

جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



وسائل الإثبات في القانون المدني

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون أعمال

تحت إشراف الأستاذة:

يسعد فضيلة

من تقديم الطالبين:

طريفة بوزيد

بولعراس عصام

لجنة المناقشة:

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة
أ/ بوغازي مريم	أستاذ مساعد	رئيسا
د/ يسعد فضيلة	أستاذ محاضر	مشرفا ومقررا
أ/ بوشامة فائزة	أستاذ مساعد	مناقشا

دورة جويلية 2021

إهداء

إلى كل من عرف الحق واتبعه

إلى أمي

إلى روح أبي الطاهرة وإلى كل الأحبة والأصدقاء والزملاء في كل مكان

طريفة بوزيد

إهداء

الحمد لله الذي يفتح بجمده الكلام والحمد لله الذي أفضل ما جرت به الأقلام سبحانه الله لا
نحصى ثناء عليه كما أثنى على نفسه وصلى اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما
كثيرا أما بعد

أهدي هذا العمل

إلى روح الوالدين رحمة الله عليهما وأسكنهما فسيح جناته

وإلى صوالي كتيب والعمري حمزة

وإلى صديقي بورنان سفيان

وإلى أفراد العائلة

إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد

إلى كافة الأصدقاء والزملاء في الدراسة

وإلى كل من يسعى جاهدا في طلب العلم

بوالعراس عصام

شكر وتقدير

نشكر الله عز وجل الذي وفقنا وأعاننا على إنجاز هذا البحث وفتح لنا
الأبواب من حيث لا نعلم فما كنا لنصل لما وصلنا إليه لولا ما وفقنا الله
فالحمد لله حمدا كثيرا.

نتقدم بأسمى عبارات الشكر والإمتنان والتقدير والمحبة إلى الذين حملوا
أقدس رسالة في الحياة إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة إلى جميع
الأساتذة الأفاضل.

ونخص بالتقدير وكل الشكر الأستاذة يسعد فضيلة لإشرافها علينا
وتأطيرها لنا لإنجاز هذه المذكرة كما نتوجه بالشكر الوافر إلى كل من قدم
لنا يد العون من أساتذة وأصدقاء وأقارب حتى ولو بالنصيحة والدعاء
فجزاكم الله عنا خير الجزاء.

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

ج ر ج ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ق إ م إ ج: قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري

ق إ ج ج: قانون الإجراءات الجزائية الجزائري

ق م ج: قانون مدني جزائري

ق ت ج: قانون تجاري جزائري

ق ع ج: قانون العقوبات الجزائري

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

د ج: دينار جزائري

ج: الجزء

ص: الصفحة

ط: الطبعة

ع: العدد

ف: الفقرة

ق: القانون

م: المادة

الْمَقْدَمَةُ

مقدمة

يُعد موضوع الإثبات من أهم المواضيع القانونية، فهو نظرية شاملة تنبسط قواعده على جميع نواحي القانون فما من حق ولا من ارتباط قانوني إلا يُتَّعِن إثباته وإقامة الدليل على وجده، بل إن قيمة الحق إنما تكون في هذا الإثبات، أما الحق الذي لا يثبت أمام القضاء فلا فائدة فيه، ويُقصد بالإثبات القضائي إقامة الدليل على الواقعة مصدر هذا الحق، فهو إثباتٌ يهدفُ إلى تحقيق غايةٍ عمليةٍ هي الفصل في المنازعات وحماية الحقوق لأصحابها، يقوم به الخصوم أمام القضاء بطريقةٍ محددةٍ رسمها القانون.

وأهمية الإثبات لا تتوقف عند فرع من فروع القانون، وليست مقصورة على الالتزامات بوجه عام تعاقدية أو غير تعاقدية بل هي نظرية شاملة تتناول العقود وغير العقود، وتتناول مصادر الحق العينية والشخصية، بل تتجاوز القانون المدني إلى غيره من القوانين.

ولقد استقطب موضوع الإثبات فقهاً غزيراً عبر مراحل تطوره كما عرفت أحكامه اضطراباً جلياً في مختلف التشريعات، ومرجع ذلك طبيعة مواضيعه المتعلقة في أغلب الأحيان بالوسائل التقنية الحديثة وهي وسائل تتطور مع مرور الوقت وتطور العلم ذاته الذي ترتبط به.

ونتيجة ما سبق من الطبيعي أن يطرح الإثبات مشاكل نظرية وأخرى عملية تصدى لها الفقه والقضاء والتشريع كل وفق منظوره وقناعاته، وأبرز ذلك خلافاً أثر من جهة على مواضيع الإثبات ووسائل إثباتها، ومن جهة أخرى فتح المجال للتأويل الذي يُؤثر في استقرار المعاملات.

وينصب موضوع دراستنا حول التعريف بوسائل الإثبات في القانون المدني الجزائري وتحديد قوة كل وسيلة من هذه الوسائل ومدى حجيتها في الإثبات.

وللموضوع أهمية بالغة نظرية وعملية، ترجع بالأساس إلى أهمية وسائل الإثبات في حد ذاتها واعتماد الناس والقضاء على هذه الوسائل في إثبات مصادر الحق والفصل في المنازعات التي تتزايد يوماً بعد يوم وتتطور بتطور التقنية وتطور حاجات الأفراد ومعاملاتهم.

والأسباب التي دفعتنا إلى إختيار هذا الموضوع تكمن في إعتبار الإثبات من المواضيع الشائكة المتعلقة بحقوق الأفراد ومراكزهم القانونية هذا من جهة، ومن جهة ثانية وعلى الرغم من قدم موضوع الإثبات قدم الحقوق ذاتها، نجد أن الدراسات في هذا المجال وعلى كثرتها تبقى في غالبيتها غير متخصصة، تُعالج وسائل الإثبات التقليدية بصفة عامة دون التطرق إلى وسائل الإثبات الحديثة إلا في القليل منها.

هذا ما دفعنا في هذه الدراسة إلى محاولة الجمع في بحثٍ واحدٍ بين وسائل الإثبات التقليدية ووسائل الإثبات الحديثة، على أمل أن تكون هناك دراساتٌ مستقبليةٌ متخصصةٌ تُعالج كل وسيلة من وسائل الإثبات في القانون المدني على حدة.

ونظراً لشاسعة موضوع الإثبات وتشعبه، ورغم توفر مادته العلمية إلا أنه إعترضتنا عدة صعوبات في الحصول على مراجع متخصصة، كما وجدنا صعوبة في تجميع مادته العلمية على غزارتها وأهميتها في دراسة محصورة من حيث الكم في أوراق معدودة، كما إعترضتنا بعض الصعوبات في تقسيم موضوع البحث، ويرجع السبب في ذلك إلى إختلاف الفقهاء في تقسيم مواضيع الإثبات كل حسب وجهة نظره، فمنهم من يقسمها إلى وسائل إثبات مباشرة ووسائل أخرى غير مباشرة، ونجد من يقسمها إلى وسائل مهياة للإثبات ووسائل غير مهياة للإثبات، ومنهم من يقسمها إلى وسائل ذات حجية مطلقة ووسائل ذات حجية نسبية، وكذلك تقسم إلى وسائل تقليدية وأخرى حديثة، ومنهم من قسمها إلى وسائل ذات قوة مطلقة ووسائل ذات قوة محدودة ووسائل أخرى معفية من الإثبات، وهذا التقسيم الأخير هو الذي أخذنا به في دراستنا، إذ هو أهمها جميعاً حيث يركز على ما لكل وسيلة من قوة في الإثبات وقوة الدليل هي التي تُعطي لكل وسيلة قيمتها التي تُميزها عن غيرها من الوسائل الأخرى، وهذا ما يهتم الباحث في القانون والمُشتغل به أن يعرفه.

ومن هذا المنطلق يتمحور موضوع دراستنا حول الإشكالية الرئيسية التالية:

ما هي الوسائل التي اعتمدها المُشرع الجزائري لإثبات مصادر الحق في القانون المدني؟
والتي تتفرع عنها التساؤلات التالية:

ما مدى قوة وحُجية هذه الوسائل في الإثبات؟ وهل استوفت كل وسيلة من هذه الوسائل كفايتها في تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية؟

وعليه فنطاق دراستنا محدود بالقواعد الموضوعية للإثبات والتي تعمل على تحديد كل وسيلة من هذه الوسائل وتحديد قيمتها ومحل الإثبات والخصم الواقع عليه عبء الإثبات في المعاملات المدنية وكذلك القواعد الموضوعية التي جاء بها القانون رقم 15-04 المُتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني دون التطرق للقواعد الشكلية أو الإجرائية، التي تتعلق بالإجراءات الواجب إتباعها في تقديم الدليل أمام القضاء عند نظر الدعوى، كما نستبعد من دراستنا وسائل الإثبات الإجرائية التي نص عليها المُشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كالخبرة والمعائنة، ونترك المجال فيها إلى دراسات متخصصة تُعنى بها.

ولقد إعتدنا في هذه الدراسة على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، وذلك بعرض المادة القانونية ووصفها وتحليل مضمونها، بهدف تحديد قيمتها القانونية ومدى إمكانية حلها للمسائل التي تعترض إثبات المعاملات المدنية.

ولتحقيق الهدف من هذه الدراسة إرتأينا تقسيمها إلى فصلين رئيسيين وفصل آخر تمهيدي أملته علينا طبيعة الموضوع، كان لزاماً علينا التطرق إليه نظراً لأهميته البالغة في إعطاء نظرة شاملة على موضوع الإثبات مما يُسهل علينا وعلى القارئ إستيعاب المبادئ العامة التي تقوم عليها هذه النظرية وحتى يسهل علينا كذلك فهم موضوع الدراسة والتي قسمناها على النحو التالي:

الفصل التمهيدي وخصصناه لعرض المبادئ العامة التي تقوم عليها نظرية الإثبات وقسمناه بدوره إلى أربعة مباحث تناولنا في المبحث الأول ماهية الإثبات، وفي المبحث الثاني تعرضنا للقواعد الموضوعية في الإثبات، ثم في المبحث الثالث عرفنا بدعوى العرض، أما في المبحث الرابع فتعرضنا لعبء الإثبات ومدى تعلق قواعده بالنظام العام.

أما في الفصل الأول فتناولنا من خلاله وسائل الإثبات ذات القوة المطلقة، وهي الكتابة أو وسائل الإثبات الخطية بمختلف أنواعها، وإرتأينا تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث، تناولنا في المبحث الأول الكتابة الرسمية، وفي المبحث الثاني الكتابة العرفية المعدة للإثبات، وفي المبحث الثالث الكتابة العرفية غير معدة للإثبات أو ما اصطلح على تسميتها بالمحررات غير الموقع عليها، أما المبحث الرابع تناولنا من خلاله الكتابة الإلكترونية.

أما الفصل الثاني والذي خصصناه لدراسة الوسائل ذات القوة المحدودة والوسائل المعفية من الإثبات، فقسمناه إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول وسائل الإثبات ذات القوة المحدودة أو النسبية وهي شهادة الشهود والقرائن القانونية واليمين المئتممة، وتناول في المبحث الثاني الوسائل أو الطرق المعفية من الإثبات وهي الإقرار، اليمين الحاسمة، القرائن القانونية وحجية الشيء المقضي به.

الفصل التمهيدي

الفصل التمهيدي: القواعد العامة في الإثبات

سنقوم في هذا الفصل التمهيدي بمحاولة التطرق للقواعد العامة في الإثبات نظراً لأهميتها في تسليط الضوء على موضوع دراستنا.

المبحث الأول: ماهية الإثبات سبق القول ان الإثبات هو روح الحق ومعقد النفع به، بحيث أن الحق يتجرد من كل قيمة ما لم يقدّم الدليل على إثباته، لدى سوف نعرض في هذا المبحث إلى بيان مفهوم الإثبات (المطلب الأول) ونخصص لتنظيمه القانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الإثبات

نعالج في هذا المطلب الإثبات بإبراز تعريفه وخصائصه (الفرع الأول)، ونحدد أهميته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الإثبات

سنقوم بتعريف الإثبات (أولاً)، ثم ذكر أهم خصائصه (ثانياً).

أولاً/ تعريف الإثبات: سنحاول تعريف الإثبات على النحو التالي.

1- لغة: الإثبات من فعل ثَبَّتَ، يعني استقر، وكذلك صح وتحقق، الثَبْتُ أي الحجة. الرجل ثبت أي حجة يوثق به¹.

2- اصطلاحاً: الإثبات هو إقامة الدليل (الحجة والبيينة) على الشيء الذي يمكن أن يكون مستقراً².

قال العرب: رجل ثبت أي مثبت في أمره.

ثبت الجنان يعني ثابت القلب.

وإسم ثبت بفتحيتين إذا كان عدلاً ضابطاً.

3- التعريف الفقهي: عرف الفقه الإثبات كما يلي: الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق

والإجراءات التي حددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع عليها تصلح أساساً لحق مدعى

به. إن الإثبات بهذا المعنى يختلف عن الإثبات بمعناه العام أو التاريخي فبالرغم من أن القاضي والباحث

يستهدف الحقيقة، إلا أن الباحث يتمتع بقدر من الحرية في بحثه عن الحقيقة عكس القاضي الذي يكون

مقيد بالأدلة المحددة قانوناً³.

¹ - مجد الدين محمد يعقوب الفيروز آبادي، بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، دمشق، سورية، ط1

1998، ص 3.

² - المرجع نفسه، ص 150.

³ - نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية للنشر، بيروت، 1995، ص 2.

4- التعريف القانوني: لم يعرف المشرع الجزائري الإثبات وعلى عاداته ترك المجال للفقهاء والاجتهاد، ولكن بالرجوع إلى القوانين المقارنة وخاصة القانون اللبناني حيث جاء في نص المادة 1/131 أصول محاكمات مدنية لبناني على أنه "الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء على واقعة او عمل قانوني...، طلب أو دفع أو دفاع"¹.

يتضح من هذا التعريف أن الإثبات بمعناه القانوني يتميز بعدة خصائص نوردتها تباعاً فيما يلي

ثانياً/ خصائص الإثبات: يتميز الإثبات القانوني بثلاث خصائص رئيسية

1- الإثبات القانوني هو إثبات قضائي: بمعنى أنه لا يكون إلا أمام القضاء سواء كان قضاءً عادياً أو تحكيمياً وذلك في الحالات الجائزة قانوناً.

2- الإثبات القانوني هو إثبات مقيد: إذ لا يتم إلا بالطرق المحددة قانوناً، ذلك أن المشرع يحدد طرق الإثبات وكذلك إجراءات تقديمها، هذا التحديد ملزم للخصوم وللقاضي بحيث أن القاضي لا يستطيع تكوين اعتقاده بغير هذه الطرق.

3- الإثبات القانوني محله الواقعة القانونية: ذلك أن الإثبات محله ليس الحق المتنازع فيه بل محله الواقعة القانونية المنشئة لذلك الحق "سواءً كانت تصرف قانوني كالبيع مثلاً أو واقعة مادية كالعمل غير المشروع"².

"ولأن تحديد نطاق الإثبات بهذا النحو يؤدي إلى نتيجة حتمية وهي أن كل ما يثبت عن طريق القضاء يصبح حقيقة قضائية واجبة الاحترام وهذا ما يعرف بحجية الأمر المقضي فيه"³.

الفرع الثاني: أهمية الإثبات

تتبع أهمية الإثبات أن الحق المتنازع فيه يتوقف مصيره على قدرة مدعيه على إثباته فالحق الذي يعجز مدعيه على إثبات مصدره يصبح هو والعدم سواء.

إذ لا يجوز للشخص أن ينتصف لنفسه بنفسه، وعليه يجب أن يقدم الدليل على الحادث المنشئ للحق المدعى به أمام القضاء.

جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري الخاص بنصوص الإثبات الملغاة أن

¹- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، مرسوم اشتراعي، رقم 90-83، الجريدة الرسمية رقم 40 الصادرة بتاريخ 06-10-1983.

²- أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 1.

³- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 10.

الحق يتجرد من قيمته ما لم يقدّم الدليل على الحادث المبتدئ له، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً¹. والواقع أن الدليل هو قوام الحق ومعقد النفع به، فهو إذن روح الحق وباعث الحياة فيه. ولقد قيل في هذا الدليل أيضاً أن الدليل هو قوة الحق².

كذلك إن الحق قد يكون موجوداً من الناحية الواقعية، لكنه كالميت من الناحية القانونية لعدم توفر الدليل القانوني لإثباته.

إن هذه الأهمية التي تحظى بها قواعد الإثبات المشتتة بين القانون المدني الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وبعض القوانين الخاصة، لو صنفت مع باقي قواعد القانون فإنها تتخذ مكان الصدارة بينها، لدى بات من الضروري تنظيم أحكامها.

المطلب الثاني: التنظيم القانوني للإثبات

أن الحقيقة القضائية الواجبة الاحترام يمكن لها أن تتقارب أو تتباعد عن الحقيقة الواقعية، كما يمكن لهما أن يتفقان كليةً أو يتعارضان أيضاً، لذا وجب أن يقوم التنظيم القانوني للإثبات على عاملين أساسيين هما العدالة واستقرار التعامل، ولقد دأبت الشرائع القديمة في تنظيم الإثبات على نظامين أساسيين هما نظام الإثبات المطلق الحر (الفرع الأول)، ونظام الإثبات المقيد القانوني (الفرع الثاني). أما التشريعات الحديثة وخاصة العربية منها فقد اتخذت نظاماً وسطاً بين كلا النظامين أو المذهبين وهو نظام الإثبات المختلط (الفرع الثالث)، وسوف نتطرق للنظام الذي أخذ به المشرع الجزائري (الفرع الرابع).

الفرع الأول: نظام الإثبات المطلق أو الحر

يرتكز هذا النظام على عدم تحديد القانون طرق للإثبات ويعطي القاضي حرية تكوين اعتقاده من أي دليل، كما يمكن له أن يحكم بعلمه الشخصي كذلك الخصوم فلهم مطلق الحرية في تقديم الدلائل التي من شأنها إقناع القاضي.

إن هذا النظام يمنح دوراً إيجابياً للقاضي في الإثبات فله أن يسلك جميع السبل للوصول إلى الحقيقة، إن هذا المذهب يكفل تطابق الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية³.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 11.

² - علي أحمد الجراح، قواعد الإثبات بغير الكتابة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 8.

³ - المرجع نفسه، ص 9.

لكن هذا التطابق وفي حالات كثيرة يكون على حساب استقرار التعامل، ذلك أن القاضي بشر وليس مأمون من الجور والتحكم، إن هاته السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة للقاضي لا شك أنها تختلف من قاضٍ لآخر مما يولد عدم الاطمئنان لدى المتقاضين فيما يكون لهم من أدلة إثبات على حقوقهم، كما يشجع المماطلين على المنازعة مما يعصف بالثقة والاستقرار في التعامل¹.

الفرع الثاني: نظام الإثبات المقيد أو القانوني

إن موقف القاضي في هذا النظام سلبياً قاصراً على ما يقدمه الخصوم من أدلة والتي حددها المشرع تحديداً دقيقاً، بحيث لا يستطيع القاضي أن يساهم في جمع الأدلة ولا أن يحكم بعلمه الشخصي ولا يستطيع أن يقدر قيمة الدليل أيضاً، مما يجنب الخصوم تعسفه وجوره، إن الدور المحوري في العملية القضائية في ظل هذا النظام يكون لحرفية النصوص القانونية وبهذا يطمئن الخصوم لأدلتهم وتستقر المراكز القانونية والتي ربما تكون على حساب العدالة.

إن باب الاجتهاد مغلق في وجه القاضي في ظل هذا النظام فلا يبحث ولا يتقصى مما يؤثر في ذكائه المهني وإبداعه وتطوره، إن هذا النظام يجعل القاضي كما قال الأستاذ تسيبيه "نوع من الآلة الميكانيكية والتي تقدم لها مواد القضية لتستخرج منها بعد ذلك حكماً"². إن الحقيقة القضائية قد تتباعد عن الحقيقة الواقعية في ظل هذا النظام كما يمكن لهما أن يتعارضا كليةً.

الفرع الثالث: نظام الإثبات المختلط

يجمع هذا النظام مزايا النظامين السابقين ويطرح ما فيهما من مساوئ، لدى يسمى بهذا الاسم (مختلط) بحيث يكون للقاضي في هذا النظام قدراً من الحرية في تقدير الأدلة المحددة قانوناً والتي لم يحدد لها القانون قوة معينة ويبنى عليها اعتقاده دون معقب³، ولقد أخذت بهذا النظام جل الشرائع العربية.

الفرع الرابع: النظام الذي أخذ به المشرع الجزائري

أخذ المشرع الجزائري بالمذهب المختلط في إثبات التصرفات المدنية مقتدياً بنظيره الفرنسي، كما نظم قواعد الإثبات الموضوعية في الباب السادس من الكتاب الثاني من القانون المدني بعنوان إثبات الالتزام كما نظم القواعد الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أيضاً.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 14.

² - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 6.

³ - علي أحمد الجراح، مرجع سابق، ص 11.

والملاحظ على هذا النظام (المختلط)، المتبع من طرف المشرع الجزائري أنه يقارب بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، فهو يحقق اعتبارين، اعتبار العدالة واعتبار استقرار التعامل، ويوازن بينهما بما أفسح للقاضي من حرية في تقدير الأدلة المحددة قانوناً¹.

المبحث الثاني: القواعد الموضوعية للإثبات

إذا كان الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق والإجراءات المحددة قانوناً على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها، فإن محل الإثبات ينصب على تلك الواقعة القانونية ولا يتعدى إلى الأثر الذي يربته القانون.

إن الخصم مطالب بإقامة الدليل على وجود أو صحة الواقعة فقط، أما القاضي فيكون دوره تطبيق القانون على تلك الواقعة.

المطلب الأول: محل الإثبات

سوف نبين في هذا المطلب محل الإثبات والذي ينصرف إلى مصدر الحق المدعى به وليس الحق ذاته كذلك ينصرف إلى الواقع لا القانون.

الفرع الأول: محل الإثبات مصدر الحق لا الحق ذاته

عادة ما يكون موضوع النزاع حول وجود حق أو زواله أو إلحاق وصف به وعلى الخصم أن يثبت هذا الحق سواء كان التصرف قانونياً أو واقعة مادية².

كذلك قد يكون مصدر الحق فكرة مجردة تستعصي على الإثبات خاصة عندما يكون مصدر الحق عملاً غير مشروع، في هذه الحالة فإن فكرة الخطأ أو العمل غير المشروع هي فكرة مجردة أيضاً، لذلك وجب نقل محل الإثبات من هذه الفكرة إلى الوقائع والأعمال التي يمكن أن يستدل منها على تحقق فكرة الخطأ المشار إليها³، وعليه فمفهوم الواقعة القانونية يتعلق بكل حدث أو أمر يقع بصفة طبيعية أو اختيارية يرتب عليها القانون أثراً، إما إنشاء للحق أو تعديله أو انقضاءه والواقعة القانونية على نوعين: أولاً/ واقعة مادية: قد تكون طبيعية كالولادة مثلاً أو فيضان يشكل قوة قاهرة، وقد يكون من فعل الإنسان كعمل غير مشروع.

¹ - علي أحمد الجراح، مرجع سابق، ص 12.

² - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 47.

³ - المرجع نفسه، ص 48.

ثانياً/ التصرف القانوني: هو اتجاه الإدارة إلى إحداث أثر قانوني معين، هذا التصرف قد يكون من جانبين كعقد البيع وقد يكون من جانب واحد كالوصية. إن لهذه التفرقة أهمية بالغة في مجال الإثبات، فالوقائع المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات فهي غالباً ما تقع دون سابق توقع أو إنذار. أما التصرفات القانونية فإن أصل إثباتها هو الكتابة فيتعين بالنسبة لها تهيئة الدليل مسبقاً، ولا يجوز إثباتها بغير ذلك إلا استثناءً.

الفرع الثاني: محل الإثبات هو الواقعة القانونية

كقاعدة عامة فإن القانون ليس محلاً للإثبات، إن مهمة الخصم تقتصر على إقامة الدليل على وجود أو صحة واقعة معينة، وأما الأثر القانوني المترتب فلا يكون محلاً للإثبات وإنما يرجع شأنه إلى المحكمة المعروض عليها النزاع، إذا فقواعد الإثبات لا تكون محلاً للإثبات، لكن قد يعمد الخصم إلى تفسير القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع المعروض محاولاً كل خصم إقناع القاضي بالتفسير الذي يراه متفقاً ومصالحته، ولكن هذا من صميم عمل القاضي وله القول الفصل في الأخذ بما يدلي به الخصوم وهو خاضع في تفسيره وتطبيقه إلى رقابة المحكمة العليا، هذا كل ما جاءت به القاعدة إلا أن تطبيقها يثير بعض الإشكالات سواءً بالنسبة للقانون الأجنبي أو بالنسبة للعرف أو بالنسبة للعادة الاتفاقية¹.

أولاً/ القانون الأجنبي: في النزاعات التي يشوبها عنصراً أجنبياً قد تقضي قواعد الإسناد بتطبيق قاعدة قانون أجنبي على النزاع حيث يثار التساؤل هل يفترض في القاضي المطروح أمامه النزاع العلم بالقانون الأجنبي أم لا؟ أم يأخذ القانون الأجنبي حكم الواقع حيث يكون على الخصم إثباته؟ في هذا الصدد سار القضاء الفرنسي على أن مبدأ علم القاضي بالقانون لا ينصرف إلى القانون الأجنبي، وأن قواعد هذا القانون تأخذ حكم الواقع، وعلى الخصوم إثباتها. لم يسلم هذا الاجتهاد من نقد الفقهاء لأنه يغفل في نظرهم طبيعة القواعد القانونية في القانون الأجنبي لأنها بأي حال من الأحوال لا تفقد طبيعتها وتتحول إلى وقائع².

¹ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ص 53-54.

² - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 16.

كذلك فعل المشرع الجزائري عندما نص في المادة 23 مكرر ق م ج بقوله "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه"¹.

حيث يبدو ومن خلال نص المادة أن المشرع الجزائري متأثراً بنظيره الفرنسي في تعامله مع القانون الأجنبي، بأن يأخذ هذا الأخير حكم الوقائع، ولا يفترض علم القاضي به، أما إذا كان عالماً به فيعفي الخصوم من إثباته.

يلاحظ أيضاً أن علم القاضي بمضمون القانون الأجنبي لا يعتبر علماً بواقعة من الوقائع الخاصة بطرفي النزاع، وإنما هي من قبيل الواقعة العامة، يجوز للقاضي أن يجري علمه الشخصي في شأنها². كما قد يحدث أن يتعذر إثبات القانون الأجنبي ويصادف ذلك عدم علم القاضي به (بمضمونه) في الفرض أوجب القانون على القاضي الفصل في النزاع وفق قانونه.

ثانياً/ العرف: يعرف بأنه اطراد الناس على متابعة سلوك معين واستقرار الإيمان في نفوسهم بالزامية هذا السلوك فللعرف ركنان، ركن مادي وركن معنوي.

والعرف هو المصدر الثالث للقانون حسب ما جاء في نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية.

والأصل أن القاعدة العرفية في منزلة القاعدة القانونية، من حيث إفتراض علم القاضي بها، كما يخضع القاضي في تطبيقها إلى رقابة المحكمة العليا.

غير أنه لما كانت القاعدة العرفية غير مكتوبة فإن لصاحب المصلحة في التمسك بها أن يسارع إلى إثباتها ولو لم يطلب منه ذلك³.

هذا في حالة ما إذا كانت القاعدة العرفية عامة، أما إذا كان العرف محلياً أو مهنياً فلا يعقل أن يفترض علم القاضي به أي أن العرف المحلي يأخذ حكم الوقائع وعلى الخصوم إثباته⁴.

¹ - الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 29 رمضان 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن ق م ج، المعدل بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق لـ 20 يوليو 2005، ج ر ج ج، ع 44، سنة 42 مؤرخة في 29 جمادى الأولى 1426 الموافق لـ 26 يوليو 2005.

² - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 56.

³ - المرجع نفسه، ص 59.

⁴ - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 14.

ثالثاً/ العادة الاتفاقية: تستمد العادة الاتفاقية قوتها من إرادة المتعاقدين على أعمالها صراحة أو ضمناً، ومن ثم فإن إثباتها يقع على المتمسك بها، كما لا يجوز للقاضي أن يقضي بها بعلمه الشخصي فإذا نازع أحد الخصوم في وجودها كان على الخصم أن يثبت قيامها المادي ومضمونها.

الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات

يتعين أن تتوافر في الواقعة القانونية المراد إثباتها الشروط التي تؤمن لها صلاحية إظهار الحقيقة لم يُعرف المشرع الجزائري محل الإثبات ولم يُبين شروطه تاركاً المجال للفقهاء والاجتهاد، وبالرجوع للقوانين المقارنة وخاصة القانون المصري واللبناني نجدتها نصت على بعض الشروط والبعض الآخر فرضتها طبيعة الأشياء.

وجاء في نص المادة الثانية من قانون الإثبات المصري ما يلي "يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى، منتجة فيها، جائزاً قبولها"¹.

أولاً/ يجب أن تكون الواقعة محل نزاع: فإن لم تكن كذلك وكان الخصم مسلم بها أو كان القانون قد ألقى الخصم من عبء إثباتها كافتراض الحائز هو المالك، ففي مثل هذه الحالة لا يجوز تكليف المدعي بعبء إقامة الدليل عليها².

ثانياً/ يجب أن تكون الواقعة محددة: إن الواقعة القانونية الغير محددة تبقى مجهولة، وجعلها يجعلها غير قابلة للإثبات، فإذا طالب شخص شخصاً آخر بدين أمام القضاء يتعين عليه إثبات مصدر هذا الدين فإذا ادعى مصدره عقد يتعين عليه تحديد هذا العقد تحديداً كافياً نافياً للجهالة.

ثالثاً/ أن تكون الواقعة القانونية متعلقة بالدعوى: بحيث تكون متصلة بموضوع النزاع اتصالاً وثيقاً وتكون كذلك إذا انصب الإثبات على الواقعة التي هي مصدر للحق المطالب به، وهذا ما يعرف بالإثبات المباشر، أما في حالة الإثبات الغير مباشر أي إثبات واقعة أخرى ليست قريبة من الواقعة الأصلية بل متصلة بها اتصالاً وثيقاً، وهذا الاتصال الوثيق يجعلها متعلقة بالحق المطالب به، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 499 من القانون المدني الجزائري بقولها "الوفاء بقسط من بدل الإيجار قرينة..." وكذلك تقديم المستأجر مخالصات على الشهور اللاحقة للشهر المطالب به.

رابعاً/ أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى: حيث يتوافر بها أحد عناصر الإقناع ولو لم يكن حاسم في محل النزاع، وكل واقعة منتجة في الدعوى تكون قطعاً متعلقة بها والعكس غير صحيح، فكل واقعة

¹ - قانون الإثبات المصري في المواد المدنية والتجارية، رقم 25 لسنة 1968، المعدل بالقانون 23 لسنة 1992 والقانون 18 لسنة 1999.

² - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 19.

متعلقة بالدعوى ليست بالضرورة منتجة فيها، حيث ينبغي على هذا الشرط أنه يجوز للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات متى رأت أنه غير منتج¹.

خامساً/ يجب أن تكون الواقعة جائزة القبول: يقصد بهذا الشرط ألا تكون الواقعة ممنوع إثباتها

قانوناً، هذا المنع قد يكون لأسباب تتعلق بالنظام العام وحسن الآداب وقد يكون متعلق بالصياغة الفنية.

1- المنع الأول: يتعلق بالنظام العام وحسن الآداب فقد منع المشرع إثبات دين القمار مثلاً وكذلك التصرف في تركة إنسان على قيد الحياة.

2- المنع الثاني: يتعلق بالصياغة الفنية فقد منع المشرع إثبات عدم صحة حكم قضائي لمخالفة ذلك لحجية الشيء المقضي به، كذلك توجد بعض الحالات تكون فيها الواقعة القانونية جائزة الإثبات ويكون الدليل غير جائز، فقد يمنع المشرع الإثبات بدليل معين أو لا يجيز الإثبات إلا بدليل معين².

- فقد يمنع المشرع الإثبات بدليل معين كما هو الشأن بالنسبة للتصرفات القانونية المدنية متى جاوزت نصاباً معيناً فلا يجوز إثباتها بشهادة الشهود إلا استثناءً.

- وفي حالة أخرى يجيز المشرع الإثبات بالشهادة ومع ذلك يمنع شهادة شاهد، كالطبيب والمحامي لاتصالهما بالواقعة³.

المطلب الثاني: أشخاص الإثبات

رأينا سابقاً أن الإثبات يقوم به الخصوم في ساحة القضاء وتبعاً لذلك فإن أشخاص الإثبات هم القاضي والخصوم لذلك وجب علينا بيان دور كل منهم.

الفرع الأول: دور القاضي في الإثبات

إن ما يتأثر حتماً بالنظام المتبع في الإثبات هو مبدأ حياد القاضي لدى عرض لهذا المبدأ ثم نبين بعد ذلك دور القاضي في القوانين الحديثة.

أولاً/ مبدأ حياد القاضي: ليس المقصود بهذا المبدأ عدم تحيز القاضي لأن عدم تحيزه مفروض بدهاة وأبداً في الأنظمة القضائية وإنما المقصود أن يقف القاضي موقفاً سلبياً من كلا الخصمين على

¹- أنور سلطان، مرجع سابق، ص 19.

²- نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 63.

³- المرجع نفسه، ص 64.

السواء فلا يقضي بعلمه الشخصي¹ ولا يتدخل تدخلاً إيجابياً في توجيه الدعوى أو تغيير موضوعها أو سببها²، فهو يتلقى فقط الأدلة كما قدمها الخصوم.

إن السماح للقاضي بالحكم بعلمه الشخصي يتعارض مع مسألتين:

1- المسألة الأولى: سلطة القاضي في ترجيح الأدلة يؤدي إلى شل هذا التقدير لأنه لا يقتنع إلا بالدليل الذي يتفق وعلمه الشخصي.

2- المسألة الثانية: هي مسألة حق الخصوم في مناقشة الدليل ولو أجاز للقاضي الحكم بعلمه الشخصي فإن لكل خصم أن يناقش هذا الدليل وهذا ما يؤدي إلى أن ينزل القاضي منزلة الخصوم فيصبح خصماً وحكماً، لا يعد من قبيل قضاء القاضي بعلمه الشخصي ما قد استقاه من خبرته بالشؤون العامة والتي يفترض في الكافة العلم بها³.

ثانياً/ دور القاضي في القوانين الحديثة: رأينا فيما سبق أن القاضي يقف موقفاً سلبياً من الخصوم، فلا يقضي بعلمه الشخصي وهذا يتجلى بوضوح في ظل نظام الإثبات المقيد.

وعلى خلاف ذلك استقرت القوانين الحديثة على إعطاء القاضي دوراً إيجابياً بمنحه سلطة غير مقيدة خلال سير الدعوى إظهاراً للحقيقة وسدا لباب الحيلة أمام طلاب الكيد وهواة المماطلة⁴.

ومن الأمثلة العملية التي تبرز دور القاضي ما نصت عليه المادة 126 إ م و إ ج بقولها "يجوز للقاضي ... والتي يراها ضرورية ... اقتضى الأمر ذلك"⁵.

كذلك المادة 201 إ م و إ ج "يمكن للقاضي ..."

وكذلك المادة 340 ق م ج حيث نصت بقولها "يترك لتقدير القاضي استتباط ...، التي يجيز فيها الإثبات بالبينة"، وبذلك لم يعد للقاضي دوراً سلبياً محضاً بل أصبح إيجابياً بالقدر الذي يمكنه من الوصول إلى تطابق الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية ولو نظرياً.

¹ - «un juge peut-il suivre la connaissance personnelle qu' il a d un fait plutôt que le résultat des preuves acquises pendant la procédure» M.D. Dalouz Et M.Armnd Dalloz, Son Frère, Jurisprudence Générale Répertoire Méthodique Et Alphanétique De Légalisation De Doctrine Et De Jurisprudence, En Matière De Droit Civil, Criminel, Administratif De Droit Des Gens .Et De Droit Public .Tome Trente – Sixième, Paris 1856, p 888.

² - علي أحمد الجراح، مرجع سابق، ص 13.

³ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 41.

⁴ - المرجع نفسه، ص 42.

⁵ - القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير لسنة 2008 يتضمن ق إ م إ ج، ج ر ج ج، ع 21، مؤرخة في 23-04-2008.

الفرع الثاني: حق الخصوم في الإثبات

يتقرر حق الخصوم في الإثبات كما يلي:

أولاً/ مبدأ الوجاهية: إذا كان الإثبات واجباً بأن يكون على الخصم إقامة الدليل على ادعائه فله الحق في الحصول على كامل طلباته، ولا يستطيع القاضي أن يحجب عنه هذا الحق وإلا كان حكمه مشوباً بعيب يستوجب نقضه.

في المقابل يكون للخصم الآخر (المدعى عليه) حق إثبات عكس هذه الواقعة أي حق نفيها أو طلب استبعادها إذا لم تتوفر شروطها كمحل الإثبات، سواءً كان إثباتاً سلبياً أو إيجابياً، وإلا كان القاضي مخلاً بحق الخصم في الدفاع¹.

وتطبيقاً لذلك تنص المادة الثالثة من ق إ م إ ج "يستفيد الخصوم اثناء سير الخصومة من فرص متكافئة... يلتزم الخصوم والقاضي..."

كذلك نصت المادة 23 ق إ م إ ج بما يلي "يتبادل الخصوم المستندات المودعة ... ويحدد أجل وكيفية ذلك الإبلاغ".

إن الخصومة ملك للخصوم فهي بينهما سجال لذلك يتسع نطاق حق الخصوم في الإثبات ليشمل كافة الوسائل المحددة قانوناً وصولاً إلى الأثر القانوني.

وعليه يحق للخصم مطالبة خصمه في حالات معينة أن يقدم ما تحت يده من أوراق (مستندات) كما يحق له طلب توجيه اليمين إليه أو رده، ونفي جميع الأدلة المقدمة من طرف خصمه ورغم ذلك فإن لحق الخصوم في الدعوى حدود يتقيدون بها².

ثانياً/ حدود حق الخصم في الإثبات: يتقيد حق الخصم في الإثبات بالطرق والإجراءات والأوضاع المحددة قانوناً حيث:

1- لا يجوز للخصم إثبات بغير الكتابة مثلاً ما لا يجوز إثباته إلا بها.

2- لا يجوز للخصم تجزئة الإقرار.

3- يتقيد حق الخصم في الإثبات بما يتمتع به القاضي من دور في سلطة تقدير الأدلة.

4- يتقيد حق الخصم في الإثبات بمبدأ أساسي وهو لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه، كما لا يجوز إجباره على تقديم دليل ضد نفسه.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 22.

² - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 26.

المبحث الثالث: دعوى العرض وتطبيقاتها

رأينا فيما سبق أن الخصومة ملك للخصوم وعلى الخصم أن يثبت ما يدعيه بالوسائل المحددة قانونياً، وفي سبيل إثبات ادعائه لا يجوز له أن يصطنع دليلاً لنفسه ولو أجزى ذلك لما آمن شخص على نفسه وماله في هذا الصدد نصت المادة 831/1 ق م ج على أنه " ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده، على أنه لا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي يقوم عليه"¹ إذا كان هذا هو المبدأ فإن المشرع الجزائري وفي المادة التجارية قد خرج على القاعدة و ذلك لاعتبارات معينة، حيث نص في المادة 13 ق ت ج بقوله "يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية"².

كذلك قضت محكمة النقض المصرية من أنه "يجوز للخصم أن يستند إلى ورقة صادرة منه إذا كان خصمه قد قدمها هو في الدعوى حيث أنه وبتقديمها يكون قد أقر بصحتها ويجعلها كما لو كانت صادرة منه"³.

كذلك لا يجبر الشخص على تقديم دليل ضد نفسه احتراماً لحريته الشخصية والتي تكفلها جل الشرائع.

إلا أن هذه القاعدة أو المبدأ تصطدم بمبدأ أخلاقي وهو التزام الصدق في القول والفعل مما يستتبع عدم جواز التستر على الحقيقة أو إخفائها في ساحة القضاء.

فإذا امتنع الخصم دون حق عن الاستجابة لطلب خصمه، بأن يقدم مستند في حوزته، أو جعل بفعله إثبات الدعوى مستحيلاً بأن امتنع عن تقديم دليل تحت يده، فإن ذلك مؤداه أن يخسر دعواه، على أن ذلك يعتبر من قبيل التسليم من جانبه بصحة ما يدعيه خصمه، قياساً على المبدأ القائل بأن من جعل بفعله تحقق الشرط الذي عليه التزامه مستحيلاً، فإن القانون يفرض أن الشرط قد تحقق⁴.

ومقتضى هذا القول أنه يجوز إجبار الخصم على تقديم مستند تحت يده حتى ولو كان ضد نفسه ومن باب أولى أن يوجه هذا الطلب إلى شخص آخر غير خصم في الدعوى دون أن يلحقه ضرر.

¹ - الأمر 75-58 المتضمن ق م ج، سابق الذكر.

² - الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 29 رمضان 1395، الموافق لـ 26 يونيو سبتمبر سنة 1975، المتضمن ق ت ج، المعدل والمتمم بموجب القانون 05 - 02 المؤرخ في 6 فيفري 2005، ج ر ج ج، ع 11، مؤرخ في 09 فيفري 2005.

³ - نسيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 26.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات وآثار الإلتزام، ج 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص ص 38-39.

المطلب الأول: دعوى العرض في القوانين المقارنة

لم ينص المشرع الجزائري على دعوى العرض، لكن بالرجوع إلى القانون المقارن وخاصة القانونين الفرنسي والمصري فقد نصا على هذه الدعوى وجعلها لها تطبيقات.

الفرع الأول: دعوى العرض في القانون الفرنسي

تعود فكرة دعوى العرض إلى القانون الروماني ثم انتقلت إلى القانون الكنسي ثم إلى القانون الفرنسي القديم باعتباره وريثاً للقانون الروماني، وقد أخذ تقنين نابليون ببعض تطبيقات هذه الدعوى. وقبل بدعوى العرض في الحالة التي يكون فيها المستند مشتركاً بين الخصمين، واستناداً إلى مصلحة العدالة وفي جميع الحالات التي يكون فيها امتناع الخصم عن تقديم دليل إثبات وتعسف في استعمال الحق، وهذا استناداً على أنه يحق للخصم ألا يقدم دليل ضده نفسه. وقد وضع القانون الفرنسي الحدود اللازمة لاستعمال دعوى العرض فمنع الإلتجاء إليها إذا تعارضت مع ضرورة الحفاظ على الأسرار الأسرية والمهنية.

