جامـــــعة وهـران 2

محمد بن أحمد

كلية الحقـوق والعـــلوم السيـــاســيـة

قسم الحقـــوق

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم شعبة الحقوق تخصص القانون الخاص

سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات في المواد المدنية والتجارية

من اعداد الطالب:

حسيان رضا

اشراف:

أ. العربي شحط عبد القادر

لجنة المناقشة

الأستاذ فاصلة عبد اللطيف، أستاذ ، جامعة وهران 2 .....رئيسا

الأستاذ العربي شحط عبد القادر، أستاذ ، جامعة وهران 2 .....مشرفا ومناقشا

الأستاذ سليماني عبد الغني، أستاذ محاضر(أ)، جامعة وهران2 .....عضوا مناقشا

الأستاذ مزيان محمد أمين ،أستاذ ،جامعة مستغانم.....عضوا مناقشا

الأستاذ بن قربة عبد الحفيظ، أستاذ محاضر(أ) ، جامعة بشار.....عضوا مناقشا

الأستاذ صانف عبد الإله شكري،أستاذ محاضر(أ)،جامعة عين تموشنت.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2025/2024

بسم الله الرحمن الرحيم

" يَا أيُهَا الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيرا "

صدق الله العظيم

سورة النساء الآية: 135

إهداء

أهدي هذه الأطروحة إلى روح والدي العزيز رحمه الله وأسكنه فسيح جناته

وإلى والدتي رمز العطاء والجود والمثابرة والتي تعبت وسهرت معي الليالي والتي لم تبخلني من الدعاء في سبيل إخراج هذا العمل حيز الوجود

كما أهدي هذا العمل إلى رفيقة دربي وشريكة حياتي، التي كانت خير معين لي في دراستي وحياتي، زوجتي الغالية .

وإلى ابنتي قرة عيني هبة التي غيرت حياتي يحفظها الله ويجعلها من أهل القرآن وخاصته.

إلى هؤلاء جميعا أقدم هذا الجهد المتواضع امتنانا وعرفانا.

شكر وعرفان

يقتضي واجب الوفاء والعرفان بالجميل أن أتقدم بعظيم الشكر وخالص التقدير إلى جامعة وهران2 ممثلة بجميع إطاراتها، من مدير الجامعة وعمداء الكليات، وكل موظفي الجامعة، وأخص بالذكر موظفي المكتبة.

كما أخص بالذكر الأستاذ الدكتور العربي شحط عبد القادر الذي تفضل منذ البداية بقبول الإشراف على هذه الرسالة وأدين له بكل المحبة والإجلال بما تفضل به عليا من نصائح وتوجيهات قيمة، وبما منحني من وقته وجهده، فقد كان له بالغ الأثر في إظهار هذه الرسالة، كما أنه لم يدخر جهدا لإثراء هذا العمل طيلة فترة إعداده، ولم يبخل بعلمه، أسأل الله أن يجزيه عن كل منتفع بالعلم خير الجزاء وأن يمنحه الصحة والعافية.

وأتقدم بالشكر والعرفان لأعضاء لجنة المناقشة كل باسمه ومقامه فقد تفضلوا بالإشراف على مناقشة هذه الرسالة بصدر رحب ونفس راضية، وتكبدوا في إثرائها ومناقشة محتواها كل العناء بصبر وثبات، فالله أسأل أن يغنيهم من فضله ويعينهم على خدمة العلم وطلبته.

ولا يفوتني أن أشكر كل الأساتذة الذين قدموا لي المساعدة والمساندة عند إنجازي لهذا العمل.

قائمـــة المختصـــرات

أولا: باللغة العربية

- ج.ر: الجريدة الرسمية
- ج: جزء
- د.ج: الدينار الجزائري
- س: سنة
- ص: الصفحة
- ص ص: من صفحة إلى صفحة
- ط: طبعة
- م: مجلد
- ق.إ.م.إ: قانون الاجراءات المدنية والادارية
- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري
- ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري
- ق.ع.ح: قانون العقوبات الجزائري
- ق: قضائية
- ق إ م: قانون الإثبات المصري
- ق. إ. ع : قانون الإثبات العراقي

ثانيا : باللغة الفرنسية

Art : Article-

c.c ; code civil
c.p.c :code de procédure civil-
ch : Chambre-
D :Dalloz-
R.D :RECEUIL Dalloz-
Ed : Edition
.Gaz .pal : Gazette du palais
Jurisp :Jurisprudence
N : Numéro
.Obs :Observations-
.Op-cit : Ouvrage précité-
P :Page-
-T : Tome
.V : voir -

المقدمة

إن المجتمعات الحديثة تمنع على الشخص أن يقتضي حقه بنفسه حتى لا تسود الفوضى في المجتمع ويصبح القوي يأكل الضعيف، بل لا بد على كل مدع بحق أن يلجا إلى السلطة القضائية لتوصله بالحق المفقود أو المتنازع فيه ولا تستجيب له السلطة القضائية إلا إذا أقام الدليل على وجود هذا الحق لأن الكثير من المتقاضين يخسرون دعاواهم ويفتقدون بالتالي حقوقهم لأنهم لم يستطيعوا تقديم الدليل الذي يطلبه القانون لإثبات حقوقهم ولذلك يقال" إن الحق مجردا من الدليل يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء من الناحية القانونية"[1].

ومسألة الإثبات من أهم المسائل في كافة مراحل الخصومة بل تكاد تكون جوهرها ذلك أن الحق الموضوعي يتجرد من قيمته إذا لم يقم الدليل عليه، فالدليل يعتبر الأداة الضرورية التي يثبت بها مدعي الحق صدق ادعائه ن إذ من يدعي حقا يتعين عليه تقديم الأدلة والمستندات التي تبرهن على وجود هذا الحق[2].

وللإثبات القضائي أهمية بالغة من الناحية العملية وذلك لارتباطه الوثيق بقاعدة عدم جواز اقتضاء الشخص حقه بنفسه، فالذي يدعي حقا عليه أن يلجا إلى القضاء لتمكينه من هذا الحق والاعتراف له به فإن ذلك يقتضي من صاحب الحق أن يقنع القاضي بوجود الحق الذي ينازعه فيه غيره وذلك بإقامة الدليل على هذا الحق أو بالأحرى المصدر المنشئ لهذا الحق وإلا فقد الحق كل قيمة له فالإثبات وإن لم يكن ركنا من أركان الحق ولا شرطا من شروط نشوئه إلا أنه من الناحية العملية هو الذي يؤكد ويدعم وجوده.

إن أهمية الإثبات لا تقتصر على الحقوق المالية وحدها، بل تمتد لتشمل سائر أنواع الحقوق، مما يجعل الإثبات يحتل مكانة هامة ليس في القانون المدني وحده بل في سائر فروع القانون الأخرى.

وتوخيا في أن يكون هذا الفصل بما يحقق العدالة ويحافظ على استقرار المعاملات والحقوق المكتسبة فإن مختلف التشريعات أفردت ضمن قوانينها ما يخول للقاضي سواء من تلقاء نفسه أو بناءا على طلب أطراف الدعوى على اتخاذ مجموعة من الإجراءات تجعل من حكمه في الدعوى مبنيا على أسس قانونية وواقعية بما يجعل من الحقيقة القضائية التي توصل إليها قريبة من الحقيقة الواقعية إن لم تكن مطابقة لها.

---

[1] عبد الرزاق احمد الصنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات، أثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 18

[2] ياحي سامية، الاثبات بالقرائن في المواد المدنية، مذكرة ماجيستر في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية بن عكنون، سنة 2011-2012، ص1

ولقد اختلفت التشريعات الوضعية في تحديد موضوع الإثبات فانقسمت إلى نظم ثلاثة فمنها من يغلب الطابع الإجرائي لقواعد الإثبات على طابعها الموضوعي فيضع هذه القواعد في قانون المرافعات كما هو الشأن في القانون الألماني والسويسري واللبناني، وهناك من وزع قواعد الإثبات بين القانون المدني وقانون المرافعات كما هو الشأن في القانون الجزائري والفرنسي، أما الفريق الثالث اختار الجمع بين القواعد الموضوعية والإجرائية في قانون موحد مثل القانون المصري والسوري.

ولقد كانت غاية المشرع الجزائري من وضعه لقواعد إجرائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتمثل في تنظيم الإطار الذي يتم خلاله تهيئة القضية للحكم فضبط نمطا معينا للإثبات كما أقر جملة من المبادئ العامة التي لا بد أن تسير عليها الخصومة من بينها مبدأ الوجاهية بين الخصوم واحترام حقوق الدفاع ومبدأ الحياد والكشف على الحقيقة وغيرها، وبالتالي فقد سعى المشرع الجزائري إلى وضع نظام متكامل للإثبات يحدد فيه دور كل من القاضي والخصوم أثناء مرحلة تحقيق الدعوى، ومواكبة لما ذهبت إليه التشريعات الإجرائية الحديثة.

أخذ المشرع بهذه الأفكار الحديثة المتطورة وكرسها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 كونه يهدف بالدرجة الأولى إلى الحد من النزاعات القضائية وتقليص آجالها مع مراعاة المبادئ الأساسية للقضاء والتي تمثل ضمان محاكمة عادلة في إطار احترام حقوق الدفاع أهمها، وكان لا بد من التخلي عن الدور التقليدي للقاضي المتميز بالحياد السلبي الذي يسمح له بأكثر من أن يكون قاضيا متلقيا، والانتقال إلى مرحلة القاضي الإيجابي الذي يكمن دوره أساسا في البحث عن الحقيقة الموضوعية وايصال الحقوق خالصة لأصحابها.[1]

وبالتالي يمكن القول إن دور القاضي في الخصومة هو من أهم المسائل التي جسدت جدية التعديلات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد قام المشرع بالتوسيع من سلطة القاضي المدني في إدارة حركة الخصومة المدنية لإخراجه من ثوبه السلبي فيصبح له دورا فاعلا ووازنا ضمانا للسير الحسن للخصومة وذلك حتى يتمكن من بسط رقابته الكاملة منعا لأي حيل يلجأ إليها الخصوم لإطالة أمد النزاع مما يؤدي إلى سرعة الفصل في الخصومة والحد من تراكم القضايا وتكدسها.

ونظرا للأهمية العملية لسلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات للبحث عن الحقيقة القضائية فقد رأينا أن نجعلها موضوع بحثنا لاسيما أن السلطة التي يتمتع بها القاضي المدني في إجراءات التحقيق تقييدا واطلاقا سواء من حيث الأمر بها أو من حيث تقدير الدليل الناتج عنه إذ سلكت التشريعات في ذلك مذاهب عدة سواء بتقييد سلطة القاضي كأن يضع له طرق الحصول على الدليل أو التحقيق فيه على سبيل الحصر دونما أي سلطة تقديرية له ، كما تبين له قوة كل دليل ، وإما بإطلاق يده في

[1] لمياء حمدادو، سلطة القاضي في تسيير إجراءات الخصومة المدنية، مذكرة ماجيستير فرع العقود والمسؤولية، سنة، 2013-2014، ص4

البحث عن الحقيقة بأي وسيلة يراها مناسبة وإعطاء الدليل المتحصل عليه القوة التي يقدرها ، ولا شك في أن المذهبين السابقين فيهما تطرف من جهة معينة ولذلك فقد سلكت بعض التشريعات مسلكا وسطا حاولت من خلاله الأخذ بمزايا المذهبين السابقين مع تحاشي ما فيهما من عيوب.

إن موضوع السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات لم يأخذ حظه في الدراسة المعمقة في القانون الجزائري، وإنما جاء التطرق له في مؤلفات عامة وبشكل مقتضب دون أن تتم الإحاطة بأهم المشكلات العملية التي يثيرها لذلك دفع بنا إلى التركيز على سلطة القاضي في تقييم أدلة الإثبات، وتفعيل دوره أثناء مرحلة توجيه سير إجراءات الخصومة، وتوزيع عبء الإثبات بين الخصوم دون التجاوز أو المساس بمبدأ حياد القاضي فيما إذا كان إيجابيا أو سلبيا عند النظر في النزاع طبقا للسلطة الممنوحة له.

وأمام الاعتراف للقاضي بدور فعال وايجابي في الخصومة المدنية وسيرها وذلك نظرا للاتجاه الحديث فإن القانون أجاز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بأي إجراء من إجراءات الإثبات كأن تأمر بحضور الأطراف للاستجواب وفي سماع من ترى فائدة في سماعه من الشهود أو بإجراء تحقيق أو معاينة أو خبرة إلى غير ذلك من سلطة اتخاذ أي اجراء من إجراءات الإثبات وتباشر المحكمة هذه الحالة سلطة تقديرية بلا معقب عليها من المحكمة العليا إذا أرادت عدم استعمالها.[1]

ونظرا لأهمية استقلال القضاء شرعت الشريعة الغراء قواعد وسبلا للوصول إلى الغاية التي من أجلها شرع القضاء ومنحت للقاضي سلطة تقديرية في سبيل ذلك، وتطبيق هذه القواعد الأصلية يحتاج لقضاء مستقل يبعث فيها الفعالية ويضفي عليها طابع الإلزام ويقف في وجه كل معترض عليها أو يتمرد عن تطبيقها، لذلك أقرت الشريعة مبدا استقلال القضاء إذ لا عدل دون قضاء و لا قضاء دون حيدة ولا حيدة دون استقلال.[2]

ويظهر مما سبق أن فكرة السلطة التقديرية أصبحت في التشريعات الحديثة أمرا مسلما به بل أنه حتى في الأحوال التي توجد فيها اعتراف صريح من المشرع بهذه السلطة فإننا لا نتردد في الاعتراف له بها، و السبب في ذلك يرجع إلى طبيعة وظيفة القاضي الذي يجب عليه أن يحكم طبقا للقانون غير أن إرادته عند مباشرته لوظيفته ليست منعدمة لأن القول بانعدام إرادة القاضي يؤدي حتما إلى انعدام السلطة القضائية ذاتها أو إن صح التعبير تحولها إلى سلطة تحكيمية ، إضافة إلى ذلك فإن

---

[1] فاطمة الزهراء تبوب المولودة رابحي، السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات المدني، مذكرة ماجيستير في العقود والمسؤولية 1996-1997، ص2.

[2] محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس، النشر والتوزيع الأردن الطبعة الأولى 2007 ص525.

وظيفة القاضي بدون هذه السلطة تصبح شبيهة كالآلة الميكانيكية، وبالتالي فإن هاته السلطة لا يمكن للقاضي أن يتنازل عنها.[1]

وإذا كان استقلال السلطة القضائية المطلب المسلم به لضمان حياد القاضي فقد اقترن بمطلب آخر لتحديد الغاية نفسها ألا وهو تشديد المسؤولية القضائية.[2]

ومن ذلك يظهر أن السلطة التقديرية للقاضي توجد قائمة مع السلطة القضائية ومما لا شك فيه أن القاضي المدني يعمل باستمرار سلطته التقديرية في طرق وأدلة الإثبات التي تعتبر ذلك النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الوقائع المطروحة عليه فسلطته إزاءها قد تكون مقيدة أو تقديرية، فتكون مقيدة عندما توجد شروط معينة لمباشرتها وتكون تقديرية حينما يترك المشرع مجالا حرا للتقدير.

إن القول بتقرير مبدأ استقلال القضاء لا يعني انعدام الرقابة على القاضي في أعماله وأحكامه لأن القاضي نائب ووكيل عن الخليفة ولهذا الأخير ولقاضي القضاة تصفح أحكام القاضي ومراقبته للاطمئنان على سير عملهم وفق القواعد والضوابط المشروعة[3]، والسلطة التقديرية تجد أساسها الشكلي في جميع الحالات التي يخول فيها القانون للقاضي حرية التقدير خلال قيامه بالاستدلال وإعمال أدلة الإثبات وإن عدم الرقابة القضائية ليست سببا لقيام السلطة التقديرية ولكن نتيجة التسليم بها.

إذا كانت السلطة التقديرية هي جوهر العمل القضائي فإن فقدان القضاء لاستقلاله تفريغ للسلطة التقديرية من مضمونها وطعن في الأحكام الصادرة عن النشاط التقديري للقاضي وكل اخلال بمبدأ استقلال القضاء يؤدي حتما للمساس بجلال القضاء وهيبته وأي تدخل غير مبرر من أية جهة وباي شأن من شؤون القضاء سيؤدي للإخلال بميزان العدل والإنصاف[4].

إن الغاية الأساسية من اللجوء إلى المحاكم لا تتمثل في مجرد استصدار حكم لإنهاء الخصومة باي طريقة كانت بل إن مصلحة المتقاضي ان يصدر لفائدته حكما عادلا ضمن له الحصول على حقوقه، كما أن المصلحة العامة تقتضي أن تسوى جميع النزاعات طبقا للقانون وقواعد العدل والإنصاف، إلا أن استصدار أحكام عامة يقتضي أن يكون اقتناع القاضي مبنيا على بينة ولذلك لابد أن تتوفر لديه الحجج والمؤيدات الكافية لتوضيح جميع عناصر الدعوى.

---

[1] فاطمة الزهراء تبوب، المرجع السابق، ص2.

[2] رامي الحاج، مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 2008 منشورات الحلبي الحقوقية، ص15.

[3] محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 528.

[4] محمود محمد ناصر بركات، نفس المرجع، ص529 .

ومن هنا تبرز أهمية الإثبات باعتبارها من أكثر النظريات القانونية تطبيقا في المجال العلمي بل هي النظرية التي لا ينقطع القضاء عن تطبيقها فالقاضي لا يبث في أي نزاع قبل ن يتفحص اثبات الدعوى وإنزال إرادة المشرع بتطبيق النموذج القانوني من القواعد القانونية على وقائع النزاع المثارة أمامه.

ويتميز الإثبات القضائي بأهمية كبيرة فهو يؤكد وجود الحقوق وحجيتها لأنه مرتبط بالحق ويعد الإثبات القضائي من أهم ما يشغل القاضي في عمله الذي يهدف إلى استقرار الحقوق وتأمين العدل لأن الإنسان لا يستطيع اقتضاء حقه بنفسه وإنما عليه الاستعانة بالقضاء وعليه العمل لإقناع القاضي عن طريق أدلة الإثبات التي يقدمها.[1]

إن القاضي المدني مقيد وملزم ببعض أدلة الإثبات كالسند الرسمي والإقرار في حين يملك سلطة تقديرية واسعة بالنسبة للشهادة مثلا وليس للخصوم اللجوء إلى طريق للإثبات لم يرسمه له القانون[2]

ولأن نظرية الإثبات ترتبط بكل فروع القانون إذ يمكن تطبيقها على مصادر الحق كافة سواء الحقوق الشخصية أو الحقوق العينية، ونظرا لما لنظرية الإثبات من أهمية بالغة وعلى مصير الدعوى فقد زاد اهتمام الفقه لها في جميع فروع القانون.

وبناء على ذلك نخلص إلى أن إثبات الحق بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها ويتعلق الأمر هنا بالإثبات القضائي، فهذا الأخير مقيد في طرقه وقيمة كل طريق منها، فمحل الإثبات إذن ليس هو الحق المدعى به وإنما هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق أو هذا الأثر ، فالعمل غير المشروع واقعة مادية يرتب القانون عليها التزاما بالتعويض، و العقد تصرف قانوني يرتب عليه القانون أثرا فالواقعة القانونية هنا هي التي تكون محلا للإثبات وليس الأثر الذي يترتب عليها[3].

وللإثبات طرق ووسائل يلجأ إليها الخصوم لإقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدعونها وتنقسم من حيث قوتها في الإثبات إلى طرق ذات قوة مطلقة كالأدلة الكتابية وطرق ذات قوة محدودة كالشهادة والقرائن القضائية والمعاينة والخبرة وإلى طرق معفية من الإثبات وهي الإقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية.[4]

---

[1] عصمت عبد المجيد بكر، أصول الإثبات، دراسة في ضوء أحكام قانون الإثبات العراقي والتشريعات المقارنة، الطبعة الأولى، 2012، عمان، إثراء للنشر والتوزيع، 2012، ص13.

[2] عصمت عبد المجيد بكر، نفس المرجع، ص13.

[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.15

[4] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 16.

إن مرحلة الإثبات القضائي تستلزم بالضرورة نشاطا من الخصوم وممثليهم والقضاة وأعوان القضاء، فالادعاء بالوقائع هو عبء اجرائي يقع على عاتق الخصوم إذ يتعين عليهم تقديم الأدلة والبراهين على صدق دعواهم فلا يكفي الادعاء بواقعة قانونية ليطبق عليها القاضي حكم القانون بل لابد من إثبات هذه الوقائع المدعى بها ثم يأتي عمل القاضي في إنزال إرادة المشرع بتطبيق النموذج القانوني من القواعد القانونية على وقائع النزاع المثارة أمامه.[1]

نظرا للأهمية العملية لسلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات للبحث عن الحقيقة القضائية ولكون أنه يعرض على القاضي أدلة معينة حددها القانون يحاول بها كل خصم إثبات أنه على حق وأن دعواه صحيحة، فإنه يترك له تقدير إثبات واقعة معينة والذي له تقدير توافر الشروط اللازمة لذلك دون رقابة عليه من محكمة التمييز إلا فيما يتعلق بكون الواقعة جائزة الإثبات وتبعا لذلك يجوز له أن يمنح الإذن بالإثبات المطلوب أو يرفضه.[2]

وانطلاقا من هذا فإن لمعرفة سلطة القاضي المدني في تقدير الدليل وفي إجراءات التحقيق في الدعوى أهمية عملية وعلمية خاصة وأنه يقع على القاضي مهمة البحث عن الحلول لما يطرح عليه من قضايا في إطار القانون، فعليه بالإضافة إلى وجوب احترامه شروط الأمر بإجراء التحقيق عليه أيضا إعطاء الدليل المتحصل عليه من إجراء التحقيق القيمة التي منحها له القانون.

ومن أسباب اختيارنا لهذا الموضوع هو أن للإثبات أهمية كبيرة من الناحية العملية فهو الوسيلة الأكيدة التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم إذ لا قيمة للحق ما لم تتوافر الوسيلة لإثباته عند المنازعة فيه ، بالإضافة إلى هذا فهي دراسة عملية تطبيقية ينصب التركيز فيها على العمل القضائي باعتبار أن القضاء هو المحرك و المفعل لقواعد القانون الجامدة خاصة أمام الحرية الواسعة التي يتمتع بها القاضي أثناء مرحلة سير إجراءات الخصومة ، وهذا نستشفه من خلال ما جاء به قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 المؤرخ في 2009/02/23 الذي كرس مفاهيما جديدة وغير من دور القاضي في النزاع إذ خرج من سلبيته ولم يعد هناك حاجزا أمامه للبحث في النزاع و كشف الحقيقة ، أين أضفى عليه المشرع كثيرا من الإيجابية فيما يتعلق بمجال الإثبات وحياد القاضي في مجال الخصومة المدنية يقتضي منه أن يمكن الخصوم من الإثبات و مناقشة الأدلة المقدمة في القضية ، وأنه يهدف بالدرجة الأولى إلى الحد من النزاعات القضائية و تقليص آجالها مع مراعاة المبادئ الأساسية للقضاء والتي يمثل ضمان محاكمة عادلة في إطار احترام حقوق الدفاع أهمها ، كان لابد من التخلي عن الدور التقليدي للقاضي المتميز بالحياد السلبي الذي لا يسمح له بأكثر من

---

[1] قروف موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، أطروحة دكتوراه في العلوم فرع قانون الأعمال، سنة، 2013-2014

[2] محمد علي خليل الطعاني، سلطة القاضي في تسيير إجراءات الخصومة المدنية، دراسة مقارنة، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، سنة 2009، طبعة01، ص143

أن يكون قاضيا متلقيا، والانتقال إلى مرحلة القاضي الإيجابي الذي يكمن دوره أساسا في البحث عن الحقيقة الموضوعية وإيصال الحقوق خالصة لأصحابها.[1]

إن سلطة القاضي تكمن في تقدير قيمة ما يعرض عليه من الأدلة فتوجد من الأدلة ما يستقل وحده بتقدير ما يمكن تصديقه منها وما ينبغي طرحه كما هو الحال بالنسبة للبينة والقرائن القضائية، غير أن هناك أدلة معينة يفقد أثناءها القاضي سلطاته التقديرية في الاقتناع ويصبح ملزما على الأخذ بها وهي أدلة الإثبات القانونية التي جعل لها القانون حجية ملزمة مثل الكتابة والإقرار واليمين الحاسمة.

لذلك فإن فكرة السلطة التقديرية أصبحت في التشريعات الحديثة أمرا مسلما به بل أنه حتى في الأحوال التي لا يوجد اعتراف صريح من طرف المشرع بهذه السلطة فإننا لا نتردد في الاعتراف له بها، والسبب في ذلك يرجع إلى وظيفة القاضي الذي يجب عليه أن يحكم طبقا للقانون غير أنه نجد إرادته عند مباشرته لوظيفته ليست منعدمة لأن القول بانعدام إرادة القاضي يؤدي حتما إلى انعدام السلطة القضائية ذاتها.[2]

من هذا المنطلق ولكون أن القاضي يسعى إلى واجب الوصول إلى الحقيقة القضائية بتطابقها مع الوقائع الموضوعية لتحقيق جانب العدالة من طرفه يستوجب تزويده بسلطات ووسائل ورخص التي من خلالها يتمكن من كسف الحقيقة الواقعية، وعليه ولأجل إثراء موضوع البحث تعين طرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى يمكن للقاضي المدني أن يتدخل في أدلة إثبات الدعوى؟ وأين تتمثل سلطته في ذلك؟ وهل تصل هذه السلطة إلى حد الإطلاق على أنه يملك الحق في المبادرة باتخاذ أي إجراء يساعده في البحث عن الحقيقة الواقعية إلى جانب الخصوم؟ أم مجرد حكم عادل يرجح الأدلة والحجج التي يقدمها الخصوم؟

مما لا شك فيه أن الدور الإيجابي والسلطة التقديرية التي أصبح يحظى بها القاضي في الإثبات وحرية اختيار الوسائل القانونية للتحقيق في الدعوى بغية الوصول إلى الحقيقة الموضوعية، وحرية اتخاذ إجراءات التحقيق تلقائيا بدون طلب من الخصوم قد تثير إشكالا جوهريا بين تدخل القاضي في الإثبات ومبدأ الحياد كالتزام قانوني على عاتقه من جهة، وبين قاعدة وقوع عبء الإثبات على المدعي وعدم جواز حكم القاضي بعمله الشخصي من جهة أخرى.

وللإجابة على هذه الإشكالية القائمة جعلنا نتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي أساسا على اعتبار أن التحليل يقوم على تجميع المادة العلمية من شراح القانون والنصوص القانونية وأحكام

---

[1] أحمد علي محمد صالح، الدور الإيجابي للقاضي المدني قبل وأثناء مباشرة الدعوى، نشرة القضاة، العدد 64، ص 367

[2] فاطمة الزهراء تبوب، المرجع السابق، ص2

القضاء، ثم القيام بعملية تحليلها للوقوف على مختلف جوانبها النظرية والعلمية، كما اعتمدنا على المنهج المقارن لمعرفة موقف القوانين المقارنة كالتشريع الفرنسي والتشريع المصري والأردني مقارنة بالتشريع الجزائري وموقف القضاء في هذه الدول حول مسالة دور القاضي في الإثبات ومبدأ الحياد.

وعليه تم تقسيم دراسة الموضوع على النحو التالي:

فصل التمهيدي تناولنا فيه مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات القضائي، ثم عالجنا موضوع دراستنا في بابين رئيسيين تعرضنا في الباب الأول إلى تقدير القاضي لأدلة الإثبات الملزمة، ثم خصصنا الباب الثاني لدراسة سلطة القاضي في أدلة الإثبات غير الملزمة، وأخيرا انتهينا بخاتمة عرضنا فيها مجمل النتائج والتوصيات.

الفصل التمهيدي: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات

لا يستطيع الشخص أن يصل إلى حقه عند المنازعة فيه إلا بأن يطلب من القضاء حماية هذا الحق، فإذا ما رفع النزاع إلى القضاء فإنه لا يستطيع أن يأخذ بما يدعيه الشخص من حقه لنفسه ما لم يتحقق من أن ما يدعيه موافق للحقيقة ، إذ يحتمل أن يكون مخالفا لها [1]، فلا وجود للحق مجردا عن دليله عند المنازعة فيه ، يكون الدليل في الإثبات هو قوام حياة الحق أي لا يتصور قيام دعوى قضائية سواء تعلقت بالمطالبة بحق شخصي أو حق عيني دون أن تثور فيها مسألة الإثبات القضائي والذي بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون لإثبات المصدر المنشئ للحق وعليه فان الإثبات يرتكز على مبادئ للوصول إلى الحقيقة القضائية كما أرادها القانون.

ومن ثمة فقبل أن نشرع في البحث والدراسة لموضوع سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات في المواد المدنية والتجارية، وهي الوسيلة التي حددها التشريع المدني للخصوم للاستناد عليها في إثبات ادعاءاتهم، يستوجب أن نتطرق لبعض المسائل التي تمهد له وتنير الطريق أمامه فنبين في المبحث الأول نطاق سلطة القاضي في الإثبات من خلال تطرقنا في المطلب الأول مضمون النشاط التقديري للقاضي ودوره في عملية الإثبات وفقا للمذاهب المختلفة، وتحديدنا في المطلب الثاني لضوابط السلطة التقديرية، أما المبحث الثاني تناولنا فيه نظرية الإثبات وتعرضنا لتعريف الإثبات القضائي وأهميته في المطلب الأول أما المطلب الثاني حددنا محل الإثبات ومن يقع عليه عبء إثباته.

[1] جلال علي العدوي، مبادئ الإثبات، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، بدون طبعة، سنة 1968، ص7

المبحث الأول: نطاق سلطة القاضي في الإثبات

ليس القانون مجرد شكل يصاغ إنما هو تعبير عن الواقع الاجتماعي والإنساني، هذا الواقع الذي يكون مضمون القاعدة القانونية والتي يعمل القاضي في إطارها على محاولة التوفيق بين الواقع وهذه القاعدة.

والقاعدة القانونية نوعان منها الجامدة والتي لا تقبل التغير ولا الانتقال من حال إلى حال ومنها المرنة التي يضعها المشرع للقاضي يسترشد بها فيما يعرض عليه من القضايا ولا يتقيد فيها بحل واحد بل تتغير وتتفاوت الحلول بتغيير الظروف والملابسات، وإن القاضي ليس مشرعا إلا أن له من سلطة التقدير ما ييسر له أن يجعل أحكام القانون متماشية مع مقتضيات الظروف.

ولا بد من الإشارة إلى أن القاعدة القانونية ليست هي موضوع السلطة التقديرية للقاضي، وإنما ينصب التقدير على مفترضات تطبيقها وعلى الأثر القانوني الذي تنظمه، ففي كل الحالات التي يكون فيها للقاضي حرية تقدير الحل الموضوعي الذي يتبناه فإننا بصدد ما يسمى السلطة التقديرية، وتنعدم هذه الأخيرة التي يكون فيها نشاط القاضي منظما من قبل القانون في جميع عناصره، وعليه فإن السلطة التقديرية للقاضي المدني في الإثبات لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أيا كان موضوع المنازعة.

وعلى ضوء ما سبق سنتناول في المطلب الأول مضمون نشاط القاضي المدني التقديري ودوره في عملية الإثبات وفقا للمذاهب المختلفة ونتطرق لضوابط السلطة التقديرية للقاضي المدني في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مضمون نشاط القاضي المدني التقديري ودوره في عملية الإثبات

من المعلوم أن القواعد القانونية في أي مجتمع تقوم بتنظيم روابط الحياة الاجتماعية بكافة صورها، وبالتالي فالقانون يتحقق تلقائيا باحترام الأشخاص لهذه القواعد، غير أنه عند الإخلال بها تتدخل السلطة العامة لجبر الخلل باللجوء إلى القضاء، وهنا يتدخل القاضي في تطبيق القاعدة القانونية التي تم مخالفتها حماية للمصلحة العامة وهذا ما يسمى بالحماية القضائية التي تصبح أداة لتحقيق العدالة والقانون.[1]

والحكمة من الحماية القضائية التأكيد من توافر المقتضيات اللازمة لأعمال القاعدة القانونية وبما أنها تصدر من القاضي فإن فعاليتها لها أثر قانوني، وحتى تكون ملزمة فلابد من الحكم بها أي النطق بها ولكي يفعل القاضي ذلك عليه أن يقوم بنشاط ذهني[2].

فمن خلال ما سبق سنقسم المطلب لفرعين الأول نتناول فيه النشاط التقديري (السلطة التقديرية) ومصادره والثاني نتكلم عن دور القاضي المدني في عملية الإثبات في مختلف المذاهب.

الفرع الأول: مضمون النشاط التقديري ومصدره.

مما لا شك فيه أن وظيفة القضاء هي إنزال حكم على الوقائع المتنازع فيها من أجل حسمه، ولا يكون ذلك إلا من خلال نشاط يقوم به القاضي الذي قد يكون مقيد، وقد يكون تقديريا.

أولا: المقصود بالنشاط التقديري (السلطة التقديرية): فقبل التطرق لنوع النشاط التقديري لا بد من تحديد بعض المفاهيم المتعلقة بالسلطة التقديرية.

السلطة لغة: سلط: يسلط معناه إطلاق السلطان، السلطة: التسلط معناه السيطرة والتحكم [3]

السلطان: هو الحجة والبرهان، ويقال للأمراء سلاطين لأن لهم الحجة والحقوق.

السلطة اصطلاحا: هي التمكن من تنفيذ أحكام على وجه الإلزام، لقوله تعالى "**فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما** "[1]، فهذه الآية تمنح للقاضي سلطة تمكنه من استعمالها على الشكل الصحيح وينفذ أحكامها ولو بالقوة.

---

[1] وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974، ص 110.

[2] نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والقضائية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية 2002، ص 95،96.

[3] المعجم الوسيط،مجمع اللغة العربية، مصر، الجزء الثاني، بيروت، دار أحياء التراث العربي (س ل ط)، ص 382، 383.

التقدير لغة: قدر، يقدر معناه نصر وضرب، القدر والقدرة والمقدار يعني القوة، قدر كل شيء ومقداره يعني مقياسه.

التقدير اصطلاحا: تبين كمية الشيء، تحديد كل مخلوق بحده، والتقدير له وجهان:

الأول يعني التفكير في الأمر بحسب نظر العقل وبناء العقل عليه وهذا محمود، الثاني يكون حسب التمني والشهوة، وهذا مذموم.

وتدل السلطة التقديرية على القوة والصلاحية التي تمنح لشخص معين للقيام بتقدير أمر ما، بالتفكير فيه وتهيئته والتدبر فيه بحسب نظر العقل، أما مصطلح السلطة التقديرية عندما تضاف إليه كلمة القاضي يعني (السلطة التقديرية للقاضي) فالصلاحية يتمتع بها القاضي فقط للقيام بعملية التفكير والتدبر في الأمور المعروضة عليه في جميع مراحلها من وقت السماع إلى الإثبات حتى صدور الحكم واختيار الطريقة المناسبة للتنفيذ[2].

والنشاط التقديري للقاضي يبدأ من وقت طرح النزاع الذي يكون في صورة مركز قانوني متنازع عليه يتطلب تطبيق الحكم القانوني الذي يتناوله نص معين، وأساسه القاعدة القانونية المتكونة من الواقعة الأصلية والحكم على هذه الواقعة، فمهمة القاضي هي الموازنة وتتحقق بفحصه للمصالح، فعلى القاضي مراعاة مجموع المصالح لأن واجبه ليس الخضوع الأعمى للقانون بل الخضوع الواعي له.[3]

إن جوهر النشاط القضائي يكمن في توصل القاضي لمطابقة الواقع المطروح، مع الواقع النموذجي المطروح في النص القانوني حتى يتمكن من تطبيق الأثر القانوني الوارد في المواد القانونية، وبين النموذج الموضوعي الكامن في القاعدة القانونية.

وعليه تعين القول إن وعاء النشاط التقديري للقاضي هو الواقع والقانون، حيث يقوم القاضي بموجبهما بنشاط ذهني في وصف وقائع النزاع المطروحة وصفا قانونيا يسمح بإعمال الأثر القانوني الوارد في النص التشريعي.[4]

---

[1] سورة النساء الآية 65.

[2] محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس النشر والتوزيع، الأردن 2007 ص 81

[3] نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص127.

[4] إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ص 17

فالقاضي لا يملك أن يقحم نفسه في المنازعات، وبالتالي لا يملك أن يفصل فيما لم يطلبه الخصوم، وأن يحكم على شخص لم يكن طرفا في الخصومة، فهناك قيد على حرية تقدير القاضي في إطار واقع النزاع المطروح عليه وهو يظل ملتزما بأدلة طرفي الخصومة[1].

ثانيا: مصادر السلطة التقديرية:

مما لا شك فيه أن النشاط التقديري يفترض على القاضي أن يقوم بجهد قانوني في تفسير القانون لتحديد الوقائع الأساسية المجردة وإعطاء الوصف القانوني لها، ويعتمد في ذلك على وسائل قانونية ومنطقية تعينه على إدراك وفهم الوقائع واصطلح على تسميتها بأدوات الصياغة الفنية.[2]

- أول مصدر يعتمد عليه القاضي والذي يعد المادة الجوهرية للعمل القضائي هي عناصر النزاع المطروح أمامه.
- ثاني مصدر يتثمثل في أدلة الإثبات وتستعمل للتأكد من صحة عناصر النزاع والتي يراها القاضي منتجة في الدعوى.
- ثالث مصدر يتمثل في القاعد القانونية ويقصد بها القاعدة العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع والجزاء المترتب على مخالفتها.
- وهناك مصادر أخرى حددها المشرع يستمد منها القاضي نشاطه والمتمثلة في النصوص المكتوبة أو معاني غير مكتوبة، كمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة[3].

إن النشاط التقديري يفترض في القاضي أن يقوم بجهد قانوني في تفسير القانون لتحديد الوقائع الأساسية المجردة وفي إعطاء الوصف القانوني لهذه الوقائع وصفا يسمح بإعمال قاعدة قانونية معينة عليها، لتطابق هذه الوقائع والمفترض الوارد بهذه القاعدة.[4]

---

[1] أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، الطبعة الأولى سنة 1988، ص236

[2] نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 142.

[3] المادة الأولى منالأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 " **تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولتها جميع هذه النصوص في لفظها وفحواها وإذا لم يجد القاضي نصا تشريعيا يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة**"

[4] علي مسعود محمد، القاضي والعناصر الواقعية للنزاع المدني، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الفاتح طرابلس 2005 ص211

فإذا انتهى إلى الحل الذي يجده متفقا والقانون الوضعي ومتماشيا مع العدالة، يبدأ في مهمة تأسيس قراره وكيفية إخراجه وإلباسه ثوب العمل القضائي الذي يقترن بحجية الشيء المقضي فيه.[1]

الفرع الثاني: دور القاضي المدني في الإثبات وفقا للمذاهب المختلفة.

إن دور القاضي في عملية الإثبات يختلف من مذهب لآخر ، وهذه الطرق قد تكون محددة أو غير محددة فهي تختلف من نظام لآخر و يعد النظام القانوني في إثبات المدني وسيلة لتحقيق غاية معينة هي الكشف عن حقيقة قانونية ، يتوقف عليها تقرير أو ترتيب أثر قانوني في شأن حق متنازع فيه، وما يثبت عن طريق القضاء عند الفصل في الخصومات يسمى حقيقة قضائية و أحيانا تكون هذه الحقيقة مخالفة للواقع و يرجع السبب في ذلك أن المشرع عند تنظيمه للإثبات يتأثر بأمرين و يعمل دائما على الموازنة بينهما و يتمثل الأمر الأول في السعي لتحقيق العدالة حتى تكون حقيقة قضائية أقرب ما يمكن من حقيقة واقعية ، والأمر الثاني يتمثل في استقرار التعامل الذي يدفع المشرع إلى تحديد الأدلة التي تؤمن به تحكم القاضي. وفي هذا الإطار اختلفت التشريعات في مدى إطلاق يد القاضي من تقييدها في إثبات الوقائع والتصرفات وهنا نجد ثلاثة مذاهب:

أولا: نظام الإثبات الحر " المطلق "système de la preuve libre

هذا النظام يقر حرية واسعة للقاضي في اختيار الدليل في تقديره ولا يقيد نشاطه في التحري عن الحقائق بطرق وسائل للإثبات.

يقوم هذا المذهب على إطلاق طرق الإثبات، بحيث تترك الحرية للمتقاضين في إثبات ادعاءاتهم دون تشريع مسبق لها، كما تترك الحرية للقاضي في تكوين عقيدته من واقع ما يقدم له من المستندات والأدلة ومن إجراءات إثبات لتحصيل الحقيقة ولتمحيص الادعاءات بما في ذلك القضاء في الدعوى بعمله الشخصي.[2] لقد ساد هذا المذهب في المجتمعات البدائية التي لم تكن تعرف غيره، ونادي به بعض فقهاء الفقه الإسلامي ولا تزال الشرائع الجرمانية والأنجلوسيكسونية متأثرة به.

ويعاب على هذا المذهب السماح للقاضي الفصل بعلمه الشخصي وهذا ما يؤدي إلى الإساءة لهذه الحرية في التقدير وإلى تعسفه وانحرافه عن الصواب، وبذلك يتحكم في وسائل الإثبات وتحديد قيمتها دون رقابة كما يؤدي إلى إضراب العدالة وفقدان الثقة بالقضاء لاختلاف التقدير من قاض إلى آخر.

---

[1] أحمد محمود سعد، نفس المرجع، ص268

[2] عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، المؤسسة الوطنية لفنون المطبعية، الطبعة الثانية منقحة، موفم للنشر، طبعة 2009، ص 17

ثانيا: نظام الإثبات القانوني " المقيد"système de la preuve légal

يرى هذا المذهب أن تحدد طرق الإثبات تحديدا دقيقا وحجية كل وسيلة في الإثبات بحيث لا يستطيع الخصوم إثبات حقوقهم إلا بهذه الطرق، كما أن القاضي لا يمكنه أن يأخذ أو يقبل طريقا غير الطرق المحددة قانونا، ولا يستطيع أن يقدم قيمة لكل طريقة أكثر من القيمة التي منحها لها القانون.[1]

ويجعل هذا النظام دور القاضي سلبيا فلا يمكن أن يكمل نقص أدلة الخصوم ولا يجوز له أن يقضي بعلمه الشخصي، فدور القاضي يكمن في الموازنة بما قدم له من إليه من الدليل القانوني، وهذا النظام هو السائد في الفقه الإسلامي وأخذ به في إثبات الزنا بأربعة شهود فإذا توافر العدد لإثبات أي واقعة فعلى القاضي أن يقضي به دون أن تكون له حرية في التقدير.[2]

إذا كان لهذا النظام ميزة تحقق الثقة والاستقرار في التعامل، فإنه يؤخذ عليه أنه يباعد بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية التي قد تكون ظاهرة من غير تحديد طرق الإثبات، وجعل دور القاضي آلي مما يؤدي إلى إصدار أحكام بغير ما يرتاح لها ضميره، وهكذا تصبح حرية تقدير القاضي معدومة والحقيقة مطموسة.

ثالثا: نظام الإثبات المختلط système de la preuve mixte

حاولت معظم التشريعات الحديثة تفادي العيوب التي ظهرت في النظامين الحر والمقيد وذلك بالجمع بين مبادئهما ، وأخذت بنظام آخر هو النظام التوفيقي، الذي يأخذ بعض المزايا من النظام المطلق التي تعطي للقاضي سلطة تقديرية في توجيه الخصوم وفي استكمال الأدلة الناقصة وهذا دون أن يتعارض مع تقدير القاضي بأدلة قانونية محددة من حيث قوة كل منها، وأخذا من النظام المقيد الأدلة المتاحة للإثبات محددا نطاق و حجية كل منها، وحدد شروط محل الإثبات كما منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي فبالرغم من ذلك يمنح للقاضي السلطة التقديرية ومن أمثلة ذلك له أن يقضي بما أجمع عليه الشهود، وان يقضي بعكس ذلك، وله سلطة تقدير القرائن.

---

[1] محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، جامعة وهران، طبعة 1991، ص 10.

[2] محمد عبد اللطيف، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مكتبة المحامي، القاهرة 1970 الجزء الأول، الطبعة الأولى، ص 4.

ويتميز هذا النظام بأنه يجمع بين استقرار المعاملات، بما يحتوي عليه من قيود ولقد أخذت بهذا النظام أغلب التشريعات المعاصرة بما فيها المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويلاحظ على هذا النظام مايلي:

- بالرغم من أن الحقيقة القضائية تقترب من الحقيقة الواقعية حسب هذا النظام فإن ذلك لا يصل إلى حد أن يجعل للأدلة قوة قطعية في الإثبات، فلا تزال الحقيقة القضائية مجرد احتمال[1].
- إن تفاوت تطبيق هذا النظام من تشريع لآخر، بحيث توسع دور القاضي في بعض التشريعات المعاصرة في الكشف عن الحقيقة خاصة بعض ظهور وسائل التقدم العلمي.
- ومن مزايا هذا المذهب أنه يقارب إلى حد ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية دون الإخلال بما يجب في التعامل من ثقة واستقرار[2].

رابعا: موقف المشرع الجزائري من أنظمة الإثبات.

أخذ المشرع الجزائري بالنظام المختلط كسائر التشريعات المعاصرة، فبعد الاستقلال بقي يعمل بقانون الإجراءات المدنية الفرنسي إلى غاية صدور الأمر 66-155 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ولقد استمر العمل بهذا القانون لمدة ستة وثلاثين سنة، ونظرا لوجود ثغرات قانونية بات من الضروري مراجعة هذا القانون لذا صدر قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أخذ المشرع الجزائري بالنظام المختلط الذي جمع بين الإثبات المطلق والإثبات المقيد فنجده نص على إجراءات الإثبات وتحقيق الدعوى في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وحدد طرق الإثبات في القانون المدني.

الدور السلبي المفروض على القاضي: لقد قيد المشرع الجزائري القاضي المدني فيما يلي:

- إن محكمة الموضوع غير ملزمة بتكليف الخصم بتقديم دفاعه، بل عليها القضاء وفقا للمستندات والأدلة المطروحة عليها.
- امتناع القضاء بالعلم الشخصي، وإذا تبين للقاضي أن معلوماته الشخصية سوف تؤثر في تقديره وجب عليه التنحي أو طلب استبداله طبقا للمادة 246 من ق.إ.م.إ.
- لا يجوز للقاضي أن يستند في حكمه إلى دليل قدم في قضية أخرى ولو كانت بين ذات الخصوم إلا إذا تم الضم طبقا للمادة 207 من ق.إ.م.إ.

---

[1] عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص15

[2] صبري السعداوي مبارك، قضاء القاضي بعلمه الشخصي في الفقه الإسلامي، مجلة العدل السعودية العدد 22، 1425 ص10

الدور الإيجابي المفروض على القاضي: رغم القيود التي فرضت على القاضي من حصر طرق الإثبات، إلا أن التنظيم القانوني للإثبات في المواد المدنية أقر الدور الإيجابي للقاضي في قدرته على تيسير إجراءات الإثبات وإمداده بالمزيد من الحرية التي تساهم في تفعيل دوره ليتدخل ويراقب بكل الوسائل من بداية رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم، ومن مظاهر الحرية للقاضي في التشريع الجزائري ما يلي:

1 –منح المشرع الجزائري للقاضي الحق أن يأمر من تلقاء نفسه باتخاذ ما يلزم من إجراءات الإثبات:

- حسب نص المادة 148 من ق.إ.م.إ يجوز سماع أي شخص أثناء تنقله، من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم إذا رأى في ذلك ضرورة.
- ولقد نصت المادة 75 من ق.إ.م.إ يمكن للقاضي أن يأمر شفاهية أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون، ولقد منح المشرع الحماية طبقا للمادة 81 من ق.إ.م.إ لأي أمر أو حكم أو قرار يصدر لإجراء التحقيق.
- الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيد ا للقضية طبقا للمادة 150 من ق.إ.م.إ. [1]

2 –منح المشرع الجزائري للقاضي الحرية في تقدير أدلة الإثبات:

- فالقاعدة أن للمحكمة السلطة المطلقة في استخلاص ما تقتنع به وما يطمئن إليه ضمير القاضي وهذا بعد قيامها بالموازنة بين أدلة الإثبات وأدلة النفي في الدعوى غير خاضعة في ذلك لرقابة المحكمة العليا.
- ومن ناحية أخرى لقاضي الموضوع السلطة الواسعة في تقدير كفاية الدليل الذي يبنى عليه الحكم دون أن يخضع لرقابة محكمة النقض.

بالرغم من هذه الحرية المطلقة إلا أن القاضي مقيد بتسبب الحكم بنصوص قانونية[2].

3–منح المشرع الجزائري للقاضي الحرية في تفسير ما وضع أمامه من وسائل الإثبات:

يستلزم على القاضي عند تفسير الأدلة أن يكون مزود ب:

- ثقافة قانونية تساعد القاضي على الاجتهاد.

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات، آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2000، ص11.

[2] عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 18.

- ❖ دراية واسعة بالمنطق القضائي ويتمثل في التفكير الواضح، وقدرته على تطبيق السليم.
- ❖ الاستعانة بالتفسير الفقهي، لأن الفقه له دور هام في العصر الحديث وتطوير القانون.
- ❖ الاستعانة بالأعمال التحضيرية للقانون وهي من الأمور التي يستنبط منها القاضي حكمة التشريع.

المطلب الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي

من المؤكد أنه عندما يطلب المدعي حماية حق أو مركز قانوني فهذا يؤدي حتما لوجود قاعدة قانونية تعترف بهذا الحق وتحميه، والوقائع القانونية نوعان طبيعية أو اختيارية[1].

والوقائع الاختيارية هي كذلك على نوعين تصرفات قانونية ووقائع مادية و إستثناءا من هذا الأصل قد تكون القاعدة القانونية محلا للإثبات في أحوال نادرة، وهنا يختلف دور القاضي في عملية تقدير محل الإثبات، على هذا الأساس تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول نتناول فيه سلطة القاضي في تقدير الواقعة القانونية محل الإثبات وشروطها أما الفرع الثاني إلى سلطة القاضي في تحديد متى تكون القاعدة القانونية محلا الإثبات.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير الواقعة القانونية محل الإثبات.

السلطة التقديرية عبارة عن نشاط ذهني يقوم به القاضي في تحليله لمادة النزاع المعروض عليه، واختيار النص القانوني الذي يطبق على وقائع النزاع، حتى يصدر حكما مطابقا لصحيح الواقع والقانون، ذلك لأن القاضي يجب أن يتقيد في مجموع هذا النشاط الذهني بما لا يخرج عن نطاق الغاية الاجتماعية للقانون، فنشاط القاضي ينصب على حرية اختيار السلوك الملائم للغايات التي يحددها القانون[2].

ويتمتع قاضي الموضوع عند تقدير إثبات الواقعة باستقلالية دون رقابة عليه من محكمة التمييز[3]، إلا فيما يتعلق إذا كانت الواقعة جائزة الإثبات ومن ثمة يمنح للقاضي الإذن بالإثبات المطلوب أو رفضه.

---

[1] محمد علي خليل الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية، دراسة مقارنة، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، سنة 2009، الطبعة الأولى، ص 143.

[2] قروف موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، دراسة مدعمة باجتهادات القضاء الجزائري والمصري والفرنسي، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2020، ص44 ،45

[3] سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، الطبعة الرابعة، دار الجبل للطباعة العربية، 1986 ص73

والقاضي عند منحه الإذن بالإثبات فهو يعتبرها بذلك مسألة موضوعية ولا رقابة عليه، إلا إذا كان للدليل حجية ملزمة كالدليل الكتابي، فهنا تكون سلطة القاضي مقيدة، ويشترط في ذلك أن تستمد عناصر تقديره من الأدلة الجائزة قانونا، وعلى القاضي أن يسبب حكمه إذا رجح دليل عن دليل آخر وبهذا فإن استخلاص الأثر القانوني المترتب على الواقعة يعتبر مسألة قانونية وتخضع لرقابة القاضي من محكمة التميز.

أما عن سلطة القاضي في التحقيق من كون الواقعة المراد إثباتها جائزة الإثبات فهي سلطة واسعة تستمد من ظروف الوقائع، ومن النصوص القانونية، ولا يسمح لأحد الخصوم أن يثبت أي أمر فيه مخالفة واضحة للقانون، ومثال ذلك إثبات دين ناتج عن القمار، فسلطة القاضي تكون مطلقة وتخضع في نفس الوقت لرقابة محكمة التمييز.

ويمكن للقاضي أن يقضي بعدم إمكان إثبات الواقعة والتي لا يجوز إثباتها من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم، وتصل إلى حد عدم اعترافه بتنازل الخصم عن ذلك الشرط حتى ولو صراحة لأن الشرط المستمد من طبيعة الأشياء، وأما كونها مفروضة لسبب يتعلق بحسن سير العدالة أو النظام العام والآداب العامة الأمر كذلك يتعلق بمستلزمات تمكين القاضي من حسن سير إدارة الدعوى فهي تهم المجتمع متمثلا في شخص القاضي[1].

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تحديد متى تكون القاعدة القانونية محلا الإثبات.

يقع على عاتق القاضي عبء تطبيق القاعدة القانونية وتكييفها وتفسيرها، إذ يتعين عليه البحث من تلقاء نفسه عن القاعدة الواجبة التطبيق وهو في ذلك يخضع لرقابة محكمة التميز.

فالقاضي ملزم بإثبات القاعدة القانونية ويقتصر دور الخصوم ذكر تلك القاعدة كأساس قانوني لادعاءاتهم، لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن القاضي وحده لا شأن للخصوم[2]. غير أنه استثناءا هناك بعض القواعد القانونية ملزمة الإثبات من الخصوم تتمثل فيما يلي:

أولا: القواعد المكملة: هي ليست من النظام العام، لذا يجوز الاتفاق على مخالفة هذه القواعد. فالاتفاق يعبر عن إرادة الطرفين فلابد من إتباع هذه الإرادة بدل من الأخذ بالقاعدة العامة التي تمثل إرادتهما المفترضة فعلى الخصوم إثبات تلك القواعد.

---

[1] آدام وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، دراسة مقارنة، مذكرة ماجيستر، الدار العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، الطبعة الأولى، 2001، ص 51

[2] توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مكتبة مكاوي، بيروت 1977، ص32

ثانيا: التحكيم: هي صورة خاصة من صور القضاء، يتفق فيها الأطراف اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات فهيئة التحكيم تطبق على النزاع قانون الإرادة بمعنى أن للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بالاتفاق، إذا لم يتفقا فلهيئة التحكيم اختيار القواعد الموضوعية. وفي هذا الصدد تكون سلطة القاضي مقيدة، ويبقى للقاضي دور الرقابة على حكم المحكمين.

ثالثا: العرف والعادة[1] يفتر ض على القاضي أن يعلم بالعرف، غير أن هناك بعض الأعراف تختلف من منطقة إلى أخرى وهنا القاضي لا يصله علم من حيث الدقة والشمول بقدر علمه بالقاعدة القانونية فإذا كان للقاضي دراية بهذا العرف يطبقه دون أن يبين الطريقة، أما إذا كانت القاعدة العرفية غير مستقرة، فيطلب ممن يتمسك بالعرف أن يثبت وجودها، فلا يقع على عاتقه البحث عن العرف من تلقاء نفسه بل يقع عبء الإثبات على الخصم[2].

رابعا: القانون الأجنبي: في ظل الانفتاح الكبير بين دول العالم وازدياد المعاملات بين أفراد من دول مختلفة من المتصور أن يطبق القاضي في إثبات قضايا ذات عنصر أجنبي قانونا أجنبيا إذا أشارت بذلك قواعد الإسناد التي يتضمنها القانون الوطني، فعلى المعني بالأمر يجب عليه أن يثبت القاعدة القانونية الأجنبية أمام القاضي الوطني، لأن القاضي الوطني لا يفترض علمه بالقانون الأجنبي[3].

ولقد استقر القضاء الفرنسي على وجوب إثبات القانون الأجنبي خلافا للقانون الوطني الذي لا يجب إثباته وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية على أساس أن التمسك بتشريع أجنبي أمام هذه المحكمة لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها[4].

أما الفقه فقد انقسم إلى قسمين، فأغلبيته انتقد القضاء في مسلكه لأنه يتجاهل طبيعة القاعدة القانونية عندما فرق بين كونها وطنية أو أجنبية، رغم كونها قاعدة لا تتجزأ ويجب على القاضي علمه بها ولا يجوز القول إن القاعدة القانونية الأجنبية تتحول إلى واقعة مادية أمام القاضي الوطني.

أما الأقلية يؤيد ما جرى عليه القضاء من وجوب إثبات القانون الأجنبي، ولا تلزم القاضي الوطني علمه ومعرفته بالقانون الأجنبي لان في ذلك عسرا ومشقة عليه.

---

[1] **العرف اصطلاحا** هو اعتياد الناس وتوافقهم على إتباع سلوك معين في بينة معينة زمنا طويلا، وهو اعتياد مصحوب باعتقاد لزوم هذا السلوك ووجوب احترامه وترتيب الجزاء على مخالفته.

[2] محمد علي خليل الطعاني، المرجع السابق، ص150.

[3] محمد زهدور، المرجع السابق ص15.

[4] جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص45.

المبحث الثاني: نظام الإثبات القضائي

يحظى الإثبات بأهمية قصوى في المسائل المدنية، لذلك تعتبر نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقا في الحياة العملية، وهي النظرية الوحيدة المطبقة في المحاكم.

فالإثبات بصفة عامة هو تأكيد وجود أو صحة أمر معين بأي دليل وبكل الوسائل العلمية المعروفة والدليل هو قوام حياة الحق، وكما عبر عن ذلك الفقيه الألماني إهرينج "الدليل هو فدية الحق"[1].

وإن لم يكن الإثبات ركن من أركان الحق ولا حتى شرط لقيامه ولكن هو الذي يحدد وجوده ويؤكده، كون الواقعة القانونية يمكن أن تصل إلى التيقن من وجودها لما كان يمكن أن نكتفي بالأدلة التي ترجح قيامها إلا أن طبيعة الوقائع القانونية وطبيعة الأدلة التي يمكن أن نلجأ إليها لإثباتها تفرض أن تكون الحقيقة القانونية حقيقة نسبية، كما تفرض أن يكون الإثبات القانوني اثباتا ترجيحيا لا إثباتا يقينيا[2].

إن الإثبات القضائي متى استقام على نحو روعي فيه ما يتطلبه المشرع من طرق وما يعطيه لكل طريق من قيمة، فإنه يكون ملزما للقاضي بأن يحكم على مقتضى ما قام الدليل عليه لذلك سنتناول الموضوع في مطلبين، المطلب الأول نتناول فيه تعريف الإثبات وأهميته، والمطلب الثاني إلى محل وعبء الإثبات.

---

[1] مقني بن عامر، قواعد الإثبات في المواد العمالية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، جامعة ابن خلدون تيارات الجزائر دار الجامعة الجديدة 2010، ص 13.

[2] جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص8

المطلب الأول: تعريف الإثبات القضائي وأهميته.

من المؤكد أن الإثبات على العموم أو بمعناه العام لا يقتصر أن يكون أمام القضاء ولا حتى يكون محدد بطرق حصرية، فالإثبات يمتد لجميع المجالات، لذلك نجد إثبات قضائي وإثبات غير قضائي[1].

فالإثبات غير القضائي قد يكون إثبات تاريخي أو إثبات علمي هنا لا ترد عليه أي قيد وهي حقائق غير دقيقة وقابلة للتغير[2].

أما الإثبات القضائي فإنه يختلف عن الإثبات العلمي في مجال علم القانون لذلك نتناوله في فرعين سنتطرق لتعريف الإثبات القضائي في الفرع الأول، أما الفرع الثاني إلى أهمية الإثبات القضائي.

الفرع الأول: تعريف الإثبات القضائي

الإثبات لغة: يختلف معنى الإثبات في اللغة باختلاف موضع الهمزة، فالإثبات بهمزة القطع أثبت حجته يعني أقامها[3]، وتسمى حجة البرهان أو البينة. أما الإثبات بهمزة الوصل هو اسم مشتق من الفعل ثبت معنى دام واستقر مكانه.

ومن ذلك قول الله تعالى "**وكلا نقص عليك من أنباء الرسل ما نثبت به فؤادك** "سورة هود الآية120.

ويقال استثبت في أمره إذا ساور وفحص ولم يتعجل[4].

الإثبات قانونا: هناك عدة تعريفات منها:

هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها[5].

كما عرف الأستاذ الدكتور سليمان مرقس الإثبات القضائي على أنه " إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به، نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية[6].

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص14.

[2] عبد الباسط جميعي، نظام الإثبات في القانون المدني المصري، القاهرة، 1953، ص39، 42.

[3] المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مصر، الجزء الأول، بيروت، دار أحياء التراث العربي، بابا التاء، ص 93.

[4] أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار صادر للطباعة والنشر بيروت .1997:

[5] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 15.

[6] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص11

كما عرفه الدكتور أحمد نشأت على أنه " تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق"[1].

ويقصد به إقامة الدليل بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية، أي على وجود واقعة تلعب دور المصدر المسبب لأثر قانوني معين، يراد من القضاء الحكم به أو على أساس مقتضاه[2].

ويتضح من خلال التعريفات السابقة فإن الإثبات القانوني يقوم على ضرورة وجود واقعة قانونية ترتب أثر معين، سواء كانت واقعة مادية كالعمل الغير مشروع الذي يرتب التزام بالتعويض، أو كانت تصرف قانوني كعقد البيع الذي يرتب التزام نقل الملكية للمشتري. فالواقعة القانونية هنا تكون محلا للإثبات وليس الأثر الذي يترتب عليها[3].

الإثبات في الفقه الإسلامي: عرف الإثبات بمعناه الخاص عدد من العلماء:

1- عرفه الشيخ أحمد إبراهيم بك على أنه " إقامة المدعي الدليل على ثبوت ما يدعيه قبل المدعى عليه "[4]

2- وعرفت الإثبات الموسوعة الفقهية على أنه " إقامة الحجة مطلقا، سواء كان ذلك على حق أم على واقعة وسواء كان أمام القاضي أو أمام غيره، وقد يريدون به معناه الخاص وهو إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية "[5].

3- ولقد عرف القاضي الشرعي عبد القادر إدريس الإثبات على أنه تقديم الدليل المعتبر شرعا أمام القضاء على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية[6].

ويستخلص مما سبق أن الإثبات شرعا هو إتيان بالدليل الشرعي لأن هناك أدلة عرفية مخالفة للشرع ويكون هذا الدليل مقدم أمام القضاء لأنه إذا لم توجد مخاصمة فلا معنى للإثبات، وعليه فالدليل إما يقع على حق أو واقعة، ومعناه أن لكل شخص له مصلحة تحميها الشريعة، وثابة في الشرع وبما

---

[1] احمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الثاني، مكتبة العلم للجميع، بيروت لبنان، مصر القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2005، ص14

[2] عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة 2010، ص11

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 15

[4] أحمد إبراهيم بك، طرق الإثبات الشرعية، الطبعة الرابعة، 2003، ص 31

[5] جمال عبد الناصر، موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى القاهرة، سنة 1387 هـ ، ص136

[6] عبد القادر إدريس، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010، ص 28

أن الشرعية مصدر من مصادر الحق فالقاضي ملزم أن يكون ملم بالأحكام الشرعية لأنها شرط أساسي لتولي مهنة القضاء.

الفرع الثاني: أهمية الإثبات القضائي

يتميز الإثبات القضائي بأهمية كبيرة، فهو يؤكد وجود الحق وحجته وهو من أهم النظريات القانونية والأكثر تطبيقا في الحياة العملية بل هي النظرية التي لا تنقطع المحاكم على تطبيقها كل يوم فيما يعرض عليها من قضية.

1 -أهمية الإثبات في الفقه الإسلامي

لقد عنيت الشريعة الإسلامية عناية كبيرة بإثبات الحقوق ورسم الطرق المؤدية لذلك، سواء كانت تلك الحقوق حقوق لله سبحانه وتعالى أم حقوقا للعباد، لقد شرع القضاء في الإسلام لينال صاحب الحق حقه ممن اعتدى عليه، لأن الإنسان لا يستطيع اقتضاء حقه بنفسه، غير أن القاضي بالرغم من قدراته ومؤهلاته يبقى بشرا لا يستطيع الإلمام بجميع معطيات الخصومة، فلابد من وسائل يعتمد عليها لفض النزاع. وفي كتاب الله العديد من الآيات التي تبرز أهمية الإثبات وتبنى عليه أحكام شرعية هامة تتعلق بالفرد والجماعة.

قال الله تعالى " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ** " الآية 282 من سورة البقرة.

وقوله عز وجل " **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الفَاسِقُونَ** " الآية 4 من سورة النور.

وفي قصة للنبي صلى الله عليه وسلم " جاء رجل من حضر موت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي: يا رسول الله إن هذا غلبني على أرض لي كانت لأبي. فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال صلى الله عليه وسلم للحضرمي: ألك بينة؟ فقال: لا، قال: فلك يمينه، فقال يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء.

فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: ليس لك منه إلا ذلك، فانطلق ليحلف فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: لما أدبر. أما لئن حلف على ما له ليأكل ظلما لَيَلْقِيَنَّ الله وهو عنه معرض. " رواه مسلم

2 -أهمية الإثبات قانونا: من المؤكد أنه في حالة الخصومة يتوقف تقرير القضاء بوجود أو انتفاء الحق على إثبات وجود أو انتفاء الواقعة، لهذا فإن الإثبات له أهمية خاصة فردية وأخرى عامة اجتماعية.

للإثبات مصلحة فردية لكل من المدعي والمدعى عليه، فبالنسبة للمدعي الحكم لصالحه يتوقف على إثبات وجود واقعة تنشأ له حق ما، أما المدعى عليه إثبات عكس ما أثبته المدعي أو إثبات واقعة أخرى يرتب عليها القانون انقضاء ذلك الحق بعد نشوئه، وبالتالي فإن الإثبات ليس واجبا بل

حق ولا يمكن الحرمان منه حتى ولو كان هذا الإثبات له قيود، ويمكن للخصمين تقديم أدلة الإثبات في أية حالة كانت عليها الدعوى متى كانت الواقعة منتجة في الدعوى[1].

وللإثبات كذلك مصلحة اجتماعية تتمثل في حسم النزاع بين أفراد المجتمع بما تقتضيه العدالة للوصول إلى الحق، وهذا بتدعيم دور القاضي الإيجابي في الإثبات بوصفه ممثل للمجتمع ويمتد هذا الدور لحماية الطرف الضعيف[2].

فتزداد أهمية الإثبات القضائي بزيادة النزعة الاجتماعية للقانون فقد أصبح اليوم من حق المحاكم –ممثل المجتمع–أن يتدخل في إدارة الدعوى فإذا كان المذهب الفردي لا يرى في الخصومة إلا نزاعا فإن المذهب الاجتماعي يضفي على الخصومة طابعا اجتماعيا، لهذا فإن التطور الاجتماعي ككل يستلزم أن يتطور التنظيم القضائي للإثبات في المواد المدنية والتجارية، ليمتد إلى تدعيم دور الحاكم المدني في الإثبات لتمكينه من إدارة الدعوى بإيجابية مؤثرة تحقق أحكاما عادلة وعاجلة.[3]

وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري فيما يتعلق بنصوص الإثبات أن الحق يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل على الحادث المبدئ له، أكان هذا الحادث قانونا أو ماديا والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه.[4]

ونظرا لأهمية العملية للإثبات، وإيمانا بالمشرع الجزائري بضرورة التدخل بتجاوز مثل هذه الصعوبات، فقد وضع نظاما متكاملا للإثبات عن طريق تقدير جملة من المبادئ التي تيسير مهمة القاضي وتكون بمثابة الضمانات بالنسبة للمتقاضين، كما قام بتوزيع قواعد الإثبات بين القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية ولم يفرده بنص خاص لذلك كما ذهبت بعض التشريعات.

---

[1] عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 8.

[2] جلال علي العدوي، مرجع سابق، ص 15.

[3] قروف موسى، المرجع السابق، ص23 ،24

[4] محمد صبري السعدي –الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لأحدث التعديلات ومزودة بأحكام القضاء، الطبعة الأولى 2008 ،2009، دار هومه، ص9

المطلب الثاني: محل وعبء الإثبات

بما أن الحقوق لا تثبت إلا إذا وجد مصدر الذي ينشأ هذه الحقوق أي أن الإثبات لا يرد على الحق ذاته بل يرد على سبيل إنشاء هذا الحق، ولهذا فعلى من يدعي حق ما أن يثبت أسبابه فإن أثبتها نال حقه وإن عجز ضاع، في الحقيقة أن الكثير من الخصوم خسروا دعواهم لعجزهم عن إثبات مصدر الحق.

و أول المسائل التي ينظر فيها القاضي من أجل الفصل في النزاع المطروح عليه، هو معرفة محل الإثبات، وكثيرا ما يقع الخلط بين الجانب الواقعي وهو الذي يقع على عاتق الخصم إثباته، والجانب القانوني وقد ثار خلاف حول ما إذا تمسك الخصم بقاعدة قانونية منصوص عليها في القانون الأجنبي فهل يعد واقعة مادية يجب على الخصم اثباته أم أن القانون الأجنبي لا يعد واقعة مادية بل هو قانون وطبقا للأصل العام الذي يقضي على أن القاضي يفترض فيه العلم بالقانون ولا يقع على الخصم أي التزام بإثباته[1].

لذا فإن معرفة من يكلف بعبء الإثبات شيء بالغ الأهمية وعلى هذا الأساس سنتطرق في الفرع الأول لمحل الإثبات وفي الفرع الثاني نتكلم عمن يتحمل عبء الإثبات.

الفرع الأول: محل الإثبات

محل الإثبات هو المصدر أو السبب المنشئ للحق المدعي بوجوده أو انقضائه، أو ما يعبر عنه بسبب الدعوى أو بسبب الطلب القضائي، ومن ثم فإن محل الإثبات لا يعدو أن يكون واقعة قانونية، وهذه الأخيرة قد تكون تصرفا قانونيا أو واقعة مادية.[2]

إن الواقعة بوصفها محلا للإثبات هي كل سبب منشئ للحق المدعى بوجوده أو زواله أو وصفه، فالدائن الذي يريد إثبات التزام في ذمة مدينه عليه أن يثبت مصدر هذا الالتزام إذا كان عقد أو عمل غير مشروع أو واقعة طبيعية يترتب عليها القانون إنشاء هذا الالتزام. ولهذا فالواقعة القانونية هي مصدر لكل الحقوق وهي إما أن تكون واقعة مادية أو تصرف قانوني.

ويندرج تحت الواقعة المادية الطبيعية كالزلزال الذي ينشأ عن حالة القوة القاهرة والواقعة المادية التي تحدث بفعل الإنسان بدون قصد مثل حادث سير، ومهما كانت الواقعة المادية فإن القانون هو الذي يحدد آثارها وهنا يجوز لهذه الواقعة المادية إثباتها بكافة الطرق.

أما التصرف القانوني أساسه الإرادة المتجهة لإحداث أثر قانوني معين يكون بإرادة الطرفين مثال ذلك العقود بصفة عامة كالبيع والإيجار، وقد تكون بإرادة طرف واحد مثل الوصية والإقرار[3]،

---

[1] زودة عمر، الإثبات في المواد المدنية في ضوء أحكام القضاء وأراء الفقهاء، دار بلقيس، الطبعة الأولى، سنة 2023، ص21

[2] نفس المرجع، ص 22

[3] رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والإدارية، الدار الجامعية، 2001، ص 259.

وهنا في الأصل في التصرفات القانونية لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة إذا تجاوزت النصاب المعين قانونا.

وإذا كان الأصل أن لكل خصم الحق في إثبات الواقعة القانونية التي يستند عليها، إلا أنه في الواقع هناك قيود على هذه القاعدة، فالواقعة القانونية تتقيد بشروط لإثباتها وتتمثل فيما يلي:

أولا: يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة

يستخلص هذا الشرط من طبيعة الأشياء، وهو شرط بديهي فالواقعة القانونية لابد أن تكون غير غامضة وكافية ونافية للجهالة وإلا تعذر إثباتها، فإذا ادعى شخص ملكيته لعقار دون أن يحدد ماهية هذا العقد إذا كان عقد بيع أو هبة أو غير ذلك من العقود.

والواقعة محل الإثبات قد تكون واقعة إيجابية كوجود شيء معين أو القيام بعمل وقد تكون الواقعة سلبية كامتناع عن عمل معين، فكلتا الحالتين الإيجابية والسلبية يقبل إثباتها ما دامت محددة، ويمكن إثبات الواقعة السلبية بإثبات واقعة إيجابية مثال ذلك: إثبات الطبيب عدم تقصيره في تقديم العلاج اللازم للمريض فإنه يستطيع إثبات قيامه بالعناية المفروضة الواجبة للعلاج[1].

ثانيا: يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها ممكنة الإثبات.

ويقصد بهذا الشرط أن تكون الواقعة محتملة الثبوت عقلا أي غير مستحيلة، والاستحالة قد تعود للواقعة ذاتها لأنها تتعارض مع العقل والمنطق كادعاء شخص أعمى أنه شاهد حادثة اصطدام بين سيارتين.[2]

وقد ترجع الاستحالة أيضا إلى عدم تحديد وصف الواقعة المراد إثباتها وليس بإمكان التصديق بها كادعاء شخص أنه لم يغادر مدينته منذ ولادته، ووصف الواقعة ممكنة أو مستحيلة يعود تقديرها للقاضي وهنا عليه أن يراعي الحكمة والاعتدال.

ثالثا: يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها محل نزاع

إذا لم تكن الواقعة متنازع فيها فلا محل للنظر فيها ولا داعي لإثبات الواقعة، وهذا ما يؤدي إلى ضياع وقت القضاء في الإجراءات، لأن الواقعة المسلم بها من جانب الخصم لا تعد إثبات فلا يوجد محل لإثبات هذه الواقعة لأنها تعد ثابتة في حق المقر وحده، لذلك يكون الأصح القول إن الواقعة المعترف بها قد أصبحت ثابتة لأنها واقعة غير قابلة للإثبات.[3]

---

[1] أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، بيروت، طبعة 1983، ص 229.

[2] سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، المرجع السابق، ص57.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 60،61.

رابعا: يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى

يقصد بهذا الشرط هو أن تكون هناك علاقة بين الحق المطالب به ومصدر الحق أو الواقعة المنشئة له كما لو تمسك البائع بعقد البيع للمطالبة بالثمن، وهنا يكون الإثبات مباشرة، ولكن أحيانا الإثبات لا ينصب دائما على مصدر الحق بل قد ينتقل إلى شيء آخر يتعذر إثباته بالطريقة المباشرة، فيلجأ المتقاضي إلى إثبات واقعة أخرى ليست فقط قريبة من الواقعة الأصلية بل متصلة بها اتصلا وثيقا وهنا نكون أمام إثبات غير مباشر يقوم على فكرة تحويل الدليل وهي نفس الفكرة التي تقوم عليها القرائن.[1]

خامسا: يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها منتجة في الدعوى

يقصد بهذا الشرط أن تكون الواقعة حين ثبوتها تؤدي إلى قيام أثر قانوني، لا يشترط في الواقعة أن تكون حاسمة في النزاع وإنما تكفي أن تكون عنصر من عناصر اقتناع القاضي.

ويتبين من ذلك أن إنتاج الواقعة في الإثبات أعلى مرتبة من تعلق الواقعة بالدعوى، وعليه فليس كل متعلقة بالدعوى بالضرورة منتجة في الإثبات ولكن كل واقعة منتجة تكون حتما متعلقة بالدعوى[2]. كأن يطلب المؤجر المستأجر بأجرة شهر معين، فيقدم المستأجر وصلا بأجرة الشهور السابقة لإثباته دفعة للإيجار بانتظام، فنلاحظ أنه بالرغم من كون الواقعة متعلقة بالدعوى إلا أنها غير منتجة في الإثبات.

سادسا: أن تكون الواقعة جائزة الإثبات

لا يكفي أن تكون الواقعة القانونية منتجة بطبيعتها في الإثبات بل يجب أن تكون أيضا جائزة الإثبات أي أن القانون لا يمنع إثباتها وقد يكون هذا المنع لاعتبارات تتعلق بالنظام العام والآداب كمنع إثبات دين القمار وصحة القذف ومنع توجيه اليمين الحاسمة على فعل معاقب عليه، وإما أن يكون لسبب تقضيه ضرورة الصياغة الفنية، كما هو الحال في القرائن القانونية القاطعة والقواعد الموضوعية المبنية على الغالب من الأحوال يمنع القاضي من جواز اثبات عكسها[3].

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص61

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 62.

[3] قروف موسى، المرجع السابق، ص 31

الفرع الثاني: عبء الإثبات

عندما يتقدم الخصم إلى المحكمة طالبا إفادته بالحماية القضائية يحمله القانون عبء الإثبات ما يدعيه، وبالتحديد يجب عليه اثبات واقعة معينة وهي مصدر الحق الذي يرمي الخصم إلى الحصول عليه وبذلك يعد الإثبات واجبا على الخصوم في الوقت الذي يعد فيه حقا لهم، ولكنه لا يعد واجبا في آن واحد للخصمين، فكل منهما يلقي هذا الواجب على عاتق خصمه، وعليه يكون واجب الإثبات مهمة صعبة بالنسبة لمن يتحمله ومن هنا سمي هذا الواجب بعبء الإثبات[1].

الأساس القانوني لعبء الإثبات:تنص المادة 323 من القانون المدني " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه "

الأساس الشرعي لعبء الإثبات: عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لو يعطي الناس بدعواهم لا ادعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر " رواه البخاري ومسلم[2].

أولا: قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر:

هذه القاعدة تبين الطرف الذي يتحمل عبء الإثبات و هو المدعي لأنه هو المكلف بإقامة الدليل، والحكمة من جعل البينة تقع على المدعي لأنه هو الشخص أو الخصم الضعيف الذي يدعي خلاف الظاهر فمثلا من ادعى دين على غيره أن يثبت وجود السبب الذي أنشأ هذا الدين و عليه إظهار السند الذي يؤكد هذا الدين أو إقامة الدليل على أية واقعة يترتب عليها إثبات الالتزام في ذمة الخصم، وأهمية هذه القاعدة تظهر عند عجز المدعي عن إقامة الدليل الذي يؤدي لخسارة دعواه ، وغالبا لا يقف عند هذا الحد و لكن للمدعي أمل في اعتراف المدعى عليه بذلك ، وهنا جاءت أهمية توجيه اليمين للمدعى عليه الذي يكون صاحب الحق فإذا كان الحالف صادق فقد دفع افتراء المدعي والحكمة من هذا التكليف هو أن اليمين حجة ضعيفة لقطع الشك لذلك فالبينة حجة قوية .

---

[1] عصمت عبد المجيد بكر، أصول الإثبات، دراسة في ضوء أحكام الإثبات العراقي والتشريعات المقارنة والتطبيقات القضائية ودور التقنيات العلمية في الإثبات، الطبعة الأولى 2012، ص 98.

[2] محمد فتح الله النشار، أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، ص 67،68.

ثانيا: قاعدة الأصل براءة الذمة:

من المؤكد أن الأصل في الإنسان البراءة منذ ولادته وبالتالي تكون ذمته غير مشغولة لحين قيامه بتعاملات تؤدي إلى إثقالها[1]، ويستخلص مصدر حكم البراءة الأصلية من القرآن والسنة والقواعد الفقهية:

ـ في القرآن الكريم جاءت آيات عديدة تكلمت على براءة الإنسان منها:

قوله تعالى " **وَمَا كُنَا مُعَذِبِينْ حَتىَ نَبْعَثَ رَسُولاً**"[2] وقوله تعالى " **ولو أنا أهلكناهم بعذاب من قبله لقالوا ربنا لولا أرسلت إلينا رسولا فنتبع آياتك من قبل أن نذل ونخزى** " [3]

ـ من السنة النبوية قال الرسول صلى الله عليه وسلم " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر. "

ـ أما في القواعد الفقهية الكلية:

"الأصل بقاء ما كان على ما كان "، " ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه "[4].

وتبعا لذلك يجب على المدعي وهو يدعي خلاف الأصل أن يثبت وجود الالتزام وذلك بإثبات المصدر الذي نشأ عند هذا الالتزام قد يكون تصرفا قانونيا كعقد البيع أو واقعة مادية كالفعل غير المشروع، وإذا استطاع المدعي أن يثبت مصدر الالتزام كعقد البيع، فيفترض أن هذا العقد صحيح وغير باطل، ويقع عبء الإثبات على عاتق المدعى عليه أن يثبت وأن العقد المتمسك به باطل[5]

ويتضح من النصوص السابقة أن عبء الإثبات على المدعي وليس المقصود بالمدعي الخصم الذي يبدأ إجراءات رفع الدعوى، وإنما يقصد به كل من ادعى أمر على خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا أو فرضا. فالمدعي بالواقعة محل الإثبات لا المدعي في الدعوى.

---

[1] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 100.

[2] الآية 15من سورة الإسراء.

[3] الآية 134 من سورة طه.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 69.

[5] زودة عمر، المرجع السابق، ص 43

ثالثا: الأصل في الحقوق العينية الظاهر

الظاهر أن من يحوز حقا، فهو غالبا ما يكون صاحبه فإذا جاء آخر وادعى العكس لزمه إقامة الدليل[1]، مما يشهد به الظاهر أن الحائز هو المالك ما لم يقم المدعي الدليل على عكس ذلك[2]، أين نصت المادة 823 من القانون المدني الجزائري على أن: "**الحائز لحق يفرض أنه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك**"، ويستخلص من هذا النص أن الأصل في الحقوق العينية هو بالظاهر، وأن حائز العقار يعتبر أنه هو المالك حتى يتبين خلاف الظاهر والحيازة في المنقول سند الملكية وهذا ما نصت عليه المادة 835 من نفس القانون.

فالظاهر أصلا هو اجتماع سلطات المالك، وخلو حق الملكية مما يثقله من أعباء وتكاليف عينية، حيث أن حق الملكية حق جامع، ويخول لصاحبه بحسب الأصل كل السلطات الممكنة على الشيء وهي سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف.[3]

إن من يدعي على خلاف الأصل أو على خلاف الظاهر أو على خلاف المفروض يكون هو المكلف بحمل عبء الإثبات، فإذا أفلح في حمله بأن نجح في إقامة الدليل على ما يدعيه وفقا لما يرسمه القانون من طرق الإثبات، فإن ما أثبته يضحى ثابتا فعلا، فلا يحكم القاضي ضده لمصلحة خصمه الذي أصبح إذا يدعي خلاف ما هو ثابت فعلا إلا إذا أقام الدليل على ما يدعيه، وفقا لما يرسمه القانون من طرق الإثبات[4].

حصر طرق الإثبات في القانون الجزائري:

كما سبق القول فطرق الإثبات في المواد المدنية لا زالت مشتتة بين التقنين المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، فالقانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 نص على خمس طرق للإثبات، أتى بها في الباب السادس بعنوان: إثبات الالتزام من المادة 323 إلى المادة 350 وهي:

1) **الكتابة:** وهي أهم طريقة في الإثبات كما أنها تصلح لإثبات جميع الوقائع سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية وقد نص عليها المشرع في المواد 323 إلى 332 من القانون المدني أما القواعد الإجرائية المتعلقة بها فقد نص عليها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 70 إلى المادة 760.

---

[1] سركوت إسماعيل حسين، المرجع السابق، ص169

[2] عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص97

[3] سركوت إسماعيل حسين، نفس المرجع، ص170

[4] عصام أنور سليم، نفس المرجع، ص98

2) **البينة أي شهادة الشهود:** فهي طريقة لإثبات التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها 100.000 دج طبقا للتعديل الملحق بأحكام القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 ومنها المادة 333، حيث قبل هذا التعديل كان المشرع نص على مبلغ 1000 دج، ثم رفع من قيمة هذا المبلغ إلى القيمة المذكورة بسبب تراجع قيمة العملة.

3) **القرائن:** فهي طريقة غير مباشرة للإثبات تنصب على واقعة معلومة متصلة بالواقعة محل النزاع فيستنبط القاضي من الواقعة المعلومة الحكم الوارد فيها ويطبقه على الواقعة محل النزاع، وقد نص عليها المشرع في المواد 337 إلى 341 من القانون المدني، ولم يوردها بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية لأن أحكامها ليست ذات طابع إجرائي وإنما ذات طابع موضوعي.

4) **الإقرار:** هو اعتراف الخصم بالواقعة محل النزاع، وبموجب هذا الاعتراف ومن أثره هو إعفاء الخصم الآخر من إثبات الواقعة المعترف بها. وهو" اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمة أو لم يقصد"، وقد أورد المشرع أحكام الإقرار في القانون المدني في المادتين 341، 342.

5) **اليمين:** قول يتخذ فيه الحالف بالله شاهدا على صدق ما يقول، أو على إنجاز ما يعد، ويستنزل عقابه إذا ما حنث، فحينما يعجز المدعى عن إثبات الواقعة المتعلقة بحقه، أباح له المشرع الاحتكام إلى ذمة خصمه بتوجيه اليمين له، فإذا حلفها هذا الأخير برئت ذمته ورفض ادعاء خصمه الآخر، وإن نكل عن حلفها اعتبر منه إقرارا بالواقعة محل النزاع.

وقد أورد المشرع أحكام اليمين في القانون المدني في المواد من 343 إلى 350، وأوردها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 189إلى 193. وهناك طريقان آخران لم ينص عليهما المشرع في القانون المدني ولكن أوردهما في القانون الإجراءات المدنية والإدارية وهما:

1) **المعاينة:** ونظم أحكامها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 146 إلى149.

2) **الخبرة:** وهي المسائل التقنية التي تعترض القاضي فيلجأ بشأنها إلى الخبراء والمختصين لإعطاء رأيهم بشأنها وقد نظم المشرع أحكامها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 125 إلى 145.

الباب الأول: تقدير القاضي لأدلة الإثبات الملزمة

إن الإثبات لا يتم وفقا لهوى هذا الخصم أو ذاك، بل طبقا لطرق رسمها القانون محددا قوة كل طريق منها ن فهذه هي طرق الإثبات القضائي التي رسمها القانون كذلك إجراءاتها وإن طريق الإثبات هو ما يقيمه الخصم دليلا على إثبات حقه أو بالأحرى هو ما يقيمه الخصم دليلا على إثبات الواقعة القانونية المنشئة للأثر القانوني سواء تمثل في نشوء الحق أو إنقاصه أو نقله أو التعديل فيه.[1]

ونظرا لأهمية الإثبات في العلاقات القانونية فإن الفقه قد قسم طرق الإثبات إلى عدة تقسيمات، فهي تنقسم من حيث حجيتها إلى طرق ملزمة للقاضي وطرق غير ملزمة، فالطرق الملزمة هي التي حدد القانون حجيتها ولم يتركها لتقدير القاضي وهي الكتابة إذا كان معترف بها من الخصوم والإقرار واليمين، أما الطرق غير الملزمة للقاضي هي شهادة الشهود والقرائن القضائية والمعاينة والخبرة لأنها تخضع لتقدير القاضي ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك.[2]

كما قسم الفقه وسائل الإثبات إلى طرق مباشرة وطرق غير مباشرة وهي تعتبر كذلك لأن دلالتها تنصب مباشرة على الواقعة المراد اثباتها سواء كانت الواقعة تصرفا قانونيا أو كانت عملا ماديا.[3]

وطرق الإثبات هذه منها طرق ذات قوة مطلقة كالكتابة التي تصلح لإثبات جميع الوقائع القانونية سواء كانت تصرفات قانونية أو وقائع مادية، منها طرق ذات قوة محدودة ك الشهادة والقرائن القضائية التي تنحصر قوتها المحدودة في الإثبات في ميدان التصرفات القانونية المدنية بينما تكون لها قوة مطلقة في خارج هذا الميدان فيكون لها هذه القوة في الإثبات في الوقائع القانونية المادية وفي التصرفات التجارية[4].

من خلال ذلك فإن المشرع الجزائري، نظم وسائل الإثبات على نوعين من القواعد، قواعد موضوعية وقواعد شكلية أو إجرائية، فالقواعد الموضوعية هي التي تحدد الأدلة وتبين الحالات التي تستعمل فيها كل دليل وقيمته ن أما القواعد الشكلية فهي التي تبين الإجراءات التي تتبع عند تقديم الأدلة الخاصة بالنزاعات المعروضة أمام القضاء.

وعليه ارتأينا أن تكون دراستنا تتمحور حول طرق الإثبات الملزمة للقاضي للأخذ بها لما لدور القاضي في تقدير أدلة الإثبات من حيث حجيتها.

ولقد تم تقسيم هذا الباب إلى أربعة فصول.

---

[1] عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 107.

[2] محمد صبري السعدي المرجع السابق، ص37

[3] نفس المرجع، ص37.

[4] عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص108.

الفصل الأول: حجية الدليل الكتابي في الإثبات

تعتبر الأدلة الكتابية من أهم وسائل الإثبات وذلك لما تتصف به من وضوح وسهولة في الاستناد إليها، وهي من الأدلة المعدة سلفا لاستخدامها في الإثبات، ومن الأدلة المباشرة حيث تنصب على إثبات التصرف القانوني أو الواقعة القانونية مباشرة، وذلك لكون الأشخاص يلجؤون إلى إثبات تصرفاتهم بتدوينها في محررات سواء أكانت تلك المحررات عرفية أو رسمية ليسهل الرجوع إليها عند الخلاف ولتحديد حقيقة التصرف المدون بها وحقوق والتزامات كلا الطرفين[1].

والدليل الكتابي هو نتيجة وثيقة مكتوبة محررة من أجل إثبات حقيقة اتفاق ما مثل العقد لإثبات واقعة قانونية تكون مصدر حق المدعى به أمام القاضي المدني كشهادة ميلاد أو شهادة وفاة أو محضر إثبات حالة، لكن لا بد من الإشارة إلى أن كلمة عقد قانوني يكون معناه وثيقة مكتوبة مهمتها إما إبراز إرادة المتعاقدين المتوجهة لإحداث أثر قانوني أو واقعة قانونية باعتبارها وسيلة إثبات حق لا شرطا لوجوده، مالم ينص القانون على عكس القاعدة العامة، وهذا لأنه لا يمنع وجود حق يمكن إثباته بوسائل قانونية أخرى[2].

والدليل المكتوب ينقسم إلى سندات رسمية و سندات عرفية حسب المفهوم التقليدي له ومحررات إلكترونية حسب المفهوم الحيث ، وهذه التقسيمات تبرز وجود تفاوت بينها من حيث القوة والحجية التي حددها المشرع كما أنه توجد أدوات يمكن من خلالها هدم أو انقاص من نسبة قوة المحررات وهذا حسب طبيعة كل محرر ، إما بدعوى التزوير وإجراءات التحقيق المتبعة من ورائها ، او بدعوى انكار التوقيع وإجراءات التحقيق المتبعة ، لذلك سنتناول بالدراسة إلى المحررات الكتابية حسب المفهوم التقليدي ، أما المبحث الثاني سنتناول فيه إلى المحررات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات حسب المفهوم الحديث للمحررات أما المبحث الثالث نتناول فيه سلطة القاضي في تقدير السند الكتابي و الطعن بصحته.

---

[1] أبو الخير عبد العظيم، مرجع القاضي والمتقاضي في الإثبات في القضايا المدنية والتجارية مزيد بأحدث أحكام النقض، الطبعة الأولى 2017 المركز القومي للإصدارات القانونية –ص39.

[2] شمام منير –رسالة دكتوراه في القانون الخاص، السلطة التقديرية للقاضي المدني في الإثبات السنة الجامعية 2018–2019 جامعة عبد الحميد ابن باديس، ص77

المبحث الأول: المحررات الرسمية والمحررات العرفية حسب المفهوم التقليدي

المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه[1].

وتعتبر السندات الرسمية من الأدلة التي منحها القانون الحجية المطلقة في الإثبات ما لم يطعن فيها بالتزوير، كما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 23156 الصادر بتاريخ 1982/03/17:" إن الورقة الرسمية لها قوة الإثبات وهي تلزم الجميع ما لم يثبت تزويرها أو لم يثبت ذلك فلا يمكن اثبات العكس"[2]، وبذلك فإن الخصم الذي يتمسك بورقة رسمية لتأييد حقه لا يلزم بإثبات صحتها إذا كانت تبدو عليها علامات الرسمية مثل ختم الإدارة وتوقيع الموظف وما شابه ذلك، لأن ذلك يوحي بالثقة في مصدرها.[3]

أما السندات العرفية هي التي تصدر من الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف عام وتكون موقعة ممن هي حجة عليه وتكون معدة للإثبات كما توجد سندات عرفية لم تعد أساسا للإثبات إلا أن المشرع يعطيها قوة في الإثبات تتفاوت قوة وضعفا بحسب ما يتوفر لها من عناصر الإثبات.[4]

ولقد أتاح المشرع عبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون المدني كل الإمكانيات اللازمة للتأكد من صحة المحررات الرسمية والعرفية كوسيلة للإثبات في الدعوى، والتي يتم بواسطتها تحديد نسبة قوة اثبات المحرر الرسمي والعرفي وحجيتها في الإثبات، لذلك سنتناول في المطلب الأول إلى قوة السندات الرسمية في الإثبات وفي المطلب الثاني نتطرق إلى قيمة المحررات العرفية وحجيتها في الإثبات.

---

[1] محمد حسين منصور، قانون الإثبات مبادئ الإثبات وطرقه، الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2002، ص57.

[2] فاطمة الزهراء تبوب المولودة رابحي، السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات المدني، مذكرة ماجيستير في العقود والمسؤولية 1996-1997، ص45

[3] نفس المرجع، ص45

[4] عبد المعطي محمد عبد المعطي الأغا، السندات العرفية ومدى حجيتها في الإثبات (دراسة مقارنة بالقانون الأردني) مقال صادر عن المجلة العصرية للدراسات القانونية، كلية العصرية الجامعية –رام الله –فلسطين المجلد01، العدد 02، السنة 2023 –ص394.

المطلب الأول: قوة السندات الرسمية في الإثبات

جعل المشرع من الكتابة طريقا هاما للإثبات فيما يتعلق بالتصرفات القانونية واعتبر الدليل الكتابي يختلف حسب وضعه، فقد اشترط القانون ركن الشكلية باعتبارها جزءا لا يتجزأ من التصرف القانوني إذ إن انعدامها يؤدي إلى عدم وجود التصرف لانعدام ركن من أركانه أو انعدام أثاره.

والمحررات الرسمية لها حجية ملزمة للقاضي المدني وهي وسيلة اثبات للواقعة المتخاصم عليها متى استوفت الشروط القانونية، ولقد خول المشرع الجزائري للقاضي سلطة التأكيد من صحة المحررات ومكنه من استبعادها أو هدم قوتها في حال تخلف شروطها، لذلك نتناول في الفرع الأول الشروط الواجب توفرها في المحرر الرسمي وأما الفرع الثاني إلى حجية المحررات الرسمية في الإثبات.

الفرع الأول: الشروط الوجب توافرها في المحرر الرسمي

عرفت المادة 324 من القانون المدني الجزائري الورقة الرسمية بقولها "**العقد الرسمي عقد يثبت فيه الموظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه**".[1]

من خلال نص المادة المذكورة يظهر أنها تنصب على المحررات الرسمية المعدة لإثبات التصرفات القانونية المدنية والتجارية، يبدوا أن ما يعطيه القانون سلطة خاصة للموظف العام هو عماد ما يتوافر للورقة الرسمية من قوة في الإثبات وهو بذاته مناط العلة في هذه القوة.[2]

ومن ثم فإن شروط ومقومات صحة المحرر الرسمي تتمثل في صدوره من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، أسبغ عليه القانون سلطة توثيقها في حدود اختصاصه بشرط مراعاة ما يوجبه القانون من أوضاع في توثيق الورقة[3]، فهذه إذن شروط ثلاثة للأبد منها لصحة المحرر الرسمي وتتمثل هاته الشروط فيما يلي:

أولا: صدور الورقة من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة:

إن المقصود بالموظف العام كل شخص تعينه الدولة ليقوم بعمل من أعمالها ويخضع لقانون الوظيف العمومي، والضابط العمومي(الموثق) شخص له مؤهلات قانونية تشهد بها شهادة جامعية[4].

والمكلف بخدمة عامة كل شخص يقوم بخدمة عامة أيضا سواء خضع لقانون الوظيف العمومي أو لم يخضع، سواء تلقى أجرا على خدمته أو قام بها مجانا ن وليس من اللازم أن يكون تعيين هذا الموظف صادرا من السلطة المركزية بل أن صفة الموظف تتوفر بالنسبة لأشخاص الهيئات الإقليمية

---

[1] الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن قانون المدني الجزائري

[2] عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص137.

[3] نفس المرجع، ص137.

[4] محمدزهدور –المرجع السابق، ص27

كالمجالس البلدية أو الولائية أو من المؤسسات العمومية ذات الشخصية المعنوية المستقلة ك الجامعات والإذاعات[1].

وتختلف مهنة هؤلاء الموظفين باختلاف الأوراق التي يصدروها كالقاضي بالنسبة للأحكام التي يقوم بتحريرها وكاتب الجلسة يعتبر موظفا عاما بالنسبة لمحاضر الجلسات وأوراق المرافعات يختص بها موظف المحكمة المكلف بها والموظف في مصلحة الإشهار بالنسبة لتوثيق جميع التصرفات التي يستلزم القانون أن تكون رسمية كالرهن الرسمي.[2]

كما يعتبر في حكم الموظف العام رئيس المركز القنصلي فيما يتعلق بإعداد عقود الحالة المدنية الخاصة بالجالية الجزائرية وتحريرها إضافة إلى ممارسة مهام توثيقية وفقا لما نصت عليه المادة 28 من المرسوم 02-405 المؤرخ في 2002/11/26 المتعلق بالوظيفة القنصلية.[3]

ولا يشترط تحرير الورقة الرسمية على نموذج خاص، ذلك أن صفة الورقة إنما يسبغها محررها عليها وليس طبعها على نموذج خاص[4]، وأنه لا تزول الصفة الرسمية عن الموظف إذا كان قد عين بشكل مخالف لأحكام القانون كأن يكون فاقدا لشرط من شروط التعيين، فمثل هذا النقص لا يؤثر على رسمية السند، فيبقى السند محتفظا بصفته الرسمية حتى وإن لم تكن شروط تعيينه مستكملة.[5]

وإذا انتهت خدمة الموظف بالفصل أو العزل أو الاستقالة أو التقاعد أو أي سبب آخر وقام بكتابة سند بعد تبليغه بقرار إنهاء خدمته فيعد السند باطلا لا قيمة له لأنه فقد ولايته في القيام بواجبات وظيفته الرسمية، أما السند الصادر في الفترة الفاصلة بين صدور قرار انهاء خدمته وبين تبليغه به فيعد صحيحا إلا إذا قام الدليل على سوء نيته.[6]

أما الضباط العموميون فيقصد بهم الموثقون الذين يقومون بفتح مكاتب التوثيق العمومية يتولون تسييرها لحسابهم الخاص وتحت مسؤولياتهم وأسندت إليهم المادة 05 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20فبراير 2006 المتعلق بمهنة الموثق مهام تولي وتحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصفة.[7]

---

[1] نفس المرجع، نفس الصفحة.

[2] محمد صبري السعدي – المرجع السابق –ص46.

[3] بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية: طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار هومه الطبعة 2017، ص49.

[4] أبو الخير عبد العظيم –المجرع السابق –ص41.

[5] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 129.

[6] نفس المرجع، نفس الصفحة.

[7] محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، السداسي الأول 2017، ص72

ثانيا: أن يكون صدور الورقة داخلا في حدود سلطة واختصاص الموظف أو الضابط العمومي يشترط لإضفاء صفة الرسمية على السند أن يصدر من الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه، إذ لا يكفي صفة الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة بذاتها لجعل الورقة رسمية وإنما يتعين أن يقوم بتحريرها استنادا إلى سلطته التي أعطاها له القانون ، وليس المقصود بالسلطة في هذا المقام إمكانية الإجبار ولكن يقصد بها الولاية [1]، بمعنى أن يكون للشخص صلاحية قانونية لتحريره وإنشاء الورقة التي تمنحه اختصاصا موضوعيا ومكانيا وزمانيا .

ويقصد بالاختصاص الموضوعي أنه يختص كل موظف عام بنوع معين في تحرير السندات الرسمية، فالكاتب العدل يختص بتنظيم وتوثيق التصرفات القانونية كافة إلا ما استثني بنص خاص، فأناط القانون أمر إعداد الأوراق الرسمية إلى موظفين عموميين كل حسب اختصاصه ودوره في تسيير مرافق الدولة، فإذا حرر موظف عام ورقة لا تدخل في اختصاصه فإنها لا تكتسب الصفة الرسمية[2]، ولو أثبت الموظف بداخل الورقة المختص هو بتحريرها بيانا لا يدخل في اختصاصه فإن هذا البيان لا يكتسب الحجية أو الرسمية أما بالنسبة للاختصاص المكاني فأساسه أن القانون حدد لكل موظف دائرة إقليمية معينة لا يجوز للموظف العام أن يباشر عمله خارجها.[3]

ويكمن الاختصاص الزماني في أنه يجب أن يصدر الموظف المحرر أثناء ولايته أي بعد تعيينه ومباشرة العمل لا قبل ذلك، وقبل عزله من وظيفته أو نقله منها[4]، وأن الورقة التي تصدر من الموظف العام تكتسي صفة الرسمية سواء حررها بنفسه أو كانت من تحرير المتعاقدين أو من طرف الغير شريطة أن يوقعها هذا الموظف العام باعتباره موظفا مختصا فإن لم يوقعها أو كان وقعها باعتباره متعاقدا أو شاهدا فإن توقيعه هذا لا يكسبها صفة الرسمية.[5]

وبالتالي فالقاضي المدني له دور التأكد من صحة المحرر ومراقبة من صدر منه هذا المحرر، وأيضا مراعاة حدود سلطته واختصاص الموظف وقت كتابة المحرر[6].

---

[1] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص43

[2] نفس المرجع ونفس الصفحة

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص47

[4] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص60

[5] زهدور محمد، المرجع السابق، ص28

[6] شمام منير، المرجع السابق، ص81

ثالثا: مراعاة الأوضاع التي قررها القانون في تحرير الورقة

لقد قرر القانون أشكالا وقواعد يجب احترامها عند تحرير كل ورقة رسمية[1]، وأن لكل نوع من المحررات قواعد وإجراءات معينة لتحريرها ينبغي أن يلتزم الموظف بهذه القواعد عند تحرير المحرر حتى تثبت له صفة الرسمية.[2]

ويجب بصفة عامة أن تتضمن العقود جميع ما نص عليه القانون من بيانات ومن أمثلتها ما نصت عليه الفقرتين الأولى و الثانية من المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني من أنه "**توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف و الشهود عند الاقتضاء، ويؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد ، وإذا كان بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن ويضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر**"، ومن البيانات الإلزامية التي نصت عليها المادة 324 مكرر4 من القانون المدني فيما تعلق بالعقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية.[3]

كما أنه بالنسبة للعقود التي يحررها الموثق فإنه طبقا لنص المادة 26 من قانون التوثيق[4] تضمنت مجموعة من البيانات التي يجب أن تكون منها اسم ولقب الموثق ومكتبه، اسم ولقب وصفة ومطن وتاريخ ومكان ميلاد الأطراف وجنسيتهم وكذلك بالنسبة للشهود ، وتحديد موضوع العقد ، ومكان وتاريخ ابرامه والتوقيع، وطبقا للمادة 26 منه فأوجبت تحت طائلة البطلان أن تحرر العقود باللغة العربية في نص واحد وواضح ويصادق على الإحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق و الأطراف وعند الاقتضاء الشهود والمترجم.[5]

جزاء الإخلال بشروط صحة المحرر الرسمي

يترتب على تخلف أحد الشروط الثلاثة السابقة في الورقة بأن لا تثبت لها صفة الرسمية أي تكون باطلة باعتبارها ورقة رسمية ولكنها تصبح لها قيمة الورقة العرفية إذا كان موقعا عليها من قبل الأطراف على نحو ما قررته المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني التي نصت على أنه " **يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا**

---

[1] زهدور محمد، المرجع السابق، ص28

[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص61

[3] تنص المادة 324 مكرر 4 "أنه يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية طبيعة وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية ".

[4] القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الذي يتضمن تنظيم مهنة التوثيق

[5] محمد حزيط، المرجع السابق، ص 75.

كان موقعا من قبل الأطراف"، فالورقة تفقد رسميتها إذا صدرت من غير موظف علام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة أو صدرت من موظف عام غير مختص أو إذا تم تحريرها دون مراعاة الأوضاع القانونية التي قررها القانون.

وأن بقاء التصرف قائما رغم بطلان الورقة الرسمية لا ينطبق على الحالات التي يكون فيها التصرف هو ذاته تصرفا شكليا مما يتطلب القانون إبرامه في الشكل الرسمي كعقد البيع أو الرهن الرسمي أو الهبة في هذه الحالة فإن الرسمية تعتبر ركنا في العقد لا مجرد دليل اثبات ويؤدي تخلفها إلى بطلانه.[1]

نفس الاتجاه انتهجه قانون الإثبات العراقي بنصه في المادة 21 منه على أنه إذا لم تستوف السندات الرسمية الشروط المستلزمة لإنشائها فلا يكون لها إلا حجية السندات العادية في الإثبات[2]، وهو ما أخذ به المشرع المصري أنه إذا لم يكتسب المحرر الصفة الرسمية لتخلف شرط جوهري من الشروط المقدمة فإنه على الرغم من ذلك لا يفقد قيمته في الإثبات كلية، وإنما تكون له قيمة المحرر العرفي بشرط أن يكون محتويا على توقيع جميع المتعاقدين ذوي الشأن.[3]

الفرع الثاني: حجية المحررات الرسمية في الإثبات

إذا توفرت في المحرر أو الورقة الشروط الثلاثة المذكورة آنفا اكتسبت هذه الورقة صفة الرسمية وأصبحت لذا ذاتية في الإثبات، فلا يطلب ممن يحتج بها أن يثبت صحتها، ولا يكون هناك حاجة إلى الإقرار بها ، وإنما يكون على من ينكرها أن يقيم الدليل على بطلانها وليس له في هذه الحالة من طريق إلا طريق الادعاء بالتزوير[4]، وهذا على عكس الورقة العرفية التي تتمتع بقوة ذاتية في الإثبات وإنما حجيتها في الإثبات متوقفة على عدم إنكارها من الخصم الذي يحتج بها عليه فإن أنكرها انهارت حجيتها ووجب عليها حينها إثبات صدورها من خصمه[5].

أولا: حجية المحرر الرسمي من حيث الأشخاص

لقد نص المشرع الجزائري على حجية المحرر الرسمي في القانون المدني لاسيما المادة من **324** مكرر**05** بنصها أنه «**يعتبر ما ورد في المحرر الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني**» والمادة **324** مكرر**05**«**يعتبر العقد(المحرر) حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن**» والمادة **324 مكرر05**«**يعتبر العقد (المحرر) الرسمي**

---

[1] محمد حزيط، المرجع السابق، ص77

[2] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص134

[3] أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبعة 2015 مكتبة الوفاء القانونية دار الوفاء للدنيا للطباعة والنشر ص97

[4] محمد حزيط، المرجع السابق، ص78

[5] نفس المرجع، ص 79

حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيها إلا بيانات على سبيل الإشارة شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء ...».

وعليه فإنه متى توافر للمحرر الرسمي الشروط المطلوبة وكان مظهره الخارجي ناطقا برسميته قامت قرينة قانونية على سلامته من الناحية المادية ومن حيث صدوره من الأشخاص الذين وقعوا عليه، وإذا كان المظهر الخارجي للمحرر الرسمي يدل على أن به تزوير كوجود كشط أو تحشير أو على أنه باطلا لتخلف شرط من شروطه جاز للمحكمة أن تقضي بإسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري الذي منح للقاضي سلطة إسقاط صفة الرسمية[1]، من المحرر أو دعوة الموظف الذي حرره لسؤاله في حالة ملاحظة كشط أو تحشير أو غير ذلك من العيوب المادية خاصة .

و أن المادة **27** من قانون تنظيم مهنة التوثيق[2] أوجبت على الموثق عدم تضمين العقود التي يحررها أية كتابة أو تحوير أو غير ذلك مع توقيع البطلان في حالة وجودها ولكن التساؤل الذي يبقى مطروحا هل يقوم بذلك القاضي المدني من تلقاء نفسه لكون الأمر يتعلق بالنظام العام أم أنه يقوم بذلك بعد دفع أحد الخصوم بوجود كشط أو غيره.

وضع المشرع قاعدة عامة من خلال سياق النصوص السالفة الذكر مفادها أن المحرر الرسمي له حجية مطلقة على الكافة متى توافرت فيه الشروط المطلوبة لاعتباره محرر رسمي ولا يطعن فيه سواء من ذوي الشأن أو الغير إلا بالطعن بالتزوير، أما حجية ما صرح به ذوي الشأن فإنها تتقرر لهم ولغيرهم سواء كان خلفا عام أو خاص ولا يطعن فيها إلا بالبطلان وعليه نتناول حجية المحرر الرسمي بداية فيما بين المتعاقدين ثم الغير.

1_1: حجية المحرر الرسمي فيما بين المتعاقدين من حيث الإثبات

إن العقد الرسمي يعتبر حجة ودليلا قاطعا على حصول التعاقد الثابت فيه ولا يستطيع ذوي الشأن أن ينكروا شيئا مما جاء به لا من حيث التوقيعات الموقع بها عليه ولا من حيث محتوياته ولا من حيث حصوله أمام الموظف المحرر له إلا بالادعاء بحصول تزوير في البيانات التي تمت بمعرفة أو مشاهدة أو سماع الموثق شخصيا، أما فيما يتعلق ببطلان البيانات التي أثبتها الموثق بناء على ما يقرره الخصوم له لكونه لا يمكن له التأكد منها شخصيا وقت تحرير العقد فهي تخضع للقواعد المقررة في الإثبات دون الحاجة للطعن بالتزوير فيها لأنها لا تمس بأمانة الموثق وصدقه وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا أنه "**حيث... إذا كانت حجية الورقة الرسمية في الإثبات هي حجية على الناس**

[1] ملزي عبد الرحمن، محاضرات في الإثبات المدني لطلبة القضاة، دفعة 15

[2] قانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الذي يتضمن تنظيم مهنة التوثيق.

كافة، أي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير معا. فإنه يجب التفرقة بين الوقائع التي أثبتها الموثق مما جرى تحت سمعه وبصره والتي فيها مساس بأمانة الموثق وهذه حجيتها مطلقة ولا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير أما الوقائع التي ينقلها ذوي الشأن فيجوز الطعن فيها عن طريق إثبات عكسها دون حاجة إلى الطعن في الورقة ذاتها بطريق التزوير"[1].

1_2: حجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير من حيث الإثبات

قد ينحصر الغير في كل من يضار أو يستفيد من المحرر ويعتبر المحرر الرسمي حجة عليه بما دون فيه من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقرر قانونا وهنا الغير هو الخلف العام أو الخلف الخاص الذي يتوجب عليه إذ ما ادعى عدم صحة ما ورد بتلك التصريحات أن يثبت ذلك بالطرق المقررة قانونا.

وقد يكون الغير الأجنبي وهو كل شخص من غير ذوي الشأن وخلفائهم فلا تكون تصريحات[2] ذوي الشأن حجة عليهم إذ أنكروا صحتها دون الحاجة إلى أن يثبتوا عدم صحتها وإذا رغب في إثبات عكس مضمونها[3] فيكون بكافة طرق الإثبات باعتبار التصرف المبرم بين طرفي العقد هو واقعة مادية له، مثال ذلك الشفيع الذي هو شخص ثالث أجنبي عن عقد البيع، فالعقد اتجاهه يعتبر واقعة مادية له أن يثبتها بكافة طرق الإثبات ماعدا ما يذكر الموظف الرسمي أنه شاهده أو سمعه بنفسه عند تنظيم المحرر الرسمي والتي لا يجوز إثبات عكسها إلا بالطعن بالتزوير فيها.

ثانيا: حجية المحرر الرسمي من حيث المضمون

تكتسي البيانات الواردة في المحرر الرسمي حجية تختلف باختلاف طرق الطعن فيها[(4)] إذ نجد أن المحرر الرسمي لا يجوز إثبات عكس البيانات الثابتة فيه إلا بالطعن بالتزوير فيما تم لدى الموثق أما الطعن بالبطلان فلا يتم إلا في البيانات التي صدرت من ذوي الشأن وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا عن حجية عقد الشهرة وجاء فيه ما يلي «**حيث أن العقد التوثيقي يتضمن نوعين من البيانات: البيانات التي تتعلق بالوقائع التي يباشرها الموثق نفسه أو الوقائع المادية التي يقوم بها الأطراف أمام الموثق الذي يعاينها وهذه البيانات تكون حجة حتى يطعن فيها بالتزوير، أما البيانات المتعلقة بالتصريحات والاتفاقات التي يتلقاها الموثق من الأطراف تكون حجة إلى أن يثبت عكسها، حيث أن قضاة المجلس الذين سمحوا بإثبات عكس ما تضمنه عقد الشهرة المحتج به من طرف**

---

[1]– قرار رقم 190514، المؤرخ في 2000/03/29، اللجنة القضائية سنة 2000، عدد 01، ص 154.

[2] ملزي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص.

[3] إلياس أبو عبيد، نظرية الإثبات في أُصول المحاكمات المدنية والجزائية، الجزء الأول، الطبعة 2005، ص 151.

[4] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 66.

الطاعن فيما يخص التصريحات التي أدلى بها الموثق لم يخالفوا أحكام المادة 324 مكرر05 من القانون المدني الجزائري ذلك أن التصريح الشرفي المدلى به للموثق من طرف الطاعن حول حيازة القطعة الأرضية المذكور مساحتها وحددوها في عقد الشهرة يمكن أن يدحضه من ينازع في محتوى هذا التصريح بالدليل العكسي ودون الحاجة إلى الطعن بالتزوير في عقد الشهرة»[1]

وعلى هذا الأساس نتطرق إلى هذه البيانات على النحو الآتي:

1-بيانات لا يجوز إثبات عكسها إلا بالطعن بالتزوير:

وهي البيانات التي دونها الموثق بنفسه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره بحيث يمكنه إدراكها بسمعه وبصره ويشمل ذلك الوقائع التي يقوم الموظف بتدوينها في حدود مهنته كالتاريخ والتحقيق من أسماء ذوي الشأن وأهليتهم وتوقيعاتهم ومكان التوثيق وكذلك تلاوة المحرر بعد كتابته وكل هذه البيانات التي ذكر الموثق أنها تمت أمام عينه أو سمعها بأذنه من وقائع مادية وقعت أمامه لأو قيلت بمحضره كأن يعترف المشتري بأنه تسلم العين المبيع وثمن المبيع وشهد على صحتها يكون لها حجيتها المطلقة في الإثبات ولا يجوز دحضها إلا بطريق التزوير.[2]

وأعطى المشرع الثقة الخاصة لهذه البيانات شرط أن تكون قد تمت في حدود مهمة الموثق وإذا كانت خارج حدود مهمته فهنا يعتبر المحرر باطلا أو كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف طبقا للمادة **326** مكرر**02**، وما يتعلق بالتصرفات القانونية التي يوجب فيها القانون الرسمية كشرط لانعقادها مثل التصرفات الواردة في المادة **324** مكرر **01** والمادة **324** مكرر **03**.[3]

2-بيانات يجوز إثبات عكسها:

إن البيانات التي دونها الموثق بعد أن تلقاها من ذوي الشأن وتبعا لتصريحاتهم فقط ولها علاقة مباشرة بالمحرر يكون على الموثق أن يدونها دون أن يتحقق من صحتها فلا تثبت لها الصفة الرسمية ولا تكون لها نفس الحجية في الإثبات شأن البيانات التي تمت أمام الموثق أو قام بتدوينها بنفسه إذ يجوز دحضها بإثبات عكسها دون الحاجة إلى الطعن في المحرر بالتزوير بل بالطرق العادية المقررة في الإثبات لكون الطعن في هذه البيانات لا يتضمن مساسا بأمانة الموثق وصدقه، ومثال[4] ذلك إذا أثبت الموثق أن البائع أقر أمامه بقبض الثمن فإنه لا يجوز الطعن في هذا الإجراء إلا بالتزوير أما

---

[1] قرار رقم 20264، المؤرخ في 2000/09/27، الاجتهاد القضائي في الغرفة العقارية، الجزء الثاني، سنة 2004، ص 139، مقال للدكتور صالح باي محمد شريف.

[2] زهدور محمد، المرجع السابق، ص30

[3] المادة 324 مكرر 03 من القانون المدني، المعدلة بموجب القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، المتضمن القانون المدني.

[4] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 66.

واقعة قبض الثمن التي لم تتم أمام الموثق و لم يتحقق منها بل صدرت على لسان صاحب الشأن فيمكن تكذيبها بإقامة الدليل على العكس دون الحاجة إلى الطعن بالتزوير.

ويرى الأستاذ أحمد نشأت[1] أنه لا ضرورة للطعن بالتزوير فيما يستنتجه المحرر استنتاجا كالأمور التي يستخلصها من إشارات متعاقد أبكم، أصم في حين أن المشرع الجزائري في قانون تنظيم مهنة التوثيق رقم **06- 02** المؤرخ في **20** فبراير **2006**، أشار في المادة **29** التي جاءت الفصل الخامس المتعلق بأشكال العقود التوثيقية ومضمونها أنه«**يجب أن يتضمن العقد الذي يحرره الموثق البيانات الآتية ومن بينها اسم ولقب وموطن المترجم عند الاقتضاء وتوقيعه**» ومن هذا المنطلق يتبين أنه يجوز الطعن بالتزوير في المحرر الرسمي كما يجوز الطعن فيه بالبطلان أيضا.

وبناء على ذلك فإن المشرع الجزائري أخذ طبقا لنص المادة **326** مكرر**02** بقاعدة تحول المحرر الرسمي إلى محرر عرفي ومعناه أن كل ما هو محرر رسمي لم يستوفي شروط الصحة لقيامه كما هي محددة في نص المادة **326** مكرر **02** فهو محرر مكتوب وقعه من صدر منه والتوقيع هو شرط جوهري في المحرر العرفي، والمشرع هنا لم يفرق بين المحرر الرسمي الذي هو ركن للانعقاد والمحرر الرسمي الذي هو معد للإثبات خلافا للفقه الذي يرى أنه إذا كان المحرر الرسمي ركنا في التصرف القانوني لا ينعقد إلا به ففي هذه الحالة يترتب على بطلان الورقة الرسمية بطلان التصرف ذاته دون أن يتحول إلى عرفي خلافا ما إذا كان المحرر الرسمي معدا للإثبات فهنا يتحول إلى ورقة عرفية ولا يعتبر تاريخا ثابتا بل يعتبر كتاريخ أي ورقة يحررها ذوي الشأن بأنفسهم.

ثالثا: حجية المحررات الرسمية فيما يتعلق بالصور

يتم تحرير المحرر الرسمي من أصل وصورة يضل أصل المحرر محفوظا في مكتب التوثيق ويعطى لذوي الشأن صورا رسمية منه وشتان بين الأصل والصورة إذا أن الأصل هو الذي يحمل توقيعات ذوي الشأن والشهود والموثق أما الصورة فلا تحمل هذه التوقيعات، والصورة إما أن تكون خطية أو شمسية ويسوي القانون بينهما في الحكم طالما كانت هذه الصور صورا رسمية أي مطابقة للأصل تماما.

وهذه المطابقة يقوم بها ويشهد عليها الموظف الرسمي أما ما يصنعه الأفراد من صور فوتوغرافية للأوراق الرسمية فلا تكون لها حجية الصور الرسمية.

ونجد أن المشرع أوضح حجية صور المحرر الرسمي في المادتين**325** و**326** من القانون المدني الجزائري وهي أن حجية الصور أقل من حجية الأصل، فالصور الرسمية لا تكون لها الحجية إلا باعتبار أنها قرينة على مطابقتها للأصل ولهذا فإن حجية الصورة تتوقف على عدم منازعة أحد

[1] أحمد نشأت، المرجع السابق، ص 226.

الطرفين في هذه المطابقة وبالتالي فإن حجيتها تختلف في القوة بحسب ما إذا كان أصل المحرر الرسمي موجودا أو مفقودًا.

1-حجية الصور إذا كان الأصل موجود:

نصت المادة **325** من القانون المدني الجزائري على أنه إذا كان أصل المحرر الرسمي موجودا فإن صورته الرسمية تكون لها ذات الحجية المقررة للأصل ويستوي في ذلك أن تكون هذه الصورة فوتوغرافية أو خطية كما أنه يستوي أن تكون صورا نقلت عن الأصل مباشرة أو صورا أخذت عن صور الأصل مادام أنها كلها رسمية أي تم نقلها عن الأصل، والصورة الرسمية لا تكون لها الحجية المقررة للأصل إلا إذا كانت مطابقة له وعليه فإنه بإمكان الخصم[1] الذي يحتج عليه بصورة رسمية أن يطلب إحضار الأصل ويلزم القاضي بالأمر بإحضارها دون أن يمتنع من تمسك بها القيام بذلك بحجة أن الصورة تشتمل على ضمانات تدل على مطابقتها التامة للأصل فإذا كانت الصورة مطابقة للأصل كانت لها قوتها في الإثبات أما إذا تبين عدم مطابقتها للأصل يتم استبعادها من ملف الدعوى.

2-حجية الصور إذا كان الأصل غير موجود:

هذه الحالة التي تنطبق على صور الأوراق الرسمية هي حالة فقدان الأصل لأسباب قهرية كالحريق أو السرقة، وقد أشارت المادة **326** من القانون المدني الجزائري إلى **03** أوضاع للصورة الرسمية في حالة عدم وجود أصل محرر الرسمي وميزت بينهم.

2-1. حالة الصورة الرسمية الأصلية:

وهي الصورة المنقولة عن أصل السند الرسمي مباشرة بواسطة ضابط عام مختص سواء كانت هذه الصورة تنفيذية وهي التي تنقل عن الأصل مباشرة وتوضع لها الصيغة التنفيذية أو كانت غير تنفيذية وهي التي تنقل عن الأصل مباشرة عقب التوثيق وتسمى النسخ وتعطى لذوي الشأن، والصورة الأصلية البسيطة تنقل عن الأصل مباشرة[2] لكن بعد التوثيق بمدة وتعطى لذوي الشأن وقد تعطى للغير بعد إذن المحكمة بذلك وفي كل هذه الأحوال فإن الصورة تعتبر أصلية لأنها مأخوذة من الأصل مباشرة ويكون حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل حجية الصورة في هذه الحالة مستمدة من ذاتها لا من الأصل لأن الأصل غير موجود والذي يجعل الصورة تأخذ هذا الحكم هو وجود ختم الموثق عليها رغم أنها لا تحمل توقيعات الأطراف ولا توقيعه.

---

[1] يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة تقديرية وتطبيقية مقارنة المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص 122.

[2] ملزي عبد الرحمن، مرجع سابق.

ويرى الأستاذ أحمد نشأت[1] أنه إذا كان المظهر الخارجي للصورة يثير الشك في مطابقتها للأصل سواء كانت مخالفة للأصل مخالفة كلية أو جزئية وادعى الخصم بشيء من ذلك لا يصح اعتبار المحرر أكثر من مبدأ ثبوت بالكتابة أو مستندا ضاع على صاحبه بقوة قاهرة بما أن ضياعه من مكتب التوثيق يعتبر قوة قاهرة بالنسبة لصاحبه والنتيجة تكون واحدة وهي أن يكون لصاحب المحرر حق إثبات مطابقته للأصل بكافة طرق الإثبات.

ولكن في التشريع الجزائري بالرجوع إلى نص المادة **326** من القانون المدني الجزائري نجد أنه ذكر «**يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل**» فهنا المشرع أشار إلى حجية الصور الرسمية الأصلية تنفيذية أم غير تنفيذية أن لها حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي مطابق للأصل فهنا لم يتطرق إلى الجزاء المترتب عنها في حالة عدم مطابقتها للأصل والحجية المترتبة عن ذلك وعليه فلو اعتبرناها كمحرر عرفي فإننا نصطدم بالشرط الجوهري للمحررات العرفية وهو التوقيع وهذه الصورة الرسمية الأصلية غير موقع عليها و بالتالي لا يبقى إلا أن نعتبرها مبدأ ثبوت بالكتابة باعتبارها واقعة مادية وللمكلف بالإثبات أن يثبت بكافة طرق الإثبات أنها مطابقة للأصل.

2-2. حالة الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية:

الصورة هنا ليست مأخوذة عن الأصل مباشرة وإنما مأخوذة عن الصورة عن الأصلية للمحرر هنا يكون للصورة ذات الحجية المقررة للصورة الأصلية شرط أن تكون موجودة حتى يمكن للطرفين طلب مراجعة الصورة المقدمة على الصورة الأصلية التي أخذت عنها وهذه القرنية تزول بمجرد ادعاء الخصم بعدم المطابقة ويتعين بعدها توافر الصورة الأصلية للمطابقة وحجية الصورة في هذه الحالة ليست مستمدة من ذاتها بل هي مستمدة من الصورة الأصلية ولذلك إذا فقدت الصورة الأصلية والفرض أن الأصل أيضا مفقودا فلا تكون للصورة المأخوذة عنها حجية عند المنازعة ولا يعتد بها على[2] سبيل الاستئناس، في حين يرى الدكتور محمد حسين منصور أنه يمكن اعتبار الصورة الرسمية إذا لم تطابق الصورة الأصلية مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة إذا توافرت شروط ذلك[3]، وهذا ما لا يتوافر بالفعل كوجود سند سابق كامل فهنا الصورة الرسمية الأصلية ليست سندا كاملا حتى تعتبر الصورة الرسمية المأخوذة عنها مبدأ ثبوت بالكتابة.

---

[1] أحمد نشأت، مرجع سابق، ص 253.

[2] ملزي عبد الرحمن، مرجع سابق.

[3] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 69.

2-3. حالة الصورة الرسمية المأخوذة عن صورة الصورة الأصلية:

في هذه الحالة تبتعد المسافة ما بين الصورة والأصل فهي صورة الصورة أي الصورة الثالثة ففي هذه الحالة لا تكون للصورة أية حجية وإنما للقاضي أن يأخذ بها لمجرد الاستدلال والاستئناس فقط حسب ظروف كل قضية مع اعتبارها مجرد قرنية يستنبط منها احتمال وجود الحق المدعي به وتكمل باليمين المتممة كما يمكن اعتبارها في دعوى أخرى بداية ثبوت بالكتابة فيكملها بالشهادة.

المطلب الثاني: قيمة المحررات العرفية وحجيتها في الإثبات

يقصد بالمحررات العرفية الأوراق التي تصدر بمعرفة أفراد عاديين لا يتدخل أي موظف أو مكلف بخدمة عامة أو ضابط عمومي في تحريرها [1]، وهو محرر لا تحيط به الضمانات التي تحيط بالمحررات الرسمية وهي نوعان محررات عرفية معدة للإثبات فهي وسيلة إثبات معدة سلفا يحررها الأفراد بقصد أن تكون أداة إثبات فيما قد يثور من منازعات حول مضمونها ولذلك تكون موقعة ممن هي حجة عليه، ومحررات عرفية غير معدة للإثبات يغلب عليها أن تكون غير موقعة من أصحابها ومع ذلك يعطيها القانون قوة في الإثبات تختلف باختلاف طبيعتها قوة وضعفا كدفاتر التجار، الرسائل، البرقيات، الأوراق المنزلية، التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين[2].

و نظرا للأهمية البالغة للعقود العرفية في الإثبات في جميع المواد المدنية والتجارية بالإضافة لانتشار ظاهرة تحرير الأوراق العرفية وذلك لأن غالبية الناس يلجؤون لإثبات الحقوق والتصرفات القانونية بالكتابة في محررات عرفية فقد أحاط المشرع هذه بعناية خاصة فحدد شروط صحة السندات العرفية وحجيتها في الإثبات، وتبعا لذلك سأقسم هذا المطلب إلى فرعين، الأول سأتناول فيه حجية المحررات العرفية المعدة للإثبات أما الفرع الثاني أتناول فيه حجية المحررات العرفية غير المعدة للإثبات.

[1] محمد زهدور، المرجع السابق، ص33

[2] نفس المرجع ونفس الصفحة

الفرع الأول: حجية المحررات العرفية المعدة للإثبات

نصت المادة 327 من القانون المدني على المحررات العرفية المعدة للإثبات بأنها كل ورقة أو محرر يصدر عن ذوو الشأن أنفسهم دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي ويحمل توقيع من يحتج به عليه، مما يعني أن القانون لا يتطلب شكل معين في إعداد هذا النوع من الأوراق، وإنما يشترط فيها الكتابة والتوقيع فقط ولأن الورقة العرفية لم يشترط القانون أن تصدر عن جهة معينة وأن تتضمن بيانات معينة من غير الكتابة والتوقيع فإنها لا تكون لها نفس الحجية في الإثبات التي هي للورقة الرسمية[1].

إن حجية الورقة العرفية في الإثبات تتأسس على التوقيع غير المنكر ممن يراد الاحتجاج به والذي يرد بالضرورة على محرر مكتوب يدون فيه التصرف المراد إعداد الدليل عليه ولا يعد التصديق على توقيعات الأفراد من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو نائبه أو الموظف الذي ينتدبه لهذا الغرض من قبيل إضفاء طابع الرسمية على المحرر العرفي المصادق عليه ، ذلك لأن التصديق على التوقيعات لا يستهدف إثبات شرعية أو صحة العقد أو الوثيقة إنما يثبت فقط هوية الموقع دون ممارسة الرقابة على محتوى ومضمون العقد[2] وهو ما تنص عليه صراحة أحكام المادتين **1و2** من المرسوم رقم **41/77** المؤرخ في **19 فبراير 1977المتعلق بالتصديق على التوقيعات** ، لذلك وللقول أن الورقة العرفية لها حجية في الإثبات يجب توفر شروط لصحة الورقة العرفية .

أولا: شروط صحة الورقة العرفية.

أ_ الكتابة:

لا يقصد من اشتراط الكتابة في الورقة العرفية أن توجد كتابة فهذا أمر لا نقاش فيه وإنما القصد أن تكون ورقة مكتوبة يدون فيها التصرف الذي أريد به تهيئة الدليل عليه بصرف النظر عن طبيعته عقد أو تصرف بالإرادة المنفردة ، وعليه فإنه يجب أن تشمل الكتابة على البيانات الجوهرية المعينة للتصرف الذي أعدت دليلا عليه فلو كان عقد بيع وجب أن تتضمن الكتابة تحديد المبيع والثمن وإن كان مخالصة بدين وجب تضمينها تحديدا له ببيان مصدره و محله ومقدار الدين الذي استلمه الدائن أو الذي أبرأ منه المدين، وكما أنه لا يشترط في الكتابة أن تكون محررة بخط الشخص المنسوب إليه المحرر أو بخط غيره أو أن تكون مكتوبة بالآلة الكاتبة أم بالمداد أو القلم الرصاص ويستوي أيضا أن تكون مكتوبة باللغة العربية أو أية لغة أجنبية أو لغة دارجة[3] أو بلغة غير قانونية خلافا للمحرر

---

[1] محمد حزيط، لمرجع السابق، ص72 ،73

[2] – حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002، ص 17.

[3] – أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص 89.

الرسمي أن يكون باللغة العربية ، كما يمكن أن تكون في شكل استمارة معدة مسبقا يكتفي المتعاقدون بملء فراغها[1].

وإغفال الكتابة لبيان أو أكثر من البيانات غير الجوهرية لا يؤثر في حجيتها في الإثبات وأنه لا يشترط لصحة الورقة العرفية أن تكون مؤرخة ما لم ينص القانون على غير ذلك كما هو الحال بصدد الأوراق التجارية كالشيك المادة **472** من قانون التجاري الجزائري والسفتجة المادة **(390 من القانون التجاري الجزائري)** والسند لأمر المادة **465** من نفس القانون الذي ينص على ذكر التاريخ وبيانات معينة وتخلف ذلك لا يشكل سبب من أسباب البطلان[2]، وإذا تعددت التواريخ في المحرر العرفي فإن التاريخ الأخير هو الذي يجب أخذه بعين الاعتبار إلا إذا أثبت تزويره[3]، هذا فيما يتعلق بتاريخ المحرر العرفي أما فيما يتعلق بشهادة الشهود فقد يساهم الشهود في إنشاء الورقة العرفية و لكن هذه المساهمة لا يزيدها شيئا من الحجية ومع ذلك فقد يكون لتوقيعهم على المحرر العرفي فائدة لاحتمال أنه في حالة وقوع إجراءات مضاهاة الخطوط يستدعى هؤلاء للتأكيد على المصدر الحقيقي للورقة المتنازع فيها ، كما أن وفاة أحد الذين وقعوا على الورقة العرفية يعطي لها تاريخا ثابتا طبقا للمادة **328** من القانون المدني الجزائري.

لا يشترط القانون ذكر المكان الذي حررت فيه الورقة العرفية ولكن قد يتعلق بذكر المكان في الورقة العرفية أهمية خاصة لأن المكان إذا وقع ذكره كان ذلك قرينة على أنه هو المكان الحقيقي الذي أبرم فيه العقد ولذا فقد تترتب عليه نتائج هامة خاصة ما يتعلق بالاختصاص المحلي نجد أن المشرع الفرنسي في النص المادة **1325** من القانون المدني الفرنسي[4] يتطلب في العقود الملزمة للجانبين تحرير عدد من النسخ من هذه الورقة بقدر عدد ذوي الشأن، كما يتطلب في العقود الملزمة لجانب واحد أن يكتب المدين قيمة الدين بخطه بالحروف متى كان محله مبلغا من النقود أو أداء شيء يقوم بالنقود.

ب: التوقيــع

التوقيع هو كل علامة شخصية مميزة مكتوبة بخط اليد وتسمح بالتعرف على من صدرت منه دون أدنى شك وتعبر عن إرادته الجلية في الموافقة على الالتزام بالتصرف[5].

---

[1] محمد حزيط، المرجع السابق –ص73

[2] أنظر المواد 472، 390، 465 من القانون التجاري الجزائري.

[3]– يحي بكوش، مرجع سابق، ص 129.

[4]– محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، طبعة 1985، ص 366.

[5] أحمد عبد العال أبو قرين، أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة 2006 –ص80

والتوقيع على المحرر العرفي هو الشرط الجوهري لأنه أساس نسبة المحرر إلى الموقع فالتوقيع على المحرر يتضمن قبول المكتوب به أعلى التوقيع واعتماد محتواه كدليل إثبات كامل، غير أنه لا يجوز الخلط بين الورقة العرفية الموقعة كدليل كامل للإثبات وبين التصرف الذي تضمنته بحيث إذا كانت الورقة لا تقوم لها قائمة كدليل إثبات في حالة خلوها من التوقيع فإن ذلك لا يستتبع عدم وجود التصرف الرضائي الذي يصح إثباته بما يقوم مقام الكتابة من إقرار أو يمين حاسمة[1].

وقد يتم التوقيع بالإمضاء كما قد يكون ببصمة الأصبع وقد يكون بالختم، إلا أن المادة 327 من القانون المدني ذكرت التوقيع بالإمضاء فقط، ويظهر أن اقتصارها على التوقيع بالإمضاء واستبعادها للتوقيع بالختم له ما يبرره من الناحية العملية فقد يفقد الشخص خاتمه وطابعه بأن يضيع له أو يسرق منه وقد يسلمه إلى شخص آخر للاحتفاظ به فيخون أمانته ويوقع به من غير علم صاحبه، فالمحررات الموقعة بهذا الختم لا تلزم صاحبها اللهم إلا إذا اعترف بها أو أثبت المحتج بها أنها صادرة من خصمه[2].

