

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات
(دراسة في ظل القانون المدني و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية)

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون

تخصص: قانون أعمال

إشراف الدكتور:

مرامية حمة

فرع: قانون خاص

إعداد الطالبة:

بن صالح سارة

أمام لجنة المناقشة

الاسم و اللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د/طالبي حليلة	أستاذة محاضرة قسم أ	باجي مختار عنابة	رئيسا
د/مرامية حمة	أستاذ محاضر قسم أ	20 أوت 1955 سكيكدة	مقرا
د/عمار قبلغيث	أستاذ محاضر قسم أ	باجي مختار عنابة	عضوا
د/هادفي بشير	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة تبسة	عضوا

السنة الجامعية 2011-2012

قائمة المختصرات:

- ق.م.ج.....القانون المدني الجزائري
- ق.إ.م.د.....قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
- ق.ت.ج.....القانون التجاري الجزائري
- ق.أ.ج.....قانون الأسرة الجزائري
- ق.ت.م.م.....قانون تنظيم مهنة الموثق الجزائري.

شكر و عرفان

الحمد لله الذي منحني القدرة و العزيمة لإتمام هذه المذكرة التي تعتبر ثمرة مجهود مساري الدراسي ، كما أتقدم بالشكر الجزيل لأستاذي الفاضل الدكتور مرامية حمة الذي تفضل بالإشراف على هذه المذكرة فكان لتوجيهه الأثر البالغ فيما آلت إليه دراستي للموضوع، و أنه لشرف عظيم أن كان مقررا في مذكرتي فجزاه الله عني خير جزاء .

كما أتوجه بالشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الأستاذة طالبي حليلة رئيسا،الأستاذ عمارة بالغيث و الأستاذ هادفي بشير كعضوين لقبولهم مناقشة هذه المذكرة.

و لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى أستاذتي الفاضلة مشري راضية و السيد حمدي عمر باشا رئيس محكمة قالمة و كل من أعطاني يد العون لإنجاز مذكرتي.

و أخيرا أسأل الله العلي القدير أن يوفقهم جميعا و يوفقنا بما فيه الخير و أن يجعل ما تعلمناه خالصا لوجهه الكريم.

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضعة و محصول سنوات دراستي إلى من كان رضاهما
سر نجاحي و أغلى ما لدي أُمي و أبي أدامهما الله لي.

إلى من كان عوناً لي في مشوار دراستي و في إعدادي لهذه المذكرة زوجي فتحي
زغدودي حفظه الله.

إلى أختي الغالية أمينة ، إلى إخوتي محمد عدنان و عبد الرحمان رعاهم الله.

مقدمة:

يقصد بالإثبات في معناه القانوني تقديم الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم بالطرق الجائزة، و قد اعتنت الشريعة الإسلامية بقواعد القضاء و الإثبات عناية فائقة و ذلك إعمالاً للحق و إقامة لميزان العدل بين الناس لقوله صلى الله عليه و سلم "إنما أنا بشر و إنكم تختصمون إلي، و لعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له بنحو مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار"، فالحديث الشريف يبرز لنا أهمية الإثبات، بحيث يعد المجال الذي يتفاضل فيه القضاة لأنهم على قدر تفهمهم لقواعد الإثبات و إدراكهم لمواقف الخصوم و حججهم يكون حكمهم أقرب إلى الصواب.

قواعد الإثبات في التشريع المدني تأخذ مكانين: مكان في التقنين المدني و آخر في تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية، و هي تتنازع من ناحيتين : ناحية تحدد طرق الإثبات المختلفة و أخرى تحدد قيمة كل طريقة منها، فبالرجوع إلى القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للقانون المدني، و القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أن المشرع الجزائري تناول من طرق الإثبات الإقرار القضائي ، القرائن، الكتابة، شهادة الشهود، الخبرة، المعاينة، إضافة إلى الكتابة الإلكترونية التي استحدثها المشرع بموجب المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 من القانون رقم 10/05، غير أن هذه الأدلة تختلف من حيث تقدير القاضي لحجيتها وسلطته في ذلك، إذ نجد أن سلطة القاضي المدني تتأرجح بين التقييد و التزام الأخذ بحجية بعض الأدلة و بين الإطلاق و الحرية في تقدير حجية أدلة أخرى.

إلا أن المشرع أهمل بعض الطرق المتقدمة ذات الأهمية البالغة في مجال الإثبات كفحص الدم و الذي لا نجد إشارة إليه إلا في المادة 40 من القانون رقم 02/05 المعدل و المتمم لقانون الأسرة.

فالأدلة التي تكون معها سلطة القاضي المدني مقيدة إنما تستمد إلزاميتها من نص
المشرع على حجيتها الملزمة و ضرورة توافر شروط معينة في كل دليل لا يمسها
أي خلل مثل الإقرار القضائي الذي جعله المشرع حجة قاطعة على المقر و بالمفهوم
المقابل أن هذه الحجية ملزمة للقاضي، هذا لا يعني عدم تدخل القاضي بشأنها بل يبقى له
حق الرقابة على مدى صحتها، كذلك اليمين الحاسمة التي جعلها المشرع منهيّة لموضوع
النزاع بمجرد حلفها من الخصم الموجهة إليه، و أخيرا الدليل الكتابي و الذي قسمه
المشرع إلى نوعين، محررات رسمية و أخرى عرفية إضافة إلى المحررات الخاص و
أورد الشروط الواجب توافرها في كل محرر حتى تثبت له هذه الحجية أمام القاضي
المدني.

رغم ما تملكه هذه الأدلة من قوة إلا أنها معرضة إلى بعض الإشكالات التي تزعزع
تلك الإلزامية و تفسح المجال أمام سلطة القاضي في استبعادها.

أما الأدلة التي تكون معها سلطة القاضي المدني مطلقة فقد عددها المشرع و قرر
حجيتها الغير ملزمة للقاضي عند تقرير حكمه و من بينها شهادة الشهود، القرائن
القضائية اليمين المتممة، و غيرها من الأدلة العلمية الأخرى و أخيرا الكتابة الإلكترونية
التي وضعناها تحت سلطة القاضي المطلقة في تقدير أدلة الإثبات بسبب أن المشرع عندما
أعطى لها قيمة الدليل الكتابي في الإثبات لم يحدد هذه القيمة و عليه ففي حالة
وقوع تنازع بين الدعامة الورقية و الدعامة الإلكترونية ترجع سلطة التقدير إلى
قاضي الموضوع الذي يجد دائما صعوبة في الأخذ بالدعامة الإلكترونية و طرح الدعامة
الورقية.

إشكالية البحث:

إن التعرف على الجوانب المختلفة لهذا الموضوع يثير التساؤل الآتي:

إلى أي مدى يمكن للقاضي المدني إعمال سلطته في تقديره لأدلة الإثبات المعروضة
أمامه؟ و هذا ما يؤدي بنا إلى طرح بعض التساؤلات الفرعية منها:

متى تكون سلطة القاضي متسمة ببعض القيود في تقديره لأدلة الإثبات؟ و متى تكون متسمة بالإطلاق؟ و ذلك طبقا للأحكام التي جاء بها المشرع بموجب القانون المدني و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

أهداف الدراسة:

إن أهداف هذه الدراسة تتجلى في محاولة تسليط الضوء على دور القاضي المدني في مجال الإثبات للوقوف على مدى إعمال سلطته في تقدير الأدلة المعروضة أمامه و الكشف عن بعض مواضع النقص و الخلل في النصوص القانونية المنظمة لها ، من أجل الوصول إلى تقييم تدخل القاضي بشأنها و أخيرا نحاول أن نخلص إلى بعض الحلول و الاقتراحات التي قد تكون ناجعة و فعالة لتحسين سلك العدالة في مجال الإثبات المدني.

أهمية الموضوع:

يعد موضوع سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات من الموضوعات التي تستحق الاهتمام و البحث لما له من قيمة و أهمية بالغة في العلاقات القانونية كون الحق يكون عديم القيمة إذا عجز صاحبه عن إثبات وجوده، فبالنسبة للخصوم فإن حقوقهم الخالية من أي دليل يثبتها و يعزز وجودها تستوي مع الحقوق المعدومة، هذا من جهة، و من جهة أخرى تظهر هذه الأهمية في كونها تعمل على تنوير طريق القاضي المدني في معرفة الدليل الذي تكون له سلطة مطلقة في تقديره ، و عليه يكون دوره إيجابي يساعد به الخصوم على إكمال ما في أدلتهم من نقص، و الدليل الذي تكون سلطته مقيدة لا تتعدى الرقابة على صحة وجوده، و عليه يكون دوره سلبي، حيث لا يستطيع أن يقضي بعلمه الشخصي و لا يساهم في جمع الأدلة و إنما يكون حكمه بناءا على مدى توافر الشروط التي أقرها المشرع لهذه الأدلة و القيمة التي أعطاها لها.

أسباب اختيار الموضوع:

انطلاقاً من الأهمية، تكمن دوافع اختياري لهذا الموضوع في ميولي إلى المجال القضائي و حب الإطلاع على الأدلة التي يعتمدها الخصوم لإثبات ادعاءاتهم و حقوقهم من جهة ، ومن جهة أخرى فضولي إلى معرفة مدى اعتماد القاضي على هذه الأدلة في تقرير حكمه، لكون الخصومة القضائية تتميز بطابع الحسم عن طريق الإثبات لأن الخصوم لا يمكنهم تقاضي حقوقهم أو إثبات إدعاءاتهم إلا بسلوك هذا الطريق، كما أن القاضي لا يمكنه الاقتناع و الحكم لصالح احد الأطراف إلا إذا كان دليله قويا و أقرب للترجيح، إضافة إلى كون الدراسات النظرية المتعلقة بالمحرمات الإلكترونية قليلة جدا، كما أنني أسعى إلى تحقيق جزء بسيط من الفائدة العلمية.

المنهجية المعتمدة:

من أجل إعطاء الجواب على إشكالية بحثي سواء من حيث الجانب التشريعي ، القضائي أو الفقهي، اعتمدت على المنهج الاستقرائي و التحليلي، وذلك من خلال استقراء المواد المتعلقة بموضوع البحث و تحليلها، و أحيانا الاعتماد على المنهج الوصفي كلما اقتضى الأمر ذلك من أجل تعميق الدراسة والخروج بنتيجة من هذا البحث.

الدراسات السابقة:

الملاحظ في هذا الموضوع أنه لم تتم دراسته بشكل كاف خاصة بعد التعديلات التي قام بها المشرع الجزائري المتعلقة بالقانون رقم 10/05 المعدل و المتمم للقانون المدن و كذلك القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، رغم ما يتميز به من قيمة علمية و عملية، إلا أنه لا يمكننا القول بأنها منعدمة، كما أن الدراسات القانونية الجزائرية المتعلقة بالإثبات في المحرمات الإلكترونية المستحدثة بموجب القانون رقم 10/05 نادرة مقارنة بباقي الأدلة التي تصب في نفس الموضوع، إذ نجد منها كتاب "الواضح في شرح القانون المدني-الإثبات في المواد المدنية و التجارية-

"للمؤلف محمد صبري السعدي الذي تناول المحررات الإلكترونية بشكل موجز جدا، إضافة إلى كتاب " الإثبات في المواد المدنية و التجارية "للمؤلفين نبيل صقر و مكاري نزيهة.

أما بالنسبة للمذكرات الخاصة بهذا الموضوع ، فلم أجد من كتب فيه لا سيما بموجب تعديل القانون المدني و استحداث قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، ومن هنا تبرز الصعوبات التي واجهتني في بحثي أهمها قلة المراجع و الدراسات الجزائرية في هذا المجال خاصة فيما يتعلق بالمحررات الإلكترونية إضافة إلى انعدام الأحكام و القرارات القضائية الخاصة بها، ولعل مرد ذلك يرجع إلى حداثة الموضوع و عدم استيعابه حتى من قبل رجال القانون و القضاء.

الخطة الدراسية:

لقد تناولت الموضوع من خلال خطة مقسمة إلى فصلين، حيث خصصت الفصل الأول لدراسة سلطة القاضي المقيدة في تقدير أدلة الإثبات، أما الفصل الثاني تناولت فيه سلطة القاضي المطلقة في تقدير أدلة الإثبات.

الفصل الأول: سلطة القاضي المقيدة في تقدير أدلة الإثبات

سنتناول من خلال هذا الفصل البحث في الأدلة التي لا تكون سلطة القاضي حرة في تقدير حجيتها لإثبات الإدعاءات المعروضة أمامه، حيث يكون مقيدا إما بالحجية التي منحها لها المشرع بصريح النص أو من خلال الشروط التي متى توافرت كان لزاما على القاضي أن يأخذها بعين الاعتبار في تقدير هذه الحجية، وستتم دراسة هذه الأدلة في مبحثين: المبحث الأول نتناول من خلاله الأدلة ذات الحجية الملزمة أما الثاني نتطرق فيه إلى الإشكالات التي قد تعيق هذه الإلزامية.

المبحث الأول: الأدلة ذات الحجية الملزمة

عند دراستنا لأدلة الإثبات التي حددها المشرع الجزائري، نجد الصنف الأول الذي يتعلق بالأدلة التي وضع لها المشرع شروط معينة متى توافرت أصبت ملزمة للقاضي في الأخذ بها لتقرير حكمه، ولذلك قسمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، نتناول في الأول اليمين الحاسمة وفي الثاني الإقرار القضائي أما المطلب الثالث نتطرق فيه إلى الدليل الكتابي.

المطلب الأول: اليمين الحاسمة

-اليمين: قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول أو على إنجاز ما يهدى
يبتذل عقابه إذا ما حنث، ويكون اليمين إما لتوكيد قول (Probatoire , Affirmatif)

أو لتوكيد وعد (promissoire) (1)

1-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، سنة النشر غير موجودة الجزء 2 ص514.

- ويعرفها البروفسور ميشال دي جوقلار (Michel de Juglart) على أنها:

اليمين التي يوجهها أحد الخصوم إلى الآخر أمام القاضي على صحة ما يدعي، فإذا حلفها من وجهة إليه خسر من وجهها دعواه أما إذا رفض من وجهة إليه حلفها يعد ناكلا و يخسر دعواه.(1)

للقوف على مدى سلطة القاضي في تقديرها يجب توضيح الشروط الواجب توافرها في اليمين الحاسمة و الآثار المترتبة على توجيهها أمام القاضي فيما يلي:

الفرع الأول: تقدير القاضي لمدى توافر شروط توجيه اليمين الحاسمة

عملا بنص المادة 343 فقرة 1 من ق.م.ج نستنتج أن توجيه اليمين الحاسمة مقصور على الخصمين، فلا يستطيع القاضي توجيه هذه اليمين من تلقاء نفسه ، وحتى يكون توجيه اليمين الحاسمة صحيحا يتعين توافر شروط القبول التي يتطلبها القانون لصحة التصرف القانوني باعتبار أن إرادة موجه اليمين تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين(2)، وهذه الشروط هي :

أولا -شروط متعلقة بشخص الخصوم: سواء تعلق الأمر بموجه اليمين أو من وجهت إليه إضافة إلى المواد التي توجه بشأنها اليمين

أ بالنسبة لمن يوجه اليمين الحاسمة : يجب أن يتحقق القاضي من أن موجه اليمين تتوافر لديه أهلية التصرف في الحق الذي توجه بشأنه لأن حلف الخصم لليمين سيترتب عليه ترك ذلك الحق وأن التصرف القانوني الذي حلف بشأنه يعد ثابت في حق موجه اليمين(3) ويترتب على ذلك :

1-Michel de Juglart, cours de droit civil, premier volume, éditions Montchrestien, paris, 1972, Tome I, p145.

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

3- عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات المدني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط3، عمان ، 2011، ص302

1- أنه لا يجوز إدخال شخص في الدعوى لتحليفه ال يمين، إذ لا يمكن للقاضي أن

يسمح بتوجيه اليمين إلا إلى الخصم المائل في الدعوى ، فلا يجوز إدخال شخص آخر لمجرد تحليفه، لأن حلفه أو نكوله لا يكون له أي تأثير في الدعوى كون اليمين شخصية ومتعلقة بذمة الحالف وهذا مهما كانت علاقته بالشخص الآخر ولو كان ابنه أو أباه أو زوجه أو شريكه..... الخ .

2- لا توجه اليمين إلى وكيل الخصم، فلا يجوز توجيه اليمين إلا للخصم الأصلي أو

الحقيقي في الدعوى ولا توجه للوكيل إلا في واقعة خاصة به تدخل في نطاق توكيله⁽¹⁾ فلا بد على القاضي أن يطلب من الوكيل إحضار وكالة خاصة تمنحه سلطة توجيه اليمين وهذا عملاً بنص المادة 574 فقرة 1 من ق.م.ج و التي جاءت بقاعدة أمره مفادها أن كل عمل ليس من أعمال الإدارة ومن بينه توجيه اليمين لا بد أن يكون بموجب وكالة خاصة⁽²⁾.

وبالنسبة لمن له ولاية على أموال غيره كالوصي والقيم ووكيل الغائب فلا يستطيع

أي منهم توجيه اليمين الحاسمة في عمل من أعمال التصرف التي لا يستطيعون القيام بها

إلا بإذن من المحكمة يمنحه إياهم القاضي المختص بنظر الدعوى المعروضة أمامه، أما

أعمال الإدارة والتي يمكن مباشرتها بدون إذن من المحكمة فلهم أن يوجهوا اليمين

الحاسمة بشأنها، وقد نقضت محكمة التمييز الأردنية قراراً لأن محكمة الموضوع قبلت

¹ -مصطفى مجدي هرجة ، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ،

2000، ص61

² -تنص المادة 574 فقرة 1 من ق.م.ج على أنه: "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ي سيما في البيع و الرهن و التبرع و الصلح و الإقرار و التحكيم و توجيه اليمين و المرافعة أمام القضاء."

تحليف ولي المدعى عليه (الزوج) اليمين الحاسمة على عدم كذب المدعية (زوجته)، و اعتبرته نظرا غير صحيح من محكمة الموضوع (1).

عليه فإنه لا يكفي الوكالة العامة ، ولو كانت مطلقة أو غير محدودة ، لتوجيه اليمين بالنيابة أمام القضاء ، كما أنه لا يصح توجيه اليمين من محامي الخصم ، ما لم يكن التوكيل الصادر إليه منصوصا فيه على تفويضه في توجيه اليمين ، وقد قضى بأن المفوض بالمصالحة لا يمكن له توجيه اليمين باسم مفوضه (2).

3- صحة الإرادة: يجب أن يكون توجيه اليمين الحاسمة غير مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه ، فالغلط يشوب اليمين في الواقع إذا أخفى الخصم الذي وجهت إليه اليمين عن موجهها مستندا صالحا لإثبات إدعائه ، فيعتقد هذا عن غلط ألا سبيل أمامه إلا توجيه اليمين (3) وقد يكون الخصم الذي وجه اليمين إنما وجهها بسبب التدليس وذلك بأن يوهم الخصم موجه اليمين أن القانون مثلا لا يجزي الإثبات بللبنية (4)، فليس أمامه من سبيل غير توجيه اليمين ويستعين في ذلك بشخص آخر لإقناعه أو بالقيام بمناورات و خدع تدفع الخصم إلى تصديقه (5)، وقد يكون توجيه اليمين عن إكراه وقع على الخصم خارج مجلس القضاء فلم يجد هذا الأخير سبيلا غير توجيه اليمين إلى خصمه . وفي جميع الأحوال التي يكون فيها توجيه اليمين مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه يعتبر توجيهها غير صحيح بصفته تصرفا قانونيا، و يجوز لمن وجه اليمين أن يبطله حتى بعد أن يقبل الخصم الآخر الحلف، و حتى بعد أن يحلف. (6)

¹-عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص303.

²-يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي ، الشركة الوطنية النشر والتوزيع 1981، ص309.

³- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام)، ط4، دار الهدى ، الجزائر 2007/2008، ص162.

⁴- محمد صبري السعدي ، بما قبله، ص176

⁵- مصطفى مجدي هرجة ، المرجع السابق ، ص867

⁶- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص523

عند الرجوع إلى القواعد العامة للالتزام نجد أن العقد يكون قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع ، و يجوز أيضاً إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ، كما يمكن إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق⁽¹⁾

إن قياساً على ذلك تكون للقاضي سلطة تقديرية في تقويمه لبطان اليمين الحاسمة بعد تقديره لمدى تحقق هذه العيوب في إرادة الخصم موجه اليمين.

ب- بالنسبة لمن توجه له اليمين الحاسمة : يشترط فيمن توجه إليه اليمين الحاسمة نفس الشروط التي تشترط فيمن يوجهها كأهلية التصرف ، لأن اليمين الموجهة يترتب عليها تخيير الخصم بين الحلف ، الرد أو النكول ، وفي الحالتين الأخيرتين تكون حقوقه معرضة للضياع.⁽²⁾

يلاحظ أنه لا يكفي أن يتوافر شرط الأهلية لإمكانية توجيه اليمين ، بل يجب أن تبقى تلك الأهلية قائمة إلى أن يتم الحلف فعلاً أو الرد ، أو النكول ، بحيث لو حذر على الشخص في الفترة مابين الحالتين يظل القاضي توجيه اليمين بالنسبة إليه ، وكذلك الحال بالنسبة للإرادة والتي كما سبق وأن ذكرنا في الشخص موجه اليمين يجب أن لا تكون مشوبة بعيب. وتوجه اليمين بصفة عامة إلى الخصم الذي له الحق في المطالبة بالإثبات حيث ينقلب موقفه بعد أن كان غير مكلف بشيء ، وما عليه إلا أن ينتظر من خصمه تقديم الدليل على صحة إدعائه إذ به يجد نفسه مضطراً إلى قبول احتكام خصمه إلى ضميره إذا لم يختار هو بدوره أن يحتكم إلى ضمير هذا الأخير برد اليمين إليه، و عليه لا يصبح أمامه سوى أن يحلف اليمين حتى يكسب الدعوى.⁽³⁾

¹ - المواد 81، 86، 88 من ق.م.ج.

² - يحي بكوش ، المرجع السابق، ص 311

³ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 525

ج- بالنسبة للمواد التي توجه بشأنها اليمين:

بخصوص المواد التي تقبل فيها اليمين فقد جاء النص عليها في المادة 189 من ق.إ.م.د.⁽¹⁾ إذ متى توافرت الشروط السابقة الذكر جاز توجيه اليمين الحاسمة في أي نزاع مدني شأنها في ذلك شأن الإقرار ، سواء كان موضوعها واقعة مادية أم كان تصرفاً قانونياً وأياً كانت قيمة التصرف ، بل يجوز توجيه اليمين الحاسمة في شأن ما يخالف أو يجاوز الكتابة أو لنقض قرينة قانونية كقرينة اعتبار الوفاء بقسط من الأجرة دليلاً على الوفاء بالأقساط السابقة ، ولا يشترط في هذا أن يكون في الدعوى دليلاً آخر، إذ أن اليمين نظام من أنظمة العدالة شرع كوسيلة غير عادية يلجأ إليها الخصم عند تجرده من الدليل ويراعى استثناء المنازعات التي حرم فيها القانون توجيه اليمين لاعتبارات تتعلق بالنظام العام⁽²⁾

ثانياً- الشروط المتعلقة بالواقعة موضوع اليمين الحاسمة:

أ- يجب ألا تكون الواقعة مخالفة للنظام العام : وقد جاء النص على هذا الشرط في المادة 190 فقرة 3 من ق.إ.م.د حيث لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة بشأن وقائع مخالفة للنظام العام.⁽³⁾ ونفس الحكم في المادة 344 من ق.م.ج.

إن يلتزم القاضي بمنع الخصم من توجيه اليمين في شأن واقعة ممنوعة قانوناً لكونها مخالفة للنظام العام و الآداب العامة، فلا يجوز توجيه اليمين لدين قمار ولا بالنسبة لواقعة سبق صدور الحكم فيها حاز قوة الأمر المقضي فيه ، ولا بالنسبة لتصرف يشترط

¹- تنص المادة 189 من ق.إ.م.د على أنه: "يأمر القاضي بأداء اليمين في المواد التي يجوز فيها ذلك".

²- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية و التجارية)، دار الهدى، الجزائر ، 2009، ص272.

³- تنص المادة 190 فقرة 3 من ق.إ.م.د على أنه: "لا يجوز توجيه اليمين حول وقائع مخالفة للنظام العام".

القانون فيه شكلا خاصا كهبة العقار ، كذلك لا يجوز توجيهها لإثبات إيجار منزل يدار للدعارة أو استغلال ناد للقمار لأن هذا مخالف للآداب العامة.(1)

و هذا ما سار عليه القضاء الجزائري من خلال قرارات المحكمة العليا (2)

ب- **تعلق الواقعة بشخص من وجهة إليه :** وه و أمر منطقي ، لأن من يوجه اليمين يحتكم إلى ضمير خصمه ، فيتعين أن تكون الواقعة متعلقة بشخص هذا الخصم ، لأنه وحده القادر على تأكيد أو نفي الواقعة المدعاة (3) ، فلا يسمح القاضي بأن توجه اليمين إلى الخصم عن وقائع لا تتعلق بشخصه إلا إذا أريد تحليفه على عدم علمه بهذه الوقائع ، مثلا لاتوجه اليمين إلى الوارث على أن مورثه غير مدين بالحق المدعى به و لكن يجوز تحليفه على أنه لا يعلم أن مورثه مدين بهذا الحق و تسمى هذه اليمين بيمين عدم العلم (serment de crédulité) وهي أيضا يمين حاسمة . (4)

قد جاء النص على هذا الشرط في المادة 344 فقرة 02 من ق.م.ج (5) لأن خصمه يحتكم إلى ذمته ، وبديهي أن من توجه إليه الدعوة للاحتكام إلى ذمته لا يستطيع الحلف بشأن الواقعة ما لم تكن متعلقة بشخصه . (6)

1- ملفح عواد القضاة، البنات في المواد المدنية و التجارية(دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2007،ص221.

2- جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: " من المقرر قانونا أن اليمين الحاسمة لايجوز توجيهها إذا كانت تتعلق بواقعة مخالفة للنظام العام ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير مؤسس يستوجب رفضه ، ولما كان من الثابت في قضية الحال -أن اليمين التي قامت الطاعنة بتوجيهها لخصمها مخالفة للنظام العام فإن قضاة المجلس الذين قضوا برفض اليمين أصابوا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن " قرار رقم 52042بتاريخ بتاريخ 1989/04/05،المجلة القضائية لسنة 1991، العدد (1)، ص04.

3- نبيل صقرو و مكايي نزيهة ، الوسيط في القاعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية ، دار الهدى ، الجزائر ، 2009،ص215

4- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص544

5 - تنص المادة 344 فقرة2 من ق.م.ج على أنه:"و يجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهة إليه اليمين فإن كانت غير شخصية له قامت اليمين على مجرد علمه بها."

6- عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية و التجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان- 2010، ص363

ج- أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى: بمعنى أنه يتوقف عليها الفصل النهائي في النزاع بحيث تنتهي بها الدعوى على أي نحو انتهت عليه اليمين⁽¹⁾ ذلك أن اليمين الحاسمة تحسم النزاع وتقطع الخصومة، فهي وسيلة يلجأ إليها المدعي عندما يعوزه الدليل لذلك يجوز للقاضي أن يعمل سلطته في رفض توجيه اليمين الحاسمة إذا تناولت وقائع ثانوية خارجة عن موضوع الدعوى الأصلية⁽²⁾ مثال ذلك أن يوجه الخصم اليمين الحاسمة لخصمه بشأن واقعة تتعلق بعدم دفعه لقسط الإيجار فيحلف هذا الأخير اليمين على أن مدة الإيجار لم تنته بعد، فالواقعة هنا غير منتجة في الدعوى وحلف اليمين لا يحسم النزاع.⁽³⁾

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير اليمين الحاسمة

إذا وجهت اليمين الحاسمة إلى الخصم وفق الأحكام و الشروط التي ذكرناها، ستترتب عليها آثار والتي من خلالها تتبين سلطة القاضي في تقدير حجيتها ومدى التزامه بالأخذ بها، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أولاً- الآثار المترتبة على توجيه اليمين الحاسمة:

أ-حلف الخصم لليمين الحاسمة: إذا قام من وجهت إليه اليمين بحلفها ترتب على ذلك حسم النزاع في الواقعة التي انصبت عليها اليمين، و يكون لحلف اليمين حجية ملزمة للقاضي و للخصوم⁽⁴⁾ و عليه فإنه لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها

¹- نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 232

²- عباس العبودي، المرجع السابق، 302.

³- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 564

⁴- محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي و الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 224.

الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه و هذا عملا بنص المادة 346 من ق.م.ج⁽¹⁾ و مفاد هذا النص أنه يترتب على حلف اليمين عدم جواز إثبات كذبها أمام القاضي المدني بحيث لا يجوز استئناف الحكم الصادر بناء على حلف اليمين استنادا إلى كذبها ، و حتى إذا صدر حكم جنائي بكذب اليمين ، فإن حق من أضير منها يقتصر على المطالبة بالتعويض، إلا إذا كان ميعاد الطعن في الحكم الذي صدر بناء على تلك اليمين لم ينقض بعد فيجوز له الطعن فيه⁽²⁾ والمقصود بميعاد الطعن هنا حسب رأي الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أنه لا يفتح له صدور الحكم الجنائي بكذب اليمين بابا جديد للطعن في الحكم المدني الذي صدر ضده بعد حلف هذه اليمين ، و لكن إذا كشف الحكم الجنائي عن وجه من أوجه التماس إعادة النظر في هذا الحكم المدني ، كأن أثبت أن الخصم الذي حلف اليمين الكاذبة قد وقع منه غش ، كان من شأنه التأثير في الحكم المدني أو كان حائلا في الحصول على أوراق قاطعة في الدعوى ، فإنه يجوز للخصم الذي وجه اليمين أن يلتمس إعادة النظر في الحكم المدني إذا كان ميعاد الالتماس لم ينقض، بل له كذلك أن يستأنف الحكم المدني إذا كان حكما ابتدائيا ولم ينقض ميعاد الاستئناف وهو ما جاء في العبارة "فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له الحق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده "

ب-رد الخصم لليمين الحاسمة على خصمه: ونصت على رد اليمين وشروطه المادة

343 فقرة 2 من ق.م.ج. حيث منح المشرع الجزائي الحق لمن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه غير أن القاضي لا يجوز له السماح لمن وجهت إليه اليمين بوجدها إذا قامت على واقعة لا يشترك فيها مع خصمه بل يستقل بها وحده⁽³⁾ ، وهكذا فإن الخصم الموجهة إليه اليمين يمكنه أن يضع خصمه في المركز الذي وضعه فيه ، فبدلا من أن

¹ -تنص المادة 346 من ق.م.ج على أنه: "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 يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده"

² - جلال علي العدوي ، جلال علي العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 486
³ - تنص المادة 343 فقرة 2 من ق.م.ج على أنه: "و لمن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها خصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين."

يحلف أو ينكل يصح له رد اليمين على من وجهها له ، ويكون هذا الأخير مجبرا على تأديتها ، وإلا عد ناكلا عنها وترفض دعواه ، لأنه لا يمكنه ردها مرة أخرى وإلا فلا تنتهي.⁽¹⁾

ج-النكول عن حلف اليمين: إذا نكل من وجهت إليه اليمين - أي - رفض أن يحلف اليمين بعد أن وجهت إليه خسر دعواه وكسب من وجه اليمين الدعوى ، والنكول قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا يستفاد من سلوك الخصم و قد نصت عليه المادة 347 من ق.م.ج.⁽²⁾

والنكول إما أن يقع ممن وجهت إليه اليمين ابتداء، فلا يردّها على خصمه ولا يحلف فيعتبر ناكلا وإما أن يقع ممن ردت عليه اليمين ، وقد رأينا أنه لا يستطيع ردها فإذا لم يحلفها يعتبر ناكلا. وهو ما سار عليه القضاء الجزائري من خلال قرارات المحكمة العليا.⁽³⁾

ثانيا - سلطة القاضي في تقدير حجية اليمين الحاسمة: وتتجلى سلطته في من ع توجيه اليمين الحاسمة من جهة و تقدير النتائج المترتبة على توجيهها من جهة أخرى

¹ - أحمد نشأة، رسالة الإثبات(الإقرار،اليمين،القرائن،بما في ذلك قوة الشيء المحكوم به،المعاينة)،دار الفكر الجامعي، القاهرة ، الجزء 2، 1972 ،ص104

² - تنص المادة 347 من ق.م.ج على أنه:"كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه"

³ - قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه " من المقرر قانونا أنه كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه خسر دعواه ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون ، ولما كان من الثابت في قضية ال حال أن قضاة الاستئناف بقضائهم أداء المطعون ضده اليمين بالرغم من كون هذا الأخير نكل اليمين دون أن يردّها على خصمه أمام محكمة الدرجة الأولى يكونوا بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا القانون.ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه" قرار رقم 50281، مؤرخ في 1989/06/28، المجلة القضائية لسنة1991، العدد01 ، ص19.

أ-سلطة القاضي في منع توجيه اليمين الحاسمة:

ألزم المشرع الجزائري القاضي المدني بتوجيه اليمين الحاسمة متى توافرت شروطها عملا بنص المادة 343 فقرة 1 من ق.م.ج (1) و لا يكون له ذلك إلا متى تبين أن هناك حالة تعسف، و يعزز الفقه رأيه بأن اليمين صلح و ليس للقاضي أن يعترض على هذا الصلح.(2) و يري جانب من الفقه الفرنسي أن توجيه اليمين حق للخصم ، على أنه لا يكون توجيهه إياها إلى خصمه مباشرة بل عن طريق القاضي.(3)

وقد خالفهم القضاء البلجيكي في هذا الشأن، و اعترف للقاضي بسلطة تقديرية في قبول توجيه اليمين ، الأمر الذي يجعل توجيه اليمين منوطا بإذن الحاكم بحيث يجوز له أن يأذن أو لا يأذن حسبما يراه من ظروف الدعوى و مركز الخصوم .(4)

ولكن مع هذا فإن القاضي له أن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا كانت غير متعلقة بشخص من وجهت إليه أو ليست منتجة ولا حاسمة في الدعوى أو إذا كانت الواقعة التي وجهت بشأنها مخالفة للنظام العام و الآداب العامة.(5)

إذن إذا اتضح للمحكمة أن القصد من توجيه اليمين هو إحراج من وجهت إليه باستغلال ما قد يتعرض له من حرج بسبب تدبيره مثلا فإن اليمين تكون قد خرجت عن وظيفتها و هي الاحتكام إلى ضمير الخصم لتصبح وسيلة لإجباره على النكول و ما

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

²- سليمان مرقس ، الأقرار و اليمين و إجراءاتهما ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة ، 1970، ص162 / 163.

3- Art1357 :le serment judiciaire est de deux espése :

*celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause :il est appelé - décisoire-

*celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties »

lancer sur : www.pelpot.net/cod_civil_français.pdf.dat 25/09/2011.h21 :00

⁴- آدم و هيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الإثبات (دراسة مقارنة) ، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2001، ص285.

⁵- آدم و هيب النداوي ، ما قبله ، ص288.

يترتب عليه من حكم لمصلحة من وجهها لاسيما إذا كان ظاهر الحال يوحي بعدم صحة ادعاء المدعي، فتكون بذلك يمين تعسفية، و يجب على القاضي الامتناع عن توجيهها.(1)

وأما إذا كانت اليمين صحيحة فتؤدى من قبل الخصم الذي وجهت له شخصيا في الجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي ، و إذا برر استحالة التنقل يمكنه أداءها إما أمام قاض منتدب لهذا الغرض ينتقل إلى مكان تواجده بحضور أمين الضبط و أمام المحكمة الموجودة بدائرة اختصاصها محل إقامته و هو ما جاء في مضمون المادة 193 من ق.إ.م.د.

ب- سلطة القاضي في تقدير نتائج اليمين الحاسمة:

متى صار توجيه اليمين لازما ، ترتب على من وجهها سقوط حقه في الأدلة الأخرى ، و يكون بهذا الصدد أمام حالتين فإما أن يحلف من وجهت إليه اليمين و إما أن ينكل أو يردّها على خصمه، فإذا حلف من وجهت إليه اليمين أمام المحكمة كان مضمون الحلف حجة ملزمة للقاضي (2) فإذا تضمن إقرارا بالدعوى حكم بموجب هذا الإقرار، و إن تضمن إنكارها، حكم برد الدعوى لعدم قيام دليل عليها ، و يعتبر الحكم برد الدعوى نهائيا و تثبت له حجية الأمر المقضي به (3)، أما إذا رد من وجهت إليه اليمين هذه الأخيرة على وجهها فحلفها من ردت عليه كسب دعواه و كان حلفه ملزما للقاضي بحيث لا تصبح للقاضي أي سلطة في تقدير هذا الحلف متى توافرت جميع شروطه .

