دار الهدى
للطباعة والنشر والتوزيع
المنطقة الصناعية ص ب 193 عين مليلة - الجزائر
الهاتف: 032.44.92.00 // 032-44.95.47
الفاكس: 032.44.94.18
web: www.elhouda.com
e-mail: darelhouda@yahoo.fr

الفـــروع

مكتبة وراقة شركة دار الهدى: طريق باتنة
عين مليلة
الهاتف: 030.34.46.85 الفاكس: 030.34.46.84

مكتبة وراقة شركة دار الهدى: حي كوحيل لخضر جنان الزيتون
قسنطينة
الهاتف: 031.92.22.08 الفاكس: 031.92.27.08

مكتبة وراقة شركة دار الهدى: 01 شارع أوراس بشير باب الواد
الجزائر
الهاتف: 021.96.62.20 الفاكس: 021.96.61.11

مكتبة وراقة شركة دار الهدى: 02 شارع احمد محمد الخراش
الجزائر
للفاكس: 021.52.13.07

مكتبة وراقة شركة دار الهدى: 05 شارع زيغود يوسف عمارة الحرية
وهران
الهاتف: 041.40.46.47/041.40.46.89
الفاكس: 041.41.46.54

جميع الحقوق محفوظة للناشر

الرقم التسلسلي 137 - 2009 دار الهدى
رقم الإيداع القانوني 4464 - 2009 المكتبة الوطنية
ردمك 2 - 212 - 26 - 9947 - 978

طبعة 2009

جميع الحقوق محفوظة. ولا يسمح بإعادة إصدار هذا الكتاب أو نقله في أي شكل أو واسطة، سواء آكانت إلكترونية أو ميكانيكية، بما في ذلك التصوير بالنسخ (فوتوكوبي)، أو التسجيل، أو التخزين والاسترجاع، دون إذن خطيّ من الناشر

الإهداء

إلى أحفادي الأعزاء:

كريم ومنة الله

أولاد ابنتي الدكتورة عزّة

ومحمد وسارة

أولاد ابنتي الدكتورة منال

لعل في إهدائي مؤلفي هذا يكون حافزا لكم جميعا على البحث والتأليف في تخصصاتكم العلمية إن شاء اللّه.

جدّكم

الدكتور محمد صبري السعدي

19 **جمادى الآخرة** 1429 **هـ** - 23 **يونيو** 2008م

مقدمة في التعريف بالإثبات[1]

1 - **تعريف:** في معناه القانوني تقديم الدليل أمام القاضي بالطرق الجائزة على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم.

ومن هذا التعريف يتبين أن الإثبات المقصود في هذه الدراسة هو الإثبات القضائي الذي يتم عن طريق تقديم الدليل أمام القضاء وهو بهذا يتميز عن الإثبات بمعناه العام الذي لا يكون أمام القضاء كالإثبات العلمي والإثبات التاريخي إذ أن كل منهما يبحث عن الحقيقة المجردة بأي وسيلة كانت[2].

ويجب أن ينصب الإثبات على صحة واقعة قانونية وليس على الحق المتنازع فيه بل ينصب على الواقعة القانونية مصدر هذا الحقّ فقد تكون هذه الواقعة

(1) بعض المراجع: بونيه (Bonnier) في الإثبات في القانون المدني والقانون الجنائي سنة 1888- راؤول دي لاجراسيري (Raoul de la Grasserie) في الإثبات في المواد المدنية الجنائية في القانون الفرنسي والتشريعات الأجنبية سنة 1912 في الإثبات في القانون المقارن رسالة من باريس سنة 1924 للدكتور محمد صادق فهمي بالفرنسية جان دابيا (Jean Dabia) في صياغة الدليل القانوني ونجاحه في القانون المدني سنة 1935 - الدكتور علي راشد في الاقتناع الشخصي للقاضي رسالة من باريس سنة 1942 بالفرنسية. غير المؤلفات المبسوطة المعروفة في شرح القانون المدني الفرنسي، وبنوع خاص أو بري ورو وبارتان ج 12 طبعة خامسة بلانيول وريبير جابولد ج 7 طبعة ثانية - دي باج (في شرح القانون البلجيكي) ج 3طبعة ثالثة غير المؤلفات الوجيزة المعروفة بلانيول وريبير وبولانجية طبعة ثالثة - كولان وكابيتان وجوليودي لامورا تدبير طبعة عاشرة - جوسيران طبعة ثانية.

في الفقه المصري: السنهوري - الوسيط، ج2، الإثبات آثار الالتزام طبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت، والمراجع المشار إليها فيه: عبد السلام ذهني في الأدلة - أحمد نشأت في الإثبات طبعة خامسة - سليمان مرقص في أصول الإثبات طبعة ثانية - عبد المنعم فرج الصدة: الإثبات في المواد المدنية، طبعة ثانية سنة 1955 مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي بمصر - عبد الودود يحيى: الموجز في قانون الإثبات سنة 1987، ناشر دار النهضة العربية القاهرة - عبد الباسط جميعي في نظام الإثبات في القانون المدني المصري.

(2) - في المعني: الصدة بند 1ص 5 عبد الودود يحيي بند1 ص 3 السنهوري بند 11 ص 14.

تصرّفًا قانونيًا كعقد بيع وقد تكون واقعة مادية كعمل غير مشروع ترتب عليه إلزام فاعله بالتعويض.

ويجب أن يكون الإثبات بالطرق التي يحددّها القانون لأنه يحدد الطرق المختلفة في الإثبات ويبين طريقة تقديمها وهو ما يتقيد به الخصوم والقاضي أيضًا ومن هنا يظهر الفرق بين الإثبات العلمي، والإثبات القضائي، فالأول يكون بأي وسيلة يمكن أن تؤدي إلى معرفة الحقيقة وهو أمر مباح للكافة ولذلك فأن الحقيقة العلمية تظل دائما قابلة للتغيير، أما الإثبات القضائي فيجب فيه إتباع الطرق التي حددها القانون لذا فقد يصل القاضي في حكمه إلى أن تخالف الحقيقة القضائية الواقع[1] لأن القاضي مقيّد بطرق معينة في الإثبات فضلا عن أنه قد يخطىء التقدير ومع ذلك فيجب احترام هذه الحقيقة، ويمتنع على الكافة إثبات ما يخالفها، إذ أن القانون يقرر لها حجية معينة وهي حجية الأمر المقضي به.

2 - **أهمية الإثبات:** والإثبات له أهمية بالغة في العلاقات القانونية، لأن الحق يكون عديم القيمة إذا عجز صاحبه عن إثبات وجوده، فالإثبات وفقا لعبارة شهيرة لا يهرنج (Inering) "فدية الحق" ذلك أن الحق إذا كان في النّاحية النظرية، مستقلا عن إثباته فإنه في الحياة العملية "يستوي حق معدوم وحق لا دليل له".

(1) في المعني: السنهوري ص 15 - عبد الودود يحي ص 4- وقد مر الإثبات القضائي في تاريخ الإنسانية بمراحل يضيق المقام هنا لعرضها فقد كانت الإنسانية في طفولتها تلجأ في الإثبات القضائي إلى ضروب من السحر والشعوذة ثم لجأت إلى الدين، من حلف واستدع اللّه والقديسين على المبطل من المحقين وكان القتال بل الانتحار من الأدلة القضائية عند بعض الأمم في فجر التاريخ (أنظروا أول دي جراسيري في الإثبات في المواد المدنية والجنائية في القانون الفرنسي والتشريعات الأجنبية ص 48، أورده السنهوري ص 15 حاشية 2.

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 المبدىء له، قانونا كان هذا الحادث أو ماديا والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه)[1].

وإذا كان الإثبات يجرى أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون في جملة إجراءات الدعوى، فإنه يتصل بقانون المرافعات الذي يتحدد وفقا لقواعد الشكل الذي يرد فيه ومع ذلك تدخل نظرية الإثبات في نطاق القانون المدني الجزائري وتعتبر جزاءًا منه لأن أهم الأدلة تعد مقدمًا قبل أن تثور أية منازعة ويخضع من ثَمَّ إلى إعدادها وتحديد ما لها من حجية لهذا القانون.

3 - **تنظيم الإثبات:** تتنازع تنظيم الإثبات مذاهب ثلاثة[2]

المذهب الأول: هو مذهب الإثبات المطلق أو الحر systeme de la prevue morale ou libre وفيه لا يحدد القانون طرقًا معينة للإثبات، وإنما يكون الخصوم أحرارا في اختيار الأدلة التي يرون أنها تؤدى إلى اقتناع القاضي، ويكون للقاضي أن يقوم بدور إيجابي يساعد به الخصوم على إكمال ما في

(1) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني (المصري) ج 3 ص 349وقد تم إلغاء نصوص الإثبات من المجموعة المدنية المصرية، المواد من 389 إلى 417 بالقانون رقم 25 لسنة 1968 الصادر بقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الذي نص على إلغاء الباب السادس من الكتاب الاول من القسم الأول من القانون المدني – الجريدة الرسمية في 1968/5/20 العدد 22.

(2) دي باج القانون المدني البلجيكي ج 3 بند 708 – بلانيول وريبر وبولانجي، الوجيز ط ثانية ج2 بند 2192 – كولان وكاپيتان وجليودي لاموراند پير ج2 ط عاشرة بند 270 – أحمد نشأت رسالة الإثبات ط خامسة بند 11 مكرر – سليمان مرقص أصول الإثبات ط ثانية بند 3 وما بعدها – أنظر الصدة بند 4ص 7.

أدلتهم من نقص، بل يستطيع أن يقضيَ بعمله الشخصي بالوقائع. وهذه الحرية الواسعة للقاضي تجعل الحقائق القضائية التي يصل إليها في حكمه مطابقة إلى درجة كبيرة للحقائق الواقعية في موضوع النزاع.

ولكن يعاب على هذا المذهب أنه لا يحقق الثقة والاستقرار في التعامل وذلك لاختلاف التقدير من قاضٍ إلى آخر هذا وقد يكون القاضي مغرضًا فيحكم بما يهوى دون رقابة عليه من القانون.

وقد أخذ بهذا المذهب، القانون الألماني والقانون السويسري والقانون الإنجليزي والأمريكي، وتأخذ به جميع الشرائع في المواد الجنائية لأن طبيعة هذه المواد لا تقبل تحديد طرق معينة للإثبات[1].

المذهب الثاني: مذهب الإثبات المقيد أو القانوني system de la preuve légal فطبقا لهذا المذهب يحدد القانون طرق الإثبات كما يحدد كذلك قيمة كل من هذه الطرق فلا يستطيع المتقاضون إثبات حقوقهم بغير هذه الطرق، ولا يمكن للقاضي أن يقبل طرقًا غير التي حددها القانون ولا يستطيع أن يعطي لها غير القيمة التي حددها القانون لهذه الطرق وموقف القاضي في هذا المذهب سلبي بحت فلا

(1) انظر السنهوري بند 22 ص 28 ويقول أن بعض رجال الفقه الإسلامي يعتنق هذا المذهب حيث أورد (وقد ثار بن القيم الجوزي على تحديد الفقهاء للأدلة في الإثبات تحديدا جامدا وتقيدهم بشهادة الشهود وأخذهم بها دون القرائن والأدلة الأخرى ونادى بوجوب ترك الإثبات حرا) انظر حاشية 1 نفس الصفحة – الصدة ص 8 – عبد الودود يحيى ص 5.

يستطيع أن يقضي بعلمه الشخصي ولا أن يساهم في جمع الأدلة وإنما يتعين عليه أن يكون حكمه على ضوء ما قدمه الخصوم من أدلة في الدعوى.

وواضح أن هذا المذهب يحقق الاستقرار في التعامل كما يبعث الثقة والاطمئنان في نفوس المتقاضين ولكن يؤخذ عليه أن ينزع من يد القاضي كل وسيلة للوصول إلى الحقيقة الواقعية إذا كان الوصول إليها بغير طرق الإثبات التي حددها القانون فحرية التقدير عند القاضي في هذا المذهب معدومة.

المذهب الثالث: مذهب الإثبات المختلط Systeme Mixte Transactionnel هذا المذهب يتوسط بين المذهبين السابقين، فهو يأخذ ما فيهما من مزايا، ويتلافى ما فيهما من عيوب. فهو يأخذ بمبدأ حياد القاضي ويحدد الأدلة، كما يعين بعضها في الإثبات، وبذلك يتحقق الاستقرار في المعاملات، ويتلافى تحكم القاضي ولكنه في الوقت نفسه يخفف من مساوىء الإثبات المقيد بإعطاء القاضي سلطة واسعة في تقدير الأدلة التي يحدد لها القانون قوة معينة كالبنيّة والقرائن القضائية، فحيث تجوز البينة، يستطيع القاضي أن يأخذ بها أو يطرحها، كما يستطيع عند اختلاف الشهود تغليب شهادة القلة على شهادة الكثرة، وله الحرية في توجيه اليمين المتممة (م 348 م جزائري) وفي هذا ما يقرب بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية الأمر الذي يكفل حسن سير العدالة.

وقد أخذ بهذا المذهب التشريع الجزائري، والتشريع المصري[1] والتشريعات اللاتينية كالقانون الفرنسي والإيطالي والبلجيكي.

4 - **طبيعة قواعد الإثبات:** تشمل النصوص المنظمة للإثبات نوعين من القواعد، قواعد موضوعية وقواعد شكلية أو إجرائية.

فالقواعد الموضوعية هي التي تحدد الأدلة وتُبيِّن الحالات التي يستعمل فيها كل دليل كما تبين محل الإثبات والخصم الذي يقع عليه عبؤه.

أما القواعد الشكلية فهي التي تحدد الإجراءات التي تتبع في إقامة الأدلة عندما يكون النزاع معروضًا أمام القضاء. وقد راعت الشرائع اللاتينية هذا الاختلاف في طبيعة قواعد الإثبات، فوضعت القواعد الموضوعية في القانون المدني بينما أوردت القواعد الشكلية في قانون المرافعات، كما فعل القانون الفرنسي، وفعل ذلك أيضًا القانون المدني الجزائري وبعض القوانين العربية الأخرى كالقانون الليبي.

على أن هذا الاختلاف في طبيعة قواعد الإثبات، جعل بعض القوانين تقوم بإصدار تشريع مستقل للإثبات كالقانون الإنجليزي والأمريكي كما جعل البعض الآخر تنظيم الإثبات في قانون المرافعات مثل القانون الألماني والقانون السويسري[2].

(1) - كما أخذ بهذا المذهب التشريع الليبي والسوري والعراقي، والأردني

(2) وقد كانت قواعد الإثبات في مصر موزعة بين القانون المدني وقانون المرافعات. فالقواعد الموضوعية=

5 - **عمومية قواعد الإثبات:** رأينا التقنين المدني الجزائري قد تكفل بالقواعد الموضوعية في الإثبات فقد وردت في القسم الأول منه الخاص بالالتزامات والعقود، وأفرد لها الباب السادس من هذا القسم (المواد 323 – 350) ولم يقصد بورود قواعد الإثبات على هذا الوضع أن تقتصر نطاقها على الإلتزامات فهي قواعد عامة التطبيق تسرى على جميع أنواع الحقوق شخصية كانت هذه الحقوق أو عينية أو معنوية كما تطبق على كافة المنازعات المدنية والتجارية أيًا كان مصدر الحق الذي يدور حوله النزاع.

6 - **خطة الدراسة:** سنقسّم دراستنا في الإثبات في القانون الجزائري إلى قسمين:

- **القسم الأول:** نتناول فيه المبادىء العامة في الإثبات وهذه تشتمل:

(1) مبدأ حياة القاضي (2) قواعد الإثبات والنظام العام

(3) محل الإثبات (4) عبء الإثبات

=وردت في الباب السادس من الكتاب الأول من القانون المدني وكانت تحدد طرق الإثبات المختلفة وتبين قيمة الدليل والخصم الذي يقع عليه الإثبات. أما القواعد الشكلية فكانت واردة في الباب السابع من القسم الأول من قانون المرافعات الملغي تحت عنوان (إجراءات الإثبات) وقد تم جمْع كلًا من القواعد الموضوعية

والقواعد الشكلية في صعيد واحد وصدر قانون مستقل هو قانون الإثبات (القانون رقم 25 لسنة 1968) وفي سوريا جمعت قواعد الإثبات الموضوعية وإجراءاتها الشكلية في قانون واحد صدر في 10 حزيران (يونيو) 1947 وسمي (قانون البيّنات في المواد المدنية والتجارية) انظر السنهوري ص 66 حاشية (2).

- **القسم الثاني:** طرق الإثبات أو الأدلّة ونُقسّمه إلى بابين:

الباب الأول: طرق الإثبات العادية (الكتابة والبينة والقرائن)

الباب الثاني: طرق الإثبات غير العادية (الإقرار واليمين)

القسم الأول

المبادىء العامة في الإثبات

7 - **تقسيم:** نعرض في هذا القسم المبادىء العامة في الإثبات وهي تتضمن:

أولاً: مبدأ حياد القاضي وحدوده.

ثانيًا: قواعد الإثبات والنظام العام.

ثالثًا: محل الإثبات.

رابعًا: عبء الإثبات.

أولا: مبدأ حياد القاضي[1]

8 - **المقصود بهذا المبدأ:** لا يقصد بمبدأ حياد القاضي عدم تحيزه فوق منصة القضاء لأن هذا بديهة لا يتصور أن تقوم بغيرها سلطة قضائية إنما يقصد بمبدأ حياد القاضي في نظرية الإثبات أن يقوم القاضي بدور المحكم بين الخصوم بحيث يكون موقفه من الدعوى سلبيا (neuralité) فيقتصر دوره على تقدير ما يقدمونه بالطرق التّي قررها القانون من أدلة في الدعوى ليعتبر الوقائع المدعاة ثابتة أو غير ثابتة ولا يجوز له أن يعتمد على معلوماته الشخصية أو يعمد من جانبه إلى جمع أدلة أخرى.

