



جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

محاضرات في طرق الإثبات
مطبوعة موجهة لطلبة الحقوق - ليسانس -
(القانون الخاص)

من إعداد الدكتور:
لبيض ليلي

السنة الجامعية: 2019/2018

مقدمة

تعتبر نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقا في الحياة العملية أمام القضاء، بل هي النظرية التي تطبقها المحاكم كل يوم فيما يعرض عليها من دعاوى.

وذلك بأن الحق الذي لا يمكن إثبات مصدره يعتبر مجردا من قيمته وقد قيل في هذا الصدد:

"الدليل قوام الحق" - "ما لا دليل عليه هو والعدم سواء" - "يستوي حق المعدوم وحق لا دليل عليه" - "الدليل هو الذي يحي الحق" - "الدليل قوة الحق" ...

والإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء وبالطرق التي حددها القانون على وجود تصرف أو واقعة يترتب على ثبوتها آثارا قانونية.

ونظرا لأهمية الإثبات فقد عنيت مختلف التشريعات بتنظيم أحكامه وتحديد طرقه، كما عنيت مختلف الجامعات بتدريسه لطلبة الحقوق ومنها ما هو مقرر لطلبة الليسانس في الحقوق ضمن القانون الخاص من خلال مقياس طرق الإثبات وطرق التنفيذ.

وسوف نتناول في هذا المقياس في المحور الأول طرق الإثبات، وفي المحور الثاني طرق التنفيذ، ففي المحور الأول نتطرق للمبادئ العامة التي يقوم عليها الإثبات في المواد المدنية وإلى طرق الإثبات المحددة قانونا بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/25 المتضمن للقانون المدني المعدل والمتمم

القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية

وهذا ضمن بابين يسبقهما فصل تمهيدي نتعرض فيه لتعريف الإثبات وأهميته وإلى المذاهب التي يقوم عليها نظام الإثبات في المواد المدنية، ونتعرض في الباب الأول إلى المبادئ العامة للإثبات ونخصص الباب الثاني لطرق الإثبات الكلاسيكية منها والحديثة.

أما المحور الثاني المتعلق بطرق التنفيذ فسوف يكون موضوع مطبوعة أخرى هي قيد الانجاز.

وعليه فإن دراستنا لطرق الإثبات يكون في المواد المدنية فقط أي الإثبات المدني دون الإثبات في المواد التجارية الذي له مجاله وهو اقل تعقيدا من الإثبات المدني بحيث يتسم بالبساطة والسهولة لارتباطه بالمعاملات التجارية بمبادئ القانون التجاري التي تقوم على السرعة والائتمان.

كما أن طرق الإثبات التي نتناولها بالدراسة في هذه المحاضرات لا تتعلق بالإثبات الجنائي لأن هذا الأخير له مجاله وأحكامه التي تختلف عن القانون المدني والتي تقوم على مبادئ خاصة من أهمها مبدأ اقتناع القاضي الجزائري.

لقد جمعت هذه المحاضرات التي ألقيتها على أبنائي الطلبة خلال السنة الجامعية 2019/2018 واطبعها بين أيديهم تنفيذًا بما وعدتهم به، ليستفيدوا منه في مشوارهم الدراسي والعملية لاحقا.

وأدعو الله أن يعلمنا بما ينفعنا، و ينفعنا بما علمنا ويوفقنا بما يحبه ويرضاه.

فصل تمهيدي

لا يمكن دراسة طرق الإثبات في المواد المدنية دون التطرق إلى تعريف الإثبات وأهميته وإلى المذاهب التي يقوم عليها تنظيم الإثبات، ودون معرفة طبيعة ومكان قواعد الإثبات ضمن القوانين التي تنظم طرق الإثبات. ولهذا ارتأينا تخصيص فصل تمهيدي عبارة عن مدخل عام للإثبات القضائي. وتعرض في هذا الفصل التمهيدي لتعريف الإثبات وأهميته (المبحث الأول) ولتنظيم قواعد الإثبات (المبحث الثاني) وإلى طبيعة قواعد الإثبات ومكانها (المبحث الثالث).

المبحث الأول

تعريف الإثبات وأهميته

نتعرض في هذا المبحث إلى أهم التعريفات الفقهية الواردة على الإثبات وكذا إلى الأهمية التي يتمتع بها وهذا في المطلبين التاليين:

المطلب الأول:

تعريف الإثبات

الإثبات بصفة عامة هو تأكيد وجود أو صحة أمر معين بأي دليل أو برهان، والإثبات بهذا المعنى تتنوع أساليبه بتنوع العلوم التي يتصل بها.

فالعالم أو الباحث، يسعى لإقامة الدليل على صحة حقيقة معينة أو تأكيد وجودها بالالتجاء إلى كل الوسائل العلمية المعروفة، وهو في ذلك حر في اختيار الوسائل التي تؤدي إلى تأكيد الحقيقة التي يسعى إليها¹. والإثبات بمعناه القانوني، وهو ما يطلق عليه بالإثبات القضائي، فيقصد به إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون، على وجود أو صحة واقعة قانونية ترتبت آثارها².

وهو حسب الدكتور فرج الصدة: "هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون على وجود حق متنازع فيه"³

ويعرفه الدكتور سليمان مرقس: "هو إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به، نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية"⁴ ومن خلال التعريفات السابقة، يتضح أن الإثبات الذي نقصده إنما هو الإثبات القضائي المدني الذي ينصب على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها وذلك لأن الإثبات، ليس محله الحق المدعى به، أو أي أثر قانوني آخر يتمسك به المدعي في دعواه، وإنما محله الواقعة القانونية مصدر هذا الحق أو هذا الأثر.

ويقصد بالواقعة القانونية، الواقعة بمعناها العام التي تنصرف إلى كل واقعة مادية أو إلى كل تصرف قانوني يترتب عليه القانون أثرا معيناً كالعمل غير المشروع، وهو واقعة مادية يترتب عليها القانون التزاما بالتعويض، وكالعقد وهو تصرف قانوني يترتب عليها القانون أيضا آثارا قانونية.

¹ محمد حسين قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2003 ص 7

² عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، طبعة نادي القضاة، 1982 ص 13-14

³ عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية الطبعة الثانية دون دار النشر سنة 1955 ص 5

⁴ سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، جزء 1 طبعة علم الكتاب، دون سنة نشر ص 11

لذلك يتعين أن ينصب الإثبات على وجود الواقعة القانونية سواء كانت عملاً قانونياً أي تصرفاً قانونياً كالبيع أو الوكالة، أو كانت واقعة مادية كالعمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب. وإضافة إلى وجوب إقامة الدليل أمام الجهة القضائية، وعلى أن ينصب على الواقعة القانونية المنشئة للحق المتنازع عليه، فإنه يتعين أن يتم هذا الإثبات بالطرق التي حددها القانون ذلك أن المشرع هو الذي يتولى تحديد طرق الإثبات المختلفة وطريقة تقديمها، فهي ملزمة للخصوم كما هي ملزمة للقاضي. ومن هذا يتضح الخلاف الجوهرى بين الإثبات العلمى والإثبات القضائى. فالإثبات العلمى جائز بأي طريقة أو وسيلة كانت، وهو مباح للكافة، أي لكل من يريد من الأشخاص الاشتراك والمساهمة فيه، وتظل الحقيقة العلمية بعد هذا قابلة للنظر وللتقاش على وجه الدوام⁵. وبهذا يبدو الفرق واضحاً بين الإثبات العلمى والإثبات القضائى، فهما يشتركان في أن كلا منهما ينطوي على تقصي حقيقة أمر من الأمور، ولكنهما يختلفان فيما عدا ذلك من الوجوه. فالإثبات بمعناه العام لا يتخصص بأن يكون أمام القضاء ولا بأن يكون بطرق محددة، بل هو طليق من هذه القيود، فالباحث في التاريخ مثلاً يستجمع أدلته على صحة الوقائع التاريخية التي يقررها من المستندات المتاحة له، أو من أي طريق آخر يراه كفيلاً بإثبات ما يريد.

وهذا الاختلاف بين نوعي الإثبات مرده إلى اختلاف الغرض من كل منهما، فالإثبات العلمى ينشد الحقيقة المجردة بينما يرمي الإثبات القضائى إلى الفصل في نزاع بين طرفين على حق يدعيه كل منهما، ولا بد أن يكون هناك حد لهذا النزاع، حتى لا تتأبد الخصومات ويستقر التعامل⁶

المطلب الثاني:

أهمية الإثبات

لا يعد الإثبات ركناً من أركان الحق، ومع ذلك فهو عنصر هام لدعم الحق وتأكيدده، باعتباره الوسيلة الوحيدة التي تمكن الشخص من الحصول على حقه إذا نوزع فيه⁷

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"⁸.

ومرد ذلك إلى أن القاعدة العامة أنه لا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه، بل عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حقه، ولن تستطيع ذلك إلا إذا قام بإثبات صحة ما يدعيه بالطرق التي يحددها القانون⁹.

⁵ محمد فتح الله النشار، أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامى، قانون الإثبات طبقاً لأحدث أحكام محكمة النقض، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2000، ص 11

⁶ محمد فتح الله، المرجع السابق، ص 12

⁷ محمود عبد الرحيم الديب، أسس الإثبات المدنى في القانون المصرى والفقه الإسلامى، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1998، ص 7

⁸ أنور سلطان، قواعد الإثبات فى المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2005، ص 5

⁹ إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، جزء 2، دون دار نشر، 1967، ص 459

ولا تقتصر أهمية الإثبات 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 الإثبات على القانون المدني وحده فهي تمتد إلى سائر فروع القانون كالقانون الإداري والتجاري والجنائي.

المبحث الثاني:

تنظيم الإثبات

لما كان للإثبات هذه الأهمية العلمية السالفة، كان طبيعياً أن تعنى التشريعات بتنظيمه، وهذا ببيان الوسائل التي يستطيع القاضي من خلالها الوصول إلى الحقيقة فيما يعرض عليه من منازعات، حتى يتمكن من تحقيق العدالة. ويعد الهدف الأسمى من نظام الإثبات القضائي هو التقريب بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، ذلك أن الحقيقة القضائية التي تنتج عن الإثبات القضائي قد يبتعد عن الحقيقة الواقعية وقد تقترب، وقد تأتي متفقة تماماً معها، لأن الإثبات القضائي ينشد الحقيقة وتلمس العدالة وهو في الوقت نفسه يراعي استقرار التعامل وثباته. ويتنازع تنظيم الإثبات عاملان، عامل العدالة الذي يدفع بالمشرع إلى تلمس كافة السبل حتى تأتي الحقيقة القضائية متفقة مع الحقيقة الواقعية، ونتيجة لذلك تتنازع تنظيم الإثبات مذاهب ثلاثة وهي: مذهب الإثبات الحر أو المطلق، مذهب الإثبات المقيد أو القانوني، ومذهب الإثبات المختلط، وستعرض لكل من هذه المذاهب في ما يلي:

المطلب الأول:

مذهب الإثبات الحر أو المطلق système libre

وفقاً لهذا النظام لا يضع المشرع طرقاً محددة للإثبات يتقيد 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 حراً في تكوين عقيدته من أي دليل يقدم إليه¹⁰.

ويقوم هذا المذهب على عدم تحديد طرق معينة يلزم بها الخصوم والقاضي في الإثبات، وإنما يكون للخصوم كامل الحرية في اختيار الأدلة التي يرون أنها تؤدي إلى إقناع القاضي.

وميزة هذا النظام أنه يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، فللقاضي طبقاً لهذا النظام دور إيجابي، يساعد به الخصوم في استكمال ما نقص من أدلتهم، بل وله أن يقضي بعلمه الشخصي بالوقائع، وله أن يلجأ إلى سؤال غير الخصوم بقصد التوصل إلى الحقيقة وجوهر هذا النظام هو إطلاق حرية القاضي في تكوين عقيدته في الدعوى كيفما شاء¹¹

وبما أن هذا المذهب أنه يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، وأنه يزيد من فرص وصول القاضي إلى الحقيقة الواقعية، الأمر الذي يفسح السبيل أمام القاضي إلى تحقيق العدالة قدر الإمكان¹²، 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.

¹⁰محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 10

¹¹رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية "النظرية العامة في الإثبات"، الدار الجامعية بيروت 1993، ص 22.

¹²محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 11

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.

كما يؤخذ عليه أيضا احتمال أن يغلب ميل القاضي على نزاهته. وقد أخذت بهذا المذهب الشرائع الانجلوسكسونية والألمانية والسويسرية كما تأخذ به كافة الشرائع في المواد الجنائية نظرا لعدم تقبل هذه المواد لفكرة تحديد طرق معينة في الإثبات.

المطلب الثاني:

مذهب الإثبات المقيد أو الإثبات القانوني système légal

في هذا النظام يحدد القانون طرق الإثبات، كما يحدد قيمة كل طريق من هذه الطرق، فلا يستطيع الخصوم إثبات حقوقهم بغير الطرق التي حددها القانون. ففي هذا النظام يقيد المشرع الإثبات اشد التقييد فيحدد طريقه تحديدا دقيقا، ويحدد لكل طريق قيمته، فلا يستطيع المتقاضي أن يثبت حقه إلا بهذه الطرق ولا يستطيع القاضي أن يقبل منه غيرها أو أن يعطي لها قيمة مغايرة للقيمة التي أعطاها لها القانون¹³. وموقف القاضي في هذا المذهب، موقف 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 سلفا الأدلة التي يمكن عن طريقها إقناع القاضي وليس للقاضي أن يحيلهم على أدلة لم ينص عليها القانون، كما يبعث الثقة والاطمئنان في نفوس المتقاضين. ومن ناحية أخرى يمنع تعسف القاضي وجوره في حكمه. ويمتاز هذا النظام أيضا أنه يكفل الثقة والاستقرار في المعاملات، لأنه ينأى عن تحكم القضاة ولذلك يضمن حسن سير العدالة.

ويؤخذ على هذا النظام أنه قد يباعد بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، حيث لا تترك للقاضي حرية في تقدير الأدلة المقدمة فهو مقيد بما رسمه له القانون.

ويعاب على هذا النظام أيضا يباعد بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، فقد يكون الحق بجانب احد الخصوم ويكون القاضي مقتنعا لذلك ولكنه لا يستطيع الحكم لصالحه لعدم توافر الدليل الذي يفرضه القانون¹⁴.

المطلب الثالث:

المذهب المختلط: système mixte

يجمع هذا المذهب بين نظام الإثبات الحر ونظام الإثبات المقيد، 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

¹³أنور سلطان، المرجع السابق، ص 6.

¹⁴أنوار عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، الجزء الأول، مطبعة النشر بيروت، 1961، ص 7

يتحلل من هذه القيود إلى حد كبير في المسائل التجارية نظرا لما يتطلبه 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 قوة معينة. كشهادة الشهود مثلا، ففي شهادة الشهود يستطيع القاضي أن يغلب شهادة القلة عن الكثرة¹⁵ 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، وبين اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية بما يمنحه للقاضي من حرية التقدير¹⁶. ويأخذ بهذا النظام معظم القوانين الحديثة كالقانون الفرنسي والقانون الإيطالي والبلجيكي كما يأخذ به القانون المصري واللبناني والجزائري.

المبحث الثالث:

طبيعة قواعد الإثبات ومكانها

تختلف التشريعات المقارنة في تحديد طبيعة قواعد الإثبات وفي المكان الذي توضع فيه هذه القواعد، هل مكانها يكون ضمن القانون المدني أم ضمن قانون المرافعات أم مكانها قانون خاص مستقل بذاته؟ وهذا ما سنتطرق له في المطالبين التاليين:

المطلب الأول:

طبيعة قواعد الإثبات

نظرا لأهمية الإثبات، فقد عنيت جميع التشريعات بتنظيمه ووضع قوانين خاصة توضح أحكامه، غير أن هذه التشريعات اختلفت فيما بينها في طريقة تنظيم قواعد الإثبات هذه.

ويرجع هذا الخلاف إلى أن هذه القواعد ليست جميعها من طبيعة واحدة، فبعضها قواعد تتعلق بالتنظيم الموضوعي والبعض الآخر يتعلق بالشكل والإجراءات.

فقواعد الإثبات الموضوعية هي التي تحدد طرق الإثبات المختلفة والحالات التي يجوز التمسك فيها بكل طريق وشروط قبوله وقيمته وعلى من يقع عبء الإثبات فيه.

أما القواعد الإجرائية والشكلية، فهي التي تتعلق بالإجراءات التي يجب إتباعها في تقديم الدليل أمام القضاء عند نظر المنازعة، كالقواعد التي توجب أداء الشهادة شفاهة، والقواعد التي تنظم حلف اليمين واستجواب الخصوم¹⁷.

المطلب الثاني:

¹⁵أنور سلطان، المرجع السابق، ص 7.

¹⁶محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 13.

¹⁷محمد عبد الرحيم ديب، المرجع السابق، ص 18.

مكان قواعد الإثبات

وتختلف التشريعات على المكان الذي ينظم هذه القواعد، وانقسمت إلى اتجاهات ثلاثة:
الاتجاه الأول: يرى أن وضع القواعد الموضوعية في التقنين المدني، والقواعد الشكلية في تقنين المرافعات أو الإجراءات حفاظا على طبيعة كل منهما، وهذا هو الاتجاه السائد في غالبية التشريعات اللاتينية، و به اخذ القانون الفرنسي والجزائري.

الاتجاه الثاني: يرى جمع قواعد الإثبات الموضوعية والشكلية معا وتضمينها في تقنين المرافعات، وهو ما اخذ به القانون الألماني والسويسري.

الاتجاه الثالث: يرى أفراد قانون خاص لقواعد الإثبات الموضوعية والشكلية معا، وهو ما اخذ به القانون الانجليزي، السوري والمصري بإصداره قانونا خاصا للإثبات هو القانون رقم 25 لسنة 1968 والذي ألغى في المادة الأولى منه النصوص الخاصة بالإثبات التي كانت واردة في التقنين المدني وفي قانون المرافعات المدنية والتجارية.

الباب الأول:

المبادئ العامة في الإثبات

المبادئ العامة في الإثبات

يقوم الإثبات القضائي على مبادئ أساسية يعبر عنها بالمبادئ العامة للإثبات وتتمثل في محل الإثبات، عبء الإثبات، الحق في الإثبات وكذا مبدأ حياد القاضي، وهي المبادئ التي سنتطرق لها في الفصول التالية:

الفصل الأول:

محل الإثبات

لا يرد الإثبات على الحق ذاته المدعى به وإنما على الواقعة القانونية التي هي مصدر هذا الحق، وسوف نتعرض في هذا الفصل للواقعة القانونية محل الإثبات (المبحث الأول) وإلى الشروط الواجب توافرها في هذه الواقعة (المبحث الثاني)

المبحث الأول:

المقصود بالواقعة القانونية محل الإثبات

يُراد بالإثبات على الواقعة القانونية وليس على الحق نفسه المدعى به، ذلك أن الواقعة القانونية هي مصدر هذا الحق. والحق ما هو إلا الأثر الذي يترتب على الواقعة القانونية، فإذا تمكن المدعي من إقامة الدليل على هذه الواقعة القانونية فإنه يكون قد أقامه بذلك على الحق المدعى به. والواقعة القانونية قد تكون واقعة مادية وقد تكون تصرفات قانونية.

ويدخل ضمن الوقائع المادية الوقائع الطبيعية، كالزلازل التي تولد حالة القوة القاهرة، والوفاة التي يترتب عليها الحق في الميراث كما يندرج تحتها الأفعال المادية التي هي من فعل الإنسان كارتكاب جريمة وما يترتب عليها من حق للمضروب في طلب التعويض.

وتتميز الوقائع المادية سواء كانت طبيعية أو من فعل الإنسان بأن القانون هو الذي يتولى تحديد أثرها¹⁸. أما التصرفات القانونية فقوامها الإرادة ولذلك يعرف التصرف القانوني بأنه إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين. والتصرف القانوني إما أن يكون بإرادة منفردة كالوصية وإما أن تتم بإرادتين كالبيع أو الإيجار. وتقسيم الوقائع القانونية إلى وقائع مادية وتصرفات قانونية له أهمية بالغة ذلك أن الوقائع المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بينما يشترط المشرع في التصرفات القانونية الإثبات بالدليل الكتابي بصفة أساسية لأن قوامها الإرادة بينما طبيعة الوقائع المادية يستعصى تقديم الدليل بشأنها.

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للواقعة القانونية فما هو الأمر بالنسبة للقاعدة القانونية وللعرف والعادة الاتفاقية والقانون الأجنبي؟ وهل تعتبر هي بدورها محلاً للإثبات؟ هذا ما سنجيب عنه في المطالب التالية:

المطلب الأول:

القاعدة القانونية

الأصل أن القاعدة القانونية لا تعتبر محلاً للإثبات، لأنه يفترض علم القاضي بها، وعليه أن يطبقها على الوقائع القانونية المطروحة عليه وإذا وجد بها أي غموض وكانت في حاجة إلى تفسير، فإن التفسير أيضاً يكون من عمل القاضي.

ولا ريب في أن واجب الإثبات في معناه القانوني لا ينصب على القانون لأن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق يفترض علم القاضي بها ولا يكلف الخصوم بإثبات هذه القاعدة وهذا هو الأصل. ولكن المسألة لا تحسم نهائياً في بعض الحالات التي تدق فيها معرفة من يقع عليه واجب الإثبات هل هو القاضي أم الخصوم كما هو الحال بالنسبة للقاعدة القانونية الأجنبية أو العرفية أو العادة الاتفاقية، وهي استثناءات من المبدأ الذي مفاده أن القاعدة القانونية ليست محلاً للإثبات وهذا ما نتطرق له في المطلب الموالي.

المطلب الثاني:

العرف والعادة الاتفاقية

العرف هو تواتر الناس عن العمل بقاعدة معينة مع شعورهم بإلزامها إلزاماً قانونياً. والعرف هو المصدر الثالث للقاعدة القانونية بعد التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني. فالعرف يعد بمثابة قاعدة قانونية من حيث افتراض علم القاضي بها، غير أنه لما كانت القاعدة العرفية قاعدة غير مكتوبة فإن من له المصلحة في التمسك بها يقع عليه إثباتها. ويفترض في القاضي أن يعلم بالعرف، ولصعوبة معرفة العرف من الناحية العملية فعلى الخصوم معاونة القاضي في التحقق من وجود العرف، وتحديد مضمونه ولكن القاضي يظل هو المرجع النهائي في ذلك¹⁹. غير أنه إذا كان العرف محلياً، فلا يعقل أن يفترض علم القاضي به، ويكون على الخصم الذي يتمسك به أن يقيم الدليل عليه، وبذلك يأخذ العرف المحلي حكم الواقعة القانونية. أما العادة الاتفاقية وهي سنة تواتر الأفراد على إتباعها دون أن يتوافر لديهم الاعتقاد بإلزامها²⁰ فهي بذلك مجرد واقعة مادية وعلى من يتمسك بها أن يثبت وجودها، فالقاضي يجهل مضمون تلك العادات فيلتزم الخصوم بواجب إثباتها²¹.

المطلب الثالث:

القانون الأجنبي

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

¹⁹سجى عمر شعبان آل عمرو، دور الخصوم في الإثبات المدني(دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية ودار الشتات للنشر والبرمجيات مصر و الإمارات، 2012، ص 177.

²⁰محمد حسين منصور، قانون الإثبات منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 31

²¹سجى عمر شعبان آل عمرو، المرجع نفسه، ص 178

فالرأي الأول يرى أن القانون الأجنبي مسألة واقع حيث ينكر البعض عليه صفته القانونية ويضفي عليه صفة الواقع باعتباره لا يعدو أن يكون عنصرا من عناصره، ونقطة البداية عندهم أن كل قاعدة قانونية تتكون من عنصرين:

- العنصر العقلي أو مضمون القاعدة

- وعنصر الإلزام أو الأمر والذي تستمد منه قوتها الملزمة

فإذا كانت تمتلك تلك القاعدة هذين العنصرين في دولة المشرع فإنها تفتقد عنصر الإلزام في حالة خروجها من دولة المشرع وتطبيقها أمام القضاء المدني لتلك الدولة الأجنبية فلا يتبقى لتلك القاعدة سوى مضمونها.²² لقد تبني هذا الرأي جانب من القضاء الفرنسي وجانب من الفقه الفرنسي وجانب من الفقه المصري²³.

أما الرأي الآخر فإنه يعتبر القانون الأجنبي مسألة قانون وهو قائم على افتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي أسوة بالقانون الوطني وإن كان في ذلك صعوبات، فليس معنى ذلك أن يستسلم القاضي لتلك الصعوبات لأن عليه التزاما قانونيا بالبحث عن مضمون هذا القانون²⁴.

هذا ويلاحظ في الأخير أن علم القاضي لمضمون القانون الأجنبي لا يعتبر علما بواقعة من الوقائع الخاصة بطرفي النزاع وإنما هي واقعة عامة يجوز للقاضي أن يجري علمه الشخصي في شأنها.

المبحث الثاني:

الشروط الواجب توافرها في الواقعة محل النزاع

يجب أن تتوافر الشروط الآتية في الواقعة المراد إثباتها:

- أن تكون الواقعة محل النزاع

- أن تكون الواقعة محددة

- أن تكون متعلقة بالدعوى

- أن تكون منتجة في الإثبات

- أن تكون جائزة القبول

وهي الشروط التي يقسمها الفقه إلى شروط بديهية وشروط قانونية هذا ما نتعرض له في المطلبين التاليين.

المطلب الأول:

الشروط البديهية

الشروط البديهية التي اتفق عليها الفقه هي على النحو التالي:

الفرع الأول:

أن تكون الواقعة محل النزاع

²² هشام علي صادق، تنازع القوانين، نشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 247.

²³ سجي عمر شعبان آل عمرو، المرجع السابق، ص 174.

²⁴ هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 266.

يجب أن تكون الواقعة محل الإثبات محل نزاع، فإذا لم تكن كذلك بأن كان الخصم مسلماً بها ومتفقاً عليها من قبل الطرفين ومعتزفاً بها. وإذا كانت الواقعة تعد من معلومات عامة الأشخاص سواء كانت تاريخية أم علمية أو إذا كان اقتناع القاضي قد تكون بشأنها، أو كان القانون قد اعفي الخصم من إثباتها كالقرائن القانونية ففي هذا الحالات فلا يجب على الخصم إثباتها لأنها تكون واقعة غير متنازع فيها وبذلك فلا حاجة لإثباتها.

الفرع الثاني:

أن تكون الواقعة محددة

يجب أن تكون الواقعة محل الإثبات واقعة محددة وهذا شرط بديهي، لأنه لا يمكن إثبات الواقعة غير المحددة تحديداً دقيقاً نافياً للجهالة.

والواقعة القانونية المراد إثباتها سواء كانت ايجابية أو سلبية، فيجب أن تكون محددة لأن الواقعة غير المحددة لا يمكن إثباتها، فإذا طالب شخص آخر بدين تعين عليه إثبات مصدر هذا الدين فإن ادعى أن مصدره عقد، تعين عليه تحديد هذا العقد تحديداً نافياً للجهالة حتى يمكن التأكد من أن الدليل الذي سيقدمه يتعلق بالعقد المدعى به دون سواه²⁵، هذا إذا كانت الواقعة المدعى بها ايجابية.

أما إذا كانت الواقعة سلبية فيمكن تحديدها تحديداً كافياً فتكون قابلة للإثبات مثلاً أن يثبت الدائن أن مدينه الملزوم بحراسة شيء ما لم يقم بحراسته، فعدم القيام بالحراسة واقعة سلبية فيجوز للدائن إثباتها عن طريق إثبات واقعة ايجابية متصلة بها كأن يثبت أن المدين كان في جهة أخرى في وقت الحراسة²⁶.

المطلب الثاني:

الشروط القانونية

لقد نصت على هذه الشروط بعض التشريعات المقارنة منها القانون المصري بموجب نص المادة الثانية من قانون الإثبات والتي جاء فيها: "يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى، منتجة فيها جائر قبولها." ومنها القانون العراقي المادة 10 من قانون الإثبات العراقي التي جاء فيها: "يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها جائر قبولها" وأيضاً قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المادة 253.

علماً بأن المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه الشروط لا في القانون المدني ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ومع ذلك سنتطرق لهذه الشروط فيما يلي:

الفرع الأول:

أن تكون متعلقة بالدعوى

²⁵أنور سلطان، المرجع السابق، ص 18.
²⁶سجى عمر شعبان آل عمرو، المرجع السابق، ص 182.

يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى أي متصلة بموضوع النزاع، أما إذا كانت بعيدة الصلة عن موضوع الدعوى فلا توجد هناك فائدة من إثباتها²⁷، هذا الشرط لا يثير مشكلة بالنسبة إلى الإثبات المباشر كما لو أثبت المؤجر عقد الإيجار للمطالبة بالأجرة ففي هذه الحالة تكون واقعة الإيجار متعلقة بموضوع الدعوى وهو المطالبة بالأجرة أو إذا تمسك المقرض بعقد القرض للمطالبة بسداد الدين.

غير أنه قد يتعذر الإثبات المباشر ففي هذه الحالة، يلجأ المتقاضى إلى الإثبات غير المباشر، أي إلى إثبات واقعة أخرى ليست فقط قريبة من الواقعة الأصلية بل متصلة بها اتصالاً وثيقاً، كما إذا طُلب المستأجر بأجرة شهر معين، فيقدم محالصات بالأجرة عن شهور لاحقة للشهر المطالب بأجرته²⁸.

الفرع الثاني:

أن تكون منتجة في الإثبات

ومعنى ذلك أن يكون من شأن الواقعة إذا ثبتت أن توصل إلى اقتناع القاضي بما يؤثر في الحكم الذي يصدره²⁹. وتعني أيضاً أن يتوافر بها أحد عناصر الإقناع ولو لم تكن حاسمة في حل النزاع. هذا مع ملاحظة أن مع كل واقعة منتجة في الإثبات تكون قطعاً متعلقة بالدعوى، لكن ليست كل واقعة متعلقة بالدعوى تكون منتجة في الإثبات، فإذا طلب المستأجر بأجرة شهر معين، فقدم المستأجر محالصات بالأجرة عن شهور سابقة للتدليل على أنه يدفع الأجرة بانتظام، فإن هذه الواقعة ولو أنها متعلقة بالدعوى، إلا أنها غير منتجة في الإثبات، لأن دفع الأجرة عن مدة سابقة لا يفيد بالضرورة دفعها عن مدة لاحقة³⁰.

