بغض النظر عن شكلها أو اللغة المكتوبة بها سواء كانت الكتابة بالعربية أو بلغة أخرى، وسواء كتبت بخط الدائن أو المدين أو بخط كاتب عمومي أو أي شخص آخر من غير الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 324 مدني. كما لا يشترط في المحررات العرفية بيانات معينة عكس ما هو الأمر في المحررات الرسمية، كما لا يشترط في الورقة العرفية أن تتضمن الشهود أو توقيعاتهم وإن كان ذلك مهما بالنسبة للأطراف.

ب -شرط التوقيع

يعتبر التوقيع أهم شرط في الورقة العرفية لقبولها كسند للإثبات، وهو ما يتضح مثلا من نص المادة 326 مكرر 2، والتي يستفاد منها أن المحرر الرسمي الذي فقد صفة الرسمية بسبب عدم كفاءة أو أهلية الموظف أو انعدام الشكل، يعتبر محررا عرفيا، بشرط أن يكون موقعا من قبل الأطراف، ففي غياب التوقيع لا يقبل هذا المحرر أصلا، وهو ما تؤكده أيضا المادة 327 السابق ذكرها أيضا. فالتوقيع شرط

أساس ي لصحة الورقة العرفية لأنه به ينسب ما كتب فيها إلى صاحب التوقيع أو صاحب بصمة الأصبع ما لم ينكر هذا الأخير صراحة ما هو منسوب إليه. فالشخص لا يلزم بما كتبت وإنما بما وقّع. و التوقيع أشكال متعدّدة منه التوقيع الخطّي أو الإمضاء يكون بخط يد الموقّع يتمثّل - عادة - في كتابة اسمه ولقبه أو أحدهما أو كتابة الحرف الأول من الاسم ثمّ اللقب مع إضافة رمز. وقد يكون التوقيع ببصمة الأصبع إذا تعذّر على المعني التوقيع كتابة - لجهله للقراءة والكتابة - أو بسبب عاهة، وقد يكون التوقيع باستعمال الختم. و قد يكون التوقيع الكترونيا حسب نص المادة 327 في فقرتها الأخيرة" ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 أعلاه".

يكون التوقيع عادة بعد كتابة المضمون على الورقة وفي أسفلها، إلا أنه أحيانا قد يتم التوقيع على بياض لضرورة تستدعي ذلك، علما أن القانون لا يمنع التوقيع على بياض، لكن يُجرّم ويعاقب من أؤتمن على ورقة موقّعة على بياض وخان الأمانة، بأن كتب عليها زورا التزاما أو أبرء منه، وهو ما نصت عليه المادة 381 من قانون العقوبات1 . و قد منح القانون للشخص الذي وقّع على بياض حق إثبات أن ما كُتب على الورقة العرفية التي كان قد وقعها على بياض لا يعكس الحقيقة ولا نيته، وذلك بكل وسائل الإثبات.

وبالنسبة لعدد التوقيعات على الورقة العرفية فهو يختلف بحسب طبيعة الالتزامات التي تترتب عنها فلو تضمنت الورقة عقدا ملزما لجانب واحد مثلا يكفي توقيع الملزم بها فقط)الاعتراف بدين مثلا.(أما إذا كانت الورقة تتضمن عقدا ملزما لجانبين فوجب توقيع الطرفين، ويكون عادة عدد نسخها بعدد الموقعين

عليها، وإذا كانت الورقة محل التوقيع تتضمّن أكثر من صفحة وتتناول نفس الموضوع يكون التوقيع في آخر صفحة من الوثيقة مع كتابة في أسفل كل الصفحات الأخرى الحرف الأوّل لاسم ولقب الموقّع. وأمّا إذا كانت

الوثيقة تتضمّن أكثر من موضوع فيجب التوقيع على كل صفحة. و عليه فالورقة العرفية غير الموقعة لا تصلح للإثبات ولا أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا كانت مكتوبة بخط يد المدين.