وإن التوقيع المطلوب هو توقيع من تعتبر الورقة دليلا ضده فإذا كان المحرر مثبتا لعقد ملزم للجانبين كعقد إيجار أو بيع وجب توقيعه من الطرفين وفي حالة الوكالة يوقع الوكيل باسمه الخاص بصفته وكيلا فتكون الورقة حجة على الأصيل[3]، ويتمثل التوقيع على المحرر العرفي في وضع الشخص بخط يده عليها لقبه أو اسمه أو هما معا أو أية كتابات أخرى جرت عادته على أن يدلل بها على هويته ومن ثم فإن التوقيع ينحصر في طرق ثلاثة وهي الإمضاء أو بصمة الإصبع أو بصمة الختم ويستوي في الحالة الأخيرة أن يقوم صاحب الختم بالتوقيع بنفسه أو أن يكلف شخص آخر باستعمال ختمه مادام أن التوقيع لهذا الشخص وكان في حضوره وتم برضاه ونجد أن هذا التوقيع يصلح في المواد التجارية نظرا لحرية الإثبات فيها زيادة على ذلك فإنه لا يلزم مكان معين للتوقيع.

إلا أنه نظرا لأن التوقيع يعبر على تسليم الموقع بما تضمنه المحرر كان من اللازم وضع التوقيع في مكان يعبر عن الموافقة على ما هو ثابت به ومن الطبيعي أن يكون هذا المكان هو نهاية الكتابة التي تضمنها المحرر حتى ينسحب على جملة ما كتب فوقه ، إلا أن وجود التوقيع في غير هذا المكان لا يعني انتفاء الموافقة ولكن الصعوبة تثور[4]في حالة تعدد أوراق المحرر و التوقيع على الورقة الأخيرة وحدها هنا ينبغي وجود الدليل على اتصال الورقة الأخيرة الموقعة بالأوراق غير الموقعة التي سبقتها ولقاضي الموضوع سلطة تقدير وجود هذا الاتصال من عدمه.

---

[1] همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د ط ب ن، دار الجامعة الجديدة، كلية الحقوق الإسكندرية، سنة 2001، ص 239.

[2] محمد زهدور، المرجع السابق، ص34

[3]– ملزي عبد الرحمن، المرجع السابق.

[4]ا محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 82

ويطرح الأمر في حالة وجود إضافات أو تعديلات أو حذف فلا تثور صعوبة عند وجود توقيع خاص عليها أو انعدامه ووجود فقط التوقيع العام في نهاية المحرر أو كان هناك توقيع على بعض التعديلات دون الآخر يترك الأمر لتقدير المحكمة على ضوء عدة اعتبارات كمدى انسجام هذه الأمور مع مضمون المحرر أو كانت مكتوبة بخط من يحتج عليه بها أو كان المحرر تحت يده، غير أنه يثور التساؤل حول صحة التوقيع الذي يضعه شخص مصاب بشلل في الجهة اليمنى على الورقة العرفية[1].

وفي التشريع الفرنسي تبنى إلى صحة التوقيع إذا كان هناك شخص آخر يساعده في تحريك يده وكانت مصلحته قائمة في ذلك التوقيع وتبين أنها تعبير عن إرادته الشخصية هذا خلافا للأحكام الخاصة بتوقيع الأعمى على الورقة العرفية فهي متضاربة إذ حكمت بعض المحاكم الفرنسية بأن الأعمى ليس أهلا للتوقيع عليها والبعض الآخر يرى عكس ذلك ولكن الضابط في هذه المسألة هو ما إذا كان توقيعه يعتبر انعكاسا حقيقيا لإدارته الباطنية أم لا وهو يسعى القضاة لتأكيده.

إن الغالب في التوقيع على المحرر أن يتم بعد كتابته إذ لا يتصور أن يتم قبل كتابة مضمون المحرر وهو ما يعرف بالتوقيع على بياض الذي يقوم الشخص فيه أحيانا بالتوقيع مقدما على الورقة بيضاء ويسلمها للدائن ليتولى كتابة البيانات التي تم الاتفاق عليها[2]، وكثيرا ما يحدث ذلك في الشيكات فتوقع على بياض ويترك ملئ البيانات وخصوصا المبلغ للدائن فيقوم به حسب الاتفاق بينه وبين المدين ، وإذا تمت كتابة تلك البيانات أعلى التوقيع صارت للورقة قوة المحرر العرفي ذلك أن التوقيع السابق كالتوقيع اللاحق صحيح ملزم وحجة على من صدر منه التوقيع[3]، وللموقع إثبات أن ما كتبه الدائن من بيانات غير مطابق لما تم الاتفاق عليه وليس له في ذلك اللجوء إلى كافة طرق الإثبات القانونية إذ يكتفي بالقاعدة التي تقول لا يجوز إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة كامتلاك المدين ورقة تثبت عكس ذلك فإذا ما توصل الموقع إلى هذا الإثبات عد الدائن مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة.

ولكن الأمر يختلف إذا كان شخص آخر غير الذي أؤتمن عليه قد حصل على الورقة سواء بغير طريق مشروع كما لو حصل عليها خلسة أو نتيجة طرق احتيالية أو بطريق آخر كالتسليم الاختياري وقام بتغيير الحقيقة عليها بكتابة بيانات مزورة فيها، فإنه يجوز للموقع إثبات ذلك بكل طرق الإثبات القانونية المتاحة له وعندئذ يعاقب الشخص المزور للحقيقة بعقوبة التزوير[4].

---

[1] يحي بكوش، مرجع سابق، ص 132

[2] زودة عمر، المرجع السابق، ص77

[3] محمد حزيط، المرجع السابق، ص75

[4] أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص83

المحررات العرفية هي الدليل الكتابي الثاني في الترتيب بعد الأوراق الرسمية ولو أنها أكثر منها انتشارا ولمعرفة مدى قوة هذا المحرر في الإثبات نتناول حجيته من حيث المضمون من جهة ومن حيث التاريخ من جهة أخرى.

ثانيا: حجية المحررات العرفية

أ: حجية المحرر العرفي بالنسبة لمضمونه

تنحصر حجية المحرر العرفي من حيث المضمون فيما بين أطرافه والغير.

1-حجية المحرر العرفي فيما بين أطرافه:

أفصح المشرع عن هذه الحجية في نص المادة **327** من القانون المدني الجزائري[1] والتي نصت في فقرتها الأولى أنه «**يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه**» ويتضح من نص هذه المادة أن المحرر العرفي المكتوب أو الموقع أو من وضعت عليه بصمة الأصبع ممن هو منسوب إليه يحوز الحجية إذا اعترف صاحب التوقيع على المحرر العرفي بصدوره منه أو سكت ولم ينكر صدوره عنه صراحة كله أو بعضه ينفذ عندئذ التصرف الثابت في المحرر في حقه هو وخلفه العام والخاص[2]، وهذا الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في قرار لها حول إثبات عقد عرفي نتيجة تطابق الإرادتين وغير منكر ممن وقعه وهذا في قولها «**من المقرر قانونا أن العقد يتم بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما ومن المقرر أيضا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه في غير محله ويستوجب رفضه ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لا ينكر اتفاقه مع مطلقته باقتسامه المنزل الزوجي معها والزوجية قائمة بينهما طبقا للعقد العرفي الممضي من قبله فإن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي بإرجاع الغرفة والمطبخ للمطعون ضدها طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن**»[3].

وبالتالي عدم إنكار التوقيع ممن وقعه طبقا للقرار السالف للذكر هو إقرارا ضمنيا بصدق جميع البيانات الواردة فيه بما في ذلك تاريخه باعتباره أحد البيانات الجوهرية.

فإذا اعترف صاحب التوقيع بصدور الورقة منه سواء كان اعترافه صريحا أو ضمنيا كما لو سكت ولم ينكر صراحة صدورها منه اعتبرت الورقة صادرة منه، واعتبر التوقيع توقيعه والخط

---

[1] قانون رقم 05-10 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[2] أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 93.

[3] قرار رقم 45658، مؤرخ في 1987/12/07، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 4، ص 61.

المنسوب إليه خطه، وتصبح الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقع عليها في قوة الورقة الرسمية ولا يجوز لصاحب التوقيع أن يعود بعد ذلك إلى الإنكار، إلا أن يطعن بالتزوير[1].

أما إذا أنكر صاحب التوقيع صراحة توقيعه على الورقة العرفية زالت عن المحرر العرفي حجيته مؤقتا وحينئذ يتعين على المتمسك به أن يثبت صدوره ممن يحتج به عليه، وذلك بأن يطلب من المحكمة أن تأمر بمضاهاة الخطوط وتوقيع المحرر مع الخطوط والتوقيعات الأخرى الغير المنازعة[2].

ولكي تزول قوة المحرر العرفي يجب أن يكون الإنكار صريحا ومحددا بإنكار ما ورد على المحرر من توقيع أو ختم أو بصمة إصبع، وبالتالي لا يعتبر من قبيل الإنكار مجرد منازعة الطاعن من أن التوقيع الوارد على الإقرار غير مقروء، فإن ذلك لا ينفي صدور التوقيع عنه[3].

2-حجية المحرر العرفي بالنسبة للغير:

الغير هنا كل شخص ليس طرفا في المحرر ولكن من شأنه أن يستفيد أو يضار من المحرر وتنص المادة **327** من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية «**...أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق**».

من استقراء نص المادة نجد أن المحرر العرفي حجة على من صدر منه وعلى خلفه الخاص والعام وإذا ما توفى صاحب التوقيع فهنا لورثته أو الخلف أن يتمسك بعدم صدور المحرر ممن وقعه لا عن طريق إنكار التوقيع بل يكفي أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو البصمة أو الختم هي لمن تلقى عنه الحق ، وهذا ما هو ثابت في قرار المحكمة العليا الذي خلص إلى أنه «**من المقرر قانونا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكره صراحة أما ورثته أو خلفه لا يطلب منهم ذلك ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون**»[4].

إن ما أشار إليه القرار من كون التوقيع ممن صدر منه ما لم ينكره صراحة هذا في الأحوال العادية لكن في حالة إذا أقر الشخص المنسوب إليه المحرر العرفي بأن بصمة ختمه صحيحة إلا أنها تمت بدون علمه وإرادته كما في حالة ضياع الختم أو عهد به إلى شخص يخون الأمانة فلا يستطيع صاحب الختم التحلل من المحرر بإنكاره وإنما لا بد من الطعن فيه بالتزوير وإثبات عدم توقيعه بالختم.

---

[1] محمد حزيط، المرجع السابق، ص77

[2] زهدور محمد، المرجع السابق، ص34

[3] أحمد أبو العال أبو قرين، المرجع السابق، ص89

[4] – قرار رقم 53931، مؤرخ في 1990/05/28، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 1، ص 99.

ولا يكفي في هذا الإثبات أن يكون قد أعلن فقد ختمه في إحدى الصحف فهذا الإعلان[1] لا يعتد به كدليل على حدوث الفقد فعلا ولا يعتبر حجة على المتمسك بورقة مختومة بهذا الختم وزيادة على ذلك فإنه لا يكفي لأحد المتعاقدين إنكار التوقيع المصادق عليه من ضابط الحالة المدنية لأن التصديق على التوقيع في هذه الحالة يعتبر في هذه الحدود بمثابة محرر رسمي, أما ورثة أو خلف من صدر عنه التوقيع لا يطلب منهم إلا حلف اليمين بأنهم لا يعلمون وهو طريق الطعن بالجهالة الذي لا يمتد أثره إلى التصرف[2] ذاته الصادر عن المورث أما إقرار الخلف أو الورثة بأن الختم أو التوقيع أو بصمة الأصبع الموجودة على المحرر لمن تلقوا عنه الحق فإنه لا يقبل منهم بعد ذلك الطعن بالجهالة بل سلوك طريق الطعن بالتزوير في المحرر العرفي.

يقتضي الأمر على من ينكر نسب المحرر إليه أو نفي الوارث أو الخلف علمه بذلك أن يكون قبل مناقشة موضوع المحرر العرفي وبالتالي خلافا للطعن بالتزوير في المحرر الرسمي الذي يقع عبئ إثباته على الطاعن لأن الرسمية قرينة على الصحة هذا فيما يتعلق بسلامة وصحة المحرر كورقة عرفية.

أما الطعن في صورية التصرف الذي يتضمنه المحرر العرفي فإنه لا يجوز إثباته إلا بالكتابة فيما بين المتعاقدين كأن يثبت أن التاريخ المذكور ليس حقيقيا ولا يجوز ذلك إلا بدليل كتابي وهو عادة ورقة الضد، في حين يجوز للغير إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات باعتبار التصرف واقعة مادية لهم واعتبارها كذلك بالنسبة لأطراف العقد إذا كانت الصورية تخفي غشا نحو القانون كالبيع المقصود به التحايل على أحكام الميراث[3].

ب: حجية المحرر العرفي من حيث تاريخه

إن المحررات العرفية لها الحجية فيما تتضمنه من بيانات بين أطرافها في حين لا يكون لها ذلك بالنسبة للغير إلا إذا كان لها تاريخ ثابت وعليه فاختلاف الحجية للمحرر العرفي بين الأطراف والغير نتناوله على النحو الآتي:

1-حجية التاريخ بالنسبة لطرفي العقد:

يعتبر تاريخ الورقة العرفية بالنسبة للأطراف المتعاقدة جزءا من البيانات الأخرى التي تشتمل عليها وتكون للتاريخ نفس الحجية التي تعطى لتلك البيانات، وعليه فإنه فيما بين المتعاقدين إذا اعترف

---

[1] ملزي عبد الرحمن، مرجع سابق.

[2] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 89.

[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص198

الخصم بالورقة العرفية أو ثبت صحتها بعد إنكارها يكون التاريخ الذي تحمله حجة بين الطرفين فإن نازع أحد المتعاقدين في صحة التاريخ كان عليه أن ينقضه وفقا للقواعد العامة[1].

إن التاريخ ليس إلا عنصر من المحرر العرفي وله الحجية على المتعاقدين شأنه في ذلك شأن باقي البيانات التي يتضمنها ولأيٍ من أطرافه إقامة الدليل على عدم صحة ذلك التاريخ ويقع عليه عبء إثبات ذلك، فبما أن المسألة هنا تتعلق بإثبات ما يخالف سندًا مكتوبًا فإن الإثبات يكون بالكتابة ما لم يوجد مبدأ ثبوت بالكتابة.

2-حجية التاريخ بالنسبة للغير:

لا يكون المحرر العرفي حجة على الغير إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت [2]، فالتاريخ العادي الذي يدونه أطراف التصرف القانوني ليس له أثر على الغير ولا يحتج به عليه نظرا لأنه لم يشترك في تحرير المحرر ومن ثمة يستطيع الأطراف عن طريق تقديم التاريخ أو تأخيره الإضرار بمصلحة الغير إذ أنه قد يصدر تصرف من شخص محجور عليه بسبب السفه ولكن يقدم تاريخه بحيث يبدو وكما لو تم قبل قرار الحجر[3] في مثل هذه الحالات لا يكون التاريخ المذكور في المحرر حجة على الغير وأن التمسك بقاعدة ثبوت تاريخ المحرر العرفي ليست من النظام العام ومن ثم فإن القاضي لا يثيرها من تلقاء نفسه بل ينبغي التمسك بها من صاحب الشأن فإذا لم يتمسك الغير بتلك القاعدة كان التاريخ الثابت في المحرر العرفي حجة عليه، وعلى هذا الأساس لا بد من تحديد من هو الغير مع حصر ثبوت التاريخ بوجه رسمي في المحررات العرفية.

ـ من يعتبر غيراً؟:

تنص المادة **328** من القانون المدني الجزائري على أنه «**لا يكون العقد** (المحرر) **العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت...**», في هذه الحالة الغير لم يرد في نص القانون ولكنه يستفاد من اجتهاد الفقه وأحكام القضاء أنه لا يقصد به ذلك الشخص الأجنبي الذي يكون بعيداً عن التصرف موضوع المحرر العرفي وإنما يراد به[4], كل من يضار من الاعتداد بالتاريخ الثابت في المحرر العرفي, وبداهة لا يعتبر من الغير المتعاقد نفسه ولو قام نائبه بالتعاقد نيابة عنه ولهذا الخلف العام الذي مثله سلفه في المحرر والدائن الذي مثله مدينه هؤلاء ليسوا من الغير لأنهم أطرافاً في المحرر العرفي أو كانوا ممثلين فيه بواسطة شخص آخر[5].

---

[1] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص74

[2] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص54

[3] زودة عمر، المرجع السابق، ص81

[4] أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 94.

[5] أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص84

في حين يعتبر غيراً ويضار من تقديم التاريخ وتأخيره في المحرر العرفي، وبالتالي لا يسري في حقه إلا التاريخ الثابت[1]، هو الشخص الذي تنصرف إليه فقط تصرفات سلفه السابقة على تاريخ انتقال الحق إليه وهذا التعريف ينحصر في الخلف الخاص والدائن الحاجز الذي يختص بعين معينة من ذمة مدينه، ولهذا يتم التطرق إليهم على النحو الآتي:

أ – خلفا خاصا:

هو كل من تلقى حقاً معينا من سلفه سواء أكان هذا الحق عينيا أو شخصيا فهو يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصادرة من سلفه والتي تتولد عنها حقوق تتعارض مع الحق الذي تلقاه عن سلفه[2]، ولا بد أن تسري عليه تصرفات السلف أن تكون ثابتة التاريخ، أما إذا كانت هذه التصرفات لاحقة لذلك الاكتساب فلا تسري في حقّه ونفس الشيء بالنسبة لمشتري العقار فيما يتعلق بعقود الإيجار الصادرة من البائع على هذا العقار، فلا تنفذ في مواجهة المشتري إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على البيع وكذا مشتري المنقول أيضاً هو خلف للبائع فإذا قام البائع بإعادة بيع المنقول إلى مشتري آخر وتواطأ معه على تقديم تاريخ البيع إضراراً بالمشتري الأول, فإن هذا البيع الثاني لا يحتج به على المشتري الأول إلا منذ ثبوت تاريخه ثبوتاً قطعياً وإلا يسري ذلك التصرف في مواجهة الغير.

ب – الدائن الحاجز:

الدائن الحاجز هو الذي اتخذ الإجراءات القانونية للحجز على مال معين من أموال مدينه تمهيدا لاستيفاء دينه منه فمثل هذا الدائن يعتبر من تاريخ الحجز غيرا، وبالتالي لا تنفذ في مواجهته سوى التصرفات ثابتة التاريخ والسابقة على تاريخ الحجز، ويأخذ حكم الدائن الحاجز الدائن المرتهن وغيره من ذوي الحقوق المقيدة على عقار للمدين إذ يعتبرون من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية من الغير فيما يتعلق بالتصرفات الصادرة من المالك والمتعلقة باستغلال العقار الذي سجل عليه تنبيه نزع الملكية[3].

يجيز القانون للدائن اتخاذ بعض الإجراءات يترتب عليها أن يتعلق حقّه بمال معين من أموال مدينه وحتى لا يضار هذا الدائن من تصرفات مدينه الواردة على هذا المال فإنه يعتبر من الغير إذ لا تسري في حقّه تلك التصرفات إلا إذا كانت ثابتة التاريخ، وسابقة على الحجز ومثال ذلك[4]إذا حجز الدائن على منقول مملوك لمدينه وتقدم شخص مدعياً أنه اشتراه لا يسري في حق الدائن الحاجز هذا الشراء إلا إذا كان ثابت التاريخ بشكل قطعي، وكان تاريخه الثابت سابقاً على تاريخ الحجز.

---

[1] ملزي عبد الرحمن، المرجع السابق.

[2] محمد حزيط، المرجع السابق، ص83

[3] أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 98

[4] ملزي عبد الرحمان، المرجع السابق

أما إذا كان تاريخ الشراء غير ثابت أو كان لاحقاً على الحجز فإنه لا يحتج به على الدائن الحاجز، وبالتالي مواصلة إجراءات التنفيذ على الشيء المحجوز لبيعه واستيفاء حقه، في حين نجد أن الدكتور أحمد أبو الوفاء له نظرة أخرى فيما يتعلق بحجية التاريخ بالنسبة للدائن الحاجز إذ يرى[1] أن الأصل في تصرفات المحجوز عليه غير ثابتة التاريخ قبل الحجز أنها قد تمت بعد توقيع الحجز، وهنا الفرض غير قابل لإثبات العكس حتى ولو كان المحرر يحمل تاريخاً عرفياً سابقاً على الحجز، أما غير الحاجز من دائن المدين فإن تصرفه الذي يتم – ولو بعد الحجز– يسري وينفذ في حقهم.

ويشترط القانون في ثبوت التاريخ أن تكون الورقة العرفية التي يتمسك بها الخصم بدورها ثابتة التاريخ فإذا تمسك كل خصم بورقة عرفية غير ثابتة التاريخ كان تاريخ كل واحدة منها حجة على الآخر إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ وأن يكون الغير حسن النية، وإذا تمسك كل خصم بورقة عرفية غير ثابتة التاريخ ولم يستطع أحدهما أن يثبت تاريخ الورقة العرفية التي تمسك بها بأنه هو الأسبق، جاز للقاضي أن يكلف أحدهما بإثبات التاريخ الأسبق، وإلا أعتبر تاريخ الورقة الأخرى هو الأسبق في التاريخ[2].

3-ثبوت التاريخ في المحرر العرفي:

بالرجوع إلى نص المادة **328** من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أنه «**يكون تاريخ العقد** (المحرر) **ثابتاً ابتداء من يوم تسجيله، من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، من يوم التأشير عليه على يد ضابط عمومي مختص، من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء**».

يتبين من هذا النص أن المشرع استبعد التاريخ الذي يدونه أطراف التصرف القانوني للدفع بصحة المحرر العرفي, وإنما يتعين مراعاة الطرق الأربعة المشار إليها في نص المادة السالفة الذكر لمعرفة ما إذا كان المحرر العرفي صحيح منتج لجميع آثاره في مواجهة الغير أو باطلاً بطلاناً مطلقاً, وهذا ما انتهت إليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها أنه «**من المقرر قانوناً أن تصحيح العقود العرفية من قبل القاضي تتطلب قبل تثبيتها التأكد من تاريخ إبرام العقد الذي يعد المدار الذي على ضوئه يعتبر المحرر العرفي صحيحاً ومنتجاً لجميع آثاره أو باطلاً بطلاناً مطلقاً, ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن قضاة المجلس قضوا بصحة البيع العرفي استناداً إلى أن الطرفين اعترفا بصحته دون تحديد منهم لتاريخ البيع العرفي لمعرفة ما إذا كان الشارع يتطلب الشكلية الرسمية, فإنهم**

[1] أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 95.

[2] زودة عمر، المرجع السابق، ص86

بقضائهم هذا قد تجاهلوا أحكام القانون, وجاءت أسباب قرارهم الواقعية ناقصة وهو ما يتعذر على المحكمة العليا من بسط رقابتها، وبالتالي يتعين نقضه»[1].

ميز المشرع بين حجية تاريخ الورقة العرفية بالنسبة للغير فلا تكون حجة عليه إلا من تاريخ ثبوت تاريخه، وبين حجية الورقة العرفية بالنسبة لأطراف العقد وخلفهما العام والدائن على اعتبار أن الوقائع التي تثبتها الورقة العرفية حجة على طرفيها وخلفهما العام والدائن ولكل منهما أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ طبقا للطرق المقررة قانونا، أما الغير ويقصد به الخلف الخاص والدائن الحاجز فلا يعتبر التاريخ حجة عليهما إلا إذا كان تاريخا ثابتا[2].

وعلى هذا الأساس اكتفى المشرع بوضع أربعة طرق للتدليل على ثبوت تاريخ الورقة العرفية وهي:

أ – من يوم التسجيل:

ويتم ذلك عن طريق تقديم المحرر في شكل نسخ إلى مصلحة التسجيل، فتحتفظ هذه المصلحة بنسخة منه في السجل المعد لذلك، وتعيد النسخ الأخرى للأطراف بعد تسجيل عليها تاريخ الإيداع مقابل دفع رسم معين وبهذا يكون للورقة العرفية تاريخ ثابت من تاريخ الإيداع[3].

رغم أن قاعدة ثبوت التاريخ منصوص عليه صراحة في نص المادة **328** من قانون المدني إلا أن المحافظات العقارية لا تعترف إلا بحالة تسجيل المحرر العرفي لاعتبار أن له تاريخا ثابتاً, لأن التطبيق العملي دل على أن كثيرا من المحررات الثابتة التاريخ المحررة قبل **1971/01/01** مزورة ومصطنعة, لذا جرى العمل في أغلبية مصالح الحفظ العقاري على قصر عملية الإشهار بطريق الإيداع على المحررات التي تثبت تواريخها رسمياً عن طريق التسجيل مع أن المديرية العامة للأملاك الوطنية أوضحت بموجب المذكرة رقم **6124**[4]المؤرخة في **1995/12/17** للسيد المحافظ العقاري لولاية تبسة على استفسار وجهه لها هذا الأخير حول طريقة إثبات العقود العرفية, بأن طرق إثباتها تنحصر في أربع وهي:

تاريخ تسجيله، تاريخ ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، تاريخ التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، تاريخ وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء.

وأكدت المذكرة بأنه فيما يخص الحالات الثلاثة الأولى، فإن المحافظ العقاري لا يمكن له التأكد منها بمجرد الاطلاع على الوثائق المذكورة في حين الحالة الرابعة فإنها تقتضي الفصل في مسألة

---

[1]– قرار رقم 471973 مؤرخ في 2000/06/28, الغرفة العقارية, «غير منشور», أشار إليه الأستاذ حمدي باشا, في كتابه حماية الملكية العقارية الخاصة, طبعة 2004, ص 24– 25.

[2] زودة عمر، المرجع السابق، ص87 ،88

[3] محمد حزيط، المرجع السابق، ص85

[4]– حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002، ص 19.

انتساب الخط أو الإمضاء إلى المتوفى، فهذا الأمر ليس من اختصاص المحافظ العقاري بل من اختصاص القضاء.

إن التسجيل الذي يعطى للمحرر العرفي تاريخاً ثابتاً هو من يوم تسجيله في مصلحة التسجيل والطابع لا من الشهر أو القيد خاصةً فيما يتعلق بالتصرفات التي يبرمها الأشخاص والناقلة للملكية، وبالتالي تاريخ تسجيلها هو التاريخ الثابت الذي يحتج به في مواجهة الغير، ولكون هذا التسجيل حتى وإن تم بالرغم من منع مفتشو التسجيل من القيام بذلك، فإنه لا يكسب المحرر العرفي الرسمية.

وإنما أقصى ما يمنحه هو إثبات التاريخ وهذا ما جاءت به المحكمة العليا في قرار لها مفاده أنه **«حيث أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية، بل أقصى ما يفيده التسجيل هو إثبات التاريخ فقط أما مضمون هذا العقد فيبقى بعيداً كل البعد عن الرسمية».**[1]

ب – من يوم ثبوت مضمونه في محرر رسمي:

يصبح المحرر ثابت التاريخ من يوم تدوين مضمونه في محرر رسمي بشرط أن يذكر مضمون المحرر العرفي بصورة واضحة لا تؤدي إلى أي لبس، وفي هذه الحالة يكون التاريخ الثابت للمحررين واحد هو التاريخ الثابت للمحرر الذي يتضمن المحرر الآخر كالإشارة إلى مضمون محرر عرفي في محاضر الضبطية القضائية أو في أي محرر يكون مصدره موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ومثال ذلك[2]إشارة القاضي في حيثياته إلى أن المدعي قدم في ملف دعواه محرراً عرفياً يتضمن عقد إيجار التزم فيه المدعي عليه بدفع مبلغ **2000 دج** شهرياً للمدعي عند بداية كل شهر، فتاريخ صدور مثل هذا الحكم هو التاريخ الثابت للمحرر العرفي الذي يحتج به في مواجهة مشتري العقار من المدعي باعتباره خلفاً خاصاً للمدعي تسري في حقه الإيجارات السابقة على عقد البيع.

ولا يكفي مجرد الإشارة إلى السند بل يلزم ذكر البيانات الجوهرية في السند، فيذكر الاتفاق وتاريخ تحريره وأسماء المتعاقدين والثمن إذ لا بد من ذكر ملخص السند والبيانات اللازمة للتعيين تعيينا كافيا ينتفي معه كل شك[3].

---

[1] قرار رقم 62624، مؤرخ في 1990/09/24، مجلة قضائية، سنة 1992، عدد 02، ص 24.

[2] ملزي عبد الرحمن، مرجع سابق.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص162

ج – وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به:

يعتبر المحرر العرفي ثابت التاريخ من يوم وفاة أحد ممن لهم عليه أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أصبع، فإن تاريخ الوفاة يجعل تاريخ المحرر ثابتا من يوم وفاة هذا الشخص بمعنى أن يكون تاريخ الوفاة قاطع الدلالة على أن المحرر صدر منه قبل وفاته [1]، وذلك سواء أكان المتوفى طرفاً في التصرف المدون أم شاهد، ونفس الحكم إذا أصبح من المستحيل على الشخص أن يكتب أو يبصملعلة في جسمه كبتر يديه أو شللها كلياً، ويعتبر التاريخ الثابت للمحرر عندئذ من وقت الإصابة إذ أنه لا بد أن يكون قد وقعها قبل حصول الحادث[2] ، وإثبات الوفاة أو الإصابة تكون بكل وسائل الإثبات باعتبارها واقعة مادية، ومن بين وسائل الإثبات في هذه الحالة شهادة الشهود.

د – التأشير على المحرر من موظف عام مختص:

عند تقديم المحرر أمام ضابط الحالة المدنية للمصادقة على إمضاءات الأطراف، ففي هذه الحالة يكتسب المحرر العرفي تاريخاً ثابتاً وهو التاريخ الذي دونه ضابط الحالة المدنية على المحرر العرفي عند المصادقة على الإمضاء[3]، وشأنه في ذلك شأن التاريخ المدون في المحررات أو الأوراق العرفية التي يؤشر عليها القاضي، أما فيما يتعلق بالأوراق العرفية التي ليست دليلا كاملاً كالأوراق التي تستخدم كبداية ثبوت بالكتابة وكذا المسائل التجارية والتصرفات التي لا تزيد قيمتها عن **100.000دج** فإن ثبوت التاريخ ليس شرطاً فيها.

واستنادا إلى على ما سبق ذكره فإن العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل أول جانفي **1971** اكتسبت صيغتها الرسمية دون الحاجة للجوء إلى الجهات القضائية لغرض إشهارها, إذ يكفي اللجوء إلى الموثق لتحرير عقد إيداع بشأنها يتم شهره بالمحافظة العقارية المختصة[4]، أما العقود العرفية غير ثابتة التاريخ فإنه لا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق القضاء وهو ما أكدته المذكرة رقم **1251** الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية في بندها السادس بقولها «**بالنسبة للعقود العرفية التي ليس لها تاريخ ثابت فإنه لا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق القضاء**»[5]، وأكد القرار الصادر عن الغرفة العقارية ذلك بأن قضاة المجلس بقضائهم بإلزام الطاعنين بالحضور أمام الموثق لتحرير عقد رسمي عن البيع المنعقد بموجب عقد عرفي مؤرخ في **1963/07/01** طبقوا صحيح القانون وعليه

---

[1] محمد زهدور، المرجع السابق، ص39

[2] أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص101

[3] محمد حزيط، المرجع السابق، ص86

[4]– حمدي باشا، المرجع السابق، ص 22.

[5]– المذكرة رقم 1251، الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية بتاريخ 1994/03/29، المرجع هو مجموعة من المذكرات والتعليمات والمناشير الخاصة بأملاك الدولة والحفظ العقاري سنة 1990–1995.

لإعطاء الحجية للمحرر العرفي المعروض أمام القضاء بأنه حرر في تاريخ سابق لـ **1971/01/01** يتعين على القاضي قبل تثبيته التأكد من صحته وتاريخ إبرام العقد فيه تحت طائلة بطلان حكمه.[1]

4- حجية صور المحررات العرفية المعدّة للإثبات

إن صور المحررات الرسمية لها قوة الإثبات لأنها تحرر بمعرفة موظف عام مختص يضفي عليها الثقة وقوة في الإثبات، أما صور المحررات العرفية هي ورقة منقولة عنها كتابة أو تصويرا وغالبًا ما يكون توقيع من ينسب إليه المحرر منقولا عن طريق التصوير، والأصل هو أن لا حجية لصورة الأوراق العرفية ولا قيمة لها في الإثبات إلا بمقدار مطابقتها إلى الأصل إذا كان موجودا فيرجع إليه كدليل إثبات[2]،أما إذا كان غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذ هي لا تحمل توقيع من صدرت عنه.

وتبعا لذلك فإن صورة الورقة العرفية في الأصل لا قيمة لها في الإثبات ولا تصلح كمبدأ ثبوت بالكتابة، وترجع العلة في ذلك إلى أنها لا تحمل التوقيع ممن صدرت منه وكل ما تحققه صورة الورقة العرفية أنها ترشد إلى الأصل، ذلك أنه في حالة ما إذا كانت هذه الصورة محرفة أو مزورة فلا يمكن معرفة التحريف أو التزوير إلا بالرجوع إلى الأصل الذي يحمل التوقيع ممن صدرت منه، غير أنه يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت مكتوبة بخط المدين[3].

هناك حالات تكون فيها لصور الأوراق العرفية قيمة في الإثبات إذا كانت صورة الورقة العرفية موقعا عليها ممن صدرت منه الأصل، تعد بمثابة نسخة ثانية فتكون لها قيمة الأصل في الإثبات، أو إذا كان أصل الورقة العرفية موجودا تكون لصورته حجية في الإثبات بقد ما تهدي إلى الأصل، فيرجع إليه وتكون الحجية له[4]، وتكون لصورة الورقة العرفية المسجلة خطية كانت أو فوتوغرافية قيمة في الإثبات[5].

---

[1]- قرار رقم 198674 المؤرخ في 2000/04/26 «غير منشور» – المرجع المأخوذ منه هو كتاب لحمدي باشا الخاص بحماية الملكية العقارية الخاصة، طبعة 2004، ص 24.

[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 95.

[3] زودة عمر، المرجع السابق، ص89 ،90

[4] محمد حزيط، المرجع السابق، 84

[5] جلال محمد إبراهيم، عبد العزيز المرسى محمود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، شركة ناس للطباعة، سنة 2009، ص131

الفرع الثاني: حجية المحررات العرفية الغير معدة للإثبات

هناك بعض المحررات العرفية لم تعد أصلا للإثبات ولا تكون عادة موقعًا عليها من ذوي الشأن ومع ذلك فإن القانون يعطيها بعض الحجية في الإثبات تختلف قوة وضعفا بحسب ما يتوافر فيها من عناصر الإثبات وقد أوردها القانون المدني الجزائري في المواد **329** إلى **332** قانون المدني الجزائري وهي أربعة أنواع الرسائل والبرقيات، الدفاتر التجارية، الدفاتر والأوراق المنزلية، التأشير على سند الدين وسنتناول حجيتها على النحو الآتي:

أولا-حجية الرسائل والبرقيات في الإثبات

تكون للرسائل والبرقيات حجية في الإثبات إذا توافرت في كل منها شروط نصت عليها المادة 329 من القانون المدني الجزائري.

1-حجية الرسائـل

لا يوجد تعريف قانوني للرسالة لكن يمكن القول أنها كل كتابة مخصصة لربط علاقة بين شخصين أو أكثر لغرض من الأغراض[1] ، و الرسالة لم تعد أصلا للإثبات إلا أن نص المادة **329** الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري والتي جاءت فيه أنه »**تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات...**« نستشف من هذا النص أن المشرع أعطى للرسائل نفس قيمة المحرر العرفي في الإثبات ، أي أنها تكون دليل كتابي كامل بشرط أن تكون موقعة من مرسلها وتتضمن من البيانات ما يعين الواقعة المراد إثباتها وتخضع الرسالة لنفس الحكم الذي تخضع له الورقة العرفية من حيث حجيتها في الإثبات ومن حيث عدم الاحتجاج بتاريخها على الغير إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا التاريخ ثابتا أما بالنسبة لمرسلها وخلفه فإن تاريخ الرسالة هو حجة عليهم ولو لم يكن ثابتا وأن تخلف شرط من شروط الورقة العرفية المعدة للإثبات فإنها لا تكون إلا كبداية ثبوت بالكتابة يجب تكملتها بالبينة[2].

إن التساؤل يثار عمن له الحق في استخدام الرسالة للإثبات المرسل أو المرسل إليه؟

حسب ما استقر عليه الفقه والقضاء أن الرسائل هي ملك للمرسل إليه وورثته وله أن يستند إليها كدليل لصالحه قبل المرسل مع أن حقه في ذلك مقيد بأن لا يكون في تقديمها إفشاء لأسرار مرسلها كالأسرار المهنية، أما المرسل فلا يستطيع مطالبة المرسل إليه بتقديمه للرسالة إلا في الأحوال التي يجيز له القانون مطالبة الغير بتقديم ورقة تحت يده لإثبات حقه بشرط أن تكون قد وصلت إليه بطريقة مشروعة فلا يكون قد سلمت إليه من موزع البريد خطأ هنا يمتنع عليه تقديمها أمام القضاء وحقه في الإثبات بها مقيد بعدم إفشاء الأسرار[3].

---

[1]- يحيى بكوش، مرجع سابق، ص 153.

[2] زودة عمر، المرجع السابق، ص88

[3] جلال محمد إبراهيم، عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص134

2-حجية البرقيـات

البرقية رسالة مختصة يوجهها شخص إلى شخص آخر بواسطة دائرة البريد التي تحتفظ بأصلها وتسلم من وجهت إليه صورة منها[1].

جعل المشرع الجزائري للبرقيات قيمة الورقة العرفية في الإثبات إذا وجد أصلها وهذا حسب نص المادة **329** فقرة **02**التي تنص على أنه «**وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إن كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك ، وإذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس** » من هنا يتم تسليم صورة البرقية للمرسل إليه بينما يحفظ الأصل في مكتب البريد لمدة معينة لذلك أعطى المشرع لصورة البرقية نفس حجية المحرر العرفي لكن بشرطين، وهو أن يكون أصل البرقية المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها وأن يظل هذا الأصل محفوظا في مكتب البريد فإذا لم يكن أصل البرقية موقعا عليه أو إذا كان هذا الأصل قد فقد أو عدم بانقضاء المدة القانونية للاحتفاظ به فلا تكون لصورة البرقية حجية في الإثبات ولا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس[2] .

كما أنه لا يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة باعتبار البرقية صورة عن الأصل ولا قيمة لها لأنها ليست من توقيع المرسل نفسه وإنما من عمل الموظف الذي ليس من شأنه أن يتحقق من هوية الشخص المرسل، وعلى هذا الأساس فإن صورة البرقية تظل مطابقة للأصل حتى يقوم الدليل على عكس ذلك باعتبار أن موظف التلغراف ليست له مصلحة في تغيير مضمونها ، فإذا ادعى صاحب الشأن أن الصورة غير مطابقة للأصل فعليه أن يطلب من المصلحة المختصة إبراز الأصل كي يمكن إجراء المطابقة بينها ونجد أن تاريخ البرقية يكون ثابتا بصفة رسمية لأنها تكون مختومة بخاتم مؤرخ بمكتب التصدير ومكتب التسليم وتقيد في الدفتر الخاص بالبرقيات.

[1] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص171

[2] محمد حزيط، المرجع السابق، ص89

ثانيًا: حجية الدفاتر التجارية

يلزم القانون التجاري كل تاجر بمسك دفاتر تجارية يدون فيها كل ما يتعلق بتجارته بطريقة تبين مركزه المالي من أصول وخصوم ،وقد بين القانون أن هذه الدفاتر لا يمكن أن يحتج بها أمام القضاء إلا إذا كانت منتظمة ومطابقة للشروط المقررة قانونا[1]، وهذا حسب المادة **14** من القانون التجاري التي أوجبت على التاجر إمساك دفترين هما: دفتر اليومية ودفتر الجرد السنوي ليقيد فيهما العمليات التجارية وكل ما يرتبط بتجارته على نحو يوضح مركزه المالي وينبغي على التاجر مراعاة إجراءات معينة في استعمال الدفاتر وتنظيمها حتى يكون لها حجة في الإثبات طبقا للمادة **330** القانون المدني الجزائري[2]، والدفاتر التجارية قد تكون حجة على التاجر كما يمكن أن تكون حجة له ويظهر ذلك على النحو الآتي:

1-دفاتر التاجر حجة عليه:

يجوز للخصم أن يتمسك بما ورد في الدفاتر التجارية صد صاحبها التاجر لإثبات تصرف قانوني سواء كان خصمه الذي تمسك بها ورد فيها تاجر أو غير تاجر وسواء كان النزاع مدنيا أو تجاريا[3]، وبالتالي تكون الدفاتر حجة عليه لأنها إقرار مكتوب صادر منه رغم أنها غير موقعة منه حيث يتم تحريرها تحت إشرافه وبمعرفته بصرف النظر عما إذا كان خصمه تاجرا أم غير تاجر وعما إذا كان الأمر متعلقا بنزاع تجاري أم بنزاع مدني واعتبار دفاتر التاجر حجة عليه فإن هذا يعد خروجا عن القاعدة العامة في الإثبات من ناحيتين:

أ -إن دفتر التاجر ورقة عرفية ولكنها غير موقعة من قبل التاجر ومع ذلك تعتبر حجة رغم أن التوقيع على الورقة العرفية شرط لحجيتها.

ب -القانون يلزم التاجر بتقديم الدفتر وهذا خروجا عن القاعدة التي تقضي أنه لا يجبر الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، وللقاضي أن يأخذ بالدفتر كدليل وله أن يستبعده ولا يجوز تجزئة الإقرار الوارد في الدفاتر التجارية إن كانت منتظمة ومستوفية للشروط المقررة قانونًا، ولمن يريد استخلاص منها

---

[1] محمد زهدور -المرجع السابق -ص42

[2] نص المادة 330 من القانون المدني على أنه " **دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون اثباته بالبينة.**

وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه".

- تنص المادة 13 من القانون التجاري أنه "**يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية**".

[3] محمد حزيط، المرجع السابق، ص90

دليلا لنفسه ألا يجزئها وإنما يأخذها كاملة أو يستبعدها، أما إذا كانت غير منتظمة يجوز لمن يتمسك بها ضد التاجر تجزئة ما ورد فيها.

تبقى حجية الدفاتر التجارية المنتظمة لا تصل إلى قوة الدليل الكامل لأنها غير موقعة من صاحبها ولا معدة أصلا للإثبات بل تعتبر كقرينة ومن ثم يجوز إثبات عكس ما ورد بها بكافة طرق الإثبات[1].

وقد أعطى القانون للقاضي سلطة تقديرية فله أن يأخذ بالدفتر التجاري وله ألا يأخذ به طبقا للمادة 13 من القانون التجاري، وإذا رأى القاضي أن يأخذ بالدليل المستخلص من الدفتر التجاري، فلصاحب الدفتر أن يثبت عكس ما ورد فيه بجميع طرق الإثبات بما فيه البينة والقرائن[2].

2-دفاتر التاجر حجة له:

الأصل أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه وخروجًا عن هذه القاعدة فإنه تكون دفاتر التاجر حجة له إذا كانت منتظمة في مواجهة الغير وفي مسألة تجارية[3]، وللقاضي مضاهاة الدفاتر الخاصة بالتاجرين وله حرية الأخذ بما هو أقرب إلى الثقة والاطمئنان هذا إذا تعلق الأمر بتاجرين والمسألة تجارية. أما إذا كان الاحتجاج بالدفاتر التجارية بين تاجر وغير تاجر فلا يجوز للتاجر أن يستند إلى دفاتره التجارية ليستدل بها على خصمه غير التاجر[4]، وهذا حسب نص المادة 330 من القانون المدني إلا أن المشرع استثنى حالة واحدة تكون لدفاتر التاجر حجة له على غير التاجر إذا توافرت شروط ثلاثة فيها كون محل النزاع ما يورده التاجر لعملائه غير التجار كالملابس والأغذية، وإذا كانت قيمة الالتزام مما يجوز إثباته بالبينة، وللقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين. وكما يجوز الإثبات بشهادة الشهود في هذه الحالة إذا كانت قيمة البضاعة لا تتجاوز **(100.000دج)** وهنا يبقى التقدير للقاضي في الأخذ بهذا كدليل أم استبعاده ولغير التاجر في هذه الحالة إثبات عكس ذلك بشهادة الشهود والقرائن.

---

[1] محمد حسنين، المرجع السابق، ص74

[2] زودة عمر، المرجع السابق، ص93

[3] محمد حزيط، المرجع السابق، ص91

[4] محمد زهدور، المرجع السابق، ص43

ثالثًا: حجية الأوراق المنزلية

يقصد بالأوراق والدفاتر المنزلية تلك التي يدون فيها الأشخاص أمورهم الخاصة ومن بينها حقوقهم والتزاماتهم والحسابات والتصرفات المختلفة التي تتعلق بشؤونهم المنزلية والمالية أو العائلية والمذكرات ليرجع إليها بدل من الاعتماد على ذاكرته وكثيرا ما تكون الكتابات خالية من التوقيع ولو وقعت لأصبحت سندا عاديا بما تحتويه ولا تحتاج لنص خاص يكسبها هذه الصفة[1].

والحجية التي يمكن أن تلحق هذه الدفاتر هي أقل بكثير من الحجية التي تعلق على الدفاتر التجارية وذلك لكون القانون لم ينظم طريقة مسكها أو حفظها ولم يذكر طريقة الإدلاء بها أمام القضاء والقاعدة أن هذه الأوراق والدفاتر إن وجدت لا تكون حجة لصاحبها لأنه لا يستطيع أن يضع دليلا لنفسه كما أنها غير موقعة منه إلا أنها يمكن أن تكون حجة عليه وهذا ما أوضحه المشرع الجزائري في المادة **331** من القانون المدني الجزائري[2] وذلك في حالتين:

1-إذا ذكر فيها أنه استوفى دينًا:يجب أن يكون التعبير عن استيفاء الدين صريحا لا ضمنيا بما لا يدع مجالا للشك كما أنه لا توجد صيغة خاصة للتعبير عن الاستيفاء فقد يستخلص ذلك من إشارة تشطيب على مبلغ الدين إذا كانت هذه الطريقة المتبعة بين الدائن ومدينه.[3]

2-إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبت حقه:كون أن الشخص إذا قصد أن تقوم كتابته مقام السند لصاحب الحق المقر به فإنه غالبا ما يوقع هذه الكتابة دلالة على هذا القصد وحينئذ ستكون الكتابة الموقعة دليلا كتابيا كاملا ولا حاجة إلى الاستناد إلى هذا النص الاستثنائي[4]، هنا ينبغي أن تكون طريقة صياغة الورقة كما لو كانت دليلا للإثبات لمصلحة من تثبت له حقا وأن مجرد التأشير بالدين أو الاعتراض به لا يكفي بل لابد من التنويه على أن الإشارة خصصت لتكون سند الدين وتقوم مقامه ومع ذلك فلا توجد عبارة مخصصة لذلك.

وهذه الحالتين هما بمثابة إقرار من الشخص على نفسه ومن ثم لا يجوز تجزئة البيان المدون فيه ويجب أن تكون الأوراق المنزلية مدونة بخط من تنسب إليه أو وكيله أو مستخدم لديه ومع ذلك فهي لا تعتبر في قوة المحررات العرفية لأنها غير موقعة كما أنها ليست دليلا معدا للإثبات.

---

[1] عصمت عبد المجيد بكر-المرجع السابق -ص177

[2] نص المادة 331 من القانون المدني أنه " **لا تكون الدفاتر والأوراق 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 والأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته".

[3] يحيى بكوش، مرجع سابق، ص177.

[4] جلال محمد إبراهيم، عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص147

لذا فإن حجيتها في الإثبات ليست مطلقة ويجوز لمن يحتج بها عليه إثبات عكسها بكل طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن دون التقيد بقاعدة جواز إثبات ما يناقض الكتابة إلا بالكتابة وفي غيرها من الحالتين يجوز للقاضي أن يعتبر البيانات الواردة في الدفاتر والأوراق المنزلية مجرد قرينة تضاف إلى وثائق أخرى سبق تقديمها وفقا للقواعد العامة بشأن الإثبات بالقرائن[1].

القاعدة العامة لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، وعليه فلا يجوز الإجبار على تقديم الأوراق والدفاتر المنزلية إلى القضاء إلا إذا كانت مشتركة بين من وجدت تحت يده وبين خصمه أو مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة كما لو كانت متعلقة بشراكة مدنية.

رابعًا: حجية التأشير على السند بما يستفاد منه براءة الذمة للمدين

إذا قام المدين بالوفاء بالدين فإن الدائن يعطيه عادة مخالصة بالسداد أو يؤشر على سند الدين بالوفاء مع التوقيع ويعد ذلك دليل كتابي كامل، وقد يكتفي الدائن بالتأشير بخطه دون توقيع على السند المثبت للدين ببراءة ذمة المدين، خاصة إذا كان الوفاء جزئيًا فاعتبر المشرع طبقا للمادة **332** من القانون المدني الجزائري[2] أن مثل هذا التأشير حجة على الدائن بحصول الوفاء حتى يثبت عكس ذلك، ويلزم لإعمال هذا الحكم توافر عدة شروط تختلف بحسب ما إذا كان السند في حيازة الدائن أم في حيازة المدين.

1-التأشير على سند الدين وهو في يد الدائن

يحتفظ الدائن بسند الدين في حيازته كدليل إثبات على وجود حقه في مواجهة المدين، فإذا أشر الدائن على سند الدين الموجود في حيازته بما يفيد الوفاء الكلي أو الجزئي فإن هذا التأشير رغم أنه غير موقع عليه من الدائن يعتبر دليلا على براءة ذمة المدين[3]، ولكن يشترط لكي يكون للتأشير حجيته في هذه الحالة شرطان:

أ -أن يتضمن التأشير ما يفيد براءة ذمة المدين من كل أو بعض الدين وأن يقع التأشير على سند الدين ذاته لا على صورة له أو ورقة مستقلة عنه، ولم يشترط القانون أي شكل للتأشير على السند فيصح أن يكون بظهره أو بهامشه أو بأعلاه أو بأسفله ولا يلزم أن يكون التأشير بخط الدائن أو بخط الغير كما لا يؤثر وجود محو أو شطب على وجود قرينة الوفاء ما لم يثبت الدائن عكس ذلك.

---

[1] محمد زهدور، المرجع السابق، ص44

[2] نص المادة 332 من القانون المدني أنه " **التأشير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعا منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى أو مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين**".

[3] محمد زهدور، المرجع السابق، ص47

ب –يجب ألا يكون السند قد خرج من حيازة الدائن فإذا خرج من حيازته فيقع عليه عبء إثبات خروج السند من حيازته[1].

وعليه فإن توافر الشرطان يكون التأشير حجة على الدائن ببراءة ذمة المدين ولكن يبقى قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس بكافة طرق الإثبات على اعتبار أن التأشير غير الموقع ليس دليلا كتابيا كاملا ولا يلزم الكتابة في إثبات ما يخالفه، فلدائن إقامة الدليل على أن التأشير وضع بخط غيره بدون علمه أو موافقته أو أنه تم بسبب توقع الوفاء ولكنه لم يتم بالفعل وتخلف الشرطين السابقين فلا يكون التأشير حجة على براءة ذمة المدين.

2–التأشير على سند الدين وهو في يد المدين

إذا أشر الدائن بما يفيد براءة ذمة المدين على السند الموجود لدى المدين فإن ذلك يكون حجة في الإثبات بشرطين:[2]

أ –أن يكون التأشير مكتوبا بخط الدائن على نسخة من السند الأصلي أو على مخالصة ببراءة ذمة المدين لا يلزم أن يكون التأشير موقعا عليه من الدائن ولكن يجب ألا يكون هناك محو أو شطب وإلا زالت الحجية التي للتأشير لأنه لا يمكن أن يفهم من المحو إلا أن الوفاء لم يتم وإذا ادعى أن الشطب تم عن غلط أو دون علمه كان عليه أن يثبت حقيقة ما يدعيه.

ب –يجب أن تقع نسخة السند أو المخالصة في حيازة المدين، إذا ما توافر هذان الشرطان اعتبر التأشير حجة على الدائن في براءة ذمة المدين إلا أنه لا يصل إلى قوة الورقة العرفية الموقعة ومن ثم يجوز للدائن أن يثبت عكس هذا الدليل بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن[3].

---

[1] محمد حزيط، المرجع السابق، ص96

[2] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 118.

[3] زودة عمر، المرجع السابق، ص97

المبحث الثاني: المفهوم الحديث للمحررات الرسمية والمحررات العرفية

إن الكتابة كوسيلة من وسائل الإثبات ذات القوة المطلقة لم تعد بنفس المفهوم التقليدي الذي كان سائد قديما، بل تغير واتسع مفهومها بعد انتشار التكنولوجيا الحديثة في مجال التصرفات القانونية.

إن التطور العلمي والتكنولوجي وما صاحبه من تنوع المعاملات، وانتشار استخدام الوسائل الإلكترونية والإنترنت في التعامل والتصرفات وإبرام العقود ترتب عنه تغيير كبير في المفاهيم القانونية، لاسيما ما تعلق بمفهوم الكتابة والتوقيع والمحرر، فأصبحت بذلك الكتابة التقليدية لا تلبي حاجات الناس لإثبات مختلف معاملاتهم التي تتم بشكل إلكتروني، أين أصبح الكل يلمس بوضوح أن المجالات التجارية الدولية على وجه الخصوص أكثر المجالات استجابة للتطورات التقنية الهائلة بحكم السرعة والثقة والائتمان التي تميز هذا المجال عن غيره من المجالات الأخرى ، فهذا التطور عم على الجميع وإن كان بنسب متفاوتة من شركات تجارية ضخمة وبنوك ومصانع وصولا إلى المشاريع الفردية الصغيرة والمستهلكين العاديين ، حيث أن الإنترنت قرب المسافات وجعل العالم كحجرة واحدة داخل منزل صغير[1].

لذلك بدأت التشريعات الدولية في الاعتراف بها ومساواتها بطرق الإثبات التقليدية وأصبح كل من المحرر والتوقيع الإلكتروني يحظى بنفس حجية المحرر والتوقيع التقليدي.[2]

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني بأن الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني على الورق[3]، وأضاف في الفقرة الأخيرة من المادة 327 منه أنه "يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 ".

---

[1] إياد محمد عارف عطا سده، أطروحة قدمت استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين سنة 2009، ص1

[2] محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني دار الفكر الجامعي الإسكندرية طبعة 2009، ص270

[3] نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني على أنه "**يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها**"

كما أصدر المشروع الجزائري القانون 15-04 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونين[1]، وكذلك ليشمل جميع المحررات الرسمية والعرفية الإلكترونية لذلك تعين دراسة هذا المبحث من جانبين نتطرق في الأول إلى مفهوم المحرر الإلكتروني كمطلب أول، أما الجانب الثاني نتطرق إلى حجية المحررات الرسمية والعرفية أمام القضاء.

المطلب الأول: مفهوم المحرر الإلكتروني

إن الكتابة في الأصل تكون على المحرر الورقي، بالإضافة إلى التوقيع من الشخص المنسوبة إليه، وهذه الكتابة عرفت تطورا بفعل أساليب التكنولوجيا الحديثة وظهور التجارة الإلكترونية، هذا ما أدى بدوره لظهور السند والمحرر الإلكتروني نتيجة استخدام الوسائل الإلكترونية من خلال شبكة الإنترنت وإتمام معظم التصرفات التجارية من خلالها، وذلك بإرسال المعلومات التي تتضمن عرضا تجاريا معينا من خلال قاعدة البيانات المربوطة على الشبكة.

وقد وضعت هيئة الأمم المتحدة اللبنة الأساسية في صرح تنظيم المعاملات الإلكترونية من خلال القوانين النموذجية التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية والمعرفة بمصطلح UNCITRAL، حيث أصدرت في عام 1996 قانونا نموذجيا بشأن التوقيع الإلكتروني[2]، وقد تعرض قانون الأونستيرال النموذجي وبعض القوانين العربية لمفهوم المحرر الإلكتروني الذي يتم تبادله بين طرفي العلاقة العقدية أو بين مستخدمي شبكة الإنترنت أو الوسائل الإلكترونية.

كما عمل الشرع الجزائري على تعديل أحكام القانون المدني لتتوافق أحكامه في الإثبات مع هذا النوع من الأدلة التي تكون في شكل إلكتروني[3].

---

[1] قانون رقم 15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 1 فبراير 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني ج.ر.ج.ج عدد 06 صادر في 01 فبراير 2015

[2] عبد التواب مبارك، الدليل الإلكتروني أمام القاضي المدني، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع الطبقة الأولى، سنة 2005، ص 16

- مصطلح UNCITRAL يقصد به باللغة الإنجليزية UNITED NATION COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW

[3] مصطفى منشور وسيمة، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه جامعة مستغانم ،2016، 2017 ص 279

لذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف المحرر الإلكتروني في الفرع الأول أما الفرع الثاني نخصصه إلى الشروط الواجب توافرها في المحرر الإلكتروني.

الفرع الأول: تعريف المحرر الإلكتروني

تعد السندات الإلكترونية من أحدث أدلة الإثبات التي أثرت تأثيرا بارزا على أدلة الإثبات التقليدية، لذلك فإنها بيانات ثبوتية، يقع خزنها ونقلها بشكل رقمي، وأن المقصود فيها هو ذلك الشكل الإلكتروني أو الرقمي ليس الشكل الورقي اللاحق، حينما يتم استخراج هذه السندات وطباعتها على الورق[1].

كما ثم تعريف السندات الإلكترونية بمصطلح "رسالة بيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي[2].

كما حاولت العديد من التشريعات المقارنة إيجاد تعريف للكتابة الإلكترونية وبذلت جهود لقبول الإثبات بالمحررات الإلكترونية والاعتراف بها كدليل جديد لذلك نجد:

_ **في القانون الفرنسي** : أرسى المشرع الفرنسي عددا من القواعد الأساسية في التعديل التشريعي الذي أدخله على قواعد الإثبات التقليدية أين اعتبر المحررات الإلكترونية دليلا كتابيا ، كما أنه وضع تعريف للكتابة في مجال الإثبات وأعطى لها مفهوم واسع[3]، إذ أشار في المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي إلى الكتابة الإلكترونية باستعماله لمصطلح "مهما كانت دعامتها"، إذ تعد الكتابة الإلكترونية احدى أشكال الكتابة فعرفها أنها: "ينشأ الإثبات الخطي أو بالكتابة عن تسلسل أحرف أو أشكال أو أرقام أو أية إشارات أو رموز لها دلالة قابلة للإدراك أيا كانت دعامته أو وسائل نقله" [4] ، ثم جاء المرسوم 2001/272 المؤرخ في 2001/03/30 لينص على كيفية تطبيق المادة 14/1316 من ق م ف، فنص في المادة 01 منه على أنه : " معطيات ناتجة عن استعمال لوسيلة تتعلق

---

[1] عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانون لتجاوزها دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى سنة 2010 ص 33

[2] عبد التواب مبارك، المرجع السابق، ص18

[3] عبد الكريم هدار، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الإلكترونية، مذكرة ماجيستر كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01،،2013 .2014 ص37

[4] القانون 2000 –230 المؤرخ في 2000/03/13 المتعلق بالقانون المدني الفرنسي ج رقم 62 لعام 2000

بالشروط النصوص عليها في الجملة الأولى من الفقرة الثانية من المادة 1316 التي نصت على أنه : " عندما يكون التوقيع الكترونيا يجب أن يتم باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع وضمان صلته بالتصرف الذي وقع عليه ".[1]

– **أما المشرع الألماني** ففي القانون الفيدرالي الخاص بالشروط العامة لمصالح الإعلام والاتصال المؤرخ في 1997/06/13 ينص على قانون التوقيع الإلكتروني على أنه: " ختم لصيق بيان إلكتروني ناتج عن مفتاح خاص الذي يبين هوية مالك المفتاح ويضمن سلامة البيانات التي يتوصل بها بواسطة المفتاح العام الذي منح مع شهادة المفتاح المعتمدة من طرف مصالح التصديق "[2].

– **أما قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي** رقم (02) لسنة 2002 فقد عرفت المحرر الإلكتروني بأنه: "سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية على وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه

– **كما أن قانون التوقيع الإلكتروني المصري** عرف المحرر الإلكتروني على أنه: " رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ طلبا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة "[3].

– **أما الفقه** فقد عرف المحرر الإلكتروني على أنه: " ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات سواء أكان ورقيا أو غير ذلك من الوسائل الإلكترونية "[4]

– **كما عرفه محمد حسين منصور** على أن "الكتابة الالكترونية كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطى دلالة قابلة للإدراك "[5].

---

[1] محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، مجله الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية العدد الثاني ،2003، ص103

[2] دحماني مصطفى، حجية التوقيع الإلكتروني في مجال الإثبات، مداخلة ألقيت بمجلس قضاء وهران سنة 2016، ص3

[3] القانون 2004/15 الخاص بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين المادة 01 –الجريدة الرسمية عدد 06 المؤرخ في 2015/02/10

[4] محمد فؤاد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة 2006 ص205

[5] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص272

أما المشرع الجزائري نص على الكتابة الإلكترونية بإضافة المادة 323 مكرر ق م، كما اعترفت المادة 323 مكرر 1 منه بالكتابة الإلكترونية لإثبات التصرفات والعقود من جهة[1]، وجعلتها معادلة في حجيتها للوثيقة المخطوطة على دعامة ورقية من جهة أخرى، أي لهما نفس الأثار والفعالية من حيث الحجية وصفة الإثبات[2].

وعليه نلاحظ أن نص المادة 323 مكرر ق م تعتبر أول نص عرف من خلاله المشرع الجزائري الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة والتصرفات الإلكترونية بصفة خاصة، وذلك لتفادي الجدل الذي قد يثور حول الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات.

يستخلص مما سبق أن التشريعات المقارنة اختلفت في تسمية المحرر الإلكتروني، إلا أنها تتفق بشأن مدلوله الذي يتمثل في إنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين معلومات أو بيانات إلكترونية[3]، بواسطة دعامة سواء كانت إلكترونية أو وسيلة أخرى، وتشمل معالجة البيانات الإلكترونية المخزنة في ذاكرة الحاسوب أو على شبكة الانترنت أو أي وسيط آخر، فالكتابة الإلكترونية تتم باستخدام الآلة الطابعة في جهاز الكمبيوتر وهو الوسيط الإلكتروني[4]، الذي يؤدي وظيفة الكتابة بصفة واضحة، يستعمل في قراءتها وفهمها وحفظها ، وحتى لاسترجاعها مقارنة بالكتابة التقليدية[5].

الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها في المحرر الإلكتروني

حتى تكون الكتابة في الشكل الإلكتروني دليلا قائما بذاته ومقبولا في الإثبات أمام القضاء المدني، وضع المشرع الجزائري شروطا واضحة لها يراعي قاضي الموضوع توافرها لكي يعادل حجيتها مع الكتابة التقليدية، وهذا ما نصت عليه المادة 323 مكرر 1 ق.م[6]، فلابد من توافر هاته الشروط الأساسية وهي على النحو الآتي:

أولا: أن تكون الكتابة الإلكترونية مقروءة:

عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة يستوفى المحرر الإلكتروني ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا[7]، فالكتابة

---

[1] مصطفى منشور وسيمة، المرجع السابق، ص280

[2] مصطفى منشور وسيمة، نفس المرجع، ص 281

[3] فاتح بهلولي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، أطروحة في العلوم كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2017، ص309

[4] سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف (دون طبعة) الإسكندرية 2005 ص156

[5] بشار طلال، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة سنة 2003 ص106

[6] أنظر المادة 323 مكرر1 من القانون المدني.

[7] عبد التواب مبارك، المرجع السابق، ص 18

تتضمن تسخير الحروف في شكل مادي ظاهر، وأن تكون ممكنة القراءة والفهم حتى يعدها القاضي دليلا في الإثبات، فلا بد أن تكون واضحة يمكن له فهمها وإدراك محتواها سواء كانت على دعامة ورقية أم إلكترونية، أم تم تدوينها بحروف أو بيانات أو رموز[1]. وأنه يصعب تحقيق هذا الشرط في الوثيقة الإلكترونية، لأنها مدونة على دعامة إلكترونية مما يتطلب إيجاد برامج خاصة تقوم بتحويل الرموز والإشارات إلى حروف مقروءة وواضحة[2].

ثانيا: التأكد من هوية الشخص الذي صدرت منه الكتابة الإلكترونية:

اشترط المشرع الجزائري على إمكانية التأكد عن هوية الشخص الذي أصدرها، وهو ما وضعه المشرع الفرنسي بنص المادة 1316 من القانون الفرنسي حيث ألزم أن تكون هذه الكتابة تدل بوضوح على الشخص الذي أصرها.

ويقصد به هو ضرورة تعين الشخص الذي نسب إليه المحرر الإلكتروني[3]، الذي يحتمل الالتزامات المترتبة على ذلك، ويجني الحقوق المترتبة كذلك، وإذا كانت مسألة تحديد هوية الشخص لا تثير الصعوبة في ظل القواعد العامة في الإثبات، فإن هذه المسألة تزداد تعقيدا إذا ما استعملت الكتابة الإلكترونية للتعاقد على شبكة الإنترنت، خاصة مع العدد الكبير للمشتركين وتباعدهم الجغرافي، ومدى التحقيق من أهليتهم في التعاقد[4].

يتضح لنا مما ذكرناه، أن الصعوبة المطروحة على القاضي تخص الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات إذا كانت صادرة أو متعلقة بهذا الشخص أو ذاك، وفي هذا المجال تعين حسب المختصون باستعمال تعريف الشخصية عبر كلمة السر أو أرقام السر، وسائل التشفير أو ما يعرف بوسيلة المفتاح العام والمفتاح الخاص، ووسائل التعريف البيولوجية للمستخدم، كبصمات الأصابع المنقولة رقميا[5]، أو سمات الصوت أو حدقات العين وغيرها، لكن رغم الضمانات التي توفرها، إلا أنه

---

[1] إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2009، ص212

[2] ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2-2010 مصر، ص71

[3] خليفي مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكتروني، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جانفي 2011 ص 210

[4] يوسف زروق، حجية وسائل الإثبات الحديثة، أطروحة الدكتوراه، جامعة تلمسان 2013، ص

[5] اسماعيل ابراهيم الربيعي وعلاء عبد الأمير موسى النائلي، توثيق قرارات التحكيم الإلكتروني بالتوقيع الإلكتروني، دارسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة 2014، ص162

تأكد بعد تجربتها أن لكل منها ثغرات أمنية ولذلك تعد غير كافية[1]، وهذا ما استدعى اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية، أو ما يسمى سلطات الموثوقية .

ثالثا: التوثيـق

إن إصدار أي محرر إلكتروني مهما كان لابد من توثيقه لدى جهة معتمدة يتم تحديدها من قبل الحكومة، ولا يشترط أن تكون هذه الجهة واحدة بالنسبة لكل الدول ، فعمل هذه الجهة يكمن في التحقق من صحة المحرر الذي أصدره ومن شخصية مصدره أو القيام بتتبع التغيرات والأخطاء التي حدثت بعد إنشاء المحرر سواء كان من خلال استخدام وسائل التحليل، وأخذت به معظم التشريعات من خلال اعترافها بجهة الكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات، على أساس فكرة الشخص الثالث الوسيط المذكور أعلاه، ومنها القانون الفرنسي الذي أنشأ ما يسمى بهيئة خدمات التصديق.

والمشرع التونسي الذي أنشأ جهات للمصادقة الإلكترونية وأسماها " الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية، وعرفته بموجب المادة الثانية من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية رقم 83 لسنة 2000 التونسي بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يحدث ويسلك ويتصرف في شهادات المصادقة ويسري خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء الالكتروني "[2].

وعرفته الفقرة الأولى من المادة 07 من قانون الانسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي سواء أكان عاما أو خاصا تعينه الدولة المختصة، ليحدد التوقيعات الإلكترونية التي تتوافر فيها الشروط المنصوص عليها في المادة 06 من هذا القانون"[3].

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنه أصدر القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2015 المتعلق بتحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونية[4]، وقد ساهم في تحقيق نوع الأمان والثقة في المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت، كما أنه خفف الصعوبة القائمة على عاتق قاضي الموضوع فيما يخص إثبات هوية الشخص التي صدرت منه الكتابة أو المحرر الإلكتروني[5].

---

[1] نذير برني، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج، المدرسة العليا للقضاء الدفعة 14 2003 -2006، ص 49

[2] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 197

[3] نفس المرجع، ص 198

[4] القانون رقم 15-04، المرجع السابق، ص 07

[5] مصطفى منشور وسيمة، المرجع السابق، ص 283

بعد أن يتم إعداد المحرر الإلكتروني وتوثيقه من قبل الأطراف يعطى صاحبه الحق رمز تعريف كالرقم السري مثلا من أجل الرجوع إلى المحرر والحصول عليه عند الحاجة ويمنح هذا الرمز من قبل الجهة المعتمدة للتوثيق[1].

في حالة عدم التوثيق فإن ذلك يحول دون منح المحرر الالكتروني الحجية القانونية كون القصد من التوثيق إعطاء القيد الإلكتروني الحجية القانونية في مواجهة أطرافه والغير من تاريخ ثبوته بالتوثيق[2]، وهذا ما نص عليه قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بالمادة 32/ب منه بقولها: "فإذا لم يكن السجل الالكتروني أو التوقيع الالكتروني موثقا فليس له أي حجية "[3].

رابعا: استمرارية الدليل الكتابي وداومه

يشترط للاعتداد بالكتابة في الإثبات أن يتم التدوين على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه واستمرارها، بحيث يمكن الرجوع إلى المحرر كلما كان ذلك لازما لمراجعة بنود العقد أو لعرضه على قاضي الموضوع ليقيمها عند حدوث خلاف بين أطرافه[4].

ويتحقق ذلك بتدوين الدليل الكتابي على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه، والمحافظة عليها لمدة طويلة بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة، ويقصد من الإعداد والحفظ أن يكون ذلك بغرض الدوام والاستمرار[5]، ويكون الهدف منها إمكانية الرجوع إليها بعد مرور فترة من زمن تمتد لسنوات[6].

إن مسألة حفظ الكتابة الإلكترونية واسترجاعها مسألة تقنية بحثه، حيث يظهر ذلك من خلال العديد من الوسائل والبرامج والوسائط الإلكترونية التي تضمن حفظ الكتابة، وتمكن من العودة إليها بسهولة، مما يحد من عملية اختراقها وتعديل محتوياتها، ومن أهم هذه الطرق:

- الحفظ على أقراص مضغوطة CD-ROMوالبريد الالكتروني E-MAIL .
- الحفظ عن طريق برنامج نسخ المستندات المنقولة PDF.

---

[1] يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات في القانون الأردني، دار وائل للنشر، سنة 2007، ص 60

[2] علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دارسة مقارنة مذكرة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2005 ص 126

[3] إياد محمد عارف عطاء سيد، المرجع السابق، ص 44

[4] حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت، دار النهضة العربية ط 2000، القاهرة، ص 21

[5] بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه في العلوم تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة 2015، ص186

[6] محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية العقد الإلكتروني الإثبات الالكتروني دار النهضة العربية ط1 2008 القاهرة ص 334

- حفظ الكتابة والتوقيع الالكتروني من طرف مزودي الخدمات الاكترونية حيث يمنح هذه الجهات ما يسمى بشهادة التصديق الإلكتروني إذ لا يسمح بعدها بأي تعديل يمس هذه الكتابة.
- حفظ البيانات في صناديق إلكترونية لا يمكن فتحها إلا بواسطة المفتاح الخاص الذي تشرف عليه سلطات الإشهار العامة أو الخاصة، وأي محاولة للتعديل سوف تؤدي إلى إتلاف الوثيقة المحفوظة نهائيا[1].

ثالثا: عدم حدوث أي تعديل يمس صحة المحرر الإلكتروني

يقصد بهذا الشرط حفظ المحرر الكتابي من أي تعديل أو تغيير للبيانات الواردة فيه من حذف ، محو أو حشو أو إضافة وغير ذلك ، فقد ينقص من حجيته وقيمته القانونية كدليل إثبات ، إذ يعد من السهل إجراء أي تعديل في البيانات المدونة على المحررات الإلكترونية ، مما يفقد هذه الأخيرة شرط من شروط حجيتها وقوتها الثبوتية المرهونة بمدى قوة التقنية المستخدمة في تأمين سلامتها[2] من أي تلاعب في مضمونها ، وللمحافظة على سلامة المحررات من أي اختراق أو تعديل ،حاولت التكنولوجية الحديثة إيجاد آليات تقنية ونظام حفظ إلكتروني مؤمن[3]، بحيث يتم اللجوء إلى برامج متطورة قادرة على الكشف من أي تعديل[4] في البيانات الإلكترونية ، وأن تحدد البيانات المعدلة وتاريخ تعديلها بدقة ، كما أن لجهات التصديق الإلكتروني دور كبير في هذه العملية ،وأيضا التوقيع الإلكتروني[5].

لكن وبالرغم من التمكن من استيفاء الشروط السابقة عن طريق التكنولوجيا الحديثة إلا أن تقييم مدى قدرة الوسيلة المستخدمة على تأمين بيانات المحرر سوف يخضع بضرورة الحال إلى تقرير قاضي الموضوع عند تدخله بشأن قبول الدليل في الإثبات، فالمشرع الجزائري وفي ظل غياب قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية قد أشار لمسألة التغيير أو التعديل أو التزوير في المستندات الإلكترونية في نصوص متفرقة ورد فيها تجريم المساس بالنظام المعلومات عموما[6] ، كالأمر رقم 10/97 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة له المعدل والمتمم بالأمر 03-05 حيث وضع تطبيقات الإعلام

---

[1] شمام منير، السلطة التقديرية للقاضي المدني في الإثبات، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص ،جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم 2018 ،2019 ص 239

[2] فاتح بهلولي، المرجع السابق، ص 316

[3] فتيحة حزام، الإثبات الإلكتروني في المسائل المدنية والتجارية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون كلية الحقوق جامعة الجزائر 2016، ص26

[4] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 24

[5] يوسف زروق، المرجع السابق، ص 187

[6] شمام منير، المرجع السابق، ص240.

الآلي ضمن المصنفات الأصلية المحمية، و أورد عقوبة التغيير أو المساس بها في نص المادة 151 منه.[1] كما نظم المشرع في المواد 394 مكرر إلى 394 مكرر6 عند تعديله قانون العقوبات بإضافة قسم تحت عنوان المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات في نظام للمعالجة الآلية أو إزالة أو تعديل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها.[2]

المطلب الثاني: حجية المحررات الرسمية والمحررات العرفية أمام القضاء

تتمتع الكتابة مهما كان شكلها ودعامتها بأهمية كبيرة في الإثبات، لما توفره من ضمانات وطمأنينة بين الأفراد وتعاملاتهم، ووسيلة إثبات بشأن أي نزاع قد يثور بينهم، وقد اكتسبت حجية في الإثبات وهي الحجية التي لم تقتصد على المحرر الورقي وتعدته للمحرر الإلكتروني.

وقد تم تكريس مبدأ المساواة بين المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني مع المحررات الورقية والتوقيع الخطي في التشريع الفرنسي بنص المادة 1/1316من القانون المدني الفرنسي، يمنح هذه الأخيرة نفس حجية الكتابة على دعامة ورقية، شريطة إمكانية دلالتها على الشخص الذي أصدرها، وأن يكون تدوينها وحفظها وفق ظروف من طبيعتها ان تضمن سلامتها[3]، وأن الكتابة على الدعامة الإلكترونية لها نفس القوة في الإثبات المقررة للكتابة على دعامة ورقية.[4]

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري الذي أخضع قاضي الموضوع إلى احترام مبدأ المساواة في المادة 323 مكرر 1 ق م، لاسيما أن المحررات الإلكترونية المستعملة في الإثبات قد تكون في شكل رسمي، أو في شكل عرفي تتمتع بالحجية في الإثبات، لذلك نتطرق في هذا المطلب إلى القيمة الثبوتية لأنواع السندات الإلكترونية أمام القضاء في الفرع الأول، أن الفرع الثاني نتناول فيه حجية المحرر الإلكتروني في ظل استثناءات قواعد الإثبات.

---

[1] نص المادة 151من الأمر 03-05 انه: "يعد مرتكبا لجنحة التقليد كل من يقوم بالأعمال التالية: -الكشف غير مشروع لمصنف او المساس بسلامة مصنف او اداء فنان مؤد او عازف، استنساخ مصنف او اداء باي اسلوب من الأساليب في شكل نسخ مقلدة، استراد او تصدير نسخ مقلدة من مصنف او اداء، بيع نسخ مقلدة لمصنف او اداء تأجير او وضع رهن التداول لنسخ مقلدة لمصنف او أداء" الجريدة الرسمية – العدد 44 مؤرخة في 23يوليو 2003/ص21.

[2] القانون 04-15المؤرخ في 27 رمضان1425الموافق لـ 10 نوفمبر2004 المعدل ومتمم للأمر رقم66-156 المؤرخ في08يونيو1966المتضمن قانون العقوبات-ج ر-العدد 71 المؤرخ في10نوفمبر2004.

[3] اياد محمد عارف عطا سده، المرجع السابق، ص139.

[4] يوسف زروق، مرجع السابق، ص192.

الفرع الأول: القيمة الثبوتية لأنواع السندات الإلكترونية أمام القضاء

إن المحرر الإلكتروني يكتسي حجية في الإثبات باعتباره دليلا كتابيا كاملا يفرض نفسه على القاضي، شأنه في ذلك شأن المحرر التقليدي، مالم يطعن فيه بالتزوير أو يقوم بإثبات العكس، إن هذا يعني أنه لم يعد مسموحا رفض المحرر الإلكتروني كدليل كتابي لمجرد أنه مدون على عامة إلكترونية، أو لكونه موقعا إلكترونيا وليس بخط اليد[1]، وحتى يتم قبول المحرر الإلكتروني كدليل في الإثبات أمام القضاء لا بد من توافر شروط لهذه الحجية، وفي هذا المجال سنتناول حجية السندات الإلكترونية الرسمية والعرفية.

أولا–حجية المحرر الإلكتروني الرسمي:

يعد قانون الأونيسترال النموذجي[2] بشأن التجارة الإلكترونية، الأول الذي بادر إلى تحديد مفهوم المحرر الإلكتروني الرسمي بموجب المادة 08 منه والتي نصت على:" عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي فإن رسالة البيانات تستوفي هذا الشرط:

1. وجد ما يعود عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشأت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي، بوضعها رسالة بيانات أو غير ذلك.
2. إذا كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات ويكون معيار تقدير سلامة المعلومات هو تحديد ما إذا كانت قد بقيت مكتملة ودون تغيير..."

واعتبرت هاته المادة رسالة البيانات بمثابة الأصل متى ما يؤكد على ضوء الغرض الذي أنشئت من أجله والظروف التي أحاطت بسلامة المعلومات التي تضمنتها وعدم تغييرها منذ لحظة إنشائها لأول مرة، وأمكن مواجهة من تشهد عليه بمحتواها[3].

---

[1] محسن عبد الحميد ابراهيم البية، دور المحررات الالكترونية في الإثبات في القانون المصري، المرجع السابق، ص97.

[2] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة اثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى عين مليلة الجزائر، طبعة2009، ص29.

_ **اليونسترال** هي: لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة وتضم في عضويتها غالبية دول العالم الممثلة لمختلف النظم القانونية الرئيسة، وغرضها الرئيسي تحقيق الانسجام والتوائم بين القواعد القانونية الناظمة للتجارة العالمية، وقد حققت اليونسترال العديد من الإنجازات في هذا الميدان أبرزها ابرام عدد من الاتفاقيات الدولية أشهرها اتفاقية فينا للبيوع الدولية لعام 1980 والاتفاقيات الخاصة بالتحكيم الدولي وغيرها.

[3] عبد الله احمد عبد الله غرايبة، حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر، دار الراية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص128.

إن المحرر الرسمي الإلكتروني يمكن تعريفه على أنه:" تلك الكتابة الإلكترونية التي يتولى موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة إثباتها على محرر إلكتروني بناءا على ما تم على يديه أو تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه.[1]

كما أنه:" كتابة إلكترونية مثبتة لواقعة هي تصرف قانوني تترتب عليه آثار قانونية معينة، تدخل في تحريرها موظف عام مختص وبالتالي تثبت حجيتها تجاه الكافة في البيانات المثبتة فيها.[2]

وعرفه الدكتور عابد فايد عبد الفتاح بأنه:" المحرر الإلكتروني الرسمي هو المحرر الذي يوجد على دعامة إلكترونية ويبرم بين أطراف لا يوجدون في نفس المكان".[3]

وقد تناول المشرع المصري المحرر الإلكتروني الرسمي والعرفي وحجيتها في إثبات من خلال قانون التوقيع الإلكتروني، واعترف للمحرر الإلكتروني الرسمي بنفس حجية المحرر الرسمي الورقي الوارد في قانون الإثبات المصري ، متى استوفيت شروطه المقررة قانونا، وهذا حسب المادة 15 منه التي تنص على:" للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجة المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية و التقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون[4].

أما المشرع الجزائري رغم صدور قوانين حديثة تتعلق بالتوقيع الإلكتروني وعصرنة العدالة، وتعديله لمواد القانون المدني المتعلقة بالكتابة الإلكترونية، إلا أنه لم ينظم مسألة المحررات الإلكترونية الرسمية ولم يعرفها، كما انه لم يحدد مكانتها ضمن طرق الإثبات الحديثة.

ولإنشاء المحرر الإلكتروني لابد من توافر شروط عامة والتي تم التطرق اليها سابقا وهي:

_صدور المحرر عن موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة.

_صدور المحرر في حدود سلطة واختصاصات الموظف العام او المكلف بخدمة عامة.

_مراعاة إصدار المحرر وفق الأوضاع القانونية.

---

[1] احمد عزومي الحروب، السندات الرسمية الإلكترونية "دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا جامعة بيرزنت فلسطين، (د س)، ص48.

[2] عبد الفتاح حجازي بيومي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية –الكتاب الثاني النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة –دار الفكر الجامعي ،2003–ص419.

[3] عابد عبد الفتاح فايد، الكتابة في القانون المدني بين الظهور القانوني والأمن التقني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2014، ص194.

[4] احمد عزومي الحروب، المرجع السابق، ص50.

أما فيما يتعلق بالشروط الخاصة لإنشاء المحرر الإلكتروني الرسمي، ومادام ان المشرع الجزائري لم ينظمها، فإننا نعالج المسألة في التشريع الفرنسي والمصري[1] اللذين اوردا نصوصا لاكتساب المحرر الإلكتروني صفته الرسمية وهي:

_ان يكون الموظف حاضرا أثناء انشاء المحرر الإلكتروني الرسمي.

_أن يكون توقيعه الإلكتروني مدون على المحرر الإلكتروني الرسمي.

_ان يوقع عليه الأطراف والشهود.

_ان يكون محدد التاريخ، وحفظه لمدة زمنية

ان المحرر الإلكتروني لابد من توثيقه لدى جهة معتمدة يتم تحديدها من قبل الحكومة، تتولى إعطاء شهادات مصادقة، وذلك بعد تأكدها من مطابقة التوقيع الإلكتروني وصحته، ومنح هذه الشهادة يصبح للتوقيع الحجية القانونية في مواجهة أطرافه والغير من تاريخ التوقيع، فبعد اتمام اجراءات التوثيق يتم منح صاحب المحرر الإلكتروني رمز التعريف الشخصي الخاص بهذا المحرر الإلكتروني من طرف نفس الهيئة الموقعة، ويستفاد من هذا الرمز إمكانية تمييز المحرر من غيره.[2]

وتطبيقا لأحكام قانون الإثبات في شأن السندات الرسمية على السندات الإلكترونية الرسمية فإنه تظل الصفة الرسمية للسند الإلكتروني الرسمي موجودة حتى كان ظاهره يدل على أنه سند رسمي، ويبقى محتفظا بهذه الصفة ما لم يثبت ذو المصلحة انتفاء صفته الرسمية عنه كونه مشوبا بالبطلان أو بعد الطعن فيه بالتزوير عرفي، بشرط ان يكون موقعا من أطرافه.[3]

ثانيا: حجية المحرر الإلكتروني العرفي

لم يعرف المشرع الجزائري المحرر الإلكتروني العرفي إلا أن الفقه تولى مهمة تعريفه، فالمحرر العرفي هو محرر مكتوب وموقع صادر من الأفراد دون أن يتدخل في تحريره موظف رسمي او شخص مكلف بخدمة عامة، فالمحررات الإلكترونية العرفية المهيأة للإثبات تتميز بالبساطة حيث انها لا تخضع لأي شرط من الشروط كالمحررات الإلكترونية الرسمية، كون الهدف منه هو اقامته كدليل لتصرف قانون معين الذي يتم عن طريق الانترنت ووسائل الاتصال الحديثة.[4]وباستقراء المادة

---

[1] فاتح بهلولي، المرجع السابق، ص323.

[2] شمام منير، المرجع السابق، ص 244.

[3]مبروك حدة، حجية السندات الإلكترونية في الإثبات، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد17-2018، ص 50.

[4] يوسف زروق، المرجع السابق، ص 210.

327من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، فإنها تضمنت شرطين للمحرر العرفي حتى يكون معدا للإثبات وهي الكتابة والتوقيع لأجل اكتساب الحجية الكاملة في الإثبات.

الشرط الأول: الكتابة الإلكترونية: تعتبر الكتابة الإلكترونية الطريقة أو الأسلوب الذي يعبر بها المتعاقدين عن إرادتهم ورغبتهم وموافقتهم على التعاقد.[2] فهي الوسيلة التي تضمن وتوفر الثقة للأطراف كون أنها يمكن أن تعد مسبقا، أي قبل حدوث نزاع وفي حالة وجوده يسهل حله إذا وجد دليل كتابي.[3]

الشرط الثاني: التوقيع الإلكتروني: يعد التوقيع شرط جوهري في صحة المحرر العرفي وحجيته، لأن توقيع المرر يعد دليل على قبول مضمونه الكتابي فلا قيمة لهذه المحررات دون توقيع ذوي الشأن عليها، فالمشرع الجزائري أشار للتوقيع الإلكتروني في المادة 327 فقرة 2 من ق م بنصه على: "**ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه**".

إن المحرر العرفي الإلكتروني حتى يقبل كدليل إثبات وتكون له الحجية القانونية يشترط إلى جانب الكتابة، التوقيع على المحرر، فلا تعد الكتابة الشرط والدليل الوحيد في الإثبات وإنما يجب أن تكون هذه الكتابة ممهورة بتوقيع إلكتروني.[4]

فالتوقيع هو الشرط الثاني من شروط صحة المقرر العرفي الإلكتروني، فهو العنصر المهم والجوهري لاكتساب المحرر الإلكتروني العرفي الحجية القانونية.[5]

لقد عرف جانب من الفقه التوقيع الإلكتروني على أنه: "تلك البصمة الإلكترونية التي توقع على المحرر الإلكتروني الذي يدل على اتصال منطقي بين شخص معين وبين الوثيقة الإلكترونية المعنية على وجه يدل أنه منشؤها، ويدل على هويته، ويدل على قبوله بمحتواها".[6]

---

[1] تنص المادة 327من قانون المدني تنص" **يعتبر العقد العرفي صادر ممن كتبه او وقعه او وضع بصمة اصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه أما ورثته او خلفه فلا يتطلب منهم الإنكار ويكفي ان يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون ان الخط او الإمضاء او البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق...**"

[2] احمد مجيد رشيد السنجري، حجية المستندات الإلكترونية في الإثبات في القانونين العراقي والأردني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط كلية الحقوق، أيار 2018، ص19.

[3] شادي رمضان إبراهيم الطنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مركز الدراسات العربية، مصر 2016، ص71.

[4] برني ندير، المرجع السابق، ص53.

[5] هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) دار الكتب القانونية القاهرة 2009، ص424.

[6] عماد حسن سلمان، القيمة القانونية للإثبات بالتوقيع الإلكتروني، مجلة صامة ذي قار، العدد الأول، المجلد 3 حزيران 2006، ص8

كما عرفت التشريعات العربية التوقيع الإلكتروني الذي كان نتيجة المعطيات الحديثة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، أين نصت المادة 02 من القانون إمارة دبي على أنه " يكون للكلمات والعبارات التالية المعاني المبينة إزاء كل منها مالم يقتضي سياق النص خلاف ذلك: التوقيع الإلكتروني: توقيع متكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق او مرتبط منطقيا برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة".[1]

أما في التشريع المصري فنصت المادة 01 من القانون المصري بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات على أن: "التوقيع الإلكتروني ما يوضع على المقرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره."[2]

وتطرق قانون الأونيسترال النموذجي إلى التوقيع الإلكتروني حسب المادة 02منه على أنه: " بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن يستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".[3]

والتوقيع الإلكتروني هو تلك العلامات أو الرموز أو الإشارات أو الحروف التي تدرج في المحرر العرفي الإلكتروني[4]، الذي يسمع بتحديد هوية الشخص الموقع وتميزه عن الغير بحيث يعتبر الشرط الأساسي والمهم والجوهري في المحررات الإلكترونية العرفية المعدة للإثبات، فهو العنصر الذي يثبت إقرار وموافقة الموقع على ما جاء في المحرر، فلا يكون للمحرر العرفي الإلكتروني قيمة وحجية في الإثبات إلا إذا كان موقعاً.[5]

وبالرجوع للتشريع الجزائري نجد ان المشرع لم يعرف التوقيع الإلكتروني واكتفى بالنص على حجية الشروط اللازمة لكي يكتسي هذه الحجية، وتناول من خلال القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، التوقيع الإلكتروني البسيط والموصوف.

---

[1] عبد الله احمد عبد الله غرايبة، المرجع السابق، ص38-39.

[2] نفس المرجع، ص40.

[3] عبد التواب مبارك، المرجع السابق، ص21.

[4] سرايش زكريا، الوجيز في القواعد الإثبات (دراسة مدعمة بالفقه الإسلامي) دار هومة، الجزائر 2015، ص68.

[5] القانون 15-04 المرجع السابق، ص08.

أ _التوقيع الإلكتروني البسيط او العادي:

عرف المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني البسيط بموجب الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون 15-04 السابق الذكر بأنه: بيانات في شكل إلكتروني مرفقة او مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية اخرى تستعمل كوسيلة للتوثيق[1]، فهذا التوقيع لا يتوفر على درجة أمان عالية التي تتوفر في التوقيع الإلكتروني المؤمن في هذا الصدد نص المشرع بموجب المادة 09 من نفس القانون على انه: "بغض النظر عن احكام المادة 08 اعلاه لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية او رفضه كدليل امام القضاء، بسبب:

شكله الإلكتروني، أو انه لا يعتمد على شهادة تصديق الكتروني موصوفة، أو انه لم يتم انشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني".

وتبعا لذلك، فإنه يمكن القول فيما يخص التوقيع الإلكتروني أن للقاضي سلطة تقديرية بشأن التأكد من مدى أمان الطريقة المستخدمة في التوقيع.[2] ومدى قيامها بدورها في تحديد والتعريف بشخصية الموقع، ورضائه بمضمون المحرر الإلكتروني الحامل لتوقيعه.

ب _التوقيع الإلكتروني الموصوف (المؤمن أو الموثوق):

يعد التوقيع الإلكتروني موصوف وسيلة لإعطائه القيمة والقوة الثبوتية كدليل أمام قاضي الموضوع، لأن من خلاله يتم التأكد من توافر شروط الحجية، ألا وهي تحديد هوية منشئ السند الإلكتروني، وكذا حمايته والمحافظة على سلامته.[3]

وعرفه المشرع الجزائري بموجب المادة 17 من القانون 15-04 على انه:" التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

_أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.

_أن يرتبط بالموقع دون سواه.

_أن يمكن من تحديد هوية الموقع.

_أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.

_أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.

---

[1] القانون 15-04، المرجع السابق، ص18.

[2] بسمة فوغالي، اثبات العقد الإلكتروني وحجيته في ظل عالم الإنترنت، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، قانون الاعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد لمين دباغين، سطيف2014-2015، ص112.

[3] مبروك حدة، المرجع السابق، ص 50.

_أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات".

وعليه فالتوقيع الموصوف يتضمن شفرة يقتصر استخدامها على شخص معين لا يشاركه فيها أحد غيره، فهذا التوقيع قادر على تحديد هوية مستخدمه، كما أنه يكون بإمكانه اكتشاف أي تغيير في بيانات هذا التوقيع قد تطرأ لاحقا.[1]

الفرع الثاني: حجية المحرر الإلكتروني في ظل استثناءات قواعد الإثبات

يتميز الإثبات الإلكتروني في جميع التصرفات القانونية بخاصية عدم إمكانية تطبيقه في نطاق واسع إلا أن هناك تصرفات قانونية ووقائع مادية تشكل المجال الذي يتقيد فيه الأطراف بقاعدة الإثبات بالكتابة الإلكترونية.

أولا: القاعدة العامة

أ-التصرفات القانونية المدنية المتطلب إثباتها بالكتابة الإلكترونية:

يكون الأطراف في المواد المدنية مقيدون بقاعدة الإثبات بالكتابة إذا كانت قيمة التصرف القانوني تجاوز مبلغ مئة ألف (100.000) دينار ، فكل التصرفات القانونية والمعاملات الإلكترونية التي تتجاوز هذا النصاب المالي، وجب أثباتها بالكتابة الإلكترونية.

كما أن المعاملات الإلكترونية التي تقل عن النصاب القانوني، يجوز الإثبات فيها بكل وسائل الإثبات بما فيها البينة والكتابة الإلكترونية، مع أن العقد الإلكتروني غالبا ما تكون قيمته تتجاوز هذا النصاب، وللقاضي السلطة التقديرية لتحديد قيمة الكتابة الإلكترونية من حيث الوسيلة المستعملة لإنشاء المحرر الإلكتروني وتوقيعه، وحتى فعاليتها في نقله وحفظه واسترجاعه بطريقة آمنة[2].

وعند تطبيق هاته القاعدة على التصرفات القانونية التي تبرم بالوسائل الإلكترونية فإنه يمكن القول إن المشرع الجزائري تطرق إلى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات بنصه في الفقرة الأخيرة من المادة 327 ق م على ما يلي: " يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 "[3].

---

[1] بسمة فوغالي، المرجع السابق، ص 114.

[2] ثروت عبد المجيد، التوقيع الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007، ص

[3] نصت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني على أنه: " **يعتبر الإثبات في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة الورقية بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها**."

ب: في المسائل التجارية:

يحكم الإثبات في المسائل التجارية كأصل عام حرية الإثبات الذي يتضح من أحكام المادة 30 ق ت ج[1]، كما اتفقت التشريعات المقارنة منها الفرنسي والمصري والأردني على الأخذ بمبدأ حرية إثبات التصرفات التجارية فيما بين التجار، والتي تخص أعمالهم التجارية، إذ يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها الكتابة الإلكترونية، وهو المبدأ الذي يرى غالية الفقه أمكانية استغلاله لإضفاء حجية قانونية على المحررات الإلكترونية في الدول التي تعرف بهذه المحررات[2].

لكن يوجد ضوابط تحكم تطبيق مبدأ حرية الإثبات و التي من شأنها تعطيل هذا المبدأ و الرجوع للأصل العام في المواد المدنية وهو ضرورة الإثبات بالكتابة [3]، إذ توجد بعض المسائل في المواد التجارية التي أوجب المشرع الكتابة كعقود الشركة التجارية وفق المادة 545 من ق ت[4] ، عقد بيع السفن ، الإيجارات التجارية وغيرها ، أو في حالة وجود اتفاق بين تاجرين على أن يكون الإثبات بينهما بالكتابة وهذه الحالة يكون اتفاقهما صحيحا وتوجب الالتزام بتنفيذه و العمل به، ما دام أن قواعد اثبات التصرفات التجارية بالكتابة ليست من النظام العام [5].

ثانيا –الاستثناءات الواردة على المبدأ:

لقد بينا أن الأصل في إثبات التصرفات المدنية هو الكتابة، ووضع المشرع قاعدة ذات شقين إذ لا يجوز أن يثبت بالشهادة التصرفات التي تزيد قيمتها عن مئة ألف دينار ولا تلك التصرفات التي تخالف أو تجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي، إلا أنه وفيما يخص السند الإلكتروني فإنه وردت استثناءات للأخذ به كدليل إثبات جراء التصرفات القانونية ونبين ذلك فيما يأتي:

---

[1] أنظر المادة 30 من القانون التجاري الجزائري.

[2] فتيحة حزام، الإثبات الإلكتروني في المسائل المدنية والتجارية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 ،2016، ص140

[3] عبد الله أحمد عبد الله غرايبة، المرجع السابق، ص97.

[4] نص المادة 545 من القانون التجاري على أنه: " **تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كان باطلا. –لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة. –يجوز أن يقبل من الغير اثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء.**"

[5] رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات العقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، ديسمبر 2002، ص270.

1_ حجية الإثبات بالمحرر الإلكتروني إذا لم يتجاوز التصرف النصاب المحدد قانونا:

لقد حدد المشرع طبقا للمادة 333 ق م النصاب المحدد، ومن ثم فإن التصرفات التي تتم عبر الإنترنت والتي لا تفوق القيمة المحددة يسمح للقاضي بإثباتها بكافة طرق الإثبات[1]، بما في ذلك السندات الإلكترونية [2].

2_ حجية الإثبات بالمحرر الإلكتروني في حالة عدم إمكانية الحصول على دليل كتابي أو فقده:

نصت المادة 336 ق م على أنه :" يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما يجب إثباته بالكتابة : – إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي ، – إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته " ، وعليه يمكن الاعتماد في بعض الأحيان على المانع المادي في التعاقد بالإنترنت ، مثلا في الحالة التي يجد فيها الشخص نفسه مرغما على التعامل مع شخص يشترط التعاقد معه استعمال الإنترنت، ويكون متعاقدا محتكرا لسلطة معينة ، ففي مثل هذه الحالة إذا كان قانون الدولة للمتعاقد الآخر لا يعتد بالمحررات الإلكترونية فإنه تتوافر لديه حالة الاستحالة المادية[3] .

أما المانع المعنوي أو الأدبي فهو ينشأ خصوصا عن العرف المتبع في بعض المهن أو علاقة القرابة والنسب وغيرها من الصلات[4].

أما في حالة فقد الدليل الكتابي فإننا نكون أمام استحالة لاحقة للتصرف، يمتنع معها تقديم الدليل الكتابي ، ويجدر أن يكون لها نفس الأثر للاستحالة زامنت التصرف، ما دام أن فقد الدليل كان بسبب أجنبي[5] ، خارج عن إرادة الدائن مثل القوة القاهرة ، وحالة الضرورة فيمكن إثبات واقعة الفقد كغيرها من الوقائع القانونية بكل طرق الإثبات [6] .

---

[1] خليفي مريم، المرجع السابق، ص202

[2] بسمة فوغالي، المرجع السابق، ص28

[3] نفس المرجع، ص29

[4] أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة للنشر، ط2005، الإسكندرية، ص114

[5] بسمة فوغالي، نفس المرجع، ص 29

[6] عبد الله أحمد عبد الله غرايبة، المرجع السابق، ص116 .

3_ حجية الإثبات بالمحرر الإلكتروني في حالة وجود مبدا ثبوت بالكتابة:

إن مبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر عن الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود المدعى به قريب الاحتمال ، فمن الموانع التي تعفي من ضرورة تقديم الدليل الكتابي ، الحالة التي نصت عليها المادة 335 من ق م على أنه : " يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة " ، فإذا توافر هذا المبدأ فإن هذا يفتح المجال للإثبات بالشهادة ، وأو بغيرها من طرق الإثبات الأخرى [1]، ومنها المحررات الإلكترونية غير المؤمنة يأخذ بها القاضي كمبدأ ثبوت بالكتابة [2].

أنه ولأجل الاستفادة من هذا الاستثناء كمنفذ للأخذ بالمحرر الإلكتروني في الإثبات وذلك في مجالين[3]:

_اعتبار المحرر الإلكتروني الموقع الكترونيا مكملا أو متمما يضفي على الورقة المكتوبة التي تعد مبدأ ثبوت بالكتابة ما يعوزها من الثقة، إذ المحرر يكون قرينة أو دليلا يعزز الكتابة الموجودة أصلا يكتمل بها اقتناع القاضي.

_اعتباره ذاته مبدأ ثبوت بالكتابة بحيث يصلح سببا للقاضي في أن يسمح بالإثبات بالبينة والقرائن إذا طلب الخصم من القاضي ذلك.

إذا توافرت الشروط يمكن اعتبار الدليل الكتابي الناقص كبداية الثبوت بالكتابة يجوز تكملته بشهادة الشهود، ويخضع بذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

---

[1] علاء محمد عبد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1 ،2005، ص95

[2] نوارة حمليل، التعاقد الإلكتروني معادلة بين أحكام القانون المدني ومبدأ حرية التعاقد، مجلة دراسات قانونية، العدد 4، سنة 2007، ص262.

[3] عبد الله أحمد عبد الله غرايبة، المرجع السابق، ص114.

المبحث الثالث: سلطة القاضي في الطعن بصحة السند الكتابي

تثبت للمحررات سواء كانت رسمية أو عرفية الحجية في الإثبات إذا استوفت شروط صحتها، ولا يمكن نقض حجية المحررات إلا عن إحدى طرق الإثبات التي رسمها القانون، وأن طريقة إسقاط أو إنقاص حجية المحررات تكون عبر إجراءات يجب اتباعها في الطعن بعدم صحة المحررات، وترك للقاضي دورا هاما في هذه المسألة من خلال سلطته تجاه الموضوع المتنازع عليه، وذلك بأن يفصل في جدية الطعون في صحة هاته المحررات.

وتنحصر هاته الطرق في الطعن بالتزوير سواء كان المحرر رسميا أو عرفيا، وإذا كان المحرر العرفي يمكن الطعن فيه بالتزوير، ويمكن نقض حجيته عن طريق إنكار التوقيع أو الخط أو البصمة عن طريق إجراءات مضاهاة الخطوط.[1]

إن الدليل الكتابي أو الورقة المكتوبة ما هي إلا أداة لإثبات التصرف القانوني، وبالتالي بطلان الورقة أو صحتها لا يؤثر في صحة العمل القانوني أو بطلانه، إلا إذا كان هذا العمل القانوني يتسم بالشكلية، بحيث يعتبر جزءا لا يتجزأ من التصرف ويعد ركنا من أركانه، ففي هذا الفرض إذا افتقد العمل القانوني الشكل أو شابه البطلان يبطل العمل أو التصرف القانوني ذاته.[2]

إن إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم إنما يتوجه إلى الأوراق غير الرسمية، أما الادعاء بالتزوير فيتوجه إلى جميع الأوراق الرسمية وغير الرسمية[3]، لذلك نتطرق في المطلب الأول إلى سلطة القاضي في دعوى التزوير، والمطلب الثاني نتناول فيه سلطة القاضي في دعوى تحقيق الخطوط.

---

[1] زودة عمر، المرجع السابق، ص 98

[2] قروف موسى، المرجع السابق، ص 57

[3] محمد شتا أبو سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، المجلد الأول، دار الفكر العربي، دون طبعة، سنة 1997، ص 156

المطلب الأول: سلطة القاضي في دعوى التزوير

إن الادعاء بالتزوير هو إجراء رسمه المشرع لإثبات عدم صحة محرر ما سواء كان محررا عرفيا أو رسميا وإسقاط حجيته وقوته في الإثبات[1] وهذا ما نصت عليه المادة 179 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن "**الادعاء بالتزوير ضد العقود الرسمية هو الدعوى التي تهدف إلى إثبات تزييف أو تغيير عقد سبق تحريره أو إضافة معلومات مزورة إليه، وقد تهدف أيضا إلى إثبات الطابع المصطنع لهذا العقد** "

فالتزوير هو نشاط يقوم به الشخص ويهدف من ورائه إلى تغيير الحقيقة في محرر سواء كان محررا رسميا أو عرفيا، ويؤدي هذا التغيير إلى إلحاق الضرر بالغير، والتزوير قد يقع تحت طائلة قانون العقوبات مما يترتب عليه تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة من أجل توقيع العقوبة على مرتكب جريمة التزوير، وقد يكون التزوير موضوع الدعوى المدنية، وهي تهدف إلى إصلاح الضرر الناشئ عنه[2].

وقد عرف التزوير بأنه تغيير الحقيقة في المحرر تغييرا من شأنه أن يسبب ضرر للغير[3]، وأن الطعن بالتزوير أو الادعاء بالتزوير يقصد بهما مجموع الإجراءات القانونية التي تهدف إلى إثبات عدم صحة المحرر لهدم قوته الثبوتية وهو على نوعين التزوير المادي أو التزوير المعنوي[4]، هذا الأخير يكون محصورا في المحررات الرسمية فقط كونه يقع من ذي صفة كالموظف العمومي.

إن الدعوى المدنية قد تكون أصلية أمام القاضي المدني إعمالا بالدور الايجابي للقاضي، وقد تكون فرعية، وهذه الأخيرة تثار عندما ترفع الدعوى الأصلية ويستند فيها المدعي إلى مستند معين فيقدم المدعى عليه طلبا مقابلا يطرح من خلاله دعوى تزوير فرعية، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا

---

[1] سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة 2005، ص 185

[2] زودة عمر، المرجع السابق، ص 98 –99

[3] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 407

[4] التزوير المادي: هو تلك التغييرات المادية غير حقيقة التي يقوم بإحداثها المزور على المحررات، بحيث يمكن إدراكها بالعين سواء تمت في المحرر ذاته أو بإنشاء محرر أخر، ويكون في الغالب في شكل صور التقليد أو التزييف.
أما التزوير المعنوي: هو تلك التغييرات التي لا تحدث في شكل المحرر بل يرد على معناها أو مضمونه، ويتم وقت تحرير المحرر من طرف الموظف أو الكاتب وذلك بكتابة وقائع أخرى بخلاف الوقائع التي أملاها عليه الأطراف مع العلم أنها كاذبة.

المطلب من خلال تقسيمه إلى ثلاث فروع. نتناول في الفرع الأول إلى دعوى التزوير الأصلية، أما الفرع الثاني نتناول فيه دعوى التزوير الفرعية، وفي الفرع الثالث إلى سلطة القاضي إزاء الطعن بالتزوير.

الفرع الأول: دعوى التزوير الأصلي

إن الادعاء بالتزوير أمام القاضي المدني يرد على المحررات الرسمية و الفرعية[1] ، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 186 من ق.إ.م.إ على أنه : "**يرفع الادعاء بالتزوير طبقا للقواعد المقررة لرفع الدعوى** " كما تنص المادة 179 منه على أن : " **إن الادعاء بالتزوير ضد العقود الرسمية هو الدعوى التي تهدف إلى إثبات تزييف أو تغيير عقد سبق تحريره أو إضافة معلومات مزورة إليه** " ، وتم النص على المحرر العرفي بموجب المادة :176 منه أنه " **إذا كان المحرر العرفي محل الدعوى أصلية بالتزوير يجب أن يبين في العريضة أوجه التزوير** " .

يستخلص من ذلك أن الخصم قد يلجأ إلى رفع الدعوى الأصلية بالتزوير سواء تعلقت هذه الدعوى بالمحرر الرسمي أو العرفي قبل أن ترفع عليه دعوى بالحق الموضوعي الثابت في المحرر، ويحدث ذلك عندما يكون بيد الشخص محرر مزور، غير أنه لا يقوم على المطالبة بالحق الثابت فيه انتظار الفرصة السانحة[2].

إن لكل شخص يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور، أن يختصم من بيده ذلك المحرر، فهي مكنة يتخذها الشخص للمبادرة بالادعاء بالتزوير منعا لضرر محدق قد يحصل في المستقبل إذا ما رفعت بشأنه دعوى موضوعية محتجا عليه بهذا المحرر في وقت يصعب عليه إثبات ذلك التزوير.[3]

---

[1] المحررات الرسمية لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير فلا يصح الطعن فيها بالإنكار ولكن الطعن بالتزوير فيها يقتصر على البيانات التي يدونها الموظف المختص في حدود مهنته كتاريخ المحرر ، وحضور ذوي الشأن و الشهود أمامه ، وغير ذلك من البيانات المتعلقة بإتمام الإجراءات التي يتطلبها القانون، إلى جانب أنه قد يتضمن الطعن بالتزوير الوقائع التي قد تصدر من ذي الشأن في حضور الموثق و تقع تحت سمعه و بصره كالإقرار بالحق أو إتمام عملية التسليم ، أما ما عدا ذلك من البيانات فيمكن إثبات ما ينافيها بغير حاجة إلى الطعن أو التزوير .
المحررات العرفية يجوز الطعن فيها بالإنكار أو التزوير، فمن يحتج عليه بمحرر عرفي يكون مخيرا بين أن ينكر صدور المحرر منه، أو أن يطعن فيه بالتزوير ففي حالة الإنكار يتحمل المتمسك بالمحرر عبئ إثبات صحة صدوره من الخصم المنكر، أما في حالة سلوك الطعن بالتزوير فيتحمل الطاعن عبئ إثبات عدم صحة التوقيع المنسوب إليه على المحرر العرفي، أنظر الدكتور قروف موسى، المرجع السابق، ص 79-80

[2] زودة عمر، المرجع السابق، ص 99

[3] سحر إمام يوسف، المرجع السابق، ص 178

وتهدف دعوى التزوير الأصلية إلى إسقاط حجية المحرر، وهي دعوى تقريرية سلبية فغايتها إهدار وتدمير المحرر لكيلا يستعمل ضد الخصم في المستقبل[1].

ترفع دعوى التزوير الأصلية طبقا لأحكام القواعد العامة التي ترفع بها الدعوى ويشترط القانون لقبول دعوى التزوير الأصلية[2]، ألا يكون المحرر المدعى بتزويره قد رفعت به دعوى التزوير الفرعية[3].

وينعقد الاختصاص القضائي بنظر دعوى التزوير الأصلية وفق القواعد العامة للاختصاص الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أين يتحدد الاختصاص النوعي لمحكمة الدرجة الأولى طبقا للمادة 32 ق.إ.م.إ أما بالنسبة للاختصاص المحلي فتسري على هذه الأحكام المادة 37 منه باعتبارها دعوى شخصية ومن تم ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها موطن المدعى عليه[4].

وترفع هده الدعوى ضد ليس فقط من بيده المحرر أو ضد من تمسك به، بل أيضا ضد جميع الأشخاص المستفيدين منه حتى إذا صدر حكم بتزوير المحرر، كانت له صفة ضد كل شخص مستفيد حتى لو لم يكن طرفا في الدعوى.[5]

في حالة ما إذا كان المحرر العرفي هو محل دعوى التزوير الأصلية فإنه وفقا للمادة 176 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه يجب أن يبين في العريضة أوجه التزوير التي يركن إليها المدعي في إثبات التزوير أي الوقائع والظروف والقرائن وأوجه الادعاء أو الكتابة أو الوقائع التي دونت في الورقة ويطلب من المدعى عليه أن يبني موقفه ما إذا كان سيتمسك بالمحرر المدعى بتزويره أم لا، ويترتب عن هذا الموقف النتائج القانونية التالية:

1. أن يعلن تنازله عن التمسك بالمحرر المدعى تزويره، ويقوم القاضي في هذه الحالة بإثبات ذلك التنازل ويترتب على ذلك عدم جواز تمسك المدعى عليه بهذا المستند ضد المدعي في أي دعوى أخرى[6]، وهو ما أكدته المادة 177 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها أنه

---

[1] الدعوى التقريرية: هي التي تهدف إلى الحصول على حكم قضائي يؤكد في النهاية وجود أو عدم وجود حق أو مركز قانوني معين.

[2] أنظر المادة 186 قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[3] زودة عمر، المرجع السابق، ص 101

[4] أنظر المادتين 32و 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[5] قروف موسى، المرجع السابق ص 85

[6] سحر إمام يوسف، المرجع السابق، ص 184

"**إذا صرح المدعى عليه بعدم استعمال المحرر المطعون فيه بالتزوير يعطي القاضي إشهادا بذلك للمدعي** ".

2. إعلان الخصم تمسكه بالمحرر المدعى تزويره ويتعين على القاضي في هذه الحالة أن يتحقق من الورقة المطعون فيها بالتزوير وفق نفس الإجراءات المنصوص عليها في المادة 165 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مضاهاة الخطوط، وهاته الحالة أكدها المشرع في المادة 1780 منه[1].

3. عدم حضور الخصم أو عدم رده على الإنذار فإن المشرع لم ينص على النتيجة المترتبة على ذلك مثلما فعل في تحقيق الحقوق، لذلك تطبق في هذه الحالة ذات النتائج المترتبة على إعلانه بتمسكه بالمحرر المطعون عليه بالتزوير[2].

وفي الحالة الثانية إذا كان المحرر الرسمي هو محل دعوى التزوير الأصلية فإنه يجب على الخصم الذي يوجد المحرر المطعون فيه بالتزوير بإيداعه لدى الجهة القضائية المختصة وما يترتب على امتناع الخصم عن تسليم المحرر المطعون فيه بالتزوير من النتائج القانونية وهو ما نصت عليه المادة 187 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " **يأمر القاضي بإيداع المستند المطعون فيه بالتزوير لدى أمانة الضبط خلال أجل لا يتعدى (08) أيام وتتبع الإجراءات المنصوص عليها في المواد 165و167إلى 170و 174 من هذا القانون** ".

للمحكمة المرفوعة أمامها دعوى التزوير الأصلية سلطة كاملة في الأمر بالتحقيق عن طريق المضاهاة للخطوط أو شهادة الشهود أو عن طريق خبير كما يجوز إثبات الغش الذي وقع من المتمسك بالورقة، والغش ليس إلا واقعة مادية[3].

يشترط لقبول دعوى التزوير الأصلية ألا تكون الورقة المدعى بتزويرها قد رفعت بها دعوى موضوعية أمام القضاء، أو قدمها الخصم المتمسك بها دليلا لصالحه ضد خصمه في نزاع بينهما، إذ يتعين لمن أراد الطعن بالتزوير في ورقة مقدمة أمام القضاء أن يسلك طريق دعوى التزوير الفرعية كوسيلة دفاع في موضوع النزاع، فلا يصح رفع دعوى مبتدأه بطلب الحكم بتزوير المحرر المقدم في

---

[1] أنظر المادة 178 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية

[2] سحر إمام يوسف، المرجع السابق، ص 185

[3] زودة عمر، المرجع السابق، ص 101

–تنص المادة 170 من قانون الاجراءات المدنية والادارية أن " الادعاء بالتزوير ضد العقود الرسمية هو الدعوى التى تهدف إلى إثبات تزييف أو تغيير عقد سبق تحريره أو إضافة معلومات مزورة إليه وقد تهدف أيضا إلى إثبات الطابع المصطنع لهذا العقد "

الدعوى الموضوعية القائمة أمام القضاء[1]، وهذه القاعدة متعلقة بالنظام العام للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها حتى ولو لم يتمسك بها الخصم، كما أن لمحكمة النقض أن تثيرها من تلقاء نفسها لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع فيكون هو وحده ينظر الادعاء بالتزوير بصفة فرعية بصدد نزاع قائم أمامه، ولا يصح أن يسلب منه هذا الاختصاص عن طريق الالتجاء إلى دعوى تزوير أصلية [2] .

وعليه لا يمكن لمحكمة الموضوع أن تقبل دعوى التزوير الأصلية متى سبق الاحتجاج بالمحرر المطعون فيه في دعوى سابقة، غير أنه حتى يكون الرفض مؤسسا لابد أن تكون المحكمة التي سبق الاحتجاج بالمحرر أمامها كانت غير مختصة هي بدورها بنظر دعوى التزوير الفرعية أما إذا كانت غير مختصة كما هو الحال بالنسبة لمحكمة الاستعجال، ففي هذه الحالة لا يعتد بهذا الاحتجاج ولا يمنع من قبول دعوى التزوير الأصلية[3].

كما أنه لا بد أن تكون المحكمة التي سبق وقدم أمامها المحرر قد استندت و تعرضت في حكمها لهذا المحرر، وهذا لأنه متى أقامت المحكمة قضاءها بناءا على هذا المحرر، فإن هذا الحكم ينطوي قضاءا ضمنيا بصحة المحرر، ما يكسبه حجية تحول دون إمكانية إعادة النظر في صحة هذا المحرر من جديد وبالتالي إقامة دعوى التزوير الأصلية بعد سبق الاحتجاج بالمحرر في دعوى سابقة دون الادعاء بالتزوير الفرعي تنتفي فيه المصلحة القانونية، وتفترض فيه الكيدية فضلا عن مخالفة الطريق القانوني الذي رسمه القانون لإقامة دعوى التزوير الأصلية [4] .

- **مدى جواز الطعن بالتزوير أمام القضاء المستعجل:**

من المقرر أن القضاء المستعجل يختص بالحكم بصفة مؤقتة في المسائل الاستعجالية التي يخشى عليها من فوات الوقت وذلك دون المساس بأصل الحق وهو ما نصت عليه المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [5]، وعليه لا يجوز الادعاء بالتزوير في دعوى مستعجلة لإشكالات التنفيذ وذلك لكون سلطة القاضي فيها لا تتسع لبحث المنازعات الموضوعية ، و منها الطعن بالتزوير ، كما أنه لا يصدر فيها سوى أحكاما وقتية تحوز حجية مؤقتة، وتتوقف سلطة

---

[1] سحر إمام يوسف نفس المرجع، ص 186-187

[2] محمد عبد اللطيف الجزء الأول، المرجع السابق، ص 392

[3] قروف موسى، المرجع السابق، ص 87

[4]أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص الإثبات، دار الوفاء دنيا للطباعة والنشر، طبعة 2016، ص 212

[5] يعد القضاء المستعجل أحد صور الحماية القضائية، وهو يكمل الحماية الموضوعية إذ تصبح هذه الأخيرة بغير مصلحة، إذا لم يؤازرها القضاء المستعجل حيث يقوم هذا الأخير بحماية الحق أو المركز القانوني من الضياع والتلف، فيحفظهما إلى حين الفصل في أساس النزاع، فيجد الخصم ما ينفذ عليه عندما تمنح له الحماية الموضوعية، وبحسب كل ذلك أصبح القضاء المستعجل يكتسي أهمية فائقة في التشريعات الحديثة ومنها التشريع الجزائري، أنظر، عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية، لمرجع السابق، ص 186

القاضي فيها عند فحص الطلبات من ظاهر الأوراق، دون المساس بأصل الحق، وهذا كله يتنافى مع طبيعة الادعاء بالتزوير [1].

وقضت محكمة النقض المصرية في ذلك بأن القضاء المستعجل لا يختص بالفصل في دعوى التزوير الفرعية أو الأصلية، لأن الفصل فيها يقتضي الحكم بصحة السند أو برده أو بطلانه وهو قضاء في أصل الحق يخرج عن ولاية القضاء المستعجل[2]، وأنه إذا كان المحرر مطروحا في دعوى مستعجلة، جاز لمن يدعي التزوير أن يسلك طريق الادعاء بالتزوير بطريق الدعوى الأصلية.

- **مدى قبول الطعن بالتزوير أمام محكمة النقض:**

لا يجوز في الأصل الطعن بالتزوير أمام محكمة النقض، في محررات سبق تقديمها في محكمة الموضوع ولم يكن قد طعن فيها بالتزوير أمامها، لأن هذا الطعن يعتبر طلبا جديدا أمام محكمة النقض لا يجوز إثارته أمامها، لكن قد يكون الادعاء بالتزوير مقبولا أمام محكمة النقض في المستندات المتعلقة بإجراءات الطعن، كالطعن بالتزوير في محضر تبليغ الطعن بالنقض[3].

وأن المشرع الجزائري وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لم يشر إلى أي حالة من الحالات الجائز فيها الطعن بالتزوير في المحررات المعدة للإثبات أمام المحكمة العليا، كما فعل في قانون الإجراءات المدنية القديم أين نصت المادة 291 منه على أنه: "**لا يقبل الادعاء بالتزوير في مستند مقدم أمام المحكمة العليا إلا إذا كان هذا المستند لم يسبق عرضه على الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه.**" ومن خلال هذا النص يتعين التفرقة بين ثلاث حالات:

1. أن تكون الأوراق التي رغب الخصم الطعن عليها بالتزوير قد قدمت لمحكمة أول درجة أو ثاني درجة ولم يطعن عليها الخصم الذي أحتج بها عليه بالتزوير فإنه لا يجوز له في هذه الحالة أن يطعن عليها بالتزوير أمام محكمة النقض لأن هذا يعد دفع جديد لم يثيره أمام محكمة الموضوع.
2. أن المستند لم يقدم لمحكمة الموضوع وقدم لمحكمة النقض لأول مرة للاستدلال على أمر موضوعي فإن الطعن عليه بالتزوير يكون غير منتج وبالتالي غير مقبول، لأنه طالما أن هذا الدليل لم يعرض على محكمة الموضوع فلا يجوز بالتالي تقديمه لمحكمة النقض[4].

---

[1] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص 96 –97

[2] نقض 1982/02/14 طعن رقم 1021 لسنة 49 قضائية

[3] سحر إمام يوسف، المرجع السابق، ص 180

[4] نفس المرجع، ص 181

3. وفي حالة تقديم الأوراق لمحكمة النقض باعتبارها من إجراءات الطعن بالنقض أو من المستندات التي يتعين طرحها على محكمة النقض قبل أن تفصل في الطعن كالأوراق التي تؤثر في قبول الطعن أو عدم قبوله سواء من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع كما هو الشأن بالنسبة لصحيفة الطعن بالنقض واشتراط القانون التوقيع عليها من محام مقبول أمام محكمة النقض[1].

الفرع الثاني: دعوى التزوير الفرعية

دعوى التزوير الفرعية تنشأ كدفع فرعي في الدعوى الأصلية[2]،لذلكيجوز للخصم الذي يحتج عليه خصمه بمحرر رسمي أو عرفي في دعوى قائمة بينهما أن يطعن فيه بالتزوير، حتى لو كان المحرر مقدما منه هو، لأنهمتى قدم أحد الخصوم مستندا في الدعوى جاز لخصمه الاستفادة منه، وعلى ذلك يكون من مصلحة الذي قدم المستند أن يطعن فيه بالتزوير إذا تبين له بعد ذلك عدم صحته حتى لا يتخذه خصمه دليل لصالحه ضده[3].

ونظرا لأن الادعاءبالتزوير في حقيقته طلب عارض، فإنه يجوز إبداؤه في أية مرحلة كانت عليها الدعوى حتى قفل باب المرافعة، ولا يملك الادعاء بالتزوير غير طرفي الخصومة الممثلين في الدعوى أو خلفائهم، ويملك الخصم الطعن بالتزوير في المحرر ولو كان هو الذي قدمه إذا تبين له فساده، ويجب أن ترفع ليس فقط ضد من بيده المحرر أو ضد من تمسك به بل أيضا ضد جميع الأشخاص المستفيدين منه حتى يكون الحكم حجة على هؤلاء في حالة صدور حكم بتزويره[4]، وبصرف النظر عنها إذا كان يعلم بالتزوير أو لا يعلم[5].

---

[1] مصطفى مجدي هرجة، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الحديثة 1987،ج2211، ص 391

[2] -fermand dulout -repertoire pratique de procedure et des moyens de preuve- la maison des livres alger.tome2 I.Z premiere edition –p-479

[3] قروف موسى، المرجع السابق، ص82

[4] سحر إمام يوسف، لمرجع السابق، ص192

[5] وقضت المحكمة العليا في هذا الصدد أنه: " من المقرر قانونا أنه يجوز الطعن بالتزوير في أية وثيقة مقدمة في الدعوى سواء كانت وثيقة عرفية أو رسمية وأنه ليس للجهة القضائية أن تصرف النظر عن الطعن بالتزوير إلا إذا تراءى لها أن الفصل في الخصومة الأصلية لا يتوقف على المستند المدعى بتزويره، ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون "، قرار مؤرخ في 1986/06/26 ملف رقم 34700 المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الرابع، ص 57.

يعد الادعاء بالتزوير طلبا مقابلا فهو يخضع لأحكام الطلبات العارضة، وبالتالي يجوز التمسك بالطلب الفرعي بالتزوير في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ويجوز التمسك به لأول مرة أمام جهة الاستئناف، لأنه يدخل ضمن وسائل الدفاع ينصب على المستندات التي يحتج بها أحد الخصوم ضد الآخر وليس طلبا جديدا الذي يمنع تقديمه أول مرة أمام المجلس[1].

ولأجل قبول دعوى التزوير الفرعية وجب تحديد شروط قبولها وهي:

1-الادعاء الفرعي بالتزوير هو تغيير الحقيقة: يجب على الخصم الذي يتمسك بالتزوير المحرر أنه يتضمن تغيير الحقيقة، كأن ينصب التزوير على تغيير تاريخ الورقة أو التوقيع أو أي بيان من بيانات الورقة، فلا يجوز للخصم الانتفاء بتوجيه الادعاء بالتزوير على عبارات عامة مبهمة، فإذا لم يتضمن الادعاء بالتزوير واقعة محددة تنصب مباشرة على أحد بيانات الورقة وجب الحكم ببطلان الادعاء.

2-أن ترفع الدعوى بأصل الحق: يجب أن ترفع الدعوى الأصلية وبمناسبتها يتمسك المدعى عليه بالطلب المقابل يتضمن دعوى التزوير الفرعية ويقدم الطلب المقابل قبل الفصل في الدعوى الأصلية، لأنه لو تم الفصل فيها ولم ترفع دعوى التزوير الفرعية فلا يبقى أمام مدعي التزوير سوى إقامة دعوى التزوير الأصلية، أو يطعن في الحكم بالاستئناف ويتمسك بدعوى التزوير الفرعية أمام جهة الاستئناف.

3-يجب أن يكون الادعاء الفرعي بالتزوير منتجا في الدعوى الأصلية: أي أن يكون منتجا في الدعوى الأصلية، فإذا ثبت للقاضي أن الادعاء الفرعي بالتزوير حتى على فرض ثبوته غير منتج في الدعوى الأصلية، وبالتالي أصبح هذا الطلب لا ينطوي على المصلحة وجب الحكم بعدم قبوله[2]

وينعقد الاختصاص القضائي بنظر الدعوى ذات المحكمة التي تنظر دعوى الموضوع الأصلية لأنها كما سبق القول أنها طلب عارض في خصومة قائمة ووسيلة دفاع فيها ، ما يجعلها تتبع الدعوى

---

[1] تنص المادة 341 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: " لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف، ماعدا الدفع بالمقاصة وطلبات استبعاد الادعاءات المقابلة أو الفصل في المسائل الناتجة عن تدخل الغير أو حدوث أو اكتشاف واقعة "

وتنص المادة 345 منه أنه" يجوز تقديم الطلبات المقابلة خلال النظر في الاستئناف."

[2] زودة عمر، المرجع السابق، ص 103 -104.

الأصلية في الاختصاص النوعي والمحلي[1]، حتى في مرحلة الاستئناف إذا استؤنف الحكم الصادر في الدعوى الأصلية، ولو كانت قيمة دعوى التزوير تدخل حدود النصاب النهائي للمحكمة الابتدائية وذلك على اعتبار أن الاستئناف ينقل إلى مجلس الاستئناف كل ما سبق إبداؤه من دفوع و أوجه دفاع، وهذا إعمالا للأثر الناقل للاستئناف طبقا للمادة 339 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [2].

الفرع الثالث: سلطة القاضي إزاء الطعن بالتزوير

لقد وضع المشرع نصوصا إجرائية معينة، يتعين إتباعها عند الطعن بالتزوير كما أنه خول للقاضي المدني سلطة الرقابة على صحة المحرر من حيث مظهره واستبعاده بحكم قضائي متى ظهر له من حالته أو ظروف القضية أن المحرر الرسمي أو العرفي مزور وسنبني فيما يلي إجراءات الطعن بالتزوير، ثم حكم القاضي في دعوى التزوير.

أولا: اجراءات الطعن بالتزوير

تشمل إجراءات دعوى التزوير بصفة عامة سواء كانت دعوى أصلية أو فرعية مرحلتين من الإجراءات المرحلة الأولى مرحلة الإعداء، والمرحلة الثانية مرحلة التحقيق، وهي كالآتي :

أ- المرحلة الأولى (مرحلة الادعاء):مرحلة الادعاء بالتزوير تبدأ بموجب عريضة افتتاحية للدعوى وفقا للقواعد العامة في الطعن بالتزوير الأصلي[3]، وبموجب مذكرة تتضمن الدفع بضرورة إجراء الطعن بالتزوير الفرعي[4] ضمن موضوع الدعوى الأصلية، ويتم إثارتها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ، يبين فيها مدعي التزوير كل مواضيع التزوير و الأدلة التي يستند إليها تحت طائلة البطلان [5] فلا يجوز للمدعي أن يضيف مواضيع أخرى للتزوير غير التي حددها في الطعن، وشواهد التزوير هي الوقائع والظروف والقرائن وأوجه الثبوت التي يؤيدها مدعي التزوير ادعاءه، والتي يكون مستعدا بموجبها لتقديم الدليل على صحة دعواه .[6] يجب أن ترفع بمذكرة الطعن بالتزوير إيداع أصل المقرر

---

[1] ملزي عبد الرحمان، المستحدث من الأحكام الإجرائية لمضاهاة الخطوط في قانون 09/08 المتضمنين قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نشرة القضاة العدد 64 سنة 2010، ص 504

[2] نص المادة 339 قانون الإجراءات المدنية والإدارية منه:" تفصل جهة الاستئناف من جديد من حيث الوقائع والقانون."

[3] نص المادة 186 ق.إ.م.إ أنه: " يرفع الادعاء الأصلي بالتزوير طبقا للقواعد المقررة لرفع الدعوى".

[4] نص المادة: 180ق.إ.م.إ: " يثار الادعاء الفرعي بالتزوير بمذكرة تودع أمام القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية، وتتضمن هذه المذكرة بدقة الأوجه التي يستند إليها الخصم لإثبات التزوير، تحت طائلة عدم قبول الادعاء، ويجب على المدعي في الطلب الفرعي تبليغ هذه المذكرة إلى خصمه، ويحدد القاضي الأجل الذي يمنحه للمدعى عليه للرد على هذا الطلب".

[5] راجع المواد من 175إلى 180 قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[6] جميل الشرقاوي، لإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية القاهرة، 1983، ص 117

المدعى بتزويره أو صورته المعلنة، وإذا كانت الورقة بحوزة مدعي التزوير، وكان قد تمسك الخصم باستعماله دعاه القاضي إلى إيداع أصل العقد أو نسخة مطابقة عنه بأمانة ضبط الجهة القضائية خلال أجل لا يزيد عن ثمانية أيام، وفي حالة عدم إيداع المستند في الأجل المحدد يتم استبعاده[1]، وتحكم في دعوى التزوير بانتهاء الدعوى، أما إذا كان هذا المستند مودعا ضمن محفوظات عمومية يأمر القاضي الجهة المودع لديها هذا المحرر بتسليمه إلى أمانة ضبط الجهة القضائية[2].

ويشترط القانون على أن يقوم المدعى عليه في الدعوى الأصلية بتبليغ المذكرة إلى المدعي، فالمشرع لم يحدد إجراءات تبليغها، ومن تم تطبق القواعد العامة التي تخضع لها إجراءات المرافعة، ويحدد القاضي الأجل الذي يمنحه للخصم للرد على هذا الادعاء[3].

إذا كان المحرر غير موجود بسبب لا دخل فيه كالضياع أو التلف فلا يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تفصل في الدعوى الأصلية دون إي اعتبار للمحرر المطعون فيه، إذ يجب للقاضي السير في دعوى التزوير، فيأمر مثلا بإجراء تحقيق بشهادة الشهود للتثبت من صحة المحرر أو التزوير، ثم ترتب المحكمة على ذلك قضاها في الموضوع ذلك أن عدم وجود المحرر بسبب تلفه أو ضياعه لا يبرر في حد ذاته القول باستحالة تحقيق التزوير المدعى به[4].

ويترتب على إيداع مذكرة الادعاء بالتزوير الفرعي أثرا على سير الدعوى الأصلية يتمثل في وقف الفصل في دعوى الموضوع إلى غاية صدور الحكم في الادعاء بالتزوير[5]، واستنادا إلى أحكام القواعد العامة التي تخضع لها الطلبات العارضة التي تنص على إبداء أحدها لا يؤثر على الطلب الأصلي ولا يؤدي إلى وقف الفصل فيه ، ذلك أن الطلب العارض ليس إلا وسيلة دفاع في ذات الموضوع، و أن السير في التحقيق فيه لا يخرج عن إجراءات الخصومة الأصلية، وكأي واقعة من وقائعها تحتاج إلى التحقيق و الإثبات ويؤدي إلى وقف الفصل في الطلب الأصلي، لكن استثناءا فإن المشرع وبموجب المادة 182 ق.إ.م.إ استثنى الطلب العارض الذي يتضمن دعوى التزوير الفرعية المتعلقة بمحرر قدم في الدعوى الأصلية من أحكام القواعد العامة التي تخضع لها الطلبات العارضة [6]، وتبعا

---

[1] أنظر المادة 181 قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[2] قروف موسى، المرجع السابق، ص 88

[3] زودة عمر، المرجع السابق، ص 105

[4] محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 374-375

[5] نص المادة 182 من ق.إ.م.إ: "يجب على القاضي إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية إلى حين صدور الحكم في التزوير "

[6] زودة عمر، المرجع السابق، ص 107

لذلك يترتب على رفع دعوى التزوير الفرعية وقف الفصل في الدعوى الأصلية بحكم القانون، فالأمر أصبح وجوبيا بوقف الفصل في الدعوى الأصلية إلى غاية الفصل في دعوى التزوير الفرعية [1] .

إن المحكمة يجب عليها قبل أن تبحث في شواهد التزوير أن تبحث ما إذا كان الادعاء بالتزوير منتجا في الدعوى الأصلية أم لا، بمعنى عليها ألا تقبل دعوى التزوير الفرعية على الواقعة المطلوب إثباتها، ومتى كانت وقائع الدعوى تكفي لتكوين عقيدتها دون حاجة إلى إحالة الدعوى إلى التحقيق أو الالتجاء إلى رأي الخبير، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كانت الأسباب التي أقامت عليها قضاءها تكفي لحمله[2].

ب ـ المرحلة الثانية (مرحلة التحقيق):

عندما نقول التحقيق نقصد بذلك التحري والبحث على الحقيقة، هل أن الإمضاء والخط لشخص المنسوب إليه هذا الخط أو الإمضاء أم لا، وهل أن المقرر مزور أو غير ذلك، فالمحكمة إذا رأت أن الوقائع و المستندات لا تكفي لتكوين عقيدتها في شأن صحة المحرر أو تزويره كان عليها أن تبدأ بفحص شواهد التزوير، ما إذا كانت جائزة القبول بالنظر إلى إثباتها، فإذا رأى شواهد التزوير وأدلته بعيدة التصديق أو غير متعلقة بالدعوى أو غير منتجة فيها كان عليه أن يستبعدها، فهو في فحصه شواهد التزوير بمثابة رقيب يمنع الوقائع بعيدة التصديق أو غير المتعلقة بالدعوى[3].

فلا يجوز له مثلا أن يقبل التحقيق في الوقائع على ورقة سبق الحكم بصحتها، لأن التحقيق في هذه الحالة يتعارض مع قوة الشيء المقضي، فإذا أمر القاضي بإجراء التحقيق فإنه يجب أن يشمل هذا الأمر شواهد التزوير التي قبلها القاضي بالتحقيق فيها، والإجراءات التي يتم إثباتها طبقا للمادة 187 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4] في الادعاء الأصلي بالتزوير، وتطبيق أحكام المواد 165-167 من نفس القانون على تحديد وسائل التحقيق التي استعملها القاضي في الفصل في واقعة التزوير.

