

جامعة محمد خيضر - بسكرة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الإثبات في المواد المدنية والتجارية

مشروع مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون أعمال

إشراف الدكتورة:

مزغيش عبير

إعداد الطالب:

زطيطو محمد زياد

الموسم الجامعي 2017/2018



الاهداء

بسم الله الرحمان الرحيم

" قل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون "

الى ملاكي في الحياة والى معنى الحب وبسمة الحياة وسر الوجود ومن كان دعائها سر

نجاحي امي الحبيبة واهدي اهدائي هذا الى ابي العزيز الذي وقف بجانبى والى الى جدتي

الغالية والى اخواتى واصدقائى

والى من كان سندي الفعلي في انجاز هذا العمل المتواضع الى من اعطاني الثقة وزرع في

نفسي امل النجاح والى من لم يتردد في العون رغم الالاح والى استاذتي ومشرقتي

الاستاذة مزغيش عبير، وكذلك اشكر كل من ساعدني على اتمام هذه المذكرة وقدم لنا العون

وزودنا بالمعلومات اللازمة

زطيطو محمد زياد

شكر وعرفان

اعترافا بالفضل لأهله وعملا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم
" من صنع إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا
له حتى تروا أن قد كافأتموه"
(رواه أبو داود والنسائي وصححه الالباني)

باسم الله الذي زرع النجاح في كل الدروب وعصف بالفشل مع الهبوب وغرس حب
العمل في كل القلوب، الحمد لله المحبوب الذي وفقنا وسدد خطانا وانعم علينا بالصحة
حتى نلنا مبتغانا، وقطفنا ثمار جهدنا بكل فخر واعتزاز وبكل تواضع وامتنان والصلاة
والسلام على خير البرية سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

وعلى صحبه ومن ولاه

بادئ ذي بدء الى صاحبة الوردة الثلاثية الالوان

الى الحمراء *الى الخضراء*الى البيضاء

الى الجزائر بلد السلام والاخاء

كما نتقدم بالشكر الجزيل الى الاستاذة " مزغيش عبير " التي أشرفت على تأطيرنا في
هذا البحث منذ كان بذرة الى أن صار ثمرة، صنعتها توجيهاتها القيمة ومساعداتها
التي لم تبخل بها علينا، والتي شرفت هذا البحث وشرفت بإشرافها عليها، زادها الله من
علمها وأدام عليها السعادة والسرور.

والى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية

وأخيرا إلى كل من تصفح مذكرتنا بعد تخرجنا

مقدمة

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

فالإثبات في المجال القانوني يقصد به الإثبات القضائي أي إقامة الدليل أمام القضاء، على وجود حق أو صحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى نتائج قانونية معينة، فالإثبات القانوني يقوم على تأكيد حق متنازع عليه أمام القضاء وذلك بإقامة الدليل على الواقعة مصدر هذا الحق، فهو بهذا يتميز على الإثبات بمعناه العام الذي لا يكون أمام القضاء كالإثبات العلمي والإثبات التاريخي ، إذ أن كل منهما يبحث عن الحقيقة المجردة بأي وسيلة كانت، فهو إثبات يرمي إلى تحقيق غايات علمية هي الفصل في المنازعات وحماية الحقوق لأصحابها، يقوم به الخصوم أمام القضاء بطرق محددة رسمها القانون.

فالإثبات ينصب على صحة واقعة قانونية وليس على الحق المتنازع فيه ، بل ينصب على الواقعة القانونية مصدر هذا الحق ،فقد تكون هذه الواقعة تصرفا قانونيا كعقد بيع وقد تكون واقعة مادية كعمل غير مشروع ترتب عليه إلزام فاعله بالتعويض.

فموضوع الإثبات يعتبر من أهم المسائل في الميدان التطبيقي للقضاء، إذ أن محل الإدعاء على واقعة أمام القضاء يستلزم الدليل الذي يثبتها ، وعليه فإن كسب الدعوى يتوقف على قوة وقيمة الدليل الذي هو بحوزة المدعي، وقد تناول المشرع الجزائري طرق الإثبات في القانون المدني و القانون التجاري وقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فتناول الأول قواعد الإثبات الموضوعية وترك لقانون الإجراءات المدنية والإدارية توظيف قواعد الإثبات، ففي القديم كان الفرد يقضي حقه بنفسه ولو بالقوة دون المراعات لأدنى شروط إحترام الغير، ونتيجة لهذا

الوضع شعر الناس بضرورة اقتضاء الحقوق فلجؤوا إلى تحكيم القانون وبالتالي أصبح لهذا الأخير سلطته تمثله وتسهر على احترامه.

وعندما وجد القضاء لفض النزاعات بين الناس أصبح كل فرد في مزاعمه، ويتقدم كل من كان له مصلحة في النزاع مما كان لزاما على الأفراد تقديم الأدلة التي تثبت ادعاءاتهم.

وبالتالي فإن الحق يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل على الحادث المبدئي له قانونيا كان هذا الحادث أو ماديا والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه.

هذه الأهمية العلمية والعملية للإثبات هي التي حدثت بجميع الشرائع، الى تنظيم قواعده وبيان أحكامه مع التفاوت فيما بينها في هذا التنظيم ، إذ يستلزم كل تنظيم قانوني وجود نظام إثبات خاص به يتفق مع طبيعته ، ولا يستغني أي نظام قانوني عن الإثبات إذ لا يمكن للأفراد والمجتمع اقتضاء حقوقهم بغير الإثبات .

فالإثبات هو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق، ويعرف كذلك بأنه " إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية متنازع عليها تأثر في الفصل في الدعوى.

أهمية الدراسة:

- تتجلى أهمية دراستنا لهذا الموضوع في أن قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية لها أهمية بالغة في المجتمع.
- كما تتميز وسائل الإثبات بدور فعال في ساحة القضاء.
- تعد أدلة الإثبات على أنها الوسيلة التي يعول عليها القاضي لإصدار أحكام عادلة يرضى بها أطراف الدعوى.
- تعتبر أدلة الإثبات على أنها أداة للفرد لإقامة الدليل على ما يدعيه.
- يعد الإثبات بمثابة شريان الحياة للحق، فالحق الذي يعجز صاحبه عن إثبات مصدره هو والعدم سواء.
- تعد نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وعليه يترتب على تنظيم الإثبات حسم المنازعات بين المتخاصمين ويوفر الإستقرار داخل المجتمع.

أهداف الدراسة:

- تهدف دراستنا هذه إلى إبراز مدى حجية وسائل الثبات في القانون المدني والقانون التجاري.
- وتهدف كذلك إلى التمييز بين الإثبات في القانون المدني والإثبات في القانون التجاري.
- كما تهدف دراستنا هاته إلى إبراز مدى فعالية وسائل الإثبات في إثبات الحق.
- كذلك تهدف دراستنا هاته في القواعد التي يركز عليها الإثبات في المواد المدنية والتجارية وهذا نظرا لأن المعاملات التجارية تعتمد على مبدئين أساسيين وهما السرعة والإئتمان والتطور الاقتصادي المرتبط بالتطور التجاري الذي فيه أهم عنصر وهو الإثبات .

أسباب اختبار الموضوع:

- وعن الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع تكمن في انه:
- موضوع حساسا يمس بحقوق الأفراد هذا من جهة .
- كذلك أن بإمكان الطلبة الجامعيين الاستفادة منها إضافة إلى ذلك رجال القانون من محاميين وقضاة من خلال الاستفادة من هذه الدراسة في حياتهم العملية كون نظرية الإثبات هي أهم النظريات القانونية و أكثرها تطبيقا من الناحية العملية ، وهذا من جهة ثانية.
- ونأمل في ذلك أن يكون محل اهتمام بالقدر الكافي.

الدراسات السابقة.

إن الدراسات الأكاديمية المتوفرة على حسب اطلاعي حول الموضوع ، تتمثل في قلة قليلة من الرسائل الجامعية ، خاصة المتطرفة منها الى موضوع دراستنا ومنها نذكر:

- الدراسة الأولى:

الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري: مروش
الخامسة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي في الحقوق، تخصص قانون أعمال ، فرع حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، 2016_2017.

ويدور موضوع تلك الدراسة الذي يقع في 71 صفحة حول الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، ومن هذا المطلق نجد الباحث قد قسم موضوعه إلى فصلين، الفصل الأول طرق الإثبات العادية والفصل الثاني الطرق

الإثبات الغير العادية، فقد درس هذه الطرق كما نص عليها في القانون المدني والتجاري الجزائري تتمثل في الكتابة، شهادة الشهود، القرائن ، الإقرار واليمين.

بالإضافة إلى وسائل أخرى أدرجها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومضمون الفصل الأول نصبه حول دراسة طرق الإثبات العادية ومدى ارتباطها بطرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، أما الفصل الثاني فقد تناول فيه دراسة طرق الإثبات الغير العادية، وتوصل إلى وجود وسائل أخرى أدرجها المشرع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية.

وكون هذه الدراسة هي الأقرب إلى دراستنا، باعتبار أن عنوانها هو نفس عنوان دراستنا، إلا أن معالجتها للموضوع تدور حول الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري من خلال دراسة الطرق العادية وغير العادية ووسائل أخرى أدرجها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما دراستنا فهي تدور حول الإثبات في المواد المدنية والتجارية من خلال دراسة طرق الإثبات الأصلية والطرق الإحتياطية والمتمثلة في خمسة طرق التي جاء بها القانون المدني و القانون التجاري دون التطرق إلى الوسائل الأخرى التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها في تلك الدراسة ما يلي:

- أن الإثبات في المواد المدنية ينصب على مصدر الحق أي الواقعة المنشئة له، وليس على المدعى به سواء كان هذا الحق شخصيا أو عينيا.
- دور القاضي هو تمكين الخصوم من ممارسة هذا الحق ذلك ان القاضي عضو في مجتمع له دور يؤد به للحفاظ على العدل.
- وقد رأى أن قواعد الإثبات جاءت متفرقة متشتتة بين قانون الإجراءات المدنية والقانون المدني والقانون التجاري، مما يصعب على المتخاصمين

تتبع قواعد الإثبات ومعرفتها خاصة، وعلى ذلك نوصي بضرورة تجميع كل النصوص المتعلقة بالإثبات في قانون واحد اقتناء ببعض التشريعات.

الدراسة الثانية:

طرق الإثبات ذات القوة المحدودة، سيد علي نورية، تيزي اوكدال سامية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، فرع الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، 2016.

ويدور موضوع تلك الدراسة الذي يقع في 85 صفحة حول طرق الإثبات ذات القوة المحدودة، ومن هذا المنطلق نجد أن الباحثان قد قسمتا موضوعهما إلى فصلين وكل فصل مبني على مبحثين، متناولتان في الفصل الأول طرق الإثبات ذات النصاب المالي الذي يتضمن شهادة الشهود كعنوان للمبحث الأول والقرائن القضائية كعنوان للمبحث الثاني، أما الفصل الثاني فتطرقا الى اليمين المتممة بحيث قاما بتحديد مضمون اليمين المتممة كعنوان للمبحث الأول، يلي ذلك دراسة أحكام اليمين المتممة كعنوان للمبحث الثاني.

ويكمن وجه الاختلاف بين تلك الدراسة ودراستنا، في أن تلك الدراسة تهدف إلى علاج موضوع طرق الإثبات ذات القوة المحدودة من خلال دراسة طرق الإثبات ذات النصاب المالي واليمين المتممة وأحكامهما، أما دراستنا فتدور حول الإثبات في المواد المدنية والتجارية حسب أحكام القانون المدني و القانون التجاري والمتمثلة في خمسة طرق.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها في تلك الدراسة ما يلي:

- ننادي المشرع التدخل لإزالة غموض مصطلح مبدأ ثبوت بالكتابة الذي استعمله في المادة 335 من ق. م. ج ، و إعادة صياغته بمبدأ بداية الإثبات بالكتابة لإزالة الغموض وتسهيل المعنى للقارئ.
- أما فيما يخص القرائن القضائية وجب على القاضي ضرورة اتخاذ الكثير من الحكمة والحذر والحيطه فيما يستتبطه من الوقائع المجهولة.
- نناشد من المشرع تحديد صيغة اليمين المتممة التي يقوم الخصم بجعلها كل ما فعل قبل التعديل، ولتحديد هذه الصيغة نرى ضرورة تدخل الاجتهاد القضائي لسد هذا الفراغ.

صعوبات الدراسة:

لعل من أهم الصعوبات التي واجهتنا أثناء إعداد هذه المذكرة هي المعاناة المتمثلة في اتساع الموضوع وتشعبه وحاولنا قدر الإمكان الإلمام بكافة القواعد المتعلقة بموضوع الإثبات في المواد المدنية و التجارية.

إشكالية الدراسة:

ومن هذا المنطلق يتمحور موضوعنا في البحث عن الإشكالية التالية:

فيما تتجلى خصوصية الإثبات في المواد المدنية والتجارية؟

التساؤلات الفرعية:

للإحاطة بجميع جوانب الدراسة نطرح التساؤلات الفرعية التالية:

1/ من هم أشخاص الإثبات في المواد المدنية والتجارية؟

2/ ما هي الواقعة القانونية محل الإثبات وعبء الإثبات في المواد المدنية والتجارية؟

3/ ما هي طرق الإثبات الأصلية في مواد المدنية والتجارية؟

4/ ما هي طرق الإثبات الاحتياطية في مواد المدنية والتجارية؟

المنهج المتبع:

باعتبار المنهج الوسيلة التي يمكن بواسطتها الإجابة على الإشكالية المطروحة حول موضوع البحث، فقد اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع على المنهج الوصفي لأنه الأنسب لجمع المعلومات حول الموضوع ، وإستخدمنا المنهج التحليلي في تحليل النصوص القانونية الواردة حول الموضوع .

هيكل الدراسة:

وللإجابة على الإشكالية المطروحة إرتأينا معالجة موضوعنا من خلال تقسيمه إلى فصلين:

حيث سنتناول في الفصل الأول القواعد العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية من خلال التطرق إلى أشخاص الإثبات في المواد المدنية والتجارية وكذا الواقعة القانونية محل الإثبات وعبء الإثبات في المواد المدنية والتجارية وذلك في مبحثين مستقلين.

أما بالنسبة للفصل الثاني فيتعلق بطرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية من خلال التطرق إلى طرق الإثبات الأصلية في المواد المدنية والتجارية وكذا طرق الإثبات الاحتياطية في المواد المدنية والتجارية وذلك في مبحثين مستقلين.

الفصل الأول: القواعد العامة للإثبات في المواد

المدنية والتجارية.

المبحث الأول : القواعد العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية

المطلب الأول : الخصوم وحقهم في الإثبات في المواد المدنية والتجارية

المطلب الثاني : القاضي ودوره في الإثبات في المواد المدنية والتجارية

المبحث الثاني: الواقعة القانونية محل الإثبات وعبء الإثبات في المواد المدنية والتجارية

المطلب الأول : محل الإثبات في المواد المدنية والتجارية

المطلب الثاني : عبء الإثبات في المواد المدنية والتجارية

الفصل الأول: القواعد العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية.

إنّه لا وجود للحق مجرداً عن دليله عند المنازعة فيه يكون الدليل في الإثبات هو قوام حياة الحق، فقد رأينا التقنين المدني الجزائري قد تكفل بالقواعد الموضوعية في الإثبات فقد وردت في القسم الأول منه الخاص بالالتزامات والعقود، وأُفرد لها الباب السادس من هذا القسم في (المواد 323 إلى غاية المادة 350) ولم يقصد بورود قواعد الإثبات على هذا الوضع أن يقتصر نطاقها على الالتزامات فهي قواعد عامة التطبيق تسري على جميع أنواع الحقوق الشخصية كانت هذه الحقوق أو حقوق عينية أو حقوق معنوية كما تطبق على كافة المنازعات المدنية والتجارية أيا كان مصدر الحق الذي يدور حوله النزاع، وعليه فإن الإثبات يركز على مبادئ عامة للوصول إلى الحقيقة القضائية كما أرادها القانون.

وعلى ذلك فقد ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

- **المبحث الأول:** أشخاص الإثبات في المواد المدنية والتجارية.
- **المبحث الثاني:** الواقعة القانونية محل الإثبات وعبء الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

المبحث الأول: أشخاص الإثبات في المواد المدنية والتجارية:

إن الإثبات بالمعنى القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق والإجراءات التي حددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع عليها تصلح أساساً لحق مدعى به.

فالإثبات القانوني يقوم به الخصوم في ساحة القضاء، لذلك نجد أن أشخاص الإثبات هم الخصوم من ناحية والقاضي من ناحية أخرى، ولذلك يجب الوقوف على دور كل منهم في الإثبات.

-المطلب الأول: الخصوم وحقهم في الإثبات في المواد المدنية والتجارية:

نعرض هنا الحق في الإثبات ومبدأ المجابهة بالدليل ثم نتكلم بعد ذلك عن حدود هذا الحق للخصوم في الإثبات.

الفرع الأول: الحق في الإثبات ومبدأ المجابهة بالدليل في المواد المدنية و التجارية:

المبدأ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن الدعوى ملك الخصوم كما أن من المبادئ الأساسية في التقاضي حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى وعلى ذلك فإن الإثبات حق للخصوم وآية ذلك أنه إذا كان الإثبات عبء يفرض على المدعي لإثبات ما يدعيه وتقديم الدليل على ادعائه فهو في نفس الوقت حق له لا يستطيع القاضي أن يحرمه منه أو يجبره عنه وإلا كان حكمه مشوباً بعيب ويستوجب نقضه، فإذا توافرت فيه الواقعة محل الإثبات شرط إثباتها فإنه ينشأ للمدعي حق في إقامة الدليل على قيام هذه الواقعة وصولاً للأثر القانوني الذي يدعيه وكان للخصم الآخر حق إثبات عكس هذه الواقعة أي حق نفيها أو طلب استبعادها إذا لم تتوفر شروطها كمحل

للإثبات وعلى القاضي في الحالتين أن يمكن الخصم من إعمال حقه في الإثبات سواء كان إثباتاً إيجابياً أو سلبياً وألا يكون مخلاً بحق الخصم في الدفاع مخالفاً للقانون.¹

وبالتالي فإن أساس هذا المبدأ معناه أن يحاط الخصم علماً بأدلة خصمه ليتمكن من مناقشتها والرد عليها حيث أن كل دليل قدمه الخصم في دعواه يكون الخصم الآخر له الحق في تقديم ما يناقضه وإثبات عكس ما يدعيه حيث أن كل خصم يقدم مستندات أو أوراق يجب أن تبلغ للخصم² وهذا ما ورد في نص المادة 03 من القانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.³

وإعمالاً لحق الخصوم في الدفاع وجبت مباشرة إجراءات الإثبات في مواجهة الخصوم بعضهم البعض بحيث يحاط الخصم علماً بأدلة خصمه، ليتمكن من مناقشتها والرد عليها وتنفيذها وهو ما يمكن القاضي بدوره من تكوين عقيدته في ضوء عب الإثبات، وتباشر المحكمة سلطتها التقديرية بشرط عدم مخالفة القانون الموضوعي والإجرائي في الإثبات، في الجملة على القاضي احترام القواعد الموضوعية للإثبات التي تحدد طرق الإثبات ونطاق كل منها وقوة الدليل المستفاد منها. بحيث على قاضي الموضوع احترام ما قرره القانون من حجية ملزمة لدليل من الأدلة شأن الدليل الكتابي مالم **يحظى** بالطرق المقررة وشأن الحجية المطلقة للإقرار واليمين الحاسمة بما يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في تقدير حجيتها فإن خالفها أو أخطأ في تطبيقها اعتبر مخطئاً في تطبيق القانون ويسري الفساد للحكم برمته.

وفي تأكيد مبدأ المواجهة بالدليل ورد نص م 273 في أصول المحاكمات المدنية اللبناني لا يصح على الإطلاق إصدار حكم ضد خصم لم يجر سماعه أو يمكن من

¹ -نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2000، صص 21، 22.

² <http://www.algeriedroit.Fb.bz>، ص2

³ تنص المادة 3 الفقرة 3 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21، صادرة في 27 فبراير 2008 على أنه، { يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية }، ص4

إبداء دفاعه، ويجب على القاضي في أي حال، أن يتقيد وأن يفرض التقيد بمبدأ
الوجاهية، فلا يجوز أن يعتمد في حكمه أسباباً أو إيضاحات أدلى بها أحد الخصوم أو
مستندات أبرزها إلا إذا أتاح للخصوم الآخرين مناقشتها وجاهيا الذي يتناوبه الخصوم
وما يتبادلونه من أدلة استجلاء الحقيقة وإقامة العدالة. كما يوجب القانون ألا يبني
القاضي حكمه إلا على الأقوال التي سمعها والمستندات المقدمة أثناء المرافعة. بحيث
يتمتع عليه بعد إقفال باب المرافعة سماع أقوال من أحد طرفي الخصومة في غيبة
الطرف الآخر، أو قبول أية ورقة لم يطلع عليها خصمه، بحيث لا يجوز للقاضي أن
يستند إلى دليل دون أن يعرضه على من يحتج عليه به ويعد تمكينه من مناقشته و
تنفيذه وإلا كان قضاءه استناداً إليه باطلا (م 168 مرافعات).¹

وبما أن الدعوى ملك للخصوم، فالخصومة بينهما سجال ولذلك يتسع نطاق حق
الخصوم في الإثبات ليشمل كل الوسائل الممكنة وصولاً إلى الأثر القانوني الذي يدعيه،
وبناءً على ذلك يحق للخصم أن يطالب خصمه -في حالات معينة- بتقديم ما يوجد
تحت يده من أوراق، كما يحق له المطالبة باستجواب خصمه وتوجيه اليمين إليه أو رده
عليه، ونفي كل ما يقدمه الخصم من أدلة وما إلى ذلك، ومع ذلك فإن لهذا الحق حدود
يقف عندها وقيود يتقيد بها.²

الفرع الثاني: حدود حق الخصوم في الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

سبق أن وقفنا على المقصود بحق الخصوم في الإثبات ومضمون هذا الحق فيجب
علينا الآن عرض حدود هذا الحق:

¹-همام محمد محمود الزهران، الوجيز في الإثبات المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003، ص 56، 57.

²- نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 22.

- يجب أن يتقيد حق الخصوم في الإثبات بالطرق التي حددها القانون، فلا يجوز له إثبات بغير الكتابة ما لا يجوز إثباته إلا بها، كما لا يجوز له أن **يجزئ** من الإقرار ما يفيد حيث لا يجوز تجزئة الإقرار.

- يجب أن يتقيد حق الخصوم بالإجراءات والأوضاع التي رسمها القانون لتقديم الدليل.

- يتقيد حق الخصوم في الإثبات بما يتمتع به القاضي من دور إيجابي في إجراءات الإثبات ومن سلطة تقديرية في تقدير الأدلة.¹

ومن الأمثلة على ذلك أن للقاضي أن يرفض الإذن بالسير في إجراءات الطعن بالتزوير إذا رأى من وقائع الدعوى ومستنداتها ما يقينه بصحة المحرر المطعون فيه بالتزوير. وعلى العكس يجوز للقاضي ولو لم يدع أمامه بالتزوير أن يحكم برد أي محرر وتقرير بطلانه إذا ظهر له بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور وكذلك يجوز للقاضي أن يقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها.

وجوز للقاضي إذا رأى أن الدعوى في غير حاجة إلى استجواب رفض طلب الاستجواب وكذلك يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أن يأمر بالإثبات بالشهادة في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود، وله أن يستدعي للشهادة من يرى لزوماً إسماع شهادته إظهاراً للحقيقة. ولو لم يستشهد به أحد من الخصوم وله أيضاً أن يرفض الإثبات بالشهادة إذا لم يجد في ذلك فائدة للحقيقة.

وللقاضي السلطة التقديرية في بحث الأدلة والمستندات المقدمة له وترجيح ما يطمئن إليه منها وزيادة في إيضاح ما يتعلق بحق الخصوم في الإثبات.¹

¹-نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص23.

- يتقيد حق الخصوم بمبدأ أناني وهو لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه كما لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

1/- لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه:

وهي قاعدة منطقية تفرضها طبيعة الأشياء. إذ لو جاز أن يصطنع أي شخص دليلاً لنفسه ضد أي شخص آخر، لما آمن إنسان على نفسه أو ماله، ولتعرض كل شخص لادعاءات لا حصر لها يصطنع أدلتها أشخاص آخرون ضده، وفي هذا تعارض ليس فقط مع المبادئ العامة للإثبات، بل مع جوهر القانون وأساس وجوده وهو العدل والنظام.²

ومن مقتضيات تحمل المدعي بعبء إقامة الدليل على ما يدعيه، أنه لا يقبل منه ما يصطنعه لنفسه من مستندات ومحركات كدليل على دعواه.

ذلك أن المدعي لا يصدق بادعاءاته وأقواله المرسلة وبما يحرر بمعرفته من مذكرات وأوراق كما لا يصدق بيمينه إذ الم توجه إليه اليمين، ذلك أنه كما ورد عنه صلى الله عليه وسلم فيما رواه عنه ابن عباس «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة-الدليل- على المدعي واليمين على المدعي عليه.

وبالتالي فالدليل الذي يصح الاحتجاج به على الخصوم هو الصادر منه، ومن ثم فإنه إذا استلزم القانون الكتابة للإثبات في بعض الأحيان، فالمقصود بذلك الكتابة الصادرة عن الخصم المراد التمسك بها في مواجهته وليست الصادرة ممن اصطنعها وأراد الاحتجاج بها قبل خصمه.

¹-سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، مصر، 2009، صص 25، 26، 27.

²-المرجع نفسه، ص 27.

وبالمثل إذا أجاز القانون الإثبات بشهادة الشهود، فالمقصود بذلك الشهادة الصادرة من الغير وليس ما يشهد به الخصم لنفسه، وقضى بأنه لا يجوز اتخاذ أقوال أحد الخصوم في محضر الاستجواب دليلاً ضد خصمه.

هذا الأصل يفسح المجال لبعض الاستثناءات منها بعضها يقوم على إقرار الخصم.¹

وقبوله للدليل الذي اصطنعه خصمه لنفسه، سواء كان ذلك القبول صريحاً، بقبوله استناد خصمه على دليل من صنعه، سواء كان قبولاً ضمناً مستفاداً من تمسك هذا الخصم نفسه بالدليل الذي اصطنعه خصمه على اعتبار أن استناده إليه وتمسكه به مستشهداً به في دعواه دليل على التسليم بوجوده و بصحته، ومن ثم لا معنى من منع من صدرت عنه هذه الورقة أن يحتج بها لمصلحته قبل خصمه الذي سبق له أن استند إليها سواء كان هذا القبول لاحقاً لاعتداد الخصم بدليل من صنع نفسه أو كان سابقاً على اصطناعه.²

ومن ناحية أخرى في المعاملات التجارية فإن دفاتر التجار لا تكون حجته على غير التجار، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً. يجوز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين وذلك فيما يجيز إثباته بالبينة. كما يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات في دعاوي التجار المتعلقة بمود تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً، وبالتالي فيحق للتاجر أن يحتج بدفاتره ضد تاجر آخر بشرط أن يقتنع القاضي بصحة المعلومات المثبتة في هذه الدفاتر.

¹- همام محمد محمود الزهران، الوجيز في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ص 78، 79.

²- المرجع نفسه، ص 79.

كما أنه إذا لم يقسم الخصم بتقديم المحرر في الموعد الذي حددته المحكمة أو امتنع من حلف اليمين المذكورة اعتبرت صورة المحرر التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله وموضوعه.¹

12- لا يجبر الشخص على تقديم دليل ضد نفسه:

كقاعدة عامة، لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك ويوجب عليه تقديم مستند ما ، وعند إذن لا يقتصر حق خصمه على مجرد إثبات ما يدعيه بأي دليل يقدمه، وإنما يمتد إلى إجبار خصمه «أو الغير» على تقديم مستند في حوزته ليثبت به هو دعواه.²

فمن حق الخصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة ولا يستطيع الخصم إجبار خصمه على تقديم هذا الدليل الذي بحوزته، غير أن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها يؤدي في كثير من الأحيان إلى ضياع الحقوق لعدم تمكن أصحابها من تقديم لإثبات ما يدعونه، لا سيما إذا كان الدليل في حوزة الخصم الآخر، ولذلك استثناء من هذا الأصل يجوز لأحد طرفي الخصومة أن يجبر الخصم الآخر على تقديم ما تحت يده من محررات منتجة في الدعوى وذلك في ثلاثة حالات نصت عليها المادة 208 من قانون المرافعات المدنية والتجارية لعام 1953 م بقولها «يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده:

أ- إذا كان القانون يجيز مطالبة الخصم بتقديم المحرر أو تسليمه:

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 62 من القانون التجاري الليبي والتي تقضي بأنه «لا يجوز للمحكمة في غير المنازعات التجارية أن تأمر بالاطلاع على الدفترين

¹- أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر ، 2000، ص 37.

²- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 25، 26.

المذكورين و الملفات إلا في أحوال الأموال الشائعة أو التركة أو القسمة أو الإفلاس...» وهذا النص محدد في تطبيقه من حيث المحررات التي يجوز الاطلاع عليها وهي دفتر اليومية ودفتر الجرد ودفتر صور المرسلات ، ودفتر اليومية يقيد فيه التاجر يوميا جميع الأعمال التي تتعلق بمشروعه التجاري، ودفتر الجرد يدون فيه التاجر تفاصيل جرد أمواله تجارية، والذي يلتزم التاجر بالقيام به في آخر كل سنة مالية، ودفتر صور المرسلات تحفظ فيه صور الرسائل والبرقيات التي يرسلها ويستلمها التاجر وتتعلق بتجارته كذلك يقتصر تطبيق هذا النص على المنازعات التجارية أما المنازعات المدنية فلا يجوز الاطلاع فيها على الدفاتر إلا في حالات استثنائية وهي مواد الأموال المشاعة ومواد التركات وقسمة الشركات وحالة الإفلاس والصلح الواقي منه.

وقد راعى المشرع في تقريرها أن الدفاتر في هذه الحالات تعتبر ملكا مشتركا.¹

لجميع أطراف الدعوى مما ينتقي معه الضرر من كشف الأسرار الواردة فيها كما هو الشأن في مواد الأموال المشاعة والتركات وقسمة الشركات أو أنه لم تعد ثمة فائدة من الاحتفاظ بأسرار عمليات التاجر كما هو الشأن في الإفلاس والصلح الواقي منه.

ب- إذا كان المحرر مشتركا بين الخصوم:

في هذه الحالة يجوز فيها طلب إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده إذا كانت هذه الورقة مشتركة بين الخصمين وتكون الورقة مشتركة بصفة خاصة إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتها وحقوقها المشتركة.² ومثال ذلك المحررات المتعلقة بأعمال شركة بين الخصمين، أو الأوراق المتعلقة بأعمال قام بها وكيل والتي يجب أن يقدم عنها حسابا، أو الرسالة الموجهة من أحد الخصمين متضمنة قبولا لإيجاب صدر من الخصم الآخر.

¹ - محمد نصر محمد، أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية، 2012، ص ص 37، 38.

² سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص ص 38، 39.

ج- إذا استند الخصم إلى المحرر في أية مرحلة من مراحل الدعوى:

فإذا قدم أحد الخصوم ورقة أو سند يستند إليه في إثبات حقه، يعطي الحق للخصم الآخر أن يطلب تقديم هذا الشيء، إذا بدا له أن هذه الورقة أو السند يقيده في الإثبات في أية مرحلة من مراحل الدعوى، ولا يجوز لمن قدم المحرر أن يسحبه من تلقاء نفسه دون رضا خصمه، وإذا أذن القاضي بتسليم الخصم محرراً قدمه للاستدلال به في الدعوى فلا يعطى له إلا بعد أن تحفظ منه صورة في ملف الدعوى.¹

المطلب الثاني: القاضي ودوره في الإثبات في المواد المدنية والمواد التجارية.

يقع على القاضي عبء البحث عن القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح عليه ولا يحق للمتقاضين التدخل في ذلك، وغالب ما يحاول الخصوم ومحاميهم إثبات إطراد القضاء على الأخذ باتجاه معين، وغير مثل هذه الحالات يجب على القاضي أن يكون حذراً ولا يجاريهم في ذلك، وإلا أصبح حكمه عرضة للنقض، وينحصر دوره في مراقبة الوقائع وطلب توضيحها، كما لا يحق للقاضي رفض الفصل في النزاع تحت ذريعة عدم وجود نص ينطبق على النزاع المطروح عليه، لأن امتناع القاضي عن الفصل في النزاع يعتبر **نكولا** عن أداء العدالة تعاقب عليه معظم التشريعات الجزائرية.

إن استناد القاضي في حكمه إلى الأدلة التي يقدمها الخصوم، يعني تقييده بوسائل الإثبات الذي ذكرها المشرع على سبيل الحصر من ناحية «الكتابة، الشهادة، الإقرار، اليمين، القرائن» والتزامه الحياد من ناحية ثانية.²

¹ محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 39.

² لحميم زليخة، دور القاضي المدني في الإثبات في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، جانفي 2011، ص 194.

الفرع الأول: حياد القاضي في المواد المدنية والتجارية:

إن أهم ما يميز دور القاضي في الإثبات هو الحياد لذلك سنتطرق إلى مفهومه وأساسه.

-أولاً: مفهوم حياد القاضي:

ويقصد بحياد القاضي أن يزن المصالح القانونية للخصوم بالعدل، ولا يتطلب المشرع حياد القاضي فحسب، وإنما يتطلب منه حماية مظهر **الحيادة** الذي يجب أن يتحلى به، ومن متطلبات مبدأ حياد القاضي، أو حماية مظهر **الحيادة**، أو هما معاً، ألا يكون للقاضي مصلحة في الدعوى التي ينظرها مادية كانت أو معنوية.¹

وألا يكون له رأي مسبق في الدعوى التي ينظرها فهذا الرأي قد يشل تقديره الصحيح وألا يخل بحق الدفاع، وهو الحق الذي يستوجب اتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم، ويستوجب بدهاء المساواة بينهم في المعاملة على وجه العموم، ومنحهم جميعاً فرص متكافئة على وجه الخصوص.

وهكذا يكشف لنا أن موقف القضاء من الدعوى المدنية هو موقف حيادي، وهذا الحياد إيجابي يستوجب منه بوصفه سلطة عامة من سلطات الدولة إنزال حكم القانون عليها، وهي وإجراءاتها، أي من حيث الموضوع ومن حيث الإجراءات وهما يستويان في هذا الصدد، ولا مجال للتفرقة بينهما، ولا محل لأن يسلم للقاضي بإرسال حكم القانون على موضوع الدعوى، ولا يسلم له بإنزال حكم القانون عند السير فيها أو عند تصحيح شكلها أو عند إثباتها كل هذا في حدود موقف حيادي عادل.

وكل ما تقدم يستتبعه حسن أداء العدالة ويتصل بالنظام العام، مما يتطلب من القضاء الاعتداد به ولو بدون أي نص بل لا يتصور أن يرد نص يوجب على القاضي أن يأخذ موقفاً حيادياً من الخصوم، أو أن يسوي في المعاملة بينهم.

¹-أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 1983، ص27.