الفرع الثالث:

أن تكون جائزة القبول

يجب أن تكون الواقعة محل الإثبات جائزة القبول والهدف من هذا الشرط ألا تكون الواقعة مستحيلة، والاستحالة التي تمنع من الإثبات قد تكون استحالة مادية كمن يدعي أنه ابن لشخص اصغر منه سناً، وقد تكون الاستحالة بسبب إطلاق الواقعة، 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 والآداب، كإثبات دين قمار أو بيع تركة إنسان على قيد الحياة.

هذا وتجدر الإشارة أن هناك وقائع لا يجوز قبول إثباتها من أشخاص معينين علموا بها بسبب علاقة معينة كالموظف العام والمحامي والطبيب على ما أوتمنوا عليه من سر بسبب الوظيفة أو المهنة³¹

²⁷سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 69.

²⁸عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 61.

²⁹سجى عمر شعبان آل عمرو، المرجع السابق، ص 183.

³⁰عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 63.

³¹أنور سلطان، المرجع السابق، ص 20.

الفصل الثاني: عبء الإثبات

النص القانوني:

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 بمعنى أنه يقع على هذا الأخير عبء إثبات الالتزام كما يقع على المدين عبء التخلص منه. ويثور التساؤل

حول المقصود بهذه القاعدة، وما هي أهمية تحديد المكلف بالإثبات، ومن هنا سوف نتعرض لهذه القاعدة من حيث تعريفها وأهميتها(المبحث الأول) وكذا إلى القاعدة العامة وأهم تطبيقاتها(المبحث الثاني)

المبحث الأول:

مفهوم عبء الإثبات وأهميته

نتعرض في هذا المبحث لمفهوم عبء الإثبات وإلى أهميته في المطلبين التاليين:

المطلب الأول:

مفهوم عبء الإثبات

لم يتعرض الفقه لتعريف عبء الإثبات وربما كان هذا مرده إلى وضوح المعنى أخذاً من المعنى اللغوي³²، فمن المعلوم أن الخصمين يقفان أمام القاضي كل منهما يدعي أحقيته في الشيء المتنازع عليه، ويزعم أنه صاحب الحق فيه، وينازع في ادعاء الآخر أحقيته فيه، والقاضي إزاء هذا الموقف يفتقر إلى ما يرجح أحد الادعاءين، وهو لا يستطيع ذلك-أي التزجيج- إلا إذا قدم إليه الدليل والحجة.

والدليل الذي يرجح أحد الادعاءين لا يقدم من أيهما اعتباطاً، لذا حدد المشرع أي الخصمين يتكبد مشقة ذلك ومنه إقامة الدليل على ما يدعيه. وعلى القاضي تكليف هذا الخصم بإقامة الدليل وتقديم الحجة، وإلا حكم لخصمه. وبالتالي خلص الفقه إلى أن عبء الإثبات هو عبارة عن "إلزام الشارع أحد الخصمين بإقامة الحجة على ما يدعيه وإلا حكم لخصمه مع يمينه"³³.

المطلب الثاني:

أهمية تحديد المكلف بعبء الإثبات

يقتضي النظر في عبء الإثبات، تحديد من يتحملة من الخصوم، أي تحديد من يقع عليه عبء إقامة الدليل على الوقائع التي تسند الحق الذي يدعيه.

واصطلح على تسمية هذا التحديد أو التكليف بعبء الإثبات، وبالتالي فإن الخصم الذي يكلف به يكون في موقف صعب وخرج، ذلك لأنه إذا لم يتمكن من إقامة الدليل على دعواه، أو قدم دليلاً واهياً أو حجة ضعيفة لا يثبت بها الحق، تعرض لضياح حقه وخسارة دعواه مع احتمال صدقه وأحقيته فيما يطالب به. وهذا بخلاف الخصم الذي اعفي من عبء الإثبات.

وتحديد من يتحمل عبء الإثبات يمثل في الواقع أهمية بالغة من الناحية العملية، وذلك 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 يدعيه.

³²احمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 82

³³محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 83.

فالحكم في الدعوى يتوقف عمليا على مدى استطاعة من يتحمل عبء تقديم الدليل على ما يدعي فإذا عجز عن ذلك خسر دعواه.

فإلقاء عبء الإثبات على احد الخصمين يعتبر ميزة للخصم الآخر الذي يكسب الدعوى دون ما جهد إذا عجز خصمه على الإثبات. لذلك اهتم المشرع بتوزيع عبء الإثبات نظرا لما لذلك من اثر بالغ على مركز الخصوم في الدعوى.

المبحث الثاني:

القاعدة العامة وتطبيقاتها

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

المطلب الأول:

عبء الإثبات يقع على المدعي

إن القاعدة العامة في تحديد عبء الإثبات تقضي أن يكون عبء الإثبات يقع على المدعي.

وتتفق التشريعات المقارنة على قاعدة تكليف الخصم الذي يدعي أمراً معيناً بإقامة الدليل على ما يدعيه، وإلا اعتبر ادعائه بغير أساس مما يقتضي رفض دعواه.

ومن المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي "أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" ويبدو أن معظم القوانين المعاصرة قد أخذت بهذا المبدأ الفقهي في تحديد من يقع عليه عبء الإثبات.

غير أن تحديد المقصود بالمدعى، يثير بعض الغموض، حيث لا توجد قاعدة ثابتة لتحديد المقصود بالمدعى، وإن حاول البعض وضع هذه القاعدة على اعتبار أن المدعى هو من يخالف قوله الظاهر، والمدعى عليه هو من يوافق قوله الظاهر وهذا الظاهر ليس واضحاً في كل الأحوال وهذا ما دعا فقهاء المسلمين في وضع جملة من المعايير تفرق بين المدعى والمدعى عليه في الدعوى³⁴.

ويتضح من نص المادة 323 من القانون المدني المشار إليها أعلاه، أن عبء الإثبات يقع على المدعى فمن يدعي أمراً يلزمه إقامة الدليل على ما يدعيه، غير أن ذلك لا يكفي لتحديد الخصم الذي يقع على عاتقه عبء الإثبات وإنما تحديده يقتضي أن يحدد بدقة المقصود بالمدعى، فهل يقصد به الخصم الذي يبدأ إجراءات رفع الدعوى؟ أو الذي يدعي بادعاء أمام القاضي سواء كان مدعياً في الأصل أو انتقل من مركز المدعى عليه أصلاً إلى مركز المدعى لقيامه بإجراء دفع معين لدفع مزاعم خصمه؟

المطلب الثاني:

المقصود بالمدعى في مجال الإثبات

لا شك أن لفظ المدعى ينصرف إلى الخصم الذي يبدأ إجراءات الدعوى مطالباً غيره بحق معين، فهو الذي يدعي أمراً معيناً ويقع عليه بالتالي إثباته، فمن يرفع دعوى للمطالبة بسداد دين، فعليه إثبات الواقعة القانونية التي ترتب عليها والتي أنشأت الدين وإلا خسر دعواه، بغير حاجة بأن يطالب القاضي المدعى عليه بإثبات عدم المديونية. وقاعدة عبء الإثبات يقع على المدعى، لا يقصد بها رافع الدعوى بل يقصد بها من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو يخالف قرينة قانونية غير قاطعة³⁵.

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، فالأصل هو براءة الذمة من أي التزام، فإذا ادعى شخص أنه دائن آخر، فيكون قد ادعى خلاف الثابت أصلاً، ويكون عليه إقامة الدليل على ما يدعيه، وذلك بإثبات مصدر الدين كالعقد مثلاً أما المدعى عليه فلا يكلف بأي إثبات مادام متمسكاً بالوضع الثابت أصلاً وهو براءة ذمة المدين³⁶.

³⁴محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص10

³⁵أنور سلطان، المرجع السابق، ص21

³⁶محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص93.

وإذا نجح الدائن في إثبات مصدر الدين سواء أكان عقد قرض أو عقد بيع أو غير ذلك من مصادر الالتزام، فإن الوضع الثابت أصلا ينتفي وأصبحت المديونية هي الوضع الثابت عرضا. فإذا ادعى المدعي براءة ذمته، وإن الدين قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء كالوفاء مثلا، أصبح هو المدعي خلاف الثابت عرضا، وتعين عليه إثبات دعواه. وفضلا عن ذلك، نجد أن هناك حالات كثيرة يعتبر فيها القانون وضعاً معيناً هو الأصل، وبالتالي فإن من يتمسك فيه لا يكلف بأي إثبات، ومن يدعي خلافه يقع عليه عبء الإثبات ومنها الأهلية، فالأصل أن يكون لكل شخص أهلية للتعاقد، ما لم تسلب منه أو يجد منها بحكم القانون. ومنها الأصل في العقود بأن يكون لها سببا حقيقيا ومشروعا، كما أن الأصل في الإجراءات أنها روعيت، وعلى من يدعي عدم صحتها إثبات ذلك. وكما أن الأصل هو حسن النية وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات ما يدعيه وهكذا...

أما بالنسبة للحقوق العينية، فالأصل هو وجوب احترام الوضع الثابت ظاهرا، والوضع الظاهر هو الوضع الذي يشهد له الظاهر أو الأمر الواقع³⁷، ذلك أن الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين، وهذه السلطة تخلق وضعاً ظاهراً لصالح من يباشرها فلا يكلف بإقامة الدليل على حقه العيني، فحائز العقار مثلا يعتبر بحسب الظاهر هو المالك لهذا العقار، فلا يطلب منه إقامة الدليل على ملكيته على ذلك، فإذا ادعى شخص آخر ملكيته لهذا العقار فهو يدعي خلاف الوضع الثابت ظاهرا ويكون عليه إثبات ما يدعيه.

وكذلك تعتبر ملكية المالك بحسب الأصل خالية من كل حق للغير كحق الرهن أو الارتفاق، فإذا ادعى شخص أن له حق من هذه الحقوق فإنه يكون مدعيا خلاف الظاهر ويكون عليه إثبات ما يدعيه. ولما كان الوضع الظاهر هو الأصل في مجال الإثبات، نجد أن القانون يعمل دائما على حمايته وذلك استقرارا للمعاملات، فتنص **المادة 827** من القانون المدني على: "من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمر حيازته له مدة خمسة عشر سنة دون انقطاع".

ويوجد بجانب الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا أوضاع يفترض المشرع وجودها عن طريق قرائن قانونية يقيمها لصالح المدعي حتى يقلبه مؤقتا من عبء الإثبات، لعلة يقدرها المشرع، وعلى هذا فوجود قرينة قانونية يبنى عليه وجود وضع ثابت فرضا يعني من يتمسك به من عبء الإثبات، ويكون على من يدعي العكس أي عكس القرينة القانونية إثبات ما يدعيه، وعلى هذا نصت **المادة 337** من القانون المدني "القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، غير أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك". ويظهر من خلال هذا النص أن القرائن القانونية على نوعين قرائن قانونية قاطعة تعفي من تقررت لمصلحته من عبء الإثبات بصفة نهائية لأنها لا تقبل الدليل العكسي، مثال ذلك هو قوة الشيء المقضي **المادة 338** من القانون

المدني: "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب".

أما النوع الثاني فهو القرائن القانونية غير القاطعة لأنها لا تعفي من تقرررت لصالحه من عبء الإثبات نهائياً، وإنما هي تنقل هذا العبء من الطرف الذي تقرررت لصالحه إلى الطرف الآخر الذي يقع عليه عبء دفعها، ومن الأمثلة على هذه القرائن ما جاءت به نص المادة 499 من القانون المدني "الوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك." ذلك أن المؤجر لا يقبل عادة استيفاء القسط الأخير وإعطاء مخالصة بها إلا إذا استوفى الأقساط السابقة عليه، فهذا الوضع الثابت فرضاً يعفي المستأجر من إثبات دفع الأقساط السابقة على القسط الأخير، كما يعفيه من عبء الاحتفاظ بالإيصالات مهما طال مدة الإيجار، غير أن هذه القرينة ليست قاطعة ويستطيع المؤجر إثبات عكسها.

ومن أمثلة القرائن القانونية غير القاطعة كذلك ما نصت عليه المادة 332 من القانون المدني التي جار فيها: "التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعا منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته." وفقاً لهذه المادة إذا وجد تأشير على سند الدين بما يفيد براءة الذمة، فإن المدين يعفى من عبء الإثبات، ويكون على الدائن إذا أراد نقض دلالة هذا التأشير أن يقيم الدليل على ذلك.

المبحث الثالث:

تبادل عبء الإثبات

رأينا أن عبء الإثبات يتحمله المدعي، وأنه لا يقصد بالمدعي رافع الدعوى، وإنما يقصد به من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو خلاف القرائن القانونية غير القاطعة والتي تعتبر الوضع الظاهر فرضاً. 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 يتقازفه الخصمان حتى يعجز أحدهما عن رده على الآخر فيحكم لخصمه.

وتوزيع عبء الإثبات بين الخصوم إما أن يكون بحكم الواقع وذلك من خلال القرائن القضائية بأن ينقل القاضي عبء الإثبات من أحد الخصوم إلى الخصم الآخر لضرورة هو يقدرها لتساعده في الوصول إلى الحكم. أو أن 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 يتكفل بتحليل عناصر الإثبات وتوزيعها على الخصوم عن طريق القرائن القانونية³⁸.

وعلى ذلك يكون للقرائن دوران أحدهما مباشر والآخر غير مباشر، فالدور المباشر هو إعفاء الخصم من إثبات ذات الواقعة المتنازع عليها اكتفاء بالواقعة التي تعد قرينة عليها.

³⁸ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 80.

أما الدور الثاني وهو الدور غير المباشر فهو تنقل عبء الإثبات وتلقيه على من يدعي خلاف الواقعة الثابتة بمقتضى القرينة³⁹.

والخلاصة أن عبء الإثبات يوزع عملاً بين الخصمين، كل منهما يقدم ما يؤيد دعواه وقد يحدث أن يقدم أحد الخصمين فيفنده الخصم الآخر ويطوعه دليلاً لصالحه⁴⁰.

الفصل الثالث:

الحق في الإثبات

يعد الحق في الإثبات أحد الأسس الهامة التي كفلها المشرع للخصوم في الإثبات، بحيث أصبحت عملية الإثبات هذه حقاً لهم وواجب عليهم في ذات الوقت، لأنهم أصحاب المصلحة في المنازعة، وبالتالي على كل من المتخاصمين أن يثبت حقه بالطرق التي يحددها القانون وعلى القاضي أن يمكنهم من إثبات دعواهم دون أن يقف حائلاً بينهم وبين الإثبات⁴¹، ولا يستطيع القاضي أن يجرمهم من هذا الحق وإلا كان حكمه مشوباً بعيب. ولكل دليل يقدمه أحد الخصوم في الدعوى يجب أن يعرض على الخصم الآخر لمناقشته وتفنيده وهذا ما يعرف بمبدأ المجاهدة بالدليل.

³⁹ جلال علي العدوي، أصول المعاملات، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر الإسكندرية، 1966، ص 270.

⁴⁰ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 24.

⁴¹ محمد عبد الرحيم ديب، المرجع السابق، ص 39.

واحتراما لحق كل خصم في الإثبات وفي مناقشة ما يقدم ضده في الدعوى من أدلة، فإنه لا يجوز للقاضي أن يتحرى الأدلة بنفسه بعيدا عن الخصوم، كما لا يجوز له أن يقضي بعلمه.

وحق الخصم في الإثبات مقيد أيضا بالطرق التي حددها المشرع في الإثبات، فلا يجوز له أن يلجأ إلى طريق غير منصوص عليه أو يصطنع لنفسه دليلا غير صادر من خصمه، و من ثم فإنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه، وعليه يثور التساؤل حول المقصود بحق المجاهدة بالدليل (المبحث الأول) والمقصود بعدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه (المبحث الثاني)

المبحث الأول:

الحق في المجاهدة بالدليل

لا شك أن حق الخصم في مواجهته بأدلة خصمه الآخر هو من الحقوق الأساسية المتفرعة عن حقه في الإثبات، لذا يجب على المحكمة إفساح المجال للخصوم في استعمال حقه في الدفاع أثناء الدعوى من خلال مواجهة الخصم لخصمه في أدلة الإثبات وإجراءاته وما قدمه خصمه في أوراق أو مذكرات، لأن من حقه الاطلاع عليها لكي يتسنى له الدفاع عن نفسه، ويتحقق بذلك حقه في الإثبات.

إن حق المجاهدة بالأدلة هو من مقتضيات حق الخصم في الإثبات له ضمانات يجب أن تتوفر فيه لتحقيق هذا الحق. وعليه سوف نتطرق لمفهوم حق المجاهدة بالأدلة وأساسه وإلى ضمانات حق الخصم في المجاهدة بالأدلة في المطلبين التاليين.

المطلب الأول:

مفهوم حق المجاهدة بالأدلة وأساسه

تسود نظام القضاء مبادئ أساسية يجب مراعاتها خدمة للعدالة، والهدف منها هو حصول الخصوم على قضاء عادل. من هذه المبادئ هو حق الخصم في المجاهدة بالأدلة ويطلق عليه أيضا المجاهدة بالأدلة وهي مصطلحات تعني كلها إعطاء الحق للخصم في أن يواجه بأدلة خصمه، أي أن تتاح له فرصة الاطلاع على ما يقدره خصمه من أدلة⁴².

ويقصد بهذا الحق بصورة عامة أن يواجه الخصوم بعضهم بعضا بادعاءاتهم ودفعهم لدى المحكمة⁴³. أما أساس حق المجاهدة بالأدلة فإنه حق متفرع عن حق الخصم في الإثبات فهو الوجه المقابل في الحق في الإثبات لأنه إذا كان من حق كل فرد أن يلجأ إلى القضاء لتوفير الحماية القضائية لحقه، يلتزم القاضي بالاستجابة إلى هذا الطلب وإلا عد منكرا للعدالة. فمقتضى حق الخصم الآخر (المدعى عليه) في الإثبات أن يحاط علما بكل دليل يقدم ضده في الدعوى يمكنه دحضه⁴⁴.

وهذا المبدأ يجد أساسه أيضا في الشريعة الإسلامية في حديث الرسول عليه الصلاة والسلام لعلي بن أبي طالب رضي الله عنه في قوله له: "يا علي، إذا جلس إليك الخصمان فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر ثم سمع من الأول، فإنك أن تعطي ذلك

⁴²جلال العدوي، المرجع السابق، ص 281.

⁴³احمد مسلم، قانون القضاء المدني دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1966، ص 179.

⁴⁴محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، 1986، ص 17

تبيين لك القضاء ". وهذا الحديث يدل دلالة واضحة على أنه يحرم على القاضي أن يصدر حكمه قبل سماع حجة واحد من الخصمين، واستفصال ما لديه، والإحاطة بما عنده⁴⁵.

وبهذا المبدأ أخذت غالبية القوانين منها ما جاء في نص **المادة 03** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي جاء فيها: "يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته. يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة بفرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم. يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية..."

المطلب الثاني:

ضمانات حق الخصم في المواجهة بالأدلة

من اجل ضمان حق الخصم في الإثبات يجب أن نضمن حقه في المواجهة، فإذا لم يواجه الخصم بالأدلة المقدمة من خصمه لن يتمكن هذا الخصم من استعمال حقه في الإثبات، فخير وسيلة تمكن إقناع القاضي هي المواجهة، إذ من خلالها يتمكن الخصم من معرفة حجة خصمه وبالتالي يتبادل مع خصمه بالحجة التي لديه لإقناع القاضي. وحق المواجهة بالأدلة لا يتحقق إلا إذا كانت هناك ضمانات تضمنه وهي:

الفرع الأول:

إعلام الخصم بأدلة الإثبات وإجراءاته

من أهم مقتضيات حق الخصم في المواجهة بالأدلة وإعلامه بالأدلة التي قدمها خصمه لكي يتمكن من تقديم دفاعه ودحض أدلة خصمه، وهذا هو المقصود من حضور الخصم في مجلس القضاء ومثوله أمامه، فيقصد من هذا المثول علم القاضي بالأدلة فقط بل يفيد في علم الخصم أيضا لكي يطلع على كل ما قدمه خصمه من أدلة⁴⁶ ولقد اخذ المشرع الجزائري بهذه الضمانة في نص **المادة 21** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "يجب أذاع الأوراق والسندات والوثائق التي يستند إليها الخصوم، دعما لادعاءاتهم لأمانة ضبط الجهة القضائية، بأصولها أو نسخ رسمية منها أو نسخ مطابقة للأصل وتبلغ للخصم. غير أنه يجوز للقاضي قبول نسخ عادية منها عند الاقتضاء. يمكن تبليغ تلك الأوراق أو السندات والوثائق لباقي الخصوم في شكل نسخ"

ورتب المشرع جزاء على ذلك وهو الاستبعاد من المناقشة لكل وثيقة لم يتم إبلاغها خلال الآجال وبالكيفية التي حددها وهذا ما نصت عليه **المادة 23** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "تبادل الخصوم المستندات المودعة طبقا للمادة 22 أعلاه أثناء الجلسة أو خارجها بواسطة أمين الضبط.

⁴⁵محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 267.

⁴⁶سجى عمر شعبان آل عمرو، المرجع السابق، ص 133.

يمكن للقاضي، بناء على طلب احد الخصوم، أن يأمر شفهيًا بإبلاغ كل وثيقة عرضت عليه وثبت عدم إبلاغها للخصم الآخر ويحدد اجل وكيفية ذلك الإبلاغ.

يمكن للقاضي أن يستبعد من المناقشة كل وثيقة لم يتم إبلاغها خلال الآجال، وبالكيفية التي حددها. " كما أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطات واسعة من خلال هذا المبدأ وهذا بأن أجاز للقاضي أن يأمر في الجلسة بحضور الخصوم شخصيا لتقديم توضيحات يراها ضرورية لحل النزاع. وأن يأمر شفهيًا بإحضار أية وثيقة يراها ضرورية وهذا ما نصت عليه **المادة 27** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "يمكن للقاضي أن يأمر في الجلسة بحضور الخصوم شخصيا لتقديم توضيحات يراها ضرورية لحل النزاع. كما يجوز له أن يأمر شفهيًا بإحضار أية وثيقة لنفس الغرض."

الفرع الثاني:

ضرورة احترام القاضي لحق الخصم في المواجهة بالأدلة

إن هذا الشرط بديهي، لأنه على القاضي أن يحترم أي حق مقرر للخصم في الدعوى، والمواجهة بالأدلة هو حق للخصم وعلى القاضي احترامه وقد تضمن القانون الجزائري نصا يوجب على القاضي احترام هذا الحق وهذا ما جاءت به **المادة 03** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكورة أعلاه في نصها: "...يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الواجهة...".

فمهمة القاضي الأساسية هي السعي إلى تحقيق العدل بين الخصوم، فيجب أن يتبع إجراءات منضبطة بين الخصوم تمنع المفاجآت بينهم، ويتحقق حق المواجهة باحترام القاضي له بأن يعمل على تحقق شروط هذا الحق بالمساواة بينهما، وأن لا يحكم إلا بناء على ما قدمه الخصوم من أدلة نوقشت من قبلهم. لا يستطيع القاضي أن يبني حكمه إلا على دليل قدمه الخصم دون أن يجابه به الخصم الآخر⁴⁷.

وليس للقاضي أن يحكم دون سماع جميع الخصوم إذ بغير سماعهم لا يمكنه معرفة الحقيقة، ويكفي لذلك أن يمكن الخصوم من إبداء دفوعهم ولا يكفي احترام هذا الحق للخصوم من الناحية الشكلية بل يجب احترامه في جوهره بتمكين الخصم من عرض دفاعه كاملا وتبليغه بالأوراق التي يقدمها خصمه الآخر.

وبذلك فلا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات وهذا ما أكدته **المادة 26** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: "لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات."

وجوز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار، من بين عناصر المناقشات والمرافعات الوقائع التي أثرت من طرف الخصوم ولم يؤسسوا عليها ادعاءاتهم."

المبحث الثاني:

لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه

إذا كان للخصم الحق في أن يقدم الأدلة التي تثبت ما يدعيه، فإنه لا يجوز له أن يصطنع دليلا لنفسه، 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 بالكتابة في مواجهته. كما لا يجبر الخصم على تقديم دليل ضد نفسه.

القاعدة أنه يوجد التزام أخلاقي يقع على عاتق كل خصم بأن يسعى إلى قول الصدق وإثبات الحقيقة. ومع هذا الالتزام الأخلاقي، إلا أنه مع ذلك فإن الأصل في مبادئ الإثبات وقواعده أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه، ومن حق الخصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم سند يملكه ولا يريد تقديمه. وإذا كان هذا هو الأصل العام لهذه القاعدة، فإن المشرع الجزائري، تفعليا 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 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: "يجب إبلاغ الأوراق والسندات والوثائق التي يقدمها كل طرف دعما لادعاءاته إلى الخصم الآخر ولو لم يطلبها..."

وكذلك ما جاءت به المادة 73 من نفس القانون الآتي نصها: "يجوز للقاضي أن يأمر باستخراج نسخة رسمية أو إحضار عقد رسمي أو عرفي أو إحضار أية وثيقة محجوزة لدى الغير، بناء على طلب احد الخصوم حتى ولو لم يكن طرفا في العقد."

الفصل الرابع:

مبدأ حياد القاضي

من المبادئ المسلم بها في التقاضي مبدأ حياد القاضي وهذا المبدأ لا يحتاج في ذلك إلى نص، لأن الفضيلة الأولى للقاضي بان يكون حكمه بدون تحيز، وأن يتقبل الحجج التي يقدمها الخصوم وفقا لقواعد الإثبات التي حددها القانون. يقصد بمبدأ حياد القاضي أن يقتصر دوره على تلقي ما يقدمه أطراف الخصومة من أدلة في الدعوى، وتقدير كل دليل وفقا للقيمة التي قررها له القانون، فليس من عمل القاضي أن يساهم في جمع الأدلة⁴⁸، أو أن يستند إلى دليل توصل إليه بعلمه، على أن هذا الموقف السلبي للقاضي إذا كان يتفق مع مذهب الإثبات المقيد، إلا أنه لا يتفق مع مذهب الإثبات المختلط الذي اخذ به المشرع الجزائري والذي يسمح للقاضي أن يضطلع بدور المحامي بما له من سلطة تقديرية يستعملها لاستكمال الأدلة بغرض الوصول إلى الحقيقة.

ويستوجب هذا المبدأ أن تكون الجلسات علنية حتى يشرف الشعب مباشرة على حسن أداء العدالة، وعلى وزن مصالح الخصوم للعدل معاملتهم على قدم المساواة⁴⁹.

⁴⁸ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 29.

⁴⁹ احمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية منشأة المعارف، ط 15 ، 1990، ص 60.

وحيايد القاضي ليس معناه أن يقف في الدعوى المدنية موقفا سلبيا، وإنما هو يملك أن يصحح شكل الدعوى وان يأمر ما يرى اتخاذه من إجراءات إثباتها مادام هم ملزم بالحكم فيها. ويلاحظ أنه أصبح للقاضي شيء من الحرية في توجيه الخصوم وهذا ما يعرف بالموقف الايجابي في تسيير الدعوى وهو الوجه الثاني لمبدأ حياد القاضي في ظل القانون المدني ونظرا لأهمية هذا المبدأ سوف نتطرق إلى دور القاضي السليبي (المبحث الأول) ولدوره الايجابي (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

الدور السليبي 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 سواء في الجلسة التي ينظر فيها هذا النزاع أو خارجها، وليس له كذلك أن يستحدث دليلا غير صادر من الخصوم في الدعوى⁵⁰. يتجلى هذا الدور السليبي للقاضي في عدم الحكم بعلمه الشخصي، بمعنى أنه يمتنع عليه الاستناد إلى واقعة أو دليل معين يعلمه هو شخصيا دون أن يقدم له عن طريق الخصوم، ولا يجوز له بالتالي أن يؤسس حكمه على هذه الواقعة أو ذلك الدليل.

والسبب في ذلك أن علم القاضي هنا يكون دليلا في القضية، وما كان للخصوم الحق في مناقشة هذا الدليل، اقتضى الأمر أن ينزل القاضي بمنزلة الخصوم فيكون خصما وحكما وهذا لا يجوز ولا تعد المعلومات المستقاة من خبرة القاضي في الشؤون العامة المفروض الإلمام الكافي بها من قبيل المعلومات الشخصية المحضور على القاضي أن يبني معلومات عليها⁵¹.

ويترتب أيضا على هذا الدور أنه يجب أن يتاح لكل خصم العلم بالأدلة المقدمة للخصم الآخر، وعلى فهذا فلا يستطيع القاضي أن يبني حكمه على دليل تم تقديمه من احد الخصوم دون أن يجابه به الخصم الآخر، وهذا ما يعرف بمبدأ المواجهة

المبحث الثاني:

الدور الايجابي للقاضي

ذهب الفقه التقليدي إلى تصوير مبدأ حياد القاضي مبالغا فيه، حيث يرى أن القاضي في ظل هذا المبدأ ما هو إلا نوع من الآلة الميكانيكية التي تقدم لها مواد القضية، لنستخرج منها بعد ذلك حكما⁵². والواقع أن هذا التشبيه مبالغ فيه لم يعد يتفق مع القوانين الحديثة، وخاصة القانون الجزائري الذي يميز للقاضي تعديل العقود كما هو الحال بالنسبة لعقود الإذعان، بحيث أصبح دور القاضي يمتد إلى إنشاء الحقوق وتعديلها.

⁵⁰ محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 28.

⁵¹ نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، 2008 ص 165.

⁵² محمد عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 36.

ولما كان دور القاضي في القوانين الحديثة يتمتع بالاجابية ولما كان القانون الجزائري يأخذ بنظام الإثبات المختلط كان لا بل من إسناد بعض المهام إلى القاضي وهو ينظر الدعوى المعروضة عليه، ولا يقف مكتوف الأيدي، ينظر إلى الخصوم وهم يسيرون الدعوى كما يشاؤون.