الفرع الثاني: دعوى العرض في القانون المصري

أخذ المشرع المصري بدعوى العرض على أوسع نطاق حيث جاء في المادة 27 من قانون الإثبات رقم 25 على أن "كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعي حقا متعلقاً به متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به... على أنه يجوز للقاضي أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء..."¹.

أولاً/ نطاق دعوى العرض في القانون المصري: نبين هذا النطاق من حيث الموضوع ثم من حيث الأشخاص وأخيراً من حيث الأهداف.

1- من حيث الموضوع: تتصرف هذه الدعوى إلى المستندات والأوراق وكذلك الأشياء لأن عبارة النص جاءت مطلقة.

2- من حيث الأشخاص: من جهة من يوجه إليه طلب العرض فهو كل شخص يكون حائزاً أو محرراً للأشياء والمستندات المطلوب عرضها على القضاء يستوي هذا الشخص أن يكون خصماً في الدعوى أو لم يكن كذلك، ويستوي أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 29.

أما من جهة طالب العرض فقد يكون هذا الشخص هو الخصم ولكن لا يوجد ما يمنع القاضي من أن يأمر بعرض الشيء أو المستند على القضاء.

3- من حيث الهدف: يهدف طلب العرض إلى التحقق من وجود الحق المدعى به أو تحديد مداه ويستوي هذا الحق أن يكون عينيا أو شخصا المهم أن يكون متعلق بشيء أو بسند يحوزه أو يحرزه من وجه له طلب العرض¹.

ثانياً/ حدود سلطة القاضي حيال دعوى العرض: لما كانت هذه الدعوى تشغل حيزا واسعا سواء من حيث موضوعاتها أو من حيث الأشخاص وكذلك تتوع أهدافها فلقد قرر المشرع سلطة تقديرية واسعة لقضاة الموضوع حيالها.

المطلب الثاني: تطبيقات خاصة لدعوى العرض في القانون المصري

إلى جانب دعوى العرض في شكلها العام كما رأينا سابقا توجد تطبيقات خاصة لها منصوص عليها في قانون الإثبات رقم 25 مصري وذلك في مجال إلزام الخصم أو الغير بتقديم ما تحت يده من أوراق.

الفرع الأول: إلزام الخصم بتقديم ما تحت يده من مستندات:

نصت المادة 20 ق إثبات مصري على أنه "يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه..."².

أولاً/ الحالة الأولى: إن كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه، وذلك ما جاء في نص المادة 16 ق تجاري مصري³.

ثانياً/ الحالة الثانية: إذا كان المحرر مشتركا بين الخصوم، حيث يكون عادة في التصرفات القانونية المحررة مثبتا للالتزامات وحقوق متبادلة.

ثالثاً/ الحالة الثالثة: أن يستند الخصم إلى المحرر في أي مرحلة من مراحل الدعوى، حيث نصت المادة 25 ق إثبات مصري رقم 25 على أنه "إذا قدم الخصم محررا للاستدلال..."⁴.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 31.

² - المرجع نفسه، ص 36.

³ - المرجع نفسه، ص 38.

⁴ - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 27.

الفرع الثاني: إلزام الغير بتقديم ما تحت يده من مستندات

هذا الفرض نصت عليه المادة 26 ق إثبات مصري بقولها "يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى..."¹. لتحقيق هذا الفرض يجب أن تكون الورقة او المستند منتج في الدعوى ويكون موجود تحت يد شخص آخر خارج عن الخصومة يستوي أن يكون شخص طبيعي أو معنوي (دائرة حكومية) فإن المحكمة تأذن بإدخال الغير في الخصومة حسب ما هو منصوص عليه قانونا لإلزامه بتقديم ما تحت يده خدمة للعدالة، كذلك للمحكمة أن ترخص للخصم باستخراج المستند الموجود في دائرة حكومية وتمكنه من صورة رسمية للمستند إذا كانت الجهة الحكومية ترفض إعطائه هذه الصورة.

المبحث الرابع: عبء الإثبات و النظام العام

إن تحديد من يقع عليه عبء الإثبات من الخصوم، أمر بالغ الخطر على سير الدعوى وفي نتائجها، لذلك تولى المشرع بنفسه في القانون المدني وضع القاعدة التي تعين من يقع عليه عبء الإثبات حيث جاء في نص المادة 323 ق م ج "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"². إن نص المادة 323 ق م ج يسري على جميع أنواع الروابط القانونية لا على الروابط المالية فقط كذلك ينبغي ألا يفهم من هذا النص أنه قاصر على الالتزامات فقط، بل ينصرف إلى أي طلب أو دفع كما ينصرف أيضا إلى الحقوق العينية، إذا فالمبدأ "البينة على من ادعى".

المطلب الأول: توزيع عبء الإثبات

سبق أن قلنا إن المبدأ هو البينة على من ادعى، والتي تستوي مع القاعدة الفقهية في الإثبات، التي تنص على البينة على من ادعى خلاف الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا أو فرضا، نعرض بإيجاز إلى تطبيقات القاعدة³.

الفرع الأول: الإدعاء خلاف الثابت أصلا

فيما يتعلق بالالتزام أو ما يعرف بالحقوق الشخصية فالأصل هو براءة الذمة، فإذا ادعى شخص له دين على آخر وجب عليه إقامة الدليل على دعواه بإثبات مصدر الدين، فإذا عجز عن ذلك رفضت دعواه، أما المدعى عليه فلا يكلف بأي إثبات لأنه متمسك بالوضع الثابت أصلا وهو براءة الذمة.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق ص 39.

² - الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، سابق الذكر.

³ - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 21.

الفرع الثاني: الإدعاء خلاف الثابت عرضاً

إذا نجح المدعي في إثبات مصدر الدين وأثبت بان المصدر كان قرض أو عقد بيع مثلاً فإن الوضع الثابت أصلاً ينتفي ويحل محله الوضع الثابت عرضاً وهي المديونية، أما إذا دفع المدين ببراءة ذمته وأن الدين قد انقضى بالوفاء أو بغيره كالتقادم حينئذ يكون المدين مدعياً على خلاف الوضع الثابت عرضاً ويقع عليه عبء إثبات الدين طبقاً لقاعدة أن "صاحب الدفع مدع"¹.

الفرع الثالث: الإدعاء خلاف الثابت ظاهراً

إن الأصل في الحقوق العينية هو الأمر الظاهر فمن يضع يده على الشيء يعتبر صاحب حق عليه ومن هنا ظهرت قاعدة أن الحيازة في المنقول سند الملك، فمن يدعي خلاف الظاهر أن يقيم الدليل على إدعائه².

الفرع الرابع: الإدعاء خلاف الثابت فرضاً

إفترض المشرع الجزائري أوضاعاً عن طريق إنشاء قرائن قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس حيث أقامها لصالح المدعى حتى يعفيه مؤقتاً من تحمل عبء الإثبات جاء في المادة 337 ق م ج "القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة..."³.

المقصود بالقرينة القانونية في نص هذه المادة القرينة القانونية البسيطة وليست القرينة القاطعة، لأن هذه الأخيرة لا يستطيع إثبات عكسها إلا في حالات خاصة.

إن القرينة القانونية ليست دليلاً من أدلة الإثبات وإنما هي قاعدة يعفى بها المشرع المدعى في ظروف معينة من عبء الإثبات⁴، ويعتبر مدعياً بأمر ثابت فرضاً.

حيث يتم إلقاء عبء الإثبات على من يدعي خلاف هذا الأمر وهو الادعاء خلاف الثابت فرضاً. جاء في نص المادة 499 ق م ج المعدلة "الوفاء بقسط من بدل الإيجار يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك"⁵.

¹ - الأمر 75-58 المتضمن ق م ج، سابق الذكر.

² - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 22.

³ - الأمر 75-58 المتضمن ق م ج، سابق ذكر.

⁴ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 24.

⁵ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 24.

والملاحظ من خلال ما تقدم أن عبء الإثبات يتقازفه الخصمان، حتى يعجز أحدهما عن رده على الآخر فيحكم لخصمه.

إن عبء الإثبات يوزع عملاً بين الخصمين، كل منهما يقدم ما يؤيد دعواه وقد يحدث أن يقدم أحد الخصمين دليلاً فيفنده الخصم الآخر ويطوعه دليلاً لصالحه¹.

المطلب الثاني: قواعد الإثبات والنظام العام

لازالت فكرة النظام العام تستعصي على الباحثين من حيث إمكانية وضع تعريف جامع مانع لها ذلك أن فكرة النظام العام فكرة مطاطة مرنة تأبى التحديد ووضعها في قالب محدد يعين العاملين والباحثين في هذا المجال².

ولكونها متغيرة وغير ثابتة وفي تطور مستمر ارتأينا أن نحيطها بقدر من الاهتمام بيننا من خلاله ولو مؤقتاً هذه الفكرة وكذلك علاقتها بقواعد الإثبات.

الفرع الأول: فكرة النظام العام في القانون الجزائري

لم يورد المشرع الجزائري تعريفاً لفكرة النظام العام تغنياً عن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع ولكن وردت الإشارة إليها في العديد من نصوص القانون المدني وكذلك الاجتهاد القضائي.

أولاً/ النظام العام في نصوص القانون المدني: نص القانون المدني الجزائري على فكرة النظام العام في العديد من مواده. حيث جاء في نص المادة 344 ق م ج بقولها "لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام...".

كذلك نصت المادة 93 ق م ج المعدلة بقولها "إن كان محل الإلتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً"³.

ثانياً/ فكرة النظام العام في الاجتهاد القضائي الجزائري: كان للاجتهاد القضائي الجزائري دوره في محاولة ضبط مصطلح النظام العام ومثال ذلك ما ورد في حيثيات قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1982/01/17 " لفظ النظام يعني مجموع القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي

¹ - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 24.

² - عامر أحمد البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، ط 1، 2008، ص 129.

³ - الأمر 75-58 المتضمن ق م ج، سابق الذكر.

والواجب توافرها كي يستطيع كل ساكن ممارسة جميع حقوقه الأساسية عبر التراب الوطني في إطار حقوقه المشروعة"¹.

ومع ذلك ورغم كل المحاولات تبقى فكرة النظام العام فكرة مرنة مستمرة في التطور، فما هو النظام العام في زمن معين ليس بالضرورة من النظام العام في زمن آخر، كما أن قواعد هذه الفكرة منها ما هو إجرائي ومنها ما هو موضوعي كذلك من القواعد ما هو حمائي وما هو توجيهي.

الفرع الثاني: وظيفة قواعد الإثبات والنظام العام

تنقسم قواعد الإثبات من حيث وظيفتها إلى قسمين: قواعد إجرائية (أولاً)، وأخرى موضوعية (ثانياً) أولاً/ القواعد الإجرائية وعلاقتها بالنظام العام: تعتبر هذه القواعد من النظام العام لأنها متعلقة بنظام التقاضي وتسري من وقت العمل بها على جميع الدعاوى القائمة، كما لا يجوز للمحكمة أو الخصوم المساس بإجراءات التقاضي التي فرضتها هذه النصوص فهذه القواعد إذن قواعد أمر لا يجوز للخصوم الاتفاق على ما يخالفها.

ثانياً/ القواعد الموضوعية وعلاقتها بالنظام العام: تتعلق هذه القواعد أساساً بتحديد محل الإثبات وطرقه وعبئه فلا تعد من النظام العام لأنها جاءت لحماية حق الخصوم وإذا كان الفرد يملك أن يتنازل عن حقه أو يعدل فيه فمن الطبيعي جداً أن يملك ما تعلق بإثباته فالدليل على الحق لا يعلو على الحق ذاته، إلا أن يكون القانون قد حد من حرية الشخص في هذا الشأن بنص أمر².

¹ - وردة مراح، الحسبة في حفظ النظام العام، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، الشريعة والقانون، كلية

العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005، ص 189.

² - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 33.

الفصل الأول

الفصل الأول: وسائل الإثبات ذات القوة المطلقة

الوسائل ذات القوة المطلقة في الإثبات هي الوسائل التي تصلح لإثبات جميع الوقائع، سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية، وأياً كانت قيمة الحق المراد إثباته، ولا يوجد من الوسائل التي ندرسها ما هو ذو قوة مطلقة في الإثبات على هذا النحو إلا الكتابة، فهي تصلح لإثبات جميع الوقائع المادية والتصرفات القانونية مهما بلغت قيمة الحق، ولم يكن للكتابة هذا المقام من قبل ولكن القوانين الحديثة بعد إنتشار التعليم أصبحت تُغلبها على باقي وسائل الإثبات الأخرى.

فالكتابة دليل إثبات يُمكن إعداده مقدماً منذ نشوء الحق، دون إنتظار المُخاصمة فيه وقد فرضها القانون في الأحوال التي يُمكن إعادتها مُسبقاً، وهي الأحوال التي يكون فيها مصدر الحق المُطالب به عُقوداً، والعقد إتفاق إرادتين يتيسرُ إعداد كتابته لإثباته من وقت التعاقد، أما الوقائع الطبيعية والأعمال المادية والأعمال القانونية الصادرة من جانب واحد فهذه لا يتيسرُ للمُدعي عند وقوعها إعداد كتابته لإثباتها.

وقد قسمنا هذا الفصل إلى أربعة مباحث حيثُ تطرقنا في المبحث الأول للكتابة الرسمية، أما في المبحث الثاني تناولنا فيه الكتابة العرفية المُعدة للإثبات، بينما تطرقنا في المبحث الثالث للكتابة العرفية غير المُعدة للإثبات أو كما يسميها الفقهاء بالأوراق والمستندات الأخرى أو الأوراق غير الموقع عليها، وأخيراً المبحث الرابع تناولنا فيه الكتابة في شكلها الحديث (الكتابة الإلكترونية).

المبحث الأول: المُحررات الرسمية

تُعد المُحررات الرسمية من أهم المُحررات المكتوبة، يعهد المشرع بكتابتها إلى موظفٍ عامٍ أو شخصٍ مكلفٍ بخدمةٍ عامةٍ وفي حدودِ سلطتهِ واختصاصه، حيثُ يشترطها في عدةِ تصرُّفاتٍ قانونيةٍ بالنظر لأهميتها ويعتبرها ركناً شكلياً في التصرف القانوني، إذا تخلفت كان هذا التصرف باطلاً ومثاله بيعُ العقار والرهن الرسمي، كما قد يتفق أطراف التصرف القانوني بإرادتهم على إفراغه في شكل رسمي وإعتباره رُكن إنعقاد إذا تخلف كان العقد باطلاً، أو يشترطانها لمجرد الإثبات.

وبالنظر لأهمية هذا النوع من المُحررات التي تتمتع بقوةٍ وحجيةٍ مُطلقةٍ في الإثبات، ستنم دراستها في هذا المبحث من حيث تحديد مفهومها (المطلب الأول)، وشروط صحتها (المطلب الثاني)، ومن حيث حجيتها في الإثبات (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم المُحررات الرسمية

لقد تعددت النصوص القانونية، والتعاريف الفقهية بخصوص المُحررات الرسمية، وعليه يُقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول التعريف القانوني للمحرر الرسمي (الفرع الأول)، ثم التعريف الفقهي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف القانوني

عرفها المشرع الجزائري بنص المادة 324 ق م ج بقوله "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"، أما المشرع المصري فقد عرفها في المادة 10 من قانون الإثبات المصري على أن "المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته"¹، ونصت الفقرة الأولى من المادة 143 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية على أن "السند الرسمي هو الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ضمن حدود سلطته واختصاصه، ما تم على يديه أو ما تلقاه من تصريحات ذوي العلاقة وفق القواعد المقررة".

ومن خلال هذه النصوص القانونية نلاحظ أن مختلف التشريعات المذكورة، قد أجمعت على إعطاء التعريف نفسه للمحرر الرسمي، غير أن المشرع عرف المحرر الرسمي من خلال تحديد شروط صحتها، وهذا ما سنتطرق له في المطلب الثاني.

¹ - قانون الإثبات المصري في المواد التجارية والمدنية، سابق الذكر.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي

قام العديد من فقهاء القانون بوضع تعاريف للمُحررات الرسمية من بينهم الأستاذ بكوش يحيى الذي يُعرفها بأنها "الأوراق التي يقوم موظف عام مختص بتحريرها وفقاً للأحكام المقررة"¹، وعرفها كذلك الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري بأنها "الأوراق التي يقوم موظف عام مختص بتحريرها وفقاً للأوضاع المقررة"²، كما عرفها الدكتور محمد حسين قاسم بأن "المحررات الرسمية هي التي يتولى تحريرها موظف عام مختص بذلك وفقاً للأوضاع القانونية المقررة، ومثالها عقد الزواج وعقد الهبة والرهن الرسمي"³.

وعليه نجد أن التعاريف الفقهية قد أجمعت على أن المحررات الرسمية تندرج تحت تسميتها كل كتابة على دعامة ورقية وتحتوي على توقيع موظف عام مختص يقوم بتحريرها مراعيًا في ذلك الأوضاع المقررة قانوناً.

المطلب الثاني: شروط صحة المحررات الرسمية

بالرجوع إلى نص المادة 324 ق م ج، سابقة الذكر يتضح أن هناك شروط ثلاثة يجب توافرها لصحة المحرر الرسمي، وهي أن يصدر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة (الفرع الأول)، وأن يكون هذا الموظف مختصاً (الفرع الثاني)، وأن يُراعى الموظف العام في كتابته للمحرر الأوضاع المقررة قانوناً (الفرع الثالث)، ثم نتطرق لمعرفة الجزاء المترتب على تخلف الشروط الواجب توافرها لصحة المحرر الرسمي (الفرع الرابع).

¹ - بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط 2، 1988، ص 96.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات أثار الالتزام، مرجع سابق، ص 115.

³ - محمد حسين قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 148.

الفرع الأول: صدور المحرر الرسمي من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة

يتصف المحرر بالرسمية نتيجة صدوره من الموظف العام، بأن يكون هو الذي حرره، وليس من الضروري أن يكون مكتوباً بخطه، بل يكفي أن يكون تحريره صادر باسمه وأن يُوقعه بإمضائه¹ ويثبت فيه نوعين من البيانات.

أولاً/ ما تم على يده: أي أنه يثبت في المحرر الرسمي جميع الوقائع التي وقعت تحت نظره وبمشهد منه، خاصة بالتصرف الذي يوثقه.

ثانياً/ ما تلقاه من ذوي الشأن: أي ما تلقاه من أقوال وبيانات وإقرارات في شأن التصرف القانوني الذي يشهد به المحرر الرسمي، أي ما وقع تحت سمعه.

والتمييز بين هذين النوعين من البيانات، ما وقع تحت بصره، وما وقع تحت سمعه، له أهمية بالغة من ناحية حجية المحرر الرسمي، فالنوع الأول من البيانات له حجية مطلقة إلى حد الطعن بالتزوير، أما النوع الثاني من البيانات يجوز إسقاط حجتيه بإثبات العكس.

والمقصود بالموظف العام²، هو كل شخص معين من الدولة وبحمل جزءاً من مسؤوليتها بعمل من أعمالها، سواء كان هذا العمل مقابل أجر أو دون أجر، وبهذا المعنى فإن مفهوم الموظف العام في القانون المدني أوسع منه في القانون الإداري³، ويختلفان باختلاف المحررات التي يختصون بتحريرها.

الفرع الثاني: أن يكون الموظف العام مختصاً

لا تكفي صفة الموظف العام في كتابة المحررات الرسمية، بل لابد أن تدخل في حدود اختصاصه وسلطته، من حيث الموضوع (أولاً)، ومن حيث المكان (ثانياً)، ومن حيث الزمان (ثالثاً).

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الالتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 116.

² - انظر: نص المادة 02 من القانون 06-01 المؤرخ في 20 فبراير لسنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ج ر ج ج، ع 14، الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006، المعدل و المتمم بالقانون 11-15 المؤرخ في 02 أوت 2011، ج ر ج ج، ع 44. وكذلك انظر في هذا الصدد المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 02-405 المؤرخ في 26/11/2002، متعلق بالوظيفة القنصلية.

³ - بلعيساوي محمد الطاهر، باطلني غنية، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2017، ص ص 49-50.

أولاً/ إختصاص الموظف العام من حيث الموضوع: يختص كل موظف عام بكتابة نوع معين من المحررات الرسمية، فالأحكام من إختصاص القضاة، ومحاضر الجلسات من إختصاص كاتب الضبط، والعقود من إختصاص الموثق، وهكذا.

هذا يعني أن يكون الموظف العام مختصاً نوعياً بتحرير المحرر الذي يُعتد به كدليل رسمي بحيث إذا حرره غير مُختص نوعياً إنتفت عن المحرر صفة الرسمية.

ثانياً/ إختصاص الموظف العام من حيث الزمان: قد تنقضي ولاية الموظف العام بعزله، أو إيقافه أو تحويله أو نقله من مكان إلى مكان آخر، كما أنه لا ولاية للموثق بعد تعيينه وقبل أداء اليمين القانونية طبقاً للمادة 08 من القانون 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن مهنة الموثق¹، وكذلك لا تكون له ولاية قبل إيداع نموذج إمضاءه لدى كتابة ضبط المجلس القضائي الذي يؤدي فيه اليمين القانونية.

ثالثاً/ إختصاص الموظف العام من حيث المكان: لا يكفي في الموظف العام أن يكون مُختصاً من حيث الموضوع ومن حيث الزمان فحسب، بل يجب أيضاً أن يكون مُختصاً من حيث المكان وقد حدد القانون لكل موظف عمومي إختصاص إقليمي لا يجوز له أن يباشر عمله خارجه، ونجد أن المادة 06 من الأمر رقم 70-91 المتضمن قانون التوثيق الملغى، تنص على أنه "يمتد إختصاص الموثق إلى دائرة إختصاص المحكمة التي عُينوا فيها".

غير أنه بصدر القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، والذي نص في مادته الثانية في فقرتها الأولى أنه "تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق...، يمتد إختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني"، أصبح يطرح عدة إشكالات قانونية، حول مدى الإختصاص الإقليمي للموثق، هل هو إختصاص وطني، يشمل جميع ثراب الدولة، أم هو إختصاص محلي ينحصر في حدود إقليم دائرة محكمة التعيين؟ وهل يجوز للموثق الانتقال خارج إقليم الإختصاص لأجل توثيق العقود الرسمية؟ للإجابة على هذه الأسئلة، وبالنظر لغموض نص المادة الثانية من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق سابق الذكر، وكذلك نظراً لشح الاجتهاد القضائي الوطني بخصوص هذه المسألة، يتحتم علينا الرجوع إلى القوانين المقارنة خاصة منها القانون الفرنسي حيث نجد أن

¹ - القانون رقم 06-02 المؤرخ في 27 محرم 1427 الموافق ل 20 فبراير 2006، يتضمن مهنة التوثيق، ج ر ج ج، ع 14

لسنة 43، مؤرخة في 08 صفر 1427 الموافق ل 08 مارس 2006.

المادة العاشرة من المرسوم 71-1942¹، المؤرخ في 26 نوفمبر 1971 المعدل والمتمم بموجب المرسوم 2016-966 المتعلق بإنشاء، تحويل وإلغاء مكاتب التوثيق من القانون الفرنسي، نصت على ما مفاده أنه "يجوز لوزير العدل، بناءً على طلب صاحب المنصب (الموثق)، أن يُصدر أمر بفتح مكتب مُلحق واحد أو أكثر إما داخل دائرة الاختصاص أو خارجها، بشرط أن يظل المكتب الإضافي الذي تم فتحه مُرتبط بالمكتب الرئيسي...". بتحليل نص المادة يتضح، أنها جعلت الأصل في الاختصاص الإقليمي لمكاتب التوثيق، هو الاختصاص المحلي، والاستثناء أنه يجوز لوزير العدل بناءً على طلب يُقدم له من طرف الموثق، أن يُصدر أمر يُرخص بمُوجبه لصاحب الطلب فتح مكتب مُلحق أو أكثر إما داخل دائرة إقليم الاختصاص أو خارجه، بشرط أن يظل المكتب المُلحق مُرتبط بالمكتب الرئيسي.

وبالرجوع إلى نص المادة 02 فقرة أولى من القانون رقم 06-02 المتضمن قانون تنظيم مهنة التوثيق، وفي غياب نص قانوني صريح يحدد الاختصاص الإقليمي لمكاتب التوثيق، وحسب الرأي الراجح فقهاً، فإن المقصود بالاختصاص الشامل لكافة التراب الوطني المنصوص عليه، في المادة 02 فقرة أولى قانون رقم 06-02 سابق الذكر، إنما هو صلاحية الموثق في تلقي العقود التوثيقية المُختلفة مهما كان موطن الأطراف أو مكان إبرام العقد، أو مكان وجود الأموال أو محل العقد، سواء كانت منقولة أو عقارية، واستثنى المشرع من ذلك بموجب المادة 71 من قانون الحالة المدنية، عقود الزواج، فلا يجوز للموثق أن يتلقى توثيق عقود الزواج داخل مكتبه إلا من طرف أحد الأشخاص المذكورين في نص المادة 71 قانون الحالة المدنية².

¹- Décret n° 71-942 du 26 novembre 1971 relatif aux créations, transferts et suppressions d'office de notaire, ..., article 10, modifié par décret n° 2016-966 du 18 septembre 2019-art 8 «..le garde sceaux, ministre de la justice peut, à la demande du titulaire de l'Office, prendre un arrêté autorisant l'ouverture d'un ou plusieurs bureaux annexes soit à l'intérieur du département, soit à l'extérieur du département dans un canton ou une commune limitrophe du canton ou est établi l'Office. Le ou les bureaux annexes ainsi ouverts restent attachés à l'Office sans qu'il y ait besoin, lors de la nomination d'un nouveau titulaire, de renouveler l'autorisation accordée, ...».

²- نصت المادة 71 من الأمر 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1976 المعدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 13 شوال عام 1435 هـ الموافق 9 غشت سنة 2014، ج ر ج ج، ع 49، لسنة 2014، وبالقانون رقم 17-03 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1438 الموافق 10 يناير 2017، ج ر ج ج عدد 02-2017، أنه "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية والموثق الذي يقع في نطاق دائرة محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار مدة شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج، ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين".

الفرع الثالث: أن يُراعى الموظف العام الأوضاع المقررة قانوناً

لكل نوع من المحررات أوضاعاً وشكليات نص عليها القانون، يجب على الموظف العام مراعاتها أثناء كتابته المحرر الرسمي، ومن تلك الأوضاع القانونية مثلاً، مراعاة قواعد الاختصاص من حيث الزمان والمكان والموضوع، والتأكد من هوية المتعاقدين وأهليتهما، إعلام الأطراف بالحقوق والالتزامات، كتابة المحرر باللغة العربية، بيان اسم ولقب الموثق ومقر المكتب، بيان هوية الشهود إن وجدوا وكذلك بيان اسم ولقب وموطن المترجم إن اقتضى الأمر الاستعانة بخدماته، بيان موضوع المحرر الرسمي، بيان مكان وتاريخ إبرام العقد، بيان التنويه على تلاوة القوانين الجبائية ومضمون العقد، وأهم هذه الأوضاع المقررة قانوناً هو إمضاء الموثق وختمه، وكذلك إمضاء الأطراف على المحرر الرسمي، ومثاله كذلك ما نصت عليه المادة 26 من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، بالتأكيد على ضرورة تحرير مضامين العقود، في نص واحد وواضح باللغة العربية، مع كتابة التوقيع والسنة والشهر والمبالغ بالأحرف تحت طائلة البطلان.

كما نجد أن المادة 324 مكرر 4 ق م ج نصت على أنه بالنسبة للعقود الناقلة للملكية العقارية يجب ذكر أسماء المالكين السابقين وتبيان حدود العقارات محل العقد، ونصت المادة 30 من الأمر 20-70، المتعلق بالحالة المدنية على ضرورة تحديد السنة واليوم والساعة واسم ولقب وصفة ضابط الحالة المدنية ضمن عقود الحالة المدنية، ونصت المادة 70 من القانون نفسه على ضرورة تحرير عقود الحالة المدنية باللغة العربية¹.

الفرع الرابع: جزاء مخالفة شروط صحة المحرر الرسمي

إذا تخلف أحد الشروط أو لم تتم مراعاة الأشكال المقررة قانوناً فإن المحرر الرسمي تنتحى عنه صفة الرسمية ويكون باطلاً كمحرر رسمي، ويترتب على ذلك أنه إذا كان الذي قام بتوثيق المحرر ليس موظفاً عاماً أو كان موظفاً ولكنه عند توثيق المحرر كان قد عزل أو وقف عن عمله أو نُقل أو حل محله أحد آخر لأي سبب، فإن المحرر الذي وثقه في جميع هذه الأحوال يكون باطلاً، غير أن الموظف الفعلي، إذا وثق محرر رسمي كان توثيقه صحيحاً، وفقاً لنظرية الموظف الفعلي في القانون الإداري، كذلك يصدق الأمر في الحالة التي يكون فيها الموظف العام قد عزل أو وقف أو نُقل ولم يكن يعلم بانقطاع ولايته وقت توثيق المحرر الرسمي، وكان أصحاب الشأن غير عالمين أيضاً بذلك

¹ - سرايش زكريا، الوجيز في قواعد الإثبات، دراسة مدعمة بالفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015 ص 59.

أي كانوا حسني النية، فإن المُحرر في هذه الحالات الإستثنائية يكونُ صحيحاً، ويترتب على ذلك أيضاً أن الموظف العام إذا لم تكن له سلطة في التوثيق، بأن كانت له مصلحة شخصية مباشرة في المُحرر الموثق، أو ربطته بأصحاب الشأن أو الشهود قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة يكون المحرر الرسمي باطلاً، حيث نصت المادة 20 من قانون التوثيق 06-02 على أنه "لا يجوز لأقارب أو أصهار الموثق المذكورين في المادة السابقة وكذلك الأشخاص الذين هم تحت سلطته لأن يكونوا شهوداً في العقود التي يحررها"، أو أن يُوثق مُحَرَّر في غير دائرة إختصاصه المكاني أو في غير مكتب التوثيق أو في غير مواعيد العمل إلا لحاجة ملحة تُبرر إنتقاله، كان المُحرر باطلاً. ويترتب على ذلك أن الأوضاع والإجراءات الواجب مراعاتها في توثيق المحرر الرسمي إذا لم تراعى كان المحرر باطلاً، ولكن يجب التمييز بين الأوضاع والإجراءات الجوهرية ويكون جزاؤها البطلان المطلق، وبين الأوضاع والإجراءات غير الجوهرية ولا يترتب البطلان عليها¹. وبالنسبة للمحررات التي تكون باطلة بطلاناً مطلقاً هي تلك التي تُشترط فيها الكتابة الرسمية للإعقاد، كعقد الرهن مثلاً المادة 883 ق م ج أو بيع المحل التجاري وبيع العقار وغيرها². وعليه إذا كان المحرر الرسمي باطلاً فما هي الآثار التي تترتب عن هذا البطلان؟ (أولاً)، وما هي قيمة المحرر الرسمي الذي حكم ببطلانه في الإثبات؟ (ثانياً).

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الالتزام، ج 2، ص ص 135-136.
² - أنظر: القرار رقم 36662 مؤرخ في 19/10/1985، المجلة القضائية لسنة 1989، المحكمة العليا، ع 4، والذي جاء فيه "متى كان من المقرر قانوناً أن الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عمومية ما تم لديه أو ما تلقاه من نوي الشأن طبقاً للأوضاع القانونية في حدود سلطته لذا فإن انقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون. إذ كان من الثابت في النزاع أن موظف مصلحة السكن قد تلقى تنازل المطعون ضده عن حقه في المحل التجاري المتنازع فيه لفائدة الطاعن ومنح هذا الحق المتنازل عنه لهذا الأخير فإن قضاة الاستئناف بقضائهم يرفض طلبات الطاعن كلها بسبب البطلان الناشئ عن عدم وجود إثبات تنازل بعقد رسمي طبقاً للمادتين 69 و 83 من القانون التجاري مع اعتبار أن المطعون ضده يظل حقه قائماً في المحل التجاري، خرقتوا القانون بتطبيقهم أحكام القانون التجاري على بطلان الوصل المؤرخ في 11/04/1973 إذ لم يكن هذا القانون قد صدر في ذلك الوقت فدون الإشارة إلى شهادة مصالح السكن ولا تنازل المطعون ضده ولا لوصلات الإيجار المحررة منذ فاتح شهر سبتمبر 1973 وكان لذلك نعي الطاعن على قرارهم مؤسسا مما يستوجب معه النقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على مخالطة أحكام هذا المبدأ".

أولاً/ الآثار المترتبة على بطلان المُحرر الرسمي: إذا إختل شرط من شروط صحة المحرر الرسمي كان المُحرر باطلاً، وهذا البطلان تترتب عنه عدة آثار، والأصل أن المحرر الرسمي إذا كان باطلاً تكون جميع أجزائه باطلة، فلا يبطل جزء ويصح آخر، ومثال ذلك إذا كان للموثق مصلحة شخصية مباشرة في المُحرر الرسمي، ففي هذه الحالة يكون المُحرر كله باطلاً ولا يقتصر البطلان على الجزء الذي يثبت للموثق فيه المصلحة المُباشرة دون سواه.

وكذلك إذا لم يُوقع أحد المُتعاقدين أو الموثق أو المُترجم إن إقتضى الأمر ذلك، كان المُحرر كله باطلاً حتى تاريخه، مع أن التاريخ لم يقع فيه البطلان، ومن ثم لا يُعتبر التاريخ ثابتاً، بل يكون تاريخاً عرفياً لا حجية فيه على الغير¹.

على أنه يجب التمييز بين المُحرر الذي يُثبت التصرف القانوني، والتصرف القانوني في حد ذاته، فإذا كان المُحرر باطلاً فلا يستدعي ذلك حتماً أن يكون التصرف القانوني باطلاً، بل يبقى هذا التصرف قائماً، وإن كان إثباته عن طريق المُحرر الرسمي قد إنعدم، ولكن قد يصح إثباته عن طريق آخر غير الكتابة، بل قد يصح إثباته بالمُحرر الباطل كمحرر عرفي إذا صح ذلك، ويُستثنى من ذلك التصرف القانوني الذي تُشترط فيه الكتابة للانعقاد، فعندئذ يُصبح المُحرر الرسمي أو الكتابة الرسمية ركناً في التصرف لا ينعقد إلا بوجوده، فإن كان المُحرر باطلاً بطل التصرف ذاته، وكذلك الأمر إذا إتفق المُتعاقدان على أن يكون تعاقدهما بمُحرر رسمي إذا ما قصد أن الرسمية تكون ركناً للانعقاد² فإن العقد في هذه الحالة يكون باطلاً.

وقد يكون المُحرر الرسمي في ظاهره صحيحاً، ثم يطعن بالتزوير في جزءٍ من أجزائه ويتبين من إجراءات الطعن أن هذا الجزء مُزور، فهل في هذه الحالة يكون المحرر كله باطلاً كمحرر رسمي، ومثال على ذلك أن يذكر الموثق في المحرر أن المُشتري دفع الثمن أمامه للبائع، ويتبين بعد الطعن بالتزوير في هذه العبارة أن المُشتري لم يدفع شيئاً أمام الموثق³، أو أن يُطعن بالتزوير في تاريخ المحرر أو توقيعات ذوي الشأن ويتبين من إجراءات الطعن بالتزوير أن هذه الأجزاء فعلاً مُزورة، ففي هذه الأحوال فإنه يجب أن تُميز بين ما إذا كان الجزء من المحرر الذي ثبت تزويره جوهرياً لصحة المُحرر الرسمي، فيكون في هذه الحالة باطلاً في جميع أجزائه، وبين ما إذا كان هذا

1- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 172.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الالتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 132.

3- المرجع نفسه، ص 132.

الجزء غير جوهرى، فتبقى الأجزاء الأخرى من المحرر الرسمي صحيحة وتطبق هذه القاعدة على المثاليين السابقين، نكون أمام بطلان جزئي إذا ثبت تزوير العبارة التي تثبت أن المشتري دفع الثمن للبائع أمام الموثق، فإن هذا الجزء وحده الذي يفقد قوته في الإثبات وتبقى سائر أجزاء المحرر الرسمي صحيحة مُحفظة بقوتها في الإثبات، أما إذا ثبت أن توقيع أحد الأطراف المتعاقدة أو ثبت أن تاريخ المحرر مزوراً، فإن هذا الجزء الذي ثبت تزويره هو بيان جوهرى لصحة المحرر الرسمي ومن ثم يكون جزؤه بطلان المحرر في جميع أجزائه.

ثانياً/ قيمة المحرر الرسمي الباطل في الإثبات: نصت المادة 326 مكرر 2 ق م ج أنه "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف".

حسب نص المادة فإن المحرر لا يكسب صفة الرسمية إذا كان باطلاً لأي سبب من أسباب البطلان التي يحددها القانون، غير أنه يجب التمييز بين حالتين من حالات البطلان:

- **الحالة الأولى من البطلان:** هي التي يكون فيها المحرر مُنعدم بسبب عدم مشروعية موضوعه أو مخالفته للنظام العام.

- **الحالة الثانية من البطلان:** والتي يفقد فيها المحرر صفة الرسمية لكنه يصلح أن يكون محرر عرفي له قوة في الإثبات يحددها القانون، كعدم توقيع الموظف العام عليه أو عدم توقيع أحد الشهود أو الحالة التي يوثقه موظف عام له ولاية واختصاص موضوعي لكنه باطلاً كمحرر رسمي لعدم استيفائه لبعض الشروط الأخرى، ومن ثم لا يكون له إلا قيمة المحرر العرفي إذا كان موقعا من أصحاب الشأن¹، وهذا حكم بديهي، فالمحرر إن كان موقعاً وفقد شرط من شروط صحته كمحرر رسمي، فإنه مع ذلك قد استوفى شروط المحرر العرفي، فهو محرر مكتوب وقعه من صدر منه والتوقيع وحده كافي لصحة المحرر العرفي في التقنيين المدني الجزائري، ومن ثم يكون له حجية المحرر العرفي، فيعتبر صادراً ممن وضع توقيعه عليه ما لم يُنكر ذلك صراحةً ما هو منسوب إليه². غير أنه إذا كان المحرر الرسمي الذي حُكم ببطلانه صادراً من عدة مدينين متضامين، ولم يُوقع عليه إلا بعض هؤلاء، فإنه لا يصلح أن يكون محرر عرفي، لا بالنسبة إلى من لم يُوقع عليه

¹ - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 138.

² - نصت المادة 327 قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 للمتضمن القانون المدني الجزائري أنه "يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه ووضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحةً ما هو منسوب إليه...".

لعدم التوقيع، ولا بالنسبة إلى من وقعه لأنه لم يُوقع إلا كمدِين مُتضامن مع آخرين، فلو صلح مستنداً ضده لفقْد حق الرجوع على من لم يوقع من هؤلاء المدِينين¹.

وتحول المُحرر الرسمي الباطل إلى مُحرر عُرفي، هو صورة من صور التحول، شبيهة بتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح إذا توفرت فيه أركانه وشروط صحته².

المطلب الثالث: حجية المُحرر الرسمي

إذا كان الشكل الخارجي للمُحرر يظهر بأنه محرر رسمي سليم، أعتبر كذلك إلى أن يُثبت ذو المصلحة أنه ليست له صفة الرسمية، ولا يكون ذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير. وبذلك يكون للمُحرر الرسمي السليم في مظهره قرينتان، قرينة على سلامته المادية وأخرى بصدوره من الأشخاص الذين وقعوا عليه، وهم الموظف العام وأصحاب الشأن.

وعليه فالمُحرر الرسمي حُجة بِسلامته المادية، ويصدره ممن صدر منه دون حاجة إلى الإقرار به، غير أنه إذا كان المظهر الخارجي يذل في ذاته أن به تزويراً واضحاً، كوجود كشط أو حبر مُختلف اللون ونحو ذلك، أو تبين أنه مُحررٌ رسميٌ باطلٌ كعدم توقيعه من الموظف العام أو من الأطراف، أو كان الموظف العام غير مُختص من حيث الموضوع، جاز للقاضي أن يرد المُحرر باعتباره مزوراً أو باطلاً³.

وعلى العموم فإن المحرر الرسمي يصل إلى القمة في قوة الإثبات، فهو حجة على الكافة، في أصله وصوره ما لم يحكم بتزويره.

ونبحث في هذا المطلب أربعة مسائل جوهرية تتعلق بالمحركات الرسمية، وتشمل هذه المسائل تحديد بيانات المحرر الرسمي التي لها القوة في الإثبات (الفرع الأول)، تحديد الأشخاص الذين يكون المحرر الرسمي حجة عليهم (الفرع الثاني)، الحالة التي تزول فيها قوة الإثبات عن المحرر الرسمي (الفرع الثالث)، ثم نتطرق لحجية المحرر الرسمي فيما يتعلق بصوره (الفرع الرابع).

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الالتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 139.

² - نصت المادة 105 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، أنه "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للأبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد".

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الالتزام، ج 2، المرجع السابق، ص 143-144.

الفرع الأول: بيانات المُحرر الرسمي التي تكون لها القُوة في الإثبات

نصت المادة 324 مكرر 5 ق م ج على أنه "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافدا في كامل التراب الوطني".

من خلال أحكام هذا النص القانوني، يتضح أن المُحرر الرسمي حُجة على الناس كافة، أي فيما بين المُتعاقدين، وفي مُواجهة الغير، وذلك بما ورد فيه من أمور قام بها مُحرره في حدود مُهمته وصلاحياته، أو وقعت من ذوي الشأن في حُضوره، ما لم يَتَبَيَّن تزويره، وكذلك يكون المحرر الرسمي حجة بما دون فيه من بيانات وهي على نوعين:

أولاً/ بيانات لها حجية قاطعة إلى أن يطعن فيها بالتزوير: وهي البيانات التي أثبتها الموظف العام وتحقق منها بنفسه¹، وهي بيانات تقتضي الثقة والأمانة في المكلف بتحرير المحرر وهي بدورها تنقسم إلى:

1- بيانات عن الأمور التي قام بها الموظف العام أو الموثق في حدود مهمته، وبينها في المحرر الرسمي الذي وثقة، فهي كثيرة منها تأكده من شخصية المتعاقدين عن طريق بطاقات الهوية² وثبته من أهليتهما ورضائهما، وكذلك البيانات العامة التي أثبتها في المحرر الرسمي، وهي التاريخ واسم الموظف العام ولقبه، وبيان ما إذا كان التوثيق قد تم في المكتب أو في مكان آخر في الحالات الخاصة التي يسمح بها القانون، وحضور المترجم إن اقتضى الأمر ذلك، وتلاوة المحرر لذوي الشأن والتوقيعات التي يحملها المحرر الرسمي.

2- بيانات عن الأمور التي وقعت من ذوي الشأن في حضور الموظف العام، فأكثرها يتعلق بموضوع العقد الذي قام الموظف العام بتوثيقه، أي البيانات الخاصة بهذا العقد بالذات، فإن كان مثلا موضوعه إيجار عقار، فإن الموثق يثبت في المحرر أن المؤجر قرر أن يؤجر العين محل العقد، وأن المستأجر قرر استئجارها، مع كتابة جميع شروط العقد، وتحديد بدل الإيجار ومدته، أي تحديد كل البيانات الجوهرية التي تتعلق بموضوع العقد، وكل هذه البيانات التي وقعت من ذوي

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون تاريخ نشر، ص 660.