إذن حياد القاضي يتجلى فيما يلي :

- يمنع القاضي من تكليف الخصم بإثبات دعواه، ولا عليه أن هو تركه وشأنه في هذا الصدد.
- يمنعه من تنبيهه إلى ما يتعور دفاعه عن قصور.
- يمنعه من جمع أدلة له، أو يساهم في جمعها.¹

كما تؤكد كل قوانين الإجراءات المدنية و الإدارية استقلالية القضاة في أداء مهامهم، ولكن هذه الاستقلالية لا تعني أن يفصل القاضي في النزاع حسب أهوائه، وقد سبقت الإشارة إلى أنه مقيد بوسائل إثبات معينة واردة على سبيل الحصر، هذا² بالإضافة إلى أنه يقع على عاتقه الالتزام بالحياد تجاه الخصوم، ويذهب بعض الفقه إلى أن هناك فرق بين عدم التحيز والحياد:³

في أن التحيز يعني وقوف القاضي إلى جانب طرف وتفضيله على خصمه، مما يتعارض مع مبدأ الإنصاف والموضوعية في المساواة بين الخصوم، أما الحياد فيقف القاضي فيه بين الخصوم بموقف الحكم الذي يزن المصالح القانونية للخصوم بالعدل.⁴

وحياد القاضي يبرز في التقيد بما قدمه الخصوم من أدلة، كما لا يحق له بأي حال من الأحوال أن يستند إلى أدلة حصل عليها مباشرة بطرقه الخاصة دون علم الخصوم كالمعاينة التي تتم دون حضور أطراف النزاع، أو الاستناد إلى دليل قدمه خصم دون علم الآخر به ودون منحه فرصة مناقشته أو الاستناد إلى دليل حصل عليه من قضية أخرى.

¹-أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، المرجع السابق،ص28.

²-لحميم زليخة، المرجع السابق، ص195.

³-المرجع نفسه، ص ص 195، 196.

⁴-محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص41.

كما أن القاضي بشر وعرضة لكل التأثيرات، لذلك يجب أن يكون حكمه مبنياً على ما يقدمه الخصوم من أدلة أي أن دوره سلبياً في هذه الحالة بالمقارنة مع دور الخصوم الذي يعتبر إيجابياً، ويرى بعض الفقهاء أن المشرع الجزائري قد خرج على مبدأ الحياد في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد رغم أن هذا المبدأ معمول به في التشريعات كل الدول حيث سمح للقاضي بإعادة تكييف النزاع إذا رأى أن التكييف الذي قدمه الخصوم غير ملائم.¹

كما أن حياد القاضي يمنع أن يقضي بعمله الشخصي حيث يقول الدكتور أحمد أبو الوفا: إن مبدأ منع القاضي من الحكم بعمله الشخصي لا يأتي من مبدأ حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى، وإنما يأتي من أن ما شاهده القاضي أو ما سمعه مما يتصل بوقائع القضية، سوف يؤثر حتماً في تقدير القاضي، بل قد يشل هذا التقدير وهو عند إن يصلح أن يكون شاهداً في القضية ليقدر شاهد آخر شهادته وإنما لا يصلح أن يكون وإلا على قاضيا وشاهداً في وقت واحد.

ومنع القاضي من القضاء بعمله الشخصي ليس فرعاً على مبدأ حياد القاضي بل هو النتيجة المترتبة على حق الخصوم في مناقشة أي دليل يقدم في القضية، لذلك يعد منع القاضي من الحكم بعمله الشخصي نتيجة طبيعية لمبدأ حياد القاضي كما هو الأمر في القانون الفرنسي الذي يلزم القاضي بتأسيس قراره على الوقائع التي أدلى بها الخصوم دون سواها، ويطبق القانون الإنجليزي والقانون الأمريكي هذا المبدأ وتأخذ به غالبية التشريعات العربية وهو ما يذهب إليه الفقه والقضاء في مصر والعراق.

ولكن لا يعتبر من قبيل قضاء القاضي بعمله الشخصي ما حصله بمقتضى خبرته العامة، أي يمكن للقاضي أن يستعين في قضاؤه بما هو معروف بين الناس ولا يكون علمه خاصاً به مقصوراً عليه.

¹-محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 41.

²-لحميم زليخة، المرجع السابق، ص 196.

وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والتقنية الثابتة فله أن يستعين في قضائه بما هو معروف منها.¹

فمبدأ حياد القاضي لا يمنعه لاستجلاء الحقيقة، لذلك خول له القانون سلطة محددة في توجيه الدعوى واستكمال الأدلة ليتسم موقفه في نطاقها بالإيجابية، فله توجيه اليمين المتممة (م، 348، ق. م. جزائري) والأمر بحضور الخصوم للاستجواب وبالتحقيق في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة والحكم بندي خبير وتقرير الانتقال لمعاينة المتنازع فيه.²

ثانياً: أسس الحياد:

ينطلق مبدأ حياد القاضي في تأثير النزعة الفردية التي تعتبر الخصومة كمنازعة خاصة بين الأطراف، وبالتالي لا يحق للقاضي أن يتدخل فيها إلا بالقدر اللازم لتنظيمها كما أن مبدأ شرعية الإثبات السابق الذكر وثيق الصلة بهذه النزعة، ويمكن القول بأن أهم أسس الحياد القاضي هو عدم الثقة فيه، لذلك وجب التزامه الحياد، وإبراز مظاهر هذا الحياد في الإثبات المدني تظهر في سلبية دوره فيما يتعلق بأدلة الخصوم أو إتمامها أو إحضارها، فيتترك ذلك كله للأطراف كما يترك لهم تحديد محل النزاع. إلا أن مبدأ حياد القاضي لم يستمر في جموده كما نشأ في بدايته.³

الأمر حيث بدأت صلاحيات القاضي تتسع بالتدرج على حساب هذا المبدأ، ولقد ساعدت عدة عوامل على تطوير الإثبات في المواد المدنية، وعلى إعادة النظر في مبدأ حياد القاضي، فنجد الاتجاهات الحديثة تعتبر الخصومة تهم المجتمع ومرتبطة بالمصلحة العامة ومن ثم لا بد من إيجاد نوع من التعاون بين الخصوم والقاضي، حتى يكون الحكم الصادر في الدعوى أقرب إلى العدالة، ففي القانون الفرنسي يكلف قاضي

¹-لحميم زليخة، المرجع السابق، ص 196.

²-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 14.

³-لحميم زليخة، المرجع نفسه، ص 196.

بإجراءات تهيئة الدعوى المدنية ويتمتع بصلاحيات واسعة تمكنه من تسيير الدعوى كتبادل وثائق الخصوم، ودفوعاتهم، وسماع المحامين، وتجديد الأجل وتمديدتها عند الاقتضاء، وسماع الأطراف... الخ.

وقد سبقت الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد خرج على مبدأ الحياد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد وفي ذلك مساهمة للاتجاه الحديث للإثبات في المواد المدنية.¹

الفرع الثاني: وظيفة القاضي في المذاهب الثلاثة المختلفة في المواد المدنية و التجارية :

اتفقت جميع الشرائع على تنظيم قواعد الإثبات غير أنها لم تلتزم بمذهب واحد، فاختلقت في مدى حرية الأطراف في اختيار دليل الإثبات الذي يستلزم تقديمه لإثبات الواقعة القانونية المدعى بها، الأمر الذي على ضوءه يتحدد دور القاضي في الإثبات، ذلك لأن دوره يتحدد من خلال الحجة التي يسبغها المشرع على كل دليل من أدلة الإثبات، وهذا الاختلاف في نظم الإثبات يعود إلى اعتبارين الأول يتعلق بفكرة العدالة المطلقة الذي يدفعه أن يفسح المجال للقاضي للبحث عن الحقيقة الواقعية

بكل السبل في النزاع المعروف عليه حتى تكون متطابقة، أما الثاني هو تحقيق استقرار في التعامل الذي يرى فيه المشرع أنه اعتبار جدير بالحماية ليعمد إلى تقييد القاضي في الأدلة.²

التي يأخذ بها وهي تقدير كل دليل حتى يأمن جوره إذا مال إلى الجور، فلا يختلف القضاة فيما يقبلون من الأدلة وفي تقدير قيمة كل دليل في القضية المماثلة.

¹ -لحميم زليخة، المرجع السابق، ص 196.

² -قرووف موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، فرع قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013/2014، ص ص 31، 32.

غير أنه يتبين أن أغلب التشريعات الحديثة اتخذت لها مذهب وسط بين هاذين المذهبين، فلا تترك الإثبات مطلق كل الإطلاق ولا هي بالغت في تقييد القاضي ولذلك يعتبر في ذلك مذهباً مختلطاً.

وهذا هو اتجاه التشريعات العربية والاتجاه الفرنسي بعد حركته الإصلاحات التي تناولت قانون المرافعات الفرنسي منذ الثلاثينيات وحتى اليوم، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد.

ومن هنا نتطرق إلى معالجة مذاهب الإثبات المختلفة:

أولاً: المذهب المطلق - الحر -:

يتمتع القاضي في ضوء هذا المذهب بسلطات واسعة في الدعوى بتوجيهها والسير فيها، وإمكانية تحري الحقيقة بكافة الطرق والوسائل دون أن يكون مقيداً بإتباع مسلك معين بحيث يتمتع القاضي والخصوم بحرية تامة في الدعوى.

فالخصوم أحرار في اختيار الأدلة التي يرون أنها تؤدي إلى إقناع القاضي، والقاضي حر في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم إليه وهذا المذهب يقرب كثيراً ما بين الحقيقة القضائية والحقيقية الواقعية لمصلحة العدالة، وقد اعتنقه بعض الشرائع في بدئ تطورها واعتنقه بعض رجال الفقه الإسلامي.

وقد أخذت به جميع الشرائع في بعض أطوار تطورها، ولا يزال معمول بها في القانون الألماني والقانون السويسري والقانون الإنجليزي والقانون الأمريكي، وفي الكثير من المسائل¹ التجارية، في بعض البلاد، وفي القوانين الجنائية في جميع البلاد تقريباً. ولكن ما يلاحظه البعض أن العدالة التي يمكن أن يؤدي إليها هذا النظام هي عدالة ظاهرية أكثر منها حقيقية، لأن إطلاق الحرية للقاضي في وسائل الإثبات قد يؤدي إلى

¹ -قروم موسى ، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات ' المرجع السابق، ص ص 31-32.

الجور، ويكفي أن يكون من بينهم واحد غير منزه حتى يظهر خطر ذلك، فتبتعد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية أكثر من ابتعادها في نظام الإثبات القانوني أو المقيد.

إن هذا النظام يمنح الحاكم حرية واسعة تتجافى مع الاستقرار الواجب للمعاملات لأن الخصوم لا يعرفون ما إذا كان بوسعهم إقناع القاضي أم لا لاختلاف الحكم في التقدير مما يزرع الثقة في التعامل، ولأن الحاكم قد يكون معرضاً فيحكم بها بهوى دون رقيب من القانون وهو بشر غير معصوم من الخطأ ولا منزه عن العرض، ما يشجع الظالمين والمماطلين على المنازعة في الحق الثابت أملاً في الإفادة من اختلاف القضاة في التقدير.¹

وبالتالي فإن دور القاضي في هذا المذهب يعتبر إيجابي رغم أن الأصل هو تكوين القاضي لقناعته مما يتداوله الخصوم من أدلة الإثبات وتعتبر سلطة استكمال الأدلة لاستجلاء الحقيقة ليست مجرد حق للقاضي بل هي واجب عليه يلتزم به في سبيل الوصول إلى كشف الواقع، بحيث أن القاضي يكون مكلفاً في إطار الوقائع التي يدلي بها الخصوم أن يستخلص الصحيح منها، ملتزماً بقواعد الإثبات وله أن يتخذ ما يراه من إجراءات الإثبات في حدود المقبول منها قانوناً. فالقاضي هو المهيمن على تكييف الوقائع التي يبديها الخصوم بغير تقيد. بما يصيغه الخصوم عليها من وصف، تمهيداً لإنزال حكم القانون عليها.²

ثانياً: المذهب القانوني "المقيد":

وفقاً لهذا المذهب يحدد القانون طرق الإثبات الجائزة قانوناً بحيث لا يجوز للخصم أن يستند إلى دليل خارج عن الأدلة المحددة سلفاً، ولا يستطيع القاضي أن يقبل منهم غيرها أو يعطيها قيمة أقل أو أكثر من القيمة التي حددها القانون لها.

¹ -قروف موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، المرجع نفسه، ص33.

² -همام محمد محمود زهران، الوجيز في الإثبات المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 53، 54.

- كما يلتزم القاضي بالوقوف من الدعوى موقف المحايد بحيث يتمتع عليه القضاء بعلمه الشخصي، فلا يقضي إلا بما يظهر له من إجراءات الدعوى المعروضة عليه ولا وأن لا يساهم في جمع الأدلة وإنما يقتصر على ما قدمه الخصوم في الدعوى.

- إن الإثبات في هذه الحالة يكون أشبه بعملية علمية بحثية معتمدة على قوانين ثابتة ينفرد المشرع بتحديد عناصرها على كل شكل "تعريف أسعار" يضعها على قيمة الإثباتية لكل دليل.

وساد هذا المذهب في القارة الأوروبية، إن للحاكم في هذا النظام القانوني المغلق وظيفة آلية، أنها فكرة ترجع إلى مونتسكيو في فكرته الفصل بين السلطات، والتي بمقتضاها يجد القاضي القانون ولا يصنعه.

و الواضح من هذا المذهب أنه يحقق استقرار التعامل، كما يبعث الثقة والاطمئنان في نفوس المتقاضين. وهذا عكس ما كان يعاب على المذهب السابق.¹

أما عيبه أنه يلزم القاضي في تقريره، وموازنته للأدلة المطروحة في الدعوى بالتنظيم القانوني المنظم لحجيتها بالنسبة لبعضها البعض.²

مما يجعل وظيفة القاضي آلية ويمنعه من الحكم بالحقيقة الواقعية إذا كان ظهورها له من غير طرق الإثبات التي عينها القانون، خاصة إذا احتاط منكرها بعدم إقامة الدليل وبذلك يمكن للظالم الناجي من ظلمه وفجوره بسبب ما يقتضيه هذا النظام من سلب القاضي السلطة التقديرية بالنسبة لجميع³ الأدلة، ولذلك لا يتصور أن يأخذ به نظام قانوني حديث.

¹ قروف موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، المرجع السابق، ص 33-34.

² همام محمد محمود الزهران، الوجيز في الإثبات المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 52.

³ قروف موسى، المرجع نفسه، ص 34.

ثالثاً: المذهب المختلط:

نظراً للعيوب والمزايا الواضحة في كل من نظام الإثبات الحر ونظام الإثبات المقيد، فقد يكون من الأفضل التوفيق بين النظامين في نظام ثالث يأخذ ما في النظامين من مزايا **ويتلافى** ما فيها من عيوب وهذا نظام الإثبات المختلط .

وقد عالج أغلب الشرائع الحديثة عيوب مذهب الإثبات المقيد بأن أدخلت عليه من مذهب الإثبات المطلق تخويل القاضي قدرًا من السلطة في تسيير الدعوى وتقدير الأدلة، وهذا الدور الجديد للقاضي تختلف درجة فعاليته، و قوته من تشريع إلى آخر. بحيث يقتصر دوره في بعض التشريعات على تقدير قيمة الدليل المطروح عليه، وقد يمتد إلى المشاركة في التقصي والبحث عن الحقيقة مشاركة إيجابية فعالة.

وذهبت التشريعات التي أخذت بهذا النظام أن لا تأخذ بالحرية المطلقة، أو التقييد الكامل، فألزمت القاضي أن يقف موقف الحياد، وقامت بحصر الأدلة وترتيبها، وخولت القاضي سلطة واسعة في تقدير قيمة ما يعرض عليه من الأدلة التي حددها القانون كما حددت الشروط الواجب توافرها في الواقعة محل الإثبات.

ومن مزايا هذا المذهب أنه يقارب إلى حد ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية دون الإخلال بما يجب في التعامل من ثقة واستقرار.

فالمذهب المختلط يمزج بين النظامين السابقين فهو يعتد بكل منهما ولا يضحى بأحدهما¹لحساب الآخر فهو في المسائل التجارية أقرب إلى نظام الإثبات المطلق أو الحر. إذ أن الأصل في المسائل التجارية السرعة أما في المسائل المدنية فهو أقرب

¹قروم موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، المرجع السابق، ص ص 34-35.

للتقييد فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات بمعنى آخر يمكن القول أن الأصل في المسائل التجارية هو حرية التصرف والأصل في الوسائل المدنية هو تقييد الإثبات.¹

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من أنظمة الإثبات في المواد المدنية و التجارية.

بعد صدور القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 والذي تضمن 1046 مادة لضمان حماية قانونية للمتقاضين، وبالجمع بين أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون المدني فالأول يتعلق بإجراءات الإثبات وتحقيق الدعوى والثاني يتناول تحديد أدلة الإثبات، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد طرق الإثبات بالكتابة والإقرار واليمين والشهادة والقرائن في القانون المدني، من خلال إثبات التصرفات القانونية المدنية، فإن القانون يشترط إثباتها بالكتابة إذا تجاوزت قيمتها مبلغ 100.000 دج، غير أن القانون قد أورد بعض الاستثناءات على هذه القاعدة متى وجد مبدأ الثبوت بالكتابة، أو إذا وجد المانع المادي و الأدبي أما ما يتعلق بالمواد التجارية فإنه يجوز إثباتها بجمع طرق الإثبات إلا ما استثنى بنص خاص.

فدور القاضي المدني مقيد كقاعدة عامة فيما يتعلق بإثبات التصرفات القانونية المحددة بنصاب معين، كما هو مقيد بموضوع الدعوى وعدم الخروج عليها، ولا يجوز له القضاء بعمله الشخصي المتحصل خارج مجلس الحكم.

هذا لا يعني أن القاضي المدني ليس له قدرًا من الإيجابية في تسيير الخصومة والبحث عن الحقيقة، بل نجد أن المشرع الجزائري قد ذهب في ظل هذا القانون إلى الحرص كل الحرص على تزويده بكل الوسائل التي تسهم في تفعيل دوره الإيجابي ليتدخل ويراقب الإجراءات بدأ من لحظة رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم. ولا يعد حصر نطاق وطرق الأدلة في القانون الجزائري جعل القاضي في موقف سلبي ليتترك

¹-سارة فروجي، أدلة الإثبات الحديثة في المواد الإدارية، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014 / 2015، ص 30.

المبادرة للخصوم ويتقيد بما يضعونه بين يديه. بل للمحكمة وهي بصدد البحث عن الحقيقة أن تلجأ إلى أي وسيلة تمكنها من الوصول ومعرفة الحقيقة.

ومن مظاهر الدوري الإيجابي للقاضي المدني في التشريع الجزائري أن يأمر الخصوم بإدخال أي شخص في الدعوى يرى إدخاله ضروريا كأن يكون بغرض المحافظة على حقوقه أو لتوضيح¹ بعض الجوانب الغامضة من عناصر النزاع في موضوع الدعوى حتى تستشير المحكمة، ومن أجل تحقيق النزعة الاجتماعية للقانون الحديث يجب على القاضي أن يتحرك بأكثر إيجابية في تسيير الخصومة لتحقيق اعتبارين متعارضين الأول وجوب السرعة في منح الحماية القضائية، والثاني وجوب توفير أكبر فرصة للخصوم لعرض حججهم ومناقشتها، وما يزيد الأمر صعوبة هو أن المشرع لا ينظم خصومة خاصة لكل نوع من أنواع الدعاوى بل ينظم طريقا واحدا لعدد لا نهائي من الدعاوى، وهو طريق يجب إتباعه في الدعوى الصعبة والبسيطة، ويتبعه الخصوم فقراء أو أغنياء، حسنوا النية وسيئوها لهذا على المشرع أن يسعى دائما إلى تطوير نظام الخصومة ليجعله أكثر ملائمة لمواجهة هذه الاعتبارات.²

¹ -قروف موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، المرجع السابق، ص ص 36-37.

² - المرجع نفسه، ص ص 37-38.

المبحث الثاني: الواقعة القانونية محل الإثبات وعبء الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

الواقعة القانونية هي كل شيء **منشئ** للحق المدعي بوجوده أو زواله أو وصفه وهي تكون إما واقعة مادية أو تصرفاً قانونياً ويندرج تحت الواقعة المادية الواقعة الطبيعية كالزلازل والفيضانات... إلخ التي ينشأ عنها قوة قاهرة، والوفاة التي يترتب عليها الميراث.¹

وقد تكون من فعل الإنسان كالفعل الضار والفعل النافع، أما التصرفات القانونية فهي العقد والإرادة المنفردة، كالوصية والوعد بجائزة.

ولتقسيم الوقائع القانونية إلى تصرفات قانونية ووقائع مادية أهمية بالغة في الإثبات.² ذلك أن الوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات وهذا أمر تقتضيه جميع الضرورات العملية، إذ أن طبيعة هذه الوقائع لا تقبل إستلزام نوع معين من الأدلة وإلا استحال إثباتها في أغلب الحالات.

أما التصرفات القانونية فهي على خلاف ذلك، ولذلك كان الأصل هو إثباتها بالكتابة، وسبب التفرقة بين الوقائع المادية والتصرفات القانونية، أن الأفراد فيها يتعلق بالتصرفات التي يبرمونها فيها بينهم وتتحكم في إرادتهم فكان من الطبيعي أن تستلزم الكتابة كقاعدة عامة لإثباتها.³

وللتفصيل أكثر في موضوع الواقعة القانونية إرتأينا تقسيمها إلى مطلبين :

• **المطلب: محل الإثبات.**

• **المطلب: عبء الإثبات.**

¹-مراد محمود الشينكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 2007، ص

28.

²-محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 21.

³-مراد محمود الشينكات، المرجع نفسه، ص 29.

المطلب الأول: محل الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

رغم أن الغاية من الإثبات هي التدليل على الحق المتنازع عليه، فإنه الوسيلة لذلك، هي إقامة الدليل على الواقعة القانونية المنشئة للحق¹ فإذا رفع الأمر إلى القضاء في منازعة ما فإن محل الإثبات يكون هو الحق المتنازع عليه، فإذا تنازع شخصان في حق من الحقوق، ورفع أحدهما الأمر إلى القضاء بطلب إلزام خصمه بالتسليم له بهذا الحق، فإن القاضي يطالبه بإقامة الحجة على أنه صاحب هذا الحق الذي يدعيه فإن استطاع الإثبات قضي له به² فمحل الإثبات هو الأمر الذي ينبغي على المدعي إثباته، إن من المهم جدًا أن يعرف المدعي على وجه التحديد ما هو الأمر الذي يجب عليه إثباته، لكي يحصل على حقه، فهل عليه إثبات الحق نفسه، أو إثبات الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الحق، ولإثبات صحة أي ادعاء أمام القضاء يجب من الناحية المنطقية إثبات عنصرين: عنصر الواقع وهو مصدر الحق المدعى به وعنصر القانون وهو القاعدة القانونية التي تقرر هذا الحق، ومحل الإثبات لا يرد على الحق ذاته المدعى به وإنما يرد على الواقعة القانونية التي تنشأ هذا الحق، فإذا استطاع الحق المدعى أن يقيم الدليل على صحة هذه الواقعة القانونية فإنه يكون قد أمن بذلك الحق المدعى به، فمحل الإثبات إذا لا يرد على القاعدة القانونية "عنصر القانون" لأن الاهتداء إلى القاعدة القانونية من مهمة القاضي، وإنما يرد على الواقعة ذاتها التي يرتب عليها القانون أثرًا بوصفها مصدرًا للحق أو الالتزام لأن الحق في ذاته شخصيا كان أم عينيا غير محسوس، ويستحيل إثباته عقلا، وإنما يستتبط أو يستنتج من مصدره وهي الواقعة القانونية التي أدت إلى نشوء القانون، وقد جاء في المذاكرة الإيضاحية للقانون المدني

¹-همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص 15.

²-محمد فتح الله النشار، أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات طبقا لأحدث أحكام محكمة النقض، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2000، ص 194.

المصري، أن «الجوهري¹ في الالتزام دون هذا الالتزام أو ذلك الحق» وعليه سنعرض لدراسة محل الإثبات في الفروع التالية:

- الفرع الأول: الواقعة القانونية محل الإثبات.
- الفرع الثاني: القاعدة القانونية ليست محل للإثبات.
- الفرع الثالث: شروط الواقعة محل الإثبات.

- الفرع الأول: الواقعة القانونية محل الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

مما لا شك أن الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بطريقة من الطرق التي يحددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها ومن خلال هذا التعريف يتبين لنا أن محل الإثبات ليس الحق المدعى به، فالحق فكرة مجردة تستعصي عملاً على الإثبات، لذا وجب نقل محل الإثبات من الحق المدعى به إلى مصدره، وهو الواقع التي أدت إلى نشوئه، وإذا كان الحق الذي يدعيه الشخص لا وجود له إلا لأنه يستند إلى قاعدة قانونية، فالقاعدة القانونية تجعل كسب هذا الحق نتيجة لواقعة قانونية، فإن المدعي لا يطالب بإثبات القاعدة القانونية، وإنما يطالب فقط بإثبات الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الحق أي المطالبة بإثبات مصدر هذا الحق فمن يدعي أن له دين في ذمة آخر يكون عليه أن يثبت مصدر هذا الدين أي الواقعة التي أنشأت هذا الدين²، فالواقعة القانونية هي أمر يحدث فيترتب عليه كسب حق أو نقله أو تعديله أو انقضاءه، فهي بمعناها الواسع تشمل التصرف القانوني، كالعقود والوصايا، والعمل المادي الذي يترتب عليه القانون أثراً، كوضع اليد، أو الفعل الضار، فإذا ادعى شخص أنه يملك أرضاً بعقد من العقود الناقلة للملكية، وجب عليه إثبات وجود هذا العقد، وكذلك إذا

¹-عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2005، ص 30.
²-محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، د.س. ن، ص 45، 46.

ادعى ملكيتها عن طريق التقادم فإنه يلزم أن يقوم بإثبات وضع يده عليها المدة التي يتطلبها القانون لكسب الملكية.¹

كما أن التصرف القانوني فقوامه الإرادة، وذلك يعرف بأنه اتجاه الإرادة إلى أحداث أثر قانوني معين، والتصرف القانوني إما أن يكون من جانبين كما في العقود بصفة عامة كالبيع والإيجار أو من جانب واحد كما في الوصية إذا تم بإرادة الوصي وحده وكذلك الإقرار² فالمدعي به قد لا يكون وجود حق أو زواله، وإنما يكون وصفا قانونيا يلحق التصرف القانوني، أو العمل المادي، وذلك كما لو كان التصرف القانوني عقداً، وقام المدعي بإثباته، فدفع المدعي عليه ببطلان العقد أو بقبليته للإبطال أو بفسخه، أما من يلحق العمل المادي فكما لو دفع المدعي عليه في الفعل غير المشروع بأنه كان في حالة دفاع شرعي عن النفس، فهذا الوصف يدعي واقعة قانونية يجب إثباته على النحو الذي تثبت به الواقعة الأصلية، ومن ثم فإن محل الإثبات بهذا المعنى هو السبب المنشأ للأثر القانوني للمدعي به، سواء كان هذا الأثر هو وجود الحق، أو زواله أو إلحاق وصف به³ وبالتالي فإن محل الإثبات يتحدد بالواقعة القانونية، أو وصفها عند الاقتضاء، باعتبارها مصدر جميع الحقوق ومختلف الروابط القانونية، فإليها يرجع نشأة جميع الحقوق وانقضائها وتعديلها وتحديد أوصافها القانونية.

والواقعة القانونية هي أمر يحدث فيترتب عليه القانون كسب حق أو نقله أو تعديله أو انقضاؤه، وهي إما واقعة مادية أو تصرف قانوني.⁴ فإذا كان الأصل أن لكل خصم الحق في أن يثبت الواقعة القانونية التي يستند إليها في تبرير دعواه، سواء كانت هذه

¹-محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 218.

²-عباس العبودي، المرجع السابق، ص 56.

³-محمد فتح الله النشار، المرجع نفسه، ص 219.

⁴-محمد حسن قاسم ، ، الإثبات في المواد المدنية و التجارية ،المرجع السابق، ص 47.

الواقعة تصرف قانونياً أم واقعة مادية فإن هناك قيوداً ترد على هذا الأصل. إذ استلزم القانون في الواقعة القانونية المراد إثباتها شروطاً سنتطرق إليها لاحقاً.¹

الفرع الثاني: القاعدة القانونية ليست محل الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

رأينا بالمعنى السابق بيانه أن محل الإثبات هو الواقعة القانونية، باعتبارها مصدرًا للحق المدعى به. فمحل الإثبات يقتصر، كأصل عام، على تلك الواقعة القانونية، دون الأثر الذي يربته القانون على وجودها، وعلى ذلك فمهمة الخصم تقتصر على إقامة الدليل على وجود تلك الواقعة، أما الأثر القانوني المترتب عليها، فلا يكون محلاً للإثبات، ولا شأن للخصم به، وإثماً شأن المحكمة، فهي التي تقوم بتطبيق القانون عن تلك الواقعة² فالعلم بالقانون مفترض في الكافة، وفي مقدمتهم القضاة، بل إن هذا من مهام وظيفتهم، ومن الواجبات المفروضة عليهم. لا بوصفهم أفراد من أفراد المجتمع. وإثماً بوصفهم، من أعضاء السلطة القضائية التي تقوم بتطبيق القانون، كما يعتبر توزيع إثبات الوقائع والقانون بين الخصوم من جهة والقاضي من جهة أخرى من أقدم المبادئ في نظرية الإثبات. فقد شاع التعبير اللاتيني الذي كان يتوجه به القاضي إلى المدعي قائلاً:³ «أعطني الواقع لأعطيك القانون» كما كان كثيراً ما جرت على ألسن القضاة في المحاكم الفرنسية العبارة الشائعة الآتية «أيها المحامي انتقل إلى الوقائع فالمحكمة تعرف القانون.» ومع أن التفسير ليس من شأن الخصم فإنه قد يتحمل القاضي على الاقتناع بوجهة نظره، فيحمله ذلك على الحكم لصالحه، وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية «أن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها، لا من شأن الخصوم.»⁴

¹-عباس العبودي، المرجع السابق، ص 57.

²-محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 48.

³-محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 220.

⁴-عباس العبودي، المرجع نفسه، ص 31، 32.

فالقاعدة القانونية لا تكون محلاً للإثبات، فالعلم بها معترض من قبل المخاطبين بها. ومن قبل القضاة من باب أولى، وواجب عليهم تطبيقها على ما يثبت لديهم من وقائع الدعوى، والجدير بالذكر أنه كثيراً ما يتعرض الخصوم والمحامون في مذكراتهم ومرافعاتهم للقواعد القانونية.

التي يرون وجوب تطبيقها على ما يدعون من وقائع. كما يحاولون غالباً إقناع المحكمة بتفسير معين للقاعدة القانونية التي يرون وجوب تطبيقها على ما يدعونه من وقائع، كما يحاولون غالباً إقناع المحكمة بتفسير معين للقاعدة القانونية يرون أن يحقق مصالحهم، هذه المحاولات وإن لم تكن ممتعة عن الخصوم، إلا أنها ليست مطلوبة منهم، لعدم تعلقها بمحل الإثبات، وإنما هي تتعلق بتطبيق القانون وتفسيره، وهذا وذلك من صميم عمل القاضي، والقاضي هو صاحب القول الفصل في الأخذ بما يدلي به محامو الخصوم من تفسير أو في إهماله وعدم الأخذ به ذلك «لأن التفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم، فإن كل دعوى تعرض أمام القضاء تشمل عنصرين، عنصر الواقع وعنصر القانون، فالأول لا يخرج عن أحد الأمرين إما واقعة مادية أو تصرف قانوني، وكلاهما يقع عباً إثباتهما على الخصوم. أما عنصر القانون أي تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع التي يثبتها المدعي. فهو من عمل القاضي، ولا شأن للخصوم به.¹

فالأصل أن القاضي هو المنوط به تطبيق القاعدة القانونية. بينما يقف دور الخصوم على إثبات الواقعة القانونية، ألا أن هذا الأصل يرد عليه استثناء هام. يقول به جانب من فقهاء القانون مؤداه: أنه في بعض الحالات تتقلب القاعدة القانونية إلى مسألة موضوعية، يطالب الخصوم بإثباتها وذلك في حالتين: أولهما حالة ما إذا كانت القاعدة

¹ -محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 49.

القانونية المراد تطبيقها قانوناً أجنبياً، والحالة الثانية: إذا كانت هناك قاعدة تقوم على العادة الاتفاقية والعرف ونعرض فيما يلي توضيح هاتين الحالتين:¹

1 - حالة إثبات القانون الأجنبي:

قد يكون من مقتضى قواعد الإسناد الوطنية تطبيق القاضي الوطني لقانون أجنبي على المنازعة الخاصة ذات العنصر الأجنبي المعروضة عليها، فيثور التساؤل على إذا كان القانون الأجنبي تتعين معاملته من حيث الإثبات.²

معاملة القانون الوطني على ما سبق ذكره من افتراض علم القاضي به وواجبه في تطبيقه و تفسيره بغير أن يكلف الخصوم بعبء إثباته، أم أنه يعامل معاملة الواقع من حيث اعتباره محلاً للإثبات يتكلف به الخصوم فاختلف الرأي بهذا الشأن إلى رأيين:³

حيث يرى أصحاب الرأي الأول بأن القانون الأجنبي لا يطبق بوصفه قانوناً بل لكونه عنصراً من عناصر الواقع : يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن القانون الأجنبي يعد مسألة من مسائل الواقع، ومن ثم يترتب عبء إثباته على عاتق الخصم، فإن لم يطلب ذلك صراحةً متنازلاً عنه، ويترتب على الأخذ بهذا الاتجاه أن قاعدة الجهل بالقانون ليس بعذر لا تطبق في شأن القانون الأجنبي، وأن القاضي غير ملزم بتطبيق أحكام القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، بل يلتزم الخصم بطلب تطبيق هذه الأحكام وإثباتها أمام القاضي، فضلاً عن أن الخطأ في تطبيق قواعد القانون الأجنبي يعد من قبيل الخطأ المتعلق بالواقع فلا يخضع لرقابة محكمة التمييز ويستند أصحاب هذا الاتجاه على حجج مفادها أن أي قانون يتضمن عنصرين: عنصر الأمر الذي يستمد منه قوة الإلزام وعنصر المضمون وهو العنصر الفعلي في القاعدة القانونية. والقانون الأجنبي يتجرد من عنصر الإلزام عن تطبيقه أمام القضاء الوطني، ولا يبقى له سوى عنصر

¹-محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 222.

²-همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 26.

³- المرجع نفسه، ص 26.

المضمون وهو غير كاف للاحتفاظ له بصفة القانون، أو على حد التعبير الأستاذ **باتيفول** : إنه مقترحات عامة قابلة للتطبيق على حالات خاصة ويشبه عمل القاضي في تطبيق القانون الأجنبي بموقف المراقب الاجتماعي الذي يسجل ما هو كائن دون أن تكون له وظيفة تقرير ما ينبغي أن يكون ومن هنا يخضع القانون الأجنبي لحكم الواقع عند تطبيقه كما يستند إلى هذا الرأي الحجج مفادها أن تكليف القاضي بالعلم بقوانين العالم أجمع هو تكليف بمستحيل كون القانون الأجنبي يصدر من مشرعه لا سلطان على القاضي الوطني الذي يخضع لأوامر مشرعه فضلاً أن قواعد الإسناد ليست من النظام العام على الأقل بقدر ما تشير بتطبيق قوانين أجنبية ومن بعد أن القانون الدولة الوطني هو الذي يختص على إقليمها ويحكم أصلاً بجميع الأمور حتى تلك التي تخضع لسلطان نظام قانون أجنبي¹،

وبالتالي فإنّ تصدي محكمة التمييز للرقابة على تفسير القانون الأجنبي يعرضها لصعوبات واقعية في سبيل إثبات القانون الأجنبي إذ قد تتدم في رقابة قد تعرضها للخطأ أو الانحراف في فهم القانون الأجنبي وعندئذ تهتز سمعة المحكمة، لاسيما الدولة التي **أسست** تطبيق قانونها، مما يعقد مهمة رقابة محكمة التمييز ويجعلها غير مأمونة، فقد أخذ بهذا الاتجاه بعض الفقهاء في فرنسا ومصر وإسبانيا ولبنان والكويت و إنجلترا، فقد أخذ القضاء الإنجليزي في حكم مجلس اللوردات إلى أن القانون الأجنبي يجب إثبات مضمونه، بوصفه مسألة متعلقة بالواقع إذ أشار أحد القضاة بقوله: ولقد اتخذ النظام الإنجليزي هذا الموقف وتبعه القضاء الأمريكي استناداً إلى مبدأ إقليمية القوانين القائم على فكرة الحقوق المكتسبة، فأى قانون ليس له سيادة إلا في إقليمه ولا يطبق بهذه الصفة إلى ضمن حدود هذا الإقليم.²

¹-عباس العبودي، المرجع السابق، ص37

²- المرجع نفسه، ص 38.

