

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1

كلية الحقوق



محاضرات في طرق الإثبات والتنفيذ

الجزء الأول: طرق الأثبات



موجهة إلى طلبة السنة الثالثة حقوق

في القانون الخاص

من إعداد: البروفيسورة لعباني وفاء

السنة الجامعية 2025/2026

تتضمن محاضرات طرق الإثبات ملخصاً بالأحكام الملمة لهذا الموضوع، مع الملاحظة أنه سيتم التركيز بالدراسة على

أهم وسائل الإثبات بالتقسيم الآتي:

مقدمة:

الباب الأول: طرق الإثبات في التشريع الجزائري

الفصل التمهيدي: أحكام عامة عن الإثبات

الفصل الأول: طرق الإثبات ذات القوة المطلقة

الفصل الثاني: طرق الإثبات ذات القوة المحدودة

تعتبر نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية، بل هي النظرية التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض لها من أقضية، إذ أن محل الادعاء على واقعة أمام القضاء يستلزم الدليل الذي يثبتها، فإذا قام المدين بتنفيذ التزامه والوفاء بما بذمه بصفة تلقائية، فليس لقواعد الإثبات أهمية تذكر، غير أن الأمر بخلاف ذلك عندما ينكر المدين وجود الالتزام أو ينزع مداره أو مقداره، إذ ليس بإمكان صاحب الدين أن يحصل على إقرار بحقه إلا بقدر ما يستطيع أن يثبت من عناصر الحق الذي يدعوه، كوجود العقد أو الواقعة القانونية التي يستمد منها هذا الحق.

وقد يما قال بعض الفلاسفة "اهرنج": "إن الإثبات بمثابة فدية تقدم للحصول على الحق". وقال الرسول صلى الله عليه وسلم: "إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلى، ولعل بعضكم أن يكون الحن بحجه من بعض فأقضي له بنحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه فإنما أقطع له قطعة من النار". (متفق عليه).

ولقد تناول المشرع الجزائري القواعد الموضوعية للإثبات في القانون المدني والتجاري بموجب الأمرين رقم 58/75 و 59/75 المؤرخين في 26/09/1975 (المعدلين والمتمميين)، أما القواعد الإجرائية له فتضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08/09 المؤرخ في 25/02/2008، مع الملاحظة أن دراستنا لطرق الإثبات تكون في المواد المدنية فقط دون التجارية والجزائية لكون هاتين الأخيرتين لديهما مجالهما الخاص في الإثبات.*

وفيما يلي نتناول طرق الإثبات في فصلين: الأول قسمناه إلى طرق الإثبات ذات القوة المطلقة والثاني إلى ذات القوة المحدودة، يسبقاًهما فصل تمييدي نتعرض فيه إلى الأحكام العامة في قواعد الإثبات، كالآتي:

الفصل الأول: أحكام عامة عن الإثبات

في هذا الفصل نتعرض إلى تعريف الإثبات وأهميته (المبحث الأول) وإلى موضوع أو محل الإثبات وشروط قبوله (المبحث الثاني) وفي مبحث ثالث إلى القواعد الرئيسية التي تقوم عليها نظرية الإثبات وعبء الإثبات.

المبحث الأول: تعريف الإثبات وأهميته

* إذ أن مجال الإثبات في القانون التجاري أقل تعقيداً منه في القانون المدني، بحيث يتسم بالبساطة والسهولة لارتباطه بالمعاملات التجارية التي تقوم على السرعة والائتمان، أما في القانون الجزائري فتقوم قواعد الإثبات أساساً على مبدأ اقتناع القاضي.

المطلب الأول: تعريف الإثبات

في مصطلح الفقهاء المحدثين، فإن كلمة الإثبات يراد بها ثلاثة معان:

المعنى الأول: يراد بكلمة الإثبات حسب هذا المعنى، الإدلة بالعناصر التي تحصل بها قناعة القاضي بخصوص الادعاءات التي تقدم له.

وهذا هو المعنى العام الواسع للكلمة، وهو المقصود من قولهم: "إن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي".

المعنى الثاني: وهو معنى أضيق من السابق، ويقصد به تلك العناصر نفسها والأدلة التي تقدم للمحكمة، وهي إما الكتابة أو البينة أو غيرهما من وسائل الإثبات المختلفة.

المعنى الثالث: وهو المعنى الأخص، ويراد به تلك النتيجة التي تحصل من بعد تقديم الأدلة، فيقال مثلاً: لقد حصل الإثبات، وذلك إذا ما تمكّن الخصم من إبراز صحة دعواه.

والإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء وبالطرق التي حددها القانون على وجود تصرف أو واقعة يترتب على ثبوتها آثاراً قانونية، وهو حسب الدكتور فرج الصدة: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون على وجود حق متنازع فيه"، ويعرفه الدكتور سليمان مرقس: "هو إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به، نظراً لما يترتب عليه من آثار قانونية".

المطلب الثاني: أهمية الإثبات

لا يعد الإثبات ركناً من أركان الحق، ومع ذلك فهو عنصر هام لدعم الحق وتأكيده، باعتباره الوسيلة الوحيدة التي يمكن الشخص من الحصول على حقه إذا نزع فيه ويعتبر الإثبات بمثابة الشريان للحق، فالحق الذي يعجز صاحبه عن إثبات مصدره هو والعدم سواء، ولهذا تواترت الأقوال الراجحة على أن "الدليل هو قوة الحق وأن ما لا دليل عليه هو والعدم سواء".

ومرد ذلك إلى القاعدة العامة التي مفادها أنه لا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه، بل عليه أن يلتجأ إلى القضاء للحصول على حقه، ولن يستطيع ذلك إلا إذا قام بإثبات صحة ما يدعيه بالطرق التي يحددها القانون.

ولا تقتصر أهمية الإثباتات على الحقوق المالية وحدها، فهي تمتد إلى الحقوق غير المالية، كالحقوق الناشئة عن الزواج والنسب وكذا الحق في الجنسية وفي مجال القانون الدولي الخاص، كما لا يقتصر أهمية الإثباتات على القانون المدني وحده فهي تمتد إلى سائر فروع القانون كالقانون الإداري والتجاري والجنائي.

المبحث الثاني: محل الإثبات وشروط قبوله

لا تحتاج القاعدة القانونية إلى إثباتات بوجه عام، وذلك لأنها عبارة عن أمر صادر من المشرع يلزم القضاة، وأن عليهم تطبيقه من دون أن يضطر الخصوم إلى إثبات وجوده، ومن هنا يتبين أن الأمر الواجب إثباته هو الواقع أو التصرف القانوني، كما أنه ليست كل واقعة مدعى بها يمكن السماح بإثباتها أمام القضاء، ولا معنى للإثبات إذا كانت الواقع ثابتة بصفة كافية، أو أنه ليس فيها أي نزاع بين الخصوم.

المطلب الأول: محل الإثبات

نتناول في فرع أول إثبات التصرف القانوني أو الواقع القانونية وفي فرع ثاني إثباتات القاعدة القانونية كالتالي:

الفرع الأول: إثبات التصرف القانوني (fait juridique) أو الواقع القانونية (l'acte juridique)

إن الإثبات لا ينصب في حقيقة الأمر إلا على الواقع المادي، أو الأعمال القانونية، وإن للتمييز بين هاتين المسألتين أهمية خاصة في مجال الإثبات.

أولاً: العمل أو التصرف القانوني

هو التصرف الإرادي الذي يكون الغرض منه إنشاء حق أو تعديله أو إنهاؤه، والتصرف القانوني إما أن يكون بإرادة منفردة كالوصية وإما أن يتم بإرادتين كالبيع أو الإيجار.

ففي اللحظة التي تبرز فيها هذه الإرادة إلى الوجود، فإن بإمكان كل ذي حق أن يقوم بإبرام ذلك التصرف كتابة لكي يمكن له أن يستبقي على الدليل ويحافظ عليه وأن هذه الصلاحية في إمكانية المحافظة على الدليل الكتابي تفسر لنا تشدد المشرع حينما يمنع إثبات هذه التصرفات بوسائل الإثبات الناقصة والخطيرة مثل القرائن العادلة واليمين المتممة.

ثانياً: الواقعية القانونية

أما الواقعة القانونية فهي الحدث الذي ينشئ حقاً أو يعدله أو ينهيه وتقع الواقعة خارجة عن نطاق إرادة الإنسان غالباً، فهي واقعة مادية محضة وقد تكون مفاجئة كحادث سيارة يصيب الغير بضرر. يدخل ضمن الواقع المادي الواقع الطبيعية، كالزلزال التي تولد حالة القوة القاهرة والوفاة التي يتربّب عليها الحق في الميراث، كما يندرج تحتها الأفعال المادية التي هي من فعل الإنسان، كارتكاب جريمة وما يتربّب عليها من حق للمضروء في طلب التعويض. وتحتفي الواقع المادي، سواء كانت طبيعية أو من فعل الإنسان بأن القانون هو الذي يتولى تحديد أثرها.

ونظراً لهذه الطبيعة فيها فإن من غير المعقول أن يطلب من الخصم الذي يتمسّك بهذه الواقع المادية أن يثبتها بالكتابة، لأن هذه الوسيلة من وسائل الإثبات لا تصدر إلا عن إرادة واعية، وهذا مخالف لطبيعة الواقع القانونية، ومن ثم فإنها تقبل الإثبات بكافة الطرق الممكنة.

إضافة إلى وجوب إقامة الدليل أمام الجهة القضائية وعلى أن ينصب على الواقع القانونية المنشئة للحق المتنازع عليه، فإنه يتبع أن يتم هذا الإثبات بالطرق التي حددها القانون، ذلك أن المشرع هو الذي يتولى تحديد طرق الإثبات المختلفة وطريقة تقديمها، وهي ملزمة للخصوم كما هي ملزمة للقاضي.

الفرع الثاني: إثبات القاعدة القانونية (la règle de droit)

قد يحدث أن يلتجأ الخصوم إلى مناقشة مسألة تطبيق قاعدة قانونية على واقعة معينة معروضة على بساط المحكمة، ولكن ذلك ليس من باب الإطلاق وإنما هو من باب التفسير والاجتهاد لا غير، ذلك لأن القاعدة موجودة فعلاً ولا ينزع فيها أحد وإنما يدور النزاع حول مضمونها والمدى الذي يمكن أن يمتد إليه مفعولها وكيفية تطبيقها. إن هذا المبدأ المقرر لا يثير صعوبة تذكر إلا ما كان من بعض المسائل العملية المتعلقة بالقانون الأجنبي، والأعراف والعادات.

أولاً: إثبات القانون الأجنبي

إذا كان القانون المطبق على الواقع محل النزاع قانوناً أجنبياً بمقتضى قاعدة الإسناد فهل يعد هذا القانون من قبيل الواقع أي مجرد واقعة مادية من جملة وقائع الدعوى، يجب على الخصم إثباتها أم مسألة قانون تقع على عاتق القاضي؟ لقد اختلف الفقه والقضاء في تحديد طبيعة القانون الأجنبي.

فالرأي الأول يرى أن القانون الأجنبي مسألة واقع، حيث ينكر البعض عليه صفتـه القانونية ويضفي عليه صفة الواقع، باعتباره لا يعود أن يكون عنصرا من عناصره، ونقطة البداية عندـهم أن كل قاعدة قانونية تكون من عنصـرين: العنصر العقلي أو مضمون القاعدة ونصر الإلزام أو الأمر الذي تستمد منه قوتها المـلزمة.

إذا كانت تمتلك تلك القاعدة هذين العنصـرين في دولة المـشرع، فإنـها تفتقد نـصر الإلزام في حالة خروجـها من دولة المـشرع وتطـبيقـها أمام القـضاء المـدنـي لتـلك الدولة الأـجنبـية، فلا يتـبقى لتـلك القـاعدة سـوى مـضمـونـها. لقد تـبـنى هذا الرأـي جـانـبـ من القـضاـءـ والـفـقـهـ الفـرنـسيـينـ وـآخـرـ منـ الفـقـهـ المـصـريـ.

أما الرأـيـ الثانيـ، فإـنهـ يـعتبرـ القـانونـ الأـجـنبيـ مـسـأـلةـ قـانـونـ وـهـ قـائـمـ عـلـىـ اـفـتـراـضـ عـلـمـ القـاضـيـ بـهـ أـسـوـةـ بـالـقـانـونـ الوـطـنـيـ وـإـنـ كـانـ فـيـ ذـلـكـ صـعـوبـاتـ، فـلـيـسـ مـعـنـىـ ذـلـكـ أـنـ يـسـتـسـلـمـ القـاضـيـ لـتـلـكـ الصـعـوبـاتـ لـأـنـ عـلـيـهـ التـزـامـاـ قـانـونـيـاـ.

بـالـبـحـثـ عـنـ مـضـمـونـ هـذـاـ القـانـونـ.

هـذـاـ وـيـلـاحـظـ فـيـ الأـخـيرـ أـنـ عـلـمـ القـاضـيـ لـمـضـمـونـ القـانـونـ الأـجـنبيـ لـاـ يـعـتـبـرـ عـلـمـ بـطـرـيـ النـزـاعـ وـإـنـماـ هـيـ وـاقـعـةـ عـامـةـ يـجـوزـ لـقـاضـيـ أـنـ يـجـريـ عـلـمـ الشـخـصـيـ فـيـ شـأنـهـ.

ثـانـيـاـ: إـثـبـاتـ الـأـعـرـافـ وـالـعـادـاتـ

لـقـدـ استـقـرـ الـفـقـهـ عـلـىـ أـنـ القـاعـدةـ الـعـرـفـيـةـ هيـ بـمـثـابـةـ القـانـونـ، معـنـىـ ذـلـكـ أـنـهـاـ مـلـزـمـةـ لـلـقـاضـيـ بـدـوـنـ حـاجـةـ إـلـىـ أـنـ يـلـزـمـ الـخـصـمـ بـإـثـبـاتـ وـجـودـهـ.