2.1.2-حجية الأوراق العرفية المعدة للإثبات:

نتناول في هذا الإطار حجية الورقة العرفية المعدة للإثبات فيما بين الطرفين (2.1.2.1)، وحجيتها بالنسبة للغير (2.1.2.2)، ثمّ حجّية صورتها .(2.1.2.3)

2.1.2.1-حجية الورقة العرفية فيما بين الطرفين:

تكون الورقة العرفية حجّة من حيث صدورها ممّن وقع عليها، وكذا من حيث البيانات التي وردت فيها:

-حجية الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقّع عليها

تناول المشرع هذه الحجية في نص المادة 327 مدني السابق ذكرها، والتي نصت في فقرتها الأولى على»

يعتبرا لعقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه» إذ يتضح من هذا النص أن المحرر العرفي المكتوب والموقع أو الذي وضع عليه بصمة الأصبع

-" 1كل من أؤتمن على ورقة موقعة على بياض وخان أمانتها بأن حرر عليها زورا التزاما أو إبراء منه، أو أي تصرف آخر يمكن أن يعرض شخص الموقع أو ذمته المالية للضرر، يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 1000 إلى 50.000 دج"

يكون حجّة على صاحب التوقيع أو البصمة فيما هو منسوب إليه، إذ بصدوره منه وسكت ولم ينكره صراحة كله أو بعضه، يعتبر ذلك إقرار ضمني منه بصدق جميع البيانات الواردة في الورقة، بما في ذلك تاريخها باعتباره أحد البيانات الجوهرية، فتصبح الورقة العرفية بقيمة الورقة الرسمية، ولا يجوز لصاحب التوقيع أن ينكر ما ورد فيها بعد أن يكون قد اعترف به إلا أن يطعن فيها بالتزوير، لأن القاض ي سوف يؤشر على الورقة ويأمر بإيداع أصلها بأمانة الضبط في المحكمة

أما إذا أنكر صاحب التوقيع صراحة توقيعه على الورقة أو خطه عليها فلا يكون حجة في مواجهته، ويقع على الطرف الثاني عبء إثبات صدورها من صاحب التوقيع، وله في ذلك كل طرق الإثبات، كما له أن

يطلب هو أو أن يأمر القاضي إحالة الورقة على التحقيق لمضاهاة الخطوط والتأكد من صحة التوقيع

حسب الإجراءات المقررة في المواد من 164 إلى 174 من قانون الإجراءات المدنية، وإذا ثبت صحة التوقيع أصبحت الورقة العرفية بقيمة الورقة الرسمية لا يطعن فيها إلا بطريق التزوير، ويعاقب الشخص الذي أنكره بغرامة مدنية حسب المادة 174 إجراءات مدنية وإدارية.

أما في الحالة التي يقوم فيها موظف عام أو ضابط عمومي بالتصديق على توقيعات الأطراف على الورقة العرفية، وهو ما يتم عادة بطلب منهم، فإنه لا يمكن لمن له توقيع أو بصمة على الورقة العرفية أن ينكر هذا التصديق، ولا يبقى أمامه سوى أن يسلك سبيل الطعن بالتزوير.

-حجية الورقة العرفية من حيث البيانات الواردة فيها

إذا ثبت صدور المحرر العرفي من الشخص المنسوب إليه أي صاحب التوقيع أو البصمة فإنها تكون

حجّة بما كُتب فيه ومن حيث صحة الوقائع الواردة فيه في مواجهة المتعاقدين والناس كافة، وتصلح كدليل إثبات كامل بالنسبة لجميع التصرفات والوقائع، باستثناء الحالات التي يتطلب فيها القانون إثباتا خاصا كالكتابة الرسمية، وباستثناء أيضا تاريخ المحرر الذي لا يكون حجّة على الغير إلا إذا كان ثابتا. إن ثبوت صدور الورقة أو المحرر من الشخص المنسوبة إليه يجعل منه كالمحرر الرسمي فيما يتعلق بسلامته المادية، وعلى من يدعي بتغير مادي في البيانات إثبات ما يدعيه. فإذا ادعى من يتم التمسك بالمحرر ضده بوجود تغيير مادي في مضمونه كحصول تحريف أو تعديل أو إضافة أو حذف، فعليه في هذه الحالة أن يطعن بالتزوير لإثبات ما يدعيه.