في حين يرى أصحاب الرأي الثاني بأن القانون الأجنبي يعد عند تطبيقه بوساطة القاضي قانوناً وطنياً: ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن القانون الأجنبي لا يتجرد من طبيعته القانونية ولا يتحول إلى واقعة مادية أمام القاضي الوطني الذي يفترض فيه العلم به وتطبيقه من تلقاء نفسه، ولا يجب على الأطراف إثبات هذا القانون، لأن الحالات التي يطبق فيها القاضي الوطني قانوناً أجنبياً في حالات نص عليها القانون الوطني الذي يأمر بذلك القاضي الوطني بتطبيق أحكام قانون أجنبي، فتعتبر أحكام هذا القانون بالنسبة إلى «القضية التي يطبق فيها أحكام هذا القانون جزءاً من قانونه الوطني، فعليه إذ أن يبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق في القضية»، وليس في ذلك أي مساس بسيادة الدولة لأن قانونها هو الذي يأمر القاضي بتطبيق القانون الأجنبي¹ لأن أصحاب هذا الاتجاه يرون أن أحكام القانون الأجنبي تسترد طبيعتها القانونية، التي افتقدتها بتخطيها حدود الدولة التي سننها، بمقتضى الإحالة إليها من جانب قاعدة الإسناد الوطنية بحيث أن القاضي الوطني صار مكلفاً بأمر من تشريعه الوطني بتطبيق التشريع الأجنبي والبحث عنه وتفسيره، بحيث صار جزءاً من القانون الوطني.²

فيرمي أصحاب هذا الاتجاه إلى ضرورة معاملة القانون الأجنبي معاملة القانون الوطني من حيث التزام القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه، وافترض العلم فيه بأحكامه وخضوعه في شأن تفسيره لرقابة محكمة النقض.³ فقد تناقض أصحاب هذا الاتجاه في وظيفة قاعدة الإسناد فمنهم من رأى أن قاعدة الإسناد تقوم بدمج القانون الأجنبي فيصبح جزءاً منه وهذا ما تذهب إليه نظرية «الاستقلال الإيطالية» ويرى جانب آخر منهم أن تطبيق القانون الأجنبي بأمر من المشرع الوطني لا يدمجه في قواعد القانون الوطني كما لا يجعله في حكم الوقائع وإنما تبقى له صفته القانونية و الأجنبيّة التي تتطلب

¹-محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 50، 51.

²-همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 26، 27.

³- المرجع نفسه، ص 27.

معاملته في منزلة تختلف عن معاملة القانون الوطني ولكنها لا تتشابه مع الوقائع، ومن الأدلة التي يستند إليها أو عليها أصحاب هذا الاتجاه أن اعتبارات العدالة وثمة اعتبارات اجتماعية أخرى تفرض على القاضي أن يحكم النزاع وفقاً للقانون الأجنبي وأن الإحساس النفسي للقاضي لا يتغير فيما إذا كان يطبق القانون الوطني أو القانون الأجنبي، ويذهب العلامة السنهوري إلى أن القاضي إذا أمره قانونه الوطني بتطبيق أحكام قانون أجنبي وجب أن يعد أحكام هذا القانون الأجنبي بالنسبة إلى القضية التي يطبق فيها هذه الأحكام جزءاً من قانونه الوطني، وله أن يصدر في هذه الأحكام من عمله الشخصي، ولا يجوز له أن يمتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي بدعوى عدم إمكان الاهتداء إليها، وإلا عد امتناعه نكولاً عن أداء العدالة.

كما يضيف الدكتور محمد كمال فهمي التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي بموجب قاعدة الإسناد بأنه التزام بوسيلة وليس التزام بتحقيق نتيجة وعليه يلزم القاضي بأن يستخدم ما يملكه من وسائل في سبيل التعرف على أحكام القانون الأجنبي وتطبيقها، وإذا كانت وسائل القاضي في التعرف على أحكام القانون الأجنبي غير مجدية ولا تترتب على القاضي إذا استعان في ذلك بالخصوم.

أما الرأي الثالث وهو رأي يختط طريقاً وسطاً فهو يعطي القاضي حق البحث تلقائياً عن القانون الأجنبي دون أن يلزمه بذلك، فهو يخول للقاضي البحث عن¹ إثبات القانون الأجنبي دون أن يلزمه بإثباته، وقد وجد هذا الاتجاه ليخفف من إطلاق مبدأ عدم تطبيق القاضي للقانون الأجنبي إذا لم يتمسك به أحد الخصوم، وكذلك للتخلص من الصعوبات العملية التي تواجه القاضي عند تطبيقه للقانون الأجنبي، ويترتب على الأخذ بهذا الاتجاه السماح للقاضي بأن يثبت القانون الأجنبي من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك أحد الخصوم بتطبيقه، كما أن عبء الإثبات يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك

¹عباس العبودي، المرجع السابق، ص 43، 46.

بتطبيق القانون الأجنبي، وإن القاضي غير ملزم بالبحث عن أحكامه من تلقاء نفسه ويخضع للقاضي في تطبيقه وتفسيره للقانون الأجنبي لرقابة محكمة التمييز، فهذا الاتجاه يرى أن التزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي لا يعني مطلقاً التزامه بالبحث عن مضمون هذا القانون، بل إن هذا الالتزام مقتضاه فقط أن يطلب من الخصوم إثبات القانون الأجنبي الذي يتضح له أنه هو المختص، فالقاضي وفقاً لهذا الرأي يلتزم طبقاً لقاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه فقط في الحالة التي يكون عالماً فيها بمضمونه. فإذا كان لا يعلم بهذا المضمون فإن التزامه يقتصر على تكليف الخصوم بإثبات أحكام القانون الأجنبي ذلك أن تكليف القاضي بالتعرف على القواعد الواجبة التطبيق يقوم على أساس افتراض علمه بالقانون، وإذا جاز افتراض علم القاضي بقوانين دولته فلا يمكن أن نفترض علمه بقوانين كل دول العالم. وبناء على ذلك يكون للقاضي تكليف الخصوم بإثبات قواعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق. لهذا يقال أن واجب إثبات الخصوم للقانون الأجنبي يعد استثناءً من القاعدة التي تقضي بأن محل الإثبات هو الوقائع وليس القواعد القانونية، والقريب من هذا الرأي ما يذهب إليه الدكتور جلال العدوي من أن «القاضي الوطني عندما يطبق القواعد الأجنبية التي يأمره قانونه بتطبيقها، فإنه إنما يطبق قواعد قانونية أجنبية المصدر إلا أن ذلك لا يعني أن هذه القواعد رغم أنها أجنبية المصدر يكون لها نفس حكم قواعد القانون الوطني من حيث عدم وجود إثباتها من قبل الخصوم، فالواقع أنه إذا كان القانون الوطني يأمر القاضي بتطبيق تلك القواعد القانونية الأجنبية المصدر فإنه لا يوجب عليه أن يكون على علم بها، لأنه لا تكليف بما لا وسع به، ومادام أساس قاعدة عدم وجوب إثبات القواعد القانونية هو أنه من واجب القاضي العلم بها فإن القواعد القانونية الأجنبية المصدر تخرج عن نطاق هذه القاعدة وتكون واجبة الإثبات من قبل الخصوم لأنه ليس من الواجب على القاضي العلم بها»¹

¹-عباس العبودي، المرجع السابق، ص ص ، 46 . 47 . 48

2- حالة إثبات العرف والعادة الاتفاقية:

في هذه الحالة سنرى ما المقصود بإثبات العرف ثم بعد ذلك سنتطرق إلى إثبات العادة الاتفاقية:

أ- إثبات العرف :

هو عبارة عن تواتر الناس على العمل بقاعدة معينة فترة من الزمن مع الاعتقاد بالزامهم لهم، كما يعتبر مصدرًا من مصادر القانون يأتي في مرتبة تالية للتشريع، كان من المفترض أن يأخذ حكم القانون في الإثبات من وجوب علم القاضي به وعدم تكليف الخصوم بإثباته. هذا كونه يعتبر مصدرًا من مصادر القانون، وبما أنه لا يختلف عن التشريع في الإثبات فجمهور الفقهاء يرى أن القاضي ملزم بالبحث عنه والعلم به، وتطبيقه من تلقاء نفسه ويخضع في تطبيقه لرقابة محكمة النقض¹. ونظرًا لطبيعة العرف القانونية، فإن القاضي يفترض فيه العلم به، ومن ثم فإن إثباته يعد من عمل القاضي، ولا يكلف الخصوم بإثباته، بل ويخضع في قضائه به لرقابة محكمة النقض كما قدمنا غاية الأمر أنه إذا كانت القاعدة العرفية تعد قاعدة قانونية إلا أنها تختلف عن القاعدة القانونية التي تستمد مصدرها من التشريع من حيث سهولة الوقوف عليها. لأن التشريع يكون مكتوبًا ومحددًا، أما العرف فهو غير مكتوب وإنما يتكون من إضطراد العمل بسنة معينة مع اعتقاد الناس في إلزامها، ويصعب في الكثير من الأحيان الوقوف على حقيقته مما يؤدي إلى صعوبة وقوف القاضي في بعض الأحيان على القاعدة العرفية، وهذا ما يدعوه إلى أن يترك للأفراد إثباته، وخاصة إذا لم تكن القاعدة العرفية من الشهرة بالقدر الذي يفترض فيه أن القاضي يعلم بها، وقيام الخصوم في مثل هذه الحالات بإثبات العرف يكون في حقيقته مجرد معاونة للقاضي في إثبات العناصر التي يتكون منها العرف، وهي عناصر واقع، لكي يتثبت هو بعد ذلك، من قيام العرف، ورغم مساعدة

¹ -محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص ص 226، 227.

الخصوم للقاضي في هذا الإثبات فإن ذلك لا يخرج العرف عن أن يكون قانونا لا يطالب الخصوم بإثباته، بل يتعين دائما على القاضي أن يبحث عن العرف بنفسه ويتثبت من وجوده بوسائله الخاصة، وقد لا ينظر إلى ما قام به الخصم من إثبات للعرف، بل وله أن يقضي في ذلك بعمله، ولمحكمة النقض أن تعقب عليه إذا هو طبق عرف غير موجود أو أغفل عرفا قائما، سواء تنبه إلى ذلك أو لم يتنبه.¹

ب- إثبات العادة الاتفاقية:

هي تنظيم يحتكم إليه المتعاملون يتمثل أساس الالتزام بها² في غياب الاعتقاد العام بإلزامها في ارتضاءها من جانب ذوي الشأن في التصرفات الإرادية ذات الجانب الواحد "كالوصية" أو ذات الجانبين "كالعقود" باعتبارها شرطا مفترضا لا حاجة إلى التصريح به.³ فالعادات الاتفاقية لم تبلغ بعد مبلغ العرف لافتقادها عنصر الشعور بالإلزام من الأفراد، فإنها لا تستمد قوتها ووجودها إلا من إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، فتزل العادة منزلة الشرط المتفق عليه أي تكون مجرد واقعة، ومن ثم فإنه لا يفترض علم القاضي بها، لأنها لم ترقى بعد إلى مرتبة القانون، ويتعين على القاضي إلزام الخصم المتمسك بوجودها إقامة الدليل على وجودها، ولا يجوز للقاضي أن يقضي فيها بعلمه الشخصي، ولا يخضع في تقديره لها لرقابة محكمة النقض. وهذا ما تم تقريره من محكمة النقض.⁴

الفرع الثالث: شروط الواقعة القانونية محل الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

الواقعة القانونية هي التي تعتبر محلا للإثبات. إلا أن الوقائع القانونية مع ذلك، لا تصلح أن تكون كلها محلا للإثبات، وإنما التي تكون كذلك هي الواقعة التي تتوافر فيها

¹-محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 57، 58.

²-همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 30.

³- المرجع نفسه، ص 30.

⁴-محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 229.

شروط معينة، بعض هذه الشروط منصوص عليها قانوناً، والبعض الآخر شروط تقتضيها طبيعة الأشياء¹:

أولاً: شروط الواقعة القانونية محل الإثبات المتطلبة بحسب طبيعة الأشياء:

1: أن تكون الواقعة القانونية متنازع عليها:

يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها بالوسائل القانونية تصرفاً قانونياً كحالة التعاقد بين الطرفين في البيع والشراء..

كما تكون فعلاً مادياً كإغتصاب العقار، ووضع اليد عليه، وحتى تكون الواقعة القانونية موضوع قيام الدليل على صحتها، لا بد أن يتنازع حقيقتها طرفاً الدعوى، لأنه إذا أقر المدعي عليه بوجودها فتعد حقيقة ولا يجبر المدعي على إثبات هذه الواقعة عندما يقر الخصم بحقيقتها، على أن النزاع حول هذه الوقائع يجب أن يكون بين أطراف الدعوى، إذ لا يصح أن تكون المنازعة حولها بين زيد وعمر مع العلم أن زيد غير طرف بالدعوى، وهكذا فإنه بعد التسليم بواقعة الدعوى بإقرار الخصم² بها لا يبقى المجال مفتوحاً للبحث عن وسائل لإثباتها على أساس أن الإقرار بواقعة من الوقائع يجب أن يكون قاطعاً لا يخالف النظام العام، ولا يجوز للمحكمة أن تبحث في مدى وقوع الواقعة القانونية طالما سلم بها الخصم، وأنه إذا بحثت المحكمة في الواقعة المسلم بها وأغفلتها دون أن تبين سبب ذلك يكون الحكم قاصراً يتعين نقضه.³

2: أن تكون الواقعة محددة:

يعتبر هذا الشرط بديهي لأن الواقعة غير المحددة تبقى بطبيعة الحال، مجهلة أو تجهيلها يجعلها غير قابلة للإثبات لأن الإثبات إقناع و الإقناع لا يرد على أمر مجهول،

¹-محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 58.

²-محمود الكيلاني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2010، ص 25.

³- المرجع نفسه، ص 26.

وعدا ذلك فلا يقبل إثبات واقعة مبهمة كوجود دين بدون تحديد لمضمونه أو مقداره، أو عقد دون بيان ماهيته، كأن يذكر مثلا أنه عقد بيع منقول معني بأوصافه، والواقعة المطلوب إثباتها إما أن تكون إيجابية أي إثبات كما في الأمثلة السابقة، وإما أن تكون الواقعة سلبية. أي نفي لأمر وجودي، كنفي الطبيب التقصي الذي ينسب إليه في إهمال علاج المريض، أو نفي الولي عن القاصر عدم قيامه برعايته، فتقلب الواقعة المراد إثباتها في هذه الأمثلة من سلبية إلى إيجابية وهي بذل العناية اللازمة وإتباع السلوك الذي يتوقع عادة ممن هو في نفس الوضع، ولأن الإثبات في هذه المسائل يقع بطريقة غير مباشرة فمن المتوقع أن القاضي قد يبدي تساهلا أكثر في قبوله إذ لا تصل درجة الإقناع التي يقدرها في إثبات الواقعة الإيجابية، وهذا أن وصف الواقعة محددة أو غير محددة مسألة موضوعية تتعلق بموضوع الدعوى، وهي من اختصاص محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها.¹

3: أن تكون الواقعة القانونية ممكنة غير مستحيلة الإثبات:

يقتضي هذا الشرط أن تكون الواقعة المراد إثباتها ممكنة الوقوع أو ممكنة الإثبات أي غير مستحيلة لأن المستحيل لا يقبل الإثبات، والاستحالة قد تكون مترتبة على عدم التصديق عقلا، وذلك إذا كانت الواقعة يتعارض وقوعها مع العقل والمنطق، فهي مستحيلة لعدم تصور العقل لوقوعها، وذلك كادعاء شخص مجهول النسب **بنوته** لمن لا يكبره سنا، أو يدعي شخصا وجوده في مكانين مختلفين في وقت واحد، أو يدعي أحمد أنه رأى هلال رمضان.² أو يدعي شخص أن آخر ضربه برجله فأحدث به إصابات يطلب التعويض عنها، مع أن المدعي عليه كان مقطوع الساقين، فمثل هذه الوقائع،

¹-عباس العبودي، المرجع السابق، ص 60، 61.

²-محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 246.

يستحيل تصديقها عقلا، وبالتالي لا يصح أن تكون محلا للإثبات. لأن ذلك يكون من قبيل العبث الذي يجب أن تصان عنه المحكمة، حرص على وقتها وهيبته¹.

ثانيا: الشروط التشريعية "القانونية" للواقعة القانونية محل الإثبات:

1: أن تكون الواقعة القانونية المدعى بها متعلقة بالدعوى:

مضمون هذا الشرط أن تتعلق الواقعة بموضوع الدعوى، أي تتصل بالحق المدعى به، أو انتقاله، أو انقضاءه، فإذا كانت الواقعة تتعلق بحق آخر، فلا مجال لإثباته حتى لا يضيع جهد القضاء ووقته بلا جدوى، فليس للمدين أن يستدل على وفاته بدينه، من واقعة وفائه بديون أخرى.² والواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى تكون متصلة بموضوع النزاع، فإذا رأت المحكمة أن الوقائع المطلوب إثباتها غير متعلقة بالدعوى وجب عليها أن تقضي برفض طلب التحقيق، ولو من تلقاء نفسها فذلك أمر متروك لمطلق تقدير المحكمة، وكل واقعة تضمنها ملف الدعوى تعتبر متصلة بها ولو لم يتمسك بها أحد الخصوم صراحة، والقاعدة أنه متى تقدم أحد الخصوم عقداً أو مستنداً، جاز للقاضي الاعتداد به في حكمه ولو على مقتضى غير السند الذي تمسك به الخصم بل يجوز أخذ العقد أو المستند حجة ضد مقدمه، إذ متى قدمت ورقة إلى المحكمة خضعت بأكملها وبكل جزئياتها لسلطتها ولمطلق تقديرها.³

2: أن تكون الواقعة القانونية منتجة في الإثبات:

لا يكفي أن تكون الواقعة متصلة بالدعوى بل يلزم أيضا أن تكون منتجة في الدعوى فهذه الأخيرة هي الواقعة البديلة، التي يؤدي إثباتها إلى إثبات الواقعة الأصلية، ويتبين من ذلك أن إنتاج الواقعة في الإثبات مرتبة أعلى من تعلق الواقعة بالدعوى، فكل واقعة متعلقة بالدعوى لا تكون حتما منتجة في الإثبات، ولا كل واقعة منتجة في الإثبات تكون

¹-محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 247.

²-أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام والإثبات في الفقه وقضاء النقص، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 348.

³-أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 61.

حتما متعلقة بالدعوى، فمن طالب بملكية عين وتقدم بواقعة التقادم الطويل سبيل للملكية. إذ ادعى أنه حاز العين مدة لا تقل عن خمسة¹ عشرة سنة، فهذه واقعة متعلقة بالدعوى ولكنها غير منتجة في الإثبات²، وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 827 من القانون المدني الجزائري على أنه «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 استمرت حيازته له مدة خمسة عشر (15) سنة بدون انقطاع»³. و يقال لما يشترط في الواقعة هذان الشرطان: فقد يطلب الخصم إثبات واقعة يتضح من أول وهلة أنها متعلقة بالدعوى، فهذا يكفي لقبول إثبات هذه الواقعة قبولا مبدئيا حتى إذا تبين فيما بعد أنها غير منتجة في الإثبات. رفض القاضي استمرار السير، في إثبات الواقعة، أو أضاف إليها وقائع تساند معها، أما إذا أدمج الشرطان في شرط واحد. وكان لا بد من أن تكون الواقعة منتجة من مبدأ الأمر. لم يستطع القاضي قبول إثبات الواقعة قبولا مبدئيا فيتعطل بذلك طريق الإثبات، وكون الواقعة منتجة في الإثبات مسألة موضوعية، لا تخضع لرقابة محكمة النقض.⁴

3: أن تكون الواقعة القانونية جائزة للإثبات قانونا:

في هذه الحالة لا يتمتع إثبات الواقعة لاستعصائها لنفسها على الإثبات وإنما بالنظر للمانع القانوني المقرر والذي لولاه لجاز إثباتها.⁵ في حين أن القاضي يتقيد بطرق الإثبات التي عينها المشرع في القانون.⁶

فالقانون من ناحية أخرى قد يمنع إثبات واقعة تحقيقا لأغراض مختلفة منها:

¹-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المصادر- الإثبات- الآثار- الأوصاف- الانتقال- الانقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2004، ص 602.

²- المرجع نفسه، ص 602.

³-الامر رقم 75- 58. المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني. الجريدة الرسمية عدد: 78 صادرة في 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم بالقانون رقم 07- 05 مؤرخ في 13 ماي 2007. ج ر ، عدد31 صادر في 13 ماي 2007 . ص . 136

⁴-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 602.

⁵-همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، المرجع السابق، ص 44.

⁶-محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص 26.

-قد يمنع القانون إثبات واقعة لأسباب متعلقة بالنظام العام مثل مطالبة شخص بحقه في دين نشأ عن قمار.

-لا يجيز القانون للخصم لإثبات واقعة مخالفة لما هو ثابت بحكم قضائي كما هو مبين في المادة 338 من القانون المدني الجزائري.

-لا يجوز الإثبات إذا كان ينطوي على إفشاء أسرار المهنة أو علاقة زوجية حيث لا يجوز إثباتها عن طريق هذا الشخص مثل الطبيب أو الزوج لكن يجوز إثباتها عن طريق أشخاص آخرين.

-يمنع القانون الإثبات ببعض الطرق دون الأخرى مثلا: التصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن 100000 دج لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة وذلك ما جاء في المادة 333 من القانون المدني الجزائري.¹

المطلب الثاني: عبء الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

عبء الإثبات هو ذلك التكاليف لأحد الأطراف في الدعوى بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه، وسيما التكاليف بالإثبات عبئا، لأنه حمل ثقيل يوضع على كاهل المدعي خاصة إذا كان هذا الأخير لا يملك الوسائل اللازمة للإثبات التي يتمكن بها من إقناع القاضي، ذلك أنه ليس من السهل بما كان أن يجمع الإنسان أدلة إثبات، يتم من خلالها إعادة سرد ما حدث أمام المحكمة على أساس أن هذه الأخيرة لم يكن في وسعها معاينة الجريمة و الإطلاع على وقائع تنتمي إلى الماضي.

وللتوضيح أكثر في موضوع عبء الإثبات وجب علينا تقسيم دراستنا هذه إلى ثلاثة فروع سنتناول فيها ما يلي:

• الفرع الأول: تعريف و أهمية تحديد من يقع عليه عبء الإثبات.

¹ http://www.algeridroit.Fb.bz ص4.

- الفرع الثاني: المبادئ العامة التي يخضع إليها عبء الإثبات.
- الفرع الثالث: توزيع عبء الإثبات بين الخصوم .

الفرع الأول: تعريف و أهمية تحديد من يقع عليه عبء الإثبات في المواد المدنية التجارية.

سنتطرق إلى تعريف عبء الإثبات أولاً ثم بعد ذلك سنتطرق إلى تحديد أهمية من يقع عليه عبء الإثبات ثانياً.

أولاً: تعريف عبء الإثبات .

1- تعريف عبء الإثبات لغة:

يعني المثل والنظير وجمعه أعباء، كما جاء في لسان العرب. العبء بالكسر تعني: الحمل والثقل من أي شيء كان.

2- تعريف عبء الإثبات إصطلاحاً:

فهو تكليف أحد المتداعين بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه، وسيما التكليف بالإثبات عبئاً، لأنه حمل ثقيل ينوء به من يلقا عليه، وإنما كان الأمر بالتكليف بالإثبات أمراً ثقيلًا، لأن من كلف به قد لا يكون مالكا للوسائل التي يتمكن بها من إقناع بصدق ما يدعيه، ويرجع الأساس الفلسفي لهذه القاعدة، إلى احترام الوضع الظاهر وبراءة الذمة.

كما يجب عبء الإثبات في الشريعة الإسلامية سنده في القرآن الكريم وفي السنة ووجد تطبيقاً له في الحياة العملية:

3- تعريف عبء الإثبات من الكتاب:

ورد سند عبء الإثبات في القرآن الكريم بقوله تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم «...والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فأجلودهم ثمانين جلدة... » صدق الله العظيم. ويتضح لنا من هذه الآية الكريمة أن من يتهم محصنة بالزنا فلن يقبل

منه هذا الادعاء إلا بالإتيان بالدليل المطلوب والمقبول شرعا ألا وهو أربعة شهود عدول.

4- تعريف عبء الإثبات من السنة:

قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجالا دماء رجال وأموالهم ولكن البيّنة على من ادعى » وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم «البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر» ونجد أن هذه القاعدة تخص المواد المدنية والتجارية في الإثبات.¹

كذلك أن عبء الإثبات حيث يقف الخصمين أمام القاضي كلا منهما يدعي أحقيته فيه، والقاضي إزاء هذا الموقف يقتضي إلى ما يرجح أحد الادعاءين. وهو لا يستطيع ذلك أي "الترجيح" إلا إذا قدم إليه الدليل والحجة، وإلا كان ترجيحه بلا مرجع باطل.²

ثانيا: أهمية عبء الإثبات :

تعتبر أهمية تحديد من يقع عليه عبء الإثبات ذات قيمة كبيرة من الناحية العملية، وتظهر هذه الأهمية بصفة خاصة في الأحوال التي يعجز فيها من يقع عليه عبء الإثبات عن تقديم الدليل على ادعائه، إذا يترتب على ذلك أن يصدر القاضي حكمه ضده ولصالح خصمه رغم أن هذا الأخير قد وقف موقفا سلبيا مكتفيا بمنازعة الطرف الآخر في ادعائه دون أن يكلف بإثبات صدق ما يدعيه.³

كما يقتضي النظر في عبء الإثبات تحديد من يتحمله من الخصوم، أي تحديد من يقع عليه عبء إقامة الدليل على الوقائع التي تسند الحق الذي يدعيه، فتعين الخصم الذي يقع عليه هذا العبء يحدد من يحكم لصالحه في الدعوى إذا لم يتمكن هذا الخصم

¹- زوزو هدى، عبء الإثبات في المواد المدنية والجزائية، مجلة المفكر، العدد السادس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012، ص ص 158، 159، 160.

²- محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 82.

³- عادل حسن علي، الإثبات، أحكام الالتزام، الناشر زهراء الشرق، د.ب.ن، 1997، ص 42.

من إقناع القاضي بإقامته الدليل على ما يدعيه، فالحكم في الدعوى يتوقف عمليا على مدى استطاعة من يتحمل بعبء الإثبات تقديم الدليل على ما يدعى، فإذا عجز عن ذلك حسر دعواه، فالخصم الذي يكلف بالإثبات يتحمل واجبا يتقل كاهله ولذا سمي بعبء الإثبات، مقارنة بوضع المدعي عليه الذي يمكنه أن يكتفي باتخاذ موقف سلبي من النزاع كما أن الحق قد يكون مترواحا بين الخصمين، لا يستطيع أي منهما أن يثبته أو ينفيه، فيكون إلقاء عبء الإثبات على أحدهما معناه حكم عليه أو حكم لخصمه.¹ والقاعدة السائدة في المسائل المدنية، هي أن الطرفين يتقاسمان عبء الإثبات فيما بينهما، بذات الوسائل التي يرسمها القانون، بينهما القاضي يلزم الحياد بين الطرفين فلا يتدخل لإثبات الحقيقة، إلا بصفة استثنائية فالمادة 323 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه « على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه » وهذه المادة تقابلها المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي. والمادة الأولى من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري، ويتضح من نص المادة أعلاه: أن الدائن هو كل من يطلب حقا من القضاء. سواء كان هو الذي رفع الدعوى أو أقيمت عليه لذلك لا يمكن القول أن عبء الإثبات في المسائل المالية والتجارية. يقع بصورة موزعة بالتساوي بين طرفي الخصومة، وفي إطار الأدلة التي حددها القانون نوعا وقيمة.²

الفرع الثاني: القواعد العامة التي يخضع لها عبء الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

وضع قانون الإثبات ثلاثة قواعد في تحديد من يقع عليه عبء الإثبات وسنتناول هذه القواعد حسب التفصيل الآتي.

¹-محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007 ، ص 37.

²-هدى زوزو، عبء الإثبات في المواد المدنية و الجزائرية ، المرجع السابق، ص 161.

أولاً: الأصل براءة الذمة:

المقصود بهذه القاعدة، أي أن ذمة كل شخص تعد بريئة وغير مشغولة بحق الآخر مهما كانت طبيعة هذا الحق، فالأصل في الحقوق الشخصية أو الالتزامات هو براءة الذمة، فإذا ادعى الدائن أن له ديناً في ذمة آخر فإنه يدعي خلاف الأصل، وعليه إثبات ما يدعيه بإقامة الدليل على المصدر هذا الدين. أما المدعي عليه فلا يكلف بأي إثبات وذلك لأنه يتمسك بالوضع الثابت أصلاً وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية « أنه لما كان الأصل في نطاق الحقوق الشخصية براءة الذمة وانشغالها عارض، فإن عباً الإثبات يقع على عاتق من يخالف الثابت أصلاً مدعياً أو مدعى عليه¹ وقد عالجته المشرع الجزائري في منتهى نص المادة 323 من القانون المدني الجزائري إلى الأخذ بمبدأ براءة الذمة كأصل في قوله « على الدائن الإثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه »².

في حين تواترت أحكام القضاء على تأكيد هذا الأصل، حيث تقرر محكمة النقض المصرية أن « الأصل هو براءة الذمة، وانشغالها عارض، ويقع الإثبات على عاتق من يدعي ما يخالف الثابت أصلاً، مدعياً كان أو مدعى عليه »، وإذا أثبت أحد الخصوم وجود العقد فالأصل أنه حقيقي، فإذا طعن المدعي عليه بصورية هذا العقد فيقع عليه عبء إثبات ما يدعيه، لأنه يدعي خلاف الأصل في العقود وهو كونها حقيقة.

والأصل هنا هو صحة العقد ومطابقته للقانون. فإذا أثبت المدعي أن مصدر الالتزام المدعى به هو عقد من العقود، فلا يكون مطالباً بأن يثبت أن العقد غير مشوب بسبب من أسباب البطلان. كعدم الأهلية أو عدم مشروعية السبب، بل يكون على الطرف الأخير الذي ينازع في صحة هذا العقد إثبات العيب الذي يؤدي إلى بطلان العقد لأنه

¹-عباس العبودي، المرجع السابق، ص 65.

²-الامر رقم 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني. المعدل و المتمم. المصدر السابق، ص 50.

يدعي خلاف الأصل أي سلامة العقد وصحته، فمن يدعي أن العاقد ناقص الأهلية أو عديمها.¹

يقع عليه عبئ الإثبات ما يدعيه لأنه يدعي خلاف الأصل، والأصل كذلك سلامة العقد من العيوب، ومن يدعي أن إرادته معيبة بعيب من عيوب الإرادة أن يثبت بذلك، وكذلك أن لا يكون الشخص معبراً وعلى من يدعي **إعسار** شخص معني أن يثبت ما يدعيه، والأصل كذلك هو حسن النية وعلى من يدعي العكس إثبات ما يدعيه.²

ثانياً: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر:

تعتبر هذه القاعدة المبدأ العام في الإثبات « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » وهذا ما جاء في الفقه الإسلامي عن « الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: لو أعطى الناس بدعواهم، لا دعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على من ادعى » والبينة لا يقصد بها شهادة الشهود وإنما أدلة الإثبات التي حددها القانون بصفة عامة. وهذا المبدأ لا يسري على العلاقات المالية فحسب وإنما يسرى على جميع الروابط القانونية، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية «أن ادعاء الزوج بمساكنة زوجته في دار أبيها أمر يخالف الأصل، فتصبح كلفة (عبء) إثبات هذه الجهة على المدعى عليه الزوج.» والمقصود بهذه القاعدة عدم إثبات خلاف الأصل الذي هو براءة الذمة، والمدعى لا يقصد به فقط رافع الدعوى، بل يقصد به من يدعي خلاف الظاهر و الظاهر على ثلاثة أنواع:³

¹-محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص ص 42،43.

²- المرجع نفسه، ص ص 43، 44.

³عباس العبودي، المرجع السابق، ص 66.

-1: الظاهر أصلاً:

إن الأصل بالنية للحقوق العينية هو احترام الوضع الظاهر أصلاً فالحق العيني يخول لصاحبه سلطة مباشرة على شيء معين. وتخلق هذه السلطة وضعا ظاهراً لصالح من يباشرها والغالب أن من يباشر سلطات المالك على الشيء يكون مالكة، فحائز الشيء يكون في الغالب مالكة، ولا يطلب منه إقامة الدليل على ملكيته ولذلك فمن يدعي ملكيته شيئاً في حيازة آخر يكون مدعياً خلاف الظاهر وعليه عبء إثبات ما يدعيه، فإذا نجح في إثبات ادعائه المخالف للوضع الظاهر، أصبح هذا الادعاء ثابتاً عرضاً، ووجب على من يدعي العكس إثبات ذلك.¹

فالحقوق العينية هي سلطات مخولة على أشياء مادية يعتبر الظاهر فيها أن من يباشر هاته السلطات فعلاً على شيء ما يكون هو صاحب الحق فيه. فالحائز لمنزل مثلاً يبدو للناس كأنه مالك له فإذا شخص آخر أنه المالك الحقيقي لهذا المنزل كان مدعياً خلاف الظاهر، ووجب عليه أن يقيم الدليل على صحة دعواه، فإذا عجز رفضت دعواه، وإن نجح كان الظاهر أنه هو المالك، فإما أن يسلم الحائز له بذلك. وأما أن يدعي أن الملكية. بالرغم من ثبوتها أصلاً لخصمه، قد انتقلت إليه هو من طريق التقادم المكسب مثلاً، وحينئذ يكون هو مدعياً خلاف الظاهر وعليه البينة فيها وهلم جرّاً. ويتضح من ذلك أن هذا المبدأ لا ينطبق على الدعوى فحسب، بل على الدفوع أيضاً فيقع عبء الإثبات على كل من يدعي خلاف الظاهر. سواء كان هو مدعياً في دعوى أصلية أو فرعية أم كان مدعياً عليه في واحدة منها، ولكنه ينازع فيها أثبته المدعي الأصلي.³

كما يقضي الوضع الظاهر أيضاً بأن الملكية خالية من كل حق للغير كحق ارتفاق أو حق رهن فالمالك الذي يتمسك بهذا الظاهر لا يطالب بإثباته. فإذا ادعى شخص خلاف

¹-محمد حسين منصور، قانون الإثبات - مبادئ الإثبات وطرقه ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص 40.

²-سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، المنشورات الحقوقية، لبنان، 1987، ص 895.

³-المرجع نفسه، ص 895.

