أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

مقدمة:

الإنسان مدني بطبعه ومقتضى الصفة الأولى أنه لا يعيش إلا في الجماعة ، ومقتضى الصفة الثانية أنه يعمل على الاستئثار بأسباب المتعة و الرفاهية و لو كان ذلك على حساب الآخرين ، إذن لا بد من نظام يسود الجماعة و إلا التهم القوي الضعيف و الوسيلة إلى تحقيق هذا النظام وهو القانون ، وبعبارة أخرى القانون مصدر حقوق الأفراد وواجباتهم ، والحق و الواجب معنيان متلازمان ، وفكرتان مرتبطتان ، أو هما وجهان متقابلان لفكرة واحدة فكل حق لشخص يقابله واجب على شخص آخر أو أشخاص آخرين أو الناس كافة بأدائهم ، أو بعدم التعرض له فيه و يستوي في ذلك أن يكون الحق شخصيا أو عينيا أو ذهنيا .

وقد يقوم صاحب الحق بإثبات مصدر حقه أي حدوث الواقعة القانونية أو صدور التصرف القانوني الذي نشأ عنه الحق فالإثبات يرد على مصدر الحق سواء كانت واقعة أو تصرفا إنما ليس على صاحب الحق ان يثبت الوصف القانوني لتلك الواقعة أو لذلك التصرف أو الأثر القانوني المترتب على هذا الأمر أو ذاك، فالإثبات إنما ينصب على الوقائع لا على حكم القانون لأن المحكمة تعرف القانون و الواقعة التي يثبتها الخصوم لا يخضع القاضي في تقديره لها لقضاء النقض .

و لكن نظرا لصعوبة معرفة العرف من الناحية العملية لأنه غير مدون فإن الخصوم يعمدون عادة إلى معاونة القاضي في التحقيق في وجود العرف و تحديد مضمونه كما في حالة العرف التجاري أو المهني إذ قال سبحـــانه و تعالـــى:

"واسألـــوا أهـــل الذكـــر إن كنتـــم لا تعلمـــون ".

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

فالمطلوب من الخصوم هو إثبات الوقائع فقط دون القانون إلا إذا كان القانون المطلوب تطبيقه أجنبيا فحينئذ يجب على الخصم الذي يدعيه أن يقيم عليه الدليل للاعتبارات العملية و كأنه واقعة.

و نظام الإثبات المعمول به في الجزائر كما هو في مصر نظام قانوني وضع فيه المشرع الجزائري طرق الإثبات المختلفة و حدد قوة كل منها و يترتب على ذلك أن تطبيق القاضي لهذه الطرق يعتبر مسالة قانون فلا يجوز له أن يعطي لطريق من طرق الإثبات قوة أكثر أو أقل من القوة التي أعطاها لها المشرع ،غير أنه لما كانت طرق الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ويجوز الاتفاق على ما يخالفها فالقاضي ملزم و مقيد بالوقائع الثابتة أمامه في الدعوى وليس له أن يخالف الثابت في الأوراق و لا أن يقضي بعلمه ، وأنه مقيد بإتباع طرق الإثبات التي رسمها القانون و لا يحيد عنها إلى غيرها ، إلا أنه في النهاية هو صاحب السلطة في تقدير كفاية الدليل طالما أنه وصل إلى نتيجة سائغة يقبلها العقل و المنطق .

وقد اعتمدنا في موضوع مذكرتنا هذه مايلي :

1-النظرية العامة للإثبات .

2-الطرق المباشرة للإثبات .

3-الطرق غير المباشرة للإثبات.

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

الفصل التمهيدي: النظرية العامة للإثبات

المبحث الأول: تعريف الإثبات.

إن الحق يتجرد من قيمته ، ما لم يقم الدليل على الحادث المبدأ له قانونيا كان هذا الحادث ،أو ماديا ، و الواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه،و نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية ، وأكثرها تطبيقيا في الحياة العملية، بل هي النظرية التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض عليها من قضايا ، وطرق الإثبات تتحدد وفقا لكل طريقة وقيمتـها المختلفة عـن الطريقة الأخرى ، سواء بإتباع إجراءات شكلية، أو موضوعية يصل بها القاضي إلى تكوين اقتناعه بشتى وسائل الإثبـات القانونية والمحددة قانونا .

*المطلب الأول: الإثبات لغة

يقال يثبت الشيء ثبوتا ، وثباتا ، فهو ثابت ، و ثبيت ، فمثلا :
نقول : ثبت فلان في المكان ، فهو ثابت إذا أقام فيه [1]
ونقوله أيضا ، تثبت في الأمر ، إذا شاوروا ، وفحصوا عنه .

- ✓ ومعنى تسكين الفؤاد، أو تثبت الفؤاد معناه تسكين القلب.
- ✓ ونقوله أيضا تثبت في الأمر، والرأي، أي بمعنى تأتى في العمل، ولم يعجل.
- ✓ و رجل ثبت، أي ثابت القلب، والثبات سير يشد به الرجل.
- ✓ و معنى آخر، كقوله: "لا أحكم هذا إلا بتثبيت، أي بحجة، والثبت بالتحريك الحجة، والبينة، أي أثبت حجته، أي أقامها، أو أضعفها ".

يقول الله تعالى : "يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت "
ويقال : "ثبت الشيء ،ثباتا ، وثبوتا ، وأثبته غيره ، وثبته بمعنى ، ويقال : أثبته السقم ، إذا لم يفارقه ،وقوله تعالى :"ليثبتوك ، و يقنو لك ".أي ليجرحوك فلا تستطيع الحركة ،ويجسوك ".

- ✓ يقال تثبت في الأمر، أي أخذ بالحزم فيه، ولم يعجل ومثاله (اثبت فيه)، و(الثبت) هو إثبات، والدليل جمعه (أثبات). ويقال هو (ثبت)[2] .

---

1 و الجوهري –الصحاح- تاج اللغة وصحاح العربية ج1 ص 245 .
2 محمد فريد وجدري –دائرة المعارف القرن العشرين المحل الثاني ص736.

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

* المطلب الثاني: الإثبات القانوني.

هو إقامة الدليل ، أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون و على صحة واقعة قانونية ، يدعيها أحد طرفي الخصومة ، وينكرها الطرف الآخر[1] وبهذا، فالإثبات القانوني ينصب على وجود واقعة قانونية ، ذلك أن محل الإثبات ليس الحق المتنازع عليه ، بل محله الواقعة القانونية لهذا الحق ، سواء كانت هذه الواقعة القانونية عملا قانونيا ، أي تصرف قانوني (كالبيع ،

أو الوكالة).

- أو كانت واقعة مادية كالعمل الغير المشروع، أو الإثراء بل سبب.
- إن الإثبات بمعناه القانوني يختلف عن الإثبات بمعناه العام فهذا الأخير لا يتخصص أمام القضاء، ولا يكون بطرق محددة، فهو طليق من هذه القيود.
- إن الإثبات بمعناه القانوني هو ملزم للقاضي ، ويتعين له بأن يقضي بما يؤدي إليه هذا الإثبات من النتائج القانونية ، إذا ما ثبت أمام القضاء فانه يصبح حقيقة يجب الالتزام بها ، ولا يجوز الانحراف عنها .
- أما ما ثبت بطريق علمي، أو بأي طريق آخر فانه لا يعتبر حقيقة ثابتة لا تتغير، فكثيرا ما يستبين أن الحقائق العلمية ليست إلا فروضا غير دقيقة.

1* د/عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ج 2 ص 14

*المطلب الثالث: الإثبات القضائي

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

هو إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة التي يرتب القانون عليها أثرا [1] فمعنى ذلك أن هذه الواقعة القانونية إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات القضائي ، فالحق الذي ينكر على صاحبه ، ولا يقام عليه دليل قضائي ، ليست له قيمة عملية، فهو و العدم سواء من الناحية القضائية .

فالإثبات القضائي هو مقيد في طرفه ، وفي قيمة كل طريق منها ، ومتى استقام فهو ملزم للقاضي ، فيتعين عليه أن يقضي لما يؤدي إليه هذا الإثبات من النتائج القانونية ، وإلا كان في امتناعه تكون عن أداء العدالة ولما كان الإثبات في معناه القانوني ، هو إقامة الدليل أمام القضاء .بالطرق التي حددها القانون :وكان الإثبات القضائي إلى هذا الحد وما إن ثبت عن طريق القضاء يصبح حقيقة قضائية يجب التزامها ، ولا يجوز انحراف عنها ، وهذا ما يسمى بحجية الأمر المقضي **Autorité De La Chose Jugée** وذلك بعكس الحقائق العلمية المتغيرة فإنها نسبية متغيرة و تقوم مقامها حقائق أخرى هي أيضا قابلة للتغيير[2] .

***1* د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج 2 ص 16-17 .**
***2* د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج 2 ص15.**

*المطلب الرابع : الإثبات في الشريعة الإسلامية

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

لقد اعتنى الفقهاء المسلمون بقواعد القضاء و البينات عناية فائقة ويبدو ذلك في الكتابات العديدة التي وضعوها إحقاقا للحق وإقامة لميزان العدل بين الناس حتى غدت الشريعة الإسلامية أكمل الشرائع تصديقا لقوله تعالى : اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا [1] .

وانطلاقا من قوله عليه السلام "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر "وقوله أيضا : "لو يعطي الناس بدعواهم لا دعى الناس دمـــاء الرجال وأموالهم ولكن اليمين علـــى المدعى عليه "فقد قرر علماء الإسلام أنه لا يقبل قول إنسان فيما يدعيه لمجرد دعواه بل أنه يحتاج إلى بينة أو تصديق المدعي عليه فان طلب المدعي عليه فله ذلك فالحكمة ظاهرة من الحديث الشريف وهي أنه لا يمكن صيانة أموال الناس ودماءهم إلا بالبينة أو اليمين وهذا في وقت كان الإثبات في أوربا أشبه بالفوضى ولعب الأطفال إلى ما قبل القرن 13 ميلادي[2] .

***1* ســـــورة المـــائدة الآيـــة 03 .**

***2* الدكتور بكوش يحيى – أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ، دراسة تطبيقية ونظرية مقارنة ، ص 19، الشركة الوطنية للطباعة و النشر ،1981.**

وطرق الإثبات في الشريعة هي حجة تؤيد الدعوى ، ويصل بها القاضي إلى الحق (1) ومن هنا نجد اختلاف الفقهاء في تحديد الأدلة التي يجوز الحكم بها ،والتي لا يجوز الحكم بها من قبل القاضي ، فابن القيم الجوزية ومن معهم استخدموا العقل فيما بين الخصوم إذا أنهم لم

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

يحصروا طرق الإثبات بما جاءت به النصوص فقد قال رجال لاياس بن معاوية "علمتني القضاء" فقال :" إن القضاء لا يعلم ،إنما القضاء فهم . ولكن قل علمني العلم ".

ودليلهم في ذلك قوله سبحانه وتعالى : " وداود،وسليمان غد يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم ، وكنا لحكمهم شاهدين ،ففهمناها سليمان وكلا أتينا حكما ، و علما."(2) ففي هذه الآية ، الله سبحانه وتعالى يخص سليمان بالفهم رغم أنه يتمتع بالعلم ،و الحكم .

وقد اهتمت الشريعة الإسلامية اهتماما بالغا بقواعد القضاء ، وذلك تحقيقا للعدل و إقامة الحق بين الناس ، لقوله تعالى : يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله ،فليكتب ،وليملل الذي عليه الحق ... والله بكل شيء عليم "

***1* الطرق الحكمية لابن القيم الجوزية ص 94 .**
***2* سورة الأنبياء الآية 27.**

وقد انتقلت مواقف العلماء في هذه الآية إلى مذهبين :

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

أ. **يرى بعض العلماء :** أن الأمر بالكتابة في هذه الآية الكريمة يدل على الوجوب ، ولا مجال للاختيار ، حيث أن الكتابة أمر مفروض ينص في قوله تعالى :"وليكتب كاتب بالعدل "وهذا يعني أن الشخص الذي يقوم بكتابة الدين هو كاتب ، وليس أحد المتعاقدين .

ب. **البعض الآخـــر:** يرى أن الأمر بالكتابة في الآية المتقدمة إنما هو على ندب **(1)** وإنه غير واجب، و أنه مجرد ارتشاد إلى ما فيه إصلاح للمسلمين، والاحتياط للدين، والدنيا.

و في السنة النبوية الشريفة قوله عليه السلام: البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر "وقوله صلى الله عليه وسلم:لو يعطى الناس بدعواهم، لا ادعى الناس دماء الرجال، و أموالهم، ولكن اليمين، على المدعى عليه." ومن هنا نفهم أن الإسلام لا يأخذ لما يقوله الشخص فيما يدعيه بالدعوى فحسب ، وإنما يكون عليه أن يقيم حجة على ما يقول ، فمن خلال الحديث الشريف الثاني ، أن أموال الأشخاص ،ودمائهم يجب أن تكون محمية ، وهذا لا يكون إلا باليمين ،أو البينة .

***1* ندب : الدعوة لقيام بالعمل ، أو الحث عليه .**

و قد أوصلها ابن القيم إلى ست وعشرين طريقا، واستدل عليها بما ورد من قرآن أو سنة، أو أثار عن صحابة رسول الله عليه وسلم وخلاصتها [1].

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

1. اليد المجردة التي لا تفتقر إلى يمين.
2. الإنكار المجـــرد.
3. أن يحكم باليد مع يمين صاحبها .
4. الحكم بالنكول وحدها .
5. الحكم بالنكول مع رد اليمين .
6. الحكم بالشاهد الواحد بلا يمين.
7. الحكم بالشاهد و اليمين .
8. الحكم بالرجل الواحد وامرأتين .
9. الحكم بالنكول مع الشاهد الواحد .
10. بشهادة امرأتين ويمين المدعي في الأموال وحقوقها .
11. الحكم بشهادة امرأتين من غير يمين
12. الحكم بثلاثة رجال .
13. الحكم بأربعة رجال .
14. الحكم بشهادة العبد و الأمة .
15. الحكم بشهادة الصبيان مميزين.
16. الحكم بشهادة الفسائق.
17. الحكم بشهادة الكافر .
18. بالإقـــــرار.
19. بعلم القاضـــي.
20. بالتواتـــــر .
21. بالاستفاضـــة.
22. بأخبار الآحـــاد .
23. بالخـــط المجـــرد.
24. الحكم بالعلامـــات الظاهـرة .
25. بالقرعـــــة.

26. الحكـــــم بالقـــــافة .

و هذه الطرق التي حددها المشرع للإثبات، وهي حجج تؤيد الدعوى و يصل بها القاضي إلى الحق [2] وهي وسائل شرعية مستمدة من القرآن ،و السنة.

و مما هو ملاحظ أن الكتابة لا تدخل ضمن أدلة الإثبات عندهم لأنها يجب أن تؤيد بإقرار أو شهادة،وفي كلتا الحالتين فإن الحكم يؤخذ بالإقرار أو الشهادة و ليس بالكتابة.

أما ابن حزم الظاهري فمذهبه لا يرى القضاء بالنكول،أورد اليمين على المدعي،أو القضاء بقرينة اليد،إلا ببينة،ويرى أن أكثر ما حكم به القاضي علمه،ثم الإقرار و بعدها البيئة.

كذلك لا يرى الحكم بالرأي، أو القياس، أو الاستحسان، ولا يقول احد غير الرسول صلى الله عليه و سلم، إذا ما خالف القرآن أو السنة.

***1* الطرق الحكمية لابن القيم ص 114 وما بعدها .**

***2* ابن القيم الطرق الحكمية ص 94 .**

***مقارنة بين الشريعة الإسلامية، و القانون في أهمية الدليل الكتابي، كوسيلة من وسائل الإثبات:**

تظهر هذه التفرقة، أو المقارنة في الآية المتقدمة في قوله تعالى :" **يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه".** [1] بينها و بين القوانين الوضعية أن قواعد الإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي تنسجم تمام الانسجام مع أصول الإثبات المدنية في الجوانب الآتية:

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

1-أن كلا من الشريعة و القانون أمرا بكتابة الدين، لأجل المحافظة على الحقوق.

2-كلاهما يبيتان بترك الكتابة في المواد التجارية، لأن طبيعة التجارة تستدعي، سرعة المعاملة، لكن القرآن يقيد ذلك بها إذا كانت المعاملة التجارية نقدا، و لكن القانون لم يقيد ذلك.

3-إن المشرع الوضعي استثنى المعاملات التافهة من وجوب الإثبات الكتابي، أما الشريعة الإسلامية، فلم تستثني أي شيء، و لم تفرق بين القليل و الكثير.

4- إن كلا من الشريعة الإسلامية، و القانون لا يكترثان الكتابة وحدها دليلا كافيا للإثبات، بل لا بد من وجود شاهدين للتأكد عليها، و ذلك بالنسبة للعقود الرسمية.

***1* ســـورة البقـــرة الآيـــة 282.**

*المطلب الخامس: أهمية الإثبات

بما أن الدليل هـو قوام حياة الحق و معقد النفـع فيه، فـإن أهميته نكمـن بإثبـات هـــذا الحق في ساحة القضاء و الاستمتاع به بدون منازع، وعليه فالحق الذي فقد صاحبه إثبات مصدره وهو والعدم سواء وفي ذلك يستوي حق معدوم وحق لا دليل عليه حين يتجرد من قيمته بفقدان هذا الدليل.

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

و لما كان تقرير القضاء لوجود أو انتقاء الحق عند المنازعة فيه يتوقف على إثبات وجود أو انتقاء الواقعة التي يقيمها القانون سببا لنشونه أو انقضائه فإن الإثبات تكون له أهمية خاصة فردية و أخرى عامة اجتماعية [1] .

و القانون في تمسكه بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية إنما يوازن بين اعتبارين:

أ/-اعتبار العدالة في ذاتها و يدفعه إلى تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل حتى تتفق معها الحقيقة القضائية.

ب/ استقرار التعامل يدفعه إلى تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذ بها و في تقدير كل دليل فيحدد له طرق الإثبات و قيمته كل طريق منها.

و يمكن في الموازنة ما بين الاعتبارين السابق ذكرهما أن نتصور قيام مذاهب ثلاث في الإثبات.

الفرع 1- المذهب الحر أو المطلق:

يترك هذا المذهب للخصوم كامل الحرية في تقديم الأدلة التي يستطيعون إقناع القاضي بها، كما يترك القاضي حرا في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم إليه و هذا المذهب يقرب كثيرا ما بين الحقيقة الواقعية و الحقيقة القضائية لمصلحة العدالة،و لكن حظ العدالة في هذا المذهب ظاهري أكثر منه حقيقيا فهو قد يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية إلى مدى واسع و لكن بشرط أن يؤمن من القاضي الجور والتحكم، لأنه إذا جاز أو تحكم في تعيين طرق الإثبات و تحديد قيمتها ابتعدت الحقيقة القضائية، عن الحقيقة الواقعية.

***1* د.جلال علي العدوى أصول أحكام الإثبات و الالتزام. الناشر منشأة المعارف الإسكندرية جلال جزي و شركاه ص 253.**

الفرع 2-المذهب القانوني المقيد:

يرسم القانون طرق محددة تحديدا دقيقا لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية، و يجعل لكل طريق قيمته، و يتقيد بذلك كل من القاضي، و الخصوم، فهو يباعد بين الحقائق الواقعية، و الوقائع القضائية [1] .

الفرع 3-المذهب المختلط:

فهو يجمع بينهما ، فقد يكون الإثبات حرا، و تبين القاضي وسائل الإقناع فيه من أي دليل يقدم إليه شهادة كانت، أو قرينة، أو كتابة ، أو أي دليل آخر، و قد يتقيد الإثبات في المسائل التجارية مع بقاءه في الأصل حر، ويتقيد ذلك إلى حد كبير في المسائل المدنية ، فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات ، تتسع ، وتضيق متماشية في ذلك مع الملابسات و الظروف وهذا المذهب الأخير هو المذهب الأحسن فقد اخذ به المشرع الجزائري، حيث انه يجمع بين إثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود ، وبين اقتراب الحقيقة

الواقعية، من الحقيقة القضائية، بما أفصح فيه القاضي من حرية التقدير ، وهذا المذهب المختلط يتفاوت من نظام قانوني إلى نظام قانوني آخر ، فتارة يقلل من هذه القيود ، وتارة أخرى يزيد منها ، حتى ولو ابتعدت الحقيقة القضائية ، عن الحقيقة الواقعية ، حتى يستقر التعامل .

وهكذا فإن المذهب المختلط قد أخذ بمزايا المذهبين السابقين ويتجنب مساوئهم فهو يعطي للقاضي حرية التقدير ، الأدلة التي لم يحدد لها القانون قوة معينة ومن جهة أخرى فهو يلزم القاضي بأن يقف في الأصل موقف الحياد حيال الأدلة المعروضة عليه [2] وذلك يساهم في استقرار المعاملات بين الأفراد ويتجنب عيب التحكم في القضاء .

***1* د.عبد الرزاق السنهوري – نظرية الالتزام بوجه عام –الإثبات- آثار الالتزام ج 2 ص 29**
***2* الدكتور محمد زهدور ، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات طبعة 1991 ص11 .**

المبحث الثاني: مسائل الإثبات

*المطلب الأول: محل الإثبات

إذا ادعى شخص بحق أمام القضاء فإنه يجب عليه لكي يحكم له بما يدعي، أن يقيم الدليل على الواقعة القانونية المنشئة لهذا الحق.فمن يطالب آخر بدين، عليه أن يثبت العقد،

أو الفعل الضار مثلا: الذي يعتبر مصدرا لهذا الدين، فالإثبات إذا يرد على الواقعة القانونية التي ترتب عليها هذا الحق، ذلك، أن الحق ما هو إلا أثر يترتب على الواقعة القانونية.

والوقائع القانونية التي تعتبر مصدرا للحقوق إما أن تكون وقائع مادية، أو تصرفات قانونية[1].

فالوقائع المادية تشمل الوقائع الطبيعية (كالوفاة) التي تصدر من الإنسان كارتكابه لجريمة، حيث يترتب على ذلك نشوء حق للمضرور في مطالبة مرتكب الجريمة بالتعويض.

أمل التصرف القانوني فهو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ، وهو إما أن يصدر من جانبين ، كما في البيع و الإيجار ، وإما أن يصدر من جانب واحد كما هو الحال في الوصية .

الفرع الأول: أهمية تقسيم الوقائع القانونية

إن تقسيم الوقائع القانونية إلى وقائع مادية ، وتصرفات قانونية له أهمية في الإثبات ، فالوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات لأن طبيعة هذه الوقائع تأبى أن يتطلب المشرع بشأنها دليلا معينا ، وعلى عكس ذلك التصرفات القانونية ، فقد رأينا أن الإرادة هي التي تتحكم في وجودها ، وفي تحديد آثارها ،ولذلك نجد أن المشرع يتطلب أساسا الكتابة لإثباتها، ولا يسمح بالبينة ، إلا إذا لم تتجاوز قيمة التصرف القانوني حدا معينا .

---

1 د.عبد الودود يحيى : الموجز في النظرية العامة للالتزامات المصادرة الأحكام ،الإثبات ص 801

الفرع الثـــاني: الشروط الواجب توفرها في محل الإثبات

الواقعة القانونية يجب أن تتوفر فيها جملة من الشروط، يمكن تقسيمها إلى طائفتين:

أ/-الشروط البديهية : فبداهتها تنحني عن الإطالة فيها ، وهي أن تكون الواقعة محددة و غير مستحيلة[1].

1)-أن تكون محددة : الواقعة المراد إثباتها يجب أن تكون محددة فهذا بديهي ، فالواقعة الغير محددة لا يستطاع إثباتها مثال ذلك : أن شخصا طالب بدين ،أو بملكية ، وأسس دعواه على عقد لم يحدد ما يهيئه ،أهو بيع أو صلح أو قسمة ، أو غير ذلك من العقود التي تصح أن تكون مصدرا للدين ، أو سببا للملكية ، فإن الواقعة التي يريد إثباتها لا تكون محددة تحديدا كافيا فلا يصح السماح بإثباتها إلا بعد أن تحدد .

2)-أن تكون غير مستحيلة: أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير مستحيلة، فهذا أيضا بديهي، فالمستحيل لا يصح عقلا طلب إثباته و الاستحالة ترجع إلى أحد الأمرين، إما استحالة التصديق عقلا، وإما استحالة الإثبات.

فالأولى كالأعمى يدعي أنه رأى هلال رمضان، والثانية ترجع إلى أن الواقعة القانونية المراد إثباتها هي في ذاتها قابلة للتصديق عقلا و لكن لا سبيل إلى إثباتها.كما يدعى أنه لم يكذب قط ، أو أنه يؤدي فريضة الصلاة طوال حياته ، وكلاهما واقعة مطلقة متصورة التصديق ، ولكن إثباتها مستحيل .

***1* د.عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني «الإثبـــات »آثار الالتزام ص 58-59 .**

3)-أن تكون الواقعة القانونية المراد إثباتها غير معترف بها: إذ لا محل لإثبات واقعة معترف بها، فالاعتراف إقرار، والإقرار كما ترى إعفاء من الإثبات، والواقعة المعترف بها قد أصبحت ثابتة، لأنها واقعة غير قابلة للإثبات.

ب/-الشروط الأساسية: وهذه الشروط هي ثلاثة:

1)-أن تكون متعلقة بالحق المطالب به : إذا كانت الواقعة المراد إثباتها هي ذاتها مصدر الحق المطالب به ، كما إذا تمسك البائع بعقد البيع للمطالبة بالبيع ، فيكون عقد البيع هو ذاته مصدر التزام المشتري بالثمن ، فإن الواقعة في هذه الحالة لا يمكن أن تكون متعلقة بالحق المطالب به ، وهي في الوقت عينة منتجة في الإثبات .

2)- أن تكون منتجة في الإثبات : فالواقعة المنتجة في الإثبات هي الواقعة البديلة التي يؤدي إثباتها إلى إثبات الواقعة الأصلية ، أي أن كل واقعة منتجة في الإثبات تكون حتما متعلقة بالدعوى ، كمن يدعي بملكية عين وتقدم بواقعة التقادم الطويل سببا للملكية ، إذا ادعى أنه حاز العين مدة لا تقل عن 15 عشرة سنة ، فهذه واقعة منتجة في الإثبات ، بل هي الواقعة الأصلية في الإثبات ذاتها وهي بالضرورة متعلقة بالدعوى .

3)- الواقعة جائزة الإثبات قانونا: كون الواقعة جائزة الإثبات قانونا مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة، لأن عدم جواز إثبات الواقعة يرجع دائما إلى حكم في القانون يمنع من هذا الإثبات.

و القانون قد لا يجيز إثبات واقعة تحقيقا لأغراض مختلفة و من هذه الأغراض ما يحث إلى النظام العام، والآداب العامة كالمحافظة على سر المهنة، وتحريم الربا، والمقامرة، وبيع المخدرات.[1]

***1* يجوز لمن يريد ترتيب أثر قانوني على هذه الوقائع أن يثبت عدم مشروعيتها لأنها هذا هو الذي يتفق منح النظام العام و الآداب العامة.**

4)-أن تكون الواقعة جائز التحقيق فيها: Le fait doit être admissible

ومعنى ذلك أن لا يمنح القانون الإثبات في الواقعة موضوع النزاع لأن المشروع قد يمنع التحقيق في بعض الحالات تحقيقا لأعراض مختلفة و هذا ما جاءت به المادة 79 من القانون التجاري **"**كل بيع اختياري ، أو وعد ببيع ، وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري يجب إثبات بعقد رسمي ، وإلا كان باطلا **"** .

*المطلب الثاني: مبدأ حياد القاضي

نقصد بحياد القاضي أن هذا الأخير يقتصر دوره على تفحص ما يدلي به الخصوم من أدلة الإثبات ، ويعطيها القيمة التي منحها له القانون ، ومنها وحدها يكون اقتناعه ، وقد أخذ

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

المشرع بالمذهب المختلط شأنه في ذلك شأن المشرع المصري و الذي يجعل القاضي يتحرر من سلبية أحيانا ، ويقوم بدور إيجابي في الإثبات كأمره بحضور الخصوم شخصيا .

Personnelle comparution ،أو أن يوجه إلى أحدهم اليمين المتممة م33/ق2 من قانون الإجراءات المدنية ، والاستماع إلى الشهود في حالة الشهادة ، وكذا الاستعانة بالخبراء.

فلهذا ينبغي أن يكون موقفه موقف وسط بين الإيجابية والسلبية ولكنه يجب أن يكون أقرب إلى الإيجابية منه إلى السلبية، فيباح للقاضي شيء من الحرية في تحريك الدعوى، وتوجيه الخصوم، وفي استكمال الأدلة الناقصة.

الفرع الأول: إثبات القاعدة القانونية

إذا أثبت الخصم الواقعة القانونية التي تعتبر مصدرا لحقه، فإن القاضي يحكم له بما يدعيه، دون أن يكلفه بإثبات القاعدة القانونية التي تقرر الحق كأثر للواقعة القانونية التي ثبت، ذلك أن الأصل أن القاعدة القانونية ليست محلا للإثبات ، لأن القاضي يعلم بها ، وواجبه أن يطبقها ، دون أن يطلب من الخصوم إثباتها . ولا يعتبر استثناء من هذا الأصل أن يقوم الخصوم و وكلائهم من المحاميين بتغيير القاعدة القانونية لا بإثباتها.

وعلى ذلك فيجب على الخصم أن يثبت القاعدة القانونية التي تطبق على النزاع، وذلك في الأحوال الاستثنائية التالية:

أ/العرف و العادة :

إذا كان العرف عاما يأخذ حكم القاعدة التشريعية ، فيفترض على القاضي به ، ولا يطالب الخصم الذي يستند إلى قاعدة قانونية مصدرها العرف ، أن يثبت هذه القاعدة ، وإذا كان العرف محليا ، فلا يمكن افتراض علم القاضي به ، بل يأخذ العرف في هذه الحالة حكم الواقعة القانونية ، وبالتالي يجب على من يستند إليه أن يثبته[1].

أما العادة الاتفاقية فهي على خلاف العرف ليست لها قوة ملزمة ، إذ هي لا تكون ملزمة ، إلا إذا تبين من ظروف الاتفاق أن المتعاقدين قصد إتباع حكمها صراحة ، أو ضمنا ، وبالتالي فهي مجرد واقعة يقع عبء إثباتها على من له مصلحة في ذلك .