² - نصت المادة 324 مكرر 2 قانون رقم 88-14 المعدل والمتمم للقانون المدني، أنه "فضلا عن ذلك إذا كان الضابط العمومي يجهل الإسم والحالة والسكن والأهلية المدنية للأطراف، يشهد على ذلك شاهدان بالغان تحت مسؤوليتهما".

الشأن في حضور الموظف العام، وأثبتها في المحرر الرسمي بعد أن أدركها بالسمع أو البصر تكون لها حجية في الإثبات إلى أن يطعن فيها بالتزوير¹.

وسواء كانت هذه البيانات متعلقة بالأمر التي قام بها الموظف العام، أو الأمور التي وقعت من ذوي الشأن في حضوره، فلا بد حتى تثبت لها الحجية أن تكون في حدود إختصاصه، فإذا خرجت عن هذه الحدود التي رسمها له القانون، فلا تكون لهذه البيانات حجية لأنها لا تدخل في حدود مهمته.

وعلى هذا النحو فإن البيانات التي تكون لها حجية لا تدحض إلا إذا لجأ من ينكرها إلى طريق الطعن بالتزوير قد حصرت في دائرة محدودة، ذلك أن طريق الطعن بالتزوير طريق معقد، ونجد المشرع قد قرر لذلك إجراءات بالغة التعقيد²، حيث في دعوى الطعن بالتزوير يتم وقف الدعوى الأصلية لحين الفصل في دعوى التزوير³، وتتولى النيابة العامة التحقيق والمتابعة فيها، وهي دعوى جزائية، وفقا لما نصت عليه المادة 324 مكرر 6 فقرة 02 ق م ج⁴.

ثانياً/ بيانات لا تقتضي الثقة في الموظف العام الذي قام بتحرير المحرر الرسمي: وبالتالي لا

تثبت لها الحجية المطلقة، وتتمثل هذه البيانات فيما أثبتته الموظف العام في المحرر الرسمي باعتباره وارداً على لسان ذوي الشأن من بيانات، فلا تصل الحجية فيها إلى حد الطعن بالتزوير في المحرر الرسمي، بل يعتبر ما ورد فيه من بيانات صحيحا في ذاته إلى أن يثبت صاحب المصلحة العكس بالطرق المقررة في قواعد الإثبات، ومن هذه الطرق قاعدة أنه لا يجوز إثبات عكس ما بالورقة المكتوبة إلا بالكتابة، أو مبدأ ثبوت بالكتابة مستكملا بشهادة الشهود أو القرائن.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص ص 147-148.

² - أنظر: المواد من 70 إلى 74، والمواد من 179 إلى 186 ق رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن ق إ م إ، ج ر ج ج، ع 21، لسنة 2008. وانظر: كذلك في هذا الصدد المواد من 532 إلى 537 الأمر رقم 66-155 مؤرخ في 18 يونيو 1966، المتضمن ق ع ج، المعدل و المتمم بالقانون 19-10 مؤرخ في 11 سبتمبر 2019.

³ - نصت المادة 179 من الأمر رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ، سابق الذكر على أن "الإدعاء بالتزوير ضد العقود الرسمية هو الدعوى التي تهدف إلى إثبات تزييف أو تغيير عقد سبق تحريره أو إضافة معلومات مزورة إليه، وقد تهدف أيضا إلى إثبات الطابع المصطنع لهذا العقد، يقام الادعاء بالتزوير بطلب فرعي أو بدعوى أصلية".

⁴ - أنظر: المواد 214 إلى 218 من الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن ق ع ج، سابق الذكر.

والأصل أن كل طعن في بيان وارد بمحرر رسمي يتضمن مساساً بأمانة الموظف العام وصدقه لا يكون إلا عن طريق الطعن بالتزوير، ذلك أن اختيار الموظف العام خاضع لشروط تتوفر بها الثقة¹، وهو معرض لعقوبات قاسية إذا أخل بهذه الثقة الموضوعة في شخصه.

غير أنا الطعن الذي لا يتضمن مساساً بأمانة الموظف العام أو بصدقه فيكفي فيه إثبات العكس، ومن ثم يكون البيان المتعلق بتأكد الموظف العام من شخصية المتعاقدين وتثبته من أهليتهما ورضائهما، لا يجوز إنكاره إلا بطريق الطعن بالتزوير، ولكن إذا اقتصر المدعي على إنكار شخصية المتعاقدين أو إنكار توافرها على الأهلية، أو إنكار أن رضائهما صحيح غير مشوب بعيب، دون أن يتعرض لتثبيت الموظف العام من كل ذلك، جاز له أن يثبت ما يدعيه بالطرق المقررة قانوناً دون حاجة إلى الطعن بالتزوير، لأن المدعي لا يتشكك في ذمة الموظف العام، بل هو يسلم بأن الموظف العام قد تأكد من ذلك، لكن بالرغم من هذا التأكد فإنه قد أخطأ عن حسن نية².

وكذلك البيانات العامة التي يثبتها الموظف العام بعضها لا يجوز إنكاره بتاتا إلا عن طريق الطعن بالتزوير، كتاريخ المحرر الرسمي الذي يعتبر تاريخياً ثابتاً، واسم الموظف العام وغيرها من البيانات العامة، أما حقيقة أسماء أصحاب الشأن، وأسماء الشهود، وحقيقة ألقابهم ومجال إقامتهم فما قرره الموظف العام من ذلك في المحرر الرسمي له ناحيتان: واقعة التقرير في حد ذاتها لها حجية حتى يطعن فيها بالتزوير لأن إنكارها يمس أمانة الموظف العام، أما صحة التقرير في ذاته أي صحة الأسماء والألقاب ومحال الإقامة وغيرها من البيانات، فهذه يكفي فيها إثبات العكس لأن الإنكار في هذا كله لا يمس أمانة الموظف العام، إذ هو لم يثبت إلا ما قرره هؤلاء على عهدتهم صادقين كانوا أم كاذبين.

كذلك تعتبر البيانات الخاصة بموضوع العقد الرسمي لها أيضاً ناحيتان: واقعة التقرير، أي أصحاب الشأن قرروا أمام الموظف العام كذا وكذا، هذه البيانات لها حجية إلى حد الطعن بالتزوير غير أن صحة التقرير في حد ذاته يجوز إنكارها وإثبات العكس، لأن ذلك لا يمس أمانة الموظف العام، ومثال ذلك أن يثبت الموثق أن أحد المتعاقدين قرر أنه باع للمتعاقد الآخر داراً، وقرر المتعاقد الآخر أنه اشترى هذه الدار، فواقعة التقرير من بيع وشراء لها حجية إلى حد الطعن بالتزوير، ولكن هذا لا يمنع ذا المصلحة وهو لا يتعرض لواقعة التقرير في ذاتها ولا يمس بذلك أمانة الموثق، بأن

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 151.

² - المرجع نفسه، ص 152.

يتمسك أن هذا البيع صوري بالرغم من أن المتعاقدين قررا أمام الموثق غير ذلك، وله أن يثبت هذه الصورية بالطرق المقررة قانونا دون حاجة للطعن بالتزوير لأنه لا يمس في ادعائه هذا أمانة الموثق¹.

الفرع الثاني: الأشخاص الذين يكون المحرر الرسمي حجة عليهم

وأما الأشخاص الذين يكون المحرر الرسمي حجة عليهم إلى حد الطعن بالتزوير، فهم ليسوا ذوي الشأن فحسب بل جميع الناس، وطبقا لنص المادة 324 مكرر 5 فإنه "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافدا في كامل التراب الوطني".

وعليه فالمحرر الرسمي حجة على الناس كافة²، أي فيما بين المتعاقدين وكذلك في مواجهة الغير، ولا يجوز لذوي الشأن أو الغير نقض الحجية الرسمية للمحرر إلا بإثبات التزوير بالطرق التي قررها القانون، والغير الذي يحتج عليه بالمحرر الرسمي هو نفس الغير الذي يحتج عليه بالتصرف القانوني والخلف الخاص، فالغير الذي يسرى عليه هذا التصرف كدائن أو خلف أحد طرفي التصرف، هو وحده الذي يحتج عليه بالمحرر الرسمي، أما الغير الذي لا يسري عليه التصرف فلا يحتج عليه بالمحرر الرسمي المثبت لهذا التصرف³.

ونستعرض حجية المحرر الرسمي بالنسبة للمتعاقدین (أولاً)، ثم بالنسبة للغير (ثانياً).

أولاً/ حجية المحرر الرسمي بالنسبة للمتعاقدین: نصت المادة 324 مكرر 6 ق م ج على أنه "يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن". يتضح من مضمون هذا النص أن المحرر الرسمي يكون حجة على المتعاقدين، ودليل ذو قوة قاطعة على حصول ما هو ثابت فيه، ولا يستطيع ذوي الشأن أن ينكروا ما جاء به من توقعات أو المحتويات المادية، ومن حيث حصوله أمام الموظف العام الذي حرره، إلا عن طريق الطعن بالتزوير في البيانات التي تمت بمعرفة وسماع ومشاهدة الموظف العام شخصياً⁴. أما البيانات الأخرى والتي أثبتها الموظف العام بناءً على لسان ذوي الشأن ولا تقتضي الثقة فيه، والتي لم يتأكد منها شخصياً وقت تحريره للعقد فإن إثبات عكسها أو بطلانها يكون دون حاجة

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، ص 153.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 661.

3- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 63.

4- بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، مرجع سابق، ص 61.

إلى الادعاء بالتزوير لأنها لا تمس بأمانة الموظف العام وصدقه، مع مراعاة قاعدة أنه لا يجوز نقض الثابت بالكتابة إلا بالكتابة هذا فيما يخص المتعاقدين، أما بالنسبة للغير فيجوز لهم إثبات ذلك بكل الوسائل باعتبار أنها تشكل بالنسبة لهم وقائع مادية¹.

ثانياً/ حجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير: بالرجوع إلى نص المادتين 324 مكرر 5 و324 مكرر 6 ق م ج، نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى للمحرر الرسمي حجة لا تقتصر على أطراف العقد فحسب بل يكون حجة على الناس كافة، فهو إذا حجة بما جاء فيه لا على أصحاب الشأن وحدهم بل أيضا حجة على الغير، ونستعرض هنا بالنسبة للغير أمرين: أولهما متى يكون المحرر الرسمي حجة على الغير إلى حد الطعن بالتزوير (1)، وثانيهما متى يكون حجة على الغير حتى يقوم الدليل على العكس(2).

1- حجية المحرر الرسمي بالنسبة إلى الغير إلى حد الطعن بالتزوير: إن الغير الذي يحتج في مواجهته بمحرر رسمي، هو نفسه الغير الذي يحتج عليه بالتصرف القانوني والخلف الخاص فالغير الذي يسري عليه هذا التصرف، كدائن أو خلف أحد طرفي التصرف هو وحده الذي يحتج عليه بالمحرر الرسمي، ولما كان التصرف القانوني ساري في حقه، فقد وجب عليه إثباته بالنسبة إليه فيثبت ذلك بالمحرر الذي أثبت به التصرف أي بالمحرر الرسمي، وإثبات عكسه أو بطلانه لا يكون إلا عن طريق الطعن بالتزوير².

2- حجية المحرر الرسمي بالنسبة إلى الغير حتى يقوم الدليل على العكس: حجية المحرر الرسمي بالنسبة إلى الغير كحجيته فيما بين الطرفين من حيث البيانات الواردة فيه، وكذلك لا يمنع الغير من إنكار صحة الوقائع التي أثبتها الموظف العام في ذاتها دون أن يتعرض في ذلك لأمانة الموظف أو صدقه فلا يحتاج في ذلك إلى الطعن بالتزوير، بل يكفي أن يقيم الدليل على العكس بالطرق المقررة قانونا، وله أن ينازع في صحة التصرف أو في نفاذه في حقه وفقا للقواعد التي أقرها القانون، فله أن يطعن في التصرف بالصورية وأن يثبت صورية التصرف بجميع الطرق لأنه من

¹ - انظر: القرار رقم 190514 الصادر في 2000/03/29، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع 1، 2000، ص 154 حيث جاء فيه "إذا كانت حجية الورقة الرسمية في الإثبات هي حجية على الناس كافة، أي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير معا فإنه يجب التفرقة بين الوقائع التي أثبتها الموثق مما جرى تحت سمعه وبصره والتي فيها مساس بأمانة الموثق وهذه حجة مطلقة، ولا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير، أما الوقائع التي ينقلها من ذوي الشأن فيجوز الطعن فيها عن طريق إثبات عكسها دون حاجة إلى الطعن بالتزوير".

² - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 186.

الغير، كما له أن يطعن فيها بالغلط أو التدليس أو بالإكراه أو بنقص الأهلية ويعتبر ذلك من العيوب التي تشوب التصرف القانوني¹.

ثالثاً/ الحالة التي تزول فيها قوة الإثبات عن المحرر الرسمي: رأينا فيما سبق أن المحرر الرسمي لا تزول عنه قوة الإثبات إلا إذا حكم بتزويره، ورأينا أيضاً أن المحرر الرسمي قوة مطلقة في الإثبات فهي الطريق الوحيد الذي يصلح لإثبات جميع الوقائع، سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية وأياً كانت قيمة الحق المراد إثباته²، وعليه يجب على المنكر للمحرر الرسمي أن يطعن فيه بالتزوير وأن يلجأ في هذا إلى إتباع الإجراءات التي قررها القانون³، هذا فيما يخص البيانات التي تقتض الثقة في الموظف العام، غير أنه يجوز الطعن في البيانات التي لا تقتضي الثقة في الموظف العام ويكفي فيها إثبات العكس، فيبطل البيان المطعون فيه دون بطلان المحرر الرسمي.

الفرع الثالث: حجية المحرر الرسمي فيما يتعلق بصوره

جرت العادة على أن يحرر المحرر الرسمي من أصل وصور، حيث يظل أصل المحرر محفوظاً لدى الموثق أو قلم كتابة الضبط ويعطى لأصحاب الشأن صورة رسمية، والفرق بين الأصل والصورة أن أصل المحرر هو الذي يحمل التوقيعات⁴، وهو الذي يعتبر من صنع الموثق أو الموظف العام، أما صورة المحرر الرسمي فهي لا تحمل التوقيعات، وليست هي التي صدرت من الموثق أو الموظف العام، بل هي منقولة عن الأصل بواسطة موظف رسمي مختص، فهي من هذه الناحية محرر رسمي ولكن رسميتها في أنها صورة لا في أنها أصل، والمفروض أنها مطابقة للأصل مطابقة تامة، بما ورد في الأصل من بيانات وما يحمله من توقيعات، وأنه لا فرق بين الصورة الخطية وبين الصورة الفوتوغرافية مادامت كلتاها صورة رسمية.

أما إذا كانت صورة المحرر الرسمي ليست صورة رسمية، أي لم يتم نقلها بواسطة موظف عام مختص، ففي هذه الحالة تكون صورة ليست لها أية حجية. والقاعدة أن حجية الصور الرسمية أقل من حجية الأصل، فالصورة الرسمية لا تكون لها حجية إلا باعتبار أنها قرينة على مطابقتها للأصل، ولبيان هذا الأمر يستوجب علينا أن نُميز بين فرضين: إذا كان الأصل موجوداً (أولاً)، وإذا كان الأصل غير موجوداً (ثانياً).

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 156 إلى 157.

² - المرجع نفسه، ص 103.

³ - محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص 187.

⁴ - بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، مرجع سابق، ص 63.

أولاً/ حجية الصورة الرسمية إذا كان الأصل موجوداً: تنص المادة 325 ق م ج أنه "إذا كان أصل الورقة الرسمية موجود فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، وتعتبر مطابقة للأصل ما لم ينادى في ذلك أحد الطرفين فإن وقع تنازع ففي هذه الحالة ترجع الصورة على الأصل".

وتعد هذه الحالة هي الغالبة عملياً، حيث يبقى الأصل محفوظاً في مكتب الموثق أو قلم كاتب الضبط، ولكي تكون للصورة حجية المحرر الأصلي ذاتها فالقانون يشترط توافر أمرين أساسيين يشكلان قرينة قانونية هما:

1- أن يكون أصل المحرر الرسمي موجوداً حتى يمكن الرجوع إليه عند الحاجة، وعلة ذلك أنه لا قيمة للصورة أو النسخة في حد ذاتها، إنما تستمد قيمتها من مدى مطابقتها للأصل، ومن ثم فإن الخصم الذي يحتج عليه بصورة رسمية، له أن يطلب إحضار الأصل ومراجعتها عليه، ولا يشترط القانون أي شكل في ذلك، ويُلزم القاضي بالأمر بإحضاره، ولا يستطيع الامتناع عن ذلك بحجة أن الصورة تشمل على ضمانات تدل على مطابقتها التامة للأصل¹، كما أنه لا أهمية للموظف العام الذي حرر الصورة الرسمية أو استخراجها من حيث الاختصاص.

2- ويشترط كذلك أن يكون المحرر الرسمي الذي يحتج به ليس هو الأصل، بل صورة من الأصل، ويشترط في هذه الصورة أن تكون رسمية، فلو كانت صورة عرفية لا يعتد بها، كما يكفي أن تكون صورة رسمية دون حاجة إلى أن تكون مأخوذة من الأصل بطريقة مباشرة.

فإذا كانت مأخوذة من الأصل ففي هذه الحالة قد تكون صورة تنفيذية (grosse)، أو تكون صورة أولى بسيطة (première expédition). وقد تكون مأخوذة من صورة مأخوذة من الأصل أو من صورة مأخوذة عن صورة من الأصل، فلا يهم أيّاً كان عدد الصور الرسمية التي توسطت بينها أو بين الأصل فما دام الأصل موجوداً فإنه يكفي في الصورة أن تكون صورة رسمية فحسب، إذ يمكن دائماً مطابقتها على الأصل².

فإذا توافر هذان الشرطان قامت قرينة قانونية على مطابقة الصورة الرسمية للأصل، ويكون لها حجية الإثبات التي للأصل، ولكن الحجية هنا تأتي من افتراض مطابقة الصورة للأصل، فإذا هي حجية مستمدة من الأصل لا من الصورة في حد ذاتها، وهي قرينة قابلة لإثبات العكس، وللخصم أن

¹ - بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 122.

² - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 219.

يُنازع في مطابقتها للأصل، ومجرد المنازعة تكفي لإسقاط القرينة، وعند ذلك يتعين على المحكمة تحقيق مطابقة الصورة المقدمة لأصلها، فإن وجدت مطابقة للأصل ثبت لها حجيتها وإلا استبعدت وبقي الأصل هو المستند في الدعوى بحجيته المعروفة¹.

ثانياً/ حجية الصورة الرسمية إذا كان الأصل غير موجود: من المعلوم أن أصل المحرر الرسمي لا يفقد إلا نادراً، إذ هو دائماً محفوظ في مكتب الموظف العام، ولكن يقع أن يفقد الأصل لأي سبب من الأسباب، كالسرقة أو الحريق أو الفيضانات أو أي عارض آخر، ويقع على الخصم المتمسك بالصورة عبء إثبات فقد الأصل، ونجد المشرع الجزائري قد عالج هذه المسألة في نص المادة 326 من ق م ج، بأنه "إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية، كانت الصورة حجة على الوجه الآتي:

- يكون للصورة الرسمية، تنفيذية كانت أو غير تنفيذية، حجية الأصل، متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.
- يكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها.
- أما ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأول، فلا يعتد به إلا مجرد الإستئناس تبعاً للظروف".

من خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع وفي الحالة التي يكون فيها أصل المحرر الرسمي غير موجود، قد ميز بين ثلاثة حالات بخصوص حجية الصورة الرسمية هي: حجية الصورة الرسمية المأخوذة مباشرة من الأصل (1)، حجية الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية (2)، حجية الصورة الرسمية المأخوذة من الصور الأولى (3).

1- حجية الصور الرسمية المأخوذة مباشرة من الأصل: وهي الصورة المنقولة من الأصل مباشرة (original-minute)، وقد نصت عليها المادة 326 ف1 ق م ج سابق الذكر، ويكون لهذه الصور الرسمية المأخوذة من الأصل عدة أشكال نذكرها على النحو التالي:

- الصورة التنفيذية: وهي الصورة الرسمية التي تنتقل مباشرة من الأصل وتوضع عليها الصيغة التنفيذية، ولا تعطى إلا لأصحاب الشأن ومرة واحدة، فلا يجوز تسليم صورة تنفيذية ثانية إلا بناءً

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص ص 164-165.

على أمر صادر عن رئيس محكمة تواجد مكتب التوثيق¹.

- الصورة الأصلية الأولى: وهي التي تنقل من الأصل عقب التوثيق لإعطائها لذوي الشأن دون

أن توضع عليها الصيغة التنفيذية.

- الصورة الأصلية البسيطة: وتنقل هي أيضا مباشرة من الأصل، ولكنها لا تنقل إلا بعد

التوثيق بمدة من الزمن، ويجوز دائما إعطائها لذوي الشأن.

هذه كلها صور رسمية أصلية، ولها جميعا حجية واحدة هي حجية الأصل المفقود، وذلك متى

كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل، أما إذا كان مظهرها الخارجي يبعث

على الشك في أن يكون قد عبث بها، كما إذا وجد كشط أو محو أو تحشير أو نحو ذلك، وطعن في

صحتها ففي هذه الحالة تكون الأمور متروكة للسلطة التقديرية للقاضي²، فإذا حكم بعدم صحتها فقد

تكون تبعاً للظروف مبدأ ثبوت بالكتابة، إذا توافرت فيها الشروط الواجبة لذلك³، غير أنها لا تصلح

لأن تكون محرراً عرفياً لأنها لا تحمل توقيع الأطراف عليها.

وعليه فإن الصورة الرسمية الأصلية خطية كانت أو فوتوغرافية، تنفيذية كانت أو غير تنفيذية

السليمة في مظهرها الخارجي تكون لها حجية الأصل، وتستمد هذه الحجية لا من الأصل فهو غير

موجود فرضاً بل من ذاتها⁴، ولذلك فإنه بالرغم من أنها لا تحمل توقيعات الأطراف، ولا يمكن

مطابقتها على الأصل المفقود، فأعطائها قوة الأصل فيه خُطورة كبيرة، ويُعتبر خروج عن القواعد

العامة، غير أنه حكم لا بد منه لضرورات عملية وهو حكم صحيح⁵.

2- حجية الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية: وهذه ليست الصورة الرسمية

الأصلية التي نقلت مباشرة من الأصل بل هي صورة رسمية نقلت من الصورة الرسمية الأصلية أي

صورة الصورة أو الصورة الثانية وهي تعتبر صورة من الأصل إلا بطريق غير مباشر، ونصت على

هذه الحالة المادة 326 ف 2 ق م ج سابقة الذكر وما يستفاد من هذا النص، أنه لا يجوز أن يكون

لهذه الصورة الرسمية المنقولة عن صورة أصلية، حجية أكبر من حجية الصورة الأصلية التي أخذت

منها وهي ليست إلا صورة لها.

¹ - انظر: نص المادة 32 ق رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، سابق الذكر.

² - بلعيساوي محمد الطاهر، باطلاي غنية، مرجع سابق، ص ص 65-66.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 662.

⁴ - محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص 194.

⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 169.

ولا تكون لها هذه الحجية إلا بشرط أن تكون الصورة الأصلية موجودة حتى إذا طلب أحد الطرفين مراجعتها عليها أمكن ذلك، وهي تقتصر على التمتع بقريضة المطابقة للصورة الأصلية التي أخذت منها، وتنتفي هذه القريضة بمجرد إنكار أحد الطرفين لهذه المطابقة، وعندئذ يتعين إحضار الصورة الأصلية للمطابقة، فإن وجدت الصورة الرسمية الثانية مطابقة للصورة الأصلية ثبت لها حجيتها، أما إذا وجدت الصورة الثانية غير مطابقة للصورة الأصلية استبعدت.

غير أنه يجوز أن تُفقد الصورة الأصلية لأي سبب من الأسباب، ففي هذه الحالة وأمام سكوت المشرع عن إعطاء حكم في ذلك، فإنه لا تكون للصورة الرسمية الثانية المنقولة عن الصورة الأصلية أي حجية محددة، ولا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس، شأنها في ذلك شأن الصورة المأخوذة من النسخ الأولى¹.

3- حجية الصورة الرسمية المأخوذة من النسخ الأولى: في هذه الحالة تكون الصورة الرسمية

مأخوذة عن الصورة المأخوذة عن النسخ الأولى، وهنا تبعد المسافة ما بين الصورة والأصل، فهي صورة صورة الصورة أي الصورة الثالثة²، وقد نصت على هذه الحالة المادة 326 ف 3 ق م ج سابقة الذكر.

وعليه وحسب نص المادة، فإن الصورة الثالثة أي الصورة الرسمية التي نقلت عن صورة رسمية غير أصلية لا يثبت لها حجية الأصل، ولا تتمتع بقريضة مطابقتها للصورة الأصلية، بخلاف الصورة الثانية المنقولة عن صورة أصلية نقلت مباشرة عن الأصل، فإنها تتمتع بقريضة المطابقة، وهي أيضا بخلاف الصورة الأصلية المنقولة مباشرة من الأصل التي تتمتع بقريضة مطابقتها للأصل، وترجع العلة في ذلك لتعدد الحلقات وانفراج المسافة بين الصورة والأصل الغير موجود أصلاً، وكذلك لا أهمية ولا فائدة تتحقق من مطابقة الصورة الثالثة على الصورة الثانية المنقولة من الصورة الأصلية.

والمهم في هذه الحالة أن تطابق الصورة الثالثة الصورة الأصلية المنقولة من الأصل مباشرة فإن كانت هي أيضا مفقودة كالأصل، فإن الصورة الثالثة مطابقة للصورة الثانية أم لم تطابق لا يكون لها حجية، ولا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف وهذا هو حكم المقطع الأخير من الفقرة الأخير من المادة 326 ق م ج، واعتبارها مجرد قريضة، فهي لا تصلح حتى مبدأ ثبوت بالكتابة.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات أثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 169.

² - بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 124.

وخلاصة القول في هذه المسئلة أن الصورة الثالثة أي الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى، أو أية صورة دونها، لا حجية لها في ذاتها، فإن وجدت الصورة الأصلية كانت الحجية لهذه الصورة، وإن كانت الصورة الأصلية مفقودة، فلا يعتد بالصورة الثالثة إلا لمجرد الإستئناس¹. غير أنه في الحالة التي يقر فيها الخصم بصحة الصورة الثالثة أو ما دونها من صور فإن المشكل يزول وتسترجع الصورة حجيتها².

المبحث الثاني: المحررات العرفية المعدة للإثبات

قد يلجأ الأفراد خلال تعاملاتهم اليومية قصد توثيق تصرفاتهم القانونية إلى تحرير أوراق عرفية يتم إعدادها مسبقاً لتوثيق تلك التصرفات دون أن يتدخل موظف عام في تحريرها، ولا يهم بعد ذلك الدعامة التي أفرغت فيها، سواء كانت ورقاً أو قماشاً أو غيرها، أو دعامة إلكترونية. المهم أن تكون في شكل حروف أو رموز، أو أرقام يسهل قراءتها، ولا تهم كذلك المادة التي كتبت بها سواء كانت حبراً أو مداد أو قلم رصاص، أو كتابة رقمية، وسواء كانت مكتوبة بخط اليد أو بآلة الكتابة، أو مطبوعة على آلة الطباعة أو كتبت على جهاز الحاسب الآلي، كما لا تهم لغة كتابتها، واحتلت الكتابة العرفية في القديم المرتبة الأولى في وسائل الإثبات بالكتابة، إلى أن اعتمدت الكتابة الرسمية وصارت إليها الصدارة في القوة والحجية.

وسنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف المحررات العرفية المعدة للإثبات (المطلب الأول)، ثم تحديد شروط صحتها (المطلب الثاني)، والتعرف على مدى حجيتها في الإثبات (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم المحررات العرفية المعدة للإثبات

ويتم ذلك من خلال التطرق للتعريف الفقهي (الفرع الأول)، ثم التعريف التشريعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف التشريعي

لم يعطي المشرع الجزائري تعريفاً خاصاً للمحرر العرفي، وذلك على العكس مما هو عليه الحال بخصوص المحرر الرسمي الذي عرفه بموجب المادة 324 ق م ج، غير أنه يمكن استخلاص هذا التعريف من مضمون نص المادة 326 مكرر 2 من القانون رقم 88-14 المعدل والمتمم للأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، والتي اعتبرت أن المحرر العرفي عقد غير رسمي أي المحرر

¹ - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ص 224-225.

² - بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 124.

الذي يتم كتابته من طرف أشخاص عاديون أو من طرف ضابط عمومي دون مراعاته للشروط الواجب توافرها لصحة المحرر الرسمي، كعدم كفاءة الموظف العام أو عدم اختصاصه من حيث الموضوع أو انعدام أهليته أو انعدام الشكل المطلوب، بشرط أن يكون المحرر موقعاً عليه من قبل الأطراف.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي

حاول عديد فقهاء القانون إعطاء تعريف للمحرر العرفي المعد للإثبات، نذكر من بينهم، بكوش يحيى الذي عرفه كما يلي "الورقة العرفية سند معد للإثبات يتولى تحريره، وتوقيعه أشخاص عاديون بدون تدخل الموظف العام"¹، كما عرفه محمد حسين منصور أيضاً بأنه "يقصد بالمحركات العرفية تلك الصادرة من الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف رسمي أو شخص مكلف بخدمة عامة"². وعرفها كذلك محمد حسين قاسم بأنها الأوراق التي تصدر عن الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف عام"³.

ونلاحظ أن كل التعاريف الفقهية قد أجمعت على أن المحرر العرفي المعد للإثبات يتم تحريره من طرف أشخاص عاديون دون تدخل موظف عام، بشرط أن يكون موقعاً عليه من ذوي الشأن.

المطلب الثاني: شروط صحة المحرر العرفي المعد للإثبات

تنص المادة 327 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 من خط أو إمضاء..."، بتحليل عبارات النص يتبين بأن الشروط الواجب توافرها لصحة المحرر العرفي تتمثل في شرطين هما: شرط الكتابة (الفرع الأول)، وشرط التوقيع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شرط الكتابة

يشترط في المحرر العرفي الذي يصلح أن يكون دليلاً كتابياً أن تكون به كتابة مثبتة لواقعة قانونية، ولا يشترط فيها أي شرط خاص، لا من حيث صيغتها، ولا من حيث طريقة تدوينها، فكل عبارة دالة على المعنى المقصود تصلح بعد توقيعها أن تكون دليلاً على موقعها.

¹ - بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 126.

² - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 75.

³ - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 220.

- فلا يلزم أن يكون المحرر العرفي مكتوب بخط اليد، ويستوي أن يكون الخط بالحبر أو الرصاص أو غيرها مما تقع به الكتابة، كما يجوز أن يكون مطبوعاً بأية وسيلة من وسائل الطباعة الحديثة أو مكتوباً على الآلة الكاتبة¹.
- ولا يعيب المحرر أن يوجد به تحشير أو إضافات بين السطور أو في الهامش أو أن يوجد به كشط، ولا يلزم التوقيع على الإضافات أو التحشير، فيجوز للقاضي أن يأخذ بها إذا كان العقد لا يستقيم إلا بها².
- كما يمكن أن يقوم بكتابة المحرر العرفي أي شخص كان، سواء تابعاً للأطراف، كما قد يكون موظفاً عاماً في غير هيئته الرسمية³.
- كما تجوز الكتابة بلغة غير اللغة العربية وذلك عكس المحرر الرسمي الذي يشترط لصحته أن يكون مكتوباً باللغة العربية.
- كما لا يشترط القانون كتابة التاريخ على المحرر العرفي، ولكن هذا المحرر لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان له تاريخ ثابت حسب نص المادة 328 ق م ج، ومع ذلك فقد يوجب القانون ذكر التاريخ على بعض المحررات العرفية، ومثال ذلك، السفتجة م 390 ق ت ج، والشيك م 472 ق ت ج، والسند لأمر م 465 ق ت ج، وعدم ذكر التاريخ في المحرر العرفي لا يشكل سبباً من أسباب البطلان، وإذا تعددت التواريخ في المحرر العرفي، فإن التاريخ الأخير هو الذي يجب أخذه بعين الاعتبار، إلا إذا ثبت تزويره، أو ثبت أنه لم يوضع إلا لمخالفة قانون أمر، وهذه القاعدة لا تطبق إلا على العقود الملزمة للجانبين، لأنه يفترض فيها أنها وقعت على مراحل، وأن آخر موقع قد وقع على هذا التاريخ الأخير، أما إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد، بحيث لا يشترط لقيام المحرر العرفي وصحته إلا توقيعاً واحداً، فإن التاريخ الموجود على العقد هو التاريخ الصحيح⁴.
- ولا يشترط كذلك ذكر المكان الذي كتب فيه المحرر العرفي باستثناء الأوراق التجارية التي يشترط فيها تحديد مكان التحرير لضرورات عملية خاصة تتعلق بتحديد الاختصاص المحلي، أو في حالة تنازع القوانين، وعليه فإن سقوط هذا البيان من المحرر العرفي لا يترتب عليه البطلان.

¹ - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ص 230-231.

² - المرجع نفسه، ص 231.

³ - بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 127.

⁴ - المرجع نفسه، ص ص 129-130.

الفرع الثاني: شرط التوقيع

التوقيع هو الشرط الأساسي في القانون المدني الجزائري لصحة المحرر العرفي، وهو شرط جوهرى فيه¹، لأنه أساس نسبة المحرر للموقع عليه، وهو دليل على قبول الالتزام بمضمونه، وهو كافي في وجوده، والالتزام قد ينشأ عن تلاقي إرادتين، ويكون ملزماً للجانبين كعقد البيع مثلاً وأثبت في محرر عرفي، ففي هذه الحالة وجب التوقيع عليه من البائع والمشتري، وقد ينشأ الالتزام بإرادة منفردة، فيكون العقد في هذه الحالة ملزماً لجانب واحد كالوديعة مثلاً وجب فيها توقيع المودع لديه وهكذا.

ويكون التوقيع عادة بالإمضاء²، ويجوز أن يكون بالختم في المسائل التجارية، وكذلك بوضع بصمة ختم خاص في شكل توقيع (la griffe)، وهذا راجع إلى مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية، ويصح كذلك التوقيع ببصمة الأصبع، والحقيقة أن المشرع الجزائري قبل التعديل الأخير للقانون المدني الجزائري (قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو لسنة 2005)، لم يكن يعترف بالتوقيع عن طريق بصمة الأصبع، غير أنه بتعديل المادة 327 ق م ج، نجد أن المشرع قد أدخل التوقيع ببصمة الأصبع واعتبره دليل إثبات، والواقع أن بصمة الأصبع، أكثر دقة وضماناً، وقد أثبت العلم أن بصمات الأصابع لا تتشابه ويستحيل تقليدها، كما أضاف المشرع التوقيع الإلكتروني والذي سوف يكون محل دراسة تفصيلية في معرض الحديث عن الكتابة الإلكترونية لاحقاً.

¹ - بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، مرجع سابق، ص 73.

² - أنظر: القرار رقم 45658، مؤرخ في 1990/12/07، المجلة القضائية، المحكمة العليا ع 4، 1992، ص 61، 62، 63 قضية بين (خ ب) و(ز م)، وجاء القرار كالتالي "من المقرر قانوناً أن العقد يتم بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما ومن المقرر أيضاً أن العقد يعتبر صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه في غير محله ويستوجب الرفض.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لا ينكر اتفاقه مع مطلقة باقتسامه المنزل الزوجية معها والزوجية قائمة بينهما طبقاً للعقد العرفي الممضي من قبله، فإن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي بإرجاع الغرفة والمطبخ للمطعون ضدها طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".

وانظر: كذلك القرار رقم 85535 بتاريخ 1992/05/27، المجلة القضائية، المحكمة العليا، قضية (ى س)، وجاء القرار كالتالي "من المقرر قانوناً أن يعتبر العقد العرفي صحيحاً وصادراً ممن وقعه ما لم ينكر هذا الأخير ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء.

ولما كان الثابت من قضية الحال أن الطاعن منذ بداية الدعوى ينكر هذا العقد العرفي بالبيع، ويتكلم فقط عن سلف دين فإن قضاة المجلس بالزام الطرفين إفراغ البيع في الشكل الرسمي قد تجاهلوا تماماً نص المادة المذكورة أعلاه، وأغفلوا إتباع طرق البحث عن الحقيقة، مما يستوجب نقض قرارهم".

وعليه لا يمكن إعطاء أية قيمة قانونية للتوقيع إلا إذا كان صادراً من الطرف الذي ينسب إليه أي يجب على صاحب الشأن أن يوقعه بنفسه، ويُشترط أن يكون التوقيع بخط الموقع أو ببصمة أصبعه وأن يشتمل على اسمه ولقبه كاملين، فلا يكفي التوقيع بعلامة رمزية أو إمضاء مختصرة مكونة من الأحرف الأولى للإسم فقط، غير أنه ليس ضروري أن يكون التوقيع بالإسم المثبت في بطاقة الهوية بل يكفي أن يكون الاسم الذي اشتهر به الشخص، فإذا وقع المحرر باسم شخص آخر فالتوقيع لا يصح والمحرر باطل لا حجية له¹.

- وإذا كان المحرر العرفي يتضمن التزاماً متبادلاً، ولم يوقع عليه سوى أحد الأطراف، وذلك بيد غيره فإن بإمكان الطرف الآخر أن يطلب بطلان ذلك التوقيع، كما يجوز للشخص المصاب بشلل أن يضع توقيعه على المحرر العرفي إذا كان هناك شخص آخر يساعده في تحريك يده وكانت مصلحته قائمة في ذلك التوقيع، وتبين أنه تعبير عن إرادته الشخصية²، ولذلك فإن الوكيل لا يوقع باسم موكله ولو تلقى تعليمات في ذلك، ويجب أن يوقع باسمه الشخصي، وبصفته نائبا عن موكله كما تضاربت أحكام القضاء بخصوص توقيع الشخص الأعمى على المحرر العرفي حيث أن هذا الأشكال لا يطرح بخصوص المحررات الرسمية، لأن الموثق يتلوا مضمون العقد التوثيقي على الأطراف المتعاقدة قبل توقيعهم عليه، وهي قرينة على علم الكفيف بمضمون العقد الذي سوف يقدم على توقيعه، أما فيما يخص المحرر العرفي نجد أن بعض المحاكم تقضي بأن الأعمى ليس أهلاً للتوقيع على المحرر العرفي، وقضت بعض المحاكم الأخرى بعكس ذلك³، وهذه الحالة لا ينطبق عليها نص المادة 80 ق م ج، والتي تعالج حالة خاصة تتعلق بالشخص ذو العاهتين وبذلك لا تقاس حالة الأعمى على هذا النص⁴.

1- سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 234.

2- بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 132.

3- المرجع نفسه، ص 132.

4- أنظر: المادة 80 من القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005، المتضمن ق م ج على أنه إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته، ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة.

ومن ثم فإن الضابط في هذه المسألة هو معرفة ما إذا كان الأعمى واعياً تماماً لما يقوم به وهل توقعه يعتبر انعكاساً حقيقياً لإرادته الباطنة، وهذا ما يجب على القضاة أن يسعوا إلى التأكد منه¹.

ويُعتبر المحرر العرفي دليلاً على كل من وقعه، ولا يُحتج به على من لم يوقعه ولو ذُكر إسمه فيه، غير أن من وقع على المحرر لا يرتبط به طالما لم يوقع عليه الطرف الآخر إذا كان محل العقد عمل قانوني لا يتم إلا بتوافق إرادتين².

ويوضع التوقيع عادة بآخر المحرر حتى يكون منسحباً على جميع البيانات الواردة فيه، لكن ليس من الضروري توقيع الإضافات والإحالات كما هو عليه الحال بالنسبة للمحرر الرسمي، ويترك غير الموقع من الإضافات أو الإحالات لتقدير القاضي، ولذلك يكون الأفضل توقيعها من قبل الأطراف قطعاً للشك³.

*** الحالة التي يتم فيها التوقيع على البياض:** يجوز التوقيع على بياض وتسليم الورقة البيضاء الموقع عليها إلى شخص يكون محلاً للثقة، بعد الاتفاق معه على الالتزام الذي قصد المدين الارتباط به، فيتولى الدائن كتابة هذا الالتزام وفق الاتفاق فإذا كُتبت الورقة البيضاء بعد التوقيع عليها أصبحت لها قيمة المحرر العرفي الذي لم يُوقع إلا بعد أن كُتبت، ويبقى للمدين الموقع على بياض الحق في أن يثبت أن ما قد كُتب فوق توقعه لم يكن هو المتفق عليه، ويكون إثبات ذلك وفقاً للقواعد العامة أي أنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة، ويعاقب قانون العقوبات بالحبس الشخص الذي يؤتمن على ورقة موقعة على بياض ويخالف ما تم الاتفاق عليه غشاً وإضراراً بصاحب التوقيع⁴.

1- بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 132.

2- سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 234.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 178.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 666.

ومهما يكن من أمر فإن التوقيع على بياض صحيح ويكسب البيانات التي سُكِّت بعد ذلك فوق التوقيع حجية المحرر العرفي وهذه الحجية تستمد من التوقيع لا من الكتابة، والمهم أن من يوقع الورقة يوقعها بخطه ويقصد من توقيعها أن يلتزم بالبيانات التي سترد في المحرر، ويجب على من يؤتمن¹ على هذا التوقيع أن يراعي الأمانة، فلا يضع في المحرر بيانات غير متفق عليه مع الموقع وإلا عوقب جنائياً، أما من الناحية المدنية فعلى إثبات تسليم الورقة الموقعة على بياض وخيانة من تسلمها يقع على من وضع توقيعها على بياض ويراعي في ذلك القواعد المقررة في الإثبات، ووفقاً للقاعدة العامة فإنه لا يجوز إثبات عكس ما هو مكتوب إلا بالكتابة، فإذا استطاع المدين إثبات غش الدائن وخيانتها لما استأمن عليه، فقد المحرر العرفي حجيته فيما بين المتعاقدين ولكنه لا يفقد هذه الحجية بالنسبة إلى الغير الذي يتعامل بحسن النية، فجاز لهذا الأخير أن يتمسك بحجية المحرر العرفي في حق من وقع على بياض، ويرجع الموقع على من أساء استعمال توقيعها².