أما إذا تعلّقت المنازعة بصحة البيانات الواردة في الورقة العرفية، كما لو ذكر في نص في الورقة العرفية على أن موضوع الاتفاق هو بيع وأن البائع قبض الثمن، اعتبر ذلك قرينة صحيحة لصالح المشتري، إلا أنها قرينة بسيطة يجوز للبائع إثبات

عكسها طبقا للقواعد العامة. و من هذه القواعد، أنه لا يجوز لمن يدعي إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة. فعدم إنكار الموقع صدور المحرر

العرفي منه لا يمنعه إنكار ما ورد فيه، كون الطعن في صحة التصرف لا يعني الطعن في صحة المحرر العرفي. كما يمكن للأطراف الطعن في تاريخ الورقة الذي يعتبر جزءً من البيانات الأخرى التي تشتمل عليها الورقة العرفية، ويمكن لأي طرف أن يقيم الدليل على عدم صحة ذلك التاريخ، ويقع عليه عبء إثبات ذلك.

2.1.2.2-حجية الورقة العرفية بالنسبة للغير:

يقصد بالغير هنا كل شخص يمكن أن يستفيد أو يضار من المحرر، فيسري في حقه التصرف القانوني الذي تثبته الورقة العرفية، ومن ثم يصح أن يتم الاحتجاج به في مواجهته، وحجية الورقة العرفية بالنسبة للغير قد تكون من حيث صدورها ممن وقعها أو من حيث الوقائع أو البيانات الواردة فيها أي مضمونها أو من حيث التاريخ المدون فيها.

-حجية الورقة العرفية في مواجهة الغير من حيث صدورها ممن نتنسب إليه

نصت المادة 327 مدني في فقرتها الثانية : « ... أما 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 » ،فيكون هذا المحرر أو الورقة حجّة على ورثة الموقع وخلفه العام والخاص وإذا اعترضوا عليها فلا يطلب منهم الإنكار الصريح، كما كان يطلب من صاحب التوقيع وإنما يكفي منهم حتى لا تكون الورقة حجّة عليهم بأن يحلفوا اليمين بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه الحق أو يطعنوا بالجهالة، ويتعين عندئذ على المتمسك بالورقة العرفية أن يثبت وبكل طرق الإثبات الأخرى أنها صادرة ممن تنسب إليه كأن يطلب القيام بإجراء مضاهاة الخطوط، أو الشهود أو الخبرة حسب ما نصت عليه المادة 165 قانون الإجراءات المدنية.

-حجية الورقة العرفية في مواجهة الغير من حيث مضمونها

إن حجية البيانات الواردة في المحرر أو الورقة العرفية بالنسبة للغير هي نفسها بالنسبة للأطراف فهي ليست قاطعة، يمكن للغير أن يثبت مثلا صورية الوقائع الواردة فيها وفقا للقواعد المقررة في الإثبات، كما يمكنهم التمسك بجميع الدفوع التي كانت لصاحب التوقيع، كأن يتمسكوا ببطلان التصرف، أو بانقضاء الالتزام بأي طريق من طرق الانقضاء إلى غير ذلك من الدفوع. أما حجية تاريخ الورقية العرفية في مواجهة الغير فله أحكام خاصة.

-حجية الورقة العرفية في مواجهة الغير من حيث التاريخ

يعتبر تاريخ الورقة العرفية من أهم مسائل الحجية بالنسبة للغير، فالورقة العرفية تحمل تاريخا معينا يفترض فيه أنه التاريخ الصحيح فيما بين الأطراف إلى حين إثبات العكس إلا أن هذا التاريخ المذكور في الورقة العرفية ليس له ذات الحجية في مواجهة الغير، لأنه قد يتواطأ الأطراف على تقديم التاريخ أو

تأخيره لتحقيق غرض معين، كأن يكون ذلك قصد الإضرار بالغير. لذا لم يجعل المشرع لتاريخ الورقة

العرفية حجّة في مواجهة الغير إلا إذا كان ثابتا، وهو ما يتضح من نص المادة 328 مدني، وقد حدّد المشرع الحالات التي يكون بمقتضاها للمحرر العرفي تاريخ ثابت وهي:

الحالة الأولى:

تسجيل العقد العرفي لدى مصلحة السجل والطابع

الحالة الثانية:

من يوم ثبوت مضمون المحرر في عقد آخر حرّره موظف عام موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، او الضابط العمومي،

الحالة الثالثة:

من يوم التأشير على العقد العرفي من طرف ضابط مختص،

الحالة الرابعة:

من يوم وفاة أحد الذين وضعوا توقيعهم أو بصمتهم على العقد سواء كان شاهدا أو طرفا فيه. فهذا دليل على أن الواقعة أو التصرف حدث قبل الوفاة.