غـيرـ أـنـهـ مـهـماـ يـقـالـ فـيـ تـشـبـيهـ القـاعـدةـ الـعـرـفـيـةـ بـالـقـاعـدةـ الـقـانـونـيـةـ، فـإـنـ الصـيـاغـةـ الـفـنـيـةـ تـخـتـلـفـ بـيـنـهـماـ اـخـتـلـافـاـ جـوهـريـاـ،

فـالـقـاعـدةـ الـعـرـفـيـةـ الـقـيـةـ لـاـ تـصـاغـ دـفـعـةـ وـاحـدـةـ يـفـرـضـ أـنـهـاـ تـمـرـ بـمـراـحـلـ مـتـعـدـدـةـ مـنـ الـعـلـمـ وـالـتـطـبـيقـ لـكـيـ تـصـبـحـ مـسـتـقـرـةـ

وـعـامـةـ وـمـلـزـمـةـ، إـلـاـ أـنـ الـأـمـرـ لـيـسـ كـذـلـكـ بـالـنـسـبـةـ لـلـقـاعـدةـ الـقـانـونـيـةـ. مـنـ هـنـاـ إـنـ جـهـلـ القـاضـيـ بـالـقـاعـدةـ الـعـرـفـيـةـ

محـتمـلـ جـداـ، فـبـإـمـكـانـهـ وـالـحـالـةـ هـذـهـ أـنـ يـحـفـظـ بـسـلـطـةـ الـمـطـالـبـ بـإـثـبـاتـهـاـ مـنـ الـخـصـمـ الـذـيـ يـطـالـبـ بـتـطـبـيقـهـ، عـلـىـ أـنـهـ

يـمـكـانـ القـاضـيـ أـنـ يـقـومـ بـإـعـمـالـ القـاعـدةـ الـعـرـفـيـةـ بـصـفـةـ تـلـقـائـيـةـ عـلـىـ الـوـقـائـعـ الـمـعـرـوضـةـ عـلـيـهـ.

أـمـاـ الـعـادـاتـ وـهـيـ فـيـ درـجـةـ أـقـلـ مـنـ الـعـرـفـ، فـلـقـدـ استـقـرـ الـفـقـهـ وـالـقـضاـءـ عـلـىـ اـعـتـبارـهـاـ مـنـ جـمـلـةـ الـوـقـائـعـ الـمـادـيـةـ،

فـيـتـعـينـ عـلـىـ الـخـصـمـ الـذـيـ يـتـمـسـكـ بـهـاـ أـنـ يـثـبـتـ وـجـودـهـ وـمـحـتوـاهـاـ بـجـمـيعـ الـوـسـائـلـ الـمـمـكـنةـ.

المـطـلـبـ الثـانـيـ: شـرـوطـ قـبـولـ الـوـاقـعـةـ مـحـلـ إـثـبـاتـ

يجب أن تتوافر في الواقعه المراد إثباتها مجموعة من الشروط، هي كالتالي:

الفرع الأول: أن تكون متعلقة بالدعوى

يجب أن تكون الواقعه المراد إثباتها متعلقة بالدعوى أي متصلة بموضوع النزاع، أما إذا كانت بعيدة الصلة عن موضوع الدعوى فلا توجد هناك فائدة من إثباتها، هذا الشرط لا يثير مشكلة بالنسبة إلى الإثبات المباشر كما لو أثبت المؤجر عقد الإيجار للمطالبه بالأجرة، ففي هذه الحالة تكون واقعة الإيجار متعلقة بموضوع الدعوى وهو المطالبه بالأجرة أو إذا تمثل المقرض بعقد القرض للمطالبه بسداد الدين.

غير أنه قد يتعدى الإثبات المباشر ففي هذه الحالة يلجأ المتخاصي إلى الإثبات غير المباشر، أي إلى إثبات واقعة أخرى طبقاً لفكرة تحول الدليل، فلابد في هذه الحالة أن تكون الواقعه البديلة وهي الواقعه المراد إثباتها ليست فقط قريبة من الواقعه الأصلية بل متصلة بها اتصالاً وثيقاً، كما إذا طلوب المستأجر بأجرة شهر معين، فيقدم مخالفات بالأجرة عن شهور لاحقة للشهر المطالب بأجرته.

الفرع الثاني: أن تكون منتجة في الدعوى

معنى ذلك أن يكون من شأن الواقعه إذا ثبتت أن توصل إلى اقتناع القاضي بما يؤثر في الحكم الذي يصدره، تعني أيضاً أن يتوافر بها أحد عناصر الإقناع ولو لم تكن حاسمة في حل النزاع، هذا مع ملاحظة أن كل واقعة منتجة في الإثبات تكون قطعاً متعلقة بالدعوى، لكن ليست كل واقعة متعلقة بالدعوى تكون منتجة في الإثبات.

الفرع الثالث: أن تكون جائز التحقيق فيها

يجب أن تكون الواقعه محل الإثبات جائزة القبول والهدف من هذا الشرط ألا تكون الواقعه مستحيلة، والاستحالة التي تمنع من الإثبات قد تكون استحالة مادية، كمن يدعي أنه ابن لشخص أصغر منه سناً، وقد تكون الاستحالة بسبب إطلاق الواقعه أي بسبب عدم تحديدها، كمن يدعي أنه مالك بعقد دون أن يبين طبيعة هذا العقد. وقد ترجع الاستحالة إلى حكم القانون بناء على مقتضيات النظام العام والأداب العامة، كإثبات دين قمار أو بيع تركة إنسان على قيد الحياة.

قد يتدخل المشرع فيمنع إثبات ما يخالف قرينة قانونية مثل قاعدة حجية الأحكام، فإنه لا يجوز إثبات واقعة مخالفة لما هو ثابت بحكم قضائي، كما جاء في المادة 338 من القانون المدني. هنا وتجدر الإشارة أن هناك وقائع لا

يجوز قبول إثباتها من أشخاص معينين علموا بها بسبب علاقة معينة كالموظف العام والمحامي والطبيب على ما اؤتمنوا عليه من سر بسبب الوظيفة أو المهنة. وكون الواقعه المراد إثباتها جائز التحقيق فيها أم لا هي مسألة قانونية وليس من الواقع، من ثم في خاضعة لرقابة المجلس الأعلى.

المبحث الثالث: القواعد الرئيسية التي تقوم عليها نظرية وعبء الإثبات

المطلب الأول: القواعد الرئيسية التي تقوم عليها نظرية الإثبات

يتميز نظام الإثبات بعدد من الخصائص لا تنفك عنه:

1. فهو نظام يقرر قواعده القانون.
2. أن دور القاضي فيه هو دور حيادي.
3. للخصوم دورا إيجابيا فيه ويسمى حق الخصم في الإثبات.
4. أن لبعض قواعده صلة بالنظام العام.

وسندرس هذه القواعد في الفروع التالية:

الفرع الأول: الخاصية القانونية

يجب على القاضي أن يؤسس قناعته على الأدلة الثبوتية التي قررها القانون، معنى ذلك أنه لا عبرة بالأدلة التي يستطيع القاضي أن يحصل بها على اقتناعه الوجданى إذا كانت غير موجودة في القانون، أو بالطرق التي لا يقرها القانون. والاعتبارات التي حدّدت مواقف المشرعین من مسألة الإثبات تتّأرجح بين موجبين:
الأول: يرمي إلى تغليب جانب العدالة، فيطلق للقاضي الحرية في تقديرها والوصول إليها من أي طريق كان
والثاني: يغلب جانب استقرار المعاملات فيفرض على القاضي من القيود ما من شأنه أن يحمله على احترام بعض الأشكال والظواهر المستقرة بين الناس.

نتيجة لذلك تتنازع تنظيم الإثبات مذاهب ثلاثة، هي: مذهب الإثبات الحر أو المطلق، مذهب الإثبات المقيد أو القانوني، ومذهب الإثبات المختلط، وسنعرض لكل من هذه المذاهب فيما يلي:

أولاً: مذهب الإثبات الحر أو المطلق

وفقاً لهذا النظام لا يضع المشرع طرقاً محددة للإثباتات يتقييد بها الخصوم والقاضي، وإنما يترك للخصوم حرية تقديم ما يرونه من أدلة يمكن بها إقناع القاضي، كما يترك في ذات الوقت للقاضي حرية قبول وتقدير الأدلة المعروضة عليه، فيكون القاضي حرًا في تكوين عقيدته من أي دليل يقدم إليه.

ويقوم هذا المذهب على عدم تحديد طرق معينة يلزم بها الخصوم والقاضي في الإثباتات، وإنما يكون للخصوم كامل الحرية في اختيار الأدلة التي يرون أنها تؤدي إلى إقناع القاضي. ميزة هذا النظام أنه يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، فللقاضي طبقاً لهذا النظام دور ايجابي يساعد به الخصوم في استكمال ما نقص من أدلةهم، بل وله أن يقضي بعلمه الشخصي بالواقع وأن يلتجأ إلى سؤال غير الخصوم بقصد التوصل إلى الحقيقة، وجوهر هذا النظام هو إطلاق حرية القاضي في تكوين عقيدته في الدعوى كيفما شاء.

لكن يعاب على هذا النظام أنه قد يؤدي إلى جور القاضي وتحكمه، فالقاضي ليس إلا بشر قد يحكم بما يهوى دون رقيب عليه من القانون مما قد يغلب ميل القاضي على نزاهته، كما يؤخذ على هذا المذهب أن السلطة المطلقة للقاضي تتنافى مع الاستقرار الواجب في المعاملات لأن الخصوم لا يمكنهم معرفة ما إذا كان في وسعهم إقناع القاضي لاختلاف القضاة في التقدير، الأمر الذي قد يؤدي إلى الإخلال باستقرار المعاملات.

وقد أخذت بهذا المذهب الشرائع الانجلوسكسونية والألمانية والسويسرية كما تأخذ به كافة الشرائع في المواد الجنائية، نظراً لعدم تقبل هذه المواد لفكرة تحديد طرق معينة في الإثباتات.

ثانياً: مذهب الإثبات المقيد أو الإثبات القانوني

هو نقىض ما ذهب إليه النظام المتقدم، في هذا النظام يقييد المشرع الإثباتات أشد التقىيد فيحدد طرقه تحديداً دقيقاً ويحدد لكل طريق قيمته، فلا يستطيع المتقاضي أن ثبت حقه إلا بهذه الطرق ولا يستطيع القاضي أن يقبل منه غيرها أو أن يعطي لها قيمة مغایرة لقيمة التي أعطاها لها القانون. و موقف القاضي في هذا المذهب سلبي محض فلا هو يستطيع أن يساهم في جمعها ولا هو يستطيع أن يقضي بعلمه.

من مميزات هذا النظام أنه يحقق الاستقرار في التعامل إلى حد بعيد، حيث يعلم الخصوم سلفاً الأدلة التي يمكن عن طريقها إقناع القاضي وليس للقاضي أن يحيلهم على أدلة لم ينص عليها القانون، كما يبعث الثقة والاطمئنان في نفوس المتقاضين. من ناحية أخرى يمنع تعسف القاضي وجوره في حكمه.

إلا أن هذا النظام يؤخذ عليه أنه قد يباعد بين الحقيقتين القضائية والواقعية، حيث لا ترك للقاضي حرية في تقدير الأدلة المقدمة فهو مقيد بما رسمه له القانون، فقد يكون الحق بجانب أحد الخصوم ويكون القاضي مقتنعاً بذلك ولكنه لا يستطيع الحكم لصالحه لعدم توافر الدليل الذي يفرضه القانون.

ثالثاً: المذهب المختلط

يجتمع هذا المذهب بين نظامي الإثبات الحر والمقييد ويقف بينهما، فيجمع ما فيهما من مزايا ويستبعد ما فيهما من عيوب، فهو مطلق في المواد الجنائية لأن الأصل فيها أن القاضي يقضي باقتناعه دون التقييد بدليل معين، ثم يتحلل من هذه القيود إلى حد كبير في المسائل التجارية نظراً لما تتطلب من سرعة في التعامل، ثم يعود إلى فكرة التقييد في الكثير من المسائل المدنية من حيث تحديد طرق الإثبات وقيمة كل طريق منها، وإن كان يخفف من هذا التقييد بمنح القاضي سلطة تقدير الأدلة التي لم يحدد لها القانون قوته معينة كشهادة الشهود مثلاً، ففي شهادة الشهود يستطيع القاضي أن يغلب شهادة القلة عن الكثرة وله أن يأخذ بها أو أن يطرحها، وله كذلك حرية تقدير اليمين المتممة والخبرة.

ويتميز هذا النظام بأنه يجمع بين استقرار المعاملات بما يفرضه من قيود على الإثبات ويحد في ذات الوقت من تحكم القضاة، ويحقق اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، بما يمنحه للقاضي من حرية التقدير وبأخذ بهذا النظام معظم القوانين الحديثة كالقانون الجزائري¹ والفرنسي والمصري واللبناني.

الفرع الثاني: الدور الحيادي للقاضي

من المبادئ المسلم بها في التقاضي مبدأ حياد القاضي وهذا المبدأ لا يحتاج في ذلك إلى نص، لأن الفضيلة الأولى للقاضي بأن يكون حكمه بدون تحيز، وأن يتقبل الحجج التي يقدمها الخصوم وفقاً لقواعد الإثبات التي حددها القانون.