يتمثل الدور الايجابي للقاضي في قدرته على تيسير إجراءات الإثبات وتحقيق مزيد من ايجابية القاضي وفاعليته بإمداده بمزيد من حرية الحركة في هذه المرحلة الهامة من مراحل الدعوى حتى لا يترك كشف الحقيقة رهينا بمبارزة الخصوم وحدهم. ومن مظاهر الدور الايجابي للقاضي:

- للقاضي أن يأمر بإجراء التحقيق في أي مرحلة كانت عليها الدعوى وهذا ما نصت عليه **المادة 76** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: "يجوز الأمر بإجراء التحقيق في أية مرحلة تكون عليها الدعوى."
- للمحكمة أن توجه اليمين المتممة من تلقاء نفسها إلى احد الخصوم لاستكمال الدليل المقدم منه **المادة 348** من القانون المدني والتي نصت عليه: "للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين لبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به."
- للقاضي استنباط القرائن القضائية من ظروف ووقائع الدعوى بما له من سلطة تقدير وهذا ما جاء في **المادة 340** من القانون المدني التي نصت على: "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يميز فيها القانون الإثبات بالبينه."
- للمحكمة في أي مرحلة من مراحل الخصومة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على الطلب، حضور الخصوم أو احدهم بالذات وهذا نصت عليه **المادة 98** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: "يمكن للقاضي في جميع المواد أن يأمر الخصوم أو احدهم بالحضور شخصا أمامه. يفصل القاضي بأمر غير قابل لأي طعن، في طلب أحد الخصوم الرامي إلى الحضور الشخصي لطرف آخر."
- للمحكمة أن يقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم، الانتقال للمعاينة وهذا ما نصت عليه **المادة 146** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك. يحدد القاضي خلال الجلسة مكان ويوم وساعة الانتقال، ويدعو الخصوم إلى حضور العمليات. إذا تقرر إجراء الانتقال إلى الأماكن من طرف تشكيلة جماعية، يمكن تنفيذه من قبل القاضي المقرر. في حالة غياب الخصوم أو احدهم، تتبع الإجراءات المقررة في المادة 85 من هذا القانون."
- للمحكمة أن تأمر بتعيين خبير بخبرة فنية وهذا ما نصت عليه **المادة 126** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من احد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات المختلفة".

- للمحكمة أن تأمر ولو من تلقاء نفسها أن تأمر احد الخصوم، تحت طائلة غرامة تـهـديـديـة بإدخال من ترى أن إدخاله مفيد لحسن سير العدالة حول إظهار الحقيقة وهذا ما نصت عليه المادة 201 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها:
- للمحكمة أن تأمر بإجراء صلح في كل المواد المعروضة عليها، بعد أن كان في مسائل الطلاق فقط، وهذا ما نصت عليه المادة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها:
- ومن كل ما سبق يظهر جليا بأن دور القاضي في الدعوى لم يعد سلبيا محضا، بل أن هذا الدور أصبح ايجابيا بالقدر الذي يمكن القاضي من تحقيق العدالة دون المساس بمبدأ حياد القاضي.

الباب الثاني

طرق الإثبات

طرق الإثبات

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 وطرق غير مباشرة

فالطرق المباشرة هي التي تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها ومنها الكتابة والبينة.

فالكتابة تسجل الواقعة المراد إثباتها بالذات، سواء كانت تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية، فتكون طريقاً مباشراً لهذه الواقعة.

والشهود إذا انصبت شهادتهم على صحة الواقعة المطلوب إثباتها يثبتون هذه الواقعة بطريق مباشر.

ويعتبر من طرق الإثبات المباشرة أيضاً المعاينة والخبرة لاتصالهما المباشر بالواقعة المراد إثباتها.

أما الطرق غير المباشرة فهي التي لا تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها ولكن تستخلص عن طريق

الاستنباط ومنها القرائن، فالإثبات فيها لا ينصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات، وإنما ينصب على واقعة أخرى

متصلة بها بحيث يعتبر إثبات الواقعة الثانية، إثباتاً للأولى.

كما أن الإقرار واليمين لا يعتبران من الأدلة المباشرة، لأن الإقرار يعفي الخصم من الإثبات فتصبح الواقعة ثابتة

بطريق غير مباشرة، أما اليمين فهي احتكام إلى ذمة الخصم وهي طريق غير مباشر في الإثبات.

- ومنهم من يعتمد تقسيم طرق الإثبات من حيث إعدادها إلى طرق مهياة وطرق غير مهياة.

فالطرق المهياة هي التي أعدها الخصم مقدماً لإثبات حقه عند المنازعة فيه كالكتابة، حيث يعدها هذا الأخير لإثبات

تصرف قانوني أو واقعة مادية.

أما الطرق غير المهياة، فهي لا تعد مقدماً وإنما تنهياً أو تعد وقت قيام النزاع في الحق المراد إثباته.

وتعد طرق الإثبات الأخرى غير الكتابة من الطرق غير المهياة بحسب الأصل كالبينة والقرائن والإقرار واليمين والمعاينة

الخبرة.

- ومنهم من يعتمد تقسيم طرق الإثبات من حيث حجيتها إلى طرق ملزمة وأخرى غير ملزمة.

فالطرق الملزمة هي التي حدد القانون مدى حجيتها ولم يترك تقدير ذلك للقاضي، فهي ملزمة له وليس للقاضي سلطة تقديرية بشأنه، وهي الكتابة والإقرار واليمين والقرائن القانونية.

أما الطرق غير الملزمة هي البيئة والقرائن القضائية فهي غير ملزمة للقاضي حيث يتمتع بسلطة تقديرية واسعة كم أن المعاينة والخبرة هما أيضا يدخلان ضمن الطرق غير الملزمة للقاضي.

- ومنهم من يعتمد تقسيم طرق الإثبات من حيث ما يجوز إثباتها بها إلى طرق مطلقة وطرق مقيدة وطرق معفية من الإثبات.

فالطرق المطلقة، أو ذات القوة المطلقة في الإثبات، فهي التي تقبل لإثبات كافة الوقائع القانونية سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية وأيما كانت قيمة الحق المدعى به، وهذه الطرق هي: الكتابة والمعاينة والخبرة.

أما الطرق المقيدة، أو ذات القوة المحدودة، هي الطرق التي تقبل بإثبات بعض الوقائع القانونية دون البعض الآخر، وهي البيئة والقرائن القضائية، فهي لا تصلح لإثبات التصرفات القانونية إذا زادت قيمتها على حد معين.

أما الطرق المعفية من الإثبات، فهي الإقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية

- ويمكن تقسيم طرق الإثبات كذلك إلى طرق أصلية وطرق تكميلية وطرق احتياطية.

فالطرق الأصلية هي التي تقوم بذاتها دون أن تكون مكملة لطرق أخرى. وهي قد تكون كافية للإثبات وحدها

كالكتابة والبيئة والقرائن القضائية في الوقائع المادية في التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن حد معين، وقد تكون غير كافية ولا بد من استكمالها بطرق تكميلية، كمبدأ الثبوت بالكتابة، فهو طريق أصلي للإثبات لكنه لا يكفي وحده بل لا بد من استكمالها بالبيئة أو بالقرائن القضائية.

والطرق التكميلية هي التي لا تقوم بذاتها بل تكون مكملة بأدلة موجودة كالبيئة والقرائن القضائية واليمين المتممة فهذه الطرق يستكمل بها مبدأ الثبوت بالكتابة بالتصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن حد معين.

أما الطرق الاحتياطية هي التي يلجأ إليها الخصم عندما يعوزه أي طريق آخر للإثبات، وهي اليمين الحاسمة والإقرار، فإذا عجز الخصم عن تقديم دليل على ما يدعيه، فلا يبقى أمامه إلا اللجوء إلى استجواب خصمه للحصول على إقرار منه أو توجيه اليمين الحاسمة له محتكما إلى ضميره.

- وفي الأخير هناك من يفضل تقسيمها إلى طرق إثبات تقليدية وطرق إثبات حديثة وهو تقسيم مستحدث جاء مواكبة للتطور التكنولوجي الذي يعرفه العالم وبذلك تعتبر كل وسائل الإثبات المذكورة أعلاه هي وسائل تقليدية أما الوسائل الحديثة فهي الكتابة الالكترونية، التوقيع الالكتروني، الفحص الجيني، الوسائل الصوتية والمرئية الحديثة...

ولقد 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 كالاتي: الكتابة- الشهود- القرائن- الإقرار- اليمين.

وبما أن المشرع الجزائري قد جعل لوسائل الإثبات مكانة بين القانون الموضوعي والقانون الإجرائي فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المؤرخ في: 2008/02/25 قد نظم طرق الإثبات وحددها ضمن الباب الرابع تحت عنوان: "في وسائل الإثبات" من المادة 70 إلى غاية 193 وهي كالتالي: الاستجواب، الانابات القضائية الداخلية والخارجية، الخبرة، المعاينة والانتقال إلى الأماكن، الشهود، مضاهاة الخطوط، اليمين. وستطرق في هذه المحاضرات إلى كل هذه الطرق وفقا للترتيب الوارد في القانونين دون التقييد بأي تقسيم من التقسيمات المذكورة أعلاه، وهذا ضمن الفصول التالية:

الفصل الأول: الكتابة

الفصل الثاني: شهادة الشهود

الفصل الثالث: القرائن

الفصل الرابع: الإقرار

الفصل الخامس: اليمين

الفصل السادس: المعاينة والانتقال إلى الأماكن

الفصل السابع: الخبرة

الفصل الثامن: الوسائل الصوتية والمرئية الحديثة

الفصل التاسع: فحص الدم

الفصل الأول:

الكتابة

تعتبر الكتابة 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 بعد أن كانت تحتل هذه المرتبة في الماضي. وقد ساعد على تقدم الكتابة على باقي طرق الإثبات، تنوع الكتابة وتعدد وسائلها، فضلا على أن البيئة تنطوي على خطر أن ينسى الشاهد تفاصيل الواقعة التي شهد عليها، أو يخالف ضميره ويدعي شهادة مزورة إرضاء لأحد الخصوم مثلا. ولهذا فقد جعل المشرع من الكتابة هي وسيلة الإثبات الأساسية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية، معترفا لها بقوة إثبات مطلقة، حيث يمكن أن تثبت بها جميع الوقائع القانونية في حين لا يكون للشهادة أو القرائن القضائية إلا قوة محددة في الإثبات.

ويقع الخلط في الحياة العملية بين التصرف القانوني وأداة إثباته، فيقال عقد بيع، عقد مقايضة... ويقصد بذلك السند المثبت له أي الورقة الرسمية أو العرفية. وبين التصرف القانوني نفسه أي العملية القانونية التي لا تتم إلا بتوافق إرادتين، أما

أداة الإثبات أي الورقة المدونة فيها الاتفاق نفسه فهي المحرر أو الورقة أو السند. وقد يحدث أن يكون الورقة باطلة ولا اثر 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، والكتابة كأداة 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 تؤدي تخلفها إلى عدم وجود التصرف أصلا لتخلف ركن منه* كما يستلزم القانون الكتابة لإثبات التصرف (المادة 330 قانون مدني)، فإذا تخلفت الكتابة فلا اثر لتخلفها على وجود التصرف الذي يكون صحيحا.

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

*انظر تطبيقا لهذه المادة قرار الغرفة المجتمعة الشهير المؤرخ في: 1997/02/18 الملف رقم: 136156 الملحق رقم: 1.

المبحث الأول:

الكتابة الرسمية

النصوص القانونية:

المادة 323 مكرر قانون المدني: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها."

المادة 324 قانون مدني مكرر: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه."

المادة 324 مكرر 1 "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل الملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، عن أسهم من الشركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد.

كما يجب، تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي. وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد."

المادة 324 قانون مدني مكرر 2: "توقيع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء، يؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد.

وإذا كان بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصریحاتهم في هذا الشأن ويضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر"

المادة 324 مكرر 5" يعتبر ما ورق في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره. ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني"

المادة 324 مكرر 6" يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن.

غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل، يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الاتهام، وعند رفع دعوى فرعية بالتزوير، يمكن للمحاكم، حسب الظروف، إيقاف تنفيذ العقد مؤقتا."

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

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

يظهر من خلال النصوص القانونية المذكورة أعلاه أن المشرع الجزائري قد أولى أهمية كبيرة للكتابة الرسمية، كما أنه بمناسبة تعديله للقانون المدني بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 عرف الكتابة تعريفا ينسجم مع ما وصلت إليه التشريعات المقارنة .

ولم ينشغل المشرع بتعريف الكتابة إلا بعد اعتماده الكتابة الالكترونية كوسيلة لإثبات من خلال **المادة 324 مكرر** من القانون المدني ولعل إغفال المشرع لهذه المسألة هو أمر بديهي، ذلك أن الكتابة أمر مألوف ومعروف لدى العام والخاص، وثم لا داعي للتعريف من جهة، ولم يكن هناك مظهر آخر قريب من الكتابة قد يستدعي البحث عن مميزاتها من جهة ثانية⁵³.

و سوف نتعرض للمقصود بالكتابة الرسمية وإلى الشروط الواجب توافرها في المحررات الرسمية وإلى حجيتها في الإثبات في المطالب التالية:

المطلب الأول:

المقصود بالكتابة الرسمية وشروطها

تتكون الكتابة الرسمية من لفظين وهما: لفظ الكتابة ولفظ الرسمية، نتعرض لكل منهما فيما يلي:

الفرع الأول:

المقصود بالكتابة

فقد 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. ويتضح من هذا التعريف أن الكتابة تتمثل في مجموعة متسلسلة من الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو الرموز... **بالنسبة للحروف**، فإن اللغات هي وسيلة اتصال بين البشر في شكل أصوات منتظمة. ويتم التعبير عن هذه الأصوات برموز مسموعة أو مرئية، فأما المرئية فتتمثل في الحروف، وهي إشكال تعبر عن أصوات اللغة وفق نظام متفق عليه. يقصد بالحروف في التعريف السالف الذكر الحروف الأبجدية في اللغة العربية مثلا.

⁵³علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر طبعة الثالثة، 2013، ص 304.

ويراد بالأوصاف الأشكال المختلفة ذات الدلالة، ويقصد بالرموز العلامات أو الأشكال المعبرة على معنى بصفة مختصرة، أما العلامات فهي كل شكل أو رسم أو صورة للتعبير عن معنى من المعاني وتمثل الأرقام لغة أساسية في مال المعلوماتية. إن الغرض من كل هذه العناصر هو التعبير عن شيء معين فهي تحمل معنى معيناً والمعبرة هي بالوظيفة الموكلة لهذه الحروف أو الرموز أو الأرقام أو العلامات.

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

- حمل هذه الحروف على دعامة.

- إرسال هذه الدعامة إلى الغير بأية وسيلة كانت.

وهو التعريف الذي يتطابق مع التعريف الوارد في نص المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها: (art ,1316, l,n° 2000-230, 13 mars 2000) la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de " lettres, de caractères, de chiffres ou de tout autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission"

الفرع الثاني:

الشروط الواجب توافرها في المحرر الرسمي

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

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

ويقصد بقاعدة الرسمية إفراغ تصرف قانوني في شكل معين من طرف أشخاص مختصين أقر لهم القانون هذه الصفة، وهذا ما أكدته المادة 1/79 من القانون التجاري والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، وهناك نصوص قانونية أخرى أكدت مضمون المادة 324 من القانون المدني منها نص المادة 12 من الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق⁵⁴ والتي جاء فيها: "زيادة على العقود التي يأمر القانون إخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم في شركة أو جزء منها أو عقود زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو المؤسسات الصناعية يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق."

⁵⁴الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970، يتضمن قانون التوثيق، ج ر، عدد 107 المؤرخ في 25/12/1970 الملغى بموجب القانون 27/88 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن قانون التوثيق، ج ر عدد 28 المؤرخة في 13/07/1988، الملغى بموجب قانون التوثيق 02/06 المؤرخ في 20/02/2006. ج ر 2006 عدد 14.

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

أولاً: محرر العقد

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

1- الموظف العام

هو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بإدارة شؤونها في مجال معين وقد عرفته المادة 4 الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية: "يعتبر موظف كل عون عين في وظيفة دائمة ورسم في رتبة السلم الإداري... الترسيم هو الإجراء الذي يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتبته."⁵⁵.

تنص المادة 7 من نفس الأمر: "يكون الموظف اتجاه الإدارة في وضعية قانونية ."

فالموظف هو العامل المرسم ليشغل منصبا دائما في مصلحة عمومية، تكون وظيفته نحو المؤسسة أو الهيئة أو الإدارة وضعية تنظيمية وليست عقدية.

ويعد الطابع التنظيمي لوضعية العامل اتجاه الإدارة التي تشغله عنصرا أساسيا في تعريف الموظف.

وتجدر الإشارة إلى أنه توجد بالإدارات مناصب شغل تخضع لنظام التعاقد لا تسمح بإعطاء وصف الموظف لشاغلها وهذا ما نصت عليه المادة 2/22 من الأمر السالف الذكر: "... ولا يخول شغل هذه المناصب الحق في اكتساب صفة الموظف أو الحق في الإدماج في رتبة من رتب الوظيفة العمومية."

2- الضابط العمومي

هو كل شخص حامل لأختام الدولة وله صلاحيات إعداد مختلف المحررات بحيث تكتسب بذلك الصبغة الرسمية، مثل المحاضر والأوراق التي يعدها المحضر القضائي بالنسبة للمحاضر التي يعدها وفقا للقانون المنظم لمهنة المحضر القضائي، والموثق بالنسبة للعقود التي يبرمها وهذا حسب نص المادة 03 من قانون التوثيق 02/06.

3- الشخص المكلف بالخدمة العامة

المقصود بالأشخاص المكلفون بالخدمة العامة هم الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية تتولى السلطة العمومية تعيين هؤلاء، غير أنهم يتقاضون أتعابهم من ذوي الشأن أي المستفيدين من خدماتهم مثل الخبير ورؤساء المجالس الشعبية البلدية.

ثانياً: الاختصاص

يشترط إضافة إلى صفة الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة الاختصاص الإقليمي والنوعي. فيجب على الموظف أن يتقيد بحدود سلطته واختصاصه، فإذا كانت صلاحياته لا تخول له مباشرة تحرير عقود رسمية فلا

يمكن له القيام بذلك، وعند مخالفته لقواعد الاختصاص لا يعتبر العقد رسمياً. كما يتقيد الضابط العمومي هو أيضا بحدود اختصاصه من حيث الموضوع والإقليم.

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

ثالثاً: مراعاة الإشكال القانونية

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

ومن الأشكال الجوهرية أيضاً ما جاء في نص **المادة 26** 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 المعمول به، توقيع الأطراف والشهود والموثق والمترجم عند الاقتضاء.

ومن الأشكال الجوهرية كذلك وجوب حضور الشهود في العقود الاحتفائية (**المادة 324** مكرر 2 من القانون المدني). إن الإغفال الكلي لهذه الشكلية إذا كانت ركناً في العقد، مثل العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية... (**المادة 324** مكرر 1 من القانون المدني)

فيكون العقد منعماً لتخلف أحد أركانه، بينما إغفال بعض الأشكال والشروط يفقد العقد صيغته الرسمية طبقاً للمادة **326** مكرر 2 التي تنص على: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عربي إذا كان موقفاً من قبل الأطراف."⁵⁶

⁵⁶ يلاحظ سوء ترجمة لنص المادة 326 مكرر 2 والذي جاء في ما يلي:

art 326/2(loi n°88.14 du 03/05/1988) acte qui n'est point authentique par incompetence ou incapacité de l'officier public ou par défaut de forme vaut comme écriture privée s'il est signé des parties .)

وذلك لعدم تصور صدور عقد رسمي من موثق غير كفء أو غير أهل لذلك، فعبارة عدم كفاءة هي ترجمة خاطئة لكلمة incompetence و عدم أهلية الضابط العمومي هي ترجمة خاطئة لكلمة incapacité

والمقصود إذن هو اعتبار العقد غير رسمي بسبب عدم اختصاص أو عدم سلطة الضابط العمومي وليس لعدم كفاءته وعدم أهليته كما جاء في نص المادة باللغة العربية، وعليه نرى وجوب تدخل المشرع لتدارك هذا الخطأ. حتى يكون هذا النص متطابقاً مع نص المادة 324 من القانون المدني التي اشترطت في العقد الرسمي أن يكون صادراً في حدود سلطة واختصاص الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة.

المطلب الثاني:

حجية السند (المحرر) الرسمي في الإثبات

إذا قدم المحرر الرسمي بشكل يدل ظاهره على صفته الرسمية، بأن كان يحتوي على إمضاء الموظف العام والختم الرسمي وتوقيع أصحاب الشأن مع توافر باقي المظاهر الخارجية لهذا المحرر الرسمي، اعتبر ذلك قرينة على رسميته، ويكون بذلك حجة بذاته يعفي من يتمسك به من إقامة أي دليل على صحة توقيع الموظف أو على صحة توقيع الأطراف مثلاً. ومؤدى ذلك أنه يتم للمحرر الرسمي السليم في مظهره قرينتان، قرينة بسلامته، وقرينة أخرى بصدوره ممن وقع، أي من الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة أو الضابط العمومي وأطراف العقد. وهاتان القرينتان لا وجود لهما في المحرر العرفي أو السند العادي، ذلك أن المحرر العرفي لا يعتبر حجة بما جاء فيه إلا بعد الإقرار به.⁵⁷

وقرينة الرسمية تبقى قائمة ولكن ليست قاطعة، وإنما يجوز إقامة الدليل على خلافها، ويتعين على من يدعي عدم صدور المحرر من الموظف العام أو تزوير توقيع أطرافه، أو حصول تغيير في محتوياته أن يقيم الدليل على ذلك بطريق واحد وهو طريق الطعن بالتزوير في المحرر الرسمي ووفقاً للإجراءات التي حددها القانون. هذا ما لم يكن ظاهره سليماً، أو كان خالياً من توقيع الموظف العام أو من الختم الرسمي أو من توقيع ذوي الشأن أو كان التزوير فيه واضحاً، حيث يمكن التعرف عليه بسهولة، وبمجرد الفحص البسيط⁵⁸، يمكن للقاضي أن يرد المحرر باعتباره مزوراً باطلاً دون الحاجة إلى سلوك طريق الطعن بالتزوير⁵⁹. ويعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وخلفهم وعلى الغير أيضاً، وفي هذا يختلف عن المحرر العرفي. وعلى ضوء ما تقدم تناول فيما يلي دراسة حجية المحرر الرسمي فيما بين الطرفين، ثم حجيته بالنسبة للغير، وأخيراً إلى حجية صور المحرر الرسمي في الفروع التالية:

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 القانون المدني بأنه يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن. غير أنه في حالة الشكوى بسبب التزوير في الأصل يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتاً، وأكدت المادة 324 مكرر 7 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.

⁵⁷ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 191.

⁵⁸ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 136.

⁵⁹ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 191.

ويتضح من ذلك أن هناك نوعين من البيانات يتضمنها المحرر الرسمي:

- بيانات يكون للمحرر الرسمي فيها حجية إلى أن يطعن فيه بالتزوير.
- بيانات دون ذلك في القوة.

والبيانات التي من النوع الأول أي البيانات التي يكون للمحرر الرسمي فيها حجية إلى أن يطعن فيه بالتزوير وتشمل ما يثبتته الموظف العام أو الضابط العمومي أو المكلف بخدمة عامة في حدود مهمته أو التي تصدر عن ذوي الشأن أمام الموظف أو بحضوره فيثبتها بالمحرر.

أما النوع الثاني من البيانات أي البيانات التي لا تكون لها نفس الحجية المعترف بها للبيانات المذكورة آنفا فهي تشمل تلك التي يدلي بها ذوو الشأن إلى الموظف العام فيقوم بتدوينها تحت مسؤوليتهم وتبعاً لإقراراتهم. وتعرض فيما يلي لهذين النوعين من البيانات.

أولاً: البيانات الصادرة عن الموظف نفسه أو من ذوي الشأن في حضوره

وتنقسم هذه البيانات إلى قسمين:

القسم الأول: يشمل البيانات التي يثبتها الموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة تطبيقاً لواجبات وظيفته، أو تحقق منها بنفسه.

مثالها توقيع على المحرر، أو التاريخ الذي يدونه على المحرر، أو البيان الذي يكتبه خاصة بمكان صدور المحرر، وإثباته حضور الأطراف والشهود وتوقيعهم أمامه، وإثباته أيضاً قيامه بتلاوة المحرر على ذوي الشأن، وغير ذلك من الإجراءات المتعلقة بإتمام الإجراءات التي يتطلبها القانون.

القسم الثاني: ويشمل البيانات المتعلقة بأمور وقعت من ذوي الشأن في حضور الموظف وأدركها بسمعه أو وقعت تحت بصره. 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.

وهذه البيانات بنوعها تكون لها حجيتها التي لا يمكن دحضها إلا عن طريق الدحض بالتزوير. فإثبات الموظف تاريخاً معيناً للمحرر وأسماء الشهود وتوقيعاتهم، وأن البائع أقر أمامه أنه قبض الثمن أو أن المشتري دفع الثمن أمامه إلى البائع، فكل تلك البيانات تكون حجة بصدورها ممن تنسب إليه، فإذا ادعى أحد أطراف المحرر أو غيره عدم صحتها فليس أمامه لإثبات ذلك إلا الطعن بالتزوير، أي السبيل الوحيد لإثبات عكس تلك البيانات هو الطعن بالتزوير.

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. ومثال ذلك أن يثبت الموثق أن المتعاقد متمتع بكامل قواه العقلية فلا حاجة للطعن بالتزوير في المحرر لإثبات أن المتعاقد مصاب بجنون أو عته أو غير ذلك من عوارض الأهلية⁶⁰.

ثانياً: البيانات الصادرة عن ذوي الشأن

وهي البيانات التي يدونها الموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العامة، في المحرر الرسمي وهي الإقرارات أو البيانات التي يدلي بها ذوو الشأن إليهم، عن أمور لم تقع أمامهم ولم تخر بحضورهم، وإنما قام هو بتدوينها على مسؤوليتهم وبناء على إقراراتهم، على ما سمعه منهم ودون أن يتحرى صحتها أو يتحقق منها. ومثال 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 فيهما لا على صحة الوقائع ذاتها. ويتضح مما سبق أن البيانات الصادرة من ذوي الشأن والتي يدونها محرر العقد تبعا لإقراراتهم فقط، دون أن يكون عليه أن يتحقق من صحتها، أو لم يكن باستطاعته ذلك، يمكن إثبات عكسها وفقا لقواعد الإثبات العادية دون الحاجة إلى الطعن بالتزوير، لأن الطعن في صحة هذه البيانات لا يتضمن مساسا بأمانة الموظف وصدقه. وفقا لقواعد الإثبات المشار إليها.

ولما كانت هذه البيانات قد أثبتت في المحرر كتابة، فانه لا يجوز إثبات عكسها بين ذوي الشأن إلا بالكتابة أيضا، أو بمبدأ ثبوت بالكتابة مستكملا بالبينة أو القرائن⁶¹.

وهناك نوع ثالث من البيانات التي يمكن أن يتضمنها السند الرسمي وهي واردة على سبيل الإشارة، أي أنها لا تشكل عنصرا أساسيا في العقد، مثلا 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 بالكتابة.

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 يعتبر نافذا في كامل التراب الوطني، كما يعتبر حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن⁶² وهذا وفقا 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 يتعين لبيان مدى هذه الحجية في مواجهة الغير إجراء نفس التفرقة التي تم إجراؤها بالنسبة لحجية المحرر الرسمي بين أطرافه بين نوعين من البيانات التي يتضمنها المحرر الرسمي. فبالنسبة لحجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير فيما يتعلق بالبيانات الصادرة عن الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة، أو البيانات التي وقعت من ذوي الشأن في حضوره. فإن المحرر الرسمي لما تضمن من بيانات صادرة

⁶¹عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 202.

⁶²يلاحظ أنه ورد خطأ في ترجمة المادة 324 مكرر 6 فذوي الشأن يقصد بهم الخلف أي ayant cause الواردة بالنص في اللغة الفرنسية الذي جاء فيه :

" art loi n°88-14 du 3 mai 1988 l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers et ayants cause. néanmoins ,en cas de plainte en faux au principal , l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation et, en cas d'inscription de faux, faite incidemment ; les tribunaux pourront, provisoirement "l'exécution de l'acte

عن الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة أو وقعت من ذوي الشأن في حضورهم، له حجته بالنسبة إلى الغير، وإذا ما أريد الاحتجاج عليه بهذا المحرر، فلا يجوز له إثبات عكس تلك البيانات إلا عن طريق الطعن بالتزوير.

فإذا تعلق الأمر مثلا بمدين يبيع عقارا له بمحرر رسمي، ويدعي دائه أن هذا البيع الرسمي لم يصدر من مدينه حتى يتمكن من التنفيذ بحقه على العقار المبيع، فلا يجوز لهذا الدائن إثبات ما يدعيه أو إثبات عكس ما ورد في المحرر من بيانات أثبتها الموثق في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره إلا عن طريق الطعن بالتزوير⁶³.
أما بالنسبة للبيانات الصادرة عن ذوي الشأن وتحت مسؤوليتهم فهي حجة على الغير، غير أنه يمكن لهذا الغير أن يثبت عكسها بغير طريق الطعن بالتزوير فيمكنه ذلك عن طريق إقامة الدليل على العكس بالطرق المقررة قانونا.
ونستخلص 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 السند (المحرر) الرسمي

النصوص القانونية:

جاء في نص المادة 325 من القانون المدني: "إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا، فان صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل.
وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك احد الطرفين.
فإذا وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل."
وجاء في نص المادة 326 من القانون المدني: "إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي:
يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها في الأصل.

ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها.

أما ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف."
يفهم من نص المادتين المذكورتين أعلاه أن المشرع أعطى لصور المحرر الرسمي حجية في الإثبات حسب كل حالة.
فطبقا لقواعد التوثيق، يودع أصل المحرر الرسمي في مكاتب التوثيق، أما أطراف العقد فلا يعطي له إلا صورة منه، وأصل المحرر الرسمي هو الذي يحمل توقيعات أصحاب الشأن وتوقيع 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 أصلا بالرغم من أنها مطابقة تماما للأصل بما اشتمل عليه من بيانات وتوقيعات. ويسوي 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 الحجية⁶⁴ ولبيان حجية صور السندات الرسمية بتعيين التفرقة بين حالتين، الحالة الأولى وجود أصل المحرر الرسمي والحالة الثانية هي حالة عدم وجود الأصل.

أولا: حجية صور المحررات الرسمية إذا كان الأصل موجودا

يتبين من النصين السابقين أنه إذا كان أصل المحرر الرسمي موجودا-وهي المسألة الغالبة- إذ قلما ينعدم الأصل الذي يبقى محفوظا لدى مكتب التوثيق، ولا يفقد إلا لأسباب قهرية كالحريق أو السرقة، اعتبرت الصورة المأخوذة عنه سواء كانت صورة خطية أو فوتوغرافية مطابقة للأصل ويكون لها ذات حجية الأصل في الإثبات، ما لم ينازع في مطابقتها للصورة الرسمية للأصل.

