



جامعة محمد لامين و باغين بطبرج
كلية الحقوق والعلوم السياسية



محاضرات في طرق الإثبات والتنفيذ

إعداد وإلقاء الدكتورة:

باطلي غنية

السنة الثالثة حقوق

تخصص: قانون خاص

السنة الجامعية

2021-2020

المقدمة: تعد نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها انتشارا بل الأكثر من ذلك لا يكاد يمر يوما في المحاكم إلا ويتم اللجوء إليها. وينصب الإثبات على مصادر الالتزام لا على الالتزام ذاته، كما يتناول الإثبات التصرف القانونية والواقعة القانونية وما يترتب عليها من آثار قانونية .

إن عبارة الإثبات تعني لغة تأكيد البيانات وقال تعالى في محكم تنزيله " إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا" أي فتبينوا، وقد اختلف الفقهاء في المقصود بكلمة البينة حيث قد يختلط الأمر بين الإثبات والبينة. فقد ذهب جمهور العلماء إلى أن المراد بالبينة إما الشهود وإما الشاهد واليمين أي الإثبات بهذه الأدلة.

ويرى ابن القيم الجوزية أن البينة لم تأت في القرآن الكريم مراد بها الشهود، وإنما أتت مراد بها الحجة أو الدليل وهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء .

لكن اصطلاح الفقهاء المسلمون على تخصيص البينة بالشاهدين أو الشاهد واليمين. أما البينة في اصطلاح قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيقصد بها طريقة خاصة من طرق الإثبات وهي الشهادة التي يدلي بها أمام القضاء وهو ما سوف يتم اعتماده مستقبلا عند استعمال لفظ البينة.

والحقيقة أن السليم هو إطلاق وصف البينة على المعنى العام وعدم حصرها في طريق من طرق الإثبات، بمعنى أن البينة تشمل جميع طرق الإثبات والمتفق عليها ، أي أن البينة مرادف لكلمة دليل والحجة، وليست مقصورة على شهادة الشهود أو اليمين.

وبالنسبة للقانون الوضعي وإلى غاية التعديل الأخير للقانون المدني الجزائري سنة 2005 بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري، فكان المشرع عندنا وكغيره من جل المشرعين العرب يستعمل مرادفا للبينة الشهادة، حيث تم تعديل الفصل الثاني من الباب السادس، وبدء من العنوان وفي جميع مواد كلمة البينة بكلمة الشهود، وبمفهوم المخالفة نجد أنه كان يعتبر البينة مقصورة على شهادة الشهود.

وكلمة إثبات يقصد بها في الاصطلاح استعمال الطرق المختلفة التي يمكن للقاضي من خلالها الوصول إلى الحقيقة، فالإثبات بهذا المعنى أعم وأشمل من البينة.

سيتم من خلال هذا الكتاب بحث مختلف المواضيع المتعلقة بالإثبات في المواد المدنية والتجارية، حيث سنتطرق إلى تعريف الإثبات والمبادئ التي يقوم عليها وكذا مسائل الإثبات قبل أن نتطرق إلى الأدلة المطلقة والأدلة المقيدة بالتفصيل الواجب.

المبادئ العامة التي يقوم عليها الإثبات: إن أغلب التشريعات قد وضعت قواعد عامة تقوم عليها عملية الإثبات وذلك منعا لأي تحايل بين الأفراد ومن بين القواعد محل الإثبات، وعبء الإثبات وكذا الحق في الإثبات، ومبدأ حياد القاضي، وقد حذا المشرع الجزائري كغيره من المشرعين، حيث وزع قواعد الإثبات بين التقنين المدني وتقنين الإجراءات المدنية والإدارية.

فما تضمنته قواعد القانون المدني تعتبر قواعد موضوعية والتي حظيت بعناية أوفر من القواعد الشكلية أو الإجرائية التي تضمنتها قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وتتمثل القواعد الموضوعية في تحديد الأدلة وطرق الإثبات ومدى حجيتها أمام القاضي ، أما القواعد الشكلية فتتمثل في الاجراءات المتبعة عند عرض الأدلة أمام الجهات القضائية.

المبحث الأول: تعريف الإثبات وتنظيم نظرية الإثبات:

لا تكاد تخلو الحياة العملية من اللجوء إلى الإثبات في المطالبة بالحقوق وتثبيت الالتزامات، ولا ينفك تكلم بحق لا نفاذ له، لذلك فإن للإثبات أهمية كبيرة في حياة الفرد. فالقاضي مثل المؤرخ والعالم أو أي باحث وراء أي حقيقة.

ويعتمد القاضي في بحثه عن الحقيقة إلى تكوين قناعته الوجدانية من خلال الركون إلى أقرب الأدلة و أقواها إلى بيان هذه الحقيقة، حتى ولو لم تتطابق الحقيقتين القضائية والواقعية في العمل.

المطلب الأول: تعريف الإثبات وأهميته: إن البحث عن الحقيقة القضائية عادة مما يشترط فيه قيام الدليل على وجوده أمام القاضي وفق ما يتطلبه القانون في هذا المجال. وللإثبات أهمية كبيرة في حياة الفرد والمجتمع إذا بموجبه تحفظ الحقوق ويصان المجتمع ويسود العدل.

الفرع الأول: تعريف الإثبات: الإثبات يعني قانونا إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت عليها آثارها. بمعنى هو التدليل أما القضاء بالطرق المحددة قانونا على واقعة قانونية يتنازع في صحتها أحد أطراف الخصومة. ويمكننا أن نورد بعض التعاريف والتي هي في مجملها متشابهة ومتقاربة:

عرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأنه: " إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة ترتبت عليها آثارها" (1). كما عرفه الأستاذ سليمان مرقس بأنه: " إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به، نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية(2).

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات ن آثار الالتزام، 1968، دار النهضة العربية، الجزء 2 ، ص13، 14.

(2) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة، الطبعة الخامسة، المجلد 12، دار الكتب القانونية شتات مصر، المنشورات الحقوقية صادر لبنان، ص 1. انظر أيضا في معنى كلمة إثبات :

من خلال التعريف يستخلص :

° أن الإثبات بمعناه القانوني غير الإثبات بمعناه العام، ذلك أن هذا الأخير (الإثبات بمعناه العام) لا يتخصص بأن يكون أمام القضاء ولا تحديد لطرقه، بل هو طليق غير مقيد. بمعنى الإثبات بوجه عام لا يشترط فيه أن يكون أمام القضاء، كما لا يشترط فيه طريقة معينة بل هو حر .

كما يختلف الإثبات القضائي على الإثبات بوجه عام في أن الإثبات القانوني متى صح فهو ملزم للقاضي وامتناعه عن تطبيقه يعد إنكارا للعدالة، أما الإثبات بوجه عام فلا يقيد الباحث ولا يلزمه أن يأخذ بنتائجه ذلك أن ما يثبت بطريق علمي أو بطريق آخر (غير قضائي) لا يعتبر حقيقة ثابتة لا تتغير، فالحقيقة العلمية نسبية وليست مطلقة.

° لما كان الإثبات القضائي يدور حول وجود الواقعة القانونية فمحلّه إذا ليس الحق المدعى به وإنما هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق⁽³⁾. والمقصود بالواقعة القانونية هنا هي كل تصرف قانوني يرتب القانون عليه أثرا، فالعمل غير المشروع واقعة مادية يرتب عليها القانون التزامات بالتعويض، والعقد واقعة قانونية يرتب عليها القانون أيضا آثارا. فالواقعة القانونية (دون الأثر المترتب عنها) هو الذي يكون محلا للإثبات.

° أن الواقعة القانونية إذا أنكرت لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق الإثبات القضائي. فالحق الذي ينكر على صاحبه ولا يقام عليه الدليل القضائي، ليس له قيمة عملية فمن الناحية القضائية يكون هذا الحق والعدم سواء .

وفي الأخير نقول أن الحقيقة القانونية نسبية، حيث أن الأصل في الإثبات لا يكون بصفة يقينية لا تدع مجالاً للشك من حيث وجودها أو عدم وجودها. وتبعاً لذلك فالإثبات القانوني هو إثبات ترجيحي للأدلة المقدمة من قبل الأطراف، وليس هناك دليل أو وسيلة إثبات يفي بصفة قطعية وجود أو عدم وجود الحق، فحتى الكتابة والتي نعتبرها ذات قوة مطلقة. ونقصد بذلك المحرر الرسمي إلا أنه يمكن أن نطعن فيه بالتزوير، و كذلك الإقرار فبالرغم من صدوره من الخصم إلا أنه قد يكون صحيحاً وقد يكون غير صحيح.

الفرع الثاني : أهمية الإثبات:

(3) سليمان مرقس، نفس المرجع، ص 15.

إن الطبيعة البشرية مجبولة على حب الذات والأنانية والطمع بما في أيدي الناس والاعتداء على حقوق الآخرين، ومحاولة سلبها أو الاستئثار بها والاستيلاء عليها إما بالقوة وإما بالادعاءات والحيل⁽¹⁾.

لذلك ولما جاءت الشريعة الإسلامية عملت على تنظيم الحقوق بجميع أنواعها وأعطت لصاحب الحق حقه وبينت الطرق والكيفيات الكفيلة باستعمال هذه الحقوق وممارستها بما يحقق التكافل الاجتماعي، لأنه وكما جاء على لسان الحبيب المصطفى صلى الله عليه وسلم لو ترك الأمر لما يدعيه المدعي لما استقامت الحياة البشرية. حيث روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه" وفي رواية " البينة على المدعي واليمين على من أنكر"⁽²⁾.

وللإثبات أهمية كبيرة في الحياة العملية ذلك انه يحسم ما اختلف فيه الناس برد الحقوق إلى أصحابها وهم من يستقيم الدليل المقدم منهم في إثبات دعواهم أمام القاضي وفقا لما رسمه القانون. لذلك قيل بأن الحق الذي لا دليل عليه يكون هو والعدم سواء، فالدليل هو قوام الحق ومعقد النفع فيه⁽³⁾.

وتظهر أهمية نظرية الإثبات بصورة أكبر نظرا لولوجها جميع مجالات الحياة اليومية، وتعلقها بجميع الحقوق سواء كانت مالية أو الحقوق العائلية او الحقوق المادية أو المعنوية والأدبية. ولم يشهد عصر من العصور غياب نظرية الإثبات عنه وعدم اللجوء إليه، حيث يلجأ إليه الأفراد كما القاضي في جميع القضايا التي تثور بشأنها منازعة.

فالحق هو موضع التقاضي، ويتجرد من كل قيمة قانونية إذا لم يقم الدليل على سبب وجوده، فالدليل كما سبق القول هو قوام الحق ومعقد النفع منه.

وصدق من قال إن نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية والأكثر تطبيقا في الحياة العملية بل هي النظرية التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض عليها من قضايا⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: تنظيم نظرية الإثبات ومدى تعلق قواعده بالنظام العام:

تعد نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية، واختلفت التشريعات في تنظيمها لنظرية الإثبات حيث اتخذت اتجاهات مختلفة. كما اختلفت التشريعات في موضع هذه النظرية بين مفرد

(1) أحمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 33.

(2) أحمد مصطفى الزحيلي، المرجع نفسه، ص 34.

(3) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ..

(4) عبد الرزاق السنهوري، ج2 المرجع السابق، ص 16 وقد جاءت عدة أقوال مشهورة في معنى أهمية نظرية الإثبات في الحياة العملية " مالا دليل عليه هو والعدم سواء"، "الدليل قوة الحق"، "الدليل وحده هو الذي يحيى الحق ويجعله مفيدا".

لقانون خاص لها وبين فاصل بين الناحيتين الإجرائية والموضوعية لهذه النظرية، كما اختلف أيضا بشأن تعلق نظرية الإثبات بالنظام العام من عدمه بين اتجاهات مختلفة.

الفرع الأول: تنظيم نظرية الإثبات: إن الحقيقة القضائية قد تبتعد عن الحقيقة الواقعية، بل وقد تتعارض معها ويعود ذلك إلى أن الواقعة القضائية لا تثبت إلا عن طريق قضائي رسمه القانون. ويمكن تقسيم المذاهب المختلفة في الإثبات إلى ثلاثة مذاهب من حيث الإطلاق والتقييد:

أولاً: مذهب الإثبات الحر أو المطلق: ويذهب هذا المذهب⁽²⁾ إلى أن القاضي لا يتقيد فيه بطريق معينة للإثبات، فيكون في هذا المذهب دور القاضي إيجابي يصل بمقتضاه بسرعة إلى الحقيقة، فيعطي القاضي سلطة كبيرة في التقدير وهو كأى إنسان قد تختلف طريقته في التقدير. بمعنى أن التشريعات التي أخذت بهذا المذهب لا يرسم القانون فيها طرقاً محددة للإثبات يقيد القاضي بها، بل يترك الخصوم أحراراً ليقدموا الأدلة التي يستطيعون بها إقناع القاضي ويكون لهذا الأخير حرية تامة في تكوين اعتقاده وقناعته من أي دليل.

ويظهر من البداية خطر هذا المذهب في أنه يطلق حرية القاضي في الحكم إطلاقاً لا يتفق مع استقرار المعاملات وثباتها، فالخصوم لا يستطيعون معرفة متى يحكم القاضي لهم ومتى يحكم عليهم ما دام هذا الأخير حر في تكوين اعتقاده كيف يشاء. ومن التشريعات التي أخذت بهذا المذهب التشريع الألماني السويسري، الإنجليزي والأمريكي⁽¹⁾.

ثانياً: مذهب الإثبات المقيد: يقوم هذا المذهب على تقييد الحرية في إثبات الحق، وفيه يتقيد القاضي بما فرضه عليه القانون من وسائل محددة للإثبات ويكون دور القاضي في هذا المذهب سلبيًا، أي أن القانون يضع طرقاً محددة تحديداً دقيقاً لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية ويعطي لكل طريقة قيمة خاصة ويتقيد الخصوم والقاضي بذلك. حيث لا يستطيع الخصم أن يحل طريقة محل طريقة أخرى، ولا يجوز للقاضي أن يعطي لطريقة قيمة أكثر أو أقل مما حدد القانون ويجب أن يلتزم الحياد⁽²⁾.

وبالرغم من أن هذا المذهب يؤدي إلى استقرار المعاملات إلا أن القاضي لا يصل فيه دائماً إلى الحقيقة الواقعية. حيث ذكر الأستاذ السنهوري بأن " هذا المذهب على ما فيه من دقة حسابية

(2) سليمان مرقس، ج12، المرجع السابق، ص 5.

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 28.

(2) والمقصود بذلك ان يقف القاضي موقفاً سلبياً من كلا الخصمين فيما يتعلق بإثبات الدعوى فيكتفي بتمحيص ما يعرض عليه كل منهما من أدلة ولا يقوم بأي دور إيجابي في الإثبات. انظر عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 30. حيث أن المبدأ الأساسي في القضاء المصري الذي يحكم نظرية الإثبات هو مبدأ حياد القاضي فلا يجوز له أن يقضي بعلمه الشخصي عن وقائع الدعوى دون أن يكون من قبل ذلك ما يحصله استيفاء من خبرته بالشؤون العامة المفروضة إمام الكافة بها. انظر سليمان مرقس، ج12، المرجع السابق، ص 8.

تكفل ثبات التعامل، يباعد بين الحقائق الواقعية والقضائية. فقد تكون الحقيقة الواقعية ملء السمع والبصر، ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية إلا إذا أمكن إثباتها بالطرق القانونية التي حددها القانون⁽³⁾.
ثالثاً: المذهب المختلط: وهو المذهب الذي يجمع بين الإثبات المطلق والإثبات المقيد، وأشد ما يكون مطلقاً في المواد الجنائية والتجارية إلا ما جعله المشرع مقيداً بنص خاص (كبيع المحل التجاري، العمليات الواردة على براءة الاختراع وتأجير التسيير...). بينما يكون الإثبات في المواد المدنية في الأصل مقيداً بطرق محددة مع كثير من المرونة تعطى للقاضي سلطة فعالة في تسيير الإثبات وإدارته. ومن التشريعات التي أخذت به التشريع الفرنسي الإيطالي والتشريع الجزائري.
إن هذا المذهب بإجماع الشراح هو أفضل المذاهب ذلك أنه يجمع بين ثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود، وبين اقتراب الحقيقة الواقعية من الحقيقة القضائية بما أفسح فيه للقاضي من حرية في تقدير الأدلة.

وقد أخذت بهذا المذهب في العصر الحاضر جل الشرائع اللاتينية ومعظم التشريعات العربية كالمصري والعراقي والسوري والجزائري. وجعلت سلطة القاضي تتفاوت درجتها حسب المواد المختلفة، فتبلغ حدها الأقصى في المواد الجنائية، وحدها الأدنى في المواد المدنية وتكون وسطاً بين هذا وذاك في المواد التجارية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: موضع نظرية الإثبات ومدى تعلق قواعدها بالنظام العام:

تباينت التشريعات في تحديد موضع نظرية الإثبات في منظومتها التشريعية، وتبعاً لموضع قواعدها يتوضح مدى تعلقها بالنظام العام أو عدم ذلك.

أولاً: موضع نظرية الإثبات: إن لقواعد الإثبات المدنية والتجارية ناحيتين، ناحية موضوعية وهي التي تحدد طرق الإثبات المختلفة وقيمة كل منها، ومن الذي يكلف بالإثبات وماذا يثبت. وهو الأمر الذي يعيننا في هذا الكتاب، والمكان المنطقي لهذا الشرط هو القانون المدني أي قواعد القانون المدني هي التي تحدد طرق الإثبات وقيمتها القانونية ومن يلزم بالإثبات وكيفية التعامل مع الأدلة المختلفة ودرجة قوة كل واحد منها.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 29.

(1) سليمان مرقس، ج12، المرجع السابق، ص 13.

وناحية شكلية (إجرائية) وهي التي تحدد الإجراءات التي تتبع في إثبات مصادر الروابط القانونية، فالشهادة والأوراق المكتوبة والخبرة وغيرها لها إجراءات معينة يرسمها قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومحل دراستها قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾.

وانقسمت التشريعات في موضع نظرية الإثبات إلى ثلاثة طوائف: بعضها يجمع قواعد الإثبات من ناحيتها الموضوعية والشكلية ويضعها جميعا في تقنين الإجراءات المدنية (ألمانيا، سويسرا، القانون المصري). والبعض الآخر يضع القواعد الموضوعية في القانون المدني والشكلية في قانون الإجراءات المدنية (القانون الفرنسي، الجزائري، وأكثر التشريعات اللاتينية). والبعض يفرد لقواعد الإثبات تقنين خاص كالقانون الإنجليزي والسوري قانون البيئات⁽²⁾.

ثانيا: مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام: إن السؤال الذي يطرح في هذا المقام هو مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام. أي هل يجوز الاتفاق على مخالفة قواعد الإثبات؟
انقسم الرأي في الإجابة على هذا السؤال إلى قسمين:

القسم 1 : يجعل قواعد الإثبات من النظام العام ولا يجوز أن يحصل اتفاق بين المتخاصمين حولها ويرونها ذات ارتباط بوظيفة الدولة في إقامة العدالة. بمعنى أنهم يرون أن قواعد المنظمة للإثبات قواعد أمرة لا يجوز مخالفتها والاتفاق على عكس ما جاءت به، فهي وثيقة الصلة بالنظام العام⁽³⁾.

القسم 2: يجيزون الاتفاق حول القواعد الموضوعية للإثبات ولا يجيزونه حول القواعد الإجرائية الخاصة بالإثبات. أي يفرق هؤلاء بين القواعد الموضوعية للإثبات ويجيزون الاتفاق الخصوم على مخالفتها، وبين القواعد الإجرائية الخاصة بالإثبات ويصنفونها في جملة القواعد المتعلقة بالنظام العام وبالتالي لا يجوز مخالفتها⁽⁴⁾.

والرأي الراجح: إن الرأي الراجح الذي تؤيده الاعتبارات العملية هو القسم الثاني من الفقهاء، ذلك أن المشرع في تدخله بتقرير قواعد (إجراءات الإثبات) يحد من سلطة القاضي وتحكمه، يمنع القاضي من أن يحكم بحسب قناعته الوجدانية (الشخصية) وشرع له في ذلك طرقا مستوحاة من حسن سير القضاء فكانت هذه القواعد قواعد أمرة. بينما تبقى القواعد الموضوعية للإثبات والتي تمس بالحقوق الخاصة خاضعة لإرادة الخصوم يتصرفون فيها طبقا لرغباتهم.

(1) Voir, **Etienne Vergés**, Élément pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé, in Mélanges, J.H Robert, Lexisnexis 2012, p 853 et suite, aussi Bonnier, Op. Cit.p 5.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 17، أحمد نشأت، المرجع السابق، ص 11، 12.

(3) أحمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 637.

(4) أحمد مصطفى الزحيلي، نفس المرجع، ص 637، 638.

كالاتفاق على أن واقعة معينة (بيع سيارة منقول) لا يمكن إثباته إلا بطريق أو دليل معين (كالكتابة الرسمية) ولا يجوز لهذا الاتفاق أن يلغي الحق في الإثبات حيث تنص المادة 333 من القانون المدني "..... ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك..."

أما فيما يتعلق بمدى تعلق قاعدة عبء الإثبات بالنظام العام، فالأصل أنها لا تتعلق بالنظام العام ويجوز للأطراف مخالفتها. حيث أنه من المستقر عليه في القضاء المصري عدم تعلق قاعدة عبء الإثبات بالنظام العام.

فالقواعد التي تبين على أي خصم يقع عليه عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام، ويجوز للخصم الذي لم يكن مكلفاً في الأصل بحمل عبء الإثبات أن يتطوع لإثباتها بطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق من أجلها، فإذا أجابته المحكمة إلى طلبه امتنع عليه أن يحتج بأنه لم يكن مكلفاً قانوناً بالإثبات، وذلك على أساس أن تقدمه بهذا الطلب وسكوت الخصم الآخر عنه يعد بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه⁽¹⁾.