¹ نصت المادتين 27 و28 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ق.إ.م.) على التوالي: "يمكن للقاضي أن يأمر في الجلسة بحضور الخصوم شخصياً لتقديم توضيحات يراها ضرورية لحل النزاع. كما يجوز له أن يأمر شفهياً، بإحضار أية وثيقة لنفس الغرض." "يجوز للقاضي أن يأمر تلقائياً باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانوناً."

يقصد بمبدأ حياد القاضي أن يقتصر دوره على تلقي ما يقدمه أطراف الخصومة من أدلة في الدعوى، وتقدير كل دليل وفقاً لقيمة التي قررها له القانون، ويستوجب هذا المبدأ أن تكون الجلسات علنية حتى يشرف الشعب مباشرة على حسن أداء العدالة.

وحياد القاضي ليس معناه أن يقف في الدعوى المدنية موقفاً سلبياً، وإنما هو يملك أن يصحح شكل الدعوى وأن يأمر ما يرى اتخاذه من إجراءات إثباتها، مادام هو ملزم بالحكم فيها. ويلاحظ أنه أصبح للقاضي شيء من الحرية في توجيهه الخصوم وهذا ما يعرف بالموقف الإيجابي في تسيير الدعوى وهو الوجه الثاني لمبدأ حياد القاضي في ظل القانون المدني.

أولاً: الدور السلبي للقاضي

يتمثل هذا الدور في تلقي القاضي لطلبات ودفع الخصوم وتقديرها، دون أن يكون له أن يكمل الناقص فيها ولا أن يفسر المبهم منها، كما لا يقوم بجمع الأدلة بنفسه ولا أن يقضي بحسب علمه، سواء تكون له هذا العلم في الجلسة التي ينظر فيها هذا النزاع أو خارجها، وليس له كذلك أن يستحدث دليلاً غير صادر من الخصوم في الدعوى.

ثانياً: الدور الإيجابي للقاضي

يتمثل الدور الإيجابي للقاضي في قدرته على تسيير إجراءات الإثبات ومن مظاهر الدور الإيجابي للقاضي:

- الأمر بإجراء التحقيق في أية مرحلة تكون علها الدعوى (المادة 76 من ق إ م إ).

- للمحكمة أن توجه اليمين المتممة من تلقاء نفسها إلى أحد الخصوم لاستكمال الدليل المقدم منه (المادة 348 من ق م).

- للمحكمة في أي مرحلة من مراحل الخصومة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على الطلب حضور الخصوم أو أحدهم بالذات (المادة 98 من ق إ م إ).

- للمحكمة أن تأمر بتعيين خبير للقيام بخبرة فنية (المادة 126 من ق إ م إ).

الفرع الثالث: الدور الإيجابي للخصوم في الإثبات

يمكن حصر دور الخصوم وحقوقهم في القواعد الآتية:

القاعدة الأولى: لكل خصم الحق في تقديم ما له من الأدلة لإثبات ما يدعوه، وهذا ليس واجبا عليه

فقط حسبما تضي به القاعدة العامة من أن "البينة على المدعى"، بل هو من جملة حقوقه الأساسية، فإذا امتنعت المحكمة من تمكينه من هذا الحق كان حكمها باطلا مخالف للقانون يتعين إلغاؤه أو نقضه.

القاعدة الثانية: أن كل دليل يتقدم به الخصم لإثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق في تقديم ما

ينقضه وإثبات عكس ما يدعوه، فتنص الفقرة الأولى من المادة 70 من ق إ م إ أنه: "يجب إبلاغ الأوراق والسندا والوثائق التي يقدمها كل طرف دعما لادعاءاته إلى الخصم الآخر ولو لم يطلما...".

إن الغرض من تبليغ أدلة الخصم إلى خصمته هو تمكينه من مناقشتها ومحاولة إثبات ما يخالفها، فإذا كان

الدليل ورقة رسمية كان للخصم الآخر أن يطعن فيها بالتزوير وإذا كان قرينة جاز للخصم دحضها بقرينة مثلاً أو بأي طريق آخر.

القاعدة الثالثة: أنه لا يجوز للخصم أن يصطعن دليلا لنفسه إلا في حالات استثنائية، فمثلا لو

اشترط القانون الكتابة للإثبات، فلا يجوز أن يكون الدليل الذي يقدمه الخصم ورقة صادرة منه أو محررات دونها بنفسه وإنما يجب أن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم الذي يتم التمسك بالكتابية في مواجهته.

ولكن قد يخرج المشرع عن هذا المبدأ لمبررات يقدّرها، مثل ذلك ما نصت عليه المادة 330 من القانون المدني

من أن دفاتر التجار عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قاموا بها، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يجوز إثباته بالبينة.

القاعدة الرابعة: تقضي بأنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه، وإذا كان هذا هو

الأصل العام لهذه القاعدة فإن المشرع الجزائري تغلبا للالتزام الأخلاقي، أجاز استثناء من هذا الأصل لأحد طرفي الخصومة أن يجبر الخصم على تقديم ما تحت يده من محررات منتجة في الدعوى، وهذا ما جاءت به المادة 70 من ق إ م إ المذكورة أعلاه والمادة 73 من نفس القانون الآتي نصها: "يجوز للقاضي أن يأمر باستخراج نسخة رسمية أو إحضار عقد رسمي أو عرفي أو إحضار أية وثيقة ممحوّزة لدى الغير، بناء على طلب أحد الخصوم حتى ولو لم يكن طرفا في العقد".

الفرع الرابع: قواعد الإثبات والنظام العام أو الاتفاق حول قواعد الإثبات

قد يتفق الخصوم بعبارات صريحة على تعديل بعض قواعد الإثبات، كما أنهم قد يكتفون بمجرد السكوت على ما يقع أمامهم من إجراءات الإثبات، وهذا يعتبر منهم تنازلاً عن التمسك بقاعدة تتعلق بالإثبات، كما أنهم قد يتذمرون على تطبيق بعض القواعد التي نص القانون على منعها. فما هي طبيعة هذه الاتفاques؟ بعبارة أخرى: هل أن قواعد الإثبات ذات طبيعة آمرة بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها؟

لقد انقسم الفقهاء في هذه المسألة إلى قسمين:

القسم الأول: يمنع كل اتفاق يحصل بين المتخاطفين حول قواعد الإثبات وذلك لأنهم يعتبرونها متعلقة بالنظام العام ويروّنها ذات ارتباط بوظيفة الدولة في إقامة العدالة.

والقسم الثاني: يفرق بين قواعد الإثبات الموضوعية وبين إجراءات الخاصة بالإثبات، فيجيزون الاتفاques حول الأولى باعتبار أنها حقوق ترجع إلى الخصوم وأن من حقهم أن يتنازلوا عنها، خاصة بالنسبة لحمل عبء الإثبات وقلبه وبالنسبة لإثبات الواقع. من جهة أخرى يمنعون الاتفاق حول الثانية ويصنفونها في جملة قواعد النظام العام، ولذلك فإنهم يمنعون الاتفاق على إجراءات الإثبات وعلى شروط قبول قواعدها والشكليات المقررة في ذلك، وقيمة تلك القواعد والحجج التي ينبغي أن تعطى لها. وهذا الرأي هو الراجح وتؤيده الاعتبارات العملية.

المطلب الثاني: عبء الإثبات

جاء في نص المادة 323 من القانون المدني: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه". يظهر من خلال نص المادة المذكورة أعلاه أن المشرع الجزائري وضع قاعدة في الإثبات وهي أنه يجب على الدائن إثبات الالتزام، كما يقع على المدين عبء التخلص منه. ويثير التساؤل حول المقصود بهذه القاعدة وما هي أهمية تحديد المكلف بالإثبات، ومن هنا سوف نتعرض لهذه القاعدة من حيث تعريفها وأهميتها (الفرع الأول) وكذا إلى القاعدة العامة وأهم تطبيقاتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم عبء الإثبات وأهميته

ننعرض في هذا الفرع لمفهوم عبء الإثبات وإلى أهميته فيما يلي:

أولاً: مفهوم عبء الإثبات

لم يتعرض الفقه لتعريف عبء الإثبات ويمكن القول إن عبء الإثبات هو عبارة عن "إلزم الشارع أحد الخصمين بإقامة الحجة على ما يدعى به وإلا حكم لخصمه مع يمينه".

ثانياً: أهمية تحديد المكلف بعبء الإثبات

تقتضي دراسة عبء الإثبات تحديد من يتحمله من الخصوم، أي تحديد من يقع عليه عبء إقامة الدليل على الواقع التي تسند الحق الذي يدعى به. إن تحديد من يتحمل عبء الإثبات يمثل في الواقع أهمية بالغة من الناحية العملية، ذلك أن تعيين الخصم الذي يقع عليه هذا العبء يحدد من يحكم لصالحه في الدعوى إذا لم يتمكن هذا الخصم من إقناع القاضي بإقامة الدليل على ما يدعى به.

في إلقاء عبء الإثبات على أحد الخصميين يعتبر ميزة للخصم الآخر الذي يكسب الدعوى دون ما جهد إذا عجز خصميه على الإثبات، لذلك اهتم المشرع بتوزيع عبء الإثبات نظراً لما لذلك من أثر بالغ على مركز الخصوم في الدعوى.

الفرع الثاني: القاعدة العامة وتطبيقاتها

دراسة عبء الإثبات تقتضي دراسة القاعدة العامة التي تحكمها وتطبيقاتها ودور القرائن القانونية في تحديد عبء الإثبات، وهذا ما نتعرض له فيما يلي:

أولاً: عبء الإثبات يقع على المدعي

إن القاعدة العامة في تحديد عبء الإثبات تقضي أن يقع على المدعي، وتتفق التشريعات المقارنة على قاعدة تكليف الخصم الذي يدعى أمراً معيناً بإقامة الدليل على ما يدعى به وإلا اعتبر ادعاؤه بغير أساس مما يقتضي رفض دعواه. ومن المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي "أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر". يبدو أن معظم القوانين المعاصرة قد أخذت بهذا المبدأ الفقهي في تحديد من يقع عليه عبء الإثبات.

غير أن ذلك لا يكفي لتحديد الخصم الذي يقع على عاتقه عبء الإثبات وإنما يقتضي أن يحدد بدقة المقصود بالمدعي، فهل يقصد به الخصم الذي يبدأ إجراءات رفع الدعوى؟ أو الذي يدعى بادعاء أمام القاضي سواء كان مدعياً في الأصل أو انتقل من مركز المدعي عليه أصلاً إلى مركز المدعي لقيامه بإجراء دفع معين لدفع مزاعم خصمه؟

ثانياً: المقصود بالمدعي في مجال الإثبات

لا شك أن لفظ المدعي ينصرف إلى الخصم الذي يبدأ إجراءات الدعوى مطالباً غيره بحق معين، فهو الذي يدعى أمراً معيناً ويقع عليه وبالتالي إثباته، فمن يرفع دعوى للمطالبة بسداد الدين، فعليه إثبات الواقعة القانونية التي ترتب عليها و التي أنشأت الدين وإلا خسر دعواه، بغير حاجة بأن يطالب القاضي المدعي عليه بإثبات عدم المديونية.

وقد تردد عبء الإثبات يقع على المدعي، لا يقصد بها رافع الدعوى بل يقصد بها من يدعى خلاف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو يخالف قرينة قانونية غير قاطعة.

كذلك لا يجب أن يفهم أن الإثبات قاصر على الالتزام بل هو ينصرف كذلك إلى أي طلب أو دفع أو دفاع، كما ينصرف كذلك إلى الحقوق العينية. ففيما يتعلق بالالتزامات أي بالحقوق الشخصية، فالالأصل هو براءة الديمة من أي التزام، فإذا ادعى شخص أنه دائن آخر، فيكون قد ادعى خلاف الثابت أصلاً ويكون عليه إقامة الدليل على ما يدعى، وذلك بإثبات مصدر الدين كالعقد مثلاً، أما المدعي عليه فلا يكلف بأي إثبات مادام متمسكاً بالوضع الثابت أصلاً وهو براءة ذمة المدين.

وإذا نجح الدائن في إثبات مصدر الدين سواءً أكان عقد قرض أو عقد بيع أو غير ذلك من مصادر الالتزام، فإن الوضع الثابت أصلاً ينتفي وأصبحت المديونية هي الوضع الثابت عرضاً، وفضلاً عن ذلك نجد أن هناك حالات كثيرة يعتبر فيها القانون وضعاً معيناً هو الأصل، وبالتالي فإن من يتمسك به لا يكفي بأي إثبات، ومن يدعى خلافه يقع عليه عبء الإثبات و منها الأهلية، فالالأصل أن يكون لكل شخص أهلية للتعاقد، ما لم تسأله منه أو يحد منها بحكم القانون، و منها الأصل في العقود بأن يكون لها سبباً حقيقياً و مشروعها، كما أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت، وعلى من يدعى عدم صحتها إثبات ذلك. وكما أن الأصل هو حسن النية وعلى من يدعى خلاف ذلك إثبات ما يدعى، وهكذا...

الفرع الثالث: تبادل عبء الإثبات

رأينا أن عبء الإثبات يتحمله المدعي، وأنه لا يقصد بالمدعي رافع الدعوى، وإنما يقصد به من يدعى خلاف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو خلاف القرائن القانونية غير القاطعة والتي تعتبر الوضع الظاهر فرعاً.

وينتقل عبء الإثبات من طرف إلى آخر في الدعوى فإذا قدم المدعي دليلاً على صحة ادعائه، طلبت المحكمة من المدعي عليه تفنيد هذا الادعاء، وهكذا يظل عبء الإثبات يتقادمه الخصم حتى يعجز أحدهما عن رد ه على الآخر فيحكم لخصمه.

