

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

قسنطينة في : 20 DEC. 2023

جامعة قسنطينة 1 الإخوة منتوري  
كلية الحقوق  
مصلحة الدراسات العليا  
 المرجع: 26 د.ع/2023.

# إشهاد

يشهد السيد نائب العميد المكلف بما بعد التدرج و البحث العلمي و العلاقات الخارجية بجامعة

قسنطينة 1 الاخوة منتوري بأن الدكتور كلود هشام أستاذ محاضر - أ، أنجز مطبوعة بيداغوجية

موسومة بـ : طرق الإثبات الموجهة لطلبة السنة الثالثة ليسانس ، مصادق عليها من قبل المجلس

العلمـي بتاريخ 02 نـوفمبر 2020 و منشـورة بـالموقع الالكـتروني لكليـة الحقـوق:

[fac.umc.edu.dz/droit](http://fac.umc.edu.dz/droit)

نائب العميد المكلف بالدراسات بما بعد التدرج

و البحث العلمي و العلاقات الخارجية

نائب عميد مكلف بما بعد التدرج  
والبحث العلمي و العلاقات الخارجية  
أ.د. رحبي الصديق



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة -

قسنطينة في : ٢٠٢٠.١٩.٠٦

كلية الحقوق

المجلس العلمي

المرجع: 25 / م ع / 2020

### مستخرج من محضر اجتماع المجلس العلمي

بتاريخ 02 نوفمبر 2020

يشهد السيد رئيس المجلس العلمي لكلية الحقوق بجامعة الإخوة منتوري  
قسنطينة بأن المجلس العلمي في اجتماعه بتاريخ 02 نوفمبر 2020 قد وافق على  
المصادقة على المطبوعة البيداغوجية تحت عنوان طرق الإثبات للدكتور كلو هشام  
سلم هذا المستخرج لاستخدامه فيما يسمح به القانون .

### رئيس المجلس العلمي

أ.د عماره فوزي

أ.د فوزي عماره  
رئيس المجلس العلمي  
- كلية الحقوق -



الأستاذ: كلود هشام

أستاذ محاضر - أ-

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

جامعة قسنطينة 01



محاضرات

في

طرق الإثبات

2019-2018

## مقدمة

الإثبات هو التدليل أمام القاضي بالوسائل التي يحددها القانون على واقعة قانونية، هذه الأخيرة تكون محل نزاع (سواء واقعة مادية أو تصرف قانوني)، (الأصل والواقع أن ثبت الواقعه بصفة تقنية سواء من حيث وجودها أو عدم وجودها، غير أن الواقع أن الحقيقة القانونية هي حقيقة نسبية، فالإثبات هو إثبات ترجيحي، فليس هناك وسيلة إثبات قطعية، حتى الكتابة الرسمية فقد تكون مزورة، حتى الإقرار فقد يكون كاذب، واليمين فقد تكون كاذبة، فكل الأدلة هي أدلة ترجيحية، معها يفترض وجود أو عدم وجود الحق).

- الحق هو مصلحة يحميها القانون<sup>1</sup> والقانون يحمي المصلحة عن طريق الدعوى والدعوى لا فائدة منها إلا بالدليل ولذا فالحق يسقط إما بالتغاضي أو العجز عن التدليل عليه أو وجوده أي عدم إثباته وبالتالي من له حق أو يملكه ولا يستطيع إثباته، فمثلاً مثل الذي ليس له حق فالإثبات قوام الحق فمن لم يستطع إثباته فإنه ليس له حق.

## تنظيم القانون لقواعد الإثبات:

هذه القواعد نوعين قواعد موضوعية وأخرى شكلية أو إجرائية.

القواعد الموضوعية: هي التي تنظم طرق الإثبات في حد ذاتها تحدد مدى حجية أو مدى قوتها في الإثبات. شروط قبولها، وأخيراً تنظيم أو توزع عبء الإثبات أي من يثبت ماذا؟ وكذلك دور القاضي من أدلة الإثبات فهناك أدلة مقيدة للقاضي وهناك من له حرية قبولها أولاً.

القواعد الشكلية أو الإجرائية: وبقصدها القواعد التي تنظم إجراءات الإثبات أي الأشكال التي يتطلبها القانون عند استعمال أي دليل، مثل كيفية سماع الشهود ...

## - لذلك اتجهت بعض التشريعات إلى توزيع قواعد الإثبات:

<sup>1</sup>- سهير منتصر المدخل للمعلومة القانونية نظرية الحق دار النهضة العربية القاهرة 1998 ص 22

بجانبها الموضوعي تنظمها في القانون المدني الجزائري والقانون التجاري. بجانبها الشكلي تنظمها في قانون الإجراءات المدنية. وهو ما إتجه إليه القانون الجزائري.

إن هذا التوزيع يثير مجموعة من الصعوبات :

- أولاً من حيث الإلمام بقواعد الإثبات. فهناك القانون التجاري، القانون المدني ، قانون الإجراءات المدنية.

- ثانياً ليس هناك حد فاصل بين ما هو موضوعي وما هو إجرائي فهناك قواعد تجمع بين ما هو موضوعي وما هو إجرائي.

فقانون الإجراءات المدنية ينظم مسائل موضوعية (الخبرة والمعاينة) القانون المدني، يتحكم في بعض الحالات مسائل إجرائية.

لذلك اتجهت بعض التشريعات إلى إلزاق قواعد الإثبات سواء موضوعية أو شكلية بقانون الإجراءات (ألمانيا).

وهناك من الدول من أفردت له قانون خاص مثل مصر، فكل ما يتعلق بالإثبات سواء في شقه الموضوعي أو الإجرائي نص عليه في قانون مستقل يسمى بقانون الإثبات (وهذا الموقف هو الأصح، وربما يتجه إليه القانون الجزائري فيما بعد عند التعديلات).

### مذاهب الإثبات:

يسود الإثبات ثلاثة مذاهب أو أنظمة تتنازع في مسألة من هذه الأدلة أي وسائل الإثبات، هل جاءت على سبيل الحصر، وبالتالي ما هو موقف القاضي منها؟.

نعرف أن المشرع نص على 7 وسائل إثبات، 5 في القانون المدني، 2 في قانون الإجراءات المدنية في القانون المدني الكتابة، البينة، القرآن، الإقرار، اليمين. الخبرة، المعاينة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- فهل يستطيع القاضي قبول وسائل أخرى عن هذه الطرق أو يقضي بعلمه الشخصي بالمسألة؟

هناك ثلاثة مذاهب:

1 مذهب الإثبات الحر، 2 الإثبات المقيد، 3 الإثبات المفترض.

### 1- الإثبات الحر: يسود الدول الإنجلوساكسونية.

بمقتضاه الخصوم أحراز في تقديم ما يشاون من وسائل إثبات بشرط إقناع القاضي بها، فالقاضي هو الذي يحدد مدى حجية الدليل الذي قدم له، ويستطيع في أن يحكم بحكمه الشخصي بالمسألة المطروحة هذا المذهب يمنح سلطة تقديرية واسعة للقاضي، حيث قد يكون له سلطة تحكمية في الأمر.

2- مذهب الإثبات المقيد: مقتضاه أن القانون هو الذي يحدد طرف الإثبات على سبيل الحصر، ونفس هذه الإرادة هي التي تحدد حجية كل دليل، معناه بمفهوم المخالفة أن الخصوم ليس لهم التدليل بغير الطرق التي حددها المشرع ومن جهة أخرى ليس للقاضي أن يمنح حجية أقل أو أكثر لنفس هذا الدليل الذي أعطاه المشرع الحجية وحددها.

كلا المذهبين يتطرف. لذلك وجد اتجاه وسط (المفترض)، يتمثل في :

3 مذهب الإثبات المفترض: حيث أن هذا المذهب الوسط يأخذ بالمذهب المطلق في المسائل التجارية، ويأخذ بتنفيذ الأدلة في المسائل المدنية لكن مع هذا يلطفها أي نوع من المرونة، بحيث يجل للقاضي مجال معين لتقدير الأدلة لكن فقط الأدلة التي لم يعطها المشرع حجية معينة كشهادة الشهود فللقاضي استبعادها أو اليمين المتممة إذ يستطيع أن يوجهها أم لا وتأخذ بها الدول الآتية منها الجزائر.

فالقاضي مع الأدلة الخاضعة ليس له سلطة تقديرية، فالحجية مقدرة قانون الأدلة الأخرى أعطى للقاضي سلطة تقديرية.

ستتناول من خلال هذه المحاضرات:

فصل تمهيدي: المبادئ العامة التي تسود مسألة الإثبات.

المبحث الأول: تحديد ماهية وسائل الإثبات التي يقدمها المشرع الجزائري.

المبحث الثاني: طرق الإثبات .

فصل تمهدى: المبادئ العامة التي تسود مسألة الإثبات.

المبحث الأول: تحديد ماهية وسائل الإثبات التي يقدمها المشرع الجزائري.

أولاً- محل الإثبات. ماذا يجب أن ثبت؟

ثانياً- عباء الإثبات. من يثبت ماذا؟

ثالثاً- الحق في الإثبات. مبدأ المواجهة (المواجهة بالدليل).

رابعاً- حياد القاضي.

خامساً- مدى تعلق مبادئ الإثبات بالنظام العام.

أولاً- محل الإثبات: ماذا يجب أن ثبت؟

كل من يدعى حق يجب إثباته، الواقع أن الحق بالإثبات وإنما ثبت مصدر إنشائه أي الواقعة القانونية، هناك حالة واحدة يمكن إثبات الحق الموضوعي دون إثبات مصدره وهي حالة شهر العقار .

(الشهر) تسجيل في نظام الشهر الشخصي، لا يوجد مسألة الشهر بل يوجد التسجيل فقط، وهي أخذ التصرف وتدوينه في سجل. تسجيلاً لتصرف في مصلحة الضرائب بما يسهل من تحصيل الرسوم المطروحة على هذا النوع من البيوع العقارية.

(الشهر هو شهر التصرف في البطاقة العقارية (بطاقة التعريف للعقار) قسم يخص وصف العقار ويقوم بتدوين كل التصرفات التي تقع على العقار أو كل سبب كان معه لدى مصلحة الشهر العقاري.

فالدفتر العقاري له قوة إثبات دون حاجة إلى إثبات مصدر الحق:

**محل الإثبات تسوده قاعدتين:**

1- عدم وجوب إثبات القاعدة القانونية.

## 2- وجوب إثبات الواقعة القانونية.

شرح (بمعنى آخر إذا كان محل الإثبات هو ملكية منقول، فالمشتري يجب إثبات الواقعة المنشئة لحق الملكية لكن ليس أن يثبت أن الأثر الناتج عن البيع هو انتقال الملكية). فبمجرد إثبات الواقعة المادية، فلا حاجة لإثبات القاعدة القانونية).

### 1- عدم وجوب إثبات القاعدة القانونية:

إن القاعدة هاته، تكون على أساس علم القاضي بالقاعدة القانونية فمن البديهي أن القاضي باعتباره محترف مهنة القضاء يفترض علمه بالقاعدة القانونية وما يحصل في الواقع من أن الخصم يتمسّك بالقاعدة التي تقيده، هذا ليس إثبات بل هو محاولة إقناع القاضي بتطبيق القاعدة القانونية هاته.

فالقاعدة القانونية لا يجب إثباتها وإنما يجب إثبات الواقعة القانونية التي سندل بها.

لكن إذا كان هذا هو الأصل أي عدم وجوب إثبات القاعدة القانونية إلا أن تطبيق هذه القاعدة القانونية<sup>1</sup> يثير صعوبات، وهو ما نعرفه بتطبيق العرف، وتطبيع مبادئ الشريعة الإسلامية وتطبيق الق الإجنبي.

- بالنسبة للعرف: إذا كان توفر فيه العنصر المادي والمعنوي، فهو يصبح ذا قوة قانونية كمصدر. فليس له أن يثبت وجود هذه القاعدة العرفية. لكن يوجد رأي في الفقه أنه إذا كان العرف محلي فإنه يكون واجب الإثبات لعدم افتراض علم القاضي به فهو هنا يأخذ حكم الواقعة المادية وبالتالي يجب إثباته لاحتمال عدم علمه للقاعدة العرفية المحلي.

- أما إذا كان العرف مجرد من عقد الإلزام (العادة الإتفاقية)، وبذلك تقديرها كشرط من شروط عقد وبذلك تكون واجبة الإثبات كأي شرط من شروط العقد.

- بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية: يقصد بها تلك القواعد الكلية المعروفة في الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبها والمستقر عليها.

---

<sup>1</sup>- علي فيلاي الالترامات- النظرية العامة للعقد، موف للنشر والتوزيع- الجزائر 2005 ص 83.

- الإشكال المطروح: مع قصور القاضي من الناحية الشرعية هل الخصم الذي يستند إلى مبدأ من مبادئ الشريعة، هل يلتزم بإثباته؟

- من الناحية القانونية فإنه يجب على كل من يدعى بمبدأ من مبادئ الشريعة أن يثبته لكن الواقع أن من مصلحته أن يثبت هذا المبدأ.

بالنسبة للقانون الأجنبي:

في القانون الدولي الخاص أحيانا تحيل القاضي إلى تطبيق القانون الأجنبي والواقع أن القضاء استقر على موقف (فرنسا ، مصر) على أن من يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي يلتزم بإثباته لعدم افتراض علم القاضي بها فالقاضي لا نزيده عبء معرفة القانون الأجنبي .

- باعتبار أن القانون الأجنبي لا يفقد صفة كقاعدة قانونية، فهو لا يتحول كواقع قانونية (مادية) عندما يطبقه القانون الوطني فعندما عين القاضي تطبيق القانون الأجنبي إلى القانون الوطني فهو يفترض أن يصبح القانون الأجنبي كقاعدة قانونية وطنية وخاصة في تلك المسألة المطروحة.

## 2- وجوب إثبات الواقعية القانونية:

يجب توافر شروط حتى يكون الإثبات هذه الواقعية مجده في فض الخصومة :

**شرط 1: أن تكون الواقعية محل نزاع:** فإذا كانت الواقعية مسلمة بها فلا مجال لإثباتها فإذا اعترف الشخص بملك الخصم لشيء فلا مجال ولا مبرر لإثباتها هناك استثناءات تخص رفع الدعوى:

الأصل أن الدعوى ترفع في حالة حصول نزاع إلى أي مدى يمكن تصور رفع دعوى دون حصول منازعة مسبقة؟ أو هل يمكن وجود إمكانية رفع دعوى قبل حصول نزاع؟.

هناك حالتين:

**حالة 1: حالة الداعوى التقريرية: التي تهدف إلى تقرير حق .**

وهي خاصة ما تتعلق بالدفع مثلاً: دعوى التقادم المكسب لحقه في ملكية الشيء إذا كالم الجسم بملكية للشيء دعوى البطلان باعتبارها دفع .

**حالة 2: دعاوى الإثبات: دعوى التزوير الأصلية .**

ففي الغالب أن التزوير لا يُدفع به إلا والخصومة قائمة لكن لا شيء يمنع من رفع دعوى تزوير عن نزاع لم ينشأ ولكن قد ينشأ مستقبلاً.

- كذلك شهادة الشهير قبل النزاع إذا كان يخشى غيابه أو موته.

**شرط 2: أن تكون الواقعية محددة:** فإذا لم تكن محددة فإنه يستحيل إثباتها فإذا طالب شخص بدين فيجب تحديد مصدر هذا الدين بالتحديد. وهذه الواقعية المحددة التي تصلح لأن تكون للإثبات قد تكون واقعة إيجابية إثبات فعل نافع ، إثبات ...

- لكن أحياناً الواقعية قد تكون سلبية: وهذه الواقعية يستحيل إثباتها مباشرة، وإنما تثبت عن طريق واقعة إيجابية مضادة لها حيث إذا ثبتت الواقعية الإيجابية تثبت الواقعية السلبية بالضرورة يحصل في الإلتزام بعدم القيام بعمل (عدم المنافسة، عدم البناء) يستحيل إثبات هذه الواقعية مباشرة، الإلتزام بعدم المناقشة لا يمكن إثباته إلا إذا كانت هناك مناقشة، لذلك يثبت المناقشة (إيجابي) وعن طريقها يثبت عدم المناقشة (سلبي).

**شرط 3: تغلق الواقعية القانونية بالحق المطالب له:** أي أن تكون للواقعية اغلاقاً مطلوب إثباتها صلة بالحق المتنازع فيه، وهذا حتى يؤثر إثبات الواقعية على الفصل في المنازعة وإلا فلا حاجة لإثبات الواقعية.

- إن هذا الشرط لا يضهر أهمية في الإثبات المباشر، أي إذا نصب الإثبات على الواقعية ذاتها فلا تظهر أهمية لهذه القاعدة. وإنما تظهر في الإثبات غير المباشر أو القرائن القضائية.

- القرائن القضائية هي الإستدلال على وقائع قانونية بحيث إذا استدل على واقعة ثانية كانت نتيجة حتمية للاستدلال على الواقعة الأولى التي تم التدليل عليها (قرينة الوفاء بالإيجار). فإذا ثبت الوفاء بأخذ قسط فإنه يستدل على وفاء جميع الأقساط.

#### **الشرط 4: أن تكون الواقعة منتجة لهذه الدعوى:**

- يتشرط أن تكون حاسمة في حل النزاع، أي توصل إلى إقناع القاضي بالحق المدعى به.
- فالواقعة قد تكون متعلقة بالحق ومع ذلك لا تكون منتجة.

شخص يدعى التقاضي ويثبت حيازته لهذا العقار، أو يثبت أن الحيازة أقل من 15 سنة. الواقعة متعلقة بالحق المراد إثباته، لكن شروط الحيازة لم تتوفر، وبذلك فهي غير منتجة لهذه الدعوى.

#### **شرط 5: جواز قبول الواقعة المراد إثباتها (عدم مخالفتها للنظام العام والأداب العامة):**

- فالقضاء لا يجب النظر للوقائع المخالفة للنظام العام والأداب لكن الإشكال. صحيح نقول أن هذه التصرفات باطلة. مثل: القمار...

أي هو وعدم سواء، لكن رفض النظر في هذه العقود يجعلها نافذة فلو قلنا أن القضاء يجب رفض النظر في الدعوى المخلة بالنظام العام، فهو بذلك يحمي مخالفة النظام العام لأنه يرفض النظر فيها، لذلك فهو يقصر هذه القاعدة على القواعد التي تخرق الأدب العامة دون النظام العام.

#### **ثانياً- عبء الإثبات:**

يقصد به تكليف أحد الخصوم بإثبات ما يدعى به.

إذا استطاع الطرف الإيجابي إثبات ما يدعى به، فعلى الطرف السلبي إثبات عكس ما يدعى به الآخر. لكن إذا أخفق الطرف الإيجابي في الإثبات فلا يجب على الطرف السلبي الإثبات.

وهذا يظهر عبء الإثبات، فمن عجز عن إثبات ما يدعيه فقد خسر دعواه. لذلك يجب دائماً تبيان الطرف الذي يجب عليه الإثبات.

والقاعدة أن البينة على من ادعى (المادة 323 ق م) "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

- معناه أن الدائن إذا عجز على إثبات الالتزام فليس على المدين إثبات التخلص منه فعلى المدين ألا يثبت الالتزام حتى يثبت الدائن الالتزام.

- لذلك نقول أن القاعدة أن الإثبات على من ادعى.

- لكن المدعى لا نقصد به من بادر إلى رفع الدعوى. لكن نقصد "المدعى فيما يخص مسألة الإثبات هو من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً".

لفهم هذه القاعدة نقول أن الحقوق المالية هي حقوق شخصية وحقوق عينية وحقوق معنوية.

الأصل في الحقوق الشخصية هي براءة الذمة، وبذلك عليه إقامة الدليل على من يدعي فالاصل براءة ذمة المدين.

إذا نجح في إثبات الدين، معناه إنقاء الوضع الثابت أصلاً، وتصبح المديونية هي الوضع الثابت عرضاً، وبالتالي فمن يدعي هذا الوضع الثابت عرضاً هو الذي يصبح ملزم بالإثبات.

- بالنسبة للحقوق العينية:

- الأصل فيها هو احترام الوضع الثابت ظاهراً.

فالوضع الظاهر هو أن من حاز شيء فهو مالكه، وعلى من يدعي عكس هذا فعليه إثباته. الحائز لا يطلب منه إثبات ملكية الشيء الذي بحوزته لكن الغير الذي يدعي ملكية هذا الشيء هو الذي يجب إثبات ملكيته، فالحيازة تعني الملكية إفتراضياً، وعلى من يدعي العكس هو الذي يكلف بالإثبات.

بالنسبة للمنقول نفس الشيء، الحيازة في المنقول سند الملكية ويوجد الحيازة في المنقول عند الحائز وهمما شئان يختلفان (الحيازة في المنقول سند الحائز للإثبات، أما الحيازة في المنقول سند الملكية فهي شيء آخر من تلقى منقول من غير ملكية ولكن بحسن نية فهو مالكه، فحيازته له سند الملكية، ويظهر ذلك خاصة في البيوع المتتالية، مشتري أول ومشتري ثاني تسلم الشيء المباع قبل الأول والشرط الأساسي هو حسن النية، والمشتري الثاني يستطيع القيام بأحد الأمرين إما المطالبة بصحة العقد أساساً على حيازة المنقول سند الملكية، أو يعيد الشيء المباع للمشتري الأول ويطلب البائع باستحقاق الشيء المباع. فهنا القانون هو الذي منح الملكية للمشتري الثاني على أساس القاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) وليس على أساس العقد (لأن العقد غير صحيح لأن البائع يكون قد باع شيء لا يملكه فالملكية إنطلقت للمشتري الأول بمجرد العقد).

- الأصل في الملكية أنها خالصة، وبالتالي من ادعى شخص أن له حق ارتفاق أو حق انتفاع فعليه إثبات عكس الظاهر.

- هناك حالة خاصة فيما يخص الإثبات هي حالة القرائن القانونية، أي ليس الوضع الأصلي أو الظاهر أو العرض، وإنما الوضع الثابت فرضاً وهي القرائن القانونية.

فالقانون يعفي الخصم من إثبات ما يدعوه وينقله إلى الخصم الآخر فلولا وجود هذه القرينة لكان الطرف الأول هو الذي يقوم بالإثبات فالقرينة القانونية تجعل إثبات عكسها على الطرف الآخر.

فالشرع يجعل الحيازة قرينة على وجود السند الصحيح وعلى وجود حسن النية، فالحيازة تجعل المشتري الثاني معفى من إثبات صحة السند وحسن النية، وإنما على المشتري الأول هو الذي يثبت عدم صحة السند أو سوء النية للمشتري الثاني، فإذا ثبت ذلك فلا يستطيع المشتري الثاني إثبات عكس ذلك.

- فالشرع يطبق الوضع الثابت فرضاً.

**ملاحظة :** عباء الإثبات ينتقل من خصم لأخر بحسب من يقوم في وضع المدعى إذا نجح في إثبات ما يدعيه، فيصبح الوضع الثابت هو أثبته المدعى، وبذلك من يدعى عكسه الثابت عليه إثبات هذا العكس.

- أما إذا عجز عن الإثبات فإن الخصومة تنتهي. لأنه لم يتضح إثبات ما ادعاه.

### ثالثاً- الحق في الإثبات ومبدأ المواجهة أو المجابهة:

- أي شخص له حق إدلال ما يدعى له لكن للطرف الآخر نفي هذا الدليل إن استطاع المجابهة.

- فمن جهة لا يحرم الخصم من إثبات حقه ومن جهة أخرى لا يحرم الطرف الآخر من مجابهة الخصم بإثبات عكس ما يدعى له.<sup>1</sup>

هناك نتيجتين:

1- لا يجوز إلزام الشخص بتقديم دليل ضد شخصه.

2- لا يجوز للشخص أن يصطفع دليل لنفسه.

### 1- لا يجوز إلزام الشخص بتقديم دليل ضد شخصه:

مقضاه أنه إذا كان لأحد طرفي الخصومة دليل يقيد الطرف الآخر فلا يجوز إلزامه بتقديم هذا الدليل، لكن هذه القاعدة لا تحول دون إمكانية استخدام الخصم لدليل أو مستند يقدمه الخصم الآخر ويفيد به، أي في مصلحة الخصم الأول (فهناك يكون هذا الخصم لم يحسن إستعمال دفاعه فقد كشف الورقة التي تقييد الخصم الآخر).

- إلا أنه استثناء فقد جاء في المادة 16 ق ت: (يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق بها من نزاع)، مع ملاحظة أن القاضي لا يطلع عليها دون الخصوم.

---

<sup>1</sup>- بلال محمد إبراهيم نجوى أبو هيبة - شرح قانون الإثبات- دار النهضة العربية القاهرة 2002 ص 83.

- هناك استثناء آخر هو إذا كان المحرر مشترك بين الخصميين أي كان مثبت لحقوقهما والتزاماتهما معاً (مثل عقد شركة).

- إستثناء آخر هو إذا استند الخصم على وثيقة تم سحبها فيستطيع الخصم الآخر إلزامه بتقديمها من جديد إذا اتضح له في إحدى مراحل الدعوى أنها تفيده.

**2- لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه:** من البديهي أنه إذا سمح للشخص أن ينشأ دليل لنفسه لإثبات حقه فإذا سمح له بذلك فمن البديهي أن يمنع إخضاع إنشاء دليل لنفسه،  
الحالة الوحيدة التي يجوز الأخذ فيها باصطناع الدليل لنفسه هي المادة 13 ق ت: "يجوز  
للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية."

