

جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مطبوعة محاضرات في مقياس :

أ.د. لعور حسان حمزة
رئيس المجلس العلمي
كلية الحقوق

طرق الاثبات في المادة المدنية والتجارية

مقدمة لطلبة السنة أولى ماستر السداسي الثاني

تخصص: القانون الخاص المعمق

من إعداد الأستاذة: بن حمود لطيفة

السنة الجامعية: 2024-2025

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

قسنطينة في : 18 نوفمبر 2025

جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري

كلية الحقوق

المرجع : 90 / م.م.ع. 2025.

مستخرج من محضر إجتماع المجلس العلمي

بتاريخ : 09 أكتوبر 2025

يشهد السيد رئيس المجلس العلمي لكلية الحقوق بجامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري بأن

المجلس العلمي في إجتماعه بتاريخ : 09 أكتوبر 2025، قد صادق على المطبوعة البيداغوجية

للدكتورة بن حمود لطيفة المعنونة بـ : « طرق الإثبات في المادة المدنية و التجارية »

رئيس المجلس العلمي

أ.د سامي بلعابد
رئيس المجلس العلمي
لكلية الحقوق

مقدمة :

تعتبر مسألة الإثبات من أهم المواضيع التي نظمها المشرع الجزائري وذلك لارتباطها بتطبيق النصوص القانونية، فالقاضي حتى يتمكن من تطبيق النص الموضوعي على النزاع المطروح أمامه يجب أن يثبت أولا صحة الوقائع المدعى بها، فالحق المطالب به أمام القضاء لا يحضى بالحماية مالم يتمكن صاحبه من إثبات الواقعة التي أنشأتها بالطرق التي حددها القانون سلفا وذلك تطبيقا لقاعدة البينة على من ادعى.

بناء عليه فإن الإثبات في المجال القانوني يقصد به الإثبات القضائي أي إقامة الدليل أمام القضاء على وجود حق أو صحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى نتائج قانونية معينة.

وللإثبات القانوني أهمية كبيرة من الناحية العملية، حيث لا يستطيع الشخص الحصول على حقه عند المنازعة فيه، إلا بإقامة الدليل على وجوده أمام القضاء، ولا يستطيع القاضي أن يقضي بالحق المطالب به إلا إذا أثبته صاحبه. والعجز عن إثبات الحق يؤدي إلى عدم الاعتراف به أمام القضاء ولو كان موجودا في الحقيقة والواقع، لذلك يعد الإثبات من الناحية العملية الوسيلة القانونية الوحيدة التي يلجأ إليها الأفراد لتأكيد حقوقهم، فالحق لا قيمة له إذا لم تتوافر الوسيلة لإثباته عند المنازعة فيه .

إن طرق ووسائل الإثبات متعددة ومتنوعة فلكل دليل قيمته ومجاله، لكن بالنظر إلى ما يعرفه الوقت الحالي من تطور علمي وتكنولوجي، جعل العالم كله قرية كونية صغيرة، من خلال المعلوماتية وتطور تقنيات الاعلام والاتصال الحديثة، إذ أصبح بإمكان أي شخص أن يتعاقد مع شخص آخر في أي مكان من العالم عن طريق الأنترنت. الأمر الذي اظهر معه العديد من الاشكالات القانونية المرتبطة بإثبات التصرفات القانونية الالكترونية، مما جعل مفهوم الإثبات يتغير تبعا لطرق إنشاء العلاقات القانونية في حد ذاتها، مما أدى الى ظهور المستندات الالكترونية إلى جانب المستندات العادية كالتوقيع الالكتروني وغيرها. ومن هنا ظهرت وسائل إثبات حديثة إلى جانب الوسائل التقليدية المعروفة كالكتابة، شهادة الشهود، القرائن واليمين .

وقد نظم المشرع الجزائري قواعد الإثبات في القانون المدني¹ ضمن المواد 323 إلى 350 تحت عنوان إثبات الالتزام، كما بين إجراءاتها الشكلية في المواد 70 إلى 193 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان وسائل الإثبات.

ومن خلال هذه المحاضرات سنحاول التطرق إلى الجانب الموضوعي والإجرائي لهذه الوسائل من خلال

المحاور التالية :



المحور الأول : القواعد العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية.

المحور الثاني: أدلة الإثبات ذات القوة المطلقة .

المحور الثالث: أدلة الإثبات ذات القوة المحدودة .

المحور الرابع : أدلة الإثبات المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

¹ الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، المعدل والمتمم بالقانون 05 - 07، المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، ج ر عدد 31.

المحور الأول :

القواعد العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية

نتناول في هذا المحور التمهيدي تعريف الإثبات باعتباره المحور الذي تقوم عليه هذه الدراسة، كما نتناول أهميته ومكانته في القانون كعنصر أول، ثم نتطرق إلى المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها الإثبات في المواد المدنية والتجارية في عنصر ثان، ومنها مبدأ النظام القانوني الذي يحكمه، ومبدأ حياد القاضي ثم مبدأ دور الخصوم أو المتقاضين في الإثبات، وفي عنصر ثالث نتناول المسائل الأساسية التي يتمحور حولها الإثبات في المواد المدنية والتجارية وهي محل الإثبات، والخصم الذي يقع عليه هذا العبء.

المبحث الأول: ماهية الإثبات وأهميته القانونية

المطلب الأول : تعريف الإثبات :

الإثبات لغة معناه إقامة الحجة أول الدليل أو البرهان وتأكيد الحق ويقال ثبت في المكان يثبت ثباتا وثبوتا فهو ثابت، والثبات والثبوت يعني الدوام والاستقرار، ويقال: ثبت فلان على موقفه إذا لم يتراجع عنه¹.

أما الإثبات بمعناه العام فهو محاولة الوصول إلى الحقيقة المجردة، وذلك كإثبات العلمي أو التاريخي، حيث ينشد الإنسان التحقق من واقعة غير معروفة أو متنازع عليها بأي وسيلة كانت.

¹ جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت لبنان، المجلد 2، 1994، ص 19.

أما الإثبات في المجال القانوني فيقصد به الإثبات القضائي أي إقامة الدليل أمام القضاء على وجود حق أو صحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى نتائج قانونية معينة¹.

وقد عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه : "الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها"².

والإثبات في لغة القضاء هو تأكيد مزاعم الخصم أو دفاعه بالدليل الذي يبيحه القانون بهدف إقناع القاضي بوجاهتها وصحتها حتى يقضى له بها"³.

وعلى هذا يمكن الاستنباط من هذين التعريفين أن الإثبات المقصود فيهما هو الإثبات القضائي أي الإثبات الذي يتم عن طريق تقديم الدليل أمام القضاء وهو بهذا يختلف عن الإثبات بالمعني العام أو الإثبات المجرد ، كالإثبات العلمي أو التاريخي فهذه لا تكون أمام القضاء ويمكن فيها استعمال أي وسيلة إثبات⁴ فالإثبات بالمعني العام هو طليق من هذه القيود فالباحث في التاريخ يستجمع أدلته على صحة الوقائع التاريخية التي يقررها من المستندات التي تحت يده أو من أية طريقة أخرى يراها كافيها للإثبات، وهذا هو شأن الباحث في أي علم⁵ ، أما الإثبات القضائي فلا بد أن يتم بالطرق التي حددها القانون وهي طرق ملزمة للخصوم ، كما انها ملزمة للقاضي ومن ثمة تختلف الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية

¹ محمد حسين منصور، قانون الإثبات - مبادئ الإثبات وطرقه -، د ذ ن ، د ذ س ن ، ص 7

² عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات ، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر، 1968، ص13

³ عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار الفكر العربي ، 1985، ص 25.

⁴ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، طبقا لأحدث التعديلات ومزينة بأحكام النقض ، دار الهدي، الجزائر ، 2008، ص6

⁵ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص16

الخاصة ، وأن القاضي قد يقضي بما يغير الواقع لأنه غير معصوم من الخطأ ، ومع ذلك فإنه يتعين احترام الحقيقة القضائية فلا يتعين إثبات ما يخالفها لأن القانون أقر لها حجية الأمر المقضي فيه .

إذن فالإثبات بهذه المقارنة هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة قانونا على واقعة قانونية ينازع في عدم صحتها أحد المتقاضين، وإن كان الإثبات القضائي والعلمي يشتركان معا في هدف واحد هو الوصول إلى الحقيقة، إلا أن الإثبات العلمي وسائله كثيرة ومتعددة على خلاف الإثبات القضائي، غير أن الحقيقة العلمية تبقى دائما محل دراسة وتجديد، بينما الحقيقة القضائية تنتهي عند اكتشافها من طرف إلى غاية أن يحوز الحكم القضائي الصادر بشأنها قوة الشيء المقضي فيه باستتفاده لطرق الطعن.

ويستخلص من كل هذا اتفاق فقهاء القانون على خصوصية الإثبات القضائي بكونه لا يكون إلا أمام القضاء وبالطرق المرسومة من قبل المشرع حول عدم صحة واقعة قانونية سواء كانت تصرفا قانونيا أو واقعة مادية.

وإذا كان الغرض المتوخى من الإثبات هو التوصل إلى الحصول على الحق المفقود أو الحق الذي نشأ حوله نزاع فإن ذلك لا يكون إلا وفق ما رسمه المشرع في نصوص القانون، بحيث يكون أمام القضاء طبقا لما ينص عليه القانون، ولا يستجيب له القاضي إلا إذا أقام الدليل على وجود هذا الحق.

المطلب الثاني : أهمية الإثبات :

يمثل الإثبات النقطة الأهم بالنسبة للحق لأن الحق الذي لا يرتكز على دليل يؤكد وجوده يصبح معدوم القيمة في حالة النزاع عليه وإثباته بأحد وسائل الإثبات من خلال إرجاعه إلى نص القانون أو قاعدة قانونية ، وعلى الشخص الذي يريد إثبات حقه أن يثبت النص القانوني الذي جاء به القاعدة القانونية المؤكدة لمصدر حقه، وذلك من خلال تبين الواقعة القانونية التي تتطلبها

القاعدة القانونية حتى تنتج أثرها¹، فالإثبات له أهمية كبيرة من الناحية العملية يكتسبها من أهمية الحق في حد ذاته، إثبات الحق حيث لا يستطيع الشخص الحصول على حقه عند المنازعة فيه إلا بإقامة الدليل عليه أمام القضاء، فالحق بدون إقامة الدليل عليه سيكون في حكم العدم، ولا يستطيع القاضي أن يقضي بالحق إلا إذا أثبتته صاحبه، والعجز عن إثبات الحق يؤدي إلى عدم الاعتراف به أمام القضاء ولو كان موجودا في الحقيقة والواقع²، لذلك فالإثبات يعد من الناحية العملية الوسيلة الأكيدة التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم، فالحق لا قيمة له إذا لم تتوافر الوسيلة لإثباته عند المنازعة فيه.

هذا وإلى جانب المصلحة الفردية التي يحققها الإثبات فإنه يحقق مصلحة عامة اجتماعية، حيث يؤدي تنظيم الإثبات إلى حسم المنازعات ومنع الادعاءات الكيدية والكاذبة مما يحافظ على هيبة القضاء وتوفير أسباب الاستقرار، وبالتالي تمكين القاضي من أداء عمله على أكمل وجه، ومحاولة التوفيق بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية وبالتالي تحقيق العدالة.

المبحث الثاني : المبادئ العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية :

يقوم الإثبات على مبادئ أساسية ثلاثة، فهو عبارة على نظام ينص عليه القانون وينظمه، ومن ثمة فهو نظام قانوني وعلى أساس أنه يتم أمام سلطة قضائية فإن قواعد العدالة والإنصاف تقتضي أن يكون القاضي الذي ينظر في الخصومة ويفصل فيها ملتزما بمبدأ يسمى مبدأ حياد القاضي عن الخصوم، وقد تكرر هذا المبدأ في نصوص القانون فيما يعرف بحق رد القاضي وحق مخاصمته في حالة إخلاله بهذا المبدأ، وعلى هذا فإن لأطراف الدعوى دورا إيجابيا في إثبات دعاوهم وهما يعرف بحق الخصم في الإثبات.

¹ سعاد بوزيان ، طرق الإثبات في المنازعات المدنية، دار الهدى ،الجزائر، 2015،ص13.

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 7-8

ويوجد تعاون وثيق في الإثبات بين القانون والقاضي والخصوم، فالقانون يبين طرق الإثبات ويحدد قيمة كل منها، والقاضي يطبق القواعد التي يقررها القانون في ذلك، والذي يتمتع بشيء من حرية التقدير، والخصوم هم الذين وفق هذا المبدأ أن يقدموا الأدلة على صحة دعاوهم، وذلك على الوجه الذي رسمه القانون، ولكل خصم الحق في مناقشة الأدلة التي يقدمها خصمه وفي تنفيذها وإثبات عكسها¹، وستتناول هذه المبادئ في ثلاثة عناصر:

المطلب الأول : مبدأ النظام القانوني للإثبات:

إذا كان المشرع من خلال التقنين الذي يضعه ينص من خلاله على القواعد العامة للإثبات، فإن هدفه من وضع هذه القواعد هو الوصول إلى الحقيقة التي يصدر بشأنها حكم قضائي وهي الحقيقة التي يصطلح عليها الفقه بالحقيقة القضائية، فالحكم القضائي عندما يصدر يكتسب الحجية-حجية الشيء المقضي فيه- فهو يعبر عن حقيقة قضائية تم التوصل إليها بطرق إثبات نص عليها القانون، والقاضي في تطبيقه للقانون لا تهمه الحقيقة الواقعة إلا إذا تم إثباتها بالطرق التي رسمها المشرع في القانون، ولذا فإن الحقيقة القضائية قد تكون بعيدة عن الواقع ومتعارضة معه ولكن تم التوصل إليها بطريق قانوني نص عليه المشرع فتكون هي الحقيقة وتكتسب الحجية رغم مخالفتها للواقع. وفي هذا الإطار اختلفت التشريعات في مدى إطلاق يد القاضي من تقييدها في إثبات الوقائع والتصرفات وهنا نجد ثلاثة مذاهب:

الفرع الأول : المذهب الحر في الإثبات:

في المذهب الحر أو المطلق لا يرسم القانون طرقا محددة للإثبات يقيد بها القاضي بل يترك الخصوم أحرارا يقدمون الأدلة التي يستطيعون إقناع القاضي بها، ويترك القاضي حرا في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم إليه، وهذا المذهب يقرب كثيرا ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعة لمصلحة

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 26.

العدالة¹ وقد ساد هذا المذهب في المجتمعات القديمة، فكان الخصوم المتناضون يتمتعون بالحرية في تقديم الدليل القاطع على أحقيتهم في الشيء أو الحق محل النزاع من أجل إقناع القاضي بصحة إدعاءاتهم، كما أن القاضي يقوم بدوره في تحري الحقيقة ومن ثم كان له أن يقضي في شأنها استنادا إلى علمه الشخصي²، وقد أخذ بهذا المذهب القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي والقانون السويسري والقانون الألماني، و قد انتقد هذا المذهب لإطلاقه يد القاضي في الوصول إلى الحقيقة بحيث قد تدخل الاعتبارات الشخصية والذاتية في عمل القاضي مما ينعكس على ثقة الخصوم في العدالة³.

الفرع الثاني: المذهب المقيد:

من الناحية التاريخية ظهر هذا المذهب لاحقا على المذهب الحر بغرض تفادي النقد الموجه لهذا الأخير، ومقتضاه أن تحدد فيه طرق الإثبات كما تحدد قيمة كل منها، بحيث لا يمكن للخصوم أن يثبتوا صحة دعاوهم إلا وفق هذه الطرق، كما أن القاضي- وفق هذا المبدأ- لا يستند في حكمه على علمه الشخصي بالحقيقة، بحيث يكون موقفه سلبيا ودوره مقصور على الموازنة بين الأدلة المعروضة عليه، ووفق هذا المذهب فإنه يساهم في الحفاظ على الثقة في القضاء ويضمن استقرار المعاملات. ولم يسلم هذا المذهب من النقد حيث أعيب عليه أنه يعيق دور القاضي ويسلبه كل الوسائل التي توصله إلى حقيقة إدعاءات الخصوم⁴.

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه، ص 28 .

² نبيل إبراهيم سعد ، الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، د ذ س ن ، ص 10

³ سليمان مرقس ، أصول الاثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري ، مقارنة بتقنيات سائر البلاد العربية ، الجزء 1، عالم الكتب ، د ذ ن ، 1981، ص16

⁴ سرايش زكريا ، الوجيز في قواعد الاثبات ، دار هومة ، الجزائر ، 2015، ص 31

الفرع الثالث: المذهب المختلط:

إن هذا المذهب يجمع بين مبادئ المذهبين السابقين، المذهب الحر والمذهب المقيد فهو يأخذ بالإثبات المطلق في المنازعات التجارية لما تقتضيه من سرعة في التعامل وذلك كأصل عام، ويأخذ بالإثبات المقيد في المنازعات الأخرى كأصل عام¹. وهكذا فإن هذا المذهب حاول الاستفادة من مزايا المذهب الحر والمذهب المقيد وتجنب العيوب التي انتقدت لأجلها ، ولهذا سمي بالمذهب المختلط في الإثبات ، فهو يوفق بين المذهبين السابقين، وأشد ما يكون إطلاقا في المسائل الجنائية ففيها يكون الإثبات حرا يلتمس القاضي وسائل الإقناع فيه من أي دليل يقدم إليه، شهادة كانت أو قرينة أو كتابة أو أي دليل آخر، ثم يتقيد بالإثبات بعض التقيد في المسائل التجارية مع بقاءه حرا في الأصل، و يتقيد بعد ذلك إلى حد كبير في المسائل المدنية، فلا يسمح فيها إلا بطريق محدد للإثبات تضيق وتتسع مع الملابسات و الظروف² ، وهذا المذهب الثالث هو أحيان المذاهب لأنه يجمع بين ثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود، بين اقتراب الحقيقة الواقعة من الحقيقة القضائية بما أفسح فيه للقاضي من حرية التقدير³ .

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المذهب، مقتفيا بذلك أثر الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي والقانون الايطالي والقانون البلجيكي، وأيضا القانون المصري.

¹ عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، مطبعة الحلبي، سوريا، 1955، ص 9 .

² عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 647

المطلب الثاني : مبدأ حياد القاضي:

والمقصود بحياد القاضي أن دوره ينحصر في فحص ما يقدمه الخصوم من أدلة ويقدرها حسب ما رسمه المشرع في القانون وعلى هذين الأساسين يكون اقتناعه، ويترتب على ذلك احترام مبدأ الوجاهية أو المواجهة بين الخصوم من جانب تقديم الأدلة ومناقشتها ومنحهم الوقت الكافي لفحصها بغرض الرد عليها، كما أنه لا يجوز للقاضي جمع الأدلة بنفسه وأي إخلال من طرف القاضي في هذه المسائل هو مساس بحياده ، ومن ثم فإن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المختلط الذي يجعل القاضي يتحرر من دوره السلبي الموجود عليه في المذهب المقيد، ويتجلى هذا مثلاً بموجب المادة 27 من قانون الإجراءات المدنية التي تخول له سلطة أمر الخصوم بالحضور الشخصي واستجوابهم من طرفه، كما خول له القانون أيضاً سلطة الأمر بانتقال المحكمة لمعاينة مكان النزاع والاستماع إلى الشهود في الأحوال التي يجوز فيها ذلك وحتى انتداب الخبراء متى اقتضى الأمر.

المطلب الثالث: مبدأ حق الخصوم في الإثبات:

ويترتب على ما سبق أن للخصوم دوراً إيجابياً في الإثبات فالمشرع كفل لكل خصم من الخصوم في الدعوى حقه في إثبات إدعائه، على أنه مهما يكن من قدر الحرية التي تطلق للقاضي في الإثبات فلا جدال في أن أي دليل يقدمه الخصم في الدعوى يجب أن يعرض على باقي الخصوم لمناقشته ويدلي كل برأيه فيه، والدليل الذي لا يعرض على الخصوم لمناقشته لا يجوز الأخذ به، ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بدليل نوقش في قضية أخرى ما لم يناقش في القضية القائمة¹.

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 32 .

فلكل خصم الحق في الإثبات وللخصم الآخر الحق في إثبات العكس كما لا يجوز لأي خصم أن يصطنع دليلا لنفسه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه إلا في حالات محددة، ومن ثم فإن كل هذه العناصر تشكل الدور الإيجابي للخصوم في الإثبات.

-**عدم جواز الشخص اصطناع دليلا لنفسه :** وذلك لان المدعي عليه في الاثبات لا يلتزم إلا بقوله أو بفعله ، فلا ينتج الدليل الذي صنعه المدعي بنفسه أي أثر في مواجهة خصمه وعلى هذا المبدأ يوجد استثناء مثل ما نصت عليه المادة 13 من القانون التجاري والتي أجازت للتاجر أن يعتمد على الدفاتر التجارية المنتظمة كدليل للإثبات

- **عدم جواز الزام الشخص بتقديم دليل ضد نفسه :** بما أن المدعى بواقعة عليه أن يثبتها هو ، فلا يجوز أن يلتزم المدعى عليه بإثبات هذه الواقعة التي يستفيد منها خصمه إلا أن هناك استثناءات وهي : ما ورد في المادة 16 من القانون التجاري من جواز القاضي أمره بتقديم دفاتره التجارية اذا كان الدليل عبارة عن ورقة بين الخصوم أو إذا كان الخصم قد سبق له أن قدم وثيقة أمام القضاء واحتج بها في دعوى قامت بين الطرفين ثم سحبها فيجوز للخصم المقابل أن يطلب الزامه بتقديمها¹ .

المبحث الثالث: محل الإثبات والشروط الواجب توافرها فيه:

إن محل الإثبات ليس الحق المدعى به به سواء كان شخصا أو عينيا بل مصدر الحق، وهو كأصل هو الواقعة القانونية، غير أنه في بعض الحالات الاستثنائية يفرض على الخصوم إثبات القاعدة القانونية الواجبة التطبيق.

¹ محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية و التجارية في القانون الجزائري ،دار هوميه ، الجزائر ، 2017، ص 22

المطلب الأول : اثبات الواقعة القانونية :

محل الإثبات ليس هو الحق المدعى به - شخصيا كان أو عينيا- بل هو المصدر الذي ينشئ هذا الحق، والمصادر التي تنشئ الحقوق أيا كانت لا تعدو أن تكون إما تصرفا قانونيا وإما واقعة مادية.¹

بمعنى آخر أن المدعي حينما يرفع دعواه مطالبا بحق يكون ملزم بإثبات سبب نشوء هذا الحق سواء كان واقعة مادية صادرة من فعل الإنسان كارتكاب فعل الحق به ضررا أو إثراء بلا سبب، أو واقعة مادية بأفعال طبيعية (فيضان) أو تصرف قانوني (بيع).

ويعتبر تقسيم الوقائع القانونية إلى وقائع مادية وتصرفات قانونية ذو أهمية كبيرة في الإثبات فالوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات لأن طبيعة هذه الوقائع لا تقبل استلزام نوع معين من الأدلة فمثلا إذا طلب شخص ابطال عقد لتدليس أو إكراه أو طلب تعويضا لضرر أصابه بسبب جريمة ارتكبت ضده فلا يعقل أن يطالب هذا الشخص بدليل كتابي لكي يثبت التدليس أو الاكراه أو الجريمة مما يجعل الإثبات في معظم الحالات مستحيلا وإنما يكون له أن يثبت هذه الوقائع بالكتابة أو بغيرها من طرق الإثبات حتى بالشهود والقرائن .

أما التصرفات القانونية فالأصل أن يكون الإثبات فيها بالكتابة ، ولا يجوز الإثبات بالبينة إلا استثناء لأن هذه التصرفات تتحكم الإرادة في وجودها وتحديد آثارها ولذلك فإن الإرادة التشريعية تستلزم الدليل الكتابي لإثباتها².

أما عن الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات: فيشترط في الواقع المراد إثباتها خمسة شروط:

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 46- 47

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 22-23

الفرع الأول: أن تكون الواقعة المراد إثباتها بطبيعتها قابلة للإثبات:

بصرف النظر عن اقتناع القاضي بها من عدمه وهذا لأن الواقعة غير المحددة تأبى بطبيعتها الإثبات. ويجب أن يكون تحديد الواقعة كافياً حتى يمكن التحقق من أن الدليل الذي سيقدم يتعلق بها لا بغيرها . فإذا كان محل الإثبات عقداً وجب بيان نوعه و تعيين محله، كأن يذكر مثلاً أنه عقد بيع سيارة معينة بأوصافها وأن يعين تاريخه، وإن كان وفاء بدين وجب بيان زمانه ومكانه وأصل الدين الموفى به ومقداره . أما الادعاء بعقد أو بوفاء أو بفعل ضار دون بيان خصائصه التي يتعين بها ، فلا يكون قابلاً للإثبات. ويدخل في تقدير سلطة قاضي الموضوع تقدير ما إذا كانت الواقعة المطلوب إثباتها معينة تعييناً كافياً ليسمح بإثباتها، أم ليست كذلك وهو لا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض¹.

الفرع الثاني: أن تكون الواقعة محل نزاع :

فيشترط في الواقعة القانونية بداهة أن تكون محل نزاع ، فإذا لم تكن محل إنكار وكان الخصم مسلم بها ، فلا يجوز للقاضي أن يطلب من المدعي إثباتها، فمن يطالب بدين يعترف به المدين لا يمكن إلزامه من قبل المحكمة بإثبات مصدر هذا الدين . وهذا ما استقر عليه الفقه الكلاسيكي منذ وقت طويل في أن الواقعة غير المتنازع فيها ليست محلاً للإثبات.

كما أكد الفقه المعاصر في أكثر من موضع بأن الواقعة المدعاة الغير متنازع عليها دليل على صحتها وثبوتها ولا مجال لإثباتها، كما يرى جانب من الفقهاء أن الواقعة المتنازع فيها هي وحدها دون غيرها محلاً للإثبات².

¹ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 64

² بن شنت صالح ، دور القاضي المدني في الإثبات ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة وهران 2، 2017-2018، ص

الفرع الثالث: أن تكون متعلقة بالحق المطالب به أو الدعوى:

أي وجود علاقة بين الحق والواقعة المراد إثباتها فالخصم مطالب بإثبات الواقعة المتعلقة بالحق المطالب به وليس بواقعة أخرى.

وتكون الواقعة متعلقة بالدعوى إذا كانت الواقعة محل الإثبات هي فعلاً مصدر الحق كما إذا تمسك البائع بعقد البيع للمطالبة بثمن المبيع، فإن الواقعة في هذه الحالة لا يمكن إلا أن تكون متعلقة بالدعوى أو الحق المطالب به ، وهذا ما يسمى بالإثبات المباشر . غير أنه قد يتعذر الإثبات المباشر وفي هذه الحالة يلجأ المتقاضى إلى الإثبات غير المباشر أي إلى إثبات واقعة أخرى ليست فقط قريبة من الواقعة الأصلية بل متصلة بها اتصالاً وثيقاً، وهذا الاتصال الوثيق هو الذي يجعلها متعلقة بالحق المطالب به¹.

الفرع الرابع: أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى وجائزة القبول :

أي أن الواقعة المراد إثباتها يستلزم أن تكون ذات أثر على الحكم الصادر، فإذا لم يكن لها أثر فلا جدوى من إثباتها حتى ولو كانت متعلقة بالدعوى.

فلا يكفي أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به ، وإنما يجب أن تكون منتجة في الإثبات، بمعنى أن يتوافر فيها أحد عناصر الإقناع حتى ولو لم تكن حاسمة في حل النزاع².

أما أن تكون الواقعة جائزة القبول فيقصد به أن إثبات هذه الواقعة لا يكون مستحيلاً، كالخصم الذي يطالب خصمه بأجر عمل بتاريخ 31 فيفري حيث أنه لا يتصور أن شهر فبراير فيه 31 يوم³.

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 61

² أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د ذ ن ، بيروت ، 1987، ص19

³ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 29

والهدف من هذا الشرط ألا تكون الواقعة مستحيلة أو أن يكون في القانون ما يحرم إثباتها، والاستحالة تكمن في كون الواقعة المراد إثباتها لا يتقبلها العقل كمن يدعي ببنة ابن أصغر منه، فهذه استحالة مادية غير مقبولة بأن تكون محلا للإثبات.

وقد تكون الاستحالة بسبب عدم تحديد الواقعة تحديدا كافيا نافيا للجهالة كمن يدعي بأنه دائن لشخص بموجب عقد دون أن يبين ماهية هذا العقد هل هو عقد اقتراض أم بيع أو أي عقد آخر من العقود المنشئة للالتزام ، ودون تحديد مبلغ الدين ولا تاريخ نشوء هذا الدين وسببه. وقد ترجع الاستحالة لحكم القانون نزولا على مقتضيات النظام العام والآداب كإثبات دين قمار، أو بيع في تركة إنسان على قيد الحياة، فكل مثل هذه الحالات غير جائزة القبول بأن تكون موضوعا للإثبات¹.

المطلب الثاني : إثبات القانون الواجب التطبيق أو القاعدة الواجبة التطبيق:

إن القاعدة القانونية، لا تحتاج للإثبات بوجه عام، لأنها صادرة عن المشرع، ويفترض في القاضي العلم بها، وإن لم تكن واضحة فإن تفسيرها من عمل القاضي، لكن في بعض الحالات يحتاج إلى الإثبات إذا تعلق الأمر بالقانون الأجنبي أو العرف أو العادة الاتفاقية.

الفرع الأول :إثبات القانون الأجنبي :

أثارت مسألة تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الوطنية عدة تساؤلات حول ما إذا كان هذا القانون يعتبر كقانون وبالتالي يفترض في القاضي الوطني معرفة هذا القانون ليطبقه على النزاع المطروح عليه دون سواء ، وذلك طبقا لما أقرته قاعدة الإسناد الوطنية ، أو أن هذا القانون الأجنبي يفقد صفته كقانون

¹ بن شنات صالح ، المرجع السابق ، ص 29

ويصبح مجرد واقعة مادية أمام المحاكم الوطنية و بالتالي يقع عبء إثباته على الخصم المتمسك به دون أن يكون القاضي ملزما بالأخذ به.

في هذا السياق يعتبر الفقه أن القانون الأجنبي بالنسبة للقاضي الوطني هو مجرد واقعة مادية من جملة وقائع الدعوى وعلى الخصم الذي يتمسك بالقاعدة الأجنبية أن يثبت وجودها ومحتواها¹.

أما موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة فيمكن استخلاصه من نص المادة 358 الفقرة 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تعتبر مخالفة القانون الأجنبي المتعلقة بقانون الأسرة وجها من الأوجه التي يبنى عليها الطعن بالنقض . فالقواعد القانونية الأجنبية المتعلقة بشؤون الأسرة مثلها مثل القانون الداخلي يترتب على مخالفتها النقض، أما القانون الأجنبي فيما عدا أحكام مسائل الأسرة لا يترتب القانون على مخالفته أي أثر ولا يلزم القاضي بمعرفته ، وإنما على من يريد التمسك به وتطبيق قواعد الإسناد الوطنية فعليه إثبات وجود ذلك القانون. وذلك ما أدى بالبعض إلى اعتبار أن القانون الأجنبي واقعة مادية تستلزم إقامة الدليل على وجودها . ورغم الاتجاهات المختلفة بصدد تحديد طبيعة القانون الأجنبي، إلا أن القانون يظل محتفظا بطبيعته القانونية وأن القاضي ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه، ذلك أن معاملة القانون الأجنبي كواقعة وهو الذي يحكم الوقائع ويطبق عليها فكيف يتصور تطبيق الواقعة على وقائع . كما أن اعتبار القانون الأجنبي كواقعة وعدم التزام القاضي بتطبيقه تتعارض مع الأهداف التي يسعى إليها المشرع من وراء تنظيمه لقواعد الإسناد والتي شرعت للتوصل فعلا إلى حل المنازعات ذات الطابع الدولي وفقا للقانون الذي حددته هذه القاعدة².