ولكن إذا كان التوقيع على بياض قد تم الحصول عليه خلسة من غير علم صاحبه كان التوقيع غير صحيح، وكان المحرر باطلاً وعوقب من أساء استعمال التوقيع بالتزوير³، ولصاحب التوقيع أن يثبت هذا الاختلاس بجميع الطرق ومنها الشهادة والقرائن، لأنه إنما يثبت غشاً فإذا ما ثبت ذلك فإن المحرر العرفي تسقط حجيته بسبب بطلانه، أما فيما يخص الغير حسن النية الذي تعامل مع المختلس على أساس أن المحرر صحيح، لا يستطيع أن يتمسك بحجية المحرر في مواجهة صاحب التوقيع، لأن هذا الأخير لم يُسلم توقيعها على بياض إلى المختلس بإرادته كما في الحالة السابقة وعليه لا يمكن أن يُنسب إليه أي إهمال⁴.

ونلاحظ من خلال ما تقدم أن التوقيع هو الشرط الوحيد لصحة المحرر العرفي، فإذا لم يوضع التوقيع على المحرر لم تكن له حجية في الإثبات، ذلك أن المحرر العرفي إنما يستمد حجيته من

¹ نصت المادة 381 ف1 ق رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006، المعدل و المتمم للأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 يتضمن ق ع ج ، على أنه "كل من أؤتمن على ورقة موقعة على بياض وخان أمانتها بأن حرر عليها زورا التزاما أو إبراء أو أي تصرف آخر، يمكن أن يعرض لشخص الموقع أو ذمته المالية للضرر يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 20.000 إلى 1.0000 دج".

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 181.

³ نصت المادة 381 في فقرتها الأخيرة من القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن ق ع ج على أنه "وفي الحالة التي لا تكون الورقة الموقعة على بياض قد عهد بها إليه فتتخذ ضده الإجراءات الجزائية بوصفه مزورا ويعاقب بهذه الوصف".

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، المرجع السابق، ص 181.

التوقيع وحده وإذا لم يكن موقعا لا يصلح حتى أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة، إلا إذا كان مكتوبا بخط المدین، وإذا تعددت التوقيعات ليس من الضروري أن توضع جميعها في وقت واحد، ويُعد كل من وقع على المحرر قد التزم به إلا إذا اتضح من الظروف أن أصحاب الشأن إنما أرادوا أن يلتزموا بتوقيعهم جميعاً، والمحرر العرفي إذا كان باطلاً فلا يؤدي ذلك بالضرورة إلى بطلان التصرف القانوني، إلا إذا كانت الكتابة شرط لصحة التصرف في حد ذاته، ويبقى التصرف قائماً ويصح أن يكون جائز إثباته بالوسائل الأخرى¹.

المطلب الثالث: حجية المحرر العرفي في الإثبات

نتناول في هذا المطلب حجية المحرر العرفي في الإثبات من خلال التطرق إلى ثلاثة مسائل: حجية المحرر العرفي بين الأطراف (الفرع الأول)، ثم حجيته بالنسبة إلى الغير (الفرع الثاني)، وأخيراً نتناول حجية صور المحرر العرفي في الإثبات (الفرع الثالث).

الفرع الأول: حجية المحرر العرفي بين الأطراف

تنص المادة 327 ق رقم 58-75 المعدل والمتمم بالأمر رقم 5-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المتضمن القانوني المدني على أنه "يُعتبر العقد العرفي صادر ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر ذلك صراحة ما هو منسوب إليه أما ورثيه أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق...".

ويُتبين من هذا النص أن للمحرر العرفي من حيث صدوره ممن وقع عليه، حجية قائمة إلى أن ينكرها صاحب التوقيع (أولاً)، كما أن للمحرر العرفي حجية من حيث صحة ما ورد فيه من مضمون ووقائع (ثانياً)، ونتناول هاتين المسألتين فيما يلي:

أولاً/ حجية المحرر العرفي من حيث صدوره ممن وقع عليه: طبقاً لنص المادة 327 ق م ج سابقة الذكر يُتبين أن المحرر العرفي حجة على من وقعه، فإذا لم يكن مُسلماً بذلك فله أن ينكر توقيعه إنكاراً صريحاً، ولا يخرج مسلك الشخص المتمسك ضده بمحرر عرفي منسوب إليه توقيعه عن ثلاثة مواقف، إما أن يعترف صراحة بصدور المحرر العرفي منه وإما أن ينكر ذلك صراحة وإما أن يسكت.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 179.

1- إقرار موقع المحرر العرفي صراحةً بصدوره منه: في هذه الحالة يكون المحرر العرفي حجة بصدوره من المُقر به وبسلامته المادية كالمحرر الرسمي تماماً، وعليه لا يكون لصاحب التوقيع أن يطعن في سلامة المحرر العرفي المادية بأن يدعي حصول تغيير في الكتابة المدونة فوق توقيعه أو إضافة لم تكن موجودة عند التوقيع إلا عن طريق الطعن بالتزوير، وذلك على خلاف طعنه في مطابقة ما هو مكتوب بالمحرر للحقيقة، فالطعن في هذه الحالة يكون بالطرق العادية ولا يلزم فيها سلوك سبيل الطعن بالتزوير حيث يمكن الطعن فيها بالصورية مثلاً ويجب هنا إثبات العكس طبقاً للقواعد العامة في الإثبات، ومن هذه القواعد أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة.

2- إنكار صراحةً توقيعه أو خطه: حيث ينكر بذلك أن المحرر كله أو بعضه صدر منه ويتعين عليه أن يقوم بذلك قبل أن يناقش موضوع المحرر العرفي، ويتعين بذلك على القاضي أن يفصل في صحة المحرر الذي أنكره الشخص المنسوب إليه توقيعه، ويترتب على هذا أن عبء الإثبات يقع على المحتج بالمحرر العرفي، كما يقع على عاتقه إقامة الدليل على صحة صدور المحرر من خصمه، بإتباع الإجراءات الخاصة بمضاهاة الخطوط، فإذا قضت المحكمة بصحة الإمضاء يكون المحرر العرفي حجة على من وقعه.

3- حالة السكوت: حسب نص المادة 327 ق م ج فإن السكوت يفسر على أنه إقرار لمن ينسب إليه كتابة المحرر العرفي أو توقيعه أو وضع بصمة أصبعه عليه ما لم ينكر صراحةً ذلك.

ثانياً/ حجية المحرر العرفي بصدق ما ورد فيه: إذا وقع الاعتراف بالمحرر العرفي أو حكم بصحته، فإنه يصبح حجة بما ورد فيه من بيانات، وفي هذه الحالة يُتعين على القاضي أن يقضي بما فيه، بنفس الشروط التي يقضي بها بالنسبة للمحرر الرسمي¹، غير أنه يجب التمييز بين صدور البيانات المكتوبة في المحررة ممن وقعه، وهذه البيانات تقوم عليها قرينة مؤقتة تسقط بمجرد إنكار المحرر دون حاجة للطعن بالتزوير، وبين صحة هذه البيانات في حد ذاتها، وهل هي وقائع جدية أو صورية، فلصاحب التوقيع أن يثبت أن التصرف صوري وفي هذه الحالة لا يقتصر عليه مجرد الإنكار كما فعل عند صدور المحرر العرفي منه، بل يجب عليه هنا إثبات العكس طبقاً للقواعد العامة في الإثبات، ومن هذه القواعد أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة ويدخل في صحة الوقائع صحة التاريخ الذي يحمله المحرر، فإنه يفترض فيه الصحة حتى يثبت

¹ - بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 138.

صاحب التوقيع أنه غير كذلك، وهنا أيضا القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز إثبات ما يخالف إلا بالكتابة¹.

الفرع الثاني: حجية المحرر العرفي بالنسبة إلى الغير

الغير هنا كالغير في حجية المحرر الرسمي، هو كل شخص يجوز أن يسري في حقه التصرف القانوني الذي يثبتته المحرر العرفي، وهو بوجه عام الخلف العام أو الخلف الخاص والدائن². ونستعرض حجية المحرر العرفي بالنسبة إلى الغير من حيث صحة صدوره من موقعه (أولاً) ومن حيث صحة الوقائع التي دُوت فيه (ثانياً)، ومن حيث صحة تاريخه (ثالثاً).

أولاً/ حجية المحرر العرفي بالنسبة إلى الغير من حيث صدوره من موقعه: تعد المحررات العرفية بالنسبة إلى الخلف العام (الوارث والموصى له بجزء من التركة)، والخلف الخاص، والدائن صادرة من صاحب التوقيع إلى أن ينكر هذا الأخير صراحة صدورها منه من دون حاجة لأن يطعن فيها بالتزوير، أما إذا اعترف صاحب التوقيع أو سكت، أصبح المحرر العرفي حجة عليه وعلى الغير معاً، وإذا أراد هو أو أراد الغير إنكاره فلا يكون ذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير، أما إذا احتج بالمحرر العرفي بعد موت صاحب التوقيع دون أن يعترف صراحةً بصدور المحرر العرفي منه، فالوارث أو الموصى له أو الخلف الخاص أو الدائن لا يطلب منهم إنكار صريح، كما يطلب من صاحب التوقيع لإسقاط حجية المحرر العرفي، ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق، وهذا ما نصت عليه المادة 327 ف 1 ق م ج بقولها "يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقع أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه".

أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق".

ثانياً/ حجية المحرر العرفي بالنسبة للغير من حيث صحة الوقائع المدونة فيه: إذا وقع

الاعتراف بالمحرر العرفي، أو حكم بصحته، كان حجة بما ورد فيه على الغير من حيث صحة الوقائع المدونة فيه، ويجب أن نفرق بين المحرر العرفي في الإثبات، وبين الأثر الإلزامي للاتفاق المبرم فيه، فالاتفاق المبرم لا يُلزم إلا الأطراف المتعاقدة، وليس له أي أثر على الغير، أما المحرر

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص ص 194-195.

² - المرجع نفسه، ص 196.

الذي يثبت وجود هذا الاتفاق، وتحديد محتواه فإنه يكون حجة على الغير بنفس القيمة التي يكون فيها المحرر حجة على المتعاقدين، إذا ثبت تاريخه¹.

لكن هل يعني هذا أن الحجية التي تتعلق بالمحرر العرفي الصحيح هي نفس حجية المحرر الرسمي، في جميع البيانات المتعلقة به؟

والجواب يكون بالنفي، لسبب بسيط هو أن المحرر العرفي لم يكن من صنع موظف عام وتتمثل مجالات الخلاف بين النوعين من المحررات فيما يلي:

- بإمكان الشخص الذي يحتج عليه بالمحرر العرفي أن يثبت دوماً أن محتواه مخالف للحقيقة القانونية المتنازع فيها، وذلك دون اللجوء إلى طريق الطعن بالتزوير الخاصة بالمحركات الرسمية ولكن بما أن الإثبات يكون ضد سند مكتوب فإنه ولا شك مقيد، ومن ثم فهو لا يقبل الإثبات بشهادة الشهود، إلا إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، أما إذا ادعى تزوير المحرر العرفي بتحشير أو إضافة فإن المدعي يتبع طرق الطعن بالتزوير.

- التاريخ الموجود على المحرر العرفي لا يحتج به على الغير إلا إذا كان ثابتاً طبقاً لنص المادة 328 ق م ج، أما المحرر الرسمي فتاريخه ثابت ويكون حجة على الناس كافة.

- المحرر العرفي لا يمكن أن تلحقه الصيغة التنفيذية، ولو اعترف الخصم بمضمونه، فإذا أريد تنفيذه فلا بد من اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يمكن تنفيذه جبراً، أما المحرر الرسمي فبخلاف ذلك، فقد تلحقه الصيغة التنفيذية².

ثالثاً/ حجية المحرر العرفي بالنسبة إلى الغير من حيث صحة تاريخه: وهذه هي أهم مسألة في حجية المحررات العرفية بالنسبة إلى الغير، فكل محرر عرفي يحمل تاريخاً معيناً يفترض فيما بين الطرفين صحيح حتى يثبت العكس³، غير أنه قد يحدث أن يتفق الطرفان على تقديم هذا التاريخ أو تأخيره لتحقيق غرض معين، وعليه فمن المعقول أن لا يكون تاريخ المحرر العرفي حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً على وجه قاطع لأي شك في صحته، وهذا ما نصت عليه المادة 328 ق م ج بأنه "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت..." وسنتطرق في بحث هذه المسألة إلى تحديد من هو المقصود بالغير في هذا النص (1)، ثم تحديد

¹- بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 138.

²- المرجع نفسه، ص 140.

³- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 199.

المحركات العرفية التي لا تخضع لهذا النص (الاستثناءات) (2)، ثم نحدد الطرق التي يصبح بها هذا التاريخ ثابت (3).

1- تحديد من هو المقصود بالغير فيما يخص تاريخ المحرر العرفي: ليس الغير بالنسبة إلى تاريخ المحرر العرفي الذي نصت عليه المادة 328 ق م ج، هو نفسه الغير بالنسبة إلى حجية البيانات الأخرى الواردة فيه، فالغير بالنسبة إلى حجية البيانات هو بوجه عام الخلف العام والخلف الخاص والدائن، أي كل شخص يسري في حقه التصرف القانوني الذي يشهد به المحرر العرفي ومن ثم يجوز الاحتجاج به عليه، أما الغير بالنسبة إلى تاريخ المحرر العرفي، فهو أخص من الغير بالنسبة إلى حجية البيانات في المحرر، وحتى يتسنى لنا تحديد هذا الغير بدقة، يتعين علينا أولاً تحديد من لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا التاريخ.

أ- من لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى تاريخ المحرر العرفي: لا يعتبر غيراً فيحتج عليه بتاريخ المحرر العرفي كل من كان ممثلاً في التصرف القانوني الذي يشهد به المحرر، ومن ثم لا يعتبر غيراً.

*** الطرفان في المحرر العرفي:** فهذان يكون التاريخ حجة عليهما إلى أن يُثبت ذو المصلحة أن التاريخ غير صحيح بأن قدم أو أخر، كذلك المحرر الذي يوقعه النائب سواء كانت النيابة اتفاقية أو قضائية أو قانونية يكون حجة على الأصيل ولو لم يكن له تاريخاً ثابتاً، إلا إذا استطاع هذا الأخير أي الأصيل أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ، كأن يكون قد قدم حتى لا ينكشف أن التصرف قد صدر وقت انقضاء النيابة، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق، ومنها الشهادة والقرائن بسبب الغش في تقديم التاريخ¹، وهو في ذلك إنما يثبت واقعة مادية هي واقعة الغش، والوقائع المادية جائز فيها الإثبات بجميع الوسائل.

*** الخلف العام:** وهو الوارث والموصى له بحصة من التركة، والوارث أمره واضح وهو من يرث تركة مورثه فهو لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى تاريخ المحرر العرفي، لأن التصرف الذي يقوم به المورث يكون حجة في تاريخ عليه مادام أنه ممثلاً في التصرف، أما الخلف العام فهو من يخلف سلفه في جزء من التركة غير معين بالذات كالموصى له، ويعتبر الخلف العام كذلك ممثلاً في جميع

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني للإثبات آثار الإلتزام، ج 2، مرجع السابق، ص 203.

التصرفات التي يبرمها السلف، فيسري في حقه هذا التصرف، وعليه لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى تاريخ التصرف إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح¹.

* **الدائن العادي:** كذلك لا يعتبر غيراً بالنسبة لتاريخ المحرر العرفي الدائن العادي، ويكون هذا التاريخ حجة عليه، والسبب في ذلك أن الدائن العادي لا يكون له سوى حق الضمان العام، وهو لا يدعى حقاً خاصاً على مال المدين معين بالذات، وعليه فكل تصرف يبرمه مدينه يسري في حقه أيّاً كان تاريخه وإن لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.

ب- الغير بالنسبة إلى تاريخ المحرر العرفي: إن الغير الذي يتطلب القانون أن يكون تاريخ المحرر العرفي ثابتاً حتى يكون حجة عليه، يجب أن لا يكون ممثلاً في التصرفات التي يشهد بها المحرر العرفي، وقد رأينا فيما سبق أن الأصيل والوارث والدائن العادي كلهم ممثلون في التصرف فلا يعتبرون من الغير، ولم يبق إلا الخلف الخاص والدائن الحائز.

* **الخلف الخاص:** هو من يخلف سلفه في مال معين بالذات، ينتقل إليه من أحد أطراف التصرف المثبت بالمحرر العرفي، وهو من الغير بالنسبة لتاريخ المحرر العرفي الصادر من سلفه والذي تنتج عنه حقوق تتعارض مع الحق الذي تلقاه عن سلفه، ويُشترط حتى يُحتج عليه بتصرف سلفه أن يكون تاريخه ثابتاً، ولا يسري هذا التاريخ إلا إذا كان التصرف سابقاً على انتقال الحق إلى الخلف الخاص، أما إذا كان التصرف لاحقاً على انتقال الحق إلى الخلف الخاص فلا يسري في حقه، وعليه فتاريخ التصرف القانوني له أهمية بالغة، بل هو المحور الذي يدور عليه سريان التصرف في حق الخلف الخاص أو عدم سريانه، ولما كان من السهل على السلف أن يُضيع على خلفه حقه بأن يعطى لغيره حقاً يتعارض مع هذا الحق، فيؤخر تاريخ التصرف بحيث يصبح سابقاً على انتقال الحق للخلف، لذلك وتقادياً لهذا الغش اشترط القانون، أن يكون تاريخ التصرف ثابتاً حتى يُحتج به على الخلف الخاص².

* **الدائن الحائز:** ويلحق بالخلف الخاص، في هذه الغيرية، الدائن إذا تركز حقه في مال للمدين معين بالذات، فيصبح غيراً بالنسبة إلى تاريخ التصرفات التي تصدر من المدين في هذا المال ولا يتركز حق الدائن في مال المدين معين بالذات إلا إذا حجز الدائن على هذا المال، ووضع كوضع الخلف الخاص، فهو مثله قد تركز حقه في مال معين بالذات، وهو المال الذي حجزه

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص ص 204-206.

² - المرجع نفسه، ص 207.

فاشترط القانون حتى يسري التصرف في حق الدائن الحاجز أن يكون ثابت التاريخ وسابقاً على تاريخ الحجز¹.

فالغير إذا بالنسبة إلى تاريخ المحرر العرفي حسب نص المادة 328 ق م ج، هو الخلف الخاص والدائن الحاجز إذا تركز حقه في مال للمدين معين بالذات، فيصير غيراً بالنسبة إلى تاريخ التصرفات التي تصدر من المدين في هذا المال².

ج- الشروط الواجب توافرها في الغير: يشترط لتمسك الغير بعدم صحة ثبوت التاريخ ما يلي:
* أن يكون المحرر المثبت لحق الغير نفسه ذا تاريخ ثابت، حتى يجوز له أن يتمسك بعدم الاحتجاج عليه بالمحرر غير ثابت التاريخ.

* أن لا يتطلب القانون إجراءات أخرى غير ثبوت التاريخ، كالشهر أو التسجيل مثلاً.
* أن يكون الغير الذي يتمسك بعدم ثبوت تاريخ المحرر العرفي الذي يحتج به في مواجهته حسن النية، أي لا يعلم وقت نشوء حقه بسبق التصرف الذي يحتج به المُتضمن المحرر العرفي فإذا كان يعلم بوجود حق أسبق من حقه، ولكنه بادر إلى إثبات تاريخ تصرفه قبل إثبات تاريخ التصرف الذي نشأ عنه الحق السابق، فإنه يكون سيء النية، وليس له التمسك بعدم ثبوت تاريخ المحرر المضاد³.

2- الاستثناءات عن قاعدة ثبوت التاريخ: هناك بعض الحالات لا يكون فيها للمحرر العرفي تاريخ ثابت، لكنه مع ذلك يكون حجة على الغير وهذه الحالات تتمثل فيما يلي:

أ- الحالة الأولى: وهي حالات مستثناة بحكم طبيعتها من الخضوع لأحكام المادة 328 ق م ج فهناك حالات، رغم أن بعض الأشخاص فيها يصدق عليهم وصف الغير إلا أنه يمكن الاحتجاج عليهم بتاريخ المحرر العرفي، وإن لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، وتشمل هذه الحالات ما يلي:

- المادة التجارية، إن المادة 328 ق م ج لا تطبق أحكامها على المنازعات التجارية وهذه يجوز دائماً الإثبات فيها بالشهادة والقرائن، وإن تجاوزت قيمة التصرف مائة ألف دج، فإذا وجد محرر عرفي اتخذ دليلاً كتابياً فلا يشترط أن يكون له تاريخ ثابت ليكون حجة على الغير⁴.

¹- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 248.

²- بلعيساوي محمد الطاهر، باطلبي غنية، مرجع سابق، ص 78.

³- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 97-98.

⁴- بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 148-149.

- إذا كان هناك محرر عرفي ولكنه ليس دليلاً كاملاً، وذلك كمبدأ الثبوت بالكتابة، فهو كقاعدة عامة لا يشترط فيه التاريخ الثابت على النحو المقرر في الدليل الكامل، ليكون حجة على الغير.

- الحالة التي يثبت فيها المحرر المعرفي واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً، أو تصرفاً قانونياً يسري في حق الغير باعتباره واقعة مادية¹، ففي إثبات الوقائع المادية لا يجب الدليل الكتابي.

- المخالصات، إذا كان المحرر العرفي الذي قدمه الخصم هو دليلاً كتابياً كاملاً وهو مخالصة من مدين، فلا يشترط في المخالصات التاريخ الثابت لتكون حجة على الغير بتاريخها، وهذا ما نصت عليه المادة 328 في فقرتها الأخيرة ق م ج²، وذلك لما في اشتراط التاريخ الثابت من صعوبة عملية، ويجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يطبق أحكام هذه المادة على المخالصات فجعل النص السلطة التقديرية للقاضي فإذا رأى أن هناك صعوبة عملية كافية تمنع من توافر التاريخ الثابت لم يطلبه، وإلا أخضع المخالصات كغيرها من المحررات العرفية إلى القاعدة العامة وطلب فيها التاريخ الثابت ليكون حجة على الغير³.

- الكتابة الخاصة، إن المادة 328 ق م ج لا تعني إلا المحررات العرفية المعدة خصيصاً للإثبات، وهي تسمى بالسندات (actes instrumentaires)، أما المحررات الغير معدة للإثبات كالأوراق المنزلية والدفاتر التجارية والرسائل والبرقيات، فتعتبر أجنبية عن هذه المادة.

ب- الحالة الثانية: حالة علم الغير بوجود محرر عرفي، ففي هذه الحالة إن كان هذا الغير على علم بوجود محرر عرفي وإن لم يكن ثابت التاريخ، ثم أقدم على تصرف قانوني ووثقه في محرر ثابت التاريخ، فإنه يحتج عليه بالمحرر السابق الذي علم بوجوده⁴.

ج- الحالة الثالثة: التنازل عن الحق في التمسك بعدم ثبوت التاريخ حيث أن مقتضيات المادة 328 ق م ج ليست من النظام العام، لأنها شرعت لحماية مصالح الأفراد ضد التعسفات الناتجة عن تسبيق التاريخ في المحررات العرفية، ويترتب على ذلك أنه بإمكان الغير التنازل عن هذه الحماية القانونية، بالاعتراف صراحة بصحة التاريخ الموجود على المحرر العرفي الذي يُحتج به عليه، وإما أن يتنازل ضمناً بأن يتصرف بما لا يقبل مجالاً للشك في أن قصده هو عدم التمسك بعدم وجود

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 236.

2- أنظر: المادة 328 الفقرة الأخيرة، ق م ج، حيث نصت مايلي "غير أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يخص المخالصات".

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، المرجع السابق، ص 237.

4- بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 150.

تاريخ ثابت، ويترتب على ذلك أيضا أن الدفع بعدم وجود تاريخ ثابت لا يمكن التمسك به لأول مرة أمام المحكمة العليا¹.

3- طرق ثبوت التاريخ بالنسبة إلى الغير: نصت المادة 328 ق م ج على أنه "لا يكون

العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء: - من يوم تسجيله.

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

- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.

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

ويتبين مما تقدم أن التاريخ الذي يحمله المحرر العرفي هو جزء من التصرف القانوني الذي تم الإتفاق عليه بين الأطراف، فهو حجة عليهم، ولكل واحد منهم أن يثبت عدم صحته وفقا للقواعد العامة في الإثبات، أما بالنسبة إلى الغير فهذا التاريخ لا يمكن الاحتجاج به عليه إلا إذا كان ثابتا بطريق من الطرق التي يحددها القانون².

وهذه الطرق تضمنتها المادة 328 ق م ج سابقة الذكر، ومن ثم يكون التاريخ ثابتا على وجه من الأوجه الآتية:

* **تسجيل المحرر العرفي:** إن تسجيل المحرر العرفي يعطيه تاريخا ثابتا، وهي الطريقة المعتادة لثبوت تاريخ المحرر العرفي، والتسجيل هو قيد مضمون المحرر العرفي في سجل خاص يعد لذلك في محضر يثبت فيه تاريخ تقديم المحرر ورقم إدراجه في الدفتر أو السجل المعد لذلك ويختتم ويوقع من طرف الموثق، والطريقة الثانية تكون بالتوقيع مباشرة على المحرر العرفي من طرف الموظف العام المختص، ويعطيه رقماً يدرجه في سجل خاص به يسمى سجل التصديقات³، وانتهى العمل بهذه الطريقة بصدور قانون المالية سنة 1992، والذي منع بموجبه تسجيل المحررات العرفية واشترط أن جميع العقود الخاضعة للتسجيل يجب أن تفرغ في محرر رسمي على يد موثق⁴.

¹ - بكوش يحيى، مرجع سابق، ص ص 150-151.

² - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ص 254-256.

³ - بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، مرجع سابق، ص 80.

⁴ - أنظر: قرار رقم 62624، المؤرخ في 24/09/1990، المجلة القضائية، المحكمة العليا، 1992، ع 2، ص 24، حيث قررت المحكمة العليا "حيث أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية بل أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط، أما مضمون هذا العقد فيبقى بعيدا كل البعد عن الرسمية".

وعليه تعتبر جميع المحررات العرفية المتعلقة بنقل الملكية العقارية المبرمة قبل 1971/01/01 باطلة بطلاناً مطلقاً كون المسألة تتعلق بركن من الأركان الشكلية في العقد وذلك حتى لو تم تسجيلها في مصلحة التسجيل والطابع بمفتشيه الضرائب¹.

* **ثبوت المحرر العرفي في عقد آخر حرره موظف عام:** ويكون ذلك بأن يذكر المحرر العرفي مع تحديد موضوعه تحديداً معيناً له مانعاً لكل لبس في محرر رسمي، غير أنه لا يلزم أن يتضمن المحرر الرسمي جميع محتويات المحرر العرفي، بل يكفي أن يشمل على ما هو أساسي وجوهري فيه، بحيث يمكن التعرف عليه وضبط تاريخه، وعند ذلك يكتسب المحرر العرفي تاريخاً ثابتاً هو التاريخ الثابت في المحرر الرسمي، وهذا يدل دلالة قاطعة أن المحرر العرفي قد صدر قبل تحرير السند الرسمي أو صدر في التاريخ المُثبت فيه، ويتخذ المحرر الرسمي الصادر عن الموظف العام عدة أشكال، فقد يكون سنداً توثيقياً، أو محضراً تنفيذياً، أو حكماً قضائياً أو قراراً إدارياً².

* **من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص:** ويقصد به تقديم المحرر العرفي إلى موظف أثناء تأدية وظيفته فيؤشر عليه، كتوقيع القاضي أو كاتب الجلسة، وكتصديق الموثق على التوقيعات وكذلك التأشير من مصلحة الضرائب بما يفيد أن الشخص قد دفع ما عليه من رسوم أو تأشير الخبير على ورقة قدمت له لإجراء خبرة أنتدب فيها من طرف المحكمة³، وتكتسب كذلك المراسلات المسجلة تاريخاً ثابتاً هو تاريخ ختم مصلحة البريد إذ أمكن التثبت منه بالرجوع إلى التسجيلات الرسمية التي سجلت فيها هذا المراسلات⁴، ويشترط أن يكون التأشير قد تم في ظروف لا تدع مجالاً للشك⁵.

* **من يوم وفاة أحد الدين لهم على المحرر خط أو إمضاء:** إذا حمل المحرر العرفي خط أو توقيع شخص توفي فإن ذلك يدل دلالة قاطعة على أن المحرر صدر قبل حادثة الوفاة، ويعتبر تاريخ الوفاة تاريخاً ثابتاً للمحرر العرفي، ويستوي أن يكون الشخص المتوفى طرفاً أو شاهداً أو كفيلاً أو غير ذلك، غير أنه لا يكفي مجرد وجود خط المتوفى على المحرر العرفي لإثبات التاريخ، بل يجب أيضاً أن يكون المحرر قد وقع منذ وجود هذا الخط، إذ يمكن أن يكتب شخص محرر لكنه يبقى

¹ - بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، مرجع سابق، ص 80.

² - المرجع نفسه، ص 81.

³ - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 259.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 241.

⁵ - بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، المرجع سابق، ص 82.

مجرد مشروع دون توقيع إلى أن يتوفى الكاتب، ثم يوقع أشخاص آخرين المحرر بعد وفاة من كتبه، فلا يكون المحرر ثابت من يوم الوفاة ما دام هذا الشخص لم يضع عليه توقيعه، والعلة من جعل الوفاة سبب من أسباب ثبوت التاريخ هو أن المتوفى يستحيل عليه بعد الوفاة الكتابة أو التوقيع¹، وقد أجمع الفقه والقضاء على أنه لا يكسب المحرر العرفي تاريخاً ثابتاً إلا بإحدى الطرق الأربعة التي ذكرتها المادة 328 ق م ج التي سبق الإشارة إليها، وذلك على سبيل الحصر.

* **تنازع القوانين بالنسبة لإثبات تاريخ المحرر العرفي:** في حالة وقوع نزاع حول ثبوت تاريخ المحرر العرفي، أو عدم ثبوته فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الذي وقع تحرير المحرر العرفي في ظله، وقد استقر الفقه على ذلك، وهذا تطبيقاً للقاعدة الأصولية التي تقضي بأن قانون الموطن هو الذي يحكم العقد².

الفرع الثالث: حجية المحرر العرفي فيما يتعلق بصوره

لم ينص المشرع الجزائري في التقنين المدني على حجية صور المحررات العرفية وسكت على ذلك، عكس ما هو عليه الحال بالنسبة لحجية صور المحررات الرسمية التي حددها وفصل فيها في المادتين 325 و 326 ق م ج، وأعطاهما حجية متفاوتة قوة وضعف حسب كل حالة. وعلى العموم فإن صور المحررات العرفية ليست لها في الأصل أية حجية في الإثبات ولو كمبدأ ثبوت بالكتابة، فهي لا تحمل توقيع من صدرت منه، وعليه لا يكون لصورة المحرر العرفي أية حجية تذكر³، إلا لمجرد الاستئناس وذلك قياسياً على حكم حجية صورة البرقيات الموقع عليها⁴.

المطلب الرابع: الحالات التي تجب فيها الكتابة للإثبات

المشرع لم يتطلب الكتابة لإثبات كافة التصرفات القانونية، بل قصر ذلك على بعض التصرفات المدنية، وأغلب القواعد الموضوعية للإثبات لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ويمكنهم بالتالي اشتراط الكتابة للإثبات في غير الحالات التي يتطلبها القانون⁵ وتتمثل الحالات التي تجب فيها الكتابة لإثبات التصرف في الحالة التي تفوق فيها قيمة التصرف حداً معيناً

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني للإثبات آثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 242.

² - بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 151.

³ - سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 79.

⁴ - أنظر: نص المادة 329 الفقرة الأخيرة، ق م ج، سابق الذكر.

⁵ - أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني للإثبات آثار الإلتزام، المرجع السابق، ص 378-406.

(الفرع الأول)، وكذلك إذا كان التصرف القانوني غير محدد القيمة (الفرع الثاني)، أما الحالة الثالثة فهي إذا كان المدعى به يجاوز أو يخالف الكتابة (الفرع الثالث)، وأخيراً نتطرق للحالات الاستثنائية الواردة على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة (الفرع الرابع).

الفرع الأول: التصرف القانوني الذي تتجاوز قيمته مائة ألف دينار جزائري

وفقاً لنص المادة 333 ق م ج فإنه "في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف ويجوز الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الالتزام على 100.000 دج لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل. وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على 100.000 دج ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة، ولو كان منشأها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة، كذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته على 100.000 دج".

ويتضح من مضمون النص، أنه من يدعي بحق نشأ عن تصرف قانوني تفوق قيمته مائة ألف دينار جزائري، من غير المسائل التجارية يتعين عليه أن يقدم دليل كتابي يتضمن محتواه قيام هذا التصرف، ومن ثم لا يجوز إثباته بشهادة الشهود إلا في بعض الحالات الخاصة، ولتطبيق هذه القاعدة وجب توافر عدة شروط هي كالتالي:

- يجب أن نكون بصدد تصرف قانوني، فلا تنطبق القاعدة على الوقائع المادية، حيث لا تسمح طبيعتها بإعداد الدليل مقدماً، ومن ثم يجوز إثباتها بشهادة الشهود والقرائن.
- أن يكون التصرف المراد إثباته مدنياً لا تجارياً، حيث يجوز إثبات التصرفات التجارية مهما كانت قيمتها، بشهادة الشهود والقرائن، إلا ما استثني منها بنص.
- ألا يكون هناك اتفاق بين الأطراف أو وجود نص قانوني يقضي بغير ذلك.
- تقتصر القاعدة على أطراف التصرف القانوني دون الغير، فالعقد الذي تزيد قيمته عن 100.000 دج يلتزم الأطراف بتقديم دليل كتابي لإثباته، ويسري نفس الحكم على الخلف العام والوارث، أما الغير فلا يُتصور إلزامه بتقديم دليل كتابي.
- أن تزيد قيمة التصرف القانوني عن 100.000 دج¹.

¹ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 117-118.

الفرع الثاني: إذا كان التصرف القانوني غير محدد القيمة

يجب كذلك الإثبات بالكتابة إذا كان التصرف القانوني غير محدد القيمة، وقليلاً ما يكون التصرف القانوني على هذه الصفة، ومن ثم تكون تطبيقات هذه الحالة محصورة في نطاق ضيق ومثال التصرف القانوني غير محدد القيمة، أن يبيع الفلاح محصوله الزراعي لتاجر التجزئة على أساس نسبة من الأرباح يحصل عليها التاجر بعد بيعه للمحصول، وهنا نكون أمام تصرف قانوني غير محدد القيمة بالنسبة للطرفين، فالفلاح لا يتحدد قيمة محصوله إلا بعد البيع وكذلك قيمة أرباح التاجر لا تتحدد إلا على هذا النحو، ومثاله أيضاً أن يعهد شخص لمقاول بناء بأن يبني له داراً ويتفق الطرفان على أن يكون تحديد قيمة البناء بعد أن ينهي المقاول عمله، ففي هذه الحالة التي تكون فيها قيمة التصرف القانوني غير محددة يتعين على المدعي أن يقدم دليلاً كتابياً¹.

الفرع الثالث: إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة

ونصت على هذه الحالة المادة 334 ق م ج ويقصد بإثبات ما يخالف الكتابة أن يدعى أحد أطراف التصرف القانوني المدني، الذي يشير إليه المحرر العرفي أن ما هو ثابت فيه بشكل جزئي أو كلي، لا يتفق مع حقيقة التعامل الموجود بين الطرفين، فهنا يجب على المدعي لكي يثبت ما يدعيه أن يقدم محرراً عرفياً أو رسمياً (ورقة الضد) حتى ولو كانت قيمة التصرف لا تتجاوز 100 000 دج، وذلك على أساس انه يدعي عكس ما هو ثابت بالكتابة².

أما ما يجاوز الكتابة فيقصد به أن يدعي طرف التصرف القانوني المشار إليه، في محرر عرفي، أن هناك حقوق إضافية أو التزامات كان ينبغي أن تتم الإشارة إليها، ولكنها أغفلت لسبب ما ففي هذه الحالة ينبغي على المدعي أن يقدم محرراً رسمياً أو عرفياً إثباتاً لما يدعيه، وإن كانت قيمة التصرف القانوني لا تتجاوز 100.000 دج.

الفرع الرابع: الاستثناءات الواردة على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة

قد تقوم إحدى الحالات التي تستوجب تقديم دليل كتابي، ورغم ذلك لا يكلف المدعي بتقديم محرر مكتوب، ولقد حدد المشرع هذه الحالات فيما يلي:

¹ - سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 91 .

² - المرجع نفسه، ص 91 .

أولاً/ إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة: يقصد بمبدأ الثبوت بالكتابة¹، أن تكون هناك كتابة صادرة عن الخصم، تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال، ومثال ذلك وجود رسالة موقعة من المدين، أو محرر رسمي باطل، أو وجود ورقة منزلية تشير إلى التصرف بطريقة مباشرة... إلخ.

فإذا وجدت مثل هذه الأوراق، فإنه يمكن إستكمالها بشهادة الشهود لإثبات تصرفات قانونية مهما كانت قيمتها، ولا يشترط فيها أن تكون الكتابة بخط المدين، كما لا يشترط فيها شكل خاص².

ثانياً/ إذا فقد الدائن السند بسبب أجنبي خارج عن إرادته: قد يحدث أن يفقد الدائن سند الدين لقوة قاهرة حلت به³، أو بعموم الناس، كالزلازل والحريق والفيضان... إلخ، وعندئذ يصبح الدائن عاجزاً عن إثبات حقه، وفقاً لقاعدة وجوب إثبات ما هو مكتوب إلا بالكتابة، ولذلك وضع المشرع اعتباراً لمثل هذه الحالات، حيث أجاز الإثبات بالشهود، بشرط أن يثبت الدائن أمرين، الأول أنه كان يمتلك سنداً كتابياً يثبت التصرف القانوني، والأمر الثاني أن سبباً أجنبياً قد حل به جعله يفقد السند فإذا وفق الدائن في إثبات هذين الأمرين كان له أن يثبت التصرف القانوني بشهادة الشهود وذلك مهما كانت قيمته.

ثالثاً/ إذا وجد مانع مادي أو أدبي يمنع الحصول على سند: الحياة العملية لا تجعل تهيئة محرر مكتوب أمراً يسيراً المنال في جميع الحالات ومن ثم قد تقوم حالة لا يكون معها إعداد دليل كتابي أمراً ممكناً، وذلك إما لأن الظرف المادي المحيط لا يسمح بذلك وإما للمكانة المعنوية للظرف الآخر⁴، ولذلك يُصبح إلزام المدعي بتقديم دليل كتابي في ظروف بعينها أمر مردود، ولا يتماشى مع ضرورات المجتمع وأخلاقه.

والمانع المادي قد يكون سببه اضطرابات اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية، تُحتم ظروفاً لا يكون متاح فيها تحرير التصرف القانوني ضمن محرر مكتوب، ومتى أُعتبر الظرف مانعاً مادياً أمكن للدائن إثبات التصرف بشهادة الشهود.

أما المانع الأدبي، فعادة ما يكون سببه علاقة القرابة بين الخصوم، خصوصاً في المجتمعات التي تحنل فيها علاقة الأبوة والعمومة...، مكانة خاصة لأسباب دينية وأخرى أخلاقية⁵.

1- أنظر: نص المادة 335 ق م ج، سابق الذكر.

2- سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 96 .

3- أنظر: نص المادة 336 ف 2، ق م ج، سابق الذكر.

4- أنظر: نص المادة 336 ف 1، ق م ج، سابق الذكر.

5- سرايش زكريا، المرجع السابق، ص 97.

المبحث الثالث: المحررات العرفية غير المُعدة للإثبات

هناك بعض المحررات العرفية لم تعد أصلا للإثبات، ولا تكون عادة موقعا عليها من ذوي الشأن، ومع ذلك فإن القانون يُعطيها بعض الحجية في الإثبات تتفاوت بحسب الأحوال، ونجد المشرع الجزائري قد نص على أربعة أنواع من المحررات العرفية غير المُعدة للإثبات هي: الرسائل والبرقيات (المطلب الأول)، الدفاتر التجارية (المطلب الثاني)، الدفاتر والأوراق المنزلية (المطلب الثالث) التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين (المطلب الرابع).

المطلب الأول: الرسائل والبرقيات

تنص المادة 329 ق م ج على أنه " تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات، وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك وإذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الإستئناس"، من خلال هذا النص نتناول بالدراسة: الرسائل (الفرع الأول) البرقيات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الرسائل

هي محررات مكتوبة سواء كانت في صورتها التقليدية رسائل ورقية أو حديثة مكتوبة ضمن دعائم إلكترونية، وهي وسيلة من وسائل الاتصال يتبادلها شخصان أو أكثر لأغراض متعددة والقانون لا يهتم بجميعها، بل يقتصر اهتمامه على تلك التي أشارت في مضمونها إلى قيام علاقة مديونية بين طرفين مثل أن تشير الرسالة إلى اعتراف بدين لصالح المرسل إليه، وقد أعطى المشرع الجزائري للرسالة الموقع عليها نفس حجية المحرر العرفي، وهذا ما نصت عليه المادة 329 ف1 ق م ج¹. وعلى ذلك تكون الرسالة حجة بصدورها ممن وقعها، وبسلامتها المادية ما لم يتم مرسلها بإنكار صراحة توقيعها عليها، كما هو الحال بشأن المحررات العرفية المُعدة للإثبات، كما تكون الرسالة حجة لمرسلها بحقيقة مضمونها ما لم يثبت عكسها بالطرق المقررة قانونا، ولا يثبت عكسها إلا بالدليل الكتابي.

وتجدر الإشارة إلى أن المدعى بحق معين لا يجوز له الاستناد على رسالة تحصل عليها بطريقة غير مشروعة، إذ أن ذلك يجعلها غير محل اعتبار في إثبات حقه².

¹ - أنظر: نص المادة 329 ق م ج، سابق الذكر.

² - سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 80 .

الفرع الثاني: البرقيات

تنص المادة 329 ف1 ق م ج على أنه "وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتُعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. وإذا تلف أصل البرقية فلا تُعتبر نسخها إلا لمجرد الاستئناس".

لقد أقر المشرع الجزائري من خلال هذا النص أن للبرقية حجية المحرر العرفي، واشترط حتى تكون لها هذه القيمة أن يكون أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، فإذا كان الأصل لا يحمل توقيع المرسل أو من ينوبه أو من يمثله في حالة كونه شخص معنويًا، فلا تكون للبرقية أي قيمة في الإثبات، كما افترض المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 329 ق م ج مطابقة مضمون البرقية لأصلها ما لم يثبت عكس ذلك والبرقية تتكون من أصل وصورة، فالأصل يكتبه المرسل بخطه ويوقعه، ويحتفظ به في مكتب التصدير لمدة معينة، أما الصورة يكتبها الموظف المكلف بالتصدير ويرسلها إلى المرسل إليه¹، ويعتبر تاريخ البرقية ثابت لأن الختم الذي تُرسل به يكون مؤرخًا، والتأكد من التاريخ يكون بالرجوع إلى الدفتر الخاص بذلك².