المبحث الثاني: مسائل الإثبات وطرقه:

إن لنظرية الإثبات مسائل أساسية تقوم عليها بصفة دائمة فهي تدور وجوداً وعدماً معها ليستقيم إقامة الدليل على مصدر الحق وذلك لكون هذه النظرية تعد من بين أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً من الناحية العملية، بل ولا يكاد يمر يوماً من دون اللجوء إليها، وتعج المحاكم بتطبيقاتها اليومية. ويختلف دور الخصوم في الدعوى الواحدة فيما يتعلق بالإثبات بين تقديم الدليل ودحضه، وتتعدد طرق الإثبات إلى عدة تقسيمات بحسب الزاوية التي ينظر منها إليها، وحسب قوة كل دليل في الإثبات. بمعنى أن هناك طرق مختلفة يتم الإثبات بموجبها، ولكل قيمة قانونية. وتعد هذه المسألة من أهم المسائل المتعلقة بالإثبات.

المطلب الأول: محل وعبء الإثبات:

إن المهم في هذا الموضوع من النظرية العامة للإثبات هو معرفة ثلاثة مسائل أساسية في الإثبات: محل الإثبات: أي الأمر المراد إثباته على وجه التحديد، وعبء الإثبات: فنعرف من الخصوم الذي يكلف بالإثبات فيحمل عبئه.

الفرع الأول: محل الإثبات: محل الإثبات هو مصدر الحق أو الرابطة القانونية، أي أن الأمر الذي يثبتته الخصم للقاضي هو الواقعة القانونية التي كانت مصدراً للحق والذي يطالب به أمام القضاء،

(1) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 53.

حيث يستحيل على الشخص وفي أغلب الأحوال إثبات الحق، لكن يمكن له أن يثبت مصدره (الواقعة القانونية).

وهناك حالة واحدة فقط يمكن فيها إثبات الحق الموضوعي، دون إثبات المصدر وهي الملكية العقارية، حيث من خلال الشهر يمنح للمالك دفتر عقاري والذي يكون له حجية مطلقة من حيث الإثبات⁽²⁾.

أما الآثار القانونية التي تترتب على هذه الواقعة كثبوت حق أو رابطة فهذا شأن خاص بالقاضي، يطبق فيه القواعد القانونية ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

ومحل الإثبات يقوم على قاعدتين أساسيتين:

° عدم وجوب إثبات القاعدة القانونية، ° وجوب إثبات الواقعة القانونية .

بمعنى أن القاعدة القانونية الأصل فيها أنها لا تكون محلاً للإثبات إلا في أحوال نادرة، أي أن من يدعي حقا يكفي أن يثبت الواقعة القانونية، أما القاعدة القانونية فيفترض علم القاضي بها. **أولاً: عدم وجوب إثبات القاعدة القانونية:** تتمثل هذه القاعدة في استخلاص الحق من مصدره الذي أثبتته الخصم أي تطبيق القانون على ما يثبت لدى القاضي وهو ما لا يطلب من الخصوم إثباته، فالخصم غير مطالب بإثبات القانون. حيث يفترض في القاضي علمه بالقاعدة القانونية، ولا عذر بجهل القانون. إلا في حالات استثنائية وهي: العرف المحلي، العادة، ومبادئ الشريعة الإسلامية والقانون الأجنبي.

° - الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم إثبات القاعدة القانونية:

هناك بعض استثناءات ترد على قاعدة عدم وجوب إثبات القاعدة القانونية وهي:

1° العرف: حيث أن الأصل في العرف أن له مرتبة التشريع من حيث افتراض العلم به من

طرف القاضي، باعتباره مجموعة قواعد قانونية ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

والفرق بين العرف والتشريع يكمن في أن القواعد العرفية غير مكتوبة، لذا فلا يطالب الخصم

التمسك بالعرف لإثباته، إلا إذا كان العرف محلي، حيث يأخذ في هذه الحالة حكم الواقعة القانونية،

ويكون على الخصم التمسك به إقامة الدليل على ذلك، أي إثبات وجود العرف المحلي والذي يقتصر

على منطقة أو جهة معينة حيث يكون واجب الإثبات لعدم افتراض علم القاضي به⁽¹⁾.

(2) من المرسوم 76/57 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

(1) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 15، 14.

أما في القانون التجاري فلا تطرح مسألة العرف المحلي لأن القاضي يستتير بشهادات صادرة عن غرف التجارة والصناعة تتضمن الأعراف التجارية المتداولة، ومتى قرر القاضي وجود العرف فله أن يفسره ويضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، لأن العرف من قبيل القواعد القانونية⁽²⁾.

2° العادة الاتفاقية: وهي العرف المجرد من عنصر الالتزام، وهي العادة التي لا يعمل بها إلا إذا اتفق الأطراف على الأخذ بها صراحة أو ضمناً. وعليه فهي تستمد قوتها من اتفاق الأطراف عليها، فهي بذلك مجرد واقعة يقع عبء إثباتها على صاحب المصلحة في ذلك. ولا يفترض في القاضي أن يعلم بالعادة الاتفاقية، حيث أنه إذا تبين أن المتعاقدين اتجها إلى الأخذ بها أصبحت بمثابة شرط من شروط العقد، وتصيح واجبة الإثبات.

ولا يخضع القاضي في تطبيقها أو عدم تطبيقها لرقابة المحكمة العليا، باعتبارها مجرد واقعة تم الاتفاق عليها بين الأطراف⁽¹⁾، فالعادة تدخل ضمن تفسيرات القاضي للعقود والاتفاقيات، وهي مسألة تتعلق بالواقع ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا.

وتجدر الملاحظة أن إثبات العادة في المواد التجارية يخضع لكافة طرق الإثبات، باعتبار العادة التجارية تستمد قوتها من إرادة الأطراف وتطبق بوصفها شرطاً من شروط العقد⁽²⁾.

3° القانون الأجنبي: تثار هذه المسألة في مجال القانون الدولي الخاص، حيث أن قواعد الإسناد قد تحيل إلى تطبيق القانون الأجنبي أمام محكمة وطنية. لقد استقر القضاء في كل من مصر وفرنسا على موقف واحد، وهو أن من يتمسك بالقانون الأجنبي أمام المحاكم الوطنية أن يثبته. حيث يأخذ حكم الواقعة المادية⁽³⁾ ويرى القضاء الفرنسي أن مبدأ علم القاضي بالقانون لا ينصرف إلى القانون الأجنبي. إلا أن جانب كبير من الفقهاء من ينتقد هذا الموقف، حيث يعتبرون أن القانون الأجنبي مثله مثل القانون الوطني، وبالتالي فإن القاضي ملوم بالبحث عنه ولا يلزم الخصوم بإثباته، ولا يفقد القانون الأجنبي صفته كقاعدة قانونية⁽⁴⁾.

وهناك من يرى بأن الإحالة إلى تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني تصبح قواعد بمثابة جزء من القانون الداخلي في مسائل الأهلية وحالة الأشخاص مثلاً.

(2) مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية، طبعة 1991، ص 39، 38.

(1) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 16، 15.

(2) مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 40.

(5) الطعن 1555 سنة 1950 ق جلسة 1984/05/31 نقلاً عن محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 32، 33.

(4) محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 16.

ثانياً: **إثبات الواقعة القانونية** : هو مصدر الحق المدعى به أو بمعنى آخر الواقعة القانونية التي أنشأت الحق، وهو ما يطلب من الخصوم إثباته أمام القضاء بالطرق القانونية التي حددها القانون، والإثبات هنا يتناول مسائل موضوعية لا رقابة للمحكمة العليا عليها.

فمحل الإثبات إذا هو مصدر الحق لا الحق ذاته، فالدائن الذي يريد إثبات التزام في ذمة مدينه، عليه أن يثبت مصدر هذا الالتزام أهو العقد أو الإرادة المنفردة أو هو العمل غير المشروع، أو هو واقعة طبيعية يترتب عليها القانون التزام.

والواقعة القانونية هي مصدر لكل الحقوق وهي التي يجب إثباتها وهذه الأخيرة كما هو معروف إما أن تكون واقعة طبيعية أو اختيارية، وهذه الأخيرة أيضاً إما أن تكون عملاً مادياً أو عملاً قانونياً ، والعمل القانوني هو إما عقد أو إرادة منفردة.

°- شروط الواقعة القانونية محل الإثبات:

ويشترط في الواقعة القانونية التي تكون محلاً للإثبات شروط لاتصال الواقعة (مصدر الحق) بالحق ذاته وتتمثل في⁽¹⁾:

1° يجب أن تكون الواقعة القانونية المراد إثباتها واقعة محددة: حيث إذا لم تكن محددة تحديداً كافياً تكون غير قابلة للإثبات (كأن يدعي شخص الملكية ويستند على عقد لا يبين ماهيته)، فيجب أن يحدد ما إذا كان العقد بيعاً أو هبة أو قسمة أو ملكية مشتركة وغيرها....

حيث يستحيل إثبات الواقعة غير المحددة، ويؤدي نظرها إلى إطالة عمر النزاع دون جدوى. والواقعة المحددة التي تصلح أن تكون محلاً للإثبات قد تكون إيجابية - كوجود عقد أو إثبات تصرف قانوني معين أو الفعل النافع أو الضار-، وقد تكون سلبية أي يستحيل إثباتها مباشرة - كالامتناع عن عمل معين، أو الالتزام بعدم العمل أو بعدم المنافسة، عدم البناء، عدم التقصير في بذل عناية معينة-. إن هذه الوقائع السلبية يتم إثبات نقيضها أي بواسطة واقعة إيجابية منافية لها⁽²⁾.

فالشخص الذي ينسب إليه توقيع ورقة بختمه فيطعن فيها بالتزوير مدعياً أن لا يستعمل ختماً وهذه واقعة سلبية، وعليه أن يثبت أنه يوقع بإمضائه على جميع معاملاته وهي واقعة إيجابية⁽¹⁾. ومن يريد إثبات عدم ارتكابه فعلاً ضاراً في مكان وزمان معينين، عليه أن يثبت تواجده في مكان

(1) سليمان مرقس، ج12، المرجع السابق، ص 61 وما بعدها.

(2) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1998، ص 36.

(1) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 18.

آخر وقت وقوعه. ونفس الأمر للدائن الذي يريد أن يثبت عدم وفاء المدين بالالتزام بعدم المنافسة في منطقة معينة، عليه أن يثبت حصول المنافسة فعلا من قبله⁽²⁾.

2° يجب أن تكون الواقعة القانونية المراد إثباتها متنازعا فيها: حيث لا مجال للحديث عن الإثبات إذا كان الخصم معترفا ومقرا بالأمر، فلا حاجة إذا لإثباته، فمن اعترف بأن الأرض ملك عام لكنه اكتسبها بالتقادم فلا مجال للبحث في مستندات ملكية الدولة للأرض⁽³⁾. مع ملاحظة أن مجرد السكوت من الخصم لا يعد اعترافا منه بالواقعة، أو كانت الوقائع من قبيل المعلومات العامة، أو كان القانون قد أعفى الخصم من عبء إثباتها، كافتراض أن الحائز هو المالك حتى يقيم المدعي الدليل على عكس ذلك، ففي هذه الحالات لا يجوز تكليف المدعي بإقامة الدليل عليها⁽⁴⁾.

3° يجب أن تكون الواقعة القانونية المراد إثباتها متصلة بالحق المطالب به: كأن يحاول تاجر إثبات وفائه لدينه عن طريق إثبات أنه وفى بديون أخرى، ذلك أن وفاءه بديون أخرى لا يتصل بوفائه بالدين محل المطالبة. أي يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها لها صلة بالحق المتنازع عليه. ولا تظهر أهمية هذا الشرط في الإثبات المباشر، وإنما في الإثبات غير المباشر.

ويعتبر هذا الشرط متوافرا في حالة ما إذا تعلق الإثبات بواقعة تعتبر هي فعلا مصدرا للحق، كما إذا تمسك المقرض بعقد القرض للمطالبة بسداد الدين، فالواقعة في هذه الحالة متعلقة بالحق المطالب به، وهنا نكون أمام الإثبات المباشر.

غير أنه في بعض الحالات يتعذر علينا الإثبات المباشر، ويتم اللجوء إلى الإثبات غير المباشر أي إثبات واقعة أخرى وثيقة الصلة بالواقعة الأصلية، وهذا الاتصال هو الذي يجعلها متعلقة بالحق المطالب به⁽¹⁾.

ومثال ذلك إذا طالب المؤجر بأجرة شهر معين، فقدم له المستأجر مخالصات عن الأشهر اللاحقة للشهر الذي تمت المطالبة به، كذلك ما يعمل به في القرائن القضائية والتي تعتمد على الاستنباط والاستدلال بوقائع ثابتة للتدليل على وقائع غير ثابتة. وتعتبر مسألة اتصال الواقعة أو عدم اتصالها بالحق المطالب به مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع على ضوء ظروف وقائع كل نزاع على حدى ومن غير رقابة للمحكمة العليا عليه.

(2) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 38.

(3) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 23.

(4) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 38.

(1) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 18، 19.

4° كما يجب أن تكون الواقعة القانونية منتجة في الإثبات: فليس مجدياً أن يسمح للمدين الذي يريد إثبات وفائه بالدين أن يثبت صدور إقرار بهذا الوفاء من غير الدائن، فحتى وإن صدر الإقرار فإنه لا يقيد الدائن، وهو ليس منتجا في دعوى المدين⁽²⁾. إن الهدف من الإثبات هو الوصول إلى تكوين اعتقاد القاضي بوجود الحق المدعى به، أي أن يؤدي ثبوت الواقعة محل الثبات إلى المساهمة في تكوين اعتقاد القاضي حتى يتم الفصل في الدعوى⁽³⁾. ولا يشترط أن تكون الواقعة حاسمة في النزاع، بل يكفي أن يتوفر فيها عنصر الاقتناع.

والأصل أن كل واقعة منتجة هي واقعة متعلقة بموضوع النزاع، والعكس غير صحيح. فالشخص الذي يطالب بملكية العقار بالتقادم الطويل، وأثبت حيازته لهذا العقار لمدة 7 سنوات مثلا، فهذه الواقعة تتعلق بالحق المطالب به لكنها ليست منتجة لعدم اكتمال مدة التقادم، أي أن مدة الحيازة تقل عن المدة اللازمة لكسب الملكية عن طريق التقادم. كذلك تقديم المستأجر مخالصات بالأجرة عن الأشهر السابقة لإقامة الدليل على أنه يدفع الأجرة بانتظام، فهذه الواقعة متعلقة بالحق المطالب به، إلا أنها ليست منتجة، فليس كل وفاء بالأقساط السابقة دليل على الوفاء بالقسط المطالب باللاحق. وتقدير ما إذا كانت الواقعة منتجة أو لا هي مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا ما دام يبني حكمه على أسباب قانونية.

5° يجب أن تكون الواقعة القانونية جائز قبولها للإثبات: فلا يجوز أن يسمح لدائن أن يثبت حقه في ذمة المدين عن طريق إثبات أن هذا الحق ناشئ من مقامرة أو من مصدر آخر غير مشروع كالقرض بفائدة.... بمعنى يكون محل الإثبات مشروعاً⁽¹⁾

إن الهدف من هذا الشرط هو أن لا تكوت الواقعة المراد إثباتها مستحيل، أو أن القانون يمنع إثباتها. وتكون الواقعة مستحيلة الوقوع إما بالنظر إلى طبيعتها، حيث تكون غير محتملة التصديق، كمحاولة إثبات واقعة بنوة شخص لآخر يصغره سناً⁽²⁾. وقد تكون الاستحالة بسبب إطلاق الواقعة أي عدم تحديدها، كمن يدعي بأمه مالك بعقد دون تحديد ماهيته⁽³⁾.

كم قد يكون سبب الاستحالة هو أن القانون يمنع إثبات الواقعة لأسباب معينة منها الأسباب التي تتعلق بالنظام العام والآداب العام، كمنع إثبات دين القمار، أو بيع تركة إنسان على قيد الحياة،

(2) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 34.

(3) حيث أثارت محكمة النقض المصرية بقولها: "أن القانون إنما يكلف المدعي بإقامة الدليل على دعواه، إلا إذا سلم له خصمه بها أو ببعضها فإنه يعفيه من إقامة الدليل على ما اعترف به". محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 35.

(1) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 35، 36.

(2) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 35.

(3) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 20.

أو بيع المخدرات، أو إثبات علاقة جنسية غير مشروعة. كما لا يجوز في جريمة القذف، أن يقيم القاذف الدليل على صحة ما قذف به، وذلك لاعتبارات تتعلق بالنظام العام. كما لا يجوز للشخص أن يثبت عدم صحة حكم صادر ضده لأن هذا يتنافى وحجية الأمر المقضي فيه⁽⁴⁾. وقد يكون المنع بالنسبة لأشخاص معينين علموا بها بسبب علاقة معينة، كالموظف العام، المحامي والوكيل والطبيب وأحد الزوجين، فلا تجوز لهؤلاء الشهادة على ما ائتمنوا عليه من سر بسبب الوظيفة أو المهنة أو العلاقة الزوجية، إلا في حالات معينة. أما باقي الأشخاص فلا يخضعون لهذا الحظر. ومعنى ذلك أن هذه الواقعة جائز قبولها للإثبات إلا أنه محذور ذلك عن طريق هذه الطائفة من الأشخاص بحكم وظائفهم ومهامهم.

وفي بعض الحالات قد تكون الواقعة جائز قبول إثباتها في حذ ذاتها، لكن القانون يمتنع إثباتها ببعض الطرق، مثلا التصرف المدني الذي تزيد قيمته عن 100.000 دج فلا يجوز إثباته إلا بطريق الكتابة، ولا يقبل أي طريق آخر في الإثبات⁽¹⁾.

الفرع الثاني: عبء الإثبات : ويقصد من عبء الإثبات تحديد أي الخصمين يقع عليه عبء الإثبات ولهذا التحديد أهمية كبيرة من الناحية العملية، ذلك أنه قد يكون الحق متراوفا بين الخصمين لا يستطيع أي منهما أن يثبته أو أن ينفيه.

وتنص المادة 323 من القانون المدني الجزائري على أنه: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه." فالبيئة على من ادعى، ففي الحقوق الشخصية الدائن هو الذي يدعي الدين (الالتزام) في ذمة المدين، فعليه إثبات ما يدعيه.

حيث يلقي على عاتق أحد الخصمين عبء ثقل يجعله في مركز إيجابي تتوقف عليه نتيجة الدعوى، بينما يبقى خصمه في موقف سلبي إلى حين حصول الإثبات من خصمه وفي هذا رجحان لكفة الثاني على الأول. ولقد اهتم المشرع بتحديد من يقع عليه عبء الإثبات، والقاعدة في هذا الشأن أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا أو فرضا. أي على من يدعي خلاف الوضع العادي أو القائم أن يقيم الدليل على ما يدعيه، وهو ما يعبر عنه ب "البيئة على من يدعي".

(4) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 29.

(1) أنظر المادة 333 من القانون المدني الجزائري، وأنظر محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 36.

والمقصود بالمدعي ليس هو من بادر إلى رفع الدعوى في جميع الأحوال وإنما هو من يدعي خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو فرضاً. ويتحدد معنى الوضع العادي أو الأصلي بحسب نوع الحق محل النزاع.

_ ففي الحقوق الشخصية الأصل فيها هو براءة الذمة، والمدعي هو من يدعي شيئاً خلاف الثابت أصلاً، فالدائن ادعى شيئاً خلاف الثابت أصلاً وهو براءة الذمة، وإذا أثبت ذلك انتفى الوضع الثابت أصلاً، وأصبحت المديونية هي الوضع الثابت عرضاً فيقع على المدين عبء تخلصه من هذه المديونية بأن يقيم الدليل على براءة ذمته من هذا الدين، أي أن شغل الذمة بالالتزام بالنسبة للمدين هو أمر عارض والمدين ادعى شيئاً خلافاً للثابت عرضاً. ففي الدعوى الواحدة نجد الخصمين قد يصبح كل منهما مدعياً بدوره يتناوبان عبء الإثبات.

_ أما في الحقوق العينية فيكون الثابت أصلاً هو الوضع الظاهر حيث يقال الثابت ظاهراً⁽¹⁾، فمن يدعي شيئاً خلاف ظاهراً وجب عليه عبء إثباته. فمن يدعي ملكية شيء في حيازته لا يكون ملزم بإثبات ذلك لأن هذا الادعاء متفق مع الأصل والظاهر وهو أن يكون الحائز مالكا، لذلك كان الحائز مدعى عليه دائماً في دعوى الملكية، وعلى المدين إثبات ملكيته لأنه يدعي شيئاً خلاف الظاهر.

والأصل أن الملكية تكون خالية مما يتقلها من حقوق عينية كالارتفاق والرهن أو الانتفاع... فمن ادعى حقاً من هذه الحقوق على المالك يكون عليه عبء إثباته⁽²⁾.

_ وفي بعض الحالات قد يضع القانون افتراضاً بثبوت الواقعة الأصلية من ثبوت واقعة أخرى حيث يكفي فيمن كان مكلف أصلاً بإثبات الواقعة الأولى أن يثبت الواقعة الثانية، فإذا نجح اعتبر القانون أن الواقعة الأولى ثابتة فرضاً. وهي حالة القرائن القانونية حيث تغني من تقررت لمصلحته عن أي طريق من طرق الإثبات. حيث تنقل محل الإثبات من الواقعة الأصلية إلى الواقعة البديلة، فإذا أثبت المكلف الواقعة البديلة انتقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر والذي يكون عليه إثبات ما يخالف القرينة.