ويتضح مما تقدم، أن المشرع الجزائري قد وضع قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس مفادها اعتبار الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك احد الطرفين.

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

ثانيا: حجية صور المحررات الرسمية إذا كان الأصل غير موجود

ويتضح أيضا من النصين السابقين أنه إذا لم يكن أصل المحرر أو السند الرسمي موجودا فإنه يتعين التفرقة بين ثلاثة أنواع من الصور.

1) الصور الرسمية الأصلية:

وهي الصور المنقولة من أصل السند 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 مجالا 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 عبث بها، كما إذا وجد بها كشط، أو محو أو تحشير، فإن الصورة تفقد حجيتها في هذه الحالة.

2) صور الرسمية المأخوذة من الصور الرسمية الأصلية:

وهذه الصورة هي صورة رسمية أيضا 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 احد الخصوم في صحتها، أمكن إحضار الصورة الأصلية وإجراء المضاهاة بينهما.

فحجية هذه الصورة غير مستمدة من ذاتها، وإنما عن طريق مطابقتها للصورة الأصلية التي أخذت منها، وتنتفي هذه القرينة لمجرد إنكار احد الطرفين لهذه المطابقة، وفي هذه الحالة يتعين 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 الحجية⁶⁵.

3) صورة 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. وهذا النوع من الصور لا تكون له حجية من الأصل، ولا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف إلا أنها لا تصلح إلا لأن تكون مجرد قرائن بسيطة، يستنبط منها القاضي ما يراه⁶⁶ فهي لا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس، وعلى ذلك فلا يجوز اعتبارها حتى مبدأ ثبوت بالكتابة⁶⁷.

المبحث الثاني:

الكتابة الالكترونية

في ظل التقدم الهائل الذي شهده العلم وما رافقه من ثورة معلوماتية كبيرة، ظهرت أشكال وطرق جديدة للتعامل بين الأشخاص، إذ انتشر استعمال الوسائل التقنية ودخلت في مختلف جوانب الحياة مما أدى إلى الاستعانة بالحاسب الآلي في كافة المعاملات. وأدى ذلك إلى تغيير مفهوم الإثبات وذلك لإمكانية إنشاء الحقوق والالتزامات بطرق الكترونية والاستغناء في غالبية الأحيان عن الكتابة الورقية⁶⁸.

وقد كشف التطور المعاصر عن ظهور دعوات غير ورقية في الكتابة والتوقيع وهو الأسلوب الالكتروني⁶⁹، بحيث يستخدم فيه الأحرف والأرقام والرموز والإشارات الضوئية وغيرها ليحل محل الكتابة التقليدية على الورق والتوقيع بالإمضاء أو البصمة أو الختم.

المطلب الأول:

السندات الالكترونية

⁶⁵ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 225.

⁶⁶ شكري سرور، المرجع السابق، ص 73.

⁶⁷ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 227.

⁶⁸ مناني فراج، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2008، ص 11.

⁶⁹ عبد الله احمد عبد الله غرايبية، حجية التوقيع الالكتروني في التشريع المعاصر، دار الراجحة للنشر والتوزيع، عمان، ص 17.

السندات الالكترونية، هي كتابة غير تقليدية مستخرجة من وسائل خزن لتقنيات علمية، تعمل على تحويل الحروف المكتوبة والسندات المرسله عن طريقها إلى نبضات كهربائية، فيتحول الضغط على الحروف إلى إشارة كهربائية تؤدي إلى طبع هذه السندات أو استنساخها عن بعد، بسرعة قياسية لا تزيد على دقيقة واحدة ومهما طالت المسافة⁷⁰. ولقد انتشرت الوسائل الالكترونية وتدخلت في كل معاملات الفرد اليومية. ولا شك أن استخدام هذه المعلوماتية ينعكس عمليا على طرق ووسائل إثبات المعاملات التي تتم من خلالها. وهذه الوسائل هي التلكس والفاكس والحاسب الالكتروني والشبكة المعلوماتية.

فالتلكس: هو عبارة عن جهاز طباعة الكترونية كبرق متصل ببداله، يطبع البيانات الصادرة من المرسل بلون احمر والبيانات الصادرة من المرسل إليها باللون الأسود، فيستطيع المشترك به الاتصال مباشرة مع أي مشترك آخر يملك الجهاز نفسه.

أما الفاكس: فهو أكثر تطورا من تلكس وأسرع من ناحية الخدمات البريدية، وهو جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المكتوبة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها كأصلها، وإرسالها عن طريق شبكة الهاتف المركزية أو عبر الأقمار الصناعية سواء في داخل الدولة أو خارجها. وتكون السندات المستخرجة منها بنسخة واحدة أو صورة كأصلها بسرعة قياسية لا تزيد عن 30 ثانية مهما كانت المسافة⁷¹.

أما الوسيلة الأكثر تطورا في الوقت الحاضر والتي تستخدم في عملية التجارة الدولية بشكل كبير، فهي تلك المرتبطة بالشبكة العنكبوتية أي الانترنت، وهي عبارة عن شبكة معلوماتية تتكون من عدة شبكات للمعلومات، إذا يتم توصيل اثنين أو أكثر من الحاسبات الآلية مع بعضها في صورة شبكة للمعلومات التي تتضمنها هذه الحاسبات. وهي تشكل تجمعا ضخما يضم عشرا الآلاف من الشبكات التي يمكن الاتصال بها عبر الآلاف من القنوات الفضائية التي ترتبط بالملايين من أجهزة الكمبيوتر⁷².

وبذلك فإن المفهوم الحديث للكتابة أصبح يعني الكتابة بمعناها الواسع الذي لا يقتصر على السندات الكتابية بالمفهوم التقليدي بل تشمل السندات الالكترونية المرسله عن طريق وسائل الاتصال الحديثة. وقد عرف أيضا بأنه ذلك الاتفاق الذي يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شكله دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل⁷³.

يجب أن يكون السند الالكتروني مكتوبا بطريقة تسمح بحفظ بيانات السند وإمكانية الرجوع إليها بشكل مستمر، ويمكن تقديمها أيضا للاطلاع عليها والاحتجاج بها، وكذلك تدوين البيانات على الدعامة أو الرقاقة بشكل غير قابل

70 سجي عمر شعبان إلى عمرو، المرجع السابق، ص 109 نقلا عن جعفر الفضلي، حجية السندات الالكترونية في الإثبات المدني في ضوء التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي، المرقم 230 لعام 2000، مجلة الرافدين للحقوق جامعة الموصل، العدد 11 أيلول 2001.
71 عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، طبعة 2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1999، ص 352
72 سجي عمر شعبان آل عمرو، المرجع السابق، ص 111.
73 محمد ابراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص 93.

للتغيير أو التبديل، وإن يكون المحرر الالكتروني موقعا من الأطراف وذلك أيضا بالطرق الالكترونية باستخدام التوقيع الالكتروني⁷⁴.

المطلب الثاني:

الإثبات في الكتابة الالكترونية

إن المقصود بالإثبات الالكتروني، هو استخدام الوسائل المستخرجة من تقنيات الاتصالات الحديثة في إثبات التصرفات التي تبرم بين الأطراف عن بعد من خلال الانترنت أو غيرها من الوسائل التقنية الحديثة التي تعمل آليا وتلقائيا بمجرد إصدار أوامر تشغيل آلية⁷⁵.

ولقد أعطى المشرع الجزائري للكتابة الالكترونية نفس قيمة الإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها أو أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها وهذا ما نصت عليه المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني والتي جاء فيها: "يعتبر الإثبات في الكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق. بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها."

المبحث الثالث:

الكتابة العرفية

النصوص القانونية:

تنص المادة 327 من القانون المدني: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يخلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1."

وتنص المادة 328 من القانون المدني: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابت ابتداء:

- من يوم تسجيله،
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام،
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص،
- من يوم وفاة احد الذين لهم على العقد خط وإمضاء.

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

المحرر العرفي أي السند العادي أو السند ذو التوقيع الخاص، هو المحرر الذي يتم بمعزل عن الموظف العام، أي المحرر الذي يستغل الأفراد بكتاباته، وهو على نوعين: الأول محررات عرفية معدة للإثبات وتكون موقعة من أصحاب الشأن وتعتبر

⁷⁴ يوسف احمد النوافلة، حجية المحررات الالكترونية في الإثبات، دار وائل للنشر عمان، 2007، ص 54.

⁷⁵ مناني فراخ، المرجع نفسه، ص 149

أدلة كاملة، والنوع الثاني محررات عرفية غير معدة للإثبات، وإن كانت تفيد فيه، وغلب أن لا تكون موقعة ومع ذلك يعطيها القانون حجية في الإثبات تختلف قوة وضعفا حسب عناصر الإثبات. وسوف نخصص مطلباً لكل نوع منهما فيما يلي:

المطلب الأول:

المحررات العرفية المعدة للإثبات

نتعرض لدراسة المحررات العرفية المعدة للإثبات في فرعين، نخصص للفرع الأول الشروط الواجب توافرها في هذه المحررات ونخصص الفرع الثاني لحجيتها في الإثبات.

الفرع الأول:

شروط المحرر العرفي المعد للإثبات

يشترط في هذا النوع من المحررات العرفية حتى يعتبر دليلاً في الإثبات أن تكون متضمنة كتابة وأن يكون موقعا عليها ممن يحتج بها عليه فنعرض لهذين الشرطين فيما يلي:

أولاً: الكتابة

يشترط في المحرر العرفي المعد للإثبات أن يتضمن كتابة تدل على الغرض الذي اعد لأجله، أي أن تكون الكتابة واردة على الواقعة الذي اعد هذا المحرر ليكون دليلاً عليها.

وإذا تضمن المحرر الكتابة بهذا المعنى فلا يشترط بعد ذلك أي شرط شكلي في هذه الكتابة. فيمكن أن تكتب بأية وسيلة، سواء كانت هذه الكتابة بخط المدين أو بخط شخص آخر باليد أو على الآلة الكاتبة أو المطبوعة بالمداد أو بالقلم الرصاص، بلغة المدين أو بلغة أجنبية.

والعقد العرفي هو العقد الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه. ولقد كانت المادة 327 من القانون المدني الجزائري قبل تعديلها تنص على: "يعتبر العقد العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء...".

ويظهر بعد تعديل المادة 327 المذكورة أعلاه بموجب القانون 10/05 المتضمن تعديل القانون المدني المؤرخ في:

2005/06/20 أن المشرع الجزائري تراجع وأصبح يكتفي بأحد الشرطين فقط، إذا جاء في الصياغة الجديدة بأنه يعتبر في العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه، وتكون عبارة في العقد العرفي إذن بالكتابة أو بالتوقيع أو بالبصمة، مع العلم أن الكتابة بدون توقيع ليست لها أية قيمة وقد يكون الشخص الذي تولى كتابة العقد أجنبياً عن العقد تماماً بل أراد مساعدة المعنيين فقط. وقد يكون العقد مكتوباً بخط المتعاقد موقع من المتعاقد الآخر فلمن ينسب؟ وهل تكون الأفضلية للكتابة أو للتوقيع؟

بالرجوع إلى نص المادة باللغة الفرنسية والذي جاء فيه:

يرفع كل لبس فالمقصود إذن وجوب الكتابة والتوقيع أو البصمة وليس الكتابة أو التوقيع أو البصمة كما جاء في نص المادة باللغة العربية.

فالعقد العرفي هو ذلك العقد المكتوب بخط المتعاقد الذي ينسب إليه الخط، على أن يكون موقع من قبله بواسطة إمضاء أو بصمة أو إمضاء الكتروني.

إن اشتراط المادة 327 من القانون المدني كتابة العقد العرفي بخط المتعاقد الذي ينسب إليه العقد قد يصعب تحقيق هذا الشرط في بعض الأحيان إذا كان العقد تبادلياً أو كان المتعاقد أمي أم تم التعاقد بواسطة وكيل. ففي العقد التبادلي أي العقد الذي يرتب التزامات على كلا المتعاقدين، والذي يتطلب احترام شرط الكتابة بخط المتعاقد، وتحرير نسختين أصليتين الأولى بخط المدين الأول يحتفظ بها لدائنه، والثانية بخط هذا الأخير باعتباره مدينا في نفس الوقت، ويحتفظ بها المدين الأول باعتباره دائناً له⁷⁶ وقد يكون المتعاقد أمياً، فيتعذر عليه كتابة هذا العقد، الأمر الذي يحول دون شرط الكتابة بخط اليد.

وإذا تم التعاقد عن طريق الوكيل، فالوكيل هو الذي يباشر عملية التعاقد وليس الأصيل، فيستحيل في هذه الحالة تحقيق شرط الكتابة بخط المتعاقد.

إن الصعوبات في تحقيق شرط الكتابة بخط اليد أدت إلى اللجوء إلى إبرام الكثير من العقود في شكل مطبوعة كعقد التأمين وعقد القرض وعقد الإيجار وغيرها...، والاكتفاء بالتوقيع فقط.

ثانياً: التوقيع

التوقيع هو الشرط الأساسي والجوهرى لوجود المحرر العرفي، بدونه لا يتحقق وجود المحرر العرفي. فالتوقيع هو الذي تقوم عليه صحة صدور المحرر ممن يراد أن يكون حجة عليه.

إن وجود التوقيع في المحرر يفيد موافقة الموقع على ما جاء في المحرر من بيانات وإقرارات.

والمقصود بالتوقيع هو توقيع ما ينسب إليه المحرر قولاً أو التزاماً⁷⁷. فإذا كان العقد ملزماً للجانبين وجب أن يوقعه الطرفان، أما إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد فلا يلزم سوى توقيع الطرف يلزم أو يقرر⁷⁸.

لا يوجد تعريف قانوني للتوقيع، ويمكن القول بأن التوقيع هو علامة أو أشار أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص على استعماله للتعبير على موافقته على عمل أو على تصرف قانوني بعينه⁷⁹

ويتم 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.

ولما كان التوقيع يجب أن يتم بطريقة تدل على موافقة الموقع على مضمون المحرر فإنه عادة ما يتم أسفل المحرر، إذ في هذه الحالة يمكن استنتاج موافقة الموقع على مضمون المحرر. فهو يترجم قبوله لما ورد في المحرر من التزامات غيرها. ويكون

76 علي فيلالي، المرجع السابق، ص 313.

77 فرج الصدة، المرجع السابق، ص 110.

78 محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 157.

79 رمضان أو السعود، المرجع السابق، ص 270.

التوقيع حين إذن أمراً جوهرياً وأساسياً في العقد العرفي، حيث ينعقد العقد العرفي لانعدام توقيعه. ونظراً لهذه الأهمية أقر المشرع التوقيع بالبصمة لتمكين المتعاقد الأمي من التوقيع.

التوقيع بالبصمة:

ويتمثل التوقيع بالبصمة بوضع الشخص بصمة إصبعه على المحرر معرباً بذلك عن قبوله لما ورد فيه.

وتقرير جواز الإمضاء بالبصمة أمر اقتضته انتشار الأمية فيجوز لمن لا يعرف القراءة أو الكتابة البصمة بإصبعه، ولقد اعتمدت مختلف التشريعات التوقيع ببصمة الإصبع بكونها تتوفر على دقة، إذ ثبت علمياً أن بصمات الأصابع لا تتشابه ومن ثمة فهي فعلاً مميزة للشخص⁸⁰.

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

التوقيع الإلكتروني:

لقد اعتمد المشرع الجزائري على غرار تشريعات المقارنة التوقيع الإلكتروني إذ تنص المادة 327 من القانون المدني في فقرتها الثانية: "ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

وتكون الكتابة الإلكترونية في مجال الإثبات كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف سلامتها.

لم يعط المشرع تعريفاً للتوقيع الإلكتروني واكتفى فقط بالإشارة إلى وظيفة هذا التوقيع، وهي تحديد الشخص صاحب المحرر الإلكتروني. وهذا بخلاف بعض المشرعين منهم المشرع الأردني الذي عرف التوقيع الإلكتروني على أنه: "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل الكتروني أو رقمي أو أية وسيلة أخرى في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها، وتميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه"⁸¹.

وعرفه المشرع المصري بـ: "ما يوضع على محرر الكتروني، ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارة أو غيرها ويكون له طابع منفرد، يسمح بتحديد شخص موقع ويميزه عن غيره"⁸².

ومن خلال التعريفات السابقة يظهر بأن التوقيع الإلكتروني يتكون من ثلاث عناصر، العنصر الأول يتعلق بالبيانات التي تستعمل في التوقيع الإلكتروني والمتكونة من الأرقام أو الحروف أو الرموز، وغيرها من العلامات والإشارات.

والعنصر الثاني هو وجود أو اقتران هذه البيانات بالمحرر الإلكتروني، أما العنصر الثالث فهو غاية هذه البيانات وهي تحديد الشخص بذاته وتميزه عن غيره من جهة، وقبوله بما ورد في المحرر من جهة أخرى.

نستنتج مما سبق أن شكل التوقيع قد يكون في صورة إمضاء أو إشارة أو علامة للتعبير عن الموافقة في مجال التصرفات القانونية، وقد يأخذ التوقيع شكل بصمة، أما الختم فلم ينص عليه المشرع الجزائري لإمكانية ضياعه وحيازته من طرف الغير. أما عن التوقيع الإلكتروني فقد أجاز المشرع شريطة أن يكون محمياً بشفرة أو رقم سري يصعب على الغير تزويره،

⁸⁰ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام - ص 177.

⁸¹ القانون الأردني رقم 85-2001 المؤرخ في 2001/12/31، المتعلق بالمعاملات الإلكترونية.

⁸² القانون المصري رقم 15-2004 المؤرخ في: 2004/04/21، المنشئ لهيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

وهذا كله للوصول إلى حماية وحفظ المعاملات التعاقدية المبرمة في الشكل الإلكتروني، أما في مجال العقود الرسمية فلا مجال فيها للتوقيع الإلكتروني وهذا لوجوب توقيعها من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء أمام محرر العقد (الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العامة) وهذا ما تؤكدته المادة 324 مكرر 2 بنصها "توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء..."

الفرع الثاني:

حجية المحررات العرفية في الإثبات

تثور مسألة حجية المحررات العرفية في الإثبات في نقطتين، الأولى حجية المحرر العرفي فيما بين أطرافه والثانية في مواجهة الغير.

أولاً: حجية المحرر العرفي فيما بين أطرافه

يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار، ويكفي أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق وهذا استناداً لنص المادة 327 من لقانون المدني. وتتناول فيما يلي حجية المحرر العرفي من حيث صدوره ممن وقعه ثم حجتيه من حيث صحة الوقائع الثابتة به.

1) حجية المحرر العرفي كونه صادر ممن وقعه:

يظهر من خلال النصوص القانونية المشار إليها سابقاً بأن المحرر العرفي لا يكون حجة إلا إذا لم ينكره الشخص المنسوب إليه إنكاراً صريحاً. وبعبارة أخرى يمكن القول بأن حجية المحرر العرفي موقوفة على اعتراف من وقعه بصحة هذا التوقيع، أو على الأقل عدم إنكاره له.

فإذا اعترف صاحب التوقيع صراحة بصدور المحرر منه يكون للمحرر حجية في الإثبات من حيث صدوره ممن وقعه ومن حيث سلامته المادية، ويصبح بذلك كالمحرر الرسمي تماماً بحيث لا يجوز له بعد ذلك أن يدعي حصول تغيير في المحرر أو حذف أو إضافة إلا بإتباع طريق الطعن بالتزوير فيه.

والاعتراف بصحة المحرر وبالتوقيع الوارد عليه لا يشترط فيه أن يكون صريحاً أو أن يكون ضمنياً⁸³.

فإذا أنكر المدين توقيع ارتفع عن المحرر حجتيه بصفة وقتية، ويجب على من يحتج به أن يثبت صدوره من صاحب التوقيع، ويطلب من المحكمة أن تأمر بتحقيق الخطوط، فإن انتهى التحقيق إلى صدور المحرر ممن وقعه عادت إليه حجتيه.

والإنكار يجب أن يكون صريحاً وجازماً فإذا سكت الشخص الذي يحتج عليه بالمحرر العرفي، أو اكتفى بالتشكيك في صدور التوقيع منه، عد ذلك بمثابة إقرار بالمحرر⁸⁴.

⁸³ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 165.

⁸⁴ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 61.

أما إذا كان الشخص الذي يتمسك ضده وارثاً أو خلفاً، فلا يطلب منه الإنكار، وإنما يكفي أن يقر أنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقى عنه الحق، ويكفي أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم بأن الخط أو التوقيع أو البصمة هي ممن تلقى منه الحق وهذا ما جاء في المادة 327 من القانون المدني.

وإذا فعل الوارث أو الخلف ذلك، توقفت حجية المحرر العرفي إلى حين الانتهاء من إجراءات تحقيق الخطوط التي سيطلب بها من تمسك بالمحرر.

وإذا كان التوقيع مصادق عليه، والتصديق يكسب التوقيع صفة الرسمية، فإنه يتعين على من ينكر نسبة التوقيع إلى من صدر منه أن يلجأ إلى الطعن بالتزوير.

(2) حجية المحرر العرفي من حيث صحة الوقائع الثابتة به:

إذا ثبت صدور المحرر العرفي من الشخص المنسوب إليه، سواء لاعترافه به أو لثبوت ذلك بعد إنكاره، كان للمحرر حجيته من حيث صحة الوقائع الثابتة به وعلى من يدعي عكس ذلك يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه بطرق الإثبات العادية.

فإذا كان المحرر العرفي يثبت بيعاً مثلاً صدر من شخص إلى آخر وان المشتري قبض الثمن فان هذه البيانات يفترض جديتها وحقيقتها وأن ذكرها في المحرر قرينة على صحتها، ولكن يجوز لصاحب التوقيع أن يثبت أن هذا البيع صوري أو أنه لم يقبض الثمن لكن لا يجوز له إثبات ذلك إلا بدليل كتابي فالكثافة لا يجوز نقضها إلا بالدليل الكتابي⁸⁵. ومن ناحية التاريخ، فتكون حجية فيما بين المتعاقدين حتى يثبت العكس شأنه شأن سائر ما يدون في هذا العقد من بيانات ويتعين على من يريد حصول الدليل العكسي في هذه الحالة أن يلتزم بأحكام القواعد العامة في ذلك ومؤدي هذا وجوب تصحيح الدليل الكتابي إذ لا يجوز نقض أو إبطال الدليل الكتابي إلا بالكتابة.

ثانياً: حجية العقد العرفي بالنسبة للغير

المحرر العرفي يعد حجة بما دون فيه ليس فقط على أطرافه وإنما على الغير أيضاً. والغير 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، وهو بصفة عامة الخلف العام والخلف الخاص والدائن⁸⁶. غير أن المقصود بالغير في هذا الصدد هو كل شخص يحتج عليه بالمحرر العرفي ويضار في حق تلقاه من احد طرفي المحرر، أو بمقتضى نص في القانون إذا ثبت صحة تاريخه في مواجته⁸⁷.

وسوف نتعرض فيما يلي لحجية المحررات العرفية بالنسبة للغير من حيث صدوره ممن وقعه، ومن حيث صحة الوقائع المثبتة به وأخيراً من حيث تاريخ تحرير هذا المحرر.

(1) حجية المحرر العرفي بالنسبة إلى الغير من حيث صدوره ممن وقع عليه

85 محمد حسن قاسم، المرجع نفسه، ص 170.

86 محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 181.

87 فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة 120.

يعتبر المحرر العرفي بالنسبة لصدوره ونسبته إلى من وقع إليه حجة على الغير، فهو حجة بالنسبة إلى الخلف العام والخلف الخاص والدائن. وهو حجة إلى أن ينكر صاحب التوقيع، لا الغير، صدوره منه دون حاجة إلى يطعن فيه بالتزوير. فإذا لم ينكر صاحب التوقيع نسبة المحرر إليه واعترف به أو سكت، أصبح المحرر العرفي حجة عليه وعلى الغير، وعلى من ينكر المحرر الطعن فيه بالتزوير وفي حالة وفاة صاحب التوقيع، واحتج بالمحرر على الوارث أو الخلف، فإن هؤلاء لا يطلب منه لنفي حجية هذا المحرر إنكاره إنكارا صارحا كما هو الحال بالنسبة لصاحب التوقيع بل يكفي أن يحلف الوارث أو الخلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق.

(2) حجية المحرر العرفي بالنسبة إلى الغير من حيث صحة الوقائع الثابتة به:

يتمتع المحرر العرفي بالنسبة لحجتيه فيما يتعلق بصحة الوقائع الثابتة به بنفس الأثر الذي يسري في شأن أطرافه. فللغير في هذه الحالة أن يثبت صورية الوقائع الثابتة في المحرر العرفي وفقا للقواعد المقررة في الإثبات. كما أن للغير دفع التصرف القانوني الذي يتضمنه المحرر العرفي بجميع الدفع الموضوعية والشكلي التي كانت لصاحب التوقيع. فلهم طلب إبطال التصرف لعيب شابه، ولهم طلب بطلانه لعدم مشروعية المحل أو السبب أو لعدم استيفاء الشكل الذي يتطلبه القانون، ولهم أيضا الدفع بانقضاء الالتزام بالوفاء أو بغيره من أسباب الانقضاء⁸⁸.

(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 أيضا في مواجهة الغير فيما عدا تاريخه، فهو لا يكون حجة في مواجهة الغير إلا إذا كان ثابتا. 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 يحتمل قيام السلف به بتقديم التاريخ أو تأخيره مع من تعاقد معه إضرارا به. وهذا الغش يصعب على الغير إثباته.

ولقد حدد المشرع طرق ثبوت التاريخ في المحرر العرفي، وهذه الطرق تضمنتها **المادة 328** من القانون المدني بنصها: "... ويكون تاريخ العقد ثابت ابتداء:

- من يوم تسجيله،
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام،
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص،
- من يوم وفاة احد الذين لهم على العقد خط وإمضاء.

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

ويتضح مما تقدم بأن طرق ثبوت التاريخ هي محددة من يوم تسجيله أو من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص أو من يوم وفاة احد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء. وسوف نتعرض لكل هذه الطرق فيما يلي:

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 الضريبة⁸⁹.

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 العرفي عن طريق ثبوت هذا التاريخ في محرر آخر، وفي هذه الحالة يكسب المحرر العرفي تاريخاً ثابتاً ويكون هو تاريخ المحرر الآخر الثابت التاريخ.

ويجب في هذه الحالة عدم الاكتفاء بمجرد ذكر المحرر العرفي في محرر آخر ثابت التاريخ، بل يجب أن يذكر في المحرر الأخير مضمون المحرر الأول، وذلك بذكر ملخص المحرر والبيانات اللازمة لتعيينه وتحديدته وتمييزه عن غيره، دون حاجة إلى ذكر نصه بالكامل⁹⁰.

ومنها حالة تحرير العقد من الترجمة الرسمين وهذا بترجمة السند ووضع الحتم وتاريخ الترجمة على النسخة التي يحررها وعلى النسخة التي تلقاها وكذا الأمر بالنسبة لكل المحاضر والوثائق والعقود الصادرة من كل موظف عام مهما كانت الجهة والإدارة التي يتبعها شريطة خضوعه لقانون الوظيف العمومي.

ج) التأشير على المحرر من موظف عام مختص:

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

ويتحقق هذا الغرض في حالات منها: في حالة تقديم العقد العرفي بمناسبة قيام موثق أو محضر قضائي بمجرد تركه فيؤشر على ذلك العقد العرفي ويقع عليه تاريخاً معيناً. ويعتبر من قبيل

وإمضائه ورقم وتاريخ الترجمة على سند عرفي، وكذا حالة التصديق على الإمضاءات من قبل رئيس المجلس الشعبي

البلدي، أو ممثلو القنصليات والسفارات، فهذه التأشيرات تعطي للعقد العرفي تاريخاً ثابتاً.

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

يكون المحرر العرفي ثابت التاريخ إذا كان يحمل أثراً معترفاً به، كخط أو توقيع لشخص توفي. ولذلك يعتبر تاريخ الوفاة

تاريخاً ثابتاً في المحرر، ولا يشترط أن يكون الموقع على المحرر طرفاً في التصرف المثبت به، بل يكفي أن يكون توقيع

بصفته شاهداً أو ضامناً لأحد طرفيه⁹¹.

89 دوة آسيا ورمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، ط 2، دار هومة، 2009، ص 19.

90 رمضان أو السعود، المرجع السابق، ص 387.

91 محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 187.

إثبات تاريخ المحرر العرفي من يوم وفاة احد الموقعين عليه يعتبر قرينة مفادها أن الخط أو الإمضاء، إنما صدر من هؤلاء عندما كانوا على قيد الحياة، وعلى الأكثر يوم الوفاة، فواقعة الوفاة هي الحد الفاصل بين عهد يستطيع ذوي الشأن خلال وضع خطوطهم وإمضاءاتهم على العقد العرفي و عهدا ما بعد الوفاة والذي يستحيل خلاله حدوث هذا الإمضاء

ويلاحظ هنا المشرع اللبناني اعتبر ثبوت تاريخ المحرر العرفي يتم أيضا بموجب واقعة إصابة عجز جسماني لشخص يمنعه من الكتابة وبذلك فإن هذه الإصابة تثبت بشكل قاطع الدلالة صدور المحرر قبل الإصابة بالعجز الجسماني مثل بتر اليد.

المطلب الثاني:

المحركات العرفية غير المعدة للإثبات

النصوص القانونية:

نص المادة 329 قانون مدني " تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات.

وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

وإذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس.

نص المادة 330 قانون مدني على: " دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن

بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى احد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة.

وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل

لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه.

نص المادة 331 قانون المدني على: " لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين:

- إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً،

- إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر والأوراق أن تقوم مقام السند لمن اثبت حقا لمصلحته.

نص المادة 332 قانون مدني على ما يلي: "التأشير على السند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن

يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعا منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته.

من خلال النصوص القانونية المشار إليها أعلاه يتبين بأن هناك إلى جانب المحركات العرفية المعدة للإثبات توجد محركات

هي أصلا 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 وهي أربعة أنواع من المحركات:

أولا: الرسائل والبرقيات.

ثانيا: دفاتر التجار.