وبهذا يكون المشرع قد أقام قرينة قانونية مفادها اعتبار البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على العكس، هذا في حالة ما إذا كان أصل البرقية الموقع عليها موجود بمكتب التصدير، أما إذا كان أصل البرقية غير موجود لأنه أعدم بعد انقضاء المدة القانونية المقررة لحفظه، ففي هذه الحالة لا يعتد بالبرقية إلا على سبيل الاستئناس³، وهذا الحكم نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 329 ق م ج سابقة الذكر.

¹ - بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، مرجع سابق، ص 81.

² - سليمان مرقص، مرجع سابق، ص 536.

³ - محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص 280.

المطلب الثاني: الدفاتر التجارية

تنص المادة 330 ق م ج على أن "دفاتر التجار لا تكون حجة على الغير، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التاجر، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة".

ألزم المشرع التجار باتخاذ دفاتر معينة¹، وأجاز القانون إلزامهم بتقديمها إلى المحكمة، ودفاتر التجار تكون حجة عليهم لأن ما دون فيها من بيانات يعتبر بمثابة إقرار صادر منهم سواء كانت هته الدفاتر منتظمة أو غير منتظمة².

وبذلك يكون المشرع قد خرج عن القواعد العامة في الإثبات من ناحيتين:

- أن دفتر التاجر، هو ورقة عرفية غير موقعة منهم بل إن في الغالب لا تكون محررة بخطهم ومع ذلك يُعتبر دفتر التاجر حجة ضده.

- أن القانون يلزم التاجر بتقديم الدفاتر خلافاً للقاعدة العامة التي تقضي بعدم إلزام الشخص بأن يقدم دليل ضد نفسه.

الفرع الأول: الدفاتر التجارية حجة على التاجر

تكون دفاتر التاجر حجة عليه لأنها بمثابة إقرار صادر منه، رغم أنها غير موقع عليها ويتم تحريرها تحت إشرافه ومعرفته، وتعتبر دفاتر التاجر حجة عليه بصرف النظر عما إذا كان خصمه تاجراً أم غير تاجر، وللتاجر أن يثبت بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهادة والقرائن خلاف ما ورد في دفتره³.

ومع ذلك فإن حجية هذه الدفاتر في الإثبات مقيدة بعدة قيود هي:

- عدم جواز تجزئة الإقرار الوارد فيها، فليس لمن يريد أن يستخلص دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد منها ما كان مناقضاً لدعواه، فإما أن يأخذه بأكمله وإما أن يستبعده بأكمله.

¹ - أنظر: نص المادة 11 ق ت ج، سابق الذكر.

² - بلعيساوي محمد الطاهر، باظلي غنية، المرجع السابق، ص 78.

³ - المرجع نفسه، ص 88.

- لا تصل حجية الدفاتر التجارية، ولو كانت منتظمة إلى قوة الدليل الكامل لأنها غير موقعة من صاحبها ولا معدة أصلاً للإثبات بل تُعتبر في مستوى القرائن فقط، لذلك يجوز للتاجر إثبات عكس ما ورد في دفاتره بكافة طرق الإثبات¹.

- الاستدلال بدفاتر التجار ليس حقاً مقررًا لخصم التاجر، وإنما هو أمر جوازي فإن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بالدفاتر كدليل إثبات من عدمه وهذه القاعدة مقيدة بموجب شرطين:

* أن تكون البيانات متصلة بواقع النزاع.

* أن تكون الدفاتر منتظمة².

الفرع الثاني: دفاتر التاجر حجة له

القاعدة العامة تقضي بأنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه وبنفسه حتى ولو كان تاجراً دفاتره منتظمة، ومع ذلك أجاز المشرع استثناءً أن تكون دفاتر التاجر حجة له في حالتين:

أولاً: إذا كان الخصم تاجراً: وهذا ما قضت به المادة 13 ق ت ج بأنه "يجوز للقاضي قبول

الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية".

ويلتزم كل تاجر بمسك الدفاتر التجارية التي ينص عليها القانون بصفة منتظمة، فدفاتر التاجر هي مرآة تجارته، يفيد فيها العمليات التجارية وكل ما يرتبط بتجارته على نحو يوضح مركزه المالي³.

والقاضي هنا يملك سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بالدفاتر كدليل إثبات من عدمه وهذه القاعدة

مقيدة بموجب شرطين:

- أن تكون الدفاتر التجارية منتظمة طبقاً لما يشترط القانون في كل دفتر.

- أن يكون موضوع النزاع تصرف أو واقعة تجارية.

ثانياً: إذا كان الخصم غير تاجر: أجاز المشرع استثناءً أن تكون دفاتر التاجر حجة على غير

التجار بشروط وهذا ما نصت عليه المادة 330 ق م ج، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- أن يتعلق النزاع بسلعة قام التاجر بتوريدها إلى زبونه غير التاجر، ولا يجوز الإثبات بدفاتر

التاجر في غير موضوع توريد البضائع.

¹- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 107-108.

²- بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، مرجع سابق، ص 88.

³- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 106.

- أن يكون محل الالتزام مما يجوز إثباته بشهادة الشهود بالنسبة لغير التاجر، أي لا تتجاوز قيمة التصرف 100.000 دج طبقاً لنص المادة 333 ق م ج.

- أن يقوم القاضي بتكميل الدليل باليمين المتممة ويوجهها إلى التاجر لتدعيم ما جاء في دفاتره¹، وفي هذه الحالة تخضع دفاتر التاجر لتقدير القاضي، فله مطلق الحرية في الأخذ بها أو استبعادها، وذلك حسب ظروف كل دعوى، ولخصم التاجر أن يثبت عكس الدليل المستمد من هذه الدفاتر بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن².

المطلب الثالث: الدفاتر والأوراق المنزلية

يقصد بالدفاتر والأوراق المنزلية تلك الأوراق التي يدون فيها الأشخاص أمورهم الخاصة ومن بينها حقوقهم والتزاماتهم والحسابات والتصرفات المختلفة، ولما كان القانون لا يلزم الأفراد بإمسакها أو إتباع إجراءات معينة في تدوين ما تتضمنه من بيانات، فإنه لا يعطيها ذات القيمة التي يعطيها للدفاتر التجارية، ويترتب على ذلك أن القانون لا يمنح أية قيمة واضحة لهذه الدفاتر سواء لفائدة من يحتفظ بها أو ضده إلا في حدود ضيقة جداً³.

وقد نصت المادة 331 ق م ج على أنه "لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين:

- إذا ذكر فيها صراحةً أنه استوفى ديناً.
- إذا ذكر فيها صراحةً أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر والأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبت حقا لمصلحته".

ويتبين من النص المتقدم أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لصاحبها إذ المبدأ العام أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه وبنفسه، ولكن ليس هناك ما يحول دون أن يستخلص منها القاضي قرينة قضائية⁴ على صحة ما يدعيه الخصم، فالمادة 331 ق م ج سابقة الذكر تضع مبدأً عاماً في الموضوع واستثناءً ذا وجهين⁵.

¹ - بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، المرجع السابق، ص 89 .

² - محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص 287.

³ - بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 175.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 286

⁵ - بكوش يحيى، المرجع السابق، ص 177.

المبدأ العام: هو أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لصاحبها وهذا المبدأ مستوحى من القواعد العامة التي قضي بأنه لا يجوز أن يصطنع الشخص ذليلاً لنفسه.

الإستثناء: إن القانون يُورد على الأصل إستثناءً ذا وجهان:

- أن يذكر فيها من صدرت منه انه استوفى ديناً، ويجب أن تكون هذه الإشارة صريحة بما لا يدع مجال للشك، مهما يكون الموضوع الذي تتعلق به أو قيمته، ولا توجد صيغة خاصة للتعبير عن الإستيفاء، سواء كان الأمر يتعلق بمخالصة جزئية أو إستيفاء كامل الدين.

- أن يذكر صراحةً بأنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر والأوراق، أن تصلح سنداً لمن أثبت حقا لمصلحته، وإن مجرد التأشير بالدين أو الاعتراف به لا يكفي، بل لابد من التأكيد على أن الإشارة خصصت لتكون سنداً للدين وتقوم مقامه، ومع ذلك فلا توجد عبارة مخصصة لذلك.

غير أن حجية الدفاتر والأوراق المنزلية في الحالات السابقة هي حجة قابلة لإثبات العكس، ولا يقال هنا أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة إلا بالكتابة، حيث أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تعد محررات عرفية موقعة، وتجدر الإشارة إلى أن البيانات الواردة في الدفاتر والأوراق المنزلية تُعتبر من قبيل الإقرارات تكون غير قابلة للتجزئة، فلا يجوز لمن يحتج بها ضد صاحبها أن يتمسك بما يفيد منها وأن يستبعد ما يضره¹.

المطلب الرابع: التأشير ببراءة ذمة المدين

إذا قام المدين بالوفاء بالدين فإن الدائن يعطيه عادة مخالصة بالسداد ويؤشر على السند للوفاء مع التوقيع عليه، وبعد ذلك بمثابة دليل كامل، غير انه قد يكتفي الدائن بالتأشير بخطه دون توقيع على السند المثبت للدين ببراءة ذمة المدين خاصة إذا كان هذا الوفاء جزئياً، وقد يقع التأشير مباشرة على السند، أو في نسخة أصلية تكون في يد المدين، وإما في مخالصة يحتفظ بها هذا الأخير ليؤشر فيها الدائن تبعاً كلما استوفي جزءاً من الدين.

وجعل المشرع مثل هذا التأشير قرينة على الوفاء، وهو حجة على الدائن حتى يثبت العكس ولتطبيق هذا الحكم وجب توافر عدة شروط تختلف بينما إذا كان السند بيد الدائن (الفرع الأول) أو كان السند بيد المدين (الفرع الثاني).

¹ - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 291 .

الفرع الأول: التأشير ببراءة ذمة المدين للسند في حيازة الدائن

تنص المادة 332 ف1 ق م ج على أن "التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعا منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته".

يتضح من خلال هذا الفقرة أنه إذا قام الدائن بالتأشير على سند الدين الموجود في حيازته بما يفيد الوفاء الكلي أو الجزئي فإن هذا التأشير رغم أنه غير موقوع من الدائن يُعتبر قرينة على براءة ذمة المدين، ولكن يُشترط حتى يكون للتأشير حجبيته توافر شرطان هما¹:

- **الشرط الأول:** أن يتضمن التأشير ما يفيد براءة ذمة المدين من كل أو بعض الدين وأن يقع التأشير على سند الدين، وتكفي أي عبارة تفيد هذا المعنى، ولا يشترط أي شكل معين ولا يلزم أن يكون التأشير بخط الدائن، ولا يؤثر وجود محو أو شطب على وجود قرينة الوفاء، ما لم يثبت الدائن عكس ذلك.

- **الشرط الثاني:** يجب أن لا يكون السند قد خرج من تحت يد الدائن، فإذا كان السند قد خرج من حيازته، ولو لفترة قصيرة انتفت دلالة التأشير، وإذا ادعى الدائن خروج السند من حيازته فيقع عليه عبء إثبات ذلك².

فإذا توافر الشرطان فإن التأشير يكون حجة على الدائن ببراءة ذمة المدين، إلا أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس بكافة طرق الإثبات.

أما إذا تخلف أي من الشرطين، فلا يكون التأشير حجة على براءة ذمة المدين، إلا أنه يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان محرراً بخط الدائن، وذلك طبقاً للقواعد العامة في الإثبات³.

الفرع الثاني: التأشير على سند أو مخالصة في حيازة المدين

تنص المادة 332 ف2 ق م ج على أنه "وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى أو في مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين"

¹ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 112-113.

² - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 293.

³ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 113.

يتضح كذلك من هذه الفقرة أنه إذا أشر الدائن بما يفيد براءة ذمة المدين على السند الموجود لدى هذا الأخير، فإن ذلك يكون حجة في الإثبات بشرطين هما:

- **الشرط الأول:** يجب أن يكون التأشير مكتوباً إما في نسخة أصلية لسند الدين، وإما في مخالصة أعدت لتسجيل ما يقوم المدين بدفعه ويحتفظ بها إثباتاً لهذا الوفاء، والنسخة الأصلية (double) لسند الدين ليست صورة (copier) للسند، بل هي أصل (original) كسند الدين ذاته ويفهم من ذلك أن سند الدين الذي كُتب من أصلين إحداهما بيد الدائن والآخر بيد المدين، والتأشير هنا يجب أن يكون بخط الدائن وهذا على عكس الحالة التي يكون فيها سند الدين في حيازة الدائن واشتراط أن التأشير على سند في حيازة المدين يكون بخط الدائن أمر واضح، إذ لو سمح القانون أن يكون التأشير بخط غير الدائن لسهل على المدين والسند في حيازته أن يكتب هو أو أي شخص آخر عبارة الإبراء، فتقوم قرينة الوفاء على غير أساس من الواقع¹.

وإذا أنكر الدائن خطه، وجب على المدين أن يلجأ إلى إجراءات مضاهاة الخطوط وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لإثبات أن التأشير على السند وقع بخط الدائن.

- **الشرط الثاني:** هو أن تكون نسخة السند والمخالصة في يد المدين لأن ذلك قرينة على الوفاء والمعمول به عادة هو أن يبرز المدين السند الذي يحمل تأشير الدائن ليحتج به، فيكون بذلك قد أثبت أن السند قد وقع في حيازته².

فإذا تحقق هذان الشرطان، كان التأشير حجة على الدائن، وهي قرينة على إستيفاء الدين لكنها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، بحيث يجوز إثبات ما يخالفها ما دام التأشير غير موقع من الدائن³.

المبحث الرابع: المحررات الإلكترونية

لقد ظلت الكتابة الخطية في شكلها التقليدي مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بدعامتها الورقية إلى درجة اعتقاد البعض استحالة الفصل بينهما، غير أن الواقع العملي والتطور التكنولوجي الذي شهده مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال الرقمي، والذي يرجع الفضل في تطوره لظهور جهاز الحاسب الآلي وشبكة الأنترنت وما تُقدمه هذه الأخيرة من مزايا، دفعت الناس للاعتماد عليها تقريبا في جميع

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني للإثبات أثار الإلتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 305.

² - بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 182.

³ - بلعيساوي محمد طاهر، بطلي غنية، مرجع سابق، ص 95.

تعاملاتهم اليومية، كتبادل الرسائل وإبرام العقود وغيرها من المعاملات، مما رتب عديد الآثار والمراكز القانونية، غير أنه من المعلوم أن التوقيع هو الذي يضيف على الكتابة الحجية في الإثبات هذا ما استوجب تدخل المشرع لأجل وضع إطار قانوني يُنظم من خلاله هذا النوع الحديث من الكتابة والتوقيع الإلكترونيين حماية للأفراد والمجتمع. وسنتطرق في هذا المبحث إلى دراسة الكتابة الإلكترونية (المطلب الأول)، ثم التوقيع الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الكتابة الإلكترونية

بدأ الاعتراف بهذا النوع الحديث من الكتابة، من قبل الفقه والقضاء ومن خلال الاتفاقيات الدولية مروراً إلى مختلف التشريعات الداخلية. ونظراً لأهمية الموضوع سيتم التفصيل في هذا المطلب على النحو التالي: تعريف الكتابة الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم التطرق للشروط القانونية للكتابة الإلكترونية (الفرع الثاني)، ثم تحديد حجيتها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية

يتم تحديد مفهوم الكتابة الإلكترونية من خلال تعريفها في التشريع الجزائري (أولاً)، ثم من حيث تعريفها في الاتفاقيات الدولية (ثانياً).

أولاً/ تعريف الكتابة الإلكترونية في التشريع الجزائري: لم يتطرق المشرع الجزائري في القانون المدني إلى تعريف الكتابة الإلكترونية بشكل مباشر¹، لكنه نص على قوتها في الإثبات وذلك وفقاً لما جاء في نص المادة 323 مكرر 1 ق رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني بأنه "يعتبر الإثبات بالكتابة بالشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"، غير أنه وبالرجوع إلى نص المادة 323 مكرر التي عرف من خلالها المشرع الجزائري الكتابة بوجه عام وأعتبر أنها تنتج عن تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامة أو رُموز ذات معنى مفهوم ومهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طريقة إرسالها، نجد أنه قد أخذ بالمفهوم الواسع للكتابة وترك المجال

¹ - سرايش زكريا، مرجع سابق، ص ص 64-65.

مفتوح أمام أي شكل جديد أو أي دعامة أخرى، بحيث تشمل الكتابة التقليدية والكتابة الحديثة (الإلكترونية)¹.

ثانياً/ تعريف الكتابة الإلكترونية في الاتفاقيات الدولية: نصت المادة 2/4 من اتفاقية الأمم

المتحدة الخاصة باستخدام الخطابات الإلكترونية في إبرام العقود الدولية لسنة 2005 على أن "الخطاب الإلكتروني الذي يتبادله الأطراف فيما بينهم بواسطة رسائل بيانات..."، والمقصود برسائل البيانات في مفهوم المادة 2/4 من الاتفاقية سابقة الذكر هي "جميع المعلومات المرسلة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو وسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني بين الأطراف عن طريق البرق أو الفاكس، أو البريد الإلكتروني" يفهم من هذا النص أن الاتفاقية قد وسعت من مفهوم الكتابة الإلكترونية لتشمل كل الأشكال المستحدثة والدعامات القائمة، بل لتستوعب كل التقنيات المستقبلية.

الفرع الثاني: الشروط القانونية للكتابة الإلكترونية

بالرجوع إلى نص المادة 323 مكرر 1 ق م ج سابقة الذكر، نجدها قد أشارت إلى عدة شروط للكتابة الإلكترونية حتى تصح أن تكون دليلاً قائماً بذاته²، ومقبولاً في الإثبات وهي تتمثل في ما يلي: إمكانية القراءة (أولاً)، التدليل على هوية الشخص الذي أصدرها (ثانياً)، إمكانية الحفظ وعدم القابلية للتعديل (ثالثاً).

أولاً/ إمكانية قراءة الكتابة الإلكترونية: يشترط في الكتابة الإلكترونية أن تكون مقروءة وواضحة، ويخضع هذا الشرط لقواعد تقنية وذلك بوضع برامج خاصة تقوم بترجمة لغة الآلة (لوغاريتمية logarithmique)، إلى حروف مقروءة (ألف بائية alphabétique)، يفهما من أرسلت إليه بكل سهولة، وهنا يصح القول أن هذا الشرط يمكن تحقيقه في المحررات الإلكترونية ونجد المشرع الجزائري قد نص على هذا الشرط في المادة 323 مكرر ق م ج بقوله أنه "ينتج 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".

¹ - بلعيساوي محمد الطاهر، باظلي غنية، مرجع سابق، ص 102.

² - المرجع نفسه، ص 97.

ثانياً/ التدليل على هوية الشخص الذي أصدرها: نص المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر 1 ق م ج أنه "يعتبر الإثبات بالكتابة الإلكترونية كالإثبات على الورق، بشرط التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها..."، ومسألة تحديد هوية الشخص الذي كتب المحرر الإلكتروني تثير صعوبة خاصة مع العدد الكبير من المتدخلين وبعدهم الجغرافي، واختلاف جنسياتهم، والقوانين التي يخضعون لها بجنسياتهم، هذا يعني أن الكتابة الإلكترونية لوحدها لا يمكن من خلالها تحديد هوية الشخص الذي أصدرها دون تحديد هوية الشخص المنسوبة إليه إذا لم تكن موقعا عليها، وذلك في حالة وضعها من طرف شخص وإصدارها من طرف شخص آخر، وهو ما جعل جانب من الفقه الفرنسي يذهب إلى القول أن التوقيع هو الذي يحدد هوية منشئ المحرر الإلكتروني، وليس واضعه¹.

ثالثاً/ إمكانية الحفظ وعدم القابلية للتعديل: لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 323 مكرر 1 ق م ج سابقة الذكر على أنه "... وتكون محفوظة في ظروف تضمن سلامتها". والأصل أنه يتم الاحتفاظ بالأدلة للرجوع إليها عند الحاجة إلى ذلك، ويشترط أن تكون محفوظة بطريقة تضمن سلامتها، ومهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها.

الفرع الثالث: حجية الكتابة الإلكترونية

نصت 323 مكرر 1 ق م ج على أنه "يعتبر الإثبات في الشكل الإلكتروني كالإثبات على الورق...".

والملاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري وإن كان قد أقر المساواة بين الإثبات في الشكل الإلكتروني، والإثبات بالكتابة على الورق، إلا أنه لم يوضح هل تكون المساواة بالمحررات الرسمية أو بالمحررات العرفية².

¹ - بلعيساوي محمد الطاهر، باظلي غنية، مرجع سابق، ص ص 111-112.

² - وبالرجوع إلى نص المادة 323 مكرر 1 ق م ج، يتضح أن الكتابة الإلكترونية لها نفس حجية وقوة الإثبات التي تتمتع بها الكتابة العرفية، غير أن الكتابة الإلكترونية لا تتمتع بالحجية المقررة للمحرر العرفي في القانون الجزائري إلا بشرطين: أولهما إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت عنه هذه الكتابة الإلكترونية، أي إمكانية تحديد هوية الشخص المنسوب إليه المحرر بصورة قاطعة ولا يتم ذلك إلا عن طريق التوقيع الإلكتروني، الذي يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو أية إشارة مفهومة، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد هوية وشخصية الموقع وتمييز عن غيره، معنى هذا أن الكتابة الإلكترونية إذا كانت غير متضمنة لهوية الشخص الذي أصدرها أو أرسلها، فإنه لا يمكن الاعتداد بها، مع العلم أن التأكد من هوية الشخص ممكن من خلال عنوانه الإلكتروني، أما الشرط الثاني فيلزم أن تكون الكتابة الإلكترونية معدة ومحفوظة بأجهزة تضمن سلامتها، ومعنى ذلك أنه إذا كانت الكتابة الإلكترونية غير ثابتة يسهل تغيير مضمونها فإنه لا يصلح اعتمادها للإثبات.

ويفهم من النص أنه ما دام المشرع لم يعدل النصوص التي تشترط الرسمية في بعض التصرفات القانونية، تُعد دلالة على أنه مازال يُخضعها للقواعد التقليدية في الإثبات، مما يجعلها تخرج من مجال الإثبات الإلكتروني¹.

ويُطرح الإشكال كذلك بخصوص حجية صور مستخرجات المحررات الإلكترونية ويقصد بها الأوراق والمستندات المستخرجة من الحاسب الآلي، وهي تتضمن بيانات ومعلومات يتم إدخالها وبرمجتها فيه واستخراجها عند الحاجة إليها، وكذلك الحال بالنسبة لأجهزة الفاكس والتلكس... إلخ وإن كانت هذه الأجهزة تعتبر وسائل إخراج أكثر منها دعائم حفظ بيانات، وهنا تثار مسألة الدليل الأصلي وصوره، حيث تعتبر مخرجات الأجهزة الإلكترونية أغلبها صوراً للمستندات أو الكتابة المثبتة على الحاسب الآلي أو بنك المعلومات، ويستقر الفقه بصفة عامة على أن صورة الكتابة الإلكترونية لا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس لا غير².

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني

يُعد التوقيع الإلكتروني مصطلح دخيل على الفكر القانوني، تزامن ظهوره مع ظهور الكتابة الإلكترونية، ونظراً لغموض هذا المصطلح كان لزاماً على المشرع إصدار قوانين يُنظم من خلالها هذا النوع الحديث من التوقيعات وتوضيح ماهيته وقوته الثبوتية³، لأن التوقيع في شكله التقليدي لا يتلائم مع هذا النوع الحديث من الكتابة الإلكترونية.

وقد حاولنا في هذا المطلب التطرق لمفهوم التوقيع الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم تحديد أهم خصائصه (الفرع الثاني)، وتبيين مختلف أشكاله (الفرع الثالث)، وصوره (الفرع الرابع)، وفي الأخير تحديد آليات التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات (الفرع الخامس).

الفرع الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني

من خلال هذا الفرع سيتم تعريف التوقيع الإلكتروني تشريعياً (أولاً)، ثم فقهيماً (ثانياً).
أولاً/ التعريف التشريعي: اعترف المشرع الجزائري بالتوقيع الإلكتروني بموجب تعديل القانون المدني رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 في المادة 327 منه، إلا أنه لم يتطرق لتعريفه

¹ - بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، مرجع سابق، ص 119.

² - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 272-275.

³ - يسعد فضيلة، القوة الثبوتية للتوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، مجلد 30، ع 3، 2019، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، ص 505.

إلا بصدر (المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية...) ¹، الذي نص في مادته 3 مكرر أن "التوقيع الإلكتروني هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975"، وأشارت كذلك المادة 3 مكرر فقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 أن: "التوقيع

- يكون خاصاً بالموقع.

- يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يُحتفظ بها.

- يتضمن مع الفعل المرتبط به، صلة، بحيث يكون كل تعديل لاحق قابلاً للكشف عنه".

كما عرفه المشرع بنص المادة 2 ف 1 من القانون رقم 15-04 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين ²، بأنه "بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق".

ثانياً/ التعريف الفقهي: يعرف بعض الفقهاء التوقيع الإلكتروني بأنه "كل ما يوضع على

محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات وغيرها، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع، ويميزه عن غيره" ³.

كما عرفه البعض الآخر على أنه "مجموعة من الإجراءات والوسائل التي يتم استخدامها عن طريق الرموز والأرقام، وكذا إخراج الرسالة الإلكترونية تتضمن علامة مميزة من صاحب الرسالة المنقولة إلكترونياً، يجرى تشفيرها واستخدام زوج من المفاتيح واحد معلن والآخر خاص بصاحب الرسالة" ⁴.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 07-162 الصادر بتاريخ 2007/05/30 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر ج ج، ع 37، لسنة 2007.

² - قانون رقم 15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق لأول فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر ج ج، ع 6، لسنة 2015.

³ - يسعد فضيلة، المقال السابق، ص ص 506-507.

⁴ - مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 88.

الفرع الثاني: خصائص التوقيع الإلكتروني

يتميز التوقيع الإلكتروني بعدة خصائص أهمها: توفير الخصوصية (أولاً)، التعرف على المستخدم (ثانياً)، وعدم اشتراط نوع مخصص من صور التوقيع الإلكتروني (ثالثاً)، وأن يتم التوقيع الإلكتروني عبر وسائل إلكترونية (رابعاً)، وأن يوفر عدم القدرة على إنكار التوقيع (خامساً).

أولاً/ يوفر الخصوصية: ويعني بها حماية البيانات ضد الاستخدام غير المشروع، أي تحديد صلاحيات الوصول إلى البيانات، وتحديد مسؤولية كل من هذه البيانات وعدم السماح للأشخاص بتنفيذ أي إجراء معين على البيانات لا يمتلكون الصلاحيات الكافية لتنفيذه، وتتم هذه الحماية بكود أو تشفير سري لا يسمح بالولوج للبيانات إلا عن طريقه.

ثانياً/ يوفر التعرف على المستخدم: وهي عملية التحقق من هوية الأشخاص أو التعرف على مصادر البيانات، وتتم عن طريق كلمة السر (mot de passe) والبطاقة الذكية، وعن طريق شهادة التصديق الإلكتروني المصدرة من جهة التصديق.

ثالثاً/ عدم اشتراط نوع محدد من الصور في التوقيع الإلكتروني: حيث أنه يجوز أن يأتي على شكل حروف أو رموز أو إشارات أو حتى صوت، المهم فيه أن يكون ذو طابع منفرد يسمح بتمييز شخص صاحب التوقيع وتحديد هويته.

رابعاً/ التوقيع الإلكتروني يتم عبر وسائل إلكترونية: يتم عن طريق أجهزة الحاسب الآلي والأنترنت، أو على كتيب أو أسطوانة، حيث أصبح بإمكان أطراف العقد الاتصال ببعضهم البعض والإطلاع على وثائق ومستندات العقد والتفاوض بشأن شروطه وكيفية إبرامه وإفراغه في محرر إلكتروني، فالتوقيع الإلكتروني عكس التوقيع التقليدي الذي يوضع في الغالب على دعامة ورقية¹.

خامساً/ يوفر عدم القدرة على الإنكار: أي عدم قدرة الشخص الموقع إلكترونياً أو الشخص الذي قام بإرسال رسالة إلكترونية معينة، على إنكار قيامه بهذا الفعل وكذلك عدم قدرة مستلم الرسالة على إنكار استلامه لها، وذلك لوجود طرف ثالث يمكنه إثبات قيام طرف معين بفعل معين، وهذا الطرف الثالث يتمثل في جهة التصديق الإلكتروني المرخص لها من الهيئة.

الفرع الثالث: أشكال التوقيع الإلكتروني

يتخذ التوقيع الإلكتروني عدة أشكال تشمل: التوقيع الإلكتروني البسيط (أولاً)، والتوقيع الإلكتروني المؤمن (ثانياً)، والتوقيع الإلكتروني الموصوف (ثالثاً).

¹ - يسعد فضيلة، المقال السابق، ص 508.

أولاً/ التوقيع الإلكتروني البسيط: وهو مجموعة البيانات التي تنشأ عن استخدام وسيلة آمنة لتحديد الشخصية وتضمن صلته بالتصرف الذي وضع عليه.

ثانياً/ التوقيع المؤمن: وعرفه المشرع الجزائري بموجب نص م 03 ف 03 ق 07 -162 سابق الذكر.

ويقصد به التوقيع الذي يتطلب الشروط التالية:

- أن يكون خاص بالموقع نفسه.
- أن ينشأ بفعل وسيلة تكون تحت سيطرة الموقع وحده.
- أن يتضمن اكتشاف أي تعديل لاحق يحدث في البيانات¹.

ثالثاً/ التوقيع الإلكتروني الموصوف: عرفته المادة 7 من القانون 04-15 بأن "التوقيع

الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

- 1- أن ينشأ على أساس شهادات تصديق إلكتروني موصوفة.
- 2- أن يرتبط بالموقع دون سواه.
- 3- أن يمكن تحديد هويته.
- 4- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.
- 5- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.
- 6- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغيرات اللاحقة بهذه البيانات.

الفرع الرابع: مختلف صور التوقيع الإلكتروني

تظهر صور التوقيع الإلكتروني في أشكال مختلفة سواء كان توقيع إلكتروني بسيط (أولاً)، أم كان توقيعاً إلكترونياً مؤمناً أو موصوفاً (ثانياً).

أولاً/ صورة التوقيع الإلكتروني البسيط: وهناك صورتان من التوقيع الإلكتروني البسيط هما: التوقيع عن طريق الصورة الرقمية (1)، والتوقيع عن طريق كتابة الاسم في ذيل المحرر الإلكتروني (2).

¹ - بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، مرجع سابق، ص 122.

1- التوقيع عن طريق الصورة الرقمية: حيث يقوم الشخص بالتوقيع على ورقة ثم تلتقط صورة رقمية للتوقيع بواسطة جهاز الماسح الضوئي ويحتفظ بهذه الصورة في الجهاز لاستعمالها عند الحاجة ومثالها صورة التوقيع الذي تحتفظ به مصلحة الشيكات لدى بريد الجزائر لصاحب الحساب الجاري.

2- التوقيع عن طريق كتابة الاسم في ذيل المحرر الإلكتروني: حيث يتم الاكتفاء بكتابة الاسم كاملاً أو بعض الحروف الأولى منه بطريقة إلكترونية في نهاية المحرر الإلكتروني ومثاله التوقيع على البريد الإلكتروني.

ثانياً/ صور التوقيع الإلكتروني المؤمن أو الموصوف: وتتمثل هذه الصورة في التوقيع باستخدام البطاقة المغنطة المقرونة بالرقم السري code pin (1)، والتوقيع الرقمي أو الكودي (2) والتوقيع البيومتري الذي يعتمد القياسات البيومترية (3)، والتوقيع بالقلم الإلكتروني (4).

1- التوقيع باستخدام البطاقة المغنطة: يُعد من أكثر التوقيعات الإلكترونية انتشاراً وهو أول شكل أفرزته التكنولوجيا الرقمية، يُستخدم هذا النوع من التوقيعات الإلكترونية خصوصاً في بطاقات الدفع الخاصة بجهاز الصرف الآلي لدى البنوك ومصلحة البريد¹.

2- التوقيع الرقمي أو الكودي: يتمتع هذا النوع بقدرة عالية على تحديد هوية الشخص الموقع وتمييزه عن غيره بصورة دقيقة، وهذا التوقيع هو مجموعة من الخطوط المتتالية تضمن إنشاء رسالة إلكترونية وتحويل الرسالة من أسلوبها العادي إلى معادلة رياضية لوغاريتمية وتحويل التوقيع إلى أرقام عن طريق تقنية التشفير.

3- التوقيع البيومتري (القياسات البيومترية): ويعتمد هذا التوقيع على الخواص الذاتية أو الفيزيائية للإنسان، ومنها بصمة الأصبع، نبضة الصوت، قرنية العين...، إلخ، وتعتمد هذه التقنية على صفتين أساسيتين هما:

- **صفة التفرد:** حيث يتمتع كل شخص بجوانب حيوية لا تتشابه مع غيره مثل بصمة الأصبع.
- **صفة الثبات والاستمرار:** تتمتع هذه الخواص بصفة الثبات والاستمرار مثل بصمة الأصبع أو قرنية العين فهي لا تتغير إلا إذا حدث بها تلف نهائي.

ويتم إدخال التوقيع البيومتري عن طريق أجهزة إدخال معلومات لجهاز الكمبيوتر والتقاط صورة للشخص أو قرنية العين أو بصمة الأصبع ثم تخزينها في الكمبيوتر في ذاكرة مشفرة.

¹ - مناني فراح، مرجع سابق، ص 97.

4- التوقيع بالقلم الإلكتروني: ويعتبر صورة متطورة للتوقيع البيومتري بحيث يتم تخزين صورة للتوقيع التقليدي عن طريق توقيع الشخص بواسطة القلم الإلكتروني (pen op)، وهو قلم ضوئي حساس يتم الكتابة به على شاشة لوح رقمي، ومثاله التوقيع على الوثائق الإدارية مثل: بطاقة التعريف الوطني وجواز السفر ورخصة السياقة... إلخ¹.

الفرع الخامس: آليات التوقيع الإلكتروني وحجته في الإثبات

إن الغاية من دراسة حجية التوقيع الإلكتروني هو التوصل إلى تحقيق ذات الحجية القانونية المقررة للتوقيع بخط اليد والمستندات المحررة على الورق، هذا ما يتطلب منا الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليه في القانون المدني الجزائري، ونجد أن المشرع قد نظم التوقيع الإلكتروني بموجب القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين من خلال آليات لإنشائه (أولاً)، مما يعطيه القوة الثبوتية والحجية القانونية أمام الجهات القضائية (ثانياً).

أولاً/ آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني: إذا اختار الشخص الموقع شكلاً خاصاً لتوقيعه الإلكتروني، بإنشاء بيانات التوقيع المرتبطة به، فالأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل يجب لتوافر الثقة بين الأفراد المتعاقدة، وإن استلزم الأمر تدخل طرف ثالث محايد يعمل على التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني²، وما مدى نسبه للموقع وإعطائه القوة الثبوتية، حيث أطلق المشرع على هذه الهيئة تسمية جهة التصديق (1)، مهمتها منح شهادات مصادقة موصوفة (2).

1- جهات التصديق: عرف المشرع الجزائري جهات التصديق الإلكتروني أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، في نص المادة 2 ف 12 من القانون 04-15 السابق الذكر بأنها "هي شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكترونية موصوفة وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".

من خلال هذا النص يمكن القول أن جهات التصديق الإلكتروني قد تكون شخص طبيعي أو معنوي يقوم بإصدار شهادات تضي من خلالها على التوقيع الإلكتروني الثقة والأمان، ونميز بين جهتين من جهات التصديق هما:

أ- جهات التصديق لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي: وتسمى بالطرف الثالث الموثق نصت عليها المادة 2 ف 11 قانون رقم 04-15 سابق الذكر بقولها: "الطرف الثالث الموثق شخص

¹ - بلعيساوي محمد الطاهر، باظلي غنية، مرجع سابق، ص 129.

² - يسعد فضيلة، المقال السابق، ص 510.

معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكترونية موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي" وتعني بمنح شهادات التصديق للمؤسسات والإدارات العمومية والهيئات العمومية، والمؤسسات الوطنية المستقلة وسلطات الضبط والمتدخلون في المبادلات بين البنوك، وكل شخص أو كيان ينتمي إلى الفرع الحكومي بحكم طبيعته أو مهمته، هذه الجهات هي عبارة عن شخص معنوي¹، وذلك وفق نص المادة 2 ف 11 من القانون رقم 04-15 سابق الذكر.

ب- جهات التصديق الموجهة للجمهور: تسمى بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، وقد نصت عليها المادة 2 ف 12 من قانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بأن "مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكترونية موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني" ويتبين من نص المادة أن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني قد يكون شخص طبيعي أو معنوي مهمته منح شهادات تصديق إلكترونية موصوفة، كما يمكنها تقديم خدمات أخرى في نفس المجال، بناءً على ترخيص مسبق يمنح لها من طرف السلطة المختصة، بعد استفادتها من شهادة تأهيل لمدة سنة².

ويرتكز نظام التصديق ومنح الشهادات في التشريع الجزائري على نظام هرمي للسلطات وذلك على النحو التالي:

- السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني: تم النص عليها في المادة 16 من القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وهي سلطة إدارية مستقلة تمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، تنشأ لدى الوزير الأول وتتشكل من خمسة أعضاء من بينهم الرئيس، يعينهم رئيس الجمهورية على أساس الكفاءة، وتتمتع هذه السلطة بجميع الصلاحيات اللازمة لأداء مهامها، كالموافقة على سياسة التصديق للسلطتين الحكومية والإقتصادية، تسيير الملفات والوثائق الإلكترونية، واقتراح النصوص التشريعية أو التنظيمية في مجال التصديق الإلكتروني، وغيرها من المهام التي نصت عليها المادة 18 من القانون 04-15 السابق الذكر³.

¹ - يسعد فضيلة، المقال السابق ، ص511.

² - المقال نفسه، ص 511.

³ - أنظر: نص المادة 18 من القانون 04-15، سابق الذكر.

- السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني: نصت المادة 26 من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على أنه "تنشأ لدى الوزير المكلف بالبريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال سلطة حكومية للتصديق الإلكتروني تتمتع بالاستقلال المالي والشخصية المعنوية" وأشارت المادة 27 من القانون نفسه أن تحديد طبيعتها وتشكيلتها وتنظيمها وسيرها يتم تحديده عن طريق التنظيم، وحددت مهامها في نص المادة 28 من القانون 15-04 السابق الذكر¹.

- السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني: نصت المادة 29 من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على أنه تعين السلطة المكلفة بضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، سلطة إقتصادية للتصديق الإلكتروني ونصت على مهامها المادة 30 من القانون 15-04 سابق الذكر².

2 - منح شهادات مصادقة موصوفة: عرفت المادة الثانية في فقرتها السابعة من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، بأن "شهادة التصديق الإلكتروني وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقيق من التوقيع الإلكتروني الموقع".

ووفقا للمواد 16-17-29-30 من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين تمنح شهادات التأهيل قبل الحصول على الترخيص لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد ولمرة واحدة بهدف تمكين المعني بالقيام بجميع الإجراءات والتحضيرات وتهيئة كل الوسائل اللازمة لتأدية مهامه كمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني³.

غير أن هذه الشهادات لا تعطي الحق لصاحبها في ممارسة الخدمات إلا بعد الحصول على الترخيص، الذي يمنح لمدة 5 سنوات قابلة للتجديد هذا ما نصت عليه المادة 40 من القانون 15-04 السابق الذكر.

1- أنظر: نص المادة 28 من القانون نفسه.

2- أنظر: نص المادة 30 من القانون نفسه.

3- يسعد فضيلة، المقال السابق، ص 512.

ثانياً/ حُجِّية التوقيع الإلكتروني في الإثبات: نصت المادة 8 من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على أنه "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلاً للتوقيع المكتوب سواء كان الشخص طبيعي أو معنوي".

كما نصت المادة 9 من القانون نفسه على أنه لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب شكله الإلكتروني، أو أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أو أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني.

وقد تم الإشارة فيما سبق إلى تعريف التوقيع الإلكتروني الموصوف والمنصوص عليه في المادة 7 من القانون 15-04 سابق الذكر.

وما يُمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري قد اعتد بالتوقيع الإلكتروني الموصوف وأعطاه نفس حجية التوقيع المكتوب، كما أقرت المادة 163¹ من القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين مبدأ الاعتراف الدولي المتبادل².

¹ - نصت المادة 63 من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على أنه " تكون لشهادات التصديق الإلكتروني التي يمنحها مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم في بلد أجنبي، نفس قيمة الشهادات الممنوحة من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المقيم في الجزائر، بشرط أن يكون مؤدي الخدمات الأجنبي، هذا قد تصرف في إطار اتفاقية للاعتراف المتبادل أبرمتها السلطة".

² - يسعد فضيلة، المقال السابق، ص 513.

ملخص الفصل الأول:

نستخلص من دراستنا للفصل الأول المُخصص لوسائل ذات القوة المطلقة أو وسائل الإثبات بالكتابة بمختلف أنواعها، أنها تُعد أقوى وسائل الإثبات من حيث القوة والحجية، فهي تصلح لإثبات جميع التصرفات القانونية والوقائع المادية مهما كانت قيمتها، نظراً لما تتميز به من خصائص ذاتية بإعتبارها وسيلة لحفظ البيانات، والتي تبقى على حالتها لفترة زمنية طويلة وبطريقة آمنة إن لم يُعبث بها أو يتم تحريفها، ضف إلى ذلك أنه يمكن إصدار صور عديدة منها، وهي وسيلة إثبات يُمكن إعدادها مسبقاً عند نشوء التصرف القانوني وهي تقسم إلى عدة أنواع، محررات رسمية وأخرى عرفية مُعدة للإثبات، ومحررات أو مستندات وأوراق عرفية غير مُعدة للإثبات، وكذلك الكتابة الإلكترونية.

وتُعد المحررات الرسمية أقوى وسيلة من وسائل الإثبات الخطية، تكون لها قوة مُطلقة في الإثبات وحجة على الأطراف وعلى الغير، تصدر من موظف عام أو شخص مُكلف بخدمة عامة في حدود سلطته واختصاصه، لا يجوز دحض قوتها إلا عن طريق الطعن بالتزوير في البيانات التي تستوجب الثقة في الموظف العام وأمانته، أي البيانات التي تمت لديه أو وقعت تحت سمعه وبصره أما البيانات الواردة على لسان الأطراف ولا تستدعي الثقة في الموظف العام فيجوز الطعن فيها بإثبات العكس، إلا أنه لا يجوز إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة.