***1* د.عبد الودود يحي –الموقر النظرية العامة لالتزامات –المصادر، الأحكام، الإثبات، دار النهضة العربية ص 803.**

ب/- القانون الأجنبي:

إذا كانت القاعدة القانونية الواجبة التطبيق هي قاعدة قانون أجنبي تقضي قواعد الإنسان.
بتطبيقها ، فوفقا لما ذهب إليه القضاء الفرنسي ، يأخذ القانون الأجنبي حكم وقائع الدعوى ، فلا يفترض علم القاضي به ، ويتعين على الخصم إثباته ،و مع ذلك فالرأي الغالب في الفقه ينتقد بحق مسلك القضاء ، ويرى أن القاعدة القانونية لا تتغير طبيعتها لمجرد أن الذي يقوم بتطبيقها هو قاضي أجنبي[1].

فالقانون الأجنبي يأخذ حكم القانون الوطني يفترض علم القاضي به ، ولا يطلب من الخصوم إثباته .

الفرع الثاني: علاقة قواعد الإثبات بالنظام العام

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

من المعلوم أن قواعد الإثبات منها ما هو شكلي بين الإجراءات التي تتبع عند تقديم الأدلة الخاصة بنزاع معروض أمام القضاء ، ومنها ما هو موضوعي ، فالقواعد الشكلية تتعلق بالنظام العام لأنها تتعلق بنظام التقاضي في الدولة ، أما القواعد الموضوعية في الإثبات كمحـل الإثبات ،وعبئه ، وطرقه فلا تتعلق بالنظام العام لأنها شرعت لمصلحة الخصوم .

وعلى هذا فإنه لا يجوز للخصوم أن يتفقوا على ما يخالف القواعد الإجرائية في الإثبات، كما أن القاضي عليه أن يثيرها من تلقاء نفسه، ولو لم يثرها أحد الخصوم، وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى.

أما القواعد الموضوعية في الإثبات فيجوز استعادها ، أو الاتفاق على تعديلها ، لأنها تمس الحق مباشرة ، وإذا كان للشخص أن يتنازل عن حقه ، فمن باب أولى له الحق في أن يتنازل عن طريق إثباته ، وهذا ما أجازه المشرع الجزائري على تعديل قواعد الإثبات إذا وجد نص يقضي بذلك ، و استبعد اتفاق الخصوم على التعديل كما هو ظاهر في نص المادة 333 من القانون المدني[2].

***1* د.عبد الودود يحي –الموجز في النظرية العامة للالتزامات –المصادرة، الأحكام، الإثبات ص 803.**

***2* م 333 من القانون المدني الجزائري .....ما لم يوجد نص يقضي تعبير ذلك .....**

*المطلب الثالث: عبء الإثبات

إن إقامة الأدلة أمام القضاء أمر صعب و بالغ الأهمية لأن كل من يدعي حقا عليه أن يثبت أسبابه ، فإن أثبتها نال حقه ، وإن عجز ضاع حقه ، وكثيرا من الخصوم خسروا دعواهم لأنهم عجزوا عن التدليل عما يجلبون ، لذا فإن معرفة من يكلف بعبء الإثبات شيء بالغ الأهمية ، ولذا تدخل المشرع بنصوص قانونية ، وبين دور كل واحد في تحمل عبء الإثبات[1].

وعبء الإثبات نعني به المصاريف التي ثم صرفها أثناء الدعوى ويقع عبء الإثبات على الخصوم في الدعوى ، ولا يعتبر الإثبات حقا للخصم إلا إذا كان عنده وسائل أكيدة ، وميسورة لإقناع القاضي ، وتجدر بنا الإشارة إلى أهمية تعيين من يحمل عبء الإثبات من

الخصمين ، أي كلا من المتنازعين يتلقى على عاتقه عبء الإثبات ، أو يكاد يتوقف عليه ، فعبء الإثبات يكون من حيث المبدأ ، أو من حيث التطبيق .

القاعدة في توزيع عبء الإثبات :

والقاعدة في توزيع هذا العبء هي القاعدة المشهورة على ما يأتي" البنية على من ادعى"[2] ومعنى هذا أن من ادعى بواقعة بسبب الحق أو بواقعة انقضائه هو المكلف بإثباتها،أما المدعي عليه،الذي ينكر الواقعة . فلا يكلف بإثبات الدليل على إنكاره[3].

***1*و *2* د.محمد زهدور الموجز في الطرق المدنية لإثبات في التشريع الجزائري ص 18.**
***3* و هو ما يخالف الشريعة القراء إذ المدعي عليه المنكر يقرر إنكاره باليمين تطبيقا للحديث الشريف البنية على من ادعى و اليمين من أنكر.**

أ/-عبء الإثبات من حيث المبدأ: فالمدعي الذي يحمل عبء الإثبات سواء كان دائنا يدعي ثبوت الدائنة، أو كان مدينا يدعي التخلص من المديونية [1]. و المدعي هو الذي يرفع الدعوى على الغير مطالبا بحق معين وعليه يقع عبء الإثبات ، وعليه كذلك أن يثبت مصدر هذا الحق تصرفا قانونيا كان أو واقعة قانونية [2] ولكن ليس من الضروري أن يكون المدعي هو من يرفع الدعوى ، فقد يرفعها المدعي عليه ، فيصبح مدعيا في هذا الدفع ، فإن عبء الإثبات يقع عليه ، ويظل عبء الإثبات ينتقل بين الخصمين حتى يعجز من وقع عليه هذا العبء عن إقامة الدليل فيخسر دعواه .

ب/-عبء الإثبات من حيث المضمون : الأصل أن المدعي هو المكلف بإقامة الدليل بالطرق القانونية على صحة ما يدعيه ، وفي هذا الجانب نرى كذلك أن عبء الإثبات لا يثقل كاهل

أحد الخصمين ، بل هو يوزع بينهما ، وقد يكون هذا التوزيع بحكم قضائي ، أو بحكم الواقع ، ينقل به ، القاضي تقديره ، وحسب القرائن التي هي أمامه .

أهمية توزيع عبء الإثبات:

إن تعيين من يقع عليه من الخصوم عبء الإثبات مسألة بالغة الأهمية من الناحية العملية ، ذلك أن تكليف أحد الخصوم بالإثبات يجعل الخصم الآخر في مركز أفضل ، لأن موقفه سيكون سلبيا ، وسيكسب الدعوى دون مجهود إذا عجز المكلف بالإثبات عن إقامة الدليل على ما يدعيه ، لذلك عني المشرع بتوزيع عبء الإثبات نظرا لما لذلك من أثر على مركز الخصوم في الدعوى .

***1* د.عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني (الإثبات) آثار الالتزام ج 2 ص 68 .**
***2* د.توفيق من قبح " قواعد الإثبات في المواد م.و.ت ص 05 .**

*المطلب الرابع: الحق في الإثبات

الإثبات واجب وحق ، فهو واجب وعبء على من يدعي بحق ما إذ يكون عليه أن يقيم الدليل على ما يدعيه ، ولكنه في المقابل حق له وهذا الحق يميز عن الموقف الايجابي للخصوم في الدعوى المدنية ، الذي يقابل حياد القاضي ، فقد رأينا انه في دراستنا لأهمية الإثبات أن الحق يميز دليل يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء، لذا وجب أن يقترن تقرير الحق بتمكين صاحبه من حق إثبات الواقعة.

وإذا كان المدعي في الإثبات له الحق في إقامة الدليل على ما يدعيه فإن المدعي عليه أيضا له الحق في إقامة الدليل العكسي و مجابهة الدليل بضده و هو ما يطلق عليه إصلاحا " المجابهة بالدليل " و يبني على هذه المبادلة بالأدلة أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا

لنفسه ، ولا يلزم بتقديم دليل ضد نفسه ، باعتبار أن المدعي ما عليه في الإثبات أنه لا يلتزم إلا بقوله ، أو بفعله هو ، كان من المنطق أن الدليل الذي منحه المدعي بنفسه لا ينتج أي أثر في موجهة خصمه ، وإلا كان معنى هذا أن القضاء يصدق كل ما يقوله أو يكتبه المدعي بنفسه .

لكن هذا المبدأ ترد عليه استثناءات فنجد المشرع في بعض الحالات يخرج عن هذا المبدأ و يبيح للمدعي أن يعتمد في إثبات واقعة دليلا صنعه بنفسه كالتاجر مثلا فإن المشـــرع أجاز له أن يعتمد على ما دونه في دفاتر المنتظمة لإثبات ما ورد إلى عملائه التجاريين ،وذلك ما ورد في نص المادة 13 من القانون التجاري[1] .

***1* م 13 من القانون التجاري : "يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية "**

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

الفصل الأول: الطرق المباشرة للإثبات

المبحث الأول: الكتابة

سوف نتقدم للإثبات بالكتابة ببيان لأهميتها في الإثبات في العصر الحديث و دورها في التصرفات القانونية.

قبل اكتشاف الكتابة كانت البينة (الشهادة) تحتل مكان الصدارة بلا منازع في مجال الإثبات حيث أنها كانت وسيلة ميسرة و متاحة في أغلب الأحيان ، لكن ما لبثت أن ظهرت الكتابة وإذ بدورها يتعاظم و أهميتها تزداد سواء في انعقاد التصرفات القانونية أو في إثباتها [1] .

إذا الكتابـة في العصر الحديث أصبحت تحتل المرتبة الأولى بين طـرق الإثبـات المختلفة و هذا كونها تعتبر قوة مطلقة في الإثبات و ملزمة للقاضي بل و أكثر من ذلك عدت الأصل في إثبات التصرفات القانونية.

و الحقيقة أن الكتابة تتميز بعدة خصائص تجعلها جديرة بأن تكون دليلا قويا و مطلقا في الإثبات إذا ما قورنت بمختلف طرق الإثبات الأخرى [2] التي قد يعتريها القدم أو النسيان من حيث ذاكرة الشهود التي غالبا ما تقتصر مع تقادم العهد على الواقعة عن استيعاب تفاصيل هذه الواقعة و إدراك الأمور على حقيقتها .

هذه الأهمية أخذت في التزايد نتيجة لانتشار الكتابة و شيوعها و تسير و سائلها و سهولة إعدادها حيث أصبح الناس يدونون اتفاقاتهم و يعدون وسائل إثباتهم وقت نشوء الاتفاق ، وكذلك لما أضفاه المشرع في القوانين الحديثة من حجية مطلقة للكتابة طالما لم ينكرها الخصم أو يدع تزويرها و لذلك فإنها لا تخضع لتقدير القاضي[3].

***1* أنظر، سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص89.**

***2* أنظر ، زهدور محمد ، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ، الطبعة الأولى، سنة 1991 .**

***3* أنظر، سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص90.**

أ-دور الكتابة في التصرف القانوني :

الأصل أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين و هو ما يعبر عنه بالتراضي لازم و كافي لإبرام العقد ، ذلك ما لم يتطلب القانون أو الاتفاق فوق ذلك أوضاعا معينة لانعقاد العقد [1] ، كما إذا استلزم تسليم المعقود عليه فيما يعرف بالعقود العينية شأن هبة المنقول أو حيث يستلزم استيفاء شكل معين لانعقاد العقد فيما يعرف بالعقود الشكلية .
وفي هذه الحالة لا ينعقد العقد إذا لم يفرغ التراضي في الشكل المتطلب ومن تم لا سبيل لإثباته و لو بالإقرار أو اليمين، لأن الإثبات بمثابة الدليل على التصرف له وجود قانوني.

ب-الكتابة كشرط لانعقاد بعض التصرفات القانونية و إثباتها :

الشكل المتطلب في العقود الشكلية هو ما يتوقف على توافره انعقاد العقد ، بحيث لا يقوم العقد و لا يتحقق له وجود إذا لم يفرغ المتعاقدان إرادتهما في الشكل و القالب المتطلب ، ويترتب على ذلك انه إذا أوجب القانون إتباع شكلية معينة في إبرام عقد معين فإنه يتعين حتى لا تفوت الحكمة المقصودة من فرض الشكلية .
و الشكلية التي يتطلبها القانون في الوقت الحاضر تنحصر في الكتابة و قد تكون كتابة رسمية أو كتابة عرفية ، وإذا كانت الكتابة المتطلبة هي الكتابة الرسمية فيكون العقد عقدا رسميا و العقد الرسمي الذي يجب أن يبرم أمام موظف عام مختص بذلك يسمى الموثق "إن عقد بيع العقار لا يكون قائما وصحيحا إلا إذا أفرغ المتعاقدان إرادتهما في وثيقة رسمية يقوم بتحريرها موظف رسمي " [2] .

***1* أنظر ، همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 130 .**
***2* المادة 12 من قانون التوثيق الصادر بأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 .**

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

الرسمية لا يغني عن الشهر ، فقد يستوفى العقد ركنه الشكلي و لكنه لا ينتج أثاره كاملة إلا بشهره و تسجيله في المحافظة العقارية " لا تنقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانـون و بالأخـص القـوانين التي تديـر مصلحـة الشهـر العقـاري "[1] .

وإن كان الأصل في المواد التجارية حرية التعاقد و الإثبات إلا أن هذا الأصل يرد عليه بعض الاستثناءات ، منها ما نص عليه المشرع صراحة كما في عقود الشركة و كذلك في حالة التنازل عن محل تجاري " تثبت الشركة بعقد رسمي و إلا كانت باطلة "[2].

" كل بيع اختياري أو وعد بالبيع و بصفة عامة كل تنازل عن محل تجاري و لو كان معلقا على شرط أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال شركة يجب إثباته بعقد رسمي و إلا كان باطلا " [3] . و منها ما تقتضيه طبيعة بعض المعاملات التجارية من ضرورة الكتابة كما هو الحال في الأوراق التجارية و حسابات البنوك.

تجدر الإشارة هنا إلى أن المحررات المكتوبة تتنوع و تختلف و هذا باختلاف الشخص القائم بتحريرها إلى محررات رسمية و محررات عرفية. و تتميز المحررات الرسمية عن المحررات العرفية من حيث حجيتها في الإثبات من حيث الموضوع و الأشخاص و الغير، ومن حيث قوتها التنفيذية، وهذا ما سنحاول دراسته في هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين:

المطلب الأول: المحررات الرسمية (الأوراق الرسمية).

المطلب الثاني: المحررات العرفية (الأوراق العرفية).

***1 المادة 793 من القانون المدني الجزائري .**

***2 المادة 454 من القانون التجاري الجزائري .**

***3 المادة 79 من القانون التجاري الجزائري .**

*المطلب الأول : الأوراق الرسمية

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

الأوراق الرسمية هي التي يقوم بتحريرها ضابط عمومي أو موظف مختص وفقا لأوضاع مقررة و هي كثيرة و متنوعة ، منها الأوراق الرسمية المدنية التي تثبت العقود و التصرفات المدنية ، ومنها الأوراق الرسمية العامة كالقرارات الإدارية و القوانين و المعاهدات ، ومنها الأوراق الرسمية القضائية كعرائض الدعوى و أوراق المحضرين و محاضر الجلسات [1].

العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و بذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه [2].

من خلال ما تقدم نجد أن المشروع حرص على جعل مناط اكتساب المحرر الصفة الرسمية رهنا بمجموعة من الشروط و تتمثل هذه الأخيرة فيما يلي:

أ- صدور الورقة من موظف عام أو مكلف بخدمة عامة:

يجب أن تكون الورقة الرسمية من موظف العام، أي تنسب إليه الورقة و لا يستلزم ذلك أن تكتب الورقة بيده و إنما يجب أن يوقعها بإمضائه[3].

و الموظف العام و المكلف بالخدمة العامة هو كل شخص تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها سواء كان ذلك بأجر أو بغيره و يثبت الموظف العام أو المكلف بالخدمة العامة في الورقة الرسمية نوعين من البيانات:

1-ما تم بين يديه أي أنه يثبت في الورقة الرسمية جميع الوقائع التي وقعت تحت نظره و بمشهد منه كتسليم المشتري الثمن للبائع أمام الموثق و حضور الشهود أمامه.

***1* المادة 12 من قانون التوثيق 91/70 .**
***2* المادة 324 من القانون المدني الجزائري .**
***3* سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق ، ص 115 .**

2 -ما تلقاه من ذوي الشأن من أقوال و بيانات و تقريرات في شأن التصرف القانوني الذي تشهد به الورقة ،أي ما وقع تحت سمعه ، كأن يقرر البائع أنه باع عينا بحدود معينة بمن معين

و تعهد بالتزامات معينة ، وقرر المشتري أنه قبل شراء هذه العين بهذا الثمن و أنه من جهته تعهد بالتزامات معينة[1] .

ب-أن يكون الموظف مختصا بتحرير الورقة :

بمعنى أن يكون هذا الموثق أو الضابط مختصا بكتابة الورقة ومقتضى هذا الشرط أن يكون له الولاية في إصدار الورقة عند تحريرها و يعني ذلك أن يكون يتمتع بصفة موظف أو ضابط ولا يمنعه أي مانع قانوني من تحريرها ، فإذا أصدرت الورقة من موثق أو ضابط عمومي وهو معزول أو موقوف أو كان به مانع قانوني كما لو حررها لنفسه أو لأحد أقاربه (حتى الدرجة 4)

أو لأحد أصهاره (إلى الدرجة 4) فإن الوثيقة تكون باطلة [2]، كما يجب أن يكون محرر الورقة مختصا بكتابتها بالنظر إلى طبيعة الورقة و من حيث مكانها.

الاختصاص الموضوعي والمكاني فالحكم القضائي يختص بتحريره القاضي و محضر الجلسة يختص بتحريره كاتب الجلسة (كاتب الضبط) و لكسب الورقة الصفة الرسمية بالتوقيع و الختم و يستوفي ذلك أن تكون قد وردت بمعرفة أو من قبل المتعاقدين أو حتى من قبل الغير ، وعليه إذا أمضى الموظف العام أو ضابط عمومي ورقة رسمية باعتباره شاهدا أو متعاقدا فإن توقيعه لا يكسبها الصفة الرسمية *في الجزائر يعتمد على الختم + االتوقيع * .

ج-احترام ومراعاة الأشكال القانونية:

قرر القانون لكل نوع من الأوراق الرسمية أوضاعا و إجراءات معينة يجب على الموظف المختص مراعاتها عند تحريره لها حتى تكتسب الورقة الصفة الرسمية ، فإذا كانت من الأوراق التي يختص بها الموثقون يجب أن يراعي الموثق الإجراءات المنصوص عليها في قانون التوثيق أو لائحته التنفيذية أو نظام كتابات العدل ، وإن كانت هذه الأوراق أحكاما فيجب مراعات القواعد المنصوص عليها لإصدار الأحكام وكتابتها في قانون المرافعات

***1* أنظر السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، دار إحياء، ص115**

***2* المادة 05 من قانون التوثيق الصادر بأمر رقم 27/88 المؤرخ في 1988/07/12 .**

و حشو الشطب أو الكتابة بين الأسطر و التصديق على الإحالات كما يجب أن تحرر باللغة العربية[1].

هذه هي الشروط الشكلية التي يجب توافرها في الورقة الرسمية فإذا تخلف شرط أو أكثر من هذه الشروط في ورقة من الأوراق فإنها لا تكتسب صفة الرسمية. و تعتبر باطلة باعتبارها ورقة أو محررا رسميا، غير أنه و إن كانت تعتبر كذلك في حالة تخلف الشروط السابقة إلا

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

أنها لا تفقد كل قيمة قانونية.فإذا كانت الورقة في هذه الحالة تفقد حجيتها في الإثبات كدليل رسمي إلا أن لها حجيتها كورقة عرفية متى كانت موقعة من ذوي الشأن الذين يلتزمون بما في هذه الورقة[2].

لكن إذا كان التصرف القانوني شكليا أي يجب لانعقاده أن يكتب في ورقة رسمية كالهبة، و الرهن الرسمي فعندئذ تصبح الرسمية ركنا في التصرف ، فإذا كانت باطلة بطل التصرف ذاته كأصل عام ، فمثلا الوعد بالرهن إذا لم يكن رسميا فإنه لا يؤدي إلى نشأة الرهن الرسمي بأي سبيل من السبل . ولكن هذا الوعد غير الرسمي يرتب في ذمة الواعد التزاما شخصيا بإنشاء الرهن و يجوز الحكم على الواعد بالتعويض إذا لم يقبل إبرام عقد الرهن في الشكل الرسمي المطلوب .

إذا من خلال ما تقدم نقول أن الورقة متى اكتملت و استوفت الشروط الشكلية تكتسب الصفة الرسمية و تصبح لها القدرة على الإثبات و باعتبار أن الأوراق الرسمية هي الأصل أوراق مهيأة للإثبات فهذا يعني أن لها حجية في الإثبات تختلف بمقتضاها عن الأوراق العرفية كما لها قوتها التنفيذية و هذا ما سنعالجه من خلال :

الفرع الأول: حجية الورقة الرسمية.

الفرع الثاني: القوة التنفيذية للورقة الرسمية.

***1* المادة 18 من قانون التوثيق 27/88**

***2* المادة 226 مكرر من القانون المدني الجزائري.**

الفرع الأول : حجية الورقة الرسمية

متى توافر في الورقة الرسمية مقوماتها و شروطها و كان مظهرها الخارجي يدل بوضوح على صحتها الرسمية، قامت قرينة على سلامتها المادية و من حيث صدورها من الأشخاص الذين و قعوا عليها و تبقى كذلك حتى يطعن فيها بالتزوير ، فالورقة الرسمية حجة في ذاتها

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

دون حاجة إلى الإقرار بها ، كما هو الحال بالنسبة للورقة العرفية التي لا تعتبر حجة بما فيها إلا إذا لم ينكرها من نسب إليه توقيعها ، فإن أنكر كان على من يتمسك بها إقامة الدليل على صحتها . على العكس من ذلك إذا كانت المظاهر الخارجية للورقة الرسمية تدل على أن بها تزوير واضح كوجود كشط فيها أو حبر مختلف اللون أو نحو ذلك ، أو على أنها باطلة كعدم توقيعها من الموثق أو من أصحاب الشأن جاز للقاضي أن يرد الورقة باعتبارها مزورة باطلة ونود الآن أن نتعرف على مدى حجية الورقة الرسمية بالنسبة للأطراف و بالنسبة لحجية صور الأوراق الرسمية.

أولا : مدى حجية الورقة الرسمية بالنسبة للأطراف (الأشخاص)

من المقرر قانونا أنه يعتبر ما ورد في الرقة الرسمية حجة على الأطراف المتعاقدة والخلف العام حتى يثبت تزويره [1]، كما يعتبر الفقه أو الورقة الرسمية حجة في مواجهة جميع الناس.
إن المشرع الجزائري قد تنبه فيما بعد إلى إغفال مسألة حجية الورقة الرسمية في الإثبات حيث أنه أتى أخيرا بإضافة نصوص و التي ألحقت بالمادة 324 الأصلية من القانون المدني و ذلك بمقتضى القانون رقم 14/88 المؤرخ في 1988/05/03 المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 و المتضمن القانون المدني و هكذا أضيفت إلى المادة الأصلية فقرات تتعلق بحجية الورقة الرسمية .
يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره و يعتبر نافذا في كل التراب الوطني[2].

***1* القرار مؤرخ في 1996/07/17 ملف رقم 14649 .**
***2* المادة324 مكرر 5 من القانون المدني .**

و ورثتهم و ذوي الشأن، غير أنه في حالة شكوى بسبب تزويره في الأصل يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الاتهام، وعند رفع دعوى فرعية بالتزوير يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتا [1] .

يعتبر العقد الرسمي حجة حتى ولو لم يعبر فيه إلا بيانات على سبيل الإشارة شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء، لا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبداية للثبوت[2].

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

كذلك ما نصت عليه المادة 14 من قانون رقم 70-90 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن تنظيم التوثيق يعتبر ما ورد في العقود الموثقة حجة ما لم يثبت تزويرها.
ويتضح من هذه النصوص أن الورقة الرسمية حجة على كافة الناس أي فيما بين المتعاقدين وكذلك في مواجهة الغير، كما يتضح منها أيضا أن الورقة الرسمية تكون حجة بما دون فيها أمور قام بها الموثق أو الموظف العام في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويره بالطرق قانونا .

لذلك يتبين أن هناك نوعين من البيانات في الورقة الرسمية:

أ- <u>حجية الورقة الرسمية حتى يطعن فيها بالتزوير :</u>

وتكون للورقة الرسمية حجية في الإثبات حتى يطعن فيها بالتزوير، و ذلك فيما دون من أمور قام بها موثق في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن حضوره.
يشمل البيانات التي يثبتها الموظف العام تطبيقا لواجبات وظيفته أو تحقق منها بنفسه في حدود مهمته تأكده من شخصية المتعاقدين بشهادة الشهود أو بمستند رسمي وتثبته من أهلية المتعاقدين ورضائهما وصدور الكتابة منه و البيانات العامة التي أتبثها في الورقة ، وهي التاريخ الذي يعتبر تابعا من يوم تلقي الورقة قبل قيدها في السجل المعد لذلك و اسم الموثق و بيان ما إذا كان التوثيق قد تم في المكتب أو في مكان آخر و حضور شاهدين و اسم كل منهما .

***1* المادة 324 مكرر 6 من القانون المدني.**
***2* المادة 324 مكرر 7 من القانون المدني.**

و يشمل البيانات المتعلقة بأمور وقعت من ذوي الشأن في حضور الموظف ويدركها بسمعه أو تقع تحث بصره فيثبتها ، ومثال ذلك أن يقر البائع أمام الموثق أو كاتب العدل أنه قبض الثمن أو يقوم المشتري بدفع الثمن للبائع أمام الموثق فيقوم الأخير بإثبات ما رآه و سمعه .

هذه البيانات بنوعيها لها حجيتها لا يمكن دحضها إلا عن طريق التزوير، فكل تلك البيانات و أمثالها تكون حجة بصدورها ممن تنسب إليه. و يشترط لثبوت الحجية للبيانات المتقدمة

أن يكون إثباتها بالمحرر مما يدخل في حدود مهمة الموظف العام، فإن خرجت عن هذه الحدود فلا تكون لها مثل هذه الحجية.

ب- حجية الورقة حتى يقوم الدليل على العكس :

إن البيانات الصادرة من ذوي الشأن و التي يدونها الموظف العام تبعا لإقراراتهم فقط دون أن يكون عليه أن يتحقق من صحتها و ليس باستطاعته ذلك.يمكن إثبات عكسها وفقا لقواعد الإثبات العادية دون الحاجة إلى الطعن بالتزوير ، لأن الطعن في صحة هذه البيانات لا يتطلب مساسا بأمانة الموظف و صدقه ، ولما كانت هذه البيانات قد أثبتت في الورقة كتابة فإنه لا يجوز إثبات عكسها بين ذوي الشأن إلا بالكتابة أيضا أو بمبدأ ثبوت بالكتابة مستكملا بالبينة أو بالقرائن .

و تجدر الإشارة إلى أن الورقة الرسمية لا يقتصر مدى حجيتها على الأطراف المتعاقدة بل يمتد أثرها إلى الخلف العام و الخلف الخاص و هذا ما أشارت إليه النصوص خاصة نص المادة 324 مكرر 6 من القانون المدني ، على أن البيانات الصادرة من الموظف العام تكون لها حجيتها بالنسبة للغير و لا يجوز إثبات عكس هذه البيانات إلا عن طريق التزوير، أما بشأن البيانات الصادرة من ذوي الشأن هي الأخرى لها حجية بالنسبة إلى الغير غير أنه لا يمكن إثبات عكسها بالتزوير و إنما بكافة طرق الإثبات .

ثانيا : حجية صور المحررات الرسمية :

المتبع طبقا لقواعد التوثيق أن تحفظ أصول المحررات و هي التي تحمل توقيعات ذوي الشأن و الشهود و الموثق، بمكاتب التوثيق و كذلك نسخ الأحكام القضائية الأصلية ولا يحصل أصحاب الشأن إلا على صور منها موقعة من الموثق و هنا يثور التساؤل عن مدى حجية صور الأوراق الرسمية إذ الفرض إن الحجية ثابتة للنسخ الأصلية فهل تقتصر الحجية على هذا النسخ فقط أم يكون للصور هذه الحجية أيضا ؟

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

نفرق في هذه الحالة بين:

1-حالة ما إذا كان الأصل موجودا.

2-حالة ما إذا كان الأصل غير موجود.

الحالة الأولى: حالة وجود أصل الورقة الرسمية.

القاعدة العامة في هذا الصدد أي في حالة وجود أصل الورقة فإن صورتها الرسمية سواء كانت بالخط أو فوتوغرافية تعد حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة الأصل ، وهي تعتبر كذلك إلى أن ينازع أحد الطرفين في ذلك[1] فإن حصل وجب مراجعة الصورة على الأصل لكي يتحقق من مطابقتها له ، وعادة ما تأمر المحكمة بضم الأصل إلى ملف الدعوى أو تندب قاضيا للانتقال لمكتب التوثيق ليطابق الصورة على الأصل .

ويتضح مما تقدم أن المشرع قد وضع قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس مؤداها اعتبار الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين و الصورة التي تكتسب حجية الأصل طبقا لهذه القرينة هي الصورة الرسمية ، وسواء كانت هذه الصورة تنفيذية أو تكون صورة غير تنفيذية .

الحالة الثانية: حالة عدم وجود أصل الورقة الرسمية:هذا الفرض نادر الوقوع و لكن إذا حدث ذلك فإنه يجب التفرقة بين ثلاث فروض:

***1* المادة 225 من القانون المدني .**

1-حالة الصورة الرسمية الأصلية : وهذه الصورة قد تكون تنفيذية (la grosse) و هي التي توضع عليها الصيغة التنفيذية ، وقد تكون صورة غير تنفيذية la première expédition و هي التي تنقل من الأصل مباشرة عقب التوثيق و تعطى لذوي الشأن وقد تكون صورة أصلية بسيطة la simple expédition و هي التي تنقل مباشرة من الأصل لكن بعد التوثيق بمدة و تعطى لذوي الحقوق .

هذه كلها صور رسمية أصلية و لها جميعا حجية واحدة و هي حجية الأصل المفقود و ذلك متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل[1]، وحجية الصورة في هذه الحالة مستمدة من ذاتها لا من الأصل لأن الأصل مفقود غير موجود.

2-الصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية: و يكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها [2] التي للصورة الأصلية المأخوذة عنها و لكن هذا يستلزم بقاء الصورة الرسمية الأصلية التي يمكن المراجعة عليها إذا ما طلب أحد الطرفين ذلك وإذا لم توجد الصورة الأصلية فلا تكون للصورة المأخوذة منها أية قوة في الإثبات إلا إذا أمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة .

3- الصورة الرسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية: هذه الصورة تنقل عن صورة رسمية غير أصلية، فالفرض أننا أمام صورة منقولة عن صورة رسمية غير أصلية أي غير منقولة مباشرة عن الأصل فهي صورة ثالثة للأصل أو هي بالنسبة للأصل صورة الصورة ، وهذا النوع من الصور لا تكون له حجية الأصل و لا يعتد بها إلا بمجرد الاستئناس تبعا للظروف[3] ، أي أنها لا تصلح إلا لأن تكون مجرد قرائن بسيطة يستنبط منها القاضي ما يراه و على ذلك لا يجوز اعتبارها حتى مبدأ ثبوت بالكتابة .
أما المقتطفات أو المستخرجات و الصور الجزئية المأخوذة عن الأصل فللحكمة سلطة تقديرها وهذه المقتطفات و الصور تقتصر حجيتها على الشق الذي ينقل فيه الأصل.

***1* المادة 326 من القانون المدني .**
***2* المادة 326 من القانون المدني .**
***3* المادة 326 من القانون المدني .**

الفرع الثاني: القوة التنفيذية للورقة الرسمية

إن القانون يعطي للأوراق الرسمية قوة تنفيذية دون حاجة إلى استصدار محك قضائي بتنفيذها متى كان عليها الصيغة التنفيذية .

و من المعلوم أنه لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار و حال الأداء ، ولما كانت السندات التنفيذية واردة على سبيل الحصر[1] و كان المحرر العرفي ليس من شأنها و لا يكون أمامه إلا التجاء إلى القضاء لإصدار حكم بحق ثابت له للتنفيذ بمقتضاه ، غير أنه و إن كانت الورقة الرسمية تعتبر سندا تنفيذيا لورودها ضمن قائمة

الوراق التي أثبت لها المشرع بذاتها القوة التنفيذية فإنه لا يجوز تعميم القول بان كل ورقة رسمية بعد قياسا المحرر الموثق سندا تنفيذيا إذ يوجد بعض الوراق رغم رسميتها إلا أنها لا تعد في ذاتها سندات تنفيذية كمحاضر الشرطة و تحقيقات النيابة و أوراق المحضرين وعقود الزواج[2] بحيث يتعين الالتجاء إلى القضاء لاستصدار أحكام الحق الثابت فيها .

ومن تم فإن الورقة الرسمية رغم حجيتها في الإثبات قبل كافة – كما سبق و إن رأينا – و التي لا يستطاع دحضها إلا بالادعاء بالتزوير، ليس له بالضرورة القوة التنفيذية الذاتية طالما لم يرد له ذكر بين السندات التنفيذية المحددة حصرا بنص القانون[3].

***1 المادة 325 من قانون الإجراءات المدنية**

***2 أنظر،سعد نبيل إبراهيم ، المرجع السابق ، ص122**

***3 انظر ،همام محمد محمود زهران ، لمرجع السابق ، ص 219 .**

*المطلب الثاني: الأوراق العرفية

تعرف الأوراق العرفية بأنها تلك الأوراق التي تصدر عن الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف عام أو مكلف بخدمة عامة أو ضابط عمومي في تحريرها[1].

و الأوراق العرفية في مجال الإثبات نوعان :

1-أوراق عرفية معدة للإثبات، و تكون موقعة ممن هي حجة عليه فهي أدلة مهيأة (Preuves préconstituées).

2-أوراق عرفية غير معدة للإثبات و يغيب في هذه الأوراق أو تكون غير موقعة و لكن القانونية يعطيها حجية معينة و لذلك فهي أدلة عارضة .(preuves causuelles)

و الأوراق العرفية خاصة المحددة منها للإثبات يشترط فيها أن تكون متضمنة شرطان حتى تعتبر دليلا كاملا للإثبات وهذان الشرطان نص عليهما المشرع الجزائري حيث اعتبر أن المحرر العرفي هو كل محرر صدر ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع [2] و يستنتج من هذا التعريف أن هذان الشرطان هما :

أ-الكتابة : لا يشترط في الورقة العرفية أن تأخذ الكتابة شكل خاص المهم أن تتضمن كتابة تدل على المقصود منها و يستوي أن تكون قد كتبت بالغة العربية أو بغيرها ، ويستوي في طريقة تحريرها أن تكون بخط اليد أو بالآلة الكاتبة أو كانت مطبوعة و لا عبرة بشخص كاتبها فالورقة العرفية تخضع لمبدأ الحرية في تحريرها فهي لا تخضع لأي قيد أو شرط كما أنه ليس من الضروري ذكر التاريخ في المحرر ، إنما يمكن إثبات التاريخ الحقيقي للمحرر كما إذا أريد اعتباره باطلا لأنه تحرر في وقت كان المحتج عليه عديم الأهلية و ذلك فيما عدا الحالات التي نص عليها القانون فيها على وجوب ذكر التاريخ ،كما في الأوراق التجارية حيث يعتبر التاريخ في هذه الأوراق من البيانات الإلزامية [3] التي يجب أن تتضمنها الورقة التجارية في غير هذه الحالات التي يجب أن يكون فيها التاريخ ثابتا ، يجوز إثبات التاريخ بشهادة الشهود .

***1* أنظر، قاسم محمد حسن، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، الدار الجامعية للطباعة، ص 153**
***2* المادة 327 من القانون المدني .**
***3* المادة 390 من القانون التجاري .**

ب- التوقيع : يعتبر التوقيع على الورقة العرفية من أهم شروطها فهو الذي يعطي لهذه الأوراق حجيتها في الإثبات ، فالتوقيع عليها يحدد من تنسب إليه هذه الورقة فإن خلت الورقة العرفية من التوقيع فلا قيمة لها في الإثبات إلا إذا كانت بخط المدين فتعتبر في هذه الحالة مبدأ ثبوت الكتابة .

و التوقيع يكون بإمضاء الشخص بنفسه كما يكون بالختم أو ببصمة الأصبع و يشترط أن يشتمل التوقيع بالإمضاء أو بالختم على اسم الموقع ولقبه كاملين ، ويمكن التوقيع عن طريق الوكالة متى كان سند الوكالة يسمح بذلك .

ولم يشترط القانون أن يرد التوقيع في مكان معين من الورقة فقد تأتي في أسفل الورقة وهذا هو الغالب و قد يأتي في هامش الورقة، وإن كانت الورقة مكونة من عدة صفحات فيكفي أن يرد التوقيع في الصفحة الأخيرة.

و يشترط أن يكون التوقيع لا حقا على الكتابة فقد يكون التوقيع سابقا عليها في حالة التوقيع على بياض و لا يغير ذلك من حجية الورقة إلا إذا كان من سلمت إليه الورقة و قد غير من حقيقة البيانات المتفق عليها.

و قد يحدث أن تضيع الورقة بعد توقيعها على بياض أو تسرق و يكتب فيها الأجنبي كتابة وينسبها إلى صاحب التوقيع ففي هذه الحالة يجوز لصاحب التوقيع أن يثبت بكافة الطرق بما فيها شهادة الشهود و القرائن فقد المحرر حجيته و يصبح باطلا بالنسبة للجميع و التوقيع على بياض[1] نجد مجاله في نطاق الأعمال التجارية خاصة الأوراق التجارية كالسفتجة و غيرها من الأوراق التجارية .

إذا في حال اشتملت الرقة العرفية على هذه الشروط تصبح لها قوة مطلقة وحجية في إثبات التصرفات القانونية عقودا كانت أو غير ذلك، وهذا ما سنعالجه في الفرع الأول أما بخصوص قوتها التنفيذية فسيتم معالجتها في الفرع الثاني.

---

1 المادة 396 من القانون التجاري .

الفرع الأول: حجية الورقة العرفية

عرفنا سابقا أن المحررات العرفية منها ما هو معد للإثبات أصلا و التي تعتبر أدلة كاملة لها حجية قوية و أوراق عرفية غير معدة للإثبات والتي يعطيها القانون قوة في الإثبات و حجية تختلف باختلاف طبيعتها قوتا و ضعفا.

لهذا نقوم بدراسة حجية الورقة العرفية المعدة للإثبات أولا ثم حجية الأوراق غير المعدة للإثبات.

أولا : حجية الورقة العرفية المعدة للإثبات

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

لدراسة مدى حجية الورقة العرفية في الإثبات لا بد من التطرق إلى حجيتها بين الأطراف و مدى حجية صورها.

1-حجية الورقة العرفية فيما بين الأطراف : يتبين من خلال نص المادة 327 من القانون المدني أن الورقة العرفية لا تكون حجة على عكس الورقة الرسمية ، إلا إذا لم ينكر من نسبت إليه ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ، وعليه فإن للورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقع عليها حجية قائمة إلى أن ينكرها صاحب التوقيع كما أن لها حجية من حيث صحة ما ورد بها من مضمون الوقائع .

أ –**حجية الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقع عليها :** عرفنا فيما تقدم أن الورقة العرفية لها حجيتها في الإثبات ما لم تنكر والإنكار قد ينصب على التوقيع أو الخط في الحالات التي يتطلب القانون فيها أن تكون الورقة بخط صاحب التوقيع و عند الاحتجاج بالورقة العرفية من جانب أصحاب الشأن على من تحمل توقيعه فإن موقف صاحب التوقيع لا يخرج عن أمرين ، فإذا اعترف صاحب التوقيع صراحة بصدور الورقة منه تكون لهذه الأخيرة حجية في الإثبات من حيث صدورها ممن وقع عليها ومن حيث سلامتها المادية و تصبح في هذه الحدود في قوة الورقة الرسمية تماما .

و بالتالي لا يجوز له بعد ذلك أن يدعي حصول تغيير في الورقة أو حذف أو إضافة إلا بإتباع طريق الطعن بالتزوير.

أما إذا أنكر توقيعه عليها صراحة فإن ذلك يؤدي إلى زوال حجية الورقة مؤقتا ، إذ في هذه الحالة على المحتج بالورقة عبء إثبات صدورها من صاحب التوقيع و له في ذلك طلب إحالة كالورقة الرسمية ولا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير [1] و يقع عليه عبء إثبات تزويرها.

ب-حجية الورقة العرفية من حيث صحة الوقائع الثابتة فيها : إذا ثبت صحة التوقيع سواء بإقرار الخصم أو بإثبات هذه الصفة من جانب المتمسك بالورقة بعد إنكارها تصبح للورقة العرفية حجة بسلامتها المادية و على من يدعي عكس ذلك عبء إثبات ما يدعيه بطرق الإثبات العادية ، ولا يمنع اعتراف الشخص بتوقيعه الوارد على الورقة أو بخطه من أن يطعن على موضوع الورقة نفسه فمثلا له أن يطعن بالصورية إذا كانت الورقة العرفية تنص على

أن البائع تسلم الثمن من المشتري كما يجوز له أن يطعن في صحة موضوع المحرر العرفي بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال[2].

ويفترض أيضا صحة التاريخ الذي تحمله الورقة العرفية حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح و هولا يستطيع ذلك إلا بالكتابة ، غير أن إثبات عدم صحة التاريخ يكون جائزا بكافة طرق الإثبات متى كانت صوريته قصد بها التحايل على أحكام القانون[3].

تجدر الإشارة هنا أيضا أنه كما هو الشأن بالنسبة للورقة الرسمية فإن الورقة العرفية هي الأخرى لها حجية بالنسبة للغير أي أن لهذه الأخيرة حجة بما دون فيها ليس فقط على الأطراف و إنما على الغير أيضا ، والغير بصفة عامة هو كل شخص لم يكن طرفا في الورقة و يجوز أن يسري في حقه التصرف القانوني الذي تتضمنه الورقة ، ومن تم يصح أن يحتج عليها و هو بصفة عامة الخلف العام والخلف الخاص و الدائن الحاجز و دائنوا التاجر المفلس[4] و الدائن الطاعن في تصرف صادر من مدينه بالدعوى البوليسية .

***1* أنظر، قاسم محمد حسن، المرجع السابق، ص 166 و ما يليها.**

***2* أنظر ، زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 35 .**

***3* أنظر السنهوري عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص 263 .**

***4* المادة 244 من القانون التجاري .**

وتعتبر الورقة العرفية بالنسبة لصدورها و نسبتها إلى من وقع عليها حجة على هؤلاء وهي حجة إلى أن ينكر صاحب التوقيع لا الغير صدورها منه دون الحاجة إلى أن يطعن فيها بالتزوير ، فإن لم ينكر صاحب التوقيع نسبة الورقة إليه أو اعترف بها أو سكت أصبح المحرر العرفي حجة عليه وعل الغير .

كما تتمتع الورقة العرفية بالنسبة لحجيتها فيما يتعلق بصحة الوقائع الثابتة فيها بذات الأثر الذي يسري في شأن أطرافه فللغير أن يثبت صورية الوقائع الثابتة في الورقة وفقا لقواعد الإثبات غير أن الورقة العرفية لا تكون لها حجية اتجاه الغير إلا إذا كان التاريخ ثابت و الحكمة من ذلك هو حماية الغير من غش يصعب على الغير أن يثبته .

غير أنه في هذه الحالة يجب أن نفرق بين ما هو من الغير بالنسبة لتاريخ الورقة العرفية و ليس ما هو بين ما هو ليس كذلك فالخلف العام كالوارث و الموصي كذلك أطراف التصرف الموقعين على الورقة و الأصيل و الوكيل لا يعتبرون من الغير أما الخلف الخاص دائنوا المفلس و الدائن الحاجز فإنهم يعتبرون من الغير .

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

2-حجية صور الورقة العرفية :

الأصل أن صور الورقة العرفية ليست لها أي حجية إطلاقا ، لأنها لا تحمل توقيعات ذوي الشأن و لا يمكن أن تشبه صور المحررات العرفية هنا بصور المحررات الرسمية إذ أن قيام موظف مختص بتحرير هذه الصور يبعث على الثقة فيها ـ فتكون لها حجية في الإثبات في الحدود السابق بيانها .

لكن قد يكون لصور الورقة العرفية حجية معينة بصفة استثنائية كما هو الحال في صور الأوراق العرفية المسجلة خاصة و أنه يتم التصديق على التوقيع و في هذا ضمان كاف لعدم تزويرها و لصحة صدورها من الموقعين عليها ، كما أن الأصل يحفظ في مكتب الشهر العقاري و يعطى منه صور فوتوغرافية لذوي الشأن ،فيكون لصورة في هذه الحال نفس حجية الأصل إلا إذ نوزع فيها ، فإنه يتم مضاهاتها على الأصل في الشهر العقاري فإذا فقد الأصل فإن الصورة تعتبر ذات حجية كاملة في الإثبات أو على الأقل مبدأ ثبوت الكتابة وإذا كانت صور و عندئذ تكمل بشهادة الشهود و القرائن .

ثانيا : حجية الورقة العرفية غير المعدة للإثبات

سبق و أن درسنا وسائل الإثبات بالكتابة بحسب تدريجها في حجية الأوراق الرسمية و الأوراق العرفية معدة للإثبات و الآن ندرس النوع الأخير و هي الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات و لقد رأينا سابقا أن الورقة العرفية تستمد حجيتها وقوتها في الإثبات كدليل كامل من التوقيع عليها إلى جانب هذه الأوراق يوجد نوعا منها وهي الأوراق التي لم تعد مقدمة للإثبات .

ومع ذلك يجعل القانون لها حجية معينة بالرغم من عدم التوقيع عليها ، و هذه الأوراق من دون أن تكون مهيأة خصيصا للإثبات فهي تحتوي على معلومات قد تنير القاضي على الوصول إلى الحقيقة و هذه الأوراق هي :

1-البرقيات والرسائل.

2-الدفاتر التجارية.

3-الدفاتر و الأوراق المنزلية .

4-التأشير على سند الدين مما يفيد براءة ذمة المدين.

***الرسائل و البرقيات :** تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات و تكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية المطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك ، وإذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا مجرد الاستئناس[1].

من خلال نص المادة المذكورة أعلاه نجد أن الرسالة تكون حجة بصدورها ممن وقعها و سلامتها المادية ما لم يتذكر توقيعه إياها، وتكون حجة كذلك بحقيقة المدون بها ما لم يثبت عكسه بالطرق المقررة قانونا للإثبات.

***1* المادة 329 من القانون المدني .**

غير أنه إذا كان القانون يعطي الرسالة الموقعة حكم الورقة العرفية، إلا أنها مع ذلك لم تكن معدة أصلا وسلفا للإثبات. فعلى القاضي أن يراعي عند تفسير عبارات الرسالة أن كاتبها لم يأخذ حيطة الشخص الذي يقصد الارتباط بعابراته ارتباطا قانونيا و هذا على خلاف الورقة العرفية المعدة للإثبات ، وإذا لم تكن الرسالة موقعة و لكنها بخط المرسل فإنه يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ، وإذا لم تكن الرسالة سرية فإن جاز للمرسل إليه استعمالها و التنازل عنها للغير غير أن الرسالة لا تكون سرية في المواد التجارية لكن إذا كانت كذلك كانت ملكيتها للمرسل إليه مقيدة بعدم إفشاء هذا السر و على ذلك لا يعتد في المواد المدنية بالرسائل السرية التي تقدم إلى المحكمة بغير اتفاق بين المرسل و المرسل إليه .

كما هو الأمر في الورقة العرفية فإن حجية الرسالة على الغير تتم حسب أحكام المادة 328 من القانون المدني فيما يتعلق بتاريخها.

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

كما أن القاعدة العامة تقضي بان صور الرسائل لا تكون ذات قوة في الإثبات إلا إذا كانت مطابقة الأصل.

أما فيما يتعلق بالبرقيات فإن القانون جعل لها قيمة الورقة العرفية في الإثبات إلا أن هذه القيمة لا تثبت لها إلا إذا كان أصلها مودع في مكتب التصدير موقعا عليه من المرسل أو ممن له صفة النيابة في إرسالها ، فإذا كان الأصل غير موقع فلا تكون للبرقية أية قيمة في الإثبات حتى ولو كمبدأ ثبوت الكتابة لأن الأصل غير مكتوب بخط المرسل ، أما إذا كان الأصل غير موجود لأنه اعدم بعد انقضاء المدة المقررة لحفظه فلا يعتد بها في هذه الحالة إلا على سبيل الاستئناس .

و يعتبر تاريخ البرقية تاريخا ثابتا لأن أصلها يختم بالختم ذي التاريخ بمكتب الإرسال و لأن صورتها بختم مكتب الوصول و يمكن التحقق من صحة تاريخها بالرجوع إلى الدفتر الذي تقيدت به البرقيات.

الدفاتر التجارية : يوجب القانون على التاجر أن يمسك الدفاتر التجارية اللازمة لتجارته وبحسب أهميتها بحيث تكفل بيان مركزه المالي على وجه الدقة و لقد نظم المشرع الجزائري مسألة الدفاتر التجارية من المادة التاسعة (9) إلى المادة الثانية عشر (12) من القانون التجاري و هذه الأحكام هي إلزامية بالنسبة للتجار و الدفاتر التجارية نوعان :
دفاتر يومية [1] livre-journal و دفاتر الجرد livre-d'inventaire كما يحق له مسك دفاتر أخرى اختيارية . و لتقدير مدى حجية الدفاتر التجارية يجب أن نفرق بين الدعاوى التجارية و الدعاوى المدنية على النحو التالي:

1-الدعاوى التجارية:يتسم الإثبات في المواد التجارية بأنه إثبات حر.أي أنه يمكن إثبات هذه المسائل بكافة طرق الإثبات أيا كانت قيمتها بما فيها الشهادة والقرائن كما أن القاضي يتمتع بحرية كاملة في تقدير أدلة الإثبات بما في ذلك الدفاتر التجارية

2-و تحديد قيمتها في الإثبات و أخيرا أن يستخلص الدليل من الدفاتر التجارية و في هذا نميز بين الدعاوى التجارية التي تكون بين التجار و التي بين تاجر و غير تاجر.

أ-الدعاوى التجارية إذا كان الخصم تاجرا: يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية [2].

دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار و تكون الدفاتر التجارية حجة على هؤلاء التجار[3] يستفاد من هذه النصوص أن دفاتر التجار أو التاجر تكون حجة له في مواجهة تاجر آخر شرط أن تكون هذه الدفاتر منظمة و أن يكون العمل المراد إثباته تجاريا بالنسبة للطرفين أي أن هذه الدفاتر تصلح أن تكون دليلا كاملا بين القاضي حكمه عليه وحدة و تجدر الإشارة أي أنه سواء كانت الدفاتر منظمة أو غير منظمة فهي حجة و في كلتا الحالتين لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفشه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد منها ماكثان مناقضا لدعواه.

***1 المادة 11 من القانون التجاري .**
***2 المادة 13 من القانون التجاري .**
***3 المادة 329 من القانون المدني .**

ب- في الدعاوى التجارية إذا كان الخصم غير تاجر (بين التاجر و غير تاجر): عندما تتضمن الدفاتر التجارية بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار ، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين ، فيما يكون إثباته بالبينة[1].

يتضح من خلال نص المادة أن الدفاتر التجارية سواء كانت منظمة أو غير منظمة لا تجوز أن تكون حجة للتاجر على ير التاجر ولكن البيانات المثبتة فيها كما ورد التاجر تصلح أساسا و يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين و ذلك فيما يجوز إثباته بالبينة.

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

و في جميع الأحوال التي تكون فيها الدفاتر التجارية حجة بما ورد فيها سواء للتاجر أو عليه و تكون حجة قابلة لإثبات العكس بكافة الطرق بما فيها البينة و القرائن لأن المواد التجارية لا يتقيد فيها بوجوب إثبات ما يخالف الكتابة الموقعة .

2-الدعاوى المدنية: إن الدفاتر التجارية تكون حجة على التاجر باعتبارها بمثابة إقرار صادر منه على أن الدليل المستفاد من هذه الدفاتر لا يعتبر دليلا كتابيا لأنها غير موقعة و لم تعد لتكون دليلا عليه ولا يعتبر لها القانون حجية ملزمة و إنما جعل قيمتها متروكة لتقدير القاضي و بالتالي للتاجر أن يثبت عكسها بكافة طرق الإثبات بما في ذلك الشهادة و القرائن بشرط أن لا يجزئ ما ورد في الدفاتر .

أما بالنسبة للاحتجاج بدفاتر التاجر على غير التاجر ، فالأصل عدم جواز ذلك و استثناء جوازه إذا كانت البيانات المثبتة فيها عما ورده التاجر ففي هذه الحالة تصلح أساسا يجيز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين فيما يجوز إثباته بالشهادة أي إذا كان موضوع الالتزام توريدات قدمها التاجر و لا تتجاوز قيمتها نصاب الإثبات بالشهادة و ذلك على اعتبار أن الدفاتر التجارية تعد قرينة قضائية على ما ورد بها .

***1* المادة 330 من القانون المدني .**

الشخص بتدوين شؤونه الخاصة فيها سواء كانت هذه الشؤون مالية أو منزلية بحيث يدون فيها إيراداته و مصروفاته و معاملاته و مشروعاته و غير ذلك سواء كانت هذه المذكرات في صور دفاتر حسابات أو أجندات أو أوراق متفرقة ، و لما كان القانون لا يلزم الأفراد بإمساكها أو إتباع إجراءات معينة في تدوين ما تتضمنه من بيانات فإنه لا يعطيها ذات القيمة التي تعطى للدفاتر التجارية .

إن هذه الأوراق و الدفاتر لا تعتبر كقاعدة عامة حجة لمن صدرت منه حيث أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع دليلا لنفسه و لكن قد يستخلص القضاء منها في بعض الأحيان قرينة قضائية و لا تكون الدفاتر و الأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في حالتين :

-إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا .

-إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر و الأوراق التي تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته [1].

و الحجية التي يعطيها القانون للأوراق المنزلية في هاتين الحالتين ليست مطلقة و إنما يجوز لصاحبها إثبات عكسها بكافة الطرق بما فيها البينة و القرائن ، ويلاحظ أن قصر حجية الدفاتر المنزلية على هاتين الحالتين لا يحول دون اعتداد القاضي في غيرهما بهذه الدفاتر و الأوراق و باعتبارها قرائن تضاف إلى وثائق أخرى أو عناصر أدلة سابق تقديمها وفقا للقواعد العمة بشأن الإثبات بالقرائن سواء كان ذلك لإثبات حق لصاحب تلك الدفاتر و الأوراق أو لإثبات حق عليه للغير .

***التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين :**

التأشير على سند بما يستفاد منه ببراءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس و لو لم يكن التأشير موقعا منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته .

***1* المادة 331 من القانون المدني .**

ولذلك يكون للحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى، أو في مخالصة و كانت النسخة أو المخالصة في يد المدين[1]، وحسب النص هناك حالتان:

1-قد يكون السند بحوزة الدائن.

2- كما يرد التأشير في نسخة من السند أو المخالصة يكون المدين حائزا لهما .

الحالة الأولى

يشترط في هذه الحالة حتى يكون لهذا التأشير حجية أن يتوافر على شرطان :

أ)-أن يكون هناك تأشير على السند الدين يفيد براءة الذمة و يكون بخط الدائن ويستوي أن يكون هذا التأشير على ظهر السند أو هامشه أو في أي ورقة من الأوراق المكونة للسند و التي تعتبر جزء لا يتجزأ منه .

و بديهي لا يلزم في هذه الحالة أن يكون التأشير موقعا من الدائن لأن التوقيع يجعله دليلا كاملا و قد انقسم الفقه بشأن حكم التأشير ، بينما يرى البعض الآخر أنه يبقى التأشير المشطوب أو الممحو حجيته طالما ظل مقروءا .

بينما يذهب البعض إلى ترك الأمر لتقدير القاضي ليعطي للتأشير حجيته أو ليجرده تبعا لظروف الحالة المعروضة أمامه .

ب)-أن يكون الدائن حائزا للسند الذي عليه التأشير أي عدم خروج السند من حيازة الدائن على الإطلاق ، أي أن السند لم يخرج من حيازة الدائن و لو لمدة وجيزة و عبء إثبات هذا الشرط لا يقع على المدين إذ يعتبر و جود السند في يد الدائن قرينة على أنه لم يخرج قط من حيازته إذا ما توفرت هذه الشروط يثبت للتأشير حجية مزدوجة ،أي حجيته بصدوره من الدائن و بسلامته المادية و حجيته بالحقيقة المدون به ،و ذلك إلى أن يثبت العكس . ويجوز للدائن أن يدحض الحجية الأولى بكافة الطرق فإن لم يستطع ذلك يثبت للتأشير حجية الورقة الموقعة بحقيقة ما دون بها .

---

1 المادة 332 من القانون المدني .

إن براءة ذمة المدين تعتبر ثابتة من طريق قرينة إلى أن يثبت العكس و يكون إثبات عكس هذه القرينة بكافة طرق الإثبات[1].

الحالة الثانية :

تأشير الدائن على سند أو مخالصة في يد المدين : تكون للتأشير حجية في الإثبات في هذه الحالة إذا توفر شرطان :

أ-أن يكون التأشير على نسخة أصلية للسند أو على مخالصة تفيد براءة ذمة المدين و وقوع التأشير على نسخة أصلية يفترض أن سند الدين قد كتب من نسختين أصليتين سلمت إحداها للدائن والأخرى للمدين و هذا ما يحدث غالبا في العقود التبادلية كالبيع و الإيجار ، ولا يشترط في هذا التأشير أن يكون موقعا عليه كما لا يشترط فيه أن يكون مؤرخا و يشترط ألا يكون هناك محو أو شطب حتى لا يذهب بأثره لأن حيازة المدين النسخة التي تحمل

تأشير لصالحه يحمل اعتقاده أن شطب التأشير قد تم برضاء المدين و أنه قد قصد به إلغاء والتأشير و يشترط أن يتم التأشير بيد الدائن لأن المخالصة تكون في يد المدين ، و من الممكن أن يستكتب المدين شخصا آخر ما يفيد براءة ذمته .

ب-يجب أن تكون المخالصة في يد المدين غير أنه لا يشترط أن يظل السند أو المخالصة في حيازة المدين دائما و إنما يكتفي أن يوجد السند في حيازة المدين و لو لفترة وجيزة طالما أن الدائن أشر عليه بخطه لما يفيد براءة ذمة المدين .

إذا توافرت الشروط المتقدمة فإن التأشير يكون حجة على الدائن ، في براءة ذمة المدين رغم عدم توقيعه على هذا التأشير ، ومع ذلك يستطيع الدائن أن يثبت عكس الدليل المستفاد من تأشيره بكل طرق الإثبات بما في ذلك البينة و القرائن وذلك لأن التأشير يعتبر ورقة عرفية غير موقعة يجوز إثبات عكسها بكافة الطرق دون استلزام إثبات العكس بدليل كتابي.

---

1 المادة 2/334 من القانون المدني .

الفرع الثاني: القوة التنفيذية للورقة العرفية.

على خلاف لما عليه الحكم بالنسبة للورقة الرسمية ، فإن الأوراق العرفية بما أنها من عمل المتعاقدين المحض ، فلا يجوز على الإطلاق أن توضع عليها الصيغة التنفيذية ، فلا بد من اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم لما تقتضيه الورقة العرفية[1] فقوتها هي أقل من قوة الورقة الرسمية من حيث الإثبات ،كما أن الورقة العرفية لا تكون حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخا ثابتا[2] و عليه باستقراء نص المادة 328 من القانون المدني يمكن لنا أن نستخلص طرق و كيفيات ثبوت التاريخ ، وعليه يكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء :

أ- من يوم تسجيله .

ب- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر جدده موظف عام . .

ج- من يوم التأشير عليه على يد ضابط مختص .

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

أولا/التسجيل: و معناه أن يقيد ملخص الورقة العرفية في سجل خاص معد لهذا الغرض من طرف الموثق و يوقع من طرف هذا الأخير وذوي الشأن و يختم بخاتم الموثق[3].

ثانيا/ إثبات مضمون الورقة العرفية في ورقة أخرى حددها الموظف العام :

يحدث أحيانا أن يذكر مضمون الورقة العرفية في ورقة ثابتة التاريخ كالورقة الرسمية أو ورقة عرفية ثبت تاريخها بإحدى طرق الثبوت في هذه الحالة تكتسب الورقة العرفية تاريخا ثابتا و يكون هو تاريخ الورقة الأخرى الثابتة التاريخ.

***1* أنظر ، بن ملحة الغوتي ، قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام العام القانوني الجزائري ، دار المطبوعات الجامعية ، 1995، ص47 .**

***2* المادة 328 من القانون المدني الجزائري .**

***3* المادة 05 من قانون التوثيق 27/88 .**

ثالثا/التأشير على الورقة العرفية من طرف موظف عام مختص :

قد يحدث أن تقدم الورقة العرفية إلى موظف عام أثناء تأدية وظيفته فيأشر عليها بعلامة تفيد أنه قدمت إليه في تاريخ معين فهذا التأشير يجعل تاريخ الورقة ثابتا من يوم التأشير عليها .