وإذا نكل عنها من وجهت إليه أو من ردت عليه ، خسر دعواه و مؤدى ذلك أن النكول عن اليمين يترتب عليه الحكم على من نكل لمصلحة موجه اليمين ، لأن النكول كما يقول الأستاذ السنهوري يكون بمثابة الإقرار و تك يفيه هو تكييف الإقرار (4) ، فإذا نكل الخصم على الوجه المتقدم ذكره لم يجز له بعد ذلك أن يطلب السماح له بالحلف من جديد بل يحكم عليه عقب نكوله و يكون النكول ملزما للقاضي فليس له أية سلطة تقديرية

1- عباس العبودي ، المرجع السابق ص307.

2- سليمان مرقس، المرجع السابق ، ص173.

3- آدم وهيب النداووي ، المرجع السابق، ص292.

4- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص569

في ذلك عملا بنص المادة 192 من ق.إ.م.د.⁽¹⁾، ونفس الحكم نجده في نص المادة 347 من ق.م.ج.⁽²⁾.

المطلب الثاني : الإقرار القضائي (l'aveu judiciaire) :

يعد الإقرار القضائي من بين أدلة الإثبات التي أوردها المشرع الجزائري في القانون المدني وبيّن شروطها وأحكامها ومن ثم حجيتها وحتى نصل إلى سلطة القاضي المدني في تقدير هذا النوع من الأدلة لابد أولا من التعرف على معنى الإقرار القضائي والشروط التي يقوم عليها :

الفرع الأول: مفهوم الإقرار القضائي وتقدير القاضي لمدى توافر شروطه

أولا- تعريف الإقرار القضائي:

يعرف الإقرار بوجه عام على أنه: "اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد"⁽³⁾

وقد عرف المشرع الجزائري الإقرار القضائي في المادة 341 من ق.م.ج.⁽⁴⁾

ولا يرى بعض الفقه في الإقرار إعفاء من الإثبات لأن الواقعة المعترف بها تصبح في غير حاجة إلى إثبات ، ولا يعتبره نزولا عن الحق لأن المقر لا ينزل عن حق في ذمته وإنما هو يكشف عن حقيقة أمر قائم فعلا ، ولا يعتقد أن الإقرار تصرف قانوني يراد به إنشاء حق أو إنهاؤه، إنما اعتراف المقر بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، فهو إخبار

¹- تنص المادة 192 من ق.إ.م.د على أنه: "إذا امتنع الخصم عن أداء اليمين التي وجهت إليه دون ردها للخصم الآخر سقط ادعاؤه، وإذا رفض من ردت عليه اليمين أداءها سقط ادعاؤه».

²- تنص المادة 347 من ق.م.ج على أنه: "كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وثل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه».

³- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص481.

⁴- تنص المادة 341 من ق.م.ج على أنه: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة "

بواقعة والإخبار لا يتضمن إنشاء أو إنهاء و إنما يكشف عن واقعة قامت قبل صدوره ولهذا اعتبره الفقه دليل إثبات غير عادي .⁽¹⁾

وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية الإقرار بأنه تصريح يقر من خلاله شخص بثبوت واقعة في حقه من شأنها أن تحدث ضده آثار قانونية ، وليس من الضروري أن يكون الإقرار تعبيراً مطابقاً للحقيقة والواقع لأنه يعتبر صادر من الخصم فقد يكون واقعا لأجل إخفاء الحقيقة ذاتها أو للإضرار بالغير ، أو للتحايل على القانون ، أو لمجرد الترضية وعليه من الطبيعي أن يفترض وجود خلاف بين معطيات الإقرار وبين الحقيقة الموجودة⁽²⁾.

ثانياً- تقدير القاضي لمدى توافر شروط الإقرار القضائي:

حتى يكون الإثبات بالإقرار القضائي منتجاً في الدعوى وله حجية مقيدة للقاضي في تقديره، يجب أن يتحقق من أنه قد استوفى جميع شروطه الأساسية و التي تتمثل في:

أولاً - أن يكون صادر من الخصم و لا يكذبه ظاهر الحال:

وهذا عملاً بنص المادة 341 من ق.م.ج فموجباً بديهي و يلتزم القاضي بأن يتحقق من أن الإقرار صدر من أحد الخصوم أطراف الدعوى، لأن الخصم في الدعوى هو الذي يملك الاعتراف بالواقعة محل النزاع ، ويستوي صدور الإقرار من الخصم شخصياً أو من نائب عنه يكون له حق الإقرار⁽³⁾، وعلى ذلك لا يعتبر القاضي ما يذكره شخص ليس خصماً في الدعوى من وقوع واقعة معنية إقراراً ، وله أن يكيفه على أنه

¹- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص238.

²- يحيى بكوش، المرجع السابق، ص 263/264

³- محمد صبري السعدي، ما قبله، ص246

شهادة متى قدر ذلك⁽¹⁾، ومن ثم لا يعد إقرار ا قضائيا الإقرار الذي يصدر ممن تدخل في الدعوى تدخلا إنضماميا لا إختصاصيا إلا إذا امتد توجيه الطلبات الموضوعية إليه⁽²⁾.

كما يشترط في المقر أن يتوافر لديه قصد الإقرار، بمعنى أن نتجه إرادته إلى التسليم بأثر قانوني يسري عليه أو بالواقعة القانونية المرتبة لهذا الأثر ، مما يسمح للقاضي بعدم اعتبار ما يدلي به الشخص من أقوال تأييد الإدعاءاته إقرارا إذا كان في هذه الأقوال مصلحة لخصمه مادام لم يقصد الاعتراف بما يدعيه الخ صم ، فالعبارات التي تصدر بقصد التودد أو المجاملة لا تعد إقرارا مادام من صدرت عنه لم يقصد من الإدلاء بها أن يتخذها من وجهت إليه دليلا عليه⁽³⁾.

القاضي يجب أن يتحقق من كون المقر متمتعا بالأهلية اللازمة عند صدور إقراره وهي الأهلية المنصوص عليها في المادة 40 من ق.م.ج⁽⁴⁾، لأن الأصيلي يجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف كون الإقرار من أعمال التصرف، كما يجب أن تتوافر لديه سلامة الإرادة⁽⁵⁾، بأن ألا يكون قد وقع في غلط جوهري لا في الواقع و لا في القانون⁽⁶⁾، أو أن قد اندفع إلى إقراره بتدليس أو إكراه⁽⁷⁾ وهذا يقع على شخصه فهو الذي يتحمل عبء إثبات ذلك متى إدعاه ، فإذا أثبت أنه لم يكن أهلا أو أن إقراره قد صدر معيبا كان الإقرار باطلا وأمكنه الرجوع فيه ، كذلك مادام الإقرار ينطوي على تصرف قانوني ومادام هذا التصرف هو الاعتراف بحق، وجب على القاضي حتى يسمح بالتوكيل فيه أن يطلب من الوكيل إحضار وكالة خاصة فلا تكفي الوكالة العامة طبقا لما جاء في المادة 574 من

¹- توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1986، ص165.

²- جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص465.

³- مصطفى مجدي هرجة، المرجع السابق، ص703.

⁴- تنص المادة 40 من ق.م.ج على أنه: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة."

⁵- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص485.

⁶- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، العق د و الإرادة

المنفردة)، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص162.

⁷- محمد صبري السعدي، ما قبله، ص176.

ق.م.ج ومن ثم لا يصح الإقرار من وكيل عام ، ولا يصح الإقرار الصادر من المحامي ما لم يكن التوكيل الصادر إلى هذا المحامي منصوصا فيه على تفويضه في الإقرار (1) ، ولا يشترط تعيين محل الإقرار على وجه التخصيص عملا بنص المادة 574 فقرة 2 من ق.م.ج التي اعتبرت أن الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص (2).

لا يصح إقرار الولي أو الوصي على مال الصغير وإقرار القيم على مال المجنون أو المعتوه إلا بحصولهم على إذن بالإقرار من المحكمة (3). وهذه الشروط تشترك فيها اليمين الحاسمة مع الإقرار القضائي.

ثانيا- أن يرد على واقعة قانونية:

قد تكون تصرفا قانونيا ، كما لو أقر بأنه مدين لخصمه بالمبلغ الذي اقترضه منه فينتج الإقرار أثره أيا كانت قيمة الحق الذي تتضمنه تلك الواقعة ولو كان يجاوز نصاب الإثبات بالكتابة ، بمعنى أنه قد يترتب على الإقرار إثبات ما يخالف أو يجاوز ما هو ثابت بالكتابة ويجب ألا تكون الواقعة القانونية التي يرد عليها الإقرار غير مشروعة ، فمتى قدر القاضي أن الإقرار يرد على واقعة يعتبرها القانون مخالفة للنظام العام و الآداب العامة كالإقرار بدين قمار تكون له السلطة في إبطاله لوروده على محل باطل ، ويقضي القاضي بالبطلان من تلقاء نفسه ، كما يجب أن تكون الواقعة التي يرد عليها الإقرار هي محل الدعوى التي صدر الإقرار فيها كما لو تعلقت بملكية عقار و صدور الإقرار بملكية الخصم له (4) ، إضافة إلى أنه يجب أن يكون محل الإقرار لا يكذبه ظاهر الحال وإلا كان صوري لا قيمة له.

1- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 486 .

2 - تنص المادة 574 فقرة 2 من ق.م.ج على أنه: "الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح و لو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات."

3- عباس العبودي، المرجع السابق، ص 201.

4- أنور طلبه، الوسيط في شرح قانون الإثبات، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص 462/463.

ثالثاً: صدور الإقرار أمام القضاء :

يجب أن يكون صدور الإقرار أمام القضاء إذ يستوي في ذلك صدوره أمام القضاء العادي أو أمام جهة قضائية استثنائية أو أمام هيئة محكمين لأن الإقرار أمامها يعتبر إقراراً صادراً أمام القضاء كون المحكم يحل محل القاضي في نظر القضية ، كما يمكن صدوره أمام خبير منتدب في الدعوى ، ولا يعتبر إقراراً قضائياً ما يصدر أمام النيابة العامة أو جهة إدارية ، لئلا يجب صدوره أمام محكمة مختصة إلا إذا كان الاختصاص غير متعلق بالنظام العام ففي هذه الحالة يرتب الإقرار آثاره رغم صدوره من محكمة غير مختصة (1).

والإقرار قد يكون بتعبير صريح بالقول ، وهو النطق باللسان لفظاً ينكشف فيه الحق ويدل عليه كما لو حدث أمام القاضي في الجلسة ، أو بحكم اللفظ كما في الكتابة والإشارة المعروفة للعاجز عن النطق ، وقد يكون الإقرار ضمناً يستنتج بدليل أو قرينة استثناء من الأصل ، فالرئول عن اليمين مثلاً يعد بمثابة الإقرار الضمني. (2)

رابعاً- صدور الإقرار أثناء سير الدعوى المتعلقة بموضوعه:

لا يكفي أن يصدر الإقرار أمام القضاء ، بل يجب أن يصدر أيضاً خلال إجراءات الدعوى التي يكون الإقرار فيها دليلاً للإثبات، فلقاضي يسمح أن يكون في صحيفة الدعوى ذاتها أو في المذكرات التي تليها ، أو في المذكرات التي يرد بها على الدعوى ويصح أن يكون أمام القاضي المنتدب للتحقيق، ويجوز أن يصدر أمام المحكمة نفسها في جلسة من جلسات المرافعة ، كما يجوز أن يصدر عند إيداء الطلبات الختامية وقبل إقفال باب المرافعة (3)، وهو يصدر في ذات الخصومة التي يحتج فيها به وليس في خصومة أخرى ولو كانت بين نفس الخصمين وفي نفس الواقعة ، وعليه لا يعتبر إقراراً قضائياً

¹- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية و التجارية)، دار الهدى، 2009، ص246.

²- عباس العبودي، المرجع السابق، ص199.

³- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص493.

إقرار الشخص بواقعة لا تتعلق بالدعوى المنظورة أمام المحكمة ، والإقرار الصادر في دعوى أخرى⁽¹⁾.

- وإذا صدر في الوقت الذي نتظر فيه الدعوى وإنما بعيدا عن إجراءاتها وخارج مجلس القضاء فإن القاضي لا يعتبره إقرارا قضائيا ، كما إذا صدر من أحد الخصوم شفوي في اجتماع صلح بينهم أو في خطاب موجه من المقر إلى خصمه . وباعتبار أن حجيق الإقرار القضائي مقصورة على الدعوى التي صدر فيها كونه نزولا عن مطالبة المقر له بإثبات إدعاءه في شأن واقعة معينة في هذه الدعوى دون غيرها من الدعاوى ، فإن الإقرار القضائي الصادر في الدعوى المستعجلة لا يعتبر قضائيا بصدد الدعوى الموضوعية المتعلقة بأصل الحق و لو كانت بين ذات الخصوم ، ذلك أن دعوى أصل الحق تختلف موضوعا و سببا عن الدعوى المستعجلة ، و لهذا فإن الإقرار القضائي أمام القاضي بخصوص الحيازة لا يعتبر قضائيا عند نظر الدعوى المتعلقة بأصل الحق ، لأن هذه الأخيرة تختلف موضوعا و سببا عن دعوى الحيازة⁽²⁾.

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير حجية الإقرار القضائي

يعد الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر و لا يجوز للخصم تجزئته أو العدول عنه إلا إذا تعلق بمجموعة من الوقائع و كان وجود أحدها غير ملزم لوجود الواقعة الأخرى و هذا عملا بنص المادة 342 من ق.م.ج⁽³⁾، فمن خلال هذه المادة نستنتج أن سلطة القاضي في تقديره إنما تظهر من خلال أحكام ثلاثة هي:

¹- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 200.

²- نبيل صقر مكاري نزيهة، المرجع السابق، ص 204/203.

³- تنص المادة 342 من ق.م.ج على أنه: "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"

أولاً: الإقرار حجة قاطعة على المقر : من الطبيعي وحسب المادة 342 من ق.م.ج أن

الإقرار الصادر في مجلس القضاء حجة كاملة على المقر ، فليس بعد اعتراف المدعى عليه بالواقعة المدعاة من دليل على صدق الإدعاء ولا يقبل من المقر إثبات عدم صحة إقراره بالإضافة إلى أن للإقرار حجتي ملزمة للقاضي بحيث يتعين عليه أن يأخذ بها في الحكم الذي صدر فيه الإقرار دون أن تكون له أية سلطة في طرحه جانباً.(1)

و قد اعتبر البروفسور ميشال دي جوقلار (Michel de Juglart) أن الإقرار

القضائي يقيد القاضي (2) وعليه يتعين على القاضي الالتزام به ، والحكم من تلقاء نفسه بقبول دعوى المدعي على أساسه، والحجتي القاطعة للإقرار نصت عليها معظم التشريعات مثال ذلك ما جاء في المادة 211 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد على أن " الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر " (3) وذلك متى صدر مستوفياً لشروطه ويجب على القاضي الأخذ به وعدم إجراء أي بحث في موضوعه بعد صدوره(4) ذلك أن أثر هذا الإقرار هو إزالة النزاع حول الواقعة المقر بها ، مما يفسر التزام القاضي بدلالته فيقضي في الدعوى على ضوء هذه الدلالة (5)

¹ - مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 294.

2- En l'absence d'écrit, il sera possible cependant d'utiliser certains procédés de preuve qui doivent être considérés comme ayant une valeur au moins égale à Celle de l'écrit (preuve parfait; par conséquent).

Ce sera le cas tout d'abord pour l'aveu judiciaire, ou suppose ici que le défendeur a reconnu formellement devant le juge le bien fondé de l'argumentation invoquée par le demandeur, cet aveu lie

le juge »

vus Michel de Juglart, I.B.I.D, P144.

³ - عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 333

⁴ - أحمد نشأة، المرجع السابق ، ص 25.

⁵ - جميل الشرفاوي ، الإثبات في المواد المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1983 ، ص 172

الإقرار لا يكون حجة لصالح المقر لأن الشخص لا يصطنع دليلاً لنفسه ، إنما يكون فقط حجة عليه، واختلف النظر في تأصيل الحجج القاطعة للإقرار ، فالفقيهان أوبري ورو ومعهم أكثر الفقهاء يذهبون إلى أن الإقرار هو قلب لعبء الإثبات (Renversement de la charge de preuve) فبعد أن كان من يبيعي الواقعة هو من يطالب بإثباتها فإن إقرار خصمه بهذه الواقعة ينقل عبء إثباتها إليه، ولما كان الإقرار حجة قاطعة على المقر فإن هذه الحجج تكون قاصرة عليه و على خلف العام ولا تتعدى إلى غيرهما (1) ولا حجج للإقرار تجاه الغير بالنظر لكونها قاصرة على المقر باعتبار أنه لا يجوز ترتيب التزامات في ذمة الغير ، وفي ذلك قضي بأن الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده ولا يؤخذ به غيره، إذ الإقرار لا يتعدى في أثره إلى باقي المتعاقدين وبالتالي لا يمكن للمقر له أن يحاج الغير بإقراره، كما إذا أقر المدعى عليه في دعوى الاستحقاق بملكية المنزل للمدعي المدين ، لم يكن هذا الإقرار حجة على دائنه ، ويجوز للدائن أن يتدخل في الدعوى ويثبت بجميع الطرق أن الإقرار غير صحيح ، حتى تبقى ملكية المنزل لمدينه فيستطيع أن ينفذ عليها بالدين . (2)

علماً بأن الوارث (كخلف عام) لا يعتبر من طبق الغير بالنسبة إلى الإقرارات الصادرة من المورث ، ومن ثم فإنها تسري عليه ، لكن له أن يثبت بأي طريق من طرق الإثبات أن حقيقتها وصية قصد بها إثارة أحد الورثة إضراراً به.

في ما يخص الإقرار غير القضائي الصادر خارج مجلس القضاء ، فإن حججه أمام القاضي تكون رهناً بالتحقق من صدوره من المقر (تحصيله واستخلاصه) ومن استيفاءه

1- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 499.

2- عبد الرزاق السنهوري، ما قبله، ص 502.

لم تقومات الإقرار ولشروط صحته و تفسيره، فإذا اجتمع له ذلك كانت له الحجية القاطعة كدليل كامل، والثابتة للإقرار القضائي. (1)

ثانيا - عدم تجزئة الإقرار:

عملا بنص المادة 342 فقرة 2 من ق.م.ج فإن الأصل أن القاضي له أن يعمل سلطته في منع المقر له من تجزئة الإقرار (2) ، أي أن الخصم المقر لصالحه ليس أمامه إلا أن يأخذ الإقرار كله أو يتركه كله ولا يأخذ منه ما يفيد ويترك منه ما هو في غير صالحه (3) فالاحتجاج على الغير بإقراره يستلزم أخذ هذا الإقرار برمته ، وهذه القاعدة بنيت على أساس أن كل أجزاء الإقرار متساوية في الإثبات فلا يجوز التمسك بجزء من الإقرار والمنازعة في الأجزاء الأخرى ، ولا يجد القاضي مشكلة بالنسبة للإقرار الذي يرد على نفس الواقعة وهو ما يسمى بالإقرار البسيط ، ولكن لما كان الواقع أن المدعى عليه لا يقر بالواقعة دون أن يضيف إليها في إقراره عناصر أخرى تعدل وصفها ، و الذي يطلق عليه اسم الإقرار الموصوف ، أو أن يضيف إليها واقعة مانعة لنشأة الالتزام وهذا ما يسمى بالإقرار المركب تبرز مشكلة يصفها بعض شراح القانون المدني بأنها من أعقد مشاكل هذا القانون وهي مشكلة تجزئة الإقرار. (4)

فلأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها يؤدي إلى نتائج تجافي المنطق لذلك كان لزاما على القاضي أن يعمل سلطته لتقدير مدى إمكانية تجزئة الإقرار من عدمه، وهذا ما سنوضحه بالتطرق إلى أنواع الإقرار:

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

2002، ص 351/353

2- تنص المادة 342 فقرة 2 من ق.م.ج على أنه: "و لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى"

3- عباس العبودي، المرجع السابق، ص 206.

4- آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 259.

أ-الإقرار البسيط (l'aveu simple):

هو اعتراف كامل بكل ما يدعيه الخصم دون إضافة أو تعديل ، ومثاله أن يدعي الدائن أنه أقرض المدعى عليه مبلغا معيناً فأقر المدعى عليه بأنه اقترض من المدعى هذا المبلغ المعين ولم يزد على ذلك شيء كان هذا إقراراً بسيطاً ، وفي هذه الحالة لا يكون محلاً للبحث في التجزئة لأن الإقرار كله يتم خض لصالح الدائن فيأخذ به كما هو كاملاً⁽¹⁾، ففي هذا الإقرار لا مجال لإعمال سلطة القاضي لكونه بسيطاً لا يمكن تجزئته.

ب-الإقرار الموصوف (l'aveu califié):

هو الإقرار الذي يعترف فيه المقر بالواقعة الأصلية المدعى بها مقترنة بواقعة أخرى مضافة إليها بوصفها معاصرة للواقعة الأصلية وقت نشوؤها، كما إذا أقر المدعى عليه بالدين مدعياً أنه معلق على شرط أو مضاف إلى أجل و من الثابت أنه إذا كان للمقر أن يعترف بحق في ذمته لصاح المقر له ، فإنه لا يقبل أن يصطنع لنفسه دليلاً في شأن الواقعة الإضافية التي ألحقها بإقراره للواقعة الأصلية المدعى بها⁽²⁾ فالمدعى عليه لم يقر بالدين على الوجه الذي ذكره المدعي ، وهو دين مـؤجل وقد حل أجله فأصبح مستحقاً بل أقر بالدين معدلاً أي موصوفاً ، فقال أنه دين مؤجل ولم يحل أجله فلم يصبح مستحقاً والوصف هنا هو عدم حلول أجل الدين ، إذ الدائن يطالب بدين حال والمدين يقر بدين لم يحل، وقد يطالب الدائن أيضاً بدين منجز ، ويقر المدين بدين معلق على شرط ، فكل من الأجل والشرط يعتبر وصفاً للدين، ولذلك سمي بالإقرار الموصوف، والقاضي يجب أن يراعي مدى اقتران الوصف بالدين وقت نشوؤه لا أن يكون حادثاً جـد بعده ، وحكمه أنه لا يتجزأ على صاحبه ، فيلزم الدائن بأخذ الإقرار كله موصوفاً كما هو ، أو يتركه كله

¹- محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص253.

²- همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق، ص356.

وليس له أن يجزئه، وعليه أن يحمل عبء إثبات ما إدعاه إذا طرح الإقرار، فيعود إلى سيرته الأولى فيتعين على الدائن أن يثبت الدين و المدين أن يثبت الأجل أو الشرط.(1)

يجوز للقاضي بالسماح للدائن أن يتخذ من الإقرار طريقا لإثبات القرض في ذاته ثم يثبت هو -لا المدين- أن القرض قد حل أجله أو أنه غير معلق على شرط فهو مخير إذا لم يرد أن يأخذ بالإقرار كله ، بين أن يطرحه كله و بين أن يستبقي من الإقرار ما هو في صالحه بشرط أن يحض ما ليس في صالحه من الإقرار بدليل يقدمه هو و المم نوع هو أن يستبقي ما هو في صالحه و يلقي على المقر عبء إثبات ما ليس في صالحه، لأن هذا يعتبر تجزئة وهو غير جائز. (2)

ج -الإقرار المركب (l'aveu complexe):

والإقرار يكون مركبا إذا أقر الخصم بدعوى خصمه و لكنه أثار واقعة جانبية و متميزة عنها من شأنها أن تحبط مفعوله ، وذلك بأن أنشأ دفعا لفائدته و كمثال على ذلك أن يعترف المقرض بأنه قد اقترض المال فعلا و لكنه يدعي بأنه قد وفى ذلك المبلغ ولم يصبح مدينا للمدعي بشيء، فإن الدفع هنا لم يكن ليحبط الالتزام في نشأته، وإنما أتى عليه في مرحلة تنفيذية لاحقة. (3)

إذن نستنتج أن الفرق بين الإقرار الموصوف و الإقرار المركب يتمثل أساسا في كون الإقرار الموصوف تكون الواقعة المضافة معاصرة للواقعة الأصلية من وقت نشوءها مما يجعلها تؤثر في الآثار الناشئة عن الواقعة الأصلية مما يترتب عليه تغيير في أحكام هذه الأخيرة ، أما في الإقرار المركب تكون الواقعة المضافة لاحقة لنشوء الالتزام كواقعة الوفاء، و لذلك لا يترتب عليها تعديل في أحكام التزام قائم و إنما تؤدي إلى انقضائه نهائيا.

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 505.

2- عبد الرزاق السنهوري، ما قبله، ص 506

3- يحي بكوش ، المرجع السابق، ص283

الإقرار المركب لا يقبل التجزئة أيضا، بمعنى أن القاضي لا يمكنه السماح للمقر له لا بلأخذ ما في صالحه و هو الإقرار بالدين مثلا و يترك ما ليس في صالحه و هو الوفاء بالدين (1).

لذا اضطر الأستاذ البلجيكي دي باج (de page) إلى التسليم عموما بأن الإقرار

المركب طريق للإثبات يكون قابلا للإثبات العكسي المتعلق بأحد فروع ما دام هذا الإثبات يتم مطابقا لمبادئ الشريعة العامة في الإثبات و لذلك ذهب إلى أن الإقرار المركب أيا يكن غير قابل للتجزئة دائما، فهو في نظره ليس إلا صورة (2).

غير أنه يجوز للقاضي أن يسمح بتجزئة الإقرار المركب إذا كان منصبا على واقعة أصلية ثم أضغيت إليها واقعة أخرى غير مرتبطة بها ارتباطا وثيقا ، بحيث أن وجود أحدهما لا يستلزم حتما وجود الأخرى (3) ، وفي ذلك يقول الأستاذين أبري (aubry) ورو (rau) أن الإقرار المركب ليس دائما غير قابل للتجزئة بل هو لا يقبل ال تجزئة كلما كان ما يتضمنه من تعبيرات تبعي عن إرادة المقر مرتبطين كنتيجة عادية أو حتى عرضية فحسب بالواقعة الأصلية التي يفترض وجودها ، فيكون من شأن ذلك أن يقيد النتائج القانونية الناجمة عن الإقرار بالواقعة أو بعدمها ، بالعكس عندما يكون التعبير التبعي عن الإرادة الذي يتضمنه الإقرار المركب واردا على واقعة مستقلة من كل وجه عن الواقعة الأصلية التي لا يفترض وجودها حتما فلا شيء يتعارض مع تجزئة مثل هذا الإقرار (4).

لهذا فإن القاضي يجوز له تجزئة الإقرار بالأخذ بإقرار المدعي بالدين والحكم عليه به، إذ لا يسيئ من إضافته ، وعلى المقر إثبات ما أضافه على إقراره وتحديد ما إذا

¹- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 225 / 226.

2-De page(Henri), complément au traité élémentaire de droit civil belge, volume 2, établissement Emile bruyant, bruxelles, 1951, p515

³- نبيل إبراهيم سعد، ما قبله، ص 226

4- Aubry et rau, cours de droit civil français, tome12e, 5e éd, par Martin(Etienne), paris, 1922, p123/124.

كانت الواقعة المضافة في الإقرار المركب تتوثق وجود الواقعة المدعاة أم لا مسألة وقائع يستقل قاضي الموضوع بتقديرها دون رقابة من المحكمة العليا⁽¹⁾.

ثالثا - عدم جواز العدول عن الإقرار :

تقضي القواعد العامة أنه إذا صدر الإقرار من شخص أثناء سير الدعوى ، وكان مستوفيا لشروطه يلتزم به المقر، لأن المرء مؤاخذ بإقراره، و عليه فإن سلطة القاضي تكون مقيدة بشيء واحد هو عدم السماح للمقر بأن يرجع عن إقراره السابق كمبدأ عام لأن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه وهذا الحكم غير منصوص عليه في القانون الجزائري ولكنه مستفاد من طبيعة الإقرار باعتباره اعترافا بواقعة ، وهو عمل إنفرادي يرتب حكمه بمجرد صدوره من المقر دون أن يتوقف ذلك على قبول من المقر له فهو ملزم بذاته ، غير أن جانب من الفقه يرى أنه يمكن الرجوع عن الإقرار إذا كان نتيجة غلط في الواقع⁽²⁾ معناه أن الغلط في القانون لا يعد حجة للرجوع في الإقرار .

المطلب الثالث: الدليل الكتابي

تعد الأدلة الكتابية من بين أقوى الأدلة المعتمدة في مجال الإثبات سيما و أنها توفر ضمانات للخصوم لا توفرها غيرها من الأدلة الأخرى ، وتختلف أهمية الكتابة باختلاف الشخص أو الجهة التي تقوم بتنظيم السند المكتوب فهناك أسناد رسمية و أخرى عرفية إضافة إلى المحررات الخاصة كالرسائل و البرقيات.. الخ ، لذلك سنتناول بالدراسة حجية كل محرر لتتطرق إلى سلطة القاضي في تقدير الدليل الكتابي عموما فيما يلي:

¹- يحي بكوش ، المرجع السابق ، ص 292

²- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص250.

الفرع الأول: قوة الدليل الكتابي في الإثبات

إن الدليل الكتابي و إن كانت له حجية مطلقة في الإثبات إلا أن هذه الحجية تختلف بحسب أنواع الدليل فقد تبلغ حدها الأقصى في السندات الرسمية و العرفية لتتراوح ما بين القوة و الضعف من جهة أخرى في الكتابات الخاصة و هو ما ستتم دراسته فيما يلي:

أولاً: الحجية القانونية للسندات الرسمية

عملاً بنص المادة 324 من ق.م.ج فإن السند يكتسب صفة الرسمية إذا صدر من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة وأن يكون صدوره طبقاً للأشكال التي حددها القانون و في حدود سلطة و اختصاص من أصدره (1) ، و اختلال أي شرط من الشروط المذكورة يجعل الورقة الرسمية تفقد صفتها، أما إذا توافرت جميع الشروط تكون لها قوة مطلقة في الإثبات ، و بذلك متى قدم الشخص الورقة الرسمية للقضاء لا يطلب منه إثبات صحتها، بل إن كل من أنكر حجيتها كان عليه أن يطعن فيها ، و لا يقبل أي طعن إلا بالتزوير (2).

تعد الورقة الرسمية بما ورد فيها حجة على الأطراف أصحاب الشأن و على خلفهم سواء كان خلفاً عاماً أو خاصاً، مالم يطعن فيها بالتزوير وهذا عملاً بنص المادتين 324 مكرر 06 و 324 مكرر 07 فقرة 1 من ق.م.ج (3)

هذا فيما يخص الورقة الرسمية، لك ن السؤال المطروح: هل تتمتع صورة الورقة الرسمية بالحجية ذاتها ؟

¹ - تنص المادة 324 من 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 و ذلك طبقاً للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه."
² - محمد زهدور، الوجيز في طرق الإثبات المدنية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991، ص 27.
³ - تنص المادة 324 مكرر 06 من ق.م.ج على أنه: "يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن.
غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل، يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الاتهام، و عند رفع دعوى فرعية بالتزوير، يمكن للمحاكم حسب الظروف، إيقاف تنفيذ العقد."
و تنص المادة 324 مكرر 07 فقرة 1 من ق.م.ج على أنه: "يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى و لو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء."

إن الإجابة على هذا التساؤل تجعلنا نميز بين حالتين:

الحالة الأولى- إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا: عملا بنص المادة 325 من

ق.م.ج فإن الصورة تكتسب نفس حجية الورقة الرسمية في حال وجود هذه الأخيرة
لإمكانية الرجوع إليها عند طلب مضاهاتها بالأصل⁽¹⁾، و علة ذلك أنه لا قيمة للصورة أو
النسخة الخطية في حد ذاتها و إنما قيمتها تكمن في مدى مطابقتها للأصل⁽²⁾ ، و يلتزم
القاضي بأن يأمر بإحضار الأصل إذ لا يمكنه الامتناع عن هذا الإجراء بحجة أن الصورة
تشتمل على ضمانات تدل على مطابقتها للأصل، كما أنه لا أهمية للموظف الذي حرر
الصورة أو استخرجها و يجب أن تكون الصورة رسمية، فإن كانت عادية لا يعتد بها⁽³⁾.

الحالة الثانية- إذا كان أصل الورقة غير موجود: و تشتمل هذه الحالة على كل الصور

التي ينعدم فيها الأصل نتيجة تلفه أو حرقه، و يمكن التفرقة بين ثلاث حالات عملا بنص
المادة 326 من ق.م.ج⁽⁴⁾ و هي:

أ- إذا كانت الصورة الرسمية منقولة مباشرة عن الأصل الضائع، فيعتبره القاضي

صورة رسمية أصلية و لها حجية الأصل المفقود ما دامت ذات شكل خارجي لا يسمح
بالشك فيها و إلا فقدت حجيتها.

¹- تنص المادة 325 من ق.م.ج على أنه: "إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا، فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل. و تعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، فإن نازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل."

²- عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 182.

³- خلافي سامية نوال، حجية الإثبات بالمحررات في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2008، ص 21.

⁴- تنص المادة 326 من ق.م.ج على أنه: "إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي:
يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.

و يكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها و لكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها.

أما ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف."

ب- إذا أخذت الصورة الرسمية من صورة رسمية أخرى و كانت للصورة المفقودة حجية الورقة الأصلية، هنا يجوز لكل من الطرفين أن يطلب من القاضي مراجعتها على الصورة الرسمية التي أخذت منها.

ج- إذا أخذت الصورة من صورة غير منقولة مباشرة من الصورة الأصلية، أي أنها بالنسبة للأصل صورة ثالثة ، فهي لا تتمتع بحجية بل يأخذ بها القاضي على سبيل الاستئناس.

ثانيا: الحجية القانونية للسندات العرفية

السندات العرفية هي الأوراق العرفية التي تصدر من ذوي الشأن و تثبت بها واقعة قانونية وتكون موقعة من الشخص الذي يحتج بها عليه بإمضائه أو ختمه أو بصمة إصبعه⁽¹⁾، حسب هذا التعريف فإن المحرر العرفي لا بد أن يتوافر على شرطان أساسيان هما الكتابة التوقيع، و لم يحدد المشرع الجزائري شكلا معيناً في الكتابة عملاً بنص المادة 323 مكرر من ق.م.ج، إذ يمكن أن تكون ناتجة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز أخرى، المهم أن تتعلق بالتصرف الحاصل بين الطرفين بقصد إثباته⁽²⁾ أما التوقيع فهو وضع الشخص بخط يده لقبه أو اسمه أو هما معا على الورقة أو الكنية أو أية كتابة أخرى اعتاد أن يدلل بها على هويته ، و من ثم فلا بد أن يكون باليد و هو شرط جوهري في الورقة العرفية لأنه يتضمن قبول الموقع لما هو مدون في الورقة فإذا كان الشخص أمياً يجوز أن يكون التوقيع بالختم أو ببصمة الإصبع⁽³⁾ ، و بخصوص التوقيع على بياض فإنه يجوز للشخص التوقيع على ورقة دون كتابة تاركا للدائن إذا كان محلاً للثقة أن يملأ البياض في الورقة فوق توقيعه، فتصبح لها قيمة الورقة العرفية⁽⁴⁾ وتقسم حجيتها كما يلي:

¹-Michel de Juglart ,I.B.I.D,p14

²- رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007، ص35.

³- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص76.

⁴- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص125.

أ- عدم إنكار الورقة العرفية: عملاً بنص المادة 327 من ق.م.ج إذا كانت موقعة من

صاحبها تثبت لها حجية الورقة الرسمية متى اعترف أو سكت و لم ينكر صراحة صدورها من قبله (1)، فإذا أنكرها زالت حجيتها مؤقتاً و تعين على من يتمسك بها أن يثبت صدورها ممن ينسب إليه التوقيع وذلك بأن يطلب من المحكمة أن تأمر بتحقيق الخطوط (2) و يجب أن يكون الإنكار صريحاً و إلا عد سكوته أو تشكيكه في صدورها منه إقراراً بها.

ب- الورقة العرفية تكون حجة بما فيها من بيانات: سواء على الخلف العام أو الدائن

العادي و لا يبقى أمامهم إلا أن يحلفوا يمينا على عدم علمهم أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمورثهم أو مدينهم، فتكون للورقة حجة على الكافة بصحة ما تضمنته فيما عدا تاريخ المحرر، و يجوز للغير على خلاف من صدر منه أن يثبت عكس ذلك بكافة طرق الإثبات (3).

ج- بالنسبة للتاريخ الذي يحمله: فإن السند العرفي لا يكون حجة على الغير في

تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت عملاً بنص المادة 328 من ق.م.ج و يكون تاريخه ثابتاً ابتداءً من:

- يوم تسجيله.

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

- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عمومي مختص.

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

1- تنص المادة 327 من ق.م.ج على أنه: "يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق".

2- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 73.

3- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 430.

ثالثا: الحجية القانونية للمحررات الخاصة

إن الأصل في هذه المحررات أنها لم تعد مسبقا للإثبات بل هي أوراق و دفاتر و مذكرات يحررها الناس بأنفسهم نتيجة معاملات يومية ، لذلك يمكن تقديمها أمام القضاء لتدعيم إقناع القاضي لاشتمالها على معلومات حول النزاع مما لا يسمح له أن يتخلص منها بصورة نهائية عند إصدار قراره ، خاصة إذا كانت موقعة ممن صدرت منه و هي:

أ- الرسائل: وهي كل كتابة مخصصة لربط علاقة بين شخصين أو أكثر لغرض من الأغراض، و هي ملك للمرسل إليه بمجرد وصولها إليه (1) و تعد الرسالة اليوم وسيلة إثبات هامة إذ أعطاهها المشرع الجزائري حجية الورقة العرفية متى كانت موقعة من مرسلها عملا بنص المادة 329 فقرة 1 من ق.م.ج (2) ، و لذلك وجب على القاضي اعتبار ما ورد في الرسالة الموقعة من مرسلها صحيحا و له الحجية الكاملة المثبتة للأوراق العرفية و لا مجال لإعمال سلطته أمام صراحة النص.