وتوزيع عبء الإثبات بين الخصوم إما أن يكون بحكم الواقع وذلك من خلال القرائن القضائية، وأن ينقل القاضي عبء الإثبات من أحد الخصوم إلى الخصم الآخر لضرورة هو يقدرها لتساعده في الوصول إلى الحكم، وأن يكون التوزيع بحكم القانون وذلك من خلال القرائن القانونية، بحيث يقيم المشرع قرائن قانونية تنقل عبء الإثبات إلى شخص آخر مثال ذلك الدائن الذي يريد إثبات إعسار المدين، فالقانون يتکفل بتحليل عناصر الإثبات وتوزيعها على الخصوم عن طريق القرائن القانونية.

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

يقسم الفقهاء طرق الإثبات إلى عدة تقسيمات بالنظر إلى اعتبارات معينة، فمنهم من يعتمد تقسيم طرق الإثبات من حيث دلالتها على المراد إثباته إلى طرق مباشرة (هي التي تنصب دلالتها مباشرة على الواقعية المراد إثباتها) وطرق غير مباشرة (هي التي لا تنصب دلالتها مباشرة على الواقعية المراد إثباتها ولكن تستخلص عن طريق الاستنباط) وهم من يعتمد تقسيم طرق الإثبات من حيث حجيتها إلى طرق إثبات ذات القوة المطلقة أو الملزمة وأخرى غير ملزمة أو ذات قوة محدودة، وهناك من يفضل تقسيمها إلى طرق إثبات تقليدية وأخرى حديثة وهو تقسيم مستحدث جاء مواكبة للتطور التكنولوجي الذي يعرفه العالم.

لقد نظم القانون المدني الجزائري وسائل الإثبات ضمن الباب السادس تحت عنوان "إثبات الالتزام" من المواد 323 إلى غاية 350 وحدد طرق الإثبات في خمسة فصول كل فصل خصه بوسيلة من وسائل الإثبات وهي كالتالي: الكتابة، الشهود، القرائن، الإقرار واليمين. بما أن المشرع الجزائري قد جعل لوسائل الإثبات مكانة بين القانون الموضوعي والقانون الإجرائي، فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري قد نظم طرق الإثبات وحددها ضمن الباب الرابع تحت عنوان: "في وسائل الإثبات" من المادة 70 إلى غاية 193 وهي كالتالي: الخبرة، المعاينة والانتقال إلى الأماكن، الشهود، مضاهاة الخطوط واليمين.

سنتطرق في هذه المحاضرات إلى بعض هذه الطرق حسب التقسيم التالي:

الفصل الأول: طرق الإثبات ذات القوة المطلقة.

الفصل الثاني: طرق الإثبات ذات القوة المحدودة.

الفصل الأول: طرق الإثبات ذات القوة المطلقة

يقصد بها الكتابة التي تعتبر من أهم وسائل أو طرق الإثبات جميعا، بما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة، فهي تحتل الصدارة على باقي أدلة الإثبات. وقد ساعد على تقدم الكتابة على باقي طرق الإثبات تنوعها وتعدد وسائلها، لهذا فقد جعل المشرع من الكتابة وسيلة الإثبات الأساسية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية، معترفا لها بقوة إثبات مطلقة، حيث يمكن أن ثبت بها جميع الواقع القانونية في حين لا يكون للشهادة أو القرائن القضائية إلا قوة محدودة في الإثبات.

و يقع الخلط في الحياة العملية بين التصرف القانوني وأداة إثباته، فيقال عقد بيع، عقد مقاضة، الخ .. ويقصد بذلك السند المثبت له أي الورقة الرسمية أو العرفية وبين التصرف القانوني نفسه أي العملية القانونية التي لا تتم إلا بتواافق إرادتين، أما أداة الإثبات أي الورقة المدونة فيها الاتفاق نفسه فهي المحرر أو الورقة أو السند. وقد يحدث أن تكون الورقة باطلة ولا أثر لذلك على صحة التصرف، كما أن صحة الورقة لا تحول دون بطلان التصرف المثبت له.

كما يجب التمييز بين الكتابة التي تعتبر ركنا شكليا في بعض التصرفات القانونية والكتابات كأدلة للإثبات، فقد يستلزم القانون شكلا خاصا يفرغ فيه التعبير عن الإرادة كالكتابة الرسمية في التصرف الوارد على العقار (المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني) والتي يؤدي تخلفها إلى عدم وجود التصرف أصلا لتخلف ركن منه، كما يستلزم القانون الكتابة لإثبات التصرف (المادة 330 قانون مدني)، فإذا تخلفت الكتابة فلا أثر لتأخرها على وجود التصرف الذي يكون صحيحا.

وتنقسم الكتابة إلى ثلاثة أنواع: كتابة رسمية (المبحث الأول)، كتابة الكترونية (المبحث الثاني) وكتابة عرفية (المبحث الثالث) لكل حكمها ولكل قيمتها القانونية في الإثبات.

المبحث الأول: الكتابة الرسمية

تناول في مطلب أول المقصود بالكتابات الرسمية وشروطها وفي مطلب ثاني حجية المحرر الرسمي في الإثبات.

المطلب الأول: المقصود بالكتابات الرسمية وشروطها

ت تكون الكتابة الرسمية من لفظين، هما: لفظ الكتابة ولفظ الرسمية، تتعرض لكل منها فيما يلي:

الفرع الأول: المقصود بالكتابية الرسمية

عرف المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر من القانون المدني الكتابة بأنها عبارة عن تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها. يتضح من هذا التعريف أن الكتابة تمثل في مجموعة متسلسلة من الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو الرموز، الغرض منها هو التعبير عن شيء معين فهي تحمل معنى معيناً والعبارة هي بالوظيفة الموكلة لهذه الحروف أو الرموز أو الأرقام أو العلامات.

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

- حمل هذه الحروف على دعامة.

- إرسال هذه الدعامة إلى الغير بأية وسيلة كانت.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحرر الرسمي

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

وفي المقابل أقر المشرع مبدأ الشكلية في العقود في بعض التصرفات منها المعاملات الواردة على العقارات، حيث تفرغ هذه المعاملات في شكل رسمي من طرف ضابط عمومي أو ضابط مختص أثبت له القانون هذه الصفة وفي حدود سلطته و اختصاصه، وهذا تطبيقاً لنص المادة 324 مكرر 1 المذكورة أعلاه.

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

يتضح من نص المادة 324 المذكورة أعلاه بأنه يجب توافر ثلاثة شروط في العقد الرسمي: الشرط الأول يتعلق بمحرر العقد والشرط الثاني بالاختصاص والشرط الثالث بالأشكال القانونية الواجب إتباعها.

أولاً: محرر العقد

يشترط في العقد الرسمي أن يكون محررا من قبل موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.

ثانياً: الاختصاص

يشترط إضافة إلى صفة الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة الاختصاص النوعي أو الموضوعي، فيجب على الموظف أن يتقييد بحدود سلطته و اختصاصه، فإذا كانت صلاحياته لا تخول له مباشرة تحرير عقود رسمية فلا يمكن له القيام بذلك و عند مخالفته لقواعد الاختصاص لا يعتبر العقد رسميا، أما الاختصاص الإقليبي فهو اختصاص شامل لكافة التراب الوطني حسب ما جاء في نص المادة 2 من قانون تنظيم مهنة الموثق رقم

2006/02/20 المؤرخ في

إضافة إلى قواعد الاختصاص هذه، هناك اعتبارات شخصية قد تحد من اختصاص محرر العقد، فلا يجوز له أن يتلقى العقد الذي يكون فيه طرفا بأية صفة كانت، كما لا يجوز للموثق إبرام العقود التي يكون طرفا فيها، وهذا وفقا لنص المادة 19 من نفس القانون.

ثالثاً: مراعاة الأشكال القانونية

تشترط المادة 324 من القانون المدني أن تحرر العقود الرسمية وفق الأشكال التي يفرضها القانون، وبنص المادة 26 من قانون التوثيق على وجوب تحرير العقود التوثيقية باللغة العربية في نص واحد وواضح، تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص ووجوب كتابة المبالغ والسنوات والشهر واليوم والتوفيق على العقد بالحروف وكتابة التاريخ الأخرى بالأرقام وكذا المصادقة على الإحالات في الهاشم أو في أسفل الصفحات، وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد ووجوب التوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق والأطراف وعند الاقتضاء الشهود والمترجم وهذا تحت طائلة البطلان.

ومن الأشكال الجوهرية أيضاً ما جاء في نص المادة 29 من نفس القانون من وجوب ذكر البيانات المتعلقة باسم ولقب الموثق ومقر مكتبه، اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسيتهم، اسم ولقب وموطن المترجم عند الاقتضاء، التنويه على تلاوة الموثق على الأطراف، النصوص الجبائية والتشريع الخاص المعول به، توقيع الأطراف والشهود والموثق والمترجم عند الاقتضاء.

² . الوارد في الجريدة الرسمية العدد 14 بتاريخ 8 مارس 2006.

المطلب الثاني: حجية السند (المحرر) الرسمي في الإثبات

إذا قدم المحرر الرسمي بشكل يدل ظاهره على صفتة الرسمية، بأن كان يحتوي على إمضاء الموظف العام والختم الرسمي وتوقيع أصحاب الشأن مع توافر باقي المظاهر الخارجية لهذا المحرر الرسمي، اعتبر ذلك قرينة على رسميته، ويكون بذلك حجة بذاته يعفي من يتمسك به من إقامة أي دليل على صحة توقيع الموظف أو على صحة توقيع الأطراف مثلا. هاتان القرينتان لا وجود لهما في المحرر العرفي أو السند العادي، ذلك أن المحرر العرفي لا يعتبر حجة بما جاء فيه إلا بعد الإقرار به.

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

أما إذا كان المحرر حاليا من توقيع الموظف العام أو من الختم الرسمي أو من توقيع ذوي الشأن أو كان التزوير فيه واضحأ، حيث يمكن التعرف عليه بسهولة وب مجرد الفحص البسيط، يمكن للقاضي أن يرد المحرر باعتباره مزورا باطلأ دون الحاجة إلى سلوك طريق الطعن بالتزوير. ويعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وخلفهم وعلى الغير أيضا، وفي هذا يختلف عن المحرر العرفي.

فيما يلي نتناول في فرع أول حجية السند الرسمي فيما بين الطرفين وفي فرع ثانٍ حجيته بالنسبة للغير ونخصص الفرع الثالث للحديث عن حجية صور السند الرسمي.

الفرع الأول: حجية السند الرسمي فيما بين الطرفين

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

- **بيانات يكون للمحور الرسمي فيها حجية إلى أن يطعن فيه بالتزوير:** وتشمل ما يثبته الموظف العام أو الضابط العمومي أو المكلف بخدمة عامة في حدود مهامته، مثالها: توقيعه على المحرر أو التاريخ الذي يدونه عليه، أو البيان الذي يكتبه خاصاً بمكان صدور المحرر، وإثباته حضور الأطراف والشهود وتوكيعهم أمامه، وإثباته أيضاً قيامه بتلاوة المحرر على ذوي الشأن، وغير ذلك من الأحكام المتعلقة بإتمام الإجراءات التي يتطلبها القانون.

كما تشمل المعلومات التي تصدر عن ذوي الشأن أمام الموظف أو بحضوره فيثبته بالمحرر ومثال ذلك أن يقر البائع أمام الموثق أنه قبض الثمن، أو أن يقوم المشتري بدفع الثمن للبائع أمام الموثق، فيقوم الأخير بإثبات ما رآه أو سمعه من الأطراف في المحرر.

ويشترط لثبوت الحجية للبيانات المتقدمة أن يكون إثباتها بالمحرر مما يدخل في حدود مهمة الموظف العام أو الضابط العمومي أو المكلف بالخدمة العامة، فإذا خرجت عن هذه الحدود فلا تكون لها مثل هذه الحجية. مثال ذلك أن يثبت الموثق أن المتعاقد متمنع بكمال قواه العقلية فلا حاجة للطعن بالتزوير في المحرر لإثبات أن المتعاقد مصاب بجنون أو عته أو غير ذلك من عوارض الأهلية.

- **بيانات دون ذلك في القوقة:** أي البيانات التي لا تكون لها نفس الحجية المعترف بها للبيانات المذكورة آنفاً، فهي تشمل تلك التي يدلي بها ذوو الشأن إلى الموظف العام، فيقوم بتدوينها تحت مسؤوليتهم وتبعاً لقراراتهم على ما سمعه منهم ودون أن يتحقق صحتها أو يتحقق منها. مثال هذه البيانات إقرار البائع أمام الموثق بأنه قبض الثمن، وإقرار المشتري أنه عاين المبيع ووضع يده عليه، فإثبات هذين الإقرارين من قبل الموثق دليل على صحة صدور الإقرار فيما لا على صحة الواقع ذاتها.

هذه البيانات يمكن إثبات عكسها وفقاً لقواعد الإثبات العادلة دون الحاجة إلى الطعن بالتزوير، لأن الطعن في صحة هذه البيانات لا يتضمن مساساً بأمانة الموظف وصدقه وفقاً لقواعد الإثبات المشار إليها.

ولما كانت هذه البيانات قد أثبتت في المحرر كتابة، فإنه لا يجوز إثبات عكسها بين ذوي الشأن إلا بالكتابة أيضاً، أو بمبدأ ثبوت بالكتابة مستكملاً بالبينة أو القرائن.