ثالثا: الدفاتر والأوراق المنزلية.

رابعا: التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين.

وهي المحررات التي سنتعرض لها بالتفصيل في الفروع التالية:

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 العرفي متى كانت موقعة. فيجوز في هذه الحالة أن يحتج بها على المرسل في إثبات ما تم الاتفاق عليه. فالرسالة الموقعة، بنص القانون لها ذات الحجية التي للمحررات العرفية الموقعة. ويعني ذلك أن تكون للرسائل الموقعة عليها قوة المحرر العرفي من حيث الإثبات، فيكون حجة على المرسل بصحة المدون فيها إلى أن يثبت العكس بالطرف المقررة للإثبات قانونا وإذا لم تكن الرسالة موقعة عليها، فيمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة، أي بداية بينة خطية شرط أن يكون محرر بخط المرسل.

والأصل أن الرسالة تظل على ملك المرسل، ويكون له استعادتها، حتى تسلم إلى المرسل إليه، فإن سلمت لهذا الأخير أصبحت ملكا له، ويستطيع أن يفيد منها في الإثبات دون الحاجة إلى استئذان المرسل طالما لم يتضمن سرا مهنيا أو عائليا يمنع القانون إفشاؤه ولا تكون الرسالة سرية في المواد التجارية، نظرا للطبيعة الخاصة التي تمتاز بها الأعمال التجارية⁹².

لقد جعل القانون للبرقيات كذلك قيمة المحرر العرفي في الإثبات، لكن هذه القيمة لا تثبت لها إلا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقع إليه من المرسل أو ممن 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 المرسل⁹³.

الفرع الثاني:

دفاتر التجار

يفرض القانون على التجار أن يمسكوا دفاتر معينة يقيدون فيها ما يرتبط بتجارهم حتى يتبين مركزه المالي على وجه الدقة، وبيان ما لهم وما عليهم من ديون.

⁹²أنور سلطان، المرجع السابق، ص 86
⁹³ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 194.

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

وبعني ذلك أن دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه. والظاهر من نص المادة 330 أن دفاتر التجار هي دائماً حجة عليه، وقد تكون في بعض الحالات حجة له 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، وسواء كان الخصم تاجراً أم غير تاجر، كما يستوي أن يكون النزاع متعلقاً بعمل تجاري أو بعمل مدني.

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 إلا يكون بخطه كذلك ومع رفع تعتبر حجة ضده.
- 2) أن القانون يلزم التاجر أن يقدم الدفاتر، وفي هذا خروج على قاعدة على عدم إجبار الشخص عن تقديم دليل ضد نفسه، علماً بأن هذا الأمر لا يعتبر حقاً مقرراً لخصم التاجر وإنما هو جوازي للمحكمة، يمكن أن تلجأ إليه كما يمكنها الاستغناء عنه.

وإذا كانت دفاتر التاجر بمثابة إقرار صادر منه فإن المشرع طبق عليه حكم الإقرار بالنسبة لعدم جواز تجزئة الإقرار. ويلاحظ أن الدليل المستفاد من دفتر التاجر يقبل دائماً إثبات العكس، أي أنه يجوز للتاجر أن يثبت عكس ما ورد في دفتره بكافة طرف الإثبات⁹⁴.

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:

الحالة الأولى: في الدعاوى التجارية إذا كان الخصم تاجراً بشرط أن تكون منتظمة.

الحالة الثانية: 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 باليمين المتممة أي بوجهها القاضي إلى أي من الخصمين لاستكمال قناعته، وأن هذه الحجة قاصرة على ما يجوز إثباته بالبينة.

ولما كان هذا الدليل جوازياً للقاضي، فلا يشترط أن تكون دفاتر التاجر منتظمة، كما أن للخصم نقض الدليل المستمد من دفاتر التاجر بكافة طرق الإثبات.

الفرع الثالث:

⁹⁴مصطفى طه، القانون التجاري اللبناني، دون دار نشر، 1969، ص 170.

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 لمثل هذه المستندات الخاصة بقيمة الدفاتر التجارية، لأن الأفراد غير ملزمين بإمسакها. ولا تعتبر هذه الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لصاحبها، لأن القاعدة أن الشخص لا يجوز له أن يصطنع دليلا لنفسه ومع ذلك ليس هناك ما يمنع من استخلاص القاضي قرينة لصالح من صدرت منه هذه الأوراق تضاف إلى قرائن أخرى وفقا للقواعد العامة في الإثبات.

وإذا 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 ديناً.

الاستثناء الثاني: إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق والدفاتر أن تقوم مقام السند بمن أثبتت حقا لمصلحته.

وحجية الدفاتر والأوراق المنزلية بالنسبة لهذين الاستثناءين ليست مطلقة، بل يجوز للشخص أن يثبت عكس ما أورده فيها بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن، دون أن يحتج عليه بأنه لا يجوز إثبات عكس الثابت كتابة إلا بالكتابة، لأن هذه القاعدة الأخيرة قاصرة على السندات الكتابية الكاملة أي التي تحمل توقيع صاحبها⁹⁵.

الفرع الرابع:

التأشير على السند بما يستفاد منه براءة ذمة الدين

واضح من نص المادة 332 قانون مدني أعلاه وجوب التفرقة بين ما إذا كان السند الذي يحمل التأشير ببراءة ذمة المدين في حيازة الدائن أم في حيازة المدين.

أولاً: التأشير على سند في حيازة الدائن:

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

ثانياً: التأشير على سند أو مخالصة في حيازة المدين:

قد يتم التأشير المستفاد منه براءة ذمة المدين على نسخة أصلية أخرى للسند في حيازة المدين أو على مخالصة بالوفاء بدفعة سابقة تحت يد المدين. وفي هذه الحالة يكون التأشير دليلاً على براءة ذمة المدين ولو لم تكن موقعا من الدائن وهذا بشرط:

1- أن يكون التأشير بخط الدائن، ذلك أن النسخة أو الإيصال في حوزة المدين، الذي يخشى أن يستكتب

شخصا آخر بما يفيد سواء الدين.

2- أن تكون النسخة أو الإيصال المؤشر عليه في حوزة المدين أو في حوزة شخص ثالث يحتفظ به لحساب المدين

كالوكيل أو المودع لديه.

وإذا توافر هذان الشرطان كان للتأشير دلالاته وحجيته قبل الدائن، غير أنه يجوز لهذا الأخير أن ينقض هذه الحجية بكافة طرق الإثبات، لأن الفرض أن التأشير غير موقع عليه من الدائن.

الفصل الثاني:

شهادة الشهود

la preuve par témoins

النصوص القانونية:

المادة 333: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد

القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

ويقد الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف القانوني ويجوز الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الالتزام على 100.000

دينار جزائري لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل.

وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالشهود في كل طلب لا تزيد قيمته

على 100.000 دينار جزائري ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد عن هذه القيمة، ولو كان منشؤها علاقة بين

الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة، وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته على 100.000 دينار

جزائري."

المادة 335: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة،

وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريبا الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت

بالكتابة."

المادة 336: "يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما يجب إثباته بالكتابة:

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

- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته."

يظهر من خلال النصوص القانونية المذكورة أعلاه أن المشرع الجزائري قد اعتمد على شهادة الشهود كوسيلة يعتد بها في

إثبات الوقائع القانونية وحدد لها قيمتها في الإثبات وسوف نتعرض إلى تعريف الشهادة وخصائصها (المبحث الأول)

والحالات التي يفرض فيها القانون الكتابة للإثبات - ما لا يجوز إثباته بشهادة الشهود - (المبحث الثاني) وإلى الحالات

التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود - ما يجوز إثباته بشهادة الشهود- (المبحث الثالث) وكذا إلى إجراءات سماع الشهود (المبحث الرابع).

المبحث الأول:

تعريف الشهادة وخصائصها

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

المطلب الأول:

تعريف الشهادة

الشهادة هي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره⁹⁶، وعرفت أيضا بأنها إخبار الشاهد في مجلس القضاء بواقعة تمت تحت سمعه أو بصره، ومن شأنها أن ترتب لشخص حقا قبل شخص آخر، كمن يشهد تعاقدًا أو حادثة، فيروي ما سمعه أو رآه وهذه هي الشهادة المباشرة.

والغرض من الإثبات بشهادة الشهود هو الحصول على أقوال الشهود الذين يؤيدون مزاعم المدعي والمدعى عليه، وهي بطبيعتها إجراءات متفرعة عن الخصومة الأصلية يراد بها تكوين دليل على تلك الخصومة، ولذلك فإن الأصل أن لا يطلب السير فيها ولا يلجأ إليها إلا أثناء قيام نزاع أصلي أمام القضاء وعندما يتبين الحاجة للركون إليها⁹⁷.

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

1- الشهادة السماعية، وفيها يقرر الشاهد أنه سمع بالواقعة يرويها له شخص آخر هو الذي رآها أو سمعها، فهي شهادة على الشهادة وهي جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية.

2- الشهادة بالتسامع وفيها لا يروي الشخص نقلًا عن شخص معين، ولا عن واقعة معينة، فهي شهادة بما يتسامعه الناس عن الواقعة، فالشهادة هنا تنصب على الرأي الشائع بين الناس على الواقعة المراد إثباتها.⁹⁸

3- الشهادة بالشهرة العامة، وهذه ليست شهادة بالمعنى المقصود، إذ هي ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية وتدون فيها وقائع معينة يشهد فيها شهود يعلمون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة.⁹⁹

المطلب الثاني:

خصائص الشهادة

⁹⁶سليمان مرفس، أصول الإثبات وإجراءاته، الجزء 2، 1986، ص 1

⁹⁷ محمد العثماوي- عبد الوهاب العثماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الثاني، مكتبة الآداب، 1958، ص 534.

⁹⁸محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 209. وايضا القاضي حسين الشمري، دور الشهادة في الإثبات المدني، مكتبة السنهوري، بغداد، 2013، ص 26

⁹⁹أنور سلطان، المرجع السابق، ص 122.

تتميز الشهادة كوسيلة إثبات بالخصائص التالية:

- الشهادة حجة مقنعة وليست ملزمة، فهي دليل مقنع للقاضي وليس ملزما له. فقد يطرح القاضي أقوال الشهود كلية إذا لم يطمئن إليها.¹⁰⁰ وقد يأخذ القاضي بأقوال شاهد دون الآخر وقد يرجح شهادة على أخرى دون أن يكون ملزما ببيان أسباب هذا الترجيح.¹⁰¹
- الشهادة حجة غير قاطعة، فما يثبت عن طريقها يقبل النفي بشهادة أخرى أو بأي طريق آخر من طرق الإثبات. وهي في ذلك عكس الإقرار واليمين.
- الشهادة حجة متعدية أي أن ما يثبت عن طريقها يعتبر ثابتا بالنسبة للكافة وهي تختلف بذلك عن الإقرار.
- الشهادة دليل مقيد لا يجوز الإثبات به إلا في حالات معينة، فلا يقبل الإثبات بها فيما يوجب القانون إثباته بالكتابة، والشهادة وإن كانت حائزة بالنسبة للوقائع المادية، إلا أنها لا تصلح بالنسبة للتصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها حدا معيناً وكذلك هي على عكس الكتابة تخضع لتقدير قاضي الموضوع الذي يستطيع أن يأخذ بها أو أن يطرحها جانبا إذا لم يطمئن إليها.¹⁰²
- والأصل في الشهادة أن تكون شفوية، وأن تصدر أمام مجلس القضاء طبقا للأوضاع المقررة قانونا، لذلك فلا عبرة لأي شهادة يحصل الإدلاء بها خارج مجلس القضاء دون إتباع الإجراءات التي يتطلبها القانون. ويشترط في موضوع الشهادة أن تتوفر فيها الشروط العامة في محل الإثبات، أي أن يكون موضوعها واقعة قانونية متنازع فيها ومتعلقة بالدعوى، منتجة فيها، ويمكن إثباتها وجائزة الإثبات. كما يلزم أن يكون موضوع الشهادة مما يجيز القانون إثباته بشهادة الشهود.
- أما من ناحية الشاهد فيشترط أن يكون مميزا، ألا يقل سنه عن حد معين وهو ثلاث عشرة (13) سنة¹⁰³ علما بأن العبرة في تحديد سن الشاهد بوقت الإدلاء بشهادته لا وقت حصول الواقعة التي يشهد بها ومن لم يبلغ هذه السن لا تسمع أقواله إلا على سبيل الاستدلال.

المبحث الثاني:

الحالات التي يفرض فيها القانون الكتابة للإثبات

¹⁰⁰سليمان مرفس، المرجع السابق، ص 2.

¹⁰¹ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 207.

¹⁰²أنور سلطان، المرجع السابق، ص 122.

¹⁰³ المادة 42 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. ويعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة."

(ما لا يجوز إثباته بشهادة الشهود)

يظهر من النص المادة 333 من القانون المدني المذكورة أعلاه أن المشرع لا يجيز الإثبات بشهادة الشهود بالنسبة للتصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على حد معين أو الإثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي. ففي هاتين الحالتين يشترط المشرع الإثبات بطريق معين هو الكتابة وهذا ما نتعرض له في المطلبين التاليين:

المطلب الأول:

عدم جواز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية

التي تزيد قيمتها عن حد معين

أو غير محددة القيمة

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

الفرع الأول:

شروط تطبيق هذه القاعدة

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.

الشرط الأول: يجب أن يتعلق الإثبات بتصرف قانوني مدني

يجب في التصرف القانوني الذي يتعين إثباته بالكتابة أن يكون تصرفا مدنيا، لأن المشرع يجيز لإثبات بجميع الطرق وأيا كانت قيمة التصرف في المواد التجارية.

والكتابة هي شرط لإثبات التصرف القانوني سواء كنا بصدد دعوى مدنية أم دعوى جنائية، ذلك أن الجرائم التي تقوم

على الإخلال بتصرف مدني كجائحة خيانة الأمانة، يخضع إثبات التصرف في شأنها لقاعدة الإثبات بالكتابة كما هو

الشأن بالنسبة لعقد الوديعة، الرهن، العارية، أو الوكالة وهي كلها عقود الأمانة المكونة لجائحة خيانة الأمانة التي نص

عليها المشرع الجزائري بمقتضى **المادة 376** قانون العقوبات: "كل من اختلس أو بدد بسوء نية أوراقا تجارية أو نقودا أو

بضائع أو أوراقا مالية أو مخالصات أو أية محررات أخرى تتضمن أو تثبت التزاما أو براء لم تكن قد سلمت إليه إلا على

سبيل الإجازة أو الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو عارية الاستعمال أو لأداء عمل باجر أو بغير اجر بشرط ردها أو

تقديمها أو استعمالها أو لاستخدامها في عمل معين وذلك إضرارا بمالكيتها أو واضعي اليد عليها أو حائزها يعد مركبا

لجريمة خيانة الأمانة ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 20.000 دينار.

ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة

وذلك لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر.

وكل ذلك دون الإخلال بما نصب "

الشرط الثاني: أن تتجاوز قيمة التصرف حدا معيناً

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

الفرع الثاني:

تقدير قيمة التصرف

تقدر قيمة التصرف حسب نص المادة 333 من القانون المدني وقت صدور التصرف دون النظر إلى ما يطرأ على هذه القيمة من زيادة أو نقص بعد ذلك.

وإذا زاد الالتزام عن 100.000 دينار جزائري ولم تأت هذه الزيادة إلا من ضم الملحقات إلى الأصل، فيجوز الإثبات بشهادة الشهود.

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

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

إن العبرة في تقدير قيمة التصرف وقت نشوئه، وعليه فإنه إذا كان حق الدائن يتجاوز في ذلك الوقت النصاب المحدد قانوناً، فإنه لا يجوز له أن يجزئ هذا المبلغ ليصل إلى إثباته بالشهود ومنه التحايل على قاعدة الإثبات بالكتابة وهذا ما نصت عليه المادة 334 قانون مدني بنصها: "لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة إلى 100.000 دينار جزائري. إذا كان المطلوب هو الباقي، أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة."

وإذا تعددت الالتزامات بين نفس الخصوم أي إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد عن هذه القيمة، ولو كان منشؤها علاقة بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة، وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري.

نلاحظ على الحكم الوارد في هذه الفقرة أنه يمكن الاستغناء عنه اكتفاء بالقواعد العامة في الالتزامات، ذلك أنه لكل حق مصدره، ومادامت مصادر الحقوق التي بين الطرفين قد تعددت، فإنه يتعين النظر إلى كل مصدر من هذه المصادر

على حدة لتقدير قيمة الحق الذي أنشأه هذا المصدر وعلى هذا إذا كانت مصادر هذه الحقوق من قبيل التصرفات القانونية، وجب الاعتداد بكل تصرف على حدة لتقدير قيمته وقت إتمامه. وكذلك الحكم إذا تعلق الأمر بوفاء لا تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري.

المطلب الثاني:

عدم جواز إثبات ما يخالف

أو يجاوز الثابت بالكتابة إلا بالكتابة¹⁰⁴

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 اقل من نصاب الإثبات بالكتابة. وتبرير ذلك إنه إذا كان المتعاقدان قد احتاطا مقدما وأعدا دليلا كتابيا ومعنى ذلك أنهما قصدا على الحصول على دليل أقوى لإثبات تصرفهما، ولذلك لا يجوز مخالفة هذا القصد بإجازة الإثبات بدليل اقل قوة وهو الشهادة.¹⁰⁵ وتظهر الأهمية العملية لهذه القاعدة بصفة خاصة بالنسبة للتصرفات التي لا تتجاوز قيمتها 100.000 دينار جزائري. وتتناول فيما يلي نطاق وشروط تطبيق هذه القاعدة.

الفرع الأول:

نطاق تطبيق هذه القاعدة

يتحدد نطاق تطبيق قاعدة عدم جواز إثبات خلاف ما هو ثابت بالكتابة أو ما يجاوزه إلا بالكتابة على المتعاقدين، ومثل المتعاقدين خلفهما العام. أما الغير فلا يتقيد بهذه القاعدة، فيجوز له إثبات ما يخالف أو ما يجاوز الثابت كتابة بشهادة الشهود والقرائن. كما أن قاعدة عدم جواز إثبات خلاف ما هو ثابت بالكتابة أو ما يجاوزه إلا بالكتابة لا تنطبق في حالة ما إذا كانت الكتابة مثبتة لتصرف تجاري، إذ في هذه الحالة يجوز إثبات ما يجاوز أو يخالف الثابت بالكتابة بغير الكتابة من شهادة شهود أو قرائن وذلك نظرا لحرية الإثبات في نطاق التصرفات التجارية.¹⁰⁶

الفرع الثاني:

شروط تطبيق القاعدة

104 نلاحظ أن المشرع الجزائري، انطلاقا من قاعدة لا يجوز إثبات ما هو ثابت كتابة إلا بالكتابة، أشار إلى عدم جواز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة عن 100.000 دج فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون العقد الرسمي بدلا من ما اشتمل عليه الدليل الكتابي، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المصري المادة 61 من قانون الإثبات المصري التي جاء فيها: "لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على خمسمائة جنبها فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي" واللبناني المادة 204 من أصول المحاكمات اللبناني التي جاء فيها: "لا تقبل شهادة الشهود: لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه سند خطي، ولو كانت قيمة المنازاع فيه لا تتجاوز أربعين ألف ليرة".
والفرنسي في المادة 1344 من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها:

(L1^{er} avr 1928.L 21 févr 1948 L.n^o 80/525.12 juill 1980) la preuve testimoniale sur la demande d'une somme même inférieure à la celle qui est "prévue à l'article 1341ne peut être admise lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit.

ويثور التساؤل حول سبب اعتبار المشرع الجزائري عدم جواز الإثبات بالشهود فيما يجاوز أو يخالف مضمون العقد الرسمي ولو لم تزد القيمة عن 100.000 دج الدليل الكتابي بموجب عقد رسمي؟ فهل يقصد المشرع فعلا ذلك؟ أم هو مجرد خطأ مادي المقصود منه عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة؟
105 محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 219.

106 السنهوري، المرجع السابق، ص 524.

القاعدة حسب نص المادة 1/334 من القانون المدني المذكورة أعلاه، أنه لا يجوز إثبات ما يخالف أو ما يجاوز الثابت كتابة إلا بالكتابة غير أن هذه القاعدة لكي تطبق لا بد لها من توافر شروط معينة هي:

- وجود دليل كتابي

- أن يكون الدليل الكتابي مثبتا لتصرف قانوني مدني.

- أن يكون المقصود إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت كتابة.

الشرط الأول: وجود دليل كتابي

يتعين لتطبيق هذه القاعدة أن نكون بصدد دليل كتابي كامل، كالسند الرسمي، أو السند العرفي المعد للإثبات أو الرسائل الموقع عليها. أما إذا كان الدليل الكتابي غير كامل كالدفاتر والأوراق المنزلية ففي هذه الحالات يجوز إثبات عكس ما هو مدون في هذه الأوراق بكافة طرق الإثبات دون أن تمنع قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة.

الشرط الثاني: أن يكون الدليل الكتابي مثبتا لتصرف قانوني مدني

يجب أن تكون الكتابة المراد مخالفتها مثبتة لتصرف قانوني مدني لأن التصرفات التجارية يجوز إثبات ما يخالفها بالبينة ولو كانت ثابتة بالكتابة.

الشرط الثالث: أن يكون المقصود إثباته يخالف أو يجاوز الثابت كتابة

يقصد بإثبات ما يخالف الكتابة تكذيب المكتوب، كما لو ادعى البائع أن الثمن المذكور في عقد البيع هو ثمن صوري الغرض منه التهرب من دفع رسوم الشهر العقاري وأن الثمن الحقيقي أكثر من ما هو مدون في العقد، فهنا يتعين عليه إثبات ذلك بالكتابة.

أما إثبات ما يجاوز الكتابة، فالمقصود به ادعاء إضافة أو تعديل لما هو مكتوب، فإذا لم يذكر في عقد القرض مثلا أنه منتج لفوائد، فلا يجوز ادعاء العكس إلا إذا أثبت ذلك كتابة.

المبحث الثالث:

الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود

(ما يجوز إثباته بشهادة الشهود)

بينت المواد 333-335-336 من القانون المدني هذه الحالات وهي على نوعين من الحالات:

الأولى: حالات يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل، وهذه الحالات يمكن استخلاصها من المادة 333 من القانون المدني وهي: الوقائع المادية والتصرفات التجارية والتصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على 100.000 دينار جزائري.

الثانية: حالات يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود استثناء. بمعنى أنها حالات كانت تجب الكتابة في إثباتها وهذه الحالات تستخلص من نص المادة 336 من القانون المدني المذكورة أعلاه وهي: جود مبدأ ثبوت بالكتابة، وجود مانع يحول دون الحصول على الدليل الكتابي، فقدان السند الكتابي بسبب أجنبي لا يد للدائن فيه.

وستعرض لهذه الحالات فيما يلي:

المطلب الأول:

الحالات التي يجوز فيها الإثبات

بشهادة الشهود بحسب الأصل

تشمل هذه الحالات، الوقائع المادية والتصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها حدا معيناً.

الفرع الأول:

الوقائع المادية

رأينا أن الوقائع القانونية تنقسم إلى تصرفات قانونية وإلى وقائع مادية، ورأينا أيضاً أن المشرع يتطلب الكتابة أساساً لإثبات التصرفات القانونية لأن التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني، ومن السهل إعداد الدليل الكتابي مقدماً لإثبات هذا التصرف القانوني.

أما الوقائع المادية سواء كانت بفعل الطبيعة كالزلازل، والفيضانات... أو من فعل الإنسان كالعمل غير المشروع والفعل النافع أي الإثراء بلا سبب. فهي جميعاً وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

ونلاحظ أن نص المادة 333 قانون مدني أكدت على التصرف القانوني هو الذي لا يجوز إثباته بالشهود بمعنى أن الوقائع المادية يجوز إثباتها بشهادة الشهود.

الفرع الثاني:

المواد التجارية

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

والمقصود بالمواد التجارية، هي الأعمال التي تتم بين تجار، فهذه الأعمال لا تنصرف إليها قيود الإثبات الواردة في شأن الأعمال المدنية من وجوب الإثبات بالكتابة إذا تجاوزت قيمة التصرف حدا معيناً، وعدم جواز إثبات ما يخالف أو ما يجاوز الثابت كتابة إلا بالكتابة، بل يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية.

ثالثاً: التصرفات التي تتجاوز قيمتها حدا معيناً:

رأي المشرع أن لا تطبق قاعدة وجوب إثبات التصرف القانوني بالكتابة، إلا إذا تجاوز هذا التصرف حدا معيناً وهو 100.000 دينار جزائري (مائة ألف دينار جزائري) وهذا تيسيراً للمعاملات.

فإذا لم يتجاوز التصرف القانوني هذا الحد، فإنه يجوز الإثبات في وجوده أو في انقضائه، بشهادة الشهود.

المطلب الثاني:

الحالات التي يجوز فيها استثناء

الإثبات بشهادة الشهود

يخيز القانون، الإثبات بشهادة الشهود استثناء من تطبيق القواعد التي تلزم بالإثبات بالكتابة في الأحوال التي قدر فيها أن إجازة الإثبات بالشهادة تبررها الظروف وتقتضيها العدالة.¹⁰⁷

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

ونتناول هذه الحالات فيما يلي:

الفرع الأول:

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.

والظاهر من هذا النص أن مبدأ الثبوت بالكتابة، أو بداءة البيئة الخطية - كما يسميها المشرع اللبناني - إنما يقصد بها الكتابة التي لا يتوافر فيها شروط الدليل الكتابي الكامل، وان تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه وان تجعل هذه الكتابة المدعى به قريب الاحتمال. وعليه فإنه يجب توافر ثلاث شروط حتى نكون أمام مبدأ ثبوت بالكتابة، وهذه الشروط هي:

أولاً: وجود الكتابة

يجب لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة أن توجد كتابة، ولا يلزم في هذه الكتابة أن تأخذ شكلاً خاصاً، مثل الورقة المكتوبة من الخصم دون أن تكون موقعة من طرفه، والأقوال التي ترد في محاضر الجلسات أو محاضر التحقيق ويشترط أن تكون الورقة المعتبرة مبدأ ثبوت بالكتابة مقدمة في الدعوى أو يوجد إقرار بوجودها ممن تنسب إليه. فإن لم تكن كذلك امتنع على من يتمسك بها أن يثبت جودها بشهادة الشهود.

ثانياً: صدور الكتابة من الخصم أو من يمثله

يشترط كذلك أن تكون الورقة صادرة من الخصم المدعى عليه أو من ينوب عنه في حدود نيابته.

وعادة ما تكون الورقة المعتبرة مبدأ ثبوت بالكتابة بخط الخصم أو موقعا عليها منه توقيعاً غير كامل.

ثالثاً: أن يكون التصرف المدعى به قريب الاحتمال

يشترط لاعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة، أنه بداية بيئة خطية أن يتضمن ما يجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال. ذلك أن إباحة الإثبات بشهادة الشهود في هذه الحالة يفترض وجود دليل ناقص يستكمل عن طريق البيئة،

مثل السند العرفي المكتوب بخط المدین ولكن غير موقع عليه منه، أو إذا كان المدین قد أرسل رسالة إلى الدائن يذكر فيها الدين دون أن يحدد مقداره.

ويترتب على وجود مبدأ ثبوت بالكتابة، جواز الإثبات بشهادة الشهود مهما كانت قيمة المبلغ المدعى به.

الفرع الثاني:

وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي

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

يجيز القانون لمن يقع عليه الإثبات أن يثبت ما يدعيه بشهادة الشهود، ذلك لأن وجوب الإثبات بالكتابة إنما يفترض إمكان الحصول على دليل كتابي، فإذا حالت الظروف الخاصة دون ذلك تحتم اللجوء إلى الإثبات بشهادة الشهود. المانع المقصود، هو المانع الذي تنشأ عنه استحالة الحصول على كتابة وقت التعاقد، استحالة نسبية عارضة، أي استحالة مقصورة على شخص معين وراجعة إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد¹⁰⁸. والمانع الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي حسب نص المادة 336 قانون مدني قد يكون مانعا ماديا أو مانعا أدبيا.

أولاً: المانع المادي

يقوم المانع المادي من الحصول على دليل كتابي إذا ما أحاطت التعاقد ظروف خارجية لم تسمح للمتعاقد بالحصول على مثل هذا الدليل، ممن تعاقد معه. ومن أمثلة ذلك وقوع حادث مفاجئ كحريق أو فيضان أو ثورة... تحول دون الحصول على كتابة تثبت التعاقد.

ومن الأمثلة التقليدية التي تعطى في المانع المادي، الوديعة الاضطرارية (dépôt nécessaire) وهي التي تصدر من المودع في ظروف اضطرارية يخشى معها على الشيء من خطر محقق دون أن يكون لديه متسع من الوقت أو وسيلة للحصول من المودع لديه على سند كتابي بالوديعة¹⁰⁹.

ثانياً: المانع الأدبي

قد يكون المانع من الحصول على دليل كتابي مانعا أدبيا غير مادي، وفي هذه الحالة لا ترجع استحالة الحصول على الدليل الكتابي إلى ظروف مادية أو خارجية تحيط بالتعاقد، وإنما ترجع إلى اعتبارات وظروف نفسية و أدبية تقوم في الوقت الذي تم فيه التصرف وتمنع من المطالبة بالدليل الكتابي، مثل وجود صلة قرابة بين المتعاقدين أو علاقة زواج¹¹⁰، علاقة الطبيب بالمرضى...

¹⁰⁸ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 558.

¹⁰⁹ أنور سلطان، المرجع السابق، ص 183. و محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 236.

¹¹⁰ انظر في هذا الصدد، قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2013/05/16 الملف رقم 878597، الملحق رقم 2

ونلاحظ أن مسألة قيام المانع الأدبي، أن الحالات السابقة وغيرها إنما يجب أن ينظر إليها في كل حالة على حدة. فهذه الحالات لا تعتبر بذاتها موانع أدبية، وإنما يتعين أن يثبت لدى المحكمة من ظروف الدعوى ما من شأنه أن يجعل من المستحيل أدبيا اقتضاء المتعاقد كتابة ممن تعاقده¹¹¹.

كما نلاحظ أيضا أن المانع المقصود سواء كان ماديا أو أدبيا، لا يعدو أن يكون واقعة مادية يدعيها الشخص الذي يقع عليه عبء الإثبات.