الظاهر بأن له، مثلا. حق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق على العين. فعليه إثبات ما يدعيه.¹

2: الظاهر عرضا:

والمقصود هنا هو ما أقام الدليل عليه بالطرق القانونية، خلافا لما كان ظاهر أصلا فإذا ادعى شخص أنه دائن لآخر فهو يدعي خلاف الظاهر أصلا. لأن الأصل هو براءة الذمة وعليه أن يثبت المديونية، فإذا أثبت المدعي صحة دعواه بسند مكتوب بأن ذمة المدعي عليه كانت مشغولة بالدين فإن الذي كان ظاهراً أصلا أصبح لا يمثل الحقيقة وأصبح الظاهر أن المدعي عليه مدين، وهنا هو الظاهر عرضا وعليه أن يثبته بإثبات واقعة الوفاء التي أدت إلى انقضاء الدين، وهكذا ينتقل عبء الإثبات من المدعي إلى المدعي عليه عند إثبات المدعي لدعواه وإثبات المدعي عليه بدعوى تدفع دعوى المدعي.²

3: الظاهر فرضا:

يوجد بجانب الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهراً حالات يفترض القانون وجودها عن طريق قرائن قانونية أي الظاهر فرضا تقوم برفع الإثبات عن المكلف به وفقا لتلك القواعد بحيث ينتقل عبء الإثبات إلى خصمه ويكون عليه أن ينقض هذه القرينة ومن ذلك ما نصت عليه المادة 499 من القانون المدني الجزائري على أنه «الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقدم³ الدليل على عكس ذلك» وتنقسم القرائن القانونية من حيث قوتها إلى نوعين :

¹-محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 41.

²-عباس العبودي، المرجع السابق، ص 67.

³-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 36.

أ/قرائن قاطعة:

وهي التي لا يمكن إقامة الدليل على عكسها إلا من طريق الإقرار أو اليمين¹. فهي تعفي من تقرررت لمصلحته من عبء الإثبات بصفة نهائية لأنها لا تقبل الدليل العكسي، ومثال ذلك حجية الأمر المقضي، ومسؤولية حارس الحيوان. وحارس الآلات الميكانيكية التي تتطلب حراستها عناية خاصة فإذا تسبب الحيوان مثلاً في الإضرار بالغير، شغلت مسؤولية حارسه على أساس الخطأ المفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس. أي لا يستطيع الحارس أن يثبت أنه قام بواجب العناية اللازمة حتى يدفع المسؤولية عن نفسه.² فمثلاً إذا رفع المضرور دعوى تعويض على الحارس بسبب الضرر الواقع من أي من الحيوان أو تهدم البناء أو الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب عناية خاصة كما أشرنا سابقاً. أفترض القانون التقصير في جانب حارس هذه الأشياء، ومن ثم فإن مدعى التعويض لا يكلف بإثبات تقصير الحارس، ولا يسمح له القانون بإثبات قيامه بواجب العناية لأن قرينة التقصير هنا قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، ويكفي المدعي إثبات الحراسة ووقوع الضرر بسبب الشيء. فإثبات هذه الواقعة البديلة يؤدي إلى إثبات الخطأ وهو الواقعة الأصلية.³

ب/ قرائن غير قاطعة:

وتعرف أيضاً بالقرائن البسيطة أي أنه يمكن إثبات عكسها بكافة الطرق ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 332 من القانون المدني الجزائري على أنه «التأشير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعا منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته» فهذه الضريبة تفترض أن الدائن قد أثبت الدين فوفقاً للقاعدة العامة يكون على المدين أن يثبت تخلصه من هذا

¹-سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 897.

²-أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 23.

³-محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 48.

الدين فإذا وجد التأشير على سند الدين مما يفيد براءة الذمة فإن المدين لا يطالب بأي إثبات.¹

بل إن الدائن هو الذي يقع عليه عبء الإثبات إذا أراد أن يناقض دلالة التأشير.²

ومثال ذلك أيضا عن القرينة الغير قاطعة ما نصت عليه المادة 917 من التقنين المدني المصري من أنه « إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأي طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، أعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية مالم يقيم دليل يخالف ذلك.» فمفاد هذا النص أنه يقيم قرينة قانونية الغاية منها اعتبار التصرف الصادر إلى الوارث في حكم الوصية.

إذا توافر فيه شرطين: الأول احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها، والثاني هو احتفاظه بحقه في الانتفاع بهذه العين، وذلك مدى حياته، وطبقا لهذه القرينة لا يشترط لقيام المدعي بإثبات الواقعة الأصلية وهي أن التصرف في حقيقته مضاف إلى ما بعد الموت وليس منجزاً، ولكنه يكفي إثبات الواقعة البديلة وهي أن التصرف كان لأحد الورثة وأن المتصرف احتفظ بحيازة العين المتصرف فيها وفي حقه بالانتفاع بها مدى الحياة، وبإثبات هذه الواقعة البديلة تعتبر الواقعة الأصلية ثابتة فرضاً، أي بحكم القانون، لكن هذا الافتراض القانوني هو أي افتراض ثبوت الواقعة الأصلية. ليس قطعاً، وإنما يقبل الدليل العكسي، فيجوز للطرف الآخر أن يثبت أن ليس التصرف في حقيقة تصرفاً منجزاً وغير مضاف إلى ما بعد الموت، كأن يثبت أن حيازة المتصرف (المورث) لم تكن لحساب نفسه. أو أنه قبض ثمن الشيء المتصرف فيه، وبذلك يقيم الدليل على أن التصرف ليس وصية.³ وبالتالي فإن القرائن يجوز إثبات عكسها كما هو الحال في

¹-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 37.

²- المرجع نفسه، ص 37.

³-محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 48، 49.

الأمثلة السالفة الذكر، ولهذا سميت بالقرائن البسيطة، بحيث لا يترتب عليها سوى إعفاء مؤقت من عبء الإثبات، غير أن بعض القرائن لا يسمح القانون إثبات عكس صحة الوقائع الواردة فيها كما في الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة **البنات**، والتي تسمى بالقرائن القانونية القاطعة، وهي من الناحية العملية، تعفى إعفاء نهائياً من عبء الإثبات.¹

ثالثاً: تحديد المدعى والمدعى عليه:

مما لا شك أن الإثبات يقع على المدعي، وهو الذي يقتضي أمراً أو يعتمد على أمر يخالف الثابت أصلاً أو الثابت عرضاً أو الثابت ظاهراً أو الثابت فرضاً²، وهذا من خلال ما جاء به المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الإثبات على أن « المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر. والمنكر هو من يتمسك ببقاء الأصل » ونستنتج من هذه المادة أن المدعي في مجال الإثبات لا يقصد به رافع الدعوى بل يقصد به من يدعي خلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً أو يخالف قرينة قانونية غير قاطعة وهو ما يعرف بالظاهر فرضاً. وكذلك كانت القاعدة في الفقه المدني أن الذي يقع عليه عبء الإثبات هو المدعي في الدعوى، والمدعى عليه في الدفع، فكلاهما مدع في دعواه وتجدر الإشارة إلى أن تحديد المدعى والمدعى عليه في الفقه الإسلامي أكثر انضباطاً ودقة من التشريع الحديث. فقد جاء في كتاب معين الحكام: « أعلم أن علم القضاء يدور على معرفة المدعى من المدعى عليه لأنه أصل مشكل.... والمدعي من إذا ترك الدعوى يترك، يعني ينقطع الخصومة بتركة، والمدعى عليه من إذا ترك الدعوى لم يترك. أو أن المدعي هو من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها والمدعى عليه من إذا تركها يجبر عليها.³»

¹-عباس العبودي، المرجع السابق، ص 68.

²-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 38.

³-عباس العبودي، المرجع السابق، ص 68، 69.

كما تناول الفقه الإسلامي (الشريعة الإسلامية) تحديد المدعى والمدعى عليه من القرآن والسنة حيث روى الترميذي عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « **البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه**»، حيث ذهب ابن القيم إلى أن المراد بالبينة كل ما يظهر الحق ويبينه حيث أن لفظ البينة في القرآن الكريم لا يقصد به الشهادة البتة وإنما المراد به الحجة والدليل والبرهان وذلك لقوله تعالى « **قُلْ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّنْ رَبِّي** » أي أنني على حجة من ربي، ولقوله تعالى « **وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلْنَا بِالْبَيِّنَاتِ** » أي الحجج والأدلة والبراهين والآيات إلى غير ذلك من الآيات الكثيرة، والحكمة التي من أجلها أصبح المدعي ملتزماً بإقامة الدليل على ما يدعيه هي أن كل خبر يحتمل الصدق والكذب والادعاء المجرد لا يخرج عن كونه خبراً فلا بد من دعمه بحجه.¹

كما جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية «أنه من المقرر في قواعد الإثبات أن البينة على من يدعي خلاف الأصل بمعنى أن يتمسك بالثابت أصلاً لا يكلف بإثباته وإنما يقع على عاتق من يدعي خلاف هذا الأصل عبء إثبات ما يدعيه باعتباره أنه يتحدث جديداً لا تدعيه قرينة بقاء الأصل على أصله.»²

وبالتالي فإن عبء الإثبات يقع على المدعي عليه وهذا ما بينته المادة 123 من القانون المدني الجزائري والمدعي لا يقصد به رافع الدعوى وإنما هو كل من يتمسك بواقعة قانونية قصد إحداث أثر قانوني ولا فرق بين رافع الدعوى ومن رفعت عليه فمن ادعى على شيء وجب إثباته كما أنه جدير بالذكر أن عبء الإثبات يكون موزع على الخصمين فمرة ينتقل إلى من ادعى ومرة إلى المدعي حتى يعجز أحدهم عن الإثبات فيخسر دعواه بسبب عدم إقامة الدليل.³

¹- عصام أحمد البهجي، أحكام عبء الإثبات في نطاق المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2014، ص ص 86، 88، 89.

²- عباس العبودي، المرجع السابق، ص 69.

³- <http://www.algeriedroit.Fb.bt>

الفرع الثالث: تبادل عبء الإثبات وتوزيعه بين الخصوم في المواد المدنية و التجارية:

رأينا فيما سبق أن عبء الإثبات يتحملة المدعي أو يقع على عاتق من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا أو فرضا¹ فإذا تمكن المدعي من إثبات ما يدعيه انتقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر في الخصومة، ويستطيع هذا الأخير أن ينفي، ادعاءات خصمه فيرتد عبء الإثبات إلى الطرف الأول، وهكذا ينتقل عبء الإثبات من طرف إلى آخر في الخصومة حتى يعجز أحدهما عن الإثبات فيخسر دعواه.

ويشير الواقع من الناحية العملية حيث يصعب وضع حدود فاصلة ينتقل عندها عبء الإثبات من أحد الخصوم إلى الخصم الآخر لأن الخصم كثيرا ما يتعذر عليه تقديم الدليل القاطع الذي يؤدي إلى نقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر، لذا يكتفي القاضي بتقديم الخصم دليلا يجعل دعواه قريبة للتصديق، ويكون على الخصم الآخر أن يلخص هذا الدليل بتقديم أدلة مضادة، ومن ثم يصل القاضي إلى تجزئة عبء الإثبات بين الخصوم، كما يكشف الواقع العملي عن أن كل من الطرفين يدلي بما يؤيد ما يدعيه وتفنيد أدلة خصمه ويستخلص منها دليلا يؤيد دعواه، وللقاضي أن يكون عقيدته من مجموع ما قدمه الخصوم من أدلة.

وعلى حد التعبير العلامة المرحوم السنهوري «وهكذا يتقاذف الخصمان الكرة، كل منهما يدفعهما إلى صاحبه إلى أن يعجز أحدهما من ردها، فتسقط من يده ويسجل على نفسه الخسارة»، هذا وتجدر الإشارة إلى أن الخصم الذي يحكم القاضي لصالحه لا يشترط فيه أن يكون قد قدم دليلا قاطعا على صدق دعواه، لأن هذا ليس بالأمر المستطاع دائما، بل يكتفي منه أن يقدم من الأدلة ما يفيد رجحان ادعاءه، وبهذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية: «لئن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاما

¹-محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 52.

عناية وخاصة أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب كما إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقاً للأصول الطبيعية المستقرة فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال»¹.

والخلاصة أن عبء الإثبات يوزع عملاً بين الخصمين، كل منهما يقدم ما يؤيد دعواه، وقد يحدث أن يقدم أحد الخصمين دليلاً فيفيد الخصم الآخر، ويطوعه دليلاً لصالحه.²

¹-عباس العبودي، المرجع السابق، ص 70.

²-أنور سلطان، المرجع السابق، ص 27.

خلاصة الفصل الأول:

نستخلص في مجمل ما تم تناوله في هذا الفصل أن الإثبات في المواد المدنية والتجارية يرتكز على قواعد عامة للوصول إلى الحقيقة القضائية كما أوردها القانون، حيث تطبق هذه القواعد على كافة المنازعات المدنية والتجارية، أي كان مصدر الحق الذي يدور حوله النزاع، وتتمثل هاته القواعد العامة في أشخاص الإثبات إذ نجد أن الخصوم هم من يقومون بالإثبات القانوني في ساحة القضاء إذ أن لكل خصم الحق في إثبات ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، سواء كان المدعي أو المدعى عليه، كما أن الخصوم مقيدون بحدود في الإثبات، كما أن على القاضي أن يمكنهم من ذلك، وإلا كان مخلا بحق الخصوم في الإثبات على نحو يجعل الحكم مشوبا بالقصور الذي يؤدي إلى نقضه.

والقاضي يعتبر من أشخاص الإثبات كذلك حيث يقع عليه عبء البحث في القانون الواجب التطبيقي على النزاع المطروح عليه، كما يكون مقيدا بوسائل الإثبات التي ذكرها المشرع الجزائري على سبيل الحصر وإلزامه الحياد من ناحية أخرى، وهذا الحياد لا يعني سلبية في الدعوى بل إلزامه دورا إيجابيا فيها، كما أن القانون قد وضع حدودا تكفل على الرقابة على عمله، فالإدارة التشريعية بما خولته للقاضي من سلطات في هذا الشأن، وما فرضته عليه من قيود عملت على تحقيق العدالة مع اتقاء تحكم القضاء.

أما بالنسبة للواقعة القانونية محل الإثبات، فقد تكون واقعة مادية أو تصرف قانوني، فالأول يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات أما الثانية فالأصل في إثباتها بالكتابة، فمحل الإثبات هو الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الحق، وليس الحق المدعى به،

فالقاعدة القانونية ليست محل الإثبات لأنها من اختصاص القاضي، إلا أن هناك استثناء وضعه القانون يخرج عن نطاق هذه القاعدة وتصبح مسألة موضوعية، يطالب الخصوم بإثباتها، في حين أن الواقعة القانونية لا تكون محلاً للإثبات إلا إذا توفرت على كل الشروط المعينة.

كما أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعى بالواقعة القانونية محل الإثبات، وقد يكون المدعي في الإثبات هو المدعى أو المدعى عليه في الدعوى، فالشخص يعتبر مدعياً في الإثبات إذا كان ما يدعيه يخالف الأمر الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً، أو فرضاً فعلى الإثبات يخضع لقواعد عامة كما أنه يوزع وينتقل بين الخصوم في الدعوى، أي طرفي الخصومة، حتى يعجز احدهما عن الإثبات فيخسر الدعوى.

الفصل الثاني : طرق الاثبات في المواد المدنية والتجارية

المبحث الاول : طرق الاثبات الاصلية في المواد المدنية والتجارية

المطلب الاول : الكتابة في المواد المدنية والتجارية

المطلب الثاني : شهادة الشهود في المواد المدنية والتجارية

المطلب الثالث : القرائن في المواد المدنية والتجارية

المبحث الثاني : طرق الاثبات الاحتياطية في المواد المدنية والتجارية

المطلب الأول : الاقرار في المواد المدنية والتجارية

المطلب الثاني : اليمين في المواد المدنية والتجارية

الفصل الثاني: طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية :

مما لا شك أن الإرادة التشريعية قد أخذت بنظام تقييد الأدلة أي أنها جاءت بتحديد طرق الإثبات ومقتضى هذا النظام أن الخصم لا يسعه أن يثبت ادعاءه إلا بالدليل الذي يحدده القانون كما أن القاضي يتعين عليه ألا يبني حكمه إلا على أدلة يقررها القانون. فطرق الإثبات أو الأدلة التي حددها القانون هي: (الكتابة، شهادة الشهود، القرائن، الإقرار، اليمين، المعاينة، الخبرة، طلب إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده.

وهذه الأدلة لم يرد ذكرها في مكان واحد، فقد اختص القانون المدني منه بالكتابة في المواد (323-336) والشهود في المواد (333-336) والقرائن في المواد (337-340) والإقرار في المواد (341-342) واليمين في المواد (343-350) وإن كان قد أشار إلى الخبرة في بعض موادها الخاصة بقسمة المال الشائع (م 724-725-736) أما المعاينة والخبرة وطلب تقديم الخصم ورقة تحت يده فقد عالجه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

وبالتالي فقد بينت مجموعة الإجراءات المدنية والإدارية إجراءات الإثبات وهي الإجراءات التي يجب إتباعها في تقديم الأدلة أمام القاضي عند نظر الدعوى ولن نعرض في دراستنا إلا القواعد الموضوعية لتلك الطرق المختلفة.

وبالتالي ارتأينا تقسيم موضوع طرق الإثبات في مبحثين رئيسيين:

- المبحث الأول: طرق الإثبات الأصلية.
- المبحث الثاني: طرق الإثبات الاحتياطية.

المبحث الأول: طرق الإثبات الأصلية في المواد المدنية والتجارية:

طرق الإثبات الأصلية وهي كما قدمنا الكتابة، شهادة الشهود، القرائن، وقد ارتأينا في دراستنا هاته تخصيص لكل منها مطلب:

المطلب الأول: الكتابة في المواد المدنية والتجارية :

تعتبر الكتابة أهم طرق الإثبات وهي دليل يعد مقدما حين قيام التصرف القانوني في وقت لا يكون لأي من الخصوم مصلحة في تحديد الإثبات بغية تحقيق مصلحة شخصية.¹ كما لها قوة مطلقة في الإثبات سواء بالنية للتصرفات القانونية أو الوقائع المادية على نقيض الشهادة و القرائن فلم يعد لها إلا قوة محدودة في إثبات التصرفات القانونية.

التصرف القانوني هو إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين، وهذا التصرف قد يتم بإرادة واحدة كما في الوعد بجائزة أو إرادتين كعقد البيع، وقد يحدث أن يقع الغلط بين التصرف ووسيلة إثباته، فيقال عقد رسمي أو عقد عرفي ويقصد بذلك السند المثبت له أي الورقة الرسمية العرفية فهنا تتصرف كلمة العقد إلى التصرف القانوني أي توافق إرادتي المتعاقدين، أما أداة الإثبات أي الورقة المدون فيها الاتفاق نفسه فنسميها محرر أو سند أو ورقة، وقد يحدث أن تكون الورقة باطلة ولا أثر ذلك على صحة التصرف القانوني، كما أن صحة الورقة لا تحول دون بطلان التصرف المثبتة له.²

لا بد من التمييز في الكتابة التي تعتبر ركنا شكليا في بعض التصرفات القانونية والكتابة كأداة للإثبات فقد يتطلب القانون أن تكون شكلا خاصا كالكتابة الرسمية في عقد بيع العقار (مكرر 334 م.ج) وعقد الرهن الرسمي (م.ج. 883 م.ج) (فالكتابة هنا لازمة لانعقاد العقد فتخلفها يؤدي إلى عدم وجود العقد أصلا.

¹-محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 45.

²-أنور سلطان، المرجع السابق، ص 41.

أما إذا استلزم القانون الكتابة لإثبات التصرف كما في الكفالة (المادة 645 ق.م.ج) فإن تخلفها لا يؤثر على وجود التصرف الذي يكون صحيحا ويمكن إثباته بالإقرار أو باليمين، وإذا لم يتبين من النص ما إذا كانت الكتابة مطلوبة لانعقاد التصرف أو إثباته. ولم يكن الوصول إلى ذلك بطرق التفسير المختلفة فإن الكتابة في هذه الحالة تكون مطلوبة للإثبات لأن القاعدة هي أن تكون التصرفات رضائية و الاستثناء هو أن تتطلب الإرادة التشريعية شكلا خاصا بالنسبة لبعض التصرفات.

كما يجوز أن يتفق المتعاقدان في عقد رضائي على أن يكون التصرف مكتوبا في ورقة رسمية أو عرفية.¹

فإذا تبين من هذا الاتفاق أن المتعاقدين قصدا حقيقة أن يجعل من الشكلية المتفق عليها شرطا لانعقاد فإن اتفاقهما يجوز فلا ينعقد التصرف إلا بتوفر هذه الشكلية ومثال أن يتفق المتعاقدان في عقد الإيجار على أن التنبيه بالإخلاء يكون بالكتابة فعندئذ لا يصح التنبيه إلا إذا كان مكتوبا.²

ومن هنا نتجه بتقسيم مطلبنا إلى ثلاثة فروع متناولينا فيها ما يلي:

- الفرع الأول: الأوراق الرسمية.
- الفرع الثاني: الأوراق العرفية.
- الفرع الثالث: الحالات التي اشترط فيها المشرع الإثبات بالكتابة.

¹-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 47،48.

²-المرجع، نفسه، ص48.

-الفرع الأول :الأوراق الرسمية في المواد المدنية و التجارية:

عرفتها المادة (324، ق.م.ج) على أنه « العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.»¹

أولاً:شروط الورقة الرسمية:

-من خلال نص المادة (324 ق.م.ج) نستنتج ثلاثة شروط ألا وهي:

1- صدور الورقة الرسمية من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة:

والمقصود **بموظف** عام أو شخص مكلف بخدمة عامة أن يكون هو الذي حررها وليس من الضروري أن تكون مكتوبة بخطه، بل يكفي أن يكون تحريرها صادراً باسمه، ويجب على كل حال أن يوقعها بإمضائه، كما يثبت فيها نوعين من البيانات، ما تم على يده والوقائع التي تمت نظره خاصة بالنسبة للتصرف الذي يوثقه، كحضور ذوي الشأن، وما قام به كل منهم كأن يسلم المشتري الثمن كله أو بعضه للبائع أمام الموثق، وحضور الشهود أمامه، وتاريخ تحرير الورقة، وقيام ذوي الشأن و الشهود بتوقيعها، وغير ذلك من الوقائع التي تمت بمحضر منه، وما تلقاه من ذوي الشأن من أقوال وبيانات وتقارير في شأن التصرف القانوني. أي ما وقع تحت سمعه.²

2- أن يكون الموظف مختصاً بتحرير الورقة:

لا يكفي في المحرر الرسمي لأن يكون صادراً من موظف عام بل يتعين أن يكون هذا الموظف قد عمل في حدود سلطته واختصاصه، والمقصود هنا أن يكون الموظف العام ولاية تحرير السند الرسمي من حيث الموضوع ومن حيث الزمان

¹ - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، متضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ،المصدر السابق ، ص 50.

² -عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص 619، 620.

ومن حيث المكان، فمن حيث الموضوع يختص كل موظف عام بكتابة نوع معين من الأوراق الرسمية، فالأحكام من اختصاص القضاة، ومحاضر الجلسات من¹ اختصاص كتاب الجلسات، وعقود الزواج من اختصاص المأذون... وهكذا، كما لا يجوز للموثق أن يتولى توثيق محرر يتعلق به شخصياً أو يتعلق بأشخاص تربطهم به صلة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة، ومن حيث الزمان تقتضي ولاية الموظف العام بعزله أو وقفه عن عمله أو نقله، ولذا يكون المحرر باطلاً إذا باشره بعد انتهاء ولايته، أما من حيث المكان فإن القانون حدد لكل موظف عام اختصاص إقليمياً لا يجوز له أن يباشر عمله خارج دائرته، فلا يجوز لموظف مكتب بالتوثيق في مدينة قسنطينة أن يقوم بتوثيق في مدينة عنابة مثلاً.²

3: مراعاة الأوضاع التي قررها القانون في تحرير الورقة:

والمقصود هنا بمراعاة الأوضاع التي قررها القانون على الموظف أو المكلف بالخدمة بمراعاتها في تحرير الورقة، فالقضاة في تحريرهم للأحكام وموظفو المحاكم في كتابتهم للإعلانات ومحاضر التنفيذ عليهم مراعات هذه الأوضاع وعلى سبيل المثال ما جاءت به المادة (324 مكرر 2، ق.م.ج.) ، وفضلاً عن ذلك إذا كان الضابط العمومي يجهل الاسم والحالة والسكن والأهلية المدنية للأطراف ويشهد على ذلك (شاهدان بالغان تحت مسؤوليتهما) ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة 324 مكرر 4 بقولها « يبني الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية **طبيعية** وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية.»³

¹-أنور سلطان، المرجع السابق، ص 47.

²- المرجع نفسه، ص 47.

³-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 53.

ثانيا: جزاء تخلف أحد تلك الشروط:

بعد تقديمنا للشروط الواجب توافرها في الورقة الرسمية فإذا اختلف شرط من هذه الشروط، كانت الورقة الرسمية باطلة، كورقة رسمية¹، ومن هنا يثار التساؤل عن قيمة الورقة الباطلة في الإثبات، وقد جاءت المادة 326 مكرر 2 مدني جزائري بالإجابة عن السؤال حيث تضمنه «يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من طرف الأطراف» فتزول الرسمية عن الورقة يجعل لها قيمة الورقة العرفية في الإثبات متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم إذ أن التوقيع هو الشرط الوحيد لوجود الورقة العرفية.²

ثالثا: حجية الورقة الرسمية في الإثبات:

تعتبر القرينة بالرسمية في الورقة التي توحى بالثقة الكبرى فيها، ولا يمكن إثبات خلافها إلا ضمن حدود ضيقة، وبشروط محددة، فإذا توفرت فيها الشروط السابقة في الورقة اكتسبت صفة الرسمية، حيث أن صاحبها لا يثبت صحتها بل من ينكرها أن يقدم الدليل على بطلانه، والورقة الرسمية لا تبطل إلا بالتزوير حسب نص المادة 324 مكرر 5 من (ق.م.ج)³ والورقة الرسمية تكون أيضا حجة حتى للخلف العام أو الخاص للمتعاقدين ومنه أن نفرق بين نوعين:

1- حجية البيانات المدونة في الورقة الرسمية:

المقصود هنا أن الورقة الرسمية يساهم في تكوينها فريقان، أصحاب الشأن الذين يدلون بما عندهم من بيانات والموظف العام الذي يقوم بتحرير هذه البيانات ويضفي عليها صفة الرسمية، فالورقة الرسمية هنا تشمل العنصرين السالفين الذكر

¹-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 626.

²-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 54.

³ <http://www.algeriedroit.FB.Dz>، ص 5.

وأول هذين العنصرين هو الذي يلحق به وصفا الرسمية ويتحتم الادعاء بالتزوير لرفع حجيته، أما الثاني فلا يصدق عليه هذا الوصف ويجوز نقضه بالطرق العادية دون الحاجة إلى الادعاء بالتزوير.¹

1-1 : حجية البيانات الصادرة من الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة:

وهذه البيانات يقوم بتثبيتها في المحرر الرسمي فهي تكون حجة على الناس كافة ولا يمكن نقض حجيتها إلا عن طريق الطعن بالتزوير وهذه البيانات مثل تاريخ المحرر أو حضور ذوي الشأن وتوقيعهم وتوقيع الموظف العام نفسه وكل البيانات الخاصة بالإجراءات التي يستلزمها القانون، وكذلك يشمل هذا النوع من البيانات ما يصدر عن ذوي الشأن في حضور الموظف العام، كإقرار البائع أنه استلم الثمن و إقرار المشتري أنه تسلم المبيع، فلا يمكن دحض حجتها إلا بالطعن بالتزوير، أما واقعة قبض الثمن من البائع أو تسلم المبيع من المشتري التي لا تحدث أمام الموظف العام فلا تلحقها صفة الرسمية التي يستلزمها الطعن بالتزوير، وبالتالي فمرجع هذه الحجية هو عدم السماح بتكذيب موظف رسمي و إلا ضاعت كل ثقة في الأوراق التي يحررها.²

1-2: حجية البيانات الصادرة من ذوي الشأن:

الأولى بيانات تقع من ذوي الشأن في حضور الموظف ويشهدها بعينه أو يسمعها بأذنه، كتقرير ذوي الشأن أن أحدهما قد باع والآخر قد اشترى وسلم المشتري النقود للبائع، أما النوع الثاني البيانات التي تصدر من ذوي الشأن ويقتصر الموظف على تدوينها تحت مسؤوليتهم، دون أن يكون له تحري صحتها، مثل إقرار البائع أنه سبق أن قبض الثمن، فالأولى لا يمكن إثبات عكسها إلا عن طريق الطعن

¹-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 58.

²-محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 51.

بالتزوير، أما الثانية ففيما يتعلق بصحة هاته الوقائع يتعلق لا فيما يتعلق بصحة الإقرار بها لا تكون لها إلا حجية البيانات الواردة في سند عادي لأن هاته البيانات لم يكن في وسع الموظف العام التحري عن صحتها بل أن ذلك ليس من مهام وظيفته، ولا يجوز أن تكسب صفة الرسمية لمجرد ورودها في سند رسمي.¹

1-3: حجية الورقة الرسمية بالنسبة للأشخاص:

« نصت المادة 324 مكرر 5 ق.م.ج » بقولها « يعتبر ماورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني »²

ومضمون ذلك أنها حجة بالنسبة للكافة فلا يستطيع أي شخص أن ينكر ماورد به من بيانات مما يلحقه وصف الرسمية على التفصيل الذي سبق بيانه إلا عن طريق الطعن بالتزوير، أما إذا كان ما يراد نقضه من البيانات لا تثبت له صفة الرسمية أما لأنه صدر من ذوي الشأن بالمعنى السابق أو لأنه صادر من الموظف العام خارج حدود اختصاصه فإن هذه البيانات يمكن إثبات عكسها بالطرق العادية.

1-4: حجية تاريخ الورقة الرسمية:

يلحق تاريخ الورقة الرسمية به وصف الرسمية لأنه صادر من الموظف العام يثبتته على مسؤوليته، وننبه هنا إلى أن هذا التاريخ يعتبر ثابتاً من يوم تلقي الورقة وقيل قيدها في الدفاتر المعدة لذلك.³

2/: صور الأوراق الرسمية:

طبقاً لنص المادة 325 من ق.م.ج... « إذا كان أصل الورقة الرسمية موجوداً فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي

¹- آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2001، ص 210، 211.

²- الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، المصدر السابق، ص 51.

³- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 60.

تكون فيه مطابقة للأصل وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين فإن وقع تنازل ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل.¹

1-2-1: حالة وجود أصل الورقة الرسمية :

من خلال ما جاء في نص المادة (325 ق.م.ج) يكون للصورة الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية حجية في الإثبات إذا توافر شرطان أولهما أن يكون أصل الورقة الرسمية موجوداً حتى يمكن الرجوع إليه عند الحاجة ومطابقة الصورة للأصل، وثانيهما: أن تكون الورقة التي يحتج بها صورة رسمية مأخوذة من الأصل سواء منقولة بالخط أو بطريق التصوير.²

2-2: حالة عدم وجود أصل الورقة الرسمية :

قد يقع أن يفقد الأصل إذا قدم العهد به أو قبل ذلك بسبب حريق أو سرقة أو أي حادث آخر، ويقع على الخصم المتمسك بالصورة عبء إثبات فقد الأصل³ وهذا جاء في المادة « 326 ق.م.ج » وتضمنت في حالة عدم وجود أصل الورقة الرسمية وأوجب التفرة بين ثلاثة أنواع من الصور:

1-2-2: الصور الرسمية الأصلية:

وهي الصور التي نقلت مباشرة من الأصل بواسطة موظف عام مختصر ويستوي أن تكون صورة تنفيذية أو صورة غير تنفيذية ويستوي أن تكون صورة أصلية أولى أو تالية لها وتكون للصورة بهذا المعنى حجية الأصل متى كان

¹-الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق، ص 52.
²-محمد شتا أبو سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، دار الفكر العربي، المجلد الأول، مصر، 1997، ص 32.
³-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 636.

مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها بالأصل وكما تقدم فقد سوى النص في الحكم بين الصور التنفيذية وغير التنفيذية أي التي لا تحمل هذه الصيغة.¹

2-2-2: الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية:

تكون لها نفس حجية الصورة الأصلية المأخوذة عنها بشرط بقاء الصورة الأصلية حتى يمكن المراجعة عليها، إذ طلب ذلك أحد ذوي الشأن وقد عالجها المشرع الجزائري في المادة «325 ف 2/ق.م.ج»، حيث يذهب الدكتور سليمان مرقس إلى أنه يمكن اعتبار الصورة الغير أصلية من الصورة الأصلية المفقودة، تكون لها حجية هذه الصورة الأخيرة متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها لها.

2-2-3: الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصور الأصلية:

وقد عالجها المشرع الجزائري في المادة «326 ف 3/ق.م.ج»، وهذه لا تكون لها حجية الأصل ولا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف، أي أنها لا تصلح إلا أن تكون قرائن قضائية يستتبط منها القاضي ما يراه ولا يمكن أن تعتبر حتى مبدأً ثبوت بالكتابة.²

رابعاً: قوة الورقة الرسمية في التنفيذ:

1-/-المحرر الرسمي سند تنفيذي:

حصر المشرع الجزائري أنواع السندات التنفيذية في سندات قضائية وهي الصادرة عن الهيئة القضائية للأحكام أو الأوامر الصادرة عن المحاكم والقرارات الصادرة عن المجالس. والسندات الغير قضائية وهي العقود والمحركات الرسمية

¹-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 63.

²-محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 53، 54.

المحررة بمعرفة الضابط العمومي الموثق والورقة الرسمية هي في عداد السندات التنفيذية تعطي للحامل الحق في طلب تنفيذها بواسطة محضر قضائي لكن بشرط أن **تمهر** بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها قانوناً.

ومن هنا نستنتج أن الورقة الرسمية هي سند تنفيذي وهذا ما بينته المادة 324 مكرر 5 والمادة 327 من قانون المدني الجزائري، كما أن الأصل يرجح الدليل المكتوب على شهادة الشهود لكن هناك استثناء تضمنته **المادة (336 من ق.م.ج)** (حيث يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مانع مادي مثل عقد الوديعة يتم بسرعة ولم يتوفر للمودع قدر لإعداد الدليل الكتابي أما المانع الأدبي هو الظروف التي تم فيها التعاقد لم تسمح من الناحية الأدبية طلب دليل كتابي مثل وجود صلة قرابة أو مصاهرة.

2/- وضع الصيغة التنفيذية على المحرر الرسمي:

تحفظ أصول المحررات الرسمية بمكاتب التوثيق أو بأقلام الكتاب بالمحاكم فلا حصل أصحاب الشأن إلا على صور منها، ولا يجوز التنفيذ إلا بموجب صورة عليها صيغة التنفيذ ولهذا تعطي صورة تنفيذية للدائن الذي تحررت الورقة الرسمية لصالحه ليجري التنفيذ بمقتضاها.¹

الفرع الثاني: الأوراق العرفية في المواد المدنية والتجارية:

يقصد بالمحررات العرفية تلك المحررات الصادرة من الأفراد بشأن عمل قانوني ولايتدخل موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في تحريرها وهي نوعان محررات معدة للإثبات موقعة ممن هي حجة عليه ومحررات معدة للإثبات كدفاتر التجار والرسائل...، وهذه يغلب عليها ألا تكون موقعة ومع ذلك يعطيها

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص66.