وهناك نوع ثالث من البيانات التي يمكن أن يتضمنها السندي الرسمي وهي واردة على سبيل الإشارة، أي أنها لا تشكل عنصراً أساسياً في العقد، مثلاً ذكر مهنة الأطراف والشهود، وذكر أن المرأة متزوجة أو عازبة أو مطلقة في غير عقود

الزواج أو عقود الأحوال الشخصية، فإن هذا النوع من البيانات يكون له حجية حتى يثبت العكس إذا كانت متعلقة مباشرة بموضوع العقد، أما إذا لم تكن متعلقة بموضوع العقد فلا تعد إلا بداية ثبوت بالكتاب.

الفرع الثاني: حجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير

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

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

إذا تعلق الأمر مثلاً بمدين يبيع عقاراً له بمحرر رسمي ويدعى دائنه أن هذا البيع الرسمي لم يصدر من مدينه حتى يمكن من التنفيذ بحقه على العقار المبought، فلا يجوز لهذا الدائن إثبات ما يدعوه أو إثبات عكس ما ورد في المحرر من بيانات أثبتها الموثق في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره إلا عن طريق الطعن بالتزوير، أما بالنسبة للبيانات الصادرة عن ذوي الشأن وتحت مسؤوليتهم فهي حجة على الغير، غير أنه يمكن لهذا الغير أن يثبت عكسها بغير طريق الطعن بالتزوير فيمكنه ذلك عن طريق إقامة الدليل على العكس بالطرق المقررة قانوناً.

نستخلص في الأخير من نص المادة 324 مكرر 6 المذكورة أعلاه أن حجية العقد الرسمي تقتصر فقط على الأطراف المتعاقدة وورثتهم وخلفهم ولا تنفذ إلى كافة الناس.

الفرع الثالث: حجية صور السندي (المحرر) الرسمي

يفهم من نص المادتين 325 و 326 من القانون المدني أن المشرع أعطى لصور المحرر الرسمي حجية في الإثبات حسب كل حالة.

ولبيان حجية صور السنادات الرسمية يتبع التفرقة بين حالتين، الحالة الأولى وجود أصل المحرر الرسمي والحالة الثانية هي حالة عدم وجود الأصل.

وي Sovi القانون في الحكم بين أن تكون الصورة صورة خطية أو فوتوغرافية، طالما كانت هذه الصور صور رسمية من المحرر الأصلي. أما إذا كانت صور المحرر الرسمي ليست هي ذاتها صورة رسمية بل صورة عرفية فلا تثبت لها هذه الحجية. وطبقاً لقواعد التوثيق يودع أصل المحرر الرسمي في مكاتب التوثيق، أما أطراف العقد فلا تعطى له إلا صورة منه، وأصل المحرر الرسمي هو الذي يحمل توقيعات أصحاب الشأن وتوقع الموثق، أما الصورة وهي منقولة عن الأصل بواسطة موظف عام مختص فلا تحمل التوقيعات، وهذا ما يعطيها صفة الرسمية ولكن هذه الرسمية هي للصورة والتي لا تعد أصلاً بالرغم من أنها مطابقة تماماً للأصل بما اشتمل عليه من بيانات وتوقيعات.

أولاً: حجية صور المحررات الرسمية إذا كان الأصل موجوداً

يتبيّن من النصين السابقين أنه إذا كان أصل المحرر الرسمي موجوداً وهي المسألة الغالبة، إذ قلماً ينعدم الأصل الذي يبقى محفوظاً لدى مكتب التوثيق، ولا يفقد إلا لأسباب قهريّة كالحرق أو السرقة، اعتبرت الصورة المأخوذة عنه سواء كانت صورة خطية أو فوتوغرافية مطابقة للأصل ويكون لها ذات حجية الأصل في الإثبات، مالم ينزع في مطابقها للصورة الرسمية للأصل.

يتضح مما تقدم، أن المشرع الجزائري قد وضع قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس مفادها اعتبار الصورة مطابقة للأصل مالم ينزع في ذلك أحد الطرفين.

ومع تم الرجوع إلى الأصل فتبين أن الصورة المطابقة له تثبت للصورة حجيته، غير أن هذه الحجية ليست حجية ذاتية وإنما تستمد من المطابقة للأصل، أما إذا ثبت عدم مطابقة الصورة للأصل استبعدت الصورة وبقي الأصل هو المستند في الدعوى.

ثانياً: حجية صور المحررات الرسمية إذا كان الأصل غير موجود

يتضح أيضاً من النصين السابقين أنه إذا لم يكن أصل المحرر أو السندي موجوداً فإنه يتبع التفرقة بين ثلاثة أنواع من الصور.

1. الصور الرسمية الأصلية:

وهي الصور المنقولة من أصل السندي الرسمي مباشرة بواسطة موظف عام مختص، سواء كانت هذه الصورة تنفيذية أو غير تنفيذية، فتكون لها حجية الأصل شرط أن يكون مظهرها الخارجي لا يدع مجالاً للشك في مطابقتها للأصل، أي أنها لا تحوي عيوباً مما يسمح بالشك في مطابقتها للأصل. أما إذا كان مظهرها الخارجي يبعث على الشك في أن يكون قد عبّث بها، كما إذا وجد بها كشط، أو محو أو تحشير، فإن الصورة تفقد حجيتها في هذه الحالة.

2. الصور الرسمية المأخوذة من الصور الرسمية الأصلية:

وهذه الصورة هي صورة رسمية أيضاً صادرة عن موظف عام مختص ومنقولة عن الصورة الرسمية الأصلية لا عن الأصل مباشرة، سواء كانت هذه الصورة خطية أو فوتوغرافية، فالصورة في هذه الحالة الثانية ليست الصورة الرسمية الأصلية، وإنما هي صورة رسمية منقولة بطريق غير مباشر عن الأصل الرسمي. وقد جعل المشرع لهذه الصورة حجية الأصل متى كانت الصورة الأصلية التي أخذت منها موجودة، فإذا نازع أحد الخصوم في صحتها، أمكن إحضار الصورة الأصلية وإجراء المضاهاة بينهما.

فحجية هذه الصورة غير مستمدّة من ذاتها، وإنما عن طريق مطابقتها للصورة الأصلية التي أخذت منها، وتنتفي هذه القرينة لمجرد إنكار أحد الطرفين لهذه المطابقة، وفي هذه الحالة يتبع مقارنتها بالصورة الأصلية، فإن وجدت مطابقة كان لها حجية الأصل، وإن وجدت غير مطابقة استبعدت هذه الصورة واستبقيت هذه الصورة الأصلية وهي التي تكون لها الحجية.

3. الصورة الرسمية للصورة المأخوذة عن الصورة الأصلية:

هذه الصورة تنقل عن صورة رسمية غير أصلية، فنكون في هذه الحالة أمام صورة منقولة عن صورة رسمية غير أصلية، أي غير منقولة مباشرة من الأصل، فهي صورة ثالثة للأصل أو هي بالنسبة للأصل صورة صورة الصورة. هذا النوع من الصور لا تكون له حجية من الأصل ولا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس ببعض الظروف ولا تصلح إلا لأن تكون مجرد قرائن بسيطة، يستنبط منها القاضي ما يراه، وعلى ذلك فلا يجوز اعتبارها حتى مبدأ ثبوت بالكتاب.

المبحث الثاني: الكتابة الالكترونية

في ظل التقدم المأهول الذي شهدته العلم وما رافقه من ثورة معلوماتية كبيرة، ظهرت طرق جديدة للتعامل بين الأشخاص، إذ انتشر استعمال الوسائل التقنية ودخلت في مختلف جوانب الحياة مما أدى إلى الاستعانة بالحاسوب الآلي في كافة المعاملات وإلى تغيير مفهوم الإثبات، وذلك لإمكانية إنشاء الحقوق والالتزامات بطرق الكترونية والاستغناء في غالبية الأحيان عن الكتابة الورقية، وقد كشف التطور المعاصر عن ظهور دعامتين غير ورقية في الكتابة والتوقيع وهو الأسلوب الالكتروني، بحيث يستخدم فيه الأحرف والأرقام والرموز والإشارات الضوئية ليحل محل الكتابة التقليدية على الورق والتوقيع بالإمضاء أو البصمة أو الختم.

فيما يلي نتناول في مطلب أول السنادات الإلكترونية وفي مطلب ثاني الإثبات في الكتابة الإلكترونية

المطلب الأول: السنادات الإلكترونية

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

يجب أن يكون السند الإلكتروني مكتوباً بطريقة تسمح بحفظ بيانات السند وإمكانية الرجوع إليها بشكل مستمر، ويمكن تقديمها أيضاً للاطلاع عليها والاحتجاج بها، وكذلك تدوين البيانات على الدعامة أو الرقاقة بشكل غير قابل للتغيير أو التبديل، وأن يكون المحرر الإلكتروني موقعها من الأطراف وذلك أيضاً بالطرق الإلكترونية باستخدام التوقيع الإلكتروني.

المطلب الثاني: الإثبات في الكتابة الإلكترونية

لقد أعطى المشرع الجزائري للكتابة الإلكترونية نفس قيمة الإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكيد من هوية الشخص الذي أصدرها أو أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وهذا ما نصت عليه المادة

مكرر 323 من القانون المدني والتي جاء في الكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكيد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

المبحث الثالث: الكتابة العرفية

المحرر العرفي أي السند العادي أو السند ذو التوقيع الخاص، هو المحرر الذي يتم بمعزل عن الموظف العام، أي المحرر الذي يقوم الأفراد بكتابته، وهو على نوعين: المحررات العرفية المعدة للإثبات (المطلب الأول) والمحررات العرفية غير المعدة للإثبات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المحررات العرفية المعدة للإثبات

ننطلي في هذا المطلب وفي فرعين دراسة أولاً شروط المحرر العرفي المعد للإثبات وثانياً حجيته، كالتالي:

الفرع الأول: شروط المحرر العرفي المعد للإثبات

يشترط في هذا النوع من المحررات العرفية حتى يعتبر دليلاً في الإثبات:

أولاً: الكتابة

يشترط في المحرر العرفي المعد للإثبات أن يتضمن كتابة تدل على الغرض الذي أعد لأجله، ولا يشترط أي شرط شكلي في هذه الكتابة، فيمكن أن تكتب بأية وسيلة. والعقد العرفي هو العقد الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه عملاً بنص المادة 327 من القانون المدني.

ثانياً: التوقيع

التوقيع هو الشرط الأساسي والجوهرى لوجود المحرر العرفي، بدونه لا يتحقق وجود المحرر العرفي. فالتوقيع هو الذي تقوم عليه صحة صدور المحرر من يراد أن يكون حجة عليه ويفيد موافقة الموقع على ما جاء في المحرر من بيانات وإقرارات. يتم التوقيع عادة بالإمضاء وذلك بكتابة اسم الموقع ولقبه، أو بالاسم فقط أو اللقب فقط، وقد يقتصر على كتابة الحرف الأول وكتابة اللقب كاملاً أما القانون فلم يحدد كيفية التوقيع.

وهو أمر جوهري وأساسي في العقد العرفي، حيث ينعدم العقد العرفي لأنعدام توقيعه. ونظراً لهذه الأهمية أقر المشرع التوقيع بالبصمة لتمكين المتعاقد الأعمي من التوقيع.

- التوقيع الإلكتروني:

لقد اعتمد المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة التوقيع الالكتروني، إذ تنص المادة 327 من القانون المدني في فقرتها 2: "يعتبر بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه." نستنتج مما سبق أن شكل التوقيع قد يكون في صورة إمضاء أو إشارة أو علامة للتعبير عن الموافقة في مجال التصرفات القانونية، وقد يأخذ التوقيع شكل بصمة، أما الختم فلم ينص عليه المشرع الجزائري لإمكانية ضياعه وحياته من طرف الغير. أما عن التوقيع الالكتروني فقد أجازه المشرع شريطة أن يكون محمياً بشفرة أو رقم سري يصعب على الغير تزويره، وهذا كلّه للوصول إلى حماية وحفظ المعاملات التعاقدية المبرمة في الشكل الالكتروني، أما في مجال العقود الرسمية فلا مجال فيها للتوقيع الالكتروني وهذا لوجوب توقيعها من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء أمام محرر العقد (الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العامة)، وهذا ما تؤكده المادة 324 مكرر 2 بنصها: "توضع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء".

الفرع الثاني: حجية المحررات العرفية في الإثبات

أولاً: حجية المحرر العرفي فيما بين أطرافه

يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن كتبه أو وقّعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أما الوراث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار، ويكتفى أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي من تلقى عنه الحق، وهذا استناداً لنص المادة 327 من ق.م. فإذا اعترض صاحب التوقيع صراحة بصدور المحرر منه يكون للمحرر حجية في الإثبات من حيث صدوره ممن وقّعه ومن حيث سلامته المادية، ويصبح بذلك كالمحرر الرسمي تماماً بحيث لا يجوز له بعد ذلك أن يدعي حصول تغيير في المحرر أو حذف أو إضافة إلا بإتباع طريق الطعن بالتزوير فيه. وإن أنكر المدين توقيعه ارتفع عن المحرر حجيته بصفة وقنية، ويجب على من يحتاج به أن يثبت صدوره من صاحب التوقيع، ويطلب من المحكمة أن تأمر بتحقيق الخطوط، فإن انتهى التحقيق إلى صدور المحرر ممن وقعه عادت إليه حجيته.

أما إذا كان الشخص الذي يتمسك ضده وارثاً أو خلفاً، فلا يطلب منه الإنكار، وإنما يكتفى أن يقر أنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء هو من تلقى عنه الحق، ويكتفى أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم بأن الخط أو التوقيع أو البصمة هي من تلقى

منه الحق وهذا ما جاء في المادة 327 من ق.م. وإذا فعل الوارث أو الخلف ذلك، توقفت حجية المحرر العرفي إلى حين الانتهاء من إجراءات تحقيق الخطوط التي سيطالب بها من تمسك بالمحرر.

