الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الدكتور يحي فارس المدية
كلية الحقوق

مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر
تخصص: قانون عقاري

بعنوان:

أدلة الإثبات في المواد المدنية

من إعداد الطالبين

- عـامر يـاسيـن
- بلعـجال محمد

تحت إشراف الأستاذة

* قـوسم بـرادعي

السنة الدراسية 2014/2013

مـــقـدمـة

إن الحق مصلحة يحميها القانون فأية مصلحة لا قيمة لها إذا لم يحمها القانون والحق لا قيمة له إذا لم تتوافر وسيلة إثباته ، و يكون ذلك برده إلى قاعدة في القانون أي تكون بإثبات مصدر الحق .

فالقواعد القانونية هي التي تقرر الحقوق ، وعلى مدعي الحق إن يثبت الواقعة القانونية مصدر حقه ولذا عندما يلجا إلى القضاء يبين الوقائع القانونية التي يدعيها وأدلتها ، وبعدئذ يكون على القاضي إذا ما تحققت لديه تلك الوقائع إن ينزل حكم القانون عليها.

فالإثبات هو إقامة الدليل على وجود واقعة ما أو حقيقة قيام الحق أمام القضاء ، وكذا هو كل الطرق التي يستعملها الخصم لإقناع القاضي بصحة ما يدعيه ، وصحة أقواله ، وادعاءاته .

وعليه فإن الإثبات ينصب على صحة واقعة قانونية لا مصدر الحق ، فهذه الواقعة هي مصدر هذا الحق فتكون إما تصرف قانوني ، وقد تكون واقعة مادية.

وبهذا لا يمكن لشخص الحصول على حق ادعى به أمام القضاء إلا إذا أقام الدليل على وجوده أو أقام بالمقابل خصمه أدلة نفي وجود ذلك الحق.

ولا بد أن يكون الإثبات بالطرق التي يبينها القانون ، و كذا طريقة تقديمها وهذا التحديد يستفيد به كلا من الخصوم و القاضي.

وهذه الطرق قد تكون محددة أو غير محددة ، وهي تختلف من نظام لآخر ففي النظام الحر للإثبات لا يلزم الخصوم ، و القاضي بطرق معينة للإثبات ، و إنما يكون الخصوم أحرار في تقديم الأدلة التي يرون أنها تؤدي إلى إقناع القاضي، و يكون القاضي حر في تكوين اعتقاده دون تقيد نشاطه ، في التحري عن الحقائق بكل الوسائل ، فله كامل الحرية في نظر إلى الوقائع المعروضة من الخصوم .

أما في النظام المقيد تنحصر وسائل الإثبات ، وطرقها ، وتعين تعيينا دقيقا ، وتحدد قيمة كل واحدة منها إذ لا يجوز للخصوم إثبات حقوقهم بغير هذه الوسائل ، و موقف القاضي في هذا المذهب سلبي بحت ، إذ لا يستطيع أن يقضي باعتقاده الشخصي ، فالقانون هو الذي يعطى لكل دليل قيمته التي يشاء.

وبين النظامين السابقين نشأ نظام مختلط يأخذ ما فيهما من مزايا ، و يستبعد ما فيهما من عيوب ، فهو يأخذ بمبدأ حياد القاضي و تحديد الأدلة وكذا توجيه الخصوم ، فيترك للقاضي قسما من الحرية ، لكن مع تقيده بأدلة قانونية محددة ، إذ بين المشرع لكل دليل حجيته.

والإثبات له أهمية بالغة في العلاقات القانونية ، لان الحق يكون عديم القيمة إذا عجز صاحبه عن إثبات وجوده ، وإذا كان الإثبات يجري أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون في جملة إجراءات الدعوى فانه يتصل بقانون الإجراءات المدنية الذي يتحدد وفقا لقواعد الشكل الذي يرد فيه ، ومع ذالك تدخل نظرية الإثبات في نطاق القانون المدني الجزائري وتعتبر جزءا منه لان أهم الأدلة تعد مقدما قبل أن تثور أية منازعة ، ويخضع من ثم إلى إعدادها وتحديد ما لها من حجية لهذا القانون.

ومن ذلك يتبين أن السلطة التقديرية للقاضي توجد قائمة مع السلطة القضائية ومما لا شك فيه أن القاضي المدني يعمل باستمرار سلطته التقديرية في طرق وأدلة الإثبات ، في فهم الوقائع المطروحة عليه فسلطته إزائها قد تكون مقيدة أو تقديرية فتكون مقيدة عندما توجد شروط معينة لمباشرتها ، وتكون تقديرية حينما يترك المشرع لها مجالا حرا للتقدير.

والسلطة التقديرية تجد أساسها الشكلي ، في جميع الحالات التي يخول فيها القانون للقاضي حرية التقدير خلال قيامه بالاستدلال وإعمال أدلة الإثبات وإن عدم الرقابة القضائية ليست سببا لقيام السلطة التقديرية ولكنه نتيجة التسليم بها.

ومن بين أهم الأسباب التي أدت بنا إلى اختيار الموضوع القيمة العلمية للموضوع ، بالإضافة إلى كثرة القضايا التي تثور حول كيفية الإثبات ، وطرق ، ووسائل المعتمدة في ذلك ، معتمدين في ذلك على المنهج الوصفي التحليلي الذي يساعدنا إلى التطرق بالتفصيل للموضوع.

ولكن الإشكال يثار من بابه الواسع في هذا المجال ، باعتبار أن أدلة الإثبات المدنية المقيدة لا يجوز الخروج عنها و أمام المجال الضيق للطرق العلمية للإثبات تبرز سلطة القاضي في تقدير الأدلة المدنية فعلى أي أساس يبني القاضي حكمه في التقدير في إطار النصوص القانونية التي نص عليها المشرع الجزائري في المواد المدنية ؟ و ما مدى سلطته في تقديرها ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية إتباعنا الخطة التالية :

خطة البحث

الفصل الأول : الأدلة ذات الحجية القاطعة

المبحث الأول: تعريف الكتابة كدليل إثبات

المطلب الأول: المحررات الرسمية

الفرع الأول: أن ينظم المحرر من موظف

الفرع الثاني: صدور المحرر من الموظف في حدود سلطته و اختصاصه

الفرع الثالث: مرعات الأوضاع القانونية في تدوين المحرر الرسمي

المطلب الثاني: المحررات العرفية

الفرع الأول: تعريف المحررات العرفية

الفرع الثاني: أنواع المحررات العرفية

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير الدليل الكتابي

الفرع الأول: وجوب الإثبات بالكتابة

الفرع الثاني: استثناءات الواردة على وجوب الدليل الكتابي

المبحث الثاني: الإقرار

المطلب الأول: صيغ الإقرار و أنواعه

الفرع الأول: الإقرار القضائي

الفرع الثاني: الإقرار غير القضائي

المطلب الثاني: حجية الإقرار

الفرع الأول: حجية الإقرار القضائي

الفرع الثاني: حجية الإقرار غير القضائي

المطلب الرابع: سلطة القاضي في تقدير الإقرار

المبحث الثالث: اليمين

المطلب الأول: اليمين الحاسمة

الفرع الأول: موضوع اليمين الحاسمة و صيغتها

الفرع الثاني: أطراف اليمين الحاسمة

الفرع الثاني: شروط اليمين الحاسمة

المطلب الثاني: اليمين المتممة

الفرع الأول: المقصود باليمين المتممة

الفرع الثاني: تقدير قيمة اليمين المتممة

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير اليمين
الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير اليمين الحاسمة
الفرع الثاني : سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة
الفصل الثاني: أدلة الإثبات ذات الحجية الغير قاطعة
المبحث الأول: شهادة الشهود
المطلب الأول: ماهية شهادة الشهود
الفرع الأول : تعريف شهادة الشهود
الفرع الثاني : شروط قبول الإثبات بشهادة الشهود
المطلب الثاني: حجية شهادة الشهود
الفرع الأول : في المواد التجارية
الفرع الثاني: الوقائع المادية
الفرع الثالث : التصرفات المدنية
المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير شهادة الشهود
المبحث الثاني: القرائن
المطلب الأول: القرائن القانونية
الفرع الأول: حجية القرائن القانون
الفرع الثاني: أنواع القرائن القانونية
المطلب الثاني: القرائن القضائية
الفرع الأول: المقصود بالقرينة القضائية
الفرع الثاني: شروط الأخذ بالقرائن القضائية
الفرع الثالث: حجية القرائن القضائية
المطلب الرابع : سلطة القاضي في تقدير القرائن
الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير القرائن القانونية
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير القرائن القضائية
المبحث الثالث: أدلة الإثبات الأخرى
المطلب الأول: الخبرة
الفرع الأول: سلطة القاضي في تعيين الخبير
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقديره لتقرير الخبرة

المطلب الثاني: المعاينة

الفرع الأول: المقصود بالمعاينة

الفرع الثاني: انتقال المحكمة للمعاينة

المطلب الثالث: البريد الإلكتروني

الفرع الأول : تعريف البريد الإلكتروني

الفرع الثاني: طبيعته القانونية لعنوان البريد الإلكتروني

الفرع الثالث : الحجية القانونية للبريد الإلكتروني

الفرع الرابع : موقف المشرع الجزائري من البريد الإلكتروني

المطلب الرابع : العقد الإلكتروني

الفرع الأول : المقصود بالعقد الإلكتروني

الفرع الثاني: أهمية العقد الإلكتروني

الفرع الثالث : حجية العقد الإلكتروني

الفرع الرابع : موقف المشرع الجزائري من العقد الإلكتروني

الـخاتـمـة

الفصـــل الأول: الأدلة ذات الحجية القاطعة

إن القاضي في تقديره لجزء من أدلة الإثبات تكون سلطته مقيدة بحيث لا يمكن إعمالها ، وهذه الأدلة تكون ذات حجية قاطعة أو غير قاطعة فتقبل إثبات العكس وهذه الأدلة تنحصر في الدليل الكتابي والإقرار القضائي و اليمين ، وذلك ما سنعرضه في المباحث التالية:

المبحث الأول: تعريف الكتابة كدليل إثبات

الدليل الكتابي هو طريقة يبين بها المتقاضي حقيقة اتفاق ما أو واقعة قانونية تكون هي مصدر حقه الذي يدعي به أمام القضاء ([1]) ولقد أحكم الله في شرعه في تبيان الحقوق و الإرشاد إلى السبيل القويم في حمايتها والحفاظ عليها وقطع دار الفساد فيها فندب إلى كتابة العقود و توثيق الديون لتكون حجة دامغة عند التنازع في قوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ"([2])، وانه وان كان المبدأ هو الإثبات بالكتابة فذلك ليس خروجا عن مبدأ الرضائية طبقا لأحكام المادة 351 من القانون المدني باعتباره وسيلة لإثبات الحق لا شرط لوجوده فإذ لم يثبت الاتفاق بدليل كتابي أو كان الدليل باطلا ، فهذا لا يمنع من وجود الحق الذي يمكن إثباته بوسائل أخرى لكن فرض المشرع الجزائري الكتابة في بعض العقود و التصرفات ومثال ذلك عقد الشركة التجارية في نص المادة 545 من القانون التجاري الجزائري " تثبت الشركة بعقد رسمي و إلا كانت باطلة لا يقبل أي دليل ..." بالإضافة إلى بيع المحل التجاري في نص المادة 79 من نفس القانون و كذلك رهن المحل التجاري في نص المادة 120 من القانون التجاري كل هذه العقود تشترط الرسمية لإثباتها ([3]) ، والأدلة الكتابية تنقسم إلى محررات رسمية و عرفية و كتابات خاصة و هذه التقسيمات تنبئ عن وجود تفاوت بين الأدلة من حيث القوة و الحجية التي رصدها لها المشرع ، و ذلك ما سنقوم بتبيانه من خلال هذا المبحث و نقوم بعدها بتبيان سلطة القاضي في وجوب تقدير الدليل الكتابي و شروط قبول الاستدلال به و نبين الاستثناءات التي ترد على وجوب دليل كتابي كامل .

---

[1]- د يحي بكوش : أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر طبعة 2، 1988. ص71.

[2] - القرآن الكرم ، سورة البقرة ، الآية282 .

[3] - الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09 / ديسمبر / 1996 المتضمن القانون التجاري ، الجريدة الرسمية رقم 77 .

إن للدليل الكتابي في الإثبات له حجية مطلقة إلا أن هذه الحجية تختلف بحسب أنواع الدليل فقد تبلغ حدها الأقصى في المحررات الرسمية ، و العرفية ، و تتراوح بين قيمة السند العرفي من جهة ودليل الاستئناس من جهة أخرى في الكتابات الخاصة و ذلك ما سنقوم بدراسته([1]).

المطلب الأول: المحررات الرسمية.

تنص المادة 324 من القانون المدني " 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 "([2])

من خلال المادة يفهم أنه يجب توافر شروط ثلاثة في المحرر أو السند الرسمي أن ينظم المحرر من موظف ، وأن يكون هذا الموظف مختصا بتنظيم السند ، وأن يراعي في تنظيمه للسند الأوضاع التي قررها القانون .

الفرع الأول : أن ينظم المحرر من موظف

يقصد بالموظف في خصوص المحررات الرسمية كل شخص تعينه الدولة للقيام بعمل ، ويختلف الموظفون باختلاف المحررات التي يختصون بكتابتها ، فالقاضي يعتبر موظفا عاما بالنسبة للأحكام التي يقوم بتحريرها ، كاتب الجلسة يعتبر موظفا عاما بالنسبة لمحاضر الجلسات التي يقوم بكتابتها ، والمحضر يعتبر موظفا عاما بالنسبة إلى أوراق التبليغ التي يقوم بتبليغها ، والمأذون يعتبر موظفا عاما بالنسبة لعقود الزواج و شهادات الطلاق ، وكاتب العدل يعتبر موظفا عاما بالنسبة للأوراق الرسمية المدنية التي يقوم بتحريره .

الفرع الثاني : صدور المحرر من الموظف في حدود سلطته واختصاصه

لا يكفي في المحرر الرسمي أن يكون صادراً من موظف ، بل يشترط أن يكون الموظف قد قام بتحريره في حدود سلطته واختصاصه ، ويقصد بالسلطة والاختصاص في هذا الخصوص أن يكون للموظف ولاية تحرير الورقة الرسمية من حيث الموضوع ومن حيث الزمان ومن حيث المكان فمن حيث الاختصاص الموضوعي ، يختص كل موظف عام بتحرير نوع معين من الأوراق الرسمية فالقاضي مثلا يختص بتحرير الأحكام ولكنه ليس مختصا بتحرير محاضر الجلسة ، فهذا من اختصاص مكاتب الجلسات والمأذون يختص بتحريره عقود الزواج ولكنه ليس مختصا بتحرير العقود

---

[1] - د صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الطبعة الأولى دار الهدى للنشر والتوزيع الجزائر 2009، ص48.

[2] - القانون رقم 58/75المؤرخ في 26 سبتمبر1975 ، المتضمن القانون المدني ،المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988 ، الجريدة الرسمية عدد 18 ، الصفحة 749 .

والتصرفات المدنية كالبيع أو الهبة فهذا من اختصاص كاتب العدل وهكذا ومن حيث الاختصاص الزماني ، تنقضي ولاية الموظف بالعزل أو النقل أو الوقف عن العمل فإذا قام بتوثيق المحرر بعد أن انقضت ولايته كان المحرر باطلا ومن حيث الاختصاص المكاني ، فإن القانون حدد لكل موظف اختصاصا إقليميا ولا يجوز له أن يباشر عمله خارج دائرة اختصاصه .

الفرع الثالث : مراعاة الأوضاع القانونية في تدوين المحرر الرسمي

قرر القانون أوضاعا معينة يجب على الموظف المختص بتحرير السند أن يلتزم بها من ذلك يجب أن يكون المحرر مكتوبا باللغة العربية وبخط واضح دون إضافة أو كشط وأن يشتمل عا البيانات الخاصة بموضوع المحرر، على ذكر السنة والشهر واليوم و الساعة التي تم فيها التوثيق كما يجب أن يشتمل المحرر على اسم الموظف ولقبه ووظيفته وأسماء الشهود وأسماء أصحاب الشأن وآبائهم وأجدادهم لإبائهم و كان إقامتهم وعلى الشهود أن يوقعوا المحرر مع ذوي الشأن ومع الموظف ويجب على الموظف قبل توقيع ذوي الشأن أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للمحرر ومرفقاته وأن يبين لهم الأثر القانوني المترتب عليه دون أن يؤثر في إرادتهم وتحفظ أصول المحررات بالمكتب ، وتسلم صور منها لأصحاب الشأن فاختلال أي شرط من شروط المادة المذكورة أعلاه تجعل الورقة الرسمية باطلة وبمفهوم المخالفة أنه بمجرد توافر الشروط الثلاثة المتقدمة في المحرر تكتسب بذلك الصفة الرسمية وتصبح للورقة حجية في الإثبات لذا كل من قدم ورقة رسمية للقضاء تتوافر على الشروط السابقة لا يطلب منه إثبات صحتها بل من أنكر حجيتها عليه أن يطعن فيها([1]) ولا يقبل أي طعن إلا بالتزوير فالورقة الرسمية تعتبر حجة لا يمكن إبعادها ما لم يثبت تزويرها فإذ لم يتم ذلك فلا يمكن إثبات العكس ولو كان هناك مانع أدبي([2]) .

جزاء الإخلال بشرط من الشروط الثلاثة :

إذا تخلف شرط من الشروط الثلاثة اللازمة لوجود المحرر الرسمي ، فإن المحرر يبطل كورقة رسمية فالمحرر الرسمي يفقد رسميته إذا صدر من غير موظف ، أو من موظف عام مميز مختص ، أو من موظف عام مختص إلا أنه لم يراع الأوضاع القانونية المقررة ومن الأوضاع القانونية المقررة ما هو جوهري كتاريخ التوثيق واسم الموظف وأسماء أصحاب الشأن والشهود وتوقيعاتهم وتخلف هذه الأوضاع هو الذي يترتب عليه بطلان المحرر، وبذلك فان الخصم الذي يتمسك بورقة رسمية لتأييد حقه لا يلزم بإثبات صحتها إذ كانت تبدو عليها علامات الرسمية مثل خاتم الإدارة وتوقيع الموظف وما شبه

[1] - د/ صبري السعدي، المرجع السابق ، صفحة.57

[2] - قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة القانون الخاص بتاريخ 1982/03/17 من ملف رقم 23156 .

ذلك ([1]) لأن ذلك يوحي بالثقة في مصدرها ، أما الأوضاع غير الجوهرية كدفع الرسم أو ترقيم صفحات المحرر فإن تخلفها لا يفقد المحرر صفته الرسمية على أن بطلان المحرر الرسمي لا يجرده من كل قيمة ، إذا يعتبر محرراً عرفيا بشرط أن يكون موقعا من ذوي الشأن إذا لم تستوف هذه السندات لشروط الواردة في الفقرة السابقة فلا يكون لها إلا قيمة السندات العادية بشرط أن يكون ذوو الشأن قد وقعوا عليها بتواقيعهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا فالمحرر أو السند الرسمي يعتبر بصحة ما دون فيه من بيانات أثبتها الموظف بنفسه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ولا يجوز نقض هذه الحجية إلا بالتزوير فالبيانات التي يثبتها الموظف بنفسه كتاريخ المحرر ومكان توثيقه وحضور ذوي الشأن والشهود وإثبات توقيعهم وتوقيع الموثق فهذه تكون حجة على الناس كافة ولا يمكن دحض حجيتها إلا عن طريق الطعن بالتزوير كذلك البيانات التي تصدر من ذوي الشأن في حضور الموظف كإقرار البائع أنه قبض ثمن المبيع ، أو إقرار المشتري أنه تسلم المبيع ، لا يمكن دحض حجيتها إلا بالطعن بالتزوير أما البيانات التي تصدر من ذوي الشأن ويدونها الموظف على مسئوليتهم دون أن يكون قد شاهدها أو تحقق من صحتها ، فلا تثبت لها صفة الرسمية ولذلك يجوز إثبات عكسها بطرق الإثبات العادية.

صور المحررات الرسمية يجب أن نفرق بين حالتين ما إذا كان أصل المحرر الرسمي موجوداً وحالة ما إذا كان الأصل غير موجود.

أولا : حالة وجود أصل المحرر الرسمي

انه حتى تكون للصورة حجية الورقة الرسمية ذاتها فان القانون يشترط توافر أمرين أساسين تبنى عليهما قرينة قانونية إحداهما أن يكون أصل الورقة الرسمية موجودا " أي محفوظ " وذلك لإمكانية الرجوع إليه عند الحاجة ، والثانية أن تكون هذه الصورة رسمية لا عادية وتكون حجة ما لم يقع فيها نزاع بين الخصوم، وإذا وقع تنازع فيها وجب مطابقتها للأصل ([2]) فتعين على المحكمة من مضاهاة الصور عليها فإذا ثبت التطابق بينهما تثبت الحجية و إلا استبعدت الصورة و يبقي الأصل في الدعوى ([3]).

ثانيا : في حالة غياب أصل المحرر الرسمي

وتشمل هذه الحالة كل الصور التي ينعدم فيها الأصل نتيجة تلفه أو حرقه وحسب المادة 326 من القانون المدني إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت للصورة الحجة على الوجه الأتي :

---

[1] - د/ يحي بكوش : المرجع السابق الصفحة 130.

[2] - د/ همام محمد محمود زهران،أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار الجامعة الجديدة 2002 الصفحة 229.

[3] - د/ عبد الرزاق السنهوري: الوجيز في النظرية العامة للإثبات منشآت المعارف الإسكندرية 2004،الصفحة 634.

1- أذا كانت الصورة الرسمية منقولة مباشرة عن الأصل الضائع تعتبر صورة رسمية أصلية ولها حجية الأصل المفقود، لا يسمح بالشك فيها وإلا فقدت حجيتها.

2. إذا نقلت الصورة الرسمية من صورة رسمية أخرى وكانت للصورة المفقودة حجية الورقة الأصلية وهنا يجوز لكل من الطرفين أن يطلب مقابلة الصورة المنقولة للصورة المنقولة منها.

3.إذا نقلت الصورة من صورة غير منقولة مباشرة من الصورة الأصلية، أي أنها بالنسبة للأصل صورة ثالثة وهي لا تتمتع بقرينة مطابقتها للصورة الأصلية ولا حجة لها و لا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس([1]).