ومثال ذلك قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية حيث يشترط المشرع توافر السند الصحيح وحسن النية في المشتري الثاني، أي أن المشرع جعل من الحيازة قرينة على حسن النية وعلى وجود

(1) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 40.

(2) أنظر أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 29، 30، 31، 32.

السند الصحيح، وعلى المشتري الأول إثبات عكس ذلك. بمعنى أنه لولا وجود هذه القرينة كان على المشتري الثاني إثبات حسن نيته وسنده الصحيح.

فمهمة كل خصم هنا هي نقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر فإن عجز أحدهما عن الإثبات خسر دعواه فعبء الإثبات يقع دائما على من يدعي شيئا مخالفا لما هو ثابت أصلا عرضا أو ظاهرا أو فرضا.

المطلب الثاني: دور الخصوم في الإثبات وطرقه: لكل خصم الحق في إثبات ما يدعيه أمام القاضي، وبالطرق التي حددها القانون، فالمدعي من حقه أن يقدم الدليل على ما يدعيه من حق من الأدلة التي يسمح القانون بتقديمها، وللمدعى عليه أيضا الحق في الرد على هذه الدعاوى وتفنيد أدلة خصمه من خلال تقديمه الدليل على عكس المدعة به. ولقد حدد المشرع طرقا في الإثبات يتعين احترامها، حيث تختلف هذه الطرق بحسب الزاوية التي يتم النظر فيها إلى هذه الطرق، وإن كان الشائع هو تقسيمها إلى أدلة ذات قوة مطلقة وأدلة ذات قوة محدودة.

الفرع الأول: دور الخصوم ومبدأ حياد القاضي في الإثبات: يدور دور الخصوم بين مقدم للدليل و مفند له ويتعين الالتزام بقواعد خاصة بنظام الإثبات، والحكم في المفاضلة بين مختلف الأدلة المقدمة من الخصوم هو القاضي والذي يتعين عليه التزام مبدأ الحياد في هذه المفاضلة وعدم التحيز لأي خصم.

أولا: دور الخصوم في الإثبات: الأصل أن القاضي يبقى محايدا في النزاع مهما كان الدور الذي يلعبه في توجيه الدعوى، فالدور الرئيسي في تحريك الدعوى يبقى للخصوم ويُرد دور الخصوم إلى القواعد التالية :

1° الحق في الإثبات: الأصل أن لكل خصم الحرية المطلقة في تقديم ماله من أدلة لإثبات ما يدعيه، فهو من بين حقوقه الأساسية كما أنه واجب عليه⁽¹⁾. حيث تقضي القاعدة العامة " البينة على من ادعى " وعدم تمكين الخصم من حقه يجعل حكم المحكمة مخالفا للقانون ومعرض بالتالي للنقض⁽²⁾.

لكن حق الخصم يتقيد في الإثبات بثلاثة قيود:

(1) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 15.

(2) من المقرر أن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفي دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا هو حق له يتعين على محكمة الموضوع إجابته إليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة في النزاع ولم يكن في أوراق الدعوى والأدلة الأخرى المعروضة عليها ما يكفي لتكوين قناعتها والفصل في النزاع. أنظر محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 20.

° لا يجوز للخصم أن يثبت ما يدعيه إلا بالطرق القانونية المحددة قانوناً، فلا يجوز له أن يثبت بالبينة (الشهادة) ما يشترط القانون إثباته بالكتابة كبيع العقار مثلاً ونحوه.

° لا يمكن للخصم أن يثبت واقعة لا تتوافر فيها الشروط القانونية والمتمثلة في شروط المحل بأن يكون ممكناً محددًا ومشروعاً.

° أن القاضي حر في تقدير قيمة الأدلة التي يدلي بها الخصوم فالقاضي مثلاً لا يلزمه رأي الخبير.

2° مبدأ المجابهة: ويقصد به أن كل دليل يتقدم به الخصم للإثبات يكون للخصم الآخر الحق في تقديم ما يفنده ويدحضه بإثبات عكسه، ودعماً لهذه القاعدة تنص المادة 23 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يتبادل الخصوم المستندات المودعة طبقاً للمادة 22 أعلاه أثناء الجلسة أو خارجها بواسطة أمين الضبط. يمكن للقاضي بناء على طلب أحد الخصوم أن يأمر شفهايا أو كتابيا بإبلاغ كل وثيقة عرضت عليه وثبت عدم إبلاغها للخصم الآخر، ويحدد أجل وكيفية ذلك الإبلاغ." فالغرض من تبليغ الخصم بأدلة الخصم الآخر هو تمكينه من دحض وتقنيده هذه الأدلة إن أمكن ذلك أي السماح للخصم بتحضير دفاعه. ومعنى ذلك أن كل ما يعرض من أدلة في الدعوى يتعين أن يعرض على الخصم الآخر لمناقشته وتقنيده، إذ يجب أن يعلم الخصم بكل دليل يقدم ليتمكن من الرد عليه.

وتشكل هذه القاعدة قيوداً على سلطة القاضي في إدارة عملية الإثبات، ذلك أنه يترتب عليه أنه لا يجوز للقاضي أن يبني حكمه على وقائع حصلها بنفسه أو اتصلت بعلمه خارج الخصومة. كما لا يجوز للقاضي أن يأخذ بدليل قدم في دعوى أخرى ولو كانت بين نفس الخصوم، فالإقرار الذي يتم بين خصمين في دعوى جزائية لا يمكن أن يأخذ به القاضي المدني ما لم يتم مناقشته في الدعوى المدنية أو تم الحصول عليه أمامه⁽¹⁾.

3° عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه: لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه ذلك أن الأصل في الدليل الذي يقدم ضد أحد الخصوم يجب أن يكون صادراً منه، فالورقة المكتوبة حتى تكون حجة على الخصم يجب أن تكون مكتوبة بخط يده أو موقع عليها منه. أي يجب أن يصدر الدليل من خصم ضد خصم. وهذا من البديهيات التي لا يشترط استنادها إلى نص مخصوص، ذلك أن الشخص لا يمكنه أن يحتج بدليل هو صانعه، فالقاضي لا يمكن أن يقضي لشخص بناء على أقواله أو ادعائه أو بناء على أوراق قام هو بإعدادها⁽¹⁾.

(1) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 18.

(1) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 21.

لكن المشرع خرج عن هذا الأصل باستثناء جاء في المادة 330 من القانون المدني الجزائري حيث أن دفاتر التجار عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قاموا بها يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يتجاوز إثباته بالشهادة. ومعنى هذا أنه يمكن للتاجر أن يستفيد من دليله (الدفاتر التجارية) في الإثبات إذا قدر القاضي توجيه اليمين المتممة إذا توافرت شروط المادة 330 من القانون المدني الجزائري.

4° عدم جواز إلزام الشخص على تقديم دليلا ضد نفسه: لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه وهي عكس الحالة السابقة، أي الحالة العكسية للقاعدة الثالثة، لكن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها من شأنه أن يؤدي إلى إهدار الحقوق التي يعجز عن إثباتها خاصة عندما يكون الدليل بيد الخصم (المدعى عليه). لذلك أخذت التشريعات بصفة استثنائية إلزام الخصم على تقديم الدليل الذي يطالب به خصمه⁽²⁾.

ومثال ذلك ما جاء في المادة 16 من القانون التجاري الجزائري " يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام نزاع وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق منها بالنزاع".
ثانيا: مبدأ حياد القاضي في الإثبات: ويقصد بمبدأ حياد القاضي، الموازنة بين المصالح القانونية للخصوم، والعمل على الوقوف موقفا منهم يجعله بعيدا عن مظنة الميل لأحد الأطراف⁽¹⁾. بمعنى أن يقوم القاض بدور المحكم بين الخصوم، بحيث يكون موقفه في الدعوى محايدا Neutre، ويقتصر دوره على تقدير ما يعرضه عليه الخصوم من الأدلة التي قررها القانون ليعتبر الوقاع المدعاة ثابتة أو غير ثابتة⁽²⁾.

بمعنى أن المقصود بمبدأ حياد القاضي هو التقيد بما قدمه الخصوم من، الخصوم في الإثبات دون تمييز بين خصم وآخر. فلا يحق له بأي حال من الأحوال أن يستند إلى أدلة حصل عليها مباشرة بطرقه الخاصة، أو دون علم الخصوم كالمعاينة التي تتم دون حضور أطراف النزاع، أو الاستناد إلى دليل قدمه خصم دون علم الآخر به ودون منحه فرصة مناقشته خرقا لمبدأ الوجاهية التي تقوم عليها الدعوى، أو الاستناد إلى دليل حصل عليه من قضية أخرى.

ويختلف دور القاضي في الدعاوى الجزائية عنه في الدعاوى المدنية والتجارية. حيث أنه إذا كان في الأولى (والتي هي محكمة اقتناع)، أين يتعين على القاضي شخصا أن يبحث عن اقتناعه الشخصي بمسؤولية المتهم، من خلال بحثه عن الحقيقة بنفسه، وبجميع الطرق المؤدية لها لتعلق

(2) أحمد شرف الدين المرجع السابق، ص 19 ومحمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 22.

(1) أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1998، ص 26.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى عين مليلة، 2009، ص 14.

الأمر هنا بالمصلحة العامة. وبالعكس يقف دور القاضي في الدعاوى المدنية أو التجارية على تلقي الأدلة من الخصوم ويقوم بتقديرها في إطار ما هو مبين له قانوناً، لذلك فهو لا يساهم في البحث عن الأدلة ولا سعي له في ذلك⁽³⁾.

إن الدور المحايد للقاضي لا يمنعه من لعب دور إيجابي في الدعاوى المدنية والتجارية، بما خول من سلطة تقديرية في المفاضلة بين مختلف الأدلة المقدمة من الخصوم، بل والأكثر بما أعطي من سلطة في بعض المواقف، واستجلاء للحقيقة بتوجيه اليمين المتممة أو الأمر بإجراء التحقيق، أو الانتقال إلى المعاينة ومن تلقاء نفسه....

كما يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بوقائع الدعاوى المعروضة عليه، ولا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا، فله أن يأخذ بشهادة الواحد ويترك شهادة الاثنین، كما له أن يأخذ بقرينة دون الأخرى، كما له أن يأخذ برأي خبير على آخر، بشرط أن يحترم قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية، فيسلك طرق الإثبات المقبولة قانوناً، ويتخذ الإجراءات في مواجهة الخصوم.

ويترتب على هذا أن القاضي لا يبت في النزاع إلا بناء على ما يتم تقديمه له من أدلة من قبل الخصوم، وليس له أن يستند إلى دليل تحصل عليه بنفسه، دون أن يقدمه الخصوم ولا أت يسعى في البحث عن دليل خارج تلك التي قدمها أطراف النزاع.

الفرع الثاني: طرق الإثبات: وتقسم طرق الإثبات عادة من حيث القوة في الدلالة أي قوة الإثبات إلى قسمين: فهناك أدلة إثبات ذات القوة المطلقة، وهناك أدلة إثبات ذات القوة المقيدة أو المحدودة. وتتضمن أدلة الإثبات ذات القوة المطلقة في:

_ الكتابة (La preuve écrite)

_ الإقرار (L'Aveu)

_ اليمين (Le Serment)

ويتضمن القسم الثاني أدلة الإثبات ذات القوة المحدودة :

_ الشهادة أو البينة (La preuve testimoniale)

_ القرائن (Présomption)

_ المعاينة والخبرة (La constatation et l'expertise).

المحور الأول : الكتابة : سنحاول معالجة المحررات التي تستعمل في الإثبات بدء من محررات رسمية والمحررات العرفية ووصولاً إلى المحررات الالكترونية.

(3) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 16.

المبحث الأول : المحررات الرسمية :

الكتابة لغة هي الخط، وهو تصوير اللفظ بحروف هجائه. والكتابة والخط مترادفان فيقال خط القلم أي كتب. و في الاصطلاح لم تعرف الكتابة لدى الفقهاء باعتبارها دليلا في إثبات الحقوق وإنما أطلقوا عليها ألفاظا مختلفة، واستعمل بعضهم جميعها واستعمل البعض الآخر أنواعا منها وهي تنحصر عندهم في العبارات: الصك، الحجة، والمحضر والسجل والوثيقة والسند والعقد.

يستعمل لفظ العقد للدلالة على أمرين، فيقصد به التصرف القانوني كما يقصد به أيضا دليل إثبات أو المحرر الذي يثبت التصرف. وتمتاز الكتابة عن غيرها من طرق الإثبات في أنها دليل يمكن إعداده مسبقا *preuve Préconstituée* أي منذ وقوع الواقعة القانونية وقبل وقوع أي نزاع بشأنها واحتياطا لهذا النزاع، وينتج عن ذلك اقتراب الدليل الكتابي من الحقيقة الواقعية وتقاديا لعيوب الشهود والنسيان وتلفيق الحدث⁽¹⁾.

وكأداة إثبات في اللغة تُعني ثلاث ألفاظ : المحرر، السند والورقة . وفيما سيأتي سيتم اعتماد لفظ الدليل الكتابي على المحرر، و نقصد بالسند السند الرسمي أو السند العرفي . ونقصد بالورقة فيما سيأتي الرسائل، البرقيات والدفاتر التجارية وعلى ذلك سنحاول التعرف على السندات الرسمية ثم السندات العرفية.

المطلب الأول: مفهوم السندات الرسمية: نصت المادة 324 من القانون المدني الجزائري على أنه :

" العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه." يفهم من هذا النص أن الورقة الرسمية يكتبها موظف أو ضابط عمومي (موظف رسمي) مختص حتى تكون صحيحة، وأن يكون الموظف الرسمي مختصا بكتابة هذه الورقة.

كما يجب على الموظف الرسمي في كتابته الورقة الرسمية مراعاة الأوضاع القانونية المقررة. وعلى ذلك وجب توافر الشروط التالية للاعتداء بكون الورقة رسمية .

الفرع الأول: صدور المحرر من الموظف العام أو من ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة وفي حدود سلطته:

(1) ونظرا لأن الدليل معد مسبقا فهو يصلح لإثبات كل الأعمال القانونية لذلك أوجبه المشرع دون الشهادة (البينة) أو القرائن في إثبات أهم الأعمال القانونية، وذلك في التصرفات التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج طبقا للمادة 333 من القانون المدني الجزائري. وأنظر سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 155.

لا يكفي أن يكون المحرر صادرا ومحررا من موظف عام⁽¹⁾ أو ضابط عمومي⁽²⁾ أو شخص مكلف بخدمة⁽³⁾ بل يتعين وحسب نص المادة 324 من القانون المدني السالفة الذكر أن يكون هذا الموظف يعمل في حدود اختصاصه. بمعنى يجب أن يصدر المحرر من موظف ذي صفة وصلاحيّة وولاية في تحرير المحررات من حيث الموضوع، الزمان والمكان.

ويقصد بالموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة، كل شخص معين من الدولة ويحمل جزء من مسؤوليتها للقيام بعمل من أعمالها، سواء كان هذا العمل مقابل أجر أو بدون أجر، وبهذا المعنى فمفهوم الموظف العام أوسع من مفهوم الموظف في القانون الإداري، ويختلفان باختلاف الأوراق التي يختصون بتحريرها، ومنه لا يعتبر الموظف العام المكلف بخدمة عامة كالموثق مثلا موظفا من ناحية القانون الإداري، حيث تتنازل له الدولة عن الأعمال التي كان من المفروض أن تقوم بها.

فيدخل في هذا النطاق القاضي بالنسبة للأحكام، وكتاب الجلسات بالنسبة للمحاضر الخاصة بالجلسات، كما يدخل في هذا النطاق أيضا الشخص المكلف بخدمة عامة ولو لم يكن موظفا عاما كالخبير فيما يتم انتدابه من أعمال لصالح المحكمة، أو ضابط الحالة المدنية بالنسبة لعقود الزواج أو أوراق الحالة المدنية، وكذلك بالنسبة لرئيس المجلس الشعبي البلدي، يعتبر موظف عام بالنسبة للمداولات التي ينظر فيها.

كما يعتبر في حكم الموظف العام رئيس المركز القنصلي فيما يتعلق بإعداد عقود الحالة المدنية الخاصة بالجالية الجزائرية وتحريرها إضافة إلى ممارسة مهام توثيقية وفقا لما نصت عليه المادة 28 من المرسوم 02-405 المؤرخ في 26/11/2002 المتعلق بالوظيفة القنصلية. ولا يكفي توافر صفة الضابط العمومي في كتابة الورقة الرسمية بل لابد أن تدخل في حدود اختصاصه وسلطته، من حيث الموضوع أو المكان أو الزمان:

(1) فوصف الموظف العام يثبت لكل من تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها في مجال معين، ويدخل في هذا الإطار القضاة في تحرير الأحكام، وكتاب الضبط وسائر الموظفين الإداريين الذي يعملون في مختلف الإدارات العمومية، كموظفي الولاية، البلدية، الوالي وبصورة عامة كل من يخضع لأحكام قانون الوظيفة العمومي.

(2) الضابط العمومي هو كل شخص يحمل أختام الدولة وله صلاحية إعداد مختلف المحررات، ومنهم المحضر القضائي حسب نص المادة 4 من قانون 03/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، الموثق حسب نص المادة 3 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهمة الموثق، الجريدة الرسمية لسنة 2006 العدد 14.

(3) الشخص المكلف بخدمة عامة فيشمل كل الأشخاص الذين يندوبون لأداء عمل معين كتقارير الخبراء المعيّنين من قبل القضاء طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والمقيدين ضمن جدول الخبراء المعتمدين.

فمن حيث الموضوع : يختص كل موظف عام بكتابة نوع معين من الأوراق الرسمية، فالأحكام من اختصاص القضاة ، ومحاضر الجلسات من اختصاص كتاب الضبط ومحاضر المعاينات من اختصاص المحضرين القضائيين.....

أي يجب أن يكون الموظف مختصا نوعيا بتحرير الورقة التي يعتد بها كدليل رسمي، بحيث يجب أن يكون المحرر من النوع الذي يختص الموظف العام بتحريره، بحيث إذا حررت الورقة من غير مختص نوعيا بتحريرها انتفت عنها صفة الرسمية⁽¹⁾.

ومن حيث الزمان: تنقضي ولاية الموظف العام بعزله أو إيقافه عن العمل أو تحويله أو نقله (من المكان الذي كان فيه)، كما أنه لا ولاية للموثق بعد تعيينه وقبل أدائه اليمين القانونية طبقا للمادة 8 من القانون 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق ، وقبل إيداعه نموذج من إمضائه لدى كتابة ضبط المجلس التي يؤدي فيه اليمين القانونية.

ومن حيث المكان: حدد القانون لكل موظف عام اختصاصا إقليميا لا يجوز أن يباشر عمله خارجه. فلا يجوز لهم القيام بالنشاط خارج دائرة اختصاصهم، أما الأشخاص فيمكنهم أن يطلبوا توثيق أوراقهم في أي مكان يختارونه (مثلا يمكن لأشخاص من مدينة وهران اللجوء إلى خدمات موثق في مدينة قسنطينة). بمعنى أن اختصاص الموثق وطني لكن يمنع عليه أن يحرر ورقة رسمية تخصه أو تخص أحد أقاربه إلى غاية الدرجة الرابعة.

ويرتبط اختصاص الموظف بالسلك الإداري بدائرة اختصاص الهيئة الإدارية التي ينتمي إليها، فاختصاص الوالي يشمل كل تراب الولاية، والمحضر القضائي مختص في حدود الاختصاص الإقليمي لمجلس القضاء التابع له، ويمتد اختصاص الموثق إلى كامل التراب الوطني. فمن جهة إذا ثبت أن الموظف مختص أصلا بتحرير الورقة الرسمية، لكنه حرر بيانات لا تدخل في اختصاصه فإن البيانات التي تدخل في اختصاصه تكتسي الصفة الرسمية، أما البيانات الأخرى فلا معقب عليها ولا تكتسب صفة الرسمية.

ومن جهة أخرى فلا تؤثر في صحة الروقة الرسمية أن يكون الموظف العام قد تم تعيينه بما يخالف القانون حماية للمعاملات الظاهرة.

الفرع الثاني: مراعاة الشروط المقررة قانونا : لكل نوع من المحررات الرسمية أوضاعا وإجراءات معينة، فيجب أيضا أن تكون الورقة الرسمية محررة طبقا لبعض الشكليات التي نص عليها القانون.

(1) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 40، 39.

وسنقتصر على السندات الرسمية المحررة من طرف الموثقين على اعتبار أن معظم الأحوال في الإثبات بالكتابة يكون محلها الأوراق المحررة من الموثقين.

ويمنع القانون 02/06 من ليست له صفة الموثق من تحرير أو تلقي العقود التي تخضع لشكل رسمي حسب ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون رقم 14/88 المعدل والمتمم للقانون رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري، والتي نصت على: "زيادة عن العقود التي يأمر فيها القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي يحرر العقد.

كما يجب تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد"⁽¹⁾.