الفرع الثالث:

فقد السند الكتابي

يفرض هذا الاستثناء أن القواعد الخاصة بالدليل الكتابي قد روعيت عند إنشاء التصرف، ولكن تعذر الإثبات بالكتابة لفقد هذا الدليل.

ويشترط في إجازة الإثبات بشهادة الشهود في هذه الحالة الشروط الآتية:

أولا: سبق وجود سند كتابي

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

ويجب أن يكون هذا السند دليلا كتابيا كاملا، فلا يكفي أن يثبت المدعي أن السند المفقود هو مجرد بداية ثبوت بالكتابة.

ثانيا: فقد السند بسبب أجنبي

لا يكفي أن يثبت المدعي سبق وجود الدليل الكتابي، بل يجب أيضا أن يثبت أن فقد هذا السند كان بسبب أجنبي لا بد له فيه.

والسبب الأجنبي، قد يكون ناشئا عن قوة قاهرة، أو بفعل الغير كما لو سلم السند إلى محاميه أو إلى المحكمة وفقد هذا السند.

وللمدعي أن يثبت فقد السند كان بسبب أجنبي ولم يكن بفعله وهذا بكافة طرق الإثبات، لأن محل الإثبات هنا هو واقعة مادية.

المبحث الرابع:

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:

المطلب الأول:

سماع الشهود

يمكن الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون قابلة للإثبات بشهادة الشهود وذلك تبعاً لما تنص عليه المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزاً ومفيداً للقضية."

ويحق 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 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يحدد القاضي في الحكم الأمر بسماع شهادة الشهود، الوقائع التي يسمعون حولها، ويوم وساعة الجلسة المحددة لذلك، مع مراعاة الظروف الخاصة بكل قضية. ويتضمن هذا الحكم دعوة الخصوم وإحضار شهودهم في اليوم والساعة المحددين للجلسة."

كما يقوم القاضي بسماع كل شاهد على حدة وذلك في حضور أو غياب الخصوم، وقبل سماعه يعرف باسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وعلاقته ودرجة قرابته ومصاهرته أو تبعيته للخصوم. كما أنه يؤدي اليمين لتكون شهادته غير قابلة للإبطال كما يحق للقاضي مواجهة الشهود لبعضهم إذا ما كان هذا الإجراء يفيد في حل هذه القضية وهذا ما نصت عليه المادة 152 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يسمع كل شاهد على انفراد في حضور أو غياب الخصوم، ويعرف قبل سماعه، باسمه ومهنته وسنه وموطنه وعلاقته ودرجة قرابته ومصاهرته أو تبعيته للخصوم. يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال."

يجوز سماع الشهود ومواجهة بعضهم البعض."

ورغم أهمية شهادة الشهود إلا أن هناك حالات لا تقبل فيها شهادة الشهود كأن يكون هناك مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم، كما لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم ولو كان مطلقاً كما لا يجوز قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة، كما تم استثناء الفروع حيث يتم سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق، كما يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال ماعدا ناقصي الأهلية وهذا ما ذكرته المادة 153 من قانون الإجراءات

المدنية والإدارية والتي نصت على: "لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم.

لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجة ولو كان مطلقا.

لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم

غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق. يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال.

تقبل شهادة باقي الأشخاص، ما عدا ناقصي الأهلية.

وإذا تخلف الشهود بأنه يتم تكليفهم بالحضور بسعي من الخصم الذي يرغب في ذلك وهذا على نفقته مع وجوب إيداع مبالغ لتغطية التعويضات المستحقة للشهود، وإذا استحال على الشاهد الحضور لأسباب قصرية فيجوز للقاضي أن يحدد

موعدا آخر وإذا كان يقيم خارج دائرة اختصاص الجهة القضائية جاز للقاضي إصدار إنابة قضائية لتلقي شهادته.

وهذا ما نصت عليه المادتين 154 و 155 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التوالي: "يتم تكليف الشهود بالحضور بسعي من الخصم الراغب في ذلك وعلى نفقته، بعد إيداع المبالغ اللازمة لتغطية التعويضات المستحقة للشهود والمقررة قانونا."

"إذا اثبت الشاهد أنه استحال عليه الحضور في اليوم المحدد، جاز للقاضي أن يحدد له أجلا آخر أو ينتقل لتلقي شهادته.

إذا كان الشاهد مقيما خارج دائرة اختصاص الجهة القضائية، جاز للقاضي إصدار إنابة قضائية لتلقي شهادته."

رغم الأهمية التي يعنى 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 لعدم أهليته وكذا قرابته من أحد الخصوم كالنسب وغيرها، وهذا ما نصت عليه المادتين 156 و 157 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التوالي: "إذا تم التجريح في شاهد بسبب عدم أهليته للشهادة أو قرابته أو لأي سبب جدي آخر، يفصل فورا في ذلك بموجب أمر غير قابل للطعن"

"يجب إثارة أوجه التجريح قبل الإدلاء بالشهادة، إلا إذا ظهر سبب التجريح بعد الإدلاء بالشهادة وأثناء سماع الشهود الآخرين.

إذا قبل التجريح في الحالة الأخيرة تكون الشهادة باطلة."

المطلب الثاني:

تلقي الشهادة

بعد التأكد هوية الشاهد وعلاقته بالواقعة التي هو بصدد الإدلاء بشهادته حولها وكذا علاقته بالخصوم تقوم المحكمة بتلقي أقوال الشاهد أما أن يحضر الخصم شاهده معه وإما أن يكلف بالحضور في الجلسة المحددة للتحقيق بواسطة محضر تكليف يعده المحضر القضائي.

ويؤدي 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 أداء شهادته أن يعرف على اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وقرابته أو مصاهرته ودرجتها إذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم وبين كذلك إذا كان تابعا أو متبوعا لأحدهم. والغرض من هذا البيان تمكين المحكمة من تقدير قيمة شهادة الشاهد تبعا لما إذا كانت له علاقة بالخصوم أو لا، خصوصا وإن لوجود هذه الروابط تأثيرا لقيمة الشهادة وأن كانت لا تبرر ردها.¹¹²

أما فيما يخص لكيفية تلقي الشهادة فإن مواد من 158 إلى 163 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد حددت ذلك بحيث يدلي الشاهد بشهادته دون قراءة لأي نص مكتوب.

ويجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم 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 المحضر 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 قرابته أو مصاهرته مع الخصوم أو تبعيته لهم،
- 5-أوجه التجريح المقدمة ضد الشاهد عند الاقتضاء،
- 6-أقوال الشاهد والتنويه بتلاوتها عليه.

وفي الأخير تتلى على الشاهد أقواله من طرف أمين الضبط فور الإدلاء بها، يجب توقيع المحضر القضائي وأمين الضبط والشاهد 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.

الفصل الثالث:

القرائن Les présomptions

النصوص القانونية:

المادة 337 من القانون المدني على: "القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرف الإثبات، غير على انه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك." **المادة 338** قانون مدني على: "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به 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 صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب. ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا."

يظهر من خلال النصوص القانونية أعلاه أن المشرع الجزائري قد اعتمد على القرائن القانونية كوسيلة من وسائل الإثبات يعتمد عليها القاضي لحل أي منازعة مطروحة أمامه تبعا لطبيعة الخصومة والواقعة القانونية محل الإثبات. القرينة هي استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم على أساس غلبة تحقيق الأمر الأول إذا تحقق الأمر الثاني. وتنقسم القرائن إلى نوعين: - قرائن قانونية *présomptions légales*

- قرائن قضائية *présomptions de fait de l'homme*

القرائن القانونية من عمل المشرع نفسه، يستنبطها مما يغلب وقوعه عملا 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 نهائيا من الإثبات إن كانت قرينة قاطعة¹¹³. أما القرائن القضائية فهي التي لم ينص عليها القانون، ويستنبطها القاضي من ظروف ووقائع الدعوى بما له من سلطة تقدير.

والقرائن على هذا النحو ليست أدلة مباشرة للإثبات، وإنما هي أدلة غير مباشرة تقوم على الاستنتاج، فهي تقوم على استنتاج وقائع من وقائع أخرى. وسنتعرض فيما يلي إلى كل من هذين النوعين من القرائن، القرائن القانونية (المبحث الأول) والقرائن القضائية (المبحث الثاني)

المبحث الأول:

القرائن القانونية

نتعرض فيما يلي لماهية القرائن القانونية، وأثرها ثم الحكمة منها وأنواعها.

المطلب الأول:

ماهية القرينة القانونية وأثرها

يتضح من نص المادة 337 من القانون المدني المشار إليها أعلاه أن القرينة القانونية هي التي يقوم المشرع نفسه باستنباطها، فالمشرع يستنبط من واقعة معلومة دلالة على أن مجهول يراد إثباته، فيقرر أنه ما دامت هناك واقعة قد ثبتت، فإن واقعة أخرى معينة تثبت بثبوت الواقعة الأولى¹¹⁴.

ومادامت القرينة هي من عمل المشرع، وأن سندها هو نص القانون، بمعنى أنه لا يمكن أن تقوم القرينة القانونية بغير نص.

ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 61 قانون مدني "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك" فوصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه يعتبر قرينة على علمه به، والواقعة الثابتة هي وصول التعبير عن الإرادة، ويستنبط المشرع واقعة أخرى، هي واقعة العلم بالتعبير عن الإرادة، من الواقعة الأولى التي ثبتت، فيعتبر واقعة العلم بالتعبير عن الإرادة ثابتة بمجرد واقعة وصول هذا التعبير إلى من وجه إليه.

ومثال ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 499 قانون مدني: "الوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك." فالوفاء من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة، فالمشرع يستنبط في هذا المثال واقعة الوفاء بالأقساط السابقة من واقعة الوفاء بقسط لاحق من الأجرة.

المطلب الثاني:

الحكمة من القرائن القانونية

توجد عدة دوافع أدت بالمشرع إلى إنشاء القرائن القانونية، فقد يقصد من ذلك منع التحايل على القانون. من ذلك ما نصت عليه المادة 408 قانون مدني والتي جاء فيها: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا اقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير صادق عليه ومن اجل ذلك يكون قابلا للإبطال." ويعني ذلك أن كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، يكون المقصود به التبرع، ويعتبر مضافا إلى ما بعد الموت. وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف. والمشرع محافظة منه على حقوق الورثة أعطى التصرف الذي يصدر في مرض الموت، ويكون القصد منه التبرع، حكم الوصية.

وقد يرى المشرع أن الإثبات يصعب في بعض الأحوال إلى درجة كبيرة فيقيم قرينة لصالح من يقع عليه عبء الإثبات ليخفف عنه هذا العبء، ومثال ذلك ما جاء في نص المادة 134 من القانون المدني: "كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا

رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار.

ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية."

وهذا بافتراض الخطأ في متولي الرقابة، فقد قرر المشرع أن المضرور يصعب إثبات هذا الخطأ فجعل الالتزام بالرقابة قرينة على وقوع الخطأ من جانب متولي الرقابة.

وقد يقصد المشرع الأخذ بالمألوف الذي يتعارف عليه الناس، وذلك ما تنص عليه **المادة 499** من القانون المدني، الوفاء بقسط من الأجر، يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة. ومن ذلك أيضاً أن التأشير على سند الدين بما يستفاد عنه براءة ذمة المدين قرينة على هذه البراءة ما لم يخرج من حيازة الدائن (**المادة 332** من القانون المدني).

المطلب الثالث:

أنواع القرائن القانونية

الأصل في القرينة القانونية أن تقبل إثبات العكس لأنها مبنية على الراجح الغالب الذي قد لا يتفق مع الواقع في بعض الأحيان، غير أن المشرع قد يرى لعلة يقدرها عدم جواز نقض القرينة بالدليل العكسي وهذا ما أكدته **المادة 337** من القانون المدني: "... غير على انه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

وعليه فالقرينة باعتبارها وسيلة إثبات يجب أن يكون ممكناً إثبات عكسها، لذلك فلا يوجد في الحقيقة إلا نوع واحد من القرائن القانونية، وهو القرائن القانونية البسيطة أما القرائن القانونية القاطعة فهي في الواقع مجرد قواعد موضوعية كما هو الأمر بالنسبة لقاعدة قوة الشيء المقضي فيه. ومن أمثلة القرائن القانونية البسيطة ما تنص عليه **المادة 97** من القانون المدني: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً" وبذلك يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك.

ومقتضى هذا النص تقوم قرينة قانونية على أن السبب الحقيقي للعقد هو السبب الذي ذكر فيه غير أنه يجوز للمدين أن يثبت صورية هذا السبب.

الفرع الأول:

القرائن القانونية القاطعة

الأصل كما سبق ورأينا أن القرائن القانونية تقبل إثبات العكس تطبيقاً بمبدأ أصيل في الإثبات وهو جواز نقض الدليل بالدليل. غير قد أن المشرع يرى لعلة هامة يقدرها عدم جواز نقض حجية بعض القرائن التي يقررها، من ذلك القرائن القانونية المبنية على الخطأ التي تبني عليها مسؤولية حارس الحيوان، المنصوص عليها في **المادة 139** من القانون المدني التي جاء فيها: "حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم

يثبت الحارس أو وقوع الحادث كان بسبب إلى خطأ من هو مسؤول عنهم." وكذا مسؤولية حارس الأشياء المنصوص في المادة 138 من القانون المدني والتي جاء فيها: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير، والرقابة، ويعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء.

ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا ثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة". ومسؤولية المستأجر عند الحريق المنصوص عليها في المادة 496 من القانون المدني التي جاء فيها: "المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا ثبت أن الحريق نشأ عن سبب ليس من فعله. فإذا تعدد المستأجرون لعقار واحد كان كل واحد منهم مسؤولاً عن الحريق بالنسبة للجزء الذي يشغله بما فيهم المؤجر أن كان يسكن العقار إلا إذا ثبت أن الحريق بدأ نشوبه في الجزء الذي يشغله احد المستأجرين فيكون وحده مسؤولاً عن الحريق."

الفرع الثاني:

حجية الأمر المقضي

تعتبر حجية الأمر المقضي (قوة الأمر المقضي به كما سماها المشرع الجزائري) قرينة قانونية قاطعة نص عليها المشرع الجزائري في المادة 338 من القانون المدني المذكورة أعلاه.

أولاً: المقصود بقوة الأمر المقضي به

يقصد بحجية (قوة) الأمر المقضي أن الأحكام التي صدرت عن القضاء تعتبر حجة بما فصلت فيه، ذلك أنه إذا صدر حكم في نزاع معين فإن القانون يعتبر هذا الحكم مطابقاً للحقيقة وعنواناً لها، حتى ولو لم يكن كذلك في الواقع. وينبغي على ذلك أنه لا يجوز لأي من طرفي النزاع الذي فصلت فيه المحكمة، أن يعيد طرح النزاع مرة ثانية أمام القضاء، فإن فعل كان للطرف الآخر أن يدفع برفض الدعوى لسبق الفصل فيها.

وقد راعا المشرع في هذه الحجية اعتبارات تتعلق بالصالح العام، إذ يهدف المشرع بتقرير هذه القاعدة وضع حد للخصومات ووضع حد لتعارض الأحكام التي قد يحصل عليها. والتي يصعب تنفيذها وهذا ما من شأنه أن يقلل من احترام القضاء و قدسيته في نظر المتقاضين، كما أنه قد يؤدي إلى الفوضى¹¹⁵.

ثانياً: التمييز بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي:

ينبغي عدم الخلط بين حجية الأمر المقضي *force de la chose jugée* و *autorité de la chose jugée* وقوة الأمر المقضي *force de la chose jugée*. حسب ما هو وارد من تسمية في القانون الجزائري الذي يفرق بين حجية الشيء المقضي به و قوة الأمر المقضي به.

فحجية الشيء المقضي فيه يقصد بها أن للحكم حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة إلى ذات الحق، وتثبت هذه الحجية لكل حكم قطعي، وهي تثبت للحكم من وقت صدوره، حتى ولو كان قابلاً للطعن فيه وهذا ما نص عليه

المشروع في المادة 296 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: "الحكم في الموضوع هو الحكم الفاصل كليا أو جزئيا في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو في أي طلب عارض. ويكون هذا الحكم بمجرد النطق به، حائزا لحجية الشيء المقضي فيه في النزاع المفصول فيه." ولا تثبت هذه الحجية إلا للأحكام القطعية دون الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع وهي الأحكام التي تأمر بإجراء تحقيق أو بتدبير مؤقت وهذا عملا بنص المادة 298 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: "الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو الحكم الأمر بإجراء تحقيق أو بتدبير مؤقت. ولا يجوز هذا الحكم حجية الشيء المقضي فيه. لا يترتب عن هذا الحكم تخلي القاضي عن النزاع."

أما قوة الشيء المقضي به فهي لا تثبت إلا للأحكام النهائية أي الأحكام التي لا تقبل الطعن بالطرق العادية وهي المعارضة والاستئناف، ولو كانت تقبل الطعن بالطرق غير العادية وهي الطعن بالنقض وبطريق الالتماس بإعادة النظر. وهي التي نص عليها المشروع في المادة 338 المذكورة أعلاه.

الفرع الثالث:

الأحكام التي تحوز قوة الشيء المقضي به

نتناول في هذا الفرع الأحكام التي تحوز قوة الشيء المقضي به من حيث الشروط الواجب توافرها في هذه الأحكام حتى تكون لها الحجية المطلوبة واستعمالها كدليل للإثبات ومن حيث أجزاء الحكم التي تشملها هذه الحجية ومن حيث الشروط المتعلقة بالدفع بهذه الحجية وهذا فيما يلي:

أولا: الشروط الواجب توافرها في الحكم

يشترط في الحكم الذي تثبت له قوة الشيء المقضي به أن يكون حكما قضائيا، صادرا من جهة قضائية بموجب سلطتها القضائية، وأن يكون حكما فاصلا في النزاع.

وستعرض لهذه الشروط فيما يلي:

الشرط الأول: يجب أن يكون هناك حكم

يجب لكي يجوز الحكم قوة الشيء المقضي به أن يكون صادرا من جهة قضائية بموجب سلطتها القضائية، ويستوي أن تكون هذه الجهة من جهات القضاء العادي (المدنية أو الجنائية) والقضاء الإداري أو حتى المحاكم العسكرية ومن جهة التحكيم.

ولا يكفي أن يكون الحكم صادرا من جهة قضائية، بل يجب أن يكون الحكم صادرا من جهة قضائية بموجب سلطتها القضائية. ذلك أن المحاكم إلى جانب سلطتها القضائية، فهي تقوم بوظيفة ولائية وتصدر أوامر ولائية. وإذا كان لا بد من صدور حكم قضائي من جهة قضائية بما لها من سلطة قضائية لا ولائية، فإنه يجب أن تكون هذه الجهة لها الولاية في الحكم الذي أصدرته.

الشرط الثاني: يجب أن يكون الحكم نهائيا فاصلا في النزاع

يجب أن يكون الحكم نهائيا فاصلا في النزاع، وهو الحكم الذي يحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في جزء منه أو في دفع من الدفوع الموضوعية أو الشكلية كالحكم بعدم الاختصاص أو بعدم قبول الدعوى. أما الأحكام التي لا تنهي الخصومة كلها أو بعضها فلا تثبت لها هذه الحجية ومن قبيل ذلك الأحكام التي تصدر قبل الفصل في الموضوع (المادة 298 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية) وكذا الأحكام الوقتية وهي التي تصدر بشأن الطلبات الوقتية دون أن تمس أصل الحق، كالأوامر الاستعجالية، وكالأمر بتعيين حارس قضائي.

ثانيا: أجزاء الحكم التي تحوز الحجية

يتكون الحكم من ثلاثة أجزاء وهي:

1- المنطوق: وهو ما قضت به المحكمة في النزاع المعروف عليها.

2- الأسباب: وهي ما استند إليه الخصم من أدلة وحجج قانونية، تناقشها المحكمة.

3- الوقائع: تتضمن سرد لموضوع النزاع.

والأصل أن تقتصر الحجية على منطوق الحكم لأنه الجزء من الحكم الذي يفصل في نقاط النزاع ويتضمن بالتالي الحقيقة القضائية.

ولكي يشترط لثبوت الحجية لما يرد في منطوق الحكم أن يكون صدوره فيه بصيغة الحكم والفصل نتيجة لبحث وموازنة بمعنى أن تكون المرافعة قد تناولته وأن تكون المحكمة حققتة¹¹⁶، وإذا كان الأصل أن الحجية لا تثبت إلا بمنطوق الحكم الصريح أو الضمني، فإنها استثناء تثبت لأسباب الحكم إذا كانت مرتبطة بالمنطوق ارتباطا وثيقا حيث لا يقوم الحكم إلا بها مثالها أن ترفع الدعوى للمطالبة بدين معين، فيدعي المدعى عليه أن له دينا في ذمة المدعي وبطلب إجراء مقاصة بين الدينين فإذا قضت المحكمة في المنطوق بإلزام المدعى عليه بالوفاء بالدين المطالب به وبينت في أسباب الحكم أنه لم يثبت لها قيام الدين الذي ادعاه المدعى عليه، حازت الأسباب الحجية وبالتالي فلا يجوز أن ترفع بعد ذلك دعوى جديدة للمطالبة بهذا الدين¹¹⁷

ثالثا: شروط الدفع بقوة الشيء المقضى به:

حددت المادة 338 قانون مدني شروط الدفع بقوة الأحكام المقضى بها فيما يلي:

الشرط الأول: وحدة الخصوم

القاعدة إن الأحكام لا تكون حجة إلا بين أطرافها، ويعبر عن ذلك بمبدأ نسبية الأحكام، فالأحكام لا تكون حجة إلا بالنسبة إلى طرفي الخصومة، وعلى ذلك لا يجوز الدفع بقوة الشيء المقضى إلا إذا كانت الدعوى الجديدة بين الخصوم أنفسهم الذين كانوا أطرافا في الدعوى.

¹¹⁶سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 205.
¹¹⁷محمد حسن القاسم، المرجع السابق، ص 262

والعبرة في اتحاد الخصوم هو عبرة فبصفتهم لا بأشخاصهم، وعلى ذلك إذا صدر حكم في دعوى رفعها نائب عن احد الخصوم، فإنها الحكم يجوز حجية في مواجهة الأصيل، فلا يستطيع هذا الأخير رفع دعوى مرة ثانية بصفته الشخصية. ويراعى أن الحكم لا يعتبر حجة على الخصوم الحقيقيين في الدعوى فحسب وإنما يعتبر أيضا حجة على خلفائهم الخلف العام والخلف الخاص.

الشرط الثاني: وحدة المحل

محل الدعوى أو موضوعها، هو الحق الذي يطلبه الخصوم، أو المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بشيء مادي أم لا.

والدفع بقوة الشيء المقضي به يشترط أن يكون موضوع الدعوى الجديدة هو ذات موضوع التي فصل فيها الحكم السابق.

هذا ويلاحظ أنه لا يقصد بوحدة الموضوع، وحدة الشيء المادي الذي تتعلق به الدعوى، لأن الشيء الواحد قد ترد عليه عدة حقوق، فرفض دعوى ملكية عقار لا تمنع من رفع دعوى جديدة للمطالبة بحق انتفاع أو حق ارتفاق على نفس العقار.

الشرط الثالث: وحدة السبب

لا يكفي في قبول الدفع بقوة الشيء المقضي، وحدة الخصوم ووحدة الموضوع أو المحل في الدعويين، وإنما يشترط كذلك أن يتحد السبب في الدعويين. بمعنى أن تكون الدعوى جديدة مستندة إلى نفس الأساس القانوني الذي رفعت بمقتضاه الدعوى السابقة، فمن يرفع دعوى مطالبا بملكية عين على أساس انتقالها له من ارث، لا يمكن أن يرفع دعوى جديدة مطالبا بملكية نفس العين استنادا إلى نفس الواقعة وهي الإرث.

ويجب التفرقة بين السبب والدليل، العبرة بوحدة السبب في الدعويين لا بوحدة الدليل، فإذا رفع شخص دعوى ببراءة ذمته من دين على أساس الوفاء، وقدم على ذلك شهودا لم تقتنع المحكمة بشهادتهم فرفضت الدعوى، فإنه لا يجوز لهذا الشخص أن يرفع دعوى جديدة طالبا لبراءة ذمته على أساس الوفاء كذلك حتى ولو يقدم في الدعوى الثانية دليلا جديدا لم يقدم في الدعوى الأولى، كسند مكتوب. ففي هذه الحالة يتحد السبب في الدعويين ولكن الأدلة تختلف، وبذلك يجوز الدفع بحجية الأمر المقضي به رغم اختلاف الأدلة¹¹⁸.

المطلب الرابع:

حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية

تنص المادة 339 على ما يلي: "لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا."

¹¹⁸توفيق فرح، المرجع السابق، 183. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 189. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 266.

يتناول نص المادة 339 من القانون المدني المذكورة أعلاه، مدى ارتباط القاضي المدني بالحكم الجنائي إذا كان الفعل غير المشروع يرتب بجانب المسؤولية المدنية مسؤولية جنائية، وهذا ما سنعالجه فيما يلي:

الفرع الأول:

الأساس مبدأ حجية الحكم الجنائي

على المحاكم المدنية

أساس هذه القاعدة هو من ناحية ما للحكم الجنائي من حجية مطلقة في مواجهة الجميع ومنه المضرور والمسؤول في الدعوى المدنية، ومن ناحية أخرى فكرة النظام العام التي تأتي أن يتناقض الحكم المدني مع الحكم الجنائي لما في ذلك من فقد الثقة في العدالة.

ويترتب على هذه القاعدة، قاعدة أن الجنائي يوقف أو يعقل المدني *le criminel tient le civil en état* بمعنى أنه إذا رفعت الدعوى الجنائية قبل رفع الدعوى المدنية أو أثناء السير فيها وجب وقف الفصل في الدعوى المدنية حتى يحكم نهائياً في الدعوى الجنائية، لأنه مادام القاضي المدني سيقيد بالحكم الجنائي فيتعين عليه أن ينتظر أن يصدر هذا الحكم، منعا لحدوث تعارض بين الحكمين¹¹⁹، على أن هذه القاعدة ليست مطلقة من كل قيد، بل لقد أورد عليها المشرع قيدين، نتعرض لهما في الفرع الموالي.

الفرع الثاني:

القيود الواردة على قاعدة

الحكم الجزائي يعقل المدني

تتقيد قاعدة الحكم الجزائي يعقل المدني بقيدين هما:

القيود الأول: أن يكون للحكم المقيّد للقاضي المدني حكماً جنائياً

يشترط في الحكم الذي يقيد القاضي المدني أن يكون الحكم جنائياً (جزائياً) نهائياً، أي باتاً، بمعنى أنه لم يعد قابلاً للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية.

ويجب أن يكون الحكم صادراً في الموضوع، إذ لا عبرة في هذا الشأن بالأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع أو بأعمال التحقيق أو بأوامر النيابة العامة.

ويجب أيضاً أن يكون الحكم الجزائي في صدوره على الحكم المدني.

القيود الثاني: إن القاضي المدني لا يتقيد إلا بما فصل فيه الحكم الجنائي من وقائع وكان فصله فيه ضرورياً

يتطلب هذا القيد إن القاضي المدني لا يتقيد بالتكييف القانوني الذي أعطاه القاضي الجنائي لوقائع الدعوى، فمثلاً إذا قتل شخص في حادث سيارة وصدر حكم ببراءة المتهم لأن الوقائع لا تشكل جنحة القتل الخطأ المعاقب عليها قانوناً، فلا يتقيد القاضي المدني بهذا التكييف، بل يتعين عليه الأخذ بالتكييف المدني الذي يفترض الخطأ في سائق السيارة ويوجب إلزامه بالتعويض.

¹¹⁹أنور سلطان، المرجع السابق، ص 191.

كما أن القاضي المدني لا يتقيد بما فصل فيه الحكم الجزائي بالنسبة إلى كافة الوقائع، بل يتقيد فقط بما كان فصله فيه ضرورياً، أي بما كان يتعين إثباته من وقائع.

وعليه، فإذا صدر الحكم الجزائي وقضى بالإدانة، فإنه يتعرض فيما يتعلق بالمسؤولية الجزائية لركن الخطأ لأنه على أساسه قضي بالإدانة. غير أنه قد يتعرض لركن الضرر وركن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

فالنسبة لركن الخطأ يتقيد القاضي المدني بما أثبتته الحكم الجزائي لأن كل خطأ جزائي هو في نفس الوقت خطأ مدني، أما العكس فهو غير صحيح.

ويتقيد القاضي المدني بما قرره القاضي الجزائي في شأن الخطأ بعنصره المادي والمعنوي. فإذا أثبت الحكم الجزائي أن المتهم مسؤول عن الخطأ فلا يجوز للقاضي المدني نفي المسؤولية عن المدعى عليه بدعوى عدم التمييز، أو قيام حالة الدفاع الشرعي مثلاً.

وإذا وصف الحكم الجنائي بأنه عمدي أو غير عمدي، فلا يجوز للقاضي المدني أن يجيد عن هذا التكييف. أما وصف الخطأ بأنه جسيم أو يسير فلا يقيد القاضي المدني، لأن جسامه الخطأ وأن كانت تؤثر في تقدير العقوبة إلا أنها لا تؤثر على وصف الجريمة.

أما بالنسبة لركن الضرر، والعلاقة السببية، فإن تعرض الحكم الجزائي له إذا كان ضرورياً يقيد القاضي المدني سواء في ذلك نفي الحكم الجنائي وجود الضرر أم اثبت قيامه، فمثلاً إذا قرر الحكم الجنائي الجزائي إن الجريمة شروع وأن الضرر لم يحدث تقيد القاضي المدني بذلك¹²⁰.

وإذا قضي الحكم الجزائي بالبراءة، تقيد القاضي المدني بما أثبتته الحكم مما يعد ضرورياً لقيامه.

فإذا اثبت القاضي الجزائي عدم وقوع الخطأ أو عدم نسبة الفعل إلى المتهم أو عدم مسؤولية المتهم عن الاعتداء الحاصل لأنه كان غير مميز أو كان في حالة دفاع شرعي، تقيد القاضي المدني بما أورده الحكم الجزائي بهذا الخصوص، لأن ما تعرض له الحكم كان لازماً لقيامه.

وحجية الحكم الجزائي أمام المحكم المدنية من النظام العام وعلى هذه المحاكم أن تثيرها من تلقاء نفسها.