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

ثانياً: حجية العقد العرفي بالنسبة للغير

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

1. حجية المحرر العرفي بالنسبة إلى الغير من حيث صدوره ممن وقع عليه:

في حالة وفاة صاحب التوقيع واحتاج بالمحرر على الوارث أو الخلف، فإن هؤلاء لا يطلب منهم لنفي حجية هذا المحرر إنكاراً صريحاً، كما هو الحال بالنسبة لصاحب التوقيع بل يكفي أن يخلف الوارث أو الخلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق.

2. حجية المحرر العرفي بالنسبة إلى الغير من حيث صحة الواقع الثابتة به :

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

3. حجية المحرر العرفي بالنسبة للغير من حيث صحة تاريخه :

رأينا فيما سبق أن المحرر العرفي يعتبر حجة لما ورد به من بيانات ومنها تاريخه في مواجهة طرفيه، وله نفس الحجية أيضاً في مواجهة الغير فيما عدا تاريخه، فهو لا يكون حجة في مواجهة الغير إلا إذا كان ثابتاً، وهذا ما نصت عليه المادة 328 من القانون المدني بنصها: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت....". والحكمة من ذلك هي حماية الغير من غش يتحمل قيام السلف به بتقديم التاريخ أو تأخيره مع من تعاقد معه إضراراً به، وهذا الغش يصعب على الغير إثباته.

لقد حدد المشرع طرق ثبوت التاريخ في المحرر العرفي، وهذه الأخيرة تضمنتها المادة 328 من القانون المدني بنصها:

"... ويكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداءً:

- من يوم تسجيله،

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

- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص،

- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء.

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

أ. قيد المحرر العرفي في السجل المعد لذلك:

الطريقة المعتادة لثبوت تاريخ المحرر العرفي هي قيده في سجل خاص يعد لذلك في مكاتب التوثيق، أو في السجلات المعدة للشهر العقاري أو في السجلات الخاصة بالتسجيل لدى مصلحة التسجيل والطابع، والتسجيل هو إجراء يقوم به موظف عمومي طبقاً لإجراءات مختلفة تهدف إلى تحليل التصرف القانوني وإظهاره في دفاتر مختلفة وحسب هذه التحاليل يمكن تحصيل الضريبة.

إن إثبات تاريخ المحرر العرفي من يوم تسجيله بمصلحة التسجيل والطابع التي يقدم لها العقد في نسختين، تحفظ نسخة منه في هذه المصلحة، في السجل المعد لذلك وتعاد الأخرى إلى الأطراف بعد أن يسجل عليها تاريخ الإيداع، وهذا مقابل رسوم وبذلك تكون لهذا المحرر العرفي تاريخ ثابت من تاريخ الإيداع.

ب. ثبوت مضمون المحرر العرفي في محرر آخر ثابت التاريخ:

يتم إثبات تاريخ المحرر العربي عن طريق ثبوت هذا التاريخ في محرر آخر، وفي هذه الحالة يكسب المحرر العربي تاريخا ثابتا ويكون هو تاريخ المحرر الآخر الثابت التاريخ.

ويجب في هذه الحالة عدم الاكتفاء بمجرد ذكر المحرر العربي في محرر آخر ثابت التاريخ، بل يجب أن يذكر في المحرر الأخير مضمون المحرر الأول، وذلك بذكر ملخص المحرر والبيانات الالزمة لتعيينه وتحديده وتمييزه عن غيره، دون حاجة إلى ذكر نصه بالكامل.

ج. التأشير على المحرر من موظف عام مختص:

قد يحدث أن يقدم محرر عربي إلى موظف عام أثناء تأدية وظيفته فيؤشر عليه كتابة أو إشارة تفيد أن هذا المحرر قد عرض عليه أو أطلع على ما ورد به، ويكتب لذلك تاريخا فإن تاريخ الكتابة أو الإشارة يعتبر تاريخا ثابتا لذلك المحرر.

ويتحقق هذا الغرض في حالات منها: في حالة تقديم العقد العربي بمناسبة قيام موثق أو محضر قضائي ب مجرد تركة فيؤشر على ذلك العقد العربي ويقع عليه تاريخا معينا، ويعتبر من قبيل التأشير ما يقوم به الترجمان الروسي بوضع ختمه وإمضائه ورقم وتاريخ الترجمة على سند عربي.

د. وجود خط أو توقيع أو ختم أو بصمة إصبع لشخص توفي:

يكون المحرر العربي ثابت التاريخ إذا كان يحمل أثراً معترفاً به كخط أو توقيع لشخص توفي، لذلك يعتبر تاريخ الوفاة تاريخا ثابتا في المحرر ولا يشترط أن يكون الموقع على المحرر طرفاً في التصرف المثبت به، بل يكفي أن يكون توقيعه بصفته شاهداً أو ضاماً لأحد طرفيه.

المطلب الثاني: المحرراتعرفية الغير معدة للإثبات

إلى جانب المحرراتعرفية المعدة للإثبات توجد محررات هي أصلاً غير معدة للإثبات ولذا لا تحمل عادة توقيع أصحاب الشأن، غير أن القانون يقرر لها مع ذلك قوة الإثبات حسب ما تنطوي عليه من عناصر، هي الرسائل والبرقيات (الفرع الأول) ودفاتر التجار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الرسائل والبرقيات

يظهر من خلال نص المادة 329 من القانون المدني المشار إليها أعلاه بأن المشرع أضفى على الرسالة ذات الحجية التي للمحرر العرفى متى كانت موقعة، فيجوز في هذه الحالة أن يحتج بها على المرسل في إثبات ما تم الاتفاق عليه، فإذا لم تكن الرسالة موقع علمها فيمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة، أي بداية بينة خطية شرط أن تكون محررة بخط المرسل.

لقد جعل القانون للبرقيات كذلك قيمة المحرر العرفى في الإثبات، لكن هذه القيمة لا تثبت لها إلا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقع إليه من المرسل أو من له صفة النيابة في إرسالها، فإذا كان الأصل غير موقع فلا تكون للبرقية أية قيمة في الإثبات حتى ولو كمبدأ ثبوت بالكتابة لأن الأصل غير مكتوب بخط المرسل.

الفرع الثاني: دفاتر التجار

بسبب ما يتوافر لهذه الدفاتر من ضمانات فقد جعل لها القانون في بعض الأحيان حجية في الإثبات، تكون حجة على التاجر تارة وحجية عليه تارة أخرى.

يفرض القانون على التجار أن يمسكوا دفاتر معينة يقيدون فيها ما يرتبط بتجارتهم حتى يتبيّن مركزهم المالي لوجه الدقة، وبيان ما لهم وما عليهم من ديون، والظاهر من نص المادة 330 من القانون المدني أن دفاتر التجار هي دائمًا حجة عليهم، وقد تكون في بعض الحالات حجة لهم وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

أولاً: دفاتر التاجر حجة عليه

تكون دفاتر التجار حجة على التاجر، لأن ما دونه فيها من بيانات يعتبر بمثابة إقرار صادر منه، سواء كانت الدفاتر منتظمة أو غير منتظمة، سواء كان الخصم تاجر أم غير تاجر، كما يستوي أن يكون النزاع متعلقاً بعمل تجاري أو بعمل مدنى.

وخرج المشرع فيما يتعلق بهذا الدليل على القواعد العامة في الإثبات من ناحيتين:

1. أن دفاتر التاجر هي ورقة عرفية غير موقعة منه، بل والغالب ألا يكون بخطه كذلك ومع ذلك تعتبر حجة ضدده.

2. أن القانون يلزم التاجر أن يقدم الدفتر، وفي هذا خروج على قاعدة عدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، علماً بأن هذا الأمر لا يعتبر حقاً مقرراً لخصم التاجر وإنما هو جواز للمحكمة، يمكن أن تلجم إليه كما يمكنها الاستغناء عنه.

يلاحظ أن الدليل المستفاد من دفتر التاجر يقبل دائماً إثبات العكس، أي أنه يجوز للتاجر أن يثبت عكس ما ورد في دفتره بكافة طرق الإثبات.

ثانياً: دفاتر التاجر قد تكون حجة له

إذا كانت القاعدة أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه، إلا أن المشرع خرج على هذه القاعدة وأجاز للتاجر أن يتمسك بدفاتره في حالتين:

1. في الدعاوى التجارية إذا كان الخصم تاجراً بشرط أن تكون منتظمة.
2. إذا كانت القاعدة أن دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، إلا أنه استثناء من هذه القاعدة تكون لدفاتر التجار بالنسبة لما يتم توريده لعملائهم غير التجار، غير أن هذه الحجة ناقصة من ناحيتين: ذلك أنها يجب أن تعزز باليدين المتممة أي بوجهها القاضي إلى أي من الخصميين لاستكمال قناعته وأن هذه الحجية قاصرة على ما يجوز إثباته بالبينة. ولما كان هذا الدليل جوازاً للقاضي، فلا يشترط أن تكون دفاتر التاجر منتظمة، كما أن للخصم نقض الدليل المستمد من دفاتر التاجر بكافة طرق الإثبات.

الفرع الثالث: الدفاتر والأوراق المنزلية

يقصد بالدفاتر والأوراق المنزلية، كل ما يدونه الشخص فيما يتعلق بشؤونه الخاصة سواء كانت في صورة حسابات أو مذكرات أو أوراق متفرقة، وليس مثل هذه المستندات الخاصة قيمة الدفاتر التجارية، لأن الأفراد غير ملزمين بإمساكها.

ولا تعتبر هذه الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لصاحبها، لأن القاعدة أن الشخص لا يجوز له أن يصطنع دليلاً لنفسه، مع ذلك ليس هناك ما يمنع من استخلاص القاضي قرينة لصالح من صدرت منه هذه الأوراق تضاف إلى قرائن أخرى وفقاً للقواعد العامة في الإثبات.

إذا كان الأصل أن هذه الدفاتر والأوراق لا تعتبر حجة على صاحبها، إلا أن المشرع استثنى حالتين يعتبر فيهما هذه الأوراق حجة على صاحبها وهي:

الاستثناء الأول: إذا ذكر في هذه الأوراق صراحة أنه استوفى دينا.

الاستثناء الثاني: إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق والدفاتر أن تقوم مقام السنده من أثبتت حقاً مصلحته.

وحجية الدفاتر والأوراق المترتبة بالنسبة لغير المدين الاستثناءين ليست مطلقة، بل يجوز للشخص أن يثبت عكس ما أورده فيها بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن.

الفرع الرابع: التأثير على السنده بما يستفاد منه براءة ذمة المدين

أولاً: التأثير على سنده في حيازة الدائن

جعل المشرع التأثير على سنده الذي في حيازة الدائن بما يفيد براءة ذمة المدين حجة على الدائن حتى يثبت العكس، سواء كان هذا التأثير مؤرخاً أو غير مؤرخ، موقعاً منه أو غير موقعاً، علماً بأنه إذا كان موقعاً من الدائن فإنه يعتبر دليلاً كاملاً، والغرض الذي تناوله المشرع هو ألا يكون موقعاً من الدائن، وبراءة ذمة المدين المستفادة من التأثير ليست قاطعة، بل للدائن أن يثبت عكسها.

قد يتم التأثير المستفاد منه براءة ذمة المدين على نسخة أصلية أخرى للسنده في حيازة المدين أو على مصالحة بالوفاء بدفعه سابقة تحت يد المدين، في هذه الحالة يكون التأثير دليلاً على براءة ذمة المدين ولو لم يكن موقعاً من الدائن وهذا بشرط:

1. أن يكون التأثير بخط الدائن.
2. أن تكون النسخة أو الإيصال المؤشر عليه في حوزة المدين أو في حوزة شخص ثالث يحتفظ به لحساب المدين كالوكيل أو المودع لديه.

إذا توافر هذان الشرطان كان للتأثير دلالته وحجيته قبل الدائن، غير أنه يجوز لهذا الأخير أن ينقض هذه الحجية بكافة طرق الإثبات، لأن الفرض أن التأثير غير موقعاً عليه من الدائن.

الفصل الثاني: طرق الإثبات ذات القوة المحددة

إن طرق الإثبات المحدودة القوة هي: البينة أو شهادات الشهود (المبحث الأول) والقرائن القضائية (المبحث الثاني) واليمين المتممة للنصاب (المبحث الثالث).

ويعتبر القانون كلا من البينة والقرائن القضائية في مرتبة واحدة من حيث قوة الإثبات، مما يمكن إثباته بإحدى الطريقتين، يمكن إثباته بالأخرى، وكلاهما من وسائل الإثبات المحدودة ومعنى ذلك أن المشرع قد يمنع الإثبات بواسطتهما في بعض الحالات.

المبحث الأول: شهادة الشهود

اعتمد المشرع الجزائري على شهادة الشهود كوسيلة يعتد بها في إثبات الواقع القانونية وحدد لها قيمتها في الإثبات، وفيما يلي نتعرض إلى تعريف الشهادة وخصائصها (المطلب الأول) و الحالات التي يجوز و لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود (المطلب الثاني) وأخيرا إلى إجراءات سماع الشهود (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف الشهادة وخصائصها

الفرع الأول: تعريف الشهادة

الشهادة هي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغیره، وعرفت أيضا بأنها إخبار الشاهد في مجلس القضاء بواقعة تمت تحت سمعه أو بصره، ومن شأنها أن ترتب لشخص حقا قبل شخص آخر، كمن يشهد تعاقدا أو حادثة، فيروي ما سمعه أو رأه وهذه هي الشهادة المباشرة.