وتستثنى من هذه الحالات المخالصات حسب نص المادة 328 السابق ذكرها، وهي محررات يثبت بواسطتها المدين الوفاء بالدين، بحيث أجاز المشرع للقاضي وفقا لسلطته التقديرية أن يعتد بالمخالصة غير ثابتة التاريخ اتجاه الغير.

إن التمسك بقاعدة ثبوت تاريخ المحرر العرفي ليست من النظام العام، ومن ثم فإن القاضي لا يثيرها من تلقاء نفسه بل ينبغي لصاحب الشأن التمسك بها، فإذا لم يفعل كان التاريخ الثابت في المحرر العرفي حجّة عليه.

2.1.2.3-حجية صور الورقة العرفية المعدة للإثبات

إن صور المحررات العرفية هي ورقة منقولة عنها كتابة أو تصويرا، فلا حجية لها، ولا قيمة لها في الإثبات إلا بمقدار مطابقتها للأصل إذا كان موجودا فيرجع إليه كدليل إثبات، أما إذا كان غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذا هي لا تحمل توقيع من صدرت عنه.

2.2-المحررات العرفية غير المعدّة للإثبات

إن المحررات التي لا تُعدّ مقدما للإثبات لا تكون عادة موقع عليها من ذوي الشأن، ومع ذلك يعطيها القانون بعض الحجية في الإثبات، وقد نص المشرع على أربع أنواع من هذه المحررات في المواد من 329 إلى 332 مدني وهي: الرسائل والبرقيات (2.2.1)، الدفاتر التجارية (2.2.2)، الدفاتر والأوراق المنزلية (2.2.3)، التأشير على السند بما يفيد براءة المدين (2.2.4).

2.2.1-الرسائل والبرقيات

لم يعرف المشرع للرسائل والبرقيات واكتفى بالنص على حجيتها في المادة 329 مدني، ومفادها أن الرسائل الموقع عليها من قبل المرسل لها نفس الحجية المقررة للأوراق العرفية طالما استوفت عنصر الكتابة والتوقيع، إذ يستطيع المرسل إليه

تقديمها كدليل إثبات في مواجهة خصمه، ما لم يكن في استعمالها انتهاكا لحرمة السرية. أما البرقيات فقد أقرّ لها المشرع أيضا من خلال نص المادة 329 مدني نفس حجية المحرر العرفي بشرط أن يكون أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر في هذه الحالة مطابقة للأصل حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. أما إذا أعدم أصل البرقية بعد فوات المدة المحددة أو فقد لأي سبب كان، فلا يكون للصورة التي لم يثبت مطابقتها للأصل قبل فقدانه أية حجية في الإثبات، لأن الحجية يعطيها القانون لأصل البرقية الموقع عليه من المرسل، ولا يعتد بصورة البرقية في هذه الحالة إلا على سبيل الاستئناس و الاستدلال.

2.2.2-الدفاتر التجارية

ألزم القانون التجاري التجار مسك الدفاتر التجارية، كالدفاتر اليومية ودفتر الجرد لتنظيم حساباتهم وتدعيم إثباتها، وحسب المادة 14 تجاري لا يمكن أن يحتج بهذه الدفاتر أمام القضاء إلا إذا كانت منتظمة ومطابقة للشروط المقررة قانونا.

-قد تكون الدفاتر التجارية حجّة على التاجر، يمكن لخصم التاجر أن يتمسك بما ورد في دفاتره

دون النظر إلى مركزه القانوني كتاجر أو غير تاجر وسواء كان النزاع مدنيا أو تجاريا، وسواء كانت منتظمة أو غير منتظمة، لأنها تعتبر بمثابة إقرار مكتوب صادر عن التاجر رغم عدم احتواءها على توقيعه، ويمكن للتاجر إثبات عكس ما ورد فيها بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن، مع الإشارة أن الدفاتر التجارية إذا كانت منتظمة، لا يجوز للخصم الذي يريد استخلاص دليل منها لنفسه تجزئتها حسب المادة 330 مدني.