---

[1] قضت المحكمة العليا في ذلك أنه " من المقرر قانونا أنه في حالة الادعاء بالتزوير يقوم رئيس الجهة القضائية بتحديد الأجل الذي يمتد من خلاله من أبرز الوثيقة –المدعى بتزويرها –ما إذا كان يتمسك باستعمالها فإذا قرر أنه لا ينوي استعمالها أو سكت عن الرد استبعد المستند المذكور أما إذا قرر أنه يتمسك بها فإنه يجوز للمجلس إما أن يوقف الفصل في الخصومة الأصلية حتى يفصل في دعوى التزوير وإما أن يصرف النظر عن الطعن بالتزوير إذا تراءى له إن الفصل في الخصومة لا يتوقف على المستند المدعى بتزويره." قرار مؤرخ في 1992/03/02 ملف رقم 76026 المجلة القضائية لسنة 1994، العدد الأول ص 21.

[2] سحر إمام يوسف، المرجع السابق، ص 213

[3] قروف موسى، المرجع السابق، ص 90

[4] تنص المادة 187 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: " يأمر القاضي بإيداع المسند المطعون فيه بالتزوير لدى أمانة الضبط خلال أجل لا يتعد ثمانية (8) أيام، وتتبع الإجراءات المنصوص عليها في المواد 165،167 إلى 170 و 147 من هذا القانون

والتحقق من صحة المحرر المطعون فيه بالتزوير إما بشهادة الشهود أو المضاهاة بمعرفة الخبراء أو بالطريقتين معا، وقرائن التزوير لا تحتاج إلى تحقيق، وإنما يترك تقديرها للقاضي عند التطرق إلى شواهد التزوير الأخرى التي قبلها القاضي، والتزوير واقعة مادية لذلك يجوز إثباته بكل الطرق بما فيها الشهادة والقرائن، بغض النظر عن قيمة الالتزام المثبت بالورقة المطعون عليها[1].

ثانيا: الحكم في الادعاء بالتزوير

لقد بينا أن الجهة القضائية بعد أن تتأكد بأن الادعاء بالتزوير منتج في النزاع، وأن الخصم المتمسك بالورقة المطعون فيها مصر على تمسكه بها، تأمر بإجراء تحقيق في الطلب الفرعي، وبعد الاطلاع على نسخة من محضر التحقيق وجميع الأدلة المتوفرة في القضية، فقد ينتهي إلى الحكم بصحة المحرر أو تزويره[2].

فالقاضي يصدر حكمه في الادعاء بالتزوير على ضوء نتائج التحقيق التي أمر بإجرائها، وكذلك من المستندات الواردة في الدعوى والقرائن الثابتة، ويحضى القاضي بسلطة مطلقة في تقدير هذه النتائج لإصدار حكمه شريطة أن يؤسس قضاءه على أسباب سائغة[3]، ومتى حكمت المحكمة على أن يكون التحقيق بشهادة الشهود فيصح أن يتناول التحقيق موضوع المحرر ذاته، فيجوز لمدعي التزوير أن يثبت عدم صحة الالتزام المدون بالمحرر بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن وذلك على خلاف تحقيق الخطوط الذي يتعلق بحصول الكتابة أو الإمضاء[4].

إن القاضي لا يتقيد برأي الخبير ولا بشهادة الشهود، لأن تلك الأدلة خاضعة للسلطة التقديرية فلا معقب عليه من قبل المحكمة العليا، ويجب على القاضي أن يحكم في الطلب الفرعي بالتزوير إما برفضه والتصريح بصحة المحرر، وإما أن يحكم بتقرير تزوير الورقة[5].

إذا حكمت المحكمة برفض الادعاء بالتزوير وبصحة المحرر، تأخذ به في الإثبات وتحكم على مدعي التزوير بغرامة مدنية، لكن لا محل للحكم بالغرامة في الأحوال التالية:

*إذا أثبت مدعي التزوير أن له ولو بعض الحق في دعواه، كما إذا أثبت أن بعض المحرر مزور.

---

[1] نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ط2001، مصر، ص 309

[2] زودة عمر، المرجع السابق، ص 110

[3] سحر إمام يوسف، مرجع سابق، ص 226

[4] قروف موسى، المرجع السابق، ص 92

[5] زودة عمر، نفس المرجع ونفس الصفحة.

*إذا حكم بعدم قبول الادعاء بالتزوير لا يرفضه، لكون الادعاء به غير منتج في الدعوى أو غير جائز.

*في حالة التنازل عن الطعن بالتزوير أو ترك الخصومة فيه، وكذلك في حالة إنهاء إجراءات التزوير بسبب نزول المدعى عليه فيها عن التمسك بالمحرر المطعون فيه[1].

أشارت المادة 174 من ق.إ.م.إ على الغرامة المدنية بنصها أنه: " إذا ثبت من مضاهاة الخطوط أن المحرر محل النزاع مكتوب أو موقع عليه من الخصم الذي أنكره، يحكم عليه بغرامة مدنية من خمسة آلاف دينار (5000 دج) إلى خمسين ألف دينار (50000 دج) دون المساس بحق المطالبة بالتعويضات المدنية و المصاريف " .

إذا تبين للمحكمة من تحقيق الشواهد أن المقرر مزور، حكمت بتزويره ومضت في نظر الدعوى الأصلية غير مستندة إليه، كما لا يجوز لها أن تحكم في الدعوى الأصلية إلا بعد سيرورة الحكم بتزوير الورقة باتا غير قابل لأي طعن، ثم يعاد السير في الدعوى الأصلية من الخصم صاحب المصلحة[2].

كما لا يجوز الحكم بتزوير الورقة أو بصحتها وفي موضوع النزاع الأصلي في وقت واحد، والحكمة التشريعية من هذا الإجراء احترام حقوق الدفاع وإعطاء فرصة للخصم بأن يطعن في الحكم أو القرار الصادر بشأن دعوى التزوير الفرعية بإحدى طرق الطعن العادية أو الغير عادية[3]، كما يجوز له بعد أن أخفق في الادعاء بالتزوير أن يطلب بطلان التصرف المدون في المحرر استناد لانعدام الرضا أو السبب أو غير ذلك من أسباب البطلان أو الفسخ[4].

إن الحكم بتزوير الورقة أو عدمه يحوز قوة الأمر المقضي، وتعتبر الورقة المحكوم بتزويرها عديمة الأثر نهائيا، وتعتبر الورقة المحكوم بعدم تزويرها صحيحة نهائيا، ولا يجوز الطعن فيها بالتزوير مرة أخرى[5].

إذا قضت المحكمة بتزوير الورقة المطعون فيها فقدت حجيتها، وجب عليها أن تحكم بإزالة أو إتلاف المقرر أو شطبه كليا أو جزئيا، أو تعديله طبقا للمادة 183 من ق.إ.م.إ، ويسجل المنطوق على هامش المحرر المزور ويحفظ الحكم القاضي بتزوير الورقة بأمانة الجهة القضائية، كما يمكن أن

---

[1] محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 297

[2] زودة عمر، المرجع السابق، ص 110

[3] بن شنات صالح، دور القاضي المدني في الإثبات، رسالة دكتوره في الحقوق، جامعة وهران كلية الحقوق والعلوم السياسية 2017-2018، ص116

[4] أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 194

[5] محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 302

يقرر القاضي إعادة إدماج أصل العقد الرسمي ضمن المحفوظات التي استخرج منها أو حفظه بأمانة الضبط[1].

المطلب الثاني: سلطة القاضي في دعوى تحقيق الخطوط

إن الأصل في المحرر العرفي أنه يعتبر حجة بصدوره من الشخص الذي ينسب إليه إلا أن هذه الحجية تحتاج للإقرار بها من هذا الشخص المنسوب إليه التوقيع عدم صدوره منه، بل يكفي أن ينكر صدوره منه حتى يلقي بعبء إثبات صحة نسبته إليه على عاتق المتمسك بالمحرر دون أن يكون ملزما بالطعن فيه بالتزوير[2].

والطعن بالإنكار هو رخصة مخولة لمن يحتج عليه بمحرر عرفي لإسقاط حجية المحرر العرفي مؤقتا دون حاجة إلى سلوك سبيل الادعاء بالتزوير على عكس المحرر الرسمي فهو لا يؤثر فيه إنكار توقيعه، وهذا الطعن لا يتطلب إجراءات معينة، فهو مجرد نفي لفظي لواقعة حصول التوقيع على المحرر العرفي منه وكتابته بخطه، ومن تم يكفي أن يتخذ موقفا سلبيا دون أن يكون مطالبا بإثبات عدم صدور التوقيع والكتابة عنه[3].ويجب أن يبدئ هذا الإنكار بصيغة صريحة جازمة تدل على إصرار المنكر على إنكاره فلا يجوز استنتاجه من ظروف الدعوى وملابساتها ولا من مجرد سكوت الخصم[4]، فلا يلزم إلا إعلان صريح يزيل كل شك حول موقف المدعى عليه بأنه ينكر صدور المحرر العرفي منه[5].

والأصل في إنكار المحرر العرفي أن ينصب على التوقيع، حتى ولو لم ينكر الخصم خطه[6]، كأن يقر مثلا بأنه قد كتب مضمون السند بخط يده، ولكن مضمونه بقي مجرد مشروع عقد قد عدل الأطراف على اتمامه، وأنه لم يوقع عليه بالفعل فينكر بذلك التوقيع المنسوب إليه[7].

وقد نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإجراءات التي يمكن إثباتها للتحقيق في هذا الطعن وهذا عن طريق دعوى مضاهاة الخطوط للمحرر العرفي التي تهدف إلى إثبات صحة المحرر العرفي، أو نفي صحته، وهاته الدعوى قد ترفع كدعوى أصلية أو ترفع كدعوى فرعية وتبعا لذلك، سيتم تناول ذلك بالتفصيل في ثلاث فروع، الفرع الأول نتناول فيه دعوى مضاهاة الخطوط الأصلية، والفرع الثاني إلى

---

[1] راجع نص المادة: 183 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] قروف موسى، المرجع السابق، ص 63

[3] سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ض 142

[4] عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثاني المرجع السابق، ص 249

[5] أحمد أبو الوفاء، التعليق على قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 217

[6] فرج توفيق الصدة، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، النظرية العامة في الإثبات، الدار الجامعية، بيروت 1985، ص 144

[7] محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 135

دعوى مضاهاة الخطوط الفرعية، أما الفرع الثالث نتناول فيه موقف المحكمة من دعوى تحقيق الخطوط.

الفرع الأول: دعوى مضاهاة الخطوط الاصلية

قد يكون بيد شخص محرر عرفي ويخشى أن ينكر من يشهد عليه هذا المحرر توقيعه أو خطه، فيلجأ إلى رفع دعوى مضاهاة الخطوط الأصلية على المدين، يطلب فيها أن يعترف أمام القضاء بتوقيعه أو خطه أو ينكر ذلك[1]، إذ يجوز رفع هاته الدعوى أمام القضاء المدني بدعوى مبتدأه وذلك اعتبارا للمصلحة المحتملة التي أخذ بها القانون الجديد في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

أقرت المحكمة بقرارها الصادر بتاريخ 2015/02/12 تحت رقم 0898176 مبدأ هام أن دعوى مضاهاة الخطوط دعوى قائمة بذاتها ، وتكون فرعية أو أصلية وجاء فيه أنه "حيث تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه ما جاء فيه من أن رفض الدعوى مؤسس على عدم لجوؤها إلى الادعاء الفرعي بالتزوير بينما المادة 165 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تمنح القاضي سلطة إجراء مضاهاة الخطوط إذا تبين له أنها منتجة أو يصرف عنها النظر إذا تبين عكس ذلك ولا يستبعد الدليل لأن المدعي لم يقم بالادعاء بالتزوير، ولكن حيث أنه لئن كان قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادة 75 يسمح للقاضي أن يأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق فإنه لا يمكن له أن يأمر بمضاهاة الخطوط من تلقاء نفسه ذلك أن المادة 164 من ق.إ.م.إ[3] تنص على هذا الإجراء كدعوى قائمة في حد ذاتها تكون فرعية أو أصلية ، وفضلا على أن الطاعنة تراجعت عن الطلب ، وبالتالي فالقرار المطعون فيه كان مؤسسا قانونا وبالتالي قبول الطعن شكلا وبرفضه موضوعا"[4].

وتعتبر دعوى تحقيق الخطوط الأصلية من الدعاوى الوقائية التحفظية التي يلجأ إليها المستفيد من المحرر العرفي ليطمئن إلى اعتراف خصمه به مستقبلا أو إلى تحقيق صحة توقيع خصمه على الورقة قبل أن يرفع دعوى موضوعية عليه، وبغض النظر عن موضوع المحرر وعن العلاقة الثابتة به أو

---

[1] زودة عمر، المرجع السابق، ص 112

[2] ملزي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 112

[3] نص المادة 164 من ق.إ.م.إ على أنه: " تهدف دعوى مضاهاة الخطوط إلى إثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي.

–يختص القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية بالفصل في الطلب الفرعي لمضاهاة الخطوط المتعلقة بمحرر عرفي.

–يمكن تقديم دعوى مضاهاة الخطوط للمحرر العرفي دعوى أصلية أمام الجهة القضائية المتخصصة ".

[4] قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 0898176 بتاريخ 2015/02/12 مجلة المحكمة العليا، العدد 01 سنة 2015، ص272،273

صحة التصرف المدون فيه من عدمه فيكون محل البحث على حصول التوقيع المدعى عليه أو عدمه دون التعرض لموضوع المحرر [1] .

ترفع هذه الدعوى وفق الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى لعريضة افتتاح دعوى موقعة و مؤرخة، وفقا لقواعد الاختصاص الإقليمي والنوعي المحدد، إذ لم يحدد المشرع الجزائري الجهة القضائية المختصة بالنظر في الدعوى و اكتفى في نص المادة 146 فقرة 2 ق.إ.م.إ بالنص على أن القاضي الذي ينظر في الطلب الفرعي لمضاهاة الخطوط هو القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية دون تحديد القاضي الذي ينظر في دعوى مضاهاة الخطوط الأصلية.

إن القاضي غير ملزم بإجابة الخصوم إلى طلب إجراء تحقيق إذا كانت الدعوى بما فيها من أوراق ومستندات كافية لإقناعه بأن التوقيع المذكور صحيح، بأن يرد على المنكر إنكاره، وأن يأخذ بالورقة دون اللجوء إلى هذا الإجراء، أما إذا أنكر توقيعه أو خطه فيصدر القاضي حكما يقضي بإجراءات مضاهاة الخطوط، لذلك يشترط حتى تقبل دعوى تحقيق الخطوط الأصلية طبقا للمادة 165 ق.إ.م.إ[2]شرطان هما:

- ✓ يجبأن يكون المحرر المطلوب تحقيقه عرفيا، وأن يكون إنكاره صريحا.
- ✓ أن يكون المحرر منتجا في النزاع، ويعتبر هذا شرطا عاما في كل الوقائع التي تكون محلا للإثبات فإذا تخلف بعض هذه الشروط أو كلها، فإن قضاء المحكمة بعدم قبول الطعن بالإنكار يكون أمرا لازما، ويبقى للورقة حجيتها الأصلية إلى أن يطعن فيها بالتزوير ويثبت تزويرها[3].

إذا انعقدت الخصومة وفق الإجراءات الواجب إتباعها أمام المحكمة المختصة بنظرها، يتحدد مسارها على ضوء موقف المدعى عليه الذي يمكن أن يتخذ صورا متعددة كالتالي:

* في حالة حضور المدعى عليه و اعترافه بكتابة المحرر يعطي القاضي للمدعي إشهادا بذلك ، و هذا ما نصت عليه المادة 172 ق .إ.م.إ :" **إذا اعترف المدعى عليه بكتابة المحرر أعطى القاضي للمدعي إشهاد بذلك**"، وبناء على هذا تصبح الورقة المعترف بها نفس حجية الورقة الرسمية على الأقل فيما يتعلق بصحة صدوره من الشخص المنسوب إليه ، ولا يجوز الطعن فيه فيما بعد إلا

---

[1] محمد أحمد عابدين، قوة الورقة الرسمية والعرفية في الإثبات وطرق الطعن عليها التزوير، الإنكار، الجهالة، نشأة المعارف الاسكندرية مصر، 2002 –ص 49

[2] نص المادة 165 /1 ق.إ.م.إ أنه" إذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه، أو صرح بعدم الاعتراف بخط أو توقيع الغير، يجوز للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك إذا رأى أن هذه الوسيلة غير منتجة في الفصل في النزاع.

[3]قروف موسى، المرجع السابق، ص 66

بالتزوير، إذ أن القاضي مقيد بالأخذ بإقرار المدعى عليه دون أن يكون لديه أي سلطة في تقدير هذا الاعتراف الصادر عن المتمسك ضده بالورقة[1].

وتكون جميع المصاريف القضائية على عاتق خاسر الدعوى لأن المدعى عليه لم يتسبب في رفعها فإن مصروفاتها تكون إذا على عاتق المدعي حتى في حالة الحكم فيها لصالحه بثبوت صحة المحرر طالما أن المدعى عليه لم يعارض في صفة المحرر[2].

* أما في حالة عدم حضور المدعى عليه رغم صحة تكليفه بالحضور شخصيا يجب على القاضي أن يحكم بصحة الورقة العرفية، لأن القانون قد نص في المادة 171 من ق.إ.م.إ على اعتبار تخلف المدعى عليه عن الحضور رغم إعلامه لشخصه بمثابة إقرار ضمني بخطه أو توقيعه على الورقة المتمسك بها ضده ما لم يوجد له عذر مشروع على الغياب.

غير أنه بمفهوم المخالفة للمادة 171 من نفس القانون فإن عدم حضور المدعى عليه ولكنه لم يبلغ شخصيا بالحضور هنا لا يعتبر غيابه إقرارا ضمنيا منه بصحة الورقة فتطبق بشأنه الإجراءات الواجبة الإتباع في حالة الإنكار[3].

وقد حذا المشروع في هذا التقسيم الخاص بغياب المدعى عليه حذو المشرع الفرنسي لأن هذا الأخير أيضا قد أخذ بهذا التقسيم في حالة غياب المدعى عليه عن الحضور[4]، على خلاف المشرع المصري الذي اعتبر أن عدم حضور المدعى عليه بعد إعلانه إعلانا قانونيا سليما إقرار بصحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع وأجاز للمحكمة الحكم في غيبته، وحماية للخصم الغائب أجاز المشرع المصري له استئناف هذا الحكم في جميع الأحوال[5].

---

[1] سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 144،145

[2] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المقيدة، الطبعة الخامسة، المنشورات الحقوقية، بيروت،1991، ص 306.

[3] ملزي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 510

[4] سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 146

[5] محمد حسن قاسم، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي، مصر2007، ص 148

الفرع الثاني: دعوى مضاهاة الخطوط الفرعية

دعوى تحقيق الخطوط الفرعية هي دفع فرعي ينشأ ضمن الدعوى الأصلية بموضوع الحق الذي تشهد عليه الورقة التي حصل الإنكار بشأنها[1]، ويوقف الفصل في الدعوى الأصلية إلى حين الفصل في دعوى الخطوط الفرعية [2]

إنه طبقا لنص المادة 327 من القانون المدني التي تنص أنه " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق ".

يستخلص من هذا النص أن صحة الورقة العرفية تبقى ثابتة، ولا ترتفع عنها إلا إذا صدر من المدين أي من الخصم الذي تحمل التوقيع المنسوب إليه الانكار الصريح، لذلك يشترط القانون لقبول دعوى مضاهاة الخطوط الفرعية ما يلي:

1 – صدور إنكار التوقيع من المدين:

لا تقبل هاته الدعوى إلا إذا أنكر المدعى عليه توقيعه أو خطه، أو بصمة أصبعه التي تحمل الورقة الفرعية[3]، والإنكار إما أن يكون جزئيا بحيث يقتصر على بعض ما هو منسوب إليه، ويقع في حالة الإنكار الجزئي على من يتمسك بالورقة أن يقيم الدليل على صحة توقيعها من خصمه كما في حالة الإنكار الكلي[4].

- إذا اعترف المدين بالكتابة المدونة في الورقة العرفية هي بخطه لكنه أنكر توقيعه، فلا يؤخذ بها، وكل ما يترتب عليها هو اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة[5].
- أما إذا اعترف بالتوقيع وأنكر الكتابة كلها أو بعضها، فإن ذلك لا يهدم حجية المحرر، لأن هذه الحجية لا يشترط فيها سوى وجود كتابة موقعة من الشخص ولو لم تكن هذه الكتابة بخطه، ويتعين على من يشهد عليه المحرر في هذه الحالة أن يطعن فيه بالتزوير، وأن يقيم هو الدليل على أن توقيعه المعترف به لم يوضع على هذه الكتابة[6].

---

[1] سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 148

[2] محمد شتا أبو السعد، المرجع السابق، ص 164

[3] زودة عمر، المرجع السابق، ص 116

[4] محمد شتا أبو السعد، نفس المرجع، ص 166 –176

[5] زودة عمر، نفس المرجع، ص 116

[6] ناصف سعاد، الأحكام الإجرائية المدنية لمضاهاة الخطوط والتزوير في المحررات العرفية والرسمية، رسالة الماجستير في القانون الخاص جامعة الجزائر كلية الحقوق، بن عكنون،2010–2011، ص 23

- وإذا احتج بالورقة العرفية على ورثة الشخص الذي وقع عليها أو على خلفه، فلا يطلب منهم الانكار بل يطلب منهم التصريح بعدم معرفتهم لتوقيع مورثهم أو سلفه ويطلب منهم أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن التوقيع أو الخط هو لمن تلقوا منه هذا الخط.

و هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها أنه : " من المقرر قانونا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء ، أما ورثته أو خلفه فيكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلموا بأن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا الحق عنه، ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن قدم عقدا عرفيا اشترى بواسطته العقار محل النزاع من أبيه الهالك فإن قضاة الموضوع بتقريرهم قسمة تركة الهالك دون مراعاة للعقد العرفي ودون توجيه اليمين لبعض الورثة الذين أنكروا بأنهم لا يعلمون نسبة الخط أو الإمضاء لمورثهم يكونون قد خالفوا القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"[1]

2-عدم صدور الاعتراف بصحة التوقيع:

قد يصدر اعتراف من الشخص أن التوقيع أو البصمة الذي تحمله الورقة العرفية المنسوب إليه صحيح، لكن قد وضع توقيعه أو بصمة إصبعه على بياض، أو أن توقيعه لم يضعه على الورقة العرفية بإرادته، ففي هذه الحالات لا تقبل منه دعوى مضاهاة الخطوط الفرعية، بل يجب عليه أن يطعن فيها عن طريق الادعاء بالتزوير، ويقع عليه عبئ إثبات أن الورقة العرفية قد وضع عليها توقيعه دون إرادته، وتبقى للورقة حجيتها حتى يطعن فيها بالتزوير ويثبت تزويرها[2].
والحكم الذي يصدر برفض الدفاع المبني على الإنكار لا يعتبر حكما بصحة الورقة بل إبقاء على حجيتها الأصلية التي لم يرد عليها أي طعن ولا يكون إلا حكما بعدم قبول الإنكار.

3-يجب أن يكون الإنكار صريحا:

تنص المادة 327 من القانون المدني على أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه أو كتبه أو وضع عليه بصمة أصبعه، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، لذلك فإنه يجب أن يكون الإنكار في صورة صريحة جازمة تدل على إصرار المنكر على إنكاره[3]، وللمحكمة أن تكون عقيدتها في شأن صحة توقيع المحرر الذي ورد عليه الإنكار من وقائع الدعوى ومستنداتها، لذلك فإن من مصلحة

---

[1] قرار رقم 33054 بتاريخ 1985/02/06 –المجلة القضائية –العدد الرابع سنة 1992 –16.

[2] محمد شتا أبو السعد، المرجع السابق، ص 168

[3] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 260

المنكر أن يذكر للمحكمة الأسباب التي تؤيد إنكاره، لكن ليس هذا واجبا قانونا على المنكر لأنه ليس عليه عبئ الإثبات[1].

إن الاعتراف بالتوقيع على الورقة قد يكون صريحا، ويقصد بالإنكار الصريح أن يصدر من الخصم الموقع على الورقة تصريحا جازما، فلا يجوز استنباطه من مجرد السكوت[2]، فيجب أن ينفي الشخص توقيعه الورقة المتمسك بها ضده وذلك في صيغة جازمة تدل على إصراره على إنكاره ولا شك أن مصلحة المنكر تقتضي أن يذكر للمحكمة الأسباب التي تؤيد إنكاره[3].

الفرع الثالث: موقف المحكمة من دعوى تحقيق الخطوط

متى توافرت الشروط اللازمة لقبول دعوى التحقيق واستمر الخصم الذي يحتج بالمحرر العرفي في التمسك به، بالرغم من إنكار خصمه صحة نسبة المحرر إليه، فإن هذا التمسك يعتبر بمثابة طلب بإجراء تحقيق الخطوط الذي يتم بمجموعة من الإجراءات نص عليها المشرع ، أين رسم القانون وسائل تحقيق الخطوط عند الإنكار، على أنه من المقرر أن المحكمة لا تلجأ إلى سلوك تلك الوسائل إلا إذا لم تكن وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدتها في شأن صحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة، إنما إذا ثبت لديها من المستندات والأوراق ما يكفي لتكوين عقيدتها فلها أن تستغني عن سلوك وسائل التحقيق التي رسمها القانون على أن تضمن حكمها الاعتبارات والأسباب التي كونت منها عقيدتها بصحة صدور الورقة ممن نسبت إليه أو عدم صدورها منه[4].

وعليه سنتطرق في هذا الفرع إلى إجراءات تحقيق الخطوط ثم الأثر المترتب على الحكم في دعوى تحقيق الخطوط.

أولا: إجراءات تحقيق الخطوط

إن تحقيق الخطوط هو مجموعة من الإجراءات التي نص عليها مشرع ليتمكن المتمسك بالورقة العرفية عن طريقها من إثبات صحة هذه الورقة إذا لجأ خصمه إنكارها[5]، فالمشرع الجزائري خول مجموعة من السلطات للقاضي حين إجرائه التحقيق في الدعوى، غير أن هاته السلطات ليست على إطلاقها وإنما مقيدة في بعض الحالات، فإذا أنكر الخصم توقيعه أو خطه المنسوب إليه، ورأى

---

[1] همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 316

[2] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 300

[3] محمد شتا أبو السعد، المرجع السابق، ص 169

[4] نفس المرجع، ص 170-171.

[5] دناصوري عز الدين، التعليق على قانون الإثبات، الطبعة الثامنة، مركز الدلتا للطباعة، ص 178.

القاضي في الورقة المطعون في صحتها غير منتجة في النزاع صرف النظر عنها إلا أنه وجب عليه أن يسبب حكمه تسبيبا كافيا سائغا يبين العناصر التي اقتنع بها والتي جعلته يستغني عن المحرر[1].

والمحكمة إذا قضت بصحة المحرر أو رده، أخذت في نظر الموضوع في الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة إذ أن ذلك لا ينفي وجوب صدور حكم أول في الادعاء بالإنكار ثم جواز نظر الدعوى الأصلية دون حاجة إلى طلب من ذوي الشأن[2].

وعلى ذلك متى وجدت المحكمة ضرورة للتحقيق، فإنها تصدر حكما بإجرائه، متى كان هذا المحرر منتجا في الدعوى ولا يستطيع أن يفصل في الدعوى الأصلية بدونه وأصر الخصم المحتج عليه بالورقة على إنكاره صراحة، فإن إجراء التحقيق في هذا الغرض إلزامي للقاضي لا مجال للخيار فيه متى اقتنع بخلو الدعوى بحالتها من العناصر التي تمكنه من تكوين عقيدته في شأن صحة الورقة المذكورة فلا مناص له من الأمر في التحقيق وإلا عد ذلك امتناعا منه على القضاء فيها[3].

لقد أورد المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحكاما تفصيلية وحدد فيها إجراءات تحقيق الخطوط تضمنتها المادة 165 منه بنصها :"**وفي الحالة العكسية، يؤشر القاضي على الوثيقة محل النزاع ، ويأمر بإيداع أصلها بأمانة الضبط ،كما يأمر بإجراء مضاهاة الخطوط ، اعتمادا على المستندات أو شهادة الشهود وعند الاقتضاء بواسطة خبير** "، فهذا النص هو المرجع في جميع حالات تحقيق الخطوط سواء تعلق الأمر بمضاهاة في محرر عرفي أو دعوى تزوير فرعية أو أصلية في محرر عرفي أو رسمي ، فتوحد بذلك الإجراء وأصبح عمل القاضي واضحا ومتسلسلا.[4]

ويتم التحقيق بالمضاهاة أو شهادة الشهود، أو بكليهما معا، فتختار المحكمة الطريقة التي تراها مناسبة لإظهار الحقيقة، دون إلزام عليها بإتباع هذه الطريقة أو تلك[5]، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 05/ 12/ 1971 على أنه "من المقرر قانونا أن للقاضي السلطة التقديرية المطلقة في اختيار أحد إجراءات التحقيق الخطوط المنصوص عليها في المادة 76 من قانون الإجراءات المدنية "[6].

---

[1] زودة عمر، المرجع السابق، ص 118.

[2] سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 201.

[3] قروف موسى، المرجع السابق، ص 69-70.

[4] ملزي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 505.

[5] قروف موسى، نفس المرجع، ص 70.

[6] قرار صادر بتاريخ 05/ 12/ 1971 نشرة القضاة 1971 عدد 02 ، ص 79.

ويصدر القاضي حكما في الطلب الفرعي بالمضاهاة يقضي بالتحقيق حول صحة الورقة العرفية، ويحقق في دعوى مضاهاة الخطوط بأحد الطرق التالية:

أ-تحقيق الخطوط عن طريق المضاهاة:

المضاهاة هي عملية مقارنة، أي مقارنة خط أو إمضاء أو بصمة إبهام من نسب إليه المحرر إذا أنكره مع أمثاله من المحررات التي عينها القانون، أو التي لا يوجد فيها شك بأنها مكتوبة أو موقعة من الشخص المنسوب إليه التوقيع أو الختم[1]، كأن يكون قد اعترف بها، وذلك لمعرفة ما إذا كانت تشابه أو تطابق ما هو على المحرر المدعى به أو لا.[2]

وحتى لا يضل الفاحص طريقه ويقع في خطأ عليه أن يستكمل المحررات جميع عناصر صلاحيتها، لذلك وطبقا للمادة 167 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3] فإنه يجب على القاضي أن يبين الأوراق التي يجري التحقيق بشأنها، وقد حدد القانون الأوراق التي تقبل المضاهاة أو المقارنة وهي:

*التوقيعات التي تتضمنها العقود الرسمية.

*الخطوط والتوقيعات التي سبق الاعتراف بها.

*الجزء من المستند موضوع المضاهاة الذي لم يتم إنكاره.

عند تعيين الأوراق التي تقبل المضاهاة، يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بإحضار الأصل أو نسخة مطابقة للأصل من الأوراق التي توجد لدى الغير، إذا كانت مضاهاتها بالمحرر المطعون فيه مفيدة، كما يمكن للقاضي أن يأمر الخصم بتقديم الأوراق التي تسمح بإجراء المضاهاة، وكثيرا ما يلجأ القاضي إلى مطالبة الخصم المنكر أن يكتب أمامه نماذج بخطه أو توقيعه[4].

على الخصم أن يحضر بنفسه للاستكتاب في الموعد الذي يعينه القاضي لذلك، ولما كانت عملية الاستكتاب مسألة فنية فإن عملية إجرائها تتم عادة تحت إشراف الخبير، حتى يتمكن بخبرته الفنية من كشف أي تلاعب يمكن أن يقوم به الخصم وقت الاستكتاب[5].

وتصدر المحكمة حكما يقضي بتحقيق الخطوط، وتقوم بهذا التحقيق بنفسها أو تندب أحد قضائها ليقوم بهذا التحقيق، وتقوم بتحرير محضر بأقوال وملاحظات الخصوم وتشير إلى الأوراق التي كانت محل مقارنة، ولكنها لا تعطي رأيها حول النتيجة التي يمكن استخلاصها من المقارنة، ويودع

---

[1] -Henry solus. roger Perrot. Droit judiciaire prive. Delta .tome3.sirez 1991 .p 587

[2] عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة بالتشريعات العربية والأجنبية وأحكام القضاء، العراق، 2001 ص 105.

[3] أنظر المادة 167 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4] عمر زودة، المرجع السابق، ص 119.

[5] محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 342.

هذا المحضر أمانة الجهة القضائية، ويتم إعادة السير في الدعوى من طرف كل من يهمه التعجيل بعد التحقيق من طرف المحكمة[1].

وكما بينا أنه يمكن للقاضي أن يقوم بنفسه بإجراء عملية المضاهاة دون حاجة لندب خبير لأن القاضي هو الخبير الأعلى فيما يتعلق بوقائع الدعوى المطروحة عليه، ويمكنه الاستعانة بخبير لأجل القيام بالمضاهاة، ويخضع الخبير في مباشرة مهمته لأحكام المواد 125 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

للقاضي سلطة تقديرية في اللجوء إلى خبرة، فله أن يصدر حكم يقضي بموجبه تعيين أحد الخبراء الفنيين المختصين لإجراء عملية مضاهاة الخطوط أو مقارنة البصمات الموضوعة على المحرر محل النزاع[2].

في هذا الصدد فإنه نجد أن المشرع المصري يجيز للقاضي أن يندب خبير أو ثلاثة وفق ما يرى، بينما المشرع الفرنسي قيد القاضي في الاستعانة بفني بصفة عامة فلا يلجأ إلى الخبير إلا إذا كانت الاستشارة الفنية غير كافية للبث في الواقعة الفنية المطلوب معرفة رأيه فيها، باعتبار أن عملية الخبرة معقدة[3].

ب-تحقيق الخطوط بواسطة شهادة الشهود:

أجاز القانون تحقيق الخطوط بواسطة الشهود ويجري إثبات صفة الكتابة أو إمضاء أو ختم أو بصمة الإصبع بسماع الشهود على ذلك[4]، على اعتبار أن توقيع الورقة العرفية واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، ويجب أن ينحصر الإثبات على الواقعة المادية ولا يمتد إلى التصرف القانوني[5].

والإثبات بشهادة الشهود يجب أن ينصب على الواقعة المدعى بإنكارها أي ينصب على الكتابة أو التوقيع أو بصمة الأصبع، حيث يشهد الشاهد أنه رأى الشخص المنسوب إليه الورقة هو الذي قام بكتابتها بخطه أو وقع عليها بخطه أو بصمة أصبعه[6].

---

[1] عمر زودة، المرجع السابق، ص 120.

[2] يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وقف قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص 126.

[3] سحر إمام يوسف، المرجع السابق، ص 166.

[4] محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 194.

[5] عمر زودة، نفس المرجع، ص121.

[6] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 33.

إن الإثبات بشهادة الشهود يقتصر في هذه الحالة على تلك الواقعة المادية فلا يتعداها إلى إثبات التعاقد ذاته أو إثبات حقيقة الشروط المدونة في الورقة محل الإنكار[1].

والقانون لا يمنع القاضي أن يقوم بالتحقيق بنفسه بواسطة المضاهاة إلى جانب شهادة الشهود معا، وهذا ما يستفاد من نص المادة 165 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن يأمر القاضي بإجراء مضاهاة الخطوط اعتمادا على المستندات أو شهادة الشهود.

إذا تم التحقيق بهاتين الطريقتين وكانت أقوال الشهود متفقة مع النتيجة التي توصل إليها الخبير، كان ذلك أدعى إلى ارتياح القاضي الذي يمكنه تبني هذه النتيجة متى اطمأن عليها.

أما إذا كانت نتيجة التحقيق بهاتين الطريقتين متعارضة فإنه يجب على القاضي القيام بالموازنة بينهما وترجيح إحداهما، ليعتمد النتيجة التي يراها أقرب إلى الواقع والحقيقة ويطرح الأخرى، وهذا بالطبع أفضل من وجود نتيجة واحدة فقط يرى القاضي نفسه مضطرا للأخذ بها[2].

ثانيا: الأثر المترتب على الحكم في الدعوى تحقيق الخطوط

عندما تنتهي الجهة القضائية من إجراء التحقيق في المحرر المدع بإنكاره فإن دعوى صحة المحرر تكون جاهزة للفصل في موضوعها، والمحكمة قبل إصدار حكما في الدعوى يجب أن تتيح الفرصة للخصوم للاطلاع على أوراق التحقيق وتقارير الخبراء وسماع كافة اعترافاتهم عليها، كما أنه بعد الانتهاء من التحقيق يتم إيداع التقرير الذي أنجزته المحكمة بنفسها أو بواسطة أحد قضائها المنتدب لهذا الغرض أمانة الضبط، ويتم إعادة السير في الخصومة.

للمحكمة أن تأمر باستدعاء الخبير في جلسة تحددها لمناقشته في تقريره إن رأت حاجة لذلك، ويبدي الخبير رأيه مؤيدا أسبابه، وتوجه إليه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ما تراه من أسئلة مفيدة لتنويرها في الدعوى ولها أن تعيد المأمورية للخبير ليتدارك ما تبينه له وجود الخطأ أو النقص في عمله أو بحثه[3]، وبعد الاستماع إلى مرافعة الخصوم تصدر المحكمة حكمها إما بصحة الورقة العرفية أو بعدم صحتها واستبعادها كليا أو جزئيا.

إن القاضي غير ملزم بالأخذ بنتيجة التحقيق إذا لم يطمئن إليها، بل يمكن أن يقضي بخلاف نتائج التحقيق على أساس أن التقدير النهائي يرجع للقاضي متى كانت الأسباب التي اعتمد عليها في تكوين عقيدته بصحة أو بطلان المحرر تكفي لحمل قضائه فيما انتهى إليه[4].

---

[1] محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 201.

[2] قروف موسى، المرجع السابق، ص 73.

[3] محمد شتا أبو سعد، نفس المرجع، ص 202.

[4] قروف موسى، نفس المرجع، ص 74.

إذا انتهت المحكمة إلى اعتبار الورقة العرفية صحيحة، ونتيجة لذلك أصبحت حجة على الكافة، فلا يجوز نقض حجيتها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير، وبالتالي يجب ترتب على تلك النتيجة الحكم لفائدة الدائن، والحكم بصحة الورقة العرفية لا يترتب عليه بالضرورة صحة التصرف القانوني الذي تتضمنها الورقة العرفية، لأن الحكم بصحة الورقة العرفية يقتصر على سلامة المحرر العرفي من الناحية المادية، ويبقى الخصم صاحب المصلحة أن يتمسك بجميع الدفوع الموضوعية[1].

إذا ثبت من مضاهاة الخطوط صحة المحرر، أي أن المحرر مكتوب أو موقع عليه من الخصم الذي أنكره ، يحكم عليه بغرامة مدنية من خمسة ألاف (5000دج) إلى خمسين ألف (50.000دج)دينار و دون المساس بحق المطالبة بالتعويضات المدنية والمصاريف وهو ما نصت عليه المادة 174 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه :"إذا ثبت من مضاهاة الخطوط أن المحرر محل النزاع مكتوب أو موقع عليه من الخصم الذي أنكره ، يحكم عليه بغرامة مدنية من خمسة ألاف دينار إلى خمسين ألف دينارا دون المساس بحق المطالبة بالتعويضات المدنية والمصاريف".

والحكم بالغرامة المدنية أمر وجوبي، ويبقى ما تحكم به المحكمة من حيث الحد الأدنى والأقصى أمر يخضع لسلطتها التقديرية، وتحكم المحكمة بالغرامة المدنية تلقائيا باعتبار ذلك يتعلق بالنظام العام.

ويمكن للمتمسك بالمحرر أن يحصل بعد الحكم بثبوت صحة الخط أو التوقيع على تعويض الأضرار التي لحقته من هذا الإنكار[2]، الذي يعتبر في هذه الحالة كيديا بشرط أن يثبت أن هناك ضررا أصابه من جراء هذا الإنكار، بعد ذلك تقرر المحكمة التعويض بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب[3].

لكن يجب على المحكمة ألا تقضي بالغرامة المدنية إلا في حالة صحة المحرر كله، أما إذا ثبت صحة جزء منه فقط، فليس هناك سبيل للحكم بالغرامة المدنية[4].

عند الحكم بعدم صحة المحرر أي المتمسك بالمحرر أخفق في إثبات صحة الخط أو التوقيع، فإن هذا المحرر يفقد حجيته نهائيا، وتستبعده المحكمة من الدعوى الأصلية، ويترتب على هذا أن الخصم الذي يستند إليه لإثبات ادعائه يحكم القاضي برفض دعواه كما يلزمه بالمصاريف التي نشأ عن تحقيق المحرر[5]، كما يجوز للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية ضده باعتباره مرتكبا لجريمة التزوير.

---

[1] زودة عمر، المرجع السابق، ص 122.

[2] يوسف دلائدة، المرجع السابق، ص 127.

[3] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 191.

[4] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 402.

[5] ناصف سعاد، المرجع السابق، ص 110.

غيـر أن رد الورقـة التـي ثبـت تزويرهـا وبطلانهـا لا يعنـي بطـلان الاتفـاق ذاتـه فيجـوز إثبات هذا الاتفاق بدليل آخر مقبول قانونا[1].

وللمحكمـة عنـدما تفصـل فـي دعـوى تحقيـق الخطـوط الفرعيـة بصـحة المحـرر، أو بـرده أو سـقوطه الحـق فـي إثبـات صـحة الخـط أو التوقيـع، فإنـه يجـب عليهـا أن لا تفصـل فيهـا مـع الـدعوى الأصـلية، بـل يجـب أن تجعـل حكمهـا مقصـورا علـى البـث فـي صـحة المحـرر، فلـيس لهـا أن تظـم المسـألة الفرعيـة المتعلقـة بصـحة المحـرر إلـى الـدعوى وتصـدر فيهـا حكمـا واحـدا، وحتـى لا يحـرم الخصـم الـذي تمسـك بالورقـة، أو بطلـب ردهـا مـن أن يقـدم مـا عسـى أن يكـون لديـه مـن أدلـة قانونيـة أخـرى لإثبـات مـا أراد إثباتـه، وكـذلك حتـى لا تفـوت علـى صـاحب المصلحة من الخصوم سلوك الادعاء بالتزوير إذا أراد[2] .

[1] محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 203.

[2] موسى قروف، المرجع السابق، ص 76.

الفصل الثاني: سلطة القاضي إزاء الإثبات بالإقرار القضائي والاستجواب

الأصل في الإثبات وجوب إقامة الدليل على الواقعة القانونية المنشئة للحق المدعى أمام القضاء إذا أنكره الخصم ، وقد يجعل أثناء سير الدعوى القضائية أن تنتفي الدلائل أو أن يعجز الطرف المدعي بالحق أو بالواقعة إثبات ما يدعي به فيفشل في إقناع القاضي، و وفقا للمبدأ القانوني المتعارف عليه "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " فلا يكون أمامه إلا الحصول على أدلة وبراهين دامغة للتوصل إلى إقناعه وإلا يكون معرضا لخسارة الدعوى وبالتالي ضياع حقه ، لكن يمكن أن يقوم الخصم ولأغراض مختلفة بتصرف يعفيه من البحث عن الأدلة ، ويقوم بالاعتراف بالواقعة المتنازع فيها ، فتحسم القضية لصالح المدعي[1] وهذا ما يسمى بالإقرار القضائي[2]، الذي هو وسيلة إثبات كاملة في المواد المدنية، ويوصف بكونه سيد الأدلة [3] .

وتظهر أهمية الإقرار أنه يجوز الإثبات به كقاعدة عامة بالنسبة للتصرفات القانونية والوقائع المادية[4]، ومهما كانت قيمتها حتى ولو كانت تزيد على نصاب الشهادة والقرائن القضائية، أو كانت غير محددة القيمة، فهو من هذه الناحية يتساوى مع الدليل الكتابي[5].

الواقع أنه من النادر أن يقر الشخص على نفسه عما يدعيه خصمه، ولكن ذلك ليس من المستحيل حدوثه، بل يمكن الحصول عليه، حيث يتم استخلاص الإقرار من الشخص عند مناقشته ومواجهته بالحقائق لذلك أجاز القانون لكل شخص أن يستجوب خصمه الحاضر، ومن هذا الاستجواب يمكن الحصول على الإقرار[6].

إن الإقرار يصدر من شخص لمجرد تقرير الواقع دون أن يقصد، وحتى دون أن يعرف النتائج القانونية التي تترتب على هذا الإقرار، بل إن نية الإقرار ذاتها لا تشترط، فقد يقر الخصم بوقائع لم

---

[1] غربي أسماء، إثبات الدين في الفقه الإسلامي القانون المدني الجزائري، مذكرة الماجستير تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية، والحضارة الإسلامية، وهران سنة 2016، ص 109.

[2] عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 105.

[3] محمد كمال شرف الدين، القانون المدني، النظرية العامة للأشخاص، إثبات الحقوق، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، ط 1 ،2002، ص 295.

[4] مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 90.

[5] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 470.

[6] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 203.

يكن معترفا بها وهو بصدد الدفاع عن حقه، أو وهو في صدد استجواب القاضي أو لخصم له دون أن يشعر أنه قد أدلى بأي إقرار، والمهم أن يكون الإقرار قد صدر عن اختيار لا عن إجبار[1].

إن الاستجواب يعتبر وسيلة فعالة من وسائل تحقيق الدعوى، فهو يستهدف أساسا الوصول إلى إقرار الخصوم بالوقائع التي يراد إثباتها مما له أبلغ أثر في تدعيم دور المحكمة الايجابي في الإثبات الذي هو الاتجاه السائد في العصر الحديث.

لذلك سنتناول دارسة هذا الفصل في مبحثين خصصنا المبحث الأول إلى دراسة حدود سلطة القاضي من الإقرار القضائي، أما المبحث الثاني نتطرق فيه إلى سلطة القاضي في استجواب الخصم.

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 473.

المبحث الأول: حدود سلطة القاضي من الإقرار القضائي

يميل الإنسان بطبعه إلى حب الذات ويعمل على جلب المصالح ودفع ما يعرضه للضرر، فإذا أقدم شخص على الإقرار بحق أو واقعة مقدما مصلحة الآخرين على مصلحته، فإن الفعل يرجح جانب الصدق، وبعد احتمال الكذب في الإقرار[1].

إن الإقرار أحد أدلة وطرق الإثبات التي أقرتها وقننت أحكامها الشرائع القانونية لغالبية المجتمعات الإنسانية في عصرنا الحالي، وذلك على الرغم من اختلاف المذاهب الفكرية[2]، وتم تكريسه نظرا لتطور المجتمعات والذي أنتج بدوره تطور القضايا، وفي بعض الأحيان لا تكون الأدلة كاملة أو ذو حجية قاطعة أين يجد القاضي صعوبة الفصل في النزاع، فالإقرار سيسهل مهمة القاضي، ويضع حدا النزاع.

وإذا كان الإقرار مظهرا لسيادة الخصوم في الدعوى إلا أنه لا يترك لهوى المقر، وإنما هناك أحكام خاصة به سواء فيما تعلق بمفهومه وتقدير صدوره من الخصم والأثار المترتبة عليه، ومن خلال تلك الأحكام يتخذ دور القاضي في إشرافه ورقابته على صحة هذا الإقرار وبسط سلطته، وعلى هذا الأساس سنتناول هذا الموضوع بالتطرق لماهية الإقرار كمطلب أول، وسلطة القاضي في مراقبة صحة الإقرار في مطلب ثاني، أما المطلب الثالث نتناول فيه إلى مدى التزام القاضي بالإقرار وحجيته في الإثبات.

المطلب الأول: ماهية الإقرار القضائي

لقد جرى القول المأثور بأن الاعتراف (الإقرار) هو سيد الأدلة، ولكن عند إمعان النظر في هذا القول نجد أن الاعتراف ليس دليلا بمعنى الكلمة لأن الدليل لا ينصب على واقعة معترف بها من الخصم، وإنما ينصب على واقعة منازع في صحتها أو محجوبة كلها، والاعتراف أو الإقرار حينما يوجد فإنه يعفي المدعي من أعباء الإثبات التي بينها القانون[3].

إن الإقرار يعد طريق غير عادي للإثبات، يعفي من إثبات الحق، ويجعل الواقعة المادية والتصرف القانوني غير متنازع فيه، وفي غير حاجة للإثبات ويعتبر من الطرق الاحتياطية التي يلجأ إليها الخصم عندما يعوزه الدليل لإثبات ما يدعيه من وقائع[4].

---

[1] -عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 205.

[2] عبد المنعم عبد الوهاب محمد، الإقرار في الإثبات المدني، رسالة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سانت كليمنتس، سنة 2014، ص23.

[3] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 53.

[4] محمد حزيط، المرجع السابق، ص 191.

لذلك تعين تبيان مفهوم الإقرار القضائي وطبيعته في الفرع الأول، وأما الفرع الثاني نتناول فيه إلى خصائص الإقرار القضائي وتمييزه عما يتشابه معه

الفرع الأول: تعريف الإقرار القضائي وطبيعته

أولا: تعريف الإقرار القضائي:

الإقرار لغة مصدره (أقر) مشتق من (قر)، أي ثبت وسكن وتمكن، مرادف للاعتراف مضاد للجحود، وهو مفرد يجمع الإقرارات، ويأتي بمعنى الاستقرار في المكان، واسم الإقرار وهو لازم، ويعدى بالتضعيف فيقال قرره في المكان أو عن العمل ثبته فيه وقرره على الحق جعله مذعنا له[1]، كما يعدى بالهمزة، فيقال في المحسوسات: أقررت الشيء في مقره أي وضعته في موضعه، وفي الأقوال: أقررت بالحق أي أذعنت واعترفت به، واستعمل بمعنى الموافقة، فيقال أقرك على هذا الأمر، أي أوفقك[2].

أما تعريف الإقرار اصطلاحا، فقد عرف فقهاء القانون الإقرار بتعريفات مختلفة فقد عرفه السنهوري على أنه:" اعتراف شخص لآخر عليه، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد "[3]، كما عرفه الأستاذ سليمان مرقس أنه:" اعتراف شخص بأمر مدعى عليه لآخر قصد اعتبار هذا الأمر ثابتا في ذمته وإعفاء الآخر من إثباته[4].

كما تم تعريفه أنه " الإقرار هو اعتراف شخص بواقعة من شأنها أن تنتج ضده أثار قانونية مع قصده أن تعتبر هذه الواقعة صحيحة في حقه "[5].

أما عن الأستاذ توفيق فرج فقد عرفه بقوله: "اعتراف يصدر من أحد الخصمين بما يدعيه خصمه الأخر"[6].

وعرف أيضا من طرف الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة أنه: " اعتراف شخص بواقعة من شأنها أن تنتج ضده آثار قانونية مع قصده أن تعتبر هذه الواقعة صحيحة في حقه "[7].

بالإضافة إلى هذه التعريفات عرفه الأستاذ أحمد نشأت على أنه:" اعتراف خصم لخصمه بالحق الذي يدعيه مقدرا نتيجته قاصدا إلزام نفسه بمقتضاه، وهو سيد الأدلة لأنه يعتبر حجة قاطعة على اشتغال ذمة صاحبه بما أقر به، ويجب الأخذ به في جميع الأحوال مهما كانت قيمة الدعوى، ومهما

---

[1] -عبد المنعم عبد الوهاب محمد، المرجع السابق، ص 23.

[2] نفس المرجع ونفس الصفحة.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة ،1968، ص 471.

[4] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 479.

[5] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 53.

[6] توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2003، ص 283.

[7] عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 378.

كان فيها من المخالفة لمصلحة المقر ثابتة له بعقد رسمي أو عرفي إلا إذا كان إقرارا بأمر مخالف للنظام العام أو فيه عيب يبطله، ويمنع القول بأن الإقرار ليس دليلا، وإنما هو يغني عن الأدلة لأنه يعفي مدعي الحق من إثباته "[1].

لقد عرف الأستاذ إدريس العلوي العبدلاوي الإقرار بأنه " اعتراف شخص بحق عليه لأخر، قصد ترتيب حقه في ذمته، وإعفاء الأخر من إثابته"[2].

ويبدو من هذه التعريفات أنها تبرز أن الإقرار هو شهادة من الخصم على نفسه لمصلحة خصمه، بصحة واقعة قانونية، بقصد منه أو بغير قصد، ويشترط أن يتم ذلك أثناء نظر الدعوى، وأمام المحكمة التي تنظرها، وأن يكون موضوع الإقرار حقا أو واقعة قانونية متعلقة بها ويؤدي الإقرار على هذا النحو إلى ثبوت الواقعة محل الإقرار ثبوتا قاطعا يلزم المقر ويلزم قاضي المحكمة[3].

أما من جانب التشريعات، فإن القانون المدني الجزائري عرف الإقرار في المادة 341 من القانون المدني على أنه: "**اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة** ". وقد جاء هذا التعريف مقتصرا على تعريف الإقرار القضائي فقط ، أما الإقرار غير القضائي فهو الذي يصدر خارج مجلس القضاء، أو أمام القضاء لكن في دعوى تتعلق بموضوع الإقرار ، وهو نفس التعريف الذي كان قد ورد في المادة 103 من قانون الإثبات المصري [4]، أما قانون أصول المحاكمات المدنية فقد جاء أشمل وأدق في تعريف الإقرار القضائي بموجب المادة 210 منه أنه " الإقرار هو اعتراف الخصم بواقعة أو بعمل قانوني مدعى بأي منهما عليه ، ويكون قضائيا إذا تم أمام القضاء أثناء النظر في نزاع يتعلق بهذه الواقعة أو العمل، ويكون غير قضائي إذا تم على غير هذا الوجه وعندئذ يثبت وفق القواعد العامة في الإثبات[5].

استقراءا لنص المادة 341 ق .م المذكور أعلاه فإن الإقرار عبارة عن نزول الحق في المطالبة بإثبات الواقعة من طرف الخصم الذي يدعيها، فلا يتضمن إنشاء لحق جديد في ذمة المقر، ومن تم قيل أن الإقرار هو من الأدلة المعفية من الإثبات، وليس من الضروري

---

[1] أحمد نشأت، المرجع السابق، ص 3.

[2] إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، طبعة 1981، الدار البيضاء، ص 161.

[3] أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 196.

[4] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص 281.

[5] محمد حزيط، المرجع السابق، ص 192.

أن يكـون الإقـرار تعبيـرا صـادرا مـن الخصـم، فقـد يكـون واقـع لأجـل إخفـاء الحقيقـة ذاتهـا أو للإضرار بالغير أو للتحايل على القانون [1].

وعليـه فـإن مـن الطبيعـي أن يفتـرض وجـود خـلاف بـين معطيـات وبـين الحقيقـة المجـردة، ولكـن لا منـاص مـن أن يفتـرض وجـود خـلاف بـين معطيـات الإقـرار بالحقيقـة ذاتهـا، لأن المـرء غالبا لا يتصرف تصرفا مضرا بنفسه[2].

والإقـرار نوعـان: إقـرار قضـائي وهـو الـذي يصـدر مـن المقـر أمـام القضـاء أثنـاء سـير الـدعوى المتعلقـة بموضـوع الإقـرار، وإقـرار غيـر قضـائي وهـو الـذي يصـدر خـارج مجلـس القضاء أو يصدر أمام القضاء في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوعه[3].

وقـد أورد المشـرع الجزائـري الإقـرار القضـائي فـي المـادتين 341،342 مـن ق.م مـن دون أن يـورد الإقـرار غيـر القضـائي وذلـك لأنهمـا يتحـدان فـي الطبيعـة والأحكـام ولا يختلفـان إلا فـي حدود ما ينشأ عن الظروف التي يصدر فيها كل منهما[4].

ثانيا: طبيعة الإقرار القضائي.

الإقرار تعبير عن إرادة المقر، ومنه فهو عمل إداري من شأنه أن يحدث أثار قانونية أي أنه من طبيعة مزدوجة[5]، فهو عمل مادي لأنه عبارة عن تقرير لواقعة معينة مثل الشهادة أو الكتابة هذا من جانب، ومن جانب آخر ينطوي على نزول من جانب المقر عن حقه بمطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه، وهذا ما يعرف بالتصرف القانوني، ونظرا لهذه الازدواجية فإن الإقرار يشترط فيه أن يكون المقر متمتعا بأهلية التصرف في الشيء المتنازع فيه[6].

لقد ثار خلاف حول الطبيعة القانونية للإقرار، ويمكن حصر الآراء التي قيلت في هذا الصدد فيما يلي:

الرأي الأول:[7] الإقرار تصرف قانوني، يتضمن الإقرار اتجاه إدارة المقر إلى إحداث أثر قانوني وهو ثبوت الحق المقر به في ذمته، لذلك يشترط فيه أن يكون المقر أهلا للالتزام بالواقعة التي أقر بها وأن تكون إرادته غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة.

---

[1] بكوش يحي المرجع السابق، ص 264.

[2] يحي بكوش، المرجع السابق، ص 264.

[3] زهدور محمد، المرجع السابق، ص 53.

[4] محمد صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر 2008-2007، ص 193

[5] يحي بكوش، نفس المرجع، ص 207

[6] نفس المرجع ونفس الصفحة

[7] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 208 .

الرأي الثاني: الإقرار إعفاء من الإثبات، الأصل أن المدعي يتحمل عبئ إثبات الواقعة التي يدعيها، فإذا أقر خصمه بهذه الواقعة يكون عندئذ قد أعفاه من إثباتها.

الرأي الثالث: الإقرار قرينة قانونية، أن الإقرار ينطوي على واقعتين، واقعة الإقرار ذاتها، والواقعة المعترف بها، وأن واقعة الإقرار ذاتها تكون ثابتة بقول المقر، وأنها مطابقة للواقعة المعترف بها، وإلا لما اعترف بها المقر، وهي ضد مصلحته، وعليه فإن واقعة الإقرار ذاتها تكون قرينة قانونية قاطعة على صحة الواقعة المعترف بها.

الرأي الرابع: الإقرار دليل إثبات أن الإقرار في حقيقته، دليل من أدلة الإثبات وليس بتصرف قانوني غير أنه يختلف عن بقية الأدلة في كونه مقدما من المدعى عليه.

إن اعتبار الإقرار إعفاء من الإثبات ونزول عن المطالبة بهذا الحق، فهو من هذه الناحية تصرف قانوني يقتصر أثره على المقر، ويتعدى أثر الإقرار إلى ورثة المقر بصفتهم خلفا عاما له، فيصح الاحتجاج عليهم، بما احتواه إقراره، ولا يتعدى أثر الإقرار إلى غير المقر وورثته[1]، وفي هذا يختلف عن شهادة الشهود فحجتيها متعدية فإذا أقر أحد الورثة لدائن بدين بالبينة فإنه يسرى في حق جميع الورثة[2]، وما ينطبق على الشهادة ينطبق على الإثبات عن طريق الكتابة والقرائن فحجيتهما متعدية عكس الإقرار واليمين فلكل منهما حجية قاصرة.

الفرع الثاني: خصائص القضائي وتمييزه عما يتشابه معه

يصنف الإقرار ضمن طرق الإثبات الاحتياطية ذات القوة المطلقة[3]، كما أنه طريق غير عادي للإثبات كونه يجعل الواقعة غير متنازع فيها[4]، ويعفى الخصم من اللجوء إلى طرق الإثبات الأخرى التي أقرها القانون، لذلك تعين بيان خصائصه، وتميزه عن الأدلة المشابهة له بإقرار أوجه التشابه والاختلاف.

أولا: خصائص الإقرار القضائي:

يعتبر الإقرار اتجاه إرادة المقر إلى اعتراف بما يدعيه خصمه، بحيث يحدث آثار قانونية ضده لصالح المقر له[5]، فهو عمل قانوني انفرادي، ولا ينشئ حقا جديدا وإنما هو اعتراف بحدوث واقعة معينة في وقت مضى[6]، وهذا ما أضفى عليه طابع الإخبار، وإقرار الشخص بما يدعيه خصمه يحسم

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 502.

[2] الدناصوري عز الدين، المرجع السباق، ص 865.

[3] عبد الرزاق السنهورين، نفس المرجع، ص 505.

[4] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 191.

[5] نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 218.

[6] علي أحمد الجراح، قواعد الأثبات بغير الكتابة، رسالة دكتوراه، جامعة الأردنية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية 2010، ص 40.

النزاع في شأنه، ويجعله في غير حاجة للإثبات[1]، لذا اعتبر الإقرار أنه إعفاء من الإثبات وعليه تعين تبيان هاته الخصائص فيما يلي:

1- الإقرار عمل قانوني انفرادي:

يعتبر الإقرار عملا قانونيا لأنه تعبير عن اتجاه إرادة المقر نحو إحداث أثر قانوني معين، هو ثبوت الحق في ذمته وإعفاء له من عبئ الإثبات، وبذلك يشترط في الإقرار ضرورة تمتع المقر بإرادة معتبرة[2]، وهذا ما يشترط في سائر الأعمال القانونية، بحيث يجب أن يتوفر في الإقرار شروط التصرف القانوني، أي أن يكون المقر أهلا لهذا التصرف، وأن تكون إرادته خالية من العيوب، فيقع الإقرار باطلا إذا كان نتيجة إكراه أو غلط[3].

يصدر الإقرار من جانب واحد ، فهو يتم بإرادة منفردة هي إرادة المقر، وإذا ما صدر الإقرار التزم به المقر، ولا يمكن تعديله إلا لأحد الأسباب التي تبطله، وبذلك يكون الإقرار تاما ونافذا بمجرد صدوره من المقر[4]، ومن حق المقر له أن يتمسك بالإقرار أو أن يرده ،فإذا أراد التمسك به كان من مصلحته أن يطلب الإشهاد له به أو تدوينه كتابة، منعا من المنازعة مستقبلا في حصوله، وليس للمقر أن يجبر المقر له على أن يتمسك بالإقرار ليستفيد هو من قاعدة عدم تجزئة الإقرار، ويجوز للغير أن يتمسك بالإقرار إذا كانت له مصلحة في ذلك، لأن العبرة ليست بالشخص المقر له، بل بقصد المقر في أن يعتبر الحق به ثابتا في ذمته ، وتمكين خصمه من التمسك بهذا الإقرار[5] .

2- الإقرار عمل إخباري:

ندما يعترف الخصم بواقعة أو بحق من الحقوق، إنما يسوق خبر يظهر به حقيقة هذه الواقعة أو يكشف عن الحق، باعتبار أنهما قد حصلا في وقت مضى[6].

فالإقرار لا ينشئ حقا جديدا، إنما هو اعتراف أو إخبار بحدوث واقعة معينة في وقت مضى أو بثبوت حق معين قبل تاريخه[7]، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز تعليق الإقرار على شرط أو إضافته إلى أجل، لأن الإضافة والتعليق يكونان بالنسبة للمستقبل، أما الإقرار فهو إخبار عن الماضي[8].

---

[1] توفيق حسين فرج، المرجع السابق، ص 283.

[2] يحي بكوش، المرجع السابق، ص 264،265.

[3] نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 220.

[4] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 213.

[5] يحي بكوش، نفس المرجع، ص 266.

[6] عصمت عبد المجيد بكر، نفس المرجع، ص 212.

[7] مصطفى مجدي هرجة، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص 675.

[8] يحي بكوش، نفس المرجع، ص 265.

إن الإقرار يصدر من المقر شفاهه أثناء حديث أو مناقشة أو أثناء الاستجواب، وقد يصدر مكتوبا في رسالة أو في ورقة غير معدة لإثبات الحق المتنازع فيه أو في صحيفة الدعوى أو في مذكرات ، كما يكون الإقرار صريحا ، ويمكن أن يكون ضمنيا، يستفاد من مجرد السكوت [1]، ويفهم الإقرار ضمنيا من مجرد السكوت وأيضا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول يمكن اعتباره إقرار بواقعة التي يراد استجوابه في شأنها ، ونكول الخصم عن حلف اليمين أو ردتها ، ونكول من ردت عليه اليمين عن حلفها يعد في حكم الإقرار ، والامتناع عن التمسك بالتقادم يكون إقرارا ضمنيا بعدم الوفاء ، ومن يحتج عليه بسند عادي ويناقش في موضوعه يعتبر مقرا ضمنيا بصحة صدوره عنه ، ولا يقبل منه بعد ذلك إنكار الخط أو التوقيع [2].

3- الإقرار محله واقعة يرتب عليها القانون أثرا:

يقتصر الإقرار على مسائل الوقائع التي تنتج أثارا قانونية ضد المقر، سواء كانت هذه الوقائع تصرفا قانونيا، كاعتراف الخصم بأنه اغتصب ملك غيره مما يترتب عليه الالتزام بالتعويض[3]، كما يجوز أن يرد الإقرار على الحق ذاته مباشرة، دون الإدلاء بمصدر هذا الحق، ولا يجوز أن يرد الإقرار على الحكم القانوني الذي ينطبق على النزاع[4].

إن الإقرار لا يتعلق بالمسائل القانونية، لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى من شأن المحكمة، كما لا يرتب الإقرار بأمر مخالف للقانون أي أثر، كالإقرار بدين القمار، أو الإقرار بتصرف شكلي مما يستلزم القانون لانعقاده الكتابة الرسمية، كما هو الشأن في التصرفات الواردة على العقارات حيث لا يكون للإقرار أي أثر[5].

كما أنه تعتبر مسألة التكييف القانوني لوقائع الدعوى من اختصاص محكمة الموضوع، لذلك فإن الوصف القانوني الذي يعطيه الخصم للعقد موضوع الإقرار لا يقيد المحكمة بشيء، ولا يكون للإقرار أثر إلا بالنسبة لحقيقة الواقعة دون تكييفها القانوني الذي يبقى من اختصاص قاضي الموضوع[6].

---

[1] محمد حزيط، المرجع السابق، ص 194-195.

[2] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 40،41.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق ص 217.

[4] نفس المرجع ونفس الصفحة.

[5] محمد حزيط، نفس المرجع ص 195.

[6] عصمت عبد المجيد بكر، نفس المرجع، ص 217.

4- الإقرار إعفاء من الإثبات:

القانون يكلف المدعي لإقامة الدليل على دعواه، أي أن الخصم إذا ادعى واقعة كان من الضروري عليه إثباتها ، فإذا أقر خصمه بهذه الواقعة ، فهذا يعني أنه إعفاء من الإثبات، فتصبح الواقعة ثابتة، وذلك ليس لأن دليلا أثبتها وإنما لأنها في غير حاجة للإثبات [1]، إذا أقر شخص بأن الأرض موضوع النزاع في الأصل هي من الأملاك الخاصة للدولة، ولكن تملكها هذا الشخص بالتقادم ، بالرغم من الإقرار الصادر عن الشخص إلا أن المحكمة بحثت عن مستندات ملكية الحكومة لهذه الأرض، وقضت بعدم كفايتها لإثبات الملكية، ففي هذه الحالة قد خالفت القانون باقتضائها دليل على أمر معترف به [2].

يرى الفقيه " بارتان "أن الإقرار يعفي من الإثبات لأنه قرينة قانونية، تتضمن تصرفا قانونيا وهو نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بالإثبات أي يعفي خصمه من إثبات ما يدعيه[3].

5- الإقرار يصدر عن قصد

يجب أن يكون الإقرار صادرا من المقر عن قصد الاعتراف بالحق المدعى به، وأن يكون تعبير المقر عن إرادة جادة حقيقية في صيغة تفيد ثبوت هذا الحق على سبيل الحزم واليقين[4]، وأن يكون عالما بأنه سيتخذ دليلا وحجة عليه وأن خصمه سيعفى به من تقديم أي دليل، فإذا اعترف شاهد بأمر أثناء تأدية الشهادة سواء أمام المحكمة المدنية أو الجنائية فإن ذلك لا يتخذ حجة قاطعة عليه إذا ما رفع من كان الإقرار لمصلحته دعوى بمقتضى هذا الإقرار[5].

لا يعد من قبيل الإقرار الملزم ما يصدر عن الشخص من عبارات بقصد التودد أو المجاملة طالما أنه لم يقصد من الإدلاء بها أن يتخذها من وجهت إليه دليلا عليه[6].

كما لا يعتبر إقرارا ما يسلم به الخصم اضطرارا أو احتياطيا لما عسى أن تتجه إليه المحكمة من إجابة خصمه إلى بعض طلباته، ولا يعتبر إقرارا ما يرد على لسان الخصم في المرافعة من أوجه الدفاع في إحدى القضايا، وما يسوقه من أقوال لتأييد ادعائه أو مناقشته لموضوع الحق لا يصح أن يعد إقرارا[7].

---

[1] الغوتي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة1982، ص 75.

[2] أنور طلبة، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، دار الفكر العربي القاهرة،1994، ص 388.

[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 500.

[4] محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، المرجع السابق، ص 202.

[5] أحمد نشأت، المرجع السابق، ص08.

[6] محمد حسين منصور، نفس المرجع، ونفس الصفحة،

[7] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 215.

وورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري (يجب أن يكون الإقرار إراديا وأن يتوافر القصد فيه، فإذا صدر الإقرار من الخصم أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة المدعى به عليه، فهو يصدر عن إرادة لأنه يوجه إلى الخصم الآخر، ويتوافر فيه ركن القصد متى كان المقر يعلم أنه بإقراره هو يقيل خصمه من إقامة الدليل على الواقعة المدعى بها)[1].

6- الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده وخلفه:

الإقرار باعتباره تصرف قانوني بالإرادة المنفردة، فإن أثار هذا التصرف تكون قاصرة على الأشخاص الذين تسري في حقهم فقط، وهم المقر وحده وخلفه في الحدود المقررة طبقا للقواعد العامة، أي خلفه العام كالورثة والموصي له وخلفه الخاص[2].

فالإقرار حجة قاصرة على المقر بشخصه وعلى من يخلفه خلافة عامة عن طريق الميراث، فإقرار المورث يسري على الورثة باعتبارهم خلفا عاما[3]، والأصل أن إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها، فلا يكفي مجرد الطعن في هذه القرارات لإهدار حجيتها، بل يجب عليهم إقامة الدليل على صوريتها بأي طريق من طرق الإثبات[4].

ثانيا: تمييز الإقرار القضائي عما يشابهه من أدلة الإثبات الأخرى:

يشترك الإقرار كدليل من أدلة الإثبات مع أدلة الإثبات الأخرى في خاصية أو أكثر، مما يثير صعوبة في التمييز فيما بينهم، وللتفرقة بين هذه الأدلة يجب عرض أوجه الاختلاف والتشابه بينهم وهذا فيما يأتي:

1- الإقرار والاستجواب:

الاستجواب وثيق الصلة بالإقرار، إذ غالبا ما يؤدي هذا الاستجواب بعد مناقشة الخصم في مجلس القضاء ومجابهته بالحقائق الواضحة إلى الاضطرار والتخلي عن إنكاره ثم إقراره بالواقعة، ولصلة الاستجواب الوثيقة بالإقرار فقد نظمتها بعض التشريعات في باب واحد[5]، وقد يكون القصد من الإقرار الحصول على إيضاح متعلق بالدعوى، فيستفيد منه الخصم الذي يطلب استجواب في دفاعه أو تستفيد منه المحكمة في التعرف على الحقيقة في الدعوى موضوع النزاع[6].

---

[1] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 215

[2] محمد حزيط، المرجع السابق، ص 195.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، نفس المرجع، ص 218.

[4] نفس المرجع، ص218،219.

[5] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 205.

[6] –نفس المرجع، ونفس الصفحة.

الاستجواب وسيلة للحصول على الإقرار، ويطلق على الإقرار الذي يتم عن طريق الاستجواب بالإقرار المنتزع، لأنه ينتزع من إجابات الخصم بدعوى خصمه ويكون ذلك بإرادة الخصم واختياره، فالإقرار يخضع لإرادة المقر إذ يمكن له أن يقر أو يمتنع، ولا يمكن إجباره على الإقرار[1].

يترتب على الاستجواب سواء قام به القاضي بناء على طلب الخصم أو من تلقاء نفسه، إما أن يقر المستجوب بعد حضوره صراحة وهنا يكون للإجابة قوة الإقرار القضائي، والقاضي هو من يقدر الإجابة في حد ذاتها إذا كانت تبلغ درجة الإقرار أو أنها أقرب إلى الإنكار، وأن لم تتضمن إقرار فإنها يمكن أن تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة، وذلك لأنها تدون في محضر الجلسة وتستكمل دلالته بالشهادة والقرائن، في حين يلتزم القاضي بالحكم وفقا لمقتضى الإقرار دون أ ن يكون له في ذلك سلطة تقديرية[2].

2- الإقرار المدني والاعتراف الجزائي:

إذا كان الاعتراف عمل قانوني ينصرف ليشمل جميع تصريحات المتهم التي تفيد حقيقة ارتكابه للفعل الجرمي المنسوب إليه، فإن الإقرار المدني كمفهوم قانوني ينصرف إلى كل اعتراف للخصم لفائدة خصمه بالحق الذي يدعيه مقررا نتيجة وقاصدا إلزام نفسه بمقتضاه، بغض النظر على قيام عناصر مشتركة بين الاعتراف والإقرار المدني، إلا أنه ثمة مجموعة من الفروق الجوهرية، فنجد:

- ✓ أن الإقرار المدني تقوم نية الفرد كأساس معول عليه لتحميله الالتزام الذي سبق له الإقرار به بمعية الآثار القانونية المترتبة عليه، بخلاف ذلك فإن الاعتراف الجنائي ينعدم خلاله أي دور لنية الطرف الصادر عنه ما دام القانون ينفرد بترتيب الآثار القانونية عن هذا الاعتراف، ولو لم تتجه نية المعترف إلى حصولها، كون يصدر الإقرار عن قصد، أي أن المقر يدرك بأنه بإقراره يقيم حجة على نفسه، في حين أن القصد لا أهمية له في الاعتراف الجزائي، فالقانون هو الذي يرتب الآثار القانونية على الاعتراف الجزائي[3].
- ✓ الإقرار يعد إخبار المقر بثبوت أمر المدعى به عليه لآخر من شأنه أن ينتج آثار قانونية ضده، في حين أن الاعتراف إقرار المتهم على نفسه بارتكاب الوقائع المكونة للجريمة كلها أو بعضها[4].

---

[1] عبد المنعم عبد الوهاب محمد، المرجع السابق، ص 113.

[2] نفس المرجع، ونفس الصفحة.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 209.

[4] أحمد فتحي سرور، أصول قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، 1969، ص 696.

- ✓ الأصل في الإقرار عدم جواز تجزئته إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود الواقعة المضافة لا يستلزم حتما وجود الواقعة الأصلية، في حين أن الاعتراف الجزائي يجوز تجزئته، وللمحكمة أن تأخذ ما تراه مطابقا للواقع وأن تهمل ما تراه مغايرا له.
- ✓ يعتبر الإقرار حجة قاطعة على المقر، لا يجوز من حيث المبدأ إثبات عكسه، فالمقر به يعتبر ثابتا في حين أن الاعتراف ليس حجة قاطعة على المعترف، فهو غير ملزم للمعترف وللقاضي، ويخضع لتقدير القاضي[1].

3 **الإقرار والدليل الكتابي:**

يختلف الإقرار الكتابي عن الدليل الكتابي، فالإقرار الكتابي يكون اعترافا لاحقا لنشوء التصرف القانوني أو حصول الواقعة المادية، فهو إقرار بوجود الحق بعد نشوئه، في حين أن الدليل الكتابي يكون وقت نشوء التصرف القانوني فيسمى الدليل المهيأ ويكون القصد منه إثبات وجود التصرف[2]، فإنه قد يقع الإقرار في سند كتابي ولكنه حينئذ يأتي عرضا وبصفة تبعية، فلا يكون هو الموضوع الأصلي للمحرر، أما الدليل الكتابي فهو الكتابة التي تعد مقدما أي وقت نشوء التصرف ويكون الغرض منها إثبات وجود هذا التصرف[3].

يضاف إلى ذلك أن السند الذي يعده المتعاقدان للإثبات وإن كان يمكن اعتباره بالمفهوم الواقع اعترافا منهما بوجود العقد الثابت فيه، فإنه بعد ذلك لا يعتبر إقرارا، لأن قصدهما من السند تهيئة الدليل للإثبات، في حين يعد الإقرار إقرارا، لأن قصدهما من السند تهيئة الدليل للإثبات، في حين الإقرار بمفهومه الحقيقي لا بد أن يقع في وقت لا حق على إبرام العقد[4].

4 **الإقرار والشهادة:**

يتفق الإقرار والشهادة في كونهما إخبار بحق سابق أو واقعة سابقة قامت قبل صدور الإقرار أو الإدلاء بالشهادة[5]، أما أوجه الاختلاف بينهما تمكن في:

_الإقرار هو اعتراف بما يدعيه عليه خصمه، فهو إخبار بحق على المقر لصالح المقر به، أما الشهادة فهي إخبار بواقعة أو بحق على الغير لصالح الغير[6].

---

[1] محمد ظاهر معروف، المبادئ الأولية في أصول الإجراءات الجنائية، بغداد ،1972، ج 1، ص 182.

[2] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 212.

[3] عادل حسن علي، الإثبات أحكام الالتزام، د.د.ن دين، 2004، ص 113.

[4] مفلح عواد القضاة، البينات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 2007، ص 286.

[5] عبد المنعم عبد الوهاب محمد، المرجع السابق، ص 38.

[6] همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 226.

_الإقرار دليل إثبات غير عادي ومن لا يصح الرجوع عن الإقرار قبل صدور الحكم وبعده، في حين الشهادة من طرق الإثبات العادية ويصح الرجوع عنها قبل الحكم، وأن الإقرار دليل احتياطي، أي لا يسعى إليه الخصم عادة إلا عندما لا يتوفر لديه دليل من الأدلة العادية التي يلجأ إليها الخصوم عادة[1].

_كما أن الإقرار من الأدلة التي لها قوة مطلقة في الإثبات، أي تثبت به التصرفات القانونية مهما بلغت قيمتها والوقائع المادية أيضا، باستثناء التصرفات الشكلية والمسائل المتعلقة بالنظام العام، في حين أن الشهادة لها قوة إثبات محدودة، فالتصرف القانوني إذا كانت قيمته تزيد عن النصاب المقرر قانونا أو غير محدد القيمة فلا يجوز إثباته أو انقضائه بالشهادة مالم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك[2].

_تتميز الشهادة عن الإقرار في أن الشاهد يشهد بما علم به، أما المقر يجوز له الإقرار بناء على غلبة الظن، كإقرار الوارث على خط أبيه وإقراره بعدم استفائه الدين منه، فالإقرار حجة كاملة بذاتها، ويكون الحكم مثبتا ومؤكدا بمقتضى الإقرار، أما الشهادة فإنها ليست حجة بذاتها ولا يثبت الحق بمجردها لكن باقتران القضاء بها، ولذلك يصح الرجوع عن الشهادة قبل الحكم، ولا يصح الرجوع عن الإقرار قبل القضاء أو بعده[3].

_الإقرار حجة قاصرة على المقر وورثته من بعده، ولا يتعدى إلى الغير، أما الشهادة حجة متعدية إلى الغير.

_يخضع الإقرار لإرادة المقر، إن شاء أقر وإن شاء امتنع، ولا يمكن إجباره على الإقرار، في حين أن أداء الشهادة واجب وحلف اليمين شرط مهم لصحة الشهادة كدليل إثبات[4].

---

[1] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 210، 211.

[2] نفس المرجع، ص 211.

[3] عبد المنعم عبد الوهاب محمد، المرجع السابق، ص 38.

[4] نفس المرجع، ص 41.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في مراقبة صحة الإقرار

الإقرار بوجه عام عبارة عن تصرف قانوني لا ينشئ حقا جديدا وإنما يتضمن إعفاء المقر له من عبئ الإثبات، وثبوت هذا الحق في ذمة المقر له، فإنه بهذه المتابعة ينطوي على تصرف قانوني واحد يشترط لصحته ما يشترط لصحة سائر التصرفات القانونية من سلامة الرضا وتوافر الأهلية للمقر للتصرف فيما أقر به.

لذلك لا بد على القاضي مراقبة شروط صحة الإقرار وحتى يكون صحيحا لابد أن يتم أمام القضاء وأثناء سير الدعوى التي تتعلق بموضوع الإقرار، وأن يكون تعبيرا عن إرادة جدية[1]، ويترتب عليه أن الإقرار يلزم صاحبه، أي أن له حجية قاطعة على المقر لا يجوز الرجوع عنه إلا إذا صدر نتيجة غلط في الواقع، ويقع عبئ إثبات هذا الغلط على المقر[2].

ونظرا لخطورة الإقرار القضائي، وما يترتب عليه من نتائج، فقد اشترط القانون لقبوله مجموعة من الشروط، وخول للقاضي سلطة مراعاة صحة هذه الشروط، واعتباره إقرارا قضائيا طبقا لما ينص عليه القانون المدني الجزائري، وعليه سنتناول في الفرع الأول مراقبة توفر شروط الإقرار القضائي، ورقابة محكمة النقض فيما يتعلق بالإقرار القضائي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مراقبة توفر شروط الإقرار القضائي

اعتبارا أن الإقرار يعد تصرف قانوني يتم بالإرادة المنفردة فإنه يشترط في المقر أن يكون خاليا من عيوب الرضا وبكامل قدراته العقلية، أي غير محجور عليه، فلا يصح إقرار الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه، ولا يصح على هؤلاء إقرار أوليائهم والقوامين عليهم[3]، وإذا صدر الإقرار ممن لا يملكه جاز لصاحب الصفة إجازته، فإذا أقيمت دعوى على من لم يبلغ سن الرشد وأقر بواقعة قانونية أثناء نظرها ، ثم تدخل وليه أو وصيه فيها، جاز له إجازة هذا الإقرار، بشرط أن يكون هو الآخر له صفة في هذا الصدد [4]، وذلك بالحصول على إذن من القاضي وأن يتم الإقرار في حدود هذا الإذن[5].

ويشترط في المقر به أن يكون معلوما ومعينا أو قابلا للتعيين[6]، وأن يرد على تصرف مشروع، فلا يصح أن يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة وأن يمنع المشرع إثباته عن طريق الإقرار.

أمام توفر هاته الشروط العامة والتي يتعين مراقبة توفرها من عدمه، إلا أن للإقرار شروط خاصة أقرها القانون بموجب المادة 341 من ق.م التي نصت على أنه: " **الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء**

---

[1] مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 90

[2] عادل حسن علي، الإثبات في المواد المدنية، مكتبة الزهراء الشرق، ط 1998، ص 128.

[3] عباس العبودي، شرح أحكام قانون البينات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط 2007، ص 195.

[4] أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 204.

[5] محمد حسين منصور، شرح قانون الإثبات العماني، ص 182-183.

[6] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 225.

بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة "، لذلك تعين حصر الشروط الخاصة للإقرار القضائي فيما يلي:

الشروط الأول: أن يكون الإقرار صادرا من الخصم في الدعوى.

يجب أن يصدر الإقرار من أحد خصوم الدعوى (المدعى عليه أو المدعي) أو ممن اختصم أحد خصوم الدعوى الأصليين، أو ممن اختصم لمصلحة العدالة بناء على أمر من المحكمة أو من تلقاء نفسها[1]، فلا بد أن يصدر الإقرار من الخصم نفسه شخصيا أو ممن ينوب عنه ويكون له حق الإقرار، أي لكي يعتبر الإقرار قضائيا لا بد أن يصدر من الخصم شخصيا أو بواسطة نائب له يكون له حق الإقرار بمقتضى توكيل خاص[2]، فالخصم في الدعوى هو الذي يملك الاعتراف بالواقعة المدعى بها، وعليه لا يعتد ما يذكره شخص ليس خصما في الدعوى إقرارا بوقوع واقعة معينة [3].

والأصل أن يكون الاعتراف الصادر عن المتقاضي اعترافا صريحا مكتوبا أو شفهيا، لا فرق بينهما، بشرط أن يكون قاطع الدلالة، واضحا لا مجال للشك أو الغموض فيه ،بأن يعبر عن إرادة المقر تعبيرا جازما قاطعا لا مجال للبس فيه ، وأن مجرد اتخاذ موقف سلبي بسكوت الخصم لا يمثل في حد ذاته إقرارا ضمنيا كسكوت الخصم ورفضه الإجابة أو الامتناع عن الرد ، وإنما لابد أن يكون هناك دليل يقيني على وجود مرماه[4]، يستخلصه القاضي من موضوع الدعوى، وذلك خلال نظره الأوراق والأعمال الصادرة من الخصم، بشرط أن يبين كيف أفادت هذه الأوراق والأعمال، أي بمعنى ما استخلصه، وأن يكون هذا البيان سائغا [5].

والمستقر عليه في القضاء أن الإقرار المعتبر، شرطه أن يكون صادرا عن الخصم بقصد الاعتراف بالحق المدعى به لخصمه، وجوب أن يكون ذلك على سبيل الجزم واليقين تعبيرا عن إرادة جدية حقيقية[6].

وأنه في حالة ما إذا أدلى الخصم بالإقرار أمام المحكمة شفويا يجب عليها إثباته بمحضر الجلسة حتى يتسنى لها أن تستند إليه في قضائها وحتى تستطيع محكمة الاستئناف بدورها أن تعمل سلطتها عليه سواء من ناحية صدوره أو من ناحية صحته أو ناحية تفسيره، ولكي تستطيع محكمة النقض بدورها أن تراقب محكمة الموضوع في تكييفها له وما إذا كان يعد إقرارا قضائيا أم لا[7].

---

[1] أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 202.

[2] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 54.

[3] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 193.

[4] عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 109، 110.

[5] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 579.

[6] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص 294.

[7] دناصوري عز الدين، المرجع السابق، ص 832.

الشرط الثاني: أن يصدر الإقرار أمام القضاء.

يشترط في الإقرار الصادر عن الخصم أن يكون أمام القضاء سواء كان الإقرار شفويا في الجلسة أو أثناء التحقيق أو البحث أو الاستجواب، أو كان كتابيا مقدما في شكل مذكرات أو طلبات معلنة للخصم في الدعوى موضوع الإقرار[1]، ويستوي في ذلك صدوره أمام القضاء المدني أو القضاء الإداري أو الجنائي أو جهة قضائية استثنائية أو حتى أمام هيئة المحكمين، شرط أن تكون محكمة مختصة نوعيا ووظيفيا[2].

وعليه لا يعتبر إقرارا قضائيا، الإقرار الذي يصدر من الخصم خارج الدعوى ولو كان قد صدر من المدين في الوقت الذي تنظر فيه الدعوى أمام المحكمة، لذلك يذهب الفقه أن الرسالة التي يرسلها أحد الطرفين إلى الأخر أثناء نظر الدعوى مقرا فيها بواقعة معينة متصلة بهذه الدعوى لا يعتبر إقرارا قضائيا[3]، مالم تبلغ إلى الخصم بالطرق المقررة قانونا لكي يكون داخلا في إجراءات الدعوى[4].

أما الإقرار الصادر أمام الخبير المنتدب في الدعوى فأرجح الرأي القائل بأنه لا يعتبر إقرارا قضائيا لأن متلقيه لا يتمتع بصفة القضاء، وتقريره في حد ذاته غير ملزم للقضاء[5]، وهو ما نصت عليه المادة 144 من ق إ م إ[6].

وهو الأمر الذي ذهب إليه القضاء الجزائري حسب القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 22 جوان 2005 ملف رقم 296003 أين جاء بمضمونه : "أن قضاة الاستئناف قد أسسوا فيما قضوا به إلى نتائج الخبرة التي أمروا بها بموجب قرارهم الذي تخلوا فيه عن صلاحياتهم كلية ومنحوها للخبير لا سيما في الجانب المتعلق بالإثبات ، إذ جعلوا تصريحات الطاعنين أمام الخبير من قبيل الإقرار القضائي المنصوص عليه بالمادتين 341 و 342 من القانون المدني، فاتخذوا تلك الأقوال دليلا على قيامهم بالأفعال المنسوبة إليهم من طرف الطاعن ، مع أنه من المعلوم بالضرورة أن الأقوال التي يدلى بها أمام الخبير لا تعد إقرارا قضائيا ملزما حتما وإنما من قبيل الإقرار غير القضائي الذي يخضع لتقدير قضاة الموضوع الذي يجوز لهم مع تقدير الظروف التي صدر فيها أن يعتبروه

---

[1] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 54.

[2] محمد حزيط، المرجع السابق، ص 198.

[3] قيس عبد الستار عثمان، الإقرار واستجواب الخصوم، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد سنة 1979، ص 20.

[4] محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 252،253.

[5] محمد زهدور، نفس المرجع، ص 54.

[6] نص المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه " **يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة، القاضي غير ملزم برأي الخبير غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاده نتائج الخبرة** " .

دليلا كاملا أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة ، كما لا يأخذ به أصلا و لا معقب على تقديرهم في ذلك متى بني على أسباب سائغه "[1].

ويكون الإقرار صحيحا ودليلا كاملا يجب أن يصدر أمام المحكمة التي تنظر النزاع، فلا يكفي إذا أن يصدر أثناء التحقيقات الجنائية التي تجريها النيابة العامة، ولا التحقيقات الإدارية ولا الخبير الفني[2].

ويثور التساؤل حول مدى اعتبار الإقرار الصادر أمام محكمة غير مختصة في نظر النزاع إقرارا قضائيا، انقسم الرأي في هذا الصدد إلى فريقين:

الرأي الأول: يفرق بين الاختصاص المتعلق بالنظام العام وغير المتعلق بالنظام العام[3].

– إذا كانت المحكمة غير مختصة من ناحية الاختصاص النوعي لا يعد في هذه الحالة الإقرار قضائيا، لأن أحكام هذا الاختصاص تتعلق بالنظام العام.

– أما إذا كان عدم الاختصاص متعلقا بعدم الاختصاص الإقليمي يحتفظ الإقرار بصفته القضائية لأن عدم الاختصاص الإقليمي غير متعلق بالنظام العام.

الرأي الثاني: لا يشترط لاعتبار الإقرار قضائيا أن تكون المحكمة التي صدر أمامها الإقرار مختصة بنظر الدعوى أو أصبحت مختصة بنظرها لعدم الاعتراض على اختصاصها في الوقت المناسب[4]، فمتى صدر الإقرار صحيحا في ذاته أمام محكمة ما، التصقت به الصفة القضائية ولو قضت هذه المحكمة فيما بعد بعدم اختصاصها بنظر الدعوى سواء كان عدم الاختصاص نوعيا أو محليا وألغي حكمها الصادر فيها بعد[5].

من الضروري الإشارة إلى بعض التشريعات العربية كالقانون المغربي والتونسي قد اعتبر أن الإقرار الذي يصدر أمام محكمة غير مختصة له قوة الإقرار القضائي، وهذا بخلاف الاتجاه السائد لدى بعض التشريعات وأحكام المحاكم وبعض الفقهاء، من اعتباره إقرار غير قضائي خاضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع.

وقد قررت المحكمة العليا أن الإقرار القضائي يقتصر على ذلك الاعتراف الذي يصدر من الخصم أثناء سير الدعوى حول وقائع تتعلق بها ويكون صحة على المقر، ومن تم فإن الإقرار الذي

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 22 جوان 2005 ملف رقم 296003، منشور بمجلة المحكمة العليا عدد 1 سنة 2005، ص 75.

[2] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص 296.

[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 495.

[4] أحمد أبو الوفاء، التعليق على قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 318.

[5] سحر إمام يوسف، المرجع السابق، ص 117.

يصدر من الخصم أثناء مرافعة سابقة ولو أمام نفس الجهة القضائية فإنه يعتبـــر إقرارا غير قضائيا وتختلف حجيته عن الأول[1].

الشرط الثالث: صدور الإقرار أثناء سير الخصومة:

ويقصد به أن يصدر الإقرار أثناء إجراءات الخصومة المتعلقة بالواقعة محل الإقرار، ويستوي أن يكون قد ورد في صحيفة افتتاح الدعوى أو ورد في مذكرة أو صدر شفاهه وتم إثباته بمحضر الجلسة، ولا يغير من صحة الإقرار أن يتم بناء على استجواب أو بدون استجواب[2].

ولا يشترط أن يصدر الإقرار أثناء المرافعة، بل قد يكون بعد إقفال باب المرافعة في مذكرة صرحت بها المحكمة قبل النطق بالحكم، ومن تم يكون الإقرار الصادر في دعوى أخرى ولو بين نفس الخصوم إقرارا غير قضائي بالنسبة لهذه الخصومة.

أما الإقرار الواقع خارج إجراءات الخصومة القائمة، فهو إقرار غير قضائي بالنسبة للقضية المطروحة، كما لو وقع إقرار من الخصم أثناء مرافعة سابقة ولو كانت قائمة أمام المحكمة نفسها[3].

كما يجوز أن يصدر الإقرار القضائي أمام محكمة الدرجة الأولى، ويجوز أيضا أن يصدر أمام المجلس القضائي كدرجة ثانية للتقاضي، غير أنه لا يقبل من الخصم الاعتراف بالحق المدعى به لأول مرة أمام محكمة النقض، لأن محكمة النقض لا تعتبر درجة من درجات التقاضي، فليس لها أن تقبل أدلة جديدة، حيث أنها لا تعيد النظر في موضوع النزاع، وإنما تنحصر مهمتها في مراقبة مدى تطبيق محكمة الموضوع للقانون على وقائع الدعوى وما إذا كان الحكم المطعون فيه قد التزم صحيح القانون أم أخطأ في تطبيقه[4].

الشرط الرابع: أن يقع الإقرار القضائي على واقعة قانونية مدعى بها.

يجب أن يقع الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها على المقر، ويستوي أن تكون الواقعة القانونية تصرفا قانونيا أو واقعة مادية، ولا يشترط في هذه الواقعة أن تكون مصدرا لحق من الحقوق، بل يكفي أن تكون واقعة يمكن الادعاء بها، وما دام أن الإقرار ينطوي على تصرف قانوني، لذا يجب أن يكون محل الإقرار معينا تعيينا كافيا مانعا من الجهالة الفاحشة[5].

فالإقرار ينصب على الواقعة القانونية، والتي تكون محلا للإثبات، فيجوز الإقرار بالنسبة لأي حق بغض النظر عن نوعه، أو قيمته، سواء كان تصرفا قانونيا أو واقعة مادية[6]، ولو كانت هذه القيمة

---

[1] قرار المحكمة العليا بتاريخ 13/ 11/ 1996 منشور في مجلة القضائية لسنة 1996 العدد 2.

[2] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص 297.

[3] يحي بكوش، المرجع السابق، ص 228.

[4] قروف موسى، المرجع السابق، ص 101.

[5] مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 294.

[6] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 193، 194.

تجاوز نصاب اختصاص المحكمة، فهي لا تحكم في النهاية إلا في حدود طلبات الخصوم التي يفترض أنها من اختصاصها، وما جاوز حدود طلبات الخصوم من الإقرار يعتبرها القاضي إقرار غير قضائي[1].

لابد أن يرد الاعتراف على واقعة منتجة في الدعوى من شأنها حسم النزاع الحاصل هذا فضلا عن ضرورة توافر الشروط العامة الواجب توافرها في الواقعة محل الإثبات، يجب أن يكون الإقرار منطقيا يتقبله العقل، ذلك بأن لا يكذب الإقرار ظاهر الحال، فلا يصح أن يقر الشخص ببنوة ابن خلافا للتحاليل البيولوجية.

والواقعة القانونية كمحل للإقرار القضائي هي الواقعة المدعى بها على الخصم وبالتالي تكون منتجة في الدعوى وتصلح أن تكون محلا للاعتراف بها أمام المحكمة ويكون هذا الاعتراف منتجا لكل آثاره القانونية كدليل إثبات يستند إليه قاضي الموضوع عند حكمه في الدعوى ويلتزم به الخصوم.

الفرع الثاني: رقابة محكمة النقض فيما يتعلق بالإقرار القضائي

إن الإقرار إذا توافرت شروط صحته، فإنه يعد دليلا كاملا وملزما للمقر ويضع حدا للنزاع بشأن الواقعة المقر بها، لذلك يوصف الإقرار بأنه حجة قاطعة، أي قاطعة للنزاع وكذلك يعد ملزما للقاضي والمتقاضين[2]، لذلك يجب على القاضي أن يأخذ به ويحكم بمقتضاه، ولا يجوز إثبات عكس الإقرار، إذ بالإقرار تصبح الواقعة ثابتة في حق المقر، ولا تعود بحاجة إلى إثبات[3].

إن عملية استخلاص توافر شروط أو أركان الإقرار القضائي أو عدم توافرها، وكذلك تفسير عبارات الإقرار تعد من المسائل الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض[4].

أما عملية تكييف الإقرار والقول بأنه صادر أو غير صادر في مجلس القضاء يعتبر مسألة اجتهاد في القانون تخضع فيه المحكمة لرقابة محكمة النقض، إذ أن التكييف القانوني للوقائع التي أثبتها قاضي الموضوع في حكمه أو إنزال حكم القانون عليها باعتبارها إقرارا أم لا هي مسألة قانونية وليست مسألة واقع[5].

كما أن عدول القاضي عن الإقرار القضائي بدون سبب سائغ أو سماحه بتجزئته، يعد مخالفا للقانون ويخضع لرقابة محكمة النقض، فالقاضي يملك سلطة واسعة فيما يتعلق بتفسير الإقرار، ما لم

---

[1] أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 316.

[2] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 197.

[3] نبيل ابراهيم وهمام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 317

[4] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 185.

[5] عبد الستار إمام يوسف، مرجع سابق، ص 118، 120.

تؤد إلى انحراف عن إرادة الخصوم، وعليه فإن من حق القاضي أن يعطي لأي تصريح يدعى به أمامه قيمة الإقرار القضائي، وهذه السلطة لا تخضع لرقابة محكمة النقض[1].

إن حق القاضي في تفسير الدليل وتحديد معناه لا شبهة فيه لذلك كانت له السلطة التامة في تفسير إقرارات الخصوم، وتقدير ما إذا كان يمكن اعتبارها اعترافا ببعض وقائع الدعوى أم لا[2]، بشرط ألا يخرج في تفسيره بعبارات الإقرار عن المعنى الظاهر لعباراته، فإذا قام القاضي بتحميل عبارات الإقرار معنى يخالف ظاهرها دون تبرير كان حكمه مشوبا بالقصور يستوجب نقضه[3].

وتطبيقا لهذا المبدأ فقد يحكم بأنه إذا تمسك أحد الخصوم بأن اتفاقا يتضمن إقرارا صريحا من الخصم بادعائه فإن القاضي يستطيع بماله من سلطة في تفسير الاتفاقات أن يصرح بأن هذا الخصم لم يتنازل بإقراره عن أي شيء من حقوقه[4].

أما فيما يتعلق بالإقرار غير القضائي، فإن لقاضي الموضوع سلطة كاملة في تقدير الإقرارات التي تصدر من الخصوم خارج مجلس القضاء المختص بنظر الدعوى موضوع الإقرار، فله أن يجعلها حجة مطلقة إذا اقتنع بصحتها أو أن يحد من هذه الحجية، فيعتبرها مبدأ ثبوت بالكتابة، أو مجرد قرينة أو لا يأخذ بها أصلا، كما له أن يرفض تجزئة الإقرار غير القضائي أو أن يجزئه، وله أن يقبل الرجوع فيه أو يجيز الرجوع فيه[5].

إلا أنه يشترط لكي يكون قضاءه بعيد عن رقابة النقض أن تكون الأسباب التي بني عليها هذا التقدير مستساغة عقلا ، فإذا شابها قصور وكانت لا تؤدي إلى ما انتهى إليه ، فإن حكمه يكون معيبا بما يستوجب نقضه ، وهو ما ذهب إليه القضاء المصري بقراره الصادر سنة 1955 الطعن رقم 60 على أنه :" الإقرار إذا صدر أمام القضاء في دعوى متعلقة بالواقعة التي حصل عنها الإقرار هو إقرار قضائي حجة على المقر ويتعين على القاضي أن يأخذ به ويحكم بمقتضاه ، أما الإقرار الذي صدر في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوع الإقرار فلا يعتبر إقرارا قضائيا ، ويخضع لتقدير القاضي الذي يجوز له تجزئته كما أن له مع تقدير الظروف التي صدر فيها أن يعتبره دليلا أو مجرد قرينة أو لا يأخذ به أصلا "[6].

---

[1] بكوش يحي، مرجع سابق، ص 293.

[2] أحمد نشأت، المرجع السابق، ص 16

[3] عبد الستار إمام يوسف، نفس المرجع، ص 119.

[4] يحي بكوش، مرجع سابق، ص 294.

[5] قروف موسى، المرجع السابق، ص 105.

[6] سعيد أحمد شعلة، أحكام النقض المدنية، الإثبات، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى 2007، ص 446.

المطلب الثالث: مدى التزام القاضي بالإقرار وحجيته في الإثبات

الإقرار الذي يصدر في مجلس القضاء، عندما يستوفي شروط صحته، فإنه يعد حجة كاملة بذاته على المقر، ولا يجوز الرجوع فيه، كما أنها تعفي المقر له من تقدير دليل إثبات آخر على الواقعة المقر بها، فحجية الإقرار في الإثبات حددها القانون وعلى القاضي في ممارسة دوره في الإثبات أن يلتزم هذه الحجية ويتحرك في إطارها.

وقد أورد القانون المدني الجزائري أحكاما مهمة تتعلق بحجية الإقرار أين نصت المادة 342 منه على أنه " **الإقرار حجة قاطعة على المقر، لا يجوز الرجوع فيه، وأن الإقرار لا يتجزأ على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة، وكان وجود واقعة منها لا تستلزم حتما وجود واقعة أخرى** ".

ويستخلص مما تقدم أنه يترتب على الإقرار القضائي في القانون الجزائري والقوانين العربية آثار ثلاثة على جانب كبير من الأهمية، وهي أن للإقرار حجية كاملة على لمقر، إلى جانب عدم جواز الرجوع في الإقرار، وعدم إمكان تجزئته وسنتناول ذلك في ثلاثة فروع، الفرع الأول نتناول فيه حجية الإقرار بالنسبة للقاضي، وفي الفرع الثاني إلى سلطة القاضي من عدم الرجوع في الإقرار أما الفرع الثالث نخصصه في سلطة القاضي من عدم تجزئة الإقرار القضائي.

الفرع الأول: حجية الإقرار بالنسبة للقاضي

الإقرار تكون له حجية قاطعة بالنسبة للمقر، بمعنى أن الإقرار متى تأكدت المحكمة من صحته وعدم صوريته فإنه يعد دليلا كاملا وملزما للمقر، وأنه يحسم النزاع بشأن الواقعة المقر بها، ولذلك يوصف الإقرار بأنه حجة قاطعة أي قاطعة للنزاع، وكذلك يعد الإقرار ملزما للقاضي يقضي به من تلقاء نفسه، ويترتب عليه إعفاء المدعى من إقامة الدليل على ما يدعيه، ويزول النزاع حول الواقعة المقر بها، وتصبح في غير حاجة إلى الإثبات، ويأخذ بها القاضي واقعة ثابتة بالنسبة للخصم الذي أقر بها[1]، كما يلتزم القاضي بالحكم وفقا لمقتضى الإقرار دون أن يكون له في ذلك سلطة تقديرية [2].

يلتزم القاضي بدلالة الإقرار فيقضي في الدعوى على ضوء هذه الدلالة دون أن تكون له في ذلك سلطة تقديرية، فالإقرار الصحيح يعد من الأدلة التي يتقيد القاضي بحجتها كالكتابة، أي أنه يلزم القاضي بذاته فيتعين عليه التقيد به والحكم من تلقاء نفسه بقبول دعوى المدعي على أساسه[3].

ويرجع أصل حجية الإقرار بوجه عام إلى أن الإقرار يصدر عادة من شخص ضد مصلحته الشخصية، مما يجعل احتمال صدقه يرجح على احتمال كذبه [4]، ومما يزيد من رجحان هذا الاحتمال

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 210.

[2] فتحي والي، المرجع السابق، ص 775.

[3] محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 210.

[4] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 46.

إذا كان الإقرار صادر أمام المحكمة الأمر الذي من شأنه أن ينبه المقر إلى خطورة الآثار القانونية المترتبة على أقواله[1]، غير أنه لا ينبغي استبعاد احتمال أن يكون المقر قد كذب في إقراره لضرر يدفعه عن نفسه يراه في تقديره أشد من الذي يلحقه بسبب إقراره، وهنا تظهر فطنة القاضي وموهبته وقوة بصيرته في معرفة الأغراض الأخرى التي يرمي إليها المقر من وراء إقراره [2].

لا يعيب الإقرار ولا ينقص من قوته عدم ذكر سبب له لأن الإقرار مقرر للحق لا منشئ له، وقد أكدت محكمة النقض أن الإقرار لا يكون سببا لمدلوله وإنما هو دليل تقدم الاستحقاق عليه في زمن سابق، فحكمه ظهور ما أقر به المقر لا ثبوته ابتداء، ويكون الإقرار صحيحا نافذا ولو كان خاليا من ذكر سببه السابق عليه فإذا أقر الوالد لولده في ورقة حررها بأنه يملك عقارا معينا نفذ عليه حكم هذا الإقرار ولو كان لم يذكر له سببا[3].

بحسب ما تقتضيه القواعد العامة فإنه يجوز لكل ذي مصلحة باستثناء المقر أن يثبت ما يخالف الإقرار بكل طرق الإثبات، كما يجوز له أن يثبت ما يخالف الكتابة، ويكون إثبات العكس حسب ما تقتضيه القواعد العامة في الإثبات، أي بالدليل الكتابي فيما إذا كان المقر به تصرفا قانونيا مدنيا على مائة ألف دينار، أو كان غير محدد القيمة وفيما عدا ذلك يجوز الإثبات بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهادة والقرائن القضائية[4]، إلا أنه يجوز للمقر التمسك بعدم صحة إقراره لصدوره مثلا تحت تأثير عيوب الرضا كالإكراه[5]. إذا كان الإقرار يحتفظ بحجيته تجاه المقر وورثة ودائنيه أي أن المقر به يعتبر ثابتا في مواجهة الخصم الذي أقر به وورثته باعتبارهم خلفا عاما له ولدائنيه[6].

إذا كان الإقرار حجة قاصرة على المقر وخلفه، فهو تصرف قانوني، ولا تسري آثاره إلا بالنسبة للأشخاص الذين تنصرف إليهم آثار التصرف القانوني، فهو يلزم المقر وخلفه العام والخلف الخاص فيما يتعلق بأثر الإقرار بالنسبة للحق الذي انتقل إليهم ، أما غير هؤلاء فلا يتعدى إليهم أثر الإقرار، فالإقرار لأحد الورثة بدين على التركة لا يسري بالنسبة لبقية الورثة [7]، فإن كان الإقرار في حقيقته يحجب تصرفا إنشائيا بين المقر والمقر له جاز للخلف أن يطعن في ذلك الإقرار بإقامته الدليل على

---

[1] فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة 1981، ص 360.

[2] عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 129، 131.

[3] أحمد نشأت، المرجع السابق، ص 33.

[4] قيس عبد الستار عثمان، المرجع السابق، ص 335.

[5] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 191.

[6] عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق، ص 397.

[7] عبد الحميد الشواربي، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والأحوال الشخصية، منشأة المعارف، مصر، ص 787.

كذبه، كما إذا اعترف شخص مريض مرض الموت بمديونيته لشخص آخر غير وارث جاز للورثة الطعن في ذلك الاعتراف بأنه تصرف صدر في مرض الموت وتجري عليه أحكام الوصية [1].

إذا كان قضاة الموضوع لا يملكون سلطة تقدير حجية الإقرار فإن لهم أن يقدروا قيمة الإقرار الواقع أمامهم فيحددوا معناه ومحتواه بدون أن تسلط عليهم رقابة في ذلك طالما أنهم لم يحرفوا الوثائق التي يستخلص منها ذلك الإقرار، وعليه فإن من حق القضاة تقدير محتوى التصريحات التي يدين بها أمام رجال الدرك من طرف أحد الخصوم[2].

ويخضع القاضي فيما يخص حجية الإقرار القضائي لرقابة المحكمة العليا فمتى صدر الإقرار صحيحا صار ملزما، وعدم الاعتماد عليه أو استبعاده من قبل المحكمة دون سبب جدي أو قانوني يعرض حكمها للنقض لعيب مخالفة القانون، كما يمنع على القاضي بعد الإقرار بالواقعة أن يجري تحقيقات حولها للبحث عن أدلة أخرى ما دام الإقرار حسم النزاع بشأن تلك الواقعة.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في عدم الرجوع عن الإقرار القضائي

القاعدة هي أن الإقرار تصرف قانوني من جانب واحد ملزم لصاحبه بمجرد صدوره منه غير مرهون على رضا المقر له، ومن ثم لا يجوز للمقر أن يتخلص من إقراره بالعدول منه إلا أذا أثبت أنه وقع في غلط في الواقع[3]، لذلك لا يستطيع المقر الرجوع في إقراره بعد صدوره ولو أن المقر له لم يقبله، ولا يستطيع ذلك حتى ولو قبل أن يتمسك به المقر له، وعلى المقر أن يلتزم بإقراره[4]، بل لا يصح الرجوع حتى ولو كان المقر له مجنونا أو قاصرا إذ لا يشترط في المقر له العقل والبلوغ[5].

إن مسألة عدم جواز العدول عن الإقرار تقتضيها طبيعة الإقرار باعتباره إخبار عن حقيقة واقعية تمت قبل صدوره، وعليه لا يجوز للمقر أن يحجب الحقيقة بعد أن ظهرت واضحة سواء كان ذلك قبل صدور الحكم المبني على الإقرار أو بعد صدوره[6].

وبالنتيجة مما تقدم أن الأصل هو عدم جواز عدول المقر عن إقراره سواء كان العدول عنه كليا أو جزئيا أو أن يضيف إليه في وقت لاحق لصدوره واقعة جديدة يكون من شأنها أن تعدل من الإقرار السابق أو تغيير دلالته[7]، إلا أن هذا الحكم يرد عليه استثناءات تجيز للمقر الرجوع عن إقراره ، لذلك

---

[1] محمد زهدور، مرجع سابق، ص 55.

[2] فاطمة الزهاء تبوب، مرجع سابق، ص 75.

[3] سحر إمام يوسف، مرجع سابق، ص 127.

[4] علي أحمد جراح، المرجع السابق، ص 60.

[5] فتحي والي، المرجع السابق، ص 778.

[6] عصمت عبد المديد بكر، المرجع السابق، ص 237.

[7] ماجد محمد أبو رضية، رجوع المقر عن إقراره في الشريعة الإسلامية مقال منشو، مجلة دراسة الشريعة والقانون، صادرة عن الجامعة الأردنية، المجلد 11، 1984، ص 53.

فإن الكثير من التشريعات تجيز الرجوع عن الإقرارات استثناءا من القاعدة العامة وذلك إذا كذب بحكم ، أو لخطأ في الواقع أو لوجود سبب من الأسباب التي تبطله 1، أو نتيجة غلط يقع فيه المقر ، نجد قانون البيانات الأردني ينص في المادة 50 منه بقولها : "يلزم المرء بإقراره إلا إذا كذب بحكم ، ولا يصح الرجوع عن الإقرار إلا لخطأ في الواقع على أن يثبت المقر ذلك "[2].

ونصت المادة 1356 مدني فرنسي أنه " لا يجوز الرجوع في الإقرار إلا إذا ثبت أنه صدر عن غلط في الواقع "، لذلك تعين التمييز بين الغلط في القانون والغلط في الواقع، فإذا كان المقر قد وقع في غلط في الواقع فيجوز له الرجوع عن إقراره، وهذه مسألة تتفق مع العقل والنطق، ذلك أن قوة الإقرار تقوم على كونه خبر يسوقه المقر فيكشف بها عن حقيقة الوقائع المدعى بها، فإذا كانت هذه الوقائع قد تمثلت في ذهن المقر على غير حقيقتها جاز له أن يرجع عن إقراره، لتمكينه من جعل إقراره مطابقا للواقع[3].

وعلى المقر أن يثبت أن الواقعة التي أقر بها غير صحيحة، ويقع عبئ إثبات ذلك على المقر باعتباره مدعيا وإثبات ذلك يكون وفقا للقواعد العامة للإثبات[4].

أما الغلط في القانون فلا يصح سببا للرجوع عن الإقرار ولا يعتد به، والمقصود هو الغلط في النتائج القانونية التي تترتب على الإقرار، فإذا أراد المقر الرجوع عن إقراره بحجة أنه كان يجهل النتيجة القانونية لحكم القانون في الأمر المعترف به فلا يقبل ذلك منه، لأن الجهل بالقانون ليس عذرا عملا بقاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون [5]، ومسألة تقدير جواز رجوع المقر عن إقراره أو عدم جواز ذلك يعد عملا قانونيا يخضع لرقابة محكمة النقض، بشرط أن يكون قد تم إثارته أمام قاضي الموضوع، إذ لا يمكن الطعن على أساسه لأول مرة أمام محكمة النقض [6].

وخلافا لبعض القوانين التي صرحت بعدم جواز الرجوع عن الإقرار لغلط في القانون فإن القانون الجزائري ينص على استثناء في هذه المسألة إذ يجوز إبطال الإقرار والعدول عنه بسبب غلط سواء في القانون أو في الواقع [7]، أنه إذا كان القانون يسمح بفسخ تصرف قانوني أو إبطاله وأقر به المتصرف جهلا منه بالقانون فله أن يعدل عن إقراره، لأن هذا الغلط لا يكون في النتائج القانونية

---

[1] علي أحمد الجراح نفس المرجع ونفس الصفحة.

[2] نفس المرجع ونفس الصفحة.

[3] قروف موسى، مرجع سابق، ص 110.

[4] عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 398

[5] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 62.

[6] محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 167.

[7] نص المادة 83 من القانون المدني الجزائري: " **يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81-82 ما لم ينص القانون على غير ذلك** ".

للإقرار، بل في العناصر القانونية التي يقوم عليها [1]، مثال ذلك الوارث الذي يقر بملكية الموصي له للعين الموصي بها، والتي تزيد عن ثلث التركة، معتقدا أن الوصية تجوز حتى لو جاوزت ثلث التركة، ففي هذه الحالة يحق للمقر أن يرجع عن إقراره إذا أثبت هذا الغلط في القانون ، الذي وقع فيه [2].

الفرع الثالث: سلطة القاضي من عدم تجزئة الإقرار القضائي

نصت المادة 342 فقرة 2 من القانون المدني على أنه:" **ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا تستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى** "، فبمقتضى هذه القاعدة أن الإقرار لا يتجزأ، إما أن يؤخذ كله أو يترك كله فلا يجوز للمقر له أن يأخذ منه ما ينفعه ويترك ما يضره[3].

هذه القاعدة تبدأ أساسها في مبرر قانوني، وآخر تقتضيه العدالة، ذلك أنه من شروط الإقرار أن تتجه إرادة المقر إلى إلزام نفسه واعتبار الإقرار حجة عليه، وأنه ينطوي على نزوله عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه، وفي تجزئة الإقرار والأخذ بما يضر المقر وترك ما ينفعه فيه حمل الإقرار على غير محمله خلافا لقصد المقر، وهذا يؤدي إلى إثبات الحق على المنكر بإنكاره، خلافا للقاعدة القائلة: أنه على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه[4].

ذلك أنه إذا تم تجزئة الإقرار وتكليف المقر بإثبات ما كان في مصلحته فقد حملنا المقر عبئ الإثبات من غير حق لأن المقر له يقدم دليلا أصلا على وجود الحق المتنازع عليه لكي يجوز اعتبار ما قاله المقر لمصلحته دفعا ونطلب منه إثباته[5].

وهو ما ذهب إليه القضاء المصري بقرارها الصادر في 15/ 04/ 1937 طعن رقم 64 أنه: " إذا أقر الدائن بعدم صحة السبب الوارد في سند الدين وذكر سببا آخر مشروعا على أنه السبب الحقيقي كان إقراراه هذا غير قابل للتجزئة وكان الالتزام قائما وصحيحا مالم يثبت المدين أن هذا السبب الأخر غير صحيح"[6].

إن قاعدة عدم تجزئة الإقرار من دون حق ممارسة القاضي لسلطة تفسير أي دليل يقدم إليه وتحديد معناه، فإذا أقر المدين بالدين ولكنه ادعى أنه التزام معلق على شرط، جاز للمحكمة أن تفسر

---

[1] علي أحمد الجراح، نفس المرجع، ص 63.

[2] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 485.

[3] محمد زهدور، مرجع سابق، ص 56.

[4] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 65

[5] أحمد نشأت، المرجع السابق، ص 40.

[6] سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 458.

هذا الشرط بما يجعل وجود الالتزام محققا ولا رقابة لمحكمة النقض عليها متى كانت قد فسرته تفسيرا لا يخرج من مدلول عباراته[1].

إن قاعدة عدم تجزئة الإقرار ليست مطلقة وإنما يرد عليها بعض الاستثناءات تناولته الفقرة الثانية من المادة 342 من ق.م المذكورة أعلاه، فيكون الإقرار قابلا للتجزئة إذا كان ينصب على وقائع متعددة، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم وجود الوقائع الأخرى إلا أن تحديد نطاق تطبيق هذه القاعدة يتوقف على نوع الإقرار القضائي إما يكون بسيطا، أو موصوفا، أو مركبا وهو ما سنتطرق إليه فيما يأتي:

ألا: الإقرار البسيط

وهو الإقرار الذي يقتصر على اعتراف مجرد تام بكل ما يدعيه الخصم دون تعديل أو إضافة سواء كان المدعى به محل الإقرار واقعة واحدة أو أكثر من واقعة، وطبقا لذلك لا يكون هناك محمل للنظر فيما إذا كان هذا الإقرار يتجزأ أو لا يتجزأ[2]، كأن يدعي الخصم بأنه أقرض خصمه مبلغا من النقود فيقر المدعى عليه ذلك، فالإقرار تمحض لمصلحة المقر له، وتكون الواقعة المدعاة ثابتة في ذمة المقر، كما وردت في ادعاء المدعي، لذلك اتفق الفقهاء على عدم الخوض في تجزئته[3].

ثانيا: الإقرار الموصوف

يتضمن الإقرار الموصوف الاعتراف بالواقعة موضوع النزاع مع إضافة وصف يعدلها أو يغير طبيعتها القانونية [4]، فالمسألة تقتصر على إضافة وصف إلى الواقعة الأصلية التي أوردها المدعي في دعواه، بحيث يترتب عليه تعديل في طبيعة أو جوهر تلك الواقعة [5]، مثال ذلك كأن يدعي الدائن أن له دينا حالا، فيقر المدين بالدين، ولكنه يضيف إلى ذلك أن الدين معلق على شرط أو مضاف إلى أجل[6]، غير أنه يشترط لاعتبار الإقرار موصوفا أن يكون الوصف مقترنا بالدين وقت نشوئه، إذا كان موصوفا قد نشأ بعد نشوء الدين بالاتفاق اللاحق على تقسيط الدين أو على سريان الفوائد فإن هذا الإقرار في هذه الحالة لا يكون موصوفا [7].

وحكم الإقرار الموصوف أنه غير قابل للتجزئة على صاحبه ، ويتعين على المدعي أن يأخذ به كله أو أن يرده كله ، فلا يجوز له أن يأخذ منه الجزء المفيد الذي يثبت دعواه ويهمل الجزء الآخر

---

[1] محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 40.

[2] انظر المادة 342 من القانون المدني.

[3] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 68.

[4] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 56.

[5] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 244.

[6] محمد حزيط، المرجع السابق، ص 202.

[7] رزق الله الإنطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الخامسة، دمشق، 1962، ص 609.

الذي يشكل إنكارا لها، وفي هذا الحال يتحمل عبئ إثبات دعواه طبقا للقواعد العامة كما لو لم يكن هناك أي إقرار[1]، لأنه ليس من العدل في شيء إلحاق الضرر بالمقر بسبب ما أدعى به من إقرار كما هو في حال من عدم الإدلاء به [2]، فإذا اختار المقر له اعتماد الإقرار كدليل على دعواه أصبحت الواقعة الأصلية المدعاة ثابتة ثبوتا نهائيا لعدم المنازعة فيها، أما الوصف المعتاد إليها فيعتبر ثابتا في حق المقر له المتمسك بالإقرار مالم يتمكن المقر له من إثبات عدم صحته وفقا للقواعد العامة في الإثبات.

ثالثا: الإقرار المركب.

هو اعتراف الخصم بما يدعيه خصمه مع إضافة واقعة أخرى من شأنها التأثير في دلالة الواقعة الأولى[3]، وعلى أنه هو الذي يعرف فيه المقر بالواقعة موضوع النزاع من غير تعديل، ولكنه يضيف إليها واقعة أخرى جديدة من شأنها أن تؤثر لصالحه على نتيجة الواقعة الأولى المدعاة عليه[4].

وقد عرفه الأستاذ سليمان مرقس بأنه:" الإقرار بالواقعة المدعى بها مضاف إليها واقعة أخرى لاحقة تترتب عليها نتائج تؤثر في نتائج الواقعة الأولى "[5].

فالإقرار المركب هو إقرار بالواقعة الأصلية لا موصوفة وغير معدلة وإنما مضاف إليها واقعة أخرى منفصلة عنها تحدث بعد حصولها، أي أن هذه الواقعة الأخرى لاحقة للواقعة الأصلية ومرتبطة بها بحيث تترتب عليها نتائج تؤثر على الواقعة الأصلية في كيانها ووجودها القانوني[6].

يشترك الإقرار المركب مع الإقرار الموصوف في أن كل منهما يشتمل على واقعة أصلية وواقعة مرتبطة بها، يكمن الفارق بينهما في أن الواقعة المرتبطة أو الإضافية ترتبط بالواقعة الأصلية منذ نشوئها في حالة الإقرار الموصوف، أي أنه هناك تلازم بين الواقعتين[7].

وقد اختلف الفقه والقضاء على أن هذا النوع من الإقرار يكون بحسب الأصل غير قابل للتجزئة بالمعنى المشار بالنسبة للإقرار الموصوف[8]، لكن هناك حالة يتجزأ فيها هذا الإقرار مما يجب أن نفرق في هذا الفرض بين أمرين:

---

[1] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 176.

[2] إدوارد عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، ط ح دار الثقافة للطبع والنشر، القاهرة سنة 1998، ص 375.

[3] محمد حزيط، المرجع السابق، ص 202.

[4] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 56.

[5] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 59.

[6] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 69،70.

[7] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 214.

[8] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 507.

الأمر الأول:إذا كانت الواقعتين مرتبطتين ارتباطا يجعل من الثانية نتاجا للأولى أي وجود الواقعة الثانية مرتبطة ارتباطا عضويا بالواقعة الأولى فهذا الإقرار لا يقبل التجزئة ، وهذا الحكم الذي عبرت عنه المادة 342 ق م المذكورة بقولها :" ...**لا يستلزم حتما وجود واقعة أخرى** "، مفهوم لا يستلزم إذا كان هناك استلزام وارتباط بين واقعتين فلا يجوز تجزئة الإقرار، ومثال ذلك إذا أقر المدين بالدين ، ولكنه أضاف بأنه وفاه للدائن أو أبرأه منه، فإن واقعة الوفاء أو الإبراء هي واقعة جديدة أضافها المقر إلى واقعة الدين الذي اعترف به وبين الواقعتين ارتباط يجعل من واقعة الوفاء أو الإبراء نتيجة لواقعة الدين .

ومما تجدر ملاحظته في هذا الصدد أنه ينبغي أن تكون إضافة الوقائع الجديدة إلى الوقائع الأصلية صريحة وواضحة كي يمكن اعتبار الإقرار مركبا وغير قابل للتجزئة[1].

الأمر الثاني: إذا كانت الواقعة المضافة لا ترتبط ارتباطا وثيقا بالواقعة الأصلية من حيث محلها وطبيعتها ولا تستلزم حتما سبق حصول الواقعة الأصلية، فإن الإقرار يكون قابلا للتجزئة[2]، ومثال ذلك إذا أقر المدين بالدين وأضاف أن الدين قد انقضى بطريقة المقاصة فإن الإقرار يتجزأ، ذلك لأن المقاصة تقتضي نشوء دين آخر لصالح المقر في ذمة المقر له، ووجود أحدهما لا يستلزم حتما وجود الآخر إذ أن كلا من الدينين مستقل عن الآخر وله وجود ذاتي ومن ثم فإنه يمكن الفصل بينهما[3].

وقابلية تجزئة الإقرار في هذا الغرض لا يمثل خروجا عن المبدأ العام الذي يقتضي بعدم قابلية الإقرار للتجزئة، إذ أن إمكانية تجزئته هنا ترجع لكونه يتضمن عدة وقائع لا تستلزم حتما وجودها سويا وإنما حمل هذا الإقرار في طياته عددا من الوقائع كل منها يعد في ذاته إقرارا بسيطا.

إن قاعدة عدم تجزئة الإقرار تعتبر مسألة قانونية خاضعة لرقابة المحكمة العليا[4]، لذلك إذا قام قضاة الموضوع بتجزئة إقرار لا يصح أو يمنع القانون تجزئته أو لم يجزؤوا إقرار اتضح تجزئته فهم يسألون عن ذلك، واستنادا لما لقاضي الموضوع من سلطة تقديرية كفاية الدليل أو عدم كفايته فله رفض الطلب إذا وجد في أوراق الدعوى ما يغني عن اللجوء إلى طريق الاستجواب[5].

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 22/ 1932/12 في الطعن رقم 64 أنه: " إذا اعتبرت محكمة الموضوع الإقرار الصادر من خصم لخصمه إقرارا موصوفا غير قابل للتجزئة، وطعن في حكمها بأن هذا الإقرار ليس كذلك، وإنما هو إقرار مركب قابل للتجزئة،

---

[1] عبد المنعم فرج الصدة، مرجع السابق، ص 406.

[2] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 70.

[3] نفس المرجع، ص 71.

[4] يحي بكوش، المرجع السابق، ص 68.

[5] فاطمة الزهراء تبوب، المرجع السابق، ص 75.

ورأت محكمة النقض أنه وإن كان إقرارا مركبا إلا أنه غير قابل للتجزئة كما أخذت به محكمة الموضوع في نتيجة حكمها، جاز مع ذلك لمحكمة النقض أن ترفض هذا الطعن "[1].

إذا تعددت الإقرارات فلا يؤخذ بقاعدة عدم التجزئة إلا بالنسبة لكل إقرار على حدى، فإذا كانت هناك وقائع قانونية متعددة فتعددت الإقرارات فيعتبر كل إقرار مستقلا عن الآخر فيجوز للمقر له التمسك بإحدى هذه الإقرارات دون البعض الآخر[2].

كذلك يجوز للمحكمة أن تهمل الواقعة المضافة التي تكذبها المستندات أو كانت ظاهرة الكذب بطبيعتها، مثال ذلك ما لو أقر المدعي بأنه استلم المبلغ لشراء أسهم للمدعي ولكن ثبت أنه اشتراها لنفسه وباسمه[3]. وكذلك الحال فيما إذا كانت الواقعة المضافة إلى الواقعة الأصلية مستحيلة التصديق وهذه تعتبر مسألة واقع يرجع لقاضي الموضوع أمر تقديرها[4].

وما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 09/05/ 2000 قضية رقم 215174 أنه: " من المقرر قانونا أن الإقرار حجة قاطعة على المقر ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود وقائع أخرى "[5].

---

[1] سعيد أحمد شعلة، المرجع السابق، ص 458.

[2] محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 266.

[3] حسن علي الذنون، أحكام الالتزام، ط 1952، بغداد، ج 2، ص 445.

[4] إدوارد عيد، المرجع السابق، ص 381.

[5] قرار المحكمة العليا مؤرخ في 09/ 05/ 2000 قضية رقم 215174، مجلة قضائية سنة 2000 عدد الثاني –ص 134.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في استجواب الخصم

لقد بينا في مستهل هذا الفصل انه غالبا ما يكون الغرض من الاستجواب هو الحصول على إقرار الخصم، ولهذا الارتباط بين الإقرار والاستجواب فإن القوانين في معظمها تتناول أحكام الإقرار والاستجواب في فصل واحد، وإقرار الخصم هو من أقوى الأدلة على صحة ما يدعى به عليه، و لكن الخصم قد يقر من تلقاء نفسه وقد لا يقر إلا بعد مناقشته في مجلس القضاء، وبحضور خصمه فلا يقوى على إنكار الحقوق ، وقد لا يؤذي الاستجواب إلى صدور إقرار من الخصم و لكن قد يدلي بما يستشف منه ان الواقعة المدعاة قريبة التصديق أو قد يحضر ويتذرع بالجهل والنسيان[1]، وأن الهدف من الاستجواب هو الحصول على إقرار، فتنطبق هذه الشروط على الشخص المراد استجوابه للحصول على إقرار منه.

وأن القاضي يستعمل صلاحيته في استجواب الخصوم لم يكن في ذهنه في الحقيقة سواء تحقيق غرض وفائدة من الاستجواب كالحصول على الإقرار او إجلاء غموض أو إظهار حقيقة أو التحقق من صحة واقعة من وقائع الدعوى المنظورة أمامه[2].

وعالج المشرع الجزائري إجراءات حضور الخصوم واستجوابهم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية القسم الخامس من الباب المتعلق بإجراءات التحقيق من المواد 98 إلى 107منه[3]، فرغبة المشرع في إعادة هذا الإجراء التقليدي إلى مكانته الأصلية كونه يعتبر من أقدم إجراءات التحقيق التي عرفتها الأنظمة القانونية المقارنة.

لذلك سنتناول الاستجواب وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية بتقسيمه إلى ثلاث مطالب، المطلب الأول نتناول فيه ماهية الاستجواب، وأما المطلب الثاني نتناول فيه إجراءات الاستجواب، أما المطلب الثالث إلى الآثار المترتبة على الاستجواب.

---

[1] علي احمد الجراح، المرجع السابق، ص 98.

[2] نفس المرجع ص 99.

[3] قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الأول: ماهية الاستجواب

أنه من النادر أن يعترف الشخص من تلقاء نفسه لخصمه بما يدعيه، وإنما ذلك يتم عن طريق الاستجواب، فالمشرع أجاز للقاضي أن يأمر بحضور الخصوم واستجوابهم، فإنه لم يمنح هذه السلطة إلا لقاضي الموضوع ولم يضمنها الأحكام الخاصة بشروط الاستجواب او الآثار القانونية التي تترتب عن نتائجه، وهذه المسائل تبرز أهمية دراسة هذا الطريق، لذلك نقسم هذه المطلب إلى فرعين الأول نتناول فيه إلى تعريف الاستجواب والغرض منه، أما الفرع الثاني نتناول فيه إلى شروط الواقعة التي تكون محل للاستجواب.

الفرع الأول: تعريف الاستجواب والغرض منه.

عالج قانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراء حضور الخصوم واستجوابهم في القسم الخامس من الباب المتعلق بإجراءات التحقيق، في المواد 98 إلى 107 وإن كان قانون الإجراءات المدنية القديم يعترف بهذه النوع من إجراءات التحقيق، إلا انه لم ينص على اي تفاصيل بل اكتفى فقط بالإشارة له في المادة 43 منه، اما قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد جاء بتفاصيل أكثر، رغبة من المشرع في إعادة هذا الإجراء التقليدي الى مكانته الأصلية حيث يعتبر من أقدم إجراءات التحقيق التي عرفتها الأنظمة القانونية المقارنة[1].

وأول ما يبادر للذهن عند الاطلاع على القسم الخامس الذي جاء تحت عنوان في حضور الخصوم واستجوابهم هو التساؤل المتعلق بالفرق بين كل من إجراء الحضور وإجراء الاستجواب، والحقيقة ان الحضور والاستجواب لا يشكلان اجراءان منفصلان بل هو اجراء واحد، حيث يتم الأمر بالحضور من أجل الاستجواب[2].

يقصد بالاستجواب لغة الإجابة اي اجاب بمعنى تحاور، جاب بمعنى طرق وقطع، والاستجواب هو طلب الجواب، أي ما كان يكون ردا على سؤال ونحو ذلك[3].

والاستجواب اصطلاحا فهو إجراء قانوني يتيح للقاضي دعوة الخصوم او أحدهم بالذات لمناقشتهم في أي موضوع من مواضيع الدعوى المتنازع عليها او لاستيضاح منهم عن أي واقعة متعلقة بهذه الدعوى منتجة فيها وجائزا إثباتها[4].

---

[1] لمياء حمدادو، سلطة القاضي في تسيير إجراءات الخصومة المدنية، مذكرة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2013-2014، ص84.

[2] لمياء حمدادو، نفس المرجع، ص 84.

[3] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص100.

[4] نفس المرجع ونفس الصفحة.

كما عرف الاستجواب انه طريق من طرق تحقيق الدعوى، تستهدف به المحكمة تمكينها من تلمس الحقيقة إلى إثبات الحق في الدعوى[1]، والاستجواب طريق من طرق التحقيق في الدعوى، بواسطته يلجأ أحد الخصوم أو المحكمة إلى سؤال الخصم الآخر عن وقائع معينة ليصل من وراء ذلك إلى الحصول على إقرار منه، وللمحكمة أن تستجوب من يكون حاضرا من الخصوم او تطلب حضوره لاستجوابه ولها ان تقوم بذلك إما من تلقاء نفسها او بناء على طلب الخصم الآخر عن بعض او كل الوقائع المطروحة على بساط البحث امامها[2].

وهو ما ذهبت إليه في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في نص المادة :1/218 منه بقولها "للمحكمة في اي مرحلة من مراحل المحاكمة ان تقرر من تلقاء نفسها او بناء على طلب حضور الخصوم او أحدهم بالذات لاستجوابهم في جلسة علنية او في غرفة المذاكرة"[3].

إذا كان الاستجواب في الغالب يكون بقصد الحصول على إقرار من الخصم المستجوب فإنه لا يصلح إلا في الأمور التي يصح فيها التنازل او الصلح، وذلك لأن الإقرار ينطوي على تنازل المقر عن حقه في تكليف خصمه الآخر بتقديم الدليل لإثبات مدعاه وبالتالي اعتبار الواقعة المقر بها ثابتة في حقه أو قريبة الاحتمال[4].

فالاستجواب هو مجرد تدبير تحقيقي يلجأ إليه القاضي لاستخلاص النتائج التي يجيزها القانون من غياب الخصوم، او من إجابتهم أو من امتناع من حضر منهم عن الإجابة، نزولا عند حكم القاعدة القانونية القائلة ان القاضي المدعي لا يمكنه أن يعتد إلا بالوقائع التي تثبت امامه من طرف الخصوم، لأنه لا يستطيع ان يبحث عن عناصر اقتناعه خارج الدعوى[5].

ويندرج استجواب الخصوم في المسائل المدنية ضمن الإجراءات التي تهدف إلى الحصول على إثبات التصرفات أو إثبات الوقائع القانونية محل التداعي بين الطرفين، وبهذا المفهوم فالاستجواب يختلف عن مجرد حضور الخصم لتوضيح بعض الأمور[6].

إن الاستجواب من حق المحكمة المنظورة امامها الدعوى سواء كانت محكمة درجة الأولى أو محكمة الدرجة الثانية، وهذا الحق تملكه المحكمة من تلقاء نفسها او بناء على طلب أحد الخصوم،

---

[1] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص 274.

[2] فاطمة الزهراء تبوب، المرجع السابق، ص 114.

[3] علي احمد الجراح، المرجع السابق، ص 100.

[4] نفس المرجع ونفس الصفحة.

[5] إياد ملوكي، قبول الشهادة كقرينة قضائية في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية علمية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بغداد مجلد 21 سنة 2006.

[6] إلياس أبو عيد، اصول المحاكمات المدنية بين النص والاجتهاد والفقه، دراسة مقارنة، الجزء 2، الطبعة 1، دار الفكر العربي، القاهرة 1978، ص 478

سواء كان هذا الخصم مدعيا او مدعى عليه في الدعوى أم ضمنيا او متدخلا فيها من تلقاء نفسه او مدخل فيها بأمر من المحكمة ذاتها او بناء على طلب خصم آخر، وإذا طلب أحد الخصوم استجواب خصم آخر، فإن ذلك لا يمنع أي خصم غيره من استعمال حقه أيضا في طلب استجواب آخر[1].