على أن مبدأ حياد القاضي لا يمنعه لاستجلاء الحقيقة، لذلك خوّل له القانون سلطة محددة في توجيه الدعوى واستكمال الأدلة ليتّسم موقفه في نطاقها بالإيجابية، فله توجيه اليمين المتممة (م.348.م جزائري)، والأمر بحضور الخصوم للاستجواب وبالتحقيق في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة والحكم بندب خبير وتقرير الانتقال لمعاينة المتنازع فيه. وكل هذا للقاضي أن

(1) – بارتان، حاشية أوبري ورو ج 12 بند 749 رقم ثالثا – بلانيول وريبر وجابولد الميسوط ج 7 بند 1416 – دي باج المرجع السابق بند 2159– كولان وكاپيتان وجليو دي لامور أند پير، المرجع السابق بند 721– حامد فهمي، محمد حامد فهمي النقض في المواد المدنية والتجارية بند 42، 45– أحمد نشأت المرجع السابق بند 21 – محمد صادق فهمي الإثبات في القانون المدني المقارن ص 117 وما بعدها – عبد الباسط جميعي نظام الإثبات ص 85 وما بعدها – السنهوري بندي 26 ،25 ص 30–32– الصدة بنود 11–14 ص13–ص17 عبد الودود يحيى بند 16 ص26، ص27 (وقضت محكمة النقض المصرية) بأن (المبدأ الأساسي الذي يحكم النظرية العامة في الإثبات هو مبدأ حياد القاضي – فلا يجوز أن يقضي بعلمه الشخصي عن وقائع الدعوى...) نقض مدني في 1978/4/12 المجموعة س 29ص999.

يقوم به من تلقاء نفسه. ويلاحظ ان القواعد المتعلقة باليمين المتممة كلها قواعد موضوعية سنبحثها في دراسة طرق الإثبات أما استجواب الخصوم وانتقال المحكمة للمعاينة وإحالة الدعوى إلى التحقيق والخبرة فهذه كلها يختص بها قانون المرافعات وجدير بالذكر أن هذه السلطات التي خوّلها القانون للقاضي، والتي تجعل له دورًا ايجابيًا في الكشف عن الحقيقة، يجب عليه ألاّ يزاولها إلّا إذا كانت هناك حاجة إليها، وإلاّ تعرّض حكمه للنقض[1].

9 - **الرقابة على عمل القاضي:** مما تقدم يتضح أن السلطات التي خوّلها القانون للقاضي لتمكّنه فقط من الوصول إلى الحقيقة دون أن تؤدي إلى تحكم القضاء، ولذلك رسم القانون حدودا تكفل الرقابة على عمل القاضي ويتبين ذلك مما يأتي:

أولا: ليس للقاضي أن يبني قراره إلاّ على أدلة مقدّمة في الدعوى بالطريقة التي نص عليها القانون. فلا يستطيع القاضي أن يُعَوّلَ على أدلة تحراها بنفسه خارج الجلسة وبعيدًا عن الخصوم[2]، كأن يقوم القاضيْ بمعاينة المتنازع فيه في غيبة الخصوم دون دعوتهم لحضور المعاينة، فتكون المعاينة باطلة وبالتالي الدليل

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا المعنى بأن الحكم يكون قاصر البيان متعينا نقضه إذا لم يكن فيه ما يفيد أن المحكمة قد استنفذت كل ما لها من سلطة التحقيق للتوصل إلى كشف الوقائع (نقض مدني مصري) في 13 ديسمبر 1945 مجموعة القواعد القانونية ج5، ص11 رقم 6–

(2) نقض مدني فرنسي في 1924/12/27، دالوز 1926-1-124 مجموعة دالوز (Nouveau Répertoire Droit) ج3، ص536 رقم 3–

المستمد منها يكون دليلا فاسدًا. ولا يجوز للقاضي أن يقضي بعمله الشخصي عن وقائع الدعوى[1].

ثانيا: كل دليل يقدمه أحد طرفي الخصومة أو يأخذ به القاضي لصالحه يجب أن يعلم به الطرف الآخر بحيث يكون في وسعه أن يناقشه وأن يدحضه فلا يستطيع القاضي أن يستمد من تحقيق دليل ضد شخص لم يدع إليه ولا يمكنه كذلك أن يعتمد على تقرير خبير ضد شخص لم يدع للحضور أمامه.

ثالثًا: يجب على القاضي – وهذا ما يكفل الرقابة على تطبيق القاعدتين السابقتين – أن يسبب حكمه. فعليه أن يبين في حكمه كيفية تحصيله وقائع الدعوى والدليل الذي اعتمد عليه في ذلك والطريقة التي اتبعها في استدلاله. فإن نقص شيء من ذلك كان الحكم خاليًا من الأسباب وتعيين نقضه، وإذا تبين من تسبيب الحكم أن هناك خروجًا على القاعدتين السابقتين كان ذلك خطأ في القانون يؤدي إلى نقض الحكم.

ويتضح مما تقدم ان الإرادة التشريعية بما خولته للقاضي من سلطات في هذا الشأن، وما فرضته عليه من قيود قد عملت على تحقيق العدالة مع اتقاء تحكم القضاء[2]

(1) الصدة بند 14، ص16– السنهوري، بند 27، ص32 – 33.
(2) الصدة ص 17.

ثانيا: قواعد الإثبات والنظام العام

(الإتفاقات المعدلة لقواعد الإثبات)

10 - **قواعد الإجراءات تتعلق بالنظام العام:** رأينا فيما سبق أن قواعد الإثبات ليست كلها من طبيعة واحدة فبعضها قواعد متعلقة بالشكل أو بالإجراءات وبعضها قواعد موضوعية، ولا شك أن النوع الأول من القواعد يعتبر من النظام العام لأنه يتعلق بنظام التقاضي.

وقد قضت محكمة النقض (المصرية) بأنه لما كان المشرع قد بين الأدلة التي يمكن بها إثبات الحقوق، وحدد نطاقها، وقيد القاضي بوجوب التزامها حماية لحقوق المتقاضين، فإنه لا ينبغي تجاوزها أو الاتفاق على مخالفتها بإضافة وسيلة لا يقرها القانون[1]

11 - **القواعد الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام:** القواعد الموضوعية وهي التي تحدد محل الإثبات وعبئه وطرقه فلا تعتبر من النظام العام لأنها وضعت لحماية الخصوم لذا فإنه يجوز الاتفاق على ما يخالفها إلاَّ إذا وجد نص يقضي بغير ذلك.[2]

(1) نقض مدني (مصري) جلسة 19/ 5/ 1955مج 25سنة، ص27.
(2) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن قواعد الإثبات وتكليف الخصم عبء إثبات دفاعه – غير متعلق بالنظام العام ولا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بنقل عبء الإثبات – نقض مدني جلسة 1976/6/9 مجموعة المكتب الفني السنة 27 ص1307.

فيجوز الاتفاق على نقل عبء الإثبات من المكلف به أصلاً إلى الطرف الآخر في الخصومة. فمثلا تنص المادة 1/496م جزائري على أن ((المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب ليس من فعله)) فطبقا لهذا النص يقع على المستأجر عبء إثبات أن الحريق نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ولكن ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على نقل عبء الإثبات المؤجر، فيتم الاتفاق على أن المستأجر لا يكون مسؤولا عن حريق العين المؤجرة إلا إذا اثبت المؤجر خطأ في جانبه (المستأجر).

ومن أمثلة ذلك أيضا المادة 139م جزائري التي تقضى بأن حارس الحيوان هو المسؤول عن الضرر الذي يحدثه الحيوان إلا إذا اثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي ولكن يجوز الاتفاق مقدما على نقل عبء الإثبات إلى المضرر فيصح أن يتفق شخصان شريكان في مرعى واحد أن كل ضرر يقع من مواشي أحدهما على مواشي الآخر لا يكون الأول مسؤولا عنه إلا إذا أثبت الآخر خطأ في جانبه.

ومن أمثلة ذلك أيضًا أمين النقل هو المسؤول عن الضرر الذي يحدث أثناء النقل للشخص أو الشيء الذي ينقله والمسؤولية هنا مسؤولية عقدية فعلى أمين النقل يقع عبء الإثبات ولكن يجوز الاتفاق مقدما – ما لم يكن شرط إذعان – على نقل عبء الإثبات من أمين النقل إلى المتقاعد معه، فيصبح هذا هو المكلف بإثبات خطأ في جانب أمين النقل على أساس المسؤولية العقدية لا المسؤولية التقصيرية[1].

(1) السنهوري بند 57 ص87، ص88.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن القواعد التي تتعلق بتعيين من يقع عليه عبء الإثبات لا تتعلق بالنظام العام. فإذا كان الخصم قد طلب من المحكمة إحالة الدعوى على التحقيق فلا يجوز له بعد ذلك الطعن في الحكم الذي أجاب إلى طلبه على أساس أنه كان متطوعا في إثبات ما هو غير ملزم بعبئه[1].

كذلك يجوز الاتفاق على تعديل القواعد المتعلقة بطرق الإثبات فيجوز أن يتفق على التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مائة ألف دينار جزائري بالبينة مع أن الأصل هو وجوب الكتابة في إثبات هذه التصرفات وقد أجاز القانون هذه الاتفاقات في المادة 333.م جزائري التي تنص في فقرتها الأولى على أنه (في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على مائة ألف دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك).

والاتفاق على مخالفة القواعد المتعلقة بطرق الإثبات قد يكون مقدمًا، كما يمكن أن يستدل عليه أثناء سير الدعوى وتطبيقًا لهذا قضت محكمة النقض المصرية بأن الدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة هو من الدفوع التي يجب إبداؤها قبل التكلم في موضوع الدعوى فعدم تمسك الخصم به قبل سماع شهادة الشهود يفيد النزول عنه فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض[2].

(1) نقض (مصري) في 26 نوفمبر سنة 1953مجموعة أحكام محكمة النقض السنة 5 رقم 28، ص 203 – أنظر عبد الودود يحيى ص 28، 29.

(2) – نقض جنائي (مصري) في 1951/12/10 المحاماة السنة 33 رقم 666 ص 1542 – وانظر الأحكام المشار إليها في الصدة ص 21 حاشية (2)..

ويلاحظ أن إباحة الاتفاق مقدما على تعديل قواعد الإثبات له خطرة فيما يتعلق بعقود الإذعان فالطرف القوي في هذه العقود يستطيع أن يفرض شروطًا جائرة تعدل من قواعد الإثبات حيث تجعل من العسير على الطرف المذعن أن يقوم بالإثبات عند نظر النزاع، فيضيع عليه حقه بسبب ذلك. على أن هذا الخطر يمكن دفعه باحدى وسيلتين. فقد تنظم الإرادة التشريعية عقد الإذعان تنظيمًا آمرًا لاعتبارات تتعلق بالنظام العام كما هو الحال في عقد العمل الفردي، وفي عقد التأمين، وحين إذن يمتنع مثل هذه الشروط، فإن لم يكن هناك تنظيم كهذا كانت حماية الطرف المذعن مكفولة بفضل النص العام الذي جاءت به المجموعة المدنية الجزائرية في المادة 110 الذي يجيز للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية في عقد الإذعان أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة ويقضي ببطلان كل اتفاق على خلاف ذلك.

ثالثا: محل الإثبات Objet de la preuve

12 - **الواقعة القانونية في محل الإثبات**[1]: إذا ادعى شخص بحق أمام القضاء فإنه يجب عليه - حتى يحكم له بما يدعي - إقامة الدليل على الواقعة القانونية المنشئة لهذا الحق فمن يدعى دينا في ذمّة آخر عليه أن يثبت مصدر هذا الدين، أي الواقعة التي أنشئت هذا الإلتزام، العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو الواقعة الطبيعية التي رتب عليها القانون هذا الإلتزام فإذا استطاع المدعى أن يثبت هذه الواقعة القانونية فإنّه يكون بذلك قد أثبت وجود الحق المطالب به فمحل الإثبات يقتصر على الواقعة القانونية فالخصم يقيم الدليل على وجودها أما الأثر الذي يرتبه القانون عليها فيدخل في مهمة القاضي الذي يطبق القانون على تلك الواقعة ليستخلص أثرها القانوني.

فمحل الإثبات ليس الحق نفسه أو الأثر القانوني المدعى به (كبطلان تصرف أو انقضاء حق) بل مصدر الحق أو في عبارة أخرى السبب المنشيء له.

13 - **تقسيم الوقائع القانونية**: والوقائع القانونية التي تعتبر مصدرًا إما أن تكون وقائع مادية Faits materiels أو تصرفات قانونية actes juridiques.

(1) - بلانيول وريبر وجابولد بند 1410 - بلانيول وريبر وبولانجي بند 2162 وما بعدها دي باج بند 706 - السنهوري بني 33، 34 ص 46 وما بعدها - الصدة بند 20 ص 23 - عبد الودود يحي بند 8 ص 9 وما بعدها.

فالوقائع المادية تشتمل الوقائع الطبيعية Fait - naturels كالجوار والقرابة والميلاد والوفاة التي يترتب عليها انتقال حقوق المتوفى إلى ورثته، كما تشتمل الأفعال المادية التي تصدر من الإنسان كارتكاب جريمة فينشأ للمضرور الحق في مطالبة مرتكب الجريمة بالتعويض ويلاحظ أن القانون هو الذي يحدد آثار الوقائع المادية سواء اشتركت في وجودها إرادة الشخص أم لم تشترك أما التصرف القانوني فهو اتجاه الإرادة إلى أحداث أثر قانوني معين وهو إما أن يصدر من جانبين كما في عقد البيع أو الإيجار وإما أن يصدر من جانب واحد كما في الوصية[1].

14 - أهمية التفرقة بين التصرفات القانونية والوقائع المادية:

تقسيم الوقائع القانونية إلى تصرفات قانونية، ووقائع مادية له أهمية في الإثبات[2]، فالوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات لأن طبيعة هذه الوقائع لاتقبل استلزام نوع معين من الأدلة فمثلا إذا طلب شخص إبطال عقد للتّدليس أو الإكراه، أو طلب تعويضًا عن ضرر أصابه بسبب جريمة ارتكبت ضده فلا يعقل أن يطالب هذا الشخص بدليل كتابي لكي يثبت التدليس او الإكراه او الجريمة مما يجعل الإثبات في معظم الحالات مستحيلا وإنما يكون له أن يثبت هذه الوقائع بالكتابة أو بغيرها من طرق الإثبات حتى بالشهود والقرائن.

(1) - راجع في تأصيل مصادر الالتزام وتقسيمها مؤلفنا شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام – العقد والإرادة المنفردة– الجزء الأول طبعة ثانية سنة 2004الناشر دار الهدى عين مليلة الجزائر – بند 20 ص 32، 33.

(2) بلانيول وريبر وبولانيجي بند 1266 دالوز Nouveau repertoire de droit ج 3 ص 536 بنود 5، 5 ،7.

أما التصرفات القانونية فالأصل أن يكون إثباتها بالكتابة، ولا تجوز البينة في إثباتها إلا استثناء بالنسبة إلى التصرفات التي لا تجاوز قيمتها نصابا معينا هو مائة ألف دينار جزائري، لأن هذه التصرفات كما رأينا أن الإرادة هي التي تتحكم في وجودها وفي تحديد آثارها ولذلك فإن الإرادة التشريعية تستلزم الدّليل الكتابي بالشّهود في إثباتها وأن تستبعد بالشّهود والقرائن فالعقود مثلا كالبيع والإيجار والوكالة فهي تصرفات يبرمها الأفراد فيما بينهم تجب الكتابة في إثباتها كقاعدة ولا يسمح بالبينة إلا إذا لم تجاوز قيمة التصرف القانوني حدا معينا.[1]

15 - **القاعدة القانونية ليست محلا للإثبات:** إذا أثبت الخصم الواقعة القانونية التي تعتبر مصدرا لحقه، فأن القاضي يحكم له بما يدعيه دون أن يكلفه بإثبات القاعدة القانونية التي تقرر الحق كأثر للواقعة القانونية التي ثبتت إذ أن الأصل أن القاعدة القانونية ليست محلا للإثبات لأن القاضي يعلم بها وواجبه أن يطبقها على ما ثبت لديه من وقائع الدعوى لا فرق في ذلك بين قاعدة تشريعية وقاعدة من قواعد العرف والقاضي في عمله هذا يخضع لرقابة محكمة النقض.

على أنه كثيرا ما يعمد الخصوم والمحامون إلى شرح القاعدة القانونية بما يتفق وصالحهم في الدعوى لأن الأمر في هذه الحالة يتعلق بتفسير القاعدة القانونية لا بإثباتها[2]، ومع ذلك فيجب على الخصم إثبات القاعدة القانونية التي تطبق على النزاع في أحوال استثنائية كما سيأتي:

(1) في المعنى الصدة بند 22 ص 24، 25– عبد الودود يحيى ص 10.ـ

(2) بلانيول وريبر وجابولت بند 1409 – الصدة بند 23 ص 25 – عبد الودود يحيى بند 9 ص 10.

16 الاستثناءات التي يجب فيها إثبات القاعدة القانونية:

هناك حالات يتعين على الخصم إثبات القاعدة القانونية التي تطبق على النزاع وهي:

أولا: العرف والعادة: إذا كان العرف عاما يأخذ حكم القاعدة التشريعية فيفترض علم القاضي به، ولا يطالب الخصم الذي يستند إلى قاعدة قانونية مصدرها العرف لإثبات هذه القاعدة ويكون تطبيق القاضي لها مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض.

غير أن العرف إذا كان محليا فلا يمكن افتراض علم القاضي به وبالتالي يكون على الطرف الذي يستند إليه أن يثبته[1]، ويكون أمر التثبت من قيامه متروكا للقاضي فلا يخضع فيه لرقابة المحكمة العليا (النقض) أما تطبيق هذا العرف بعد أن ثبت قيامه فيخضع لرقابة محكمة النقض.

أما العادة الاتفاقية، فهي التي لم تبلغ مبلغ العرف لعدم توفر عنصر الإلزام، فهي لا تكون ملزمة إلا إذا تبين من الاتفاق وظروفه أن المتقاعدين قصدًا إتباع حكمها صراحة او ضمنا، ولذلك فهي مجرد واقعة يقع عبء إثباتها على من له مصلحة في ذلك ويكون ذلك بجميع الطرق.[2]

(1) سليمان مرقص أصول الإثبات في المواد المدنية بند 19 – الصدة بند 24 ص 26 – عبد الودود يحيى ص 11 – السنهوري بند 18 ص 52..