#### رابعاً- مبدأ حياد القاضي:

إذا كان القاضي في الق الجنائي عضو ف قال في البحث عن الحقيقة فإنه في الق الخاص يكون محايداً، بمعنى أن دوره يقتصر على تأكيي ما يقدمه الخصوم من أدلة وتقدير حجيتها وقوتها وفقاً لما أعطاها القانون بكل دليل.

فليس من وظيفة القاضي المدني المساهمة في جمع الأدلة.

- لكن مع هذا خول المشرع للقاضي المدني بعض السلطات في تقدير الأدلة واستكمالها،  
المادة 33 ق م تجيز للقاضي الأمر بحضور الخصوم شخصياً، المادة 43 ق م "تجيز له  
الأمر بحضور الأطراف شخصياً وكذلك ...". المادة 61 ق إ م، المادة 71 ق إ م.

المبدأ هو الحياد، لكن في مجالات معينة منح المشرع للقاضي إما سلطة تقديرية في حجية الأدلة أو الأمر ببعض أدلة الإثبات كالمعاينة والخبرة، والاستماع للشهود...

#### خامساً- مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام؟

- إن قواعد الإثبات منها ما هو موضوعي ومنها ما هو إجرائي.

- مما لا شك فيه أن القواعد الإجرائية تتعلق بالنظام العام وبذلك لا يمكن الإنفاق على من مخالفتها سواء قبل أو بعد ...

- القواعد الموضوعية في الق الجزائري حول مدى جواز مخالفتها أم لا، فقد جاء بنصوص أحيانا وأحيانا لا يمكن الاستعانة بالنصوص حول هذا الأمر (مدى مخالفتها).

- يمكن ذكر نقطتين أساسيتين:

1- إذا كانت الكتابة مشروطة للإثبات هل يجوز الإنفاق على الإثبات بالبينة. هل يجوز الإنفاق على نقل عبء الإثبات.

- بالنسبة للنقطة الأولى (الإثبات بالكتابة).

(كل التي تتعدى 10000 دج يجب إثباتها كتابة). من الطبيعي إذا كان التصرف شكلي لا يجوز الإنفاق على خلاف ذلك، حتى ولو أقل على 10000 دج.

- المشرع الجزائري يقول لا يجوز الإثبات بالبينة إلا إذا وجد نص (المادة 333).

- هل يجوز نقل عبء الإثبات؟

الواقع أنه يجوز لأن الطرف السلبي يضعه المشرع في موضع مميز، له أن يتنازل عن هذا المركز.

محكمة النقض في مصر مستقرة على المبدأ: أنه يجوز للطرف الذي أصلا هو معفى من الإثبات يجوز له أنه هو الذي يبادر بالإثبات وهذا يعتبر اتفاق ضمني على الإنفاق على نقل عبء الإثبات.

## المبحث الثاني: طرق الإثبات:

ما زالت الآن موزعة بين القانون المدني، وقانون الإجراءات المدنية وهي 7.

5 في القانون المدني، و 2 في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- الخمسة المنظمة في القانون المدني هي: الكتابة، البينة (شهادة الشهود)، القرائن، الإقرار، اليمين.

- الطريقتين المنظمة في قانون الإجراءات المدنية: المعاينة والخبرة. - الكتابة: مهما يمكن إثبات جميع الواقع والتصرفات مادية أو قانونية إما محرر رسمي أو عرفي.

- البينة: حجيتها محدودة حيث لا يمكن الإثبات بها إلا الواقع والتصرفات التي تزيد قيمتها عن 10000 دج.

- القرائن: الطرق المباشرة للإثبات. فالثانية نتيجة منطقية للأولى.

- الإقرار: هو الإعتراف بما يدعوه الخصم، وهو في الأصل ليس وسيلة للإثبات لأن بالإقرار يثبت الحق للخصم دون إثبات.

- اليمين: الإحکام إلى الوازع الديني وهو لا يعتبر وسيلة إثبات إلا تجاوزاً بل لإنهاء الخصومة فقط. فإذا حلف الخصم يثبت الحق للأخر إذا نكل الحلف.

- المعاينة: إنتقال المحكمة لمشاهدة محل النزاع.

- الخبرة: نوع من المعاينة يقوم بها أهل الإختصاص.

### تقسيمات طرق الإثبات:

الفقه يقسمها إلى:

1- طرق ملزمة للقاضي وطرق مقنعة.

- الطرق المازمة: هي التي حدد لها المشرع حجية ولا يملك القاضي سلطة تقديرية إزاءها وهي الكتابة، الإقرار، اليمين.

- الطرق المقتعة: هي شهادة الشهود، القرائن القانونية، الخبرة وهذه الأدلة القاضي هو الذي يقدر مدى حجيتها دون خضوع إلى المحكمة العليا.

## 2- طرق مباشرة وأخرى غير مباشرة:

- الطرق المباشرة: الكتابة، شهادة الشهود، المعاينة، الخبرة لأن دلالتها تتناسب مباشرة على الواقع المراد إثباتها.

- الطرق غير المباشرة: القرائن، الإقرار، اليمين لأنها طرق معفية للإثبات أكثر منها أدلة إثبات.

## 3- طرق مهيأة للإثبات وطرق غير مهيأة للإثبات.

- طرق مهيأة للإثبات: الكتابة، فهي يهيئها الأطراف للإثبات.

- طرق غير مهيأة للإثبات: جميع الطرق الأخرى.

مع ملاحظة أن الكتابة قد لا تكون مهيأة للإثبات مثل الدفاتر التجارية.

4- طرق ذات قوة مطلقة والتي تصلح لإثبات جميع الواقع القانونية سواء كانت تصرفات أو وقائع قانونية. الكتابة، المعاينة، الخبرة

- طرق ذات قوة محدودة وتمثل في شهادة الشهود، القرائن القانونية لأنها لا تصلح إلا لإثبات وقائع مادية أو التصرفات التي لا تزيد عن 10000 دج.

اليمين المتممة، لأنها لا تصلح إلا لإنعام دليل ناقص.

- طرق معطية للإثبات: الإقرار، اليمين الحاسم<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>- جميل الشرقاوي الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية القاهرة سنة 1999 ص 52.

## الفصل الأول: الكتابة: كوسيلة من وسائل الإثبات

هي الوسيلة التي يتطلبها المشرع لإثبات التصرفات القانونية أساساً.

- يجب التمييز بين الكتابة كركن شكلي والتي بغيرها يكون العقد باطل بطلاً مطلقاً (مثل ملكية العقار، التصرفات المنصوص عليها في المادة 324، أو التي نص عليها في مواضع أخرى، بيع السفن و الطائرات حق المؤلف...) فالكتابة هنا ركن في التصرف القانوني (سواء عقد، وصية...) والتمييز بين الكتابة المشروطة للإثبات فقط فهو يشترطها لكن ليس للانعقاد أي كركن وإنما يشترطها للإثبات، مثل إثبات عقد الكفالة، يجب أن يكون مكتوب. فالكتابة هنا في عقد الكفالة ليست كركن فتختلف الكتابة لا يؤثر على صحة الكفالة فيمكن إثباته بالإقرار أو اليمين، مع ملاحظة أنه إذا لم يتبيّن من النص هل الكتابة مشروطة كركن أو للإثبات، فالالأصل أن العقود رضائية وبذلك تكون للإثبات.

**الكتابة كوسيلة للإثبات: نوعين:**

**أوراق رسمية وأخرى عرفية:**

- الرسمية وهي التي يقوم بتحريرها الموظف العام المختص (الموثق، ضابط الحالة المدنية).  
- العرفية وهي التي تصدر عن الأشخاص أنفسهم حتى وإن كانت مباشرة في بعض الأحيان من كاتب عمومي لأنه ليس له صفة الظبطية العمومية.

**والأوراق العرفية نوعين:**

- 1 - معدة للإثبات، فينشأها الأفراد معدة للإثبات.
- 2 - غير معدة للإثبات، لكن المشرع يمنحها بعض الحجية في الإثبات.

**نتناول إذا في هذه النقطة:**

- 1- المحررات الرسمية من حيث شروطها وحجيتها.

2- المحررات العرفية المعدة وغير المعدة للإثبات.

3- الحالات التي يشترط فيها المشرع الكتابة للإثبات.

4- إثبات صحة هذه المحررات وتناول فيها:

أ- الإنكار أو ما يسمى بمظاهره الخطوط.

ب- الإدعاء بالتزوير.

### المحررات الرسمية:

المادة 324 مكرر تعرف المحرر الرسمي هي التي يثبت فيها موظف عام .....

من خلال نص هذه المادة يمكن أن نستشف شروط المحرر الرسمي وهي ثلاثة شروط:

1- أن يقوم بكتابة هذا المحرر موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة.

2- أن يكون مختص بكتابة هذا المحرر.

3- أن تراعي في تحرير هذا المحرر الأشكال القانونية التي يتطلب القانون.

### 1- صدور المحرر عن موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة:

يقصد بالموظف أو المكلف بخدمة عامة هو كل من تعينه الدولة وتحمله جزء من مسؤوليتها للقيام بعمل من أعمالها، وبهذا المعنى مفهوم الموظف العام يختلف أو هو أوسع من مفهوم الموظف في القانون الإداري.

ويختلف الموظفون العاملون باختلاف الأوراق التي يحررونها، فبهذا المفهوم يعتبر الموظف العام: الموثق (مع أنه غير موظف إلا أن الدولة تتنازل له عن بعض مهامها ومسؤوليتها للقيام بها)، القاضي يعين موظف بالنسبة للأحكام التي يصدرها، كاتب الجلسة يعين موظف بالنسبة لمحاضر الجلسات، الخبير الذي تعينه المحكمة يعين موظف بالنسبة

للمهمة الموكلة إليه، ضابط الحالة المدنية موظف بالنسبة لعقود الزواج وأوراق الحالة المدنية، المحضر المنفذ موظف... .

ويعتبر أخيرا القائم بخدمة عامة: رئيس المجلس الشعبي البلدي ولذلك محاضر المداولات التي ينظر فيها: رئيس المجلس الشعبي البلدي تعتبر أوراق رسمية.

فمفهوم الموظف في معنى المادة 324 أوسع من مفهوم الموظف في الق الإداري هذا الشرط الأول لا يكفي ليكون المحرر رسميا.

## 2- أن يصدر المحرر منه ويكون مختص بكتابته:

يشترط أن تكون للموظف لابد تحرير الورقة ذاتها، كما قد يقصد في السلطة هنا أن لا يقوم مانع يجعل الموظف غير صالح لتحرير هذه الورقة مثل: الموثق يمنع من توقيع الأوراق الرسمية التي تخص شخصا أو أفراد حتى الدرجة الرابعة.

يراعى كذلك أن يكون المحرر لهذه الورقة مختص إقليميا، مع ملاحظة أنه من جهة لا يؤثر على صحة الورقة الرسمية (موقف القضاء الفرنسي) أن يكون الموظف العام قد تم تعيينه على خلاف ما يقضي به القانون في التعيين، فإذا تم تعيين الموظف خرقا لقانون تعيين الموثق، فهذا لا يعطي صفة الرسمية على الورقة الرسمية.

من جهة أخرى أنه إذا ثبت أن موظف في ورقة رسمية حين يكون مختص في تحريرها لكن حرر بيانات لا تدخل في اختصاصه، بهذه البيانات التي لا تدخل في اختصاصها وحدها هي التي تحمل صفة الرسمية أما الأخرى فلا يعقب عليها بعدم الرسمية.

## 3- أن تراعى في تحرير هذه الأوراق الأشكال القانونية التي يتطلبها القانون :

الواقع بالنسبة لكل محرر رسمي يشترط المشرع أشكال يجب مراعاتها والمحرر لا يكتب عقد الرسمية إلا إذا روحت هذه الأشكال.

ومنه ما جاء في قانون التوثيق: أن يكون المحرر مكتوب باللغة العربية دون إضافة أو كشط، وجوب اشتتماله على السنة الشهر واليوم الذي حرر فيه، وجوب اشتتمال المحرر على

إسم المؤوثق ولقبه وأسماء الشهود، وجوب تلاوة الصيغة الكاملة لذوي الشأن قبل توقيعه، إذا كان المحرر يشمل على عدة صفحات وجب التوقيع على كل صفحة من ذوي الشأن والموثق.

فهذه الأشكال يجب مراعاتها وإن فقد المحرر صفة الرسمية مع ملاحظة أنه إن طلب ذوي الشأن في المحررات العرفية التصديق على التوقيعات سواء أمام المؤوثق أو أمام ضابط الحالـة المدنـية فإن هذا التـوقيـع لا يـكـسـبـ هـذـهـ المـحـرـرـاتـ الصـفـةـ الرـسـمـيـةـ.

المـحكـمةـ العـلـيـاـ تـسـمـيهـ "ـالـعـقـدـ الـلـفـيفـ"ـ فـهـذـاـ لـيـسـ مـحـرـرـ رـسـميـ لـأـنـ يـفـتـقـرـ إـلـىـ شـرـوـطـ المـحرـرـ الرـسـمـيـ،ـ وـإـنـماـ هوـ مـجـرـدـ التـصـدـيقـ عـلـىـ التـوـقـيـعـ،ـ فـالـهـدـفـ مـنـهـ فـقـطـ حـرـمـانـ الطـرـفـانـ مـحاـوـلـةـ إـنـكـارـ التـوـقـيـعـاتـ.

أـحـدـ هـذـهـ شـرـوـطـ الـثـلـاثـةـ إـذـاـ تـخـلـفـ فـإـنـ المـحـرـرـ الرـسـمـيـ يـفـقـدـ صـفـةـ الرـسـمـيـةـ،ـ وـيـنـقـلـبـ إـلـىـ مـجـرـدـ مـحـرـرـ عـرـفـيـ،ـ أـيـ لـاـ تـكـوـنـ لـهـ حـجـيـةـ إـلـاـ حـجـيـةـ المـحـرـرـ عـرـفـيـ شـرـطـ أـنـ يـحـمـلـ تـوـقـيـعـاتـ ذـوـيـ الشـأـنـ طـبـعاـ هـذـاـ إـذـاـ لـمـ تـكـنـ الرـسـمـيـةـ بـقـوـةـ الـقـانـونـ،ـ فـإـذـاـ كـانـتـ كـذـلـكـ فـلـاـ تـنـقـلـبـ الـورـقـةـ الرـسـمـيـةـ الـبـاطـلـةـ إـلـىـ وـرـقـةـ عـرـفـيـةـ.

مع ملاحظة إذا تعدد أطراف الورقة الرسمية الباطلة ووقع البعض دون الآخر، فإن هذه الورقة الباطلة لا ترجع ورقة عرفية حتى بالنسبة للموقعين لها إذا ثبت أنهم لم يوقعوا إلا اعتمادا على اشتراك المدنيين المعينين بالتزام الآخرين.

### **حجية هذه الورقة الرسمية في الإثبات:**

تنص المادة 324 مكرر من القانون المدني: "يعتبر ماؤرد في العقد الرسمي حجة من يثبت تزويره".

لقد كان هذا المبدأ عام فيجب توظيف هذا النص ويعني في الواقع ماذا يقصد به أي مجال هذه الحجية فيجب تفصيل هذا المبدأ العام.

الواقع أنه تختلف حجية الورقة الرسمية بما يحمل من بيانات .

فالمحرر الرسمي يشمل على نوعين من البيانات:

**النوع 1:** بيانات تقتضي الثقة في المكلف بتحرير الورقة الرسمية؛ وهذا هو السبب الوحيد الذي يظفي على الورقة الرسمية حجيتها المطلقة (لماذا يعطي المشرع هذه الورقة هذه الحجية، لأنه يفترض الثقة في هذا المكلف بتحرير الورقة).

**النوع 2:** بيانات لا تقتضي الثقة في المكلف بتحرير الورقة الرسمية وبالتالي لا يثبت لها الحجية المطلقة، أي لا تثبت لها الصفة الرسمية.

إذن سبب هذه الحجية هو صدورها من المكلف بالخدمة العامة وإنما يفترض قوتها ذلك الثقة، معنى الثقة أن الناوظف يحرر ما رأه وما سمعه (فالافتراض منه عدم الكذب مما رأى وما سمع).

لكن بالنسبة لما صدر من ذوي الشأن في غيابه فالمنطق هنا لا يوجد مقتضيات الثقة فقد لا يكون صحيحاً ما يقره الأطراف، وبالتالي البيانات التي يدللي بها الأطراف أمام الموثق لا تكون رسمية، فالموثق يثبتها فقط، لم يرها ولم يسمعها، فالبيانات التي تكون لها حجية مطلقة في الإثباتي التي يحررها الموثق المفترضة فيها الثقة أي التي يراها ويسمعها الموثق أو الموظف العام.

لكن المشكل لا يكمن أن نقف عند هذا الحد، فيجب وضع معيار أو ضابط للتمييز بين الأعمال التي يفترض فيها الثقة والتي لا يفترض فيها الثقة لأعمال الموثق.

هناك ثلاثة ضوابط للفصل في هذا الإشكال:

**الضابط الأول:** تقتصر الرسمية على ما دونه الموظف الرسمي من أمور قام بها هو أو وقعت لذوي الشأن في حضوره بحيث يستطيع إدراكها إما بالسمع أو بالبصر.

بالنسبة للأعمال التي يقوم بها هو: التأكد من شخصية ذوي الشأن، تدوين التاريخ، تلاوة مشكلات العقد قبل التوقيع عليه... فهذه الأعمال تكسب صفة الرسمية لأنها قام بها هو وبما تقتضيه الثقة باعتباره موظف عام.

ما يصدر من ذوي الشأن في حضور الموثق: إقرار البائع بأنه قبض الثمن، إقرار المشتري أنه تسلم البضاعة... هذه البيانات تكون حجة بصحة وقوعها، وبالتالي لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير لكن عند القول باكتساب فقد الرسمية، منأي ناحية، هي من الناحية المادية، أي من حيث وقوع الإقرار فليس له أن ينكر أنه قال أنه قبض أو تسلم الشيء المبيع، فهي حجية من صدور الإقرار من ناحيته المادية وليس من ناحية الواقعية.

فقد يكون قد قبض ثمن غير الذي ذكر في المحرر الرسمي فإذا قال أو أقر البائع أنه تسلم الثمن، فلا يمكنه إنكار أنه لم يتسلم الثمن، لكن عند نزاع فقد ينكر أنه لم يتسلم الثمن المذكور في المحرر، فيمكن إثبات الصورية في الثمن سواء كانت مطلقة أو نسبية ففي هذه الحالة يمكن إثبات الصورية دون حاجة إلى الطعن بالتزوير، لأنها تمت دون علم الموثق.

**الضابط الثاني:** تقتصر الحجية على ما يقوم به الموظف الرسمي في حدود ما يدخل في اختصاصه:

إذا دون الموثق بيانات (أو أي موظف عمومي) جزء منها يدخل في اختصاص وجوء لا يدخل في اختصاصه، فلا تكتسب صفة الرسمية إلا البيانات التي تدخل في اختصاصه.

**الضابط الثالث:** تقتصر الحجية الرسمية على البيانات التي يدللي بها ذوي الشأن في حضور الموثق والتي تكون لها علاقة مباشرة بالإجراء الواقع منه.

أما البيانات التي لا تتصل اتصال مباشر من الشأن فلا تكون لها الحجية الرسمية، بل ولا حتى حجية مادية.

مثال البيانات التي تعد وثيقة الصلة بالإجراء الذي أعد المحرر لإثباته أن تتضمن الورقة الرسمية صدور تصرف البيع (هو الإجراء) وأن البائع قد قبض كل أو جزء الثمن فالحجية تلحق الواقعية ذاتها أنه تصرف بيع والواقعة الثانية وهي متصلة اتصال مباشر بالأولى وهي قبض الثمن .

أما إذا كانت غير متصلة بالأولى مثل ذكر أنه اشتري الشيء لإعادة بيعه (هذه واقعة) فهي ليست لها أي صلة بالأولى (وهي الشراء) وبالتالي فهذه الواقعة لا تكتسب أي حجة.

### **حجية الأوراق الرسمية من حيث الأشخاص:**

على من يحتج بالورقة الرسمية؟

الأوراق الرسمية يحتاج بها أولاً على ذوي الشأن أي أطراف التصرف وتمتد إلى الغير ذلك لا يجوز لا لذوي الشأن ولا للغير أن يطعنوا في البيانات ذات الحجية إلا بالتزوير .

الفرق الوحيد بين الطعن الذي يقوم به ذوي الشأن والغير فالبنسبة للبيانات التي تكتسب صفة الرسمية فلا يمكنهم الطعن فيها إلا بالتزوير (أما البيانات التي ليس لها حجية مطلقة أي التي لا تكتسب صفة الرسمية فهي كذلك يحتاج بها ذوي الشأن أو الغير).

فالفرق الوحيد أن ذوي الشأن يخضعون لقاعدة أن لا يجوز إثبات عكس ما هو كتابة إلا بالكتابة أما الغير فلا يخضعون لها.

من هو الغير هنا؟

يعتبر الغير في هذا المفهوم هو كل من يضار أو يستفيد من هذه البيانات أي من يتاثر بهذا التصرف سواء إيجابي أو سلبي سواء الخلف خاص أو عام وكذلك الدائنون.

أما الغير الذين لا يتاثرون بهذا التصرف فلا مجال للإحتجاج عليهم بما ورد في المحررات الرسمية.

فالغير بهذا المفهوم يستطيعون بكل طرق الإثبات بما جاء في التصرف .

### **حجية صور المحررات الرسمية:**

يعطي القانون التوثيق بأن يحتفظ المؤوث بصور المحررات الموقعة التي تحمل توقيعات ذوي الشأن وتتوافق الموثق وكذا توقيعات الشهود وأن يسلم لذوي الشأن نسخ أو صور منها.

جرى العرف والعادة أن الصورة التي يسلّمها الموثق هي الأصل، لكن الحقيقة أن الأصل يبقى عند الموثق وإنما يعطيهم الصور فقط. فهي نسخة من الأصل.

ونظراً لانتشار التصوير الفوتوغرافي سوياً المشرع بين المستخرج من الأصل والصورة الفوتوغرافية ولتبين حجية هذه الصور يجب التمييز بين صورتين:

**- حالة وجود الأصل:** فإن الصورة الرسمية المأخوذة من هذا الأصل (سواء خطية أو فوتوغرافية) تكون لها حجية الأصل إذا منحها الموثق المختص وشهد لمطابقتها للأصل هذا ما لم ينزع في هذه المطابقة.

(إذا وجد نزاع من أحد طرفي التصرف حول عدم مطابقة هذه الصورة للأصل تأمر المحكمة لمراجعة الصورة للأصل وتأمر خبير بذلك) فالطرف الذي يثير عدم المطابقة ليس هو الذي يكاف بإنذارات ذلك بل المحكمة.

**حالة عدم وجود الأصل:** من جهة الصورة الرسمية الأصلية وهي التي نقلت عن الأصل مباشرةً بواسطة موظف مختص هذه الصورة تكون لها حجية الأصل إذا كان مظهرها الخارجي لا يدع مجال للشك حول مطابقتها للأصل، بمفهوم المخالفة إذا كان مظهرها الخارجي يبعث للشك ككشط أو زيادة فيها فقد الصورة لحجيتها كورقة رسمية من جهة ثابتة الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية.

فهنا جعل القانون لهذه الصورة نفس الحجية التي للصورة الأصلية بشرط أن تكون هذه الصورة الأصلية موجودة حتى يمكن مراجعتها إذا نزع أحد ذوي الشأن أما إذا لم تكن موجودة فإن الصورة المأخوذة عنها لا تكون لها الحجية ولا يعتمد بها إلا على سبيل الاستئناس.

كذلك لا يعتمد بها إلا على سبيل الاستئناس الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية.

### المحرراتعرفية:

هذه المحررات تطرح إشكالات لأن الأشخاص يلجؤون للمحرراتعرفية فالمحرر العرفيله مزايا ليس فيه تكاليف، مزية الوقت قليل لذلك تكون إشكالات.

**تعريفها:** يقصد بالمحرراتعرفية الأوراق التي تصدر من الأفراد والتي لا يتدخل موظف عام في تحريرها وبالتالي لا تحيط بها الضمانات التي تحيط بالأوراق الرسمية.

تنقسم بدورها إلى:

1- محررات معدة للإثبات وتعتبر أدلة كاملة.

2- محررات غير معدة للإثبات كدفاتر التجار، المراسلات...

ما يميز المحررات المعدة للإثبات وغير المعدة للإثبات هي التوقيع فالمحررات المعدة للإثبات تكون موقعة بل هذا شرطها بل السبب الوحيد الذي يمنحها الحجية.

أما المحررات غير المعدة للإثبات والتي لا تحمل توقيع ذوي الشأن أو أحدهم فلا يمنحها الحجية وتتفاوت حجيتها.

### 1- الأوراقعرفية المعدة للإثبات:

يشترط المشرع حتى يكون المحرر العرفيفي المعد للإثبات أن تكون:

أ- الكتابة، ب- التوقيع.

**أ- الكتابة:** فمن البديهي أن يكون المحرر أي كان مكتوب لكن لا يشترط أي شكل للكتابة فلا يشترط أن تكون بخط كاتبها ولا يشترط أن تكون بالعربية.

**ب- التوقيع:** هو الذي يمد المحرر العرفيفي حجيته فهو الذي ينسب إليه ما اتفق عليه في المحرر أو يفترض ذلك.

يشترط الفقه أنه يجب اشتغال التوقيع، إسم ولقب الموقع كاملين، فلا يكفي التوقيع بعلامة مختصرة أو بالأحرف الأولى للإسم ولقب.