وان الاستجواب لا يكون إلا لخصم في الدعوى، فلا يجوز قانونا استجواب من ليس خصما، ولا يجوز للخصم المقرر استجوابه أن ينيب عنه في الإجابة على الاستجواب شخصا آخر، لأن الاستجواب مناقشة الخصم في مجلس قضاء، اما الاستجواب الذي يوجه بناء على طلب أحد الخصوم فلا يجوز توجيهه إلا إلى من يعتبر خصمه في الدعوى، فلا يجوز لأحد المدعى عليهم ان يستجوب مدعى عليه آخر توصلا إلى إثبات دفاعه ضد المدعي لأن المدعى عليه الآخر يعتبر خصما للمدعى عليه الأول.[2]

الاستجواب وسيلة للحصول على إقرار من الخصم بالحق محل الاستجواب، والإقرار باعتباره تصرفا قانونيا لا يكون له حجية في الإثبات إلا إذا كان صادر عن اهلية التصرف في هذا الحق، بمعنى أنه يشترط في الاستجواب أن يكون صادرا له أهلية التصرف في الحق محل الاستجواب، وعليه لا يجوز استجواب عديم الأهلية أو ناقصها لصغر السن بسبب النتائج الخطيرة التي يرتبها إقرار المستجوب، وهؤلاء لا يملكون الإقرار بحقوق عليهم للغير ومن لا يقبل إقراره لا يقبل استجوابه[3] ، لذات العلة لا يجوز استجواب المجنون والمعتوه والمحجور عليه لسفه او غفلة، و إلا وقع باطلا، وهذا البطلان غير متعلق بالنظام العام لا يجوز التمسك به إلا ممن تقرر لصالحه.[4]

الفرع الثاني: شروط الوقعة التي تكون محل للاستجواب

محل الإثبات القضائي بصفة عامة ليست القاعدة القانونية، وليس هو الحق المدعى به، وانما هو المصدر القانوني او الواقعة القانونية المنشئة للحق، فثبوت الحق لا يتحقق إلا إذا توافر لمصلحة صاحبه سبب من الأسباب التي تعتبر مصدرا لهذه الحق، أي واقعة قانونية يرتب عليها القانون هذا الحق، وعليه فإن الاستجواب شأن كافة وسائل الإثبات، لا يجوز إلا في واقعة قانونية.

ويجب ان تتوافر في الواقعة القانونية المراد إثباتها بالاستجواب الشروط التي تجعلها صالحة لإظهار حقيقة الواقعة المتنازع عليها، وهي أن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات وجائزا قبولها، وان تكون شخصية بالنسبة للخصم المطلوب استجوابه لذلك نبين ذلك فيما يأتي:

---

[1] علي احمد الجراح، المرجع السابق، ص 102.

[2] نفس المرجع، ص 104.

[3] الديناصوري عز الدين، المرجع السابق، ص 1117.

[4] نفس المرجع، ص 1118.

1- **يجب أن تكون الواقعة محل الاستجواب متعلقة بالدعوى:**

يقصد به أن تكون الواقعة المراد إثباتها ذات صلة بالواقعة المتنازع عليها أي متصلة بالحق المدعى به، لكي يؤثر ثبوتها في الفصل في الدعوى، أما إذا كانت الواقعة منقطعة الصلة بموضوع الدعوى فلا فائدة من إثباتها، وذلك حرصا على عدم إضاعة وقت القضاء فيما لا جدوى من وراء إثباته[1]، وعليه لا يجوز الأمر بالاستجواب إلا فيما يتعلق بالوقائع المتصلة بموضوع الدعوى، فالواقعة تكون التي تمسك بها الخصم كأساس لطلب أو دفاع، فليس للقاضي ان يحقق في واقعة خارج تلك الواقعة التي أبديت امامه ، وان تكون محددة محل النزاع و جائزة ، وليس مستحيلة، سواء كانت استحالة مادية عقلية أو قانونية ، والاستحالة العقلية تكون عندما يراد استجواب الخصم عن واقعة لا يمكن للعقل السليم التسليم بها ، اما القانونية كأن يحظر القانون إثباتها، أو متعلقة بالنظام العام.[2]

2- **ان تكون الواقعة محل الاستجواب منتجة في الدعوى:**

الواقعة تكون منتجة في الدعوى إذا كان من شأن ثبوتها أو عدم ثبوتها أن يسهم في تكوين عقيدة القاضي بوجود الحق أو الأثر القانوني المدعى به أي يكون لثبوتها من عدمه أثر في الحكم الذي يصدر في الدعوى[3]، فالواقعة تكون منتجة في الدعوى إذا ثبتت بالاستجواب اقتناع القاضي بالمدعى به، أي ان الإجابات الصادرة عن المستجوب تترك قناعات لدى القاضي يستطيع أن يبني حكمه عليها أو على الأقل يكون لها تأثير على هذا الحكم، فإذا لم يكن الأمر كذلك فإن الواقعة لا تكون ذات فائدة للاستجواب[4].

إن تقدير شرط إنتاج الواقعة في الإثبات وإنتاج الاستجواب ذاته في إثبات هذه الواقعة، منوط بسلطة المحكمة، ولها بالتالي أن تأمر بإجراءات الاستجواب إذا قدرت ان الدعوى تحتاج لهذا الإجراء، ولها الامتناع عن ذلك، إذا لم تكن للواقعة محل الاستجواب بموضوع النزاع، أو ان الإجابات لن تكون ذات فائدة على الحكم في الدعوى، كما لو كانت البيانات المقدمة في الدعوى كافية لبناء الحكم عليها وتغني عن الاستجواب[5].

---

[1] مرتضى حسين إبراهيم السعدي، الاستجواب وأثره على الإثبات المدني بحث مقدم لكلية الحقوق، الجامعة المستنصرية بغداد (بلا إشارة للناشر وتاريخ النشر)، ص10.

[2] أبو الخبير عبد العظيم، المرجع السابق، ص 275.

[3] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 107.

[4] عبد اللطيف محمد، المرجع السابق، ص277.

[5] عبد اللطيف محمد، المرجع السابق، ص 277.

3- **ان تكون الواقعة محل الاستجواب جائزا إثباتها:**

يجب ان تكون الواقعة محل الاستجواب لا يمنع القانون إثباتها لسبب يتعلق بالنظام العام او الآداب العامة، مثلا كمنع الاستجواب فيما لا يصح التنازع عنه أو الصلح فيه من الوقائع، وكمنع إثبات دين القمار والمعاشرة غير المشروعة أو بيع المخدرات وافشاء سر المهنة[1]، كما لا يصح الاستجواب لإثبات عقد بيع شركة مستقبلية.

لكن الاستجواب جائزا لإثبات واقعة غير جائزة الإثبات إذا كان الهدف من إثبات الواقعة التخلص من الالتزام المترتب على هذه الواقعة، كأن يطلب المدعى عليه استجواب المدعي لإثبات عدم مشروعية محل العقد كأن يكون محل العقد خارجا عن التعامل به، ويكون مخالفا للنظام العام او الآداب العامة حيث يكون هذا العقد باطلا[2].

كذلك لا يجوز الإثبات عن طريق الاستجواب خلافا لما تضمنه حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، لأن مثل هذا الحكم لا يجوز نقضه بأي دليل من أدلة الإثبات بما فيها الإقرار واليمين، كون الحكم القضائي إذا صدر في نزاع معين يعتبر حجة بما فصل فيه من حقوق.

4- **ان تكون الواقعة شخصية بالنسبة للخصم المستجوب:**

يجب أن تكون الواقعة محل الاستجواب متعلقة بالمطلوب استجوابه شخصيا، لأنه وحده الذي يستطيع أن يؤكد او ينفي هذه الواقعة ولا يستطيع أي شخص أن يجزم بما فعل غيره او لم يفعل، فإذا كانت الواقعة لا تتعلق بالمطلوب استجوابه شخصيا فإن طلب الاستجواب لا يكون مستندا إلى أساس من القانون ويتعين رده.

فلا يجوز مثلا استجواب الوكيل في واقعة خاصة بالموكل ولا استجواب الخصم بشأن اتفاق لم يكن طرفا فيه إلا ان الواقعة المطلوب الاستجواب حولها لا تتعلق بشخص المستجوب[3].

فالمستجوب يكون طرفا في الدعوى فلا يدعى للاستجواب إلا الخصوم، اما إذا رأت المحكمة استجواب غيرهم فيكون ذلك طبقا لقواعد الإثبات بشهادة الشهود لأن ما يدلى به الخصم لا يعد شهادة، وإنما قد يكون طلبا أو دفاعا او إقرار، أما ما يدلى به الغير فهو شهادة، وذلك بعد اداء اليمين، وهذا فارق واضح بين الإقرار والشهادة[4].

---

[1] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 107.

[2] رضوان عبيدات، عوض الزعبي، نحو وضع تنظيم قانوني لاستجواب الخصوم في القانون البيانات الأردني، دراسات: علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 2، سنة 2013، ص362.

[3] رضوان عبيدات، عوض الزغبي، المرجع السابق، ص 361.

[4] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص 275.

متى ما توافرت الشروط اللازمة لجواز الاستجواب بوجه عام، فإنه يجوز توجيه الاستجواب بقطع النظر عما إذا كان موضوع الاستجواب يجوز إثباته بالشهادة او يتطلب القانون الكتابة لإثباته، لأن الغرض من الاستجواب هو الحصول على إقرار، والإقرار من الأدلة التي تقوم مقام الكتابة عند عدمها، فيجوز أن يثبت به ما يجوز إثباته بالكتابة ومن باب أولى يجوز أن يثبت به ما يجوز إثباته بالشهادة.[1]

المطلب الثاني: إجراءات الاستجواب

الأصل أن القاضي لا يتدخل في الإثبات، لكن هذا لا يعني أنه ليس له البحث عن الوسائل التي تكشف له عن حقيقة الوقائع المتنازع عليها، ذلك لأننا لو جعلنا موقف القاضي سلبيا دائما لعجز في أغلب الأحوال عن الوصول إلى تحقيق هذا الهدف، لذلك خول القانون المحكمة بعض السلطات التي تمكنها من تسيير الدعوى وجمع الأدلة واستكمالها وصولا إلى الحقيقة وتحقيق العدالة، الأمر الذي ترتب عليه تغيير النظرة العامة لدور المحكمة في الدعوى المدنية بوجه عام وإلى دورها في الإثبات بوجه خاص، إذ اعترف للمحكمة بدور إيجابي[2].

وقد ساير المشرع الجزائري هذا الاتجاه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ خول للمحكمة بعض السلطات في تحقيق الدعوى ومنها حقها في استجواب من يكون حاضرا من الخصوم او تأمر بحضورهم بأنفسهم امامها لاستجوابهم متى رأت موجبا لذلك من تلقاء نفسها او بناء على طلب خصم آخر[3].

إن الاستجواب إجراء فعال يسمح بالاتصال المباشر بين القاضي والخصوم والرد على الأسئلة الموجهة إليهم بدون إعداد مسبق للإجابة بين الخصوم ومحاميهم، مما يسمح بإعطاء إجابات تتسم بالمصداقية، إذ من خلال الاستجواب يمكن للمحكمة أن تتزود بمعلومات جديدة أو استخلاص قرائن للإثبات[4]، كما قد يؤدي إلى وقوع إقرار للخصم بالوقائع التي تناولها الاستجواب لمصلحة المتقاضي الآخر، وسنتناول دراسة هذا المطلب في فرعين: الفرع الأول نتناول فيه سلطة القاضي في توجيه الاستجواب، والفرع الثاني إلى الإجراءات المتبعة في الاستجواب.

---

[1] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 109

[2] قروف موسى، المرجع السابق، ص 119.

[3] نص المادة 27 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "**يمكن للقاضي ان يأمر في الجلسة بحضور الخصوم شخصيا لتقديم توضيحات يراها ضرورية لحل النزاع كما يجوز ان يأمر شخصيا بإحضار أي وثيقة لنفس الغرض**" وتنص المادة 98 من نفس القانون " **يمكن للقاضي في جميع المواد أن يأمر الخصوم أو أحدهم بالحضور شخصيا**"

[4] عبد الستار سحر إمام يوسف، المرجع السابق، ص441.

الفرع الأول: سلطة القاضي في توجيه الاستجواب

الاستجواب طريق ترك المشرع سلوك لمشيئة القاضي يسير فيه عندما يقدر أن هذا النهج يعينه على كشف الحقيقة، ويمتنع عنه إذا وجده غير مجد في كشفها، وأن مسألة توجيه الاستجواب من عدمه يدخل في السلطة التقديرية المطلقة لمحكمة الموضوع دون معقب عليها، فهي بالخيار بين توجيه الاستجواب من عدمه.[1]

و القاضي ملزم بمراقبة توافر شروط محددة وما يطلبه القانون لصحة الاستجواب[2]، وعلى طالب الاستجواب أن يبين في طلبه الوقائع المطلوب استجواب خصمه حولها وذلك ليتمكن القاضي من ممارسة سلطته في مراقبة توافر هذه الشروط، والتحقيق من جدوى وحاجة الدعوى إلى إجراء الاستجواب من عدم جدواه[3]، ومفاد ذلك ان القاضي لا يلزم حتما بإجابة طلب الخصم بإجراء الاستجواب وتظل له السلطة في أن يقبل او يرفض إجراء الاستجواب، وهو يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في ذلك.[4]

إذا طلب أحد الخصوم استجواب خصم آخر فإن ذلك لا يمنع خصما غيره من استعمال حقه أيضا في استجواب الخصم الآخر.[5]

إذا كان الاستجواب قد حصل بناء على طلب أحد الخصوم في الدعوى فإنه لا يجوز توجيهه إلا لمن يعتبر خصما في الدعوى، أما إذا كان الاستجواب قد حصل من تلقاء نفس المحكمة فإنه يجوز توجيهه إلى أي من الخصوم في الدعوى المعروضة عليها، سواء كان المدعي او المدعى عليه او شخص ثالث[6]، فإذا رأى قاضي الموضوع استجواب الغير باعتباره شخص لديه معلومات تنير المحكمة، فيجب في هذه الحالة إدخاله في الخصومة وفق إجراءات اختصام الغير ومن ثم استجوابه[7].
إذا رأت محكمة الموضوع ان الدعوى بحاجة إلى استجواب فلها الحق أن تقرر إجراءه من تلقاء نفسها وتعين الخصم المراد استجوابه، وإذا طلب خصم من المحكمة دعوة خصم آخر لاستجوابه، فالمحكمة لها الحرية التامة في ان تجيب طلبه من عدمه، فلها ان تعود فتقرر الاستجواب بعد أن رفضته ولها ان ترجع عن قرار اتخذته بإجراء الاستجواب إذ أنه غير مجد[8].

---

[1] علي احمد الجراح، المرجع السابق، ص 110.

[2] أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات المرجع السابق، ص 336.

[3] الديناصوري عز الدين، المرجع السابق، ص 1108.

[4] أحمد أبو الوفاء، نفس المرجع، ص 338.

[5] سليمان مرقد، مرجع السابق، ص 95.

[6] فتحي والي، المرجع السابق، ص 546.

[7] قروف موسى، المرجع السابق، ص 122.

[8] الديناصوري عز الدين، نفس المرجع، ص876.

وتملك المحكمة العدول صراحة عن هذا الإجراء، كما يمكن أن يكون عدوليها ضمنيا كأن تذكر في حيثيات الحكم انه وجدت في اوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها لحسم النزاع دون الحاجة إلى تنفيذ أمر الاستجواب.

ويلاحظ أن سلطة المحكمة في توجيه الاستجواب من عدمه تعتبر مسألة واقع لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض، إلا من حيث قصور التسبيب، ولا يشترط ان يكون رفض القاضي لطلب الاستجواب صريحا بل يكفي أن يفهم هذا الرفض من خلال الحكم، ولكن على القاضي ان يذكر الأسباب الصائغة لرفض طلب الاستجواب، وإلا فإن أسباب حكمه تكون مشوبة بالقصور.[1]

أما المشرع الجزائري وطبقا للمادة 98 ق.إ.م.إ[2] فإنه يشترط في حالة رفض المحكمة طلب أحد الخصوم الرامي إلى الحضور الشخصي للطرف الآخر ان يكون الرفض بموجب أمر يكون غير قابل لأي طعن، وبالتالي لا يستخلص الرفض ضمنيا من ظروف الدعوى ووقائعها.

ويشترط في الخصم المستوجب أن يكون كامل الأهلية، فإذا كان عديم الأهلية أو ناقصها جاز استجواب من ينوب عنه شريطة أن يكون للنائب أهلية التصرف في الحقوق المتنازع فيها[3]، أما بالنسبة للأشخاص المعنوية، يمثل الممثل القانوني للشخص المعنوي على أن يستجوب بصفته لا بشخصه.[4]

إن الاستجواب جائزا في أية حالة تكون عليها الدعوى بشرط أن يقدم طلب الاستجواب قبل قفل باب المرافعة وإلا يكون المقصود منه تأخير الفصل في النزاع.[5]

ويجب ان ينصب الاستجواب على الوقائع منتجة في النزاع، إذ لا فائدة من استجواب الخصم عن واقعة لا تؤثر في النزاع القائم حتى وإذا كان جائزا إثباتها، فإن انصب الاستجواب على الواقعة لا يجوز إثباتها كان من غير المجدي استجواب الخصم عنها لأن هذا الاستجواب لن يؤدي إلى نتيجة، ومن الوقائع التي لا يجوز للقاضي ان يجري الاستجواب بشأنها هي الآتي: [6]

---

[1] أبو الوفا احمد، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط4، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة1980، ص1120.

[2] نص المادة 2/98من ق إ م إ على انه" **يفصل القاضي بأمر غير قابل لأي طعن في طلب أحد الخصوم الرامي إلى الحضور الشخصي لطرف آخر**".

[3] فتحي والي، مرجع سابق، ص 546.

[4] نص المادة 107 من ق إ م إ " **يمكن للقاضي ان يأمر بمثول فاقد الأهلية رفقة ممثله القانوني، ويمكن أيضا ان يأمر بمثول الممثل القانوني للشخص المعنوي، سواء كان خاضعا للقانون العام أو الخاص**"

[5] عبد الودود يحي، الموسوعة العلمية لأحكام محكمة النقض، القاهرة، وقف1982 الجزء الأول، ص180.

[6] مصطفى هرجة، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الحديثة، 1987، ج 1، ص212/211.

_الوقائع غير المشروعة التي يحضر القانون إثباتها.

_الوقائع الثابتة بموجب أحكام حائزة لقوة الشيء المقضي به.

_إذا كانت الواقعة محل الاستجواب يشترط فيها القانون شكلا خاصا لإثباتها.

_إذا كانت الواقعة تم إثباتها أمام موظف عمومي في ورقة رسمية، فلا يمكن نقضها إلا عن طريق دعوى الطعن بالتزوير.

_إذا ثبتت الواقعة عن طريق اليمين الحاسمة.

الأصل أن القاضي في ممارسة سلطته التلقائية في الأمر بالاستجواب، فله أن يأمر باستجواب الخصم من تلقاء نفسه، وله الإحجام عن ممارسة هذه السلطة والامتناع عن الأمر باستجوابه وهو ما أقرته محكمة النقض أن رفض طلب استجواب الخصم ينحل في سلطة محكمة الموضوع كلما رأت ان الدعوى ليست في حاجة للاستجواب فإذا كانت المحكمة قد استخلصت من وقائع دعوى الموضوع وظروفها ما أقنعها بمسؤولية خصم في الدعوى عن هذا التعويض لأسباب سائغة فإنها لا تكون قد أخلت بدفاعه إذا رفضت طلب استجواب خصم آخر في الدعوى[1].

إن قرار المحكمة بإجراء الإستجواب، سواء أصدرته تلقائيا او بناء على طلب الخصوم، ليس قرار قطعيا بل هو قرار غير قطعي، لا يستنفذ ولايتها بشأن جدوى الإستجواب من عدمه، ولا يحوز حجية الأمر المقضي[2]، ويترتب على ذلك انه لا يجوز الطعن فيه إلا مع الحكم النهائي الصادر في موضوع الدعوى وعندما يكون هذا الحكم الآخر نفسه قابلا للطعن أي غير صادر بالصفة القطعية.[3]

وبمجرد إصدار المحكمة قرار بإجراء الإستجواب لا يعد إهداء منها لوسائل الإثبات الأخرى او أية وسيلة من هذه الوسائل، طالما لم تفصح عن ذلك مباشرة، خاصة وان المحكمة تظل محتفظة بسلطتها التقديرية وبإمكانها العدول عن إجراء الإستجواب.[4]

---

[1] احمد نشأت، المرجع السابق، ص 65.

[2] صاوي احمد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2004، ص705.

[3] علي احمد الجراح، المرجع السابق، ص113.

- نصت المادة 298 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو حكم الأمر بإجراء تحقيق او بتدبير مؤقت، ولا يحوز هذا الحكم حجية الشيء المقضي فيه، لا يترتب على هذا الحكم تخلي القاضي عن النزاع"

[4] الديناصوري عزالدين، عكاز حامد، التعليق على قانون الإثبات ط10سنة2002ص 1110.

الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة في الاستجواب

تملك المحكمة إجراء الإستجواب من تلقاء نفسها إلا ان هذه المكنة المخولة لها لا تمنع الخصم من ان يلتمس من المحكمة استجواب خصمه، ويشترط القانون شكلا معينا لهذا الطلب فقد يبدى شفاهه بالجلسة ويثبت في محضرها، وقد يبدى في مذكرة، ويوضح فيها طالب الإستجواب الواقعة التي يريد استجواب خصمه بشأنها حتى تتمكن المحكمة من إعمال تقديرها في قبول الطلب او رفضه.[1]

فإذا رأت المحكمة ان الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب، أو أن الوقائع التي يراد استجواب الخصم عنها غير منتجة او غير جائزة الإثبات رفضت طلب الاستجواب، فللمحكمة ان ترفض الاستجواب، ولو توافرت شروطه القانونية، إذا كان مقصودا به المماطلة او مجرد إحراج الخصم[2].

إذا قررت المحكمة ان تستجوب الخصم وكان هذا الأخير ماثلا امامها في الجلسة وقبل استجوابه او كان في القضية عجلة قصوى وجهت المحكمة إليه ما تراه من أسئلة، تعين عليه أن يجيب عنها بنفسه في الجلسة ذاتها، شفهيا دون الاستعانة بكتابة ودون الاستعانة بمحام، إلا ان التمس اجلا لذلك للرجوع إلى ملفات او اوراق او دفاتر أو سجلات معينة في حوزته، للحصول على معلومات او على إذن من الجهات التي يمثلها.[3]

إن الخصم يصبح ملزما بالحضور شخصيا جلسة استجوابه إذا قررت المحكمة استجواب أحد الخصوم والإجابة بنفسه على الإستجواب والأسئلة الموجهة إليه، ولا يجوز للشخص المقرر استجوابه ان ينوب عنه في الإجابة على الإستجواب شخصا آخر[4]، ولكن يجوز له الحضور رفقة محام.

ولقد استقرت التشريعات المقارنة على ذلك، ومنها قانون البيانات السوري بنص المادة 104 منه، وقانون الإثبات المصري بنص المادة 106 منه التي جاء فيهما أنه" **على من يقرر استجوابه ان يحضر بنفسه الجلسة التي يحددها القرار**"[5]

وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري بموجب المادة 99 من ق إ م إ [6]على ان يحضر الخصوم شخصيا امام الجهة القضائية، وفي حالة ما إذا كان الخصم ممثلا بمحام، فيكون الحضور بمحام أو بعد إخطاره، وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 103 منه.[7]

---

[1] قروف موسى، المرجع السابق، ص 125.

[2] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص259.

[3] على احمد الجراح، المرجع السابق، ص113.

[4] مصطفى هرجة، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 711.

[5] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص 277.

[6] نص المادة 99 ق إ م إ على انه "**يحضر الخصوم شخصيا امام الجهة القضائية في جلسة علنية او في غرفة مشورة، طبقا لقواعد التي تحكم سير الخصوم**"

[7] نص المادة 103 ق إ م إ "**الحضور الشخصي للخصوم الممثلين بمحام، يتم بحضور المحام او بعد إخطاره**"

إن الالتزام بحضور الخصم العلة منه ان هناك بعض الوقائع التي ترى المحكمة انها ضرورية للفصل في الدعوى، وأن الغموض الذي يلف هذه الوقائع لن يستطيع أحد توضيحها سوى الخصم نفسه.

وتوجيه الأسئلة للخصم المستجوب منوط بالقاضي، فهو الذي يستجوب الخصم ويوجه إليه الأسئلة فيما يراه ضروريا للفصل في النزاع[1]، كما يجوز للخصم طالب الاستجواب، او محاميه ان يطلب من القاضي المستجوب توجيه أسئلة أخرى، أي يقوم القاضي بتوجيه ما يطلب الخصم الآخر توجيهه من الأسئلة، وللقاضي سلطة في تقدير مدى لزوم توجيه هذه الأسئلة، فله رفضها إذا لم تكن منتجة في بيان المسألة أو الوقائع محل الاستجواب، او مخالفة للقانون، أو بها تعسف من الخصم.[2]

ولا يجوز إحاطة الخصم المراد استجوابه بالأسئلة التي ستوجه إليه لكيلا تكون لديه الفرصة للتهيؤ والاستعداد للإجابة عن الأسئلة بما يؤدي إلى تفويت الفرصة المرجوة من الإستجواب أو التقليل منها.

إذا كان للخصم المراد استجوابه عذر مشروع يمنعه من الحضور شخصيا امام المحكمة، كمرض أو شيخوخة او إعاقة، فيجوز للمحكمة أن تنتقل إليه، أو تندب أحد قضاتها للانتقال إلى مكان وجوده، أو تنيب المحكمة التي يقيم الخصم في دائرتها للقيام بذلك.[3]

وهو ما أكده المشرع الجزائري بموجب المادة :106 ق.إ.م.إ[4]، انه يمكن للقاضي الذي امر بالإستجواب أن ينتقل إلى هذا الخصم لاستجوابه، على ان يتم إخطار الخصم الآخر بهذا الإجراء حتى يتمكن من الحصول على نسخة من المحضر المقرر بشأن هذا الإجراء، وذلك احتراما لمبدأ المواجهة، وحتى تتاح له فرصة مناقشتها والاعتراض او الرد عليها إذا كان هناك مقتضى لذلك.

الأصل أن يتم استجواب الخصم بحضور خصمه في الجلسة علنية، إلا إذ قررت المحكمة استجواب كل منهما بغياب الآخر لظروف تقتضيه الدعوى، وهو ما نصت عليه المادة: 100 ق.إ.م.إ على انه" **يتم استجواب الخصوم معا، ما لم تتطلب ظروف القضية استجوابهم بصفة انفرادية، إذا امر بحضور أحد الخصوم، يتم استجوابه في حضور**

---

[1] عبد الستار سحر، المرجع السابق، ص 452.

[2] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص278.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص260.

[4] نص المادة :106 ق إ م إ:"**إذا قدم أحد الخصوم مبررا لاستحالة مثوله، جاز للقاضي الانتقال لسماعه، بعد الإخطار المسبق للخصم الذي يمكنه الحصول على نسخة من المحضر المقرر بشأن هذا الإجراء**"

الخصم الآخر، ما لم تتطلب الظروف استجوابه على الفور، مع حفظ حق الطرف المتغيب في الاطلاع على تصريحات الطرف المسموع، ولا يحول غياب أحد الخصوم سماع من حضر منهم".

ينبغي أن يرد الخصم المستجوب على الأسئلة بصورة شفهية حيث لا يجوز له الاستعانة بمذكرات كتابية[1]، ويجوز للمحكمة الاستعانة بخبير فني في استجواب الخصوم خاصة إذا كان الاستجواب يتعلق بأمور فنية تتطلب معرفة متخصصة في مجال معين، كما يجوز للمحكمة مقابلة الخصوم مع الشهود وهذه المقابلة قد تساهم إلى حد بعيد في إظهار الحقيقة[2]، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بنص المادة 101ق.إ.م.إ على انه" **يمكن استجواب الخصوم بحضور خبير ومواجهتهم بالشهود بطلب منهم**".

يمكن أن يتم الإستجواب للخصم في غياب الخصم الآخر أي يجوز للمحكمة أن تستجوب الخصم رغم تخلف خصمه[3]، والمشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذه المسألة وبالرجوع إلى المادة 105ق.إ.م.إ فهي تتضمن الإشارة في المحضر على غياب او حضور الخصوم[4]، ويتعين على المحكمة ان تدون الأسئلة والأجوبة بالتفصيل والدقة في محضر الإستجواب على ان يوقع الخصوم على المحضر فور تلاوته عليه من طرف امين الضبط.

فالقاضي ملزم بعد انتهائه من الإستجواب، ان يحرر محضرا يدون فيه كل ما دار من الأسئلة وأجوبة وردود ومواجهات، وتصريحات الشهود، ورأي الخبير الحاضر[5]، ثم يقوم امين الضبط بتلاوة هذا المحضر على المعنيين بالإستجواب ويطلب منهم توقيعه، وفي حالة الرفض أي مهم التوقيع على المحضر يشار إلى ذلك في نهاية المحضر، ثم يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط، على أن يوضع في متناول الخصوم لأخذ العلم بمضمونه[6].

وأفردت التشريعات المقارنة نصا خاصا بمحضر الاستجواب، فأوجبت تدوين الأسئلة المطروحة على المستجوب وأجوبته بتفاصيلها وبدقة متناهية في محضر الجلسة، كما أوجبت تلاوته على

---

[1] تنص المادة:102 ق إ م إ "**يجيب الخصوم بأنفسهم على الأسئلة المطروحة عليهم، دون قراءة لأي نص مكتوب**"

[2] علي احمد الجراح، المرجع السابق، ص114.

[3] عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص156.

[4] أنظر المادة:105 ق إ م إ.

[5] عبد الله بن محمد بن سعد آل ضنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي الجزء الأول، دار بن فرحون، الرياض 1420هـ، ص90

[6] بودريعات محمد، الدور الإيجابي للقاضي في تسيير الخصومة القضائية، اطروحة الدكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2012-2013، ص99.

الأطراف الحاضرين قبل التوقيع عليها من رئيس الجلسة او قاضي المنتدب وكاتبها والخصم المستجوب وإذا امتنع عن الإجابة او عن التوقيع، يذكر في المحضر امتناعه وسببه[1].

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على الاستجواب

للاستجواب آثار مختلفة تعتمد في وجودها وفي مداها على الموقف الذي يتخذه المستجوب فقد يحضر الجلسة المحددة للاستجواب، وقد يتغيب عنها، وإذا حضر فقد يجيب على الأسئلة المطروحة عليه، وقد يمتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني، وإذا تغيب فقد يكون ذلك بعذر مقبول، وقد يكون بغير عذر مقبول[2]، فنتائج الإستجواب والآثار المترتبة عليه تتحدد تبعا لموقف الخصم المستجوب خلال عملية الإستجواب، وسنتناول هذه الحالات في ثلاث فروع، الفرع الأول إلى حالة حضور خصم جلسة الإستجواب، والفرع الثاني إلى التخلف الخصم عن الحضور او الامتناع عن الإجابة، اما الفرع الثالث نتناول فيه إلى إجابة الخصم إجابة غامضة أو ادعائه الجهل.

الفرع الأول: حالة حضور الخصم جلسة الإستجواب

إذا صدر قرار الإستجواب وكان الخصم المطلوب استجوابه حاضرا كلفته المحكمة بالإجابة فورا في ذات الجلسة عن الأسئلة الموجهة إليه، وله ان يطلب من المحكمة إمهاله لإعداد الإجابة مبينا الأسباب التي تبرر ذلك، فإذا اقتنعت بها منحته الأجل المناسب.

وإذا حضر الخصم واجاب على الأسئلة، كان للمحكمة أن ترتب الأثر القانوني وفقا لقواعد الإثبات، فإذا تضمنت الإجابة إقرارا صريحا او ضمنيا بالواقعة المتنازع عليها، طبقت عليه القواعد الخاصة بالإقرار القضائي، وحكمت على الخصم المقر بما لزمه بإقراره[3]، ولا يجوز للمحكمة العدول على هذا الإقرار القضائي إلى غيره من وسائل الإثبات الأخرى، ويكون بذلك قد حقق الغرض الأصلي من الإستجواب، ويعود للمحكمة تقدير الإجابة في ذاتها لترى فيما إذا كانت تبلغ درجة الإقرار ام غير ذلك.

في حالة أن يرد الخصم المستجوب على الأسئلة الموجهة إليه من قبل المحكمة بإنكار الوقائع إنكارا تاما يجعل من الاستجواب عديم الفائدة، فيصبح الإستجواب بلا نتيجة ولا تتقدم به القضية أي خطوة، ويبقى على طالب الإستجواب ان يقيم الدليل على ادعائه من طريق آخر وفقا للقواعد العامة في الإثبات، كما يمكن ان يعمد إلى طلب استجواب جديد بشرط أن يتناول وقائع لم يتناولها

---

[1] آدام وهيب الندوي، قانون البيانات في المواد المدنية والتجارية، ط ح دار الثقافة للطبع والنشر، القاهرة، سنة 1998، ص 205.

[2] علي احمد الجراح، المرجع السابق، ص 117.

[3] نصر فريد واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بالقانون الوضعي وقانون الإثبات اليمني الجديد، ط1، دار الشروق القاهرة، سنة 2002، ص34.

الإستجواب الأول[1]، فله أن يوجه اليمين الحاسمة لخصمه متى كانت الواقعة المتنازع عليها تقبل الإثبات باليمين[2].

الفرع الثاني: تخلف الخصم عن الحضور أو الامتناع عن الإجابة

إذا تخلف الخصم عن الحضور لاستجوابه دون عذر مقبول او حضر وامتنع عن الإجابة لغير سبب او مبرر قانوني جاز للمحكمة ان تتخذ من ذلك مسوغا لاعتبار الوقائع التي تقرر استجوابه عنها ثابتة او أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي ما كان يجوز فيها، فإذا تم تبليغ الخصم المراد استجوابه بشكل أصلي إلا انه لم يحضر دون عذر تقبل به المحكمة التي لها سلطة تقديرية واسعة في اعتبار العذر مقبولا أولا، حسب الظروف المحيطة بالخصم المذكور[3]، وكذلك إذا حضر الخصم إلا انه رفض الإجابة بينت التشريعات المقارنة، حكم تخلف الخصم المطلوب استجوابه عن حضور جلسة الإستجواب بغير عذر مقبول او امتنع عن الإجابة، فأجاز للمحكمة ان تحكم عليه بالجزاء المقرر قانونا، لكنها اختلفت بشان هذه الجزاء، فذهب قانون البيانات السوري[4] إلى ان المحكمة تقوم في هذه الحالة بالاختيار بين أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك من جهة، أو ان تتخذ في هذا التخلف مسوغا لاعتبار الوقائع التي تقرر استجوابه عنها ثابتة، وقد تبنى النظام السعودي ذات الحكم[5] .

واكتفى القانون اللبناني والقانون الليبي[6] بالاختيار الثاني، اما قانون الإثبات المصري فلم تصل العقوبة الاستنكاف فيه إلى حد اعتبار الوقائع ثابتة، وإنما اكتفى باعتبار هذا العمل بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة، مما يجعل الإثبات بالشهادة والقرائن جائزا في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك[7].

---

[1] سليمان مرقص، المرجع السابق، ص206.

[2] شوكت محمد عليان، اليمين طريقة للإثبات والحكم، مجلة العدل فصلية علمية تصدر عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد 55، سنة1433هـ، ص127.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 263.

[4] نص المادة 11 من قانون البيانات السوري على انه: «**إذا تخلف الخصم من الخصوم للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني، جاز للمحكمة ان تتخذ من هذا النكران او التخلف مسوغا لاعتبار الوقائع التي تقرر استجوابه عنها ثابتة، اوان تقبل الإثبات بالشهادة والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك**"

[5] نص المادة 103من نظام المرافعات الشرعية السعودي: "**إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بدون عذر مقبول، او امتنع عن الإجابة دون مبرر فللمحكمة ان تسمع البينة وان تستخلص ما تراه من ذلك التخلف او الامتناع**"

[6] تنص المادة 163من قانون المرافعات الليبي: «**إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول او امتنع عن الجابة بغير مبرر قانوني للمحكمة ان تعتبر الوقائع المستجوب عنها ثابتة**"

[7] احمد ابو الوفاء، الإثبات في مواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 339.

أما موقف المشرع الجزائري من مسألة تخلف الخصم المطلوب استجوابه عن الحضور او حضر وامتنع عن الإجابة فهو لم ينص على أي إجراء ولم يتبنى اي اتجاه من الاتجاهات السابقة، بالرغم من انه أحدثها صدورا، ما يجعل ضرورة إعادة النظر في المسألة حتى لا يحرم القاضي من أي سلطة فيما يتعلق بالتخلف عن الحضور أو الامتناع عن الإجابة، وحتى يجعل من دور القاضي أكثر ايجابية، ويتماشى مع الاتجاه السائد في العصر الحديث الذي يميل إلى توسيع وزيادة دور القاضي في نطاق الإثبات، فذلك أهدى للعدالة وأقرب إلى معرفة الحق.[1]

الفرع الثالث: إجابة الخصم إجابة غامضة او ادعائه الجهل

في حالة أن يجيب المستجوب إجابات غامضة او ناقصة او تحتمل إنكارا لبعض الوقائع وإقرار ببعض آخر، وفي هذه الحالة يكون للمحكمة أن تستنتج ما تراه من هذه الإجابات، فلها ان تعتبرها بداءة بينة خطية (مبدأ ثبوت بالكتابة) يبيح الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة لتكملة ما في دلالتها من نقص أو تستخلص من هذه الإجابات قرينة قضائية بسيطة[2].

كما انه يمكن اعتبارها إنكار تام للوقائع المستجوب عليه، وأن يعتبر الوقائع التي يمكن أن تستفاد من الإجابات مقرا بها، وما حصل إنكاره منها غير ثابت مع مراعاة قواعد تفسير العقود، وإن ترتبت على هذا الأساس اقتناعات بشأن ادعاءات طالب الاستجواب، دون الإخلال بما تقدم من قاعدة جواز تجزئة الإقرار[3].

وله في حالة انكار بعض الوقائع والإقرار بالبعض الآخر، أن يجزئ إجابات الخصم فيعتبر الوقائع المستفادة من الإجابات مقرا بها، والوقائع التي حصل إنكارها غير ثابتة، اي يعتبر ما حصل الاعتراف به ثابتا، وما حصل إنكاره غير ثابت دون الإخلال بقاعدة تجزئة الإقرار[4].

وإذا ادعى الخصم المراد استجوابه الجهل والنسيان، جاز للمحكمة ان تتخذ من ذلك مسوغا لاعتبار الوقائع التي تقرر استجوابه عنها ثابتة أو ان تقبل الإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك[5]، وادعاء الجهل بالواقعة محل الاستجواب، هو عدم العلم بها، اما النسيان فهو فقدان تذكر الواقعة.

وإذا تذرع الخصم المستجوب بالنسيان او الجهل دون أن يكون ذلك منه إقرارا ولا إنكارا فإجابته لا تشكل إقرارا ولا تشكل إنكارا، بل فيها غموض وتهرب من الإجابة عن وقائع مفروض ان يكون على

---

[1] قروف موسى، المرجع السابق، ص133-134.

[2] علي احمد الجراح، المرجع السابق، ص 118.

[3] آدم وهيب الندوي، قانون البيانات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 279.

[4] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 112.

[5] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص264.

معرفة تامة بها كونها تتعلق بالدعوى، برغم النسيان والجهل بهذه الوقائع، وقد منح القانون السلطة والصلاحية للمحكمة لتقدير هذا الموقف[1].

ولم يرتب المشرع الجزائري عن ذلك أي جزاء، غير أنه بالرغم من هذا السكوت فإنه يمكن الأخذ بذلك لأن عدم نفي الخصم المستجوب للأمر محل الإستجواب يقرب احتمال صحتها، ويعتبر تدوين ذلك في محضر الجلسة مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز الإثبات بالشهادة فيما لم يكن يجوز إثباته بها.

مدى حرية القاضي في تقييم نتيجة الإستجواب.

إجراء الإستجواب مثله مثل سائر إجراءات التحقيق المتنوعة التي رخصها القانون للقاضي المدني بهدف الوصول إلى الحقيقة القضائية ، ومن ثم يملك القاضي الحرية الكاملة في عدم الأخذ بنتيجة إجراء التحقيق الذي امر به، إذا لم يقتنع بما جاء به هذا الإجراء، ولا يخضع لرقابة محكمة النقض طالما أنه جاء في حكمه بالأسباب تكون سائغة ومعقولة، فتقدير نتائج الإستجواب من حريات قاضي الموضوع، لأنه يأمر به بهدف تلمس حقيقة الواقعة المتنازع عليها، ومن ثم فهو غير مقيد بأقوال الخصوم في الإستجواب، وله ان يقضي بخلافها إذا كانت الدعوى وما تحويه من اوراق ومستندات كافية لتنوير عقيدته بصددها[2].

[1] علي احمد الجراح، نفس المرجع، ص 119.

[2] عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص465.

الفصل الثالث: القرائن القانونية المعفية من الإثبات

لقد صنف المشرع الجزائري القرائن القانونية ضمن الطرق المعفية من الإثبات خلال تنظيمه لنظام الإثبات القانوني ومرده في ذلك تخفيف لعبء الإثبات أو الإعفاء لأحد الخصوم منه كليا على اعتبار أن الوقائع ثابتة أو حكم ثابت[1].

يمكن القول أن الوسائل التي يقوم عليها الدليل أمام القضاء عادة ما تكون من صنع المتقاضين أنفسهم يعدونها مسبقا خصيصا لإثبات التصرفات والوقائع المتنازع عليها التي تكون مصدر حقهم المباشر، إلا أن هذه الوسائل لا تكفي وحدها من الناحية العملية لتغطية جميع حالات الإثبات خاصة في الأوضاع التي يستحيل تقديمها، إما لعدم إعدادها أصلا من طرف الخصوم، وإما لتعلق الحق المتنازع عليه بواقعة مادية لا يمكن إعداد دليلها مسبقا.

ومن أجل تجنيب المتقاضين مشقة الإثبات المباشر عند غياب أدلة الإثبات العادية، فإن المشرع لجأ إلى تهذيب عملية الإثبات، إذ اكتفى في هذه الحالات بتحويل عبئ الإثبات، فاعتمد بدل الإثبات المباشر الإثبات غير المباشر الذي يقوم على تحويل محل الإثبات إلى واقعة أخرى قريبة ليست محل النزاع ليستخلص منها ثبوت الواقعة الأصلية التي هي محل النزاع وذلك بناء على الاستنباط والترجيح.

وتعتبر القرينة القانونية أهم الوسائل التي يقوم عليها الإثبات غير المباشر، حيث تشكل طريقا معفي من الإثبات بحيث تؤدي إلى قلب القاعدة العامة في الإثبــات ـ البينة على المدعي ـ لتصبح البينة على المدعى عليه.

كما تتميز القرائن القانونية بالحجية الملزمة كباقي الأدلة التي حدد القانون حجيتها في الإثبات ولم يتركها لمحض السلطة التقديرية للقاضي ويلتزم بها القاضي والخصوم، وهي تعتبر أعمق صورة من مظاهر الإثبات القانوني الباقية في نطاق القانون المدني.

وعلى هذا الأساس سنقسم هذا الفصل لمبحثين: المبحث الأول نحدد فيه مفهوم القرينة القانونية وخصائصها وأنواعها، وسنتناول حجية القرائن القانونية وسلطة القاضي في تقديرها في المبحث الثاني.

---

[1] يحي بكوش، المرجع السابق، ص 357.

المبحث الأول: تعريف القرينة القانونية

لقد تطرق المشرع الجزائري في القانون المدني للقرينة القانونية بنصه في المادة 337 منه على أن: **"القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يفضي بغير ذلك"**

ومن خلال فحوى نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف القرينة القانونية على عكس المشرع الفرنسي والذي حرص على إعطاء تعريف للقرينة بصفة عامة لتشمل في ذلك القرينة القانونية والقرينة القضائية طبقا للمادة 1349 التي نصت على أنها "النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة".

« Les préemptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un point fait comme à un fait inconnu »

وعلى ضوء هذه المادة سنتطرق في المبحث إلى مطلبين، نتكلم في المطلب الأول عن مفهوم وعناصر القرينة القانونية، وفي المطلب الثاني نتعرض لخصائص القرينة القانونية.

المطلب الأول: عناصر القرينة القانونية

القرينة القانونية لها أهمية بالغة في الإثبات حيث ازدادت و تضاعفت في العصر الحاضر، فبالإضافة إلى المصلحة القضائية التي تقوم بها القرينة القانونية من حيث أنها تساعد على إقامة الدليل أمام القضاء من جهة، فهي تقوم على تحقيق غاية اجتماعية من جهة أخرى ، إذ تعتبر وسيلة يهدف من ورائها المشرع للمحافظة على حقوق و مصالح الأفراد المتضررين، فنظرا للظروف الاجتماعية و التطور الاقتصادي وما انجر عنه من كثرة المخاطر ،و في زخم التطور التكنولوجي و ما ترتب عنه من أضرار كثيرة يجعل إثبات الأخطاء المسببة لهذه الأضرار صعب المنال بطرق الإثبات العادية، حتى و إن كان للقاضي أن يأخذ بالقرائن القضائية ،غير أن ذلك يتوقف على مدى اقتناعه بها . ومن ثمة تدخل المشرع بفرض قرينة قانونية تقوم بافتراض الخطأ أو العلاقة السببية.

لذلك فإن الفقه ينظر إلى القرينة القانونية على أنها أسمى من القرينة القضائية من حيث انضباطها لأنها تستبدل حكم القاضي في تقديره للوقائع بوحدة القانون وسيادته وما يكلفه من ثقة واطمئنان.

وعلى هذا الأساس سنتعرف على القرينة القانونية وعناصرها في الفرع الأول، ثم نتناول لأهم الخصائص التي تميزها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف القرينة القانونية وعناصرها

لقد سميت القرائن القانونية نسبة للنص القانوني لأنها من استنباط المشرع لا القاضي فهي من جهة عمل ذهني قوامه الذكاء وقوة الترجيح التي يبنيها المشرع على ما هو غالب الوقوع في مثل هذه الحالات ومن جهة أخرى هي عمل لا إرادي يظهر في الدور الذي يتخذه الشارع لتقرير الراجح الذي توصل إليه[1]

ولقد عرف الفقهاء القرينة القانونية بأنها:

_"تلك القرينة التي يقوم المشرع نفسه باستنباطها من واقعة معلومة الدلالة على مجهول يراد إثباته.[2]

_"القرائن القانونية هي التي نص عليها المشرع الوضعي في القانون بنص صريح بما لا يدع مجالا للمجادلة في صحتها وهي قرائن تقيد القاضي والخصوم معا "[3].

_"بأنها افتراض قانوني يجعل الشيء المحتمل أو الممكن صحيحا وفقا لما هو مألوف مع الحياة ولما يرجحه العقل "[4].

وعرفها الفقيه رمضان أبو السعود بأنها " هي التي تقوم في عناصرها على حكم القانون الذي يختار واقعة معروفة ثابتة ليستنبط منها واقعة أخرى غير معروفة وغير ثابتة "[5].

أما الأستاذ محمد زهدور عرفها بقوله: "القرائن القانونية هي ما يستنبطه المشرع من أمر معلوم الأدلة فيسوغه في قاعدة مجردة تطبق كل الحالات الماثلة ولو ظهرت في بعض الأحيان مغايرة لحقيقية الواقع. "[6]

---

[1] يحي بكوش، المرجع السابق، ص 358.

[2] محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 2005، بيروت، ص 350

[3] خالد عبد العظيم، حجية الشهادة والقرائن بين الشريعة الإسلامية والتشريعات دراسة مقارنة دار الكتب القانونية، مصر الطبعة الأولى، 2008، ص 67.

[4] سمير السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، 1986، ص 387.

[5] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 245.

[6] محمد زهدور، المرجع السابق، ص85.

في حين قدم الأستاذ مرقس سليمان أهم تعريف "بأن القرينة القانونية استنباط أمر غير ثابت بناء على الغالب من الأحوال يقوم بها المشرع نفسه نص على نتيجة عامة ومجردة يبين الشروط الواجب توافرها في التمسك بهذه القرينة[1].

نلاحظ من التعريفات السابقة أنها تتمحور في نفس الفكرة، على أساس أن القرينة القانونية هي من صنع المشرع ومصدرها التشريع، بحيث يقوم بعملية الاستنباط أو افتراض ثبوت واقعة معينة يضعها ضمن قاعدة قانونية، ولا دخل للقاضي أو الخصوم في هذه العملية. فهي إذن قرائن حددها المشرع على سبيل الحصر وفرضها على القاضي والخصم، وبالتالي فالقاضي غير مخير في ذلك كما هو الحال في القرائن القضائية، فمتى ثبتت تلك الوقائع يجب أن يستنتج منها القاضي حتما ما قرره القانون. لهذا فالنصوص المقررة للقرائن القانونية تفسر تفسيرا ضيقا[2].

ولقد اكتفى المشرع الجزائري بتحديد القوة الثبوتية للقرينة القانونية من خلال نص المادة 337 من ق.م وتستند في ذلك على الوضع الغالب المألوف، فهي تقوم على فكرة الاحتمال والرجحان بحيث يقيمها القانون مقدما دون أن تكون أمامه الحالة الخاصة التي تطبق فيها، وعلى ذلك فيمتنع الإعمال بالقرينة إذا انتفى الأساس الذي تقوم عليه بأن يثبت عكسها[3]. ومن ثم يمكن القول بأن المشرع بوضعه للقرينة القانونية يعفي الطرف الذي تقررت لمصلحته من عبء الإثبات، وبالتالي ينقل عبء إثباتها للطرف الآخر الذي يثبت العكس.

وبما أن القرائن القانونية هي علاقة افتراضية ينشئها القانون بين وقائع معينة. فهي على تقوم ركنين الركن المادي والمتمثل في الواقعة الثابتة التي تتخذ أساسا للاستنباط الواقعة المجهولة مستند في ذلك على عمل ذهني يقوم به المشرع والركن الثاني هو عملية الاستنباط، وعلى هذا الأساس فللقرينة القانونية عنصرين هما:

أولا: العنصر الغالب الوقوع: تجتمع القرينة القانونية مع القرينة القضائية في أنهما تقومان على أساس الافتراض المحض الذي يجريه المشرع ليرجح فرضية من مجموع الفرضيات الممكنة ويختارها لأنه يراها الأكثر ملائمة وانطباقا للواقع مع باقي الفرضيات، فقرينة الوفاء بالأجرة المنصوص عليها في المادة 499 من قانون المدني الجزائري[4] أقامها المشرع على أساس ما جرى العمل به بين الناس وخاصة المؤجرين للسكنات من حيث كيفية تعاملهم في قبض بدلات الإيجار من المستأجرين.وهنا

---

[1] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص103.

[2] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص351.

[3] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 245.

[4] نص المادة 449 من القانون المدني: "**الوفاء بقسط الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك** "

تتبين خطورة القرينة القانونية فهي وإن كانت تقام على فكرة ما هو راجح الوقوع، يقيمها المشرع مقدما ويعملها دون أن تكون أمامه الحالة بالذات التي تنطبق عليها كما هو الأمر في القرائن القضائية[1].

ثانيا: عنصر القرار: المقصود بهذا العنصر أن المشرع يرجح ثبوت واقعة يستخلصها مما ثبت عنده بعد عملية بحث واستقصاء تكون بعملية ذهنية للدلالة على الواقعة مجهولة، لذلك فإن المشرع يقرر أعمال النتيجة التي توصل إليها بناء على الغالب المألوف فيحدد لها حجيتها وينظم الدائرة التي تعمل فيها ويجعل عملها لازما بنص القانون، وهذا هو عنصر القرار في القرينة القانونية.

وإن كان المشرع يعتمد في إنشائه للقرائن القانونية على فكرة الغالب الوقوع وعنصر القرار، فهو يهدف بذلك إلى أمور لا تتعدى لتكون إما لتحقيق المصلحة العامة وإما لتحقيق مصلحة الأفراد وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

أ- تحقيق المصلحة العامة: يهدف المشرع في غالب الأحيان عند نصه للقرينة القانونية لتحقيق جملة من المصالح العامة فنذكر على سبيل المثال:

- ✓ احترام الأحكام القضائية ووضع حد للخصومات والنزاعات القائمة بين الناس ولاستقرار الحقوق لأصحابه كما هو الحال بالنسبة لقرينة حجية الشيء المقضي فيه المنصوص عليه في المادة 338 من ق.م بقولها " ...**الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من حقوق ولا يجوز قبول أي دليل ينقص هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب. ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا**"[2]وهذا ما قضت به المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1985/12/21.[3]

- ✓ تضييق السبيل على من يحاول الاحتيال على القانون وخوفا من مخالفة أحكامه، لذلك وضع المشرع أحكاما يعتبرها من النظام العام ويحتاط حتى لا يخالفها الناس في تعاملاتهم ولو بطريق غير مشروع، فمثلا للوصية أحكام خاصة فقد نصت المادة 184 من قانون الأسرة على ما يلي: "**تكون الوصية في حدود الثلث التركة، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة**". وهذا التصرف توجد أحكام خاصة تخالفه وهو ما تخوله بنص المادة 776 الفقرة الأولى من القانون

---

[1] عبد الحميد الشواربي، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية، منشاة المعارف مصر، ص64.

[2] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 193

[3] عمر بن سعد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، دار الهدى، الجزائر، ص 189.

المدني على أنه "**كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت يقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.**"[1]

ب ـ تحقيق مصالح الأفراد: وقد يقرر المشرع كذلك قرائن قانونية تخفف عبء الإثبات محققا فيها مصلحة خاصة للأفراد نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

- ✓ ما يلاحظه الشارع من أحوال الناس وطباعهم أن الدائن لا يؤشر ولا يترك مستند يدل على براءة ذمة المدين إلا إذا كان المدين قد وفى دينه، فيعتبر ذلك التأشير قرينة على الوفاء إلا إذا أثبت الدائن العكس[2]، ونصت على هذه القرينة المادة 284 فقرة أولى من ق.م بقولها: "**يكون لمن قام بالوفاء بجزء من الدين، الحق في المطالبة رد السند أو القائمة إذا وفى بكل الدين وإذا ضاع السند كان له أن يطلب من الدائن إشهادا على ضياع هذا السند.**" كما أن دفع المستأجر بدل إيجار لاحق قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة عليه[3]، وذلك لأنه من المعتاد بين الناس ألا يعطي المؤجر للمستأجر المسكن إيصالا بأجرة الشهر الحالي إلا إذا كان قد دفع له أجرة الشهر السابق له.

- ✓ قد يتغير الإثبات في بعض الأحوال حتى يصل إلى درجة الاستحالة فيعمد المشرع إلى وضع قرينة تعفي من هذا العبء، مثال ذلك مسؤولية المشرع على الأفعال تابعة، فهي مبنية على الخطأ المفترض[4]، فعلاقة التبعية تقع في حال تأديته خدمته أو بسببها أو بمناسبتها حسب المادة 136 الفقرة الأولى من ق.م ونفس الشيء يقال بالنسبة لمسؤولية متولي الرقابة المنصوص عليها في المادة 134 الفقرة 1 من ق.م، ومثال ذلك أيضا ما تقضي به القاعدة العامة بأن الولد للفراش وهذا ما تناوله المشرع في نفس المادة 41 من قانون الأسرة.

- ✓ وقد يكون النص على القرائن القانونية لمصلحة خاصة والأخذ بظواهر الأمور تيسيرا للمعاملة بين الناس أو لتعذر التحقيق من أمر تعذر إثباته مثل حيازة المنقول، اعتبرها المشرع قرينة على الملكية[5]حسب ظاهرة الحيازة، وقد نصت المادة 835 من ق م ج على ما يلي: "**من حاز بسند**

---

[1]يحي بكوش، المرجع السابق، ص 360.

[2] عبد الحكيم فودة، موسوعة الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية في ضوء الفقه وقضاء النقض حتى سنة 1995، الجزء 02 سنة1997 دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ص229.

[3] يحي بكوش، المرجع السابق، ص 361.

[4]عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 67

[5] عبد الحكيم فودة، نفس المرجع، ص239.

صحيح منقولا أو حقا عينيا على المنقول أو سند لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته."

الفرع الثاني: خصائص القرينة القانونية.

تعتبر القرينة القانونية من استنباط المشرع أي أساسها الوحيد هو النص القانوني، وتقوم على قاعدة التجريد والتعميم، كما تنطوي على عنصر الإلزام فهي لازمة التطبيق، وكذلك تتميز بخاصية استثنائية.

أولا: القرينة القانونية أساسها النص القانوني.

إن النص القانوني هو ركن القرينة القانونية باعتبارها استنباط يضعه المشرع من واقعة معلومة يختارها ويستنتج دلالاتها بناء على الغالب الوقوع حتى تكون دليل إثبات لواقعة مجهولة[1].

فالقرينة القانونية تقوم على فكرة افتراض قانوني فلا يمكن أن تتصور فيها سلطة القاضي لأنها تعرض عليه مسبقا بموجب النص القانوني، ولا يمكنه استبعادها لحجة أنها لا تستقيم و واقع الدعوى، كما لا يمكنه أن يقيس عليها قرينة قانونية أخرى ما لم ينص عليها القانون، ويكفي لمن تقررت القرينة القانونية لمصلحته أن يتمسك بالمادة التي نصت عليها، ولذلك يصح القول بأن القرائن القانونية هي وسيلة تغني عن الإثبات وتعفي منه، طبقا للمادة 337 من ق م ، وإذا تمسك بها الشخص ولو من باب الاحتياط و لم يفصل فيه القاضي كان حكمه قابلا لالتماس إعادة النظر الذي يرفع أما المحكمة التي أصدرت الحكم [2].

ثانيا: خاصية التجريد والتعميم.

إن القرينة القانونية ذات دلالة مسبقة وثابتة لأن المشرع يحددها بموجب النص القانوني فهي لا تتغير بتغير الظروف والوقائع، فاستنباطه لها مبني على عنصر الغالب الوقوع متلائمة معه، كقرينة الخطأ التي أقامها المشرع بموجب المادة 139 من ق.م بنصها على أن" **حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكه، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ول ظل الحيوان أو تسرب ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث لا ينسب إليه**". وهذه النتيجة فرضها المشرع مسبقا وجعلها تنطبق مع جميع الحالات المتشابهة معها متى توفرت شروطها بغض النظر على خصوصية كل نزاع، وهذا ما يجعل القرينة تتسم بطابع التكرار مما يعطيها خصوصية التعميم والتجريد.

---

[1] عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص239.

[2] عبد الحميد الشواربي، القرائن القانونية والقضائية، المرجع السابق، ص 68

ثالثا: خاصية الإلزام.

تتميز القرينة القانونية بالطابع الإلزامي لأنها من صنع المشرع وهي مقررة بنص القانون الذي يستوجب على القاضي بمقتضاه تطبيقها دون أن تكون له في ذلك أعمال لسلطته التقديرية بشأنها والتي جردت منه بأمر من المشرع[1]ومن ثم كانت مفروضة عليه كما تفرض على الخصوم لأنها تستمد قوتها من القانون[2].

فمثلا القرينة القانونية التي تناولها المشرع في نص المادة 98 فقرة02 من ق.م المتعلقة بحجة السبب المذكور في العقد ما لم يثبت من يدعي العكس صوريته، فإذا حكم القاضي بوجود سبب آخر دون الذي ذكر في العقد يكون قد عرض حكمه للإلغاء على أساس أن تطبيق القرينة بدلالاتها الثابتة في النص القانوني هي مسألة قانونية و ليست مسألة واقع، لذلك فإن المحكمة تفرض رقابتها على عمل القاضي في تطبيق القرائن، فالمحكمة العليا الهيئة الأسمى والأعلى المفوضة قانونا لأعمال رقابتها على أعمال القضاة سواء على المحاكم الابتدائية أو على مستوى المجالس القضائية[3]، غير أننا إذا نظرنا إلى القرينة القانونية البسيطة نجد المشرع قد منح مجالا لسلطة القاضي التقديرية مقارنة مع القرينة القانونية القاطعة، إذ أجاز دحض الأولى بكافة طرق الإثبات وفقا للقواعد عامة فيصبح الحكم غير معقب عليه من المحكمة العليا ما دام تقديره مبني على أسباب موضوعية سائغة [4].

رابعا: الخاصية الاستثنائية في القرينة القانونية.

تتميز القرينة القانونية بأنها استثناء من القواعد العامة في الإثبات تستلزم إخضاع أحكامها لقاعدة التفسير الضيق، لأن الأصل في عملية الإثبات أنها تقوم على مبدأ مجابهة الدليل بالدليل للقاضي في ذلك السلطة المطلقة في تقدير حجية الأدلة المقدمة إليه و موازنتها و ترجيح قوة الإثبات فيها، و هذا يظهر جليا في الإثبات في القرائن القضائية، أما عند الإثبات بالقرائن القانونية التي تلزم القاضي أن يتقيد بما قرره النص القانوني بمعنى محدد ولا اجتهاد له فيه، كما لا يحق له أن يضفي طابع الإلزام على قرينة لم ينشئه القانون، بل يقتصر عمله فقط بالتحقق من قيام الواقعة التي ارتبطت بها القرينة القانونية.

في هذا المجال نجد القضاء الفرنسي لا يرى مانعا من استخلاص عنصر من عناصر التي تقوم عليها القرينة القانونية إذا أقام قرينة قضائية استنتج منها أن تسليم السند للمدين هو تسليم

---

[1] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص189.

[2] يحي بكوش، المرجع السابق، ص 370.

[3] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص130.

[4] الاجتهاد القضائي، الغرفة القضائية جزء الثاني قسم الوثائق-2004/ص 133

الاختياري من الدائن، فأعفى بذلك المدين من إثبات هذا التسليم الاختياري حيث كانت تلزمه بها المادة 1282 من القانون المدني الفرنسي. [1]

خامسا: تحول القرائن القضائية إلى قرائن قانونية.

إن القرينة بوجه عام هي نقل الثبات من الواقع المراد إثباتها بالذات إلى واقعة أخرى قريبة منها، إذا ثبت اعتبر ثبوتها دليلا على صحة الواقعة الأولى، ويقول بارتان في هذا المعنى: "تقتضي طبيعة الأمور أن تستبدل بإثبات الواقع مصدر الحق المدعى به، وهي واقعة يتعذر إثباتها، إثبات واقعة أخرى قريبة منها ومتصلة بها، ويطلب الخصم من القاضي أن يستخلص من صحة الواقعة الثانية عن طريق استنباط يطول أو يقصر صحة الواقعة الأولى التي لا يمكن إثباتها بطريقة مباشرة فيحول محل الإثبات.

وهذا ما اقترح تسميته بتحول الإثبات (Déplacement de preuve) وهو من الخصائص الجوهرية للإثبات القضائي[2]. ففي القرينة القضائية القاضي هو الذي يختار هذه الواقعة القريبة المتصلة بالواقعة المراد إثباتها أما في القرينة القانونية فالقانون هو الذي يتولى هذا الاختيار، وهذه الواقعة المتصلة وهي الأمارة (Indice) لا تعطي للقاضي إلا علما ظنيا، والاستنباط بنقل القاضي من العلم الظني إلى علم اليقين ومن الراجح إلى المحقق" De la vraie semblance à la certitude de la probabilité au reel".

ويقول بارتان هنا أيضا "أن القرينة ليست في الواقع من الأمر إلا قرينة قضائية قام القانون بتعميمها و بتنظيمها"« La présomption légale n’est au fond qu’une présomption de fait généralisée et systématisée par la loi ».

وهذا صحيح من حيث التكييف والتأصيل، فالقرينة القانونية ليست في الأصل إلا قرينة قضائية توافرت واضطراد وقوعها، فاستقر عليها القضاء. ومن ثم لم تصبح هذه القرينة متغيرة الدلالة من قضية إلى أخرى، فرأى المشرع باضطرادها واستقرارها ما يجعلها جديرة بأن ينص على توحيد دلالتها فتصبح بذلك قرينة قانونية. ومن أمثلة ذلك اعتبار أن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة قضائية على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط، ولقد قننها المشرع الجزائري في القانون المدني بنص المادة 499 منه، كذلك الحال فيما ورد بخصوص الدعوى البوليصية في المعاوضات والتي يشترط فيها لنجاح الدعوى أن يكون المدين معسرا، وأن يكون هناك تواطأ بين المدين. فكان إعسار المدين قبل

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، جزء الثاني، ص 600

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، جزء الثاني، ص 602

تعديل القانون المدني يقوم على قرينة قضائية ولكن بعد التعديل أصبح قرينة قانونية ونص عليها المشرع بنص المادة 193.[1]

والملاحظ أيضا أن القرائن القانونية يمكن أن تتحول إلى قرائن قضائية في حالة وحيدة وهي عندما ينص المشرع على قرينة قانونية بنص قانوني ثم يقوم بإلغائها أو التخلي عنها مما يجعل القرينة القانونية تنزل إلى منزلة القرائن القضائية ويترك للقاضي السلطة التقديرية في ذلك. ومن أمثلة هذا التحول إلغاء المشرع الجزائري نص المادة 41 من ق.م[2].

ويتضح من هذه المادة أن المشرع أقام قرينة قانونية مفادها انه متى وقع فعل من الأفعال المنصوص عليها في هذه المادة يثبت بحكم القانون أن التصرف تعسفي من قبل من صدر منه، ولا يلزم من توضع لصالحه تحمل عبء إثبات التعسف بل يثبت وقوع واقعة من الوقائع المنصوص عليها.

المطلب الثاني: أنواع القرائن القانونية وحجتها في الإثبات.

القرينة القانونية قررها المشرع بنص ووضع أحكامها بصفة عامة وحدد حجيتها من حيث قبول إثبات عكسها من عدمه، لذلك اتفق غالبية الفقهاء على تقسيم القرائن القانونية إلى قسمين معتمدين على معيار حجية كل قرينة لوحدها، ومدى قبولها لإثبات العكس، ذلك أننا نجد أحيانا القوة المؤكدة في ترجيح عنصر الغالب الوقوع تلين في القرينة القانونية إلى درجة أنها تسمح للخصم الذي يحتج بها ضده إثبات عكسها، وفي أحوال أخرى نجد قوة القرينة القانونية متينة وجامدة لا تقبل لإثبات العكس وكل ذلك خاضع لإرادة المشرع وحده، وفي حقيقة الأمر نجد أن المشرع الجزائري لم يبين أنواع القرينة القانونية بنص خاص ولم يضع لها معيارا واضحا.

وعليه تنقسم القرينة القانونية لنوعين: القرينة القانونية الغير قاطعة وهو ما سنتناوله في الفرع الأول مع تبيان حجيتها، وقرينة قانونية قاطعة وهو موضوع الفرع الثاني مع عرض حجيتها بالأمثلة.

---

[1] مادة 193 من ق.م "**إذا ادعى الدائن عسر المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها** ".

[2] نص المادة 41 من ق.م حررت في ظل الأمر 58/75 وألغيت بالقانون رقم 10/05 والتي كانت تنص " **يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال التالية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.** "

الفرع الأول: حجية القرينة القانونية غير القاطعة.

نص المشرع الجزائري على القرينة القانونية غير القاطعة و اعتبرها الأصل و هذا ما نستشفه من نص المادة 337 ق .م ، فالقرائن القانونية غير القاطعة ليست كلها في نفس درجة الحجية فهناك قرائن قانونية غير قاطعة يجوز إثبات عكسها بجميع الوسائل ،و قرائن قانونية غير قاطعة يجوز إثبات عكسها بطرق محددة ،و المشرع عندما حدد مجال تطبيقها فمنها من قررها لتعمل في مجال إثبات المسؤولية أو إثبات ركن من أركانها، و هناك قرائن يفرض بها صحة الوضع القائم بناء على ما هو ثابت و ظاهر حتى يثبت العكس .و قد جرى الفقه على تقسيمها إلى :

ـ قرائن ذات الحجية البسيطة: هذا النوع هو الغالب لذلك المشرع أخضعها للقواعد العامة في الإثبات، ومعيار تمييزها أن النص يرفق دائما بعبارة "ما لم يقم الدليل على عكس ذلك " دون تحديد منه لا لوسيلة الإثبات ولا لمحله ومن ثمة نفي حجيتها بجميع الوسائل، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 499 ق.م بقولها "...**ما لم يقم الدليل على عكس ذلك** "، أيضا ما نصت عليه المادة 98 قانون مدني بقولها "**كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك** ".

ـ ذات الحجية النسبية: فهي كما عرفها الفقه الفرنسي بأنها قواعد إثبات قانونية لا تقبل إثبات عكسها إلا بإثبات وقائع معينة بوسائل محددة، فهي تشترك مع ذات الحجية البسيطة في أنها تقبل إثبات العكس غير أنها تختلف عنها من حيث أنها لا تقبل إثبات عكسها إلا بإثبات وقائع معينة وبوسائل معينة، ففي التشريع الفرنسي يستدلون بنص المادة 552 من القانون المدني الفرنسي التي تفيد بأن مالك الأرض يملك ما فوق الأرض وما تحتها والتي يمكن إثبات عكسها بوسيلتين هما الكتابة أو التقادم.

في القانون الجزائري لا يوجد نص مقابل للنص الفرنسي غير انه أوردها في بعض النصوص مثاله نص في المادة 822 ق.م[1]، فهذا النص جعل من الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية وهي قرينة غير قاطعة جعل القانون لا ثبات عكسها إثبات واقعة التدليس في الحصول على الحيازة المادية.

وبما أن القرينة القانونية تقوم على صفة العموم والتجريد باعتبارها مقررة بنص قانوني فإنها تتميز بطبيعة خاصة في إثبات العكس فليس لمن يريد إثبات عكسها إلا الخيار بين:

1. أن ينفي تحقق شرط القرينة القانونية غير القاطعة بنفيه الواقعة البديلة التي ارتبطت بها القرينة سواء بعدم قيامها أصلا أو أنها مشوبة بعيوب تجعلها غير منتجة في نظر القانون.

[1] نص المادة822 من ق.م على أنه "**إذا تنازع أشخاص متعددون في حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من كانت له الحيازة المادية إلا إذا قد اكتسب هذه الحيازة عن طريق التدليس**".

2. أو أن يثبت عكس النتيجة المقررة في القرينة ذاتها وذلك بإثبات عدم التطابق بين ما تقرره القرينة مع ما هو حاصل فعلا في الواقع.

ومن خلال ذلك في أن القرينة القانونية غير القاطعة يمكن إثبات عكسها بدليل ذي قوة مطلقة، فيمكن إثبات العكس بإقرار من تقررت القرينة لمصلحته أو بنكله عن اليمين، كما يمكن أن يثبت عكسها بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة معززة بالبينة أو القرائن القضائية، وإذا استحال الحصول على الكتابة أو استحال تقديمها بعد الحصول عليها فيثبت عكسها بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية[1]. ومثال ذلك انه إذا كانت القرينة القانونية مستفادة من ورقة مكتوبة كالمخالصة بقسط الأجرة اللاحق وهي قرينة على الوفاء بالقسط السابق واستخدمت في إثبات تصرف لا يزيد قيمته عن مئة ألف دينار فانه يمكن إثبات عكس القرينة بالبينة وليس هذا إثبات لعكس ما هو مكتوب بل هو إثبات لعكس القرينة المستفادة من المكتوب.

أما إذا كانت القرينة القانونية قد استخدمت في إثبات تصرف قانوني يزيد قيمته عن مئة ألف دينار فانه لا يجوز إثبات عكسها إلا بالكتابة أو الإقرار أو اليمين الحاسمة.

الفرع الثاني: حجية القرينة القانونية القاطعة (المطلقة).

هي قرائن قانونية أقامها المشرع لاعتبارات هامة تقتضي أن تبقي قائمة في جميع الأحوال ليس تسهيلا لعملية الإثبات بل تعداه ليجعل من حجيتها قاطعة الدلالة ،فالطابع الاستثنائي للقرينة القانونية القاطعة و عدم إمكانية إثبات عكسها جعل البعض يشك في مدى تعلقها بفكرة الإثبات وعلى الرغم من أنها تقوم على أساس عنصر الغالب الوقوع إلا أنها لا تكون غالبا مطابقة للواقع مما يستلزم على المشرع أن يجعل للمدعى عليه الحق في إمكانية إثبات عكسها أو استبعادها وفقا لمبدأ حرية الإثبات وهو ما يغيب في بعض القرائن القانونية القاطعة مما جعلها تقترب من حيث الحجية إلى القواعد الموضوعية و تبتعد عن دائرة الإثبات.

لكن رغم هذا فانه لا يمكن الجزم بان القرائن القانونية القاطعة لا ترتبط بقواعد الإثبات مادام المشرع قد أقامها على أساس واقعتين، واقعة معلومة يجب إثباتها ممن تقررت لمصلحته القرينة وواقعة مجهولة تستنتج من الواقعة الأولى وهو بذلك يهدف إلى تحقيق غاية قضائية وهي تسهيل وتنظيم عملية إقامة الدليل وحجيته أمام القاضي.

ويقصد بعدم جواز نقض قرينة الإثبات القاطعة عدم جواز ذلك ممن تقررت القرينة ضده ومادام الإقرار واليمين يصدران ممن تقررت تلك القرينة لصالحه فانه لا محل لإعمالها، وهذا كله كون الإقرار واليمين يعتبران من أهم وسائل الإثبات التي تقطع كل شك في حقيقة الواقعة المتنازع فيها.

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، جزء الثاني ص 626.

والمشرع الجزائري لم يتناول مبدأ نقض القرينة القانونية القاطعة بالإقرار أو اليمين إلا انه من الجائز ذلك على اعتبار أن القرينة تقام في حق من تقررت لصالحه فله أن يتنازل عليها بحرية.
أما القرينة القانونية والتي لا يمكن إثبات عكسها بأي طرق كان مثال ذلك قرينة حجية الشيء المقضي فيه، وقرينة النسب المبنية على قاعدة الولد للفراش، وهذا ما سنتطرق إليه:

أ- قرينة حجية الشيء المقضي فيه.

تعددت مذاهب الفقهاء في تحديد ماهية الحجية و في تكيفها فمنهم من يعتبرها قاعدة قانونية ومنهم من يرى غير ذلك و لقد جاءت المادة 338 من القانون المدني لتنص على "**الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه تكون حجة بما فصلت فيه الحقوق و لا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة لكن لا تكون هذه إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم لحقوق نص المحل و السبب ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا** " و يقصد بها أنها تتعلق بالحكم القضائي بمجرد ما يصدره القاضي و لا تزول هذه الحجية إلا إذا طعن في الحكم بأحد طرق الطعن العادية أو الغير عادية و يكون مصدره حكم جديد يلغي الأول أي أنه تثبت منذ صدوره و لا تزول إلا بزواله[1].

وتعتبر حجية الأمر المقضي فيه أحد الآثار العامة التي تترتب على أحكام فلا يجوز إثارة النزاع موضوع الحكم أمام القضاة مرة ثانية والأصل أن الحجية تلحق المنطوق الحكم دون وقائعه وأسبابه إلا إذا كانت هذه الأسباب مكملة للحكم وهي تلحق الحكم القطعي وحده والأحكام التي حازت الدرجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة بحيث لا يكون لها القوة إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم محلا وسببا[2].

1- شروط تقرير حجية الشيء المقضي فيه.

- ✓ وجود حكم قضائي: إذ يجب أن يكون الحكم صدر عن جهة قضائية أي أنها لا تصدر عن أي هيئة كانت كمحاضر الموظفين
- ✓ أن يكون الحكم قطعي: وهو الحكم الذي يضع حدا للنزاع يمنع على القاضي إعادة النظر فيه وبالتالي هو الحكم الذي فصل في النزاع بصفة نهائية وقد يكون ابتدائيا أو نهائيا أو غيابيا أو حضوريا. ي أنه لا يعد حكم قطعي الحكم التمهيدي أو التحضيري كذلك الأوامر على العرائض.

---

[1] يحي بكوش المرجع /أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ص 272.

[2] مفلح عواد القضاة: أصول المحاكمات المدنية و التنظيم القضائي، الإصدار الأول 2004 ، ص 343.

- ✓ تعلق الحجية بمنطوق الحكم: ويقصد به أن حجية الشيء المقضي فيه تتعلق بالمنطوق وحده على اعتباره أنه لا يمكن القول بأن نزاعا معينا قد حكم فيه إلا إذا صدر شأنه حكم حاكم ويترتب أن أسباب الحكم لا يمكن أن تتعلق بها حجية الشيء المقضي فيه بصفة أسبابه ولو كانت المسألة المثارة في الأسباب تتضمن التعرض لوجهة الفصل فيها[1].

2 ـ شروط التمسك بحجية الشيء المقضي فيه.

– **اتحاد الخصوم:** إن قاعدة حجية الأحكام لا يمكن أن تفيد أو تضر الأشخاص المتخاصمين الذين وضع الحكم حدا لخصوماتهم فإذا قام النزاع بين الخصوم الذين لم يكونوا نفس الخصوم في نزاع سابق فإن الدعوى الثانية لا يمكن رفضها على أساس الدفع بحجية الشيء المقضي فيه، ويعتبر الخصوم أنفسهم في النزاع لأطراف الذين كانوا مدعين فيه أو مدعى عليهم و كذلك الأطراف الذين كانوا ممثلين في النزاع بالنيابة فإذا كان لأحد الخصوم نائب قام بتمثيله ،فإن الحكم يعتبر حجة على الأول نفسه و ليس على النائب و يتعدى إلى خلفهم العام أو الخاص.

– **اتحاد المحل:** إذ يشترط أن يكون محل الشيء المطلوب أو المدعى به مرة ثانية هو نفس محل الطلب الأول مثال: إذا كانت الدعوى الأولى ترمي إلى استرداد ملكية المباني القائمة والثانية ترمي إلى المطالبة بملكية الأرض التي قامت عليها المباني لا وجود لوحدة موضوعية، واتحاد المحل يقوم على أربعة معايير هي:

_أن يكون محل الطلب الثاني مطابقا للأول (السابق).

_اتحاد حقوق المدعى بها.

_اتحاد المسائل التي يتعين الثبت فيها.

_اتحاد المحل لم يكن تاما ومطلقا

–**اتحاد السبب:** معنى ذلك أنه يشترط للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه أن يكون سبب الدعوى الأولى هو نفسه للدعوى الثانية والسبب هو العمل المادي أو الواقعة القانونية التي تشكل الأساس المباشر والفوري للحق المطالب به أو هو المصدر القانوني للحق المدعى به.

3 ـ آثار حجية الشيء المقضي فيه. وتنقسم إلى:

1. أثر جزئي: حجية الأمر المقضي لا تلحق كل أجزاء الحكم القضائي وإنما تتعلق بجزء منه هو المنطوق فلا ترد على الوقائع والأسباب لأن المنطوق هو الذي حسم المسألة المتنازع فيها.

[1] يحي بكوش، المرجع السابق، ص 394.

2ـــ أثـــر نســـبي: يقصـد بـالأثر النسـبي أن الحكـم لا تكـون لـه حجيـة إلا فـي نـزاع قـام بـين الخصـوم أنفسـهم واتحـد فيـه الموضـوع والسـبب وقـد وضـعت حجيـة الأمـر المقضـي فيـه لحجيـة المصالح الفردية الخاصة لذا:

– لا يجوز للخصوم أن يتنازلوا عن الدفع بها.

–ليسـت مـن النظـام العـام وعليـه فـلا يجـوز للقاضـي إثارتهـا مـن تلقـاء نفسـه طبقـا للمـادة 338 من ق.م: "لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا".

– لا يجوز إثارة الوجه بمخالفة قاعدة الشيء المقضي به لأول مرة أمام المحكمة العليا.

– حجية الشيء المقضي فيه لا تقع من تصحيح الخطأ المادي الوارد في الحكم المقضي.[1]

ب ـ قرينة الولد للفراش المقرر في المادة 41 من قانون الأسرة[2]: التي تقيم قرينة على ثبوت النسب لأب المولود، وغن كان قيام الزوجية معلوم ويسهل إثباته، فإذا حدث نزاع في ثبوت نسب الولد لأبيه فإن المشرع اعتبر قيام الزوجية وهو الأمر الظاهر وهي قرينة قاطعة على ثبوت النسب وهو أمر خفي ويستطيع الزوج نفي النسب إلا عن طريق اللعان.

فقبل تعديل المادة 40 من قانون الأسرة[3]كان المشرع قد قيد القاضي ببعض شروط قرينة النسب التي حددها وبين الطرق التي يمكن للأب نفي النسب به، ولكن بعدل التعديل أصبح للقاضي نوع من الحرية في اختيار الطريق المناسب ك الأمر بإجراء خبرة طبية من أجل تحليل الدم لمعرفة النسب.

و لكن ومما سبق بيانه يلاحظ أن المشرع الجزائري أدرج قرينة قوة الشيء المقضي به في نص المادة 338 قانون مدني و اعتبرها قرينة قانونية مع أن هناك جدال فقهي بين من يرى أن قوة الشيء المقضي به لا تستند إلى قرينة قانونية قاطعة بل هي قاعدة موضوعية لا تقبل النقض و لو بالإقرار أو اليمين و وضعها بين القرائن القانونية يعتبر خطأ شائع[4]، فالأستاذ زهدور يعتبر الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به هي قواعد موضوعية وليست قرائن قانونية قاطعة، حيث يقول: "يلاحظ أن المشرع الجزائري امتثالا لما ذهب إليه المشرع الفرنسي والمشرع المصري اعتبر الأحكام التي حازت قوة الشيء فيه قرينة قانونية قاطعة لا تقبل أي دليل ينقضها، مع أن هذه القاعدة ليست قرينة قانونية وإنما قاعدة موضوعية بنيت على قرينة، لأن القرينة القانونية باعتبارها وسيلة إثبات تقتضي أن تكون قابلة لإثبات عكسها.

---

[1] غوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 111–112 .

[2] نص المادة 41 من قانون الأسرة التي تنص على أن " **ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق الشرعية** "

[3] نص المادة 40 الفقرة الثانية من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 02/05 الصادر في 2005/02/27 التي تنص " **يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.** "

[4] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص246

كما أن القرينة القانونية تؤدي إلى وجود دليل يساعد على حل نزاع لازال لم يفصل فيه بعد، بينما الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه فصلت في نزاع وانتهى أمره، لذلك فإن الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه في الحقيقة هي قاعدة موضوعية مبنية على قرائن"[1].

وعليه فالقرينة القانونية تتقارب مع القاعدة الموضوعية، ذلك أن كلاهما من صنع المشرع نفسه، وأنهما يقوما على الراجح الغالب الوقوع لذلك يقع اللبس بينهما وهذا ما يستدعي إلى الإشارة أهم نقاط الاختلاف والتي تتمثل فيما يلي:

أولا: إذا كانت بعض القواعد القانونية الموضوعية تقوم على فكرة الغالب من الأحوال، إلا أن هذه الفكرة ليست هي موضوع القاعدة بل هي الدافع إليها ،وهذا الباعث وإن كان يساهم في تكوينها إلا أنه يختفي وراء القاعدة فلا يكون له أثر، فيصدر المشرع النص المنشئ للقاعدة الموضوعية مجردا دون أن يكشف فيه عن الدوافع أو المبررات التي قد أملت القاعدة فلا تكون إلا بصدد قاعدة يلتزم القاضي بتطبيقها، فمثلا القاعدة التي تعتبر الشخص راشدا ببلوغه 19 سنة[2]، هذه القاعدة أستلهم المشرع فكرتها من الغالب الراجح الوقوع باعتبار أن من يبلغ هذا السن يكون غالبا قد بلغ درجة من الفهم والإدراك تؤهله للتصرف في أمواله، إلا أنه لا يبرز هذه الفكرة في النص بل يقرر القاعدة بما يراه ملائما لاحتياجات الجماعة دون أن يكشف عن علتها.

أما في القرينة القانونية فإن عامل الغالب الوقوع في ذاته هو موضوع القرينة فلا يختفي وراءها بل يبقى بارزا في النص المنشى للقرينة ويجعل تطبيق القرينة منوطا بقيامه، مثلا المشرع يستنبط في القرينة في أن الشخص الذي يتصرف إلى أحد ورثته ويحتفظ في هذا التصرف بحيازة العين، فيقيم المشرع قرينته ويكشف عن هذا الغالب في النص المنشئ للقرينة ويترتب على ثبوتها اعتبار التصرف وصية.

---

[1] محمد زهدور– المرجع السابق– صفحة87 .

[2] المادة: 40 من ق،م :" **كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة .**

ثانيا: على اعتبار أن القاعدة الموضوعية تعتبر حقيقة ثابتة على الدوام، فلا يجوز معارضتها بالعلة في تقريرها، فالقاعدة التي تعتبر الشخص راشدا ببلوغه تسعة عشر سنة، وإن قامت على فكرة الغالب الراجح الوقوع باعتبار أن أغلب الناس في مثل هذه السن يدركون ويعقلون إلا أنه لا يقبل من الشخص الذي قد بلغ هذه السن أن يثبت أن العلة التي قامت عليها القاعدة غير متوافرة بالنسبة له ولو كانت قد بدت عليه علامات القصور العقلي، فإنه يعتبر بالرغم من ذلك بالغا، إلا إذا كان قد حجر عليه لسبب من الأسباب التي نص عليها القانون، أما بالنسبة للقرينة القانونية، فقد بينا أن العلة التي تقوم عليها تظل ملازمة للنص المنشئ للقرينة، بل تعتبر هي موضوع القرينة وعلى ذلك يمكن. نقض القرينة بعلتها[1].

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص206

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير القرائن القانونية ومدى رقابة المحكمة العليا عليه

إن تحديد قوة القرينة القانونية في مجال الإثبات يعد من المسائل المهمة جدا، ذلك أن البحث في موضوع القرينة يعد مسألة قانونية تخضع فيها لرقابة محكمة النقض في حال ما إذا أضعفت قوة القرينة القاطعة بأن أجازت إثبات عكسها، فإنها تكون بذلك قد أخطأت في تطبيق القانون، كذلك الأمر إذا لم تتح للخصم إثبات عكس القرينة القانونية البسيطة فإنها تكون بذلك قد أخلت بحق من حقوقه جوهرة حرية الدفاع مما يعيب الحكم ويوجب نقضه[1].

وقد سبق القول أن القرينة القانونية هي إعفاء استثنائي من عبء الإثبات الذي تقضي به القواعد العامة فكان لا بد من الأخذ بها لوجود نص صريح عليها والذي لا يمكن التوسع في تفسيره و لا القياس عليه ولكون القرينة القانونية ذات مصدر تشريعي محض في اختيار الواقعة الثابتة و في استنباط الواقعة المجهولة منها و بحكم أن هذا الاستنباط تشريعيا فإن سلطة القاضي التقديرية جد مقيدة و قائمة على فكرة الافتراض التي يجب احترامها حتى تتجسد نية المشرع في تطبيق هذه القرائن من قبل القاضي تطبيقا سليما و صحيحا فلا يمكن هنا أن نتصور نطاقا واسعا لسلطة القاضي التقديرية مما يجعل رقابة المحكمة العليا في تطبيق هاته القرائن باعتبارها مسائل قانونية ،لذلك يتعين تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتعرض لدور القاضي وسلطته في الإثبات بالقرينة القانونية غير القاطعة في المطلب الأول، أما سلطة القاضي في تقدير القرينة القانونية القاطعة ومدى رقابة المحكمة العليا سنعالجها في المطلب الثاني .

[1] أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص134

المطلب الأول: دور القاضي وسلطته في الإثبات بالقرينة القانونية غير القاطعة

لقد بينا أن القرينة القانونية البسيطة هي التي يجوز اثبات عكسها أو نقض دلالتها ومن ثم فهي تختلف عن القرينة القاطعة من هذا الجانب إلا أنها تتشابه معها من حيث قيام كل منهما على فكرة واحدة أساسها الاحتمال والترجيح. وللقاضي دور كبير في مجال الإثبات بالقرينة القانونية غير القاطعة، لكن في حدود سلطته التقديرية من حيث تطبيقها ومن حيث تقدير ثبوت عكسها.

الفرع الأول: دور القاضي في تطبيق القرينة القانونية غير القاطعة

القرينة القانونية ملزمة للقاضي وليس له أي سلطة لتقدير حجيتها، وذلك لأنها مقررة بنص القانون الذي يبين شروط انطباقها، فمتى توافرت هذه الشروط التزم القاضي بالأخذ بدلالتها، ولأن الشروط التي تقوم عليها القرينة تتعلق بإثبات الواقعة البديلة ووسائلها، فإن هذه الوسائل القانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا.[1]

لكن على الرغم من أن للقاضي دور سلبي في تطبيق القرينة القانونية، إذ يقتصر فقط على التحقيق من ثبوت الواقعة التي ربط بها المشرع القرينة القانونية، لكن هذا لا يمنعه من استخدام سلطته التقديرية بغرض الوصول إلى الحقيقة، كأن يستخلص من وقائع النزاع عنصر من عناصرها، لكن ذلك بشرط أن تكون هذه الواقعة قابلة للإثبات بالقرائن القضائية، وفقا للقواعد العامة في مجال الإثبات، فمثلا في قرينة الوفاء بالأجرة المنصوص عليها في المادة 499 من القانون المدني الجزائري، والتي اشترط المشرع لقيامها إثبات الواقعة البديلة و هي دفع المستأجر للأجرة اللاحقة، وفي هذه الحالة لا يوجد ما يمنع القاضي من أن يستخلص من واقعة ما في الدعوى قرينة قضائية يستدل بها على ثبوت وفاء المستأجر لأجرة المدة اللاحقة، وليس هذا تعدي لحجية القرينة القانونية المحددة قانونيا، وليس توسع في تفسيرها، وإنما يدخل في صميم الدور المنوط إليه للتحقيق من ثبوت الواقعة البديلة التي قررها المشرع وجعل دلالتها ثابتة.

و للقاضي بسط سلطته التقديرية في القرينة القانونية البسيطة طالما أن المشرع أجاز دحض القرينة البسيطة بالدليل العكسي إذ افترض المشرع في هذه الحالة مشروعية سبب الالتزام إذا طلب الدائن من المدين الوفاء بالتزامه لكن هذه القرينة يمكن للمدين إثبات أن سبب التزامه غير مشروع لذلك فإن هذا يدخل في سلطة القاضي التقديرية شريطة أن يكون تقديرهم للقرينة القانونية البسيطة مؤسس على أسباب سائغة[2]. ويعتبر التمسك بالقرينة القانونية البسيطة غير القاطعة ومدى انطباقها على وقائع الدعوى وكيفية إثباتها من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض.

---

[1] يحي بكوش، المرجع السابق، ص 367

[2] بطيمي حسين، القضاء بالقرائن في الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية ،1997، ص195

الفرع الثاني: دور القاضي في إثبات عكس القرينة القانونية غير القاطعة

لقد أعطى المشرع للقرينة القانونية غير القاطعة حجية بسيطة هي الإثبات، بحيث أنها تقبل إثبات العكس في جميع الحالات التي لا تكون فيها مطابقة لواقع النزاع، وتقدير ثبوت عكس القرينة من عدمه، من الأمور الموضوعية التي يرجع تقديرها لسلطة قضاة الموضوع، دون تعقيب عليهم من المحكمة العليا، ما دام تقديرهم مؤسس على أسباب موضوعية سائغة ومبررة، والقاضي حر فيما يراه، فإذا توصل بناء على سلطته التقديرية إلى اعتبار أن الوقائع التي يحتج بها الخصم لا تمثل مبررا كافيا لإسقاط حجية قرينة المسؤولية التي تثبت ضده، فإن له كامل الحرية أن يرفض دفوع الخصم الذي يحتج بالقوة القاهرة من أجل دفع قرينة المسؤولية بعد تحري بناء على سلطته التقديرية عدم توفر شروط القوة القاهرة .[1]

أما إذا اقتنع القاضي بما قدمه الخصم من دفوع واستخلص منها بما له من سلطته، وقائع يرى أنها تنطوي على حجية تفوق حجية القرينة، فلا يكون أمامه مانع أن يقر بثبوت عكس القرينة، ويرفض من ثم الحكم على أساسها من دون أن يعرض حكمه للنقض، ما دام أنه قد سبب حكمه تسبيبا كافيا[2].

وسلطة القاضي التقديرية في إثبات عكس القرينة غير القاطعة، تختلف بحسب نوع القرينة، فإذا كانت القرينة غير القاطعة بسيطة فللقاضي استعمال سلطته التقديرية في جميع الوقائع التي يدفع بها الخصم، كما يجوز له أن يأخذ بالواقعة التي اقتنع بها، دون وقائع أخرى متى اقتنع بأنها منتجة في الدعوى وكافية لإثبات عكس القرينة، كما له أن يستبعدها جميعا متى توصل إلى نتيجة وأن حجيتها لا تصل إلى حجب القرينة، أما في القرينة غير القاطعة النسبية فدور القاضي في إثبات عكسها محدود لأن المشرع حدد فيها محل إثبات العكس، كما هو الشأن في قرينة العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وقرينة مسؤولية متولي الرقابة، حيث يلتزم القاضي وبتقيد في بحثه وتحريه في حدود التأكد من مدى ثبوت الوقائع التي تمثل حالة من حالات السبب الأجنبي، وهذه المسائل قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا.

---

[1] المحكمة العليا، الفرقة المدنية، ملف رقم 53010 ، قرار بتاريخ 1988/05/25، المجلة القضائية ،العدد الثاني، سنة 1998، ص11.

[2] يحي بكوش، المرجع السابق، ص 370.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير القرينة القانونية القاطعة ومدى رقابة المحكمة العليا

لقد بينا سابقا أن المشرع الجزائري تكلم على نوعين من القرائن القانونية أولهما القرائن القانونية البسيطة و يتدل عليها من عبارة " على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي " وثانيهما القرينة القانونية القاطعة و يستدل عليها من عبارة " ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك "، والقرينة القانونية تنقل محل الإثبات من الواقعة المراد إثباتها إلى واقعة أخرى متصلة بها يحددها المشرع، فتكون هذه الواقعة الأخيرة هي أساس القرينة التي يشترط القانون قيامها لانطباق حكم القرينة ، وبذلك يتعين ثبوتها أولا حتى يصدر هذا الحكم[1].

وبالتالي فإن سلطة القاضي في تقدير القرينة القانونية فهي كمبدأ عام تقيد سلطة في الإثبات بالقرينة إلا أنه يمكن التمييز بينهما بين القرينة القانونية القاطعة والتي تقيد سلطة القاضي في تقديرها والقرينة البسيطة التي يمكن إعمال سلطته عليها وهذا ما سنتطرق إليه في الفرعين التالين: الفرع الأول نتكلم عن تقييد سلطة القاضي في تقدير القرينة القانونية القاطعة، أما الفرع الثاني سنتناول فيه لإخضاع سلطة التقديرية لرقابة المحكمة العليا.

الفرع الأول: تقييد سلطة القاضي في تقدير القرينة القانونية القاطعة

إن القرينة القانونية تعد استثناءا من القاعدة العامة في الإثبات وعليه يتعين على القاضي التوسع في تفسير هذا الاستثناء أو القياس عليه، فلا يصح للقاضي إجراء حكم بالقرينة القانونية على حالة لم ينص عليها القانون، حتى لو كانت الدوافع في الحالة الجديدة أشد وأقوى[2].

ومتى ثبت قيام الواقعة أساس القرينة تعين على القاضي أن يأخذ بحكم القرينة فيجعلها أساس لحكمه حتى ولو بدا له عدم مطابقتها للواقع في القضية المعروضة عليه وإلا كان حكمه عرضة للنقض، فالدلالة تنطوي عليها القرينة القاطعة يفرضها القانون وليس القاضي سلطة تقديرية في مدى مطابقتها بحقيقة الواقع أي أن القرينة القانونية لها قوم ملزمة ومن ثم فإن دور القاضي في الإثبات بشأنها يتضاءل إلى حد الأدنى ويقتصر هذا الدور في تطبيق قاعدة الإثبات القانونية على النزاع المكلف بحسمه[3]

وللخصم الذي يحتج عليه بالقرينة أن ينازع في توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقيامها وعلى القاضي أن يمكنه من ذلك مراعاة لحق الدفاع، ليدحض ما يقدمه خصمه من أدلة على إثبات تلك الواقعة وهو إذا يتصرف على هذا النحو لا ينطوي فعله على نقض القرينة، وإنما هو يثبت فقط أن

---

[1] عبد المنعم فرج الصدة، المرجع سابق، ص 302.

[2] إدوارد عيد ، المرجع السابق، ص 178

[3] آدم وهيب الندوي، المرجع السابق، ص 304

شروط القرينة غير مستوفاة في الحالة المعروضة، وتوافر هذه الشروط من عدمه مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا[1].

وعليه فإن سلطة القاضي تضيق عند كل قرينة قانونية وعليه إثارتها من تلقاء نفسه إذا لم يدفع بها الخصوم باعتبار أنها نصوص آمرة له وهذا ما عبر عنه المشرع الفرنسي بالمادة 1350 من التقنين الفرنسي، فالقاضي لا يجوز له أن يتصرف في القرينة القانونية و لو اعتقد عدم صحتها، لأن القانون الذي قررها كما لا يمكنه أن يقول في منطوق حكمه أنه حكم بناء على قرينة كذا ولكن بناء على المادة كذا ويكتفي لمن كانت القرينة في مصلحته أن يتمسك بالمادة التي نصت على هذه القرينة ، وبالتالي لا يجوز لقضاة الموضوع التوسع في تفسيرها وأن لا يتجاهلوا الحجية التي منحها لها القانون .

الفرع الثاني: إخضاع سلطة القاضي التقديرية لرقابة المحكمة العليا

يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية وهو بصدد تقديره للدليل المقدم له فله أن يأخذ به إذا اقتنع به ويطرحه إذا تطرق فيه شك لإلي وجدانه، فهذا التقدير يعد من صميم عمل القاضي التقديري طالما أنه انصب على واقع النزاع المطروح ولهذا فالمحكمة العليا لا تختص من حيث المبدأ بإعادة فحص أدلة الإثبات[2]، وقد بينا أن سلطة القاضي التقديرية في إعمال الدليل بالقرائن القانونية فهي مقيدة كون أن المشرع نص عليها قانونا كون أن القرائن القانونية القاطعة فإن للقاضي سلطة مقيدة عليها.

وباعتبار أن المحكمة العليا تعد محكمة قانون وهي الهيئة الأسمى المفوضة لأعمال القضاة سواء على مستوى المحاكم أو المجالس ولا يتأتى لها ذلك إلا إذا مارست رقابة دقيقة على كل الجوانب والمسائل القانونية في عمل القاضي، فالقرائن القانونية مقررة بنصوص خاصة تبين في صيغة عامة شروط انطباقها ويعتبر توافر هذه الشروط مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، وكذلك الأمر في حجيتها فإن القانون هو الذي يقررها لها. فالمحكمة العليا هنا تتدخل لمراقبة ما إذا كان القضاة لم يتجاهلوا ولم يرفضوا الحجية التي يسندها المشرع لهته القرائن.

---

[1] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 266.

[2] خليفة محمود عبد العزيز، النظرية العامة للقرائن في الإثبات الجنائي في التشريع المصري والمقارن، مطابع الطويجي التجارية، مصر 1987، ص 295

الفصل الرابع: اليمين القضائية ودور القاضي فيها

تعتبر اليمين من الطرق المعفية من إثبات أية واقعة مادية أو تصرف قانوني مهما بلغت قيمته ، شأنه في ذلك شأن الإقرار والقرائن القانونية التي لها قوة مطلقة في هذه الناحية كالكتابة.[1] ، كما تعتبر طريق من طرف الإثبات غير المباشرة في الإثبات القضائي لكون دلالتها لا تنصب مباشرة على الواقعة المراد إثباتها فهي احتكام إلى ذمة الخصم ، يلتجئ إليها في غالب الأحيان من يعوزه الدليل أو على الأقل لم يتهيأ له الدليل الذي يتطلبه القانون في ظل نظام الإثبات المقيد ، ومن هناك كانت اليمين نظاما من أنظمة العدالة أراد به المشرع أن يخفف من مساوئ تقييد الدليل ، فجعل للخصم أن يحتكم إلى ذمة خصمه بيمين حاسمة، وإلى جانب آخر مكن القاضي أن يوجه يمينا متممة يستكمل بها ما نقص من أدلة الخصوم.[2]

كما أن اليمين تعد من الأدلة الملزمة للقاضي ولا تقبل إثبات العكس، ولها حجية قاصرة على من حلفها، لكنها من الأدلة المطلقة تثبت بها جميع الوقائع القانونية، ولليمين طابع ديني علاوة على الطابع المدني، لأنها استشهاد الله تعالى على صدق الخبر[3].

فاليمين هي قول يتخذ فيه الحالف الله شاهدا على صدق ما يقول، أو هي حلف مقرون بذكر الله عز وجل على صدق الخبر، أو هي إشهاد الله جل شأنه على صدق ما يخبر به الحالف، أو هي إخبار عن أمر مع الاستشهاد بالله تعالى على صدق الخبر[4].

وعرفها الأستاذ عبد المنعم الصدة بأنها "استشهاد الله تعالى على صدق ما يقوله الحالف تقوية لهذا القول وتعزيزا له"، وعرفها الأستاذ حلمي الحجار بأنها "قول يتخذ فيه الحالف الله شاهد على صدق ما يقول".

ولليمين نوعان حاسمة وهي التي تحسم النزاع وتنهيه يوجهها أحد الخصوم إلى الأخر عن طريق القضاء وتحت رقابته، ومتممة ينحصر دورها في تكملة دليل أو أدلة مقدمة في الدعوى، يوجهها القاضي ليستكمل بها ما يراه ناقصا في أدلة أحد الخصوم، لذلك سنتناول في هذا الفصل إلى اليمين بنوعيها وهذا في مبحثين، الأول نتناول فيه إلى سلطة القاضي إزاء اليمين الحاسمة والمبحث الثاني نتناول فيه إلى سلطة القاضي إزاء اليمين المتممة.

---

[1] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 125.

[2] قروف موسى، المرجع السابق، ص 139

[3] علي أحمد الجراح، نفس المرجع، ص126

[4] محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص3

المبحث الأول: سلطة القاضي إزاء اليمين الحاسمة

اليمين الحاسمة هي التي يوجهها الخصم إلى خصمه عندما يعوزه الدليل على ادعائه ليحسم بها النزاع، ولذلك سميت بالحاسمة لأنها تحسم النزاع[1]، فهي يمين يوجهها الخصم إلى خصمه، يتخذ الله تعالى شاهدا على صحة ما يقول الحالف، أو على صحة ما يقول الخصم الآخر، مع وسيلة احتياطية يحتكم بها الخصم إلى ضمير خصمه عندما يعجز عن إثبات ما يدعيه بالدليل الذي يتطلبه القانون.[2]

إن اليمين الحاسمة من الطرق غير المباشرة في الإثبات القضائي، لكونها لا تنصب مباشرة على الوقائع المراد إثباتها، كما أنها من طرق الإثبات التي تنتهي بها الدعوى باعتبارها الوسيلة الأخيرة التي يلجأ إليها الخصم عندما لا يوجد لديه الدليل لإثبات ما يدعيه.[3]

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام اليمين الحاسمة وشروطها وأثارها في المواد 343 إلى 347 من القانون المدني، إلا أنه لم يرد أي تعريف لليمين الحاسمة، فقد جاء في نص المادة 343 من قانون المدني[4] أنه: "**يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الأخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك، ولمن وجهت إليه أن يردها على خصمه، غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها خصمان، بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين**"

إن اليمين الحاسمة حق قانوني خوله المشرع للمتقاضي لكي يوجهه متى أراد ذلك، وليس للقاضي السلطة لأن يوجهها إلى أحد الخصوم من تلقاء نفسه، وإلا فإن حكمه معرض للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وبما أن اليمين الحاسمة حجة قاطعة إذا ما حلف الخصم الذي وجهت إليه، فإنها حجية ملزمة للقاضي ولا يجوز له أن يتدخل، وإنما يقتصر دوره على مراقبة صحة ترتيب الأثار القانونية لليمين في إطار ما رسمه القانون.[5]

إذا كان قاضي الموضوع لا يملك توجيه اليمين الحاسمة من تلقاء نفسه، باعتبار أن هذا الحق قاصر على الخصوم، إلا أن ذلك لا يعني أن القاضي لا يملك أية سلطة بصدد الإثبات باليمين الحاسمة، فما يزال يملك سلطات واسعة بهذا الخصوص، فللقاضي الحق في منع توجيه اليمين الحاسمة إذا ما تخلف أحد شروطها التي تطلبها القانون، أو إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها، كما أن للقاضي الحق في تعديل صيغة اليمين التي يطلب الخصم توجيهها لخصمه، وإذا كان الأمر كذلك إلا أن القاضي لا يملك أية سلطة بصدد الحكم بنتيجة اليمين الحاسمة.

---

[1] محمد زهدور، المرجع السابق، ص29.

[2] مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص166

[3] عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1 ،2005، عمان، ص 299

[4] الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[5] شمام منير، المرجع السابق، ص 21

وهو ما سنتناوله بالتفصيل في هذا المبحث سنتطرق ل سلطة القاضي في مراقبة شروط محل اليمين الحاسمة في المطلب الأول، ونتعرض في المطلب الثاني لسلطة القاضي بصدد توجيه اليمين الحاسمة بصدد إجراءات توجيهها، أما سلطة القاضي بصدد نتيجة اليمين الحاسمة نتطرق لها في المطلب الثالث.

المطلب الأول: سلطة القاضي في مراقبة شروط الواقعة محل اليمين الحاسمة

إن اليمين الحاسمة من الوسائل التي يلجأ إليها الخصم ليثبت دعواه فلا يستطيع أن يشهر اليمين مباشرة في وجه خصمه، بل يجب عليه أن يحترم إجراءات وشروط توجيهها عن طريق القاضي المدني وتحت رقابته وإشرافه[1]، حتى يكون طلب توجيه اليمين الحاسمة منتجة لأثارها القانونية.

ونتيجة لذلك أنه في حالة تقدم الخصم بطلب توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه، لابد أن يكون الطلب مستوفيا للشروط الموضوعية الواجب توافرها ولا يكون الخصم متعسفا في توجيهها وجب على القاضي أن يصدر حكما بتحليف اليمين، وتتمثل سلطة القاضي في توجيه اليمين الحاسمة في نقاط معنية نتناولها في الفروع التالية:

الفرع الأول: شروط الواقعة محل اليمين الحاسمة

الفرع الثاني: سلطة القاضي التقديرية في ملاءمة اليمين الحاسمة

الفرع الأول: شروط الواقعة محل اليمين الحاسمة

نصت المادة 344 من القانون المدني على شروط قبول اليمين الحاسمة، والتي جاء فيها ما يلي :" **لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام ،ويجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين ،فإن كانت غير شخصية له قامت اليمين على مجرد علمه بها .**

ويجوز أن توجه اليمين في أية مرحلة كانت عليها الدعوى "

يمكن توجيه اليمين الحاسمة في كافة المسائل المدنية والتجارية مهما بلغت قيمة الشيء المدعى به، سواء مما كان يقبل الإثبات بالبنية، أو مما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة كالتصرفات المدنية التي تزيد قيمتها على مئة ألف دينار بل يصح أن يكون موضوع اليمين أمرا يخالف أو يجاوز الكتابة[2].

---

[1] مصطفى مجدي هرجة، اليمين الحاسمة في ضوء الآراء الفقهية وأحكام المحاكم، دار محمود للنشر والتوزيع، ط3، ص51 -52

[2] قضت المحكمة العليا بأنه: "من المقرر قانونا وقضاء أنه يجوز توجيه اليمين الحاسمة في أي نوع من أنواع النزاع ويعتبر كعقد قضائي بين المتخاصمين يجعل حدا نهائيا للخصومة، ومن المقرر أيضا أنه لا يجوز لمن وجه اليمين أوردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه تلك اليمين ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون يستوجب النقض " قرار رقم 44842 بتاريخ 12-10-1988 المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الثاني ص20.

كما يجوز توجيه اليمين الحاسمة لنقض قرينة قانونية غير متعلقة بالنظام العام، أما إذا كان التصرف المدعى به مما يشترط القانون إفراغه في محرر رسمي كالعقد الرسمي ففي هذه الحالة لا يصح توجيه اليمين الحاسمة لإثبات التصرف، لأن التصرف لا ينعقد أصلا إلا إذا استوفى الشكل الذي يشترطه القانون، ما يجعل اليمين واردة على غير محل.[1]

وما يشترط في الواقعة موضوع اليمين هي نفس الشروط اللازم توفرها في الواقعة محل الإثبات عموما، إلا أنه فوق ذلك فقد اشترط القانون في الواقعة موضوع اليمين شروطا أخرى اقتضتها طبيعة اليمين والغاية منها، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: عدم مخالفة الواقعة للنظام العام والآداب العامة

يقصد بالقواعد المتعلقة بالنظام العام القواعد الأمرة، التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، وهي تهدف إلى تنظيم وحماية المصالح الأساسية في المجتمع[2]، فلا يجوز توجيه اليمين الحاسمة بصدد واقعة مخالفة للنظام العام، لهذا لا يجوز توجيهها لإثبات دين قمار ولا في دعوى تتعلق بإنجاز منزل يستغل للدعارة، كما لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة لإثبات تصرف يشترط القانون لانعقاده شكلا خاصا أو بصدد حق سبق وأن صدر في شأنه حكم حائز لقوة الشيء المقضي به[3].

ولا يجوز توجيه هذه اليمين في المسائل التي لا تصح التنازل عنها أو التصالح فيها كالمسائل المتعلقة بالجنسية أو الميراث أو الأهلية لتعلقها بالنظام العام ولقد أكدت هذا المبدأ المحكمة العليا في قرارها رقم 520422[4].

أما إذا كانت الواقعة المراد الاستحلاف عليها غير مشروعة أو ماسة بكرامة الشخص الذي توجه إليه اليمين أو بشرفه، ولكنها لا تكون جريمة فإنه يجوز لمن كان ضحية هذه الواقعة أن يوجه بشأنها اليمين الحاسمة إلى خصمه، فيستطيع المدين بسند أن يوجه هذه اليمين إلى الدائن ليحلف أن سبب الدين مقامرة أو رهان[5].

وأنه لا يجوز توجيه هده اليمين على واقعة لو صحت كانت جريمة ولو في الدعوى المدنية المرفوعة أمام المحكمة الجزائية، لأنه لا يصح أن يكون النكول عن اليمين دليلا على ارتكاب الجريمة،

---

[1] قروف موسى، المرجع السابق، ص 141 .142

[2] جميل فخري محمد ناجم، اليمين القضائية، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1، 2009، ص 165

[3] أنيس المنصور، مدى سلطة قاضي الموضوع في الإثبات باليمن الحاسمة، مقال منثور في دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 36، العدد 1، 2009، ص 253

[4] قضت المحكمة العليا بأنه: من المقرر قانونا أن اليمين الحاسمة لا يجوز توجيهها إذا كانت تتعلق بواقعة مخالفة للنظام العام، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير مؤسس ويستوجب رفضه " قرار مؤرخ في 05-04-1989 ملف رقم 520422 المجلة القضائية سنة 1991، العدد الأول، ص 14

[5] قروف موسى، نفس المرجع، ص 143

وهو ما رجح في القضاء المصري هو عدم جواز التحليف على واقعة تكون جريمة جنائية، بمعنى عدم جواز التحليف على واقعة لو صحت كانت جريمة[1]، وتعتبر كل واقعة موضوع اليمين الحاسمة مخالفة أو غير مخالفة للنظام العام مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض.

الشرط الثاني: أن يكون موضوع اليمين واقعة قانونية

يجب أن ترد اليمين على واقعة قانونية، سواء كانت واقعة مادية أو تصرف قانوني ويصح أن تنصب على الحق المدعى به مباشرة دون ذكره مصدره، كأن يوجه الخصم إلى خصمه يمينا على أنه ليس مدينا بالمبلغ المدعى به، ولكن لا يجوز أن يكون موضوع اليمين حكما قانونيا يطبق على النزاع المعروض، لأن تطبيق القانون من عمل القاضي وحده وليس من شأن الخصوم، فاليمين في هذه حكمها حكم الإقرار[2].

و لابد أن يكون موضوع اليمين الحاسمة واقعة قانونية محددا تحديدا نافيا للجهالة سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية أيا كانت قيمتها ،ولو جاوزت النصاب القانوني لإثبات ما يجاوز أو يخالف مضمون ما يثبت كتابة بين الخصوم[3]، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 282159 المؤرخ في 03-03-2004[4] ،أما ما لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير كالمحاضر الرسمية وباقي السندات التي تكتسب القيمة الرسمية أو التصرفات التي تعد الشكلية ركنا في انعقادها ،فإن القانون يأمر بإخضاعها إلى الشكل الرسمي و إلا كانت تحت طائلة البطلان[5] .

وعليه فللقاضي أن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا انصبت على مسألة قانونية لأن استخلاص حكم القانون أو تفسيره هو من صميم عمل القاضي، ومن ثم فلا يجوز أن يكون محلا للإثبات عن طريق توجيه اليمين[6].

---

[1] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص310

[2] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 156

[3] يحي بكوش، المرجع السابق، ص317

[4] قرار المحكمة العليا رقم 282159 جاء فيه "وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في غير محله ذلك أن القانون يمنع الإثبات بالبينة والقرائن إذا تجاوزت قيمة التصرف مئة ألف دينار –لكن لا يمنع الشخص من أن يحتكم إلى ضمير خصمه بتوجيه اليمين الحاسمة له ومن ثم يجوز للدائن أن يوجه اليمين الحاسمة إلى المدين ولو فاقت قيمة التصرف مئة ألف دينار لإثبات الدين " المجلة القضائية العدد الأول 2004 ص 97

[5] شمام منير، المرجع السابق، ص 25.

[6] محمد حزيط، المرجع السابق، ص215

الشرط الثالث: أن يكون موضوع اليمين الحاسمة واقعة منتجة في الدعوى ومتعلقة بها بما أن اليمين تنصب على واقعة يدعيها الخصم وينكرها الخصم الآخر فيجب أن تكون هذه الواقعة منتجة في الدعوى، بحيث إذا ثبتت كانت أساسا للحكم الذي يقطع النزاع، فإذا انصبت عليها اليمين حسمت النزاع بشأنها[1].

إن هذا الشرط تمليه طبيعة اليمين ووظيفتها في الإثبات وهي حسم النزاع نهائيا في الواقعة المتنازع عليها، وتكون الواقعة منتجة إذا كان يتوقف عليها الفصل نهائيا في النزاع كله أو بعضه، ويتحقق ذلك إذا كانت الواقعة من شأنها في حال ثبوتها أن يكون أساسا للحكم فتؤدي إلى قطع النزاع ووضع حد نهائي له[2].

إن الغرض من توجيه اليمين الحاسمة هو وضع حد للنزاع القائم في الدعوى المعروضة أمام القاضي، ومن ثم إذا لم تكن اليمين منهية للدعوى المثارة أمام القضاء المدني، فليس هناك محل لتوجيهها ويتعين على القاضي رفضها، بمعنى أن يقوم الخصم بالاستناد في ادعاءاته إلى أدلة معينة، ويطلب في ذات الوقت توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه في حالة عدم اقتناع المحكمة، ومتى كانت الواقعة حاسمة جاز توجيه اليمين عليها حتى ولو كان القاضي يحتاج بعد حلفها أو النكول عنها إلى إجراء حساب ليبين المبلغ الذي يجب أن يقضي به[3].

أما إذا لم تكن الواقعة منتجة في الدعوى أي لم تؤدي إلى حسم النزاع فإن اليمين المنصب عنها لا تقبل[4]، على أن لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في تقدير ما إذا كانت الواقعة محل الحلف حاسمة في الدعوى من عدمها متى كان ذلك مبنيا على أسباب سائغة أو ردتها في حكمها[5].

ولا يجوز توجيه اليمين بصورة احتياطية، كما إذا تمسك موجهها بتوجيهها من قبل الاحتياط الكلي إذا رأت المحكمة أن الأدلة المقدمة في الدعوى لا تكفي للحكم له بطلباته، لأن اليمين الحاسمة ليست ملكا للقاضي وإنما هي مللك للخصم الذي يجب أن تتجه إرادته الجازمة إلى الاستناد إلى اليمين الحاسمة متخليا عن الأدلة الأخرى في الدعوى.

وتكون الواقعة المدعاة محل النزاع إذا كانت غير معترف بها من قبل الخصم المدعى عليه بها، أما إذا لم تكن الواقعة كذلك بأن كان معترفا بها قبل الخصم فلا تكون موضوعا لليمين الحاسمة ولا توجه بسببها، ذلك أن هذه اليمين لا توجد إلا عند الإنكار[6].

---

[1] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 61

[2] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 158

[3] عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 433

[4] محمد زهدور، نفس المرجع، ونفس الصفحة.

[5] محمد حزيط، المرجع السابق،ص 216

[6] جلال محمد إبراهيم، عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص 278

الشرط الرابع: أن تكون الواقعة متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين الحاسمة

يشترط أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين الحاسمة متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين، ذلك أن الأمر يتعلق بذمته فلا يستطيع الحالف أن يؤكد صحة الواقعة موضوع اليمين إلا إذا كانت متعلقة بشخصه فيكون التحليف في هذه الحالة على الثبات والقطع أي على وجود الواقعة أو نفيها، وهو ما نصت عليه المادة 344 من القانون المدني " **ويجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين فإن كانت غير شخصية له قامت اليمين على مجرد علمه بها** "، وأما إذا كانت الواقعة غير متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين بل كانت متعلقة بشخص غيره كالوارث الذي يحلف على أنه لا يعلم أن مورثه كان مدينا لشخص يطالب بهذا الذين ويمين العلم هذه هي يمين حاسمة أيضا[1].

إن توجيه اليمين الحاسمة تصرف بالإرادة المنفردة لا يحتاج فيه إلى قبول الخصم الذي توجه إليه اليمين ذلك أن توجيه اليمين يترتب عليه بحكم القانون التنازل عن طرق الإثبات الأخرى، وتعليق مصير الدعوى على ذمة المدعى عليه وورعه، ومتى قبل هذا الأخير خلف اليمين أو ردها، فلا يجوز لموجه اليمين أن يوجع في قراره بتوجيه اليمين[2].

ويجب أن تتوافر في الخصم الذي يوجه اليمين الحاسمة أهلية التصرف في الحق الذي يرد عليه التنازع والذي توجه بشأن اليمين الحاسمة فالصبي الذي لم يبلغ سن الرشد والمحجور عليه لسفه أو غفلة أو جنون، لا يجوز له توجيه اليمين إلا بنائب أو قيم يملك ذلك، ويشترط ألا تكون إرادة من يوجه اليمين مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه، عملا بالقواعد العامة وإذا تصور أن البينة ممنوعة قانونا ثم تبين غلطه بعد ذلك فلا يلومن إلا نفسه، ولا يملك الاحتجاج بجهله القانون[3].

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه " لا توجه اليمين الحاسمة إلا إلى الخصم الآخر الذي له حق المطالبة بالإثبات، ويجب أن تتوافر في هذا الخصم أهلية التصرف في الحق الذي توجه إليه اليمين، وأن يملك التصرف في هذا الحق وقت حلف اليمين ذلك أن كل خصم توجه إليه اليمين يجب أن يكون قادرا على الخيار بين الحلف والرد والنكول ورد اليمين كتوجيهها تشترط فيه أهلية التصرف والنكول كالإقرار لا يملكه إن من ملك التصرف في الحق[4]".

---

[1] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 62

[2] أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 136

[3] أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 503

[4] نقض مدني مصري قرار صادر بتاريخ 1968/12/07 مشار إليه في مؤلف مصطفى مجدي هرجه المرجع السابق ص 468

الفرع الثاني: سلطة القاضي التقديرية في ملاءمة اليمين الحاسمة

إذا كان القاضي لا يستطيع من تلقاء نفسه توجيه اليمين الحاسمة إلا أن توجيهها من قبل الخصوم يتوقف على قرار من القاضي فهي ليست من شأن الخصوم وحدهم[1]، فالمشرع الجزائري وبموجب نص المادة 344 من ق م على أنه "**يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر غير أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك ...**" ، فإنه تم وضع قيد في توجيه اليمين الحاسمة وهو على أن تكون بإذن من القاضي، فهذا الأخير لا يوجهها إلا إذا توفرت أو استوفت الشروط المقررة، واكتفى المشرع بعبارة إذا كان الخصم متعسفا في ذلك ، تاركا سلطة تقديرية واسعة لقاضي الموضوع في استنباط الحالات التي يكون الخصم فيها متعسفا في توجيه اليمين الحاسمة وذلك بتقدير لوقائع النزاع والأدلة المطروحة وجدية توجيه اليمين وعلاقتها بحسم النزاع وعدم كيدية اليمين .

إن توجيه اليمين الحاسمة يكون مشروط بعدم التعسف، وإلا يكون كيديا فيجوز للقاضي أن يرفض توجيه اليمين، إذا رأى أن الدعوى يكذبها ظاهر الحال أو أنها ثابتة بغير يمين، أو أن المقصود منها استغلال ورع الخصم الذي توجه إليه وشدة تدينه، ويكون من سلطة قاضي الموضوع استخلاص كيدية توجيه اليمين، أو ما به من تعسف دون رقابة عليه من محكمة النقص[2].

وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1982/04/14 بأن:" التعسف في طلب توجيه اليمين الحاسمة يثبت عدم صحة دعواه بناء على الوثائق المقدمة في الدعوى[3]"، وقضت محكمة النقض المصرية أنه:" اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي وأن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها إذا توافرت شروطها، إلا إذا بان له أن طالبها يتعسف في هذا الطلب[4] ".

وهنا يكون على القاضي التأكد من أن هناك تعسفا ظاهرا في الدعوى عند طلب توجيه اليمين الحاسمة، أي يشترط أن يكون هناك شواهد واضحة وقاطعة لا تضع مجالا للشك بوجود تعسف في طلب توجيهها، لتفادي أن ينقلب الأمر إلى تعسف وظلم[5].

ومحكمة الموضوع وإن كان لها كامل السلطة في استخلاص كيدية اليمين، فإنه يتعين عليها أن تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدي إليه[6]، ومجال سلطة القاضي في هذا الشأن يجب

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 527

[2] أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 138

[3] نشرة القضاة، عدد خاص سنة 1982 ص116 قرار صادر بتاريخ 14-04-1982

[4] سعيد احمد شعلة، قضاء النقص في الإثبات، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 1998، ص277

[5] ظافر الموصلي، اليمين مقال منشور في مجلة المحاماة المعرفة العدد الثامن سنة 1960-1471

[6] مصطفى هرجة، اليمين الحاسمة على ضوء الآراء الفقهية، المرجع السابق، ص 38 -39

ألا يمس حق الخصم في توجيهها، كونها تقتصر على الرقابة في استعمال هذا الحق ومنع التعسف فيه، بحيث لا يستطيع القاضي رفض طلب توجيه اليمين الحاسمة متى كانت مستوفي للشروط الموضوعية ولم يكن هناك مظهر التعسف أو الكيد في طلبها[1].

والقاضي عند رفضه لطلب توجيه اليمين يكون ملزم بتسبب حكم الرفض تسبيبا كافيا يبين فيه الظروف والأسباب التي أدت به إلى رفض اليمين الحاسمة وإلا كان حكمه معرض للنقض لانعدام أو قصور في التسبب[2].

[1] محمد عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 88

[2] كما قضت المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2015/10/22 رقم 1013553 على مبدأ أنه لا يحق للقاضي أن يتدخل لمنع الخصم من توجيه اليمين الحاسمة إلا إذا رآها تعسفية من جانب من وجهها بشرط تسبيب حكمه

حيث إن ما يثيره الطاعن في هذا الوجه صحيح ذلك أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع قد فصلوا في النزاع المعروض عليهم برفض دعوى المدعي لعدم وجود دليل على ما يدعيه ،دون أن يتعرضوا لليمين الحاسمة التي كان الطاعن قد وجهها للمطعون ضده أمام محكمة أول درجة حسب الصيغة التي حددها ، وتمسك بتوجيه تلك اليمين أمام قضاة الاستئناف وهي وسيلة من وسائل الإثبات تجد أساسها في المادة 343 من القانون المدني ذلك أن الخاصية الأساسية لليمين الحاسمة هي إنهاء النزاع والتنازل عما عداها من أدلة إثبات ،اذ تعفي تلك اليمين الخصم من إقامة الدليل لإثبات مزاعم فيستبدل عبئ الإثبات للاحتكام إلى ضمير خصمه ،ولا يحق للقاضي أن يتدخل لمنع خصم من توجيه اليمين إلا إذا رآها تعسفية من جانب من وجهها .

المطلب الثاني: سلطة القاضي بصدد توجيه اليمين الحاسمة وإجراءات توجيهها

لا تعتبر اليمين وسيلة إثبات إلا في المسائل المدنية والتجارية، فلا يجوز توجيهها إلا في نزاع مدني مطروح أمام هيئة قضائية من هيئات القضاء المدني أو أمام هيئة التحكيم، وباعتبار اليمين طريق من طرق الإثبات الغاية منها حسم النزاع، فهل يجوز توجيهها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، وتوجيهها خارج نطاق الدعوى الموضوعية أمام قاضي الأمور المستعجلة؟[1]

وباعتبار أن اليمين الحاسمة هي ملك للخصوم، إلا أنه ليس بمعنى هذا أن توجه اليمين من الخصم إلى خصمه مباشرة بل يجب أن يكون توجيهها عن طريق القاضي بطلب يقدم إليه، وهذا بإتباع إجراءات أقرها القانون لأجل توجيه اليمين الحاسمة، وهو ما سنتناوله في الفرعين التالين: الفرع الأول نتناول فيه سلطة القاضي في توجيه اليمين الحاسمة، والفرع الثاني نخصصه إلى سلطة القاضي على إجراءات توجيه اليمين الحاسمة.

الفرع الأول: سلطة القاضي في توجيه اليمين الحاسمة

تتعلق اليمين الحاسمة بالخصوم، فلا يملك القاضي سلطة في توجيه اليمين الحاسمة من تلقاء نفسه فهي لا توجه إلا من أحد الخصمين للآخر، لذلك فإنه يحق للخصم توجيهها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى مع إعماله لسلطته وهو ما سيتم بيانه في عدة نقاط.

أولا: توجيه اليمين الحاسمة في المراحل المختلفة للدعوى

نصت المادة 344 من قانون المدني "...يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ..."[2]، لما كانت الغاية من توجيه اليمين الحاسمة هو حسم النزاع نهائيا، فإنه يكون من حق الخصم الذي يقع عليه الإثبات توجيهها لخصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى[3]، ذلك أن اليمين تحسم النزاع فيجوز اللجوء إليها مادام لم يفصل في موضوع الحق، ولا مانع من توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر بعد تقديم أدلة الإثبات الأخرى.[4]

للخصم توجيه اليمين في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، دون أن يعد ذلك تعسفا في توجيهها، طالما لم يصدر حكم نهائي في الدعوى، أي ولو أمام محكمة الاستئناف، وإن اتجاه المحكمة في طريق آخر للإثبات متجاهلة طلب توجيه اليمين حتى لو اعتبر رفضا ضمنيا له، لا يمنع التمسك به أمام محكمة الاستئناف، وأن هاته الإجازة تعطي الحق في توجيهها سواء كانت الخصومة أمام أول

---

[1] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 170

[2] القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[3] علي أحمد الجراح، نفس المرجع، ص 182

[4] قروف موسى، المرجع السابق، ص 145

درجة أو أمام محكمة الاستئناف، وسواء كانت طلب اليمين قبل كل دفاع أو بعده، وسواء كانت قبل تقديم أدلة أخرى أم بعدها[1].

ولا يجوز توجيه اليمين الحاسمة أمام محكمة النقض في المرحلة الأولى للطعن وعند تبين مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون أو عدم مخالفته له ، وإنما ليس ثمة ما يمنع من توجيهها في المرحلة التي ينظر فيها موضوع الدعوى بصورة إجبارية[2] ،إذ أن هده المحكمة هي محكمة قانون تنحصر وظيفتها في مراقبة سلامة تطبيق القانون لدى المحاكم دون إعادة البحث في الوقائع أو موضوع الدعوى واستماع البيانات ، لذلك حصر القانون أسباب الطعن بالتمييز ، وبناها على خطأ في تطبيق القانون على وقائع الدعوى أو موضوعها أو على إجراءاتها ،أو تأويل القانون تأويلا خاطئا[3] .

وإمكانية توجيه اليمين الحاسمة قبل صدور حكم نهائي تسمح بتوجيهها قبل تقديم أي دليل آخر أو بعد تقديم أدلة أخرى، وبعد تقديم أي دفع موضوعي أو بعدم القبول، ومن الأحسن أن تقدم اليمين الحاسمة بعد الدفوع الشكلية والدفع بعدم القبول والدفوع الموضوعية الأخرى لأن اليمين الحاسمة دليل إثبات على سبيل الاحتياط يلجأ إليه الخصم الذي يعوزه الدليل، وقد يؤديها الخصم فيخسر المدعي دعواه[4].

ثانيا: توجيه اليمن الحاسمة على سبيل الاحتياط

يمكن توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط إذا كان لا يطمئن إلى الأدلة التي يستند إليها في إثبات عواه، فيكون على المحكمة أن تبحث في أدلة الخصم لتقضي بموجبها إن وجدتها كافية، فإن لم تقنع بها تعين عليها إعمال طلب توجيه اليمين، كما أن جواز توجيهها يتفق مع كونها طريقا أخيرا يلجأ إليه الخصم عندما يعوزه الدليل، كما يعزز هذا الرأي عدم وجود نص في القانون يمنع توجيهها بصفة احتياطية[5].

ذلك أن الخصم قد يشك في كفاية الأدلة المقدمة منه، وأن تلك الأدلة قد لا تكفي لإقناع القاضي بوجود الحق المطالب به فيطلب أنه في حالة عدم اقتناع القاضي بالأدلة المقدمة أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه، فتوجيه اليمين الحاسمة في هذا الغرض يعلق على شرط عدم اقتناع القاضي بما قدمه من أدلة[6].

---

[1] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص 325

[2] أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 511

[3] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 185

[4] بن شنات صالح، المرجع السابق، ص158

[5] قروف موسى، المرجع السابق، ص 143-144

[6] أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 138

أي أن الخصم يقدم الأدلة وفي نفس الوقت يطلب من القاضي توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه في حال عدم اقتناعه بهذه الأدلة المقدمة من قبله، فتعتبر اليمين عندئذ موجهة من باب الاحتياط خاصة إذا راود الخصم الذي يقع عليه عبئ الإثبات شعور بأن الأدلة التي يستند إليها في إثبات مدعيات غير كافية أو غير منتجة فيحتاط للأمر بطلب توجيه اليمين الحاسمة في حال رد الأدلة المقدمة منه عليه أو عدم الاقتناع بكفايتها للإثبات[1].

كما يمكن التمسك باليمين الحاسمة احتياطيا أمام جهة الاستئناف وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2015/02/19 رقم الملف 0966046 كمبدأ أنه لا يمكن لقضاة الموضوع الفصل في النزاع على أساس اليمين الحاسمة الموجهة بصفة احتياطية أمام محكمة أول درجة ،ما لم يتمسك بها الطاعن أمام جهة الاستئناف، وجاء في القرار :"حيث يرد على هذا الوجه أن محتواه لا يتعلق بإغفال الأشكال الجوهرية في الإجراءات بل يتعلق بدفوع موضوعية ، وفضلا عن ذلك فإن اليمين الحاسمة التي كان قد وجهها الطاعن بصفة احتياطية إلى خصمه أمام محكمة أول درجة ، لم يتمسك بها الطاعن أمام جهة الاستئناف حتى يمكن لقضاة الموضوع الفصل في النزاع على أساسها دون اللجوء إلى تطبيق المادة 333 من القانون المدني وعليه فالوجه غير مؤسس ويتضمن رفضه ومعه رفض الطعن[2].

<u>ثالثا</u>: مدى جواز توجيه اليمين الحاسمة أمام القضاء المستعجل :

ثار خلاف في الفقه حول جواز توجيه اليمين الحاسمة أمام القضاء المستعجل على رأيين[3]:

– **الرأي الأول:** جواز توجيه اليمين الحاسمة أمام القضاء المستعجل بشرط أن يقتصر توجيهها على التدبير المؤقت الذي يتوافر فيه ركن الاستعجال، والذي يدخل ضمن اختصاص القضاء المستعجل فقط دون المساس بأصل الحق، أما الوقائع التي لها مساس بأصل الحق، فيمتنع توجيه اليمين بشأنها أمام القضاء المستعجل.

– **الرأي الثاني:** عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة أمام القضاء المستعجل مطلقا، لأن اليمين الحاسمة من شأنها أن تحسم النزاع وبالتالي تجعل الحكم المستند إليها حاسما في أصل الدعوى ولا يجوز للقضاء المستعجل التعدي له.

وذهب في نفس الرأي الفقه والقضاء المصري والفرنسي على أنه حتى ولو كان الغرض من توجيهها الوصول إلى اتخاذ إجراء وقتي في الطلب المعروض أمامه[4]، وعدم جواز توجيه اليمين الحاسمة أمام قاضي الأمور الوقتية والمستعجلة يتفق وطبيعة اليمين الحاسمة، فهذا النوع من الدليل

---

[1] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص190

[2] قرار المحكمة العليا رقم 0966046 مؤرخ في 2015/02/19 –مجلة المحكمة العليا –العدد الثاني 2015 –1020

[3] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 188

[4] مصطفى مجدي هرجة، القضاء المستعجل، دار محمود للنشر والتوزيع، طبعة 2، سنة 1986، ص559

قرر لحسم النزاع فهو مرتبط بوجود الحق الموضوعي من عدمه وأن هذا النزاع يخرج عن إطار اختصاص القضاء المستعجل.[1]

وعلى خلاف ما تقدم بخصوص القانون المصري والفرنسي حول طبيعة القضاء المستعجل وعدم جواز توجيه اليمين الحاسمة، فإن الأمر يختلف بالنسبة للقانون الجزائري، فالمشرع عند إصداره لقانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 غير من أحكام القضاء المستعجل بنصه في المادة 300 منه أنه "يكون قاضي الاستعجال مختصا أيضا في المواد التي ينص القانون صراحة على أنها من اختصاصه وفي حالة الفصل في الموضوع يحوز الأمر الصادر فيه حجية الشيء المقضي "[2].

يقضي هذا النص بأن القضاء المستعجل يختص بالفصل في بعض المسائل والمنازعات المتعلقة بالحق الموضوعي استثناءا عن أصل اختصاصه النوعي طبقا لأحكام المادة 299 قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، فإن القضاء المستعجل كقاعدة عامة غير مختص بالفصل في الموضوع إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك.

وفي جميع الحالات القانونية التي أجاز المشرع للقضاء المستعجل الفصل في موضوع النزاع يجوز للخصوم طلب توجيه اليمين الحاسمة إذا ارتبطت بالوقائع محل النزاع وكانت حاسمة له، وتكون الأوامر الاستعجالية الفاصلة في الموضوع قطعية وتكتسب حجية الشيء المقضي فيه وذلك ما يتناسب وطبيعة اليمين الحاسمة.[4]

أما حالات الاستعجال الأخرى التي لا يجيز القانون فيها التطرق إلى أصل الحق فإن توجيه اليمين الحاسمة أمام قاضي الأمور المستعجلة فيه خروج على ذلك باعتبار اليمين الحاسمة توجه لحسم نزاع قائم بين خصمين حقيقين أصليين، مع أن الواقعة أو الأمر الذي يخشى عليه من فوات الوقت قد يكون مستقبلا محل لنزاع موضوعي وقد لا يكون[5].