والغرض من الإثبات بشهادة الشهود هو الحصول على أقوال الشهود الذين يؤيدون مزاعم المدعي والمدعى عليه، وهي بطبيعتها إجراءات متفرعة عن الخصومية يراد بها تكوين دليل على تلك الخصومة، ولذلك فإن الأصل لا يطلب السير فيها ولا يلجأ إليها إلا أثناء قيام نزاع أصلي أمام القضاء وعندما يتبن الحاجة للركون إليها. وإلى جانب الشهادة المباشرة توجد صور أخرى للشهادة لا ترقى إلى إقناع القاضي، ولا تعتبر شهادة مباشرة، هي:

أولا: الشهادة السمعية: وفيها يقرر الشاهد أنه سمع بالواقعة يرويها له شخص آخر هو الذي رأها

أو سمعها، فهي شهادة على الشهادة وهي جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية.

ثانيا: الشهادة بالتسامع: وفيها لا يروي الشخص نقاً عن شخص معين ولا عن واقعة معينة، فهي

شهادة بما يتسمى الناس عن الواقعية، فالشهادة هنا تنصب على الرأي الشائع بين الناس على الواقعية المراد إثباتها.

ثالثاً: الشهادة بالشهرة العامة: وهذه ليست شهادة بالمعنى المقصود، إذ هي ورقة مكتوبة تحرر أمام

جهة رسمية وتدون فيها وقائع معينة يشهد فيها شهود يعلمون هذه الواقع عن طريق الشهرة العامة.

الفرع الثاني: خصائص الشهادة

تتميز الشهادة كوسيلة إثبات بالخصائص التالية:

أولاً: الشهادة حجة مقنعة وليس ملزمة: فهي دليل مقنع للقاضي وليس ملزماً له، فقد يطرح

القاضي أقوال الشهود كلية إذا لم يطمئن إليها، وقد يأخذ القاضي بأقوال شاهد دون الآخر وقد يرجح شهادة على أخرى دون أن يكون ملزماً ببيان أسباب هذا الترجيح.

ثانياً: الشهادة حجة غير قاطعة: فما يثبت عن طريقها يقبل النفي بشهادة أخرى أو بأي طريق آخر

من طرق الإثبات، وهي في ذلك عكس الإقرار واليمين.

ثالثاً: الشهادة حجة متعددة: أي أن ما يثبت عن طريقها يعتبر ثابتاً بالنسبة للكافية وهي تختلف بذلك

عن الإقرار.

رابعاً: الشهادة دليل مقيد لا يجوز الإثبات به إلا في حالات معينة: فلا يقبل الإثبات بها فيما يجب

القانون إثباته بالكتابة، والشهادة وإن كانت جائزة بالنسبة للواقع المادي، إلا أنها لا تصلح بالنسبة للتصرفات

القانونية التي تتجاوز قيمتها حداً معيناً وكذلك هي على عكس الكتابة تخضع لتقدير قاضي الموضوع الذي يستطيع
أن يأخذ بها أو أن يطرحها جانبها إذا لم يطمئن إليها.

والأصل في الشهادة أن تكون شفهية وأن تصدر أمام مجلس القضاء طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً، لذلك فلا

عبارة لأي شهادة يحصل الإدلاء بها خارج مجلس القضاء دون إتباع الإجراءات التي يتطلبها القانون.

ويشترط في موضوع الشهادة أن تتوافر فيها الشروط العامة في محل الإثبات، أي أن يكون موضوعها واقعة

قانونية متنازع فيها ومتعلقة بالدعوى، منتجة فيها، ويمكن إثباتها وجائزة الإثبات. كما يلزم أن يكون موضوع الشهادة

مما يجيز القانون إثباته بشهادة الشهود. أما من ناحية الشاهد فيشترط أن يكون مميزاً، لا يقل سنه عن حد معين

وهو 13 سنة علماً بأن العبرة في تحديد سن الشاهد هي وقت الإدلاء بشهادته لا وقت حصول الواقعية التي يشهد بها،

ومن لم يبلغ هذه السن لا تسمع أقواله إلا على سبيل الاستدلال.

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

تناول أولاً الحالات التي يفرض فيها القانون الكتابة للإثبات (ما لا يجوز إثباته بشهادة الشهود) وثانياً الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود في فرعين كالتالي:

الفرع الأول: الحالات التي يفرض فيها القانون الكتابة للإثبات (ما لا يجوز إثباته بشهادة الشهود)

حسب المادتين 333 و 334 من القانون المدني لا يجوز للمشرع الإثبات بشهادة الشهود بالنسبة للتصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على حد معين أو الإثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي، وفي هاتين الحالتين يشترط المشرع الإثبات بطريق معين هو الكتابة وهذا ما تتعرض له فيما يلي:

أولاً: عدم جواز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن حد معين أو غير محددة القيمة:

- يجب توافر شرطين لتطبيق القاعدة الواردة في نص المادة 333 قانون مدني وهي:
1. أن يتعلق الأمر بتصرف قانوني مدني.
 2. أن يتجاوز قيمة التصرف 100.000 دينار جزائري.

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

ثانياً: عدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابية إلا بالكتابية

1. مفهوم القاعدة:

يستخلص من نص المادة 334 من القانون المدني أن القاعدة هي عدم قبول شهادة الشهود لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي، حتى ولو كان ذلك فيما هو أقل من نصاب الإثبات بالكتابية. تبرير ذلك أنه إذا كان المتعاقدان قد احتاطا مقدماً وأعداً دليلاً كتابياً، فإنهما قصداً الحصول على دليل أقوى لإثبات تصرفهما، لذلك لا يجوز مخالفة هذا القصد بإجازة الإثبات بدليل أقل قوة وهو الشهادة.

2. نطاق تطبيق القاعدة:

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

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

3. شروط تطبيق القاعدة:

القاعدة حسب نص الفقرة الأولى من المادة 334 من القانون المدني المذكورة أعلاه، أنه لا يجوز إثبات ما يخالف أو ما يجاوز الثابت كتابة إلا بالكتابية، غير أن هذه القاعدة لكي تطبق لا بد لها من توافر شروط معينة هي:

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

ب. أن يكون الدليل الكتابي مثيناً لصرف قانوني مدني: يجب أن تكون الكتابة المراد مخالفتها مثبتة لصرف قانوني مدني، لأن التصرفات التجارية يجوز إثبات ما يخالفها بالبينة ولو كانت ثابتة بالكتابية.

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

الفرع الثاني: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود

بيّنت المواد 333، 335 و 336 من القانون المدني هذه الحالات، وهي على نوعين:

أولاً: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل

تشمل هذه الحالات: **الوقائع المادية والتصيرات المدنية** التي لا تتجاوز قيمتها حدا معينا.

1. الوقائع المادية: سواء كانت بفعل الطبيعة كالزلزال، الفيضانات. أو من فعل الإنسان كالعمل

غير المشروع والفعل النافع أي الإثراء بلا سبب، في جميع وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات. نلاحظ أن نص المادة 333 قانون مدني أكدت على التصرف القانوني هو الذي لا يجوز إثباته بشهادة الشهود بمعنى أن الواقع المادية يجوز إثباتها بها.

2. المواد التجارية:

إن التقيد الوارد في نص المادة 333 من القانون المدني يخص المواد المدنية، لأن حرية الإثبات هي الأصل في المواد التجارية، ولذا كان للإثباتات بشهادة الشهود قوة مطلقة في شأن هذه المواد والسبب في ذلك هو أن الأعمال التجارية تقوم على الثقة والسرعة الائتمان كما هو معلوم.

3. التصيرات التي لا تتجاوز قيمتها حدا معينا:

تيسيراً للمعاملات رأى المشرع ألا تطبق قاعدة وجوب إثبات التصرف القانوني بالكتابة، إلا إذا تجاوز هذا التصرف حدا معينا وهو 100.000 دينار جزائري، فإذا لم يتجاوز التصرف القانوني هذا الحد فإنه يجوز إثبات وجوده أو انقضائه بشهادة الشهود.

ثانياً: الحالات التي يجوز فيها استثناء الإثبات بشهادة الشهود

يجيز القانون الإثبات بشهادة الشهود استثناء من تطبيق القواعد التي تلزم الإثبات بالكتابة في الأحوال التي قدر فيها أن إجازة الإثبات بالشهادة تبررها الظروف وتقضي بها العدالة، فأجاز الإثبات بشهادة الشهود إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وإذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي. نتناول هذه الحالات فيما يلي:

1. وجود مبدأ ثبوت بالكتابة:

يظهر من خلال نص المادة 335 من القانون المدني بأنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة.

يقصد بمبدأ الثبوت بالكتابية، تلك التي لا يتوافر فيها شروط الدليل الكتابي الكامل، وأن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه وأن تجعل هذه الكتابة المدعى به قريب الاحتمال. ويترب على وجود مبدأ ثبوت بالكتابية، جواز الإثبات بشهادة الشهود مهما كانت قيمة المبلغ المدعى به.

2. وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي:

من خلال المادة 336 من القانون المدني المذكورة أعلاه يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يمكن إثباته بالكتابية في حالة وجود مانع من الحصول على الدليل الكتابي، ومؤدى ذلك أنه في الأحوال التي يتذرع فيها الحصول على الدليل كتابي.

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

أ. المانع المادي: يقوم المانع المادي من الحصول على دليل كتابي إذا ما أحاطت التعاقد ظروف خارجية لم تسمح للمتعاقد بالحصول على مثل هذا الدليل ممن تعاقد معه، من أمثلة ذلك وقوع حادث مفاجئ كحريق أو فيضان تحول دون الحصول على كتابة ثبت التعاقد. ومن الأمثلة التقليدية التي تعطي في المانع المادي، الوديعة الاضطرارية وهي التي تصدر من المودع في ظروف اضطرارية يخشى معها على الشيء من خطر محقق دون أن يكون لديه متسع من الوقت أو وسيلة للحصول من المودع لديه على سند كتابي بالوديعة.

ب. المانع الأدبي: قد يكون المانع من الحصول على دليل كتابي مانعاً أدبياً غير مادي، في هذه الحالة لا ترجع استحالة الحصول على الدليل الكتابي إلى ظروف مادية أو خارجية تحبط بالتعاقد، وإنما ترجع إلى اعتبارات وظروف نفسية وأدبية تقوم في الوقت الذي تم فيه التصرف وتمتنع من المطالبة بالدليل الكتابي، مثل وجود صلة قرابة بين المتعاقدين أو علاقة زواج،...

إن مسألة قيام المانع الأدبي يجب أن ينظر إليها في كل حالة على حدة، فهذه الحالات لا تعتبر بذاتها موانع أدبية، وإنما يتغير أن يثبت لدى المحكمة من ظروف الدعوى ما من شأنه أن يجعل من المستحيل أدبياً اقتضاء المتعاقد

كتابة من تعاقد معه. كما نلاحظ أيضاً أن المانع المقصود سواء كان مادياً أو أدبياً، لا يعود أن يكون واقعة مادية يدعيمها الشخص الذي يقع عليه عبء الإثبات.

3. فقد السند الكتابي: يفرض هذا الاستثناء أن القواعد الخاصة بالدليل الكتابي قد روعيت

عند إنشاء التصرف، ولكن تعذر الإثبات بالكتابية لفقد هذا الدليل، ويشترط في إجازة الإثبات بشهادة الشهود في هذه الحالة الشروط الآتية:

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

ب. فقد السند بسبب أجنبي: لا يكفي أن يثبت المدعي سبق وجود الدليل الكتابي، بل يجب أيضاً أن يثبت أن فقد هذا السند كان بسبب أجنبي، وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، لأن محل الإثبات هنا هو واقعة مادية.

المطلب الثالث: إجراءات سماع الشهود

لقد تولى قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 تنظيم إجراءات سماع الشهود ضمن القسم العاشر من الفصل الثاني المتعلق بإجراءات التحقيق في الباب الرابع الخاص بوسائل الإثبات، وهذا من المادة 150 إلى غاية المادة 162 منه وسوف نتعرض لهذه الإجراءات فيما يلي:

الفرع الأول: سماع الشهود

يمكن الأمر بسماع الشهود حول الواقع الذي تكون قابلة للإثبات بشهادة الشهود وذلك تبعاً لما تنص عليه المادة 150 من ق إ م إ: "يجوز الأمر بسماع الشهود حول الواقع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزًا ومفيدًا للقضية". يحق للقاضي الذي أمر بسماع الشهود أن يحدد الساعة ويوم الجلسة، مع مراعاة الظروف الخاصة بكل القضية وذلك من خلال دعوة الخصوم لإحضار الشهود في اليوم الساعة المحددين للجلسة كما نصت عليه المادة 151 من ق إ م إ.

كما يقوم القاضي بسماع كل شاهد على حدة وذلك في حضور أو غياب الخصوم، وقبل سماعه يعرف باسمه ولقبه ومهنته وسنّه وموطنه وعلاقته ودرجة قرباته ومصاشرته أو تبعيته للخصوم، كما أنه يؤدي اليمين لتكوين شهادته غير قابلة للإبطال، ويحق للقاضي مواجهة الشهود لبعضهم إذا ما كان هذا الإجراء يفيد في حل هذه القضية (المادة 152 من ق إ م).

ورغم أهمية شهادة الشهود إلا أن هناك حالات لا تقبل فيها شهادة الشهود، لأن يكون هناك مصاشرة مباشرة مع أحد الخصوم ولا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم ولو كان مطلقاً، كما لا يجوز قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة، وتم استثناء الفروع حيث يتم سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق، كما يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال، ماعدا ناصي الأهلية وهذا ما ذكرته المادة 153 من ق إ م.