المبحث الثاني:

القرائن القضائية

تنص **المادة 340** من القانون المدني على: "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات لهذه القرائن إلا في الأحوال التي يميز فيها القانون الإثبات بالبينة."

على ضوء هذه **المادة 340** من القانون المدني المذكورة أعلاه، نتعرض فيما يلي للمقصود بالقرائن القضائية وسلطة القاضي في استنباطها وهي الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية فيما يلي:

الفرع الأول:

المقصود بالقرائن القضائية

وسلطة القاضي في استنباطها

القرائن القضائية هي القرائن القضائية التي يترك أمر استنباطها للقاضي، فهو يستنبطها من ظروف الدعوى المعروضة أمامه وملابساتها.

فيختار القاضي واقعة معلومة من وقائع الدعوى ويستدل بها عن الواقعة المراد إثباتها.

ويعني ذلك أن الإثبات بالقرائن هو إثبات غير مباشر لأنه لا ينصب على الواقعة ذاتها المراد إثباتها وإنما على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها ثبوت الواقعة المراد إثباتها¹²¹.

والقرائن القضائية تقوم على عنصرين أحدهما مادي والثاني معنوي.

فالعنصر المادي يتكون من الوقائع الثابتة في الدعوى والتي تحقق القاضي من ثبوتها.

أما العنصر المعنوي فهو الاستنباط الذي يقوم به القاضي على أساس العنصر المادي، ومرجعه فطنة القاضي وذكائه¹²² ومثال ذلك استخلاص صورة العقد، من علاقة القرابة بين طرفي العقد، فإن ثبتت هذه العلاقة جاز للقاضي أن يستنبط منها صورة التصرف.

وللقاضي سلطة واسعة في استخلاص القرائن القضائية وهذا ما عبرت عنه **المادة 340** بنصها "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون"

ومعنى ذلك أن القاضي حر في اختيار أية واقعة من الوقائع التي تثبت أمامه لكي يستنبط منها قرينة على صحة الواقعة المراد إثباتها، كما أنه يتمتع بسلطة واسعة في استنباط ما تحتمل الواقعة من دلالة.

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

وللقاضي سلطة واسعة أيضا 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.

¹²¹محمد حسن القاسم، المرجع السابق، ص 247.

¹²²سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 78

الفرع الثاني:

الحالات التي يجوز الإثبات فيها

بالقرائن القضائية

رأينا بأنه جاء في نص **المادة 340** من القانون المدني بأنه لا يجوز الإثبات بالقرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة. ومعنى ذلك أن الإثبات بالقرائن القضائية يتحدد نطاقه بالحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود.

فالقرائن القضائية كدليل للإثبات يعادل شهادة الشهود، وبالتالي فما يمكن إثباته بشهادة الشهود يمكن إثباته بالقرائن القضائية.

وعلى ذلك يجوز الإثبات بالقرائن في التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها 100.000 ينار جزائري كما يجوز أيضا الإثبات بها في المسائل التجارية وكذلك في الوقائع المدنية.

ولكن لا يجوز قبولها في الإثبات فيما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة (العقد الرسمي كما جاء في نص **المادة 334** من القانون المدني) ولا في الحالات الخاصة التي يوجب فيها القانون الكتابة للإثبات.

وفيما يجاوز 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 أجبني.

الفصل الرابع:

الإقرار

L'aveu

النصوص القانونية:

المادة 341 من القانون المدني: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير بالدعوى المتعلقة بها الواقعة."

المادة 342 من القانون المدني على: "الإقرار حجة قاطعة على المقر."

ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى."

يظهر من خلال نص **المادة 341** من القانون المدني المذكورة أعلاه، أن المشرع عرف الإقرار بأنه اعتراف من أحد الخصوم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه خلال سير الدعوى.

إن إقرار الشخص بما يدعيه خصمه يحسم النزاع في شأنه، ويجعله دون الحاجة إلى الإثبات، وذلك على خلاف أدلة إثبات أخرى. ولهذا يعتبر طريقا غير عادي للإثبات¹²³

فالإقرار ليس دليلاً بمعنى الكلمة وإنما هو اعتراف يصدر من شخص يترتب عليه إعفاء المدعي من إقامة الدليل على ما يدعيه. إذ أن الإقرار يجعل الواقعة غير متنازع فيها، وبالتالي يعني الخصم من اللجوء إلى طرق الإثبات التي قررها القانون. ويجب أن يتوافر في هذا الإقرار عدة شروط وضعها المشرع بمقتضى نص المادة 341 من القانون المدني المذكورة أعلاه، ونبين في هذا الفصل شروط الإقرار القضائي (المبحث الأول) وحجية الإقرار القضائي (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

شروط الإقرار القضائي

يظهر من خلال تعريف الإقرار القضائي وما نصت عليه المادة 341 قانون مدني بأنه يتعين أن يتوافر في الإقرار القضائي ثلاثة شروط:

-أولاً أن يكون صادراً من الخصم

-ثانياً أن يكون صادراً أمام القضاء

-ثالثاً أن يكون صادراً أثناء سير الخصومة القضائية

الشرط الأول: صدور الإقرار من الخصم

يشترط في الإقرار أن يصدر من خصم في الدعوى، إما منه شخصياً أو من نائب عنه يكون له حق الإقرار وهذا شرط طبيعي لأن الخصم في الدعوى هو الذي يملك الإقرار بالواقعة المدعى بها.

الشرط الثاني: صدور الإقرار أمام القضاء

يجب أن يصدر الإقرار أمام القضاء، سواء في ذلك أن يصدر أمام إحدى جهات القضاء العادي أو الإداري أو أمام هيئة محكمين. ولا يعد إقراراً قضائياً الإقرار الصادر أمام النيابة العامة أو أمام جهة إدارية، لأن ليس لهما صلاحية الفصل في النزاع.

ويشترط في المحكمة التي يصدر أمامها الإقرار مختصة بالنظر في النزاع، إلا إذا كان عدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام.

الشرط الثالث: صدور الإقرار أثناء السير في الدعوى المتعلقة بموضوعه

يشترط في الأخير أن يصدر الإقرار من الخصم أثناء إجراءات الدعوى المتعلقة بالواقعة أو بالحق المقر به، أما الإقرار الذي يصدر أمام القضاء في دعوى لا تتعلق بموضوع الإقرار فلا يعتبر إقراراً قضائياً.

المبحث الثاني:

حجية الإقرار القضائي

يظهر من خلال نص المادة 342 من القانون المدني المشار إليها أعلاه، أنها تتضمن قاعتين:

-القاعدة الأولى: إقرار حجة قاطعة علة المقر

-القاعدة الثانية: عدم جواز تجزئة الإقرار

المطلب الأول:

الإقرار حجة على المقر

يقصد بعبارة أن الإقرار حجة قاطعة على المقر، أن الإقرار بذاته حجة على المقر، لأن بمقتضاه تعتبر الواقعة المدعى بها غير متنازع عليها وليست بالتالي في حاجة إلى إثبات.

والإقرار باعتباره عملاً قانونياً انفرادياً يعتبر ملزماً للمقر فلا يستطيع الرجوع فيه أو تعديله بما يغير فيه أو يعطل من دلالته.

وإذا توافر كل الشروط التي يتطلبها القانون من انعقاده وصحته صار حجة قاطعة على المقر، بمعنى لأنه يعتبر حجة عليه يؤاخذ به ولا يجوز له العدول عنه، ويتعين عن القاضي أن يأخذ به ويحكم بمقتضاه.¹²⁴

وإذا كان الإقرار حجة قاطعة على المقر، فهو في ذات الوقت حجة قاصرة عليه وعلى خلفائه، فالإقرار تصرف قانوني ولا تسري آثاره إلا بالنسبة للأشخاص الذين ينصرف إليهم آثار التصرف القانوني، فهو يلزم المقر وخلفه العام وخلفه الخاص، أما غير هؤلاء فلا يتعدى إليهم اثر الإقرار.

المطلب الثاني:

عدم جواز تجزئة الإقرار

يقصد بعدم جواز تجزئة الإقرار أنه لا يجوز للخصم أن يفصل في الإقرار بين ما يكون نافعا له فيأخذه، وبين ما يكون ضارا له فيتركه.

وذلك على أساس ارتباط أجزاءه في قصد المقر يجعل الإقرار وحدة يجب أخذها بأكملها أو تركها بأكملها¹²⁵.
فالقاعدة هي عدم جواز تجزئة الإقرار، بمعنى أنه ليس للمقر أن يأخذ منه ما في صالحه ويترك منه ما يضره، بل عليه إما أن يأخذ به كله أو يتركه كله.

الفصل الخامس:

اليمين

le serment

¹²⁴ محمد حسن القاسم ، المرجع السابق، ص 274.

¹²⁵ جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 173.

النصوص القانونية:

- المادة 343** من القانون المدني: "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر غير أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك.
- ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه غير انه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقبل بها شخص من وجهت إليه اليمين."
- المادة 344** من القانون المدني: "لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام.
- ويجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص وجهت إليه اليمين فان كانت غير شخصية له قامت اليمين على مجرد علمه بها.
- ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى."
- المادة 345** من القانون المدني: "لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين."
- المادة 346** من القانون المدني: "لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه غير أنه إذا أثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له الحق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده."
- المادة 347** من القانون المدني: "كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها، خسر دعواه."
- المادة 348** من القانون المدني: "للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين لئبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به.
- ويشترط في توجيه هذه اليمين إلا يكون في الدعوى دليل كامل، وإلا تكون الدعوى خالية من أي دليل."
- المادة 349** من القانون المدني: "لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أو يردها على خصمه."
- المادة 350** من القانون المدني: "لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى.
- ويحدد للقاضي حتى في هذه الحالة حدا أقصى للقيمة التي يصدق فيه المدعي بيمينه."
- اليمين، هي الحلف الذي يصدر من أحد الخصمين على صحة ما يدعيه، أو عدم صحة ما يدعيه الخصم الآخر.¹²⁶ وهي إشهاد الله على صدق ما يقوله الحالف، أو على عدم صدق ما يقوله الخصم¹²⁷ واليمين ليست بالطريق العادي للإثبات لأن المتقاضي لا يلجأ إليها إلا إذا تعذر عليه تقديم الدليل المطلوب وعندئذ يحتكم إلى ذمة خصمه.
- ويكون أداء اليمين بأن يقول الحالف "احلف" واليمين قد تكون قضائية، وهي التي تؤدي أمام القضاء وقد تكون غير قضائية، وهي التي تؤدي أو يتفق على تأديتها خارج مجلس القضاء.

¹²⁶توفيق فرح، المرجع السابق، ص 240.
¹²⁷أنور سلطان، المرجع السابق، ص 221.

ولم ينظم القانون المدني إلا اليمين القضائية، أما اليمين غير القضائية فيخضع الاتفاق بشأنها وإثباتها وما يترتب عليها من آثار للقواعد العامة.

وتنقسم اليمين إلى نوعين، يمين حاسمة (المبحث الأول) ويمين متممة (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

اليمين الحاسمة

Serment décisoire

نتعرض في دراستنا لليمين الحاسمة إلى المقصود بها وشروط توجيهها وإلى الآثار المترتبة على توجيهها فيما يلي.

المطلب الأول:

تعريف اليمين الحاسمة وشروطها

لقد وردت لليمين الحاسمة عدة تعريفات نتناول أهمها في الفرع الأول، ونتعرض للشروط الواجب توافرها في هذه اليمين في الفرع الثاني.

الفرع الأول:

تعريف اليمين الحاسمة

اليمين الحاسمة هي التي يوجهها الخصم إلى خصمه ليحسم بها النزاع، ويلجأ الخصم إلى اليمين حين يعوزه الدليل الذي يتطلبه القانون محتكما بذلك إلى ذمة خصمه وضميره، طالبا إليه أن يحلف ليحسم النزاع.

الفرع الثاني:

شروط توجيه اليمين الحاسمة

نتعرض لهذه الشروط من ناحية أشخاص اليمين أي من يوجهها ومن توجه إليه، وناحية موضوع اليمين، ونتناول بعد ذلك إجراءات توجيه اليمين الحاسمة وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08.

أولا: شروط توجيه اليمين من حيث الأشخاص

يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، فلكل من يقع عليه عبء إثبات واقعة قانونية ولا يكون في استطاعته تقديم الدليل على ما يدعيه، أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه.

واليمين الحاسمة قاصرة على الخصمين، فلا يستطيع القاضي توجيه هذه اليمين. ولما كان يترتب على أداء اليمين أن يخسر من وجهها دعواه، فإنه يجب أن تتوفر في من يوجه اليمين أهلية التصرف في الحق موضوع اليمين.

أهلية التصرف في الحق تشترط بالنسبة لتوجيه اليمين، فإنها تشترط كذلك بالنسبة لرفض اليمين لأن في رد اليمين توجيه لها¹²⁸.

وإذا كان المشرع خول كل من الخصمين حق توجيه اليمين الحاسمة، إلا انه اخضع ذلك لرقابة القاضي، وهذا ما أشارت إليه المادة 343 من القانون المدني بنصها على: "...على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك" وهذا إذا كان الغرض من توجيه اليمين استغلال تدين الخصم وورعه، أو التشهير به.

ثانيا: شروط توجيه اليمين الحاسمة من حيث موضوعها

اليمين، كأى دليل من أدلة الإثبات موضوعها واقعة قانونية يدعي بها أحد الخصوم، لذلك فهي لا ترد على مسألة من مسائل القانون، لأن استخلاص حكم القانون أو تفسير نصوصه إنما هو مهمة القاضي وحده.¹²⁹ ويجب أن تكون الواقعة القانونية منتجة في الدعوى ويتوقف عليها الفصل نهائيا في النزاع، إذ بغير ذلك لن تكون اليمين حاسمة.

ومقتضى هذا الشرط أن تكون الواقعة موضوع اليمين، أي الواقعة محل الإثبات، متنازعا فيها بين الخصوم. أما إذا كانت على العكس، قد تثبت بدليل آخر من أدلة الإثبات الجائزة قانونا، فلا يجوز في شأنها توجيه اليمين الحاسمة.¹³⁰

كما يجب أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه، فإذا لم تكن متعلقة بشخص من وجهت إليه، كان من الجائز أن توجه إليه اليمين على مجرد علمه بالواقعة، كأن يحلف الوارث على عدم علمه بواقعة متعلقة بمورثه، كما لو حلف أنه لا يعلم أن مورثه كان مدينا، وهذه هي يمين العلم وهي حاسمة أيضا لأن علم الوارث أو عدم علمه أمر متعلق بشخصه.¹³¹

ويشترط في الواقعة موضوع اليمين، أن لا تكون مخالفة للنظام العام، كأن توجه مثلا لإثبات دين قمار وهذا ما نصت عليه المادة 344 من القانون المدني بنصها: " لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام... " وإذا توافرت الشروط المتقدمة، جاز أن توجه اليمين في أية حالة كانت عليها الدعوى وهذا ما نصت عليه المادة 2/344 من القانون المدني بنصها: " ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى."

المطلب الثاني:

آثار توجيه اليمين الحاسمة

إذا وجهت اليمين الحاسمة للخصم أن يحلفها، وأما أن يردّها، وأما أن ينكل عنها.

ويترتب على توجيه اليمين الحاسمة الفروض التالية:

¹²⁹محمد حسن القاسم، المرجع السابق، ص 284.

¹³⁰توفيق فرج، المرجع السابق، ص 208.

¹³¹شكري سرور، المرجع السابق، ص 183.

الفرع الأول:

حلف اليمين

إذا حلف اليمين من وجهة إليه، طبقا للصيغة التي أقرتها المحكمة حسم النزاع بها نهائيا، وتعين على القاضي إصدار حكمه على من وجه اليمين. ومؤدى ذلك أنه من ناحية يلتزم القاضي بمضمون هذا اليمين، ومن ناحية أخرى لا يجوز بعد ذلك لمن خسر الدعوى أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه. غير أنه يمكن لإثبات كذب اليمين بحكم جنائي وهذا ما نصت عليه المادة 346 من القانون المدني: "لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين بعد تأديتها للخصم الذي وجهت إليه..."

الفرع الثاني:

رد اليمين

يجوز لمن وجهت إليه اليمين، بدلا من حلفها، أن يردها على من وجهها، وفي هذه الحالة يتعين على من ردت عليه اليمين أن يحلفها فلا يمكنه أن يردها ثانية على من ردها عليه، فإذا لم يحلفها ونكل عنها خسر دعواه وتعين على القاضي الحكم عليه. ويلزم أن يكون رد اليمين على نفس الواقعة التي وجهت عنها أصلا. ويجب لجواز رد اليمين أن تكون الواقعة موضوع اليمين مشتركة بين الخصمين وهذا ما نصت عليه المادة 2/343 من القانون المدني: "ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه غير انه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهة إليه اليمين". وتكون الواقعة مشتركة بين الخصمين - من وجهها ومن وجهة إليه - كواقعة قبض الثمن التي يشترك فيها كل من البائع والمشتري، فإذا وجه المشتري اليمين إلى البائع عن هذه الواقعة جاز للبائع أن يرد اليمين على المشتري. أما إذا كانت الواقعة محل اليمين مستقل بها من وجهة إليه اليمين فلا يجوز لمن وجهت إليه أن يردها على من وجهها

الفرع الثالث:

النكول عن اليمين

إذا امتنع من وجهت إليه اليمين أو ردت عليه من حلفها، فإن هذا الامتناع يعد نكولا عن اليمين يترتب عليه أن يخسر الدعوى ويحكم لخصمه فيها.

والنكول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا يستفاد من سلوك الخصم.

المبحث الثاني:

اليمين المتممة

Serment supplétoire

لدراسة اليمين المتممة نتناول تعريفها وشروطها وكذا الآثار المترتبة عن توجيه هذه اليمين وهذا فيما يلي:

المطلب الأول:

تعريف اليمين المتممة وشروطها

لقد وردت عدة تعريفات لليمين المتممة، نتناول أهمها في الفرع الأول، ونتناول الشروط الواجب توافرها في الفرع الثاني.

الفرع الأول:

تعريف اليمين المتممة

اليمين المتممة هي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليكمل بها اقتناعه، عندما يقدر عدم كفاية الأدلة التي يقدمها الخصم.

ويستفاد من نص المادة 348 من القانون المدني المذكورة أعلاه أن اليمين المتممة يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين، وليس لأي من الخصمين توجيهها بعكس اليمين الحاسمة. فالقاضي هو الذي يوجهها إلى أي من الخصمين وفقا لتقديره¹³².

ولا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على الخصم الآخر عملا بنص المادة 349 من القانون المدني.

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 دليلا ناقصا فإذا كان في الدعوى دليلا كاملا فلا يكون اقتناع القاضي في حاجة إلى استكمال، ويجب على القاضي أن يحكم وفقا 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 عن اليمين الحاسمة التي يجوز توجيهها عند عدم وجود أي دليل في الدعوى.

فإذا ما توافرت هذه الشروط فإن للقاضي أن يوجه اليمين المتممة في أية حالة كانت عليها 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.¹³³

¹³²توفيق فرج، المرجع السابق، ص 214

¹³³محمد حسن القاسم، المرجع السابق، ص 294.

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 و347 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 يترتب على هذا النكول أن تظل الأدلة المقدمة في الدعوى ناقصة، فإذا لم يكملها المدعي بأدلة أخرى خسر دعواه لعدم كفاية الأدلة وليس بسبب نكوله عن أداء اليمين المتممة¹³⁴.

المبحث الثالث:

يمين التقويم

يمين التقويم هي صورة خاصة لليمين المتممة تناولتها المادة 350 من القانون المدني المذكور أعلاه ويحدد القاضي في هذه الحالة حدا أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعي بيمينه.

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 به¹³⁵.

وأیضا لا توجه إلا إلى المدعي وموضوعها هو دائما المبلغ الذي يقدر به المدعي قيمة الشيء الذي استحاله رده بفعل المدعى عليه، على ألا يتجاوز هذا المبلغ حدا أقصى يحدده القاضي بحسب تقديره وفقا لما يستبين له من ظروف الدعوى.

ويمين التقويم كاليمين المتممة الأصلية لا يجوز ردها على الخصم، وأن القاضي لا يلتزم بالحكم بموجبها، بل له أن يحكم بمبلغ اقل أو أكثر من المبلغ الذي حلف عليه المدعي¹³⁶.

الفصل السادس:

المعاينة والانتقال إلى الأماكن

Des constatations et visites des lieux

النصوص القانونية:

المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك.

ويحدد القاضي خلال الجلسة مكان ويوم وساعة الانتقال، ويدعو الخصوم إلى حضور العمليات.

¹³⁴أنور سلطان، المرجع السابق، ص 241

¹³⁵عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 761.

¹³⁶أنور سلطان، المرجع السابق، ص 242.

إذا تقرر إجراء الانتقال إلى الأماكن من طرف تشكيلة جماعية، يمكن تنفيذه من قبل القاضي المقرر.

في حالة غياب الخصوم أو احدهم، تتبع الإجراءات المقررة في المادة 85 من هذا القانون.

المادة 147 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إذا تطلب موضوع الانتقال معارف تقنية، يجوز للقاضي أن يأمر في

نفس الحكم بتعيين من يختاره من التقنيين لمساعدته."

المادة 148 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يمكن للقاضي أثناء تنقله، سماع أي شخص، من تلقاء نفسه أو بناء

على طلب احد الخصوم إذا رأى في ذلك ضرورة.

كما يجوز له في نفس الظروف سماع الخصوم."

المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجرر محضر عن الانتقال إلى الأماكن، يوقعه القاضي وأمين الضبط

ويودع ضمن الأصول بأمانة الضبط.

يمكن للخصوم الحصول على نسخ من هذا المحضر."

يظهر من خلال النصوص المذكورة أعلاه أن المشرع الجزائري قد تناول الإثبات عن طريق المعاينة والانتقال إلى الأماكن

في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من المواد من 146 إلى 150 منه ونظم إجراءاتها وسوف نتطرق فيما يلي إلى تعريف

الإثبات بالمعاينة وأهميتها (المبحث الأول)

إجراءات الإثبات عن طريق المعاينة والانتقال إلى الأماكن (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

تعريف الإثبات بالمعاينة وأهميتها

نتطرق فيما يلي إلى أهم التعريفات للمعاينة والانتقال إلى الأماكن كوسيلة من وسائل الإثبات المعترف بها من طرف

المشرع الجزائري في المطلب الأول وإلى أهميتها في المطلب الثاني

المطلب الأول:

تعريف المعاينة والانتقال إلى الأماكن

نقصد بالمعاينة التي تعتبر طريقاً من طرق الإثبات، مشاهدة المحكمة نفسها محل النزاع أيا كانت طبيعته، سواء كان عقارا

أو منقولاً، وبصفة عامة كل ما يقع عليه النزاع، مما يظن أن يكون معاينته مجدية¹³⁷ ويتحقق الإثبات عن طريق المعاينة

عندما يكون القاضي اعتقاده بملامسته بالوقائع ذاتها واستخلاص الدليل من مشاهداته لا مما يقدم له الخصوم من

الأقوال والمستندات أو البيانات.¹³⁸

وانتقال المحكمة للمعاينة قد يكون من تلقاء نفسها، ومن تكون بناء على طلب أحد الخصوم وقد نصت على ذلك

المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكورة أعلاه.

¹³⁷توفيق فرج، المرجع السابق، ص 219.

¹³⁸ محمد العثماني وعبد الوهاب العثماني، المرجع السابق، 565.

وتعتبر المعاينة من طرف الإثبات المباشرة، وذلك نظرا لاتصالها اتصالا ماديا بالواقعة المراد إثباتها.¹³⁹

المطلب الثاني:

أهمية المعاينة في الإثبات

للمعاينة أهمية كبيرة في استجلاء حقيقة النزاع من اقرب طريق، إذ ليس أوقع في تكوين عقيدة القاضي عن موضوع النزاع من مشاهدة محله بنفسه، حتى يعطيه ذلك فكرة مادية محسوسة من الواقع لا يمكن أن تعطيها أية أوراق في الدعوى ولا أقوال الشهود ولا تقرير الخبراء.¹⁴⁰

ففي بعض القضايا قد يكون من الضروري معاينة محل النزاع وفحص حالته لتتمكن المحكمة من تكوين اعتقاد صحيح عن حقيقة المنازعة وكيفية استخلاص وجه الحكم فيها، فهي تعتمد إلى الانتقال لتباشر هذه المعاينة والفحص بنفسها. صحيح أن المحكمة يمكنها أن تكتفي بما يقيمها لها الخصوم من الأدلة أو أن تكلف خبيرا بأن يقوم بهذه المعاينة ويعرض عليها نتائج مشاهداته، ولكن الاقتصار على ذلك قد لا يؤدي في كثير من الأحيان إلى نتيجة محققة مقنعة كما يؤدي الانتقال ذاته لأنه المحكمة ستعتمد في تكوين اعتقادها على ما يرويه لها الغير وقد يكون مخطئا أو محاييا لبعض الخصوم وقد لا تكفي المستندات في إيراد بعض الوقائع المادية أو قد توردها بصيغة غامضة ناقصة، وشتان بين دليل يستقى من مثل هذه المصادر وبين آخر يستخلص من ملامسة الحالة ذاتها. ولقد أثبتت التجارب القضائية في كثير من القضايا أن انتقال المحكمة لمحل النزاع يؤدي إلى إظهار الحقيقة في اقرب وقت وبأيسر نفقة.¹⁴¹

المبحث الثاني:

إجراءات الإثبات عن طريق المعاينة

والانتقال إلى الأماكن

تتمثل إجراءات المعاينة والانتقال إلى الأماكن في الانتقال للمعاينة وفي المحضر الذي يتم إعداده بعد إجراء هذه المعاينة وهذا ما نتناوله فيما يلي:

المطلب الأول:

الانتقال للمعاينة:

يجوز للقاضي من تلقاء نفسه في أية دعوى مطروحة أمامه أو بناء على طلب الخصوم الانتقال لإجراء معاينة أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان. وهذه السلطة جوازية للمحكمة، فقد ترى في ظروف الدعوى أن معاينة المتنازع فيه لها أهميتها من ناحية الإثبات، قد لا ترى لزوما لذلك. وبهذا يكون لها من تلقاء نفسها أن تقرر الانتقال إلى معاينة موضوع النزاع، ولا تلزم المحكمة بذلك إذا طالبه الخصوم. يحدد القاضي خلال الجلسة مكان ويوم وساعة الانتقال، ويدعو الخصوم إلى حضور العمليات.

¹³⁹ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 134.

¹⁴⁰ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 310.

¹⁴¹ محمد العشماوي و عبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ص 566.

وإذا رأت المحكمة ضرورة إجراء المعاينة فلها أن تقوم به بنفسها، وإذا تعلق الأمر بتشكيكة جماعية (تشكيكة القسم الاجتماعي وإما المجلس القاضي) ففي هذه الحالة يتم تنفيذ المعاينة من طرف القاضي المقرر وقد تقتضي المعاينة الاستعانة بأهل الخبرة، إذا توقعت المحكمة أن تستلزم المعاينة معلومات فنية، كالمعلومات الهندسية أو الفنية، ولهذا أجاز القانون للقاضي أن يأمر في نفس الحكم بتعيين خبير من يختاره من التقنيين لمساعدته حسب المادة 147 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المشار إليها أعلاه.

كما أجاز القانون للقاضي أثناء تنقله للمعاينة سماع أي شخص، من تلقاء نفسه أو بناء على طلب احد الخصوم إذا استدعت الضرورة ذلك، كما يجوز له في نفس الوقت الظروف سماع الخصوم حسب نص المادة 148 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المشار إليها أعلاه.

المطلب الثاني:

محضر المعاينة:

تنقل المحكمة في اليوم المحدد للمعينة أو القاضي المقرر في حالة الشكيكة الجماعية إلى محل النزاع، ويتم المعاينة بحضور الخصوم أو بغير حضورهم ففي حالة غيابهم أو غياب احدهم تتبع الإجراءات المقررة كما نصت المادة 85 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: " يتم إخطار الخصوم لحضور إجراءات التحقيق المأمور به شفاهة بالجلسة أو بواسطة محاميهم.

وفي حالة غيابهم ومحاميهم عن الجلسة التي أمر فيها بإجراء تحقيق، يتم استدعائهم برسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام من طرف أمين ضبط الجهة القضائية.

ويتم استدعاء الغير بالحضور لنفس الغرض حسب نفس الإجراء.

ويفرض القانون على المحكمة، أو القاضي عند انتقال إلى المعاينة تحرير محضر تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة يوقعه القاضي أمين الضبط ويودع ضمن أصول أمانة الضبط. ويمكن للخصوم الحصول على نسخ من هذا المحضر عملاً بنص المادة 149 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المشار إليها أعلاه ومتى تمت المعاينة وفقاً للإجراءات القانونية، فإن كل ما أثبتته المحكمة في محضر المعاينة يعتبر دليلاً قائماً في الدعوى.

الفصل السابع:

الخبرة l'expertise

النصوص القانونية:

المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية وعلمية محضة للقاضي."

المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب احد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات المختلفة."

المادة 127 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "في حالة تعدد الخبراء المعينين، يقومون بأعمال الخبرة معا، ويعدون تقريرا واحدا.

إذا اختلفت آراؤهم، وجب على كل واحد منهم تسبب رأيه."

المادة 128 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجب أن يتضمن الحكم الأمر بإجراء الخبرة ما يأتي:

1- عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة، وعند الاقتضاء تبرير تعيين عدة خبراء.

2- بيان اسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعينين مع تحديد التخصص،

3- تحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا،

4- تحديد اجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط."

المادة 131 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يؤدي الخبير غير المقيد في قائمة الخبراء، اليمين أمام القاضي المعين في الحكم الأمر بالخبرة.

تودع نسخة من محضر أداء اليمين في ملف القضية."

المادة 132 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إذا رفض الخبير انجاز المهمة المسندة إليه أو تعذر عليه ذلك، استبدل بغيره بموجب أمر على عريضة صادر عن القاضي الذي عينه.

إذا قبل الخبير المهمة ولم يقيم بها أو لم ينجز تقريره أو لم يودعه في الأجل المحدد جاز الحكم عليه بكل ما تسبب فيه من مصاريف، وعند الاقتضاء، الحكم عليه بالتعويضات المدنية، ويمكن علاوة على ذلك استبداله."

المادة 133 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إذا أراد احد الخصوم رد الخبير المعين، يقدم عريضة تتضمن أسباب الرد، توجه إلى القاضي الذي أمر بالخبرة خلال ثمانية (8) أيام من تاريخ تبليغه بهذا التعيين، ويفصل دون تأخير في طلب الرد بأمر غير قابل لأي طعن.