ب- البرقيات: عملا بنص المادة 329 فقرة 2 من ق.م.ج فإن البرقيات تكون لها حجية

المحرر العرفي إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقع عليه من مرسلها والقاضي يعتبر أن البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم دليل ينفي هذه الحجية، أما فيما يخص النسخ التي تؤخذ من البرقية فهذه لا يعتد بها القاضي في حال ضياع أصلها إلا لمجرد الاستئناس (3) ، فالبرقية هي رسالة مختصرة يوجهها شخص لآخر عن طريق دائرة البريد التي تحتفظ بأصلها و تعطي من وجهت إليه صورة عنها، إلا أنها بانقضاء المدة المحددة لحفظها ينقضي أصلها و لا تصبح لها قيمة المحرر العرفي، و يمكن للقاضي في

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 246

2- تنص المادة 329 فقرة 1 من ق.م.ج على أنه: "تكون الرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات."

3- تنص المادة 329 فقرة 2 من ق.م.ج على أنه: "و تكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقع عليه من مرسلها، و تعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. و إذا أتلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس."

هذه الحالة أن يأخذ بها على سبيل الاستئناس (1) و يعتبر تاريخ البرقية ثابتا لا سلطة للقاضي في تقديره على اعتبار أن أصلها يختم بختم مكتب الإرسال(2).

ج-الدفاتر التجارية:لا تكون هذه الدفاتر حجة على غير التجار إلا إذا تضمنت بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، فيجوز للقاضي حينها توجيه اليمين المتممة لأحد الطرفين لإتمام حجيتها فيما يجوز فيه الإثبات بشهادة الشهود، شرط أن تكون الدفاتر منتظمة وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة عند فحص هذه الدفاتر في الأخذ بها من طرحها عملا بنص المادة 13 من ق.ت.ج(3).

الفرع الثاني:سلطة القاضي في تقدير الدليل الكتابي

حسبما تم توضيحه فإن حجية الدليل الكتابي تختلف من السند الرسمي إلى العرفي و الكتابات الخاصة، وهذا يجعل سلطة القاضي في تقدير كل دليل من هذه الأدلة تختلف، و سنبين ا مجال أعمال سلطة القاضي في ذلك من خلال الرجوع إلى قاعدة الأصل في الإثبات الكتابة وهو ما سنوضحه فيما يلي:

أولاً: وجوب الإثبات بالكتابة

عملا بنص المادة 333 فقرة 1 من ق.م.ج ففي المواد المدنية ، إذا زادت قيمة التصرف القانوني عن 100 ألف دج أو كان هذا التصرف غير محدد القيمة لا يجوز للخصم إثبات وجوده أو انقضائه عن طريق شهادة الشهود (4) يعني أنه بموجب هذه الحالة يجب التدليل أمام القاضي لإثبات الإدعاء بالكتابة سواء كانت رسمية أو عرفية ، و لا يكون ذلك إلا بتوافر الشروط التالية:

1 - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 432

2 - عباس العبودي، المرجع السابق ، ص 169.

3 - تنص المادة 13 من ق.ت.ج على أنه: "يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية".

4- تنص المادة 333 فقرة 1 من ق.م.ج على أنه: "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 انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

أ- أن يكون محل الإثبات تصرفاً قانونياً لا واقعة مادية: إن أول ما يقوم به القاضي عند تطبيقه لنص المادة السالفة الذكر هـ و تقدير محل التصرف المطلوب إثباته إذا كان واقعة مادية أو تصرفاً قانونياً (1) لأن الأصل أن الوقائع القانونية تنقسم إلى تصرفات قانونية ووقائع مادية ، وأن قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة لا تسري إلا على التصرفات القانونية أما الوقائع فهي بحسب طبيعتها يصعب إثباتها بالكتابة لذلك كان الأصل إثباتها بكل طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود (2) و التصرف القانوني تدخل ضمنه جميع الاتفاقات و العقود أياً كان الأثر الذي يترتب عليها كالبيع ، القرض ، المقاوله... الخ.

ب- أن يكون محل التصرف المراد إثباته مدنياً و ليس تجارياً: فيجب على القاضي أن يقدر طبيعة التصرف إذا كان مدنياً أو تجارياً أو أنه تصرف مختلط ، إذ أن القاعدة العامة تقضي بأن الاعتماد على الإثبات بالشهود لا يجوز متى كانت قيمة التصرف المدني تزيد عن 100 ألف دج أو كانت غير محددة (3) .

والملاحظ أنه لا إشكال أمام القاضي عندما يكون الفصل بين الأعمال المدنية و التجارية قائماً لأن ذلك يسهل عليه عملية تقدير التصرف مع وجود معايير تحدده.

ج- أن تكون قيمة التصرف محل الالتزام مائة ألف دينار جزائري أو غير محددة: عملاً بنص المادة 333 فقرة 1 من ق.م.ج السالفة الذكر ، فإنه لا بد من وجود الكتابة في إثبات التصرف الذي تزيد قيمته عن 100 ألف دج دون تحديد نوعها المهم أن تكون معدة سلفاً كدليل إثبات ، وبخصوص وقت تقديرها فإن القاضي يقدر قيمة الالتزام وقت صدور التصرف لا من تاريخ رفع الدعوى ، أما إذا كان موضوع الالتزام غير محدد القيمة اعتبرت قيمة التصرف مجاوزة لـ 100 ألف دج حتى لو قدره المدعي أثناء السير في الدعوى بأقل من هذه القيمة ووجب عندئذ إثباته بالكتابة و على القاضي إضافة إلى

1 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 341

2 - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 294

3 - غوثي بن ملح، قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص 70

الحالات المذكورة أن يراعي الأحوال التي يزيد فيها نصاب الإثبات بالشهادة نتيجة إضافة الفوائد أو الملحقات إلى الأصل عملا بنص المادة 333فقرة 2 من ق.م.ج. (1).

كما يجب عليه التأكد من مصادر الطلبات التي لا تزيد قيمتها عن 100 ألف دج ، فإذا كانت الطلبات المتعددة ناشئة عن مصادر متعددة يجوز الإثبات بالشهود حتى إذا زادت قيمتها على 100 ألف دج، و لو كانت ناشئة عن علاقات بين ذات الخصوم وهذا عملا بنص المادة 333فقرة 3 من ق.م.ج. (2)

ثانيا: سلطة القاضي في تقدير وجوب الكتابة لإثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة

وقد جاء النص على هذه القاعدة في المادة 334 من ق.م.ج حيث يتضح من خلاله أن القاضي متى توافرت أمامه حالة من الحالات المنصوص عليها في هذه المادة فلا سبيل للإثبات أمامه إلا بموجب دليل كتابي ، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

الحالة الأولى- ما يجاوز مضمون العقد الرسمي: فإذا ما قدر القاضي أن الخصم يريد إثبات ما يخالف أو يجاوز مضمون العقد الرسمي الذي يحتج به أمامه فلا بد أن يكون ذلك بموجب دليل كتابي و الذي يمكن أن يشمل الأوراق التي تعتبر دليلا كاملا وهي الأوراق الرسمية (العقود الرسمية) و الأوراق العرفية المعدة للإثبات و الرسائل الموقع عليها⁽³⁾ وقد رأينا أن القانون يعطي للرسائل الموقعة قيمة الورقة العرفية في الإثبات ، أما الدفاتر التجارية و الأوراق المنزلية و تأشير الدائن على سند الدين أو نسخة منه أو

¹ - تنص المادة 333 فقرة 2 من ق.م.ج على أنه: "و يقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف القانوني و يجوز الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الالتزام على 100.000 دينار جزائري لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل."

² - تنص المادة 333 فقرة 3 من ق.م.ج على أنه: "وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري و لو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة، و كذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته على 10.000 دينار جزائري."

مخالصة فلا تعتبر أدلة كاملة لذلك لا تسري عليها هذه القاعدة إذ يسمح القاضي بإثبات عكس ما هو مدون في هذه الأوراق بجميع الطرق (1)

الحالة الثانية- تجزئة الدين: فكما سبق القول أن القاضي يقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف القانوني أي وقت نشؤه ، وعليه إذا كان الحق الذي يطالب به الدائن ذو قيمة يجب إثباتها بالكتابة و لكنه يطالب بجزء منه لا يصل إلى هذا النصاب ، فإن القاضي لا يسمح له بإثبات هذا الجزء بالشهود و إلا لأمكن له أن يجزيء الدين حتى يصل إلى إثباته كله بالشهود فيتخلص بذلك من الإثبات بالكتابة و هذا عملاً بنص المادة 334 فقرة 2 من ق.م.ج (2)

فإذا كان هناك دين قيمته 200.000 دج مثلاً يدفع على أقساط كل قسط قيمته 50.000 دج و طالب الدائن بأحد الأقساط فلا يسمح له القاضي بإثبات ما يدعيه إلا عن طريق الكتابة حتى لو كان ما يطالب به هو القسط الأخير الباقي له من هذا الدين.

كما أنه إذا توفي الدائن عن دين تزيد قيمته عن 100.000 دج و اختص كل وارث من ورثته بإثبات جزء من هذا الدين على انه حق من حقوقه ، ألزم القاضي كل واحد منهم بإثبات نصيبه من الدين بالكتابة (3) ، و إذا توفي المدين و قد أقر للدائن بجزء من الدين الذي تزيد قيمته عن 100.000 دج و أنكر الجزء الآخر ، فإن القاضي هنا يلزم الدائن بإثبات الجزء الذي تم إنكاره من طرف المدين المتوفي بالكتابة.

الحالة الثالثة- تخفيض الطلب: إذا طالب الدائن في دعواه بدين تصل قيمته إلى النصاب الذي يجب معه الإثبات بالكتابة ، ثم خفض طلبه إلى ما دون ذلك ليتمكن من إثبات

1 -محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 120

2 -تنص المادة 334 فقرة 2 من ق.م.ج على أنه: "لا يجوز الإثبات بالشهود و لو لم تزد قيمته على 100.000 دينار جزائري:

-إذا كان المطلوب هو الباقي، أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة."

3 -محمد صبري السعدي، ما قبله، ص 114

دعواه بالشهود فإن القاضي لا يجيز له ذلك و يلزمه بتقديم دليل كتابي عملا بنص المادة
334 فقرة 3 من ق.م.ج (1)

إذن كخلاصة لهذا المبحث نستنتج أن القاضي رغم أنه يعمل سلطته في كل مرحلة من
مراحل الإثبات بموجب هذه الأدلة إلا أنه ملزم بتقدير كل نقطة في الدليل المطروح أمامه
و ليس له أن يستغني عن حجته في إصدار حكمه من تلقاء نفسه و بسلطته التقديرية
الحرّة.

المبحث الثاني: الإشكالات التي تعيق إلزامية هذه الأدلة

قد تختل الحجية الملزمة للأدلة التي تعرضنا إليها في المبحث الأول بما فيها الإقرار
القضائي و الدليل الكتابي مما يسمح للقاضي من أعمال سلطته في استبعادها وذلك متى
اختلف شرط من شروطها أو متى طعن في صحتها، غير أن الأحكام الحائزة لقوة الشيء
المقضي به لا يمكن أن تتعرض حجيتها لأحد الإشكالات التي تعيق إلزاميتها ، وهو ما
سنوضحه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: مبطلات الإقرار القضائي وطرق الطعن في المحررات الرسمية و

العرفية

إذا كان الإقرار القضائي حجة قائمة بذاته ولا يصح الرجوع عنه ، فإن هذه الحجية
في الإثبات المدني ترد عليها قيود ، كما أنه إذا تم الطعن في المحرر الرسمي أو المحرر
العرفي بالتزوير أو تم إنكاره تصبح حجيتهم مرهونة بسلطة القاضي في طرحهم وعدم
الأخذ بحجيتهم كدليل إثبات في الدعوى و هذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

¹ تختص المادة 334 من ق.م.ج على أنه: "لا يجوز الإثبات بالشهود و لو لم تزد القيمة على 100.000 دينار جزائري:
إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة."

الفرع الأول: مبطلات الإقرار القضائي.

أولا - تقدير القاضي للمبطلات القانونية: تتمثل هذه المبطلات في:

أ- إذا كذبه ظاهر الحال: لأن الإقرار المكذب بظاهر الحال يكون مخلا من كل وجه فيصبح الإقرار سوريا لا قيمة له (1)، كأن يقر شخصا بالبنوة لمن هو أكبر منه سنا، لأن الأمر غير معقول ويكذبه الحس الظاهر ، والقاضي له سلطة مطلقة في طرحه إذا كان ظاهر الحال فعلا يكذب صحة هذا الإقرار (2).

ب- أن يناقض المقر ما كان قد أقر به: إذا ناقض المقر ما كان قد أقر به سلفا فإن هذا التناقض يجعل قاضي الموضوع ملزما بالامتناع عن سماع دعواه أو دفعه ، وكان للمحكمة أن تبطل دعواه وتردها ، وذلك لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه ، فإذا أقر الدائن بأن مدينه لم يوف له مبلغ الدين ثم ادعى بعد ذلك بأنه وفي الدين عد هذا التناقض مانعا من سماع الدعوى (3)، غير أنه يزول في الحالات الثلاثة الآتية:

الحالة الأولى: بقرار من المحكمة ، ويقصد بذلك صدور حكم سابق بتصديق أحد الكلامين دون الآخر ، ومثاله أن يدعي رجل زواجه من امرأة ، غير أن هذه المرأة تنكر عليه إدعائه ثم يثبت زواجه منها بحكم اكتسب الدرجة القطيعة ، ثم يتوفى ذلك الرجل بعد الحكم ، فإن للمرأة الحق بأن تطالب بالإرث ، ولا يعد إدعائها هذا متناقضا مع دفعها لأن ذلك الدفع زال بقرار من المحكمة بتصديق الزواج (4).

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص491.

2- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص526.

3- عباس العبودي ، المرجع السابق، ص211.

4- سليمان مرقس ، ما قبله، ص 528.

الحالة الثانية: بتصديق الخصم، فإذا ادعى الدائن مثلاً أنه أقرض المدين ألفي دينار، ثم ادعى بعد ذلك أن المبلغ المذكور سلمه إياه عن طريق الكفالة، فصدقه المدعى عليه، فلين التناقض يرفع (1).

الحالة الثالثة: بالتوفيق بين الإقرارين، فإذا أقر المدعي أنه كان مستأجراً لمنزل، ثم ادعى بعد ذلك ملكيته لا تقبل دعواه له إذا التناقض، لكن لو أقر أنه كان مستأجراً له سابقاً ثم اشتراه بعد ذلك فإنه يكون قد وفق بين الكلامين وزال التناقض وتسمع دعواه (2).

الحالة الرابعة: أن يكذب الإقرار بحكم اكتسب درجة البتات، إذا حكم القضاء بتكذيب الإقرار بموجب حكم نهائي استنفذ جميع مراحل الطعن، فإن هذا الحكم يدل على عدم وقوع المقر به مثاله إذا باع المشتري السيارة التي اشتراها و ادعى المشتري الثاني أن في السيارة عيباً خفياً يجيز له فسخ العقد، فيقر المشتري الأول (بائع السيارة) أنها سالمة من العيوب، ثم تقضي المحكمة بفسخ العقد لما في السيارة من عيوب خفية، حينها يجوز للمشتري الأول أن يطالب بدوره بفسخ عقد البيع الذي أبرمه مع من باع له هذه السيارة بدعوى ضمان العيوب الخفية، ولا يكون إقراره بسلامة السيارة حجة عليه، لأن هذا الإقرار كذب بالحكم الذي قضى بفسخ العقد (3).

ثانياً: تقدير القاضي للمبطلات التي تتعلق بصحة الإقرار.

مبطلات الإقرار هي شوائب تتعرض لها إرادة المقر عند إقراره، ولولاها لما أقدم على هذا الإقرار، ويستلزم الإقرار بوصفه تصرفاً قانونياً انفرادياً ملزماً للمقر لا يستطيع الرجوع عنه، أن تكون إرادته سليمة وخالية من عيوب الرضا (4)، وعليه فلين له أن يطعن في إقراره إذا شاب إرادته غلطا أو إكراه أو تدليسا أو إذا كان الإقرار صورياً أو صادر من شخص لا يتمتع بالأهلية القانونية، فإذا كان الإقرار القضائي ملزماً للقاضي ولمن

¹ - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 202

² - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 212.

³ - حرين علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مطبعة بغداد العراق، 1976، ص 523

⁴ - عباس العبودي، ما قبله، ص 215

صدر منه بوصفه يصدر من شخص ضد مصلحة نفسه، مما جعل احتمال صدقه يرجح على احتمال كذبه، فإن ذلك لا ينفي احتمال أن يكون المقر قد كذب بإقراره إما لضرر يدفعه عن نفسه⁽¹⁾ و إما لأسباب أخرى تخضع لتقديرات المقر واعتقاداته وتأثيراته، ولذلك يجوز للقاضي أن يطرح هذا الإقرار جانبا ولا يأخذ به، وليس ثمة تعارض في هذا الحكم بين قاعدة عدم جواز الرجوع عن الإقرار وبين طعن المقر في هذه العيوب، فهذا البطلان ليس رجوعا في الإقرار. وسنتناول دراسة المبطلات التي تتعلق بصحة الإقرار بتوزيعه إلى النقاط الثلاث الآتية:

أ- الإكراه: هو ضغط يقع على أحد المتعاقدين، فيولد في نفس رهبة تدفعه إلى التقاعد وهذا هو الإكراه المعنوي ومثاله أن يتعرض شخص للضرب أو للتهديد بالقتل، أو بالاعتداء على العرض⁽²⁾ وقدر جمهور الفقه الإسلامي أن كل إقرار منشأه الإكراه يكون باطلا، فالأصل عندهم عدم مؤاخذه المكره في أقواله أو تصرفاته وذلك إستينادا إلى قوله تعالى: " من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره و قلبه مطمئن بالإيمان "⁽³⁾ لأنه إذا أبيح للمكره التلفظ بالكفر و الذي هو أعظم الذنوب جميعا لقوله تعالى: " تكاد السماوات يتفطرن منه و تنتشق الأرض و تخر الجبال هذا "⁽⁴⁾، فإنه يكون من الأولى عدم مؤاخذه المكره على أي قول آخر بما في ذلك الإقرار، واستندوا إلى حديث الرسول عليه الصلاة و السلام " وبأنه رفع عن أمتي الخطأ و النسيان وما استكروها عليه "⁽⁵⁾

ب- الغلط: هو وهم يقوم في ذهن العاقد و يحمله على اعتقاد غير الواقع⁽⁶⁾ فإذا صدر الإقرار نتيجة لغلط، فينبغي التمييز بين الغلط في الواقع و الغلط في القانون، فبالنسبة للغلط في الواقع فلا تتوهم على القاضي إذا أباح الرجوع فيه، و هذا أمر معقول و مسلم

¹- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص526.

²- محمد صبري السعدي، الواضح في الشرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات، مصادر، الالتزام، العقد والإدارة المنفردة)، ط1، دار الهدى، الجزائر، 2008/2007، ص186

³- سورة النحل، الآية 106

⁴- سورة مريم الآية 90.

⁵- عباس العبودي، المرجع السابق، ص215.

⁶- حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص215.

به منطقا و قانونا ذلك أن قوة الإقرار تقوم على كونه خ بوا يسوقه المقر فيكشف به عن حقيقة الوقائع المدعى بها عليه ، فليس للمقر بعد ذلك أن يحجب الحقيقة ، يستوي في هذا أن يكون الغلط منصبا على وجود الواقعة أو على الطريقة التي ذكرت بها (1) ، لأن الغلط في الواقع يجعل الإقرار على غير أساس يقوم عليه ،و على المقر أن يثبت للقاضي وقوعه في الغلط حتى يستطيع العدول عن إقراره ، لأنه يعتبر في هذه الحالة مدعيا و يقع على عبء إثبات سبب البطلان الذي يجيز له الرجوع عن إقراره ، لوقوعه باطلا، ذلك أن الإقرار الصحيح حجة قاطعة على المقر لا يجوز الرجوع فيه ولا إثبات عكسه (2).

أما الغلط في القانون فلا يصلح سببا للرجوع عن الإقرار ، لأنه لا يمكن أن يبيح القاضي للمقر الرجوع عن إقراره بحجة أنه يجهل الآثار القانونية التي تترتب عليه ، فهذا ليس من شأنه أن ينال من صدق الإقرار ولا دلالته على حقيقة الواقعة المقر بها (3)، و بالرغم من أن المشرع الجزائري لم يأت بمثل هذا النص في القانون المدني، فإنه يمكن الأخذ بهذا الحكم استنادا للقواعد العامة .

و قد أجاز المشرع الفرنسي أيضا العدول عن الإقرار القضائي لغلط في الواقع (4) كما أن القواعد العامة توجب العمل بهذا المبدأ و لا تسمح لأي إنسان أن يثرى على حساب غيره بدون وجه حق و تسمح فضلا عن ذلك بتصحيح الأغلط المادية في الحساب الناشئ عن السهو و النسيان . (5)

ج- التدايس مع الصورية : فالتدليس هو إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيلة و الخداع لحمله على التعاقد، و يختلف عن الغلط في كون هذا الأخير وهما تلقائيا ،

1- آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 265.

2 - أحمد نشأة، المرجع السابق، ص 19.

3- آدم وهيب النداوي، ما قبله ، ص 266.

4-art1356 que : L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial

.Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait

.Il ne peut être divisé contre lui

5 - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 217.

أما التدليس وهم يضعه شخص آخر في ذهن المقر لذا يسمى التغليب ، أي الإيقاع في الغلط ، و مثال أن يقدم شخص لآخر شهادة كاذبة توهم بمتانة المنزل أو بكثرة إيراده ، و يصل بذلك إلى حمله على شرائه ، فإذا صدر الإقرار نتيجة التدليس و أصاب المقر غبن فإنه يحق للمقر أن يطعن في هذا الإقرار لوجود خلل في رضاه ، أما الصورية فهي عملية قانونية ظاهرية تخفي مركزا قانونيا حقيقيا لمتعاقدين⁽¹⁾، فقد يقع الإقرار و هو في الظاهر سليما و مستوفيا لشروط صحته ، غير أنه في واقع الأمر يخفي مركزا قانونيا آخر للمتعاقدين بقصد تضليل العدالة ، كأن يقر شخص لآخر بدين صوري إضرارا بدائنيه فهذا الإقرار لا يخذ به لأنه وقع نتيجة للتواطؤ و يعد إضرارا بالخصم الآخر⁽²⁾ .

الفرع الثاني: طرق الطعن في المحرر الرسمي و المحرر العرفي

لا يجوز المنازعة في صحة البيانات الواردة في المحرر الرسمي إلا عن طريق الطعن بالتزوير، ويتم عادة عن طريق الإدعاء الفرعي بالتزوير غير أنه لمن يخشى التمسك في مواجهته بمحرر مزور أن يرفع دعوى تزوير أصلية بطلب إثبات تزويره⁽³⁾ و سنوضح ذلك فيما يلي:

أولاً: مفهوم التزوير و أنواعه :

أ-تعريف التزوير: التزوير لغة من زور، يزور، تزويرا، وزورا أي الكذب، فيقال زور فلان الكلام أي أبطل الصحيح منه و نسب إلى الزور ولذلك قيل شهادة الزور أي الشهادة كذبا، و الكذب يعني عدم الصحة أو القول ما ليس بصحيح أو مغاير للحقيقة⁽⁴⁾.

1 - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 147.

2-عباس العبودي، المرجع السابق ، ص 218.

3- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 71.

4- " المنجد"، في اللغة و الإعلام، دار المشرق، بيروت، لبنان، سنة النشر غير موجودة، ص40

أما الطعن بالتزوير أو الإدعاء بالتزوير و هما عبارتان مترادفتان فيقصد بهما : مجموع الإجراءات القانونية التي تهدف إلى إثبات عدم صحة المحررات المقدمة في الدعوى (1).

ب-أنواع التزوير: إن التزوير الذي يصيب المحررات و ينال من حجبتها في الإثبات هو على نوعين:

التزوير المادي (le faux matériel): هي تلك التغيرات المادية غير الحقيقية التي يقوم بإحداثها المزور على المحررات، بحيث يمكن إدراكها بالعين، سواء تمت في المحرر ذاته أو بإنشاء محرر آخر (2)، و يأخذ التزوير المادي صورتين: التقليد (la contrefaçon): و معناه اصطناع شيء مماثل للأصل ، و إن كان الشائع فيه أنه يرد على النقود و الأوراق المالية و الأختام ، فإنه يجد مجاله أيضا في المحررات و بالأخص الأوراق الرسمية ، و يراد به هنا إنشاء كتابة شبيهة بأخرى تحمل على الاعتقاد بأن المحرر المكتوب قد قلدت كتابته، أو تقليد التوقيعات و الأختام ، و لا يلزم أن يكون التزوير المعاقب عليه متقنا بل يستوي أن يكون واضحا لا يستلزم جهدا للكشف عليه(3).

التزييف (l'altération): من زيف ، يزيف تزييفا ، فيقال زيف الرجل الشيء أي حقره، و يقال الزائف من الدراهم أي الرديء منها ، و التزييف هي تلك التغيير غير الحقيقية التي تتم على ذات المحرر المراد تزويره إما بالتحشير أو الكشط أو الإضافة وما يهمنها في التزوير المادي ، أنه قد يتم من موظف أو ضابط عمومي أو أي شخص آخر سواء تعلق الأمر بمحرر رسمي أو عرفي(4)

1- ثابتي عمار، دعوى التزوير الفرعية في ظل الإجراءات المدنية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، الدفعة الثانية عشر، 2004، ص 09

2- عبد المجيد زعلاني، قانون العقوبات الخاص، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002، ص 124.

3- مصطفى يوسف، الإدانة و البراءة في تزوير المحررات، دار الكتب القانونية و دار شتان للنشر و البرمجيات، مصر، 2009، ص 38.

4- عبد المجيد الزعلاني، ما قبله، ص 112.

التزوير المعنوي (le faux intellectuel) : وهو كل تغيير في مضمون المحرر أو معناه دون مادته أو شكله ، و يتم بطريقتين: الأولى تغيير إقرار ذوي الشأن و جعل واقعة مزورة في صورة واقعة صحيحة أو جعل واقعة غير معترف بها في صورة واقعة معترف بها (1).

وما يلاحظ في هذا النوع من التزوير أنه يتم من ذي صفة فقط أي أن يكون موظفاً أو ضابطاً عمومي، فلا يتصور صدوره من شخص عادي، وهكذا يكون التزوير المعنوي محصوراً في المحررات الرسمية دون المحررات العرفية.

و بهذا المعنى ، و بغض النظر عن الصورة أو الكيفية التي يتم بها التزوير ، فما دام أنه ينطوي على غش و تحايي بهدف الإضرار بمن له حق ثابت بموجب المحرر محل التزوير فإن المتضرر منه ينشأ له حقين أساسيين هما :

إما التمسك بالدفع بالتزوير و مباشرة إجراءاته بصفة فرعية أمام القضاء المدني .
أو بصفة أصلية، أو مباشرة دعوى أصلية بالتزوير أمام القضاء الجزائي (2).
و سنوضح الدفع بالتزوير في المحررات الرسمية و العرفية فيما يلي:

ثانياً - الإدعاء بتزوير المحرر الرسمي و تقدير القاضي لذلك.

أ- الإدعاء الفرعي بتزوير المحرر الرسمي:

لقد تعددت الآراء حول طبيعة دعوى التزوير الفرعية :

اتجاه يرى بأنها طلب عارض (la demande incidente) و يستند أصحاب هذا الرأي إلى جملة من الأسانيد أهمها : أن الإدعاء بالتزوير ليس من الدفوع الموضوعية المقدمة

1 - مصطفى يوسف، المرجع السابق، ص 30.

2 - ثقتي عمار ، المرجع السابق، ص 10.

في الدعوى ، إذ يمكن الفصل فيه قبل الفصل في الدعوى الأصلية أو معها ، فالطلب العارض أو المقابل و خاصة المقدم من جانب المدعى عليه يختلف عن الدفع الموضوعي الذي هو مجرد وسيلة دفاع سلبية محضة يرمى بها المدعى عليه تفادي الحكم للمدعي بما طلب دون أن يقصد الحصول على مزية خاصة لنفسه⁽¹⁾ .

بينما الطلب المقابل هو وسيلة دفاع و هجوم، إذ يقصد منه الحصول على منفعة خاصة وليس مجرد تفادي الحكم للخصم بما يدعيه. وهكذا فالمدعي في التزوير لا يقف على تفادي الحكم بما طلبه خصمه ، بل يجاوز ذلك إلى طلب إهدار سنده الذي يستند إليه حتى لا يتمسك به في مواجهته ، و عليه فإن الطلب المقابل هو الذي يصلح بأن ترفع به دعوى أصلية و هذا الأمر غير متوفر في الدفع الموضوعي ، و هكذا فإن دعوى التزوير الفرعية تدخل ضمن الدعاوى الفرعية التي من شأنها ألا يحكم للمدعى فيها بكل طلباته.⁽²⁾

بينما يعتبر آخرون دعوى التزوير الفرعية دفع موضوعي ، وهو الدفع المتعلق بموضوع النزاع أي إنكار ذات الحق الذي يطلبه المدعي كلياً أو جزئياً⁽³⁾. و يستند أصحاب هذا الرأي إلى :

أن الطلب العارض يكفي لقبوله أن يكون هناك ارتباط بينه و بين الطلب الأصلي دون أن يكون مؤثر أو منتجا في النزاع أو نتيجة الحكم ، في حين أن مجرد الارتباط لا يكفي لقبول الإدعاء بالتزوير ، بل يتعين أن يكون منتجا في الدعوى ، كما أن التقادم يرد على الطلب سواء كان أصليا أو عارضا ، بينما لا يرد على الدفوع وهذا تطبيقا لقاعدة " أبدية الدفوع " ، و عليه فالإدعاء بالتزوير لا يسقط بالتقادم ، فتصبح مباشرته أثناء نظر

¹- ثابتي عمار ، المرجع السابق، ص 20.

²- محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للطلبات العامة للدعاوى الفرعية في قانون المرافعات و على ضوء المنهج القضائي، دار الفكر العربي، مصر، 1993، ص 318.

- كما هو معروف فالطلب (la demande) هو ذلك الإجراء القانوني الذي يتقدم به الخصوم أمام القضاء للحكم له بما يدعيه، و الطلب العارض هو الطلب الذي يبدي أثناء نظر الخصومة إما بالتعديل أو التغيير أو الإضافة سواء في موضوعها أو سببها أو أطرافها، فقد يقدم هذا الطلب العارض من المدعى عليه فيسمى طلبا مقابلا، أو من شخص خارج الخصومة فيسمى التدخل.

³- عبد الحكم فودة، الطعن بالتزوير، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 23

الدعوى الأصلية حتى و لو تبين أن التزوير قد مضت عليه خمسة عشر سنة بل حتى و لو تقدمت دعوى التزوير نفسها⁽¹⁾. إضافة إلى أنه لا يجوز للقاضي الحكم بصحة الورقة أو بتزويرها في الحكم الذي يبت فيه في موضوع الدعوى ، بل يجب أن يكون الفصل في دعوى التزوير الفرعية سابقا عن الحكم في موضوع الدعوى حتى لا يحرم الخصمان من حقوق الدفاع الأخرى في الدعوى الأصلية ، أما الحكم في الطلب العارض فيجوز أن يكون مع الحكم في الدعوى الأصلية أو لاحقا له⁽²⁾ .

بعد أن تطرقنا إلى موقف الفقه . نطرح التساؤل التالي :

ما هو موقف المشرع الجزائري من طبيعة الإدعاء بتزوير العقود الرسمية ؟

للإجابة على هذا التساؤل نقوم باستقراء المواد القانونية التي تحكم هذه المسألة ، في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، حيث وعملا بنص المادة 179 فقرة 3 من ق.إ.م.د فإن المشرع الجزائري يرى بُلغ الإدعاء الفرعي بالتزوير هو عبارة عن طلب فرعي⁽³⁾ و عليه فقد أخضعه إلى أحكام الطلب الذي يرفع بموجب مذكرة ، إذ جعل لها كيانها المستقل كباقي الدعاوى ، و ينظر في هذه المذكرة القاضي الذي يختص بالنظر في الدعوى الأصلية، و على المدعي في الطلب الفرعي أن يبلغ هذه المذكرة إلى خصمه عملا بنص المادة 180 فقرة 2 من ق.إ.م.د⁽⁴⁾.

وقد أكدت المادة 181 من ق.إ.م.د أن الإدعاء الفرعي بتزوير محرر رسمي هو عبارة عن طلب متصل بالدعوى الأصلية من خلال نصها على أن القاضي له أن يصرف النظر عنه إذا رأى أن الفصل في الدعوى لا يتوقف على العقد المطعون فيه ، أما إذا كان

¹ - عبد الحكم فودة، المرجع السابق ، ص 24.

² - ثابتي عمار، المرجع السابق، ص 13.

³ - تنص المادة 179 فقرة 3 من ق.إ.م.د على أنه: "الإدعاء بالتزوير ضد العقود الرسمية هو الدعوى التي تهدف إلى إثبات تزوير أو تغيير عقد سبق تحريره أو إضافة معلومات مزورة إليه . و قد تهدف أيضا إلى إثبات الطابع المصطنع لها العقد. يقام الإدعاء بالتزوير بطلب فرعي أو بدعوى أصلية .

⁴ - تنص المادة 180 فقرة 2 من ق.إ.م.د على أنه: "يجب على المدعي في الطلب الفرعي تبليغ هذه المذكرات إلى خصمه، ويحدد القاضي الأجل الذي يمنحه للمدعى عليه للرد على هذا الطلب"

الفصل في الدعوى يتوقف عليه فإنه يدعو الخصم الذي قدمه للتصريح عما إذا كان يتمسك به .

فإذا صرح الخصم بعدم التمسك بالمحرر الرسمي أو لم يبد أي تصريح ، يقوم القاضي باستبعاد المحرر، أما إذا تمسك به و بعد القيام بجميع هذه الإجراءات وجب على القاضي إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية إلى حين صدور الحكم في التزوير و هو ما جاء في المادة 182 من ق.إ.م.د (1).

فإذا حكم القاضي بثبوت تزوير المحرر الرسمي، يُأمر إما بإزالة أو إتلاف المحرر أو شطبه كلياً أو جزئياً و إما بتعديله و هذا عملاً بنص المادة 183 من ق.إ.م.د (2).

ب-الإدعاء الأصلي بتزوير المحرر الرسمي

عملاً بنص المادة 186 من ق.إ.م.د فإن الإدعاء الأصلي بتزوير محرر رسمي يرفع بنفس الشروط الواجب توافرها في باقي الدعاوى (3) وهي :

الصفة و المصلحة و هذا عملاً بنص المادة 13 من ق.إ.م.د حيث أقرت بأنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ، و له مصلحة قائمة أو محتملة يقررها القانون .

-إذن متى كان الإدعاء بالتزوير غير ذي أثر في الدعوى لعدم توافره على الشروط اللازمة تعين على القاضي أن يقضي بعدم قبوله لأنه وحده القادر على تقدير ما إذا كان الإدعاء بالتزوير منتجا في الدعوى أو غير منتج، على أنه يلزم بتسبب حكمه بهذا الشأن و أن يكون مبنياً على أسباب سائغة(4).

¹ - تنص المادة 182 من ق.إ.م.د على أنه:"يجب على القاضي إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية إلى حين صدور الحكم في التزوير."

² - تنص المادة 183 من ق.إ.م.د على أنه:"إذا قضى الحكم بثبوت التزوير، يأمر إما بإزالة أو إتلاف المحرر أو شطبه كلياً أو جزئياً و إما بتعديله."

³ - تنص المادة 186 من ق.إ.م.د على أنه:" يرفع الإدعاء الأصلي بالتزوير طبقاً للقواعد المقررة لرفع الدعوى . "

⁴ -مصطفى يوسف، المرجع السابق، ص38

ج - سلطة قاضي الموضوع في تقدير المحرر الرسمي المدعى بتزويره:

إن سلطة القاضي في تقدير المحرر المدعى بتزويره لا تخرج عن مسألتين هما:
أ-القاضي يمكنه الحكم بتزوير السند دون حاجة إلى إحالته على التحقيق.
ب-القاضي يرى ضرورة إحالة السند على التحقيق للتأكد من صحته أو تزويره (1).
ففيما يخص الصورة الأولى فإنه يجوز للقاضي عند الإدعاء أمامه بالتزوير أن يقضي بعد فحص شواهد التزوير بتزوير السند ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن قاضي الموضوع له السلطة المطلقة في تقدير العمل المطروح أمامه دون الرجوع إلى رأي خبير أو إلى أوراق متعلقة بعمل مساعد ، إذ لا نص في القانون يلزمه بالاستعانة برأي خبير أو إتباع خطة معينة في ذلك لذا فإن للقاضي أن يحكم بقبول دعوى التزوير بمجرد إطلاعه على السند المدعى بتزويره وعلى ما يبيظهره من ظروف الدعوى وملابساتها دون أن يحيل الدعوى إلى التحقيق بالمضاهاة، أو سماع الشهود وعليه يمكنه أن يقضي بتزوير السند بشرط أن يسبب حكمه بذلك ، وبهذا ينظر القاضي في الدعوى كما لو لم يكن هناك إدعاء بالتزوير هذا في ما يخص الإدعاء الفرعي بالتزوير (2).