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 54

² بن شنات صالح ، المرجع السابق ، ص 30

الفرع الثاني : العادات الاتفاقية:

إن العادة الاتفاقية هي أقل درجة من العرف المحلي، ولا يعمل بها إلا إذا اتفق المتعاقدان على الأخذ بها صراحة أو ضمنا ، وعلى من يدعي هذه العادة الاتفاقية أن يثبتها باعتبارها مجرد واقعة، وله أن يثبتها بكافة طرق الإثبات .

الفرع الثالث : العرف المحلي:

الأصل أن القاعدة العرفية في منزلة القاعدة التشريعية من حيث افتراض علم القاضي بها فلا يطالب الخصوم بإثباتها، ويخضع تطبيق القانون لها لرقابة محكمة النقض باعتبارها مسألة قانونية . وأكدت المادة الأولى من القانون المدني ذلك. وبما أن القاعدة العرفية قاعدة غير مكتوبة فإن أصحاب المصلحة في التمسك بها يسارعون عادة إلى إثباتها ولو لم يطلب منهم ذلك غير أنه إذا كان العرف محليا فلا يعقل أن يفترض علم القاضي به ويكون على الخصم الذي يتمسك به أن يقيم الدليل عليه، أي أن العرف المحلي يأخذ حكم الواقعة القانونية وذلك على خلاف العرف الوطني.¹

المبحث الرابع: عبء الإثبات:

المطلب الأول : أهمية تعيين من يتحمل عبء الإثبات :

عبء الإثبات هو ذلك التكليف لأحد الأطراف في الدعوى بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه، ويعتبر التكليف بالإثبات عبئا، لأنه حمل ثقل يوضع على كاهل المدعي ، خاصة إذا كان هذا الأخير لا يملك الوسائل اللازمة للإثبات التي يتمكن بها من إقناع القاضي.

¹ بن شنات صالح ، المرجع نفسه ، ص 31

والثابت أن أي شخص يلجأ إلى القضاء رافعا دعواه يكون مستوجبا عليه تأسيسها ، وتأسيس أي دعوى لا يقوم إلا على أدلة يقدمها هذا الشخص للجهة القضائية فإذا عجز عن ذلك يكون مصير دعواه الرفض ولهذا السبب تعتبر أهمية تحديد من يقع عليه عبء الإثبات ذات قيمة كبيرة من الناحية العملية وتظهر هذه الأهمية بصفة خاصة في الأحوال التي يعجز فيها من يقع عليه عبء الإثبات عن تقديم الدليل على ادعائه، إذا يترتب على ذلك أن يصدر القاضي حكمه ضده ولصالح خصمه رغم أن هذا الأخير قد وقف موقفا سلبيا مكتفيا بمنازعة الطرف الآخر في ادعائه دون أن يكلف بإثبات صدق ما يدعيه¹ .

فمن يقع عليه عبء الإثبات يكون في مركز أضعف من مركز خصمه ، إذ يكلفه ذلك أمرا إيجابيا بقيامه بإثبات الواقعة المتنازع عليها في حين يكتفي خصمه أن يقف موقفا سلبيا ، وهذا ما يفسر الاسم الذي يطلق عليه وهو عبء الإثبات لأنه تكليف ثقيل ، وقد يؤدي إخفاق الملقى على عاتقه هذا العبء إلى خسارة دعواه².

المطلب الثاني : القاعدة في توزيع عبء الإثبات:

من المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي أن البينة على من أدعى واليمين على من أنكر، وفي القوانين الوضعية توجد نفس القاعدة، على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه. فمن يدعي وجود الدين أو أي التزام فعليه إقامة الدليل وإثبات وجود هذا الحق، وعلى من يدعي التخلص من المديونية أو أي التزام آخر فعليه إثبات إبقاء هذا الحق ، وبالتالي فمن يتحمل عبء الإثبات من الناحية العملية يتوقف عليه مصير الدعوى.

¹ عادل حسن علي ، الإثبات ، احكام الالتزام ، زهراء الشرق، د ذ ب ن ، 1997، ص42

² حسين المؤمن ، نظرية الإثبات ، المحررات أو الإدارة الكتابية ، الجزء الثالث ، بيروت ، ، 1985، ص 40

وتجدر الإشارة إلى أن المدعي في الإثبات ليس هو رافع الدعوى بالضرورة، بل هو من يدعي خلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً، فالدائن الذي يدعي ديناً في ذمة شخص آخر، فهو يدعي خلاف الأصل الذي هو براءة الذمة "براءة ذمة المدين". لذا فيكون عبء الإثبات يقع على الدائن وعليه أن يثبت دينه الذي في ذمة المدين، وفي المقابل فإن المدين الذي يدعي وفاءه بدينه تجاه الدائن، يكون مدعياً بشيء مخالف عرضاً لأن مديونيته تثبت عرضاً بإقامة الدائن الدليل عليها¹.

هذا فيما يتعلق بالحقوق الشخصية، أما بالنسبة للحقوق العينية فالأصل هو احترام الوضع الثابت ظاهراً، فالحق العيني سلطة مباشرة لشخص على شيء معين، وهذه السلطة تخلق وضعاً ظاهراً، وعلى ذلك يعتبر من يباشر هذه السلطة صاحب الحق حتى يقوم الدليل على العكس، كحائز الأرض مثلاً يعتبر بحسب الوضع الظاهر هو المالك لهذه الأرض، ولا يطلب منه أن يقيم الدليل على ملكيته، فإذا ادعى أجنبي ملكيته لهذه الأرض فإنه يكون مدعياً خلاف الظاهر ويقع عليه عبء الإثبات. وتعتبر الملكية بحسب الأصل خالصة وخالية من كل حق للغير، كحق ارتفاق أو رهن فإذا ادعى شخص حقاً من هذه الحقوق فإنه يكون مدعياً خلاف الظاهر وعليه إثبات ما يدعيه².

لذا نخرج بنتيجة هي أن المدعي في إثبات الوقائع القانونية سواء كانت تصرفات قانونية أو وقائع مادية ليس هو بالضرورة رافع الدعوى إلى القضاء، ففي الحقوق الشخصية يقع عبء الإثبات على الشخص أو الخصم الذي يدعي خلاف الظاهر، أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً، وفي الحقوق العينية هو المدعي خلاف الظاهر الثابت.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 69

² عبد الودود يحي، الموسوعة العلمية لأحكام محكمة النقض، الجزء الأول، د ذ ن، د ذ ب ن، 1982، ص 35

وتوجد بجانب الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أوضاع يفترض المشرع وجودها عن طريق قرائن قانونية يقيمها ليفترض بها ثبوت أمر لم يقع عليه دليل ، فوجود قرينة قانونية يبنى عليه وجود وضع ثابت فرضاً يعفي من يتمسك به من عبء الإثبات ، ويكون على من يدعي العكس أي عكس القرينة القانونية إثبات ما يدعيه.

والظاهر من النصوص القانونية أن القرائن القانونية على نوعين: قرائن قانونية قاطعة تعفي من تقررت لمصلحته من عبء الإثبات بصفة نهائية لأنها لا تقبل إثبات العكس، ومثال ذلك حجية الأمر المقضي فيه . أما النوع الثاني فهو قرائن قانونية غير قاطعة لأنها لا تعفي من تقررت لصالحه من عبء الإثبات نهائياً، وإنما هي تنتقل هذا العبء من الطرف الذي تقررت لصالحه إلى الطرف الآخر الذي يقع عليه عبء دفعها¹ ومثال ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 499 من القانون المدني، من أن الوفاء بقسط من بدل الإيجار قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

المطلب الثالث : انتقال عبء الإثبات:

رأينا فيما سبق أن عبء الإثبات يتحمله المدعي أو يقع على عاتق من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو فرضاً²، فإذا تمكن المدعي من إثبات ما يدعيه انتقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر في الخصومة، ويستطيع هذا الأخير أن ينفي ادعاءات خصمه فيرتد عبء الإثبات إلى الطرف الأول، وهكذا ينتقل عبء الإثبات من طرف إلى آخر في الخصومة حتى يعجز أحدهما عن الإثبات فيخسر دعواه .

¹ أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 23

² محمد حسنين منصور ، المرجع السابق ، ص 52

ويشير الواقع من الناحية العملية حيث يصعب وضع حدود فاصلة ينتقل عندها عبء الإثبات من أحد الخصوم إلى الخصم الآخر لأن الخصم كثيرا ما يتعذر عليه تقديم الدليل القاطع الذي يؤدي إلى نقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر، لذا يكتفي القاضي بتقديم الخصم دليلا يجعل دعواه قريبة للتصديق، ويكون على الخصم الآخر أن ينفي هذا الدليل بتقديم أدلة مضادة، ومن ثم يصل القاضي إلى تجزئة عبء الإثبات بين الخصوم، كما يكشف الواقع العملي عن أن كل من الطرفين يدلي بما يؤيد ما يدعيه وتفنيد أدلة خصمه ويستخلص منها دليلا يؤيد دعواه، وللقاضي أن يكون عقيدته من مجموع ما قدمه الخصوم من أدلة . وعلى حد تعبير الدكتور عبد الرزاق السنهوري " وهكذا يتقاذف الخصمان الكرة، كل منهما يدفعهما إلى صاحبه إلى أن يعجز أحدهما من ردها، فتسقط من يده ويسجل على نفسه الخسارة » ، هذا وتجدر الإشارة إلى أن الخصم الذي يحكم القاضي لصالحه لا يشترط فيه أن يكون قد قدم دليلا قاطعا على صدق دعواه، لأن هذا ليس بالأمر المستطاع دائما، بل يكتفي منه أن يقدم من الأدلة ما يفيد رجحان ادعاءه، وبهذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية: « لئن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزام عناية وخاصة أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب كما إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقا للأصول الطبيعية المستقرة فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال ¹.

¹ عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، لبنان، الطبعة الأولى ، 2005، ص 70

والخلاصة أن عبء الإثبات يوزع عمليا بين الخصمين، كل منهما يقدم ما يؤيد دعواه، وقد يحدث أن يقدم أحد الخصمين دليلا فيفند الخصم الآخر، ويطوعه دليلا لصالحه.

المبحث الخامس : التقسيم الفقهي لطرق الإثبات:

يقسم الفقه طرق الإثبات إلى عدة تقسيمات وفقا لمايلي بيانه :

المطلب الأول : طرق الإثبات المباشرة وغير المباشرة:

يمكن أن تنقسم طرق الإثبات الى طرق مباشرة وطرق غير مباشرة، فالطرق المباشرة هي التي تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها سواء كانت الواقعة تصرفا قانونيا أو عملا ماديا، وهي الكتابة وشهادة الشهود والمعينة والخبرة.

أما الطرق غير المباشرة فهي القرائن والاقرار واليمين وهي تعتبر كذلك لأن دلالتها لا تنصب مباشرة على الواقعة المراد إثباتها وإنما تستخلص صحة هذه الواقعة عن طريق الاستنباط ، ففي القرائن لا ينصب الإثبات مباشرة على الواقعة المراد إثباتها وإنما على واقعة أخرى متصلة بها ، فإذا ثبتت صحة هذه الواقعة كانت دليلا على صحة الواقعة الأولى بطريق الاستنباط ، وكذلك الشأن في الإقرار فهو وإن انصب على الواقعة المراد إثباتها إلا انه يعتبر إعفاء للخصم من إثباتها وتصبح ثابتة بطريق غير مباشر ، وأما اليمين فهو احتكام إلى ذمة الخصم فإذا حلف بعد أن وجهت إليه اليمين كان معنى هذا أنه هو الذي أعفى خصمه من الإثبات، وإن نكل كان نكوله بمثابة إقرار يعفي خصمه من الإثبات وفي الحالتين تصبح الواقعة ثابتة بطريق غير مباشر¹ .

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 40-41

المطلب الثاني : طرق إثبات مهياة وطرق غير مهياة:

يمكن ان تقسم طرق الإثبات الى طرق مهياة وأخرى غير مهياة، فالطرق المهياة هي التي أعدها صاحب الشأن مقدما لإثبات حقه في حال المنازعة فيه، وهي عادة الكتابة، حيث يعدها صاحب الشأن مقدما لإثبات تصرف قانوني كعقد بيع، أو لإثبات واقعة قانونية كميلاد أو موت أو ميراث. لذلك تسمى الكتابة في هذه الحالة سنداً لأنها أعدت لتكون دليلاً يستند إليه عند قيام النزاع.

أما الطرق غير المهياة فهي التي لا تهياً مقدماً، بل تنتهياً وقت قيام النزاع في الحق المراد إثباته. وكل طرق الإثبات فيما عدا الكتابة تكون عادة طرق غير مهياة، فالشهادة لا تعد في العادة إلا عند قيام النزاع. والقرائن لا تستخلص من وقائع القضية وظروفها إلا أمام القاضي وهو ينظر الدعوى. وكذلك الإقرار واليمين لا يجديان إلا إذا كان في مجلس القضاء وقت نظر النزاع.

وتجدر الإشارة أن الدليل غير المهياً قد يصبح دليلاً مهياً إذا أعده صاحب الشأن مقدماً وذلك كالبينة، فقد يعد صاحب الحق شهوداً على حقه وقت نشوئه ليهياً الدليل على هذا الحق إذا تم منازعته فيه. وكذلك الدليل المهياً قد يصبح دليلاً غير مهياً إذا لم يعد في الأصل ليكون دليلاً للإثبات، وذلك كالدفاتر التجارية فهي قد أعدت أصلاً لضبط معاملات التجار ولكن قد تستخدم عرضاً كدليل للإثبات¹.

المطلب الثالث: طرق ذات قوة مطلقة وطرق ذات قوة محدودة في الإثبات:

فالطرق ذات القوة المطلقة هي التي تصلح لإثبات جميع الوقائع سواء كانت تصرفات قانونية أو كانت وقائع مادية، وهي الكتابة والمعاينة والخبرة إذ تصلح لإثبات جميع الوقائع مهما بلغت قيمة الحق محل النزاع .

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 100

والطرق ذات القوة المحدودة والنسبية فهي لا تصلح إلا لإثبات الأعمال المادية، أما التصرفات القانونية فلا تثبت بها إلى في حدود معينة أو في ظروف استثنائية وتشمل شهادة الشهود والقرائن وكذلك اليمين المتممة فهي لا تصلح غلا لإكمال دليل ناقص.

وهناك من يضيف الطرق المعفية من الإثبات فهي التي تعفي من الإثبات قضائيا وهي الإقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية، وذلك لما كانت هذه الطرق تصلح للإعفاء من إثبات أي واقعة مادية أو أي تصرف قانوني مهما بلغت قيمته فهي من هذه الناحية ذات قوة مطلقة¹.

المطلب الرابع : طرق إثبات أصلية وطرق إثبات تكميلية وطرق أخرى احتياطية:

الطرق الأصلية هي الأدلة التي تقوم بذاتها دون ان تكون مكملة لأدلة موجودة، وهي قد تكون كافية وحدها كالكتابة والبيئة والقرائن القضائية في الوقائع القانونية وفي التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن 100 ألف دينار جزائري، وقد تكون غير كافية ولا بد من استكمالها بطرق تكميلية، كمبدأ الثبوت بالكتابة فهو طريق أصلي ولكنه غير كافي ولا بد من استكمالها بالبيئة أو بالقرائن القضائية أو بهما معا.

والطرق التكميلية هي الأدلة التي لا تقوم بذاتها، بل تكون مكملة لأدلة موجودة. وذلك كالبيئة والقرائن واليمين المتممة، فهذه يستكمل بها مبدأ الثبوت بالكتابة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 100 ألف دينار جزائري².

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 42

² عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 103

والطرق الاحتياطية هي الإقرار واليمين الحاسمة، وتعتبر كذلك لأنها تؤدي إلى إنهاء النزاع قبل الحكم فيه فالإقرار اعتراف بواقعة يجعلها في غير حاجة إلى إثبات، واليمين احتكام إلى ذمة الخصم إذا عجز المدعي عن إقامة الدليل¹.

والجدير بالذكر في هذا السياق أن المشرع الجزائري اعتمد على المذهب المختلط في الإثبات، إذ حصر وسائل الإثبات، ومقتضى ذلك أن الخصم لا يسعه أن يثبت ادعائه إلا بالدليل الذي حدده القانون ، كما ان القاضي لا يمكنه أن يبني حكمه إلا على الأدلة التي يقرها القانون .

وطرق الإثبات التي حددها القانون هي : الكتابة ، الشهود ، القرائن ، الإقرار ، اليمين ، المعاينة والخبرة. وهذه الأدلة لم يرد ذكرها في مكان واحد فقد اختص القانون المدني بالكتابة (م 323-336)، الشهود (م 333-336)، القرائن (م 337-340)، الإقرار (م 341-342)، اليمين (م 343-350) ، وإن كان قد أشار للخبرة في بعض المواد الخاصة بقسمة المال الشائع (م 724،725،736) ، أما والمعاينة والخبرة فقد اختص بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقد تولى قانون الإجراءات المدنية والإدارية بيان كيفية تقديم أدله الإثبات، وكذا الإجراءات الواجب اتباعها أمام القاضي بمناسبه نظر دعوى معينة.

بناء على ما سبق سنعتمد في دراستنا للمحاور اللاحقة على تقسيم أدلة الإثبات إلى طرق إثبات ذات قوة مطلقة وأخرى ذات قوة محدودة إضافة إلى طرق الإثبات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو ما سنعتمد عليه في دراستنا لمختلف أحكامها فيمايلي بيانه .

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 43

المحور الثاني :

أدلة الإثبات ذات القوة المطلقة

طرق الإثبات ذات القوة المطلقة هي الأدلة التي تقيد القاضي وتكون كأصل عام مقبولة في كافة مواد الأحوال الشخصية، القانون التجاري، القانون البحري، وتنقسم إلى قسمين طرق إثبات سابقة على النزاع بمعنى يتم تهيئتها قبل النزاع وتتمثل في : الكتابة، وطرق إثبات لاحقة للنزاع وهي الإقرار واليمين الحاسمة، وسنوضح أحكامها وفق مايلي .

المبحث الأول : الكتابة :

المطلب الأول : مفهوم الكتابة ودورها في التصرف القانوني :

تعتبر الكتابة هي الأصل في إثبات التصرفات القانونية في مختلف التشريعات الحديثة، حيث اهتم المشرعون بتنظيم هذه الطريقة الفعالة من طرق الإثبات بأحكام خاصة لما لها من تأمين على المعاملات والتصرفات القانونية. وتماشيا مع ذلك نظم المشرع جزائري أحكام الكتابة كدليل للإثبات في المواد من 323 مكرر إلى غاية 332 من القانون المدني الجزائري.

ومن المزايا الأساسية للكتابة أنه يمكن إعدادها مقدما لإثبات نشوء الحق دون التريث إلى وقت المخاصمة فيه، ولذلك سميت " بالدليل المعد". وقد أوجبها القانون بوجه عام طريقا للإثبات في الأحوال التي يمكن فيها إعدادها مقدما، وهي الأحوال التي يكون فيها مصدر الحق تصرفا قانونيا يسهل اعداد كتابة لإثباته من وقت صدوره¹.

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 90

والكتابة في حال عدم اعدادها مقدما للإثبات يمكن الاستدلال بها عند وقوع النزاع كما هو الحال بالنسبة لدفاتر التاجر، فهذه يكون الغرض منها تنظيم أعمال التاجر، ولكن يجوز اتخاذها أداة للإثبات. لهذا جعلت الإرادة التشريعية للكتابة حجية ملزمة للقاضي ما لم ينكر الخصم أو يدعي تزويرها. بينما أخضعت الشهادة لتقدير القاضي فحول له بالنسبة إليها سلطة كاملة لا تمتد إليها رقابه المحكمة العليا.

والكتابة قد تكون ركنا في التصرف القانوني أو وسيلة إثبات له فقط، وهنا يثور الخلط بين التصرف القانوني ووسيلة إثباته فإذا القانون قد قرر الكتابة أساسا لإثبات التصرفات القانونية فإن وجودها من عدمه لا يتعلق بوجود التصرف من عدمه، فيقال مثلا عقد رسمي وعقد عرفي، غير أن القصد منهما هو الورقة الرسمية والورقة العرفية، فلا أثر لهذين العقدين على الوجود الفعلي للتصرف القانوني. وحتى لا يقوم هذا اللبس نقصر لفظ العقد على النوع المعروف من التصرفات القانونية أما أداة الإثبات فلها لفظان الورقة أو السند المعد أساسا للإثبات أي الدليل المهيأ فنستعمل هذا اللفظ في الأدلة الكتابية جميعا سواء أعدت للإثبات أم لم تعد. ونقول الورقة الرسمية والورقة العرفية قاصدين بذلك الدليل الكتابي الذي يثبت به التصرف كالرسائل والبرقيات التجارية وفرق ما بين التصرف والورقة المثبتة له فقد يكون التصرف صحيحا والورقة باطلة والعكس من ذلك قد يكون التصرف باطلا والورقة صحيحة¹.

غير أن الحديث عن الكتابة يستوجب منا التمييز بين الكتابة كركن في التصرفات القانونية والكتابة كوسيلة للإثبات. حيث أن الكتابة كدليل إثبات تختلف عن الكتابة التي تعتبر ركنا شكليا في بعض التصرفات القانونية، فقد يتطلب القانون الكتابة الرسمية لصحة بعض العقود والتصرفات عموما كعقد بيع العقار² وفقا وعقد الرهن الرسمي³ وغيرها من التصرفات الواردة على عقار، إذ تعتبر الكتابة في هذه الحالة ركنا في

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 106

² المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

³ المادة 883 من القانون المدني.

التصرف يترتب على تخلفها بطلان التصرف بطلانا مطلقا. أما إذا انعدمت الكتابة كدليل لإثبات التصرف كما في إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج في غير المواد التجارية، فإن تخلفها لا يؤثر على وجود التصرف الذي يكون صحيحا، ويمكن إثباته بباقي وسائل الإثبات الأخرى إذا أجازها القانون كالإقرار واليمين الحاسمة أو حتى شهادة الشهود إذا كان التصرف الذي تزيد قيمته عن 100.000 دج يدخل في إطار المعاملات التجارية¹.

المطلب الثاني : أنواع الكتابة وقوتها في الإثبات

تعتبر الكتابة من الطرق ذات القوة المطلقة في الإثبات لكونها تصلح لإثبات جميع الوقائع القانونية سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية أيا كانت قيمة الحق المراد إثباته.

إن الكتابة كوسيلة إثبات تنقسم إلى نوعين وهما : الكتابة الرسمية أو ما يطلق عليه السند أو المحرر الرسمي والكتابة العرفية أو السند العرفي. إلا أن التطور العلمي والتكنولوجي في المعاملات التجارية، أدى إلى ظهور نوع جديد من الكتابة يتمثل في الكتابة الالكترونية، والتي أصبحت دليلا فعالا في إثبات العقود الالكترونية والتصرفات القانونية التي تتم عن بعد ، بحيث تبنى المشرع الجزائري هذا النوع من أدلة الإثبات ونظم أحكامه كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري بعد تعديله بموجب القانون رقم 05-10².

¹ المادة 333 من القانون المدني تنص : " في غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة ، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو إنقضائه ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك..."

² المادة 323 مكرر من القانون المدني .

الفرع الاول : المحررات الرسمية

نتناول في هذا العنصر المحررات الرسمية من حيث تعريفها، شروط صحتها والأثار المترتبة عن الإخلال بهذه الشروط، ثم نتطرق إلى حجية المحررات الرسمية، صورها والحالات التي تسقط فيها هذه الحجية وسنركز على أهم المسائل القانونية التي تستحق التفصيل في هذا العنصر.

أولاً-تعريف المحررات الرسمية وشروط صحتها:

سننتقل إلى أهم التعريفات الفقهية والقانونية التي أعطيت للمحررات الرسمية وشروط صحتها.

1-تعريف المحرر الرسمي:

قام العديد من الفقهاء بوضع تعريف للمحررات الرسمية¹، حيث نجد الدكتور السنهوري يعرفها بأنها: " أوراق رسمية يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقاً للأوضاع المقررة ، وهي كثيرة ومتنوعة منها الأوراق الرسمية المدنية كتلك التي تثبت العقود والتصرفات المدنية ، ومنها الأوراق الرسمية العامة كالقرارات الإدارية والقوانين والمعاهدات ومنها الأوراق الرسمية القضائية كعرائض الدعوى وأوراق المحضرين ومحاضر الجلسات و الأحكام² .

¹ للمحرر مدلول أدق من مدلول الورقة وأوسع من مدلول السند لأن لفظ المحرر يتسع للدليل الكتابي سواء كان معد أو غير معد للإثبات. راجع : محمد حسن قاسم ، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات المجلس الحقوقية ، 2005 ص 148.

² عبد الزراق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 106.

أما الأستاذ محمد زهدور فقد عرفها بأنها: " الأوراق التي تحرر بمعرفة شخص ذي صفة رسمية أي موظف من موظفي الدولة أو شخص مكلف بخدمة عامة " ¹، بينما يرى الأستاذ بكوش يحي بأن المحررات الرسمية هي : " الأوراق التي يقوم موظف عام مختص بتحريرها وفقا لأحكام قانونية " ².

هذا بالنسبة للتعريفات الفقهية أما **التعريفات القانونية** فلقد تصدرت معظم التشريعات إلى مسألة تعريف المحررات الرسمية لما لذلك من أهمية قصوى من حيث الآثار القانونية المترتبة عليها، بما في ذلك المشرع الجزائري الذي عرفها من خلال المادة 324 من القانون المدني والتي جاء فيها أن: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه" ³، أما المشرع المصري فنجد أنه قد عرفها بموجب المادة 10 من قانون الإثبات ⁴ بنصه: "هي المحررات التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه".

¹ زهدور محمد ، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ، د ذ ن ، 1999 ، ص 33.

² بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة 2، 1988 ص 91.

³ نلاحظ أن المشرع استخدم مصطلح "العقد" في الترجمة العربية وذلك بدل مصطلح "المحرر" وهذا راجع للترجمة الخاطئة من النص الفرنسي الذي استخدم مصطلح (Acte)، وهذا خطأ لأن العقد يستلزم وجود إرادتين وفق ما أكدته المادة 59 من القانون المدني .

⁴ قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 والقانون رقم 18 لسنة 1999

وما يمكن قوله حول هذين التعريفين هو التشابه الواضح بين قانون الإثبات المصري والقانون المدني الجزائري فيما يخص تعريف المحررات الرسمية، ومن جهة أخرى فإن المشرع الجزائري كغيره من المشرعين قد سائر ما طرأ على مجال الإثبات بالكتابة من تطورات وذلك عندما أدخل تعريف السندات الالكترونية إلى نصوص القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم، والذي جاءت بموجبه المادة 323 مكرر حيث نصت على أنه "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".

ومن هذا التعريف نستخلص بأن المشرع الجزائري قد تبنى مفهوما واسعا للإثبات عن طريق الكتابة الالكترونية وبالتالي فإن مجال الإثبات في القانون المدني الجزائري لم يعد قاصرا على المحررات الرسمية في مفهومها التقليدي.

2-شروط صحة المحررات الرسمية

بالاستناد إلى التعريفات الفقهية والقانونية للمحررات الرسمية يمكن إجمال شروط صحة المحررات الرسمية كالآتي:

أ- صدور المحرر من طرف موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة:

يشترط القانون ان تصدر المحررات الرسمية من طرف الاشخاص الذين عدتهم المادة 324 من

القانون المدني، والتي ميزت ما بين ثلاثة أشخاص مخولين قانونا لتحريرها.

وهذا التمييز لم يأتي هكذا عبثا ولكن له ما يبرره نظرا للاختلاف في المركز القانوني لكل فئة، وبالتالي فإن

أي محرر غير صادر من طرف الأشخاص الذين عدتهم المادة المذكورة أعلاه لا يعتبر رسميا.

ويتمثل الأشخاص المؤهلين قانونا لتحرير المحررات الرسمية في:

-الموظف (Fonctionnaire):

بالرجوع إلى القانون رقم 03-06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية¹ نجد المادة 4 منه حددت مفهوم الموظف العام بنصها على أنه "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري.....".

والموظف العام حسب الدكتور السنهوري هو الشخص الذي عينته الدولة للقيام بعمل من أعمالها سواء تحصل على أجره على هذا العمل كالموثق أو لم تؤجره كالعقدة². أما الأستاذ زهدور فيعرفه على أنه: "هو كل شخص عينته الدولة ليقوم بعمل من أعمالها، ويخضع لقانون الوظيف العمومي"³. في حين الأستاذ محمد حسن قاسم يعرف الموظف العام إضافة إلى الشخص المكلف بالخدمة العامة بأنه "كل شخص عينته الدولة للقيام بعمل من أعمالها سواء كانت الوظيفة دائمة أو مؤقتة"⁴.

بناء على ما سبق فإن الموظف العام هو كل شخص تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها بحيث يتنوع الموظفون العموميون بتنوع السندات الرسمية التي يصدرونها، ويدخل في هذا المفهوم جميع موظفي الدولة بمختلف مصالحها المركزية والخارجية، الولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية والإدارات ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.

¹ القانون رقم 03-06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر عدد 46

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 115

³ زهدور محمد، المرجع السابق، ص 27.

⁴ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 152.

- الضابط العمومي (Officier Public):

هو كل شخص يعطي له القانون هذه الصفة بحيث يحمل ختم الدولة ويمارس مهامه باسمها ونذكر على سبيل المثال لا الحصر من يعتبر من الضباط العموميين الموثق¹، المحضر القضائي²، المترجم وحتى الموظف المكلف بالوظيفة القنصلية³.

- الشخص المكلف بالخدمة العامة (Personne chargée du service public):

وهو كل شخص يشغل منصب ما بمقتضى قرار إداري أو بمقتضى عقد سواء أكان مأجور أو غير مأجور، تابع لجهاز مركزي أو محلي أو هيئة عامة تابعة للدولة أو كان يعمل تحت سلطة جهاز إداري⁴.

ب- أن يتم تحرير المحرر في حدود سلطته واختصاصه:

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

ومعنى ذلك ان يتم تحرير المحرر في حدود سلطته حسب ما يراه الدكتور عبد الرزاق السنهوري هو أن يكون للموظف الولاية الكاملة من حيث التحرير وأهلية من حيث عدم وجود مانع شخصي به وأن يكون

¹ المادة 03 من القانون 02-06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر عدد 14.

² المادة 04 من القانون 03-06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر عدد 14.

³ حسب ما جاءت به المادة 28، 38 من المرسوم الرئاسي 405/02 المتعلق بوظيفة القنصلية، ج ر عدد 79.

⁴ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 152

له اختصاص موضوعي من حيث نوع المحرر الرسمي، أما **الاختصاص** فاقتصاره يكون على الاختصاص المكاني فقط¹.