ثم يلي الكتابة الرسمية من حيث الحجية الكتابة العرفية المُعدة للإثبات، فرغم أن قوتها في الإثبات مطلقة إلا أن حجتها قاصرة على الأطراف لا تتعدى إلى الغير إلا من يوم ثبوت تاريخها وكذلك يجوز دحض حجيتها بمجرد أن ينكر صراحة من ينسب إليه توقيع المحرر أو وضع بصبة إصبعه عليه، أما وراثته وخلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو بصبة الإصبع هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

كما نجد نوعاً آخر من الكتابة لم تكون في الأصل مُعدة للإثبات ولا تحمل توقيع من تُنسب إليه غير أن المُشرع ولضرورات عملية أعطى لهذه المُستندات والأوراق حجية في الإثبات تتراوح بين القوة والضعف حسب كل نوع منها وحسب ما أقره لها القانون من حجية، وتشمل هذه المحررات في الرسائل والبرقيات، ودفاتر التجار والأوراق المنزلية والتأشير ببرأة ذمة المدين والمُخالصات.

أما النوع الأخير من هذه الوسائل فيتمثل في الكتابة الإلكترونية باعتبارها نوعاً حديثاً من أنواع المحررات المكتوبة، أملتته التطورات التكنولوجية والضرورة العملية.

ورغم إقرار المشرع الجزائري بهذا النوع من المحررات كوسيلة من وسائل الإثبات إلا أن صورتها لم تتضح بعد، والمشرع أعطاها حجية المحررات العرفية وبذلك تخضع الكتابة الإلكترونية في أحكامها إلى ما تخضع إليه المحررات العرفية في شكلها التقليدي من أحكام.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: وسائل الإثبات ذات القوة المحدودة و الوسائل المعفية من الإثبات

رأينا في الفصل السابق ما للكتابة من قوة مطلقة في الإثبات حيث جعلها المشرع الجزائري تصلح لإثبات جميع التصرفات والوقائع القانونية أياً كان نوعها وطبيعتها أو قيمة الحق المراد إثباته، وقد وُفق في ترتيبه لوسائل الإثبات في القانون المدني حيث جعل الإثبات بالكتابة يتقدم جميع الطرق، ثم تلاها بوسائل إثبات ذات قوة محدودة، كونها لا تصلح إلا لإثبات بعض الوقائع القانونية دون البعض الأخرى وفي سبيل بيان محدودية هذه الطرق والتي هي الشهادة والقرائن القضائية واليمين المتممة، إرتأينا أن نخصص لها مبحثاً خاصاً ونخصص مبحثاً آخر للوسائل المعفية من الإثبات ألا وهي الإقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية، وحجية الشيء المقضي به، فهي وسائل تُعفي من تقرر لمصلحته عبء إقامة الدليل على ما يدعيه.

المبحث الأول: الوسائل ذات القوة المحدودة

ينحصر الإثبات بهذه الوسائل في وقائع دون أخرى، وهذه الوسائل هي الشهادة والتي سوف نخصص لها مطلبين، وكذلك القرائن القضائية ونعرضها في مطلب ثالث ومطلب رابع نخصصه لليمين المتممة.

المطلب الأول: شهادة الشهود

سنتناول في هذا المطلب مفهوم الشهادة من خلال تعريفها (الفرع الأول) وإبراز خصائصها (الفرع الثاني) وأنواعها (الفرع الثالث) وشروط صحتها (الفرع الرابع).

الفرع الأول: تعريف الشهادة

أولاً/ لغةً: الشهادة خبر قاطع، وهي إخبار عن شهادة عين لا عن تخمين و حسبان كونها مستقاة من المشاهدة وهي تنبئ عن المعاينة.

ثانياً/ في الاصطلاح: شهد لزيد، أي أدى ما عليه من الشهادة، ومعناها في الإصطلاح إخبار الإنسان بحق لغير على غيره¹.

ثالثاً/ التعريف الفقهي: عرف الأستاذ أنور سلطان الشهادة بقوله "الشهادة بحسب الأصل هي إخبار الشاهد في مجلس القضاء بواقعة تمت تحت سمعه أو بصره ومن شأنها أن ترتب لشخص حقاً قبل

¹ - يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود وفق أحكام الشريعة والقانون وما أستقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 20.

شخص آخر كمن يشهد تعاقدًا¹.

رابعاً/ التعريف التشريعي: لم تتضمن مختلف التشريعات تعريفا قانونيا للشهادة، ولكن تم تنظيمها وتحديد مجالها وشروطها وإجراءاتها وقيمتها القانونية فاتحين المجال بذلك لذوي الاختصاص من فقهاء وشرح القانون للتكفل بتعريفها².

وعلى ضوء هذه التعريف يمكن أن نستخلص عدة خصائص للشهادة.

الفرع الثاني: خصائص شهادة الشهود

للشهادة أربعة خصائص نوردتها تباعا كما يلي:

أولاً/ الشهادة حجة غير قاطعة ونسبية: أي أنه ما يثبت بها يمكن نفيه بشهادة أخرى، أو بأي طريق آخر من طرق الإثبات القانوني.

ثانياً/ الشهادة حجة مقنعة وليست ملزمة: فتقديرها يخضع للسلطة المطلقة للقاضي في تقدير الأدلة أيًا كانت صفاتها، ومراكزها، ولا رقابة للمحكمة العليا على ذلك عندما يكون التسبب سائغاً.

ثالثاً/ الشهادة حجة متعدية: فهي ليست قاصرة على صاحبها وإنما ما يثبت بها يعتبر ثابتاً بالنسبة للكافة لأنها صادرة من شخص يفترض أن يكون عدلاً وهو من غير الخصوم وتدخل في تكوين عقيدة القاضي لإصدار حكمه³.

رابعاً/ الشهادة دليلاً مقيداً: حيث لا يجوز الإثبات بها إلا في نطاق معين لاحتمال عدم صحتها لذلك فضل المشرع الجزائري الكتابة عليها، وهي على عدة أنواع.

الفرع الثالث: أنواع الشهادة

إلى جانب الشهادة المباشرة توجد عدة أنواع أقل درجة لا ترقى إلى إقناع القاضي

أولاً/ الشهادة المباشرة: وهي كما جاء في التعريف الفقهي هي الأصل في الشهادة كأقوى أنواع الشهادة من حيث اعتماد المحكمة عليها في تكوين عقيدتها، حيث يتم الإخبار من طرف الشاهد على ما وقع تحت بصره وسمعه وذلك في مجلس القضاء (المحكمة).

¹ - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 229.

² - بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، مرجع سابق، ص 217.

³ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 170.

ثانياً/ الشهادة السماعية: وهي الشهادة الناتجة عن ما سمعه الشاهد من غيره ويعبر عنها بأنها شهادة على الشهادة، وفيها يدلي الشاهد بشهادته بناءً على ما يكون قد سمعه من شخص آخر أخبره بها، وهي جائزة في الوقائع التي يجيز فيها القانون الإثبات بالشهادة أصلاً، وهي شهادة أقل من الشهادة المباشرة وتخضع في تقدير قيمتها لسلطة القاضي المطلقة¹.

ثالثاً/ الشهادة بالتسامع: هي إخبار عن الشائع بين الناس وما تتناقله الألسن، فهي لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها مباشرة، حيث لا يستمد الشاهد معلوماته من شخص محدد رأى أو سمع الواقعة "إن رأي جماهير الناس في الواقعة وما شاع بينهم بشأنها لا يعد طريقاً للإثبات في الشهادة بالتسامع، فهناك تحول في محل الإثبات من الواقعة المراد إثباتها إلى ما سمعه الشاهد بشأن هذه الواقعة من جماهير الناس"²، لذلك لا يتحمل الشاهد مسؤولية فيما شهد به، كما لا تصلح هذه الشهادة كدليلاً في الإثبات إلا إستثناءً.

رابعاً/ الشهادة بالشهرة العامة: هي ليست شهادة بالمعنى القانوني، وإنما هي ورقة مكتوبة، تحرر أمام جهة رسمية، تدون فيها وقائع معينة يشهد بها شهود يعلمون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة كتقرير غيبة المفقود، ولها حجية يقرها القانون في كل حالة على حدى³.

الفرع الرابع: شروط الشهادة

تتطلب الشهادة في مدلولها القانوني توافر عدة شروط حتى تكون دليلاً في الإثبات، هذه الشروط منها ما هو متعلق بالشهادة في ذاتها ومنها ما هو متعلق بالشاهد.

أولاً/ الشروط المتعلقة بالشهادة: يشترط في الشهادة عدة شروط:

1-الأصل أن تتم الشهادة شفاهةً وأن تصدر في ساحة القضاء وذلك طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً... وعلى ذلك فلا عبرة بالشهادة التي يحصل الإدلاء بها خارج ساحة القضاء، أو التي تتم في ساحة القضاء دون إتباع الأوضاع القانونية.

1- بلعيساوي محمد الطاهر، باظلي غنية، مرجع سابق، ص 220.

2- علي أحمد الجراح، مرجع سابق، ص 276.

3- بلعيساوي محمد الطاهر، باظلي غنية، المرجع السابق، ص 221.

2- أن تتوفر في الشهادة الشروط العامة في محل الإثبات، بأن يكون موضوعها واقعة قانونية متنازع فيها ومتعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وممكنة إثباتها وجائزة الإثبات قانوناً بشهادة الشهود ونكتفي بهذا القدر ومنعاً للتكرار نحيل إلى الشروط الواجب توفرها في محل الإثبات.

ثانياً/ الشروط المتعلقة بالشاهد: يجب أن تتوافر في الشاهد عدة شروط لقبول شهادته حيث جاء في المادة 53 ق إ م إ ج أنه:

"لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم.

- لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم...، ولو كان مطلقاً.

- لا يجوز أيضاً قبول شهادة الإخوة...، لأحد الخصوم.

- يجوز سماع القصر الدين بلغو سن التمييز...، ما عدا ناقصي الأهلية".

كذلك نصت المادة 52 من ق إ م و إ ج "يسمع كل شاهد على إنفراد...، ويعرف قبل سماعه باسمه ولقبه...، وعلاقته ودرجة قرابته ومصاهرته أو تبعيته للخصوم"¹.

يفهم من نص المادة 52 إ م و إ ج أنه لا يقبل شهادة العامل لرب العمل مادام في خدمته ولا شهادة الوكيل لموكله ولا الكفيل فيما يخص التزامات المكفول وللمحكمة أن تبني حكمها على ما تراه صادقاً وتطرح ما تراه غير ذلك.

المطلب الثاني: نطاق الإثبات بشهادة الشهود

إنحصر دور الشهادة كدليل إثبات عن كثير من الوقائع القانونية لما تتطوي عليه من عيوب لاعتمادها على الأشخاص والدين غالباً ما تعوزهم الأمانة والدقة وخاصة في عصرنا الحديث لتعقد الحياة وتشعبها، وقد ترتب على ذلك عدم جواز الإثبات بالشهادة بالنسبة لتصرفات معينة وأجيز الإثبات بها في أخرى.

وعلى ذلك سنتطرق إلى الوقائع والتصرفات التي أجاز المشرع الجزائري إثباتها بالشهادة كأصل عام ثم نعرض إلى الاستثناءات ونبين سلطة القاضي في تقدير الإثبات بالشهادة.

الفرع الأول: إثبات الوقائع المادية

إن الوقائع المادية كثيرة ولا تدخل تحت حصر حيث تنقسم إلى وقائع طبيعية وأخرى من فعل الإنسان، إن معيار التفرقة بين التصرف القانوني والواقعة المادية هو ما إذا كانت الإرادة ضرورية

¹ - قانون 08-09 المتضمن ق إ م إ ج، سابق الذكر.

ولازمة لترتيب آثار قانونية، إن ما يهمننا في التمييز بين ما هو تصرف قانوني وبين ما هو واقعة مادية هو طريقة الإثبات.

فالأصل في التصرف القانوني هو إثباته كتابةً أما الواقعة المادية والتي تكون طبيعتها غالباً لا تسمح بتهيئة دليل كتابي مقدماً لإثباتها فتثبت بجميع وسائل الإثبات ومن بينها الشهادة.

أولاً/ الوقائع المادية البسيطة: أهمها الفعل الضار وهو مصدر من مصادر الالتزام نصت عليه المادة 124 ق م ج "كل فعل أياً كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"¹.

فمن يطالب بالتعويض لزم عليه إثبات أركان المسؤولية الثلاث المعروفة "الخطأ، الضرر، العلاقة السببية" إن هذه الأركان هي في الأصل وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهادة ما عدا اليمين.

ثانياً/ الوقائع المادية المركبة: تتكون من واقعة مادية وتصرف قانوني، ومثال ذلك الإخلال بالالتزام عقدي، فالواقعة هنا تتكون من العقد المنشئ للالتزام الذي يتوجب إثباته كتابةً إذا كانت قيمته تزيد عن النصاب المحدد قانوناً، وكذلك الواقعة المادية المتمثلة في الإخلال بالالتزام.

وكذلك عندما يكون التعبير عن الإرادة مستخلص ضمناً من موقف لا يدع شكاً في دلالاته على المقصود منه كتمديد عقد الإيجار المستشف من بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الإيجار دون اعتراض من المؤجر فإنه في هذه الحالة يجوز الإثبات بالشهادة لأن التعبير عن الإرادة مستخلص من وقائع مادية²، وهي وقائع يجوز إثباتها بالشهادة³، ومن أمثلتها أعمال الفضالة المنصوص عليها بنص المادة 150 ق م ج، على أن "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص، دون أن يكون ملزماً بذلك".

إن أعمال الفضالة تحتوي جملة من الوقائع المركبة فهي بالنسبة لرب العمل تعد وقائع مادية أما بالنسبة للفضولي وعلاقته بمن تعاقد معه لحساب رب العمل فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة فيما زادت قيمته على النصاب المحدد وهو 100,000 دج.

يتبين من كل هذه الأمثلة أن الدليل يتوقف على ما يراد إثباته ولا يرتبط بنوع المسؤولية بتاتاً.

¹ - الأمر رقم 75 - 58 المتضمن القانون المدني، سابق الذكر.

² - علي أحمد الجراح، مرجع سابق، ص 395.

³ - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 126.

الفرع الثاني: إثبات التصرفات القانونية المحددة القيمة

تيسيرا للتعامل بين الأفراد رأى المشرع الجزائري ألا تطبق قاعدة وجوب إثبات التصرف القانوني المدني بالكتابة إذا لم تتجاوز قيمة هذا التصرف مائة ألف دج حيث نصت المادة 333 ق م ج المعدلة أنه "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، يبدو من خلال نص المادة أن المشرع اعتمد قيمة التصرف القانوني المدني لتحديد وسيلة إثباته، معتبرا في ذلك الإرهاق الذي يمكن أن يلحق بالمتعاقدين جراء إعداد الدليل الكتابي حيث يكلفهما من الوقت والمصاريف مالا يتناسب مع قيمة العقد هذا مع ملاحظة أنه يقدر الحق باعتبار قيمته في الوقت والمكان الدين تم فيهما التصرف القانوني حسب نص الفقرة الثانية من نفس المادة¹، ونحيل إلى ما سبق أن تقدم في موضوع الكتابة في الفصل الثاني منعا للتكرار.

الفرع الثالث: الحالات التي يجوز فيها استثناء الإثبات بالشهادة

استثنى المشرع الجزائري من وجوب الإثبات بالكتابة وأجاز الإثبات بالشهادة فيما كان يتوجب إثباته بالكتابة أصلاً، وفي ذلك نصت المادة 335 ق م ج بأنه "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة"²، كذلك إذا وجد مانع مادي أو معنوي يحول دون الحصول على الكتابة، كذلك إذا كان فقد السند بسبب أجنبي أو وجد تحايل على القانون لإجراء عقد مخالف للنظام العام وحسن الآداب، ونكتفي هنا أيضا بالإحالة إلى ما تقدم بيانه في فصل الإثبات بالكتابة.

الفرع الرابع: سلطة المحكمة في تقدير الإثبات بالشهادة

لقد جعل القانون للمحكمة سلطة تقديرية في الإثبات بالشهادة في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالشهادة ولا رقابة للمحكمة العليا على ذلك.

أولاً/ سلطة القاضي في إجابة طلب الإثبات بالشهادة: قد يُتبين من وقائع الدعوى ما يغني القاضي عن الاستجابة لطلب الخصم في سماع الشهود، كأن تكون الشهادة غير مستساغة لتكوين عقيدة القاضي نظراً لكون الوقائع المراد إثباتها بالشهادة بعيدة الاحتمال أو تكون قد تقادمت وأصبحت مستحيلة

¹ - الأمر رقم 75 - 58 المتضمن القانون المدني، سابق الذكر.

² - الأمر نفسه.

الإثبات بالشهادة حيث تبقى للمحكمة سلطة تقدير إجابة الطلب من عدمه، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا.

ثانياً/ سلطة القاضي في تقدير الشهادة: للقاضي سلطة مطلقة في تقدير أقوال الشاهد واستخلاص ما يمكن استخلاصه بيانا للحقيقة دون أن يتقيد بعدد الشهود أو بجنسهم، كما يعود للقاضي تقدير قيمة الشهادة من حيث موضوعها فقد يرى أن الشهادة كافية في إثبات الوقائع المدعى بها لَمَّا كان الإثبات جائزاً بالشهادة¹، كما أجاز له القانون أن يفصل في القضية فور سماع الشهود حسب نص المادة 163 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري².

المطلب الثالث: القرائن القضائية

قد يتحول الإثبات من محل إلى محل آخر وهذا الضرب من التحول لا يكون إلا في القرائن حيث يجوز الإثبات بها في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة لأن لها قوة محدودة في الإثبات نعرض في هذا المطلب إلى تعريف القرائن عامة والقضائية خاصة، ونحدد عناصرها وأهمية الإثبات بها ونبين حجيتها في الإثبات والحالات التي يجوز إثباتها بالقرائن القضائية وتحديد سلطة القاضي حيالها وذلك على هدى من نصوص القانون.

الفرع الأول: مفهوم القرائن القضائية

نحاول من خلال هذا الفرع التعريف بالقرائن القضائية لغة واصطلاحاً وقانوناً.

أولاً/ لغةً: كلمة قرينة لها عدة معاني، يقال قرن الشيء بالشيء وصله به والقرين الزوج وتقارنا يعني تلازماً³.

ثانياً/ اصطلاحاً: القرينة هي ما يستخلصه القاضي أو المشرع من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول.

ثالثاً/ تشريعاً: لم يورد المشرع الجزائري تعريف للقرائن ولكن وبالرجوع للقوانين المقارنة نجد أن المشرع اللبناني جاء في نص م 299 أصول محاكمات مدنية بما يلي "القرائن هي نتائج تستخلص

¹ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 181.

² - الأمر رقم 08-09 المتضمن ق إ م إ، سابق الذكر.

³ - محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين، القاموس المحيط، باب القاف، مرجع سابق، ص 612.

بحكم القانون أو بتقدير القاضي من واقعة معروفة للاستدلال على واقعة غير معروفة¹.
رابعاً/فقها: عرفها الأستاذ بكوش يحيى بأنها النتائج التي يستخلصها القاضي ويحكم بثبوتها من وقائع أو امارات معلومة ومعروضة عليه لإثبات الوقائع المتنازع فيها.

الفرع الثاني: عناصر القرينة القضائية

من خلال التعاريف يتبين أن للقرينة القضائية عنصران أساسيان:

أولاً/العنصر المادي: يكون في شكل واقعة ثابتة بدليل مقبول قانوناً وتكون مما هو وارد في أوراق الدعوى وقد تكون من خارج هذه الأوراق.

ثانياً/العنصر المعنوي: هو عملية الاستنباط التي يعمل فيها القاضي ذكأوه فهي تحتاج إلى مجهود ذهني فسلامة الاستنباط تتوقف على فطنة القاضي².

الفرع الثالث: أهمية الإثبات بالقرائن القضائية

إن قيام القرائن القضائية على عملية الاستنباط يبقيها في دائرة الاحتمال والترجيح مما يجعلها عرضة للخطأ في الاستخلاص، ورغم ذلك فإن لها أهمية بالغة في الإثبات.

أولاً/ للقرينة القضائية أن تخفف من عبء الإثبات الملقى على عاتق المدعي حين يصعب إقامة الدليل على دعواه، فيكون للمدعى عليه دحض هذا الدليل بكافة طرق الإثبات³.

ثانياً/ قد يدفع اطراد المحاكم على استعمال قرينة قضائية معينة بالمشرع إلى رفعها إلى مرتبة القرينة القانونية بنص قانوني صريح.

الفرع الرابع: حالات الإثبات بالقرائن القضائية

جاء بنص المادة 340 ق م ج بقولها "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة".

ليتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أنزل القرائن القضائية منزلة الشهادة بجعله الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة هي نفسها التي يجوز إثباتها بالقرائن القضائية، ولقد سبق إيراد هذه الحالات أصلاً واستثناءً وهي:

¹ - علي أحمد الجراح، مرجع سابق، ص 612.

² - المرجع نفسه، ص 613.

³ - المرجع نفسه، ص 620.

- إثبات التصرفات القانونية المدنية التي لا تزيد قيمتها على 100,000 دج.
 - الوقائع المادية والحالات التي يوجد فيها مبدأ ثبوت بالكتابة.
 - الحالات التي يوجد فيها مانع مادي أو معنوي حال دون الحصول على دليل كتابي.
 - حالة ضياع السند الكتابي بسبب أجنبي.
- كل هذه الحالات منصوص عليها بالمواد 333، 334، 335، 336 من ق م ج، ونكتفي بالإحالة إليها لأنها وردت في فصل الكتابة.
- كذلك حتى لا يفوتنا نذكر أن القانون اللبناني أضاف في المادة 2/302 أصول محاكمات مدنية أن الإثبات بالقرائن يكون جائزاً بوجه خاص عندما تستخلص القرينة من وقائع يمكن أن تكون تنفيذاً اختيارياً كلياً أو جزئياً للالتزام المدعي به، فوفقاً لذلك يجوز الإثبات بالقرينة كذلك في حالات الإكراه التحايل على القانون، وحالات الغش والاحتيال.

الفرع الخامس: سلطة القاضي تجاه الإثبات بالقرائن القضائية

إن تقدير القرائن القضائية من مسائل الواقع تستقل محكمة الموضوع بتقديرها، إلا أن الأسباب التي توردها المحكمة لإثبات القرينة أو نفيها تخضع لرقابة المحكمة العليا من حيث كونها أسباباً سائغة أم لا¹.

المطلب الرابع: اليمين المتممة

منحت التشريعات الحديثة الحق للقاضي في توجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه وهذا من شأنه أن يحد من مبدأ حياد القاضي السابق بيانه ولقد سميت اليمين المتممة بهذا الاسم لأن القاضي يوجهها لاستكمال دليل ناقص ليتم بها اقتناعه في دليل مقدم في الدعوى.

الفرع الأول: تعريف اليمين بوجه عام

إن أقوال الخصوم وإدعاءاتهم المجردة إذا كانت تؤكد وقائع من شأنها أن تجر لهم منفعة فإنها لا تدل على الحقيقة، ولا تبنى على صدق أصحابها بالضرورة، ومن ثم فإن الأصل أن القضاة غير ملزمين بتصديقها، ولكن انعدام الدليل اللازم لإزالة الغموض عن موضوع النزاع، ووجود مبررات لحمل أقوال الخصوم محمل الصحة، فإنه لا يوجد مانع من قبولها، وهنا ينبغي أن تتخذ إدعاءاتهم شكلاً موثقاً، من شأنه أن يحول دون الوقوع في الكذب بقدر الإمكان، وهذا الشكل الموثق هو اليمين القضائية.

¹ - علي أحمد الجراح، مرجع سابق، ص 620.

وتعتبر اليمين في الأصل وسيلة من الوسائل المعفية من الإثبات، تغنى من حلفها عبء إقامة الدليل على صدق ما يدعي، لأن اليمين تعتمد على صحة تأكيدات حول حقيقة واقعة معينة.

أولاً/ تعريف اليمين لغة: اليمين لغة القوة، واليد اليمنى، والحلف والقسم¹.

ثانياً/ تعريف اليمين فقها: اصطلاح الفقهاء على إعطاء تعاريف مختلفة لليمين من بينها تعريف عبد الرزاق السنهوري بقوله أنها " قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول أو على انجازه ما يعد، ويستتزل عقابه إذا ما حنث"².

ثالثاً/ تعريف اليمين شرعاً: لليمين في الفقه الإسلامي تعاريف متعددة تعدد المذاهب فيه، وقد عرفها الإمام أبو بكر جابر الجزائري بقوله "اليمين هي الحلف بأسماء الله تعالى، أو صفاته، نحو والله لأفعلن كذا، أو والذي نفسي بيده، أو وا مقلب القلوب"³.

رابعاً/ تعريف اليمين تشريعاً: لم يعرف المشرع الجزائري اليمين بمفهومها الواسع أو اللغوي وترك ذلك لعمل الفقه، غير أنه قسم اليمين حسب قوتها إلى نوعين وهذا ما سيكون موضوع دراستنا في الفرع الثاني، وكذلك نجد الفقه يُقسمها إلى عدة أنواع بالنظر إلى غرضها أو الجهة التي تؤدي أمامها أو من حيث حجيتها.

الفرع الثاني: أنواع اليمين

قسم الفقه اليمين إلى عدة أنواع فمن حيث موضوعها فنقسم إلى يمين توكيد القول ويمين توكيد الوعد (أولاً)، ومن حيث الجهة التي تؤدي أمامها فنقسم إلى يمين قضائية ويمين غير قضائية (ثانياً) أما من حيث قوتها فنقسم إلى يمين حاسمة ويمين متممة (ثالثاً)، واليمين المتممة هي التي تكون موضوع دراستنا في الفرع الثالث باعتبارها من الوسائل ذات القوة المحدودة في الإثبات.

أولاً/ يمين توكيد القول ويمين توكيد الوعد: قسم الفقه اليمين بحسب موضوعها إلى يمين مضمونها توكيد قول (1)، ويمين مضمونها توكيد الوعد (2).

1- يمين توكيد القول : وهي اليمين التي تؤدي لتوكيد صدق الحلف فيما يقره مؤديها.

¹ - علي أحمد الجراح، مرجع سابق، ص 127.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 514.

³ - أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دون دار النشر، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1981، ص 497.

2- **يمين توكيد الوعد** : وهي اليمين التي تؤدي لتوكيد إنجاز وعد أخذه الحالف على نفسه، ومثالها اليمين التي يحلفها الأطباء والقضاة والخبراء...، وغيرهم على أن يؤدوا أعمالهم بالأمانة والصدق، أو أن يقرروا الحق فيما يشهدون به¹.

ثانياً/ اليمين القضائية واليمين غير القضائية: ويركز هذا التقسيم على الجهة التي تؤدي أمامها اليمين، فإما أن تكون جهة قضائية (1)، أو غير قضائية (2).

1- **اليمين القضائية** : وهي اليمين التي تؤدي أمام هيئة المحكمة وفق الإجراءات التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

2- **اليمين غير القضائية** : تؤدي أو يتفق على تأديتها في غير مجلس القضاء، واليمين غير القضائية لها أحكام خاصة، بل تُتبع في شأنها القواعد العامة، والنتائج التي تترتب على حلف اليمين غير القضائية هي النتائج التي إتفق عليها الطرفان، ولا يجوز ردها إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك³، ويندر أن يلجأ إلى الاتفاق على يمين غير قضائية⁴، واليمين القضائية بدورها تقسم إلى نوعين، يمين حاسمة ويمين متممة.

ثالثاً/ اليمين الحاسمة واليمين المتممة: فيما سبق ذكره رأينا أن اليمين القضائية نوعين: يمين حاسمة (1) ويمين متممة (2)، وهذا التقسيم يأخذ بحجية اليمين في الإثبات.

1- **اليمين الحاسمة** : وهي يمين يوجهها الخصم إلى خصمه يحتكم بها إلى ضميره لحسم النزاع.
2- **اليمين المتممة** : وهي يمين يوجهها القاضي إلى أي من الخصمين ليستكمل بها الأدلة التي قدمها هذا الخصم.

واليمين المتممة هي التي تعيننا بالدراسة في هذا المطلب، وقد منحت التشريعات الحديثة الحق للقاضي في توجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه وهذا من شأنه أن يحد من مبدأ حياد القاضي السابق بيانه ولقد سميت اليمين المتممة بهذا الاسم لأن القاضي يوجهها لإستكمال دليل ناقص ليتمم بها إقتناعه في دليل مقدم في الدعوى.

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الالتزام ج 2، مرجع سابق، ص 514.

2- انظر: المواد من 189 إلى 193، ق إ م إ ج، سابق الذكر.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 687.

4- المرجع نفسه، ص ص 514-515.

الفرع الثالث: تعريف اليمين المتممة

سوف نورد تعريفاً لليمين المتممة لغةً (أولاً)، واصطلاحاً (ثانياً)، ثم تشريعاً (ثالثاً).

أولاً/ لغةً: يقصد باليمين القوة، واليد اليمنى، والحلف والقسم¹.

ثانياً/ اصطلاحاً: اليمين هي الحلف على أمر مستقبلٍ أو ماضٍ نفيًا أو إثباتاً².

ثالثاً/ تشريعاً: لم يُرد المشرع الجزائري تعريفاً صريحاً لليمين المتممة ولكن بالرجوع إلى نص المادة

348 ق م ج والتي نصت على أن "القاضي أن يوجه اليمين تلقائياً إلى أي من الخصمين ليبيّن على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به".

ويشترط في توجيه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل.

فمن خلال هذا النص يتبين أن اليمين المتممة هي اليمين التي يطلبها القاضي من الخصم استكمالاً وتوكيداً للأدلة التي قدمها، كذلك يفهم أو يستشف من الفقرة الثانية من نفس المادة أن هناك شرطين أساسيين لتوجيه اليمين المتممة، نوردتها تباعاً في الفرع التالي.

الفرع الرابع: شروط توجيه اليمين المتممة

يرتكز القاضي في توجيه اليمين المتممة على شرطين أساسيين هما، ألا يكون في الدعوى دليل كامل (أولاً)، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل (ثانياً).

أولاً/ ألا يكون في الدعوى دليل كامل: إن هذا الشرط يتفق كلية مع الغاية من اليمين المتممة وهي تكملة دليل ناقص، إن الدليل الناقص الذي يتم تكملته باليمين المتممة يجب أن يكون مبدأً ثبت بالكتابة مثلاً في الأحوال التي يجوز أو يتوجب إثباتها بالكتابة، وفي باقي الأحوال يكفي وجود شهادة ناقصة أو قرينة ضعيفة، كدفاتر تجارية مثلاً فهذه كلها تجعل المدعى به قريب الاحتمال³.

ثانياً/ ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل: حيث لا يجوز توجيه اليمين المتممة في هذه الحالة لأنها ليست إلا وسيلة تكميلية، فلا يصح أن تكون هي الدليل الوحيد في الدعوى ومع ذلك فإن لها من الخصائص والآثار ما يجعلها بالغة الأهمية.

1- محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 1287.

2- أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار، ج 4، مكتبة الخزانجي، القاهرة، ط 1، 1947، ص 233.

3- علي أحمد الجراح، مرجع سابق، ص 244.

الفرع الخامس: خصائص اليمين المتممة وصورها

إن اليمين المتممة ليست دليل قائم بذاته، ولكنها إجراء من إجراءات التحقيق وهي ملك للقاضي يوجهها من تلقاء نفسه لذلك فهي تختلف في خصائصها عن بقية الأيمان الأخرى (أولاً)، ولها صور متعددة (ثانياً).

أولاً/ خصائص اليمين المتممة: تتميز اليمين المتممة بعدة خصائص من بينها أن:

- اليمين المتممة وسيلة لتكملة الدليل الناقص كما يمكن توجيهها في بعض الطلبات دون البعض الآخر.

- اليمين المتممة توجه من القاضي ومن تلقاء نفسه.

- يجوز للقاضي بمقتضى سلطته التقديرية أن يرجع عن توجيه اليمين المتممة قبل حلفها¹.

- إن من وجهت له اليمين المتممة فهو أمام خيارين إما حلفها وإما النكول عنها، ولا يجوز له ردها على خصمه وهذا ما قضت به المادة 349 ق م ج.

- للقاضي وحده وبمقتضى سلطته التقديرية أن يحدد صيغة اليمين المتممة.

- اليمين المتممة ليست حجة ملزمة للقاضي فهو غير ملزم بنتيجتها فإذا ما نكل عنها من وجهت إليه فللقاضي أن يوجهها للخصم الآخر وليس للخصم أن يكسب دعواه باليمين المتممة أو يخسرها².

- لا تنقيد محكمة الاستئناف بما حكمت به محكمة أول درجة بما يتعلق باليمين المتممة.

- لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين المتممة بل له أن يطلب التعويض كطرف مدني في دعوى عمومية.

ثانياً/ صور اليمين المتممة: لليمين المتممة عدة صور وهي يمين الاستظهار، ويمين الاستحقاق

ويمين الشفعة، ويمين رد المبيع لعبه فيه، ويمين عدم كذب الإقرار وأبرز هذه الأنواع يمين التقويم³.

حيث جاء في نص المادة 350 ق م ج بقولها "لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى".

¹ - علي أحمد الجراح، مرجع سابق ، ص 244.

² - المرجع نفسه، ص 245.

³ - المرجع نفسه، ص 246.

يتبين من نص المادة أن يمين التقويم ترد على تحديد قيمة المدعى به إذا استحال وتعذر تقدير قيمته بواسطة خبير أو بأي وجه آخر.

المبحث الثاني: الوسائل المَعْفِيَة من الإثبات

قد يُعطي المشرع قوة لبعض وسائل الإثبات تُعفى من تقرر لمصلحته عبء إقامة الدليل على ما يدعيه، ونجد أن المشرع الجزائري قد اعتبر الإقرار (المطلب الأول)، واليمين الحاسمة (المطلب الثاني) والقرائن القانونية (المطلب الثالث)، بالإضافة إلى حجية الشيء المقضي به (المطلب الرابع)، ووسائل مَعْفِيَة من الإثبات في القانون المدني الجزائري وسنفضل فيها على النحو التالي:

المطلب الأول: الإقرار (l'aveu)

الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات تُعفى من تقرر لمصلحته عبء إقامة الدليل على ما يدعيه وللاقرار حجية مُطلقة في إثبات الوقائع المادية والتصرفات القانونية إلا ما أُسْتُثِنِي منها بنص وهي التصرفات التي يشترط فيها القانون الشكلية كركن للانعقاد، ويتصل الإقرار باليمين اتصالاً مباشراً إذ أنه إذا نكل الخصم عن أداء اليمين يُعتبر هذا إقراراً منه بالدين الذي في ذمته، ونتناول في هذا المطلب مفهوم الإقرار وخصائصه (الفرع الأول)، ثم نبين أنواعه وحجية كل نوع في الإثبات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الإقرار

حيث نتطرق في تحديد مفهوم الإقرار إلى تعريفه (أولاً)، ثم ذكر أهم خصائصه (ثانياً).

أولاً/ تعريف الإقرار: يتم تعريف الإقرار على النحو الآتي: لغةً (1)، ثم في الشريعة الإسلامية (2) ومن خلال الفقه القانوني (3)، وأخيراً حسب ما نص عليه التشريع الجزائري (4).

1- الإقرار في اللغة: هو الاعتراف، وهو إظهار الحق لفظاً أو كتابةً أو إشارة¹.

والإقرار لغةً من الفعل أقر يُقر إقراراً أي إثباتاً لما كان بين اليقين والشك.

2- تعريف الإقرار في الشريعة: عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية "الإقرار هو أن يعترف بالشيء في

ذمته لغيره"²، وعرفه كذلك ابن عرفة بأن: "الإقرار خبرٌ يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائيه"³.

¹ - بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، مرجع سابق، ص 171.

² - أبو بكر جابر الجزائري، مناهج المسلم، دون دار نشر، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1981، ص 547.

³ - أحمد الحصري، مرجع سابق، ص 9.

3- تعريف الإقرار تشريعاً: عرف القانون المدني الجزائري الإقرار في المادة 341 ق م ج بقوله "الإقرار اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها"، فالإقرار حسب هذا التعريف لا يتضمن إنشاءً لحق جديد في ذمة المُقر، إنما هو عبارة عن نزول عن حق في المطالبة بإثبات الواقعة من طرف الخصم الذي يدّعيه، ومن ثم قيل أن الإقرار هو من الأدلة المُعفية من الإثبات.

4- تعريف الإقرار فقهاً: الإقرار هو إقرار أحد طرفي الخصومة أمام القضاء في أثناء سير الدعوى بتصرف أو واقعة مدعى عليه بهما في هذه الدعوى، والإقرار حجة قاطعة على المقر، لذلك يسمى بأنه سيد الأدلة، فالمُقر قد ألقى خصمه بهذا الإقرار من تقديم الدليل على ما يدعيه¹. فالإقرار إذا صدر من المقر على نفسه بحق لخصمه، فيعفي ذلك الخصم من تقديم الدليل لإثبات ما يدعيه، ويتضح من خلال هذا التعريف أن:

أ- الإقرار إقرار قد يكون صريحاً أو ضمناً، بل قد يكون السكوت في حد ذاته إقراراً، ومن ذلك أن النكول عن اليمين فهو إقرار، وامتناع من يستجوبه القاضي عن الإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه المبنية على الوقائع المتعلقة بالدعوى إقراراً... الخ.

ب- الإقرار ينصب على الواقعة التي تكون مصدراً للحق، وقد ينصب على الحكم القضائي نفسه فلو أقر خصم حكم قضائي ينطبق على قضيته غير أن هذا الإقرار لا يقيد القاضي بل له أن يطبق حكماً آخر غير الذي أقر به الخصم.

ج- الإقرار يتضمن نية المقر في إلزام نفسه بهذا الإقرار.

وكل هذا إن ذل إنما يدل على أن للإقرار خصائص ينفرد بها، تميزه عن باقي وسائل الإثبات الأخرى.

ثانياً/ خصائص الإقرار: يتميز الإقرار بمجموعة من الخصائص هي كالاتي:

1- الإقرار عمل قانوني: الإقرار عمل قانوني لأنه تعبير عن اتجاه إرادة المُقر نحو إحداث أثر قانوني معين، هو ثبوت الحق في ذمته، وإعفاء المُقر له من عبء إثبات هذا الحق، نتيجة لذلك فإنه يشترط في الإقرار ما يشترط في سائر الأعمال القانونية الأخرى من ضرورة تمتع المُقر بإرادة سليمة

¹ - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الأشخاص والأموال والإثبات في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 380.

وأن تتجه هذه الإرادة إلى اعتبار الحق الذي يُقر به في ذمته حق ثابت للمُقر له، وأن يمكن خصمه التمسك بهذا الحق، ويترتب على اعتبار الإقرار عملاً قانونياً، أنه مُلزمٌ بذاته وليس بحاجة إلى قضاء القاضي¹.

2- الإقرار عمل قانوني صادر من جانبٍ واحدٍ: فهو يتم بإرادة واحدة مُنفردة، هي إرادة المُقر، فلا يحتاج إلى قبُولٍ يصدرُ ممن يُقر له، ويترتب على ذلك خُضوع الإقرار للأحكام العامة في عيوب الرضا باعتباره تعبيراً عن إرادة المُقر، إذ يتوجب أن تكون إرادته سليمة خالية من العيوب ويشترط أيضاً في المُقر أن يكون كامل الأهلية، فلا يصح إقرار القاصر أو المحجور عليه.

فإذا صدر الإقرار لالتزم به المُقر، ولم يعد بإمكانه العدول عنه إلا لسبب من الأسباب التي تُبطله ولو كان ذلك قبل أن يتمسك به المُقر له، و من حق هذا الأخير أن يتمسك بالإقرار أو أن يردّه، فإذا أراد التمسك به، كان من مصلحته أن يطلب الإشهاد له به، أو تدوينه كتابةً منعاً من المنازعة مُستقبلاً في حُصوله².

والإقرار إن كان لا يحتاج إلى قبُول المُقر له لكنه يرتد برده، أما إذا قبل المُقر له الإقرار ثم ردهُ فلا يرتد، لأن الشيء المُقر به صار ملكاً خالصاً للمُقر له، والملكية لا تزول بمُجرد الرد، أما إذا رد المُقر له بعض المقر به فيبطل الإقرار في القدر المردود ويصلح في القدر الباقي الذي لم يردّه المُقر له³.

3- الإقرار إخباراً: معنى ذلك أن الإقرار لا ينشئ حقاً جديداً، وإنما هو إخبارٌ بِحُدُوث واقعة قانونية مُعينة في وقتٍ مضى، أو بثبوت حق قبل تاريخ الإقرار، ومن ثم لا يجوز تعليق الإقرار على شرط، أو إضافته إلى أجل لأن الإضافة والتعليق يكونان بالنسبة للمستقبل أما الإقرار فهو إخبارٌ عن الماضي⁴.

4- الإقرار يرد على واقعة قانونية: والواقعة التي يرد عليها الإقرار هي مصدر الحق المدعى به، قد تكون واقعة مادية أو تصرف قانوني، المهم أن تتوفر في هذه الواقعة الشُروط المطلوب توافرها في الواقعة محل الإثبات، بأن تكون مُتعلقة بالحق المطالب به، ومُنتجة في الإثبات وجائزة الإثبات قانوناً أي أن يكون الإقرارُ بها من شأنه أن يُنتج آثاراً قانونية ضد المُقر.

5- الإقرار حجة قاصرة على المُقر: حيث نصت المادة 342 ق م ج على أن "الإقرار حجة قاطعة

¹- بكوش يحيى، المرجع السابق، ص 264.

²- المرجع نفسه، ص 266.

³- علي أحمد الجراح، مرجع سابق، ص 40.

⁴- المرجع نفسه، ص 40.

على المقر¹، وعليه يُعتبر الإقرار حجة قاصرة على المقر ذلك لأن الإقرار يعتبر عملاً قانونياً بإرادةٍ منفردةٍ، يصدر عن المقر وحده، وهو تصرف قانوني يتضمن نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بالإثبات فيعفيه منه، لذلك يكون حجة على المقر ويلزم كذلك ورثته وخلفه ودائنيه في الحدود التي يعتبرون خلفاً له².

6- الإقرار تحويل لموضوع الإثبات أو إعفاء من الإثبات: الإقرار هو تحويل لموضوع الإثبات وأنه عبارة عن قرينة قانونية لأن المشرع يستنتج من واقعة الإقرار المعروفة واقعة أخرى مجهولة هي وجود الحق المدعى به أو الواقعة المُعترف بها، والإقرار كذلك قلبٌ لعبء الإثبات لأن الأصل في الإثبات أن المدعي مُلزمٌ بتقديم الدليل، فإذا أقر المدعي عليه بالحق فإن ذلك إعفاء للمدعي من تقديم الدليل. ويعتبر بعض الفقهاء أن الإقرار يندرج ضمن القرائن القانونية، وهي حالة من حالات تحول موضوع الإثبات أقرها المشرع³.