رابعا/ وجود خط أو إمضاء على الورقة توفى صاحبها:

لا شك أن توقيع شخص توفي على ورقة عرفية ، يؤكد بأن التوقيع عليها كان قبل الوفاة : فيكون تاريخها ثابتا من وقت الوفاة إذ تنعدم شبهة توقيعها بعد ذلك الوقت ولا يشترط توقيع الشخص على الورقة باعتباره متعاقدا بل يكفي توقيعه عليها باعتباره شاهدا.

هذه وأن الغير بالنسبة لثبوت التاريخ هم الذين يكتفي منهم التمسك بعدم ثبوت تاريخ الورقة العرفية، ولا يطالبون بإقامة الدليل على صحته ويأتي الخلف الخاص كما ذكرنا سابقا في فئة الغير وعليه وطبقا ذلك يعد المشتري العقار من الغير فيما يتعلق بتاريخ عقود الإيجار العرفية الصادرة من البائع إلى الآخرين، فلا تنفذ هذه العقود في حقه إ لا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على البيع[1].

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

هذه الحالات الأربع التي نصت عليها المادة 328 من القانون المدني غير أن فقرتها الأخيرة منها جاءت و نصت على أن ثبوت تاريخ الورقة العرفية لا يعمل بها في الورقة الخاصة بالمخالصات أي الأوراق المثبتة للوفاء ، فمثلا لو أن حاجزا قام بحجز أموال مدنية الموجودة عند الغير أي مدين مدينه ، وقدم هذا الأخير محررا صادرا من دائنه يثبت مخالصته و وفاءه فلا يطلب منه أن يكون تاريخ هذه المخالصة ثابتا قبل الحجز كما في باقي المحررات العرفية و عليه فالورقة العرفية الخاصة بالمخالصة هو استثناء من الأوراق العرفية التي يجب إثبات تاريخها و لكن هذا الاستثناء يبقى تقديره خاضعا لسلطة القاضي[2].

إذا بثبوت التاريخ في الورقة العرفية تصبح لهذه الأخيرة القوة التنفيذية وتكون لها حجة و قوة الإثبات.

***1* المادة 511 من القانون المدني .**

***2* أنظر، عادل حسن علي، الإثبات في المواد المدنية، زهراء الشرق، 1995، ص79.**

المطلب الثالث: تطبيقات الكتابة في المعاملات التجارية

إن القاعدة العامة في المعاملات التجارية خاصة في الإثبات نصت عليها المادة 30 من القانون التجاري بقولها: "يثبت كل عقد تجاري":

*بسندات رسمية.
*بسندات عرفية.
*بفاتورة مقبولة.
*بالرسائل.
*بدفاتر الطرفين.
*بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها .

إذا من خلال استقراء نص المادة نجد أنه تم إطلاق و تحرير الإثبات من كل قيد في المادة التجارية و هذا استنادا إلى كون الحياة التجارية تقوم على دعامتي السرعة و الائتمان.غير أنه نجد أن المشرع الجزائري والقضاء قد فرضا جملة من القيود لإثبات بعض التصرفات التجارية[1].

أ/القيود التي أوردها القانون :

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

1- القيد الأول ما جاءت به نص المادة 31 فقرة 3 من القانون التجاري و المتعلق بالرهن بقولها : " أما بالنسبة للأسهم و حصص الشركاء المالية و الصناعية و التجارية أو المدنية و التي يحصل نقلها بموجب تحويل في دفاتر الشركة يجب أن يثبت الرهن بعقد رسمي ويجب تقييد هذه العملية على سبيل الضمان في الدفاتر المذكورة .
و يبقى العمل جاريا بالأحكام الخاصة بالديون المتعلقة بالأموال المنقولة التي لا يمكن فيها المحال له بالنسبة للغير إلا بالتبليغ بالحوالة و الواقع للمدين و يجب أن يثبت حوالة الدين المتعلق بالأموال المنقولة بعقد رسمي .

2- يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و هذا ما أشارت إليه نص المادة 418 من القانون المدني بقولها "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا ". و كذلك ما أشارت إليه المادة 545 من القانون التجاري بنصها: " تثبت الشركة بعقد رسمي و إلا كانت باطلة ".
نفس القيد اشتمل حصص الشركاء حيث نصت المادة 572 من القانون التجاري: "لا يمكن إحالة حصص إلا بموجب عقد رسمي".

***1* أنظر، حمدي باش عمر، القضاء التجاري، دار العلوم للنشر و التوزيع، ص30.**

3-اشتراط الكتابة الرسمية في بيع المحلات التجارية و رهنها : فيما يخص بيع المحلات التجارية نصت عليها المادة 79 من القانون التجاري :"كل بيع اختياري أو وعد بالبيع و بصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري و لو كان معلقا على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر و لو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريقة المساهمة به في رأس مال شركة يجب إثباته بعقد رسمي و إلا كان باطلا ".

و كذلك ما أشارت إليه المادة 83 من القانون التجاري و كذا المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 يشترط إخضاع العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها إلى الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان .

كذلك بالنسبة لرهن المحلات التجارية و إيجارها هي الأخرى يشترط فيها الكتابة و الرسمية في إثباتها و هو وارد في نص المادة 120 من القانون التجاري : "يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي ، ويتقرر وجود الامتياز المترتب عن الرهن بمجرد قيده بالسجل العمومي الذي يمسك بالمركز الوطني للسجل التجاري التي يستغل في نطاق دائرتها المحل التجاري ".

ونص المادة 324 مكرر من القانون المدني المتعلقة بإيجار المحل التجاري :"زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها على شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود .....أو عقود الإيجار.....التجارية في شكل رسمي ".

ب/القيود التي أوردها القضاء:

* شهادة الشهود لا تكفي لإثبات تسديد بدلات الإيجار في كل شهر بانتظام هذا ما جاء به قرار رقم 36694 المؤرخ في 1985/10/05 م ق عدد 2 ص 91 .

صفة المستأجر لا تثبت إلا بعقد مكتوب أو بوصولات دفع بدل الإيجار قضى به قرار رقم 36001 المؤرخ في 1990/06/29 م ق عدد 2 ص 127 . وكذا قرار رقم 12338 المؤرخ في 1985/03/14 مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية عدد خاص 1999 ص 183 .

* كل من السجل التجاري وبيان دفع الضريبة لا ينهضان وحدهما كدليل على استئجار المحل التجاري قرار رقم 50990 المؤرخ في 1988/11/27 م ق 1992 عدد4 ص 87.

المبحث الثاني:الإقرار L'aveu

الإقرار هو اعتراف أحد الخصوم بما يدعيه خصمه الآخر[1] إذ يصدر الإقرار من شخص من تلقاء نفسه و كثيرا ما يتم بالتصريحات التي يدلي بها خصوم أثناء المحاكمة ، فهو ليس دليلا بمعنى الكلمة وإنما هو اعتراف يصدر من شخص يترتب عليه إعفاء المدعي من إقامة الدليل على ما يدعيه[2] ، ويقصد به أيضا تعريف شخص بأمر مدعى عليه به لآخر قصد اعتبار هذا الأمر ثابتا في ذمته و أعضاء الآخر من إثباته[3] ، في حين عرفت المادة 341 من القانون المدني الجزائري :"اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة ".

إذن بإقرار الشخص بما يدعيه خصمه يجعل الواقعة غير متنازع فيها و يعفى الخصم من اللجوء إلى طرق الإثبات التي قررها القانون.

وللإقرار خصائص هي :

1-الإقرار إخبار : جهر الإقرار أنه إخبار بأمر من الأمور[4] ، فالشخص الذي يقر بواقعة إنما يؤدي إلى كشف الحقيقة عن هذه الواقعة التي من شأنها أن تنتج آثار قانونية ضد المقر .

2-الإقرار عمل قانوني : لأنه اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني هو ثبوت حق في ذمة المقر ، و إعفاء المقر له من إثبات هذا الحق ، كما يجب أن تتوفر في المقر أهلية التصرف في الحق المقر به ، وأن يكون رضاه غير مشوب بعيب من العيوب ، فلا يرتب الإقرار أثره إذا صدر من عديم الأهلية أو ناقصها ، وإذا صدر الإقرار من الوصي أو القيم فلا بد أن يكون الإقرار بإذن المحكمة في الحدود التي يجوز فيها إعطاء هذا الإذن .

***1* أنظر، محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ص269.**

***2* أنظر، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص269.**

***3* أنظر، عادل حسن علي ، الإثبات في المواد المدنية، ص103 .**

***4* أنظر، عادل حسن علي، المرجع السابق، ص 106.**

3-الإقرار يرد على واقعة :يجب أن يقع الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها على المقر ، ولا شرط أن تكون هذه الواقعة تصرف قانوني أو واقعة مادية أن تكون الواقعة مصدرا لحق من الحقوق ، إذ أنه أي واقعة يمكن الإدعاء بها يجوز فيها الإقرار.

فيجب أن يكون محل الإقرار معينا تعيينا كافيا مانعا من الجهالة الفاحشة[1].

4-الإقرار يكون من جانب واحد:الإقرار عمل إنفرادي وينتج أثره دون الحاجة إلى موافقة المقر له فبمجرد صدور الإقرار التزم به المقر و لا يمكنه العدول عنه لعدم قبول المقر له سواء صدر هذا الإقرار من المقر أثناء الاستجواب أو من تلقاء نفسه .

وينقسم الإقرار إلى نوعين هما:

أولا: الإقرار القضائي.

ثانيا : الإقرار غير القضائي .

وسوف نتناول هذين النوعين في المطلبين التاليين :

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

*المطلب الأول: الإقرار القضائي

الإقرار القضائي هو اعتراف من الخصم أو ممن يمثله قانونا في حدود تمثيله إياه بالحق المدعي به أمام المحكمة أثناء نظر الدعوى الخاصة بذلك الحق[2] و يكون هنا قاصدا به إلزام نفسه عالما بأنه سيتخذ حجة عليه أو أن خصمه سيعفى به من تقديم أي دليل .

وقد عرفته المادة 341 من القانون المدني الجزائري:"هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة.

***1* أنظر، عادل حسن علي، المرجع السابق، ص 115.**

***2* أنظر، عادل حسن علي، المرجع السابق، ص 118.**

الفرع الأول: أحكام الإقرار القضائي

سوف نتطرق في أحكام الإقرار القضائي على الشروط الواجب توفرها فيه و الشكل الذي يجب أن يكون عليه.

أ -شروطه:

1-أن يصدر عن الخصم .

يعتبر الإقرار القضائي دليل على حق المدعى به أمام القضاء لذلك لا بد أن يصدر من الخصم[1] في الدعوى المدعى فيها بهذا الحق اتجاهه سواء كان المقر هو من وجه الطلب القضائي الذي صدر الإقرار منه بمناسبته أو كان ممن وجه إليهم الطلب القضائي سواء في بدء النزاع أو في أثناء نظره و هو يقتضي أن يكون له صفة في توجيه الطلب القضائي إليه أو يكون هو صاحب صفة في توجيه و الذي صدر منه في مناسبة الإقرار بحيث إذا صدر الإقرار من خصم في دعوى حكم فيها بعدئذ بعدم قبولها بالنسبة إليه اعتبر إقراره غير قضائي .

2- أن يكون للمقر صفة فيما أقر به .

و هو ما يقتضي أن يصدر عن الخصم نفسه أو ممن ينوب عنه في حدود نيابته أو بصفة أخرى لزوم صدوره من المقرر أو ممن له صفة في الإقرار عنه.

والعبرة في تحديد صفة النائب و نطاق نيابته هي بوقت صدور الإقرار بحيث أن الفقد اللاحق للصفة التمثيلية عن المقر لا تعدم الإقرار القضائي أثره ، في المقابل فإن إقراره مدير الشركة بعد أن انقضت صفته في تمثيلها أو التصرف في حقوقها لا يعتد به سواء بالنظر لانقضاء شخصية الشركة أو لزوال صفته التمثيلية قبل صدور الإقرار أي يجب أن تكون صفة مدير الشركة يجب أن تكون متوفرة فيه أثناء الإدلاء بالإقرار أمام المحكمة .

***1* الخصم في الدعوى هو من كان طرفا في الخصومة القضائية ، ويستوي أن يكون المدعى أو المدعى عليه ، همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 337 .**

و لا يأخذ بالإقرار الصادر عن صاحب الشأن إذا منع من التصرف في حقه مثل القاصر أو المحجور عليه فيجب أن تكون فيه النيابة القانونية لكل من الولي أو الوصي أو القيم أن يقر بشأنهم ، و إذا كان إذن المحكمة لازم لصحة التصرف ، وجب لصحة الإقرار الحصول الإذن به ، أما النيابة الاتفاقية لا بد أن يصدر الإقرار في حدود سلطات الوكيل أي يجب للوكيل تفويض صريح لإجراء هذا القرار ، وإذا صدر الإقرار ممن لا يملكه جاز لصاحب الصفة إجازته .

3- أن يصدر الإقرار أمام القضاء :

حتى نكون بصدد إقرار قضائي يتعين أن يصدر أمام جهة قضائية بصرف النظر عن نوعها أو درجتها، و بالتالي يستوي أن يصدر أمام جهة القضاء العادي، المدني، جنائي، تجاري....) أو إداري، أيا كانت درجة التقاضي الذي صدر بمناسبتها الإقرار.

و لا يرفع عن الإقرار و صفة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى سواء عدم اختصاص نوعي، أو ألغي حكمها الصادر باختصاصها لا حقا. كما أنه لا يعد إقرارا قضائيا كل ما لم يصدر أمام

جهة قضائية و لو كانت جهة رسمية مثل النيابة العامة أو أمام مكلف بخدمة عامة كالخبير أو أمام جهة إدارية كمصلحة الضرائب، فعلى العموم الإقرار الصادر في غير مجلس القضاء.

4-أن يصدر الإقرار أثناء السير في الدعوى .

لكي يتصف الإقرار بأنه قضائيا يجب أن يصدر أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة المدعى بها.

فإذا حصل في دعوى أخرى لا يعد إقرارا قضائيا.

و يستوي أن يصدر عن المقر من تلقاء نفسه سواء إثر استجوابه أو بناء على طلب الخصوم أو ما أمرت به المحكمة من تلقاء نفسها. كما يمكن أن يكون في صحيفة الدعوى أو في مذكرة الدفاع أو جلسة المرافعة أو عند إبداء الطلبات الختامية و ذلك يجب أن يكون قبل إقفال باب المرافعة.

فلا يعد الإقرار الحاصل أمام القضاء بمناسبة خصومة غير متصلة بالحق محل الإقرار قضائيا لو كانت بين الخصوم أنفسهم.

الإرادة التي يمكن أن تكون صريحة يصح أن تكون ضمنية عملا بالمادة 60 من القانون المدني فقرة 02، إذ يستوي أن يكون الإقرار صريحا أو ضمنيا متى كان قاطع الدلالة في الإرادة الجازمة للمقر في الاعتراف بالحق المقر به.

فإن الأصل في الإقرار أن يكون صريحا و أن الاقتضاء فيه استثناء من حكم هذا الأصل، فلا يجوز قبول الضمني ما لم يكن ذو دلالة قاطعة و جازمة.

كما يمكن أن يصدر شفهيا من دون أن يحدد بلفظ معين فيمكن أن يتم في مجلس القضاء فإنه يثبت في محضر الجلسة سواء أثناء التحقيق أو الاستجواب في محضر الاستجواب ، أو يصدر كتابة أين كان شكل الكتابة سواء كانت صورة أو رسالة أو برقية أو ورقة مستقلة تعطي للمقر له لتكون دليلا أو مذكرة تقدم في الدعوى أو شكوى ، وهذا الشكل سواء كان موجه للمقرر أو لغيره فإنه يعتد به .

الفرع الثاني: أثار الإقرار القضائي

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

تنص المادة 342 من القانون المدني الجزائري : "الإقرار حجة قاطعة على المقر و لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة و كان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى ".

من خلال نص المادة 342 مدني يتميز لنا أن الإقرار يقوم على أن: الإقرار حجة قائمة على المقر، وعدم جواز تجزئة الإقرار.للإقرار أثر بالنسبة لعدة أشخاص سوف نذكرهم على التوالي:

أولا: بالنسبة للمقر

الإقرار الصادر من المقر لمصلحة نفسه لا يجوز أن يستند إليه لأنه لا يقبل من الشخص أن يصنع دليلا من صنع نفسه أما في القانون التجاري فغن الأصل هو مبدأ حرية الإثبات فيحق أن يثبت أمام القضاء في النزاع المطروح بكافة طرق الإثبات و بذلك يجوز له أن ينشى دليلا لنفسه فالإقرار باعتباره تصرفا بالإدارة المنفردة لصاحبه يلزم صاحبه في شأن الواقعة المقر بها بما لا يجوز له الرجوع فيه أو العدل عنه أو إثبات عكسه بتقديم دليل ينقصه .

ثانيا : للمقرر لصاحبه

فان الإقرار يعفيه من إثبات الواقعة القانونية التي ادعاها و التي كانت محلا للإقرار، لأن الأصل وجوب إقامة الدليل على كل واقعة قانونية إذا توزعت أو أنكرت ، و لما كان الإقرار اعترافا بواقعة قانونية ، فهذه الواقعة لا يجب بعد ذلك إثباتها ، لأنها منازعة مجحودة بل هي مسلمة معترف بها فالإقرار ليس دليلا بل وسيلة تقيل من الالتجاء إلى طرق الإثبات التي شرعها القانون .

فيتعين على القاضي أن يقضى وفقا له من تلقاء نفسه دون حاجة إلى التمسك به، ما لم يصدر من المقر لصاحبه ما يفيد رده له.

ثالثا: بالنسبة للغير

فإنه لا حجية للإقرار تجاههم ، بالنظر لأن حجية الإقرار قاصرة على المقر باعتبار أنه لا يجوز ترتيب التزامات في ذمة الغير و في ذلك قضى أن الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده و لا يؤخذ به غيره ، إذ أن إقرار أحد المدنين المتضامنين بلدين بعدان اكتملت مدة سقوطه لا يسري في حق الباقين ، والقرار أحد الشركاء في شركات التضامن أو التوصية بدين مصلحة الضرائب أو بتنازله عن التقادم لا اثر له بالنسبة لباقي الشركاء .

إذ لإقرار لا يتعدى في أثره غير المقر دون غيره من باقي المتعاقدين، علما بان الوارث كخلف عام لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى القرارات الصادرة من المورث.

رابعا: بالنسبة للقاضي

فانه من المقرر أن الإقرار القضائي و قد صدر بها يسمح لمحكمة التحقق من مقوماته يعتبر دليلا على الاعتراف بالواقعة التي استمل عليها بحيث تغدو في غير حاجة إلى الإثبات دون حاجة إلى تمحيصه باليمين الحاسمة أو إلى إجراء آخر من إجراءات التحقيق متى كان ظاهر الحال لا يكذب المقر في إقراره .

الإقرار لا يجوز تجزئته[1] فإذا صدر الإقرار وجب أن يأخذ به كما هو إما أن يأخذ به كله أو يترك كله ، فلا يستطيع المقر له أن يأخذ من الإقرار ما ينفعه و يترك ما يضره ، فإن قاعدة عدم تجزئة ترمي إلى ملاقاة تغيير مركز الخصوم في الدعوى فيما يتعلق بعبء الإثبات و نميز بين صور الإقرار من حيث قابليته للتجزئة من عدهما إلى صور ثلاث :

أ-الإقرار البسيط: هو ذلك الإقرار الذي يقتصر فيه على اعتراف مجرد بما يدعيه الخصم دون تعديل أو إضافة ، كان يدعي الدائن أنه أقرض المدعى عليه مبلغا معينا بفائدة قدرها كذلك من تاريخ معين ، فيتعرف المدعي عليه بكل هذا دون تعديل ، إذن هنا لا محل للبحث في التجزئة لأن الإقرار ينطوي على تقرير موحد يتمخض كله لصالح الدائن .

ب-الإقرار الموصوف: هو الاعتراف بالواقعة المدعاة و لكن مع وصفها بوصف يعدل منها أي مع إعطائها طابعا أو إضافة ظرف إليها يكون من شانه أن يغير من طبيعتها القانونية.

لا يوجد ما يلزم المقر لصالحه بالاستناد لهذا الإقرار الموصوف في جملته بما تضمنه من وقائع إضافية ينكرها ، إذ لا يوجد ما يمنعه و هو المكلف أصلا بعبء إثبات الواقعة الأصلية المدعى بها أن يقيم الدليل عليها وفقا للقواعد العامة في الإثبات ، ومن ثم فهو يطرح الإقرار في جملته و لا يقال أن الإقرار كتصرف قانوني بالإدارة المنفردة ينتج أثره دون توقف على

قبول المقر لصالحه لأن هذا الأخير أن يرده إذا وجد مصلحته في ذلك و يتولى بمعرفته إثبات الواقعة الأصلية التي يدعيها استقلالا عن الإقرار ، وبحيث إذا ادعى المقر بشق مضاف تعين عليه هو إثبات ما يدعيه وفقا للقواعد العامة في الإثبات .

و إذا رأى المقر لصالحه أن السند للإقرار تعين عليه أن يتمسك به في جملته غير قابل التجزئة بحيث لا يقبل منه أن يأخذ منه ما يرى فيه مصلحة له فيما تضمنه من اعتراف بالواقعة الأصلية و أن يهمل الشق المضاف ذلك أن هذا الشق المضاف يعد غير منفك عن جملة الإقرار و لولاه ما صدر الاعتراف على النحو من المقر .

***1* أنظر، عادل حسن علي، المرجع السابق، ص 130**

ج-الإقرار المركب: وهو الذي يعترف فيه المقر بالواقعة المدعى بها دون تعديل و يضيف إليها واقعة أخرى جديدة يكون من شأنها أن تخلق دفعا لصالحه ضد ما يدعيه خصمه ، فالواقعة التي يضيفها المقر في هذا الإقرار تكون لاحقة للواقعة الأصلية و تؤثر على النتائج القانونية لهذه الواقعة ، وهنا يتوقف الحل على ما إذا كان هناك ارتباط بين هاتين الواقعتين أولا .

هذا الإقرار لا يقبل التجزئة إذا قام بين الواقعتين ارتباط وثيق بحيث تكون الواقعة المضافة نتيجة للواقعة الأصلية.

و ذلك ما جاء في المادة 342 :"لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة و كان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود وقائع الأخرى ".

ويكون الإقرار قابلا للتجزئة إذا لم يتحقق هذا الارتباط بين الواقعتين وذلك حينما تكون الواقعة المضافة مستقلة تماما عن الواقعة الأصلية، فلا تكون نتيجة لها و لا تستلزم حتما وجودها .إذا تعددت الإقرارات فلا تقوم بينها وحدة ، فمبدأ عدم القابلية للتجزئة لا يؤخذ به إلا بالنسبة إلى كل إقرار على حدة ، فإذا توالت تقريرات الخصم في شأن وقائع مختلفة مستقلة كل منها عن الأخرى فلا تعتبر كلا تسري عليه هذه القاعدة في جملته و إنما يعتد بكل إقرار على استقلال ، فيمكن الأخذ ببعض هذه الإقرارات و ترك البعض الآخر [1] و لا يعتبر هذا خرقا لقاعدة عدم التجزئة ، لأن تعدد الوقائع المتنازع عليها يستتبع تعددا في الإقرارات .

*المطلب الثاني: الإقرار غير القضائي

الفرع الأول: تعريفه

يقصد بالإقرار غير القضائي ذلك الاعتراف الذي يصدر من المقر في غير مجلس القضاء أو يصدر أمامه لكن في غير الدعوى المتعلقة بالحق محل الإقرار.

و يمكن أن يصدر أيضا أثناء تحقيق تجريه جهة إدارية أو تحقيق الذي تجريه النيابة العامة.

---

(64)-انظر، عادل حسن علي، المرجع السابق، ص 138

فلا يشترط فيه وسيلة معينة لحدوثه فيمكن أن يصدر بصورة شفوية خلال مناقشة أو كتابة في رسالة أو أي ورقة لم تكن معدة للإثبات أو تصريح مسجل على شريط مغناطيسي. ويخضع الإقرار غير القضائي للقواعد العامة في الإثبات .

الفرع الثاني: تمييز الإقرار غير القضائي عن الإقرار القضائي

نجد التفرقة بين الإقرار غير القضائي و الإقرار القضائي فيما يلي :

- إذا فقد الإقرار شرطا من فإنه لا يكون كذلك.

-إذا صدر في غير مجلس القضاء لا يعد إقرار قضائيا.

-كذلك إذا صدر من خصم ليست له صفة في الدعوى أو لا يمكن للمقر له هذه الصفة فإنه يفقد صفة الإقرار القضائي.

كما أن الإقرار غير القضائي لا يلزم المقر و يمكنه إثبات عكسه و لا تكون المحكمة ملزمة بالأخذ به ، ويكون محلا لتقدير القاضي إذ له أن يجزأه ، كما يمكن أن يأخذ به على أساس دليل كامل في الإثبات ، كما يمكنه أن لا يأخذ به أصلا في الدعوى المطروحة أمامه .

فالقاضي هنا يباشر سلطته التقديرية التي لا يسأل عليها من قبل المحكمة العليا إذا كان تقديره مبنيا على أسباب التي من أجلها نطق بالحكم ، وإلا اعتبر إغفالها له في حكمها قصورا في الحكم موجبا للطعن فيه .

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

الفرع الثالث: حجية الإقرار الغير القضائي

نصت المادة 342 من القانون المدني على أن الإقرار حجة قاطعة على المقر و المشرع الجزائري هنا يتحدث عن الإقرار القضائي إذ أنه لم يتعرض لحجية الإقرار غير القضائي مما يتبين لنا أن هذا الأخير ليست له حجية قاطعة و أنه يترك تقديره على عاتق قاضي الموضوع إذا يمكن له أن يأخذ به كما له أن يتركه جانبا ، كما له أن يجزئه فيأخذ الجزء الذي يجب مهما للدعوى المطروحة أمامه و يترك الجزء الآخر الذي لا يفيده .

و يستطيع المقر أن يرجع عن الإقرار الغير قضائي دون أن يأخذ عليه شيء ولكن الرأي الراجح أن القاضي إذا تحقق من صدور الإقرار تكون له حجية كالإقرار القضائي سواء بسواء فيكون حجة قاطعة على المقر و لا يجوز الرجوع فيه أو تجزئته[1].
إذن الإقرار غير القضائي له حجية لكن مقيدة و ذلك حسب تقدير قاضي الموضوع لها.

عندما تتوفر في الإقرار الشروط المذكورة آنفا فغنه يوصف بأنه إقرار قضائي أما إذا خرج عن هذه الشروط و خاصة إذا حاد عن ذلك و تعلق بشرط من شروط النظام العام أو لم تتوفر فيه تلك الشروط فهنا نكون بصدد إقرار غير قضائي .

*المطلب الثالث: تطبيقات الإقرار في المعاملات التجارية.

سوف نتطرق إلى تطبيقات الإقرار في المعاملات التجارية .

المعاملات التجارية : نجد تطبيقات الإقرار في المعاملات التجارية في حالات متعددة ففي إعلان التوقف عن الدفع تنص المادة 215 قانون تجاري : " يتعين على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص و لو لم يكن تاجرا ،إذا توقف عن الدفع أن يدلي بإقرار في مدى خمسة عشر يوما قصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس ".

أي أنه إذا توقف المدين عن الدفع أن يدلي بذلك الإقرار في غضون 15 يوما لكي يتسنى للقاضي مباشرة إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس و هنا يكون المدين حسن النية عند إدلائه هو نفسه بهذه المعلومات المتعلقة بعدم قدرته على تسديد ديونه و توقفه عن الدفع بإقراره.

وجاءت المادة 280 من القانون التجاري بما يلي : "ابتداء من صدور الحكم بإشهار الإفلاس بالتسوية القضائية يقوم جميع الممتازين أم لا بما في ذلك الخزينة العامة بتسليم وكيل التفليسة مستنداتهم مع جدول بيان الأوراق المقدمة و المبالغ المطالب بها . ويكون للتوقيع على هذا

الجدول مع الإقرار بصحتها و مطابقتها إما من الدائن أو وكيل قانوني عنه و يتعين إخبار الدائنين المستفيدين بضمانات صدر نشرها شخصيا و عند الاقتضاء بموطنهم المختار....."

عند صدور الحكم بالإفلاس يقدم الدائنين لوكيل التفليسة الأوراق الخاصة بديونهم لكي يستطيعوا تحصيل ديونهم و تكون هذه الأوراق التي يقوم بجردها في جدول و يقوم كل من الدائن أو الوكيل بالتوقيع عليها مع إقراره بذلك الدين و توقيعه.

إذن نجد أن الإقرار له تطبيقات في المعاملات التجارية.

---

1 أنظر،زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 58 .

المبحث الثالث : اليمين الحاسمة

*المطلب الأول: المقصود باليمين

قبل التطرق إلى اليمين الحاسمة لا بد تبيان المقصود باليمين أولا ، واليمين هو إشهاد الله تعالى على صدق ما يقوله الحالف أو على كذب ما يقوله الخصم[1] و هو عمل مدني وديني لذلك فإنها تؤدي بالصيغة و الأوضاع المقررة في ديانة الحالف و يؤديها الحالف فيقول : "أحلف بالله العظيم ....." و اليمين ليست طريق عاديا للإثبات و لذلك لا يلتجأ[2] إليها إلا بعد استنفاذ الطرق الأخرى للإثبات .

وينقسم اليمين إلى يمين قضائية و هي التي تؤدى أما القضاء و يمين غير قضائية و هي التي تؤدى أو يتفق على تأديتها تاريخ مجلس القضاء[3]، كما أنه قد يكون اليمين عهدا أو وعدا من الحالف على القيام بأمور مستقبلة كالتي يؤديها الموظفون والخبراء و غيرهم.....

و محور دراستنا هو اليمين القضائية التي انفرد المشرع بتنظيمها دون غيرها و قد جاء ذلك في نص المادة 343 من القانون المدني و ما بعدها، على أن اليمين القضائية تنقسم إلى اليمين الحاسمة و اليمين المتممة.