ويقصد **بالولاية** أن يتمتع الموظف وقت تحرير الورقة الرسمية بالولاية القانونية في إصدارها، بحيث أنه لا يكون هناك أي مانع من تحريرها، فإذا كان الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص القائم بخدمة عامة قد تم إيقافه عن مزاولة وظيفته أو حدث له عجز أو تم نقله فان ولايته في هذه الحالة تزول في تحرير أي ورقة رسمية ، ولكن ذلك مشروط بأن يكون قد تم إبلاغه بطريقة قانونية بالقرار الصادر بحقه، أما إذا قام بتحرير ورقة رسمية في الفترة التي أعقبت صدور القرار المذكور وقبل إبلاغه به فان الورقة تكون صحيحة ذات طابع رسمي حماية للوضع الظاهر المصحوب بحسن نية².

وهناك حالة يكون فيها الشخص الذي قام بتحرير الورقة الرسمية ليست له الولاية ابتداء، فالموظف الذي تم تعيينه بطريقة غير قانونية أو عينته سلطة غير شرعية في الدولة مثل (حكومة الثورة أو حكومة دولة أجنبية غازية)³ فان الأعمال التي قام بها هذا الشخص صحيحة من الناحية القانونية وذلك تطبيقاً لفكرة الموظف الفعلي.

أما **الأهلية** وتأكيداً على الحياد المفترض في الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العامة أثناء تحريره للورقة الرسمية، فانه يجب أن لا يوجد أي مانع شخصي أو أي مصلحة شخصية لدى الأشخاص المذكورين سابقاً حتى يكونوا مؤهلين قانوناً للقيام بالمهام المنوطة بهم على أحسن وجه. وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري بموجب القانون 06-02 المتعلق بمهنة التوثيق حيث نصت المادة 19 منه على أنه " لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد :....يعين أو يكون فيه وكيلاً أو متصرفاً أو أي صفة كانت أحد

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 122

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 122.

³ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 152

أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة " ، وهو نفس الحكم الذي جاءت به المادة 4 من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق المصري التي نصت بأنه لا يجوز للموثق أن يباشر توثيق محرر يخصه شخصيا أو تربطه و أصحاب الشأن فيه ،صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة¹.

هذا وبالنسبة للاختصاص فيعد أحد الشروط الجوهرية التي نصت عليها المادة 324 مدني، ويمكن تعريفه بأن يكون الموظف أو الضابط العمومي المكلف بالخدمة العامة مختصا نوعيا ومكانيا بتحرير الورقة الرسمية، إلا أنه بالمقابل نجد الدكتور السنهوري قد جعل من مصطلح الاختصاص الوارد في المادة 390 مدني مصري المقابلة للمادة 324 مدني جزائري مقصورا فقط في الاختصاص المكاني دون النوعي أو الموضوعي. هذا الأخير فقد اعتبره من ضمن العناصر المكونة لسلطة الموظف أو الموثق أو المكلف بالخدمة العامة²، وما يهمنا في هذا المقام هو ضرورة أن يكون الشخص مختصا نوعيا ومكانيا ليتمكن إضفاء صفته الرسمية على الورقة التي قام بتحريرها، فالمشرع عادة ما يبين عن طريق النصوص القانونية لكل موظف المهام والاختصاصات التي تؤول إليه وحدود السلطة الممنوحة له، على أن يمارس هذه الاختصاصات في حيز مكاني لا يمكن أن يتعداه أو يتجاوزته وإلا تعرض العمل الذي قام به إلى البطلان.

ج-أن يتم تحرير الورقة الرسمية طبقا للأشكال والأوضاع المقررة قانونا :

قرر القانون لكل نوع من الأوراق الرسمية أوضاعا يجب على الموظف أو الموثق المختص مراعاتها عند تحريرها حتى يكون المحرر رسميا وله حجته في الإثبات. ومن ذلك ما جاء بخصوص توثيق المحررات الخاصة بالتصرفات القانونية من ضرورة أن يكون المحرر مكتوبا باللغة العربية، وبدون اختصار أو بياض

¹ محمد حسسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 157

² عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 125

أو كتابة بين الأسطر، بحيث تكتب المبالغ، والسنة والشهر واليوم، مع التوقيع على الورقة بالحروف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام¹.

كما يجب أن يبين في المحرر الرسمي ما يلي :

-اسم ولقب الموثق الذي حرره ومقر إقامته.

-اسم و لقب وصفة ومسكن وتاريخ ومحل ولادة الأطراف وجنسيتهم.

-اسم ولقب ومسكن المترجم إذا اقتضى الأمر ذلك.

-المحل والسنة والشهر واليوم الذي أبرمت فيه العقود.

-وكالات المتعاقدين المصادق عليها من قبل الأطراف المعنية و تبقى هذه الوكالات ملحقة بالأصل².

كما تنص المادة 27 من قانون التوثيق على ما يلي: " لا يقبل ضمن العقد المحرر أي تحويل أو كتابة

بين السطور أو إضافة كلمات وتعتبر الكلمات المحررة أو المكتوبة بين السطور أو المضافة باطلة".

فحسب نص المادة فإن اعتبار الكلمات المكتوبة بين السطور أو المحورة أو المضافة باطلة ، لكن ذلك لا

يؤدي إلى بطلان الورقة بأكملها وإنما البطلان هنا جزئي مقصورا على الكلمات المضافة بين السطور بحيث

تبقى الكلمات الأخرى التي تتضمنها الورقة صحيحة إلى غاية الطعن فيها بالتزوير. أما إذا كانت هذه

الكلمات أو البيانات المكتوبة بين السطور أو المضافة من الأوضاع والإجراءات الجوهرية التي يجب ذكرها

في الورقة الرسمية ، كتاريخ التوثيق واسم الموثق وأسماء أصحاب الشأن والشهود ، فإن بطلانها في هذه

الحالة يؤدي إلى بطلان الورقة كورقة رسمية.

¹ راجع المادة 26 من القانون 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر عدد 14

² راجع المادة 29 من القانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق .

ومن الأوضاع التي قررها القانون المدني لتحرير الورقة الرسمية نجد مثلا ما تضمنته المادة 324 مكرر 3 التي تنص على ما يلي : "يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين. "

وحضور شاهدين أثناء توثيق الورقة أمر اشترطه القانون وعدم مراعاة هذا الوضع القانوني يترتب عليه بطلان الورقة كورقة رسمية وتصيح لها قيمة المحرر العرفي في الإثبات إذا كانت موقعه من قبل الأطراف¹.

3-جزاء مخالفة شروط صحة المحرر الرسمي :

إن مخالفة شروط صحة المحرر الرسمي الواردة في المادة 324 من القانون المدني يترتب عنها بطلان الورقة الرسمية ، فتحرير الورقة من طرف شخص غير الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العامة أو حتى تحريرها من طرف هؤلاء ولكن خارج حدود سلطاتهم أو اختصاصاتهم المكانية أو النوعية فكل هذا جزاؤه بطلان المحرر الرسمي.

أما مخالفة شرط مراعاة الأوضاع أو الشكليات المقررة قانونا والذي سبق شرحه، فإن غالبية الفقه² يميز بين الشكليات التي يؤدي عدم احترامها إلى بطلان السند الرسمي، والشكليات التي يترتب على عدم مراعاتها البطلان، فمثلا تاريخ التوثيق واسم الموثق، أسماء المتعاقدين والشهود وكتابة الورقة باللغة العربية، تلاوة

¹ نصت المادة 326 مكرر 2 على مايلي: " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف " وعدم حضور شاهدين أثناء تحرير الورقة يؤدي إلى انعدام الشكل.

ومن الأوضاع التي يتطلبها القانون كذلك ما جاء في المادة 324 مكرر 2 التي تنص على ما يلي " : توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف و الشهود عند الاقتضاء و يؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد ، و إذا كان بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن و يضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر".

² راجع : محمد حسن قاسم، المرجع السابق ، ص 171 وعبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق، ص136

المحرر على المتعاقدين هي من الشكليات الجوهرية. وبالمقابل لا يعتبر من الشكليات الجوهرية ولا يترتب على مخالفتها البطلان نجد مثلا عدم ترقيم الصفحات ، عدم تثبيت الموثق من شخصية المتعاقدين عن طريق شاهدين أو عن طريق مستند رسمي أو مجاوزة الورقة لحدود الوكالة إذا كان التعاقد بوكيل.

وهناك من الفقهاء من اعتمد معيارا مغايرا لتقرير بطلان الورقة الرسمية عند عدم مراعاة الأوضاع والشكليات المقررة قانونا حيث يتمثل هذا المعيار في الغرض أو بالأحرى الغاية التي أرادها القانون من اشتراطه لشكل معين¹. فإذا شاب المحرر الرسمي عيب جوهري أدى ذلك إلى تفويت الغرض أو الغاية فان المحرر في هذه الحالة لا يكتسب صفة الرسمية ويعد تبعا لذلك باطلا.

ومهما يكن فان المشرع الجزائري وتطبيقا لأحكام المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني فقد جسد مبدأ تحول العقد الرسمي إلى عقد عرفي وذلك بنصه : "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف". أي أن تخلف شرط أو أكثر من شروط اكتساب المحرر الصفة الرسمية وإن كان يجعله باطلا كمحرر رسمي إلا أنه تبقى له قيمة المحرر العرفي متى كان موقعا من ذوي الشأن، ما لم تكن الرسمية شرطا للانعقاد أما إذا كان التصرف ملزما لجانب واحد فقط فإنه لا يشترط إلا توقيع هذا الجانب فقط بجميع افرادة².

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

¹ أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الأول، مكتبة العلم للجميع، 2005، ص 217.

² محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 175

إن التاريخ الوارد في المحرر الرسمي الباطل لا يعد تاريخا ثابتا، لأن البطلان يمتد إلى كل ما قام به الموثق من أعمال ومنها ذكره لتاريخ التحرير، وبالتالي يعد المحرر هنا محررا عرفيا بسيطا غير تاريخ ثابت، ولا يصبح لهذه الورقة تاريخ ثابت إلا بإحدى الطرق المنصوص عليها قانونا في المادة 328 من القانون المدني.

ثانيا-حجية المحررات الرسمية في الإثبات:

نص المشرع الجزائري ضمن أحكام المادة 324 مكرر 5 على أنه " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافدا في كامل التراب الوطني".

كما نصت المادة 324 مكر ر 6 على أنه: " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن.

غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل يوقف تنفيذ العقد مؤقتا " .

وتنص المادة 324 مكر ر 7 أيضا على أنه: " يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء .

ولا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبداية للثبوت".

من خلال هذه النصوص القانونية نجد أن المشرع الجزائري أكد على أنه إذا توافر للورقة الشروط التي تكسبها صفة الرسمية وجدت بالنسبة إليها قرينة الرسمية ، ومقتضى هذه القرينة أن تكون الورقة الرسمية حجة بذاتها دون حاجة إلى الإقرار بها، فهي بذاتها تنقل عبء الإثبات.

فاذا نازع الخصم في صحة الورقة الرسمية فلا يكون على من يتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها وإنما يقع عبء نقضها على الخصم الذي ينكرها ولا يتيسر له ذلك إلا بطريق الادعاء بالتزوير فالورقة الرسمية

حجة على الكافة، المتعاقدين والغير دون الحاجة إلى الإقرار بها ، وتبقى لها هذه الحجية كاملة على أن يطعن فيها بالتزوير ، فلا يجدي لإسقاط حجية الورقة الرسمية أن ينكرها أو ينازع في صحتها من يحتج بها عليه سواء أحد المتعاقدين أو الغير مكتفيا بموقف سلبي بل عليه اتخاذ موقف إيجابي بأن يطعن فيها بالتزوير وفقا للإجراءات المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا الطريق شاق على من سلكه وهذا على عكس المحرر العرفي الذي لا يعتبر حجة بما دون فيه إلا إذا لم ينكره من وقع عليه، فاذا أنكره كان على من يتمسك به أن يقيم الدليل على صحته¹.

ولكن يجب أن يكون المظهر الخارجي للمحرر دالا على رسميته وذلك بأن يكون سليما من العيوب بحيث لا يحوطه أي شك أو إبهام فإن اشتمل على عيوب مادية ظاهرة كالكشط أو الحشر أو المحو من غير تصديق ممن صدرت منه جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تسقط قيمته الإثباتية أو تنقصها ولها أن تقوم بتحقيق بشأنه².

1-حجية المحرر الرسمي من حيث بياناته :

تتضمن الورقة الرسمية نوعين من البيانات **أولهما**: بيانات صادرة من الموظف العام أو الضابط العمومي أو المكلف بخدمة عامة في حدود سلطته واختصاصه ككتابة تاريخ المحرر ومكان توثيقها وحضور وكتابة هوية الأطراف والشهود إن اقتضى الأمر ذلك وتوقيعهم على المحرر، وبيانات أخرى ، وتضمن ما صرح به ذوو الشأن أمامه، أي ما عاينه الموظف العام أو الضابط العمومي أو ما سمعه بنفسه من وقائع مادية وقبلت بمحضره، كإقرار الأطراف بالتراضي عن التصرف بالشروط المدونة في العقد ودفع الثمن أمامه،

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص56-57

² زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 23.

فهذه البيانات تثبت لها الرسمية وتكون حجة على الناس كافة فلا يمكن نقضها إلا عن طريق الطعن بالتزوير¹.

وثانيهما: بيانات صادرة من ذوي الشأن خارج مجلس العقد، أي بعيدا عن الموظف العام أو الضابط العمومي، إذ يكتفي هؤلاء بتدوينها على مسؤوليات ذوي الشأن، لذلك يمكن اثبات عكسها بطرق الإثبات العادية دون حاجة الى الطعن فيها بالتزوير. فهذه الأمور هي التي لا يستطيع المحرر وليس مطلوبا منه أن يتحقق منها شخصا وقت تحرير العقد كحالة المتعاقدين والوقائع التي يقررونها فمثلا عن حالة المتعاقد بأنه ليس مريضا مرض الموت متمتعا بقواه العقلية وليس به عته وكذلك عن الوقائع التي يقررونها، كما إذا أقر البائع أنه تسلم الثمن نقدا وكان في الواقع لم يتسلمه وتسلم به كمبيالات.

وفي هذه الحالة وهي مخالفة للحالة الأولى لأن الموظف لا يمكنه التأكد من صحته حال تحرير العقد، ويمكن اثبات القصر بشهادة الميلاد والعته والسفه بشهادة الشهود وقرار الحجر، ومرض الموت بشهادة الشهود والأطباء.

وإذا كانت صحة العقد محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه ليبيدي ما يوضح حقيقته الأمر فيه².

2-حجية المحرر الرسمي فيما بين الأشخاص :

¹ راجع : محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 58-59

عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 151

² أحمد نشأت، المرجع السابق، ص 225

من خلال نص المواد 324 مكرر 5 ، 324 مكرر 6 و 324 مكرر 7 من القانون المدني يتضح جليا أن المحرر الرسمي حجة على الأطراف المتعاقدة ، وكذا خلفائهم العامين وذوي الشأن أجمعين ، وفي مواجهة الناس كافة . وهذا ما أكدته القانون والفقه والقضاء¹.

كما أن هذه الحجية تصدق على الغير كذلك ، والغير الذي يحتج عليه بالمحرر الرسمي هو نفس الغير الذي تحتج عليه بالتصرف القانوني والخلف الخاص ، فالغير الذي يسري عليه هذا التصرف أو أحد خلف طرفي التصرف ، هو وحده الذي يحتج عليه بالمحرر الرسمي المثبت لهذا التصرف ، أما الغير الذي لا يسري عليه التصرف فلا يحتج عليه بالمحرر الرسمي المثبت له ومثال ذلك المشتري الذي يسبق إلى تسجيل وقيد عقده يفضل على المشتري الآخر لنفس العقار بعقد مقيد أو تم قيده متأخرا .

ولا يجوز لذوي الشأن أو الغير نقض الحجية الرسمية للمحرر إلا بإثبات التزوير بالطرق المقررة قانونا².

3-حجية صورة المحرر الرسمي:

يتم تحرير المحرر الرسمي من أصل وصورة ويظل الأصل محفوظا بمكتب التوثيق ويمنح لذوي الشأن صورا عنه. وقد بين المشرع حجية صور المحرر الرسمي في نص المادتين 325 و 326 من القانون المدني واعتبر حجية الصورة أقل من حجية الأصل إنما أقام قرنية على مطابقتها للأصل. ولهذا فحجيتها تتوقف على عدم منازعة أحد الطرفين في المطابقة لهذا تختلف هذه القوة بحسب :

-وجود أصل المحرر الرسمي.

¹ زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 30.

² راجع : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص146.

محمد حسن قاسم ، المرجع السابق، ص179.

لقد نصت المادة 325 من القانون المدني بقولها : " إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل .

وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، فان وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل".

يفهم من نص هذه المادة أن الصورة الرسمية للأصل تكون لها حجية الأصل سواء كانت خطية أو فوتوغرافية ، ولإعطائها هذه الحجية يشترط أن تكون مطابقة للأصل ، ولا يقصد هنا أن تكون صورة رسمية منقولة مباشرة من الأصل بل يكفي أن تكون رسمية فقط وذلك بان تكون منقولة عن صور الأصل .

ويشترط لإعطاء الصورة ذات القوة المقررة للأصل أن تكون الصورة مطابقة للأصل إلا أن المتمسك بالصورة لا يقع عليه عبء إثبات هذه المطابقة، وذلك راجع لان المشرع أقام قرينة قانونية مفادها أن الصورة مطابقة للأصل ، ولكن هذه القرينة تعد بسيطة وليست قاطعة إذ يمكن للخصم الآخر المنازعة في مطابقتها للأصل. الأمر الذي يلزم على المحكمة في هذه الحالة مراجعة الصورة على الأصل للتأكد من المطابقة أو لا ، فإذا اتضح للمحكمة أن الصورة مطابقة للأصل كان لها القوة الثبوتية الكاملة أما إن كانت غير مطابقة للأصل فإنه يتم استبعادها من ملف الدعوى.

ويلاحظ انه إذا كان مجرد إنكار او منازعة احد ذوي الشأن على مطابقة الصورة للأصل يعد كافيا لأن تأمر المحكمة بالمنازعة دون أن يكلف المنازع بتقديم الدليل على عدم المطابقة ، فان ذلك ليس معناه أن تسلب كل السلطة التقديرية للمحكمة في هذا الصدد ، فرغم الإنكار والمنازعة قد ترى المحكمة عدم وجود ضرورة لإجراء مراجعة إذا تبين لها أن الادعاء بعدم المطابقة لم يقصد به إلا المماطلة وإطالة أمد

الدعوى¹. وعملية التأكد من المطابقة تتم إما بإصدار أمر بإحضار الأصل أو بتعيين احد قضاتها لينتقل إلى المكان الموجود فيه الأصل من اجل المطابقة والمقارنة عن طريق الإنابة القضائية².

- عدم وجود أصل المحرر الرسمي

ونميز هنا بين ثلاث حالات قررتها المادة 326 من القانون المدني نوضحها فيمايلي :

-إذا تعلق الأمر بالصورة الرسمية الأصلية :

ان الصورة الرسمية الأصلية هي الصورة التي تؤخذ من الأصل مباشرة فقد تكون تنفيذية او غير تنفيذية مثل الصورة الأصلية الأولى التي تنقل من الأصل مباشرة عقب التوثيق وتسمى النسخ وتعطى لذوي الشأن. والصورة الأصلية البسيطة التي تنقل من الأصل مباشرة ولكن بعد التوثيق بمدة، وتعطى لذوي الشأن، وقد تعطى للغير بعد إذن المحكمة. ففي هذه الحالات تعد الصورة المنقولة من الأصل الضائع بذات حجية هذا الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يدع أي شك في مطابقتها له، أي أن هذه الصورة لا تستمد حجيتها من الأصل بل من ذاتها كون الأصل غير موجود أصلا. أما إذا كان مظهرها الخارجي يبعث على الشك كأن يكون فيها شطب او محو او حشو فان هذه الصورة تفقد حجيتها مباشرة³.

-إذا تعلق الأمر بالصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية

ان هذه الصورة لم تؤخذ من الأصل الضائع مباشرة بل نقلت عن الصورة الرسمية الأصلية ، إلا أن لها نفس حجية الصورة المأخوذة منها، بشرط أن تكون الصورة الرسمية الأصلية موجودة حتى يمكن المراجعة

¹ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 190 .

² محمد زهدور ، المرجع السابق، ص 31 .

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 166.

عليها إذا نازع احد الأطراف فيها، إذ وضع المشرع قرينة مفادها أن للصورة الرسمية حجية الصورة الأصلية ولكن تزول هذه القرينة بمجرد المنازعة .

ان حجية الصورة في هذه الحالة ليست مستمدة من ذاتها بل مستمدة من الصورة الأصلية المأخوذة عنها فإذا كانت مطابقة لها كانت لها حجية الصورة الأصلية على التفصيل السابق أما إذا كانت غير مطابقة للصورة الأصلية استبعدت واستبقيت الصورة الأصلية .

أما إذا كانت الصورة الأصلية غير موجودة لسبب ما، وأمام سكوت النص فقد اختلفت مواقف الأساتذة وفقهاء القانون في ذلك إذ اعتبرها الدكتور السنهوري لا حجية لها، وإنما يعتد بها على سبيل الاستئناس فقط، أما الأستاذ سليمان مرقس فيرى أن لها حجية أصلها الضائع متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في هذه المطابقة ، أما الأستاذ أحمد نشأت فيرى انه يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة¹.

ونحن من جهتنا فإننا نرى ما ذهب إليه الأستاذ السنهوري أجدر بالتأييد وذلك راجع لان المشرع لو أراد أن يمنح لها حجية الصورة الرسمية الأصلية المفقودة لنص على ذلك هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان المشرع اشترط لاكتسابها الحجية أن تكون هذه الصورة الأصلية موجودة لإمكان المراجعة متى نازع الأفراد في ذلك.

- إذا تعلق الأمر بالصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية:

في هذه الحالة تتعدد الحلقات وتتفرج المسافة ما بين الصورة والأصل، حيث لا تكون الصورة مأخوذة من الأصل وإنما مأخوذة من الصورة المأخوذة من الصورة الأصلية أي الصورة الثالثة ، وهنا فانه لا يعتد

¹ أحمد ميدي ، الكتابة الرسمية كدليل اثبات في القانون المدني الجزائري ، دار هوم، الجزائر، الطبعة 1 ، 2005، ص

بها إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف حسب ما أقرته الفقرة الأخيرة من المادة 326 من القانون المدني، أي أنها لا تصلح إلا أن تكون قرائن يستنبط منها القاضي ما يراه¹.

الفرع الثاني : المحررات العرفية :

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف المحرر العرفي على خلاف المحرر الرسمي الذي تطرق إليه في المادة 324 من القانون المدني ، وبمفهوم المخالفة من نص المادة ذاتها فإن المحرر العرفي هو الذي يحرر من غير الأشخاص المذكورين، وقد عرف الفقه المحرر العرفي اعتماداً على القائم بتحريره على أنه سند معد للإثبات يتولى تحريره وتوقيعه أشخاص عاديون بدون تدخل الموظف²، كما عرف أيضاً في نفس السياق على أنه كل محرر غير رسمي لم يتدخل في تحريره موظف عام ما بحكم وظيفته³.

وقد يكون المحرر العرفي محرر من قبل الأشخاص المحددين بالمادة السالفة الذكر لكن خارج أداء مهامهم وهذا ما أكدته المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني التي جاء فيها أنه : "يعتبر العقد غير الرسمي بسبب عدم كفاءة وأهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف".

وقد تكون المحررات العرفية معدة مسبقاً للإثبات لذلك فهي موقعة وجوباً ممن يحتج بها عليه ، وقد لا تكون معدة أو مهيأة مسبقاً للإثبات . ففي هذه الحالة تستمد حجيتها من القانون الذي يرتقى بها إلى مرتبة أدلة الإثبات، وقد تكون هذه المحررات موقعة من طرف من يحتج بها عليه كالرسائل والبرقيات وقد لا تكون موقعة من طرفه كالدفاتر التجارية والدفاتر والأوراق المنزلية والتأشير على سند براءة ذمة المدين، وسنوضح أحكام كل واحد منها فيما يلي.

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 64 .

² بكوش يحيى ، المرجع السابق، ص 126

³ عبد الحكم فودة ، المحررات الرسمية والعرفية في ضوء مختلف الآراء الفقهية وأحكام محكمة النقض، دار الفكر والقانون

أولاً-السندات العرفية المعدة مسبقاً للإثبات: سنتناول فيمايلي الشروط اللازمة لصحة المحرر العرفي

ثم حجته :

1-الشروط اللازم توافرها لصحة السند العرفي :

إن هذه المحررات معدة مسبقاً للإثبات فيما قد يثور من منازعات بين الأطراف مستقبلاً وما يميزها هو توقيع الأطراف عليها، ولقد تولى القانون المدني في المادتين 327 و328 من القانون المدني تبيان الشروط اللازمة فيها وهي الكتابة والتوقيع¹.

أ-الكتابة :

يشترط في المحرر العرفي أن يكون متضمناً على كتابة تدل على الغرض الذي أعدت من أجله ومنصبه على واقعة معينة يراد الإثبات بها، سواء كانت الكتابة بالعربية أو بلغة أخرى، بخط الدائن والمدين أو بخط كاتب عمومي أو أي شخص آخر دون الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 324 من القانون المدني، ولا يشترط فيها بيانات معينة كما هو معمول به في الورقة الرسمية، وإن كان على سبيل الإحتياط الحرص على استكمالها ومراعاة الدقة في تحريرها.

كما لا يشترط فيها أن يحضر كتابتها شهود أو ذكر تاريخ ومكان تحريرها. ولا يعيب المحرر العرفي وجود تحشير أو إضافات أو كشط².

ب-التوقيع:

يعد التوقيع الشرط الأساسي والجوهري لوجود المحرر العرفي والمقصود بالتوقيع هو أن يضع الشخص بخط يده على المحرر العرفي لقبه أو اسمه أو هما معا أو كنيته أو أية كتابة أخرى جرت عادته أن يدل

¹ بعض التشريعات كالتشريع اللبناني يشترط بالإضافة إلى هذين الشرطين شرط تعدد النسخ بالنسبة للعقود التبادلية. لكثير من التفصيل راجع : محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 223 و ما بعدها .

² محمد حسنين منصور، المرجع السابق ، ص 77

بها على هويته¹، كما عرف على أنه " علامة أو إشارة أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص على استعماله للتعبير عن موافقته على عمل أو على تصرف قانوني بعينه "² .

وبالتالي فالتوقيع على المحرر العرفي يجسد رضا أطرافه ويمنح المحرر قوة الإثبات من خلال نسبة المحرر الى الموقع، فهو شرط أساسي لصحة الورقة العرفية، ويكون التوقيع بالإمضاء أو البصمة أو التوقيع الإلكتروني وهذا ما نصت عليه المادة 327 من القانون المدني.

على أن يكون التوقيع ممن تعتبر الورقة العرفية دليلا ضده، فإذا كان العقد ملزما لجانبين يجب ان يكون التوقيع صادرا من الطرفين معا، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فيكفي التوقيع من طرف الطرف الثاني مع الإشارة ان المادة 327 من القانون المدني اعتبرت العقد العرفي المحرر بخط يد المدين دليلا كاملا ضده ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه³.

ولقد جرت العادة ان يكون التوقيع في نهاية الورقة تعبيرا بالموافقة على كل ما كتب على المحرر، ولكن عدم وروده في هذه الحالة لا يعتبر عديم القيمة، وفي حالة ما إذا تمت الكتابة في عدة ورقات يمكن الاكتفاء بتوقيع الورقة الأخيرة شريطة ثبوت الاتصال الوثيق بين سائر أوراق المحرر ويخضع تقدير هذا الاتصال للقاضي.

إن المشرع الجزائري لم يكن يعتد إلا بالإمضاء كشكل من أشكال التوقيع، إلا انه وبموجب القانون 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني اقر بشكل جديد ألا وهو البصمة بالأصبع⁴.

هذا ويكون هناك حالات خاصة للتوقيع منها :

-التوقيع في حالة تعدد نسخ المحرر العرفي:

¹ يحي بكوش ، المرجع السابق ، ص 130

² محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 159 .

³ محمد زهدور ، المرجع السابق ، ص33

⁴ تعد من أوثق أشكال التوقيع ذلك لان العلم اثبت عدم تشابهها .

في هذه الحالة يثار إشكال حول مدى الاعتداد بالتوقيع على الكربون ؟ فبالرجوع الى التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري لا نجد تناول هذه المسألة ، أما القانون والقضاء المقارن فقد قضى بأن التوقيع بالإمضاء او بصمة الختم او بصمة الأصبع هو المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجة على الأوراق العرفية... ، إذ أن المقصود بالإمضاء هو الكتابة المخطوطة بيد من تصدر عنه . ولما كان الإمضاء بالكربون من صنع ذات يد من نسبت إليه ، فان المحرر الموقع عليه بإمضاء الكربون يكون في حقيقته محررا قائما بذاته له حجية في الإثبات ... و كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر هذا المحرر صورة منقولة عن أصلها ليس لها حجية في الإثبات ، فان الحكم إذا بنى قضاءه بعدم قبول دعوى التزوير يكون معيبا بالخطأ على تطبيق القانون¹.

-التوقيع بالوكالة :

هنا نرجع إلى مضمون الوكالة نفسها فمتى كان سند الوكالة يسمح بذلك وجب على الوكيل أن يوقع بإمضائه هو أي باسمه مع ذكر صفته كوكيل، أما إذا قام بالتوقيع باسم موكله أو قلد توقيعه يكون التوقيع باطلا.

-التوقيع على بياض:

قد يحدث أن يقوم احد الأطراف بالتوقيع على ورقة بيضاء ويترك مسألة ملئ البيانات للطرف الآخر بناء على اتفاق مسبق بينهما ، فيقوم محرر هذه الورقة بتدوين بيانات غير التي اتفقا عليها. فإذا تمت هذه الكتابة على التوقيع كانت حجة على موقعها مادامت مستوفية لشروط المحرر العرفي، ولكن للملتزم بها أن يدحض هذه الحجة كأن يثبت بان ما دون عليها مخالف لما ورد عليه الاتفاق ولكنه غير حر في الإثبات إذ تحكمه قاعدة انه لا يجوز إثبات ما ورد في الكتابة إلا بالكتابة ، فإذا نجح في ذلك عد محرر

¹ همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002،

الورقة مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة ، أما إذا تولى ملئ هذا المحرر الموقع شخص من الغير وقام بتغيير الحقيقة فهذا يعد تزويرا و يجوز إثباته بكافة الطرق المتاحة لأنه يعتبر واقعة مادية.

وإذا كان من سلمت له الورقة متعاقد مع الغير بناءا على ما كتب فيها ، وكان هذا الغير حسن النية فإن الموقع على بياض ملزم بما ورد فيها حتى ولو أثبت أن مضمونه يخالف ما أتفق عليه مع من سلمت إليه الورقة التي وقعها على بياض¹.

2-حجية السندات العرفية في الاثبات :

تتمتع السندات العرفية المعدة للإثبات بحجية في مواجهة الأشخاص والغير وفق مايلي :

أ-حجية السندات العرفية المعدة للإثبات فيما بين الأطراف :

سنوضح فيمايلي حجية السندات العرفية المعدة للإثبات فيما بين الأطراف من حيث الخط والتوقيع

ثم من حيث البيانات .