الفرع الثاني: سلطة القاضي على إجراءات توجيه اليمين

إن اليمين الحاسمة ملك للخصوم، إلا أنه ليس معنى هذا أن توجه اليمين من الخصم إلى خصمه مباشرة، بل يجب توجيهها عن طريق القاضي بطلب يقدم إليه، وإن توجيه اليمين قد تعترضه عقبات، وهي منازعة الخصم في جواز أو عدم جواز توجيهها، وفي تصدي القاضي لحل هذه المنازعة إما أن يقرر عدم توجيهها، ويكون مصير الدعوى عندئذ مرهونا بما يقدم فيها من بينات أخرى، وأما

---

[1] بن شتات صالح، المرجع السابق، ص 159.

[2] قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 المرافق ل 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مطابع دار القصبة للنشر، 2008، ص 106.

[3] أنظر المادة 299 قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[4] بن شنات صالح نفس المرجع، ص161

[5] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص190

أن يقرر القاضي توجيه اليمين فعندئذ يقتضي ذلك صيغة لهذه اليمين، وبعد اعتماد المحكمة لصيغة معينة يتم تحليفها لمن وجهت إليه اليمين[1].

ومتى استوفت اليمين الحاسمة الشروط المطلوبة، ولم يكن الخصم متعسفا في توجيهها وجب على المحكمة أن تصدر حكما بحلف اليمين، على أن يكون هذا الحكم متضمنا بيان القضية المراد التحليف عليها، وتحديد اليوم والساعة والمكان الذي يؤدي فيه اليمين[2].

وقد حرص المشرع الجزائري على ضرورة أن يشتمل الحكم على تنبيه الخصوم إلى ما يترتب من عقوبات جزائية على اليمين الكاذبة وهذا ما نصت عليه المادتين 90-91 قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، وما نصت عليه المادة 240 من قانون العقوبات على أنه: "كل شخص وجهت إليه اليمين أو ردت عليه في المواد المدنية وحلفها كذبا يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000دج إلى 100000 دج "[4].

وقد استقر الفقه على أنه بعد حلف اليمين لا يملك خصم الحالف أن يثبت كذبها بدعوى مدنية مبتدأه، ولا يمكن الطعن في الحكم الصادر بناء على حلفها بناء على ذلك، وإن كان يملك تبليغ الدعوى العمومية به، وهي التي تملك إقامة الدعوى الجنائية إذا رأت وجها لذلك، وإذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي، جاز للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض، وجاز له أيضا الطعن في الحكم الصادر بناء على حلفها إذا توافر سبب من أسباب التماس إعادة النظر فيما إذا كان قد وقع من الخصم غش كان من شانه التأثير في الحكم.[5]

بما أن موجه اليمين يتنازل عن كل وسائل الإثبات الأخرى ويحتكم إلى ذمة خصمه في شأن نفي الواقعة موضوع اليمين الحاسمة يتعين عليه أن يبين بوضوح تام الواقعة المطلوب الحلف عليها،

---

[1] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 196

[2] قضت المحكمة العليا(مجلس الأعلى سابقا) أنه : "متى كان من المقرر قانونا في أحكام الشريعة الإسلامية أن اليمين تؤدى بالمسجد وجوبا فإنه من المتعين على القضاء بأداء اليمين تحديد مكان ادائها بالمسجد وكذلك تحديد الصيغة والأشياء المؤدة عليها ،وعند عدم التحديد فإنه من المتعذر مراقبة تطبيق القانون من طرف المجلس الأعلى ،والقضاء بخلاف ذلك يستوجب نقض القرار الذي يقضي على الزوج بأداء اليمين لتأسيس حكمه دون أن يبين صيغة اليمين ومكان أدائها ودون مراعاة مقتضيات القانون " قرار مؤرخ في 1986/10/06 ملف رقم 41752 المجلة القضائية 1989 ص50 .

[3] نص المادة 91 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: "**يحدد القاضي اليوم والساعة والمكان الذي يؤدي فيه اليمين يحدد القاضي الصيغة التي تؤدي بها اليمين وتنبيه الخصوم إلى ما يترتب من عقوبات جزائية على اليمين الكاذبة** "

[4] أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم

[5] أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الوفاء للدنيا للطباعة والنشر، الطبعة 2015، ص 293-294

وتلتزم المحكمة بهذا الوضوح فلا يجوز لها أن تعدل من الصيغة المعروضة من طرف الموجه، وعلى من وجهت إليه إما أن يقبلها أو ينازع فيها إذا كانت شروطها غير متوفرة بأن كانت مثلا غير متعلقة بالدعوى أو غير منتجة فيها أو كان موضوعها مخالفا للنظام العام.[1]

ولما كانت اليمين الحاسمة ملكا للخصوم لا للمحكمة فقد كان الأصل أنه لا يحق للمحكمة أن تعدل صيغة اليمين المفترضة من قبل الخصم[2]، بحيث يقتصر هذا الحق على الخصم الآخر، ولكن المشرع أعطى للقاضي الحق في تعديل صيغة اليمين المقترحة من قبل الخصم سواء كان هذا التعديل من تلقاء نفسه أو بناء على اعتراض من الخصم[3]، فللقاضي حق تعديل صيغة اليمين التي قد يقترحها الخصم سواء من تلقاء نفسه أو بناء على اعتراض الخصم الآخر، لكن يجب أن يكون التعديل قاصرا على إيضاح عباراتها بما يتفق مع نية موجهها.[4]

عندما يقرر القاضي توجيه اليمين بطلب من الخصم، فبعدها يقترح موجهها صيغة لها، ويكون لمن وجهت إليه اليمين حق المنازعة في الصيغة المعروضة، وإبداء أوجه اعتراضه عليها و بعدها يقوم القاضي باعتماد صيغة معينة تنصب مباشرة على الواقعة المتنازع عليها بكل وضوح و دقة و تكون حاسمة لها بشرط ألا يكون فيها تعديل جوهري للصيغة التي وضعها موجه اليمين وإلا فلا يكون توجيهها لازما إلا إذا أقر هذا الأخير الصيغة التي اعتمدتها المحكمة[5]، فلا يجوز للمحكمة أن تعدل من جوهر موضوع اليمين بما يخرج بها عما قصد إليه صاحبه، فإن فعل القاضي ذلك دون يقرّه موجه اليمين على هذا التعديل فقد تجاوز سلطته[6]، ويجوز لطالب اليمين في هذه الحالة أن يطعن في الحكم الصادر بتوجيهها بالصيغة المعدلة، لأن هذه الصيغة لا تعبر عن إرادته.[7]

---

[1] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 65-66

[2] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 226

[3] -CHEVALLFER.j.cours de droit civil APPROFONDI.la charge de la prouve.paris N 59-P.182

[4] عبد الستار إمام، المرجع السابق، ص 97.

[5] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 197

[6] قضت المحكمة العليا بأنه: " من المقرر قانونا أنه يجوز لكل من الخصمين توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، ومن المقرر أيضا أن كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه خسر دعواه، ومن المقرر قضاءً أن اليمين الحاسمة ملك للخصم وليس للقاضي تغيير صيغتها تغييرا يؤثر على مدلولها أو معناها ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني والقصور في التسبيب غير جدي وغير مؤسس يستلزم رفضه، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن." قرار مؤرخ في 1989/04/03 ملف رقم 51056، المجلة القضائية سنة 1993 العدد الثالث ص-101.

[7] محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص1170

إن المنازعة تخضع لتقدير المحكمة، فلها أن ترفضها، لكن سلطة المحكمة في هذا تخضع لرقابة محكمة النقض، لأن مسالة جواز أو عدم جواز توجيه اليمين وشروط صحتها من مسائل القانون.[1]

إذا نازع الخصم في اليمين الموجهة إليه فإنها غير جائزة قانونا، فإنه يتعين على المحكمة أن تفصل في منازعته، وأن توجه إليه اليمين على مقتضى ما تنتهي إليه، ولا يجوز اعتباره نافذا قبل الفصل في هذه المنازعة، فإذا لم يعترض الحكم لمنازعة الخصم في اليمين الموجه إليه، ولم يفصل فيما أثاره بشأنها فإنه يكون معيبا بالقصور في التسبيب، فضلا عن الخطأ في القانون.[2]

وموقف المحكمة من هذه المنازعة لا يخلو من أحد الأمرين إما أن تقبل هذه المنازعة ترفض توجيه اليمين، و إما أن ترفض المنازعة و حينئذ تحكم بتحليف من وجهت إليه اليمين، و على المحكمة أن تبين في منطوق حكمها الصيغة التي يؤديها المحكوم عليه باليمين في الجلسة، و إذا كان غائبا عن الجلسة تعين أن يعلن هذا الحكم إليه بواسطة المنفذ كي يحضر لأداء اليمين، فإن حضر و امتنع أن أدائها أو تخلف عن الحضور بغير عذر شرعي اعتبر ناكلا[3].

أما إذا لم يحضر الخصم في الجلسة المحددة للحلف رغم إعلانه قانونا، ولم يكن لديه عذر يمنعه عن الحضور اعتبر ناكلا، وإذا كان لديه عذر يمنعه عن الحضور كالمرض ينتدب قاضي للانتقال إلى مكان تواجده بحضور أمين ضبط طبقا لما نصت عليه المادة 193 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[4]

وفي كلا الحالتين يتعين أن يؤدي الحالف يمينه بحضور من وجّهها إليه أو بعد تبليغه تبليغا صحيحا لحضور مكان الحلف، ويلاحظ أن من وجهت إليه اليمين إذا كان أبكم لا يستطيع الكلام عبر عن قبوله أو سكوته أو رده بالكتابة إذا كان يحسنها وإلا قامت مقامه إشارته المعهودة التي يتخاطب بها عادة.[5]

متى قدر القاضي استيفاء الشروط الموضوعية، ولم يكن الخصم متعسفا في طلب توجيهها، وجب على القاضي إصدار حكم لإجراء تحليف اليمين الحاسمة، على أن يكون الحكم متضمنا أمرين هامين تخلفهما يعرض الحكم لنقض المحكمة العليا:

1- بيان الصيغة المراد التحليف بها: وهذا طبقا للمادة 191 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث يشترط بيان الصيغة المراد التحليف عليها في الحكم وأن تكون بعبارات واضحة لا

---

[1] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص 327.

[2] نفس المرجع ونفس الصفحة.

[3] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 66.

[4] قروف موسى، المرجع السابق، ص 148 وأنظر المادة 193 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[5] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 66.

يشوبها أي غموض وأن تحدد فيها بدقة وقائع موضوع الحلف، وأن تصاغ في صيغة واضحة لا لبس فيها ولا غموض فإذا تعددت الطلبات أو الوقائع المراد التحليف عليها فيجوز جمعها في صيغة واحدة، والاكتفاء في شأنها بيمين واحدة.[1]

2- تحديد الوقت لحلف اليمين الحاسمة أمام القاضي: أنه يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية مرحلة كانت عليها الدعوى وهذا ما نصت عليه المادة 344 ق.م.

إن المشرع الجزائري منع من يوجه اليمين أو يردها أن يتراجع عن ذلك متى قبل خصمه أن يحلف حتى ولو كان قد صدر حكم بتوجيهها، أو حتى بعد إعلان الحكم للخصم مادام أن هذا الأخير لم يقبل الحلف[2]، والعبرة في ذلك في أن توجيه اليمين في حد ذاته يشكل عملا قانونيا غير ملزم للخصم الصادر عنه، بحيث يكون له حق الرجوع عنه طالما أن الخصم الآخر لم يبد قبوله بالحلف.[3]

متى أصدر القاضي حكما بتوجيه اليمين الحاسمة بالصيغة المفترضة من الخصم، أو بتعديل الصيغة من طرف القاضي بناءً على اعتراض من الخصم ولم ينازع عليها الخصم الموجه إليه اليمين الحاسمة اعتبر قبوله ضمنيا بحلف اليمين، وفي هذه الحالة يجوز لهذا الخصم أن يطعن بالاستئناف في الحكم الذي أمر بها، ولكن لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض.[4]

لكن باعتبار أن الحكم القاضي بتوجيه اليمين الحاسمة يعد حكما تمهيديا قبل الفصل في الموضوع بتأدية اليمين، فهذا الحكم غير قطعي ولا يفصل في الموضوع ولا جزء منه، ومثل هذه الأحكام لا يجوز الطعن فيها بالاستئناف.[5] حتى ولو صدرت مخالفة للقانون أو خرقا للأشكال والإجراءات الجوهريةّ، فطبيعة هذه الأحكام لا تسمح بالطعن فيها عن طريق الاستئناف إلا عن طريق الحكم القطعي الفاصل في الموضوع طبقا لنص المادة 334 ق.إ.م. إ.[6]، ما جعل الأحكام غير قابلة للاستئناف إلا مع الحكم القطعي.

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في أنه "متى وقع فرض من أحد الفروض الثلاثة، وقضت المحكمة على مقتضاه أصبح حكمها باتا غير قابل لأي طعن وحسم به النزاع بصورة باتة، ما

---

[1] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص793،794.

[2] نص المادة 345 قانون المدني:" **لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين**"

[3] قروف موسى، المرجع السابق، ص 149

[4] فرج عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص 434

[5] بن شنات صالح، المرجع السابق، ص 169

[6] نص المادة 334من ق إ م إ: " **الأحكام الفاصلة في جزء من موضوع النزاع أو التي تأمر بالقيام بإجراء من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت، لا تقبل الاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى برفضها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك**"

لم تكن الإجراءات الخاصة بتوجيه اليمين أو حلفها أو النكول عنها باطلة، أو كان ذات الحكم باطلا لسبب من الأسباب العامة المتطلبة للأحكام عملا بالقواعد العامة في المرافعات (نقض 1974/06/04 الطعن رقم 564 سنة 42 ق).[1]

أما المشرع الفرنسي نص صراحة على حكم هذه الحالة في المادة 320 مرافعات.[2] حيث أعطى الحق لموجه اليمين في الطعن في الحكم الصادر بتوجيهها على الرغم من أن الحكم الصادر يعد حكما تمهيديا غير منهي للخصومة، وقد برّر ذلك بأنه إذا كانت اليمين الحاسمة تخوّل الخصم الحق في وضع نهاية للدعوى بطلب توجيهها، فإنه من التعسف منحه هذا الحق وحرمان خصمه من الحق في الطعن الفوري على الحكم الصادر بتوجيه اليمين أو رفضها.[3]

المطلب الثالث: سلطة القاضي بصدد نتيجة اليمين الحاسمة

متى صدر حكم بتوجيه اليمين الحاسمة، يتقيد القاضي بالنتائج المترتبة على الموقف الذي يتخذه الخصم فقد يقوم الخصم بحلف اليمين، أو النكول عنها، أو ردها على خصمه، فكل حالة من هذه الحالات مستقلة عن الأخرى من حيث الآثار المترتبة عليها، وقد حدد القانون هذه الآثار وبين أحكامها بالتفصيل في المادة 347 ق.م بنصها أنه:" كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه".

وإذا صدر حكم من القاضي بتوجيه اليمين الحاسمة ترتب على ذلك بالنسبة إلى من وجهها سقوط حقه في الأدلة الأخرى التي يمكن أن يثبت بها موضوع اليمين، وذلك أنه على اعتبار أن عدم جواز ندب اليمين يرجع إلى سقوط حق المدعي في الأدلة الأخرى.[4] غير أن هذا الحكم لا يتناول الدفوع الموضوعية الأخرى المتعلقة بالنظام العام كالدفع بعدم الاختصاص، لأن هذه الدفوع ليست من الأدلة ولأنه يجوز إبداؤها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد توجيه اليمين.[5]

لذلك لا يستطيع من وجهت إليه أن يرفضها، وإنما يكون له أن يحلف اليمين أو ينكل عنها، فإذا لم يشأ هذا أو ذاك استطاع أن يرد اليمين على خصمه وليس أمام هذا الأخير إلا أن يحلف

---

[1] أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 514

[2] عبد الستار سحر، المرجع السابق، ص 98.

[3] -ART 320:"le jugement qui ordonne ou refuse d'ordonner un serment décisiON peut être frappé de recours indépendant de la décision sur le fond".

[4] نص المادة 346 قانون المدني:" **لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو زادت عليه، على أنه إذا أثبتت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بتعويض دون إخلال لما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر منه**".

[5] فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والتجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 2010، ص 33.

اليمين أو ينكل، وهذا البيان يحتاج إلى تفعيل أحكام كل من هذه المواقف الثلاثة التي سنتناولها في الفروع التالية:

الفرع الأول: حلف اليمين الحاسمة.

الفرع الثاني: رد اليمين الحاسمة.

الفرع الثالث: النكول على اليمين الحاسمة.

الفرع الرابع: مدى التزام القاضي للنتائج المترتبة على توجيه اليمين.

الفرع الأول: حلف اليمين الحاسمة.

إذا حلف من وجهت إليه اليمين انحسم النزاع بينه و بين خصمه و خسر هذا الأخير دعواه لزوما بحكم نهائي، بحيث لا يجوز لمن وجه اليمين أن يقدم دعوى جديدة بأدلة أخرى[1]، و يحكم ضد طالب اليمين، لأن توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم هو احتكام إلى ذمته فيسقط حق موجهها في تقديم دليل آخر ضد خصمه، و يتعين عليه أن يخضع لما يسفر عنه هذا الاحتكام، وعلى ذلك يعتبر الحكم الصادر ضد من وجه اليمين أو ضد من نكل عنها حكما نهائيا حائز لقوة الشيء المقضي.[2]، إلا إذا تم توجيهها في مادة لا يجوز فيها، أو في يمين عدّلت أو غيّرت صيغتها، كما يكون الاستئناف مقبولا إذا أسس الحكم على يمين كانت التأدية فيها مشوبة بعيب من عيوب الرضا[3].

كما أنه إذا انصبت اليمين على جزء من النزاع أو مسألة أولية فيه دون أن تؤدي إلى حسمه كله أو تمسك الخصم بدفاع موضوعي لم يشمله الحلف، ومنتج في الدعوى فإن الاستئناف يكون جائزا، غاية ما في الأمر أنه يتعين الالتزام بحجية تلك اليمين بحيث يمنع على الخصوم أن يعودوا إلى المنازعة فيما انصبت عليه وحسمته، ويكون مضمونها حجة ملزمة لمحكمة الاستئناف ولا تملك الخروج عليه أو مخالفته.[4]

إذا ثبت كذب اليمين بعد ذلك، فإن ذلك لا يؤثر على الحكم المدني الذي بني على هذه اليمين الكاذبة، فتبقى لذلك الحكم حجية الأمر المقضي فيه، ولكن يحق للخصم الذي خسر دعواه بناءً على هذه اليمين الكاذبة، أن يرفع دعوى تعويض أمام المحكمة المدنية بعد صدور حكم جنائي نهائي[5].

وبالرجوع لنص المادة 346 ق.م بقولها:" لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه"، فإذا ثبت بحكم جزائي كذب اليمين التي أداها من وجهت إليه

---

[1] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 64.

[2] سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 655.

[3] محمد حزيط، المرجع السابق، ص 219

[4] همام محمد محمود زهران، المرجع السابق ص ص 408 -409

[5] محمد حزيط، نفس المرجع، ص 220

فيجوز لمن وجه اليمين أن يطعن في الحكم الذي بني عليه اليمين الكاذبة إن كان أمد الطعن لا زال قائما أو يرفع دعوى جديدة يطلب فيها تعويضا عن الضرر[1].

فطبقا لنص المادة 346 ق.م فإن الحق في طلب التعويض لا يخل بما كان مقررا للخصم، من حق الطعن في الحكم الصادر بناء على اليمين الكاذبة، فيجوز الطعن في الحكم الصادر بناء على اليمين الحاسمة إذا كانت إجراءات توجيه اليمين باطلة، أو أن حكم الفصل في منازعة من المنازعات المتعلقة بتوجيه اليمين، ففي هذه الحالة يكون الطعن جائزا حتى قبل صدور الحكم الجنائي، فيستطيع الخصم الذي حكم ضده بناء على هذه اليمين أن يطعن في الحكم بطريق الاستئناف أو الالتماس حسب الأحوال[2]، ولكن لا يعتبر مجرد ثبوت كذب اليمين بحكم جنائي سببا قائما بذاته يجيز الطعن في الحكم المدني الصادر بناء على هذه اليمين.[3]

وهو ما ذهب إليه المشرع المصري بنص المادة 117 من قانون الإثبات على أنه " لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤدّيها الخصم الذي وجهت إليه أوردت عليه .على أنه إذا اثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق الطعن على الحكم الذي صدر ضده" ، فمحكمة النقض في قرارها أكدت ما جاء بنص المادة 117 المذكورة إذ جاء فيه "أن حلف من وجهت إليه اليمين الحاسمة يحسم النزاع فيما انصبت عليه ويقوم مضمونها حجة ملزمة للقاضي، فإن تضمن الحلف إقرارا بدعوى المدعي حكم له بموجبه، وإن تضمن إنكارا حكم برفض الدعوى لعدم قيام دليل عليها بعد أن سقط بحلف تلك اليمين حق من وجهها في أي دليل آخر" الطعن رقم 2003 ...51 ق جلسة 1985/12/25 .... 36 ص 120.[4]

---

[1] محمد زهدور، نفس المرجع، ص 64

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص560

[3] قضت المحكمة العليا في هذا الشأن أنه "من المقرر قانونا اليمين الحاسمة تأديتها من طرف من وجهت إليه.لا يجوز للخصم تكذيبها. وله بعد صدور الحكم الجنائي الحق في طلب التعويض والطعن في الحكم الذي صدر ضده –رفض– وفيما يخص اليمين فإنه طبقا للمادة 346 قانون المدني لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو ردت إليه، وعليه فإن قضاة الموضوع قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، مما يستوجب رفض الطعن " قرار مؤرخ في 1993/02/17ملف رقم 95915 غير منشور.

[4]محمد شتا أبوسعد، المرجع السابق، ص19.

الفرع الثاني: رد اليمين الحاسمة

يجوز لمن وجهت إليه اليمين بدلا من أن يقوم بحلفها أن يردها على خصمه أي من وجه إليه اليمين، وذلك بأن يطلب من هذا الأخير أن يحلف على صحة الواقعة المدّعاة[1]، ورد اليمين كتوجيهها من حيث أنه تصرف قانوني يتم بإرادة واحدة، ويجب أن تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها في التصرفات القانونية الإرادية من حيث وجوب خلو إرادة المتصرف من العيوب التي تشوبها كالإكراه والتغرير والغلط، وأن يكون ذو أهلية كاملة خالية من عوارضها كالصغر والجنون والعته.[2]

نصت على ذلك المادة 343 ق م ج بقولها: "**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**"، فمن وجهت إليه اليمين إذا لم يحلفها أو ينكل عنها له أن يردها على من وجهها إليه، وعلى هذا الأخير أن يسلك طريقين من هذا الرد لا ثالث لهما، إما أن يحلف ويكسب دعواه، وإما أن ينكل ويخسر دعواه، ولا يستطيع أن يردها على خصمه مرة ثانية، لأن الرد لا يكون إلاّ مرة واحدة.[3]

لذلك يشترط في رد اليمين أن يحصل على نفس الواقعة موضوع الحلف، وأن يقع الرد على نفس الصيغة الموجهة، أما إذا تم تعديل الصيغة فيعتبر الرد في هذه الحالة توجيها ليمين جديدة يجوز ردّها على الخصم الآخر.[4]

كما يستوجب في رد اليمين أن تكون الواقعة موضوع اليمين مشتركة بين الطرفين أي متعلقة بشخص كل منهما، فلا يصح الرد في واقعة يستقيل بها شخص من وجهت إليه اليمين، وقد قضى بأنه إذا وجه الشفيع اليمين الحاسمة إلى المشتري بخصوص ثمن المبيع، فلا يجوز للمشتري أن يرد اليمين على الشفيع لأنه أجنبي عن الاتفاق الخاص بتحديد ثمن عقد البيع فلا يمكنه التأكد من حقيقة مقداره[5] ، والوارث الذي يوجه اليمين إلى مدين مورثه فإن هذا المدين لا يجوز له رد اليمين على الوارث ،لأن واقعة الدين لا تتعلق بشخصه وإنما بشخص مورثه.[6]

كما لا يحق لمن رد اليمين أن يرجع عن الرد بمجرد قبول الخصم الذي ردت إليه اليمين أن يحلفها ذلك أن رد اليمين يعد بمثابة توجيه لها، غير أنه يجوز رجوع من رد اليمين على خصمه في

---

[1] أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 142

[2] علي أحمد الجرّاح، المرجع السابق، ص 211.

[3] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 64.

[4] علي أحمد الجراح، نفس المرجع، ونفس الصفحة.

[5] محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص219.

[6] محمد زهدور، نفس المرجع، ص 65.

الرد قبل أن يقبل من ردّت إليه أن يحلفها[1]، فلمن وجه اليمين حق العدول عنها حتى بعد صدور حكم بتحليف الخصم الآخر، طالما أن من وجهت إليه اليمين لم يعلن استعداده للحلف فإذا عدل من وجه اليمين عنها كان له أن يتمسك بطرق الإثبات الأخرى، ولا يسقط حقه فيما يجوز له التمسك به من تلك الطرق[2].

الفرع الثالث: النكول عن اليمين الحاسمة

نصت المادة 347 ق.م.ج على أنه: "كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردّها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه"[3]، فالنكول هو رفض الحلف، ويكون بامتناع من وجهت إليه اليمين عن حلفها، فقد يقع النكول ممن وجهت إليه اليمين، أو من طالبها إذا ردّت عليه.[4] إن النكول يضع الخصم الذي امتنع عن الحلف في موقف سلبي يؤدي إلى خسارته دعواه، ويقع النكول ممن وجهت إليه اليمين ولم يردّها على خصمه ولم يحلف فيعد ناكلا، أو يقع ممن ردت عليه اليمين فلم يحلف فإنه يعدّ ناكلا، ففي حالة حضور الخصم الموجهة إليه اليمين ورفض الحلف، يترتب على نكوله أن يحكم القاضي لمصلحة موجه اليمين.[5]

وقد يكون النكول صريحا أو ضمنيا، كما إذا امتنع الذي وجهت إليه اليمين عن الحضور للجلسة التي حددها القاضي لأداء اليمين الحاسمة بدون عذر، فيعتبر القاضي ذلك نكولا، ولكن لا يعد نكولا إذا رفض الخصم أداء اليمين على واقعة غير متعلقة بشخصه.[6]

وفي هذا الشأن كانت المحكمة العليا قد اعتبرت توجيه اليمين للمطعون ضدها بعد النكول خطأ في تطبيق القانون، وقد جاء في المبدأ المكرس من المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 14-04-1992 ملف رقم 81850 ما يلي:" من المقرر قانونا أن الناكل عن اليمين خاسر دعواه، و متى تبين في قضية الحال أن المطعون ضدها قد وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين طبقا للمادة 73 من قانون الأسرة على تركها أثاثها و مسوغها في بيت الزوجية، غير أنها امتنعت عن تأديتها، وعليه فإن القرار المنفذ لها سمح

---

[1] قروف موسى، المرجع السابق، ص 155.

[2] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص336.

[3] نفس الحكم أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة 192 ق إ م إ بنصها: " **إذا امتنع الخصم عن أداء اليمين الذي وجهت إليه دون ردها للخصم الآخر سقط ادعاؤه**".

[4] أبو الخير عبد العظيم، نفس المرجع، ص 338

[5] سحر إمام يوسف، المرجع السابق، ص 102.

[6] يحي بكوش، المرجع السابق، ص 326.

للمطعون ضدها بتأدية اليمين التي وجهت لها سابقا و نكلت عنها أخطأ في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص الأثاث و المسوغ.[1]

من يقتصر على القول بأنه يجهل الواقعة المطلوب تحليفه عنها أو انه لا يتذكر شيئا عنها، فإنه يعتبر ناكلا ما لم يكن ثمة ظروف يقتنع بها القاضي بأن قول الخصم ينطوي على نص ضمني للواقعة فيعتبره في مقام الحلف.[2]

كما أن للقاضي أن يعتبر من قبيل النكول كل موقف للخصم ينمّ عن تهربه عن الحلف، كما إذا أعطى بعد أن تقرر تحليفه اليمين جوابا غامضا أو ناقصا أو مقتصرا فيه على ادعاء الجهل والنسيان، كما لو قال إنه لو دفع إليه المال لكان قد دونه في دفاتره، فاللجوء إلى الادعاءات الناقصة لا تؤكد ضمنيا سوى جدية مطالب الخصم وصحتها.[3]

أما إذا لم يكن الخصم حاضرا بالجلسة التي صدر فيها الحكم بتوجيه اليمين، فلا يعتبر ناكلا إلا بعد أن يتم تبليغه شخصيا بالحكم، بالجلسة المحددة للحلف، ليقرر بعد ذلك إما حلف اليمين أو ردها على خصمه، وفي حالة ما إذا تقدر عليه التنقل إلى مكان أدائها ينتدب قاض لهذا الغرض.[4]

أما إذا تخلف الخصم المكلف بالحلف عن الحضور دون أن يبدي عذرا مقبولا اعتبر تغيبه نكولا وتقدير مسألة النكول يخضع لسلطة المحكمة، ويعتبر النكول في حجيته مثل الإقرار إذ هو ذو حجية قاصرة فلا يحتج به إلا على الخصم الذي نكل عن حلف اليمين وعلى خلفه العام، أما من عداهم فلا يحتج في مواجهتهم بالآثار المترتبة على حلف اليمين أو على النكول عنه.[5]

الفرع الرابع: مدى التزام القاضي بالنتائج المترتبة على توجيه اليمين الحاسمة

حلف اليمين الحاسمة أثره حسم النزاع فيما انصب عليه، واعتبار مضمونها حجة ملزمة للقاضي، وسقوط حق من وجهها في أي دليل آخر، إن حجية اليمين الحاسمة قاطعة إذا ما حلف الخصم الذي وجهت إليه، ومن ثم تكون اليمين الحاسمة حجة ملزمة للقاضي لا يجوز أن يتدخل فيها، وإنما يقتصر دوره على التأكد من أن ترتيب الآثار القانونية لليمين الحاسمة يكون بشكل صحيح،

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 14-04-1992 ملف رقم 81850، منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا، عدد خاص لسنة 2001، ص 230.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 569.

[3] عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 453

[4] راجع المواد 191 و193 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[5] أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 144.

فنتيجته ملزمة للقاضي مهما كانت قناعته الشخصية تحدثه بغير ذلك، فالقاضي يفقد سلطته التقديرية عندما يتم قبول توجيه اليمين.

فلحلف اليمين والنكول عنها حجة واحدة، إن حلف الخصم فيكون مضمون اليمين حجة ملزمة للقاضي، فإن تضمن الحلف إقرارا بدعوى المدعي حكم له بموجبه، وإن تضمن إنكارا حكم برفض الدعوى لعدم قيام دليل عليها، بعد أن سقط بحلف تلك اليمين حق من وجهها في أي دليل آخر.[1]

إن الحكم الصادر والمبني على اليمين الحاسمة تكون له قوة الشيء المقضي به، غير قابل للطعن بأي طريقة من طرق الطعن، ما لم يكن مبنيا على أن اليمين قد وجهت في غير حالتها أو على أساس بطلان إجراءات توجيهها أو حلفها[2]، أي إذا شابها عيب في الشروط الموضوعية أو وجهت في غير الحالة التي نص عليها القانون أو على أساس إجراءات يمسّها البطلان، وهذا ما يجعل اليمين الحاسمة تنهي الدعوى القائمة بإرادة الخصمين لا بإرادة القاضي الناظر في الدعوى، الذي ينحصر عمله إزاء اليمين في مراقبة الشروط التي نص القانون عليها، وبذلك تكون السلطة التقديرية مقيدة حيالها.[3]، فالدعوى تنحسم بإرادة أطرافها لا بحكم القاضي الذي ينحصر دوره في مراقبة الشروط التي نصّ القانون عليها وتعديل صيغتها دون أن يحظى بسلطة تقديرية إزاءها .

إن حجية اليمين قاصرة على الخصم، سواء الذي حلفها أو نكل عنها، فلا تتعدى أثرها إلى غيرهم، كالورثة أو الملاّك في الشيوع أو الشركاء في الشركة، فحلف اليمين من شريك على الشيوع يكون حجة على ذلك الشريك دون غيره، كذلك يكون نكول أحد الملاك أو الشركاء حجّة قاصرة عليه وحده ولا يتعدى إلى غيره، فلها حجية قاصرة على من وجّهها ومن وجهت إليه، ولا يتعدى أثرها إلى غيرهما.[4]

---

[1] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص342

[2] مصطفى مجدي هرجة، المرجع السابق، ص 580

[3] سحر إمام يوسف، المرجع السابق، ص 104

[4] أبو الخير عبد العظيم، نفس المرجع، ص 343

المبحث الثاني: دور القاضي في الإثبات باليمين المتممة

لقد أثارت اليمين المتممة خلافا واسعا لدى الفقه والقضاء، وحاول البعض التشكيك في مدى جدواها والحكمة من تشريعها باعتبارها تكميلا ذو قوة محدودة في الإثبات واجراء قضائيا من إجراءات القاضي التي لا تلزمه، فمنحت التشريعات الحق للقاضي في توجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه، وهذا من شأنه أن يحد من مساوئ نظام الإثبات المقيد ومن نظام حياد القاضي، وقد سميت هذه اليمين بالمتممة أو التكميلية لأن القاضي يوجهها لاستكمال دليل ناقص أو ليتمم بها قناعته في دليل مقدم في الدعوى.[1]

إن أهمية اليمين المتممة تظهر بجلاء في حال الدعاوى الموقوفة على نقص الدليل، لما تلعبه من دور أساسي في تكملة هذا النقص بما يعود بفائدة على القضاة والخصوم على حد سواء، فتحول دون تراكم القضايا الموقوفة على نقص الأدلة وسرعة اقتضاء الخصوم حقوقهم، وتبرز دور القاضي من الناحية الإيجابية في الإثبات دون أن يخرج في ذلك عن مبدأ حياد القاضي، في محاولة منه للتقريب بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية.[2]

اليمين المتممة هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصوم ليكمل بها اقتناعه فيما يحكم به في موضوع الدعوى أو قيمتها[3] ، أي أن القاضي من تلقاء نفسه يوجهها إلى أحد الخصمين الذي يقدر أن أدلته غير كافية ، ولكنه يرجح قوة مركزه في الدعوى على مركز خصمه لكي يستكمل بها الأدلة المقدمة في الدعوى ، ومن تم فهي دليل غير قاطع ، و ليتمم بها اقتناعه إذا كانت الأدلة المقدمة في الدعوى لا تؤدي للوصول إلى حد الإقناع ، ليبني بعد ذلك حكمه في الدعوى موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم، أو كما قال البعض بأنها اليمين التي يطلبها القاضي من الخصم توكيدا للأدلة التي قدمها.[4]

---

[1] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص233

[2] أمل سليمان عبد الكريم أبو ظاهر، اليمين المتممة (دراسة تحليلية مقارنة) رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، سنة 2017، ص 3

[3] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 66.

[4] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 234

من خلال التعريف باليمين المتممة نجدها تتميز عن اليمين الحاسمة من عدة جوانب أهمها:

* أن اليمين المتممة يوجهها القاضي وحده، فيما أن اليمين الحاسمة يوجهها الخصم تحت رقابة القاضي.

* أنه يجوز للقاضي الرجوع عن توجيه اليمين المتممة بعد أن يقبلها الخصم الآخر، فيما أنه لا يجوز للخصم الرجوع في اليمين الحاسمة بعد أن يقبلها الخصم الآخر.

* أن اليمين المتممة ليست ذات حجية قاطعة، فلا يتقيد بموجبها القاضي سواء حلفها الخصم أو نكل، فيما أن اليمين الحاسمة حجيتها قاطعة بالنسبة لأطرافها والقاضي معا.

* أن اليمين المتممة لا يجوز ردها على الخصم الآخر، فيما أن اليمين الحاسمة يجوز ردها.[1]

إن اعتبار أن القاضي له مطلق السلطة في توجيه اليمين المتممة بعد استكمال شروطها ، كما أنه لا يلتزم بنتائج حلف اليمين أو النكول عنها، وبالرغم من إشارة القانون إلى أن اليمين المتممة شرعت ليبني عليها القاضي حكمه، وليحدد بها مقدار ما يحكم به ،إلا أن الإجماع انعقد في الفقه والقضاء أن القاضي لا يلزم بها ، وأن من حقه أن يقضي في الدعوى بما يتعين له بقطع النظر على اليمين[2] ، وهذا ما سنتناوله بالدراسة في هذا المبحث بتقسيمه إلى مطلبين، نتطرق لسلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني نتعرض للآثار المترتبة عن توجيه اليمين المتممة .

[1] محمد حزيط، المرجع السابق، ص 224

[2] يحي بكوش، المرجع السابق، ص 335

المطلب الأول: سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة

إن القاضي هو من يملك سلطة توجيه اليمين المتممة ، فهو يوجهها من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين، ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم بها ، وهو لا يتقيد في ذلك بطلب الخصوم ولقد نصت المادة 348 من القانون المدني على أنه:" **يحق للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو فيما يحكم به** "[1]، لذلك فإنها إجازة من المشرع تسمح للقاضي في الاستعانة بها إن أراد بكل حرية ، فهي إجراء تحت تصرف المحكمة من أجل استكمال الدليل المقدم ، والتمكن من الحكم في موضوع الدعوى، أو لتحديد قيمة ما سيحكم به.[2]

اليمين المتممة ليست تصرفا قانونيا يتم بإرادة منفردة كما هو الحال في اليمين الحاسمة، وإنما هي مجرد واقعة مادية ذات أثر تكميلي، لا يشترط فيمن يؤدّيها أهلية التصرف بالحق بل يكفي فيه أهلية التقاضي، وتعتبر وسيلة من وسائل التحقيق والإثبات ولا يصح التوكيل في حلف اليمين المتممة، ويتعين على الخصم حلفها بنفسه شأنها في ذلك شأن اليمين الحاسمة، كما لا يجوز توجيهها إلى غير خصم أصلي في الدعوى، فلا توجه إلى الدائن الذي يرفع الدعوى باسم مدينه، وإنما يتعين إدخاله في الدعوى وتوجيهها إلى هذا المدين.[3]

وعليه سنتناول في هذا المطلب لثلاثة فروع، نتكلم عن توجيه اليمين المتممة في الفرع الأول، أما شروط توجيه اليمين المتممة نتطرق لها في الفرع الثاني أما في الفرع الثالث نتناول موضوع اليمين المتممة.

---

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتعلق بالقانون المدني المعدل والمتمم.

[2] نبيل ابراهيم سعد ومحمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 327

[3] عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 577.

الفرع الأول: توجيه اليمين المتممة

إن اليمين المتممة يوجّهها القاضي وحده من تلقاء نفسه إذا ظهر له أن الأدلّة المقدمة إليه لا تكفي وحدها لاقتناعه بما يطلب منه الحكم به، وهو في توجيهها يتمتع بسلطة تقديرية كاملة سواء في توجيهها أو عدم توجيهها أو اختبار الطرف الذي يوجهها إليه، ولا يتقيد بطلب أحد الخصوم في توجيهها.[1]

فالقاضي يملك وحده توجيه هذه اليمين من تلقاء نفسه وبإرادته المنفردة بما يتمتع به من سلطة تقديرية، فهي من الرخص القانونية التي خولها المشرع من أجل تيسير إجراءات الدعوى[2]، فمنحه مكنة توجيه اليمين لأي من الأطراف عندما يجد ثمّة دليل لكنه غير كافي للنهوض بالحكم.[3]

إذا كان القاضي يملك هذه المكنة إلا أن ذلك لا يمنع أن يطلبها الخصوم[4]، وللقاضي سلطة تقديرية في الاستجابة لطلبهم أو رفضه، لأن إجراء التحقيق ليس حقا من حقوق الخصم يلزم الاستجابة له، فالقاضي غير ملزم بتتبع الخصوم فيما يطلبون، كما انه غير ملزم بالاستجابة لمقترحاتهم، والأكثر من ذلك أن القاضي غير ملزم بإبداء أسباب الرفض لما يقترحه الخصوم بشأن توجيه هذه اليمين، لأن هذا الأمر يعد من المسائل الموضوعية التي تدخل في نطاق سلطته التقديرية.[5]

ما دام القاضي يتمتع بسلطة مطلقة في توجيه اليمين المتممة أو عدم توجيهها يجوز له أن يوجهها إلى المدعي أو إلى المدعى عليه حسب ما يتراءى له من ظروف الدعوى، وتبعا لما يوجب مسلك هذا الخصم أو ذاك من ثقة، غير أنه في الغالب فإن القاضي يوجهها إلى الخصم الذي تقدم بالدليل الأرجح ليثبت ادعاءه ويبقى القاضي حرا على كل حال في اختياره، وهذا لا يخضع لأي رقابة في ذلك.[6]

لهذا فإن القاضي لا يتقيد بقاعدة " البينة على من ادعى"[7]، فله أن يوجه هذه اليمين إلى أي الخصمين، فالأمر جوازي للقاضي ومتروك لمطلق تقديره ، ومن المناسب أن القاضي يوجهها للخصم

---

[1] محمد زهدور، المرجع السابق، ص67

[2] سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 425.

[3] قدري عبد الفتاح الشهاوي، الإثبات مناطه وضوابطه في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري المقارن، دار المعارف الإسكندرية، دون طبعة، دون سنة نشر، ص 446

[4] عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار الجيل للطباعة سنة 1985، ص 202.

[5] قروف موسى، المرجع السابق، ص ص 161.160.

[6] فاطمة الزهراء تبوب المولودة رابحي، المرجع السابق، ص 36

[7] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 851

الذي أدلّته أقوى في الترجيح، فالقاضي ليس إلزاما عليه أن يوجهها للخصم المكلف بالإثبات فهذه اليمين من خصائصها أنها تأتي خلافا لمبدأ إلقاء عبء الإثبات على الخصم المكلف بالإثبات، وفي كل الأحوال فإن القاضي يوجهها للخصم الذي يظهر له من ظروف الدعوى أنه الأجدر بالثقة والأولى بالاطمئنان[1]، ولا يكون في النهاية ملزما بتسبيب اختياره للخصم الذي توجه إليه اليمين، حيث أن عوامل اختياره ترجع لتقدير المحكمة ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض.[2]

ويرى جانب كبير من الفقه أنه في حال تكافؤ الخصمين فيما قدّموه من أدلة، يكون للقاضي أن يوجه اليمين إلى المدعى عليه في الواقعة محل الإثبات، لأن الأصل في ذلك هو براءة الذمة، وحتى لا يكون المدعي قاضيا فيما يدعي به، ومنه إذا كان القاضي حرّا في اختيار من يوجه إليه اليمين فإنه مقيد بعدم توجيهها للخصمين معا، وإلا كان حكمه باطلا.[3] لأن ذلك قد يؤدّي إلى نتائج متعارضة في حال أن حلف الاثنان أو نكلا مما يكلف القاضي مشقة ترجيح بينة على أخرى.[4]

وإذا كان القاضي يراعي عند الترجيح الخصم الذي أدلته أقوى.[5] فهو غير ملزم بتسبيب اختياره، فهو يشهد عنه أنه صاحب الأدلة الأقوى[6]، وإذا وجهت اليمين للخصم الذي تم اختياره من قبل القاضي فلا مناص أمامه إما الحلف أو النكول، وليس له أن يطعن بالحكم الصادر بتوجيه اليمين المتممة، أو أن يطعن لرفض القاضي الاستجابة لطلبه في توجيه هذه اليمين، لأن هذا الحكم من الأحكام التمهيدية التي لا تقبل الطعن استقلالا عن الحكم الفاصل في موضوع الدعوى. [7]

ولا يجوز توجيه اليمين المتممة إلى المتهم المدعى عليه في الدعوى المدنية المقامة بالتبعية للدعوى الجزائية[8]، ولا توجه إلا إلى الخصم الذي هو طرف في الدعوى، فلا يملك توجيهها إلى شخص

---

[1] أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص262.

[2] قروف موسى، المرجع السابق، ص161.

[3] عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 428.

[4] علي أحمد الجرّاح، المرجع السابق، ص238.

[5] عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص461.

[6] أحمد أبو الوفاء، نفس المرجع، ص261.

[7] وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ2020/09/17 ملف رقم 1318453 على مبدأ أنه لا يقبل استئناف الحكم الفاصل في جزء من موضوع النزاع، القاضي بتوجيه اليمين المتممة إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى برمتها وجاء في القرار أنه "حيث أنه من جهة أخرى تجنب هؤلاء القضاة الخوض في الوقائع والموضوع إذ يتعلق النزاع بمسألة إجرائية وأن الحكم الذي كان موضوع النزاع الإجرائي قد قضى قبل الفصل في الموضوع بتوجيه اليمين المتممة فإن استئنافه ومناقشته لا يكون إلا مع الحكم القطعي عملا بالمادة 334 ق. إ .م .إ مما يجعل المحكمة العليا تستبعد الدفوع المشارة في هذا الصدد– قرار المحكمة العليا مجلة المحكمة العليا سنة 2021.

[8] الدنياصوري عز الدين وحامد عكاز، المرجع السابق، ص911.

أجنبي عن الخصومة[1]، وإذا توفي من وجهت إليه اليمين المتممة قبل حلفها، اعتبرت كأن لم توجه، وللقاضي أن يوجهها إلى الخصم الآخر أو يحكم في الدعوى على أساس تلك الأدلة المقدمة في الدعوى.[2]

يجوز توجيه اليمين المتممة في أية حالة تكون عليها الدعوى إلى أن يصدر حكم نهائي حائز على قوة الأمر المقضي به، فيجوز توجيهها قبل قفل باب المرافعات، حينها يعيد القاضي القضية إلى المرافعة، ويعيد تقدير الأدلة من جديد، هذا كله بشرط توافر مبدأ ثبوت قانوني.[3]

كما يجوز توجيه هذه اليمين لأول مرّة أمام محكمة الاستئناف، ويكون لمحكمة الاستئناف الحق في قبول توجيهها أو رفض ذلك، فقاضي الاستئناف له سلطته التقديرية في ذلك، فله أن يعيد تقدير الأدلة من جديد التي وجهت بشأن اليمين المتممة، وعليه فقد يرى أن الأدلة كافية للفصل في الدعوى، دون حاجة لتوجيه هذه اليمين.[4]

أما عن توجيه اليمين المتممة أمام محكمة النقض فإنه يرى البعض أنه يجوز توجيه اليمين المتممة لأول مرة أمام محكمة النقض، في الأحوال التي يجوز فيها محكمة النقض أن تفصل في دعوى الموضوع[5]، أما البعض الآخر فإنه لا يجيز توجيه اليمين المتممة أمام محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون.

الملاحظ مما سبق بيانه عن توجيه اليمين المتممة أنها تمثل تدخلا إيجابيا لدور القاضي في الإثبات وهو بمثابة خروج عن مبدأ حياد القاضي اتجاه أدلة الخصوم فهذا المبدأ يمنع القاضي بأن يقضي بناء على علمه الشخصي، ويمنعه من جمع الأدلة، فهو شأن الخصوم أنفسهم ودوره يتمثل في الترجيح بين هذه الأدلة توصلا للحقيقة.[6]

---

[1] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص238.

[2] عبد المنعم خرج الصدة، المرجع السابق، ص460.

[3] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 850.

[4] الدناصوري عز الدين وحامد عكاز، نفس المرجع، ص915

[5] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 750

[6] أمل سليمان عبد الكريم أبو ظاهر، المرجع السابق، ص 45.

الفرع الثاني: شروط توجيه اليمين المتممة.

أخضع المشرع سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة إلى قيد المتعلق بضرورة توافر شروط معينة في الدعوى، فقد نصت المادة 348 الفقرة الثانية من القانون المدني على شرطين يستوجب توافرها في الدعوى لكي يتمكن القاضي من توجيه اليمين المتممة وهذا بنصها:" **ويشترط في توجيه اليمين المتممة ألا يكون دليل كامل، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل**"، وعليه سنتناول هذين الشرطين فيما يلي:

1- ألا يكون في الدعوى دليلا كاملا:

هذا الشرط يتفق مع الغاية من اليمين وهي تكملة الدليل الناقص، أما إذا كانت الأدلة المقدمة في الدعوى كافية للحكم، فلا حاجة لتوجيه اليمين المتممة وفي هذه الحالة تصبح اليمين زائدة.[1]

فاليمين المتممة إنما جاءت من اجل تتمة ما ينقص من أدلة واستكمال قناعة القاضي بشأن الأدلة القائمة في الدعوى، ولعل هذا الظاهر من تسميتها[2]، من أجل هذا فلابد أن يكون ثمة دليل ناقص في الدعوى ويراد من خلال توجيه اليمين المتممة تكملته.[3]

أنه لكي توجه اليمين المتممة يجب أن يكون في الدعوى مبدأ ثبوت بالكتابة أو الشهادة أو قرينة قضائية لم يطمئن إليها القاضي، أي دليل ناقص يجعل من الحق المدعى به قريب الاحتمال ولكنه لا يصل إلى درجة اقتناع القاضي، فإذا عززته اليمين المتممة أصبح بمثابة دليل كامل على صحة دعوى المدعي.[4]

و في هذا الشأن كانت المحكمة العليا قد أكدت على هذا الشرط في المبدأ المكرس في القرار الصادر عنها بتاريخ 04 ماي 1994 في الملف رقم 110272 الذي جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه يشترط لتوجيه اليمين المتممة ألا يكون في الدعوى دليل كامل و ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل، و من تم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون، ومتى ثبت حسب الوثائق الرسمية الموجودة بملف الدعوى الحالية ملكية السيّارة نوع هوندا المتنازع من اجلها فإن عندئذ لا يجوز

---

[1] علي احمد الجراح، المرجع السابق، ص240.

[2] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص234

[3] عزالدين الدناصوري وحامد عكاز، المرجع السابق، ص578.

[4] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص ص 415.414.

مواجهتها باليمين المتممة و أن النعي على القرار المطعون فيه بقصور الأسباب غير وجيه و يتعين معه رفض الطعن.[1]

ولا شك أن الحرية المتروكة للقاضي في التقدير تكون مقبولة حينما يكون الإثبات حرا، أي لا يشترط القانون الإثبات بالكتابة –وبناء على هذا–لكي يتمكن القاضي من اللجوء إلى اليمين المتممة لابد أن يوجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو الاستحالة المادية أو الأدبية حالت دون الحصول على دليل كتابي مما يتيح الإثبات بالبيّنة والقرائن، أما إذا كان الدليل الكتابي قائما ومستوفيا الشروط المطلوبة قانونا، يتعين على القاضي الأخذ به والتقيد بحجيّته وإلا كانت اليمين المتممة مجالا للالتفاف حول قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة.[2]

إذا وجهت المحكمة اليمين إلى أحد الخصمين وحلفها وقدرت من ذلك أن الدليل كاملا قد توافر على صحة ما يدعيه فليس في ذلك ما يناقض ما سبق أن قررته في حكمها الصادر بتوجيه اليمين من كلا الطرفين يستند في دعواه إلى دليل له قيمته[3]، وما ذهبت إليه المحكمة العليا في أنه وبالرغم من وجود دليل كامل في الدعوى لا يعد مخالفة من شأنها أن تكون سببا لبطلان الحكم فجاء في قرارها الصادر في 22 مارس 1978 ملف رقم 12724(أن توجيه اليمين المتممة من طرف القاضي، رغم وجود بيّنة كاملة لا تعتبر مخالفة يترتب عليها الإلغاء).[4]

2- ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل:

من الشروط التي وضعها المشرع بتوجيه اليمين المتممة ألا تكون خالية من أي دليل، فإذا كانت الدعوى كذلك فلا يجوز توجيه هذه اليمين، حيث لا يصح أن تكون الدليل الوحيد في الدعوى، وهذا يتفق مع الدور الذي تقوم به اليمين المتممة في الإثبات، فهي وجدت من أجل تنوير القاضي وتعزيز قناعته بشأن الأدلة المقدمة في الدعوى.[5]

أنه منع القاضي أن يكتفي بادعاء الخصم المجرد من أي دليل، وتلبية رغبته في مجرد يمين يؤديها[6]، ذلك أن اليمن المتممة يوجهها القاضي لهدف تقييمها حتى يستكمل اقتناعه، وهذا يتطلب

---

[1] قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1994/05/04، ملف رقم 110272 منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا عدد2 لسنة 1994، ص45

[2] قروف موسى، المرجع السابق، ص 163

[3] محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 40

[4] محمد حزيط، المرجع السابق، ص228.

[5] أمل سليمان عبد الكريم أبو ظاهر، المرجع السابق، ص 30

[6] يحي بكوش، المرجع السابق، ص330.

بالضرورة أن يكون في القضية دليل ولكنه دليل ناقص، أما إذا كانت القضية فارغة من أي دليل فيمنع توجيه اليمين المتممة.[1]

والمقصود بالدليل الناقص هو مبدأ الثبوت القانوني الذي يكفي بمجرده لتكوين عقيدة القاضي في الدعوى، فإذا عززته اليمين المتممة يصبح بمثابة دليل كامل على صحة الأمر المدعى به، ويستطيع القاضي أن يقيم حكمه على أساسه، ولا يشترط لتوجيه هذه اليمين أن يكون لدى كل من الطرفين دليل ناقص، بل يكفي أن يكون هذا الدليل مقدما من أيهما ومن شأنه أن يجعل مركزه أكثر رجحانا من مركز خصمه.[2]

وبداية الثبوت القانوني أو الدليل الناقص الذي تكمله اليمين القانونية، يختلف باختلاف ما إذا كانت الواقعة محل الإثبات يجوز إثباتها بالشهادة أو القرائن، أو كانت لابد من الكتابة في إثباتها، فإذا كانت الواقعة جائزة الإثبات بالشهادة والقرائن، كما لو كانت قيمتها لا تزيد عن مائة ألف دينار جزائري أو تعلقت بتصرف تجاري فالدليل الناقص يمكن أن يكون شهادة أو قرائن، ليست كافية لإقناع القاضي فيكملها باليمين المتممة.[3]

أما إذا كانت الواقعة مما يتطلب القانون الكتابة لإثباتها، فالدليل الناقص يجب أن يكون مبدأ الثبوت بالكتابة[4]، إلا في الحالات التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة بدلا من الكتابة كالمانع من الحصول على الدليل الكتابي، أو فقدان الدليل الكتابي بسبب أجنبي بعد الحصول عليه طبقا للمادة 336 ق.م فعندئذ يصح تكملة الدليل المستمدة من أقوال الشهود باليمين المتممة، متى لم يجد القاضي في أقوالهم ما يكفي لتكوين عقيدته في الدعوى.[5]

كما يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة طبقا للمادة 330 فقرة الأولى من ق.م، فيما يجوز إثباته بالشهادة، إذا كانت دفاتر التاجر تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التاجر لغير التاجر.[6]

إن شرط توجيه اليمين المتممة هو أن يكون لدى كل من الطرفين مبدأ ثبوت لا يرقى إلى مرتبة الدليل الكامل، فإذا ما وجهت المحكمة اليمين إلى أحد الخصمين وحلفها وقدرت من ذلك إن الدليل

---

[1] محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 331

[2] قروف موسى، المرجع السابق، ص165

[3] محمد حزيط، المرجع السابق، ص 228

[4] يقصد بمبدأ الثبوت القانوني: اصطلاح يطلق على كل دليل قانوني ناقص من شأنه أن يجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال، فيجوز للقاضي استكمال قناعته الجزئية به بإكماله اليمين المتممة ليصبح بمثابة دليل كامل ويبني بعد ذلك حكمه في موضوع الدعوى. أنظر أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص08.

[5] قروف موسى، نفس المرجع، ص165.

[6] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص260

الكامل قد توافر على صحة ما يدعيه فليس في ذلك ما يناقض ما سبق أن قررته في حكمها الصادر بتوجيه اليمين من أن كلا الطرفين يستند في دعواه إلى دليل له قيمته.[1]

الفرع الثالث: موضوع اليمين المتممة

يقصد بذلك أن يكون من شأن أداء اليمين المتممة، تكملة أو تقوية ما تتضمنه الدعوى من أدلة إثبات[2]، فيجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة بشأن واقعة متعلقة بالدعوى ليكون فيها الدليل ناقصا متى كان ذلك جائزا قانونا، فيصح أن يكون موضوعا بموجب طلب أصلي، أو دفعا موضوعيا في الدعوى، كما يجوز توجيهها بالنسبة للحق المدعى به كله أو بعضه، بل يصح أن تكون الواقعة التي يحلف عليها الخصم مجرد قرينة من شأنها إذا ثبتت أن تكمل الأدلة الأخرى المقدمة فيثبت الأمر المدعى به من مجموع هذه الأدلة.[3]

لا بد أن تكون واقعة غير مخالفة للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب، ومن شأنها أن تكمل الدليل الناقص في تقدير القاضي إلى جانب دليل موجود في الدعوى، ولهذا السبب نفسه لا يشترط بحسب الأصل أن تكون متعلقة بشخص الحالف، فإذا لم تكن شخصية بالنسبة إليه، أمكن تحليفه على العلم بها[4]، لأن علم الحالف أو عدم علمه بالواقعة موضوع الحلف مسألة تتعلق بشخصه.

ولا يجوز توجيه اليمين إلا إذا توافرت الشروط العامة للواقعة موضوع اليمين المتممة ، وهي أن تكون متعلقة بالدعوى و منتجة فيها و جائز قبولها قانونا، لهذا لا يشترط في الواقعة المراد إثباتها أن تكون حاسمة للنزاع لأن اليمين المتممة نظرا لوظيفتها ليست كاليمين الحاسمة تؤدي إلى إنهاء النزاع، إنما هي بمثابة دليل تكميلي يضاف إلى الأدلة الناقصة في الدعوى[5]، وتعتبر من وسائل الإثبات يلجأ إليها القاضي لاستكمال الأدلة الأخرى المقدمة في الدعوى فلا يترتب على حلفها حسم النزاع في شأن الواقعة موضوع الحلف بل شأنها في الإثبات شأن أي دليل يقدم في الدعوى و يخضع لتقدير القاضي.[6]

كما لا يجوز توجيه اليمين المتممة في التصرفات التي تكون فيها الكتابة الرسمية شرطا للانعقاد وليس للإثبات، كالتصرفات الواردة على العقار والهبة والرهن الرسمي، لأن الكتابة تعتبر ركنا لوجود التصرف ولا وجود له بدون الكتابة الرسمية، ولا يجوز أيضا للقاضي توجيه اليمين المتممة في

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ص 241.240

[2] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 416

[3] قروف موسى، المرجع السابق، ص 166.

[4] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص260

[5] أمل سليمان عبد الكريم أبو ظاهر، المرجع السابق، ص46

[6] قروف موسى، نفس المرجع، ص 167

التصرفات القانونية التي يشترط فيها المشرع بنص خاص الكتابة الرسمية لإثباتها، حتى ولو وجد فيها مبدأ ثبوت بالكتابة.[1]

إن المقصود بالواقعة المنتجة في الدعوى أن يكون من شأن إثبات تلك الواقعة تأثير في الفصل في الدعوى أو أن يؤدي إلى قيام الأثر القانوني المدعى به، وسلطة القاضي في التحقق من توافر هذا الشرط هي أن يراقب تلك الوقائع ويقدر كون تلك الواقعة منتجة في الدعوى أم لا.

وعلى القاضي في إعمال تلك السلطة أن يراعي كل الوقائع المقدمة في الدعوى بصفة مجتمعة وليس كل واقعة على انفراد لأن النظر فيها مجتمعة يمكن أن يؤدي إلى اقتناعه وإعمال سلطته بشكل سليم وفعال.[2]

ويجب على القاضي أن يبين بدقة الوقائع التي يريد استحلاف الخصم عليها وأن يذكر صيغة اليمين بعبارة واضحة طبقا للمادتين 190 و191ق.إ. م. إ.[3]، وتكون تأدية اليمين بالصيغة التي سبق بيانها في دراسة اليمين الحاسمة.

إن اليمين المتممة باعتبارها ليست إلا إجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه رغبة منه في تحري الحقيقة، وكانت هذه اليمين لا تحسم النزاع فإن القاضي من بعد توجيه هذه اليمين يكون مطلق الخيار في أن يقضي على أساس اليمين التي أديت أو على أساس عناصر إثبات أخرى اجتمعت له قبل حلف هذه اليمين أو بعد حلفها، ولا تتقيد محكمة الاستئناف بما رتبته محكمة أول درجة على اليمين المتممة التي وجهتها[4]، غير أن المشرع الجزائري لم يلزم القاضي ببيان أسباب هذا العدول بمحضر الجلسة، وهو نفس الموقف الذي أخذه المشرع في حالة ما إذا كان القاضي وجه اليمين لأحد الخصوم، و تراء له عدم الأخذ بها، فإن عدم إلزام القاضي بيان أسباب العدول أو عدم الأخذ باليمين المتممة في حكمه يجعله لا يخضع لرقابة المحكمة العليا في ذلك.[5]

---

[1] محمد حزيط، المرجع السابق، ص 224

[2] محمد علي الطعاني، ابمرجع السابق، ص ص146.145.

[3] نص المادة 190 ق إ م إ أنه:" يحدد الخصم الذي يوجه اليمين لخصمه الآخر–الوقائع التي ينصب عليها اليمين– يحدد القاضي في الحكم، الوقائع التي ستؤدى بشأنها اليمين، سواء كان طلب توجيه اليمين من أحد الخصوم أو قرره القاضي تلقائيا "

[4] مصطفى شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص43.

[5] قروف موس، المرجع السابق، ص168

إن الحكم الصادر بتوجيه اليمين المتممة يكون صادرا قبل الفصل في الموضوع وعليه لا يجوز للخصم أن يطعن في الحكم، لأن هذا الحكم يعد من الأحكام الإجرائية غير قابلة للطعن استقلالا عن الحكم الفاصل في الموضوع.[1]

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن توجيه اليمين المتممة

متى توافرت شروط توجيه اليمين المتممة فإن القاضي يملك الحرية في توجيهها، و في حال إن وجهت هذه اليمين لا يجوز للخصم الذي توجه إليه أن يردها على الخصم ، و ذلك لأن اليمين المتممة موجهة من قبل القاضي الذي لا يقبل بردها الخصم عليه ، لذلك فإذا أصدر القاضي حكما بتوجيه اليمين المتممة إلى احد الخصوم في الدعوى لا يكون أمام هذا الأخير إلا الخيار بين أن يحلف بنفسه اليمين أو ينكل عنها، وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني عبر فرعين نستعرض في الفرع الأول الآثار التي تترتب على حلف اليمين، و الفرع الثاني إلى الآثار التي تترتب على النكول.

الفرع الأول: الآثار المترتبة على حلف اليمين

إذا وجه القاضي اليمين المتممة إلى أحد الخصوم وحلفها فعلا فإن القاضي لا يتقيد بهذا اليمين فله أن يقضي بموجبها ويستفيد الحالف بنتيجة حلفه، وله أن يحكم ضد من حلف اليمين.[2]

ولا يترتب على حلف اليمين حسم النزاع بالضرورة، فليس من شأنها حسم النزاع لصالح من يحلفها أو ضد من ينكل عنها، فالقاضي هو الذي يقرر ذلك على ضوء إجمالي الأدلة المعروضة في الدعوى، ولا يلتزم القاضي بنتيجة اليمين، فله سلطة مطلقة في تقدير نتيجتها، بل أن القاضي أن يعدل عن توجيه اليمين في أي وقت إذا ما ظهرت له أدلة جديدة في الدعوى تكفي لتكوين اقتناعه.[3]

إن حلف اليمين المتممة ليس حتما على القاضي أن يقضي لصالحه، فقد يقف القاضي بعد حلف اليمين على أدلة جديدة تقنعه بأن ادعاء الخصم الذي حلف اليمين يقوم على غير أساس فيحكم

---

[1] الأحكام غير القطعية هي تلك الأحكام الرامية إلى اتخاذ إجراء تحفظي أو وقتي، مثل تعيين حارس قضائي على عين متنازع عليها أو تقرير نفقة مؤقتة، أو الحكم بسير الدعوى المتعلق بإجراءات الإثبات فالحكم الصادر بضم دعويين أو الحكم بانتقال المحكمة لمعاينة العقار المتنازع فيه. أنظر– زودة عمر– الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء–المرجع السابق –ص 606

– تنص المادة 298 ق إ م إ على أنه:" الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو الحكم الآمر بإجراء تحقيق أو تدبير مؤقت

– لا يحوز هذا الحكم على حجية الشيء المقضي فيه .

– لا يترتب عل هذا الحكم تخلي القاضي عن النزا ع "

[2] محمد زهدور، المرجع السابق، ص68

[3] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 241.

ضده، بل ليس من الضروري أن يكشف القاضي عن أدلة جديدة، فقد يعيد النظر في أوراق الدعوى بعد الحلف وقبل الفصل فيها فيقتنع بغير ما كان مقتنعا به عند توجيه اليمين ما يجعل القاضي في مطلق الخيار في أن يقضي على أساس اليمين التي أديت أو على أساس عناصر إثبات أخرى.[1]

واليمين المتممة ليست إلا إجراء ينفذه القاضي من تلقاء نفسه رغبة منه في تحري الحقيقة ثم يكون من بعد اتخاذه سلطة مطلقة في تقدير نتيجته، فهي ليست حجة ملزمة للقاضي بل له أن يأخذ بها بعد أن يؤديها الخصم أو لا يأخذ بها، ولا تتقيد محكمة الاستئناف بما رتبته عليها محكمة أول درجة لأنها لا تحسم النزاع ولا تحول دون استئناف الحكم المؤسس عليها[2].

ولها أن تطرح اليمين المتممة التي وجهتها المحكمة الدرجة الأولى إلى أحد الخصمين إذا استبان لها أن الأدلة المقدمة في الدعوى تكفي لتكوين عقيدتها للحكم فيها، وقد ترى أن الخصم الذي يجب أن توجه إليه اليمين المتممة هو الخصم الآخر، فتوجهها إليه لأول مرة في درجة الاستئناف ولها أن ترتب عليها حكمها في الدعوى.[3]

وللخصم الآخر أن يثبت كذب اليمين وله أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة هذه اليمين الكاذبة، سواء أكانت المطالبة بالتعويض عن طريق رفع دعوى جزائية أم عن طريق المحاكم المدنية.[4]

إن الكذب في حلف اليمين المتممة جريمة كالكذب في حلف اليمين الحاسمة، ولكن لصاحب المصلحة في إثبات كذب اليمين المتممة أن يقضي مدنيا في الدعوى الجنائية أو أن يحرك الدعوى العمومية بطريق الادعاء المباشر.[5]

وإذا فصلت المحكمة الجزائية بثبوت كذب اليمين المتممة، جاز للخصم الذي تضرر من ذلك، أن يستند إلى هذا الحكم للطعن بإلغاء الحكم المدني الذي بني على اليمين الكاذبة متى كان باب الطعن لا يزال مفتوحا أمامه، أما إذا أصبح الحكم المدني نهائيا بانقضاء مواعيد الطعن فلا يكون أمام الخصم إلا أن يرفع دعوى مبتدئة بمطالبة الحالف عما أصابه من ضرر بسبب كذب اليمين.[6]

---

[1] قروف موسى، المرجع السابق، ص169.

[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص241

[3] محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص336.

[4] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 416.

[5] عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 380.

[6] قروف موسى، المرجع السابق، ص 170

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على النكول عن اليمين

إذا نكل الخصم الموجهة إليه اليمين المتممة برفضه الحلف أو امتناعه عن الحضور دون إبداء أسباب سائغة فلا يتحتم بالضرورة القضاء ضد الخصم الناكل[1]، فغاية الأمر أن يترتب على النكول أن تبقى الأدلة الناقصة كما كانت وإذا لم يكتملها الخصم بأدلة أخرى يخسر الدعوى لعدم كفاية الأدلة لا لنكوله عن اليمين[2]، فقد تظهر بعد نكوله أدلة جديدة تكمل أدلته الناقصة، فيقضي لصالحه بالرغم من النكول، بل وقد يعيد النظر في الأدلة التي يحسبها ناقصة فيرجع عن رأيه ويقدر أنها أدلة كافية فيقضي لصالحه أيضا.[3]

ويترتب على النكول أن الأدلة المقدمة في الدعوى تبقى ناقصة، فإذا لم تكمل من قبل الخصم الذي وجهت إليه بأدلة أخرى، بقيت هذه الأدلة على حالها، و خسر من نكل لعدم كفاية الأدلة، وليس بسبب نكوله عن أداء اليمين، فلا يعتبر النكول عن الحلف لوحده سببا للحكم ضد الناكل[4]، لأن تحصيل فهم الوقائع في الدعوى و تقديم ما قدم فيها من أدلة و قرائن من شأن قاضي الموضوع وحده لا رقيب عليه فيما يحصله متى كان استخلاصه مقبولا عقلا، ولذلك نرى أن النكول عن اليمين المتممة كحلفها لا يقيد الحاكم لأنها إجراء من إجراءات التحقيق و دليل إثبات تكميلي ذو قوة محدودة في الإثبات.[5]

ولكن يتعين على القاضي في حالة عدم الأخذ بنتيجة الإجراء الذي أمر به أن يبدي أسبابا لهذا وإن كانت في أغلب الحالات الأسباب التي تضمنها الحكم الصادر في الموضوع ردا على عدم الأخذ بالإجراء، وبالتالي إذا جاء الحكم خاليا من رد على أسباب عدم الأخذ بنتيجة الإجراء يكون الحكم قابلا للطعن بالنقض لقصور في أسبابه.[6]

وفي حال حكمت المحكمة الابتدائية ضد الخصم الذي نكل واستأنف هذا الحكم فيكون لمحكمة الدرجة الثانية الحرية المطلقة في تقدير أدلة الدعوى، فقد تقضي محكمة الاستئناف لصالح الخصم على الرغم من نكوله في حال كانت أدلته بحسب تقدير المحكمة كافية لأن تحكم له بطلباته[7]، إن من توجه إليه اليمين المتممة لا خيار له فهو إما أن يحلف أو ينكل ولا يستطيع أن يرد اليمين على

---

[1] سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 435.

[2] عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، المرجع السابق، ص581

[3] محمد حزيط، المرجع السابق، ص 230.

[4] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 417.

[5] آدم وهيب الندوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، المرجع السابق، ص298.

[6] قروف موسى، المرجع السابق، ص 172.

[7] عز الدين الناصوري وحامد عكاز، المرجع السابق، ص581.

الخصم الآخر، وذلك لأن اليمين ليست موجهة إلى الخصم من خصمه لحسم موضوع النزاع بينهما بل من القاضي باعتبارها وسيلة لاستكمال قناعته بالدليل الناقص الموجود في الدعوى[1].

وقد نصت المادة 349 من ق.م على ذلك بنصها:" **لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على خصمه**" وهذا الحكم يعتبر فارقا هاما بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة لأن هذه الأخيرة ملك للقاضي فله الحرية في تعيين الخصم الذي توجه إليه.[2]

يجوز في حالة النكول، أن يوجه القاضي اليمين المتممة إلى الخصم الآخر، لاسيما بعد أن تعززت أدلته بنكول خصمه فإذا حلف هذا الخصم حكم لمصلحته، وإذا نكل أيضا، رجع القاضي إلى مقابلة الأدلة ورد الدعوى إذا وجد أن الأدلة غير كافية لإثباتها.[3]

الفروق الجوهرية بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة:

توجد فروق جوهرية بين كل من اليمين الحاسمة واليمين المتممة، ومردها جميعا يرجع إلى طبيعة ووظيفة كلتاهما، إذ اليمين الحاسمة احتكام إلى ذمة الخصم عند عدم توافر الدليل لدى موجهها يتقيد به الخصوم والقاضي، أما اليمين المتممة فعنصر تكميلي من عناصر الإثبات لا يتقيد به لا القاضي ولا الخصوم على النحو الذي قدمناه، ويترتب على هذا الأصل الفروق الجوهرية الآتية.[4]

1- اليمين الحاسمة يوجهها الخصم تحت رقابة القاضي، أما اليمين المتممة فيوجهها القاضي من تلقاء نفسه وبحسب تقديره إلى أي من الخصمين في الدعوى.
2- لا يجوز للخصم الرجوع في اليمين الحاسمة متى قبلها الخصم الآخر، أما القاضي فيجوز له أن يرجع عن توجيه اليمين المتممة في أي وقت بعد توجيهها.
3- اليمين الحاسمة نتائجها محتمة، يكسب من يحلفها ويخسر من ينكل عنها، أما اليمين المتممة فليست لها نتائج محتمة ولا يتقيد القاضي بموجبها حلفا أو نكولا.
4- اليمين الحاسمة يجوز ردها، على الخصم الآخر الذي وجهها، أما اليمين المتممة فلا ترد وليس أمام من وجهت إليه إلى أن يحلف أو ينكل.
5- اليمين الحاسمة لا يحق لمن يوجهها أن يرجع متى ما قبلها خصمه الذي وجهت إليه، أما اليمين المتممة يجوز للقاضي بمقتضى سلطته التقديرية أن يرجع عن توجيهها قلّ أن يحلفها

---

[1] جلال محمد ابراهيم، عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص295.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص262.

[3] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 417

[4] جلال محمد ابراهيم، عبد العزيز مرسي حمود، المرجع السابق، ص 297.

أو ينكل عنها الخصم، إذا وجد أدلة أخرى كافية للإثبات، أو إذا أعاد النظر في نفس الأدلة التي وجه اليمين لإكمال ما فيها من نقص فوجد أنها كافية.[1]

[1] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 243.

الباب الثاني: سلطة القاضي في أدلة الإثبات غير الملزمة

تناولنا في الباب الأول مظاهر سلطة ودور القاضي بالنسبة لأدلة الإثبات الملزمة أين لاحظنا أن دوره يكاد أن يكون منحصرا في أعمال المراقبة على توافر الشروط المطلوبة قانونا لصحة الدليل لتطبيق حكم القانون عليه وتقيده بهذا الدليل يحرمه من ممارسة سلطته التقديرية، إلا أن دور القاضي لا يقف عند هذا الحد بل يمارس سلطته التقديرية الواسعة بالنسبة لبعض أدلة الإثبات الأخرى ، والمتمثلة في أدلة الإثبات غير الملزمة أين يتسم دوره بالإيجابية ، ولتكوين اقتناعه حول حقيقة ما يدعيه الخصوم ، كالإثبات بشهادة الشهود ، واستنباط القرائن القضائية ،وسلطة تقدير مدى ضرورة الاستعانة و الأخذ بالخبرة لحسم النزاع وضرورة انتقال المحكمة للمعاينة والأخذ بنتائجها ، ويظهر الدور التقديري للقاضي في الإثبات في هذا النوع من الأدلة ، لذا تعين أن نخص كل دليل بالدراسة في فصل مستقل، وعليه قمنا بتقسيم هذا الباب إلى أربعة فصول على النحو التالي:

الفصل الأول: سلطة القاضي المدني في تقدير شهادة الشهود

الفصل الثاني: سلطة القاضي في مواجهة القرائن القضائية

الفصل الثالث: سلطة القاضي في ندب خبير قضائي

الفصل الرابع: سلطة القاضي في إجراء المعاينة القضائية

الفصل الأول: سلطة القاضي المدني في تقدير شهادة الشهود

تعتبر الشهادة أولى طرق الإثبات في الأنظمة القديمة وفي الشريعة الإسلامية؛ وكانت الدليل الغالب في وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة؛ حتى كانت تستأثر باسم البينة دلالة على أن لها مقام الأول في البينات لكن بعدما انتشرت الكتابة وأخذت هذه الأخيرة المكان الأول في الإثبات [1]

ونظرا لكثرة احتمال الكذب، وقد يكون الشخص الذي تأخذ بشهادته ضعيف الذاكرة أو ليس دقيق الملاحظة أو أن يشهد زورا انتقاما أو مرتشيا لهذا تزعزعت مكانة الشهادة، وأصبحت في المرتبة الثانية بعد الكتابة، وبالرغم من كل ذلك فلم يستغني عنها القانون الجزائري وأحاطها ببعض الضمانات باعتبارها طريق من الاثبات ذات قوة محدودة تصلح لإثبات الوقائع المادية وبعض الوقائع القانونية دون بعض إلا في حالات استثنائية والتي جعل للقاضي سلطة تقديرية واسعة مما له في الإثبات بالكتابة [2]

ولقد نظم المشرع الجزائري أحكامها الموضوعية في المواد من 333إلى 337 من القانون المدني ورسم إجراءات التحقيق التي يتقيد بها القاضي في سماع الشهود في المواد من 150إلى 163 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وعلى هذا الأساس ارتأينا لأن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول نتناول فيه ماهية الإثبات بالشهادة وفي المبحث الثاني نتطرق فيه لإجراءات الإثبات ودور المحكمة في تقديرها.

[1] عبد الزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 319.

[2] محمد حزيط، المرجع السابق، ص 151.

المبحث الأول: القواعد الموضوعية للإثبات بشهادة الشهود

إن الشهادة كطريق للإثبات ثابتة بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، فمن الكتاب قوله تعالى ***((ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه والله بما تعملون عليم))***[1]

أما في السنة قوله صلى الله عليه وسلم "**البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**" وقوله صلى الله عليه وسلم " **ألا أخبركم بخير الشهداء؟ هو الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها** " [2]

وبناء على ما تقدم سنتطرق في هذا المبحث لمفهوم وخصائص الإثبات بشهادة الشهود في المطلب الأول ونتكلم في المطلب الثاني لأحكام الإثبات بالشهادة

المطلب الأول: ماهية الإثبات بشهادة الشهود

لقد حظيت شهادة الشهود بأهمية بالغة فهي تختلف من بلد إلى آخر ومن عصر إلى آخر ولأن الشهادة أمانة فيلزم أدائها، فالإدلاء بالشهادة أمام القضاء هو واجب على كل شخص قد اطلع صدفة أو بتدخل منه في علاقات غيره على واقعة متنازع عليها، فليس له الاختيار في أن يحضر أمام القضاء ليدلي بشهادته أو أن يمتنع عن الادلاء بها فمثل هذا الامتناع يلحق ضررا بالعدالة وقد يؤدي إلى ضياع الحقوق واغتصابها.

وفي هذا المطلب نحدد في الفرع الأول التعريف بشهادة الشهود وذكر خصائصها، ثم نبين أنواعها وشروطها بالفرع الثاني.

---

[1] الآية 283 من سورة البقرة

[2] الحديث الشريف

الفرع الأول: تعريف شهادة الشهود وخصائصها

أدرج المشرع الجزائري الإثبات بشهادة الشهود في نص المادة 333 من ق.م.ج ولم يتطرق إلى تعريف شهادة الشهود ن وكما هو معروف أن المشرع غالبا ما يمتنع عن ذلك تاركا تعريفها إلى الفقه أو القضاء

أولا: تعريف شهادة الشهود

الشهادة لغة: الشهادة مشتقة من الفعل شهد ويأتي من عدة معاني منها الإخبار القاطع[1] بمعنى الإخبار بالشيء خبرا قاطعا، تقول شهد فلان على كذا أي أخبر به خبر قاطعا، وقد تتضمن معنى الحضور ومن قوله تعالى **((فمن شهد منكم الشهر فليصمه))**[2] أي كان حاضرا الشهر مقيما غير مسافر فليصم ما حضر و أقام فيه[3]، وقد يقصد بها المعاينة ومنه قوله تعالى **((شهد الله أنه لا إله إلا هو))**[4]وقد تتضمن معنى الحلف تقول أشهد بالله لقد كان كذا أي أحلف و منه قوله تعالى **((إذا جاءك المنافقون فقالوا نشهد إنك لرسول الله))**[5]

الشهادة اصطلاحا: هي الإخبار في مجلس القضاء عما وقع تحت سمع شخص و بصره بما يرتب عليه القانون أثر ، أي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره، وبما أن الشهادة إخبار فهي تحتمل الصدق و الكذب ، و الحكمة من الاعتماد على الشهادة كدليل أن الشاهد يحلف على صدق ما يقول ، كما أنه يشهد بحق لغيره على غيره مما يرجح احتمال الصدق على احتمال الكذب خاصة أنه لا مصلحة له في الكذب ، والمفروض في الشاهد أنه عدل مما يجعل شهادته قرينة قوية على صحة ما يشهد به ، كما أن احتمال العكس لا يؤدي إلى انتفائها انتفاء تاما[6].

---

[1] أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، مرجع سابق، ص ص 238،239

[2] الآية 185 من سورة البقرة

[3] عباس العبودي، شرح أحكام قانون البينات دراسة مقارنة، ص 232

[4] الآية 18 من سورة آل عمران

[5] الآية 1 من سورة المنافقون

[6] مصطفى أحمد أبو عمر، والأستاذ نبيل أبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2011، ص155،156

الشهادة قانونا: يقصد بها قيام شخص من غير خصوم الدعوى بالإخبار أمام القضاء عما أدركه بحاسة من حواسه كالسمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها، أي أن الشاهد يخبر بواقعة صدرت من غيره ويترتب عنها حق لغيره[1]

لم يعرف المشرع الجزائري الشهادة كنظيره من التشريعات الأخرى فاكتف بتنظيم احكامها وتحديد مجالها وشروط قبولها وحجيتها وإجراءاتها وقيمتها القانونية، تاركا لذوي الاختصاص من الفقهاء وشراح القانون من أجل التكفل بتعريفها، ولقد وردت العديد من التعريفات منها:

لقد عرفها البعض بأنها " إخبار من طرف شخص عن واقعة صدرت من غيره ويترتب عليها حق لغيره "[2].

وتم تعريفها على أنها" إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير ولو بلا دعوى"[3].

عرفها البعض "أقوال شهود عدول معروفين بالصدق والأمانة، يقرون ما عاينوه وما سمعوه من وقائع "[4].

عرفها مرقس سليمان [5]على أنها " التعبير عن مضمون الإدراك الحسي للشاهد بما رآه أو سمعه بنفسه من معلومات عن الغير مطابقة لحقيقة الواقعة التي يشهد عليها في مجلس القضاء بعد أداء اليمين ممن تقبل شهادتهم وممن يسمح لهم بها ومن غير الخصوم في الدعوى ".

عرفها محمود نجيب حسني بأنها " تقرير يصدر عن شخص في شأن واقعة عاينها بحاسة من حواسه "[6].

عرفها الشرقاوي بأنها " الأقوال التي يدلى بها أمام المحكمة بعد أداء اليمين "[7].

وما نلاحظه من خلال هذه التعاريف المختلفة أنه حتى نكون أمام شهادة الشهود يجب أن تكون الواقعة قد وصلت إلى علم الشاهد بطريقة مباشرة، أي يكون الشاهد قد وقف على الحادثة شخصيا عن طريق إحدى حواسه كالسمع أو البصر أو الشم.

---

[1] ملزي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص33

[2] أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص161

[3] عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص9

[4] يحي بكوش، مرجع سابق، ص188

[5] سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته والأدلة المقيدة، ص 1

[6]حسني محمود نجيب، الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 1979، ص453

[7] جميل الشرقاوي، مذكرات في الإثبات في المواد المدنية، القاهرة 1976، ص101

ثانيا: خصائص شهادة الشهود

كما سبق وذكرنا أن شهادة الشهود هي إخبار الشخص بمعلومة لديه في ساحة القضاء يثبت حقا لغيره على آخر وبناء على ذلك فإن الشهادة لها بعض المميزات التي تجعلها من طرق الإثبات وهي:

1. **البينة أو الشهادة دليل إقناع:** أي أن القاضي لا يلتزم الحكم بمقتضاها حتى لو لم توجد أدلة أخرى تعارضها في الدعوى بمعنى أن للقاضي السلطة الكاملة في تقدير قيمتها في الإثبات، أيا كان عدد الشهود وصفاتهم، ولا يخضع في ذلك لوقاية المحكمة العليا لأن الشهادة حجة بذاتها[1]
2. **الشهادة دليل غير قاطع:** فالشهادة مجرد بينة ليس لها الحجية فما يقبل إثباته عن طريقها يقبل النفي بشهادة أخرى أو بإحدى طرق الإثبات وللقاضي الذي امر بسماع الشهادة وقام بسماعها الحق في الرجوع في قراره، إذا ظهر دليل قاطع يغنيه عنها، مثال: قيام القاضي باستجواب الخصم وإقرار هذا الأخير بالواقعة المدعى بها عليه بما يخالف مضمون الشهادة وفي هذه الحالة يأخذ القاضي بالإقرار ويستبعد الشهادة طبقا للمادة 342 من القانون المدني لأن الإقرار حجة قاطعة على المقر [2]
3. **الشهادة حجة متعدية:** الشهادة حجة على الكافة فهي ليست قاصرة على صاحبها لأنها صادرة من شخص ليس من الخصوم وليست له مصلحة في النزاع وأدى الشهادة تحت اليمين القانونية[3]، ورغم ذلك تبقى الشهادة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي فهي مجرد بينة قابلة لإثبات العكس.
4. **الشهادة دليل مقيد:** وضع المشرع نصابا للإثبات بالشهادة حيث لا يجوز إثبات التصرفات القانونية المدنية والتجارية إلا إذا كانت قيمة الالتزام مئة ألفدينارا جزائريا، فأقل ما لا يوجد اتفاق أو نص يقضي على خلاف ذلك، ويكون للكتابة أفضلية على الشهادة متى وجدت إذا كانت الواقعة المتنازع فيها مثبتة بدليل كتابي وفي نفس الوقت تتوفر في شأنها شهود، فتفضل الكتابة على الشهادة[4].

---

[1] نبيل سعد، مرجع سابق، ص174

[2] عمر بن سعيد، طرق الإثبات الموضوعية والشكلية في القانون والقضاء المدني الجزائري، دار بلقيس، ص89

[3] نبيل سعد، نفس المرجع السابق، ص156

[4] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 05

الفرع الثاني: أنواع الشهادة

إذا كان التعريف اللغوي للشهادة قد استمدها من معنى المشاهدة وبالتالي يدلي الشاهد بالمعلومات التي شاهدها، فقد يشهد الشخص لهذه المعلومات بنفسه إما لأنه رآها بعينه وإما لأنه سمعها بأذنه في نفس الوقت فتكون هذه الشهادة مباشرة وهي الأصل والصورة الغالبة، ولكن قد تكون الشهادة غير مباشرة بأن يشهد الشاهد فيها بما سمعه رواية عن غيره، فتسمى الشهادة السماعية وقد نكون أمام نوع ثالث وهي الشهادة بالتسامع وهو ما سنتطرق إليه في هذا الفرع.

أولا: الشهادة المباشرة والشهادة غير المباشرة

أ- الشهادة المباشرة:

الأصل أن شهادة الشهود تكون مباشرة وهي إدلاء الشخص أمام هيئة قضائية عن واقعة حدثت أمام بصره أو سمعه وبذلك ترتب حقا لغيره[1]، تستمد الشهادة قوتها من الاتصال المباشر بين حواس الشاهد والواقعة التي يشهد عليها، ويمكن للشاهد أن يخطئ في السمع والبصر نتيجة خطأ في التقدير ولكن الأمر يتعلق عندئذ بالقيمة التي يعلقها القاضي على الشهادة دون المساس بصفتها المباشرة[2]

وتنص المادة **158من قانون الإجراءات المدنية والإدارية** [3]، على أن الشهادة عادة تكون شفوية و يستمدها من ذاكرته أي دون الاستعانة بأية مذكرة ، وطبقا لنص المادة تؤدى الشهادة شفوية يدلى بها الشاهد في مجلس القضاء دون قراءة لأي نص مكتوب إلا بالنسبة للشاهد الذي لا قدرة له على الكلام كأن يكون أبكم أو أصم فيجوز أن تكون شهادته بالكتابة أو بالإشارة المفهومة ، فيما تؤدى الشهادة باللغة العربية ، إلا إذا كان الشاهد لا يعرفها فيمكن الاستعانة بمترجم ينقل شهادته باللغة العربية بعد حلف اليمين إذا كان المترجم من غير فئة المترجمين المعتمدين [4]. وتعتبر الشهادة المباشرة أكثر أنواع الشهادة شيوعا وأقوى حجة.

---

[1] عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية، بدون رقم الطبعة، دار المطبوعات الجامعية، كلية الحقوق، الإسكندرية، سنة1992، ص 145

[2] إدوار عيد، المرجع السابق، ص 170

[3] المادة 158 من ق.إ.م.إ " **يدلي الشاهد بشهادته دون قراءة لأي نص مكتوب، يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو يطلب من الخصوم أو من أحدهم أن يطرح على الشاهد الأسئلة التي يراها مفيدة** "

[4] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص63

ب ـ الشهادة الغير مباشرة أو السماعية:

ويقصد بها أن يشهد الشاهد على الواقعة محل الإثبات بما يسمعه من شخص آخر ويكون هذا الأخير هو الذي شاهدها بعينه وسمعها بأذنه، فهي إذن تعتبر شهادة على شهادة أي أن الشاهد الذي يدلي بالواقعة لم يشهدها ذاته، وقد قيل في الشهادة السماعية بأنها غير مقبولة في الشريعة الإسلامية وهذا حسب الحديث النبوي الشريف **((علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع))** لأنها لا تكون موضع الثقة إلا إذا كانت الواقعة أدركها الشاهد بحواسه[1].

ولقد اختلف الفقهاء فيما كان للمحكمة أن تأخذ بهذه الشهادة أو الاستغناء عنها ولذا انقسم الفقهاء إلى قسمين:

الفريق الأول: يرى أن الشهادة السماعية مقبولة قانونا ولا يوجد أي مانع للمحكمة أن تأخذ بها.[2]

الفريق الثاني: يرى أنه لا يمكن قبول الشهادة السماعية قانونا، ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بها لأنها ليست كافية لتكون دليلا في الدعوى[3]، لكن إذا كانت هناك أدلة تعزز هذه الشهادة يمكن للمحكمة الاستناد إليها أما قيمة هذه الشهادة في القانون الجزائري فهي شهادة تجوز ما دام كانت الشهادة الأصلية جائزة، ويبقى الأمر هنا لتقدير القاضي لمعرفة قيمتها في الإثبات.[4]

ويرى **ديكلور** " أنه يجب تكون الشهادة غير المباشرة صحيحة أن تتوفر فيها الشروط التالية:

1ـ أن يكون الشاهد المباشر للواقعة محل الإثبات غير قادر جسديا أن يؤدي الشهادة إما لأنه غائب أو ميتا.

2ـ أن يكون الشاهد المباشر قد وكل في أن تسند إليه تلك الشهادة.

3ـ أن تكون لدى الشخص الذي يؤدي الشاهد أهلية كاملة.

4ـ أن يؤدي هذه الشهادة رجلان.

5ـ ألا يكون الشاهد المباشر للواقعة المراد إثباتها قد تراجع عما شاهده [5]

---

[1] نبيل سعد إبراهيم، مرجع سابق، ص ص230،231

[2] همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص439

[3] نفس المرجع، ص 440

[4] يحي بكوش، مرجع سابق، ص 191

[5] إدوار عيد، مرجع سابق، ص 172

ثانيا: الشهادة بالتسامع والشهادة بالشهرة العامة

أ ـ الشهادة بالتسامع: هي شهادة بما يتسامعه الناس أي أرى الشائع لدى الجمهور عن الواقعة المراد إثباتها[1]، فهي تختلف عن الشهادة الغير مباشرة التي تقوم على سمعه الشاهد من شخص معين الذي رأي تلك الواقعة ببصره أو سمعه ويكون مسؤول على صحة ما يشهد به [2]

والشهادة بالتسامع تكون بما تناقله الناس فيما بينهم من أخبار وأحداث وهنا الشاهد يروي واقعة شائعة بين كافة الناس[3].

وهنا نلاحظ ان المشرع الجزائري لن ينص صراحة على الأخذ بشهادة التسامع، إلا أن القضاء بالمحكمة العليا أكد صراحة على الأخذ بهذا النوع من الشهادة في قرارها الذي جاء فيه " من المقرر شرعا أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين"[4] .

ب ـ الشهادة بالشهرة العامة: لا تعتبر هذه الشهادة بمعنى الصحيح، بل هي ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية تدون فيها وقائع معينة يشهد فيها شهود يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة[5]، وهنا موضوع الشهادة تنجم عن توافق أقوال الشهود أمام الموظف العام كالموثق أو قاضي يدلي أمامهم الشهود بمعلوماتهم عن الواقعة المراد إثباتها ويكون للشهود معرفة شخصية بهذه الواقعة عن طريق الشهرة العامة.

ولقد تداول في القانون الجزائري أن هذا النوع من الشهادة يستعمل هذا الدليل لإثبات عقد الزواج عند عدم تمكن الزوجين من تسجيله، فيلجؤون أمام الموثق بصحية شهود يشهدون بمعرفتهم لحالة الزواج عن طريق الشهرة العامة وهذا ما يطلق عليه عقد لفيف الزواج[6]

وهناك أربعة شروط لصحة هذه الشهادة وهي:[7]

ـ أن تكون قد مضت على الواقعة مدة معينة تفوق 20سنة.

ـ انعدام أية قرينة مخالفة.

---

[1] همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 441

[2] محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص9

[3] أنور سلطان، المرجع السابق، ص121

[4] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/03/27 رقم الملف 53772، المجلة القضائية العدد 1، سنة1990.

[5] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص174

[6] يحي بكوش، المرجع السابق، ص192

[7] همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص143

ـ أن تؤدي هذه الشهادة من طرف شاهدان رجلين فقط دون النساء.

ـ أن يؤدي الشاهدين اليمين.

المطلب الثاني: أحكام الإثبات بالشهادة

يجب أن يتوفر في الشهادة باعتبارها أحد طرق الإثبات شروط معينة وعلى القاضي قبل الاستماع إلى الشاهد أن يتأكد من توافر عدة شروط في شهادته، منها ما هو خاص بالشاهد كتمتعه بالأهلية اللازمة وعدم وجود علاقة قرابة مع أحد الشهود لهم، ومنها ما هو خاص بالشهادة ذاتها أي الواقعة محل الشهادة سواء كانت الشروط الشكلية أو الموضوعية.

وعلى هذا الأساس سنتطرق في الفرع الأول الشروط الخاصة بالشاهد وفي الفرع الثاني نتطرق للشروط الخاصة بالشهادة ذاتها.

الفرع الأول: شروط أداء الشهادة

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا للشاهد رغم الدور الهام الذي منحه له في إقناع القاضي لإظهار الحقيقة في العديد من المنازعات، وجعل القانون أداء الشهادة واجبا على كل إنسان له علاقة بالواقعة المتنازع عليها أمام القاضي[1].

ونظرا للعيوب التي يمكن أن تشوب شهادة الشهود، لا يمكن السماح لكل الأشخاص بأداء الشهادة، فمنهم من يحترف الكذب بدافع الثراء ومنهم ما يحركه دافع الانتقام أو تعرضه سابقا لعقوبة جزائية[2].

ولهذا استوجب المشرع توافر شروط معينة لدى الشاهد منها ما تتعلق بأهلية القانونية، ومنها ما تتعلق بالقرابة أو صفته، ومنها ما تتعلق بموانع الإدلاء بالشهادة.

أولا: الشروط الخاصة بالشاهد

هناك شروط متطلبة في الشاهد منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقانون العقوبات، وهي شرط الأهلية، وشرط عدم وجود رابطة قرابة، أو مصاهرة، بالإضافة إلى شروط أخرى مقرة في الشريعة الإسلامية، سنبين موقف المشرع منها، ونتطرق إلى كل ذاك في النقاط التالية:

أ ـ شرط الأهلية القانونية لأداء الشهادة:

جاء القانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بأحكام جديدة يمكن اعتبارها حلولا لبعض المشاكل العملية التي تواجه القاضي والمتقاضي معا كالاختلاف الموجود بين سن التمييز المحدد بستة عشر سنة في القانون الإجراءات المدنية

---

[1] إدوار عيد، مرجع سابق، ص179

[2] نفس المرجع ونفس الصفحة.

والإدارية وبين ما هو منصوص عليه في القانون المدني والمحدد بثلاث عشرة سنة، فطبقا لنص المادة 153الفقرة 5و 6 ق.إ.م.إ[1]، فإن المشرع ميز بين ثلاث فئات من الأشخاص الذين يجوز سماعهم كشهود وهم:

ـ **من بلغ سن 19 سنة أو تجاوزها:** يتبين من نص المادة 153 الفقرة 5 من ق.إ.م.إ يجب أن يكون الشاهد كامل الأهلية أي بلغ سن الرشد المدني ب 19 سنة و أن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية، ولم يحجر عليه على نحو ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني "**كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجز عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة**"، وهذا كأصل عام لأن الشهادة مبنية على الانضباط والتميز[2]"

وعليه هنا يستلزم الأهلية الكاملة يعني أهلية الوجوب وأهلية الأداء فهذا ما يستخلصه من المادة 153 الفقرة 6 من ق.إم.إ، فالأصل أن يكون الشاهد يتمتع بالتميز والإدراك وبالغ سن الرشد.

ـــ **من بلغ سن التميز ولم يبلغ سن الرشد:** فطبقا لنص المادة 153 الفقرة 5 من ق.إ.م.إ تسمع شهادة من بلغ سن التميز ولم يبلغ سن الرشد على سبيل الاستدلال وهذا هو الاستثناء، على نحو نص المادة 42 من القانون المدني[3]. فسن التمييز المحدد ب13 سنة، والمقصود بالتميز هو أن يصبح للصغير بصر عقلي يمكنه التميز بين الحسن والقبيح من الأمور، وبين الخير، الشر، النفع والضرر.[4]

أما في الشريعة الإسلامية فقد اعتبروا سن السابعة من العمر هو السن الذي يعد فيه الصبي مميزا بالاستثناء لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " **مروا أبنائكم بالصلاة وهم أبناء سبع**"[5] ، وعليه فالطفل الذي بلغ سن التميز أصبح استعداده في حال وسط بين الطفل المميز والبالغ، وهي حالة استوجب المشرع النص على السماح له بالشهادة على سبيل الاستدلال دون تحليفه اليمين.

---

[1] نص المادة 153 الفقرة 5و6 ق.إ.م.إ على أنه : "**يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال، تقبل شهادة باقي الأشخاص ما عدا ناقصي الأهلية**"

[2] همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 445

[3] نص المادة 42 من ق.م "**لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فتقدا للتميز لصغر السن أو عته أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة**"

[4] محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2002، ص10

[5] نفس المرجع السابق، ص 12

أما فيما يتعلق بناقص الأهلية لسفه أو لغفلة، نجد أن المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم ينص عليها بصراحة ولكن بالرجوع لنص المادة 43 من ق.م[1]، فقد نصت على السفيه وذو الغفلة وأضافتهما لفئة الصبي المميز أي في مركز قانوني واحد هو ناقص الأهلية.

وبالرجوع لنصوص المواد 153 الفقرة 6من ق.إ.م.إ ، المادة 43 من ق.م ، المادة 153الفقرة 5 من ق.إ.م.إ و المادة 42 من ق.م نلاحظ التناقض الكبير فمن جهة أجاز المشرع سماع شهادة القصر الذين بلغوا سن التميز أي الطفل الذي يبلغ عمره 13 سنة على سبيل الاستدلال ،ومن جهة أخرى نص في المادة 153 الفقرة 6من ق.إ.م.إ على عدم قبول شهادة ناقص الأهلية ،وطبقا لنص المادة 43 من ق.م حددت ناقصي الأهلية القصر الذين لم يتراوح أعمارهم ما بين سنة13 و19سنة والأشخاص البالغين لسن الرشد 19سنة مع الإصابة بالسفه أو الغفلة[2]

ـ الصبي الذي لم يبلغ سن التميز: طبقا للقانون المدني الجزائري والمادة 153 من ق.إ.م.إ يعتبر الصبي الذي لم يبلغ سن التميز عديم الأهلية ولا تقبل شهادته أمام القضاء لصغر سنه وهذا ما يتوافق مع الشريعة الإسلامية لما روي عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال "**رفع القلم عن ثلاثة الصبي حتى يحتلم وعن المجنون المغلوب على عقله حتى يعقل والنائم حتى يستيقظ** "[3] ويرجع السبب في ذلك أن الصبي لم يؤمن على حفظ أمواله، وفلا يؤمن على حفظ حقوق غيره ، ولأنه أيضا بعدم البلوغ غير مكلف ولا يأثم فيما يفعله وهذا يمنع الثقة بشهادته.

وكخلاصة لما سبق نتوصل إلى أن الشاهد لابد أن يكون يتمتع بالأهلية الكاملة كأصل عام، وإلا فلا يسمع أقواله أو شهادته إلا على سبيل الاستدلال وبغير أداء اليمين وهذا هو الاستثناء.

وفي الأخير نشير إلى أن العبرة بالسن وقت أداء الشهادة أي وقت سماعها لا وقت حدوث الواقعة[4]، كما أن يتمتع الشاهد بالتميز غير كاف بل يجب أن يتمتع بالقدرة والإدراك أن يكون سليم العقل ولم تصبه أية عاهة تمنعه من الإدلاء بالشهادة. ويكون لقاضي الموضوع تقدير سنه إذا لم يكن لدى القاضي ما يثبت سنه من شهادة الميلاد أو غيرها وهذا حسب مظهره وأقواله، فإذا رأى القاضي

---

[1] نص المادة 43 من القانون المدني " **كل من يبلغ سن التميز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية، وفقا لما يقرره القانون** "

[2] أنظر لنص المادة 43 من القانون المدني

[3] بسام نهار البطون، الشهادة في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2010، ص182

[4] نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص177

أن سنه لم يبلغ 13 سنة ولم يحلفه، ولم يعترض أحد الخصوم وبعدها ظهر أن سنه كانت 13 سنة أو أكثر فلا يكون الحكم باطلا[1]

ب ـ شرط عدم القرابة

لم يترك المشرع الجزائري أدنى شك في هذا الموضوع فقد نص في المادة **153** من ق.إ.م.إ "**لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم، لا يجوز سماع شهادة زوج أحد في القضية التي تعني زوجه ولو كان مطلقا، لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم، غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة باستثناء الفروع يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق ....**"

ومن خلال هذه المادة نجد أن القانون لا يجيز سماع الأشخاص الذين تربطهم رابطة الدم بأحد الخصوم في الدعوى المتنازع عليها وشهادتهم غير مقبولة امام القضاء، وهؤلاء الأشخاص هم:

- **شهادة الأصول والفروع:** إن المشرع الجزائري بسرد الأشخاص الممنوعين من الشهادة صراحة في نص المادة 153من ق.إ.م.إ لم يترك أي مجال للشك في صحة الشهادة ومنعه للأقارب من إدلاء بالشهادة تفاديا لانقطاع صلة الرحم، ويقصد بالقرابة حسب القانون المدني الجزائري هم الأشخاص الذين يجمعهم أصل واحد [2]طبقا لنص المادة **32** من ق.م[3]، أما المادة **33** من ق.م جاءت وأوضحت معنى القرابة و فرقت بين القرابة المباشرة و القرابة الحواشي و نصت " **القرابة المباشرة هي الصلة بين الأصول و الفروع ، وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون لهم فرع آخر**".

وعليه فلا يجوز سماع شهادة الذي له قرابة مباشرة بمفهوم المادة **33** الفقرة **1** منق.م لأحد الخصوم وهم: الأب، الجد وإن علا، الابن وابن الابن وإن نزلوا. أما بالنسبة لقرابة الحواشي فمنع المشرع من الإدلاء بالشهادة أمام القضاء إخوة وأخوات وأبناء العمومة طبقا لمفهوم المادة 153الفقرة3 من ق.إ.م.إ.

ويرجع عدم قبول الشهادة في مثل هذه الأحوال إلى الشك الكبير في صدقها بسبب وجود مصلحة أو عامل العاطفة أو أحيانا الكراهية التي تسود بين الأقارب، ومن ناحية أخرى يعتبر الامتناع

---

[1] أحمد شنات، المرجع السابق، ص564

[2] يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص62

[3] نص المادة 32 من ق.م " **تكون دائرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد** "

عن الشهادة أو الإدلاء على وجه غير مفيد للقريب قد يكون سببا للنفور والانشقاق بين أفراد العائلة وتعطيل روابط القرابة [1]

ولقد أورد المشرع الجزائري استثناء بنصه للفقرة الرابعة من المادة 153 من ق.إ.م.إ على أن يجوز سماع شهادة هؤلاء دون الفروع في المسائل المتعلقة بالحالة والطلاق فلقد منع المشرع فروع الخصم من الإدلاء بالشهادة في مسائل الطلاق والحالة دون غيرهم من الأقارب، لأن الفروع بشهادتهم بين أحد الأولياء في دعاوي الطلاق يترتب عنها كراهية الفروع لأوليائهم وقطع العلاقة بينهم منذ الصغر.[2]

- **شهادة أحد الزوجين:** منع قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مادته 153فقرة 2 من ق.إ.م.إ شهادة أحد الزوجين ضد الزوج الآخر بغير رضاه[3]، أثناء قيام علاقة الزوجية أو بعد انتهائها، وسبب هذا المنع يرجع لمراعاة المشرع لما بين الزوجين من مودة ورحمة ولي أسرار زوجية وللحفاظ على مصلحة الأولاد والمجتمع، ويسرى هذا المنع حتى بعد فك الرابطة الزوجية.

كما أن المادة **35** من ق.م نصت على أن " **يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر** "، فمن خلال نص المادة لا تجوز شهادة الأصهار إذا كان أحد طرفي الدعوى المتنازع عليها امام القضاء تربطه علاقة مصاهرة بالطرف الآخر[4]، فمثلا لا يجوز للمدعي أن يطلب سماع شهادة أب زوجته أو أخيها وأقاربها، لأن القانون جعل من أقارب أحد الزوجين بمثابة أقارب للزوج الآخر بنفس الدرجة. وفي حالة سماع القاضي لشهادة من الأصهار تبطل شهادتهم وتستبعد.

ج ـ شرط عدم المنع من أداء الشهادة

وهي الحالات التي يكون فيها الشاهد ملزما بكتمان الواقعة نظرا لكونها سر لا يجوز له الإفشاء عنه، ومن ضمنها الأسرار المتعلقة بالمهنة "السر المهني" حيث يفرض حماية بإلزام هذه الفئة من الأشخاص ولو بعد انقضاء علاقة عملهم بعدم البوح أو الإفشاء بوقائع قد علموا بها بمناسبة تأديتهم مهامهم ويعاقب القانون هذه الطائفة مثل "الأطباء والصيادلة والقابلات والمحامون ..." في حالة

---

[1] إدوارد عيد، المرجع السابق، ص189

[2] على خلاف المشرع المصري والعماني والأردني الذي لا يمنع الأقارب والأصهار من الإدلاء بشهادتهم أمام القضاء لصالح الخصوم.

[3] د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص238

[4] يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص63

إخلالهم بهذا الالتزام[1]، والحكمة من هذا المنع هو حرص المشرع على كتمان أسرار الدولة لما في ذلك من ضرر يلحق بالمصلحة العامة نتيجة عدم كتمانها. إلا أن هناك حالات يعاقب عليها القانون على عدم التصريح بها حتى ولو كان يدخل في باب الأسرار المهنية كالمنع أو الحيلولة من وقوع جريمة مؤكدة الوقوع لو لم يتدخل ذلك الشخص الذي سمع أو شهد خطرا محدقا يستوجب تدخله والإدلاء بشهادته[2].

ثانيا: الشروط الخاصة بالشهادة

إلى جانب الشروط الواجب توافرها في الشاهد هناك شروط أخرى تتعلق بالشهادة ذاتها وهي شروط موضوعية وشروط شكلية والتي سنتطرق لها كالتالي:

أ ــ الشروط الشكلية: نستخلص هذه الشروط فيما يلي:

_وجوب تأدية الشهادة أمام القضاء:

تنص المادة 89 من ق.إ.م.إ[3] على إلزامية أداء الشهادة امام الجهة القضائية المعروض أمامها النزاع، في جلسة علنية أو في غرفة المشورة ويتم إجراء التحقيق بسماع الشهود في الواقع العملي في قاعة جلسات المحاكمة سواء كانت هذه الجهة القضائية هي محكمة اول درجة أو المجلس القضائي كجهة استئناف، وهذا المبدأ مكرس في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23 فيفري 2005 ملف رقم 315403 الذي جاء فيه ما يلي"" يجوز في مسألة إثبات أو عدم إثبات واقعتي الزوج العرفي والطلاق سماع الشهود لأول مرة على مستوى الاستئناف ""[4]

فلا عبرة بأي شهادة يحصل الادلاء بها خارج الجهة القضائية ولو كلن امام مجلس تحكيم أو أمام موظف عام طالما ليست له صفة قاضي، الهدف من إلزامية سماع الشهود أمام القضاء إلى السماح للقاضي من تكوين قناعته بما يتركه حضور الشهود أمامه من انطباعات، لأنه إذا كذب

---

[1] أنور سلطان، مرجع سابق، ص123

[2] يوسف دلاندة، مرجع سابق ،ص59

[3] نص المادة 89 من ق.إ.م.إ " تنفذ إجراءات التحقيق أمام جهة التحقيق في جلسة علنية أو في غرفة المشورة حسب قواعد المعمول بها في سير الخصومة "

[4] قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23فيفري 2005 ملف رقم 315403 منشور بمجلة المحكمة العليا عدد 1 لسنة 2005 ص 87

اللسان أو سكت حيث يجب الكلام فإنه هيئة المرء وحالته وطريقة شهادته قد تتم عن الحقيقة أو تساعد على اكتشافه أو تساعد على تقدير الشهادة[1]

والأصل أنه متى قضت الجهة القضائية المطروح أمامها النزاع باتخاذ إجراء سماع الشهود، سواء كانت هذه الجهة هي محكمة أول درجة أو المجلس القضائي، تعين عليها سماع أقوال الشهود بنفسها بكامل هيئاتها أو تعين أحد قضاتها ليقوم بهذا الاجراء إذا كانت تعقد جلساتها بتشكيلة جماعية، فإن كانت تعقد جلساتها بتشكيلة فردية، تعين على القضائي المعهود إليه برئاستها أن يقوم بنفسه بسماع أقوال الشهود[2].

لكن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات، فيجوز للقاضي إجراء التحقيق بسماع الشهود في غير مقر الجهة القضائية التي أمر بها كما يقتضي الأمر بسماع الشهود بواسطة قاضي آخر غير القاضي الذي أمر بسماعهم وهذه الاستثناءات نص عليها المشرع في المادتين 108و 155 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتتمثل في:

1ـ إذا استحال حضور الشاهد، يجوز للقاضي ان يحدد له ميعاد آخر أو ينتقل لسماع شهادته حسب نص المادة 155من ق.إ.م.إ[3].فقد يكون سبب عدم الحضور للشهادة إلى عذر قانوني مثل المرض، كبر السن أو إعاقة تمنعه من مغادرة مكان وجوده بصفة دائمة، وهكذا يمكن للقاضي التنقل لمقر إقامة الشاهد مصحوبا بأمين الضبط لسماع أقوال الشاهد ويحرر محضرا بذلك.

2ـ في حالة ما إذا كان موطن الشاهد يقع خارج دائرة اختصاص المحكمة المعروض أمامها النزاع بسبب بعد المسافة، و كان على القاضي الانتقال لسماعه بسبب وجود عذر قانوني يمنع الشاهد من الادلاء بشهادته أمام القضاء، أجاز المشرع بموجب المادة 108 من ق.إ.م.إ [4] إصدار إنابة قضائية للجهة المختصة من أجل سماع الشاهد ومعاينة أقواله وتحرير محضر بذلك، وتكون الانابة من قضاة الغرفة بالمجلس القضائي، من المجلس القضائي المختص أو إلى قاضي من قضاة المحكمة

---

[1] د. أحمد نشأت، مرجع سابق، ص549

[2] د. محمد حزيط، المرجع السابق، ص164

[3] نص المادة 155 من ق.إ.م.إ " إذا أثبت الشاهد أنه استحال عليه الحضور في اليوم المحدد، جاز للقاضي ان يحدد له أجلا آخر أو ينتقل ليتلقى شهادته إذا كان الشاهد مقيما خارج دائرة اختصاص الجهة القضائية، جاز للقاضي اصدار إنابة قضائية لتلقي الشهادة "

[4] نص المادة 108 من ق.إ.م.إ " إذا تعذر على القاضي الانتقال خارج دائرة اختصاصه بسبب بعد المسافة أو بسبب المصاريف أجاز له اصدار إنابة قضائية للجهة القضائية المختصة من نفس الدرجة، أو درجة أدنى للقيام بالإجراءات المأمور بها"

المختصة كما يمكن أن تصدر من قاض المحكمة المطروح أمامها النزاع إلى أحد قضاة المحكمة التي يقيم الشاهد او يقع مكان النزاع في دائرة اختصاصها[1].

وفي حالة ما إذا كان الشاهد مقيما خارج إقليم الدولة فإنه تتبع في هذا الإجراءات المتعلقة بالإنابة القضائية الدولية المنصوص عليها في المواد 112إلى 114 من ق.إ.م.إ ويتعين التميز بين حالة ما إذا كانت هناك مباشرة إلى السلطة القضائية الأجنبية، أو لم تكن هناك اتفاقية فيتعين هنا إرسال إنابة قضائية من خلال ارسال نسخة من الحكم القضائي إلى وزير العدل عن طريق النائب العام، مصحوب بترجمة رسمية يتكفل بها الخصوم ليتولى ارسالها إلى الدولة الأجنبية[2].

_وجوب تأدية الشهادة بحضور الخصوم:

تنص المادة 152 من ق.إ.م.إ على أنه" يسمع كل شاهد على انفراد في حضور أو غياب الخصوم ...." وعليه فطبقا لهذا النص إن حضور الخصوم أثناء تأدية الشهادة غير إجباري وواجبا، وهذا يتعارض مع نص المادة 158 من ق.إ.م.إ [3]التي تمنح للخصم حق توجيه الأسئلة للشاهد ومناقشته.

ويرى الأستاذ أحمد نشأت أن تأدية الشهادة دون حضور الخصوم يجعلها باطلة[4]. وذلك للخصم حق توجيه أسئلة للشاهد ولهذا يستوجب أن تكون جلسة سماع الشهود مفتوحة للعلن، ولا يوجد نص صريح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يشير إلى ذلك صراحة ولكن يفهم ضمنا من خلال نص المادة 89 من ق.إ.م.إ "تنفذ إجراءات التحقيق في جلسة علنية أو في غرفة المشورة حسب القواعد المعمول بها في سير الخصوم..." يسري هذا النص على جميع إجراءات التحقيق التي يقوم بها القاضي المدني أو التجاري و من بينها إجراء سماع الشهود و بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن المشرع نص صراحة على علنية الجلسات و لم يفرق بين الجلسات العادية أثناء النظر في موضوع النزاع أو أثناء إجراء تحقيق مدني بسماع الشهود[5].

---

[1] بسام نهار البطون، المرجع السابق، ص186

[2]عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 147

[3]نص المادة 158 من ق.إ.م.إ " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أو من أحدهم أن يطرح على الشاهد الأسئلة التي يراها مفيدة"

[4]أحمد نشأت، المرجع السابق، ص549

[5]جاء في عرض أسباب المشروع الإجراءات المدنية والإدارية أن العلانية هي الحق في محاكمة علنية وغير سرية منصفة، تشمل العلانية المناقشات والمرافعات والنطق بالأحكام الفاصلة في المنازعات وكل استثناء لمبدأ العلانية يجب ان يكون منصوصا عليه في القانون ويقرر له لمصلحة المتقاضي أو للمحافظة على النظام العام

وإذا كان أحد الخصوم يعلم قانونا بتاريخ الجلسة المحدد لسماع الشهود وتغيب لا يمكنه التمسك بأن الشاهد سئل في غيبته، إلا إذا كان سبب غيبته مبرر وله عذر في هذه الحالة يحق له إعادة سماع الشاهد، وإذا انتهى الخصم من الأسئلة لا يجوز إبداء أسئلة جديدة إلا بإذن القاضي، ويؤدي كل شاهد شهادته على انفراد دون حضور الشهود الآخرين. ويقصد حضور الخصوم هو حضور أطراف النزاع ذاتهم أو من يمثلهم كالمحامين أو الوكلاء.

_وجوب حلف اليمين:

الشاهد ملزم قبل تأدية الشهادة أن يؤدي اليمين أولا وذلك لكون حلف اليمين من الأمور الجوهرية بالنسبة لقيمة الشهادة وهي من أهم الضمانات التي تضيف الثقة على الشهادة وتمنحها القوة في الاثبات لتشكل دليل يستمد منه القاضي قناعته، لأنها تعهد على قول الحق أمام الله عز وجل، واليمين من الناحية الشكلية تلفت انتباه الشاهد مما يقوله ويكون حريصا على قول الحق.[1]

تعريف اليمين: لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف اليمين وإنما تركه للفقه، حيث عرف بعض الفقهاء على أنه "اليمين نداء روحي صادر عن الضمير وتعهد على قول الحق أمام من يقدسه الشاهد سواء كان ذلك في الله سبحانه وتعالى أو فيما يعتبر مقدسا في نظر الشاهد، وأنه سوف يعرض لانتقامه إن قال غير الحق"[2].

و يقصد بحلف اليمين تلاوة صيغة يمين بالصورة التي حددها القانون امام سلطة يتعهد بها هذا الشخص بالتزام مسلك معين وبالتالي فإنه قيام الشاهد بأداء القسم أمام القضاء بمقتضاه يلتزم بأن يقرر ما أدركه من معلومات، ووقائع بواقعة إنسانية أو طبيعية معينة لها علاقة بالخصومة أو النزاع المطروح أمام القضاء[3].

وتتمثل القيمة القانونية لليمين أنه في حالة عدم حلفها تكون الشهادة قابلة للإبطال طبقا لنص المادة 152 الفقرة 2 من ق.إ.م.إ "...يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال ..." وما يجدر الإشارة إليه أن قانون الإجراءات المدنية القديم كان ينص في المادة 65 الفقرة

---

[1] د. علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص281

[2] براهيمي صالحي ، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة في المواد المدنية و الجنائية ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة ملود معمري تيزي وزو، 2012 ، ص51

[3] أنور سلطان، مرجع سابق ص 126

2 منه[1] على بطلان الشهادة عند عدم تأدية اليمين بينما التعديل الجديد جعلها قابلة للإبطال، والأرجح أن تعتبر الشهادة باطلة عند عدم حلف اليمين.

ويرى البعض أنه يجوز للقاضي أن يستمد من امتناع الشاهد عن حلف اليمين بدون مبرر قانوني، قرينة قضائية على كذب الشاهد[2]، وبالتالي الشهادة كاذبة لا يوجد بهذه الشهادة بدون حلف اليمين ولكن على سبيل الاستدلال فقط[3].

صيغة اليمين: بالرجوع لنص المادة 152الفقرة 2 من ق.إ.م.إ نجدها تشير لليمين ولكن بدون تحديد الصيغة وهنا يبقى الأمر مبهم وغامض في كيفية حلف اليمين[4]، فنجد المشرع الفرنسي يشترط على الشاهد أن يحلف بأن يقول "**أن أقول الحق ولا شيء غير الحق** " وإلا كانت شهادته باطلة فقد قضت المحاكم الفرنسية بالبطلان في الشهادة لأن الشاهد حلف اليمين بأن قال **الحق** بدلا من **كل الحق** كما يشترط القانون، لأن الكيفية التي حلف بها يمكن أن يخفي جزءا من الحق[5].أما بالرجوع للشريعة الإسلامية فعند المذاهب الحنفية والشافعية والحنابلة فلفظ **أشهد** هي صيغة اليمين لذلك لا تقبل شهادة من قال لفظ **أعلم** أو **أتيقن،** أما عند المالكية يجوز الأخذ بالألفاظ الدالة على معنى أشهد مثل**أعلم** أو **أتيقن**[6].

ب ــ الشروط الموضوعية: تتمثل الشروط الموضوعية فيما يلي:

- **أن تكون الواقعة مما يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود**

للقاضي السلطة الواسعة في تقدير قيمة الإثبات بشهادة الشهود متى رأى أن الدعوى المتنازع فيها تحتاج إلا الإثبات بشهادة الشهود كما للقاضي أن يأمر بذلك من تلقاء نفسه، اما إذا رأى أن الأدلة الأخرى كافية بدون اللجوء إلى الإثبات بالبينة، فيمكن الاستغناء عليها فله الحق في رفض الطلب[7].

---

[1] همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، 450

[2] إدوار عيد، مرجع سابق، ص200

[3] مفلح القضاة، مرجع سابق، ص154

[4] براهيمي صالحي، المرجع السابق، ص52

[5] أحمد نشأت، المرجع السابق، ص536

[6] إدوار عيد، المرجع السابق، ص202

[7] أنور سلطان، المرجع السابق، ص 127

- **أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى المتنازع فيه**

إن القاضي ملزم بالتأكد من توفر كل الشروط اللازمة لسماع شهادة الشهود طبقا لنص المادة 150من ق.إ.م.إ[1]، منها فيما إذا كانت الواقعة المراد إثباتها هي ذاتها مصدر الحق المطالب به أو لا وهنا تكون الواقعة منتجة في الإثبات، فالواقعة المتعلقة بالدعوى هي الواقعة البديلة التي يكون إثباتها من شأنه أن يجعل إثبات الواقعة درجة قريبة الاحتمال ويفهم من ذلك أن لإنتاج الواقعة درجة عالية لتعلقها بالدعوى، حيث كل واقعة تتعلق بالدعوى لا تكون في الأصل منتجة في إثباتها والعكس صحيح أي أن كل واقعة منتجة في الإثبات فهي تكون متعلقة بالدعوى[2].

- **أن تكون الواقعة جائزة الإثبات**

بما أن القانون لا يجيز إثبات وقائع مخالفة للنظام العام والآداب العامة التي تكون نتائجها تحقيق أغراض مختلفة منها المحافظة على السر المهني أو أن الإثبات دين ناتج عن مقامرة او بيع مخدرات حيث يمكن أن تصطدم الوقائع مع القرينة القاطعة يقررها القانون كحجية الأمر المقضي فيه فلا يجوز إثبات واقعة مخالفة لما هو ثابت في حكم قضائي نهائي كما هو منصوص عليه في المادة 138 من ق.م[3]، **مثال:** يطلب حارس شيء أنه لم يرتكب خطأ إلا أن القانون يقيم مسؤوليته على خطأ مفترض في جانبه غير قابل لإثبات العكس.

الفرع الثاني: نطاق أو موضوع الشهادة

إن الغرض من الإثبات بشهادة الشهود هو الحصول على أقوال الشهود الذين يؤدون مزاعم المدعي أو المدعى عليه، فالشهادة بهذا المعنى تلزم الخصوم والقاضي باحترام القواعد الموضوعية للإثبات بالشهادة المنصوص عليها في المواد 333 إلى 336 من القانون المدني[4].

ويتبين لنا من النصوص أن الإثبات بشهادة الشهود جائز في نوعين من الحالات، الأولى حسب الأصل والثانية حالات يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود استثناءا.

---

[1]نص المادة 150 من ق.إ.م.إ "**يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية**"

[2]عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ص62و63

[3] نص المادة 138 من ق.م "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء، ويعفى من هذه المسؤولية حارس الشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة".

[4]د محمد حزيط، المرجع السابق، ص 170

كما نجد أن المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد أحال لهذه المواد بصفة ضمنية في المادة 150 من ق.إ.م.إ.

وعليه سنتطرق في هذا الفرع لنقطتين وهما: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود كأصل عام، والحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود استثناءا.

أولا: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود كأصل عام

تنص المادة 333 من القانون المدني " **في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز الإثبات بالشهود في وجود أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي يغير ذلك**"، فحسب هذا النص يجوز الإثبات بشهادة الشهود في الوقائع المادية والتصرفات التجارية والتصرفات المدنية التي تتجاوز قيمتها مئة ألف دينار جزائري، فكل واقعة تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود يكون التحقيق فيها جائز ومفيدا للقضية ويجوز إثباتها بشهادة الشهود.

ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف القانوني، الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الالتزام على 100.000دينار جزائري لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل[1].

وعليه سنتطرق لهذه الحالات والمتمثلة في الوقائع المادية، التصرفات التجارية والتصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها 100ألف دينار جزائري.

أ ــ الوقائع المادية

إن الوقائع المادية لا تسمح طبيعتها بتهيئة دليل كتابي مقدما لإثباتها لذلك أجيز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود سواء كانت هذه الوقائع طبيعية أم من فعل الإنسان[2]. وتنقسم الوقائع القانونية كمصادر للالتزام إلى وقائع مادية وتصرفات قانونية وهذا التقسيم له فائدة علمية من حيث طرق الإثبات فالوقائع المادية سواء كانت طبيعية لا دخل للإنسان فيها كالفيضان، الزلزال، الحريق، الجنون، العته، الولادة، الوفاة أو الأعمال المادية من فعل الانسان كالفعل الضار والفعل النافع مثل البناء، الغرس.

ومن الأعمال المادية التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود الاستلاء، وضع اليد، وعيوب الإرادة كالغلط، التدليس والاكراه[3].

---

[1] محمد حزيط، مرجع سابق، ص170

[2] أبو الخير عبد العظيم، مرجع سابق، ص171

[3] محمد حزيط، نفس المرجع السابق، ص171

ومن التطبيقات القضائية للوقائع المادية: حيازة منقول أو عقار حيازة مادية فإنه يكون طلبا لإثبات واقعة مادية في أمر تحقيق صحة الحيازة فيكون الإثبات هنا طبقا للقواعد العامة للإثبات، حيث يجوز إثبات حصولها بجميع طرق الإثبات منها شهادة الشهود[1].

ومن المؤكد أنه يوجد اختلاف بين التصرفات القانونية والمادية فإذا توجهت الإرادة إلى إحداث أثر قانوني فهو أمر قد يخفى على الشهود معناه، فالتصرف القانوني يستطيع تهيئة الدليل بشأنه وقت وقوعه وعليه اشتراط الكتابة لإثباته أمر ميسورا.

أما الواقعة المادية فهي تحدث ويراها الناس كما وقعت وعليه يكتفي إثباتها بشهادة الشهود وبجميع وسائل الإثبات الأخرى[2]، ومع ذلك فقد يوجب القانون إثبات بعض الوقائع المادية بالكتابة عند وقوعها نظرا لخطورتها مثل حالة الولادة، حالة الوفاة[3].

وبالتالي يبقى للقاضي كامل السلطة التقديرية لإحالة على التحقيق عن طريق سماع شهادة الشهود لإثبات وقائع مادية، ويجوز له رفض هذا الطلب إذا كان اعتقاده في الدعوى من أدلة أو قرائن أخرى تغني من اللجوء إلى التحقيق، وعلى القاضي هنا يبين الأسباب في حكم الرفض.

ب ــ التصرفات التجارية:

إن الأصل في التصرفات التجارية هو حرية الإثبات بكافة الطرق بما في ذلك شهادة الشهود أيا كانت قمة هذه التصرفات وذلك بموجب أحكام المادة 333من ق. من ويرجع ذلك للاختلاف الجذري الموجود بين الحياة المدنية والتجارية فهذه الأخيرة تقوم على أساس السرعة والائتمان، وعليه استثنى المشرع التصرفات التجارية التي تقع بين التجار، أما إذا كان التصرف مدنيا بين تاجرين أو تاجر وغير تاجر، فلا ينطبق الحكم وينبغي إتباع القواعد العامة السابقة.[4]

---

[1] يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص78

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 341

[3] نص المادة 26 من ق.م "تثبت الولادة والوفاة في السجلات المعدة لذلك، وإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات، يجوز الإثبات بأي طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية"

[4] محمد حسين المنصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، المرجع السابق، ص ص132، 133

ولقد أكد المشرع في المادة 30 من القانون التجاري[1] هذا الاستثناء لما تفرضه التجارة من سرعة في التعامل وما تقوم عليه من ثقة متبادلة بين التجار، على غرار بعض التصرفات التجارية التي تفرض طبيعتها الإثبات بالكتابة فقط كالأوراق التجارية مثل الشيك، السفتجة وكالسندات مثل حسابات البنوك[2]، ويعد اتصرف تجاريا بالنسبة لكل من طرفيه إذا كان يعتبر عملا تجاريا بالنسبة لكل منهما[3]. والأعمال التجارية نص عليها المشرع في المواد 2إلى 4 من القانون التجاري وهي أعمال لتجارية بحسب موضوعها أو أعمال تجارية بحسب شكلها أو بحسب التبعية، أما الأعمال المختلطة فهي التي تقع بين تاجر وغير تاجر مثال بيع تاجر تجزئة بضاعة للمستهلك، فهذا العمل يعد تجاريا بالنسبة للتاجر ومدنيا بالنسبة للمستهلك، ففي حالة نشوب نزاع بينهما حول تسليم قيمة البضاعة، يجوز للمستهلك إثبات الواقعة بكافة الطرق بينما التاجر يتعين عليه إثبات الواقعة بالكتابة إذا كانت قيمة البضاعة تتجاوز مائة ألف دينار جزائري[4].

فلا يجوز للشخص طبقا للأصل العام في المسائل المدنية أن يصطنع دليلا لنفسه، كما لا يجوز إجباره على تقديم دليل ضد مصلحته، على العكس من ذلك وتحقيقا لسرعة المعاملات التجارية بين التجار، مكن المشرع التجاري التاجر من الاستناد إلى دفاتره التجارية في الإثبات لمصلحة إثناء النزاع القائم بينه وبين خصمه التاجر طبقا للمادة 13من القانون التجاري "يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التاجر بالنسبة للأعمال التجارية".

وعلى خلاف ما سبق إفراغ بعض العقود في شكل كتابي كالشركة طبقا لنص المادة 545 من القانون التجاري " تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة " فهنا الكتابة هي ركن إلا إذا كان نص صريح بالإعفاء من الكتابة مثل شركة المحاصة طبقا لنص المادة 795مكرر من القانون التجاري، ويجدر الإشارة إلى أن مبدأ حرية الإثبات في المسائل لا يتعلق بالنظام العام[5]، وعليه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفة واشتراط الكتابة لأن مثل هذا الاتفاق ملزم وصحيح.

ج ــ التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها 100 ألف دينار جزائري.

إذا تطلب القانون الكتابة لإثبات جميع التصرفات القانونية لكان في ذلك كثير من العنت لذلك لا تجب الكتابة إلا إذا كانت قيمة التصرف زادت عن 100.000دج أو كتن قيمة التصرف غير

---

[1]نص المادة 30 من القانون التجاري" على أن يثبت كل عقد تجاري سندات رسمية، سندات عرفية فاتورة مقبولة بالرسائل، بدفاتر الطرفين بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى، إذا رأت المحكمة وجوب قبولها"

[2]مصطفى أحمد أبو عمرو، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص164، 165

[3]محمد حسين منصور، المرجع سابق ص133

[4] محمد حزيط،، المرجع السابق، ص173

[5] أبو الخير عبد العظيم، مرجع سابق، ص145

محددة كقاعدة عامة[1]. وطبقا لنص المادة 333من القانون التجاري يخرج عن نطاق هذه القاعدة العامة التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها 100.000دج فالتصرف القانوني المدني الذي لا تزيد قيمته عن مئة ألف دج يجوز إثباته بشهادة الشهود.

وقد وردت تطبيقات المادة السابقة مثل قرار رقم 84034 المؤرخ في 1992/07/07 " من المقرر قانونا أنه في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن مئة ألف دج أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقاضه، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون لأنه لا يمكن لأحد يحرر سندا لنفسه ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"[2].

وطبقا لنص المادة 333 الفقرة 2 من القانون المدني يتم تقدير قيمة التصرف وقت صدور التصرف وليس وقت المطالبة به وإذا كان محل الالتزام مبلغ مالي فلا يتأثر المبلغ بانخفاض العملة أو ارتفاعها.[3]

كما لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود طبقا لنص المادة 334 من القانون المدني[4]، ولو لم تزد القيمة عن مائة ألف دج إذا كان المراد إثباته يخالف الثابت بالكتابة.

ثانيا: الحالات التي يجوز إثباتها بالشهادة استثناءا

أجاز التشريع الجزائري في بعض الحالات الإثبات بشهادة الشهود استثناءا، وهذه الحالات نصت عليهم المادتين 335 و336 من القانون المدني الجزائري، وهما وجود مبدأ الثبوت بالكتابة، وجود مانع من الحصول على دليل كتابي، وفي حالة فقد السند الكتابي، وسنتطرق لهذه الحالات في النقاط التالية:

أـ حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة: يقصد بمبدأ ثبوت بالكتابة أنه كل كتابة تصدر من الشخص الذي يراد الإثبات ضده لكن ذلك الدليل ليس سندا كاملا لما يدعيه، حيث يعتبر وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، وهذا ما تقتضي به المادة 335 من ق.م "**يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب**

---

[1] أبو الخير عبد العظيم، نفس المرجع السابق، ص148

[2]المجلة القضائية، العدد الثالث، 1993، ص 164

[3]يحي بكوش، مرجع سابق، ص208

[4]نص المادة 334 من ق.م " لا يجوز الإثبات بالشهادة ولو لم تزد القيمة على 1000.000دج فيما يجاوز أو يخالف ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي، إذا كان المطلوب هو الباقي او جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى ما لا تزيد قيمته على 100.000دج ثم عدل على طلبه إلى ما يزيد على هذه القيمة"

إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة." ومن خلال نص المادة يفهم بأن الكتابة لا تكفي لوحدها لإثبات التصرف، لكن هذا الدليل الكتابي يعتبر بداية فقط للإثبات.[1]

لقد نص المشرع صراحة في هذه المادة أنه يجوز للطرف في الدعوى المتنازع عليها امام القضاء أي الخصم الذي يتمسك بمبدأ ثبوت بالكتابة أن يقوم باستكمال دليله بشهادة الشهود وذلك لتدليل على مزاعمه.

ويعتبر مبدأ ثبوت الكتابة حسب بعض الفقهاء بأنه إقرار غير قضائي يترتب عنه إما تحلل أو تجزء في دليل للإثبات لأن الإثبات بهذا المبدأ وحده غير كاف لإقناع القاضي به[2]

وهكذا إذا سبق في البداية ثبوت بالكتابة فإنه يمكن أن يثبت بشهادة الشهود، ما كان يجب إثباته بالكتابة فيكون دليلا كاملا على ما يلي:

- تصرف قانوني تزيد قيمته على 100.000دج
- تصرف قانوني غير محدد القيمة
- ما يخالف الكتابة أو يجاوزها
- تصرف قانوني اشترط القانون بنص خاص أن يكون إثباته بالكتابة كالصلح والكفالة، ولكنه لا يصلح دليلا على تصرف شكلي كالهبة والرهن الرسمي فهو لا يحل محل الشكل ذاته ركن في التصرف [3]

ومن خلال التعريف الذي جاءت به نص المادة 335 من ق.م يستنتج أن المشرع اشترط في مبدأ ثبوت بالكتابة توافر شرطين للسماح بالإثبات عن طريق الشهادة وهي كالتالي:

الشرط الأول: وجود ورقة أو محرر مكتوب صادر عن الخصم: يشترط لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة أن تكون هناك ورقة مكتوبة لا تعد دليلا كتابيا كاملا، فإذا لم توجد كتابة وإنما مجرد أقوال شفوية فلا يكون هناك مبدأ ثبوت بالكتابة وإذا وجدت كتابة تعد دليلا كتابيا كاملا فإننا لا نكون بصدد ثبوت بالكتابة وإنما بصدد دليل كتابي كامل لا يمكن من خلاله إجازة الإثبات بالشهادة.[4]

لم يشترط المشرع الجزائري في الورقة المكتوبة أي شكل معين او محدد لأن كل كتابة تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة مهما كان شكلها **مثال:** دفاتر تجارية، سجلات وأوراق منزلية، مراسلات موقعة أو غير موقعة مؤرخة أم غير مؤرخة موجهة إلى من يحتج بها أو موجهة للغير، محاضر الجرد او دفاتر الحسابات او الإيصالات أو عبارة عن مذكرات خطية أو صور للأوراق الرسمية أو

---

[1] محمد شتا أبو السعد، المرجع السابق، ص 97

[2] يحي بكوش، نفس المرجع، ص221

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 144

[4] محمد شتا أبو سعد، مرجع سابق، ص97

العرفية[1] أو ما يرد في محاضر الجلسات ومحاضر تحقيق النيابة، ومن الجائز أن يستخلص هذا الثبوت بالكتابة من مجموع أوراق متفرقة وليس من ورقة واحدة.