(2) انظر السنهوري بند 38 ص 51 – الصدة ص 26 يحي المرجع السابق..

ثانيا: القانون الأجنبي[1]: إذا كانت القاعدة القانونية الواجبة التطبيق هي قاعدة قانون أجنبي تقضي قواعد الإسناد بتطبيقها فوفقا لما ذهب إليه القضاء الفرنسي يأخذ القانون الأجنبي حكم وقائع الدعوى، فلا يفترض علم القاضي به، ويتعين على الخصم إثباته، وهذا هو ما ذهب إليه القضاء المصري، مقتفيًا في ذلك أثر القضاء الفرنسي[2]. ومع ذلك فالرأي الغالب في الفقه المصري ينتقد مسلك القضاء ويرى أن القاعدة القانونية لا تتغير طبيعتها لمجرد أن الذي يقوم بتطبيقها هو قاضٍ أجنبي، فالقانون الأجنبي يأخذ حكم القانون الوطني يفترض علم القاضي به ولا يطلب من الخصوم إثباته[3].

17 - شروط الواقعة القانونية محل الإثبات:

يجب أن تتوافر في الواقعة القانونية محل الإثبات عدة شروط وهي:

1 – الواقعة المحددة	Déterminé
2 – الواقعة محل النزاع	Contesté
3 – الواقعة متعلقة بالدعوى	Pertinent
4 – الواقعة منتجة في الدعوى	Concluant
5 – الواقعة جائزة الإثبات قانونا	Admissible

(1) أنظر السنهوري بند 38 ص 53 – 58، الصدة بنود 25 – 38 ص 27– ص 30، يحيى ص 11.

(2) السنهوري بند 38 ص 54، يحيى ص 11 – وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن ((الاستناد إلى قانون أجنبي واقعة مادية وعلى الخصوم إقامة الدليل عليه)) نقض مدني، جلسة 1977/1/19 مجموعة المكتب الفني السنة 28، ص 276..

(3) انظر اختلاف النظر إلى هذه المسألة باختلاف الدول، الصدة بند 26 ص 27 وانظر أحكام النقض في إيطاليا وفرنسا، والأحكام الألمانية والسويسرية المشار إليها في حواشي ص 27، 28 والمراجع التي أشار إليها في حواشي ص 28، 29.

أولا: - يجب أن تكون الواقعة محددة déterminé [1]

يجب أن تكون الواقعة محددة سواء كانت ايجابية أو سلبية وإلاّ كان إثباتها متعذرًا. فمن يدعي ملكية عين أو يطالب بدين، فعليه إقامة الدليل على واقعة معينة كانت سببا للملكيته، كشفعة أو ميراث أو هبة او مصدرًا لحقه كقرض وهذه وقائع ايجابية محددة يكون بالتالي إثباتها ممكنا.

وقد تكون الواقعة سلبية ويمكن إثباتها، كان يدفع المدعى عليه دعوى المسؤولية بعدم وقوع الفعل غير المشروع عنه بإقامة الدليل على أنه كان موجودًا في مكان آخر في الوقت الذي يدعي عليه بوقوع الفعل منه أما إذا كانت الواقعة غير محددة فإنه يتعذر إثباتها سواء كانت ايجابية أو سلبية ومثال ذلك كان يدعي شخص أنه يقابل آخر كل يوم طوال حياته أو سلبية كأن يدعى شخص أنه لم يقابل آخر بالمرة فلا تصلح أن تكون محلاً للإثبات.

ثانياً: يجب أن تكون الواقعة محل نزاع conteste

إذا لم تكن الواقعة المدعى بها منازعا فيها فلا تكون هناك حاجة لإثباتها ولا يصح تكليف المدعى بإقامة الدليل عليها وبمعنى آخر أن الخصم لا يعترف بهذه الواقعة أما إذا سلم بها فالواقعة تكون ثابتة ولا داع لإقامة الدليل عليها وقد قضت محكمة النقض المصرية في نزاع على ملكية أرض المتنازع عليها هي من

(1) انظر في ذلك: السنهوري بند 40 ص 57 - الصدة بند 30ص 31- ص 33 يحيى ص 13.

أملاك الحكومة الخاصة ولكنه مع ذلك تملكها بالتقادم بالتقادم ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لهذه الأرض وقضت بأنها غير كافية فإن حكمها يكون مخالفًا لقانون لأنه بحث واقعة مسلمًا بها من الخصم[1].

ثالثًا: يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى pertinent

ويقصد بهذا الشرط أن تكون الواقعة المراد إثباتها متصلة بالحق المطالب به أما إذا كانت الواقعة منقطعة الصلة بموضوع الدعوى فلا فائدة في إثباتها.

وهذا الشرط لا تظهر أهميته في الإثبات المباشر حيث ينصب الإثبات على الواقعة مصدر الحق كما إذا أثبت المؤجر عقد الإيجار لكي يطالب الأجرة ففي هذه الحالة تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به بل ومنتجة في الإثبات أيضًا.

أما في الإثبات غير المباشر فتبدو أهمية هذا الوصف ففي حالة هذا النوع من الإثبات - غير المباشر preuve indirecte فإنه يتناول واقعة لا تتصل بوجود الحق اتصالا مباشرا وإنما يمكن أن تؤدى عقلا وبطريق غير مباشر إلى الحقيقية

(1) نقض مدني في 23 نوفمبر 1933، ملحق القانون والاقتصاد السنة الرابعة ص 16 وإذا أغفل الحكم اعترافا صادرا من المدعي عليه بصحة واقعة يدّعيها الخصم دون أن يبيّن سبب إغفاله واعتبر المدعي عاجزا عن إثبات تلك الواقعة مع تسليم الخصم بها فإن الحكم يكون قاصرا ويتعين نقضه، نقض مدني في 9 مارس 1950 مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الأولى رقم 82، ص 324 وانظر الصدة بند 31 ص 33، ص 34- يحي ص 12..

وهي فكرة تحويل الدليل ومثاله إثبات المستأجر وفاء الأجرة عن الشهر اللّاحق للمدّة التي يطالب الأجرة عنها فهيء واقعة ليست الوفاء بالأجرة المطالب بها بل واقعة متصلة بها وبالتالي متعلقة بالدعوى (الحق المطالب به)[1].

وكون الواقعة متعلقة بالدعوى أو غير متعلقة بها مسألة موضوعية يستقل بالفصل فيها قاضي الموضوع[2].

رابعًا: يجب أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى: concluant

ومعنى هذا أن يؤدي إثبات الواقعة إلى أيام الأثر القانوني المدعى به فلا يلزم أن تتضمن دلالة قاطعة على الأثر القانوني المدعى به بل يكفي أن تؤثر في تكوين اقتناع القاضي به.

أما إذا كانت الواقعة غير ذات أثر في اقتناع القاضي فأن إثباتها يكون عديم الجدوى ومثال ذلك لا يقبل ممن يطالب بدين أن يثبت وفاء بهذا الدين عن طريق إثبات إقرار صادر من غير الدائن لأن هذا الإقرار لا يفيد الدائن فلا يكون

(1) السنهوري بند 42 ص - 61 يحي ص 14- الصدة بند 32 ص 34 وفكرة تحويل الدليل deplacement de preuve هي التي تقوم عليها القرائن القانونية، فهذه القرائن تنطوي على تحويل الدليل من واقعة إلى أخرى ويكون ذلك بمقتضى نص في القانون.

(2) ولكن إذا طلب أحد الخصوم إثبات واقعة يرى أنها متصلة بالحق المطالب به ورفض قاضي الموضوع إجابته إلى طلبه، فعليه أن يبين في حكمة أسباب الرفض، فإن كان هناك قصور في التسبيب فإن ذلك يكون سببا لنقض الحكم الصدة ص 35..

منتجًا في الدعوى ومثاله أيضًا لا يقبل ممن يطالب آخر بملكيته عين، إثبات عقد صدر من شخص لا علاقة للمدعى عليه به.

وإذا كانت الواقعة منتجة في الإثبات فإنها تكون بالضرورة متعلقة بالحق المطالب به ولكن العكس غير صحيح فإذا طالب شخص بملكية عقار بالتقادم الطويل وطلب إثبات حيازته لهذا العقار مدة عشر سنوات فلن يجاب إلى طلبه لأن هذه الواقعة رغم تعلقها بالحق المطالب به غير منتجة في الإثبات لأن مدة الحيازة تقل عن المدة اللازمة لكسب ملكية العقار بالتقادم وهي خمسة عشر سنة (المادة 827.م.جزائري).

خامساً: يجب ان تكون الواقعة جائزة القبول: Admissible

ويقصد بذلك ان تكون الواقعة غير مستحيلة كأن يريد شخص إثبات بنوته ممن هو أصغر منه سنا ومثاله أيضًا ألا يقبل من شخص يطالب بأجرة يومية لمدة شهر فبراير أن يثبت أن هذا الشهر هو 31 يوما.

كما يجب ألا يكون القانون قد منع إثبات الواقعة لأسباب تتعلق بالنظام العام أو الآداب كإثبات دين قمار أو بيع تركة إنسان على قيد الحياة لأن هذا يخالف النظام العام كذلك لا يقبل إثبات العلاقات الجنسية غير المشروعة ولا يجوز في جريمة القذف - للقاذف أن يقيم الدليل على صحة ما قذف به وذلك لاعتبارات تتعلق بالآداب العامة.[1]

(1) في المعنى السنهوري بند 44 ص 64 وقد قضت محكمة النقض بأنه (يشترط في الواقعة محل=

وكون الواقعة جائزة القبول أو غير جائزة القبول مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة النقض.

18 - **الحق في الإثبات**[1]: الإثبات واجب وحق فهو واجب على من يدعي بحق من يكون عليه أن يقيم الدليل على ما يدعي به وهو أيضًا حق، فالشخص الذي يدعي بواقعة توفرت فيها الشروط التي رأيناها يكون له الحق في إثباتها لتدعم دعواه. والقاضي لا يستطيع أن يمنعه من إقامة الدليل على هذه الواقعة وإلا اعتبر هذا إخلالا بحق الدفاع يجعل الحكم مشوبًا بعيب يستوجب نقضه.

ويترتب على هذا أن كل ما يُقدَّمُ من أدلة في الدعوى يجب أن يُعْرضَ على الخصم الآخر لمناقشته وتفنيده لأنه إذا كان للمدعي أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه فيجب أن يكون للطرف الآخر الحق في تفنيد هذا الدليل وإثبات عكسه، وهذا ما يطلق عليه مبدأ المجابهة بالدليل. ويتصل بهذا المبدأ أنه لا يجوز أن يلزم الشخص بتقديم دليل ضدَّ نفسه[2] كما لا يجوز له أن يصطنع دليلاً لنفسه.[3]

= الإثبات أن تكون جائزة القبول وليست مما يحرم القانون إثباتها تحقيقا لأغراض مختلفة وحظر الإثبات إذا كان منطوياعلى إفشاء لأسرار المهنة أو الوظيفة – لا يتعلق بواقعة محرم إثباتها، وإنما يتعلق بدليل لا يجوز إثباته في صورة معينة، بمعني أن عدم جواز القبول لا ينصب على الواقعة في حد ذاتها وإنما على دليلها – بحيث تكون الواقعة التي يقف عليها الشخص بسبب وظيفته أو مهنته جائزة القبول ولكن لا يجوز إثباتها بشهادة) نقض مدني في جلسة 1979/2/28، مجموعة محكمة النقض السنة 30، ص 647..

(1) راجع في ذلك السنهوري بند 27 – 31 ص 32 ص 46 الصدة بندي 38، 39 ص 41 – ص 44 – يحي بند 15 ص 23 – ص 26..

(2) قضت محكمة النقض بأنه: (لا يجبر خصم على أن يقدّم دليلًا يرى أنّه ليس في مصلحته) نقض مدني جلسة 1940/04/11 مج 25، 12 ص 26

(3) قضت محكمة النقض بأنه: (الإنسان لا يستطيع أن يتخذ من عمل لنفسه دليلا لنفسه يحتج به على الغير) نقض مدني، جلسة 1935/6/20 مج 25، ج1، ج12، ص26.

(1) **لا يجوز إلزام الشخص بتقديم دليل ضد نفسه**: يقصد بهذا أنه إذا كان الدليل لأحد طرفي الخصوم دليل يفيد خصمه فلا يجوز إجباره على تقديم هذا الدليل لأن ((من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم سند يملكه ولا يريد تقديمه))[1].

ولكن يلاحظ أن هذا يختلف عن الحالة التي يستمد فيها الخصم دليلا لصالحه من مستند قدمه خصمه في الدعوى فإذا قدم أحد الخصمين من تلقاء نفسه مستندًا في الدعوى فإن الخصم الآخر يستطيع أن يستخلص من هذا المستند دليلاً ضد من قدمه كما يجوز للمحكمة أيضًا هذا الاستنتاج ولا يعتبر هذا خروجًا على المبدأ الذي يقضي بعدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه[2].

ومع ذلك فهناك حالات استثنائية من هذا الأصل أجازت لأحد طرفي الخصومة إلزام خصمه بتقديم ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده وهذه الحالات هي:

1 – إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها كما في الأمر بالإطلاع على الدفاتر التجارية.

2 – إذا كانت الورقة مشتركة بينه وبين خصمه خاصة إذا كانت محررة لمصلحة الشخص أو مثبته لالتزاماتها وحقوقهما المتبادلة.

(1) نقض مدني مصري في 1940/4/11 مج 25، ج1، ص26 قاعدة رقم 3.

(2) الصدة من 46 ص 50– يحي ص 24.

3 – إذا استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى.

(ب) لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه: من البديهي أن يكون الدليل الذي يحتج به على الخصم صادرًا منه فلا يجوز من ثم للخصم أن يحتج على خصمه بدليل يصنعه لنفسه كورقة أو قول أو فعل صدر منه.

وهناك استثناءات قليلة ترد على هذا المبدأ الاعتبارات خاصة فدفاتر التجار كما سنرى تكون حجّة للتاجر في حدود معينة وبذلك يستطيع أن يتمسّك بدليل صادر منه، وقضت المادة 330 م. جزائري على ذلك فأجازت للتاجر أن يستند إلى البيانات التي دوّنها في دفاتره كدليل لصالحه لإثبات ما ورده إلى عملائه ولو أنه دليل ناقص يجيز للقاضي أن يكمل بتوجيه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالشهود. ومن ذلك أيضًا ما ورد في القانون التجاري حيث يستطيع التاجر أن يتمسّك بما دوّنه في دفاتره كدليل لصالحه في الدعاوى التي تكون بينه وبين تاجر آخر بشرط أن تكون هذه الدفاتر منتظمة.

رابعا: عبء الإثبات

19 - **أهمية توزيع عبء الإثبات:** لتحديد من يقع عليه من الخصمين عبء الإثبات أهمية كبيرة إذ يترتب على عجز المكلف قانونًا بالإثبات عن تقديمه خسارته للدعوى والحكم فيها لخصمه. لذلك عنت الإرادة التشريعية بتوزيع عبء الإثبات نظرا لما لذلك من أثر على مركز الخصوم في الدعوى.

20- **القاعدة في توزيع عبء الإثبات:** القاعدة في توزيع عبء الإثبات هي أنه على المدعى، والمدعي في هذا الخصوص ليس حتما من رفع الدعوى وإنما هو من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلا او عرضًا أو ظاهرًا.

وتضمن هذا المبدأ مثل قديم (عبء الإثبات على المدعي) فالأصل براءة الذمة فمن يدعي حقًا في ذمة آخر إثبات الواقعة التي كانت مصدرًا لذلك وتطبيقًا لهذه القاعدة أيضًا نصت المادة 323 مدني جزائري على أنه (على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين التخلص منه)[1]

(1) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه من المقرر قانونا أن على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون، لما كان من الثابت في قضية الحال – أن قضاة الموضوع بقضائهم على الطاعن إرجاع المبلغ المطالب به من طرف المطعون ضده دون مطالبته بإقامة الدليل على ادعاءه يكونوا قد خالفوا القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه وقد جاء في حكمها ما يلي (عن الوجه الوحيد: المأخوذ من خرق أحكام المادة 323 من القانون المدني وانعدام الأساس القانوني بدعوى ان المجلس قد سبب قراره على ان الطاعنين اعترفا بأنهما مدينان للمدعي عليه بمبلغ ما وأنهما قد تناقضا في مذكرتهما المودعة أمام المحكمة ثم أمام المجلس في ذلك المبلغ ممّا يعتبر سوء نية من طرفهما وبالتالي فهو دليل على أنهما مدينان بما يطلبه المطعون ضده. غير ان المدعي عليه في الطعن لم يقدم أي دليل أو حساب يثبت دينه وقضاة الموضوع قد اكتفوا بتصريحاته =

ففيما يتعلق بالحقوق الشخصية الأصل هو براءة الذمة من أي التزام فإذا ادعى شخص دينا له في ذمة الغير فيكون مدعيا خلاف الثابت أصلًا ويتحتم عليه إقامة الدليل على مايدعى ويكون ذلك بإثبات العقد أو الفعل الضار مثلا الذي يعتبر مصدرا لهذا الدين. أما من يتمسك ببراءة الذمة فإنه يتمسك بالوضع الثابت أصلًا وبالتالي لا يكلف بأي إثبات.

وإذا نجح الدائن في إثبات الدين وذلك بإثبات العقد أو الفعل الضار مصدر الدين – أنتقى الوضع الثابت أصلًا وأصبحت المديونية هي الوضع الثابت عرضًا فإذا ادعى المدين براءة ذمته فإنه يكون مدعيا خلاف الوضع الثابت عرضًا وعليه إثبات هذه البراءة.