-حجية السندات العرفية المعدة للإثبات من حيث الخط والتوقيع :

تطبيقا لنص المادة 327 من القانون المدني، فإن الورقة العرفية تعتبر حجة على من صدرت منه سواء بالنسبة لمن كتبها أو وقعها أو وضع عليها بصمة أصبعه، متى اعترف بها أو لم ينكرها صراحة.

فإذا اعترف صاحب التوقيع بصورها منه واعتبر التوقيع توقيعه والخط المنسوب اليه خطه، يصبح للمحرر العرفي نفس قوة المحرر الرسمي، ولا يجوز لصاحب التوقيع أن يعود بعد ذلك الى الإنكار، إلا أن يطعن بالتزوير، على اعتبار أن التسليم بصحة التوقيع لا يتعارض مع ادعائه بتزوير بعض بياناتها بالتغيير المادي لها².

¹ محمد حسن قاسم ،المرجع السابق ، ص231

² همام محمد محمود زهران، المرجع السابق ، ص86

أما إذا أنكر صاحب التوقيع صراحة توقيعه على الورقة العرفية أو خطه عليها، فإنها تفقد حجيتها مؤقتا، ويقع على المحتج بالورقة عبء اثبات صدورها من صاحب التوقيع، وله أن يطلب إحالة الورقة الى التحقيق لمضاهاة الخطوط طبقا للإجراءات التي رسمها القانون في المواد من 164 الى 174 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإذا اثبت التحقيق أن هو من وقعها صارت الورقة العرفية كالورقة الرسمية ولا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير¹.

أما إذا احتج بالمحرر العرفي في مواجهة الورثة أو الخلف، فلا يطلب منهم الإنكار، وإنما يكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق، فإن أدوا يمين عدم العلم، زالت عن المحرر العرفي حجيته مؤقتا، وحينئذ يتعين على المتمسك به أن يلجأ الى طريق أخرى لإثبات صدور المحرر ممن ينسب له وذلك من خلال دعوى مضاهاة الخطوط².

-حجية السندات العرفية المعدة للإثبات من حيث البيانات :

إذا وقع الاعتراف بالمحرر العرفي أو حكم بصحته فإنه يصبح حجة من حيث صحة الوقائع الثابتة به وعلى من يدعي عكس ذلك عبء إثبات ما يدعيه بطرق الإثبات المقررة قانونا .

ولا يمنع اعتراف الشخص بتوقيعه الوارد على المحرر من أن يطعن على موضوع المحرر نفسه، فإذا كان المحرر العرفي يثبت بيعا مثلا وأن المشتري قبض الثمن فإن هذه البيانات يفترض جديتها وأن ذكرها في المحرر قرينة على صحتها، ولكن يجوز لصاحب التوقيع أن يثبت أن هذا البيع صوري أو أنه لم يقبض الثمن، ولا يقتصر هنا على الإنكار بل يقع عليه عبء إثبات العكس طبقا للقواعد العامة، ومنها أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة.

¹ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 103

² محمد حزيط ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2017، ص

ويفترض أيضا صحة التاريخ الذي يحمله المحرر العرفي حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح وهو لا يستطيع ذلك إلا بالكتابة.¹

هذا وبالنسبة لحجية تاريخ الورقة العرفية بالنسبة للطرفين في صحة الوقائع صحة تاريخ الورقة العرفية، فالتاريخ الذي تحمله هذه الورقة يفترض صحته، حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح وأن حقيقته كذا، ولا يثبت هنا أيضا ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة. ومعنى ذلك أن الورقة العرفية إذا اعترف بها من له توقيع عليها أو ثبت صحتها بعد إنكاره لها يكون للتاريخ نفس حال الوقائع المدونة على الورقة العرفية من حيث صحتها².

🌈 ب-حجية السندات العرفية المعدة للإثبات 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 الذي يتضمنه المحرر، ومن ثم يصح أن يحتج عليه بهذا المحرر كدليل على التصرف الذي يسري في حقه. وهو بصفه عامة الخلف العام والخلف الخاص والدائن³.

-حجية المحرر العرفي من حيث صدوره ممن وقع عليه :

يكون المحرر العرفي بالنسبة لصدوره ونسبته إلى من وقع عليه حجة على الغير فهو حجة بالنسبة إلى الخلف العام كالوارث والموصي له بجزء من التركة، والخلف الخاص والدائن وتبقى هذه الحجة قائمة إلى أن ينكر صاحب التوقيع لا غير ذلك. وإذا أقر بصحة التوقيع فانه لا سبل في الطعن في المحرر العرفي بعد ذلك إلا بالتزوير، وإذا أحتج بالمحرر العرفي بعد وفاة صاحب التوقيع على الوارث أو الخلف

¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 241

² عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 195

³ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 243

فيكفي على هؤلاء لنفي حجية المحرر أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق كما سبق القول .

-حجية المحرر العرفي من حيث صحة الوقائع:

بالنسبة إلى حجية المحرر العرفي من حيث صحة الوقائع التي وردت به فهي نفس الحجية فيما بين الطرفين على النحو الذي قدمناه فللوارث أن يثبت صورية الوقائع الواردة في المحرر العرفي، وفقا للقواعد المقررة في الإثبات وذلك بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن على اعتبار أنهم من الغير، كذلك بالنسبة للخلف الخاص ، كما أنه لهم أن يدفعوا التصرف القانوني الذي تثبته الورقة العرفية بجميع الدفعات الموضوعية والشكلية التي كانت لصاحب التوقيع كأن يدفعوا ببطالان التصرف لعدم مشروعية المحل والسبب أو بانقضاء الالتزام .

-حجية المحرر العرفي من حيث صحة تاريخه:

فيما يخص حجية المحرر العرفي بالنسبة للغير من حيث صحة تاريخه فكما قلنا أن التاريخ الوارد في المحرر العرفي يعتبر حجة على أطراف العقد أما بالنسبة للغير فلا يكون حجة في مواجهتهم إلا إذا كان ثابت التاريخ وفق ما نصت عليه المادة 328 من القانون المدني بنصها على أنه : " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت " .

ويعتبر من الغير بالنسبة للمحرر العرفي كل من :

- **الخلف الخاص:** وهو كل شخص ينتقل إليه من أحد أطراف التصرف المثبت بالمحرر حق معين وحتى

يحتج عليه بتصرف سلفه لا بد أن يكون تاريخه ثابت ¹.

¹ محمد حسن قاسم ، المرجع نفسه ، ص 247

-**الدائن الحاجز:** فالدائن الحاجز في المال المحجوز يكون في وضع الخلف الخاص على هذا المال ويعطيه القانون حماية من تصرفات المدين التالية للحجز على المال المحجوز. ويستوي أن يكون الحجز على منقول أو عقار أو دين المدين في ذمة الغير، فكل تصرف يصدر من المدين على المال المحجوز بعد الحجز لا يكون تاريخه حجة على الدائن الحاجز إلا إذا كان تاريخه ثابت وسابق على توقيع الحجز¹.

- **دائن المفلس أو المعسر:** فإذا أشهر إفلاس التاجر فان دائنيه يصبحون من الغير ومن ثم فان كل تصرف للمفلس في أمواله لا يكون حجة على دائنيه بعد شهر إفلاسه إلا إذا كانت هذه التصرفات لها تاريخ ثابت سابق على إشهار الإفلاس ونفس الأحكام تطبق على المعسر وذلك من تاريخ تسجيل دعوى الإعسار.

-**الدائن الطاعن في تصرف صادر من مدينه بدعوى عدم نفاذ التصرف** والذي قام به مدينه مع شخص آخر فانه لا يحتج بتاريخ المحرر العرفي الواقع بين المدين والغير، فلا يكون حجة على دائن المدين إلا إذا كان له تاريخ ثابت قبل رفع دعوى نفاذ التصرف .

ومن ثم فان الغير يقصد به هو كل شخص لم يكن طرف في المحرر العرفي سواء بصفة شخصية أو بالنيابة ، ويصاب بضرر من جراء تصرف من تلقى منه الحق من احد طرفي المحرر أو بمقتضى القانون. ومن ثم فان كل شخص كان طرفا في العقد أو ممثلا فيه أو كان من الخلف العام فلا يعتبر من الغير ومن ثم لا يشترط ثبوت تاريخ للمحرر العرفي حتى يكون حجة عليه.

وقد جاء في المادة 328 من القانون المدني استثناء واحد على ثبوت التاريخ بالنسبة للغير هو في المخالصات وذلك بنصها على أنه: " غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة "، فبعد أن استلزم ثبوت التاريخ للاحتجاج بالمحرر العرفي على الغير استثنى المشرع

¹ أحمد نشأت ، المرجع السابق، ص 340

المخالصات من هذه القاعدة ، ويرجع ذلك باعتبار أنها عمليات بسيطة كثيرة الوقوع ، وهذا الإعفاء يخضع للسلطة التقديرية للقاضي تبعا للظروف وبحسب كل حالة تعرض عليه .

فلا يشترط أن تحمل المخالصة تاريخا ثابتا فيمكن للمدين إثبات التخلص من اين بواسطتها وذلك تيسيرا على الناس في المعاملات¹.

هذا ويكون ثبوت التاريخ للمحرر العرفي بحالة من الحالات المذكورة في المادة 328 من القانون المدني الجزائري والتي تتمثل في :

- تسجيل المحرر العرفي:

المقصود بتسجيل الورقة العرفية إيداعها بإدارة التسجيل والطابع، بمديرية الضرائب قصد تسجيلها وبذلك تحصل الورقة العرفية على تاريخ ثابت تضعه هذه الإدارة، في مقابل تحصيلها لحقوق التسجيل.

وتجدر الإشارة هنا أن الأمر يختلف عن مسلك الورقة الرسمية التي تخضع للتسجيل كشرط لصحتها أو كمرحلة من المراحل الشكلية للعقد الرسمي كعقد بيع العقار، الذي يجب أن يسبق إيداعه لإجراء الشهر العقاري عملية تسجيل العقد، بل وتستوجب عملية الإشهار حصول تسجيل العقد مسبقا².

- ثبوت مضمون المحرر العرفي في عقد آخر حرره موظف عام :

ويعتبر تاريخ الورقة العرفية ثابت من يوم ثبوت مضمونها في عقد آخر يحرره موظف عام، والعقد الآخر قد يكون رسميا أو قد يكون عرفيا وكلا من العقدين الرسمي والعرفي له تاريخ ثابت لأنه حرر من قبل موظف عام. وعند ذلك تكسب الورقة العرفية تاريخا ثابتا هو التاريخ الثابت للورقة الأخرى التي جرى فيها

¹ راجع : محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 82-83

بكوش يحي ، المرجع السابق ، ص 149

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 257

ذكر الورقة الأولى. ومثال ذلك أن يذكر في عقد بيع -سواء ورد في ورقة رسمية أو عرفية مصدق فيها على التوقيع - توكيل عرفي صادر من البائع إلى وكيل له يبيع بالنيابة عنه، فيصبح هذا التوكيل بذكره في البيع ثابت التاريخ هو تاريخ ورقة البيع¹ .

- وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو توقيع :

إذا توفي شخص سبق له وأن وضع إمضاءه أو كتب المحرر العرفي بخطه فان تاريخ وفاة هذا الشخص يكون تاريخا ثابتا للمحرر العرفي الذي حرره بخطه أو وقع عليه.حيث أن ذلك يكون قاطع الدلالة على أن المحرر قد صدر قبل الوفاة ، ولا يشترط أن يكون هذا المتوفى طرفا في التصرف الذي ورد في المحرر العرفي وإنما يكفي أن يكون شاهدا أو ضامنا².

وتثبت وفاة هذا الشخص بكل وسائل الإثبات لاعتبارها واقعة مادية ومنها شهادة الشهود.

-التأشير على المحرر من طرف موظف عام :

وتتجسد هذه الحالة عندما يقدم محرر السند العرفي الورقة أو العقد العرفي الى موظف عام مختص اثناء تأدية وظيفته فيؤشر عليه بما يفيد تقديمه ويحرر تاريخ لذلك فيعتبر تاريخ ثابتا من يوم أن يؤشر عليه ومثال ذلك ان يقدم المحرر العرفي في قضيه يؤشر عليه القاضي او كاتب الجلسة بما يفيد تقديمه، او تقدم في تحقيق فيؤشر عليها المحقق او تقدم في جرد رسمي فيؤشر عليها مندوب الجرد³.

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 87

² محمد صبري السعدي ، المرجع نفسه ، ص 88

³ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 241-242

ج-حجية الورقة العرفية فيما يتعلق بالصورة

على خلاف صور المحررات الرسمية التي لها قوة متفاوتة في الإثبات رغم أنها لا تحمل توقيع من صدرت منه، وذلك لان صورة المحرر الرسمي يقوم بتحريرها موظف عمومي. أما صورة الورقة العرفية فليست لها حجية أو قيمة إلا بمقدار مطابقتها للأصل إذا كان موجودا فيرجع إليه كدليل إثبات¹ وفي الأصل ليس لصورة المحرر العرفي أي قيمة في الإثبات ولو كمبدأ ثبوت بالكتابة² فهي لا تحمل توقيع من صدرت منه ، أما إذا كانت الصورة مكتوبة بخط يد المدين فيمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة³.

ثانيا-السندات العرفية غير المعدة مسبقا للإثبات.

تنقسم المحررات العرفية إلى محررات عرفية أعدت مقدما لتكون دليلا للإثبات وبالتالي فهي بالضرورة موقعة ممن هي حجة عليه، والنوع الثاني محررات عرفية غير معدة للإثبات. وما يميز هذه الأخيرة عن السندات العرفية وإن كانت تحتوي على الدليل إلا أن هذا الدليل عارض ويستمد حجتيه على خلاف المحررات العرفية المعد للإثبات من نص القانون ،كما توجد ضمن هذه المحررات الغير معدة للإثبات محررات موقع عليها كالرسائل والبرقيات ومحررات غير موقع عليها .

بناء عليه فقد أورد المشرع الجزائري على بعض المحررات العرفية حجية معينة وذلك بنصوص خاصة تناولها القانون المدني في المواد من 329 الى 332 و هي : الرسائل ، البرقيات ، دفاتر التجار ، الدفاتر والأوراق المنزلية والتأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين، وسوف نتناول أحكام كل واحد منها وفقا لمايلي بيانه :

⁴ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 95

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص246

³ العدوى جلال على، أصول أحكام الالتزام والإثبات ، منشأة المعارف، 1996، ص440

أ- الرسائل والبرقيات:

نصت المادة 329 من القانون المدني بقولها: " تكون للرسائل 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 اتلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس".

انطلاقا من هذا النص سوف نتولى دراسة حجية الرسائل ثم البرقية على التوالي:

- الرسائل:

للرسائل أهميتها في الإثبات خصوصا فيما يتعلق بالمعاملات التجارية فهي وإن كانت أوراقا لم تعد مقدما للإثبات إلا أنها تتضمن شرطي الكتابة والتوقيع.

وعلى ذلك يستخلص من المادة المذكورة أعلاه أن المشرع أضفى على الرسالة نفس حجية المحرر العرفي متى كانت موقعة، وبالتالي فإنها تصلح كدليل كتابي كامل متى كانت تتعلق بواقعة معينة وكانت حاملة لتوقيع الملتزم بها " المرسل "، أي أن الرسالة الموقعة تأخذ نفس أحكام المحرر العرفي من حيث الحجية وكذا من حيث وجوب ثبوت التاريخ للاحتجاج بها على الغير¹. وفي حالة ما إذا كانت غير موقعة ومكتوبة بخط المرسل اعتبرت مبدأ ثبوت بالكتابة².

وبما أن المشرع كما ذكرنا أضفى على الرسائل قوة حجية المحررات العرفية المعدة للإثبات فإنها تخضع لنفس القيود والقواعد، فتعتبر الرسائل الموقع عليها دليلا كاملا اتجاه المرسل الموقع عليها ما لم ينكر مرسلها

¹ بكوش يحيى، المرجع السابق ، ص 161

² أنور سلطان ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2005، ص76

التوقيع عليها. وتكون هذه الرسائل حجة لمرسلها بحقيقة المدون بها ما لم يثبت عكسه بالطرق المقررة قانونا وهو لا يستطيع إثبات العكس إلا بالدليل الكتابي.

كما انها حجة على المرسل من حيث قيام التصرف القانوني وله أن يدفع هذا التصرف بجميع الدفوع الشكلية والموضوعية التي تسمح بها القانون، وحجية الرسالة الموقعة عليها هي مقيدة للقاضي وذلك بنص المادة 329 التي حددت قوة حجية الرسائل.

وتعتبر الرسالة هي ملك للمرسل له ويمكنه الاحتجاج بها على المرسل متى كانت له مصلحة مشروعة في ذلك ، وذلك في حالة لم تشتمل على سر من أسرار المرسل إليه وتلحق به ضرر ،والذي له أن يرجع على المرسل إليه الذي قدم هذه الرسالة كحجة عليه وإذا كانت تتضمن سرا و أفشاء المرسل إليه بتقديم هذه الرسالة لاستخلاص دليل لصالحه يمكنه أن يرجع عليه بالتعويض إذا لم يوافق المرسل على تقديم هذه الرسالة إلى القضاء¹.

كما أن تاريخ هذه الرسالة يكون حجة على الغير كذلك إذا كان هذا التاريخ ثابت بحسب ما جاء في المادة 328 من القانون المدني. وإذا تضمنت هذه الرسالة إقرار يفيد الغير سواء كان الغير من الخلف العام أو الخاص فيكون التمسك بهذه الرسالة من الغير بإذن المرسل إليه في حدود عدم إمكانية إفشاء سر الغير.

وإذا وقعت هذه الرسالة في يد الغير وكانت له مصلحة في تقديمها لإثبات واقعة معينة فاننا نفرق بين ما إذا وقعت هذه الرسالة في يده بطريقة غير مشروعة كأن أخذها خلسة فانه لا يجوز له تقديمها وإن قدمها

¹ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 279

للإثبات وجب استبعادها. أما إذا وقعت الرسالة في يده بطريقة مشروعة فإنه لا يجوز له تقديمها للقضاء للإثبات إلا بموافقة المرسل إليه، ما لم يكن هناك انتهاك لحرمة السرية إلا بعد استئذان المرسل¹.

- البرقيات:

نصت على حجية البرقيات الفقرة الثانية من المادة 329 من القانون المدني والتي جاء فيها أنه: "تكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقع عليه من طرف مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. وإذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس".

بناء عليه فإن الحكمة من إعطاء البرقية قيمة الدليل العرفي المعد للإثبات هو أن البرقية تتكون من أصل وصورة ، فالأصل يكتب بخط يد المرسل ويوقع بتوقيعه ويحفظ لدى دائرة البريد ويقوم موظف البريد بإرسال صورة منه إلى المرسل إليه وبالتالي تكون النسخة المرسلة منه ليست دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا تطابقت مع الأصل المودع في البريد الموقع من المرسل² . فإذا أنكرها المرسل يُطلب الأصل ويتطابق مع الصورة ، فإذا لم يكن الأصل موقعا من طرف المرسل أو إذا لم تتطابق الصورة مع الأصل الموقع عليه فعندها لا يكون للبرقية حجة في الإثبات ، أما إذا تطابقت الصورة مع الأصل المودع في البريد الموقع عليه عندها تكون للبرقية حجة في الإثبات أي قوة السند العادي سواء من حيث صدورها من المرسل أو من حيث صحة الوقائع الواردة بها ، إضافة إلى ذلك يمكن اعتبار التاريخ الوارد على البرقية تاريخ ثابت لوجود ختم مكتب البريد عليها³.

¹ راجع : محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 94

عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 148

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 256

³ يوسف احمد النوافلة ، المحررات الالكترونية في الإثبات، دار وائل للنشر، الأردن ، 2007، ص51

ب-دفاتر التجار:

تنص المادة 330 من القانون المدني على مايلي " دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التاجر ، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة .

وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزيء ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه."

وبالرجوع إلى القانون التجاري نجد أنه يلزم كل تاجر يمسك دفاتر تجارية معينة منها دفتر اليومية وفقا للمادة 09 من القانون التجاري¹ ودفتر الجرد وفقا للمادة 10 من نفس القانون. وهناك دفاتر أخرى يمسكها التاجر وهي غير إجبارية، وذلك لتنظيم حساباتهم وتبيان مركزهم المالي من أصول وخصوم المتعلقة بتجارته.

وبسبب ما يتوافر لهذه الدفاتر من ضمانات فقد جعل لها القانون في بعض الأحيان حجة في الإثبات فهي تارة تكون حجة للتاجر وتارة أخرى تكون حجة عليه وفق ما سنبينه:

- دفتر التاجر حجة له :

بالرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات فإنه لا يمكن للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه ولكن إستثناء أخرج المشرع الجزائري عن هذه القاعدة الدفاتر التجارية وذلك بنص المادة 330 الفقرة الأولى من القانون المدني واعتبرها حجة له وذلك في حالتين:

¹ الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري،

ج ر عدد 101 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-02 مؤرخ في 6 فبراير سنة 2005، ج ر عدد 11

❖ الحالة الأولى : في الدعاوي التجارية إذا كان الخصم تاجرا

وهي الحالة التي تنص عليها الفقرة الأولى من نص المادة 330 من القانون المدني بنصها أن دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار . وكذلك ما نصت عليه المادة 13 من القانون التجاري التي تنص بأنه "يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التاجر بالنسبة للأعمال التجارية " ومن ثم فإنه يجب أن يكون الخصم تاجرا حتى تكون للدفاتر التجارية حجة للتاجر ، متى كان موضوع النزاع عملا تجاريا .

وتجد هذه القاعدة تفسيرها في أن كلا من التاجرين ملزمين باتخاذ دفاتر معينة وبصفة منتظمة وهذا يسمح للقاضي بمقابلة الدفاتر والتأكد من صحة البيانات الواردة بها ¹.

ويستطيع القاضي في هذه الحالة أن يقارن دفتر التاجر بدفتر خصمه ويأخذ بالبيانات الواردة في أحدهما متى اطمئن إليها فيستطيع العمل بها على أنها صحيحة وكافية لإثبات الشيء المدعى به ، كما يمكنه اعتبار أنها ليست لها قيمة في الإثبات فذلك يخضع للسلطة التقديرية له. وذلك على شرط كما قلنا أن تكون الدفاتر منتظمة وممسوكة وفقا لما ينص عليه القانون . أما إذا كانت ممسوكة بطريقة مخالفة على ذلك فلا يقبل من التاجر الإدلاء بها ، ويجب أن يكون النزاع كذلك متعلقا بواقعة تجارية ، فإذا كان النزاع حول تصرف له طابع مختلط تجاري ومدني فإنه لا يمكن أن تكون لهذه الدفاتر حجة للتاجر على غيره. ويمكن كذلك للخصم أن يثبت عكس هذه البيانات الواردة فيه بجميع الطرق حتى بالبينة والقرائن.

¹ بكوش يحي ، المرجع السابق، ص 172.

❖ الحالة الثانية : في الدعاوى التي يكون فيها غير تاجر

وهي حالة تكون فيها دفاتر التجار حجة على غير التاجر والاستثناء الوارد في الفقرة الأولى من المادة 330 من القانون المدني على قاعدة أن دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ولكن بشروط إضافية ومقيدة أكثر للتاجر الذي يقدم دفتره التجاري لاستخلاص الحجة منه له.

وعليه فإذا كانت الدعوى مدنية أي الخصم ليس بتاجر فقد أجاز القانون كذلك ان يكون دفتر التاجر حجة له كاستثناء ولكن بشرطين هما :

- يجب أن يكون موضوع الالتزام متعلق بتوريدات سلع.

- يجب ان لا تزيد قيمة هذه البضاعة على ما يجوز إثباته بالشهادة حسب المادة 333 من القانون المدني التي تحدد نصاب الشهادة بمائة ألف دينار .

فإذا توافرت هذه الشروط فانه يبقى هذا الدليل جوازي للقاضي ، فله أن يأخذ به أولاً يأخذ به ، فإذا أخذ به تعين عليه أن يوجه اليمين المتممة إلى أحد الخصمين، وطالما أن الأخذ بهذا الاستثناء جوازي للقاضي فلا يلزم أن تكون دفاتر التاجر منتظمة كما يستطيع الخصم إثبات عكس الدليل المستمد من هذه الدفاتر بكافه طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن.

ويلاحظ أن مقتضيات المادة 330 من القانون المدني ليست من النظام العام ويترتب على ذلك أنه بإمكان الخصمين أن يتنازلا عن العمل بها إما صراحة وإما ضمناً¹.

¹ بكوش يحي ، المرجع نفسه ، ص 174.

- دفتر التاجر حجة عليه:

حسب نص المادة 330 من القانون المدني فإن الدفاتر التجارية تكون حجة على التاجر، وذلك لأن هذه الدفاتر تكون محررة من طرفه أو بإملائه أو حررت تحت إشرافه. فهي بمثابة إقرار مكتوب صادر منه وتكون حجة عليه سواء كان خصمه تاجرا أو غير تاجر، وسواء تعلق الأمر بنزاع حول تصرف تجاري أو مدني ، ولا فرق إذا كانت هذه الدفاتر ممسوكة بصفة منتظمة حسب ما يتطلبه القانون أو كانت غير منتظمة .

وتكون الدفاتر حجة على التاجر سواء في عمليات التوريد أو في العمليات التجارية الأخرى أو حتى لو كانت المعاملات لها طابع مدني.

ولكن الشخص الذي يتمسك بحجة البيانات المدونة في الدفاتر التجارية للتجار فإن هذه الحجج غير قابلة للتجزئة بالنسبة لجميع البيانات الواردة فيها وهي قاعدة مأخوذة عن قاعدة عدم تجزئة الإقرار على اعتبار أن البيانات المدونة في دفاتر التاجر هي بمثابة إقرار صادر منه.

وتقرير أن دفاتر التاجر حجة عليه فهو خروج على القواعد العامة للإثبات حسب ما بيناه سابقا . وذلك أولا باعتبار دفتر التاجر محرر عرفي برغم عدم توقيعه وهو الشرط الأساسي في المحررات العرفية ورغم ذلك فإنه يأخذ به حجة عليه . وثانيا أن القانون يلزم التاجر بتقديم هذا الدفتر وهو يشكل بذلك خروجاً عن قاعدة عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه. ولذلك فيشترط الأخذ بالبيانات الواردة في دفاتر التجار كدليل أن تكون البيانات متصلة بالوقائع التجارية هو أمر جوازي للقاضي فله أن يأخذ به وله أن يرفضه وهذا ما تنص عليه المادة 13 من القانون التجاري ، وحتى ولو كانت هذه الدفاتر منتظمة.

أما إذا كانت هذه الدفاتر غير منتظمة فإنه جاز للقاضي تجزئته الدليل المستمد من الدفاتر، فيمكنه أن يأخذ من بياناتها ما تكون حجة على التاجر ويسقط ما هو مفيد له.

كما أن الدليل المستمد من دفاتر التاجر ولو كانت منتظمة يقبل إثبات العكس بكافة طرق الإثبات فيجوز لصاحب الدفتر الذي يحتج عليه به أن يثبت عكس ما جاء به بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، ولا يعترض على هذا الحكم بأنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، لأن ما ورد في الدفاتر التجارية لا يعتبر دليلاً " كاملاً " لأنه ورقة عرفية غير موقعة¹.

بناء عليه يظهر مما تقدم أن القاعدة العامة هي أن الدفاتر التجارية لا تكون حجة للتاجر على غير التاجر ولكنها تكون حجة على التاجر تطبيقاً للمادتين 330 من القانون المدني والمادة 30 من القانون التجاري.

ج-الدفاتر والأوراق المنزلية:

إن المقصود بهذه الأوراق والدفاتر المنزلية هو ما يكون لدى الشخص من دفاتر ومفكرات وأوراق مختلفة تستعمل عادة لتسجيل الأمور اليومية ، والملاحظ أن القانون لا يلزم الأشخاص بمسكها ، ولقد تولت المادة 331 من القانون المدني تحديد حجية هذه الأوراق و الدفاتر المنزلية بنصها على أنه : " لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين :

-إذا ذكر فيها صراحة انه استوفى ديناً.

-إذا ذكر فيها صراحة انه قصد بما دونه في هذه الدفاتر والأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته".

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 279.

ومعنى هذا أن الدفاتر والأوراق المنزلية كقاعدة عامة لا تعد دليل إثبات لأنها لا ترقى إلى مصف المحررات العرفية لانعدام التوقيع فيها، إلا أنه وخروجاً عن هذه القاعدة فقد قضى المشرع أنه يمكن الاعتداد بهذه الدفاتر والأوراق المنزلية كدليل في حالتين على سبيل التخصيص:

- الحالة الأولى : إذا ذكر فيها صاحبها صراحة أنه استوفى ديناً:

اذ يجب في هذه الحالة أن يذكر بصراحة لا تترك أي شك في مضمون هذه الكتابة بما قصده منها من استيفائه للدين ، وذلك سواء تعلق الأمر بمخالصة جزئية أو استيفاء لكامل الدين . ولا يلزم القانون تعبير معين فقد تكون بشطب مبلغ الدين المدون في الأوراق أو الدفاتر المنزلية أو النص بأنه استوفى ديناً بصفة صريحة .

-الحالة الثانية : إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته:

وقد اشترط المشرع أن يكون الأمر صريحاً لا يدع أي شك في مقصود صاحبه . وتعد هذه الحالة من الحالات النادرة في الواقع العملي اذ قليلاً ما يلجأ الافراد الى تدوين مثل هذه الامور على اوراقهم أو دفاترهم المنزلية ، فان وجدت كانت حجة ضد صاحبها.

ويرى الدكتور السنهاوري انه في الحالة الأولى إذا ذكر صراحة أنه استوفى الدين ثم محي ما كتبه أو شطبه بحيث أصبح غير مقروء فان حجية البيان تزول ، أما إذا بقي مقروءاً فان حجتيه تبقى وهذا بخلاف الحالة الثانية التي إذا قام هذا الشخص بمحو أو شطب البيان فان حجتيه تزول سواء أصبح مقروءاً أم لا وذلك راجع إلى أن الاعتراف بالدين ذو مخاطر كبيرة¹.

¹ لكثير من الايضاح و التفصيل انظر : عبد الرزاق السنهاوري ،المرجع السابق، ص 289 .

إن هذه الدفاتر والأوراق المنزلية تعتبر إقرارات مكتوبة ، ويترتب على ذلك ان الخصم الذي يتمسك بالبيانات الواردة بها لا يستطيع ان يجزئها فيبعد القسم الذي لا يتفق مع ادعاءاته و يبقى القسم الذي يناسبها. كما انه بإمكان الخصم الذي يتمسك ضده بالدفاتر ان يثبت ان تلك البيانات إنما وضعت لاحتمال وقوع الحادث إلا ان هذا الحادث لم يقع، ويجوز إثبات ذلك بكافة الطرق، ولا مجال لتطبيق قاعدة انه لا يجوز اثبات ما يخالف الكتابة الا بالكتابة ذلك لان البيان المكتوب ليس ورقة عرفية موقعة وكما انه لم يعد مقدما للإثبات.¹

د-التأشير على السند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين:

إذا قام المدين بالوفاء بالدين فإن الدائن يعطيه عادة مخالصة بالسداد أو يؤشر على سند الدين بالوفاء مع التوقيع ويعد بذلك دليل كتابي كامل ، وقد يكتفي الدائن بالتأشير بخطه دون توقيع على السند المثبت للدين ببراءة ذمة المدين ، خاصة إذا كان الوفاء جزئيا فاعتبر المشرع طبقا للمادة 332 من القانون المدني أن مثل هذا التأشير حجة على الدائن بحصول الوفاء حتى يثبت عكس ذلك، ويلزم لإعمال هذا الحكم توفر عدة شروط تختلف حسب ما إذا كان السند في حيازة الدائن أم في حيازة المدين.