المطلب الثاني : المحررات العرفية

الفرع الأول : تعريف المحررات العرفية

بالرغم من إن المشرع لم يعرَف السندات العرفية إلا أن الفقه منحها تعريفا كالتالي : " هي سندات معدة للإثبات يتولى تحريرها وتوقيعها أشخاص عاديون بدون تدخل من الموظف العام " ([2]).

و حسب هذا التعريف يشترط في المحرر العرفي شرطان أساسيان وهما التوقيع والكتابة وانه مادامت الورقة العرفية ليست حجة في ذاتها بوجود دليل يدل على صدورها ممن آلت إليه فيقع بذلك إثباتها على من يحتج بها وذلك بطلب إجراء مضاهاة الخطوط والتوقيعات وذلك عملا بالمادة 76 من قانون الإجراءات المدنية فان ثبت صدور المحرر ممن وقعه ثبتت حجيته على من أنكره وتعين على القاضي أن يقضي بها ، و الورقة العرفية يمكن إثبات عكسها بالكتابة و الإقرار و اليمين و البينة و القرائن القضائية إذا استخدمت في الإثبات على أنه لا يجوز إثبات التصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن مائة ألف دج ، حسب المادة 333 من القانون المدني بشهادة الشهود ، وذلك حسب الاجتهاد القضائي الذي قضى بان الورقة العرفية ليست حجة في مضمونها في حالة ما احتج عليها طرف من المتعاقدين .

وأنه وان كان للورقة العرفية حجة بين الأطراف المتعاقدة بالنسبة للتاريخ فانه لا يمكن أن يحتج بالتاريخ بالنسبة للغير إلا إذا اكتسب درجة من اليقين تجعله أكيدا أو غير قابل للجدل ولقد جاء في المادة 328 من القانون المدني أن" لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت و يكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء :

- من يوم تسجيله
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص .

[1] - د /همام محمد محمود زهران : المرجع السابق الصفحة 234.

[2] - د/ أحمد أبو الوفا ،التعليق علي نصوص قانون الإثبات' منشأة المعارف الإسكندرية 2003، الصفحة 131.

. من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء"([1]).

الفرع الثاني: أنواع المحررات العرفية

لقد نص المشرع على هذه الكتابات في الباب السادس من القانون المدني تحت عنوان إثبات الالتزام في فصله الأول الإثبات بالكتابة من المادة 329 إلى المادة 332 منه و الأصل في هذه الكتابات أنها لم تعد مسبقا لإثبات بل هي أوراق ودفاتر ومذكرات يحررها الناس بأنفسهم نتيجة معاملات يومية وهذه الكتابات يمكن تقديمها أمام القضاء لتدعيم اقتناع القاضي ولو بصفة جزئية لاعتبارها أوراق حررت في غير وقت النزاع عن الغالب وتشمل بعض المعلومات عن النزاع وبذلك لا يسمح للقاضي أن يتخلص منها نتيجة حاسمة ونهائية في تقرير القضية ، وللإشارة فان اغلب هذه الأوراق غير موقع عليها من أطرافها.

وقبل التطرق لدراسة هذه الأوراق لابد من الإشارة أنها وان كانت أقل درجة من الكتابات الرسمية إلا أنها تتفاوت فيما بينها من حيث القوة و الضعف في تكوين الاقتناع مما وجب علينا دراسة كل واحدة على حدا.

أولا:الرسائل .

الرسالة هي كل كتابة مخصصة لربط علاقة بين شخصين أو أكثر لغرض من الأغراض ، وهي ملك للمرسل إليه بمجرد وصولها إليه ([2]) وتعتبر الرسالة اليوم سيما بعد التطور والتقدم الصناعي والعلمي وسيلة إثبات ذات أهمية بالغة حيث نصت المادة 329 من القانون المدني في فقرتها الأولى على انه " تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات..." ([3]).

و ما يمكن استخلاصه من خلال هذه المادة أن المشرع لم يترك قيمة الرسائل في الإثبات لتقدير القاضي بل عمد إلى إقرار حجيتها والتسوية بينها وبين المحرر العرفي مادامت قد توافرت على شروط السند العرفي من توقيع وكتابات خاصة بطبيعة الحال والقاضي عند تفسير عبارات الرسالة يطبق في ذلك القواعد العامة المقررة لتفسير عبارات العقود([4]).

وبذلك نخلص إلى أن الرسالة الموقعة تكون حجة بما فيها من الشخص الذي وقعها ووجب على القاضي اعتبار ما ورد بها صحيحة وبذلك لها الحجية الكاملة ولا تنقص هذه الحجية بتقدير من القاضي لأنه لا مجال لأعمال سلطته التقديرية مع صريح نص المادة 329 من القانون المدني فهي بذلك تعتبر بمثابة

---

[1] - القانون رقم 58/75، المرجع السابق .

[2] - د /عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ،صفحة 670 .

[3] - القانون رقم 58/75 نفس المرجع .

[4] - د /همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ،صفحة 292.

المحرر العرفي الكافي لإثبات الحق المدعى به ، ويمكن اعتبارها في الوقت ذاته قرينة يضاف لها اليمين المتممة للحصول على الحجة الكاملة وكما يمكن اعتبارها بداية ثبوت بالكتابة([1]).

و القاضي الذي يريد أن يستبعد الرسالة لا يكون ولا يتأتى له ذلك الحق إلا إذا كانت الرسالة لا تخدم موضوع النزاع وهنا يكون مجال سلطة القاضي التقديرية بالإجابة عن السؤال هل الرسالة تخدم الموضوع ؟ وهل هي متعلقة بالنزاع ؟ أم غير متعلقة به ؟ وبالتالي تستبعد من الملف أو تضم إليه .

و يكون أيضا هنالك مجال آخر لإعمال السلطة التقديرية للقاضي فيما يخص الرسالة بحيث يقدر هل الرسالة متضمنة أسرار المرسل بحيث ينتفي مع ذلك حق المرسل إليه من تقديمها للقضاء إلا بموافقة المرسل إذا تضمنت أسرارا أم لا.

وكذا الغير الذي تحصل على الرسالة بسوء نية وبوسائل غير مشروعة فللقاضي السلطة التقديرية في تحديد سوء النية أيضا ([2]).

وللإشارة انه لا رقابة من طرف المحكمة العليا على ذلك بل للقاضي السلطة التقديرية الكاملة فإذا ما اقتنع تماما بما ورد في الرسالة المدلى بها فيقضي بمقتضاها كما انه قد يرى فيها جزء من حق المدعى به فيقضي بتكملة نصاب الإثبات بتوجيه اليمين المتممة لمن يستفيد من الرسالة.

ثانيا: البرقيات.

تنص المادة 329 الفقرة الثانية من القانون المدني على انه" تكون للبرقيات هذه القيمة أيضا (قيمة المحرر العرفي) إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك وإذا تلق أصل البرقية فلا تعتبر نسخها إلا لمجرد الاستئناس "([3]) و منه فالبرقية هي رسالة مختصرة يوجهها شخص لآخر بواسطة دائرة البريد التي تحتفظ بأصلها وتعطي من وجهت إليه صورة عنها ، فمن خلال هذا التعريف و المادة 329 الفقرة الثانية من القانون المدني يتضح انه لابد من إثبات مطابقة البرقية لأصلها المحفوظ في مصلحة التلغراف وأن يكون الأصل موقعا ممن نسبت إليه البرقية عند ذلك يمكننا القول بأن البرقية ذات قيمة وحجية ويمكن للقاضي الأخذ بها والاستدلال بها على اعتبارها ورقة عرفية ، إلا أن البرقية بعد أن يعدم أصلها بانقضاء المدة المحددة لحفظها ثلاثة أشهر بالنسبة للبرقيات الداخلية ، و عشرة أشهر بالنسبة للبرقيات الخارجية من الشهر التالي من وصولها ، لا يصبح للصورة أية قيمة قانونية في الإثبات وغاية الأمر أن يستدل بها في هذه الحالة على سبيل الاستئناس واعتبارها قرينة قضائية وذلك في الأحوال التي يجوز

---

[1] - د/ يحي بكوش ، المرجع السابق الصفحة 161.

[2] - المستشار أنور طلبة ، الوسيط في شرح قانون الإثبات ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر 2004 ،الصفحة 318 .

[3] - القانون رقم 75/58المرجع السابق .

فيها الإثبات بالقرائن([1]) ويعتبر تاريخ البرقية تاريخا ثابتا لا سلطة في تقديره على اعتبار أن أصل البرقية يختم بختم مكتب الإرسال وإضافة إلى تقدير جميع البرقيات الصادرة في يوم واحد في دفتر يسمى وصول البرقيات و لا بد من الإشارة أن الأصل الموقع عليه قد يفقد من دائرة البريد أو يتلف لا قيمة عندها للبرقية على اعتبار أن قوتها ممتدة من الأصل وإذا وجد الأصل ولكنه غير موقع عليه من المرسل فلا تكون لصورة البرقية قوة الإثبات إلا إذا كان الأصل مكتوبا بخط يد المرسل فتصبح عندئذ كمبدأ بداية الثبوت بالكتابة .

ثالثا: الدفاتر التجارية

وهي تلك الدفاتر التي يعدها التجار لتسجيل أصولهم وخصومهم وإما أن تكون دفاتر اختيارية أو إلزامية يشترطها القانون لممارسة التجارة مثل الدفاتر اليومية ودفاتر الجرد حيث ألزم المشرع الشخص الذي له صفة التاجر بتقييد أعماله في الدفاتر اليومية والقيام سنويا بإعداد ميزانية وحساب النتائج في دفتر الجرد وهذا ما نصت عليه المادة 09 و10 من القانون التجاري ([2]).

ويشترط القانون في هذه الدفاتر أن تمسك حسب التاريخ ودون ترك بياض أو تغير فيها ولابد من ترقيم صفحاته والتوقيع عليه من القاضي.

إن هذه الدفاتر لا يمكن أن يحتج بها أمام القضاء إلا إذا كانت منتظمة ومطابقة للشروط المقررة قانونا حسب المادة 14 من القانون التجاري.

و لقد عالج المشرع حجية الدفاتر التجارية في الإثبات في كل من المادة 330 من القانون المدني والمادة 13 من القانون التجاري.

نصت المادة 330 من القانون المدني على أن " دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات متعلقة بتوريدات قام بها التجار يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة وتكون دفاتر التجار حجة عن هؤلاء التجار ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزأ ما ورد فيها أو يستبعد منها ما هو مناقض لدعواه "([3]).

و نص المادة 13 من القانون التجاري على أنه " يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية " ([4]).

و يظهر من خلال هذين النصين حالتين :

---

[1] - د /همام محمد محمود زهران، المرجع السابق ، الصفحة 95.

[2] - الأمر رقم 96-27 المرجع السابق الجريدة الرسمية رقم 77 المؤرخة في 11 / ديسمبر/ 96 الصفحة 5.

[3] - الأمر 09/08 ، المرجع السابق .

[4] - الأمر رقم 75- 59 المؤرخ في 26/ سبتمبر/1975، المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم .

1- النزاع القائم بين تاجرين

إن الدفاتر التجارية قد يحتج بها في النزاع التجاري بين تاجرين وقد يحتج بها في نزاع مدني بين تاجر وغير تاجر ، فإذا احتج بها تاجران وكان موضوع النزاع عملا تجاريا جاز هذا الاحتجاج بشرط أن تكون منتظمة مما يسمح للقاضي التأكد من صحة البيانات الواردة بها .

أهم ما يمكن ملاحظته في حجية الدفاتر التجارية أنه لا يجوز لمن يستخلص منها دليلا لنفسه أو يجزئها ويستبعد ما ليس في مصلحته أو لا يخدمه في دعواه ، فالقاضي له السلطة التقديرية الواسعة حين تقديم الدفاتر التجارية بالأخذ بكل ما فيها حسب تقديره وحسب تحكمه في وقائع الدعوى بشرط ألا يأخذ شيء ويترك شيء يناقضه أو ينافيه في ذات الدفاتر التجارية ([1]).

2- النزاع القائم بين التاجر و غير التاجر

و التاجر لا يستند لدفاتره التجارية في النزاع القائم بينه وبين غير التجار وذلك ما جاءت به صريح المادة 330 من القانون المدني " ... دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ..." ذلك كأصل إلا أن هناك استثناء يجوز بمقتضاه أن يستند التاجر بدفاتره التجارية على غير التجار إذا كان الأمر يتعلق بتوريدات أي بضائع وردها التاجر لمدينه غير التاجر وكانت قيمتها لا تتجاوز مائة ألف دينار جزائري وهذا فيه خروج عن مبادئ الإثبات التي تقضي بعدم إمكانية المرء أن يصطنع دليلا لنفسه ولا يجوز إجبار شخص على أن يقدم دليلا ضد نفسه .

إن القاضي في هذه الحالة له سلطة تقديرية في الأخذ بالدفاتر التجارية ولو كانت غير منتظمة وليس هناك ما يلزم القاضي بالأخذ بهذا الاستثناء و بذا له تحكيم سلطته التقديرية في هذا المجال مع وجوب توجيه يمين متممة لأحد الخصمين عند الأخذ به.

رابعا: الدفاتر والأوراق المنزلية

يقصد بالدفاتر والأوراق المنزلية ، ما يدونه الشخص فيما يتعلق بشؤونه الخاصة ، في مذكرات أو أوراق متفرقة وهذه لا يلزم القانون الشخص بإمساكها و يتطلب فيها مراعاة أوضاع معينة ولهذا فإنه لا يعطيها نفس القيمة التي يعطيها للدفاتر التجارية على أن القانون لا يجرد مثل هذه الأوراق الخاصة من كل قيمة في الإثبات لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لمن صدرت عنه ولكنها تكون حجة عليه إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا ، إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته فالأصل إذن أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تعتبر حجة على صاحبها إلا أن المشرع أورد استثناءين أعطى فيها هذه الأوراق بعض الحجية في الإثبات الاستثناء الأول : إذا ذكر صاحب هذه الأوراق أنه استوفى دينا إذ يعتبر هذا بمثابة إقرار منه وقد يحدث

[1] - د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 96 و97.

ذلك عملا حيث يكتفي الدائن بتدوين الدين في أوراقه الخاصة ولا يطالب المدين بإيصال يثبت ذلك ويشترط القانون الأردني أن يكون مثل هذا الإقرار صريحا.

الاستثناء الثاني : إذا ذكر صاحب هذه الأوراق أنه قصد بها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته وهذه الحالة أقل وقوعا في العمل من الأولى لأن الشخص إذا قصد أن تقوم كتابته مقام السند لصاحب الحق المقر به ، فإنه غالبا ما يوقع هذه الكتابة دلالة على هذا القصد وتعتبر الكتابة الموقعة حينئذ دليلا كتابيا وفقا للقواعد العامة لا استناد إلى هذا النص الاستثنائي وهنا أيضا يتطلب القانون الأردني أن يكون التعبير صريحا وحجية الدفاتر والأوراق المنزلية في هاتين الحالتين ليست مطلقة فهي قابلة لإثبات العكس بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة القرائن ولا تطبق هنا قاعدة عدم جواز إثبات ما يناقض أو يجاوز الكتابة إلا بالكتابة لأن هذه الأوراق ليست أوراقا عادية موقعة والأصل أيضا أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تعتبر حجة لصاحبها لأن القاعدة أن الشخص لا يجوز أن يصطنع دليلا لنفسه ومع ذلك فليس هناك ما يمنع المحكمة من أن يستخلص قرينة لصالح من صدرت منه هذه الأوراق ومن ذلك ما جرى عليه العمل من أن الطبيب الذي يدون في دفاتره بانتظام زياراته لمرضاه يستطيع أن يستند إلى هذه الدفاتر في مطالبتهم بأتعابه ولو بما يجاوز نصاب البينة لأن علاقته بمرضاه تعتبر مانعا أدبيا من الحصول على دليل كتابي.([1])

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير الدليل الكتابي

حسبما سبق تبيانه هناك من الأدلة الكتابية ما هو معد للإثبات ومنها ما هو غير معد للإثبات فالمعد منها للإثبات كالورقة الرسمية والمحرر العرفي يعتبر حجة كاملة متى استوفى السند والمحرر الشروط الواجبة فيه حسب نصوص القانون المدني ولم يطعن في صحته .

و الغير معدة للإثبات التي لا تحمل توقيع أصحابها غالبا فيعطيها القانون قوة في الإثبات تختلف الواحدة منها عن الأخرى فقد يعتبرها دليل كامل أو دليل ناقص وقد تعتبر قرينة بسيطة أو مبدأ بداية ثبوت بالكتابة.

و انه باختلاف حجية الدليل الكتابي من السند الرسمي إلى العرفي و الكتابات الخاصة ذلك يجعل سلطة القاضي في تقدير كل دليل من هذه الأدلة تختلف ، فتضيق و تتسع حسب قوة و ضعف الدليل من حيث حجتيه ، و سنبين فيما يلي أن الدليل الكتابي لا مجال فيه بصورة عامة لإعمال سلطة القاضي التقديرية فيه بتوافر شروط معينة و بهذا نعود إلى قاعدة الأصل في الإثبات الكتابة و ننتهي إلى الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ و تتمثل في أوجه محصورة من طرف المشرع و مقيدة بشروط .

[1] - د /همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 110.

الفرع الأول: وجوب الإثبات بالكتابة

تنص المادة : 333 من القانون المدني " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمـــته عن 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجـــــوز الإثبات بالشهـــود في وجوده أو نقصانه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .

ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف القانوني ويجوز الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الالتزام على 100.000 دج لم تأتي إلا من ضم الملحقات إلى الأصل .

وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالشهود في كل طلب لا تزيد قيمته عن 100.000 دج ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد عن هذه القيمة ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته عن 100.000 دج "([1]).

من الملاحظ بعد قراءة هذه المادة أن القاضي يوجب في الدعوى المطروحة أمامه التدليل عليها واثبات ما يدور حوله النزاع بالكتابة لكن ذلك لا يكون إلا بتوافر ثلاثة شروط :

أولا: أن يكون التصرف محل الإثبات تصرفا قانونيا لا واقعة مادية

أن أول ما يقوم به القاضي عند تطبيق المادة السابقة ، تقدير موضوع النزاع المطلوب إثباته أن كانت واقعة مادية أم تصرف قانوني فالأصل في ذلك أن الوقائع القانونية تنقسم إلى تصرفات قانونية ووقائع مادية وان قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة لا تسري إلا على التصرفات القانونية أما الوقائع المادية فهي بحسب طبيعتها لا يتيسر إثباتها بالكتابة ولذلك كان الأصل فيها إثباتها بكل طرق الإثبات بما فيها الشهادة ، والتصرف القانوني يدخل ضمنه جميع الاتفاقات والعقود أيا كان الأثر الذي يترتب عليه كالبيع والقرض والإيراد والمقاولة والوكالة والعارية والوديعة ([2]).

ولا يهم أكان غرض هذه العقود التعديل أو النقل أو حتى إنشاء التزام وكذلك بصرف النظر عن التصرف القانوني أكان صادرا عن إرادة منفردة أو بتطابق الإرادتين وعلى القاضي عند تقديره أن يبحث ما إذا كان التصرف منعقدا بإرادة ضمنية أو إرادتان ضمنيتان ذلك أن إثبات الإرادة الضمنية لا يشترط فيها الكتابة لأن الإثبات في هذه الحالة يرد مباشرة على وقائع مادية يراد استنباط الإرادة منها وبالتالي يمكن إثباته بكافة الطرق ومثال ذلك تجديد عقد الإيجار تجديدا ضمنيا.

---

[1] - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 / جوان /2005 ،الجريدة الرسمية رقم 44 ، ص 25 .

[2] - د/ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص 675.

ثانيا:أن يكون محل التصرف المراد إثباته مدنيا و ليس تجاريا

ويقصد بتقدير القاضي لطبيعة التصرف أن يقدر هل هو تصرف مدني أم تصرف تجاري أم تصرف مختلط إذ أن القاعدة العامة تقضي بأن الاعتماد على الإثبات بشهادة الشهود لا تجوز إذا كان التصرف القانوني تفوق قيمته النقدية 100.000دج أو كانت غير محددة القيمة ([1]) بمفهوم المخالفة القاضي إذا قدر أن التصرف تجاري أو مدني بناء عليه يستطيع طلب الدليل الكتابي أو مجرد شهادة الشهود تفي بالغرض.

والأصل أنه لا إشكال عندما يكون الفصل بين الأعمال المدنية والتجارية قائما فذلك مما سهل على القاضي عملية تقديره للعمل بوجود معايير تحكمه في ذلك لكن الصعوبة تنشئ عندما يكون العمل مختلط أي تجاري لأحد الأطراف ومدني بالنسبة للطرف الآخر أنه إذا كان موضوع النزاع بهذا الشكل وتجاوز التصرف 100.000دج فلابد من إثباته بالكتابة حسب قواعد القانون المدني .

لإثبات دين يفوق مائة ألف دينار جزائري غير تجاري دون دليل الحكم به خرق للقانون من المقرر قانونا أنه في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن مائة ألف دينار أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون([2]).

ثالثا: أن يكون قيمة محل الالتزام مائة ألف دينار جزائري

إن للقاضي سلطة تقديرية تامة في تقدير محل الالتزام وان لمحل الالتزام أهميته في هذا المجال سيما انه يجعل دليل الإثبات في الدعوى وجوبا كالكتابة أو جوازي يمكن إثباته بأي دليل آخر غير الكتابة .

إن المادة 333 من القانون المدني جاءت صريحة في هذا المجال و هذا بنصها على انه " ويقدر قيمة هذا الالتزام وقت صدور التصرف "([3]).

فإذا كانت قيمة التصرف وقت صدوره تجاوزت مائة ألف دينار جزائري وجب إثباته بالكتابة.

ولو انخفضت قيمة التصرف في وقت رفع الدعوى إلى أقل من مائة ألف دينار جزائري لأنه لا يمكن التنبؤ بما عسى أن يحصل من انخفاض أو ارتفاع قيمة الأشياء التي يتعاقد عليها الأشخاص.

وأنه إذا كانت قيمة التصرف القانوني مبلغا من النقود فان تقدير قيمته لا تثير أية مشكلة حيث يقدر القاضي قيمته بمقدار عددي ، أما إذا كانت قيمة التصرف القانوني نقدا أجنبيا فيقدر القاضي قيمته بسعر

---

[1] - د/ الغوثي بن ملحة ، قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري ، الطبعة الأولى الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر 2001 ص 70.