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا قدم الخصم ضمن مستنداته خطابا مرسلا له من خصمه فإن المحكمة لا تكون قد أحطأت إذا اعتبرت هذا الخطاب بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة ضد الأول، وذلك لأن تقديم الخصم مستندا له في الدعوى يفيد بما ورد فيه، فيصح الاحتجاج عليه بمضمونه.[2]

و يجب أن تكون الورقة المكتوبة او المحرر صادر من الخصم المدعى عليه، وتعتبر الورقة الصادرة عن الشخص إذا كانت موقعة منه أو ممن يمثله كالولي و الوصي أو القيم أو الوكيل بشرط أن تكون الورقة قد صدرت في حدود نيابته[3]، إلا أن هناك بعض الأوراق أو المحررات التي يمكن أن تعتبر صادرة عن الشخص رغم أنها ليست موقعة منه أو ممن يمثله و ليس بخطه أو بخط من يمثله كمحاضر التحقيق ومحاضر الجلسات، إذ ما يرد فيها من أقوال الخصوم يعتبر صادرا منهم فإذا كانت هذه الأقوال لا ترقى إلى درجة الإقرار فإنه يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت تجعل المدعى به قريب الاحتمال[4]، وتقدير توافر الكتابة من عدمها، صدور الورقة من الخصم أو من غيره مسألة قانونية يخضع في شأنها القاضي لرقابة المحكمة العليا.

الشرط الثاني: تجعل الورقة أو المحرر التصرف المدعى به قريب الاحتمال:

يفهم من نص المادة 335 الفقرة الثانية من ق.م[5] أن المشرع الجزائري يشترط في الكتابة لتكون مبدأ ثبوت بالكتابة إلزامية تضمن الورقة ما يجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال ويقصد بذلك أنه لا تكفي ان تكون الورقة المكتوبة والمقدمة على أساس ثبوت بالكتابة من شانها أن تجعل الواقعة المراد إثباتها محتملة بل يجب ان تجعل هذه الورقة مرجحة الحصول، لا ممكنة الحصول فقط. [6]

وهذا الشرط وحده لا يكفي أيضا ليكون دليلا كاملا لإثبات الواقعة المراد إثباتها بل يجب أن يكتمل هذا المبدأ بشهادة الشهود ولو كان المقدار يزيد عن مائة ألف دج، على أن قاضي الموضوع هو الذي تبقى له السلطة التقديرية فيما كانت الورقة محل النزاع تجعل التصرف المدعى به قريب

---

[1]قدري عبد الفتاح الشهاوي، المرجع السابق، 2006

[2] أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص185

[3]فايز احمد عبد الرحمن، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص166

[4]مصطفى مجدي هرجة، مرجع سابق، ص135

[5]نص المادة 355 الفقرة 2 من ق.م " ... وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة"

[6] عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص435

الاحتمال أم لا[1]. ومما تجدر الإشارة إليه أن مبدأ ثبوت بالكتابة لا يتضمن الدليل على محل النزاع، وإنما على بعض ما يؤدي إليه، فإذا تم تعزيز هذا الدليل بالشهادة من طرف القاضي أصبح السند أكثر تمسكا وأقرب إلى الحقيقة[2].

وإذا تحققت هذه الشروط السالفة الذكر لا يعني هذا أن القاضي يرخص من تلقاء نفسه باستكمال الدليل بالشهادة، وإنما يتعين على صاحب المصلحة من أطراف الدعوى التمسك بمبدأ ثبوت بالكتابة أمام محكمة الموضوع وليس لأول مرة أمام المحكمة العليا[3].

ب ـ وجود مانع يحول دون الحصول على دليل:

تنص المادة 336 الفقرة الأولى من القانون المدني على أنه "**يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان إثباته بالكتابة: إذا وجد مانع في مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي**". يلاحظ من هذا النص أن المشرع الجزائري نص صراحة على إجازة الإثبات بالشهادة ما كان يجب إثباته بالكتابة مهما كانت قيمة التصرف القانوني ونوعه إذا وجد مانع يحول الحصول على الدليل الكتابي ويقصد بالمانع هو الذي يحصل وقت ابرام التصرف القانوني ويكون المانع ماديا أو معنويا وهذا ما سنحاول توضيحه فيما يلي:

- **المانع المادي:** يرجع المانع المادي إلى الظروف الخارجية التي عاصرت إبرام التصرف القانوني[4] ويتحقق المانع المادي عند قيام المتعاقد بإبرام تصرف قانوني مما يشترط القانون لإثباته بالكتابة في ظروف تؤدي إلى عدم تمكنه من الحصول على دليل كتابي ولعل أبرز مثال على ذلك الوديعة التي تقع اضطراريا حيث يضطر شخص لإيداع أمواله لدى شخص آخر لوجود خطر داهم يهدد هذه الأموال ولا تسمح الظروف بالانتظار للحصول على دليل كتابي من المودع لديه يثبت إيداع او مقدار هذه الأموال[5].

و القاضي في هذه الأحوال هو الذي يقوم بتقدير قيام الماع المادي من الحصول على دليلا كتابيا، كما أنه لا يخضع لرقابة المحكمة العليا ويجب على الشخص الذي يسبب المانع المادي أن يبين الظروف التي أحاطت به أثناء قيامه بالتصرف.

---

[1] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 252

[2] فايز احمد عبد الرحمن، نفس المرجع، ص167

[3] محمد حزيط، المرجع السابق، ص 177

[4] مصطفى أحمد أبو عمروا، د نبيل سعد، المرجع السابق، ص 80

[5] عابد فايد عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 171

- **المانع الأدبي:** لم يعرف المشرع الجزائري المانع الأدبي على غرار المشرع المصري والمشرع اللبناني[1]، ويقصد بالمانع الأدبي هو عدم الحصول على دليل كتابي بسبب ظروف نفسية واعتبارات أدبية ومعنوية حالت دون إعداد دليل كتابي وقت ابرام التصرف القانوني[2]، وتتوافر هذه الاعتبارات في أغلب الحالات عندما توجد صلة القرابة أو رابطة زوجية أو نسب او صداقة وقد يتمثل في العرف المتبع في بعض المهن كالعلاقة التي تربط بين الطبيب بالمريض أو في حالة وجود النفوذ الأدبي كعلاقة الطالب بالأستاذ أو بعلاقة التبعية مثل علاقة المرؤوس برئيسه في العمل.

إلا أنه توجد بعض الاعتبارات لا تترتب عليها توافر المانع الأدبي تلقائيا، وانما يجب ان ننظر إلى كل حالة على حدى فقد تقوم القرابة مثلا دون تحقق المانع الأدبي كما لو كانت التعاملات السابقة بين الأب وابنه اتخذت الشكل الكتابي، فلا يقبل كل منهما أن يدعي بهذه القرابة للتمسك بالمانع الأدبي بأنه هو من حال بينه و بين الحصول على الدليل الكتابي من الآخر[3] وهنا لسيادة مبدأ الثقة في هذه العلاقات، أما صلة التابع والمتبوع أي بين السيد وخادمه هي من الموانع الأدبية تمنع الشخص من أخذ سند كتابي على الآخر لسيادة مبدأ النفوذ، لذلك يجوز الإثبات في هاته الحالات بغير الكتابة منها شهادة الشهود.[4]

وهناك موانع بحكم العرف، فقد جرى العرف على عدم التعامل بالكتابة في أنواع معينة من المعاملات مثال على ذلك الخدمات الطبية، فلا يمكن اعداد دليل كتابي لتحديد قيمة هذه الخدمات من طرف الطبيب نظرا للطبيعة الخاصة لهذه المعاملات، ولهذا فإن تقدير فيما إذا كانت هناك استحالة مادية أو معنوية ترجع للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي ولا لرقابة المحكمة العليا على ذلك لأنوه تقديرا موضوعيا[5].

ج ـ فقدان السند الكتابي:

هناك حالة استثنائية أخرى نصت عليها المادة 336 الفقرة الثانية من ق.م "**يجوز الأثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة...، إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته**" ويفهم من خلال نص المادة أن الشخص قد يكون سبق له الحصول على دليل كتابي كامل مستوفي لجميع شروطه وقت ابرام التصرف القانوني مع خصمه، إلا أنه فيما بعد فقده بسبب أجنبي لا

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص464

[2] عباس العبودي، مرجع سابق، ص263

[3] محمد حزيط، المرجع السابق، ص 179

[4] مصطفى مجدي هرجة، المرجع السابق، ص 120

[5] يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص82

يد فيه، ولم يرتكب أي خطأ في ضياعه وهنا أجاز المشرع إعفاء المكلف بالإثبات من تقديم الدليل الكتابي إذا توافرت شروطها.[1]

ولا يقتصر هذا الاستثناء المذكور في المادة على الدائن فقط بل يمتد أيضا إلى المدين الذي يفقد سنده الكتابي لسبب أجنبي، ويرجع هذا الاستثناء إلى أنه مادام السند الكتابي قد فقد فلا مناص من الإثبات بشهادة الشهود[2].ويشترط لجواز الإثبات بشهادة الشهود بسبب فقدان السند الكتابي توفر شرطين:

- **وجوب إثبات السند الكتابي:** يجب على المكلف بالإثبات أن يثبت أنه كان لديه سند يثبت له أثر قانونيا معينا، ويجب أن يكون هذا السند دليلا كتابيا كاملا مستوفيا لجميع الشروط القانونية الموضوعية والشكلية، فلا يكفي أن يكون السند المفقود المراد إثباته مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة، وينبغي إثبات مضمون السند وشروطه الخاصة كالشروط التي يطلبها القانون في المحررات الشكلية[3].

والمشرع الجزائري كغيره من التشريعات الأخرى لم يبين في نص المادة 336 من ق.م ما إذا كان السند المتكلم عليه سند يشترط فيه الرسمية أو أن العقد يجب أن يكون مستوفيا لكافة الشروط القانونية أي الشكلية كالتسجيل أو الإشهار، أم أن المشرع يتكلم عن السند العرفي الذي هو عبارة عن ورقة عادية محررة من طرف شخص وموقعة من طرفهما والشهود.

ومن الملاحظ أن الإشكال لا يطرح عندما يكون السند المفقود محرر أمام ضابط عمومي باعتبار أن هذه السندات تحفظ نسخ منها، لكن الإشكال يثور عندما يكون السند المفقود هو عبارة عن محرر عرفي ففي هذه الحالة يجوز إثبات محتواه عن طريق شهادة الشهود بعد أن يكون المكلف قد أثبت أنه فقد منه السند لسبب خارج عن إرادته[4]

- **فقدان السند الكتابي لسبب أجنبي:** إضافة على إثبات سبق وجود السند الكتابي يتعين على الشخص المكلف بالإثبات أن يثبت واقعة حدوث السبب الأجنبي بمعنى يثبت أن السند قد ضاع منه نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه، وهي واقعة مادية يصح إثباتها بشهادة الشهود وبالقرائن وبالمعاينة[5].

والسبب الأجنبي هو أن يكون غير ممكن توقعه ولا يمكن دفعه ويكون خارج عن إرادة الشخص الذي يتمسك به كالحريق أو الفيضان أو السرقة...إلخ، أما إذا كان فقد السند بسبب إهمال صاحبه فلا

---

[1] محمد حزيط، نفس المرجع، ص 180

[2] محمد شتا أبو أسعد، المرجع السابق، ص 139

[3] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص151

[4] يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص83

[5] محمد حزيط، مرجع سابق، ص182

يجوز له أن يحتج بوجود السبب الأجنبي[1].ومسألة تحديد مدى تدخل إرادة المكلف بالإثبات في فقدان السند الكتابي يعود تقديرها إلى المحكمة ولا تخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، وإذا تمسك المكلف بالإثبات بضياع السند بعد تسليمه للمودع لديه أو الوكيل فعليه ان يثبت واقعة التسليم طبقا للقواعد المادية، إذا كانت قيمة السند المودع تزيد على نصاب الإثبات بالشهادة، تعين عليه إثبات الوديعة أو الوكالة بالكتابة[2]

المبحث الثاني: إجراءات الشهادة ودور المحكمة في تقديرها

اهتم المشرع الجزائري بتنظيم إجراءات الإثبات بالشهادة، سواء في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 الصادر بموجب الأمر رقم 66-154 بتاريخ 8 يوليو 1966، أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر سنة 2008 الذي ألغى الأمر 66-154 وحل محله، ولقد خصها بالمواد من 150إلى 163 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. كما أن المحكمة تلعب دورا مهما في تقدير مدى حجية الشهادة فالمحكمة سلطة تقديرية واسعة في تقدير شهادة الشهود واعتبارها كافية للإثبات أو غير كافية. وعليه سنتطرق في هذا المبحث لإجراءات سماع أقوال الشهود في المطلب الأول ونستعرض دور المحكمة في تقدير الإثبات بالشهادة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: إجراءات سماع أقوال الشهود وتقديرها

عند طلب الإثبات بشهادة الشهود قد يكون بناء على طلب الخصوم ويخضع هذا الطلب لتقدير القاضي في تحديد ضرورته من عدمه، كما أنه لقاضي الموضوع من تلقاء نفسه أن يأمر بالإثبات بشهادة الشهود إن رأى ضرورة لذلك وبعد أن يدلي الشهود بشهادتهم أمام المحكمة وفقا للإجراءات التي نص عليها القانون، يكون للقاضي كامل الحرية في تقدير ما ادلى به الشهود[3].

الفرع الأول: إجراءات سماع أقوال الشهود

لا يمكن لأطراف الخصومة تقديم الشهود أثناء سير الدعوى إلا بناء على حكم من المحكمة المعروض أمامها النزاع، فليس لطالب التحقيق أن يحضر شهوده من تلقاء نفسه ثم يلزم المحكمة بسماع أقوالهم حول الواقعة محل الإثبات[4]، ولهذا اشترط المشرع تقديم طلب إلى القاضي من أجل إحالة القضية على التحقيق بسماع الشهود، وبعد تأكده من توافر الشروط القانونية لأداء الشهادة أو

---

[1] عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 312

[2] همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 204-205

[3] قروف موسى، سلطة القاضي في تقدير ادلة الإثبات، المرجع السابق، ص206

[4] رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مكتبة النهضة المصرية، 1959، ص495

انعدامها يصدر حكما قضائيا قبل الفصل في الموضوع لتكريس اقتناعه وبمجرد صدور حكم بالقبول يحال للتحقيق ويسعى طالب التحقيق لتكليف الشهود بالحضور لجلسة التحقيق ، ولهذا سنتعرض في هذا الفرع لنقطتين مهمتين وهما: أولا حكم الإحالة على التحقيق بالشهادة والنقطة الثانية لإجراءات الشهادة.

أولا: الاحالة على التحقيق

لا يتم التحقيق دائما بناء على طلب الخصوم، إنما قد تأمر المحكمة بالتحقيق بسماع الشهود من تلقاء نفسها.

أ ــ طلب الإحالة إلى التحقيق بناء على طلب الخصم:

المدعي هو المكلف بإثبات دعواه وتقديم الأدلة التي تؤيدها بعد طلب التحقيق بشهادة الشهود وتعد من وسائل الدفاع عن حق من حقوقه ومن واجب المحكمة أن تمكن الخصوم من تقديم أوجه دفاعهم، وألا تصادر هذا الحق سواء صراحة أو ضمنيا، متى كانت هذه الوسيلة منتجة في النزاع[1]، وهذا الطلب لا يقتصر فقط على المدعي لإثبات حق له يدعيه بل يستطيع أيضا المدعى عليه أن يتقدم بهذا الطلب لإثبات براءته[2].

وقد يلجأ أحد الخصوم إلى الاستعانة بشهادة الشهود لتكملة الأدلة الأخرى التي قدمها سابقا للدعوى، طبعا ذلك في حين كانت تلك الواقعة تقبل الإثبات بالشهادة، وبالرغم من ذلك أجاز المشرع رفع دعوى مبتدئة هدفها سماع الشهود حول واقعة لم ترفع أمام القضاء لكن يحتمل عرضها مستقبلا خوفا من ضياع أو فقدان أو هلاك الدليل كوفاة الشهادة لسوء حالته الصحية[3]. فطبقا لنص المادة 77 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4]، يكفي وجود مصلحة محتملة لرفع الدعوى الأصلية وتكون بناء على أمر ذيل عريضة أو دعوى مستعجلة بالطريق المعتاد وتسمى بدعوى الإثبات بشهادة الشهود بصفة أصلية.

وعلى الخصم الذي يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يقدم طلبه إلى المحكمة التي تنظر الدعوى، إما كتابة بمذكرة دفاعه أو شفاهه في الجلسة طبقا لنص المادة 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه" **يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسها أن**

---

[1] أبو الخير عبد العظيم، مرجع القاضي والمتقاضي، مرجع سابق، ص176

[2] عبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ص109

[3] قروف موسى، المرجع السابق، ص208

[4] نص المادة 77 من ق.إ.م.إ "يمكن للقاضي ولسبب مشروع وقبل مباشرة الدعوى، ان يأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق بناء على طلب كل ذي مصلحة قصد إقامة الدليل والاحتفاظ به لإثبات الوقائع التي قد تحدد مآل النزاع. يأمر القاضي بالإجراء المطلوب بأمر على ذيل عريضة أو عن طريق الاستعجال"

يأمر شفاهه أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون". لا يشترط لتقديم الطلب شكلا خاصا وذلك في أي حالة تكون عليها الدعوى.

ويجب على الخصم أن يبين الوقائع المراد إثباتها إذا كانت وقائع متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات[1]، وعلى الخصم أن يبدي صراحة وبصفة جازمة استعداده لإثبات ما أورده من وقائع بشاهدة الشهود. ويشترط لقبول طلب الإثبات بالشهادة ألا يوجد بأوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدة المحكمة حول الموضوع النزاع بدون سماع الشهود.

وعليه فإذا رأت المحكمة من خلال هذه الشروط أن الإثبات بالشهادة مفيد لإظهار الحقيقة وأن الأدلة الواردة في الملف الدعوى غير كاف، فلها أن تصدر حكما بالإحالة على التحقيق لإثبات الواقعة محل الطلب الذي التمسه الخصم مع الاحتفاظ دائما بسلطة تقدير في الاستجابة لهذا الطلب أو رفضه.

وحق المحكمة في إصدار التحقيق بالشهادة جوازي متروك لتقديرها ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا، وعلى القاضي أن يراعى في ذلك أن إحالة التحقيق هو وسيلة ليكمل اقتناعه وليس وسيلة لتقاعس الخصم فالقاضي يستعمل الإمكانيات المخولة له ليكمل اقتناعه لأن عبء الإثبات يقع على عاتق الخصم وليس القاضي[2].

من خلال كل ما سبق فإن القاضي يحظى بسلطة كاملة في تقدير طلب إحالة للتحقيق، إلا أنه يوجد قيد عام من هذه السلطة وهو حقوق الدفاع، فإذا كان إجراء التحقيق بصدد الواقعة التي التمس الخصم اثباتها بشهادة الشهود هي الوسيلة الوحيدة في الإثبات فإنه لا يجوز للقاضي أن يرفض الطلب وإلا عد ذلك مخالف للقانون وإخلال بحق الدفاع[3].

ب ــ الإحالة إلى التحقيق بسماع الشهود بأمر المحكمة من تلقاء نفسها

ولقد خولت المادة 150 من ق.إ.م.إ، المحكمة السلطة الكاملة في اتخاذ ما تراه من إجراءات الإثبات وخاصة الشهادة وذلك من تلقاء نفسها ولو لم يطلب أحد الخصوم إجراء التحقيق، متى رأت المحكمة في ذلك فائدة للوصول إلى الحقيقة ولازما لتكوين عقيدتها في الدعوى. وعلى المحكمة إذا أمرت من تلقاء نفسها الإثبات بشهادة الشهود أن تلتزم بالقواعد العامة في الإثبات، فيتعين عليها أن تلقي عبء الإثبات على عاتق الخصم المكلف أصلا بالإثبات وإلا فإنها تكون قد خالفت القانون[4].

---

[1]أنظر نص المادة 150 من ق.إ.م.إ

[2]سحر إمام يوسف، المرجع السابق، ص 254

[3]أحمد نشأت، رسالة الإثبات الجزء الأول، مرجع سابق، ص534

[4]محمد عبد اللطيف، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 80

يجوز لأي من الخصوم أن يدفع في الجلسة المحددة للتحقيق وقبل سماع الشهود بعدم جواز الإثبات بشهادة الشهود[1]، ومتى تبين للمحكمة صحة هذا الدفع فإنه يتعين عليها أن تعدل عما أمرت به من تلقاء نفسها وعليها بيان أسباب هذا العدول في محضر الجلسة.

ولم تنص المادة 150من ق.إ.م.إ صراحة للمحكمة حق في أن تستدعي للشهادة أي شخص متى كان لزوما لشهادته، غير أنه يستنتج ضمنيا من الألفاظ النص التي جاءت مطلقة غير محددة بعدم وجود أي مانع في استدعاء أي شخص لسماع شهادته متى كانت شهادته لازمة في الدعوى[2]، وهذا تأكيد للدور الإيجابي للقاضي المدني الذي تتجه إليه التشريعات حديثا حيث تعطي له سلطات أوسع من ذي قبل بعدما كان دوره سابقا سلبيا لا يتعدى دور المراقب لإجراءات الدعوى، وتلقي ما يقدمه له الخصوم من أدلة[3]. غير أن القانون أعطاه دورا إيجابيا في أن يأمر من تلقاء نفسه بالقيام بإجراءات الإثبات التي لم يطلبها الخصوم وهذا من أجل الوصول للحقيقة.

ج ــ الحكم بالإحالة إلى التحقيق

إذا رأت المحكمة أن الإثبات بالشهود لازما لإظهار الحقيقة وجائز قانونا وأن الوقائع المراد إثباتها منتجة في النزاع وانه ليس في ادلة الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها فإنها تحكم بإجراء التحقيق سواء كان التحقيق بطلب من الخصوم أو من تلقاء نفسها.

ولقد أوجبت نص المادة 151 من ق.إ.م.إ [4]على القاضي ان يبين في منطوق حكمه الوقائع المأمور بإثباتها فضلا عن اليوم والساعة المحددين للجلسة وعليه يجب التطرق لمضمون حكم الإحالة بسماع الشهود بثلاثة نقاط:

- **تحديد الوقائع:** يقتضي تبيان في حكم الإحالة على التحقيق ان تكون الوقائع مبنية بالدقة حتى ينحصر فيها التحقيق ليعلم كل طرف ما هو مكلف بإثباته أو نفيه[5].
- **تحديد ميعاد إجراء التحقيق:** من البيانات الجوهرية التي يجب أن يشتمل عليها حكم الإحالة على التحقيق هي اليوم الذي يبدأ فيه التحقيق والساعة التي يتم فيها سماع الشهود وهذا طبقا لنص المادة 151 من ق.إ.م.إ.

---

[1]إلياس أبو عبد، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص62

[2] قروف موسى، المرجع السابق، ص212

[3]أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص180

[4]أنظر المادة 151 من ق.إ.م.إ

[5] أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 321

وقضت المحكمة العليا في حالة عدم تحديد القاضي في الحكم ميعاد إجراء التحقيق "من المقرر قانونا أنه يتبين في الحكم بإجراء التحقيق في الوقائع المراد التحقيق فيها اليوم و ساعة الجلسة لإجرائه، ومن ثم فإن القضاء ما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للإجراءات الجوهرية، لما كان من الثابت–في قضية الحال– أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم على تحقيق امرت به المحكمة دون ان يذكروا نوعية الأمر بالتحقيق وهل المحكمة أجرت فعلا ذلك التحقيق أم لا، و من ثم فإنهم بقضائهم كما فعلوا قد أغفلوا قاعدة جوهرية في الإجراءات، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1].

- **دعوة الخصوم للحضور وتقديم شهودهم:** طبقا لنص المادة 151 من ق.إ.م.إعلى طالب الإثبات بالشهادة أن يعين أسماء الأشخاص المراد سماعهم في الطلب الذي يتقدم به. ولقد استبدل المشرع عبارة "**تكليف الخصوم بالحضور**" في نصالمادة 62 من قانون الإجراءات المدنية القديم[2] بعبارة "**دعوة الخصوم بالحضور** " في نص المادة الجديدة 151 من ق.إ.م.إ لأن التكليف بالحضور هو إجراء قانوني يكون عن طريق المحضر القضائي وبالتالي لا يمكن أن يتضمن الحكم الأمر بسماع الشهود تكليف الخصوم بالحضور بمعناه القانوني وإنما هي مجرد دعوة للحضور.

يعتبر حكم التحقيق دائما حكما تمهيديا غير فاصل في موضوع النزاع والمقرر قانونا انه يجوز للمحكمة العدول عنه بشرط ان يبين أسباب العدول عنه، فالمشرع لم ينص على تسبيب أحكام الإحالة على التحقيق في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا أنه يستخلص من القواعد العامة[3] ضرورة تسبيب هذه الأحكام عند رفض الإحالة على التحقيق وذلك بيان الحجج الواقعية التي يبنى عليها القاضي حكمه. والهدف من وراء هذا التسبيب تمكين المحكمة العليا من ممارسة رقابتها وإلا كان الحكم معيبا بالقصور واستوجب نقضه.

ولقد اختلف الفقه في ضرورة التزام القاضي بتسبيب حكم رفض الإحالة إلى التحقيق بالشهادة فيرى فريق من الفقهاء[4]، أنه يتعين التمييز بين الأحكام القطعية والأحكام غير القطعية، فالعبرة في تكييف هذه الأحكام بأسباب الرفض فإذا بني على اعتبار أن الواقعة المراد إثباتها غير جائزة القبول ففي هذه الحالة يكون الحكم قطعيا ويجب على المحكمة تسبيبه، أما إذا بني على اعتبار اكتفاء

---

[1]قرار مؤرخ في 1988/06/01 ملف رقم 43134، المجلة القضائية لسنة 1992 العدد الثالث، صفحة 26

[2]نص المادة 62 من ق.إ.م " تبين في الحكم الأمر بإجراء التحقيق الوقائع المراد التحقيق فيها ويوم وساعة الجلسة المحددة للإجراء، كما يتضمن تكليف الخصوم بالحضور وباستحضار شهودهم في اليوم والساعة المحددين...."

[3]نص المادة 277 من ق.إ.م.إ" لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون وأن يشار إلى النصوص المطبقة"

[4]أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص77

المحكمة بالأدلة المقدمة في الملف الدعوى، او تكون الوقائع غير متعلقة بالدعوى وغير منتجة فيها فيكون الحكم غير قطعي وتكون المحكمة غير ملزمة بتسبيبه.

أما جانب من الفقه[1] يري إذا كان القاضي صدر أمر بإجراء التحقيق فهنا لا يلتزم القاضي بتسبيب الأحكام، أما إذا رفض صدور أمر إجراء التحقيق وجب على القاضي تسبيب الأحكام وإلا كان حكمه باطل[2].

- **الطعن في حكم الإحالة على التحقيق:** بين المشرع في نص المادة 81 من ق.إ.م.إ "**لا تقبل المعارضة في الأوامر والأحكام والقرارات التي تأمر بإجراء من إجراءات التحقيق، ولا يقبل استئنافها أو الطعن فيها بالنقض وإلا مع الحكم الذي فصل في موضوع الدعوى**" طرق وأحكام الطعن في الأحكام التمهيدية التي تأمر بإجراء تحقيق وتجاهلت الأحكام القضائية التي ترفض إجراء التحقيق وهذا بعد خرقا لحقوق الدفاع.

وأكد المشرع على عدم قابلية هذه الأحكام بالطعن بالاستئناف أو النقض إلا كانت مرفقة بالحكم الفاصل في الموضوع[3].

و المستقر عليه قضاءا أن قواعد الإثبات غير متعلقة بالنظام العام فإذا لم يتمسك الخصم أمام محكمة الموضوع بالبطلان الناشئ عن قصور حكم التحقيق عن بيان الوقائع المراد إثباتها أو نفيها، فلا يجوز إثارتها لأول مرة امام محكمة النقض[4]

ثانيا: إجراءات سماع أقوال الشهود

تطبيقا لنص المادة 154 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "**يتم تكليف الشهود بالحضور بسعي من الخصم الراغب في ذلك وعلى نفقته بعد إيداع المبالغ اللازمة لتغطية التعويضات المستحقة للشهود والمقررة قانونا**"، اشترط المشرع على صاحب المصلحة دعوة الشهود للحضور لجلسة التحقيق بتبليغهم رسميا بتاريخ الجلسة وموعدها بعد إيداع مصاريف الشهود لدى أمانة الضبط.

---

[1] فتحي والي، مرجع سابق، ص28

[2] قروف موسى، مرجع سابق، ص 215

[3] نص المادة 334 من ق.إ.م.إ" الأحكام الفاصلة في جزء من موضوع النزاع او التي تأمر بالقيام بإجراء من إجراءات التحقيق أو بتدبير مؤقت، لا تقبل الاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى برمتها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"

[4] أبو الخير عبد العظيم، مرجع سابق، ص182

أ ـ دعوة الشهود للحضور: من استقراء مضمون المادة 154 من ق.إ.م.إلم ينص المشرع على الطريقة التي يتم فيها دعوة الشهود للحضور أمام المحكمة وبالتالي يجوز أن يتم ذلك بواسطة المحضر القضائي أو بأية وسيلة أخرى بما في ذلك التبليغ الشفوي[1]، غير أن الشهود الذين تأمر المحكمة من تلقاء نفسها بسماعهم يستدعون عن طريق أمانة الضبط.

ويتم دعوة الشهود أو تكليفهم للحضور قبل يوم الجلسة المعينة لسماعهم بوقت كاف ولا يجوز أن يقل هذا الوقت عن 24 ساعة[2]، فالأصل أن يكون سماع الشهود امام المحكمة التي أمرت بإجراء إحالة التحقيق بالشهادة ويكون في اليوم والساعة المحددين، غير أنه إذا أثبت أن الشاهد استحال الحضور جاز للقاضي أن يحدد له أجلا آخر أو ينتقل لتلقي شهادته إذا كان مقيم بخارج دائرة اختصاص الجهة القضائية فجاز للقاضي إصدار إنابة قضائية لتلقي شهادته طبقا لنص المادة 155من ق.إ.م.إ

بـ ـ الإجراءات الواجب إتباعها عند الإدلاء بالشهادة: إن مرحلة سماع الشهود تأتي بعد أداء اليمين وتتميز هذه المرحلة بأهمية بالغة بالنسبة للخصم والقاضي، فيستطيع الخصم تقديم أوجه تجريح الشهود قبل سماعهم إذا لم تتوفر فيهم الشروط القانونية:

1 ـ أداء اليمين: نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحكام أداء اليمين قبل تلقي الشهادة واشترط توافرها تحت طائلة البطلان، وهي تعد إحدى الضمانات الأساسية لصدق الشهادة، فقبل الإدلاء بالشهادة يقوم الشاهد بذكر اسمه، لقبه، مهنته، سنه، موطنه، ويبين درجة قرابته أو مصاهرته مع الخصوم أو تبعيته للخصوم ويتم ذكر هذه البيانات في محضر سماع الشهود طبقا لنص المادة 160 من ق.إ.م.إ[3]، والغرض من تبيان هذه المعلومات هو تمكين المحكمة من تقدير قيمة شهادة الشهود وإذا كانت له علاقة بالخصوم[4]. فمباشرة بعد التعرف على الشاهد يقوم بأداء اليمين بالحلف[5].

2 ـ تجريح الشهود: طبقا لنص المادة 156 من ق.إ.م.إ " **إذا تم التجريح في شاهد بسبب عدم أهليته للشهادة أو قرابته أو لأي سبب جدي آخر يفصل فورا في ذلك بموجب أمر غير قابل لأي**

---

[1] محمد حزيط، مرجع سابق، ص 184

[2] أبو الخير عبد العظيم، مرجع سابق، ص184

[3] نص المادة 160 من ق.إ.م.إ "تدون أقوال الشاهد في محضر يتضمن البيانات الآتية: مكان ويوم وساعة سماع الشاهد. 1 حضور أو غياب الخصوم. 2 اسم ولقب ومهنة، وموطن الشاهد. 3 أداء اليمين من طرف الشاهد ودرجة قرابته أو مصاهرته مع الخصوم أو تبعيته لهم....."

[4] عبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ص126

[5] الرجوع إلى المطلب الثاني من المبحث الأول، النقطة الثانية تحت عنوان الشروط الخاصة بالشهادة. الصفحة

طعن" ، إذا تبين لأحد الخصوم أن الشاهد الذي تسمع شهادته بعد التعرف بهويته وأدائه لليمين ليس أهلا لأداء الشهادة جاز له المشرع تجريح الشاهد ويتعين على من يريد التجريح في الشاهد أن يقوم بإثارة أوجه التجريح قبل بدء الشاهد في إدلاء بشهادته، ويفصل القاضي فورا في ذلك بموجب أمر غير قابل لأي طعن ولكن إذا ظهر بسبب التجريح بعد الإدلاء بالشهادة فتعد الشهادة باطلة إذا قبل التجريح و ذلك طبقا لنص المادة157 من ق.إ.م.إ[1].

وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا " من المقرر قانونا أنه يجوز لأي من الخصوم إبداء أوجه التجريح ضد شاهد أو شهود حتى بعد إدلاء الشهود بشهادتهم إذا ظهر سبب التجريح بعد التصريح بالشهادة ولما كان الثابت _ في قضية الحال_ أن الطاعن جرح شهادة الشهود بسبب القرابة أو المصاهرة فإن قضاة الموضوع الذين قضوا بإتمام إجراءات بيع السيارة المتنازع عليها دون مناقشة طلب التجريح شهادة الشهود يكون قد خرقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات، ومتى كان ذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه"[2].

ويترتب عن ذلك أن الحكم الذي يستند إلى الشهادة الباطلة بعد حكما باطلا بدوره متى لم يكن له أساس قانوني قائم على عناصر أخرى واردة في ملف الدعوى[3]، وبما أن البطلان لا يتعلق بالنظام العام، وأنه يمكن للخصوم التنازل عنه غير أن هذا التنازل يصحح الشهادة وحدها دون أن يمتد إلى الحكم، وعليه فيجب أن تستند المحكمة في حكمها على أساس قانوني غير الشهادة الباطلة، وإلا كان حكمها معيبا يستوجب النقض.

3 ـ إداء الشهادة أو سماع الشهود: طبقا لنص المادة 152 من ق.إ.م.إ "**يسمع كل شاهد على انفراد في حضور الخصوم او غياب الخصوم ويعرف قبل سماعه باسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وعلاقته ودرجة قرابته ومصاهرته أو تبعيته للخصوم. يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال. يجوز سماع الشهود ومواجهة بعضهم البعض.**"

يستخلص من نص هذه المادة أن على القاضي أن يسمع كل شاهد على حدى بغير حضور باقي الشهود حسب ترتيب يقرره وبحضور الأطراف ومحاميهم، ولكن يمكن للقاضي سماع الشاهد دون حضور الخصوم إذا رأى أن وجود الخصم أثناء أداء الشهادة يسبب حرجا للشاهد ويؤثر على مصداقية

---

[1]نص المادة 157 من ق.إ.م.إ " يجب إثارة أوجه التجريح قبل الإدلاء بالشهادة إلا إذا ظهر سبب التجريح بعد الإدلاء بالشهادة وأثناء سماع الشهود الآخرين، إذا قبل التجريح في الحالة الأخيرة تكون الشهادة باطلة"

[2]قرار المحكمة العليا رقم 36651 المؤرخ في 1988/12/28، المجلة القضائية العدد الأول، لسنة 1989

[3]قروف موسى، مرجع سابق، ص221

هذه الشاهدة، لكن في كل الأحوال يمكن للخصم الاطلاع على فحوى الشهادة التي أدلت بها في غيبته كما يمكن للقاضي إعادة سماع الشهود إذا دعت الضرورة لذلك[1].

ويقصد بسماع كل شاهد على انفراد هو أنه بعد تأكد المحكمة من أسماء الشهود الذين حضروا تخرجهم من قاعة الجلسة، ثم تقوم باستدعاء واحد بعد الآخر، ولا يجوز تواجد الشهود خارج القاعة في غرفة واحدة وكل شاهد يدلي بشهادته يبقى في قاعة الجلسة ولا يغادرها، حتى يتم سماع جميع الشهود[2].

ويتم سماع شهود النفي في نفس الجلسة التي يسمع فيها شهود الإثبات ولقد ترك المشرع تنظيم مسألة سماع الشهود للمحكمة التي تتولى إجراء التحقيق.

ويدلي الشاهد شهادته دون قراءة لأي نص مكتوب أي تكون الشهادة شفوية وأثناء تأدية الشهادة لا يجوز لأي من الخصوم أن يقطع كلام الشاهد ماعدا القاضي وهذا ما نصت عليه المادة 159 من ق.إ.م.إ[3]، وهذا يهدف إلى تأمين صفاء الذهن للشاهد عدم تشتيت أفكاره.

أما بخصوص الأسئلة الموجهة للشاهد أثناء أداءه للشهادة فتكون موجهة من قبل المحكمة أو القاضي المنتدب، فتكون الأسئلة حول ما ورد به من وقائع مطلوب إثباتها، ويبدأ القاضي بالأسئلة التي تخص الخصم الذي استشهد به الشاهد فإذا فرغ منها جاز للخصم أن يطرح ما شاء من الأسئلة[4].فإذا كان هذا هو الأصل فيجوز توجيه الأسئلة من الخصوم، فلا يجوز للقاضي ان ينهي التحقيق قبل أن يسأل الخصوم عما إذا كان لديهم أسئلة لكل شاهد ويكون هذا عقب سماع كل شاهد.

فقد يرغب أي من الخصوم توجيه سؤال أو أكثر للشاهد بشرط أن يكون السؤال متعلق بالواقعة محل الإثبات وألا يكون قد سبق للشاهد الإجابة عليه وهذا يكون إلا بإذن من القاضي[5]، ويجب ألا يتضمن توجيه السؤال أية عبارة تدل على توجيه الشاهد من طرف المحكمة بالشهادة لصالح أحد الخصوم ويتعين أن تكون الأسئلة واضحة غير معقدة أو متشبعة ولا يجوز توجيه أسئلة تمس بكرامة وشرف الشاهد.وتكون إجابة الشاهد على الأسئلة بصوت مسموع وهذا حتى يستطيع لكل خصم مراقبة ما قيل وما تم تدوينه، ولا يشترط أن تكون أقوال الشهود ترد على الواقعة المراد إثباتها بكل تفاصيلها ولكن من شأنها أن تؤدي إلى بيان الحقيقة[6].وقبل توقيع الشاهد على أقواله لابد من تلاوتها على

---

[1]محمد حزيط، مرجع سابق، ص186

[2] ملزي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص55

[3]نص المادة 159 من ق.إ.م.إ " لا يمكن لأي كان، ما عدا القاضي أن يقاطع الشاهد أثناء الإدلاء بشهادته أو يسأله مباشرة"

[4]فتحي والي، مرجع سابق، ص 542

[5]أبو الخير عبد العظيم، مرجع سابق، ص190

[6]أبو الخير عبد العظيم، نفس المرجع، ص191

الشاهد بعد فراغه منها، ويجوز له أن يطلب تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه وعلى القاضي أن يقبل الطلب.

4 ـ محضر سماع الشهود: طبقا لنص المادة 160 من ق.إ.م.إ يجب على القاضي تحرير محضر للتحقيق بعد سماع الشهود ولعل أهم البيانات التي يجب توافرها في محضر التحقيق:

- إجابة الشاهد على الأسئلة الموجهة إليه ومن مقام بتوجيهها.
- نص الإجابة على كل سؤال
- الملاحظات التي أبدت أثناء الإجابة
- تثبيت الأقوال في المحضر كما نطق بها الشاهد دون تلخيص

العبرة من توثيق أقوال الشهود بمحضر أو بتسجيل سمعي بصري تمكين المحكمة إصدار الحكم في الدعوى، ولتمكين المحكمة أعلى درجة من مراقبة صحة استخلاص الوقائع من أقوال الشاهد[1].

لقد ألزم المشرع تلاوة أقوال الشاهد من طرف أمين الضبط فور الإدلاء بها وأن يوقع على المحضر كل من القاضي وأمين الضبط والشاهد ويلحق مع أصل الحكم، وإذا امتنع الشاهد عن التوقيع يجب ذكر السبب في المحضر، ويعتبر توقيع المحضر إجراء شكلي مهم، إلا أن الامتناع عن التوقيع يؤدي إلى بطلان الشهادة.

وطبقا لنص المادة 161 الفقرة 2 من ق.إ.م.إ إلحاق محضر التحقيق مع أصل الحكم وتمكين الأطراف من الحصول على نسخة من محضر السماع، ويبقى الشهود تحت تصرف المحكمة أو القاضي المنتدب إلى غاية انتهاء التحقيق لأنه قد تطرأ وقائع جديدة تستدعي الاستماع إليهم مجددا لإبداء معلومات إضافية التي قد تؤدي إلى تعديل مضمون الشهادة[2].

الفرع الثاني: تقدير أقوال الشهود

بعد انتهاء إجراءات التحقيق بسماع الشهود التي أمر بها المحكمة يتعين عليها إحالة الدعوى إلى الجلسة للحكم فيها طبقا للقانون، ومن أجل ذلك لابد للمحكمة ان تتأكد من سلامة إجراءات التحقيق وما قد شاب التحقيق من أوجه البطلان من تلقاء نفسها متى كان البطلان متعلقا بالنظام العام[3].

قبل وصول القاضي إلى فحص أقوال الشهود يتعين عليه التطرق لإمكانية الاستعانة بالشهادة لإثبات مزاعم الخصوم، ثم يتطرق للدفوع الشكلية المقدمة من طرف الخصوم فيما يخص بطلان إجراءات التحقيق بسماع الشهود، ويقدر أقوالهم دون الاعتداد بصفتهم أو عددهم في حدود احترام

---

[1] الياس محمد عيد، مرجع سابق، ص120

[2] قروف موسى، مرجع سابق، ص225

[3] قروف موسى، مرجع سابق، ص 226

قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية، وعليه احترام القواعد العامة لسير الخصومة تفاديا لتعرض حكمه للنقض من طرف المحكمة العليا.

وعليه سنتطرق في هذا الفرع لنقطتين أولها فحص مضمون شهادة الشهود وثانيا نتعرض للجزاء المترتب عن مخالفة القواعد الإجرائية والموضوعية.

أولا: فحص مضمون شهادة الشهود

إن مرحلة فحص مضمون الشهادة من قبل المحكمة هي مرحلة ضرورية لتقدير الدليل وموازنته مع الأدلة الأخرى الواردة في ملف الدعوى ويكون واجب على المحكمة تفحص شهادة الشهود إثباتا ونفيا فلا زال للقاضي سلطته الموضوعية في تقدير مدى صدق الشهود أو كذبهم، وهو في ذلك لا يتقيد بعدد الشهود ولا بسنهم وجنسهم، فقد يقنعه شاهد واحد، ولا يقنعه شاهدان أو أكثر، وقد يصدق المرأة ولا يصدق الرجل، وقد تكون شهادة صبي صغير أبلغ في إقناعه من شهادة رجل كبير[1].

وهكذا فإن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها مما يستقل به القاضي وهو غير ملزم بتصديق الشاهد في كل أقواله، فله أن يأخذ بما يطمئن إليه وجدانه وله أن يرجح شهادة على أخرى. لأن اطمئنان إلى أقوال شهود أحد الخصوم دون شهود الخصم الآخر مرجعه وجدان القاضي ولا رقابة للمحكمة النقض في ذلك، وهنا القاضي غير ملزم بتبيان أسباب ترجيحه مادام لم يخرج بأقوال الشهود دعما يؤدي إلى مدلولها[2].

فإذا كان الذي استخلصه القاضي من أقوال الشهود لا يتفق مع مدلولها أو مناقضا لما هو ثابت في محضر التحقيق او مخالفا لما هو ثابت في الأوراق فإن الترجيح يكون مشوب بالقصور والفساد بما يستوجب نقضه[3].

ويجب على القاضي التحقق من صدق الشاهد عند الادلاء بأقواله ويأخذ في اعتباره سن الشاهد، وظيفته، مركزه الاجتماعي، العلاقة والصلة التي تربطه بالخصوم[4]، بحيث يتمكن القاضي من الحكم على مصداقية هذا الشاهد من خلال جميع العوامل السابقة.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص424،425

[2] عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص307

[3] محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 82

[4] نص المادة 160 من ق.إ.م.إ "تدون أقوال الشهود في محضر يتضمن المحضر البيانات الأتية: 1-مكان ويوم وساعة سماع الشهود، 2-حضور أو غياب الخصوم، 3-اسم ولقب ومهنة وموطن الشاهد، 4 أداء اليمين من طرف الشاهد، ودرجة قرابته أو مصاهرته مع الخصوم أو تبعيته لهم، 5-أوجه التجريح المقدمة ضد الشاهد عند الاقتضاء، 6-أقوال الشاهد والتنويه بتلاوتها عليه."

بالإضافة لكل ما سبق لابد التأكد من جميع البيانات التي يجب أن يشملها محضر سماع الشهود، وعلى القاضي أن يدون في هذا المحضر جميع ملاحظاته فيما يخص سلوك الشاهد على أدائه الشهادة.

وكما سبق ذكره فالمحكمة غير مقيدة بعدد الشهود لأن العبرة بقيمة الأقوال لا بعدد الشهود[1]، وعلى محكمة الاستئناف أن تعيد فحص أقوال الشهود الذين تم سماعهم أمام محكمة الدرجة الأولى وتستخلص منها ما يطمئن إليه وجدانها ولو كان مخالفا لما استخلصته محكمة الدرجة الأولى، ولا يكون لمحكمة الاستئناف أن تفند الأسباب التي اعتمدتها المحكمة الابتدائية ولكن المهم أن تكون الأسباب سائغة تبرر النتيجة التي انتهت إليها[2].

لا يجوز للقاضي أن يبني حكمه على شهادة سمعت أقواله خارج مجلس القضاء، لأن الشهادة التي تعتبر دليلا كاملا هي الشهادة التي تكون سمعت أمام المحكمة الفاصلة في الدعوى أو أمام القاضي المنتدب وفقا لإجراءات قانونيا.

ومن خلال ما سبق فلا يعتبر تحقيقا بالمعنى المقصود ما يجريه الخبير من سماع الشهود ولو كان ذلك بترخيص من المحكمة فهو مجرد إجراء وهذا ما بينته المحكمة في قرارها الصادر في 1989/12/11 والذي قضى" من المقرر أنه يتوجب على القاضي الاستماع بنفسه لشهادة كل شاهد على انفراد سواء بحضور الخصوم أو غيابهم، ويذكر كل شاهد قبل الإدلاء بشهادتهم اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وعلاقته ودرجة مصاهرته أو تبعيته للخصوم ثم يحلف أن يقول الحق ، ولما كان ثابتا في _قضية الحال_ أن قضاء المجلس أغفلوا توجيه اليمين القانونية للشهادات، وسماعهن على انفراد والأهم إغفال مناقشة إسناد المهمة للخبير بسماع الشهود وإن مثل هذه المهمة تعتبر اختصاص القضاة واستنادها للموثق يعتبر تنازلا منهم عن اختصاصهم مما يجعل قرارهم عرضة للنقض".[3]

---

[1] سحر إمام يوسف، مرجع سابق، ص281

[2] محمد عبد اللطيف، نفس المرجع السابق، ص 85

[3] قرار المؤرخ في 1989/12/11 تحت رقم 75656، مجلة القضائية، لسنة 1992 العدد الثاني، ص61

ثانيا: فحص أوجه بطلان التحقيق

بالرجوع لنص المادة 95 ق.إ.م.إ [1]نجد أن المشرع قد أخضع بطلان الإجراءات المتعلقة بتدابير التحقيق للقواعد المقررة ببطلان الأعمال الإجرائية المذكورة في المادة 60 من ق.إ.م.إ " لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه" بناء على ما سبق يتبين بأن المشرع لا يعترف بالبطلان إلا في حالات التي ورد عليها النص صراحة، فلا يجوز للخصم أن يتمسك بالبطلان الناتج عن خرق الشكل الجوهري للإجراءات ما لم يكن منصوص عليه قانونا، بهذا كان للمحكمة أن تمنح أجل لتصحيح هذا الإجراء متى كان قابلا للتصحيح أو القضاء ببطلانه، كإجراء التجريح في الشاهد قبل سماعه ومراعاة صحة الإجراءات الشكلية والموضوعية فعلى المحكمة قبل البدء في شماع الشهود والوقوف على مضمونها لتكوين عقيدتها[2].

ونلاحظ أن المشرع قد قسم البطلان الإجرائي إلى بطلان للعيوب الشكلية وبطلان للعيوب الموضوعية لهذا سنتعرض لأوجه البطلان المترتب على مخالفة القواعد الإجرائية ولأوجه البطلان على مخالفة القواعد الموضوعية.

أ ــ أوجه البطلان المترتب على مخالفة القواعد الإجرائية: يعد هذا البطلان كجزاء لمخالفة الأحكام والقواعد الإجرائية الواجب إتباعها لإتمام التحقيق بسماع الشهود، مثال ذلك إدلاء شهادة دون حلف اليمين قبل أداء الشهادة وهذا ما أوجبته نص المادة 152 الفقرة 2 من ق.إ.م.إ".... يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال..."، كذلك ضرورة توقيع كل من القاضي وأمين الضبط على محضر سماع الشهود وإلا ترتب على عدم مراعاة هذا الإجراء البطلان.

ويكون الإجراء باطلا بالرغم من عدم النص عليه صراحة، وتقضي المحكمة إذا شاب الإجراء عيبا لم تحقق الغاية منه وبالتالي لا يكفي للحكم بالبطلان وجود عيب بل يتعين ان ينتج عن هذا العيب عدم تحقق الغاية من الإجراء وعلى هذا إذا تم سماع الشهود بناء على طلب الخصوم بعد انقضاء ميعاد التحقيق فإنه لا يترتب على مخالفته البطلان طالما تم سماعه وتحققت الغاية من الإجراء[3]،اشترط المشرع الدفع ببطلان هذه الأعمال قبل إبداء الدفوع الموضوعية طائلة عدم القبول طبقا لنص المادة 61 من ق.إ.م.إ " يمكن إثارة الدفع ببطلان الأعمال الإجرائية شكلا خلال القيام بها، ولا يعتد بهذا الدفع إذا قدم من تمسك به دفاعا في الموضوع لاحقا للعمل الإجرائي المشوب بالبطلان دون إثارته".

---

[1]تنص المادة 95 من ق.إ.م.إ " يخضع بطلان إجراءات التنفيذ المتعلقة بتدابير التحقيق للقواعد المقررة لبطلان الأعمال الإجرائية".

[2] قروف موسى، مرجع سابق، ص 226

[3]سحر إمام يوسف، مرجع سابق، ص275

ب ـ أوجه البطلان المترتب على مخالفة القواعد الموضوعية: طبقا لنص المادة 64 من ق.إ.م.إ[1] حدد المشرع على سبيل الحصر حالات بطلان الإجراءات من حيث الموضوع، ويتضح من هذا النص أن المشرع لم يشدد في الشروط التي يجب توافرها لتقرير البطلان لأسباب موضوعية فلا يشترط إثبات وقوع الضرر، ولا ينص القانون على ذلك صراحة[2]، فالشروط التي يجب توافرها تتمثل في حدوث مخالفة لقواعد الموضوعية التي يترتب عنها انعدام الأثر القانوني للعمل الإجرائي المحتج به، ويشترط كذلك أن تبقى هذه المخالفة قائمة قبل الفصل فيها من قبل القاضي وهذا ما جاء به نص المادة 66 من ق.إ.م.إ، لا يقضي ببطلان إجراء من الإجراءات القابلة للتصحيح إذا زال سبب ذلك البطلان بإجراء لا حق أثناء سير الخصومة.

ولقد اشترط المشرع للإدلاء بالشهادة التمتع الشاهد بالأهلية الكاملة وكما سمح للقاصر البالغ سن التمييز بأداء الشهادة على سبيل الاستدلال وبالتالي فإذا بني القاضي حكمه على شهادة لصبي لم يبلغ سن التميز فهو يعد عديم الأهلية وطبقا لنص المادة 64 من ق.إ.م.إ يكون حكم القاضي باطل لأنه تقيم على أمر ممنوع قانونا ولا يعتبر دليل قانوني.

والحالات التي نصت عليها المادة 64 من ق.إ.م.إ متعلقة بالنظام العام فيجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ويترتب على مخالفة القواعد الموضوعية عدم صحة الإثبات في حق الخصم الذي تضرر منه، فلا يجوز للمحكمة الاستناد عليه في حكمها حتى ولو على سبيل الاستئناس وإلا تعرض حكمه للنقض لاعتماده على قواعد مخالفة للقانون[3].

لقد اعتبر المشرع إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات وجها من أوجه الطعن بالنقض وذلك طبقا لنص المادة 358 الفقرة 2 من ق.إ.م.إ[4]، غير أن بطلان التحقيق لا يتبعه بالضرورة بطلان الحكم الموضوعي إذا كان القاضي قد أسس حكمه في الدعوى بناء على أدلة أخرى واردة فيها خارج هذا التحقيق الباطل فإذا كان العيب مؤثر في التحقيق بجله يكون البطلان شاملا وأما إذا كان متعلق

---

[1] تنص المادة 64 من ق.إ.م.إ " حالات بطلان العقود الغير قضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يلي:

1. انعدام الأهلية للخصوم.

2. انعدام الأهلية أو التعويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي"

[2] عمر زودة، المرجع السابق، ص33

[3] فتحي والي، احمد ماهر زعلول، مرجع سابق، ص168

[4] تنص المادة 358 من ق.إ.م.إ" لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية:...2. إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات "

بشهادة الشهود أو بعضهم فلا يتناول البطلان إلا الشهادة أو الشهادات التي لم تستوفي في أدائها الإجراءات القانونية[1].

وطبقا لنص المادة 97 من ق.إ.م.إ "**يمكن القيام بعمليات التحقيق من جديد أو تصحيحها إذا أمكن تصحيح العيب الذي يشوبها**" سمح المشرع القيام بعمليات التحقيق الباطلة من جديد أو تصحيحها إذا أمكن تصحيح العيب الذي يشويه، فالقاضي يستطيع إعادة التحقيق من جديد دون أن يلجأ إلى الأمر بإجراء تحقيق جديد وصدور حكم بالإحالة، وهذا حتى لا يتعطل سير الدعوى وبشرط أن التحقيق لا يتناول وقائع جديدة إلا أذنت المحكمة بذلك، وهذا ما يؤدي لتوسيع سلطة القاضي وسرعة ومرونة الإجراءات دون الانتظار صدور حكم بالإحالة وتعطيل سير الدعوى، وهذا النص اعتنقه المشرع الجزائري من نص فرنسي من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية[2] ،غير أن قانون الإجراءات المدنية الملغى لم ينص على القواعد التي تنظم تصحيح العمل الإجرائي.

[1] محمد العشماوي، قواعد المرافعات، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص194

[2] **Article177.cp civile dispose que** (les opérations peuvent être régularisé ou recommencé même sur le champ si le vice qui les entache peut être écarté)

المطلب الثاني: دور المحكمة في تقدير الإثبات بشهادة الشهود

عند الانتهاء من الاستماع إلى إفادات الشهود ومناقشتهم يكون للقاضي لإثبات السلطة التقديرية في تقدير شهادة الشهود واعتبارها كافية لإثبات الوقائع محل النزاع أو غير كافية وذلك عكس ما يتمتع بها في الكتابة، فالسلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في الكتابة محدودة ولأن الكتابة تستمد حجيتها من ذاتها ما لم يطعن فيها بالتزوير أو إثبات العكس[1]، ومن ثمة يكون للمحكمة حق العدول عن القيام بإجراء الإحالة على التحقيق متى رأت أنه أصبح غير منتج وغير مجدفي اقتناع المحكمة، بعد أن استجد في الدعوى من أدلة جديدة بعد حكم التحقيق تكون كافية لذاتها لتكوين عقيدتها[2].

لذلك سنتطرق في هذا المطلب لفرعين، نتطرق في الفرع الأول لسلطة المحكمة التقديرية في الإجابة أو عدم الأخذ بنتيجة التحقيق وفي الفرع الثاني نتطرق للقيود الواردة على سلطة القاضي في تقدير الشهادة.

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي بين الأخذ وعدم الأخذ بنتيجة التحقيق

يتمتع القاضي بسلطة واسعة في تقدير الشهادة إذا ما كانت الوقائع المرد إثباتها كافية لإثبات الدعوى المتنازع فيها، وللقاضي الحرية الكاملة في الأخذ ببعض الشهادات واستبعاد شهادات وكما له الأخذ بشهادة شاهد واحد ولو تعارضت مع شهادة باقي الشهود، لذلك سنتعرض في هذا الفرع لنقطتين، نتكلم في النقطة الأولى لسلطة القاضي في إجابة طلب الإثبات بشهادة الشهود أي الأخذ بنتيجة التحقيق، وفي النقطة الثانية نتطرق لسلطة المحكمة في عدم الأخذ بنتيجة التحقيق.

---

[1] همام محمد زهران، المرجع السابق، ص344

[2] قروف موسى، المرجع السابق، ص232

أولا: سلطة القاضي التقديرية في الأخذ بنتيجة التحقيق

عند تقديم الخصم طلب الإثبات بشهادة الشهود وهو حق خوله له القانون يبقى للقاضي السلطة المطلقة في الحكم بالطلب بعد التأكد من توافر الشروط القانونية فله أن يستجيب لطلب الإثبات بالشهادة وإجابته قد تكون كلية وقد تكون جزئية، كما له أن يرفض الطلب كما له استبعاد طلب الإثبات بشهادة الشهود، فله أيضا أن يرد الطلب واصدار الحكم حتى لو كان الإثبات قد تحصل على عكس ما يريد إثباته بشهادة الشهود[1].

ولمحكمة الموضوع السلطة الكاملة في تقدير أقوال الشهود واستخلاص الوقائع منها، ويعود للمحكمة السلطة التقديرية في تقدير قيمة شهادة الشهود فقد ترى بأن الشهادة كافية في إثبات الوقائع المدعاة، طالما الإثبات جائز بالشهادة. وقد تراها غير كذلك وتطرحها كلية وتبني حكمها على ما تستخلصه من قرائن من ظروف الدعوى ووقائعها[2]

ثانيا: سلطة القاضي التقديرية في عدم الأخذ بنتيجة التحقيق

بما أن إجراء الإثبات هو حكم إجرائي صادر قبل الفصل في الموضوع يكون للمحكمة أن تعدل عن تنفيذ إجراء التحقيق متى رأت أنه غير منتج في الدعوى، من غير أن تلتزم المحكمة ببيان أسباب العدول عن تنفيذ الإجراء، فيكفي تبيان في أسباب الحكم أنها وجدت في ملف الدعوى ما يكفي لها في تكوين عقيدتها دون حاجة لتنفيذ هذا الإجراء[3].

فبالرغم من ذلك فإن المحكمة غير مقيدة أصلا على بناء حكمها على ما لا يسفر عنه نتيجة التحقيق على أساس أن للمحكمة السلطة المطلقة في تحصيل فهم الوقائع في الدعوى، ولها تقدير واسع في كل ما يقدم لها من أدلة الإثبات، فلا سلطان لأحد عليها في تكوين عقيدتها فيما يدلي به الشهود أمامها، ولها مطلق الحرية في أخذ أي دليل ما دام هو دليل من طرق الإثبات القانونية، ولها ان تقييم حكمها على أسباب سائغة وتكفي لحمله[4]، وعليه فالدليل هو أداة إقناع و بالتالي إذا لم يقتنع القاضي به فله أن يلجأ لدليل آخر وارد في ملف الدعوى.

وتقدير المحكمة لقيمة الشهادة يكون عن طريق سلوك الوسائل المادية وذلك من خلال استجواب الشاهد عن ملابسات الوقائع التي يشهد عنها وعن تفاصيلها وعن طريق اتصالها بعلمه، ثم النظر

---

[1] آدم وهيب النداوي، مرجع سابق، ص317

[2] همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص345

[3] قروف موسى، مرجع سابق، ص233

[4] سحر إمام يوسف، مرجع سابق، ص36

لأخلاق الشاهد وقوة ذاكرته وذكائه وسنه وتربيته وتحلل سلوكه أثناء تأديته للشهادة وسهولة أو صعوبة في التعبير عن فكرته، وغيرها من العوامل التي توصله لتكوين قناعته.

وعلى المحكمة ان تلتزم عند تقديرها أقوال الشهود ألا تخرج عما يؤدي إليه مدلولها، وتكون الشهادة التي تأخذ بها المحكمة مستخلصة في مضمون حكمها، وإلا كان معيبا بعيب القصور في التسبيب لأن المحكمة ملزمة في نطاق ممارستها لتقدير الأدلة والموازنة والترجيح بينهما مقيدة بإبداء أسباب ترجيحها الدليل دون آخر وأن ترجيح بينة على أخرى لا يصح بدون إبداء أسباب قانونية لترجيحه[1].

الفرع الثاني: القيود الواردة على سلطة القاضي في تقدير شهادة الشهود

رغم تمتع المحكمة بسلطة واسعة في تقدير الدليل المتحصل عليه من الشهادة وفهم الوقائع في الدعوى، إلا أن هذه الحرية تصطدم بقيود تتمثل أساسا في احترام المبادئ العامة التي تحكم سير الخصومة المدنية والتطبيق الفعلي للقواعد الإجرائية التي اشترط المشرع إثباتها في مادة الإثبات بالإضافة إلى تقدير الأدلة تقديرا يتماشى مع المنطق السليم ، لذلك سنتطرق في هذا الفرع لنقطتين مهمتين تتمثل الأولى القيود الواردة على سلطة القاضي في تقدير الشهادة ، أما النقطة الثانية نتعرض لمدى خضوع القاضي لرقابة المحكمة العليا ومدى تأثير عيوب شهادة الشهود في حجيتها.

أولا: القيود الواردة على سلطة القاضي في تقدير الشهادة

إن حرية المحكمة في سلطة تقدير أقوال الشهود ليست مطلقة بل تحكمها قيود وضوابط تنظمها يجب ألا تخرج عنها المحكمة وأهم هذه القواعد الالتزام بمدلول الشهادة وعدم الخروج عن المعنى الذي لا تحتمله متى كان لا يتفق مع عباراتها، إلى جانب أن المحكمة عند تكوين عقيدتها من الواقعة المراد إثباتها أو نفيها بشهادة الشهود حسب ما يتراءى لها من ترجيح أقوال شهود أحد طرفي الخصومة على شهادة شهود الطرف الآخر مادام لهذا الترجيح ما يسوغه[2].

أ ــ وجوب أن يكون الدليل وليد إجراء صحيح: إن التمسك بالشهادة كوسيلة لإثبات الحقوق يجب اتباع الإجراءات المبنية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإذا أسس القاضي اقتناعه في الدعوى على دليل جاء وليد إجراءات معينة مخالفة لحكم القانون تقرر بطلان حكمه واستبعاد كل ما ترتب عليه من آثار، ولا يجوز للقاضي حرمان الخصوم من مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى وكذلك لا يجوز له أن يحكم بناء على معلوماته الشخصية في القضية.

---

[1] آدم وهيب النداوي، مرجع سابق، ص331

[2] قروف موسى، المرجع السابق، ص 234

1. **مباشرة إجراءات التحقيق بحضور الخصوم:** طبقا لنص المادة 152 الفقرة الأولى من ق.إ.م.إ " **يسمع كل شاهد على انفراد في حضور او في غياب الخصوم ....**" منح المشرع هنا الخيار للخصوم بين حضور إجراءات التحقيق لسماع الشهود أو الغياب عنه، في حين يمنع القاضي من الأخذ بدليل قدمه أحد الخصوم أو شخص آخر من غير أن تتاح لمن وجه هذا الدليل ضده فرصة مناقشة الدليل[1].

وبالتالي فإن عدم حضور الخصم لإجراء التحقيق لسماع الشهود يعد بمثابة تنازل عن حقه في مناقشة وتوجيه الأسئلة للشهود، بما يؤدي إلى قبول الشهادة كدليل يستند عليه القاضي للفصل في النزاع المطروح عليه.

وطبقا لنص المادة 3 الفقرة الثالثة من ق.إ.م.إ[2]تلزم القاضي بمبدأ الوجاهية بمعنى أن كل طرف في النزاع يكون بلغ خصمه بالمستندات والطلبات التي قدمها للمحكمة، ويتأكد القاضي من أن هذه المزاعم والطلبات قد تمت مناقشتها أمامه قبل الفصل في الموضوع[3]، بالإضافة إلى ذلك تمكين الخصوم من الاطلاع على محضر التحقيق بسماع الشهود وتسليمهم نسخة من المحضر طبقا لنص المادة 162من ق.إ.م.إ[4].

ويعد هذه الإجراء بمثابة تهيئة الخصوم لمراجعة أقوال الشهود قبل المرافعة إما تأييد وجهة نظرهم أو إثارة أوجه البطلان وإثارتها أمام المحكمة.

2. **عدم اعتماد القاضي على معلوماته الشخصية:** إن متطلبات العدالة تقتضي ان يتقيد القاضي بمبدأ الحياد بين الخصوم وهذا لحسن الفصل في المنازعات بين الخصوم، وهنا عليه الاعتماد على المعلومات والمستندات المقدمة من طرف الخصوم فقط[5].

فقد يتحصل القاضي على معلومات خارج نطاق القضية المعروضة عليه مما تكون له معلومات شخصية والتي يمكن أن تؤثر على النزاع، فإن علم القاضي هنا يكون بمثابة دليل في القضية ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضي الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم قد يكون بذلك قد جمع في شخصيته بين صفة القاضي والمتقاضي وهذا لا يجوز[6].

---

[1] عبد الوهاب العشماوي، مرجع سابق، ص32

[2] نص المادة 3 الفقرة الثالثة من ق.إ.م.إ " ... يلتزم الخصوم والقاضي باحترام مبدأ الوجاهية..."

[3] عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص23

[4] نص المادة 162من ق.إ.م.إ "يجوز للخصوم الحصول على نسخة من محضر السماع"

[5] Xavier Lagarde (**réflexion critique sur le droit de la preuve**) librairie générale le droit de jurisprudence, France,1994 ;p165

[6] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص33

ويرى البعض أن مبدأ منع القاضي من الحكم بمعلوماته الشخصية يأتي من أن ما شاهده أو سمعه مما يتصل بوقائع القضية سوف يؤثر على تقديره كقاضي وهذا قد يصلح أن يكون شاهد في القضية ليقدر قاضي آخر شهادته وإلا اعتبر قاضيا وشاهد في آن واحد[1].

لكن لا يوجد ما يمنع القاضي من الحكم بعلمه الشخصي في حالة إثبات الواقعة ثم تداولها بين العامة مثل الأعراف التجارية والحوادث التاريخية التي يلتزم إثباتها بشهادة الشهود.

إذن يتبين مما سبق أن قصد المشرع من وضع هذه القاعدة أو القيد لحماية الخصوم من كل تأثير على قاضي الموضوع لأن ما يصل للقاضي خارج الدعوى سيؤثر في تقدير سماع الشهود، لذلك فنزاهة القضية وحيادية يلزمانه أنه إذا أدرك أن المعلومات الشخصية سوف تأثر في تقديره بوقائع الدعوى واستشعر الحرج من النظر فيما وجب عليه أن يتنحى في نظر الدعوى.

ب ــ تقدير الشهادة تقديرا سليما مع ضرورة تسبيب الحكم الصادر فيها: إن القاضي بعد سماع الشهود يستخلص العديد من الأدلة والبراهين التي تسهل عليه تكوين عقيدته في القضية المتنازع فيها، غير أن القاضي لا بد عليه من أن يكون استنتاجه موافق لأحكام المنطق والعدالة، ولابد إن يتضمن التسبيب الكافي للدوافع التي يأخذ بأقوال شاهد دون آخر، فإذا خرج القاضي عن هذا النطاق قد يعرض حكمه للطعن.

1. **تقدير الشهادة تقديرا سليما:** يلتزم القاضي بأن يستخلص الوقائع الصحيحة من خلال سماع الشهود ويقوم بتقديرها تقدير سليما ويتماشى مع المنطق السليم أما إذا خالف القاضي المنطق كان حكمه معيبا وتقديره سيئا، كما لو قرر القاضي بأن البيع لازم يسبب بوجود اتفاق بين البائع والمشتري ثم قرروا من جهة أخرى أن ملكية الشيء المبيع يجب أن ينتقل إلى المشتري وزوجها معها وذلك من دون تسبيب خاص فإنه لم يكن لقراره السند الصحيح ووقع في تناقض[2]كما لا يصح الأخذ بشهادة شاهد إلا إذا سمعت في مجلس القضاء، فكل شهادة تسمع في غير مجلس القضاء لا يصح أن يقام الحكم عليها[3].

فالشهادة التي يصح اعتبارها دليلا كاملا والتي يطمأن إليها القاضي هي الشهادة التي تكون سمعت أمام المحكمة التي تنظر في الدعوى أو أمام القاضي الذي ندبته المحكمة للتحقيق وفقا لإجراءات القانونية والتي ينص عليها المشرع.

---

[1] نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 466

[2] فاطمة الزهراء ثبوب، المرجع السابق، ص84

[3] أحمد نشأت، رسالة الإثبات، المرجع السابق، ص 558

كما يجوز للقاضي أن يتخذ من أقوال شهود سمعوا في قضية أخرى كقرينة متى كان الإثبات في الدعوى مما يجوز فيه قبول القرائن، كما يجوز للقاضي أن يستنبط من أقوال الشهود سمعوا في تحقيق إداري قرينة لصالح أحد الخصوم ضد الخصم الآخر[1].

2. **تسبيب الحكم الصادر في الموضوع:**يختلف تسبيب الأحكام القضائية باختلاف أنواعها فالأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع بالإحالة على التحقيق بسماع الشهود تخرج دون حاجة إلى التسبيب يبررها، فالأحكام هنا تكون لمطلق تقدير القاضي[2].

ويملك القاضي العدول عن إجراء سماع الشهود كما يملك بعد مباشرة إجراء الإثبات بالشهادة ألا يأخذ بنتيجته، فبمجرد النطق بهذه الاحكام يفصح عن سبب صدورها[3].

خلافا لما سبق أجمع الفقه والقضاء على ضرورة تسبيب أحكام رفض الإحالة على التحقيق بصفة عامة وخاصة المتعلقة بسماع الشهود وهذا لكون الحكم الرافض لإجراء من الإجراءات التحقيق سبقته مناقشة حول جدوى إجراء الإثبات بالشهادة وهذه المسألة تمت مواجهتها بين الخصوم والتسبيب يعد ردا على وسيلة الدفاع في الدعوى التي تقرر رفضها ومن ثم ينبغي تسبيبه.

غير أنه في نطاق ممارسة القاضي لتقدير الأدلة والموازنة بينهما مقيد بإبداء أسباب ترجيح دليل دون آخر، فعدم الأخذ بشهادة أحد طرفي الدعوى يكون سائغا إذا أصاب هذه الشهادة ضعف في قيمتها[4].

فالمحكمة غير ملزمة بإيراد أسباب ترجيحها وتتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم وطالباتهم والرد استقلالا على كل قول أو حجة أو طلب آثاره مادام في قيام الحقيقة التي اقتنعت بها قد أوردت دليلها الرد الضمني المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات[5].

ولهذا فالترجيح يدخل في نطاق سلطة المحكمة والالتزام الواقع على عاتق القاضي يتمثل في أن يورد في حكمه الأسباب والأسانيد التي يستند عليها في اصدار حكمه.

وفي الأخير يتضح بأن تسبيب الحكم المتضمن تقدير الإثبات بالشهادة يعتبر من اهم القيود الواردة على سلطة القاضي التقديرية لأنه يتمثل السبيل الوحيد للكشف عن كيفية تكوين عقيدة القاضي بما يسمح للخصوم بحث العيوب والتجاوزات التي قد يشملها القاضي بناء حكمه والاستناد عليها للطعن في هذه الأحكام.

---

[1] عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص186

[2] Gridel JP : OP ;cit p23

[3] فاطمة الزهراء ثبوت، المرجع السابق، ص82

[4] سحر عبد الستار، مرجع سابق، ص290

[5] سحر عبد الستار، نفس المرجع، ص290

ومن القيود الواردة أيضا على سلطة المحكمة في تقدير أقوال الشهود حجية الحكم الجنائي أمام القاضي المدني استنادا لقاعدة الجنائي يوقف المدني[1]، متى أقيمت دعوى جزائية ضد شاهد أو عدة شهود قد تم شماعهم في إجراء التحقيق الذي أمرت به المحكمة المدنية فإن هذه القاعدة تلزم القاضي المدني أن يوقف الفصل في الدعوى المدنية لحين صدور حكم نهائي في الدعوى الجنائية القائمة بشرط أن تكون الدعوى الجنائية مبنية على نفس وقائع الدعوى المدنية أو ما يسمى بشرط اتخاذ الواقعة المقام عليها هاتين الدعوتين.

لكن يمكن للقاضي المدني الخروج عن هذا القيد ويتجاوز حدود هذه القاعدة، متى توافرت الدعوى على أدلة وبراهين أخرى غير الشهادة تكون كافية لأن يؤسس عليها حكمه، دون أن ينتظر نتيجة الدعوى الجزائية[2].

ومتى صدر حكم جزائي سابق للدعوى المدنية يقضي بإدانة شاهد الزور فإن الحكم قيد القاضي المدني بحيث يمتنع عليه ان يضفي على هذه الشهادة أي قيمة قانونية في الإثبات.

ثانيا:مدى خضوع القاضي لرقابة المحكمة العلياومدى تأثير عيوب شهادة الشهود في حجيتها

لقد منح المشرع للقاضي السلطة المطلقة للإثبات عن طريق شهادة الشهود لأن مناط الأخذ بأقوال الشهود منوط بتصديق القاضي واطمئنانه للشهود، كما للمحكمة الحرية الكاملة في تقدير النتيجة التي توصل إليها القاضي بقناعته.

أ ــ مدى خضوع القاضي لرقابة المحكمة العليا قبل وبعد إصدار الحكم:

1. **مدى خضوع القاضي لرقابة المحكمة العليا قبا إصدار القاضي لحكمه:** إن قاضي الموضوع ليس ملزما بترجيح شهادة على أخرى أو تصديق أقوال الشهود أو الأخذ بشهادة واحدة على القدر الذي يراه صحيحا ولذلك بحسب ما يطمئن إليه وجدانه بل له أن يطرح منها ملا يطمئن إليها[3].وهنا تقدير القاضي لشهادة الشهود غير خاضع لرقابة المحكمة العليا، بل يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع مالم يخرج ذلك عما تحتمله أقوال الشهود[4].

2. **مدى خضوع القاضي لرقابة المحكمة العليا بعد صدور القاضي لحكمه:** للمحكمة العليا أن تتدخل في تقدير القاضي للشهادة وذلك عند استخلاصه لأقوال الشهود حول الواقعة المطلوب

---

[1]نص المادة 339 من القانون المدني " **لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا**"

[2]سحر عبد الستار، المرجع السابق، ص293

[3]سحر عبد الستار، المرجع السابق، ص294

[4]سليمان مرقص، المرجع السابق، ص73

تحقيقها، وإذا صرح القاضي بأسباب عدم اطمئنانه، وكانت هذه الأسباب ما يخالف الثابت في الأوراق أو على تحريف لأقوال الشهود، أو الخروج عن مدلولها، ففي هذه الحالة يمكن أن تراقب ذلك ويجوز للخصوم أن يناقشوا امامها سلامة تقدير المحكمة لشهادة الشهود[1].

ولما كان الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف فإن لمحكمة الاستئناف أن تعيد النظر في الحكم المستأنف من الناحيتين القانونية والموضوعية، ومن ثم فإن تقدير محكمة أول درجة لأقوال الشهود يخضع لرقابة المجلس القضائي، باعتبارها محكمة ثاني درجة التي كان لها أن تؤيد الحكم الابتدائي فيما استخلصه من أقوال الشهود، فإن لها أن تخالفها في تقدير أقوال الشهود أو في ترجيح أقوال الشاهد على أقوال آخر.

ويكون لمحكمة ثاني درجة في مثل هذا الشأن مثل سلطة المحكمة أول درجة، بل لها سلطة مراقبة سلامة تقدير محكمة الدرجة الأولى في هذا الخصوص ويتعين عليها أن تبحث بنفسها هذه الأقوال وأن تعيد تقديرها وهو ليس مخول للمحكم العليا لأن إثارة ذلك أمامها يعتبر مناقشة موضوعية في تقدير الدليل وهو ما يخرج عن اختصاصها[2].

ب ــ مدى تأثير عيوب شهادة الشهود في حجيتها: إن أهمية الشهادة باعتبارها وسيلة إثبات منذ العصور القديمة لازالت إلى يومنا هذا فهي تلعب دورا فعلا في الإثبات خاصة في المعاملات التجارية التي تتصف بدقة وسرعة المعاملات، غير أن هذه الأهمية بدأت تتلاشى وذلك لما تنطوي عليه من عيوب لاعتمادها على أمانة ودقة الشهود، وهو امر صعب إثباته في عصرنا الحالي لزيادة عدد شهود الزور أو تعرضها للتشويه وذلك لعدم إحاطتهم بالوقائع المشهود بها عند الإدلاء بها.

1. **العيوب الإرادية:** رغم مكانة الشهادة الرفيعة إلا أنها لا يمكن أن تخلوا من العيوب فيمكن للشاهد الذي يدلي بشهادته أمام القضاء أن يكذب بشأنها من أجل تضليل العدالة وإخفاء الحقيقة، كأن يتلقى رشوة من شخص ما أو أن يشهد زورا نتيجة رغبة في الانتقام أو لوجود عداوة بينه وبين من يشهد ضده، وهنا القاضي يستعصي عليه الوصول إلى الحقيقة مما يؤدي إلى ضياع حقوق الناس[3].

ومن الملاحظ أن من الناحية العملية فإن هذه العيوب الإرادية تكثر خاصة في المواد المدنية مقارنة بالمواد الجنائية، أين يكون الشاهد قريبا بعض الشيء من الطرفين فيكون كل شهود طرفي

---

[1] محمد علي الطعاني، المرجع السابق، ص180

[2] سحر عبد الستار، المرجع السابق، ص295

[3] أحمد نشأت، المرجع السابق، ص532

النزاع علموا بالواقعة محل الإثبات من الزاوية نفسها، ولأن النزاع يتضمن مصالح خاصة لذلك يعتمدون على تشويه الحقيقة وتضليلها[1].

2. **العيوب اللاإرادية:** تؤثر على الشهادة عيوب كثيرة ومتعددة ومن بينها العيوب الغير إرادية والتي ترجع لعدة عوامل منها قد يكون الشاهد ضعيف الذاكرة وليس دقيق الملاحظة أو يكون وقت المشاهدة للواقعة مشغول الذهن فيفوته أمر الشهادة، وقد يكون من العوامل مضي وقت طويل بين الشهادة وأدائها مما يساعد على النسيان وقد يموت الشاهد أثناء ذلك، او يصعب العثور عليه لهجرته إلى بلد آخر لذلك كانت القاعدة أن الإثبات يجب يكون عن طريق الكتابة إلا فيما استثنى لأسباب قوية.[2].

[1] براهيمي صالح، المرجع السابق، ص25،26

[2] أحمد نشأت، نفس المرجع السابق، ص532

الفصل الثاني: القاضي والقرائن القضائية

قال الله تعالى "...**وشَهِدَ شَاهِدًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصَهُ قُدَ مِنْ قُبُلْ فصَدَقَتْ وهو مِنَ الكَاذِبِينْ {26} وَإِنْ كَانَ قَمِيصَهُ قُدَ مِنْ دُبُرِ فَكَذَبَتْ وهُوَ من الصَادِقِينْ {27} فَلَمَا رَأَى قَمِيصَهُ قُدَ مِنْ دُبُرِ قالَ إِنَهُ مِنْ كَيْدِكُنَ إِنَ كَيْدَكُنَ عَظِيمٌ{28}. سورة يوسف**

إن هذه الآيات الكريمة جعلت شق الثوب قرينة على صدق أحد المتنازعين وهما يوسف عليه السلام وامرأة العزيز الذي قذفته، وعندما نفى يوسف ما نسب إليه، جاء الشاهد الذي وصفه القرآن بأنه من أهلها والذي قال إذا كان قميصه قُدَ من قُبل فامرأة العزيز صادقة، أما إذا كان قد من دُبُر فهي الكاذبة ويوسف من الصادقين.

وعليه فقبل التطرق إلى القرينة القضائية لابد من تحديد المعنى الدقيق للقرينة.

القرينة لغة[1]: القرينة على وزن فَعِيلَة، وهي مأخوذة من قرن الشيء بالشيء إذا شده إليه بحبل، وجمعها القرائن. والقرينة مؤنث القرين، ومعناها النفس أي المصاحبة والملازمة، القرين هو الصاحب ويقال فلان قرين فلان، وقِرانا اقترن به. فقرينة الرجل امرأته وسميت الزوجة قرينة لأنها تصاحبه وتلازمه، ومن قول الله تعالى " **قَالَ قَائِل مِنهُمْ إِنِي كَانَ لِي قَرِينْ** "[2]. ومن قول الرسول صلى الله عليه وسلم " **مَا من أَحَدٍ إِلَا وكُلٌ بِهِ قَرِينَه** "[3].

القرينة في الشريعة الإسلامية: هي ما يلزم من العلم به للظن بوجود المدلول وأطلقوا عليها ألفاظ مرادفة لها منها أمارة والعلامة[4].

من المعلوم أن الأخذ بالقرينة في الأحكام ليس من مبتكرات القوانين الحديثة وإنما هو من الشريعة الإسلامية جاء بها كتاب الله وقررته السنة ودرج عليه الحكام وقضاتهم في جميع العصور، فلا يخلو مذهب فقهي من المذاهب الإسلامية إلا وأخذ بالقرينة في استنباط الأحكام الفرعية، كما أن الكثير من الأحكام الأساسية أقامتها الشريعة على أساس القرائن. غير أن الاعتماد على القرائن كدليل إثبات هو من الأمور المختلف فيها بين فقهاء الشريعة الإسلامية، بينهم المؤيد والمعارض لها، فنجد اتجاهين:

- ✓ الاتجاه المعارض للاعتماد على القرائن:

---

[1] لسان العرب (ق ر ن) القاموس المحيط 54/4، تعريفات الجرجاني ص 223

[2] الآية 51 من سورة الصافات.

[3] حديث رواه مسلم، شرح النووي 56/17.

[4] رحيلي محمد مصطفى، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، مطبعة دار الكتاب، دمشق 1989، ص207

هناك من لا يسلم باعتبار القرائن دليلا إلا ما نص عليه بنص خاص كالقسامة، ودليلهم يقتصر في كون القرائن غير قاطعة تحمل أكثر من وجه واستندوا على الحجج والأسانيد التالية:

- ❖ إن القرائن تتضمن شبهة لأن فيها احتمال الخطأ، وهي بذلك تخالف قاعدة شرعية تتمثل في قاعدة درء الحدود بالشبهات، قد تؤدي إلى تغيير وصف التهمة[1].
- ❖ إن القرائن ليست قاطعة الدلالة لاختلافها قوة وضعفا هذا من جهة، ثم إن القرائن قد تبدو قوية تم يظهر عليه ضعفها.[2]

ولقد استدل هذا الاتجاه المعارض على أن القرائن تقوم على الظن والظن ليس دليل، معتمدين في ذلك على آيات من الذكر الحكيم، قال الله تعالى " ...**إِنْ يَتَبِعُونَ إِلاَّ الظّنّ وَمَا تَهْوَى الأَنْفُسُ...**"[3].

ومن أدلة السنة النبوية قول الرسول صلى الله عليه وسلم " **إِيَّاكُمْ والظّنّ فَإِنَ الظّنّ أَكْذَبُ الحَدِيثْ**" رواه مالك والبخارية ومسلم.

- ✓ الاتجاه المعتمد على القرائن:

ذهب غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية إلى اعتبار القرائن كإحدى وسائل الإثبات، فالقرينة لم يرد بشأنها نص خاص صريح في القرآن الكريم ولكن استدل عليها فقهاء الشريعة من نصوص قرآنية والأحاديث الشريفة[4].

الأدلة من القرآن الكريم:قول الله تعالى "**وَجاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْراٌ جَمِيلٌ واللهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ** " الآية 18 من سورة يوسف.

وفسر الشعراوي[5] لهذه الآية أن يعقوب عليه السلام عرف بان الدم الذي كان في قميص يوسف دم كذب لأن الذئب كان رحيما به ولم يمزق قميصه، لو كان صحيحا لكان تلوث قميص يوسف بالدم وتمزق، فكان هذا الأمر قرينة عدم صدق أبنائه.

الأدلة من السنة: عن عبد الله ابن عباس أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال " **الأيم أحق بنفسها من وليّها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صمتها** "أخرجه مسلم وأبو داود والترميذي.

وجه الدلالة في هذا الحديث الشريف اعتبار صمت البكر قرينة على قبولها الزواج لكون حيائها يمنعها من التعبير صراحة عن الموافقة.

---

[1] عبد الحميد عمارة، ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، دراسة مقارنة الطبعة الأولى دار المحمدية الأردن 1998 ص65.

[2] مسعود زبدة، القرائن القضائية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 229.

[3] الآية 23 من سورة النجم

[4] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 119.

[5] محمد متولي الشعراوي، تفسير الشعراوي، المجلد 11، أخبار اليوم، ص 6775.

ولا ننسى موضوع قول نبي الله سليمان للمرأتين اللتين ادعتا الولد، فحكم به داود عليه السلام للكبرى. فقال سليمان "ائتوني بسكين أشقه بينكما " فسمحت الكبرى بذلك وقالت الصغرى " لا تفعل يرحمك الله هو ابنها " فقضى به للصغرى. يستدل من هذه القصة أن رضا المرأة الكبرى بشق الابن وشفقة المرأة الصغرى على الابن دلى على أنها أمه.[1]

القرينة اصطلاحا: ولقد اختلف الفقهاء في تعريف القرائن، فيرى البعض ومن بينهم:

الدكتور عبد الحميد الشواربي أن القرينة هي الأمارة الدالة على تحقق أمر من الأمور أو عدم تحققه[2].

وعرفها المستشار الدكتور فؤاد عبد المنعم أنها أمارة ظاهرة تقارن شيئا خفيا فتدل عليه[3].

وعليه نلاحظ من خلال هذان التعريفان أنه تم استعمال عبارة "أمارة" للدلالة على القرينة، أي متى وجدت تثبتت الواقعة المراد إثباتها.

في حين يرى فريق آخر من الفقهاء أن القرينة ليست الأمارة وإنما هي افتراض وقوع واقعة معينة استنادا لواقعة أخرى معلومة. ومن بين الفقهاء الذين اعتمدوا على هذا الرأي الدكتور عادل حسن فعرف القرينة على أنها واقعة تتلازم في وجودها غالبا مع وجود واقعة أخرى مرتبطة بها[4].

ويرى فريق ثالث من الفقه أن القرينة ليست أمارة، ولا افتراض قيام أمر غير ثابت من أمر ثابت، بل القرينة هي عملية الاستنتاج ذاتها، متى ثبتت واقعة معينة يستنتج بالضرورة وقوع الواقعة المراد إثباتها لارتباط الواقعتين، وهذه العملية الاستنتاجية هي ما يصطلح على تسميتها بالقرائن.[5]

ولقد جمع الدكتور أحمد فتحي سرور بين فكرتي الافتراض والاستنتاج بقوله " القرينة هي استنباط يقوم إما على افتراض قانوني أو على صلة منطقية بين واقعتين وفي الحالة الأولى تعتبر قرينة قانونية وفي الحالة الثانية تعتبر قرينة قضائية "[6]

استقراء للتعريفات السابقة نخلص للقولإن القرينة بوجه عام هي استنباط واقعة مجهولة من واقعة معلومة، بإعمال المنطق والعقل وقد يقوم بعملية الاستنباط المشرع ويكون بنص قانوني وهنا نكون أمام قرينة قانونية، وقد يتم الاستنباط من قبل القاضي من الوقائع المعروضة عليه وهذا ما يسمى بالقرينة القضائية.

---

[1] مسعود زبدة، المرجع السابق، ص 228.

[2] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص119

[3] فؤاد عبد المنعم أحمد، الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي، المكتب العربي الحديث، الرياض، 2001، ص 114.

[4] عادل حسن علي، الإثبات، المرجع السابق، ص 223.

[5] عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان،2005 ص 274.

[6] أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة القاهرة، 1981، ص ص 347، 348.

القرينة قانوناهي استنباط الشارع أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم.

وفي الحقيقة لم يرد نص قانوني في التشريع الجزائري يعرف فيه القرينة بصفة عامة ولكن نظمها في القانون المدني بأربعة مواد من المادة 337 إلى المادة 340 وأدرجها في الفصل الثالث بعنوان" القرائن " من الباب السادس تحت عنوان "إثبات الالتزام " من الكتاب الثاني " الالتزامات والعقود". وهذا بعكس المشرع الفرنسي الذي عرفها بنص المادة 1349 بأنها " النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة "[1].

ولقد تعددت تعريفات القرينة فمنها:

- ❖ أنها الصلة الضرورية التي قد ينشئها القانون، بين وقائع معينة أو هي نتيجة يتحتم على القاضي أن يستنتجها من واقعة معينة. [2]
- ❖ أنها دلالة واقعة قام الدليل عليها على واقعة أخرى لم يقم عليها الدليل بطريق الاستنتاج المنطقي.[3]

وعليه فالقرينة بهذه المعاني المختلفة تعتبر دليل غير مباشر لأن الإثبات لا يقع فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق بل يقع على واقعة أخرى قريبة منها أو متصلة بها، فهي عملية استنباط أو استخلاص عقلي منطقي مدروس، يقوم على عملية ربط بين واقعة معلومة للدلالة على واقعة أخرى مجهولة ينص عليها القانون أو يقوم بها القاضي. [4]

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 329.

[2] مسعود زبدة، المرجع السابق، ص 228.

[3] فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقا لأحدث التعديلات، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2010، ص 563

[4] مصطفى عبد العزيز الطراونة، القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان سنة 2011، ص 52

المبحث الأول: القرينة القضائية ونطاق إثباتها

تطرق المشرع الجزائري في القانون المدني للقرينة القضائية فأفردها بنص فريد في المادة 340 من القانون المدني التي تنص " **يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة أي بشهادة الشهود** " [1]

فمن خلال فحوى نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري عرف القرينة القضائية على أساس أنها كل قرينة لم ينص عليها القانون صراحة، وترك للقاضي سلطة تقديرية في استنباطها، غير أن هذه المادة جاءت في جزئها الثاني وقيدت هذه السلطة بحصر نطاق إثبات هذه القرينة القضائية.

وعلى ضوء المادة سنتطرق في المبحث إلى مطلبين، نتكلم في المطلب الأول عن مفهوم القرينة القضائية وعناصرها، وفي المطلب الثاني نتعرض للحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرينة القضائية أي نطاق الإثبات.

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

المطلب الأول: مفهوم القرينة القضائية وعناصرها.

يعد استنباط القرينة القضائية، من خلال ما يعرض على القاضي من وقائع الدعوى، بماله من سلطة تقديرية أو قبولها من جانب الخصم المكلف بالإثبات، فهي أحد مظاهر الدور الإيجابي للقاضي في تسيير الإجراءات لتحصيل الحقيقة.

وعلى هذا الأساس قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، نتناول مفهوم القرينة القضائية في الفرع الأول ونتطرق لعناصر هذه القرينة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم القرينة القضائية.

لقد سميت القرائن القضائية نسبة للقاضي الذي يقوم باستنباطها وأحيانا كان يطلق عليها القرائن الموضوعية لأنها تستنبط من موضوع الدعوى وظروفها، أو القرائن البسيطة لأنها تقبل الإثبات العكس في الأحوال جميعها. ويطلق عليها كذلك تسمية القرائن الفعلية لأن الاستنتاج متفق مع المنطق.

ولقد تعددت تعريفات شراح القانون الخاص والعام للقرينة القضائية ومنها:

- تلك القرائن التي تترك لتقدير القاضي، ويستخلصها من ظروف القضية والملابسات.[1]
- تلك القرائن التي يستنتجها القاضي باجتهاده وذكائه من موضوع الدعوى وظروفها.[2]
- استنباط القاضي أمرا غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة، وللقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون وذلك في نطاق ما يجوز إثباتها بالشهادة.[3]القرائن التي ينص عليها القانون، ويستخلصها القاضي من ظروف الدعوى، ويقتنع بأن لها دلالة معينة، ويترك لتقدير القاضي استنباط هذه القرائن.[4]
- "Les présomptions ne sont point établies par la loi , sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves , précises et concordantes et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales à mois que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol". [5]

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 229.

[2] احمد نشأت، رسالة الإثبات، المرجع السابق، ص14

[3] المادة 102 من قانون الإثبات العراقي.

[4] المادة 43 الفقرة 01 من قانون البينات الأردنية رقم 30 لسنة 1952.

[5] المادة 1353 من القانون المدني الفرنسي

فمن خلال التعريفات السابقة يتضح أن القرائن القضائية هي قرائن أحوال وظروف وملابسات يستخلص منها القاضي واقعة يراد إثباتها لم يقم الدليل عليها بعد فلازالت مجهولة إلى أن يستخلصها القاضي من واقعة ثابتة معلومة له، وهي طريق للإثبات ذات قوة محدودة وهي شأنها شأن البينة، لأن القاضي لا يأخذ إلا بالقرائن القوية.

وكما سبق وذكرنا آنفا أن المشرع الجزائري عرف القرائن القضائية في نص المادة 340 من ق.م ومن خلال هذا التعريف نستنتج بعض الضوابط الضرورية التي تقوم عليها القرينة حتى يحتج بها، ويستند عليها القاضي في إصدار حكمه وتتمثل فيما يلي:

1- أن تكون قرينة قوية واضحة، ولا يتقيد فيها القاضي بعدد القرائن ولا تطابقها.
2- أن يكون استخلاص القرائن من قبل القاضي استخلاصا سائغا مؤديا فعلا إلى النتيجة التي ينتهي إليها في حكمه أي تكون تحت نظر القاضي واطلع عليها وأخضعها للتقدير.
3- أن تكون هناك صلة بين القرينة الواقعة محل الإثبات والحدث الذي يراد الإثبات منه، فالاحتجاج بالقرينة أمام القضاء أو تمسك القاضي بها لا يكفي مجرد الاتصال، وإنما لا بد أن يكون الاتصال وثيقا محكما.

ويستخلص كذلك من هذه التعريفات والشروط، أهم الخصائص والسمات التي تتميز بها القرائن القضائية وتتمثل في:

أولا: القرينة القضائية ليست دليلا مباشرا في الإثبات:ويقصد بهذه الميزةعلى أن الاستنباط لا يقع على الواقعة ذاتها بوصفها مصدرا للحق بل يقع على واقعة أخرى قريبة منها ومتصلة بها.

ثانيا: القرينة القضائية دليل عقلي:بمعنى أنها تعتمد على النشاط الذهني والجهد العقلي لاستنتاج الواقعة المجهولة عن طريق التحري والاستقراء، فهذه القرينة أخطر الأدلة لأن من يستنبطها من البشر مهما سمت مراكزهم، ومهما كانت درايتهم، فهم معرضون للخطأ لأنه من المحتمل أن تكون الواقعة المبنى عليها مصطنعة.[1]

ثالثا: القرينة القضائية من اختصاصات محكمة الموضوع: لأن ذلك من وسائل الواقع، فطالما المحكمة أوردت أسبابا للإثبات بالقرائن أو نفيها، فإن هذه الأسباب تخضع لرقابة المحكمة العليا.[2]

رابعا: القرينة القضائية تقبل إثبات العكس: أي يجوز للخصم المتضرر أن يدفع بالعكس بكافة طرق الإثبات، وكسائر أدلة الإثبات الأخرى فكل دليل يقبل المناقضة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

خامسا: القرينة القضائية لا تقع تحت الحصر: إذ أن هذه القرائن قد تتعدد بتعدد الوقائع وتختلف من قضية لأخرى، لأنها من عمل القاضي.

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 229.

[2] محمد حسين منصور، قانون الإثبات مبادئ الإثبات وطرقه، الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص 165.

سادسا: القرينة القضائية من الأدلة المقيدة: لا يجوز الإثبات فيها إلا في حالات معينة، وهي الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبينة.

فمن خلال كل الضوابط والميزات والخصائص التي تتميز بها القرائن القضائية، يمكن القول إنها حقا دليل من أدلة الإثبات، وليست نقلا لعبء الإثبات من طرف الآخر. فإن مجال الإثبات بهذا النوع من القرائن فسيح جدا لكونها لا يمكن حصرها مقدما، كما أن الدليل بالقرائن يتطلب من القاضي الدقة وإعمال الفكر، والتدليل بها يقوم على البرهنة المنطقية ويستلزم في ذلك صحة الفروض واستنادها إلى الوقائع محل العرض، وعدم تناقضها مع أية واقعة أخرى. ومن أمثلة هذا النوع من القرائن:

- أن يكون سند الدين في المدين قرينة على الوفاء، فالواقعة المعلومة هي وجود سند الدين بيد المدين والواقعة المجهولة هي وفاء الدين[1].
- إن قبض المؤجر الأجرة عن المدة اللاحقة للشهر موضوع الدعوى يعتبر قرينة قضائية على دفع أجور الشهر أو الشهور السابقة.

الفرع الثاني: عناصر القرينة القضائية.

بما أن القرائن القضائية هي دليل غير مباشر لأن ثبوتها ليس معقودا لذاته بل لاستدلال به على غيره ثم إعمال القاضي عقله وقواعد المنطق ليستنبط من هذه الوقائع الثابتة دلالتها على ثبوت وقائع غيرها ما لم يقم عليها دليلا أخر، أي أن هذه القرائن تقوم على عنصرين أحدهما مادي والثاني معنوي.

1) **العنصر المادي:**

يتمثل هذا العنصر في واقعة ثابتة يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى، فيقوم بتفسيرها ويستنبط منها دلالته وتسمى هذه الواقعة الدلائل أو الأمارات. فلا بد أن يثبت هذا الأساس بشكل قاطع حتى يكون الاستنباط الذي يبنى عليه سليما، إذ يتعين على القاضي في هذه المرحلة ألا يعتمد على دلائل لا تكون منتجة في الدعوى أو غير جائزة القبول قانونا. مثلا لا يجوز للخصم أن يثبت دين متى كان سببه غير مشروع كبيع المخدرات، وكذلك لا تصلح أن تكون الواقعة المحتملة أو الغير ثابتة مصدرا للاستنباط[1]. وقد تكون الواقعة التي اختارها القاضي ثابتة بيمين أو بإقرار من الخصم أو بقرينة أخرى، كقيام إشكالات معرقلة لتنفيذ الحكم ومرور مدة طويلة دون أن يتخذ المحكوم له الإجراءات القانونية للتنفيذ ودون أن يكون هناك صلح، تكون الواقعة (التنازل عن تنفيذ الحكم) قد ثبتت عند المحكمة عن طريق القرائن القضائية[2].

---

[1] سليمان مقرس، أصول الإثبات وإجراءاته، المرجع السابق، ص76.

[2] سليمان مقرس، نفس المرجع، ص76.

فالمجالات التي يستمد منها القاضي مختلف الأدلة والأمارات لاستخلاص القرينة القضائية هي متنوعة وغير محدودة، بحيث يستطيع إسناد اقتناعه على الأمارات التي يمكنه أن يستشفها من محاضر رجال الدرك أو الشرطة أو في محاضر معاينات المنفذين أو خبرة أو دفاتر أو أوراق منزلية، من شهادات طبية وبإمكان القاضي أن يعتد على الأدلة التي يستخلصها من العقود التي لا علاقة لها بالخصوم على شرط أن تكون هذه العقود قد أدلى بها بصفة قانونية.[1]

الأصل أن القاضي يرجع إلى ملف الدعوى لاستخلاص العناصر التي يرها مناسبة لتكون قرائن قضائية يؤسس عليها حكمه، ولكنه قد يستمدها من وثائق خارج عن نطاق الخصومة على شرط أن يطلع عليها جميع الخصوم وأن يكون ورودها إليه قد تم بطريق قانوني، كما يمكن له أيضا أن يستمد عناصر القرينة من تصرفات الخصوم أثناء الخصام[2].

وعليه يمكن القول إن العنصر المادي مكون للقرينة القضائية يتمثل أساسا في وجود واقعة ثابتة قام الدليل على ثبوتها يستند إليها القاضي من خلال مختلف الوقائع والأمارات المعروضة عليه في الخصام.

العنصر المعنوي:

يتمثل هذا العنصر في عملية الاستنباط التي يفسر بواسطتها القاضي في الوقائع الثابتة مستخدما عقله قواعد المنطق، وتعتبر هذه العملية في حد ذاتها مجهود ذهني شاق تتطلب معرفة ودراية بالحياة والعلوم الواسعة، وفَهْمًا لوقائع النزاع التي تمكنه من الاقتناع بالصلة بين الواقعة الثابتة والواقعة المتنازع عليها التي تحتمل حصول الواقعة الأخيرة غالبا، وهكذا تكون طريقة تفسيره وتقديره للواقعة طريقة منطقية تمكنه من تطبيق المنهج القانوني للإجابة على المشكل المعروض عليه.

ومثال ذلك: الشخص الذي يتصرف لأحد ورثته (المحتملين) ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع لغاية وفاته، فبمجرد موته ينتهي حق الانتفاع ورغم انه ليس له حق الاستعمال والاستغلال في ذلك ويستطيع الصرف في الانتفاع لا في الشيء، فيجوز للورثة الطعن في هذا التصرف بأنه مضاف لما بعد الموت ليس بيعا ولا هبة، أي احتفاظ التصرف لغاية وفاته هو قرينة على أنه وصية وأراد التحايل على القانون فعلى من يتمسك بها إثبات هذه الواقعة[3].

غير أن الاستنتاجات الغير مباشرة التي يتوصل إليها القاضي قد لا يوفق في تفسيرها وقد يسئ تحليلها ويصعب عليه فهمها وتمحيصها[4]. خاصة أن الإثبات بالقرائن يعتد على الفطنة والذكاء

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص 230،231.

[2] بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981، ص 197

[3] ملزي عبد الرحمن، محاضرات في الإثبات المدني لطلبة القضاة، دفعة 15، ص

[4] رمضان أبو السعود، المرجع سابق، ص 237.

والسلطة التقديرية الواسعة للقاضي، فلذا فلابد من إتباع منهجية منطقية وصارمة. فمسالة الاقتناع الخاص هي مسألة شخصية ونفسية ولابد أن يكون هذا الاقتناع مدروس ومعللا.

وبالرغم من أن القاضي يعتمد على علمه الشخصي في التفسير، فالعلم المتحصل له يتحقق أثناء النظر في الدعوى ولا يقصد به المبدأ الفقهي[1]. فلا يجوز له الاستناد على وقائع استمدها خارج إطار القضية ووسائل الإثبات والبحث والتحقيق التي حددها القانون، ويقصد بعلمه الشخصي هي المعلومات المتحصل عليها نتيجة خبرته وتجربته، ويستخلص من ذلك أن القاضي عند التفسير للقانون والتطبيق يحكم بعلمه الشخصي في حين يمنع ذلك بالنسبة لإثبات وقائع الدعوى.

ومن خلال ما سبق نجد أن القرينة القضائية لا يكفي لقيامها وجود الركن المادي المتمثل في وجود واقعة ثابتة من بين وقائع الدعوى وملابستها، بل لابد من قيام الركن المعنوي المتمثل في تلك العملية الاستنتاجية التي يقوم بها القاضي.

[1] جلال علي العدوي، المرجع سابق، ص51.

المطلب الثاني: نطاق الإثبات بالقرينة القضائية

لقد نصت أغلبية القوانين على نطاق إثبات القرينة القضائية والحالات التي تكون فيها مقبولة ،كالقانون الفرنسي والمصري واللبناني وغيره من التشريعات بما فيها المشرع الجزائري الذي نص على معيار قبول الإثبات بالقرائن في المادة 340 من ق.م السالفة الذكر ، ويتضح من نص المادة أن المشرع قيد سلطة القاضي في استنباطه للقرائن القضائية بقيدين: الأول أن يكون مجال إعمال بالقرينة القضائية في غير المجالات المخصصة للقرائن القانونية ، أما القيد الثاني يتمثل في كون المشرع حصر سلطة القاضي المدني في استنباط قرائن قضائية بالأحوال التي يجيز الإثبات شهادة الشهود.

ويتضح كذلك أن المشرع قد ساوى بين القرائن القضائية والشهادة من حيث نطاق الإثبات أي كل ما يقبل إثباته بشهادة الشهود يمكن إثباته بالقرينة القضائية ومالا يقبل إثباته بالشهادة لا يثبت بالقرينة القضائية، والسبب في ذلك إن ترك مجال الإثبات بهذه الوسيلة قد يضر ويجحف بالحقوق أكثر مما يحميها نظرا لكون أن القاضي قد يخطئ في استنباطه[1].

وبالرجوع إلى الكتاب الثاني "الالتزامات والعقود " من الباب السادس " إثبات الالتزام " من الفصل الثاني تحت عنوان "الإثبات بالشهود" من القانون المدني الجزائري نجد الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود قد حصرها المشرع في المواد 336،335،333 من نفس القانون.

ويستخلص من مجموع هذه المواد أن هناك حالات يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية أصلا هي الوقائع المادية، والتصرفات القانونية المدنية التي لا تتجاوز قيمتها 100.000دينار جزائري وكذلك في المسائل التجارية بصفة مطلقة[2]. وحالات أخرى يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية استثناءا وهي مبدأ ثبوت بالكتابة، أو إذا قام مانع من الحصول على دليل كتابي أو إذا فقد السند الكتابي من الدائن بسبب أجنبي.

من خلال ما سبق سنتعرض للحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية أصلا في الفرع الأول ونتطرق في الفرع الثاني للحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية استثناءا.

---

[11] Raymond Legeais ;les regles de prevue en droit civil ;these de doctorat en droit .;poitiers 1954. P36-37

[2] محمد زهدور، المرجع السباق، ص 85.

الفرع الأول: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية أصلا.

نصت المادة 333من القانون المدني " **في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري، أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.**"

يستخلص من هذا النص أن الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية أصلا هي: في المواد التجارية والوقائع المادية والتصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن 100.000دج.

أولا: التصرفات القانونية التجارية.

لقد استثنت المادة 333 من ق.م المواد التجارية من وجوب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على 100.000 دج أو كانت غير محددة ومبرر إجازة الإثبات بالقرائن في المواد التجارية بقطع النظر عن قيمة التصرف، وهو ما يتسم به التقنين التجاري من خصائص، لاسيما منها السرعة والائتمان وما يلزمه من بساطة في الإجراءات.

وعلى عكس المواد المدنية، فإن المبدأ في المواد التجارية هو حرية الإثبات وفقا للمادة 30 من قانون التجاري[1] " **يثبت كل عقد تجاري .....بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها.**" غير أن هناك من المسائل التجارية ما يشكل استثناءا على هذا المبدأ، بحيث يوجب القانون الكتابة لأهمية المسائل التي يعالجها.

غير أن الإثبات بالقرائن القضائية في المسائل التجارية هو أمر جوازي يتوقف على إذن القاضي، فله أن يأذن به أو يرفض إذا تبين له أن الإثبات بها غير مستساغ فله سلطة واسعة تبعا لظروف الدعوى. ولا رقابة عليه في ذلك متى بني قضاءه على أسباب سائغة تقوم به[2].

ويرجع في تعيين التصرفات القانونية التجارية فيما يتعلق بجواز إثباتها بالبينة والقرائن القضائية إلى أحكام القانون التجاري فهو الذي يبين من هو التاجر، وهو الذي يبين الأعمال التجارية بحسب شكلها أو بحسب موضوعها. فإذا كانت الأعمال التجارية صادرة من تاجرين فإن لكل منهما أن يثبت ما ادعاه بالبينة وبالقرائن القضائية مهما بلغت قيمة الالتزام وهذا طبقا لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية طبقا للمادة 30 من ق.ت السالفة الذكر.

---

[1] الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.

[2] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 520 ،521 .

أما إذا كان التصرف القانوني مدنيا فإنه يخضع في إثباته لقواعد الإثبات المدنية لطرفيه سواء كانا تاجرين أو غير تاجرين لأنه لا يعد عملا تجاريا وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون التجاري[1]. وبالتالي وجوب تطبيق القاعدة العامة الواردة في نص المادة 333من ق.م.

أما إذا كان العمل مختلط أي تجاريا بالنسبة لأحد الأطراف ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر، فإن القواعد التجارية في الإثبات تتبع مع التاجر وتتبع القواعد المدنية في الإثبات مع غير التاجر ومثالها عمليات البنوك بين العملاء غير التجار والبنوك[2].

ويلاحظ في هذا الصدد أن العبرة في تطبيق قواعد الإثبات في العمل المختلط بنوع التعامل وصفة المتعاملين، لا بنوع الجهة المطروح أمامها النزاع، وهذا ما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية "أن قواعد الإثبات يجب تقديرها ليس باعتبار الجهة التي تنظر فيها، وإنما باعتبار طبيعة التصرف."[3]

وحتى يكون للقرائن القضائية قوة مطلقة في الإثبات في التصرفات القانونية التجارية يجب توافر ثلاثة شروط أساسية:

- **الشرط الأول:** ألا يكون محل الإثبات تصرفا قانونيا مدنيا، ذلك لأن خصائص الأعمال التجارية، لا تسمح لصاحب الحق بتهيئة دليل كتابي بشأنها، لذلك أجاز إثباتها بالبينة والقرائن.
- **الشرط الثاني:** ألا يكون القانون قد اشترط الكتابة لانعقاد العقد أو لإثباته، فإذا تطلب القانون ذات الكتابة لانعقاد العقد، فإنه يكون من العقود الشكلية، فلا ينعقد إلا بها. وقد يشترط القانون الكتابة لمجرد إثبات العقد فهو وإن كان من العقود الرضائية، إنما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة مهما كانت قيمة الالتزام الثابت به. كعقد النقل البحري الذي يعد استثناءا من قاعدة جواز إثبات بشهادة الشهود في المسائل التجارية، ولقد اشترط القانون المدني لإثبات عقد الشركة وعقد الصلح وعقد الكفالة بالكتابة ولو لم تزد قيمة كل منها على مائة ألف دج.
- **الشرط الثالث:** أن يكون التصرف الذي يجري إثباته تصرفا تجاريا، إذ أن المواد المدنية لا يجوز إثباتها بالبينة والقرائن القضائية إذا تجاوزت قيمة التصرف 100.000دج، والحكمة في ذلك ما تقتضيه المعاملات التجارية من سرعة وبساطة الأمر الذي يتنافى واشتراط الكتابة التي تكون سببا للبطء والتعقيد.

---

[1] المادة 01 من ق.ت: "**تسري أحكام هذا القانون على الأعمال التجارية، وعلى كل شخص طبيعي تثبت له صفة التاجر.**"

[2] **مثاله:** المزارع الذي يريد بيع المحصول الناتج من أرضه لتاجر يريد الاتجار فيه، في هذه الحالة يجوز للزراع إثبات تسليمه للمحصول الزراعي للتاجر بالبينة والقرائن القضائية، حتى ولو زادت قيمته على 100ألف دج، في حين لا يجوز للتاجر إثبات دفعه الثمن الذي يزيد عن مائة ألف دج إلا بالكتابة.

[3] محمد زهدور، المرجع السباق، ص 72.

ثانيا: الوقائع المادية

إن هذه الحالة الثانية التي يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية تستخلص بمفهوم المخالفة لنص المادة 333من ق.م، فالوقائع القانونية تنقسم إلى تصرفات قانونية ووقائع مادية. فالأولى هي اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، رتب عليه القانون هذا الأثر لما كان للإرادة مظهر خارجي هو التعبير. فإن القانون اقتضى ألا يكون إثبات هذا التعبير كقاعدة عامة إلا بالكتابة[1].

أما الوقائع المادية يقصد بها التي ينتج عنها أثر قانوني خارجة عن نطاق إرادة الطرفين فالمشرع هو الذي يتولى تحديدها، ويجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن. ويعود الاختلاف في طريقة الإثبات فيما بين الواقعة المادية والتصرف القانوني إلى أمرين:

1- أن التصرف القانوني يتضمن تعبيرا عن إرادة متجهة إلى إحداث أثر قانوني معين وهذا أمر قد لا يدركه الشهود، ولا تؤدي فيه الشهادة بالدقة الواجبة، لذا فالقاعدة العامة تقتضي الإثبات بالكتابة. على خلاف الواقعة المادية التي تحدث ويراها الناس، فلا تختلف مفاهيم بشأنها ويمكن إدراكها بسهولة في غالب الأحيان، لذلك الكتابة لا يمكن أن يستلزمها القانون في الوقائع المادية.

2- يمكن تهيئة الدليل الكتابي وقت وقوعه في التصرف القانوني، على عكس الواقعة المادية التي لا يتيسر في شأنها، فيكفي إثباتها بالقرائن القضائية وبالبينة وبجميع وسائل الإثبات، ولقد استثنى المشرع بعض الوقائع المادية الهامة التي أقر وجوب إثباتها بالدليل الكتابي وقت وقوعها نظرا لخطورتها، كواقعة الميلاد والوفاة اللتين أوجب قيدهما في دفاتر خاصة.

وفي الحقيقة إن الوقائع المادية إما أن تكون وقائع طبيعية أو اختيارية[2].

فالوقائع الطبيعية هي التي تقع دون أن يكون لإرادة الإنسان دخل فيها كالفيضانات والحرائق والزلازل. [3] فقد يتبادر إلى الذهن انه لا يترتب عليها أي التزام لكن في الواقع تترتب عليها نتائج قانونية كما في حالة فقد السند بسبب القوة القاهرة ففي مثل هذه الحالة يصح إثباتها بغير الكتابة وذلك بكل من شهادة الشهود والقرائن القضائية والمعاينة، ومن بين الوقائع الطبيعية مرض الموت فإنه يؤثر على التصرفات التي تحصل أثناءها لذلك جاز إثباتها بشهادة الأطباء[4].

أما الوقائع الاختيارية فهي الأفعال المادية التي تقع بفعل الإنسان إي بإرادته واختياره[5]. وهي عديدة وتنتج عنها آثار قانونية متنوعة كإنشاء الالتزامات أو كسب حقوق عينية أو إبطال بعض

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 340.

[2] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 499.

[3] محمد زهدور، المرجع السابق، ص72.

[4] أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 716.

[5] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 499.

التصرفات القانونية. ومن أمثلة هذه الوقائع التي تنشأ التزامات كالبناء والعمل الغير مشروع، إن المتضرر الذي يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بفعل غيره يقع عليه عبء إثبات أركان المسؤولية من خطأ وضرر والرابطة السببية بينهما، وكل هذه الأركان وقائع مادية يعتبر الأصل فيها جواز إثباتها بالقرائن القضائية وبشهادة الشهود[1].

وهناك التزامات تؤدي إلى كسب الحقوق العينية كالحيازة والاستيلاء، والتي جاز إثبات واقعة وضع اليد والاستيلاء بكافة الطرق بما فيها البينة، وقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار الحيازة مجرد واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق بما فيها شهادة الشهود والقرائن القضائية.

وهناك التزامات ما تؤدي إلى إبطال التصرفات القانونية كعيوب الرضا، إذ يمكن إثبات الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال باعتبارها عيوب تصيب رضا المتعاقد بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن القضائية وهذا عند إبطال أو الطعن في صحة الاتفاق أو العقد، كما يمكن إثبات بالقرائن القضائية والبينة حالة الجنون والعته وحالة السكر التي تصيب المتعاقدين وقت إبرام العقد.

إن جميع هذه الوقائع المادية التي جاءت على سبيل المثال يجوز إثباتها بالقرينة القضائية وبشهادة الشهود باعتبارها لها قوة مطلقة في الإثبات كالكتابة بل إن الحاجة إليها قد تفوق الحاجة إلى الكتابة لاستحالة الحصول على الدليل الكتابي في غالب الأحوال[2].

وهناك وقائع مختلطة وهي التي تقوم على العمل المادي إلى جانب التصرف القانوني وسماها الفقه بالأعمال المختلطة[3]. مثل الوفاء والإقرار حكمها حكم التصرفات القانونية، لا تثبت فيما زاد عن نصاب البينة إلا بالكتابة.

وهناك وقائع مركبة والتي تنطوي على جملة من الوقائع المادية وعلى تصرف قانوني كالشفعة التي تستند من جهة إلى واقعة الجوار في بعض القوانين وهي واقعة مادية تثبت بكافة الطرق بما فيها القرينة القضائية وإلى بيع العقار المشفوع من الغير وهي كذلك واقعة مادية، ومن جهة أخرى طلب التملك بالشفعة وهو تصرف قانوني يجب إثباته بالكتابة[4].

ثالثا: التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن 100.000 دينار جزائري.

من خلال نص المادة 333من ق.م السالفة الذكر يتبين بوضوح أنه لا يجوز إثبات التصرف القانوني بشهادة الشهود أو القرائن القضائية إلا إذا كانت قيمة الالتزام الناشئ عن هذا التصرف لا تزيد

---

[1] محمد زهدور، المرجع السابق، ص72.

[2] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 217.

[3] Aubry et Rau ; droit civil français ; Tome 12,7ème, édition ,page 314NR 762,note NR9

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 703.

عن 100.000دج. ويجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة في الالتزامات التي تقل عن النصاب، كما أنه توجد نصوص قانونية تجيز الإثبات بالبينة فيما زاد عن النصاب إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة أو مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها[1]وهذا ما سنتطرق إليه لاحقا في الحالات الاستثنائية.

كما أنه توجد نصوص قانونية أخرى توجب الإثبات بالكتابة فيما لا يتجاوز النصاب كما هو في عقد الصلح والكفالة.[2] وعليه فالقاعدة تسري على التصرفات القانونية المدنية دون الوقائع والتصرفات التجارية.

يدخل في نطاق التصرفات القانونية المدنية جميع الاتفاقيات والعقود أيا كان الأثر الذي يترتب عليها[3]:

– العقود والاتفاقيات الرامية إلى إنشاء الالتزام أو انتقاله كالبيع، المقايضة، الإيجار، الوكالة، الكفالة المقاولة والعارية ...العقود الملزمة للجانبين أو الملزمة لجانب واحد.

– العقود والاتفاقيات الرامية إلى انقضاء الالتزام كالوفاء والتجديد والإبراء إذا تم الاتفاق.

–العقود والاتفاقيات التي تنتج أي أثر قانوني آخر كالاتفاق على فوائد الدين أو زيادتها أو إنقاصها أو إلغائها.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يساير المشرع الفرنسي في تضييق من نطاق الإثبات بالشهود، فلقد نص صراحة في الفقرة الثانية من المادة 333من ق.م أنه يجوز الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الالتزام عن 100.000دج لم تأت إلا من ضم الملحقات الأصلية. وهذا النص يخالف نص المادة 1342 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بضم الملحقات والفوائد إلى أصل الدين في حساب نصاب البينة، في حين يتفق المشرع الجزائري مع القانون المصري الذي لا يعتد في حساب نصاب الشهادة إلا بأصل الدين دون الفوائد والملحقات[4]. أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه يحرم الفوائد بين الأفراد بموجب نص المادة 454 ق.م.[5]

الفرع الثاني: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية استثناءا

لقد نصت المادتين 333 و334 من ق.م الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرينة القضائية استثناءا ويقصد بها الحالات التي يكون الأصل فيها وجوب إثباتها بالكتابة، ولكن استثناءا يصح في

---

[1] يحي بكوش، المرجع السابق، ص 203

[2] محمد زهدور، المرجع السابق، ص72

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 713.

[4] زوينة عبد الرزاق، الشهادة وإجراءات سماعها أمام القضاء المدني رسالة دكتوراه دولة، جامعة الجزائر السنة الجامعية 1991–1992 ص 237.

[5] تنص المادة 454 من ق.م "**القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك.**"

إطارها الإثبات بالقرائن القضائية وبشهادة الشهود. فقبل التطرق لهذه الاستثناءات لا بد أن نتناول القاعدة العامة.

أولا: القاعدة العامة تتمثل في عدم قبول الإثبات بالقرائن في التصرفات القانونية التي تزيد عن مائة ألف دينار جزائري، أو فيما يخالف الكتابة وتجاوزها.

لقد كان أمر مولان Ordonnance Moulin لسنة 1955 نقطة تحول عن البينة التي كانت هي الأصل في الإثبات إلى الكتابة وهذا راجع لكون الشهادة وسيلة خطيرة لفساد ذمة الشهود من ضعف ذاكرتهم و السهو والنسيان، وكذلك نظرا لكثرة القضايا وسهولة اصطياد الشهود و شرائهم لذلك قضى بتدوين المعاملات التي تزيد قيمتها 100.000دج في ورقة رسمية لأنها تعد دليل. وتنقسم هذه القاعدة إلى قسمين:

أ- عدم قبول الإثبات بالقرائن القضائية في تصرفات قانونية تزيد قيمتها عن 100.000دج.

بالرجوع إلى المادة 333 من ق.م التي تنص " يقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف ..." نلاحظ أنها جاءت لتبين كيفية تحديد النصاب القانوني (مائة ألف دينار جزائري)، فإذا كان المحل مبلغا من النقود فلا مشكل فلا يتأثر بانخفاض العملة أو بارتفاع قيمة الشيء المتنازع فيه. أما إذا كان محل الالتزام غير محدد القيمة فلا يمكن إثباتها بالقرائن القضائية وللقاضي سلطة تقديرية ولو بصفة تلقائية إما باعتبار ظروف القضية وإما باللجوء إلى الخبرة[1].

وعليه فالعبرة بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة به ويترتب على ذلك النتائج التالية:

- يجوز الإثبات بالقرائن عند المطالبة بأكثر من مائة ألف دينار على أساس تصرف قيمته لا تزيد على مائة ألف دينار.
- لا يجوز الإثبات بالبينة والقرائن القضائية عند المطالبة بما لا يزيد عن مائة ألف دينار على أساس تصرف قيمته تزيد على مائة ألف دينار.
- كما أن العبرة بالقيمة الإجمالية للإلتزام وليس بقيمة المطالبة الجزئية منه، وكذلك تكون العبرة بالقيمة الأصلية للطلب القضائي بصرف النظر عن التعديل اللاحق له بالإنقاص.

ب- عدم قبول الإثبات بالقرائن القضائية فيما يخالف أو يجاوز الكتابة:

تتصف الكتابة بالموضوعية والدقة والنقل في التعبير الصادر عن إرادة المتعاقدين، لذلك لا يجوز للمتعاقدين اللجوء إلى القرائن القضائية لإثبات ما يخالف ما جاء به العقد حتى ولو كان محل العقد

[1] يحي بكوش، المرجع السابق، ص 208.

أقل من النصاب القانوني. ولقد نصت المادة 334 من ق.م أنه لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة عن مائة ألف دينار فيما يخالف ما اشتمل عليه مضمون العقد الرسمي.

فمن خلال نص المادة يمكن تحديد شروط لتطبيق القاعدة العامة وتتمثل في[1]:

1- وجود كتابة رسمية معدة للإثبات: ومعنى ذلك أن نص المادة 334 من ق.م استبعد الكتابة العرفية على خلاف المشرع الفرنسي والمصري، وعليه فإن الدفاتر التجارية والأوراق المنزلية تعد كتابات غير رسمية حتى ولو كانت موقعة من المدين، يمكن إثباتها بالبينة والقرينة القضائية وطبقا للمادة 335 يمكن اعتبارها بداية ثبوت بالكتابة. ويجب أن يكون الثابت بالكتابة التزام غير تجاري، لأنه لو كان كذلك فإنه يجوز إثباته بالبينة حتى ولو زاد عن النصاب إلا إذا وجد نص قانوني يقضي بغير ذلك كعقد الشركة أو الرهن التجاري.

2- إثبات ما يخالف الكتابة: مثاله أن يتقدم الخصم للإثبات أن ما ورد في الورقة الرسمية من ثمن غير صحيح وأن المبلغ المذكور أقل من الحقيقة تهربا من الرسوم، إذا كان الخصم هو طرف في العقد فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة وهذا ما يسمى بإثبات الصورية [2]

3- إثبات ما يجاوز الكتابة: مثاله القرض المكتوب ولم يذكر فيه أنه قرض بفائدة، وأراد الدائن أن يثبت أن هناك فائدة متفق عليها فلا يجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة[3].

4- أن يكون الإثبات مقصور على العلاقة فيما بين المتعاقدين: والمقصود أن الغير خارج نطاق العقد يجوز له إثبات بالبينة والقرائن القضائية ولو زادت قيمة الالتزام النصاب لأن التصرف يعد مجرد واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات. فإذا باع شخص عقار لآخر وكتب في عقد البيع ثمن 200.000دج، وأراد الشفيع بطريق الشفعة أن يثبت حقيقة الثمن وهو 100.000دج لا بالثمن المكتوب في العقد، وهنا يجوز إثبات ذلك بالبينة والقرينة القضائية لأن الشفيع يعد من الغير وهذا طبقا للمادة 545من ق.ت [4]

ثانيا: الحالات الاستثنائية. وهي الحالات التي استثناها المشرع من القاعدة العامة السابقة الذكر حيث أجاز فيها الإثبات بشهادة الشهود والقرائن القضائية استثناءا حتى ولوكان التصرف القانوني قيمته تجاوز 100.000دج، وحتى ولو خالف الكتابة أو جاوزها وهذه الحالات هي المنصوص عليها في

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 397.

[2] يحي بكوش، المرجع السابق، ص 213.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 400.

[4] المادة 545 من قانون التجاري "**يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء.** "

المادتين 335و 336 من ق.م ويستخلص بالجمع بين المادتين أن القرائن القضائية تسترجع قوتها المطلقة في الإثبات من خلال الحالات الثلاثة الاستثنائية وهي:

أـ حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة: طبقا للفقرة الأولى من المادة 335 من ق.م [1] يلاحظ أن التعبير الذي جاءت به بنصها " مبدأ ثبوت الكتابة " هو تعبير منتقد، لأن كلمة مبدأ معناها قاعدة، غير أن المقصود بها "بداية ثبوت بالكتابة" كما هو منصوص عليه في المادة 1347 من القانون المدني الفرنسي وليس قاعدة ثبوت بالكتابة .[2]ويعتبر هذا المبدأ علاج لاستدراك المصاعب الناشئة عن النظام القانوني للإثبات ومنح للقاضي السلطة لتقدير الشهادات والقرائن القضائية.

ولقد حددت الفقرة الثانية من نص المادة 335 من ق.م الشروط التي يجب توافرها لتكوين هذا المبدأ وهي كالتالي:

ـ **وجود محرر مكتوب:** وهو شرط متعلق بالشكل فلا يقوم هذا المبدأ إلا وثمة كتابة ولا يشترط بيانات معينة، وعليه لا تشكل الأعمال المادية المحضة بداية لثبوت بالكتابة كبناء منزل، بل لابد من تسجيل العمل في ورقة مكتوبة. فكل كتابة تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة كالرسائل التجارية والأوراق المنزلية بشرط ألا تكون دليل كاملا. كما يجوز استخلاص هذا المبدأ من مجموع أوراق متفرقة هي التي تجعل وجود التصرف القانوني المدعى به قريب الاحتمال كتقديم قصاصات وبعد إلصاقها المحكمة استدلت أن البقايا هي أجزاء لأصل واحد تكون قد جسدت المبدأ بما استخلصته من شهادة الشهود والقرائن القضائية التي أوردتها[2]. واعتبرت المحكمة العليا بقرارها الصادر بتاريخ 09-12-1964"إن بيانات الجرد للأموال المتعلقة بتركة تعتبر بداية إثبات كتابية والفريضة غير المتنازع فيها والوثائق المتعلقة بالحالة المدنية للزوج المتوفى "[3].

ويجب أن تكون الورقة مقدمة فعلا في الدعوى فلا يجوز إثباتها وتعذر تقديمها بشهادة الشهود[4]. وهذه المسألة القانونية خاضعة لرقابة المحكمة العليا لأنه يتوقف عليها تطبيق حكم القانون الذي يجيز الإثبات بشهادة الشهود أو عدمه[5].

ـ **أن تكون الورقة صادرة عن الخصم أو من يمثله:** من خلال نص المادة 335 من ق.م في فقرتها الثانية[1] يتبن أن المقصود بالخصم هو كل طرف يحتج بوسيلة الإثبات ضده بغض النظر عن مركزه

---

[1]نص المادة 335 الفقرة الأولى من ق.م " **يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة.**"

[2]عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 726

[3] زوينة عبد الرزاق، المرجع سابق، ص 250.

[4]أحمد نشأت، المرجع سابق، ص 664-665.

[5]يحي بكوش، المرجع سابق، ص 225.

في الدعوى، وسواء صدرت من الخصم شخصيا أومن نائبة أو وكيله، بشرط في حالة الوكيل أن يكون هناك عقد وكالة طبقا لنص المادة 74 من ق.م. وصدور الورقة من الخصم إما تكون ماديا بالتوقيع أو بخطه وإما معنويا كالإملاء إذا كان أميا[2]. وباعتبار المحامي وكيل عن الخصم أمام القضاء فإنه ما يرد في المذكرات تعتبر كأنها صدرت من الخصم.

ـ **أن تجعل الورقة التصرف المدعى به قريب الاحتمال:** لقد أوجب المشرع أن تكون الورقة تحتمل الاعتقاد بقرب احتمال التصرف المدعى به فهو راجح للتصديق، ويمكن تعزيزه بالبينة والقرينة القضائية، وهنا القاضي ليس مجبرا أن يحيل الدعوى للتحقيق، مادام أن القرائن القضائية أحاطته بما يقنعه بصحة الواقعة وهكذا تكون القرينة القضائية أكملت مبدأ ثبوت بالكتابة، في حين قد يحيل هل للتحقيق لاستكمال هذا المبدأ بالبينة أو بالقرائن القضائية[3]، وبما أنها مسألة موضوعية فهي لا تخضع لرقابة محكمة العليا.

ولقد وضع الفقه والقضاء ضوابط معينة في تقدير ما إذا كانت الورقة المكتوبة والمراد إثباتها قريبة الاحتمال، وهنا القاضي غير مقيد بها بل جاءت على سبيل الاستئناس وهي:

- ✓ ورقة كان من الممكن أن تكون دليل كتابيا كاملا على الواقعة المراد إثباتها ولكن ينقصها شرط من شروط القانونية وانقلبت مبدأ ثبوت بالكتابة مثالها الورقة الرسمية التي شابها عيب في الشكل.
- ✓ ورقة لم يكن ممكنا أن تكون دليلا كتابيا كاملا على الواقعة المراد إثباتها ولكنها تشير إلى هذه الواقعة مثالها شخص يرسل إلى شخص آخر كتاب يتكلم فيه عن دين أو عقد.
- ✓ ورقة تثبت واقعة أخرى لها ارتباط بالواقعة المراد إثباتها ويكون ثبوت هذه الواقعة الأخرى من شأنه أن يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال مثالها قرار الدائن المرتهن بشطب القيد.

وما تجدر الإشارة إليه أنه بالرغم من توافر دليل بداية ثبوت بالكتابة وفقا للشروط السابقة لأنه لا يمكن قبول القرائن القضائية في الحالات التي يوجب فيها القانون في إثبات التصرف القانوني أو في إنشائه بالكتابة الرسمية لأن الكتابة هي ركن لوجود العقد.[4]

---

[1] نصالمادة 335 الفقرة الثانية من ق.م " **وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة** "

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع سابق، ص 729

[3] نفس المرجع، ص 730.

[4] يحي بكوش، مرجع سابق، ص 231.

ب ـ قيام المانع من الحصول على الكتابة

تنص المادة 336 من القانون المدني على أنه "**يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان إثباته بالكتابة: إذا وجد مانع في مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي**". ويستفاد من هذا النص أنه إذا كانت هناك ظروف تحول دون حصول الشخصي على دليل كتابي فإن الإثبات بالشهود يكون جائزا.

وهنا المشرع أجاز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت قيمة التصرف تتجاوز 100.000 دج. أو ما يخالف أو يجاوز الدليل الكتابي. والمانع سواء كان ماديا أو معنويا هو واقعة مادية يكلف بإثباتها الخصم الذي يدعيها، وله أن يثبتها بالبينة والقرائن، فيجب على الخصم أولا أن يثبت قيام المانع ثم يثبت بعد ذلك التصرف القانوني المدعي به، ويثبت بجميع الطرق. وأيا كان المانع فإن تقديره موكول إلى قاضي الموضوع.[1]

ـ **المانع المادي:** هو انعدام الوسائل المادية أو حيلولة ظروف مادية للدائن تحول دون تمكنه من تهيئة الدليل الكتابي على تصرف قانوني أبرمه كالتصرفات القانونية التي تبرم أثناء حوادث طارئة مثل الزلازل والفيضانات[2]. ومثاله الوديعة الاضطرارية التي تتم في حالات الكوارث أو إصابة المودع بشكل مفاجئ قبل حصوله على الدليل الكتابي لما أودعه، فيرى الفقه جواز إثبات هذه الوديعة من المودع بشهادة الشهود ولو تجاوزت قيمة نصاب 100.000دج.

ـ **المانع الأدبي:** هو الحالة النفسية التي تمنع المتعاقد من طلب دليل كتابي من الطرف المتعاقد معه، والسلطة التقديرية للقاضي في قبول هذا المانع الذي يدفع به الخصم من عدمه، وهو مسألة موضوعية تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من المحكمة العليا. ويكون ذلك في أمور ثلاثة: صلة القرابة والزوجية، علاقة الخدمة، العرف المتبع في بعض المهن[3].

وفي هذا الصدد صدر قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1990/07/15، جاء فيه أنه "من المقرر القانوني أنه يجوز الإثبات بالبينة (شهادة الشهود) لمن وجد له مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، ومن ثم فإن النعي على القرار بمخالفة القانون في غير محله.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن علاقة الطرفين هي علاقة الأبوة والبنوة وتمثل مانعا أدبيا ومن ثم فإن قضاة الموضوع عند أخذهم بالبينة (شهادة الشهود) كانوا مطبقين القانون التطبيق السليم ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن" [4]

---

[1] همام محمد محمود زهران، المرجع السابق ص 129

[2] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 209.

[3] يحي بكوش، مرجع سابق، ص 234.

[4] المجلة القضائية 1991 العدد الثالث، ص106.

ثالثا: قيام المانع من تقديم الكتابة لفقدها بسبب أجنبي: نص المشرع الجزائري على هذه الحالة بموجب نص المادة 336 من ق.م، وهذا الاستثناء في جواز إثبات التصرف القانوني بشأنه يفترض أنه كان هناك دليل كتابي مثبت للتصرف، لكنه ضاع بسبب أجنبي عن إرادة الدائن.

ولما كان لا يمكن أن ينسب إلى المدعي أي تقصير لأن فقد السند لم يكن بخطأ منه فقد أجاز النص للمدعي أن يثبت بالشهود ما كان يجب عليه إثباته بالكتابة، ويشترط لكي يستفيد المدعي من الحكم المذكور في المادة أن يقيم الدليل على سبق وجود السند وفقدان هذا السند بسبب أجنبي عنه.[1] ويمكن استنباط مدلول السبب الأجنبي بنص المادة 127 من ق.م[2]، وهو السبب الذي كان نتيجة حادث فجائي أو القوة القاهرة أو بسبب المتعاقد الأخر.