لكن يجوز التوقيع بالإسم المشهور للشخص حتى ولو كان مخالفًا لـإسمه ولقبه الأصلي.

المشرع الجزائري لم ينص إلا على التوقيع.

المشرع المصري نص على التوقيع ويشمل البصمة والخاتم أما الجزائري فتكلم فقط على التوقيع فهو لم يذكر الخاتم وبذلك لا يأخذ حكم التوقيع الخاتم (ومنه محرر عرفي موقع بخاتم ↔ غير موقع)

بالنسبة للبصمة، الواقع أن البصمة بالأصبع تعد أقوى من التوقيع نفسه ولذلك يمكن في القانون الجزائري أن يعتبرها توقيع خاصة عند العلم بأن تفشي النية في الأوساط الشعبية، فمن السهل تقليد التوقيع لكن لا يمكن تقليد البصمة. فالبصمة دليل على أن صاحبها هو الذي حرر المحرر. لكن الآن يوجد دليل أقوى من البصمة (وهو الـADN) وهذا تطور علمي فإذا عرفنا كلنا شفر ADN الخاصة بكل فرد فستكون قوة دليل إثبات على انتساب التصرف لصاحبها.

### من يلزم التوقيع في الورقة العرفية؟

بالنسبة للتصرفات الملزمة لجانبين → يجب أن يكون المحرر حامل لتوقيع الطرفين .

بالنسبة للتصرفات الملزمة لجانب واحد → يكفي توقيع من نشأ في ذمته الإلتزام.

إذا كان المحرر يتضمن تقرير المديونية (اعتراف يدين) فيكفي توقيع المدين.

بالنسبة لسند المصالحة ←(Kitance) يشترط توقيع الدائن.

قد يتعدد أفراد الطرف الذي يلزم التوقيع ← إذا تعدد أفراد الطرف الملزم بالتوقيع في المحرر العرفي فإذا قام البعض فقط بالتوقيع ولم يقم البعض الآخر، فإنه لا يكون حجة على الذين لم يوقعوا إلا إذا ثبت من طرف في الحال أن توقيع باقي أفراد الطرف الذي يلزم

التوقيع معلق على توقيع باقي الأطراف أما إذا لم يكن هناك ارتباط بينهم فيصبح التوقيع حجة عليهم دون غيرهم غير الموقعين.

## زمن التوقيع؟

متى يحمل التوقيع (التوقيع على بياض)؟.

الأصل أن يتم التوقيع بعد تحرير الورقة العرفية إلا أنه لا يوجد ما يمنع من وضع التوقيع مقدماً على ورقة بيضاء ثم تحرر بعدها الورقة، الإشكال هنا في التوقيع على بياض هو أن الطرف الآخر يستطيع تدوين ما تفق عليه بينهما الإشكال في حالة النزاع حول تدوين حق للطرف الآخر حول ما اتفق عليه فقد يكون هذا الطرف غير أمين، فقد يحرر ما لم يتم الإنفاق عليه.

هنا يستطيع الموقّع إثبات مخالفة ما دون في الورقة الموقعة على بياض، لكن المشكل أنه لا يستطيع إثبات هذا إلى كتابة وفقاً لقاعدة المعروفة، إذا نجح في إثبات عكس الورقة فإن الطرف الآخر يعتبر مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة لكن إذا كان الذي تسلم الورقة على بياض قد تعامل مع الغير، وكان الغير حسن النية لا يعلم أن هذا الطرف قد غير ما اتفق عليه بينه وبين الطرف الأول، فإن هذا لا يسري في مواجهة الغير بسبب أن هذا الذي وقع على بياض وسلم الورقة قد ارتكب خطأ وبالتالي لا يجب أن يضار الغير بهذا الخطأ في حالة حسن نية الغير هذا إذا كان الموقّع على الورقة.

إذا كانت الورقة الموقّع عليها قد حصل عليها من الطرف الآخر بطريق الإختلاس أو السرقة، فيمكن وبكافحة طرق الإثبات أن يثبت السرقة أو الإختلاس للطرف الثاني، ولا يستطيع الغير المتعامل مع هذا الخائن أن يتمسك بها في مواجهة الطرف الموقّع حتى ولو كانت الغير حسن النية لأنها لم تكن من محض إرادته فقد سرقت منه.

**الحجّة 1: حجّية الورقة العرفية المعدّة للإثبات بصدورها ممن وقّعها:**

المادة 327 من القانون المدني العقد العرفي يعتبر صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع.

قلنا أن الورقة العرفية لا تستمد حجيتها إلا بالتوقيع وبالتالي إذا انكر من ينسب التوقيع إليه أن التوقيع أو الخط ليس له، فتتكرر الحجية مؤقتاً حتى يثبت العكس، فيأمر المحكمة بإثبات الخط والتوقيع، ولكن يتشرط من ينتج هذا الأثر أي توقف الحجية أن يكون الإنكار صريحاً وبمفهوم المخالفة أنه إذا سكت من يتمسّك ضده بالمحرر أو بمجرد التشكيك فإن هذا لا يعتبر إنكاراً منه فإذا سكت يعتبر إقراراً منه على صدور الورقة منه إذا اكتفى بمجرد التشكيك فلم ينكر صراحة لا ينسب إليه التوقيع أو الخط.

إذا كان الشخص المتّمسك ضدّ المحرر العرفي المعد للإثبات فلا يطلب منه الإنكار حتى تفقد الورقة حجيتها لا يتشرط أن ينكر صراحة وإنما يكتفي أن يقر أنه لا....

مع ملاحظة أنه إذا تم التصديق على الإمضاءات في المحرر العرفي إما أمام موثق (عقد لفيف) أو أمام ضابط الحالة المدنية، فهنا لا مجال للحديث عن الإنكار فهنا يكتسب التوقيع فقط صفة الرسمية.

### **الوجه الثاني: حجية البيانات المدونة في المحرر العرفي:**

إعتراف الخصم بصدور المحرر العرفي منه أو ثبوت هذا بعد التحقيق يجعل من المحرر العرفي قوة المحرر الرسمي بما يتعلق بمحتوياته المادية أي البيانات المدونة فيه.

لكن هذا لا يمنع من جهة ادعاء من يتمسّك في مواجهته بهذا المحرر الإدعاء بالتزوير (إضافة، شطب...) لكن خاصة من جهة ثانية هذا لا يمنعه من إثبات أن البيانات المحررة في المحرر العرفي لا تطابق ما أراده الأطراف، فله إثبات أن العقد صوري (وهنا يجب كتابة) أو يطعن بالتصريف أنه باطل لوقوعه في غلط أو تدليس أو إكراه أو غبن.

### **الوجه الثالث: حجية تاريخ المحرر العرفي:**

طفي المحرر العرفي، قلنا أن البيانات المدونة لها حجية لها، ومن بين هذه البيانات تاريخ المحرر العرفي وبالتالي تكون له نفس الحجية كالبيانات الأخرى بالنسبة للطرفين.

أما بالنسبة للغير: يكون للمحرر نفس الحجية بالنسبة للبيانات كما للطرفين، ما عدى التاريخ الذي لا يحتاج به في مواجهة الغير إلا إذا كان ثابت (328 قانون مدني).

معناه أن الغير الذي يحتاج به بالتاريخ، ليس له أن يثبت أن التاريخ ليس صحيح يكفي للغير إثبات أن التاريخ ليس ثابت حتى يعتبر المحرر العفوي بدون تاريخ وبالتالي لا يسري في مواجهتهم.

الحكمة من اشتراط ثبوت التاريخ هو حماية ما قد يتعرض له الغير من عدم ثبوت التاريخ وصعوبة إثبات هذا التاريخ وصحته.

فالغير يصعب عليه إثبات تحايل الطرفين في تغيير التاريخ لذلك أعلاه صحة التاريخ.

**ماذا يقصد بالغير هنا في حالة عدم حجية التاريخ؟**

يتحدد مفهوم الغير على ضوء الحكمة التي من أجلها جعل المشرع أن يكون التاريخ ثابت والحكمة قلنا هي حماية الغير من تقديم التاريخ من طرف الطرفين وتحايلهما.

وبالتالي فالغير يعتبر كل شخص يحتاج عليه بالمحرر العرفي ويضار في حق تلقاءه من أحد طرف المحرر أو بمقتضى نص القانون. إذا ثبت صحة تاريخه في مواجهته

بمعنى أن الغير يعتبر من جهة الخلف الخاص وهذا المشتري يعتبر من الغير بالنسبة لتصرفات بائعه بالنسبة للمال الذي اشتراه وبالتالي كل هذه التصرفات التي أجراها البائع على مال محل البيع لا تكون حجة ولا يمكن الاحتجاج بها في مواجهته إلا إذا كان لها تاريخ ثابت وسابق على العقد (مثال: إشتريت عقار، ووجده مؤجر فتاريخ الإيجار لا يسري إلا إذا كان ثابت وكان هذا التاريخ ثابت قبل عقد البيع وهذه الحكمة من ثبوت التاريخ فإذا كان غير ثابت وكان بعد البيع فإنه لا يسري على المشتري للعقار).

يعتبر من الغير كذلك الدائن الحاجز فإذا حجز الدائن على منقول مملوك لمدين تمهيدا لاستيفاء حقه من ثمنه فيكون هذا الحاجز الدائن من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ.

(مثال شخص يحجز على الشيء ثم يقوم بعقد مع شخص آخر (بيع) وأقدم تاريخ البيع على تاريخ الحجز، فيجب إذن أن يكون التاريخ ثابت).

يعتبر الدائن المرتهن من الغير: فعقود الإيجار التي يبرمها المدين الراهن على العقار المرهون لا تكون نافذة على الدائن المرتهن إلا إذا كانت ثابتة وسابقة على التبيه بنزع الملكية.

يعتبر من الغير الدائن الذي يرفع الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاد التصرفات) فإذا رفع الدائن على مدينه دعوى عدم نفاد التصرف الذي أبرمها هذا المدين إضرارا به فالدائن هنا يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التصرف فالتصرف هنا الذي أبرمه المدين لا يسري على مواجهة الدائن إلا إذا كان ثابت وسابق على نشوء حق الدائن.

يعتبر من الغير أخيرا دائنا المفلس:

فإذا أشهر إفلاس التاجر يصبح دائنه من الغير بالنسبة للمعاملات المدنية التي يجريها (التجارية أمر آخر) فهي تسرى هذه المعاملات المدنية يجب أن تكون ثابتة وسابقة على شهر إفلاسه لأن الأموال المدنية تدخل في الـ بعد شهر إفلاسه

ماعدى هؤلاء فلا يعتبرون من الغير وبالتالي مكن الاحتجاج على غير هؤلاء ضدتهم بتاريخ المحرر حتى ولو لم يكن ثابتا لأنهم سوف لن يضاروا بهذا التاريخ.

مع ملاحظة أن بالنسبة للغير المذكورين يشترط فيهم فقط حسن النية أن لا يكون هذا الغير عالما بوجود التصرف السابق عن حقه فإذا كان سيء النية بعلم بوجود التصرف لكن التاريخ غير ثابت، فيمكن الاحتجاج عليه بهذا المحرر في ولو لم يكن ثابتا.

ومع ذلك يستثنى المشرع المخالفات من قاعدة ثبوت التاريخ فالاصل أن الغير حتى يحتاج في مواجهتهم بتاريخ أن يكون ثابتا وسابق على تصرفهم ويوجد استثنائين وهما:

## 1- سوء النية.

2- المخالفات. هو محرر مثبت لوفاء ولا يشترط فيها المشرع أن تكون ثابتة التاريخ حتى تسرى في مواجهة الغير فهي تسرى في مواجهتهم حتى ولو لم تكن ثابتة التاريخ سواء كان حسن أو سيء النية

### متى يكون التاريخ ثابتاً:

نص المشرع على أربع حالات يكون التاريخ فيها ثابت .المادة 323 قانون مدنى:

1- إبتداء من يوم تسجيله .

2- من يوم ثبوت مضمونة في محرر رسمي .

3- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عمومي .

4- من يوم وفاة أحد الذين لهم على المحرر خط أو إمضاء .

ملاحظة: (إذا إذا ذكر المحرر العرفي تاريخ معين وإذا وقعت الواقعة التي يصبح بها التاريخ ثابتاً فإن التاريخ الذي موجود في المحرر يصبح ليس له أهمية بالنسبة للغير ، وإنما نأخذ بالتاريخ الثابت بالنسبة للغير وبالنسبة للواقعة التي ثبتت) .

1- إبتداء من يوم تسجيله .

ويقوم بالتسجيل المؤوثق في قانون التوثيق .

مع العلم أن هذا التسجيل لا يجعل من المحرر العرفي محرر رسمي).

2- من يوم ثبوت المحرر العرفي في عقد آخر حرره موظف عام وبالتالي الورقة العرفية ثابتة التاريخ من اليوم الذي أفرغت فيه في المحرر الرسمي .

- يحصل هذا خاصة إذا اتفق في البداية على محرر عرفي في انتظار توثيقه لكن يشرط أن يتفق التاريخ المذكور في الورقة العرفية مع التاريخ المذكور في المحرر الرسمي (التاريخ

المذكور في المحرر العرفي يطابق التاريخ المذكور في الورقة الرسمية) وهو اليوم أو التاريخ الذي اتفق عليه الأطراف للتوثيق التصرف.

3- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عمومي.

قد يقدم المحرر العرفي للموظف العام أثناء تأدية وظيفته فيؤشر عليه بما يفيد تقديمها، وبدون تاريخ هذا التقديم.

- يحصل هذا خاصة في مصلحة الضرائب فالمشرع يشترط دفع رسوم على بعض العقود، حتى العقود العرفية، فإذا قدم المحرر العرفي فالموظف يشير إلى أنه قدم المحرر العرفي، فمن اليوم الذي يؤشر عليه فمن هذا التاريخ يصبح المحرر العرفي ثابت التاريخ.

- (إن مصلحة البريد (موزع البريد) ليس له صفة ضابط عمومي).

4- من يوم وفاة أحد الذين لهم على المحرر خط أو إمضاء فإذا وجد محرر عرفي موقع أو مكتوب من طرف شخص توفي فإن تاريخ الوفاة يجعل المحرر العرفي ثابت التاريخ من يوم الوفاة (بالكتابة أو بشهادة الشهود يمكن إثبات الوفاة).

- بالنسبة للمحررات المعدة للإثبات التي يشترط فيها الإمضاء فلا يكفي وجود خط الطرف المتوفى بل يشترط إمضاؤه وفي حالة عدم وجود الإمضاء هنا فلا يكون المحرر العرفي ثابت التاريخ من يوم الوفاة .

- وهذه هي العلة التي جعلت بعض التشريعات من تقرير بأن في حالة العجز الجسmani هي جعل الشخص لا يمكنه الكتابة أو الإمضاء.

- فهنا من تاريخ العجز الجسmani يكون المحرر ثابت التاريخ (موقف المشرع المصري)

- المشرع الجزائري، لم يتكلم إلا عن الوفاة ولك يتكلم عن العجز الجسmani.

### **المحرات العرفية غير المعدة للإثبات:**

نص المشرع على أربعة أنواع من المحررات غير المعدة للإثبات وفي كل مدرجة يمنحها نوع من الحجية.

- الرسائل والبرقيات دفاتر التجار دفاتر الأوراق المنزلية.

- التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين.

### **١- الرسائل والبرقيات:**

في المعاملات التجارية تكتسب الرسائل أهمية بالغة، فإنه إذا كانت أوراق غير معدة للإثبات إلا أنها تتتوفر على شرطين للمحرر المعد للإثبات (الكتابة والتوفيق) لذلك سوى المشرع بينها وبين المحرر المعد للإثبات.

المادة 329 من القانون المدني.

- فالرسائل الموقع عليها من مرسلها تكون لها قوة إثبات فإذا لم تكن موقعة يمكن اعتبارها بداية ثبوت بالكتابة بشرط أن تكون محررة بخط المرسل.

- والرسالة تعتبر ملك للمرسل إليه للخطة التي يتلقاها وبالتالي يمكن الإحتجاج بها في مواجهة المرسل. إذا تضمنت الرسالة إقرار فيفائدة الغير فإن الغير لا يمكنه التمسك بها في مواجهة المرسل، إلا إذا أثبت أن الرسالة أصبحت ملك له، وأن هذه الرسالة أصبحت ملك له بطرق حسية.

- بالنسبة للبرقيات: منحها المشرع نفس قيمة المحرر العرفي المعد للإثبات بشرط أن يكون أصلها المودع في مكتب الإرسال موقع من طرف المرسل وجعل المشرع هذه القرينة على أن البرقية مطابقة للأصل وحمل من يدعي عكس ذلك ثبات هذا.

- مع ملاحظة إذا أعدم أصل البرقية أو تلف هذا الأصل فلا يعتد بالبرقية إلا على سبيل الإستئناس.

### **بالنسبة لدفاتر التجار:**

القانون التجاري ألزم التجار بمسك الدفاتر التجارية يقيدون عملياتهم. وقد أوضح المشرع حجية الدفاتر التجارية من حيث الإثبات في المواد المدنية أي عندما يكون الطرف الآخر غير تاجر.

- من هذه الأحكام يتبيّن أن الدفاتر التجارية تكون ألا حجة على التاجر واستثناء حجة له (في المواد المدنية).

- في الأصل حجة عليه: لأن ما يدونه التاجر في دفاتره هاته من بيانات تعتبر بمثابة إقرار صادر منه، بل هذا ما يفسّر لماذا المشرع أعطى لها حكم الإقرار من البيانات الموجودة فيه.

- فإذا كانت هذه البيانات منتظمة فإن الطرف غير التاجر إذا أراد أن يحتج بهذه البيانات فليس له أن يجزئ هذه البيانات لما يفيده هو.

- وإذا كانت البيانات غير منتظمة فالقاضي هو الذي يحدد عدم حجيتها أو حجيتها.

- المشرع خرج عن القواعد العامة من وجهتين فيما يخص الدفاتر التجارية.

- من جهة قلنا الدفاتر التجارية غير موقعة ومع ذلك أعطاها حجية الورقة العرفية المعدة للإثبات إذا كانت منتظمة.

من جهة ثانية القانون يلزم التاجر بتقديم الدفاتر التجارية والقاعدة ترفض أن يلزم الشخص بتقديم دليل ضد نفسه مع ملاحظة أخيراً أن الدليل المستمد من الدفاتر التجارية يقبل إثبات العكس معنى أن التاجر يستطيع إثبات ما ورد في الدفاتر التجارية وبكل الوسائل. هذا الأصل.

أما الإستثناء: تكون الدفاتر التجارية حجة للتاجر أي هو الذي يتمسّك بها ضد الغير، (هذا خروج على مبدأ عدم إمكانية اصطناع دليل لنفسه).

تكون حالتين:

1- حجة له فيما يخص إذا كان الخصم الآخر تاجر.

2- حجة له بالنسبة للدعوى المدنية: فالأصل أن الدفاتر لا يحتاج بها على غير التاجر، إلا أن المادة 330 نصت على استثناء يتعلق بما ورّده التاجر لغير التاجر. فالشرط هو التوريد وأن يكون التصرف مما يجوز إثباته بالبينة (أن لا يجاوز هذا التصرف 10000 دج) ومعنى ذلك وإذا توفر الشرطان فللقاضي أن يوجه اليمين المتممة لكلى الطرفين وتعتبر الدفاتر التجارية في هذه الحالة كبداية بالكتابة.

### **النوع 3 الدفاتر والأوراق المنزلية:**

يقصد بها ما يكون لدى البعض من مذكرات خاصة يتكون فيها ما يتعلق بحقوقهم اتجاه الغير وما عليهم من التزامات فقد تكون عبارة عن سجلات خاصة، دفاتر حسابات، أوراق متفرقة مذكرات.

الأصل أنها ليست لها أية حجية من حيث الإثبات، مع ذلك منحها المشرع قدر من القوة لتكون أحياناً حجة على أصحابها.

المادة 331 من القانون المدني نصت على حالتين تكون فيها هذه الأوراق حجة على أصحابها.

حالة 1: إذا ذكر في هذه الأوراق صراحة أنه استوفى الدين.

حالة 2: إذا ذكر صراحة في هذه الأوراق أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت هذه الأوراق حقムصلحته، أي أنه دون هذا ليقوم السند لمصلحة من ذكر إسمه في هذه الورقة.

لكن في هاتين الحالتين حجية هذه الورقة ليست مطلقة، لأنه يستطيع إثبات عكس ما دونه فهي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها لمن له مصلحة، ويثبت ذلك بكل وسائل الإثبات دون الحاجة أو التقيد بقاعدة في الكتابة، لأنها ليست أوراق كاملة معدة للإثبات.

### **النوع 4 من المحررات غير المعدة للإثبات:**

### **التأشير على سند بما يفيد براءة ذمة المدين:**

قد يحصل أن الدائن يكتفي بأن يقوم بالتأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين دون التوقيع خاصة في المصالصات، فإذا حرر وأشار على هذا السند يكون هذا التأشير حجة على الدائن بالطريقة التالية:

- إذا كان السند في حيازة الدائن، يكون التأشير على السند حجة على الدائن لأنه استوفى حقه حتى يثبت العكس (الدائن هو الذي يثبت). والقانون لا يتطلب بالنسبة للتأشير بشكل خاص، فقد يكون في أسفل الورقة، خلف، فوق...

- المهم أن يكون التأشير صريح أو أن يفهم بدون لبس من أنه استوفى حقه ويشترط من جهة أخرى حتى يكون حجة على الدائن أن يظل هذا السند في حيازة هذا الدائن (أي يبقى في حيازته من المدة التي أشر عليه في الوقت الذي سيحتاج به عليه) فإذا خرج من حيازته فلا يحتاج به، فينتفي بذلك حجيته إذا أخرج من حيازته وهذا الإحتمال التزوير، والدائن هو الذي يثبت خروج هذا السند من حيازته سواء كان هذا الخروج بإرادته أو بغير إرادته من حيازته، إنه قد يتعمد الدائن إخراج هذا السند من حيازته وهذا لمصلحة له في ذلك، ومع ذلك فإنه حتى ولو لم يخرج السند من حيازته فإن للدائن ويشير طرق الإثبات أن يثبت عكس ما يوجد في السند أو الروقة المؤشر عليها.

- إذا كان السند في حيازة المدين: أحياناً وخاصة للمصالصات يكون التأشير على الصورة الأصلية للسند، وبذلك فالدين سيحتاج بهذه الورقة على الدائن بأنه قد وفي في هذه الحالة يكون هذا السند الذي هو في حوزة المدين يكون حجة على الدائن في الحدود التالية:

- 1- أن تكون الصورة أصلية، فالصورة المضورة ليست لها أية قيمة.
- 2- أن يكون التأشير بخط الدائن، أي لا ينكر الدائن خطه، وإلا فقدت حجيتها.
- 3- أن يكون هذا السند في حيازة المدين أو تحت يد شخص آخر يحوزه لحساب المدين كالوكيل أو ....، وللدين دائمًا إثبات عدم إستيفاء حقه وبكل الوسائل للإثبات.

مع ملاحظة إذا كان التأشير مشطوب.

- إذا كان السندي حيازة الدائن: فيرى البعض أنه يفقد (التأشير) أية حجية، والبعض الآخر يرى أن هذا التأشير يفقد حجيته إذا كان التشطيب يتذر بها قراءة ما هو مكتوب، ويرى البعض الآخر أنه يترك للقاضي تبعاً للحالة حرية الأخذ بالتأشير أو لا.

- إذا كان السندي حيازة المدين: فيفقد التأشير عند شطبته دلالته فلا حجية له

### الحالات التي يتطلب فيها القانون الكتابة في الإثبات:

قلنا أن الكتابة خاصة بالتصروفات القانونية، أما الواقع المادي فيمكن إثباتها بثنى الوسائل سواء كتابة أو غير كتابة.

- لكن الإشكال أنه لو أن المشرع اشترط أن كل التصرفات يجب إثباتها بالكتابة، لكان ذلك تكليف، لذلك حصره المشرع.

- أحياناً قد لا تزيد قيمة التصرف على ثمن بـ 10000 دج، لكن مع هذا أطراف التصرف يحرصون على كتابته لتفادي المنازعات التي تقوم بسبب الإثبات، وقد توجد حالات أخرى أين يشترط المشرع الكتابة لإثبات بعض التصرفات بغض النظر عن قيمتها كإثبات عقد الكفالة، وكذلك الوصية، فيجب الإثبات بالكتابة بغض النظر عن قيمتها.

هناك قاعدتين بخصوص اشتراط الكتابة:

1- التصرفات التي تزيد قيمتها عن 10000 دج:

المادة 333 ق م: - في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 10000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا يحوز البينة في إثباته أو انقضائه إلا بالكتابة.

من هذا المنطلق يحدد المشرع شرطين لإنطباق هذه القاعدة.

1- أن يكون التصرف المراد إثباته تصرفًا مدنياً.

2- أن تزيد قيمة التصرف عن 10000 دج أو غير محدد القيمة.