[2] - قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1992/07/07 ملف رقم 84034 المجلة القضائية لسنة 1993 العدد 03 الصفحة 164.

[3] - الأمر رقم 58/57 المرجع السابق .

العملة الوطنية وقت صدور التصرف " وإذا كان موضوع صدور الالتزام من غير النقود فالمدعي يقدر قيمة التصرف ، ولكن تقديره هذا يبقى خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي سواء بنفسه أو بواسطة خبير.

أما إذا كان موضوع الالتزام غير محدد القيمة اعتبرت قيمة التصرف مجاوزة لمائة ألف دينار جزائري حتى ولو قدره المدعي في دعواه بأقل من هذه القيمة ويجب إثباته بالدليل الكتابي ومن جهة أخرى يراعي القضاء في تقديره لقيمة هذا الالتزام المراد إثباته الأحوال التي يزيد فيها نصاب الإثبات بالشهادة وذلك في الحالات التي تعود فيها هذه الزيادة إلى إضافة الفوائد أو المصروفات والملحقات إلى الأصل([1]).

الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة

أولا: سلطة القاضي في تقدير ما يخالف أو يجاوز الدليل الكتابي

القاعدة انه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد قيمة التصرف عن مائة ألف دينار جزائري فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه عقد رسمي ذلك حسب المادة 334 من القانون المدني وما جاءت به اجتهادات المحكمة العليا في إحدى قراراتها " إثبات شراء عقار بعقد رسمي – إدخاله ضمن تركة – بناء على شهادة الشهود مخالفة للقانون ، من المقرر قانونا أنه لا يجوز الإثبات بالبينة ولم تزد القيمة على مائة ألف دج فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمونه عقد رسمي ومن ثم فان القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون .."([2]).

"من المقرر قانونا أنه لا يجوز الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون العقد الرسمي ، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون " ([3]) .

ومن خلال ما سبق يتبين أن المقصود بهذه القاعدة انه يمنع اللجوء إلى شهادة الشهود أو القرائن لإثبات ما يخالف ما جاء في العقد المكتوب لأنه من غير المنطقي أن يشترط القانون إقامة الدليل الكتابي بالنسبة لتصرفات معينة ثم يسمح بعد ذلك بنقض ما ورد فيه بطريق البينة أو القرائن ذلك لان الكتابة صادرة عن إرادة المتعاقدين كما أنها تتميز بالموضوعية بصفة أكثر دقة.

وبما أن تقدير القاضي ضروري دائما لتقرير وجود الدليل ذاته واستخلاص مضمونه فان القاضي يتولى تقدير كل شرط من شروط هذه القاعدة وهي أن تكون هناك كتابة رسمية وان يرد ما يخالف هذه الكتابة أو يجاوزها وان يكون الإثبات مقصورا على المتعاقدين وحدهما فيتولى القاضي تقدير ضرورة وجود

---

[1] - د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 112.

[2] - قرار مؤرخ في 1986/06/16 ملف رقم 41632 المجلة القضائية لسنة 1992 العدد 03 ص 61 .

[3] - قرار مؤرخ في 1989/12/27 ملف رقم 63320 المجلة القضائية لسنة 1993 العدد 03 ص21.

الكتابة الرسمية التي أعدت للإثبات فلا ترد هذه القاعدة على الأوراق العرفية ولا على الدفاتر التجارية ولا على الأوراق المنزلية لأنها كتابات غير رسمية.

ثم يتولى القاضي تقدير المراد إثبات مخالفته أو مجاوزته المكتوب لأنه لا يمتنع الإثبات بشهادة الشهود طبقا لهذه القاعدة إلا إذا كان موضوع هذا الإثبات أمر يخالف أو يجاوز ما يثبت بالكتابة أي إذا كان أمرا يعتبر تكذيبا أو تعديلا للمكتوب أو إضافة إليه .

و في الأخير يقدر القاضي مدى تحقق الشرط الثالث وهو أن يكون مقصورا على العلاقات فيما بين المتعاقدين ذلك لأن القيد الخارج عن نطاق العقد يجوز له الإثبات بالشهادة والقرائن فيما يخالف أو يجاوز الكتابة الرسمية مادام التصرف بالنسبة إليه مجرد واقعة مادية يجوز إثبات ما يخالفها بجمع الأدلة الممكنة .

حق الغير في إثبات ما يخالف الثابت كتابة بكافة الطرق، والغير لا يتقيد هنا بشرط الكتابة في إثبات ما يخالف العقد المكتوب ([1]) .

ثانيا : سلطة القاضي في تقدير مبدأ الثبوت بالكتابة

تنص المادة 335 من القانون المدني " يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة ، و كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شانها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة "([2]).

يتضح من خلال هذا النص انه يجوز للخصم الذي لم يتمكن من تهيئة الدليل الكتابي في الوقت المناسب لسبب ما ، جاز لهذا الخصم أن يقدم " مبدأ الثبوت بالكتابة " وللإشارة فإن كلمة مبدأ الثبوت بالكتابة نفي لوجود الكتابة وهي الخطوة الأولى في سبيل الإثبات أو دليل غير كامل أي لا يرقى أن يكون دليلا كتابيا متوافر على جميع الشروط.

وانه حتى نكون بصدد مبدأ ثبوت بالكتابة يجب توافر ثلاثة شروط وهي :

1. وجود ورقة مكتوبة.
2. صدور هذه الورقة من الخصم .
3. أن تجعل هذه الورقة وجود التصرف القانوني قريب الاحتمال

إن سلطة المحكمة العليا في رقابتها على قضاة الموضوع في صدد مبدأ الثبوت بالكتابة تنحصر فيما يلي:

---

[1] - د/ أحمد نشأت:طرق الإثبات في المواد المدنية و التجارية و الأحوال الشخصية –دار الفكر العربي – الطبعة 1994 ص 227/226 .

[2] - الأمر 05-10 المرجع السابق الجريدة الرسمية رقم 44 ص 25.

أ- دور المحكمة العليا يكمن في مراقبة قضاة الموضوع إن لم يخطئوا في تطبيق القانون باعتبار أن ورقة ما تعد مبدأ الثبوت بالكتابة أو لا تعد كذلك ، وعلى ذلك فان الكتابات التي تصلح أن تكون دليلا من هذا النوع كثيرة ومتنوعة ويمكن أن نذكر منها على سبيل المثال ،الأوراق الرسمية والأوراق العرفية وغيرها من الأوراق التي جعل لها القانون قوة في الإثبات مثل دفاتر التجار والسجلات والأوراق المنزلية والرسائل أو المذكرات الخاصة أو الأقوال التي وردت في محضر التحقيق .

فكل هذه الأوراق تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إذا لم تكن دليلا كاملا لموضوع الدعوى وإن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يستخلص من ورقة واحدة بل يجوز استخلاصه من عدة أوراق ولو كانت كل واحدة منها لا تكفي بمفردها لاستخلاص ذلك ،كما يجب أن تكون الورقة التي تعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة مقدمة في الدعوى أو على الأقل معترف بوجودها ممن تنسب إليه فإذا لم تكن كذلك فلا يستطيع من يتمسك بها أن يثبت وجودها بالشهادة ([1]) .

ولقد قضي بأنه لا يتطلب القانون بيانات معينة في الورقة لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ويكفي أن تكون صادرة من الخصم أو يحتج بها عليه وان تجعل التصرف المدعى به قريبا للاحتمال .

وقضي كذلك بأن تقديم الخصم للورقة كدليل في الدعوى حق للمحكمة من تلقاء نفسها في اعتبار مبدأ الثبوت بالكتابة ولو لم يتمسك من قدمها بذلك .

ب- تتحقق محكمة النقض بان قضاة الموضوع لم يخطئوا في تطبيق القانون في اعتبار ان هذه الورقة صادرة من الخصم ذلك أن هذا الشرط يعد ركنا جوهريا في مبدأ الثبوت بالكتابة ويعتبر بمثابة إقرار غير قضائي ([2]) .

والورقة تكون صادرة من الخصم إذا كانت موقعة منه أو ممن يمثله أو بخط من يمثله إلا أن هناك بعض الأوراق التي يمكن أن تعتبر صادرة من الشخص رغم أنها ليست موقعة منه أو ممن يمثله وليست بخطه ولا خط من يمثله و من هذا النوع الأوراق الرسمية كمحاضر التحقيق ومحاضر الحسابات.

ج- سلطة قاضي الموضوع في تقدير ما إذا كانت الورقة تجعل الإثبات قريب الاحتمال أو لا تجعله كذلك ويقصد بذلك آن تكون الورقة المقدمة كمبدأ ثبوت بالكتابة من شأنها أن تجعل الورقة المراد إثباتها محتملة بل يجب أن تجعلها مرجحة الحصول لا ممكنة الحصول فحسب ([3]) أي يكون المكتوب في هذه الورقة قريب الاحتمال في نسبته إلى الخصم وانه لا رقابة على القاضي حين تقدير الورقة التي يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة فهو اجتهاد يستقل به قاضي الموضوع .

---

[1] - د/ محمد الصبري السعدي : المرجع السابق ص 122.

[2] - أ / محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية ، دار هومة للطباعة و النشر الجزائر 2002،ص 15.

[3] - د/ يحي بكوش: المرجع السابق ص 225 و226.

ولكن الذي لابد من لفت الانتباه إليه أنه مادامت هذه الورقة طرحت في النزاع لابد من تسبيب القاضي الأخذ أو عدم الأخذ بها وان كل إهمال من القاضي في الرد على الورقة التي تعتبر بداية ثبوت بالكتابة فان ذلك يعتبر قصورا في التسبيب يستوجب معه نقض الحكم، وذلك على اعتبار أنه دفع جوهري والدفع الجوهري يرتب عند عدم الرد عليه نقض الحكم.

و يبقى بالرغم من أنه دفع جوهري إلا آن القاضي غير ملزم أن يستجيب إلى طلب الخصم في أن يقبل الإثبات به بل تبقى له السلطة التقديرية في رفضه الطلب حتى مع توافر جميع الشروط أو الاستجابة إليه و لكي تعتبر الورقة مبدأ الثبوت بالكتابة فلها أن تكمل وتعزز هذا الاقتناع بالبينة أو بالقرائن .

ثالثا: سلطة القاضي في تقدير المانع من الحصول على الدليل الكتابي

تنص المادة : 336 من القانون المدني على ما يلي " يجوز الإثبات بالشهادة فيما كان يجب إثباته بالكتابة " ([1]).

. إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي .

. إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته " والأصل أن هناك أمور تثبت بالكتابة إلا أن ظروفا ما من شانها أن تمنع الحصول على ذلك فيجوز عندئذ الإثبات بالشهادة فيما كان أصلا لا بد من إثباته بالكتابة ، لذا إذا كنا أمام تصرف قانوني مدني وقيمته أكثر من مائة ألف دينار جزائري لكن كانت هناك استحالة مادية أو أدبية تمنع من إثباته بالكتابة هنا تقوم الشهادة مقام الدليل الكتابي وليس تكميلا له كما في الحالات السابقة ([2]).

والمانع هو كل ما يحول دون الحصول على الدليل الكتابي هو كل ما ينشئ عنه استحالة الحصول على الكتابة وقت التعاقد استحالة بينة عارضة أي مقصورة على شخص المتعاقد وراجعة إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد والمانع إما أن يكون ماديا أو أدبيا والقاضي من يقدر وجود المانع من عدمه ولا رقابة عليه في ذلك .

1. تقدير قاضي الموضوع للمانع المادي :

المانع المادي يقصد به انعدام الوسائل المادية للمتعاقد لتهيئة الدليل الكتابي على التصرف القانوني الذي قام به مثل الاتفاق المبرم بين شخصين قبل إقلاع الطائرة أو الباخرة أو التصرف الذي يبرم وقت ظروف طارئة فجائية كالحريق والفيضانات .

---

[1] - القانون رقم 05-10 المرجع السابق .

[2] - قرار المؤرخ في 1990/07/15 ملف رقم 62268 المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الثالث ص 106.

والقاضي هو الذي يقدر في الدعوى المعروضة عليه العوائق المادية التي من شأنها أن تمنع الخصم من الحصول على دليل كتابي لإثبات تصرف قانوني مدني كان من الواجب إثباته بالكتابة والقاضي عليه أن يورد في حكمه الواقعة التي قدرها على أنها مانع مادي ويبين لماذا أضفى عليها هذا الاعتبار .

وانه متى تبين للقاضي عدم جدية الادعاء بالمانع المادي فلابد من تسبيب ذلك في حكمه وله في المقابل السماح للخصم الذي رفض طلبه الإثبات بالشهادة في هذا التصرف القانوني المدني الذي يزيد عن مائة ألف دينار جزائري.

2 . سلطة القاضي في تقدير المانع المعنوي:

إن المانع هنا يرجع إلى الظروف النفسية التي كانت تربط بين الطرفين وقت التعاقد ولم تكن تسمح من الناحية الأدبية لأحدهما أن يطلب كتابة التعاقد مع الآخر.

وعرف على انه الهاجس النفسي الذي يمنع المتعاقد من طلب دليل كتابي من المتعاقد معه كصلة القرابة الأب بالابن أو علاقة الطبيب بالزبون، المحامي بموكله وقاضي الموضوع وحده من له الحق في تقدير ذلك ولا رقابة عليه من المحكمة العليا.

وللإشارة فان المشرع الفرنسي لم ينص على المانع الأدبي وترك المجال واسعا للقضاء وللاجتهاد بحيث قررا قواعده وأعطياه تفسيرا واسعا.

وعلى القاضي دائما في نفس المجال أن يبين في حكمه الظروف التي اعتبرها مانعة و إذا كان هذا الاعتبار معقولا و انتهى الحكم صحيحا الى قيام مانع أدبي دون الحصول على دليل كتابي فان الإثبات بالبينة والقرائن يكون جائز قانونا وللقاضي رفض طلب ما يدعيه الخصم من التمسك بالمانع الأدبي إذا تبين له من ظروف النزاع عدم جدية الادعاء بهذا المانع وعلى القاضي دائما تسبيب الرفض .

3. تقدير السبب الأجنبي المانع من الحصول على الكتابة

نص المشرع الجزائري على هذه الحالة بنص المادة 336 الفقرة الثانية وفي هذه الحالة يكون الدائن سبق له أن حصل على دليل كتابي وقت إنشاء التصرف القانوني الذي أبرمه مع خصمه ولكن فقده لسبب أجنبي لا دخل له فيه. ([1])

وانه لأجل قبول شهادة الشهود وفي إثبات ما يجاوز مائة ألف دينار جزائري وفي إثبات الحالات الخاصة التي يوجب القانون الكتابة إثباتها أي كانت قيمة التصرف وحتى في إثبات التصرفات الشكلية لابد من أجل ذلك توافر الشروط التالية :

أ. إثبات وجود سند كتابي كان متحصلا عليه وكان مستوفيا لكل الشروط الواجبة ويثبت ذلك بكل الطرق باعتبارها واقعة مادية .

[1] - د/ محمد الصبر السعدي ، المرجع السابق ،ص 152.

ب. إثبات فقدان السند لسبب أجنبي : أو يثبت ذلك أيضا بكل طرق الإثبات باعتبارها واقعة مادية، ويبقى دائما قاضي الموضوع هو الذي يقدر إذا كان هذا السبب أجنبي ام لا ولا يخضع القاضي في ذلك لرقابة المحكمة العليا .

المبحث الثاني : الإقـــــرار

إن الإقرار هو اعتراف شخص بإدعاء يوجه إليه شخص أخر و لقد نص عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 341 من القانون المدني و سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى صيغ الإقرار و أنواعه وشروط الإقرار القضائي و حجيته كدليل من أدلة الإثبات ، و سلطة القاضي في تقدير الإقرار القضائي.

المطلب الأول: صيغ الإقرار و أنواعه

لقد عرفت المادة 341 من القانون المدني مسألة الإقرار القضائي بقولها " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة" ([1]).

ولقد عرف الفقه الإقرار على أنه " اعتراف شخص بادعاء يوجه إليه شخص آخر "([2]) ومن خلال ذلك يمكن القول أن الإقرار القضائي هي شهادة من المقر على نفسه لمصلحة خصمه بصحة واقعة قانونية وهو بهذا المعنى نزول عن جانب المقر عن حقه في المطالبة بإثبات ما يدعيه خصمه لذا قيل أن الإقرار من الأدلة المعفية من الإثبات.

والإقرار نوعان إقرار قضائي و هو الذي يصدر أمام القضاء أثناء السير في الدعوى التي صدر بشأنها الإقرار، و إقرار غير قضائي و هو الذي يصدر خارج مجلس القضاء.

الفرع الأول: الإقرار القضائي

وإذا كان الأصل في الإقرار بوجه عام أنه اعتراف الشخص بواقعة من شأنها أن تنتج آثار قانونية حيث تصبح في غير حاجة إلى الإثبات ويكون هذا الاعتراف خلال السير في الدعوى أمام محكمة قضائية سواء كانت مدنية أو تجارية أو سواء كانت تابعة لجهة القضاء المدني أو الإداري ويشترط أن تكون المحكمة أو الهيئة القضائية التي يصدر الإقرار في مجلسها مختصة.

فإن الإقرار القضائي يملكه الخصم نفسه أو نائبه فإذا كان الإقرار حاصلا بمعرفة الخصم نفسه فلا يكون ملزما له إلا إذا كان يملك التصرف في الحق المتنازع فيه ، فالقاصر والمحجور عليه لا يلتزمون بإقرارهما ، ولا يعد إقرارا بالمعنى القانوني الإقرار الحاصل من محامي الخصم في المرافعات أو المذكرات دون أن يكون موكلا بصفة خاصة في الإقرار([3]).

---

[1] - القانون رقم 58/75 ، المرجع السابق .

[2] - د/ عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق ص750.

[3] - د/ عبد الحميد الشواربي التعليق الموضوعي على قانون الإثبات ، منشأة المعارف، مصر ، ص 722

فالإقرار القضائي هو اعتراف خصم في الدعوى أثناء نظرها وأمام المحكمة التي تنظرها بصحة واقعة قانونية متعلقة بها ، وعليه فإن للإقرار شروط تتمثل في :

1. صدور الإقرار من الخصم في الدعوى سواء بنفسه أو عن طريق وكيله .

2. صدور الإقرار أمام القضاء وهو الركن الذي يميز بين الإقرار القضائي وغير القضائي والمقصود بصدور الإقرار في مجلس القضاء أو الهيئة المختصة بالنظر في النزاع سواء كانت محكمة تتبع جهة القضاء العادي أو الإداري.

3. صدور الإقرار أثناء السير في الدعوى المتعلقة بموضوعه ولا فرق أن يصدر الإقرار في أي مرحلة من مراحل سير الخصومة لصدوره في العريضة الافتتاحية أو أثناء المرافعة أو خلال استجواب المحكمة ([1]).

و أنه بالرجوع إلى نص المادة 342 من القانون المدني القائلة " الإقرار حجة قاطعة على المقر، و لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة و كان وجود واقعة يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى "([2]).

و عليه تبين أن الإقرار في القانون المدني له الحجية المطلقة في الإثبات وبهذا فإن قاضي الموضوع لا يملك أي اختصاص في تقدير حجيته([3]).

الفرع الثاني:الإقرار غير القضائي

إن الإقرار غير القضائي هو الذي يصدر خارج مجلس القضاء أو يصدر أمام القضاء ولكن في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوعه ، وهو عمل قانوني ويتم بإرادة منفردة ويعتبره بعض الفقهاء من أعمال التصرف فيجب أن تتوافر فيه شروط التصرف القانوني وقد يكون الإقرار شفاهة كما قد يكون كتابة.

ترد في رسالة أو في أي ورقة أخرى غير معدة لإثبات الواقعة محل النزاع ، والإقرار غير القضائي إذا حدده المقر بالحدود التي كانت له تماما أمام القضاء وفي أثناء السير في الدعوى المتعلقة بموضوعه فان صفته الأولى تزيله ويصبح إقرارا قضائيا([4]) .

ويخضع إثبات الإقرار غير القضائي عند الإنكار للقواعد العامة في الإثبات فإذا كان الحق المطالب به لا تزيد قيمته على مائة ألف دينار جزائري جاز إثبات صدور الإقرار بشهادة الشهود وبالقرائن وان

---

[1] - د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 743.

[2] - القانون رقم 58/75 ، المرجع السابق.

[3] - .قرار المحكمة العليا رقم : 40402 الصادر بتاريخ 1987/06/17المجلة القضائية عدد 04 سنة 1990 ص 130.

[4] - د/ يحي بكوش ، المرجع السابق ، ص 263-264.

جاوزت قيمة الحق هذا القدر وجب إثبات الإقرار بالكتابة أو ما يقوم مقامها في الحالات التي تجوز فيها شهادة الشهود استثناء .

المطلب الثاني: حجية الإقرار

الإقرار يعد طريق من طرق الإثبات، لكن كيف يتعامل معه القاضي، فالأمر يختلف بالنسبة للفرق القائم بين الإقرار القضائي والإقرار غير القضائي وعليه فان الإقرار القضائي هو حجة قاطعة على المقر وأما الإقرار غير القضائي هو متروك للسلطة التقديرية للقاضي.

الفرع الأول: حجية الإقرار القضائي

للإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر ولا يجوز إثبات عكسها ولا يمكن لمن أصدره الرجوع عنه ولا يجوز تجزئته وقد نص المشرع الجزائري على حكمين فقط في المادة 342 من القانون المدني فذكر أن للإقرار حجة قاطعة على المقر كما نص على حكم عدم التجزئة ، ولدراسة حجية الإقرار القضائي نتناول أحكامه الثلاثة الآتية:

أولا: الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر

بينت هذه الحجة المادة 342 من القانون المدني بقولها: " الإقرار حجة قاطعة على المقر ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه ".

إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى ويقصد بما جاء في الفقرة الأولى من المادة 342 من القانون المدني الجزائري أن الإقرار القضائي إذا صدر فانه يكون بذاته حجة على المقر فلا يكون الخصم الأخر مطالبا بتقديم دليل آخر ويتعين على القاضي الحكم بمقتضى هذا الإقرار من تلقاء نفسه." و الإقرار لا يكون حجة إلا على المقر وخلفائه و يتأثر به الدائنون بطريق غير مباشر وهذا وذاك طبقا للتفصيل الذي تقدم بيانه.