الفرع الأول: تعريف اليمين الحاسمة Le serment décisoire

اليمين الحاسمة هي التي يوجهها الخصم إلى خصمه عندما يحتاج إلى دليل لإثبات ادعائه ليحسم النزاع و يمكن توجيهها من المدعي أو المدعى عليه وفقا للمادة 343 من القانون المدني

جزائري: "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر...."فإذا أدى الخصم اليمين خسر الطرف الآخر دعواه و إن نكل عنها قضى لمصلحة الطرف الآخر و قد يردها إلى الخصم الذي يوجهها فإن حلفه قضى لمصلحته و إن نكر خسر دعواه .

***1* أنظر ، زهدور محمد ، المرجع السابق ن ص 59 .**

***2* المادة 434 من قانون الإجراءات المدنية .**

***3* تعتبر بمثابة عقد و تسري عليه الأحكام العامة .**

و بهذا المعنى فإن اليمين الحاسمة هو تصرف قانون بإرادة منفردة و يقضي بحث اليمين الحاسمة تبيان شروطها و آثارها و نطاقها في إطار القانون المدني و التجاري.

الفرع الثاني: شروطها

ودراسة شروط اليمين تكون من حيث الأشخاص و الموضوع و الإجراءات .

أولا: شروط قبول اليمين الحاسمة من حيث الأشخاص

طبقا لما ورد في نص المادة 343 قانون مدني سالف الذكر فالأطراف المتخاصمة وحدها هي التي تملك حق توجيه هذا اليمين إلى الخصم شخصيا لأنها تتعلق بذمته فلا يجوز توجيهها إلى الوكيل أو النائب القانوني و لا يملك القاضي حق توجيه هذا اليمين ، ويجب في من يوجه اليمين الحاسمة أن يكون أهلا للحلف لأنه إذا وجهها وحلفها المدعي عليه خسر الأول دعواه وإذا نكل [1]عنها المدعي عليه خسر دفعه و إن ردها على المدعي و نكل عنها خسر دعواه و هذا تطبيقا للقاعدة العامة " النكول بالنكول تصديق للناكل الأول " .

وعلى ذلك فلا يستطيع القاصر توجيه اليمين الحاسمة إلا بشأن التصرفات القانونية التي يجوز له مباشرتها و المؤذون له بالإدارة كما أنه لا يجوز للوكيل أن يوجه اليمين الحاسمة إلا إذا وجدت وكالة خاصة [2] على أنه إذا كان القانون قد منح للخصم هذا الحق فإن هذا الأخير لا يأخذ على إطلاقه فلو كان الخصم متعسفا[3] في استعماله حقه فللقاضي الحق في منعه و هذا ما جاء في نص المادة 343 من القانون المدني .

ثانيا: شروط قبول اليمين الحاسمة من حيث الموضوع

هذه الشروط أتت بها المادة 344 من القانون المدني: " لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام و يجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين فإن كانت غير شخصية له قامت اليمين على مجرد علمه بها . " فطبقا لهذه

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

المادة يجب أن تكون الواقعة الموجهة في شأنها اليمين الحاسمة مخالفة للنظام العام كما يجب أن تكون متعلقة بشخص من وجهت إليه.

***1* لا يشترط في الشخص التي توجه إليه اليمين أن يكون أهلا و إنما لا بد أن تظل هذه الأهلية إلى أن يتم الحلف أو الرد أو النكول .**

***2* المادة 574 من القانون المدني .**

***3* و يكون الشخص متعسفا في حالة وجود الوثائق الرسمية المثبتة للملكية لدى الخصم أو في واقعة غير محتملة الصدق و أن ظاهر الحال يكذبها ، المادة 77 من قانون الإجراءات المدنية .**

أ-اليمين كأي دليل من أدلة الإثبات ، موضوعها واقعة قانونية يدعي بها أحد الخصوم وينكرها الآخر ، فيجب أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى بحيث إذا ثبتت كانت أساسا للحكم الذي يقطع النزاع فإذا انصبت عليها اليمين حسمت النزاع بشأنها .

أما إذا لم تكن الواقعة منتجة في الدعوى فإن اليمين المنصب عليها لا يقبل ، كذلك إذا كان القانون يمنع توجيه اليمين كما لو كانت هذه الواقعة مخالفة للنظام العام ، كأداء اليمين بشأن دين قمار أو أن الواقعة قد صدر بشأنها حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه أو تصرف يشترط القانون لقيامه الشكلية كبيع عقار ، أو توجيه يمين فيما يخالف ما هو مدون بمحرر رسمي .

ب- كما يلزم أن تكون الواقعة التي[1] ينصب عليها اليمين متعلقة بشخص من ضميره و هذا لأنه من يوجه اليمين يحتكم إلى ذمة خصمه بالانصياع إلى الحق وقول الحقيقة فحين إذن يحلف على البث و القطع بوجود الواقعة أو نفيها أما إذا كانت الواقعة متعلقة بشخص غيره فتوجه إلى الشخص يمين حاسمة ، كالوارث الذي يحلف على أنه لا يعلم أن مورثه كان مدينا .

و يلاحظ أن اليمين الحاسمة إذا توافرت الشرطان جاز توجيهها في شأن واقعة مادية أو تصرف قانوني أيا كانت قيمته شأنها في ذلك شأن الإقرار بل يجوز توجيهها في شأن ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي .

كما يلاحظ أن توجيه اليمين الحاسمة غير مقيد بوقت فيجوز توجيهها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المجلس القضائي (الاستئناف) طالما لم يصدر حكم نهائي في الدعوى و هذا ما أشارت إليه المادة 343 من القانون المدني ، ولكن لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة أمام محكمة النقض (العليا) و أمام قاضي الاستعجال لأنه لا يثبت في موضوع النزاع .

1 أنظر، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 384.

ثالثا : شروط اليمين الحاسمة من حيث الإجراءات المتبعة

يجب على من يوجه إلى خصمه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التي يريد استحلافه عليها و يذكر صيغة اليمين بعبارة واضحة و تلتزم المحكمة بهذا الوضوح فلا يجوز لها أن تعدل من الصيغة المعروضة من طرف الموجة و على من وجهت إليه إما أن يقبلها أو ينازع فيها (إذا كانت الشروط المذكورة سلفا غير متوفرة غير متعلقة بالدعوى أو مخالفة للنظام العام أو غير منتجة) فإذا قبلت منه المحكمة هذه المنازعة رفضت توجيه اليمين إليه و إذا رفضت منازعته فإنها تحكم بتحليفه [1] .

والقاعدة العامة هي أن يؤدي الخصم اليمين وفقا للنص الآتي : "أحلف بالله العظيم....." يجوز أن يقبل القاضي تأدية اليمين من الأوضاع المقررة في ديانة الحالف و في هذه الحالة يحدد الحكم ميعاد و مكان الحلف و في جميع الأحوال يكون حلف اليمين بحضور الخصم الآخر أو بتبليغه لحضور الجلسة و حضور المحامي يغني عن الحضور الشخصي لهذا الخصم ويحرر محضرا مثبتا لأداء اليمين[2] وتِدي هذه اليمين في الجلسة وفي حالة ما إذا تغيب الخصم الموجه إليه بعذر شرعي ثابت بصفة قطعية فيجوز أداء اليمين أمام القاضي الذي ينتقل إلى مكان المطلوب تحليفه اليمين يساعده في ذلك كاتب الضبط ، أما إذا كان غائبا عن الجلسة تعين أن يعلن هذا الحكم إليه بواسطة المنفذ كي يحضر لأداء اليمين فإن حضر و امتنع عن أدائها أو تخلف عن الحضور بغير عذر شرعي اعتبر ناكلا .

و يلاحظ أن من وجهت إليه اليمين إذا كان أبكم اعتبر في حلفه و نكوله بإشارة المعهودة إذا كان لا يعرف الكتابة فإذا كان يعرفها فحلفه و نكوله بها .

1 المحكمة عليها أن تبين في منطوق حكمها صيغة التي يؤديها المحكوم عليه باليمين في الجلسة .
2 أنظر ،المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية .

المطلب الثاني: حجية و آثار اليمين

الفرع الأول: آثار اليمين الحاسمة

إن توجيه اليمين الحاسمة يحدث عدة أثارات[1] لذلك يمكن تقسيمه إلى آثار بالنسبة لمن وجه اليمين، وآثار بالنسبة لمن وجهت إليه، وآثار بالنسبة للخصمين معا و الغير و سنعالج هذه الحالات الثلاث على النحو الآتي:

أولا : آثارها بالنسبة لمن وجه اليمين

طبقا لما نصت عليه المادة 345 من قانون المدني : "لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين " و بمفهوم المخالفة أن من وجه اليمين أو لخصمه أو رده يستطيع أن يرجع عن هذا التوجيه طالما أن خصمه لم يطلب قبول الحلف و كذلك بالنسبة لمن رد اليمين يجوز له أن يرجع عن هذا الرد ما دام أن ردت إليه لم يعلن قبوله أو نكوله فالعبرة إذن هي بإعلان الاستعداد للحلف فان استعد الخصم لأداء اليمين امتنع عن خصمه أن يرجع عن هذا التوجيه و إلا خسر دعواه .
على أن الاستعداد قد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا كما لو حضر الجلسة المقررة للحلف و لكن هناك استثناء بمعنى توجد حالة يقبل فيها الرجوع عن التوجيه رغم استعداد الخصم الموجه إليه اليمين و هي إذا كان موجهها ناقص الأهلية أو إرادتها معيبة بغلط أو تدليس[2] أو إكراه و يترتب عن ذلك إرجاع الخصمين إلى الحالة التي كان عليها قبل توجيه اليمين.

الخصم الذي توجه إليه اليمين له الحق في قبولها أو ينكل عنها أو يردها وبالتالي يترتب الآثار التالية:

1 من أهم الآثار : سقوط الحق في الأدلة الأخرى ،محمد شتا أبو السعد، المرجع السابق ، ص 33 .
2 أنظر ، زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 63 .

ثانيا : آثارها بالنسبة لمن وجهت إليه

أ-في حالة الحلف : إذا حلف من وجهت إليه اليمين ان حسم النزاع بينه وبين خصمه و الشخص الذي طلب الحلف قد خسر دعواه و لا يمكن للمحكمة أن تتناول النزاع من جديد و لهذه اليمين حجية قاطعة لا تملك المحكمة العليا سلطة تقديرية بشأنها و لا يمكن إثبات كذب اليمين [1] إلا بحكم جزائي و عند ذلك فقط يجوز الطعن في الحكم الذي صدر على اليمين الكاذبة ، بطعن غير عادي أو رفع دعوى جديدة يطلب فيها التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء اليمين الكاذبة .

ب-في حالة النكول : أي أن يرفض الشخص الموجه إليه اليمين أداءها صراحة أو ضمنيا كما لو امتنع الموجه إليه اليمين من الحضور بدون عذر الجلسة التي حددتها المحكمة لأداء اليمين وهذا ما نصت عليه المادة 347 من القانون المدني[2] و في هذه الحالة يخسر الناكل دعواه .

ج- في حالة الرد : يجوز للشخص الذي وجهت إليه اليمين الحاسمة أن يردها على الشخص الذي وجهها إليه أول مرة و ذلك شريطة أن تكون الواقعة محل اليمين مشتركة بين الخصمين وهذا ما نصت عليه المادة 343 الفقرة 2 القانون المدني :" ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين " ،و مثال ذلك إذا وجه الدائن إلى مدينه اليمين الحاسمة وردها عليه هذا الأخير .

1 ما نصت عليه المادة 346 من القانون المدني .

***2*المادة 347 من القانون المدني:"كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه و كل ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه".**

أما إذا كانت واقعة اليمين تستقل بشخص من وجهت إليه فلا يجوز ردها كالوارث الذي يوجه اليمين إلى مدين مورثه فغن هذا المدين لا يجوز له رد اليمين على الوارث .

و رد اليمين هي بمثابة توجيه لها وبالتالي يشترط في من يرد اليمين أهلية أداء كاملة غير مشوبة بعيب من عيوب الرضاء.

كما يجوز لمن رد اليمين أن يرجع عن رده و يبقى حينئذ اليمين الأول قائما مادام أن خصمه لم يقبل الحلف[1] فإن قبل امتنع عليه الرجوع في الرد و خسر دعواه و هذا ما جاءت به المادة 345 من القانون المدني : لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين " .

ثالثا : آثارها بالنسبة للخصمين و للغير

فأثرها بالنسبة للخصمين هي فيما نصت عليه المادة 347 من القانون المدني بمعنى ما ذكر سلفا و يمكن تلخيصها في أثرين هما:

1*الخصم الذي وجهت إليه اليمين فنكل عنها و لم يردها فقد خسر دعواه.

2*الخصم الذي ردت عليه اليمين و نكل عنها و لم يحلفها فغنه يخسر دعواه .

و من هنا فلا يضار من حلف اليمين إلا من وجهها أو ردها و لا يستفيد من اليمين إلا من حلفها أما أثرها بالنسبة للغير فلا تتحقق إلا غذ كان تضامن بين الدائنين و تضامن بين المدينين ووجهت إلى إحداهم اليمين و حينئذ تطبق قاعدة "النيابة التبادلية فيما ينفع دون ما يضر "[2].

***1* انظر ، زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 65 .**

***2* ما نصت عليه المادة 232 فقرة 2 من القانون المدني.**

الفرع الثاني: حجية اليمين الحاسمة

كما سبق تبيانه فإن حجية اليمين الحاسمة ن قاصرة على من وجهها و من وجهت إليه ولا يتعدى أثرها غيرهما من الخصوم و ينبني أن إذا شاب اليمين الموجه إلى أحد الخصوم بطلان فلا يمتد أثر هذا البرهان إلى غيره ممن وجهت إليه اليمين صحيحة كما أنه ليس لغي من وجهت اليمين الحاسمة إليه أن ينازع فيها أو يعترض على توجيهها و كل ما للغير هو ألا يحاج بأثر هذه اليمين .

و يجدر الإشارة إلى أن اليمين الحاسمة يغلب عليه استثناء كما سبق ذكر أن اليمين الحاسمة هي ملك للخصوم غير أنه هناك يمين حاسمة يوجهها القاضي تسمى يمين الإستيثاق و هي في حالات خاصة نصت عليها المادة 312 من القانون المدني :"تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :

-حقوق التجار و الصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها، وحقوق و أصحاب الفنادق و المطاعم عن أجر الإقامة، وثمن الطعام و كل ما صرفوه لحساب عملائهم.

-المبالغ المستحقة للعمال و الإجراء الآخرون مقابل عملهم .

-يجب على من يتمسك بالتقادم لسنة ، أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا و هذه اليمين توجه تلقائيا من القاضي إلى ورثة المدين أو إلى أوصيائهم إن كان الورثة قاصرين على أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء " .

ويتضح من هذا النص أن من يتمسك بالتقادم المسقط للحقوق الواردة في هذه المادة يجب عليه أن يؤدي اليمين الموجهة من القاضي على أن ذمته برأت وهذه اليمين هي حاسمة في النزاع [1] . كما أن المادة قد جاءت باستثناء عن القاعدة العامة المتعلقة بشروط توجيه اليمين الحاسمة وهي أنه بإمكان توجيه هذا اليمين إلى وصي الوارث إن كان قاصرا بمعنى لم توجب إلى الأصيل و إنما إلى الوكيل و هي يمين العلم .

***1* أنظر ،زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 62-63 .**

*المطلب الثالث: تطبيقات اليمين الحاسمة في المعاملات التجارية

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

لا يختلف كثيرا اليمين الحاسمة في إطار القانون التجاري ففي المعاملات التجارية و وفقا للمادة سالفة الذكر 312 من القانون المدني فإن المشرع منح للقاضي سلطة مباشرة يمين حاسمة أو ما يسمى بيمين الاستيثاق و هذا بالنسبة للفقرة 3 : " حقوق التجار و الصناع عن أشياء و ردوها لأشخاص لا يتجرون فيها ، وحقوق و أصحاب الفنادق و المطاعم عن أجر الإقامة ، وثمن الطعام و كل ما صرفوه لحساب عملائهم ".

و في الفقرة التالية يبين كيفية أدائها على أنها حاسمة في النزاع بمعنى تخضع لنفس الآثار المترتبة عن اليمين الحاسمة.

كما نص المشرع في القانون التجاري على الأشخاص التي لا يجوز لهم التدخل بطرق مباشرة أو غير مباشرة في التنازلات و الرهون المتعلقة بالمحلات التجارية [1] و من بين هؤلاء الأفراد المحكوم عليهم باليمين الكاذبة .

***1* أنظر ،المادة149 فقرة ثانية من القانون التجاري**

الفصل الثاني: الطرق غير المباشرة للإثبات

المبحث الأول:البينـة

*المطلب الأول : تعريفها

الفرع الأول :المقصود بالشهادة

أولا :تعريفها

إن الشهادة تطلق في اللغـة على معان كثيرة منهـا الحلـف[1] والحضور[2] والإدراك [3]

و لكن أقوى هذه المعاني للمعنى الاصطلاحي هو معنى الإخبار أو البيان أي القول الصادر عن علم الحاصل بالمشاهدة.

و الشهادة في المعنى الاصطلاحي هي التصريح الذي يدلي به الشخص أمام القضاء بواقعة صدرت من غيره وترتب عليها حق لهذا الغير[4] وللبينة معنيان:

***معنى العام** : وهو الدليل أيا كان كتابه أو شهادة أو قرائن،فإذا قلنا البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فإنما نقصد هنا البينة بهذا المعنى العام.

***معنى خاص:** وهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب وكانت الأدلة الأخرى من الندرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة فانصرف لفظ البينة إلى الشهادة دون غيرها.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن استخلاص الخصائص الآتية:

1-الشهادة حجة مقنعة وليست ملزمة، فتقدير قيمة الشهادة يخضع لسلطان المطلق للقاضي أيا كانت صفاتهم و لا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك.

2-الشهادة حجة غير قاطعة أي ما يثبت عن طريقها يقبل النفي بشهادة أخرى أو بأي طريق آخر من طرق الإثبات، وفي ذلك تختلف الشهادة عن الإقرار و اليمين.

1*-لقوله تعالى :"ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين "سورة النور الآية 08.
2*-لقوله تعالى:"وهم على ما يفعلون بالمؤمنين شهود " سورة البروج الآية 07.

3*-لقوله تعالى:"فمن شهد منكم الشهر فليصمه " سورة البقرة الآية 185.
4*-أنظر ، زهدور محمد ،المرجع السابق ، ص 70 .

3-الشهادة حجة متعدية أي ليست قاصرة على صاحبها و إنما ما يثبت بها يعتبر ثابتا بالنسبة إلى الكافة لأنها صادرة من شخص عدل غير الخصوم و ليس له مصلحة في النزاع .

4-الشهادة تعتبر دليلا مقيدا لا يجوز الإثبات به إلا في نطاق معين لتوافر فيها احتمال الكذب و لذلك فضل المشرع الكتابة عليها.

الغالب أن تكون الشهادة مباشرة فيقرر الشاهد أمام مجلس القضاء ما وقع تحث سمعه وبصره مباشرة ، وإذا كان الغالب أن تكون الشهادة مباشرة فقد تكون غير مباشرة أو سماعية ، وفي هذه الحالة لا يشهد الشخص بما رآه أو سمعه مباشرة ، و إنما يشهد بما سمع رواية عن الغير كأن يشهد أمام القضاء أنه سمع آخر يروي له حادث السيارة الذي رآه بعينه و الشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية و يقدر القاضي قيمتها كما يقدر الشهادة الأصلية[1].

وإن كان الغالب أن تكون الشهادة السماعية دون الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضي بها .

و قد تكون الشهادة من النوعين السابقين بل تكون عن طريق التسامع وهي الشهادة بما تتسامعه الناس فهي لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها مباشرة بل تخبر عن الشائع بين الناس عن هذه الواقعة فمصدرها غير معين و ذلك بعكس الشهادة السماعية حيث يكون الإخبار فيها منصبا على الواقعة محل الإثبات وفقا لما رواه الشاهد عما سمعه ممن سمع هذه الواقعة أو ممن رآها .

و الشهادة بالتسامع غير مقبولة إلا فيما نص عليه القانون ، فالشهادة بالتسامع غير مقبولة في المسائل المدنية لكن ليس هناك ما يمنع من الأخذ بها على سبيل الاستئناس فيما يجوز إثباته بالشهادة و القرائن .

و هناك نوع آخر من الشهادة و هي الشهادة بالشهود العامة و تتمثل فيما يشهد به الشهود أمام جهة رسمية بمعرفتهم لواقعة أو وقائع معينة عن طريق الشهرة العامة فيقوم الموظف بتدوين هذه الوقائع في ورقة تعد دليلا عليها ومن ذلك إعلام الورثة و محضر حصر التركة و تقدير غيبة المفقود .

و الشهادة بالشهرة العامة لا تعتبر شهادة بالمعنى الصحيح، و لذلك فإن قوة الإثبات للشهادة بالشهرة العامة يحددها القانون في كل حالة على حد.

***1*أنظر، محمد حسن قاسم ،المرجع السابق ، ص 208 .**

ثانيا : شروطها

يشترط في الشهادة شروط موضوعية في الشهادة ذاتها و شروط شخصية أي في الشاهد نفسه والشروط الموضوعية تتمثل في:

1-الأصل أن تكون شهادة الشهود شفوية ، وأن تصدر في مجلس القضاء طبقا للأوضاع المقررة قانونا فلا عبرة بأي شهادة يحصل الإدلاء بها خارج مجلس القضاء أو التي تتم في مجلس القضاء دون إتباع الإجراءات المقررة قانونا .

2-أن يتوافر في موضوع الشهادة الشروط العامة في محل الإثبات بأن يكون موضوعها واقعة قانونية متنازع فيها متعلقة بالدعوى، منتجة فيها، ممكنا إثباتها و جائزة الإثبات قانونا.

3-أن يكون موضوع الشهادة مما يجيز القانون إثباته بشهادة الشهود.

أما الشروط الشخصية فإنه يشترط في الشاهد عدة شروط وهي:

1-أن يكون مميزا وألا تقل سنة عن الحدَ المعين في القانون فمن لم يبلغ هذه السن لا تسمع أقواله إلا على سبيل الاستدلال و بغير يمين.

2-أن يكون سليم الإدراك فلا يكفي أن يكون الشخص مميزا، وإنما يلزم أيضا أن يكون خال من أي آفة تصبه عقليا فنتقص إدراكه أو تعدمه.

3-أن لا يكون محكوما عليه بعقوبة جنائية تسقط عنه الأهلية كمن يكون محكوما عليه بعقوبة جنائية لم تنقص مدتها بعد، أو يكون قد ارتكب جريمة مخلة بالشرف والسمعة.

الفرع الثاني : إجراءاتها

يقصد بإجراءات شهادة الشهود الأوضاع التي يجب احترامها في إتباع الإثبات بشهادة الشهود فإذا أراد أحد الخصوم إثبات واقعة من الوقائع قدم طلبه إلى المحكمة محددا الواقعة التي ينوي إثباتها بتدقيق ووضوح يتسنى للمحكمة معرفة هذه الواقعة ن هل هي من الوقائع التي تجوز إثباتها أو لا يجوز إثباتها بالبينة ؟[1].

1 أنظر ، زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 78 .

و لابد من توافر مجموعة من الشروط حتى يتم الاستجابة لطلب الإثبات بشهادة الشهود وتتلخص هذه الشروط فيمايلي :

1-أن تكون الواقعة المراد إثباتها مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود.

2-أن تتوافر في الواقعة المطلوب إثباتها الشروط التي يستلزمها القانون في الواقعة محل الإثبات أي تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها و جائزا قبولها [1].

بعد توافر هذه الشروط و قبول المحكمة لهذا الطلب تحال الدعوى إلى التحقيق ، كما أن المحكمة لا تتقيد في حكمها في الموضوع بنتيجة هذا التحقيق الذي أمرت به ، كما أنها لا تتقيد بالحكم نفسه القاضي بإجراء التحقيق فيجوز لها أن ترجع عن هذا الحكم إذا ظهر لها من مستندات الدعوى ما يغني عن هذا الحكم لأن القانون أباح أن لا تتقيد بنتيجة الحكم التمهيدي[2].

وعلى ما تقدم نقول أن إجراءات الإثبات بشهادة الشهود تتم بإجراءات فرعية وقد تتم بإجراءات أصلية .

أولا : الإثبات بشهادة الشهود بإجراءات فرعية

بعد قبول طلب سماع الشهود و الحكم بالتحقيق يتم دعوة الشهود للحضور و الإدلاء بالشهادة .

1-حضور الشهو يستدعى قلم الكتاب الشهود الذين رأت المحكمة من تلقاء نفسها الحاجة إلى سماع أقوالهم [3] ،حيث يقع على عاتق كل خصم استدعاء شهوده سواء بإحضارهم معه في الجلسة المعينة لبدء التحقيق أو بإعلانهم لحضورها .

و إذا استدعي الشاهد بصفة قانونية و بلغ تبليغا قانونيا و لم يحضر وجب على المحكمة أن تغرمه بغرامة لا تتجاوز خمسين دينار جزائري مع نفاذ معجل و للمحكمة أن تأمر بإعادة تكليف الشاهد بالحضور وتكون هذه المصاريف علي نفقة الشاهد ،فإن تخلف مرة أخرى حكمت عليه بغرامة مدنية لا تتجاوز مئة دينار جزائري [4] .

---

1 المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية

2 المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية .

***3* المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية .**
***4* المادة 03/02/67 من قانون الإجراءات المدنية .**
أو يتنقل سماعه .

أما إذا كان الشاهد مقيما خارج دائرة اختصاص المحكمة للقاضي أن يلجا إلى الإنابة القضائية[1] ، كما يجوز للخصوم أن يحضروا شهودهم مباشرة أمام المحكمة أو القاضي من غير تكليف بالحضور المسبق من طرف قلم الكتاب [2] فالخصم الذي يقدم أكثر من خمسة شهود لإثبات واقعة واحدة يتحمل كل المصاريف المتعلقة بهذا الشأن [3].

2-كيفية أداء الشهود شهادتهم على الشاهد قبل أن يدلي بشهادته عليه أن يذكر اسمه و لقبه ومهنته و سنه و موطنه و أن يبين قرابته أو مصاهرته و درجتها إن كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم ويبين كذلك إن كان يعمل عند أحدهم [4]، والغرض من هذه البيانات تمكين الخصوم و المحكمة من تقدير قيمة شهادته و النظر فيما إذا كان متهما فيمها بسبب قرابته أو مصاهرته أو عمله عند الخصم[5] لتعلم المحكمة هل هو من الأشخاص الممنوعين من الشهادة أم لا[6].

و على الشاهد أن يحلف يمينا بان يقول الحق و ألا يقول إلا الحق قبل أدائه الشهادة و إلا كانت شهادته باطلة [7] و يكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك. ويمكن تدارك البطلان في شهادة الشهود بأن تطلب منه المحكمة أداء الشهادة من جديد بعد حلف اليمين ، إذا فات المحكمة أن تحلف الشاهد اليمين قبل أداء الشهادة تم أدركت ذلك بعد إدلائه بها فحلفه اليمين على أنه إنما شهد بالحق ،فتعويلها على الشهادة لا عيب فيه .

***1* المادة 68 من قانون الإجراءات المدنية .**
***2* المادة 63 من قانون الإجراءات المدنية .**
***3* المادة 73من قانون الإجراءات المدنية .**
***4* المادة 65 من قانون الإجراءات المدنية .**
***5* أنظر ، همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 491 .**

***6* المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية .**
***7* المادة 02/65 من قانون الإجراءات المدنية .**

و بعد أداء اليمين يؤدي الشاهد شهادته منفردا و شفهيا بدون حضور باقي الشهود الذين لم تسمع شهادتهم بحضور الخصوم أو غيابهم و إذا رأت المحكمة أن شهادة الشهود متعارضة جاز لها أن تجري مواجهة بينهم [1] و من لا قدرة له على الكلام يؤدي الشهادة إذا أمكن بمذكرة مكتوبة أو بالإشارة و للمحكمة أن تستعين بمتخصص في الإشارة بعد تحليفه اليمين .

كما رد الشاهد بسبب عدم تميزه لصغر في السن أو قرابته القريبة أو لأي سبب يِثر على تمييزه [2].

و بعد انتهاء الشاهد من أداء شهادته على النحو المذكور تكتب في محضر و تتلى عليه تم يوقعها، فإن امتنع عن التوقيع أو كان لا يحسن التوقيع ينوه على ذلك في محضر التحقيق[3].

و بعد الانتهاء من التحقيق في شهادة الشهود على الكيفية المذكورة جاز للمحكمة أنتصدر حكمها عقب انتهاء التحقيق مباشرة أو تؤجل الفصل إلى الجلسة لاحقة و في هذه الحالة يجوز للأطراف أن يطلعوا على محضر التحقيق[4].

و تبقى المحكمة صاحبة السلطة المطلقة في تقدير نتائج التحقيق فلها أن ترجح شهادة على أخرى و لها أن تأخذ بشهادة القلة على الكثرة ، ولا رقابة عليها في هذا التقدير من طرف المحكمة العليا[5].

ثانيا: الإثبات بشهادة الشهود بإجراءات أصلية .

الأصل أن طالب إجراء تحقيق بشهادة الشهود يأتي من نزاع قائم بين الخصوم فعلا أمام القضاء، ولكن خروجا عن هذا الأصل أجاز المشرع إقامة دعوى أصلية بطلب تحقيق ترفع إلى القضاء المستعجل [6] يكون موضوعها سماع شهادة الشهود.

***1* المادة 02/66 من قانون الإجراءات المدنية .**
***2* المادة 69 من قانون الإجراءات المدنية .**
***3* المادة 72 من قانون الإجراءات المدنية .**
***4* المادة 75 من قانون الإجراءات المدنية .**

***5* أنظر ، زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 81 .**
***6* المادة 187 من قانون الإجراءات المدنية .**
و يشترط لقبول هذه الدعوى مايلي :

1-أن يكون موضوع الدعوى الذي يراد الاستدلال عليه بشهادة الشهود لم يعرض على القضاء بعد و لكن يحتمل وقوعه ، أما إذا كان معروضا على القضاء فلا تقبل دعوى التحقيق الأصلية و إنما على المدعي أن يلجأ إلى محكمة الموضوع و يطلب منها إحالة الدعوى على التحقيق لتسمع شاهده و يشترط كذلك أن تكون هناك ضرورة حالة للاستماع إلى الشاهد .

2-أن يقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة إلى قاضي الأمور المستعجلة و تكون مصروفاته كلها من طلبه و عند تحقق الضرورة يحكم القاضي بسماع الشهادة متى كانت الواقعة مما يجوز إثباته بشهادة الشهود.