ويمكن تلخيص هذا العنصر بالقول أن هذه الصورة؛ صورة فقدان الدائن لسنده الكتابي بسبب أجنبي في كون الدائن سبق له الحصول على دليل كتابي وقت إنشاء التصرف المبرم مع خصمه ولكنه فقده –كما سبق القول– نتيجة قوة قاهرة غير متوقعة ولم يكن له قوة لردها كالحريق مثلا، ولذلك أباح المشرع لهذا المتعاقد أن يثبت بشهادة الشهود ما كان يجب إثباته بالكتابة، حتى ولو كانت الكتابة شرطا للانعقاد لا للإثبات كفقدان عقد البيع مثلا، حتى يفتح للدائن باب الإثبات بشهادة الشهود لتصرف تتجاوز قمته 100.000 دج عليه أن يثبت أنه كان يحوز على دليل كتابي مستوفي كل شروطه القانونية، وطالما أن فقده لهذا الدليل هو واقعة مادية، فله إثباته بجمع الطرق.

---

[1] همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 136

[2] نص المادة 127 من ق.م "**إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بالتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك** ".

المبحث الثاني: دور القاضي في مجال الإثبات بالقرائن القضائية

فمن خلال ما سبق التعرض إليه سابقا، نجد أن قاضي الموضوع حر في اختيار أي واقعة من الوقائع الثابتة في الدعوى يستنبط منها القرينة القضائية، وهو حر في تقدير ما تحمله هذه الواقعة من دلالة. وعليه فإن الإثبات بموجب القرينة القضائية يعد تدعيما للدور الإيجابي للقاضي المدني وتبعا لذلك فإن دوره يتضح من خلال سلطته في استنباط القرائن القضائية وتقدير حجيتها.[1] ومن ثمة سنتطرق في هذا المبحث إلى سلطة القاضي المدني في استنباط القرائن القضائية في مطلب أول، ونتعرض في مطلب ثاني لسلطته في تقدير حجية القرائن القضائية.

المطلب الأول: سلطة القاضي في استنباط القرائن القضائية.

باعتبار القرائن القضائية طريق غير مباشر للإثبات، فهي استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم فلا تقوم إلا بتوفر عنصراها المادي والمعنوي، اللذين سبق وأن تطرقنا لهما في الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الأول من هذا الفصل، لذا ففي هذه الحالة القاضي هو محور وجود وخلق القرينة القضائية. فهو يمر بمرحلتين في عملية الاستنباط، مرحلة يبدأ في اختيار واقعة من عدة وقائع تعد ثابتة في الدعوى ثم ينتقل في مرحلة ثانية لترجيح الواقعة المسببة للأثر القانوني المتنازع عليه وبالاستنباط ينتقل من العلم الظني إل العلم اليقيني. ومن خلال ذلك فهل يحظى القاضي المدني بحرية مطلقة في الاستنتاج أم هناك قيود تحد من تلك الحرية؟

وللإجابة على هذا السؤال سنعالج هذه المسألة في فرعين، نحدد في الفرع الأول مدى حرية القاضي المدني في اختيار الواقعة أساس الاستنباط، ونتطرق في الفرع الثاني للوسائل العلمية الحديثة ومدى جواز اعتماد القاضي عليها في عملية الاختيار.

[1] آدام وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 342.

الفرع الأول: مدى حرية القاضي المدني في اختيار الواقعة الثابتة.

نظرا لكون القرائن القضائية مبنية على وقائع ثابتة وعلى استنباط غيرها منها فتعتبر قرائن موضوعية لأنها تتنوع بقدر تعدد الوقائع التي لا يمكن حصرها ويترتب على ذلك أن القاضي الموضوع حرية مطلقة في اختيار الواقعة الثابتة فيمكن اختيارها على سبيل المثال من:

- وقائع كانت محل مناقشة بين الخصوم أو من ملف الدعوى ولو من تحقيقات باطلة.
- واقعة ثابتة بالبينة أو بورقة مكتوبة أو بيمين نكل الخصوم عن حلفها أو بقرينة أخرى أو بجميع هذه الطرق مجتمعة.[1]
- أوراق خارج الدعوى مثل محاضر إجراءات جنائية ولو كانت قد تم حفظها.

وفي جميع الأحوال التي يلجأ فيها القاضي إلى اختيار واقعة من خارج الدعوى المعروضة عليه، فإنه يجب أن تحصل مواجهة الخصم بها تطبيقا لمبدأ المجابهة بالدليل، وفي ذلك وجب ضم ملف القضية الأصلية ليتمكن الخصوم من الاطلاع عليها قانونا[2].

وطبقا للمادة 334 من ق.م التي تنص " **يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون.** " يتضح أن المشرع الجزائري ترك للقاضي حرية كاملة في استنباط القرائن، فكل ما يقتنع به القاضي يحكم به، ويتضح كذلك أن المسؤولية تختلف بالنسبة للإثبات بشهادة الشهود لتي قد تقع على ضمير الشهود، على عكسها بالنسبة للقرينة القضائية فإن المسؤولية تقع على القاضي وضميره دون غيره.[3]

فالخصم يعرض على القاضي الوقائع الثابتة التي يريد جعلها أساسا لاستنباط ما يدعي وللقاضي هنا حرية في أن يختار منها ما يشاء وفي أن يستنبط منها ما يراه ملائما[4].

وفي ذلك ورد بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني ما يلي: " يقوم الإثبات بالقرائن غير المقررة في القانون على تفسير القاضي لما هو معلوم من الأمارات والوقائع تفسيرا عقليا لتكوين اعتقاده، من طريق استخلاص الواقعة المجهولة التي يراد إقامة الدليل عليها من مقدمات هذا المعلوم.[5]

وبالرغم من الحرية التي يحظى بها القاضي بنص قانوني صريح إلا أنه يتعين عليه مراعاة بعض الضوابط الهامة في عملية اختيار الواقعة الثابتة واستنباط الواقعة المجهولة وتمثل فيما يلي:

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص696—697.

[2] عماد محمد أحمد ربيع، القرائن وحجيتها في الإثبات الجزائي، دار الكندي للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، الأردن، ص ص105 -106.

[3] أحمد نشأت رسالة الإثبات ج 2 المرجع السابق، ص 417

[4] عماد محمد أحمد ربيع، المرجع السابق، ص ص105 -106.

[5] همام محمد محمود زهران، المرجع السابق ، ص138

أولا: أن تكون الواقعة أساس الاستنباط ثابتة ومعناه ألا تكون محتملة وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن القرينة هي استنباط أمر مجهول من واقعة ثابتة معلومة بحيث كانت هذه الواقعة محتملة وغير ثابتة بيقين فإنها لا تصلح مصدر للاستنباط[1].

ثانيا: أن تكون الواقعة محددة ويعد هذا الضابط شرط من شروط التي يجب توافرها في الواقعة محل الإثبات ومثال ذلك من يدعي أنه دائن لشخص آخر، يجب عليه أن يحدد الواقعة التي تنشأ عنها هذا الدين بتصرف قانوني أو واقعة مادية، فيجب أن الواقعة محددة تحديدا كافيا وتقدير ذلك يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وسواء كلن التحديد في عريضة الدعوى أم في المذكرات المقدمة من الخصوم، كما يتم في طلب الإحالة أو في طلب تعيين خبير[2]

ثالثا: وجود علاقة بين الواقعة المعلومة والواقعة المجهولة ومعناه وجود صلة واضحة وارتباط وثيق.

رابعا: أن تكون الواقعة المختارة غير مفتعلة يجب أن تكون صحيحة ومطابقة للحقيقة، فعلى القاضي التأكد من صحتها وأنه لم يعبث بها أحد[3]. وقد تكون مصطنعة ومرتبة خاصة شهادة الشهود التي تحتمل أن تكون مزورة وبالتالي يستخلص منها واقعة غير حقيقية ومفتعلة.

خامسا: أن تكون الدلائل مثيرة لعدة احتمالات: فكلما كانت الواقعة المختارة مثيرة لعدة احتمالات عديدة كانت أصلح في الكشف عن الواقعة المجهولة.

سادسا: أن تكون الدلائل متطابقة، القاضي هنا عليه أن يقدر دلالة على حدى ثم يجمع الدلائل التي تتلاقى مع بعضها البعض.

وإضافة لما سبق ذكره لا يجوز للقاضي أن يستند في استخلاصه للقرينة القضائية على مجرد ادعاءات صادرة من الخصم دون وجود أية أدلة، إذ يتعين التفرقة بين الأمارات الموضوعية التي يتخذها القاضي كأساس الاستنباط والادعاءات الصادرة عن الطالب[4]، وعلى القاضي هنا مراعاة القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه.

---

[1] الطعن رقم 496 سنة 25ق جلسة 1961/04/27 ص399. أشار إليه عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق ص 22.

[2] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص65.

[3] عماد محمد أحمد ربيع، المرجع السابق، ص ص105 -106.

[4] سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، 2007 ص329.

- **من صور القرائن القضائية المستنبطة:** والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر والمستسقاة من أحكام القضاء تتمثل في:

ـ **قرينة ملكية الزوجة المسلمة لمنقولات بمسكن الزوجية:** جرى العرف على أن المنقولات الموجودة بمسكن الزوجية هي ملك للزوجة وهذه القرينة القضائية لا تكفي لوحدها بل لابد من تعزيزها بقرائن أخرى تساندها، إذا استصدر الدائن أمر بالحجز على منقولات الموجودة بمسكن الزوجية، وأقامت الزوجة دعوى استرداد فلا تكفي تلك القرينة لإثبات ملكية الزوجة، وهنا تخضع هذه القرينة القضائية لتقدير القاضي في جميع الأحوال حتى ولو كانت تستند لقاعدة عرفية أو حكم سابق أخذ بهذه القرينة في وقائع مماثلة[1].

ـ **الإقرار الصادر في قضية أخرى كقرينة قضائية:** يعد إقرار مكتوب صدر في مجلس القضاء، ويترك تقديره لمحكمة الموضوع في الظروف والأغراض التي صدر من شأنها ولها أن تعتبره دليلا مكتوبا أو مبدأ ثبوت الكتابة أو مجرد قرينة[2].

ـ **قرائن النسب:** تعتبر بيانات شهادة الميلاد قرينة على النسب وليست حجة في إثباته[3]. وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية أن شهادة الميلاد ليست حجة في إثبات النسب وإن كانت تعد قرينة عليه، لأن القيد بالدفاتر لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب، قد يكون بناء على إملاء القابلة أو الأم، ونسبة الطفل لشخص معين لا يعد حجة طالما لم يقر به[4]

---

[1] أنور طلبة، المرجع السابق، ص ص 559-560.

[2] نقض 1945/12/27 أشار إليه أنور طلبة، المرجع السابق، ص 586.

[3] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 245.

[4] نقض 1976/02/04 أشار إليه أنور طلبة، المرجع السابق، ص 611.

الفرع الثاني: مدى جواز اعتماد القاضي المدني على الوسائل العلمية الحديثة

إن التطور الهائل الذي وصل إليه التقدم العلمي لاسيما في مجال الاتصالات كشف عن أدلة جديدة تصلح لإثبات مختلف التصرفات القانونية والوقائع المادية ولا شك أن ترك هذه الوسائل الجديدة من دون تنظيم يعد من أهم المشكلات التي تواجه القضاة في المنازعات التي تقع بين الأفراد، إذ يقف القاضي مقيدا أمام صرامة حدة الخاصية القانونية لطرق الإثبات وضوابط الدليل الكتابي لهذه الوسائل في الإثبات والملاحظ أن التشريعات العربية لم تذكر أي نص قانوني يحدد قوتها في الإثبات بالرغم من حداثة هذه التشريعات ومعاصرة بعضها لهذه الوسائل كقانون الإثبات المصري و القانون المدني الأردني و قانون الإثبات العراقي وكذا التشريع الجزائري، ولذا فقد تعددت آراء الفقهاء في البحث عن كيفية قبول هذه الوسائل في الإثبات ،لذلك سنتعرض لهذه الوسائل مع توضيح اجتهاد الفقه و القضاء منها:

أولا_ التسجيل الصوتي :رفضت المحاكم في البداية الأخذ بالتسجيل الصوتي ليس لعدم اقتناعها به ولكن لأن القانون لم ينظمها كدليل إثبات، وأساس رفضها أنه ليست لها السلطة أن تقبل دليل لم ينص عليه المشرع. ولقد أخذ القضاء في بعض أحكامه بقبول التسجيل كبداية ثبوت بالكتابة طبقا لنص المادة 1347 من القانون المدني الفرنسي.

ويتفق الفقه مع هذا الحكم لكن مع جملة من التحفظات ومنها ألا يتعارض التسجيل مع سرية المعاملات وبشرط تحديد هوية الشريط أي بيان كيفية مجيء التسجيل للوجود[3]. وعليه فإذا أراد القاضي الأخذ به كقرينة قضائية أن يكون الكلام المسجل بعيد عن الشبهة والتزوير بالإضافة إلى ضرورة البحث عن ملابسات وظروف التي تم فيها التسجيل مثاله إذا تم الحصول على تسجيل صوت الخصم بطريقة غير مشروعة وهو في حالة سكر أو نتيجة إكراه فهنا لا يعتد بهذا التسجيل لأنه منافيا للأخلاق والآداب العامة وفي كل الأحوال قد يستعين القاضي في ذلك على خبير لتفحص التسجيل لأن هـ يسهل التلاعب به بأساليب مختلفة قد يتعذر حتى على الخبير إثباته، وعليه فهو متروك لتقدير القاضي.

ثانيا_ وسائل الاتصالات الحديثة : أصبحت أجهزة الاتصالات بمختلف أنواعها ومسمياتها ضرورية في الحياة العملية مثل (التيلكس، فاكس، الحاسب الآلي ...وغيرها من التقنيات الحديثة) ولا شك أن استخدام هذه الوسائل لها أهمية كبرى في المعاملات التجارية خاصة، ويعتد القضاء بهذه الوسائل لأنها تخضع لمبدأ الإثبات الحر [1]

أـ التيلكس:يتسم بسمة أساسية بوصفه يترك أثرا ماديا مكتوبا بآلة الطابعة على سند ورقي، ويدخل ضمن السندات الالكترونية وهذا السند الالكتروني إذا طبقنا عليه ضوابط الدليل الكتابي بالمفهوم

[1] سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 322.

التقليدي وهي الكتابة والتوقيع فان هذا السند يفقد قيمته في الإثبات لذا فما هي قيمة السند المستخرج منها حاليا؟

يعتبر الإثبات بالتيلكس نظام جديد يختلف عن الأدلة التقليدية المكتوبة والسائدة حاليا في طرق الإثبات وبالرغم من سرعة اتساع نطاق التيلكس في معاملات الأفراد فان التشريعات العربية لم تتطرق إلى هذا النظام الجديد لذا يثار التساؤل حول بيان قوته في الإثبات إذ لا يمكن اعتبارها رسائل عادية وبالرغم من أن التلكس هو نتيجة التطور البرقي وهنالك بعض التشابه بين البرقيات المرسلة عن طريق البرق العادي والتلكس فلا نطبق عليه أحكام البرقية لانعدام الشروط القانونية أي انعدام التوقيع ، وانه استنادا للمفهوم الواسع لشرطي الكتابة والتوقيع في ظل المفاهيم الحديثة التي أخذت بها الكثير من تشريعات الدول المتقدمة والاتفاقيات الدولية يمكن أن نعد السند المستخرج من التيلكس سندا عاديا من نوع خاص بالرغم من عدم توفر شروط السند العادي فيه ، وفي نفس السياق أشار الأستاذ بوريس إلى أن التلكس في فرنسا يعد من ضمن الرسائل العادية[1]

ب ـ السندات الإلكترونية المرسلة عن طريق الفاكس: هو جهاز استنساخ بالهاتف ويعد من أسرع الوسائل التي تقدم الخدمات البريدية في عالم الاتصال وأكثرها تطورا ويطلق عليها الاستنساخ عن بعد فهو ينقل الصور والسندات عن طريق شبكة الهاتف المركزية أو عن طريق الأقمار الصناعية وتسلم السائل والمستندات بنسخة منها في أسرع وقت إذ لا يمكن أن تزيد عن 30 دقيقة مهما كان المرسل إليه بعيدا، فما قيمة السند الالكتروني المرسل عن طريق الفاكس؟ فهي ليست سندا أصلي بل هي صورة حرفية مستنسخة طبقا للأصل المرسل والتي تبقى لدى المرسل أو تبقى لدى دائرة البريد التي تحتفظ بالأصل إذا كان السند مستخرج عن طريقها. أما إذا طبقنا على السند الإلكتروني أحكام السندات الكتابية بالمفهوم التقليدي فلا يخلو عن وصفه صورة لسند كتابي عادي، وإن كانت خالية من التوقيع لكن صدورها من موظف عام مختص يضفي عليها ذلك.

ففي ظل المفهوم التقليدي للسندات يمكن أن نطبق أحكام البرقيات على السندات الالكترونية المرسلة عن طريق البريد الالكتروني للتشابه بينهما ولكن بشرط أن يكون أصل السند مودعا لدى مكتب البريد موقعا عليه من المرسل وإلا يكون أصل السند قد اتلف من مصلحة البريد.

ولقد أخذت الاتفاقيات الدولية المعاصرة، وكثيرا من التشريعات الأخرى بالمفهوم الحديث للسندات الالكترونية، ومنها السندات المرسلة عن طريق الفاكس وجعلت لها حجية متميزة في إثبات التعاقد الذي يتم عن طريقها وأدرجتها ضمن السندات الكتابية، ولقد نصت المادة 14 الفقرة الثالثة من

[1]Boris sturck par henrio rolond laurent boyer ,introduction au droit 2eme edition li (21) tes 1988 page 584

اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بنقل البضائع بحرا لسنة 1978 (قواعد هامبورغ) على نفس الحجية والقوة التي رصدت للفاكس.

ج ـ المخاطبة الهاتفية: نظمت أغلب التشريعات التعاقد بالهاتف، وأقرت بأنه تعاقد بين حاضرين في ما يتعلق بالزمان وبين غائبين في ما يتعلق بالمكان، لكن لم تذكر شيء عن كيفية إثباته والإشكال يزيد حدة هنا عند عدم جعل المخاطبة الهاتفية وسيلة إثبات قانونية للمتعاقد في حالة المنازعات بالإضافة إلى ذلك أن إثبات المخاطبة الهاتفية للتعاقد أمر في غاية الصعوبة إذ استلزم القانون إثبات التعاقد بالدليل الكتابي والقاضي يستطيع في ظل غياب التنظيم التشريعي لإثبات التعاقد بالهاتف أن يجعل من المتعاقد عن طريقه، له مانعا ماديا يمنعه من الحصول على دليل كتابي، وبالتالي يجوز له أن يأخذ بالشهادة والقرائن القضائية وتوجيه اليمين المتممة.

من خلال ما سبق نلاحظ أن القضاء اجتهد من أجل استيعاب التطور الحاصل في الحياة الواقعية من تكنولوجية وما تطرحه من وسائل حديثة تضطره لأخذها كوسيلة في الإثبات نظرا لقصور المشرع الجزائري في معالجتها في نصوص قانونية واستند المحاكم بالاعتداد بمخرجات هذه الأجهزة على توسع مبدأ ثبوت بالكتابة وكذلك المانع المادي.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حجية القرائن القضائية

بما أن قاضي الموضوع يختص لوحده في عملية الاستنباط والذي هو عبارة عن عملية تقوم على فهمه لوقائع النزاع وتقديره لدلالتها لذا كان الخطأ بشأن هذا الاستنباط محتملا[1]، وعلى هذا الأساس لم يحدد المشرع حجية القرائن القضائية، بل ترك أمر تقدير قوتها للقاضي[2] إما بأخذها أو تركها، فللقاضي إذن حرية في ترتيب الأثر الذي يراه على أية قرينة توافرت في الدعوى. وعلى هذا الأساس فالحجية يقدرها القاضي بحسب اجتهاده ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا. ولهذا فإن دراستنا لهذا المطلب تقتضي تقسيمه إلى فرعين بحيث نخصص الفرع الأول لدراسة حرية القاضي في تقدير حجية القرائن القضائية أما الفرع الثاني نخصصه لمدى رقابة المحكمة العليا.

الفرع الأول: حرية القاضي في تقدير حجية القرائن القضائية.

منح المشرع لقضاة الموضوع سلطة معينة في تقدير أدلة الإثبات المقدمة أمامهم، فقد يفضل القاضي دليلا على آخر نظرا للقوة الثبوتية الممنوحة قانونا لهذا الدليل، وهناك من يرى أن حرية القاضي في تقدير أدلة الإثبات المطروحة نتيجة منطقية لقناعته الشخصية[3]، وعلى هذا الأساس فللقاضي سلطة واسعة في تقدير الشهادة والقرائن القضائية.

وفي الواقع لما كانت القرائن القضائية هي من استنتاج القاضي قد تبلغ في بعض الأحيان من القوة بشكل قاطع بما لا يدع مجال لاحتمال عكسها، فلا يمكن من الناحية العملية إثبات عكسه، غير أنه في أحيانا أخرى قد لا تبلغ هذه القرائن القضائية حد من القوة فيستنتج القاضي الواقعة على سبيل الترجيح وبهذا تكون دلالتها غير قاطعة مما يفسح للخصم مجال إثبات عكسها.

وبالرجوع لنص المادة 340من ق.م نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد على معيار مرتبط أساسا بالسلطة التقديرية الواسعة للقاضي حتى يؤسس اقتناعه، فلم يحدد مضمون القرائن القضائية ولا الشروط بل تكرها للقضاء الذي له وحده تحديد قوة أو ضعف القرينة القضائية. والمراد من ذلك هو إظهار حنكة وفطنة القضاة من خلال اجتهاداتهم المختلفة من جهة، ومن جهة أخرى حتى لا يقيد حريته وحتى لا يتدخل في قناعته الشخصية.

وعليه فإن أهم نقطة ركزت عليها أغلب التشريعات هو الاقتناع الشخصي للقاضي الذي يعد أساس التقدير والذي ظهر مع قيام الثورة الفرنسية، حيث أعلن الفقهاء الابتعاد عن التقيد بالأدلة

---

[1] آدام وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 385.

[2] سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص329.

[3] رأي الدكتور علي رشيد الذي أشار إليه مسعود زبدة في مؤلفه الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1989،ص 56.

القانونية في مجال الإثبات الجنائي وأن يصدر القاضي حكمه بناء على قناعته الشخصية[1]،وعليه فالقرينة القضائية تعتبر مجالا خصبا لهذا الرأي الذي يمتاز بالنسبية والذاتية ومرجعه في ذلك ضمير القاضي الذي يكون عرضة للخطأ والتأثير الشخصي[2]. وهذا الاقتناع يتكون من القواعد الفطرية التي يحتوي عليها الضمير، ومن خلال تأثيره بالمجتمع وتقاليده والقانون الذي يجعل هذا الضمير كالميزان فهو يزن هذه الوقائع[3].

والجدير بالذكر أن هذه الحرية في التقدير ترتب نتائجا عديدة منها:

- القاضي قد يكتفي بدليل واحد بناء على قناعته، إذا كان الاستنباط غير متهورو عشوائيا ويكون كافيا لإقامة البينة وإلا تعرض حكمه لرقابة المحكمة العليا.
- القاضي قد يكتفي بقرينة واحدة، حتى ولو كانت تتناقض مع الشهادات المدلى بها في التحقيق متى كانت قوية ومنتجة.
- القاضي يقوم بترجيح قرينة على أخرى دون إلزامه بتسبب هذا الترجيح.
- خطأ القاضي في تقييم القرينة لا يشكل مسألة قانونية[4].

[1] براهيمي صالح، المرجع السابق، ص163

[2] مسعود زبدة، المرجع السابق، ص ص 111-112

[3] نفس المرجع، ص 112

[4] يحي بكوش، المرجع سابق، ص 200.

الفرع الثاني: مدى رقابة المحكمة العليا على عمل القاضي في الاستنباط.

إن منح السلطة التقديرية الواسعة لقاضي الموضوع في استنباط و استخلاص القرائن القضائية وإعمالها كدليل للإثبات فهي تخضع لرقابة المحكمة العليا باعتبارها الرقيب الأعلى إذ خرج القاضي عن الحدود المرسومة له طبقا لنص المادة 340من ق.م أي بما يجوز الإثبات فيه بالشهادة ،فإذا كانت الوقائع التي اعتمد عليها قاضي الموضوع لتكوين اقتناعه الشخصي مقبولة قانونا فلا رقابة للمحكمة العليا إلا في المَواطِن التي لا يجيز فيها الإثبات بشهادة الشهود وذلك لأن المسألة أصبحت قانونية إذ جعل المشرع القرينة القضائية في منزلة الشهادة.

فلو استخلص القاضي قرينة لإثبات تصرف تجاوز نصابه مائة ألف دينار جزائري، فتكون هذه القرينة عرضة للنقض، وبذلك يكون حكم القاضي لاغيا. ذلك أن القاعدة التي تمنع قبول الإثبات بالقرائن القضائية خارج الحالات التي يسمح بها القانون، هي مسألة قانون ترجع لاختصاص المحكمة العليا.

ومع ذلك فإن قضاة الموضوع إذا أخطئوا في تقييم القرينة القضائية أو الدليل الذي يستند إليه لا يشكل مسألة قانونية لذلك فإنها تبقى متروكة لقضاة الموضوع و لا رقابة للمحكمة العليا وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1966/12/08 جاء فيها " بأن تقدير القرائن القضائية هو ما يدخل في سلطة قاضي الموضوع و لا رقابة لمحكمة النقض عليه في تقديره لقرينة من شأنها أن تؤدي إلى الدلالة التي استخلصها هو منها فإذا كانت فإذا كانت محكمة الموضوع قد أقامت قرينة قضائية بتزوير مخالصة على قرائن مجتمعة ، فإنه لا يجوز للطاعن مناقشة كل قرينة على حدى لإثبات عدم كفايتها في ذاتها "[1].

كما أن القاضي غير ملزم أن يبين في الحكم أسباب اقتناعه أو تفضيله قرينة على أخرى ما دامت القرينة التي اعتبرها تؤدي إلى ذلك دليلا على ثبوت الواقعة في العقل والمنطق، ولكن إذا استمد القاضي القرينة من واقعة محتملة أو واقعة لا وجود لها أو استخلاصها غير مقبول عقلا ويتعارض مع الثابت في أوراق الدعوى فالحكم هنا يكون معيبا ويتوجب نقضه[2].

وعليه من حق القضاة أن يقبلوا أو يرفضوا القرائن التي يعتمد عليها الخصوم في جميع القضايا التي يكون الإثبات بالبينة جائزا ن كما أن على القاضي ان يبين في حيثيات حكمه أن القرائن القضائية التي يؤسس عليها قناعته هي قرائن خطيرة ومحددة ومتطابقة وإلا كان حكمه عرضة للنقض[3].

---

[1] مصطفى مجدي هرجة، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الكتاب الحديث ،1996، ص 515.

[2] يحي بكوش، المرجع سابق، ص 201.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 333.

الفصل الثالث: سلطة القاضي في ندب خبير قضائي

الأصل أن القاضي ملزم بتحقيق الوقائع التي تفرض عليه، وأن يتوصل إلى إثباتها بنفسه إلا أنه حتى لا يقف أمام النزاع موقف العاجز ويتهم بإنكار العدالة، أو يقضي في الوقائع التي تثير مسائل فنية عن جهالة فقد أجازت له مختلف التشريعات سواء في القانون الجزائري أو في القوانين المقارنة اللجوء إلى الخبراء لاستيضاح رأيهم في بعض الجوانب الفنية أو العلمية أو التقنية مما تخرج بالضرورة عن حدود إدراكه وعلمه.[1]

وأن الاستعانة بالخبرة الفنية تكون في المسائل غير القانونية حيث يختص بها القاضي بحكم تأهيله الفني والمهني، فيجيز القانون للقضاة الاستعانة بالخبراء كلما كان الفصل في النزاع يتوقف على معرفة فنية يقصر عنها علم القاضي.[2]

والقاعدة التي استقر عليها القضاء وأخذ بها المشرع في المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، أن تعيين الخبير في الدعوى هو من الرخص المخولة لقاضي الموضوع الذي له وحده سلطة الحكم بتعيين خبير أو الحكم بعدم لزومه.[4]

وجب التفرقة بين المسائل الفنية، وبين الحقائق العلمية الثابتة التي لا يقوم بشأنها خلاف في الرأي، أو المسائل المتعلقة بالشؤون العامة التي يفترض علم الكافة بها، فهذه المسائل يجوز للقاضي أن يبني حكمه عليها دون حاجة إلى الاستعانة بآراء الخبراء الفنيين.[5]

سنتناول في دراسة إجراء التحقيق بندب خبير قضائي في مبحثين الأول نتناول الإجراءات المتبعة للقيام بالخبرة، والثاني حجية الخبرة في الإثبات وسلطة القاضي في تحديدها.

---

[1] محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص: 287

[2] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق –ص

[3] تنص المادة 126 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"

[4] عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص115،

[5] قروف موسى، المرجع السابق، ص 236.

المبحث الأول: الإجراءات المتبعة للقيام بندب خبير

قد يحدث كثيرا أن يتطلب الفصل في الدعوى المطروحة على القاضي معرفة فنية تخرج عن كونها بعيدة عن المجال الأصلي لتخصص القاضي، كالمسائل الطبية، الحسابات والهندسة المعمارية وبصفة عامة كل المسائل ذات الطابع الفني لكونها بعيدة عن المجال الأصلي لتخصص القاضي.[1]

والخبرة لها مكانة متميزة بالخصوص في قضايا العقارات و حوادث العمل و التزوير ،فهي تكليف أشخاص ذوي اختصاص تقني معين لإجراء معاينات تتطلب معارف ومؤهلات علمية خاصة[2]، وأن المطالبة بإجراء الخبرة يمكن أن يكون من الخصمين سواء مدعيا أو مدعى عليه وهذا بتبيان الأسباب التي تستلزم الاستعانة بالخبير ، وقد تأمر المحكمة من تلقاء نفسها بندب خبير متى رأت ضرورة في ذلك ن على أن للقاضي الحرية في قبول طلب ندب خبير باستثناء الأحوال التي يوجب القانون عليه ذلك وبما أن رأي الخبير مجرد رأي حول مسألة فنية ، فإن هذا الرأي يخضع لمطلق تقدير القاضي.

تعتبر الخبرة القضائية وسيلة من وسائل الإثبات وإجراء من إجراءات التحقيق التي يأمر بها القاضي فلها قواعدها و فنياتها وخصوصياتها التي لابد من تعلمها لذلك اعتنى المشرع الجزائري كغيره من المشرعين بهذا الموضوع ونظمه في المواد 125 إلى 145 من ق إ م إ بإتباع إجراءات تشكل السبيل الذي تنتقل به الخبرة من نص القانون إلى الواقع العملي في القضية المعروضة، وهو الأمر الذي سنتناوله على النحو الآتي: في المطلب الأول نتناول بالدراسة إلى ماهية الخبرة القضائية، وكمطلب ثاني إلى الإجراءات المتبعة للقيام بالخبرة.

[1] فاطمة الزهراء تبوب، المرجع السابق، ص 37

[2] براهمي محمد، إجراءات التقاضي أمام الجهات القضائية المدنية، برتي للنشر سنة 2021، ص 431

المطلب الأول: ماهية الخبرة القضائية

إن دراسة موضوع الخبرة القضائية باعتبارها دليل من أدلة الإثبات التي يجوز للمحكمة أن تلجأ إليهامتى كانت الوقائع المعروضة عليها تثير مسألة فنية أو علمية منها يخرج عن حدود علمها وإدراكها تتطلب تحديد مفهومها كفرع أول، والفرع الثاني خصائص التي تمتاز بها الخبرة القضائية.

الفرع الأول: تعريف الخبرة القضائية

الخبرة لغة الخبر أي النبأ يقال إخبار أو أخابير ورجل خابر أو خبير وخبر أي عالم به، وأخبره أي أنبأه ما عنده، والخبر والخبرة يضمان العلم بالشيء كالإخبار والتخبر.[1]

والخبير اسم من أسماء الله الحسنى جل جلاله ورد في القرآن الكريم ومعنى الخبير جل جلاله أنه لا تغرب عنه الأخبار ظاهرها وباطنها لا في السماوات ولا في الأرض فهو العالم بما كان وبما يكون لا تخفى عليه خافية، باسم الله الرحمان الرحيم:" **إنّ الله لا يخفى عليه شيء في الأرض ولا في السماء** ".[2]

وخبرت بالأمر علمته وخبّرت الأمر وأخبرته إذا عرفته على حقيقته وقوله تعالى:" **فاسأل به خبيرا** "أي اسأل عنه خبير يخبرك، والخبير العالم الذي يخبر الشيء بعلمه ورجل مخابراتي أي ذو مخبر كما قالوا منظراني أي ذو منظر.[3]

أما تعريف الخبرة القضائية اصطلاحا أنها إجراء يعهد به القاضي إلى شخص مختص ينعت بالخبير بمهمة محددة تتعلق بواقعة أو وقائع مادية يستلزم بحثها أو تقديرها أو على العموم إبداء الرأي فيها علما أو فنًّا لا يتوافر في الشخص العادي ليقدم له بيانا أو رأيا فنيا لا يستطيع القاضي الوصول إليه وحده.[4]

كما تم تعريفها على أنها:" المهمة الموكلة من قبل المحكمة أو الهيئة القضائية إلى شخص أو عدة أشخاص أصحاب الاختصاص أو مهارة أو تجربة في مهنة ما أو فن أو صنعة أو علم لتحصل منهم على معلومات أو آراء أو دلائل إثبات لا يمكن لها أن تؤمنها بنفسها وتعتبر ضرورية لتكوين قناعتها للفصل في نزاع معين.[5]

---

[1] مجد الدين اليعقوب، القاموس المحيط، فصل الخاص، مؤسسة الرسالة بيروت طبعة 1996، ص488.

[2] سورة آل عمران، **الآية رقم 05**،

[3] ابن منظور،لسان العرب ج 2، المرجع السابق، ص 90.

[4] محمد جمال الدين زكي، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، دراسة انتقادية لأحكام قضاة الموضوع بندب الخبراء، مطبعة جامعة القاهرة 2001، ص11.

[5] أميل أنطوان ديراني، الخبرة القضائية، المنشورات الحقوقية الصادرة سنة 1977 طبعة 11، ص17.

وتم تعريفها على أنها نوع من أنواع المعاينة التي لا تقوم بها المحكمة وإنما يقوم بها شخص له إلهام بعلم أو فن لا يعلمها القاضي، كالطب والهندسة وتحقيق الخطوط والمحاسبة وغيرها من الأمور التي تستعصى على فهم القاضي.[1]

وتم تعريفها على أنها إجراء تحقيقي واستشارة فنية تقوم بها المحكمة بقصد الحصول على معلومات ضرورية عن طريق أهل الاختصاص، وذلك للبث في كل مسألة التي يستلزم الفصل فيها أمور علمية أو فنية لا تستطيع المحكمة الإلمام بها.[2]

وقد تناول المشرع الجزائري تعريف الخبرة في المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنها:" تهدف إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"

أما عن تعريف الخبرة في الفقه الفرنسي فقد جاءت كلها تدور حول فكرة واحدة هي إنها عبارة عن إجراء من إجراءات الإثبات يعهد به القاضي لأشخاص مؤهلين لديهم كفاءة ومعرفة علمية وفنية للقيام بأبحاث وتحقيقات لا يستطيع القاضي القيام بها بنفسه، ليقدم الخبير تقرير أصول النتائج المتواصل إليها.[3]

كما تم تعريفها أنها قيام المحكمة بانتداب شخص من ذوي الاختصاص وتكليفه برؤية موضوع النزاع والإدلاء برأيه الفني والعلمي فيه.[4]

فالخبرة تقتصر على تحقيق الواقع في الدعوى وإبداء الرأي في المسائل الفنية، دون المسائل القانونية لكون هاته الأخيرة تدخل في ولاية المحكمة وحدها وهي من جميع اختصاصها ولا يجوز لها أن تنزل عنها، وتعهد بها إلى خبير.[5]

وكقاعدة عامة فالقاضي ملزم وبحكم مهنته بتحقيق الوقائع التي تعرض عليه وصول إلى قناعته فيها، ولا يجوز له اللجوء إلى غيره في سبيل إدراك وإثبات ما يعرف عليه من نزاعات، غير أن عدم إحاطته بموضوعات النزاع المطروح لا بجهل منه وإنما لدخولها ضمن تخصصات لا يفترض فيه علمها وإدراكها جعل هناك مجال للقول بإمكان الخروج عن القاعدة العامة، بحيث سمح للقاضي اللجوء إلى غيره من المتخصصين في علم أو فن الموضوع المطروح عليه طلبا لإثباته وتحقيقه الأمر الذي أصبح جائز بل لابد منه.[6]

---

[1] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 100.

[2] محمد حزيط، المرجع السابق ص288.

[3] قروف موسى، المرجع السابق، ص236

[4] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص665.

[5] علي أحمد الجراح، نفس المرجع، ص665.

[6] محمود مراد الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، دار النصر، طبعة إضافية، ص99.

وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري بنص المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقولها " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"، هذا النص ينسجم مع موقف المحكمة العليا المعبر عنه في إحدى قراراتها:" من المقرر قانونا أن دور الخبير ينحصر في المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على الفهم الشامل لعناصر القضية، فلا يجوز أن ينتدب للقيام بعمل من صميم مهام القاضي مثل إجراء تحقيق و سماع الشهود، فمهمة الخبير تقتصر على إبداء رأيه في المسائل الفنية التي يصعب على القاضي استقصائها بنفسه دون المسائل القانونية.[1]

الفرع الثاني: خصائص الخبرة القضائية ونطاق الاستعانة بخبير

إن الخبرة القضائية باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات الفنية تتميز بمجموعة من الخصائص تحدد مفهومها وتميزها عن غيرها من المفاهيم المشابهة لها كالتحقيق والمعاينة لاسيما أن الهدف من الخبرة هو تنوير القاضي بشأن مسائل واقعية أو مادية تحتاج إلى تحقيقات معمقة، لذلك نتطرق لخصائص الخبرة أولا ثم نطاق الاستعانة بخبير ثانيا.

أولا: خصائص الخبرة:

أ. **خاصية فنية:** كون أن مجال الخبرة القضائية يقتصر على المسائل الفنية الخالصة، فالمحكمة لا تلتزم باللجوء إلى أهل الخبرة، إلا فيما يتعلق بالمسائل الفنية البحتة ويقصد بهذه المسائل تلك التي تتطلب معرفة أو دراية خاصة من الناحية العلمية أو الفنية.

وأن الخبير القضائي هو مساعد للقضاء ويؤدي مهامه تحت سلطة القاضي الذي عينه، يقدم المشورة الفنية والرأي العلمي المتخصص في المسألة المعروضة على القاضي الذي لا تمكنه معارفه العامة على استقصاء عناصرها وحقيقة أمرها.[2]

وتنحصر مهام الخبير في المسائل الواقعية[3]، ولا يمكن أن تمتد إلى المسائل والتقديرات القانونية فهي من صميم عمل القاضي بصفته خبير في القانون، ولا يجوز أن يفوض غيره فيها.

ولا يكفي أن تكون مهمة الخبير مسالة واقعية فقط بل يجب أن تكون ذات طبيعة فنية بحتة بحيث لا يستطيع القاضي أن يقوم بها بنفسه بل يحتاج تحقيقها إلى علمي متخصص.[4]

إن الإخلال بهذه الخاصية يترتب عليه حتما بطلان إجراء الخبرة ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي ندب خبير وتوضيح مسائل قانونية لأن هذا العمل يعد تنازلا منه على اختصاصه للخبير وهو ليس أهل للفصل في هذه المسائل لأن القاضي يعد خبيرا في القانون ويفترض فيه العلم به.[5]

---

[1] مجلة قضائية عدد 4 لسنة 1992 ص61.

[2] قروف موسى،المرجع السابق، ص237.

[3] أحمد أبو الوفا، التعليق على قانون الإثبات، المرجع السابق، ص 382.

[4] قروف موسى،المرجع نفسه، ص237.

[5] مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 2004، ص07.

ب- خاصية الصفة الاختيارية للخبرة القضائية:

إن المحكمة هي التي تقدر مدى ضرورة الاستعانة بخبير، وهي تملك السلطة المطلقة في ندب الخبراء سواء من تلقاء نفسها أو استجابة لطلب الخصوم وذلك بتقديرها للأسباب ولا معقب عليها في ذلك فقد ترى في عناصر النزاع والأوراق المقدمة ما يكفي لتكوين قناعتها فترفض ندب خبير ولو قدم الخصوم طلبا لذلك.

وللمحكمة أن تقضي بندب خبير كلما رأت الضرورة إلى ذلك على أن للقاضي الحرية في قبول طلب ندب خبير باستثناء الأحوال التي يوجب القانون عليه ذلك وبما أن رأي الخبير مجرد رأي حول مسألة فنية، فإن هذا الرأي يخضع لمطلق تقدير القاضي.[1]

إن القانون استثناء أوجب فيها الاستعانة بالخبراء مثل ما هو مقرر في المادة 187 من القانون التجاري بالنسبة للتعويض الاستحقاقي[2] ،حيث جاء في قرار المحكمة العليا يحمل رقم 35250 مؤرخ في 1985/08/08 بأنه " من المقرر قانونا إذا كان المجلس القضائي مكلفا بالفصل في دعوى صحة التنبيه بالإخلاء يتضمن رفض تجديد الإيجار بدون ذكر أي سبب خطير و مشروع فإنه من الواجب على القضاة أن يعينوا خبيرا للتقويم تعويض الاستحقاق وفقا لما نصت عليه المادة 176 من القانون التجاري، و لما كان المجلس القضائي فضلا عن ذلك لا يمكنه بدون خرق أحكام المادة 187 من نفس القانون أن يأمر بطرد المستأجر من المحل التجاري مضيعا له ضمانه الحقيقي و بصرفه للقيام بدعوى منفصلة لتحديد التعويض عن الإخلاء الواجب له، فإنه بهذا القضاء خالف أحكام المادتين 176-187 من ذات القانون، واستوجب رفضه"، أو في حالة طلب قسمة المال الشائع بين الشراء.

إن مسالة تعيين الخبير في الدعوى من الرخص المخولة لقاضي الموضوع فله وحده تقدير لزوم أو عدم لزوم هذا الإجراء متى كان رفضه لطلب تعيين الخبير قائما على أسباب مبرر.[3]

---

[1] تبوب فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص38.

[2] تنص المادة 187 /2 من القانون التجاري على أنه:"غير أنه خلافا لأحكام الفقرة السابقة يلزم المستأجر بمغادرة الأماكن في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 178 فور سداد التعويض المؤقت الذي يحدده رئيس المحكمة الذي يبث في القضية وذلك بناء على الخبرة التي يكون سبق أن أمر بها وفقا للأوضاع المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 194" الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم.

[3] مولاي ملياني بغدادي، الخبرة القضائية في المواد المدنية، الجزائر مطبعة دحلب 1992، ص 51.

ج-خاصية التبعية للخبرة القضائية:

تفترض الخبرة القضائية وجود نزاع قائم، وهي تمثل وسيلة إثبات تساعد في حسم النزاع ويفرض القضاء ان تكون الخبرة مستقلة عن أي نزاع لأن طلب الخبرة هو من إجراءات الإثبات التي يلجأ إليها الخصوم أو القاضي بصدد دعوى قائمة بالفعل، ومع ذلك فقد أجيز اللجوء إلى الخبرة بصفة أصلية كاستثناء في الدعاوى الاستعجالية التي يجب أن تتوافر بشأنها صفة الاستعجال، فيجوز لقاضي الأمور المستعجلة ندب خبير للانتقال والمعاينة وسماع الشهود لإثبات حالة يخشى من ضياع معالمها.

ثانيا: نطاق الاستعانة بخبير قضائي

الاستعانة بأهل الاختصاص أمر ضروري لاستخلاص رأي هؤلاء في المسائل الفنية التي تساعد على الفصل في موضوع النزاع ومنتجا، وهي مسائل لا تقع تحت حصر معين فهي تشمل كل المسائل غير القانونية كالطب والهندسة والفلاحة والصناعة والمحاسبة و كلها تخرج عن دائرة اختصاص القضاء هذا من جهة، و من جهة ثانية فإن القاضي و استنادا لمبدأ الحياد لا يجوز له القضاء بعلمه الشخصي استنادا لمعلوماته الشخصية بخصوص الجانب الفني الذي لا يجوز له القضاء فيه إلا بعد أن يبين المصدر الذي استمد منه حكمه.[1]

حددت المادة: 125 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مجال الخبرة في الوقائع المادية التقنية و العلمية المحضة ، فالخبرة تتناول الوقائع المادية فقط، و تخرج عن مجالها المسائل القانونية، و أن الوقائع المادية التي يجوز أن تكون موضوع خبرة قضائية غير محصورة في ميدان معين بذاته ذلك أن كل مسألة فنية قد تحتاج إلى إجراء خبرة بشأنها[2] ، مثالا على ذلك في المنازعات المدنية قد تكون الخبرة هندسية لتقدير قيمة الأشغال التي أنجزها المقاول ، أو بيان ما إذا كان هناك عيوب في الأشغال أو أعمال البناء المنجزة و تحديد قيمة الضرر.[3]

[1] -عمر بن سعيد، المرجع السابق ،ص 115

[2] - محمد حزيط، مرجع سابق ص291.

[3] - محمد حزيط، نفس المرجع ص291.

المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة في الخبرة القضائية

نظم المشرع الجزائري الخبرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وحدد الخبرة بأنها إجراء من إجراءات التحقيق في الدعوى، مثل الشهادة والقرائن وغيرها من الوسائل الأخرى، وأصبحت الخبرة إجراء مساعد للقاضي فهنا يستعين القاضي بالخبير لبيان مسألة تتعلق بالشخص.

كما أن معظم التشريعات نظمت الإجراءات التي تتبع في الخبرة القضائية، فيقصد بإجراءات الخبرة الخطوات والأوضاع التي تمر بها الإجراءات لإجراء خبرة قضائية، وهو ما سيتم تناوله بالترتيب في الفرع الأول بالتطرق إلى كيفية طلب إجراء خبرة قضائية والحكم بندب خبير قضائي في فرع ثاني أما الفرع الثالث مباشرة الخبير لمهامه.

الفرع الأول: طلب إجراء خبرة قضائية

وفقا لأحكام المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تلجأ المحكمة للخبرة بناء على أحد الخصوم أو من تلقاء نفسها أن تأمر بتعيين خبير أو خبراء من تخصص واحد أو من تخصصات مختلفة.

والأصل أن طلب انتداب خبير يكون من طرف الخصوم سواء في دعوى قائمة أمام القاضي أو بصفة أصلية مستقلة لإثبات حالة معينة ولو لم يكن هناك نزاع مطروح أمام القضاء[1]، أين يتم في الأولى تقديم طلب إلى المحكمة الناظرة في الدعوى بموجب طلب أو مذكرة جوابية، أو يتم اللجوء مباشرة إلى طرق باب القضاء الاستعجالي متى توافرت شروط ذلك ، أين يتم تقديم الطلب بندب خبير بموجب دعوى استعجالية إذ توافرت شروطها.[2]

ويخضع تقديم هذا الطلب لقاضي الموضوع فله أن يقرر الاستجابة إلى طلب الخصم أو عدم الاستجابة إليه بحسب ظروف الدعوى و ما طرح فيها من أدلة و مستندات، فإذا رأى أنه يستطيع الوصول إلى الحقيقة في النزاع دون حاجة إلى رأي خبير ، أو وجد أن الحقيقة ظاهرة من مستندات الخصوم أو من أقوال الشهود جاز له رفض طلب الاستعانة بأهل الخبرة.[3] ، و لابد على القاضي أن يبرر أسباب رفضه في الحكم لاسيما أنه إذا قدر القاضي أن الخبرة غير مفيدة أو غير جدية، ولن تضيف جديد في الدعوى أو رأى أن طلب الخبرة و موضوعها ليس وثيق الصلة بالنزاع أو غير منتجة فيه[4] ، كما تملك المحكمة رفض الطلب الذي التمسه الخصم إذا كان يهدف من ورائه كسب الوقت

---

[1] – أ.بلعيساوي محمد الطاهر، أ.باطلي غنية،المرجع السابق، ص310.

[2] – محمد زهدور، المرجع السابق ، ص101.

[3] – قروف موسى، المرجع السابق، ص240

[4] – شمام منير ، المرجع السابق، ص193.

والمماطلة لإطالة أمد النزاع و التقاضي، أي إذا أساء الخصم استعمال حقه في طلب الخبرة كأن يطلبها بغير مقتضى.[1]

كما أن القاضي يتمتع بحرية كاملة في تقدير الحاجة إلى اتخاذ إجراء تحقيق ما، كما أنه يملك الحرية في تعديل نطاق التحقيق بتوسيعه أو تضييقه أو بالأمر بإجراء تحقيق آخر مع الإجراء السابق الذي أمر به[2] ، إلا أنه إذا كانت الخبرة هي الوسيلة الوحيدة للإثبات إذا تعلق الأمر بمسائل فنية بحتة تستدعي تدخل أهل الاختصاص والمعرفة ، أو تعلق بدفاع جوهري كمن يدعي تعرض منزل المدعي لأضرار معتبرة من جراء المياه المتسربة إليه من قنوات صرف المياه من المدعى عليه وبسببها، وإنكار هذا الأخير طلبات المدعي ومزاعمه فهي الوسيلة الوحيدة لإثبات دفاعه، و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها انه:" إن تسبيب القاضي المتمثل في استبعاد مسؤولية الخبير على أساس بذل عناية و ليست تحقيق نتيجة غير مقبولة قانونا، إذ الاستعانة بخبرة فنية وجوبية.[3]

إن إجراء الخبرة هو حق للمحكمة، وهو واجب عليها في آن واحد، متى كانت ضرورية للبث بالدعوى أو في جزء منها أو في مسألة متعلقة فيها، وكانت منتجة في الإثبات، لتنير الطريق للمحكمة للوقوف على حقيقة النزاع وإجلاء الغامض منه، ولتسترشد بها المحكمة في إصدار حكمها.[4]

ولا يشترط في الطلب الذي يقدمه الخصوم لإجراء الخبرة شكلا معينا، حيث يجوز أن يقدم شفاهه، تسجله المحكمة في محاضر جلساتها غير أنه من اللازم أن يتضمن طلبه الأسباب التي استدعت تقديمه، مبينا أهمية إجراء الخبرة للبث في الموضوع، وذلك بهدف إقناع المحكمة بإنتاجية الخبرة وجديتها وضرورة إجرائها للعمل في النزاع[5].

كما يملك الخصوم طلب إجراء خبرة حتى بعد رفض المحكمة لطلبهم السابق بإجرائها، وذلك متى ظهرت أسباب جديدة استدعت تقديم الطلب أمام نفس المحكمة، وللخصم إعادة تقديم الطلب أمام المجلس بعد رفض المحكمة الدرجة الأولى لهذا الطلب، أما عن موعد تقديم طلب إجراء الخبرة من قبل الخصوم، فيجوز تقديمه في أي مرحلة من مراحل الدعوى سواء أمام المحكمة أو المجلس كدرجة استئناف.[6]

---

[1] – سحر إمام يوسف، المرجع السابق، ص 494.

[2] – آدم وهيب الندوي، مرجع السابق، ص 376.

[3] – مجلة قضائية عدد 2 سنة 2003 ،ص 114

[4] – علي احمد الجراح، المرجع السابق، ص668.

[5] – قروف موسى، المرجع السابق، 241.

[6] – مراد محمود الشنيكات، المرجع السابق ص ص 127–128.

الفرع الثاني: الحكم بتعيين خبير قضائي.

إذا رأت المحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بطلب من أحد الخصوم هناك ضرورة لتعيين خبير أو عدة خبراء، تعين عليها أن تصدر حكما يقضي بندب خبير لبحث تلك المسألة على أن يتضمن عدد من البيانات ورد ذكرها بالمادتين 128 و 129 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، يتحقق من ورائها أمران مراقبة جدية الأسباب المؤدية إلى الخبرة، و تفادي التعسف في اللجوء إلى تعيين الخبراء.[2]

سنتطرق في هذا الشأن إلى البيانات التي يتعين أن يتضمنها الحكم القاضي بتعيين الخبير القضائي.

أولا: الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة : يقع على عاتق القاضي التزام بتوضيح الظروف والمبررات التي اقتضته بالاستعانة بالخبير، إذ هي وسيلة إثبات استثنائية ، الأمر الذي يستلزم بيان سبب إجرائها بحيث تبين المحكمة أن سبب إجراء الخبرة هو تحقيق أو بيان فن أو علم ، وليس مقصودا بها أبدا التخلص و لو مؤقتا من واجباتها و مسؤولياتها.[3]

كما يجب على القاضي أن يحدد الأسباب التي دفعته لتعيين أكثر من خبير في الدعوى، لأن القاعدة في حالة ندب خبير في الدعوى أن يكون واحد لتفادي كثرة المصاريف ، و من ثم إذا رأى القاضي ضرورة الاستعانة بأكثر من خبير يتعين عليه توضيح مبررات الاستعانة بهذا العدد من الخبراء[4] ، كأن تكون طبيعة القضية تستوجب وجود خبراء من تخصصات مختلفة و أن تعيين مجموعة من الخبراء في آن واحد يكون عادة في القضايا الأكثر تعقيدا، وفي هذه الحالة ينبغي على القاضي أن يعين أحد الخبراء كمنسق عام أو رئيس للمجموعة ، حيث يضمن فعالية العمل و توزيع المهام على الأعضاء[5] ، و في حالة اختلاف في الرأي بين الخبراء يتعين على كل واحد منهم تسبيب رأيه.[6]

---

[1] – تنص المادة 128 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" يجب أن يتضمن الحكم الآمر بإجراء الخبرة ما يلي:

1. عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة، وعند الاقتضاء، تبرير تعيين عدة خبراء.
2. بيان اسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعنيين مع تحديد التخصص.
3. تحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا.
4. تحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط.

[2] – بربارة عبد الرحمان. شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، الطبعة 2009. ص 133.

[3] – مراد محمود الشنيكات، المرجع السابق، ص 138–139.

[4] – إمام يوسف عبد الستار، المرجع السابق، ص 506.

[5] – شمام منير، المرجع السابق، ص 196.

[6] – نصت المادة 127 من ق.إ.م.إ:" في حالة تعدد الخبراء المعنيين ، يقومون بأعمال الخبرة معا، و يعدون تقريرا واحدا، إذا اختلفت آراؤهم وجب على كل واحد منهم تسبيب رأيه".

ثانـيا: تحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا

يجب على القاضي أن يحدد في حكمه الصادر بندب خبير كل عناصر و نقاط تلك المهمة بالتفصيل والتدقيق، والهدف من ذلك ضمان عدم تجاوز الخبير للحدود التي ترى المحكمة أنها كافية لإزالة الغموض في إثبات الواقعة محل النزاع تمهيدا للفصل فيه، فيتعين على الخبير أن ينفذ المأمورية التي حددها له الحكم دون ان يتجاوز تلك المأمورية، فلا يقدم على بحث مسائل لم تطلب منه المحكمة ذلك[1].

غير أنه إذا ظهر له ضرورة توسيع مهمته بمسائل أخرى غير مذكورة في الحكم، وجب عليه عرض الأمر على قاضي الموضوع الذي يكون وحده المخول قانونا بان يأذن له بتمديد نطاق مهمته وهو ما أشارت إليه المادة 136 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[2]

ثالـثا: تحديد الأجل الذي يتم فيه إيداع تقرير الخبرة.

من الأمور التي يجب أن يتضمنها حكم المحكمة موعد الانتهاء من المهمة التي أوكلت للخبير مراعيا في ذلك الوقت اللازم والكافي لإتمام إعداد الخبرة القضائية، والحكمة من ذلك هو تفادي تراخي الخبير في إنجاز مهمته مما يترتب عليه تأخير الفصل في القضايا وتراكمها[3]، بحيث إذا لم ينجز الخبير تقريره و لم يودعه في الأجل المحدد دون مبرر جاز استبداله طبقا للمادة 132 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والحكم عليه بكل ما تسبب فيه من مصاريف وعند الاقتضاء الحكم عليه بالتعويضات المدنية.

رابـعا: تحديد مبلغ التسبيق.

يتضمن الحكم أيضا تحديد التسبيق المالي الذي يجب إيداعه لدى أمانة ضبط، والخصم أو الخصوم الذين يتعين عليهم إيداع **هذا** التسبيق والأجل الذي يجب فيه الإيداع، و متى امتنع المدعي من القيام بهذا الإجراء جاز للخصم الآخر أن يلتمس من القاضي الترخيص له بموجب أمر على عريضة بالقيام بهذا الإجراء بدلا من الخصم المكلف القيام به، متى كانت له مصلحة في ذلك.[4]

وقد رتب المشرع على عدم إيداع مبلغ التسبيق في الآجال المحددة جزاء يتمثل في اعتبار حكم تعيين الخبير لاغيا طبقا لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 129 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[5]

---

[1] – محمد حزيط، المرجع السابق، ص 295.

[2] – فريحة حسين، ا المرجع السابق، ص69.

[3] – محمد حزيط، المرجع نفسه، ص 295.

[4] – قروف موسى، المرجع السابق، ص245.

[5] – نصت المادة 3/129 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" يترتب على عدم إيداع التسبيق في الأجل المحدد اعتبار تعيين الخبير لاغيا"

طبيعة الحكم القاضي بالخبرة:

بغض النظر عن طبيعة الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع الذي قضت بموجبه المحكمة بتعيين خبير، ما إذا اعتبر من وجهة النظر الفقهية حكما تحضيريا لأنه لا يستشف منه قليلا أو كثيرا اتجاه رأي المحكمة في موضوع النزاع، أو اعتبر حكما تمهيديا ، لأنه يستشف عن اتجاه رأي المحكمة في موضوع النزاع، فإنه لا يجوز استئنافه طبقا للمادة 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا مع الحكم الفاصل في الموضوع، و إن كان الحكم صدر عن المجلس القضائي كجهة استئناف فإنه لا يجوز الطعن فيه بالنقض إلا بعد قرار المجلس في موضوع النزاع[1] ، و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها أنه " القرار الصادر في آخر درجة قبل الفصل في الموضوع المتضمن تعيين خبير غير قابل للطعن إلا مع القرار الفاصل في الموضوع.[2]

إن الحكم الصادر بندب خبير يعد حكم إجرائي بحسب طبيعته فإنه لا يجوز الطعن في الأحكام الإجرائية الصادرة أثناء سير الدعوى استقلالا عن الحكم الفاصل في موضوع الخصومة.

أما بالنسبة للطعن بالمعارضة في الحكم الغيابي القاضي بتعيين خبير، فإن قانون الإجراءات المدنية في المادة 81 منه قد منع الحكم المتغيب عن الدعوى الذي صدر الحكم غيابيا بالنسبة له من التقدم بالمعارضة، باعتبار أن الخبرة إجراء من إجراءات التحقيق التي لا يقبل الأمر أو الحكم أو القرار القاضي بإجرائها المعارضة فيه ولا يقبل الاستئناف او الطعن بالنقض إلا مع الحكم الذي فصل في موضوع الدعوى.[3]

الفرع الثـالث: مباشرة الخبير القضائي لمهامه

بعد صدور الحكم القاضي بتعيين الخبير وجب إشعاره بالمهمة الموكلة إليه وذلك من أجل البدء سريعا في مهامه، ولأنه لا يمكن له بأي حال من الأحوال البدء بالمهمة إلا بعد إعلامه بها وقبوله لها وكذا الاطمئنان إلى عدم تقديم طلب الرد ضده من احد الخصوم لذلك تعين:

أولا: إعلام الخبير بمهمته

لا يستطيع الخبير البدء في مهمته دون أن يكون قد علم بتكليفه بها أصلا، وأن المشرع الجزائري وطبقا لأحكام المادة 129 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وضح أنه على القاضي تعيين الخصم أو الخصوم الذين يتعين عليهم إيداع مبلغ التسبيق لدى أمانة الضبط في الأجل الذي يحدده و عليه بالتبعية من يسدد مبلغ التسبيق هو المكلف بإبلاغ الخبير.

---

[1] – محمد حزيط، المرجع السابق، ص296.

[2] – مجلة المحكمة العليا العدد 02 سنة 2011، ص 169.

[3] – تنص المادة 81 من ق.إ.م.إ :" **لا تقبل المعارضة في الأوامر والأحكام والقرارات التي تأمر بإجراء من إجراءات التحقيق، ولا يقبل استئنافها أو الطعن فيها بالنقض إلا مع الحكم الذي يفصل في موضوع الدعوى**".

متى تحققت الشروط السابقة يتولى الخبير مهمته ويتسلم الأوراق والمستندات اللازمة لأداء المهمة مراعيا في ذلك الواجبات المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 95-310 المؤرخ في 1995/10/10 المحدد لشروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين[1]

وبمجرد إعلام الخبير بالمهمة المسندة إليه فإن عليه أن يبادر في اقرب الآجال بإبلاغ القاضي بقبوله أو رفضه المهمة المسندة إليه، ويكون غالبا قبول الخبير بمهمته قبولا ضمنيا، وذلك بمبادرته في الاتصال بالأطراف أو الانتقال إلى المحكمة للاطلاع على الوثائق، ولا يتوقف دور المحكمة عند مجرد الأمر بالخبرة، و إنما يتجاوز ذلك إلى الرقابة على كل أعمال الخبرة.

يتعين على الخبير قبل أداء مهمته، إذا كان غير مقيد في جدول الخبراء أن يؤدي اليمين أمام الجهة التي يحددها الحكم بندبه ما لم يعف من اليمين باتفاق الخصوم[2]

ثانيا: إخطار الخبير للخصوم

تبدأ مهمة الخبير عندما تسلم إليه صورة من الحكم، في غير حالات الاستعجال على الخبير أن يدعو الخصوم بكتاب موصى عليه بعلم الوصول يرسل إليهم قبل اليوم المحدد لبدء عمله وذلك بموطنهم الحقيقي أو بمحل إقامتهم أو موطنهم المختار.[3]

و يمكنه البدء في أعمال الخبرة من خلال الاستماع إليهم و تلقي منهم ملاحظاتهم و طلباتهم وتقديم له المستندات والوثائق، بإخطار الخصوم و دعوتهم إجراء إجباري يتعين على الخبير القيام به قبل البدء في أعمال الخبرة.

استقر موقف المحكمة العليا و مجلس الدولة على اعتبار إخطار الخصوم بيوم إجراء الخبرة اجراءا جوهريا، الهدف منه تمكين الخصوم من تقديم ملاحظاتهم أين جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/01/03 بقولها:" من المقرر قانونا أنه يستوجب على الخبير أن يخطر الخصوم بالأيام و الساعات التي يتم فيها إجراء أعمال الخبرة، و من المستقر عليه قضاء أنه إذا تسبب عدم

---

[1] – مهنة الخبير قيدها المشرع و وضع لها ضوابط و شروط حيث نظم هذه المهنة أمام المحاكم الجزائرية القرار الوزاري المؤرخ في 1966/06/08 و الذي يحدد كيفية التسجيل في قوائم الخبراء و الأسباب التي تؤدي إلى الشطب من هذه القوائم إلا أن المشرع أعاد تنظيم هذه المهنة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 310/95 الذي يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين و كيفياته كما يحدد حقوقهم وواجباتهم ، و عن كيفية إعداد قائمة الخبراء سنويا لدى المجالس القضائية فإنه بعد استلام الملفات من طرف النائب العام يقوم بإجراء تحقيق إداري و يشمل الجانب الأخلاقي و السلوكي للمترشح و التحقق من صحة الأوراق و الوثائق المرفقة بالطلب بعدها يتم تحويل الملفات إلى رئيس المجلس القضائي لأجل إعداد قائمة الخبراء القضائيين حسب الاختصاص في اجل شهرين على الأقل قبل نهاية السنة القضائية و تتم مراجعة هذه القوائم كل سنة قضائية من اجل إضافة أسماء خبراء جدد و ترسل هته القوائم إلى وزير العدل ليوافق عليها (المواد05، 06، 07، 08 من المرسوم التنفيذي).

[2] – تبوب فاطمة الزهراء المولودة رابحي ، المرجع السابق، ص 98.

[3] – راجع المادة 135 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم08، 09 المعدل و المتمم

الإخطار المذكور في منع الأطراف من تقديم ملاحظاتهم و طلباتهم ، فإن ذلك يؤدي حتما إلى بطلان إجراءات الخبرة ، و لما ثبت في قضية الحال، أن إجراءات الخبرة تمت بحضور كل الأطراف بما فيها وزارة الدفاع الوطني – الطاعنة – التي تم تمثيلها بضابطين و لم يقدما أي ملاحظة فإن ذلك يعني أن أعمال الخبرة تمت بطريقة قانونية و يتعين تأييد القرار المطعون فيه".[1]

استثناءا توجد حالات لا تتطلب حضور الخصوم بسبب طبيعة الخبرة كأن يكون الأمر يتعلق بخبير الخطوط لفحص الأوراق المطعون فيها بالتزوير بمخبر متخصص كمخبر الشرطة العلمية والتقنية، ويجوز للخصوم الحضور شخصيا، كما يجوز تمثيلهم أمام الخبير من طرف وكلائه بشرط إثبات الوكالة.[2]

ثالــثا: بداية عمل الخبير

على الخبير بعد أن يتم إشعاره بنسخة من الحكم القاضي بتعيينه أن يتسلم كل الوثائق التي لها علاقة بالدعوى من طرف الأطراف، ويمضي الخبير وصلا باستلام المستندات والملفات ليس لها هدف إلا مساعدته في أداء مهمته وذلك بالمعلومات التي يستقيها من محتواها.

إن القاضي لا يستطيع إلزام الخبير بطريقة معينة لأداء مهامه، فالخبير بحكم اختصاصه أدرى بالطرق المثلى والسبل للوصول إلى الهدف المرجو من الخبرة، إلا انه يجب عليه إتباع مجموعة مبادئ أقرها الفقه والقضاء يجب عليه الالتزام بها أثناء سير الخبرة.[3]

لا يجوز للخبير بأي حال من الأحوال تقييم أقوال أي من الشهود أو التعليق عليها ولا التطرق للوقائع القانونية لأن أمرها متروك للقاضي.

قد تعترض الخبير أثناء مباشرة أعمال الخبرة بعض الإشكالات التي تحول دون تمكنه من تنفيذ المهمة المسندة إليه، لذلك أجازت له المادة 136 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن يرفع للمحكمة تقرير عن جميع الإشكالات التي تعترض تنفيذ مهمته.[4]

كما يمكنه عند الضرورة طلب تمديد المهمة، وفي هذه الحالة يملك القاضي سلطة الأمر باتخاذ أي تدبير يراه ضروريا يكون من شأنه إزالة الصعوبات التي تعترض مهمة الخبير كما يمكنه تمديد له الأجل المحدد لإنجاز الخبرة أو توسيع مهمة الخبير.[5]

---

[1] –مجلة قضائية عدد3 ، لسنة 1994 ص184.

[2] – محمد حزيط، المرجع السابق ص121، 122.

[3] – مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق ص 123.

[4] – راجع المادة 136 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[5] – عبد السلام ذيب، المرجع السابق ص 151.

أوجبت المادة 137 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الخبير إبلاغ القاضي بسبب عدم تقديم الخصوم له المستندات التي يراها ضرورية، ويمكن للقاضي في هذه الحالة أن يأمر الخصوم بتقديم المستندات التي يطلبها الخبير تحت طائلة غرامة تهديدية.

يمكن الخبير أثناء قيامه بإنجاز الخبرة متى تطلب الأمر أن يلجأ إلى ترجمة مكتوبة أو شفوية بواسطة مترجم يختاره الخبير من بين المترجمين المعتمدين أو يرجع إلى القاضي في ذلك.[1]

رابعا: في إعداد تقرير الخبرة و محتواه

متى انتهى الخبير من إنجاز المهمة المسندة إليه، تعين عليه خلال الأجل المحدد له في الحكم، إعداد تقرير موقع من قبله بنتائج أعماله وإيداعه أمانة ضبط بالجهة القضائية التي انتدبته لإجراء الخبرة[2]، ويجب ان يتم تحرير التقرير بأسلوب بسيط وواضح بقدر الإمكان.[3]

إذا لم يودع الخبير تقريره في الوقت المحدد ولم يكن هناك مبرر لتأخره يكون قد ارتكب خطأ مهني[4]، يترتب عليه جزاء يوقع على الخبير الذي يتخلف عن إيداع تقرير الخبرة في الميعاد المحدد إذ من شانه أن يحث الخبير على احترام الميعاد إلا أن جميع الإجراءات رغم أهميتها لا تحظى بحسن التطبيق، فالخبير لا يحترم الميعاد المحدد له لإيداع تقرير خبرته، وعليه لا بد من وضع الخبير تحت الرقابة الفعلية للمحكمة وذلك ضمانا لحسن تنفيذه لواجبه في المادة المحددة له في الحكم الصادر بندبه.

بعد انتهاء الخبير من انجاز الخبرة يتعين عليه إيداع تقريره بأمانة الضبط، أين يحق له إرفاق تقرير الخبرة بمذكرة فيها قيمة أتعابه، هذه الأخيرة وطبقا للمادة 143 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه لرئيس الجهة القضائية سلطة تحديد أتعاب الخبير النهائية.[5]

إن تقرير الخبرة بعد إيداعها بالمحكمة يصبح أحد أوراق الدعوى ويحتفظ بأصله في المحكمة ولا يجوز لغير الخصوم أو محاميهم الاطلاع عليه أو سحب نسخة منه، وعلى من يهمه الأمر من الخصوم استخراج التقرير بعد دفع بصندوق المحكمة المصاريف، بعدها يقوم بإعادة السير في الدعوى بعد الخبرة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم.

نصت المادة 138 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على عناصر أساسية يتعين أن يتضمنها تقرير الخبرة:

---

[1] – راجع نص المادة 134 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[2] – محمد حزيط ، المرجع السابق 301.

[3] –محمود توفيق اسكندر، المرجع السابق ص72.

[4] – تنص المادة 20 من المرسوم التنفيذي 95–310 :" ..تعتبر أخطاء مهنية على وجه الخصوص ما يأتي :– عدم إخطار الجهة القضائية بانقضاء الأجل المحدد في الحكم قبل انجاز الخبرة و إعداد التقرير".

[5] –راجع نص المادة 143 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- أقوال وملاحظات الخصوم ومستنداتهم.
- عرض تحليلي عما قام به وعاينه في حدود المهمة المسندة إليه.
- نتائج الخبرة.[1]

ويلاحظ أنه إذا تعدد الخبراء وجب عليهم أن يقوموا بأعمال الخبرة مجتمعين يعينوا لها تقريرا واحدا طالما كانت آراؤهم متفقة ومتجانسة، فإذا اختلفت آراؤهم وجب على كل واحد منهم أن يبين رأيه معللا في تقرير مستقل عن الآخر.[2]

الفرع الرابـع: رد الخبير واستبداله

أولا: رد الخبيـر

يقصد برد الخبير تنحيته عن المهمة التي انتدب إليها بناءا على طلب الخصوم حتى يأتي رأيه بعيدا عن مظنة التحيز ومحاباة خصم على حساب خصم آخر وبعيدا عن دافع الحقد والانتقام، و لكي تكون خبرته موضع طمأنينة للخصوم و للمحكمة عند الاستعانة بها.[3]

وتنص المادة 133 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" إذا أراد أحد الخصوم رد الخبير المعين، يقدم عريضة تتضمن أسباب الرد، توجه إلى القاضي الذي أمر بالخبرة خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه بهذا التعيين، ويفصل دون تأخير في طلب الرد بأمر غير قابل لأي طعن.

لا يقبل الرد إلا بسبب القرابة المباشرة أو القرابة غير المباشرة لغاية الدرجة الرابعة أو لوجود مسألة شخصية أو لأي سبب جدي آخر".

إن طلب الرد يعد جوازيا لكل من الخصوم، ولا يجوز لمن لم يكن خصما في الدعوى رد الخبير، ولا تملك المحكمة من تلقاء نفسها رد الخبير ولو توافرت أسباب رده، و المشرع الجزائري لم يبين أسباب الرد حصرا كما فعلت بعض التشريعات و إنما أتى بمثال خاص هو القرابة، و مثال عام هو " السبب الجدي".[4]

أما عن إجراءات رد الخبير فإنه يتم طلب رد الخبير عن طريق عريضة عادية تقدم مباشرة إلى القاضي الذي أمر بالخبرة، أي أن طلب الرد لا يشترط فيه الرسوم القضائية كما هو الشأن بالنسبة لطلب رد القضاة، ويسمح للخبير المطلوب رده وللخصوم الآخرين بالرد والإجابة عن الأسباب الواردة في عريضة الرد.[5]

---

[1] – راجع نص المادة 143 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

[2] – راجع نص المادة 138 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3] – محمد حزيط ،المرجع السابق، ص 297.

[4] – محمد زهدور: المرجع السابق، ص 102.

[5] – مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق ص 97.

إذا كان الخبير شخصا معنويا، جاز طلب رده هو بذاته أو بطلب رد الأشخاص الطبيعيين الذين عينهم القاضي لإنجاز المهمة موضوع الخبرة.[1]

ولكي يكون طلب الرد مقبولا يجب أن يستوفي الشروط التالية:

1. يجب أن يكون طالب الرد خصما في النزاع المطروح أمام المحكمة التي عينت الخبير ولا يجوز لغير الخصوم رد الخبير.
2. أن يكون طلب الرد موقعا من الطالب أو من وكيله، وهذا الشيء طبيعي لأن بتوقيعه يلتزم بالآثار التي تنتج عن طلب الرد سلبا أو إيجابا.[2]
3. أن يقدم طلب الرد في الأجل القانوني المحدد لذلك وهو ثمانية أيام تبتدئ من تاريخ تبليغه باسم الخبير المعين من طرف المحكمة.
4. أن يتضمن طلب الرد على الأسباب المقبولة قانونا (القرابة القريبة والسبب الجدي) فإن كانت أسبابا واهية لا يقرها القانون فإن طلب الرد يكون غير مقبول.[3]

يترتب على تقديم طلب الرد ألا يبادر الخبير بإنجاز المهمة المسندة إليه، فإن كان باشر إنجاز المهمة تعين عليه حينئذ التوقف عن تنفيذها إلى حين فصل القاضي في الطلب، وتفصل المحكمة في طلب الرد على وجه السرعة و دون تأخير بأمر يكون غير قابل لأي طعن طبقا لما نصت عليه المادة 133 المذكورة أعلاه.

أجاز المشرع للخبير أن يتقدم باختياره، و من تلقاء نفسه بطلب إعفاءه من أداء المهمة المسندة إليه، إذا وجد حرجا من القيام بعمله أو قامت لديه أسباب تحمله على الاعتذار عن القيام بذلك، و هو ما نصت عليه المادة 11 من المرسوم التنفيذي 310/95 على: أنه " يتعين على الخبير القضائي أن يقدم طلبا مسببا للطعن في الحالتين الآتيتين مع مراعاة الحالات الأخرى المنصوص عليها قانونا:

- حين لا يستطيع أداء مهمته في ظروف تقيد حرية عمله أو من شأنها أن تضر بصفته خبيرا قضائيا.

- إذا سبق له أن اطلع على القضية في نطاق آخر".

ثانيا: استبدال الخبير

لقد نصت المادة 132 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على استبدال الخبير بقولها: " إذا رفض الخبير إنجاز المهمة المسندة إليه أو تعذر عليه ذلك، استبدل بغيره بموجب أمر على عريضة

---

[1] - Tony mousse .expertise en matière civile et pénal.pg 1232.em exition.

[2] - محمد زهدور،المرجع نفسه ، ص 103.

[3] محمد زهدور،المرجع السابق ، ص 103.

صادر عن القاضي الذي عينه"، فمن خلال ذلك يتضح أنه يجوز للخصم الذي يهمه بتقديم طلب استبدال الخبير بغيره وذلك إذا توافرت إحدى الحالات التالية:

- إذا رفض الخبير القيام بالمهام الموكلة له.
- إذا قبل الخبير المهمة ثم لم يقم بها أو لم ينجزها في المهلة المحددة له.
- إذا حصل للخبير مانع من الموانع كالوفاة، أو شطب اسمه من قائمة الخبراء وبعد تعيينه.

يمكن للقاضي الحكم على الخبير الذي يخل بالتزاماته بكل ما تسبب من مصاريف وعند الاقتضاء الحكم عليه بتعويضات مدنية[1]، ولو أن ذلك يتطلب سماع الخبير قبل إصدار أي حكم ضده.[2]

أما إجراءات استبدال الخبير يكون عن طريق عريضة يكون موضوعها طلب استبدال خبير، يتقدم به من يهمه الأمر من الخصوم، متضمنة أسماء وألقاب الأطراف وعناوين إقامتهم وموجز عن الوقائع وتاريخ الحكم القاضي بتعيين خبير المطلوب استبداله والأسباب التي دعت إلى ذلك.

والقاضي الذي قدم أمامه الطلب يصدر أمرا على ذيل عريضة يعين فيها خبير آخر مكانه ليقوم بنفس المهمة التي أسندت للخبير الأول.

كما أن استبدال خبير يتبعه بالضرورة تبليغ الأطراف لهذا الإجراء حتى يتمكنوا من استعمال حقهم القانوني في الرد، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/07/21تحت رقم 84194 غير منشور.[3]

---

[1] – راجع المادة 132 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

[2] – أحمد فاضل، المرجع السابق، ص 180.

[3] – أقرت المحكمة العليا في قرارها أنه:" إن القرار المطعون فيه جاء غير مؤسس لقضائه بتحميل مسؤولية الطلاق للعارض و ذلك بناءا على ما تضمنه تقرير الخبرة الطبية التي اسند إليها الحكم المستأنف عليه بالقرار المنتقد، إن الخبرة التي أسندت المحكمة أمر تنفيذها للدكتور مجدي الطيب عامل بمستشفى قسنطينة بتاريخ 1989/03/21 بواسطة أمر على عريضة باستبدال الخبير و لم يبلغ مضمون هذا الأمر للطاعن من طرف المحكمة الآمرة بذلك التعيين و لم يخطر بتاريخ القيام بأعمال هذه الخبرة من طرف الخبير وفقا لأحكام المادتين 52–53 من قانون الإجراءات المدنية ، إن هذا الإغفال قد حال دون قيام العارض في الدفاع عن حقه مما أدى إلى تحمله مسؤولية الطلاق مما ينتج عليه بطلان هذه الخبرة لعدم مراعاتها الإجراءات المشار إليها.

المبحث الثاني: حجية الخبرة في الإثبات وسلطة القاضي في تقديرها

تنتهي مهمة الخبير بوضع تقرير يتضمن بيانات تحتاج إليها المحكمة للفصل في النزاع المتعلقة بالواقعة التي كلفته المحكمة بإجراء الخبرة فيها، بحيث يتضمن هذا التقرير نتيجة عمل الخبير ورأيه في المسألة وصولا إلى إثباتها، فإن هذا التقرير يكون دائما محلا لمناقشة أطراف النزاع، ويعد رأي الخبير بمثابة دليل إثبات وحجة تستلزم بيان قوتها وقيمتها، وهو أمر بالغ الأهمية، إذ على ضوء ذلك يتحدد موقف المحكمة من رأي الخبير.

كما يمكن أن يتقرر بطلان تقرير الخبرة إذا ما شابه عيب من العيوب التي من شأنها أن تؤدي إلى البطلان.

وتعتبر الخبرة من الأدلة التي حدد لها القانون قوة ثبوتية معينة سواء في مواجهة الخصوم أو في مواجهة القاضي، بحيث منحت المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لقاضي الموضوع سلطة تقدير نتائج الخبرة[1]، بأن أجازت له استبعادها إذا تبين له ما يشوب النتائج التي يتضمنها التقرير.

وتعد الخبرة بهذا المعنى كسائر الأدلة تخضع للمناقشة ولا تكسب الخصوم حقا، ويجوز إثبات عكسها، لذا فمن المنطق أن يترك أمر تقديرها للمحكمة.[2]

وعليه سنتناول في المطلب الأول مناقشة تقرير الخبرة وإجراءات الطعن فيها، أما المطلب الثاني نتطرق إلى سلطة القاضي إزاء تقدير الخبرة.

---

[1] – راجع المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

[2] – علي احمد الجراح ، المرجع السابق، ص684.

المطلب الأول : تقرير الخبرة و إجراءات الطعن فيها

يعد تقرير الخبرة دليلا من أدلة الإثبات فيصبح لمن قدم التقرير لمعاينته أن يحتج به لإثبات ادعائه أو دفاعه، فله أن يتمسك بكافة الحجج والأسانيد التي بني عليها تقريره ومن حق الخصوم الآخرين الدفع ببطلان عمل الخبير إذا شابه عيب شكلي يفقده قيمته في الإثبات، كما لهم مناقشة وإظهار وجه الخطأ في البيانات التي أوردها الخبير في تقريره.[1]

ويحق للمتقاضي الذي يرى تقرير الخبرة مؤيدا لدعواه، أن يتمسك به، ويحق للمتقاضي الآخر الذي يراه مخالفا لادعائه أن يعترض كليا على ما جاء فيه، ويطعن فيه ويكون للقاضي دور الإشراف على مناقشة تقرير الخبير، ومراقبة مضمونه والنظر في الطعن بالبطلان فيه[2]، وسنتناول المسألة في فرعين أولهما مضمون تقرير الخبرة القضائية ومناقشتها، وفي الثاني الطعن بالبطلان في تقرير الخبير.

الفرع الأول: مضمون تقرير الخبرة القضائية ومناقشتها

أولا: مضمون تقرير الخبرة القضائية

إن المشرع الجزائري لم يحدد شكلا معينا للتقرير أو منهجية معينة يجب إتباعها ما يجعل الأمر يتوقف على الخبير نفسه، وبصفة عامة يجب على الخبير أن يضع في حسابه أن يكون التقرير واضحا محددا ومشتملا على كافة عناصر التقرير الضرورية والمهمة.

إن أهم ما يجب أن يشمل تقرير الخبرة ما يلي:

1. نص الحكم الذي عين الخبير وبيان منطوقه بالمهمة المسندة إليه.
2. أسماء الأطراف وألقابهم.
3. ما قام به الخبير من استدعائه الخصوم وحضورهم عملية الخبرة أو غيابهم.
4. تدوين أقوال الطرفين وملاحظاتهما والاستماع إلى شهودهما.
5. النتيجة التي توصل إليها من خلال دراسته لمستندات الطرفين ومعاينته لموضوع النزاع والرأي الذي يفترضه و بيان الوسائل التي أوصلته إلى هذا الرأي المقترح.
6. توقيعه على التقرير الذي يفيد ما كتبه هو مسؤول عنه.[3]

---

[1] – دهيليس رجاء، الخبرة القضائية في المواد المدنية في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الطور الثالث في الحقوق تخصص القانون الخاص الأساسي، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم 2018–2019. ص 241.

[2] – شمام منير، المرجع السابق ، ص 202.

[3] – محمد زهدور،المرجع السابق ، ص 104.

كما يجب أن يشمل محضر تقرير على كافة الأعمال التي قام بها الخبير، فإذا كان قد انتقل إلى المعاينة فعليه أن يبين ما أجراه في هذا الشأن وما أثبته من معاينات وما توصل إليه من معلومات.

وأن يشير إلى جميع المستندات والوثائق التي اطلع عليها ونتيجة فحصه لها واستخلصه منها، وفي حالة استعانة الخبير برأي خبير آخر ذات تخصص مغاير للتخصص الأول لإبداء رأيه في مسألة تعرض لها الخبير المنتدب ولكنها خارج تخصصه، فيكون عليه أن يوضح رأي الخبير في محضر تقرير الخبرة.[1]

على الخبير أن يقدم في التقرير ملخصا بنتيجة الأعمال التي قام بها وتحديد الخلاصة النهائية التي توصل إليها، ويكون مشتملا ردا على كافة الأسئلة التي أثارها القاضي والتي كانت سببا في ندب الخبير لتنوير عقيدته في مسألة فنية تعجز معارفه على فهمها.

ومتى أعد الخبير تقريره بهذا الشكل قام بإيداعه لدى المحكمة المختصة بأمانة الضبط، ولا يجوز للخبير بعد ذلك أن يعدل في تقريره ما لم تأذن له المحكمة أو تطلب منه إجراء تعديل.[2]

ويتصف التقرير بأنه سري بحيث لا يتم إذاعته ولا يحصل غير الخصوم أو وكلائهم على نسخة منه، ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك، و يبقى مطلب السرية قائما حتى بعد انتهاء المهمة و البت في الدعوى.[3]

ثانـيا: مناقشة تقرير الخبرة

إن تقرير الخبير يعتبر من أدلة الإثبات أجاز القانون للطرفين أن يناقشاه سلبا أو إيجابا فعلى من يرى التقرير لصالحه عليه أن يبدي محاسنه ويظهر الأوجه التي تؤيد مزاعمه و من يرى التقرير لغير صالحه غالبا ما يظهر أخطاءه ودحض الطريقة التي توصل بها الخبير إلى نتيجته.[4]

بعد إيداع تقرير الخبرة من طرف الخبير لدى أمانة ضبط المحكمة، أوجب القانون على الخبير أن يضمن تقريره نتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي استند إليها بإيجاز و دقة، و الحكمة من ذلك تمكين الخصوم أولا ثم المحكمة ذاتها من مناقشة النتيجة التي انتهى إليها الخبير و الأسانيد التي استند إليها.

بما أن تقرير الخبرة يعد دليلا من أدلة الإثبات في الدعوى، يكون من حق الخصم الذي في مصلحته تقرير الخبرة أن يؤكد صحة ادعائه بناء على تقرير الخبير أمام الجهة القضائية، ويتعين على المحكمة أن تمكنهم من إبداء أقوالهم وملاحظاتهم على أعمال الخبير وتمكنهم من استعمال حقهم

---

[1] – قروف موسى، المرجع السابق ، ص 251.

[2] – إدوارد عيد، المرجع السابق ، ص 172–173.

[3] – مراد محمود شنيكات، الإثبات بالمعاينة و الخبرة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، الجامعة الأردنية – الطبعة الأولى– دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن 2008، ص 217.

[4] – محمد زهدور، المرجع السابق ، ص 105.

في مناقشته، وأن الإخلال بهذا الحق يعد إخلالا بحق الدفاع، و من شأنه أن يؤدي إلى بطلان الحكم الصادر في الدعوى، فتقرير الخبرة يكون دائما محلا لمناقشة أطراف النزاع و موضوعا لطعونهم.[1]

إن مناقشة تقرير الخبرة من طرف المتقاضين لها دور أساسي لتوجيه القاضي في التفطن للعناصر التي أسس عليها الخبير تقريره، كأن يكون غير واف، أو أنه ناقص في مضمون الخبرة ، أو يظهر له فيه بعض الغموض ، أو تكون الطريقة التي توصل بها إلى النتيجة التي اختتم بها تقريره غامضة ، فإنه يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو عن طريق طلب الخصوم استدعاء الخبير لمناقشته أمام المحكمة في نتيجة تقريره[2] ، و إن هذا الأمر يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة و هي من تقدر جدوى و أهمية هذه المناقشة، بحيث يكون هدفها هو إزالة هذا الغموض في التقرير، و يتعين على الخبير الاستجابة لاستدعائه للحضور أمام القاضي لتقديم التوضيحات اللازمة بشأن تقريره[3] ، وإلا عد هذا الامتناع منه خطأ مهنيا[4] ، وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 20 من المرسوم 310/95.

أوجبت المادة 145 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن تقدم المناقشات المتعلقة بعناصر الخبرة، أي تقرير الخبرة ونتائجها أمام الجهة القضائية التي فصلت في نتائج الخبرة قبل الفصل في الموضوع، و إلا فإنها لا يمكن أن تشكل أسبابا لاستئناف الحكم أو الطعن فيه بالنقض[5]، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 669244،الصادر بتاريخ 2011/07/14الذي جاء فيه أنه:" لا تشكل المناقشات المتعلقة بعناصر الخبرة أسبابا لاستئناف الحكم أو الطعن فيه بالنقض إذا لم تثر مسبقا أمام الجهة القضائية الفاصلة في نتائج الخبرة ".[6]

إن رأي الخبير هو رأي استشاري لا يلزم المحكمة ولا يقيد قضاءها، على اعتبار أن القاضي هو صاحب القول في الدعوى.[7]

ويستقل القاضي بتقدير عمل الخبير، هذا هو المبدأ العام بالنسبة لرأي الخبير أي أن قاضي الموضوع هو سيد تقديره ولا يتقيد برأي الخبير، ويمكن للخصوم مناقشته وانتقاده.

---

[1] – محمد حزيط ، المرجع السابق ، ص 302.

[2] –راجع المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

[3] – محمد حزيط ، نفس المرجع ، ص 302.

[4] – نفس المرجع ، ص 302.

[5] – نفس المرجع ، المرجع السابق ، ص 303.

[6] – مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2012، ص 189.

[7] – مصطفى احمد أبو عمر، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص256.

وقد صاغت معظم التشريعات هذا المبدأ وحرصت على ذكره بين نصوصها[1]، و هو ما ذهب إليه القانون اللبناني بموجب المادة 327 أصول محاكمات مدنية لبناني بقولها:" رأي الخبير لا يقيد المحكمة، وكذلك المعلومات الواردة في تقريره "، و هو ما أكدته المادة 362 من ذات القانون بقولها: " رأي الخبير لا يقيد المحكمة، و إذا كان الحكم مخالفا لرأي الخبير، في بعضه أو كله وجب بيان الأسباب التي تبرر هذه المخالفة ".[2]

والحكم نفسه في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني حيث نصت المادة 2/86 منه على أن: " رأي الخبير لا يقيد المحكمة "، وهي مطابقة لنص المادة 156 من قانون إثبات المصري، و تقابلها المادة 155 بينات سوري و المادة 245 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي.[3]

قد عبرت المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ذلك[4]، فللمحكمة السلطة المطلقة في تقدير رأي الخبير وتجد السلطة الممنوحة للقاضي في مجال الخبرة أساسها في المبدأ المتمثل في حرية القاضي في تكوين عقيدته أو قناعته.

بالمقابل فإذا أخذ القاضي بالوسيلة المدفوع بها، اقتنع على أنها فعلا قائمة، فإنه يستطيع سواء الأمر بإجراء خبرة ثانية أو خبرة جديدة، أو الاعتكاف على إزالة العمليات المعينة من التقرير.

ويجوز للقاضي رفض الخبرة بصفة كلية إذا رأى أنه قد اطلع على موضوع الدعوى دون اللجوء إلى إجراء خبرة جديدة، خصوصا إذا كان في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدته، وما يغني عن إعادة المهمة للخبير، ولا يكون عليه معقب في ذلك.[5]

كل هذه السلطات المقررة للقاضي في تقدير تقرير الخبرة في مناقشته أو إعادة المهمة للخبير لاستكمالها أو الاستعانة بخبير أو عدة خبراء آخرين، هي سلطات جوازية للقاضي متروكة لمحض تقديره لأعمال الخبير، دون معقب عليه.[6]

---

[1] – نصت المادة 246 إ م إ على أن " لا يتقيد القاضي بالمعاينات والنتائج التي يقدمها الفني".

[2] – علي احمد الجراح، المرجع السابق ، ص 684.

[3] – علي احمد الجراح، المرجع نفسه ، ص 684.

[4] – تنص المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه: " يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة،

القاضي غير ملزم برأي الخبير غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة."

[5] – مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق ص 161.

[6] – سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص 382.

إن تقدير المحكمة لعمل الخبير هو ما يدخل في سلطاتها الموضوعية وهي باعتبارها الخبير الأعلى أو كما يسمى أن القاضي هو خبير الخبراء، يمكنه أن يقدر رأي الخبير و لو كان في مسألة فنية دون الاستعانة في ذلك برأي خبير آخر ما دامت هي لم ترى لزوما لاتخاذ هذا الإجراء.[1]

للمحكمة أن تأخذ بكل ما جاء في تقرير الخبير كله من رأي وأسباب إذا اقتنعت بصحته، فمتى اقتنعت المحكمة بكفاية الأبحاث التي أجراها الخبير و بسلامة الأسس التي بني عليها رأيه و بالنتائج التي توصل إليها و تبين له انه أجاب على جميع الأسئلة المطروحة عليه مما يمكنها من تكوين عقيدتها، فإذا أخذت المحكمة بتقرير الخبير و أحالت إليه الأسباب التي استند إليها فتعد نتيجة التقرير وأسبابه جزءا مكتملا لأسباب الحكم.[2]

يمكن للمحكمة تجزئة تقرير الخبير والأخذ ببعض ما جاء فيه متى اقتنعت به دون بعضه الآخر، حيث لا تقضي إلا بما تطمئن إليه، على أنه في هذه الحالة يتعين عليها أن تبين الأسباب التي منعتها من الأخذ بكل ما جاء في التقرير، و ألا تلجأ إلى تجزئة تقرير الخبير إلا بعد التثبيت من صحة التقرير واكتمال شروطه، أي من صحة رأي الخبير.[3]

أما إذا لم تقتنع المحكمة بالنتائج التي وردت بتقرير الخبير فإنها تستطيع أن تصدر حكمها على أساس مختلف عما ورد بالتقرير ولا تلتزم المحكمة بأن تعلن أسبابا محددة لرفضها لتلك النتائج طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة[4]، وقد عبر المشرع الجزائري بموجب المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المذكورة سابقا عن ذلك.

غير أنه على المحكمة في حالة استبعاد نتائج الخبرة أن تبين في حكمها الأسباب التي دفعتها لعدم الأخذ برأي الخبير، ولا تكتفي فقط ببيان الأسباب التي دعتها للأخذ بأدلة أخرى، فإذا استبعدت المحكمة ما جاء في تقرير الخبرة و لم تبين في حكمها الأسباب التي دعتها لاستبعاد نتائج الخبرة فإن حكمها مشوبا بالقصور و مستوجبا للنقض ، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1984/05/15 بقولها:" يجوز لقضاة الاستئناف أن يستبعدوا ما ورد في تقرير الخبرة الطبية من انه لا توجد صلة بين وفاة الضحية والجروح التي تلقاها من المتهم على شرط أن يعللوا عدم أخذهم برأي الطبيب الخبير و إلا تعرض قضاؤهم للنقض ".[5]

---

[1] – مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق ص 161.

[2] – بوفاتح أحمد، سلطة القاضي المدني إزاء تقرير الخبرة القضائية مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية المجلد 08، العدد2 لسنة 2019، ص09.

[3] – إبراهيم بلويس، حجية تقرير الخبرة في حل النزاعات العقارية ، مجلة تشريعات التعمير و البناء، جامعة سيدي بلعباس، العدد الخامس،سنة 2018، ص 12.

[4] – دهيليس رجاء، المرجع السابق، ص 250.

[5] – المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الأول، ص 272.

للمحكمة أن تأمر بإجراء خبرة تكميلية إذا تبين لها وجود نقص في تقرير الخبير وهو ما أكد المشرع الجزائري في المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تأمر باستكمال التحقيق، بأن تأمر بإجراء خبرة تكميلية، ولها في هذا الصدد أن تعهد بإنجاز الخبرة التكميلية لنفس الخبير، كما يمكن لها أن تعهد ذلك إلى خبير آخر ممن يكون من نفس تخصص الخبير الأول.[1]

باعتبار أن الخبرة هي دليل إثبات قابل للمناقشة والفحص من طرف القاضي، وعليه فإن النتيجة المتوصل إليها الخبير من إثبات للواقعة يمثل وجهة نظر فنية محضة ولا بد أن تقترن بوجهة نظر قانونية لكي تكتسب قيمة في مجال الإثبات.[2]

وبما أن تقرير الخبير المكلف من طرف القضاء بإجراء خبرة قضائية، وكذلك محاضر أعماله هي أوراق رسمية ما دامت تقرر من قبل شخص مكلف بخدمة عامة، فتكون لها حجية الأوراق الرسمية[3]، وبالتالي لا يجوز إنكار ما أثبته الخبير فيها من وقائع شاهدها أو سمعها أو عاينها بنفسه في حدود المهام المسندة إليه وما رخص له فيها بشأنها إلا بطريق الطعن بالتزوير.

كما لا تكون للرأي الذي انتهى إليه الخبير ولما استنبطه من معاينة محل النزاع أو من أقوال الخصوم ومستنداتهم أو من أقوال الشهود الذين سمعهم أية حجية قانونية، إذ يملك الأطراف دائما إثبات عدم صحتها أو عدم مطابقتها للواقع بكافة طرق الإثبات.[4]

أنه فيما يخص ما أدلى به الخصوم من أقوال أو ملاحظات أو اعتراضات مثبتة في تقرير الخبير فيجوز دحضها وإثبات عكسها بكافة طرق الإثبات من غير التقيد بطريق الادعاء بالتزوير، كما أنها بيانات تصدر من الخصوم والطعن فيها لا يمس أمانة الخبير.

إن صفة الرسمية لا تشتمل صدق أقوال الخصم مثلا متى أثبت الخبير استماعه للخصم وقيامه بتثبيت أقواله، بما أنه يجوز للخصم الآخر إثبات ما يخالف هذه الأقوال وما يثبت عدم صحتها طبقا للقواعد العامة.[5]

---

[1] – دهيليس رجاء، المرجع السابق 254.

[2] – فروحات سعيد، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التعامل مع الخبرة الجنائية، مجلة الواحات للبحوث والدراسات،

مجلد 09، العدد 02، جامعة غرداية، ص 12.

[3] – محمد حزيط، المرجع السابق، ص 305.

[4] – محمد حزيط ، المرجع نفسه ، ص 306.

[5] – مراد محمود الشنيكات، المرجع السابق، ص230.

الفرع الثـاني: الطعن بالبطلان في تقرير الخبير

يعتبر تقرير الخبير دليلا من أدلة الإثبات فيصبح لمن ورد التقرير لمصلحته أن يركن إليه لإثبات ادعائه أو دفاعه، فله أن يتمسك بكافة الحجج أو الأسانيد التي بنى عليها الخبير تقريره ، ومن حق الخصم الآخر أن يدفع ببطلان عمل الخبير، متى شابه عيب شكلي لإهدار قيمته في الإثبات، أي إذا شاب عمل الخبير عيب يبطله يجوز للخصم عبر مناقشة الخبرة أن يتمسك بالبطلان إذا كان هذا البطلان قد شرع لمصلحته طبقا للقواعد العامة للبطلان، أما إذا كان البطلان متعلقا بالنظام العام فللقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه في أي مرحلة كانت تكون عليها الدعوى، ويكون القاضي ملزما بالرد على الاعتراضات عبر مناقشة الخصوم متى كانت مؤيدة بأدلة و مستندات ، وكانت جدية وهادفة، وأن تتضمن ردودا قانونية مقنعة .[1]

وعليه سنتناول أولا أسباب بطلان تقرير الخبرة و إلى آثار البطلان ثانيا.

أولا: أسباب بطلان تقرير الخبرة.

يرى الفقه أن البطلان هو جزاء يلحق إجراء الخبرة كلما جاء مخالفا للنموذج الذي وضعه المشرع، حيث يترتب على ذلك تجريد هذا الإجراء من كل أثر قانوني.[2]

أنه لم يرد أي نص صريح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يخص موضوع البطلان في مجال الخبرة، إلا في نص المادة 140 منه التي أشارت صراحة إلى بطلان تقرير الخبرة المعد من قبل الخبير على قبوله تلقي تسبيقات عن الأتعاب والمصاريف مباشرة من الخصوم[3] ، وعليه تعين الرجوع إلى القواعد المقررة لبطلان الأعمال الإجرائية التي نص عليها المشرع في المادة 60 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتحديد ما يتعلق منها بمصلحة خاصة للخصوم لا يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، و يجوز تصحيحها إذا لم تحدث ضررا للمتقاضي ، وما يتعلق بالنظام العام، فإذا رجعنا إلى المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أنه:" لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك ، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه" ، ومن خلاله نميز في موضوع الخبرة بين العيب الذي يلحق الخبرة من حيث الموضوع وذلك الذي يشوبه من حيث الشكل.

---

[1] – مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة و الخبرة، المرجع السابق، ص 219.

[2] – محمد جلال أمهول، الدفوع في قانون المسطرة المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة الدار البيضاء1998، ص232/ أنظر شمام منير، المرجع السابق، رسالة دكتوراه، ص 205.

[3] – راجع نص المادة 140 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

أ- العيوب الموضوعية المؤدية إلى بطلان تقرير الخبرة:

في حالة قيام عيب موضوعي بتقرير الخبرة، يترتب بطلانه سواء ألحق ضررا بالخصوم أو لم يلحق[1]، ونذكر أمثلة على ذلك:

- أن لا يقوم الخبير بإجراء الخبرة بنفسه، و ذلك أن الخبير يلتزم بأن يؤدي المهمة المسندة إليه بنفسه، فلا يجوز له تكليف غيره للقيام بما أوكل إليه كله أو بعضه مهما كانت الظروف، فإذا قام بعمليات الخبرة أحد مساعديه أو أحد كتابه كانت الخبرة باطلة، بما أن الجهة القضائية التي انتدبته إنما اختارته نظرا لثقافته و تجربته الطويلة، و اختصاصاته الدقيقة التي تسبق أداء الخبرة كجمع المواد اللازمة لعمل الخبير أو نقل الشيء من الخبرة إلى مكان آخر.

- أما الأعمال الفنية أو العلمية فلا يجوز له إطلاقا توكيل غيره بها لأنها من الأعمال التي يلتزم بها الخبير شخصيا فإن خالف هذا الالتزام وتبين أن الخبرة أجريت من خبير آخر ترتب عن ذلك بطلان تقرير الخبرة، دون الإخلال بما قد يتعرض له الخبير المخالف من عقوبات تأديبية، وحتى من قيام مسؤوليته المدنية عما لحقه تصرفه من أضرار لأطراف الخصومة.[2]

- وكذلك الشأن بأعمال الخبرة عدد من الخبراء، في حين أن المحكمة قد عينت خبير واحد لإعداد الخبرة ففي هذه الحالة يكون التقرير باطل لعدم احترام رغبة المحكمة، وبمخالفة الحكم القاضي بتعيين خبير واحد فقط لإجراء الخبرة.[3]

- مخالفة أحكام المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي حددت مجال الخبرة في الوقائع المادية الفنية و العلمية[4]، دون المسائل القانونية، فيكون الخبير قد عرض تقريره للبطلان إذا أبدى رأيا في مسألة قانونية، لأنه يعتبر مساسا باختصاص القاضي المدني الذي يعتبر وحده دون سواه الخبير في المسائل القانونية، سواء تعلق الأمر بتفسير النصوص القانونية أو استخلاص نقاط قانونية أو تطبيقها على وقائع الدعوى.

---

[1] – محمد حزيط، الخبرة القضائية في المواد المدنية و الإدارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 176.

[2] – محمد حزيط، الخبرة القضائية في المواد المدنية و الإدارية في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص176.

[3] – مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص191.

[4] – محمود جمال الدين زكي، الخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة، طبعة 1990، ص30

- تنص المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي".

– ولا يجوز له أن يفوض غيره فيها، كقيام الخبير بإجراء تحقيق أو سماع الشهود بعد تحليفهم اليمين أو البحث في المستندات التي يتمسك بها الدفاع عن ملكيتهم أو تحديد قيمتها[1]، و يعتبر البطلان جزاء لإجراء خبرة في مسائل القانون من النظام العام.[2]

– أن يقوم بعمليات الخبرة خبير غير معين من طرف المحكمة بموجب حكم بندب خبير طبقا للمادة 128 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تعد من القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها لأنها من النظام العام، فإذا لم تكن المحكمة موافقة مسبقا على خبير، ولو رضي به الخصوم، ولم تأمر بتعيينه بحكم قضائي، وقام خبير ما بعمليات الخبرة دون أن يندبه قاضي حكم، يكون تقريره نتيجة لذلك باطلا بطلانا مطلقا، ويكون من واجب القاضي إثارة ذلك، لمساسه بالنظام العام، بالإضافة إلى حق الخصوم في الطعن في التقرير بالبطلان.[3]

– أن يقوم بالخبرة شخصا غير مؤهل لذلك، أي غير مؤهل للقيام بعملية الخبرة بأن لا يكون حاملا لمؤهلات علمية يجب توفرها في الخبير، أو كانت مؤهلاته غير صحيحة من حيث الواقع، أو يحدث أن يخطئ قاضي الموضوع في شخص الخبير ويعين شخصا آخر للتشابه في الاسم أو لأي سبب آخر.[4]

– إذا قام بعمليات الخبرة خبير قد شطب اسمه من قائمة الخبراء إما بحكم جزائي، أو قرار تأديبي بشرط أن أعمال الخبرة تكون لاحقة لقرار الشطب، وأن يكون قرار الشطب قد بلغ للخبير المشطوب اسمه من القائمة وكان يعلمه.[5]

يترتب البطلان على تخلف أحد المقتضيات الموضوعية حتى ولو لم يوجد نص صريح للبطلان، ولا يشترط وجود ضرر على المخالفة.[6]

ب– العيوب الشكلية المؤدية إلى بطلان تقرير الخبرة

في حال قيام عيب شكلي بتقرير الخبرة، فإنه يتعين على القاضي تمييز نوع العيب الشكلي المؤدي إلى بطلان الخبرة، أي بعبارة أخرى يميز القاضي ما إذا كان العيب الشكلي المؤدي إلى بطلان الخبرة، أي بعبارة أخرى يميز القاضي ما إذا كان العيب الشكلي متعلقا بالنظام العام، أو كان اجراءا جوهريا متعلقا بمصلحة خاصة للخصوم أو كان العيب الشكلي غير جوهري.[7]

---

[1] – سحر إمام يوسف عبد الستار، مرجع سابق، ص 483.

[2] – محمد حزيط، المرجع السابق، ص176.

[3] – مولاي ملياني بغدادي، ، المرجع السابق ، ص 189.

[4] – صبرينة حساني، الخبير القضائي في المواد المدنية، مرجع سابق، ص 55.

[5] – مولاي ملياني بغدادي، المرجع نفسه، ص 191.

[6] – أحمد فاتح، المرجع السابق ص 104.

[7] – مراد محمود الشنيكات، المرجع السابق، ص 244.

1- إذا كان العيب الشكلي متعلقا بالنظام العام، فإنه يؤدي إلى بطلان الخبرة بطلب من الخصوم، أو يقضي به القاضي من تلقاء نفسه، كخلوّ التقرير من أي تعليل.[1]

2- إذا كان العيب الشكلي متعلق بإجراء جوهري، فإنه يتوقف البطلان على مدى تمسك الخصم به، و هذا البطلان ليس من النظام العام، أي لا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه لتعلقه بالمصلحة الخاصة للخصوم، و يتوقف الحكم به على قيام الضرر و مطالبة الخصم المتضرر الحكم له، ويتعين عليه الدفع به قبل أي دفاع في الموضوع.[2]

ونذكر بعض الأمثلة عن العيب الشكلي المتعلق بإجراء جوهري:

*** مخالفة الخبير الالتزام الذي يقع عليه بموجب المادة 135 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية**[3]، المتعلق بإخطار الخصوم بيوم وساعة ومكان إجراء الخبرة، بأن يتغافل الخبير عن استدعاء الخصوم مما يؤدي إلى عدم حضورهم ومنعهم من تقديم ملاحظاتهم و طلباتهم، فيكون قد أخل بإحدى القواعد الإجرائية المقررة لأطراف الدعوى، والإخلال بهذا الإجراء يؤدي إلى بطلان تقرير الخبرة إذا تمسك به الطرف المتضرر، فهذا البطلان وإن كان ليس مقررا بنص صريح في القانون إلا أنه بطلان نسبي.[4]

أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي من تلقاء نفسه وإنما يتعين على الخصم المتضرر الدفع به أمام قاضي الموضوع قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، و ليس التمسك به لأول مرة أمام المحكمة العليا.[5]

إن الخبير ملزم باحترام مبدأ الوجاهية الذي يعتبر ضمانة للمحاكمة العادلة[6] ، استنادا لمراعاة أحكام المواد 135، 136، 137 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لذلك فمبدأ الوجاهية والمنصوص عليه بنص المادة 3/3 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: " يلزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية " ، وباعتبار أن الخبرة إجراء من إجراءات الدعوى يتعلق بالجانب الفني أو العلمي وهي امتداد لعمل القاضي، فالوجاهية هي الدعامة الأساسية التي تبنى عليها جميع إجراءات عمليات الخبرة، فقد أوجب القانون ضرورة حضور الخصوم باستدعائهم وإخطارهم باللقاءات المخصصة لإنجاز الخبرة.

---

[1] – محمد حزيط، المرجع السابق، ص 177.

[2] –شمام منير، المرجع السابق، ص 208.

[3] – راجع المادة 135 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[4] – شمام منير، المرجع السابق، ص 209.

[5] – صبرينة حساني، مرجع سابق، ص 57.

[6] – أحمد فاضل،المرجع السابق، ص150.

إن أي إخلال بمبدأ الوجاهية من طرف الخبير، يؤدي حتما إلى بطلان تقرير الخبرة التي قام بها، وأن هذا البطلان الناتج عن عدم الوجاهية ليس من النظام العام بل قد قرر للمصلحة الخاصة لمن لحقه ضرر، أو لمن له مصلحة في الدفع به قبل أي دفاع في الموضوع.[1]

- **عدم أداء الخبير غير المقيد اسمه في قائمة الخبراء اليمين القانونية:** هنا يتوقف بطلان الخبرة على تمسك الخصوم به، ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها و يتعين أن يدفع به الخصوم قبل أي دفاع في الموضوع، وهذا ما قضى به قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2000/01/31 إثر استئناف قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء مستغانم قد رفض الوجه المثار ببطلان الخبرة بمبرر أن الخبير لم يؤد اليمين القانونية، وان هذا الإجراء من النظام العام، و قد أسس رفضه لهذا الوجه على أساس أن هذا الدفع لم يتم أمام قضاة الدرجة الأولى.[2]

3- إذا كان العيب الشكلي غير جوهري: فلا يترتب عليه البطلان، ولا تأثير على صحة الخبرة، كوضع الخبير تقريرا مستقلا عن زملائه الخبراء في حال تعددهم كميّا[3]، ولقد أكدت المحكمة العليا في العديد من القرارات أن مبدأ:" بطلان بدون نص" لا ينطبق على الأشكال الجوهرية أو المتعلقة بالنظام العام.[4]

إن الفقه الفرنسي يميز بين بطلان عمل الخبير لعيب في الموضوع، والبطلان الذي يلحق بأعمال الخبير لسبب عيب في الشكل، وهي تفرقة معروفة في النظرية العامة للبطلان في قانون المرافعات الفرنسي، ويترتب على هذا التمييز، نتيجة هي أن العيب لسبب موضوعي يرتب البطلان، دون أن يثبت من يتمسك به أن ثمة ضرر لحقه أما بالنسبة للعيب لأسباب شكلية فيقع على عاتق من يتمسك به أن يثبت أن مخالفة الشكلية تتعلق بمخالفة جوهرية تصيب الخصم بالضرر، وبالتالي له الحق في التمسك به حتى لو كانت القاعدة متعلقة بالنظام العام، لاسيما وأن قاعدة لا بطلان بغير ضرر تطبق على العيوب الشكلية دون الموضوعية.[5]

---

[1] – محمد حزيط،المرجع السابق ،ص178

[2] – محمد حزيط، المرجع السابق، ص 180.

[3] – مراد محمود شنيكات، المرجع السابق، ص 224.

[4] – مراد مخلوفي، البطلان في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2007-2008 ، ص 94.

[5] – عبد الكريم حمود الرويلي، الخبرة في المواد المدنية، دراسة تحليلية مقارنة ماجستير قانون الخاص، جامعة قطر ، جوان 2019م/1440هـ ،ص 96.

ثانيا: آثار بطلان تقرير الخبرة

إذا شاب إجراء من إجراءات أعمال الخبير عيب يمس بالنظام العام أو عيب جوهري ترتب عنه ضرر للخصم، تحكم المحكمة ببطلان تقريره و بالإضافة إلى نتائج أخرى، كما أن تقرير الخبرة القائمة يفقد كل قيمة له، ولا يمكن أن يكون أساسا لقضاء المحكمة و إلا كان قرارها معيبا ومستوجبا للنقض.[1]

لا يجوز للمحكمة أن تؤسس حكمها الصادر في موضوع النزاع على تقرير خبرة باطل، وإلا امتد البطلان إلى الحكم بالقدر الذي استند إليه في تأسيس حكمها على تقرير الخبير الباطل، و لكن يمكن للمحكمة أن تستبعد الأجزاء الباطلة من التقرير و تستند إلى الجزء الصحيح و يكون حكمها صحيحا، بينما يعد حكمها باطلا إذا استند إلى جزء باطل و يبطل حكمها بالقدر الذي استندت إليه.[2]

إذا أصدر القاضي حكما بإبطال تقرير الخبرة فهو غير ملزم بندب خبير آخر مرة أخرى بل يمكن أن يفصل في الدعوى إذا رأى أنها صالحة للحكم فيها، و له أن يأمر بإجراء خبرة جديدة إذا رأى ضرورة هذا الإجراء للبث في المسألة الفنية لبناء الحكم عليها.

إن للقاضي أن يستنبط من هذا التقرير الباطل قرينة بسيطة، ولكنه لا يستطيع أن يبني حكمه بناء عليه، فلا بد أن تؤيدها عناصر أخرى في الدعوى، فما ورد في التقرير الباطل لا يخرج عن كونه استدلالات ومعلومات تكميلية لأدلة أخرى قائمة في الدعوى يقدرها قاضي الموضوع.[3]

يمكن للمحكمة عند الحكم ببطلان التقرير أن تأمر بإعادة الخبرة، أو إجراء خبرة جديدة، كما يمكنها أن تفصل في الموضوع بناءا على أدلة وأسانيد أخرى متوفرة في الدعوى[4] متى كانت كافية لتكوين عقيدتها، على ألا يكون رأي الخبير قد صدر في مسألة فنية متعمقة، لأنه في هذه الحالة لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تستند إلى أدلة أخرى غير الخبرة، ويتعين عليها أن تلجأ إلى الاستعانة برأي خبير فني آخر.[5]

إذا طعن الخصم على تقرير الخبير بأن النتائج التي انتهى إليها تقوم على أسباب لا أصل لها في الأوراق فإن ذلك لا يعد تزويرا وسبيل الخصم في الإثبات هو مناقشة التقرير وإبداء اعتراضاته لا الطعن عليه بالتزوير وللمحكمة سلطة تقدير هذه الاعتراضات عند تكوين عقيدتها في الدعوى.

---

[1] – محمد حزيط ، مرجع نفسه، ص 181.

[2] – مراد محمود الشنيكات، ، المرجع السابق ص 225.

[3] – سحر إمام يوسف، المرجع السابق، ص456.

[4] –محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ص 163.

[5] – مراد محمود الشنيكات، المرجع السابق ص 227.

يجوز للقاضي عند الحكم ببطلان تقرير الخبرة أن يأمر بخبرة جديدة تستند إلى نفس الخبير الذي قضى ببطلان تقرير خبرته، أو إلى نفس الخبراء الذين قاموا بأعمال الخبرة المحكومة ببطلانها، كما يجوز للقاضي إسناد مهمة الخبرة الجديدة لخبير آخر أو خبراء آخرين.[1]

المطلب الثانـي: سلطة القاضي في تقدير الخبرة

متى قام الخبير بإيداع تقرير الخبرة لدى أمانة كتابة ضبط المحكمة المختصة التي تقوم بدورها بتقدير كل ما جاء فيه الوقوف على ما مدى تحقيقه الغايات والأهداف التي عين الخبير من أجلها، غير أنه كل ما جاء في تقرير الخبير يكون غير ملزم للمحكمة، لأن الخبرة عملية فنية، للقاضي أن يأخذ بنتائجها وله أن يطرحها جانبا، وله أن يحكم بما يخالف رأي الخبير، وذلك لأن القاضي لا يمكن أن يحكم بغير ما يقتنع به.[2]

فالقاضي تكون له بهذا المعنى الحرية الكاملة في تقدير عمل الخبير، فله أن يأخذ به وله أن يرفضه، وله أن يأمر بإجراءات أخرى من اجل الوصول إلى الحقيقة.[3]

ولذلك سنتناول سلطة المحكمة من نتائج تقرير الخبرة في الفرع الأول، وموقف المحكمة من تقرير الخبرة.

الفرع الأول: سلطة المحكمة من نتائج الخبرة

تقرير الخبير لا يعدو أن يكون عنصرا من عناصر الإثبات، تلجأ إليه المحكمة بقصد تنوير عقيدتها بصدد مسألة واقعية ذات طبيعة فنية تقتصر معارفها على التوصل إلى رأي علمي بصددها إلا من قبل فني متخصص، و تملك محكمة الموضوع سلطة كبيرة في تقدير النتائج التي توصل إليها الخبير في تقريره، و هو ما نصت عليه المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية:" أنه يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة، القاضي غير ملزم برأي الخبير غير انه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة"،.

إن سلطة المحكمة واسعة في تقييمها لأعمال الخبير، وأن رأي الخبير لا يقيد أو يحد من هذه السلطة ولا يلزمها[4]، باعتبار أن الخبرة كوسيلة إثبات تختلف عن غيرها من وسائل الإثبات تضعها المحكمة وتجري تحت إشرافها ولا تحصل المحكمة على نتيجتها إلا بالأمر بها عكس الحال في القرائن القضائية التي يستنبطها القاضي دون اشتراط اللجوء إلى إجراء معين.[5]

---

[1] – مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص207.

[2] – خروفة غانية، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الخبرة، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة 2008–2009، ص136.

[3] – فريجة حسين، المرجع السابق، ص 71.

[4] ـ محمد زهدور، المرجع السابق، ص105.

[5] ـ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 339.

للمحكمة السلطة المطلقة في تقدير رأي الخبير، وتستمد السلطة الممنوحة للقاضي في مجال الخبرة أساسها من المبدأ المتمثل في حرية القاضي في تكوين عقيدته، وفي هذا الشأن فالمحكمة العليا أكدت على هذا المبدأ بموجب القرار الصادر بتاريخ 1985/11/19 رقم 33801 جاء فيه:" من المقرر قانونا أن القضاء بتفضيل خبرة عن أخرى يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع التي خولها لهم القانون، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني في غير محله يتعين ردّه ".[1]

إذا اقتنعت المحكمة برأي الخبير وبسلامة الأسس والأسباب التي قام عليها فيمكن أن تأخذ به في حكمها، ويعتبر أخذ المحكمة بالنتيجة التي انتهى إليها الخبير، أخذا بالأسباب التي استخلصت منها هذه النتيجة ما دام أن المحكمة لم تركن لأسباب أخرى، حيث تحظى المحكمة بسلطة كاملة بأن تكتفي برأي الخبير متى اقتنعت بصحته.

تملك محكمة الموضوع في نطاق تقديرها لحجية وقوة تقرير الخبير في الإثبات المقدمة في الدعوى، بأن تجزم بما لم يقطع به الخبير في تقريره، متى كانت وقائع الدعوى قد أيدت ذلك وأكدته لديها، وإذا كانت عمليات الخبرة لا تستطيع أن تقدم رأيا قاطعا في تلك المسألة، فإن قاضي الموضوع يملك الحرية في أن يستند إلى أقوال الشهود والقرائن للوصول برأي في تلك المسألة والفصل في الدعوى، كما يملك القاضي أيضا في نطاق ممارسته في تقدير عناصر الإثبات أن يوازن بين أراء الخبراء في حال تعددهم ويأخذ بالرأي الذي يرى فيه منطقية الأسباب وأن التحقيقات الفنية التي أجراها الخبير تؤدي فعلا و منطقيا إلى الرأي الذي انتهى إليه.[2]

إن الرقابة القانونية لعمل الخبير مفادها دراسة القاضي لرأي الخبير بكل دقة من خلال متابعة أعمال الخبير ومراقبة مدى اتفاق نتائج أعماله مع الأبحاث الحاصلة، ومدى دقة تقديرات الخبير، ومن حيث مدى اتفاق أسباب خبرته وتعليلاتها مع النتائج المترتبة عليها بالنظر إلى كل ما أحاط ذلك من ظروف حياد الخبير ونزاهته.[3]

فالمحكمة تأخذ الدليل المتحصل من تقرير الخبير لتضعه دليلا ضمن الأدلة لتنطلق منها المحكمة في تكوين عقيدتها حول موضوع الدعوى، وكلما كان تقرير الخبير متفقا مع كل العناصر القانونية والموضوعية المتوافرة في الدعوى، كان اطمئنان المحكمة للخبرة أقرب إلى الصواب، أما إذا كان تقرير الخبير مناقضا لهذه العناصر وغير متآلف معها فهنا يخضع تقرير الخبير لسلطة المحكمة التي لها حرية ترجيح دليل على آخر.[4]

---

[1] ـ المجلة القضائية العدد04 ،1989، ص22.

[2] ـ سحر إمام يوسف عبد الستار، ، المرجع السابق، ص 550.

[3] ـ مراد محمود شنيكات، مرجع سابق، ص 229.

[4] ـ موسى قروف، مرجع سابق ، ص 258.

كما يجوز لها أن تبني حكمها على تقرير قدم في دعوى أخرى متى كان الخصوم قد مثلوا فيها، ولو اختلف موضوعها في النزاع المطروح عليها طالما كانت تلك الدعوى مضمونة لملف النزاع، ولكن لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بتقرير الخبير إلا بعد إطلاع الخصوم عليه ومناقشته، ومن ثمّ إذا تدخل خصم في الدعوى أو أدخل فيها بعد تقديم التقرير يتعيّن على المحكمة أن تعيد المأمورية إلى الخبير لإعادة مباشرتها في مواجهة الخصم الجديد[1] ، وهو بذلك يخضع لتقدير المحكمة كسائر أدلة الدعوى، فقد تعتبره قرينة بسيطة لتقوية دليل آخر، وقد تطرحه بأكمله، ولكنها في جميع الأحوال لا يجوز لها اعتباره دليلا شاملا في الدعوى.[2]

الفرع الثـانـي: موقف المحكمة من تقرير الخبرة

يكون لقاضي الموضوع الحرية التامة في تقرير عمل الخبير الذي ندبه، فله أن يأخذ برأيه إذا تبين له أن الحق في جانب هذا الرأي الذي وصل إليه الخبير إذا لم يقدم الخصوم مذكرات تعارض رأي الخبير يشيرون فيها إلى خطأ من أخطائه المادية أو الجوهرية التي ارتكبها الخبير.[3]

كما لقاضي الموضوع ألا يأخذ برأي الخبير إذا رأى أن تقريره يشوبه البطلان أو أن استنتاجاته غير صحيحة أو مخالفة للواقع ومتناقضة مع الوثائق التي قدمها الخصوم في الدعوى ذلك أن قاضي الموضوع هو الخبير الأعلى.[4]

تخوّل المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[5] للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقييم العناصر التي بني عليها الخبير تقريره، وله أن يأمر باستكمال التحقيق أو بحضور الخبير أمامه ليتلقى منه الإيضاحات والمعلومات الضرورية، وأن التقرير يخضع لسلطة المحكمة، والتي لا تتقيد بالرأي الذي انتهى إليه الخبير في تقريره فلها أن تأخذ به أو بجزء منه، ولها أن تقضي بما يخالفه[6]، وهذا ما نصت عليه المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن القاضي غير ملزم برأي الخبير.

وبذلك يكون للمحكمة كامل الحرية في تقدير رأي الخبير، وسنبين كل ما تملكه المحكمة إزاء تقرير الخبير في المسائل التالية:

1- للقاضي السلطة التقديرية الكاملة في الأخذ بكل ما جاء في تقرير الخبير، من رأي وأسباب إذا اقتنع بصحته وهذا ما جاءت به المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنفسها:" يمكن للقاضي ان يؤسس حكمه على نتائج الخبرة"، فمتى اقتنع القاضي برأي الخبير، وبالنتائج التي توصل

---

[1] ـ سحر إمام يوسف،مرجع سابق، ص 550.

[2] ـ علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص686.

[3] ـ فاطمة الزهراء تبوب المولودة رابحي، المرجع السابق، ص 40.

[4] ـ فاطمة الزهراء تبوب المولودة رابحي، المرجع نفسه، ص 40.

[5] ـ راجع المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[6] ـ محمود اسكندر توفيق، الخبرة القضائية، الطبعة الأولى، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2002، ص 83.

إليها في تقريره، وتبين له أنه أجاب على جميع الأسئلة المطروحة عليه، يستطيع أن يأخذ بما جاء فيه من نتيجة وعرض فيه من أسباب منطقية تؤدي إلى النتيجة التي توصل إليها الخبير، دون أن تكون ملزمة بالاستعانة بخبير آخر.[1]

على أن سلطة القاضي في الأخذ بنتائج الخبرة تكون دائما مقيدة بقواعد الإثبات التي حددها القانون، بأن تكون الواقعة المراد إثباتها واقعة مادية مما يجيز القانون إثباتها عن طريق الخبرة، لأن التصرفات القانونية حدد لها القانون طرق إثباتها ولا يجوز إثباتها عن طريق الخبرة.[2]

كما أن القاضي إذا اعتمد تقرير الخبير، فعليه ألا يكون نتيجة حكمه مستندة على أسباب تتناقض وتتعارض مع الأسباب التي أوردها الخبير في تقريره، وإلا كان حكمه عرضة للنقض والإبطال[3]، ويتحقق التناقض بين الأسباب إذا أقام القاضي حكمه على أساسين متعارضين، كأن يعتمد الحكم تقرير الخبير المتضمن نتيجة الخبرة والمتمثلة في مسؤولية الطرفين في حادث سيارة، ثم يلزم أحد الأطراف بالتعويض كله.[4]

وهو ما ذهبت إليه محكمة التمييز اللبنانية في أنه إذا قررت المحكمة اعتماد ما ورد بتقرير الخبرة، فلا يتوجب عليها إبداء جميع الأسباب التي دعت إلى ذلك بالتفصيل، بل يكتفي منها أن تشير إلى أن التقرير موافق للأصول والقانون، وأنه واضح وإن الخبير قد قام بإنجاز المهمة الموكلة له.[5]

2- يكون للقاضي سلطة استبعاد تقرير الخبرة ورفض رأي الخبير، إلا أنه لا بد عليه إبراز الأسباب التي جعلته يرفضه في حكمه[6]، وهذا ما جاء في المادة 2/144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أن: " القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة " ، فللمحكمة أن تقضي بما يخالف ما جاء في تقرير الخبي، وهذا الأمر لا يخضع لرقابة محكمة النقض، بل تستقل به محكمة الموضوع وفقا لقناعتها، للقاضي أن يطرح رأي الخبير أو آراء الخبراء جميعا إذا تعددوا متى لم تقتنع صحته، وهي ملزمة بتسبيب قرارها بهذا الشأن.[7]

---

[1] - محمد حزيط ، المرجع السابق ،ص 165.

[2] - محمد حزيط ،المرجع نفسه، ص 165.

[3] - بلغاشي كريمة، الخبرة القضائية في المواد المدنية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 2001-2002، ص 218-220.

[4] - بلغاشي كريمة، المرجع نفسه، صص 218-220.

[5] - علي أحمد الجراح، المرجع السابق ص 684.

- قضت محكمة التمييز اللبنانية بموجب القرار رقم 2003/104 بتاريخ 2003/06/05 بقولها:" إن لمحكمة الموضوع سلطان تقدير مطلق فيما يخص القوة الثبوتية العائدة لتقرير الخبير، ولها طالما أنها لم تعلن بطلانه أن تتبناه دون تحفظ وهذا التبني يشكل اعتمادا للأسباب الواردة فيه وليس عليها أن تتناول بالتفصيل كل أمر على الخبير ولا يفرض عليها التعليل إلا إذا اعتمدت حلا مخالفا".

[6] - حسين خضير الشمري، الخبرة في الدعوى المدنية، منشورات زين الحقوقية مكتبة السنهوري ط1، سنة 2012 ،ص 112 .

[7] - محمود اسكندر توفيق، المرجع السابق،ص166.

إذا قررت المحكمة عدم اعتماد تقرير الخبرة وطرحه، فإنه يتوجب عليها إجراء خبرة جديدة في حال إذا كان موضوع الخبرة مسألة فنية بحتة وذلك تطبيقا للقاعدة الفقهية القائلة:" إن الفن لا ينقض إلا بالفن"، هذا ما لم يكن الخصوم قد اتفقوا سلفا على قبول ما يقرره الخبير وبشرط أن يكونوا ذوي أهلية في التصرف في حقوقهم المنازع فيها، لأن اتفاقهم على ذلك يشبه أن يكون تحكيما.[1]

ترفض المحكمة عادة الأخذ برأي الخبير كلية إذا تبين لها وجود عيوب ظاهرة في الخبرة أو نقص كبير فيها أو بطلان في الخبرة المنجزة، وفي هذه الحالة لها أن تأخذ بأدلة أخرى مقدمة في الدعوى متى اقتنعت بها أو بتعيين خبير آخر لإجراء خبرة جديدة أو خبرة مضادة إذا لم يكن أمامها حل آخر.[2]

3 – اعتماد البعض ورفض البعض الآخر، فيمكن للمحكمة أن تجزئ رأي الخبير فتأخذ منه أصلحه وترفض منه أخطأه ولا لوم عليها في هذا[3] فلا يقضي إلا بما يطمئن إليه، ويتعين عليه في هذا المقام أن يبين الأسباب التي منعته من الأخذ بكل ما جاء في التقرير[4]، وإذا أخذت المحكمة بجزء من التقرير فإنها لا تلتزم بأن ترد استقلالا على الطعون الموجهة من الخصوم ضد هذا التقرير.[5]

وإذا قام تقرير الخبير على أسباب سائغة وحجج تؤيدها الأدلة والقرائن الثابتة بالأوراق ومع ذلك لم تقنع المحكمة بنتيجة التقرير فإن لها الحرية في الأخذ بنتيجة مخالفة بشرط أن ترد على ما جاء بالتقرير من حجج لتصل إلى هدم التقرير.[6]

4 – قد تأمر المحكمة دعوة الخبير للحضور أمامها لتتلقى منه كافة الإيضاحات والمعلومات الضرورية، وهو إجراء يسبق تحديد موقف المحكمة من تقرير الخبير، ويمكن للخصوم تقديم هذا الطلب للمحكمة، التي يكون لها سلطة تقديم جدوى وأهمية إجراء هذه المناقشة، وهذا ما نصت عليه المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.[7]

تهدف المناقشة إلى إزالة الشك والغموض في التقرير، حيث يبدي الخبير رأيه في كل ما يوجه إليه من قبل المحكمة متى كان متعلقا بمهامه دون اشتراط حلف الخبير لليمين قبل إجراء المناقشة طالما أن المناقشة تعتبر جزءا من المهمة التي حلف يمينا قبل قيامه بها.

---

[1] علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص 685.

[2] محمد حزيط، المرجع السابق ص 169.

[3] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 106.

[4] ـمراد محمود الشنيكات، الإثبات والمعاينة والخبرة، المرجع السابق، ص 236.

[5] شمام منير، المرجع السابق، ص 215.

[6] سحر إمام يوسف، المرجع السابق ص 402.

[7] نص المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" إذا تبين للقاضي أن العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير وافية له أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة كما يجوز له على الخصوص أن يأمر باستكمال التحقيق، أو بحضور الخبير أمامه ليتلقى منه الإيضاحات والمعلومات الضرورية.

5- تملك المحكمة إعادة التقرير إليه ليستدرك ويكمل النقص الذي اعترى تقرير خبرته ليزيل عنها الغموض واللبس سواء من المحكمة أو بطلب من الخصوم وقد تعيد المحكمة تقرير الخبرة للخبير ليرد على اعتراض الخصوم وادعاءاتهم دون أن يكون هناك داعي لحضور المحكمة لإجراءات الخبرة وأعمال الخبير.[1]

6- الأمر بإجراء خبرة جديدة: فللمحكمة أن تأمر بإجراء خبرة جديدة إذا تبين لها وجود نقص كبير في الخبرة القائمة أو بطلانها أو وجود عيوب كبيرة فيها تتضمنها أخطاء في الاستدلال أو تناقض في التسبيب، أو لأجل التحقق من سلامة تقدير الخبرة الأولى.[2]

إذا أصدر القاضي حكما بإبطال الخبرة، فهو غير مقيد بالرجوع إلى رأي الخبراء مرة أخرى بل يمكن له أن يفصل في الدعوى إذا رأى أنها صالحة للحكم فيها أو يأمر بإجراء خبرة جديدة، متى رأى ضرورة هذا الإجراء للبث في المسألة الفنية لبناء الحكم عليها.

إن خضوع تقرير الخبير لسلطة المحكمة التقديرية باعتباره دليلا للإثبات، وهو غير مقيد للمحكمة ومن ثمّ لا تترتب عليها إذ هي فرصة وأمرت بإعادة الدعوى إلى خبير آخر أو أمرت بندب ثلاثة خبراء.[3]

القيود الواردة على سلطة القاضي في تقييم رأي الخبير:

إذا كان القاضي يحظى بسلطة واسعة في تقدير عمل الخبير، وفي الأخذ به أو طرحه جانبا لعدم اقتناعه بتلك النتيجة، فإن تلك السلطة ترد عليها قيود تحد منها، ويفقد بموجبها القاضي سلطته في تقدير رأي الخبير، حيث يتعين عليه الأخذ بتقارير الخبراء في حالات معينة، وتلك القيود الواردة على سلطة القاضي قد تكون بنص تشريعي، أو باتفاق الخصوم.[4]

كما أنه في حالة موافقة جميع الأطراف على نتائج الخبرة بعد إنجازها فإن القاضي لا يمكنه رفض تلك الخبرة خاصة من الناحية الموضوعية.[5]

---

[1] قروف موسى،المرجع السابق، ص 263.

[2] محمد حزيط ، المرجع السابق، الإثبات في المواد المدنية و التجارية،ص305.

[3] أبو الخير عبد العظيم، المرجع السابق، ص386.

[4] سحر إمام يوسف عبد الستار، المرجع السابق ص 553.

[5] أحمد فاضل، المرجع السابق، ص 120.

لا يمكن للقاضي وهو يتفحص المعلومات والبيانات التقنية الواردة في الخبرة أن يرجح رأيه الشخصي على رأي الخبير في المسائل التقنية، وإذا كان لقاضي الموضوع إمكانية تفسير تقرير الخبرة، فإنه لا يمكنه الخروج عن مضمونه أو أن يحرّف العبارات التي جاء بها الخبير، فلا يجوز له أن يقوم بتشويه التقرير وإعطائه معنى مغاير لما أراده الخبير تحت ستار التفسير، وإلا كان حكمه معرضا للطعن بالنقض[1]بسبب تحرير تقرير الخبرة أو الخطأ في فهم مضمونه.[2]

إن سلطة المحكمة في اعتماد تقرير الخبرة مقيدة بقواعد الإثبات التي حددها القانون، فلا ينبغي لها تجاوزها أو مخالفتها، فإذا قدر المشرع ضرورة الإثبات بدليل معين فإنه يمتنع على القاضي أن يجيز الإثبات بدليل في غير الحالات التي يجيز فيها القانون الإثبات بمقتضاه.

ويتعين على القاضي أن يبين في حكمه الدليل الفني الذي يستند إليه في تقرير وجود أو عدم وجود الواقعة الفنية، وإذا لم يبين القاضي الدليل الفني الذي استند إليه في استيفاء المعلومات الفنية فإنه يكون قد قضى بعلمه الشخصي، وهذا أمر غير جائز بإجماع الفقه والقضاء، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي في المسائل الفنية التي تحتاج إلى رأي وخبرة أهل الاختصاص بعلمها بل يجب عليها الرجوع إلى رأي أهل الخبرة.

[1]سحر إمام يوسف عبد الستار،المرجع السابق، ص 556.

[2]أحمد فاضل، المرجع السابق، ص 220.

الفصل الرابع: سلطة القاضي في إجراء المعاينة القضائية

تحتل المعاينة في مجال الإثبات عموما والإثبات المدني خصوصا أهمية كبيرة لكونها تعد أحد أهم أدلة الإثبات المباشرة في المسائل المدنية إن لم تكن أهمها على الإطلاق، تهدف إلى إثبات حالة معينة وإظهار حقيقة النزاع في أقرب وقت وأيسر نفقة، وذلك من خلال تكوين المحكمة الاعتقاد الصحيح عن حقيقة المنازعة[1].