وبحسب المادتين 154 و 155 من ق إ م إذا تخلف الشهود عن الحضور بعد تكليفهم بالحضور بسبعين من الخصم الذي يرغب في ذلك وعلى نفقته، مع وجوب إيداع مبالغ لتعويضات المستحقة للشهود، وإذا استحال على الشاهد الحضور لأسباب قصرية يجوز للقاضي أن يحدد موعداً آخر وإذا كان يقيم خارج دائرة اختصاص الجهة القضائية جاز للقاضي إصدار إنابة قضائية لتلقي شهادته.

رغم الأهمية التي يعني بها الشاهد في المحكمة والدور الكبير الذي يلعبه في الفصل في بعض القضايا، إلا أنه يخضع لشروط معينة قد تسمح له بالشهادة وقد تمنعه منها، كعدم أهلية وكذا قرباته من أحد الخصوم كالنسب وغيرها (المادتين 156 و 157 من ق إ م).

الفرع الثاني: تلقي الشهادة

بعد التأكيد من هوية الشاهد وعلاقته بالواقعة التي هو بقصد الإدلاء بشهادته حولها وكذا بالخصوم، تقوم المحكمة بتلقي أقوال الشاهد. إما أن يحضر الخصم شاهده معه وإما أن يكلف بالحضور في الجلسة المحددة للتحقيق بواسطة محضر تكليف يعده المحضر القضائي.

يؤدي كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقي الشهود الذين لم تسمع شهادتهم ويستمر التحقيق إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفي، وعلى الشاهد قبل أدائه شهادته أن يعرف على اسمه ولقبه ومهنته وسنّه

وموطنه وقربته أو مصاہرته ودرجتها إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم، ويبين كذلك إذا كان تابعاً أو متبعاً لأحدهم، الغرض من هذا البيان تمكين المحكمة من تقدير قيمة شهادة الشاهد تبعاً لما إذا كانت له علاقة بالخصوم أو لا..

أما فيما يخص كيفية تلقي الشهادة فإن المواد من 158 إلى 163 من ق.إ قد حددت ذلك، بحيث يدل الشاهد بشهادته دون قراءة لأي نص مكتوب، ويجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصم أو من أحدهم أن يطرح على الشاهد الأسئلة التي يراها مفيدة. ولا يمكن لأي كان ماعدا القاضي أن يقاطع الشاهد أثناء الإدلاء بشهادته أو يسأله مباشرة، وبناء على ذلك تدون أقوال الشاهد في محضر، يتضمن البيانات الآتية:

1. مكان ويوم وساعة سماع الشاهد،

2. حضور أو غياب الخصوم،

3. اسم ولقب ومهنة وموطن الشاهد،

4. أداء اليمين من طرف الشاهد ودرجة قربته أو مصاہرته مع الخصوم أو تبعيته لهم،

5. أوجه التبرير المقدمة ضد الشاهد عند الاقتضاء،

6. أقوال الشاهد والتنويه بتلاوتها عليه.

في الأخير تتلى على الشاهد أقواله من طرف أمين الضبط فور الإدلاء بها، يجب توقيع المحضر القضائي ويلحق مع أصل الحكم، وإذا كان الشاهد لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع أو يرفضه، ينوه عن ذلك في المحضر.

ويجوز للخصوم الحصول على نسخة من محضر السماع، كما يجوز للقاضي أن يفصل في القضية فور سماع الشهود أو يؤجلها إلى جلسة لاحقة.

المبحث الثاني: القرائن القضائية

مع الملاحظة أننا لن نتناول هنا القرائن القانونية التي هي من عمل المشرع نفسه، يستنبطها مما يغلب وقوعه عملاً في نوع معين من الحالات وينص عليها في صيغة عامة مجردة، وهي لا تعتبر أدلة بالمعنى الصحيح، إذ هي تؤدي فقط إلى نقل عبء الإثبات من على عاتق المكلف به إن كانت قرينة بسيطة أي غير قاطعة، أو إلى الإعفاء نهائياً من الإثبات إن كانت قرينة قاطعة.

أما القرائن القضائية فهي التي لم ينص عليها القانون، ويستنبطها القاضي من ظروف ووقائع الدعوى بما له من سلطة تقدير، وهي على هذا النحو ليست أدلة مباشرة للإثبات وإنما هي أدلة غير مباشرة تقوم على استنتاج وقائع من وقائع أخرى. سنتعرض فيما يلي في مطلب أول للمقصود بالقرائن القضائية وسلطة القاضي في استنباطها وفي مطلب ثاني الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية.

المطلب الأول: المقصود بالقرائن القضائية وسلطة القاضي في استنباطها

الفرع الأول: المقصود بالقرائن القضائية

القرائن القضائية هي القرائن التي يترك أمر استنباطها للقاضي، فهو يستنبطها من ظروف الدعوى المعروضة أمامه وملابساتها، فيختار القاضي واقعة معلومة من وقائع الدعوى ويستدل بها عن الواقع المراد إثباتها. يعني ذلك أن الإثبات بالقرائن هو إثبات غير مباشر لأنه لا ينصب على الواقع ذاتها المراد إثباتها وإنما على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها ثبوت الواقع المراد إثباتها.

تقوم القرائن القضائية على عناصر مادي والثاني معنوي، فالعنصر المادي يتكون من الواقع الثابتة في الدعوى التي تتحقق القاضي من ثبوتها، أما العنصر المعنوي فهو الاستنباط الذي يقوم به القاضي على أساس العنصر المادي، ومرجعه فطنة القاضي وذكائه ومثال ذلك استخلاص صورية العقد من علاقة القرابة بين طرف العقد، فإن ثبتت هذه العلاقة جاز للقاضي أن يستنبط منها صورية التصرف.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في استنباط القرائن القضائية

للقاضي سلطة واسعة في استخلاص القرائن القضائية وهذا ما عبرت عنه المادة 340 بنصها: "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون"، معنى ذلك أن القاضي حر في اختيار أية واقعة من الواقع التي ثبتت أمامه لكي يستنبط منها قرينة على صحة الواقع المراد إثباتها، كما أنه يتمتع بسلطة واسعة في استنباط ما تحتمل الواقع من دلالة.

فضلاً عن أنه حر في تكوين اقتناعه، فقد يقتنع بقرينة واحدة قوية الدلالة وقد لا يقتنع بعدة قرائن يرى بأنها ضعيفة.

وللقارضي سلطة واسعة أيضاً في استنباط القرائن من أي مصدر يراه، فله أن يستنبطها من أوراق الدعوى أو من شهادة الشهود أو من تقرير الخبير، كما له أن يستند في هذا الاستنباط إلى ما قضت به دعوى أخرى بين الخصوم أنفسهم.

المطلب الثاني: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية

رأينا أنه حسب المادة 340 من القانون المدني لا يجوز الإثبات بالقرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة، معنى ذلك أن الإثبات بالقرائن القضائية يتحدد نطاقه بالحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود. فالقرائن القضائية كدليل للإثبات يعادل شهادة الشهود، وبالتالي فيما يمكن إثباته بشهادة الشهود يمكن إثباته بالقرائن القضائية.

على ذلك يجوز الإثبات بالقرائن في التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها 100.000 دينار جزائري، كما يجوز أيضاً الإثبات بها في المسائل التجارية وكذلك في الواقع المادي، ولكن لا يجوز قبولها في الإثبات فيما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتاب (العقد الرسمي كما جاء في نص المادة 334 من القانون المدني) ولا في الحالات الخاصة التي يوجب فيها القانون الكتابة للإثبات.

ويجوز الإثبات بالقرائن استثناء من ذلك في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة، أو إذا وجد مانع من الحصول على دليل كتابي أو فقد السند الكتابي بسبب أجنبي.

المبحث الثالث: اليمين

اليمين هي إشهاد الله تعالى على صدق ما يدعيه الحالف أو عدم صحة ما يدعيه الخصم الآخر، فهي عمل مدني وعمل ديني أيضاً، بما أن الحالف يستشهد الله ويستنزل عقابه.

واليمين إما أن تكون قضائية أو غير قضائية. وما يهمنا في هذا الموضوع هي اليمين القضائية التي نص عليها المشرع الجزائري في المواد من 343 إلى 350 من القانون المدني، أي التي تؤدي أمام القضاء، بناء على طلب الخصم الآخر أو طلب المحكمة، على وجود أو عدم وجود واقعة متنازع عليها عند انعدام الدليل أو عدم كفيته أما اليمين غير القضائية وهي اليمين التي يتفق أصحاب الشأن على أن يؤديها أحدهما خارج

مجلس القضاء حسما للمنازعات، واليمين التي يؤدّيها من يتقدّدون بعض المناصب، كالقضاة والمحامين، وهذا الصنف من اليمين لا تهمّنا في هذا المقام.

اليمين القضائية تنقسم إلى نوعين: اليمين الحاسمة، وهي يمين يوجّهها الخصم إلى خصمٍ يحتكم بها إلى ضميره لجسم نزاعٍ لم يتوافر فيه دليل إثبات. واليمين المتممة، هي يمين يوجّهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أيٍ من الخصمين ليستكمل بها الدليل المقدم لتكوين اقتناعٍ حتى يفصل في الدعوى وهي موضوع دراستنا، فيما يلي نتناول في مطلب أول تعريف اليمين المتممة وشروطها وفي مطلب ثانٍ الآثار المترتبة عن توجيه هذه اليمين.

المطلب الأول: تعريف اليمين المتممة وشروطها

الفرع الأول: تعريف اليمين المتممة

اليمين المتممة هي اليمين التي يوجّهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أيٍ من الخصمين ليكمل بها اقتناعه، عندما يقدر عدم كفاية الأدلة التي يقدمها الخصم، ويستفاد من نص المادة 348 من القانون المدني أن اليمين المتممة يوجّهها القاضي من تلقاء نفسه لأيٍ من الخصمين، وليس لأيٍ من الخصميين توجيهها بعكس اليمين الحاسمة، فالقاضي هو الذي يوجّهها إلى أيٍ من الخصميين وفقاً لتقديره. ولا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردّها على الخصم الآخر عملاً بنص المادة 349 من القانون المدني.

وتعتبر يمين التقويم صورة خاصة لليمين المتممة تناولتها المادة 350 من القانون المدني المذكور أعلاه يحدد القاضي في هذه الحالة حداً أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعى بيمنيه، ويقال لهذه اليمين يمين التقويم حيث أن موضوعها تقويم قيمة الشيء، وإذا كان القاضي هو الذي يوجه هذه اليمين، فإنها تختلف عن اليمين المتممة الأصلية في أن موضوعها تحديد قيمة المدعى به.

أيضاً لا توجه إلا إلى المدعى وموضوعها هو دائمًا المبلغ الذي يقدر به المدعى قيمة الشيء الذي استحال رده بفعل المدعى عليه، على ألا يتجاوز هذا المبلغ حداً أقصى يحدده القاضي بحسب تقديره وفقاً لما يتبيّن له من ظروف الدعوى، ويدين التقويم كاليمين المتممة الأصلية لا يجوز ردّها على الخصم، وأن القاضي لا يلتزم بالحكم بموجبه، بل له أن يحكم بمبلغ أقل أو أكثر من المبلغ الذي حلف عليه المدين.

الفرع الثاني: شروط توجيه اليمين المتممة

تتطلب المادة 348 من القانون المدني توافر شرطين في توجيه اليمين المتممة، أولهما ألا يكون في الدعوى دليل كامل والثاني ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل.

الشرط الأول: ألا يكون في الدعوى دليل كامل: اليمين المتممة غرضها أن يستكمل القاضي اقتناعه، فهي تكمل دليلاً ناقصاً فإذا كان في الدعوى دليلاً كاملاً فلا يكون اقتناع القاضي في حاجة إلى استكمال، ويجب على القاضي أن يحكم وفقاً لهذا الدليل.

الشرط الثاني: ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل: يشترط لتوجيه اليمين المتممة ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل، ذلك أن اليمين المتممة يوجهها القاضي لاستكمال اقتناعه، وهذا يتطلب بالضرورة أن يكون في الدعوى دليل، ولكنه دليل غير كامل.

أما إذا كانت الدعوى خالية من أي دليل، فيمتنع توجيه اليمين المتممة، وهي في هذا تخالف اليمين الحاسمة التي يجوز توجيهها عند عدم وجود أي دليل في الدعوى.

إذا ما توافرت هذه الشروط فان للقاضي أن يوجه اليمين المتممة في أية حالة كانت علهم الدعوى.

المطلب الثاني: آثار توجيه اليمين المتممة

إذا حلف من وجهت إليه اليمين المتممة فإن هذا لا يؤدي إلى حسم النزاع، ذلك أن القاضي له السلطة التامة في تقدير نتيجتها فله أن يأخذ بها كما له أن يرفض الأخذ بها.

وقد تظهر للقاضي بعد حلف اليمين المتممة أدلة جديدة تقنعه بأن دعوى الخصم الذي حلف اليمين على غير أساس فيحكم ضده، كذلك يستطيع الخصم الذي خسر الدعوى بسبب حلف الخصم الآخر لليمين المتممة أن يثبت كذب هذه اليمين، لأن حكم كل من المادتين 346 و 347 من القانون المدني قاصر على اليمين الحاسمة ولا ينصرف إلى اليمين المتممة.

ولا يترتب على نكول من وجهت إليه اليمين المتممة أن يحكم القاضي بالضرورة ضده، بل كل ما يترب على ذلك أن تظل الأدلة المقدمة في الدعوى ناقصة، فإذا لم يكملها المدعى بأدلة أخرى خسر دعواه لعدم كفاية الأدلة وليس بسبب نكوله عن أداء اليمين المتممة.