= وحدها الأمر الذي يخالف المادة 323 من القانون المدني) قرار رم 53577 بتاريخ 1988/06/22 – المجلة القضائية السنة 1991 العدد 2الصفحة 20. كما قضت بانه ((من المقر قانونا أنه على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان الثابت – في قضية الحال – أن القضاة بتوجيههم اليمين إلى الزوجة استنادا إلى المادة 73 من قانون الأسرة يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون لكون النزاع يدور حول إثبات وجود المصوغ وليس حول ملكية هذا الأخير ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه وقد جاء في كمها ما يلي: حيث أن مما استقر عليه الفقه الإسلامي هو متاع البيت هو كل ما ينتفع به بيت الزوجية ويدخل في متاع البيت الحلي أيضًا ولكن بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين ان النزاع بن الزوجين لا يدور حول الخلاف على المتاع، بين الزوجين وبعبارة اخرى لم يختلف الزوجان على مكية المصوغ الموجود في البيت الزوجية بل اختلفا في وجود الملكية والقلادة إذ ان الزوج انكر وجودها بينما زعمت الزوجة انها سلفتها له وراح قضاة الموضوع يربطون مقتضيات المادة 73 من قانون الأسرة بتوجيه اليمين إلى الزوجة،وكان الخلاف دار حول ملكية هذا المصوغ بينما يتضح حاليا أن الخلاف يدور حول وجوده وبالتالي فإن قضاة الموضوع قد أخطأوا في تطبيق القانون بسبب الخطأ في تحليل النزاع وكان من الواجب في هذا الشأن ان يطبقوا قواعد إثبات الإلتزام والواردة في القانون المدني من المادة 323 إلى المادة 350 وعليه يجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه. قرار رقم 63149 بتاريخ 1995/11/19 المجلة القضائية السنة 1992 العدد 1 الصفحة 20

أما بالنسبة للحقوق العينية فالأصل هو احترام الوضع الثابت ظاهرًا فحائز الحق العيني يعتبر بحسب الظاهر صاحبه. والأصل بقاء الوضع المكتسب وعلى من يدّعي زواله إثبات الواقعة التي ادت إليه. فحائز الأرض مثلًا يعتبر بحسب الظاهر هو المالك لهذه الأرض فلا يطلب منه أن يقيم الدليل على ملكيته فإذا ادعى أجنبي ملكيته لهذه الأرض فإنه يكون مدعيا خلاف الظاهر ومن ثم يقع عليه عبء الإثبات.

كذلك تعتبر الملكية بحسب الأصل ملكية خالصة لصاحبها وخالية من كل حق للغير كحق رهن أو حق ارتفاق فإذا ادعى شخص حقا من هذه الحقوق فإنه يكون مدعيا خلاف الظاهر ويقع عليه إثبات ما يدّعيه.[1]

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية (بأن المدعي هو المكلف قانونا بإثبات دعواه وتقديم الأدلة التي تؤيّد ما يدّعيه ((نقض مدني جلسة 1971/1/10 مجموعة المكتب الفني السنة 22 ص 891 كما قضت أيضًا بأن (الأصل هو براءة الذمة وانشغالها عارض ويقع عبء الإثبات على عاتق من يدعي ما يخالف الثابت أصلا مدعيًا كان او مدعي عليه (نقض في 1967/1/14 المكتب الفني، السنة 18، ص 195، نقض 1973/6/19، السنة 24، ص940) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه (من المقرر قانونا أنه على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكًا لقواعد الإثبات). لما كان من الثابت – في قضية الحال – أن كلا من مالك العمارة والمقاول لم يحددا بعقد مكتوب مبلغ الاشغال المتفق على إنجازها، فإن قضاة الإستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم على الطاعن أن يدفع للمطعون ضده المبلغ المتبقي في ذمته دون مطالبته بإقامة الدليل على ادعائه ودون اللجوء لخبرة، انتهكوا قواعد الإثبات. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه، وقد جاء في هذا الحكم ما يلي: (عن الوجه الأول: المأخوذ من خرق القانون وانعدام الأسباب بدعوى ان القرار المطعون فيه استند في حكمه على الطاعن على تصريحاته (ل.س) المنفردة الذي لم يقدم اي دليل او إثبات، الأمر الذي يجعل ذلك القرار منعدم الأساس ومخالفا لأحكام المادة 323 من القانون المدني التي تضع وسائل الإثبات على عاتق المدعي. حيث بالرجوع للقرار المطعون فيه والحكم المؤيد منه ومستندات ملف الدعوى يتبين أن كلا من مالك العمارة والمقاول لم يحدّدا بعقد مكتوب مبلغ الأشغال المتفق على =

21 - **الوضع الثابت فرضا (القرينة القانونية)**: إلى جانب الوضع الثابت أصلاً أو عرضًا أو ظاهرًا قد ينص القانون على قرائن قانونية ترفع عبء الإثبات عن المكلف به وفقا لتلك القواعد بحيث ينتقل عبء الإثبات إلى خصمه ويكون عليه أن ينقض هذه القرينة ومن ذلك نصت المادة 499.م جزائري (الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقدم الدليل على عكس ذلك)[1]

ففي عقد الإيجار إذا طالب المؤجر المستأجر الأجرة عن مدّة معينة فإنه وفقًا للقواعد العامة يجب على المستأجر أن يثبت وفاءه بأجرة هذه المدة إلا أن الإرادة التشريعية لاحظت أن هذا الإثبات قد يكون صعبًا لأن المستأجر لا يحتفظ عادة بجميع إيصالات الوفاء بالأجر ومطالبته بالاحتفاظ بهذه الإيصالات مهما طالت مدة الإيجار فيه مشقة عليه لذلك أنشأت الإرادة التشريعية قرينة لصالح المستأجر مؤداها أنه إذا أثبت وفاءه بأحد الأقساط اللاحقة فإن ذلك

= إنجازاها. وحيث أن في هذه الحالة كان على قضاة الموضوع أن يلجأوا للخبرة لتحديد قيمة الخدمات المقدمة من قبل المقاول المطعون ضده. حيث أن قضاة الموضوع لما أسسوا قضاءهم في الحكم على الطاعن على مزاعم المطعون ضده وحدها من أنه دائن للطاعن بالمبلغ المطالب بتسديده له والمتبقي بذمته من ثمن الأشغال دون مطالبته بإقامة الدليل على ادعائه ودون اللجوء لخبرة فإنهم انتهكوا قواعد الإثبات مما يجعل الوجه المثار مؤسسا ويترتب على تأسيسه نقض القرار) قرار رقم 49767 بتاريخ 06/03/ 1987- المجلة القضائية السنة 1995 العدد 3 الصفحة 30.

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (الحائز الذي يقيم على أرض مملوكة لغيره يفترض فيه أنه حسن النية وعلى المالك يقع عبء إثبات سوء نيته) نقض مدني جلسة 1976/2/17، مجموعة المكتب الفني السنة 27، ص453 (25) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (من المقرر أن المستأجر هو المكلف بتقديم الدليل على سداد كامل الأجرة المستحقة في ذمته ولايسوغ قلب عبء الإبات) نقض مدني جلسة 1979/2/28 مج المكتب الفني السنة 30 ص 656.

يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة إذا ادعى المؤجر خلاف ذلك فإنه مدعيًا خلاف الثابت فرضًا وعليه إقامة الدليل على ما يدعيه.[1]

ومن أمثلة القرينة القانونية أيضًا ما نصت عليه المادة 332.م جزائري من أن (التأشير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعًا منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته) فهذه القرينة تفترض أن الدائن قد أثبت الدين فَوِفقًا للقاعدة العامة يكون على المدين أن يثبت تخلصه من هذا الدين فإذا وجد التأشير على سند الدين مما يفيد براءة الذمة فإن المدين لا يطالب بأي إثبات بل أن الدائن هو الذي يقع عليه عبء الإثبات إذا أراد أن يناقض دلالة التأشير.[2]

يتبيَّن مما تقدَّم أن القرينة القانونية يترتب عليها نقل عبء الإثبات من المكلف به وفقا للقاعدة العامة إلى الطرف الآخر في الخصومة الذي يستطيع أن يثبت عكس هذه القرينة فإذا نجح ارتد عبء الإثبات إلى الطرف الأول.

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية ((القاعدة هي وجوب تمكين ذي السند على الفور من حقه ومن ثمّ فإن كتاب الوقف - وهو سند رسمي - يجب احترامه وتنفيذه بما في الإمكان ووفق المقرر شرعا وعقلا - مادام أن من يعارض في نص من نصوصه لم يستحضر فعلا حكما شرعيا نهائيا مؤيدا لمعارضته)) نقض مدني جلسة 1979/1/24 مج المكتب الفني س (السنة) 30 ص338.

(2) وقد قضت محكمة النقض بأن (التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعًا منه ما دام لم يخرج قط من حيازته والتأشير المطلوب يبقى حافظا لقوته في الإثبات وتقوم به قرينة الوفاء إلا إذا نقضها الدائن بإثبات عدم حصول الوفاء وأن الشطب كان بسبب مشروع، نقض مدني، جلسة 1979/2/28 مج المكتب الفني السنة 30 ص 656.

والخلاصة أن الإثبات يقع على المدعي وهو الذي يقتضي أمرا أو يعتمد على أمر يخالف الثابت أصلًا أو الثابت عرضًا أو الثابت ظاهرا أو الثابت فرضا ورافع الدعوى يكون مدعيًا ويقع عليه عبء إثبات ما يدعيه فإذا دفع المدعى عليه هذه الدعوى أنقلب مدعيًا في الدفع وأنتقل إليه عبء الإثبات وهكذا ينتقل عبء الإثبات في الدعوى بين طرفي الخصومة حتى يعجز أحدهما عن الإثبات فيخسر الدعوى.

القسم الثاني

طرق الإثبات (الأدلة)

22 - **بيان طرق الإثبات:** أخذت الإرادة التشريعية كما ذكرنا بنظام تقيد الأدلة أي أنها حددت طرق الإثبات Mode de preuve ومقتضى هذا النظام أن الخصم لا يسعه ان يثبت ادعاءه إلا بالدليل الذي يحدده القانون كما أن القاضي يتعين عليه ألا يبني حكمه إلا على أدلة يقرّها القانون.

وطرق الإثبات أو الأدلة التي حددها القانون هي: الكتابة، والشهود، والقرائن، والإقرار، واليمين، والمعاينة والخبرة، وطلب إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده.

وهذه الأدلة لم يرد ذكرها في مكان واحد، فقد اختص القانون المدني منه بالكتابة (المواد 323 - 336) والشهود (المواد 333 - 336) والقرائن (المواد 337 - 340) والإقرار(المادتان 341-342) واليمين (المواد 343-350) وإن كان قد أشار إلى الخبرة في بعض مواده الخاصة بقسمة المال الشائع (م. 724، 725، 736).

أما المعاينة والخبرة وطلب إلزام الخصم تقديم ورقة تحت يده فقد اختص به قانون المرافعات.

وقد بينت مجموعة المرافعات المدنية والتجارية إجراءات الإثبات وهي الإجراءات التي يجب إتباعها في تقديم الأدلة أمام القاضي عند نظر الدعوى ولن نعرض إلا القواعد الموضوعية لتلك الطرق المختلفة.

1 - **فالكتابة** هي أهم طريق للإثبات إذ يمكن أن يثبت بها جميع الوقائع القانونية سواء كانت الواقعة مادية أم تصرفا قانونيا فضلًا عن أن الكتابة دليل يمكن إعداده مقدمًا أي وقت إنشاء التصرف وقبل أن ينشأ النزاع.

2 - أما **شهادة الشهود** (الإثبات بالبينة) فهي دليل قوته محدودة في الإثبات إذ لا يجوز أن يثبت به إلا الوقائع المادية والتصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على حد معين.

3 - وأما **القرائن** القانونية فهي طريق غير مباشر للإثبات لأن الإثبات بها لا ينصب على الواقعة محل النزاع وإنما على واقعة أخرى متصلة بها يرى القاضي أن إثباتها يعتبر إثباتًا للواقعة الأولى وهي تنقسم إلى قرائن قانونية ينص عليها القانون وقرائن قضائية يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها.

4 - وبالنسبة **للإقرار** فإن كان من الخصم لنفسه فلن يثبت له حقًا وإن كان عليه فإنه يعتبر اعترافًا بواقعة يجعلها في غير حاجة إلى إثبات، ولذلك لا يعتبر الإقرار من طرق الإثبات إلا تجاوزًا لانه إذا ما صدر فإن الحق يثبت به لا بحكم القاضي.

5 – وأما **اليمين** فهي احتكاك في ذمة الخصم إذا عجز المدعى عن إقامة الدليل وهي كالإقرار لا تعتبر من طرق الإثبات إلا تجاوزًا لأن الخصم إذا وجهت إليه اليمين فحلف فإن القاضي يرفض الدعوى على أساس أن المدعي عجز عن الإثبات، وأما إذا نكل عن اليمين فإن ذلك يعتبر بمثابة الإقرار.

23 - **تقسيم طرق الإثبات:** يقسم الفقه طرق الإثبات إلى عدة تقسيمات[1]:

1 – فهي تنقسم من حيث حجيتها إلى طرق ملزمة للقاضي وطرق غير ملزمة والطرق الملزمة للقاضي هي التي حدد القانون حجيتها ولم يتركها لتقدير القاضي، وهي الكتابة إذا كان معترف بها من الخصوم والإقرار واليمين أما الطرق الغير ملزمة للقاضي أو الطرق المقنعة فهي شهادة الشهود والقرائن القضائية والمعاينة والخبرة وهي تعتبر كذلك لأنها تخضع لتقدير القاضي ولا رقابة للمحكمة عليه في ذلك.

2 – وتنقسم كذلك إلى طرق مباشرة (Preuves directes) وطرق غير مباشرة (Preuves indirectes)، والأولى هي الكتابة وشهادة الشهود والمعاينة والخبرة وهي تعتبر كذلك لأن دلالتها تنصب مباشرة على الواقعة المراد إثباتها سواء كانت الواقعة تصرفًا قانونيًا أم كانت عملًا ماديًا.

أما الطرق غير المباشرة فهي القرائن والإقرار واليمين وهي تعتبر كذلك لأن دلالتها لا تنصب مباشرة على الواقعة المراد إثباتها وإنما تستخلص صحة هذه

(1) انظر في هذا، السنهوري بند 61 ص 98 وما بعدها جميل الشرقاوي مذكرات في الإثبات في المواد المدنية بند 14 – يحي بند 19 ص 32 وما بعدها.

الواقعة من طريق الاستنباط. ففي القرائن لا ينصب الإثبات مباشرة على الواقعة المراد إثباتها وإنما على واقعة أخرى متصلة بها فإذا ثبتت صحة هذه الواقعة الثانية كان هذا إثباتًا لصحة الواقعة الأولى بطريق الاستنباط وكذلك الشأن في الإقرار فهو وإن إنصب على الواقعة المراد إثباتها إلا أنه يعتبر إعفاء للخصم من إثباتها وتصبح ثابتة بطريق غير مباشر وأما اليمين فهو احتكام إلى ذمة الخصم فإذا حلف بعد ان وجهت إليه اليمين كان معنى هذا انه هو الذي اعفى خصمه من الإثبات وإن نكل كان نكوله بمثابة إقرار يعفي خصمه من الإثبات وفي الحالتين تصبح الواقعة ثابتة بطريق غير مباشر.

3 – كذلك تنقسم طرق الإثبات إلى طرق مهيأة preconstitueés وطرق غير مهيأة (Preuves Casuelles).

فالطرق المهيأة هي التي أعدها صاحب الشأن مقدما لإثبات حقه عند المنازعة فيه. وهذه الطرق هي الكتابة التي تعد مقدما لإثبات تصرف قانوني كعقد إيجار أو بيع أو إثبات واقعة قانونية كميلاد أو موت أو ميراث لذلك تسمى الكتابة في هذه الحالة (سندًا) لأنها أعدت لتكون دليلا يستند إليه عند قيام النزاع.

أما الطرق غير المهيأة فهي التي لا تعد مقدما وإنما تتهيأ فقط وقت قيام النزاع في الحق المراد إثباته وتعتبر كل أدلة الإثبات – فيما عدا الكتابة – طرق غير مهيأة.

ويلاحظ أن الكتابة وهي دليل مهيأ، قد يصبح دليلا غير مهيأ إذا لم تعد لتكون دليلا في الإثبات كدفاتر التجار فهي تعد أصلا لتنظيم معاملاتهم ولكنها

قد تستخدم في الإثبات في حالات معينة كما سنرى فيما بعد، كما أن شهادة الشهود وهي دليل غير مهيأ قد يصبح دليلا مهيأ إذا أعد صاحب الحق مقدما شهودا على حقه وقت نشوئه وقبل أن تبدأ أي منازعه بشأنه.

4 – وتنقسم أيضا طرق الإثبات إلى طرق ذات قوّة مطلقة وطرق ذات قوّة محدودة وطرق معفية من الإثبات[1].

فتالطرق ذات القوة المطلقة هي التي تصلح لإثبات جميع الوقائع سواء أكانت تصرفات قانونية أم كانت وقائع مادية. وهذه الطرق هي الكتابة والمعاينة والخبرة إذ تصلح لإثبات جميع الوقائع مهما بلغت قيمة الحق محل النزاع.

والطرق ذات القوة المحدودة أو النسبية (المقيدة) فهي لا تصلح إلا لإثبات الاعمال المادية، اما التصرفات القانونية فلا تثبت بها إلا في حدود معينة او ظروف استثنائية وتشمل شهادة الشهود والقرائن القضائية وكذلك اليمين المتممة طريق للإثبات ذات قوة محدودة فهي لا تصلح إلا لإتمام دليل ناقص.

وأما الطرق المعفية من الإثبات فهي التي تعفي من الإثبات قضائيا وهي الإقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية ولما كانت هذه الطرق تصلح للإعفاء من إثبات أية واقعة مادية أو أي تصرف قانوني مهما بلغت قيمته فهي من هذه الناحية ذات قوة مطلقة[2].

(1) السنهوري بند 65، 103.

(2) دي باج 3ص 6 و 6 ص 698.