الفرع الثاني: أنواع الإقرار وحجية كل نوع في الإثبات

الإقرار قد يكون قضائياً (aveu judiciaire)، وقد يكون غير قضائي (aveu extra judiciaire). ولكل نوع حجيته ونبحث كلا هذين النوعين على النحو التالي:

أولاً/ الإقرار القضائي: وهي القاعدة المستخرجة من نص المادة 342 ق م ج السابقة الذكر والتي تقضي بأن الإقرار القضائي، هو الذي يقوم أمام القضاء وأثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة⁴. أما الإقرار الواقع خارج إجراءات الخصومة القائمة، فهو إقرار عادي وعليه إذا وقع الإقرار من الخصم أثناء مرافعة سابقة، ولو كانت قائمة أمام المحكمة نفسها فإنه يعتبر إقراراً غير قضائي بالنسبة للقضية المطروحة، كما أن الإقرار الحاصل أثناء مرافعة جزائية يعتبر إقراراً غير قضائي بالنسبة للمرافعة

¹ - القرار رقم 215174 الصادر بتاريخ 2000/05/09، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ع 2، لسنة 2000 ص 34، 135 136
² 137 "من المقرر قانوناً أن الإقرار حجة قاطعة على المقر، ولا يتجزأ الإقرار على أصحابه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً الوقائع الأخرى. ومن الثابت أن إقرار المدين الطاعن بالمعاملة التجارية موضوع الدين المتنازع عليه يرتب ثبوت الدين المطالب به في ذمته، وبالتالي فإن القرار المطعون فيه لما أسس ثبوت الدين في ذمة الطاعن بناء على إقراره ورفض زعمه تسديد هذا الدين لعدم تقديم ما يثبت براءة ذمته، فإنه طبق القانون تطبيقاً سليماً ولم يخالف نص المادة 342 من القانون المدني لأن الإقرار بواقعة المعاملة تختلف عن واقعة تسديد الدين، وبناء عليه يتعين رفض الطعن".

² - بلعيساوي محمد الطاهر، باطلاي غنية، مرجع سابق، ص 179.

³ - بكوش يحيى، مرجع سابق، ص ص 266-267.

⁴ - بلعيساوي محمد الطاهر، باطلاي غنية، المرجع السابق، ص 179.

المدنية¹، وعليه حتى نكون أمام إقرار قضائي أثناء السير في الخصومة يجب أن يتم وفق شروط معينة (1)، حتى تكون له حجية في الإثبات (2)، والاقرار القضائي غير قابل للتجزئة (3)، ويكون للقاضي سلطة واسعة في تفسيره (4)، وسنتطرق لهذه المسائل الأربعة فيما يلي:

1- شروط الإقرار القضائي: الإقرار القضائي هو الذي يقع ممن يملكه، أمام جهة قضائية أثناء السير في الخصومة وفق شروط معينة هي:

- أن الإقرار القضائي يجب أن يقع ممن يملكه، أي من له أهلية الإقرار، فلا يقبل الإقرار الصادر من المحامي عن موكله إلا إذا كان الموكل أجاز له ذلك، ووقوع الإقرار ممن يملكه شرط في الإقرار بنوعيه.

- أن الإقرار القضائي يجب أن يقع أمام جهة قضائية، فلو وقع أمام النيابة أو أمام جهة إدارية فلا يعتبر إقراراً قضائياً، ويعتبر إقراراً قضائياً إذا وقع أمام هيئة المحكمين.

- أن الإقرار القضائي يجب أن يقع أثناء سير الدعوى فالإقرار الذي تتضمنه ورقة مكتوبة من الخصم إلى خصمه لا تُعتبر إقراراً قضائياً، ما لم يُعلن عنها إلى الخصم بالطرق المقررة قانوناً حتى يكون الإقرار جزء من إجراءات الدعوى، وكذلك لا يُعتبر إقراراً قضائياً الإقرار الذي يقع في قضية غير القضية التي أُقيمت بالحق موضوع الإقرار.

- أن الإقرار القضائي لا يتقيد بشكل معين، فقد يكون شفويّاً يُدلي به المُقر من تلقاء نفسه، أو على إثر إستجواب، وقد يكون مكتوباً يُضمنه المُقر مُذكرة يقدمها إلى القضاء أو ورقة يُعلنها إلى الخصم.

2- حجة الإقرار القضائي: الإقرار القضائي حجة على المُقر لا تتعدى إلى غيره، نص المادة 342 ق م ج السابقة الذكر فهو:

أ- حجة على المُقر ويعفي الخصم المدعى بالحق موضوع النزاع من عبء إثبات هذا الحق بشرط أن يكون الإقرار غير مخالف للنظام العام.

وإذا صدر الإقرار صحيحاً لا يجوز العدول عنه، ويكون قد تعلق به حق الخصم، غير أنه يجوز الطعن في الإقرار لغلط أو تدليس، وهذه هي عيوب الرضا.

¹- بكوش يحيى، المرجع السابق، ص 277.

وكما يجوز الطعن في الإقرار بعيب من عيوب الرضا، يجوز الطعن فيه أيضاً بالتواطؤ والغش فيما بين المقر والمقر له.

غير أن الطعن في حالة عيوب الرضا يكون من المقر نفسه، أما في حالة التواطؤ والغش يكون الطعن من طرف الغير الذي أضر به هذا التواطؤ.

ب- الإقرار حجة قاصرة لا تتعدى إلى الغير، فمثلاً إذا أقر أحد الشركاء أو الورثة بحق في ذمة الشركاء أو الورثة جميعاً، فإن إقراره يكون حجة عليه دون سائر الشركاء أو الورثة، وإذا أقر أحد المدينين المتضامنين بزيادة في التزام المدينين جميعاً، أخذ بإقراره ولم يؤخذ بهذا الإقرار بقية المدينين.

3- **عدم قابلية الإقرار القضائي للتجزئة:** والإقرار القضائي غير قابل للتجزئة (indivisible)، فإما أن يؤخذ به كله وإما أن يترك كله، وقد نصت المادة 342 ف 2 ق م ج على أنه "لا يتجزأ الإقرار على أصحابه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى" ومقتضى هذه القاعدة أن الإقرار لا يتجزأ، إما أن يؤخذ به كله أو يترك كله، فلا يجوز للمقر له أن يأخذ منه ما ينفعه ويؤكد دعواه ويترك ما يضره، بل عليه أن يأخذ الكل أو يترك الكل غير أن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها بل يرد عليها استثناء نصت عليه المادة 342 ق م ج سابقة الذكر بأنه "لا يتجزأ الإقرار... إلا إذا قام على وقائع متعددة..." وكما يرد الإقرار على وقائع متعددة فقد يرد أيضاً في صور متعددة، فقد يكون إقراراً بسيطاً أو موصوفاً أو مركباً¹، كما قد يقع الإقرار على وقائع متعددة فتجوز تجزئته، ونفصل في الأمر على النحو التالي:

أ- **الإقرار البسيط (aveu pur et simple):** هو الإقرار بالحق كما يدعيه المدعي دون تعديل أي إذا سلم بكل ما يدعيه خصمه دون تقييد أو تحفظ، بلا إضافة ولا تعديل كما إذا أقر المدين بالدين وفوائده وملحقاته طبقاً لدعوى المدعي، فيؤخذ بالإقرار في هذه الحالة كما هو كاملاً، ولا محل للبحث في تجزئته.

ب- **الإقرار الموصوف (aveu qualifié):** هو إقرار بالحق معدلاً بالوصف، كما إذا ادعى شخص أن له حقاً في ذمة آخر، فأقر المدين بالدين لكن لا كما يدعيه الدائن، ففي هذه الحالة لا يتجزأ الإقرار ويجب على الخصم الأخذ به كاملاً بالوصف الذي ألحق به أو أن يتركه كليةً.

¹ - بلعيساوي محمد الطاهر، باظلي غنية، مرجع سابق، ص 181.

ج- الإقرار المركب (aveu complex): هو الإقرار بالحق معدلاً بإضافة واقعة أخرى منفصلة عن الواقعة الأولى المعترف بها، كما إذا ادعى شخص حقاً في ذمة آخر فأقر المدين بالدين، ولكنه أضاف إلى ذلك أنه وفى الدين، والقاعدة انه إذا كانت الواقعة الثانية مرتبطة بالواقعة الأولى بحيث لا يتصور وجودها دون وجود الواقعة الأولى، فالإقرار لا يتجزأ¹.
أما إذا كانت الواقعة الثانية غير مرتبطة بالواقعة الأولى بحيث يمكن تصور وجودها دون وجود الواقعة الأولى فالإقرار يتجزأ².

ونجد أن القضاء الفرنسي قد قام بالتخفيف من حدة قاعدة عدم تجزئة الإقرار، وقد وضع لذلك حلولاً عملية هامة تجدر الإشارة إليها، من شأنها أن تمنع الخصم سيء النية أن يتخذ هذه القاعدة وسيلة إحباط دعوى خصمه، وذلك دون التفرقة بينما إذا كان الإقرار موصوفاً أو مركباً، وهذه الحالات هي الآتية:

- حالة تناقض الإقرار أو إستحالة وقائعه، حيث يقرر القضاء هنا أن الإقرار يمكن تجزئته كلما كانت بعض أجزائه مخالفة للحقيقة أو كانت بعض عناصر الدعوة تثبت بعض التناقض في الإقرار أو عدم صحة ما جاء فيه.

- إذا كان الجزء المضاف إلى الإقرار متعارضاً مع قاعدة قانونية، وذلك بغير تجزئة الإقرار.
- يُقر القضاء أيضاً أنه لا محل لتطبيق قاعدة عدم التجزئة إذا كانت عبارات الإقرار الأصلي واضحة، بينما عبارات الإقرار الأخير غير محددة ومشوبة بالغموض.

- كذلك في حالة إقامة الدليل على عدم صحة الجزء المركب من الإقرار، فإذا كان الجزء الأخير من الإقرار تبدو عليه علامات الكذب، فليس هناك ما يمنع المقر له من أن يثبت أن ذلك الجزء من الإقرار الذي لا يطابق دعواه، لا يطابق كذلك الحقيقة وأنه غير صحيح، وبذلك يمكن تجزئة الإقرار³.

- ومن الواضح أن مسألة تجزئة الإقرار أو عدم تجزئته مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة المحكمة العليا⁴، فإذا جزأت محكمة الموضوع إقراراً لا تصح تجزئته، أو رفضت تجزئة إقرار تصح

¹- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 686.

²- المرجع نفسه، ص 686.

³- بكوش يحيى، مرجع سابق، ص ص 285-286.

⁴- أنظر: في ذلك القرار رقم 25174 بين (س أ) و(ع س) المذكور سابقاً.

تجزئته كان حكمها معيب وغير سليم يتعين نقضه، ولكن يجب أن تُثار مسألة التجزئة أمام محكمة الموضوع، فلا يصح أن تُثار لأول مرة أمام محكمة النقض¹.

4- سلطة تفسير الإقرار ورقابة المحكمة العليا على ذلك: يملك القضاة سلط واسعة فيما يتعلق بتفسير الإقرار، ما لم يتجاوز ذلك إلى تشويه إرادة الخصوم، وعليه فإن من حق القضاة أن يعطوا لأي تصريح يدلى به أمامهم قيمة الإقرار القضائي، وهذه السلطة لا تخضع لرقابة المحكمة العليا وهذا على عكس ما رأيناه في خصوص مسألة عدم تجزئة الإقرار، فهي تخضع لرقابة المحكمة العليا باعتبارها مسألة من مسائل القانون، فإذا أخطأ القاضي في تطبيق صحيح القانون وجب نقض حكمه.

غير أنه يجب على القضاة عندما يتصدون لتفسير الإقرار أن لا يتوسعوا في ذلك إلى درجة تجعلهم يخرجون بها عن الموضوع الذي يتعلق به الإقرار في الأصل، لأن ذلك من باب التشويه والتحريف. وقد حكم بأنه يستطيع القضاة أن يقدروا قيمة الإقرار الواقع أمامهم فيحددوا معناه ومحتواه دون أن تسلط عليهم رقابة في ذلك، طالما أنهم لم يحرفوا الوثائق التي يستخلص منها ذلك الإقرار.

كما حكم بأن قاعدة عدم تجزئة الإقرار لا تمنع القضاة من تفسير نصوص الإقرار تفسيراً مخالفاً للمعنى الذي يريد المُقر أن يعطيه له².

ثانياً/ الإقرار غير القضائي: ونبتاول دراسة الإقرار غير القضائي من خلال محاولة تعريفه (1) وتحديد أهم خصائصه (2) وتحديد حجبيته في الإثبات (3).

1- تعريف الإقرار غير القضائي: سنعرّفه تشريعاً (أ)، ثم فقهاً (ب).

أ- التعريف التشريعي: لم يُنظم القانون هذا النوع من الإقرار، وبالتالي فهو يخضع في إثباته إلى القواعد العامة.

ب- التعريف الفقهي: الإقرار غير القضائي هو الإقرار الذي يقع في غير مجلس القضاء، أو يقع في مجلس القضاء في غير الدعوى التي أُقيمت بالحق المُقر به، وقد يقع شفويّاً أو كتابةً³.

2- أهم خصائص الإقرار غير القضائي التي تميز عن الإقرار القضائي: يتميز الإقرار غير القضائي بعدة خصائص من بينها مايلي:

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الالتزام ج 2، مرجع سابق، ص 513.

² - بكوش يحيى، المرجع السابق، ص 293-294.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 686.

- يشترك الإقرار غير القضائي مع الإقرار القضائي في طبيعته من حيث أنه عمل قانوني بإرادة منفردة صادرة عن المُقر وهو من أعمال التصرف، بينما يختلفان في أن الأول لا يصدر في مجلس القضاء أو يصدر في مجلس القضاء لكن في دعوى أخرى غير تلك المتعلقة بالواقعة محل الإقرار.

- الإقرار غير القضائي باعتباره من أعمال التصرف يستوجب توافر كافة الشروط الواجب توافرها لصحة التصرفات القانونية.

- يخضع إثبات الإقرار غير القضائي إلى القواعد العامة عند إنكاره، فإذا كان الحق المطالب به يتجاوز الحد الأدنى المنصوص عليه قانوناً مائة ألف دج، أو كان غير محدد القيمة فوجب لإثباته بالكتابة أو ما يقوم مقامها في الحالات التي تجوز فيها شهادة الشهود استثناءً، وإن كان أقل جاز إثباته بشهادة الشهود¹.

ويرى بعض فقهاء القانون أنه ما دام الإقرار غير القضائي يعتبر واقعة مادية، فقد كان من الواجب إثباته بكافة وسائل الإثبات، وذلك أياً كانت قيمة الحق الصادر بشأنه الإقرار.

3- حجية الإقرار غير القضائي: لم يتعرض المشرع الجزائري إلى حجية الإقرار غير القضائي، أما من الناحية الفقهية فإنه يوجد إختلاف في الرأي حول حجية الإقرار غير القضائي، حيث ذهب رأي إلى إخضاعه إلى القواعد العامة فيكون الإقرار حجة على المُقر ما لم يثبت عدم صحته، وللمحكمة سلطة في تقدير قوته والأخذ به من عدمه، فلها أن تأخذ به كدليل كامل على الواقعة المُقر بها ولها اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة كما لها أن لا تأخذ به أصلاً، وهو أيضاً قابل للرجوع فيه في الحدود التي يسمح بها القانون، أي في حالة الغلط في القانون.

وذهب رأي آخر إلى اعتبار الإقرار إذا كان مكتوباً، مبدأ ثبوت بالكتابة جاز تعزيزه بشهادة الشهود أو القرائن، وإن صدر القرار في ورقة رسمية أو عرفية كانت له حجية هذه الورقة².

والرأي الراجح هو أنه إذا كان الإقرار غير القضائي مكتوباً، فله قوة الكتابة التي تضمنته رسمية كانت أو عرفية، أما إذا كان شفويّاً فلا يجوز أن يثبت به إلتزام تزيد قيمته على مئة ألف دينار جزائري إلا في الأحوال التي تجوز فيها شهادة الشهود³.

¹ - بلعيساوي محمد الطاهر وباطلي غنية، مرجع سابق، ص ص 185 - 186 .

² - المرجع نفسه، ص 186.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 688.

المطلب الثاني: اليمين الحاسمة

سنتطرق في هذا المطلب إلى دراسة اليمين الحاسمة باعتبارها من الوسائل المعفية من الإثبات وقد تناولنا فيما سبق اليمين الممتمة في المطلب الرابع من المبحث الثاني من الفصل الثاني المتعلق بوسائل الإثبات ذات القوة المحدودة، فهي لا تعيننا بالدراسة هنا، وعليه سيتمُّ التطرق لمفهوم اليمين الحاسمة (الفرع الأول)، ثم تحديد من يملك حق توجيهها (الفرع الثاني)، والآثار المترتبة على توجيهها (الفرع الثالث) وأخيراً حجيتها في الإثبات (الفرع الرابع).

الفرع الأول: مفهوم اليمين الحاسمة

بالنظر لأهمية اليمين الحاسمة في الإثبات فيجب التطرق لتعريفها تشريعاً (أولاً)، ثم فقهاً (ثانياً)

أولاً/ تعريف اليمين الحاسمة تشريعاً: تنص المادة 343 ف 1 ق م ج على أنه "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة للخصم الآخر، على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في ذلك"، الملاحظ على هذا النص أنه لم يعرف اليمين الحاسمة بشكل مباشر، بل حدد من يملك الحق في توجيهها وهما الخصمين.

وعليه فاليمين الحاسمة تصرف قانوني بإرادة منفردة وهي التي يوجهها الخصم لخصمه عندما يعوزه الدليل على إدعائه ليحسم بها النزاع ولا يجوز للقاضي توجيهها من تلقاء نفسه، وهي بذلك تعتبر وسيلة من الوسائل المعفية من الإثبات.

ثانياً/ تعريف اليمين الحاسمة فقهاً: عرفها عبد الرزاق أحمد السنهوري بقوله "اليمين قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول أو على إنجاز ما يعد ويستنزل عقابه إذا ما حنث"¹.

الفرع الثاني: شروط توجيه اليمين الحاسمة

وتتمثل هذه الشروط في تحديد من يملك الحق في توجيهها (أولاً) ولمن توجه (ثانياً)، ومتى توجه اليمين الحاسمة (ثالثاً)، وما هو موضوعها (رابعاً)، والحالة التي يتم فيها الرجوع عن اليمين الحاسمة (خامساً).

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الالتزام ج2، مرجع سابق، ص 514.

أولاً/ من يملك الحق في توجيهها: نصت على هذا الأمر المادة 343 ق م ج السابقة الذكر، حيث انه يتم توجيه اليمين الحاسمة من الخصم لا القاضي، بخلاف ما رأيناه بخصوص اليمين المتممة ولكن لهذا الأخير أن يرفض توجيهها إذا كانت الواقعة المراد الحلف عليها غير محتملة التصديق، أو قد كذبتها مستندات الدعوى، أو كان القصد من توجيهها إنما المراد به الكيد للخصم، كذلك للقاضي أن يرفض توجيه اليمين إذا كان المقصود منها إستغلال وِرع الخصم الذي توجه إليه وشدة تدينه¹.

ويجب أن تتوفر في من يوجه اليمين أهلية التصرف، لأنه قد يفقد هذا الحق إذا حلف الخصم. ومتى قبل من وجهة إليه اليمين حلفها، فلا يجوز لمن وجهها إليه أن يعدل عن ذلك، ويشترط أيضاً أن يكون توجيه اليمين غير مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه، ويشترط كذلك في من يوكل لتوجيه اليمين أن تصدر له وكالة خاصة في ذلك ولا تكفي الوكالة العامة، وعليه لا يصح توجيه اليمين من وكيل عام ولا من المحامي ما لم يكن مفوض بذلك.

ثانياً/ لمن توجه اليمين الحاسمة: توجه اليمين الحاسمة للخصم المدعى عليه بالحق، وهو الذي يحلف شخصياً ولا يجوز له التوكيل في ذلك لأن الأمر يتعلق بذمته، ويجب أن تتوفر فيه هو كذلك أهلية التصرف لأنه إذا نكل عن الحلف عد متنازلاً عن الحق، والعبرة بالأهلية وقت الحلف لا وقت توجيه اليمين، فإذا كان الخصم أهلاً وقت توجيه اليمين ثم حُجر عليه قبل حلف اليمين، فلا يجوز له أن يحلفها بعد توقيع الحجر عليه².

ثالثاً/ متى توجه اليمين الحاسمة: نصت المادة 344 ف 2 ق م ج على أنه "يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة تكون عليها الدعوى"، وعليه يمكن توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى حتى يصدر حكم نهائي حائز لقوة الشيء المحكوم فيه³، ولو كان قد صدرت في النزاع أحكام تحضيرية أو تمهيدية تم تنفيذها، ولو وقع في الدعوى خبرة أو تحقيق، ويجوز توجيه اليمين الحاسمة في محكمة مرحلة الإستئناف كلها ولكن لا يمكن توجيه هذه اليمين لأول مرة أمام المحكمة العليا⁴.

رابعاً/ موضوع اليمين الحاسمة: كل حق يُدعى به يصلح أن يكون موضوعاً لليمين الحاسمة بشرط أن تكون اليمين مُنتجة في الدعوى، فلا يصح أن توجه في حق لا يصلح القضاء به، أو حق يتعارض

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 690.

² - بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 313.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 691.

⁴ - بكوش يحيى، المرجع السابق، ص 313.

مع قوة الشيء المحكوم فيه، وغير ذلك مما يخالف النظام العام والآداب، ويجب أن يكون موضوع اليمين الحاسمة واقعة قانونية أو تصرف قانوني ولا يجوز أن يكون نصاً قانونياً، فالقاضي هو الذي يُطبق الأحكام القانونية ولا شأن للخصوم في ذلك.

وفي موضوع اليمين الحاسمة يجب توافر شرطين نصت عليها المادة 344 ق م ج وهما:

1- أن تكون الواقعة حاسمة في الدعوى لأن الغرض من هذه اليمين حسم النزاع، فلا محل لها إذا وُجّهت في أمرٍ لا يؤدي إلى ذلك.

2- أن يكون الموضوع متعلقاً بشخص من تُوجه إليه اليمين، فلا يجوز أن توجه لشخصٍ عن وقائع لا تتعلق به.

فاليمين تُوجه من الخصم إلى خصمه سواء كان مُدعى أو مُدعى عليه عندما يكون منكرًا موضوع الحلف، ولذلك يجب أن توجه اليمين إلى خصم حقيقي أصيلي في الدعوى، ولا يكفي أن يكون خصماً أصلياً بل يجب أيضاً أن يكون خصماً لمُوجه اليمين وأن يكون مُنكرًا للحق³.

وعليه يمكن أن يتعلق موضوع اليمين بجميع أنواع المنازعات دون تمييز بين ما إذا كان النزاع شخصياً أو عينياً، مدنياً أو تجارياً، وسواء كان النزاع يدور حول ملكية عقارية أو الحقوق المتفرعة عنها أو الحيازة المجردة.

كما يمكن أن تتعلق اليمين بالنزاع الذي تجاوز مقداره حدود النصاب القانوني أي مائة ألف دج، أو لإثبات ما يُجاوز أو يُخالف مضمون كتابة بين الخصوم، ولو دون وجود مبدأ ثبوت بالكتابة، ولكن لا يمكن قبول اليمين الحاسمة لإثبات ما يخالف أو يجاوز مضمون كتابة رسمية بالنسبة للوقائع التي تعتبر ثابتة فيها إلى أن يُطعن فيها بالتزوير.

غير أنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة فيما يتعلق بالوقائع التي تمس الدعوى العمومية أثناء المرافعة الجزائية سواء كانت يميناً حاسمة أو يميناً مُتممة.

ويُلاحظ أنه في جميع الحالات التي لا يجوز فيها توجيه اليمين الحاسمة، يستطيع الخصم الموجهة

إليه أن يمتنع عن أدائها، وعلى فرض قبوله فإن المحكمة تمتنع عن ذلك.

خامساً/ في الرجوع عن اليمين الحاسمة: تنص المادة 345 ق م ج أنه "لا يجوز لمن وجه اليمين

أو رادها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين"، ويتضح من النص أنه يجب أن نبين حالتين:

1- الحالة الأولى: وهي حالة سابقة عن قبول اليمين فطالما لم يعلن الخصم عن قبوله لأداء اليمين الموجهة إليه، فإن بالإمكان الرجوع عنها شأنها في ذلك شأن أي اتفاق، فالقبول وحده هو الذي يمنع من الرجوع عن اليمين ولا يخضع هذا الرجوع إلى أي شكل خاص، فيمكن أن يكون صريحاً، كما يمكن أن يكون ضمناً إذا استفيد من ظروف الدعوى، ويمكن أن يكون الرجوع صادراً عن الخصم الذي قام بتوجيه اليمين، كما يمكن أن يكون صادراً عن الشخص الذي ردها ففي الفرض الأول يزول كل أثر لليمين الحاسمة، أما في الفرض الثاني فتزول اليمين وحدها، ويبقى توجيهها قائماً.

2- الحالة الثانية: بعد قبول الخصم أداء اليمين الموجهة إليه ينعقد الاتفاق بصفة نهائية، بحيث لا يمكن لمن وجهها أن يرجع عنها كما لا يمكن لمن قبلها أن يتصل من هذا القبول. ويُلاحظ أن بإمكان الخصم بعد قبوله اليمين، أن يُقيم الدليل على أن قبوله كان نتيجة وجود عيب في إرادته من إكراه أو تدليس أو غلط ويطلب الرجوع عن قبوله¹.

الفرع الثالث: آثار اليمين الحاسمة

إذا وجهت اليمين الحاسمة توجيهاً صحيحاً، وجب على الخصم الذي وجهت إليه أن يختار، حلف اليمين (أولاً)، أو أن يردها (ثانياً)، أو النكول عنها (ثالثاً).

أولاً/ حلف اليمين: يجب على الخصم الذي وجهت إليه اليمين الحاسمة، ولم يردها على خصمه أن يؤديها بنفسه، لأن خصمه قد احتكم إلى ضميره، ولا يصح أن يوكل غيره في الحلف، ويعتبر في حلف الأخرس ونكوله إشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة، فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله يتم عن طريق الكتابة، وإذا قام من وجهت إليه اليمين بحلفها ترتبت على ذلك حسم النزاع في الواقعة التي انصبت عليها اليمين.

ويكون لها حجية مُلزِمة للقاضي وللخصوم، ويجب على القاضي أن يصدر حكمه لصالح الحالف² ولا يجوز للمدعى أن يعود إلى مخاصمة من حلف اليمين مرة أخرى في نفس الحق ولو بطريق الاستئناف أو التماس إعادة النظر، ولا يجوز له أن يُقدم أي وجه آخر للإثبات³.

ويترتب على أداء اليمين، أنه يتمتع على الخصم الآخر أن يُحبط مفعولها وتنص م 346 ق م ج على أنه "لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني للإثبات آثار الالتزام ج2، مرجع سابق، ص 550.

² - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 224.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 193.

على أنه إذا أثبت كذب اليمين حكم جزائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده". وهذا النص يفيد أن ثبوت كذب اليمين بحكم جزائي لا يؤثر فيما يتعلق بالحكم المدني الذي أسس على اليمين الكاذبة من حجية الشيء المقضي به، غير أنه يجوز لمن حُكم ضده بناءً على اليمين الكاذبة أن يُطالب تعويضات عما أصابه من ضرر¹.

ثانياً/ رد اليمين على من وجهها: بالرجوع إلى نص المادة 343 ق م ج السابقة الذكر، نجد أن الخصم مُخَيَّر بين أن يقوم بتأدية اليمين، وبين أن يردها على من وجهها إليه بشرط أن تكون الواقعة موضوع اليمين مشترك بينهما، والسبب في ذلك أن اليمين الحاسمة إحتكام إلى ضمير الخصم فيستطيع الخصم الذي وجهت إليه اليمين أن يقوم بدوره بالإحتكام إلى ضمير خصمه، فيرد توجيه اليمين إلى خصمه، ويجب أن يقع رد اليمين على نفس اليمين الموجهة. أما إذا وقع على صيغة معدلة، أُعتبر ذلك توجيهها ليمين جديدة وجاز فيها الرد مرة ثانية²، ومتى رُدت اليمين فإنه لا يمكن ردها ثانية.

ثالثاً/ النكول عن أداء اليمين: نصت المادة 347 ق م ج على أنه "كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه، وكل من رُدت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه". معنى هذا أنه إذا رفض من وجهة إليه اليمين أدائها خسر دعواه، وحكم عليه بما طلب خصمه والنكول موقف سلبي يتمثل في عدم حلف اليمين الموجهة، قد يكون صراحة بإعلان الرفض، وقد يكون ضمناً كامتناع المكلف بأدائها عن حضور الجلسة التي حددتها المحكمة لحلف اليمين، وتكييف النكول هو تكييف الإقرار، له قوة مطلقة في إثبات الوقائع، غير أنه حجيتُه قاصرة على أطراف الدعوى لا يتعدى إلى الغير إلا استثناءً وعليه فإذا نكل الخصم عن أدائها لم يجز له بعد ذلك أن يطلب السماح له بحلف يمين جديدة، بل يحكم عليه عقب نكوله مباشرة، وإذا كان من نكل هو من وجهة إليه اليمين كسب من وجهها دعواه، وإن رُدت إليه ونكل عنها خسر هو ما يدعيه³.

¹ - بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 323.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 193.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الالتزام ج 2، مرجع سابق، ص 553.

الفرع الرابع: حجية اليمين الحاسمة:

إذا كانت اليمين الحاسمة قوة مطلقة في الإثبات تعفى من وجهت إليه وحلفها عبء إقامة الدليل على ما ادعاه، إلا أنها كالإقرار حجة محدودة قاصرة على أطراف النزاع (أولاً)، لا تتعدى إلى الغير سواء في ذلك عند الحلف أو عند النكول، إلا استثناءً في حالة وجود نص يقضي بغير ذلك فتكون حجة على الغير (ثانياً).

أولاً/ حجية اليمين الحاسمة بين الخصوم: تُميز بين حالتين، الحُجبة عند الحلف (1)، والحُجبة عند النكول (2).

1- حُجبة اليمين الحاسمة من حيث الحلف: من وجه اليمين وأحتكم في ذلك إلى ضمير خصمه كان أثر هذا الإحكام قاصراً عليه هو وورثته بصفتهم خلفاً عاماً له، لا يتعدى هذا الأثر إلى الغير.

2- حُجبة اليمين الحاسمة من حيث النكول: أما من حيث النكول، فحُجبة اليمين الحاسمة قاصرة كقصورها من حيث الحلف، فمن نكل ونزل بذلك عن حقه لا يتعدى هذا التنازل إلى غيره، كالشريك على الشيوع إذا نكل كان نُكوله حُجة عليه دون سائر الشركاء، ومن نكل من الورثة كان نُكوله حُجة عليه دون سائر الورثة ... إلخ من الحالات.

ثانياً/ الاستثناء حُجبة اليمين الحاسمة على الغير: رغم ما تتمتع به اليمين الحاسمة من قوة في إثبات الواقعة المنصبة عليها إلا أنها حجة قاصرة الأصل فيها أن لا تتعدى إلى الغير.

غير أنه يجوز في بعض الحالات الخروج عن الأصل، وذلك بهدف دفع خطر محتمل أو تحقيق منفعة أكبر، ولا يتحقق ذلك إلا بنص صريح، ونجد تطبيقاً لهذا الاستثناء في القانون المدني الجزائري بنص المادة 232 فقرة 3 والذي مفاده أن حجية اليمين تتعدى إلى الغير وذلك في الحالة التي يقتصر فيها الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين وحلفها المدين فيستفيد منها باقي المدينين المتضامنين، وهذا تطبيقاً لقاعدة النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر¹.

المطلب الثالث: القرائن القانونية

كما سبق أن رأينا في المبحث الأول من هذا الفصل أن القرينة هي استتباط واقعة معلومة للدلالة على أمر مجهول، على أساس أن المألوف هو ارتباط الأمرين وجوداً وعدم.

¹ - بلعيساوي محمد الطاهر، باظلي غنية، مرجع سابق، ص ص 205-206.

وقد رأينا كذلك أن القرينة وسيلة إثبات غير مباشرة ، حيث لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق، بل يقع على واقعة أخرى يؤدي ثبوتها إلى استنتاج ثبوت الواقع المراد إثباتها، والقرائن قسمان، قرائن قضائية (presomptions de l'homme)، وقرائن قانونية (presomptions l'égales)، والقرائن القانونية هي التي يستتبطها المشرع ويذكرها في نص من النصوص التشريعية، أما القرائن القضائية هي التي يستتبطها القاضي من ظروف كل قضية وملابساتها دون أن تكون مذكورة في نص تشريعي.

ولمّا كُنّا قد قدمنا الكلام في القرائن القضائية في المبحث المتقدم المُخصّص لوسائل الإثبات ذات القوة المحدودة، فلا يبقى لنا في هذا المطلب المخصّص للوسائل المعفية من الإثبات إلا أن نتطرق لموضوع القرائن القانونية، وسنحاول بحثها من خلال تعريفها والحكمة من تقريرها (الفرع الأول)، ثم نحاول تحديد أنواعها وحجبتها في الإثبات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم القرائن القانونية والحكمة من تقريرها

سننطلق في هذا الفرع لتعريف القرائن القانونية (أولاً)، ثم نذكر الحكمة من تقرير القرائن القانونية (ثانياً).

أولاً/ تعريف القرائن القانونية: سنتعرض إلى التعريف التشريعي(1)، ثم إلى التعريف الفقهي (2).

1- التعريف التشريعي: تعرض المشرع الجزائري إلى القرائن القانونية في نص المادة 337 ق م ج بقوله أن "القرينة القانونية تعنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك"

من خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري، لم يعرف القرينة القانونية، بل تطرق إلى تحديد حجبتها في الإثبات، هذا ما يدفعنا إلى محاولة تعريف القرينة القانونية حسب ما جاء به الفقه.

2- التعريف الفقهي: نجد الفقه قد أجمع تقريبا على إعطاء نفس التعريف للقرائن القانونية واعتبرها النتائج التي يستخلصها المشرع من واقعة معلومة وثابتة ليسحبها على واقعة أخرى غير محددة أو متنازع فيها، وكان يستحيل أو يصعب إثباتها من الناحية العلمية¹، واعتبر الفقه أن عماد القرينة القانونية هي أركانها شأنها في ذلك شأن القرينة القضائية التي تقوم على عنصرين أساسيين، غير أنهما يختلفان من حيث أن القرينة القضائية واقعة ثابتة يختارها القاضي وتسمى علامة أو أمارة (indice)

¹ - بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 355.

وعملية استنباط يقوم بها القاضي ليصل من هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها، وهدين العنصرين من عمل القاضي، الواقعة الثابتة هو الذي يختارها، وعملية الاستنباط هو الذي يجريها وللقاضي سلطة واسعة في كل ذلك¹، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك وهي مسألة واقع.

أما القرينة القانونية فعلى العكس من ذلك لا عمل فيها للقاضي، بل أن العمل كله للقانون فركن القرينة القانونية هو نص القانون وحده، فهو الذي يختار الواقعة الثابتة وهو الذي يختار عملية الاستنباط، فعنصر القرينة القانونية هو نص القانون ولا شيء غير ذلك، ولا يمكن أن تقوم قرينة بغير نص من القانون، ولا سلطة للقاضي في القرينة القانونية²، وتكون خاضعة لرقابة المحكمة العليا في ذلك لأنها تعتبر مسألة قانون لا مسألة واقع.

ثانياً/ الحكمة من تقرير القرائن القانونية: ترجع الحكمة في النص على القرائن القانونية إلى أمور منها ما يتعلق بالمصلحة العامة (1)، ومنها ما يتعلق بمصالح الأفراد (2).

1- ما يتعلق بالمصلحة العامة: قد ينص المشرع على بعض القرائن القانونية تضيق السبيل على من يحاول الإحتيال على القانون، ويعتبرها من النظام العام ويحتاط حتى لا يخالفها الناس في تعاملاتهم ولو بطريق غير مباشرة، فيضع قرائن قانونية تُبطل أنواع من التعامل يُرد بها أصحابها مخالفة هذه الأحكام، ومثال ذلك نص المادة 776 ف 3 ق م ج، والتي يقضي بأن التصرف في مرض الموت قرينة على أنه صدر على سبيل التبرع.

2- ما يتعلق بمصالح الأفراد: تعذر الإثبات في بعض الأحوال قد يصل إلى درجة الاستحالة، فيعمد المشرع إلى وضع قرينة قانونية تُعفى من هذا العبء، مثل ذلك مسؤولية المتبوع عن تابعه فهي مبنية على خطأ مفترض، ومثل ذلك أيضا القاعدة التي تقضي بأن الحيابة في المنقول سند الملكية، فالحيابة قرينة قانونية على ملكية المنقول لتعذر إثبات هذه الملكية في أكثر الأحوال.

كذلك الأخذ بالمعتاد المؤلف المتعارف عليه بين الناس، فإذا جعل الشارع وجود سند الدين في يد المدين قرينة قانونية على إنقضاء الالتزام، فذلك لأن سند الدين يوجد عادةً في يد الدائن لا يد المدين فإذا انتقل إلى يد المدين فيكون ذلك عادة بسبب أن المدين قد إنقضى دينه فأخذ السند من الدائن، وإذا

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الالتزام، ج 2، مرجع سابق، ص ص 599-600.

² - المرجع نفسه، ص 600.

جعل الشارع التأشير على سند الدين إشارة على براءة المدين منه، وهي قرينة قانونية على انقضاء

الدين، فذلك المألوف بين الناس أن هذا التأشير لا يكون إلا عند انقضاء الدين¹.

الفرع الثاني: حجية القرائن القانونية وتمييزها عن القرائن القضائية

نحدد حجية القرائن القانونية (أولاً)، ثم نُميز بينها وبين القرائن القضائية (ثانياً).

أولاً/ حجية القرائن القانونية: تقسم القرائن من حيث حجيتها إلى نوعين:

قرائن قانونية قاطعة (presmptions irrefragables)، وهي قرائن لا تقبل النقض بدليل عكسي

(1)، وتقابلها القرائن البسيطة (presomptions simples) والتي تقبل إثبات العكس(2).

1- القرينة القانونية القاطعة: القرينة القانونية القاطعة ليست وسيلة إثبات وإنما قاعدة موضوعية²

بنيت على أساس فكرة الغالب الأعم، وعليه فالقرائن القانونية البسيطة الغاية منها هي نقل عبء

الإثبات، بينما القرائن القانونية القاطعة فهي قواعد موضوعية وبالتالي فالقرائن القضائية وحدها التي تعد

من طرق الإثبات³، غير أن الانتقال من القاعدة الموضوعية إلى القرينة القانونية أو الانتقال من القرينة

القانونية إلى القاعدة الموضوعية، أمر موكل إلى المشرع وحده فكل من القاعدة الموضوعية والقرينة

القانونية من صنعه، فهو إن شاء جعل ما يقرره من ذلك قاعدة موضوعية وإن شاء جعله قرينة قانونية⁴

2- القرينة القانونية البسيطة: وهي الأصل في القرائن القانونية، معنى ذلك أن القرائن القانونية

تكون بسيطة لأنها تقبل إثبات العكس، ومثال عن القرائن البسيطة ما نصت عليه المادة 98 ق م ج

والتي تقضي بمشروعية سبب الالتزام ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك، وكذا المادة 61 ق م ج التي

تنص على أن وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه قرينة على العلم ما لم يثبت العكس ... الخ.

ثانيا/ الفرق ما بين القرائن القضائية والقرائن القانونية: يتمثل فيما يلي:

أ- لما كانت القرائن القضائية يستتبطها القاضي والقرائن القانونية يستتبطها المشرع، فإنه يترتب على

ذلك أن القرائن القضائية لا يمكن حصرها لأنها تستتبط من ظروف كل قضية، أما القرائن القانونية فإنها

مذكورة على سبيل الحصر في نصوص التشريع.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 727.

² انظر عكس هذا الرأي، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الالتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 613-614.

³ بلعيساوي محمد الطاهر، باطلاي غنية، مرجع سابق، ص 261.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 730-731.

ب- القرائن القضائية هي أدلة إثبات بالمعنى الصحيح إذ يستتبطها القاضي من الوقائع المعروضة عليه، فهي كالشهادة وتقوم مقامها في كل فرض تقبل فيه شهادة الشهود، أما القرائن القانونية فليست أدلة إثبات بالمعنى الصحيح، بل هي مجرد إعفاء من الدليل ولا يكون ذلك إلا في فروض أو حالات معينة نص عليها المشرع على سبيل الحصر.

ج- القرائن القضائية كلها غير قاطعة، فهي قابلة للنقض بالدليل العكسي ويجوز دحضها بجميع الطرق، بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن، أما القرائن القانونية فهي قاطعة لا تقبل العكس ونسبية يجوز إثبات عكسها¹.

المطلب الرابع: حجية الشيء المقضي به (autorité de la chose jugée)

تُعتبر قاعدة حجية الشيء المقضي به من أهم الوسائل المعفية من الإثبات التي أقرها المشرع، هذه القاعدة مبنية أساساً على اعتبار أن الأحكام القضائية في غالب الأحوال تُعبر عن الحقيقة الواقعية، لكن هذه الحقيقة تختفي وراء القاعدة القانونية لأن المشرع وحده هو الذي يملك تحديد القرائن الدالة على هذه الحقيقة وتحديد آثارها ونفصل في حجية الشيء المقضي به من خلال ثلاث مسائل رئيسية، مفهومه وتميز حجية الشيء المقضي به عن بعض المصطلحات الأخرى (الفرع الأول)، تحديد الشروط الواجب توفرها فيه (الفرع الثاني)، وآثاره (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم حجية الشيء المقضي به وتمييزه عن قوة الشيء المقضي به

نقوم بتعريف حجية الشيء المقضي به (أولاً)، ثم نحاول تمييزه عن بعض المصطلحات الأخرى (ثانياً).

أولاً/ تعريف حجية الشيء المقضي به: تعريف لحجية الشيء المقضي به وفق ما نص عليه المشرع الجزائري(1)، ثم وفق ما تعارف عليه الفقه القانوني(2).

1- التعريف التشريعي لحجية الشيء المقضي به: نصت المادة 338 ق م ج على أن "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما نصت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقص من هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب، ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 731.

تلقائياً". ما يفهم من هذا النص أنه يقصد بحجية الشيء المقضي به أو حجية الأمر المحكوم فيه، أن الأحكام التي صدرت عن القضاء تعتبر حجة بما فصلت فيه وعنواناً للحقيقة حتى ولو كانت هذه الحقيقة القضائية مخالفة للحقيقة الواقعة¹.