والمحرر لا يكتسب صفة الرسمية إلا إذا روعيت هذه الأشكال ومنها ما جاء بها قانون التوثيق في المادة 29 من القانون 02/06 السالف الذكر، ومنها ما ورد في المواد من 324 مكرر 2 إلى 324 مكرر 6 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث: كيفية تحرير المحررات التوثيقية: تنص لمادة 29 من القانون 02/06 السالف الذكر على: "دون الإخلال بالبيانات التي تستلزمها بعض النصوص الخاصة، يجب أن يتضمن العقد الذي يحرره الموثق البيانات التالية:

_ اسم ولقب الموثق ومقر مكتبه، _ اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسياتهم،
_ اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الشهود عند الاقتضاء، _ اسم ولقب وموطن المترجم

(1) وقد تعزز تطبيق هذه المادة بعدد الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا نذكر منها: القرار رقم 210419 المؤرخ في 2000/02/26 عن مجلس الدولة الغرفة الثالثة - حيث أن بيع العقار لا ينعقد ولا وجود قانوني له إلا إذا حرر أمام موثق. وكذا القرار الصادر عن المحكمة العليا تحت رقم 11699 المؤرخ في 1994/11/09 والخاص ببيع المحل التجاري، والقرار الصادر تحت رقم 36164 المؤرخ في 26 جوان 1986 والفاضي - من المقرر قانوناً أن عقد إيجار التسيير الحر يحرر في شكل رسمي وينشر خلال خمسة عشر يوماً من تاريخه، على مستخرج أو إعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وينتهي بنفس الإجراءات التي نشر بها. وأيضاً القرار 112011 المؤرخ في 1994/06/08، الذي جاء فيه - حيث أن الطاعن يقر صراحة في أقواله أمام المحكمة أول درجة وفي مختلف مراحل الدعوى وأنه أقام فعلاً شركة مع المطعون ضده، وأن الأمر يتعلق بالأرباح فقط وليس برأس المال، وهذا يكفي لإثبات الالتزام التعاقدى القائم بينهما والمتمثل في الشركة الفعلية المتنازع من أجلها وهذا في غياب الوثيقة الرسمية المنصوص عليها في المادة 418 من القانون المدني إذ أن المشرع لما اشترط إثبات الشركة كتابة فإنه أراد بذلك ضمان حقوق الأطراف بوسائل إثبات قاطعة والحفاظ على مصالح خزينة الدولة. وعليه فإن الدفع بخرق القانون لعدم ثبوت الشركة كتابة يكون مردوداً مما يستوجب رفض الطعن لعدم تأسيسه. كذلك بالنسبة للوصية وجوب الشكل لانعقادها القرار رقم 160350 المؤرخ في 1997/12/23، وعقد الشهرة القرار رقم 190541، الصادر بتاريخ 2000/03/29 أنظر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 26 وما بعدها.

عند الاقتضاء، _تحديد موضوعه،_وكالات الأطراف المصادق عليها التي يجب أن تلحق بالأصل،
التتويه على تلاوة الموثق على الأطراف النصوص الجبائية والتشريع الخاص المعمول به، توقيع
الأطراف والشهود والموثق والمترجم عند الاقتضاء"

يتبين من خلال نص هذه المادة أن على الموثق في تحريره العقود التوثيقية يتعين عليه
احترام شكلية معينة، وان لا يسهو عن بيان من البيانات الإلزامية التي يترتب على تخلفها بطلان
الورقة. والملاحظ أن البيانات المشترطة في العقود التوثيقية كقيلة ببيان الأطراف وماهية عقدهم،
فالعقد الموثق وفقا للمادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر
نافذا في كامل التراب الوطني⁽¹⁾.

كما يجب في تحرير العقود التوثيقية احترام بعض الشكليات التي يترتب على إغفالها بطلان
العقد، ومن هذه الشكليات ما جاءت به المواد من 26 إلى 32 من القانون رقم 02/06 السالف
الذكر والمتمثلة في العموم وتحت طائلة بطلان العقد في ضرورة كتابة العقد باللغة العربية ، وأن
يكون في نص واحد واضح تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص ، ويجب أن لا تتضمن
العقود التوثيقية المحو أو الحشو أو إضافة كلمات.

ولتوقيع الأطراف أهمية بالغة ذلك أنه هو الشكلية الأساسية لتكون الورقة رسمية، فإن انعدم
هذا التوقيع انعدم المحرر الرسمي، ولو كان ممهورا بتوقيع الموثق والشهود، لأن التوقيع هو الدليل
على حصول الرضى، والموافقة الصريحة بقبول ما جاء في العقد التوثيقي.

ولا تكسب المصادقة على التوقيعات في المحرر العرفي صفة المحرر الرسمي، حيث إذا
طلب ذو الشأن في المحررات العرفية التصديق على التوقيعات سواء أمام الموثق أو أمام ضابط
الحالة المدنية. إن هذا التصديق لا يكسبها صفة الرسمية لأن الورقة تفتقد إلى الشروط التي تشترط
في المحرر الرسميم، وتسمى عملية المصادقة بعقد اللغيف والهدف منه هو حرمان ذو الشأن فيه من
محاولة الإنكار⁽¹⁾. ولا يجوز الطعن في التوقيع إلا عن طريق التزوير.

الفرع الرابع: جزاء الإخلال بأحد شروط صحة المحرر الرسمي: يترتب على تخلف أحد الشروط أو
عدم مراعاة الأشكال القانونية المقررة في القانون أن الورقة الرسمية تنتحى عنها صفة الرسمية،
وبالتالي الحجية التي كان ينبغي أن تعطى لها. فالمحرر لا يكون رسميا إذا ما صدر عن غير

(1) وانظر بالنسبة للتشريع المصري المواد 3 إلى 13 من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق، أنظر في هذا الشأن أكثر تفصيلا عبد الرزاق
السنهوري، المرجع السابق، ص 174، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 181، محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق،
ص 62.

(1) سليمان مرقس، ج12، المرجع السابق، ص 192

الموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة أو إذا تم تحريره دون مراعاة الأوضاع المقررة قانونا.⁽²⁾

بمعنى تصبح الورقة باطلة، وبالنسبة للعقود تكون باطلة بطلانا مطلقا إذا كان القانون يشترط الرسمية فيها للانعقاد كعقد الرهن مثلا 883 من القانون المدني الجزائري أو بيع المحل التجاري وبيع العقار وغيرها⁽³⁾.

وبطلان الورقة لا يعني بطلان الاتفاق أو التصرف محل العقد الرسمي إذ يمكن إثباته بكافة الطرق التي نص عليها القانون على اعتبار أن إثباته بالمحرر الرسمي أصبح مستحيلا.

حيث قد يصح إثباته بالمحرر الرسمي الباطل إن صح كمحرر عرفي إذا تضمن توافيق الأطراف (المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري)، طبعا ما لم يكن التصرف القانوني شكليا كالهبة أو الشفعة حيث يترتب على بطلان المحرر الرسمي بطلان التصرف القانوني⁽¹⁾. ونصت المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف." بمعنى أن الورقة لا تكتسب الصفة الرسمية إذا صدرت من غير أهل أو عديم كفاءة، كما لا تعد الورقة رسمية، تلك التي لا يراعى فيها الأوضاع المقررة قانونا.⁽²⁾

ويترتب على هذا وحسب نص المادة بأن تكون الورقة في هذه الحالة مجرد ورقة عرفية بشرط أن تكون موقعة من قبل الأطراف ويدخل في التوقيع الامضاء والختم والبصم. كما يشترط أيضا في تحول الورقة الرسمية المشوبة بعيب عدم الكفاءة أو أهلية الموظف إلى ورقة عرفية شرط أن لا تكون الرسمية شرط شكلي في الانعقاد كما هو الحال بالنسبة للهبة الوصية وغيرها.

وإذا تعدد أطراف الورقة الرسمية الباطلة، ووقع البعض دون البعض الآخر فإن الورقة الرسمية لا تتحول إلى ورقة عرفية حتى بالنسبة للذين وقعوا عليها إذا ثبت أنهم لم يوقعوا إلا اعتمادا على اشتراك أو على توقيع الأطراف الآخرين.

المطلب الثاني: حجية السند الرسمي: نص المشرع الجزائري على حجية المحرر الرسمي في المواد من 324 مكرر 5 إلى 324 مكرر 7 من القانون المدني الجزائري.

(2) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 62.

(3) وهو ما أكده القضاء الجزائري في قضاء محكمة النقض في القرار رقم 36662 المؤرخ في 19/10/1985 المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع ومن قضائها أيضا: القرار رقم 11699 المؤرخ في 9/11/1994 نشرة القضاة العدد 51 طبعة 1997،

(4) أنظر قرار المحكمة العليا رقم 255411 المؤرخ في 06/02/2002، المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 2004، ص 81،

(2) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 42، 43 و عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 180 و سليمان مرقس، ج 12، المرجع السابق، ص 185.

الفرع الأول: حجية أصل السند الرسمي : نصت المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني". من خلال هذا النص يتضح بأن الورقة الرسمية تصل إلى قمة قوة الإثبات، فهي حجة على الكافة ما لم يحكم بتزويرها.

أولاً: حجية المحرر الرسمي من حيث البيانات الواردة فيه: تختلف حجية المحرر الرسمي باختلاف البيانات الواردة فيه، ويحتوي المحرر الرسمي على نوعين من البيانات:

° بيانات تقتضي الثقة والأمانة في المكلف بتحرير الورقة الرسمية وهذا هو السبب الوحيد الذي يمنحها الحجية المطلقة.

° وبيانات لا تقتضي الثقة في الموظف الذي قام بتحرير المحرر الرسمي وبالتالي لا تثبت لها الحجية المطلقة.

فالبيانات الواردة فيها تكون لها هذه القوة في الإثبات، فهذه الأخيرة هي التي أثبت الموظف العمومي أنه تحقق منها بنفسه ، فالموظف العمومي الذي تولى صياغة المحرر الرسمي هو في نظر المشرع "شاهد ممتاز" تتميز شهادته بقيمة استثنائية ولذلك إذا ادعى بتزوير عمله فالمشرع لا يسمح بإثبات ذلك بالطرق السهلة.

وقد قرر لذلك إجراءات بالغة التعقيد، حيث في دعوى الطعن بالتزوير يتم وقف الدعوى الأصلية لغاية الفصل في دعوى التزوير وتتولى النيابة التحقيق والمتابعة فيها وهي دعوى جزائية، وفقاً لما نصت عليه المادة 324 مكرر 6/ 2 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

فمثلاً في بيع رسمي قد يثبت الموظف أن المشتري قد دفع الثمن للبائع أمامه، فدفع الثمن واقعة ثابتة بمقتضى هذا العقد الرسمي، ولا يجوز إنكارها إلا بطريق الطعن بالتزوير في العقد. كما أنه بالنسبة للأشخاص وطبقاً للمادة 324 مكرر 1/6 من القانون المدني : "يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن".

فالورقة الرسمية حجة ليس فقط على ذوي الشأن بل على الكل، فليس لأي شخص أن ينكر ما ورد فيها من بيانات ذات حجة رسمية إلا بطرق الطعن بالتزوير، فمجرد الإنكار لا ينزع الصبغة الرسمية على الورقة ما لم يحكم بتزويرها.

(1) وأكدت محكمة النقض في قرارها رقم 20264 المؤرخ في 2000/09/27 عن حجية عقد الشهرة. حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002، ص 107 وما بعدها.

والبيانات التي تدخل في مهمة الموثق هي تلك التي أعد المحرر لإثباتها، فإذا أثبت الموظف المختص بتوثيق عقد بلوغ ذي الشأن سنا معيناً، فإن ذلك لا يكون حجة في إثبات سن صاحبه. وإذا أثبت الموثق بأن المتعاقد كامل الأهلية بعد الإطلاع على تاريخ الميلاد فإن ذلك لا يكون حجة بالنسبة لنقص الأهلية للمتعاقد بسبب إصابته بأحد العوارض كالجنون والعتة والسفه.... ويجب ملاحظة أن اللجوء إلى الطعن بالتزوير في المحرر يتعلق بالطعن فيما قرره الموثق بأنه وقع أمامه وتحت سمعه وبصره، أما ما يتلقاه الموظف العام أو الضابط العمومي من بيانات من ذوي الشأن دون أن يستطيع التحقق من صحتها، فلا يجوز الطعن فيها بالتزوير وإنما عن طريق ورقة الضد فيما بين الأطراف.(1)

وفي الأخير نقول أنه لا بد من وضع ضوابط أو معايير لتحديد الأعمال والبيانات التي يفترض فيها الثقة والتي لا يفرض فيها الثقة في أمانة الموظف وأهم هذه الضوابط هي:

° **الضابط الأول:** تقتصر الرسمية على ما دونه الموظف من أمور قام بها هو أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، بحيث يستطيع أن يدونها إما بالسمع أو بالبصر. والأعمال التي يقوم بها هو بعد التأكد من شخصية ذوي الشأن (المتعاقدين، الموصي، الموصى له، تدوين التاريخ، تلاوة مشتملات العقد قبل التوقيع عليه). وهي كل ما يصدر من ذوي الشأن في حضور الموثق كإقرار البائع أنه قبض الثمن، وإقرار المشتري بأنه تسلم البضاعة، فهذه البيانات تكون حجة بصحة وقوعها لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير.(2)

فإذا أثبت الموظف المختص بتوثيق عقد بلوغ ذي الشأن سنا معيناً، فإن ذلك يكون حجة في إثبات سن صاحبه. وإذا أثبت الموثق بأن المتعاقد كامل الأهلية بعد الإطلاع على تاريخ الميلاد فإن ذلك لا يكون حجة بالنسبة لنقص الأهلية للمتعاقد بسبب إصابته بأحد العوارض كالجنون والعتة والسفه....

° **الضابط الثاني:** تقتصر الحجية على ما يقوم به الموظف الرسمي في حدود ما يدخل في اختصاصه، بمعنى إذا دون بيانات جزء منها يدخل في اختصاصه وآخر لا يدخل في اختصاصه فلا تكتسب الصفة الرسمية إلا البيانات التي تدخل في اختصاصه(5).

(1) احمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 48،49.

(2) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 48،49.

(5) سليمان مرقس، نفس المرجع، ص 200-202.

° الضابط الثالث: تقتصر الحجية الرسمية على البيانات التي يدلي بها ذوي الشأن في حضور الموثق والتي تكون لها علاقة مباشرة بالوقائع. أما البيانات التي لا تتصل اتصالا مباشرا بهذه الوقائع فلا تكون لها الحجية الرسمية.

فقد تتضمن الورقة الرسمية عقد بيع وتتضمن بيان يتمثل في أن البائع قد قبض جزء أو كل الثمن، فهنا الحجية تلحق الواقعة في حد ذاتها (واقعة البيع)، والواقعة الثانية هي واقعة تسليم الثمن والتي لها اتصال مباشر بالواقعة الأولى.

أما واقعة أن المشتري اشترى هذا الشيء لإعادة بيعه، فليست لها أية صلة بالواقعة الأولى (البيع) وبالتالي لا تكتسب هذه الأخيرة الحجية الرسمية⁽¹⁾

ثانيا: حجية المحرر الرسمي بالنسبة للأشخاص: طبقا للمادة 324 مكرر 1/6 من القانون المدني الجزائري: " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن". فالورقة الرسمية حجة ليس فقط على ذوي الشأن بل على كل الناس، فليس لأي شخص أن ينكر ما ورد فيها من بيانات ذات حجة رسمية إلا بطريق الطعن بالتزوير، فمجرد الإنكار لا ينزع الصبغة الرسمية على الورقة ما لم يحكم بتزويرها.

وهو ما جاءت به صراحة المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري على اعتبار أنها جاءت بصيغة مطلقة ما يفهم منه حجية المحرر الرسمي على الكافة، وليس فقط أطراف العقد وخلفهم، وإنما يسري أيضا على الغير، سواء فيما يتعلق بالبيانات القابلة للطعن بالتزوير وحتى بالنسبة للبيانات الواردة على سبيل الإشارة شريطة أن يكون لها علاقة مباشرة مع الإجراء وهو ما نصت عليه المادة 324 مكرر 7 من القانون المدني الجزائري. وعليه تسري حجية الورقة على ذوي الشأن من المتعاقدين، وعلى الغير.

1° حجية المحرر الرسمي بالنسبة للمتعاقدين: إن العقد الرسمي حجة على المتعاقدين ودليل قاطع على حصول ما هو ثابت فيه ولا يستطيع ذوي الشأن أن ينكروا ما جاء به من توقيعات أو المحتويات المادية، ومن حيث حصوله أمام الموظف المحرر له إلا عن طريق التزوير في البيانات التي تمت بمعرفة وسماع ومشاهدة الموثق شخصيا. أما البيانات الأخرى والتي أثبتتها الموثق بناء على ما يقره ذوي الشأن والتي لم يتأكد منها شخصيا وقت تحرير العقد فأثبات عكسها أو بطلانها يكون دون الحاجة إلى الادعاء بالتزوير لأنها لا تمس بأمانة الموثق وصدقه⁽¹⁾. وتطبيقا لقاعدة لا يجوز نقض

(1) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 66، 67.

(1) قرار المحكمة العليا رقم 190514 المؤرخ في 2000/03/29، المجلة القضائية، لسنة 200، العدد 1، ص 154.

الثابت كتابة إلا بالكتابة طبعا هذا بالنسبة للمتعاقدين، أما بالنسبة للغير فيجوز لهم إثبات ذلك بكل الوسائل باعتبار أنها تشكل بالنسبة لهم وقائع مادية.

2° حجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير: إن الغير الذي يحتج في مواجهته بالمحرر الرسمي هو نفسه الغير الذي يحتج عليه بالتصرف القانوني والخلف الخاص، فالغير يسري عليه هذا التصرف، كالدائن أو خلف أحد طرفي التصرف، هو وحده الذي يحتج عليه بالمحرر الرسمي المثبت لهذا التصرف وهو كل من يضار من هذه البيانات. أما الغير الذي لا يسري عليه التصرف فمن باب أولى لا يحتج عليه بالمحرر الرسمي المثبت له. ومثال ذلك المشتري الذي سبق إلى تسجيل عقده حيث يفضل على المشتري الآخر لنفس العقار والذي لم يسجل عقده أو تم تسجيله متأخرا، أو كأن يقر في عقد البيع أن العقار المبيع يستفيد من حق ارتفاق، ويجوز إثبات عكس ذلك بكل الوسائل باعتبار هذا التصرف واقعة مادية بالنسبة لهم.

أما الغير الذي لا يحتج عليه بالمحرر وهو كل شخص غير ذوي الشأن وخلفائهم، فيكون الإثبات بالنسبة لهم بكل الطرق. ومثال ذلك الشفيع هو شخص أجنبي عن عقد البيع، فعقد البيع بالنسبة له هو واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

الفرع الثاني: حجية صورة السند الرسمي: جرت العادة على أن يحرر المحرر الرسمي من أصل وصورة، حيث يظل أصل المحرر محفوظا لدى الموثق أو لدى قلم كتابة الضبط، ويعطى لأصحاب الشأن صوراً رسمية منه. والفرق بين الأصل والصورة هو أن الأصل هو الذي يحمل توقيعات الأطراف والشهود والموثق، أما الصورة فهي لا تحمل هذه التوقيعات. والصورة إما أن تكون خطية أو فوتوغرافية ، ويسوي القانون بينهما في الحكم طالما كانت الصورة مطابقة للأصل⁽¹⁾. وي طرح السؤال حول مدى حجية صورة المحرر الرسمي؟

لقد ميزت المادة 325 و 326 من القانون المدني الجزائري بين حالتين وجود الأصل وانعدامه وهو نفس الوضع بالنسبة للمشرع الفرنسي والمصري⁽²⁾.

أولا : حالات الصورة في الإثبات: وتتمثل هذه الحالات في وجود أصل السند الرسمي مع الصورة ، والحالة التي ينعدم فيها الأصل:

(1) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 67. وتنص المادة 11 من القانون 02/06 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق على: "يقوم الموثق ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون بتسليم نسخ تنفيذية للعقود التي يحررها أو نسخ عادية منها أو المستخرجات والعقود التي لا يحتفظ بأصلها. ومعنى هذا أن الأوراق التي يحررها الموثق تتمثل في الأصول التي يحتفظ بها في مكتبه وتحت مسؤوليته طبقا للمادة 10 من هذا القانون ، وأصول أخرى يحررها أو يصادق عليها من غير الاحتفاظ بها ويسلمها لأصحابها أو طالبها كالوكالات البسيطة ، والمخالفات و الشهادات.

(2) أنظر أكثر تفصيلا في موقف المشرع المصري والفرنسي، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 212 إلى 226.

1° و وجود أصل السند الرسمي: تقضي المادة 325 من القانون المدني الجزائري : " إذا كان أصل المحرر الرسمي موجودا فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين فإن وقع تنازع تراجع الصورة على الأصل".

وتعد هذه الحالة هي الغالبة في العمل، ومعنى هذا أنه إذا كان أصل المحرر الرسمي موجودا، كان للصورة نفس الحجية في الإثبات، بالقدر الذي تكون فيه الصورة مطابقة للأصل، لكن إذا نازع أحد الخصوم أو شكك في هذه المطابقة، كان على المحكمة أن تطلب إحضار الأصل للتحقق من المطابقة. أي أن حجية الصورة تستمد ليس من الأصل في حد ذاته وإنما من مدى مطابقتها للأصل. إذا فحتى يكون للصورة حجية الأصل في الإثبات يلزم توافر شرطين: أن يكون الأصل موجودا وأن تطابق الصورة الرسمية الأصل. وإن كانت الصورة غير رسمية (عادية) فلا يعتد بها، وقد تكون الصورة صورة عن الأصل ذاته كما قد تكون صورة عن صورة رسمية للأصل فالحل في جميع هذه الحالات سواء ما دام الأصل موجودا فإنه يمكن دائما مطابقة الصورة العادية بهز بالتالي لا يعتد بها لوحدتها.

وبتوافر هذين الشرطين تكون قرينة قانونية على أن الصورة مطابقة للأصل وهي قرينة غير قاطعة، فهي قائمة مادام لم ينكرها الخصم ولم ينازع صحتها وفي الحالة العكسية وجب الرجوع إلى الأصل ومراجعته.

1° عدم وجود أصل السند الرسمي: نصت المادة 326 من القانون المدني الجزائري على النحو التالي: 1- يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.