5 – وأخيرًا تنقسم طرق الإثبات إلى طرق عادية أو أصلية وطرق غير عادية أو احتياطية. والأولى هي الكتابة وشهادة الشهود والقرائن كما تعتبر من هذه الطرق أيضًا المعاينة والخبرة وهي تسمى كذلك، لأنه يتحقق فيها معنى الدليل باعتباره وسيلة لإقناع القاضي حتى يفصل في النزاع بناء على هذا الدليل.[1]

وأما طرق الإثبات غير العادية (الإحتياطية) فهي الإقرار واليمين الحاسمة وهي تعتبر كذلك، لأنها تؤدى إلى إنهاء النّزاع قبل الحكم فيه فالإقرار اعتراف بواقعة يجعلها في غير حاجة إلى إثبات. واليمين إحتكام إلى ذمة الخصم إذا عجز المدعي عن إقامة الدليل وكذلك لا يعتبر الإقرار واليمين من طرق الإثبات إلا تجوزًا مما يبرر بتسميتها بطرق الإثبات غير العادية.[2]

24 - **خطة الدراسة:** رأينا فيما سبق أن الإثبات هو إقامة الدليل على وجود حق منازع فيه أمام القضاء وليست إقامة الدليل هي التي تحسم النزاع وإنما الحكم الذي يصدر في الدعوى بناء على هذا الدليل، ومن هذا تكون الأدلة بمعنى الكلمة هي الكتابة وشهادة الشهود والقرائن القانونية لأن الواقعة التي تثبت بدليل من هذه الأدلة تظل محل النزاع حتى يصدر الحكم في الدعوى.

(1) السنهوري بند 64 ص 102 حيث يقول في حاشية (1) المعاينة والخبرة دليلان أصليان قد يكتفي بهما القاضي، وقد يستكملهما بأدلة أخرى وأما القرائن القانونية فالقاطعة منها أدلة أصلية كافية أو هي طرق تعفي من الإثبات إعفاء نهائيا ومن ثم فهي طرق تقوم بذاتها وتكفي وحدها والقرائن القانونية ير القاطعة أدلة أصلية ولكنها غير كافية فهي تعفي من الإثبات إعفاءً مؤقتًا إذا تقتصر على نقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر.

(2) يحيى ص 34، 35.

أما الإقرار واليمين الحاسمة فلا يعتبران كما قلنا فيما سبق من طرق الإثبات إلا تجوزًا بحسب الظاهر لأنهما يحسمان النزاع قبل صدور الحكم في الدعوى لذا فهي من الأدلة الملزمة للقاضي ولا يتساوى معهما في هذا من الأدلة الأخرى سوى الكتابة إذا لم ينكرها الخصم أو يدعي تزويرها وهذه الأدلة الثلاثة تعتبر كذلك أدلة مطلقة أي تثبت بها جميع الوقائع القانونية كما سبق أن عرفنا.

أما شهادة الشهود والقرائن القضائية فهي على عكس الأولى أدلة غير ملزمة للقاضي وإنما مقنعة أي تخضع لتقديره وهي كذلك أدلة مقيدة يثبت بها بعض الوقائع القانونية دون البعض الأخر وقد سبق كذلك أدلة مقيدة يثبت بها بعض الوقائع القانونية دون البعض الآخر وقد سبق لنا بيان ذلك.

من هذا يمكننا أن نقسم هذه الدراسة إلى بابين:

الأول: نخصصه لدراسة طرق الإثبات العادية وهي الكتابة والشهود والقرائن

الثاني: نخصصه لدراسة طرق الإثبات غير العادية وهي الإقرار واليمين

الباب الأول

طرق الإثبات العادية

25 - **تقسيم وتعداد:** طرق الإثبات العادية هي كما قدمنا الكتابة والشهود والقرائن ونخصص لكل منها فصلًا.

الفصل الأول

الكتابة

26 - **الكتابة هي الأصل في إثبات التصرفات القانونية:** هي أهم طرق الإثبات وهو دليل يعد مقدما حين قيام التصرف القانوني في وقت لا يكون لأي من الخصوم مصلحة في تحديد الإثبات بغية تحقيق مصلحة شخصية ولا يمكن أن يرد عليها تحريف كالإثبات بالشهود أو عدم التأكد كالقرائن لذلك تقررت لها قوة إثبات مطلقة فتصلح لإثبات جميع الوقائع، تصرفات قانونية أو أعمال مادية مهما بلغت قيمة الأثر القانوني المدعى به على نقيض الشهود والقرائن فلهما قوة إثبات محدودة.

والكتابة في حالة عدم إعدادها مقدما للإثبات يمكن الاستدلال بها عند وقوع النزاع كما هي الحال بالنسبة إلى دفاتر التجار فهذه يكون الغرض منها تنظيم أعمال التاجر ولكن يجوز اتخاذها أداة للإثبات لهذا جعلت الإرادة التشريعية للكتابة حجية ملزمة للقاضي ما لم ينكر الخصم أو يدع بتزويرها بينما أخضعت الشهادة لتقدير القاضي فخولت له بالنسبة إليها سلطة كاملة لا تمتد

إليها رقابة المحكمة العليا (النقض) وخضوع الشهادة لتقدير القاضي يراد بها ان القاضي له أن يأخذ بشهادة الشهود إذا اطمئن إليها وله أن يتغاضى عنها إذا ساوره الشك في صدقها أما كون الإثبات بالشهود يجوز في الدعوى المعروضة أو لا يجوز فالمسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا (النقض).

27 - **التمييز بين التصرف القانوني ووسيلة إثباته:** يتطلب القانون الكتابة أساسًا لإثبات التصرفات القانونية والتصرف القانوني كما نعلم هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين. هذا التصرف قد يكون بإرادة واحدة كما في الوصية وقد يكون بتوافق إرادتين كما في عقد البيع والإيجار وحينئذ يسمى عقدا. وقد جرى الخلط بين التصرف وأداة إثباته فيقال عقد عرفي وعقد رسمي ويقصد بذلك ورقة رسمية لذلك يجب أن نتحاشى الخلط بين الاثنين. ويقصر كلمة عقد على التصرف القانوني الذي يتم بتوافق إرادتين وأما أداة الإثبات أي الورقة المدوّن فيها ما تم الاتفاق عليه فنسميها ورقة أو محرر فالفارق كبير بين التصرف وأداة إثباته[1]، فعدم توفر الوسيلة التي يتطلبها القانون لإثبات التصرف لا أثر له على وجود هذا التصرف وإن كان الحق الذي يترتب عليه قد يضيع على صاحبه لعدم إمكان الإثبات.

فإذا كان الدليل الذي يتطلبه القانون لإثبات التصرف هو الكتابة فإن عدم وجود هذه الكتابة أو بطلانها لا يؤثران على وجود التصرف أو صحته ويمكن

(1) يحيى بند 21 ص 37.

إثبات هذا التصرف بالوسائل غير العادية فمثلاً الدَّين الذي تجاوز مائة ألف دينار جزائري ولا يكون ثابتا بالكتابة يمكن إثباته بالإقرار أو اليمين.[1]

28- **التمييز بين الشكلية وطريقة الإثبات:** يجب أن نميز بين الكتابة التي تعتبر ركنا شكليًا في بعض التصرفات القانونية والكتابة كأداة للإثبات فقد يتطلب القانون شكلاً خاصًا في بعض التصرفات القانونية كالكتابة الرسمية في عقد بيع العقار في القانون المدني الجزائري (المادة 334 مكرر 1) وعقد الرهن الرسمي (المادة 883. جزائري) إذ في هذه الحالة تكون الكتابة لازمة للإنعقاد بحيث يؤدي تخلفها إلى عدم وجود التصرف أصلًا.

أما إذا استلزم القانون الكتابة لإثبات التصرف كما في الكفالة (المادة 645. م جزائري) فإن تخلفها لا يؤثر على وجود التصرف الذي يكون صحيحًا ويمكن إثباته بالإقرار أو اليمين. وإذا لم يتبين من النص ما إذا كانت الكتابة مطلوبة لانعقاد التصرف أو إثباته. ولم يمكن الوصول إلى ذلك بطرق التفسير المختلفة فإن الكتابة في هذه الحالة تكون مطلوبة للإثبات لأن القاعدة هي أن تكون التصرفات رضائية والاستثناء هو أن تتطلب الإرادة التشريعية شكلاً خاصًا بالنسبة لبعض التصرفات.[2]

(1) الصدة بند 66 ص 73.

(2) الصدة بند 67 ص 74. عكس ذلك السنهوري الوسيط جزء (1) حاشية ص 153، 154، حيث يرى أن الكتابة في هذه الحالة تعتبر لازمة للانعقاد لا لإثبات. وقد قضت محكمة النقض بأن (يكون فصل العامل بإخطاره بكتاب مسجل والكتابة هي وسيلة للإثبات – إقرار العامل بواقعة الفصل، كافٍ لترتيب آثارها نقض مدني، جلسة 1979/3/24، مجموعة المكتب الفني لسنة 30، ص 911.)

ويجوز أن يتفق المتعاقدان في عقد رضائي على أن يكون التصرف مكتوبًا في ورقة رسمية أو ورقة عرفية فإذا تبين من هذا الاتفاق أن المتعاقدين قصدًا حقيقة أن يجعلا من الشكلية المتفق عليها شرطًا للانعقاد فإن اتفاقهما يجوز وحينئذ لا ينعقد التصرف إلا بتوفر هذه الشكلية مثال ذلك أن يتفق المتعاقدان في عقد الإيجار على أن التنبيه بالإخلاء يكون بالكتابة فعندئذ لا يصح التنبيه إلا إذاكان مكتوبًا.

وإذا قام شك حول تفسير نيَّة المتعاقدين افترض أن الكتابة مشروطة للإثبات لأن (الأصل أن اشتراط الكتابة في العقود الرضائية إنما يكون لمجرد إثباتها[1])

29 - **أنواع المحرّرات:** تنقسم المحرّرات وهي الأوراق التي تتضمن الكتابة دليلا للإثبات إلى محررات رسمية ومحررات عرفية أو كما جاء في اصطلاح المجموعة المدنية، عقود رسمية وعقود عرفية واصطلاح المحرّرات أكثر دِقَّةٍ.

وهناك فروق جوهرية بين الأوراق الرسمية والأوراق العرفية من حيث شروط صحتها ومن حيث قوتها في الإثبات وفي التنفيذ.

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية (بأنه وإن كان الأصل أن اشتراط الكتابة في العقود الرضائية إنما لمجرد إثباتها إلا أنه ليس ثمة ما يمنع الطرفين من اشتراط تعليق انعقاد العقد على التوقيع على المحرر المثبت له إذ ليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام، واستخلاص قصد المتعاقدين من هذا الشرط هو مما يستقل به قاضي الموضوع، نقض مدني في 29 مارس 1951، المحاماة 32 – 586 – 139 كما قضت محكمة النقض بأن عقد النقل البحري من العقود الرضائية الكتابة فيه شرط للإثبات وليست للانعقاد) نقض مدني، جلسة 1978/6/26 مجموعة المكتب الفني السنة 29، ص 1548.

ونُنبّه هنا إلى أن المحرر أو الورقة كأداة للإثبات Instiumentum قد يطلق عليه لفظ السند Titre(أنظر المادة 332. م. جزائري) وهذا اللفظ قد ينصرف كذلك إلى الواقعة القانونية مصدر الحق Negotium كما في عبارة: الحيازة في المنقول سند الملكية En fait de meubles possession vaut titre.

وقد رأينا أن الكتابة تجب في إثبات التصرفات القانونية كقاعدة وهذا مما جعل الإرادة التشريعية الجزائرية تعنى ببيان أنواع المحررات وشروطها وقيمة كل منها في الإثبات.

30 - **تقسيم:** مما تقدم نستطيع تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في أولهما المحرّرات التي تصلح دليلا كتابيا ثم نعرض في المبحث الثاني الحالات التي تجب فيها الكتابة للإثبات.

المبحث الأول

المحرّرات التي تصلح دليلا كتابيا

31 - **الأوراق الرسمية والأوراق العرفية:** نتكلم في هذا المبحث في الأوراق الرسمية ثم في الأوراق العرفية وذلك من حيث شروطها وحجيتها في الإثبات وقوتها في التنفيذ.

المطلب الأول

الأوراق الرسمية[1]

32 - **بيان وتقسيم:** لدراسة الأوراق الرسمية يجب علينا بيان شروط الورقة الرسمية ثم نعرض حجيتها في الإثبات.

أولا: شروط الورقة الرسمية

33 - **النص القانوني:** عرّفت المادة 324م. جزائري الورقة الرسمية بقولها (العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه).

(1) راجع في ذلك: السنهوري بند 69 ص109 وما بعدها الصدة بند 72 ص وما بعدها.

34 - **الشروط التي يجب توافرها في الورقة الرسمية:** يلاحظ من النص السابق أن القانون عبّر عن الورقة الرسمية أو المحرر الرسمي بالعقد الرسمي ونستخلص من النص الشروط التي يجب توافرها لتكسب الورقة صفة الرسمية وهي ثلاثة شروط:

1 - أن يقوم بكتابة الورقة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة.

2 - أن يكون هذا الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة مختصا في الموضوع وفي المكان بتحرير الورقة أي في حدود سلطته وفي نطاق اختصاصه.

3 - أن يراعي الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في تحرير الورقة الأوضاع التي قررها القانون.

35 - **الشرط الأول: صدور الورقة من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة:** المقصود بالموظف العام أو الضابط العمومي كل شخص تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها سواء كان بأجر أو بدون أجر فيدخل في هذا النطاق كل موظف عام يتعلق بالأوراق التي يختص بتحريرها كالقاضي بالنسبة للأحكام التي يقوم بتحريرها [1] وكاتب الجلسة يعتبر موظفًا عامًا بالنسبة لحاضر الجلسات [2] وأوراق المرافعات يختص بها موظف المحكمة المكلف بها والموثق في مصلحة الإشهار بالنسبة لتوثيق جميع التصرفات التي يستلزم القانون أن

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن مناط رسمية الورقة أن يكون محررها موظفا عموميا مكلفا بتحريرها بمقتضى وظيفته (نقض جنائي 24/2/1967) بمجموعة المكتب الفني س 18 - 559.

(2) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (محضر الجلسة ورقة رسمية - لا يجوز إنكار ما ثبت فيها إلا بالطعن بالتزوير) نقض مدني جلسة 20/4/1977 مج المكتب الفني السنة 28 ص 1000.

تكون رسمية كالرهن الرسمي (المادة 883.م.ج) وكذلك التصرفات التي نصت عليها المادة 324 مكرر 1.م.جزائري. ويستوي أن يكون الشخص موظفًا بإحدى الإدارات الرئيسية للدولة أم بإحدى الهيئات المحلية أو المؤسسات العامة كموظفي المجالس البلدية (البلديات) وموظفي الجامعات كما يستوي أن يكون الموظف قائمًا بعمل يمكن أن تقوم به الشركات أو الأفراد كموظفي مصلحة السكك الحديدية ومصلحة البريد.

36 - **الشرط الثاني: أن يكون الموظف مختصا بتحرير الورقة:** لا يكفي في الورقة الرسمية أن تكون صادرة من موظف عام وإنما تتطلب المادة 324.م.ج أن يكون الموظف العام قد عمل في حدود سلطته واختصاصه ويقصد بالسلطة في هذه الحالة أن يكون الموظف أو المكلف بالخدمة العامة ذا ولاية في تحرير الورقة من ناحية بأن يكون قائما بعمله قانونا وقت تحرير الورقة فإن كان قد عزل أو نقل زالت ولايته وفقدت الورقة صفة الرسمية ومن ناحية أخرى يجب أن تكون كتابة الورقة من اختصاصه فلا يجوز أن يقوم كاتب الجلسة في المحكمة بتحرير عقد رهن رسمي أو عقد زواج.

أما بالنسبة للاختصاص المكاني فأساسه أن القانون حدد لكل موظف دائرة إقليمية معيّنة لا يجوز للموظف العام أن يباشر عمله خارجها فلا يجوز لموظف مكتب بالتوثيق في مدينة قسنطينة أن يقوم بتوثيق في مدينة عنابة مثلا.

37 - **الشرط الثالث: مراعاة الأوضاع التي قرّرها القانون في تحرير الورقة:** يجب أن يراعي الموظف أو المكلف بالخدمة العامة الأوضاع التي قرّرها القانون في تحرير الورقة، فالقضاة في تحريرهم للأحكام وموظفو المحاكم في كتابتهم للإعلانات ومحاضر التنفيذ عليهم مراعاة هذه الأوضاع، ومن أمثلة الأوضاع التي قرّرها القانون ما نصت عليه المادة 324 مكرر 2 من أنه (توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود 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)

وفضلاً عن ذلك إذا كان الضابط العمومي يجهل الاسم والحالة والسكن والأهلية المدنية للأطراف يشهد على ذلك (شاهدان بالغان تحت مسؤوليتهما) ومن ذلك أيضا ما نصّت عليه المادة 324 مكرر 4 بقولها (يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية طبية وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية).

38 - **جزاء تخلف أحد تلك الشروط:** الجزاء هو البطلان فالورقة التي لا يحررها موظف عام أو موظف غير مختص أو يحررها موظف عام ومختص ولكن لم يتبع الإجراءات التي قرّرها القانون تعتبر باطلة وبمعنى أدق لا تعتبر ورقة رسمية، ويثور التساؤل عن قيمة هذه الورقة الباطلة في الإثبات.

أجابت عن هذا التساؤل المادة 326 مكرر 2 مدني جزائري بقولها (يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعًا من قبل الأطراف) فزوال الرسمية عن الورقة يجعل لها قيمة الورقة العرفية في الإثبات متى كان ذوو الشأن قد وقّعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم إذ أن التوقيع هو الشَّرط الوحيد لوجود الورقة العرفية.(1)

وإذا كان المحرر يحتوي على تصرف رضائي فيكون محررًا عرفيًا كاملًا فلا يناله أدنى مساس من بطلان الورقة الرسمية.

أما إذا كان التصرف شكليًا فالرسمية تعتبر ركنًا فيه ويؤدي تخلفها إلى بطلانه كما إذا كان عقد بيع عقار أو عقد رهن رسمي ففي هذه الحالة لا يكون للمحرر الرسمي الباطل قيمة ما وكذلك الحكم إذا اتفق ذوو الشأن على أن التصرف لا يتم إلا إذا حُرِّرَ في ورقة رسمية.