القانون قوة في الإثبات قوة وضعفا بحسب مايتوافر فيها من عناصر الإثبات¹، وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 327 ق.م.ج « يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفه يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق. ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر واحد أعلاه 03»، ومن هنا نتطرق إلى الأوراق العرفية المعدة للإثبات والأوراق العرفية الغير معدة للإثبات.²

أولاً : الأوراق العرفية المعدة للإثبات :

لا يشترط في المحرر العرفي المعد للإثبات إلا أن يكون متضمناً كتابة مثبتة لواقعة قانونية وأن تكون هاته الكتابة موقعة من الشخص المنسوبة إليه، وبناء على ذلك يمكن أن نستخلص شروط المحرر العرفي بما يلي :

1 : شروط الورقة العرفية المعدة للإثبات :

أ- الكتابة :

الكتابة في المحرر العرفي أمر بديهي إذ بدونها لا يوجد محرر ويبقى التصرف القانوني محصوراً بين أطرافه ويصعب في حالة النزاع إقامة الدليل عليه، ذلك أن التوقيع لم يطلب إلا اعتماداً أو تثبيتاً لما هو مدون في المحرر والالتزام بما ورد فيه، كما لا يشترط في الكتابة شكل معين، فكل عبارة تدل على المعنى المقصود تصلح بعد توقيعها أن تكون دليلاً على من وقعها، كما لا يشترط أن تكون باليد، وإنما يجوز أن تكون على الآلة الكاتبة أو مطبوعة، كما يصح أن تكون بخط من

¹- آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 230.

²- الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، المصدر السابق، ص 52.

وقعها أو بخط شخص أجنبي، كما تصح أن تكون بقلم رصاص أو بقلم الحبر الجاف أو السائل. كما يصح أن تكون بلغة أجنبية.¹

- كما أعتبر القانون أن الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها من خلال المادة 323 مكرر 01 ق.م. ج مضافة بالقانون رقم 10-50 المؤرخ 20 يونيو سنة 2005، وبالتالي فإن أصحاب الشأن كل الحرية في كتابة الأوراق العرفية غير أن هناك استثناءات فهناك أوراق عرفية يتطلب فيها القانون أوضاعاً خاصة وهي الأوراق التي تقدم للإشهار فهذه يلزم أن تكتب على ورق خاص وبممداد خاص وأن تشمل على جميع البيانات التي ينص عليها القانون للإشهار.

ب- التوقيع :

يعتبر التوقيع شرطاً جوهرياً في الورقة العرفية لأنه يتضمن قبول الموقع لما هو مدون في الورقة كاف لوجودها، ويكون التوقيع بالإمضاء الذي يتعين أن يشمل اسم الموقع ولقبه كاملين فلا يكفي التوقيع بالأحرف الأولى من الاسم وإنما لا يشترط أن يكون التوقيع مطابقاً للاسم الوارد في شهادة الميلاد بل يكفي أن يكون ذلك بالاسم الذي اشتهر به الشخص أو الاسم الذي إعتاد التوقيع به، ويجوز أن يكون التوقيع بالختم أو ببصمة الإصبع إذا كان صاحب الشأن أمياً فهي في الحقيقة أكثر ضماناً من الختم فقد ثبت علمياً أن البصمات لا تتشابه مطلقاً، كما لا يستلزم ذكر تاريخ الورقة إلا في حالات معينة نص عليها القانون كما في **الكامبيالة** والسند لأمر م 465 ق.ت.ج والشيك 742 ق.ت.ج والتظهير على أن الأفراد يحرسون على إثبات التاريخ لأنه ذو أهمية بين العاقدين كما إذا تمسك أحدهما بنقص أهلية أو

¹-محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 55، 56.

²-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 68.

انعدامها وقت التعاقد وإذا خلت الورقة من التوقيع فقدت قيمتها في الإثبات. ولكنها تصلح لأن تكون مبدأ بالكتابة إذا كانت بخط المدين.¹

ج- التوقيع على بياض :

قد يضع صاحب الشأن توقيعاً على الورقة العرفية قبل كتابتها، فيقال عندئذ إنه وقع على بياض ويكون قد قصد بذلك أن يعهد إلى الطرف الآخر أن يكتب فوق التوقيع البيانات التي اتفق معه على عناصرها الجوهرية وترك إليه استكمال تفصيلاتها على أسس معينة، والتوقيع على بياض صحيح، ومن شأنه أن يكسب البيانات التي ستكتب بعد ذلك حجية الورقة العرفية، فإن هذه الحجية تستمد كما قدمنا من التوقيع لامن الكتابة، على أن من يؤتمن على هذا التوقيع يجب عليه أن يراعي الأمانة، فلا يضع في البيانات الورقة غير ما اتفق عليه مع الموقع وإلا عوقب جنائياً، أما من الناحية المدنية فعلى إثبات تسليم الورقة الموقعة على بياض وخيانة من تسلمها يقع على من وضع توقيعاً على بياض ويجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة، فإذا استطاع من وقع على بياض هذا الإثبات فقدت الورقة حجيتها فيما بين الطرفين، ولكنها لا تفقد الحجية بالنسبة للغير حسن النية فمن تعامل مع متسلم ورقة معتقداً أنها ورقة صحيحة، فحولت إليه مثلاً، يكون له أن يتمسك بحجية الورقة في حق من وقع على بياض، ويرجع الموقع على من أساء استعمال توقيعها.²

2 : حجية الورقة العرفية في الإثبات :

- كل المحررات العرفية حجية في النواحي الثلاثة التالية :

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 70، 71.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 642، 643، 644.

أ-حجية الورقة العرفية بصدورها ممن وقعها :

تعتبر الورقة العرفية حجة على من صدرت منه وهو الشخص الذي تحمل توقيعته فيأخذ بمضمونها وتكون من حيث صدورها منه في قوة الورقة الرسمية إذ اعترف بها أو سكت ولم ينكر صراحة صدورها منه ولا يجوز له بعد هذا أن يعود إلى الإنكار إلا أن يطعن بالتزوير، كما ورد في نص المادة « 327 ق.م.ج »، كما يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه (معدلة بالقانون رقم 5-10 المؤرخ 20 يونيو سنة 2005)¹.

ومضمون المادة 327 ق.م.ج أن الشخص الذي تنسب إليه الورقة العرفية والتي يتمسك بها ضده يمكنه أن ينكر الكتابة والتوقيع، وهنا تزول حجية المحرر بصفة مؤقتة، ويتعين على من يحتج به أن يثبت صورته ممن ينسب إليه التوقيع. بطلب من المحكمة بأن تأمر بتحقيق الخطوط فإذا ثبت من التحقيق صدور المحرر ممن عادت إليه حجيته، هذا ويجب أن يكون إنكار الشخص المنسوب إليه المحرر واضحا وصريحا فإنه لا يكفي التشكيك في حصول التوقيع منه، كما أن السكوت يعتبر إقرارا لا إنكارا، فإن السكوت من شخص عند تقديم خصمه محرر عرفي يسقط حقه في إنكاره بعد ذلك لأن السكوت يعتبر إقرارا ضمنا، كذلك مناقشة من يتمسك ضده أمام القضاء بمحرر عرفي للموضوع الثابت بهذا السند يؤدي إلى عدم قبول إنكار الكتابة أو التوقيع، ذلك يجب أن يكون الإنكار قبل أن يناقش الموضوع المحرر، أما في حالة تأخر الإنكار إلى ما بعد مناقشة الموضوع المحرر العرفي من قبل من ينسب إليه اعتبر هذا الإنكار المتأخر فعلا وكيدا لا يقره القانون.

¹ تنص المادة 323 مكرر 1: (جديدة) من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق، على أنه: {يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها}. ص، 50.

أما بالنسبة للوارث أو الخلف فلا يطلب منه إنكار الكتابة أو التوقيع صراحة بل يجب أن يحلف على عدم علمه بأن الكتابة أو التوقيع تعود لمورثه أو سلفه، فإذا حلف الوارث على ذلك زالت الورقة مؤقتاً قوتها في الإثبات. ويتعين على الذي يريد التمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها بإتباع الإجراءات الخاصة بتحقيق الخطوط، أما في حالة امتناع الوارث عن الحلف فلا يقبل منه الدفع بعدم العلم أو الجهالة، ويعتبر امتناعه هذا بمثابة إقرار ضمني منه بصحة صدور المحرر من الورث أو من الخلف.¹

ب- حجية البيانات المدونة في الورقة العرفية:

بالنسبة للبيانات التي وردت في الورقة العرفية فإنها تعتبر صحيحة إلى أن يقوم الدليل على العكس فإذا كانت الورقة العرفية تثبت مثلاً أن بيعاً صدر من شخص إلى آخر وأن المشتري قبض الثمن. افترض أن هذه الوقائع جميعها جديدة غير صورية، وكان ذكرها في الورقة العرفية قرينة على أنها صحيحة، ولكنها قرينة يجوز دحضها بإثبات العكس، فالصاحب التوقيع أن يثبت في مواجهة الطرف الآخر أن البيع صوري وأن الثمن لم يقبض، ولا يقتصر صاحب التوقيع هنا على الإنكار، كما فعل عندما أنكر صدور الورقة منه، بل يقع عليه عبء إثباته العكس طبقاً للقواعد العامة، ومن هذه القواعد أنه لا يجوز² بالنسبة للطرف الآخر إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاورها إلا بالكتابة.³

والورقة العرفية حجة بما دون فيها ليس فقط على العاقدين بل كذلك الغير فهي حجة على الناس كافة فيما عدى التاريخ إلا إذا كان ثابتاً وفي هذا تقول «المادة

¹-محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص ص 62، 63.

²-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص 648، 649.

³- المرجع نفسه، ص 649.

328 ق.م.ج :لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت .»

3- حجية الورقة العرفية بالنسبة للتاريخ الذي تحمله :

من خلال نص المادة 328 ق.م.ج « لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت»، من خلال نص المادة التي تحكم حجية التاريخ، قاعدة ذات شرطين

1-3 : بين الطرفين :

يكون تاريخ الورقة العرفية الذي تحمله حجة بين الطرفين إذا تم الاعتراف بها أو ثبتت صحتها بعد إنكارها في هذا النطاق يتعادل مع قوته مع البيانات الأخرى الموجودة في الورقة فإذا نازع أحد الطرفين فيه كان له أن ينقضه طبقاً لـ لقواعد العامة فلا يجوز له إثبات ما يخالفه إلا بدليل كتابي وذلك ما لم يكن هناك غش إذ في هذه الحالة يصح الإثبات بكافة الطرق.¹

2-3: بالنسبة إلى الغير :

يقصد بالغير كل شخص ليس طرفاً في المحرر و ليس ممثلاً فيه تتأثر حقوقه بتغيير حقيقة تاريخ المحرر.²

1-2-3: الخلف الخاص :

وهو من يتلقى من أحد طرفي السند العادي حقا معيناً قد يتأثر بأي تصرف آخر متعلق به سابق على السبب الذي نقل إليه هذا الحق. ولذلك تتحقق حمايته

¹-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 80، 81.

²-أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في قانون الإثبات في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2007، ص 74.

بإشترط ثبوت تاريخ السند العادي المثبت لمثل هذا التصرف¹ ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه « المادة 966 ق.م.ج على أنه يشترط لنفاذ الرهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة إلى الدائن أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والغير المرهونة بيانا كافيا ويحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرتهن .»³²

3-2-2 : الدائن الحاجز :

الدائن الحاجز يعتبر من الغير، حيث ينشئ له حق يتعلق بالمال المحجوز عليه، ويشترط بالتالي أن يكون تصرف المدين في هذا المال قد تم بناء على محرر عرفي له تاريخ ثابت سابق على توقيع الحجز و إلا فإنه يفترض أن تصرف المدين قد تم في تاريخ لاحق على الحجز ولا يحتج بالتالي في مواجهته.

3-2-3: الدائن المرتهن :

إذا نفذ الدائن المرتهن على عقار المدين فلا تنفذ في حقه عقود الإيجار الصادرة من المدين إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية.

3-2-4: الدائن الذي يرفع دعوى عدم نفاذ التصرفات :

في حالته رفع الدائن على مدينه دعوى عدم نفاذ التصرف الذي أجراه المدين إضرارا به (الدعوى البوصلية) فإن القانون حماية منه للدائن, اعتبره من الغير فلا تنفذ في حقه التصرفات التي يجريها المدين إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على نشوء حق الدائن.³

¹-مفلح عواد القضاة، البيانات في المواد المدنية والتجارية دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2009، ص 103.

²-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 82.

³- المرجع نفسه، ص 83.

3-2-5: ضرورة توافر حسن النية:

يلزم توافر حسن النية لدى الغير في جميع الأحوال وذلك طبقاً للمادة 328 ق.م.ج. حتى يتمسك بعدم الاحتجاج بتاريخ المحرر العرفي، أما إذا ثبت سوء نية بأن كان عالماً يسبق صدور المحرر العرفي وقت نشوء حقه فإنه يحتج في مواجهته بتاريخ المحرر العرفي كما لا يعتبر من الغير على من كان طرف في المحرر أو النائب عنه، أو خلفه العام أو الدائن **العادي**¹، كما إذا استطاع المشتري الأول أن يثبت علم المشتري الثاني وقت شرائه المنقول بسبق بيعه من آخر، فإنه يثبت بذلك أن المشتري الثاني ليس حسن النية، فيختل في هذا المشتري شرط من شروط الغير، ومن ثم يحتج عليه بتاريخ البيع الأول وإن لم يكن ثابتاً.²

3-2-6: استثناءات المخالصات من قاعدة ثبوت التاريخ :

« أضافت المادة 328 ق.م.ج في الفقرة الأخيرة على أنه «غير أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة». والمخالصات محررات مثبتة لوفاء والأصل أنه يجب أن تكون ثابتة التاريخ لكي تكون حجة بتاريخها على الغير إلا أن القانون تيسيراً منه للناس أجاز للقاضي أن يعتد بالعرف الذي يقضي بعدم إثبات اشتراط تاريخ فيها.

3-2-7: الوقائع التي يثبت بها التاريخ :

تنص المادة 328 ق.م.ج على أنه لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداءً : من يوم تسجيله أي قيد الورقة العرفية في السجل المعد لذلك.

- من يوم ثبوت مضمون الورقة العرفية في عقد آخر حرره موظف عام.

¹-أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في قانون الإثبات في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، المرجع السابق، ص 75.

²-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 661.

- من يوم التأشير عليه العقد العرفي من ضابط عام مختص.
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء.

4/ - حجية صور المحررات العرفية :

صور الورقة العرفية لا حجية لها في الإثبات ولو كمبدأ ثبوت بالكتابة وعلى هذا الأساس رفضت محكمة الموضوع في إحدى القضايا الأخذ بصورة شمسية لعقد عرفي لم يسجل لأن العقد الأصلي لم يقدم وأقرتها محكمة النقض. المصرية على ذلك إذا قضت بأن القانون لا يوجب على القاضي أن يعتد في الدعوة بورقة هذه حالتها فلا يكون الحكم إذا استبعدها قد خالف القانون، أما إذا كانت صورة الورقة العرفية مكتوبة بخط المدين فإنها تصلح بأن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة.¹

ت- قوة الورقة العرفية من حيث التنفيذ :

الورقة العرفية ليست سنداً تنفيذياً على خلاف الورقة الرسمية فلا يمكن التنفيذ بمقتضاها جبراً على المدين بل يتعين استصدار حكم على أساسها وهذا الحكم هو الذي ينفذ.

ثانياً: الأوراق العرفية الغير معدة للإثبات :

وهي أربعة أنواع وهذه الأوراق يغلب عليها أن لا تكون موقعة ولهذا تتفاوت قوتها في الإثبات فتارة تكون أدلة كاملة وتارة أخرى تكون أقل من ذلك بحسب عناصر الإثبات ولقد نص عليها القانون وهذه المحررات هي:²

¹-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص ، 85 ، 92.

²- المرجع نفسه، ص ص ، 92 ، 93.

1/- الرسائل والبرقيات :

1-1: الرسائل :

نصت المادة 329 ف 1 من ق.م.ج على أنه « تكون للرسائل الموقعة عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات » الرسائل لها أهمية في الإثبات خصوص في المعاملات التجارية وهي وإن كانت أوراقا لم تعد للإثبات إلا أنها تتضمن شرطي الكتابة والتوقيع وبذلك تستوفي شروط الورقة العرفية وتكون لها قيمة هذه الورقة في الإثبات.¹

1-2: البرقيات :

نصت المادة 329 ق.م.ج. ف 2: على أنه «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. وتنص الفقرة الثالثة من نفس المادة «وإذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس».²

ف للبرقية حجة الرسالة في الإثبات من حيث المضمون ومن حيث حقوق والتزامات المتمسكين بها، بشرط أن يكون أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليها من مرسلها وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على العكس فإذا أُلّف الأصل فلا يكون للصورة البرقية استلتمت من قيمة لمجرد الاستئناس بها في الإثبات.³

¹ -بريخ حورية- بالة كنزة، سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات في المواد المدنية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، شعبة القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016/2015، ص ص 84، 85.
² -الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم ،المصدر السابق، ص53.
³ -آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 244.

2/- دفاتر التجار :

نصت المادة 330 ق.م.ج «على أنه 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 أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة. وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها و استبعاد منه ما هو مناقض لدعواه»¹.

مما لا شك أن التجار يلتزمون بإمسك دفاتر معينة وفقا للقانون التجاري وتكون هذه التجار حجة على صاحبها على ما تشتمل عليه من بيانات، سواء كانت الدفاتر منتظمة أو غير منتظمة، ولكن إذا كانت منتظمة، فلا يجوز تجزئة بياناتها ويمتنع بالتالي على من يتمسك بها أن يستبعد ما يناقض دعواه، أما إذا كانت غير منتظمة، فيعتد بها القاضي كدليل لإثبات، دون أن يتقيد بقاعدة عدم جواز التجزئة.

والاحتجاج على التاجر في دفاتره أمر جوازي للقاضي، ولصاحب الدفاتر ولما كانت منتظمة أن يثبت عكس ما ورد فيها بجميع الطرق، كما يجوز للتاجر أن يحتج لمصلحته بالبيانات الواردة في دفاتره التجارية بالنسبة للأعمال التجارية حيث يكون الخصم تاجراً، أما إذا كان الخصم غير تاجر (المادة 330 ق.م.ج بقولها غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار إثباته بالبينة) فليس له أن يحتج بها إلا إذا تعلق بما ورده لعملائه. وكانت قيمتها

¹-الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ،المصدر السابق ، ص 53.

في حدود النصاب الجائز إثباته بشهادة الشهود، ويستكمل القاضي هذا الدليل بتوجيه يمين متممة لأي من الطرفين.¹

3/ - الدفاتر والأوراق المنزلية :

وهي ما يدونه الأفراد فيما يتعلق بشؤونهم المالية والمنزلية في مذكرات خاصة أو أوراق متفرقة والقانون لا يلزم الأفراد بمسك هذه الدفاتر ولا يتطلب فيها مراعاة أوضاع معينة ولهذا فإن القانون لا يعطيها نفس القيمة التي يعطيها للدفاتر التجارية ولكنه لا يجردها من كل قيمة في الإثبات.² ذلكم ما جاءت به المادة «331 ق.م.ج على أنه 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 أثبتت حقا لمصلحته.³ ففي هاتين الحالتين يجوز إثبات عكس ما ورد في هذه الأوراق بجميع طرق الإثبات كأن يثبت أن ما دون بها صدر عن خطأ، أو تلاه من الوقائع ما غير أو عدل مضمونة، أو كان مجرداً إعداداً لمشروع لم يتم.

وفيما عدى ذلك من الحالات. فإن الأوراق المنزلية لا تصلح دليلاً كاملاً في الإثبات، ويجوز مع ذلك للقاضي أن يعتد بما ورد فيها كقرينة ضد صاحبها فيما يجوز إثباته بالبينة، وقد يعتبرها مبدأً ثبوتاً بالكتابة يكمل بالشهادة والقرائن فيما يلزم فيه الإثبات الكتابي.⁴

¹- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في قانون الإثبات في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي ، المرجع السابق، ص ص 80،

81.

²- محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 80.

³- الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المصدر السابق، ص 53.

⁴- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص 82.

4- التآشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين :

نصت المادة: « 332 ق.م.ج على أنه التآشير على سند بما يستفاد من براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التآشير موقعا منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته، وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع مات يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى أو في مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين. ¹»

ومن خلال نص المادة أن الأصل إثبات براءة ذمة المدين يتم بمخالصة في يده موقعا عليها من الدائن وقد خرج المشرع على ذلك في حالتين، حيث اكتفى بالتآشير على سند في يد الدائن، أو سند أو مخالصة في يد المدين: ²

4-1: سند الدين في يد الدائن:

حتى تقوم قرينة الوفاء يجب أن يكون سند الدين الذي يحمل التآشير باقيا في يد الدائن لم يخرج قط من حيازته، ³ فإن للمدين أن يحتج بالتآشير على هذا السند بما يفيد براءة ذمته، ولا يشترط أن يكون هذا التآشير بخط الدائن أو موقعا عليه منه، إذ طالما أن سند الدين كان دائما في يد الدائن، فإن هذا يفيد أن التآشير ببراءة ذمة المدين قد تم برضاه ولو كان بغير خطة ويظل للتآشير حجية، حتى ولو تم شطبه إذ لا يجوز أن يعتد بشطبه يسهل على الدائم القيام به بالنسبة لسند في يده، كما يجوز للدائن أن ينقض هذه الحجية بجميع طرق الإثبات.

¹-الأمر رقم 75-85 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ن المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المصدر نفسه، ص 53.

²-أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، ا الدراسات البحثية في قانون الإثبات في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي، المرجع السابق، ص 82.

³-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 684.

4-2: سند الدين في حيازة المدين :

يكون للمدين أن يحتج بالتأشير ببراءة ذمته إذا تم ذلك بخط الدائم بدون توقيعه ويشترط أن يرد هذا التأشير على سند في يد المدين، وهذا السند إما أن يكون النسخة الأصلية لسند الدين، أو مخالصة بجزء من الدين موقعا عليها من الدائن، فيأشر الدائن على إستفائه جزءا آخر من الدين¹، فحجية التأشير تقتصر على الدائن وحده، ولا يجوز أن ينهض دليلا لصالحه على وجه الإطلاق إذ من الممتنع على ذي الشأن أن يصطنع دليلا لنفسه، ثم إن هذه الحجية لا تتوفر إلا إذا قصد من التأشير براءة ذمة المدين وما عدا ذلك من التأشيرات على سند الدين فلا حجية له في الإثبات إلا وفقا لقواعد العامة.²

الفرع الثالث : الحالات التي اشترط فيها المشرع الإثبات بالكتابة :

سبق وأن قلنا أن الوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع الطرق الإثبات لأن طبيعتها لا تقبل استلزام نوع معين من الأدلة فإن الأصل في إثبات التصرفات القانونية أن يكون بالكتابة لأن طبيعتها تسمح بأن تستلزم الإرادة التشريعية الدليل الكتابي في إثباتها، وبالتالي فإن أردنا تحديد الحالات التي تجب فيها الكتابة للإثبات انصرف بحثنا إلى التصرفات القانونية إذ أنها هي التي تستخدم الكتابة في إثباتها وعلى ذلك تخرج الوقائع المادية من نطاق هذا البحث.

وبالتالي فإن حالات وجوب الكتابة للإثبات هي :- إذا ازدادت قيمة التصرف على مئة ألف دينار جزائري.

-إذا كان التصرف غير محدد القيمة مما يخالف الثابت بالكتابة، ويضاف إلى ذلك حالات أخرى يتطلب فيها القانون لإثبات بعض التصرفات دون اعتبار لقيمتها كما

¹-أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في قانون الإثبات في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي ، المرجع السابق، ص 82،

83.

²-مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 139.

في اختيار الموطن الخاص.¹ (م 39 ق.م.ج) وعقد الشركة (م 883 ق.م.ج) والصلح وعقد الكفالة (م 645 ق.م.ج) وعقد الرهن الرسمي (م 883 ق.م.ج) إلا أن دراسة إثبات هذه التصرفات تكون بمناسبة دراستها.²

كما نجد أن تطابق الإيجاب والقبول في المنقول كاف لإثبات عكس البيع في العقار الذي يشترط الكتابة حيث أنها قد تعتبر ركنا للانعقاد أو شرط للإثبات وتكون شرطا إذا كان التصرف القانوني يفوق 100.000 دج وهي ركن للانعقاد في عقد البيع العقار.

حيث نجد أن التصرف صحيح لأنه قام على ركن الكتابة وهو وسيلة إثبات أيضا لكن التصرف التي تكون فيه الكتابة ركن وسبب لكن العقد مخالف للنظام العام فإن التصرف باطل رغم وجود ركن الكتابة فيه. وبما أن الكتابة تكون أصل في محل الإثبات إذا كان تصرف قانوني أو واقعة مادية حيث يتم إثباتها بالكتابة³ وعلى ذلك سنقتصر على بحث القاعدتين الأساسيتين في هذا الموضوع :

أولا : وجوب الكتابة في إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مئة ألف دينار جزائري .

نصت عليه المادة « 333 ق.م.ج ف1 عدلت بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 أي أنه : في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضاءه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.»⁴

¹-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص ، 107، 108.

²- المرجع نفسه، ص 108.

³ <http://www.algeriedroit.Fb.bZ>، ص 4.

⁴-الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المصدر السابق، ص 55.

من خلال نص المادة يتبين لنا أنه إذا تجاوز التصرف القانوني 100.000 دج يكون الإثبات بالكتابة كأصل عام وإذا كانت القيمة غير محددة في التصرف القانوني الإثبات يكون بالكتابة والعبرة في تحديد القيمة بوقت صدور التصرف وليس وقت التنفيذ كما أن العبرة بالقيمة الأصلية وليس بتوابعها.¹

ثانيا :وجوب الكتابة في إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة .

وجوب الكتابة بإثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة : نصت عليه المادة 334 ف1 ق.م.ج على هذه القاعدة « لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة على مئة ألف دينار جزائري فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي »²، فهنا يكون الإثبات بالكتابة حتى ولو لم يتجاوز التصرف 100.000 دج يمكن إثباته بالكتابة. والاستثناء : إذا كان شخص يريد أن يخالف عقد رسمي أو ما هو مكتوب، كما نجد أن الحق الذي بقي من المبلغ يمكن إثباته من الكتابة لأن الدين في مجموعه كان يتجاوز مئة ألف دينار جزائري 100.000 دج والاستثناء هو الإثبات بالكتابة لأن الأصل هو الإثبات بشهادة الشهود فالتصرف الذي يساوي 100.000 دج لا يثبت بالكتابة بل بشهادة الشهود لأن النص يقول « التصرف الذي تجاوز قيمته.³ »

كما نجد أيضا أن الإثبات بالكتابة في بيع العقار، والمحل التجاري وعناصره، وبيع الأسهم لأنها تتضمن ركن الكتابة وهناك استثناءات أوردها المشرع على الكتابة⁴ وهذا في المادة 335 ق.م.ج معدل بأنه « يجوز الإثبات بالشهود، فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة وكل كتابة تصدر من الخصم

¹ -http://www.algeriedroit.Fb.bZ، ص 4.

² -الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المصدر السابق، ص 55.

³ -http://www.algeriedroit.Fb.bZ، ص 4.

⁴ -http://www.algeriedroit.Fb.bZ، ص 5.

ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة.¹

والمادة (336 ق.م.ج) هذه الحالات هي وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ووجود مانع من الحصول على كتابة أو يفقد المدعي فيها سنده بقوة قاهرة، وثمة حالة أخرى لا تعتبر استثناءً كهذه الحالات وإنما يجوز فيها الإثبات بالشهود والقرائن دائماً وهي حالة الغش أو الاحتيال على القانون.²

المطلب الثاني : شهادة الشهود في المواد المدنية والتجارية :

يعتبر الإثبات بالشهادة الشهود من أقدم الطرق التي اعتمدها الأنظمة القديمة وفي الشريعة الإسلامية بحيث كان القاضي على دراية بما يجري في الوسط والمجتمع الذي يعيش فيه فكان يستطيع أن يعتمد على من يثق بهم من الشهود غير أنه لما اتسعت المجتمعات قلت الثقة في شهادة الشهود وكثر احتمال الكذب والتزوير فأصبح للإثبات بالشهادة مجال محدود ولا تستعمل كأداة إثبات إلا في الحالات التي حددها القانون،

لقد جعل المشرع الجزائري شهادة الشهود في المرتبة الثانية بعد الكتابة وقام بتنظيمها في الفصل الثاني من الباب السادس تحت عنوان الإثبات بالشهود من المواد: 333 إلى المادة 336 من التقنين المدني الجزائري فقد قام باستبدال كلمة (شهادة الشهود) بكلمة (البينة) في تعديل " القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 المواد 47-48 فمن هنا نقول أن الإرادة التشريعية الجزائرية قد أحسنت بهذا التعديل .

¹-الأمر رقم 75-58 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المصدر نفسه، ص 54.

²-محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 124

وللتوضيح أكثر في هذا الموضوع ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع متناولين فيها ما يلي:

- الفرع الأول : الأحكام العامة لشهادة الشهود.
- الفرع الثاني: قوة الإثبات المطلقة بشهادة الشهود.
- الفرع الثالث : قوة الإثبات المحدودة بشهادة الشهود.

الفرع الأول : الأحكام العامة لشهادة الشهود في المواد المدنية التجارية :

تعتبر الشهادة كطريق للإثبات ثابتة بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة فمن الكتاب قوله تعالى : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهادة ﴾ الآية رقم 282 سورة البقرة .
أما من السنة قوله صلى الله عليه وسلم لها إلى بن أمية حين رما زوجته بالزنا من شريك بن سمحاء « البينة أو حد في ظهرك » سبل السلام للصنعاني في ح 4 ص 20.

ومن هنا نتطرق إلى تعريف شهادة الشهود :¹

أولا - تعريف شهادة الشهود :

هي تلك الأقوال التي يدلي بها شخص ذكر كان أو أنثى أمام القضاء لإثبات الواقعة المعروضة عليه قصد الوقوف على الحقيقة وتأكيد الحق لصاحبه وهي معنيين :

1-تعريف شهادة الشهود لغة :

هي أخبار عن شهادة عين لا عن تخمين وحسبان كونهما مشتقات من المشاهدة وهي تتبأ عن المعاينة¹.

¹ سيد علي نورية ، تزي أوكدال سامية ، طرق الإثبات ذات القوة المحدودة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص القانون الخاص الشامل ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم القانون الخاص ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 21 جوان 2016، ص5.

2- تعريف شهادة الشهود إصطلاحا :

إخبار الإنسان بحق الغير على غيره و المجز يسمى شاهدا والمجزلة يسمى مشهودا والحق يسمى مشهودا².

3- تعريف شهادة الشهود قانونا :

لم يقم القانون المدني الجزائري بتعريف شهادة الشهود على غرار التقنيات الأخرى العربية واللاتينية إذا اكتفت معظم التشريعات بتنظيم وتحديد مجالها وشروط قبولها وحجيتها و إجراءاتها تاركة تلك المهمة للفقهاء و الشراح والاجتهاد القضائي فقد وردت على لسان الفقهاء عدة تعريفات منها على أنها: أخبار أمام القضاء بصدور واقعة من غير الشاهد تثبت حقا لشخص آخر ويجب أن يكون الإدراك بالواقعة إدراكا مباشرا وشخصيا³

ثانيا- حجية شهادة الشهود :

وهي غير ملزمة للقاضي وله السلطة التقديرية في تقدير قيمتها فقد يأخذ القاضي بأقوال الشهود كلها أنا أطمئن إليها وارتاح ضميره لأخلاق الشاهد وتصرفاته وقد لا يأخذ بها وهو غير ملزم بإظهار أسباب عدم اطمئنانه لمن أدلى بالشهادة أما قد يأخذ القاضي بأقوال شخص واحد وقد يرجح شهادة على أخرى وهو غير ملزم بتسبيب هذا الترجيح فحجتها محدودة باعتبار ما يثبت عن طريقها يقبل النفي بشهادة أخرى أو بدليل آخر من أدلة الإثبات كما تعتبر أنها ذات حجة

¹ محمود محمد عبد العزيز الزيني ، مناقشة الشهود واستجوابهم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2004 ، ص ، أ ، ب .

² يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود ، وفق احكام الشريعة و القانون وما إستقر عليه قضاء المحكمة العليا ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2005 ، ص ص ، 19 . 20 .

³ براهيم صالح ، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة في المواد المدنية والجناية ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، التخصص القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر ، 2012 ، ص ص 11-12.

منعدمة فما بداية بها يكون ثابتا بالنسبة للكافة كما تعني الشهادة دليلا مقيد أي لا يجوز الإثبات بها إلا في حالات معينة فالقاضي الذي ينظر في الاستئناف لا يتقيد في حالة استأنفت دعوى بالنظر برأي محكمة أخرى سبق وأن شككت في صحة أقوال الشهود عن ذات الواقعة المدعى بها¹.

ثالثا : سلطة القاضي في تقدير شهادة الشهود :

تكون للقاضي حرية واسعة في تكوين اقتناعه بثبوت الوقائع بالشهادة فله أن يعتبر الواقعة المدعاة ثابتة اعتمادا على شهادة شخص واحد أو غير ثابتة ولو شهد بها شهود كثيرون ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " قاض الموضوع هو وحده صاحب الحق في تقدير ما يقدم إليه في الدعوى من بيانات ... فلا تثريب على المحكمة إذا هي طرحت شهادة الشهود في التحقيق الذي أمرت به لعدم اقتناعها بصدق أقوالهم " كما قضت بأن " ترجيح شهادة شاهد على شاهد آخر هو من إطلاقات قاض الموضوع لا شأن فيه لغير ما يطمئن إليه وجدانه " وأن المحكمة " إذا ما طرحت أقوال الشهود لعدم اطمئنانها إلى شهاداتهم فلا شأن لمحكمة النقض بها فذلك من الأمور التي يستقل بها قاضي الموضوع لتعلقه بتقدير الدليل"²

رابعا : شهادة السماع والشهادة الباطلة :

يجب أن يكون الشاهد قد عرف شخصا الواقعة التي يشهد بها من خلال رأيها سمعها مباشرة ومن هنا كان الأصل أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشأن لم يقطع به من جهة المعاينة أو السماع .

¹ بريخ حورية ، بالة كنزة ، المرجع السابق، ص13.

² -محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص130.

فشهادة السماع هي شهادة غير مباشرة كأن يشهد الشخص بما سمع رواية في الغير فلا تعتبر شهادة بالمعنى القانوني تكون لها حجية الشهادة وإن كان للمحكمة أن تستتير بها باعتبارها قرينة على صحة المدعى به .

أما بالنسبة للشهادة الباطلة فهي لم تؤد وفقا للأوضاع والشروط التي يتطلبها القانون فهذه لا تعتبر شهادة بالمعنى القانوني ولكن يكون في وسع القاضي أن يخرج بقرينة تسندها وقائع الدعوى ومثل الشهادة الباطلة شهادة أدية بغير يمين¹

الفرع الثاني : قوة الإثبات المطلقة بالشهود في المواد المدنية و التجارية :

بحسب الأصل الحالات التي يجوز فيه الإثبات بشهادة الشهود يمكن استخلاصها من نص المادة " 333ق.م.ج" وهي الوقائع المادية والتصرفات التجارية والتصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها مئة ألف دينار جزائري وسنتطرق إلى هذه الحالات :

أولا : الوقائع المادية :

سبق وأن قلنا أن محل الإثبات يتمثل في الواقعة القانونية بصفة عامة وتنقسم هذه الأخيرة إلى قسمين ، هما قسمين هما التصرفات القانونية والوقائع المادية حيث اشترط المشرع الكتابة أساس لإثبات التصرفات القانونية كونها تتمثل في إرادة تتجه إلى أحداث أثر قانوني ومن اليسير إعداد الدليل الكتابي مقدما لإثبات التصرف القانوني².

والوقائع المادية يجوز إثباتها بالبينة وهي وقائع مادية طبيعية كالفيضانات والحرائق والزلازل والجنون والعتة والغفلة ووقائع مادية بحتة سببها الإنسان كصدور أفعال ضارة بالغير فعلى المتضرر الذي يطالب بالتعويض عن الضرر أن يثبت

¹ - محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص131.