- **بالنسبة للشرط 1: فالتصرفات المدنية من الطبيعي هي التي تخضع لهذه القاعدة سواء كان التصرف عقداً أو بإرادة واحدة (الوصية، الإقرار بالدين، إجازة العقد، التنازل عن استعمال حق الشفعة).**

- مع ملاحظة أن بعض التصرفات (بإرادة واحدة خاصة) قد لا تكون إيجابية وإنما ستنتج من أفعال يقوم بها الشخص كالإجازة، فقد تكون صريحة، إجازة العقد صراحة، وتكون الإجازة ضمنية. في هذه الحالة (الإجازة الضمنية) يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات لأنه إثبات لفعل سلبي، والفعل السلبي لا يمكن إثباته كتابة.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا كان محل الإثبات تصرف فإنه يمكن إثباته سواء كانت الدعوى مدنية أو جزائية فإثبات هذا التصرف فلا يكون إلا بالكتابة سواء أمام المحكمة المدنية أو الجنائية بالنسبة للشرط 1 دائمًا فإنه:

- مع ملاحظة أنه إذا كان التصرف مختلط تجاري بالنسبة لطرف ومدني لآخر، فإن قواعد الق المدني هي التي تطبق على من كان التصرف مدين بالنسبة له فإذا كان المدين هو الطرف المدني فلا يمكن محاجاته إلا وفقاً للقواعد المدنية حتى ولو كان هذا التصرف يعتبر تجاري بالنسبة للدائن.

- والعكس غير صحيح، فإذا كان المدين تجاري والدائن غير تجاري التصرف بالنسبة إليه، فإنه لا يحتاج عليه إلا وفقاً للقواعد التجارية.

- **بالنسبة للشرط 2: قيمة التصرف تزيد عن 10000 دج أو غير محدد القيمة.**

- يقصد بقيمة التصرف قيمة ما ينشأ عن هذا التصرف من حقوق والشرع أعطى هذا الحكم ومدّه إلى التصرفات التي تكون غير محددة القيمة إذا اعتبرها أنها تحمل قرينة على أنها تفوق 10000 دج.

مع العلم أن هذه التصرفات غير محددة القيمة هي تصرفات سلبية فغالباً ما تكون الإمتاع عن عمل.

- بالنسبة لما يزيد عن 10000 دج.

### كيفية تقدير هذه القيمة؟

المادة 2/333 قانون مدني، ويقدر الإلتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف ويجوز الإثبات بالبينة...

- الأصل أنه ينظر للتصرف وقت صدوره، حتى لو كانت قيمة هذا الإلتزام يقل عن هذه القيمة وقت نشوئه أو صدوره، فالأخذ هنا بقيمته وقت صدوره.

- من جهة أخرى إذا كان وقت نشوء التصرف قيمة التصرف لا تفوق 10000 دج، فإنه يجوز الإثبات بالبينة (شهادة الشهود) عند المطالبة إذا كان المطلوب بفوق 10000 دج لكن هذه الزيادة لم تأتي إلا بضم الملحقات بأصل الدين.

مثال: اليوم قيمته 9000 دج وبعد مضي سنة المدين لم يسد المبلغ، الدائن يرفع دعوى بإعطائه 9000 دج، كذلك له أن يطلب التعويض عن هذا التأخير وقد يكون هذا التعويض أكثر من 10000 دج لكن مع هذا يثبت بالبينة لأن ضم الملحقات بأصل الدين هي التي تفوق عن 10000 دج (وهي الملحقات لأصل الدين).

- فهنا نعد بأصل الدين وكل ما يلحق أصله بغير من ملحقاته مثل القروض والفوائد فالفوائد من الملحقات .

- المشرع يشترط الكتابة فيما يزيد عن 10000 دج مما يساوي 10000 دج لا يشترط الكتابة وإنما 10001 دج مما فوق.

- العبرة كذلك بالأخذ بالتصرف وقت نشوئه أنه إذا كان حق الدائن في ذلك الوقت يجاوز نصاب 10000 دج فإن الكتابة تكون واجبة حتى ولو كان ما يطالب به الدائن هو جزء من هذا الحق لا تزيد قيمته عن 10000 دج.

معنى إذا كان التصرف وقت نشوئه 50000 دج فيقوم المدين بالوفاء أولاً بـ 42000 دج ويبقى 8000 دج فهذا المتبقى كذلك يجب إثباته بالكتابه.

- المادة 334 قانون مدنی .....

هناك خطأ في الصياغة.. في المضمون.... في الإملاء.....

المهم لنا إذا كان المطلوب من الدين، فإنه يشترط الكتابة حتى لو كان هذا الجزء لا يفوق 10000 دج وهذا إذا كان الأصل يفوق 10000 دج.

- إذا تعددت الإلتزامات بين الخصوم، هناك عدة تصرفات نتصور بين الطرفين عدة تصرفات شخص أقرض وباع و ... فإذا وجدت عدة التزامات فلا يجوز ضم هذه الإلتزامات للقول بأن القيمة تزيد أو لا تزيد على 10000 دج فنأخذ كل تصرف على حدى، حتى ولو كان قرض+قرض، فإذا كان التصرفين منفصلين فلا يمكن جمعهما لتحديد القيمة.

#### **القاعدة2: وجوب الكتابة فيما يخالف أو يجاوز الكتابة:**

- إذا كان العقد رسمي فلا يجوز إثبات ما يخالف مضمون هذا التصرف إلا بالكتابة، الواقع أن هذا الحكم فيه تجاوز لأنه ما يخالف أو يجاوز مضمون عقد رسمي فإن الأمر لا يتعلق بالإثبات وإنما يتعلق بالوجود فإذا كان لدينا محرر رسمي فالكتابة هنا للإنعقاد وليس للإثبات،

- من جهة أخرى أن القاعدة في الإثبات أن دحض الدليل بالدليل، وبذلك يكونان من نفس الدرجة فلا يمكن دحض دليل إلا بدليل مماثل له ومن نفس الدرجة في الحجية.<sup>1</sup>

- وبالتالي حتى لو كنا مع المشرع في قوله معناه بمفهوم المخالفة فإنه إذا كان المحرر عرفي فإنه يجوز مخالفة أو مجاوزته بالبينة وهذا غير صحيح.

- وبالتالي فلا يجوز إثبات المخالفة أو المجاوزة ما هو بالكتابة إلا بالكتابة وبالتالي يجب أن تتوافر ثلاثة شروط هي:

---

<sup>1</sup> حسين عبد الباسط جميمي، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية - القاهرة 2000 ص 98.

1- أن يوجد دليل كتابي في الأوراق الرسمية والمحررات العرفية المعدة للإثبات والرسائل الموقع عليها.

أما إذا كان الدليل الكتابي غير كامل فيجوز إثبات عكس ما ورد فيها لكل الوسائل (مثل الرسائل المنزلية والدفاتر).

2- أن تكون الكتابة مثبتة لتصرف مدني.

فالبنية للتصرفات التجارية يمكن الإثبات بكل الوسائل لما يخالفه مهما بلغت القيمة - ومن البديهي أنه في التصرف المدني تطبق عليه هذه القاعدة حتى لو لم يتجاوز قيمته 10000 دج بل أن أهمية هذه القاعدة تظهر هنا في التصرف المدني الذي لا يتجاوز 10000 دج فإذا كان مكتوب فيجب مخالفته أو مجاوزته بالكتابة.

### 3- إثبات ما يخالف أو مجاوز الكتابة:

يقصد بإثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها تكذيب الكتابة مثلاً: المحرر يثبت أن التصرف بيع وأن الثمن قد دفع فلا يستطيع إثبات أن التصرف هبة، وإذا أراد ذلك فيجب بالكتتبة لأنه خالف ما ذكر في المحرر.

- وأما ما يقصد بالتجاوز في الكتابة هو إضافة أو تعديل ما هو مدون في العقد فالمدعى لا يشكك ما ورد في العقد، وإنما يدعي أنه توجد اتفاقيات أخرى لم تدون في المحرر فلا يستطيع إثبات ذلك إلا بالكتابة.

كذلك إذا كان تاريخ العقد مذكور في العقد وادعى أحد طرفيه أنه صدر في تاريخ آخر فتطبق نفس القاعدة لأنه إثبات بما يخالف الكتابة.

- إذا كان المحرر خالي من أي تاريخ فإنه يجوز إثبات التاريخ بكل الطرق لأنها واقعة مادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات.

- ومع هذا نص المشرع على حالتين إستثناءها من هذه القاعدة (وجوب إثبات بالكتابة لما هو مكتوب).

- الإستثناء 1: المادة 335 من القانون المدني.

- يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة.

الإستثناء 2: المادة 336 من القانون المدني.

- يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة

1- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي

2- إذا فقد الدائن سنته الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته

- هناك حالة استثنائية ثلاثة أوردها الفقه وهي حالة الصورية:

الأصل أن إثبات العقد الصوري إذا كان محرر لا يجوز إلا بالكتابة لأنه إثبات ما هو بالكتابة لا يكون إلا بالكتابة.

- أما بالنسبة للغير (كل من لك يكن طرف في العقد لكن تأثر بالعقد الصوري سواء سلبي فإنهم يستطيعون إثبات الصورية بكل طرق الإثبات فهي بالنسبة له واقعة مادة).

## إثبات صحة المحررات:

- بالنسبة للمحررات المقدمة للإثبات تكون إما رسمية أو عرفية .
- الرسمية حجة على الطرفين وعلى الغير إلى أن يثبت تزويرها.
- العرفية حجة بالقدر الذي لا ينزع فيه الخصوم في صحتها.

## طرق إثبات صحة المحررات:

1 - طرق إثباتها:

قلنا أنه بالنسبة:

- الرسمية لا تفقد حجيتها إلا عن طريق الإدعاء بالتزوير.

- العرفية تفقد حجيتها متى:

- 1- أنكر من يحتاج عليه بهذا المحرر إنكار توقيعه أو خطه أو إدعى أن هذه الورقة العرفية مزورة.

وبالتالي المحررات الرسمية فلا يجوز نقدها إلا بالتزوير، أما العرفي فتنقد بالإنكار والتزوير.

**بالنسبة للإنكار:** تنص المادة 327: يعتبر العقد العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء.

أما إذا كانت الورقة محتجاً بها ضرورته من ينتسب إليه التوقيع أو إلى خلفه فلا يطلب منهم الإنكار وإنما يكفي أن يحلفوا يميناً أنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

فالأصل الورقة العرفية حجة لما دون فيها على من صدر منه ونسب إليه توقيعها إلا إذا أنكر صدورها عنه أو أن التوقيع ليس له فلقد قلنا أن مصدر الحجية هنا هو التوقيع.

المشرع بحكم خاص بالنسبة للخلف (الورقة): لا يشترط للخلف الإنكار وإنما يكفي لتفقد هذه الورقة حجيتها الحلف باليمين

### مفهوم الإنكار وشروطه وإجراءات تحقيق الخطوط (المظاهاة):

يفصل في المسألة هذه الإنكار أو لا بما يلي:

- بتحقيق الخطوط (المظاهاة) وهي مجموع الإجراءات التي وضعها القانون لإثبات صحة الورقة العرفية التي حصل إنكارها مع ملاحظة أن لا علاقة بين هذه الإجراءات والمحررات الرسمية لكونها صادرة من الموظف العام.

تنص المادة 76 من قانون الإجراءات المدنية:

إذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه أو ادعى عدم تعرفه على خط أو توقيع الغير فيجوز للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك إذا رأى أن هذه الوسيلة غير منتجة للفصل في النزاع.

وإلا فإنه يؤشر بإمضائه على الورقة المطعون فيها ويأمر بإجراء تحقيق الخطوط إما بمستندات أو بشهود وإذا لزم الأمر فهو بواسطة خبير"

- يمكن استخلاص ما يلي:

1- يمكن للقاضي الحكم بصحة الورقة العرفية دون إجراء تحقيق الخطوط فهو ليس ملزماً إزاء إنكار الخصم أن يتبع إجراءات تحقيق الخطوط وإنما له سلطة تقديرية في ذلك .  
(ويظهر ذلك خاصة إذا كان الخصم يريد إطالة عمر النزاع).

2- للمحكمة الخيار عند أمرها بالتحقيق، أن تجري هذا التحقيق إما بالمظاهر أو سماع الشهود، وحتى بالإثنين معاً، فإذا خالف المظاهر سماع الشهود، ترجع واحدة منهمما .

### شروط الإنكار:

يشترط أن يكون الإنكار مجيء (تجريدها من حجيتها).

- أن يحصل إنكار على توقيع ورقة عرفية لم يسبق الإعتراف بتوقيعها، إنما يستطيع الإدعاء بالتزوير فقط، فهو لا يستطيع إنكار توقيعه) مع ملاحظة أن الإنكار قد يكون جزئي، فيتعرف بعض ما ينسب إليه وينكر البعض.

2- أن يكون الإنكار صريح فلا يجوز أن يكون الإنكار ضمني مستمد من سكوت من يحتاج عليه بالورقة العرفية، فيجب النفي صراحة سواء من خط أو توقيع.

مع ملاحظة أن ذكر ما يؤيد الإنكار ليس واجبا على المنكر بسبب أنه في هذه الحالة أن المنكر لا يقع عليه عبء إثبات ما يدعوه وإنما بمجرد أن ينكر تستطيع المحكمة أن تأمر بالمشاهدة<sup>1</sup>.

3- أن تكون الورقة منتجة في الدعوى.

المقصود ليس أن تكون حاسمة وإنما تساهم في الوصول إلى إقناع القاضي .

### إجراءات تحقيق الخطوط (المضاهاة) :

- إذا حصل الإنكار مسوفيا لشروطه فإنه:

تأمر المحكمة بالمشاهدة أو سماع الشهور أو معا، أو استدعاء خبير يكون أمر المحكمة حكم تصدره بحيث يشتمل منطوق الحكم على:

1- ندب أحد قضاة المحكمة بمباشرة التحقيق.

2- تعين خبير أو أكثر إذا كان الحكم صادر عن طريق المضاهاة

3- تحديد الساعة واليوم الذي يكون فيه التحقيق.

<sup>1</sup>- سليمان مرقس، الوافي في القانون المدنيالجزء الخامس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الأدلة المقيدة، دار الجيل للطباعة بدون بلد نشر، 2000 ص 108

#### 4- الأمر بإيداع الورقة المقضى بتحقيقها لدى قلم كتاب الضبط.

- المقصود بالمضاهاة:

يقصد بالمضاهاة مقارنة الخط أو الأمضاء المنسوب لمن يحتج عليه بالورقة العرفية بخط أو إمضاء الثابت له.

ويلزم الخصوم أن يحضروا أمام القاضي الذي يقوم بالتحقيق في الموعد الذي يحدد لهم، وإذا تخلف الخصم المكلف بالإثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه في الإثبات، وإذا تخلف الخصم الآخر (المنكر) جاز اعتبار الورقة المقدمة للتحقيق صالحة.

- قد يحصل التحقيق عن طريق الشهادة: المادة 76 من قانون الإجراءات المدنية.

- تجيز المحكمة بشهادة الشهود.

- المقصود بالشهادة أن تنصب فقط على واقعة الإمضاء أو التوقيع أي أن يشهدوا أنهم رأوه وهو يمضي هذه الورقة، فلا تمتد الشهادة إلى مضمون المحرر أو صحته.

- قد تأمر المحكمة بالتحقيق عن طريق المضاهاة بواسطة خبير.

### القواعد التي تحكم الخبرة

1- إذا لم يكن الخبرير مدون إسمه في سجل الخبراء وجب أن يؤدي هذا الخبرير اليمين أمام القاضي.

2- يتلزم الخبرير بإخبار الخصوم باليوم وال الساعة التي يلت吉ء فيها إلى الخبرة (فالخبرة تكون بالمجابهة وإلا كانت باطلة).

3- يجوز أن يكون رأي الخبرير شفهي أو كتابي (يودعه لدى كتابة الضبط ويخبر الخصوم بهذا الإيداع).

بعد هذا: - المحكمة إما تحكم بصحة الورقة أو بعدم صحتها. (مع ملاحظة أن الخبرة غير ملزمة للقاضي، لكن عملياً فإنه يأخذ به).

### الإدعاء بالتزوير:

- يقصد بالتزوير تغيير في حقيقة المحرر بقصد الغش والإحتيال وذلك بتغيير مضمونه ومحتواه من أحد الأطراف، لأن يقوم بإزالة جزء من المحرر أو إضافة عبارات فيه، فالإشكال لا يجوز بالإنكار، فالخصم لا ينكر وإنما يدعى أن فيه أجزاء زالت أو زادت وبذلك أصبحت لا تطابق ما تتفق عليه في المحرر.

- الإدعاء بالتزوير هو مجموع الإجراءات التي نص عليها القانون لإثبات صحة المحررات، والتزوير في الأصل يرد على المحررات سواء رسمية أو عرفية.

(إذا قلنا أن المحررات العرفية تفقد حجيتها بالتزوير وهنا يجب إثبات التزوير، على عكس الإنكار فإنه لا يثبت ذلك).

- ومع ذلك لا يجد الشخص طريق آخر للطعن في المحرر إلا بالتزوير وذلك فيما يلي:

1- حالة المحررات العرفية المصادق عليها على التوقيعات التي تحملها.

2- المحررات العرفية المعترف بصحتها في خصومة أخرى.

3- بالنسبة للمحررات العرفية التي يناقش الخصم موضوعها (الشخص الذي يحتاج بها عليه) أي ما اشتغلت عليه الورقة من بيانات فإذا بدأ بمناقشته ما اشتغلت عليه الورقة من بيانات كان يدعى بالوفاء مثلاً، فلا يمكن له فيما بعد أن ينكرها وهذا لا يمنعه من سلك طريق الإدعاء بالتزوير مع الملاحظة أنه لا يمكن الإدعاء بالتزوير إلا لأحد الخصوم الممثلين في الدعوى أو للخلف.

**شروط قبول دعوى التزوير:** (يتعلق معظمها بدعوى التزوير الفرعية)

يجب على مدعى التزوير تقديم تقرير لدى قلم الكتاب يقدم فيه كل مواضيع التزوير، مع ملاحظة أن الإدعاء بالتزوير يكون عبارة عن دفع وبالتالي إذا كان كذلك فإنه يمكن إدعاء بالتزوير في أي مرحلة من الدعوى ما دام لم تغلق باب المراقبة، يجب أن تكون هذه الورقة منتجة للدعوى).

### تشمل إجراءات دعوى التزوير الفرعية مرتبتين:

1- مرحلة إعلان شواهد التزوير وفحصها والأمر بالتحقيق عند الإقصاء.

2- مرحلة الفصل في الإدعاء بالتزوير.

- بالنسبة للمرحلة الأولى: مرحلة إعلان هذا التزوير وفحصها والأمر بالتحقيق عند الإقصاء:

تعرض شواهد التزوير بعد إعلانها للخصيم لفصل في قبولها من عدمه حسب المادة 155 ق إم: فالطعن بالتزوير سواء في ورقة رسمية أو عرفية يكون بطلب افتتاحي للدعوى وأن تتوفر في المتعاطي الشروط المطلوبة، والمحكمة هي التي تفحص كون الإدعاء بالتزوير منتجة في الدعوى الأصلية أو غير منتجة.

- وفي هذه المرحلة المحكمة هي التي تفصل فيما إذا كان الطعن بالتزوير منتج في الدعوى الأصلية أو لا، مع الملاحظة أنه في هذه المرحلة أن المحكمة تطرح السؤال على من يتمسك بالورقة المدعى بتزويرها وهذا قبل الفصل في تزويرها .

- فإذا قرر أنه يسحبها أو سكت فتستبعد الورقة من الخصومة الأصلية تنقضي في الدعوى الفرعية من الوجود.

- أما إذا قدر التمسك بهذا المحرر واستعماله في الدعوى هنا المحكمة مخيرة من أمرتين إما الأمر بالوقف الدعوى الأصلية إلى حين الفصل في دعوى التزوير وبالتالي ستأمر بالتحقيق وإما أن تصرف النظر عنها إذا اتضح لها أن هذه الورقة ليس لها تأثير.

## - بالنسبة للمرحلة 2: مرحلة الفصل في الادعاء بالتزوير

بعد انتهاء التحقيق الذي تأمر به المحكمة وانطلاقا منه تقضي بصحة أو عدم صحة هذه الورقة مع العلم أنها غير ملزمة برأي الخبير.

- مع ملاحظة إذا رفعت الدعوى بصفة أصلية أمام القضاء الجزائري فإنه يوقف الفصل في الدعوى المدنية عملا بقاعدة الجزائري يوقف المدني إلى حين الفصل في دعوى التزوير.

ويتلخص حكم الجهة القضائية:

1- إما الحكم بتزوير الورقة المطعون فيها وبالتالي تفقد الورقة حجيتها وبذلك تنظر الجهة القضائية في النزاع على اعتبار هذه الورقة غير موجودة.

2- الحكم برفض دعوى التزوير وتتضمن هذه الورقة المطعون فيها نهائيا وتعادل مستندات الخصومة باعتبارها صحيحة.

- مع ملاحظة أنه يجوز الحكم في صحة الورقة المطعون فيها وفي الموضوع معا.

## التوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري :

تجاوب المشرع الجزائري مع التغيرات التي طرأت على وسائل الاتصال والإعلام واستعمالاتها في المعاملات المختلفة حيث سار على نهج تشريعات العالم في الإعتراف بالكتابة الإلكترونية التي دعت الأمم المتحدة إليها من خلال لجنة الأنسترال التابعة لها<sup>1</sup>.

وعرف التوقيع الإلكتروني من خلال نص المادة 02 من القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بأنه:

"بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق".

<sup>1</sup>- مسعودي يوسف/أرجلوس رحاب، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في التشريع الجزائري، ص 05.

نلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري أقر بالتوقيع الإلكتروني كوسيلة للإثبات، إلا أنه لم يبين لنا الطريقة التي يستخدم بها ، كما أنه جاء عاما مما يسمح باتساع نطاقه ليشمل بذلك كافة القطاعات منها قطاع العدالة ، القطاع الإداري، قطاع المؤثقين التجارية الإلكترونية وغيرها.

كذلك عرف المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني من خلال نص المادة 03 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 162-07 الصادر في 30 ماي 2007 المعدل والمتمم المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات على أنه: "التوقيع الإلكتروني هو معطى ينجم عن إستخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 من الأمر 58-75...." وعليه فإن المشرع الجزائري يتبع الدول التي إكتفت بتكييف القواعد العامة كي تستوجب المستجدات التقنية مثل الكتابة والتواقيع الإلكترونية من خلال نص المادة 327 م ج التي تنص: "...ويعد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر أعلاه"<sup>1</sup>.

أيضا نص المادة 323 مكرر 1 التي أحالنا إليها المشرع الجزائري بموجب نص المادة 327 م ج نظمت شروط الكتابة، وبذلك نقول أن المشرع الجزائري لا يميز بين شروط الكتابة الإلكترونية والتواقيع الإلكتروني، وذلك يعكس على المفهوم والوظائف في الإثبات<sup>2</sup>.

كما أن المشرع الجزائري بموجب نص المادة 323 مكرر 1 أقر بتصريح العباره باعتداته بالكتابة الإلكترونية ومساواتها مع الكتابة التي تقوم على دعامة ورقية كما اعترف لها بنفس الحجية المقررة للكتابة على الورق<sup>3</sup> ، ولكن إذا إشتغلت على الشروط التالية:

-إمكانية التأكد من الشخص الذي أصدر الكتابة .

-أن تكون الكتابة معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - زين ميلودي، قواعد التوقيع الإلكتروني، ص 40.

<sup>2</sup> - راضية عيمور ، ص 20.

<sup>3</sup> - نوارة خليل ، التعاقد الإلكتروني معادلة بين أحكام القانون المدني ومبدأ حرية التعاقد، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة بلقايد تلمسان، عدد 4، 2007، ص 262.

ونلاحظ من خلال القانون 04-15 الذي سبق ذكره أن المشرع الجزائري إعتمد نوعين من التوقيع الإلكتروني وهم:

### 1 - التوقيع الإلكتروني البسيط:

عرف المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني البسيط في الفقرة الثانية من نص المادة من قانون 04-15 ، المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، على أنه: "بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مربطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة للتوثيق".

كما عرفه قانون الأسترال النموذجي لسنة 2001 بأنه : "بيانات في شكل إلكتروني كرم، حرف إشارة، شفرة، موضوع أو متصل أو مرتبط بشكل منطقي مع رسالة بيانات ويستخدم بواسطة شخص أو نيابة عنه بغرض تحديد شخصيته والدلالة على رضائه".

يلاحظ من مجمل التعريف السابقة أن درجة الإلئمان التي يوفرها التوقيع الإلكتروني البسيط ليست بالدرجة العالية التي يحققها التوقيع الإلكتروني المؤمن لذا فإن أثاره محدودة<sup>2</sup>.

لكننا نجد أن قانون الأسترال النموذجي نص في المادة 05 من الفصل الثاني على أنه تبقى المعلومات محتفظة بصحتها ومفعولها القانوني أو قابليتها للتنفيذ بمجرد أنها في شكل رسالة كما أن نفس القانون لا ينكر المفعول القانوني للمعلومات أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ بمجرد أنها لا ترد في رسالة بيانات التي تفيد بأنها تنشئ ذلك المفعول القانوني<sup>3</sup>.

يفهم من كلا النصين أن المشرع أضفى نوعاً من الحجية على هذا المستوى الأول العادي من التوقيع الإلكتروني كما هو شأن بالنسبة لقانون التوجيه الأوروبي الذي أضفى نفس

<sup>1</sup>- فاطمة الزهراء تبوب، التوقيع والتصديق الإلكتروني في ظل القانون رقم 04-15، مجلة حوليات الجامعة، جامعة محمد بوقرہ بومرداس، عدد 29، دون ذكر السنة، ص 313.