- الحالة الأولى: التأشير على سند الدين في حيازة الدائن:

إذا أشر الدائن على سند الدين الموجود في حيازته بما يفيد الوفاء الكلي أو الجزئي فإن هذا التأشير رغم أنه غير موقع عليه من الدائن يعتبر دليلا على براءة ذمة المدين، ولكن حجية هذا التأشير مقرونة بشرطين وهما :

¹ بكوش يحيى، المرجع السابق ، ص 178.

-أولاً: أن يتضمن التأشير بما يفيد براءة ذمة المدين من كل أو بعض الدين، وأن يقع التأشير على سند الدين ذاته لا على صورة له أو ورقة مستقلة عنه.

والتأشير على السند يكون بأي شكل سواء في ظهره أو بهامشه، وقد يمحي التأشير أو يشطب وفي هذه الحالة انقسم الفقه حول قوة التأشير بعد شطبه فهناك من يقول أن التأشير يبقى محتفظ بقوته في الإثبات وهناك من قال بأن الشطب يزيل قيمة التأشير ، بينما يذهب آخرون بالقول بترك الأمر لتقدير القاضي ليعطي للتأشير حجيته أو ليجرده من هذه الحجية تبعا لظروف الحال المعروضة أمامه¹.

-ثانياً: يجب أن لا يكون السند قد خرج من حيازة الدائن، فإذا خرج من حيازته فيقع عليه عبء إثبات خروج السند لدحض هذه الحجية.

أما إذا خرج من حيازته ولو كان لحظة بسيطة فإنه تزول قرينة الوفاء ، وقد تكون حيازة الدائن للسند حكماً مثل ما إذا كان السند مودعا لدى الغير كالراهن الوكيل أو المحكمة عند قيام نزاع².

-الحالة الثانية: التأشير على سند الدين وهو في حيازة المدين:

إذا أشر الدائن بما يفيد براءة ذمة المدين على السند الموجود لدى المدين نفسه فإن ذلك يكون حجة في الإثبات بشرطين هما³:

- أن يكون التأشير مكتوب 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 هنالك محو أو شطب وإلا زالت

¹ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 392.

² يحيى بكوش ، المرجع السابق ، ص 180

³ محمد حسين منصور ، المرجع السابق، ص 118 .

الحجية للتأشير لأنه لا يفهم من المحو إلا أن الوفاء لم يتم، وإذا ادعى أن الشطب تم عن غلط أو دون علمه عليه الإثبات.

- يجب أن تكون نسخة السند أو المخالصة في حياة المدين ، ومتى توفر الشرطان اعتبر التأشير حجة على الدائن في براءة ذمة المدين إلا أنه لا يصل إلى قوة الورقة العرفية الموقعة ومن ثمة يمكن للدائن أن يثبت عكس هذا الدليل بكافة الطرق.

المبحث الثاني: الإقرار

المطلب الأول : تعريف الإقرار وخصائصه

تناول المشرع الجزائري تعريف الإقرار ضمن أحكام القانون المدني كونه من المسائل الموضوعية لا الإجرائية و تحديدا بنص المادة 341 منه التي تنص على أن الإقرار هو " اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعه مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة "

بناء عليه فإن الإقرار هو اعتراف الشخص بحق عليه لآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أم لم يقصد¹. وهناك أيضا من عرفه على أنه " اعتراف الشخص بحق عليه لآخر بقصد اعتبار هذا الحق ثابتا في ذمته و اعفاء الآخر من اثباته "².

وبالتالي فالإقرار هو اعتراف الخصم أما القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السر في الدعوى المتعلقة بتلك الدعوى .

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه ، ص 471

² عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات ، طبع مركز الدلتا للطباعة، مصر ، 1997 ، ص 824

المطلب الثاني : صيغ الإقرار القضائي وصوره

بما أن الإقرار القضائي طريق غير عادي للإثبات مادام يعفي الخصم من اللجوء إلى طرق الإثبات المقررة قانونا، فهو يجعل الواقعة غير متنازع فيها لهذا يأخذ صيغا وصورا متعددة نتناول كل واحدة فمالي.

الفرع الاول: صيغ الإقرار القضائي

ليس للإقرار شكل خاص فهو قد يكون صريحا أو ضمنيا، والصريح قد يكون مكتوبا أو شفويا¹ ، والغالب انه يكون إقرارا مكتوبا دون اشتراط أي شكل .

والإقرار لا يكون ضمنيا إلا قليلا، لأن الأصل أنه لا ينسب لساكت قول فتغيب الخصم عن الحضور أمام المحكمة، أو سكوته عن الرد عند استجوابه، أو تخلفه عن الحضور للاستجواب لا يكفي لاستخلاص إقرار ضمني ، غير أن المشرع الجزائري أوجد حالات من الإقرار الضمني وأحداث لها آثار قانونية. ومن ذلك ما جاء في المادة 347 من القانون المدني التي نصت على أنه "كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه و كل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه ". فالمشرع أعطى حكم الإقرار الضمني بمجرد الامتناع عن حلف اليمين ،أو بعد ردها على من وجهها إليه .

كما أن حضور الخصم للتحقيق ورفضه الإجابة عن أسئلة محددة موجهة إليه من طرف القاضي يمكن اعتباره إقرارا. وقد قضي بان دفع المدين بسقوط دعوى الدائن بالمقاصة أو الإبراء إقرار على عدم الوفاء بالدين، وإذا تبين عدم صحة المقاصة أو الإبراء فلا يجوز للخصم الدفع بالوفاء ، وادعاء خصم بواقعتين فينكر خصمه إحداهما صراحة ويسكت عن الأخرى يعتبر إقرار ضمني بصحة الواقعة المسكوت عنها².

1 عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص474.

² بكوش يحيى ، المرجع السابق ، ص 267.

الفرع الثاني : صور الإقرار القضائي

ونميز بين ثلاث صور مختلفة للإقرار القضائي وهي :

- الإقرار البسيط : ويقصد به الاعتراف بما يدعيه الخصم دون تعديل أو إضافة .
- الإقرار الموصوف: وهو الذي يتضمن الاعتراف بالواقعة المدعى بها ،مع إضافة واقعة أخرى مرتبطة بها نشأت وقت نشوء الواقعة الأصلية ومن شأنها أن تؤثر في نتائجها .
- الإقرار المركب: يكون كذلك إذا تضمن إلى جانب الواقعة الأصلية واقعة أخرى مستقلة عنها نشأت بعد نشوء الواقعة الأصلية¹.

المطلب الثالث :شروط الإقرار القضائي

من خلال نص المادة 340 قانون مدني نخلص إلى أن للإقرار ثلاثة شروط مهمة تتمثل في :

الفرع الأول : صدور الإقرار من الخصم

وهو تقرير لواقعة معينة على اعتبار أنها حصلت، ولاشك في أن التقدير على هذا النحو هو عمل مادي كالشهادة والكتابة والتوثيق ، إذا في الأصل هو عمل مادي غير أنه من جهة أخرى فهو ينطوي على تنازل من جانب المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه وهذا التنازل هو تصرف قانوني من جانب واحد فيكون التكليف الصحيح للإقرار انه واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني².

¹ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق، ص 370 و371 .

² عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص484.

وللإقرار من حيث هو واقعة مادية لا حاجة في تمامه إلى قبول من الخصم الذي صدر الإقرار لصالحه، وإذا كان هذا الخصم يطلب عادة إثبات الإقرار في المحضر فهو يفعل ذلك لا لإظهار قبوله إياه بل لتسجيله كما صدر حتى يتيسر الرجوع إليه.

أما الإقرار من حيث أنه ينطوي على تصرف قانوني من طرف واحد لا يحتاج أيضا إلى قبول الخصم بل يجب لصحته الشروط الواجبة لصحة التصرف القانوني .

والإقرار يكون في حكم عمل من أعمال التصرف كونه لا ينشئ الحق المقر به ،فهذا الأخير موجود قبله ويأتي الإقرار ليؤكدده فقط ، وإنما يعد كذلك لأن ما يثبت الحق ذاته و يبرزه إنما يؤثر على هذا الحق تأثيرا ايجابيا مما جعله في مصاف أعمال التصرف، وما دام يعتبر من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة يجب أن يكون التوكيل به بموجب وكالة خاصة طبقا للمادة 571 قانون مدني .

الفرع الثاني: أن ينصب الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها

محل الإقرار هو الحق المراد إثباته، ولا يشترط في الواقعة المقر بها أن تكون تصرفا قانونيا بل يصح أن تكون واقعة مادية كالإقرار بالجوار أو الالتصاق، والإقرار لا ينصب على القواعد القانونية لأن القاضي هو المكلف بالبحث عنها ويشترط في محل الإقرار :

- أن لا يكذبه ظاهر الحال كالإقرار شاب ببنة كهل¹.

¹سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الجزء الخامس، دار الكتاب الحديث، 1991، ص 605.

- ألا ينصب على ما لا يجوز التعامل به أو فيه مخالفة للقوانين والنظام العام أو الآداب، كالإقرار بفوائد ربوية بين الأفراد أو الإقرار لإثبات وجود عقد شكلي، كما لا يصح الإقرار لدحض ما جاء في محرر أو محضر له حجية إلى غاية الطعن فيه بالتزوير، ولا يعتد بالإقرار خلافا لما تقتضيه قرينة قانونية قاطعة¹.
- أن يكون محل الإقرار معينا تعينا كافيا مانعا للجهالة وهذا مرتبط أساسا بكونه من أعمال التصرف فلا يجوز الإقرار بشيء لم يوجد بعد كونه لم يترتب بعد في ذمة الشخص .

الفرع الثالث: أن يتم الإقرار أمام القضاء وأثناء سير الدعوى

وهذا الشرط يقضي معرفة مكان وزمان الإقرار ، بحيث يجب أولا أن يتم الإقرار أمام القضاء ، وهذا ما يميز بين الإقرار القضائي وغير القضائي، وقد ذهب البعض إلى أنه يعد الإقرار الذي يحصل أمام محكمة غير مختصة إقرار قضائي بشرط ألا يكون عدم اختصاصها متعلق بالنظام العام ، وكذلك الإقرار الذي يتم أمام المحكمين.

أما الإقرار أمام النيابة والتحقيق والخبراء فلا يعتبر إقرار قضائي لأن هذه الجهات ليست جهات قضاء لعدم اختصاصها بالفصل في الموضوع². وقد اعتبرت المحكمة العليا أن الإقرار الصادر أمام الخبير لا يعتبر إقرار قضائيا وتختلف حجته عن الإقرار القضائي.

¹عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص492.

²عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه ، ص492.

وإضافة لما سبق يجب أن يكون الإقرار أثناء سير الدعوى ، ومقتضي ذلك أن يصدر الإقرار خلال إجراءات الدعوى التي يكون فيها الإقرار دليل الإثبات، فيصح أن يكون في صحيفة الدعوى ذاتها أو في المذكرات التي تليها أو في المذكرات التي يرد بها على الدعوى¹.

المطلب الرابع : حجية الإقرار القضائي وسلطة القاضي في تقديره

الفرع الاول: حجية الإقرار القضائي

متى توافرت شروط الإقرار القضائي ترتبت آثاره القانونية الواردة في المادة 342 من القانون المدني، والتي تنص على أن "الإقرار حجة قاطعة على المقر ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى." فمن خلال هذا النص يتبين أن الإقرار حجة قاطعة على المقر وقاصرة عليه وأن الإقرار لا يتجزأ إلا استثناءً.

أولاً- الإقرار حجة قاطعة على المقر

يقصد بذلك انه يعتبر حجة عليه يؤخذ به ولا يجوز له العدول عنه، وكونه يكسب حجية كاملة ضد المقر هو انه يصدر من الخصم ضد مصلحته الشخصية ، غير انه إذا كان الإقرار حجة على المقر ولا يجوز له أن يعدل عنه فذلك لا يمنع من أن يطعن المقر في إقراره بأنه صوري تواطأ عليه خصمه أو انه وقع نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه، أو صدر منه وهو ناقص الأهلية فإذا اثبت ذلك بالطرق المقررة قانوناً بطل الإقرار، ولا يكون هذا رجوعاً في إقرار موجود بل هو إلغاء لإقرار ظهر بطلانه ، أما الإقرار القائم الصحيح فلا يجوز الرجوع فيه ولا يجوز إثبات عكسه².

¹ القرار رقم 49562 المؤرخ في 1988/12/07، المجلة القضائية ،العدد الثاني، سنة 1990، ص38.

² عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص499.

وفي ذات الوقت بما أن الإقرار حجة قاطعة على المقر فهو إذا حجة قاصرة عليه وعلى الخلف العام¹، فالإقرار تصرف قانوني لا تسري آثاره إلا بالنسبة للأشخاص الذين تتصرف إليهم آثار التصرف القانوني، أما غير هؤلاء فلا يتعدى إليهم أثر الإقرار، فإقرار احد الشركاء لا ينصرف إلى باقي الشركاء، وإقرار أحد الورثة بدين على التركة لا يسري على باقي التركة، وإقرار أحد المدينين المتضامنين بعد اكتمال مدة السقوط لا يسري في حق غيره.

ثانياً - عدم جواز تجزئة الإقرار

يقصد بعدم جواز تجزئة الإقرار انه لا يجوز للخصم أن يفصل في الإقرار بين ما يكون نافعا له يأخذه وبين ما يكون ضارا به فيتركه، وذلك على أساس أن ارتباط أجزاءه في قصد المقر يجعل الإقرار وحدة يجب أخذها بأكملها أو تركها بأكملها²، إلا أن تطبيق هذه القاعدة يختلف حسب صور الإقرار والتي تم التطرق إليها سابقا .

ففي الإقرار البسيط لا مجال لإعمال قاعدة تجزئة الإقرار، ومثال ذلك أن يدعي الدائن انه اقترض المدعى عليه مبلغا فيعترف المدعى عليه دون تعديل .

أما في الإقرار الموصوف نميز بين الاعتراف بواقعة أصلية مدعى بها ،تضاف إليها واقعة أخرى مرتبطة بها نشأت وقت نشوء الواقعة الأصلية ومن شأنها أن تؤثر في نتائجها، مثل أن يدعي المدعى أنه اقترض المدعى عليه مبلغ من المال وان الأجل قد حل ، ويطلب الوفاء غير أن المدعى عليه يقر بالدين ولكن الأجل لم يحل بعد، فالإقرار هنا موصوف والوصف هو عدم حلول أجل الوفاء وحكمه أنه لا يتجزأ على

¹ هناك من يرى بأن أثر الإقرار ينصرف إلى الخلف الخاص فيما يتعلق بالحق الذي انتقل إليه .راجع : محمد حسن قاسم، المرجع السابق ، ص 369.

² محمد حسن قاسم ، المرجع نفسه، ص 369.

صاحبه فقد أقر المدين بالدين مؤجلا، فإما أن يأخذ الإقرار كله موصوفا كما هو و إما أن يتركه كله وليس للدائن أن يجزئه مقتصر على ما يفيد منه.

في حين في الإقرار المركب الواقعة الأصلية المعترف بها تقتزن بواقعة أخرى مرتبطة بها بعدها، ولا تنشأ وقت نشوئها ، ومثاله أن يقر المدين بأنه اقترض مبلغ من المال وهي الواقعة الأصلية ولكنه وفي ذلك المبلغ وهي واقعة أخرى مستقلة عن الواقعة الأصلية ونشأت بعدها، والأصل أن الإقرار المركب لا يتجزأ على صاحبه ، غير أن هناك من يفرق بين صور الإقرار المركب والتي منها ما يمكن أن يتجزأ على صاحبه وحسبهم الإقرار المركب لا يتجزأ إذا كانت الواقعة المضافة إلى الواقعة الأصلية مرتبطة بها ارتباطا وثيقا من حيث محلها وطبيعتها، وتفترض سابقا وجودها وإلا فانه يتجزأ واعتبروا الإقرار بالدين والوفاء لا يقبل التجزئة وهو ما أكدته المحكمة العليا¹.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير الإقرار القضائي .

إذا توافر للإقرار كل الشروط التي يتطلبها قانونا لانعقاده وصحته صار حجة قاطعة على المقر لا يجوز له العدول عنه، ويتعين على القاضي أن يأخذ به ويحكم بمقتضاه، فالإقرار ليس من الأدلة التي يكون للقضاء سلطة تقدير حجيتها وإنما من الأدلة التي ينقيد القاضي بحجيتها وهو ما ضمنته المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث جاء فيه "متى كان من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر فان قاضي الموضوع لا يحتفظ باختصاصه في السلطة التقديرية تجاه هذا الإقرار ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ،ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضده اعترف صراحة انه استولى على الغرفة المتنازع عليها دون علم أو موافقة المالك أمام القاضي الأول فان القضاء بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برفض طلب الطاعن الرامي إلى طرد المطعون ضده من

¹ القرار رقم 25311 المؤرخ في 12/05/1982 المجلة القضائية، العدد الثاني ، سنة 1989 ، ص 30.

الغرفة المتنازع عليها الكائنة بالعمارة التي يملكها يكونوا كما فعلوا خرقوا القانون ومتى كان ذلك استوجب
نقض القرار المطعون فيه¹

ومع ذلك فان للقاضي أن يفسر الإقرار لتوضيح ما فيه من غموض و إزالة ما فيه من لبس و هي سلطة
مقررة له بالنسبة لأي دليل ومن حقه أن يفسر كل دليل يقدم لديه .

المبحث الثالث : اليمين الحاسمة

اليمين قولاً يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول أو على أنجاز ما يعد ، وقد تناول المشرع
الجزائري أحكام اليمين ضمن المواد 343 إلى 350 من القانون المدني ، وهي مصنفة إلى نوعين يمين
حاسمة تعتبر من طرق الاثبات ذات القوة المطلقة ويمين متممة تعد من طرق الاثبات ذات القوة المحدودة.

المطلب الاول : تعريف اليمين الحاسمة وصيغتها

الفرع الأول: تعريف اليمين الحاسمة

اليمين الحاسمة هي يمين يوجهها الخصم إذا اعوزه الدليل المطلوب ليحسم بها النزاع ولهذا سميت
حاسمة ويمكن أن توجه في شأن طلب أو دفع ولذلك يصح أن توجه من قبل كلا الخصمين للأخر وفقاً لما
أكدته المادة 343 من القانون المدني وهي ليست دليلاً يقدمه الخصم على صحة ما يدعيه وإنما هي وسيلة
احتياطية يلجأ إليها الخصم محتكماً إلى ذمة خصمه وضميره².

¹ القرار رقم 40402 المؤرخ في 17/06/1987، المجلة القضائية ، العدد الرابع ، سنة 1990.

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 263

ومن خلال نص المادة 344 من القانون المدني الجزائري نجد أن اليمين الحاسمة تنصب على الوقائع القانونية لا القانون ، ويجب أن تتعلق هذه الواقعة بشخص من وجهة إليه وإلا تكون مخالفة للنظام العام. وبالتالي تكون حاسمة للنزاع.

إذا ينصب موضوع اليمين الحاسمة على الوقائع القانونية سواء كانت واقعة مادية أو تصرف قانوني أيا كانت قيمتها ولو جاوزت النصاب القانوني لإثبات ما يجاوز أو يخالف مضمون ما يثبت كتابة بين الخصوم والمحدد ب 100.000 دج بعد تعديل القانون المدني الجزائري¹.

أما ما لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير كالمحاضر الرسمية وباقي السندات التي تكتسي الصبغة الرسمية أو في التصرفات التي تعد الشكلية ركنا في قيامها فلا يجوز ولا يستساغ إثبات ما يخالفها باليمين.

ويشترط أن تكون الواقعة المراد تأدية اليمين عنها متعلقة بشخص من وجهة إليه وأن يكون أداء اليمين على اثبات وجود الواقعة أو نفيها كما اذا حلف الدعي على أنه أقرض المدعى عليه مبلغا من المال أو أن يحلف المدعى عليه على أنه لم يقترض من المدعي ما يطالبه به من دين .

أما اذا لم تكن الواقعة متعلقة بشخص من وجهة اليه اليمين بل تتعلق بغيره فيجوز للخصم أن يحلف على مجرد العلم بالواقعة ، وليس لإثبات وجودها لأنها ليست من فعل نفسه بل من فعل غيره لذا سميت بيمين العلم فيحلف على أنه لا يعلم أن مورثه كان مدينا للشخص الذي يطالب بالدين .

ويشترط أيضا في الواقعة المراد تأدية اليمين عنها ألا تكون مخالفة للنظام العام فلا يجوز توجيه اليمين الحاسمة بشأن دين نجم عن قمار مثلا . واذا ما توافرت هذه الشروط يجوز توجيه اليمين الحاسمة ويترتب

¹ بكوش يحي، المرجع السابق، ص 317 .

عن ذلك حسم مصير النزاع فاذا حلفها الموجهة اليه خسر المدعي دعواه واذا نكل أجيب المدعي الى طلباته، أما اذا ردها على المدعي فنكل خسر هذا الأخير دعواه¹.

الفرع الثاني: صيغة اليمين الحاسمة

إن توجيه اليمين يجب أن يكون في صيغ واضحة لا لبس فيها ولا إبهام وتكون هذه الصيغة من حق موجه اليمين مع وجوب عرض هذه الصيغة على المحكمة حتى تأمر بتوجيهها بعد أن تعتمد عليها وإلا كانت اليمين باطلة .

ويجوز لمن وجهت إليه أن يعترض على صياغتها لعدم توافر شروط الواقعة كعدم تعلقها بشخصه مثلا ويجب على المحكمة الفصل في منازعته ولا يعد ناكلا عن أدائها، إلا في حالة رفض أوجه اعتراضه. أما إذا قبلتها حكمت بأداء اليمين مبينة في منطوق حكمها الصيغة التي ستؤدى بها اليمين في الجلسة المخصصة لذلك وفقا للمادة 433 من قانون الإجراءات المدنية . وتقاديا لأي إشكالات يتعين على القاضي المحافظة على الصيغة التي تقدم بها الخصوم ما أمكن ذلك وإن كان عليه إضافة تعديل عليها، فيجب أن يراعي في ذلك عدم المساس بمعناها ومدلولها كما يجب تحديد الأشياء المؤداة عليها حتى تتمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها على مدى احترام القواعد القانونية المنصوص عليها في هذا الشأن .

وإذا ما صدر الحكم بأدائها غيابيا يبلغ للخصم المتغيب فاذا حضر وامتنع عن أدائها أو تخلف عن الحضور بغير ابداء عذر شرعي عد ناكلا، أما حال حضوره وموافقه على أدائها يحرر القاضي محضرا بأداء اليمين ويوقع عليه مع أمين الضبط².

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 542 .

² محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات، الجزائر، طبعة 1991، ص 66

أما عن كيفية أدائها فقد نصت المادة 434 من قانون الإجراءات المدنية على أن الخصم يؤدي اليمين بالجلسة أمام القاضي بالعبارة الآتية : * **أحلف بالله العلي العظيم** * . كما يجوز للقاضي أن يقبل أو أن يأمر بأن تؤدي اليمين بالصيغة المقررة في ديانة الحالف أما اليمين بين المسلمين فلا تصح إلا باسم الله عز وجل ولا تجوز بغير ذلك مثل الحلف بالقرآن ولا بالنبي، وإذا كان من وجهت اليه اليمين أبكما عبر عن قبوله أدائها أو نكوله أو رده لها على خصمه كتابة وإن كان لا يحسن الكتابة فيكون تعبيره عن كل ذلك بإشارته المعهودة¹.

المطلب الثاني: توجيه اليمين الحاسمة

إن توجيه اليمين الحاسمة يعد عملا قانونيا من جانب واحد أي أنه يتم بإرادة منفردة فلا يحتاج إلى قبول من الطرف الآخر، ذلك أن من وجهت اليه لا يملك إلا قبول الاحتكام الى ضميره إلا أن هذا لا يعد في ذاته قبولاً لإيجاب ما دام أنه لا يملك سوى أن يقبل أداء اليمين أو أن يردها على من وجهها .

الفرع الأول: من يوجه اليمين الحاسمة ولمن يوجهها

أولاً: من يوجه اليمين الحاسمة

تنص المادة 343 من القانون المدني الجزائري : " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر . " اذا يتضح من هذه المادة أن الأطراف هي التي تملك الحق في توجيه اليمين الحاسمة والمقصود بالخصم الذي يوجهها² هو كل خصم مكلف بإثبات واقعة قانونية لا يملك دليلها سواء أكان مدعياً يريد اثبات حق يدعيه أو مدعى عليه يريد اثبات دفع يدعيه أيضاً .

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 554 .

² أحمد نشأت، المرجع السابق ، ص 81 .

- وليس من حق القاضي توجيه اليمين للخصم دون طلب خصمه فقد يكون للخصم مصلحة في إرجاء الحلف كالوصول إلى مصالحة أو استخلاص إقرار .

ونظرا لخطورة توجيه اليمين والتي يترتب على تأديتها حسم النزاع يستلزم القانون أن يكون أدائها بحضور الخصم أو بعد تبليغه وفقا للقانون، كما يشترط في توجيهها الأهلية والخلو من عيوب الإرادة ولا يصح توجيهها بمجرد وكالة عامة بل لا بد في ذلك من وكالة خاصة¹، طبقا لنص المادة 574 من القانون المدني فالأهلية الكاملة تقتضي بلوغ الخصم سن الرشد وألا يكون محجورا عليه لجنون أو عته أو غفلة وبالتالي فإن الصبي والمحجور عليه يكون لهما القانوني توجيه اليمين .

وإذا كان توجيه اليمين الحاسمة من حق الخصم إلا أن للقاضي سلطة تقديرية حسب البعض في ذلك فيستطيع منع الخصم من توجيهها كما إذا كان توجيهها يراد به التشهير بالخصم فقط² إلا أنه متى توافرت شروطها وكانت هي السبيل الوحيد للإثبات فلا يمكن للقاضي منع توجيهها .

أما إذا كانت الواقعة محل تأدية اليمين غير متعلقة بشخص من وجهت إليه أو أنها ليست منتجة في النزاع هنا يمكن للقاضي منع توجيهها لتخلف أحد شروطها بشرط أن يسبب هذا المنع ويظهر ذلك من خلال نص المادة 343 من القانون المدني .

ثانيا: لمن توجه اليمين الحاسمة

يجب أن توجه اليمين الحاسمة الى الخصم شخصا وأن تتعلق بذمته ، كما يجب أن يكون هذا الأخير خصما أصليا في الدعوى وأن تتوافر فيه أهلية التصرف وقت أدائه اليمين لأن هذا الخصم يجب أن يكون قادرا على الخيار ما بين أداء اليمين وبين ردها او النكول .

¹ بكوش يحي، المرجع السابق، ص309 .

² محمد زهدور، المرجع السابق، ص 91 .

الفرع الثاني - متى توجه اليمين الحاسمة

نص المشرع الجزائري من خلال المادة 344 من القانون المدني في فقرتها الثانية على أنه " يجوز توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى " .

وعليه يمكن توجيه اليمين الحاسمة في جميع مراحل الدعوى ما دام لم يصدر حكم نهائي لأن الخاصية الأساسية لليمين هي حسم النزاع وانهاؤه¹. وسواء كان ذلك قبل صدور أحكام تحضيرية أو تهديدية أو بعد صدورها وهذا طالما لم يصدر حكم حائز لقوة الأمر المقضي فيه .

كما يمكن توجيهها في مرحلة الاستئناف، إلا أن ذلك لا يجوز أمام المحكمة أو أمام قاضي الأمور المستعجلة لأن هذا الأخير يتولى النظر في الأمور الوقتية التي لا تمس بأصل الحق، بينما اليمين الحاسمة من شأنها حسم النزاع .

الفرع الثالث: الرجوع عن اليمين الحاسمة

تنص المادة 345 من القانون المدني على أنه " لا يجوز لمن وجه اليمين أورها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين " . ومقتضى هذا النص أن من وجه اليمين الى خصمه أو ردها يستطيع أن يرجع عن هذا التوجيه أو الرد طالما أن خصمه لم يعلن قبول أدائها وحتى بعد صدور الحكم بأدائها وتبليغه للخصم أما إذا صدر قبول الخصم لأدائها، فلا يمكن لموجهها أن يرجع عن توجيهها فالعبرة بإعلان الاستعداد للحلف والذي قد يكون صريحا أو ضمنيا كحضور من وجهت إليه اليمين الجلسة المحددة لأدائها².

¹ بكوش يحيى ، المرجع السابق ، ص312 و 313 .

² محمد زهدور ، المرجع السابق، ص63 .

ولا يشترط في الرجوع شكل خاص كما تقدم فقد يكون صريحا أو قد يستفاد ضمنيا من طلب موجه اليمين أن تفصل المحكمة في الدعوى على أساس مستندات قدمها لها أو من استئنافه الحكم الصادر بتوجيه اليمين. لكن إذا كان موجه اليمين ناقص الأهلية أو إرادته معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه هنا فقط يجوز الرجوع عن توجيه اليمين الحاسمة وهذا رغم استعداد الموجهة اليه لأدائها .

والعدول عن توجيه اليمين في الوقت السابق لقبولها لا يمنع من إعادة توجيهها مرة ثانية ما لم يكن قد تنازل نهائيا عن توجيهها وقبل منه خصمه هذا التنازل ، أما إذا رجع عن رد اليمين الى خصمه اعتبر رده كأن لم يكن وعادت اليمين موجهة اليه وتعين عليه أدائها وإلا عد ناكلا .

المطلب الثالث: آثار توجيه اليمين الحاسمة

إذا وجهت اليمين الحاسمة وفقا للأحكام السابقة ترتب عن ذلك أحد المواقف الثلاثة الآتية:

الفرع الأول : أداء اليمين

وهنا يجب على من وجهت إليه اليمين الحاسمة ولم يردّها على خصمه أن يؤدي اليمين بنفسه، لأن التوكيل في توجيه اليمين جائز لكنه غير جائز في أدائها . وتؤدي بالصيغة التي أقرتها المحكمة وبالتالي يصبح مضمون اليمين حجة ملزمة للمحكمة ويحسم النزاع ويخسر من وجه اليمين دعواه سواء صدق الحالف بيمينه أو كذب فيها. ويكون الحكم برفض الدعوى حكما نهائيا تتعلق به حجية الشيء المحكوم فيه لأن اليمين تشكل حجة قاطعة فيمنع على المحكمة أن تتناول النزاع من جديد بأدلة أخرى ، كما يمنع من خسر دعواه بالطعن في الحكم بالاستئناف أو التماس إعادة النظر تأسيسا على كذب اليمين إلا اذا ثبت ذلك بحكم جزائي وهنا يجوز للخصم المتضرر طلب التعويض أو الطعن في الحكم بالطرق المقررة قانونا وهذا تطبيق لما جاء بنص المادة 346 من القانون المدني.

ونجد أن حجية اليمين الحاسمة قاصرة على طرفي النزاع فمن وجه اليمين واحتكم بذلك الى ذمة خصمه كان أثر هذا الاحتكام قاصرا عليه هو وورثته بصفتهم خلفا عاما له ولا يتعدى أثره غيرهم، وبالتالي لا يجوز للغير أن يحتج بها ، كما أنه لا يجوز من جهة أخرى للخصم أن يتمسك باليمين اتجاه الغير ، لكن استثناءا في حالات التضامن بين الخصم الذي أدى اليمين وبين غيره يستفيد المدينون المتضامنون من اليمين إذا حلفها أحدهم أو إذا وجهها للدائن فنكل عنها وكذا بالنسبة للدائنين المتضامين إذ تطبق قاعدة النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر¹.