أما إذا رفعت دعوى التزوير الأصلية أمام القضاء الجنائي، فالقاضي المدني يتقيد بالحكم الجنائي، فإذا صدر حكم بإدانة المجرم أو براءة المتهم بثبوت صحة السند يكون الحكم حجة بتزوير السند في الحالة الأولى وحجة بصحة السند في الحالة الثانية ، ولكن لا يحتج بالحكم الجنائي أمام القاضي المدني إذا صدر بالبراءة أو الإفراج لعدم كفاية الأدلة أو لعدم توافر أحد أركان الجريمة مثل قصد الإضرار أو أحد أركان جريمة الاستعمال كالعلم بالتزوير، لأن الدعوى الجنائية يقصد بها توقيع العقاب على المجرم ودعوى التزوير المدينة، إنما يقصد بها الطعن في السندات ، فقد يكون الشخص بريئاً والسند الذي يتمسك به في الدعوى المدنية مزوراً (3).

1- آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 220

2- آدم وهيب النداوي، ما قبله ، ص 221

3- <http://www.4shared.com/get/oWfyLMMK/online.html>

ثالثاً: المشكلات الإجرائية التي تنثر في المحرر العرفي

يستمد المحرر العرفي قوته في الإثبات من اعتراف من نسب إليه بصحته، فإذا أنكره زال ما له من قوة في الإثبات، و كان على من يتمسك به أن يقيم الدليل على صحته كما قد يحدث أن يطعن فيه بالتزوير فيخضع تقدير هذه الحالات إلى قاضي الموضوع ، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أولاً- إنكار المحرر العرفي و سلطة القاضي في تقدير ذلك

يتمثل إنكار المحرر العرفي أساساً في إنكار من نسب إليه توقيعه عليه (1) ، إذ يلجأ القاضي في هذه الحالة إلى الأمر بإجراء مضاهاة الخطوط لإثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي عملاً بنص المادة 164فقرة 1 من ق.إ.م.د.(2) و هذا الإجراء قد يكون بموجب دعوى فرعية تنشأ ضمن الدعوى الأصلية المتعلقة بموضوع الحق الذي يستدل عليه بالمحرر الذي حصل إنكاره ، ففي هذه الحالة يوقف الفصل في الدعوى الأصلية إلى حين الفصل في دعوى مضاهاة الخطوط و هو ما جاء في نص المادة 165فقرة 2 من ق.إ.م.د . (3) و يشترط لصحة إنكار المحرر العرفي ما يلي:

-ألا يكون هناك إقرار سابق في هذه المحررات، أو أنها كانت موضوعاً لدعوى مضاهاة الخطوط و التي قضت بصحة التوقيع الوارد فيها.

-أن يصدر الإنكار ممن ينسب إليه المحرر العرفي، أما ورثته أو خلفه الخاص فليس لهم أن ينكروه ولكن لهم أن يدفعوا بعدم العلم بأن الخط أو التوقيع هو لمورثهم.

¹ -سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 291

² -تنص المادة 164 فقرة 1 من ق.إ.م.د على أنه: "تهدف دعوى مضاهاة الخطوط إلى إثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي".

³ -نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 154

- أن يكون الإنكار صريحا و ليس ضمنيا، فلا يعتد بسكوت من ينسب إليه المحرر، وقد عد من تخلف عن الحضور أمام المحكمة رغم صحة الإعذار دليل على صحة المحرر⁽¹⁾

- أن يكون الإنكار منتجا في الدعوى الأصلية القائمة بين الخصوم، أي أن الفصل في هذه الدعوى يكون قائما على مدى ثبوت صحة أو عدم صحة المحرر العرفي و إلا جاز للقاضي أن يصرف النظر عن هذا الإنكار⁽²⁾

وعليه فإن تخلف شرط من هذه الشروط يجعل سلطة القاضي مقيدة ولا يمكنه استبعاد المحرر العرفي كدليل إثبات حيث يبقى متمتعا بحجيته الكاملة كمحرر صحيح.

وللقاضي سلطة في تقدير جدية الإنكار، إذ يحق له أن لا يأخذ بإنكار التوقيع و أن لا يستجيب لطلب الشخص المنكر متى وجد في ظروف الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدته بصحة السند، كما يمكنه أن يستبعد السند إذا كان عدم صحته ظاهرا بوضوح، كأن يكون التوقيع منسوب لشخص تحقق له بأنه لا يعرف الكتابة و القراءة مطلقا، أما إذا أمر القاضي بإجراء المضاهاة و كانت نتيجة التحقيق بأن المنكر كان محقا في إنكاره فإنه يقضي باستبعاد السند لعدم صلاحيته للاستدلال به في الدعوى، ويترتب على ذلك أن يفقد هذا السند حجيته نهائيا.⁽³⁾

أما فيما يتعلق بالعناصر التي يستند القاضي عليها في المقارنة عندما يأمر بإجراء مضاهاة الخطوط فتتمثل أساسا في عناصر المقارنة الموجودة بحوزته، وعند الاقتضاء يمكنه أن يأمر الخصوم بتقديم وثائق تسمح بإجراء المقارنة مع كتابة نماذج بإملاء منه ، و يقبل على وجه المقارنة عملا بنص المادة 167 من ق.إ.م.د لا سيما العناصر الآتية:

1- التوقيعات التي تتضمنها العقود الرسمية،

¹ - أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1983، ص 704 .

² - ثابتي عمار، المرجع السابق، ص 11

³ - آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 239/237

2-الخطوط و التوقيعات التي سبق الاعتراف بها.

3-الجزء من المستند موضوع المضاهاة الذي لم يتم إنكاره.

ثم يقوم القاضي بالتأشير على العنصر الذي اعتمده في المقارنة و يحتفظ به مع المحرر الذي تم إنكاره، ليتم بعد ذلك تسليمهم إلى الخبير الذي يتولى إجراء المضاهاة عملا بنص المادة 168 فقرة 1 من ق.إ.م.د.(1) .

إذا قدر القاضي أن الوثائق الموجودة بحوزة الغير قد تكون مفيدة لمقارنتها مع المحرر الذي تم إنكاره، أمكنه أن يأمر بإحضار الأصل ل أو النسخة منها تحت طائلة غرامة تهديدية عملا بنص المادة 169 فقرة 1 من ق.إ.م.د.(2) .

ولكن على القاضي قبل أن يصدر حكمه في الدعوى أن يمنح للخصوم فرصة الاطلاع على أوراق التحقيق و تقارير الخبراء و سماع كافة اعتراضاتهم عليها، وأن يمكن الخصم من تقديم الدليل على براءة ذمته من الدين الثابت بالسند الذي حكم بإنكاره بأدلة غيره ، لأن الحكم برد و بطلان السند المقدم في الدعوى لا يعني بطلان التصرف القانوني الذي يتضمنه و إنما ينصب البطلان على ذات السند المعد لإثبات التصرف، و لا يحول ذلك دون إثباته بأي دليل آخر مقبول قانوناً(3).

إذا قدر القاضي من خلال مضاهاة الخطوط أن المحرر محل النزاع مكتوب أو موقع عليه من الخصم الذي أنكره ، يحكم عليه بغرامة مدنية من خمسة آلاف دينار(5000دج) إلى خمسين ألف دينار(50.000دج)، دون المساس بحق خصمه في المطالبة بالتعويضات المدنية و المصاريف عملا بنص المادة 174 من ق.إ.م.د.

¹ - تنص المادة 168 فقرة 1 من ق.إ.م.د على أنه: "يؤشر القاضي على الوثائق المعتمدة للمقارنة و يحتفظ بها مع المحرر المنازع فيه أو يأمر بإبداها بأمانة الضبط، ليتم سحبها من طرف الخبير المعين مقابل توقيعه بالاستلام."

² - تنص المادة 169 فقرة 1 من ق.إ.م.د على أنه: "يجوز للقاضي أن يأمر و لو من تلقاء نفسه و تحت طائلة غرامة تهديدية ، بإحضار الأصل أو النسخة من الوثائق التي بحوزة الغير إذا كانت مقارنتها بالمحرر المنازع فيه مفيدة."

³ - آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 239

ثانيا- دعوى التزوير في المحرر العرفي:

إذا طعن في المحرر العرفي بالتزوير بموجب ب طلب فرعي قدم أثناء السير في الدعوى فإنه يتم إتباع الإجراءات المقررة في مضاهاة الخطوط عملا بنص المادة 175 من ق.إ.م د (1) .

أما إذا كان طلب التزوير في المحرر العرفي قد تم بموجب دعوى أصلية يجب أن تبين أوجه التزوير في عريضة الدعوى عملا بنص المادة 176 من ق. إ.م.د، غير أنه في الغالب تثار دعوى التزوير في المحرر العرفي ضمن دعوى أخرى أصلية يستند فيها رافعها إلى محرر معين فيطعن المدعى عليه بتزويره، و تعد كوسيلة دفاع في ذات الموضوع شرط أن يكون المحرر المطعون فيه بالتزوير منتجا في الدعوى و ذلك لإسقاط حجبه في الإثبات، و يرجع الاختصاص بنظر دعوى التزوير في المحرر العرفي إلى المحكمة المقامة أمامها الدعوى الأصلية(2) .

وتزوير المحرر العرفي هو عبارة عن واقعة مادية لذلك يجوز إثباته بكل الطرق بما فيها شهادة الشهود و القرائن بغض النظر عن قيمة الالتزام المثبت بالمحرر المطعون فيه(3)

والقاضي ليس له أن يحكم بعدم جدوى المحرر العرفي المطعون فيه بالتزوير طالما لم يحكم بعد بثبوت تزويره، وتتمثل حالات الإدعاء بتزوير المحرر العرفي في:
-المحرر العرفي الذي يناقش الخصم موضوعه:بسبب أنه يفقد بذلك حقه في الدفع بالإنكار،

-المحرر العرفي الذي اعترف بصحة التوقيع عليه أو الذي حكم بصحة توقيعه إذا ادعى من يحتج به عليه حصول تغيير مادي في صلبه بالمحو أو الزيادة(4).

1- تنص المادة 175 من ق.إ.م.د على أنه: "إذا طعن بالتزوير ، بطلب فرعي، في محرر عرفي قدم أثناء سير الخصومة ، تتبع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 165 و ما يليها من هذا القانون."

2 - خلافي سامية نوال، المرجع السابق، ص42

3 - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص224

4- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص152

ولالإشارة فإن الحكم الصادر بتزوير المحرر العرفي في الإدعاء الفرعي بالتزوير لا يعد منهي للخصومة المتعلقة بالدعوى الأصلية .

المطلب الثاني: الحجية التي لا تعترضها إشكالات

تعتبر القرينة القانونية القاطعة دليل ذو حجية ملزمة، هذه الحجية خصها المشرع الجزائري بحصانة ضد الإشكالات التي قد تعيق إلزاميتها، وذلك لوجود اعتبارات هامة يقدرها المشرع و يحرص على عدم الإخلال بها حتى يتحقق له هدفه التشريعي و ذلك ما سنوضحه فيما يلي:

الفرع الأول: مفهوم القرائن القانونية القاطعة.

أولاً- تعريفها:

لم يعرف المشرع الجزائري القرائن القانونية بل اكتفى بالنص على أنها تغني من تقرر لمصلحته من عبء الإثبات، و أنه يجوز نقضها بالدليل العكسي.⁽¹⁾

و من خلال هذا النص يمكن تعريف القرينة القانونية القاطعة أنها : القرينة التي لا يمكن نقض دلالتها بإثبات العكس كما هو الحال في القرينة البسيطة ، و من الأدلة التي يضربها الفقه للقرائن القانونية القاطعة الحقيقة القضائية التي يعبر عنها بقوة الشيء المقضي به التي مؤداها أن الأحكام التي حازت الدرجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق و لا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة، و لكن لا تكون لتلك الأحكام هذه القوة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم و تعلق النزاع بالحق ذاته محلاً و سبباً⁽²⁾.

و يلجأ المشرع إلى القرائن القانونية القاطعة لتحقيق عدة أغراض منها حرصه على تحقيق المصلحة العامة، كما هو الحال بالنسبة للأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي به

¹- تنص المادة 337 من ق.م.ج على أنه: "القرينة القانونية تغني من تقرر لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

²- عواد مفلح القضاة، المرجع السابق، ص262 .

كما أشرنا سلفاً، و التي نصت عليها المادة 338 ق.م. ج إذ أن المصلحة تقتضي أن تتوفر الثقة في أحكام القضاء و أن يوضع حداً للخصومة و أن يكون ما يقرره القضاء عنواناً للحقيقة....الخ⁽¹⁾

و إذا حرمت الإرادة التشريعية نقض القرينة، فيكون المشرع بذلك قد نقلها من نطاق القواعد الخاصة بالإثبات إلى نطاق القواعد الموضوعية، فالقرينة تختفي وراء الحكم الموضوعي ، و من أمثلة ذلك أن الإرادة التشريعية الجزائية تحدد سن الرشد بتسع عشر سنة كاملة فهي بنت هذا التحديد على الغالب الراجح أن الشخص في هذا السن يكون قد بلغ قدراً من النضج يؤهله لكي يباشر التصرفات القانونية، أي أن المشرع جعل بلوغ الشخص تسع عشر سنة قرينة على كمال أهليته في المادة 40 ق.م. ج ، فهذا النص يقر قاعدة موضوعية مبنية على قرينة و لذلك لا يجوز إثبات عكس هذه القاعدة أي إثبات أن الشخص أصبح راشداً قبل بلوغ هذه السن⁽²⁾ و لذلك وجب التمييز بين القرائن القانونية و القواعد الموضوعية .

ثانياً- التمييز بين القرائن القانونية و القواعد الموضوعية :

إذا قلنا أن القرينة القانونية القاطعة لا تقبل إثبات العكس فليس معنى ذلك أنها لا تدحض أبداً ، ذلك أن عدم القابلية للدحض لا يكون إلا للقواعد الموضوعية ، أما القرائن القانونية و لو كانت قاطعة فهي قواعد إثبات لا يستبعد ضحدها بالإقرار و اليمين الحاسمة، مادام المشرع أراد أن يبقيها في حظيرة قواعد الإثبات، أما القرينة القانونية القاطعة إذا كانت قائمة على اعتبارات روعيت فيها المصلحة العامة كقوة الشيء المقضي فيه فإنه لا يجوز ضحدها حتى بالإقرار و اليمين⁽³⁾.

¹-عباس العبودي، المرجع السابق، ص276.

²- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية و التجارية)، دار الهدى الجزائر، 2009، ص179.

³-عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص617 .

يكمن الفرق بين القرينة القانونية و القاعدة الموضوعية في أنه بالرغم من أن القاعدة الموضوعية تقوم على فكرة الغالب الراجح من الأحوال كما هو الشأن في القرينة القانونية أي أن الإرادة التشريعية تستوحي من القاعدة الموضوعية فكرة القرينة إلا أن هذه الفكرة لا تظهر في القاعدة بل تبقى وراءها بمنزلة العلة أو الدافع إلى هذه القاعدة⁽¹⁾، ففكرة القرينة و إن بقيت في هذه الحالة لأن الإرادة التشريعية تستوحيها إلا أنها تختفي بالنسبة للمتقاضين و لذلك لا يجوز لهم إثبات عكسها.

فإذا حرم المشرع الدليل العكسي زال عن القرينة وصفها باعتبارها دليل إثبات و أصبحت قاعدة موضوعية، إذ أن الشارع و هو يتصرف على هذا النحو لم يعد يهمله الوصول إلى الحقيقة بقدر حرصه على تحقيق الحكم الذي ينص عليه، فقد يكون استنباطه مطابقاً للحقيقة الواقعة في الحالة المعروضة، و قد لا يكون مطابقاً لها، و موقف الخصم في كلا الحالتين لا يتغير إذ يجب عليه في جميع الأحوال أن يخضع لحكم القاعدة و من الأمثلة على القرائن القانونية التي لا تقبل إثبات العكس في التقنين الجزائري:

الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية عن الحيوان و المسؤولية عن الأشياء و المسؤولية العقدية و مسؤولية المستأجر عن الحريق، فحارس الحيوان مثلاً لا يمكنه أن يزحزح المسؤولية على عاتقه إلا بإثبات السبب الأجنبي (سبب لا ينسب إليه) و مقتضى هذا أن الحارس الذي قوام مسؤوليته هو الخطأ و الضرر و العلاقة السببية فيما بينهما يستطيع أن ينفي علاقة السببية بإثبات عكسها و هو السبب الأجنبي و لا يستطيع أن ينفي الخطأ لأن قرينته القانونية غير قابلة لإثبات العكس، و هو نفس الشيء في المسؤولية عن الأشياء (المادة 138 ق.م.ج) و في المسؤولية العقدية (المادة 176 ق.م.ج) و مسؤولية المستأجر عن الحريق (المادة 496 ق.م.ج)⁽²⁾.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 192.

² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 186

الفرع الثاني: الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به. (L'autorité de la chose jugée)

نص المشرع الجزائري على أن الأحكام الحائزة على قوة الشيء المقضي به لا يجوز نقض حجيتها بدليل معاكس، كما حدد لها شروط لتتمتع بهذه الحصانة و منع القاضي أن يأخذ بها من تلقاء نفسه عملا بنص المادة 338 من ق.م.ج⁽¹⁾ و هذا ما سنتطرق فيما يلي:

أولا- التمييز بين حجية الأمر المقضي به و قوة الشيء المقضي به:

(L'autorité de la chose jugée et la force de la chose jugée)

فحجية الأمر المقضي به: معناه أن للحكم حجية فيما بين الخصوم و بالنسبة إلى ذات الحق محلا و سببا، فيكون الحكم حجة في هذه الحدود، لا تقبل الدحض و لا تتزحزح إلا بطريق من طرق الطعن في الحكم، و تثبت هذه الحجية لكل حكم قطعي، أي لكل حكم موضوعي يفصل في خصومة، سواء كان هذا الحكم نهائيا أو ابتدائيا، حضوريا أو غيابيا، و تبقى للحكم حجية إلى أن يزول، فإن كان غيابيا حتى يزول بإلغائه في المعارضة، و إن كان ابتدائيا حتى يزول بإلغائه في الاستئناف، و إن كان نهائيا حتى يزول بنقضه أو بقبول التماس إعادة النظر فيه⁽²⁾

أما قوة الأمر المقضي به فتلك صفة لا تثبت إلا للحكم الذي أصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن العادية، كالمعارضة أو الاستئناف و إن ظل قابلا للطعن فيه بطريق غير اعتيادي كالطعن بالنقض أو التماس إعادة النظر، فالحكم القطعي له دائما حجية الأمر المقضي به، و لكن لا يحوز قوة الأمر المقضي به إلا إذا كان نهائيا سواء كان غير قابل للطعن فيه منذ صدوره بالمعارضة أو الاستئناف، أو كان قابلا للطعن

¹- تنص المادة 338 من ق.م.ج على أنه: "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، و لا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة و لكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم و تتعلق بحقوق لها نفس المحل و السبب. و لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا."

²- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 632.

فيه ثم صار نهائيا بفوات ميعاد المعارضة فيها و استئنافه أو طعن فيه و أيد في المعارضة أو الاستئناف⁽¹⁾.

ثانيا-تقدير القاضي لمدى توافر شروط الحكم:

لا تقوم حجية الأمر المقضي به إلا إذا توافرت في الحكم شروط ثلاثة:

أ-أن يكون الحكم قضائي: يتعين لقبول القاضي تمسك الخصم بحجية الحكم أن يكون

هناك حكم صادر من جهة قضائية، و حسب سلطتها القضائية، كالأحكام التي تصدرها المحاكم المدنية و المحاكم الجنائية و المحاكم الإدارية أو تصدرها جهة استئنائية قضائية كالمحاكم العسكرية⁽²⁾.

ب-أن يكون الحكم صادرا من محكمة مختصة: يلتزم القاضي بالتحقق من كون الحكم

الذي يحتج به أمامه صادرا من محكمة لها ولاية القضاء في موضوعه، أي محكمة مختصة اختصاصا يتعلق بالوظيفة ، فإذا كان صادرا من محكمة خارج حدود ولايته فإن قبوله أو تنفيذه ليس من شأن أي منهما، بل أن الحكم يعتبر كأنه لم يكن أمام المحكمة ذات الولاية⁽³⁾ فلا يحوز الحكم حجية الأمر المقضي به مثلا إذا صدر حكم من محكمة مدنية في مسألة تدخل في ولاية القضاء الإداري.

أما عدا ذلك فإن تولي أي قاضي لفرع ما لا يخوله القضاء بعدم الاختصاص في

نزاع طرح أمامه، سواء عن قصد أو غير قصد لأن الأصل في القاضي المدني هو الاختصاص الكلي ، و بالتالي إن حدث و صادف نزاعا كان من المفروض أن يكون أمام جهة أخرى ، فليس أمامه إلا أن يفاضل بين أمرين، إما أن يفصل في النزاع المطروح بين يديه أو يحيل القضية بمجرد ملاحظة على ظهر ملف الدعوى إلى الجهة المختصة،

¹ - www.droit.dz.com

تاريخ الاطلاع : 2011/08/28 الساعة 09:30

² - عباس العبودي، المرجع السابق، ص289.

³ - نبيل صقر و مكايي نزيهة، المرجع السابق، ص175

مثاله الحكم الصادر من محكمة مدنية تكون له حجية الأمر المقضي و لو كان المختص هو القضاء التجاري⁽¹⁾.

بينما القرارات الصادرة من جهات غير قضائية فلا تعبر أحكام بالمعنى المقصود هنا وبالتالي لا تحوز حجية الأمر المقضي به حتى لو تضمنت الفصل في نزاع كقرار لجنة تقدير الضرائب و قرار مجلس تأديب المحامين، ولا يكفي صدور الحكم من جهة قضائية و إنما يجب أن يكون صادر بموجب سلطتها القضائية ذلك أن للمحكمة إلى جانب الوظيفة القضائية وظيفة ولائية هي التي تصدر بموجبها أوامر أو قرارات ولائية ، و الفرق بين الحكم و العمل الولائي أن الحكم يفصل في نزاع على حق في مواجهة طرفي الخصومة في حين أن العمل الولائي يصدر من المحكمة في غير نزاع بموجب سلطتها الولائية⁽²⁾. و من أمثلة الأوامر الولائية ، تصديق القاضي على محضر الصلح الذي يتم بين الخصوم. نستنتج مما سبق أن حجية الأمر المقضي به تثبت لحكم صادر من محكمة مختصة أو من محكمة غير مختصة نوعيا أو محليا و لكنها لا تثبت لحكم صادر من محكمة ليست لها ولاية القضاء.

ج- أن يكون الحكم قطعيا: يلتزم القاضي بالتحقق من كون الحكم المراد الاحتجاج به أمامه قطعيا لأن حجية الشيء المقضي به لا تثبت لكل الأحكام، بل لما حسم منها موضوع نزاع حول أثر من الآثار الموضوعية أو أكثر، و لكنها لا تثبت للأحكام الإجرائية، بل و عموما للأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع و لو كانت منهية للخصومة برمتها أو في شق منها، و بيان ذلك أنه توجد أحكام قطعية ، لا تثبت في النزاع على وجه حاسم، فهذه لا تحوز حجية الشيء المقضي به⁽³⁾، على سبيل المثال الحكم برفض الدعوى بالحالة التي عليها، كأن ترفع الدعوى من غير ذي صفة فيحكم بعدم

¹ - سائح سنقوقة، الدليل العلمي في إجراءات الدعوى المدنية، دار الهدى، الجزائر، 1996 ، ص17.

² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص195.

³ - احمد نشأة ، المرجع السابق، ص 218

قبولها، و تأصيل ذلك أن الحكم القضائي الذي يحوز حجية الشيء المقضي به ، هو الحكم الذي يحسم النزاع على موضوع الدعوى ذاته حسما كليا أو جزئيا⁽¹⁾

أما الحكم القطعي في مسألة إجرائية ، فلا يحوز حجية الشيء المقضي به ، لأنه لا يوجد موضوع حسمه هذا الحكم حسما كليا أو جزئيا ، فكل ما هناك هو محض مسألة إجرائية تم حسمها بصفة قطعية لا رجوع فيها فيكون استنفاد لولاية القاضي ، فلا يستطيع القاضي رجوعا أو تعديلا ، وهذا هو شأن الحكم بعد قبول الدعوى⁽²⁾ .

د- حجية الشيء المقضي به لا تتعلق إلا بمنطوق الحكم : و يتكون الحكم من ثلاث

أجزاء هي:

1- المنطوق (le dispositif): و هو الذي يتضمن ما قضت به المحكمة في النزاع المعروف عليها.

2- الأسباب (les motifs): وهي التي تعرض فيها المحكمة حجج الخصوم و تناقشها و تبين الحجج التي استندت إليها فيما قضت به .

3- الوقائع (les qualites) : و هي تتضمن عرضا لموضوع النزاع⁽³⁾ .

والأصل أن الحجية لا تثبت إلا لمنطوق الحكم دون أسبابه، متى كان حاسما للنزاع بين طرفي الخصومة، لكن استثناءا تثبت هذه الحجية لما ورد في المنطوق و كان مرتبطا بالأسباب ارتباطا وثيقا بحيث لا يقوم إلا بوجودها ، بحيث إذا عزل المنطوق عنها كان غامضا مبهما أو ناقصا⁽⁴⁾.

1- عصام أنور سليم، المرجع سابق، ص392

2 - أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي و ضوابط حجيتها (دراسات حول نطاق حجية الأمر المقضي في المواد المدنية و التجارية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 207.

3- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 201.

4 - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 199.

ثالثاً- تحقق القاضي من توافر شروط التمسك بحجية الشيء المقضي به:

عملاً بنص المادة 338 من ق.م.ج تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

الشرط الأول- وحدة الخصوم : فالقاضي يلتزم بالتحقق من أن الحكم المحاج به إنما

يتعلق بذات الخصوم المائلين في الدعوى المعروضة أمامه و التي يراد الاحتجاج فيها بهذا الحكم لأن حجية الأحكام لا يمكن أن تفيد أو تضر إلا الأشخاص المتخاصمين الذين وضع الحكم حدا لخصومتهم⁽¹⁾، و تحوز الأحكام حجية الشيء المقضي به إزاء الخلف العام و الخاص و كذلك الدائنين العاديين للمدين.

الشرط الثاني-وحدة المحل : حتى تتحقق حجية الشيء المحكوم فيه يجب ألا يختل

شرط من الشروط الواجب توافرها في الحق المدعى به، فلا غنى عن وحدة المحل، إذ لا يعتبر القاضي أن الحكم حائزاً لقوة الشيء المحكوم فيه متى قدر أن محل الدعوى التي صدر فيها الحكم مغايراً لموضوع النزاع في الدعوى المرفوعة أمامه تجديداً للنزاع ، فيجب إتحاد موضوع الدعويين، أي أن يكون موضوع الدعوى الجديدة هو ذات موضوع الدعوى التي فصل فيها الحكم السابق⁽²⁾.

الشرط الثالث- وحدة السبب : فالقاضي بعد تحققه من توافر الشرطين السالفين الذكر

يجب أن يتأكد من الشرط الأخير وهو أن يتحد السبب في الدعويين ، أي الدعوى التي سبق أن فصل فيها الحكم و الدعوى الجديدة التي يراد رفعها حتى يقر بحجية الشيء المقضي به ويقصد بوحدة السبب الواقعة القانونية أو التصرف القانوني الذي يستند إليه الحق المطالب به في الدعوى أي المصدر المنشئ للحق ، مثلاً أن يرفع شخص دعوى مطالباً بملكية عين على أساس أنه تملكها بالشراء ورفضت دعواه لا يستطيع أن يرفع دعوى جديدة مطالباً بملكية العين على أساس أنه تملكها بالتقادم لاختلاف السبب في كلتا الدعويين⁽³⁾.

1 - يحيى بكوش، المرجع السابق، ص 397.

2- سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973، ص 120

3 - جميل الشراوي، المرجع السابق، ص 121

رابعاً: مدى التزام القاضي المدني بالحكم الجنائي الحائز لقوة الشيء المقضي به.
نصت على هذه الحالة المادة 339 من ق.م.ج (1) حيث نستنتج من خلال هذا النص أن
الحكم الذي يقيد القاضي المدني لا بد أن يتوافر فيه شرطان:

الشرط الأول- أن يكون الحكم جنائياً : يجب أن يكون الحكم الجنائي سابقاً في
صدوره على الحكم المدني إذ لو سبق الحكم المدني الحكم الجنائي فإن حقوق الطرفين
تكون قد استقرت فلا يجوز المساس بالحكم المدني بسبب صدور الحكم الجنائي بعده (2)،
أما الحكم الجنائي الذي تكون له حجية أمام القاضي المدني فيشترط فيه أن يكون قضائياً
نهائياً وقطعياً وصادراً من محكمة مختصة ، و أن يكون قد فصل في الواقعة في منطوقه
أو في حيثياته الجوهرية ، غير أنه لا يلزم إتحاد الدعوى بين الجنائية والمدنية لا في
الموضوع ولا في الخصوم ولا في السبب، لأن الدعويين الجنائية والمدنية مختلفان في كل
ذلك ، لذا تعتبر حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية استثناء من القاعدة العامة في
حجية الأحكام (3).

**الشرط الثاني- أن القاضي المدني يتقيد بالوقائع التي فصل فيها الحكم وكان فصله
فيها ضرورياً:** إلا أن القاضي المدني لا يتقيد بالتكييف القانوني الذي أعطاه القاضي
الجنائي لوقائع الدعوى .

و منه نستنتج أن حكم القاضي الجنائي ببراءة المتهم لكون الواقعة بحسب نصوص قانون
العقوبات لا تعد جريمة فإن حجية هذا الحكم تنتفي أمام الحكمة المدنية كون القاضي
الجنائي فصل في الواقعة على أساس الدعوى وليس بنسبتها إلى المتهم (4).

¹- تنص المادة 339 من ق.م.ج على أنه: "لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم و كان فصله فيها ضرورياً."

²- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 227

³- رؤوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، ط13، دار الجيل للطباعة ، مصر ، 1979، ص224

⁴- رؤوف عبيد ، المرجع السابق، ص 226

أما إذا صدر حكم البراءة وكان ما أثبتته ضروري للفصل في الدعوى ، وحكم بعدم وجود الخطأ أو نفي نسبة الواقعة للمتهم أو عدم مسؤولية المتهم عن الاعتداء فيجب في هذه الحالة أن يرفض القاضي المدني دعوى التعويض المرفوعة على المتهم⁽¹⁾. وإذا صدر الحكم بإدانة المتهم وثبتت مسؤوليته الجنائية فعلى القاضي المدني أن يتقيد بذلك ويعتبر مسؤولية المتهم ثابتة وأن يلزمه بالتعويض عما ثبت وقوعه من ضرر.

الفصل الثاني: سلطة القاضي المطلقة في تقدير أدلة الإثبات

سنتناول من خلال هذا الفصل البحث في الأدلة التي تكون سلطة القاضي واسعة في تقديرها، فله الخيار بين الأخذ بحجيتها لإثبات إدعاء الخصم في الدعوى المعروضة أمامه أو طرحها وذلك حتى لو توافرت جميع شروطها، إذ تعتبر حجيتها غير ملزمة له، وستتم دراسة هذه الأدلة في مبحثين: المبحث الأول نتناول من خلاله الأدلة ذات الحجية غير الملزمة، أما المبحث الثاني نتطرق فيه إلى بعض الأدلة العلمية.

المبحث الأول: أدلة ذات حجية غير ملزمة

نتناول من خلال هذا المبحث ثلاث مطالب نحاول من خلالها توضيح أدلة الإثبات التي لا تكون حجيتها مقيدة لسلطة القاضي في تقديرها ، الأول يتمثل في مجال أعمال سلطة القاضي في تقدير شهادة الشهود والثاني يتناول مجال أعمال سلطة القاضي في

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص229.

تقدير اليمين المتممة أما المطلب الثالث فيتعلق بمجال إعمال سلطة القاضي في تقدير القرائن القضائية.

المطلب الأول: شهادة الشهود (Témoignage):

الشهادة لغة: هي الإخبار القاطع عن مشاهدة وعيان لا عن تقدير وحسبان، وعلى ذلك سمى تعالى الشاهد شهيدا أي عليما فقال: " واستشهدوا شهيدين" (1) وتعني أيضا الحضور والعلم ومنه قوله تعالى: " فمن شهد منكم الشهر فليصمه." (2) أي من كان حاضرا في الشهر مقيما غير مسافر فليصم ما حضر و أقام فيه.

في الاصطلاح القانوني: هي إخبار شخص أمام القضاء بواقعة حدثت من غيره و يترتب عليها حق لغيره. (3)

الفرع الأول: تقدير القاضي لمدى توافر شروط الأخذ بشهادة الشهود:

لما كان الغرض من الإثبات بالشهادة هو الحصول على أقوال الشهود الذين يؤيدون صحة الوقائع المتصلة بالقضية موضوع الدعوى، فإن أهم شروط الشهادة هي الشروط التي تتعلق بالشاهد فضلا على أن هناك شروطا أخرى تتعلق بالواقعة محل الشهادة، وهي شروط يتحقق القاضي من توافرها لقبول الإثبات بالشهادة في الدعوى المعروضة أمامه وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أولاً- الشروط الخاصة بالشاهد: تتمثل هذه الشروط في:

أ- أن يكون الشاهد من الغير: فالقاضي لا يسمح لأحد أطراف الخصومة أو من يمثله كالمحامي أو الوصي أو القيم عليه بالإدلاء بشهادته و ذلك حتى يتجنب وضعه في

¹- سورة البقرة، الآية 282.

²- سورة البقرة، الآية 185.

³- جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 120.

موقف يخشى معه تغليب مصلحته الخاصة على واجبه بوصفه شاهداً، فإذا لم توجد مثل هذه الشخصية فلا مانع من سماع شهادته.⁽¹⁾

ب- أن يكون الشاهد أهلاً للشهادة: وهذا الشرط جعله المشرع الجزائي سبباً قوياً للتجريح في الشهادة فإذا كان الشاهد عديم الأهلية يجوز التجريح في شهادته عملاً بنص المادة 156 من ق.إ.م.د.⁽²⁾ ، كما أن شهادته تكون باطلة عملاً بنص المادة 157 فقرة الأخيرة من ق.إ.م.د.⁽³⁾ ، وعليه لا يقبل القاضي شهادة من ناقصي الأهلية، والقصر، باستثناء القصر المميزين وتكون شهادتهم على سبيل الاستدلال لا غير وهو ما وضحته المادة 153 في الفقرتين 05 و06 من ق.إ.م.د.⁽⁴⁾.

قد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية ببيان أحكام الشهادة ووضعوا شروطاً في تحديد أدائها وأهم هذه الشروط هي: البلوغ، الإسلام، العدالة والذكورة⁽⁵⁾ وتقبل شهادة المرأة بشرط أن يكون النصاب امرأتين ورجل لقوله تعالى: " فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء..."⁽⁶⁾

هناك أنواع من الشهادة، فالأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة، فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه أي يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية، كما إذا سمع المقرض يتعاقد مع المقرض أو رآه بعينه يسلمه مبلغ القرض أو رآه وسمعه في نفس الوقت⁽⁷⁾.

¹- فتحي والي، قانون القضاء المدني، طبع جامعة القاهرة، مصر، 1987، ص 535

²- تنص المادة 156 من ق.إ.م.د على أنه: "إذا تم التجريح في شاهد بسبب عدم أهليته للشهادة أو قرابته أو لأي سبب جدي آخر، يفصل فوراً في ذلك بموجب أمر غير قابل لأي طعن"

³- تنص المادة 157 الفقرة الأخيرة من ق.إ.م.د على أنه: "إذا قبل التجريح في الحالة الأخيرة تكون الشهادة باطلة"

⁴- تنص المادة 153 فقرة 5 و6 من ق.إ.م.د على أنه: "يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال. تقبل شهادة باقي الأشخاص، ماعدا ناقصي الأهلية."

⁵-عباس العبودي، المرجع السابق، ص 235.

⁶- سورة البقرة، الآية 282.

⁷- عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 299.