<sup>2</sup>- بسمة فوغالي ، إثبات العقد الإلكتروني وحياته في ظل عالم الانترنت، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، سنة 2014/2015، ص 108.

<sup>3</sup>- المادة 05 ، قانون الأسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996، المذكور سابقا ..

<sup>4</sup>- المادة 05 مكرر، قانون الأسترال النموذجي، المذكور سابقا.

الحجية على هذا المستوى الأول للتوقيع الإلكتروني حيث قرر وجوب حرص الدول الأعضاء على عدم رفض التوقيع العادي بمجرد أنه يشتمل على أحد الشروط<sup>1</sup>.

وكذلك المشرع الجزائري نص على عدم إمكانية تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه أمام القضاء بسبب:

-شكله الإلكتروني.

-أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.

-أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني<sup>2</sup>.

وبناء على هذه النصوص فإنه يعتد بالتوقيع الإلكتروني البسيط كدليل إثبات لا يكتسي القوة الثبوتية كما هو الحال بالنسبة للتوقيع المؤمن ، ف تكون بذلك لقاضي الموضوع سلطة تقريرية في التأكيد من مدى سلامة الطريقة المستخدمة في التوقيع ومدى قيامها بدورها في التدليل على تحديد شخصية الموقع ورضاها بمضمون المحرر الإلكتروني الذي يحمل توقيعه، ويستعين القاضي بالتقرير الذي يعده الخبير الفني المكلف من قبل المحاكم كمبدأ ثبوت بالكتابة<sup>3</sup>.

## 2 - التوقيع الإلكتروني الموصوف:

عرف المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني الموصوف بأنه التوقيع الذي تتوفر فيه الشروط التالية:

- 1 - أن ينشأ على أساس شهادة تصدق إلكتروني موصوفة.
- 2 - أن يرتبط بالموقع دون سواه.
- 3 - أن يمكن من تحديد هوية الموقع.
- 4 - أن يكون مصمماً بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.
- 5 - أن يكون منشأ وفق وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.

<sup>1</sup> - بسمة فوغالي، نفس المرجع، ص 108.

<sup>2</sup> - المادة 09 من قانون رقم 04-15 ، المتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين، ج ر عدد 06، ص 08.

<sup>3</sup> - بسمة فوغالي، إثبات العقد الإلكتروني وحياته في ظل عالم الانترنت ، مرجع سابق ، ص 109.

## 6 - أن يكون مرتبط بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغيرات اللاحقة بهذه البيانات<sup>1</sup>.

نلاحظ أن المشرع الجزائري وضع للتوقيع الإلكتروني الموصوف ضوابط أشد صرامة من التوقيع الإلكتروني العادي، حيث يتضمن شفرة يقتصر استخدامها على شخص معين لا يشاركه غيره فيها ويكون هذا التوقيع قادرًا على تحديد هوية مستخدمه حيث يحتفظ الشخص بشفرة هذا التوقيع تحت سيطرته وحده وأن يكون بالإمكان اكتشاف أي تغيير في بيانات هذا التوقيع التي قد تطرأ لاحقًا<sup>2</sup>.

وبتحقق هذه الشروط يكون التوقيع الإلكتروني مؤمناً، وبذلك فإنه يحقق الثقة والإلتئام لدى المتعاملين به حيث يضمن هوية موقعه ويعبر عن إرادته في الإرتباط بالمعاملات الإلكترونية دون لبس كما أنه يحافظ على المحرر الإلكتروني بصورة الأولى دون تحريف أو العبث بمحتوياته وبذلك تتتوفر فيه الضمانات والشروط التي يتطلبها المشرع في المحررات التي تصلح لأن تكون دليلاً في الإثبات<sup>3</sup>.

وهذا الأثر المترتب على التوقيع الإلكتروني المؤمن المتمثل في إقرار المشرع الجزائري في الإثبات مشابه لنفس الأثر للتوقيع الإلكتروني الذي تعرض له قانون الأسترال النموذجي أين منحه نفس الحجية في الإثبات ، المقررة للتوقيع الخطى فنص في المادة السادسة ، الفقرة الأولى منه على أنه: "حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص يعد ذلك الشرط مستوف بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيعاً إلكترونياً موثقاً به بالقدر المناسب للغرض الذي أنشأها أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة". من خلال هذا النص نجد أن التوقيع الإلكتروني الموثوق به يكتسي نفس حجية إثبات التوقيع الخطى.

<sup>1</sup>- المادة 7 من قانون رقم 04-15 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، المؤرخ في 1 فبراير 2015، جريدة رسمية رقم 06 ، المؤرخة في 10 فبراير 2015.

<sup>2</sup>- بسمة فوغالي، مرجع سابق، ص 111.

<sup>3</sup>- فاطمة الزهراء تبوب، التوقيع و التصديق الإلكتروني في ظل القانون رقم 04-15، مرجع سابق، ص 144.

من جهة أخرى وبالرجوع إلى أحكام القانون رقم 04-15<sup>١</sup> ، نجد أن المشرع الجزائري إضافة إلى مصطلحي التوقيع الإلكتروني البسيط والتوقيع الإلكتروني الموصوف، أشار إلى المصطلحات جديدة توظف في المجال التكنولوجي بخصوص إجراءات التوقيع والتصديق الإلكتروني مع إعطاء المفاهيم الخاصة وفق ما تملية المعاملات الجديدة المستحدثة<sup>٢</sup> ، ومن بين هذه المصطلحات:

**الموقع Signateur:** وهو شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله.

**بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني:** وهي بيانات فريدة مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة التي يستعملها الموقع في إنشاء التوقيع الإلكتروني<sup>٣</sup>.

**آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني Dispositif:** هو جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

**بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني Données de verifications:** هي عبارة عن رموز أو مفاتيح التشفير العمومية أو بيانات أخرى مستعملة من أجل التتحقق من التوقيع الإلكتروني.

**آلية التتحقق من التوقيع الإلكتروني verifications:** هو جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات التتحقق من التوقيع الإلكتروني.

**شهادة التصديق الإلكتروني Certificat électronique:** هو وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التتحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع.

**مفتاح التشفير الخاص Clé cryptographique privé:** هو عبارة عن مجموعة من الأعداد يحوزها حصرياً الموقع فقط وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي.

<sup>١</sup>- قانون رقم 04-15 ، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، المؤرخ في 2015/02/01 ، المذكور سابقا .

<sup>٢</sup>- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنـت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 483.

<sup>٣</sup>- نسيمة موسى، المعاملات الإلكترونية بعد سنة من صدور قانون عصرنة العدالة، مجلة أفاق العلوم، جامعة الجلفة العدد 5، سنة 2016، ص 144.

**مفتاح التشفير العمومي:** Clé cryptographique publique هو عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني ودرج في شهادة التصديق الإلكتروني.<sup>1</sup>

ومن خلال هذه التعريف يمكن تحديد الهدف من إنشاء التوقيع الإلكتروني المتمثل في تحقيق أكبر قدر من السلامة والأمن الرقميين وإبعاد المتطفلين والقراصنة من سرقة البيانات الإلكترونية أو التلاعب بها من خلال توثيق التوقيع الإلكتروني لكل شخص<sup>2</sup>، إضافة إلى رفع مستوى الأمان وخصوصيته بين المتعاملين عبر شبكة الإنترنت من خلال المحافظة على سرية المعلومات بما فيها معلومات التجارة الإلكترونية والحكومية والحكومات الإلكترونية وسرية الرسائل وعدم إمكانية تداولها إلا بالتوقيع عليها لأجل معرف أو تحديد هوية المرسل والمرسل إليه إلكترونيا<sup>3</sup>.

كما يحقق التوقيع الإلكتروني منفعة كبيرة في مختلف المجالات منها:

- ✓ الإحتفاظ بالمعلومات الشخصية بصورة سرية ومضمونة لكل شخص الإعتماد الكلي على التوقيع الإلكتروني في الإجراءات القانونية والقضائية في المنازعات بين الأشخاص والشركات أو المؤسسات والهيئات الحكومية خاصة في الدول المتقدمة.
- ✓ استخدام التوقيع الإلكتروني على جميع المستندات ونماذج العقود الإلكترونية.
- ✓ تقليل إجراءات إرسال البيانات إلى صاحبها أو الحصول عليها منه.
- ✓ توفير الوقت والإستغلال الأمثل له، فلا حاجة لاستعمال وسائل النقل للوصول إلى الدوائر المعنية والإنتظار في طابور طويل لإنجاز العمل، وهو ما نجده في الدول العربية ودول العالم الثالث عامة بعكس ما هو معمول به في الدول المتقدمة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكتروني، المذكور سابقا.

<sup>2</sup>- عزيزة لرقط ، الحماية الجنائية للتوقيع و التصديق الإلكترونيين في التشريع الجزائري، جامعة العربي بن مهيدى، ألم البوachi- مجلة الاجتهد للدراسات القانونية و الاقتصادية، عدد 11-2017، ص 104.

<sup>3</sup>- عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني وحيته في الإثبات، مرجع سابق، ص 72 - 73 .

<sup>4</sup>- عزيزة لرقط، نفس المرجع، ص 105.

صيغة القول أن مختلف التشريعات التي تطرقنا لها عرفت التوقيع الإلكتروني تعريفاً وظيفياً وأغلبها لم يتطرق إلى صوره وكذا طريقة إنشائه ، فالمعنى هو تحقيق وظائف التوقيع الإلكتروني من تحديد هوية الشخص الموقع وموافقته على ما ورد في المحرر الإلكتروني ، ومنهم من لا يكتفي بذلك فيذكر عادة صور التوقيع الإلكتروني على سبيل المثال ، ومنهم من يضيف شرطاً آخر يتعلق بالطريقة المستعملة في التوقيع والتي يجب أن تتم بقدر كافٍ من الدقة والثقة على أن يتولى ذلك بأهل الاختصاص<sup>1</sup>.

لكن على الرغم من هذه الاختلافات إلا أن جميع التعريفات تؤدي الهدف نفسه من التوقيع الإلكتروني وهو تحقيق الثقة والإنتمان واستقرار المعاملات الإلكترونية.

#### - آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني :

يتم إنشاء التوقيع الإلكتروني وفق آلية مؤمنة تعتمد على وسائل تقنية تؤمن وتتضمن ما يلي:

-ضمان سرية البيانات المستخدمة وعدم مصادقتها لإنشاء التوقيع الإلكتروني إلا مرة واحدة.

-حماية التوقيع الإلكتروني من أي تزوير بواسطة هذه الوسائل التقنية، مع ضمان عدم سهولة إيجاد واستنتاج البيانات المستخدمة لإنشائه.

-حماية البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني من أي استعمال من قبل الغير.

-ضمان عدم تعديل البيانات المنشأة للتوقيع، ولا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع.<sup>2</sup>

كما يشترط أن تكون آلية التحقق من التوقيع الإلكتروني الموصوف موثوقة<sup>3</sup> ، ويقصد من ذلك أن التوقيع الإلكتروني يتم التتحقق من صحته، بموجب جهاز أو برنامج معلوماتي يكون مؤمناً ولا يمكن للغير باستثناء مزود الخدمات أو الجهات الحكومية القائمة (logiciel)

<sup>1</sup> - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، سنة 2012، ص 309.

<sup>2</sup> - المادة 11 ، من القانون رقم 04-15 ، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، المذكور سابقاً .

<sup>3</sup> - المادة 11 من القانون رقم 04-15 ، المذكور سابقاً .

على إنشاء التوقيع الإلكتروني من استعماله، أو التغيير من هذا النظام المؤمن بأية وسيلة قد تؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية لهذا الغير.

وحتى يؤدي هذا البرنامج المعلوماتي الموثوق ، أي الآلية الموثوقة وظيفتها وهي التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني وإنسابه لصاحبها ، بمعنى التأكيد من مطابقة مفتاح التشفير العمومي للبيانات المدرجة بشهادة التصديق وكذا من صحة التوقيع الإلكتروني للمحدين بموجب مفتاح

التفير الخاص الذي يحوزه حامل شهادة التوقيع، فيجب أن تتوفر في هذه الآلية الموثوقة المتطلبات التالية:

- أن تتوافق البيانات المستعملة للتحقق من التوقيع الإلكتروني مع البيانات المعروضة عند التحقق من التوقيع الإلكتروني.
- أن يتم التتحقق من التوقيع الإلكتروني بصفة مؤكدة وأن تكون نتيجة هذا التتحقق معروضة عرضاً صحيحاً.
- أن يكون مضمون البيانات الموقعة إن اقتضى الأمر محدداً بصفة مؤكدة عند التتحقق من التوقيع الإلكتروني.
- أن يمكن من التتحقق بصفة مؤكدة من موثوقية وصلاحية شهادة التصديق الإلكتروني المطلوبة عند التتحقق من التوقيع الإلكتروني.
- عرض نتيجة التتحقق و هوية حامل الشهادة بصورة واضحة وصحيحة<sup>1</sup>.

وعليه فإن إستعمال الآلية المؤمنة يضمن سرية وصحة البيانات المدرجة في شهادة التصديق كما يضمن سلامية التوقيع الإلكتروني وكذا نسبته إلى حامل الشهادة، أي تؤكد للمتعاملين بهوية صاحب التوقيع الإلكتروني وذلك يؤدي إلى تحقيق الثقة والإعتمان بالنسبة للمتعاملين ، وإذا كانت البيانات في شهادة التصديق أو التوقيع غير متطابقة مع مفتاح التشفير الذي يملكه الجمهور، فيتم إخبارهم عن طريق هذه الآلية المؤمنة من أجل التحفظ من التعامل

<sup>1</sup> - المادة 12 من القانون رقم 04-15 ، المذكور سابقاً .

مع الشخص الذي يكون قد قدم لهم بيانات تشفير خاطئة، وبالتالي هي حماية وضعها المشرع الجزائري في مجال التعاملات التي تتم بالوسائل الإلكترونية ، من أجل الحفاظ على استقرار المعاملات، وبذلك فإن التوقيع الإلكتروني ينتج آثاره القانونية مثل التوقيع اليدوي<sup>1</sup>.

هذا وتمثل عناصر إنشاء التوقيع الإلكتروني في جهاز مؤمن يستخدم لإنشائه وكذلك استخدام تقنيات مؤمنة بواسطة البرمجة الآلية وكذا جهاز فحصه:

#### أولا - جهاز إنشاء التوقيع الإلكتروني:

عرفت المادة 3 في فقرتها الثالثة من المرسوم التنفيذي 162-07 جهاز إنشاء التوقيع الإلكتروني أنه: "جهاز إنشاء توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات المحددة".

كما عرفت نفس المادة في فقرتها الرابعة معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني أنها: "العناصر الخاصة بالموقع مثل الأساليب التقنية التي يستخدمها الموقع نفسه لإنشاء توقيع إلكتروني"<sup>2</sup>.

ويقصد المشرع الجزائري بالأساليب التقنية المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني الأدوات والأساليب التقنية التي يستخدمها الموقع نفسه لإنشاء توقيعه والمتمثلة في جهاز تقني ومناهج تقنية معينة، كما يقصد بالمتطلبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى تلك المتطلبات التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 03 مكرر فقرة 1 من نفس المرسوم ، وهي أن تكون خاصة بالموقع وأن يتم إنشاؤها بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت رقابته الحصرية ، بحيث يكون أي تعديل على التوقيع الإلكتروني أو بيانات لإنشائه قابلاً للكشف.

وأجهز إنشاء التوقيع الإلكتروني عبارة عن عداد "MATERIEL" أو برنامج معلوماتي "logiciel" ، مخصص ومعد لإنشاء معطيات التوقيع الإلكتروني ، قادراً على تخزين المعلومات ومعالجتها أو تخزينها أو إرسالها أو تفحصها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>- يمينة حwoo، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، دار بلقيس، الطبعة الأولى، سنة 2016، ص 169.

<sup>2</sup>- المرسوم التنفيذي 162-07 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، المذكور سابقاً.

## ثانيا - جهاز فحص التوقيع الإلكتروني:

نصت المادة 03 من المرسوم التنفيذي 162-07 ، على أن جهاز فحص التوقيع الإلكتروني هو: " عتاد أو برنامج معلوماتي معد لوضع معطيات فحص التوقيع الإلكتروني موضع التنفيذ" <sup>2</sup>.

إن جهاز فحص التوقيع الإلكتروني يعد من معطيات إثنائه، له علاقة مباشرة مع البنية التقنية الخاصة في توفير خدمة المصادقة الإلكترونية من أجل أمن المعلومات. ويعمل وفقاً لمعايير تقنية وإجراءات عمل متعددة ، موضوعة عالمياً من قبل منظمات عالمية متخصصة في هذا الميدان مثل المنظمة العالمية للمعايير "ISO" ، التي أنشأت لجنة دولية إلكترونية أو الاتحاد الدولي للإتصالات "ITU" أو المعهد الوطني للمعايير التكنولوجية "NIST" <sup>3</sup>.

## حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري:

أقر المشرع الجزائري بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات على غرار باقي التشريعات العربية، منها قانون مملكة البحرين الذي نظمت الإثباتات الإلكترونية من خلال القانون رقم 28 المتضمن التوقيع الإلكتروني والتجارة الإلكترونية المؤرخ في 14/9/2002 ، وكذلك قانون إمارة دبي وذلك من خلال القانون رقم 02 المتضمن المعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية لسنة 2002 إضافة للقانون المصري والقانون التونسي اللذان تم التطرق لهما .

<sup>1</sup> - يمينة حوجو، مرجع سابق، ص 171

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 162-07، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل أنواع الشبكات، المذكور سابقا.

<sup>3</sup> - يمينة حوجو ، نفس المرجع ، ص 173.

وقد اعترف المشرع الجزائري بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات من خلا لأحكام القانون المدني<sup>1</sup>، وكذلك أحكام قانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين<sup>2</sup>، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

#### أولاً - اعتراف المشرع الجزائري بالتوقيع الإلكتروني وفقاً لأحكام القانون المدني:

نص المشرع الجزائري في المادة 327 من القانون رقم 10-05 المتضمن القانون المدني الجزائري، على الاعتداد بالتوقيع الإلكتروني وفقاً للشروط التي حدتها م 323 مكرر 1 ق م ج ، وبذلك فإن المشرع ساوي بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي في الحجية وهو ما يطلق عليه بمبدأ التعادل الوظيفي، الذي يتم بموجب تحديد هوية صاحبه وإقراره بمضمون التعامل الذي استعمل بمقتضاه هذا التوقيع في إنجازه<sup>3</sup> ، وللاعتداد بهذا التوقيع يجب أن تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر 1 وهي:

-إمكانية التأكيد من هوية الشخص الذي أصدر التوقيع.

-أن يكون التوقيع معداً ومحفوظاً في ظروف تضمن سلامته.

وبذلك فإن المشرع لا يميز بين التوقيع على المحرر العادي الورقي والتوقيع على المحرر الإلكترونياً في الوسيلة المستعملة بحيث أن لكتابه الإلكترونية نفس الآثار في الإثبات لكتابه على الورق بشرط توافر الشروط القانونية التي سبق ذكرها<sup>4</sup>.

#### ثانياً - اعتراف المشرع الجزائري بالتوقيع الإلكتروني وفقاً لأحكام قانون 15-04:

أقر المشرع الجزائري بحجية التوقيع الإلكتروني وفق نصوص خاصة تنظمه وكان ذلك في القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين حيث نص على أن التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه شروط معينة وهي:

<sup>1</sup>- قانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 جويلية 2005، المعدل والمتم للأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري ، المذكور سابقاً.

<sup>2</sup>- قانون رقم 15-04 ، المذكور سابقاً .

<sup>3</sup>- زين ميلودي، قواعد التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص 47.

<sup>4</sup>- سمية موسى، المعاملات الإلكترونية بعد سنة من صدور قانون عصرنة العدالة، مرجع سابق، ص 150.

- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق الكتروني موصوفة.
- أن يرتبط بالموقع دون سواه.
- أن يمكن من تحديد هوية الموقع.
- أن يكون منشأ بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.
- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.
- أن يكون مرتبطاً بالبيانات الخاصة به بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات<sup>1</sup>.

ونلاحظ من هذه المادة أن المشرع الجزائري أضاف شروط إضافية مقارنة بنص المادة 323 الفقرة الأولى من القانون المدني التي سبق ذكرها، وهذه الشروط لابد من توافرها للإضفاء الحجية في التوقيع الإلكتروني، ويترتب على تخلف هذه الشروط إسقاط صفة الحجية من المحرر الموقع الكترونييا<sup>2</sup>، كما أن المشرع الجزائري ساوى بين التوقيع الإلكتروني الموصوف والتوقيع الإلكتروني المكتوب، ونص على أنه يعتبر التوقيع الموصوف مماثلاً للتوقيع الإلكتروني المكتوب سواء صدر من شخص طبيعي أو معنوي<sup>3</sup>، وعليه إذا توفرت الشروط السابقة في التوقيع الإلكتروني فإنه يتمتع بالحجية الكاملة في الإثبات أمام القضاء<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-المادة 07، قانون رقم 04-15، قانون رقم 04-15 ، المذكور سابقا.

<sup>2</sup>- مسعودي يوسف/ أرجلوس رحاب، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في التشريع الجزائري، مرجع سابق ص 94.

<sup>3</sup>-المادة 8 ،من القانون رقم 04-15، المتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين، المذكور سابقا.

<sup>4</sup>- أرجلوس رحاب/ يوسف مسعودي، مرجع سابق، ص 94.

## الفصل الثاني: البينة (شهادة الشهود) كوسيلة من وسائل الإثبات

هي إخبار الشخص أمام القضاء بواقعة حدثت من غيره ويترتب عليها حق لأحد الخصوم (الواقعة) ويمكن إبداء ملاحظتين:

1- فيما يخص المصطلح (البينة) فمفهومه في الفقه الإسلامي أوسع من مفهوم الق الوضعي فهي في الفقه الإسلامي: إقامة الدليل بأي وسيلة على الحق المدعى به.

أما في الق الوضعي فهي أضيق فيقصد بها فقط الإثبات شهادة الشهود.

2- عند قولنا أن الشهادة هي الإخبار عن واقعة صدرت من غيره حتى تكون أمام شهادة يجب أن تكون هذه الواقعة قد وصلت إلى علم الشاهد بطريقة مباشرة أي أن يكون الشاهد قد وقع على الواقعة وأدركها شخصياً بأحد الحواس (السمع، الشم، البصر) أما إذا وصلت إلى علمه بالرواية (غير مباشرة) أو وصلت إلى علمه المجهولة فهي من الناحية الق غير شهادة وللمحكمة أن تستأنس بها فقط أو اعتبارها قرينة على صحة الواقعة المدعى بها إلى حين إثبات العكس أيضاً فإذا قلنا أن الكتابة تعتبر حجة على القاضي إذا لم ينكرها الخصم أو يطعن فيها بالتزوير أما الشهادة فهي على العكس من ذلك فهي وسيلة غير مفيدة للقاضي فله أن يأخذ بها أو أن يتركها وله أن يغلب بعض الشهود على البعض الآخر واستقر اجتهاد المحكمة العليا أن للقاضي أن يغلب الأقلية على الأكثريّة وهذا دون معقب (رقابة المحكمة العليا).

ونتناول الإثبات بالشهادة من حالتين:

1- الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبينة (ق م).

2- الإجراءات المتبعة في مجال الإثبات بشهادة الشهود (ق إ م).

## ١- الحالات التي يجوز فيها الإثبات شهادة الشهود:

ونصت عليها المواد 333، 336 وتوجد طائفتين من الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة:

أ- طائفة يجوز فيها الإثبات شهادة الشهود أصلاً: هي كل الواقع التي لا يشترط فيها المشرع إثباتها بالكتابة وهذه الواقع تشمل الواقع المادية وكذا التصرفات التجارية وأيضا التصرفات المدنية التي لا تزيد بقيمتها عشرة آلاف دينار جزائري.

ب- طائفة يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود إستثناء: وهذه الحالات في الأصل تثبت بالكتابة ولكن استثناءً أجاز المشرع إثباتها بالبينة وهذه الحالات ثلاثة: وجود مبدأ ثبوت بالكتابة، وجود مانع من الحصول على دليل كتابي وأخيرا فقدان السند الكتابي لسبب أجنبي.

أ. الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبينة أصلاً:

**الحالة ١: الواقع المادية:** هي تلك الواقع التي تستقل عن إرادة الإنسان وهذا ما يفسر عدم اشتراط الكتابة فيها فلا يمكن تصور دليل كتابي في وقائع مادية سواء كانت من فعل الطبيعة أو الإنسان.

ولهذا أجاز المشرع إثباتها شهادة الشهود والتطبيقات التقليدية للواقع المادية طبيعة زلزال، حر، فيضان...، عوارض الأهلية، مرض، موت، وما يتسبب به الإنسان: الخطأ في المسؤولية التقصيرية، علاقة السببية... مع الملاحظة أن العبرة هي بالواقع محل الإثبات بمعنى أن كل ما لا يعتبر تصرفًا قانونيا فهو واقعة مادية، وهذا دون الوقوف على الآثار المادية الناتجة عن هذه الواقعة، فإذا جاز العقد القابل للإبطال هي تصرف قانوني لكن يمكن الوصول إلى ذلك بالاستناد إلى واقعة أو وقائع مادية ممكنة الإثبات بالشهادة ولقد استقر القضاء على اعتبار أن واقعة مادية:

رد المنقولات المؤخرة للمؤجر عدم قيام المقاول بتنفيذ التزامه طبقا لما ورد في عقد المقاولة، أحكام بلا سبب والفضالة .....