ويلاحظ أن كل ما ورد في الورقة الرسمية الباطلة من بيانات لا تكون له إلَّا قيمة ما يصدر من فرد عادي فلا يكسب أي منها صفة الرسمية استناداً إلى صدوره من موظف عام وعليه فتاريخ الورقة الرسمية الباطلة لا يعتبر تاريخًا ثابتًا Date certaine ما دام أنه لم يثبت بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة 328. جزائري وسنرى أن تاريخ الورقة العرفية لا تكون له حجية بالنسبة إلى الغير إلاَّ إذا كان ثابتاً بإحدى هذه الطرق.

(1) وإذا تعدد الطرف المدين في الورقة فيجب أن يوقعوا جميعًا عليها. فإذا وقعها البعض فقط فإن ذلك لا يكفي لاعتبارها ورقة عرفية حتى بالنسبة لمن وقّعوها لأنهم لم يوقعوا إلا اعتمادا على اشتراك الباقين معهم في الالتزام (أحمد نشأت، رسالة الإثبات، طبعة 1950).

ثانياً: حجية الورقة الرسمية في الإثبات(1)

39 - **النصوص القانونية:** تنص المادة 324 مكرر 5 على أنه (يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذًا في كامل التراب الوطني)(2).

وتنص المادة 324 مكرر 6 على أنه (يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل يوقف تنفيذ العقد مؤقتًا) وتنص المادة 324 مكرر 7 على أنه (يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبِّر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء. ولا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبداية للثبوت).

40 - **قيمة الرسمية:** يتضح من النصوص السابق ذكرها أنه إذا توافر للورقة الشروط التي تكسبها صفة الرسمية وجدت بالنسبة إليها قرينة الرسمية

(1) راجع في ذلك: السنهوري بنود 88 - 95 ص 143 -ص 157، الصدة بنود 84 - 93 ص 89 ص 100 - يحيى بند 36 ص 44 وما بعدها.

(2) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه (من الثابت قانونًا أنّه يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره....).

(المستفاد من القرار المطعون فيه الذي قضى بعدم الاختصاص في قضية اسعجالية تتعلق بالطرد على أساس أن المطعون ضدهم دفعوا بالتزوير فيما يخص العقد الرسمي، فإن قضاة الاستعجال أخطأوا في تطبيق القانون عندما اعتمدوا على دفع المطعون ضدهم بالتزوير وقضوا بعدم الاختصاص إذ كان عليهم أن يقتصر قضاؤهم على ظاهر العقد دون الخوض في مضمونه لأن النظر في التزوير من اختصاص قضاة الموضوع. ومتى كان كذلك فإنه يتعين نقض القرار المطعون فيه). قرار رقم 234567 بتاريخ 2000/02/23م المجلة القضائية السنة 2000م العدد 1 الصفحة 92.

ومقتضى هذه القرينة أن تكون الورقة الرسمية حجة بذاتها [1]دون حاجة إلى الإقرار بها فهي بذاتها تنقل عبء الإثبات.

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن الورقة الرسمية تعد حجة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره) نقض مدني، جلسة 1977/11/9 مجموعة المكتب الفني السنة 28 ص 1646.

وقضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه (من المقرر قانونًا أنه ((يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذًا في كامل التراب الوطني)).

يستفاد – من قضية الحال – أن الطاعنة تتمسك بعقدين رسميين للتدليل على ملكيتها للقطعة موضوع النزاع، إلا أن جهة الاستئناف تغاضت عنها وتجاهلتها واقتصرت في حيثياتها على مناقشة العقد العرفي المحتج به من طرف المطعون ضده في حين أن دحضهما يستلزم استظهار حجة مماثلة لها في القوة قانونا أو أكثر قوّة.

ومن ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا يكونون قد أساءوا تطبيق قواعد الإثبات وشوّهوا قرارهم بالقصور في التسبيب مما يستوجب النقض.

وجاء في حيثيات حكمها ما يلي: (حيث أن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية وحيث انه يستند إلى أوجه ثلاث:) حول الوجه الأول: المأخوذ من إساءة تطبيق القانون وخاصة فيما يتعلق بوسائل الإثبات والقصور في التسبيب، لكون الطاعنة تمسكت بعقدين رسميين الأول بتاريخ 1992/09/01 والثاني بتاريخ 1992/11/28، غير أن جهة الاستئناف تجاهلتهاما ولم تناقشهما واقتصرت في مناقشتهما على العقد العرفي المدلى به من المطعون ضده مرجحة إياه على العقدين الرسميين اللذين لهما الحجة القاطعة ضد الجميع بقوة القانون ولا يمكن دحضهما إلا بحجة مماثلة لهما في القوّة .حيث يستفاد من وقائع القضية والقرار المنتقد، أن الطاعنة تمسكت بالعقدين الرسميين المذكورين أعلاه للتدليل على ملكيتها، للقطعة الترابية – موضوع النزاع.

وعوض أن تناقشها جهة الاستئناف في إطار القوة الثبوتية القاطعة التي أولاها المشرّع للعقود الرسمية طبقًا لأحكام المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني – تغاضت عنها وتجاهلتها وأبعدتها دون تبرير إطلاقًا، واقتصرت في حيثياتها على مناقشة العقد العرفي المحتج به من المطعون ضده مرجحة إياه ضمنيًا على العقدين السالفي الذكر دون وجود ما يبرر ذلك، خصوصًا ودحضتهما يستلزم الإستظهار بحجة مماثلة لهما في القوة قانونًا أو أكثر قوّة، وهو ما لا نلمسه هنا، مما يجعلها ودون حاجة لمناقشة الوجهين الآخرين، قد أساءت تطبيق قواعد الإثبات وشوّبت قرارها بالغموض والقصور في التسبيب وعرضته للنقض.

قرار رقم 176264 بتاريخ 1998/11/18 – المجلة القضائية السنة 1999 العدد 1 ص102.

وانظر قرار رقم 146497 بتاريخ 1996/07/17 – المجلة القضائية – السنة 1997 العدد 1 الصفحة 28..

فإذا نازع الخصم في صحة الورقة الرسمية فلا يكون على من يتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها وإنما يقع عبء نقضها على الخصم الذي ينكرها ولا يتيسر له ذلك إلا بطريق الإدعاء بالتزوير فالورقة الرسمية حجة على الكافة، العاقدين والغير دون حاجة إلى إقرارهم بها وتبقى لها هذه الحجية كاملة إلى أن يطعن فيها بالتزوير [1]فلا يجدي لإسقاط حجية الورقة الرسمية أن ينكرها أو ينازع في صحتها من يحتج بها عليه سواء أحد العاقدين أو الغير مكتفيا بموقف سلبي بل عليه (اتخاذ موقف إيجابي بأن يطعن فيها بالتزوير وفقا للإجراءات المقررة في قانون المرافعات وهذا الطريق شاق على من سلكه. وهذا على عكس المحرر العرفي الذي لا يعتبر حجة بما دون فيه إلا إذا لم ينكره من وقع عليه فإذا أنكره كان على من يتمسك به أن يقيم الدليل على صحته).

ولكن يجب أن يكون المظهر الخارجي للمحرر دالًا على رسميته فإن كانت به عيوب مادية كوجود كشط أو محو أو تحشير جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تسقط قيمة هذا المحرر أو تنقصها.

(1) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه:

من المقرر قانونًا 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 عن المسند المدعى بتزويره، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقًا للقانون.

ولما كان الثابت – في قضية الحال – أن المستند المدعي بتزويره يتوقف عليه الفصل في الدعوى الأصلية، وقد كان على قضاة الموضوع أن يوقفوا الفصل لحين الفصل في الدعوى بالتزوير، إلا أنهم رفضوا ذلك وسببوا قرارهم برسمية العقد، فإنهم بهذا القضاء خالفوا القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه.

قرار رقم 34700بتاريخ 06/26/ 1985– المجلة القضائية – السنة 1989 العدد 2 ص 57..

وإذا كانت صحة المحرر محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه ليبدي ما يوضح حقيقة الأمر فيه.

41- **حجية البيانات المدونة في الورقة الرسمية:** الورقة الرسمية حجة بما دون فيها ما لم يتبين تزويرها أو يقم الدليل على خلاف ما هو مدون فيها.

وتفصيل ذلك أن الورقة الرسمية يساهم في تكوينها فريقان: أصحاب الشأن الذين يدلون بما عندهم من بيانات والموظف العام الذي يقوم بتحرير هذه البيانات ويضفي عليها صفة الرسمية: فالورقة الرسمية تشتمل على عنصرين: عنصر يأتي من الموظف العام وآخر يأتي من أصحاب الشأن وأول هذين العنصرين هو الذي يلحق به وصف الرسمية ويتحتم الإدعاء بالتزوير لرفع حجيته، أما الثاني فلا يصدق عليه هذا الوصف ويجوز نقضه بالطرق العادية دون حاجة إلى الإدعاء بالتزوير.

ومن هذا تجب التفرقة بين نوعين من البيانات بيانات وقعت من الموظف نفسه في حدود مهمته واختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره وبيانات وقعت من ذوي الشأن واقتصر الموظف العام على تدوينها تحت مسؤوليتهم.

42 - (1) **حجية البيانات الصادرة من الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة:** هذه البيانات تكون حجة على الناس كافة ولا يمكن نقض حجيتها إلا عن طريق الطعن بالتزوير ومثال هذه البيانات تاريخ الورقة ومكان توثيقها وتأكده من شخصية المتعاقدين وتوقيع ذوي الشأن وتأكده من أهليه

المتعاقدين ورضائهما وتوقيع الموثق فهذه الطائفة لها حجية مطلقة ولا تجوز دحضها إلا بالطعن بالتزوير.

كذلك يشمل هذا النوع من البيانات ما يصدر من ذوي الشأن في حضور الموظف العام كإقرار المؤجر أنه تسلم قيمة الإيجار (الأجرة) أو إقرار المشتري أنه تسلم المبيع في عقد البيع الرسمي وبعبارة أخرى البيانات الصادرة من ذوي الشأن وتدرك بالحس كالسمع أو الوقوع تحت البصر وتدخل في نطاق مهمته، فالموظف أثبت واقعة الادلاء بهذه الإقرارات دون المساس بصحتها فمضمون البيانات – قبض الأجرة – تسلم المبيع – لا تثبت لها الحجية بل يستطيع المقر أن ينازع في صحتها فالمؤجر يستطيع أن يثبت رغم إقراره أنه لم يقبض الأجرة كما إذا قدم ورقة صادرة من خصمه أنه لم يقبض الثمن.

يخلص مما تقدم أن المحرّرات الرسمية تشتمل على نوعين من البيانات بيانات تصدر من الموظف العام في حدود مهمّته أو تصدر من ذوي الشأن في حضوره وهذه البيانات تثبت لها صفة الرسمية ولا يجوز نقضها إلاّ عن طريق الطعن بالتزوير.

43 - (2) **حجية البيانات الصادرة من ذوي الشأن:** البيانات التي تصدر من ذوي الشأن ويدونها الموظف العام على مسؤوليتهم دون أن يكون في استطاعته أن يتحقق من صحتها فهذه البيانات لا تلحقها الرسمية والطعن فيها لا يمس أمانة الموظف ولذلك يمكن إثبات عكسها بطرق الإثبات العادية دون حاجة إلى سلوك طرق الطعن بالتزوير.

فإذا أقر المؤجر أنه قبض الأجرة من المستأجر فإن الموثق (الموظف العام) يدوّن هذا الإقرار لأنّه وقّع في حضور الموظف فلا يجوز جحده إلا بالإدعاء بالتزوير كما رأينا ولكن هذا البيان لا يلحقه الرسمية من حيث دلالته على قبض الأجرة لأن هذه الواقعة لم يتحقق منها الموظف لأنها لم تقع في حضوره فيعتبر البيان في هذا النطاق صادرًا من ذوي الشأن يثبته الموظف دون التحقق من صحة الواقعة التي ينطوي عليها فيجوز نقضه بطرق الإثبات بالطرق العادية كما سبق القول.

44 - **حجية الورقة الرسمية بالنسبة للأشخاص:** لا تقتصر حجية الورقة الرسمية على أطرافها فقط (المادة 324 مكرر 7) بل تفيد كذلك بالنسبة للغير وعبرت عن ذلك المادة 324 مكرر 5 بقولها (يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة... ويعتبر نافذًا في كامل التراب الوطني) ومعنى ذلك أنها حجة بالنسبة للكافة فلا يستطيع أي شخص أن ينكر ما ورد به من بيانات مما يلحقه وصف الرسمية على التفصيل الذي سبق بيانه إلا عن طريق الطعن بالتزوير. أما إذا كان ما يراد نقضه من البيانات لا تثبت له صفة الرسمية إما لأنه صادر من ذوي الشأن بالمعنى السابق أو لأنه صادر من الموظف العام ولكن خارج حدود اختصاصه فإن هذه البيانات يمكن إثبات عكسها بالطرق العادية.

45 - **حجية تاريخ الورقة الرسمية:** إن تاريخ الورقة الرسمية يلحق به وصف الرسمية لأنه صادر من الموظف العام يثبته على مسؤوليته وننبه هنا إلى أن هذا التاريخ يعتبر ثابتًا certaine من يوم تلقي الورقة وقبل قيدها في الدفاتر المعدة لذلك.

46 - **صور الأوراق الرسمية:** تنص المادة 325.م.ج على ما يلي: (إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودًا فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين فإن وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل).

وتنص المادة 326.م.ج على ما يلي: (إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي:

يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل. ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها. أمّا ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى فلا يعتد به إلا لمجرد الإستئناس تبعًا للظروف) ويتضح من هذين النصين أن الصورة الرسمية دون أن تحمل التوقيعات التي على الأصل وتكتسب الصورة صفة الرسمية متى كانت منقولة عن الأصل بواسطة موظف عام مختص [1] ونظرا

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (المحررات الرسمية لا يمكن الطعن فيها بالتزوير وتكون حجة على الناس كافة بما دوّن فيها من أمور قام بها محررها أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، وإذا كان أصل تلك المحرّرات غير موجود فتظل لصورتها الرسمية حجيتها سواء أكانت تنفيذية أو غير تنفيذية أخذت فور تحرير الأصل بمعرفة محرره أو أخذت الصورة بعد ذلك بمعرفة أحد الموظفين غير محرر الأصل وذلك متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل - أما إذا وجد بها كشط أو =

لانتشار التصوير الضوئي فقد سوى القانون بين الصور الخطية والصور الضوئية متى قام موظف عام بالاستيثاق من مطابقتها.

ولبيان حجية صور الأوراق الرسمية فقد فرّق القانون بين ما إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودًا أو ما إذا كان قد فقد.

47 - **حالة وجود أصل الورقة الرسمية:** طبقًا لنص المادة 325.م.ج فإن الصورة الرسمية خطية كانت أم فوتوغرافية تكون لها حجية في الإثبات بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل ولمّا كانت الصورة الرسمية ينقلها موظف عام مختص فقد اعتبر القانون أن الصورة مطابقة للأصل بمقتضى القرينة القانونية وهي ما لم ينازع أحد الطرفين في مطابقتها للأصل وفي هذه الحالة فإن المحكمة تأمر بمراجعة الصورة على الأصل [1].

48 - **حالة عدم وجود أصل الورقة الرسمية:** لا يفقد أصل الورقة الرسمية إلا نادرًا لأنه يحفظ في مكتب التوثيق أو في قلم كتاب المحكمة التي وثقته على أنه قد يفقد نتيجة حريق أو سرقة أو قدم العهد به ويقع على الخصم الذي يتمسك به إقامة الدليل على فقد الأصل.

= محو أو تحشير، فإن الصورة تسقط حجيتها في هذه الحالة) نقض مدني جلسة 1979/01/24 – مجموعة المكتب الفني السنة 30، ص 338.

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (الصورة الرسمية حجة بقدر مطابقتها للأصل – سقوط القرينة بالمنازعة في تلك المطابقة ويجب أن تكون المنازعة جدية وصريحة) نقض مدني، جلسة 1978/5/24، مج المكتب الفني س29، ص 1215.

وقد بينت المادة 326.م.ج السابق ذكرها الحكم في حالة عدم وجود أصل الورقة الرسمية وأوجبت التفرقة بين ثلاثة أنواع من الصور:

النوع الأول: الصور الرسمية الأصلية.

النوع الثاني: الصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية.

النوع الثالث: الصور الرسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية.

49 - (1) **الصور الرسمية الأصلية:** وهي المنقولة مباشرة من الأصل بواسطة موظف عام مختص ويستوي أن تكون صورة تنفيذية أو صورة غير تنفيذية ويستوي أن تكون صورة أصلية أولى أو تالية لها وتكون للصورة بهذا المعنى حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا سمح بالشك في مطابقتها بالأصل وكما تقدم فقد سوى النص في الحكم بين الصور التنفيذية La formule executoire وغير التنفيذية أي التي لا تحمل هذه الصيغة.[1]

50 - (2) **الصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية:** وهي منقولة بمعرفة موظف عام مختص من الصورة الأصلية فهي ليست منقولة من الأصل فهي لا تعتبر صورة من الأصل إلا بطريق غير مباشر وهي لها حجية الأصل

(1) لا تعطى الصورة التنفيذية إلّا لمن يعتبر دائنًا في الورقة بالتزام يجب على الطرف الآخر أن ينفذه المشتري الذي لم يتسلم المبيع فيأخذ صورة تنفيذية لتنفيذ العقد وتسلم المبيع والبائع الذي لم يقبض الثّمن أمّا ذو الشأن في الورقة الذي لا يكون دائنًا بالتزام لم يتم تنفيذه فتعطي له صورة غير تنفيذية.

(م 2/325) ولكن يجوز لكل من الطرفين طلب مراجعتها على الصورة الأصلية فإذا فقدت الصورة الرسمية وتعذر إجراء المضاهاة فلا يجوز الاعتداد عند المنازعة إلا على سبيل الاستئناس.

51- (3) **الصور الرسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية:** في هذه الحالة لا تكون الصورة مأخوذة من الأصل وإنما من الصورة المأخوذة من الصورة الأصلية أي الصورة الثالثة وفي هذه الحالة قررت الفقرة الثالثة من المادة 325 عدم الاعتداد بها إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف أي أنها لا تصلح إلا أن تكون قرائن يستنبط منها القاضي ما يراه.