قد تكون الشهادة غير مباشرة كالشهادة السماعية: وتسمى بالشهادة في الدرجة الثانية (t moignage du second degr ) وتختلف عن الشهادة الأصلية أو المباشرة في أن

الشاهد هنا يشهد بما سمع رواية عن غيره، ومن ثم كانت الشهادة سماعية.⁽¹⁾

الشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية، ويقدر القاضي قيمتها كما يقدر الشهادة الأصلية، ولكن الغالب أن تكون الشهادة السماعية دون الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضي بها.⁽²⁾

- أما الشهادة بالتسامع: وفيها لا يروي الشاهد نقلا عن شخص معين ولا عن واقعة معينة، بل يشهد بما هو شائع بين الناس وبما تتناقله الألسن، وهذه الشهادة ليست شهادة بالمعنى الصحيح، إذ أنها لا تقبل في المسائل المدنية، أما في القضايا الشخصية فإن الفقه الإسلامي يقبل الشهادة بالتسامع في حالات معينة، هي الشهادة بالنسب وبالموت والنكاح وبالدخل والمهر.⁽³⁾

ويستنتج شرط العدالة من قوله تعالى: " واشهدوا ذوي عدل منكم"⁽⁴⁾ وقوله تعالى:

" يا أيها الذين آمنوا إذ جاءكم فاسق بنبا فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين."⁽⁵⁾

ج- أن يكون الشاهد قد حصل على المعلومات التي يخبر بها المحكمة بحواسه الخاصة:

وذلك بأن يدلي الشاهد أمام القاضي بما عرفه مباشرة سواء عن طريق السمع أو البصر كمن يشهد تعاقدًا أو حادثة، فيروي ما سمعه أو رآه.

¹- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 313.

⁵- عبد الرزاق السنهوري، ما قبله، ص 313.

¹- أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1986، ص 115.

⁴-سورة الطلاق، الآية 02.

⁵-سورة الحجرات، الآية 06.

ثانيا - الشروط الخاصة بالواقعة محل الشهادة: وتتمثل في شرطين أساسيين هما:

أ- أن تنصب الشهادة على عرض الوقائع التي يعرضها الشاهد : وليس على إبداء رأي فيها أو تكييفها وفقا لأصول علم أو فن معين أو استخلاص النتائج التي تترتب على مثل هذا التكييف، وفي ذلك يختلف الشاهد عن الخبير، فإذا طلب القاضي شاهدا معينا وجب أن يذكر الوقائع مجردة عن وصفها القانوني فليس له أن يؤول أو يقيس، ولذا قيل في الفقه الإسلامي: " إن الشاهد في السرقة يشهد ويقول أخذ ولا يقول سرق" لأنه إذا قال سرق فقد حكم بالسرقة وليس له ذلك.

ب- أن تكون الوقائع المراد إثباتها بالشهادة متعلقة بالدعوى ومتنازع فيها وجائزة الإثبات: وهو شرط عام بالنسبة لكل أدلة الإثبات.(1)

الفرع الثاني: تقدير القاضي للحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة إستثناء:

رغم أن المشرع الجزائري وضع قاعدة عامة مفادها وجوب الإثبات بالكتابة عندما تتجاوز قيمة التصرف المدني نصابا محددًا إلا أنه لكل قاعدة استثناء وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أولاً-سلطة القاضي في تقدير مبدأ الثبوت بالكتابة: عملا بنص المادة 335 من

ق.م.ج فإنه يمكن الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب على الخصوم إثباته بدليل كتابي إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة وتوافرت فيه الشروط اللازمة⁽²⁾، حيث أنه يجوز للخصم الذي لم يتمكن من تهيئة دليل كتابي في الوقت المناسب لسبب معين أن يقدم مبدأ ثبوت بالكتابة و تكون سلطة القاضي التقديرية بهذا الخصوص أكثر إعمالا حيث يتقيد القاضي بما يلي:

1 -عباس العبودي، المرجع السابق، ص 240.

2 - تنص المادة 335 من ق.م.ج على أنه: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة. وكل كتابة تصدر من الخصم و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريبا الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة."

أ-تحقق القاضي من كون ورقة ما تعد مبدأً ثبوت بالكتابة أو لا تعد كذلك ، كون الكتابات التي تصلح أن تكون دليلاً من هذا النوع كثيرة و متنوعة ويمكن أن نذكر منها على سبيل المثال الأوراق الرسمية، الأوراق العرفية و غيرها من الأوراق التي جعل لها القانون حجية في الإثبات كالرسائل و البرقيات..الخ، فكل هذه الأوراق تعتبر مبدأً ثبوت بالكتابة إذا لم تكن دليلاً كاملاً لموضوع الدعوى ، و يجب أن تكون هذه الأوراق مقدمة في الدعوى أو على الأقل معترف بوجودها ممن تنسب إليه و إلا فلا يمكن لمن يتمسك بها أن يثبت وجودها بشهادة الشهود⁽¹⁾.

ب-تحقق القاضي من صدور الورقة من الخصم، لأن هذا الشرط يعد جوهرياً في القول بوجود مبدأً ثبوت بالكتابة إذ يعتبر بمثابة إقرار غير قضائي⁽²⁾.

ج-تقدير قاضي الموضوع لكون الورقة تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال، فعلى القاضي التأكد من أنها توحى بوجود التصرف بنسبة احتمال تكاد تكون مؤكدة وليست ممكنة الحصول فقط.

-وبعد أن يعمل القاضي سلطته في التحقق من وجود مبدأً ثبوت بالكتابة من عدمه يكون ملزماً بتسبيب حكمه في الأخذ به أو استبعاده ، و كل تقصير منه في الرد على الورقة التي تعتبر مبدأً ثبوت بالكتابة يعرض حكمه للنقض⁽³⁾ .

ثانياً-سلطة القاضي في تقدير المانع من الحصول على الدليل الكتابي:

يمكن أن يتعرض الدليل الكتابي إلى ظروف معينة من شأنها أن تمنع الحصول عليه فيجوز حينئذ الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، هذه الظروف قد تكون

1 - عيد الودود يحيى، دروس في الإثبات، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، سرق النشر غير موجودة، ص36/37

2 - يحيى بكوش، المرجع السابق، ص225

3 - عيد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص435

مانعا ماديا كما قد تكون مانعا أدبيا، و قد يحدث أن يفقد الدائن سندَه الكتابي لسبب خارج عن إرادته، و سنوضح كل مانع على حدى فيما يلي:

أ- تقدير القاضي للمانع المادي: ينشأ المانع المادي عند استحالة الحصول على الكتابة

وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة و يتحقق المانع المادي عند إبرام تصرف قانوني سريع يتعذر معه الحصول على الوقت الكافي لإثباته ، و من أمثلة ذلك ما يتم من تصرفات قانونية أثناء الحريق أو الاضطرابات الطبيعية أو السياسية كالزلازل و الثورات و الحروب⁽¹⁾ .

فالقاضي هو الذي يقدر في الدعوى المعروضة أمامه العوائق المادية التي من شأنها

أن تمنع الخصم من الحصول على دليل كتابي لإثبات تصرف قانوني مدني كان من الواجب إثباته بالكتابة، و عليه أن يورد في حكمه الواقعة التي قدر أنها مانع مادي و يبين سبب إضفائه هذا الاعتبار عليها فيسمح للخصم أن يثبت إدعاءه عن طريق شهادة الشهود أما إذا تبين له عدم جدية اعتبارها مانعا ماديا فلا بد من تسبب ذلك في حكمه ، و قد جاء النص على هذا الحكم بموجب المادة 336 فقرة 1 من ق.م.ج⁽²⁾ .

ب- تقدير القاضي للمانع الأدبي: المانع الأدبي هو السبب الذي يحول دون الحصول

على دليل كتابي جراء ظروف نفسية خاصة بعلاقات الخصوم وقت إبرام التصرف القانوني كصلة القرابة بين الأب و الابن أو علاقة الطبيب بالزبون أو المحامي بموكله.. الخ، و قاضي الموضوع وحده من له الحق في تقدير ذلك⁽³⁾ فمتى قدر أن ظرفا ما يعد مانعا أدبيا يسمح للخصم الإثبات بشهادة الشهود ، و الملاحظ أن المشرع الجزائري اكتفى بذكر كلمة " مانع مادي أو أدبي " دون تحديد تاركا سلطة تقدير ذلك للقاضي المدني عكس القوانين الأخرى و من بينها قانون البينات الأردني الذي ذكر بعض الحالات

¹ - أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 81

² - تنص المادة 336 فقرة 1 من 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."

³ - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 263

من بينها ما نصت عليه المادة 30 فقرة 2 من قانون البيئات الأردني التي تعتبر تعذر وجود من يستطيع كتابة السند مانعا ماديا، كذلك الفقرة 03 من نفس المادة من قانون البيئات الأردني تعتبر أنه متى كان طالب الإثبات شخصا بالغاً لم يكن طرفاً في العقد مانعا مادياً.

كما أنها أقرت أن القرابة ما بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر مانعا أدبياً.⁽¹⁾

- ولا بد من الإشارة إلى أن وجود أحد هذه الأسباب لا يعني بذاته قيام المانع الأدبي فقد تقوم أحد هذه العلاقات ومع ذلك يمكن الحصول على الكتابة كأن يعتاد الزوج وزوجته أو الأب وابنه في معاملات سابقة كتابة سندات مثبتة لهذه المعاملات ، عندها لا يقبل من أي منه أن يستند إلى هذه القرابة للإدعاء بوجود مانع من حصوله على دليل كتابي مثبت للحق الذي يدعيه للإثبات بشهادة الشهود.⁽²⁾

ج-تقدير القاضي للسبب الأجنبي المانع من الحصول على السند المكتوب: عملاً

بنص المادة 336 فقرة 2 من ق.م.ج فإن الدائن الذي سبق له أن حصل على سند كتابي وقت إبرامه التصرف القانوني مع مدينه ثم فقده لسبب أجنبي لا يد له فيه أي بغير تقصير منه يجوز حينئذ أن يثبت إدعاءه بموجب شهادة الشهود⁽³⁾، لكن ذلك لا يتحقق إلا بتوافر ثلاث شروط يلتزم قاضي الموضوع بالتحقق من مدى توافرها للتأكد بأن السبب من ضياع السند هو سبب أجنبي لا دخل لإرادة الدائن فيه و هذه الشروط هي:

¹ مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 179.

² -مفلح عواد القضاة، المرجع السابق ، ص 179.

³ - تنص المادة 336 فقرة 2 من ق.م.ج على أنه: "إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته."

1- سبق وجود سند كتابي: و ذلك بأن يثبت الدائن وجود هذا السند فعلا و أنه كان دليلا كاملا مستوفيا كل الشروط القانونية و مثبتا لدعوى المدعي سواء كان موضوعه هو وجود حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه، أو كان يتعلق بتصرف شكلي، إضافة إلى أنه كان يحمل توقيع⁽¹⁾.

2- إثبات ضياع السند لسبب أجنبي: فمكان الضرورة في هذه الحالة أكثر وضوحا كون الدليل الكتابي قد وجد فعلا و لكنه ضاع بغير تقصير من الدائن و مثاله أن يفقد الشخص السند بسبب حريق أو زلزال⁽²⁾.

وقبل التطرق إلى سلطة القاضي في تقدير شهادة الشهود يجب عرض النقاط التي لا تقبل معها الشهادة من الشخص الذي تتوافر فيه صفات معينة وقد حصرت هذه النقاط في المادة 153 من ق.إ.م.د حيث نستخلص ما يلي:

- للقاضي سلطة مطلقة في عدم سماع أي شخص كشاهد إذا ثبت له وجود قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم،

- للقاضي سلطة مطلقة في عدم سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلقا،

- للقاضي أيضا سلطة مطلقة في عدم قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم،

- غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، يجوز للقاضي سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق،

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 160
² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 465

كما يمكن للقاضي بحسب سلطته التقديرية المطلقة سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال.

و له أن يقبل شهادة باقي الأشخاص، ما عدا ناقصي الأهلية.⁽¹⁾

الفرع الثالث: تقدير القاضي لجواز الإثبات بالشهادة:

لقد سار القضاء الجزائري على أن الشهادة في المواد المدنية تخضع لتقدير القاضي⁽²⁾ الذي يستطيع أن يأخذ بها ويصدق الشاهد في قوله، كما له أن يطرحها إذا لم يطمئن لها، وذلك ما نصت عليه المادة 213 من قانون المرافعات الفرنسي التي أعطت للقاضي الحق في أن يستمع إلى الشهود ويستجوبهم عن كل الوقائع التي يجيز القانون إثباتها بشهادة الشهود وعن أية وقائع أخرى ولو لم يشر إليها قرار الإحالة إلى التحقيق⁽³⁾ قد سار القضاء المصري أيضا على هذا النحو حيث اعتبر أن قاضي الموضوع يستقل بتقدير شهادة الشهود و لا تثريب عليه إذا طرحها و لم يأخذ بها.⁽⁴⁾ نستخلص من ذلك أن القاضي عندما ينتهي من الاستماع لشهادة الشهود ومناقشتهم، تكون له السلطة في تقديرها واعتبارها كافية لإثبات الوقائع محل النزاع أو غير كافية، لأن مناط الأخذ بأقوال الشهود مرتبط بتصديق القاضي إياهم واطمئنانه إليهم.

ويلاحظ في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أن المشرع لم يخص سلطة القاضي في تقدير الشهادة بنص معين، عكس بعض القوانين من بينها القانون المدني العراقي في المادة 500 منه التي جاء في مضمونها أن للمحكمة أن تناقش الشهود وأن تقدر قيمة شهادتهم من حيث موضوعها ولها أن تأخذ بشهادة شخص

¹ -تنص المادة 153 من ق.إ.م.د على أنه: "لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم. لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، و لو كان مطلقا لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة و الأخوات و أبناء العمومة لأحد الخصوم. غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص و الطلاق. يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال. تقبل شهادة باقي الأشخاص، ما عدا ناقصي الأهلية."

² - قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1968/04/04، المجلة الجزائرية لعام 1968، ص 152.

³ - مجموعة مرافعات دالوز، طبعة 1975 لسنة 1983، ص 30.

⁴ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 130.

واحد مع يمين المدعي إذا اقتنعت بصحتها كما أن لها أن ترد شهادة شاهد أو أكثر إذا لم تقتنع بصحة الشهادة. (1)

وللقاضي سلطة واسعة في أن يرجح شهادة على أخرى وفقا لما يستخلصه من ظروف الدعوى على أن يبين أسباب ذلك في محضر الجلسة، وتقدير الشهادة من الناحية الشخصية يعطي الحق للقاضي بأن يستبعد الشهادة إذا لم يقتنع بها، كالنظر مثلا في أخلاق الشاهد ومدى قوة تذكره واستيعابه وارتبائه ومدى احترامه للشهادة، إذ يتواجد عدد من الأشخاص جاهزين للشهادة بثمن عند الطلب (2) كما له أن يستبعدها إذا لم يقتنع بصحتها، و للمحكمة أن تجزيء الشهادة فتأخذ ببعضها وتطرح البعض الآخر بالقدر الذي تقتنع بصحته. (3)

إن ما يمكن استخلاصه هو أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بشهادة الشهود كوسيلة إثبات للحق المدعى به في الدعوى المطروحة أمامه أو طرحها جانبا و عدم الأخذ بها كدليل إثبات ، فهي سلطة مطلقة في تقدير حجية شهادة الشهود في الشق المدني من الإثبات، إلى جانب ذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يخص أحكام الشهادة سواء في القانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصوص كافية فمثلا بالنسبة لتجزئة الشهادة، طرحها، مدى التزام القاضي بها كل هذه الأمور إنما جاء بها الاجتهاد القضائي ولم ترد بشأنها مواد مضبوطة في إحدى القانونين السابقين الذكر.

المطلب الثاني: اليمين المتممة: Serment supplétif

عملا بنص المادة 348 من ق.م.ج فإن القاضي له حرية توجيه اليمين المتممة إلى الخصوم ويعتمد عليها لاتخاذ حكمه في موضوع النزاع المعروف أمامه، كما يشترط في

¹ - آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 329.

² - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 271.

³ - عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ط01، ص 141.

توجيه هذه اليمين توافر شروط معينة ليتمكن القاضي من إعمال سلطته في تقديرها (1) وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

الفرع الأول: تقدير القاضي لمدى توافر شروط توجيه اليمين المتممة:

نصت المادة 348 فقرة 02 من ق.م.ج على وجوب توافر شرطين يحرص القاضي على التحقق من توافرها حتى يتمكن من توجيه اليمين المتممة للخصم ، هما:

أولاً: ألا يكون في الدعوى دليلاً كاملاً:

ونقصد بهذا الشرط أن لا يكون أمام القاضي دليلاً قانونياً كاملاً في الدعوى يكفي لفض النزاع بين المتخاصمين ، إذ لو وجد الدليل الكامل كما لو كان سنداً معداً للإثبات سواء كان رسمياً أو عرفياً، لأصبحت تلك اليمين زائدة لا متممة، وحيث لا نقص فلا محل لسده⁽²⁾ وعليه فإن القاضي حتى يوجه اليمين المتممة لا بد أن يتحقق في الدعوى من وجود مبدأ ثبوت قانوني كما لو كان مبدأ ثبوت بالكتابة أو شهادة أو قرينة قضائية لم يطمئن إليها، أي دليل ناقص يجعل من الحق المدعى به قريب الاحتمال ولكنه لا يصل إلى درجة اقتناع القاضي، فإذا عززته اليمين المتممة أصبح بمثابة دليل كامل على صحة دعوى المدعي.⁽³⁾

ثانياً: ألا تكون الدعوى خالية تماماً من أي دليل:

2 - تنص المادة 348 فقرة 2 من ق.م.ج على أنه: "و يشترط في توجيه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل، و ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل"

²- عباس العبودي، المرجع السابق، ص 314.

³- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 182.

وهذا عملاً بنص المادة 348 فقرة 2 من ق.م.ج⁽¹⁾، والمقصود من هذا الشرط هو أن

القاضي لا يكتفي بإدعاء الخصم المجرّد من أي دليل، وتلبية رغبته بمجرد يمين يؤديها وعلّة ذلك أن اليمين المتممة ليست سوى وسيلة تحقيقية الغرض منها تقوية قناعة القاضي وتدعيمها وأن التحقيق وحده لا يكفي هنا لتكوين قناعة وجدانية، محددة لفائدة خصم دون آخر، إلا إذا كان هناك بداية بينة.⁽²⁾

ثالثاً: الواقعة موضوع اليمين:

لما كانت اليمين المتممة تؤخذ لتكملة دليل ناقص، فالواقعة التي يحلف عليها الخصم هي تلك التي تكمل دليله ليثبت إدعاءه دعوى كان أو دفعا، ولذا لا بد أن يتحقق القاضي من كون الواقعة غير مخالفة للقانون أي غير مخالفة للنظام العام و الآداب العامة، ويجب أن تكون من شأنها أن تكمل الدليل الناقص في تقدير القاضي إلى جانب دليل موجود في الدعوى ولهذا السبب نفسه لا يشترط بحسب الأصل أن تكون متعلقة بشخص الحالف، فإذا لم تكن شخصية بالنسبة إليه، أمكن تحليفه على العلم بها أو على عدم العلم بها مثاله أن يوجه القاضي اليمين المتممة إلى ورثة المدعى عليه⁽³⁾ يحلفون أنهم لا يعلمون أن مورثهم قد تسلم الوديعة المدعى بها من المدعي، وهو ما سار عليه القضاء الجزائري من خلال قرارات المحكمة العليا.⁽⁴⁾

هذا الحكم يستخلص من نص المادة 327 من ق.م.ج فيما يتعلق بإنكار العقد العرفي

(الورقة العرفية)، فإذا كان الإنكار من الوارث أو الخلف فيكتفي كل منهم في حالة الإنكار

¹ - تنص المادة 348 فقرة 2 من ق.م.ج على أنه: "و يشترط في توجيه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل، و ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل".

² - يحيى بكوش، المرجع السابق، ص 331.

³ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 290.

⁴ - جاء في قرار المحكمة العليا أنه: "...أما ورثته فيكتفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون بأن الخط أو الإمضاء هو لمن نقلوا منه هذا الحق...ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن قد عقد عرفياً حين اشترى العقار محل النزاع من أبيه الهالك، فإن قضاة الموضوع بتقريرهم قسمة تركة الهالك مع عدم مراعاة العقد العرفي دون توجيه اليمين لبعض الورثة الذين أنكروا بأنهم لا يعلمون نسبة الخط أو الإمضاء لمورثهم يكونون قد خالفوا القانون"، قرار رقم 33054، بتاريخ 1985/05/6، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 04، ص 16.

بأن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقى عنه الحق فهذه يمينا يفرضها القانون في حالة خاصة على خلاف القواعد العامة.⁽¹⁾

الفرع الثاني: تقدير القاضي للآثار الناتجة عن توجيه اليمين المتممة:

تترتب على توجيه اليمين المتممة آثار أساسية هذه الأخيرة نستخلصها من جملة القواعد و الشروط التي وضعها القانون و القضاء و ميز بها اليمين المتممة، والتي يمكن أن نجملها فيما يلي:

أولاً: عدم جواز رد اليمين: عملاً بنص المادة 349 من ق.م.ج فإن القاضي لا يسمح للخصم الذي وجه إليه اليمين المتممة بأن يردها على خصمه، وهكذا حكم يعتبر فارقاً هاما بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة لأن هذه الأخيرة ملك للقاضي الذي يملك الحرية في تعيين الخصم الذي توجه إليه هذه اليمين.⁽²⁾

ثانياً: لا يترتب على حلف اليمين حسم النزاع بالضرورة:

فليس من شأنها حسم النزاع لصالح من يحلفها أو ضد من ينكل عنها، فالقاضي هو الذي يقرر ذلك على ضوء إجمالي الأدلة المعروضة في الدعوى، بمعنى أنه لا يلتزم القاضي بنتيجة اليمين، فله سلطة مطلقة في تقدير نتيجتها، بل أن للقاضي أن يعدل عن توجيه اليمين في أي وقت إذا ما ظهرت له أدلة جديدة في الدعوى لتكوين اقتناعه.⁽³⁾

ثالثاً: عدم تقيد الخصوم بهذه اليمين:

إذ يستطيع خصم الحالف أن يثبت عكس دلالتها وإذا كان الحكم قد صدر بناء على حلف اليمين، لا يمنع هذا من أن يطعن فيه بالاستئناف لإثبات كذب اليمين.⁽⁴⁾

¹- محمد صبري السعدي، ما قبله، ص 290.

²- عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 379.

³- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 233.

⁴- جميل الشراوي، المرجع السابق، ص 194.

تأصيل ذلك أن اليمين المتممة طريق من طرق الإثبات، فيجوز نقض دلالتها بإثبات العكس ويجوز للمضروب في هذه الحالة أن يدعي مدنيا للمطالبة بالتعويضات أمام المحاكم الجنائية⁽¹⁾ إذا كانت هناك دعوى جنائية رفعت بشأن جريمة اليمين الكاذبة، كما أنه يستطيع تحريك هذه الدعوى عن طريق رفع جنحة مباشرة.⁽²⁾

قبل التطرق إلى سلطة القاضي في تقدير حجية اليمين المتممة يجدر بنا الإشارة إلى أهم صورة من صورها وهي يمين التقويم:

(serment en plaid) وقد جاء النص عليها في المادة 350 من ق.م.ج حيث لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى، ويحدد القاضي حتى في هذه الحالة حدا أقصى للقيمة التي يصدق فيه المدعى بيمينه.

هي تختلف عن اليمين المتممة في أن موضوعها هو تحديد قيمة المدعى به حيث أن الدين ثابت وإنما استحال فقط الوفاء به عينا ولم يبق إلا أن تحدد قيمته ليحكم بها على المدين وأن هذه القيمة غير معروفة، ومثال ذلك العارية هلكت فيقضئ بقيمتها للمودع أو المعير، ولم يمكن تقديرها ولو عن طريق خبير فلا مناص من توجيه يمين التقويم.⁽³⁾

قبل التطرق إلى مدى حجية اليمين المتممة أمام القاضي المدني لا بد من ذكر الفروق الجوهرية بين اليمين المتممة واليمين الحاسمة كالآتي:

- بعد عرض كل من اليمين المتممة واليمين الحاسمة نستطيع أن نستخلص الفروق الجوهرية بينهما على أساس أن اليمين الحاسمة تحكيم يتقيد به الخصوم والقاضي، أما اليمين المتممة فوسيلة تكميلية من وسائل التحقيق والإثبات لا يتقيد بها أحد ويترتب على هذا الأساس الفروق الآتية:

¹- عصام أنور سليم، ما قبله، ص 380.

²- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 292.

³- سعدون العامري، موجز نظرية الإثبات، مطبعة بغداد، العراق، 1966، ص 128.

أ- اليمين الحاسمة يوجهها الخصم تحت رقابة القاضي، أما اليمين المتممة فالقاضي هو وحده الذي يوجهها.

ب- لا يجوز للخصم الرجوع في اليمين الحاسمة بعد أن يقبلها الخصم الآخر وللقاضي الرجوع عن توجيه اليمين المتممة في أي وقت بعد توجيهها و قبل إصدار حكمه.

ج- اليمين الحاسمة نتائجها محتمة يكسب من يحلفها ويخسر من ينكل عنها، أما اليمين المتممة فليس لها نتائج محتمة ولا يتقيد بموجبها القاضي حلفها الخصم أو نكل عنها، وأخيرا اليمين الحاسمة يجوز ردها على الخصم الآخر أما اليمين المتممة فلا ترد.⁽¹⁾

الفرع الثالث: تقدير القاضي لحجية اليمين المتممة:

للقاضي أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به، ويتحدد موقف القاضي في تقدير الآثار التي تترتب على توجيه هذه اليمين، بحيث لا يتقيد بتوجيهها كما يستطيع قبل تأديتها من قبل الخصم أن يرجع في حكمه إذا قام لديه في الفترة بين التوجيه والأداء دليل أكيد على حقيقة الواقعة موضوع اليمين.⁽²⁾

كما أن للقاضي أن يرجع عنها إذا وجهها إلى أحد الخصمين فيما إذا كشف عن أدلة جديدة أكملت الأدلة الناقصة أو نقضتها فلم يعد هناك مسوغ لتوجيهها، بل و يجوز له الرجوع عنها بمجرد أن يكون قد غير رأيه دون حاجة للكشف عن أدلة جديدة⁽³⁾، كما أنه ليس لزاما على القاضي بعد أن يحلف الخصم اليمين المتممة، أن يقضي لصالحه، فقد يعيد

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ،ص563

² - آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 298.

³ - آدم وهيب النداوي، ما قبله، ص 298.

النظر كما ذكرنا في القضية، بعد الحلف وقبل الحكم فيقتنع بغير ما كان مقتنعا به عند توجيه اليمين المتممة، فيقضي ضد من حلف.(1)

يرى البعض في هذا الصدد أن القول بأن القاضي وبعد حلف اليمين المتممة بإمكانه الرجوع عنها إذا ما كشف عن أدلة جديدة إنما هي مسألة لا بد من إعادة النظر فيها من طرف القضاء، لأنه من ناحية لا يجوز للقاضي بعد حلف اليمين المتممة أن يقبل أدلة جديدة في الدعوى، ذلك أن اليمين المتممة الحكمة من تشريعها التجاء القاضي إليها لاستكمال ما عرض عليه من أدلة لا ينقصها إلا اليمين لتكوين اقتناعه، فإذا حلف اليمين فإن الواقعة تعتبر ثابتة ولا يجوز قبول أدلة بشأن واقعة قدر القاضي مقدما أن ثبوتها معلقا على شرط حلف اليمين، ومن ناحية أخرى فإنه ليس للقاضي أن يعيد تقدير الأدلة المقدمة بعد توجيه اليمين بقرار منه وتحديد الخصم الواجب عليه حلفها، فالقاضي وفقا للقواعد العامة له أن يعدل عن قراره بتوجيه اليمين باعتباره قرار يتعلق بالإثبات(2).

إذن نستنتج أن القاضي ليس له بعد أن تكون الواقعة قد تثبتت بحلف اليمين أن يعود ويقبل أدلة إثبات أخرى- وكل هذا طبعا إذا حلف الخصم اليمين المتممة-، لأنه قبل الحلف تبقى للقاضي سلطة تقديرية واسعة وغير محدودة في الرجوع عن توجيهها.

أما إذا نكل من وجهت إليه اليمين فإن الأدلة الناقصة التي قدمها لإثبات إدعائه تبقى كما كانت، بل أن ريبة القاضي لتزداد في صحة إدعائه بعد أن نكل، ونظرا ذلك فالراجح أن يكون الحكم ضده، ولكن ليس من الملزم أن يقضي القاضي ضد الخصم الناكل فقد تظهر أدلة جديدة بعد نكوله تعزز أدلته الناقصة، فيقضى لصالحه بالرغم من نكوله.(3)

ولذلك نرى أن النكول عن اليمين المتممة كحلفها لا يقيد القاضي، لأنها إجراء من إجراءات التحقيق ودليل إثبات تكميلي ذو قوة محدودة في الإثبات.

¹- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 584.

²- فتحي والي، المرجع السابق، ص 80

³- آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 300.

وإذا استأنف الحكم فإن محكمة الاستئناف لا تتقيد بتوجيه اليمين ولا بحلفها في المحكمة الابتدائية، فقد ترى ألا محل لتوجيه اليمين المتممة، لأن الأدلة قد أصبحت كافية، أو كانت كافية من قبل، أو أن الأدلة معدومة بحيث لا يجوز معها توجيه هذه اليمين، وحتى إذا رأت أن توجيه اليمين المتممة كان مستساغاً، فقد ترى أن الخصم الذي كان يجب أن توجه إليه هذه اليمين هو الخصم الآخر، فتوجهها له لأول مرة في الاستئناف، وتغفل اليمين الأخرى التي كانت المحكمة الابتدائية قد وجهتها، بل قد لا تعدل محكمة الاستئناف عن توجيه اليمين المتممة إلى الخصم الذي وجهتها إليه المحكمة الابتدائية، ولكنها لا تتقيد بموجبها ولا تقتنع بما اقتنعت به المحكمة الابتدائية، فلا تقضي لمصلحة من حلف اليمين.⁽¹⁾

المطلب الثالث: القرائن القضائية: (présomptions judiciaires):

يقول المولى عز وجل بعد بسم الله الرحمن الرحيم: " وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال إنه من كيدكن إن كيدكن عظيم."⁽²⁾

وجه الدلالة في هذه الآيات الكريمة أن الله جعل شق الثوب قرينة على صدق أحد المتنازعين وهما يوسف عليه السلام وامرأة العزيز التي قذفته، والحاصل أن القميص قد من دبر وهذا دليل إدباره عنها وهو دليل براءته.⁽³⁾

عليه سنتطرق في هذا المطلب إلى متطلبات الإثبات بالقرائن القضائية، تمييزاً عن القرائن القانونية، وأخيراً سلطة القاضي في تقديرها.

الفرع الأول: تقدير القاضي لمتطلبات الإثبات بالقرائن القضائية:

¹- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 585.

²- سورة يوسف، الآيات 26-28.

³-نبيل صقر ومكاري نزيهة، المرجع السابق، ص 160.

وقد جاء النص على القرينة القضائية في نص المادة 340 من ق.م.ج حيث يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون كما أنه لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة.

فمن خلال هذه المادة تعرف القرينة القضائية على أنها: دليل غير مباشر، إذ لا يقع الإثبات فيه على الواقعة ذاتها بوصفها مصدرا للحق، بل يقع على واقعة أخرى قريبة منها ومتصلة بها إذا أثبتت أمكن للقاضي أن يستنتج منها الواقعة المراد إثباتها. (1)

هذا ضرب من تحويل الإثبات (Déplacement de preuve) من محل إلى آخر مثال ذلك أن يكون التصرف في مرض الموت قرينة على أنه وصية، فالواقعة المعلومة هي إبرام التصرف في مرض الموت ويستدل القاضي منها على أن هذا التصرف وصية. (2)

- كما أن الإثبات عن طريق القرينة القضائية يتطلب التثبيت من عنصرين: أحدهما مادي والآخر معنوي.

أولاً: العنصر المادي: هو واقعة ثابتة يختارها القاضي (نقطة انطلاق القاضي)، حيث يكون معلوما لديه واقعة معينة وثابتة أمامه، أي كان الطريق الذي ثبتت به، فقد تكون ثابتة بشهادة الشهود، أو بالكتابة، أو عن طريق الإقرار أو اليمين... الخ، ويستوي أن تكون الواقعة أو الوقائع التي تثبت أمام القاضي قد تثبت بعد مناقشة بين الخصوم، أو كانت في ملف الدعوى، ولو من تحقيقات باطلة، أو حتى من أوراق تمت خارج الدعوى كمحاضر تحقيقات إدارية أو إجراءات جنائية طالما كانت مقدمة في الدعوى، المهم أن تكون الواقعة

1 - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 282.

2 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 329.

ثابتة، أما إذا كانت الواقعة التي اختار القاضي الاستنباط منها مجرد واقعة محتملة وغير ثابتة، فلا تصلح لأن تكون مصدرا لاستخلاص قرينة منها.⁽¹⁾

ثانيا: العنصر المعنوي: استنباط الواقعة المراد إثباتها من الواقعة الثانية:

هو الاستنباط الذي يقوم به القاضي في تفسير الوقائع الثابتة (أي العنصر المادي) أو الدلائل، وذلك لكي يصل إلى الواقعة الأخرى المجهولة والمراد إثباتها، وعملية الاستنباط عملية شاقة تتطلب من القاضي بذل مجهود ذهني في تكوين اعتقاده⁽²⁾، وبما أن استنباط القاضي يقوم على الاحتمال والترجيح فإنه قد يكون معرضا للخطأ، لأن القاضي بشر وقدراته محدودة ولذلك يجب عليه أن يظهر كثيرا من الحكمة والحذر فيما يستنبطه من وقائع الدعوى، فضلا عن أن استنباط القضاة بعضهم يكون استنباطه سليما فيستقيم الدليل معه، والبعض الآخر يبتعد في استنباطه عن منطق الواقع، ولذا فإن القرينة القضائية تكون من أفضل الأدلة من حيث الواقعة التي تستنبط منها، ومن أخطرها من حيث صحة الاستنباط واستقامته.⁽³⁾

كمثال: أن يكون القاضي متعنتا إذا هو استخلص من واقعة القرض التي اختارها أن المقترض كان في حاجة إلى المال عندما عقد القرض، فإذا ادعى أنه اشترى بعد القرض بأيام قليلة وقبل أن يفي بالقرض دارا من المقرض بثمن يزيد كثيرا على مبلغ القرض. دفع له الثمن في الحال، كانت هذه الوقائع متعارضة مع دلالة الواقعة الثابتة، فإذا طعن شخص في عقد البيع الصادر من المقرض إلى المقترض بأنه صوري، أو دفع بصورية الثمن، كان للقاضي من خلال واقعة القرض وحاجة المقترض إلى المال وتعارض هذه الحاجة مع دفعه ثمنا كبيرا يزيد كثيرا على مبلغ القرض، أن يستخلص

¹ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 185.

و فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أنه: من المقرر أنه ليس ثمة ما يمنع في القانون استناد المحكمة في حكمها إلى ما قضى به قضية أخرى لم يكن الخصم طرفا فيها إذا كان ذلك لمجرد تدعيم الأدلة التي ساققتها لأن ذلك لا يعد وأن يكون استنباط قرينة قضائية رأت فيها المحكمة من يؤيد وجهة نظرها" أنظر أنور طلحة المرجع السابق، ص 569.

² - ادوار عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، الجزء ال ثانوي، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1962، ص 334.

³ - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 284.

قرينة على أن المقترض لم يدفع الثمن إلى المقرض فتكون هذه القرينة القضائية دليلاً على الصورية.⁽¹⁾

ثالثاً: التمييز بين القرائن القضائية والقرائن القانونية.

على الرغم من أن القرينة القضائية تتشابه مع القرينة القانونية، لقيامها على فكرة واحدة، هي فكرة الاستنباط والاحتمال، و أنهما يتكونان من طبيعة واحدة من حيث التكيف، فإن كلاهما ينطوي على نقل محل الإثبات من واقعة متنازع فيها إلى واقعة أخرى، أي أن كلاهما دليل غير مباشر⁽²⁾. وكذلك تتشابهان من حيث التأصيل إذ أن أغلب القرائن القانونية أصلها قرينة قضائية، ونتيجة لتكرار العمل في استنباطها واستمرار القضاء في تطبيقها منحها المشرع قوة القرينة القانونية ونص عليها بوصفها قاعدة قانونية⁽³⁾، إلا أنه ثمة فروق مهمة بينهما نجملها في النقاط الآتية:

أ- القرائن القضائية أدلة إيجابية، أما القرائن القانونية فأدلة سلبية أي أنها تعفي من

تقديم الدليل.

ب- لما كانت القرائن القضائية يستنبطها القاضي والقرائن القانونية يستنبطها المشرع

فإنه يترتب على ذلك أن القرائن القضائية لا يمكن حصرها لأنها تستنبط من ظروف كل قضية، أما القرائن القانونية فمذكورة على سبيل الحصر في نصوص التشريع.

ج- القرائن القضائية كلها غير قاطعة، فهي قابلة دائماً لإثبات العكس، ويجوز

ضجدها بجميع الطرق ومنها البنية والقرائن، أما القرائن القانونية فبعضها يجوز نقضه

¹- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 332.

²- نبيل صقر ومكاري نزيهة، المرجع السابق، ص 170.

³- عباس العبودي، المرجع السابق، ص 286.