² زرقان وليد ، إجراءات الإثبات عن طريق الشهادة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في تنفيذ الأحكام القضائية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، سعيد حمدين ، جامعة الجزائر، 2014-2015،

أركان المسؤولية من خطأ وضرر والعلاقة المسببة بينهما في أن هناك¹. استثناء من القاعدة جعلت الإرادة الشريعة الجزائرية إثبات الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك

(المادة 26 من ق.م.ج) بقولها " تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك ، وإذا لم يوجب هذا الدليل أو يبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، يجوز الإثبات بأي طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية² .
وكذلك الالتزامات التي تبنى على شبه الحق يجوز إثباتها بشهادة الشهود كما هو الحال بالنسبة لحالة الإثراء بلا سبب المادة 141 ق.م.ج"

وكذلك في حالة الفضالة المادة "150 ق.م.ج" التي تعرف الفضالة كأن يتولى شخص عن قصد القيام بشيء لحساب شخص آخر كما تجوز أيضا البينة في حالة التدليس والخلط والغش باعتبار أن هذه الوقائع مناعة بحكم طبيعتها من الكتابة مسبقا كما أن التسلط على الإرادة التي ينتج عنها تصرف تزيد قيمته عن ألف دينار جزائري تجوز فيه شهادة الشهود أي البينة³

وعلى ذلك يجب أن تميز بين الواقعة المادية والتصرف القانوني في الأعمال المختلطة : فهنا قد يكون العمل المراد إثباته مختلطا يجمع بين عنصرين أحدهما تصرف قانوني والآخر واقعة مادية فالأول تسري عليه قاعدة الإثبات بالكتابة أما الثانية فيجوز إثباته بجميع الطرق ومنها الشهادة فهذه القاعدة تنطبق على الدعوى المدنية والدعوى الجنائية على سواء فمثلا في جريمة خيانة الأمانة فيجب إثبات العقد بالكتابة إذا تجاوزت قيمة التصرف 100.00 دج أما واقعة الاختلاس فيمكن إثباتها بجميع الطرق ومنها شهادة الشهود

¹ يوسف دلاندة ، المرجع السابق، ص78.

² الأمر رقم 75-58 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المصدر السابق ، ص7.

³ يوسف دلاندة ، المرجع السابق، ص78.

وكذلك الحال في إثبات الخطأ التعاقدى إذا كان هو الإخلال بالالتزام بالامتثال في عمل معين فالعقد يكون إثباته بالكتابة بينما واقعة الإخلال تثبت بجميع الطرق

في الأخير فإن للشهادة قوة مطلقة في إثبات الوقائع المادية فإثبات الوقائع المادية بجميع الطرق ومنها شهادة الشهود والقرائن¹.

ثانيا : المواد التجارية :

فرضت طبيعة التعامل التجاري وما تقتضيه من السرعة وما يستلزمه من البساطة وما يستغرقه من وقت قصير في التنفيذ الأخذ بمسألة الإثبات الحر الطليق في المواد التجارية². فيجوز إثبات التصرفات التجارية بشهادة الشهود والقرائن مهما كانت قيمتها وأنه مهما كان المتعاقدان تاجران أو بصدد أعمال تجارية اتبعت في إثباتها مسائل الإثبات التجارية³.

أما إذا كان التصرف مدنيا بالنسبة لأحد الأطراف وتجاريا بالنسبة للطرف الآخر اتبعت وسائل الإثبات التجارية بالنسبة للتاجر ووسائل الإثبات المدنية بالنسبة لغير التاجر والسرف في ذلك على ما تقتضيه طبيعة المعاملات التجارية والسرعة والبساطة وما تقوم عليه من ثقة وائتمان بين المتعاملين⁴

وقد عالجها المشرع الجزائري في نص المادة "333 ق.م.ج بقولها " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضاءه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك⁵.

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص ص 135-136-137.

² براهيم صالح ، المرجع السابق، ص70.

³ مصطفى مجدي هرجة، شهادة الشهود في المجالين الجنائي والمدني في ضوء قانون 18 لسنة 1999 ، دار الفكر والقانون ، مصر، 1999، ص96.

⁴ سيدي علي نورية ، تيزي أوكداو سامية ، المرجع السابق، ص15.

⁵ الأمر رقم 75-58 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المصدر السابق، ص54.

فالمشرع الجزائري في هذا النص أجاز الإثبات في المواد التجارية بقوله في غير المواد التجارية أي أنه استثنى المواد التجارية من وجوب إثباتها بالكتابة فقد أجاز الإثبات في المعاملات التجارية بشهادة الشهود¹.

وقد أورد المشرع الجزائري نصا صريحا يتمثل في المادة 30 ق.ت.ج"

تنص على ما يلي:

يثبت كل عقد تجاري :

1. بسندات رسمية

2. سندات عرفية

3. بفاتورة مقبولة

4. بالرسائل

5. بدفاتر الطرفين

6. بالإثبات بالبينة أو بأي وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها²

ولكن فقد يتطلب أحيانا الكتابة للإثبات بعض التصرفات التجارية كما هو الشأن بالنسبة لعقود الشركات وعقود بيع السفن و إيجارها والتأمين عليها كما يجوز للأشخاص الاتفاق على الإثبات بالكتابة في المسائل التجارية³.

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في الشهود في المواد التجارية فله أن يرفض الإثبات بها إذا رأى في خصوص الدعوى أنه غير مقبول كما إذا كان موضوع النزاع كبير القيمة أو جرت العادة بين التجار على إثباته بالكتابة إذ في هذه الحالات ومثيلاتها لا تطمئن نفوس القضاة إلى الاعتماد على الشهادة في

¹ يوسف دلاندة ، المرجع السابق، ص77.

² الأمر رقم 59-75 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون التجاري ، المعدل و المتمم ، بالقانون رقم 05-

02 مؤرخ في 06 فيفري 2005 ، جريدة رسمية عدد ، 11 صادرة بتاريخ ، 09 فيفري 2005 ، ص 08.

³ سيدي علي نورية ، تيزي أوكدال سامية ، المرجع السابق، ص15.

الإثبات إذا كانت هي الدليل الوحيد في الدعوى و إنما يتطلب في الغالب مبدأ ثبوت
بالكتابة¹

ثالثا : التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على 100.000 دينار

جزائري :

رأينا فيما سبق أن القاعدة العامة التي نص عليها المشرع الجزائري في
المادة " 333ق.م.ج" لا تجيز إثبات التصرف المدني الذي تزيد قيمته عن مئة
ألف دينار جزائري أو يكون غير محدد القيمة بالشهادة.

وبذلك يخرج عن نطاق هذه القاعدة التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها
هذا الحد وعليه فالتصرف القانوني المدني الذي لا تزيد قيمته عن 100.000دج
يجوز إثباته بشهادة الشهود ويشترط لتطبيق هذه القاعدة أن يكون التصرف مدنيا
وقانونيا سواء كان التصرف بإرادتين أو بإرادة واحدة ولا يجب أن يكون تجاري وذلك
أن المعاملات التجارية تثبت بكل طرق الإثبات كما ذكرنا سابقا²

فهذه التصرفات لا يلزم فيها القانون تقديم دليل كتابي إلا إذا كان هناك اتفاق
بين الخصوم على وجوب الإثبات بالكتابة على خلاف القواعد العامة أو كان
القانون يتطلب فيها الكتابة بنص خاص يقضي بذلك³ كما هو الشأن في عقد
الكفالة⁴ وعقد الصلح وكذلك ما ذكرناه بشأن القاعدة التي توجب الكتابة في إثبات
ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة حتى ولو لم تزيد قيمة التصرف على مئة ألف
دينار جزائري⁵.

¹ زرقاز وليد ، المرجع السابق، ص13.

² المرجع نفسه، ص ص 13-14.

³ مفلح عواد القضاة ، المرجع السابق، ص168.

⁴ تنص المادة 645 من الأمر رقم 75-58 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ،
المصدر السابق على أنه " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الأصلي بالبيئة "

⁵ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص141.

الفرع الثاني : في قوة الإثبات المحدودة بالشهود في المواد المدنية والتجارية :

والمقصود في قوة الإثبات المحدودة هي الحالات التي يجوز فيها الشهادة :

للإثبات استثناء

فهذه الحالات على الرغم من أن قيمتها تزيد عن نصاب الشهادة هي حالات

الأصل فيها وجوب إثباتها بالكتابة ولكن أجاز إثباتها بشهادة الشهود " استثناء "

وهذه الحالات هي :¹

أولا :مبدأ الثبوت بالكتابة:

نصت المادة : " 335 ق.م.ج" على أنه " **{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 قريب الاحتمال تعتبر

مبدأ ثبوت بالكتابة .

ومن خلال القراءة المتأنية لنص المادة "335 المذكور أعلاه تبين مبدأ ثبوت

بالكتابة يتوقف على توافر ثلاثة شروط ألا وهي:

أ - وجود ورقة مكتوبة :

تعتبر جميع الكتابات صالحة لأن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة كيفما كانت

طبيعتها ومهما كان الغرض الذي ترمي إلى تحقيقه وهذا ما يؤكد ايراد لفظ كل

كتابة مثل الدفاتر التجارية التي لم تتضمن البيانات التي نص عليها القانون ومنها

أيضا الرسائل والمذكرات الشخصية وسند الدين الذي لم يؤشر عليه من طرف

الدائن ، وتقارير ضباط الشرطة القضائية كما أن عدم توقيع ذوي الشأن² في هذه

الحالة يمكن أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة أما بخصوص الورقة الرسمية الباطلة

¹ محمد وحيد دحام ، الإثبات بشهادة الشهود ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الأولى ، مصر ، 2015-، ص105.

² قروف موسى ، سلطة القاضي المدني في تقدير الدليل الكتابي ، مجلة المفكر ، العدد الثامن ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، ص ص 96-97.

بسبب عدم توقيعها من المدين حتى لو ذكر عجز المدين عن التوقيع ، فهي لا تكون لها قيمة الورقة العرفية، غير أنها تصلح لأن تكون مبدأً ثبوت بالكتابة¹.

ب - صدور الورقة من المدعى عليه :

تعتبر الورقة صادرة من المدعى عليه إذا كانت بخطة أو موقعة منه أو كانت بخط من يمثله أو موقعة منه أو كانت رسمية ورد فيها قول له فإن لم تكن كذلك فلا تعتبر صادرة منه حتى لو وجدت بين أوراقه كما أنه إذا كانت هناك ورقة في حيازة المدعى عليه تملكها واستعملها بطريقة تفيد تسليمه بما جاء بها فإنها تعتبر كأنها صادرة منه حتى لو كانت من صنع غيره وإضافة إلى ذلك لكي تعتبر الورقة مبدأً ثبوت بالكتابة ألا ينكرها من يتمسك عليه بها أو يطعن فيها بالتزوير وفي هذه الحالة لا يعتمد بالورقة إلا إذا ثبتت صحتها واعتبار الورقة صادرة من الخصم مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض (المحكمة العليا)².

ج- جعل المدعي به قريب الاحتمال :

ويكون تقديره هنا موكول إلى القاضي وبراغي أن هناك الشرط جوهرى ، إذ ينبغي أن يكون حلقة الاتصال بين الكتابة والالتزام المدعي به وينبغي أن يدل على أن هذا الالتزام غير مجرد من الأساس تجريدا تاما ، وعلى ذلك فغنه يكفي أن تكون الورقة المقدمة كمبدأ ثبوت بالكتابة من شأنها أن تجعل الواقعة المراد إثباتها محتملة بل يجب أن تجعل هذه الواقعة مرجحة الحصول لا ممكنة الحصول فحسب فإذا توافر ركن قرب الاحتمال على هذا النحو فإن مبدأ الثبوت بالكتابة هو وحده لا

¹ قروف موسى ، سلطة القاضي المدني في تقدير الدليل الكتابي ، المرجع السابق ، ص97.

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص148-149.

يكفي دليلا كاملا على صحة الواقعة المراد إثباتها بل يجب تكملته بالبينة والقرائن أو بهما معا¹.

ملاحظة هامة : إذا توافرت الشروط الثلاثة التي رأيناها قام مبدأ الثبوت بالكتابة وجاز للقاضي أن يكمله بشهادة الشهود حسب نص المادة "335 ق.م.ج " ولكن في التصرفات الشكلية حيث تكون الكتابة مشروطة لانعقاد كما في الرهن الرسمي فلا يجوز الشهادة في الإثبات ولو وجد مبدأ ثبوتها بالكتابة لأن الكتابة في هذه التصرفات لا تكون دليلا فحسب بل تعتبر ركنا من أركان التصرف فإن تخلفت فإن التصرف يكون منعما².

ثانيا : المانع من الحصول على دليل كتابي :

تنص المادة : "336 ف1 ق . م . ج" على أنه يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي " ويلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري نص صراحة على إمكانية الإثبات بشهادة الشهود³ عندما يكون لدى الشخص مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي فوضع المشرع هذا الاستثناء بواسطة معيارا موضوعيا لمعرفة الاستحالة يتمثل في وجود المانع المادي أو الأدبي⁴.

1 - المانع المادي :

بالتأمل لنص المادة 336 ق.م.ج أجازت الإثبات بشهادة الشهود ما كان يجب إثباته بالكتابة مهما كانت قيمة التصرف القانوني ونوعه لذا وجد مانع مادي بقولها " يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي "

¹ مصطفى مجدي هرجه ، المرجع السابق، ص114.

² المرجع نفسه، ص ص 150-152.

³ الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1957 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المصدر السابق، ص55.

⁴ براهيم صالح ، المرجع السابق، ص112.

والمانع المادي يمكن حضوره في حالة وجود ظروف مادية أدى إلى عدم تدوين التصرف الذي حصل بين شخصين أو أكثر في بيعة كحدوث كارثة مفاجئة أثناء التصرف حالت دون تسجيل ذلك التصرف القانوني وكان هناك من شاهد ذلك ففي هذه الحالة يجوز إثبات ذلك بالبينة¹. ومثالا على ذلك ما ينشأ من التصرفات عند الحوادث المفاجئة كالحريق أو الفيضانات أو الوديعة الاضطرارية وهي التي يمكن أن تتم في ظروف يخشى فيها الشخص خطرا داهما على الشيء دون أن يكون لديه المتسع من الوقت أو الوسائل للحصول على الكتابة من المودع إليه لذلك يشترط للاستفادة من هذا الاستثناء للإثبات بشهادة الشهود ، أن يثبت أولا الظرف المفاجئ الذي حصل الإيداع بسببه في الاضطرار للإيداع².

2- المانع الأدبي :

وكذلك قد يكون المانع أدبيا وقد قيل أنه ليس من الضروري أن تكون هناك استحالة مطلقة مادية بل يكفي أن تكون هناك استحالة نسبية أدبية فرابطة الزوجية يصح اعتبارها مانعا أدبيا يحول دون أخذ أحد الزوجين سندا على الآخر وكذلك البنوة والأبوة وأيضا صلة القرابة بين ابن الأخت أو بنت الأخت والخالة وبالنسبة لابن الأخ وعمته وكذا بالنسبة للزوجة ووالد زوجها وصلة التبعية والمتبوعة بين السيد وخادمه تعتبر من الموانع الأدبية أو المعنوية التي تمنع أحدهما من أخذ كتابة على الآخر ومن ذلك أيضا الطبيب فإنه لا يقتضي عهدا مكتوبا بأجر الجراحة أو العلاج ويجوز له إثباته بغير كتابة وكذلك حائك الملابس لا يحصل على دليل كتابي بأجره ولهذا يجوز له إثباته قبل عمله البيعة وتكفي العادة مانعا أدبيا من الحصول على دليل كتابي فإذا جرت العادة في مهنة ما بعدم تهيئة هذا الدليل في

¹ يوسف دلاندة ، المرجع السابق، ص81.

² مفلح عواد القضاة ، المرجع السابق، ص177.

التعامل قام المانع الأدبي¹. وجاز من إثبات التصرف بالبينة و لو زادت القيمة على مئة ألف دينار جزائري.

ولقاضي الموضوع سلطة واسعة في تقدير فإن المانع من الحصول على دليل كتابي ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا².

ثالثا : فقد السند الكتابي :

تنص الفقرة الثانية من المادة " 336 ف2.ق.م.ج على أنهن { إذا فقد الدائن سند الكتابي لسبب أجنبي خارجا عن إرادته }"³.

- نلاحظ من خلال نص المادة أنها أجازت الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة في حالة ما أثبت الدائن أو المدعي أنه كان في يده أو في حوزته سند كتابي مثبت للتصرف الذي أسس عليه دعواه وأن السند أو الدليل الكتابي فقد منه بسبب لا يدل له فيه أي أنه ضاع منه بسبب قاهر خارج عن إرادته أي أن إتلافه أو صياغته لم يكن بتقصير منه.

- ولنكون أمام حالة جواز الإثبات بشهادة الشهود لفقدان السند الكتابي لا بد من توافر حالتين⁴

1. سبق وجود سند كتابي :

والمقصود هنا الدليل الكتابي الذي سبق أن أعد لإثبات وجود الالتزام أو الإثبات لانقضائه ولذلك لا يقبل منه أن يثبت الورقة أو السند الذي يصلح لأن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة أي دليل ناقص ذلك لأن القانون لا يحمي المدعي إذا كان مقصرا في الحصول على السند الكتابي الكامل في مثل هذه الحالة ، كما

¹ مصطفى مجدي هرجه، المرجع السابق، ص124.

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص158.

³ الأمر رقم 75-58 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المصدر السابق، ص55.

⁴ يوسف دلاندة ، المرجع السابق، ص82.

يمكن للمدعي أن يثبت سبق وجود السند بكافة طرق الإثبات ويجب أن ينصب الإثبات بالإضافة إلى سبق وجوده على مضمونه وتوافر الشروط الخاصة التي تلزم فيه أن كانت له شروط خاصة ، كالشروط التي يتطلبها القانون إذا كان الأمر متعلقاً بتصرف شكلي مثلاً .

كما يطلب من المدعي أن يقيم الدليل ويحميه بطرق الإثبات على أن السند يحمل توقيع الخصم أما لو اعترف سبق وجود السند وأثر التوقيع اعتماداً منه على استحالة تحقيق التوقيع عن طريق المضاهاة جاز للمدعي أن يثبت توقيع المدعي عليه بالشهادة والقرائن أيضاً والجدير بالذكر أن الإثبات بالشهادة هنا في حالة كون التوقيع والإقرار بالسند يقتصر على التوقيع وحده ولا يتناول إثبات العقد .

وإذا أثبت المدعي أن المدعى عليه ألتفه عمداً على ذلك قرينة قضائية على أن هذا السند كان مستكملاً كل ما يلزم فيه من شروط وله في مثل هذه الحالة إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ومعها الشهادة والقرائن¹.

2- إثبات فقد السند بسبب أجنبي :

يجب على المدعي أن يثبت أيضاً أن فقد السند الكتابي راجع إلى سبب خارج عن إرادته أي إثبات الحادثة التي كان سبباً في فقد السند الكتابي ، كما لو كان بسبب قوة قاهرة كالسرقة والحريق والفيضان ، كما أنه قد يكون بفعل المدعي عليه كقيامه باختلاس السند الكتابي أو بسبب شخص أجنبي كما لو سلم إلى محام وأضاعه

وبمفهوم المخالفة لا يطبق هذا الاستثناء إذا كان ضياع السند الكتابي بفعل المدعي كيفما كانت طبيعة هذا الفعل خطأ كان أو إهمال وإثبات هذه الشروط يكون بكل طرق الإثبات لأنها واقعة مادية وليست تصرف قانوني فإذا توافرت الشروط وتم

¹ مفلح عواد القضاة ، المرجع السابق، ص 185-186.

إثباتها من طرف الخصم حلت الشهادة محل الكتابة في الإثبات في إثبات التصرفات القانونية التي تتجاوز النصاب المحدد وكذا إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي كامل

ولو يودع المشرع الجزائري أمثلة عن المانع مادي كان أو أدبي شأنه في ذلك شأن التقنيات العربية باستثناء التقنين المغربي في المادة: **448 من قانون الالتزامات والعقود**¹

المطلب الثالث: القرائن في المواد المدنية والتجارية :

تعتبر القرينة كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه ، بمعنى أن يوجد أمر ظاهر معروف يصلح الاعتماد عليه وأن توجد صلة بين الأمر الظاهر والأمر الخفي².

والقرينة هي كل ما يستخلصه القاضي أو المشرع من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول ، فالقاضي أو المشرع يستخدم وقائع يعملها ليستدل بها على وقائع أخرى ، ومن هذا نستدل أن القرائن ليست أدلة مباشرة بل هي أدلة غير مباشرة تقوم على الاستنتاج ، استنتاج وقائع من وقائع أخرى ، فلا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق بل على واقعة أخرى إذ ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها وقد يقوم القاضي بهذا الاستنتاج كما قد يقوم به المشرع نفسه ولذلك كانت القرائن على نوعين قرائن قضائية وقرائن قانونية و من هنا سنقسم دراستنا إلى ثلاثة فروع :

• الفرع الأول : القرائن القضائية.³

¹ قروف موسى ، مجلة سلطة القاضي المدني في تقدير الدليل الكتابي ، المرجع السابق، ص ص 99-100.
² مصطفى عبد العزيز الطراونة ، القرائن القضائية لاثبات عدم مشروعية القرار المطعون به دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ،الأردن ، 2011، ص49.
³ عبد الحميد الشواربي ، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجناحية والأحوال الشخصية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر ، 2003، ص37.

• الفرع الثاني: القرائن القانونية .

• الفرع الثالث : التمييز بين القرائن القضائية و القرائن القانونية .

الفرع الأول : القرائن القضائية في المواد المدنية والتجارية :

القرائن القضائية هي استنتاج القاضي لأمر مجهولة من أمور معلومة باجتهاده وذكائه من موضوع الدعوى وظروفها ولا يؤخذ بها إلا في الحالات التي يجوز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود وبالتالي فلا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية في التصرفات القانونية التي تزيد في مئة ألف دينار جزائري أو غير محددة القيمة ، ولا في إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة أو ما يجاوزها ، فالقرينة القضائية إذا يترك أمر استخلاصها للقاضي فهو يعتمد على واقعة معروفة في الدعوى المعروض عليه ويستدل بها الواقعة المراد إثباتها¹.

وقد نصت المادة 340 ق.م.ج على القرينة القضائية وسلطة القاضي في استنباطها فقالت " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة " والمقصود هنا بالبينة في المادة 340 هي شهادة الشهود².

أولاً: عناصر القرينة القضائية :

تتكون القرينة القضائية من عنصرين أحدهما مادي والثاني معنوي

1.العنصر المادي :

وهي وقائع ثابتة يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى وتسمى هذه الواقعة بالدلائل أو الإمارات فيستنبط منها دلالتها على الوقائع المراد إثباتها وأيا كانت وسيلته في ذلك ، فقد يستخلصها من الوقائع التي كانت محل مناقشات بين

¹ مروش الخامسة ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة ، الجزائر 2016-2017ص38.

² محمد صبري السعدي ، المرجع سابق، ص ص 165-166.

الخصوم أو من ملف الدعوى، وقد يستخلصها من أوراق خارج الدعوى ، وقد تكون كذلك الواقعة التي اعتمد عليها القاضي ثابتة بأي طريقة من الطرق الإثبات كالكتابة أو الشهادة أو بيمين نكل الخصم من حلفها أو من أي واقعة يرى أنها تؤدي إلى المطلوب كما يجب أن تكون الدلائل أو الإمارات المستند إليها من طرف القاضي ذات دلالة قاطعة ، فلا يقبل استنباط القرينة القضائية استنادا إلى واقعة غير ثابتة أو ظنية ¹ .

2. العنصر المعنوي :

وهو الاستنباط الذي يقوم به القاضي على أساس العنصر المادي ومرجعه فطنة القاضي وذكاءه استخراج الواقعة المدعى بها وهي واقعة مجهولة من الواقعة الثابتة عن طريق الاستنباط والتفسير من القاضي وهذا يشكل العنصر المعنوي للقرينة ² .

ثانيا : قوة القرائن القضائية في الإثبات :

من خلال ما أشرنا إليه سابقا على أن ما يثبت بالقرينة القضائية يعد حجة متعددة وثباتا بالنسبة للكافة لأن أساسه وقائع مادية ثابتة يبين عليها القاضي استنباطه بعد تكوين قناعتها بها وبالتالي سنقوم بالحديث في هذا العنصر على حجية القرائن القضائية في الإثبات وسلطة القاضي بالنسبة للقرائن القضائية ونطاق الإثبات بالقرائن القضائية .

1.حجية القرائن القضائية في الإثبات :

تعتبر حجية القرائن القضائية في الإثبات كحجية البينة حيث يتوقف الأخذ بها على مدى اقتناع القاضي بقوتها حطي أقل مرتبة من الكتابة و الإقرار واليمين الحاسمة كما تعتبر القرائن القضائية دليل غير مباشر قوامها الاستنباط الذي يقوم

¹ سيدي علي نورية ، تيزي أوكداو سامية ، المرجع السابق، ص28.

² مصطفى عبد العزيز الطراونة ، المرجع السابق، ص58.

به القاضي وبالتالي يمكن أن يشوبها الضعف في دلالتها أما بعدم صحة الوقائع التي استند إليها القاضي أو بسبب عدم توفيق القاضي في عملية الاستنباط لعدم اتخاذه الكثير من الحكمة والحذر لذلك يجوز للخصم دحضها بكافة طرق الإثبات ، وما يثبت في القرائن القضائية يعتبر حجة متعدية وثابتة بالنسبة للكافية لأنه ، تنتفي فيها شبه اصطناع أحد الخصوم دليلاً لنفسه ¹

2. سلطة القاضي في تقدير القرائن القضائية :

يترك المشرع للقاضي الحرية في استنباط القرائن القضائية من خلال نص المادة 340 ق . م. ج يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون " ². فالقاضي حر في اختيار أية واقعة من الوقائع الثابتة أمامه لكي يستنبط منها القرينة ، كما أن له سلطة واسعة كذلك في استنباط ما تحتمله الواقعة من دلالة، ثم أنه بعد ذلك وذاك حر في تكوين اقتناعه ، فقد تقنعه قرينة واحدة قوية الدلالة وقد لا يقتنع بقرائن متعددة ضعيفة الدلالة وهو في تقديره هذا لا يخضع لرقابة محكمة النقض .

والجدير بالذكر أن القاضي يتمتع بنسبة للقرائن القضائية بسلطة قضائية لا يتمتع بها بالنسبة للأدلة الأخرى فالقاضي ألا يقتصر في استنباطه للقرينة على وقائع وظروف النزاع المطروح أمامه إنما له أن يستنبطه كذلك من خارج دائرة هذا النزاع . مادامت الأوراق المتعلقة بها قد ضمت إلى الدعوى المعروضة ³

فمن الأمور التي يستدل بها على صورية التصرف وعلى نية الإيحاء عدم رفع المتصرف إليه ثمنًا للمبيع أو تنازل البائع عن الثمن في عقد البيع ، أو ثبوت ما بالمشتري من خصائصه تعجزه عن دفع الثمن بالرغم من ضالته

¹ سيدي علي نورية ، تيزي أوكال سامية ، المرجع السابق، ص35.

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 167.

³ عبد الحميد شواربي ، المرجع السابق ، ص ص18-19.

لقيمة المبيع ، أو حصول التصرف بغير عوض وقد يعزز القرينة المستفادة من هذه الأمور عدم شهر عقد البيع وبقاء العقد في حيازته المتصرف حتى وفاته ، أو مصادقة المشتري على تصرف البائع في المبيع مرة ثانية ، ولكن لا يشترط دائما لاعتبار العقد وصية ألا يكون مشهرا فشهر العقد لا يمنع من اعتباره وصية إذا توافرت القرائن على ذلك ¹.

3. نطاق الإثبات بالقرائن القضائية :

تنص المادة 340 ق.م.ج " بترك تقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة " فمن خلال هذا النص نرى أن المشرع قد ساوى بين القرائن القضائية والشهادة من حيث نطاق الإثبات والسبب في ذلك أن القرائن القضائية إثباتها لا يخلو من الخطر لأن القاضي قد يخطأ في استنباطها ويترتب على ذلك أن جميع القواعد الخاصة بقبول الإثبات بالبينة تسري على القرائن القضائية دون أي استثناء ومن خلال رجوعنا إلى القانون المدني الجزائري نجد أن الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود قد حصرها المشرع في كل من المواد 333 و 335 و 336 ويستخلص من مجموع هذه المواد أن هناك حالات يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية أصلا وحالات أخرى يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية استثناء ²

وتبعاً لذلك فإن الإثبات بالقرائن القضائية يجوز في الوقائع المادية ، والتصرفات القانونية المدنية التي لا تتجاوز قيمتها 100.000 دينار جزائري ، وكذلك في المسائل التجارية وبصفة مطلقة ولا يجوز قبول القرائن القضائية في

¹ أنور سلطان ، المرجع السابق، ص ص ، 162-163

² يحي سامية ، الإثبات بالقرائن القضائية في المواد المدنية ، دار الجامعة الجديدة ، الجزائر ، 2015 ، ص 56

إثبات التصرفات القانونية المدنية التي تتجاوز قيمتها 100.000 دج أو تكون غير محددة القيمة أو تكون مخالفة أو مجاوزة لما اشتمل عليه دليل كتابي ولا فيما كانت الكتابة شرطا لإثباتها كالصلح وكفالاته ، غير أنه يجوز الإثبات بالقرائن القضائية استثناء من ذلك إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو إذا قام مانع من الحصول على دليل كتابي ، أو إذا فقد السند الكتابي من الدائن بسبب أجنبي لا يد له فيه¹.

كما ينبغي الإشارة أنه قد تصبح القرائن القضائية قرائن قانونية فتعود القضاء على دلالة قرينة معينة وتكرار استتباطها على نحو معين فتستقى عليها المحاكم ويتوحد تطبيقها في مختلف الدعوى مما يجعلها بمثابة قرينة قانونية ، فيتدخل المشرع لاحقا لرفعها إلى هذه المرتبة بنص صريح ومثال ذلك اعتبار بقاء الغير في حيازة البائع مع اشتراطه على المشتري عدم التصرف ما دام البائع حيا قرينة على أن التصرف وصية فأخذ المشرع بهذه القرينة وجعل منها قرينة قانونية².

الفرع الثاني : القرائن القانونية في المواد المدنية والتجارية :

تنص المادة 337 ق.م.ج على أنه " القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته في أي طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك³.

ومن هنا سنقوم بدراسة القرائن القانونية فيما يلي :

¹ يحي سامية ، المرجع السابق، ص ص 56-57

² سيدي علي نوزية ، تيزي أودكال سامية ، المرجع السابق، ص ص 37-38.

³ الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المصدر السابق، ص55.

أولاً: تعريف القرائن القانونية والحكمة منها :

1. تعريف القرائن القانونية :

تعرف على أنها تلك القرينة التي يقوم المشرع نفسه باستنباطها فالمشرع يستنبط من واقعة معلومة دلالة على مجهول يراد إثباته ، فيقرر أنه مادامت هناك واقعة قد تثبت ، فإن واقعة أخرى معينة تثبت بثبوت الواقعة الأولى¹:

ومن أمثلة القرائن القانونية ما نصت عليه المادة 499 ق.م.ج بأن الوفاء بقسط من الأجرة في عقد الإيجار قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة لذلك " الوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك " فالواقعة التي تقوم عليها القرينة هي الوفاء بقسط لاحق من الأجرة فإذا تثبت هذه الواقعة استتبطت الإدارة التشريعية منها واقعة الوفاء بالأقساط السابقة².

2. الحكمة من القرائن القانونية :

تهدف الإرادة التشريعية في نصها على القرائن القانونية إلى تحقيق أغراض مختلفة .

فقد يهدف المشرع إلى تحقيق مصلحة عامة كما هو الحال في حجية الأمر المقضي فيه فالقرينة القضائية تضي بأن الحكم صحيح فيما قضا به " المادة 338 ق.م.ج" فلا يجوز قبول دليل ينقضي هذه القرينة ، حيث نقضي المصلحة العامة وجوب توافر ثقة في أحكام القضاء ووضع حد للخصومات في شأن موضوع معين فلا تجوز العودة إلى مناقشته إلا بطريق من طرف الطعن المقررة فوجب

¹ زوزو هدى ، الإثبات بالقرائن في المواد الجزائية والمدنية دراسة مقارنة ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، تخصص القانون الجنائي،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خبضر ، بسكرة ، 2010 ، 2011، ص100.

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 175.

وضع هذه القرينة القانونية لمصلحة عامة هي احترام الأحكام ووضع حد للخصومة والنزاع¹.

وكذلك منع الأفراد من التحايل على القانون ومثال ذلك القاعدة التي تقضي بأن الوصية لا تزيد عن ثلث التركة ، قد يحتال بعض الناس على مخالفتها بتسمية الوصية بيعاً أو هبة أو أي تصرف آخر فوضعت الإرادة التشريعية قرينة قانونية في المادة 776 ق.م.ج ، وبذلك جعلت صدور التبرع في مرض الموت قرينة على أن التبرع وصية .

وكذلك فيما يتعلق بمصالح الأفراد لتعذر الإثبات في بعض الحالات تعذرا قد يصل إلى درجة الاستحالة فقد وضعت الإرادة التشريعية قرينة تعقب من هذا العبء ومثالا على ذلك ما جاء في نص المادة 134 ق.م.ج خاصا بافتراض الخطأ في جانب متولي الرقابة فجعلت الالتزام بالرقابة قرينة على وقوع خطأ من جانب متولي الرقابة².

كما قد يقصد من وضع القرينة القانونية الأخذ بالمألوف الذي درج عليه الناس، من ذلك التأثير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين قرينة على هذه البراءة ما دام السند لم يخرج في حيازة الدائن (نص المادة 332 ق.م.ج)³.

ثانيا : أنواع القرائن القانونية :

وتنقسم القرائن القانونية بدورها إلى نوعين القرائن البسيطة والقرائن القاطعة.

1.القرائن البسيطة :

وهي قرائن تنص من تغيرات المصلحة عن أنه طريقة أرى من طرق الإثبات شأنها في ذلك شأن القرائن القانونية القاطعة ، ويكون إثبات عكسها بجميع طرق الإثبات ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 98 فقرة 1 من ق

¹ زوزو هدى ، الإثبات بالقرائن في المواد الجزائية والمدنية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص107.

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص ص 174-175.

³ أنور سلطان ، المرجع السابق، ص166.

م.ج كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ، ما لم يقدّم دليل على غير ذلك
1

2. القرائن القانونية للقاطعة :

وهي القرائن الواضحة التي تجعل لأمر في حين المقطوع به وهي بذلك تكون دليلاً قوياً مستقلاً لا يحتاج إلى دليل آخر ، فهي بينة نهائية وبطلق عليها أيضاً الإمارات البالغة حد اليقين².

كما تتميز القرينة القاطعة بأنه ينحصر إثبات عكسها في مجال ضيق فلا تتقضي القرينة إلا بعمل صادر من جانب الشخص الذي تقررت هذه القرينة لمصلحته ويتمثل ذلك في إقرار منه يناقض القرينة أو نكول عن اليمين بصحتها³.

ومثال القرينة القانونية القاطعة قرينة الحقيقة القضائية التي تعبر عنها بقوة الأمر المقضي ومؤداها أنه إذا صدر حكم نزاع معين واستنفذ طرق الطعن القانونية فإنه يصبح قرينة على صحة الوقائع التي فصل فيها ولا يقبل مطلقاً بعد ذلك ممن يسري في مواجهته الحكم إثبات مخالفة الحكم للحقيقة " المادة 338 ق.م.ج⁴ .