- الشفعة واقعة مادية إذا كان استعمال حق الشفعة يعتبر تصرف قانوني.

### - الحالة الثانية التي يجوز فيها الإثبات شهادة الشهود أصلاً: هي المواد التجارية:

ويجوز الإثبات بالبينة فيها<sup>1</sup> فيما يجاوز الكتابة وفي الأمور التجارية هناك ما يسمى بحرية الإثبات والكتابة في الأمور التجارية قد تكون جزء من التصرف في حد ذاته (السفقة لا يمكن تصورها شخصية) ويشترط الكتابة في أمور أخرى كبيع المحل التجاري أو أحد عناصره، وقد تشترط الكتابة لأن العمل التجاري يستغرق وقت طويل من الزمن كالشركات وقد يتفق الأطراف على جعل التصرف التجاري شكليا مع ملاحظة أن المقصود بالأعمال التجارية يرجع في وصفها للقانون التجاري فإذا كان العمل تجاريا للطرفين جاز لكل منهما الإثبات بالبينة أما إذا كان العمل مختلفا مع ملاحظة أن القواعد المطبقة في الأعمال المختلفة تسري بعد النظر في الجهة التي تنظر في الدعوى.

### الحالة الثالثة التي يجوز فيها الإثبات أصلاً: التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على عشرة آلاف دينار جزائري:

مع ملاحظة أن عشرة آلاف دج داخل في النصاب (المادة تقول يزيد على 10000 دج لذلك 10001 داخلي في النصاب).

- مع ملاحظة أن هذه القاعدة لا تسري بالسلبية للعقود التي يشترط فيها الرسمية حتى ولو لم تصل إلى هذا النصاب لأنها ركن في هذه الحالة بالنسبة لعقد الكفالة (ليس كفالة عقد الأسرة) (الضمان) فهنا يشترط الكتابة حتى ولو كان النصاب لا يصل إلى 10000 دج كذلك عقد الصلح فالشرع يشترط الكتابة حتى ولو لم يصل إلى عشرة آلاف دج.

- مع الملاحظة هنا أن: (في العقود التي لا يشترط المشرع الكتابة فيها) في عقد الكفالة الدائن لا يستطيع إثبات الكفالة إلا بالكتابة، أما المدين (الكفيل فهو يستطيع إثبات بالطرق الأخرى (الإقرار) بهذه القاعدة وضعها المشرع لحماية المدعى عليه فإذا تنازل عن هذه الحماية (الكفالة) يستطيع إثباتها بباقي وسائل الإثبات .

---

<sup>1</sup>- حسن عبد الباسط جميمي، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق ص 105

**الطاقة الثانية:****الحالات التي يجوز فيها الإثبات شهادة الشهداء استثناءً:**

هذه الحالات في الأصل المشرع يشترط الكتابة لكن استثناء يجوز إثباتها بشهادة الشهداء .

هذه الحالات نص عليها المشرع في م 335-336 ق م ج "يجوز الإثبات بالبينة فيما كان عبء إثباته بالكتابة إذا ما وجد...".

المادة 336: " وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود ...."

(تعلق على المادة فنذكر كلمة مبدأ الثبوت بالكتابة فالصحيح هو بداية الثبوت بالكتابة) .

حتى تكون بصدق بداية الثبوت بالكتابة يشترط 3 أمور:

1- يشترط وجود كتابة.

2- يشترط أن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم وليس من المدعى.

3- يشترط أن هذه الكتابة تجعل الأمر المدعى به قريب الاحتمال .

**الشرط 1: وجود الكتابة:** لا يشترط في هذه الكتابة شرط خاص فأي ورقة مكتوبة يمكن أن تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة وقد تكون هذه الورقة بخط الخصم وتحمل توقيعه وقد تكون بغير خطه وتحمل توقيعه، وقد تكون مذكرة خاصة غير موقعة وقد تكون أقوال واردة في محضر تحقيق) صادرة منه.

فكل هذه وإن لم تكن لها حجية في حد ذاته للإثبات إلا أنها يمكن اعتبارها بداية ثبوت بالكتابة يدعمها بعد ذلك شهادة الشهداء المهم يشترط في هذه الورقة مقدمة في الدعوى على الأقل ( يقدمها الخصم في الدعوى يريد أن يحتج بها فيقدمها) أو على الأقل معترف بوجودها من تنسب إليه.

**الشرط 2: أن تكون صادرة من الخصم أي من يراد الإحتجاج عليها بها:**

- وتعتبر صادرة من الخصم إذا كانت صادرة ممن ينوب عليه إما نيابة قانونية أو نيابة إتفاقية (كالوكيل) إذا كانت صادرة في حدود الوكالة وكذلك الحكم الأوراق الصادرة من الخصم يعتبر المدعى عليه خلف عام له كالوارث .
- من جهة أخرى تعتبر الورقة وكأنها صادرة من الخصم إذا تضمنت أقواله كمحاضر التحقيق ومحاضر الجلسات مما يرد فيها من أقوال الخصوم يعتبر صادر منهم حجة ولو لم يكن يخطهم ولا يحمل توقيعهم.
- مع الملاحظة أن الورقة لا تعتبر بداية ثبوت بالكتابة إلا إذا لم ينزع فيها هذا الخصم أي لم ينكرها ولم يطعن فيها بالتزوير فإذا فعل ذلك (الطعن بعدم إمضائه ...) فلا يعتد بهذه الورقة إلا إذا تحقق من صحتها.

**الشرط 3: جعل الحق المدعى به قريب الإحتمال:**

فيجب أن تتضمن هذه الورقة ما يجعل الأمر المدعى به قريب الإحتمال ذلك أن جواز الإثبات بالبينة في هذه الحالة يفترض وجود دليل ولكن دليل ناقص (فهذه الورقة دليل لكنه ناقص لا يمكن الإعتماد به لوحده) وقاضي الموضوع هو الذي يقوم بتقدير ما إذا كانت الورقة قد تقرب الإحتمال الأمر المدعى به أم لا .

من بين الأمثلة على قرب احتمال صدق الأمر المدعى به، أن يكتب المدين للدائن رسالة أو خطاب يشير إليه على وجود الدين لكن دون تحديد مقداره، فتحديد المقدار هنا يمكن أن يثبت بالبينة على اعتبار أن هذه الرسالة تجعل احتمال صدق الأمر المدعى به.

مثال 2: أن يحضر الدائن محضر جرد التركة ولا يذكر الدين الذي له في المحضر ففي هذه الحالة تعتبر محضرا جرد بالكتابة مبدأ ثبوت بالكتابة على أن الدين قد انقضى.

مثال 3: يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة الورقة التي تمنحها المحافظة العقارية بشطب الرهن فهي تعتبر ورقة ثبوت بالكتابة على انقضاء الدين.

- يترتب على وجود مبدأ الثبوت بالكتابية أنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود أي أن تدعم الشهادة بداية الكتابة لكن يجب أن تعرف دائماً على أن وجوب أو عدم وجوب الإثبات بشهادة الشهود يعود للقاضي هذا من جهة، (وجود مبدأ البداية بالكتابية).

- من جهة أخرى أنه حتى ولو توفرت جميع الشروط فلا يجوز للمحكمة أن ترخص الإثبات بالبينة من تلقاء نفسها فيجب للمدعي أن يطلب ذلك فهي يمكنها فقط توجيه اليمين المتممة.

\* وأما بالنسبة للتصرفات التي لا يتشرط فيها الرسمية فإذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابية فإنه يجوز تدعيمه بالإثبات بشهادة الشهود (بالبينة).

(مبدأ الثبوت بالكتابية+شهادة الشهود (البينة)=كتابة كاملة).

## الحالة 2: المانع من الحصول على دليل كتابي:

مفادها أن توجد ظروف تحول بين الشخص وبين الحصول على دليل كتابي فإذا وجدت مثل هذه الظروف سمح للشخص ما يدعوه بالبينة حتى ولو كانت قيمة التصرف الألف دج وحتى ولو كان التصرف من التصرفات التي يتشرط فيها المشرع الرسمية وأما التصرفات الشكلية فتبقي مستبعدة من هذه الحالة وهذا المانع قد يكون مادياً أو أدبياً.

- ويعتبر المانع المادي إذا نشأ التصرف في ظروف لم يكن لدى ذوي الشأن فيها متسع من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابي.

ومن التطبيقات العملية على ذلك ما يسمى بالوديعة الإضطرارية التي تتم في ظروف يخشى فيها الشخص على خطر داهم الشيء دون أن يكون له الوقت الكافي لاشتراط الحصول على كتابة من المودع لديه.

في هذه الحالة المودع مضطر أن يثبت بالبينة أولاً الطرف المفاجئ الذي حصل الإيداع سببه ثم اضطراره إلى الإيداع فإذا احتاج في ذلك جاز له إثبات الوديعة بالبينة.

- ويكون بالوديعة الإضطرارية وديعة الفنادق فظروف السفر لا تسمح.

**ومن حالات المانع المادي:**

أن يكون المكلف بالإثبات ليس طرف في التصرف فأحياناً شخص خارج عن التصرف يحتاج إلى إثبات هذا التصرف فهذا الشخص مستحيل عليه الحصول على دليل كتابي وبذلك يقوم بإثباته بالبينة (شهادة الشهود) والأمر دائماً خاضع لسلطة قاضي الموضوع هل الطرف يكون مانع مادي).

**\* أما المانع المعنوي:**

فهو لا يقوم على ظروف مادية وإنما يرجع لظروف شخصية ونفسية ترجع للطرفين وقت التعاقد ولم تكن تسمح لظروف أدبية أن يغالب الأول الثاني بدليل كتابي مثل درجة القرابة، وعلاقة الزوجية والصاهرة، والعلاقة والتقاليد المهنية كعلاقات الطبيب والموكل بالمحامي...).

- على أنه يجب ملاحظة أن هذه درجة القرابة ليس في حد ذاتها مانع أدبي بل يجب أنت تؤخذ كل حالة على حدي فهذه الحالات السابقة ليست موانع أدبية إلا إذا أيدتها ظروف معينة، فقد تقوم درجة مصاورة ومع ذلك لا تعتبر مانع أدبي .

قضي أن العلاقة الزوجية لا تعتبر مانع أدبي يقضي على الخصوم إذا كان سند الدين ثابت بالكتابة. مثل قرض بين زوجين وكان القرض مكتوب ثم يدعى أحد المتعاقدين أنه وفي ويعتمد على المانع الأدبي لاستمالة حصوله على سند الإنقضاء.

- المحكمة العليا تقضي أن إذا كان أصل الدين مكتوب فلا يمكن إثبات انقضائه إلا بالكتابة.

- كذلك يطبق على علاقات العمل، فإذا كان عقد العمل مكتوب فإن كل الإلتزامات بعد ذلك التي تنشأ بينها (رب العمل والعامل) لا يمكن إعمال العامل الأدبي بشأنها .

**الحالة الثالثة: فقد السند الكتابي:**

هذا الإستثناء يفترض أن السند الكتابي موجود عند إنشائه كل الإجراءات المطلوبة لكن يتغدر الإثبات هنا لسبب واحد هو فقدان هذا الدليل.

- ويجب هنا حتى يسمح للخصم أن يثبت بالبينة يشترط شرط :

**شرط1: وجود سند كتابي:** فيجب على من يدعي أنه (الحصول على سند كتابي يجب أن يثبت أن هذا السند قد وجد فيما سبق وأنه كان مستوفى في الشروط القانونية، ويقوم بذلك بشتى الوسائل لأنها واقعة مادية (إثباته لوجود السند).

كما يجب أن يكون السند المفقود دليلاً كتابياً كاملاً .

أما إذا كان مبدأ الثبوت بالكتابة فلا تطبق القاعدة.

**الشرط2: أن يكون هذا الفقد بسبب أجنبي :** أي أن لا ينسب أي تقصير لمن يطلب الإثبات بالبينة أي تقصير في فقدان هذا السند كالقوة القاهرة، أو تسبب فيه الغير (المحكمة أو القاضي...) أو بسبب المدعى عليه نفسه (إنزع عنه منه قوة، أو سرقة) .

أما إذا كان فقدان السند الكتابي بسبب المدعى نفسه كأن يهمله أو ... ، فليس له أن يتمسك بهذا الإستثناء حتى ولو كان مجرد خطأ (الإهمال فقط كافي) فلا يشترط الخطأ الجسيم.

- مع ملاحظة أن هذا الإستثناء وعكسه الإستثناءان السابقان يتسع لأن يشمل حتى التصرفات التي يتطلب فيها القانون الرسمية.

إذا كان التعرف المراد إثباته هو من التصرفات الشكلية فقد المدعى هذا السند بالشروط المذكورة أعلاه: فنستطيع هنا إثبات هذا التصرف بالبينة أما الإستثناءان السابقان فلا يمكنه الإثبات بالبينة إلا إذا لم يكن المشرع فيه اشترط الرسمية .

## إجراءات الإثبات بالبينة:

يقصد بهذه الإجراءات الأوضاع التي يجب مراعاتها في إمكانية الإثبات بشهادة الشهود وهذه الإجراءات تبدأ دائماً بطلب "طلب الإثبات بشهادة الشهود" ويجب أن يحدد في هذا الطلب بالتفصيل الواقع المراد إثباتها حتى يتسرى للمحكمة التأكيد من أن هذه الواقعة يجوز أو لا يجوز الإثبات فيها بالبينة.

المحكمة تحكم بحكم تمهدى بشهادة الشهود تحيل الدعوى إلى التحقيق إما في جلسة في كامل هيئاتها (أو تحدد قاضي من القضاة ليقوم بهذا التحقيق).

- وإذا كان التحقيق يجري خارج اختصاص تحكم المحكمة بذنب قاضي في المحكمة التي يدور اختصاصها في الإثبات.

- في هذا الحكم التمهيدي يجب ذكر تاريخ ويوم الجلسة المراد فيها التحقيق ونلاحظ أن المحكمة إذا حكمت بإجراء التحقيق بشهادة الشهود فهذا الحكم يقتضي أن يسمح للطرف الآخر أن ينفي للطرف الآخر بنفس الوسيلة إلا في حالة واحدة هي حالة الأعمال التجارية المختلطة (بين تاجر وغير تاجر) هذا من جهة ومن جهة أخرى أن هذا الحكم يعتبر حكم تمهدى لا يمكن الطعن فيه بالإستئناف مستقل إلا مع الحكم الصادر في الموضوع.

بالنسبة لشهادة الشهود إذا كان الخصم يريد أن يقدم شهود يجب أن يخطر كتاب المحكمة خلال 3 أيام بأسماء الشهود الذين تريد أن تسمع المحكمة أقوالهم. ويتعين إعطاء الشاهد مهلة لا تقل عن 5 أيام تفصل يوم استلامه الأذار وتاريخ جلسة التحقيق.

- كما يجوز للخصوم إحضار شهود هم مباشرة للمحكمة أو القاضي الذي يجري التحقيق دون تكليف بالحضور المسبق.

إذا استدعى الشاهد بصفة قانونية ولم يحضر جاز للمحكمة تغريميه لا تزيد عن 5000 دج ويجوز استدعاؤه مرة أخرى فإذا لم يحضر جاز تغريميه بمالا يزيد عن 10000 دج.

ويأخذ نفس الحكم بالنسبة للشاهد الذي يحضر جلسة الحكم ويرفض الإدلاء بالشهادة.

- إذا كان الشاهد عاجز عن الحضور لسبب جسماني كأن يكون مشلول أو مريض جاز للمحكمة أن تنتقل إلى سماعه وإذا كان مقيم خارج اختصاصها فتقوم بذنب قاضي آخر بالبنية لكيفية الشهادة يقوم القاضي بـ:

1- ذكر أولاً الإسم واللقب ومهنته وسنّه وموطنه درجة قرابته أو مصاہرته لأحد الخصوم إن وجدت وإذا كان يعمل لأحدهم أو لا .

2- يؤدي الشاهد اليمين فإن لم يؤدها كانت شهادته باطلة، بعض فقط أداء اليمين القصر (أقل من 18 سنة) وتسمع شهادتهم على سبيل الاستئناس فقط).

- يؤدي الشاهد شهادته منفردا دون حضور الشهود الآخرين ويشترط أن تقوم الشهادة شفاهة دون الإستعانة بمذكر إلا إذا أجازت المحكمة ذلك وهذا في حالة إذا كان الشاهد أبكم.

- إذا تعارضت الشهادات فيجوز إعادة سماع الشهود ومواجهتهم بعضهم البعض هذا من جهة.

ومن جهة أخرى لا يجوز للخصوم توجيه أسئلة مباشرة لخصوم بل يوجهونها للقاضي .

- يجوز تحريم الشاهد إما بسبب عدم أهليته للشهادة إما بسبب درجة قرابته أي لأي سبب آخر جدي.

- والأصل أنه شرط التحريم قبل الإدلاء بالشهادة إلا إذا ظهر بسبب التحريم بعد إدلائها.

- في كل الأحوال يفصل في مسألة التحريم في الحال ويفصل فيها بحكم غير قابل للاستئناف إما أن تقبل أو لا تقبل ( فهو نهائي فيها) .

وفي حالة الإنتهاء من أداء الشهادة يحرر بمحضر سماع الشهود يملي عليهم ثم يوقعون عليه.

## موانع الشهادة

هناك أشخاص يمتنع الأخذ بشهادتهم فيما وصل في علمهم ويمكن تصنيفهم إلى طائفتين:

- 1- تمنع من الشهادة بحكم وظيفتها: وضابطها هو المحافظة على السر المهني كموظفين وأطباء والمحامون ورجال الشرطة إلا في الحدود التي يأمر فيها القانون بإفشاء السر (مثل الطبيب، يجب عليه الإدلاء بالأدلة بالأمراض المعدية والقاتل...)
- 2- نصت عليها المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية وهؤلاء يمكن تقسيمهم بدورهم إلى فسمين:
  - قسم يجوز شهادته وهو أقار الخصوم أو أصحابه على عمود النسب، أو زوج أحد الخصوم ولو بعد الطلاق. كذلك لا يجوز شهادة أخوة وأخوات وأبناء عم الخصوم، لكن هؤلاء وباستثناء الأبناء يجوز سماع شهادتهم في الأحوال المتعلقة بالحالة أو الطلاق.
  - قسم لا ترد شهادته ويجوز سماعها لكن على سبيل الاستئناس فقط ودون تحليفهم اليمين وهم القصر الذين لم يبلغوا سن 15 سنة.
  - إمكانية إقامة دعوى أصلية ترمي أو تهدف إلى سماع الشهود؟

(النزاع ليس مطروح، وترفع دعوى أصلية لسماع شهود)، يمكن تصور هذا: المادة 187 من قانون الإجراءات المدنية تقول: "يجوز لرئيس الهيئة المختصة للقضاء المستعجل بإتفاق الخصوم....."

لذلك يمكن تصور أن يستطيع شخص أن يلجأ للقضاء المستعجل بطلب سماع شاهد أو عدة شهود والنزاع لم يطرح بعد على القضاء.

- لكن يشترط لقبول هذه الدعوى بشرط بين جهة أن يكون موضوع النزاع لم يطرح على القضاء بعد، ويشترط كذلك أن يكون موضوع الدعوى المراد إثباتها هي من الواقع التي يكون مما يثبت بالبينة فقط وأن تتوافق حالة الإستعجال كأن يخشى وفاة الشاهد أو سفره...

والشرط الرابع هو اتفاق الخصوم (هذا الشرط يجعل الصعوبة في اللجوء إلى مثل هذا الإجراء).

- إذن فمن الناحية الواقعية صعبة التحقق ومن الناحية التقريبية توجد إمكانية بتحقق هذه الشروط<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2000 ص 120.

### **الفصل الثالث: القرآن: كوسيلة ثالثة من وسائل الإثبات**

تعريفها: ما يستتبّه المشرع أو القاضي من أمر معلوم الدلالة على أمر مجهول والقرائن بهذا المفهوم قسمين:- قضائية يستتبّتها القاضي من الواقع المعروضة أمامه.

- قانونية يستتبّتها المشرع من حالات يطلب وقوعها أو هو مد حالة على أساس الصفة القادمة .

مع ملاحظة أن القرائن القانونية (ليست قرائن بالمعنى الصحيح لأن القرآن القانونية يحولها المشرع إلى قاعدة موضوعية فالهدف منها هو نقل عبء الإثبات .

- بالنسبة للقرائن القضائية تنص المادة 340 من القانون المدني "يتراكم لتقدير القاضي استناداً كل قرينة لم يقرّها القانون ولا يجوز الإثبات في هذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبيبة".

فالقرائن القضائية هي من عمل القاضي يستتبّتها من واقعة معلومة في النزاع ليستدل بها على واقعة عجز المدعي عن إثباتها .

ومن أمثلة ذلك: إمكانية استناد صورية التصرف بين أب وإبنه من واقعة قرابة الأبوة فإذا ادعى الإبن أن اشتري من أبيه حال حياته واتضح أن وقت التصرف كان الإبن صغير السن أو اتضح أن هذا الإبن ليس له الثمن وقت التصرف، ثم بعدها ينافعه باقي الوراثة في هذا الشراء فيستطيع القاضي استناداً لهذا الأمر (الصورية) من هذه الظروف (المشتري لم يكن بإمكانه الدفع...) والقاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في استنادها فالقاضي ليس مقيد بقرينة واحدة فيستطيع استناداً عدة قرائن من عدة وقائع في نفس النزاع، ومع هذا قد لا يأخذ بها، وقد يستتبّ قرينة واحدة بين حكمه على أساسها.

#### **الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية:**

المادة 340 السابقة الذكر تحدد إمكانية الإثبات بالقرائن بنطاق إمكانية الإثبات بالشهادة، أي كل ما يمكن إثباته بشهادة الشهود يمكن إثباته أيضاً بالقرائن القضائية.

وبالتالي يمكن إثبات بالقرائن القضائية ما يمكن إثباته أصلاً بشهادة الشهود (التصرفات لا تزيد عن 10000 دج...) وكذلك ما يمكن إثباته استثناءً بالبينة .

### **القرائن القانونية:**

تنص المادة 337 من القانون المدني على: القرينة القانونية تغنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقل هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك (هذه المادة لا تعرفها ولكن تتحدث عن الآثار) .

في الواقع أن القرائن القانونية ليست وسيلة إثبات فهي تنقل عبء الإثبات كذلك هذه القرائن القانونية ما هي إلا قواعد موضوعية فالشرع على أساس قرينة قانونية يصبح قاعدة موضوعية.

- فتحديد سن الرشد يقوم على قرينة، حيث كل من يبلغ سن معين يفترض فيه أنه كامل الإدراك، وبالتالي يمكنه القيام بكامل التصرفات (فسن الرشد هو قاعدة موضوعية لكن أساسه هو قرينة قانونية) كذلك ما نصت عليه المادة 492 بأن الوفاء بقسط الأجرة يعتبر وفاء بالأقساط السابقة فهذه القاعدة تعفي المستأجر من إثبات وفائه بالأقساط السابقة، بل المؤجر هو الذي يثبت عدم وفاء المستأجر بالأقساط السابقة.

القرض من القرائن القانونية هي قد تكون من جهة تحقيق مصلحة عامة وقد تكون أحياناً مصلحة خاصة رأى المشرع ضرورة حمايتها فمن بين القرائن القانونية التي ترمي لحماية المصلحة العامة، حجية الأمر المقطبي فيه، حيث المصلحة العامة تقتضي أن تتوفر في هذه الأحكام الثقة، وحتى لا يبقى النزاع مطروح أمام المحاكم.

ومن بين أمثلة القرائن القانونية التي ترمي لحماية مصلحة خاصة إفتراض الخطأ من جانب متولي الرقابة أو حارس الأشياء ففي الغالب أن المقرور مستحيل عليه إثبات متولي الرقابة، فأعفاء المشرع من هذا العبء بأن جعل الخطأ مفترض .

كذلك ما نص عليه المشرع 776 ق م: كل تبرع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية حتى ولو أعطي له إسم آخر.

### **أنواع القرائن القانونية:**

فلنا أن المشرع أحياناً وعلى أساس قرينة يصبح قاعدة موضوعية ويسمح أحياناً أن يثبت عكس هذا الإفتراض ويمنع أحياناً إثبات العكس على هذا الأساس تقسم القرائن القانونية إلى:

قرائن بسيطة وأخرى قطعية مطلقة .

بالنسبة للقرائن البسيطة: وهي الأصل في القرائن القانونية وتمثل هذه البساطة في جعلها قابلة لإثبات نقضاها.

من أمثلتها: المادة 61 من القانون المدني مسألة التعبير عن الإرادة .

مثال آخر المادة 92 من القانون المدني لكل التزام سبب مشروع إلا إذا ثبت الدليل العكسي

- الحيازة يفترض المشرع الحيازة قرينة على حسن النية وعلى السند الصحيح من جهة أخرى يجوز إثبات العكس.

**القرائن القانونية القاطعة:** فهي التي لا يمكن إثبات عكسها كقرينة الحقيقة القضائية التي يعبر عنها بقوة الشيء المقتضي فيه فلا يجوز إعادة إحياء النزاع من جديد.

وكما فلنا أن القرائن القانونية هي ليست للإثبات وإنما هي قاعدة موضوعية بنيت على أساس قرينة وبذلك فالقرائن القطعية هي قواعد موضوعية.