بإثبات العكس وبعضها قاطع لا يقبل الدليل العكسي (مثل ما رأينا في الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به).⁽¹⁾

د- في القرينة القضائية لا يجوز الإثبات إلا فيما يجوز إثباته بالشهادة، أما القرينة القانونية فيجري الإثبات بشأن الواقعة المعلومة وفق قواعد الإثبات العامة، فما كان منها فوق النصاب تلزم فيه الكتابة وما كان دونه فتجوز فيه الشهادة والقرائن.⁽²⁾

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير الإثبات بالقرائن القضائية:

سننتظر في هذا الفرع إلى نقاط أساسية تتمثل في سلطة القاضي المطلقة في تقدير الإثبات بالقرائن القضائية، ثم إلى تقديره لدلائل العنصر المادي و أخيرا إلى بعض الأمثلة عن القرائن القضائية التي تحولت إلى قرائن قانونية.

أولا: سلطة القاضي في تقدير الإثبات بالقرائن القضائية: إن الإثبات بالقرائن القضائية يقوم على تفسير القاضي لما هو ثابت لديه من الوقائع كي يستخلص منه بطريق الاستنباط العقلي قرينة يستدل بها على واقعة مجهولة يراد إثباتها، كما أن قاضي الموضوع يختص وحده بهذا الاستنباط، والذي هو عبارة عن عملية تقوم على فهمه لوقائع النزاع وتقديره لدلالاتها، ما يرجح في نظره من احتمال بشأنها، لذا كان الخطأ بشأن هذا الاستنباط محتملا، ولذلك جعل المشرع القرائن في مرتبة الشهادة فهي تخضع لتقدير الحاكم، يأخذ بها إذا اقتنع بها، ويذررها إذا قام لديه شك بصددها، غير أن الضعف يمكن أن يتسرب إلى هذه الأدلة إما بسبب اصطناع الظاهرة التي يراد جعلها أساسا للاستنباط، وإما بسبب عدم توفيق الحاكم في الاستنباط من الوقائع الصحيحة.⁽³⁾

وقد اعتبر القضاء المصري أن قاضي الموضوع حر في استنباط القرائن التي يأخذ بها من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة فيها، وأن له السلطة المطلقة في استنباط القرائن

¹- فباستقراء المادة 338 من ق.م.ج نستنتج أن الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به جعله المشرع قرينة قانونية قاطعة لا يجوز نقضها عكس القرينة القضائية.

²- عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 355

³- آدم وهيب نداوي، المرجع السابق، ص 355.

التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته، فله أن يعتمد على القرينة المستفادة من تقرير خبير كان قد باشر عمله أمام المجلس الحسبي في غير مواجهة الخصوم مادامت هذه القرينة تعززها غيرها من القرائن القائمة في الدعوى.⁽¹⁾

مهما يكن تنوع هذه الدلائل وتعددتها، فإن القاضي مقيد بما إذا كانت هذه الوقائع متصلة مع الواقعة موضوع النزاع اتصالاً وثيقاً يسمح له باستخلاص النتائج المشروعة. ومع ذلك فإن القرينة بعيدة عن مخاطر التزوير مثل الكتابة، وبعيدة عن التحيز في الشهادات وهذا لأن أساسها هي الوقائع التي لا تكذب، رغم ما يقال عن إساءة فهمها من طرف القاضي إلا أن العيب هنا هو في تفكير القاضي نفسه لا في الدليل، ومهما يكن من أمر فإن القرينة القضائية لا تقبل إلا حين تكون البينة (شهادة الشهود) مقبولة كما نصت المادة 340 من ق.م.ج. "... ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة"⁽²⁾

أي: في التصرفات المدنية التي لا تزيد عن 100 ألف دينار جزائري.

في الوقائع المادية، إضافة إلى الحالات الأخرى كوجود مبدأ ثبوت بالكتابة، وجود مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي، فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي.

- وسلطة القاضي في تقدير القرائن واسعة جداً، فكما اعتبرها شراح القانون المدني الفرنسي مجرد توجيه أو نصيحة، فلا يؤخذ منه ضرورة تعدد القرائن لتكوين عقيدة القاضي، إذ أن قرينة واحدة تكفي.⁽³⁾

¹- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 168.

²- يحيى بكوش، المرجع السابق، ص 198/199.

³- آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 357.

نستنتج من خلال سلطة القاضي في تقدير القرائن القضائية أن القاضي عليه أن يبين في أسباب حكمه أن القرائن التي يستند عليها هي قرائن خطيرة ومحددة ومتطابقة، وإلا فإن هذا الحكم يتعرض للنقض.

ثانياً: تقدير القاضي ما للعنصر المادي من دلائل:

- إن للقاضي سلطة في تقدير ما تحمله الواقعة الثابتة التي اختارها من دلالة لكي يستخرج منها الدليل على ثبوت الواقعة التي يراد إثباتها، وما دام القاضي له سلطة تقديرية واسعة في مجال القرائن القضائية- كما أسلفنا القول- فإنه بالضرورة له سلطة في اختيار أية واقعة كما سبق لجعلها أساساً لاستخراج قرائن وبذلك قد تكون قرينة أو عدة قرائن في نفس المجال، وله السلطة في اقتناعه بقرينة واحدة ورفض قرائن أكثر عدداً لا شيء إلا لإعمال سلطته التقديرية وتمحيصه للقرائن الضعيفة من القوية والمنتجة، وفي هذا المجال يقول الأستاذ بواني " إن قرينة واحدة يمكن أن تكون قاطعة بينما في بعض الحالات لا تتوافر ثلاث أو أربع قرائن على أي قوة في الإثبات."⁽¹⁾

إن يكفي للقاضي أن يبني حكمه على قرينة واحدة متى كانت قوية ومنتجة في الإثبات.

يعتمد هنا على خبراته السابقة وفطنته وذكائه لأن هذه العملية تقوم على أساس بذل مجهود ذهني في تكوين الاعتقاد واستخراج وقائع مجهولة من وقائع معلومة أساساً لدى الأطراف، لذا يبقى دائماً استنباط القاضي يقوم على الاحتمال فعلى القاضي إبداء الكثير من الحيطة والحذر في هذا المجال⁽²⁾ ويترتب على ذلك عدة نتائج هي:

أ- أن القاضي قد يكتفي بدليل واحد لبناء قناعته، إذا كانت طريقة الاستنباط غير متهورة أو مجازفة، ولا يلزم القاضي بأن يبحث عن أي دليل آخر سوى القرائن القضائية للحصول على الاقتناع الوجداني في حالة انعدام الأدلة الأخرى، كما أن بإمكانه أن يفصل

¹ - <http://www.ARLAWFIRM.com>

² - يحي بكوش ، المرجع السابق، ص 200.

أي عنصر من العناصر على غيره بدون تقييد في ذلك. ويجب أن يكون هذا الدليل الوحيد كافياً لإقامة البينة، وإلا فإن الحكم يتعرض لرقابة المحكمة العليا.⁽¹⁾

ب- أن خطأ القاضي في تقييم القرينة، أو في الدليل الذي تستند إليه لا يشكل مسألة قانونية، فهو من جملة الوقائع التي يستقل القضاة بتقديرها وليس عليهم فيها رقابة من طرف المحكمة العليا.⁽²⁾

ثالثاً: بعض الأمثلة عن القرائن القضائية التي تحولت إلى قرائن قانونية:

يلاحظ أن القرائن القضائية قد تنتهي إلى أن تصبح قرائن قانونية ومن ذلك ما كان يجري عليه القضاء المصري في ظل القانون المدني المصري القديم من أن بقاء العين المبيعة في حيازة البائع مع اشتراطه على المشتري عدم التصرف فيها مادام البائع حياً، يعتبر قرينة على أن التصرف وصية، هذه القرينة جعل منها القانون المدني المصري الجديد قرينة قانونية نص عليها في المادة 917 منه، ومن ذلك أيضاً اعتبار أن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة وهو ما جاء في المادة 587 من القانون المدني المصري وهذه القرينة القانونية كانت قرينة قضائية قبل صدور القانون المدني المصري.⁽³⁾

المبحث الثاني: بعض أدلة الإثبات العلمية.

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 169

² - يحيى بكوش، ما قبله، ص 200.

- وبالرغم من أن للقاضي سلطة مطلقة في تقدير القرائن القضائية، إلا أن عليه أن يبين في أسباب حكمه أن القرائن التي يستند عليها هي قرائن خطيرة، ومحددة ومتطابقة وإلا فإن هذا الحكم يتعرض للنقض.

³ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 169.

من خلال هذا المبحث سنتناول أدلة إثبات لها من الأهمية ما لباقي الأدلة ، ذلك أن القاضي يكون في بعض الأحيان ملزم باتخاذها، كالاستعانة بأهل الخبرة حتى يبني قناعته على قاعدة صلبة أو إجراء المعاينات، و إلى جانب هذه الأدلة نجد أيضا الأدل ة العلمية المتقدمة والتي اخترنا منها فحص الدم نظرا لانتشار قضايا الأمهات العازبات وقضايا اللعان حول إثبات النسب كذلك الإثبات الالكتروني نتيجة إلى تحول العالم رهينا لفضاء الانترنت حيث أصبحت العقود تتعد عبر الانترنت والديون تنشأ وتسد عن طريق الحاسوب الآلي، وهو ما سنحاول معالجته لإظهار سلطة القاضي في تقدير هذه الأدلة. من خلال مطلبين الأول يتناول الخبرة ، المعاينة وفحص الدم أما الثاني فخصصناه للإثبات الالكتروني.

المطلب الأول: الخبرة، المعاينة، فحص الدم

لقد فصلنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: الأول يشمل الخبرة والثاني يشمل المعاينة، أما الثالث فيتناول فحص الدم.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعيين الخبير والأخذ برأيه : وللوصول إلى هذه السلطة يجدر بنا أولا التطرق لمفهوم الخبرة وبيان أنواعها.

أولاً: مفهوم الخبرة : فالخبرة لغة تعني العلم بالشيء واختباره، يقال خبر فلان الأمر، إذا عرفه على حقيقته، وقد جاء في القرآن الكريم: "الرحمان فاسأل به خبيراً" (1)

وقوله تعالى " ولا ينبئك مثل خبير " (2)

1 - سورة الفرقان، الآية 59.

2 - سورة فاطر، الآية 14.

أما في الاصطلاح القانوني: فهي إجراء تحقيقي واستشارة فنية تقوم بها المحكمة، بقصد الحصول على معلومات ضرورية عن طريق أهل الاختصاص، وذلك للبت في كل المسائل التي يستلزم الفصل فيها أمورا علمية أو فنية، لا تستطيع المحكمة الإلمام بها (1) فالقاضي يجب عليه أن يقوم بتحري الوقائع لاستكمال قناعته، لكنه كثيرا ما يتعذر عليه القيام بذلك بمفرده نظرا لكون التحقيقات تقوم على مسائل فنية لارتباطها بالهندسة أو الطب.... الخ. (2)

ثانيا: أنواع الخبرة القضائية لقد أصبحت الخبرة القضائية في التشريعات المعاصرة ذات أهمية بالغة في الإثبات وذلك لإسهامها في تحقيق العدالة وتتوير القاضي لأن لا يحدد في أحكامه على روح القانون، وقد انقسمت الخبرة إلى أنواع يمكن إيجازها فيما يلي:

1- الخبرة: وهي الخبرة بصفة مطلقة، عندما تأمر بها المحكمة للمرة الأولى، حينما يستعصى عليها الأمر في فهم مسائل فنية أو عندما تتوفر في إحدى القضايا المطروحة عليها للفصل فيها ظروف أو شروط معينة فتسندها لخبير واحد أو عدة خبراء وذلك بحسب نوع الخبرة المأمور بها أو حسب موضوعها أو طبيعتها أو أهميتها. (3)

2- الخبرة المضادة: إذا تبين للقاضي بأن الخبير أو الخبراء أنجزوا المهمة التي كلفوا بها، غير أنه ليس باستطاعته الفصل في القضية، إما لعدم عدالة الحل المقترح في تقرير الخبرة أو أن تقارير الخبرة المختلفة والمطروحة أمام الجهة القضائية متناقضة، ففي هذه الحالة وغيرها يمكن للقاضي اللجوء إلى خبرة مضادة يلزم فيها الخبير المكلف بالقيام بالمهام نفسها (4)، حيث يقوم بمراقبة صحة المعطيات وسلامة النتائج و خلاصات الخبير

¹ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 393.

² - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 325.

³ - عباس العبودي، المرجع السابق، ص 326

⁴ - مولاى بليانى بغدادى، الخبرة القضائية في المواد المدنية، مطبعة حلب، الجزائر، 1992، ص 14.

وذلك بواسطة خبير أو عدة خبراء، وتسميتها بالمضادة لا تعني المعاكسة وإنما هي تتدرج في إطار تمكين الخصوم من كل وسائل دفاعهم. (1)

لقد أخذ القضاء الجزائري بهذا النوع من الخبرة القضائية من خلال قرارات المحكمة العليا. (2)

3- الخبرة الجديدة: هي الخبرة التي تأمر بها المحكمة عندما ترفض نهائيا الخبرة الأولى أي سبب من الأسباب كالإبطال مثلا فللقضاة مطلق الحرية في الأمر بخبرة جديدة إذا كانت الخبرة الأولى منسوبة بقلّة العناية والافتقار إلى المعلومات وللخصوم أن يطلوا ذلك أيضا بغية إيراد براهين جديدة في عناصر الدفاع عن قضاياهم ويمكن الأمر بخبرة جديدة في الصور التالية،

- إذا كان التقرير معيبا في شكله أو مشوبا بانحياز له إلى خصم من الخصوم، أو إذا كان التقرير ناقضا أو غير كاف في نظر المحكمة أو المجلس. (3)

لقد سار القضاء الجزائري على جواز إستبعاد القاضي للخبير إذا تبين له أنه لم يقدّم

بالمهام الموكلة إليه بجديّة ولم يجب على الأسئلة التي طرحها القاضي كما ينبغي. (4)

¹- لحسن بن شيخ آيت ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 232.
²- قضت المحكمة العليا بأنه: " إذا ثبت وجود تناقض بين خبرة وأخرى وتعدّر فض النزاع بين الطرفين وجب الاستعانة بخبرة فاصلة وعدم الاقتصار على خبرة واحدة أو خبرتين تماشيا مع متطلبات العدل، ولما ثبت من القرار المطعون فيه أن جهة الاستئناف اعتمدت الخبرة الثانية ورجحتها على الخبرة الأولى المتناقضة معها دون تعليل كاف، فإنها تكون قد أساءت تطبيق قواعد الإثبات والقصور في التسبب، مما يعرض القرار للنقض" القرار رقم 155373، المؤرخ في 18/11/1998، المجلة القضائية لسنة 1998، عدد 02، ص 55.

³- يحيى بن لعلي، الخبرة في الطب الشرعي، مطبعة عمار قرصي -باتنة-، الجزائر، سنة النشر غير موجودة، ص 14.

⁴- ولقد قضت محكمة قالمة قسمها العقاري بما يلي: " استبعاد تقرير خبرة الخبير العروقي بشير والقضاء من جديد بتعين السيد جبار مسعود لتسند إليه نفس المهام القاضي بإنهائها في الحكم التحضيري السابق" ولقد جاء في إحدى حيثيات الحكم أنه "وباستقراء النتائج التي خلص إليها الخبير المنتدب تبين للمحكمة بله لم يرد على الأسئلة المطروحة للإجابة عليها بموجب الحكم محل الاسترجاع ، لاسيما ما تعلق منها بمدى تطابق العقود على القطعة الأرضية موضوع المطالبة القضائية ودون تبيان مركز كل واحد من الطرفين بالنسبة لها، وحيث وأمام هذه الإغفالات الهامة يعد تقرير الخبرة مشوبا بالنقص يتعين استبعاده والقضاء من جديد بتعين خبير آخر تسند إليه المهام القاضي بها. (4)

حكم صادر عن محكمة قالمة، القسم العقاري، تحت رقم: 03/51 المؤرخ في 06/03/2003.

4-الخبرة التكميلية: وهي الخبرة التي تأمر بها المحكمة عندما ترى نقصا واضحا في الخبرة المقدمة أليها أو أن الخبير لم يجب عن جميع الأسئلة و النقاط الفنية المعين من أجلها أو أنه لم يستوفي حقها من البحث و التحري فتأمر المحكمة باستكمال النقص الملحوظ في تقرير الخبرة ، فتسند الخبرة التكميلية إلى الخبير الذي أنجزها أو إلى خبير آخر (1)

يلجأ القاضي استثناء إلى أهل الخبرة لإعانتة في حل المسائل الفنية،كون الخبراء يعتبرون مساعدين للقضاء،(2) لاسيما وأن الأمور التي تتطلب الاستعانة بأهل الخبرة قد تشعبت واتسع نطاقها باتساع ميادين الحياة ، أما الخبرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد عرفها المشرع الجزائري من خلال الأهداف التي ترمي إليها بأنها الخبرة التي تهدف إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي عملا بنص المادة 125 من ق.إ.م.د.(3)

لما كانت الخبرة قد شرعت استثناء لمساعدة القاضي في استظهار أمور فنية ليس بإمكانه إظهارها لوحده، فإنه يجب عليه ألا يسرف في استعمالها تجنباً لإضرار الخصوم، وكما يقول الأستاذ موريل أن اللجوء إلى الخبرة يزداد انتشاراً نظراً فقط لتشعب المعارف الإنسانية وصعوبة إلمام القاضي بها، وإنما أيضاً رغبة من القضاة في كثير من الأحيان في الإعراض عن القيام بالمعاينة وإلقاءها على الخبراء وهذا الاتجاه ضار بسير العدالة، ففضلاً عما يؤدي إليه من زيادة في نفقات الخصومة وبطنها، فإنه بسبب ميل القضاة إلى الأخذ برأي الخبراء يحول هؤلاء في الواقع إلى قضاة.(4)

¹-مولاي بلياني بغدادي، المرجع السابق، ص 15.

²-محمّد بوبشير أمقران ، النظام القضائي الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1993، ص156.

³-تنص المادة 125 من ق.إ.م.د على أنه:"تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"

⁴- فتحي والي، المرجع السابق، ص 561.

ثالثاً- سلطة المحكمة في تقدير رأي الخبير: عملاً بنص المادة 144 من ق.إ.م.د. (1)

فإن القاضي له السلطة المطلقة في أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة أو أن يستبعدّها ، ذلك أن هذا الرأي لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الإثبات التي تلزم القاضي في تقديره، فقاضي الموضوع إذا ندب خبيراً لا يكون مقيد برأيه، شرط أن يبين الأسباب الجدية التي استبعد على أساسها الأخذ بنتائج الخبرة.(2)

له أيضاً إذا لم يجد في الخبرة المرفوعة إليه ما كان يريده من إيضاح، أن يرفضها ويأمر بخبرة أخرى حسب اقتناعه، فليس عليه أن يوافق على رأي الخبير إذا كان اقتناعه يتعارض معه، رغم أن لآراء الخبراء تأثيراً كبيراً على قرارات القضاة، لكنها لا تفرض عليهم شيئاً أبداً، فلهم أن يأخذوا كل المعلومات المفيدة الواردة في تقاريرهم، ويقدموها بحسب آرائهم وضمائرهم، فإما أن يصادقوا عليها كلياً أو جزئياً على أساس أن الجزء المطروح مخالف لقناعة القاضي حسب المعطيات التي بنى عليها هذه القناعة (3) وإذا رفضوا الخبرة الأولى أمكنهم الحكم دون الأمر بإجراء خبرة جديدة، ولهم أن يحكموا بعكس آراء الخبراء، كما يستطيعون إلغاء الخبرات كلياً أو جزئياً، لعيب شكلي فيها، أو لانحيازها ولهم أن يأمرُوا بخبرة جديدة كلما رأوا ذلك مفيداً.(4)

قد أكدت المحكمة العليا في قرارها بان رأي الخبير لا يعد إلا أن يكون استشارياً (5)

فالخبرة كغيرها من أدلة الإثبات الغير ملزمة خاضعة لتقدير قضاة الموضوع.(1)

5- تنص المادة 144 من ق.إ.م.د. على أنه: " يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة، القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة."

2- علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 86.

3- جمال فاخر النكاس، القواعد الموضوعية للخبرة القضائية في المواد المدنية، ط 3، المجلة الحقوقية الكويتية، جامعة الكويت، 1996، ص 120

4- محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، ط4، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 83.

5- قضت المحكمة العليا بأنه: " من المقرر قانون أن القضاء بتفضيل خبرة عن أخرى يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع التي حولها لهم القانون، ومن ثم فإن النفي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب وانعدام الأساس القانوني في غير محله ويتعين رده." قرار رقم 33801، مؤرخ في 19/01/1985، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 04، ص 22.

الفرع الثاني: انتقال المحكمة للمعاينة و تقدير نتائجها

سننظر من خلال هذا الفرع إلى إعطاء مفهوم المعاينة والمقصود منها، ثم انتقال المحكمة للمعاينة والإجراءات المتبعة في ذلك والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لنختم ذلك بمدى سلطة القاضي في تقدير حجية الدليل الناتج عن المعاينة

أولاً: مفهوم المعاينة: المعاينة بوصفها دليلاً من أدلة الإثبات تعرف على أنها:

مشاهدة المحكمة لموضوع النزاع أو محله للتحقق من صحة الأوصاف التي يدعيها صاحب الشأن، والغالب أن تكون الأوصاف التي ترد عليها المعاينة أوصافاً مادية لأن هذه الأوصاف لا يتيسر عادة إثباتها إلا عن طريق المعاينة، ويجوز أن يتم الإثبات عن طريق المعاينة بصفة فرعية في دعوى منظورة (من طرف الخصوم)⁽²⁾، كما يجوز أن يتم بصفة أصلية من غير أن تكون ثمة دعوى قائمة، توطئة لرفع دعوى في المستقبل بشأن محل النزاع متى أريد إثبات حالة هذا المحل بصفة مستعجلة خشية تحويلها أو زوال معالمها قبل أن يتمكن صاحب الشأن من رفع دعواه الموضوعية المبنية على الحالة التي صار إليها محل النزاع من وقت معين.⁽³⁾

إذا كان المبدأ أن القاضي لا يجوز له أن يقضي بعلمه الشخصي عن وقائع الدعوى، فإن مجال ذلك المنع يسري على علمه السابق بالوقائع التي يحصل عليها خارج إجراءات الخصومة، ودون رقابة من أطراف الدعوى، ولذلك فإن مبدأ عدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي لا يمنع قيامه بالمعاينة، إذ يجمع بحواسه الذاتية معلومات عن الوقائع المتنازع عليها قد تؤدي إلى معرفة الحقيقة.⁽⁴⁾

تعد المعاينة من أهم أدلة الإثبات المباشرة في المسائل المادية، إذ أنها وسيلة ناجحة للوقوف على حقيقة النزاع، فقد أثبتت التجارب القضائية أن مشاهدة المحكمة لمحل النزاع

1- قرار رقم 22641، مؤرخ في 1981/01/22، غير منشور.

2- أحمد نشأة، المرجع السابق، ص 262.

3- مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 313.

4- فتحي والي، المرجع السابق، ص 552.

يؤدي إلى إظهار الحقيقة في أقرب وقت وبأيسر نفقة، ويكون لدى المحكمة الاعتقاد الصحيح عن حقيقة المنازعة وكيفية استخلاص وجه الحكم فيها.⁽¹⁾

ثانياً: انتقال المحكمة للمعاينة والإجراءات المتبعة في ذلك : إن الانتقال للمعاينة قد

يكون بناءاً على طلب الخصوم، أو نتيجة قرار تلقائي من المحكمة لمعاينة محل النزاع عملاً بنص المادة 146 فقرة 1 ق.إ.م.د.⁽²⁾ .

أما عن الإجراءات التابعة لقرار الانتقال للمعاينة فقد حددت كما يلي:

يحدد القاضي خلال الجلسة مكان ويوم وساعة الانتقال، ويدعو الخصوم إلى حضور العمليات. وإذا تقرر إجراء الانتقال إلى الأماكن من طرف تشكيلة جماعية، يمكن تنفيذه من قبل القاضي المقرر، وفي حالة غياب الخصوم أو أحدهم، تتبع الإجراءات المقررة في المادة 85 من ق.إ.م.د.⁽³⁾، وإذا تطلب موضوع الانتقال معارف تقنية، يجوز للقاضي أن يأمر في نفس الوقت الحكم بتعيين من يختاره من التقنيين لمساعدته، ويمكن للقاضي أثناء تنقله سماع أي شخص، من تلقاء نفسه أو بناءاً على طلب أحد الخصوم إذا رأى في ذلك ضرورة، كما يجوز له في نفس الظروف سماع الخصوم، ويحرر محضر عن الانتقال إلى الأماكن، يوقعه القاضي وأمين الضبط، ويودع ضمن الأصول بأمانة الضبط، ويمكن للخصوم الحصول على نسخ من هذا المحضر.⁽⁴⁾

- قد سار القضاء الجزائري على أنه يجوز للمجلس إصدار أمر بإجراء تحقيق والانتقال قصد المعاينة الميدانية على أن يتم ذلك في شكل قرار تحضيرى، مكتوب يذكر فيه

¹- عباس العبودي، المرجع السابق، ص 320.

⁴-تنص المادة 146 فقرة 1 من ق.إ.م.د على أنه: " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك."

¹-تنص المادة 85 من ق.إ.م.د على أنه:"يتم إخطار الخصوم لحضور إجراءات التحقيق المأمور به شفاهة بالجلسة في حالة غيابهم و محاميهم عن الجلسة التي أمر فيها بإجراء التحقيق، يتم استدعاؤهم برسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام من طرف أمين ضبط الجهة القضائية. يتم استدعاء الغير بالحضور لنفس الغرض حسب نفس الإجراءات

⁴- المواد من 146 إلى 149 من ق.إ.م.د.

أعضاء هيئة المجلس المعنيين بالانتقال، ويبلغ منطوقه بواسطة كتابة الضبط بناء على طلب الطرف المستعجل ويحرر محضرا بالانتقال في جميع الأحوال.⁽¹⁾

ما يمكن ملاحظته في الإجراءات الخاصة بالمعينة، أن المشرع الجزائري قد قصر من خلال عدم بيانه لمدى التزام القاضي بهذه المعينات، مما يتعين الرجوع إلى الفقه والاجتهاد القضائي، عكس ما فعل بخصوص الخبرة والتي نص فيها صراحة بعدم إلزام نتائجها للقاضي المختص.

ثالثا: تقدير المحكمة لنتائج المعينة:

لما كانت المعينة من أدلة الإثبات المباشرة فقد تكون في بعض الأحوال الدليل القاطع الذي لا غنى عنه في حسم النزاع، إلا أن المشرع منح القاضي سلطة تقدير الدليل الناتج عن المعينة⁽²⁾، كما أن انتقال المحكمة إلى المكان المتنازع فيه هو من الرخص القانونية المخول لها، ويجوز القيام به من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم، وهي صاحبة السلطة في تقدير لزوم هذا الإجراء، من عدم لزومه غير أنه متى قررت المحكمة الانتقال للمعينة فإن ما يثبت لها منها يعد دليلا قائما في الدعوى يتحتم عليها أن تقول كلمتها فيه.⁽³⁾

- أما عن عدول المحكمة عما قررته فإن الملاحظ هو أن المشرع الجزائري أغفل النص على هذا الإجراء وهو ما نستخلصه من خلال استقراء المادة 146 من ق.إ.م.د. حيث نجد كلمة "يجوز للقاضي". وعليه نستخلص أنه كما أعطى المشرع للقاضي رخصة الانتقال للمعينة، فله أيضا رخصة العدول عما قرره من الانتقال للمعينة إذا وجد في أوراق الدعوى أو ظروفها ما يغنيه عن ذلك، أو رأت المحكمة أن الانتقال للمعينة غير منتج في الدعوى أو غير متعلق بها وإنما يلزمها في هذه الحالة أن تبين أسباب العدول في

¹- قرار رقم 22117، المؤرخ في 19/05/1982، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 01، ص 29.

²- عباس العبودي، المرجع السابق، ص 323

³- عباس العبودي، المرجع السابق، ص 324.

المحضر، كذلك يجوز للمحكمة أن تطرح ما أسفرت عنه المعاينة من نتائج وأن لا تأخذ بهذه النتائج بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها.

الفرع الثالث: فحص الدم

- يعد فحص الدم من الوسائل العلمية الجديدة التي يمكن الاستفادة منها في إثبات العديد من القضايا المدنية والجنائية ومنها دعوى إثبات النسب، إذ تعد هذه الأخيرة من أبرز القضايا وأكثرها بوصفها من أهم المسائل الاجتماعية التي تقتضيها مصلحة المجتمع، فالنسب أو ثمرات الزواج هو نعمة أنعم الله بها على عباده وجعلها مظهرا من مظاهر قدرته فقد ورد قوله تعالى: " وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا، وكان ربك قديرا. "(1)

فالنسب حق لله تعالى، اقتضت حكمته أن تبني الأسرة على أساس متين قائم على المحبة والحنان والعطف، وهو حق للأب لكي يحافظ به على نسله، وحق للأم لكي تثبت به عفتها وتدفع العار عنه، وحق للابن نفسه، إذ يثبت به أصله ويدراً به عن نفسه الضياع، ويكتسب بموجبه حقوقا ثابتة لا ينازعه فيها منازع.(2)

سواء في الميراث أو لتحديد درجة القرابة، أو قيام مانع من موانع الزواج أو عدم ذلك.

يعد فحص الدم من الوسائل العلمية الحديثة التي فرضت نفسها في إثبات قضايا النسب، بوصفه من الأدلة الجديدة التي لم تكن معروفة ضمن الأدلة السائدة في الشريعة والقانون، فقد ازدادت أهمية الأخذ بفحص الدم في العصر الحاضر، ولذلك سنتطرق لأهمية فحص الدم كنقطة أولى ثم نتطرق إلى بعض الأمثلة العلمية لفحص الدم وبعض القضايا المشهورة التي لا تزال عالقة في المحاكم إلى يومنا هذا ولنصل أخيرا إلى مدى حجية هذا الدليل أمام القاضي.

¹- سورة الفرقان، الآية 54.

²- ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، مطبعة القاهرة، مصر، 1953، ص 722.

أولاً: أهمية فحص الدم : الدم أساس الحياة، تتم من خلاله كافة العمليات الحيوية التي يحتاجها الجسم، ولا تقتصر أهمية الدم على هذه الناحية فحسب بل أصبحت أهميته واسعة الآفاق، تمتد آثارها إلى الروابط الاجتماعية وتحديد المراكز القانونية في قضايا الأحوال الشخصية، إذ تعمقت الأبحاث العلمية في هذا المجال، وأصبح لفحص الدم قيمة قانوني متميزة، ودليلاً هاماً في قضايا تنازع البنوة إلى جانب الأدلة العلمية الأخرى. مثل المقارنة الأنتروبولوجية، ومدى التشابه في شكل الوجه والأنف والشعر والبشرة.⁽¹⁾

قد أثبت العلم أن فصيلة الدم لكل شخص تبقى ثابتة مدى الحياة، وتنتقل من الوالدين إلى الأطفال وفقاً لقوانين الوراثة، وقد أصبح فحص الدم أمراً معترفاً به في الولايات المتحدة الأمريكية، ألمانيا وإيطاليا ودول أخرى، وقد نظم قانون إصلاح العائلة الانجليزي لسنة 1969 (the family Law reform Act) مسألة فحص الدم وأعطى للمحكمة سلطة تقديرية للعمل، في أن نستنتج من رفض أحد الخصوم على أخذ الدم منه بهدف تحليله، دليلاً على صحة إدعاء الخصم الآخر.⁽²⁾

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد أية إشارة صريحة للاستفادة من فحص الدم سواء في القانون المدني أو قانون الأسرة إلا ما ورد في المادة 40 فقرة 2 من ق.أ.ج.⁽³⁾ قد أحسن المشرع بإطلاق يد القاضي في إثبات النسب الذي يعد من أصعب الأمور.

يرجع اكتشاف فصائل الدم البشرية إلى كثرة وقوع الأخطار العارضة، إثر إجراء عمليات نقل الدم من شخص إلى آخر بوصفها وسيلة لإنقاذ الجرحى والمصابين، وقد لوحظ أن عدداً من المعالجين يموتون بدلاً من الاستفادة من عملية نقل الدم، وذلك بسبب حدوث نوع من التلازم الدموي الذي يؤدي إلى حدوث تحلل في الكريات الحمراء

¹- عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة

للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 13.

1-John hascley buzzard, phiprson evidence, 13 th edition, Londonn, 1982, p10

²-تنص المادة 40 من ق.أ.ج على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"

وخروج مكوناتها إلى الدورة الدموية والتي تترسب في الكلى والرئتين، إذ تسبب توقف الكلى وفقدان الوعي ومن ثم الوفاة، وقد اكتشف العالم النمساوي لندشتانير (lindschtniner) فصائل الدم في عام 1901 إثر التجارب العديدة التي أجراها على الدم البشري وألقى الضوء على حقيقة منشأ تلك الأخطار العارضة، واتضح أسبابها التي كانت تكمن في وجود خواص في دم بعض الأشخاص، مضادة للخواص الموجودة في دم البعض الآخر، وتقررت إثر ذلك أهمية تصنيف دم كل من المعطي والأخذ للتأكد من انتقاء وجود أي محذور في إجراء عملية نقل الدم.⁽¹⁾

ثانياً: بعض الأمثلة العلمية لفحص الدم والقضايا المشهورة حوله:

- إن كل إنسان يرث صفاته من أبيه وأمه مناصفة سواء كان دم الأبوين من فصيلة واحدة أو من فصيلتين مختلفتين، ومتى وجدت زمرة دموية في طفل لا توجد في مدعيه يمكن الاعتماد على ذلك في نفي نسبه منه، وفي حال توافق الفصائل بين الطفل ومدعيه فإن هذا ليس قطعياً في إثبات نسبه لأن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون أبو الطفل واحدا منهم، مثال: لو ولدت امرأتان في مستشفى واختلط الولدان وتعذر تمييزهما فيمكن عن طريق تحليل الدم معرفة نسب الولد الصحيح وفي حال اختلاف الفصائل يكون التحليل قاطعاً في نفي النسب، أما في حال التوافق بالحاقه من باب الاحتمال فقط، فمثلاً إذا ادعى رجل فصيلته O نسب طفل فصيلته AB أو ادعت امرأة نسب طفل فصيلته AB لرجل فصيلته O فمن المستحيل أن يكون هذا الرجل أباً لهذا الطفل، وبذلك تنتهي القضية دون اللجوء إلى البصمة الوراثية، أما إذا كان الرجل

¹- عباس العبودي، المرجع السابق، ص 14.

فصيلته A فهناك احتمال بأنه أبوه، وبذلك يمكن اللجوء للبصمة الوراثية للإثبات اليقيني للنسب. (1)

وفيما يلي سنضع جدول⁽²⁾ نبين فيه الزمر الدموية المحتملة للطفل ومتى يجب اللجوء إلى البصمة الوراثية.

¹ - حسام الأحمد، البصمة الوراثية (حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب)، ط 1، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت- لبنان- 2010، ص 79.

² - حسام الأحمد، ما قبله ، ص 80.

فصيلة دم الأب	فصيلة دم الأم	فصيلة دم الطفل المحتملة	فصيلة دم الطفل غير المحتملة
O	O	O	A-B-AB
O	A	O-A	B-AB
A	A	O-A	B-AB
O	B	O-B	A-AB
B	B	O-B	A-B
A	B	O-A-B-AB	---
O	A B	A-B	O-AB
A B	AB	A-B-AB	O
		يجب اللجوء إلى البصمة الوراثية	يجب عدم اللجوء إلى البصمة الوراثية

أما عن القضايا المشهورة والتي استعمل فيها فحص الدم فنذكر على سبيل المثال:

في مصر حيث أثار مصرع الفنانة سوزان تميم ذبحا على يد مجرم آثم في فندق فور سيزن بدبي، ردود فعل واهتمامات واسعة، كون القضية نالت أطرافاً ورجل أعمال مصري مشهور يدعى هشام طلعت، وكان القاتل قد خلف وراءه بعض الآثار المادية، وجدت في حاوية قمامة قريبة من موقع الجريمة، تحمل آثاراً مادية هامة جرى فحصها

بالحمض النووي (D.N.A) ⁽¹⁾ وأعطت دلالات خطيرة تتناول المشتبه الرئيسي بالقضية وهو المدعو محسن منير السكري الذي يعمل كضابط أمني في بعض شركات ومنشآت يملكها رجل الأعمال المذكور، وتنتظر القضية أمام جنایات القاهرة برئاسة المستشار محمد قنصوه، وبالرغم من أن القضية بانتظار سماع 13 شاهدا منهم خمسة ضباط بأنتربول أبو ظبي وخبيرة الصحة بدبي، والدكتورة هبة محمد حمدي مديرة الإدارة بالطب الشرعي بوزارة العدل، التي شهدت تطابق عينة الدماء المأخوذة من المتهم محسن السكري بالآثار المادية و التلوثات الدموية الموجودة على "التيشرت والبنطلون" الخاص به⁽²⁾.