لكن كون الإقرار ملزما بذاته للمقر لا يمنع من أن يطعن المقر في إقراره بأنه صوري تواطأ عليه مع خصمه أو أنه وقع نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو أنه صدر منه وهو ناقص أهلية فإذا ما أثبت ذلك بالطرق الجائزة قانونا بطل الإقرار، أما الإقرار الصحيح فلا يجوز الرجوع فيه و لا يمكن إثبات عكسه، فهو إذن حجة قاطعة على المقر ([1]).

ثانيا:إمكانية العدول عن الإقرار

القاعدة هي أن الإقرار لا يقبل الرجوع عنه، بعدما صدر من المقر، وهل هذه القاعدة هي مقيدة بظرف الزمن بحيث يعتد بالإقرار من اليوم الذي صدر فيه، و لا يجوز أصلا الرجوع عنه أو لا يمكن للمقر الرجوع عن إقراره إذا تمت موافقة الخصم بالأخذ به ؟

[1] - د/ عبد الحميد الشواربي ،المرجع السابق، ص 786.

فالمسألة كانت محل اختلاف في الاجتهاد القضائي ويجوز الرجوع عن الإقرار في حالة الخطأ المادي .

ثالثا: إمكانية تجزئة الإقرار

القاعدة العامة: جاءت في نص المادة 342 من قانون المدني الفقرة الثانية "و لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلى إذا قام على وقائع متعددة و كان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى"([1]).

فمقتضى هذه القاعدة لا تجوز تجزئة الإقرار، فالمقر له إما أن يأخذ بالإقرار كله أو يتركه كله، و لكن لا يستطيع أن يأخذ من الإقرار ما يفيده ويترك منه ما يضره .

الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة: إن القاعدة العامة لا تنطبق على كل صور الإقرار فالمهم ألا تحول دون إفادة المقر له في الدعوى بالإقرار فيستطيع الإفادة من الإقرار بوصف آخر لا يتقيد بعدم التجزئة وعليه نجد أن للإقرار الصور الآتية :

1- الإقرار البسيط :

وهو اعتراف كامل بكل ما يدعيه الخصم دون إضافة أو تعديل و مثاله أن يدعي الدائن أنه أقرض المدعى عليه مبلغا معينا فأقر المدعى عليه فإنه اقترض من المدعي هذا المبلغ المعين ولم يزد على ذلك شيئا كان هذا الإقرار بسيطا وفي هذه الحالة لا يكون محلا للبحث في التجزئة لأن الإقرار كله يتمخض لصالح الدائن فيأخذ به كما هو كاملا.

2- الإقرار الموصوف:

وهو الذي ينصب على واقعة مدعى بها، لكنها مقترنة بشرط غير من جوهرها أو طبيعتها، مثل الإقرار الصادر من المشتري الذي يعترف بوجود عقد بيع، لكنه يدعي بأن الثمن ليس هو المطلوب من البائع فهذا الإقرار لا يقبل التجزئة ([2]).

3- الإقرار المركب :

هو الذي يعترف فيه الخصم بالواقعة المدعى بها، لكنه يضيف فيها أو يربطها بواقعة أخرى والتي قد تنقص من قوة الإقرار المتصل بالواقعة الأصلية مثل المدين الذي يعترف بالدين لكنه يدعي بتبرئة ذمته من كل دين بسبب الوفاء والأصل في الإقرار المركب أنه لا يتجزأ على صاحبه" المقر" فإذا أقر المدين أنه اقترض من الدائن "المدعي" و لكنه وفاه فلا يجوز للدائن إلا أن يأخذ الإقرار كله أو يطرحه كله فحكم الإقرار المركب لا يتجزأ كلما قام بين واقعتين ارتباط وثيق تكون الواقعة المضافة نتيجة للواقعة الأصلية.وهذا ما عبرت عنه المادة 342 من القانون المدني الجزائري الفقر "ولا يتجزأ الإقرار على

---

[1] - القانون 08-09 المرجع السابق .

[2] - د/ عباس العبودي شرح أحكام قانون الإثبات المدني ، دار الثقافة ،عمان ، ص 207 .

صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى ". فارتباط الواقعتين على النحو الذي ذكرناه يعني أن المقر له لم يقصد أن يلزم نفسه بشيء وبذلك لا يجوز للمقر له "الدائن" أن يفصل بين الواقعتين ليستفيد من الواقعة الأصلية و يترك الواقعة المرتبطة به([1]).

الفرع الثاني: حجية الإقرار غير القضائي

إن الإقرار غير القضائي هو متروك إلى السلطة التقديرية للقاضي وتترتب عليه آثار

أولا: السلطة التقديرية للقاضي في الإقرار غير القضائي

نلاحظ أن المشرع الجزائري في المادة341 من القانون المدني نص على الإقرار القضائي دون الإقرار الغير القضائي وأعطى بموجب المادة 342 من القانون المدني للإقرار القضائي حجية قاطعة فمن أقر أمام القضاء يعتبر إقراره حجة قاطعة على المقر .

وفي غياب نص يتكلم عن الإقرار غير القضائي ومدى حجيته فيكون للقاضي السلطة التقديرية في التعامل معه حسب اقتناعه الشخصي دون أن يخضع لرقابة المحكمة العليا([2]).

ثانيا :الآثار التي تنجر عن السلطة التقديرية للقاضي

هناك صورتان:

أ):الإقرار غير القضائي هو قابل للتجزئة على أن القاضي يركز اقتناعه على التصريح الأصلي دون الاعتماد على التصريح الإضافي مثاله كأن يعترف شخص في رسالة بأنه مدين و في تصريح آخر له يضيف أنه سدد ما علية ففي هذه الحالة لا يجوز أن يتمسك بمبدأ عدم التجزئة وعلى القاضي أن يأخذ بالاعتراف الوارد في الرسالة فقط .

ب): يجوز للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار الرجوع عن الإقرار غير القضائي فيما هو متفق عليه فقها وقضاء.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير الإقرار

إذا كان الإقرار حجة قاطعة على المقر حسب المادة السابقة الذكر فذلك يجعل الواقعة المقر بها في غير حاجة إلى الإثبات ولا يطالب الخصم بتقديم دليل آخر وإنما يتوجب على القاضي أن يحكم بمقتضى هذا الإقرار.

كما آن حجية الإقرار ثابتة أيضا في القرآن والسنة والإجماع ويترتب على اعتبار الإقرار حجة قاطعة أنه لا يجوز الرجوع فيه ، أي لا يجوز للمقر أن يرجع أو يعدل إقراره أو يأخذ من الإقرار ما يفيده ويترك منه ما يضره غير انه يجوز الرجوع فيه لغلط أو تدليس أو إكراه أو نقص في الأهلية .

---

[1] - د/ عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 288.

[2] - د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق ،ص 257.

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق لمسألة الرجوع عن الإقرار بسبب الغلط ولكنه أجاز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله المادة 81 من القانون المدني ([1]) والرجوع عن الإقرار غير ممكن مادام صدر عن إرادة سليمة للمقر وخالية من العيوب ولا يتعارض مع عدم جواز الرجوع في الإقرار أن يطعن المقر بان إقراره وقع نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو انه صدر منه وهو ناقص الأهلية .

وأنه لما كان الإقرار تصريحا قانونيا باعتباره نزولا من المقر عن حقه في المطالبة بإثبات الواقعة التي يدعيها خصمه فان آثاره تقتصر على المقر وورثته فقط ولا يتعدى لغيرهما ليحتج عليهم به فالإقرار الصادر من احد الشركاء لينصرف لباقي الورثة وكذا إقرار احد المدينين المتضامنين بالدين لا يسرى في حق الباقين ([2]) .

وبذلك نخلص إلى انه إذا كان قضاة الموضوع لا يملكون سلطة تقدير حجية الإقرار فان لهم أن يقدروا قيمة الإقرار الواقع أمامهم فيحددوا معناه ومحتواه بدون أن تسلط عليهم رقابة في ذلك طالما أنهم

لم يحرفوا الوثائق التي يستخلص منها ذلك الإقرار وعليه فان من حق القضاة تقدير محتوى التصريحات التي يدلي بها أمام رجال الدرك من طرف أحد الخصوم ، وان قاعدة عدم تجزئة الإقرار تعتبر مسألة قانونية خاضعة لرقابة المحكمة العليا ولذلك إذا قام قضاة الموضوع بتجزئة إقرار يمنع القانون تجزئته أو لم يجزئوا إقرار تصح تجزئته فهم يسألون عن ذلك استنادا لما لقاضي الموضوع من سلطة تقديرية في تبيان كفاية الدليل أو عدم كفايته فله رفض الطلب إذا وجد في أوراق الدعوى ما يغني عن اللجوء إلى طريق الاستجواب أو كانت الوقائع المراد الاستجواب عليها ثابتة ثبوتا تاما ولا يوجد أي ظرف يسمح بالتشكيك فيها ، وهو لا يكون بذلك قد اخل بدفاع الخصم مادام قد بين سبب هذا الرفض وسببه تسبيبا كافيا.

المبحـــث الثالث: اليمـــين

اليمين في اللغة، تعني القوة بدليل لقوله تعالى في سورة الحاقة ((وَلَوْ تَقَوَّلَ عَلَيْنَا بَعْضَ الْأَقَاوِيلِ لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ))([3]).

واليمين مفرد وتجمع إيمان وأساس مشروعيتها وارد بالقرآن الكريم والله يؤاخذ بها . قال الله تعالى: ((لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ)) ([4]).

---

[1] - القانون 58/75، المرجع السابق .

[2] -المستشار أنور طلبة ، المرجع السابق ، ص 471.

[3]- القرآن الكريم ، سورة الحاقة ، الآية 46 ص567.

[4]- القرآن الكريم ، سورة البقرة ، الآية 225 ، ص 36.

وإنها مقبولة عقلا ولا يأباها طبع الإنسان السوي .وتفيد توكيد الفعل أو الترك بأن يركن الحالف إلى الله رقيبا عليه في توكيد صدقه بالقول والفعل، فينشأ عنها شعور اطمئنان يحمل المقابل على التصديق به بحلف اليمين بصيغة القسم، والقسم واليمين والحلف ألفاظ مترادفة، فالقسم ضرب من ضروب التوكيد يؤتى به لتقوية الخبر وتحقيقه وتقريره في النفس وهو بمثابة الإشهاد والاستشهاد، فكأن المقسم يشهد المقسم به على صدق قوله وثبوت خبره.

واليمين في القضاء يراد بها تقوية أحد طرفي الخبر في الادعاء (الإثبات أو النفي) بالصيغة التي تقررها المحكمة وفق وقائع الدعوى، وتكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف (أقسم) ويؤدي الصيغة التي أقرتها المحكمة ، واليمين تكون بأحد أحرف القسم وهي (الواو والباء والتاء) ، فهي عند الإمام أبي حنيفة يكفي بها القول (أقسم وأحلف وأشهد) وإن لم يقل بالله للحالف أو الخبير أو الشاهد وهي عنده مبنية على العرف. وهذا خلاف رأي جمهور الفقهاء، إذ هي عندهم مبنية على النية واليقين، ولا بد فيها أن تقترن بلفظ الجلالة وتنعقد على فعل أو ترك، وقد أخذ قانون الإثبات بما يوافق رأي أبي حنيفة ([1]).

اليمين و إن كانت دليل من أدلة الإثبات فلقد بين المشرع في القانون المدني أن اليمين نوعان اليمين الحاسمة و اليمين المتممة و سنتطرق الى كل منهما .

المطلب الأول: اليمين الحاسمة

تعتبر اليمين الحاسمة من الطرق غير العادية للإثبات التي يلجأ إليها الخصم عندما يعوزه الدليل و هي حق للخصم يوجهها في أي مرحلة من مراحل الخصومة و عليه سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى موضوع اليمين الحاسمة و أطرافها وشروطها و سلطة القاضي في تقديرها.

الفرع الأول: موضوع اليمين الحاسمة و صيغتها

اليمين هو اتخاذ الله تعالى شاهدا على صحة ما يقول الحالف أو على صحة ما يقوله الخصم الأخر و هي طريق غير عادي للإثبات يلجأ إليه الخصم عندما يعوزه الدليل فلا يجد مفرا من الاحتكام إلى ضمير خصمه بتوجيهه يمينا إليه يحسم بها النزاع فتسمى يمين حاسمة أو يتمم بها القاضي ما في الدعوى من أدلة فيوجهها من تلقاء نفسه إلى أيٌ من الخصوم فتسمى يمينا متممة.

وتكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف ((والله)) ويذكر الصيغة التي تقرها المحكمة ، وبذلك تكون اليمين عمل ديني ومدني في آن واحد ، ولا توجه إلا بعد دعوى صحيحة وفي مجلس القضاء ، وتكون مقرونة بالعلم القاطع ، وهي قاطعة للخصومة عموماً إلا أنها ليست فاصلة في الحق ، فلو تمكّن المدعي من إقامة البيّنة بعد أن قُطعت الخصومة باليمين ، سُمعت دعواه وحُكم له ببينته إن صحت ([2]).

---

[1]- د/ أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 393.

[2] - د/ أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة للنشر، مصر، ص410.

الفرع الثاني: أطراف اليمين الحاسمة

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 343 من القانون المدني على انه " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر " ([1]).

ولقد عرف الفقهاء اليمين الحاسمة أنها اليمين التي تنتهي بها الدعوى وهي وسيلة احتياطية لا يلجأ إليها الخصم إلا عندما لا يوجد لديه الدليل في إثبات ما يدعيه ليحتكم بها لضمير خصمه وذمته على ذلك فان توجيه اليمين الحاسمة ينطوي على مجازفة من قبل موجهها إذ ليس من مصلحته آن يلجأ إلى توجيهها إذا كان لديه الدليل القانوني ، وعليه فإن موجه اليمين الحاسمة هو أي من الخصمين إذ الأصل أن البينة على المدعي و اليمين على من أنكر فكل خصم ملزم بإثبات ادعائه ، فإذا فقد الدليل لإثبات ما يدعيه أسعفه القانون بتوجيه اليمين الحاسمة ، و يمكن حصر أطراف اليمين الحاسمة في موجه اليمين و الموجهة إليه .

أولا : موجه اليمين

اليمين الحاسمة توجه من الخصم الذي يدعي أمرًا دون أن يقيم عليه دليلا سواء كان ذلك الخصم مدعيا في دعوى أصلية أو فرعية أو مدعيا في دفع من الدفوع ،و سواء وجد لديه دليلا أخر أو لم يوجد طالما أنه لم يقدم ما يعتبر دليلا كافيا لإثبات دعواه .

و يجب أن تتوافر في من يوجه اليمين أهلية التصرف في الحق موضوع الحلف ، أما بالنسبة لمن له ولاية علي غيره فلا يستطيع توجيه اليمين الحاسمة إلا بإذن من المحكمة.

كذلك لا يستطيع الوكيل توجيه اليمين إلا بموجب وكالة خاصة من صاحب الحق تمنحه هذه السلطة وفقا للمادة 574 من القانون المدني "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما في البيع والصلح والإقرار وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء"([2]).

ثانيا: الموجهة إليه اليمين الحاسمة

اليمين الحاسمة توجه إلى الخصم في الدعوى يكون منكرا لموضوع الحلف أي خصم لا يكون عليه عبئ الإثبات بل بالعكس من ذلك يكون من حقه مطالبة خصمه الآخر بإثبات دعواه و يجب أن يكون الخصم حقيقي أصلي في الدعوى فإذا رفع الدائن باسم مدينه دعوى غير مباشرة على مدين مدينه فلا يجوز للمدعي عليه توجيه اليمين إلى الدائن رافع الدعوى غير مباشرة لأن هذا ليس خصما أصليا له و إنما هو نائب فقط على مدين المدعي عليه و لا يكفي كذلك أن يكون من توجه إليه اليمين خصما أصليا في

---

[1] - القانون 58/75، المرجع السابق.

[2] - نفس المرجع .

الدعوى بل يجب أن يكون خصما لموجه اليمين ، فإذا رفعت دعوى الدين على المدين و كفيله ، فلا يجوز لهذا الأخير أن يوجه اليمين إلى المدين على أنه لم يحصل منه وفاء جزئي للدين الذي يطالب به الدائن إلا إذا ادعى التواطؤ بين المدين و الدائن و يجب أن يكون توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم شخصيا لا إلى نائبه ،لأن حلف اليمين أمر شخصي لا يجوز فيه التوكيل([1]) .

الفرع الثالث: شروط اليمين الحاسمة

واليمين الحاسمة حسب نص المادة 344 من القانون المدني تتضمن شروط لابد من توافرها لإمكانية توجيهها بقولها " لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام ويجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين " ([2]).

و عليه فإن هذه الشروط تتمثل في:

1. وجوب تأدية اليمين بجلسة المحكمة ولا يمكن أدائها خارج الجلسة ولقد ورد في اجتهاد المحكمة العليا انه " من المقرر قانونا انه إذا وجهت اليمين إلى خصم في نزاع أو ردت عليه فان الخصم يقوم بحلف اليمين بنفس الجلسة ولقد تبين أن القاضي الأول في قضية الحال قد حدد مكان تأدية اليمين بالمسجد الكبير، ذلك ما جعل قضائه مخالفا للقانون ووجب من ثمة نقض القرار فيما يخص اليمين".
2. ألا يكون الخصم الذي وجه اليمين متعسفا في توجيهها وإلا لما جاز للقاضي منع الخصم من الإساءة في استعمال هذا الحق.
3. يجب أن يكون من وراء توجيه اليمين الحاسمة وضع حد نهائي للنزاع وتنازل عن غيرها من أدلة الإثبات.
4. يجب على من يوجه لخصمه اليمين الحاسمة أي يبين الوقائع التي يريد تحليفه عليها([3]).

المطلب الثاني: اليمـــــين المتممـــــــــة

إن المشرع الجزائري نص على اليمين المتممة في القانون المدني ، واعتبرها دليل من أدلة الإثبات وعليه يجب علينا تبيان التفرقة بينها وبين اليمين الحاسمة من حيث القوة في الإثبات ، وإطلاق أو تقييد حرية القاضي بشأنها.

---

[1] - د/ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص267.

[2] - القانون 08-09 مرجع سابق .

[3] - د/ أبو الوفا ، المرجع السابق، الصفحة 344.

الفرع الأول:المقصود باليمين المتممة

اليمين المتممة هي الأخرى من أدلة الإثبات وجب تبيان التفرقة بينها و بين اليمين الحاسمة من حيث القوة في الإثبات و إطلاق أو تقييد حرية القاضي بشأنها .

و كذا يختلفان من حيث موجه اليمين ، فاليمين الحاسمة كما سبق توجه من طرف أحد الخصوم إلى الأخر و لا دخل للقاضي في توجيهها ، أما اليمين المتممة فإنها توجه من طرف القاضي لاستكمال اقتناعه في الوقائع المعروضة عليه .

وتعتبر اليمين بالدرجة الأولى عمل ديني و مدني في الوقت نفسه لذلك تؤدى بالصيغة و الأوضاع المقررة في ديانة الحالف أو من يؤديها ، و للإشارة أن أداء اليمين برفع اليد اليمنى للحالف و هو مكشوف الرأس طريقة متبعة لأداء اليمين و لا يوجد في التشريع الجزائري ما يدل على ذلك .

لقد جعل الفقهاء نوعان من اليمين توجه تلقائيا من القاضي وهما اليمين المتممة ويمين التقويم ولقد نصت عليهما المادتان 348 و350 من القانون المدني.

و يمين التقويم تختلف عن اليمين المتممة في أن موضوعها تحديد قيمة المدعى به و أنها لا توجه إلا إلى المدعي و يشترط فيها استحالة تحديد قيمة المدعي به بطريقة أخري كما يشترط فيها أن يحدد القاضي حدا أقصى للدين للحد من مبالغة الدائن في تحديد قيمة الدين .

و يمين التقويم كيمين المتممة تخضع لتقدير القاضي

الفرع الثاني: تقدير قيمة اليمين المتممة

إن حجية اليمين المتممة هي أقل من حجية اليمين الحاسمة ، بحيث أنها مجرد إجراء تحقيقي يلجأ إليها القاضي لإكمال فكرته و تنوير ضميره ([1]) فقد شرعت له اليمين المتممة لتكوين اقتناعه في حالة ما إذا لم تحصل له قناعة كافية بالعناصر الموجودة في القضية ولكن تبقى نتائجها وآثارها غير ملزمة للقاضي و هو بذلك غير ملزم بالحكم لمصلحة من حلف اليمين المتممة وبالتالي نخلص إلى أن اليمين المتممة هي دليل إثبات متروك للقاضي تقديره ويترتب على ذلك النتائج التالية :

1. إمكانية الرجوع عن اليمين المتممة متى ظهرت في الدعوى أدلة جديدة تكمل الأدلة الناقصة وتقنعه بأن ما يدعيه الخصم الذي حلف اليمين ليس له أساس .

أو بعد فحص أدلة الدعوى يرى القاضي أن الأدلة المقدمة كافية ولا وجود للأخذ باليمين المتممة ، أو أن يرى أن الدعوى خالية من أي دليل وبذلك لا يجوز توجيهها على اعتبار أنها تكمل الأدلة الناقصة ولا يمكن أن تكون في ذاتها دليلا كافيا.

[1]- المستشار أنور طلبة ،المرجع السابق، ص 669 .

2. الحكم الذي يكون مؤسسا على اليمين المتممة يمكن استئنافه ([1]) ويمكن هنا لمحكمة الدرجة الثانية أن تخالف حكم المحكمة الابتدائية التي بنت حكمها على اليمين المتممة لانعدامها للأساس القانوني .

ويبقى للمحكمة العليا مراقبة قضاة الموضوع إذا قاموا بتوجيه اليمين المتممة في دعوى تتضمن دليلا كاملا في الإثبات أو كانت الدعوى خالية من أي دليل ، أو إذا لم يبينوا أسباب عدولهم عن توجيه اليمين بعد أن حكموا بتوجيهها دون أن يستجد أي دليل في الدعوى أو إذا لم يبينوا السبب الذي بنو عليه حكمهم باليمين.

المطلب الثالث : سلطة القاضي في تقدير اليمين

تختلف سلطة القاضي في تقديره لليمين فقد تكون من صلاحياته أو تكون سلطته تقديرية لها باعتبارها ذات حجية قاطعة أو غير قاطعة و هذا ما سنتطرق إليه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير اليمين الحاسمة

انه وانطلاقا من أن اليمين الحاسمة حق للخصم يوجهها متى أراد فان ذلك يعني انه لا يحق للقاضي أن يوجهها إلى احد الخصوم من تلقاء نفسه فإذا فعل ذلك فان حكمه يكون عرضة للنقص.