ثالثًا: قوة الورقة الرسمية في التنفيذ

52 - **المحرر الرسمي سند تنفيذي:** وردت العقود الرسمية في قانون المرافعات (الإجراءات المدنية) بين السندات التنفيذية ولذلك تتميز العقود التنفيذية دون الأوراق الرسمية الأخرى بإمكان التنفيذ بمقتضاها تنفيذا جبريًا دون حاجة إلى استصدار حكم بحيث يكون لها القوّة التنفيذية التي للحكم الواجب النفاذ ويجب أن يوضع على العقد الرسمي الصورة التنفيذية ومن الطبيعي أن يكون موضوع العقد الرسمي التزاما محددًا بدقة كما يجب أن يسبق التنفيذ تكليف المدين بالنفاذ وذلك بأن يعلن له المحرر الرسمي وأن يشتمل الإعلان على هذا التكليف وبيان المطلوب.

وللمدين أن ينازع في هذا التكليف فيطعن في العقد الرسمي .وفي هذه الحالة تنظر المحكمة في هذا الطعن وتحدد قيمة المحرر تبعًا لمدى أحقية الطعن

الموجه إليه وعند التنفيذ يكون في وسع المدين أن يطعن في المحرر الرسمي عن طريق الاستشكال في التنفيذ فيرفع الإشكال إلى قاضي الأمور المستعجلة إذا كان المطلوب إجراء وقتيا فإن وجده جديا أمر بإيقاف التنفيذ. أما موضوع الإشكال فيرفع إلى المحكمة المختصة.

وكلا منا فيما سبق ينصرف إلى العقد الرسمي باعتباره سندا تنفيذيا قابلا للتنفيذ غير أنه يلاحظ أنه ليست كل ورقة رسمية سندا تنفيذيا حتى لو تضمنت إقرارا أو التزاما وإنما السندات التنفيذية كما نص عليها قانون المرافعات فالأحكام والأوامر والعقود الرسمية والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة تصدرها المحكمة والعقود الرسمية يحررها الموظفون المختصون بضبطها وتوثيقها أمّا الأوراق الأخرى التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي فمن أمثلتها محضر الجلسات المثبتة لعقود الصلح وحكم مرسى المزاد وعليه فإن الأوراق الرسمية الأخرى كمحاضر جلسات المحاكم وأوراق موظفي المحكمة التي ترسل إلى الخصوم في الدعاوى والأوراق الإدارية وعقود الزواج لا تعتبر سندات تنفيذية حتى لو تضمنت إقرارًا بحق وإنما يجب على الدائن أن يستصدر بالحق الثابت فيها حكما يمكن التنفيذ بمقتضاه.

53 - **وضع الصيغة التنفيذية على المحرر الرسمي:** أصول المحرّرات الرّسمية تحفظ بمكاتب التوثيق أو بأقلام الكتاب بالمحاكم فلا حصل أصحاب الشأن إلا على صور منها. ولا يجوز التنفيذ إلا بموجب صورة عليها صيغة التنفيذ ولهذا تعطى صورة تنفيذية للدائن الذي تحررت الورقة الرسمية لصالحه ليجري التنفيذ بمقتضاها.

المطلب الثاني

الأوراق العرفية

54 - **المقصود بالأوراق العرفية - أنواعها - تقسيم:** المحرّرات أو الأوراق العرفية هي التي تصدر من ذوي الشأن ويثبت بها واقعة قانونية وموقعة من الشخص الذي يحتج بها عليه بإمضائه أوختمه أو بصمة إصبعه.

والأوراق العرفية نوعان: أوراق عرفية معدة للإثبات أي أعدها ذوو الشأن مقدما دليلا على تصرف قانوني معين وأوراق لم تعد مقدما للإثبات فلم يقصد بتحريرها أن تكون دليلا على تصرف قانوني معين لذا تتفاوت قوة النوعين في الإثبات.

فالنوع الأول يعترف له بحجية في الإثبات فيعتبر دليلا كاملا. أما النوع الثاني فليست له حجية النوع الأول في الإثبات وبغلب ألا يكون موقعًا من ذوي الشأن كدفاتر التجار والرسائل والأوراق المنزلية ومع ذلك يعطيه القانون قوة في الإثبات تتفاوت قوة وضعفا بحسب ما يتوافر فيه من عناصر الإثبات.

ونقسم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الفرع الأول منه للأوراق العرفية المعدة للإثبات، والثاني للأوراق العرفية الغير معدة للإثبات.

الفرع الأول

الأوراق العرفية المعدة للإثبات [1]

أوّلاً: الشروط

55 - **شروط الورقة العرفية - الكتابة والتوقيع:** الورقة العرفية محرّر موقّع عليه ممن صدر منه فهي ورقة يكتبها ذوو الشأن أنفسهم دون تدخل موظف عام وتحمل توقيع من يحتج بها عليه. فالكتابة والتوقيع شرطان لكي تكون هذه الورقة دليلا كاملًا وغني عن البيان أن الأمر هنا كما في الورقة الرسمية لا يتعلق بشروط صحة التصرف المدوّن في الورقة وإنما يتعلق بصلاحية الورقة ذاتها كأداة للإثبات.

56 - **الشرط الأول: الكتابة:** يجب أن تتضمن الورقة العرفية كتابة تدل

(1) انظر في هذا الموضوع: أوبري ورو 12 بند 756 ص 184 وما بعدها بلانيول وريبير وجابولد ج7 بند 1457 وما بعدها - بلانيول وريبيروبولانجي ج 2 بند 402 وما بعدها - دي باج بند 774 وما بعده مجموعة juris classeur تعليقات على المواد 1322 - 1324 مدني فرنسي مجموعة داللوز Nouveau Répertoire de droit ج 3، ص 538 وما بعدها - السنهوري بند 105 ص 175 وما بعدها نشأت بند 174 محمد على عرفة: حجية المحررات العرفية في الإثبات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة العاشرة ص 153 وما بعدها، الصدة بند 100/ص107 وما بعدها - عبد الودود يحيى بند 28 ص 51 وما بعدها.

على الغرض المقصود من تحرير الورقة وهذا شرط بديهي بطبيعة الحال وإنما يعنينا هنا أن نبين هذه الكتابة لا يشترط فيها شرط ما. فكل عبارة تدل على المعنى المقصود تصلح بعد توقيعها لأن تكون دليلا على من وقعها.

وفي ذلك تقول المادة 323 مكرر.م جزائري (ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها) [1]

ولا يستلزم القانون أن تكون الورقة مكتوبة في شكل معين أو بلغة معينة فيجوز كتابتها بالمداد أيا كان لونه أو بقلم أيا كان نوعه ويجوز كتابتها بالغة العربية أو بأي لغة أجنبية وتجوز كتابتها على آلة الكتابة أو الحاسوب (الكمبيوتر) أو بخط من يتمسك بها أو بخط الملتزم بمقتضاها بل يجوز كتابتها بخط شخص أجنبي كذلك تصح الكتابة بخط شخص غير أهل لإبرام التصرف الثابت في الورقة لأنه ليس سوى أداة للتعبير عن إرادة أصحاب الشأن.

وقد اعتبر القانون أن 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 المادة 323 مكرر 1.م. جزائري مضافة بالقانون رقم 10 - 50المؤرخ 20 يونيو سنة 2005.

(1) أضيفت المادة 323 مكرر بالقانون رقم 5 - 10 - المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005م

ولا ضرورة لذكر مكان الورقة كذلك لا تلزم قراءتها ممن وقعها فتوقيع الأعمى حجة عليه سواء كان هو الذي كتب الورقة بيده أو لم يكن هو الذي كتبها وهذا أمر مفروغ منه ما دمنا نسلم بحة التوقيع على بياض كما سنرى فيما بعد. ولا حاجة للشهود في الورقة وإن كان وجود الشهود يفيد من وجهين:

الأول: أنه يعزز الخط أو التوقيع عند تحقيق هذا أو ذاك والثاني: أنه إذا مات الشاهد له توقيع على الورقة فإن هذه تكسب تاريخًا ثابتا من وقت الوفاة.

والكلمات التي تضاف في هامش الورقة لا يشترط توقيعها وتلك التي تحشر أو تكتب بين السطور لا تكون باطلة وإنما تخضع هذه وتلك في قيمتها لتقدير القاضي.

والتاريخ ليس مشروطًا في الورقة فهي تصح بدون تاريخ وهذه هي القاعدة رغم أن للتاريخ أهميته العملية التي لا تنكر بحيث لا يكون إغفال ذكره في الورقة إلا عن سهو أو عدم تبصر. غير أن القانون يستلزم ذكر تاريخ الورقة في حالات معينة وهي الكمبيالة والسند الإذني والشيك والتظهير.

غير أن الأفراد يحرصون على إثبات التاريخ لأن له أهمية بين المتعاقدين كما إذا تمسك أحدهما بنقص أهليته أو انعدامها وقت التعاقد.

خلاصة القول أن لأصحاب الشأن كل الحرية في كتابة الورقة العرفية غير أن هناك استثناءات ترد على هذه القاعدة فهناك أوراق عرفية يتطلب القانون فيها أوضاعًا معينة ومن قبيل ذلك الأوراق التي تقدم للإشهار فهذه يلزم أن

تكتب على ورق خاص وبمداد خاص وأن تشتمل على جميع البيانات التي ينص عليها قانون الإشهار.

57 - **الشرط الثاني: التوقيع:** التوقيع هو الشرط الجوهري في الورقة العرفية لأنه يتضمن قبول الموقع لما هو مدوّن في الورقة كافٍ لوجودها.

والتوقيع يكون بالإمضاء الذي يتعين أن يشمل اسم الموقع ولقبه كاملين فلا يكفي التوقيع بالأحرف الأولى من الإسم وإنما لا يشترط أن يكون التوقيع مطابقًا للإسم الوارد في شهادة الميلاد بل يكفي أن يكون ذلك بالاسم الذي اشتهر به الشخص[1] أو الإسم الذي اعتاد التوقيع به.

وإذا كان صاحب الشأن أميا فيجوز أن يكون التوقيع بالختم أو ببصمة الإصبع وهي في الحقيقة أكثر ضمانا من الختم فقد ثبت علميا أن البصمات لا تتشابه مطلقًا.

ولا يستلزم ذكر تاريخ الورقة إلا في حالات معينة نص عليها القانون كما في الكمبيالة والسند والشيك والتظهير على أن الأفراد يحرصون على إثبات التاريخ لأن له أهمية بين العاقدين كما إذا تمسك أحدهما بنقص أهليته أو

(1) – قضت محكمة النقض المصرية بأنه (لا يشترط لصحة الورقة العرفية وإضفاء الحجية عليها إلا التوقيع ممن تنسب إليه بالإمضاء أو ببصمة الإصبع) نقض مدني جلسة 1966/10/25 مج المكتب الفني السنة 17، ص 1582.

انعدامها وقت التعاقد وإذا خلت الورقة من التوقيع فقدت قيمتها في الإثبات ولكنها تصلح لأن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت بخط المدين[1].

58 - **التوقيع على بياض:** رأينا أن التوقيع هو الشرط الجوهري في الورقة العرفية وأنه لا يشترط أي شرط في الكتابة ومن ثم يجوز أن يوقع الشخص على بياض أي دون كتابة تاركًا للدائن إذا كان محلا للثقة أن يملأ البياض في الورقة فوق توقيعه، فتصبح للورقة هذه قوة الورقة في الإثبات قيمة الورقة التي وقّع عليها المدين بعد أن تمت كتابتها لأننا كما ذكرنا أن الورقة عن الاتفاق بينهما وبتقيد في ذلك بالقواعد العامة فيجب أن يثبت بالكتابة ما تم تدوينه على الورقة بخالف ما تم الاتفاق عليه. فلا يجوز الإثبات بالبيّنة أو بالقرائن إلا إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة. فإذا نجح فقدت الورقة العرفية حجيتها.

وإذا كان من تسلم الورقة الموقعة على بياض قد تعامل مع الغير بناء على ما دوّن في هذه الورقة وكان هذا الغير حسن النية فإن إثبات عدم مطابقتها للاتفاق لا يبرّىء المدين من التزامه قبل هذا الغير وليس للمدين إلاّ أن يرجع على من خانه بكتابة بيانات مخالفة للاتفاق. [2]

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (الورقة العرفية تستمد حجيتها في الإثبات من التوقيع وحده، فإذا خلت من توقيع أحد العاقدين فلا تكون لها أية حجية قبله) نقض مدني جلسة 1976/6/8 مج المكتب الفني.

(2) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (تغيير الحقيقة في الورقة الموقعة على بياض ممن استؤمن عليها يعتبر بمثابة خيانة أمانة إذا كان تسليم الورقة له اختياريا، ويعد تزويرا إذا حصل الاستيلاء على الورقة بغير=

ولكن إذا كانت الورقة الموقعة على بياض لم تسلم إلى من خان الأمانة وإنما حصل عليها هذا الأخير بطريقة أخرى كالسرقة مثلاً فإن من وقع على بياض يستطيع أن يثبت بكافة طرق الإثبات حصول السرقة والكتابة من الخائن ولايستطيع الغير الذي تعامل مع الخائن بناء على هذه الورقة أن يتمسك بها قِبَل مَنْ وقَّع الورقة حتى ولو كان هذا الغير حسن النية [1].

ثانيا: حجية الورقة العرفية في الإثبات

59 - **عناصر الموضوع:** للورقة العرفية حجية من ثلاثة وجوه:

1 – حجية بصدورها ممن وقَّعها.

2 – حجية بصدق البيانات المدونة بها.

3 –حجية بالنسبة للتاريخ الذي تحمله.

60 - (1) **حجية الورقة العرفية بصدورها ممن وقّعها:** تعتبر الورقة العرفية حجة على من صدرت منه وهو الشخص الذي تحمل توقيعه فيؤخذ بمضمونها وتكون من حيث صدورها منه في قوة الورقة الرسمية إذا اعترف بها

= التسليم الاختياري. ولا يجوز إثبات التزوير في الحالة الأولى بغير الكتابة ويجوز إثباته بالبينة في الحالة الثانية نقض مدني جلسة 1968/6/14 مج المكتب الفني السنة 29، ص 1476)

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (قضاء محكمة أول درجة بعدم قبول الإدعاء بالتزوير باعتبار أن الواقعة خيانة أمانة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة – قضاء المحكمة الإستئنافية باحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المستأنفة هذه الواقعة بالبينة إحضار المستأنف عليه الشهود لا يعتبر تنازله عن دفاعه أمام محكمة اول درجة بعدم جواز الإثبات بالبينة نقض مدني جلسة 1978/6/14 مج، المكتب الفني السنة 29. ص 1476).

أو سكت ولم ينكر صراحة صدورها منه ولا يجوز له بعد هذا أن يعود إلى الانكار إلا أن يطعن بالتزوير.

وفي هذا تقول المادة 327.م.ج (يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقّعه 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).

ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه (معدلة بالقانون رقم 5 - 10 المؤرخ 20 يونيو سنة 2005).

أما إذا أنكر صاحب التوقيع صراحة توقيعه على الورقة وأنكر صدورها منه زالت حجيتها مؤقتا وتعين على من يتمسك بها أن يثبت صدورها ممن ينسب إليه التوقيع وذلك بأن يطلب من المحكمة أن تأمر بتحقيق الخطوط[1] فإذا ثبت من التحقيق صدور الورقة ممن وقعها اعتبرت حجة بصدورها منه.

(1) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه من المقرر قانونا أنه إذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه في وثيقة يري القاضي أنها وسيلة منتجة للفصل في النزاع، يؤشر بإمضائه على الورقة المطعون فيها ويأمر بإجراء تحقيق الخطوط إما بمستندات أو بشهود وإذا لزم الأمر فبواسطة خبير. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع عند مناقشتهم دفوع الطاعن، اكتفوا بسماع البائع امتبعدوا العقد العرفي المحتج به رغم أنه وسيلة منتجة للفصل في النزاع، وكان عليهم الاستماع إلى الشاهدين الذين حضرا تحريره، وعليه فإنهم قد خالفوا القانون وقصروا في تسبيب قرارهم مما يتوجب نقضه.

إنما يشترط – لكي تزول الورقة العرفية مؤقتًا – أن يكون الإنكار صريحًا – كما قدمنا – فإذا سكت من يتمسك عليه بالورقة العرفية أو اكتفى بالتشكيك في حصول التوقيع منه، فإن ذلك يعتبر إقرارًا للمحرر. وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه: (من المقرر قانونًا أن يعتبر العقد العرفي – صحيحًا – وصادرًا ممن وقّعه – ما لم ينكر هذا الأخير– ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء).

ولما ثبت – من قضية الحال – أن الطاعن منذ بداية الدعوى ينكر هذا العقد العرفي بالبيع، ويتكلم فقط عن سلف دين، فإن قضاة المجلس بإلزامهم الطرفين إفراغ البيع في الشكل الرسمي، قد تجاهلوا تمامًا نص المادة المذكورة أعلاه، وأغفلوا إتباع طرق البحث عن الحقيقة، مما يستوجب نقض قرارهم – قرار رقم 85535 بتاريخ 1992/05/27 – المجلة القضائية السنة 1994 العدد (3) الصفحة 14

وإذا كان الوارث أو الخلف يحتج عليه بالورقة العرفية فطبقًا لنص المادة 327.م.ج يكفي أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو البصمة أو الختم هو لمن تلقى عنه الحق[1] وعلى من يتمسك بالورقة في هذه الحالة إتباع الإجراءات الخاصة بتحقيق الخطوط.

(1) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه: (من المقرر قانونًا أن العقد العرفي يعتبر صادرًا ممن وقّعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء، أما ورثته أو خلفه فيكفي أن يحلفوا يمينًا بأنهم لا يعلمون بأن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.
ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الطاعن قدم عقدًا عرفيًا 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).=

والاعتراف بالتوقيع ممن ينسب إليه بعد إنكاره الصريح، لا يمنعه من الطعن بتزوير الورقة، أو في جزء منها بأنه يثبت البائع أو المشتري مثلًا أن الثمن الحقيقي أكبر أو أقل من المبلغ المذكور في العقد وأنه زيد عمدًا منعًا للأخذ بالشفعة، أو أنقص تهربًا من رسوم التسجيل.