-كما قد تكون الدفاتر التجارية حجّة للتاجر خروجا عن القاعدة العامة التي تقض ي بأنه لا يجوز للخصم اصطناع دلي „ل لنفسه قد تكون الدفاتر التجارية حجة على التاجر طبقا للمادة 330 مدني، وهذا في حالتين:

الحالة الأولى:

حالة ما إذا كانت الدعوى قائمة بين تاجرين، فيجوز استنادا لنص المادة 13 تجاري قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كدليل إثبات بين التجار تبعا لتقدير سلطة القاضي، ولكن إذا كانت غير منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليلا لنفسه منها أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد ما يناقض دعواه.

الحالة الثانية:

حالة ما إذا كانت الدعوى قائمة بين تاجر وغي رتاجر، فلا يجوز للتاجر استعمال دفاتره التجارية ليستدل بها على خصمه غير التاجر، لأن دفاتره لا تكون لها أية حجّة باستثناء ما تعلق منها ببيانات التوريدات التي قام بها التاجر، وفي هذه الحالة يجوز للقاض ي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكمن إثباته بالبينة استنادا لنص المادة 330 مدني.

2.2.3.-الدفاتر و الأوراق المنزلية

يقصد بالدفاتر والأوراق المنزلية هي تلك الأوراق التي يدوّن فيها الأشخاص أمورهم الخاصة من حقوق والتزامات وحسابات وتصرفات مختلفة، كما هو الشأن بالنسبة لدفتر الحسابات والمفكرة والمذكرات، والأصل أن هذه الدفاتر والأوراق لا تعتبر حجّة ضد من صدرت منه حسب ما يتضح من نص المادة 331 مدني إلا في حالتين، وهما: إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا، أو ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دوّنه ليقوم مقام السند

لمن ثبتت الحق لمصلحته، ففي كلتا الحالتين يعتبر التدوين بمثابة إقرار منه ويكون حجّة ضده، إلا أن هذه الحجية ليست مطلقة إذ يجوز إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود.

2.2.4-التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين

نصت عليه المادة 332 مدني **والتي يستنتج منها التفرقة بين حالتين:**

الحالة الأولى:

وجود سند الدين في حيازة الدائن، نصت الفقرة الأولى للمادة 332 " التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجّة على الدائن إلى أن يثبت العكس و لو لم يكن التأشير موقعا عليه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته" فالتأشير على السند قرينة على قيام المدين بالوفاء الكلي أو الجزئي للدين، ويستلزم لقيام هذه القرينة توافر شرطين:

الشرط الأول:

أن يكون التأشير ببراءة ذمة المدين مكتوبا على سند الدين ذاته وليس على صورته أو في ورقة مستقلة عنه،

الشرط الثاني:

أن يبقى سند الدين في حيازة الدائن بصفة مباشرة أو غير مباشرة كأن يكون في حيازة المودع لديه، إلا أنها قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها بكافة الطرق بما فيها شهادة الشهود والقرائن.

الحالة الثانية:

حالة وجود سند الدين أو مخالصة في حيازة المدين، نصت الفقرة الثانية للمادة 332 "وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى، أوفي مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين" ففي هذه الحالة يؤشر الدائن على نسخة أصلية أخرى من السند موجودة بحوزة المدين تفيد ببراءة ذمة هذا الأخير من الدين كليا أو جزئيا، أو على مخالصة سابقة ببراءة ذمة المدين، فيعتبر هذا التأشير قرينة على الوفاء، بشرط أن يكون مكتوبا بخط الدائن وعلى نسخة أصلية للسند أو على مخالصة سابقة، وأن تكون المخالصة أو النسخة الأصلية المؤشر عليها بالبراءة في حيازة المدين أو تحت يد شخص يحتفظ بها لحسابه، إلا أنها قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها بكافة الطرق بما فيها شهادة الشهود والقرائن.