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

3- أما ما يؤخذ من صورة رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى فلا يعتد به إلا بمجرد الاستئناس تبعا للظروف.

من خلال نص المادة 326 من القانون المدني فإن المشرع ميز بين ثلاثة أنواع من الصور. **ثانيا: حجية الصورة في الإثبات:** من خلال نص المادة 326 من القانون المدني الجزائري فإن المشرع ميز بين ثلاثة أنواع من الصور:

1° الصورة الرسمية الأصلية: وهي الصورة المنقولة عن أصل السند الرسمي مباشرة بواسطة موظف عام مختص سواء كانت هذه الصورة تنفيذية أو غير تنفيذية. فهذه الصورة تكون لها حجية الأصل بشرط أن يكون مظهرها الخارجي لا يدع مجالاً للشك في مطابقتها للأصل، أي لا يكون في هذه الصورة محو أو شطب أو حشو.... والأمر متروك لسلطة القاضي التقديرية.

بمعنى تكون البيانات التي تحتويها الصورة الأصلية حجة فيما يتعلق بالوقائع التي تحقق الموثق المحرر بنفسه، حتى يطعن فيها بالتزوير، أما البيانات المتعلقة بوقائع وردت على لسان أصحاب الشأن في حضور الموظف العام، فإنها تكون حجة يمكن إثبات عكسها، أما إذا كان المظهر الخارجي للصورة يبعث على الشك في مطابقتها للأصل فإنه يترك تقدير قيمتها في الإثبات لقاضي الموضوع⁽¹⁾.

2° الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية: وتكون لهذه الورقة حجية الصورة المأخوذة عنها بشرط بقاء الصورة الأصلية حتى يمكن مراجعتها على الأصل إذا طلب أحد أصحاب الشأن ذلك. أما إذا فقدت الصورة الأصلية (وفقدان الأصل) فإن الصورة الرسمية المأخوذة عنها لا تكون لها حجية في المنازعة، ولا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس.

بمعنى أنه إذا وجدت الصورة المأخوذة منها الصورة الأصلية فإن الصورة المأخوذة منها تكون لها حجية الصورة المأخوذة عنها، ولكن يجوز لكل شخص أن يطلب مراجعتها على الصورة المأخوذة منها.

فالصورة المأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية لا تستمد حجيتها من ذاتها وإنما تعتمد على وجود النسخة المأخوذة منها، فهي تتمتع بقرينة المطابقة للصورة الرسمية فقط. أما إذا فقدت الصورة الرسمية الأصلية فإنها تفقد حجيتها ولا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس⁽²⁾.

3° الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصورة الرسمية: وهي الصورة المأخوذة من الصور التالية للأصل أو مما يليها، هذه الصورة لا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس، تبعاً لتقدير القاضي فلا تكون دليلاً أصلياً كافياً بذاته وإنما يتعين تكملتها بطرق أخرى. كما ورد في الفقرة الثالثة من المادة 326 من القانون المدني الجزائري.

(1) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 52.

(2) وأنظر خلاف ذلك رأي الأستاذ سليمان مرقس والذي يرى بأنه في هذه الحالة أي الحالة التي تفقد فيها الصورة الرسمية الأصلية فإن لصورتها حجية نفس الورقة بشرط أن يظهر من مظهرها الخارجي مما لا يسمح فيه بالشك في مطابقتها لها. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 223.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن الأوراق الرسمية تمتاز بقوة تنفيذية تعتمد على مدى صحة الورقة، فالأوراق التي تستكمل شروطها القانونية تكون لها حجية قوية في الإثبات. حيث يفترض صحة ما ورد بها من ما لم يتنافى مظهرها الخارجي مع ما يقرره القانون من ثقة في مضمونه. كأن تتضمن الورقة محواً أو حشواً أو إضافة وغيرها من العيوب، حيث يمكن للقاضي إسقاطها أو الإنقاص من قيمتها الثبوتية في الدعوى⁽¹⁾.

المبحث الثاني: المحررات العرفية: المقصود بالمحرر العرفي أو السند العادي هو المحرر الذي يتم بمعزل عن الموظف العام أي الذي يقوم الأطراف بتحريره وكتابته بمعرفتهم⁽²⁾. بمعنى أن المحررات العرفية التي تصدر بمعرفة أفراد عاديين لا يتدخل أي موظف أو مكلف بخدمة عامة أو ضابط عمومي في تحريرها. كما يعرف أيضاً أنه عبارة عن كتابة موقع عليها ممن يحتج بها عليه، ويكمن الاختلاف بينه وبين المحرر الرسمي في أنه لا يكتب بواسطة موظف عام مختص، مؤهل قانوناً لكتابته كما هو الشأن في المحررات الرسمية⁽³⁾.

ولا وجود لشكليات معينة أو شروط خاصة لكتابته أو صيغة معينة. ولا تتوفر على الضمانات الكافية التي تتوفر عليها المحررات الرسمية وتنقسم إلى محررات عرفية معدة للإثبات والتي تعتبر أدلة كاملة، ومحررات عرفية غير معدة للإثبات والتي تعتبر أدلة غير كاملة لكن أعطاهها المشرع قدراً من الحجية في الإثبات كالدفاتر التجارية والأوراق المنزلية....

وما يميز المحررات المعدة للإثبات عن غير المعدة للإثبات هو وجود التوقيع في الأولى دون الثانية، بل يعتبر التوقيع شرطاً أساسياً والسبب الوحيد الذي يمنح المحررات العرفية المعدة للإثبات الحجية. أما المحررات العرفية غير المعدة للإثبات والغالب أنها لا تحمل التوقيع كالدفاتر والأوراق المنزلية وقد تكون موقعة كالرسائل وأصول البرقيات ويمنحها المشرع حجية تتفاوت بحسب الطريقة التي أعدت بها.

(1) حيث أنه لا يجوز المنازعة في صحة بيانات الواردة في الورقة الرسمية إلا عن طريق الطعن بالتزوير، كما سبق قوله، حيث نصت المادة 179 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " الادعاء بالتزوير ضد العقود الرسمية هو الدعوى التي تهدف إلى إثبات تزيف أو تغيير عقد سبق تحريره أو إضافة معلومات مزورة إليه، وتهدف أيضاً إلى إثبات الطابع المصطنع لهذا العقد. يقام الادعاء بالتزوير بطلب فرعي أو بدعوى أصلية" ومعنى ذلك أن الطعن بالتزوير قد يتم بناء على طلب فرعي في الدعوى المقامة أمام القضاء المدني للفصل في موضوع يتم الإثبات فيه بموجب العقد محل الطعن، كما يمكن أن تقام دعوى أصلية بالتزوير في المستند الرسمي وفي هذه الحالة يتم وقف الفصل في الدعوى المدنية لغاية الفصل في دعوى التزوير كما جاء في المادة 181 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتنظر المحكمة في هذا الطلب إما بإجراء تحقيق أو أن تصرف النظر عن ذلك إذا ما رأى القاضي أن الدليل المطعون فيه بالتزوير غير فاصل في الدعوى وفقاً لما جاءت به المادة 1/181 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 77.

(3) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 54.

وتكون الأوراق العرفية إما أوراق عرفية المعدة للإثبات وفقا لشروط معينة تثبت حجيتها في الإثبات، ومحررات عرفية غير المعدة للإثبات والتي تختلف في شروطها وحجيتها عن سابقتها.

المطلب الأول: المحررات العرفية المعدة للإثبات: لكي يتم الاعتراف بالمحرر العرفي كدلي إثبات يجب أن تتوافر شروط أساسية في المحرر.

الفرع الأول: شروط المحررات العرفية المعدة للإثبات : وتنص المادة 327 من القانون المدني الجزائري على أن : " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء، أما الورثة وخلفه فلا يطلب منهم الإنكار، ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق." من خلال النص يتبين بأن الشروط الواجب توافرها في المحررات العرفية تتمثل في شرطين أساسيين هما الكتابة (أولا)، ثم أن يكون المحرر موقعا ممن يستند إليه كدليل عيه (ثانيا).

أولا: الكتابة : من الطبيعي أن يكون المحرر العرفي مكتوبا سواء كانت هذه الكتابة بخط يد المدين أو بخط يد شخص آخر، باليد أو بالآلة الراقنة (الكاتبة) أو مطبوعة، بالمداد (الحبر) أو بالقلم، بلغة المدين أو بلغة أجنبية، وكل ما يهم في المحرر العرفي هو التوقيع لأن هذا الأخير هو الذي يعطي المحرر العرفي حجيته في الإثبات، والسند الخالي من التوقيع لا قيمة له حتى كمبدأ ثبوت بالكتابة. ومعنى ذلك أنه يشترط في الورقة العرفية التي تصلح دليلا كتابيا أن تكون بها كتابة متعلقة بالواقعة محل الإثبات. ولقد توسع المشرع الجزائري ومن قبله المشرع الفرنسي في مفهوم الكتابة. حيث أن المشرع أدخل بموجب المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري المضافة بموجب القانون 05-10 السالف الذكر الكتابة الالكترونية، حيث نصت: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها طرق إرسالها".

ولا يشترط شكل معين أو لغة معينة في المحررات العرفية أو تحريرها بخط يد من ينسب له الالتزام أو خط المتمسك بها. فكل ما يكتب ويؤدي المعنى يعتبر كافيا، فقد تكون باللغة العربية أو بغيرها، بخط يد المدين أو الدائن أو شخص آخر⁽¹⁾، وسواء كان بالحبر أو الرصاص أو بغيرهما (كآلة

(1) ما لم يشترط القانون كتابتها باللغة العربية كما هو الحال بالنسبة للوثائق والمستندات التي تقدم إلى المحاكم والمجالس القضائية تحت طائلة عدم قبولها كما تنص على ذلك المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأنظر محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق،

الرافنة والكمبيوتر)....(2) . بمعنى أنه في الكتابة العرفية لا يشترط شكل مخصوص أو شروط خاصة، لا من حيث صياغتها ولا من حيث طريقة تدوينها.

ويرى البعض أن لا يعيب المحرر العرفي أن تتضمن الورقة تحشيرا أو كتابة بين السطور أو في الهامش أو أن يوجد كشط أو محو ، ولا يلزم التوقيع على الإضافة أو الحشو، لأنه في جميع الأحوال يبقى للفاضي سلطته التقديرية في قبول وتقدير قيمة الورقة العرفية في الإثبات(3). كما أنه ليس هناك تحديد لما يجب أن تتضمنه الورقة العرفية من بيانات، وإن كان المنطق يفترض أن يتضمن السند العرفي بيانات لازمة لبيان ماهيته والتعرف على الأفراد محل العلاقة التي دون لأجلها، كذكر المبالغ والبيانات الذاتية للأطراف من أسماء أو كنيات معروفة لأن في ذلك سلامة واحتياط أكثر للأطراف المعنية، كما لا يشترط ذكر المكان الذي تم فيه تحرير المحرر العرفي. ويشترط القانون الفرنسي خلافا لجل التشريعات العربية ومنها الجزائري، بعض الشروط الخاصة في بعض المحررات العرفية والمتمثلة في المحررات المثبتة لعقود ملزمة للجانبين، إذا يشترط القانون تحرير عدد من النسخ بقدر عدد أطراف العقد ذوي المصالح المستقلة وذكر عدد هذه النسخ في كل واحدة منها.

والمحررات العرفية المثبتة لتعهدات ملزمة لجانب واحد بمبلغ من النقود أو بأشياء مثلية تعد، أو تقاس، أو توزن أو تكال، حيث اشترط ان يكتبها المدين كلها بخط يده أو على الأقل أن يكتب في نهايتها وقبل توقيعها مقدار النقود أو الأشياء المثلية المتعهد بها بالحروف لا بالأرقام. كما لا يشترط كتابة التاريخ في الورقة العرفية، لكن لا تكون لهذه الورقة في هذه الحالة حجية على الغير ما لم يكن التاريخ ثابتا وهو ما ورد في المادة 328 من القانون المدني الجزائري (إن انعدام التاريخ قد يخلق بعض المشاكل حتى بالنسبة للمتعاقدين الموقعين عليها ذلك أنه يمكن أن تتغير حالة أحدهم بأن يفقد أهليته بعد أن كان متمتعا بها وقت التعاقد).

وإن تعددت التواريخ في المحرر العرفي، فالعبرة بالتاريخ الأخير ما لم يثبت تزويره. لكن المشرع يشترط على سبيل الاستثناء ذكر التاريخ في بعض المحررات العرفية كالسفجة (390 من القانون التجاري الجزائري) والسند لأمر (405 من القانون التجاري الجزائري) والشيك (542 من القانون التجاري الجزائري)، وفي حالة عدم ذكر التاريخ على هذه المحررات لا يترتب عليها بطلان الورقة وهو الحل الذي اعتمده المشرع

(2) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 230.

(3) سليمان مرقس، نفس المرجع ، ص 231.

ثانياً: التوقيع: يعد التوقيع الشرط الجوهري في المحرر العرفي لأنه هو أساس نسبة المحرر للموقع، فهو ينبئ بقبول الملتزم بمضمون المحرر وهو كافي لوجوده⁽¹⁾. والحقيقة أن المشرع وقبل التعديل الأخير للقانون المدني الجزائري 2005، كان ينص على التوقيع فقط من غير بصمة الأصبع والتي لم يكن يعترف بها كدليل إثبات⁽²⁾، غير أن تعديل المادة 327 بموجب القانون 05-10 السالف الذكر أدخل المشرع بصمة الإصبع كوسيلة في إثبات ما هو منسوب للشخص من كتابة أو خط في المحرر العرفي.

والواقع أن بصمة الأصبع أكثر ضماناً من التوقيع بالختم أو التوقيع اليدوي، حيث أثبت العلم أن بصمات الإصبع لا تتشابه ويستحيل تقليدها.

كما أضاف المشرع الجزائري بموجب التعديل الأخير، التوقيع الإلكتروني والذي سوف يكون محل دراسة تفصيلية في معرض الحديث عن المحررات الإلكترونية في المبحث الموالي من هذا الفصل. ويشترط في التوقيع أن يتم بوضع الاسم واللقب أو الاثنين معاً أو كنيته بخط اليد هذا في الأمور المدنية. أما في المواد التجارية فيمكن أن يكون التوقيع بوضع الختم (La Griffé) وهذا يرجع لما تتميز به المواد التجارية من حرية في الإثبات.

قد يحدث أن يوقع المدين على ورقة بيضاء ويسلمها للدائن ليكتب فيها ما تم بينهما من اتفاق، وهو ما يحدث في الشيكات. حيث يتم توقيع الشيك على بياض ويسلم للدائن لملء البيانات خاصة المبلغ المتفق عليه، فإن تم ملأ البيانات فوق التوقيع صار للورقة حجية المحرر العرفي. والقاعدة هي أنه إذا تمت كتابة البيانات فوق التوقيع صارت للورقة قوة المحرر العرفي، فالتوقيع السابق كالتوقيع اللاحق صحيح وملزم لصاحبه طالما صدر عن علم واختيار منه، ويجعل الورقة حجة على من وقع عليها. غير أنه يجوز للموقع إثبات أن ما كتبه الدائن من بيانات غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه. ولا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة، أو بمبدأ ثبوت بالكتابة معزز بشهادة الشهود عملاً بمبدأ لا يجوز نقض الثابت كتابة إلا بالكتابة⁽⁴⁾. أما بالنسبة لإثبات واقعة سرقة أو ضياع الورقة العرفية الموقعة على بياض، فهي وقائع مادية يجوز بالتالي إثباتها بكافة طرق

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 70. وقد جرى قضاء النقض المصري بأن التوقيع في نهاية المحرر شرط لنسبته إلى صاحبه، ودليل على إرادته الالتزام بمضمونه، أما التوقيع في موضع آخر من المحرر فلا يكفي لنسبته إلى موقعه، ما لم يقترن بما يؤكد قصد الارتباط به، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 233.

(2) التوقيع بوضع البصمة في القانون الجزائري على الأوراق العرفية لم يكن له قيمة قبل تعديل القانون المدني سنة 2005، بمعنى ليس له حجية لإثبات نسبة ما كتب في المحرر لواضع البصمة أنظر (قرار رقم 12952 المؤرخ في 1979/01/31).

(4) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 244.

الإثبات⁽⁵⁾. وإن أخل الدائن بالثقة التي وضعها المدين فيه بأن كتب بيانات مغايرة للحقيقة، فيكون للمدين إثبات ذلك بالكتابة احتراماً لمبدأ الإثبات بالكتابة، فإن توصل إلى ذلك اعتبر الدائن مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة.

الفرع الثاني: حجية الورقة العرفية المعدة للإثبات: إذا توافرت شروط المحرر العرفي تكون له حجية في الإثبات بين أطرافه، ولأوراق العرفية حجية من حيث البيانات المدونة فيها وتكون لها حجية في مواجهة الغير.

أولاً: حجية الورقة العرفية بالنسبة لأطرافها: تعتبر الورقة العرفية حجة على من صدرت منه بشرط عدم الإنكار، أي إنكار ما جاء فيها، بمعنى تتوقف حجية الورقة العرفية على من وقعها ما لم ينكر ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء، فإن سكت ولم ينكر صراحة ذلك عد ذلك إقراراً منه ضمناً بنسبة ما ورد في المحرر العرفي إليه، أما إذا تم الإنكار زالت عن السند الحجية. ويجب أن يحدث الإنكار قبل مناقشة موضوع المحرر، ويجب أن يتم الإنكار صراحة ويتعين على القاضي قبل الفصل في الدعوى الفصل قبلاً في صحة الورقة العرفية التي تم إنكار ما جاء فيها من أحد الخصوم، فإن قضت المحكمة بصحة الورقة العرفية تثبت للورقة حجيتها ولا يبقى لمنكرها سوى الطعن فيها بالتزوير، وفقاً لنفس الطرق الخاصة بالطعن بالتزوير في المحررات الرسمية، سواء بطريق فرعي أو بطريق أصلي.

وتجدر الملاحظة أنه متى تم التصديق على الورقة العرفية، فلا يجوز الإنكار ممن وقعها ولا حلف اليمين من طرف الخلف على عدم العلم بأن التوقيع لسلفهم، وإنما يجب لدفعه كدليل إثبات الطعن فيه بالتزوير، ذلك أن في المصادقة إشهاد لموظف رسمي مختص، مما يجعل التوقيع المصادق عليه كالبيانات الرسمية المدونة في المحرر الرسمي. ومعنى ذلك أن الأمر يتعلق فقط بنسبة الإمضاء أو التوقيع إلى موقعها دون الإخلال بحقه وحق ورثته، وخلفه الخاص في الطعن في مضمون الورقة العرفية أو التمسك بالدفوع المتعلقة بأصل الحق الثابت بها.

ثانياً: حجية المحرر العرفي بالنسبة للبيانات المدونة فيه: إن اعتراف الخصم بصدور المحرر منه يعني أن البيانات الواردة فيه صحيحة، وهذا الدليل على صحتها يجعل له قوة المحرر الرسمي فيما يتعلق بمحتوياته المادية، لكن هذا لا يمنع من الادعاء بالتزوير في حالة ثبوت إضافة أو حذف أو تغيير. كما يمكن الادعاء بوجود الصورية في حالة ما إذا كانت البيانات الواردة في المحرر العرفي غير مطابقة لإرادة الأطراف، ولا يكون إثباتها إلا بالكتابة أي بورقة الضد فيما بين المتعاقدين.

(5) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 83.

كأن يثبت بأن التاريخ المذكور في المحرر ليس حقيقياً، في حين يجوز للغير إثبات الصورية بكل طرق الإثبات باعتبار أن التصرف بالنسبة إليهم يعتبر واقعة مادية. كما يمكن للأطراف إثبات الصورية بكل طرق الإثبات إذا كانت الصورية تخفي غشا نحو القانون كالبيع بقصد التحايل على أحكام الميراث. كما يمكن الطعن بالبطلان في التصرف المتضمن في المحرر العرفي لوقوع أحد الطرفين في الغلط أو التدليس.

ثالثاً: حجية الورقة العرفية بالنسبة للغير: نصت المادة 328 من القانون المدني الجزائري على أنه:

" لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت. " والغير المقصود في هذه المادة هو الخلف الخاص. وهو كل شخص ليس طرفاً في العقد، لكن قد يضار أو قد يستفيد من المحرر، ولا يطلب من الغير (الخلف العام) إنكار أن التوقيع ليس لمن صدر منه المحرر العرفي، وإنما يحلف يمينا بأنه لا يعلم بأن الخط أو الإمضاء أو البصمة أو الختم هو ليس لمن تلقوا منه الحق أي الطعن بالجهالة، وهذا ما هو ثابت في اجتهادات المحكمة العليا⁽²⁾. وإذا فعلوا ذلك زالت عن المحرر الحجية ويتم اللجوء إلى مضاهاة الخطوط، والطعن بالجهالة لا يمتد أثره إلى التصرف في حد ذاته الصادر من المورث أو الموصي، وفي الحالة العكسية أي في حالة إقرارهم بأن الختم أو التوقيع أو البصمة الموجودة على المحرر هي لمن تلقوا من الحق فإنه لا يقبل منهم بعد ذلك الطعن بالجهالة بل سلوك طريق الطعن بالتزوير في المحرر العرفي.

فالسند العرفي لا يكون حجة على الخلف الخاص لأحد المتعاقدين إلا إذا كان ثابت التاريخ مثال ذلك أن يبيع شخص سيارة لشخصين على التوالي، فالمشتري الأول يصبح خلفاً خاصاً للبائع، ولا يكون عقد البيع الثاني حجة عليه إلا إذا كان ثابت التاريخ، وإلا لأمكن للبائع أن يتواطأ مع المشتري الثاني فيقدم تاريخ البيع الثاني حتى يسري في حق المشتري الأول.