الفرع الثاني : رد اليمين

تنص المادة 2/343 من القانون المدني على أنه : " ولمن وجهت اليه اليمين أن يردّها على خصمه غير أنه لا يجوز ردها اذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت اليه اليمين " .

وبناء على ذلك فانه يجوز لمن وجهت اليه اليمين أن يردّها على خصمه بدلا من أن يؤديها فقد يكون غير متأكد من صحة ما يطلب منه أداء اليمين عليه فيفضل أن يحتكم الى ضمير خصمه . ويشترط لجواز ذلك أن تكون الواقعة موضوع أداء اليمين مشتركا بينهما كواقعة الإقراض أو الوفاء ومثاله أن يوجه الدائن اليمين الى مدينه مدعيا أنه أقرضه مبلغا من النقود فيردّها المدين على الدائن مقرا بالقرض مدعيا وفائه، أما اذا كانت الواقعة خاصة بشخص من وجهت اليه اليمين فلا يجوز ردها كالوارث الذي يوجه اليمين الى مدين مورثه فإن هذا الأخير لا يجوز له رد اليمين على الوارث لأن واقعة الدين لا تتعلق بشخص الوارث بل تتعلق بشخص مورثه .

¹ محمد زهدور ، المرجع السابق ، ص 65 .

وعلى من ردت عليه اليمين إما أن يحلف ويكسب دعواه أو أن ينكل ويخسر دعواه ولا يستطيع ردها مرة ثانية على خصمه لأن الرد لا يكون إلا مرة واحدة .

ويشترط في الرد ما يشترط في توجيه اليمين من أهلية التصرف و الإرادة السليمة والتوكيل الخاص إذا ما فوض الخصم غيره في الرد ، كما يجب أن يقع الرد على نفس اليمين الموجهة وإلا اعتبر ذلك توجيها ليمين جديدة .

ويكون رد اليمين نهائيا لا رجعة فيه بمجرد قبول الخصم الذي ردت عليه اليمين بأن يؤديها ، أما إذا لم يقبل أدائها فيجوز لمن رد اليمين الرجوع عن رده لها مما يجعل التوجيه الأول قائما في حقه ¹.

ويتجسد هذا من خلال نص المادة 345 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها " لايجوز لمن وجه اليمين أورها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف ذلك اليمين " .

الفرع الثالث : النكول عن اليمين الحاسمة

تنص المادة 347 من القانون المدني الجزائري على أنه : "كل من وجهت اليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه " .

والنكول موقف سلبي للخصم يتمثل في عدم الحلف حينما يجب عليه ذلك ، ويقع النكول إما ممن وجهت اليه اليمين ولم يردها على خصمه ولا يحلف فيعد ناكلا ، وإما أن يقع ممن ردت عليه اليمين فان لم يحلف عد ناكلا ، وقد يكون النكول صريحا أو ضمنيا كما إذا ما امتنع الذي وجهت إليه اليمين عن الحضور

¹ محمد زهدور، المرجع السابق، ص 64 و 65 .

بدون عذر للجلسة التي حددتها المحكمة لأداء اليمين لكن لا يعد نكولا رفض الخصم أداء اليمين على واقعة غير متعلقة بشخصه¹ .

وبعد النكول بمثابة إقرار بالحق المدعى عليه به وبالتالي يترتب عليه خسران الناكل لدعواه وبالتالي يكون الحكم نهائيا لا يجوز الطعن فيه ولا يسمح للمحكوم عليه بعد ذلك أن يثبت عدم صحة الواقعة التي اعتبرت صحيحة بناءا على نكوله أو الحلف من جديد لليمين ، وحجية اليمين الحاسمة من حيث النكول قاصرة إذ تكون حجة فقط على من وجهها وعلى خلفه العام أما في حالة التضامن فإذا نكل أحد المدينين المتضامنين كان نكوله حجة عليه دون سائر المدينين .

المحور الثالث :

أدلة الإثبات ذات القوة المحدودة

المقصود بطرق الاثبات ذات القوة المحدودة أنها طرق إثبات ليست قطعية، وبالتالي فإن القاضي له سلطة تقديرية واسعة في قبولها من عدمه. وذلك عكس طرق الاثبات ذات القوة المطلقة ، بحيث يرجع ذلك لكونها ليست مكتوبة وبالتالي تكون قابلة للتغيير وليست ثابتة ، وتتمثل أساسا في البينة أو شهادة الشهود والقرائن واليمين المتممة .

المبحث الأول : البينة (شهادة الشهود)

المطلب الأول: تعريف البينة أو شهادة الشهود

¹بكوش يحي ، المرجع السابق، ص 326.

البينة لها معنيان: معني عام، وهو الدليل أيا كان، كتابة أو شهادة أو قرائن، فإذا قلنا: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" فإنما نقصد هنا البينة بهذا المعنى العام والمعنى الخاص هو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة.

والبينة أو شهادة الشهود كما وردت بنص المادة 333 من القانون المدني، وقد كان المشرع الجزائري قبل تعديله للقانون المدني في سنة 2005 يسميها البينة، وبعد التعديل سماها شهادة الشهود، فنص بموجبها على أنه في "غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ... ويمكن أن نستتبط من خلال هذا النص أن البينة أو شهادة الشهود هي التصريح الذي يدلي به الشخص الذي وقعت تحت بصره أو تحت سمعه الواقعة محل النزاع فيدلي بها أمام القضاء، وتكون هذه الواقعة صدرت من غيره وترتب عليها حق لهذا الغير.

فالإثبات بشهادة الشهود هو الدليل المستفاد من شهادة هؤلاء الشهود، والشهود هم الأشخاص الذين يؤيدون صحة الواقعة أو العمل القانوني المدعى به باعتبار أنهم على علم بوقوعهما¹.

المطلب الثاني: خصائص الشهادة

لقد اعتبر المشرع شهادة الشهود من طرق الإثبات، وجعل لها الخصائص التالية:

- الشهادة حجة مقنعة فحسب، أي غير ملزمة، وتختلف الشهادة في ذلك اختلافا جوهريا عن الكتابة، فبينما يعتبر الدليل الكتابي بسبب إعداد سلفا حجة بذاته، يفرض سلطانه على القضاء ما لم يطعن فيه بالتزوير أو ينقض بإثبات العكس، تترك الشهادة على نقيض ذلك لتقدير القاضي، ويكون له كامل السلطة في تقدير

¹ عبد الوهاب لعشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، ص 207.

قيمتها أيا كان عدد الشهود، وأيا كانت صفاتهم، فقد يطرح القاضي أقوال الشهود كلية إذا لم يطمئن إليها، وهو غير ملزم في هذه الحالة بإبداء أسباب عدم الاطمئنان، وقد يأخذ بأقوال شاهد دون الآخر، وقد يرجح شهادة على أخرى دون أن يكون ملزما ببيان أسباب هذا الترجيح¹، كما يحتفظ بسلطته التقديرية في تفسيرها مادام لم ينحرف فيما استخلصه عما تحمله عبارات الشهود²

- الشهادة حجة غير قاطعة وذلك بعكس الإقرار واليمين أي أن ما يثبت بها يقبل النفي بشهادة أخرى أو بأي طريق آخر من طرق الإثبات، فيعتبر ما ثبت بالشهادة صحيحا إلى أن يثبت عكسه قبل الحكم، ولذلك نصت المادة 69 من قانون الإثبات المصري على أن الإذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضي دائما أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق، ولا نجد لها مثيلا في قانون الإجراءات المدنية 09/08 بالجزائر.

- الشهادة حجة متعدية أي أن ما يثبت بها يعتبر ثابتا بالنسبة إلى كافة، لأنها صادرة من شخص عدل خالي المصلحة في النزاع، لا يهمه أن يحابي أحدا من الخصوم، ولم يوجد ما ينفي دلالتها على عكس الإقرار الذي يعد حجة قاصرة على المقر تجاه المقر لصالحه³.

- الشهادة دليل مقيد لا يجوز الإثبات به إلا في حالات معينة، لأن المشرع قدر احتمال الكذب فيها فحد من خطرهما بتفضيل الكتابة عليها، فلا يقبل الإثبات بشهادة الشهود فيما أوجب القانون إثباته بالكتابة إلا إذا رضي الخصم بأن يثبت خصمه ما يدعيه بشهادة الشهود، لأن وجوب الإثبات بالكتابة لا يتعلق بالنظام العام⁴.

¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 297 .

² همام محمد محمود زهران، الوجيز في إثبات المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2003، ص 305.

³ همام محمد محمود زهران ، المرجع نفسه، ص 305 .

⁴ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 05 .

المطلب الثالث : أنواع البيئة

الفرع الأول : الشهادة المباشرة والشهادة غير المباشرة :

في البيئة أو الشهادة يدلي الشاهد بما وقع تحت بصره أو سمعه، فالشاهد يشهد على وقائع مادية أو تصرفات قانونية تمت تحت بصره أو سمعه، ومصدر شهادته معرفته الشخصية للواقعة، بحيث يكون على سبيل المثال قد شهد بنفسه تمام واقعة الزواج بمجلس العقد وهذا في حالة تنازع أحد الزوجين حول واقعة زواج عرفي، فيطلب إلى المحكمة حضوره ليشهد بما رأى وسمع، أو يكون قد سمع بأذنه كما إذا حضر مجلس العقد وسمع البائع يتعاقد مع المشتري، فجاء إلى المحكمة يشهد بما سمع، وإما لأنه رأى وسمع، كما إذا سمع المقرض يتعاقد مع المقترض، ورآه يعطيه مبلغ القرض. فما يراه الشاهد بعينه ويسمعه بأذنه ويأتي إلى المحكمة ليشهد به تسمى شهادته **شهادة مباشرة**، وهذا هو الأصل في الشهادة أي تكون مباشرة. أما **الشهادة غير المباشرة** فتسمى الشهادة السماعية أي أن الشاهد هنا لا يشهد بما وقع تحت بصره أو تحت سمعه بل يشهد بما سمع من غيره حول الواقعة محل النزاع، بما يفيد أن هذا الغير هو الذي روى للشاهد ما وقع تحت بصره إذا كانت الواقعة محل النزاع مما يرى، أو يخبر هذا الغير الشاهد بأنه سمع حول هذه الواقعة مما يسمع فقط. والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية، ويقدر القاضي قيمتها كما تقدر الشهادة الأصلية، وقد يراها تعادل الشهادة الأصلية في القيمة، ولكن الغالب أن تكون الشهادة السماعية دون الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضي بها¹.

الفرع الثاني : الشهادة بالتسامع والشهادة بالشهرة العامة:

وهي تختلف عن الشهادة السماعية التي تتعلق بأمر معين نقلا عن شخص معين شاهد هذا الأمر بنفسه، لأن الشهادة بالتسامع، ولو أنها تتعلق بأمر معين إلا أنها ليست نقلا عن شخص معين شاهده

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 312.

بنفسه، إذ يقول الشاهد: "سمعت كذا" أو أن "الناس يقولون كذا وكذا" عن هذا الأمر، دون أن يستطيع إسناد ذلك لأشخاص معينين، إذ يذكر ما تتناقله الألسن.

ولما كان من الصعب تحري وجه الحقيقة في هذا النوع من الشهادة فإنها لا تقبل في المسائل المدنية وإن أجازها القضاء وفي المسائل التجارية على سبيل الاستثناس، أما في الفقه الإسلامي فتقبل الشهادة بالتسامع في حالات معينة، وهي الشهادة بالنسب، وبالموت، وبالنكاح، وبالدخول¹.

أما الشهادة بالشهرة العامة فليست شهادة بالمعنى الصحيح وإنما هي ورقة مكتوبة تحرر أمام موظف رسمي أو مكلف بخدمة عامة تدون فيها وقائع معينة يشهد بها شهود معينون يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة، وهذا النوع كثير الاستعمال في النكاح عندما لا يتمكن الزوجان من تسجيل عقد زواجهما في الوقت المناسب فيتقدمان إلى موثق صحبة الشهود يعرفون ذلك عن طريق الشهرة العامة، ويدلون شهادتهم أمامه².

وعلى العموم فإن المشرع الجزائري لم يحدد ولم يعط قيمة خاصة للشهادات بالتسامع المتداولة حالياً، وعليه فإن قيمتها متروكة للسلطة التقديرية للقاضي في نطاق الإثبات طبقاً للقواعد العامة.

¹ جاء في القرار رقم 53272 المؤرخ في 1989/03/27 الصادر عن المحكمة العليا أنه "من المقرر شرعاً أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين أو بشهادة السماع التي يشهد فيها أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني ومخالفة الإجراءات في غير محله يستوجب الرفض.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".
المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 3، ص 82.

² بكوش يحي، المرجع السابق، ص 192-193

المطلب الرابع : حجية الشهادة في الإثبات :

بالرجوع إلى نص المادة 333 من القانون المدني الجزائري نجدها تنص "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دج، أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بشهادة الشهود في وجوده أو انقضائه ما لم وجد نص يقضي بغير ذلك".

وعلى هذا يتضح من خلال هذا النص أن لشهادة الشهود قوة محدودة في الإثبات في ميدان التصرفات القانونية المدنية ، وبمفهوم المخالفة فإن للبيئة قوة مطلقة في الإثبات خارج هذا المجال ، أي في الوقائع المادية والتصرفات القانونية التجارية .

الفرع الأول : قوة الإثبات المطلقة للبيئة:

للبيئة قوة مطلقة في إثبات الوقائع المادية والتصرفات التجارية :

أولاً: الوقائع المادية :

ومثال الوقائع المادية كواقعة الميلاد أو واقعة الموت وهي من أخطر الوقائع المادية لذا أوجب المشرع تدوينها كتابة، أما غير ذلك من الوقائع المادية فمن العسير القيام بإثباتها بالكتابة، لذا فإن المشرع الجزائري جعل باب إثباتها مفتوحاً عن طريق شهادة الشهود والقرائن، والوقائع المادية كثيرة ومتنوعة منها ما يكون مصدراً للالتزام كالعمل غير المشروع، والبناء، والغراس في الإثراء على حساب الغير، القيام بأعمال مادية في الفضالة، والجوار والقرابة في الالتزامات القانونية.

ومنها ما يكون سبباً لكسب حقوق عينية كالموت والميلاد في الميراث، والحياسة والاستيلاء والبناء والغراس في الالتصاق، ومضي الزمن في التقادم، الجوار في الشفعة¹.

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 342 .

إذا فجميع ما ذكرناه من أمثلة يجد صداه في ظل نص المادة 333 من القانون المدني من حيث جواز إثباته بالبينة أي شهادة الشهود والقرائن، ويكون فيه لشهادة الشهود وللقرائن قوة مطلقة في الإثبات .

وهناك وقائع ذات طابع مختلط يقوم فيها العمل المادي إلى جانب التصرف القانوني، وفي هذه الحالة أن نميز بين هذين العنصرين فتسري قاعدة الإثبات بالكتابة على الأول منهما، ويجوز إثبات الثاني بجميع الطرق ومنها الشهادة¹. وعلى سبيل المثال تتجسد هذه المسألة في جريمة خيانة الأمانة المنصوص عليها بنص المادة 376 من قانون العقوبات، فبموجبها لا يمكن إدانة المتهم بهذا الجرم، إذا لم يتم إثبات قيام رابطة تعاقدية بين المتهم والضحية، الواردة على سبيل الحصر بموجب هذا النص، وبالرجوع إلى القواعد العامة، والمتمثلة في نص المادة 333 من القانون المدني، فإن قيمة التصرف إذا تجاوزت مبلغ 100.000 دج فيجب إثبات ذلك كتابة أمام القاضي الجزائي، أما واقعة الاختلاس في واقعة مادية، وطالما كانت كذلك فيجوز إثباتها بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن.

ثانيا: التصرفات القانونية التجارية :

استثنى المشرع المواد التجارية أي المعاملات التجارية التي تحصل بين تاجرين من مجال تطبيق المادة 333 من القانون المدني والتي أكدت ذلك من خلال عبارة " في غير المواد التجارية..." ومعنى ذلك أن الإثبات حر في هذه المسائل كقاعدة عامة²، والعلة في ذلك أن الأعمال التجارية تقوم على الثقة من ناحية، وعلى السرعة من ناحية أخرى، سواء في انعقادها أو في تنفيذها، والكتابة تؤخر المعاملات وتمس الثقة، لذلك حررها المشرع من قيد الكتابة، وجعل الأصل فيها حرية الإثبات، فيستطيع الدائن أن يثبت

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 123 .

² على خلاف المشرع العراقي الذي انفرد باتجاه جديد دون سائر التشريعات العربية حيث ألغى حرية الإثبات في المواد التجارية، وتخضع كل التصرفات مدنية أو تجارية إلى قاعدة عدم جواز الإثبات بالشهادة إذا تجاوزت قيمة نصاب الإثبات بها.

بواسطة الشهود والقرائن الالتزام الذي يدعيه مهما كانت قيمته، كما أنه يستطيع إثبات ما يخالف أو يجاوز عقدا مكتوبا يدلى به أمام القضاء .

فإذا كان العمل التجاري بين تاجرين جاز لكل منهما الإثبات بشهادة الشهود، أما إذا كان العمل مدنيا بين تاجرين أو تجاريا بين شخصين غير تاجرين، فلا تطبق القاعدة المتقدمة، ويجب إتباع القواعد الخاصة بعدم جواز الإثبات بشهادة الشهود، أما إذا كان العمل مختلطا أو عملا تجاريا بين طرفين أحدهما تاجر، والآخر غير تاجر، فإن التاجر يلتزم بقواعد الإثبات المدنية في إثبات دعواه ضد غير التاجر، فعليه ألا يثبت ما يدعيه بشهادة الشهود إذا زادت قيمة التصرف على مائة ألف دينار، وعلى العكس تطبق القواعد التجارية في الإثبات ضد التاجر، بحيث يمكنه أن يثبت بشهادة الشهود دعواه ضد التاجر أيا كانت قيمة التصرف، فيستطيع المزارع مثلا أن يثبت في مواجهة التاجر تسليم المحصول إليه بكافة طرق الإثبات ولو زادت القيمة على مائة ألف دينار بينما لا يستطيع التاجر أن يثبت دفع الثمن بشهادة الشهود.¹

وإذا كان الأصل في المواد التجارية حرية الإثبات طبقا للمادة 30 من القانون التجاري التي نصت على أنه: "يثبت كل عقد تجاري سندات رسمية، بسندات عرفية، بفاتورة مقبولة بالرسائل، بدفاتر الطرفين، بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها"، إلا أنه وخروجا عن الأصل يتعين الإثبات بالكتابة في حالتين هما:

أولا : إذا استلزم المشرع الكتابة في إثبات العمل التجاري إما لأنه لا يتصور وجوده بغير كتابة كالأوراق التجارية، وإما لأنه ينطوي على أهمية خاصة علاوة على أنه يستغرق وقتا طويلا، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 324 مكرر1: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت

¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص317.

طائفة البطلان تحرير العقود التي تتضمن...أو محلات تجارية...أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية... في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد كما يجب تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي..."، وما نصت عليه المادة 545 من القانون التجاري: "تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة"، حيث تعتبر هذه النصوص الكتابة ركنا في وجود التصرف، ولا يمكن تصوره بدونها في نظر المشرع الجزائري¹

ثانيا: إذا اتفق التاجران على أن يكون إثبات المعاملات التجارية بينهما بالكتابة، وهذا الاتفاق صحيح لأن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام، يجوز للمتعاقدین النزول عنها بأن يتفقا على أن لا يكون الإثبات بينهما حتى في علاقتهما التجارية إلا بالكتابة، فيتعين عليهما العمل بموجبه وعلى ذلك يمتنع عليهما الإثبات بشهادة الشهود².

الفرع الثاني : قوة الاثبات المحدودة للبيئة :

جعل المشرع الجزائري للبيئة قوة محدودة في الاثبات في التصرفات القانونية المدنية ، وقد نظم ذلك من خلال قاعدة عامة نصت عليها المادتين 333 و 334 من القانون المدني ، واستثناءات أوردتها المواد 335 و 336 من نفس القانون نبينها فيمايلي :

أولا : القاعدة العامة طبقا لنص المادة 333 من القانون المدني فالقاعدة أن التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها على 100.000 دج أو تكون غير محددة القيمة لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود والقرائن بما

¹ بكوش يحيى ، المرجع السابق ، ص 217.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 127.

يفيد بمفهوم المخالفة أن التصرفات المدنية التي تقل عن 100.000 دج يجوز إثباتها بشهادة الشهود وبالقرائن.

لكن الإرادة التشريعية قد تتطلب الكتابة لإثبات بعض التصرفات المدنية ولو لم تزد قيمتها عن 100.000 دج كما هو الشأن في عقد الكفالة، وعقد الصلح، وكذلك ما ذكرناه بشأن القاعدة التي توجب الكتابة في إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة حتى ولو لم تزد قيمة التصرف على مئة ألف دينار جزائري¹ وسنعالج الحالتين كل على حدى.

1-عدم قبول البينة (شهادة الشهود) في تصرفات غير محددة القيمة أو تزيد قيمتها عن

100.000 دج

جاء نص المادة 333 من القانون المدني قاطعا في تحديد نطاق هذه القاعدة وذلك بإخراج ما لا يجوز إثباته بشهادة الشهود، وهي التصرفات القانونية المدنية- دون التجارية- التي تزيد قيمتها عن 100 ألف دينار أو غير محددة القيمة، لأن هذا النوع من الوقائع القانونية هو الذي تسمح طبيعته بتهيئة الدليل الكتابي، ومن ثمة لا يجوز فيه الإثبات بشهادة الشهود، وذلك عكس طبيعة الوقائع المادية التي لا تسمح بإعداد دليل كتابي مقدما.

وعلى ذلك يكون نطاق تطبيق قاعدة عدم جواز الإثبات بالشهادة قاصرا على التصرفات القانونية المدنية دون التصرفات القانونية التجارية، لأن الإثبات في المواد التجارية مطلق تجوز فيه شهادة الشهود ما عدا الحالات الاستثنائية التي يتطلب فيها المشرع الكتابة كدليل للإثبات، كما هو الشأن بالنسبة لعقود الشركات، وعقود بيع السفن...

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 128 .

غير أن نطاق القاعدة يتحدد أيضا بصدد التصرفات القانونية المدنية، كونه لا يشمل كل هذه التصرفات أيا كانت قيمتها، وإنما هو قاصر فقط على تلك التي تزيد قيمتها على مبلغ معين حدده القانون المدني الجزائري بمائة ألف دينار جزائري .

وعليه فإن التصرفات المدنية التي تكون قيمتها مائة ألف دينار أو أقل فإنها لا تخضع للقاعدة التي نحن بصددتها، ويجوز بالتالي فيها الإثبات بشهادة الشهود.¹

وهذه القاعدة تسري على التصرفات المذكورة سواء تعلق الأمر بإثبات وجود التصرف أو إثبات انتقاله، أو تعديله، أو انقضائه، وسواء كان التصرف في صورة عقد أي تطابق إرادتين كبيع أو إيجار، أو في صورة إرادة منفردة كوصية أو إبراء أو إجازة طبقا لما تنص عليه المادة 333 من القانون المدني.

هذا وقد اتخذ المشرع من **قيمة التصرف** مناطا لتحديد دليل إثباته، بحيث إذا تجاوز قيمة معينة أو كان غير محدد القيمة، لم تجز الاستعانة بالبينة في إثبات وجوده، أو انقضائه، بحيث يترك للمتعاملين مساحة من السرعة، والثقة، يتبادلونها فيما بينهم في شأن التصرفات الصغيرة بغير أن يكلفوا بتهئية الدليل الكتابي لإثباته، وقد عنى المشرع بالنص على القواعد التي يجب مراعاتها في تقدير قيمة الحق محل الإثبات نوردتها فيما يلي:

- **العبرة بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة به:** إن مناط تحديد دليل الإثبات يتحدد بحسب قيمة التصرف بوقت صدوره، أي وقت إبرامه دون النظر إلى ما يطرأ على هذه القيمة من زيادة أو نقصان بعد ذلك، فإذا تجاوزت قيمة التصرف وقت صدوره نصاب الإثبات بالشهادة، تعين الالتجاء إلى الكتابة أو الطرق الأخرى في الإثبات من غير الشهادة والقرائن، ولو نزلت القيمة عن هذا الحد وقت

¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص304.

المطالبة، وإذا كانت القيمة وقت إبرام التصرف لا تجاوز الحد الذي ذكرناه جاز الإثبات بشهادة الشهود ولو تجاوزتها عند المطالبة¹.

- العبرة بالقيمة الإجمالية للالتزام وليس بقيمة المطالبة الجزئية منه : حيث نصت المادة 334 من القانون المدني على أنه "لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود، ولو لم تزد القيمة على مائة ألف دينار إذا كان المطلوب هو الباقي أو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة". ومقتضى ذلك أن دليل الإثبات يتحدد بحسب القيمة الإجمالية للالتزام الأصلي، وليس بقيمة ما كان محلاً للمطالبة القضائية سواء كانت هذه تمثل مطالبة بجزء منه أو بقسط من أقساطه أو بالجزء المتبقي منه، ويتأسس ذلك على أن دليل الإثبات يتحدد بحسب قيمة الالتزام الأصلي وقت نشأته، وليس بما كان محلاً للمطالبة القضائية، على اعتبار أن الواقعة القانونية المؤسس عليها المطالبة الجزئية تتمثل في التصرف القانوني المرتب للالتزام الذي تتجاوز قيمته الإجمالية الإثبات بشهادة الشهود، والذي يحدد الدليل الكتابي كدليل لإثباته وقت نشأته، كما أن العبرة في التقدير بأصل الالتزام وقت صدوره، ولا يحسب ما يضاف إلى هذا الأصل من ملحقات وفوائد تستحق لاحقاً، ولو كانت معلومة ومقدرة وقت نشوئه²، كما هو في القرض بفائدة لمدة معينة باعتبار أن هذه الملحقات تتبع الطلب الأصلي وتستند إلى ذات الواقعة القانونية المترتبة، فلا يكون لها كيان مستقل عنه³.

¹ أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 91

² همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 109

³ على خلاف المشرع الفرنسي الذي يدخل في حساب الفوائد والملحقات القابلة للتقدير والمعلومة سلفاً عند نشأة الالتزام وذلك في المادتين 1342، 1345 من ق م الفرنسي.

وقد نصت المادة 333 فقرة 2 من القانون المدني على أنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الالتزام على مائة ألف دينار لم تأت إلا من ضم الفوائد، والملحقات إلى الأصل.¹

- العبرة بالقيمة الأصلية للطلب القضائي بصرف النظر عن التعديل اللاحق له بالإنقاص : وقد نصت المادة 334 من القانون المدني في فقرتها الأخيرة على أنه : "لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على 100.000 دينار جزائري.... إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على 100.000 دج ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة"، وعليه فقد يحدث أن يطالب أحد الخصوم بما يجاوز 100.000 دينار جزائري ثم يعود بعد ذلك فيعدل عن طلبه إلى طلب ما لا يزيد على هذه القيمة لكي يتوصل بذلك إلى الإثبات بشهادة الشهود.²

ومفاد ذلك أن المشرع الجزائري اتخذ من مطالبة المدعي بما تجاوز قيمته نصاب الإثبات بشهادة الشهود ثم تعديله بطلباته بما لا يجاوز ذلك قرينة على أن تخفيض الطلب قصد به التهرب من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة، فأخذ بتقديره، ومنعه من الإثبات بشهادة الشهود، ويظل مطالبا بتقديم دليل آخر غير الشهادة، كما لو كان لم يخفض طلباته، إلا إذا استطاع هدم هذه القرينة بإقامة الدليل - بكافة الطرق - على أن تقديره للقيمة التي طالب بها وقت رفع الدعوى كان نتيجة غلط، أو سهو لم ينتبه إليه إلا بعد إعلان عريضة افتتاح الدعوى، على أن هذه القرينة لا تقوم إلا في حالة المطالبة القضائية، فلا يكفي لقيامها مطالبة الدائن مدينه شفويا أو كتابيا بما يجاوز نصاب الإثبات بشهادة الشهود، كما لا يكفي لقيام القرينة المذكورة أن يكون الدائن سبق له وأن رفع دعوى أخرى عن الدين ذاته بأكثر من مائة ألف دينار

¹وتقابلها المادة 60 فقرة 2 من قانون الإثبات المصري.

²وتأخذ ذات الحكم المادة 1343 من القانون المدني الفرنسي.

ثم ترك الخصومة في تلك الدعوى، ورفع دعوى جديدة يطالب فيها بما لا يجاوز هذه القيمة، وذلك لأن العبرة بطلب الدائن في الدعوى القائمة ذاتها بغض النظر عما سبق رفعه من دعاوى أخرى¹

- تفريق الطلبات بحسب مصدرها-سواء اختلفت أو تماثلت- بحيث لا تجمع لمجرد اتحاد الخصوم:

نصت المادة 333 فقرة 3 من القانون المدني على أنه: "إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة، جاز الإثبات بالشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري، ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم، أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة، ..."، ومن ذلك إذا رفع شخص دعوى على آخر يطالبه فيها بمبلغ 99800 دج ثمن أشياء قد باعها للمدعى عليه، ولم يتم دفع الثمن، ويطالبه في نفس الدعوى بمبلغ 86000 دج كان قد أقرضها إياه، ولم يتم ردها، فهنا يجوز إثبات كل من التصرفين الشراء، والقرض بشهادة الشهود، رغم أن مجموع ما يطالب به المدعي يزيد على نصاب الإثبات بالشهادة.²

ويقوم هذا الحكم على أساس أنه لما كانت العبرة في إثبات الحق بإقامة الدليل على الواقعة القانونية المنشئة له، فإذا تعددت طلبات المدعي التي جمعها في إطار مطالبة قضائية واحدة وكان كل منها ناشئاً استناداً إلى مصدر مختلف، فإن قيمة كل التزام تقدر استقلالاً، سواء كانت هذه المصادر من طبيعة واحدة أو من طبيعة مختلفة، ولا يمنع استقلال هذه المصادر-ومن ثمة الالتزامات-من أن تكون بين الخصوم أنفسهم³. بحيث إذا كان كل منهما بالنظر لقيمتها مما يدخل في نصاب الإثبات بشهادة الشهود جاز إثباته بهذه الأخيرة بصرف النظر عن مجموع الطلبات باعتبار أن اختلاف المصادر وتعددتها يضيفي

¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص310.

² ملزي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص38.

³ وفي المقابل إذا تعددت الطلبات القائمة على سبب منشئ واحد اعتد بقيمتها الإجمالية ولو تعدد الخصوم كمطالبة ورثة الدائن كل واحد بنصيبه، إذ العبرة بالقيمة الإجمالية لحق السلف وليس بقيمة نصيب كل وارث لأن جميعها مردها واقعة قانونية واحدة.

استقلالاً على كل منها، ذلك أن استقلال كل دين بمصدره المنشئ يستتبع تقدير دليل إثباته بالنظر إلى قيمته بصرف النظر عما إذا كان موضوعاً لطلب قضائي مستقل أم جمع مع غيره في طلب قضائي واحد.