ثالثاً : حجية القرائن القانونية :

مما تقدم القرينة القانونية تعني الخصم الذي تقوم القرينة لصالحه من إثبات الواقعة التي يستخلصها القانون من هذه القرينة ، ولكن لما كان الأصل هو أن كل دليل يقبل إثبات العكس فأولى بالقرينة القانونية ، وهي تقتصر على الإعفاء من والبيئة تقبل إثبات العكس بالبيئة مثلها أو بدليل كتابي و القرائن القضائية تقبل

¹ مروش الخامسة ، المرجع السابق، ص38.

² عبد القادر إدريس ، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، الأردن ، 2010، ص80.

³ مروش الخامسة ، المرجع نفسه، ص38.

⁴ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص178.

إثبات العكس بقرائن مثلها أو بشهادة أو الدليل كتابي ، وذلك كله وفق لمبدأ أساسي في الإثبات هو حرية الدفاع ، فإن هذا يؤدي بنا إلى النتيجة الآتية : كل قرينة قانونية وقد أثبتت واقعة معينة ، تقبل في الأصل إثبات عكس هذه الواقعة وإذا كان الدليل كتابي والشهادة هما يثبتان الواقعة بطريق مباشر يقبلان إثبات العكس ، والأصل في القرينة القانونية أن تكون غير قاطعة أي أنها تقبل إثبات العكس فإذا هي لم تقبل إثبات العكس فذلك هو الاستثناء¹.

رابعاً : التمييز بين القرائن القانونية والقواعد الموضوعية :

هناك من القواعد ما يتضمن حكماً موضوعياً يبينه المشرع على الغالب الراجح من الأحوال فيحوله إلى حقيقة ثابتة وبذلك تشتهر هذه القواعد بالقرائن القانونية في حين يجب عدم الخلط بينهما² ذلك أن القرينة القانونية تقبل دائماً الدحض ولو بطرق معينة في حين أن القواعد الموضوعية هي قواعد إجبارية لا يمكن دحضها أبداً³.

وبالتالي فإن القواعد التي قيل عنها قرائن قاطعة ليست إلا قواعد موضوعية تقوم على قرائن وأنه ليس في المجموعة المدنية الجزائرية وكما هو الحال في كل من التقنين المدني المصري والسوري والليبي مثل واحد لقرينة قاطعة يتوفر لها تكوين القرينة وأن هذه القرينة إذا وجدت فإنها تعتبر قاعدة موضوعية لا قرينة حقيقية وكل ما في الأمر أن الإرادة التشريعية استخدمت فيها الإثبات للوصول إلى تقرير حكم موضوعي كان هو هدفها الوحيد من النص ففي قاعدة تمت إلى الإثبات بأصلها والاكتفاء في طبيعتها وفي آثارها قاعدة موضوعية ، فقد أحسنت الإرادة التشريعية الجزائرية بعدم إيراد نص خاص بالقرائن القاطعة على خلاف ما

¹ عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 67-68.

² أنوز سلطان ، المرجع السابق، ص 170.

³ المرجع نفسه، ص 170

فعلته الإرادة التشريعية الفرنسية وغيرها ممن سلك مسلكها ودرجت على النص بجواز إثبات العكس بالبينة إلى القرائن التي أقامتها والوقائع أن الوضع التشريعي في الجزائر يسمح لنا أن نصل في سهولة وليس إلى حلول صحيحة في هذا الخصوص دون أن يتضمن ذلك تعارض مع النصوص الموجودة .

خامسا : القرائن القانونية التي لا تقبل إثبات العكس في التقنين الجزائري:

أن هاته القرائن هي القرائن القانونية على الخطأ التي تقوم عليها المسؤولية عن الحيوان فقد نصت المادة 134 ق.م.ج على أنه " حارس الحيوان ولو لم يكمن مالكا له مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ظل الحيوان أو شرب ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب لا ينسب إليه " فأقامت الإرادة التشريعية مسؤولية حارس الحيوان على قرينة قانونية تفيد خطأ الحارس ولم يسمح للحارس أن يزحزح المسؤولية عن عاتقه إلا بإثبات السبب الأجنبي ولا يستطيع أن ينفي الخطأ لأن قرينته القانونية غير قابلة للإثبات العكس ونجد نفس المنوال في المسؤولية عن الأشياء (المادة 138 ق.م.ج) وفي المسؤولية العقدية (المادة 176 ق.م.ج) ومسؤولية المستأجر عن الحريق (المادة 496 ق.م.ج)¹.

الفرع الثالث : التمييز بين القرائن القانونية والقرائن القضائية في المواد المدنية والتجارية :

تعتبر كل من القرينة القضائية والقرينة القانونية متشابهتان ، لقيامهما على فكرة واحدة هي فكرة الاستنباط والاحتمال كما أن كلاهما أدلة غير مباشرة إذ لا يقع فيها الإثبات على الواقعة فإن مصدر الحق بل على واقعة أخرى إذا ثبتت

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص ص 185-186.

أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها إلا أنها ثمة فروق بينهما سواء من حيث الأساس القانوني أو سواء من حيث المجال¹.

أولا : من حيث الأساس القانوني:

تعتبر القرائن القضائية دليلا ايجابيا في الإثبات لأن الخصم يتوسل بها لإثبات دعواه ومن ثمة يتقدم بها إلى القاضي باستتباط الواقعة المراد إثباتها ، أما القرينة القانونية فلا دخل للخصوم والقاضي فيها بل المشرع هو الذي يتولى عملية تحديد الواقعة الثابتة واستخلاص ثبوت الواقعة المجهولة منها ثم يضمن نص قانوني ملزم للقاضي وللأطراف².

فالقرائن القضائية من صنع القاضي وترك له المشرع أمرا استخلاصها فهو حر في اختيار أي واقعة من الوقائع الثابتة أمامه كي يستتبط منها دليلا للواقعة المجهولة لإثبات كما له سلطة واسعة في تقدير ما تؤدي إليه تلك الوقائع من استنتاجات ولا يؤخذ إلا بالقرائن القوية المتصلة بالواقعة المراد إثباتها اتصالا وثيقا ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا ، أما القرائن القانونية تقررت بقاعدة قانونية أي كان مصدرها الرسمي تشريعا أو عرفا أو مبادئ الشريعة الإسلامية... إلخ فالقاضي لا يتمتع بالسلطة التقديرية اتجاهها ، كما يخضع في أعمالها لرقابة المحكمة العليا من خلال تطبيق القانون ن فالقرينة القانونية علاقة يفترضها القانون بين وقائع معينة ، فمثلا القانون يفترض أن كل شخص أطلع على القانون بمجرد نشره وينشأ نشره وينشأ عن ذلك قرينة افتراض العلم بالقانون بمجرد نشره ، وهذا ما نصت عليه المادة " 337 ق.م.ج " " القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته على أي طريقة من طرف الإثبات "

¹ سيدي علي نورية ، تيزي أوكدال سامية ، المرجع السابق، ص 31.

² زوزو هدى ، الإثبات بالقرائن في المواد الجزائية و المدنية ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 118.

تعد القرينة القضائية دليلا ايجابيا لأن القاضي يقوم بور ايجابي بقيامه بعملية الاستنباط إلا أنه يسمح للخصم بنفي ما يستتبطه عن طريقها بكافة طرق الإثبات لأن دلالتها غير قاطعة ، أما القرينة القانونية على أنها دليل سلبي في الإثبات، حيث أن الذي تقررت لصالحه القرينة القانونية بعض من عبء الإثبات وينتقل بذلك عبء الإثبات منه إلى خصمه¹.

ثانيا : من حيث مجال تطبيق القرينتين :

بالنسبة لمجال القرائن القضائية فالمشرع صرح في نص المادة 340 ق.م.ج على أنه يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة².

ومن خلال نص المادة نرى أنه لا يجوز الإثبات بهذه لقرائن إلا في الحالات التي يجيز فيها الإثبات بشهادة الشهود فبالتالي شأنها شأن البينة فجميع القواعد التي تسري على البينة تسري كذلك على القرائن القضائية دون أي استثناء أما القرائن القانونية محددة على نحو صريح ، فليس ثمة قرينة قانونية غير نص قانوني فيقوم بتحديد الدلائل التي تربط بها القرينة وكذلك القوة الثبوتية لتلك القرينة ، كما يجوز الإثبات فيها في جميع الأحوال دون النظر إلى قيمة المدعى به فمثلا التصرف الذي يصدر مرض الموت يعد قرينة قانونية على تصرف على سبيل التبرع ومضاف إلى ما بعد الموت³.

¹ سيدي علي نورية ن تيزي أوكدال سامية ، المرجع السابق، ص 31-32.
² الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم، المصدر السابق، ص55.

³ سيدي علي نورية ، تيزي أوكدال سامية ، المرجع السابق، ص32.

المبحث الثاني : طرق الإثبات الاحتياطية في المواد المدنية والتجارية :

طرق الإثبات الاحتياطية هي الطرق التي يلجأ إليها الخصم عندما يعوزه طريق آخر، أي إذا افتقد الخصم الدليل على دعواه لجأ إليها ، وهذه الطرق تتمثل في الإقرار واليمين، فإذا عدم الخصم الدليل على دعواه لم يبق أمامه إلا أن يلجأ إلى استجواب خصمه عساه يحصل على إقرار منه، أو أن يوجه إليه اليمين الحاسمة وبذلك يحتكم في نهاية الأمر إلى ضميره.¹

وبما أن طرق الإثبات الاحتياطية هي الإقرار واليمين الحاسمة وهي تعتبر كذلك لأنها تؤدي إلى إنهاء النزاع قبل الحكم فيه ، فالإقرار اعتراف بواقعة يجعلها في غير حاجة إلى إثبات واليمين الاحتكام إلى ذمة الخصم ، إذا عجز المدعي عن إقامة الدليل، وكذلك لا يعني الإقرار واليمين من طرق الإثبات إلا تجاوزا مما يبرر بتسميتها بطرق الإثبات غي العادية .

وعلى ذلك فالطرق الاحتياطية لا تشمل إلا الإقرار واليمين ولنعرض لكل

منهما بالتفصيل على النحو التالي :

• **المطلب الأول: الإقرار.**

• **المطلب الثاني: اليمين**²

المطلب الأول : الإقرار في المواد المدنية والتجارية :

الإقرار هو قول صادر عن المتهم أمام القضاء يقر فيه عن نفسه وبإرادة حرة واعية بصحة ارتكابه للجريمة المنسوبة إليه كلها أو بعضها ، بصفته فاعلا أصليا أو شريكا فيه.

¹ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص210

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص43.

والإقرار على هذا النحو هو إقرار من المتهم على نفسه بالتهمة المسندة إليه، وموضوعه هو الواقعة الإجرامية بسبب الدعوة ونسبة هذه الواقعة الى المتهم ، فقد كان للإقرار أهمية كبرى في القوانين القديمة ، حيث كان يعتبر سيد الأدلة يترتب على وجوده إعفاء المحكمة من البحث في عناصر الإثبات الأخرى .
ولذلك كان القضاة يلجأون إلى التعذيب أداة للاستجواب في سبيل الوصول إلى الإقرار ،

وفي العصر الحديث خفت أهمية الاعتراف بما يحيط به من شكوك وشبهات تجعل الاستناد إليه وحده غير كاف¹.

ولدراسة الإقرار سنعرض الإقرار بوجه عام ثم نعرض بعد ذلك أنواعه :

الفرع الأول : الإقرار بوجه عام في المواد المدنية والتجارية :

سنعرض في هذا الفرع تعريف الإقرار وشروطه:

أولاً: تعريف الإقرار :

عرفت المادة "341 ق.م.ج" على أنه " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة"².

ومن ثم فإن قرار الشخص بما يدعيه خصمه يحسم النزاع في شأنه فيجعله في غير حاجة إلى الإثبات، وذلك على خلاف أدلة الإثبات الأخرى ، ولهذا أعتبر الإقرار طريقاً غير عادي للإثبات ، فهو في الواقع ليس دليلاً بمعنى الكلمة ، وإنما هو اعتراف يصدر من شخص يترتب عليه اعتذار المدعي من إقامة الدليل على

¹ إيهاب عبد المطلب ، أدلة الإثبات وأوجه بطلانها في ضوء الفقه والقضاء ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الأولى ، مصر ، 2009 ، ص91.

² الأمر رقم 58-75 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، متضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المصدر السابق ، ص55.

ما يدعيه، إذ أنه بالإقرار لم يعد ما يدعيه الخصم محلاً للنزاع، ومن ثمة لا حاجة لإقامة الدليل عليه¹.

وبالتالي فمضمون الإقرار يشكل بالنسبة للشخص الصادر منه أمراً ليس في صالح المقر: بحيث أنه لا يخدم مصلحة المقر وبالعكس فهو يعزز طلب الخصم، ولذا أعتبر أحسن دليل بصفته سيد الأدلة.

فالواقعة التي كانت متنازع عليها تصبح واقعة ثابتة بالإقرار مما من كان يدعيها مما كان يقع عليه عبء من عبء إثباتها، وقد يكون الإقرار تلقائياً يصدر عن المقر من تلقاء نفسه². وقد يكون عن طريق استجواب الخصم لخصمه فيصدر الإقرار من خلاله، وإذا كان الإقرار ينقسم إلى إقرار قضائي وإقرار غير قضائي إلا أن هناك شروط عامة للإقرار تقتضي أن نتعرض لها:

ثانياً: شروط الإقرار:

وتنقسم الشروط العامة التي يجب توافرها في المقر الذي يصدر عنه الإقرار وشروط يجب توافرها في محل الإقرار أي الأثر القانوني الذي يرد عليه أو الواقعة التي يترتب هذا الأثر.

1- الشروط الواجب توافرها في المقر :

أ- أن يتوفر له قصد الإقرار:

والمقصود هنا أن تتجه إرادة المقر على سبيل الجزم واليقين إلى التسليم بأثر قانوني يسري عليه أو بالواقعة القانونية المترتبة لهذا الأثر.

والأصل أن يصدر الإقرار في عبارات صريحة تفيد اتجاه المقر إلى التسليم بما يدعيه خصمه إلا أنه يجوز استخلاص اتجاه ومراه بل يمكن استخلاص

¹ محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 529.

² مروش الخامسة، المرجع السابق، ص 41.

الإقرار من السكوت الملايس ، إذا تضمنت الدعوى عدة وقائع ونازع الخصم في بعضها دون البعض الآخر ، هنا يجوز للمحكمة أن تعتبر عدم المنازعة في هذا البعض بمثابة تسليم وإقرار ضمني به .

- يجوز الإقرار كقاعدة عامة في جميع الوقائع القانونية أيا كان نوعها وسائر التصرفات القانونية أيا كانت قيمتها¹.

ب - توافر أهلية الإقرار :

يجب أن تتوفر في المقر أهلية التصرف في حق المقر به وإن يكون رضاه خاليا من العيوب ، فلا يترتب الإقرار أثره إذا صدر من عديم الأهلية أو ناقصها، وإذا صدر من النائب القانوني فيجب أن يكون بإذن من المحكمة في الحدود التي يجوز إعطاء هذا الإذن فيها ولا يجوز للوكيل أن يقر عن موكله إذا كان مفوضا في ذلك بموجب عقد الوكالة².

ج- سلامة الإرادة من العيوب :

ويجب أن يكون تعبير المقر تعبيراً عن إرادة جديّة حقيقة لا يشوبها عيب من عيوب الرضا وهي الخلط والتدليس والإكراه والاستغلال ، فإذا كان المقر مازحاً ، انتفى قصد الارتباط بالإقرار، وكذلك إذا كان الإقرار سوريا سواء بالتواطؤ بين المقر والمقر له للأضرار بحقوق الدائنين أو دون تواطؤ فلا يعول عليه . كما لا يصح بأمر مخالف للنظام العام والآداب العامة أو كان حاصلها بما لا يمكن التصرف فيه³.

1. الشروط الواجب توافرها في محل الإقرار :

يجب أن يكون محل الإقرار مسألة موضوعية فهو ينصب على الواقعة القانونية ، وهذه الواقعة كما رأينا هي التي تكون محلاً للإثبات ، وعليه كل واقعة

¹ موروخ الخامسة ، المرجع السابق، ص ص 41-42.

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 243.

³ محمد نصر محمد ، المرجع السابق ، ص 133.

تصلح محلاً للإثبات يمكن أن تكون محلاً للإقرار سواء كان تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية¹.

أن يكون محل الإقرار معيناً تعييناً كافياً نافياً للجهالة ومنهياً للنزاع وبالتالي لا يعتد بالإقرار إذا كان النزاع سيظل قائماً، فلو اعترف خصم لخصمه بأن النزاع القائم بينهما يفصل فيه بمقتضى قاعدة قانونية معينة، أو بمقتضى قانون أجنبي، فإن مثل هذا الإقرار لا يقيد، ولا يقيد المقر، ولا يقيد القاضي في شيء، وبالتالي فهو لا يضع حد للنزاع.

أن يكون محل الإقرار مما لا يكتفى به ظاهر الحال فلا يصح إقرار شخص ببذرة من هو أكبر منه سناً.

أن لا يتعارض الإقرار مع القانون أو النظام العام فلا معنى للإقرار شخص بدين ناتج عن رهان أو مغامرة أو من تعامل في تركة إنسان على قيد الحياة².

3: نطاق تطبيق الإقرار :

إن الإقرار حسب القاعدة العامة يقبل إثبات جميع الوقائع القانونية حتى ولو كان ما يراد إثباته يجاوز نصاب البينة أو كان ما يخالف ما هو ثابت بالكتابة أو كان يناهز قرينة قانونية وذلك لأن الإقرار في طبيعته جني يسوقه المقر فيكشف به حقيقة أمر يدعي به عليه غير أن هناك حالات لا يجوز الإقرار فيها وذلك أما بناء على نص قانوني أو ما يخالف النظام العام. ومثال ذلك التعامل على تركة إنسان على قيد الحياة باطل "المادة 92 ق.م.ج" ودين القمار وحجية الأمر المقتضى به... إلخ³.

¹ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 198.11

² موروش الخامسة، المرجع السابق، ص 43.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 243.

الفرع الثاني : أنواع الإقرار في المواد المدنية والتجارية :

قد يكون الإقرار أمام القضاء أثناء النظر في نزاع يتعلق بالواقعة محل الإقرار فيكون إقراراً قضائياً وقد يكون غير قضائي إذا تم على غير هذا الوجه والتي الأحكام الخاصة بكل منهما :

أولاً : الإقرار القضائي :

وبقصد به اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية يدعي بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة .
والإقرار القضائي هو الإقرار المقصود في الإثبات الذي عرفته " المادة 341 ق.م.ج" فمن خلال نص المادة يتبين لنا أن يجب توفر شروط في الإقرار القضائي .

1 : شروط الإقرار القضائي :

وتتمثل هذه الشروط فيما يلي :

أ: صدور الإقرار من الخصم :

لكي يكون الإقرار قضائياً فيجب صدوره من الخصم في الدعوى وهذا واضح من نص المادة "341 ق.م.ج" (اعتراف الخصم) وهذا شرط بديهي لأن الخصم في الدعوى هو الذي يملك الاعتراف بالواقعة محل النزاع ويستوي صدور الإقرار من الخصم شخصياً أو من نائب عنه يكون له حق الإقرار¹.

ب: صدور الإقرار أمام القضاء :

يشترط في الإقرار القضائي أن يصدر من الخصم أمام محكمة قضائية ، سواء كانت محكمة مدنية أو تجارية ، وسواء كانت تابعة لجهة القضاء المدني أو الإداري أو الجنائي فيما يتعلق بالإقرار الذي يصدر في الدعوى المدنية المرفوعة

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص246.

أمام المحاكم الجنائية أو تابعة لجهة القضاء الشرعي أو الكنسي أو لجهة القضاء العسكري أو أمام هيئة المحكمين¹.

فالشرط الجوهرى أن يكون هناك دعوى مطروحة أمام المحكمة أو أمام هيئة المحكمين ويكون الإقرار متعلقاً بهذه الدعوى .

وعلى ذلك فإن الإقرار الذي لا يصدر أما القضاء وإنما أمام جهات رسمية أخرى مثل النيابة العامة أو الإدارية أو الحسبية أو المحقق الإداري أو حتى أمام الغير لا يعني إقراراً قضائياً².

ج: صدور الإقرار أثناء سير الدعوى المتعلقة بموضوعه:

ويشترط كذلك في الإقرار القضائي أن يصدر من الخصم أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة المقر بها ويستوي أن يرد في صحيفة الدعوى ذاتها أو في المذكرات المقدمة أثناء الواقعة ، أو أثناء استجواب تجريه المحكمة ويجوز أن يكون في أي جلسة من جلسات المحكمة وحتى إقبال باب الواقعة وإغلاق ختام المحاكمة إلى وقت النطق بالحكم .

وإذا صدر الإقرار أمام المحكمة المتطورة إليها الدعوة فإنه لا يسقط بسقوط الخصومة في تلك الدعوى ولا يسقط أيضاً في جميع الأحوال التي تقتضي فيها الخصومة بغير حكم في موضوعها كما أنه لا يسقط بعدم تنفيذ ذلك الصلح³.

¹ علي أحمد الجراح ، قواعد الإثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة

الأولى ، لبنان ، 2010 ، ص53.

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص223.

³ المرجع نفسه، ص223.

2: حجية الإقرار القضائي :

تنص المادة 342 ق.م.ج بقوله " 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 " ¹.

ويقصد بما جاء في نص المادة أن الإقرار الذي يصدر في مجلس القضاء عندما يستوفي شروط صحته ، فإنه يعد حجة كاملة بنائه على المقر ، ولا يجوز الرجوع فيه وقد أورد قانون الإثبات أحكاما مهمة تتعلق بحجية الإقرار وهذه الأحكام هي : ²

أ : الإقرار حجة قاطعة على المقر :

والمقصود هنا أن الإقرار القضائي حجة بذاته على المقر ، فلا يكون الخصم الآخر في حاجة إلى تقديم دليل آخر كما لا يجوز للمقر الرجوع فيه أو العدول عنه إلا إذا أثبت الخلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال في الواقع وعلى ذلك يجب على القاضي أن يأخذ به ويحكم بمقتضاه ، ولا يجوز إثبات عكس الإقرار، إذا بالإقرار تصبح الواقعة الثابتة في حق المقر وأنها لم تعد في حاجة إلى الإثبات مع الأخذ في الاعتبار أن الإقرار حجة قاصرة على المقر على النحو السابق بيانه ³.

ب : عدم جواز العدول عن الإقرار :

لم ينص القانون على هذا الحكم ولكنه مستفاد من طبيعة الإقرار باعتباره اعترافا بواقعة وهو عمل انفرادي يترتب حكمه بمجرد صدوره من المقر دون أن يتوقف ذلك على قبول من المقر له فهو ملزم بذاته ولذلك لا يستطيع المقر أن

¹ الأمر 58-75 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المصدر السابق ، ص55.

² عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص204.

³ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص224.

يرجع عنه سواء كان بالعدول عنه أو بالإضافة إليه بعد صدوره تعدل من الإقرار السابق أو تغيير فيه أو تعطل دلالاته .

غير أنه يجوز الرجوع عن الإقرار ، كما قدمنا إذا كان نتيجة غلط في الواقع ومثاله أن يقر الوارث بدين على مورثه وهو بجهل أن هناك مخالصة بهذا الدين ثم يعثر بعد ذلك عليها¹.

ج :دم جواز تجزئة الإقرار :

لقد نصت على هذه القاعدة "الفقرة 2 من المادة 342 ق.م.ج "بقولها " ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى " ومقتضى هذه الفائدة أن الإقرار لا يتجزأ².

فالمقر له بما أن يأخذ بالإقرار كله أو يتركه كله ، فلا يستطيع الخصم أن يكتفي من الإقرار بالجزء الذي يفيد ويترك ما ليس في صالحه ، ويختلف ذلك المبدأ حسب نوع الإقرار³.

إلا أن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها بل يرد عليها استثناء كما هو وارد في متن المادة : " إلا إذا قام على وقائع متعددة " لأن الإقرار لا يرد في صورة واحدة وإنما يرد في عدة صور وقد يكون موصوفا كم يرد مركبا⁴.

3 : صور الإقرار القضائي :

يأخذ الإقرار القضائي ثلاثة صور :

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص ص 250-251.

² مروش الخامسة ، المرجع السابق، ص45.

³ محمد حسين منصور ، المرجع السابق، ص212.

⁴ مروش الخامسة ، المرجع نفسه، ص45.

أ: الإقرار البسيط :

ويكون الإقرار بسيطا إذا تضمن مجرد الاعتراف بكل ما يدعيه الخصم دون إضافة أو تعديل سواء كان للمدعي به محل الإقرار واقعة واحدة أو أكثر من واقعة ومثال ذلك إقرار المدين باستحقاق دين عليه بفائدة معينة ولا محل هنا للنظر في تجزئة الإقرار، لأنه يكون واقعة واحدة أقرها المدين ولم يعدل فيها شيئا ويتعين على المقر في هذه الحالة إذا ادعت بعد ذلك انقضاء الدين أن يثبت ذلك وفقا للقواعد العامة¹.

ب: الإقرار الموصوف :

وهو الإقرار الذي يعترف فيه المقر بالواقعة للمدعي بها عليه ، ولكنه يقيد بها بقيد معاصر لنشئها من شأنه التعديل في آثارها ، ومثاله أن يدعي الدائن أنه أقرض المدعي عليه مبلغا معيناً من المال ويطالبه برد القرض فيبقى المدعي عليه بواقعة القرض ولكنه يذكر في إقراره أن هذا القرض كان لمدة خمسة سنوات فيكون التزامه بالرد مؤجلا والأجل لم يحل بعد ، فالأجل في هذا المثال هو الوصف الذي يقترن بالدين وكذلك إذا ادعى الدائن أن المدعي عليه تعهد بأن يعمل بعمل معين فأقر المدعي عليه بواقعة التعهد ولكنه ذكر أن تعهده كان معلقا على شرط لا يتحقق بعد ، ففي هذا المثال أضاف المقر وصف الشرط وحكم الإقرار الموصوف أنه لا يقبل التجزئة على صاحبه، فلا يستطيع الدائن في المثاليين السابقين أن يجري إقرار المدين ويترك وصف الأجل أو وصف الشرط الذي اقترن بهما².

¹ محمد نصر محمد ، المرجع السابق، ص149.

² عباس العبودي ، المرجع السابق، ص ص 207-208.

ج: الإقرار المركب :

وهو الإقرار بالواقعة الأصلية لا موصوفة وغير معدلة وإنما مضاف إليها واقعة أخرى منفصلة عنها تحدث بعد حصولها ، أي أن هذه الواقعة الأخرى اللاحقة للواقعة الأصلية ومرتبطة بها بحيث تترتب عليها نتائج تؤثر على الواقعة الأصلية في كيانها ووجودها القانوني¹.

كأن يطالب المدعي بدينه فيعترف للمدعى عليه به ولكنه يقرر أنه سدد هذا الدين ، أو أن الدين قد انقضى بالإيراد ، فالإقرار المركب تكون الواقعة المضافة لاحقة لنشوء الالتزام كواقعة الوفاء ، ولذلك لا يترتب عليها تعديل في أحكام الالتزام قائم وإنما تؤدي إلى انقضاءه نهائياً .

والإقرار المركب لا يقبل التجزئة أيضاً بالمعنى أنه لا يستطيع المقر له أن يأخذ منه ما في صالحه، وهو الإقرار بالدين ، ويترك ما ليس في صالحه، وهو الوفاء بالدين إذا هو بذلك سيلقي بعبء إثبات الوفاء على المقر وهذا غير جائز وإنما ليس هناك ما يمنع من أن يقيد الإقرار الثبوت التام للدين وأيضاً الوفاء به كل ما هناك يقع على عاتق المقر له عبء إثبات عدم الحصول الوفاء.

أما إذا كان الإقرار المركب منصبا على واقعة أصلية ثم أضيف إليها واقعة أخرى غير مرتبطة بها ارتباطاً وثيقاً بحيث أن وجود أحدهما لا يستلزم حتماً وجود الأخرى ، فإنه يكون في هذه الحالة قابلة للتجزئة². حسب نص المادة: " 3 42 ف2 " بقولها " إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى³.

¹ علي أحمد الجراح ، المرجع السابق، ص69.

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص 225-226.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص255.

ثانيا : الإقرار غير قضائي في المواد المدنية والتجارية :

سنقوم بدراسة الإقرار غير قضائي من خلال تعريفه ثم بعد ذلك سنتطرق إلى مدى حجيته في الإثبات :

1 : تعريفه الإقرار غير قضائي :

الإقرار غير قضائي هو الذي لا يصدر أمام القاضي الذي ينظر النزاع موضوع الإقرار، فإذا وجد ثبوت الإقرار وتبين للقاضي أن المقر أراد به حسم النزاع، فإنه يكتسب نفس حجية الإقرار القضائي السابق ذكرها، أما إذا كان الإقرار غير القضائي قد صدر عفوا ودون قصد حسم النزاع فإن قيمته تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي قد يعتبره مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوبا، أو يعتبره مجرد قرينة قضائية أو قد لا يعطيه أي قيمة في الإثبات¹.

وفي هذا المجال قضت المحكمة العليا بأن : " الإقرار الذي يحتج به الطاعن ... هو إقرار توثيقي وقع بمناسبة تحرير ورقة طلاق حسب ما كان معمولا به يوم تحريرها، ولا تعد إقرارا أو اعترافا قضائيا ..."

- الإقرار الصادر أثناء تحقيق تجربة النيابة العامة.

- الإقرار الصادر أمام جهة إدارية

- الإقرار الصادر أمام الخبير المنتدب من طرف المحكمة في دعوة أخرى

بين الخصوم.

- الإقرار الصادر من الخصم في خطاب موجه إلى خصمه.

- الإقرار الذي يتم في محضر الحجز².

¹ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص123.

² مروش الخامسة، المرجع السابق، ص47.

2 : حجية الإقرار غير قضائي:

اختلف الرأي حول حجية الإقرار غير قضائي ومدى اختلافها عن حجية

الإقرار القضائي

وهذا ما يقتضي أن تتعرض لهذا الاختلاف الذي يقوم بين " اتجاهين "

أحدهما يربط بمدى حجية الإقرار غير قضائي عن مدى حجية الإقرار

القضائي ، والآخر يسوي بين مدى حجية هذين النوعين من الإقرار .

فالاتجاه الأول يرى أن صدور الإقرار غير القضائي لا يصدر في مجلس

القاضي ولا في ذات الدعوى التي يجري فيها التمسك به لذلك تنقصه الضمانات

القوية التي تحبب بالإقرار القضائي والتي تؤكد صحته والتي تمكن القاضي من

الوقوف على جدية هذا الإقرار واتجاه قصد المقر في اعتبار الشيء المقر به ثابتا

في حقه وإدراكه للنتائج القانونية التي تترتب عليه¹ مما لو كان الإقرار صادرا أمام

القضاء بشأن الواقعة المطروحة لديه فيكون هذا الإقرار حجة قاطعة على المقر ولا

يجوز الرجوع عنه ولا يجوز تجزئته وذلك في الحدود التي عرضناها بالنسبة للإقرار

القضائي .

أما فيما يخص الاتجاه الثاني فهو يلخص مما سبق أن الإقرار غير

القضائي يتساوى مع الإقرار القضائي مما يجعل له نفس الحجية لأنهما يتحدان

في الطبيعة ، ولا يختلفان إلا في حدود ما ينشأ من الظروف التي يصدر فيها كل

منهما².

فالقاضي يخضع للمحكمة العليا في الإقرار القضائي والإقرار غير قضائي

لأنهما من مسائل القانون ، كذلك الأمر فيما يتعلق بحجية الإقرار أي كونه

¹ علي أحمد الجراح ، المرجع السابق، ص92.

² موروش الخامسة ، المرجع السابق، ص 48.

حجة قاطعة وكونه لا يجوز الرجوع عنه أو لا يجوز أو كونه يقبل....
فمعناه كلها مسائل قانونية لا فرق في هذا بين نوعي الإقرار¹.

المطلب الثاني : اليمين في المواد المدنية والتجارية :

اليمين كطريق من طرق الإثبات، هي الحلف الذي يصدر من أحد الخصمين على صحة ما يدعيه ، أو عدم صحة ما يدعيه الخصم الآخر ، ولما كانت اليمين عملاً دينياً فإن لمن يكلف يحلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في ديانتها ، ويكون أدائها بأن يقول الحالف (**أحلف**) وبذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة².

وقد روى عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : استحلف رجلاً فقال له " **قل والله الذي لا إله إلا هو ماله عندك شيء** " رواه أبو داود³.

واليمين إما قضائية وإما غير قضائية ، الذي يهمنها في مجال الإثبات هو اليمين القضائية التي يؤديها خصمه أمام القضاء بناء على طلب خصمه أمام القضاء بناء على طلب الخصم الآخر أو طلب المحكمة على وجود أو عدم وجود واقعة متنازع عليها وذلك عند انعدام الدليل في الدعوى أو عدم كفايته واليمين غير القضائية تؤدي أو يتفق عليها على تأديتها خارج مجلس القضاء وهذه تخضع في إثباتها وفقاً للقواعد العامة.

واليمين القضائية نوعان ، اليمين الحاسمة واليمين المتممة⁴.

وسنتناول كل نوع من أنواع اليمين في فرعين :

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص ص 259-260.

² محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 281.

³ فخري أبو صفية ، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي ، شركة الشهاب للتوزيع ، الجزائر، د.س.ن ، ص 112.

⁴ نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص 229.

- الفرع الأول : اليمين الحاسمة .
- الفرع الثاني : اليمين المتممة .

الفرع الأول : اليمين الحاسمة في المواد المدنية والتجارية :

بعد أن قمنا بإعطاء نظرة حول اليمين بصفة عامة ، سنحاول التطرق الى اليمين

الحاسمة بصفتها نوعا من انواع اليمين على النحو الآتي :

أولا : تعريف :

تنص المادة : 343 فقرة 1 من ق.م.ج على أنه " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، على انه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك ¹.

واليمين الحاسمة هي اليمين التي توجه من أحد الخصمين لآخر بقصد حسم النزاع ، فيترتب على حلفها أو النكول عنها أن يفصل القاضي في النزاع لمصلحة الحالف أو ضد التآكل ولا يسمح بالعودة للتعرض لإثبات ما تم الحلف عليه بأي وسيلة للإثبات .

ويجوز لكل من الخصمين توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، ولا يجوز توجيه اليمين إلا بين الخصوم في الدعوى ، ونظرا لأن اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ولا يجوز توجيه اليمين الأدبي الخصوم في الدعوى ونظرا لأن اليمين الحاسمة تعد على درجة كبيرة من الخطورة حيث يترتب عليها خسارة الحق أو كسبه أي التصرف في موضوع النزاع ، فلا بد من أن تتوفر في كل من الخصمين الأهلية اللازمة لذلك ².

¹ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المصدر السابق، ص56.

² مروش الخامسة ، المرجع السابق، ص 49.