3-أن يكون هذا الإجراء باتفاق الخصوم فإن لم يتفقوا فلا تقبل دعوى التحقيق الأصلية هذا الشرط الذي أتى به المشرع الجزائري لم يكن مصيبا في اشتراطه كما يرى الدكتور محمد زهدور : "إذ قلما نجد الخصوم متفقين على عرض نزاعاتهم على القضاء خصوصا من كان عالما بأن استشهاد الشاهد يضر بمصلحته فلا يستطيع أن يتفق مع خصمه على هذا الاستماع "[1] .

بعد الانتهاء من التحقيق يحفظ المحضر المشتمل على الشهادة لدى قاضي الأمور المستعجلة و لا تسلم صورة منه و لا تقدم إلى القضاء إلا إذا رأت ذلك محكمة الموضوع عند نظره جواز إثبات الواقعة بشهادة الشهود في هذه الحالة يكون للخصم الآخر الاعتراض أمامها على قبول هذا الدليل كما يكون له طلب سماع شهود نفي لمصلحته[2].

1 أنظر ، زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 83 .
2 أنظر، سعد نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص 180.

المطلب الثاني: الحالات التي يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود.

لقد حصرت هذه الحالات في المواد 333 و 335 و 336 من القانون المدني و من مجموع هذه المواد نستخلص أن هناك حالات يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود أصلا ن وحالات يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود استثناءا .

الفرع الأول:الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود أصلا

تشمل هذه الحالات الوقائع المادية و التصرفات التجارية و التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها حدا معينا [1]و تكون للشهادة في هذا المجال قوة الإثبات مطلقة.

1-التصرفات التجارية:

فرضت طبيعة التعامل و ما يقتضيه من السرعة و ما يستلزمه من البساطة و ما يستغرقه من وقت قصير في تنفيذ الأخذ بمبدأ الإثبات الحر الطليق في المواد التجارية عدا بعض المسائل التجارية التي تستلزم طبيعتها الكتابة ، كالأوراق التجارية و الأعمال المصرفية لحسابات البنوك[2] ، والعبرة في الإثبات في المواد التجارية هي بطبيعة التصرف و صفة الخصوم بغض النظر عن المحكمة المختصة فقد يقع التصرف بين شخصين بالنسبة لكل منهما تصرفا مدنيا ومن تم يخضع في الكتابة لقواعد الإثبات التصرفات المدنية ولو كان تاجرين كأعمال التبرع و العكس صحيح إذ يكون التصرف تجاريا بالنسبة إلى كل منهما فيكون إثباته بكافة الطرق جائزا .

و قد يكون التصرف تجاريا بالنسبة لخصم ومدنيا بالنسبة للخصم الآخر ، كما في الأعمال التجارية المختلطة ، فيكون الإثبات بكافة الطرق جائزا بالنسبة لمن كان التصرف تجاريا بالنسبة إليه .

---

1 المادة 333 من القانون المدني .

***2* المادة 13 من قانون التوثيق 91/70.**

الفرع الثاني : حالات الإثبات بشهادة الشهود استثناءا

رأينا فيما سبق أن الإثبات بشهادة الشهود يجوز في المواد التجارية كما يجوز أيضا في الوقائع المادية وكذلك ب النسبة للتصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على مبلغ مئة ألف دينار جزائري و مع ذلك يجوز الإثبات بشهادة الشهود استثناءا في حالات أخرى .

الأصل أن يكون الإثبات فيها بالكتابة و لكن لاعتبارات استثناها المشرع لزومية الإثبات أباح إثباتها بشهادة الشهود [1] ، هذه الحالات المذكورة في المادتين 335 و 336 من القانون المدني الجزائري و تتلخص في ثلاث حالات و هي :

-وجود مبدأ ثبوت بالكتابة : إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة بالشروط الآتية ذكرها جاز إثبات التصرف القانوني بالبينة أي أن البينة تأتي معززة بدليل كتابي ناقص فتكمله[2] و حتى يكون هناك مبدأ ثبوت بالكتابة يجب توافر مايلي :

أ/وجود ورقة مكتوبة: أول ما يشترط لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة هو أن تكون هناك ورقة مكتوبة و المفروض أن الكتابة اللازمة لوجود مبدأ ثبوت الكتابة لا تكون دليلا كاملا وإنما يقصد بالكتابة أية ورقة مكتوبة لا تصلح دليلا كتابيا يقوم بذاته لإثبات الواقعة المدعاة ، ولم يشترط المشرع نوعا خاصا من الكتابة و الورقة التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن تكون متعلقة بالواقعة المراد إثباتها و مقدمة في الدعوى أو أن يكون المتمسك بها ضده مقرا بوجودها إذا لا يجوز إثبات وجودها وتعذر تقديمها بشهادة الشهود .

ب/صدور الورقة من الخصم : القاعدة العامة أن الورقة تعتبر صادرة من الخصم إن كانت مكتوبة بخط يده أو كانت موقعة من طرفه أو من طرف نائبه ، أو كانت ورقة رسمية سجل فيها تصريح له ، إذا تعتبر صادرة منه رغم أنها لم تكتب و لم توقع منه و لا من نائبه كمحضر الجلسة ومحاضر التحقيق .

و يلاحظ أن الورقة تعتبر بداية ثبوت بالكتابة الصادرة من الخصم أو نائبه لا تعتبر كذلك إلا إذا لم ينكرها المحتج بها ضده ، فإذا أنكرها أو ادعى بتزويرها فقدت صفة بداية الثبوت بالكتابة وفي جميع الأحوال يعد اعتبار الورقة أنها صادرة من الخصم أو من يمثله مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا .

***1* أنظر، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 288.**

***2*المادة 335 من القانون المدني .**

ج/كون التصرف القانوني قريب الاحتمال: يستلزم أخيرا لوجود مبدأ الثبوت بالكتابة أن يكون من شأن الكتابة الصادرة من الخصم أو من يمثله جعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال بمعنى أن تجعل من احتمال صدقها أرجح في عقيدة القاضي من احتمال كذبها وهذا يعني أنه لا يلزم وضوح دلالة الكتابة على الواقعة المدعاة لأن مبدأ ثبوت الكتابة لن يكون الدليل الوحيد الذي يبنى عليه القاضي حكمه.

و إنما سيستكمل عقيدته عن طريق شهادة الشهود و تقدير ما إذا كانت الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت الكتابة من شأنها أن تجعل الأمر المدعى به قريب الاحتمال هو مما يستقل به قاضي الموضوع و لا رقابة عليه لمحكمة النقض متى بني على أسباب سائغة و لم يتعارض مع الثابت من الورقة .

إلا أنه بالرغم من توافر دليل ثبوت الكتابة فإنه لا يمكن قبول البينة في الحالات التي يوجب القانون في إنشاء التصرف القانوني أو إثباته إجراء الكتابة الرسمية لأن الكتابة هنا تعتبر ركنا لوجود العقد ولا وجود له بدونها.

2- <u>استحالة تقديم دليل كتابي</u>:

في بعض الأحيان قد توجد ظروف من شأنها الحيلولة بين شخص وبين حصوله على الدليل

كتابي، رغم أن الكتابة تكون لازمة للإثبات، فنزولا على الضرورة يجيز القانون الإثبات بشهادة الشهود على سبيل الاستثناء نظرا لقيام المانع من الحصول على الدليل كتابي[1].

ويمكن تعريف المانع الذي تنشأ عنه استحالة الحصول على الدليل الكتابي على أنها استحالة

نسبية عارضة راجحة إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد، و المانع الذي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي قد يكون ماديا أو قد يكون أدبيا [2].

أ- **المانع المادي :**إذا وجد القاضي في الدعوى المعروضة عليه من العوائق المادية ما من شأنه أن يمنع الخصم من الحصول على الدليل كتابي الإثبات التصرف القانون كان واجب إثباته بالكتابة ،فإن عليه أن يأخذ هذه الحالة بعين الاعتبار و أن يسمح بتقديم البينة لتحل محل الكتابة في الإثبات ومن أمثلة ذلك استحالة الحصول على الكتابة العرفية أو الرسمية وقت التعاقد و لو كانت استحالة نسبية أو مؤقتة فإذا وجد الخصم في مدينة لا يوجد فيها من يستطيع كتابة السند أو وجد الخصم في ظروف طبيعية قاهرة تحول دون الاستعانة بكاتب في الوقت المناسب .

***1* أنظر، عادل حسن علي، المرجع السابق، ص 227.**

***2* المادة 236 من القانون المدني .**

و هذا ما يمثل له بحالة الوديعة الاضطرارية فإذا أودع شخص شيئا لدى شخص آخر في ظروف لم تسمح له بأخذ دليل كتابي على هذه الوديعة من المودع لديه ، فإنه يجوز للمودع أن يثبت هذه الوديعة بشهادة الشهود ولو كانت قيمتها تجاوز مئة ألف دينار جزائري .

ب-المانع الأدبي: و يقصد به الهاجس النفسي الذي يمنع التعاقد من طلب تقديم دليل كتابي من المتعاقد معه و من أمثلة الموانع الأدبية التي تحول بين الشخص وبين الحصول على دليل كتابي وجود صلة قرابة بين المتعاقدين كالعلاقة التي تربط الأب بأبنائه أو بأخيه أو الزوج بزوجته و المصاهرة بين الزوج وأصهاره ، و التقاليد المهنية كعلاقة التي تربط الطبيب بمرضاه و المحامي بموكله و تجدر الإشارة في الأخير إلى أن للقضاة سلطة واسعة في تقدير ما إذا كانت هناك استحالة مادية أو أدبية وأن سلطتهم هذه لا تخضع لرقابة المحكمة العليا[1].

3-فقد الدليل الكتابي :

تختلف هذه الصورة عن الصورة السابقة في كون أن الدائن سبق له أن حصل على دليل كتابي وقت إنشاء التصرف القانوني الذي أبرمه مع خصمه ، ولكنه فقد سبب أجنبي لا يد له فيه و لم يرتكب أي خطأ في ضياعه و لذلك أجاز القانون له أن يثبت ما كان يجب إثباته بالكتابة حتى و لو كانت الكتابة شرط للانعقاد أي لا يجوز له أن يثبت التصرفات القانونية التي تجاوز مئة ألف دينار بالبينة لأن المفروض أن السند الكتابي الضائع كان قد استوفى الكتابة المشروطة لقيامه أو إثبات أي عقد ، يشترط القانون لإثباته الكتابة وكان عقدا شكليا لا يجوز إثباته بالبينة[2] .

***1* أنظر، زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 76.**

***2* أنظر، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 241.**

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

المطلب الثالث: تطبيقات البينة في المعاملات التجارية

كما سبق وأن أشرنا فإن طرق الإثبات في المواد التجارية مطلق غير مقيد و هذا ما قضت به نص المادة 30 من القانون التجاري خاصة في فقرتها الأخيرة التي نصت على إمكانية الإثبات بشهادة الشهود: "..... بالإثبات بالبينة أو الكتابة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها ".

و تجد الشهادة نطاقها بالإضافة إلى مواد تجارية في الوقائع المادية و التصرفات القانونية التي تقل و لا تجاوز النصيب المعين قانونا و هذا ما أشارت إليه المادة 333 من القانون المدني فمتى كان التصرف القانوني لا يجاوز 100.000 دينار جاز إثباته بشهادة الشهود.

و هناك حالات رغم أن التصرفات القانونية توجب الإثبات بالكتابة إلا أنه يمكن إثباتها بشهادة الشهود وهي الحالات السابقة ذكرها، فقدان الدليل الكتابي، استحالة تقديم دليل كتابي.....

إذا جميع التصرفات و المعاملات التجارية تكون قابلة الإثبات بشهادة الشهود أو بأية وسيلة إثبات أخرى إلا باستثناء التصرفات التجارية التي قيدها المشرع و اشترط فيها الكتابة مثل بيع المحلات التجارية و غيرها من الأعمال التجارية الأخرى سالفة الذكر .

المبحث الثاني: اليمين المتممة.

المطلب الأول: تعريفها وأثارها

سبق و أن أشرنا إلى اليمين بصفة عامة وأن محور دراستنا هو اليمين القضائية و الذي عالج فيه المشرع اليمين الحاسمة –و هي من الأدلة الملزمة – و اليمين المتممة ، والسؤال الذي يطرح فما المقصود بهذه الأخيرة و ما هي شروطها و حجيتها و هل تطبيقاتها في إطار القانون المدني والتجاري تختلف وإذا كان كذلك ففي ماذا يكمن ؟

الفرع الأول : المقصود باليمين المتممة

أولا : تعريفها

اليمين المتممة هي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخاصمين ليكمل بها اقتناعه ، عندما يقدر عدم كفاية الأدلة التي يقدمها الخصم و لا يجوز للخصم الذي توجه إليه اليمين أن يردها على الخصم الآخر و هذا ما نصت عليه المادة 348 قانون مدني الفقرة 01 و يستفاد منها أن اليمين المتممة يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين ، وليس لأي الخصمين توجيهها بعكس اليمين الحاسمة .

و توجيه اليمين المتممة يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ليبني عليها حكمه في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به .

و اليمين المتممة لا توجه إلا إذا كان هماك دليل ناقص و يراد تكملته، لكن إذا لم يكن هناك دليل أصلا فلا توجه على العكس بالنسبة لليمين الحاسمة فهي تقوم وحدها دليلا يستبعد أي دليل.

الفرع الثاني : شروطها

مما ذكر سابقا في المادة 348 من القانون المدني في فقرتها الثانية قد بينت شروط توجيه اليمين المتممة و هي كالآتي:

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

أ-ألا يكون في الدعوى دليل كامل : فاليمين المتممة كما تمت الإشارة إليه غرضها أن يستكمل القاضي اقتناعه فهي تكمل دليلا ناقصا ، فإذا كان في الدعوى دليل كامل فلا يكون اقتناع القاضي في حاجة إلى استكمال و يجب على القاضي أن يحكم وفقا لهذا الدليل و لا يجوز له أن يوجه اليمين لانتفاء سببها على أنه نصت المحكمة العليا بأن توجيه اليمين المتممة من طرف القاضي رغم وجود بينة كاملة لا تعتبر مخالفة يترتب عليها إلغاء الحكم [1] .

و لكن قضت هذه المحكمة أيضا على أن القاضي الذي يوجه اليمين المتممة إلى أحد الخصوم لا بد أن يبينوا الأساس القانوني الذي استندوا إليه و إلا كان حكمهم معيبا لعدم التسبيب [2].

ب- ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل :

بما أن الهدف من توجيه اليمين المتممة هو تكملة دليل ناقص فإن كانت الدعوى خالية من أي دليل فلا يجوز توجيهها لأنها لا يمكن أن تكون الدليل الوحيد في الدعوى بخلاف اليمين الحاسمة.

و يختلف الدليل الناقص باختلاف الواقعة محل الإثبات ، فإذا كانت الواقعة يجوز إثباتها بالبينة [3] فتكون بداية ثبوت قانوني –بينة أو قرائن –و إذا كانت الواقعة يتطلب إثباتها بالكتابة ولكن قام مانع أدبي أو مادي من الحصول على هذه الكتابة و كانت هنا كبينة أو قرائن اعتبر هذا بداية ثبوت قانوني[4].

فإذا توفر الشرطان فلا يعتبر لازما أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين الحاسمة للنزاع[5] و لكن يتعين أن تكون هذه الواقعة منتجة أي من شأنها تقوية و تكملة ما في الدعوى من أدلة و أن لا تكون مخالفة للنظام العام.

***1* أنظر، بن ملحة الغوتي ، المرجع السابق ، ص 93 .**

***2* أنظر، بن ملحة الغوتي ، المرجع السابق ، ص 93 .**

***3* ما نصت عليه المادة 333 من القانون المدني: في غير المواد التجارية، في التصرفات التي تقل قيمتها عن عشرة ألف دينار.**

***4* أنظر المادة 336 و المادة 334 من فقرة أخيرة من القانون المدني ، الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة والقرائن استثناء .**

***5* أنظر، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 293.**

و ينبغي الإشارة إلى أن اليمين المتممة توجه أمام القضاء المدني أو التجاري و لكن لا يجوز توجيهها أمام القضاء الإداري أو الجزائي كما هو مبين في اليمين الحاسمة و يجوز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة في أية حالة كانت عليها الدعوى حتى يصدر حكم نهائي حائز لقوة الأمر المقضي و لو لأول مرة أمام المجلس القضائي .

الفرع الثالث: أثار اليمين المتممة

أولا : إذا وجه القاضي اليمين المتممة إلى أحد الخصوم وحلفها فعلا فإن القاضي لا يتقيد بهذه اليمين فله أن يقضي بموجبها و لا يستفيد الحالف بنتيجة حلفه و له أن يحكم ضد من حلف اليمين فالقاضي ليس ملزما بالحكم لمصلحة من حلف اليمين قد تظهر له أدلة جديدة تقنعه بأن ما يدعيه الخصم الذي حلف اليمين يقوم على غير أساس فيحكم ضده .

كما أن للخصم الآخر أن يستأنف الحكم الذي استند إلى حلف خصمه فلا يكون المجلس القاضي مقيد بحكم محكمة الدرجة الأولى، إذ قد يحكم بخلاف ما حكمت به هذه الأخيرة ويوجد اليمين لأول مرة في الاستئناف إلى هذا الخصم دون الاعتداء باليمين الأخرى .

ثانيا : وقبل التطرق إلى أهم عنصر في اليمين المتممة المتمثل في تطبيقاتها و نطاقها في القانون المدني عامة والقانون التجاري خاصة لابد من الإشارة إلى أن اليمين المتممة كاليمين الحاسمة لها أيضا صور والمتمثلة فيها أشارت إليه المادة 350 من القانون المدني:"لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى ب هالا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى .

ويحدد القاضي حتى في هذه الحالة حدا أقصى للقيمة التي يصدق فيه المدعي بيمينه"،وتسمى هذه اليمين بيمين التقويم وذلك لان موضوعها هو تقويم قيمة الشيء وإذا كان القاضي هو الذي يوجه هذه اليمين فإنها تختلف عن اليمين المتممة الأصلية هذا في موضوعها تحديد قيمة المدعى ب هوانها توجه إلى المدعي[1] .

***1* أنظر، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 296.**

ويمين التقويم لا يلجا إليها القاضي إلا إذا توفر فيها شرطان:

أ -إذا استحال تقدير قيمة المدعى به بوسيلة أخرى غير هذه اليمين.

ب- أن يحدد القاضي للقيمة حدا أقصى يصدق فيه المدعي بيمينه حتى لا يبالغ المدعي في هذا التحديد.

أما من حيث أثار هذا اليمين فلا تختلف كثيرا عن اليمين المتممة فهي أيضا لا يجوز ردها أو النكول عنها و لا يترتب عنها خسران الدعوى ، كما أنها لا تقيد القاضي فله أن يغير من قيمة المدعى به زيادة أو نقصانا على القيمة التي تم الحلف عليها ويجوز له أيضا الرجوع عليها كما يمكن للخصوم الطعن في الحكم المبني على يمين التقويم .

*المطلب الثاني: تطبيقات اليمين المتممة في المعاملات التجارية

قبل التطرق إلى أعمال اليمين المتممة في المعاملات التجارية لا بد أن ننوه أن المشرع الجزائري وفقا للقانون التجاري اعتبر التصرفات التجارية مهما كانت قيمتها فغنها لا تتقيد بما جاء في القانون المدني و إنما حرية الإثبات بما أن لا يشترط فيها الكتابة و بالتالي ففي المعاملات التجارية يجوز إثباتها بكافة الوسائل وللقاضي السلطة التقديرية في توجيه اليمين المتممة إلى أجد الخصوم لتحري الحقيقة .

و هي أهم الأمثلة في هذا الإطار هو أن الوثائق غيار المعدة للإثبات وفقا لما نص عليها القانون المدني لبيت لها حجية في اليمين ومن بينها الدفاتر التجارية.

تعتبر استثناء أعلى مبادئ قواعد الإثبات انه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه التي تعد من صنع التاجر على أن تكون لهذه الأخيرة حجية في إطار المعاملات التجارية و هذا وفقا لشروط سبق الإشارة إليها في المادة 330 من القانون المدني كما نصت المادة 18 من القانون التجاري : "إذا رفض الطرف الذي يعرض على الإثبات بالدفاتر ، تقديم هذه الأخيرة ، جاز للقاضي توجيه اليمين إلى الطرف الآخر ". وهذا تطبيق لنص المادة 13 من القانون التجاري .

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

*المطلب الأول: تعريفها وأنواعها

قد نظم المشرع الجزائري القرائن كوسيلة للإثبات في القانون المدني من نص المادة 337 إلى المادة 340 و في هذا الصدد نعرض أهم النقاط المتعلقة بالقرائن من حيث تعريفها وأنواعها و أثارها لننتقل إلى بيت القصيد أي تطبيقاتها في القانون المدني و القانون التجاري.

الفرع الأول: تعريفها

القرينة هي ما يستنبطه المشرع أو القاضي على أمر معلوم الدلالة على أمر مجهول[1].

كما عرفها قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني بقولها[2] :" القرائن هي نتائج نستخلص بحكم القانون أو تقدير القاضي ، هي واقعة غير معروفة " غير أن القانون المدني التجاري لم يعرفها و تنقسم القرائن بذلك إلى قرائن قضائية و قرائن قانونية فالقرائن القضائية هي ما يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى المعروضة عليه أما القرائن القانونية فهي ما يستنبطه المشرع نفسه من حالات يغلب وقوعها فينص عليها في شكل قاعدة عامة و مجردة.

و القرائن القضائية هي التي تعتبر أدلة بمعنى الكلمة لأن القاضي يستدل بها على واقعة يعجز المدعي عن إثباتها ،أما القرائن القانونية فلا تعتبر أدلة بمعنى الكلمة و إنما هي نافعة لعبء الإثبات من المدعي إلى المدعي عليه إذا كانت بسيطة أو تعفى المدعي من الإثبات نهائيا إن كانت قاطعة .

و القرائن على هذا النحو ليست أدلة مباشرة في الإثبات وإنما هي أدلة غير مباشرة تقوم على الاستنتاج ، فلا يقع الإثبات فيها على الواقعة مصدر الحق و إنما على واقعة إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها .

***1* أنظر ،زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 84.**
***2* أنظر، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 245.**

الفرع الثاني:أنواع القرائن

أولا: القرائن القضائية

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

تنص المادة 340 من القانون المدني على هذه القرائن بقولها " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة " و على ضوء هذا النص يمكن استخلاص مايلي :

ا- القرينة القضائية هي التي يستنبطها القاضي من واقعة معلومة في الدعوى المرفوعة إليه ليستدل بها على واقعة عجز المدعي على إثباتها بطرق أخرى بحيث تكون هناك وقائع متجاوزة ببعضها معلوم و الآخر مجهول فيستدل بالمعلوم على إثبات المجهول ، مثال ذلك : استنباط صورية التصرف بحكم وجود علاقة قرابة بين البائع و المشتري (ابن وأبيه بالنسبة لعقد بيع صوري) و القاضي في استدلاله يتمتع بسلطة تقديرية واسعة ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا و هذا من صريح العبارة في المادة 340 من القانون المدني :"يترك لتقدير القاضي ....."، ومعنى ذلك أن القاضي حر في اختيار واقعة من الوقائع التي تثبت أمامه كما يستنبط منها قرينة على صحة الواقعة المراد إثباتها، وقد يقتنع بقرينة واحدة قوية الدلالة بمعنى حر في تكوين اقتناعه و قد لا يقتنع بعدة قرائن يرى أنها ضعيفة الدلالة.

ب-المشرع و وفقا لهذه المادة قد أتى بمعيار لقبول الإثبات بالقرائن القضائية هو قبول الإثبات بالبينة بمعنى الحالات التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة فيمكن إثباتها بالقرائن القضائية و العكس صحيح .
كذلك الحالات التي منع القانون إثباتها بالبينة لا يمكن إثباتها بالقرائن القضائية وعليه تقبل القرائن القضائية كإثبات في الوقائع المادية والتصرفات القانونية . وهذا ما سيتم التطرق إليه لاحقا في تطبيقاتها في القانون المدني و التجاري.

ثانيا : القرائن القانونية

أ-كما ذكر سالفا فالقرائن القانونية هي التي يستنبطها المشرع من أمر معلوم الأدلة فيسوغه في قاعدة مجردة تطبق على كل الحالات المماثلة و لو ظهرت في بعض الأحيان مغايرة

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

للحقيقة الواقع و قد نصت المادة 337 من القانون المدني :" القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته على أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ..." معنى هذا ان القرينة القانونية إذا وجدت في صالح المدعي فإنها تعفيه من عبء الإثبات المباشر الذي كان مكلف به
لولا هذه القرينة مثال ما نصت عليه المادة 449 من القانون المدني من الوفاء بقسط الأخير يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة و ما نصت عليه المادة 776 من القانون المدني والمتعلقة بالتصرفات التبرعية التي تقع في مرض الموت تأخذ حكم الوصية مهما كانت التسمية المعطاة لهذا التصرف وما نصت عليه المادة 777 من القانون المدني .

وحكمت المشرع من ذلك هو لتحقيق المصلحة العامة كحجية الحكم الحائز لحجية الأمر المقضي حيث يبعث الثقة في الأحكام القضائية و قد يكون التحقيق مصلحة خاصة و التخفيف من عبء الإثبات كما نصت عليه المادتين 134 و 138 من القانون المدني، القرينة على افتراض الخطأ في جانب متولى الرقابة و حارس الأشياء أو حتى يمنع التحايل في بعض التصرفات كما نصت عليه المادة 776 من القانون المدني بمعنى يعتبر قرينة قانونية التصرف الذي يصير في مرض الموت أنه صدر على سبيل التبرع .

ب-القرائن القانونية منها ما هي بسيطة بمعنى تقبل إثبات عكسها و هذا ما نصت عليه المادة 337 من القانون المدني فقرة 2 :"....غير على أنه يجوز نقض هذه القرينة القانونية تكون في جميع الأحوال بسيطة و استثناء قاطعة إذا ما وجد نص يقضي بذلك ، بمعنى بعدم إثبات عكسها و هذا مثلا ما نصت عليه المادة 98 من القانون المدني يفترض في التزامات أن سببها مشروع حتى يتم إثبات عدم مشروعيته .

و قد تكون القرينة قاطعة بمعنى لا يمكن إثبات عكسها كمسؤولية حارس الحيوان أو حارس الأشياء و لكن هذه القرائن ما هي إلا قواعد إثبات و مادامت كذلك فهي تقبل أن يثبت عكسها بالإقرار أو اليمين ففي المثال السابق لا يمكن إثبات عكس القرينة على أن الخطأ مفترض و لكن يجوز دحض هذه القرينة عن طريق توجيه اليمين إلى من تقررت لمصلحته هذه القرينة

عن طريق توجيه اليمين إلى من تقررت لمصلحته هذه القرينة فإن نكل عنها خسر دعواه أو أن يكون إقرار صادر منه .

الفرع الثالث: حجية الشيء المقضي فيه

المشرع الجزائري وكغيره من التشريعات كالتشريع الفرنسي و المصري اعتبر أن الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه قرينة قانونية قاطعة لا تقبل أي دليل ينقدها مع أن هذه القاعدة ليست قرينة قانونية قاطعة و إنما هي قاعدة موضوعية بنيت على قرينة لأن القرينة القانونية باعتبارها وسيلة إثبات تقتضي أن تكون قابلة لإثبات عكسها ثم إن القرينة القانونية تؤدي [1] إلى وجود دليل يؤدي إلى حل نزاع لا زال لم يفصل فيه بينما الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه فصلت في النزاع .

أولا: تعريف حجية الشيء المقضي فيه و شروطها .

يقصد بحجية الشيء المقتضي أن الأحكام التي صدرت عن القضاء تعتبر حجة بما فصلت فيه ذلك أنه إذا صدر حكم في نزاع معين فإن القانون يعتبر هذا الحكم عنوان للحقيقة و قد نص المشرع على ذلك في نص المادة 338 من القانون المدني " الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة و لكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم و تتعلق بحقوق لها نفس المحل و السبب و لا يجوز للمحكمة أن تأخذ هذه القرينة تلقائيا".

1* أنظر،زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص87

كما أنه لا يجوز للخصوم أن يحيوا النزاع من جديد و يقيموا دعوى تتعلق بنفس النزاع سبق الفصل فيه من طرف القضاء أمام نفس الخصوم.

و يهدف المشرع من تقرير هذه القاعدة إلى وضع حد للخصومات ، إذ لو أجيز لكل خصم أن يجدد النزاع بدعوى مبتدأه لما انتهت الإشكالات و لتأبد الخصومات الأمر الذي يضر بمصلحة المجتمع و يعيق مهمة القضاء كما أنه لو سمح للخصم بتجديد النزاع عن طريق دعوى كان

احتمال تعارض بين الأحكام التي يحصل عليها كل منهم ممكنا ، فيصعب تنفيذ هذه الأحكام و لو لم تأخذ هذه القاعدة بالجد لاستمر النزاع إلى ما لا نهاية مما يؤدي إلى ضياع الحقوق ومصالح الناس تصبح عرضة للخطر .

ب-و يجدر الإشارة إلى أن هناك فرقا بين حجية الأمر المقضي و قوة الأمر المقضي l'autorité de la chose jugée et force de la chose jugée

فحجية الأمر المقضي يقصد بها : أن كل حكم قطعي فصل في نزاع اتحدت أطرافه ومحله حاز هذه الحجة وامتنع على المدعي إحياء هذا النزاع بإقامة دعوى جديدة و لو كان هذا الحكم القطعي قابلا للطعن بالمعارضة و الاستئناف ، بمعنى حجية الأمر المقضي تثبت للحكم بمجرد صدوره وتبقى مستمرة معه إلى أن يطعن فيه بالمعارضة و الاستئناف .

أما قوة الأمر فيقصد بها صفة لا تثبت إلا للأحكام النهاية أي الأحكام التي استنفذت طرق الطعن العادية التي هي المعارضة و الاستئناف و لو كانت تقبل الطعن بطرق غير عادية و هي النقض و الالتماس بإعادة النظر ، ومن ذلك يتضح أن كل حكم حائز لقوة الأمر المقضي هو حجية الشيء المقضي[1] .

<u>شروط قاعدة حجية الشيء المقضي</u> :

حتى يتم الأخذ بهذه الحجية بمعنى ما تضمنته المادة 338 من القانون المدني لابد من توفر ثلث شروط ، وقبل ذلك لا بد من تبيان نوع الأحكام التي ثبت هذه الصفة .