وتعد الدليل الوحيد الذي يتم بغير واسطة، وذلك عندما يكوّن القاضي اعتقاده بملامسته للواقعة ذاتها واستخلاص الدليل من مشاهدته بنفسه مباشرة، وهي بذلك تتميز عن أدلة الإثبات الأخرى التي تتم بالواسطة، عندما يتوصل القاضي إلى الإلمام بالوقائع عن طريق ما يستخلصه من الدعوى وظروفها وما يقدم من المستندات والأقوال.

إن القاضي يجد ضرورة لمعاينة الواقعة مع الادعاء لتقرير حالتها لتكون أساسا لحسم الدعوى، لذا فإن المعاينة تتيح له مزيدا من الإيضاح لفهم الوقائع المعروضة عليه، سواء كان موضوع المعاينة يتناول الأشخاص أو الأموال، سواء كانت هاته الأخيرة عقارات أو منقولات وفي الغالب تكون الأوصاف التي ترد عليها المعاينة أوصافا مادية.

إن الإثبات بالمعاينة يخضع لإجراءات متعددة نص عليها القانون، فالأصل أن تقوم المحكمة بكامل هيئتها لإجراء المعاينة، واستثناءا يجوز لها أن تندب أحد أعضائها للقيام بذلك، وكل ما يثبت لها من هذا الإجراء يعتبر دليلا قائما في الدعوى، لذلك ولبيان هاته المسألة ودراسة موضوع المعاينة ارتأينا تقسيمه إلى بحثين الأول نتناول فيه ماهية وطبيعة المعاينة، وفي الثاني نتناول إجراءات المعاينة القضائية وسلطة المحكمة في تقدير نتيجتها.

---

[1]– أوان عبد الله الفيضي، المعاينة في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات مصر، سنة النشر 2012،ص09

المبحث الأول :تعريف المعاينة وطبيعتها القانونية

تعد المعاينة من طرق الإثبات المباشرة نظرا لاتصالها اتصالا ماديا بالواقعة المطلوب إثباتها والتي تتيح للقاضي فرصة التعرف على الواقع مباشرة، كما أنه يلجأ إلى إجراء المعاينة في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ووجد أنه ضروري لتنوير عقيدته بشأنها[1].

لبيان ماهية المعاينة لا بد من بيان المقصود بها وأهميتها وشرعيتها وتحديد نطاقها وطبيعتها القانونية، ومن أجل الإحاطة بكل ذلك تعين تقسيم المبحث إلى مطلبين الأول نتناول فيه ماهية المعاينة، والمطلب الثاني إلى تحديد الطبيعة القانونية للمعاينة.

المطلب الأول : تعريف المعاينة القضائية

إن بيان ماهية المعاينة يتطلب بيان المقصود بها وبيان فائدتها العلمية، كما يتطلب تحديد مجال المعاينة بما أن موضوع النزاع أو محله يختلف من قضية لأخرى وقد تكون لمعاينته أهمية كبيرة في تكوين قناعة القاضي بما سيحكم به في الدعوى المعروضة عليه[2].

لذلك تعين تبيان المقصود بالمعاينة لغة واصطلاحا، إذ لا يستقيم الفهم والمعنى ما لم تتم الإحاطة بالمدلول اللغوي لها، ثم بيان معناها الاصطلاحي وتحديد خصائصها ومجال نطاقها ،وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف المعاينة القضائية في الفرع الأول ،وإلى خصائص المعاينة في الفرع الثاني ونطاق المعاينة في الفرع الثالث.

---

[1]– سحر إمام يوسف عبد الستار المرجع السابق، ص 467.

[2]– محمد حزيط ،المرجع السابق –ص278.

الفرع الأول : معنى المعاينة القضائية

المعاينة لغة تعني ما يراه الشخص بعينه، فيقال عند المعاصرين عاين الطبيب المريض معاينة، أي فحصه واجتهد في معرفة علته، فالعين ما يدرك إذن بأحد الحواس الظاهرة ويسمى بالصورة ويقابله المعنى أي ما لا يمكن إدراكه بالحواس كالصداقة والعداوة[1].

وعرفت على أنها النظر وقد عاينته معاينة وعيانا رآه عينا لم يشك في رؤيته ورأيت فلانا عيانا، أي مواجهته[2].

أما المعاينة اصطلاحا فهي" انتقال المحكمة لمشاهدة محل النزاع أيا كانت طبيعته سواء كان عقارا أو منقولا وبصفة عامة كل ما يقع عليه النزاع، مما يضمن أن تكون معاينته مجدية"[3].

كما عرفت المعاينة بأنها:" مشاهدة المحكمة بنفسها لمحل النزاع على الطبيعة حتى تتمكن من تكوين فهم واقعي صحيح للقضية المعروضة عليها ليساعدها على الفصل فيها إذا لم تجد في أوراق الدعوى ما يكفي لذلك"[4].

وعرفت أنها:" مشاهدة المحكمة بنفسها محل النزاع للتحقيق من صحة الأوصاف التي يدعيها صاحب الشأن فيها"[5].

وعرفها بعض فقهاء القانون:" الحسي المباشر لإثبات حالة الشيء أو الشخص من خلال الرؤية أو الفحص المباشر، أو هي مشاهدة المحكمة لموضوع النزاع أو محله"[6].

وعرفها الأستاذ زهدور محمد أنها:" انتقال المحكمة إلى عين المكان لمعاينة محل النزاع بنفسها واستخلاص الدليل من مشاهدته لغموض الدليل المقدم إليها أو نقصانه"[7]

---

[1]– أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص 71.

[2]صلاح مالك حمود العزاوي، المعاينة ودورها في الحكم القضائي في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، حزيران،2022، ص 11.

[3] – مصطفى مجدي هرجة، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض والصيغ القانونية ، دار المطبوعات الجامعية ،1934، ص281

[4]– أحمد السيد صاوي، الوسيط في المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة القاهرة، 1981، ص 315.

[5]–سليمان مرقس، من طريق الإثبات، الجزء الثالث، مطبعة الجبلاوي القاهرة، 1974،386 ص

[6] – صلاح مالك حمود العزاوي، المرجع السابق، ص 11

[7]– محمد زهدور، المرجع السابق، ص 100.

أنه من خلال التعاريف السابقة للمعاينة تبين أنها كانت شاملة لجميع أنواع المعاينة، سواء تعلقت بالمكان أو الأشياء أو الأشخاص في حين أن بعض التعاريف اقتصرت على حالات معينة للمعاينة.

والمعاينة بوصفها دليلا من أدلة الإثبات هي مشاهدة المحكمة لموضوع النزاع أو محله، وتعد من أهم أدلة الإثبات المباشرة في الوقائع المادية، إذ أنها وسيلة ناجحة للوقوف على حقيقة النزاع كما أنها قد تؤدي إلى ثبوت لبعض الوقائع بمعاينة القاضي لها كما يستخلص القاضي من المعاينة قرائن يستدل بها على أمور معينة تتعلق بالدعوى.[1]

على الرغم من أن معظم القوانين نصت على الإثبات بالمعاينة، فإنها لم تضع تعريفا محددا خاصا بها، ومنها المشرع الجزائري بنصه في المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع الذي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك ".

إن للمعاينة أهمية كبيرة للوقوف على حقيقة النزاع، إذ ليس هناك وسيلة أحسن لتكوين القاضي في عقيدته عن موضوع النزاع من مشاهدة: محله بنفسه، بما أن ذلك يعطيه فكرة مادية محسوسة عن الواقع ،لا يمكن أن تعطيه إياه أوراق الدعوى ، و الأقوال والشهود ، ولا تقارير الخبراء ، فضلا عما يوفره له ذلك من دقة وطمأنينة في تكوين عقيدته تجعلانه بمنأى عن التأثر بأقوال الخصوم المغرضة المتناقضة[2]، فالأولى أن يعاين القاضي بنفسه محل النزاع ، حيث وإن كان يمكن له أن يندب خبيرا لاصطحابه عند المعاينة إذا تطلب الأمر ذلك.

الفرع الثاني: خصائص المعاينة القضائية

تتميز المعاينة القضائية بوصفها إحدى وسائل الإثبات المعهودة، التي تهدف إلى إثبات حالة معينة وإيضاح الحقيقة ، بخصائص عديدة ومميزة يمكن تحديد أهميتها في :

أولا: المعاينة دليل إثبات يتم بغير وساطة

إن طرق الإثبات عموما هي وسائل مقبولة قانونا، يلجأ إليها أطراف النزاع لإقناع القاضي بصحة الوقائع القانونية التي يدعونها[3]، وغالبا ما يقسم الفقهاء هذه الطرق إلى طرق مباشرة ، تنصب على الواقعة المنشئة للحق المدعى به مباشرة، إذ يكون القاضي اقتناعه من ملامسة الوقائع ذاتها،

---

[1] – آدم وهيب الندوي ، شرح قانون البيانات الإجراء ، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1998 ، ص 362.

[2] – محمد حزيط، المرجع السابق، ص 279.

[3] – أوان عبد الله الفيضي ، المرجع السابق ، ص 89.

ويستخلص الدليل من مشاهدته لا سيما ما يقدمه الخصوم من أقوال ومستندات ، وهذا شأن الكتابة والشهادة والمعاينة والخبرة ، إلى جانب وجود طرق إثبات غير مباشرة لا تنصب مباشرة على الواقعة المدعى بها ،وإنما تنصب على واقعة أخرى بديلة غير الواقعة الأصلية كالإقرار واليمين والقرائن[1].

وتعد المعاينة دليل الإثبات الوحيد الذي يلجأ إليه القاضي بنفسه لكشف حقيقة واقعة ما، دون تدخل الوسيط الذي يقدم له الدليل أو يروي الواقعة، فمن خلال المعاينة يتوصل القاضي إلى ملامسته الوقائع ذاتها، عن طريق ما يستخلصه من الدليل عبر المشاهدة المباشرة، خلافا للأدلة الأخرى التي يتوصل القاضي إلى الإلمام بالوقائع من خلال ما يستخلصه من الدعوى ، وما قدم فيها من وثائق ومستندات.

ثانيا: المعاينة إجراء قضائي للمحكمة

إن من خصائص المعاينة أنها إجراء ذا صفة قضائية، أي اللجوء إلى المعاينة أمر تقرره سلطة قضائية رسمية متخصصة، فيقرره القاضي المختص وحده إما بطلب من قبل الخصوم أو بناءا على قرار يتخذه القاضي من تلقاء نفسه نظرا لحاجة الدعوى إلى ذلك.[2]

المعاينة إجراء قضائي يقرره القاضي إما بنفسه، أو بناءا على طلب الخصوم، والإجراء القضائي يعد من الأعمال القانونية التي يرتب عليها القانون أثر إجرائي معين حيث يكون جزءا من الخصومة يساهم في سير الدعوى[3]، وباعتبار المعاينة إجراء قضائي من جانب القضاء في مسار الدعوى المدنية في ظل موقف إيجابي من القاضي، ليتمكن من الوصول إلى الحقيقة المتنازع عليها من خلال هذه الوسيلة[4].

وإذا كان المبدأ أن القاضي لا يجوز له أن يقضي بعلمه الشخصي عن وقائع الدعوى، فإن مجال ذلك المنع يسري على علمه السابق بالوقائع التي يحصل عليها خارج إجراءات الخصومة، ودون رقابة من أطراف الدعوى، لذلك فإن مبدأ عدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي لا يمنع قيامه بالمعاينة، إذ يجمع بحواسه الذاتية معلومات عن الوقائع المتنازع عليها تؤدي إلى معرفة الحقيقة[5].

---

[1]–محمد حسني قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ،ط 2005، بيروت ص 385.

[2] – أوان عبد الله الفيضي، المرجع نفسه، ص 91.

[3] – صلاح مالك حمود العزاوي، المرجع السابق ، ص36

[4] – أوان عبد الله الفيضي، المرجع نفسه ، ص 92

[5] –شمام منير، المرجع السابق ، ص ص 219–220

ثالثا: المعاينة إجراء اختياري للمحكمة

الأصل أن المعاينة إجراء اختياري للمحكمة، أي أن المحكمة غير ملزمة بإجابة طلبات الخصوم بطلب المعاينة، مادامت ترى في أدلة الدعوى المطروحة أمامها من أقوال الخصوم وشهادات الشهود أو المستندات الأخرى في الدعوى ما يمكنها في حسم النزاع من دون اللجوء إلى المعاينة[1]، وقد جاءت صياغة المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تم ذكرها سابقا على أن إجراء المعاينة أمر جوازي للمحكمة متى رأت في هذا المصلحة لتحقيق العدالة.

فضلا على أن المحكمة حتى في حالة إجابتها لطلب الخصوم بالقيام بإجراء المعاينة ، أن ترجع عن قرارها هذا ، متى تبين لها فيما بعد أنه في الدعوى ما يكفي من الأدلة لحسم النزاع ، على أن تقدير أدلة الدعوى وإذ كانت من حق قاضي الموضوع ،إلا أنه لا يجوز للمحكمة أن ترفض طلب الخصوم بخصوص إجراء معين ، ما لم يكن قرارها هذا قائما على أسباب مقنعة وكافية ، ومن ذلك فلا يجوز لها أن ترفض طلب الخصوم بالقيام بالمعاينة دون مبرر ظاهر مقبول ،إذا كان ذلك هو الوسيلة الوحيدة في الإثبات التي هي حق لا يصوغ قانونا حرمانه منها.[2]

رابعا: المعاينة دليل غير ملزم للمحكمة

تعد المعاينة من أدلة الإثبات المباشرة تنصب على الواقعة المنشئة للحق المدعى به مباشرة فيكون القاضي اقتناعه من ملامسة الوقائع ذاتها، وذلك من خلال معاينته محل النزاع مباشرة بنفسه إذ يقوم باستنتاج الدليل من معاينة مباشرة[3].

قد تكون في بعض الأحوال الدليل القاطع الذي لا غنى عنه في حسم النزاع ،إذا ما اقتنع القاضي بتقرير المعاينة، أما إذا لم يقتنع القاضي بها فإن هذا التقرير يعد غير ملزم له بما ورد فيه من ملاحظات حول المعاينة ،لأن المعاينة لم تسفر عن دليل مقنع له ، كون القاضي له السلطة التقديرية في إجراء المعاينة من عدمه [4] ، إلى جانب أنه من حق المحكمة في العدول عن قرار إجراء المعاينة ، وبالنتيجة لذلك تعد المعاينة دليل إثبات غير ملزم للمحكمة ، وبإمكانها عدم الأخذ بها إذا لم تؤد المعاينة إلى تكوين عقيدتها بصدد النزاع ،غير أن المحكمة تكون ملزمة بتسبيب قرار رفضها لتقرير المعاينة [5].

---

[1] – أوان عبد الله الفيضي ،المرجع السابق ،ص 93 .

[2] – أوان عبد الله الفيضي ، المرجع نفسه ، ص 94.

[3] –صلاح مالك محمود العزاوي ، المرجع السابق ، ص 36 .

[4] – محمد حسين منصور، شرح قانون الإثبات العماني، المرجع السابق ، ص 228

[5] – أوان عبد الله الفيضي ، المرجع السابق ص 95.

الفرع الثالث : نطاق المعاينة القضائية

يشمل نطاق المعاينة الأشياء والأشخاص، وقد تكون الأشياء عقارات كما قد تكون منقولات[1]، كما يمكن أن يكون محلا للمعاينة أي شيء متنازع فيه، فضلا عن إمكانية حصولها على الأشخاص.

للمحكمة عند قيامها بالتحري عن حقيقة الادعاءات في مجلسها، وسندها في ذلك قناعتها عن طريق الأدلة التي يطرحها الخصوم في الجلسة، غير أن هناك حالات لا يمكن الوقوف على حقيقتها إلا بمشاهدة المحكمة بنفسها للمدعى به، سواء في الجلسة أو خارجها أي بانتقالها إلى محل النزاع لكي تثبت من حالاته وأوصافه وجميع ما يحيط به توصلا لإعطاء الرأي أو الحكم المقتضى بشأنه[2] وعليه تعين توضيح نطاق المعاينة فيما يأتي:

أولا: معاينة الأشخاص

إن معاينة الأشخاص يجب أن تتم بواجب ضمان احترام الشخص المطلوب معاينته بعدم المساس بحريته وحرمته، وعلى المحكمة أن تستعين بخبير فني لمعاينة الشخص متى كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية أو فنية وهو ما نصت عليه المادة 147 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، وللمحكمة أن تجري المعاينة بنفسها على المدعي لترى درجة التشوه الذي أصاب وجه أو جسم المدعي لإثبات الضرر الذي حدث نتيجة خطأ المدعى عليه .

الأصل أن تعقد المحكمة جلساتها وتجري مرافعاتها في مجلسها، غير أنها قد تخرج عن هذا الأصل ليمكن لها أن تقرر الانتقال بنفسها لمعاينة الشخص المطلوب معاينته عندما يتعذر أو يتعسر إحضاره إلى جلسة المحاكمة، كأن تكون حالته لا تسمح بإحضاره لمرضه أو لشدة إصابته فتقرر المحكمة عندئذ الانتقال إليه لمعاينته.[4]

غير أنه يبقى من شروط معاينة الأشخاص، بأن لا تكون المعاينة مخالفة للنظام العام والآداب العامة أو تمس حرية أو شخصية الشخص المطلوب معاينته، فمثلا لا يجوز معاينة المدعى عليها رغما عنها لإثبات أنها ليست بكرا لأن إجراء مثل هذه المعاينة تمس بالحرية الشخصية للفرد، وهذا يعد مخالفا للنظام العام.[5]

---

[1] – محمد حزيط ، المرجع السابق ، ص 280 .

[2] – أوان عبد الله الفيضي، المرجع نفسه، ص 117.

[3] – نصت المادة 147 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" إذا تطلب موضوع الانتقال معارف تقنية، يجوز للقاضي أن يأمر في نفس الحكم بتعيين من يختاره من التقنيين لمساعدته"

[4] – أوان عبد الله الفيضي، المرجع نفسه، ص 120

[5]– قروف موسى، المرجع السابق، ص 271

ثانيا: معاينة الأموال

إن المعاينة تشتمل أيضا على الأموال بصورة عامة سواء منقولات أو عقارات، كما لو كان النزاع على عقار من ناحية حدوده أو مساحته أو مشتملاته أو الحقوق الواردة عليه كحق الارتفاق، وحق المجرى أو المسيل أو حدوث نزاع يتعلق بوضع اليد عليه، أو بخصوص تقدير الضرر الذي أصاب العقار نتيجة الحرق أو الهدم أو غير ذلك من المنازعات كالتجاوز على العقار.[1]

إن الإثبات بالمعاينة يقتصر بحسب طبيعته على الأمور المادية، ويعد من أهم طرق إثباتها، بل قد يكون الدليل الناطق على صحة الادعاء أو بطلانه مما لا يغني عنه دليل سواه، لذلك فإن الإثبات به لا يكون إلا حيث يجوز الإثبات بالشهادة، لذلك فإن الدليل الكتابي متعذر وجوده مباشرة في الأمور المادية، ومع ذلك يجوز الاستعانة بالكتابة للاستدلال بها على ثبوت هذه الوقائع.[2]

أما إذا كان محل المعاينة مالا منقولا، وكان بالإمكان نقله إلى قاضي الموضوع، فمن السهل عندئذ إجراء المعاينة عليه، إذ يأمر القاضي بإحضاره في الجلسة لمعاينته إما بنفسه أو بوساطة خبير، كما لو كان النزاع يتعلق بحلي ذهبية، أما إذا صعب نقل المال، كما لو كان النزاع قائما بشأن أثاث منزل واستحال نقله فإنه يلزم على القاضي أن ينتقل لإجراء المعاينة على هذا المال.[3]

ويجوز أن يتم الإثبات عن طريق المعاينة بصفة فرعية في دعوى مرفوعة أمام القضاء، كما يجوز أن يتم بصفة أصلية، من غير أن تكون ثمة دعوى قائمة أمام القضاء، وهذا خشية حدوث نزاع في المستقبل، وترفع بشأنه دعوى متى أراد إثبات حالة بصفة مستعجلة خشية تحولها أو زوال معالمها قبل أن يتمكن صاحب الشأن من رفع دعواه الموضوعية المبنية على الحالة التي صار إليها محل النزاع في وقت معين.[4]

ويشترط في محل المعاينة عموما سواء أكان معاينة أموال أو معاينة أشخاص ما يشترط بشكل عام في الوقائع المراد إثباتها وأهمها:

* أن يكون محل المعاينة متعلقا بالدعوى، فلا يجوز معاينة أشياء لا علاقة لها بموضوع الدعوى.
* أن يكون محل المعاينة متنازعا فيه فإذا لم يكن كذلك فلا يجوز معاينته.
* أن يكون موضوع المعاينة منتجا في الإثبات، فلا يجوز إجراء المعاينة على شيء زالت آثاره كليا.

---

[1] أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص127

[2] أوان عبد الله الفيضي، المرجع نفسه، ص127

[3] عباس العبودي، المرجع السابق ص 322

[4] آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص363

* لا يجوز إجراء المعاينة على شيء ممنوع في القانون، أو مخالف للنظام العام والآداب لأن الدعوى غير مقبولة أصلا.
* يجب أن يكون موضوع المعاينة من الممكن معاينته، فلا يجوز معاينة شيء مستحيل قانونا سواء أكانت استحالة نسبية أم مطلقة، لأن المستحيل لا يقبل الإثبات عادة.
* أن يكون موضوع المعاينة جائزا إثباته بالمعاينة ذاتها، فالتصرفات القانونية لا يمكن إثباتها بالمعاينة لأن ما تم منها قبل المعاينة لا يجوز إثباته إلا وفق القواعد العامة في الإثبات.[1]

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمعاينة القضائية وتمييزها عما يشابهها

إن تحديد الطبيعة القانونية للمعاينة يتناول مجال تطبيقها وإعمالها في الإثبات المدني، ولكون أن طبيعة المعاينة في القانون دليل من أدلة الإثبات قائم بذاته، غير أن الفقه قد اختلف في مسألة تحديد هاته الطبيعة إلى رأيين فمنهم من رآها دليل إثبات في الدعوى هدفها التدليل على صحة الوقائع المدعى بها يعاينها القاضي بنفسه ويتعرف عليها[2]، والجانب الآخر من الفقه رآها وسيلة إجرائية لتقيم أدلة الإثبات في الدعوى، ولبيان وتحصيل ذلك تعين التطرق إلى اعتبار المعاينة دليل من أدلة الإثبات في الفرع الأول، والمعاينة كوسيلة لتقدير دليل الإثبات في الدعوى في فرع ثاني، أما الفرع الثالث نتناول فيه تمييز المعاينة عما يشتبه بها.

الفرع الأول: المعاينة دليل من أدلة الإثبات في الدعوى

إن اعتبار المعاينة وسيلة إثبات كباقي أدلة الإثبات القانونية، الهدف منها هو التدليل على صحة الوقائع المدعى بها وبموجبها تنتقل إلى موضوع الدعوى دليلا يتضمن إثبات وقائع محل النزاع، لذلك فإن الرأي الغالب يذهب إلى أن المعاينة تعد وسيلة إثبات تهدف إلى التعرف على وقائع مجهولة من خلال الواقع المعلوم، ويبرز أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم هذه بالقول بأن المعاينة هي وسيلة إثبات ودليل قائم بذاته تنقل إلى حيز الدعوى دليلا يتعلق بإثبات وقائع يستطيع القاضي التعرف عليها بنفسه.[3]

إن التشريع الأردني وفقا للمادة 11/83 من القانون الأردني:" للمحكمة في أي دور من أدوار المحكمة أن تقرر الكشف أو الخبرة من خبير أو أكثر، على أي من مال منقول أو غير منقول، أو

---

[1] – أوان عبد الله الفيضي، المرجع نفسه ص، ص 130.129

[2] – توفيق حسين فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، مصر، 1982 – ص 186.

[3] – أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص 191

لأي أمر ترى لزوم إجراء الخبرة عليه، على أن تبين المحكمة في قرارها الأسباب الداعية لإجراء الكشف والخبرة والغاية من ذلك، وتحديد بدقة التفاصيل المهمة الموكلة إلى الخبير".[1]

يستخلص أن المعاينة من حيث طبيعتها تعتبر من طرق الإثبات الأصلية، وهي التي يتحقق فيها معنى الدليل باعتباره وسيلة لإقناع القاضي بحقيقة الادعاء، ومن حيث حجيتها تعتبر غير ملزمة للقاضي فهي تخضع لتقدير القاضي دون رقابة عليه من محكمة التمييز.[2]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن المحكمة فيما يخص إجراءات المعاينة يحق لها الاستناد إلى وسيلة إجراء المعاينة كدليل إثبات في الدعوى سواء من تلقاء نفسها أو بناءا على طلب من الخصوم، وهذا بناءا على السلطة التقديرية في تقرير الالتجاء إلى إجراء المعاينة، بوصفها أحد طرق الإثبات المنصوص عليها قانونا وبما تملك المحكمة أيضا من السلطة التقديرية الواسعة في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة، إذ يهدف قانون الإجراءات المدنية والإدارية على توسيع الدور الإيجابي للقاضي في البحث عن الحقيقة وما يتعلق بها من أدلة بما يكفي وصولا إلى التطابق بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية، تحقيقا للعدالة.[3]

إن المعاينة تساعد القاضي على أن يحلل بطريقة محددة الشيء محل المعاينة، وهي تخضع للأحكام العامة لوسائل الإثبات كما هو الشأن بالنسبة لسائر وسائل التحقيق، فيمكن للقاضي أن يأمر بها من تلقاء نفسه دون أن يطلب ذلك من الخصوم، بمقتضى سلطته في تقدير الفصل في الدعوى، وحتى في حالة الطلب الصريح من الخصوم فهي تحتفظ دائما بطابعها الاختياري بالنسبة للقاضي.[4]

كما يعد ذلك أساسا في التزام القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته، وذلك باللجوء إلى الدليل المناسب والحاسم الذي يعد من أدلة الإثبات المباشرة في المسائل المادية، فهذه الوسيلة تتم من دون واسطة وبصورة مباشرة من قبل القاضي، وذلك من خلال ملامسته للواقعة ذاتها، واستخلاص الدليل من مشاهداته بنفسه مباشرة للوقوف على حقيقة النزاع.[5]

---

[1] – صالح مالك حمود العزاوي، المرجع السابق ص 25

[2] – صلاح مالك محمود العزاوي ، المرجع نفسه ص 25

[3] – قروف موسى ، المرجع السابق ، ص 274

[4] – محمد عبد الحميد مسعود ، إشكاليات إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري ، منشأة المعارف ط 2009 ،ص384

[5] – أوان عبد الله الفيضي ، المرجع السابق ،142 ص

والمحكمة لا تتقيد بالقرار الذي تقدره باللجوء إلى استخدام وسيلة الإثبات بالمعاينة، إذ لا يجوز لها أن تعدل عنه، متى ما وجدت عناصر الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها على أن يتبين أسباب العدول.[1]

الفرع الثاني: المعاينة وسيلة لتقدير أدلة الإثبات في الدعوى

هناك جانب من الفقه يرى أن إجراء المعاينة من طرف المحكمة لا يعد وسيلة إثبات في الدعوى أو دليل من الأدلة المقدمة في إثبات الواقعة المدعى بها، لأنها لا تهدف أساسا إلى إثبات وجود صحة أو نفي واقعة معينة أو حالة ما، ولكنها وسيلة الهدف منها تقرير عنصر الإثبات في الدعوى أي وسيلة لتقدير الدليل.[2]

من أنصار هذا الرأي الأستاذ رمضان أبو السعود في مستهل حديثه عن أدلة الإثبات المتعلقة بالإجراءات الخادمة لمختلف أدلة الإثبات وهي المعاينة والخبرة واستجواب الخصوم، على أن هذه الإجراءات لا تعد أدلة إثبات قائمة بذاتها، وإنما هي إجراءات تسفر وتتمخض عن دليل قد تقتنع به محكمة الموضوع ، وبعبارة أخرى فإن وظيفة هذه الإجراءات هي العمل على تكوين عقيدة المحكمة في شأن موضوع النزاع ومراكز الخصوم، وما قد تسفر عنه هذه الإجراءات كإجراء الاستجواب للخصوم إلى الحصول على إقرار قضائي ومن هنا كان اتصال هذه الإجراءات بأدلة الإثبات.[3]

هذه الإجراءات من وجهة نظر هذا الاتجاه لا تتعلق بدليل معين بذاته من أدلة الإثبات، وإنما ترمي إلى تنوير المحكمة بشأن موضوع القضية، مما يعينها على تكوين عقيدتها الصحيحة عن المراكز الواقعية للخصوم والمراكز القانونية الواجبة لهم باستخلاص القرائن المفيدة في ذلك، وعن طريق القرائن تتصل تلك الإجراءات بأدلة الإثبات.[4]

غير أن هذا الرأي لا يمكن أن يتعارض مع كون المعاينة تعتبر دليل إثبات قائم بذاته، تبدأ بإجراء قضائي تقوم به المحكمة أثناء نظرها للدعوى، وهذا لتكوين قناعتها في شأن موضوع النزاع، والتوصل إلى إثبات الواقعة محل النزاع عن طريق مشاهدتها ومعاينتها، وبذلك قد يسفر هذا الإجراء عن دليل من خلال التعرف على وقائع مجهولة تنتقل إلى حيز الدعوى دليلا يتعلق بإثبات وقائع يستطيع التعرف عليها بنفسه، أو قد لا يسفر ذلك الإجراء عن شيء.[5]

---

[1] –أوان عبد الله الفيضي –المرجع نفسه–ص 142

[2] – أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي ط 1972، القاهرة ، ص 629 .

[3] – رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص386.

[4] – أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص 145.

[5] – أوان عبد الله الفيضي، المرجع نفسه، ص 146.

إن المعاينة تعد إجراء قضائي من جملة إجراءات الدعوى، لأنها عمل قانوني ومسلك إيجابي من جهة القاضي يقع أثناء سير الدعوى وقبل قفل باب المرافعات، فالعمل الإجرائي يعد مسلكا إيجابيا في اتخاذ قرار إجراء المعاينة من جانب المحكمة، وبهذا المفهوم فإنه لا يعد من قبيل الإجراء القضائي أعمال الذكاء المحضة التي يقوم بها القاضي عند دراسته لوقائع الدعوى[1]، كما هو الحال أيضا بالنسبة للأعمال الممهدة للقيام بالأعمال القانونية في الخصومة، و الحضور أمام القاضي والتي تعد مسلكا سلبيا، لا ترقى إلى درجة الإجراء القضائي بالمعنى المقصود.[2]

وبالرجوع للقانون الفرنسي الجديد ، فقد مكن القاضي من اكتساب معرفة شخصية ومباشرة بالوقائع التي يزعمها الخصوم لدعم ادعاءاتهم، فعند الحاجة لا يمكن للقاضي أن ينتقل مباشرة إلى الأماكن ذات الصلة بالنزاع ، والاستفسار بنفسه عن الظروف الملابسة له، لذا يحق للقاضي استخدام بعض التقنيات كالمعاينات والتقييمات، التقديرات، أو إعادة تمثيل الوقائع[3]،فالمعاينة هي طريق من طرق الإثبات، تتجسد في مشاهدة المحكمة بذاتها للشيء المادي الذي هو محل النزاع، وذلك من أجل التحقق من حالته، أوصافه، وكل ما يحيط به توصلا لإعطاء الحل المقتضى بشأنه، فهي من أهم الأدلة الموصلة إلى الحقيقة إذ يقف فيها القاضي بنفسه على الواقعة المتنازع عليها.[4]

وتجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 17 ديسمبر 1973 قام بإلغاء المواد التي كانت تنص على إجراء الانتقال للأمكنة، وكرس قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد خمس مواد جاءت في إطار ما يصطلح عليه التحقيق الشخصي للقاضي، ويعتبر الانتقال إلى المكان هو أحد أهم التقنيات أو الإجراءات التي يلجأ لها القاضي من أجل تحقيقه فهو يؤدي في كثير من الحالات إلى اقتناع القاضي، ويبدو هنا أفضل من الاكتفاء بالخبرة، إذ أن اطلاعه شخصيا على وقائع المكان، يعطيه الوسائل اللازمة لمعرفة شخصية للواقع دون النظر فيه عن طريق خبير، أي يسمح للقاضي بتكوين اقتناعه بأكثر دقة من قراءته لتقرير الخبرة.[5]

---

[1] – آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية ، دار الكتاب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، العراق، 1979، ص 130.

[2]– فتحي والي، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 350.

[3] - Christophe Lefort, Procédure civile, Edition Dalloz, Paris, France, 2eme édition, 2007, P 345.

[4]– محمد يوسف ياسين، الوسيط في قانون المحاكم الشرعية والمذهبية – دراسة مقارنة (سنية، جعفرية، درزية، علوية)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة 1، 2006، ص 246.

[5]– مونية العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد – إجراءات التحقيق والإثبات – الجزء الثاني، منشورات أمين، الجزائر، الطبعة الأولى، ص 63.

الفرع الثالث : تمييز المعاينة مما يشتبه بها

تختلف المعاينة عن كافة وسائل الإثبات الأخرى، إذ تعطي لقاضي الموضوع فكرة مادية محسوسة عن الوقائع، لا يمكن أن تعطيها أوراق الدعوى ولا أقوال الشهود ولا تقارير الخبراء لأنها مهما وصلت من حد في الدقة فلا يمكن أن تنقل للقاضي صحة الأوصاف التي يدعيها المتقاضي، كما تنقلها له المعاينة عبر مشاهدتها بنفسه.[1]

لذلك فإن المعاينة تتشابه في بعض الأحيان مع أوضاع قانونية أخرى كالخبرة والشهادة وعلم القاضي.

أولا: تمييز المعاينة عن الخبرة القضائية

يقصد بالخبرة القضائية إجراء حقيقي واستشارة فنية تقوم بها المحكمة بقصد الحصول على معلومات ضرورية عن طريق أهل الاختصاص، وذلك للبت في كل المسائل التي يستلزم الفصل فيها أمورا علمية أو فنية لا تستطيع المحكمة الإلمام بها.[2]

لذلك تعد كل من الخبرة والمعاينة من الناحية القانونية إجراء من إجراءات التحقيق حيث تمكن المعاينة من إعطاء القاضي فكرة مادية محسوسة من الوقائع لا تقدمها وثائق الدعوى ولا أقوال الشهود ولا تقارير الخبراء التي مهما بلغت من الدقة، فإنها لن تستطيع أن تنقل لقاضي الموضوع صورة صادقة للوقائع، كما هو الحال في المعاينة[3]، بالمشاهدة المباشرة فتقرير الخبرة مهما بلغ من الدقة فلن يعطي الصورة الكاملة للوقائع كما لو رآها بعينه، وليس من سمع كمن رأى.[4]

إن الخبرة معاينة فنية لا يشترط فيها حضور أمين الضبط، في حين يشترط ذلك في المعاينة، وحضور الخصم شرط في المعاينة ولا يشترط دائما في الخبرة.

إن كلا من الخبرة والمعاينة تتضمن إجراءات قانونية عديدة ينبغي إتمامها، إلا أن المعاينة تختلف عن الخبرة أساسا، في أن الأولى تعد وسيلة لجمع الأدلة المادية لإثبات حالة معينة كإثبات الوجود المادي لحالة الأشياء والأشخاص، في حين أن الثانية هي وسيلة للتقديم الفني للأدلة المادية والمعنوية، فهي استشارة فنية للقاضي لمساعدته في تكوين قناعته عن الشيء المتنازع فيه.[5]

فالأصل أن المعاينة تتم بمعرفة القاضي نفسه في المسائل البسيطة التي لا تحتاج إلى كفاءات فنية خاصة، إلا أن القانون أجاز للمحكمة أن تستعين بخبير إذا كان تقديم المعاينة يتطلب معرفة علمية أو فنية خاصة بها.

---

[1] – سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية ، المرجع السابق، ج 2ص 310

[2] – أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص 97.

[3] – سليمان مرقس، المرجع نفس المرجع، ص 310

[4] – مراد محمود الشنيكات، المرجع السابق، ص 123

[5] – أوان عبد الله الفيضي، نفس المرجع، ص 98

ثانيا: تمييز المعاينة عن الشهادة

إن الفرق بين الشهادة والمعاينة، أن الشاهد يبدي ما رآه أو سمعه إلى القاضي عن الواقعة محل النزاع التي كان شاهدا فيها بنفسه، أما المعاينة فهي انتقال القاضي بنفسه للمشاهدة بعينه واقعة النزاع.[1]

فالشاهد يدعى إلى مجلس القضاء ليقول ما رآه أو سمعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى، وتكون الشهادة بحسب الأصل شفهية، يدلي بها الشاهد مستمدا من ذاكرته، وأن للشهادة مدلولا أوسع من معنى الإدلاء بمجرد المعلومات التي حصلها معاينة فهناك الشهادة المباشرة والشهادة غير المباشرة، وشهادة التسامع.[2]

ثالثا: تمييز المعاينة عن علم القاضي

يقصد بعلم القاضي العلم الشخصي بالواقعة أو المسألة الحاصلة خارج مجلس القضاء أو في مجلس القضاء، ولكن في غير الدعوى التي تجري المرافعة فيها.[3]

تختلف المعاينة عن علم القاضي تأتي من أن المعاينة عبارة عن علم تحصل عليه القاضي واستفادة من مجلس الحكم وموقع النزاع، يستند إلى رؤية أمور مادية لا مجال لإنكارها ولا يسعه إلا قبولها، فالقاضي من خلال المعاينة يمارس علمه القضائي، سواء كانت المعاينة تمت في مجلس القضاء داخل المحكمة أو خارجها، فهي أحد إجراءات سير الدعوى ونتيجة مترتبة على رفعها في شيء يحتاج فيها إلى رؤية ومشاهدة يستجلي حقيقته.[4]

وإن كانت المعاينة تمت خارج المحكمة فإن القاضي يقوم بها بصفته قاضيا يمارس عمله المنوط به، فكأنه نقل مكان القضاء من المحكمة إلى موقع العين التي يراد الوقوف عليها بحضور أطراف النزاع ومن يستعين به في تكوين الحكم القضائي النهائي، وهذا بخلاف الحكم بعلم القاضي الذي اكتسبه بشكل انفرادي خارج مجلس الحكم، ولذا فإن المقصود بعلم القاضي الممنوع من الحكم به ما علمه سابقا من موضوع الحق مجردا بلا بينة ولا قرينة في الدعوى.[5]

---

[1] – بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مطبعة تحليل للنشر، الجزائر، ج1، ط 2011، ص 169

[2]– أبو الخير عبد العظيم، مرجع القاضي والمتقاضي في الإثبات، المرجع السابق، ص 127

[3]– أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص 109.

[4] – صلاح مالك محمود العزاوي ، المرجع السابق ، ص 22

[5] – صلاح مالك محمود العزاوي، المرجع السابق ، ص 22

إن علم القاضي حصل له خارج نطاق الدعوى ومجلس القضاء، بينما المعاينة هي علم حصل للقاضي عن طريق الرؤية المباشرة لموضوع ومحل النزاع، من خلال الدعوى التي رفعت لدى مجلس القضاء، لذا فهو يعتبر ضمن عمله الرسمي.[1]

المبحث الثاني: في إجراءات المعاينة وسلطة المحكمة في تقديرها

إن الإثبات بالمعاينة الذي تجريه المحكمة يخضع لإجراءات قانونية متعددة نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فهته الإجراءات تبتدئ من حيث الحكم بها أو إقرارها، ويبلغ قرار المحكمة بالمعاينة أو الانتقال وميعاده إلى الخصوم إذا لم يكن صادرا وجاهيا، ولكن لا يبين للخصوم الغرض من الانتقال والمعاينة حتى لا يغيروا معالم المكان أو الشيء المراد معاينته والأصل أنه تقوم المحكمة بكامل هيئتها الانتقال إلى إجراء المعاينة غير أنه إذا تعذر عليها الانتقال خارج دائرة اختصاصها بسبب بعد المسافة أو بسبب المصاريف جاز لها إصدار إنابة قضائية للجهة القضائية المختصة من نفس الدرجة للقيام بنفس الإجراء.

وكل ما يثبت للمحكمة نتيجة هذا الإجراء يعد دليلا قائما في الدعوى يمكن للمحكمة أن تستند عليه في تكوين عقيدتها للفصل في النزاع، كما لها أن تستخلص من هذه المعاينة قرائن تستدل بها على أمور معينة تتعلق بالدعوى.[2] ويكون للمحكمة كامل السلطة تقديم إجراء المعاينة أو العدول عن إجرائها ما وجدت في عناصر الدعوى ما يكفيها لتكوين عقيدتها للفصل فيها بأسباب مقبولة.[3]

كما يجوز للمحكمة أن تجري المعاينة بإجراءات أصلية بناءا على دعوى موضوعها الأساسي إثبات حالة الشيء تمهيدا لرفع دعوى أصلية تتعلق بالحق محل النزاع، كما يمكن أن تتم بإجراءات فرعية بمناسبة دعوى قائمة أمام المحكمة، لذلك يقتضي دراسة الموضوع بتقسيمه إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول إلى إجراءات المعاينة القضائية، أما المطلب الثاني إلى سلطة المحكمة في تقدير نتائج المعاينة.

---

[1] – محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، دار البيان ، ط 1994، دمشق ، ص 590 .

[2] – أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص 307

[3] – عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق ،ص 423.

المطلب الأول: إجراءات المعاينة القضائية

يعود تقدير إجراء المعاينة إلى المحكمة المختصة، فلها أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناءا على طلب أحد الخصوم، الانتقال لمعاينة المتنازع فيه.[1]

ويتم إجراء المعاينة بموجب قرار تصدره المحكمة لذلك بعد دعوة الخصوم ودفاعهم لحضور الإجراء، على أن تحدد مكان إجراء المعاينة واليوم والساعة، وتبدأ باتخاذ قرار بإجرائها وتنتهي بإجراء المعاينة، أين تقوم المحكمة بنفسها مشاهدة الواقعة محل النزاع.

وفي مواضع النزاع التي تقتضي المعاينة قبل الحكم في النزاع يجوز للمحكمة الانتقال بكامل هيئتها، أو أن تأمر واحد من قضاتها أو أكثر ممن كان حاضرا وقت المرافعة في الدعوى بالتوجه إلى محل النزاع ومعاينته في اليوم والساعة المعينتين لذلك في الحكم الصادر[2]، ووجوب الانتقال أو عدمه أمر موكول لإرادة المحكمة بحسب ما تراه، وعلى المحكمة أن تقوم بتحرير محضر بكل الأعمال المتعلقة بهذا الإجراء، وعليه يتضمن تقسيم الدراسة إلى فروع ثلاث، نتناول في الفرع الأول إلى طلب إجراء المعاينة القضائية، وفي الفرع الثاني نتطرق إلى طرق إجراءات المعاينة، أما الفرع الثالث إلى تحرير محضر بإجراء المعاينة القضائية.

الفرع الأول : طلب إجراء المعاينة القضائية

يقصد بإجراءات المعاينة مختلف الخطوات التي تتم بها المعاينة بداية من اتخاذ القرار بإجراء المعاينة إلى غاية آخر إجراء تنتهي به المعاينة، وهو المحضر المثبت لعمليات المعاينة.

إن اللجوء إلى إجراء المعاينة كوسيلة لإثبات النزاع المعروض على القضاة، لا يكون إلا بناءا على طلب من القاضي المعروض عليه النزاع، أو بناءا على طلب أحد المتقاضين، لكن انتقال القاضي للمعاينة متروك لمحض إرادته الحرة وسلطته، فهو غير ملزم بالانتقال ولو طلبه أحد المتقاضين، كون ذلك من الرخص المخولة من المشرع لقاضي الموضوع، ولكون أن المحكمة هي صاحبة سلطة في تقدير وجوب الإجراء أو عدم وجوبه، ولا معقب عليها إذا لم تستجب إلى طلبه في حالة توافر لديها ما يكفي لاقتناعها للفصل في النزاع[3]، غير أنه إذا كانت المعاينة هي وسيلة المدعي الوحيدة لإثبات دعواه تعين عليه إجابة طلبه، وإلا كان حكمه مشوبا بالقصور يستوجب النقض.[4]

---

[1] – عصمت عبد المجيد بكر ، المرجع السابق ، ص 429

[2] – صلاح مالك محمود العزاوي ، المرجع السابق ، ص 40

[3] – مراد محمود شنيكات ، المرجع السابق ص 70

[4] – سحر إمام يوسف عبد الستار، المرجع السابق – ص 469 .

المشرع الجزائري وبموجب المادة 146 من ق إ م وإ بين كيفية اللجوء إلى المعاينة بنصه" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك ".

إن طلب المعاينة قد يكون بموجب دعوى أصلية أمام القضاء أو تكون بصفة فرعية بناءا على دعوى قائمة أصلا وهو ما نبينه فيما يلي:

أولا: إجراء المعاينة بطلب فرعي أمام القضاء:

في هذه الحالة تتم المعاينة عبر إجراء تقديم دعوى فرعية أثناء سير الدعوى الأصلية أمام القضاء وذلك بموجب أمر يصدره قاضي الموضوع على أساس أنه يمكن له أثناء نظره الدعوى المعروضة أمامه، أن يقرر إجراء المعاينة متى كانت الظروف تستدعي ذلك، سواء من تلقاء نفسه، أو بناءا على طلب المتقاضين، وعليه فإن انتقال القاضي لإجراء المعاينة متروك لمحض إرادته الاختيارية، فهو غير ملزم بالانتقال ولو طلبه أحد المتقاضين مهما تحققت الفائدة منه.[1]

وغالبا ما تتم المعاينة بمناسبة دعوى مرفوعة أمام المحكمة سواء كانت بناءا على طلب أحد الخصوم، أم إذا ارتأت المحكمة ذلك بصدد وقائع متنازع عليها محل المعاينة، وتتم أصلا إذا كان محل المعاينة شخصا أو منقولا يمكن نقله إلى الجلسة، وقد تتم المعاينة بالانتقال إلى حيث المال محل المعاينة عقارا كان أو منقولا إذا لم يمكن نقله إلى داخل الجلسة وهذا الاستثناء هو الغالب الأعم.[2]

يجب على طالب المعاينة ذكر صلة موضوع المعاينة بالنزاع القائم أمام المحكمة المدنية، ويمكن للقاضي رفض طلب الخصوم لإجراء المعاينة لأنه يعد من الإجازة القانونية التي يستعملها القاضي متى شاء فلا عليه إن لم يستجب إلى الطلب، متى وجد في أوراق ملف الدعوى وعناصرها ما يكفي لتكوين عقيدته للفصل فيها بأسباب مقبولة.[3]

ويقدم طلب إجراء المعاينة إلى محكمة الموضوع التي تنظر في الدعوى المطروحة أمامها فلا يجوز للخصوم طلبه لأول مرة أمام المحكمة العليا، أما المحكمة الدرجة الأولى يجوز لها أن تقوم بهذا الإجراء في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، كما يجوز لمحكمة الاستئناف كدرجة ثانية للقيام بهذا الإجراء.[4]

تتم المعاينة بناءا على حكم سابق على الفصل في الموضوع، يحدد القاضي فيه يوم وساعة انتقاله إلى المعاينة، مع إخطار الخصوم بدعوتهم لحضور المعاينة، أو إذا كان موضوع المعاينة

---

[1] – مراد محمود شنيكات ، المرجع السابق ، ص 68 ،69 .

[2] – أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص 337.

[3] – أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية، دار الجامعة للطباعة والنشر ط 1983، بيروت لبنان ص 244.

[4] – محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 390.

يتطلب معلومات تقنية، فيجوز للقاضي أن يأمر في الحكم نفسه باصطحاب من يختاره من ذوي الاختصاص للاستعانة بهم كالخبراء والأطباء[1]، فيمكن أن يدعو فنيا ليحضر المعاينة ويوضح المسائل الفنية التي تحتاج رأيا علميا متخصصا ، وهو ما نصت عليه المادة 147 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه :"إذا تطلب موضوع الانتقال معارف تقنية، يجوز للقاضي أن يأمر في نفس الحكم يتعين من يختاره من التقنيين لمساعدته".

وإذا اقتضى الأمر أثناء المعاينة سماع أقوال الشهود جاز للمحكمة أو القاضي المنتدب سماع أقوالهم متى رأت ضرورة لذلك بعد تحليفهم اليمين وتبين له وجود فائدة أو ضرورة لسماعه، خاصة إذا كانت إفادتهم مساعدة على المعاينة، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم[2]، وهو ما نصت عليه المادة 148 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" يمكن للقاضي أثناء تنقله سماع أي شخص، من تلقاء نفسه أو بناءا على طلب أحد الخصوم إذا رأى في ذلك ضرورة".

كما يجوز للقاضي في نفس الظروف سماع الخصوم أو أحدهم طلبا للاستفسارات الضرورية بخصوص محل المعاينة، كما يجوز له الاستماع إلى التقني الذي رافقه إلى مكان المعاينة، كما يمكن للأطراف أيضا حق الرد على آراء التقني احتراما لمبدأ وجاهية الإجراءات، وهو ما جاءت به المادة 148 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها :" كما يجوز له في نفس الظروف سماع الخصوم".

ثانيا :إجراء المعاينة بطلب أصلي أمام القضاء

إن طلب الانتقال لإجراء المعاينة قد يكون بموجب دعوى أصلية أما القضاء المستعجل طبقا للمادة 77 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنفسها :"يمكن للقاضي ولسبب مشروع وقبل مباشرة الدعوى أن يأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق، بناءا على طلب كل ذي مصلحة، قصد إقامة الدليل والاحتفاظ به لإثبات الوقائع التي تحدد مآل النزاع، يأمر القاضي بالإجراء المطلوب يأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال"، فيكون طلب إجراء المعاينة بدعوى أصلية وهذا لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام المحكمة أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن وبالطرق المعتادة من قاضي الأمور المستعجلة الانتقال للمعاينة،[3]وذلك عبر رفع دعوى إثبات حالة، يقدم بها القاضي بنفسه، أو يستعين بخبير لإثبات واقعة النزاع.[4]

---

[1] – لحسن بن الشيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ، دار هومة ، ط 2012 الجزائر ص 164.

[2] – محمد حزيط، المرجع السابق ،ص 284.

[3] –عابد فايد عبد الفتاح فايد ، نظام الإثبات في مواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، ط 2006 – القاهرة ص 245

[4] – فريجة حسين ، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المرجع السابق، ص 141.

يتضح من هذا أن نية المشرع الجزائري اتجهت إلى أن تكون وهناك حالة استعجال تستوجب إثباتها وأن يكون الأمر المتخذ لا يمس بأصل الحق ولا بالنظام العام، وأن تكون الوقائع من شأنها أن تؤدي إلى نزاع أمام القضاء للفصل فيه، أما فيما يخص المهمة التي توكل إلى الخبير أو إلى المحضر القضائي فهي لا تتجاوز مجرد تصوير أو تقدير الوقائع الحاصلة التي يلاحظها بنفسه، وليس الوقائع التي يرونها الأطراف مع عدم إعطاء رأيه في ذلك[1] ، مادامت هذه الدعوى من الدعاوى الوقتية والمستعجلة، فإنه ينبغي مراعاة أن تخضع للقواعد العامة التي تخضع لها غيرها من الدعاوى المستعجلة، كقواعد الاختصاص المحلي والنوعي، وتوافر شروط قبول الدعوى من المصلحة، والأهلية.[2]

ويتعين توافر شرط منع ضرر وشيك يتعذر تلاقيه مستقبلا، وذلك بإثبات واقعة يحتمل ضياع أثرها إذا لم يستعجل في أمرها، أو للتأكد من معالم قد تتغير مع الزمن، سواء طالت المدة أو قصرت، وتقييم كل آثارها أو بعضها إذا نظرت الدعوى أمام القضاء العادي، وانتظرت معاينتها بواسطة قضاة الموضوع.[3]

وفي هذا المجال فقد نص المشرع الجزائري ووفقا لأحكام المادة 299 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على القضاء المستعجل بنصها:" في جميع أحوال الاستعجال أو إذا اقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية، أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب وينادى عليها في أقرب جلسة".

إن تدخل القاضي للبحث عن الحقيقة، يرجع إلى وجود التزام عام بالكشف عنها، ويقتضي هذا الواجب أن يشترك كل من المتقاضين والقاضي في التوصل إليها، ولهذا حينما يأمر القاضي بإجراء تحقيق، إنما يلجأ إليه لتنوير عقيدته بصدد النزاع وليس بديلا لتقاعس الخصم عن تقديم الدليل لإثبات ادعائه، فالقاضي يشارك في التوصل إلى الحقيقة ولكنه لا يحل محل الخصم المكلف في الأصل بإثبات دعواه، وإن كان تقدير عجز أو تقاعس الخصم عن إثبات دعواه مرجعه قاضي الموضوع.[4]

---

[1] – فريجة حسين، المرجع السابق، ص 123.

[2] – أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص 317

[3] – رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 389.

[4] –سحر يوسف إمام عبد الستار، المرجع السابق، ص 477.

الفرع الثاني: تحديد موعد إجراء معاينة

إن أول إجراءات الإثبات بالمعاينة تمت باتخاذ المحكمة قرار بإجراء المعاينة سواء على الأشخاص أم الأموال، وذلك بإحضارهم أمامها في جلسة تعينها لذلك متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة[1]،وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية، ملف رقم98033، بتاريخ 25 ماي 1994: "من المقرر قانونا أنه يجوز للمجلس إصدار أمر بإجراء تحقيق، والانتقال قصد المعاينة الميدانية، على أن يتم ذلك في شكل قرار تحضيري مكتوب ، يوضح فيه أعضاء هيئة المجلس المعين بالانتقال ، ويبلغ منطوقه بواسطة كاتب الضبط بناءا على طلب الطرف المستعجل، ويحرر المحضر بالانتقال في جميع الأحوال، ومتى ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع اقتصروا على إصدار شفوي دون تحرير محضر بالانتقال لتمكين الأطراف من الاطلاع عليه فإنهم بذلك قد خرقوا القواعد الجوهرية في الإجراءات، مما يستوجب إبطال القرار المنتقد".[2]

يكون الانتقال للمعاينة أو للأماكن مسبوقا تحديده من القاضي خلال جلسة الإعلان عن هذا الإجراء بتعيين اليوم والساعة والمكان، ودعوة الخصوم إلى حضور عملية المعاينة أو باقي العمليات الأخرى المحددة في المادة 146قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[3]

ويفهم من نص المادة المذكورة آنفا، وجوب تحديد موعد لإجراء المعاينة، إذا لم تحدد المحكمة أجلا لمباشرة هذا الإجراء جاز لصاحب المصلحة في التعجيل بهذا الإجراء أن يطلب تحديد موعد المعاينة بأمر يصدره على عريضة، أما إذ تجاوزت المحكمة الآجال المحددة في إجراءات المعاينة، فإن ذلك لا يترتب عليه البطلان لأنه إجراء تنظيمي قصد به التعجيل بالفصل في الدعوى.[4]

وفي حال لم يحضر الخصوم أو محاميهم للمعاينة أو لمكان التنقل إليه، أو لم يحضر أحدهم بعد إخطارهم في الجلسة شفاهة يتم استدعائهم برسالة مضمونة مع إشعار بالاستلام من طرف أمين الضبط وهذا حسب المادة 85 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[5] وفي حال لم يحضروا بعد كل

---

[1] – أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص 347.

[2] – المجلة القضائية عدد1، سنة 1996.

[3] – راجع نص المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4] – سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 289

[5] – تنص المادة 85 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" يتم إخطار الخصوم لحضور إجراءات التحقيق المأمور به شفاهة بالجلسة أو بواسطة محاميهم.

– في حالة غيابهم ومحاميهم عن الجلسة التي أمر فيها بإجراء التحقيق، يتم استدعاؤهم برسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام من طرف أمين ضبط الجهة القضائية.

–ويتم استدعاء الغير بالحضور لنفس الغرض حسب نفس الإجراء".

هذه الاستدعاءات، فلا ضير من اعتماد نتائج الانتقال للمعاينة أو الانتقال للأماكن لأن التقصير قد بدأ من الخصم ولم يبدر من المحكمة.[1]

ونتيجة لذلك فإنه من كان حاضرا من الخصوم في الجلسة التي تقرر فيها إجراء المعاينة لا يحتاج إلى تبليغ، كونه قد اطلع على الموعد المقرر بهذا الشأن أما من كان غائبا عن جلسة المحكمة فلا بد من دعوته، وذلك لأن حضور الخصوم أثناء المعاينة أمر مفروغ منه دون حاجة إلى النص عليه لأن عليه متابعة الدعوى في كل إجراءاتها ومراحلها، كما ينبغي تبليغ منطوق القرار الصادر بإجراء المعاينة إلى من لم يحضر جلسة صدور ذلك القرار، وإجراء تبليغ القرار الصادر بتعيين تاريخ المعاينة أمر ضروري، وإلا كان إجراء المعاينة باطلا[2] ، غير أن هذا البطلان لا يتعلق بالنظام العام، فلا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وإنما يجب أن يتمسك به صاحب المصلحة.[3]

تجدر الإشارة أن بعض التشريعات اهتمت بالإطار الزمني لتاريخ المعاينة إلا أنه نجد تشريعات أخرى تشير إليه إشارة، ومن التشريعات من أهملت أو أغفلت الإطار الزمني لتاريخ المعاينة.

الفرع الثالث: تحرير محضر معاينة

نظرا لأهمية ما تسفر عنه المعاينة من نتائج أوجب القانون على المحكمة أو القاضي المنتدب تحرير محضر تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة، وذلك لكي يمكن الرجوع إليه في الدفاع أو في الحكم، ويرتب القانون البطلان على عدم تحرير محضر المعاينة.[4] لتبقى المعاينة مجرد تخيلات شخصية في ذهن القاضي لا يعتدى بها في مجال الإثبات، حتى لو تم تحريره فيما بعد، لأنه لا يكتسب أية حجّية، لأنه مبني على ذاكرة لا على المشاهدة الحسية، والذاكرة تختلف من شخص إلى آخر ويأتي عليها الزمن.[5]

إن محضر المعاينة يندرج فيه جميع الأعمال المتعلقة بها أي جميع ما اتصل بالنزاع منعكسا أو منطبقا على محله، فعلى المحكمة تدوين سائر ما يثبت لها من المعاينة.[6] وبالتالي فالمحضر بإجراء المعاينة يجب أن يكون موقعا عليه من قبل قاضي وأمين الضبط ومن حضر من الخبراء والشهود

---

[1] بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 193

[2] أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص 352.

[3] مصطفى مجدي هرجة، المرجع السابق، ص 777.

[4] محمد حسين منصور، قانون الإثبات مبادئ الإثبات و طرقه، منشأة المعارف، مصر،1998ص 245.

[5] أنس الكيلاني، موسوعة الإثبات في قضايا المدنية والتجارية والشرعية، دار الأنوار للطباعة، ط1، 1982، دمشق ج3، ص680.

[6] أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق ص 357.

والخصوم لجعل إجراءات الانتقال للمعاينة وكافة نتائجها ثابتة يسهل الرجوع إليها بكافة الدفوع أو بالاستناد عليها في بناء وتأسيس الحكم الصادر في النزاع كما ينص القانون[1].

إن المحكمة إذ انتقلت إلى محل النزاع تعين عليها تحرير محضر بالمعاينة تدون فيه ما عاينته وتوقعه مع كاتب الضبط ليرجع إليه الدفاع ويكون تسبيبا في الحكم لأن المعاينة هي جزء من إجراءات الإثبات.[2]

يجب أن يتضمن محضر المعاينة كافة الأحكام العامة للمحاضر القضائية، إذ يجب أن يذكر فيه كيفية انتقال المحكمة إلى مكان المعاينة والساعة وأسماء من حضر من الخصوم والأعمال التي قامت بها المحكمة وكافة لأوصاف الشيء المتنازع عليه وقت المعاينة ومشاهدة المحكمة له مع جميع الملاحظات التي أبديت خلال المعاينة، من غير أن يتضمن الانطباعات أو الرأي الخاص بالمحكمة[3].

ومن خلال هذه الإجراءات فإنه يمكن للقاضي أن يتحقق من صدق ادعاءات الخصوم عن طريق المعاينة المباشرة للواقعة دون وسيط لإجرائها بعيدا عن محاولات الخصوم لإقناعه بصحة دعواهم، حيث يتحرى بنفسه على أرض الواقع صحة الادعاءات فتوفر المصداقية بعيدا عن زيف الخصوم.[4]

يذكر في محضر المعاينة أعمال القضاة من وقت توجيههم إلى إجراء المعاينة إلى وقت تسليم المحضر لقلم كتاب المحكمة، ويتضمن محضر إجراء المعاينة للأمور التالية:

* تثبيت المسائل التي اقتضتها إجراءات المعاينة.

* تثبيت الحالة.

* تدوين أقوال الطرفين.

* تدوين أقوال من رأت فيه المحكمة لزوم لسماع أقواله للاستماع منه عن الواقعة كمحل المعاينة والأوراق والمستندات اللازمة مع بيان جميع الملاحظات.[5]

---

[1] نص المادة 149 قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" **يحرر محضر عن الانتقال إلى الأماكن يوقعه قاضي وأمين ضبط ويودع ضمن الصول بأمانة ضبط، ويمكن للخصوم الحصول على نسخ من هذا المحضر**".

[2] محمد زهدور، المرجع السابق، ص 100.

[3] أوان عبد الله الفيضي، المرجع نفسه، ص 359.

[4] سحر إمام يوسف، المرجع السابق، ص 470.

[5] صلاح مالك حمود العزاوي، المرجع السابق، ص 46.

فيما يخص نفقات المعاينة يدفعها في الأصل الطرف الذي طلب المعاينة ، و في حالة امتناعه عن دفعها ،فيكون للمحكمة الامتناع عن إجراءات المعاينة و استبعاد هذا الإجراء و الفصل في الدعوى وفق الحالة التي عليها وهو ما أشارت إليه المادة 179 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: "يأمر قاضي عند الاقتضاء الخصوم أو احدهم بإيداع مصاريف إجراءات التحقيق أو التسبيقات المالية بعد تحديدها لدى أمانة ضبط الجهة القضائية : إذا لم تودع هذه المبالغ في الآجال التي حددها القاضي استغنى عن الإجراء الذي أمر به و حكم في القضية على الحالة التي هي عليها".

وعندما تقرر المحكمة إجراء المعاينة من تلقاء نفسها تتخذ قرار تحدد فيه المبلغ الذي يجب تأديته سلفا إلى خزانة المحكمة لقاء مصاريف الانتقال، وتعيين الطرف المترتب عليه، يحكم القاضي في القضية على الحالة التي هي عليها.

إذا كان موضوع المعاينة يتطلب معرفة علمية أو فنية خاصة يتعذر على القاضي الإلمام بها، فله أن يستعين بفني لإجرائها، وفي هذا الصدد فإن الخبير قد يقوم بخبرته أو برأيه فيدرج في تقرير المعاينة إذا ما اقتضى موضوع الدعوى أن يقوم الخبير بتحرير تقرير ومحضر بأعماله فتطبق عليه أحكام الخبرة[1].

وتجدر الإشارة أنه لا يشترط في رأي الخبير أن يكون على شكل تقرير تحريري، وإنما يجوز له أن يقدم خبرته شفوياً وللمحكمة إذا رأت موجبا ان تناقش الخبير لبيان الغموض من خبرته، ولها أن توجه إليه ما تراه مناسبا من الأسئلة من تلقاء نفسها او بناء على طلب الخصوم، ولها أن تأمره بإعادة خبرته لتدارك النقص إن وجد أو لتلاقي الإبهام و عدم الوضوح كما لها ان تعين خبيرا آخر أو خبراء آخرين إن رأت ضرورة لذلك وتحقيقا للعدالة.[2]

لقد بينا عند نهاية المعاينة يحرر القاضي محضر يوقع عليه من طرف أمين الضبط ويودع في المحفوظات قلم الكتاب، وان عدم تحرير هذا المحضر لا يلحق أي بطلان وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم:221117 المؤرخ في:1982/05/19 بأنه من المقرر قانونا ان الانتقال إلى المعاينة إجراء تحقيقي قد يأمر به القاضي ليطلع شخصيا على مواطن النزاع ويبين تقديره عليها بعين المكان، ولما كان هو الحاكم، يكفي ان يثبت في حكمه ما شاهده وقدره دون وجوب تحرير حضر بالمعاينة لاقتصار المادة 59 من قانون الإجراءات المدنية على الإشارة إليه دون ترتيب الجزاء على عدم تحريريه".[3]

---

[1] أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص 362.

[2] أنور سلطان، المرجع السابق، ص230.

[3] المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1989 ص 29.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير نتائج المعاينة القضائية

تكتسب المعاينة اهمية بالغة في الإثبات باعتبارها وسيلة يتضح من خلالها الأدلة المادية، فهي وسيلة إثبات مباشرة وتتصل اتصالا ماديا مباشرة بالواقعة المراد إثباتها، وتعد من اهم المسائل المادية، وقد تكون في بعض الاحيان الدليل القاطع في الدعوى، ويلجأ القاضي لهذه الوسيلة عندما لا تتمكن وسائل الإثبات الأخرى في إيصال الحقيقة الكاملة لموضوع النزاع المطروح امام القضاء، او في حالة تعذر إيصالها بتلك الوسائل.[1]

كما ان إجراء التحقيق عن طريق المعاينة بمثابة رخصة قانونية تستقل بها محكمة الموضوع متى شاءت فعلها ان تأمر به من تلقاء نفسها، كما يجوز للخصوم ان يطلبوا ذلك، ويكون للمحكمة إجابة هذا الطلب إذا رأت ضرورة لذلك، ولها أيضا ان ترفض هذا الطلب إذا لم تكن الدعوى بحاجة لمثل هذا الإجراء مع بيان السبب، لذلك سنتناول بالدراسة لهذا الموضوع في تقسيمه إلى فروع، فالفرع الأول نتطرق فيه إلى سلطة إجراء القاضي في إجراء المعاينة، والفرع الثاني يتناول سلطة المحكمة في تقدير نتيجة المعاينة.

الفرع الأول: سلطة القاضي في اتخاذ قرارا إجراء المعاينة القضائية

إن السلطة المخولة للقاضي تعد سلطة فعالة في فهم الواقع و أعمال القانون فهو يمارس هذه السلطة في كل نشاطه القضائي ، منها سلطته في اتخاذ قرار المعاينة ليكون له أن يأمر باختصار أي شيء متنازع عليه في جلسة يعينها لذلك أو يقرر الانتقال إلى معاينة المتنازع فيها[2]، فللمحكمة أن تأمر به من تلقاء نفسها، كما يجوز للخصوم أن يطلبوا ذلك ، وهي غير ملزمة بإجابة الخصوم لطلبهم، فهذه مسألة يستقل بها قاضي الموضوع ، إلا انه يتعين عليه في حالة رفض طلب إجراء المعاينة ان يبين أسباب الرفض، أما إذ لم يطلبه أحد الطرفين فلا يلزم المحكمة أن تقرره إلا عند الضرورة ، أو الحاجة لتكفي مشقة الانتقال والمصاريف القضائية.[3]

الأصل أن القاضي يتمتع بالسلطة عند مباشرة وظائفه والحالات التي توجد فيها السلطة أكثر من الحالات التي تغيب فيها، إلا ان هاته السلطة ليست مطلقة، فالسلطة الممنوحة للقاضي ليست ممنوحة له على هواه، ولكنها تسمح له لكي يباشر الوظيفة المسندة إليه على نحو مناسب وصحيح،

---

[1] صلاح مالك حمود العزاوي، المرجع السابق، ص 68.

[2] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 288.

[3] محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص.350

فسلطته لها أهداف محددة ينبغي أن يسعى إلى تحقيقها و أن يباشر سلطته طبقا لطرائق ووسائل فنية ومبادئ محددة.[1]

وبالتالي فإن سلطة المحكمة في اتخاذ قرار إجراء المعاينة تعد سلطة جوازيه للمحكمة فلها حق اللجوء إليها او عدم اللجوء إلى إجراء المعاينة فقد ترى من ظروف الدعوى أن المعاينة المتنازع فيها لها أهمية من ناحية الإثبات وعلى العكس قد ترى لزوما لذلك.[2]

يتعين على المحكمة إجابة الطلب إجراء المعاينة متى كان إجراء المعاينة هو الوسيلة الوحيدة للمدعي لإثبات دعواه، وإلا كان الحكم مشوبا بالقصور يستوجب النقض[3]، كونه قد أغفل دفاعا جوهريا للخصم قد يتغير به وجه الحكم في الدعوى إذا ما رفضته بدون سبب سائغ، كما انه هناك حالات خاصة تكون المحكمة ملزمة بإجراء المعاينة مثل تقدير قيمة العقار أو النزاع على حدود، أو حالة وجود عيب في البيع، قضى مثل هذه الحالات لا مناص للمحكمة من إجراء المعاينة لأن النزاع لا يحل من دونها[4].

على القاضي وهو يشرح اسباب تقديره أن يبين لماذا قدر الواقع والقانون على هذا الوجه دون غيره ومن الوجوه وبذلك يقدم لمحكمة النقض ما يساعدها على التأكد من سلامة التقدير، فالقاضي حر في التقدير بشرط أن يثبت سلامته بما يتيح لمحكمة النقض وسيلة مراقبته إذ ان نطاق الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي تمتد لتشمل تقدير القاضي لمسائل الواقع كما يشمل تقديره لمسائل القانون.[5]

إن تقدير مسألة موضوعية يقدرها قاضي الموضوع دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض، لأن النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي لا يخضع لهذه الرقابة، إنما يخضع لرقابة غير مباشرة عن طريق ما تقوم به هذه المحكمة من رقابة عناصر هذا النشاط سواء تعلقت هذه العناصر بمسائل الواقع أو بمسائل القانون.[6]

ومن سلطات القاضي أن المشرع خوله الحق في البحث بنفسه على الحقيقة ، لكن ممارسة هذا الحق مشروطة باللجوء إلى طرق التحقيق التي رسمها القانون، ومن ثم يحضر على القاضي أن يكون عقيدته بغير الطرق المقررة قانونا، وتطبيقا لهذه القاعدة يمتنع عليه إذا رأى ضرورة لإجراء تلك

---

[1] عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط الأولى دار الفكر العربي 1983 ص 193

[2] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص350.

[3] سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص469.

[4] أنس الكيلاني، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 665.

[5] أوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص375.

[6] أوان عبد الله الفيضي، نفس المرجع، ص375.

المعاينة أن يصدر حكما تمهيديا لهذا الإجراء، وله أن يجريه في الحال إذا كان الخصوم حاضرين، أو يحدد مكان وزمان إجراء المعاينة ، إذ ان هناك التزاما على القاضي بان يوضح المصدر الذي استقى منه معلوماته وبنى حكمه عليه حتى تتمكن محكمة النقض من إعمال رقبتها.[1]

إن الأصل أن المعاينة ذو طبيعة اختيارية للقاضي حتى مع طلب الخصوم، فالقاضي غير ملزم باللجوء إليها أثناء نظره الدعوى، وإذا قرر اللجوء إليها فإنه غير ملزم بالاعتماد عليها في الحكم، فالمسألة تعود لتقدير قاضي الموضوع، فله رفض الطلب إذا لم تكن الدعوى بحاجة إليها، ولكن عليه في هذه الحالة بيان أسباب الرفض، أما في حال عدم الطلب فلا يتوجب على المحكمة إقراره إلا في حالة الضرورة او الحاجة.

اما فيما يخص العدول عن قرار إجراء المعاينة فإن المشرع الجزائري لم ينص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على حق المحكمة في العدول عن قرارها بإجراء المعاينة متى وجدت في عناصر الدعوى ما يكفي لتكوين رأيها، غير انه بالرجوع إلى القواعد العامة فإنه لا يوجد ما يمنع محكمة الموضوع في العدول عن قرارها في إجراء المعاينة، على أن تسبب قرار الرجوع عن المعاينة في محضر الجلسة.

إن جواز المحكمة في العدول عن قرارها في إجراء المعاينة يعد إجراء منطقيا كون سلطة القاضي هي في مجملها سلطة تقديرية تتقيد بتقدير قيمة الدليل القانوني، وتنحصر فقط في التأكد من وجوده، كما أن سلطة القاضي بالنسبة إلى تقدير قيمة الدليل تتقيد أيضا بقيد مفاده ان يكون تقدير القاضي الدليل تقديرا سائغا مقبولا، وحيث ان هذه السلطة لا تصل إلى حد الإطلاق فإنه ينبغي تسبيب القاضي لحكمه إذا لم يأخذ بنتيجة إجراء الإثبات كإجراء المعاينة حتى يمكن بسط الرقابة عليه في هذا الشأن[2]، ومتى أغفلت المحكمة بيان أسباب العدول في محضر الجلسة أو لم يتضمن الحكم الصادر في موضوع الدعوى في أسبابه صراحة او دلالة أسباب العدول، فإن ذلك مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.[3]

إن قاضي الموضوع غير ملزم ببيان أسباب العدول صراحة لأنه يكفي له أن يبين في مدونات الحكم ان المحكمة قد وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها دون حاجة لتنفيذ الإجراءات الذي أمرت به، فيعتبر إقامة المحكمة حكمها على ما توافر لها من أدلة بيان ضمنيا بسبب عدوليها عن قرارها السابق باتخاذ إجراء معين من إجراءات الإثبات كإجراء المعاينة، إلى جانب القانون لم يبين

---

[1] سحر عبد الستار امام يوسف، نفس المرجع، ص476.

[2] عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص147.

[3] مصطفى كمال كيرة، قانون المرافعات الليبي، بيروت، طبعة1970، ص578.

الجزاء المترتب على مخالفة ذلك، ومن تم لا يعيب الحكم عدم الإفصاح صراحة في مدوناته عن أسباب عدم الأخذ بنتيجة هذا الإجراء.[1]

لقد بينا انه لا يوجد مانع للمحكمة من العدول عن قرارها في إجراء المعاينة على ان تبين في قرارها أسباب الرجوع عن المعاينة في محضر الجلسة، ويمكن تلخيص أسباب العدول فيما يأتي:

* أن سلطة القاضي هي سلطة تقديرية يتم تقييدها بتقدير قيمة الدليل القانوني، وتنحصر في التأكد من وجوده.

* إن سلطة القاضي بالنسبة لتقدير قيمة الدليل تتقيد بان يكون تقديره للدليل سائغا ومقبولا، وبما أن السلطة التقديرية غير مطلقة فلا بد للقاضي من بيان أسباب حكمه في حال لم يأخذ بنتيجة المعاينة.

الفرع الثاني: سلطة المحكمة في تقدير نتيجة المعاينة

المعاينة طريق من طرق الإثبات نص عليها القانون، وبالتالي هي تخضع لتقدير محكمة الموضوع كسائر الأدلة، ويتحتم عليها أن تقول كلمتها في كل ما يثبت بهذه المعاينة، وإلا كان حكمها قاصرا، فإن وجدت أنها قد تمت بإجراءات صحيحة، وانه لا بد من الأخذ بنتيجتها للبث في الدعوى أو في جزء منها أخذت بها، أما إذا كانت المعاينة قد تمت بشكل مخالف للقانون فلها عدم الأخذ بها.[2]

إذا تمت المعاينة وفقا للإجراءات القانونية، فإن كل ما أثبتته المحكمة او القاضي المنتدب او المحكمة المنابة في محضر المعاينة يعتبر دليلا قائما في الدعوى يتحتم على المحكمة التي تنظر الدعوى ان تقول كلمتها فيه وإلا كان حكمها مشوبا بالقصور[3]، والمحكمة بعد انتهائها من إجراء المعاينة وتحرر محضر بالأعمال المتعلقة بها سواء تمت المعاينة بصورة فرعية من قبل محكمة الموضوع أو بدعوى أصلية مستعجلة فإنه يذكر فيه كيفية انتقال المحكمة ويعد هذا المحضر من الأوراق الرسمية.[4]

---

[1] عزمي عبد الفتاح، المرجع نفسه، ص140.

[2] علي احمد الجراح، المرجع السابق، ص663

[3] اوان عبد الله الفيضي، المرجع السابق، ص386.

[4] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص291.

لقد بينا أن المعاينة تعد من الأدلة المباشرة للإثبات بل هي من أهم البيانات في المسائل المادية، وقد تكون في بعض الأحوال الدليل القاطع الذي لا غنى عنه في حسم النزاع[1]، وبالرغم من ذلك المشرع منح القاضي سلطة تقديرية في القيام بالمعاينة أو عدم القيام بها.

إن العلم بمحل النزاع بالمعاينة أقوى من طرق الشهادة والكتابة لأن المعاينة دليل مباشر باشره القاضي بنفسه، ويختلف عن القضاء بعلم القاضي الذي يكتسبه بنفسه خارج مجلس الحكم وبشكل انفرادي وقبل النظر في الدعوى، وان القاضي يلجا إلى وسيلة المعاينة في حالة عدم تمكن وسائل الإثبات الأخرى من إيصال الحقيقة الكاملة لموضوع النزاع المطروح امام القضاء، أو تعذر إيصالها بتلك الوسائل، وبالتالي عدم حصول قناعة القاضي بأحقية كل طرف من أطراف الدعوى.

من هنا يكتسب الدليل النتائج عن المعاينة حجية قانونية في مواجهة الخصوم والهيئات القضائية بكافة انواعها.[2]

ولما كانت المعاينة من أدلة الإثبات المباشرة، وقد تكون في بعض الأحوال الدليل القاطع الذي لا غنى عنه في حسم النزاع إلا أن المشرع منح القاضي سلطة تقدير الدليل الناتج عن المعاينة، ويذهب الأستاذ السنهوري إلى القول: "وغني عن البيان أن المعاينة و الخبرة دليلان حجيتهما غير ملزمة"[3].و يؤيده في الرأي فتحي والي بقوله "تكون التقديرات التي يتوصل إليها القاضي أثناء المعاينة خاضعة لمطلق تقدير المحكمة".[4]

لذلك فإنه ومادام ان كل القرارات المتعلقة بإجراءات الإثبات تتفق في طبيعتها من حيث أنها لا تحسم النزاع بصفة نهائية، ولا تحدد مراكز الخصوم نهائيا في الدعوى، لذلك على القاضي أن يأخذ بما تسفر عنه المعاينة إذا اقتنع بها، ولكن إذا ظهر أن هناك تغيرات قد دخلت على ما عاينه وأنها لم تؤد إلى تكوين قناعته بصدد النزاع يجوز له في هذه الحالة ان يعدل عما قرره عند الانتقال إلى المعاينة، ولكن بشرط أن يكون قراره مسبباً ليمكن الطعن فيه مع الحكم النهائي الذي يصدر في الدعوى.[5]

ولكن إن كان ما يثبت عن طرق الكشف لا تحتاج على دليل او برهان آخر لإثباته، فتستخلص المحكمة الدليل أو البرهان من الكشف والمعاينة المباشرة على المتنازع فيه فإذا وجدت المحكمة بعد

---

[1] أدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص370

[2] صالح مالك محمود العزاوي، المرجع السابق، ص96.

[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص102.

[4] فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، المرجع السابق، ص558.

[5] فاطمة الزهراء تبوب المولودة رابحي، المرجع السابق، ص43.

إجراء الكشف أن ادعاء الخصم لما هو واضح فعلا يكون عندئذ الادعاء محقق او ملزم للحكم به، لأنه من البداية ان الدليل المادي الثابت الصحة الموافق للادعاء لا يمكن تكذيبه.[1]

وخلاصة لما تقدم نرى ان سلطة القاضي امام أدلة الإثبات الأدبية هي سلطة مطلقة، لا يخضع القاضي بصددها لرقابة المحكمة العليا، مادام أن حكمه جاء مبنياً على أسباب متناسقة غير متناقضة من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها عقلا، ويترتب عن ذلك ان لقاضي الموضوع سلطة الترجيح بين الأدلة، بحيث إذا قدم احد الخصوم شاهدين وقدم الآخر أربعة شهود أمكن للقاضي الترجيح بينهما و لكن ليس بموجب كثرة العدد و إنما بموجب القيمة في الإثبات أي تتميز به إحدى البينتين من حيث عدالة الشهود أو زيادة ضبط فيها بإضافة عنصر يضفي عليها الثقة ويدعو للاطمئنان إليها[2].

كما ان لقاضي الموضوع سلطة ترجيح الدليل الأوضح على الدليل الأقل وضوحا عندما يتعارض دليلان، أحدهما اقوى ظهورا من الآخر من حيث شدة وضوح لفظه في معناه.

[1] أدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص37.

[2] فاطمة الزهراء تبوب، المرجع السابق،ص43.

الخاتمة

لقد تناولنا في دراستنا موضوع السلطة التقديرية للقاضي المدني في الإثبات وكانت الإشكالية الأساسية حول موضوع هذه الدراسة تدور حول طبيعة الدور الذي يقوم به القاضي في تقدير مختلف أدلة الإثبات التي تعرض عليه أو التي قد يأمر باتخاذها ، وهي مرحلة معقدة وشائكة من مراحل سير الخصومة المدنية ، كون أن طرق الإثبات تم تقسيمها لعدة تقسيمات فهي تنقسم من حيث حجيتها إلى طرق ملزمة للقاضي حدد المشرع حجيتها دون ممارسة تقديرية إزاءها ، وطرق إثبات غير ملزمة تخضع لتقدير القاضي ، أو أنه يمارس دورا فعالا للمشاركة في البحث عن الحقيقة كون له سلطة تقديرية واسعة في بعض الأدلة.

ولقد جاء أن المشرع الجزائري بموجب القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بتعديلات مهمة تمس بعض المسائل التي لها وزن في مجال القضاء ، ولعل أهمها هو التوسيع من نطاق السلطات الممنوحة للقاضي في سير الدعوى أين حول دور القاضي من محطة القاضي السلبي إلى القاضي الإيجابي، وهو ما تم عرضه في محاور البحث المقدم والذي خلصنا فيه إلى أن السلطات المخولة للقاضي تصل إلى ذروتها في مسائل معينة وتتضاءل في مسائل أخرى، أين نجد صلاحيات القاضي في التحقيق هي الصورة التي تعكس بالفعل الدور الإيجابي للقاضي، هذا الأخير يساهم أو يتدخل بشكل إيجابي في مسألة الإثبات سواء تعلق الأمر بإبلاغ الأدلة الكتابية أو الأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق .

ومن خلال تحليلنا للموضوع توصلنا إلى أن القاضي يقوم بأدوار مختلفة في هذه المرحلة من مراحل الخصومة المدنية، وأن دوره يختلف باختلاف نوع الأدلة التي يطلبها القانون لإثبات الواقعة القانونية المنشئة للحق محل النزاع.

فهناك من التصرفات القانونية التي لا يجيز القانون إثباتها إلا عن طريق الكتابة أو الإقرار القضائي أو اليمين الحاسمة والتي سماها الفقه بأدلة الإثبات المطلقة، ويلاحظ أن دور القاضي فيها يكون رقابيا مقيدا فيها بتطبيق حكم القانون بمجرد توافر الشروط القانونية المطلوبة في الدليل دون أدنى سلطة له في تقدير حجية تلك الأدلة ولا حرية الاقتناع بشأنها، فهو ملزم بها ومقيد بحجيتها في الإثبات ولو لم يقتنع بالنتيجة القانونية التي ترتبت على صحة تلك الأدلة، كما أن دور القاضي الرقابي يعد انعكاسا للمفهوم التقليدي للخصومة المدنية ومظهرا من مظاهر سيادة الخصوم فيها.

ولكن عمل القاضي لا يقف عند هذا الحد، حيث ترك له المشرع في بعض الأدلة كشهادة والقرائن القضائية واليمين المتممة نصيبا كبيرا لتقدير حجيتها، ولا يتقيد بما يترتب عليه من نتائج

فيرجع له وحده تقدير الدليل حسبما تطمئن إليه عقيدته، فهو يملك عدم الأخذ بها حتى ولو كان صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه المطلوبة.

كما لا يتقيد القاضي في تقديره للوقائع بما ورد في التحقيق لإمكانه العدول عنه ، فيملك استجواب الخصم أو الشاهد عن كل واقعة يرى أنها ضرورية لتنوير عقيدته من أجل بناء حكمه أين خول له المشرع من خلال القواعد الإجرائية للإثبات سلطات واسعة في تسيير الخصومة القضائية عن طريق التحقيق في الواقعة المعروضة أمامه بالوسيلة التي يراها هو مناسبة من دون تدخل الخصوم، ومن دون ان يتقيد بالنتائج المتوصل إليها من هذه الإجراءات بحيث أصبحت له الحرية المطلقة في تكوين اقتناعه بشأن الوقائع والأدلة المتعلقة بها.

إن دور القاضي وسلطته في التحقيق في الوقائع هو وسيلة من الوسائل القانونية التي بموجبها يستعمل سلطته التقديرية المخولة له بخصوص أدلة الإثبات المقيدة بحيث لا يجوز له اتخاذ أي اجراء من إجراءات التحقيق كلما تطلب القانون الكتابة في الإثبات أو في حالة توجيه الخصم اليمين الحاسمة لخصمه أو صدور إقرار قضائي من المدعى عليه.

ولهذا من الضروري على القاضي عند بناء حكمه على الوقائع الواردة في الدعوى أن لا يؤسس عقيدته بناء على علمه الشخصي ، أو بناء على إجراءات تمت خارج الخصومة ، فيتعين عليه أن تكون النتيجة التي توصل إليه القاضي في حكمه تتسق مع الأسباب التي بنى عليها هذا الاقتناع، وتؤدي عقلا ومنطقا إلى ما توصل إيه من نتائج، كما لا بد على القاضي عندما تطرح عليه الوقائع محل النزاع أن يفرق بين تلك الوقائع التي تعتبر تصرفات قانونية وتلك التي تعتبر وقائع مادية وهذا لأهميته الكبيرة، لأن الوقائع المادية يمكن اثباتها بكافة طرق الإثبات على عكس التصرفات القانونية التي لا تثبت إلا وفق ما حدده المشرع.

إن المشرع عند وضعه لقواعد الإثبات يحاول بقدر الإمكان تحقيق العدل بين المتقاضين، وذلك بجعل الحقيقة القضائية التي توصل إليها القاضي في حكمه مطابقة للحقيقة الواقعية المتنازع فيها، وأن ذلك لا يتحقق إلا بوضع قواعد قانونية تمكن القاضي من البحث والتحقيق بكل حرية في الوقائع محل النزاع عند تقيده بطرق معينة للإثبات، فلابد من مواكبة التطورات التشريعية الحديثة التي تعطي للقاضي سلطات واسعة تخول له أدوارا جديدة لإيجاد حلول أكثر عدل وإنصافا، وهو ما نستشفه بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن جملة النتائج التي توصلنا إليها:

1. تعتبر قواعد الإثبات تعتبر كل من الكتابة والتوقيع العنصرين الأساسين في الدليل الكتابي الكامل ولا يوجد لأي شرط في الكتابة طالما كانت مستبينة وثابتة وغير قابلة للتعديل أو التبديل إلا بإتلاف المحرر أو ترك اثر مادي يدل عليه. أما التوقيع فيكون إما بخط اليد أو الختم أو بصمة الأصبع ويترتب عن خلو المحرر منه أنه لا يصلح إلا بداية ثبوت بالكتابة إذا كان بخط المدين و توافرت فيه شروط معينة، لاسيما أن المشرع قد سمح للقاضي بالاستفادة من وسائل الإثبات الحديثة، وذلك بالمساواة بين الإثبات بالمحرر الإلكتروني المؤمن والإثبات بالمحرر الورقي، وتبيان كيفية الطعن في السند الكتابي وهذا عن طريق هدم حجيتها إما عن طريق الطعن بالتزوير في المحررات الرسمية والعرفية أو مضاهاة الخطوط في المحررات العرفية وتوضيح الإجراءات المتعلقة بكل طعن.

2. الإقرار هو إخبار وإظهار وكشف عن حق ثابت في الماضي، وأن المقر لا يكون شخصا خارجا عن الخصوم، وإلا اعتبر شاهدا لا مقرا، لأن الإقرار يصدر من الخصم المقر الذي يعلن حقيقة امر كان قد ادعاه خصمه ضده، وان الإقرار قد يكون تلقائيا، وقد يصدر جراء التحقيق الذي يقوم به القاضي عند إجراء الاستجواب.

3. يعتبر الاستجواب من وسائل الإثبات تلجأ له محكمة الموضوع عندما ترى أن الدعوى بحاجة لمثل هذا الطريق من طرق الإثبات، وتستهدف بها المحكمة أن تلمس الحقيقة والوصول إلى إقرار الخصم لإثبات الحق المدعى به، فالاستجواب جزء هام من أحكام الإقرار الذي يعتبر من الأدلة المطلقة التي تجوز في جميع الأحوال، لهذا من الضروري وضع نص قانوني يخول سلطة أوسع للقاضي في تكييف واقعة امتناع الخصم عن حضور جلسة الاستجواب دون عذر مقبول، أو امتنع عن الإجابة، بأن يعتبر القاضي هذا السلوك السلبي للخصم المستجوب مجرد قرينة على صحة ما يدعيه خصمه.

4. لقد بينا أن القرائن القانونية من أدلة الإثبات التي تعفى من الإثبات يقررها المشرع وهو الذي يختار الواقعة الثابتة ويجري عليها عملية الاستنباط، ما دامت هذه الواقعة قد ثُبتت فتثبت الواقعة الأخرى بثبوتها، ولا تقوم القرينة إلا إذا ورد النص عليها في القانون صراحة، ذلك أن الإعفاء من الإثبات لا يجري إلا في الحالات الاستثنائية، ولا لسلطة القاضي فيها فإذا قامت التزم بتطبيقها.

5. كما يبرز من سلطة القاضي في الموضوع عند توجيه اليمين المتممة إلى أحد الخصوم محاولة القاضي تكوين قناعته عندما لا يوجد دليل كامل في الدعوى، فيستعين بدليل اليمين المتممة لتكملة الدليل الناقص، كما يكون له سلطة حرة في منع اللجوء إلى توجيه اليمين الحاسمة، لكن حريته تتقيد عندما يحكم بإجراء توجيهها ولا يمكنه التراجع عنها بعد التأكد من شروطها، لا سيما أن هاته اليمين تعد ملك للخصوم.

6. إن القاضي يملك سلطة اتخاذ كافة إجراءات التحقيق التي يراها مناسبة وكافية لتنوير عقيدته بصدد النزاع المعروض عليه، فهو يتدخل بهدف الكشف عن الحقيقة غير مرهون بطلب الخصوم، كما يملك سلطة تحديد الشكل أو الكيفية التي يتم بها تقدير أدلة الإثبات إذ يحظى بسلطة واسعة في تحديد كيفية سماع الشهود بالصورة التي يراها مجدية لتكوين عقيدته فيملك سؤال الشاهد عن كل واقعة يرى أنها ضرورية، طالما كانت هذه الواقعة واردة في ملف الدعوى.

7. لقد أوضحنا أن القرائن القضائية هي استنباط يقوم به القاضي انطلاقا من وقائع معلومة ليستدل به على وقائع مجهولة، وله في ذلك سلطة في الاستنباط والتي يتمتع من خلالها بحرية واسعة في اختيار الواقعة الثابتة أساس الاستنباط وله سلطة في الأخذ بها أو تركها إذا لم يطمئن لها، إلا أن هذا الإطلاق في سلطة القاضي أساء استنباطها بالمنطق السليم، فيمكن أن نقترح بترسيم حدود هذه القرائن في إطار تشريعي وهذا كفيل بتقليص سلطة القاضي التقديرية في استخلاص كل قرينة لم ينص عليها القانون.

8. يؤدي القاضي دوره الفعال خلال مباشرة الخبير المنتدب المهام الذي أمر بالقيام بها تحت رقابة وإشراف قاضي الموضوع، من خلال متابعة عمل الخبير، وتذليل كافة الصعوبات التي يوجهها أو تعطل عمله، فيكون العمل الأساسي للقاضي عند إيداع الخبير تقريره لتقديره وتقيمه ومراعاة عدم مخالفة الخبير الإجراءات القانونية، كعدم تجاوز اختصاصه، أو أنه لا يتمتع بالتأهيل الفني للتحقيق في المسألة محل النزاع.

9. للقاضي سلطة اللجوء إلى اتخاذ إجراءات الانتقال للمعاينة، ليتمكن من اكتشاف حقيقة النزاع مباشرة بعينه وسمعه، دون التقيد بما عرض عليه الخصوم من وقائع قد تخالف الحقيقة التي توصل إليها بنفسه، مما يجعله يصدر حكما عادلا، ولهذا لا يتحقق التقارب بين الحقيقة القضائية والواقعية إلا من خلال هذه الوسيلة ومشاهدة المحكمة بنفسها للواقعة محل النزاع لأنها تساهم في تعزيز ثقة القاضي في حكمه.

فمن خلال النتائج المتوصل إليها في دراستنا ولما كرسه المشرع بموجب القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية الإدارية التي مكنت القاضي من صلاحيات ورخص عديدة، و رغم حداثتها إلا أنه يجب على المشرع تعديل بعض المواد المتعلقة بقواعد الإثبات تماشيا مع اتجاه التشريعات الحديثة في تفعيل دور القاضي بتزويده بكافة الصلاحيات لتوسيع سلطاته، وفي هذا الإطار نقترح أن يقوم المشرع الجزائري باستصدار قانون يسمى قانون الإثبات كما فعل المشرع المصري.

وفي الأخير نشير أن محاولة المشرع الجزائري لتبني فكرة جعل كل زمام الخصومة المدنية بيد القاضي، أو بمعنى آخر محاولته الانتقال إلى مرحلة القاضي الإيجابي لا تزال فكرة بحاجة إلى صقل و ضبط لجميع جوانبها حتى تكون جاهزة للتطبيق لا سيما وأن الدور الإيجابي للقاضي لا يتنافى إطلاقا مع مبدأ حياد القاضي الذي كان ولا يزال المبدأ الذي يعتمده التنظيم القضائي الجزائري والذي وجد في الواقع من أجل أن يكون ضمانا لحقوق المتقاضين مما يعبد الطريق أمام القاضي لتقصى الحقائق والوصول إلى قضاء عادل.

قائمة المراجـــع

*** المراجع باللغة العربية:**

القرآن الكريم

أولا: المؤلفات

أـ المؤلفات العامة:

1. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار صادر للطباعة والنشر بيروت .1997
2. أبو الخير عبد العظيم، مرجع القاضي والمتقاضي في الإثبات في القضايا المدنية والتجارية مزيد بأحدث أحكام النقض، الطبعة الأولى 2017 المركز القومي للإصدارات القانونية.
3. أحمد إبراهيم بك، طرق الإثبات الشرعية، الطبعة الرابعة، 2003.
4. أحمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الوفاء دنيا للطباعة والنشر، الطبعة 2015
5. أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات ـ دار الوفاء دنيا للطباعة والنشر، طبعة 2016
6. أحمد أبو الوفاء الإثبات في المواد المدنية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، بيروت ط 1983.
7. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط4 منشأة المعارف الإسكندرية سنة1980.
8. احمد عبد العال أبو قرين، أحكام الاثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة 2006،
9. أحمد السيد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط2، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1981.
10. أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
11. أحمد فتحي سرور، أصول قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، 1969.
12. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة القاهرة، 1981

13. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، الطبعة 1972، القاهرة
14. احمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الثاني، مكتبة العلم للجميع، بيروت لبنان، مصر القاهرة، الطبعة الأولى سنة2005.
15. آدم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، دار الكتاب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، العراق، 1979
16. آدم وهيب الندوي، شرح قانون البيانات الإجرائية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1998
17. آدام وهيب الندوي، قانون البيانات في المواد المدنية والتجارية ط ح دار الثقافة للطبع والنشر، القاهرة سنة 1998
18. إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب طبعة 1981، الدار البيضاء
19. إدوارد عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، الجزء الأول، مطبعة النسر، بيروت 1961
20. إلياس أبو عبيد، نظرية الإثبات في أًصول المحاكمات المدنية والجزائية، الجزء الأول، الطبعة 2005
21. إلياس أبو عيد، اصول المحاكمات المدنية بين النص والاجتهاد والفقه، دراسة مقارنة الجزء2 ، الطبعة1 دار الفكر العربي، القاهرة 1978
22. أنس الكيلاني، موسوعة الإثبات في قضايا المدنية والتجارية والشرعية، دار الأنوار للطباعة، ط1 1982، دمشق ج3
23. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005
24. أنور طلبة، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، دار الفكر العربي القاهرة 1994.
25. بربارة عبد الرحمان. شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، الطبعة 2009

26. بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري، والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1988.
27. بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية،طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار هومة سنة 2017
28. بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مطبعة تحليل للنشر، الجزائر، ج1، ط 2011
29. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مكتبة مكاوي، بيروت 1977
30. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2003.
31. توفيق فرج الصدة، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، النظرية العامة في الإثبات، الدار الجامعية، بيروت 1985
32. جلال علي العدوي، مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، الإسكندرية 1969
33. جلال علي العدوي، أصول أحكام الالتزام والاثبات، منشأة المعارف، طبعة 1996 مصر
34. جلال محمد إبراهيم، عبد العزيز المرسى حمود –مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية شركة ناس الطباعة 2009
35. جمال عبد الناصر، موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى القاهرة، سنة 1387هـ
36. جميل الشرقاوي، مذكرات في الإثبات في المواد المدنية، القاهرة 1976
37. حسن علي الذنون، أحكام الالتزام، ط 1952، بغداد، ج 2
38. دناصوري عز الدين، حامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، ط 8 ، مركز الدلتا للطباعة ، اسيرتيج ، سنة 2017.
39. رحيلي محمد مصطفى، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، مطبعة دار الكتاب، دمشق 1989
40. رزق الله الإنطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية الطبعة الخامسة، دمشق 1962

41. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مكتبة النهضة المصرية، 1959
42. رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2001
43. زودة عمر، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة 2021
44. سرايش زكريا، الوجيز في قواعد الإثبات (دراسة مدعمة بالفقه الإسلامي)، دار هومة الجزائر، 2015.
45. سركوت إسماعيل حسين، الظاهر ودوره في الإثبات، منشورات الحلبي الحقيقية، الطبعة الأولى، سنة 2009
46. سعيد أحمد شعلة، أحكام النقض المدنية، الإثبات، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى 2007
47. سعيد شعلة، قضاء النقص في الإثبات –منشأة المعارف الاسكندارية سنة 1998
48. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، الطبعة الرابعة، دار الجيل للطباعة العربية،1986.
49. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المقيدة، الطبعة الخامسة، المنشورات الحقوقية، صادر بيروت، 1991.
50. سليمان مرقس، من طرق الإثبات، الجزء الثالث، مطبعة الجبلاوي، القاهرة .1974
51. سمير السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، 1986
52. صاوي احمد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ط2، دار النهضة العربية – القاهرة سنة 2004
53. صبري السعداوي مبارك، قضاء القاضي بعلمه الشخصي في الفقه الإسلامي، مجلة العدل السعودية العدد 22، 1425
54. سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى 2007.
55. عادل حسن علي، الإثبات، أحكام الالتزام، مكتبة زهراء الشرق 1997

56. عابد عبد الفتاح فايد، نظام الإثبات في مواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، الطبعة سنة 2006 القاهرة
57. عادل حسن علي، الإثبات، أحكام الالتزام، مكتبة زهراء الشرق، الطبعة 1997
58. عادل حسن علي، الإثبات في المواد المدنية، مكتبة الزهراء الشرق، الطبعة 1998
59. عادل حسن علي، الإثبات أحكام الالتزام، د.د.ن دين 2004
60. عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة بالتشريعات العربية والأجنبية وأحكام القضاء، العراق، 2001
61. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان، 2005
62. عباس العبودي، شرح أحكام قانون البينات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط 2007
63. عبد الباسط جميعي، نظام الإثبات في القانون المدني المصري، القاهرة 1953
64. عبد الحكيم فودة، موسوعة الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية في ضوء الفقه وقضاء النقض حتى سنة 1995، الجزء 02، سنة1997دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية
65. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية –القاهرة –1968.
66. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات، آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان 2000
67. عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ترجمة للمحاكمة العادلة، المؤسسة الوطنية لفنون المطبعية، الجزائر، طبعة 2009
68. عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، مطبعة مصطفى الباي الحلبي وأولاده، الطبعة الثانية 1955 القاهرة
69. عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار الجيل للطباعة سنة 1985
70. عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والإدارية، أستاذ القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2010.

71. عصمت عبد المجيد بكر، أصول الإثبات، دراسة في ضوء أحكام الإثبات العراقي والتشريعات المقارنة والتطبيقات القضائية ودور التقنيات العلمية في الإثبات، الطبعة الأولى 2012
72. غوثي بن ملحة القانون القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1982
73. فايز احمد عبد الرحمن، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010
74. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1959
75. فتحي والي، مبادئ قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، الطبعة 1975
76. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية القاهرة 1981
77. فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 2010
78. قدري عبد الفتاح الشهاوي، الإثبات مناطه وضوابطه في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري المقارن، دار المعارف الإسكندرية، دون طبعة، دون سنة نشر
79. مجد الدين اليعقوب، القاموس المحيط، فصل الخاص، مؤسسة الرسالة بيروت طبعة 1996.
80. محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 2005، بيروت
81. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، طبعة 1985.
82. محمد حسين منصور، قانون الإثبات مبادئ الإثباتوطرقه، الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2002
83. محمد زحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، دار البيان، ط 1994، دمشق
84. محمد زهدور، الوجيز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات طبعة 1991
85. محمد شتا أبو سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، المجلد الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، .1997

86. محمد شتا أبو سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، المجلد الثاني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997.
87. محمد صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر
2008،2007
88. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لأحدث التعديلات ومزيدة بأحكام القضاء–الطبعة الأولى دار هومة 2008–2009.
89. محمد ظاهر معروف، المبادئ الأولية في أصول الإجراءات الجنائية، بغداد 1972 ج 1.
90. محمد عبد اللطيف، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ج1، مكتبة المحامي القاهرة،الطبعة الأولى،1970
91. محمد فتح الله النشار، أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية
92. محمد كمال شرف الدين، القانون المدني، النظرية العامة للأشخاص، إثبات الحقوق، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، ط 1 .2002
93. مصطفى كمال كيرة، قانون المرافعات الليبي، بيروت طبعة 1970
94. مصطفى مجدي هرجة، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1993
95. مفلح عواد القضاة، البيانات في المواد المدنية والتجارية، جمعية عمال المطابع التعاونية ط2 سنة 1994
96. مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، الإصدار الأول 2004
97. مفلح عواد القضاة، البينات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2007
98. نبيل ابراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2000

99. نصر فريد واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بالقانون الوضعي وقانون الإثبات اليمني الجديد، ط1، دار الشروق القاهرة، سنة 2002 .
100. نبيل ابراهيم وهمام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ط2001، مصر
101. همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د ط ب ن، دار الجامعة الجديدة، كلية الحقوق الإسكندرية 2001
102. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974.
103. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى القاهرة: 1978
104. فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقا لأحدث التعديلات، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2010

ب _المؤلفات الخاصة

1. إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1 2009
2. أميل أنطوان ديراني، الخبرة القضائية، المنشورات الحقوقية الصادرة سنة 1977 طبعة 11
3. أوان عبد الله الفيضي، المعاينة في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات مصر، سنة 2012
4. براهمي محمد، إجراءات التقاضي أمام الجهات القضائية المدنية، برتي للنشر سنة 2021
5. بسام نهار البطون، الشهادة في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2010
6. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007
7. جميل فخري محمد ناجم، اليمين القضائية، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1 2009
8. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت، دار النهضة العربية ط 2000، القاهرة

9. حسين خضير الشمري، الخبرة في الدعوى المدنية، منشورات زين الحقوقية مكتبة السنهوري ط1، سنة 2012
10. حسني محمود نجيب، الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 1979
11. حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002
12. خالد عبد العظيم، حجية الشهادة والقرائن بين الشريعة الإسلامية والتشريعات دراسة مقارنة دار الكتب القانونية، مصر الطبعة الأولى، 2008
13. خليفة محمود عبد العزيز، النظرية العامة للقرائن في الإثبات الجنائي في التشريع المصري والمقارن، مطابع الطويجي التجارية، مصر 1987
14. رامي الحاج، مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 2008 منشورات الحلبي الحقوقية
15. زودة عمر، الإثبات في المواد المدنية في ضوء أحكام القضاء وأراء الفقهاء، دار بلقيس، الطبعة الأولى، سنة 2023
16. سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف (دون طبعة) الإسكندرية 2005
17. شادي رمضان إبراهيم الطنطاوي –النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية مركز الدراسات العربية، مصر 2016.
18. عابد عبد الفتاح فايد، الكتابة في القانون المدني بين الظهور القانوني والأمن التقني، دار الجامعة الجديدة للنشر (دون طبعة) الإسكندرية 2014.
19. عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانون لتجاوزها، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة 2010
20. عبد التواب مبارك، الدليل الإلكتروني أمام القاضي المدني، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع الطبقة الأولى، سنة 2005
21. عبد الحميد الشواربي، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية، منشأة المعارف مصر
22. عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية، بدون رقم الطبعة، دار المطبوعات الجامعية، كلية الحقوق، الإسكندرية، سنة1992

23. عبد الحميد عمارة، ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، دراسة مقارنة الطبعة الأولى دار المحمدية الأردن 1998.
24. عبد الفتاح حجازي بيومي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الثاني النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر الجامعي ،2003
25. عبد القادر إدريس، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010
26. عبد الله احمد عبد الله غرايبة، حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر، دار الراية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2008.
27. عبد الله بن محمد بن سعد آل ضنين، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي الجزء الأول دار بن فرحون، الرياض 1420هـ
28. عبد الودود يحي، الموسوعة العلمية لأحكام محكمة النقض، القاهرة، وقف1982، الجزء الأول
29. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي 1983
30. عماد محمد أحمد ربيع، القرائن وحجيتها في الإثبات الجزائي، دار الكندي للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، الأردن
31. عمر بن سعد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، دار الهدى، الجزائر
32. عمر بن سعيد، طرق الإثبات الموضوعية والشكلية في القانون والقضاء المدني الجزائري، دار بلقيس
33. فؤاد عبد المنعم أحمد، الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي، المكتب العربي الحديث، الرياض، 2001
34. قروف موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، دراسة مدعمة باجتهادات القضاء الجزائري والمصري والفرنسي مكتبة الوفاء القانونية، دار الوفاء للطباعة والنشر الاسكندرية الطبعة 1 سنة 2020
35. لحسن بن الشيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة، ط 2012 الجزائر

36. محمد جمال الدين زكي، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، دراسة انتقادية لأحكام قضاة الموضوع بندب الخبراء، مطبعة جامعة القاهرة 2001،
37. محمد حزيط، الخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع سنة 2017
38. محمد حزيط، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، السداسي الأول 2017
39. محسن عبد الحميد ابراهيم البية، دور المحررات الالكترونية في الإثبات في القانون المصري
40. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، مجله الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية العدد الثاني ،2003
41. محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني دار الفكر الجامعي الإسكندرية طبعة 2009
42. محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2002
43. محمد علي الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية، دراسة مقارنة دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، سنة 2009، طبعة01
44. محمد فؤاد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة 2006
45. محمد مرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية العقد الإلكتروني الإثبات الالكتروني دار النهضة العربية ط1، 2008 القاهرة
46. محمد يوسف ياسين، الوسيط في قانون المحاكم الشرعية والمذهبية، دراسة مقارنة (سنية، جعفرية، درزية، علوية)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة 1، 2006.
47. محمود اسكندر توفيق، الخبرة القضائية، الطبعة الأولى، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2002
48. محمود جمال الدين زكي، الخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة، طبعة 1990
49. محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس النشر والتوزيع، الأردن 2007

50. محمود مراد الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، دار النصر، طبعة إضافية،2012
51. مسعود زبدة، القرائن القضائية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر 2001
52. مصطفى منشور وسيمة، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه جامعة مستغانم ،2016 ،2017
53. مصطفى أحمد أبو عمر، والأستاذ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2011
54. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 2004
55. مصطفى مجدي هرجة، القضاء المستعجل، دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة 2، سنة 1986
56. مصطفى مجدي هرجة، ندب الخبراء في المجالين الجنائي والمدني، الطبعة الثالثة، دار محمود للنشر، القاهرة: 2000
57. مصطفى مجدي هرجة، اليمين الحاسمة على ضوء الآراء الفقهية وأحكام المحاكم، دار محمود للنشر والتوزيع، ط1995
58. مصطفى عبد العزيز الطراونة، القرائن القضائية لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان سنة 2011
59. مقني بن عامر، قواعد الإثبات في المواد العمالية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، جامعة ابن خلدون تيارات الجزائر، دار الجامعة الجديدة 2010
60. مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة اثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى عين مليلة الجزائر، طبعة2009
61. مولاي ملياني بغدادي، الخبرة القضائية في المواد المدنية، مطبعة دحلب، الطبعة 1992 الجزائر
62. مونية العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، إجراءات التحقيق والإثبات، الجزء الثاني، منشورات أمين، الجزائر، الطبعة الأولى.
63. ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط2، 2010 مصر

64. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والقضائية (دراسة تحليلية وتطبيقية) كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2002
65. هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) دار الكتب القانونية القاهرة 2009
66. يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات في القانون الأردني، دار وائل للنشر سنة 2007

ثانيا: المقالات العلمية

1. أحمد علي محمد صالح، الدور الإيجابي للقاضي المدني قبل وأثناء مباشرة الدعوى، نشرة القضاة، العدد 64
2. إبراهيم بلويس، حجية تقرير الخبرة في حل النزاعات العقارية، مجلة تشريعات التعمير والبناء، جامعة سيدي بلعباس، العدد الخامس، سنة 2018
3. اسماعيل ابراهيم الربيعي وعلاء عبد الأمير موسى النائلي، توثيق قرارات التحكيم الإلكتروني بالتوقيع الإلكتروني، دارسة مقارنة، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة 2014
4. أنيس المنصور، مدى سلطة قاضي الموضوع في الإثبات باليمين الحاسمة، مقال منشور في دراسات علوم الشريعة والقانون مجلد 36 العدد 1، 2009
5. إياد ملوكي، قبول الشهادة كقرينة قضائية في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية علمية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بغداد مجلد 21 سنة 2006.
6. بوفاتح أحمد، سلطة القاضي المدني إزاء تقرير الخبرة القضائية، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية
7. خليفي مريم الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، مجلة دفاتر السياسية والقانون، العدد 4، جانفي 2011
8. دحماني مصطفى، حجية التوقيع الإلكتروني في مجال الإثبات، مداخلة ألقيت بمجلس قضاء وهران سنة 2016

9. رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات العقد الإلكتروني، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد الرابع، ديسمبر 2002.
10. رضوان عبيدات، عوض الزغبي، نحو وضع تنظيم قانوني لاستجواب الخصوم في قانون البيانات الأردني، دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 40، العدد 2 سنة 2013
11. شوكت محمد عليان، اليمين طريقة للإثبات والحكم، مجلة العدل فصلية علمية تصدر عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية العدد 55سنة1433هـ.
12. مذكرة رقم 1251، الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية بتاريخ 1994/03/29, المرجع هو مجموعة من المذكرات والتعليمات والمناشير الخاصة بأملاك الدولة والحفظ العقاري سنة 1990- 1995.
13. ظافر الموصلي، اليمين، مقال منشور في مجلة المحاماة المعرفة، العدد الثامن، سنة 1960- 1471
14. عبد المعطي محمد عبد المعطي الأغا-السندات العرفية ومدى حجيتها في الإثبات (دراسة مقارنة بالقانون الأردني) مقال صادر عن المجلة العصرية للدراسات القانونية، كلية العصرية الجامعية –رام الله، فلسطين المجلد 01، العدد 02، السنة 2023
15. عماد حسن سلمان القيمة القانونية للإثبات بالتوقيع الإلكتروني، مجلة صامة ذي قار، العدد الأول، المجلد 3، حزيران2006
16. عبد المعطي محمد عبد المعطي الأغا، السندات العرفية ومدى حجيتها في الإثبات (دراسة مقارنة بالقانون الأردني) مقال صادر عن المجلة العصرية للدراسات القانونية، كلية العصرية الجامعية، رام الله، فلسطين المجلد01، العدد 02،السنة 2023 .
17. فروحات سعيد، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التعامل مع الخبرة الجنائية، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، مجلد 09، العدد 02، جامعة غرداية
18. ماجد محمد أبو رضية، رجوع المقر عن إقراره في الشريعة الإسلامية، مقال منشور في مجلة دراسة الشريعة والقانون الصادرة عن الجامعة الأردنية، المجلد 11، الطبعة 1984
19. مبروك حدة، حجية السندات الإلكترونية في الإثبات، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية عدد17، الطبعة 2018

20. ملزي عبد الرحمن، محاضرات في الإثبات المدني لطلبة القضاة، المدرسة العليا للقضاء، دفعة 15 سنة، 2006
21. ملزي عبد الرحمان، المستحدث من الأحكام الإجرائية لمضاهاة الخطوط في قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مقال منشور بنشرة القضاة، العدد 64.
22. نوارة حمليل، التعاقد الإلكتروني معادلة بين أحكام القانون المدني ومبدأ حرية التعاقد، مجلة دراسات قانونية، العدد 4 سنة 2007

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية :

1. إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر.
2. احمد عزومي الحروب، السندات الرسمية الإلكترونية "دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا جامعة بير زنت فلسطين، (د س).
3. أحمد بوفاتح، الخبرة كوسيلة إثبات في المواد المدنية، مذكرة ماجيستر، جامعة الجزائر 2004
4. أحمد فاضل، الدور الإيجابي للقاضي في الدعوى المدنية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 2012-2013
5. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، الطبعة الأولى سنة 1988
6. احمد مجيد رشيد السنجري، حجية المستندات الإلكترونية في الإثبات في القانونين العراقي والأردني مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط كلية الحقوق، ايار 2018
7. آدام وهيب الندوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، دراسة مقارنة ،مذكرة ماجستير، الدار العلمية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى عمان، الأردن، 2001
8. أمل سليمان عبد الكريم أبو ظاهر، اليمين المتممة (دراسة تحليلية مقارنة) مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، سنة 2017
9. إياد محمد عارف عطا سده، مذكرة قدمت استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين سنة 2009

10. براهيمي صالحي، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة في المواد المدنية والجنائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012
11. بسمة فوغالي، اثبات العقد الإلكتروني وحجيته في ظل عالم الإنترنت، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، قانون الاعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد لمين دباغين، سطيف،2014-2015
12. بشار طلال، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة سنة 2003
13. بطيمي حسين، القضاء بالقرائن في الشريعة الإسلامية و القانون ، مذكرة ماجستير فرع العقود و المسؤولية 1997
14. بلغاشي كريمة، الخبرة القضائية في المواد المدنية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 2001-2002
15. بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون أعمال -كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة 2015
16. بن شنات صالح، دور القاضي المدني في الإثبات أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة وهران كلية الحقوق والعلوم السياسية 2017 -2018
17. بودريعات محمد، الدور الإيجابي للقاضي في تسيير الخصومة القضائية، اطروحة الدكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2012-2013.
18. خروفة غانية، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الخبرة، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة 2008-2009
19. دهيليس رجاء، الخبرة القضائية في المواد المدنية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الطور الثالث في الحقوق تخصص القانون الخاص الأساسي، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم 2018-2019
20. زوينة عبد الرزاق، الشهادة وإجراءات سماعها أمام القضاء المدني، أطروحة دكتوراه دولة، جامعة الجزائر السنة الجامعية 1991-1992
21. سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، سنة 2001

22. شمام منير، السلطة التقديرية للقاضي المدني في الإثبات، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم 2018 ،2019
23. صبرينة حساني، الخبير القضائي في المواد المدنية، مذكرة ماجيستر، جامعة تيزي وزو، 2012
24. صلاح مالك حمود العزاوي، المعاينة ودورها في الحكم القضائي في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، قدمت هذه المذكرة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، حزيران،2022
25. عبد الكريم حمود الرويلي، الخبرة في المواد المدنية، دراسة تحليلية مقارنة مذكرة ماجستير قانون الخاص، جامعة قطر، جوان 2019م/1440هـ
26. عبد الكريم هدار، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الإلكترونية، مذكرة ماجيستر كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2013،01-2014.
27. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، الإقرار في الإثبات المدني، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سانت كليمنتس سنة 2014.
28. علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دارسة مقارنة مذكرة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2005
29. على أحمد الجراح، قواعد الإثبات بغير الكتابة، أطروحة دكتوراه، الجامعة الأردنية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية 2010
30. علي مسعود محمد، القاضي والعناصر الواقعية للنزاع المدني، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الفاتح طرابلس 2005
31. غربي أسماء، إثبات الدين في الفقه الإسلامي القانون المدني الجزائري، مذكرة الماجستير تخصص الشريعة والقانون والحضارة الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية، وهران سنة 2016
32. فاطمة الزهراء تبوب المولودة رابحي، السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات المدني، مذكرة ماجيستير في العقود والمسؤولية 1996-1997
33. فاتح بهلولي-النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم كلية الحقوق-جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2017

34. فتيحة حزام، الإثبات الإلكتروني في المسائل المدنية والتجارية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون كلية الحقوق جامعة الجزائر 2016
35. قروف موسى، سلطة القاضي المدني في تقديم أدلة الإثبات، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، .2014
36. قيس عبد الستار عثمان، الإقرار واستجواب الخصوم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد سنة 1979
37. لمياء حمدادو، سلطة القاضي في تسيير إجراءات الخصومة المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون. فرع العقود والمسؤولية جامعة الجزائر 2013-2014
38. محمد جلال أمهول، الدفوع في قانون المسطرة المدنية، أطروحة دكتوراه، جامعة الدار البيضاء 1998
39. مراد محمود شنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، الجامعة الأردنية، طبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن: 2008
40. مراد مخلوفي، البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2007-2008
41. ناصف سعاد، الأحكام الإجرائية المدنية لمضاهاة الخطوط والتزوير في المحررات العرفية والرسمية، مذكرة الماجستير في القانون الخاص جامعة الجزائر كلية الحقوق، بن عكنون،2010-2011
42. نذير برني، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج، المدرسة العليا للقضاء الدفعة 14 ،2003 -2006
43. نزيهة مكاري، الخبرة القضائية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجيستر، جامعة سطيف، 2004
44. ياحي سامية، الاثبات بالقرائن في المواد المدنية، مذكرة ماجيستر في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية بن عكنون، سنة 2011-2012
45. يوسف زروق، حجية وسائل الإثبات الحديثة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان 2013

رابعا: المجلات القضائية

1. المجلة قضائية، العدد الأول والرابع، سنة 1989
2. المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1990
3. المجلة القضائية ، العدد الرابع، سنة 1990
4. المجلة القضائية، العدد الأول والثاني والرابع، سنة 1992
5. المجلة القضائية، العدد الأول الثالث، سنة 1994
6. المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1996
7. المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1998
8. المجلة القضائية، عدد الأول والثاني، سنة 2000
9. المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 2004.
10. المجلة قضائية، الاجتهاد القضائي في الغرفة العقارية، الجزء الثاني، سنة 2004.
11. مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 1990
12. مجلة المحكمة العليا، العدد 03، سنة 1991
13. مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2005
14. مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2011
15. مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2012
16. مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2013.
17. مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2015
18. نشرة القضاة، سنة 1965.

خامسا: القوانين

1. الأمر رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 الموافق ل 12 يوليو 2023.
2. الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005.

3. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.
4. القانون رقم 84-11 المؤرخ 09 رمضان 1404، الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
5. الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن بقانون الإجراءات المدنية.
6. الأمر 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن بقانون العقوبات المعدل والمتمم.
7. الأمر 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن بقانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.
8. القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الذي يتضمن تنظيم مهنة التوثيق.
9. قانون رقم 15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 1 فبراير 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني ج.ر.ج.ج عدد 06 صادر في 01 فبراير 2015
10. القانون 2000 -230 المؤرخ في 2000/03/13 المتعلق بالقانون المدني الفرنسي ج رقم 62 لعام 2000
11. المرسوم التنفيذي رقم:95-310 المؤرخ في:1995/10/10 المحدد لشروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين.

*** المراجع باللغة الفرنسية:**

1. Aubry et Rau ; droit civil français ;Tome 12,7ème,édition ,page 314NR 762,note NR9
2. Boris sturck par henrio rolond laurent boyer , introduction au droit 2eme edition li (21) tes 1988
3. CHEVALLFER.j.cours de droit civil APPROFONDI.la charge de la prouve.paris N 59
4. Christophe Lefort, Procédure civile, Edition Dalloz, Paris, France, 2eme édition, 2007
5. fermand dulout -repertoire pratique de procedure et des moyens de preuve- la maison des livres alger.tome2 I.Z premiere edition
6. Gridel JP : OP ;cit
7. Raymond Legeais ; les regles de prevue en droit civil ;these de doctorat en droit ;poitiers 1954..
8. Tony mousse .expertise en matière civile et pénal.pg 1232.em exition

9. Xavier Lagarde (**réflexion critique sur le droit de la preuve**) librairie générale le droit de jurisprudence, France,1994

الفهرس

الإهداء

الشكر

المقدمة أ

الفصل التمهيدي: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي في الإثبات 01

المبحث الأول: نطاق سلطة القاضي في الإثبات 02

المطلب الأول: مضمون نشاط القاضي المدني التقديري ودوره في عملية الإثبات 03

الفرع الأول: مضمون النشاط التقديري ومصدره 03

الفرع الثاني: دور القاضي المدني في الإثبات وفقا للمذاهب المختلفة 06

المطلب الثاني: ضوابط السلطة التقديرية للقاضي 10

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير الواقعة القانونية محل الإثبات 10

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تحديد متى تكون القاعدة القانونية محلا الإثبات 11

المبحث الثاني: نظام الإثبات القضائي 13

المطلب الأول: تعريف الإثبات القضائي وأهميته 14

الفرع الأول: تعريف الإثبات القضائي 14

الفرع الثاني: أهمية الإثبات القضائي 16

المطلب الثاني: محل وعبء الإثبات 18

الفرع الأول: محل الإثبات 18

الفرع الثاني: عبء الإثبات 21

الباب الأول: تقدير القاضي لأدلة الإثبات الملزمة 25

الفصل الأول: حجية الدليل الكتابي في الإثبات 26

المبحث الأول: المحررات الرسمية والمحررات العرفية حسب المفهوم التقليدي 27

المطلب الأول: قوة السندات الرسمية في الإثبات 28

الفرع الأول: الشروط الوجب توافرها في المحرر الرسمي 28

الفرع الثاني: حجية المحررات الرسمية في الإثبات 32

المطلب الثاني: قيمة المحررات العرفية وحجيتها في الإثبات 39

الفرع الأول: حجية المحررات العرفية المعدة للإثبات 40

الفرع الثاني: حجية المحررات العرفية الغير معدة للإثبات 54

المبحث الثاني: المفهوم الحديث للمحررات الرسمية والمحررات العرفية 61

المطلب الأول: مفهوم المحرر الإلكتروني 62
الفرع الأول تعريف المحرر الإلكتروني 63
الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها في المحرر الإلكتروني 65
المطلب الثاني: حجية المحررات الرسمية والمحررات العرفية أمام القضاء 70
الفرع الأول: القيمة الثبوتية لأنواع السندات الإلكترونية أمام القضاء 71
الفرع الثاني: حجية المحرر الإلكتروني في ظل استثناءات قواعد الإثبات 77
المبحث الثالث: سلطة القاضي في الطعن بصحة السند الكتابي 81
المطلب الأول: سلطة القاضي في دعوى التزوير 82
الفرع الأول: دعوى التزوير الأصلية 83
الفـــرع الثـانـي: دعـوى التزويـــر الفرعـية 88
الفـــرع الثـالـث: سلطة القاضي إزاء الطعن بالتزوير 90
المطلب الثاني: سلطة القاضي في دعوى تحقيق الخطوط 95
الفرع الأول: دعـوى مضـاهـاة الخـــطوط الأصـليـة 96
الـفـرع الثـــانـــي: دعـوى مضاهـــاة الخطـوط الفـرعـيـــة 99
الفرع الثالث: موقف المحكمة من دعوى تحقيق الخطوط 101
الفصل الثاني: سلطة القاضي إزاء الإثبات بالإقرار القضائي والاستجواب 108
المبحث الأول: حدود سلطة القاضي من الإقرار القضائي 110
المطلب الأول: ماهية الإقرار القضائي 110
الفرع الأول: تعريف الإقرار القضائي وطبيعته 111
الفرع الثاني: خصائص القضائي وتمييزه عما يتشابه معه 114
المطلب الثاني: سلطة القاضي في مراقبة صحة الإقرار 122
الفرع الأول: مراقبة توفر شروط الإقرار القضائي 122
الفرع الثاني: رقابة محكمة النقض فيما يتعلق بالإقرار القضائي 127
المطلب الثالث: مدى التزام القاضي بالإقرار وحجيته في الإثبات 129
الفرع الأول: حجية الإقرار بالنسبة للقاضي 129
الفرع الثاني: سلطة القاضي في عدم الرجوع عن الإقرار القضائي 131
الفرع الثالث: سلطة القاضي من عدم تجزئة الإقرار القضائي 131

المبحث الثاني: سلطة القاضي في استجواب الخصوم 138
المطلب الأول: ماهية الاستجواب 139

الفرع الأول: تعريف الاستجواب والغرض منه 139
الفرع الثاني: شروط الوقعة التي تكون محل للاستجواب 141
المطلب الثاني: إجراءات الاستجواب 144
الفرع الأول: سلطة القاضي في توجيه الاستجواب 145
الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة في الاستجواب 148
المطلب الثالث: الآثار المترتبة على الاستجواب 11
الفرع الأول: حالة حضور الخصم جلسة الاستجواب 151
الفرع الثاني: تخلف الخصم عن الحضور أو الامتناع عن الإجابة 152
الفرع الثالث: إجابة الخصم إجابة غامضة او ادعائه الجهل 153
الفصل الثالث: القرائن القانونية المعفية من الإثبات 155
المبحث الأول: تعريف القرينة القانونية 156
المطلب الأول: عناصر القرينة القانونية 156
الفرع الأول: تعريف القرينة القانونية وعناصرها 157
الفرع الثاني: خصائص القرينة القانونية 161
المطلب الثاني: أنواع القرائن القانونية وحجيتها في الإثبات 164
الفرع الأول: حجية القرينة القانونية الغير قاطعة "البسيطة 165
الفرع الثاني: حجية القرينة القانونية القاطعة " المطلقة 166
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير القرائن القانونية ومدى رقابة المحكمة العليا 172
المطلب الأول: دور القاضي وسلطته في إثبات بالقرينة القانونية غير القاطعة 173
الفرع الأول: سلطة القاضي في تطبيق القرينة القانونية الغير قاطعة 173
الفرع الثاني: دور القاضي في إثبات عكس القرينة القانونية الغير قاطعة 174
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير القرائن القانونية القاطعة ومدى رقابة المحكمة العليا 175
الفرع الأول: تقييد سلطة القاضي في تقدير القرينة القانونية القاطعة 175
الفرع الثاني: إخضاع سلطة القاضي التقديرية لرقابة المحكمة العليا 176
الفصل الرابع: اليمين القضائية ودور القاضي فيها 177
المبحث الأول: سلطة القاضي إزاء اليمين الحاسمة 178
المطلب الأول: سلطة القاضي في مراقبة شروط الواقعة محل اليمين الحاسمة 179
الفرع الأول: شروط الواقعة محل اليمين الحاسمة 179
الفرع الثاني: سلطة القاضي التقديرية في ملاءمة اليمين الحاسمة 184
المطلب الثاني: سلطة القاضي بصدد توجيه اليمين الحاسمة وإجراءات توجيهها 186

الفرع الأول: سلطة القاضي في توجيه اليمين الحاسمة 186
الفرع الثاني: سلطة القاضي على إجراءات توجيه اليمين 189
المطلب الثالث: سلطة القاضي بصدد نتيجة اليمين الحاسمة 194
الفرع الأول: حلف اليمين الحاسمة. 195
الفرع الثاني: رد اليمين الحاسمة. 197
الفرع الثالث: النكول على اليمين الحاسمة. 198
الفرع الرابع: مدى التزام القاضي للنتائج المترتبة على توجيه اليمين. 199
المبحث الثاني: دور القاضي في الإثبات باليمين المتممة 201
المطلب الأول: سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة 203
الفرع الأول: توجيه اليمين المتممة 204
الفرع الثاني: شروط توجيه اليمين المتممة. 207
الفرع الثالث: موضوع اليمين المتممة 210
المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن توجيه اليمين المتممة 212
الفرع الأول: الآثار المترتبة على حلف اليمين 212
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على النكول عن اليمين 214
الباب الثاني: سلطة القاضي في أدلة الإثبات غير الملزمة 217
الفصل الأول: سلطة القاضي المدني في تقدير شهادة الشهود 218
المبحث الأول: القواعد الموضوعية للإثبات بشهادة الشهود 219
المطلب الأول: ماهية الإثبات بشهادة الشهود 219
الفرع الأول: تعريف شهادة الشهود وخصائصها 220
الفرع الثاني: أنواع الشهادة 223
المطلب الثاني: أحكام الإثبات بالشهادة 226
الفرع الأول: شروط أداء الشهادة 226
الفرع الثاني: نطاق أو موضوع الشهادة 236
المبحث الثاني: إجراءات الشهادة ودور المحكمة في تقديرها 246
المطلب الأول: إجراءات سماع أقوال الشهود وتقديرها 246
الفرع الأول: إجراءات سماع أقوال الشهود 246
الفرع الثاني: تقدير أقوال الشهود 255
المطلب الثاني: دور المحكمة في تقدير الإثبات بشهادة الشهود 261
الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي بين الأخذ وعدم الأخذ بنتيجة التحقيق 261

الفرع الثاني: القيود الواردة على سلطة القاضي في تقدير شهادة الشهود 263
الفصل الثاني: سلطة القاضي في مواجهة القرائن القضائية 270
المبحث الأول: القرينة القضائية ونطاق إثباتها 274
المطلب الأول: مفهوم القرينة القضائية 275
الفرع الأول: تعريف القرينة القضائية 275
الفرع الثاني: عناصر القرينة القضائية 277
المطلب الثاني: نطاق الإثبات بالقرينة القضائية 280
الفرع الأول: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرينة القضائية أصلا 281
الفرع الثاني: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرينة القضائية استثناءا 285
المبحث الثاني: دور القاضي المدني في مجال الإثبات بالقرينة القضائية 292
المطلب الأول: سلطة القاضي في استنباط القرائن القضائية ص 292
الفرع الأول: مدى حرية القاضي في اختيار الواقعة الثابتة ص 293
الفرع الثاني: مدى جواز اعتماد القاضي على الوسائل العلمية الحديثة ص 296
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حجية القرائن القضائية ص 299
الفرع الأول: حرية القاضي المدني في تقدير حجية القرائن القضائية ص 299
الفرع الثاني: مدى رقابة المحكمة العليا على عمل القاضي ص 301
الفصل الثالث: سلطة القاضي في ندب خبير قضائي 301
المبحث الأول: الإجراءات المتبعة للقيام بندب خبير 303
المطلب الأول: ماهية الخبرة القضائية 304
الفرع الأول: تعريف الخبرة القضائية 304
الفرع الثاني: خصائص الخبرة القضائية ونطاق الاستعانة بخبير 306
المطلب الثاني: الإجراءات المتبعة في الخبرة القضائية 309
الفرع الأول: طلب إجراء خبرة قضائية 309
الفرع الثاني: الحكم بتعيين خبير قضائي. 311
الفرع الثالث: مباشرة الخبير القضائي لمهامه 313
الفرع الرابع: رد الخبير واستبداله 317
المبحث الثاني: حجية الخبرة في الإثبات وسلطة القاضي في تقديرها 320
المطلب الأول: تقرير الخبرة وإجراءات الطعن فيها 321
الفرع الأول: مضمون تقرير الخبرة القضائية ومناقشتها 321
الفرع الثاني: الطعن بالبطلان في تقرير الخبير 327

المطلب الثانـي: سلطة القاضـي في تقدير الخبرة 333
الفرع الأول: سلطة المحكمة من نتائج الخبرة 333
الفرع الثـانـي: موقف المحكمة من تقرير الخبرة 336
الفصل الرابع: سلطة القاضي في إجراء المعاينة القضائية 340
المبحث الأول: تعريف المعاينة وطبيعتها القانونية 341
المطلب الأول: تعريف المعاينة القضائية 341
الفرع الأول: معنى المعاينة القضائية 342
الفرع الثاني: خصائص المعاينة القضائية 343
الفرع الثالث: نطاق المعاينة القضائية 346
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمعاينة القضائية وتمييزها عما يشابهها 348
الفرع الأول: المعاينة دليل من أدلة الإثبات في الدعوى 348
الفرع الثاني: المعاينة وسيلة لتقدير أدلة الإثبات في الدعوى 350
الفرع الثالث: تمييز المعاينة مما يشتبه بها 352
المبحث الثاني: في إجراءات المعاينة وسلطة المحكمة في تقديرها 354
المطلب الأول: إجراءات المعاينة القضائية 355
الفرع الأول: طلب إجراء المعاينة القضائية 355
الفرع الثاني: تحديد موعد إجراء معاينة 359
الفرع الثالث: تحرير محضر معاينة 360
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير نتائج المعاينة القضائية 363
الفرع الأول: سلطة القاضي في اتخاذ قرارا إجراء المعاينة القضائية 363
الفرع الثاني: سلطة المحكمة في تقدير نتيجة المعاينة 366
الخاتمة 369
قائمة المراجع 374
الفهرس

الملخص:

إعمال القاضي لسلطته التقديرية في تقدير الدليل في الدعوى يتفاوت في اتساع وضيق لهذه السلطة في أدلة الإثبات المختلفة، فبعض الأدلة لم يحدد القانون حجيتها وترك تقديرها إلى القاضي أين يباشر سلطته التقديرية تجاهها، كما توجد أدلة أخرى حدد المشرع حجيتها ولم يتركها لتقدير القاضي، وتكون ملزمة له ولا يستطيع مخالفتها.

ومن ذلك يتبين أن القاضي له سلطة تقديرية في تكوين اقتناعه بشأن الأدلة المقدمة له فتكون تارة مقيدة ومطلقة تارة أخرى وهذا ما يثبت الدور الإيجابي للقاضي والذي لا يتعارض مع مبدأ الحياد.

الكلمات المفتاحية: السلطة التقديرية–أدلة الإثبات–القاضي المدني –التصرفات القانونية–الأدلة الملزمة.

Résumé :

L’exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire dans l’évaluation des preuves dans l’affaire varie en termes détendue et en étroitesse de ce pouvoir dans les diverses preuves certains éléments de preuve n’ont pas été détermines par la loi et leur évaluation est laissée au juge ou il exerce son pouvoir discrétionnaire a sin egard , il existe également d’autres preuves dans il a détermine la validité et qu’il na pas laissées a la discrétion du juge , elles l’engagent et il ne peut les contredire.

Il en ressort clairement que le juge a la pouvoir discrétionnaire de former sa conviction quant aux preuves qui lui sont présentées, de sorte qu’elle est parfois limitée et parfois absolue, et c’est ce prouve le rôle positif du juge dans la preuve, ce qui n’est pas contraire au principe de neutralité.

Mots clés : pouvoir discrétionnaire , preuve de preuve , juge civil, actions legales, preuve contraignante

Conclusion :

The juges exercise of his discretionary power in assessing the evidece in the lawsuit varies in the breadth and narrowness of this power in the various evidence, some of the evidence has not been determined by the law and its evaluation is left to the judge,where he exercises his discretionary power regarding it, there is also other evidence whose validity the legislator has determined and has not left to the discretion of the judge, and it is binding on him and he cannot contrary to it .

From this it becomes clear that the civil judge has the discretion to from his conviction regarding the evidence presented to him, so that it is sometimes restricted and at other times absolute ,and this is what proves the positive role of the judge in the evidentiary evedance, whith does not conflict with the principle of neutrality .

Keywords : Discretionary power ,proof of evidece, civil judge, legal actions , binding evidence .