وما دامت اليمين الحاسمة عقدا قضائيا فإنها حجة قاطعة يجب إذا حلف الخصم الذي وجهت إليه اليمين أصبح مضمون تلك اليمين حجة ملزمة للقاضي على أساس انه لا يجوز للقاضي أن يتدخل في هذا العقد وإنما يقتصر دوره في التأكد من أن عملية تأدية اليمين قد ترتب آثارها القانونية بشكل صحيح ، وبالتالي فان القاضي يفقد كل السلطة في تقدير حجية اليمين الحاسمة .

فهي تجعل الحكم في القضية موقوفا عليها ويؤسس على ذلك ، و كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها و ردها على خصمه خسر دعواه ، وجاء في قرار للمحكمة العليا أن حكم الناكل على اليمين هو خسارة دعواه ([2]) غير أن هذا الأمر القانوني لا يترتب في حقه إلا إذا روعيت فيه الأشكال الجوهرية المنصوص عليها بالمواد : 432 إلى 434 من قانون الإجراءات المدنية .

ومن ثم يتحتم على القضاة قبل حسم النزاع تحديد الواقعة التي يحلفون عليها وإعطاء اليمين ووصفها القانوني وان يثبتوا في قرارهم أن المكلف بها قد حضر شخصيا وتم إعلامه بصيغتها ودعوته لتأديتها بالمكان والتاريخ ، ومتى لم يثبتوا في قرارهم أن المكلف بها قد حضر شخصيا وتم إعلامه بصيغتها

---

[1]- الأستاذ عمر بن سعيد ، الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001 الطبعة الأولى ، باتنة، ص 121 .

[2] - قرار المحكمة العليا رقم 50281 الصادر بتاريخ 1989/06/28 المجلة القضائية العدد 01 سنة 1991 اص19 .

ودعوته لتأديتها بالمكان والتاريخ ومتى لم يثبتوا هذه الإجراءات واقتصروا على التصريح بنكول الخصم على اليمين يكونوا قد افقدوا قرارهم التأسيس والتعليل مما يجعل قرارهم معرض للنقض ([1]) .

كما يترتب على كون اليمين الحاسمة حجة قاطعة أن لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين المادة 345 من القانون المدني ، غير انه يمكن للخصم بعد قبوله اليمين أن يرجع عنها إذا قام الدليل على قبوله كان نتيجة وجود عيب في إرادته من إكراه ، أو تدليس أو غلط .

وإذا كان المشرع أجاز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان من وجهها متعسفا في ذلك لأنه خصص للقاضي في هذا الجانب سلطة تقديرية باعتبار أن المادة 343 من القانون المدني الجزائري ليست من النصوص الآمرة بل تركت الأمر لتقدير قضاة الموضوع لتطبيق أو عدم تطبيق هذه المادة .

هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها من انه يجوز للقاضي منع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك ([2]).

وبذلك فان قاضي الموضوع يستطيع منع الخصم من إساءة استعمال هذا الحق وله أن يرفض توجيه اليمين الحاسمة إذا كانت الواقعة موضوع اليمين ليست متعلقة بالشخص الموجه إليه أو ليست منتجة في النزاع أو ليست حاسمة فيه أو إذا كان يستفاد من الأوراق ما يثبت قطعا عدم صحة دعوى طلب اليمين أو إذا تبين للقاضي أن الطلب الخاص بتوجيه اليمين الحاسمة جاء على وجه الاحتياط أو كان القصد منه مجرد الكيد أو اكتساب الوقت وان موجهها أراد أن يستغل سنده لتديين خصمه أو التشكيك في ذمأو إحراجه ولقد جاء في نفس السياق في إحدى قرارات المحكمة العليا التالي بيانه : " إن توجيه اليمين للمطعون ضدها قبل التأكد من وجود المسوغ المتنازع عليه قصور في التسبيب وخرق للقانون".

وأكدت المحكمة العليا إن الاكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعى به يعتبر بمثابة انعدام التسبيب وخرق واضح لقواعد الإثبات " ([3]) .

وإن لقضاة الموضوع سلطة تقدير وجود تعسف في توجيه اليمين الحاسمة غير انه بالمقابل ملزمون بتسبيب إحكامهم بكيفية واضحة وليست غامضة حتى تتمكن المحكمة العليا من ممارسة رقابتها على أن اليمين واضحة الألفاظ ومحددة المحتوى وقاطعة في النزاع في حالتي الحلف والنكول فليس من حق القضاة أن يمنعونها لان اليمين الحاسمة يجوز توجيهها في أي حال تكون عليها الدعوى .

وإذا كان قاضي الموضوع لا يملك سلطة تقدير حجة اليمين الحاسمة فله سلطة تعديل صيغة هذه اليمين، غير أن هذا التعديل يجب أن يكون قاصرا على الصيغة لإيضاح عباراتها فقط حيث جاء في

---

[1] - قرار المحكمة العليا رقم 38693 الصادر بتاريخ 1986/12/17 المجلة القضائية العدد 02 سنة 1986 ص19 .

[2] - قرار صادر في 1980/04/30 الملف رقم 59335 المجلة القضائية العدد 01 لسنة 1992 ص 29 .

[3] - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية المجلة القضائية عدد خاص سنة 2001 ص233 قرار رقم 86097.

قرار المحكمة العليا " حيث أن القاضي له سلطة تعديل صيغة هذه اليمين غير أن هذا التعديل يجب أن يكون قاصرا على الصيغة لإيضاح عبارتها فقط حيث جاء في قرار المحكمة العليا أن اليمين الحاسمة ملك للخصوم و ليس للقاضي تغيير صيغتها أو معناها بما يؤثر على مدلولها ، ولا بد ألا يكون هذا التعديل يخرج بالصيغة عن المعنى الذي قصده موجه اليمين"([1]).

فإذا رأت المحكمة تعديل موضوع اليمين كان عليها أن تعرض الصيغة المعدلة على موجه اليمين قبل توجيهها فان قبلها كان بها وان رفضها امتنع على المحكمة توجيه اليمين بهذه الصيغة لأنها لا تعبر عن قصد موجه اليمين.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة

لقد نصت المادة 348 من القانون المدني في فقرتها الثانية على ما يلي : " و يشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل و ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل "[2]. يتبين من نص هذه المادة بأن توجيه اليمين المتممة يكون في الدعوى التي ليس فيها دليلا كامل فهي كما أشرنا سابقا تكميلية أي تكمل دليلا ناقصا فإذا وجد دليل كامل فلا حاجة إلى توجيهيها لانتفاء الحاجة إليها و على القاضي أن يقضي علي أساس ذلك الدليل.

و أن لا تكون الدعوى خالية من أي دليل أي وجوب وجود مبدأ ثبوت قانوني فهي لا يمكن أن تكون الدليل الوحيد في الدعوى ([3]).

وللقاضي سلطة تقديرية في توجيه اليمين المتممة وله أن يطلب من أي طرف أدائها ، و الاختيار هنا منوط بتقديره ، له أن يوجهها على انه يجب أن يكون بشأن واقعة تمسك بها أحد الخصوم، فليس للقاضي عرض واقعة جديدة وتوجيه يمين متممة بشأنها و هو في هذا المجال لا يخضع لأية رقابة وحتى وان طلب أحد الخصوم منه توجيه اليمين المتممة فتبقى له حرية وسلطة تقدير توجيهها أم لا بشرط أن تكون اليمين منتجة ومن شأنها تكميل ما يوجد بالدعوى من نقص ولا تكون مخالفة للنظام العام .

ويبقى دائما على القاضي إلزاما أن يبين في حكمه أساس توجيه اليمين المتممة ويسبب ذلك تسبيبا كافيا وإلا كان قراره معيبا بعيب عدم التسبيب، و للإشارة فإن الخصم الذي يوجه له القاضي اليمين المتممة لا يجوز له أن يردها على خصمه ذلك حسب نص المادة 349 من القانون المدني.([4])

---

[1] - قرار المحكمة العليا الصادر في 1988/10/26 المجلة القضائية العدد 03 لسنة1999.

[2] - القانون رقم 58/75، المرجع السابق .

[3] - د/ محمد الصبري السعدي ، المرجع السابق،ص 288.

[4] - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق، ص 780.

الفصـل الثانـــي : أدلة الإثبات ذات الحجية الغير قاطعة

إن القاضي في تقديره لجزء من أدلة الإثبات الأخرى تكون سلطته محررة، بحيث يمكن إعمالها وهذه الأدلة تكون غير ذات حجية وتنحصر هذه الأدلة في شهادة الشهود ، والقرائن ، ، و أدلة الإثبات الحديثة مبينين بذالك ما مدى استفادة المشرع الجزائري من هذه الأخيرة.

المبحث الأول: شهادة الشهود

إن المشرع الجزائري اعتبر شهادة الشهود كدليل من أدلة الإثبات الجائزة قانونا إلا أنها تخضع لسلطة القاضي التقديرية في السماع لها أم لا ، وعليه سنتناول من خلال هذا المبحث المقصود بشهادة الشهود وحجيتها ، وسلطة القاضي في تقديرها.

المطلب الأول: ماهية شهادة الشهود

الفرع الأول: تعريف شهادة الشهود

البينة لها معنيان معنى عام ويقصد به الدليل سواء كان كتابة أو شهادة أو قرائن ، كالقول البينة على من ادعى فهنا البينة تتجه إلى المعنى العام أما المعنى الخاص هو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة.

والشهادة هي التصريح الذي يدلي به الشخص أمام القضاء بواقعة صدرت من غيره وترتب عليها حق لهذا الغير، ويجب أن تكون هذه الواقعة المصرح بها وصلت إلى علم الشاهد أو سمعه أو بصره أما إذا وصلت الواقعة إلى علمه بواسطة الغير وصرح هو بهذه الوقائع نقلا عن غيره فتعتبر هنا شهادة سماع وبالتالي لا يعتبر تصريحه هذا شهادة بالمعنى القانوني ويأخذ بها فقط على سبيل الاستئناس.

الفرع الثاني : شروط قبول الإثبات بشهادة الشهود

ومن أهم شروط الشهادة أن يكون الشاهد من الغير إذ لا تصلح شهادة أحد أطراف الخصومة أو من يمثله كالمحامي أو الوصي أو القيم ، ولابد أن يكون الشاهد أهلا للشهادة وغير ممنوع من أدائها وإلا سمع على سبيل الاستئناس ولابد أن تكون المعلومات التي يخبر بها المحكمة قد تحصل عليها بحواسه الخاصة وان تنصب الشهادة على الوقائع المتعلقة بالدعوى والمراد التحقق منها ([1]).

و لم يحدد المشرع الجزائري بوضوح هذه الشروط بل اكتفى ببيان الحالات التي لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود من خلال المادة 333 والمادة 334 من القانون المدني و الحالات التي يجوز فيها الإثبات بها المواد من خلال المواد 335 و336 من القانون المدني .

بالنسبة للحالات التي يستبعد فيها الإثبات بشهادة الشهود نجد :

[1]- د/ محمد صبري السعدي ،المرجع السابق، ص 129 .

المادة 333 فقرة الأولى من القانون المدني تشترط أن لا تفوق القيمة النقدية للتصرف القانوني المراد إثباته 100.000 دج أو أن تكون هذه القيمة غير محددة و كذلك أن لا ينصب هذا التصرف على المواد التجارية هذا و يقدر التصرف القانوني حسب قيمته وقت صدوره هذا كقاعدة عامة و ما يستثنى من هذه القاعدة جواز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت قيمة التصرف القانوني التي تزيد على 100.000دج لم تأتي إلا من ضم الملحقات إلى الأصل .

المادة 333 الفقرة الثانية من القانون المدني إذا اشتملت الدعوى القضائية على عدة طلبات ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بشهادة الشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على 100.000 دج ولو كانت نفس الطلبات تزيد قيمتها مجتمعة على القيمة السالف ذكرها هذا ولو كان مصدرها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية ذات طبيعة واحدة.

وحسب المادة 334 القانون المدني لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد قيمة التصرف القانوني على 100.000 دج في ثلاث حالات إن كان يقصد من الإثبات بها إثبات ما يخالف أو ما يجاوز ما اشتمل عليه عقد رسمي كما نصت عليه المادة 334 الفقرة الثانية من القانون المدني إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزأ من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة كما نصت عليه المادة 334 الفقرة الثالثة من القانون المدني إذا طالب احد الخصوم في الدعوى القضائية بما تزيد قيمته على 100.000 دج ثم خفض طلبه إلى ما لا يزيد عن هذه القيمة كما نصت المادة 334 الفقرة الرابعة من القانون المدني.

أما الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود ذكرها المشرع بالمادتين 335 و336 من القانون المدني و هناك حالتان يجوز فيهما الإثبات بشهادة الشهود :

الحالة الأولى يجوز الإثبات بها استثناءا في ما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة .

أما الحالة الثانية فنصت عليها المادة 336 من القانون المدني وهي التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود في ما يجب إثباته بالكتابة وهذا لأمرين إذا وجد مانع مادي أو أدبي لا يمكن من الحصول على الدليل الكتابي أو فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته ([1]).

المطلب الثاني: حجية شهادة الشهود

إن الإثبات بالشهادة جائز قانونا غير أنها تبقى خاضعة لسلطة القاضي التقديرية في السماح بها أم لا.

فقد تكون في القضية من القرائن والأدلة الأخرى ما يغني عن الشهادة أوقد تكون الوقائع المراد إثباتها بعيدة الاحتمال بحيث لا يرى القاضي سبيلا إلى الاقتناع بالشهادة في جميع الأحوال التي يرى فيها القاضي أن شهادة الشهود غير مقبولة لا يأخذ بها بالرغم من أن القانون يجيزها في الإثبات .

---

[1] - راجع المواد 333 إلى 336 من القانون 05-10، المرجع السابق ، الجريدة الرسمية 44 ، ص21 .

ويرى الفقهاء انه لا يكفي أن يجيز القانون الإثبات بالشهادة في بعض الأحوال للأخذ بها بل يجب أيضا أن يكون الإثبات بالشهادة مستساغا حسب تقدير القاضي ولا يخضع القاضي في تقديره هذا لرقابة المحكمة العليا.

لكن رفض المحكمة طلب الإثبات بالشهادة يجب أن يكون مسببا تسبيبا سائغا ، وأن تكون الأسباب التي بنت عليها المحكمة اقتناعها من شأنها أن تؤدي إلى ما قضت به .

أما إذا خلى الحكم مما يصلح ردا ولو ضمنيا على طلب الخصم فان الحكم يكون مشوبا بالقصور مما يستوجب نقضه .

ويشترط في الشهود ألا يكونوا مكلفين بالالتزام بالحفاظ على السرية كالموظفين الخاضعين للقسم فلا تصح شهادتهم حتى و لو بعد تركهم لوظائفهم عما يكون قد وصلهم من معلومات أثناء أدائهم لعملهم لم تنشر بالطريق القانوني و لم تأذن السلطة المختصة في إذاعاتها([1]) ،حتى تأذن لهم السلطة العامة بالشهادة في حدود الإذن على أن لا يضر الإدلاء بالمصلحة العامة بناءا على طلب المحكمة أو أحد الخصوم و لا يجوز لهم التملص من الشهادة بعد صدور الإذن ، كما نصت المادة 42 من القانون المدني يشترط في الشهود الأهلية ببلوغ سن التمييز([2]) على أنه يجوز الأخذ بشهادة من لم يبلغ سن التمييز على سبيل الاستدلال و أجمع الفقهاء على أن أهلية تحمل الشهادة تثبت بالعقل مع الحواس الخمس لأنه يشترط في من تحمل الشهادة أن يكون أهلا بها و أن يكون قادرا عليها و القدرة على تحمل الشهادة تثبت بعلم الشاهد فلا يشهد إلا على الوقائع التي يكون قد رآها أو سمعها وهذا ما أخذ به رواد المذهب الحنفي شروط تحمل الشهادة هي :العقل ،الضبط ،اليقظة و العلم بالمشهود له و المشهود عليه و المشهود به ، و قد تكون هذه الوقائع متعلقة بالحق المدعى به وقد لا تكون وهذا متروك لتقدير القاضي ، وهو في هذا المجال يتمتع بسلطة واسعة لا يخضع فيها لرقابة محكمة العليا، أما فيما يخص مسألة جواز الإثبات بالبينة أو عدم جوازه فيعد من المسائل القانونية التي حدد المشرع طرق الإثبات بها ، وبّينا متى يجوز استعمال كل منها، وبالتالي إذا كانت الوقائع مما لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود وجب على القاضي أن يرفضها .

فالطرق التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود أصلا تتمثل في:

الفرع الأول: في المواد التجارية

يجوز الإثبات في المادة التجارية بشهادة الشهود مهما كانت قيمة التصرف وذلك يعود لما يقتضيه التعامل التجاري ، لكن هناك من المسائل التجارية التي لابد فيها من الكتابة

---

[1]- د/ همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 448-449.

[2]- القانون رقم 05-10 ، المرجع السابق ، الجريدة الرسمية رقم 44 ، ص 21 .

لإثباتها إذ لا يمكن أن تثبت بغيرها مثل الأوراق التجارية والتركات وعقود إيجار السفن واستخدام طاقمها .

الفرع الثاني : الوقائع المادية

وهو أمر يحدث فيرتب عليــه القانون أثر سواء اتجهت إليه الإرادة أم لم تتجه وسواء كانت وقائع طبيعيــة مثل الفيضانات والزلازل والحريــق أو وقائع مادية من فعـل الإنسان كصدور أفعال ضارة بالغير فكلها وقائع مادية يجوز إثباتها بشهادة الشهود.

الفرع الثالث: التصرفات المدنية

و التي لا تجاوز قيمتها مائة ألف دينار الجزائري: إن كل تصرف مدني إذا كانت قيمته تساوي أو تقل عن 100.000 دينار الجزائري جاز إثباته بشهادة الشهود .

غير أن المشرع الجزائري قد يطلب الكتابة لإثبات التصرف القانوني في بعض الأحيان ولو لم يتجاوز المبلغ السابق، و مثال ذلك عقد الكفالة و الوصية.

والحكمة من السماح بالإثبات هذا المبلغ بشهادة الشهود هي تيسير أمور المتعاقدين وعدم إعاقة التعامل بين المتعاقدين الذين لا يحسنون القراءة والكتابة ولا يضعهم في حرج ، وللإشارة انه إذا كان محل الالتزام غير مبلغ من النقود أو لم يكن مقدرا في الاتفاق بنقود يقوم القاضي هنا بتقدير قيمته وقت صدور التصرف([1]).

الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة استثناءا :

التي تكون بمفهوم المخالفة الأصل فيها الإثبات بالكتابة وهي حالات نصت عليها المادة 335 والمادة 336 من القانون المدني ولقد تطرقنا إليها في دارستنا وهي:

1. مبدأ الثبوت بالكتابة .
2. وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي .
3. فقد الدليل الكتابي بسبب أجنبي لا يد للدائن فيه.

المطلب الثالث : سلطة القاضي في تقدير شهادة الشهود

إن الشهادة في المواد المدنية تخضع لتقدير القاضي الذي يستطيع أن يأخذ بها ويصدق الشاهد في قوله كما له أن يستبعدها إذا لم يطمئن لها ، لذا فإن تقدير أقوال الشهود وتجريحهم مما يستقل به قاضي الموضوع و أن تقدير أقوال الشهود مرهون بما يطمئن إليه وجدان محكمة الموضوع .

[1] - د/ أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ،ص 217.

والقاضي عند تقديره لكفاية الشهادة أو عدم كفايتها يقوم بدراسة دقيقة لمعرفة مدى صدق الشاهد في أقواله ومطابقتها للواقع، فيتأكد من مدى قوة تذكر الشاهد واستيعابه للوقائع كما ينظر في أخلاقه وكل الحركات التي يقوم بها أثناء سماعه ([1]).

وقد يرى أنهم غير صادقين سواء في نظراتهم أو نبرات أصواتهم أو أية حركة مع وجود قرائن أخرى تبدوا ضعيفة في الظاهر ولكنها مع ذلك يكون لها أثر كبير خفي في نفس القاضي ويصعب عليه أن يشرح في حكمه هذا الأثر ويبين بدقة مصدره مع التحقيقات وليس كل القضاة عندهم من البلاغة وقوة التعبير ما يجعلهم يصورون شعورهم بعبارات تقنع القارئ وتبعث في نفسه ذات الأثر الذي تولد في نفسه .

لذا فالقاضي عند تقديره قيمة الشهادة لا يتقيد بعدد الشهود ولا بجنسهم ولا بسنهم فقد تقنعه شهادة شاهدان أو أكثر وقد يصدق امرأة ولا يصدق رجل وقد تكون شهادة صبي صغير أبلغ في إقناعه من شهادة رجل كبير ، والملاحظ أن التشريعات الحديثة لم تعد تأخذ بالنصاب الذي كان قائما في القديم وهو رجلان أو رجل وامرأتان أو شهود أربعة أو نحو ذلك .

إن ما يلجأ إليه القاضي هو ما يبعث إلى وجدانه من اطمئنان للفصل في الموضوع النزاع ، وقد يأخذ القاضي بشهادة على أخرى كما له أن يطرح شهادة إذا شك في صحتها كما أتيح له الأخذ بشهادة قريب أحد طرفي الخصومة متى أطمئن له، و إن ما يبني عليه قضائه في الدعوى هو ما يطمئن له من أدلة أخري في أوراق الدعوى .

غير أننا نجد الفقه قد اختلف في مسألة تسبيب حكم عدم اطمئنان القاضي لأقوال الشهود فنجد قانون المرافعات الفرنسي في قواعده المتعلقة بالإثبات ينص على ان القاضي لابد أن يصدر بها أمرا مسببا . بينما يرى المشرع المصري أن قضاة الموضوع غير ملزمين بإبداء أسباب عدم اطمئنانهم لأقوال الشهود و يتعين أن تكون هذه الأسباب سائغة ([2]).

أما المشرع الجزائري يرى أن القضاة إذا لم يبينوا سبب تفضيلهم شهادة واحد على اثنين فان قرارهم يكون ناقص التسبيب .

ومما سبق يتبين أن الإثبات عن طريق شهادة الشهود هو ذا قوة محدودة فالقاضي يتمتع بالحرية الكاملة والسلطة المطلقة في الأخذ و الاعتماد على شهادة الشهود ، حسب ما يراه مناسبا أو صالحا للبت في النزاع المطروح عليه .

---

[1]- د/ عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 335.