- **الوفاء الجزئي تصرف مستقل عن الالتزام الأصلي:** ولقد اعتبر المشرع الجزائري الوفاء الجزئي للالتزام تصرفاً مستقلاً عن الالتزام الأصلي يجوز إثباته بشهادة الشهود إذا لم يتجاوز نصاب الإثبات بها، وذلك في المادة 333 فقرة 3 من القانون المدني التي نصت على أنه: "وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري". فإن وفي المدين جزءاً من الدين، وكانت قيمة الوفاء لا تزيد عن 100.000 دج يجوز إثبات هذا الوفاء - باعتباره تصرفاً مستقلاً - بشهادة الشهود حتى ولو كانت قيمة الالتزام الأصلي تزيد على نصاب الإثبات بالشهادة. ومثال ذلك إذا كانت قيمة التصرف القانوني 500.000 دينار، فقام المدين بالوفاء عدة مرات كل منها لا تزيد عن 100.000 دج، مثلاً 90.000 دج، ثم 96000 دج، ثم 85000 دج، ثم 97000 دج، ثم رفعت عليه دعوى من قبل الدائن للمطالبة بكل الدين وهو 500.000 دج، جاز للمدعى عليه أي المدين أن يثبت كل وفاء بشهادة الشهود حتى ولو كان مجموعها يزيد على النصاب، وذلك على أساس أن كل وفاء يعتبر تصرفاً قانونياً جديداً مستقلاً عن التصرف الأصلي .

- **اعتبار التصرف غير محدد القيمة مثل التصرف الذي تزيد قيمته عن مائة ألف دينار:**

لقد اعتبر المشرع الجزائري التصرف غير محدد القيمة في حكم التصرف الذي تجاوز قيمته 100.000 دينار، فلم يجز الإثبات في مثل هذه التصرفات بالشهادة أخذاً بالأحوط في حفظ الحقوق، وذلك ما نصت عليه المادة 333 من ق م "...إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود..."

- لا مجال للاحتكام لقيمة التصرف إذا كانت الكتابة مستلزمة لانعقاد التصرف أو لإثباته: فإذا تطلب القانون الكتابة لانعقاد العقد، فإنه يعد من العقود الشكلية التي لا يكون لها وجود قانوني إلا باستيفاء الشكل المتطلب قانونا لانعقاد، ومن ثم فهذا العقد الشكلي لا يجوز إثباته -بصرف النظر عن قيمته- إلا بالكتابة التي لا تكون في هذه الحالة مجرد دليل لإثبات، بل تعتبر ركنا أو شرطا من شروط الصحة.

وقد يتطلب القانون الكتابة لإثبات العقد في نص المادة 645 من القانون المدني مثلا بنصه على أنه: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبيئة" فهي تستوجب إثبات عقد الكفالة بالكتابة حتى ولو كانت قيمتها لا تتجاوز مائة ألف دينار جزائري.

وما تجدر الإشارة إليه أخيرا أن هذا الحكم الذي بسطناه في الإثبات بالشهادة يسري على المتعاقدين وخلفهما فقط، ولا ينطبق على الغير الذي ليس طرفا في العقد، لأن التصرف بالنسبة له هو واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، ولا يلتزم بهذه القاعدة.

والحكمة في ذلك أن اشتراط الكتابة للإثبات فيما بين طرفي التصرف يقوم على أساس أنهما يستطيعان الحصول على الدليل الكتابي بإفراغ التصرف منذ البداية في محرر رسمي أو عرفي، أما الغير فلم يكن بوسع وقت إبرام التصرف أن يعد دليلا كتابيا لأنه لا علاقة له بهذا التصرف¹.

2- عدم قبول البيئة (شهادة الشهود) في تصرفات تقل قيمتها عن 100.000 دج

جاء نص المادة 334 من القانون المدني صريحا في هذه المسألة، حيث تقضي المادة 334 بأنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود، ولو لم تزد قيمة الالتزام عن 100.000 دج، وتورد ثلاث حالات:

¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 310.

- فيما يخالف الكتابة أو يجاوز أي فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي.¹

-إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا الكتابة.

-إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على 100.000 دج ثم عدل طلبه إلى ما يزيد على هذه القيمة.²

ثانيا : الاستثناء نص المشرع الجزائري في المادتين 335 و 336 من القانون المدني الجزائري

على تصرفات يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود رغم أن قيمتها تتجاوز 100 ألف دينار جزائري استثناءا وخروجا عن الأصل وذلك في حالات هي :

1-إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة : حيث نصت المادة 335 من القانون المدني على أنه : "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة".

يبير هذا الاستثناء أن وجود مبدأ الثبوت بالكتابة من شأنه أن يجعل ما يدعيه المكلف بالإثبات قريب الاحتمال، مما يبير الاكتفاء بأدلة أقل قوة من الكتابة، كالشهادة والقرائن لاستكمال اقتناع القاضي. وستعرض فيما يلي إلى تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة وشروطه، أولا ثم إلى الآثار المترتبة عليه ثانيا.

¹ في هذا الصدد صدر قرار المحكمة العليا المؤرخ في 16/06/1986 جاء فيه أنه من المقرر قانونا أنه لا يجوز الإثبات بالبينة "شهادة الشهود" ولو لم تزد القيمة عن 100 ألف دج فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن الطاعن يملك قطعة الأرض التي اشتراها بعقد رسمي وشيد عليها الدار المتنازع عليها، فإن قضاة الموضوع بإدخالهم الدار ضمن تركة مورث الأطراف اعتمادا على شهادة الشهود أن قطعة الأرض تم شراؤها بمال المورث، خالفوا القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه . المجلة القضائية ، العدد الثالث ، 1992 ، ص 61.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 397.

ويقصد بمبدأ الثبوت بالكتابة كما حدده القانون المدني في المادة 335 من القانون المدني كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال.

ويتضح من التعريف المحدد قانوناً بموجب الفقرة 2 من المادة 335 من القانون المدني أنه يشترط في مبدأ الثبوت بالكتابة ثلاثة شروط هي:

- **وجود الكتابة ولا يهم شكلها إلا أنه ينقصها شرط لاكتمالها كدليل بمعنى أن وجود ورقة مكتوبة لا تكون دليلاً، لأنها إذا كانت كذلك فلا محل لتعزيزها بشهادة الشهود، ولا يلزم أن تكون الورقة موقعة أو معدة، بل يكفي بأية ورقة كخطاب، أو مذكرة خاصة، أو دفتر منزلي، أو إيصال، أو أقوال وردت في محضر تحقيق أو في مذكرة أقوال الخصم أمام القضاء، بل إن مبدأ الثبوت بالكتابة قد يؤخذ من بقايا ورقة متأكلة، أو قصاصات من ورقة ممزقة إذا أمكن بطريق اللصق ضم بعضها إلى بعض لمعرفة مضمونها¹.**

ويعتبر أمر توفر الكتابة أو عدم توفره مسألة قانونية يخضع في شأنها القاضي لرقابة المحكمة العليا، لأنه يتوقف عليها تطبيق حكم القانون الذي يجيز الإثبات بالبينة أو عدمه.

- **أن تكون هذه الورقة صادرة من الخصم:** فيجب أن تكون الورقة صادرة من الخصم الذي يحتج عليه بها، وتعتبر الورقة كأنها صادرة من الخصم، إذا كانت صادرة عن شخص يمثله كوكيل، أو وصي، أو قيم... الخ، أما الورقة الصادرة عن شخص لا يمثله، فلا تعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة لأنها لا تزيد عن شهادة مكتوبة، ولو كانت العلاقة علاقة بنوة أو زوجية أو اشتراك في مال مشاع أو ميراث، كما لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة الورقة الصادرة من النائب خارج حدود نيابته².

¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 323.

² محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 324.

-أن تجعل هذه الكتابة الصادرة من المدعى عليه وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال: ويقصد بذلك أن يكون من شأن الورقة جعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحصول، وأن هناك مظنة على صحتها¹ طبقا لنص المادة 335 فقرة ثانية من القانون المدني "... ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال..." بمعنى أن تجعل من احتمال صدقها أرجح في عقيدة القاضي من احتمال كذبها، وهذا لا يعني أنه يجب وضوح دلالة الكتابة على الواقعة المدعاة، لأن مبدأ الثبوت بالكتابة لن يكون الدليل الوحيد الذي يبني عليه القاضي حكمه، وإنما تستكمل عقيدته عن طريق شهادة الشهود أو القرائن².

بناء عليه فإذا توافرت الشروط السابقة يصبح الإثبات بشهادة الشهود كدليل تكميلي جائزا، وإنما على من يريد التمسك بالورقة باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة، أن يطلب من المحكمة الترخيص له بالإثبات بشهادة الشهود لاستكمال دلالتها، وإلا فإن القاضي لا يعتد بالورقة لأنها لا تعتبر في ذاتها دليلا كاملا أي انه يشترط للإفادة من مبدأ الثبوت بالكتابة:

- أن يتمسك صاحب المصلحة بمبدأ الثبوت بالكتابة.
- أن يطلب صاحب المصلحة من القاضي استكمال دلالة مبدأ الثبوت بالكتابة عن طريق شهادة الشهود³.

2-إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة

تنص المادة 336 من القانون المدني على أنه: "يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان إثباته بالكتابة إذا وجد مانع في مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي". ويستفاد من هذا النص أنه إذا

¹ ملزي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص43.

² محمد حسن قاسم ، المرجع السابق، ص325.

³ أنور سلطان، المرجع السابق، ص133.

كانت هناك ظروف تحول دون حصول الشخص على دليل كتابي فإن الإثبات بالشهود يكون جائزاً، والمشرع في هذه الحالة أجاز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت قيمة التصرف تتجاوز 100.000 دج. أو ما يخالف أو يجاوز الدليل الكتابي.

ويلاحظ أن هذا الاستثناء لا يسري بالنسبة للتصرفات الشكلية فكما هو معروف أن الكتابة في هذا النوع من التصرفات ركن من أركان التصرف فإن تخلفت انعدم التصرف¹.

والمانع إما أن يكون مادياً وهو هو انعدام الوسائل المادية أو حيلولة ظروف مادية للدائن تحول دون تمكنه من تهيئة الدليل الكتابي على تصرف قانوني أبرمه كالتصرفات القانونية التي تبرم أثناء حوادث طارئة مثل الزلازل والفيضانات². ومثال ذلك الوديعة التي يودعها صاحبها مضطراً إلى شخص آخر لم تسمح له ظروفه بأخذ دليل على إيداعه لها من المودع لديه، فيرى الفقه جواز إثبات هذه الوديعة من المودع بشهادة الشهود ولو تجاوزت قيمة نصاب 100.000 دج.

كما قد يكون المانع أدبياً **المانع الأدبي** ويقصد به الحالة النفسية التي تمنع المتعاقد من طلب دليل كتابي من الطرف المتعاقد معه، والسلطة التقديرية للقاضي في قبول هذا المانع الذي يدفع به الخصم من عدمه، وهو مسألة موضوعية تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من المحكمة العليا. وأكثر ما ترجع الموانع الأدبية وفقاً لأحكام القضاء إلى وجود علاقة زوجية أو قرابة أو علاقة الخدمة أو للعرف المتبع في بعض المهن³.

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 138.

² رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، النظرية العامة للإثبات، مطبعة بيروت، 1993، ص 209.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 460.

والجدير بالذكر هنا أنه سواء كان المانع ماديا أو معنويا فهو واقعة مادية يكلف بإثباتها الخصم الذي يدعيها، وله أن يثبتها بالبينة والقرائن، فيجب على الخصم أولا أن يثبت قيام المانع ثم يثبت بعد ذلك التصرف القانوني المدعي به، ويثبت هذا وذلك بجميع الطرق. وأيا كان فإن تقديره يرجع إلى قاضي الموضوع وهو لا يخضع في ذلك إلى رقابة محكمة النقض¹.

3-قيام المانع من تقديم الكتابة لفقدائها بسبب أجنبي: وقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة بموجب المادة 336 من القانون المدني وهذا الاستثناء في جواز إثبات التصرف القانوني بشأنه يفترض أنه كان هناك دليل كتابي مثبت للتصرف، لكنه ضاع بسبب أجنبي عن إرادة الدائن.

ولما كان لا يمكن أن ينسب إلى المدعي أي تقصير لأن فقد السند لم يكن بخطأ منه فقد أجاز النص للمدعي أن يثبت بالشهود ما كان يجب عليه إثباته بالكتابة، ويشترط لكي يستفيد المدعي من الحكم المذكور للمادة أن يقيم الدليل على سبق وجود السند وفقدان هذا السند بسبب أجنبي عنه.²

المبحث الثاني : القرائن

القرينة هي ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم الدلالة على أمر مجهول³. والقرائن هي أدلة غير مباشرة لأنه لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى إذا ثبتت امكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها، ومثالها أن يكون سند الدين لدى المدين قرينة على الوفاء ، فالواقعة

¹ إدوارد عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، الجزء الأول، مطبعة النثر، بيروت، 1961، ص 346.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 143.

³ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 283.

المعلومة هي وجود السند في يد المدين ، ويستدل القاضي على هذه الواقعة على واقعة الوفاء ، فالقارئ إذا هي استدلال بالمعلوم لاثبات المجهول ، أي استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت¹.

والقارئ تنقسم إلى قسمين، قارئ قضائية يستنبطها قاضي الموضوع من وقائع الدعوى المعروضة عليه، ونوع آخر يستنبطه المشرع نفسه مما غلب وقوعه عملا في طائفة معينة من الحالات ، فيبني عليه قاعدة عامة ينص عليها في صيغة مجردة وتسمى قارئ قانونية .

المطلب الأول : القارئ القضائية ونبين أحكامها وفق مايلي:

الفرع الأول: تعريف القارئ القضائية :

نص المشرع الجزائري بموجب المادة 340 من القانون المدني على أنه: "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة أي بشهادة الشهود".

ومفاد هذا النص هو أن القاضي يجوز له استنباط واقعة مجهولة من واقعة معلومة في الدعوى المرفوعة أمامه، بمعنى أن القاضي يمكنه أن يستدل على واقعة أخرى عجز المدعي أي الطرف الواقع عليه عبء الإثبات عن إثباتها بطرق أخرى، فيستدل القاضي بالمعلوم على المجهول، ومثاله : استنباط القاضي بأن العقد المبرم بين أب وابنه عقد صوري يخفي تصرفا مستترا من واقعة الأبوة، والقاضي في استدلاله من واقعة الأبوة على صورية التصرف له سلطة تقديرية واسعة لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، وهو الاستفادة من نص المادة 340 من القانون المدني، ومعنى "كل قرينة" الواردة في النص أن القاضي غير مقيد بقرينة

¹ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 84

معينة، فقد يأخذ بقرينة معينة ولا يقتنع بمجموعة أخرى من القرائن فيستبعدا على أساس السلطة التقديرية التي يتمتع بها.

الفرع الثاني : عناصر القرينة القضائية:

تقوم القرينة القضائية على عنصرين واقعة ثابتة يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى وتسمى هذه الوقائع بالدلائل والأمارات وتشكل **العنصر المادي** للقرينة، وعملية استنباط يقوم بها القاضي ليصل من هذه الوقائع الثابتة إلى الوقائع المراد إثباتها وهذا هو **العنصر المعنوي** للقرينة .

أولاً: العنصر المادي :

إن إمام القاضي بظروف وملابسات القضية يجعله على علم كاف بكل الوقائع الثابتة أمامه في الدعوى وهو ما يمكنه من اختيار الوقائع التي كانت محل مناقشة بين الخصوم وبعد ان يقتنع بأن لها دلالات معينة، يقف القاضي عند واقعة يختارها بنفسه، تثبت عنده بأي طريقة من طرق الاثبات كورقة مكتوبة أو بيعة أ بقرينة أو غير ذلك ، والقاضي حر في اختيار الوقائع التي يقف عندها والتي يراها مواتية أكثر للدليل وأيسر لاستنباط القرينة .

ثانياً: العنصر المعنوي :

وهذا العنصر مرتبط ببداهة وذكاء وقدرة القاضي على فهم وإدراك ظروف وملابسات القضية ، إذ عليه أن يستنبط من هذه الواقعة الثابتة الدليل على الواقعة المراد اثباتها فيتخذ من الواقعة المعلومة قرينة على الواقعة المجهولة¹.

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 323

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير القرينة القضائية :

استنادا إلى المادة 340 من القانون المدني فإن للقاضي السلطة المطلقة في استنباط القرائن التي يعتمد عليها وتكوين عقيدته، ولا شأن للمحكمة العليا فيما يستخلصه منها متى كان استنباطه منها مقبولا. ولكن رغم السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في تقدير القرائن إلا أنه مقيد بشأنها من حيث أنه لا يجوز له قبول الإثبات بالقرائن القضائية إلا ما يجوز الإثبات بشأنه بشهادة الشهود، وهذا وارد بنص المادة 333 من القانون المدني التي تجعل الإثبات بالبينة أي شهادة الشهود في نفس المنزلة مع طريق الإثبات بالقرائن القضائية. والقرائن القضائية مثل البينة ليست ذات حجية قاطعة، بحيث هي تقبل إثبات العكس وهي تشبه إلى حد بعيد القرينة القانونية البسيطة.¹

الفرع الرابع : نطاق الإثبات بالقرائن القضائية وإمكانية تحولها إلى قرينة قانونية

بحسب نص المادة 340 من القانون المدني فإن نطاق جواز الإثبات بالقرائن القضائية هي ذاتها الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبينة أي بشهادة الشهود وفق ما سبق بيانه . كما أن حجيتها غير قاطعة بحيث تقبل إثبات العكس بكافة طرق الإثبات كالكتابة والشهادة بل وحتى قرينة قضائية أخرى مشابهة .

هذا وباعتبار القرينة القضائية تفيد الانتقال بالإثبات من واقعة معلومة للوصول إلى ثبوت الواقعة المجهولة من عدمه، ولما كان القاضي هو صاحب الدور في اختيار الواقعة المعلومة للتوصل إلى ثبوت الواقعة الظنية، فإن تواتر العمل القضائي باستنباط القرائن القضائية يجعل المشروع يأخذ بعني الاعتبار هذا التواتر، فتتحول القرائن القضائية إلى قرائن قانونية، لأن القرينة القانونية في أصلها هي قرينة قضائية استقر العمل القضائي على استنباطها، وعلى سبيل المثال الوفاء بقسط من الأجرة قرينة قضائية على الوفاء ببقية

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص167

الأقساط السابقة ، وبقي العمل بهذه القرينة القضائية مستقرا إلى غاية اعتبار هذا الوفاء قرينة قانونية كما ورد في القانون المدني على أن: (الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط، حتى يقوم الدليل على عكس ذلك)، كما قد يحدث خلاف ذلك، فتنتزل القرينة القانونية إلى قرينة قضائية، مثل القرينة القانونية التي تنص على أن وجود سند الدين في يد المدين دليل على الوفاء بمبلغ الدين حتى يقيم الدائن الدليل على عكس ذلك، فنزلت هذه القرينة القانونية إلى مرتبة القرينة القضائية. وبالرغم من أن القرينة القضائية والقرينة القانونية من طبيعة واحدة، من حيث التكيف والتأصيل إلا أنهما تختلفان من حيث مهمة كل منهما فالقرينة القضائية طريق ايجابي من طرق الإثبات، أما القرينة القانونية فهي إعفاء من الإثبات، مؤقت أو دائم وفقا لما إذا كانت القرينة تقبل إثبات العكس أو لا تقبل ذلك¹.

المطلب الثاني : القرائن القانونية

تعتبر القرينة قاعدة يعفي بها المشرع المدعي في ظروف معينة من القيام بإثبات دعواه ويلقي على المدعى عليه إثبات العكس .

الفرع الأول : مفهوم القرائن القانونية

القرينة أساسا استنباط لأمر مجهول من أمر معلوم وهي بذلك دليل غير مباشر لأنها لا تؤدي إلى ما يراد إثباته مباشرة بل تؤدي إليه بالواسطة أي عن طريق الأمر المعلوم ، ويرى بعض الفقهاء أنها أقل ضمانا من غيرها من طرق الإثبات، لأنها استنتاجات وما أكثر ما يخطأ الفرد في استنتاجاته. لذا لم يبح المشرع الإثبات بالقرائن إلا حال نصه عليها صراحة كما هو الحال في القرائن القانونية أو في نطاق محدود وأحوال تبرر ذلك كما هو الحال مع القرائن القضائية وفق ما سبق بيانه².

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 339 .

² عز الدين الدناصوري وحامد عكاز ، المرجع السابق ، ص 558 .

وتعرف القرائن القانونية على أنها علاقة افتراضية ينشؤها القانون بين وقائع معينة مثل قرينة الوفاء بقسط من الأجرة اللاحقة قرينة على الوفاء بالأجرة السابقة ، وهي على العكس من القرائن القضائية فإن المشرع أوردتها على سبيل الحصر لا المثال¹. والقرائن القانونية تنقل عبء الإثبات الى أحد الخصوم أو تعفي من الإثبات نهائيا وقد نص عليها المشرع الجزائري بالمادة 337 من القانون المدني والتي جاء فيها:

" القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك . "

وإذا كانت القرائن القضائية تقوم على استنباط القاضي ذاته ليتوصل من واقعة معلومة وثابتة والتي يسميها البعض أمانة إلى الواقعة المراد إثباتها، فإن القرائن القانونية من استنباط المشرع لا القاضي ولا سلطة لهذا الأخير بشأنها ، إلا أن له أن يتأكد من توافر الشروط التي تطلبها المشرع لقيامها ، وهو يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا لكونه مسألة قانونية ومثاله مراقبة المحكمة العليا لشروط إعمال قرينة حجية الشيء المقضي فيه ، هذه الشروط المذكورة أساسا ضمن نص المادة 338 من القانون المدني .

فالقانون هو الذي تقوم عليه القرينة القانونية وهذا مع كونها في الغالب قرائن قضائية في الأصل إلا أن المشرع قيمها وعمم العمل بها سواء لغرض عام أو خاص. ومثالها القرينة الواردة بنص المادة 338 من القانون المدني والمتعلقة بحجية الشيء المقضي فيه والتي بمقتضاها يعد الحكم القضائي عنوانا للحقيقة وبالتالي دليلا على صحة ما فصل فيه فلا يجوز قبول ما يخالفه لكون المصلحة العامة تقتضي توافر الثقة في أحكام القضاء .

كما قد يقصد المشرع في باب حماية المصلحة العامة الوقوف في وجه التحايل على القانون مثلما هو وارد بنص المادة 776 الفقرة الأولى من القانون المدني التي جاء فيها : "ان كل تصرف قانوني يصدر عن

¹ مسعود زبدة، القرائن القضائية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2001 ، ص 37 .

شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت وتسري عليه احكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف" وهذا محافظة على حقوق الورثة¹.

كما قد يراد به حماية مصالح خاصة ويستخلصها المشرع من أحوال الناس وطبائعهم وعاداتهم في التعامل ، ومن ذلك أن التأشير على سند الدين يفيد براءة ذمة المدين ما دام السند لم يخرج من حيازة الدائن وهو ما جسده المشرع بنص المادة 284 من القانون المدني ، وكذا القرينة القانونية الواردة بنص المادة 499 من ذات القانون والتي تفيد أن دفع المستأجر بدل إيجار لاحق قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة عليه .

كما قد يكون غرض المشرع من سن القرينة إعفاء من وقع عليه عبء الإثبات منه لصعوبة هذا الأخير ومثال ذلك أن أساس مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه هو الخطأ المفترض في رقابة المتبوع لتابعه وفي توجيهه فلا يبقى للمضرور حينئذ سوى إثبات علاقة التبعية وهو أمر سهل يجعله يستفيد من هذه القرينة القانونية ، ويستفاد من هذا المثال أيضا أن القرائن القانونية لا تعفي من تقررت لمصلحته كلية من الإثبات ، بل يبقى ملزما بإثبات الواقعة التي تقوم عليها القرينة القانونية ، وهذا ما حذا ببعض الفقهاء إلى القول أن القرائن القانونية هي في الواقع نقل لعبء الإثبات ليس من شخص لآخر بل نقله من المحل الأصلي للإثبات الى محل آخر². كما سبق وأن بينا في المثال المتعلق بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه فعوض أن يكلف المضرور بإثبات خطأ المتبوع في توجيهه والرقابة وهو المحل الأصلي للإثبات فإنه بموجب القرينة القانونية المقررة لصالحه في هذا الصدد يكفي أن يثبت علاقة التبعية بين التابع والمتبوع .

¹ عز الدين الدناصوري وحامد عكاز ، المرجع السابق ، ص 559 .

² عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 604 .

وما دام أن القرائن القانونية من إنشاء المشرع لكونه هو من قرر اعتبار الواقعة المراد إثباتها ثابتة بقيام القرينة فإنها تختلف عن القرائن القضائية في كون هذه الأخيرة دليلاً إيجابياً وليست إعفاء من الإثبات لأن الخصم عادة هو من يستجمع عناصرها فيحدد الواقعة المعلومة والواقعة المراد استنباطها منها ويطرحها على القاضي، وهذا الأخير غير ملزم بها فيمكنه الأخذ بها كما يمكنه طرحها جانباً بل ويمكنه استنباطها وحده دون أن ينتظر طرحها عليه من طرف الخصوم .

ويجب لتبيين مفهوم القرائن القانونية تفرقتها عن القواعد الموضوعية إذ مع كون كليهما من صنع المشرع إلا أنهما يختلفان في عدة أمور أهمها أنه في حين يكون الغرض من القرينة القانونية الإعفاء من إثبات واقعة صعبة الإثبات بتقرير واقعة بديلة سهلة الإثبات بطريق الاستنباط ، أما النصوص المتضمنة قاعدة موضوعية فلا تتضمن أي إعفاء من الإثبات ولأي استنباط بل موضوعها تقرير حكم معين وربطه بواقعة معينة . كما أن القواعد الموضوعية لا تجوز معارضتها بعلتها فإذا قلنا أن سن الرشد يكون ببلوغ سن 19 سنة فادعى من هو دون ذلك السن أنه بما يتمتع به من ذكاء أرشد ممن في 19 سنة فإنه لا يقبل منه ذلك .

أما القرينة القانونية فيجوز إثبات عكسها بمعارضة علتها فالمؤجر الذي يتقدم بدليل على أنه بالرغم من استلامه لقسط من الأجرة مؤخراً إلا أنه لم يستوفي قسطاً سابقاً عليه مما يجعل قرينة الوفاء بقسط سابق تسقط .

الفرع الثاني : أنواع القرائن القانونية وحجية كل منها

سبق وأن أشرنا إلى أن القرائن القانونية تبنى على الراجح الغالب من الأحوال أو على مجرد الاحتمال المتأرجح بين الصحة والخطأ لذا أجاز القانون إثبات عكسها حال احتمال أن يكون الخطأ منها كبيراً ، أما إذا كان احتمال الخطأ ضعيفاً فلا يجوز إثبات عكسها وبناء على ذلك قسمت القرائن القانونية الى نوعين :

أولاً: القرائن القانونية البسيطة وحجيتها :

الأصل أن تكون القرينة القانونية غير قاطعة فتقبل إثبات عكسها وهذا شأن كل دليل ينظمه القانون وهذا ما دفع المشرع في المادة 337 من القانون المدني الى أن نص على أنه " يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ."

فالأصل في القرائن القانونية كما أسلفنا جواز إثبات عكسها إلا إذا وجد نص يقضي بعدم جواز ذلك وهنا نكون أمام نوع آخر من القرائن وهي القرائن القانونية القاطعة. وكمثال عليها ما ورد في المادة 98 من القانون المدني الجزائري: من أن " كل التزام يفترض أن له سببا مشروعاً إلى أن يثبت العكس بالدليل .". فمتى طالب الدائن من مدينه الوفاء بالتزام معين فإن القانون يعفيه من إثبات مشروعية سبب الالتزام لوجود قرينة قانونية بنص المادة 98 المثبتة لمشروعية السبب، والتي يجوز للمدين إثبات عكسها بما يفيد أن سبب التزامه غير مشروع، ويكون له إثبات ذلك وفقاً للطرق المقررة قانوناً.

ثانياً: القرائن القانونية القاطعة و حجيتها :

هناك قرائن أقامها المشرع لاعتبارات جد هامة يحرص على عدم مخالفتها ومن ثم يجعلها غير قابلة لإثبات العكس، لذا فانه ينص على ذلك صراحة كما ورد بنص المادة 337 من القانون المدني الجزائري السابقة إلا أن عدم إمكانية إثبات عكسها لا يؤخذ على إطلاقه بل يجب التفرقة بين نوعين من القرائن القانونية القاطعة :

- قرائن قانونية تتعلق بالنظام العام : كقرينة حجية الشيء المقضي فيه فلا يجوز إثبات عكسها ولو بإقرار من الخصم و يرى البعض أن ذلك يعود أساساً لكون حجية الشيء المقضي فيه قاعدة موضوعية وليست قرينة قانونية.

- **قرائن قانونية قاطعة لا تتعلق بالنظام العام:** وتتعلق أساسا بمصلحة خاصة كقرينة انقضاء الالتزام بفوات مدة التقادم وفقا لنص المادة 782 من قانون المدني الجزائري: "كل ما على الأرض أو تحتها من غراس أو بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأقامه على نفقته ويكون مملوكا له .

غير أنه يجوز أن تقام البينة على أن أجنبيا أقام المنشآت على نفقته كما يجوز أن تقام البينة على أن صاحب الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خول له الحق في إقامتها وفي تملكها."

المبحث الثالث : اليمين المتممة:

لقد بين المشرع الجزائري في القانون المدني أن اليمين نوعان اليمين الحاسمة وفق ما تم دراسته سابقا باعتبارها دليل من أدلة الإثبات التي تنقيد فيها السلطة التقديرية للقاضي، واليمين المتممة التي تعد هي الأخرى من أدلة الإثبات وقد تناول أحكامها في المواد 348 و349 من القانون المدني، ولذا وجب تبيان التفرقة بينها وبين اليمين الحاسمة من حيث القوة في الإثبات وإطلاق أو تقييد حرية القاضي بشأنها.

المطلب الأول : تعريف اليمين المتممة وشروطها نبين ذلك وفقا مايلي :

الفرع الأول : تعريف اليمين المتممة

هي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لاحد الخصمين عندما يرى أن ذلك الخصم قدم دليلا غير كاف على دعواه ليتم الدليل باليمين ، وقد جعل القانون للقاضي هنا دورا إيجابيا في الإثبات فأباح له إذا لم يقدم أي من الخصمين دليلا كافيا على ما يدعيه أن يختار أي منهما يرجح عنده صدق قوله فيوجه إليه يمينا يتم بها أدلته غير الكافية ومن ثم سميت اليمين باليمين المتممة¹.

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 573

وبهذا فإن اليمين المتممة تختلف عن اليمين الحاسمة من حيث موجه اليمين، فاليمين الحاسمة كما سبق الإشارة توجه من طرف أحد الخصوم إلى الآخر ولا دخل للقاضي في توجيهها ، أما اليمين المتممة فإنها توجه من طرف القاضي لاستكمال اقتناعه في الوقائع المعروضة عليه .

واليمين الحاسمة وإن كانت تعتبر تصرفاً لائونياً بإرادة منفردة فإن اليمين المتممة الموجهة من قبل القاضي ليست إلا واقعة مادية يلجأ إليها القاضي لاستكمال الأدلة فتكون بذلك طريقاً من طرق الاثبات

ذات القوة المحدودة وذات الأثر التكميلي ولا تنطوي على أي تصرف قانوني¹ .