فالقرائن القانونية البسيطة الغاية منها هي نقل عباء الإثبات أما القرائن القانونية القاطعة فهي قاعدة موضوعية وبالتالي فالقرائن القضائية هي وحدها التي تعد طرق للإثبات

القرائن القطعية جاء المشرع ونظم تطبيق للقرينة القانونية القاطعة وسماه بحجية الشيء المقتضي فيه وخصص له مادتين 338 و 339 من القانون المدني.

المادة 338 تنص على الأحكام التي حازت قوة الشيء المقصي فيه تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفتهم وتنتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا.

- يجب أن ننبه أن هذه القاعدة تسمى بحجية الشيء المقصي فيه والتعبير الصحيح هو حجية الشيء المقصي فيه ونلاحظ أن المشرع عبر عليه بقوة الشيء المقصي فيه .

الواقع أن الفائدة من هذه القرينة هو أن القرائن التي تكون محل ثقة فإن ثبتت المراكز القانونية للأشخاص وبالتالي تبعد إعادة النزاع كل مرتبعد أن يفصل فيه.

بالنسبة لمجال تطبيق هذه القاعدة (حجية الأمر المقصي فيه) فيشترط لتطبيقها:

يشترط في الأحكام التي تجوز حجية الأمر المقصي فيه :

1- صادرة عن هيئة قضائية .

2- هذه الهيئة القضائية مختصة .

3- أن يكون هذا الحكم قطعي (فصل في أصل النزاع).

**1- الحكم صادر من هيئة قضائية:**

فمن حيث للحكم هذه الحجية عباء أن يكون الحكم صادر من هيئة قضائية بما لها من سلطة لإصداره سواء كانت محكمة عادية أو جهة استثنائية كالمحاكم العسكرية أما القرارات التي تصدر من منظمات غير قضائية كالمحامين أو القرارات التي تصدر من المحامين التأسيدية أو القرارات التي تصدر من النيابة العامة لا تعتبر أحكام لأنها تمس أصل النزاع وبذلك لا يجوز الحجية .

كذلك فليس كل ما يصدر من المحاكم يجوز هذه الحجية، فلا تجوز هذه الحجية إلا الأحكام الصادرة من هذه الجهة القضائية بموجب سلطتها القضائية (معناه أنه يفترض نزاع قائم لدى الجهة القضائية).

أما ما يصدر من المحاكم باعتبارها سلطة ولائية فالحكم لا يجوز حجية الشيء المضي فيه (أحياناً ليس من السهل التمييز أن الحكم صادر بمقتضى سلطة قضائية أم الحكم الصادر بمقتضى سلطة ولائية) مثل أوامر الأداء مثل الدين، حل الأجر، مستحق الدفع ...، فهنا نأمر بالآداء فهل هذا صادر بمقتضى سلطة ولائية أو بمقتضى سلطة قضائية.

هناك من يقول بأنه صادر بمقتضى سلطة قضائية مثله مثل طلب تحديد الإقتصاص.

إن الفيصل بينهما هو أن الأعمال التي تكون صادرة بمقتضى سلطة قضائية يفترض فيها نزاع قائم ويستطيع كل من الخصمين أن يدللي بأدلة.

و ما عدى ذلك لا يعتبر عمل صادر بمقتضى سلطة قضائية (ومثال تعين الوصي إذا كان خلال نزاع قائم بمقتضى سلطة قضائية تعين نفس الوصي دون وجود منازعة قائمة بمقتضى سلطة ولائية).

## 2- أن تكون المحكمة مختصة بإصداره :

فيشترط إذن أن يصدر من جهة قضائية مختصة نوعياً بإصداره أما إذا لم يكن كذلك.

3- أن يكون الحكم قطعياً: ويعتبر الحكم قطعي إذا فصل في أصل النزاع إما في كل النزاع أو في جزء منه أما ما عدا ذلك أي ليس في أصله فلا تجوز الحجية.

- أما الأحكام الأخرى الأحكان التمهيدية، التحضيرية، الوقتية، فهي كلها لا تتمتع بهذه الحجية لأنها أحكام تصدر في انتظار الفصل في أصل النزاع.

### أجزاء الحكم الذي يثبت لها الحجية:

الحكم القضائي يشتمل على ثلاثة أجزاء عرض الواقع، التسبيب، المنطوق.

- 1- عرض الواقع ، عرض لموضوع النزاع.
  - 2- الأسباب ، مناقشة ما تقدمه الخصوم من أدلة ونصوص القانونية التي سينددون بها .
  - 3- المنطوق، النتيجة الطبيعية التي يصل إليها القاضي بعد مناقشة الأسباب .
- إن الأصل أن الحجية لا تثبت إلا لمنطوق الحكم أما الموقف والأسباب فالالأصل ليست لها أي حجية .
- لكن استثناءً قد تثبت الحجية لأسباب الحكم وتعديلات إذا كانت مرتبطة إرتباط عضوي لا يبني المنطوق إلا عليه وبها وبدون شيء آخر .
- أما الواقع فلا تجوز أي حجية .

### شروط الدفع بحجية الأمر الم قضي فيه:

كما قلنا أن الغاية من هذه القرينة هو تفادي دوام هذه الخصومة وما ينتج عنها من تعارض في الأحكام والوسيلة الوحيدة للدفع بعدم ذلك، هو الدفع بحجية الأمر الم قضي فيه ولهذا الدفع شروط نصت عليه المادة 333 تتمثل هذه الشروط في:

- 1- وحدة الخصوم، 2- وحدة العمل، 3- وحدة السبب .
- 1- **وحدة الخصوم:** يشترط في الدفع بحجية الأمر الم قضي فيه أن يكون الخصوم في الدعوى المقامة هو نفس الخصم الذي صدر في حقهم الحكم السابق الذي حاز هذه الحجية.

مثال: إذا أقام المشتري دعوى على البائع على تسليم الشيء ثم ظهر شخص آخر وقال أن له حق على الشيء المباع وأقام دعوى على المشتري.

مع ملاحظة أن المقصود بوحدة الخصوم أن وحدة الخصوم يجب أن تفهم أن هذه الوحدة تكون في الصفة وليس في الأشخاص بمعنى تكون صفة الخصوم من الدعوى الأولى هي نفسها صفاتهم في الدعوى الجديدة.

مثال: دعوى من نائب على شخص آخر فحكم فيها فلا يجوز للمدعي أن يجدد نفس الدعوى بصفته الشخصية فالأولى كانت بواسطة نائبه.

- كما أنه صدر حكم في مواجهة شخص بعينه فهذا لا يمنعه أن يضم دعوى جديدة باعتباره نائباً أو وكيلاً على شخص آخر يطالب بنفس الموضوع السابق لأن موکاه لم يكن طرفاً في النزاع وبالتالي لا يجوز الشيء حجية في مواجهة الموكل.

ولذلك قضى أن الحكم لا يكون له حجية في حق باقي المالك على النوع إذا صدر في حق واحد منهم فقط طالما أنهم لم يختصموا في الدعوى.

ومقصود بوحدة الخصوم المعنى الواسع فتصدق هذه الوحدة على الخصوم ذاتهم أو على خلفائهم سواء كان خلافة عامة كالورقة أو خاصة كالمشتري وما عدى هؤلاء لا يتحقق شرط وحدة الخصوم وبذلك لا حجية .

## 2- وحدة المثل :

يقصد بمحل الدعوى أو موضوعها هو ما يطلب الخصم الحكم له به أن يكون محل الدعوى المقامة هو نفسه محل الدعوى التي تم الفصل فيها، فإذا رجعت الدعوى للمطالبة يبدل الإيجار عن غير لمندة معينة، ورفضت الدعوى فلا يجوز للمدعي أن يرفع دعوى يطلب فيها نفس الطلب.

- هناك حالات يمكن أن يصعب فيها التمييز بين الطلبين الأول في الدعوى الأولى أو الثانية ولكن المعيار الذي يستعمله القضاء هو التحقق من أن حكمه هذا الجديد لا يعتبر تكرار للحكم السابق أو مناكر له (نكره). فإن كان تكرار له قبل الدفع بحجية الأمر القضي فيه .

- والمقصود بوحدة الموضوع بوحدة الطلبات التي وردت على الموضوع وليس المقصود بالوحدة وحدة الشيء ذاته الذي ترد عليه هذه الطلبات يمكن تصور شيء واحد ولكن ترد عليه طلبات عديد.

**3- وحدة السبب:** يقصد بالسبب هي الواقعية القانونية المنشئة للحق أو كانت سبب المضي فيه يجب كذلك إضافة إلى الشرطين السابقين يجب وحدة السبب فيجب للدعوى الأولى والثانية سندات لنفس السبب.

مثال: دعوى أولى يطالبه بدين فرضي فرفضت دعواه فلا يستطيع أن يرفع دعوى أخرى بطلب فيها نفس الطلبات ومستندا لنفس السبب.

- أما إذا اختلف السببان، سبب الدعوى الأول عقد قرض وسبب الدعوى الثانية عقد عمل، فالحكم الأول لا يجوز أي حجية في مواجهة الدعوى الثانية.

#### مدى تعلق حجية الأمر المضي فيه بالنظام العام:

هناك من يرى من جهة أن حجية الأمر المضي فيه يتعلق أساساً بمرفق القضاء وبالتالي فهو من النظام العام وتقريرياً على ذلك أنه لا يجوز التنازل عن هذا الدفع كما أنه يجوز للمدعي عليه يثيره في أي مجلة تكون فيه الدعوى، وللقارضي إثارته من تلقائه نفسه.

- هناك من يرى أن هذا الدفع خاص بالمركز القانوني للخصم مصلحة خاصة ويتربّ عليه نتائج عكسية للأثار السابقة وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري فنصت المادة 338 من القانون المدني "لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائياً".

#### مدى حجية الحكم الجنائي أمام القاضي المدني:

نعلم أن ارتكاب جريمة ضرر عام وخاص والدعوى المدنية يمكن رفعها أمام المحاكم الجزائية أو أصلاً أمام المحاكم المدنية، فإذا رفعت أمام المحاكم الجزائية فهي نفسها التي تقضي فيها فلا إشكال في ذلك.

- لكن إذا اختار الأطراف رفع الدعوى أمام المحكمة المدنية فما هي حجية الحكم الصادر من المحاكم الجزائية على القاضي الذي يحكم بالتعويض وقد نصت المادة 339 من القانون المدني: "لا يربط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الواقع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا".

جعل الحكم الصادر من المحاكم الجزائية حجية أمام القاضي المدني وبذلك فهي حجة على الناس وهي تتمتع بهذه الحجية لأن الحكم الجنائي لا يصدر إلا بعد البحث والتحري يقوم به القاضي الجنائي للوصول للحكم وبذلك هذا الأخير يكون ملزما بما فصل فيه القاضي الجنائي وكذلك ما يعذر حجية هذه الأحكام الجزائية .

المادة 71 من قانون الإجراءات المدنية: غير أنه يتبع أن ترجع المحكمة المدنية الحكم في تلك الدعوى (المدنية) المرفوعة أمامها لحين الفصل نهايتها في الدعوى العمومية إذا كانت قد حررت" (الجنائي بوقف المدني) يشترط تطبيق قاعدة الجنائي بوقف المدني شرطان.

1- الدعوى الجنائية رفعت قبل رفع الدعوى المدنية وبالتالي إذا فصلت المحكمة المدنية قبل تحريك الدعوى الجنائية فالحكم المدني يحوز حجية الأمر الم قضي فيه.

2- أن قاعدة الجنائي بوقف المدني يعمل بها داخل الدولة الواحدة فإذا كانت الدعوى الجنائية رفعت الدعوى أمام المحكمة الجنائية، والدعوى المدنية رفعت أمام المحاكم الجنائية، فلا تطبق هذه القاعدة فلا ننتظر صدور الحكم الجنائي.

- في مدى حجية الحكم الجنائي أمام القاضي المدني لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الواقع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا .

- معنى ذلك أن القاضي المدني مقيد بما فصل به القاضي الجنائي وفي الواقع التي فصل فيها هذا الأخير فعلا ضروريا وواقعيها ولذلك يشترط في الواقع التي رفعت أمام القاضي المدني هي نفسها الواقع التي فصل فيها القاضي الجنائي.

ويشترط كذلك أن الحكم المحتاج به أمام القاضي المدني صادر من المحكمة الجزائية سواء محكمة جزائية عادية أو استثنائية (عسكرية).

ومن جهة ثالثة أن يكون الحكم الجنائي سابق على الحكم المدني فإذا كان الحكم المدني سابقاً في الصدور فهو لا يعمل بهذه الحجية لأن الحكم الجنائي ليس له وجود بعد.

و الشرط الأخير أن يكون هذا الحكم الجنائي حكم نهائي (استنفذ جميع الطرق العادية) وإذا لم يكن قد استنفذها فالقاضي المدني يقوم بإرجاء الفصل في الدعوى.

مع ملاحظة أنه بالنسبة لوقائع الجنائي التي يحتج بها على القاضي المدني يشترط أن يكون القاضي الجزائري قد فصل فيها فصلاً حقيقة وضرورياً بمعنى أن هذه الواقعة كانت هي أساس الحكم وما كان هذا الحكم ليقوم إلا بها.

أما الواقعة التي قد يتعرض لها القاضي الجزائري عرض من غير أن تكون هي الأساس في حكمه فإنها لا تحوز أي حجية أمام القاضي المدني وبالتالي يجوز الحكم بما يخالفها، ومن باب أولى فالواقعة التي لم ترد أصلاً فلا يتقييد بها القاضي المدني.

ويفرق الفقه عادة بين الأحكام الجزائية الصادرة بإدانة وتلك الصادرة بالبراءة .

- بالنسبة للأحكام الجزائية الصادرة بالإدانة فإذا تعرض الحكم الجزائري ل الوقائع المنسوبة للمتهم وأدانته بسبب ارتكابها واحتاج المضرور والضحية بهذا الحكم الجزائري أمام القاضي المدني (طلب التعويض) فيتعين على القاضي المدني أن يتقييد بهذا الحكم الجزائري.

مع الملاحظة أنه قد يصدر الحكم الجزائري بالإدانة لا على أساس العقل الإجرامي الذي ارتكبه الجاني ولكن على أساس الشروع في الجريمة .

الشرع في الجريمة غالباً لا يحدث ضرر خاص فالحكم بالإدانة ليس دائماً يحكم بالتعويض (فهنا الإدانة ليس للجريمة وإنما للشرع فقط، فليس ضروري الحكم بالتعويض).

- بالنسبة للأحكام الصادرة بالبراءة إذا صدر الحكم الجزائري ببراءة المتهم المنسوبة إليه على أساس أن تلك الأفعال الإجرامية لا يمكن أن تُنسب إلى المتهم أو على أساس عدم كفاية الأدلة، فالحكم هنا له حجية على القاضي المدني.

- أما إذا كان الحكم الجنائي الصادر بالبراءة ويني على أن الفعل المنسوب للمتهم لا يعاقب عليه القانون (لا يكفي أنه جريمة) أو على أساس انقضاء الدعوى العمومية بالتقادم مثلاً فهنا الحكم بالبراءة لا يحوز أي حجية بالنسبة للقاضي المدني.

## الفصل الرابع: الإقرار كوسيلة رابعة من وسائل الإثبات

هو في الواقع ليس وسيلة للإثبات وإنما وسيلة معقبة من الإثبات وقد نظمها المشرع في المادتين 341 و342 من القانون المدني.

وجاء تعريف نوع من الإقرار (القضائي) المادة 341 حيث ينص: الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى التي يتعلق بها في الواقع. والإقرار من حيث وقت صدوره يكون إقرار إما صادر أمام جهة قضائية وأثناء السير في الدعوى التي يتعلق بها الواقعة محل الاعتراف وهو ما يسمى بالإقرار القضائي.

لكن قد يصدر الإقرار أمام جهة غير قضائية أو يصدر أمام جهة قضائية لكن في دعوى سابقة وهو ما يسمى بالإقرار غير القضائي.

- والإشكال المطروح هو مدى حجية الإقرار غير القضائي لأن المشرع لم يتطرق إليه.

فالبنسبة للإقرار القضائي حتى تكون يصدره يجب أن تتوافق فيه ثلاثة شروط:

**1- صادر من الخصم:** والخصم هنا هو من يتحجض ضده بهذه الواقعة محل النزاع أما إذا كان من غير الخصم فليس له أي حجية ويعتبر صادر من الخصم الإقرار الصادر من النائب أو من الوكيل المادة 574 فيجب أن تكون الوكالة خاصة).

**2- أن يصدر الإقرار أمام القضاء:** يشترط أن يكون أمام القضاء سواء كان الإقرار أثناء الجلسة أو أثناء التحقيق أو كان إقرار كتابي (مذكرات...) هو أن يكون قد صدر أمام محكمة مختصة.

أما الإقرار الصادر أمام الخبير المنتخب فأرجح الرأي يقال أنه لا يعتبر إقرار قضائي فالخبير ليس له سلطة قضائية والقاضي ليس ملزم بنتائج الخبرة.

ذلك لا يعتبر الإقرار قضائيا الإقرار الصادر أمام جهة إدارية (النيابة العامة).

**3- صدور الإقرار أثناء سير الدعوى المتعلقة بموضوع الواقعه محل النزاع:** أي أن يصدر الإقرار والدعوى سارية أمام القضاء وما زالت منضورة أمامه .

- أما الإقرار الصادر في دعوى سابقة أو في مذكرات أو عرائض سابق فإنه يكون إقرارا غير قضائي.

### حجية الإقرار القضائي:

إذا صدر الإقرار (شروطه) فهو حجة قاطعة على المقرر واعترافه هذا يلزم القاضي فيصنف هنا كالكتابة ووسائل الإثبات المقيدة للقاضي، شرط أن يكون هذا الإقرار صحيح (أهلية كاملة أراده المقر سليمة).

- وبما أن الإقرار تصرف قانوني فإن آثاره تتصرف إلى مثل آثار التعرف القانوني فالإقرار لا يسري مع المقر فقط بل يسري على الخلف العام والخاص ولكن ما عدا هؤلاء (الخلف العام والخاص والمقر) فلا يسري في مواجهة الغير. هذا عن الحجية.

\* يحكم الإقرار مبدأ، هو مبدأ عدم جواز تجزئة الإقرار المادة 2/342: ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الواقع الآخر.

من يتمسّك بالتجزئة؟ الخصم (المقر له) هو الذي يتمسّك بالتجزئة فعندما نقول أن الإقرار لا يتجزأ فالخصم إما أن يأخذ الإقرار كله أو يتركه كله، فلا يأخذ ما يخدم مصلحته فقط.

### وللإقرار عدة صور:

إقرار بسيط ويمكن أن يكون إقرار موصوف ويمكن أن يكون إقرار مركب

**1- الإقرار البسيط:** أبسطها، وهو أن يعترف الخصم بما يدعوه الخصم الآخر دون تعديل ولا إضافة (كان يعترف شخص بأنه مدين بقرض وقد حان أجله...) وهذا الإقرار البسيط لا يطرح مشكلة التجزئة .

**2- الإقرار الموصوف:** يقصد به الاعتراف بالواقعة ولكن المقر يطبق وصف يعدله لأن يدعى شخص (دائن) أن المدين أقرض له ديون بفائدة فيصرف الخصم بالقرض لكن ينكر الفائدة فهنا نتصور أن الدائن يتمسك بالتجزئة .فهنا لا يجوز التجزئة.

مع الملاحظة فقط إذا حصل هذا (اعترف المدين بالدين وأنكر الفائدة فلا يعتبر تجزئة إذا أخذ المقر له بالإعتراف بالدين وتولى هو إثبات الاتفاق بالفائدة لأن عدم التجزئة في الأصل أنه لو يؤخذ بالتجزئة فالمقر يعترف بالجزء الأول ويلزم بإثبات الإضافة أما إذا كان.....

- فلا تعتبر تجزئة إذا قبل المقر له بالاعتراف بالدين ثم تولى هونفسه إثبات أن هناك فائدة ونحن نعلم أن الإثبات ليس من النظام العام.

### 3- الإقرار المركب:

يعتبر مركبا إذا اعترف المقر في الواقعة موضوع النزاع من غير تعديل ولكن نصيف إليها واقعة جديدة من شأنها أن تؤثر لصالحه على نتيجة الواقعية الأولى المدعاة عليه فإذا كانت الواقعتين مرتبطتين ارتباط عضوي ( يجعل من الواقعية الثانية نتاج الواقعية الأولى ) فهذا الإقرار لا يقبل التجزئة مثل (إقرار المدين بالدين ولكنه أضاف واقعة 2 وهي واقعة الوفاء ) فهنا ارتباط بين واقعة 2 و 1 وبذلك لا يجوز التجزئة.

- أما إذا لم يكن هناك ارتباط بين الواقعية 2 و 1 فالواقعة 2 لا تتطلب حتما وجود الواقعة 1 فإن الإقرار المركب يمكن أن يجزأ مثال: إقرار المقر (المدين) بالدين ولكن ادعى أن هذا الدين قد انقضى بالمقاصة بينه وبين دائهنه نتيجة دين كان في ذمة هذا الأخير فادعه المقاصة هنا من المدين هو ادعاء بواقعة جديدة لا يستلزم وجودها وجود واقعة الدين الأصلية فوجود واقعة الدين الأصلية موجودة دون حاجة لوجود واقعة المقاصة والإقرار القضائي باعتباره تصرف قانوني وإذا صدر صحيح فلا يجوز الرجوع على الإقرار سواء بالإنكار أو بالإضافة أو التعديل .

**الإقرار غير القضائي:**

- هو الإقرار الذي لم يتم أمام القضاء أو لم يكن جزءاً في دعوى متعلقة بموضوعه (الواقعة محل الإقرار) لأن يكون الإقرار قد صدر في دعوى سابقة أو صدر أمام جهة غير قضائية (إدارية).

- ولكن الإقرار سواء كان قضائي أو غير قضائي فهو تصرف قانوني ويتفقان أيضاً من حيث الشكل فالمشرع لاشترط أي شكل في الإقرار.

- هناك من يرى أن وسائل الإثبات جاءت على سبيل الحصر وأن المشرع تعمد واستبعد الإقرار غير القضائي.

وهناك من يرى العكس، فالإقرار سواء كان قضائي أو غير قضائي فهو يحافظ على طبيعة واحدة هو اعتراف الشخص بواقعه يحتج بها عليه فالقاضي إذا تحقق من وجود إقرار حتى ولو غير قضائي وتحقق من صحته يكتسي هذا الإقرار (غير القضائي) حجية على القاضي وبالتالي يخضع للأحكام التي يخضع لها الإقرار القضائي.

- رأي وسط يقوم أن الإقرار غير القضائي لا يصبح له حجية في موضوع النزاع القائم إلا إذا أيدته قرائن أخرى كالقرائن.

- إن الإقرار في المواد الجنائية لا يكتسب حجية فهو يخضع لتقدير القاضي ولا يخضع لمبدأ التجزئة، فهو هنا يمكن تجزئته على عكس في المواد المدنية والتجارية (والسبب هو حب التضاهر?).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>- عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني الإثبات، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1985 ص 223.

## الفصل الرابع: اليمين: الخامس وسيلة للإثبات

هي إشهاد الله تعالى على صدق ما ي قوله الحالف وكذب ما يقوله الخصم ويلجأ لليمين عادة عند عجز المدعى عن إثبات ما يدعوه فيحتمكم لضمير الخصم.

المشرع لم يقدر أوضاع معينة لأداء اليمين واليمين كالقرائن ليست في حد ذاتها وسائل للإثبات وإنما هي وسيلة حسم النزاع بالإحتكام بالرجوع إلى الضمير والوازع الديني.

\* بالنسبة لليمين فهي تنقسم إلى قسمين:

- **اليمين القضائية:** التي توجه من خصم إلى خصم وهي اليمين الحاسمة أو توجه للخصم من طرف القاضي وهي اليمين المتممة وفي كلتا الحالتين فتوجه أمام القضاء.

- **أما اليمين غير القضائية:** فهي تؤدى خارج مرفق القضاء كأن يتفق عليه الخصمان فتخضع في تأديتها وتكون لها ونتائجها لآثار العقد وهي اليمين غير القضائية لم يتطرق لها المشرع.

\* والتقسيم الثاني أورده المشرع هو:

**اليمين الحاسمة واليمين المتممة:**

**اليمين الحاسمة** (القاطعة، اليمين الغموس) وهي التي يوجهها الخصم إلى خصمه عندما يعوزه دليل لإثبات ما يدعوه واليمين يجوز توجيهها من المدعى أو المدعى عليه المادة 343.

- **واليمين لا تخلو من المجازفة** فقد تكون يمين كاذبة ولكنها تفصل في النزاع فهي تمثل مجازفة لأنها قلما يُلجأ إليها - واليمين إذا حلفها من وجهت إليه، خسر من وجهها دعواه وإذا نكل عليها خسر الناكل دعواه، وإن ردتها ونكل عنها المدعى خسر دعواه، فاليمين بهذا المعنى هي تصرف قانوني بإرادة منفردة يقوم به أحد الخصوم اتجاه خصم آخر قاصر من ذلك إحداث أثر معين .