ولا يدخل في مفهوم الغير المتعاقدين نفسه سواء وقع العقد بنفسه أو بالنيابة عن غيره، كما لا يعد من الغير الخلف العام للمتعاقد وهو الوارث والموصى إليه من التركة ذلك لأنهم يخلفون المورث في حقوقه ومركزه فيجري عليهم ما يجري على مورثهم، ويحتج عليهم بتاريخ الأوراق العرفية الصادرة منه كما كان يحتج بها عليه، كما يدخل أيضاً في هذا الشأن الدائن العادي للمتعاقد وهو الذي ليس له إلا حق الضمان العام.

(2) من المقرر قانوناً أن العقد العرفي يعتبر صادراً ممن وقعه ما لم ينكره صراحةً أما ورثته أو خلفه لا يطلب منهم ذلك، ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه الحق، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأً في تطبيق القانون، القرار رقم: 53931 مؤرخ في 1992/05/28 المجلة القضائية، لسنة 1992، العدد 1، ص 99.

بمعنى يدخل في مفهوم الغير الخلف الخاص وهو من تلقى حقا عينيا من المتصرف فهو من الغير بالنسبة لتاريخ المحرر العرفي الصادر من سلفه، كما يدخل أيضا في مفهوم الغير الدائن المرتهن والدائن الحائز والذي باشر إجراءات التنفيذ بالحجز على أموال المدين.

الفرع الثالث: حجية تاريخ الورقة العرفية المعدة للإثبات: يعتبر التاريخ بالنسبة للأطراف المتعاقدة ليس إلا عنصر من الورقة متفق عليه بنفس الطريقة التي اتفقوا عليها بالنسبة لباقي العناصر الأخرى الموجودة في الورقة. وبذلك تكون للورقة العرفية حجية بين الأطراف بالنسبة للتاريخ الوارد بها ويمكن لأي طرف أن يقيم الدليل على عدم صحة ذلك التاريخ أي إثبات صورة المحرر العرفي والتي تخضع لقاعدة عدم جواز نقض الثابت كتابة إلا بالكتابة.

ولا مجال للإعمال هذه القاعدة إذا اتخذت الصورية كوسيلة للتحايل على القانون. كأن يكون سبب الدين قمارا ويكتب في السند أنه قرض أو أن يخفي عقد القرض ربا فاحش، فيجوز إثبات الصورية هنا بكافة طرق الإثبات.

والسبب في ذلك هو وجود مانع يحول دون الحصول على ورقة الضد ممن تم التحايل على مصلحته، ولذلك يطبق حكم القانون الذي يجيز الإثبات بكافة طرق الإثبات عند وجود المانع من الحصول على الدليل الكتابي. يجوز للخلف العام الوارث أو الموصى له أو بصورة عامة من يخلف السلف في ذمته المالية، أن يثبت صورية العقد العرفي بكافة طرق الإثبات ولا تخضع لقاعدة عدم جواز نقض الثابت كتابة إلا كتابة لوجود علة المانع من الحصول على ورقة الضد. فلا يحتج على الوارث الذي يدعي صدور التصرف من المورث في مرض الموت بالتاريخ العرفي للسند، بل له إثبات صورية التاريخ وصدور التصرف في مرض الموت بجميع طرق الإثبات.

أولا : طرق إثبات التاريخ: يكون التاريخ ثابتا بالنسبة للغير ابتداء وحسب نص المادة 328 من القانون المدني الجزائري من يوم تسجيله، وإذا ثبت مضمون المحرر العرفي في عقد آخر حرره موظف عام، وبوفاة أحد الذين لهم على الورقة (العقد) خط أو إمضاء وأخيرا من يوم التأشير عليه من طرف موظف مختص.

1° تسجيل المحرر العرفي: إن تسجيل المحرر العرفي يعطيه تاريخا ثابتا، وذلك لأنه يدل على أنه قد تم إبرامه قبل ذلك التاريخ حتما، وهنا يوجد موظف التسجيل كشاهد على الواقعة ولذلك فليس بالإمكان الغير أن يطعنوا في تاريخ التسجيل إلا بطريق التزوير⁽¹⁾. والتسجيل هو قيد مضمون الورقة

(1) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 104، وأنظر ما قضت به المحكمة العليا حيث أنه: " 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"، قرار رقم: 62624 المؤرخ في 1990/09/24، المجلة القضائية، لسنة 1992، العدد 2، ص 24.

العرفية في سجل خاص ويقوم به الموثق، حيث يوجد لدى الموثق دفتر هجائي تفرغ فيه أسماء ذوي الشأن في المحررات العرفية التي تم إثبات تاريخها. ويقوم الموثق بكتابة محضر يثبت فيه تاريخ تقديم المحرر ورقم إدراجه في الدفتر أو السجل المعد لذلك، ويختم بختم وتوقيع الموثق. والطريقة الثانية تكون بالتوقيع على المحرر العرفي من طرف الموظف المختص ويعطيه رقما يدرجه في سجل خاص به (سجل التصديقات)⁽²⁾.

وانتهى مفعول هذه الحالة في الجزائر منذ سنة 1992، حيث منع قانون المالية لهذه السنة تسجيل المحررات العرفية واشترط أن جميع العقود الخاضعة للتسجيل يجب أن تفرغ في محرر رسمي على يد موثق.

حيث تعتبر جميع المحررات العرفية المتعلقة بنقل الملكية العقارية المبرمة قبل 1971/01/01 باطلة بطلانا مطلقا، لكون أن المسألة تتعلق بركن من أركان العقد وهي الشكلية، حتى لو تم تسجيلها في مصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب.

2° ثبوت مضمون المحرر العرفي في عقد آخر حرره موظف عام: قد يحدث أن يذكر مضمون محرر عرفي في سند آخر ثابت التاريخ أو سند رسمي حرره موظف عام، فإن هذا يدل دلالة قاطعة على أن المحرر قد صدر قبل تاريخ السند الرسمي أو في التاريخ الثابت فيه. وقد يكون هذا المحرر الذي يحرره الموظف العام سندا توثيقيا أو محضرا تنفيذيا أو حكما قضائيا أو قرارا إداريا أو إشارة القاضي على المستندات بما يفيد اطلاعه عليها، ولا 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⁽¹⁾.

3° وفاة أحد الذين لهم على الورقة (العقد) خط أو إمضاء: إذا حمل المحرر خط أو توقيع شخص توفي فإن ذلك يدل كذلك دلالة قاطعة على أن المحرر صدر قبل الوفاة، ويعتبر تاريخ الوفاة تاريخا ثابتا للمحرر. ولا يشترط أن يكون الموقع على المحرر طرفا في التعاقد، بل يكفي أن يكون توقيعه كشاهد أو ضامن. والعلة من جعل الوفاة سبب من أسباب ثبوت التاريخ هو أن المتوفي يستحيل عليه بعد الوفاة الكتابة أو التوقيع، وهذه العلة جعلت بعض التشريعات ومن بينها المصري يلحق بالوفاة العجز الجسماني كالإصابة بالشلل أو بتر اليدين، والتي يستحيل معها كذلك الكتابة أو الإمضاء.

(2) سليمان مرقس، ج 12، المرجع السابق، ص 320.

(1) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 105.

أما المشرع الجزائري فتكلم على حالة الوفاة فقط، وعليه فمن تاريخ الوفاة أو تاريخ الإصابة في التشريعات الأخرى يصبح المحرر العرفي ثابت التاريخ، وواقعة الوفاة أو الإصابة يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات لأنها واقعة مادية، لكن الحالة الغالبة في الوفاة أنها تسجل وبالتالي يجوز إثباتها باستخراج شهادة من سجل الوفيات.

ولا يكفي وجود خط المتوفي على المحررات العرفية المعدة للإثبات بل لابد من وجود توقيعه أيضا لأن وجود الكتابة مع توقيع الغير وإن كان يقطع بكتابة الورقة قبل الوفاة فإنه لا يجزم بتوقيعها قبل واقعة الوفاة⁽²⁾.

وقد أجمع الفقه والقضاء على أن لا يكتسب المحرر العرفي تاريخا ثابتا إلا بإحدى الطرق التي ذكرتها المادة 328 من القانون المدني الجزائري.

4° التأشير عليه من طرف موظف مختص: يقصد به تقديم المحرر العرفي إلى موظف أثناء تأدية وظيفته فيؤشر عليه بما يفيد تقديمه، ويدون تاريخ التقديم، كتصديق الموثق على التوقيعات، وتأشير القاضي على المستندات بما يفيد اطلاعه عليها، كذلك التأشير من مصلحة الضرائب بما يفيد أن الشخص قد دفع ما عليه من رسوم، تأشير الخبير على ورقة قدمت له لإجراء خبرة انتدب فيها من طرف المحكمة، أو تأشير المحكم على مستند عرض عليه أثناء النزاع الذي حكم فيه. ويشترط أن يكون التأشير قد تم في ظروف لا تدع مجالاً للشك⁽¹⁾.

ثانياً: الاستثناءات : القاعدة انه لا يحتج على الغير بالمحررات العرفية ما لم تكن ثابتة التاريخ لكن يرد على هذه القاعدة الاستثناءات التالية:

1° في المواد التجارية: العالم التجاري يقوم على حرية الإثبات فالشرط الوحيد هنا أن تكون المحررات العرفية ذات طابع تجاري، بمعنى أن الشرط الوحيد في هذا الاستثناء يتمثل في ضرورة تعلق المحررات العرفية بالتجارة وإلا فلا مجال لإعماله⁽²⁾.

2° المخالصات: استقر الاجتهاد القضائي على أن المدين يستطيع أن يثبت تحرره من الدين بمخالصة ليست ذات تاريخ ثابت وتبرر هذه القاعدة بما جرى عليه العمل في هذه المسألة⁽³⁾.

إن المادة 328 من القانون المدني الجزائري شرعت من أجل حماية مصالح الأفراد ضد التعسفات التي تنتج عن تسبيق التواريخ، لذلك فبإمكان الغير أن يتنازل عن هذه الحماية بالاعتراف إما صراحة

(2) سليمان مرقس، ج12، المرجع السابق، ص 326،327.

(1) سليمان مرقس، ج12، المرجع السابق، ص 325.

(2) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 73.

(3) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 314.

بصحة التاريخ الموجود على الورقة وإما ضمناً بأن يتصرف بما لا يدع مجالاً للشك في أن قصده هو عدم التمسك بعدم وجود التاريخ الثابت.

من خلال ما سبق يتبين بأن حجية المحررات العرفية مستمدة من التوقيع عليها ممن يحتج به عليها، لذلك يتعين أن يكون التوقيع أصلياً (حياً) . ومنه فإن صور المحررات العرفية ليس لها حجية في الإثبات ما دامت لا تحمل توقيعاً أصلياً . وإذا تم دفع صورة المحرر العرفي في الإثبات وجب تقديم الأصل ، وفي هذه الحالة تكون الحجية للأصل لا للصورة المحتج بها، فإن لم ينازع الخصم في صحة صورة المحرر العرفي ولم يطلب تقديم الأصل لمراجعتها ، جاز اعتباره مسلم بمطابقتها للأصل ، وجاز بالتالي للمحكمة أن تأخذ بها في حكمها⁽¹⁾

المطلب الثاني: المحررات العرفية غير المعدة للإثبات: لقد نص المشرع الجزائري على أربعة أنواع من المحررات العرفية غير المعدة للإثبات، وفي كل مرة يمنحها نوع من الحجية وهي الرسائل والبرقيات (الفرع الأول)، الدفاتر التجارية (الفرع الثاني)، والدفاتر والأوراق المنزلية (الفرع الثالث) والتأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الرسائل والبرقيات: لقد أعطى المشرع لكل من الرسائل والبرقيات حجية المحررات العرفية المعدة للإثبات في حالة ما إذا كانت موقعة، أما إذا لم تكن موقعة فقد منحها قدراً من الحجية يتفاوت بحسب توافر شروط معينة.

أولاً: الرسائل: تنص المادة 329 من القانون المدني الجزائري على : " تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات". إن الرسائل الموقع عليها تكتسب قوة المحرر العرفي من حيث الإثبات، فتكون حجة على المرسل بصحة المدون فيها إلى أن يثبت العكس بالطرق المقررة للإثبات قانوناً. والرسالة ملك المرسل إليه، فله أن يتمسك بها دليلاً على حقه الذي يدعيه في مواجهة المرسل حتى ولو تضمنت الرسالة سرا وفي هذه الحالة يخير المرسل بين تقديم الرسالة إلى القضاء (مع احتوائها على السر) أو أن يبسر له المرسل الإثبات بالطرق الأخرى غير الرسالة⁽²⁾. والأصل أن الرسالة تكون ملكاً للمرسل حتى تسلم إلى المرسل إليه فإن سلمت له صارت ملكاً له وأصبحت بذلك إمكانية المرسل إليه ان يفيد منها في الإثبات دون حاجة إلى استئذان المرسل⁽³⁾.

(1) ونفس الحكم تأخذه الصورة الفوتوغرافية، أنظر سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 334 و 338 .

(2) سليمان مرقس، ج12، المرجع السابق، ص 523، 524.

(3) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 108.

أما بالنسبة للرسالة التي تحمل سرا فيجب استئذان المرسل ووجوب موافقته على تقديمها كوسيلة للإثبات. ولا تكون الرسالة سرية إلا في المواد التجارية نظرا للطبيعة الخاصة للأعمال التجارية. بمعنى أنه لا يعتد بالرسائل السرية التي تقدم إلى المحكمة بغير اتفاق المرسل والمرسل إليه⁽¹⁾. وليس للغير إذا وقعت في يده الرسالة والمتضمنة إقرارا لفائدة هذا الغير أن يقدمها دليلا لمصلحته إلا بموافقة المرسل إليه على ذلك صراحة أو ضمنا. وإذا احتوت الرسالة على سر فلا بد من موافقة المرسل كذلك هذا إذا كانت الرسالة وقعت في يد الغير بطريق مشروع، أما إذا وقعت في يده بطريق غير مشروع فلا يجوز له أصلا أن يقدمها كدليل.

ونظرا لأن الرسائل غير معدة للإثبات فيتعين على القاضي في تفسيرها أخذ هذا بعين الاعتبار وأن كاتبها لم يأخذ الحيلة المتطلبة في إعداد الأوراق المثبتة للتصرفات والوقائع بالشكل القانوني كما هو الحال في الأوراق المعدة مسبقا للإثبات. وإذا لم تكن الرسالة موقعة ولكنها مكتوبة بخط يد المرسل فإنها تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة⁽²⁾.

ثانيا: البرقيات: تنص المادة 329 من القانون المدني الجزائري: "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 أتلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس". لقد قرر المشرع من خلال هذا النص أن للبرقية " Télégramme " حجية المحرر العرفي، واشترط لكي تكون لها هذه القيمة أن يكون أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، فإن كان الأصل لا يحمل التوقيع (توقيع المرسل) أو من ينوبه أو يمثله في حالة كونه شخصا معنويا، فلا تكون للبرقية أي قيمة في الإثبات لأنها ليست محررة بخط يد المرسل⁽³⁾. كما أن المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 329 السالفة الذكر، يفترض مطابقة مضمون البرقية لأصلها ما لم يثبت عكس ذلك، ذلك أن البرقية أصل وصورة، فالأصل يكتبه المرسل بخطه ويوقعه، ويحتفظ به في مكتب التصدير لمدة معينة. أما الصورة يكتبها العامل أو الموظف المكلف بتصدير البرقيات ويرسل بها إلى المرسل إليه. ويعتبر تاريخ البرقية تاريخ ثابت لأن الختم الذي ترسل به يكون مؤرخا أي متضمنا التاريخ، والتأكد من التاريخ يكون بالرجوع إلى الدفتر الخاص بذلك.

أما إذا أتلف الأصل (بعد انقضاء المدة التي يجب الاحتفاظ فيها بالبرقيات في مكتب التصدير) أو فقد لأي سبب كان، فلا تكون للبرقية الحجية التي تعطى للمحررات العرفية وإنما يمكن الاستناد عليها

(1) سليمان مرقس، ج12، نفس المرجع، ص 526-528.

(2) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 108.

(3) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 78.

لمجرد الاستثناس لا غير⁽¹⁾، لأن البرقية لا تستمد حجيتها من ذاتها وإنما من الأصل، الذي يبقى في مكتب البريد.

الفرع الثاني: الدفاتر التجارية: تنص المادة 330 من القانون المدني الجزائري على أن: " دفاتر التجار لا تكون حجة على الغير، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالشهادة. وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه. " ألزم المشرع التجار باتخاذ دفاتر معينة، وأجاز القانون إلزامهم بتقديمها إلى المحكمة. ودفاتر التجار تكون حجة عليهم لأن ما دون فيها من بيانات يعتبر بمثابة إقرار صادر منهم، سواء كانت هذه الدفاتر منتظمة أو غير منتظمة. وبذلك يكون المشرع قد خرج عن القواعد العامة في الإثبات من ناحيتين:

الأولى : إن دفاتر التجار هو ورقة عرفية غير موقعة منهم بل إن الغالب ألا تكون بخطه ، ومع هذا يعتبر دفتر التاجر حجة ضده.

الثانية: أن القانون يلزم التاجر بتقديم الدفاتر خلافا للقاعدة العامة التي تقضي بعدم إلزام الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، مع ملاحظة أن هذا ليس حقا مقررًا لخصم التاجر وواجبا على المحكمة إنالته إياه، بل هو أمر جوازي للمحكمة.

تنص المادة 16 من القانون التجاري الجزائري " يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام نزاع وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق منها بالنزاع". وعليه فطبقا للمادة 330 السالفة الذكر يجوز أن يستند التاجر على دفاتره في الإثبات وذلك على النحو التالي واستنادا إلى القواعد التالية :

أولاً: دفتر التاجر حجة عليه: وذلك لأن ما ورد في الدفاتر التجارية من بيانات يعتبر كما سبق من قبيل الإقرار غير القضائي في صيغة مكتوبة، ويبقى للمحكمة تقدير قيمة ما يستخلص من الدفاتر ويستفاد منه في النزاع. وللتاجر ان يثبت بكافة طرق الإثبات (الشهادة، القرائن) خلاف ما ورد في دفتره، ولا يهيم هنا إن كانت الدفاتر منتظمة أو غير منتظمة.

والبيانات التي تكون حجة على التاجر (وفي صالح خصمه) لا تكون قابلة للتجزئة، فمثلا إذا قيد التاجر في دفتره أنه تسلم البضاعة وسدد ثمنها، فلا يجوز لخصمه أن يجزئ هذا البيان فيتمسك بواقعة تسلم البضاعة ويستبعد واقعة سداد الثمن. ويشترط هنا شرطين:

(1) أحمد شرف الدين، المرجع نفسه، ص 79.

1- أن تكون البيانات متصلة بوقائع النزاع.

2- أن يكون الدفاتر محل التدليل منتظمة.

ثانيا: **دفتر التاجر حجة له:** فالقاعدة العامة تقضي بأنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه وبنفسه حتى ولو كان تاجرا دفاتره منتظمة، ومع ذلك أجاز المشرع استثناء أن يكون دفتر التاجر حجة له في حالتين:

1° إذا كان الخصم تاجرا: وهذا ما قضت به المادة 13 من القانون التجاري الجزائري : " يجوز للقاضي قبول دفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التاجر بالنسبة للأعمال التجارية". فكل من الخصمين (التاجرين) ملزم قانونا بمسك الدفاتر التجارية التي ينص عليها القانون بصفة منتظمة. فدفتر التاجر هو مرآة تجارته وأعماله. مع ملاحظة أن القاضي هنا يملك سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بالدفتر كدليل إثبات من عدمه، فهذه القاعدة مقيدة بوجوب شرطين:

° أن تكون الدفاتر التجارية منتظمة طبقا لما يشترطه القانون في كل دفتر.

° أن يكون موضوع النزاع واقعة تجارية.

2° إذا كان الخصم غير تاجر: فالأصل الذي جاءت به المادة 330 من القانون المدني الجزائري " أن الدفاتر التجارية لا تكون حجة على غير التاجر" لكن لو كان الخصم تاجرا فهل يجوز له أن يستند على دفاتره ضد غير التاجر؟ أجاز القانون أن يكون دفتر التاجر حجة على غير التاجر بشروط:

° أن يكون النزاع يتعلق بسلعة قام التاجر بتوريدها إلى زبونه غير التاجر، ولا يجوز الإثبات بدفتر التاجر في غير موضوع توريد البضائع.

° أن يكون محل الالتزام مما يجوز إثباته بالبينة بالنسبة لغير التاجر أي لا يتجاوز 100.000 دج طبقا للمادة 333 من القانون المدني الجزائري.

° أن يقوم القاضي بتكميل الدليل باليمين المتممة ويوجهها القاضي إلى التاجر، لتدعيم ما جاء في دفاتره. ويجوز لغير التاجر هنا تقديم دليل يفند ما هو وارد في دفتر التاجر، كما يجوز للقاضي أن يأخذ بما يستخلصه من قرائن في نقض هذا الدليل بتوجيه اليمين المتممة إلى غير التاجر.

الفرع الثالث: الدفاتر والأوراق المنزلية: يقصد بها تلك الأوراق التي يدون فيها الأشخاص أمورهم الخاصة، ومن بينها حقوقهم والتزاماتهم، والحسابات والتصرفات المختلفة، كما هو الشأن بالنسبة لدفتر الحسابات والمفكرة والأوراق والمذكرات⁽¹⁾. والأصل أن لا تكون لهذه الأوراق حجية تفيد صاحبها،

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 114.

بمعنى لا يمكن لصاحب هذه الأوراق المنزلية أن يستند عليها كدليل لأن القاعدة لا يمكن للشخص أن يصنع دليلاً لنفسه. لكن لا يوجد ما يمنع القاضي من استخلاص قرينة لصالح من صدرت منه، يمكن تدعيمها بقرائن أخرى⁽²⁾.