الفرع الثاني : شروط اليمين المتممة

طبقاً لنص المادة 348 فقرة 2 من القانون المدني فإن توجيه اليمين المتممة لا يقبل إلا إذا توفر شرطين

هما:

-أن لا يكون في الدعوى دليلاً كاملاً إذ أن وجود الدليل الكامل يستوجب من القاضي الحكم لصالح صاحب الدليل بحقه فاليمين المتممة تأتي لتكمل الدليل الناقص .

-أن لا تكون الدعوى خالية من أي دليل فاليمين المتممة لا تعتبر في حد ذاتها دليلاً بل شرعت لتكملة الدليل إذا كان ناقصاً فيوجه القاضي اليمين للخصم الذي يلتزم فيه الثقة والانتماء ورجحان ادعاءه أكثر

من الآخر² . واليمين توجه في أية حالة تكون عليها الدعوى قبل صدور الحكم النهائي .

المطلب الثاني: سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة

لقد نصت المادة 348 من القانون المدني على مايلي : " للقاضي أن يوجه اليمين تلقائياً إلى أي من

الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به ."

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 574

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 286

يتبين من نص هذه المادة بأن توجيه اليمين المتممة يكون في الدعوى التي ليس فيها دليلاً. وللقاضي سلطة تقديرية في توجيه اليمين المتممة وله أن يطلب من أي طرف أدائها ، والاختيار هنا منوط بتقديره فاليمين هنا منوطة بتقدير القاضي فله أن يوجهها بشرط أنه يجب أن يكون بشأن واقعة تمسك بها أحد الخصوم ، فليس للقاضي عرض واقعة جديدة وتوجيه يمين متممة بشأنها ، وهو في هذا المجال لا يخضع لأية رقابة وحتى وإن طلب أحد الخصوم منه توجيه اليمين المتممة فتبقى له حرية وسلطة تقدير توجيهها أم لا بشرط أن تكون اليمين منتجة ومن شأنها تكميل ما يوجد بالدعوى من نقص ولا تكون مخالفة للنظام العام. ويبقى دائماً على القاضي لزاماً أن يبين في حكمه أساس توجيه اليمين المتممة ويسبب ذلك تسبباً

¹

كافياً وإلا كان قراره معيباً بعيب عدم التسبب .

وللإشارة فإن الخصم الذي يوجه له القاضي اليمين المتممة لا يجوز له أن يردها على خصمه وذلك حسب نص المادة 349 من القانون المدني. كما أن اليمين المتممة كالحاسمة يجوز توجيهها في كل نزاع مدني أو تجاري ولا يجوز توجيهها أمام القضاء الإداري والجنائي ، كما يجوز توجيهها في أية مرحلة تكون

²

عليها الدعوى .

ولقد جعل الفقهاء نوعان من اليمين توجه تلقائياً من القاضي وهما اليمين المتممة ويمين التقويم ولقد نصت عليهما المادتان 348-350 من القانون المدني .

المطلب الثالث : حجية اليمين المتممة وأثر توجيهها

إن حجية اليمين المتممة هي أقل من حجية اليمين الحاسمة، بحيث أنها مجرد إجراء تحقيقي يساعد القاضي على أحسن اطلاع للوقائع وهو حر في تقدير حقيتها، وقد شرعت له اليمين المتممة لتكوين اقتناعه

¹ آدم وهيب الندوي ، دور القاضي في الإثبات ، د ذ ن ، 1995 ، ص 192 .

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 290

في حالة ما إذا لم تحصل له قناعة كافية بالعناصر الموجودة في القضية. ولكن تبقى نتائجها وآثارها غير ملزمة للقاضي وهو بذلك غير ملزم بالحكم لمصلحة من حلف اليمين المتممة. كما أن القاضي غير مقيد بها فله أن يقضي بها أو يتركها، وإن ظهرت له أدلة جديدة في الدعوى يحكم بها ويستبعد اليمين المتممة التي حلفها الخصم، بمعنى أن للقاضي الحرية تماماً في الحكم على أساسها أو على أساس أدلة أخرى .
وقد يستأنف الحكم ولا يتقيد قضاة الاستئناف باليمين التي تم استناد قضاة المحكمة الابتدائية عليها في

¹
حكمهم . وبالتالي نخلص إلى أن اليمين المتممة هي دليل إثبات متروك للقاضي تقديره ويترتب على ذلك النتائج التالية :

-عدم جواز رد اليمين المتممة وهذا حسب نص المادة 349 من القانون المدني فالخصم له الحرية المطلقة في تأدية اليمين المتممة أو النكول عنها ، ولكن لا يجوز لها ردها على الخصم الآخر ، وهذه القاعدة تملئها

²
طبيعة اليمين المتممة باعتبارها وسيلة تكميلية لاقتناع القاضي .

-عدم تقيد القاضي باليمين المتممة لأنه غير ملزم بنتيجتها ، فله أن يأخذ بها أو يتركها والغالب أن القاضي في حالة غياب أدلة جديدة يحكم لصالح من حلف اليمين إذ يكون بهذا اليمين قد استكمل الدليل الناقص في موضوع الدعوى .

- عدم تقيد الخصوم باليمين المتممة ، إذ يستطيع خصم الشخص الذي حلف أن ينقص من قيمة الدليل بإثبات عكس ذلك وهذا على خلاف اليمين الحاسمة التي لا يجوز إثبات عكس ما تضمنته بعد تأديتها من

¹ أحمد أبو الوفا، المرجع السابق ، ص 237

² بكوش يحي ، المرجع السابق ، ص 335

الخصم الذي وجهت إليه . وعليه إذا حكم بناء على اليمين المتممة فإن الخصم الذي صدر ضده هذا الحكم

1

يستطيع الطعن فيه بالاستئناف لكي يثبت كذب اليمين الي حلفها خصمه .

المحور الرابع :

أدلة الاثبات المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

تعتبر الخبرة القضائية والمعينة من الإجراءات الفنية التي تساهم في تنوير جهة القضاء للفصل في

القضايا المطروحة أمامها، تم النص على أحكامها بموجب القانون 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات

المدنية والادارية، نبين أحكامها وفق مايلي :

المبحث الأول : الخبرة القضائية

تعتبر الخبرة إحدى الطرق المباشرة للإثبات التي تنصب مباشرة على الوقائع المراد اثباتها وهي نوع

من المعينة الفنية التي تتم بواسطة شخص مختص في مجال معين، نظمها قانون الاجراءات المدنية

والإدارية في المواد من 125 إلى 145 منه .

المطلب الأول : تعريف الخبرة القضائية

إن الخبرة القضائية هي وسيلة من وسائل الإثبات يتم اللجوء إليها إذا اقتضى الأمر كشف دليل وتعزيز

أدلة قائمة ، كما أنها استشارة فنية يستعين بها القاضي أو المحقق في مجال الإثبات لمساعدته في تقدير

المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى دراية علمية لا تتوافر لدى عضو السلطة القضائية المختص بحكم

عمله وثقافته²، كما يمكن تعريفها على أنها المهمة الموكولة من قبل المحكمة أو الهيئة القضائية إلى

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 291

² عبد الحميد الشواربي، التزوير والتزييف مدنيا وجراثيا في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف، مصر، 1996، ص 552.

شخص أو إلى عدة أشخاص أصحاب اختصاص أو مهارة أو تجربة في مهنة ما أو فن أو صناعة أو علم لتحصل منهم على معلومات أو آراء أو دلائل إثبات لا يمكن لها أن تؤمنها بنفسها وتعتبرها ضرورية لتكوين قناعتها للفصل في نزاع معين¹.

وتعرف الخبرة القضائية أيضا على أنها طريق من طرق الإثبات، يتم اللجوء إليها إذا اقتضى الأمر كشف دليل أو تعزيز ادلة قائمة، فيلجأ إليها كلما قامت في الدعوى مسألة يتطلب حلها معلومات خاصة لا يأنس القاضي في نفسه إلى الكفاية العلمية أو الفنية²، كما عرفت على أنها استعانة القاضي أو الخصوم بأشخاص مختصين في مسائل يفترض عدم المام القاضي بها للتغلب على الصعوبات الفنية أو العلمية التي تتعلق بوقائع النزاع وذلك للقيام بأبحاث فنية وعلمية واستخلاص النتائج منها في شكل رأي غير ملزم³.

وعرفت أيضا بأنها إجراء للتحقيق يعهد به القاضي إلى شخص مختص يسمى الخبير، بمهمة محددة تتعلق بواقعة النزاع المعروضة عليه، لإبداء الرأي علما أو فنيا لا تتوافر في الشخص العادي ولا يستطيع القاضي الوصول إليه وحده⁴.

بناء عليه يتبين من هذه التعريفات⁵ أنها تدور حول خصائص الخبرة وطبيعتها، إذ لا تخرج جميعها

¹ أميل أنطوان ديراني ، الخبرة القضائية، المنشورات الحقوقية الصادرة ، بيروت، طبعة 1، 1977 ، ص 17.

² علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 7.

³ مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة 3، 2011، ص 100.

⁴ محمود جمال الدين زكي، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة، 1990، ص 11.

⁵ وعرفت أيضا بأنها إجراء تحقيقي واستشارة فنية تقوم بها المحكمة بقصد الحصول على معلومات ضرورية عن طريق أهل الاختصاص، وذلك للبت في كل المسائل التي يستلزم الفصل فيها معرفة أمور علمية أو فنية لا تستطيع المحكمة الإلمام بها. عباس العبودي، شرح احكام الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الطبعة 1، 2011، ص 325.

عن اعتبار الخبرة إجراء تحقيقيا، يقصد به الوصول الى معلومات فنية استعصى على القاضي فهمها وإدراكها، مما جعل ندب الخبير هو السبيل الوحيد لإثباتها وتحقيقها، وعليه فإن الخبرة القضائية تقتصر على المسائل الفنية دون المسائل القانونية التي تبقى من اختصاص القاضي¹، على أن يبقى الخبير المنتدب في حدود دائرة المهام الفنية المأمور بها قضائيا دون أن يتعداها، لأن التحقيق في النتائج التي توصل اليها من اختصاص القاضي فقط.

وبالرجوع الى نص المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تهدف الخبرة الى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة، وعليه فإن مجال الخبرة هي الوقائع المادية دون المسائل القانونية التي هي من اختصاص القاضي الذي يفترض فيه العلم بالقانون والالتزام بتطبيقه، لان عملية التكيف القانوني لسندات الخصوم يختص بها القاضي وحده. وبناء عليه لا يجوز للخبير تجاوز اختصاصه في التطرق الى هذه المسائل القانونية سواء بالبحث في العلاقة التي تربط الخصوم أو إجراء تحقيق بينهم أو البحث في سنداتهم تحت طائلة استبعاد تقرير خبرته لخروجه عن مهامه واختصاصه².

المطلب الثاني : خصائص الخبرة القضائية

تتميز الخبرة القضائية في المواد المدنية والإدارية بجملة من الخصائص التي تميزها عن باقي وسائل الاثبات الأخرى وهي:

¹ محمد حزيط ، الخبرة القضائية في المواد المدنية والإدارية في القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2014، ص 16

² تختلف الوقائع المادية التقنية أو العلمية محل الخبرة باختلاف موضوع النزاع القائم، ففي مجال منازعات شؤون الأسرة يمكن انتداب خبير لمعاينة الشخص موضوع الحجر وإعطاء تقرير طبي حول قواه العقلية، أو الاستعانة به في المسائل المتعلقة بإثبات النسب، وفي المنازعات العقارية يمكن انتدابه لإجراء مشروع قسمة أو تحديد معالم الحدود، أو تحديد مضار الجوار، وفي المنازعات التجارية لتحديد مستحقات العمال مثلا، أو لبيان أصول وخصوم الشركة وتحديد أرباح أحد المساهمين، وفي المنازعات الإدارية ما تعلق بالصفقات العمومية بسبب النزاع القائم حول عدم تسديد قيمة الاشغال المنجزة.

- الخبرة القضائية اجراء قضائي تخضع الى السلطة التقديرية للقاضي المعروض عليه النزاع، فله أن يأمر بإجرائها من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، وغير ملزم بالاستجابة لطلبهم إذا وجد بالدعوى أدلة تكفي لتكوين قناعته القانونية أو ان الاستعانة بالخبرة غير منتجة في الدعوى، وهو من يحدد مهام الخبير ومدة إيداع تقريره.

- الخبرة اجراء من إجراءات التحقيق، تهدف الى توضيح مسألة معينة أو إقامة الدليل حول وقائع مادية يصعب فهمها من الناحية الفنية أو التقنية.

- الخبرة القضائية اجراء اختياري للقاضي وهذا طبقا لنص المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فالقاضي غير ملزم بالاستعانة بخبير لأن ذلك أمر جوازي، غير أنه إذا اعترضته واقعة فنية بحتة حينها يكون ملزما بحكم المنطق والعدالة اللجوء الى أهل الاختصاص ولا يمكنه ان يحل محل الخبير¹.

- وظيفة الخبرة القضائية تقييم وتقدير وقائع مادية تتعلق بمسائل فنية لا يعلمها سوى أهل الاختصاص بحكم خبرتهم وتخصصهم، ولذا يتعين على القاضي عند الاستعانة بخبير مراعاة التخصص وملائمته لموضوع النزاع.

المطلب الثالث : إجراءات الخبرة القضائية وسلطة القاضي في الأخذ بتقرير الخبرة:

لا تتم الخبرة القضائية الا باتباع الخطوات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تبدأ بتعيين الخبير وتحديد المهام المنوطة به، ثم إيداع تقرير خبرته لدى أمانة ضبط المحكمة.

أ- تعيين الخبير: تنص المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن تعيين الخبير بمثابة رخصة من الرخص المخولة قانونا للقاضي أو احد الخصوم ، على ان يكون تعيينه بموجب حكم قضائي

¹ محمد حزيط، ، الخبرة القضائية في المواد المدنية والإدارية في القانون الجزائري ، المرجع السابق، ص 21.

صادر قبل الفصل في موضوع الدعوى، ويجب على القاضي أن يحدد في حكمه الأمر بإجراء الخبرة أسباب اللجوء الى انتداب الخبير، بيان اسم ولقب وعنوان الخبير مع تحديد تخصصه والمهام المنوطة به وأجل إيداع تقرير خبرته، وفضلا عن ذلك تحديد مبلغ التسبيق وآجال ايداعه من المكلف به والمعين في ذات الحكم، وهذا تطبيقا لنص المواد 127 و128 و129 من القانون 08-09.

ب-القيام بأعمال الخبرة: عند استلام الخبير لنسخة من الحكم القضائي المعين به بصفة قانونية عن طريق محضر قضائي أو من طرف أحد الخصوم يشرع في القيام بالمهام المسندة اليه وهي تختلف باختلاف موضوع النزاع الذي يحكمه التخصص. فقد يسند للخبير مهمة الاستماع والاطلاع على مستندات الخصوم وتلقي تصريحاتهم، كما يمكن أن يكون مكلفا بالانتقال الى مكان محدد لمعاينته أو تحديد شاغله، أو معاينة الاشغال ونسبة تقدمها، على أن يلتزم الخبير بأن يؤدي مهامه بنفسه دون تكليف غيره للقيام بها، الا إذا تعلق الامر بالأعمال التحضيرية التي تسبق أداء الخبرة من جمع المواد اللازمة لعمل الخبير¹، فلا يجوز له اطلاقا توكيل غيره في الأعمال الفنية أو العلمية لأن شخصيته في أداء هذه المهام هي محل اعتبار. وتقتصر مهمة الخبير في الإطار المحدد له من قبل الجهة القضائية بدراسة الواقعة، وابداء الرأي في المسائل الفنية التي تدخل ضمن اختصاصه دون التعرض للمسائل القانونية لأن ذلك من عمل القاضي نفسه².

ج-إعداد تقرير الخبرة: بعد انتهاء الخبير المنتدب من المهام المأمور بها، وجب عليه أن يعد تقريراً بنتائج أعماله والأوجه التي استند عليها بإيجاز، مع ابداء الرأي النهائي الذي توصل اليه مسببا رأيه تسبيبا منطقيا

¹ محمد حزيط، ، الخبرة القضائية في المواد المدنية والإدارية في القانون الجزائري ، المرجع السابق، ص 133.

² سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 367.

دون أن يخلو تقريره على وجه الخصوص أقوال وملاحظات الخصوم والإشارة الى مستنداتهم استنادا لنص المادة 138 من نفس القانون.

ويتم إيداع تقرير الخبرة في أجالها القانونية لدى أمانة ضبط المحكمة التي أمرت بتعيينه بعد التوقيع والتأشير عليه، ويكون محررا في نسخة أصلية واحدة أو عدة نسخ، وإذا تعدد الخبراء المعينين، تعين عليهم إعداد تقرير واحد إعمالا لنص المادة 127 من القانون رقم 08-09¹.

هذا ولا يتقيد القاضي بالرأي الذي انتهى اليه الخبير، فله أن يأخذ بما توصل اليه من نتائج، أو يستبعدا بنذب خبير آخر. واستنادا لنص المادة 1/144 من القانون 08-09، يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة متى اقتنع برأي الخبير وبسلامة الأسس والأسباب التي قام عليها، فإذا رأى في خلاصة الخبرة ما يكفي لتكوين عقيدته، فليس له أن يستعين بخبير آخر².

أما إذا تبين للقاضي بعد دراسة الخبرة واثارة الخصوم للملاحظات الشكلية أو الموضوعية بوجود نقص أو اغفال لبعض المهام تؤثر في الفصل في النزاع، جاز له أن يأمر بإجراء خبرة تكميلية الى نفس الخبير. إضافة إلى ما سبق واستنادا لنص المادة 2/144 من القانون 08-09 يمكن للقاضي استبعاد نتائج الخبرة إذا تبين له وجود عيوب شكلية وموضوعية في التقرير، غير أنه ملزم بتسبيب هذا الاستبعاد في حكمه والا كان مشوبا بالقصور.

¹ محمد حزيط، ، الخبرة القضائية في المواد المدنية والإدارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 138.

² علي عوض حسن، المرجع السابق، ص 87.

المطلب الرابع : حجية تقرير الخبرة القضائية

يعد التقرير الذي أعده الخبير المكلف من القضاء سنداً رسمياً في مفهوم نص المادة 324 من القانون المدني، وبالتالي لا يجوز انكار ما ورد فيه من وقائع شاهدها أو عاينها في حدود المهام المسندة إليه إلا بطريق الطعن بالتزوير، أما فيما يخص صحة ما ادلى به الخصوم من أقوال، فيجوز دحضها طبقاً للقواعد العامة من غير التقيد بطريق الادعاء بالتزوير إذ يملك الأطراف اثبات عدم صحتها أو عدم مطابقتها للواقع بكافة طرق الاثبات.

المبحث الثاني : المعاينة

تعد المعاينة من أهم أدلة الاثبات المباشرة في المسائل المادية، فهي وسيلة لإظهار حقيقة الواقعة المتنازع عليها، نظم المشرع أحكامها في المواد من 146 إلى 149 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الأول: تعريف المعاينة:

يقصد بالمعاينة انتقال المحكمة لمعاينة محل النزاع واستخلاص الدليل من المشاهدة وذلك لغموض الدليل المقدم إليها أو نقصانه، فهي عبارة عن وسيلة إثبات تسمح للقاضي بالتعرف على الوقائع في مكان النزاع . وبالتالي يقصد بالمعاينة الانتقال إلى مكان النزاع لمشاهدته على الطبيعة بقصد التوصل إلى معرفة الحقيقة والفصل في الدعوى على ضوء نتيجة المعاينة¹، فهي انتقال المحكمة لمشاهدة محل النزاع للتحقق من صحة الأوصاف التي يدعيها صاحب الشأن، وحتى خلال الجلسة مكان ويوم وساعة الانتقال، ويدعو

¹الحسن بن شيخ آث ملويا، مبادئ الاثبات في المنازعات الإدارية ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 1، 2002، ص 162.

الخصوم الى حضور العمليات أو بواسطة تتمكن من تكوين فهم واقعي صحيح للقضية المعروضة عليها، ليساعدها على الفصل فيما إذا لم تجد في أوراق الدعوى ما يكفي لذلك¹.

تتم المعاينة عن طريق رؤية المحكمة لموضوع النزاع سواء تعلق الامر بأشياء أو اشخاص أو أماكن، وقد يتم ذلك في مقر المحكمة إذا أمكن نقل الشيء محل المعاينة، وقد تنتقل المحكمة الى المكان الموجود فيه²، وعليه يمكن القول ان المعاينة هي وسيلة اختيارية في الاثبات يلجأ اليها القاضي من تلقاء نفسه أو بطلب الخصوم لرؤية موضوع النزاع على الطبيعة.

المطلب الثاني: إجراءات المعاينة وسلطة القاضي في الأخذ بها

تتم المعاينة بالانتقال الى الأماكن أو الأشخاص، ثم تحرير محضر بذلك يخضع الى السلطة التقديرية للقاضي في الأخذ أو عدم الأخذ به. وتطبيقا لنص المادة 146 من القانون 08-09، فإن الانتقال للمعاينة رخصة قانونية لمحكمة الموضوع، يجوز لها الانتقال الى عين المكان من تلقاء نفسها أو بطلب من الخصوم، تتم بناء على حكم سابق على الفصل في موضوع النزاع.

ويتم تنفيذ الحكم أو الأمر بالمعاينة من طرف القاضي نفسه مصحوبا بأمين ضبط وممن يختاره من التقنيين لمساعدته إن اقتضى الأمر ذلك، بالانتقال الى عين المكان لمعاينته أو معاينة الأشخاص المتواجدين به، فيجوز له سماع أي شخص أو شاهد يكون له الأثر في المساعدة على المعاينة، سواء من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم وهذا ما نصت عليه المادة 1/148 من القانون 08-09، كما يجوز أيضا سماع

¹مراد محمود الشنيكات، مرجع سابق، ص 87.

²سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الاثبات، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 478.

هؤلاء الخصوم أو طلب الاستفسارات، وكذا يجوز سماع الشخص التقني الذي رافقه الى مكان المعاينة لإعطائه التوضيحات اللازمة في الأمور التقنية.

ونظرا لأهمية ما تسفر عنه المعاينة من نتائج، أوجب القانون على القاضي تحرير محضر يبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة يوقع عليه كل من القاضي وأمين الضبط، ويودع في أمانة ضبط المحكمة للرجوع اليه عند الاقتضاء وهذا ما نصت عليه المادة 149 من القانون 08-09. لكن بالرغم من أهمية المعاينة في مساعدة القاضي الى الوصول الى الحقيقة في حسم النزاع، فقد منح المشرع للقاضي السلطة التقديرية في القيام بإجراء المعاينة أو عدم القيام بها وهذا ما يستشف من نص المادة 146 من القانون 08-09، وبالتالي إذا قام بها واعتمد في حكمه على تقرير المعاينة، يعتبر ما يثبت بها دليلا قائما في الدعوى خاصة إذا كان النزاع يتعلق بالحالة الطبيعية للعين المتنازع عليها¹.

أما إذا لم يقتنع القاضي بنتائج المعاينة، فيمكن له أن يستبعداها، وفي هذه الحالة هو ملزم بتسبيب عدم الأخذ بها كما هو الحال بالنسبة لأي دليل²، مع الإشارة في حيثيات حكمه أن المحكمة وجدت بملف الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها دون حاجة لتنفيذ الاجراء الذي أمرت به، فيعتبر إقامة المحكمة حكمها على ما توافر لها من أدلة بيانا ضمنيا بسبب عدولها عن قرارها السابق باتخاذ إجراء معين من إجراءات الاثبات³.

المطلب الثالث : حجية المعاينة في الاثبات

تعد المعاينة وسيلة اثبات مباشرة نص عليها المشرع صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لذلك فإن جميع ما يثبت للمحكمة بالمعاينة يعتبر دليلا قائما في الدعوى، يتعين عليها أن تتناوله في حكمها

¹إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص 347.

²مراد محمود الشنيكات، المرجع السابق، ص 45.

³محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 238.

وتقول كلمتها فيه، فإذا هي لم تذكر في حكمها شيئاً عن نتيجة المعاينة، فإن الحكم يكون ناقص التسبب مستوجبا للنقض.¹

¹ لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 268.

خاتمة :

يعتبر موضوع الإثبات من بين المواضيع التي تستقطب اهتمام القانونيين لما لهذه المسألة من أهمية بالغة وثقل كبير في ترجيح الكفة بين المتقاضين وتحكم القضاة في ممارسة العمل القضائي. وعليه تعد طرق الإثبات من أهم الموضوعات إذ تمثل الوسيلة القانونية التي تمكن الأطراف من إثبات الحقوق والالتزامات أمام القضاء، وتساعد القاضي على الوصول إلى الحقيقة والفصل في النزاعات وفقا لأحكام القانون. وقد حرص المشرع الجزائري على تنظيم وسائل الإثبات المختلفة، بشكل يحقق التوازن بين استقرار المعاملات وحماية الحقوق.

وقد أبرزت الدراسة أن المشرع الجزائري تبنى نظاما متوازنا يجمع بين مبدأ تقييد الإثبات في بعض التصرفات المدنية حماية للمتعاملين، وبين مبدأ حرية الإثبات في المادة التجارية مراعاة لخصوصية النشاط التجاري وما يتطلبه من سرعة ومرونة في إبرام المعاملات وإثباتها. كما واكب المشرع التطورات الحديثة من خلال اعترافه بحجية المحررات والوسائل الإلكترونية وفق الضوابط القانونية المقررة.

وعليه، فإن فعالية الحق لا تتوقف على وجوده فحسب، وإنما على القدرة على إثباته بالوسائل التي يقرها القانون، الأمر الذي يجعل من دراسة قواعد الإثبات ضرورة علمية وعملية لفهم آليات التقاضي وضمان التطبيق السليم للقانون وتحقيق العدالة المنشودة.

قائمة المراجع والمصادر :

1-المصادر

-الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 101، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 مؤرخ في 6 فبراير سنة 2005، ج ر عدد 11

-الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، المعدل والمتمم بالقانون 07-05، المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، ج ر عدد 31.

- القانون 02-06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر عدد 14.
- القانون 03-06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر عدد 14.
- القانون رقم 03-06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر عدد 46

2-المراجع:

أ-الكتب

- العدوى جلال على، أصول أحكام الالتزام والإثبات ، منشأة المعارف، 1996.
- أحمد ميدي ، الكتابة الرسمية كدليل اثبات في القانون المدني الجزائري ، دار هوم، الجزائر، الطبعة 1 2005.
- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، مكتبة العلم للجميع، الجزء الأول، 2005.
- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.
- إدوارد عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، الجزء الأول، مطبعة النثر، بيروت، 1961.
- أنور سلطان . قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر، 2005.
- أميل أنطوان ديراني ، الخبرة القضائية، المنشورات الحقوقية الصادرة ، بيروت، طبعة 1 ، 1977.
- بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة، 1988 .
- جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت لبنان، المجلد 2، 1994.
- حسين المؤمن ، نظرية الإثبات ، المحررات أو الإدارة الكتابية ، الجزء الثالث ، بيروت ، 1985.

-رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، النظرية العامة للإثبات، مطبعة بيروت، 1993.

-زهود محمد ، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ، د ذ ن 1999.

- سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2007.

-سرايش زكريا ، الوجيز في قواعد الإثبات ، دار هومة ، الجزائر ، 2015.

-سعاد بوزيان ، طرق الإثبات في المنازعات المدنية، دار الهدى ،الجزائر، 2015.

-سليمان مرقس ، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري ، مقارنة بتقنيات سائر البلاد العربية ، الجزء 1، عالم الكتب ، د ذ ن ، 1981.

-سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الجزء الخامس، دار الكتاب الحديث، 1991.

-عادل حسن علي ، الإثبات ،احكام الالتزام ، زهراء الشرق، د ذ ب ن ، 1997.

-عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2005.

-عبد الحكم فودة ، المحررات الرسمية والعرفية في ضوء مختلف الآراء الفقهية وأحكام محكمة النقض، دار الفكر والقانون ط2، 2006.

-عبد الحميد الشواربي، التزوير والتزييف مدنيا وجزائيا في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف، مصر، 1996.

- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات ، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، مصر، 1968.

- عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، مطبعة الحلبي، سوريا، 1955.

- عبد الودود يحيى، الموسوعة العلمية لأحكام محكمة النقض ، الجزء الأول ، د ذ ن ، د ذ ب ن ، 1982

- عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار الفكر العربي ، 1985 .

- عبد الوهاب لعشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، د ذ س ن

- عباس العبودي، شرح احكام الاتبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الطبعة 1، 2011.

- عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات ، طبع مركز الدلتا للطباعة، مصر ، 1997 .

- علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،

2007

- لحسن بن شيخ آت ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ، دار هومة للطباعة والنشر

والتوزيع، الجزائر، الطبعة 1، 2002.

- محمد حزيط ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر

والتوزيع، 2017.

- محمد حزيط ، الخبرة القضائية في المواد المدنية والإدارية في القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة

والنشر والتوزيع ، الجزائر 2014.

- محمد حسن قاسم ، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات المجلس الحقوقية ، 2005.

- محمد حسين منصور، قانون الإثبات - مبادئ الإثبات و طرقه -، د ذ ن ، د ذ س ن .

- محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات، الجزائر، طبعة 1991 .
- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، طبعا لأحدث التعديلات ومزينة بأحكام النقض ، دار الهدى، الجزائر ، 2008.
- محمود جمال الدين زكي، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة، 1990.
- مسعود زبدة، القرائن القضائية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2001 .
- مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة 3، 2011.
- نبيل إبراهيم سعد ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان ، د ن س ن -همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
- يوسف احمد النوافلة ، المحررات الالكترونية في الإثبات، دار وائل للنشر، الأردن ، 2007.

ب-الرسائل والمذكرات

- بن شنات صالح ، دور القاضي المدني في الإثبات ، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة وهران 2، 2017-2018.

ج-الاجتهادات القضائية

- المجلة القضائية ،العدد الثاني، سنة 1990.
- المجلة القضائية، العدد الثاني ، سنة 1989.
- المجلة القضائية لسنة 1990 ، العدد 3.
- المجلة القضائية ، العدد الثالث ، 1992.
- مجلة القضائية ، العدد الرابع ، 1990.

الفهرس :

2.....	مقدمة
4.....	المحور الأول : القواعد العامة للإثبات في المواد المدنية
4.....	المبحث الأول : ماهية الاثبات وأهميته القانونية
6.....	المبحث الثاني : المبادئ العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية
10.....	المبحث الثالث: محل الاثبات والشروط الواجب توافرها فيه
15.....	المبحث الرابع :عبء الاثبات
19.....	المبحث الخامس :التقسيم الفقهي لطرق الاثبات
22.....	المحور الثاني : أدلة الاثبات ذات القوة المطلقة
22.....	المبحث الأول : الكتابة
55.....	المبحث الثاني : الإقرار
62.....	المبحث الثالث: اليمين الحاسمة
69.....	المحور الثالث : أدلة الاثبات ذات القوة المحدودة
69.....	المبحث الأول : البينة أو شهادة الشهود
85.....	المبحث الثاني : القرائن

91.....المبحث الثالث: اليمين المتممة

95.....المحور الثالث : أدلة الاثبات المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

95.....المبحث الأول : الخبرة القضائية

99.....المبحث الثاني : المعاينة

129.....قائمة المراجع