وبالتالي فشروط توجيه اليمين الحاسمة تتصل بمن توجه إليه من جهة أخرى وتتمثل هذه الشروط فيما يلي :

1. أن يكون طرفاً في الخصومة سواء كان مدعياً أو مدعى عليه أو مدخلاً فيها بناء على طلب أحد الخصوم أو كان متدخلاً فيها
2. يشترط فيه أن يكون صاحب صفة في الدعوى التي يطلب فيها توجيه اليمين لأن الصفة من القانون إذا زالت الصفة منع عليها توجيهها أو ردها .
3. كما يشترط توافر أهلية التصرف في الحق الذي توجه اليمين الحاسمة بشأنها وذلك أن يكون قد بلغ سن الرشد وغير محجوز عليه وقت الحلف .
4. أن تكون الإرادة صحيحة غير مشوبة بعيب من عيوب الرضا من غلط أو تدليس أو إكراه
5. ونرى أنه يجب أن يكون الشخص الذي وجه إليه اليمين الحاسمة مسلماً أو كتابياً (مسيحياً أو يهودياً) لأنه لا يقسم اليمين إلا الذي يؤمن بالله ، أما إذا كان الشخص غير كتابي فلا توجه إليه اليمين الدينية بل يطلب منه القسم بشرفه ومعتقدده .
6. وأيضاً نرى ألا يقبل اليمين الحاسمة إلى شخص تمت في حقه اليمين الكاذبة أو شهادة الزور¹

ثانياً : شروط موضوع اليمين الحاسمة :

يتعين على القاضي أن يتحقق من توافر شروط قبول اليمين الحاسمة التي يطلبها القانون وقد نصت المادة: " 344 ق.م.ج "على هذه الشروط بقولها " لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام ويجب أن تكون الواقعة التي يقوم عليها اليمين متعلقة بشخص له قامت اليمين على مجرى علمه به "

¹ مروش الخامسة ، المرجع السابق، ص50.

1. الواقعة موضوع اليمين :

موضوع اليمين الحاسمة وهي واقعة قانونية محددة واضحة يدعيها الخصم وينكرها الخصم الآخر ، ويصح أن تنصب على الحق المدعى به دون ذكر الواقعة مصدر هذا الحق .

2. تعلق الواقعة بشخص من وجهة إليه :

الواقعة موضوع اليمين متعلقة بشخص من وجت إليه اليمين ، فإن كانت غير شخصية انصبت اليمين على مجرد علمه بها، وهذا أمر طبيعي لأن من يوجه اليمين يحتكم إلى ذمة خصمه ومن ثم يجب أن تكون الواقعة متعلقة بشخص من وجه إليه لأنه هو وحده الذي يستطيع أن يؤكد أو ينفي هذه الواقعة وفي هذه الحالة يكون التحليف على سبيل البتات والقطع .

3. أن تكون الواقعة موضوع اليمين منتجة في الدعوى :

أي حاسمة فيها، أن تكون الواقعة الأساسية فيها بحيث تنتهي بها الدعوى على أي نحو انتهت إليه اليمين أدت أم تم النكول عنها، أوردت وأدبت أو تم النكول عنها¹.

4. ألا تكون الواقعة موضوع اليمين مخالفة للنظام العام :

وهنا ما نصت عليه المادة 344 ف1 ق.م.ج " لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام ، ويجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين بشخص وجهة إليه اليمين فإن كانت غير شخصية له قامت اليمين على مجرد علمه بها " طبقا للمادة : " 344 ف2 ق.م.ج " يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى.

وخصت المادة: " 344 ف 1 ق م ج " على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متسعا في توجيهها ويعني تعسفا توجيه اليمين بسوء

¹ نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق، ص232.

نية بقصد الكيد لمن توجه إليه للنيل من كرامته والتشهي به ، أو بقصد استغلال وروعة وشدة تدينه

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بأن " يجوز للقاضي منع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفا في ذلك وثبت ذلك لقضاة المجلس ذلك " 1.

ثالثا : آثار توجيه اليمين الحاسمة :

تنص المادة " 345 ق.م.ج " على أنه " لا يجوز لمن وجه اليمين أورها أن يرجع في ذلك من قبل خصمه حلف تلك اليمين " .

أي أنه يترتب عن توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم ثلاثة آثار أما أن يحلفها أو يردها أو ينكل عنها².

1. 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 مؤدى ذلك أنه من ناحيته يلزم القاضي بمضمون هذا الحلف ، ومن ناحية أخرى لا يجوز بحكم ذلك لمن خسر الدعوى أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه سواء كان ذلك عن طريق دعوى مبتدأة أو عن طريق الطعن في الحكم الذي صدر بناء على حلف اليمين³. وهذا ما نصت عليه المادة : " 346 ف1، ق.م.ج " " لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه على أنه إذا أثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن

¹ مروش الخامسة ، المرجع السابق، ص50.

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص274.

³ محمد حسن قاسم ، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، المرجع السابق، ص288.

يطلب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده"¹.

2. رد اليمين :

يجوز لمن توجه إليه اليمين أن يردها على خصمه ، أي يطلب منه هو أن يحلف هنا لا يكون أمام من ردت عليه اليمين سوى أن يحلف اليمين فيكسب الدعوى أو ينكل عنها فيحسن دعواه، ولكنه لا يستطيع أن يردها ثانية على خصمه وإلا كانت حلقة مفرغة .

ولكن يشترط لرد اليمين أن تكون الواقعة موضوع اليمين مشتركة بين الخصمين كواقعة قبض الثمن بين البائع والمشتري ، ولا يجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من جهة إليه اليمين، كما لو وجه الوارث اليمين للمدين مورثه على أنه ليس مدينا هنا لا يجوز للمدين رد اليمين على الوارث ليحلف على واقعة المديونية لأنه أجنبي عنها"².

وهنا ما نصت عليه المادة: "343 ف2 ق.م.ج" "ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، يعني أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من جهة إليه اليمين " ³.

3. النكول عن اليمين :

إذا امتنع من وجهت إليه اليمين أو ردت عليه من حلفها فإن هذا الامتناع يكون نكولا عن اليمين يترتب عليه أن يخسر الدعوى ويحكم لخصمه فيها وهذا ما نصت عليه المادة: "347 ق.م.ج" " كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه "

¹ الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم، المصدر السابق، ص56.

² محمد حسين منصور ، المرجع السابق، ص235.

³ الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم، نفس المرجع، ص56.

و النكول قد يكون صريحا، وقد يكون ضمنيا يستفاد من سلوك الخصم فيعتبر نكولا عن أداء اليمين حضور من جهة إليه اليمين وامتناعه عن أدائها دون أن ينازع فيها أو تخلفه عن الحضور دون عنصر مقبول¹.

رابعا: حجية اليمين الحاسمة :

إن حجيتها حجة قاطعة بالنسبة لأطرافها والقاضي معا إذ أن توجيهها يسقط حق طلبها من الاستناد إلى أن يدل دليل آخر لو توافر ولا يجوز لأي من الخصمين أن يثبت عكس دلالة اليمين الحاسمة أداء أو نكولا ومن ثم لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أدائها من الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه .

الفرع الثاني : اليمين المتممة في المواد المدنية والتجارية :

بعد أن قمنا بإعطاء نظرة حول اليمين بصفة عامة واليمين الحاسمة سنحاول التطرق الى اليمين المتممة كطريق إثبات يلجأ إليها القاضي ليستتير بها في تكوين اقتناعه وراحة ضميره .

أولا : تعريف اليمين المتممة :

هي اليمين التي يوجهها القاضي إلى أحد الخصوم ليكمل بها اقتناعه إذا كانت الأدلة التي قدمها لإثبات دعواه غير كافية ويترتب على ذلك أن للقاضي في توجيه اليمين المتممة دورا ايجابيا في الإثبات يبيح له إذا لم يقدم أي من الخصمين دليلا كافيا على ما يدعيه أن يختار منهما ما يرجح عنده صدق قوله فيوجه إليه يمينا يتم بها أدلته غير الكافية ولذلك سميت هذه اليمين المتممة ولا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على خصمه² وهذا ما نصت عليه المادة : " 348 ف1 ق.م.ج " للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى

¹ مروش الخامسة ، المرجع السابق، ص52.

² مفلح عواد القضاة ، المرجع السابق، ص 231

أي من الخصمين ليبين على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو فيما يحكم به
1.

ويترتب على ذلك أن اليمين المتممة تختلف اختلافا جوهريا عن اليمين
الحاسمة من حيث :

1. اليمين المتممة يوجهها القاضي لا الخصم ولا يوجهها إذا كانت الدعوى
خالية من أي دليل.

2. لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على
الخصم الآخر وهو ما نصت عليه المادة: 349 من القانون المدني الجزائري.

3. اليمين المتممة هي لإتمام الاقتناع ويحسم بالقاضي أن لا يلجأ إليها إلا
نادرا لأن اليمين المتممة تخرج به عن وظيفته إذ ليس من وظيفة القاضي أصلا
أن يضيف للخصم دليلا على الأدلة التي قدمها في الدعوى وإنما وظيفته تتحصر
في تقدير الأدلة المقدمة إليه من الخصوم فاليمين المتممة على ما يقرره الفقهاء
هي يمين توجه إلى أحد الخصوم بقصد تكميل اقتناع القاضي بأدلة قدمت أمامه
ولكنها لا توفر له الاقتناع الكامل².

ثانيا : شروط توجيه اليمين المتممة :

نصت المادة: "348 ف 2 ق.م.ج" على وجوب توافر شرطين في توجيه
اليمين المتممة أولهما ألا يكون في الدعوى دليل كامل والثاني ألا تكون
الدعوى خالية من أي دليل .

1. ألا يكون في الدعوى دليل كامل :

ويشترط في توجيه هذه اليمين أن يتوفر في الدعوى دليل وأن لا يكون هذا
الدليل كاملا وعلى القاضي أن يتحقق من ذلك ، قبل استخدامها هذا الحق بتوجيه

¹ الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، المرجع السابق ، ص 56.

² مروش الخامسة ، المرجع السابق، ص ص52-53.

اليمين المتممة إلى أحد الخصمين ذلك لأن اليمين المتممة تكمل دليلاً ناقصاً ، فإذا كان في الدعوى دليل كامل فلا مبرر لتوجيه اليمين المتممة ، وجب على القاضي أن يحكم وفقاً للدليل الكامل في الدعوى¹.

2. ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل :

ذلك أن الهدف من توجيه اليمين المتممة هو تكملة دليل ناقص فإذا كانت الدعوى خالية من أي دليل ، فلا يجوز توجيه اليمين المتممة لأنها لا يمكن أن تكون الدليل الوحيد في الدعوى.

ويختلف الدليل الناقص في هذه الحالة الأحوال، فقد يكون هذا الدليل شهادة الشهود ، أو قرائن غير كافية لإقناع القاضي فيوجه اليمين لتكتملتها وحيث يكون الإثبات بالكتابة واجبا فالدليل الناقص هو مبدأ ثبوت بالكتابة ، فيما عدى الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود والقرائن على سبيل الاستثناء بدلا من الدليل الكتابي².

ثانياً : آثار اليمين المتممة :

1. للقاضي سلطة تقدير نتائج اليمين المتممة من خلال الأدلة المقدمة من الخصوم فهي لا تحسم النزاع.

2. لا تنقيد محكمة الاستئناف لما حكمت به محكمة الدرجة الأولى بما يتعلق باليمين المتممة .

3. لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه اليمين المتممة أن يردها.

4. لا يجوز أن يثبت كذب اليمين فله أن يطالب التعويض كطريق مدني في دعوى جزائية .

¹ مفلح عواد القضاة ، المرجع السابق، ص238.

² محمد حسن القاسم ، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، المرجع السابق، ص ص 292-293.

5. يحق للقاضي الرجوع في توجيهها في أي وقت تبين له أنه لا حاجة له بها .

6. يمكن للقاضي أن لا يأخذ لها بعد تأديتها .

7. في حالة رفض من وجهت إليه اليمين المتممة على حلفها للقاضي غير ملزم بحكم عليه¹.

ثالثا : حجية اليمين المتممة :

لا تعد وأن تكون اليمين المتممة إجراء من إجراءات الإثبات يستقل القاضي بتوجيهها أو عدم توجيهها ولذلك لا يجوز ردها على الخصم الآخر ولا يترتب على حلف هذه اليمين حسم النزاع ، ولذلك فإن القاضي غير ملزم بنتيجتها ، فله أن يأخذ بها أو لا يأخذ وله سلطة مطلقة في تقديم نتيجتها فليس من اللازم أن يحكم على من نكل عنها أو يحكم لمن أداها.

وهي ليست حجة قاطعة فيجوز للطرف الآخر أن يثبت كذبها بعد أدائها من وجهت إليه شأنها في ذلك شأن أي دليل آخر في الدعوى².

رابعا : صور خاصة لليمين المتممة :

لليمين المتممة صورة خاصة نص عليها القانون الجزائري وهي يمين التقويم

- يمين التقويم :

- نص المشرع الجزائري على هذه الصورة في نص المادة: " 350 ق.م.ج " التي تقضي " لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى"

- ويحدد القاضي حث في هذه الحالة حدا أقصى للقيمة التي يصدق فيه

المدعي بيمينه"

¹ مروش الخامسة ، المرجع السابق، ص54.

² المرجع نفسه، ص236.

ومن خلال نص المادة سنتطرق إلى تعريف يمين التقويم وشروطها وحجيتها¹

أولاً : تعريف يمين التقويم :

هي اليمين التي يوجهها القاضي إلى المدعي بهدف تقدير قيمة المدعى به ، وذلك إذا ما تعذر تقدير هذه القيمة ، ويتحقق ذلك عندما يكون موضوع الدعوى استرداد شيئاً .

استحال الوفاء به عينا كما لو كان مالا مودعا وفقد بإهمال المودع لديه فيتعين الحكم بقيمته وللقاضي أن يحدد حداً أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعى بيمينه ولا يتقيد القاضي بهذه اليمين بل له أن يقضي بمبلغ أقل مما قدره المدعي² .

ثانياً : شروط يمين التقويم :

لا يجوز للقاضي توجيه هذه اليمين إلا بشرطين يبررهما أن المدعي حينما توجه إليه اليمين يصبح قاضياً في أمر له فيها مصلحته خاصة وهذان الشرطان هما :

1. أن يستحيل تقدير قيمة الشيء المدعى به بطريق آخر غير التقويم :

ولا شك أن أية وسيلة أخرى تفضله لأنه من الخطر أن يركن القاضي إلى المعنى في هذا الخصوص غير أنه ليس بالآزم أن تكون مبلغاً لا يستطيع معه القاضي أن يصل إلى فكرة صحيحة عن القيمة المطلوبة .

فهذه الاستحالة يقررها قاضي الموضوع ولكن يجب عليه أن يسببها في حكمه.

¹ سيدي علي نورية ، تيزي أوكال سامية ، المرجع السابق ، ص46.

² محمد حسين منصور ، المرجع السابق، ص243.

2. أن يحدد القاضي حداً أقصى لقيمة الشيء المدعى به :

والمقصود بهذا الشرط أن يحدد القاضي حداً أقصى يصدق فيها المدعى بيمينه وذلك للحد من خطر مبالغة الدائن في تحديد قيمة الدين وهذا يفترض أن¹ القاضي يترتب لديه فكرة تقريبية عن القيمة المطلوبة ويساهم في هذه الفكرة سلوك المدعي ومهنته ومركزه الاجتماعي وسمعته إلى غير ذلك من عناصر التقدير التي تختلف بحسب الظروف².

ثالثاً : حجية هذه اليمين :

يمين التقويم باعتبارها صورة خاصة لليمين المتممة ، لا تقيد القاضي ، فله أن يحكم بمبلغ أقل من المبلغ الذي حلف المدعي على أن قيمة المدعي به تتحدد به ، و لو كان هذا المبلغ أقل من الحد الأقصى الذي حدده القاضي عند توجيهه ليمين التقويم³.

فيمين التقويم تخضع لتقدير القاضي فلا يستعين أن يقضي بموجبها كما يستطيع أن يرجع في توجيهها ، كذلك يستطيع المدعي أن يرفض أداء اليمين دون أن يترتب على ذلك أن يخسر دعواه ، كما يستطيع كل من الخصمين أن يطعن في الحكم الصادر بناء على هذه اليمين ، فيستطيع المدعي النكول عن اليمين دون أن يكون من وراء ذلك ، انتقاص لطلبه أو خسارة لدعواه لا سيما إذا كان يرى أن القاضي قد بالغ في تخفيض القيمة التي يصدق فيها بيمينه ويتعين على القاضي حتى في هذه الحالة أن يقضي ضد المدين لأن أساس المدين قد ثبت ولم يبق سوى تحديد القيمة⁴

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص293.

² مروش الخامسة ، المرجع السابق، ص54.

³ محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، المرجع السابق، ص297.

⁴ محمد صبري السعدي ، المرجع نفسه، ص 294.

خلاصة الفصل الثاني.

نستخلص في مجال ما تم تناوله في هذا الفصل أن طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية قد قيدها المشرع الجزائري في القانون المدني والقانون التجاري في خمسة طرق أصلية واحتياطية.

فطرق الإثبات الأصلية شملت الكتابة، وشهادة الشهود، والقرائن . أما الكتابة فتعتبر أهم طرق الإثبات كما ان لها قوة مطلقة في إثبات التصرفات القانونية والوقائع المادية ، كما أنها تقسم وفق القانون الجزائري إلى نوعين محررات رسمية ومحررات عرفية، كما رأينا أيضا الحالات التي اشترط فيها المشرع الجزائري في القانون المدني الإثبات بالكتابة في قاعدتين.

أما بالنسبة للشهادة فقد جاءت في المرتبة الثانية بعد الكتابة فهي تقوم على أحكام عامة في المواد المدنية والتجارية، وقد حدد المشرع الجزائري الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود والتي تكون فيها قوة الإثبات مطلقة كما وضع الحالات التي تكون فيها قوة الإثبات محدودة للشهادة وهي الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود (استثناء).

في حين نجد أن القرائن هي أدلة غير مباشرة تقوم على استنتاج وقائع من وقائع أخرى، فهي لا تقوم على الواقعة مصدر الحق، بل على واقعة أخرى وهي نوعان: قرائن قضائية من اختصاص القاضي ، فلا يجوز الإثبات بها إلا في الحالات التي يجيز القانون الإثبات بشهادة الشهود، كما أن لها نفس حجية البيّنة في الإثبات، أما القرائن القانونية فهي من اختصاص المشرع وهي نوعان بسيطة وقاطعة، كما يجوز الإثبات بها في جميع الأحوال، فهي دليل سلبي في الإثبات عكس القرائن القضائية فهي تعد دليلا ايجابيا في الإثبات.

أما بالنسبة لطرق الإثبات الاحتياطية فقد شملت الإقرار واليمين.

فالإقرار بوجه عام يعتبر طريقاً غير عادي للإثبات، فهو ليس دليلاً بمعنى الكلمة لأنه إقرار من المتهم عن نفسه بتهمة المسندة إليه، في حين يقبل إثبات جميع الوقائع القانونية، إلا أن هناك حالات لا يجوز الإقرار فيها، وهو نوعان، إقرار قضائي أي المقصود في الإثبات وتكون حجيته قاطعة كما أنه لا يقبل التجزئة، أما بالنسبة للإقرار غير القضائي فهو يصدر أمام القاضي لذي ينظر النزاع موضوع الإقرار، أما بالنسبة لحجيته فهناك اختلاف يقوم بين اتجاهين.

في حين نجد ن اليمين من طرق الإثبات وهي نوعان اليمين الحاسمة وهي التي يوجهها احد الخصمين للأخر ولا يجوز العودة عليها بكافة وسائل الإثبات وهي تقوم وفق شروط معينة وهي ذات حجية قاطعة بالنسبة لأطرافها وللقاضي. أما عن اليمين المتممة فهي من اختصاص القاضي ولا يجوز ردها من الخصم والموجهة إليه كما أنها تقوم على شروط معينة أما عن حجيتها فهي من اختصاص القاضي فهي مطلقة في تقديم نتائجها ومن أهم صورها يمين التقويم.

الخاتمة

تعتبر هذه الدراسة محاولة لتسليط الضوء على طرق الإثبات، ومن خلال ذلك اتضح لنا أن موضوع طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية يعد من المواضيع الحساسة فقد كان وسيبقى موضوع الساعة، لارتباطه بأهم ما يملكه الإنسان وهو الحق، هذه الميزة تجعله من بين الدراسات الشيقة والتقنية التي تظل بحاجة لقراء مستيقظة واسعة في الفكر، فنظرية الإثبات تعد من أهم النظريات القانونية، وتزداد أهميتها أكثر عند تطبيقها من الناحية العلمية.

وبما أن المعاملات التجارية تقوم على أساس السرعة والائتمان فهي تتعقد بمجرد تبادل طرفي الإيجاب والقبول، مما جعل الأعمال التجارية تتطلب قواعد خاصة بها منها، حرية الإثبات في المواد التجارية، حيث يجوز إثبات التصرفات التجارية مهما كانت قيمتها بكافة طرق الثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن.

كما أتاح لنا موضوع الإثبات التعمق في أصل المبادئ القانونية التي قامت عليها نظرية الإثبات. وتركت تأثيرا كبيرا حول أهمية الحق وأهمية طرق ووسائل الإثبات ، في الحقوق المتنازع عليها وقيمة كل دليل في الإثبات وشروط قبوله، بالإضافة إلى تحديد على من يقع عليه عبء لإثبات والإجراءات المتبعة أمام القضاء في تقديم الدليل.

نتائج الدراسة:

- إن الإثبات يعد حقا للخصوم يمارسونه وفقا للقواعد التي تحددها القانون بموجبها يحق للمدعي تقديم ماله من أدلة لإثبات ما يدعيه من جهة ، وللمدعي عليه الحق في الرد والنفي وذلك بإقامة الدليل العكسي على ما يدعيه من جهة أخرى.
- وعلى القاضي تمكين الخصوم من ممارسة هذا الحق.

- أن الإثبات قانونا يقع أمام القضاء، لذا سمي بالإثبات القضائي أي أنه لا يعتد بأي وسيلة من وسائل الإثبات ، إذ لم تكن أمام القاضي.
- يرد الإثبات على الواقعة التي أدت إلى نشوء الحق وليس على الحق ذاته وهذه الواقعة قد تكون تصرفا قانونيا كالعقد وقد تكون فعلا ماديا كالعمل غي المشروع.
- لقد اوجد المشرع الجزائري طرق معينة لإثبات الحق لذلك يجب على المدعي التقيّد بها .
- القاعدة التي تحكم تحديد المكلف بتحمل عبء الإثبات في المواد المدنية والتجارية هي البينة على من إدعى ، واليمين على من إنكر أي أن على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلّص منه.
- إن الإثبات في المواد المدنية و التجارية ينصب على مصدر الحق اي الواقعة المنشأة له، وليس على الحق المدعى به سواء كان هذا الحق شخصا أو عينيا.
- و يظهر ذلك جليا في المواد التجارية التي أصبح يسيطر عليها طابع العمولة، واتساع مجال التجارة الدولية، مما يجعل تطبيق القانون الأجنبي من طرق القضاء الوطني وبصبح القاضي ملزم بتطبيق قواعد القانون الأجنبي.
- دور القاضي هو تمكين الخصوم من ممارسة هذا الحق ذلك أن القاضي عضو في المجتمع و دوره يؤديه للحفاظ على العدل.
- أما عن طرق الإثبات فإن المشرع الجزائري وحتى في المواد التجارية يولي الكتابة الرسمية أهمية قصوى، فهو لا يكتفي باشتراطها للإثبات بل يشترطها للانعقاد.
- بالإضافة إلى الكتابة فإن لطرق الإثبات الأخرى من الشهادة الشهود والقرائن والإقرار واليمين أهمية كبيرة في المواد التجارية وذلك راجع لكون الإثبات في

المواد التجارية يتم بكافة طرق الإثبات كأصل عام فهي تصلح، لإثبات جميع التصرفات التجارية بطرق أخرى نصت عليها المادة 30 من القانون التجاري.

- نلاحظ كذلك أن القانون جعل كلا من شهادة الشهود والقرائن القضائية في مرتبة واحدة من حيث قوة الإثبات، بحيث ما يمكن إثباته بإحدى الطريقتين جاز إثباته بالطريقة الأخرى.

الاقتراحات.

وفي محاولتنا لمعالجة بعض جوانب هذا الموضوع نشير في آخر محطة لهذا البحث إلى جملة من الاقتراحات وبذلك ننتمي إلى ما ينادي به بعض كتاب القانون ورجال الإصلاح بالاقترحات التالية:

- قد رأينا قواعد الإثبات جاءت متفرقة ومشتتة بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون المدني والقانون التجاري، مما يصعب على المتخصصين تتبع قواعد الإثبات ومعرفتها معرفة تامة، وعلى ذلك نوصي بضرورة تجميع كل النصوص المتعلقة بالإثبات في قانون واحد اقتداء ببعض التشريعات.

- نلتمس من المشرع التدخل لوضع تعريف لشهادة الشهود والقرائن القضائية لكي لا نرجع لكتب فقهية للاستفادة منها هذا التعريف التي أوردها بشكل عام.

- ننادي للمشرع بالتدخل لإزالة غموض مصطلح مبدأ ثبوت بالكتابة الذي استعمله في المادة 335 (ق. م. ج) وإعادة صياغته بمبدأ بداية الإثبات بالكتابة لإزالة الغموض وتسهيل لمعنى للقارئ.

- وينبغي لإصلاح المذكور أن يتم وفق نظرة شاملة تأخذ في الحسبان كل العناصر والعوامل ذات الصلة بالإثبات وذلك باعتماد رؤية مستقبلية تراعي فيها كل الظروف المحيطة بهذا الشأن.

آفاق الدراسة:

إن هذه الدراسة تفتح آفاقا لمواضيع أخرى ما زالت تحتاج للدراسة نذكر منها:

- خصوصية الإثبات بالكتابة في المواد المدنية والتجارية.
- مواد الإثبات في القانون التجاري الجزائري.
- دور القاضي في الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

قائمة المراجع

قائمة المصادر:

1/ الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر، عدد 31 صادر في 13 ماي 2007.

2/ الأمر رقم 75-59، مؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 02/05 مؤرخ في 06/02/2005، جريدة رسمية، عدد 1، صادر بتاريخ 09/02/2005.

3/ قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، صادر في 27 فبراير 2008.

قائمة المراجع.

أولاً: الكتب.

1/ أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2000.

2/ _____، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة للطباعة والنشر، لبنان، 1983.

3/ احمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للإلتزام أحكام الإلتزام والإثبات في الفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، مصر، 2004.

4/ _____، الدراسات البحثية في قانون الإثبات في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007.

- 5/ أدام وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2001.
- 6/ أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد لمدينة والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
- 7/ إيهاب عبد المطلب، أدلة الإثبات و أوجه بطلانها في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، مصر، 2009.
- 8/ سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، المنشورات الحقوقية، العدد السادس، لبنان، 1987.
- 9/ سمير عبد السيد تتاغوا، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، مصر، 2009.
- 10/ عادل حسن علي، الإثبات - أحكام الإثبات ، الناشر زهراء الشرق، د.ب.ن، 1997.
- 11/ عباس العبودي، شرح أحكام قانونا الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2005.
- 12/ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المصادر - الإثبات - الآثار - الأوصاف - الانتقال - الانقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، طبعة تحتوي على آخر المستجدات في التشريع والقضاء والفقه، 2004.
- 13/ عبد الحميد شواربي، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنايية والاحوال الشخصية، منشأة المعارف، مصر، 2003.
- 14/ عبد القادر إدريس، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2010.

- 15/ عصام احمد البهجي، أحكام عبء الإثبات في نطاق المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2014.
- 16/ علي احمد الجراح، قواعد الإثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية، المنشورات الحلبيّة الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010.
- 17/ فخري أبو صافية، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، شركة الشهاب للتوزيع، الجزائر. د.س.ن .
- 18/ محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر. د.س.ن .
- 19/ _____، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- 20/ محمد حسني منصور، قانون الإثبات _ مبادئ الإثبات وطرقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002.
- 21/ محمد شتا أبو سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، دار الفكر، المجلد الأول، مصر، 1997.
- 22/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني _ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، الطبعة 2009.
- 23/ محمد فتح الله النشار، أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات طبقاً لأحدث أحكام محكمة النقض، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2000.
- 24/ محمد نصر محمد، أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية، 2012.

- 25/ محمد وحيد دحام، الإثبات بشهادة الشهود، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الطبعة الأولى، مصر، 2015.
- 26/ محمود الكيلاني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، المجلد الرابع ، عمان، 2010.
- 27/ محمود محمد عبد العزيز الزيني، مناقشة الشهود واستجوابهم في الشريعة والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004.
- 28/ مراد محمود الشيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر، 2007.
- 29/ مصطفى عبد العزيز الطراونة، القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون به دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2011.
- 30/ مصطفى مجدي هرجة، شهادة الشهود في المجالين الجنائي والمدني في ضوء قانون 18 سنة 1999، دار الفكر والقانون، مصر ، د.س.ن .
- 31/ مفلح عواد القضاة، البيانات في المواد المدنية والتجارية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، عمان، 2009.
- 32/ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، مصر، 2000.
- 33/ همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2002.
- 34/ _____، الوجيز في الإثبات المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2003.

35/ يحي سامية، الإثبات بالقرائن القضائية في المواد المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الجزائر، 2015.

36/ يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود، وفق أحكام الشريعة والقانون وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

ثانيا: الرسائل الجامعية.

أ/ رسائل الدكتوراه:

1_ براهيم صالح، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة في المواد المدنية والجنائية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.

2_ زوزو هدى، الإثبات بالقرائن في المواد الجزائية والمدنية، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010-2011.

3/ قروف موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، دراسة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع قانون أعمال، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013-2014.

ب/ المذكرات:

1/ زرقان وليد، إجراءات الإثبات عن طريق الشهادة في القانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في تنفيذ الأحكام القضائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيد حمدين، الجزائر، 2014-2015.

2/ بريخ حورية، بالة كنزة، سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات في المواد المدنية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، شعبة القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015-2016.

3/ سارة فروجي، أدلة الإثبات الحديثة في المواد الإدارية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015.

4/ سيد علي نورية، تيزي أوكدال سامية، طرق الإثبات ذات القوة المحدودة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015-2016.

5/ مروشي الخامسة، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر أكاديمي في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2016-2017.

ثالثا: المجالات العلمية.

1/ زوزو هدى، عبء الإثبات في المواد المدنية والجزائية، مجلة المفكر، العدد السادس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012.

2/ قروف موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير الدليل الكتابي، مجلة المفكر، العدد الثامن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

3/ لحميم زليخة، دور القاضي المدني في الإثبات في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جانفي 2011.

رابعاً: الموقع الإلكتروني.

http : [www.algerie](http://www.algerie.droit.Fb.Bz) droit. Fb. Bz.

الفهرس

الشكر

الإهداء

مقدمة

الفصل الأول: القواعد العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية.....10

المبحث الأول: أشخاص الإثبات في المواد المدنية والتجارية.....11

-المطلب الأول: الخصوم وحقهم في الإثبات في المواد المدنية والتجارية.....11

الفرع الأول: الحق في الإثبات ومبدأ المجابهة بالدليل في المواد المدنية و التجاري.....12

الفرع الثاني: حدود حق الخصوم في الإثبات في المواد المدنية والتجارية.....13

المطلب الثاني: القاضي ودوره في الإثبات في المواد المدنية و التجارية.....20

الفرع الأول: حياد القاضي في المواد المدنية والتجارية.....20

الفرع الثاني: وظيفة القاضي في المذاهب الثلاثة المختلفة في المواد المدنية و التجارية....25

الفرع الثالث:موقف المشرع الجزائري من أنظمة الإثبات في المواد المدنية و التجارية.. 30

المبحث الثاني: الواقعة القانونية محل الإثبات وعبء الإثبات في المواد المدنية والتجارية..32

المطلب الأول: محل الإثبات في المواد المدنية والتجارية.....33

-الفرع الأول: الواقعة القانونية محل الإثبات في المواد المدنية والتجارية.....34

الفرع الثاني: القاعدة القانونية ليست محل الإثبات في المواد المدنية والتجارية..... 36

الفرع الثالث: شروط الواقعة القانونية محل الإثبات في المواد المدنية والتجارية..... 45

المطلب الثاني: عبء الإثبات في المواد المدنية والتجارية.....49

الفرع الأول: تعريف و أهمية تحديد من يقع عليه عبء الإثبات في المواد المدنية والتجارية51

الفرع الثاني: القواعد العامة التي يخضع لها عبء الإثبات في المواد المدنية والتجارية.... 52

الفرع الثالث: تبادل عبء الإثبات وتوزيعه بين الخصوم في المواد المدنية و التجارية.... 60

الفصل الثاني: طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية.....65

المبحث الأول: طرق الإثبات الأصلية في المواد المدنية والتجارية.....66

المطلب الأول: الكتابة في المواد المدنية والتجارية 66

-الفرع الأول :الأوراق الرسمية في المواد المدنية و التجارية.....67

الفرع الثاني: الأوراق العرفية في المواد المدنية والتجارية.....68

الفرع الثالث : الحالات التي اشترط فيها المشرع الإثبات بالكتابة في المواد

المدنية والتجارية.....

76...

لمطلب الثاني : شهادة الشهود في المواد المدنية والتجارية.....92

الفرع الأول : الأحكام العامة لشهادة الشهود في المواد المدنية والتجارية.....93

الفرع الثاني : قوة الإثبات المطلقة بالشهود في المواد المدنية و التجارية.....95

الفرع الثاني : في قوة الإثبات المحدودة بالشهود في المواد المدنية والتجارية.....100

المطلب الثالث: القرائن في المواد المدنية والتجارية.....106

الفرع الأول : القرائن القضائية في المواد المدنية والتجارية.....107

111.....	الفرع الثاني : القرائن القانونية في المواد المدنية والتجارية.....
116.....	الفرع الثالث : التمييز بين القرائن القانونية والقرائن القضائية في المواد المدنية والتجارية.....
119.....	المبحث الثاني : طرق الإثبات الاحتياطية في المواد المدنية والتجارية.....
120.....	المطلب الأول : الإقرار في المواد المدنية والتجارية.....
120.....	الفرع الأول : الإقرار بوجه عام في المواد المدنية والتجارية.....
124.....	الفرع الثاني : أنواع الإقرار في المواد المدنية والتجارية.....
132.....	المطلب الثاني : اليمين في المواد المدنية والتجارية.....
132.....	الفرع الأول : اليمين الحاسمة في المواد المدنية والتجارية.....
138.....	الفرع الثاني : اليمين المتممة في المواد المدنية والتجارية.....
147.....	الخاتمة.....
152	قائمة المراجع.....
160.....	الفهرس.....

المخلص

تناولت في هذه الدراسة موضوع الاثبات في المواد المدنية والتجارية حيث أنها تختلف من طرق الاثبات في الميادين الاخرى ومحاولة منا الإلمام بالموضوع قسمنا هذه الدراسة الى فصلين الفصل الاول القواعد العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية والفصل الثاني طرق الاثبات في المواد المدنية والتجارية، فقد درسنا هاته القواعد والطرق كما نص عليها في القانون المدني والقانون التجاري ، فمضمون الفصل الأول ينصب حول دراسة القواعد العامة للإثبات ومدى إرتكاز وإرتباط الإثبات في المواد المدنية والتجارية عليها، أما الفصل الثاني فقد تناولنا فيه دراسة طرق الاثبات الاصلية وطرق الاثبات الاحتياطية ومدى ارتباطها بطرق الاثبات في المواد المدنية والتجارية.

résumé

Dans cette étude, j'ai abordé le sujet de la preuve dans les matières civiles et commerciales car il diffère par rapport a des méthodes de preuve dans d'autres domaines. Essayant de nous enseigner sur le sujet, nous avons divisé le sujet en deux chapitres; le premier chapitre :règles générales de preuve dans les matières civiles et commerciaux ،et dans le deuxième chapitre on parle sur les méthodes de preuve dans les matières commerciaux et civils. Nous avons étudié ces règles et méthodes comme stipulé dans le droit civil et commercial . Le premier chapitre traite de l'étude des règles générales de preuve et de la mesure dans laquelle les éléments de preuve dans les articles civils et commerciaux sont basés ،Le deuxième chapitre traitait l'étude des méthodes de preuve originales et des méthodes de preuve de réserves et de l'importance de leur pertinence pour les méthodes de preuve dans les matières civils et commerciaux.