2- التعريف الفقهي لحجية الشيء المقضي به: يقصد بالأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية، والتي استنفذت طرق الطعن العادية، حيث لا يجوز إعادة طرح النزاع الذي فصلت فيه هذه الأحكام بموجب دعوى مبتدأة إذ يجوز في ذلك للخصم أن يدفع الدعوى بعدم القبول على أساس حجية الأمر المقضي به (سبق الفصل)، والهدف من هذا الدفع هو عدم تأييد المنازعات بين الأشخاص، بالإضافة إلى الحفاظ على هيبة القضاء، بتجنب صدور أحكام متعارضة ويميز فقهاء القانون بين حجية الشيء المقضي به، وقوة الشيء المقضي به، فكل حكم قطعي صادر عن جهة قضائية يتمتع بحجية الشيء المقضي به سواء كان قابلاً للطعن بالطرق العادية أم لم يكن كذلك، أما قوة الشيء المقضي به فهي صفته لا تثبت إلا للأحكام القطعية الغير قابلة للطعن بطرق المعارضة والاستئناف².

ثانياً/ التمييز بين حجية والشيء قوة المقضي به و تحديد قوة الحكم في الإثبات:

توضيح الفرق بين حجية الشيء المقضي به و بعض المصطلحات الأخرى (1)، وتحدد قوة الحكم في الإثبات (2).

1- التمييز بين حجية الشيء المضي به وقوة الشيء المقضي به: إن الحجية تتعلق بالحكم القضائي بمجرد ما يصدره القاضي، معنى ذلك أن الحكم يعتبر قرينة على مطابقة الثابت به للحقيقة الواقعة، بحيث لا يجوز إثبات عكسها إلا بطريق من طرق الطعن المقررة قانوناً، وصدور حكم جديد بإلغاء الحكم الأول، أي أن الحجية تثبت له منذ صدوره ولا تزول إلا بزواله، هذا ما يرتب جواز التمسك بها في دفع أية دعوى جديدة متى توافرت فيها شروط الدفع بسبق الفصل.

أما قوة الشيء المقضي به، فهي القوة التي تثبت للحكم متى كان نهائياً، أي لا يجوز التخلص منه بالطعن بطريق من طرق الطعن العادية، وهو يكون كذلك إذا كان غير قابل للمعارضة أو الاستئناف منذ صدوره، أو كان قابلاً لأيهما وانقضت مواعيد الطعن، أو تنازل المحكوم عليه عن الطعن، أو قد قضي برفضه، ويترتب على ثبوت قوة الشيء المقضي به للحكم القضائي نتائج من أهمها صلاحيته

¹ - بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، مرجع سابق، ص 267.

² - سرايش زكريا، مرجع سابق، ص 111.

للتفويض¹، وعليه ففوة الشيء المقضي به هي وصول الحكم إلى مرتبة يصبح فيها نهائياً غير قابل للطعن بالطرق العادية، وإذا كان لا يزال قابلاً لأن يطعن فيه بطريق غير عادي، كالنقض أو التماس إعادة النظر.

ويتبين مما تقدم أن الحكم القطعي في أدنى مراتبه يكون:

- له حجية الأمر المقضي به ولا تزول عنه هذه الحجية إلا بإلغاء الحكم عن طريق الطعن فيه.
- أنه لا تكون له قوة الأمر المقضي به إلى أن يصبح نهائياً.
- الحكم حتى وإن وصل إلى هذه المرتبة من القوة، يبقى بالرغم من ذلك معرضاً إلى الإلغاء عن طريق طعن غير اعتيادي.

2- قوة الحكم في الإثبات: المقصود بهذه القاعدة أن الحكم القضائي بما يشتمل عليه من وقائع وأسباب ومنطوق، يعتبر وثيقة رسمية، وهو في هذا المعنى تكون له قوة في مواجهة الكافة، وليس على الخصوم فحسب، ولا يجوز إثبات عكسه إلا عن طريق الطعن بالتزوير.

ومما تقدم يتبين أن الفرق بين الحجية، وقوة الحكم في الإثبات تتمثل فيما يلي:

- تكون حجية الأمر المقضي به نسبية، أي أنها لا تسري إلا في حق من كان طرفاً في الخصومة أما القوة الثبوتية فشأنها شأن القوة الثبوتية لأي سند رسمي تكون أيضاً في مواجهة الغير.
- لا تلحق الحجية إلا بالقرار الذي يتضمنه منطوق الحكم، أما القوة الثبوتية فإنها تكون لجميع ما أثبته القاضي في ورقة الحكم، مما قام به شخصياً أو وقع من ذوي الشأن في حضوره وفي حدود سلطته واختصاصه، وتبقى حجية الحكم قائمة إلى أن يبطل بطريق من طرق الطعن، أما القوة الثبوتية فإنها تزول عن طريق الحكم بالتزوير.

الفرع الثاني: شروط الحكم وشروط الحق المدعى به

نتطرق للشروط الواجب توافرها في الحكم (أولاً)، ثم الشروط الواجب توافرها في الحق المدعى به (ثانياً).

أولاً/ الشروط الواجب توافرها في الحكم: لا تقوم القرينة المبنية على حجية الشيء المقضي به إلا إذا توافر في الحكم شروط ثلاث، أن يكون الحكم قضائياً (1)، وأن يكون الحكم قطعياً (2)، وأن تكون الحجة في منطوق الحكم لا في أسبابه (3).

¹- بكوش يحيى، مرجع سابق، ص ص 372-373.

1- وجود حكم قضائي: أي أن يكون الحكم صادر عن جهة قضائية، واستقرت إجتهاادات القضاء على أن الأحكام تتعلق بها حجية الشيء المقضي به ولو كانت صادرة من محاكم غير ذات إختصاص، ولو كان الإختصاص يتعلق بالنظام العام¹، وكذلك القول بالنسبة لسائر العيوب الشكلية التي قد تلحق الأحكام، فإنها لا تحول دون تعلق حجية الشيء المقضي به.

2- أن يكون الحكم نهائياً (حكم قطعي): ولا تكون الحجية إلا لحكم قطعي (jugement définitif) وهو الحكم الصادر في الموضوع، أما الأحكام التي تسبق الحكم في الموضوع فلا تثبت لها حجية الشيء المقضي به، وهذه الأحكام هي: الأحكام التحضيرية (jugements préparatoires) والأحكام التمهيدية (jugements interlocatoires) والأحكام الوقتية (jugements provisoires).

3- تعلق الحجية بمنطوق الحكم لا أسبابه: لا تثبت الحجية إلا لمنطوق الحكم (dispositif) دون أسبابه (motifs)، لكن إذا ارتبطت أسباب الحكم ارتباطاً وثيقاً بمنطوق الحكم، بحيث لا يقوم المنطوق دون هذه الأسباب، كان كذلك للأسباب أيضاً حجية الشيء المقضي به.

ثانياً/ الشروط الواجب توافرها في الحق المدعى به: لا يكون للحكم حجية الشيء المقضي به إلا إذا توافر في الحق المدعى به شروط ثلاثة هي: اتحاد الخصوم (1)، اتحاد الموضوع (2)، اتحاد الأسباب (3).

1- إتحاد الخصوم (identité de personnes): لا يكون للحكم حجية إلا بالنسبة للخصوم أنفسهم فالحكم كالعقد لا يسري أثره إلا على من كان طرفاً فيه²، والمقصود بإتحاد الخصوم إتحادهم قانوناً لا طبيعياً.

وليس الحكم حجة على الخصوم وحدهم، بل حجة على خلفهم، سواء كان الخلف عاماً أو خاصاً فإذا صدر حكم كان حجة على الخصم وعلى ورثته وعلى الخلف الخاص، إذا كان الحكم متعلقاً بالعين التي إنتقلت إليه وكان صدور الحكم قبل إنتقال العين، أما الغير فلا يكون الحكم حجة عليه فالغيرية في الحكم القضائي لا تختلف في جوهرها عن الغيرية في العقد.

ومن الأمثلة على الغير الذي لا يسري في حقه الحكم الصادر ضد المدين، المالك في الشيوع والمدين المتضامن والدائن المتضامن والكفيل.

¹- بكوش يحيى، مرجع سابق، ص ص 382-383.

²- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 737.

ويلاحظ أن هناك أحكاماً لا تثبت لها الحجية حتى بالنسبة إلى أشخاص دخلوا في الدعوى، ومثال ذلك أن يكون الشخص الذي دخل في الدعوى ليس خصماً حقيقياً فيها، وهناك أحكام على العكس من ذلك تثبت لها الحجية حتى بالنسبة إلى أشخاص لم يدخلوا فيها، ومثال ذلك أن يكون الحكم منشأ لحالة مدينة كالحكم الصادر بتوقيع الحجر فإنه يكون حجة على الناس كافة، من دخل الدعوى ومن لم يدخل¹.

2- اتحاد المحل (الموضوع) (identité d'objet): لا يكون للحكم حجية إلا بالنسبة للموضوع نفسه، ومحل أو موضوع الدعوى يتمثل في الحق الذي يطلبه الخصم أو المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها بالتداعي، ويشترط للدفع بحجية الشيء المقضي به أن يكون موضوع الدعوى الجديدة هو ذات الموضوع الذي فصل فيه الحكم السابق² (سبق الفصل في موضوع الدعوى).

والقاعدة في معرفة ما إذا كان موضوع الدعويين متحدًا أن يتحقق القاضي من أن قضاءه في الدعوى الجديدة، إما أن يكون مجرد تكرار للحكم السابق فلا تكون فائدة منه، وإما أن يكون مناقضاً للحكم السابق سواء بإقرار حق أنكره أو بإنكار حق أقره فيكون هناك حکمان متناقضان³، والحكم في الشيء يعتبر حكماً فيه وفيما يتفرع عنه، فلا يجوز رفع الدعوى من جديد للمطالبة بما يتفرع عن شيء حكم برفضه، كما إذا صدر حكم برفض الادعاء بملكية عين فلا يجوز بعد ذلك رفع دعوى للمطالبة بربع العين، وهذا لا يعني بالضرورة أن الحكم في الكل لا يتضمن حتماً الحكم في الجزء، فإذا صدر حكم برفض ادعاء الملكية في أرض لم يمنع ذلك ادعاء الملكية في جزء شائع في هذه الأرض، ما لم يكن الحكم السابق قد فصل في أن المدعى لا يملك الأرض ولا يملك أي جزء منها⁴.

3- اتحاد السبب (identite de cause): ويجب أخيراً حتى يكون للحكم حجية الشيء المقضي به أن يتحد السبب، والسبب هو الأساس القانوني الذي استند إليه المدعى في دعواه، معنى ذلك أنه

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الالتزام، ج 2، مرجع سابق، ص 687-689.

² - محمد حسن منصور، مرجع سابق، ص 740.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 740.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات آثار الالتزام، ج 2، المرجع السابق، ص 689-696.

يشترط للدفع بحجية الشيء المقضي به، أن يكون سبب الدعوى الأولى هو نفس السبب في الدعوى الثانية وهذا ما نصت عليه المادة 338 ق م ج¹.

- وينبغي التمييز بدقة بين السبب والمحل، فقد يتحد المحل في الدعويين ويتعدد السبب، ذلك أن الطلب قد يكون واحداً في الدعويين ولكن أساسه يختلف، فلا يكون للحكم الصادر في الدعوى الأولى حجية الشيء المقضي به في الدعوى الثانية.

- ويجب التفرقة بين سبب الدعوى ودليل الإثبات، فالعبرة بوحدة السبب في الدعويين، لا بوحدة الدليل، ومثال على ذلك إذا ادعى المدين وفاء الدين واستند إلى شهادة الشهود فلم يقتنع القاضي بشهادتهم ورفض دعواه وحكم بإلزامه بهذا الدين، فليس لهذا المدين بعد ذلك أن يدعي براءة ذمته بالوفاء بدعوى جديد ولو كان يستند في إثبات الوفاء هذه المرة إلى مخالصة مكتوبة، ففي هذا الفرض نجد أن المحل واحد هو براءة الذمة والسبب واحد وهو الوفاء، لكن الدليل يختلف لذلك يمكن الدفع بحجية الشيء المقضي به.

- وإختلاف الوصف القانوني للواقعة الواحدة لا يحول دون التمسك بحجية الشيء المقضي به².

الفرع الثالث: آثار حجية الشيء المقضي به ومظاهرها

إذا توافرت الشروط في الحكم القضائي تعلقت به حجية الشيء المقضي به وأنتجت آثارها (أولاً) والتي تظهر في مظاهر متعددة (ثانياً).

أولاً/ آثار حجية الشيء المقضي به: تترتب على إكتساب الحكم القضائي حجية الشيء المقضي به آثار تتمثل في عدم إمكانية التراجع عن حجية الحكم (1)، وما مدى تعلق هذه الحجية بالنظام العام (2).

1- عدم إمكانية التراجع عن حجية الحكم: إذا توفرت الشروط في الحكم القضائي تعلقت به حجية الشيء المقضي به، وأصبح الشيء المتنازع فيه حقيقة قانونية من حيث وجوده ومن حيث محتواه وبمنع على أي طرف من الأطراف المتخاصمة أن يطلب إعادة النظر فيما فصل فيه، وإذا رفع أحد الخصوم

¹ نصت المادة 338 ق م ج أن "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجية بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب، ويجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائياً".

² محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 403.

دعوى في ذلك فلا يكون للخصم الآخر إلا أن يدفع بعدم القبول لسبق الفصل، ولو كانت الدعوى تستند إلى أدلة إثبات جديدة، وأهم ما يترتب على ذلك من آثار أن يصبح الحكم غير قابل للرجوع عنه¹.

2- حجية الشيء المقضي به ومدى تعلقه بالنظام العام: إن القول بأن حجية الشيء المقضي به تتعلق بالنظام العام يترتب عليه أنه لا يجوز للخصم التنازل عن التمسك بها، وأن للمحكمة أن تثيرها تلقائياً، ويجوز للخصم أن يتمسك بها ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، ومدى تعلق الحجية بالنظام العام تختلف بحسب المواد الجنائية أو المدنية، ونجد أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 338 فقرة أخيرة²، أن حجية الشيء المقضي به في المسائل المدنية لا تتعلق بالنظام العام، ومعنى هذا أنه يجوز للمحكوم له التنازل عن هذه الحجية كما لا يجوز التمسك بهذه الحجية وإثارها لأول مرة أمام المحكمة العليا، ولا يمكن للمحكمة أن تقضي بها تلقائياً.

ثانياً/ مظاهر قاعدة حجية الشيء المقضي به: تظهر قاعدة حجية الشيء المقضي به في مظاهر متعددة ويمكن الدفع بها في أحوال مختلفة، فقد يُحتج بحكم جنائي أمام محكمة جنائية ولا علاقة لنا بهذا لأنه بحث تابع للقانون الجنائي، غير أنه يجوز الإحتجاج بالحكم الجنائي أمام المحكمة المدنية مثلما يحتج بالحكم المدني أمام الجهة المدنية أو أمام الجهة الإدارية، ونحاول أن نبين حجية الشيء المقضي به جزائياً على القضاء المدني (1)، ثم نحدد حجية الشيء المقضي به أمام القضاء الإداري (2).

1- حجية الشيء المقضي به جزائياً على القضاء المدني: كثيراً ما يتعرض القاضي الجنائي أثناء محاكمة جنائية إلى عدد من الوقائع التي يمكن أن يستعملها الخصوم فيما بعد أدلة إثبات في محاكمة مدنية، فهل يُلزم القاضي المدني بهذه البيانات التي يؤكد عليها القاضي الجنائي وإلى أي حد، وهل يملك القاضي المدني حرية إعادة تقدير الوقائع والبيانات الواردة في الحكم الجنائي، سواء كان حكماً جنائياً، أو جنحياً أو في المخالفات.

نجد أن المادة 339 ق م ج تنص على أنه "لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم، وكان فصله فيها ضرورياً".

من خلال النص يتضح أن هناك بعض الأفعال أو الوقائع قد يترتب عليها دعويين، دعوى مدنية وأخرى جنائية، ويحدث هذا في حالة ما إذا ارتكب الشخص جريمة نشأ عنها ضرر للغير³، وفي حال

¹ - بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 403.

² - نصت الفقرة الأخيرة من المادة 338 ق م ج على أنه "لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائياً".

³ - بلعيساوي محمد الطاهر، باظلي غنية، مرجع سابق، ص 295.

فصلت كل محكمة دون مراعاة للمحكمة الأخرى، فيحتمل صدور حكمين متعارضين بخصوص جريمة واحدة ، ومنعا لهذا التعارض جاء نص المادة 339 ق م ج لينظم هذه الحالة، حيث يمنع على المحاكم المدنية إعادة النظر فيما حكمت فيه المحاكم الجزائية بشأن واقعة معينة، ويترتب على مبدأ حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية وقف المحكمة المدنية الفصل في الدعوى الناشئة عن جرائم جنائية إذا رفعت الدعوى العمومية قبل الفصل بحكم نهائي في الدعوى المدنية، وهو ما يعرف بمبدأ الجنائي يقيد المدني ويترتب على ذلك:

- إذا رفعت الدعوى الجنائية عقب رفع الدعوى المدنية أو أثناء سيرها وجب وقف الفصل فيها إلى حين صدور حكم نهائي في الدعوى الجزائية، لأنه ما دام أن القاضي المدني يتقيد بالحكم الجنائي فوجب عليه وقف النظر في الدعوى المدنية إلى حين صدور حكم في الدعوى الجنائية منعاً لحدوث تعارض بين الحكمين¹، أما إذا حكم في الدعوى المدنية قبل رفع الدعوى الجنائية فإن هذا الحكم لا يقيد الدعوى الجنائية ولا يجوز أمامها أية حجية.

ولا تثبت هذه الحجية إلا للأحكام الجنائية النهائية، أي تلك التي استنفدت طرق الطعن العادية وغير العادية أو تلك التي تصبح غير قابلة للطعن فيها بالطرق العادية وغير العادية.

ولا تثبت هذه الحجية للأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق لأنها لا تفصل في أصل الموضوع بالبراءة أو الإدانة، إنما تفصل في مدى توافر أو عدم توافر الظروف التي تجعل الدعوى صالحة أو غير صالحة لإحالتها إلى المحكمة للبت في موضوعها.

2- حجية الشيء المقضي به إدارياً أو تأديبياً: ينبغي أولاً التنبه إلى أنه إذا كان الأمر يتعلق بعمل من أعمال الإدارة التنظيمية فإن مسألة الحجية لا تثار.

أما إذا كان العمل صادراً من جهة لها صلاحية الفصل بإصدار قرارات في المنازعات المعروضة عليها مثل المحاكم الإدارية، ففي هذه الحالة فإن المبدأ المقرر هو أن حجية الشيء المقضي به التي تتعلق بالقرارات الإدارية تفرض نفسها على القاضي المدني، بحيث أنه لا يحق لهذا الأخير أن يُعيد النظر في مسألة فصلت فيها محكمة إدارية.

باعتبار أن الأحكام الصادرة على المحاكم الإدارية لها نفس حجية الأحكام الصادرة على المحاكم المدنية أو الجزائية.

¹ - بلعيساوي محمد الطاهر، باظلي غنية، مرجع سابق، ص 297.

أما بالنسبة لحجية الشيء المقضي به والصادر عن جهة تأديبية فإنه لا يتمتع بأية حجية تجاه القضاء المدني، ويلاحظ أن هذا المبدأ ينطبق حتى على القرارات التأديبية التي تصدرها المحاكم العادية في المسائل التي تختص بالنظر فيها تأديبياً¹.

¹ - بكوش يحيى، مرجع سابق، ص ص 414-415

ملخص الفصل الثاني:

كخلاصة لهذا الفصل من الدراسة المتعلقة بوسائل الإثبات ذات القوة المحدودة والوسائل المعفية من الإثبات أو ما أُصطلح على تسميتها فقهاً بوسائل الإثبات من غير الكتابة، والذي قسمناه إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول وسائل الإثبات ذات القوة المحدودة أو النسبية، وهي تشمل شهادة الشهود كونها تصلح لإثبات بعض الوقائع القانونية دون البعض الآخر، فهي من هذه الناحية محدودة القوة ومثاله إذا تجاوزت قيمة التصرف القانوني مائة ألف دينار جزائري أو كان التصرف غير محدود القيمة، فلا يجوز إثباته بشهادة الشهود، وكذلك اعتبر المشرع القرائن القضائية من وسائل الإثبات ذات القوة المحدودة فهي متروكة لإستنباط القاضي في كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود، وهي دليل غير مباشر لا يقع الإثبات فيها على الوقائع ذاتها مصدر الحق، بل يقع على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن القاضي أن يستخلص منها الواقعة المراد إستنباطها، وآخر نوع من وسائل الإثبات ذات القوة المحدودة هي اليمين المتممة وهي اليمين التي يقوم القاضي بتوجيهها إلى أحد الخصمين ليستكمل بها دليلاً ناقصاً، ويشترط في توجيهها أن يكون هذا الخصم قد قدم أدلة ناقصة، فيريد القاضي أن يستكملها باليمين المتممة، والقاضي في هذا يقوم بدور إيجابي في إجراءات الدعوى خلافاً لما إعتاد عليه من موقف سلبي.

أما فيما يخص المبحث الثاني من هذا الفصل فقد خصصناه لدراسة الوسائل المعفية من الإثبات وهي الإقرار والذي يتمتع بقوة مطلقة في إثبات التصرفات القانونية والوقائع المادية غير أنه حجة قاصرة على المُقر لا تتعداه إلى غيره، وكذلك تطرقنا إلى اليمين الحاسمة والتي يوجهها الخصم إلى خصمه إذا كان لا يمتلك الدليل على دعواه فيحتكم بذلك إلى ضمير خصمه من أجل الفصل في النزاع، كما تناولنا القرائن القانونية التي يقررها المشرع ويحدد حجيتها وهي كذلك تعفي من تقررت لمصلحته من إقامة الدليل على ما يدعيه، وفي الأخير تناولنا حجية الشيء المقضي به كوسيلة تعفي من إقامة الدليل وهي وسيلة دفع يردُّ من خلالها الخصم دعوى خصمه بأن يدفع بسبق الفصل في الموضوع.

الْخَاتَمَةُ

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة المتعلقة بوسائل الإثبات في القانون المدني الجزائري، نستخلص أهم النتائج التالية والمتمثلة في:

أن نظرية الإثبات تُعد من أهم النظريات القانونية، وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية، بل تُعتبر النظرية التي لا تتقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يُعرض عليها من قضايا. وأن الإثبات بمعناه القضائي غير الإثبات بمعناه العام، فالإثبات بمعناه العام الذي لا يُشترط فيه أن يقام القضاء ولا أن يكون بالوسائل المحددة قانوناً، بل هو إثبات حر غير مُقيد، أما الإثبات القضائي فمعناه إقامة الدليل أمام القضاء بالوسائل التي حددها القانون، إذاً فهو إثبات مُقيد. وأن الإثبات القضائي ينصب على وجود واقعة قانونية تُرتب آثارها، فمحل الإثبات إذاً ليس هو الحق المدعى به، ولا أي أثر قانوني آخر يتمسك به المدعي في دعواه، وإنما هو المصدر القانوني الذي يُنشئ هذا الحق أو يُرتب هذا الأثر.

ومادام الإثبات القضائي هو إقامة الدليل على الواقعة التي يُرتب القانون عليها آثاراً، فمعنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات القضائي، فالحق الذي يُنكر على صاحبه ولا يقوم عليه دليله القضائي ليست له أي قيمة عملية، فهو والعدم سواء من الناحية القضائية، ومن ثم تتضح أهمية الإثبات القضائي من الناحية العملية، فالحق يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل على الحادث المُبدى له، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً.

وعليه فالإثبات القضائي متى استقام كان مُلزماً للقاضي، فيتعين عليه أن يقضي بما يؤدي إليه هذا الإثبات من نتائج قانونية، وإلا كان امتناعه نكولاً عن أداء العدالة، غير أن الحقيقة القضائية تُصبح غير مُتفقة مع الحقيقة الواقعية، بل كثيراً ما تتسع مسافة الخلاف بين الحقيقتين، وفي هذا ما يجعل الحقيقة القضائية في بعض الحالات مُنغزلة عن الواقع، بل بعيدة عن الحق كل البعد، أقرب في ذلك أن تكون مُصطلحاً فنياً منها أن تكون حقيقة واقعية.

ولما كان هذا هو الحال، كان لزاماً على المشرع أن يتدخل ويُحدد وسائل الإثبات بنفسه ولا يتركها محض إرادة الأطراف أو القاضي فيحيف أحدهم على الآخر، ويُبين قيمة كل دليل من الأدلة وحجيتها

في الإثبات، ويسعى بذلك قدر الإمكان إلى تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية وتستقيم بذلك العدالة.

ونجد أن المشرع الجزائري قد وضع مجموعة من وسائل الإثبات في القانون المدني، وحدد لكل وسيلة من هذه الوسائل قيمتها وحجبتها في الإثبات، وهي تُقسم إلى وسائل ذات حجية مطلقة ووسائل ذات حجية محدودة أو نسبية ووسائل أخرى معفية من الإثبات.

أما الوسائل ذات القوة المطلقة فهي التي تصلح لإثبات جميع الوقائع، سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية، وأياً كانت قيمة الحق المراد إثباته، وهي في أغلبها وسائل يتم إعدادها مسبقاً، ولا يوجد من الوسائل التي لها قوة مطلقة في الإثبات على هذا النحو إلا الكتابة بنوعيتها التقليدية والحديثة (الإلكترونية)، فالكتابة تصلح لإثبات جميع الوقائع المادية وجميع التصرفات القانونية، مهما بلغت قيمة الحق المطالب به.

أما الوسائل ذات القوة المحدودة في الإثبات أو ذات القوة النسبية، هي الوسائل التي تصلح لإثبات بعض الوقائع دون البعض الآخر، فهي إذاً محدودة القوة، وتشمل شهادة الشهود والقرائن القضائية، إذ هي لا تصلح لإثبات التصرفات القانونية المدنية إذا زادت قيمة التصرف عن مائة ألف دينار جزائري أو كانت هذه القيمة غير محددة، وكذلك اليمين المتممة فهي لا تصلح إلا لإتمام دليل ناقص فإذاً هي ذات قوة محدودة.

وفي الأخير نجد الوسائل المعفية من الإثبات وهي الإقرار والقرائن القانونية وقوة الشيء المقضي به واليمين الحاسمة، ولما كانت هذه الوسائل تُعفي من الإثبات، فهي تصلح لإعفاء أية واقعة أو أي تصرف قانوني مهما بلغت قيمته، فهي من هذه الناحية ذات قوة مطلقة.

ومن محاولتنا معالجة بعض جوانب هذا الموضوع نُشير في الأخير إلى جملة من الاقتراحات والتوصيات حيث:

- نلتمس من المشرع الجزائري محاولة جمع قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية ضمن تقنين موحد يُنظم قواعد الإثبات في القانون المدني والتجاري على غرار بعض الدول العربية، حتى يُسهل ذلك على المشتغلين بالقانون وقطاع العدالة من قضاة ومحامين وأساتذة جامعيين وغيرهم عملية الإطلاع على النصوص القانونية المتعلقة بالإثبات.

- كما نقترح على المُشرع إعادة تنظيم قَوَاعِدِ الإِثْبَاتِ فِي القَانُونِ المدني خصوصاً بعد الاعتراف بالدليل الإلكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات وذلك بمراجعة النصوص القانونية من حيث حُجِيَّة المُحرر العُرْفِي.
- كما تُنادي بِضُرُورَةِ الحَثِ عَلَى تَكْوِينِ رِجَالِ القَضَاءِ فِي مَجَالِ المَعْلُومَاتِ الَّتِي تَرْتَكِزُ عَلَيْهَا وَسَائِلِ الإِثْبَاتِ الإِلِكْتُرُونِيَّةِ.
- كما نَلْتَمِسُ مِنَ المُشرعِ الجَزَائِرِيِّ تَوْضِيحَ نَوْعِ الكِتَابَةِ الوَارِدِ ذِكْرُهَا فِي نَصِ المَادَّةِ 333 ق م ج هـ المَقْصُودِ بِهَا الكِتَابَةِ الرِّسْمِيَّةِ أَمْ الكِتَابَةِ العَرْفِيَّةِ، فَإِنْ كَانَتِ الكِتَابَةُ المَقْصُودَةُ هِيَ الكِتَابَةُ الرِّسْمِيَّةِ فَنُقْرَحُ عَلَى المُشرعِ رَفْعَ القِيَمَةِ المَالِيَّةِ لِلتَّعَامَلِ القَانُونِيِّ وَهَذَا تَمَاشِيّاً مَعَ تَدْنِي قِيَمَةِ العُمْلَةِ الوَطْنِيَّةِ وَمُتَطَلِبَاتِ التَّعَامَلَاتِ المَالِيَّةِ.

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

• قائمة المصادر

أولاً/ الاتفاقيات الدولية

- إتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بإستخدام الخطابات الإلكترونية في إبرام وإثبات العقود الدولية (نيويورك، 2005)، الجمعية العامة، الدورة الستون، البند79 من جدول الأعمال، قرار أُعتمد في 23 تشرين الثاني/نوفمبر 2005، بناء على تقرير اللجنة السادسة (A/60/515).

ثانياً/ القوانين والأوامر

1- الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 18 صفر 1386، الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات الجريدة الرسمية، العدد 49 المؤرخة في 11 يونيو 1966 معدل والمتمم بالقانون رقم 20-01 لسنة 2020، الجريدة الرسمية العدد 49 الصادرة في 30 يونيو 2020.

2- الأمر رقم 66- 155 المؤرخ في 18 صفر 1386، الموافق لـ 18 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون 19-10 المرخ في 14 ربيع الأول عام 1441 الموافق لـ 11 ديسمبر 2019.

3- قانون الإثبات المصري في المواد التجارية والمدنية، رقم 25 لسنة 1968 الجريدة الرسمية العدد 22 في 30 مايو 1968 المعدل بموجب القانون الرقم 18 لسنة 1999 المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم 19 مكرر (أ) في 17/05/1999.

4- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 29 رمضان 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون 05-10 المرخ في 13 جمادي الأول عام 1426 الموافق لـ 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 42 المؤرخة في 29 جمادي الأول عام 1426 الموافق 26 يونيو 2005.

5- الأمر رقم 75- 59 المؤرخ في 29 رمضان 1395، الموافق لـ 26 يونيو سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بموجب القانون 05 - 02 المؤرخ في 6 فيفري 2005، الجريدة الرسمية العدد 11 المؤرخ في 09 فيفري 2005.

- 6- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني، مرسوم إشتراعي رقم 83-90
الجريدة الرسمية، رقم 40، الصادرة بتاريخ 1983/10/06.
- 7- القانون رقم 06-02، المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006
يتضمن مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، العدد 14 لسنة 43 المؤرخة في 08 صفر 1427
الموافق لـ 08 مارس 2006.
- 8- القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير لسنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات
المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 المؤرخة في 23 - 04 - 2008.
- 9- القانون رقم 15-04، المؤرخ في 11 ربيع الثاني 1436 الموافق لـ 01 فبراير 2015
يحدد القواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، الجريدة الرسمية، العدد 06 لسنة 52
المؤرخة في 20 ربيع الثاني 1436 الموافق لـ 10 فبراير 2015.

ثانيا/ المراسيم

- المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل الشبكات بما
فيها اللاسلكية الكهربائية.

• قائمة المراجع

أولا/ الكتب

* باللغة العربية

أ-الكتب المتخصصة

- 1- دلادنة يوسف، الوجيز في شهادة الشهود، وفق أحكام الشريعة والقانون وما استقر عليه
قضاء المحاكم العليا، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 2- علي أحمد الجراح، قواعد الإثبات بغير الكتابة، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان 2010
- 3- فيصل سعيد الغريب، التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، المنظمة العربية للتنمية
الإدارية، بحوث ودراسات، دولة الكويت، 2005.
- 4- مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

ب-الكتب العامة

- 1- أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دون دار النشر، المدينة المنورة، المملكة العربية
السعودية، 1981.

- 2- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المعهد بجوار قسم الجمالية، القاهرة مصر 1935.
- 3- أحمد الحصري، علم القضاء، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، الجزء الأول والثاني دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1986.
- 4- أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار، ج 4، مكتبة الخزناجي، القاهرة، ط 1 1947.
- 5- أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، مصر، 2005.
- 6- بلعيساوي محمد الطاهر وباطلي غنية، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- 7- بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري، والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، الطبعة الثانية، 1988.
- 8- سرايش زكريا، الوجيز في قواعد الإثبات، دراسة مدعمة بالفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- 9- سليمان مرقس، الوافي شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة الطلقة المجلد 12، دار الكتاب القانونية، مصر، المنشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة، 1991.
- 10- عامر أحمد البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، سنة 2008.
- 11- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات وآثار الإلتزام، جزء 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
- 12- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات وآثار الإلتزام، الجزء 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
- 13- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة في الالتزام في القانون المدني المصري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.

- 14- محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
- 15- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الأشخاص والأموال والإثبات في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
- 16- محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإثبات الإلكتروني، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2006.
- 17- نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية للنشر بيروت، 1995.

*باللغة الأجنبية

– M.D. Dalouz Et M.Armnd Dalloz, Son Frère, Jurisprudence Générale Répertoire Méthodique Et Alphabétique De Législation De Doctrine Et De Jurisprudence, En Matière De Droit Civil, Criminel, Administratif De Droit Des Gens .Et De Droit Public .Tome Trente – Sixième, Paris 1856.

ثانياً/ الرسائل الجامعية:

- 1- بلحو نسيم، المسؤولية القانونية للموثق، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، العلوم القانونية، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014-2015.
- 2- عائشة قصار الليل، حجية المحرر والتوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، علوم قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة الحاج الأخضر باتنة، 2016-2017.
- 3- زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2012-2013.
- 4- وردة مراح، الحسية في حفظ النظام العام، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة باتنة 2004

ثالثاً/ المقالات العلمية

- يسعد فضيلة، القوة الثبوتية للتوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية مجلد 30 عدد 3، 2019، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1.

رابعاً/ المجلات القضائية

المجلة القضائية العدد 4 لسنة 1992.

المجلة القضائية العدد 1 لسنة 1993.

المجلة القضائية العدد 2 لسنة 1993.

خامساً/ القواميس والمعاجم

- مجد الدين محمد يعقوب الفيروز أبادي، بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، دمشق، سورية، ط1، 1998.

الْفهرس

/	الإهداء
/	الشكر والتقدير
2	مقدمة
6	الفصل التمهيدي: القواعد العامة للإثبات
6	المبحث الأول: ماهية الإثبات
6	المطلب الأول: مفهوم الإثبات
6	الفرع الأول: تعريف الإثبات و خصائصه
7	الفرع الثاني: أهمية الإثبات
8	المطلب الثاني: التنظيم القانوني للإثبات
8	الفرع الأول: نظام الإثبات المطلق أو الحر
9	الفرع الثاني: نظام الإثبات المقيد أو القانوني
9	الفرع الثالث: نظام الإثبات المختلط
9	الفرع الرابع: النظام الذي أخذ به المشرع الجزائري
10	المبحث الثاني: القواعد الموضوعية للإثبات
10	المطلب الأول: محل الإثبات
10	الفرع الأول: محل الإثبات مصدر الحق لا الحق ذاته
11	الفرع الثاني: محل الإثبات هو الواقعة القانونية
13	الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات
14	المطلب الثاني: أشخاص الإثبات
14	الفرع الأول: دور القاضي في الإثبات
16	الفرع الثاني: حق الخصوم في الإثبات
17	المبحث الثالث: دعوى العرض و تطبيقاتها
18	المطلب الأول: دعوى العرض في القوانين المقارنة
18	الفرع الأول: دعوى العرض في القانون الفرنسي
18	الفرع الثاني: دعوى العرض في القانون المصري
19	المطلب الثاني: تطبيقات خاصة لدعوى العرض في القانون المصري

19 الفرع الأول: إلزام الخصم بتقديم ما تحت يده من مستندات.
20 الفرع الثاني: إلزام الغير بتقديم ما تحت يده من مستندات.
20 المبحث الرابع: عبء الإثبات والنظام العام.
20 المطلب الأول: توزيع عبء الإثبات.
20 الفرع الأول: الإدعاء خلاف الثابت أصلا.
21 الفرع الثاني: الإدعاء خلاف الثابت عرضا.
21 الفرع الثالث: الادعاء خلاف الثابت ظاهرا.
21 الفرع الرابع: الادعاء خلاف الثابت فرضا.
22 المطلب الثاني: قواعد الإثبات والنظام العام.
22 الفرع الأول: فكرة النظام العام في القانون الجزائري.
23 الفرع الثاني: وظيفة قواعد الإثبات والنظام العام.
25 الفصل الأول: وسائل الإثبات ذات القوة المطلقة
26 المبحث الأول: المحررات الرسمية.
26 المطلب الأول: مفهوم المحررات الرسمية.
26 الفرع الأول: التعريف القانوني.
27 الفرع الثاني: التعريف الفقهي.
27 المطلب الثاني: شروط صحة المحرر الرسمي.
28 الفرع الأول: صدور المحرر الرسمي من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة.
28 الفرع الثاني: إن يكون الموظف العام مختصا.
31 الفرع الثالث: أن يراعي الموظف العام الأوضاع المقررة قانونا.
31 الفرع الرابع: آثار الإخلال بأحد شروط صحة المحرر الرسمي.
35 المطلب الثالث: حجية المحرر الرسمي.
36 الفرع الأول: بيانات المحرر الرسمي التي تكون لها القوة في الإثبات.
39 الفرع الثاني: الأشخاص الذين يكون المحرر الرسمي حجة عليهم.
41 الفرع الثالث: حجية المحرر الرسمي فيما يتعلق بصوره.
46 المبحث الثاني: المحررات العرفية المعدة للإثبات.
46 المطلب الأول: مفهوم المحررات العرفية المعدة للإثبات.
46 الفرع الأول: التعريف التشريعي.

47 الفرع الثاني: التعريف الفقهي
47 المطلوب الثاني: شروط صحة المحررات العرفية المعدة للإثبات
47 الفرع الأول: شرط الكتابة
49 الفرع الثاني: شرط التوقيع
53 المطلوب الثالث: حجية المحرر العرفي في الإثبات
53 الفرع الأول: حجية المحرر العرفي بين الأطراف
55 الفرع الثاني: حجية المحرر العرفي بالنسبة للغير
63 الفرع الثالث: حجية المحرر العرفي فيما يتعلق بصوره
63 المطلوب الرابع: الحالات التي تجب فيها الكتابة للإثبات
64 الفرع الأول: التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها مائة ألف دينار جزائري
65 الفرع الثاني: إذا كان التصرف القانوني غير محدد القيمة
65 الفرع الثالث: إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة
65 الفرع الرابع: الاستثناءات على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة
67 المبحث الثالث: المحررات العرفية غير المعدة للإثبات
67 المطلوب الأول: الرسائل و البرقيات
67 الفرع الأول: الرسائل
68 الفرع الثاني: البرقيات
69 المطلوب الثاني: دفاتر التجار
69 الفرع الأول: الدفاتر التجارية حجة على التاجر
70 الفرع الثاني: الدفاتر التجارية حجة له
71 المطلوب الثالث: الدفاتر والأوراق المنزلية
72 المطلوب الرابع: التأشير ببراءة ذمة المدين
73 الفرع الأول: التأشير ببراءة ذمة المدين لسند في حيازة الدائن
73 الفرع الثاني: التأشير على سند أو مخالصة في حيازة المدين
74 المبحث الرابع: المحررات الالكترونية
75 المطلوب الأول: الكتابة الالكترونية
75 الفرع الأول: مفهوم الكتابة الالكترونية
76 الفرع الثاني: الشروط القانونية للكتابة الالكترونية

77 الفرع الثالث: حجية الكتابة الإلكترونية
78 المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني
78 الفرع الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني
80 الفرع الثاني: خصائص التوقيع الإلكتروني
80 الفرع الثالث: أشكال التوقيع الإلكتروني
81 الفرع الرابع: مختلف صور التوقيع الإلكتروني
83 الفرع الخامس: آليات التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات
87 ملخص الفصل الأول
89 الفصل الثاني: وسائل الإثبات ذات القوة المحدودة و الوسائل المعفية من الإثبات
89 المبحث الأول: وسائل الإثبات ذات القوة المحدودة
89 المطلب الأول: شهادة الشهود
89 الفرع الأول: تعريف الشهادة
90 الفرع الثاني: خصائص شهادة الشهود
90 الفرع الثالث: أنواع الشهادة
91 الفرع الرابع: شروط الشهادة
92 المطلب الثاني: نطاق الإثبات بالشهود
92 الفرع الأول: إثبات الوقائع المادية
94 الفرع الثاني: إثبات التصرفات القانونية محددة القيمة
94 الفرع الثالث: الحالات التي يجوز فيها استثناء الإثبات للشهادة
94 الفرع الرابع: سلطة المحكمة في تقدير طلب الإثبات بالشهادة
95 المطلب الثالث: القرائن القضائية
95 الفرع الأول: مفهوم القرائن القضائية
96 الفرع الثاني: عناصر القرينة القضائية
96 الفرع الثالث: أهمية الإثبات بالقرائن القضائية
96 الفرع الرابع: حالات الإثبات بالقرائن القضائية
97 الفرع الخامس: سلطة القاضي اتجاه الإثبات بالقرائن القضائية
97 المطلب الرابع: اليمين المتممة
97 الفرع الأول: تعريف اليمين بوجه عام

98	الفرع الثاني: أنواع اليمين
100	الفرع الثالث: تعريف اليمين المتممة
100	الفرع الرابع: شروط توجيه اليمين المتممة
101	الفرع الخامس: خصائص اليمين المتممة وصورها
102	المبحث الثاني: الوسائل المعفية من الإثبات
102	المطلب الأول: الإقرار
102	الفرع الأول: مفهوم الإقرار
105	الفرع الثاني: أنواع الإقرار وحجية كل نوع في الإثبات
111	المطلب الثاني: اليمين الحاسمة
111	الفرع الأول: مفهوم اليمين الحاسمة
111	الفرع الثاني: شروط توجيه اليمين الحاسمة
114	الفرع الثالث: آثار اليمين الحاسمة
116	الفرع الرابع: حجية اليمين الحاسمة
116	المطلب الثالث: القرائن القانونية
117	الفرع الأول: تعريف القرائن القانونية والحكمة من تقريرها
119	الفرع الثاني: حجية القرائن القانونية وتمييزها عن القرائن القضائية
120	المطلب الرابع: حجية الشيء المقضي به
120	الفرع الأول: مفهوم حجية الشيء المقضي به وتمييزه عن قوة الشيء المقضي به
122	الفرع الثاني: شروط الحكم وشروط الحق المدعى به
125	الفرع الثالث: آثار حجية الشيء المقضي به ومظاهرها
129	ملخص الفصل الثاني
131	خاتمة
135	قائمة المصادر والمراجع
141	الفهرس