[2]- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري،المرجع السابق،ص 694.

وهو غير ملزم حتى في الحالات التي يكون فيها تطابقا بين تصريحات كل الشهود ، بحيث يجوز له بناء على سلطته التقديرية ، أن يلجأ إلى وسائل الإثبات الأخرى ، وذلك خلافا للقاعدة الواردة في القانون القديم " لا عبرة بالشهادة الوحيدة ".

المبحث الثاني : القرائـــــــن

إن القرائن بصفة عامة هي استنباط أمر غير ثابت مجهول من أمر ثابت معلوم ولقد نص المشرع الجزائري على القرائن القانونية من خلال نص المادة 337 من القانون ، وسنتطرق من خلال هذا المبحث إلى القرائن القانونية و القرائن القضائية كدليل للإثبات في المواد المدنية و أنواعها و سلطة القاضي في تقديريها .

المطلب الأول : القرائن القانونية

لقد عرف المشرع الجزائري مسألة القرائن القانونية من خلال المادة 337 من القانون المدني بقولها " القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك "([1]) .

والقرينة القانونية هي استنباط القاضي لأمر غير ثابت من أمر ثابت ويظهر من خلال ذلك أن القرينة القانونية من عمل المشرع وان سندها نص القانون إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تقوم قرينة بغير نص قانوني فالمشرع بذلك أنشأ قاعدة المجردة تطبق على كل الحالات المماثلة ولو ظهرت في بعض الأحيان مغايرة للحقيقة الواقعية ([2]).

من ذلك نستطيع القول أن القرينة القانونية لها عنصر أساسي لابد من وجوده حتما وهو النص القانوني وللإشارة انه لا يمكن قياس قرينة قانونية بقرينة قانونية أخرى، بل لابد من مجموعة من النصوص الخاصة بكل قرينة قانونية على حدا.

الفرع الأول : حجية القرائن القانونية

إن المشرع عندما حصر القرائن القانونية وجعلها فقط منصوص عليها بالقانون ولا يمكن القياس بشأنها فان ذلك يدل على أهمية هذه القرائن القانونية و من جهة أخرى كان هدفه تحقيق الصالح العام على احترام الأحكام القضائية ووضع حد للخصومات والنزاعات القائمة بين الناس فجعل القرينة القانونية التالية حجية الأحكام التي حازت حجية الشيء المقضي فيه ([3]).

---

[1] - القانون رقم 58/75 المرجع السابق .

[2] - د/ محمد الصبري السعدي ، المرجع السابق ،ص171.

[3] - القرار المؤرخ في 1948/03/19 ملف رقم 31663 المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الرابع ص 116.

وهدفه إضافة لتحقيق الصالح العام تحقيق الصالح الخاص أيضا ولجوء المشرع لذلك إلى تضييق السبيل على من يحاول الاحتيال على القانون فيضع بذلك أحكاما يعتبرها من النظام العام ويحتاط حتى لا يخالف الناس في تعاملهم كوضعه قرائن قانونية تبطل أنواعا من التعامل مثل القاعدة القاضية لمنع التبرعات أثناء مرض الموت ولقد نصت المادة 776 من القانون المدني بان كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية المعطاة لهذا التصرف.

إضافة إلى ذلك فالمشرع حرص على القرائن القانونية عندما يرى تعذر الإثبات سيما في بعض الحالات التي يكون إثباتها معقدا حتى لا يكون ذلك مستحيلا على الخصوم مثلما نصت عليه المادتين 134و138 من القانون المدني افترض فيهما المشرع قرينة قانونية تقضي بافتراض الخطأ في جانب متولي الرقابة وحارس الأشياء لصعوبة الإثبات ذلك من طرف المتضرر إضافة إلى ما سبق يكون النص على القرينة القانونية غالبا هدفه تبيان ما يلاحظ من أحوال الناس وطبائعهم وعاداتهم في المعاملات من ذلك التأشير على سند الدين الذي هو في حوزته ببراءة ذمة مدينه إلا إذا كان قد قام بالوفاء فعلا.

الفرع الثاني : أنواع القرائن القانونية

وقد نص المشرع على نوعان من القرائن القانونية، البسيطة من خلال المادة 98 من القانون المدني والمدني و القرائن القانونية القاطعة من خلال المادة 338 من القانون المدني .

أولا: قرينة قانونية بسيطة

هي التي يجوز نقضها بالدليل العكسي فيحق لأطراف الخصومة إثبات عكس ما افترضه المشرع، قيام قرينة كل عقد سببه مشروع حتى يثبت العكس و ذلك حسب المادة 98 من القانون المدني.

ثانيا: قرينة قانونية قاطعة

هي التي لا تقبل إثبات العكس مثال ذلك المادة 338 من القانون المدني قرنية الحقيقة القضائية التي عبر عنها بقوة الأمر المقضي وهي قاطعة لا تقبل إثبات العكس، ولا تقبل ذلك لأن القانون لا يقبل أي إثبات على خلاف ذلك.

ولقد قسمت القرينة القانونية القاطعة في نفس السياق إلى قرينة قانونية متعلقة بالنظام العام وفي الغالب هي قواعد موضوعية و قرينة قانونية غير متعلقة بالنظام العام ([1]).

المطلب الثاني: القرائن القضائية

لقد سبق لنا وأن تناولنا القرائن القانونية في الفصل الأول باعتبارها من أدلة الإثبات التي تقيد سلطة القاضي في تقديرها ، سنتطرق إلى القرائن القضائية في الفصل الثاني باعتبارها تخضع لسلطة القاضي

[1] - د/ عباس لعبودي ، المرجع السابق ، ص 279 .

المطلقة في تقديرها ، والسؤال الذي يطرح في هذا المجال ما هي القرائن القضائية ؟ و كيف يمكن اعتبارها دليلا يخضع لسلطة القاضي من حيث تقديره و من حيث تقدير عناصره؟.

الفرع الأول: المقصود بالقرينة القضائية

هي كل قرينة لم يقررها القانون و يترك لتقدير القاضي أمر استنباطها من ظروف الدعوى و التي تعتبر أدلة لأن القاضي هو الذي يستخلصها من وقائع الدعوى و تعرف أيضا على أنها النتائج التي يستخلصها القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة. [1]

و تتكون القرينة القضائية من عنصرين:أحدهما مادي و الأخر معنوي

أ. عنصر مادي:واقعة ثابتة يخترها القاضي من بين الوقائع الدعوى وتسمى هذه الوقائع بالدلائل.

ب. عنصر معنوي: و يقصد به الاستنباط الذي يقوم به القاضي في تفسير الواقعة الثابتة ليصل إلي الواقعة المراد إثباتها.

و حالات الإثبات بقرائن قضائية محددة قانونا بنص المادة 340 من القانون المدني ، و لقد حدد المشرع حالات قبول القرينة القضائية لما رخص الإثبات بها في كل ما يجوز إثباته بالبينة مما جعل سلطة القاضي في مجال القرائن القضائية محدودة نوعا ما.

الفرع الثاني : شروط الأخذ بالقرائن القضائية

لقد نصت المادة : 340 من القانون المدني " لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة "([2]).

يتبين من ذلك أن المشرع قد أجاز للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ، وذلك في نطاق ما يجوز إثباته بالشهادة وبذلك يتضح وجود تساوي بين القرائن القضائية والشهادة وتضييق المجال في الإثبات بها والسبب في ذلك أن الإثبات بالقرائن القضائية لا يخلو من الخطر [3].

و أنه كلما اعتمد القضاة القرائن القضائية في غير موضعها التي يجيزها القانون ، فإنهم بذلك يخضعون للرقابة من المحكمة العليا لأن المسالة أصبحت مسألة قانونية حينما جعل المشرع الجزائري القرينة في منزلة الشهادة وهو لم يحدد مجال الإثبات بالقرائن القضائية وحدد مجال الإثبات بشهادة الشهود.

كما أن القاضي غير ملزم أن يبين في الحكم أسباب اقتناعه أو تفضيله قرينة على أخرى، مادامت القرينة التي اعتبرها تؤدي إلى ذلك دليلا على ثبوت الواقعة في العقل والمنطق ([4]) ولكن إذا استمد القاضي القرينة من واقعة محتملة أو واقعة لا وجود لها أو أن استخلاصه غير مقبول عقلا ويتعارض مع الثابت

---

1 - د/ عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص 283.

2 - القانون 58/75 ، المرجع السابق .

3- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 698 .

4- د/ همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 586.

في أوراق الدعوى فالحكم هنا يكون معيبا ويستوجب نقضه ويبقى الشيء المميز للقرائن القضائية عن غيرها من أدلة الإثبات أنها بعيدة عن مخاطر التزوير مثل الكتابة وبعيدة عن التحيز مثل الشهادات وهذا لأن أساسها الوقائع التي لا تكذب، ويقال أن هذه الأدلة نفسها قد يساء فهمها من طرف القاضي وان النتيجة التي يستنتجها منها قد تكون خاطئة إلا أن العيب هنا ليس في الدليل نفسه إنما هو في تفكير القاضي ولقد جاء في إحدى القرارات أن استخلاص القرائن والأخذ بقرينة دون غيرها تدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية بغير معقب من محكمة العليا.

الفرع الثالث :حجية القرائن القضائية

ليس لها حجية ملزمة للقاضي سلطة تقديرية في الأخذ بالقرينة من عدمه و هذا ما نصت عليه المادة 340 من القانون المدني الجزائري "... لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة ".

الإثبات بالقرائن القضائية محصور في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة أي ما يجوز إثباته بالقرائن القضائية هو ما يجوز إثباته بالشهادة.

للقرينة القضائية حجية غير قاطعة قابلة لإثبات العكس فهذه القرائن تكون ملزمة للقاضي الذي استنبطها فقط إذا اقتنع بها، لقربها من الظن الغالب عنده ، ولا يشترط أن يلتزم بها غيره من القضاة ولا يلتزم القاضي بنصاب معين للأخذ بالقرائن القضائية . ([1])

المطلب الرابع : سلطة القاضي في تقدير القرائن

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير القرائن القانونية

إن القرائن القانونية أمر يستنبطه المشرع كما سبق تبيانه وبذلك هي نصوص ملزمة للقاضي والخصوم ما دامت كذلك فالقاضي لا دخل له في تقديرها ولاحق له في القياس عليها بل يجب عليه البحث عليها في القانون إن وجدت طبقها وإلا لا تعتبر قرينة قانونية.

و ينتهي دوره هنا و بذلك فإن سلطة القاضي تضيق عند كل قرينة قانونية و عليه إثارتها من تلقاء نفسه و لو لم يدفع بها الخصوم باعتبار أنها نصوص أمرة له .

و المحكمة العليا هنا تتدخل لمراقبة ما إذا كان القضاة لم يتجاهلوا و لم يرفضوا الحجية التي يسندها المشرع للقرائن القانونية المقررة بنصوص خاصة التي تبين شروط انطباقها وتقدير توافر هذه الشروط لأنها مسالة قانونية . ([2])

1- أ / محمود توفيق اسكندر ، المرجع السابق ، ص52.

[2] - الأستاذ محمود توفيق اسكندر المرجع السابق ص 20.

وكذلك الأمر في اعتبار القرائن القانونية القاطعة لا تقبل إثبات العكس أو بسيطة قابلة لإثبات العكس فان هذه المسائل من مسائل القانون خاضعة لرقابة المحكمة العليا والأمر كذلك فيما يتعلق باعتبار القرينة القانونية متعلقة بالنظام العام أم لا .

ويبقى أمر آخر يدخل في سلطة القضاة ولهم الحق في تقديره وذلك بالنسبة لثبوت عكس القرينة القانونية فالقانون يجيز إثبات ما يخالفها ، وانه لا تعقيب ولا رقابة من المحكمة العليا على القاضي في ذلك مادام[1] تقديرهم سائغا وقائما على أسباب معقولة.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير القرائن القضائية

إن القاضي في تقديره للقرائن القضائية فانه يعتمد علي الوقائع و الدلائل المطروحة في النزاع التي يبني عليها تفسيره للواقعة ذلك من خلال تقديريه للعنصر المادي و ما لهذا العنصر من دلالة .

أولا: سلطة القاضي في تقدير العنصر المادي

انطلاقا مما سبق يتبين أن القرائن القضائية تقوم على العنصر المادي المتمثل في الدلائل والوقائع المقر بها أحد الأطراف أو كلاهما والتي يعتبرها القاضي عنصرا أساسيا يبني عليه استنباطه أما عمله الذهني لمعرفة دلائل أو وقائع مصرح بها أو غير معلومة بملف الدعوى و هذا ما يعرف بالعنصر المعنوي انطلاقا من ذلك فان القاضي له السلطة المطلقة في اعتماد الوقائع التي يتخذها أساسا لاستنباطه دون التقيد بما اختاره الخصوم من وقائع يريدون جعلها أساسا لاستنباط ما يدعونه واختيار قاضي هنا لتلك الوقائع يكون بكل حرية فله اختيار وقائع ثابتة أمامه في الدعوى سواء من أوراق الملف أو خارج أوراق الدعوى وقد تختار من الوقائع التي كانت موضوع نقاش بين الخصوم بل قد يختارها من أوراق خارج الدعوى كتحقيق إداري أو محاضر إجراءات جنائية و لو كانت هذه المحاضر انتهت بالحفظ. و قد تكون الواقعة التي اختارها ثابتة بالبينة أو بورقة مكتوبة أو بيمين نكل الخصم عن حلفها أو بإقرار من الخصم أو بقرينة أخري دلت على الواقعة التي تستنبط منها القرينة أو بجملة من هذه الطرق مجتمعة والمهم أن تكون هذه الوقائع ذات صلة بالوقائع المراد إثباتها بحيث تسمح باستنباط الثانية من الأولى.

للقاضي السلطة المطلقة في استنباط القرائن التي يعتمد عليها و تكوين عقيدته و لا شأن للمحكمة العليا فيما يستخلصه منها متى كان استنباطه منها سائغا .

ثانيا : تقدير القاضي ما للعنصر المادي من دلائل

إن للقاضي سلطة في تقدير ما تحمله الواقعة الثابتة التي اختارها من دلالة لكي يستخرج منها الدليل على ثبوت الواقعة التي يراد إثباتها ، وما دام القاضي له سلطة تقديرية واسعة في مجال القرائن القضائية فانه

1- د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 166-167و168.

بالضرورة له سلطة في اختيار أية واقعة ليجعلها أساسا لاستخراج قرائن وبذلك قد تكون قرينة أو عدة قرائن في نفس المجال وله السلطة في اقتناعه بقرينة واحدة ورفض قرائن أكثر عددا لا لشيء إلا لإعمال سلطته التقديرية وتمحيصه للقرائن الضعيفة من القوية والمنتجة ([1])و هذا ما نصت عليه المادة 340 من القانون المدني الجزائري "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون" .

ويكفي القاضي أن يبني حكمه على قرينة واحدة متى كانت قوية ومنتجة في الإثبات ويعتمد هنا على خبراته السابقة وفطنته وذكائه لأن هذه العملية تقوم على أساس بذل مجهود ذهني في تكوين الاعتقاد واستخراج وقائع مجهولة من وقائع معلومة أساسا لدى الأطراف لذا يبقى دائما استنباط القاضي يقوم على الاحتمال فعلى القاضي إبداء الكثير من الحيطة والحذر في هذا المجال .

المبحث الثالث: أدلـــــــة الإثبـــــــات الأخـــــــرى

لقد أعطى المشرع الحق للقاضي المدني في بعض القضايا المطروحة أمامه التي تكون فيها إقامة الدليل ناقص، تستوجب إقامة خبرة أو معاينة للوصول إلى استيعاب نقطة معينة حيث أن المشرع الجزائري أعطى الحق للقاضي في الخبرة أو المعاينة متى استوجب ذلك .

وإن التطور الهائل الذي وصل إليه التقدم العلمي لا سيما في مجال الاتصالات كشف عن أدلة جديدة تصلح لإثبات مختلف التصرفات القانونية والوقائع المادية.

وسنتطرق من خلال هذا المبحث إلى الخبرة و المعاينة كأدلة إثبات و كذا أدلة الإثبات الحديثة .

المطلب الأول: الخـــــبرة

قد يتعذر على القاضي في بعض القضايا المطروحة عليه أن يباشر بنفسه تحقيق في كل أو بعض وقائع الدعوى ، لاسيما إذا كان التحقيق فيها يتطلب الإلمام بمعلومات فنية دقيقة وهي خارجة نوعا ما عن معارف القاضي ، ولذا يجوز له أن يستعين بالخبراء المختصين في كل المسائل التي يستلزم الفصل فيها استيعاب نقطة فنية معينة، أو كان الفصل في النزاع يتوقف على معرفة معلومات فنية في أي فرع من فروع المعرفة إذ ليس على القاضي أن يكون خبيرا في كل المواد والأمور التقنية المطروحة عليه بل يفترض فيه أن يكون ملما بالمبادئ القانونية والقواعد الفقهية والأحكام القضائية التي هي من صميم وظيفته لذا يمكنه تعيين خبير ولكن هذا لا يمكن أن يكون في أي حال من الأحوال منح من صلاحيات القاضي للخبراء مثل سماع الشهود أو إجراء تحقيق ([2]) فللقاضي الحرية في ندب الخبراء وبأي عدد يحدده وفي أي مجال من المجالات التي يراها مناسبة دون التنازل لهم عن صلاحياته المخولة قانونا

---

1 - د الغوثي بن ملحة : المرجع السابق ص 124.

وذلك ما جاءت به صريح المادة : 48 من قانون الإجراءات المدنية " يعين القاضي الخبير إما من تلقاء نفسه أو بناءا على اتفاق الخصوم "([1]).

وقد جاء في عديد من قرارات المحكمة العليا ما يلي بيانه من المقرر قانونا أن المهمة التي يكلف بها الخبراء المنتدبين من جهة قضائية معينة تنحصر في جمع المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على حسم النزاع وتصور له القضية بصفة أعم وأشمل ، وانه لا يمكن أن تتحول هذه المهمة إلى منح الخبير صلاحيات القاضي مثل سماع الشهود وإجراء التحقيق ولما كان كذلك فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون وجاء في قرار آخر " من المقرر قانونا و قضاء أن يأمر القاضي بإجراء الخبرة وتعيين الخبير مع توضيح مهمته التي تكتسي طابعا فنيا بحتا مع مراعاة عدم التخلي عن صلاحيات القاضي لفائدة الخبير" ([2]) .

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعيين الخبير

للقاضي الحق في تعيين خبير في الدعوى متى تبين له ذلك فله وحده تقدير لزوم أو عدم لزوم هذا الإجراء، ولا معقب عليه في ذلك متى كان رفضه لتعيين خبير طلبه أحد الخصوم جاء لأسباب مبررة

مع الإشارة أن هناك من الحالات التي يلزم فيها القانون تعيين خبير و في الغالب تبقى السلطة التقديرية للقاضي في غير هذه الحالات المحددة قانونا هي الأساس ,و من الحالات التي ألزم فيها المشرع القاضي بالرجوع إلى خبير لحسم النزاع مثل الحالات المنصوص عليها في المادة 358 من القانون المدني المتعلقة بالغبن الذي يزيد عن الخمس والمادة 724 من نفس القانون المتعلق بقسمة المال بين الشركاء وكذا حالات طلب رفع بدل الإيجار المنصوص عليها في المادة 124 من القانون التجاري وكذلك الحالات المتعلقة بالتعويض عن حوادث المرور وحوادث الشغل وغيرها من الحالات التي لا تملك فيها المحكمة وسيلة أخرى غير الخبرة للفصل في القضايا المطروحة عليها .

والخبرة هنا تصبح مسألة قانونية لا بد من مراقبتها من طرف المحكمة العليا وكل إخلال بها يترتب عليه نقض القرار، وإذا كان قاضي الموضوع لا يخضع لرقابة المحكمة العليا بصدد عدم الاستجابة لطلب ندب خبير فانه يجب أن يكون رفضه قائما على أسباب مبررة أما إذا كان حكمه غير مسبب أو دون ذكر سبب معقول فيه لرفض الخبرة ودون أن يكون للمدعي وسيلة أخرى لإثبات ما يدعيه يكون القاضي بهذا قد أخل بحقوق دفاع الخصم الذي يعتبرها الوسيلة الوحيدة في الإثبات والتي هي حق لا يسمح القانون بحرمانه منه ([3]).

---

[2] - القانون 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[2]- قرار مؤرخ في 1985/11/20 ملف رقم 34653 المجلة القضائية لسنة 1989 العدد 04 ص71.

[3]- د/ همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص518

الفرع الثاني : سلطة القاضي في تقديره لتقرير الخبرة

مبدئيا القاضي غير ملزم برأي الخبير ([1]) إذ يكون لقاضي الموضوع الحرية التامة في تقدير عمل الخبير الذي ندبه فله إن يأخذ برأيه إذا تبين له أن الحق في جانب هذا الرأي الذي وصل إليه الخبير في تقرير خبرته لاسيما إذا لم يعترض أحد الخصوم على ما يشير إليه تقرير الخبرة ، كما لقاضي الموضوع أن لا يأخذ برأي الخبير إذا رأى أن تقريره يشوبه البطلان أو أن استنتاجه غير صحيح أو مخالف للواقع أو متناقض مع الوثائق التي قدمها الخصوم في الدعوى ذلك أن القاضي هو خبير الخبراء إذا رأى غير ذالك فله أن يجري خبرة جديدة .

ولقد تأكد مبدأ حرية القاضي في تقرير الخبرة في نص المادة 54 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية حيث جاء فيها " إذا رأى القاضي أن العناصر التي بني عليها الخبير تقريره غير وافية فله أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة وله على الأخص أن يأمر باستكمال التحقيق أو أن يستدعي الخبير أمامه ليحصل منه على الإيضاحات والمعلومات الضرورية والقاضي غير ملزم برأي الخبير"([2]) .

وبذلك فان المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية قد أوضحت بعضا من المواقف التي قد يأخذها القاضي وهو يدرس و يتفحص تقرير الخبرة فإما أن يقتنع برأي الخبير ويراه مناسبا ومقنعا ومتناسقا مع بعضه البعض وبالتالي فهو يتبنى رأي الخبير ويحكم بالموافقة على جميع ما جاء بالتقرير ".

من المقرر قانونا أنه إذا كانت المسألة محل الخبرة فنية تخرج عن اختصاص القاضي فان هذا الأخير يلتزم برأي الخبير فإذا حدد الطبيب نسبة مئوية لعجز شخص معين فلا يجوز للقاضي أن يخفض هذه النسبة إلا إذا استند إلى خبرة طبية أخرى وإما أن يرفض الخبرة كلية.