### توجيه اليمين الحاسمة:

- 1- طبقاً لنص 343 الأطراف المتخاصمة وحدها هي التي تملك حق توجيه هذه اليمين لبعضها البعض هذا من جهة .
- 2- لا يمكن للقاضي توجيه اليمين الحاسمة إلى أي من الخصوم.
- 3- يجب أن توجه اليمين إلى الخصم شخصياً لأنها تتعلق بذمته وبالتالي لا يجوز توجيهها إلى وكيل الخصم ولا إلى النائب القانوني له.
- 4- يتشرط في من يوجه اليمين أو ردها أن تتوافق لديه أهلية التصرف لأنه إذا وجهها المدعى وخلفها المدعى عليه خسر الأول دعواه وإذا نكل عنها المدعى عليه خسر دفعه وإن ردها على المدعى ونكل عنها خسر دعواه تطبيقاً لقاعدة "النكول بالنكول تصديق الناكل الأول".
- هذا مع ملاحظة أنه لا يجوز للوكيل أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم نيابة عن موكله إلا بوكالة خاصة .  
حيث لا يملك الوكيل توجيه اليمين الحاسمة إذا كانت الوكالة عامة .

- مع ملاحظة كذلك أنه إذا كان المشرع أباح لكل خصم أن يوجه اليمين الحاسمة للخصم الآخر إلا أن هذا الحق مثل كل الحقوق مقيد مثل كل الحقوق المتعسف فيها م 343 .

### شروط قبول اليمين الحاسمة

تقضي المادة 344 من القانون المدني: لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في الواقعة المخالفة للنظام العام ويجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين فإن كانت غير شخصية له قامت اليمين على مجرد علمه بها.

**الشرط 1:** الواقعة غير مخالفة للنظام العام وأن تكون الواقعة منتجة في الدعوى:

- وبما أن اليمين تنصب على واقعة يدعى بها الخصم وينكرها الخصم الآخر فيجب أن تكون هذه الواقعة موضوع اليمين منتجة في الدعوى بمعنى أنه إذا ثبتت كانت أساسا في الحكم الذي يفصل في النزاع.

- أما إذا نصبت على واقعة غير منتجة فلا تقبل وكذلك لا تقبل إذا كان القانون يمنع توجيه اليمين في شأنها كأن تكون هذه الواقعة واقعة فصل فيها بمقتضى حكم أصبح حائزا للقوة الشيء المقصي فيها أو تصرف يشترط فيه القانون الرسمية ففي كل هذه الأحوال لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة.

**الشرط 2: شخص الحالف** . فيجب أن تكون الواقعة متعلقة بشخصية فإذا لم تكن متعلقة بشخصية انصبت على مجرد علمه بها (بالواقع) بمعنى أنه في هذه الحالة إذا كانت الواقعة متعلقة بشخص غير الحالف تتوجه له يمين العلم فقط، ففي هذه الحالة يحلف أنه لا يعلم بالواقع المنسوبة لغيره كالوارث الذي يحلف على أنه يعلم أن مورثه كان مدين لشخص يطالب بهذا الدين. - يلاحظ أن اليمين الحاسمة أنه إذا توافر هذين الشرطين جاز توجيهها بشأن واقعة مادية ويجوز أيضا توجيهها في تصرف قانوني أما كان قيمة هذا التصرف يجوز أيضا توجيهها في شأن ما يخالف الكتابة أو يجاوزها (ماعدا التصرفات الشكلية).

- كما يلاحظ من جهة أخرى أن توجيه اليمين الحاسمة غير مقيد بوقت بمعنى أنه يجوز توجيهها في أي مرحلة من مراحل الدعوى.

### يمين الاستئناف:

قلنا أن اليمين الحاسمة ملك للخصوم فالقاضي لا يملك توجيهها إلى أي من الخصمين لكن استثناء يملك القاضي توجيه هذه اليمين .

### المادة 312 ق م: "تنقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية:

حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتاجرون فيها، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجرا الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم.

- المبالغ المستحقة للعمال والأجراء الآخرين مقابل عملهم".

- يجب على من يتمسك بالتقادم لسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً وهذه اليمين توجه تلقائياً من القاضي إلى ورثة المدين أو إلى أوصيائهم إن كان الورثة قاصرين، على أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء".

هذه المادة أوردت استثناءين:

- 1- أنها يمين حاسمة لكن توجه تلقائياً من طرف القاضي.
- 2- أن توجيه اليمين إلى شخص لا يختص في الدعوى بصفة شخصية وهو الوصي (وصي الورث) إذا كان قاصراً وهذا خروجاً عن القاعدة.

### آثار توجيه اليمين الحاسمة

توجيهها في الواقع ينبع عنها عدة آثار سواء بالنسبة لمن وجهها، وآثار بالنسبة لمن وجهت إليه اليمين وآثار أخرى بالنسبة للخصميين معاً وغيره.

#### آثار تلحق من وجہ اليمین:

تنص المادة 345 على أنه: "لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك من قبل خصمته حلف تلك اليمين". (لا يستطيع الرجوع عنها من قبل الطرف الآخر للحلف).

- هناك حالة فقط يقبل فيها الرجوع أنه إذا كان موجهها ناقص الأهلية أو كانت إرادته مقيدة

#### 2- الآثار بالنسبة لمن وجهت إليه اليمين:

من وجهت إليه اليمين لا يملك حق رفض توجيهها وإنما إذا وجهت اليمين فمن وجهت إليه اليمين لا يخرج عن أحد أمور ثلاثة :

- إما أن يحلف .

- أما أن ينكأ .

- إما أن يردها على من وجهها له.

**1- حالة الحلف بها:** إذا حلف من وجهت إليه اليمين حسم النزاع بينه وبين الخصم ويحسم النزاع هنا بحكم ابتدائي قابل للطعن (وهذا الأمر غير طبيعي) فهنا أهم أثر للحلف هو حسم النزاع فلو تصورنا الطعن بالاستثناء فلأي شيء استند إليه فهو قد حلف ومن المتصور أن اليمين لا يلجا إليه إلا بعد استنفاذ الأدلة.

- من جهة أخرى أن المادة 346 تنص على أنه لا يجوز للخط إثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه، على أنه إذا ثبتت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق الطعن على الحكم الذي صدر ضده.

(معناه أنه أمام المحاكم المدنية لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين فيجب تحريك دعوى منه ثم يصدر حكم بالإدانة (جزائي) ثم بعدها له الحكم بالطعن في الحكم الذي صدر ضده بناءً على اليمين).

## 2- حالة النكول:

يقصد بالنكول أن يرفض من وجهت إليه اليمين ذلك والنكول قد يكون صريحاً وقد يكون ضمني كأن يرفض من يستخلف الحضور للجلسة بدون عذر مقبول.

فالنكول بالنسبة للقانون هو بمثابة اعتراف وبالتالي فمن نكل من وجهت إليه اليمين خسر دعواه.

## 3- حالة الرد:

المادة 343/2: ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمها غير أنه لا يجوز ردتها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل ينقل بها شخص من وجهت له اليمين"

- إذا ردت اليمين على من وجهها فليس له إلا طريقين"

إما أن يحلف ويربح الدعوى، وإما أن ينكل فيخسر الدعوى ولا يجوز له الرد مرة ثانية.

- يشترط لجواز رد اليمين أن تكون اليمين مشتركة بين الطرفين كما إذا وجه دائن اليمين إلى مدينه يدعى أنه أقرضه مبلغاً من النقود فردها المدين على الدائن مدعياً أنه وفي

- أما إذا كانت الواقعة غير مشتركة تنتقل إلى شخص من وجهت إليه فلا يجوز ردها كالوارث الذي يوجه اليمين إلى مدين مورثه فإن هذا المدين بلا يجوز له رد اليمين على الوارث لأن واقعة الدين لا تتعلق بشخصه وإنما على شخص المورث

مع ملاحظة أن رد اليمين تعتبر بمثابة توجيهها وبالتالي فهي تصرف قانوني يشترط فيه ما يشترط في باقي التصرفات

#### **الآثار المتعلقة بالخصمين والغير:**

تنص المادة 347 أنه كل من وجهت له اليمين فنكل عنها دون ردها على خصميه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه .

#### **الآثار التي تترتب على اليمين بالنسبة للغير:**

اليمين باعتبارها تحسم النزاع فهي لا تتحصر في علاقة الخصوم بل تتعداها إلى الخلف سواء كان عام أو خاص .

يمكن تصور في حالة تعدد المدينين أو الدائنين بما حجية حلف مدين على باقي المدينين (التضامن فيما ينفع لا فيما يضر) .

#### **اليمين المتممة:**

وهي عكس اليمين الحاسمة فإن المتممة على عكس ذلك يوجهها القاضي من تلقاء نفسه على أي من الخصوم واليمين المتممة في الواقع إنما يقصد منها: إكمال دليل ناقص ولهذا لا يمكن تصور توجيه اليمين (حتى ولو كان ناقص) فاليمين المتممة يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إذا تبين له أن الأدلة المقدمة إليه لا تكفي لوحدها لتكوين إقتناع .

وهو في توجيهها هكذا يتمتع بسلطة تقديرية واسعة أولاً من حيث توجيهها أو عدم توجيهها ومن حيث اختيار الطرف (الخصم) الذي توجه إليه اليمين المتممة ولا يستفيد بطلب الخصم توجيهها إلى الخصم الآخر.

وإذا وجهها القاضي إلى أحد الخصوم وكل عنها فلا يحكم بالضرورة ضدها وإنما تبقى أدلة الدعوى ناقصة.

- كذلك لا يستطيع من وجهت إليه أن يردها على الخصم الآخر م 349: لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على خصمه.

- إن القاضي يستطيع من أن يتخذ أحد الأسباب أساساً لتوجيه هذه اليمين (فيمكن توجيهها لمن يقدم دليلاً ناقصاً على دليل الطرف الآخر فيقدمها إلى الذي قدم دليلاً كاملاً على الآخر حتى يتم هذا الدليل).

(إذا تساوت الأدلة فيقدمها إلى المدعى عليه لأن الأصل هو براءة الذمة فيحلف على براءة دمته).

### **شروط توجيه اليمين المتممة:**

يجب توافر شرطين:

#### **شرط 1: أن لا يكون هناك دليل كامل:**

إذا كان هناك دليل كامل فلا يوجه له (اليمين المتممة وبال مقابل لا يجوز توجيه اليمين المتممة إذا لم يكن هناك أي دليل حتى الناقص وبالتالي إذا كانت الواقعة المراد إثباتها من الواقع التي لا يشترط فيها المشرع الكتابة فعلى الأقل يجب توافر قرائن حتى يقوم القاضي بتوجيه اليمين المتممة فتعتبر أساساً يبني عليها.

- إذا وجهها القاضي للخصم وحلفها فعلاً، فالقاضي ومع ذلك لا يتقييد بهذا اليمين، وهذا عكس اليمين الحاسم وبالتالي فله أن يقضي بوجوبها وبالتالي يستفيد الحالف بيمنه، وله أن يحلف ضد من حلف خاصة إذا ظهرت أدلة جديدة في الدعوى.

- يجوز للخصم المقابل أن يستأنف الحكم الذي استند إلى حلف خصمه ويجوز لجهة الإستئناف أن تحكم على خلاف ما حكمت به المحكمة الإبتدائية.

- كما يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين المتممة حتى أمام المحاكم المدنية وله أخيراً طلب التعويض عن الأضرار التي تكون لحقته من جراء حلف اليمين الكاذبة سواء أمام المحكمة المدنية أو الجزائية.

\* هناك صورة خاصة لليمين المتممة نظماً المشرع وهي "يمين التقويم".

المادة 350 ق م تنص "يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعي به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى ويحدد القاضي حتى في هذه الحالة حداً أقصى لقيمة التي تصدق فيه المدعي، يُلْجأ إلى يمين التقويم إذا كان أصل الحق المدعي به ثابت كأن يقدم المدعي دليلاً يثبت فيه أصل ما يدعيه، أو يعترف المدعي عليه بأصل ما يدعى به المدعي لكن النزاع يدور حول مقدار المدعي به فيجوز هنا للقاضي إذا استحال تقدير الحق المدعي به بطريقة أخرى يجوز له أن يوجه اليمين المتممة موضوع هذه اليمين المتممة هو تقدير قيمة الحق المدعي به.

الصعوبة التي تثور هنا هو أنه إذا استحال تقدير المدعي به، معناه أن المدعى قد يبالغ في تقدير الحق المدعي به، فحتى لا يبالغ المدعى في ذلك، يشترط المشرع على القاضي أن عدد حداً أقصى تبعاً لظروف الحال حيث لا يجوز للمدعي أن يحلف على مقدار أكثر من هذا.

هذه اليمين التقويم تكون عادة في عقود العاوضة (عقد البيع خاصة فعندما المشتري لا يسلم له الشيء المبought، فالمشتري يطالب بتنفيذ التزام البائع، وهنا عندما يطالب بالتعويض، فمن الصعب تحديد قيمة الشيء المبought، فإذا استحال تحديد قيمة الشيء المبought، تتوجه اليمين المتممة إلى المدعي على أن يضع حداً أقصى للشيء المبought (فيحدده مثلاً مليون فلیون) وليس هذا الطبيعي أن يحلف المدعي على قيمة أقل فهو يحلف على نفس الحد الأقصى) (كل من الإقرارات واليمين لا تعتبر دليلاً لإثبات في حد ذاتها ولكن هي وسائل معقدة لإثبات: فإذا كانت مثلاً التصرف أو الواقعة أكثر من ألف دج فالشرع يطلب الرسمية، وإذا لم تكن

الرسمية، فالقاضي يجب عليه فض النزاع وذلك يلجأ لباقي الوسائل ومنها الإقرار بالبينة فإذا لم توجد فاليمين حيث يجب عليه فض النزاع .

اليمين المتممة ليست لها أي حجية وبذلك يمكن استئناف الحكم حتى الذي حلف بمكنته استئناف الحكم إذا تبين له بعد ذلك أن الحد الأقصى المحدد من القاضي أقل أو لا يناسبه.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>- جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية ، مرجع سابق، ص 98.

## الفصل السادس و السابع: المعاينة والخبرة كوسائل من وسائل الإثبات:

يقصد بالمعاينة انتقال المحكمة إلى عين المكان لمعاينة محل النزاع بنفسها واستخلاص الدليل من عين المكان .

وانتحال المحكمة يكون إما بطلب من الخصوم وإما أن تقرر به المحكمة نفسها .

وليس المقصود انتقال المحكمة أن تنتقل المحكمة بكل هيئاتها وإنما يكفي تعيين القاضي بالمعاينة لمحل النزاع .

وانتحال المحكمة للمعاينة أمر جوازي فهي ليست ملزمة بالإنتقال لكن إذا قررت الإنتقال يتبعن عليها تحضير محضر المعاينة تدون فيه ما دوته يجب كوثيقة من طرف القاضي أو القضاة المعاينين .

- يجوز للمحكمة أن تصطحب معها خبيرا تستعين به خاصة إذا كان المحل يكتسي طبيعة فنية أو تقنية كما يجوز لها سماع في عين المكان سماع أي شاهد، سواء بطلب من الخصوم أو بمبادرتها نفسها .

يلاحظ أنه يجوز للمحكمة بعد أن تقرر الإنتقال للمعاينة أن ترجع عن هذا القرار إذا وجدت في الدعوى مستندات تغييرها عن المعاينة أو تأكيدت بعد ذلك أن المعاينة ليست منتجة في الدعوى.

- وأخيرا تضاف مصاريف الإنتقال إلى مصاريف الدعوى.

## الخبرة

وهي في الواقع صورة من صور المعاينة لا تقوم بها المحكمة بنفسها وإنما تتدبر شخصا آخر له دراية بموضوع حل النزاع أعمال الخبرة دونها المشرع في المواد من 47 – 57 من قانون الإجراءات المدنية ، تعين الخبرير أمر جوازي كذلك وإذا قررت المحكمة إجراء الخبرة فإنها تعين خبير مسجل أو مقبول لدى المحاكم وإن كان هذا لا ينافي تعين خبير غير مسجل في سجل الخبراء لكن شرط أن يحلف.

- تحدد المحكمة للخبير أجل إجراء الخبرة ومبلاع الأتعاب والخصم الذي يكلف بتحمل هذه الأتعاب تاريخ الجلسة الذي يناقش فيها تقرار الخبير وأخيرا توضيح المهمة أو المهام التي تتطلبها أو المطلوبة من الخبير.

- بالنسبة لتعيين الخبرير ، كي يعين؟

هل يتم بمقتضى أمر أو بمقتضى حكم (مشكل هو استئناف حكم التعيين...?)  
الأصل يكون بمقتضى حكم (المشرع يذكر في المدين خلط فكرة بذكر أحد ومدة آخر حكم)  
يجوز للخبير المعين رفض القيام بمهمته كما يجوز للخصوم رد الخبير إذا كانت هناك أسباب جدية يبرر الرفض النص يقول (سبب قرابة، سبب جدي) حتى يعتبر السبب جدي.

- يعتبر السبب جدي إذا كانت هناك مصاهرة بين الخصم والخبير ويكون جدي إذا كانت هناك عداوة بين زوجة الخبير وأحد الخصوم ويكون جدي لرفض الخبير إذا كان هذا الخبير وكيلًا سابقًا لأحد الخصوم.

هناك من يرى أن أسباب رد الخبير هي نفسها أسباب المحامين كذلك هناك من يقول أنها نفس أسباب رفض الشاهد (م 64 من قانون الإجراءات المدنية).

المادة 52 نصت على رد الخبير وعلى الخصم الذي يرغب في رد الخبير الذي عينته المحكمة من تلقاء نفسها أن يقوم بطلب الرد (الأصل لا يجوز رد الخبير الذي عين بالإتفاق مع الخصمين إلا إذا تم الرد قبل الخبرة).

خلال 8 أيام تري من تاريخ تبليغه هذا التعيين ويكون الطرف الموقعة منه ومن وكيله (يقصد به النائب) ويتضمن أسباب الرد، ويجب أن يفصل في طلب الرد دون تأخير أي تفصل في الحال في طلب الرد.

- مع ملاحظة أنه إذا طلب رد الخبير وظهر أن هذا الطلب متعسف فيه فيستطيع الخبير أن يعود على من طلب رده بطلب التعریض لكن في هذه الحالة إذا عاد على أحد الخصم بهذه الدعوى فإنه يتخلى عن الخبرة لأنها يصبح خصم .

- تعيين الخبير لا يتعدى عن إحدى ثلات:

1- من طرف المحكمة (القاضي) هو الذي يعينه.

2- بطلب أحد الخصميين تعيين خبير ويجب عليه طلبه.

3- يتقى الخصمان على تعيين خبير (القاضي لا يكون ملزم بهذا الخبير إذا تم تعيين هذا الخبير خارج مرافق القضاء .

**بالنسبة لقيام الخبير بالمهمة:**

إذا قبل الخبير القيام بالمهمة وجب عليه أن يبلغ الخصوم بتاريخ القيام بالمهمة . فيحدد اليوم وال الساعة ويكون هذا إما عن طريق البريد المضمون عن الإعلام بالوصول يوجه إليهم في موطنهم أو مكان إقامتهم أو موطنهم المختار ويشترط فقط أن يمنح للخصوص مهلة قبل البدء في عملية الخبرة وهذه المهلة لا تقل عن 5 أيام إلا في حالة الاستعجال فإنه مقيد بهذه المدة.

- إذا أغفل الخبير في إعلان الخبير الخصوم إحدى هذه الإجراءات كانت خبرته باطلة وهذا البطلان لا يتعلق بالنظام العام وإنما يتعلق بالحفظ على حقوق الخصوم وبالتالي يثيره أحد الأطراف .

- بالنسبة لمستندات الخبرة :

- 1- يجب أن يشتمل تقرير الخبرة على المرجعية (نص الحكم الذي عين الخبير وبيان منطوقه للمهمة المستندة إليه).
- 2- إسماء الخصوم وألقابهم.
- 3- ما قام به الخبير من استدعاء للخصوم وحضورهم عملية الخبرة أو عدم حضورهم
- 4- تدوين أقوال الخصوم واللاحظات التي يمكن إعطاؤها.
- 5- تدوين أقوال الشهود إذا اضطر الخبير لسماعهم.
- 6- النتيجة التي توصل إليها من خلال دراسته لمستندات الطرفين ومعاينته لموضوع النزاع وكذلك يبين رأيه إذا طلب منه رأي، وكذلك تبيان الوسائل التي أوصلته لهذه النتيجة.
- 7- توقيع التقرير الذي يفيد مسؤولية على ما كتبه.
- 8- ومع ملاحظة أنه إذا تعدد الخبراء وجب عليهم أن يقوموا بأعمال الخبرة مجتمعين، وتنظيم خبرتهم في تقرير واحد ما دامت آراؤهم متشابهة ومتجانسة.
- 9- أما إذا اختلفت الآراء وجب على كل واحد أن يقدم رأيه في تقرير مستقل.<sup>1</sup>

**مناقشة التقرير:**

كل خصم إما أن يتمسك بهذه الخبرة (الذي في صالحه) أو لا يتمسك بها (التي ليست في صالحه).

---

<sup>1</sup>- جلال محمد إبراهيم نجوي أبو هيبة، شرح قانون الإثبات، مرجع سابق، ص 107

- في الغالب تكون مناقشة تقرير الخبير في غياب هذا الأخير لكن هذا لا يمنع من استدعائه أمام المحكمة للاستفسار سواء من طرف القاضي أو بناءً على طلب أحد الخصوم .

مع الملاحظة أن القاضي ليس ملزماً برأي الخبير في الواقع أن بالنسبة للقاضي :

1- إما أن يوافق على الخبرة كلها .

2- إما أن يرفض الخبرة كلها .

3- إما اعتماد جزء من الخبرة واستبعاد الجزء الآخر.

\* بالنسبة لاتعاب الخبير ومستحقاته :

تخضع لتقدير المحكمة التي عينته وهي في الغالب عندها تعينه، إما أن تقدرها بصفة مؤقتة مع جواز مراجعتها أو تقدر فقط تسبيقها ثم تقدرها عند انتهاء الخبرة .

- يشترط القانون على الخبير المعين على أن لا ينقاضى أتعابه مباشرةً من الخصوم وإلا تعرض للشطب فهي تودع لدى كتابة الغير ولا تصرف إلا برقابة القاضي والخبير مسؤولية مدنية عن الإخلال بالالتزامات التي تعرفها الخبرة أو الذي يعرفها حكم التعين (بأي شكل من الأشكال كأن يحرر بشكل مخالف وفي أجل مخالف يجوز للمتضرر أن يرجع على الخبير بالتعويض). المادة 51 من قانون الإجراءات المدنية.



لقد تناولنا في هذه الدروس الخاصة بمادة القانون المدني وبالضبط مادة طرق الإثبات.

وقد كشفت لنا الدراسة لهذا الموضوع الواسع، أن طرق الإثبات في القانون الجزائري مازالت الآن موزعة بين القانون المدني، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي سبعة . خمسة في القانون المدني، واثنان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- الخمسة المنظمة في القانون المدني هي: الكتابة، البينة (شهادة الشهود)، القرائن، الإقرار، اليمين.

- الطريقتين المنظمتين في قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي: المعاينة والخبرة.

## قائمة المراجع

- سليمان مرقس، الوافي في القانون المدني الجزء الخامس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الأدلة المقيدة، دار الجيل للطباعة بدون بلد نشر، 2000.

- جميل الشرقاوي الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية القاهرة سنة 1999.

- علي فيلالي الالتزامات- النظرية العامة للعقد، موفر للنشر والتوزيع- الجزائر 2005.

- سهير منتصر المدخل للمعلومة القانونية نظرية الحق دار النهضة العربية القاهرة 1998.

- بلال محمد إبراهيم نجوى أبو هيبة - شرح قانون الإثبات- دار النهضة العربية القاهرة 2002.

- حسين عبد الباسط جميمي، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية- القاهرة 2000.

مسعودي يوسف/ارجلوس رحاب، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في التشريع الجزائري 2015.

زين ميلودي، قواعد التوقيع الإلكتروني، دار النهضة العربية 2016 .

نوارة خليل ، التعاقد الإلكتروني معادلة بين أحكام القانون المدني ومبدأ حرية التعاقد، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة بليبيه تلمسان، عدد 4، 2007.

سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

نسيمة موسى، المعاملات الإلكترونية بعد سنة من صدور قانون عصرنة العدالة، مجلة أفاق العلوم، جامعة الجلفة ،العدد 5، سنة 2016.

علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2000.

يمينة حوحو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، دار بلقيس، الطبعة الأولى، سنة 2016.

- علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موافم للنشر، سنة 2012.

- فاطمة الزهراء تبوب، التوقيع والتصديق الإلكتروني في ظل القانون رقم 04-15، مجلة حوليات الجامعة، جامعة محمد بومندراس، عدد 29، دون ذكر السنة.

**الفهرس**

02.....	مقدمة
06.....	فصل تمهيدي:المبادئ العامة التي تسود مسألة الإثبات.....
18.....	الفصل الاول : الكتابة كوسيلة من وسائل الإثبات .....
63.....	الفصل الثاني : البينة(شهادة الشهود) كوسيلة من وسائل الإثبات.....
75.....	الفصل الثالث : القرآن: كوسيلة ثالثة من وسائل الإثبات.....
85.....	الفصل الرابع: الإقرار كوسيلة رابعة من وسائل الإثبات.....
89.....	الفصل الخامس : اليمين: كخامس وسيلة للإثبات.....
98.....	الفصل السادس:المعاينة.....
99.....	الفصل السابع: الخبرة.....
103.....	الخاتمة.....
105.....	قائمة المراجع.....
106.....	الفهرس.....