بمعنى ليس لصاحب هذه الأوراق الاحتجاج بما ورد فيها بنفسه على الغير، كما لا تعد دليلاً ناقصاً يجوز للقاضي تكملته عن طريق توجيه اليمين المتممة⁽³⁾.

وتنص المادة 331 من القانون المدني الجزائري " لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين:

1° إذا ذكر في الورقة أنه استوفى ديناً ، إذ يعتبر هذا البيان من جانبه بمثابة إقرار لأنه من غير المعقول أن يذكر شخص ذلك في أوراقه الخاصة إلا إذا استوفى الدين فعلاً، ويجب أن يكون التعبير عن ذلك صريحاً لا ضمناً.

2° أن يقرر الشخص في أوراقه الخاصة أنه قصد بما دونه أن يقوم مقام السند لما قرره من حق للغير. ومعنى ذلك أنه ينبغي أن تكون الأوراق مكتوبة بصياغة كما لو كانت دليلاً لمصلحة من ثبت له الحق.

لكن حتى في هاتين الحالتين فحجية هذه الدفاتر والأوراق ليست قاطعة، حيث يستطيع صاحبها أن يثبت عكس ما دونه به وتعتبر قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها بكل الوسائل. ولا تخضع لقاعدة أنه لا يجوز إثبات عكس الكتابة إلا بالكتابة، لسبب أن هذه الأوراق ليست أوراق عرفية معدة للإثبات أي أنها ليست أدلة كاملة.

أما الغير فيجوز له أن يتمسك بها ويفيد منها لإثبات دعواه في حالتي المادة 331 من القانون المدني السابقتين، ويمكن للقاضي كما سبق الاستئناس بما ورد في هذه الأوراق واعتبارها مجرد قرينة تضاف إليها وثائق أخرى سبق تقديمها وفقاً للقواعد العامة بشأن الإثبات بالقرائن.

الفرع الرابع: التأشير ببراءة ذمة المدين والتأشير على سند في حيازة الدائن: جرى العرف على أنه في الوفاء بالديون، خاصة إذا كانت الديون متتابعة ، أن يكتفي المدين في إثبات الوفاء بأن يؤشر الدائن على سند الدين الموجود في حيازته بكل وفاء قام به المدين ولو لم يوقع هذا التأشير، أو أن يكتفي المدين إذا كان بيده نسخة أخرى من السند أو مخالصة عن دفعه لجزء من الدين بأن يؤشر الدائن بما قبضه منه على المخالصة أو نسخة السند التي يحتفظ بها المدين⁽¹⁾. بمعنى أنه

(2) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 84، 85.

(3) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 114.

(1) سليمان مرقس، ج 12، المرجع السابق، ص 567.

متى قام المدين بدفع الدين فإنه عادة ما يكون هذا الدفع محلا لمخالصة بينهما موقعة من قبل الدائن أو بتأشيرة من الدائن تفيد قيام عملية الوفاء سواء الكلي أو جزء من الدين. وقد يوقع الدائن مع التأشير ، وقد يتم التأشير من غير توقيع، والمشرع جعل مثل هذا التأشير حجة على الدائن بحصول الوفاء حتى يقوم الدليل على عكس ذلك⁽²⁾.

ولتطبيق هذا الحكم وجب توافر عدة شروط تختلف بين ما إذا كان السند بيد المدين (أولا) أو بيد الدائن (ثانيا).

أولا: التأشير ببراءة ذمة المدين لسند في حيازة الدائن: تنص المادة 332 من القانون المدني الجزائري على أنه: "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." فقد يحدث في حالة تجزئة الوفاء وانتظارا لاكتماله أن يتم التأشير بالمبلغ الجزئي المدفوع بمعرفة الدائن على سند الدين الموجود في حيازة الدائن. حيث جعل المشرع للتأشير على سند الدين الموجود في حيازة الدائن بما يفيد براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس، سواء كان هذا التأشير مؤرخا أو غير مؤرخ، موقعا عليه أو غير موقع عليه لأنه في الحالة التي يكون فيها السند موقعا فيعتد به كمخالصة ويكون دليلا كاملا. ولم يشترط المشرع أن يكون التأشير بشكل معين أو في موضع معين، فقد يكون في أسفل السند أو على ظهره... والشرط الوحيد هو أن يكون السند قد ظل في حيازة الدائن ، فإن خرج من حوزته انتفت دلالة هذا التأشير.

بمعنى أن الأساس في هذا الحكم هو أنه ما دام السند لم يخرج من تحت يد الدائن، فإن أي عبارات تكون موجودة به تحمل الدلالة على أنها لم تكتب إلا بموافقة الدائن وأنها بالتالي مطابقة للحقيقة. ويستوي المكان الذي يوجد به العبارات الدالة على استيفاء الدين ما دام السند لم يخرج من حيازة الدائن، فقد تكتب في الهامش أو في ذيل السند أو على ظهره أو في أي مكان من سند الدين. كما لم يشترط المشرع لفظا مخصوصا للدلالة على التأشير، بل تفيد كل العبارات والمعاني التي يفهم منها وقوع الوفاء الكلي أو الجزئي للدين. أما إذا ادعى الدائن خروج السند من حوزته، ويقع عليه عبء إثبات ذلك، ففي هذا الفرض لا حجة للعبارات الواردة عليه ما لم تكن مكتوبة بخط يده فتكون مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن تكملته بأدلة أخرى⁽¹⁾. ويشترط في التأشير أن يكون واضحا مقروء غير مشطوب، لأنه إذا كان غير ذلك انتفت دلالته، وأن يكون بخط يد الدائن. ويفهم من المادة أيضا أن

(2) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 116.

(1) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 87.

المشرع جعل للتأشير الموجود على سند الدين ببراءة المدين من الدين كله أو بعضه حجية مزدوجة: فهو حجة بداية على انه صادر من الدائن نفسه وبسلامته المادية ، استنادا على أن التأشير محرر بخط يده أو بأمره بالنيابة عنه ، وهي قرينة قابلة لإثبات العكس بكافة طرق الإثبات. وهو حجة ثانيا بما يتضمنه من حقيقة مدونة أي ببراءة ذمة المدين من الدين كله أو جزء منه، وهي أيضا قرينة غير قاطعة تقبل إثبات العكس بكافة طرق الأثبات. إن التأشير على السند بما يفيد براءة ذمة المدين يكون حجة كاملة على الدائن لا تستدعي استكمالاً متى تحققت شروط المادة السابقة، وينتقل عبء الإثبات هنا إلى الدائن لإثبات عدم وقوع الوفاء، حيث يتعين عليه دحض قرينة الوفاء القائمة في حق المدين، فإن عجز عن ذلك فقد تم للمدين إثبات قيامه بالوفاء وبراءة ذمته من الدين المدعى به من طرف الدائن.

ثانياً: تأشير الدائن على سند أو مخالصة في حيازة المدين: قد يتم التأشير المستفاد منه براءة ذمة المدين على نسخة أصلية أخرى للسند في حوزة المدين، أو على مخالصة وفاء بدفعه سابقة تحت يد المدين. ففي هذه الحالة يكون التأشير دليلاً على براءة ذمة المدين، ولو لم يكون موقعا من الدائن. حيث نصت المادة 332 من القانون المدني الجزائري 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".

ويشترط لتطبيق هذه المادة:

° أن تكون صور المخالصة الأصلية أما إذا كانت نسخة مصورة فليست لها أي قيمة في الإثبات.

° أن يكون التأشير بخط يد الدائن، ذلك أن النسخة أو الإيصال في حوزة المدين. ففي عقد البيع مثلا توجد نسختين للعقد الأولى بيد المشتري والثانية بيد البائع، فإذا ما دفع المشتري قسطا معيناً من الثمن، أشر البائع في نسخة المشتري ببراءة ذمته من القسط المدفوع. ويمكن أن يقع التأشير على مخالصة أعدت لتسجيل ما يقوم المدين بدفعه واحتفظ بها المدين. والمقصود بالنسخة هنا هو ليس الصورة بمعنى النسخة الثانية الأصلية (Double) وليس النسخة (La copie)، فالأولى أصل مثلها مثل سند الدين المحتج به أما القضاء⁽²⁾.

(2) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 577.

ولا يلزم أن يكون التأشير موقعا عليه من الدائن، ولكن يجب أن لا يكون هناك محو أو شطب أو كشط، فإن وجد زالت الحجية التي للتأشير⁽³⁾.

° أن تكون نسخة السند أو المخالصة في يد المدين، لأن ذلك قرينة على الوفاء، والمعمول به عادة هو أن يبرز المدين الورقة التي تحمل تأشير الدائن بخطه ليحتج بها. فيكون بذلك قد أثبت انها وقعت في يده واستقرت القرينة إلى جانبه. إذا توافر الشرطان كان للتأشير حجة على الدائن، وهي قرينة على استيفائه الدين، لكنها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، بحيث يجوز إثبات ما يخالفها، مادامت التأشير غير موقعة من الدائن.

المحور الثاني: الحالات التي يطلب فيها القانون الكتابة للإثبات

إن الكتابة شرط لإثبات التصرفات القانونية، أما الوقائع المادية فيجوز إثباتها بكافة طرق. ويشترط المشرع في بعض الأحوال الكتابة للإثبات أي كانت قيمة التصرف، كعقد الصلح، وعقد الشركة.... وكافة العقود التي تعتبر الشكلية مشترطة للانعقاد.

لكن لا يمكن أن يتطلب الإثبات بالكتابة بالنسبة لكافة التصرفات القانونية، أي كانت قيمتها في جميع الأحوال، لأن في هذا نوع من التكاليف والمشقة الكبيرة على المتعاقدين وإتقال على المعاملات ولذلك لا يستلزم المشرع الكتابة في الإثبات كقاعدة عامة إلا إذا زادت قيمة التصرف عن الحد المعين قانونا.

لكن ومع ذلك يحرص أطراف التصرف على الكتابة لتفادي المنازعات التي قد تنور مستقبلا، وهناك حالات أين يشترط المشرع الكتابة ثبات بعض التصرفات بغض النظر عن قيمتها كعقد الكفالة، الوصية بغض النظر عن قيمة الشيء الموصى به وألزم المشرع الكتابة لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي ولو نزلت قيمة التصرف عن الحد المعين.

سنتناول وجوب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف عن الحد المعين قانونا (المطلب الأول) ثم نتطرق إلى وجوب الإثبات بالكتابة في إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

وجوب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف عن 100.000 دج

(3) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 118.

نصت المادة 1/333 من القانون المدني الجزائري : " 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 مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

من خلال هذه المادة يتعين توافر شرطين لتطبيق هذا النص: أن يكون التصرف مدنيا (الفرع الأول) وأن تزيد قيمة التصرف عن 100.00 دج (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أن يكون التصرف مدنيا

فالمشروع من النص استبعد المواد التجارية والتي تقوم على حرية الإثبات من غير النظر إلى قيمة التصرف. والكتابة شرط لإثبات التصرف سواء كانت الدعوى مدنية أو جنائية. حيث أن الجرائم التي تقوم على الإخلال بتصرف مدني كجريمة خيانة الأمانة، يخضع إثبات التصرف في شأنها لقاعدة الإثبات بالكتابة مثل عقد الوديعة، والعارية، الرهن والوكالة، وهي العقود التي يترتب على الإخلال بها وقوع هذه الجريمة.

ويشترط لكي تطبق هذه القاعدة شروط تتمثل في :

° **يجب أن يكون التصرف قانوني:** فلا تنطبق هذه القاعدة على الوقائع المادية⁽¹⁾، حيث لا يمكن بحسب طبيعتها إعداد الدليل الكتابي مقدما بشأنها، ومن ثم يجوز إثباتها بشهادة الشهود.

° **أن يكون التصرف المراد إثباته مدنيا:** من الطبيعي أن التصرفات المدنية هي التي تخضع لهذه القاعدة سواء كانت تصرفات بإرادتين مثل عقد البيع أو بإرادة منفردة كالوصية، الإقرار بالدين، إجازة العقد القابل للإبطال، التنازل عن استعمال حق الشفعة.

وتجدر ملاحظة أن التصرفات التي تكون بإرادة منفردة قد لا تكون ظاهرة، بل تستشف من أفعال يقوم بها الشخص فإجازة العقد قد تكون صريحة ، لكن قد تستشف من أفعال يقوم بها المعني تدل على أنه تنازل عن حقه في الإجازة -التعبير الضمني- ويجوز إثبات الإجازة الضمنية بكل طرق الإثبات لأنه في الأخير إثبات فعل سلبي، وهذا لا يمكن إثباته بالكتابة أبدا.

(1) فالتصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني فيرتب القانون عليها أثر. ولهذه الإرادة مظهر خارجي هو التعبير عنها، وقد استلزم القانون قاعدة عامة أن يتم إثبات هذا التعبير بالكتابة. أما التصرف المادي، كالفعل الضار و الفعل النافع ووضع اليد فلا يقوم في شأنه أي من الاعتبارات السابقة، ويصعب استخدام الكتابة بالنسبة له ولا يشترط القانون الكتابة لإثباتها. أنظر أكثر تفصيل، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 495، أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 159.

وبالنتيجة يخرج الميدان التجاري من مجال الإثبات بالكتابة⁽²⁾، إلا ما استثني بنص القانون وهو الحالات التي يشترط القانون فيها الكتابة لانعقاد كبيع المحل التجاري ورهنه وفقا لما نصت عليه المادة 79 من القانون التجاري الجزائري.

وفي الأخير نقول أنه إذا كان العمل مختلطا فإن قواعد الإثبات المدنية هي التي تطبق على من كان التصرف مدنيا بالنسبة له، فإذا كان مدينا فله الإثبات بالطرق المدنية حتى ولو كان نفس التصرف تجاري بالنسبة للطرف الآخر، أما إذا كان الدائن هو الطرف المدني فيستطيع إثباته بكل طرق الإثبات.

° أن لا يكون هناك نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

° أن لا يكون هناك طالب للإثبات بالكتابة من الغير: فالتصرف الذي تزيد قيمته عن الحد القانوني المشترك، يلزم أطرافه بتقديم الدليل الكتابي ويسري نفس الحكم على الخلف العام كالوارث، أما الغير فلا يتصور إلزامه بتقديم الدليل الكتابي⁽³⁾.

ويجب ملاحظة أن اشتراط الكتابة بالنسبة للتصرفات القانونية يكون في حالة التعبير الصريح عن الإرادة، لأن التعبير الضمني يستخلص من بعض الوقائع، وهذه يجوز إثباتها بالبينة أو القرائن، كالتجديد الضمني لعقد الإيجار، فيستخلص من بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدته دون اعتراض من المؤجر.

الفرع الثاني

أن يتجاوز التصرف قيمة 100.000 دج

تيسيرا للمعاملات رأى المشرع أن لا يطلق قاعدة وجوب إثبات التصرف بالكتابة، وإنما قيدها بأن يكون التصرف قد تجاوزت قيمته 100.000 دج. واعطى المشرع للتصرف غير المحدد القيمة حكم التصرفات التي تتجاوز قيمتها نصاب الشهادة واشترط الكتابة في إثباتها.

حيث اعتبر أن هناك قرينة تفوق 100.000 دج وأغلب هذه التصرفات هي التصرفات السلبية التي يكون محلها الامتناع عن عمل. وهنا يطرح التساؤل التالي، كيف يمكن تقدير هذه القيمة؟

(2) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 160.

(3) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 122.

تتص المادة 2/333 من القانون المدني الجزائري على أن قيمة التصرف تقدر وقت صدوره أي وقت إبرام التصرف دون النظر إلى ما يطرأ على هذه القيمة من زيادة أو نقص بعد ذلك. فإن تجاوزت قيمة التصرف الحد المطلوب قانونا (100.000 دج) وقت صدور التصرف أي وقت إبرامه، تعين اللجوء إلى الكتابة في الإثبات حتى ولو كانت قيمته أقل من ذلك وقت المطالبة. أما إذا كانت القيمة أقل من الحد المشترط قانونا وقت إبرام التصرف فيجوز الإثبات بالشهادة ولو تجاوزته بعد ذلك.

حيث إذا كانت قيمة التصرف هي 120.000 دج وبعد فوات سنة طالب الدائن بقيمة دينه ففي هذه الحالة يشترط الإثبات بالكتابة اعتدادا بقيمة التصرف وقت صدوره، لأنه قد يتم التحايل على القانون، ويقوم الدائن بالحصول على مبلغ 100.000 دج، حتى يعفى من قاعدة الإثبات بالكتابة ولهذا اشترط المشرع الاعتداد بقيمة التصرف وقت نشوئه بغض النظر عن قيمته وقت المطالبة به. وإذا زادت قيمة التصرف عن 100.000 دج بسبب إضافة أو ضم الفوائد أو الملحقات إلى أصل الدين، جاز الإثبات بالشهادة ما دامت القيمة الأصلية لا تتجاوز الحد المعين قانونا.

والمحقات قد تكون معروفة وقت إبرام التصرف (كالفوائد، الشرط الجزائي عن التأخر في الوفاء) وقد تكون غير معروفة كالتعويض عن عدم الوفاء وفي الحالتين لا تدخل في تقدير قيمة التصرف.

ومثال ذلك التزام قيمته 90.000 دج بموجب عقد قرض وتم الاتفاق على أن المدين يرجع هذا المبلغ بعد 6 أشهر. مضت سنة ولم يتم الدفع فهنا يجوز للدائن رفع دعوى يطالب فيها بأصل الدين 90.000 دج، وكذا المطالبة بالتعويض عن التأخير وقد يفوق 100.000 دج، جاز للدائن إثبات هذا التصرف (الدين محل القرض) بموجب شهادة الشهود اعتداد بوقت صدور التصرف.

ومن جهة فالقول بأن العبرة بقيمة التصرف وقت نشوئه أنه إذا كان حق الدائن في ذلك الوقت يجاوز نصاب الشهادة فإن الكتابة تكون واجبة حتى ولو كان ما يطالب به هو جزء من هذا الحق لا تزيد قيمته عن 100.000 دج .

ومثال ذلك إذا حصل وفاء جزئي وكانت قيمة الدين 200.000 دج وتم الوفاء بـ 170.000 دج، وبقي 30.000 دج ، فلا يجوز إثبات المبلغ المتبقي إلا بالكتابة. حيث إذا كان المطلوب هو جزء من الدين فإنه يشترط الكتابة ولو كان هذا الجزء أقل من 100.000 دج لأن العبرة بقيمة الدين وقت صدوره حتى ولو كان وقت المطالبة أقل من نصاب الشهادة.

ومن جهة أخرى وَدَرَّ لأي تحايل حيث قد يبدأ الدائن بالمطالبة بأكثر من 100.000 دج وعندما يشعر بأنه غير قادر أو عاجز عن الإثبات بالكتابة يعدل طلبه بأن يطلب قيمة أقل.

وتضيف المادة 4/333 من القانون المدني الجزائري: " وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة ، وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري".

ومعنى ذلك أنه لا يجوز تجزئة الالتزام إذا كانت قيمة التصرف أكبر من الحد المطلوب قانونا، كل منها أقل من ذلك الحد ليتمكن الدائن من إثبات كل جزء بالشهود أو القرائن.

أما إذا تعددت الالتزامات فلكل حق مصدر، ومادامت مصادر الحق قد تعددت سواء كانت من طبيعة واحدة أو لا، فإنه يتعين النظر إلى كل مصدر من هذه المصادر على حاله وبصورة منفردة لتقدير قيمة الحق الذي أنشأه هذا المصدر ولو طالب الدائن بهذه الحقوق جميعا في دعوى واحدة. ولا يجوز ضم هذه الالتزامات للقول أن قيمة التصرف تزيد أو تقل عن 100.000 دج.

فإذا كانت قيمة كل حق على حدى لا تتجاوز 100.000 دج جاز الاستعانة بشهادة الشهود في إثباته، كأن يطالب شخص بدين مصدره ثلاثة عقود، القرض، البيع والإيجار، قيمتها مجتمعة تتجاوز 100.000 دج وقيمة كل واحد منفرد تقل عن ذلك، ونفس الشيء يؤخذ به إذا تم بيع عدة أشياء لكل شيء حدد ثمن معين.

ولا يشترط المشرع الكتابة إلا إذا زادت قيمة التصرف عن 100.000 دج بمعنى أنه إذا كانت قيمة التصرف تساوي 100.000 دج فلا يشترط فيها الكتابة بمعنى يجوز إثباتها بشهادة الشهود.

ويطرح في هذا المقام سؤال حول مدى اعتبار هذه القواعد من النظام من عدمه، بمعنى هل يجوز الاتفاق على مخالفة هذه القواعد؟

لقد تضمنت المادة 1/333 من القانون المدني الجزائري عبارة "... ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، وبناء على هذا يتبين بأن هذه القاعدة مفسرة وبالتالي يجوز لذوي الشأن أن يتفقوا على مخالفتها وذلك باشتراط الإثبات بالكتابة فيما يجوز إثباته بالشهود والعكس غير صحيح. حيث لا يجوز الإثبات بالشهود فيما يجوز إثباته بالكتابة، أو فيما يشترط فيه المشرع الإثبات بالكتابة. وبخلاف ذلك المشرع المصري استعمل عبارة " ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك" ، وعليه فهناك حالات يشترط فيها المشرع الإثبات بالكتابة، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على إثباتها بشهادة الشهود،

مثال ذلك البيع العقاري، الرهن، الهبة إثبات النسب.... لأن الكتابة مشترطة للانعقاد. وفي بعض الحالات قد يشترط المشرع الكتابة حتى ولو كانت قيمة التصرف أقل من نصاب الشهادة مثل عقد الكفالة، ولا يجوز الاتفاق على إثباتها بشهادة الشهود.