كما قد يرى القاضي أن بعض النقاط في التقرير جاءت غامضة وبالتالي لا يمكن الموافقة على الخبرة إلا بعد أن توضح تلك النقاط الغامضة كما يجوز للقاضي أن يأمر الخبير باستكمال النقص الموجود في التقرير ويجوز له في المقابل أن يجزأ رأي الخبير.

وفي كل الأحوال يجب على القاضي أن يعلل حكمه وإلا كان مشوبا بالقصور فلا يمكن للقاضي أن يؤسس رفضه لتقرير الخبير على مجرد التخمين أو الجهل .

ومن بين أهم القيود التي ترد على سلطة المحكمة في تقدير رأي الخبير ما يلي :

1. دراسة الخبرة المقدمة بعمق ومحاولة جمع ما لديها من قوة وعدم التسرع في تقديرها.
2. عدم تشويه أو تغيير طبيعة التقرير عند تفسيره.

---

[1] - قرار رقم 49302 المؤرخ في 1988/04/11 المجلة القضائية لسنة 1992 عدد 02 ص 40.

[2] - القانون 58/075، المرجع السابق .

3.على القاضي تسبيب حكمه سواء كان قد صادق على تقرير الخبرة أو أخذ بما يخالفه ، وسواء أجريت خبرة واحدة أو عدة خبرات .

وللإشارة فان تقرير الخبرة لا بد أن يقدم محررا وموقعا عليه من طرف الخبير ، كما يمكن أن يقدم شفويا إذا طلبت هيئة المحكمة ذلك ولابد أن ينجز التقرير في المدة التي حددها القاضي ويودع كتابة الضبط في المدة المحددة.

وان عين عدة خبراء فيقومون بتقرير واحد إذا اتفقوا أما إذا لم يتفقوا فيقدم كل واحد منهم تقريره ويبدي رأيه مع التعليل.

وتقرير الخبرة لابد أن يتضمن جزأين فالجزء الأول يحتوي على تاريخ ومنطوق الحكم الذي عين به الخبير والمهام المحددة له واستدعاء الخصوم والسماع لهم ، أما الجزء الثاني يتضمن رأي الخبير وعادة ما يقفل المحضر بذكر التاريخ والمكان وبإمضاء الخبير([1]) .

وتقرير الخبرة حجة بما اشتمل عليه من تاريخ وحضور الخصوم أو غيابهم .

أما فيما يتعلق بما أبداه الخصوم من الأقوال فقد كان القضاء الفرنسي يعتبره حجة بما تضمنه .

ولكن الأحكام الحديثة تميل إلى إطلاق سلطة المحكمة في تقديرها عند تكوين اعتقادها وأما ما استنبطه الخبير فليس له هذه القوة وللخصوم أن يدحضوه وأن يظهروا خطأه أو عدم مطابقته للوقائع بكل طرق الإثبات.

ولابد من الإشارة في نفس السياق أنه لا يصح الاحتجاج على تقرير الخبير إذا كان هذا الاحتجاج صادر من طرف لم يكن خصما في الدعوى التي ندب فيها هذا الخبير([2]) .

المطلب الثاني: المعاينة

المعاينة بوصفها دليل من أدلة الإثبات تعرف على أنها مشاهدة المحكمة لموضوع النزاع أو محله ويرى جانبا من الفقه أن المعاينة من الإجراءات العامة الخادمة لمختلف أدلة الإثبات وأنها لا تعد دليل من أدلة الإثبات القائمة بذاتها وإنما فقط إجراء يسفر عن دليل يعد مجرد قرينة قد تأخذ به محكمة الموضوع ([3]) .

الفرع الأول: المقصود بالمعاينة

و قد عرف الفقه المعاينة بأنها انتقال المحكمة إلى عين المكان لمعاينة محل النزاع بنفسها واستخلاص الدليل.

---

[1]- محمود توفيق اسكندر ،المرجع السابق ،ص 72 ،73 ، 75 و76.

[2]- د/ همام محمد محمود زهران ،المرجع السابق، ص 522.

[3] - جريدة الرياض السعودية الصادرة بتاريخ 11 أكتوبر2013 العدد 16545، تحت عنوان المعاينة و دورها في الإثبات

و بذلك تعد المعاينة من أهم أدلة الإثبات المباشرة في المسائل المدنية إذ أنها وسيلة ناجحة للوقوف على حقيقة النزاع وإظهار الحقيقة وإبداء الاعتقاد الأصح للمحكمة.

الفرع الثاني: انتقال المحكمة للمعاينة

إن الانتقال للمعاينة قد يكون بناء على طلب الخصوم ، أو نتيجة قرار تلقائي من المحكمة لمعاينة محل النزاع ، وذلك ما أشارت إليه المادة 56 من قانون الإجراءات المدنية" في الحالات التي يأمر فيها القاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم بالانتقال للمعاينة يحدد يوم وساعة انتقاله ويرسل إخطار للخصوم بدعوتهم للحضور للمعاينة " ([1]) .

غير أن القاضي غير ملزم بالاستجابة لطلب إجراء معاينة لان ذلك يعد من الرخص التي أعطيت له, فإن رأى أنها غير مجدية في الدعوى أو أنها واردة على أمور ثانوية لا تساهم في حل النزاع أو انه يوجد في أوراق الدعوى ما يكفي لحكمه للفصل فيها أما إذا وجدت المحكمة أن المعاينة مفيدة ومجدية في حل النزاع وفيها مصلحة لتحقيق العدالة تقرر الانتقال للمعاينة حسب المادة 57 من قانون الإجراءات المدنية, كما يجوز للقاضي أثناء إجراء المعاينة أن يسمع شهادة أي شاهد يرى لزوم سماع أقواله أو يطلب الخصوم سماعه وللمحكمة أن تتخذ كل الإجراءات التي تراها لازمة وذلك بحضور الشهود المادة 58 من نفس القانون وأخيرا يحرر القاضي عند إجراء المعاينة محضر الانتقال ويوقع عليه كاتبه ويدون فيه الأعمال المتعلقة بها ويودع المحضر محفوظات رئاسة كتابة الضبط المادة 59 من نفس القانون ، ولما كانت المعاينة من أدلة الإثبات المباشرة فقد تكون في بعض الأحوال الدليل القاطع الذي لا غنى عنه في حسم النزاع إلا أن المشرع منح القاضي سلطة تقدير الدليل الناتج عن المعاينة . ويجوز للمحكمة أن تعدل عما قررته من الانتقال للمعاينة إذا وجدت في أوراق الدعوى أو ظروفها ما يفنيها عن ذلك أو رأت أن الانتقال للمعاينة غير منتج في الدعوى أو غير متعلق بها وإنما يلزمها في هذه الحالة أن تبين أسباب العدول في المحضر كذلك يجوز للمحكمة أن تطرح ما أسفرت عنه المعاينة من نتائج وأن لا تأخذ بهذه النتائج بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها .

المطلب الثالث: البريد الإلكتروني

إن المقصود بالإثبات الالكتروني هو استخدام الوسائل المستخرجة من تقنيات الاتصالات الحديثة في إثبات التصرفات التي تبرم بين الأطراف عن بعد من خلال الانترنيت أو غيره من الوسائل الاتصالات الحديثة ومن أمثلة وسائل الإثبات الالكتروني الأوراق المستخرجة من البريد الالكتروني([2]).

---

[1] - القانون58/75 المرجع السابق .

[2] - أ / أحمد عزمي الحروب ،السندات الرسمية الالكترونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى 2010 ص 46.

لكن التشريعات اختلفت فيما بينها بشأن طريقة معاملة هذه المستخرجات الرسمية إذا توافرت شروط معينة وإعطائها ذات الحجية المقررة للمستندات الرسمية التقليدية على الورق وأجاز استخدامها لإتمام الشكليات التي يتطلبها القانون أحيانا من أجل إعطائها دورا في الإثبات مساويا لوسائل الإثبات التقليدية مثل التشريع الفرنسي أما البعض الأخر فأجاز استخدام هذه المستخرجات كوسائل إثبات فقط دون الاعتراف بها كمستندات رسمية لإتمام الشكليات التي يتطلبها القانون أحيانا أو إصباغها الصبغة الرسمية واستخدامها كأدلة إثبات فقط لها ذات حجية المحررات العرفية دون المحررات الرسمية([1]).

لم يعترف رجال القانون في البداية بهذه الوسائل الحديثة في المعاملات و كان الاعتقاد السائد أن هو أن تكون الوثيقة في شكل ورق ملموس لا غير ، لذلك تمسكت جميع التشريعات بتفوق الوثيقة الورقية و تأسست الأنظمة القانونية في المادة الإثبات على هذا المبدأ الذي ظل يحكم المعاملات على امتداد فترات تاريخية معينة .

لكن هذا الاعتقاد لم يصمد طويلا أمام التقدم العلمي الذي أظهر أن الوثائق الإليكترونية ربما تضمن درجة عالية من الدقة و الوضوح تفوق الكتابة الورقية التي تكون عادة عرضة للتدليس بأيسر السبل .

و سنتطرق من خلال هذا المطلب إلي كل من البريد الإليكتروني و العقد الإليكتروني كأدلة إثبات حديثة في القانون .

الفرع الأول : تعريف البريد الإلكتروني

الملاحظ أن بعض التشريعات تطرقت إلى مفهوم المحرر الإلكتروني في حين أن البعض الأخر لم يشر إليه بالمرة .

و يقصد بالمحرر الإلكتروني تلك الرسالة التي تتضمن معلومات تنشأ أو تجمع أو تخزن أو تنتقل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية رقمية كانت أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة ([2]).

و لقد عرفه القانون العربي النموذجي الموحد على أنه نظام للتراسل باستخدام شبكات الحاسوب و هذا البريد كمستودع لحفظ المستندات و الأوراق و المراسلات التي تمت معالجتها رقميا في G-mail الإلكتروني في صندوق خاص وشخصي للمستخدم و لا يمكن الدخول إليه إلا عن طريق كلمة المرور و تكمن الخطورة في أي مرور إليه من شخص غير صاحبه بعد حصوله على كلمة المرور بأي طريقة سواء من إهمال صاحبه بتسريب كلمة المرور منه دون قصد معتمد أو إهماله فنيا يؤدي إلى معرفة أسراره و من ثم قد يصيبه ضرر.

---

[1] - أ / محمد حسين منصور ، الإثبات التقليدي و الإلكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ،الطبعة الأولى 2007، ص 68و69 .

[2]- أ / مناني فراح ،أدلة الإثبات الحديثة في القانون ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر ، 2008، ص 57.

و يظهر من خلال التشريعات الدولية أن فكرة المحرر التي ارتبطت بالورقة المكتوبة ينبغي إزالتها من أذهاننا و بالتالي فإن كلمة محرر تشمل المحرر الكتابي كما تشمل المحرر الإلكتروني الرقمي على حد سواء .([1])

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعنوان البريد الإلكتروني :

أثارت مسألة التكييف القانوني لعنوان البريد الإلكتروني خلافا كبيرا في الفقه الذي بذل مجهودا لمحاولة التوصل إلى تكييف قانوني صحيح يخضع له العنوان الإلكتروني و بالتالي إدراجه تحت تنظيم قانوني محدد .

ويمكن رد هذه الخلافات إلى أربعة اتجاهات رئيسية الاتجاه الأول يرى أن عنوان البريد الإلكتروني يعتبر من بين عناصر الشخصية القانونية كالاسم و الموطن و الاتجاه الثاني يرى بأنه عبارة عن بيانات فنية ذات طبيعة شخصية و الاتجاه الثالث يرى أن العنوان الإلكتروني فكرة قانونية متنقلة و الاتجاه الرابع يذهب إلى اعتبار العنوان الإلكتروني من عناصر الملكية الصناعية .

أولا: البريد الإلكتروني من عناصر الشخصية :

يذهب رواد هذا المذهب إلي اعتبار أن البريد الإلكتروني صورة جديدة للاسم المدني الذي هو عبارة عن علامة تميز الشخص عن غيره من أشخاص داخل المجتمع ، أو للموطن حيث أن القسم الأيسر من العنوان البريد يتكون من اسم المستخدم و لقبه ، فإذا كان الاسم يميز الشخص عن غيره من الأشخاص داخل المجتمع فإن العنوان يميز اسم المشترك عن غيره لدى مورد خدمة الدخول إلى شبكة الإنترنت .

و يخلص هذا الرأي إلى أنه إذا كان عنوان البريد الإلكتروني يأخذ من اسم الشخص و وظيفته و شكله في بعض الأحيان فهو لا يعتبر نوع جديد للاسم و إن كان من الممكن اعتباره تقليد له و بالتالي لا يخضع لأحكامه القانونية .

و في سياق هذا الرأي و الذي يعتبر البريد الإلكتروني من بين العناصر الشخصية القانونية .

حاول البعض مشابهة العنوان الإلكتروني بالموطن الذي يقيم فيه الشخص، ولكن هذا الرأي يصطدم في عقبة أن عنوان البريد الإلكتروني يربط الشخص و لكن دون تجديد المكان فهو يحدد فقط مقدم الخدمة على شبكة الإنترنت.

ثانيا : البريد الإلكتروني بيان فني ذو طابع شخصي :

يذهب هذا الاتجاه إلى تشبيه عنوان البريد الإلكتروني برقم الهاتف أو رقم القيد في الضمان الاجتماعي عل أساس أن العنوان الإلكتروني هو عبارة عن حروف وأرقام التي يكتبها المستخدم و الذي ستلزمها

[1]- أ / نور الدين الناصري حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات دراسة في القانون المغربي و المقارن شبكة المعلومات العربية القانونية ، الأبحاث القانونية 2007 ، ص 1.

برتوكول الاتصال و يذهب الرأي إلى تشبيه عنوان البريد الإلكتروني برمز الدخول إلي خدمة المينتل التي تتحقق عن طريق جهاز يحمل ذات الاسم وتتم هذه الخدمة عن طريق جهاز يشبه الحاسوب ولكنه صغير الحجم المستخدمة في فرنسا لما بينهما من تشابه من حيث الهيكل الفني والوظيفة ولكن يعيب هذا الرأي انه لا يقدم أية فائدة قانونية محددة حتى يمكن أن تنقلها للعنوان الالكتروني ([1]).

ثالثا: العنوان الإلكتروني في فكرة قانونية مستقلة :

يرى هذا الاتجاه أن العنوان الإلكتروني هو فكرة قانونية جديدة لا تشابه أي نظام قانوني أخر .

و نخلص من هذه الآراء الثلاث أن عنوان البريد الإلكتروني ليس له طبيعة قانونية واضحة فهو يقترب من الاسم المدني أحيانا و من الموطن أحيانا أخري و يشبه بعض البيانات الفنية دو ن أن يتطابق مع أي منها تماما و بالتالي يصعب الوصول إلى النظام القانوني الذي يحكمها .

رابعا: العنوان الإلكتروني من عناصر الملكية الصناعية :

و يذهب هذا الاتجاه إلى اعتبار العنوان الإلكتروني من عناصر الملكية الصناعية فهو مثل الاسم التجاري و بهذا الوصف يعد أحد العناصر المعنوية للمحل التجاري .إذ يشكل الدعامة الرئسية التي تقوم عليها السمعة التجارية و الاتصال بالعملاء .

و لا شك أن هذا الاتجاه يستند إلى الأهمية الاقتصادية التي يمثلها العنوان الإلكتروني بصفة خاصة بالنسبة للمشروعات التجارية التي ترغب في الاستفادة من خدمة الإنترنت و الدخول في عالم التجارة الإلكترونية ، و تعرف التجارة الإلكترونية بأنها الأنشطة التجارية التي تتم باستخدام التكنولوجيا المعومات و شبكة الاتصال .

و إن كانت الاتجاهات الفقهية المختلفة في تفسير طبيعة عنوان البريد الإلكتروني فإن ذلك لا يعني أن عنوان البريد الإلكتروني بلا حماية.

بل يمكن حمايته عن طريق دعوى حماية الحق في الاسم و ذلك استنادا إلى الرأي الذي ينادي بذلك .

كما يمكن حمايته عن طريق دعوى حماية الحق في الاسم استنادا إلى رواد هذا المذهب ، كما يمكن حمايته عن طريق دعوى بحماية العلامة أو دعوى تقليد العلامة .

وأيضا عن طريق العلامة المميزة التي تدخل في اختصاص السلطة العامة و مثالها استخدام العنوان الإلكتروني لأحد النقابات بدون وجه حق أو بدون صفة .[2]

---

[1]- أ / مناني فراح ، المرجع السابق ،ص 72.

[2] - أ / نور الدين الناصري ، المرجع السابق ،ص17 .

الفرع الثالث : الحجية القانونية للبريد الإلكتروني

ينص قانون الإثبات على حالات يخرج فيها عن قاعدة وجوب اشتراط الكتابة ، و بالتالي جواز إثباتها بجميع الوسائل بما فيها البينة و القرائن و الخبرة و هنا يكون لرسالة البريد الإلكتروني حجية في هذا النطاق ، و هذه الحالات في الاتفاق المسبق بين الأطراف و التصرفات القانونية التي لا تتجاوز النصاب القانوني و حالة الاعتداد برسالة البريد الإلكتروني في الإثبات من خلال الاستثناءات على قاعدة وجوب الدليل الكتابي ونقسمها على النحو التالي :

أولا: الاتفاق المسبق بين الأطراف على حجية رسائل البريد الإلكتروني :

يتفق غالبية الفقه على جواز اتفاق الأطراف المعنية على الخروج عن قواعد الإثبات ([1]) .

دون القواعد الإجرائية لعدم تعلقها بالنظام العام ذلك لأن القواعد الإجرائية للإثبات تنظم الإجراءات التي يتعين إتباعها أمام المحاكم و من ثم لا يملك الخصوم تغييرها أو الاتفاق على خلافها لتعلقها بالنظام العام وهو ما يعني عدم تعلق قواعد الإثبات الموضوعية بالنظام العام و بالتالي جواز الإتفاق صراحة أو ضمنيا على مخالفة أحكامها.

ثانيا: التصرفات القانونية التي لا تتجاوز النصاب القانوني :

أذا كان المشرع قد تبنى مبدأ حرية الإثبات في التصرفات التجارية و قد تبنى ذات المبدأ أيضا في شأن التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها نصاب الإثبات بالبينة .

و من ثم لطرفي هذه التصرفات إقامة الدليل على حصولها و على مضمونها بالبينة و القرائن و يهدف المشرع من وراء وضع نصاب يكون الإثبات في نطاقه حرا و فيما يتجاوزه مقيدا بالكتابة أو ما يقوم مقامها .

و لما كانت التصرفات المدنية التي لا تفوق النصاب يجوز إثباتها بشهادة الشهود و القرائن القضائية و الخبرة و المعاينة فيمكن للأطراف تقديم رسالة البريد الإلكتروني كدليل إثبات التصرفات أو لإثبات مضمونها إذا كانت قيمة العلمية في حدود النصاب المقرر .

---

[1]- قرار محكمة النقض رقم 772 الصادر في 2002/12/19 . المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية بمحكمة النقض لسنة 2003.

كما أن الاعتماد على المحرر الالكتروني بوصفه إحدى وسائل الإثبات المقبولة في ظل مبدأ الإثبات الحر يعني أنه يخضع في شأن قبوله و تقدير قيمته و حجيته في الإثبات للسلطة التقديرية للقاضي .

ثالثا : الاعتداد برسالة البريد الالكتروني في الإثبات من خلال الاستثناءات على قاعدة وجوب الدليل الكتابي :

رأينا أن المشرع تبنى مبدأ حرية الإثبات بالنسبة للمسائل التجارية أيا كانت قيمتها و التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن 100.000 دج و في المقابل فإن كافة التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها عن المبلغ المذكور تخضع لمبدأ وجوب الإثبات بالكتابة ، و مع ذلك فإن المشرع قد عاد إلى مبدأ حرية الإثبات و أجاز الإثبات بالبينة فيما يجوز إثباته بالكتابة قانونا ، و ذلك في الحالات الاستثنائية وردت على سبيل الحصر :

رابعا: وجود دليل كتابي غير كامل من شأنه أن يجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال

لتطبيق هذا المبدأ لا بد من وجود كتابة لا تصلح بذاتها دليلا كتابيا كاملا و لا بد أن تكون الكتابة صادرة من الخصم الذي يحتج عليه بها . وأن يكون من شأن الورقة الصادرة من الخصم أن تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال و هو أمر يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع .([1])

و يجيز البعض اعتبار رسالة البريد الإلكتروني مبدأ ثبوت بالكتابة بواسطة عمل نسخة من المحرر الإلكتروني الموجود في صندوق البريد الإلكتروني عن طريق الطباعة وعدم إنكار من يتمسك ضده بها أو يطعن عليها بالتزوير .

و يخلص هذا الرأي إلى نتيجة مفادها أن الرسالة الإلكترونية لا تتمتع بالثقة فيما يتعلق بهوية مرسلها و مدى إمكانية نسبة الرسالة إليه و سلامة محتواها و بالتالي فإن قوتها في الإثبات ستخضع لسلطة القاضي التقديرية.

الفرع الرابع : موقف المشرع الجزائري من البريد الالكتروني:

إن المشرع الجزائري وباستقراء النصوص القانونية في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية نجده لم ينص صراحة على تعريف البريد الالكتروني وإنما ترك ذلك للفقه كما أنه لم ينص على المحرر الالكتروني وحجيته بالنسبة للمحررات الرسمية أو المحررات العرفية وهل يعتبر ذات حجية قاطعة أو غير قاطعة.

إلا أننا نجد المشرع الجزائري نص من خلال المادة 323 من القانون المدني :"على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

[1]- أ / مناني فراح ، المرجع السابق ،ص 81.

وتنص المادة 323 مكررمن القانون المدني : "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم ,مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها".
وتنص المادة 323 مكرر1 من القانون المدني :"يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق ,ويشترط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها ,وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها."[1]
وعليه فان المشرع الجزائري اعتبر الكتابة الالكترونية كالإثبات بالكتابة على الورق إذا توافرت مجموعة من الشروط,كهوية الشخص , أن تكون مفهومة وواضحة .