***1* أنظر،زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 89 .**

1-يشترط في الأحكام التي تثبت لها حجية الأمر المقضي به أن يكون الحكم قطعيا و قضائيا بمعنى صادر من هيئة قضائية كالحكم المدنية أو التجارية أو الغرف الإدارية أو قد تكون محاكم استثنائية كالمحاكم العسكرية.

أما القرارت التي تصدر عن جهات غير قضائية فلا تحوز حجية الأمر المقضي كالقرارات الصادرة عن منظمة المحامين أو من النيابة العامة أو اللجان التأديبية .

كما أنه لا يشترط فقط أن تكون هذه الأحكام صادرة من جهة قضائية بل يجب أن يصدر الحكم من جهة قضائية بموجب سلطاتها القضائية ، ذلك أن المحاكم إلى جانب وظيفتها الأساسية و هي الحكم في المنازعات بين الخصوم فلها وظائف أخرى هي الوظيفة الولائية التي تصدر بموجبها أوامر وقرارات كالحكم بتعيين وصي أو قيم في غير خصومة أو الإذن للأوصياء بمباشرة التصرفات .

والفرق بين الحكم و العمل الولائي يتخلص في أن الحكم يفصل في نزاع على حق في مواجهة طرفي النزاع ، في حين أن العمل الولائي يصدر من المحكمة في غير نزاع قائم و لا حضور الطرفين .

كذلك يشترط في الجهة القضائية التي تصدر الحكم الحائز لحجية الشيء المقضي أن تكون مختصة وظيفيا أي أن يكون موضوع الحكم فيه يدخل في اختصاصها كما لو صدر حكم من المحكمة المدنية في مسألة تدخل في ولاية القضاء الإداري و بالتالي يمكن إثارة النزاع من جديد أمام المحكمة صاحبة الاختصاص ، ولكن هذا الحكم يحوز للحجية بالنسبة للمحكمة التي أصدرته و الجهة التابعة لها .

2-أن يكون الحكم قطعيا و الحكم القطعي هو الذي يفصل في موضوع الدعوى أو في جزء منه أو في دفع من الدفوع الشكلية أو الموضوعية كالحكم بعدم الاختصاص أو بعدم قبول الدعوى ، أما الأحكام التي لا تنهي النزاع بصفة كلية أو جزئية فلا تحوز حجية الشيء المقضي به و مثال ذلك أحكام قبل الفصل في الموضوع كالأحكام الوقتية و التمهيدية و التحضيرية والتهديدية .

و الأحكام التحضيرية هي التي سبق الفصل في موضوع الدعوى دون أن تبين رأي المحكمة في النزاع كالحكم بتعيين خبير لمعاينة محل النزاع أو إحالة الدعوى إلى التحقيق.

و الأحكام التمهيدية هي أحكام أيضا تسبق الفصل في الموضوع تمهيدا لهذا الحكم ويبين رأي المحكمة في النزاع كالحكم بتعيين خبير لتقدير نسبة الضرر الذي أصاب المدعي.

بتعيين حارس قضائي على مال متنازع عليه حتى يفصل في النزاع [1] .

أما الأحكام التهديدية هي التي تصدر ضد المدين بغرامة تهديدية تكون وسيلة ضغط على إرادته لينفذ التزاماته .

3-من المعلوم أن الحكم يشتمل على أجزاء و الحجية لا تثبت لكل هذه الأجزاء و إنما فقط لمنطوق الحكم قد يكون صريحا أو ضمنيا و استثناءا قد تثبت الحجية لأسباب الحكم إذا كانت مرتبطة بالمنطوق ارتباطا وثيقا بحيث لا يقوم الحكم إلا بها أما في وقائع الحكم فالأصل أن لا حجية لها و لكنها قد تحوز الحجية في بعض الأحوال ، إذا تبين أنها تكمل المنطوق بحيث يكون المنطوق ناقصا بدونها و تطبيقا لذلك قضى بأنه إذا لم يبين منطوق الحكم مقدار الشيء المحكوم به و كان هذا المقدار موضحا في عريضة افتتاح الدعوى وفي وقائع الحكم و لم ينازع فيه الخصم و لم نمسه المحكمة بأي نقصان فإنه في هذه الحالة تعتبر وقائع الحكم و منطوقة مكونين لمجموع واحد لا يتجزأ بحيث يجوز للحكم فيما يخص بذلك المقدار حجية الشيء المقضي و هذا الأمر استثنائي .

أما فيما يتعلق بشروط الدفع بحجية الشيء المقضي فيه فهذا ما تضمنته المادة 338 من القانون المدني و الذي يمكن إجماله في ثلاث و هي وحدة الأطراف و المحل و السبب .

***1* المادة 340 و المادة471 من قانون الإجراءات المدنية .**

<u>أولا</u> :وحدة الخصوم

يشترط في الدفع بحجية الشيء المقضي فيه أن يكون الخصوم في الدعوى المقامة هم نفس الخصوم الذين صدر في حقهم الحكم السابق الحائز بهذه الحجية فمثلا إذا أقام المشتري دعوى على البائع بتسليم الشيء المبيع ثم جاء شخص آخر وادعى أن له حق على الشيء المبيع و أقام دعوى استحقاق على المشتري فإن هذه الدعوى لا يمكن رفضها على أساس الدفع بحجية

الشيء المقضي به حتى ولو توفر شرطا إتحاد المحل و السبب و هذا لأن مدعي الاستحقاق لم يكن طرفا في الدعوى السابقة و هذا ما قصدته المادة (بين الخصوم أنفسهم) على أن وحدة الخصوم هي في صفاتهم لا في أشخاصهم .

بمعنى أن تكون صفة الخصوم في الدعوى الأولى هي نفسها في الدعوى الثانية فمثلا إذا أقام شخص بواسطة نائب له دعوى على شخص و حكم فيها فلا يجوز للمدعي أن يجدد نفس الدعوى بصفته الشخصية، لأن أعمال الوكيل تتصرف إلى الأصيل.

كما أنه إذا صدر حكم في مواجهة شخص بعينة فغن هذا لا يمنع من أن يقيم دعوى جديدة باعتباره نائبا أو وكيلا عن شخص آخر يطالب بنفس الموضوع السابق لأن نائبه لم يكن طرفا في الدعوى السابقة و هذا ما نصت عليه المادة 338 من القانون المدني :"....دون أن تتغير صفتهم " ، وهذا الشرط أكدت عليه المحكمة العليا في حكم صادر لها عن غرفة القانون الخاص في 1975/01/15.

ووحدة الخصوم تتعدى إلى خلفائهم أي خلف عام كالورثة و الموصى لهم أو خلف خاص كالمشتري أما دون هؤلاء فيعتبر من الغير و لا يكون الحكم حجة عليهم.

ثانيا : وحدة المحل

محل الدعوى أو موضوعها هو ما يطلب الخصم الحكم به أو الفائدة التي يرجو المدعي تحقيقها من هذه الدعوى إلى القضاء ، ومعنى وحدة المحل أن يكون محل الدعوى المقامة هو نفس المحل في الدعوى السابقة التي انتهت بحكم قطعي فإذا رفعت دعوى للمطالبة ببدل الإيجار عن العين لمدة معينة و رفضت هذه الدعوى فلا يجوز للمدعي أن يرفع دعوى جديدة يطلب فيها نفس الطلب السابق لاتحاد موضوع الدعويين .

و قد تكتنف صعوبة في تبيان وحدة المحل و تحديد هذه الفكرة في أربعة معايير :

أ-لا بد أن يكون اتحاد المحل من الناحية المادية، بمعنى أن يكون محل الطلب الثاني لمحل الطلب السابق.

ب-يجب أن يكون اتحاد المحل من ناحية اتحاد الحقوق المدعى بها و مثاله الأحكام الصادرة في دعوى حيازة على عقار ليس لها حجية الشيء المقضي به بالنسبة للمطالبة بحق الملكية على نفس العقار بالرغم أن دعوى الحيازة و دعوى الحق وردت على شيء واحد هو العقار إلا أنه لا يعتبر اتحاد المحل لأن هذا الأخير يقصد به اتحاد الطلبات .

ج-اتحاد المحل يظهر أيضا في اتحاد المسائل التي يتعين البث فيها و مثاله لا يعتبر اتحاد المحل في الطلبات المتتالية بتسديد الأجور بناءا على نفس عقد العمل و هذا لاختلاف المدة الزمنية.

د-كما أن وحدة المحل لا تتوفر إذا طرأت واقعة جديدة بعد صدور حكم حائز لحجية الشيء المقضي به و مثاله إذا تعلق الحكم بالتعويض من المسؤولية المدنية، ففي حالة تفاقم الضرر بعد الحكم فإنه لا يجوز للضحية أن يطالب بمراجعة مبلغ التعويض المحكوم به سابقا و لكن في هذه الحالة مثلا يشترط أن يكون الحكم السابق يتضمن تصريح بأنه تحفظ حقوق الضحية أما إذا كان التصريح يتضمن أن المبلغ المحكوم به بالتعويض هو مقابل الأضرار الحالية و المستقبلة فلا يجوز طلب المراجعة من جديد أما إذا كان الحكم لم ينص على هذا التصريح فإن مراجعة التعويض هي ممكنة ، ولكن المعيار الذي يتخذه القاضي هو التحقق من أن حكمه الجديد لا يعتبر تكرارا للحكم السابق أو مناقضا له فإن كان كذلك فإن القاضي هنا ما عيه إلا قبول الدفع بحجية الشيء المقضي فيه .

ثالثا: وحدة السبب

يعتبر وحدة السبب الشرط الثالث الواجب توفره في حجية الشيء المقضي به بمعنى أنه يجب أن يتعلق بحقوق لها نفس السبب.

و يعرف سبب الدعوى على أنه الواقعة المادية أو التصرف القانوني اللذان كان سببا في إنشاء موضوع الدعوى أي ما يطلب المدعي الحكم به[1] ، فيقصد بالسبب : "السبب المنشئ أي المصدر الذي تولد فيه الحق المطالب به "، وبهذا حتى يقبل الدفع بحجية الشيء المقضي فيه

زيادة على وحدة الخصوم و المحل أن يتحد السبب في الدعوى السابقة المحكومة و الدعوى الجديدة المقامة ، فمثلا الخصم الذي رفعت طلبه بتسديد مبلغ من المال في مقابل قرض يجوز له أن يرفع دعوى أخرى بتسديد نفس المبلغ ، لكنه على أساس عقد وديعة أو تنفيذ النزاع الطبيعي .

وأيضا إذا رفع شخص دعواه على أساس الميراث و رفضت دعواه فلا يمنعه من أن يقيم دعوى جديدة على أساس الوصية لاختلاف سبب الدعويين كما أن اشتراط اتحاد السبب يعني عن اتحاد الهدف من إقامة الدعويين فقط يختلف الهدف من الدعويين و لكن يتحد السبب كالحالة مثلا شخص أقام دعوى الطرد على آخر لاسترجاع عقاره ليبنى فيه منزلا و رفضت دعواه فلا يجوز له إعادة رفع نفس الدعوى أي الطرد لبناء مستوصف أو ما شابه ذلك .

وعلى أساس ما تقدم فإنه يتعين التمييز بين السبب و محل الطلب الذي هو في الأصل الحق المدعى به و أما السبب هو أساس نفس الحق.

كما يختلف سبب الطلب و الوسائل، هذه الأخيرة هي الأدلة القانونية و المادية التي يدلها بها الخصم لدعم طلبه و أما السبب هو الدافع لرفع الدعوى.

و يخلص مما سبق أن الدفع بحجية الشيء المقضي به لا بد من بناءه على الإتحاد الثلاثي الذي هو وحدة الخصوم و الموضوع و السبب و لو اختلفت أدلة الدعوى و الهدف منها .

***1* أنظر،زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 93-94.**

ثانيا: آثار حجية الشيء المقضي به

قبل التطرق إلى آثار هذه الحجية لا بد من تبيان ما إذا كانت حجية الشيء المقضي به متعلقة بالنظام العام أو غير ذلك لأنها تترتب عنها نتائج متباينة

أ-فإذا قبل أنها تتعلق بالنظام العام هذا معناه أنه لا يجوز للخصوم التنازل عنها أو الاتفاق على عدم إثارتها ،كما أن لهم أن يثيروها في أي مرحلة من مراحل الدعوى و لو أمام المحكمة العليا لأول مرة ،كما أن القاضي يثيرها من تلقاء نفسه و لو لم يثرها الخصوم .

ب-أما إذا قيل أنها لا تتعلق بالنظام العام فإنها تترتب عنها نتائج عكسية، و لكن ما هو متفق عليه فقهاء وقضاء فالشيء المقضي به لا يقبل العدول عنه و لكن المبدأ ليس هو بدون حدود.

1-فالقاعدة العامة تقضي بأنه لا يحتاج الشيء المقضي به كما لا يمكن عدم الأخذ به وهذا معناه : الشيء المحكوم فيه لا رجوع فيه لأنه يجعل من محل النزاع حقيقة عللا نية قانون و قد قضت المحكمة العليا في حكم صادر عن الغرفة القانون الخاص في 1983/04/27 رقم 27998 لها يقضي بعدم أمكان الرجوع في الشيء المقضي به و لكن كان الحكم الصادر يتناقض مع قانون لاحق ، أو اعتمد الحكم على قانون قد ألغي فيما بعد ، أو قد صدر الحكم مع إغفاله لقاعدة من النظام العام كما لأنه لا يمكن إبعاد الشيء المقضي به بصفة غير مباشرة فمثلا لا يمكن التراجع عن الشيء المقضي به بناء على توجيه اليمين الحاسمة لإثبات واقعة تم فيها الحكم بعدم وجودها .

2-بالرجوع إلى نص المادة 338 فقرة أخيرة من القانون المدني يتضح بأن حجية الشيء المقضي به ليست من النظام العام و هذا بقولها:"لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا ."

ومن ذلك يتمكن إثبات مايلي :

-أن حجية الشيء المقضي به وضعت أساسا لحماية المصالح الفردية و الخاصة بالنسبة لمادة المدني و هذا رغم أن المسألة تتصل بالعمل القضائي.

-يجوز للخصوم أن يتنازلوا عن الدفع بحجية المقضي فيه ، وهذا التنازل قد يكون صريح أو صمتي ، كما أنه لا يجوز إثارة الوجه بمخالفة قاعدة الشيء المقضي به لأول مرة أمام المحكمة العليا إضافة إلى أن حجية الشيء المقضي به لا تمنع من تغيير الحكم الصادر المعني أو تصحيح الخطأ المادي الوارد في هذا الحكم .

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

المطلب الثاني : تطبيقات القرائن في المعاملات التجارية

قبل التطرق إلى تطبيقات القرائن القانونية في المعاملات التجارية لا بد من الإشارة إلى أنه و نتيجة لاعتماد المشرع في القانون التجاري على حرية الإثبات فإنه كلما نجد القرائن القاطعة و التي يصعب إثبات عكسها و هذا ما نجده في نص المادة 395 فقرة 3من القانون التجاري :" إن قبول قرينة على وجود مقابل الوفاء ، وهذا القبول حجة على ثبوت مقابل الوفاء بالنسبة للمظهرين و على الساحب وحدة سواء حصل القبول أو لم يحصل أن يثبت في حالة إنكار أن المسحوب عليه كان لديه مقابل الوفاء في ميعاد الاستحقاق و إلا لزمه ضمانها ، ولو قدم الاحتجاج بعد المواعيد المحددة "وبالتالي في هذه الحالة القرينة قاطعة –في حالة ما إذا قبل المسحوب عليه السفتجة-على أن المسحوب عليه إلى جانب أنه المدين الأصلي و صرفي بقيمة السفتجة فهو مدين بمقابل ملكية الوفاء على أن هذه القرينة تصبح بسيطة إذا كان الساحب هو الحامل أو حامل سيء النية بمعنى له علاقات شخصية مع المسحوب عليه أو يعلم بالدفوع التي قد يستعملها هذا الأخير في مواجهة أي دائن غير شرعي أي التي وصبت إليه السفتجة بسلسلة منقطعة من التواقيع .

أما بالنسبة للقرائن القانونية البسيطة فعلى سبيل المثال ما نصت عليه المشرع في المادة 176 فقرة 2 من القانون التجاري و التي ألزمت المؤجر بتعويض المستأجر في حالة عدم

تجديد الإيجار التجاري لأضرار معينة غير أنه للمؤجر (المالك) أن يثبت أن الضرر كان دون ذلك .

وأيضا ما نصت عليه المواد المتعلقة بقيد الشخص الطبيعي في السجل التجاري على أن هناك قرينة بسيطة في أن كل من قيد في السجل التجاري يعتبر تاجرا و لكن يجوز إثبات عكسها.

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

أما فيما يتعلق بالقرائن القضائية فإن للقاضي الحرية المطلقة في استخلاص هذه القرائن من الوقائع المعروضة عليه و هذا بغض النظر عن قيمة التصرف و هذا ما نصت عليه المادة 340 فقرة 2 و المادة 333 من القانون المدني :"....في غير المواد التجارية...."و مثال ذلك ما نصت عليه المادة 02 من القانون التجاري و المتعلقة بالأعمال التجارية بحسب الموضوع :"كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها و شغلها "بمعنى الشراء من أجل البيع فالقاضي يستخلص طبيعة العمل من الوقائع إذا ما كان شراء الحاجات يفوق الاستهلاك الشخصي و هذا بغرض تحقيق الربح مثلا فإنه يعتبر عمل تجاريا يخضع للمادة السالفة الذكر و للقاضي حرية التقدير .

أما فيما يتعلق بحجية الشيء المقضي فيه فهو لا يختلف كثيرا عن ما هو في المعاملات المدنية و هذا ما نصت عليه المادة 191 فقرة 3 من القانون التجاري المتعلقة بالشرط الفاسخ فلا يكون له أي أثر فيجوز للمستأجر التخلص من دينه إلا إذا صدر حكم حاز قوة الشيء المقضي فيه .

و ما نصت عليه المادة 166 فقرة 3 من القانون التجاري على أنه لا يستفيد الدائن من الامتياز إلا بحكم حاز لقوة الشيء المقضي فيه.

و أيضا ما نصت عليه المادة 225 من القانون التجاري المتعلقة بالإفلاس و التسوية القضائية :"لا يترتب الإفلاس و لا التسوية القضائية على مجرد التوقف عن الدفع بغير صدور حكم مقرر لذلك "فيقصد بذلك أن كل حكم صادر بالإفلاس مدين ما له حجية على أن هذا المدين متوقف عن الدفع .

ومما سبق تباينه يتضح و بصفة عامة أن القرينة أين كان نوعها فهي أدنى من مستوى الدليل في مجال الإثبات أي لا ترقى إلى قيمته في نطاق الإثبات القضائي و معنى ذلك أن قرينة [1]

تحتاج إلى قرينة أخرى تستند لها كدليل إثبات ، بينما الدليل يكون بمفرده كافيا لإثبات الواقعة القانونية أو نفيها ، كما أن هناك عدة قرائن في ظل القانون التجاري و مثالها أن المدين الذي [2] يبلغ عن شهر لإفلاسه قرينة على أنه حسن النية حتى يثبت العكس،والهدف الغالب الذي تسعى إليه هذه القرائن لتخفيف عبء الإثبات على المدعي .

1* أنظر،اسحاق إبراهيم منصور ، المرجع السابق ، ص344.
2* أنظر، المادة 216 من القانون التجاري .

المبحث الرابع : المعاينة و الخبرة

*المطلب الأول: المعاينة

أولا: مفهومها

يقصد بالمعاينة التي تعتبر طريقا من طرق الإثبات مشاهدة المحكمة نفسها محل النزاع، أيا كانت طبيعية، سواء كانت عقاريا أو منقولا، وبصفة عامة كل ما يقع عليه النزاع، مما أن تكون معاينته مجدية [1].

ويقصد بها أيضا انتقال القاضي لمشاهدة الواقعة المتنازع عليها بقصد تكوين اقتناعه، فهي تقدم له معرفته و علم شخصي بالوقائع المتنازع عليها[2].

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

وتعتبر المعاينة من طرق الإثبات المباشرة، وذلك نظرا لاتصالها اتصالا ماديا بالواقعة المراد إثباتها.

كما أنها تتيح للمحكمة عون كبير في استظهار و تحصيل أدلة بمناسبة انتقالها ، وظلك بسماع الشهود المحيطين بعين النزاع .

و تكون للمعاينة أهمية كبيرة في بعض الحالات التي يخشى فيها ضياع معالم واقعة معاينة.

ولذلك أجاز القانون للمحكمة المعاينة خشية ضياع معالم الواقعة فيصبح محلا للنزاع بعد ذلك.

كما أم معاينة المحكمة للواقع بنفسها يعينها على تقدير و موازنة الأدلة المتداولة في الدعوى و تقدير حجة ادعاءات الخصوم ، حتى انه صار مثلا سائرا ليس من سمع كمن رأى[3].

وفي القانون الإجراءات المدنية الجزائري تضمنت المواد من 56 إلى 60 قواعد الإثبات بالمعاينة .

***1* أنظر ، محمد حسن قاسم ، ص 299.**

***2* أنظر ، عبد الحميد الشواربي ، التعليق الموضوعي على قانون الإثبات ، ص 930.**

***3* أنظر، همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 503.**

الفرع الأول : قواعد و إجراءات المعاينة

تنص 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 لحضور المعاينة ".

إذن المحكمة هي التي تقرر في الدعوى المنظورة أمامها و ذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم لانتقال إلى المعاينة المتنازع فيه سواء كان منقولا أو عقارا كما يمكن أن ترد المعاينة على شخص فمثلا يتنقل القاضي لمعاينة الإصابات التي أصيب بها المدعي من أجل إثبات الضرر الذي أصابه نتيجة لما يدعيه من خطأ المدعي عليه .

و طلب المعاينة يعود للسلطة التقديرية للقاضي فإذا لم يستجب هذا الأخير لطلب المعاينة متى وجد في أوراق الدعوى ما يكفي لاقتناعها بالفصل فيها و بينت ذلك في أسباب حكمها برفض طلب الانتقال.

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

أما إذا كانت المعاينة هي الوسيلة الوحيدة لإثبات دعوى المدعي فإنه يجب على المحكمة إجابتها إليها و إلا جاء حكمها مشوبا بالقصور أي ناقص التسبيب .
كما يجب أن تحدد اليوم و ساعة الانتقال لمعاينة و عليها أن تخبر الخصوم بإخطار للحضور إلى المعاينة في اليوم و الساعة المحددة و تنص المادة 57 من قانون الإجراءات المدنية : "إذا كان موضوع المعاينة يتطلب معلومات فنية فيجوز للقاضي أن يأمر في الحكم نفسه باستصحاب من يختاره من ذوي الاختصاص للاستعانة به "

قد تقضي المعاينة الاستعانة بأهل الخبرة إذا توقعت المحكمة أو القاضي المنتدب [1]أن تستلزم المعاينة معلومات فنية كالمعلومات الهندسية أو الطبية، ولهذا يجعل القانون للمحكمة أو للقاضي المنتدب في حالة الانتقال تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة.

1* إذا كان المتنازع فيه المطلوب يقع بعيدا عن مقر المحكمة جاز لها أن تندب لإجراءات المعاينة قاضي المحكمة التي تقع فيها معاينة المتنازع فيه .
تنص المادة 58 من قانون الإجراءات المدنية :"يجوز للقاضي أثناء إجرائه المعاينة أن يسمع شهادة أي شاهد يرى لزوما لسماع أقواله أو يطلب الخصوم سماعه ، وله اتخاذ الإجراءات التي يراها لازمة بحضور الشهود إن وجد ضرورة لذلك".
إذا رأت المحكمة أو القاضي المنتدب ضرورة لسماع شهادة الشهود كان له ذلك حتى أثناء المعاينة و يمكن له أن يقوم بدعوة هؤلاء الشهود بطلب و لو شفويا من كاتب المحكمة.
في اليوم المحدد لإجراء المعاينة تنتقل المحكمة، أو قاضي المنتدب إلى محل النزاع أو ينتقل إليها المتنازع فيه إذا كان مما يمكن نقله.

وتتم المعاينة بحضور الخصوم أو بغير حضورهم متى كانوا قد علموا أو أعلنوا قانونا بالقرار بإجراء المعاينة و بالموعد المعين لإجرائها، وعند ذلك يحرر محضر المعاينة موقع عليه من القاضي و كاتبه و يودع المحضر محفوظات قم الكتاب ".

ويحرر المحضر المذكور بواسطة كاتب المحكمة الذي يتعين أن يرافق المحكمة أو القاضي عند إحضار المتنازع فيه إليها و يوقع المحضر من الكاتب و رئيس المحكمة أو القاضي الذي يندب لإجراء المعاينة.

يذكر في هذا المحضر كيفية انتقال المحكمة أو القاضي المنتدب و تاريخه و ساعته و بيان أسماء من حضر من الخصوم و الأعمال التي قامت بها المحكمة أو القاضي المنتدب أو أوصاف المتنازع فيه وقت المعاينة و مشاهدة المحكمة أو القاضي من وقت التوجه إلى محل النزاع إلى وقت العودة إلى المحكمة .

فإذا لم تقم المحكمة أو القاضي بذلك ولم يستمر تحرير محضر المعاينة كان العمل باطلا والبطلان في هذه الحالة لا يتعلق بالنظام العام فلا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها و أنها يجب على صاحب المصلحة أن يتمسك به .
كما تضاف مصروفات الانتقال للمعاينة غلى مصروفات الدعوى هذا ما جاءت به المادة 60من قانون الإجراءات المدنية .

الفرع الثاني:آثار المعاينة

سبق وذكرنا أن المعاينة تتم بطلب من الخصوم أو من قاضي المحكمة من تلقاء نفسه ، وهناك حالات قد لا تحتاج فيها الدعوى إلى إجراء معاينة لاستيفاء أوراق الدعوى لأسباب كافية تتيح للقاضي الفضل فيها دون إجراء المعاينة .
و هناك حالات أخرى يجب أن تجرى المعاينة لتسبب الحكم و يجب أن تتم بإتباعها قواعدها وإجراءاتها المنصوص عليها قانونا . في هذه الحالة كل ما اتبتثه المحكمة أو القاضي المنتدب في محضر المعاينة تعتبر دليلا قائما في الدعوى يتحكم على المحكمة التي تنضر الدعوى أن نقول كلمتها فيه وإلا كان حكمها ناقص التسبيب .

في هذه الحالة يكون الحكم ذو حجية قاطعة في حكم الدعوى المرفوعة أمامه.
طلب الانتقال إلى محل النزاع لمعاينته هو من الرخص القانونية لمحكمة الموضوع فلا عليها إن لم تستجب إلى ذلك متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لاقتناعها بالفصل فيها.

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

إذا حكمت المحكمة قبل الفصل في الموضوع بانتقالها إلى محل النزاع فكل ما يثبت لها في المعاينة يعتبر دليلا قائما في الدعوى يتحتم عليها أنتقول كلمتها فيه، وخاصة إذا كان النزاع بين الطرفين المتخاصمين متعلقا بالحالة الطبيعية للعين المتنازع عليها.
و نجد المعاينة في كل من القانون المدني و القانون التجاري و ها هي ذي أمثلة على ذلك:

-إذا كان المستأنف قد بني استئنافه على أن المستأنف عليه كان قبل الارتفاق على البدل الذي عقد بينهما ، قد عاين الأرض المعاينة التامة النافية للجهالة فلا يكون له من بعد حق في الامتناع عن إتمام الصفقة بسبب وجود حق ارتفاق ظاهر على الأرض ، قد قضت المحكمة بالانتقال للتحقق بنفسها مما إذا كان الارتفاق ظاهر أم غير ظاهر و نفذ حكمها فعلا فانتقل أحد أعضائها و أثبت حالة هذا الحق فعليها أن تأخذ بهذه المعاينة ويكون حكمها ذو حجية قاطعة

كما قد يقضي القاضي بندب خبير تكون مأموريته بصحبة أحد المساهمين إلى المركز الرئيسي للشركة وتحرير محضر يثبت فيه إيداع الشركة أو عدم إيداعها صورا من تقرير مجلس الإدارة في مركز الشركة وتسليمها صورا منه للمساهم و تمكينها أو عدم تمكينها إياه من الإطلاع على مستنداتها و دفاترها عن السنة المالية الماضية و تكليف الخبير باصطحاب هذا المساهم يوم انعقاد الجمعية للمساهمين و تحرير محضر يثبت فيه ما يجري في هذا الاجتماع .
وما يدور فيه من مناقشات بين الأعضاء، فإن أخذت به المحكمة عد حجة قاطعة على ذلك الحكم الصادر.

*المطلب الثاني: الخبـرة

الفرع الأول: تعريف الخبـرة

الخبرة من طرق الإثبات التي يستعين بها القاضي في الدعاوى التي تتطلب الإلمام بعلم أو فن لا يدخل في دائرة علمه أو معرفته أو ثقافته كالطب أو الهندسة أو النحت أو التصوير التي ليست من اختصاص القاضي و لا يطالب الإلمام بها .

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

في كثير من الأحيان يستعصى على القاضي مباشرة التحقيق بنفسه لكل الوقائع التي تقوم عليها المنازعة بحيث يتطلب بحثها و تحقيقها دراية خاصة مثل تقدير قيمة عقار أو بحث مستندات ملكية أو تقدير غلته أو ثماره أو تصفية حساب.

فكل هذه الموضوعات تحتاج إلى أشخاص لديهم الكفاءة في تلك النواحي العلمية أو الفنية لا تتوفر لدى القضاة لذلك يتطلب الاستعانة بأهل الخبرة.

تتصل الخبرة بالواقعة محل الإثبات و هي نوع من المعاينة الفنية المباشرة التي تحتاج إلى شخص متخصص فيها[1].

***1* أنظر،عبد الحميد الشواربي ،المرجع السابق،ص984.**

و تعرف الخبرة أيضا أنها استيضاح رأي أهل الخبرة في شأن استظهار بعض جوانب الوقائع المدية التي يستعصى على قاضي الموضوع إدراكها بنفسه من مجرد مطالعة الأوراق أو في شأن الجوانب الفنية التي تكتنف موضوع النزاع و التي لا يجوز للقاضي أن يقضي في شأنها استنادا لمعلوماته الشخصية و ليس في أوراق الدعوى و أدلتها المتداولة ما يعين على فهمها و التي يكون استيضاحها جوهريا في تكوين عقيدة المحكمة في شأن موضوع النزاع [1].

وقد تضمنت المواد من 47 إلى 55 من قانون الإجراءات المدنية قواعد الإثبات بالخبرة .