كما لا يجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بوجوب الإثبات بالكتابة فيما يتجاوز الحد المشترط قانونا في حالة وجود اتفاق على عكس ذلك⁽¹⁾.

ويقتصر تطبيق القاعدة على المتعاقدين وخلفهم العام، أما الخلف الخاص فيعتبر التصرف بالنسبة لهم واقعة مادية لهم إثباتها بكافة طرق الإثبات⁽²⁾.

فالشفيع مثلا له أن يثبت الثمن الحقيقي للبيع بكافة طرق الإثبات وبخلاف البائع والمشتري اللذين تحكمهما القاعدة ولا يجوز لهما مخالفتها ما لم يوجد نص بخلاف ذلك.

والجدير بالملاحظة هو أنه إذا كان الغرض من لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي هو إثبات ما ينطوي عليه التصرف من تحايل على القانون، فإنه يجوز للأطراف أو للغير ولخلفهم العام أن يثبتوا ذلك بكافة طرق الإثبات.

كما لو يطعن الوارث في إثبات صورية عقد بيع مورثه وأنه يخفي هبة أو وصية، وأنه لم يتم دفع الثمن فيه خلافا للثابت بالعقد، وله في ذلك كافة طرق الإثبات⁽³⁾.

المطلب الثاني

وجوب الكتابة في إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة

نصت المادة 334 من القانون المدني الجزائري: " لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة عن 100.000 دينار جزائري :

- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي.

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

- إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة."

(1) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 527.

(2) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 125.

(3) محمد حسين منصور، قانون الإثبات، المرجع نفسه، ص 127.

فالقاعدة العامة هي أنه لا يجوز نقض الثابت بالكتابة إلا بكتابة مثلها، فيشترط في هذه الحالة أن يكون هناك دليل كتابي كامل (الفرع الأول)، وأن يكون المقصود إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

وجود دليل كتابي كامل

الحقيقة أن لفظ العقد الرسمي الوارد في نص المادة 334 من القانون المدني الجزائري ليس المقصود به ضرورة وجود دليل موثق أو ورقة صادرة عن موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة. بل المقصود هنا هو وجود دليل كتابي كامل معد للإثبات أي موقع عليه من المدين، سواء كان هذا المحرر رسميا أو عرفيا.

حيث أن التصرفات التجارية يجوز إثبات ما يخالفها بكل الوسائل مهما بلغت قيمة التصرف (المادة 333 من القانون المدني الجزائري)، وعليه فمجال تطبيق هذه القاعدة هي التصرفات المدنية حتى ولو لم تزد قيمتها عن 100.000 دج، بل أكثر من هذا تظهر أهمية هذه القاعدة في هذه الحالة، حيث إذا فاقت قيمة التصرف 100.000 دج تطبق قاعدة الكتابة.

أما إذا كان المحرر العرفي غير موقع عليه أو كان العقد الرسمي معيبا لعيب الشكل مثلا فلا يعتد به في الإثبات، ويجوز إثبات ما يخالفه بكافة طرق الإثبات.

مثل دفاتر التجار، والرسائل، المحررات الالكترونية الخالية من التوقيع الالكتروني ... وإذا كان موقعا عليها فتسري عليه قاعدة لا يجوز نقض الثابت كتابة إلا بالكتابة حتى ولو لم يكن المحرر معدا للإثبات. وبالتالي فالرسائل الموقعة من صاحبها تعتبر في حكم الدليل الكتابي المعد للإثبات ولا يجوز دحضها إلا بدليل كتابي⁽¹⁾.

الفرع الثاني

أن يكون المقصود إثباته يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة

يقصد بإثبات ما يخالف الكتابة، تكذيب الكتابة، أما إثبات ما جاوز الكتابة فيقصد به ادعاء إضافة أو تعديل لما هو مدون في العقد، فالمشرع لا يشكك فيما ورد في العقد وإنما هو ليس مدون في العقد، كالشرط الجزائي مثلا لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، وإذا كان التاريخ مذكور في العقد

(1) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 164.

وإدعى أحد طرفيه أنه صدر في تاريخ لاحق فتطبق نفس القاعدة لأنها تعد إثبات لما يخالف الثابت بالكتابة.

أما إذا كان العقد المحرر خال من التاريخ فلا يجوز إثباته بالكتابة بل يجوز إثباته بكافة الطرق لاعتباره واقعة مادية.

كأن يتم بيع عقار بثمن يكتب في العقد الرسمي أقل من الثمن المتفق عليه فعلا. فلا يجوز إثبات هذا الثمن الحقيقي إلا بالدليل الكتابي أو ما يسمى ورقة الضد، كما لا يستطيع البائع أن يدعي أن العقد هو عقد هبة وأن الثمن لم يدفع، بل يجب إثبات ذلك بالكتابة لأن ما يدعيه البائع هنا يخالف ما اشتمل عليه المحرر المكتوب.

كذلك الحال إذا طالب أحد الخصوم بدين واجب الإثبات بالكتابة ثم عدل عن ذلك إلى أقل مما يشترط فيه القانون الإثبات بالكتابة، فهنا يجب الإثبات بالكتابة لأنه يعد بمثابة نقض لما هو ثابت كتابة فواجب نقض الثابت كتابة بالكتابة⁽¹⁾.

المطلب الثالث

الاستثناءات الواردة على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة

يرد على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة بعض الاستثناءات تتمثل في وجود مبدأ ثبوت بالكتابة (الفرع الأول)، المانع من الحصول على الدليل المكتوب (الفرع الثاني) واستحالة الحصول على الدليل الكتابي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

وجود مبدأ ثبوت بالكتابة

نصت المادة 335 من القانون المدني الجزائري على أن: "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة. وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".

(1) حيث قضت محكمة النقض الجزائرية: "من المقرر قانونا أنه لا يجوز الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون العقد الرسمي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أنه تم إثبات عكس ما تضمنه العقد الرسمي بمجرد إظهاره فإن قضاة الموضوع بقضائهم كذلك خرقوا القانون. قرار رقم 63320 بتاريخ 22-12-1989، المجلة القضائية، السنة 1994، العدد 31.

من خلال النص يمكن تعريف مبدأ ثبوت بالكتابة أنه كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل التصرف محل الدعوى قريب الاحتمال. ويشترط في مبدأ ثبوت بالكتابة توافر الشروط التالية:

أولاً: وجود ورقة مكتوبة:

إن الورقة المكتوبة في مبدأ ثبوت بالكتابة لا يشترط فيها أن تكون دليلاً كاملاً، وهذا بديهي وإلا لما كان هناك حاجة إلى تعزيزها بالشهادة أو القرائن، فمثلاً لو أن المدين بدأ في الوفاء بالتزامه بعمل مادي محض، فلا يمكن أن يتخذ الدائن من هذا العمل مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات وجود الالتزام في ذمة مدينه.

أما إذا كان شروع المدين في الوفاء بالالتزام ينطوي على تصرف قانوني كوفاء مبلغ نقدي وأثبت ذلك في ورقة أن المبلغ الموفي به يزيد عن 100.000 دج ، فإن هذه الورقة تصلح كمبدأ ثبوت بالكتابة كسند عادي غير موقع، لأن السند الموقع يكون دليلاً كاملاً⁽¹⁾.

ولا يشترط في الكتابة في هذا المقام شكل معين أو أن تتضمن بيانات مخصوصة أو أن تكون بلغة معينة، كما لا يلزم أن تكون بخط يد المدين، ولا أن تكون موقعة. بل يكفي أن تكون بأية ورقة كخطاب، مذكرة خاصة أو دفتر منزلي أو إيصال.....⁽²⁾

ويجوز أن تتضمن الورقة العرفية بالإضافة إلى ما أعدت لإثباته مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى أمر آخر يراد إثباته، وإذا أبطلت المحررات العرفية لعدم توقيعها فإنها تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة، إذا كانت مكتوبة ممن صدرت عنه⁽³⁾.

ويجب أن تكون الورقة متعلقة بالواقعة المراد إثباتها ، ويعتبر أمر توفر كتابة من عدمه مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا.

ثانياً: أن تكون الكتابة صادرة من الخصم المدعى عليه:

وهو أمر منطقي بحيث يجب صدور الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من الخصم المدعى عليه، كخطابات لم تعد للإثبات. كما تعتبر صادرة من المدعى عليه إذا كانت الورقة صادرة عن شخص تمثله كالوكيل أو الوصي أو القيم....

(1) احمد شرف الدين ، المرجع السابق، ص 171.

(2) سليمان مرقس، ج12، المرجع السابق، ص 531، 532.

(3) سليمان مرقس، ج12، المرجع نفسه، ص 533.

ولا يعتد بالورقة إذا انعدمت رابطة التمثيل كتجاوز حدود النيابة مثلا أو صدور الكتابة من الزوج أو الابن، أو الشريك⁽⁴⁾.

والأصل أن الورقة لا تكون صادرة من الشخص ما لم تكن موقعا عليها منه أو ممن يمثله ، أو مكتوبة بخط يده أو بخط من يمثله. فيعتبر المدين ممثلا في شخص دائنه الذي يستعمل حقوقه، فيصح اعتبار الورقة الصادرة من المدين مبدأ ثبوت بالكتابة في حق دائنه المذكور⁽⁵⁾.

ثالثا: أن يكون من شأن الورقة جعل التصرف المراد إثباته قريب الاحتمال:

فلا يكفي وجود ورقة صادرة من الخصم، وإنما يجب أن تتضمن هذه الورقة ما يجعل الأمر أو المسألة المدعى بها قريبة الاحتمال من صدقها. ويستوي في ذلك أن تكون الدلالة المتضمنة في الورقة مباشرة أو غير مباشرة، فيكفي أن تدل الورقة على هذا الاحتمال ولو بشكل ناقص.

ومثال ذلك أن ينقص الورقة التي تعد دليلا كاملا أحد الشروط، فأصبحت دليلا غير كامل كالورقة الرسمية المعيبة من حيث الشكل، وكذا الورقة العرفية المكتوبة بخط يد الخصم والغير موقعة منه، فهذه الورقة تعد مبدأ ثبوت بالكتابة. وأيضا الكتاب الذي يرسله مدين إلى دائنه يذكر له فيه أن الدين في ذمته دون ذكر مقداره. فمثل هذا الكتاب يشير إلى الواقعة المدعى بها، فتكون مبدأ ثبوت بالكتابة، بحيث يستطيع الدائن إكماله بشهادة الشهود والقرائن⁽¹⁾.

ويعود لقاضي الموضوع السلطة في تقدير قيمة الورقة من حيث تقريب الاحتمال بالنسبة للواقعة محل الإثبات ولا يخضع في مباشرتها لرقابة المحكمة العليا، فالعبرة في هذا قناعة القاضي لأن في هذا الاحتمال تتفاوت درجاته قوة وضعفا⁽²⁾.

وتجدر الملاحظة أنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود على الرغم من وجود مبدأ ثبوت بالكتابة فيما إذا كان التصرف شكلي مشروطا قانونا توافرها لانعقاده صحيحا منتجا لكافة آثاره.

بمعنى متى كانت الكتابة ركنا في انعقاد التصرف، كالرهن الرسمي، الهبة والوصية وعقد الشركة ... فإن لم توجد الكتابة فلا يمكن إثبات هذه التصرفات بشهادة الشهود ولو وجد مبدأ ثبوت بالكتابة. ومعنى ذلك أن هذه التصرفات تكون فيها الكتابة شرطا لصحة التصرف بمعنى ركنا من أركان العقد لا يترتب آثاره بغير وجودها. وهناك تصرفات تكون الكتابة متطلبة للإثبات فقط من غير

(4) سليمان مرقس، ج12، المرجع السابق، ص 535،534.

(5) سليمان مرقس، ج12، المرجع نفسه، ص 536.

(1) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 174، 175. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 149.

(2) سليمان مرقس، ج13، المرجع نفسه، ص 541.

تأثير على صحة انعقاد التصرف وترتيب آثاره. فإن كان التصرف شكلي (الشكلية للانعقاد) فلا يمكن إثباته بالشهادة أو القرائن حتى ولو وجد مبدأ ثبوت بالكتاب. أما التصرفات التي تكون الكتابة فيها للإثبات فإن وجود مبدأ ثبوت بالكتابة بشأنها يمكن معه الإثبات بشهادة الشهود.

الفرع الثاني

وجود مانع من الحصول على الدليل الكتابي

ورد هذا الاستثناء في المادة 1/336 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: " لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة. إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي".

يتبين من خلال النص أنه قد يوجد لدى المتعاقد حائل يمنعه من الحصول على كتابة وقت التعاقد لإثبات حقه، فمن غير العدل عدم مراعاة ذلك وأخذ الظروف المحيطة بعين الاعتبار والتي منعه من الحصول على الدليل الكتابي⁽¹⁾. ولذلك أجاز المشرع في هذا الفرض الإثبات بشهادة الشهود. ومعنى ذلك أنه يجوز للخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات، بالكتابة أن يطلب الترخيص له في إثبات دعواه بشهادة الشهود بعد أن يثبت وجود المانع المادي أو الأدبي من الحصول على الدليل المكتوب.

ويشترط في هذا الاستثناء أن يكون المانع نسبيا وليس مطلقا، بمعنى يجب أن يكون المانع من الحصول على الدليل المكتوب متعلقا بظروف انعقاد التصرف وليس متعلقا بطبيعة التصرف. بمعنى أن المقصود بأن يكون المانع نسبيا عارضا هو "أن استحالة الحصول على الكتابة مقصورة على شخص أو أشخاص معينين وراجعة إلى ظروف التعاقد، وبالتالي يخرج من نطاق الاستثناء الوقائع القانونية التي تمنع فيها على وجه الإطلاق الحصول على الدليل المكتوب".

كما عرفه الأستاذ سليمان مرقس أنه: "المانع الذي تنشأ عنه استحالة الحصول على كتابة وقت التعاقد استحالة عارضة نسبية، أي استحالة مقصورة على شخص معين وراجعة إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد"⁽¹⁾. ومعنى ذلك أنه يتعين على الخصم الذي يطلب الإجازة أن يثبت الظروف المفاجئة التي حالت دون تمكنه من الحصول على الدليل المكتوب⁽²⁾.

(1) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 177.

(2) سليمان مرقس، ج 13، المرجع السابق، ص 558.

(2) ومن أمثلة ذلك الوديعة الاضطرارية وهي التي تتم في ظروف طارئة كالفيضانات والزلازل، وتأخذ نفس الحكم وديعة النزلاء في الفنادق لأن ظروف السفر لا تسمح بجرد امتعة كل مسافر عند نزوله في الفندق أو مغادرته. ومثاله أيضا أن يقرض شخص صديقا له مبلغ أكثر من

ويعود لقاضي الموضوع تقدير قيام المانع من الحصول على الدليل الكتابي، ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا ما لم يقصر في تسبب حكمه فيما يخص بيان الظروف التي أقامت هذا المانع. ويكون المانع أدبيا إذا رجع إلى ظروف أدبية أو نفسية تمنع الدائن من مطالبة مدينه بدليل كتابي، وأكثر الموانع الأدبية وفقا لأحكام القضاء، الزوجية والقرابة⁽³⁾، علاقة الخدمة⁽⁴⁾ والعرف المتبع في بعض المهن⁽⁵⁾.

الفرع الثالث

فقد السند الكتابي لسبب أجنبي

قد يحصل المتعاقد على الدليل المكتوب غير أن ظروف طرأت ففقد الدليل الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته نتيجة لقوة قاهرة، وبغير تقصير من جانبه. فينطبق الحكم على المدين الذي أخذ تخالص مع دائنه وفقد هذا التخالص لسبب أجنبي خارج عن إرادته. كما ينطبق إذا ادعى انه اتفق مع دائنه كتابة على تأجيل الدين أو تعديله أو انتقاله وأن السند المثبت لذلك ضاع منه بسبب أجنبي⁽¹⁾.

وتتمثل شروط هذا الاستثناء والذي هو أوسع مجالا من الاستثناءين السابقين⁽²⁾، حيث أنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما تزيد قيمته عن 100.000 دج أو يكون غير محدد القيمة وفي إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة وحتى في الحالات التي يشترط فيها القانون الكتابة الشروط التالية:

أولا: وجود الدليل المكتوب مسبقا:

100.000 دج في المطار أو الميناء قبل المغادرة ففي هذه الحالات لا يتسع الوقت للحصول على دليل كتابي. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 154، 155.

(3) **الزوجية والقرابة:** فقد تتحول علاقة الزوجية والقرابة دون الحصول على دليل كتابي لإثبات أي تصرف بين الزوجين، وكذا علاقة القرابة كالبنوة والأخوة والعمومة، ويصدق ذات الحكم على علاقة المصاهرة والخطبة. ويجب الرجوع إلى ظروف الحال في شأن مختلف هذه العلاقات لتقرير ما إذا كانت تشكل مانعا من عدمه. ويعود تقرير ذلك لقاضي الموضوع، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن اعتبار علاقة الزوجية مانعة من المطالبة بكتابة أو غير مانعة هو من الأمور الموضوعية التي تختلف بحسب ظروف كل دعوى على حدى، وقضاء محكمة الموضوع في ذلك غير خاضعة لرقابة محكمة النقض. نقض مدني مصري، 17 فبراير 1983، في الطعن رقم 1223، سنة، 49 ق. مذكور عند سليمان مرقس، ج 13، المرجع السابق، ص 566 هامش 104.

(4) **علاقة الخدمة:** قد لا تسمح العلاقة بين العامل ورب العمل تبعا للظروف بالحصول على الدليل الكتابي، وهو ما استقرت عليه أحكام القضاء، غير أنه يجب في خصوص هذه العلاقة الرجوع أيضا لظرف الحالة لتقدير ما إذا كانت تعد أو لا مانعا أدبيا مع تسبب ذلك من محكمة الموضوع. (عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 464، هامش 99، وأنظر أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 180)

(5) **عرف بعض المهن:** جرت العادة والعرف في بعض المعاملات عدم اشتراط الكتابة وعدم التعامل بها رغم عدم وجود مانع مادي أو أدبي من الحصول عليها. ومن هذا ما جرى العمل به لدى الطبيب، فلا يقتضي إجراء جراحة أو علاج عقدا مكتوبا، ومن ثم يمكن إثباته بغيرها. وكذلك خياط الملابس لا يحصل على دليل كتابي بأجره، والبناء وبعض المهن التقليدية. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 158، أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 180، سليمان مرقس، ج 13 المرجع السابق، ص 572.

(1) سليمان مرقس ج 13، المرجع السابق، ص 579.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 159.

يقع على من يريد الاستفاضة من هذا الاستثناء عبء إثبات سبق وجود الدليل المكتوب فعلا وفقده، وأن هذا الدليل كان دليلا مكتوبا كاملا مستوف لجميع الشروط القانونية وأن سبب الفقد يعود لسبب أجنبي لا يد له فيه⁽³⁾.

ثانيا: فقد السند الكتابي لسبب أجنبي:

فلا يكفي أن يثبت الخصم وجود الدليل الكتابي ، وإنما يجب إضافة إلى ذلك أن يثبت أنه أصبح عاجزا عن تقديمه لسبب أجنبي لا يد له فيه، كوجود حادث أو قوة قاهرة تمنعه من تقديمه كالفيضانات، الزلازل ونحوه من الظروف القهرية غير المتوقعة.

ويكون للمدعي إثبات ذلك الحادث بكافة طرق الإثبات على اعتبار أن السبب الأجنبي في هذا الفرض هو واقعة مادية جائز إثباتها بكافة طرق الإثبات. كما يدخل في السبب الأجنبي فعل الغير كالمحامي الذي يضيع مستندات موكله أو كتابة ضبط التي تم إيداعها فيها، كما قد يكون بفعل الغير كسرقة المدعى عليه للدليل المكتوب أو استعمال الحيلة في الحصول على هذا الدليل⁽⁴⁾.

ومجمل القول في هذا المجال أنه متى وجد الخصم في إحدى الحالات المنصوص عليها في المادتين 335 و336 من القانون المدني الجزائري، ومتى توافرت شروط الاستثناء الخاصة بكل حالة - كما سبق بيانها- جاز الإثبات بشهادة الشهود والقرائن ولو كانت قيمة التصرف تزيد عن 100.000 دج، والتي بحسب الأصل يشترط القانون إثباتها بالكتابة.

ويبقى أن نشير إلى حالة لم يتم النص عليها في القانون بل وفي جل القوانين العربية والمتمثلة في حالة التحايل على القانون *Fraude à la loi* .

والمقصود بها أنه متى كان الثابت أن المراد إثباته يخالف القانون فيما يعتبر متعلقا بالنظام العام فإن هذا الاتفاق ولو كان أصلا مما يجب إثباته بالكتابة يجوز إثباته بشهادة الشهود والقرائن تسهيلا على الخصم للكشف عن مخالفة القانون. ويترتب على ذلك جواز إثبات عدم مشروعية المحل أو السبب بالبينة خلافا للأصل.

والقاعدة هي أن ما يخالف النظام العام يكون باطلا وأن الاحتيال على القانون ينطوي على ما يخالف النظام العام لذلك يجوز لكل من يتمسك به أن يثبته بكافة طرق الإثبات ولا فرق في ذلك بين المتعاقدين أو الغير.

(3) أحمد شرف الدين ، المرجع السابق، ص 182.

(4) سليمان مرقس، ج 13 ن المرجع السابق، ص590.

فالاختيال على القانون واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات. ومثاله إخفاء الثمن الحقيقي في بيع العقار للتهرب من الرسوم، أو إخفاء الغرض الحقيقي من العقد بأنه هبة وإظهاره في مظهر البيع أو العكس⁽¹⁾ ، وهي حالة الصورية.

(1) محمد صبري السعيد، المرجع السابق، ص 163.