المطلب الرابع : العقد الالكتروني

العقد الالكتروني ليس استثناءا من أحكام وقواعد النظرية العامة للعقد ، فهو يتم بالاتفاق بين الطرفين وبالتالي هو لا يخرج في بنائه ومضمونه عن القاعدة العامة وذالك باستخدام وسائط الكترونية من أجهزة وبرامج معلوماتية وغيرها من وسائل التقنية الحديثة.

الفرع الأول: المقصود بالعقد الإلكتروني

لعل التعريف السائد عند معظم فقهاء القانون هو أن:"العقد توافق إرادتين أو أكثر على إحداث اثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام وانقله أو تعديله آو إنهائه.
بناءا على ما تقدم يتبين لنا أن مناط العقد أمران:
توافق إرادتين واتجاههما إلى إحداث اثر قانوني.
غاية الأمر انه يتميز بكونه عقدا يبرم عن بعد بين غائبين ، وذالك باستخدام وسائط الكترونية من أجهزة وبرامج معلوماتية وغيرها من وسائل التقنية الحديثة التي تعمل أليا وتلقائيا بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها.
1- يتميز العقد الالكتروني بصفته الالكترونية لكونه يتم بواسطة أجهزة وبرامج الكترونية تنقل إرادة المتعاقدين بعضهم إلى بعض دون حضور مادي معاصر لهم وبالتالي فهو عقد ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد.
وقد عرفه جانب من الفقه الأمريكي بأنه ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغة معدة سلفا ومعالجة الكترونيا وتنشئ التزامات تعاقدية".

الفرع الثاني: أهمية العقد الالكتروني:

إن تقنية العقود الالكترونية توفر قدرة التعاقد على شبكة وفي بيئتها والحصول على الخدمات والبضائع والمصنفات بأرخص الأسعار ومن خلال قوائم اختيار معروفة وواسعة .

[1] - القانون رقم 05-10،المرجع السابق. الجريدة الرسمية رقم 44 ، ص 24 .

كما تتيح تتورد تحديد التزامه بوضوح وتحديد نطاق المسؤولية عن الخطأ والأضرار جراء التعاقد أو بسبب محل التعاقد كأخطاء البرمجيات ومشاكلها وتساهم في تسهيل المقاضاة بين الطرفين لما تقرره من قواعد شاملة بالنسبة للحقوق والالتزامات.([1])

الفرع الثالث: حجية العقد الالكتروني:

قد بحثت العديد من المحاكم في النظم القانونية المقارنة حجية هذه العقود ,وتباينت اتجاهاتها بشأنها قبل أن يتم تنظيم حجيتها قانونا في عدد من الدول وقبل مرحلة ما يمكن تسميته الاستعداد التشريعي تمهيدا لقبولها وإقرار حجيتها ضمن شروط ومعايير معينة.

ويمكن القول إن الاتجاه العام قبل التدخل التشريعي أجاز قبول هذه التعاقدات قياسا على التراخيص فض العبوة في حقل البرمجيات,وذالك ضمن شروط أهمها وأولها أن يكون متاحا بيسر الاطلاع على شروطها وقراءتها وتوفر خيارات الرفض والقبول وان تعزز القبول بإجراء أكثر من مجرد الضغط على الموس في حالة النوع الأول من هذه العقود المشار إليها أعلاه.

أولا: إثبات العقد الالكتروني بالنظر للشروط المتعلقة بالسند الكتابي

يعطي نظام الثبات في القانون المدني أفضلية للكتابة على باقي طرق الثبات الأخرى ,وبالتالي فان ما يشترطه القانون لقيام سند كتابي حتى يتم قبوله في الإثبات يتمثل في أن يكون السند مكتوبا ,وان يكون موقعا.

ثانيا: وجوب آن يكون الدليل مكتوبا

لقد جرى العرف واستقر العمل على تدوين المحررات الرسمية والعرفية على الأوراق وبالحروف الخاصة بلغة المتعاقدين والغة التي يعتمدانها لتحرير العقد,فان اللجوء إلى تدوين المحررات على الوسائط الكترونية من خلال ومضات كهربائية وتحويلها على اللغة التي يفهمها الحاسب الآلي يثير التساؤل عن مدى اعتبار المحرر الالكتروني من قبيل الكتابة؟

فمن الجدير بالتأكيد انه ليس في القانون ا والغة ما يلزم بالاعتقاد في أن الكتابة لا تكون إلا على الورق, حيث إن اتفاقيات دولية كثيرة تتبنى هذا الرأي ومنها : اتفاقية الأمم المتحدة الموقعة بشان النقل الدولي للبضائع لسنة1981 التي تنص المادة 13 منها على انه:فيما يخص أغراض هذه الاتفاقية ينصرف مصطلح الكتابة أيضا على المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس, لذالك يتضح أن الكتابة لا ينظر

[1] - يونس عرب جزء من أوراق عمل برنامج الندوات المتخصصة حول التجارة الإلكترونية تنظيم معهد التدريب و الإصلاح القانوني التعاقد و الدفع الإلكتروني ، الخرطوم ،2002 ، ص 13.

إليها من حيث ارتباطها بالدعامة أو الوسيط المستخدم في التدوين على دعامة مادية محددة ,بل بوظيفتها في إعداد الدليل على وجود التصرف القانوني وتحديد مضمونها بما يمكن للأطراف الرجوع إليه في حالة نشوب خلاف , وقد اتفق الفقه انه وحتى تقوم الكتابة بهذا الدور فلابد أن يكون الوسيط مقروءا وان تتصف الكتابة المدونة عليه بالاستمرارية والثبات.([1])

ثالثا: أن يكون الدليل موقع

يشكل التوقيع العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المتطلب قانونا لمصلحة الورقة العرفية وكذلك بالنسبة للورقة الرسمية ,والتوقيع إما أن يكون خطيا أو يكون بالبصمة ختما أو إصبعا ,فالتوقيع الخطي يكون بيد من ينسب إليه المحرر بحيث يقوم محدد لشخصية الموقع حتى ولو لم يكتب المحرر بخط يده.

إما التوقيع الالكتروني أو الرقمي فهو إجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على محرر سواء في الأمر أن يحتفظ بالرقم أو الشفرة بشكل امن ويسري بمنع استعماله من قبل الغير,ويعطي ثقة بان صدوره يفيد انه بالفعل صدر من صاحبه.([2])

وتكمن وظيفة التوقيع الالكتروني في وظيفتين أساسيتين :

- إن التوقيع الرقمي يثبت الشخص الذي وقع الوثيقة بانصراف إرادته إلى الالتزام بما وقع عليه.
- إن التوقيع الرقمي يحدد الشيء أو الوثيقة التي تم توقيعها بشكل لا يحتمل التغيير.

ويكمن وجه الاختلاف بينهما في مدى تحقيق التوقيع للثقة التي يبني عليها المشرع حجية التوقيع في الإثبات ,فان توفرت ذات الثقة في التوقيع الالكتروني فانه يتساوى مع التوقيع التقليدي في حجيته في الإثبات,وتتعدد هذه الثقة في نوع التكنولوجيا المستخدمة في تامين التوقيع.

وبالرغم من هذه الإمكانية في الربط بين المحرر وبين التوقيع وتأمينها من التلاعب فيهما فإننا نتحفظ على ذلك بان قبول المحرر الالكتروني بواسطة القاضي كدليل كتابي يقتضي أن يقرر القاضي مدى كفاءة التقنية المستخدمة في استيفاء الشروط التي تؤهل التوقيع للقيام بدوره في الإثبات.وهكذا فبينما يعد المحرر العرفي الموقع دليلا كتابيا كاملا ,فان قبول المحرر الالكتروني كدليل في الإثبات يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ,وهو ما يتساوى من الناحية العلمية مع قلب عبء الإثبات في شان صحة الدليل الكتابي لذلك فلا بد من تدخل المشرع بتحديد التقنيات التي إذا ما تم استخدامها يكون التوقيع الالكتروني صحيحا ، والذي يتحقق بموجبها الارتباط المادي بين التوقيع وبين المحرر الالكتروني.

---

[1] - أ / محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص 74 .

[2] - أ / نور الدين الناصري ، المرجع السابق ،ص7 .

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من العقد الالكتروني

إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على العقد الالكتروني كدليل للإثبات في القانون المدني وقانون الإجراءات الجزائية ,بالرغم من أهمية العقد الالكتروني ك-د ليل من أدلة الإثبات الحديثة ,ويعتبر هذا العدول من المشرع الجزائري موقفا سلبيا حول التطورات التي تعرفها نظم الإثبات ,في ظل ثورة المعلومات ،وشيوع التقنيات الحديثة ،وعليه فان المشرع الجزائري يشترط الشكلية في صحة العقود.

بمفهوم المخالفة لا يصح العقد ولا يعتد به إلا إذا توافرت فيه الشكلية المنصوص عليها قانونا.

وبالرجوع لنص المادة 324من القانون المدني فان:"العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة،ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذاك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

وتنص المادة 324مكرر1"زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي ،يجب تحت طائلة البطلان ،تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أومحلات تجارية أو 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 حرر العقد.

كما يجب ، تحت طائلة البطلان ،إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي.

وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقدٌ "[1] ، وعليه فان المشرع أوجب إخضاع العقود للشكلية وفقا للقانون كما أوجب إخضاع بعض العقود الأخرى في شكل رسمي.

[1] - قانون رقم 88-14المؤرخ في 3 / ماي / 1988 ، الجريدة الرسمية 18 ، ص 794 .

الـخــاتمة :

من مهمات القاضي في مجال الفصل في الخصومات أن يسعى جاهدا في الفصل في النزاع ، فالمدعي مطالب بإثبات الحق المدعى به ، و المدعى عليه مطالب بنفي الدعوى المقامة ضده ، و للقاضي السلطة في تقدير ما يقدمه الخصوم من أدلة في إطار إقامة الدليل الذي ينصب على صحة الواقعة القانونية لا على الحق المطالب به فالواقعة القانونية تكون إما تصرفات قانونية تكون خاضعة لقيود بينها القانون، و حددها لإثبات الالتزام أو التخلص منه، و الاستدلال به على وجود هذه الروابط القانونية.

وتبرز سلطة القاضي المدني في المفاضلة في الكثير من الأحيان بين دليل و أخر إعمالا بسلطته التقديرية الواسعة التي منحها له المشرع في بعض الأدلة ، باعتبار أن القاضي يكون أكثر احتكاكا بالدعوي و أطرافها ، لتقدير الحقوق ونصابها وكذا تقدير الشهادات التي يدلي بها الأطراف ، وله السلطة في توجيه اليمين لإقامة الدليل مراعيا مصالح الخصوم في ذلك خصوصا إذا تعذر عليهم تقديم الدليل الكتابي الذي جعله المشرع على رأس الأدلة مهما كانت الوقائع المراد إثباتها .

و لقد خلصنا من دراستنا لهذا الموضوع بأنه لا بد من إجراء تفرقة بين أنواع من طرق الإثبات والمتمثلة في الكتابة ، واليمين ، والإقرار ، التي غالبا ما تكون حجيتها مبينة ومضبوطة من طرف المشرع ، أما الشهادة والقرائن التي يترك فيها نصيب كبير لتقدير حجيتها للقاضي.

والجدير بالذكر في هذا المجال أن هذه الأدلة وإن كانت سلطة القاضي فيها قليلة ومحدودة المجال فالمشرع الذي قيد هذه الأدلة وحصرها جانب الصواب في ذلك باعتبار أن أدلة الإثبات سايرت التطور العلمي، وأصبح هناك من المسائل التي لا يجوز إثباتها إلا بتلك الطرق العلمية و قد تكون أيسر للأشخاص في الإثبات من غيرها ، وقد تكون صعبة لوجود كثير من الانتقادات الموجهة لهذه الطرق وقد تكون هذه الوسائل على درجة كبيرة من الصواب إلى حد بعيد.

ويمكن اقتراح بعض التوصيات :

* فصل قانون الإثبات عن القانون المدني و حصره مواده في قانون خاص بالإثبات

فكلما زادت قواعد الإثبات تحكما وتوسعا ودقة أصبح سهل على القاضي أن يفصل في أي نزاع وبالطرق السليمة .

* السماح للقاضي من الاستفادة من وسائل التقدم العلمي في الإثبات .

* على المشرع عند السماح بالاستفادة من طرق وأدلة الإثبات العلمية أن يحددها ويبين كيفية الاستفادة منها وتبيان حجيتها ليسهل على القاضي معرفة مدى إعمال سلطته التقديرية بشأنها.

قائمـــــة المراجـــــع

أولا : المؤلفات :

- الدكتور يحي بكوش : أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي .المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر- الطبعة الثانية 1988.

- الدكتور أحمد نشأت : طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية .دار الفكر العربي .طبعة 1994.

- الدكتور أحمد فراج : أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي .دار الجامعة الجديدة للنشر- مصر- اطبعة 2000.

- الدكتور الغوثي بن ملحة : قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري .الديوان الوطني للأشغال التربوية .الطبعة الأولى 2001

- الأستاذ عمر بن سعيد : الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني .الديوان الوطني للأشغال التربوية - باتنة - الطبعة الأولى 2001

- الأستاذ محمد توفيق إسكندر: الخبرة القضائية . .دار هومة للطباعة و النشر- الجزائر- طبعة 2002.

- الدكتور همام محمد محمود زهران : أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية . دار الجامعة الجديدة .طبعة 2002.

- الدكتور أبو الوفا : التعليق على نصوص قانون الإثبات .منشأة المعارف - الإسكندرية - الطبعة الثانية 2003.

- الدكتور عبد الرزاق السنهوري : الوجيز في النظرية العامة للإثبات .منشأة المعارف - الإسكندرية - الطبعة الثانية 2004 .

- المستشار أنور طلبة : الوسيط في شرح قانون الإثبات.
.المكتب الجامعي الحديث - مصر- طبعة 2004.

- الأستاذ محمد حسن منصور:الإثبات التقليدي و الإلكتروني.
. دار الجامعة الجديدة - مصر- الطبعة الأولى2007.

- الأستاذ نور الدين الناصري : حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات دراسة في القانون المغربي، الأبحاث القانونية - المغرب - طبعة 2007 .

- الأستاذة مناني فراح :أدلة الإثبات الحديثة في القانون .
دار الهدى - عين مليلة الجزائر- طبعة 2008.

- الدكتور محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني
دار الهدى للنشر والتوزيع - الجزائر - الطبعة الأولى 2009.

- الأستاذ أحمد عزمي الحروب ، السندات الرسمية الإلكترونية .
.دار الثقافة و التوزيع - عمان- الطبعة الأولى 2010.

- الدكتور حميد الشواربي : التعليق الموضوعي على قانون الإثبات .
منشأة المعارف - مصر-

- الدكتور عباس لعبودي : شرح أحكام قانون الإثبات المدني.
. دار الثقافة - عمان - طبعة 2011 .

ثانيا : النصوص القانونية

- الأمر رقم : 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ :1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بموجب
  * الأمر 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 الجريدة الرسمية رقم 44
  * والقانون رقم : 08-09 المؤرخ في : 25 فيفري 2005.

- الأمر59/75 المؤرخ في 20/ رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر1975المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم بموجب
  * الأمر رقم 27/96 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996 الجريدة الرسمية رقم 77.
  * الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005 الجريدة الرسمية رقم 11.
- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية

ثالثا : المجلات المتخصصة

- المجلة القضائية لسنة 1986 عدد 02.
- المجلة القضائية لسنة 1989 عدد 04.
- المجلة القضائية لسنة 1990 عدد 04.
- المجلة القضائية لسنة 1991 عدد 01 .
- المجلة القضائية لسنة 1992 عدد 01 و02 و03 .
- المجلة القضائية لسنة 1993عدد 03.
- المجلة القضائية لسنة 1999عدد 03.
- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية . عدد خاص 2001.

الفهرس

مقدمة 01
خطة البحث 03
الفصل الأول : الأدلة ذات الحجية المطلقة 06
المبحث الأول:تعريف الكتابة كدليل إثبات 06
المطلب الأول: المحررات الرسمية 07
الفرع الأول:أن ينظم المحرر من موظف 07
الفرع الثاني: صدور المحرر من الموظف في جدود سلطته واختصاصه.....07
الفرع الثالث : مراعاة الأوضاع القانونية في تدوين المحرر الرسمي 08
المطلب الثاني: المحررات العرفية 10
الفرع الأول: تعريف المحررات العرفية 10
لفرع الثاني: أنواع المحررات العرفية 11
أولا: الرسائل 11
ثانيا: البرقيات 13
ثالثا: الدفاتر التجارية 13
1- النزاع القائم بين تاجرين 14
2- النزاع القائم بين تاجر وغير تاجر.....14
رابعا: الدفاتر و الأوراق المنزلية 14
المطلب الثالث : سلطة القاضي في تقدير الدليل الكتابي 15
الفرع الأول: وجوب الإثبات بالكتابة 16
أولا:أن يكون التصرف في محل الإثبات تصرفا قانونيا لا واقعة مادية 16
ثانيا: أن يكون محل التصرف المراد إثباته مدنيا و ليس تجاريا 17
ثالثا: أن يكون قيمة محل الالتزام مائة ألف دينار جزائري 18
الفرع الثاني: استثناءات وجوب الدليل الكتابي 18
أولا: سلطة القاضي في تقدير ما يخالف أو يجاوز الدليل الكتابي 18
ثانيا: سلطة القاضي في تقدير مبدأ الثبوت بالكتابة 19
ثالثا: سلطة القاضي في تقدير المانع من الحصول علي الدليل الكتابي 21
1- تقدير قاضي الموضوع للمانع المادي 21
2 - سلطة القاضي في تقدير المانع المعنوي 21

3 - تقدير السبب الأجنبي المانع من الحصول على الكتابة 22
المبحث الثاني: الإقرار 23
المطلب الأول: صيغ الإقرار 23
الفرع الأول: الإقرار القضائي 23
الفرع الثاني: الإقرار غير القضائي 24
المطلب الثاني: حجية الإقرار 25
الفرع الأول: حجية الإقرار القضائي 25
أولا: الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر 25
ثانيا: عدم جواز العدول عن الإقرار 25
ثالثا: عدم جواز تجزئة الإقرار 26
- الإقرار البسيط 26
- الإقرار الموصوف 26
- الإقرار المركب 26
الفرع الثاني: حجية الإقرار غير القضائي 27
أولا: السلطة التقديرية للقاضي في الإقرار غير القضائي 27
ثانيا: الآثار التي تنجر عن السلطة التقديرية للقاضي 27
المطلب الرابع: سلطة القاضي في تقدير الإقرار القضائي 27
المبحث الثالث: اليمين 29
المطلب الأول: اليمين الحاسمة 29
الفرع الأول : موضوع اليمين الحاسمة و صيغتها.....29
الفرع الثاني: أطراف اليمين الحاسمة 30
أولا: موجه اليمين 30
ثانيا: الموجهة إليه اليمين الحاسمة 31
الفرع الثالث: شروط اليمين الحاسمة 31
المطلب الثاني : اليمين المتممة 31
الفرع الأول: المقصود باليمين المتممة 32
الفرع الثاني: تقدير قيمة اليمين المتممة 32
المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير اليمين 33
الفرع الأول : سلطة القاضي في تقدير اليمين الحاسمة 33

الفرع الثاني : سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة 35
الفصل الثاني:أدلة الإثبات ذات الحجية الغير قاطعة..... 36
المبحث الأول: شهادة الشهود 36
المطلب الأول: ماهية شهادة الشهود 36
الفرع الأول : تعريف شهادة الشهود 36
الفرع الثاني: شروط قبول الإثبات بشهادة الشهود 36
المطلب الثاني: حجية شهادة الشهود 37
الفرع الأول : في المواد التجارية 38
الفرع الثاني : الوقائع المادية 39
الفرع الثالث : التصرفات المدنية 39
المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير شهادة الشهود 39
المبحث الثاني: القرائن 41
المطلب الأول : القرائن القانونية 41
الفرع الأول : أنواع القرائن القانونية 42
أولا : قرينة قانونية بسيطة 42
ثانيا : قرينة قانونية قاطعة 42
المطلب الثاني: القرائن القضائية.....42
الفرع الأول: المقصود بالقرينة القضائية 43
الفرع الثاني :شروط الأخذ بالقرائن القضائية 43
الفرع الثالث : حجية القرائن القضائية 44
المطلب الرابع: سلطة القاضي في تقدير القرائن.....44
الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير القرائن القانونية.....44
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير القرائن القضائية.....45
أولا: سلطة القاضي في تقدير العنصر المادي 45
ثانيا: تقدير القاضي ما للعنصر المادي من دلائل 45
المبحث الرابع: أدلة الإثبات الأخرى 46
المطلب الأول: الخبرة 46
الفرع الأول: سلطة القاضي في تعيين الخبير 47
الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقديره لتقرير الخبرة 47

المطلب الثاني: المعاينة 49
الفرع الأول: المقصود بالمعاينة 49
الفرع الثاني: انتقال المحكم للمعاينة 49
المطلب الثالث: البريد الإلكتروني 50
الفرع الأول : تعريف البريد الإلكتروني.....51
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعنوان البريد الإلكتروني 52
أولا: البريد الإلكتروني من عناصر الشخصية 52
ثانيا البريد الإلكتروني بيان فني ذو طابع شخصي 52
ثالثا :العنوان الإلكتروني في فكرة قانونية مستقلة 53
رابعا: العنوان الإلكتروني من عناصر الملكية الصناعية 53
الفرع الثالث: الحجية القانونية للبريد الإلكتروني 53
أولا: الاتفاق المسبق بين الأطراف على حجية رسائل البريد الإلكتروني 54
ثانيا: التصرفات القانونية التي لا تتجاوز النصاب القانوني.....54
ثالثا : الاعتداد برسالة البريد الإلكتروني في الإثبات من خلال الاستثناءات على قاعدة وجوب الدليل الكتابي.....54
رابعا : وجود دليل كتابي غير كامل من شأنه أن يجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال 55
الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من البريد الإلكتروني 55
المطلب الرابع:: العقد الإلكتروني 56
الفرع الأول: المقصود بالعقد الإلكتروني 56
الفرع الثاني: أهمية العقد الإلكتروني 56
الفرع الثالث: حجية العقد الإلكتروني 57
أولا : إثبات العقد الإلكتروني بالنظر للشروط المتعلقة بالسند الكتابي 57
.....57ثانيا : وجوب أن يكون الدليل مكتوبا
ثالثا: أن يكون الدليل موقعا 58
الفرع الرابع:موقف المشرع الجزائري من العقد الإلكتروني 58
الخاتمة 60
قائمة المراجع 61