-ووقعت في عام 1948 قضية ادعت فيها أرملة من نيويورك أن أحد رجال السلك السياسي فيها بأنه والد ابنها البالغ من العمر ستة أشهر، وقد عرضت الدعوى على محكمة القضايا الخاصة وهي من الهيئات القضائية الأمريكية التي تأخذ بنتيجة فحص الدم في دعاوى إثبات البنوة فأرسلت المحكمة إلى مختبر فحص الدم، عينات من دمه ودم كل من الطفل والأم، وتولى تحليل فصائل هذه الدماء الدكتور الأمريكي "وينر" وهو في مقدمة المتخصصين في الطب الشرعي، وقرر أن المدعى عليه لا يمكن قطعا أن يكون أبا لذلك الطفل، وعلى ذلك برأت المحكمة ذلك الدبلوماسي. وقد حدث أيضا في إحدى القضايا المتنازع عليها في إثبات بنوة طفل، أن أحد طربي الراديو ادعت عليه إحدى المستمعات بأنه والد طفلها، وقد اتضح للمحكمة من نتيجة فحص الدم أن دم المطرب من فصيلة (A) في حين أن دم الأم من فصيلة (B) يحتمل أن ينتج طفلا من فصيلة (AB) ولما كان اتصال رجل من فصيلة (A) بامرأة من فصيلة (B) يحتمل أن ينتج طفل من

¹ D.N.A- "الحمض النووي الريبي منقوص الأكسجين أو كما يسمى في هذه المقالة دنا (DNA) بالإنجليزية و ADN بالفرنسية) والدنا هو الحمض النووي الذي يحتوي على التعليمات الجينية التي تصف التطور البيولوجي للكائنات الحية ومعظم الفيروسات كما أنه يحوي التعليمات الوراثية اللازمة لأداء الوظائف الحيوية لكل الكائنات الحية".

² حسام الأحمد، المرجع السابق، ص 139.

فصيلة (AB) فإن فحص الدم في هذه الحالة لم يبرئ المدعى عليه، كما أنه لم يثبت صحة إدعاء المدعية، غير أن المحكمة حكمت لصالح المدعية رفقا بطفلها.(1)

ثالثا: سلطة القاضي في تقدير الإثبات بفحص الدم: بما أن المادة 40 فقرة 2 من

ق.أ.ج أجازت للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط الحقيقة، واستنادا لهذه المادة فإن سلطة القاضي في الأخذ بفحص الدم سلطة جوازيه ، فله أن يأخذ به إذا اقتنع بذلك أو يتركه جانبا إذا قام لديه شك بصدده ، وهذا الاتجاه من المشرع فيه قصور واضح إذ كان الأجدر به أن يضع حكما خاصا بشأن فحص الدم، وكل الوسائل التي يعتمدها القضاة في حل القضايا العلمية المطروحة أمامهم، يحدد فيه للمحكمة سلطة الأخذ به عندما يطلب الخصوم ذلك أو التقيد بالأخذ به دون إعمال تلك السلطة، لاسيما إثبات النسب.

نستخلص أيضا من هذه الدراسة أن فحص الدم يكون وسيلة إثبات قاطعة في نفي النسب ولكنها تبقى احتمالية في إثباته.

أما عن موقف التشريعات العربية فنجد مثلا تونس التي أخذت بالبصمة الوراثية في إثبات النسب لأنها أخرجت قوانينها من دائرة متاهات قوانين الأحوال الشخصية إلى أمان قانون الأسرة ، أما القانون المغربي لم يأخذ بالبصمة الوراثية ففي قرار صدر عن المجلس الأعلى المغربي يستبعد فيه الاعتراف بدور هذه الخبرة، ويركن إلى الوسائل الشرعية متجاهلا تماما القوة الثبوتية لهذه الوسيلة ، والقانون التونسي الذي يسمح باللجوء إلى التحليل الجيني لإثبات النسب هو القانون رقم 75 مؤرخ في 1998/10/28 والمتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب.(2)

¹- عباس العبودي، المرجع السابق، ص 22.

²- حسام الأحمد ، المرجع السابق، ص 100/ 101.

المطلب الثاني: الإثبات الإلكتروني:

إن ظهور الحاسب الإلكتروني الذي دخل جميع أنحاء الحياة اليومية في مختلف دول العالم، يعد الثورة التي أدت إلى قلب الموازين، وأصبح في ظلها من الممكن لأشخاص من مختلف دول العالم إبرام العقود دون أن يلتقوا معا عبر وسائل الاتصال الحديثة، وتطور الأمر أكثر بعد انتشار الانترنت، ولهذا أدخل المشرع الجزائري نصين وحيدين هما المادتين 323 مكرر و323 مكرر 01 من ق.م.ج ، حيث أنه من خلال هاتين المادتين سنحاول دراسة مدى سلطة القاضي المدني في تقدير حجية المحررات الإلكترونية وبعض الدراسات التطبيقية لأهم شرط من شروط الكتابة الإلكترونية ألا وهو التوقيع الإلكتروني فيما يلي:

الفرع الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية في التشريع الجزائري:

لم يختلف التشريع الجزائري عن غيره، وجاء مواكبا للمستجدات القانونية التي نادت بها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، لكنه لم يعط تعريفا خاصا للكتابة الإلكترونية إذ يمكن استخلاصه من خلال المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 من ق.م.ج⁽¹⁾

أولا: تعريف الكتابة الإلكترونية من خلال القانون المدني: بعد ذكر المادتين نحاول

استقراء ما جاء فيهما من أحكام وذلك في النقاط التالية:

أ- أن المشرع الجزائري لأول مرة عرف مدلول الكتابة فجعله واسعا جدا ليكون جامعا وقابلا للتطبيق على كل أنواع الكتابة سواء على الورق (التقليدية) أم الحديثة مهما كان شكلها أو طريقة التعبير بها عن المعاني المراد تدوينها، وينطبق هذا طبعا حين الكلام عن المحررات العرفية لا الرسمية التي تتطلب فيها المادة 324 من ق.م.ج إتباع أشكال

2- تنص المادة 323 مكرر من ق.م.ج على أنه: "ينبج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها." و تنص المادة 323 مكرر 1 من ق.م.ج على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها."

محددة وفقا للقانون.⁽¹⁾ وهذه الفكرة نادى بها الفقه منذ القدم، فقد قيل أن الكتابة يمكن أن تكون بلغة اصطلاحية يكون مع الطرفين مفتاحها، أو بلغة مية أو باصطلاحات محلية بحيث تكون مفهومة، وكما يصح أن يكون المحرر مكتوب بخط اليد يصح أن يكون بالآلة الكاتبة أو مطبوع⁽²⁾، واليوم نجد أن التكنولوجيا أفرزت وسائل متعددة لتحرير البيانات ونقلها، وأن الكثير من التصرفات ذات الحجم الكبير والمؤثر في الاقتصاد تبرم عبرها وتحرر المحررات المثبتة لها فيها، وعليه كان لزاما على التشريع أن يكون لنا قابلا لكل مستجد.

ب- أن المشرع فصل بين الكتابة كمفهوم أو كشرط في المحرر والوسيط الذي تتم من خلاله، فسواء أكانت على دعامة مادية أو غير مادية ، سواء أكان وسيط ورقي أو عبر وسيط الكتروني فهذا لا يؤثر على قوتها الثبوتية ، وهذا المبدأ منصوص عليه في المادة 1316 (تعديل سنة 2000) من القانون المدني الفرنسي.⁽³⁾ فلا الدعامة الموجودة عليها الكتابة محل اعتبار ولا وسيلة نقلها، فكان معيار المشرع الأساسي فيما يخص دور الدعامة أو وسيلة النقل هو الحفاظ على الكتابة ، وأمثلة هذه الوسيلة الورق ، القرص الصلب القرص اللين، وغيرها من وسائل التخزين الحديثة، ومن وسائل النقل اليدوي أو المادي للأوراق، النقل الإلكتروني بواسطة الموجات الكهرومغناطيسية⁽⁴⁾ أو عن طريق شبكات الحواسيب (الانترنت، الإكسترنيت) ، أو البريد الإلكتروني⁽⁵⁾، وتجدر الإشارة أن هذا المبدأ سار عليه القضاء والفقه الفرنسي، الذي أكد على ضرورة الفصل بين الكتابة والأداة أو المادة المستخدمة في إنشائها⁽⁶⁾ وفي رأينا المتواضع أن هذا الفصل هو عين الصواب وخاصة أن الكتابة هي تعبير، أما الدعامة فهي حقلها الذي تظهر الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو العلامات أو الرموز ذات المعنى الدال عليه ولذلك فربط الكتابة

¹ يحي بكوش، المرجع السابق، ص 100.

² زهرة محمد مرسي، الحاسوب والقانون، ط1، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، الكويت، 1995، ص06

3 - www.Juritravail.com/code

⁴ وهي مبدأ عمل الفاكس والتلكس.

⁵ ثروة عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الأزارطية، 2007، ص 187.

¹ ثروة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 187.

بالدعامة الموجودة عليها أو وسيلة نقلها هو بمثابة تجميد للأحكام القانونية المتعلقة بالإثبات في مقابل واقع متطور بسرعة ملحوظة ومدهشة.

ج- أن المشرع الجزائري عدل المادتين المشار إليهما ولم يضع قانون خاص كما في بعض التشريعات مثل التشريع المصري، ولم يحل كيفية إثبات الهوية ولا طريقة إعداد الكتابة أو شروطها ولا طريقة حفظها أو تنظيمها، كما فعل المشرع الفرنسي.

د- أشارت المادة 327 فقرة 2 من ق.م.ج بصيغة واضحة وصريحة إلى أن شروط الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني مساو لشروط الإثبات بالكتابة على الورق (1) لكيماكية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها لكن هذا لايعني أنها مساوية للمحرر العرفي من حيث حجيتها في الإثبات أمام القاضي المدني .

ثانيا:الشروط الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية:

باستقراء نص المادة 323 مكرر من ق.م.ج وما اشترطه الفقه والقضاء في الكتابة التقليدية والقوانين النموذجية ودليل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي يمكننا حصر أهم شروط الكتابة الإلكترونية في أن تكون الكتابة ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة، موقعة و موثوقة، وأخيرا محفوظة ويمكن استرجاعها(2):

أ-ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة: جاء هذا الشرط في نص المادة 323 مكرر من ق.م.ج "...ذات معنى مفهوم" وهو شرط مألوف إلا أن هذا الإشكال لم يكن مطروحا حينما كانت الدعامة ورقية، وذلك لسببين أولهما هو أن هذه الطريقة مألوفة وثانيهما أن الكتابة المستعملة فيها تكتب برسوم وأشكال تقرأ مباشرة ولا تحتاج لوسيط أو نظام أو برنامج معين لقراءتها فيكفي النظر إليها بالعين المجردة لفك معانيها وبالتالي الوصول إلى دلالتها والقول ما إذا كانت متعلقة بمصدر الحق المراد إثباته أم لا .

¹ -تنص المادة 327 فقرة 2 من ق.م.ج على أنه: "ز يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".
² - يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 61/60

أما اليوم فالأمر اختلف فالدعامة أصبحت الكترونية أي غير مادية، والتدوين عليها أصبح يخضع لقواعد خاصة وكذا الوصول إليها لقراءتها وفهمها، إذ أن هذه الدعامات الإلكترونية، كما نعلم تتكون من عنصرين: مادي (Hardware) أي ذلك المتعلق بالمكونات المادية مثل الشاشة ولوحة المفاتيح والأقراص (: Disque local : CD-ROM : disquette....) وقارئ الأقراص وغيرها، وعنصر غير مادي (Software) وهو الجزء الذي يتناول برنامج الكمبيوتر (programme informatique) وبرنامج الحاسب الآلي (logiciel) وذلك لتشغيل المعلومات والبيانات المحمولة، وعليه فلا إدخال معلومات معينة مهما كان شكلها أو صيغتها في جهاز الكتروني لا بد من وسيط مادي ومعنوي وكذلك الشأن بالنسبة للإطلاع عليها، وهذا كله لا يطرح إشكالية تطبيقاً لمبدأ: عدم الفصل بين الكتابة والدعامة الموجودة عليه، وخاصة أنه يمكن الإطلاع عليها وأخذ نسخ منها، بمعنى إرجاعها إلى الطريقة التقليدية أي على دعامة مادية ولتكن ورقية عن طريق طباعتها.(1)

إذن رغم أن الكتابة الإلكترونية تكون في شكل معادلات وخوارزميات تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسوب، وأن قراءتها والإطلاع عليها لا يكون بطريقة مباشرة إلا أن ذلك غير ذي أثر على الاعتراف بها كدليل إثبات، وقد كرس المشرع في المادة 323 مكرر من ق.م.ج ذلك في عبارة "...مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها"، إذن لا يهم مبدأ عمل الحاسب ولا كيفية الإطلاع على المحرر فالمهم أن إمكانية قراءة ما جاء في المحرر متاحة(2).

الشيء الثاني المهم أن تكون هذه الكتابة منصبة على مصدر الحق المراد إثباته سواء أكان قانوني أم مادي، أي أن يحتوي صلب المحرر على العناصر المهمة، والمتعلقة بمحل الإثبات.

¹ - معظم الأجهزة الإلكترونية عبارة عن حواسيب كونها تعمل بتقنية الإعلام الآلي فمبدأ عملها واحد وإن تنوعت وظائفها وقدراتها.

² - تنص المادة 323 مكرر من ق.م.ج على أنه: "ينتج الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها."

ب-التوقيع: عملا بنص المادة 323 مكرر من ق.م.ج نجد عبارة "...يشترط التأكد

من هوية الشخص....."، وبالعودة إلى القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي نجده في مادته الثامنة (8) ينص أنه إذا استخدمت طريقة لتعيين هوية الشخص والتدليل عليه فإن ذلك يعد توقيعاً على رسالة البيانات، وعليه فإن شرط التوقيع لازم للاعتداد بحجية الكتابة الالكترونية في الإثبات⁽¹⁾، و الفرق الجوهرى بينه وبين المحررات العرفية على دعامات مادية أي في الشكل التقليدي هو أن هناك ما يقوم مقام التوقيع عليها في هذه الأخيرة وتتمثل في تحرير السند بخط اليد ووضع بصمة الإصبع (المادة 327 ق.م.ج) وبالمقابل فهي غير موجودة في المحررات الالكترونية، فلو قدم الخصم للقاضي محرراً الكترونياً محملاً على قرص لين (disquette) يقرأ في نظام الوارد (Word) دون أن تستخدم أي طريقة لتعيين هوية الشخص والتدليل عليه (التوقيع الالكتروني) فإن القاضي لا يمكنه أن يعتد بهذا المحرر ككتابة ومن ثمة استبعاده كدليل إثبات، كون نظام الوارد لا يوفر أي حماية للمستند من حيث العبث بمحتواه وتغيير ما جاء فيه من بيانات ولا يمكن اكتشاف ذلك التحريف.⁽²⁾

ج-إمكانية الحفظ والاسترجاع: اشترط أيضاً المشرع الجزائري أن تكون الكتابة

معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها (المادة 323 مكرر ق.م.ج).

يتوفر شرط الحفظ هذا بناء على المادتين 8 و 10 من القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية إذا وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشئت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي، ومعيار تقدير سلامة المعلومات هو تحديد ما إذا كانت قد بقيت مكتملة ودون تغيير أي الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو استلمت به مع دقة المعلومات⁽³⁾، أما شرط الاسترجاع فهو مرتبط بالشرط السابق ومعناه إمكانية الإطلاع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات على نحو يتيح استخدامها عند الحاجة بالرجوع إليها لاحقاً بعد إعدادها وحفظها وإرسالها وهذا بطبيعة

¹ - يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 59.

² - يوسف أحمد النوافلة، ما قبله، ص 63.

الحال يستلزم حفظ النظام أو البرنامج الذي اعتمد في إنشاء وحفظ وتخزين البيانات لأنه النظام المؤهل لقراءة ما جاء في المحرر الإلكتروني.⁽¹⁾

أما عبارة "على نحو يتيح استعمالها.." فالمقصود منها هو الاستخدام البشري وأيضا الاستخدام بواسطة جهاز الحاسوب.

من خلال عرض هذه الشروط نلاحظ أن التعديل الذي مس قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري جاء بتقرير مبادئ عامة فقط، حيث أننا لجأنا لشرح الشروط إلى القوانين النموذجية للجنة الأمم المتحدة التي كرستها أغلبية التشريعات الداخلية المقارنة بصفة صريحة ومطولة في محاولة منها إلى حصر الموضوع، ومعالجته من مختلف الزوايا التقنية منها والقانونية، بل أكثر من ذلك فقد أفردت بعض التشريعات قوانين خاصة، وربما أن السبب الذي جعل المشرع الجزائري يكتفي بمجرد إيراد مبادئ عامة هو حذره من فتح المجال واسعا لمفهوم حديث لم تستقر مفاهيمه بشكل بات بعد.

الفرع الثاني ماهية التوقيع الإلكتروني:

نتعرض في هذا الفرع إلى ماهية التوقيع الإلكتروني باعتباره أهم شرط في المحررات ككل فقد قيل مثلا أن: " الورقة العرفية لا يشترط في صحتها إلا توقيع من هي حجة عليه"⁽²⁾ ، و مرد اعتباره أهم شرط هو أن التوقيع يرد على محرر مدون فيه التصرف المراد إعداد الدليل عليه من قبل محرره⁽³⁾ ولتفصيل المسألة ارتأينا أن نتعرض في النقطة الأولى إلى مفهوم التوقيع الإلكتروني في مختلف التشريعات و الفقه، ثم إلى مبدأ عمله وإيراد بعض وظائفه.

أولا: مفهوم التوقيع الإلكتروني: سنتطرق إلى تعريف التوقيع الإلكتروني من قبل المنظمات الدولية، ثم تعريفه في بعض التشريعات المقارنة، وأخيرا موقف المشرع الجزائري.

¹ - يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق ، ص 62.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 176.

أ-تعريف التوقيع الإلكتروني من قبل المنظمات الدولية: تصدت أكثر من منظمة

لتعريف التوقيع الإلكتروني من خلال قوانين التجارة الإلكترونية أو من خلال قوانين خاصة بالتوقيع الإلكتروني، ونورد فقط تعريف منظمة الأمم المتحدة عن طريق لجنتها للتجارة الدولية (الأونسيترال) والاتحاد الأوروبي كمثال لمنظمة إقليمية.

1-تعريف التوقيع الإلكتروني في قواعد الأونسيترال الموحدة بشأن التوقيعات

الإلكترونية: جاء في المادة الثانية من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية ودليل الاشتراع لسنة 2001، بصدد تعريف المصطلحات أن : " التوقيع الإلكتروني يعني بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"¹.

2-تعريف التوقيع الإلكتروني في توجيهات الاتحاد الأوروبي: بعد صدور القانون

النموذجي حول التجارة الإلكترونية الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي، عرضت اللجنة الأوروبية مشروع التوجه الأوروبي حول إطار قانون عام للتوقيع الإلكتروني لمجلس وزراء المجموعة الأوروبية الذي وافق عليه البرلمان الأوروبي في 13 ديسمبر 1999، وقد عرفت المادة الثانية منه التوقيع الإلكتروني أنه: " بيان أو معلومة معالجة الكترونيا، ترتبط منطقيا بمعلومات أو بيانات الكترونية آخر (كرسالة أو محرر) والتي تصلح وسيلة لتمييز الشخص وتحديد هويته."⁽²⁾

أضافت نفس المادة أن التوقيع الإلكتروني المعزز أو المتقدم، هو عبارة عن توقيع الكتروني يشترط فيه أن يكون: " مرتبط ارتباطا فريدا من نوعه مع صاحب التوقيع، قادر على تحديد صاحب التوقيع والتعرف عليه باستخدامه ، تم إيجاده باستخدام وسائل يضمن

¹ - كميني خميسة و منصور عز الدين، الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2008، ص4.

2-l'article 2que: on entend par signature électronique – une donnée sous forme électronique qui est logiquement a d'autres données électronique et qui sert de méthode d'authentification jointe ou liée."
. julien esnault, la signature électronique, mémoire publiée sur signelec. com le 21 juillet 2003 .

فيها صاحبه السرية التامة، مرتبط مع المعلومات المحتواة في الرسالة حيث أنه يكشف أي تغيير في المعلومات".⁽¹⁾

مما سبق يتضح أن التوجه الأوروبي يعرف نوعين من التوقيع الإلكتروني، توقيع عادي لم يشترط فيه سوى أن يكون مميزا وقادر على تحديد الموقع، وهي الشروط العامة المطلوبة في التوقيع التقليدي، أما النوع الثاني فهو التوقيع المتقدم (la signature électronique avancée).

اشترط فيه أن تكون التقنية المستعملة جديرة بحماية صاحب التوقيع بضمان سرية بالإضافة إلى إمكانية اكتشاف كل تغيير أو تحريف وارد على المحرر الإلكتروني ويدون ذلك بالاستناد إلى شهادة توثيق معتمدة، وقد أعطت المادة 5 من التوجه الحجية الكاملة للنوع الثاني مثله مثل التوقيع الخطي، وعليه يمكن القول أن التوجه الأوروبي حرص على دعوة الدول الأعضاء لإصدار تشريعات تضمن عدم إهدار قيمة التوقيع الإلكتروني والاعتداد بالمحرر الإلكتروني كدليل في الإثبات، ومنحه الحجية المناسبة حتى وإن لم يكن مستوفيا لشروط التوقيع الإلكتروني المتقدم، ولكل دولة أن تختار النوع الذي تريد.⁽²⁾

قد لاحظ الدكتور ثروت عبد الحميد-ونواقه في الرأي- أن التوقيع المتقدم (la signature électronique avancée) تثبت حجيته بقوة القانون، أما النوع الأول فهو لا يتمتع سوى بقرينة يجب تعزيزها بإثبات جدارة التقنية المستخدمة، وعليه فلفاضي الموضوع سلطة واسعة في تحديد قيمته في الإثبات، مستعينا برأي الخبراء.⁽³⁾

بعد أن رأينا تعريف التوقيع الإلكتروني من قبل بعض المنظمات الدولية، نتطرق الآن إلى تعريفه في بعض التشريعات المقارنة.

ب- تعريف التوقيع الإلكتروني في بعض التشريعات المقارنة: نتطرق إلى تعريف القانون الفرنسي ثم القانون الفدرالي الأمريكي، وأخيرا المصري، وذلك في النقاط التالية:

1- [http : //www.Unictral-org/unictral/ar/index.hTML](http://www.Unictral-org/unictral/ar/index.hTML)

²- علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، ط1، دار الثقافة، عمان، سنة النشر غير موجودة، ص 24.

³- ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 163.

1-تعريف التوقيع الالكتروني في التشريع الفرنسي: عرف المشرع الفرنسي- إثر

تعديل وتتميم أحكام الإثبات سنة 2000، التوقيع الالكتروني في المادة 4/1316 الفقرة الثانية بأنه: " التوقيع الذي ينتج عن استخدام أية وسيلة مقبولة موثوق بها لتحديد هوية الموقع وتكفل اتصال التوقيع بالعمل أو المستند المرتبط به" (1) مع العلم أن الفقرة الأولى من المادة المذكورة كانت قد عرفت التوقيع بالمعنى العام بنصها: " التوقيع الذي يحدد شخصية (هوية) من هو منسوب إليه والذي يفصح عن قبوله بمضمون المحرر الذي يرتبط به، وبالالتزامات الواردة فيه). (2)

فالمشرع الفرنسي عرف التوقيع مركزا على وظائف التوقيع في الفقرة الأولى من المادة المذكورة، مما يسمح باتساع نطاقه ليشمل التوقيعات التقليدية والتوقيعات الالكترونية ثم جاء في المادة الثانية ليضع بعض الشروط للوصول إلى التعادل الوظيفي بين الشكل الجديد للتوقيع، وشكله التقليدي المألوف، وهي وجوب أن يرتكز على طريقة موثوق بها وأن يكون مرتبطا بالكتابة الالكترونية.

2-تعريف التوقيع الالكتروني في التشريع الفدرالي الأمريكي: ورد تعريف التوقيع

الالكتروني في التشريع الفدرالي الأمريكي من خلال القانون الفدرالي للتوقيع الالكتروني وقانون المعاملات الالكترونية الموحد، فعرفه الأول أنه: " التوقيع الذي يصدر في شكل الكتروني ويرتبط بسجل الكتروني" (المادة 2/102) منه، أما الثاني فقد عرفه أنه: " صوت أو رمز أو إجراء يقع في شكل الكتروني يلحق (يرتبط منطقيا) بعقد أو سجل آخر (وثيقة) ينفذ أو يصدر من شخص بقصد التوقيع على السجل" (3) والسجل الالكتروني كما

1-article 1316/4 quelorsqu' elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable " d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache.....

2-la signature nécessaire a la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose, elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte... » -signalé sur: www.juritravail.com/code.

3- علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 25.

عرفه نفس القانون هو " أي عقد أو أي جل آخر جرى إنشاؤه أو استقباله أو تخزينه بالوسائل الالكترونية.(1)

وعليه يمكن القول أن المشرع الفدرالي قد أعطى أمثلة عن صور التوقيع الالكتروني وهي الأصوات والرموز ثم فتح المجال الواسع أمام كل التقنيات الحديثة الموجودة أو التي ستوجد لتكون قادرة على تحقيق متطلبات التوقيع الالكتروني، واشترط أن يكون هذا الإجراء ملحقا بالمحرر الالكتروني بالربط المنطقي بينهما بموجب معادلات و لو غارتميات وخوارزميات معينة(2).

يمكن القول أن التعريف هذا اعتمد على الجانب التقني، أي كيفية العمل، ولم ينظر إليه من زاوية الوظائف المنوطة بالتوقيع عموما كما فعلت التشريعات اللاتينية ، نتطرق في النقطة الموالية إلى القانون المصري.

3-تعريف التوقيع الالكتروني في التشريع المصري: عرفت المادة الأولى فقرة " ج "

من ق.إ.م رقم 2004/15 (3) المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات التوقيع الالكتروني بأنه: " ما يوضع على محرر الكتروني، ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع متفرد، يسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع ويميزه عن غيره".

قد نصت الفقرة "ب" أنه: " يتمتع التوقيع الالكتروني والكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية بالحجية في الإثبات إذا توافرت فيها الشروط الآتية:

¹ - علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 26.

² - قارة مولود، الإطار القانوني للتوقيع والتوثيق الالكتروني في قانون المعاملات والتجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، دبي، 2008، منشور في الموقع التالي :

• ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره.

• سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

• إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني.."

نلاحظ أن المشرع المصري عرف التوقيع الإلكتروني تعريفات عاما يتطابق مع تعريف الكتابة الإلكترونية وأضاف له وجوب وضعه على المحرر الإلكتروني وهو شيء منطقي كون كلا الشكلين إلكترونيين ويخضعان في إنشائهما إلى نظم معلوماتية ذات مبدأ عمل واحد، ونلاحظ أيضا أنه اعتمد شروط التوقيع التقليدي، الخطي، من طابع منفرد لضمان السرية وتحديد هوية الموقع، وتمييزه⁽¹⁾.

غير أن المشرع لم ينص على فكرة تعبير التوقيع عن إرادة الموقع بالموافقة على مضمون السند مما يجعل تعبير التوقيع عن إرادة الموقع بمجرد وضعه على المحرر مفترضة والشيء الأخير الذي نشير إليه هو أن المشرع المصري عرف التوقيع الإلكتروني بما يوضع على المحرر، فهل هو استبعاد لفكرة الربط المنطقي للتوقيع مع المحرر، أم أن عبارة الوضع تدل على الارتباط المنطقي بينها ولا يهم أن يكون تابعا للكتابة الإلكترونية أو منفصلا عنها.

ج-التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني: عرفه بعض الفقهاء أنه: " مجموعة من

الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبةه"⁽²⁾ وعرفه البعض الآخر أنه: " استخدام معادلات خوارزمية متناسقة تتم معالجتها من خلال الحاسب الآلي تنتج شكلا معيناً يدل على شخصية صاحب التوقيع"⁽³⁾ وعرف أيضا بأنه: " مجموعة من الرموز أو الأرقام أو الحروف الإلكترونية تدل على شخصية الموقع دون غيره."⁽⁴⁾

¹ - عبد الفتاح البيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص50.

² - يوسف أحمد، النوافلة، المرجع السابق، ص 70.

³ - يوسف أحمد، النوافلة، ما قبله، ص 70.

⁴ - منير محمد الجنبهي وممدوح محمد الجنبهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 195/194.

وأخيرا يلاحظ من التعريفات السابقة أن الفقه يحاول تعريف التوقيع الالكتروني من خلال التركيز على كيفية إنشاء التوقيع أو من خلال التركيز على الوظيفة التي يؤديها التوقيع في الحياة العملية تاركا المجال لظهور أنواع جديدة من أشكال التوقيع الالكتروني مثله مثل التعريفات التشريعية.

لابد من الإشارة أن هناك نوعين من التوقيع الالكتروني، توقيع محمي وتوقيع عادي والمحمي هو الذي تحدد له إجراءات معينة للتأكد من صحته ، وكذا ضمان عدم العبث به أما العادي فيرتكز على تقنية لابد أن يثبت من يتمسك به مدى نجاعتها وأمانها في حفظها واكتشاف ما طرأ من تعديل على المحرر الالكتروني.

بعد تطرقنا إلى مختلف التعريفات التشريعية سواء منها المتعلقة بالمنظمات أو التشريعات الداخلية المقارنة، وكذا بعض التعريفات الفقهية، ن تطرق إلى تعريف المشرع الجزائري في النقطة الموالية:

4-تعريف المشرع الجزائري للتوقيع الالكتروني: عملا بنص المادة 327 فقرة 2 من ق.م.ج فإنه يعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 من ق.م.ج.

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد تعريفا للتوقيع الالكتروني، ربما لأنه ترك الأمر للفقهاء أو أنه اكتفى بتعريف الكتابة الالكترونية كون النظامين متشابهين، ولم يشأ الوقوع في التكرار الذي وقع فيه المشرع المصري مثلا، لكن هذا ليس مانعا إذ أنه توجد أشكال كثيرة من الأنظمة المعلوماتية يمكن أن يدعي حاملوها أنها تؤدي عمل التوقيع الالكتروني، كما ورد في دليل التشريع الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وعليه لابد على الأقل تحديد بعض المعايير للقول بأن نظام معين يشكل توقيع الكتروني.

من جهة أخرى لم يخص المشرع التوقيع بشروط منفردة، واكتفى بربطها بالشروط المتعلقة بالكتابة الالكترونية وكان التوقيع والكتابة لهما نفس الوظيفة.

مما سبق، يمكن القول أن التشريع الجزائري لم ينص على شرط جديد لابد من توافره وهو ارتباط التوقيع الالكتروني بالمحرر ارتباطا منطقيا، ربما لأنه اعتبره شرطا بديهيا وخاصة أنه نص في المادة 323 مكرر 1 من ق.م.ج (1) على إمكانية تحديد هوية الشخص الذي أصدر الكتابة، وهو من أهم وظائف التوقيع الالكتروني، ولا يهم إن كان متصلا بالكتابة الالكترونية أم لا ، بالإضافة إلى أن مسألة الترابط بينهما هي مسألة تقنية تركها لتقدير قاضي الموضوع ، لكن الشيء الذي سيصعب المهمة أكثر أن المشرع لم ينص صراحة على اشتراط إمكانية اكتشاف أي تعديل أو تغيير حدث بعد وضع التوقيع الالكتروني كمعيار لمدى نجاعته، ويمكن أن يلجأ هنا أيضا قاضي الموضوع لعبارة "معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها" لاستنباط ما إذا كانت التقنية المستعملة تحقق الأمان الكافي للاعتداد بالتوقيع الالكتروني أم لا.

ثانيا- وظائف التوقيع الالكتروني: جاء في دليل التشريع أو الاشتراع -كما ورد في عنوان الدليل- المرفق للقانون النموذجي للأونيسترال المتعلق بالتوقيع الالكتروني في تعليقه عن المادة 02 منه، أنه روعيت في تعريفه الاستعمالات التقليدية للتوقيع الخطي المتمثلة في تعيين هوية الموقع وقرن ذلك الشخص بمحتوى المستند بالإضافة إلى ضمان سلامة المحرر(2).

عليه نحاول تفصيل هذه الوظائف في النقاط الثلاثة التالية:

أ-تحديد شخصية الموقع: سواء أكانا أمام توقيع تقليدي أم الكتروني فإن الهدف الأول من التوقيع هو تحديد هوية الموقع، فعادة ما يستهل المحرر بالتعبير: أنا الموقع أدناه.... " أو العبارة: اتفق كل من..../و...". للدلالة بأن الموقع هو نفسه الملتزم، ويمكن بعدها التأكد من ذلك وهو بذلك حجة على الموقعين ما لم ينكروه ويمكن تحديد ما إذا كان التوقيع لصاحبه أم لا بإجراءات خاصة، فهنا نستنتج أن الوظيفة الأولى للتوقيع هي تحديد

1-تنص المادة 323 مكرر 1 من ق.م.ج على أنه: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها."
2-http : //www.Unicitral-org/unicitral/ar/index.hTML

الموقع والتدليل على هويته، ، فإذا لم يكن التوقيع كاشفا عن هوية صاحبه، ومحددا لذاتيته، فإنه لا يعتد به، ويقتصر عن أداء دوره القانوني في إسباغ الحجية على المحرر⁽¹⁾، ويظهر ذلك إذا استخدم الشخص في توقيعه كنية هزلية أو تهكمية أو وقع باسم وهمي لا وجود له.⁽²⁾

ب-التعبير عن إرادة الموقع: التوقيع هو بمثابة روح الورقة المكتوبة، إذ ينطوي على معنى الجزم بأن الورقة صادرة من الشخص الموقع وأن إرادة هذا الأخير قد اتجهت إلى اعتماد الكتابة والالتزام بمضمونها⁽³⁾، فواقعة "إصاق التوقيع بالورقة" هي التي تمنح التوقيع أثره، والتوقيع يطبع إرادة الموقع على كتابة معينة ويتحمل مسؤولية ما ورد بها وليحول هذه الكتابة إلى تصرف قانوني وقد جاء في القانون النموذجي لسنة 1996 أنه يستخدم التوقيع الالكتروني لبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات (المادة 7 منه) وقد أورد المشرع الفرنسي في تعريفه للتوقيع هذه الوظيفة بصريح العبارة "...و الذي يفصح عن قبوله بمضمون المحرر الذي يرتبط به، وبالالتزامات الواردة فيه) Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui (découlent de cet acte)⁽⁴⁾.

جاء في مضمون المادة 327 من ق.م.ج أن العقد يعتبر صادر ممن وقعه ما لم ينكره، فنستنتج أن المشرع الجزائري قد اعترف أيضا بوظيفة التوقيع للتعبير عن إرادة الموقع على ما جاء في المحرر الموقع ، وبالتالي عندما يقوم الموقع بإدخال رقمه السري

¹- ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 36.

²- أحمد نشأة، المرجع السابق، ص 262.

³- الغوثي بن ملح، المرجع السابق ، ص 45.

⁴- ثروت عبد الحميد، ما قبله، ص 28/27.

أو المفتاح الخاص أو استخدام التوقيع الرقمي المشفر أو البصمة الجينية على الشاشة
فمعنى ذلك هو قبول الشخص لما ورد في هذا المحرر والتزامه به⁽¹⁾

ج-إثبات سلامة المحرر : بالإضافة للوظائف التقليدية التي سبق الإشارة إليها فإن التوقيع الإلكتروني يعد وسيلة لإثبات سلامة المحرر الإلكتروني، والتي يمكن التوصل إليها من خلال التوصل لصحة التوقيع الإلكتروني، كون المحررات الإلكترونية تخزن وتنقل في وسائط الكترونية يمكن التلاعب بمحتوياتها بسهولة دون ترك أي أثر على ما هو عليه في الدعامات المادية، وعليه يلجأ إلى ربط التوقيع الإلكتروني بالكتابة الإلكترونية مضمون المحرر ربطاً منطقياً لكشف كل تغيير وقع بعد وضعه، ولكل تقنية في التوقيع طريقته لكشف ذلك، فمثلاً في التوقيعات الرقمية للتأكد من صحة التوقيع لابد من تحويل البيانات المشفرة إلى بيانات مقروءة ومفهومة باستخدام المفاتيح العام والخاص، فإن كان التوقيع صحيح والبيانات لم يعثب بها توصلنا إلى هذه النتيجة، أما إذا كان التوقيع غير صحيح أو البيانات قد غيرت فلا يمكن فك الرموز لوجود ربط منطقي بين الكتابة الإلكترونية والتوقيع عليها، فالتوقيع الإلكتروني إذن يؤدي وظيفة ضمان سلامة المحرر من أي عبث أو تعديل أو تغيير.

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات:

بعد أن تطرقنا بنوع من التفصيل لتحديد المفاهيم المتعلقة بالمحركات الإلكترونية والشروط الواجب توافرها للحكم على أن المستند الإلكتروني المحتج به محرراً مقبولاً كدليل إثبات أم لا، والتصريح بأن ما يظهر على الوسيط الإلكتروني يمثل كتابة بالمعنى القانوني، وأنه يمكن الاستناد عليها لإثبات حق مدعي به.