الفرع الثاني : إجراءاتها

أولا : ندب الخبير و مباشرته لمهمته

ورد في نص المادة 47 من قانون الإجراءات المدنية :"عندما يأمر القاضي بإجراء الخبرة يعين خبيرا أو عدة خبراء و يوضح لهم مهمتهم ".

و المادة 48 جاءت ب:"يعين القاضي الخبير إما من تلقاء نفسه أو بناء على اتفاق الخصوم ".يتبين لنا أن الاستعانة بالخبير تتم من طرف المحكمة إما من تلقاء نفسها أو استجابة لطلب الخصوم[2].

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

إن تعيين الخبير في الدعوى من الرخص المخولة لقاضي الموضوع فله وحدة تقدير لزوم أو عدم لزوم هذا الإجراء و لا معاقب عليه في ذلك متى كان رفضه لطلب تعيين الخبير قائما على أسباب مبررة له ، بحيث أن طلب ندب الخبير ليس حقا للخصوم و المحكمة غير ملزمة بإجابة طلبه بتعيينه ، كما إذا وجدت في أوراق الدعوى و أدلتها ، ما يكفي لتكوين عقيدتها ذلك إلا في الحالات التي يوجب فيها القانون الاستعانة بخبير أو كان التحقيق بهذا السبيل هو الوسيلة الوحيدة للخصم في إثبات مدعاه أو دفاع جوهري له ،أو كان الفصل في النزاع يقتضي حسم الجانب الفني منه .

***1* أنظر،همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 516.**

***2* سواء كان مدعيا أو مدعيا عليه أو ضامنا أو متدخلا هجوميا في الدعوى.**

كما يمكن للمحكمة أن تقرر تعيين خبير في أية حالة كانت عليها الدعوى و لو لأول مرة أمام الاستئناف .

و لا يجوز للمحكمة أن ترفض طلب ندب خبير دون ذكر سبب معقول إذا كان هو وسيلة الخصم الوحيدة في الإثبات.

و يتولى القاضي تحديد مهمة الخبير التي تنصب فقط على المسائل الفنية دون المسائل القانونية فتقتصر مهمة الخبير على تحقيق الواقع في الدعوى و إبداء رأيه في المسائل الفنية التي يصعب على القاضي استقصاء كهنها بنفسه دون المسائل القانونية التي يتعين على الحكم أن يقول كلمته فيها .

تنص المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية :"يحلف الخبير غير المقيد بجدول الخبراء اليمين أمام السلطة التي يحددها الحكم الصادر بندبه ما لم يعفى من اليمين باتفاق الخصوم " أي أن هناك خبراء مقبولين أمام المحكمة و هناك آخرين غير مدونين فيها و إذا طلب منهم إجراء الخبرة عليهم حلف اليمين ، ويجب أن يكون لدى الخبير الخبرة الكافية والمطلوبة .

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

الاستعانة بالخبير قاصرة على استيضاح الرأي المتخصص في الجوانب الفنية لموضوع النزاع و التي يكون معرفة الرأي فيها منتجا في حسم النزاع.

هذه الجوانب الفنية لا تقع تحث الحصر التي تخرج من دائرة المعرفة القانونية للقاضي التي تنحصر فيها وظيفته التي لا يقبل منه القضاء فيها بعلم القاضي الشخصي استنادا لمعلوماته الخاصة عن هذا الجانب الفني ، باعتبار أن ذلك يمثل منه امتناعا عن تحقيق دفاع جوهري للخصم كما أن قضائه فيها استنادا لمعلوماته الخاصة يمثل إخلالا بحق الخصم في الدفاع باعتباره يحجب عنه إمكانية الرد و التمحيص .

فلا يجوز للمحكمة أن تقضي في المسائل العلمية إلا بعد بيان المصدر الذي استقت منه ما قررته ، حيث لا يقبل من المحكمة أن تقضي بعلمها الشخصي في الجوانب الفنية لموضوع النزاع و قضى بأنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي في المسائل الفنية بعلمها بل يجب الرجوع فيها إلى رأي أهل الخبرة .

فكلما كان الفصل في النزاع يستوجب حسم أمرا من الأمور الفنية تعينت الحاجة لإحالة الدعوى لخبير.

فإذا تشككت المحكمة من صحة أي أوراق طرحت أمامها من حيث صحتها من تزويرها فإنها ترجع الأمر لذوي الخبرة حتى يتسنى لها الحكم على بينة.

في المقابل فغنه يمنع على القاضي إحالة الدعوى للخبير لاستطلاع رأيه في مسألة قانونية باعتبار أن إنزال حكم القانون على النزاع هو من صميم وظيفة القاضي .

و إذا حدث و أن عهدت المحكمة للخبير ضمن ما عهدت إليه في مأموريته ببحث مسألة قانونية فإن رأيه في شأنها يقع خارج حدود صلاحيته و لا يجوز التعويل عليه، بحيث لا يستبدل رأي المحكمة في مسألة قانونية برأي الخبير.

و الساعات التي سيقوم فيها بإجراء أعمال الخبرة وفي حالات الاستعجال يرسل هذا الإخطار إلى الخصوم قبل اليوم المحدد بخمسة أيام على الأقل بكتاب موصى عليه بعلم وصول إما إلى موطنهم أو محل إقامتهم أو موطنهم المختار و يثبت الخبير في تقريره أقوال و ملاحظات الخصوم ".

يبدأ عمل الخبير بدعوى الخصوم بخطابات مسجلة ترسل قبل ذلك التاريخ بأيام على الأقل يخبرهم فيها بمكان أو اجتماع و يومه و ساعته و هذا طبقا لما جاء في المادة سالفة الذكر.
وفي حالة الاستعجال يجوز للقاضي أن يخطر الخصوم قبل اليوم المحدد بخمسة أيام على الأقل.

أما إذا كان الخبير قد أنهى عمله تم تراء له أن يستأنفه مرة أخرى، فإنه يجب عليه في هذه الحالة أن يدعو الخصوم للحضور في اليوم الذي يحدده الاستئناف العمل بعد انقطاعه.
وعل الخبير أن يباشر أعماله و لو في غيبة الخصوم متى كانوا دعيو على الوجه الصحيح و لم يحضروا ،يجب عليه أن يباشر بمهمته بنفسه فليس له ، يفوض غيره في القيام بكل أو بعض عمله .

للخبير أن يستعين على القيام بمهمته بما يرى ضرورة له المعلومات الفنية التي يستقيها من مصادرها ولا يلتزم بأداء عمله على وجه محدد متى كان الرأي الذي ينتهي إليه في تقريره هو نتيجة لأبحاثه الشخصية و مادام أنه سيصبح محل مناقشة بين الخصوم و محل التقدير الموضوعي من المحكمة ، فالخبير حر حتى فيما أذنت له المحكمة من مناقشة الشهود أو انتقال تثريب عليه إن هو لم يرد الاستعانة بهذا الإجراء .
كذلك إذا امتنع الخبير عن سماع أقوال بعض الخصوم في الجلسة الختامية فليس في امتناعه هذا أية مخالفة للقانون .
إذ هو غير ملزم بإجابة طلب الخصوم استرساله في أداء المهمة المطلوبة منه أداءها بعد أن يكون قد رأى أنها تمت.

كما أنه لا يجوز لأي هيئة عامة أو مؤسسة عامة أو شركة أن تمتنع بغير مبرر قانوني من اطلاع الخبير على ما يلزم الاطلاع عليه مما يكون لديها من دفاتر أو سجلات أو مستندات أو أوراق تنفيذ للحكم الصادر بندب الخبير .

ثانيا:سلطة المحكمة في الخبرة

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى التقرير الذي يقدمه الخبير وكذلك رد الخبير و أتعابه و المسؤولية التي تقع عليه و ذلك على التوالي .

يقوم الخبير على تنفيذ مهمته بحدود ما كلف به ، يقوم أيضا بتدوين كل الأعمال التي قام بها سواء من حضور الخصوم و مناقشته لهم في حدود اليوم والساعة التي استدعوا فيها كذلك بدون رقم الدعوى و الحكم الذي صدر بندبه و تاريخ اطلاعه على ملف الدعوى . ويسجل كذلك كل ما قدم له من أوراق ثبوتية ، كما يجب أن تضم هذه الوثيقة كل الخطوات التي قام بها سواء كانت مادية أو فنية من(معاينة انتقال ، فحص دفاتر ،اطلاع على السجلات ، تطبيق العقود على الطبيعة .....)

كما يمكن للخبير أن يسمع لشهادة الشهود دون يمين و لكن لا يجوز له أن يستند في تكوين رأيه الشخصي على هذه الشهادة عوضا عن معاينته الشخصية

تنص المادة 49 من قانون الإجراءات المدنية :"تحدد في الحكم القاضي بإجراء الخبرة مهلة للخبير ، يتعين عليه فيها إيداع تقريره الكتابي أو الإدلاء بتقريره الشفوي .

و إذا تعدد الخبراء وجب على كل منهم أن يدلي برأيه المسبب.

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

يوضع التقرير الشفوي بالجلسة، أما إذا كان التقرير كتابيا فإنه يودع بكتابة الضبط للمحكمة و يبلغ للأطراف قبل النداء على الدعوى ".

يقوم القاضي بتحديد مهلة معينة للخبير لأداء مهمته وعند انتهاءه منها يقوم بتحديد أو إعداد تقرير و يقدمه للمحكمة موقعا عليه منه ومتضمنا نتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي استند إليها بإيجاز و دقة و إذا تعدد الخبراء يجب أن يقدموا تقريرا واحدا يذكر فيه رأي كل منهم أسبابه .

وعند اختلاف آراؤهم أن يدلي كل واحد برأيه مسبب.

و يوضع التقرير لدى المحكمة سواء كان كتابي أو شفوي في الجلسة، وللخبير أن يستعين و يسترشد بالخرائط و الرسومات المختلفة و عليه أن يسهل على المحكمة و يوضح لها النتائج التي استخلصها من بحثه و تحليله للمعلومات التي استقاها أثناء مباشرة مهمته .

لم يفرض القانون على الخبير الحضور في الجلسة المحددة لنظر الدعوى بعد إيداعه لتقريره إلا إذا أمرت المحكمة باستدعائه من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم إذا رأت محلا لذلك لاستيضاح نقطة مبهمة في تقريره أو مناقشته في بعض ما جاء فيه إلا أن المحكمة غير ملزمة بالموافقة على طلب الخصم لاستدعاء الخبير لمناقشته ، بل هي صاحبة السلطة في تقدير ما إذا كان هذا الإجراء منتجا أو غير منتج لأثره .

جاء في لمادة 54 من قانون الإجراءات المدنية :"إذا رأى القاضي أن العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير وافية فله أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة و له على الأخص أن يأمر باستكمال التحقيق أو يستدعي الخبير أمامه ليحصل منه على الإيضاحات و المعلومات الضرورية ،و القاضي غير ملزم برأي الخبير".

فالمحكمة أن تعيد المهمة إلى ذات الخبير الذي ندبته ليستوفي بعض الأمور التي أهملها او ليستوفي أمورا جدت في دفاع الخصوم لم تكن محل مناقشة من قبل .

كما يمكن لها أن تعهد بذات المهمة إلى خبير آخر أو أكثر من خبير و لهم أن يستعينوا بمعلومات الخبير السابق.

للمحكمة أن تأخذ بتقرير الخبير كله ، كما لها أن تأخذ ببعض ما جاء به وطرح بعضه إذ هي لا تقضي إلا على أساس ما تطمئن فيه ، و لكي تستند المحكمة إلى تقرير الخبير يجب أن تكون هي التي عينته للقيام بالخبرة في الدعوى التي تنظرها و لا يصح الاحتجاج بهذا التقرير

إلا على ما كان خصما في الدعوى التي تندب فيها الخبير ، ويجب أن يكون التقرير سليما و لا يشوبه البطلان .تقدر المحكمة أتعاب الخبير .

تقول المادة 52 من قانون الإجراءات المدنية :"على الخصم الذي يرغب في رد الخبير الذي عينته المحكمة من تلقاء نفسها أن يقدموا طلب الرد خلال ثمانية أيام تسري من تاريخ تبليغه هذا دون تأخير ".

و أسباب رد الخبراء كثيرة من بينها :

-إذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت من الخصم أو زوجته بعد تعيين الخبير بقصد رده .

-إذا كان وكيلا لأحد الخصوم في أعماله الخاصة أو وصيا عليه أو قيما أو مظنونة وراثته له بعد موته أو كان له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصي أحد الخصوم أو القيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصمة أو بأحد مديريها و كان لها العضو أو المدير مصلحة شخصية في الدعوى .

-إذا كان له أو لزوجته أو أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أولمن يكون هو وكيلا عنه أو وصيا أو قيما عليه مصلحة في الدعوى القائمة .

-غذا كان يعمل عند أحد الخصوم أو كان قد اعتاد مواكلة أحدهم اومساكنته أو كان قد تلقى منه هدية أو كانت بينهما عداوة أو مودة يرجع معها عدم استطاعته أداء مأموريته بغير تحيز.

أما إذا رفض الخبير القيام بالعمل الذي كلف به أو حصل مانع له استبدل بغيره، بموجب أمر يصدر في ذيل طلب تبديله . و الخبير الذي يقبل أداء المهمة ثم لا يقوم بها أو لا ينجز تقريره أو لا يقدمه في الميعاد الذي حدده القاضي، يجوز الحكم عليه بجميع ما أضاعه من المصروفات و إذا اقتضى الأمر يحكم عليه التعويضات ويستبدل به غيره.

هذا ما جاء به المادة 51 من قانون الإجراءات المدنية ، أي أنه تقع على عاتق الخبير مسؤولية في العمل الذي هو منوط بأدائه .

ويعتبر تقرير يضعه الخبير بين يدي القاضي ذو حجية مثلها مثل الأوراق الرسمية بحيث لا يجوز غض النظر على حجية ما أورده الخبير على أنه قام به بنفسه أو عاينه أو سمعه في حدود مهمته إلا بطريق الطعن بالتزوير.

وإذا استدعى الأمر أثناء القيام بأعمال الخبرة ترجمة مكتوبة أو شفوية بوساطة احد المترجمين ، تعين على الخبير أن يختار هذا المترجم من بين المترجمين المعتمدين أو أن يرجع إلى القاضي في ذلك .

*المطلب الثالث: تطبيقات الخبرة و المعاينة في القانون التجاري

الفرع الأول: تطبيقات الخبرة في القانون التجاري

جاء في المادة 53 من القانون التجاري :"إذا قام نزاع في شأن تكوين عقد النقل أو تنفيذه أو طرأ حادث أثناء تنفيذ عقد النقل فيعهد بخبير واحد أو أكثر معينين بأمر صادر عن رئيس المحكمة المختصة بناء على عريضة للقيام بتحقيق و معاينة حالة الأشياء المنقولة أو المراد نقلها وخصوصا إن اقتضى الحال كيفية تنسيقها و وزنها ونوعها ".

نجد أيضا هنا تطبيقات الخبرة في حالة عقد النقل الذي ينشا في نزاع فان الخبرة موجودة بأمر من المحكمة لتحقيق و معاينة الأشياء التي يراد نقلها و يمكن أن يكون أكثر من خبير واحد .

و تنص المادة 54 من القانون التجاري :"يكون الطالب ملزما تحت مسؤولية بأن يوجه دعوى لحضور هذه الخبرية بواسطة رسالة موسى عليها أو برقية ....."

نجد أيضا هنا الخبرة موجودة بطلب من أحد الخصوم .

و تنص المادة 130 من القانون التجاري فقرة 2 :" ..... ويحصل بيع المعدات و البضائع مع المحل التجاري في وقت واحد بالأثمان الأساسية المتميزة أو بأثمان متميزة إن ورد بدفتر الشروط ما يوجب على الراسي عليه المزاد تسليمها بالثمن الذي يقدره الخبراء ...."

في حالة بيع معدات المحل التجاري المثقل بالقيود فيتم ذلك في المزاد العلني و العناصر المراد بيعها تثمن عن طريق الخبراء الذين يتم تعيينهم من أجل تقدير الأثمان لعناصر المحل المراد بيعها .

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

وورد في المادة 137 من القانون التجاري :"إذا لم تحصل مزايدة عد الدائن المزايدة بالزيادة الراسي على المزايد يتعين عليه المزاد أن يتسلم المعدات والبضائع الموجودة بالمحل عند حيازته له بالثمن على أساس الخبرة الرضائية أو قضائية بحضور كل من المشتري المزاد عليه وبائعه و الراسي عليه المزاد .....".

تدخل طبقا لهذه المادة الخبرة سواء كانت رضائية باتفاق الطرفين أو مقررة قضاء لتسوية الأمر و تحديد الثمن المزاد العلني المقام من أجلها .

و جاء في المادة 165 من القانون التجاري :"تكون الأموال المثقلة بناء على هذا القانون و التي يكون فيها البيع متابعا مع عناصر أخرى للمحل التجاري موضوع ثمن أساسي متميز أوسع متميز إذا كان دفتر الشروط يوجب على الراسي عليه المزاد أو يأخذ به حسب رأي الخبير ....".

تجد الخبرة مجالها في البيع في المزاد العلني إذ أن رأي الخبير إجباري في تمييز كل الأشياء و العناصر و كذا الأموال المثقلة في المحل التجاري.

و المادة 187 من القانون التجاري تقول في الفقرة 2:"....غير أنه وخلافا لأحكام الفقرة السابقة يلزم المستأجر بمصادرة الأماكن الخاصة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 178، فور سداد التعويض المؤقت الذي يحدده رئيس المحكمة الذي يبت في القضية و ذلك بناء على الخبرة التي يكون سبق أن أمر بها وفقا للأوضاع المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 194 ....."

و تنص الفقرة 2 من المادة 194 من القانون التجاري :".....غير أنه إذا طالب المستأجر بتعويض الإخلاء جاز للطرف الذي يهمه التعجيل أن يتم دعواه أمام رئيس المحكمة الناظرة في القضايا المستعجلة ليأمر بإجراءات الخبرة اللازمة و ذلك قبل انتهاء الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة ....".

طبقا للمادة 187 فإن الخبرة تكون مطلوبة في حالة طلب التعويض الذي يكون مرفوق لمغادرة المستأجر للمحل المؤجر في حالة الإيجار .

و أيضا المادة 194 فإنها محددة للخبرة التي يطلبها الخصم من المحكمة لكي يطلب التعويض عن الإخلاء.

و جاء في المادة 195 من القانون التجاري فقرة 3:".....يجوز لرئيس المحكمة أن يكلف الخبراء بالبحث عن كل عناصر تقدير التي من شأنها أن تحدد بإنصاف شروط الإيجار الجديد....."، نجد هنا أنه في حالة تجديد الإيجار التجاري فإنه يقوم رئيس المحكمة بتكليف خبير لتقدير هذا التجديد و إعطاءه حوصلة جديدة على الشيء المراد إيجاره.

وهناك عدة تطبيقات للخبرة في مجال القانون التجاري.

الفرع الثاني: تطبيقات المعاينة في القانون التجاري

تنص المادة 17 من القانون التجاري :"يجوز للقضاة أن يوجهوا إنابة قضائية لدى المحكمة التي توجد فيها الدفاتر أو يعينون قاضيا للإطلاع عليها و تحرير محضر بمحتواه و إرساله إلى المحكمة المختصة بالدعوى و ذلك في حالة العرض بتقديم أو طلب تقديمها أو الأمر إذا كانت هذه الدفاتر موجودة في أماكن بعيدة عن المحكمة المختصة ".

أي أنه في حالة تقديم الدفاتر التجارية في الدعوى كدليل و تكون هذه الأخيرة بعيدة عن مكان وجود المحكمة فإن القاضي يقوم بندب قاضي في المحكمة الموجودة فيها الدفاتر للإطلاع عليها و تقديم تقريره لكي يستطيع السير في الدعوى الموجودة أمامه أي أنه يقوم بمعاينة هذه الدفاتر

وتنص المادة 33 من القانون التجاري :"إذا لم يتم الدفع في الاستحقاق ، جاز للدائن خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ عاد حاصل للمدين أو الكفيل العيني من الغير إذا كان له محل أن يشرع في البيع العلني للأشياء المرهونة و يجوز لرئيس المحكمة بناء على طلب الأطراف أن يعين عونا للدولة مختصا للقيم بهذا العمل ".

يتضح لنا أن القاضي يقوم بتعيين العون المختص لمعاينة الأشياء المرهونة والقيام ببيعها علنيا .

وتقول المادة 221 من القانون التجاري :"لرئيس المحكمة أن يأمر بكل إجراءات التحقيق لتلقي جميع المعلومات عن وضعية المدين و تصرفاته " ، من بين هذه الإجراءات تخصيص شخص لمعاينة ممتلكات المدين لمعرفة وضعية الحقيقة . و تنص المادة 235 من القانون التجاري:"يعين القاضي المنتدب، في بدء كل سنة قضائية بأمر من رئيس المجلس القضائي بناء على اقتراح رئيس المحكمة و يكون القاضي المنتدب مكلفا بنوع خاص بأن يلاحظ و يراقب أعمال و إدارة التفليسة أو التسوية القضائية.

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

فيجمع كافة عناصر المعلومات التي يراها مجدية و له بنوع خاص سماع المدين المفلس أو المقبول في التسوية القضائية و منسوبية و مستخدميه و دائنيه أو أي شخص آخر .

يقدم القاضي المنتدب للمحكمة وجوبا تقريرا لجميع النزاعات الناجمة عن التسوية القضائية أو الإفلاس "

نجد هنا أن القاضي المنتدب يعين من طرف المجلس القضائي لمعاينة أعمال غدارة التفليسة و إعطاء تقريرا شاملا بجميع هذه الأعمال.

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

الخـــاتمـــة:

الأصل في أعمال الإنسان أنها مدينة، وأن التجارية طائرة عليها على ذلك فإن من يدعي أن العمل المتنازع عليه تجاري عليه إثبات هذه الصفة.وأن من يدعي العمل مدني عليه إثبات مدنيته. ومادام أن الأصل في الأعمال أنها مدنية أن تكون القاعدة أن يكلف من يدعي أنها تجارية إثبات هذه الصفة، فإن عجز اعتبرت مدنية و لم يكلف الآخر بشيء و يستثنى من أصل كون الأعمال المدنية الأعمال التي تصدر من التجار فان المشرع يفترض فيها أنها تجارية ما لم يثبت العكس .

و في هذه الحالة يكفي من يريد إثبات العمل تجاري أن يثبت أنه صدر من تاجر و إذا أراد التاجر أن يحرم خصمه من الاستفادة من سهولة طرق الإثبات في المسائل التجارية فعليه هو أن يثبت أن عمله لا علاقة له بتجارته أو أنه عمل مدني بطبيعته.

و يبنى على ذلك أن من كان العمل تجاري بالنسبة له يجوز إثبات ضده بكافة الطرق ، ومن يقع عليه إثبات تجارية العمل له أن يثبتها بكافة طرق الإثبات المقررة في المسائل التجارية ، فان كان العمل مدنيا فانه يخضع للأحكام المدنية و إن كان تاجرا فلا حكام التجارية و منها الإثبات بالبينة في ما زاد عن 100.000 دج .

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

قائمة المراجع:

-القران الكريم عن رواية ورش

النصوص القانونية:

الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 1975/09/26 و المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم 07/80 المؤرخ في 09 أوت 1980 و القانون رقم 01/83 المؤرخ في 29 يناير 1983، و القانون رقم 21/84 المؤرخ في 24ديسمبر 1984 و القانون 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988 و القانون رقم 01/89 المؤرخ في 07 فيفري 1989 و القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005

2 – الأمر رقم – 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم بالقانون رقم 20/87 المؤرخ في 23ديسمبر 1987 المتضمن قانون المالية لسنة 1988 و المرسوم التشريعي رقم 08/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 والأمر رقم 23/96 المؤرخ في 09 جويلية 1996 و الأمر رقم 27/96 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996.

3 – الأمر رقم : 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم بالأمر رقم 67/67 المؤرخ في 26 أفريل و الأمر رقم 77/67 المؤرخ في 18 سبتمبر 1969،و الأمر رقم 80/71 المؤرخ في 29ديسمبر 1971 والأمر رقم 44/75 المؤرخ في 17جوان 1975 و القانون رقم 01/86 المؤرخ في 28 يناير 1986 و القانون رقم 04/88 المؤرخ في 12 يناير 1988 والقانون رقم 23/90 المؤرخ في 18 أوت 1990 و المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 ابريل 1993 ، والقانون رقم 05/01 المؤرخ في 22 ماي 2001 .

4–الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر المتضمن تنظيم التوثيق.

5–الأمر رقم 27/88 المؤرخ في 1988/07/12 المنظم للتوثيق .

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

الكتـــــب

01- الدكتور عبد الرزاق السنهوري :الوسيط في شرح القانون المدني الجديد

–نظرية الالتزام بوجه عام – الإثبات – أثار الالتزام.

02- الدكتور محمد حسنين:الوجيز في نظرية الحق في وجه عام المؤسسة الوطنية للكتاب

03- الدكتور محمد حسن قاسم: الإثبات في المواد المدنية و التجارية

الدار الجامعية للطباعة و النشر

04- الدكتور محمد شتى أبو سعد: الإثبات في المواد المدنية والتجارية و الشرعية

"المجلد الثاني" دار الفكر العربي

05- الدكتور محمد :فريد وجدي دائرة معارف القرن العشرين

"المجلد الثاني " دار المعرف– بيروت –

06- الدكتور زهدور محمد : الموجز في الطرق المدنية للإثبات و التشريع الجزائري

وفق آخر التعديلات الطبعة 1991.

07- الدكتور احمد أبو الوفا :الإثبات في المواد المدنية و التجارية .

الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت1983

08- الدكتور أنور سلطان : الإثبات في المواد المدنية و التجارية .

(دراسة في القانونين المصري و اللبناني)

الدار الجامعية للطباعة و النشر،بيروت 1984

09- الدكتور بوبشير محند أمقران : قانون الإجراءات المدنية .

دار المطبوعات الجامعية، الجزائر 1998.

10- الدكتور عبد الحميد الشواربي : التعليق الموضوعي على قانون الإثبات .

11- الدكتور حمدي باشا عمر:القضاء التجاري

دار العلوم والتوزيع .

12- الدكتور عادل حسن علي: الإثبات في المواد المدنية و التجارية.

زهراء الشرق، 1996

13- الدكتور الغوتي بن ملحة : التنظيم القضائي الجزائري

دار المطبوعات الجامعية، الجزائر 1995.

14- الدكتور نبيل إبراهيم سعد : أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية .

(على ضوء الفقه والقضاء) .

15- الدكتور هماه محمد محمود زهران : أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية.

دار الجامعة الجديدة للنشر 2002 .

الدوريات :

1-المجلة القضائية، العدد 2، السنة 1989.

2-المجلة القضائية، العدد 4، السنة 1989.

أدلـــة الاثبـــات في المـــواد التجـــاريـــة

الفهرس

مقدمـــــــة

الفصل التمهيدي: النظرية العامة للإثبات

المبحث الأول: تعريف الإثبات.....

المطلب الأول:الإثبات لغة.....

المطلب الثاني:الإثبات القانوني.....

المطلب الثالث:الإثبات القضائي.....

المطلب الرابع:الإثبات في الشريعة الإسلامية.....

المطلب الخامس:أهمية الإثبات.....

المبحث الثاني: مسائل الإثبات.....

المطلب الأول:محل الإثبات.....

المطلب الثاني:مبدأ حياد القاضي.....

المطلب الثالث :عبئ الإثبات.....

المطلب الرابع: الحق في الإثبات.....

الفصل الأول: الطرق المباشرة للإثبات.....

المبحث الأول: الكتابة.....

المطلب الأول: الأوراق الرسمية.....

الفرع الأول:حجتها .....

الفرع الثاني:قوتها التنفيذية.....

المطلب الثاني:الأوراق العرفية.....

الفرع الأول:حجتها.....

الفرع الثاني:قوتها التنفيذية.....

المطلب الثالث:تطبيقات الكتابة في المعاملات التجارية.....

المبحث الثاني:الإقرار.....

المطلب الأول: الإقرار القضائي.....

الفرع الأول: أحكام الإقرار القضائي.....

الفرع الثاني: أثارها.....

المطلب الثاني: الإقرار غير القضائي.....

الفرع الأول: تمييز الإقرار القضائي عن الإقرار غير القضائي.....

الفرع الثاني: حجية الإقرار غير القضائي.....

المطلب الثالث: تطبيقات الإقرار في المعاملات التجارية.....
المبحث الثالث: اليمنى الحاسمة.....
المطلب الأول: المقصود بها.....
الفرع الأول: تعريفها .....
الفرع الثاني:شروطها.....
المطلب الثاني: أثارها وحجيته.....
الفرع الأول: أثارها.....
الفرع الثاني: حجيتها.....
المطلب الثالث: تطبيقات اليمنى الحاسمة في المعاملات التجارية.....
الفصل الثاني: الطرق غير المباشرة للإثبات.....
المبحث الأول:البينة.....
المطلب الأول: تعريفها.....
الفرع الأول:المقصود بالشهادة.....
الفرع الثاني :إجراءاتها.....
المطلب الثاني:حالات الشهادة.....
الفرع الأول: حالات الإثبات بالشهادة أصلا.....
الفرع الثاني:حالات الإثبات بالشهادة استثناءا.....
المطلب الثالث: تطبيقات البينة في المعاملات التجارية.....
المبحث الثاني: اليمنى المتممة.....
المطلب الأول:تعريفها و أثارها.....
الفرع الأول:المقصود بها .....
الفرع الثاني: شروطها.....
الفرع الثالث:أثارها.....
المطلب الثاني:تطبيقات اليمن المتممة في المعاملات التجارية.....
المبحث الثالث :القرائن.....
المطلب الأول: تعريفها و أنواعها.....
الفرع الأول :تعريفها.....
الفرع الثاني: أنواعها.....
الفرع الثالث:حجية الشيء المقضي فيه.....
المطلب الثاني :تطبيقات القرائن في المعاملات التجارية.....
المبحث الرابع:المعاينة و الخبرة.....
المطلب الأول:المعاينة .....

الفرع الأول: قواعد و إجراءات المعاينة.....
الفرع الثاني: أثار المعاينة.....
المطلب الثاني: الخبرة.....
الفرع الأول: تعريفها.....
الفرع الثاني :إجراءاتها.....
المطلب الثالث: تطبيقات الخبرة و المعاينة في المعاملات التجارية.....
الفرع الأول:تطبيقات الخبرة في المعاملات التجارية.....
الفرع الثاني:تطبيقات المعاينة في المعاملات التجارية.....

خـــاتمة .....
قائمـــة المراجـــع .....
الفهـــــرس