لا يقبل الرد إلا بسبب القرابة المباشرة أو القرابة غير المباشرة لغاية الدرجة الرابعة أو لوجود مصلحة شخصية أو لأي سبب جدي آخر."

المادة 135 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "فيما عدا الحالات التي يستحيل فيها حضور الخصوم بسبب طبيعة الخبرة، يجب على الخبير إخطار الخصوم بيوم وساعة ومكان إجرائها عن طريق محضر قضائي."

المادة 136 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يرفع الخبير تقريرا عن جميع الإشكالات التي تعترض تنفيذ مهمته، كما يمكنه عند الضرورة طلب تمديد المهمة.

يأمر القاضي باتخاذ أي تدبير يراه ضروريا."

المادة 137 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجوز للخبير أن يطلب من الخصوم تقديم المستندات التي يراها ضرورية لانجاز مهمته دون تأخير.

يطلع الخبير القاضي على أي إشكال يعترضه، ويمكن للقاضي أن يأمر الخصوم، تحت طائلة غرامة تهيديية، بتقديم المستندات.

يجوز للجهة القضائية أن تستخلص الآثار القانونية المترتبة على امتناع الخصوم عن تقديم المستندات."

المادة 138 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يسجل الخبير في تقريره على الخصوص:

1- أقوال وملاحظات الخصوم ومستنداتهم.

2- عرض تحليلي عما قام به وعائنه في حدود المهمة المسندة إليه

3- نتائج الخبرة."

المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إذا رأى القاضي أن العناصر التي بنا عليها الخبير تقريره غير وافية، له

أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة، كما يجوز له على الخصوص أن يأمر باستكمال التحقيق، أو بحضور الخبير أمامه،

ليتلقى منه الإيضاحات والمعلومات الضرورية."

المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج استبعاد نتائج الخبرة."

يتضح من خلال نص **المادة 125** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكورة أعلاه، بأنه يجيز القانون للقاضي

الاستعانة بالخبراء كل ما كان الفصل في النزاع المطروح أمامه متوقفا على معرفة معلومات فنية كالمعلومات المتعلقة بالطب

والهندسة مثلا تتعلق بواقعة مادية تقنية أو علمية محضة.

تعتبر الخبرة من طرق الإثبات المباشرة مثلها مثل المعاينة، وذلك نظرا لاتصالها بالواقعة المراد إثباتها وهي في الواقع نوع من

المعاينة الفنية تتم بواسطة أشخاص تتوافر فيهم الكفاءة الفنية التي لا تتوافر في القاضي.

وتقتصر الخبرة على المسائل الفنية المحضة التي يصعب على القاضي الإمام بها دون المسائل القانونية، لأن المحكمة مفروض

فيها العلم بهذه المسائل.

لقد نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية كيفية تعيين الخبراء واستبدالهم (المبحث الأول) و: تنفيذ الخبرة (المبحث

الثاني) وهذا ما سنتطرق له فيما يلي:

المبحث الأول:

كيفية تعيين الخبراء

يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات

مختلفة (المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

وفي حالة تعدد الخبراء، فإنهم يقومون بأعمال الخبرة معا ويعدون تقريرا واحدا وإذا اختلفت آرائهم، يجب على كل واحد

منهم تسبب رأيه (المادة 127 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

ويتم تعيين الخبير بموجب حكم صادر قبل الفصل في الموضوع يجب أن يتضمن ما يلي:

1- عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة، وعند الاقتضاء تبرير تعيين عدة خبراء

2- بيان اسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعينين مع تحديد التخصص

3- تحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا.

4- تحديد اجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط. وهذا عملا بنص **المادة 128** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وإذا رفض الخبير انجاز المهمة المسندة إليه أو تعذر إليه ذلك استبدل بغيره بموجب أمر على عريضة صادر من القاضي الذي عينه. (**المادة 132** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

ويجوز رد الخبير المعين بموجب عريضة تتضمن أسباب الرد توجه إلى القاضي الذي أمر بالخبير خلال ثمانية (08) أيام من تاريخ تبليغه من هذا التعيين ويفصل دون تأخير في طلب الرد في أمر غير قابل لأي طعن.

ولا يقبل الرد إلا بسبب القرابة المباشرة أو بالقرابة غير المباشرة لغاية الدرجة الرابعة أو لوجود مصلحة شخصية أو لأي سبب جدي آخر (**المادة 133** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)

المبحث الثاني:

تنفيذ الخبرة

يقوم الخبير باستدعاء الخصوم بيوم وساعة ومكان إجراءات الخبرة، وفيما عدا الحالات التي يستحيل فيها حضور الخصوم بسبب طبيعة الخبرة. يجب على الخبير إخطار الخصوم بواسطة المحضر القضائي وذلك عملا بنص **المادة 135** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويرفع الخبير تقريراً عن جميع الإشكالات التي تعترض تنفيذ مهمته، كما يمكنه طلب تمديد المهمة وفي هذه الحالة يأمر القاضي باتخاذ أي تدبير يراه ضرورياً (**المادة 136** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

يقوم القاضي بالاطلاع على مستندات الخصوم، ويجوز له أن يطلب منهم تقديم المستندات التي يراها ضرورية لإنجاز مهمته وإذا امتنع الخصوم عن تقديمها يمكن للقاضي أن يأمرهم بذلك تحت طائلة غرامة تهديدية (**المادة 137** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)

يعد الخبير في الأخير تقرير خبرته ويردعه لدى أمانة الضبط للجهة التي عينته ويتضمن هذا التقرير على الخصوص:

1- أقوال وملاحظات الخصوم ومستنداتهم.

2- عرض تحليلي عما قام به وعائنه في حدود المهمة المسندة إليه.

3- نتائج الخبرة. وهذا ما نصت عليه **المادة 138** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبعد إيداع تقرير الخبرة لدى أمانة الضبط، يمكن للخصوم سحب نسخة منها وإرجاع القضية للجدول بعد الخبرة للمطالبة بإفراغ الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع والمطالبة إما بالمصادقة عليها أو باستبعادها وتعيين خبير آخر أو المطالبة باستكمال التحقيق بحضور نفس الخبير أمام المحكمة لتتلقى منه الإيضاحات والمعلومات الضرورية (**المادة 141** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

والقاضي غير ملزم برأي الخبير فله أن يوافق على نتائج الخبرة وله أن يستبعداها، غير انه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة وهذا عملا بنص المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وينبغي في الأخير الإشارة إلى انه يجب على الخبير غير المقيم في قائمة الخبراء، أن يؤدي اليمين أمام القاضي الذي عينه وتودع نسخة من محضر أداء اليمين في ملف القضية وهذا وفقا لنص المادة 131 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفصل السابع:

وسائل الإثبات بمفهومها الحديث

لقد شهد العالم تطورا هائلا في عدة مجالات من الصعود إلى القمر والكواكب الأخرى إلى نقل الدم إلى زرع الأعضاء البشرية إلى أطفال الأنابيب، ونتيجة إلى ظهور الحاسب الالكتروني، ونتيجة لهذه الثورة المعلوماتية والتكنولوجية حدثت عدة تغييرات في مختلف أوجه الحياة.

هذا التطور الكبير والمتسارع لهذه الوسائل ترافق مع زيادة الوعي لدى الشعوب لأهمية المعلومة باعتبارها مصدرا للقوة وللثروة أحيانا.

لقد أصبحت هذه الوسائل حقيقة علمية والعملية فرضت نفسها في نشاطات الحياة كافة لاسيما في أوجه النشاط التجاري وظهر ما يعرف بالتجارة الالكترونية.

كما أن التطور العلمي الهائل تدخل أيضا في المسائل المتعلقة بإثبات البنوة وهذا عن طريق الفحص الجيني، والذي اعتمده المشرع الجزائري كوسيلة من وسائل الإثبات العلمية الحديثة في إثبات واقعة النسب.

هذه الوسائل الحديثة سوف نتعرض لها في هذا الفصل هي الوسائل الصوتية والمرئية الحديثة (المبحث الأول) والإثبات بفحص الدم (المبحث الثاني).

علما أنه تم التطرق سابقا للكتابة الالكترونية والتي هي وسيلة إثبات حديثة عند دراستنا للإثبات بالكتابة وهذا لارتباطها بالكتابة بصفة عامة.

المبحث الأول:

الوسائل الصوتية والمرئية الحديثة

يقصد بالوسائل الصوتية والمرئية الحديثة، الوسائل المسموعة كالمكالمات الهاتفية وأشرطة الكاسيت (التسجيل الصوتي) والمرئية كالمصغرات الفيلمية.

فالمكالمات الهاتفية هي المكالمات التي تتم من خلال جهاز الهاتف. وهو وسيلة لنقل المكالمات الشخصية من خلال الأسلاك التي تربط نقطتين (المرسل والمستقبل) يمر فيها تيار كهربائي وفق ذبذبات صوت المتكلم¹⁴².

ولقد اقر المشرع المعاملات التي تتم من خلال هذه الوسيلة باعتبارها تعقدا بين حاضرين وهذا بمقتضى نص المادة 64 من القانون المدني والتي جاء فيها: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد اجل القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.

غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد."

غير أن إثبات هذه التعاقدات أمر في غاية الصعوبة وهذا في ظل سكوت المشرع عن إثباتها. فإثبات إقرار التعاقد الشفوي في حالة إنكاره من احد الخصوم فهو لا يثبت بالشهادة أو بتوجيه اليمين إلى الخصم ولا عن طريق السندات العادية وغير العادية لان المكالمات الهاتفية بالتأكيد ليست من قبيل السندات. لأنها تعاقد شفوي.

ويرى جانب من الفقه¹⁴³ الإثبات في هذه الحالة يكون من خلال الاستثناءات الواردة على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة في التصرفات التي تزيد قيمتها على المبلغ المحدد في القانون حيث أجاز المشرع في تلك الاستثناءات للخصم أن يثبت هذا التصرف بطرق الإثبات كافة.

فإذا ما استطاع الخصم إثبات هذا التعاقد الشفوي بالشهادة مثلا في هذه الاستثناءات فإن الذي أثبت هو هذا الدليل أي الشهادة أو اليمين. وليست المكالمات الهاتفية كوسيلة إثبات بالمعنى المقصود إلا أن المكالمات يمكن أن تكون وسيلة في الإثبات إذا سجلت على شريط (التسجيل الصوتي).

والتسجيل الصوتي أما أن يتضمن مكالمات هاتفية أو إقرارا صادرا بالاتفاق وذلك لأن هذه الوسيلة تحفظ الكلام المسجل عليها وإعادة سماعه بعد ذلك، ويعد التسجيل الصوتي من الأدلة المادية التي يمكن إعطاء الحق للخصم في الاستعانة بها في الإثبات، وذلك لشيوع استعمال تلك الوسيلة وصعوبة التزوير فيها.

142 عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص 20.

143 عباس العبودي، المرجع نفسه، ص 211.

وقد قيل أن التزوير في الكتابة أهون منه من التسجيل الصوتي لصعوبة تقليد الصوت وإمكان كشف التلاعب والتزوير فيها بالاستعانة بالخبراء¹⁴⁴.

بالرغم من الانتقادات الموجهة إلى الدليل المستمد من التسجيل الصوتي لإمكانية تقليد الأصوات وتشابهاها فضلا عن تزوير هذه الأشرطة وإدخال عليها تعديلات كحذف أو إضافة أو تغيير من قبل الفنيين المتخصصين، ولتفادي هذه العيوب والانتقادات يجب أن يكون التسجيل الصوتي قد جسد الواقعة المراد إثباتها بدقة كاملة بحيث تؤدي إلى إقناع القاضي بحقيقة الأمور التي يتضمنها¹⁴⁵

ولم يأخذ المشرع الجزائري بهذه الوسيلة في الإثبات خلافا للمشرع اللبناني الذي أخذ بها بمقتضى المادة 217 من قانون المحاكمات اللبناني الذي اعتبرها بمثابة إقرار غير قضائي.

أما فيما يخص وسائل التسجيل المرئية فهي تتمثل بالمصغرات الفيلمية، وهي أوعية غير تقليدية للمعلومات تتمثل بدعامة مصنوعة من مادة فيلمية معينة تستخدم في التصوير المصغر للمحركات الورقية ويمكن مشاهدة الصور المسجلة عليها بالبصر عن طريق طبعها بصورة مكبرة على دعامة ورقية أو يمكن تكبيرها مباشرة بواسطة جهاز مكبر يسمى جهاز القراءة¹⁴⁶

ولم يأخذ المشرع الجزائري بوسيلة الإثبات عن طريق التسجيلات المرئية، وفي ظل خلو التشريع من تحديد حجية هذه الصور المستخرجة من المصغرات الفيلمية فإن تلك الصور تفقد قيمتها في الإثبات.

وهناك من يرى تطبيق الضوابط الحديثة للسندات في الإثبات والتوسع في مفهوم الكتابة والتوقيع بحيث تشمل السندات التقليدية والحديثة المتمثلة في السندات المستخرجة من الوسائل التقنية الحديثة، بحيث تكون السندات المستخرجة من المصغرات الفيلمية حجية الأصل وضمن شروط معينة وهي كالآتي:

- 1- شرط الثبات والوضوح
- 2- احترام الأسلوب المحاسبي المعتاد
- 3- وجود رقابة تقنية للتصوير¹⁴⁷

المبحث الثاني:

الإثبات بالفحص الجيني

يعتبر الإثبات بالفحص الجيني من الوسائل العلمية التي تستطيع كشف نتائج مهمة في الكثير من القضايا المدنية والجنائية وتستعمل عادة بإثبات البنوة ولقد اخذ بها المشرع الجزائري في قانون الأسرة حين أجاز للقاضي اللجوء إلى الوسائل العلمية في إثبات النسب عن طريق ما يعرف بالفحص الجيني وهذا ما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة: "يثبت

144 محمد الصوري، التعليق المقارن على قانون الإثبات، الجزء 3، مطبعة شفيق، بغداد، 1983، ص 945.

145 عباس العبودي، شرح أحكام الإثبات المرجع السابق، ص 346.

146 سجي شعبان آل عمرو، المرجع السابق، ص 107.

147 سجي شعبان آل عمرو، المرجع السابق، ص 108.

النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار أو بالنية أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و 34 من هذا القانون يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

ولقد قطع الإثبات عن طريق هذه الوسيلة أشواطا كبيرة وقد أخذت به الكثير من التشريعات بحيث أصبح الإثبات بالفحص الجيني امراً معترفاً به في الولايات المتحدة الأمريكية وفي ألمانيا وإيطاليا وفرنسا وهذا بموجب المادة ودول أخرى مثل قانون إصلاح العائلة الإنجليزية لسنة 1969 الذي نظم مسألة فحص الدم وأعطى للمحكمة سلطة تقديرية للعمل في أن تستنج من رفض احد الخصوم اخذ الدم منه بهدف تحليله، دليلاً على صحة ادعاء الخصم الآخر¹⁴⁸. وبالرغم من اعتراف المشرع الجزائري بالفحص الجيني كوسيلة من وسائل الإثبات الحديثة إلا أنه لم يرد أي نص يحدد قيمة هذا الدليل العلمي في الإثبات، فهل يعتبر الدليل الناتج عن الفحص الجيني دليلاً قاطعاً غير قابل لإثبات العكس أم غير ذلك؟

نرى وجوب تدخل المشرع لإعطاء النتائج القطعية التي تنتج عن هذه الوسيلة واعتبارها دليلاً قاطعاً في ظل التطور العلمي الذي عرفه هذا المجال.

قائمة المراجع

- أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2005 .
- إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام جزء 2، 1967، دون دار نشر .
- ادوارد عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية ، الجزء الأول، مطبعة النشر بيروت، 1961.
- احمد مسلم، قانون القضاء المدني دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1966.
- حسين خضير الشمري، دور الشهادة في الإثبات المدني، مكتبة السنهوري، بغداد، 2013.
- جميل الشوقوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، 1976.
- جلال علي العدوي، أصول المعاملات، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر الإسكندرية، 1966.
- جعفر الفضلي، حجية السندات الالكترونية في الإثبات المدني في ضوء التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي المرقم 230 لعام 2000، مجلة الرافدين للحقوق جامعة الموصل، العدد 11 أيلول 2001.
- سجي عمر شعبان آل عمرو، دار الخصوم في الإثبات المدني (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية ودار الشتات للنشر والبرمجيات مصر و الإمارات، 2012.
- سمير تناغو، أحكام الاحترام والإثبات، 1989، دون دار نشر.

- دوة آسيا و رمول خالد، الإطار لقانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، ط 2، دار هومة، 2009.
- رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية "النظرية العامة في الإثبات"، الدار الجامعية بيروت 1993.
- محمد حسين قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 2003.
- محمد فتح الله النشار، أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي، قانون الإثبات طبقاً لأحدث أحكام محكمة النقض، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2000.
- محمود عبد الرحيم الديب، أسس الإثبات المدني في القانون المصري والفقه الإسلامي دار الجامعة الجديدة.
- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط الجزء الثاني دار النهضة العربية القاهرة.
- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997،
- محمد حسين منصور، قانون الإثبات منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، الجزء 2.
- مناني فراج، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى عين مليلة الجزائر 2008.
- مصطفى طه، القانون التجاري اللبناني سنة 1969
- محمد ابراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2005.
- محمد العشماوي- عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الثاني، مكتبة الآداب، 1958.
- محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، 1986
- محمد الصوري، التعليق المقارن على قانون الإثبات، الجزء 3، مطبعة شفيق، بغداد، 1983
- عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية الطبعة الثانية دون دار النشر سنة 1955
- عبد الله احمد عبد الله غرايبية، حجية التوقيع الالكتروني في التشريع المعاصر، دار الراجية للنشر والتوزيع عمان.
- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العقارية، الطبعة 5، دار هومة الجزائر 2006.
- عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، طبعة 2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1999
- علي فياللي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر طبعة الثالثة 2013
- هشام علي صادق، تنازع القوانين، نشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
- يوسف احمد النوافلة، حجية المحررات الالكترونية في الإثبات، دار وائل للنشر عمان 2007.

القوانين:

- الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/25 المتضمن للقانون المدني المعدل والمتمم
- القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- قانون 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27
- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- القانون الأردني رقم 85- 2001 المؤرخ في 2001/12/31، المتعلق بالمعاملات الالكترونية

- القانون المصري رقم 15-2004 المؤرخ في: 2004/04/21 ، المنشىء لهيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.
- قانون الإثبات المصري رقم 1968/25.
- قانون الأصول والمحاکمات الإدارية الصادر في 16 أيلول 1983
- الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970، يتضمن قانون التوثيق، 02/06 ج ر 2006 عدد 14.
- قانون 03/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.
- الأمر 03/06 المؤرخ في: 15/07/2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية عدد 46 سنة 2006.

الفهرس

فصل تمهيدي

- المبحث الأول: تعريف الإثبات وأهميته.....
- المطلب الأول: تعريف الإثبات.....
- المطلب الثاني: أهمية الإثبات.....
- المبحث الثاني: تنظيم الإثبات.....
- المطلب الأول: مذهب الإثبات الحر أو المطلق système libre.....
- المطلب الثاني: مذهب الإثبات المقيد أو الإثبات القانوني système légal.....
- المطلب الثالث: المذهب المختلط : système mixte.....
- المبحث الثالث: طبيعة قواعد الإثبات ومكانها.....
- المطلب الأول: طبيعة قواعد الإثبات.....
- المطلب الثاني: مكان قواعد الإثبات.....

الفصل الأول:

محل الإثبات

-المبحث الأول:المقصود بالواقعة القانونية محل الإثبات
-المطلب الأول:القاعدة القانونية
-المطلب الثاني:العرف والعادة الاتفاقية
-المطلب الثالث:القانون الأجنبي
-المبحث الثاني:الشروط الواجب توافرها في الواقعة محل النزاع
-المطلب الأول:الشروط البديهية
-الفرع الأول: أن تكون الواقعة محل النزاع
-الفرع الثاني:أن تكون الواقعة محددة
-المطلب الثاني:الشروط القانونية
-الفرع الأول:أن تكون متعلقة بالدعوى
-الفرع الثاني:أن تكون منتجة في الإثبات
-الفرع الثالث:أن تكون جائزة القبول

الفصل الثاني:

عبء الإثبات

-المبحث الأول:مفهوم عبء الإثبات وأهميته
-المطلب الأول:مفهوم عبء الإثبات
-المطلب الثاني:أهمية تحديد المكلف بعبء الإثبات
-المبحث الثاني: القاعدة العامة وتطبيقاتها
-المطلب الأول:عبء الإثبات يقع على المدعي
-المطلب الثاني:المقصود بالمدعي في مجال الإثبات
-المبحث الثالث:تبادل عبء الإثبات

الفصل الثالث:

الحق في الإثبات

-المبحث الأول:الحق في المجاهدة بالدليل
-المطلب الأول:مفهوم حق المجاهدة بالأدلة وأساسه
-المطلب الثاني:ضمانات حق الخصم في المجاهدة بالأدلة
-الفرع الأول: إعلام الخصم بأدلة الإثبات وإجراءاته
-الفرع الثاني: ضرورة احترام القاضي لحق الخصم في المجاهدة بالأدلة
-المبحث الثاني: لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه

الفصل الرابع:

مبدأ حياد القاضي

-المبحث الأول:الدور السلي للقاضي
-المبحث الثاني: الدور الايجابي للقاضي

الباب الثاني

الفصل الأول:

الكتابة

المبحث الأول: الكتابة الرسمية.....	
المطلب الأول: المقصود بالكتابة الرسمية وشروطها.....	
الفرع الأول: المقصود بالكتابة.....	
الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحرر الرسمي.....	
المطلب الثاني: حجية السند (المحرر) الرسمي في الإثبات.....	
الفرع الأول: حجية السند الرسمي فيما بين الطرفين.....	
الفرع الثاني: حجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير.....	
الفرع الثالث: حجية صور السند (المحرر) الرسمي.....	
المبحث الثاني: الكتابة الالكترونية.....	
المطلب الأول: السندات الالكترونية.....	
المطلب الثاني: الإثبات في الكتابة الالكترونية.....	
المبحث الثالث: الكتابة العرفية.....	
المطلب الأول: المحررات العرفية المعدة للإثبات.....	
الفرع الأول: شروط المحرر العرفي المعد للإثبات.....	
الفرع الثاني: حجية المحررات العرفية في الإثبات.....	
المطلب الثاني: المحررات العرفية غير المعدة للإثبات.....	
الفرع الأول: الرسائل والبرقيات.....	
الفرع الأول: الرسائل والبرقيات.....	
الفرع الثاني: دفاتر التجار.....	
الفرع الثالث: الدفاتر والأوراق المنزلية.....	
الفرع الرابع: التأشير على السند بما يستفاد منه براءة ذمة الدين.....	

الفصل الثاني: شهادة الشهود

la preuve par témoins

المبحث الأول: تعريف الشهادة وخصائصها.....	
المطلب الأول: تعريف الشهادة.....	
المطلب الثاني: خصائص الشهادة.....	
المبحث الثاني: الحالات التي يفرض فيها القانون الكتابة للإثبات (ما لا يجوز إثباته بشهادة الشهود).....	
المطلب الأول: عدم جواز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن حد معين أو غير محددة القيمة.....	
الفرع الأول: شروط تطبيق هذه القاعدة.....	
الفرع الثاني: تقدير قيمة التصرف.....	
المطلب الثاني: عدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة إلا بالكتابة.....	
الفرع الأول: نطاق تطبيق هذه القاعدة.....	
الفرع الثاني: شروط تطبيق القاعدة.....	

المبحث الثالث: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود

- (ما يجوز إثباته بشهادة الشهود)
- المطلب الأول: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل.....
- الفرع الأول: الوقائع المادية.....
- الفرع الثاني: المواد التجارية.....
- المطلب الثاني: الحالات التي يجوز فيها استثناء الإثبات بشهادة الشهود.....
- الفرع الأول: وجود مبدأ ثبوت بالكتابة.....
- الفرع الثاني: وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي.....
- الفرع الثالث: فقد السند الكتابي.....
- المبحث الرابع: إجراءات سماع الشهود.....
- المطلب الأول: سماع الشهود.....
- المطلب الثاني: تلقي الشهادة

الفصل الثالث: القرائن

Les présomptions

- المبحث الأول: القرائن القانونية
- المطلب الأول: ماهية القرينة القانونية وأثرها
- المطلب الثاني: الحكمة من القرائن القانونية
- المطلب الثالث: أنواع القرائن القانونية
- الفرع الأول: القرائن القانونية القاطعة
- الفرع الثاني: حجية الأمر المقضي
- الفرع الثالث: الأحكام التي تحوز قوة الشيء المقضي به
- المطلب الرابع: حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية
- الفرع الأول: الأساس مبدأ حجية الحكم الجنائي على المحاكم المدنية
- الفرع الثاني: القيود الواردة على قاعدة الحكم الجزائي يعقل المدني
- المبحث الثاني: القرائن القضائية
- الفرع الأول: المقصود بالقرائن القضائية وسلطة القاضي في استنباطها
- الفرع الثاني: الحالات التي يجوز الإثبات فيها بالقرائن القضائية

الفصل الرابع: الإقرار

L'aveu

- المبحث الأول: شروط الإقرار القضائي
- المبحث الثاني: حجية الإقرار القضائي
- المطلب الأول: الإقرار حجة على المقر
- المطلب الثاني: عدم جواز تجزئة الإقرار

الفصل الخامس: اليمين

le serment

- المبحث الأول: اليمين الحاسمة Serment décisoire
- المطلب الأول: تعريف اليمين الحاسمة وشروطها
- الفرع الأول: تعريف اليمين الحاسمة

الفرع الثاني: شروط توجيه اليمين الحاسمة

المطلب الثاني: آثار توجيه اليمين الحاسمة

الفرع الأول: حلف اليمين

الفرع الثاني: د اليمين

الفرع الثالث: النكول عن اليمين

المبحث الثاني: اليمين المتممة Serment supplétoire

المطلب الأول: تعريف اليمين المتممة وشروطها

الفرع الأول: تعريف اليمين المتممة

الفرع الثاني: شروط توجيه اليمين المتممة

المطلب الثاني: آثار توجيه اليمين المتممة

المبحث الثالث: يمين التقويم

الفصل السادس:

المعاينة والانتقال إلى الأماكن

Des constatations et visites des lieux

المبحث الأول: تعريف الإثبات بالمعاينة وأهميتها

المطلب الأول: تعريف المعاينة والانتقال إلى الأماكن

المطلب الثاني: أهمية المعاينة في الإثبات

المبحث الثاني: إجراءات الإثبات عن طريق المعاينة والانتقال إلى الأماكن

المطلب الأول: الانتقال للمعاينة

المطلب الثاني: محضر المعاينة

الفصل السابع:

الخبرة l'expertise

المبحث الأول: كيفية تعيين الخبراء

المبحث الثاني: تنفيذ الخبرة

الفصل السابع: وسائل الإثبات بمفهومها الحديث

المبحث الأول: الوسائل الصوتية والمرئية الحديثة

المبحث الثاني: الإثبات بالفحص الجيني

ملخص:

يتناول هذا المقال بالدراسة موضوع الإثبات القضائي في المواد المدنية في القانون المدني الجزائري المتعلق بالالتزام المرتبط بالقيمة المحددة قانونا والمقدرة بمائة ألف دينار وفقا لنص المادة 333 ق م ج، إذ لا يجوز إثبات الالتزام الذي يجاوز قيمته المبلغ المذكور بشهادة الشهود فيما يخص وجوده أو انقضائه وإنما يكون الإثبات بالكتابة بأنواعها الرسمية، العرفية أو الالكترونية.

واشترط المشرع في المادة 334 ق م ج عدم الإثبات بشهادة الشهود أي وجوب الكتابة في الإثبات ولو لم تزد القيمة على مائة ألف دينار جزائري (100.000 دج) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي.

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

علما بأن قاعدة الإثبات فيما يجاوز أو يخالف الثابت كتابة إلا بالكتابة هي قاعدة رومانية قديمة أخذت بها عدة تشريعات مقارنة منها القانون الفرنسي (المادة 1347 من القانون المدني) والقانون المصري (المادة 61/1 من قانون الإثبات).

فهل ما ورد في نص المادة 334 ق م ج هو مجرد خطأ مادي وقع فيه المشرع الجزائري أم أنه فعلا قصد اقتصار الإثبات بالكتابة في إثبات ما يجاوز مضمون العقد الرسمي دون العقد العرفي والالكتروني؟

Résumé

Cet article prend en étude la preuve judiciaire en droit civil algérien concernant l'obligation liée à une valeur supérieure à cent mille dinars algérien (100.000 DA) suivant l'article 333 du droit civil algérien qui interdit la preuve d'un acte juridique ou celle de l'extinction de l'obligation par témoins si sa valeur est supérieure à 100.000 DA ou est indéterminée. Ce qui dit que la preuve dans les cas précités n'est valable que par le moyen de l'écrit. Et l'écrit dans le droit civil algérien comprend : l'écrit authentique, l'écrit sous seing privé et l'écrit électronique (art 323 bis, 324, 327 du droit civil algérien).

La preuve par témoin n'est pas admise aussi alors même que la valeur n'excéderait 100.000 DA lorsqu'il s'agit de prouver contre ou outre le contenu d'un acte authentique (art 334 du droit civil algérien), ce qui pose un problème dans l'application de cet article vu que le législateur n'a pas exigé l'écrit authentique pour prouver l'obligation initiale, et si on peut prouver par témoin lorsqu'il s'agit de prouver contre ou outre le contenu d'un acte sous seing privé ou d'un acte électronique??

Sachant que prouver par l'écrit contre ou outre la preuve écrite est une règle ancienne du droit romain, qui a été adoptée par le droit comparé notamment par le législateur français (art 1347 du droit civil français) et le législateur égyptien (art 61/1 du droit de la preuve égyptien). Tout cela nous laisse à réfléchir sur le contenu de l'article 334 du droit civil algérien, est-ce simplement une faute matérielle qu'a commis le législateur algérien, ou a-t-il vraiment prémédité l'exclusion de la preuve par écrit pour prouver contre ou outre le contenu d'un acte authentique sans pour autant prouver l'acte sous seing privé ou l'acte électronique??

Mots clés : prouver l'obligation, preuve écrite, preuve par témoins, acte authentique.