1- ويقوم على أساس التحقق من شخصية المتعامل بالاعتماد على الصفات الجسمانية للأفراد مثل بصمة الإصبع، بصمة الكف، بصمة الشفاه، قزحية العين، التعرف على الوجه البشري، التحقق من نبضة الصوت، ويتم التأكد من شخصية المتعامل عن طريق إدخال المعلومات للحاسب أو الوسائل الحديثة مثل النقاط صورة دقيقة لعين المستخدم أو صوته أو يده ويتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسب ليقوم بعد ذلك بالمطابقة، لكن يعترض هذا النظام العديد من المشاكل منها أن بيانات التوقيع يتم وضعها على القرص الصلب للحاسب، ومن ثمة يمكن مهاجمتها أو نسخها بواسطة الطرق المستخدمة في القرصنة الإلكترونية، كذلك عدم إمكانية استخدام هذه التقنية مع جميع الحاسبات المتوفرة، بالإضافة إلى إمكانية الحصول على الخواص الذاتية المستعملة عن طريق استعمال بعض الوسائل مثل تسجيل بصمة الصوت وإعادة بثها، أو طلاء الأصابع والشفاه بمادة معينة تجعلها مطابقة للبصمة الأصلية ويمكن صنع عدسات لاصقة يدويا على غرار القزحية، بالإضافة إلى أن هذا النوع من التوقيع يحتاج إلى استثمارات ضخمة لتمكين مستخدمي الشبكة الإلكترونية من استخدام الخصائص الذاتية لشخص الموقع مما حد من انتشاره.

فإنه إكمالاً لدراستنا نحاول التطرق في هذا الفرع إلى سلطة القاضي في تقدير حجية المحررات الالكترونية في الإثبات، من خلال النقاط التالية:

أولاً- دور القاضي في الترجيح بين أنواع الكتابة:

من المستساغ والمتصور في ظل الاعتراف بالكتابة الالكترونية كطريق من طرق الإثبات أنه قد يثار نزاع مفاده الترجيح بين نوعي الكتابة، ومثاله أن متعاقدين تبادلوا الإيجاب والقبول عبر وسيط الكتروني وليكن البريد الالكتروني، ولم يكتفيا بذلك بل قاما بإرسال الإيجاب والقبول عبر البريد العادي، لكن يختلفان مع ما ورد في البريد الالكتروني، وكل يتمسك بالدليل الذي لصالحه فبأيهما يأخذ القاضي؟⁽¹⁾

بالنظر للقانون المقارن نجد المشرع الفرنسي قد أورد مادة تخص الموضوع، في المادة 1316 فقرة 02 من القانون المدني الفرنسي أنه: " إذا لم يكن هناك نص أو اتفاق بين الأطراف يحدد أسس أخرى، فإنه على القاضي مستخدماً كل الوسائل أن يفصل في التنازع القائم بين الأدلة الكتابية، عن طريق ترجيح السند الأقرب إلى الاحتمال، أي كانت الدعامة المستخدمة في تدوينه".⁽²⁾

نلاحظ أن المشرع الفرنسي أوجد القواعد الموضوعية التي يتبعها القاضي للفصل في التنازع المطروح عليه، وهي النظر أولاً في ما إذا كان هناك اتفاق بشأن الترجيح بين

¹- ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 172.

2-Art. 1316-2que : Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable Juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre entre les parties, le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support. » Signaler sur www.juritravail.com/code
Dat:21/07/2011,h21:00.

شكلي الكتابة، وثانيا في حالة عدم وجود اتفاق حيث يقوم القاضي بتحديد السند الأقرب للاحتمال سواء أكان المحرر إلكتروني أم ورقي ليحكم على ضوئه.

هذا النص غير موجود في التقنين الجزائري إلا أنه يمكن بإعمال المنطق القول أنه للفصل بين تنازع شكلي الكتابة يمكن المرور على الخطوات التالية:

أ- تأكد القاضي من مدى توافر شروط المحرر الإلكتروني: و ذلك بتحديد ما إذا كان من الممكن التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وكذا إن كان المحرر قد أعد وحفظ في ظروف تضمن سلامته أي مدى توافر شروط عناصر المحرر الإلكتروني، فإن تبين للقاضي عدم جدوى التقنية المستخدمة في إعداد أو حفظ المحرر الإلكتروني أو عدم إمكانية تحديد هوية مصدرها، استبعده بطبيعة الحال وأخذ بما هو ثابت في المحرر الورقي، أما إن تأكد القاضي من أن التقنية المستخدمة كفيلا للتحويل عليها ككتابة مستوفية للشروط فإنه ينتقل إلى المرحلة الثانية.

ب- تأكد القاضي من وجود أو عدم وجود اتفاق يرجح شكل كتابة عن الآخر: المسألة هنا هي مسألة الاعتداد بشكليين كان قد أعدهما المتعاقدان لإثبات ادعاء ما، فكلاهما كتابة وكان الأمر يتعلق بورقتين مختلفتين مضمونهما، وكل خصم يتمسك بالورقة التي في صالحه وللفضل في النزاع لابد من تحديد الورقة التي ستأخذ بها المحكمة.

لعدم وجود نص يمنع مثل هذا الاتفاق فإنه يجوز الاتفاق بين الأطراف حول الكتابة التي يعتد بها في حالة اعتماد شكليين من الكتابة معا، وعليه فإن اتفق الأطراف على الشكل المراد اعتماده فالقاضي ملزم بإتباع إرادة الأطراف كون العقد شريعة المتعاقدين، أما إذا لم يوجد اتفاق، وعارض كل واحد من الأطراف عن مضمون الكتابة التي يحتج بها الطرف الآخر، فهنا لابد أن يرجح القاضي السند الأقرب إلى الاحتمال، دون النظر إلى الدعامة المستخدمة في تدوينه.

ج- ترجيح القاضي للسند الأقرب إلى الاحتمال أيا كان وعاءه: رغم أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة عن ذلك كما فعل نظيره الفرنسي، إلا أننا نقول أنه في حالة

وجود محررين أحدهما الكتروني والآخر تقليدي، يرجح الكتابة الأقرب للاحتمال ويستبعد الأخرى، أي أن معيار الأخذ بأحد المحررين ليس الشكل الذي ورد فيه بل مدى اقترابه إلى التصديق في الظروف الوارد فيها، ونرى في رأينا المتواضع أن هذه المسألة موضوعية لا يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا.

د- الواقع العملي: سألنا كثيرا من القضاة العاملين على مستوى محكمة قالمة عن

تطبيق هذا المبدأ فأكدت جل الأجوبة أنه لم تعرض على القضاء مسألة الإثبات بالمحركات الالكترونية أصلا، وأنه إذا طرحت فإن الأمر جد عسير للاعتداد به، وذلك لصعوبة التأكد من الشروط الواجب توافرها فيه، وهو ما نتطرق إليه في النقطة الموالية.

ثانيا: مسألة إثبات مدى توافر الشروط المطلوبة في المحركات الالكترونية: إذا كان التشريع قد اعترف للكتابة الالكترونية بقدرتها على أداء وظيفة الإثبات فإن سلطة القاضي هنا تكمن في إلزام من يتمسك بها بإقامة الدليل على توافر الشروط التي تحقق استقرارها وعدم الشك في بقائها سليمة و يتضح ذلك من خلال النقاط التالية:

***التذكير بمبادئ عبء الإثبات:** أول تنظيم لقواعد الإثبات يتعلق بتعيين أي من الخصمين يكلف بالإثبات دون الآخر، ففي كثير من الأحيان يتوقف الفصل في الدعوى على تعيين من يقع عليه عبء الإثبات⁽¹⁾ وأهم مبادئ عبء الإثبات نوردتها بإيجاز كما يلي:

***البينة على من ادعى:** والمدعي في الإثبات هو الشخص الذي يكون طرفا في الدعوى، دائنا كان أو مدنيا مدعيا في الدعوى أو مدعى عليه، يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو ما هو ثابت حكما أو فعلا.

***من يتمسك بالثابت أصلا لا يكلف بالإثبات:** و الأصل في نطاق الحقوق الشخصية براءة الذمة، فمن يدعي دينا لابد من إثبات مصدره، أما الأصل في نطاق الحقوق العينية فهو الظاهر، فالحائز للعين لا يطالب بإثبات ملكيتها.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 58/57.

*من يتمسك بالثابت فرضاً أو الثابت فعلاً لا يكلف بالإثبات: قد يحل محل الأصل والظاهر وضع يفرض القانون وجوده عن طريق قرينة قانونية (1) سواء أكانت قابلة لإثبات العكس، أو كانت قاطعة غير قابلة لإثبات العكس، ومثالها مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ثابتة بقرينة قاطعة فمن يتمسك بهذه المسؤولية لا يكلف بالإثبات.

*عبء إثبات توافر شروط المحرر الإلكتروني: الثابت في مجال المعلوماتية أن طرق إصدار وتخزين ونقل الكتابة الإلكترونية غير آمنة، ولا بد من أخذ مجموعة من الاحتياطات لإبقائها سليمة و من دونها يمكن اعتراضها والتلاعب بمحتوياتها، وعليه فعبد الإثبات يقع على من يدعي أن التقنية والأنظمة التي استخدمت في إصداره، ونقله، وتخزينه التي تطلبها التشريع للاعتداد بالمحرر الإلكتروني غير متوفرة، وفي حالة عدم إثبات ذلك فهل يمكن للقاضي أن يعتبر ذلك المحرر مبدأً ثبوت بالكتابة وهو ما سنتطرق إليه في النقطة الموالية

*تطبيق فكرة مبدأ الثبوت بالكتابة: من شروط مبدأ الثبوت بالكتابة، الكتابة الصادرة من الخصم التي تجعل المدعى به قريب الاحتمال (2) وإن كانت الكتابة على الورق لا تطرح أي صعوبات لاعتبار الشرط الأولي متوافراً، فتحقق هذا الشرط في المحرر الإلكتروني يخضع لجملة من الشروط لا بد من تحققها، وإلا استبعد المحرر على أساس عدم اعتباره كتابة أصلاً، فالقاضي يتطرق أولاً إلى التحقق من مدى توافر شروط المادة 323 مكرر 1 من ق.م.ج فيما إذا كانت الكتابة قد أعدت، خزنت، ونقلت في ظروف تضمن سلامتها مع إمكانية تحديد مصدرها، فلو قدم "أ" محرر الكتروني وجد في حاسب خصمه "ب" مكتوب في نظام (MicrosoftWorld) ، ومحمي باستعمال خاصية الحماية التي يوفرها هذا النظام، باستعمال رقم سري يمنع تغيير مضمون المحرر الذي مفاده أدائه الدين المتجاوز مبلغ 100.000 دج، مع تبيان تاريخ الوفاء.

¹ - في هذا الصدد تنص المادة 337 من ق.م.ج على أنه: " القرينة القانونية تغني من تفررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

² - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 183.
⁻ Microsoft world هو نظام خاص بمعالجة النصوص.

فهنا رغم أن كل الشروط تبدو أنها متوافرة من كتابة وصدورها من الخصم وقرب احتمال الوفاء، إلا أنه بالتدقيق نجدها غير متوافرة فخاصية الحماية التي يوفرها النظام باستعمال رقم سري لمنع تغيير مضمون المحرر، غير آمنة فيمكن اختراق الرقم السري وتحويل مضمون المحرر دون أن يترك ذلك أثراً عليه ، وعليه يجب التصريح بانعدام الكتابة هنا، وبالتالي عدم النظر في الشروط الأخرى وبالنتيجة استبعاد ذلك المسند الإلكتروني من الإثبات.

خلاصة لما سبق يمكن القول أنه يجب على القاضي متى كان بصدد تقدير الإثبات بالكتابة الإلكترونية، التأكد من أن المحرر الإلكتروني قد أعد ونقل وخرن في ظروف تضمن سلامته مع إمكانية تحديد مصدرها، فإن لم يتمكن المدعي من إثبات ذلك تكون الكتابة في حكم العدم مما يتعين استبعادها كلية فلا تعتبر لا كدليل كامل، ولا كمبدأ ثبوت بالكتابة، وكل هذا التشديد من طرف المشرع سببه أن الآليات والتقنيات، والأنظمة المستخدمة في الكتابة الإلكترونية لا توفر بحد ذاتها الأمان اللازم لضمان بقاء المحررات دون تلاعب، وعليه يلجأ التقنيون في كثير من الحالات إلى حلول تقنية لمنع الدخول أو العبث بمحتوى المحررات و لكن بصفة مؤقتة، إضافة إلى تجريم التشريع لبعض الأفعال المؤدية إلى زعزعة الثقة في المحررات الإلكترونية.

خاتمة:

من خلال دراستنا المتواضعة لسلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات تبين لنا أن هذا الأخير، وإن كانت سلطته محدودة في تقدير بعض الأدلة بحيث لا يخرج عنها، إلا أن له حق المفاضلة في كثير من الأحيان بين دليل وآخر حيث تكون سلطته واسعة اتجاه أدلة أخرى، ورغم ما شهدناه من نقائص عند استقراء وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع إلا أنه يمكننا القول بأن المشرع الجزائري قد وفق إلى درجة ما بمنح القاضي المدني جانبا من السلطة في التقدير، سيما وأن القاضي أكثر احتكاكا بالدعوى وأطرافها مما يسمح بتحقيق أكبر قدر من العدالة، إلى جانب ذلك قيد هذا الأخير (القاضي) بحجية بعض الأدلة مما يحقق أهداف تشريعية ترمي إلى الحفاظ على ثبات الحقوق نظرا للقوة التي تختص بها تلك الأدلة في إثبات الوقائع والتصرفات القانونية.

عليه واستنادا إلى دراسة هذا الموضوع نخلص إلى النتائج الآتية:

أ: دور القاضي من أدلة الإثبات ذات الحجية الملزمة (اليمين الحاسمة، الإقرار القضائي، الدليل الكتابي) وبتوافر شروط كل دليل لا يتجاوز فحص الأدلة كما يقدمها الخصوم وتقديرها حسب الحجية التي يحددها القانون لكل دليل، حيث لا يستطيع القاضي أن يكمل ما في أدلة الخصوم من نقص و لا أن يقضي بعلمه الشخصي، ومرد ذلك تغليب حاجة استقرار المعاملات بين الناس.

- المشرع الجزائري جعل سلطة القاضي المدني في تقديره لهذا النوع من الأدلة تبلغ حدها الأدنى وهو بذلك رسم طرقا محددة لإثبات الأوضاع المختلفة وجعل لكل منها قيمتها الثبوتية فليس للقاضي أن يتخذ طرقا أخرى أو يعطي لها قيمة غير التي حددها القانون.

- الأدلة قد تفقد قيمتها الملزمة وتفسح المجال أمام أعمال القاضي لسلطته في تقدير حجيتها، ذلك أن فقدانها شرط من شروط صحتها يعرضها لهذه الإشكاليات باستثناء اليمين الحاسمة التي أوضح المشرع صراحة عدم قبول تكذيبها، وفي حال ثبت ذلك عن طريق حكم جنائي فليس أمام الطرف المتضرر إلا طلب التعويض إضافة إلى القرينة القانونية

القاطعة التي تتعلق بالأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به و التي لا تعترض حجيتها إشكالات قد تمس إلزاميتها بنص القانون حفاظا من المشرع على نزاهة الأحكام.

وبالنسبة للإقرار القضائي نجد المبطلات القانونية من جهة، ومن جهة أخرى هناك مبطلات تتعلق أساسا بصحة الإقرار وتدخل في إرادة المقر بحيث إذا شاب الإقرار أي إشكال من هذه الإشكالات فإن الإلزامية التي منحها له المشرع الجزائي تزول وتصبح تحت رهبان سلطة القاضي.

أما الدليل الكتابي فإن كل من المحرر الرسمي والمحرر العرفي قد يتعرضان إلى إشكالات تعيق حجيتها وتنقصها أو حتى تعدمها كما لو ثبت تزوير المحرر الرسمي أو فقد شرط من الشروط الواجب توافرها قانونا حتى تمنح له هذه الصفة، أو إذا ثبت أيضا تزوير المحرر العرفي، أو فقد أهم شروطه ألا وهو التوقيع، أو إذا أنكره من نسب له صراحة فإن سلطة القاضي تتدخل لتعيق إلزامية هذه الأدلة.

إن من خلال الفصل الأول نخلص إلى أن المشرع الجزائي أخذ بمذهب الإثبات المقيد حيث أنه طبقا لهذا المذهب يحدد القانون طرق الإثبات كما يحدد قيمة كل من هذه الطرق فلا يستطيع المتقاضون إثبات حقوقهم بغير هذه الطرق ، و لا يمكن للقاضي أن يقبل طرقا غيرها كما لا يستطيع أن يعطي لها غير القيمة التي حددها لها القانون فموقفه في هذا المذهب سلبي بحت إذ لا يستطيع أن يقضي بعلمه الشخصي و لا أن يساهم في جمع الأدلة و إنما يتعين عليه أن يكون حكمه على ضوء ما قدمه الخصوم من أدلة في الدعوى، فهذا المذهب يحقق الاستقرار في التعامل بين الناس كما يبعث الثقة و الاطمئنان في نفوس المتقاضين، لكن يعاب عليه أنه ينزع من القاضي كل وسيلة للوصول إلى الحقيقة الواقعية نظرا لكون حرية التقدير عند القاضي في هذا المذهب معدومة.

ب: أما فيما يتعلق بموقف القاضي من أدلة الإثبات ذات الحجية غير الملزمة (شهادة الشهود، اليمين المتممة، القرائن القضائية إضافة إلى بعض الأدلة العلمية من

الخبرة، المعاينة، فحص الدم والإثبات الإلكتروني) فنجد أن القاضي المدني يتمتع بسلطة تقديرية واسعة إزاءها، ولذلك نخلص إلى الاستنتاجات الآتية:

- أن القاضي المدني له سلطة مطلقة بالأخذ بشهادة الشهود حسب ما يراه مناسباً أو صالحاً للبحث في النزاع المطروح أمامه، وأنه لا عبرة لعدد الشهادات التي يدلي بها الشهود وصفاتهم، فقد يؤسس حكمه على شهادة واحدة بالرغم من وجود عدد من الشهادات متعارضة معها كما قد يقتنع بشهادة امرأة أحسن من شهادة رجل، غير أنه عليه تسبب ذلك في حكمه، كما يستطيع القاضي أن يطرح شهادة أحد الشهود بعد إدلائه بها ويلجأ إلى تعيين خبير أو إجراء معاينة.. الخ، فهو غير ملزم بتفسير هذه المفاضلة، وأخيراً نجد أن أقوى شهادة من حيث اقتناع القاضي بها هي الشهادة المباشرة وأضعفها الغير مباشرة، وعليه تبقى شهادة الشهود خاضعة لسلطة القاضي التقديرية ولا رقابة عليه إلا فيما يخص تسبب حكمه.

- وفيما يخص اليمين المتممة فقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي المدني سلطة واسعة إزاءها بدءاً من سلطة توجيهها والتي تبقى حكراً على القاضي يوجهها كلما وجد ضرورة لذلك طبعاً بتوافر شروط توجيهها، وللخصم الذي يختاره، و إنتهاءً بسلطته في الرجوع عن توجيهها قبل حلف الخصم هذه اليمين، وهي غير ملزمة له فقد يحلفها من وجهت إليه ورغم ذلك يصدر القاضي الحكم ضده.

- و بالنسبة للقرائن القضائية فقد كان موقف المشرع منها صريحاً حيث أجاز الإثبات بها فقط في ما يجوز الإثبات فيه بالبنية ، أي جعلها في مرتبة شهادة الشهود، وعليه تكون سلطة القاضي المدني واسعة ومطلقة في استنباطها من جهة وفي تقديرها من جهة أخرى.

- أما فيما يتعلق بالأدلة العلمية التي تناولناها في بحثنا، بدءاً بالخبرة نجد أن سلطة القاضي إزاءها مطلقة تماماً بصريح النص، فالقاضي غير ملزم بالأخذ برأي الخبير كذلك الأمر بالنسبة للمعاينة، أما عن فحص الدم والذي يعتبر من بين الأدلة العلمية الأكثر تقدماً

ف نجد أن الكثير من التشريعات في العالم تأخذ به كدليل قاطع في إثبات النسب على غرار التشريع الانجليزي والتونسي، لكن ما نستخلصه من خلال دراستنا هو أن المشرع الجزائري أهمل هذا الدليل العلمي الهام ولم يعطه حقه إذ ورد النص عليه في مادة وحيدة وعامة وهي المادة 40 من القانون رقم 02/05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري حيث أجاز للقاضي اللجوء إلى هذا الدليل في قضايا النسب مما يعني أن سلطته مطلقة في تقدير حجيته.

في الأخير نستخلص أن تقصير المشرع الجزائري فيما يتعلق بالمحرمات الالكترونية كدليل إثبات ينجر عنه استبعاده من قبل القضاة لعدم توفير وسائل الأمان والمصادقية في المعاملة الإلكترونية، مما يؤدي إلى الميل للدليل التقليدي على الدليل الالكتروني وبذلك لا يمكن القول بأن الدليل الالكتروني له نفس حجية الدليل التقليدي إضافة إلى صعوبة اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة من الناحية العملية ، إضافة إلى ذلك فإن المشرع عوض أن يحدد المفاهيم الخاصة بالمحرمات الإلكترونية و يضبط حجيتها اكتفى بتعريف عام للكتابة الإلكترونية، و ربط حجية المحرر الإلكتروني بتوافره على شروط التوقيع الإلكتروني.

إن من خلال الفصل الثاني نخلص إلى أن المشرع الجزائري أخذ بنظام الإثبات المطلق أو الحر ، حيث أنه طبقا لهذا المذهب لا يحدد القانون طرقا معينة للإثبات ، و إنما يكون الخصوم أحرارا في اختيار الأدلة التي يرون أنها تؤدي إلى اقتناع القاضي، ويقوم القاضي بدور إيجابي يساعد به الخصوم على إكمال ما في أدلتهم من نقص، و هذه الحرية الواسعة للقاضي تجعل الحقائق القضائية التي يصل إليها في حكمه مطابقة إلى درجة كبيرة للحقائق الواقعية في موضوع النزاع، لكن ما يعاب على هذا المذهب أنه لا يحقق الثقة و الاستقرار في التعامل و ذلك لاختلاف التقدير من قاض إلى آخر ، هذا و قد يكون القاضي مغرضا فيحكم بما يهوى دون رقابة عليه من القانون.

و عليه فإن سلطة القاضي حسب دراستنا تتأرجح بين التقيد والإطلاق ، فمن ناحية نجد أن سلطته محددة بنوع من الأدلة وبشروط معينة ، ومن ناحية أخرى نجدها مطلقة

وحررة في أدلة أخرى. فموقف المشرع الجزائري بصفة عامة من خلال الفصلين هو أخذه بمذهب الإثبات المختلط الذي يجمع بين مذهب الإثبات المقيد و مذهب الإثبات المطلق.

غير أن الغالب هو سلطة القاضي المطلقة في التقدير حيث نجد أن المشرع منح القاضي هذه السلطة في الكثير من الأدلة باختلافها بين التقليدية والعلمية.

التوصيات:

ترتيباً على ما تقدم من هذه الدراسة فإن الباحثة تقترح التوصيات التالية:

1- الاهتمام أكثر بمجال الإثبات وتحسين وتعديل هذه القواعد التي تعتبر الأساس في جميع الدعاوى والتي لا يمكن التحكم فيها إلا عن طريق الإثبات ، إذ كلما زادت قواعد الإثبات تحكما وتوسعا ودقة أصبح سهلا على القاضي أن يفصل في أي نزاع وبالطرق السليمة.

2- تمكين القاضي من الاستفادة من وسائل التقدم العلمي بصورة أوسع وأدق في الإثبات.

3- على المشرع عند السماح بالاستفادة من أدلة الإثبات سواء التقليدية أو العلمية أن يحددها ويبين كيفية الاستفادة منها وأن يبين حجيتها ليسهل على القاضي معرفة مدى إعمال سلطته التقديرية بشأنها.

لعل أهم وأنجع طريقة لتحقيق كل الاقتراحات السالفة الذكر هو **تخصيص قانون إثبات يشمل وينظم قواعد الإثبات المدني ويسد الفراغات التي سبق وأن أشرنا إليها من خلال دراستنا.**

ختاماً لبحثي هذا أتمنى أن أكون قد وفقت إلى حد ما في الإجابة على الإشكالات التي تعترى الموضوع على أمل أن يتدخل المشرع الجزائري ويأخذ بجملة اقتراحاتي ليعطي الموضوع حقه.

والله ولي التوفيق.

قانون المراجع:

أ-النصوص القانونية و التنظيمية الجزائرية:

1. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 08 يونيو 1984، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 2005، المتضمن لقانون الأسرة الجزائري.

2. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 25 يونيو 2005، الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 2005، المتضمن للقانون المدني.

3. الأمر رقم رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 02/05 المؤرخ في 06 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 11 لسنة 2005، المتضمن القانون التجاري.

4. القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2006، المتضمن قانون تنظيم مهنة الموثق.

5. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، الجريدة الرسمية رقم 21 لسنة 2008، المتضمن لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ب-النصوص القانونية و التنظيمية الأجنبية:

1. قانون الإثبات المصري، المعدل و المتمم سنة 1999، المنشور في الموقع التالي:

<http://www.almatareed.org/vb/showthead.php?p=728558ixzz1k31ssw4>

تاريخ الإطلاع: 2011/05/25، الساعة 10:05.

2. قانون الأونسترال النموذجي لسنة 2001، الخاص بالتوقيعات الإلكترونية، المنشور في الموقع التالي: <http://www.unicitral-org/unicitral/ar/index.html>

تاريخ الإطلاع: 2011/05/27، الساعة 11:30

3. القانون المدني الفرنسي، المنشور في الموقع التالي:

<http://perplot.net/cod/civil.pdf>

تاريخ الإطلاع: 2011/06/07، الساعة 23:20

ثانيا: المجموعات القضائية

1. مجموعة مرافعات دالوز، طبعة 1975 لسنة 1983.

2. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم الوثائق و المستندات، العدد1، لسنة 1989

3. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم الوثائق و المستندات، العدد4، لسنة 1989

4. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم الوثائق و المستندات، العدد1، لسنة 1991

5. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم الوثائق و المستندات، العدد2، لسنة 1991

6. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم الوثائق و المستندات، العدد4، لسنة 1992

7. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم الوثائق و المستندات، العدد2، لسنة 1994

8. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم الوثائق و المستندات، العدد2، لسنة 1998

9. المجلة القضائية، الصادرة عن قسم الوثائق و المستندات، العدد1، لسنة 2000

ثالثاً: الكتب و المؤلفات

أ-باللغة العربية:

- 1.المنجد في اللغة و الإعلام، دار المشرق، بيروت، سنة النشر غير موجودة.
- 2.ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، مطبعة القاهرة، مصر، 1953.
- 3.أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات حلبي الحقوقية ،لبنان، 1983.
- 4.أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي به و ضوابط حجيتها (دراسات حول نطاق حجية الأمر المقضي به في المواد المدنية و التجارية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- 5.أحمد نشأة، رسالة الإثبات (الإقرار، اليمين، القرائن بما في ذلك قوة الشيء المحكوم به، المعايينة)، الجزء 2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972.
- 6.آدم وهيب نداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات(دراسة مقارنة)،الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان، 2001.
- 7.إدوار عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية و التجارية، الجزء 2، طبع بيروت، لبنان، 1992.

8-أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1986.

9.أنور طلبة، الوسيط في شرح قانون الإثبات، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004.

10.توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1986.

11.ثروة عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الازارطية، مصر، 2007.

12.جلال علي العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.

13.جميل الشرفاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983 .

14.حسام الأحمد، البصمة الوراثية(حجيتها في الإثبات الجنائي و النسب)، الطبعة 1، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

15.حسين علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مطبعة بغداد، العراق 1976.

16.رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، الطبعة 13، دار الجيل للطباعة، مصر، 1979.

- 17.زهرة محمد مرسي،الحاسوب و القانون،طبعة 1، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، الكويت، 1995.
- 18.سائح سنقوقة ،الدليل العلمي في إجراءات الدعوى المدنية، دار الهدى، الجزائر، 1996.
- 19.سعدون العامري، موجز نظرية الإثبات، مطبعة بغداد، العراق، 1966.
- 20.سليمان مرقس، الإقرار و اليمين و إجراءاتهما، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1970.
- 21.سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1973.
- 22.عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، طبعة 3 ،دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2011.
- 23.عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، الدار العلمية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ،الأردن، 2002.
- 24.عبد الحكم فودة، الطعن بالتزوير، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.
- 25.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام)، الجزء 2، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، لبنان، سنة النشر غير موجودة.

26. عبد المجيد زعلاني، قانون العقوبات الخاص، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002 .
27. عبد الودود يحيى، دروس في الإثبات، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، سنة النشر غير موجودة.
28. عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية و التجارية، طبعة1، دار الفكر العربي ، القاهرة، 1975.
29. عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية و التجارية، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
30. علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، طبعة1، دار الثقافة، عمان، سنة النشر غير موجودة.
31. علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية و التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
32. غوثي بن ملح، قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري، طبعة1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
33. فتحي والي، قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1987.

- 34.قاسم محمد حسن ، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، منشورات الكجلة الحقوقية، عمان ، الأردن، 2003 .
- 35.لحسن بن شيخ آيت ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 36.محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي و الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 .
- 37.محمد زهدور ، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،1991.
- 38.محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري(النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام)، طبعة4، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- 39.محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية و التجارية)، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- 40.محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للطلبات العامة للدعاوى الفرعية في قانون المرافعات وعلى ضوء المنهج القضائي، دار الفكر العربي، مصر، 1993.
- 41.محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، طبعة4، دار هومة ، الجزائر، 2006.

42. مصطفى مجدي هرجة، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، مصر، 2003.

43. مصطفى يوسف، الإدانة و البراءة في تزوير المحررات، دار الكتاب القانونية و دار شتان للنشر و البرمجيات، مصر، 2009 .

44. مفلح عواد القضاة، البيئات في المواد المدنية و التجارية(دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2007.

45. منير محمد الجنبهي و ممدوح محمد الجنبهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

46. مولاي بلياني بخادي، الخبرة القضائية في المواد المدنية ، مطبعة حلب ،الجزائر، 1992.

47. نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

48. نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، 2007.

49. نبيل صقر و مكاري نزيهة ، الوسيط في القواعد الإجرائية و الموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى ، الجزائر، 2009.

50. همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار

الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002.

52. يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، الشركة

الوطنية للنشر و التوزيع ، الجزائر ،1981.

52. يحيى بن لعلي، الخبرة في الطب الشرعي، مطبعة عمار قرصي ،باتنة ، الجزائر،

تاريخ النشر غير موجود.

53. يوسف أحمد النوافلة ، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات ، طبعة1، دار وائل

للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 2007.

ب-باللغة الفرنسية:

1-Aubry et Rau, cours de droit civil français, tome12e, 5e éd,
par Bartin(Etienne), paris, 1922.

2-De page(Henri), complément au traité élémentaire de droit
civil belge, volume 2, établissement Emile bruyant, Bruxelles, 1951.

3-Michel DE Juglart, cours de droit civil, premier volume,
édition Montchrestien, tome1, paris, 1972.

4-John Hasclay Buzzard, phiprson évidence, 13theedition,
London, 1982.

رابعاً: الأطروحات و الرسائل الجامعية

أ- باللغة العربية:

- 1- بوفاتح أحمد ، مذكرة ماجستير، الخبرة كوسيلة إثبات في المواد المدنية، بن عكنون ، الجزائر، 2003/2002.
- 2- ثابتي عمار، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دعوى التزوير الفرعية في ظل الإجراءات المدنية، ، الدفعة الثانية عشر، 2004.
- 3- خلافي سامية نوال، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، حجج الإثبات بالمحرمات في القانون المدني الجزائري، ، الدفعة السادسة عشر، 2008.
- 4- قارة مولود، رسالة دكتوراه، الإطار القانوني للتوقيع و التوثيق الإلكتروني في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، دبي، 2008، منشورة في الموقع

www.mishawi.com

التالي:

تاريخ الإطلاع: 2011/08/21 الساعة 09:45.

- 5- كميني خميسة و منصور عز الدين، الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2008.

ب- باللغة الفرنسية:

1-julien esnault, mémoire de DESS de droit du multimédia et de l'informatique, paris, 2003. Mémoire publier sur : signelec.com. Vu le : 21juillet 2011 heur 20 :15.

خامسا:مواقع الانترنت

1-<http://www.arlawfirm.com//ADVdetails.asp?id=982>

تاريخ الاطلاع :2011/10/21 الساعة 11:00

2-<http://www.pelpot.net/cod civil français.pdf>

تاريخ الاطلاع :2011/09/25 الساعة 21:00

3-<http://forum.palmoon.net/topic-835-124.html>

تاريخ الاطلاع :2011/09/21 الساعة 08:42

4-http://4shared.com/get/oWfyLMMK/_online.html

تاريخ الاطلاع :2011/08/28 الساعة 09:00

5 -<http://www.droitdz.com/forum/showthread.php?t=1303>

تاريخ الاطلاع :2011/08/30 الساعة 08:30

6-<http://www.arlawfirm.com/ADVdetails.asp ?id=982>

تاريخ الاطلاع :2011/10/21 الساعة 11:00

7-<http://www.werathah.com/learning/dna.htm>

تاريخ الاطلاع :2011/05/29 الساعة 07:00

8-<http://www.juritavail.com/code>

تاريخ الاطلاع :2011/06/07 الساعة 09:30

الصفحة	الفهرس
/	قائمة المختصرات
01	مقدمة
02	إشكالية البحث
03	أهداف الدراسة
03	أهمية الموضوع
04	أسباب اختيار الموضوع
04	المنهجية المعتمدة
04	الدراسات السابقة
05	الخطة الدراسية
06	الفصل الأول: سلطة القاضي المقيدة في تقدير أدلة الإثبات
06	المبحث الأول: الأدلة ذات الحجية الملزمة
06	المطلب الأول: اليمين الحاسمة
07	الفرع الأول: تقدير القاضي لمدى توافر شروط توجيه اليمين الحاسمة
13	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير اليمين الحاسمة
18	المطلب الثاني: الإقرار القضائي (l'aveu judiciaire)
18	الفرع الأول: مفهوم الإقرار القضائي وتقدير القاضي لمدى توافر شروطه
23	الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير حجية الإقرار القضائي
30	المطلب الثالث: الدليل الكتابي
31	الفرع الأول: قوة الدليل الكتابي في الإثبات
36	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير الدليل الكتابي
40	المبحث الثاني: الإشكالات التي تعيق إلزامية هذه الأدلة
40	المطلب الأول: مبطلات الإقرار القضائي وطرق الطعن في المحررات الرسمية و

	العرفية
41	الفرع الأول: مبطلات الإقرار القضائي
45	الفرع الثاني: طرق الطعن في المحرر الرسمي و المحرر العرفي
56	المطلب الثاني: الحجية التي لا تعترضها إشكالات
56	الفرع الأول: مفهوم القرائن القانونية القاطعة
59	الفرع الثاني: الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به. (L'autorité de la chose jugée)
66	الفصل الثاني: سلطة القاضي المطلقة في تقدير أدلة الإثبات
66	المبحث الأول: أدلة ذات حجية غير ملزمة
66	المطلب الأول: شهادة الشهود (Témoignage)
67	الفرع الأول: تقدير القاضي لمدى توافر شروط الأخذ بشهادة الشهود
70	الفرع الثاني: تقدير القاضي للحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة استثناءً
74	الفرع الثالث: تقدير القاضي لجواز الإثبات بالشهادة
76	المطلب الثاني: اليمين المتممة: Serment supplétif
76	الفرع الأول: تقدير القاضي لمدى توافر شروط توجيه اليمين المتممة
78	الفرع الثاني: تقدير القاضي لآثار الناتجة عن توجيه اليمين المتممة
82	الفرع الثالث: تقدير القاضي لحجية اليمين المتممة
83	المطلب الثالث: القرائن القضائية (présomptions judiciaires)
83	الفرع الأول: تقدير القاضي لمتطلبات الإثبات بالقرائن القانونية
86	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير الإثبات بالقرائن القضائية
90	المبحث الثاني: بعض أدلة الإثبات العلمية
91	المطلب الأول: الخبرة، المعاينة، فحص الدم
91	الفرع الأول: سلطة القاضي في تعيين الخبير والأخذ برأيه
95	الفرع الثاني: انتقال المحكمة للمعاينة و تقدير نتائجها

98	الفرع الثالث: فحص الدم
105	المطلب الثاني: الإثبات الإلكتروني
105	الفرع الأول: مفهوم الكتابة الالكترونية في التشريع الجزائري
110	الفرع الثاني: ماهية التوقيع الالكتروني
119	الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير حجية المحرر الالكتروني في الإثبات
125	خاتمة
129	التوصيات
131	قائمة المراجع
131	أ-النصوص القانونية و التنظيمية الجزائرية
131	ب-النصوص القانونية و التنظيمية الأجنبية
132	ثانيا:المجموعات القضائية
133	ثالثا:الكتب و المؤلفات
133	أ-باللغة العربية
139	ب-باللغة الفرنسية
140	رابعا:الأطروحات و الرسائل الجامعية
140	أ-باللغة العربية
140	ب-باللغة الفرنسية
141	خامسا:مواقع الانترنت