= وجاء في حيثيات هذا القرار (الحكم) ما يلي:
(وحيث استند الطعن إلى وجه وحيد ينعي على القرار المطعون فيه انعدام الأساس القانوني وتناقض الأسباب بدعوى أن القرار المطعون فيه يعترف بوجود بيع 12 جوان 1970، وهو موجود فعلاً بعقد عرفي ممضي من طرف البائع والمشتري والشهود ومع ذلك رأى المجلس أن قسمة تركة الهالك (ش.م) تتم دون مراعاة البيع محل النزاع بسبب أن الطاعن لم يقدم الدليل على المبالغ التي أرسلها من فرنسات لوالده والتي تشكل ثمنًا للبيع فقلب بذلك قضاة الموضوع مبدأ الإثبات بجعلهم البينة على عاتق المشتري.
عن الوجه الوحيد: وحيث أن قضاة الموضوع لما عاينوا وجود عقد عرفي يزعم الطاعن أنه اشترى بواسطته العقار محل النزاع من أبيه الهالك وأنكر المطعون ضدهم، وهو بعض الورثة هذا العقد كان على قضاة الموضوع أن يوجهوا يمينًا لهؤلاء الورثة يحلفونها بأنهم لا يعلمون بأن الخط والإمضاء هو لمورثهم طبقًا لنص المادة 327 من القانون المدني، وهو بقضائهم كما فعلوا يكونون قد خالفوا القانون وعرضوا قضائهم للنقض) قرار رقم 33054 بتاريخ 1985/02/06 – المجلة القضائة لسنة 1992 العدد 4 الصفحة 16.
وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (إذا نفى الوارث علمه بأن التوقيع الذي على الورقة العرفية المحتج بها عليه هو لمورثه، توجه إليه يمين عدم العلم، فإذا حلف هذه اليمين زالت عن الورقة مؤقتا قوتها في الإثبات وكان على المتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها – امتبعاد المحكمة لورقة بمقولة أن المتمسك بها لم يقدم دليل صحتها – كما لم يطلب إجراء أي تحقيق بشأنها – عدم اتباع المحكمة للإجراءات المنصوص عليها في المادتين 3،2،1/14 من قانون الإثبات، يعتبر خطأ في القانون) نقض مدني جلسة 1976/11/09 مج المكتب الفني بند 27ص 1940.
كما قضت محكمة النقض المصرية أيضًا بأن:
(نفي الوارث علمه بأن الإمضاء على الورقة العرفية المحتج بها لمورثه وحلفه يمين عدم العلم (م 14 إثبات أثره – تطابقها المادة 327م. جزائري – على المتمسك بها، إقامة الدليل على صحتها (م30 من ذات القانون) انتهاء المحكمة إلى أن التوقيع ليس للمورث (انعدام الورقة كدليل في الإثبات بالنسبة للكافة من تمسك بعدم العلم ومن لم يتمسك) الطعن رقم 2108 لسنة 50 قضائية جلسة 1984/05/27.))

خلاصة ما تقدم أنه يكفي لكي تزول حجية الورقة العرفية مؤقتًا أن ينكرها صراحة من ينسب إليه صدورها منه أو أن يحلف الوارث أو الخلف بأنه لا يعلم أن الخط أو التوقيع هو لمن تلقى عنه الحق إلاَّ أنَّ هناك حالة يتعين فيها على من ينكر نسبة التوقيع هو من صدر منه أن يسلك طريق الطعن بالتزوير وهي الحالة التي يكون فيها التوقيع مصدقًا عليه من الموثق المختص في مكاتب التوثيق لأن هذا التصديق يكسب التوقيع صفة الرسمية.

والورقة العرفية بما فيها من بيانات وتاريخ إبرامها تكون حجة على الخلف العام لطرفيها سواء كان الخلف العام وارثا أو موصى له بحصة في التركة سواء إدعى بأن تصرف سلفه باطل أو قابل للإبطال للسفه أو بصدوره منه في مرض الموت وإن كان له في هذه الحالة أو تلك إقامة الدليل بكافة طرق الإثبات على أن تاريخ الورقة غير صحيح وأن هذا التاريخ المثبت في الورقة قد قدم عمدًا إلى تاريخ سابق على قرار الحجر أو على مرض الموت لأن الغش نحو القانون يجوز إثباته بكافة الطرق كما أسلفنا، والدائن العادي يأخذ حكم الخلف العام فتعتبر الورقة العرفية بما فيها من بيانات وتاريخها حجة عليه.

أما غير الطرفين والخلف العام والدائن العادي وإن كان يحتج عليه بمضمون الورقة العرفية في ذات الوضع الذي تكون فيه حجة على طرفيها فلا يمكن الاحتجاج بتاريخها إلاَّ إذا كان ثابتا على وجه قطعي طبقا لنص المادة 328.م.ج وإلا استطاع الطرفان بتقديم تاريخ الورقة العرفية تواطؤًا منهما للإضرار بالغير وسنفصل ذلك فيما بعد.

61 **الاعتراف ببصمة الختم وإنكار التوقيع به:** قد يحدث أن يعترف الشخص الذي يحتج عليه بالورقة العرفية بأن بصمة الختم الذي على الورقة هي بصمة ختمه ولكنه ينكر حصول التوقيع منه شخصيًا فقد يفقد هذا الشخص ختمه أو يسرق منه أو يسلمه إلى شخص ليحفظه فيخون الأمانة، ففي هذه الحالات يحصل التوقيع دون علم صاحبه. فهل تعتبر هذه الورقة حجة عليه ما دام اعترف بأن البصمة حقيقية لختمه إلى أن يقيم الدليل من طريق التزوير أنه لم يبصم بختمه على الورقة أم تزول حجيتها مؤقتًا قبله ما دام قد أنكر أنه بصم بختمه على الورقة إلى أن يقيم من يتمسك بها الدليل على أنه قد بصم به عليها؟

تردد القضاء في مصر في هذه المسألة غير أن محكمة النقض قد أيدت الرأي الذي يذهب إلى أنه إذا أنكر الشخص التوقيع بختمه أن يقيم الدليل على ما يدعيه الذي لا يجوز إلا عن طريق الطعن بالتزوير فقضت بأنه (متى اعترف الخصم الذي تشهد عليه الورقة بأن الإمضاء أو الختم الموقع به على تلك الورقة هو إمضاؤه أو ختمه أو متى يثبت ذلك بعد الإنكار بالدليل الذي يقدمه المتمسك بالورقة فلا يطلب من المتمسك أي دليل آخر لاعتماد صحة الورقة وإمكان اعتبارها حجة بما فيها على خصمه صاحب الإمضاء أو الختم ولا يستطيع هذا الخصم التنصل مما تثبته عليه الورقة إلا إذا بين كيف وصل إمضاؤه هذا الصحيح أو ختمه الصحيح إلى الورقة التي عليها التوقيع وأقام الدليل على صحة ما يدعيه من ذلك فإن هذه هي منه دعوى تزوير بحتة يجب أن يسير فيها بالطريق القانوني ذلك بأن القانون لا يعرف إنكار التوقيع بالختم بل لا

يعرف إلا إنكار بصمة الختم[1] وقد أيدت محكمة النقض هذا الرأي في حكم لها صادر في 19 يناير سنه 1950) [2]

62 - **حجية البيانات المدوّنة في الورقة العرفية:** إذا اعترف الخصم بصدور الورة العرفية منه او ثبوت هذا بعد الإنكار يجعل الورقة العرفية في قوة الرسمية فيما يتعلق بمحتوياتها المادية.

فإذا إدعى من تشهد عليه الورقة أو إدعى أحد غيره أن البيانات الواردة في هذه الورقة مع التسليم بصحتها في الأصل قد لحقها تزوير مادي أي أصابها تحريف مادي بالتغيير أو الإضافة أو الحذف ففي هذه الحالة يتعين عليه لينقض هذه البيانات أن يسلك طريق الإدعاء بالتزوير لإثبات ما يدعيه.

فإذا لم يكن هناك إعاء بوقوع تزوير مادي فإن البيانات التي ترد في الورقة العرفية موضوع المحرر يجوز نقضها بإثبات العكس بالطرق العادية دون حاجة إلى الإدعاء بالتزوير وكذلك الحكم بالنسبة إلى تاريخ الورقة إذا كان من ينازع فيه طرفا في الورقة أمّا بالنسبة إلى الغير فلا يكون التاريخ حجة إلا إذا كان ثابتا

(1) نقض مدني مصري في 26 ابريل سنة 1934 من القواعد القانونية ج1 ص 346 رقم 174.

(2) قضت بأن مجرد إعلان شخص فقد ختمه في إحدى الصحف لا ينهض دليلا على صحة هذه الواقعة ولا يعتبر حجة على المتمسك بورقة مختومة بهذا الختم، فإذا كان مدعي التزوير قد طلب أن يثبت بالبينة ضياع الختم الموقع به على الورقة وإن المتمسك بالورقة قد عثر عليه ووقعها به وإجابته المحكمة إلى طلبه فعجز عن الإثبات، بل ثبت من التحقيق عدم صحة الواقعة التي يدعيها، فلا يقبل منه النعي على الحكم أنه خالف قواعد الإثبات بمقولة أنه مادام قد سبق الإعلان عن فقد الختم فإنه يكون على المتمسك بمحرر هذا الختم أن يثبت صحة صدوره من صاحب الختم - مجموعة أحكام النقض المدنية 1 - 207 -57 وانظر في تأييد رأي محكمة النقض المصرية عبد المنعم الصدة بند 111 ص 120..

كما سنفصل فيما بعد. ويلاحظ أن اعتراف الشخص بتوقيعه أو خطه لا يمنعه أن يدعي أن البيانات الواردة في الورقة العرفية لا تطابق ما أراده الطرفان بسبب الصورية المتفق عليها بينهما كما يستطيع الطعن في التصرف الثابت في الورقة بالبطلان أو الغش أو الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال. وفي هذه الحالات لا ضرورة لسلوك طريق الطعن بالتزوير بل يكون إثبات ذلك بالطرق العادية وفقا للقواعد العامة التي تقضي بأن الإثبات يكون بدليل كتابي لأن الأمر يتعلق بإثبات ما يخالف الكتابة. فإذا كانت الورقة العرفية مثبتة لعقد بيع صدر من شخص إلى آخر ونص العقد على أن البائع قبض الثمن فإن البائع يستطيع رغم اعترافه بصدور السند منه أن يطعن في هذا العقد بالصورية أو يثبت أنه لم يقبض الثمن ولكن لا يستطيع إثبات ذلك إلا بدليل كتابي هو عادة ورقة الضد contre lettre التي تبين حقيقة التصرف. أما الغير فيستطيع إثبات الصورية بجميع الطرق فإذا كان هناك بيع صوري وطعن دائن البائع بالصورية كي يمكنه التنفيذ على المبيع باعتباره ملكا لمدينة فله ان يثبت صورية البيع بكافة الطرق لأن الدائن يعتبر بالنسبة إلى تصرف المدين الصوري من الغير الذي يمتنع عليه الحصول على دليل كتابي.

وإذا باع قاصر عقاره وأرّخ الورقة بتاريخ لاحق لبلوغه سن الرشد فإنه يستطيع بعد بلوغه سن الرشد أن ينازع في صحة التاريخ المدوّن في الورقة لأن في تغيير التاريخ على هذا النحو احتيال على القانون يجوز إثباته بكل طرق الإثبات.وقضت محكمة النقض المصرية بأن البيع الصادر من المورث لأحد الورثة يمس حق وارث آخر في التركة وقصد به الاحتيال على أحكام الإرث المقررة شرعًا كان لهذا الأخير

أن يطعن في هذا التصرف وأن يثبت بكافة طرق الإثبات القانونية أن عقد البيع في حقيقته يستر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت فهو وصية لا تنفذ في حقه متى كان هو لم يجيزها وفقا للقانون الذي يحكمها. (1)

63 - **حجية الورقة العرفية بالنسبة للأشخاص:** تكون الورقة العرفية كما سبق القول حجة على من وقعها بكل ما دون فيها إذا لم ينكر صراحة توقيعه عليها أو إذا أثبت التحقيق صحة توقيعه عليها في حالة إنكاره صراحة ويستوي في ذلك جميع البيانات الواردة فيها سواء تعلقت بمضمون التصرف أم بتاريخ إبرامه فالتاريخ كبقية ما دوّن في الورقة حجة على الطرفين ولا يجوز لأيهما إقامة الدليل على إبرام التصرف في تاريخ آخر بالشهود أو بالقرائن إلا إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة وأن غالبا صورية التاريخ في هذه الحالة تخفي غشًا نحو القانون مما يجوز إثبات صوريته بكافة طرق الإثبات.

والورقة العرفية حجة بما دوّن فيها ليس فقط على العاقدين بل كذلك على الغير فهي حجة على الناس كافة فيما عدا التاريخ إلا إذا كان ثابتا وفي هذا تقول المادة 328.م.(لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت).

يخلص مما تقدم أن الورقة العرفية المعترف بها والتي تثبت صحتها تكون حجة بما دوّن فيها حجة بما دوّن فيها على الكافة فيما عدا التاريخ فهو لا يكون

(1) نقض مدني مصري 263 فبراير 1952، مج أحكام محكمة النقض 4 - 548 - 83.

حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا ومن ثم نجد أن بيانا من بيانات الورقة العرفية وهو التاريخ قد خصه القانون بحكم ينفرد به دون البيانات الأخرى.

64 - **حجية تاريخ الورقة العرفية:** ذكرت المادة 328.م.ج في قولها السالف الذكر التي تحكم حجية التاريخ قاعدة ذات شرطين أحدهما يدل عليه النص بطريقة ضمنية ومفاده أن التاريخ حجة بين الطرفين والثاني ذكره النص صراحة ومفاده أن هذا التاريخ لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا ونعرض فيما يلي قيمة التاريخ في هذين النطاقين.

65 - (1) **بين الطرفين:** الورقة العرفية إذا اعترف بها أو ثبتت صحتها بعد إنكارها يكون التاريخ الذي تحمله حجة بين الطرفين فهو في هذا النطاق يتعادل في قوته مع البيانات الأخرى الموجودة في الورقة فإذا نازع أحد الطرفين فيه كان له أن ينقضه طبقا للقواعد العامة فلا يجوز له إثبات ما يخالفه إلا بدليل كتابي وذلك ما لم يكن هناك غش إذ في هذه الحالة يصح الإثبات بكافة الطرق وقد سبق لنا بيان ذلك.

66 - (2) **بالنسبة إلى الغير:** المقصود بالغير في هذا الخصوص كل شخص لم يكن طرفًا في المحرر العرفي ولا ممثلا فيه (الممثل فيه هو الخلف العام والدائن العادي) يحتج عليه بهذا المحرر ويضار في حق تلقاه من أحد طرفي المحرر أو بمقتضى القانون إذا ثبت صحة تاريخ المحرر العرفي في مواجهته وعلى ذلك يعتبر من الغير.

67 - (1) **الخلف الخاص**: وهو كل من تلقى حقًا معينا من سلفه سواء أكان هذا الحق عينيا أو شخصياً فإن تصرفات سلفه تكون نافذة على الحق الذي انتقل إليه قبل تاريخ معين لذا فلا يكون هذا التاريخ حجة على الخلف الخاص إلا إذا كان ثابتا وسابق على انتقال الحق إلى الخلف الخاص.

فإذا باع شخص إلى آخر سيارة وكان البيع ثابت التاريخ فلا يحتج على المشتري وهو الخلف بتصرف سلفه (البائع) في السيارة ولو كان هذا التصرف يحمل تاريخًا غير ثابت سابقا على تاريخ بيع السيارة لأنه يعتبر (غيرًا) بالنسبة لهذا التاريخ الأخير.

فتصرفات السلف التي تتعلق بالمال الذي انتقل إلى الخلف لا تكون نافذة في حق هذا الخلف إلا إذا كانت سابقة في تاريخها على انتقال المال إليه ومن هذا تكون للتاريخ أهمية كبرى بالنسبة للخلف الخاص لأنه هو الذي يتوقف عليه نفاذ التصرف في حقه أو عدم نفاذه لذا يجب أن يكون هذا التاريخ ثابتا ولولا هذا لأمكن للسلف أن يبرم تصرفات أخرى بشأن هذا المال بعد انتقاله وتقديم تاريخها غشا حتى تكون سارية في حق الخلف الخاص ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة 966.م.جزائري من أنه (يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة إلى الدائن أن يدوّن العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا ويحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرتهن).

فمشتري المنقول المرهون يكون من الغير بالنسبة إلى تاريخ الرهن فلا ينفذ في حقه إلا إذا كان له تاريخ ثابت سابق على البيع.

68 - (2) **الدائن الحاجز**: الدائن الذي تعلق حقه في مال المدين بتوقيع الحجز على هذا المال يكون وضعه على هذا المال كالخلف الخاص ويعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ الورقة العرفية الصادرة من المدين والمتعلقة بالمال المحجوز عليه فلا يحتج بتصرف المدين إلا إذا كان ثابت التاريخ لأن الحجز يضع المال المحجوز تحت يد القضاء على ذمّة الدائن تمهيدًا لاستيفاء حقه من ثمنه وبعدم ثبوت التاريخ يعتبر التصرف تاليا لتاريخ الحجز ولا ينفذ في حق الدائن الحاجز ولو كان مدونا في الورقة سابقا على تاريخ الحجز ويستوي الحكم سواء أكان الحجز على منقول أو عقار أو حجز ما للمدين لدى الغير.

69 - (3) **الدائن المرتهن**: إذا نفذ الدائن المرتهن على عقار المدين فلا تنفذ في حقه عقود الإيجار الصادرة من المدين إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية.

70 - (4) **الدائن الذي يرفع دعوى عدم نفاذ التصرفات**: إذا رفع الدائن على مدينة دعوى عدم نفاذ التصرف الذي أجراه المدين إضرارًا به (الدعوى البوصلية) فإنه يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التصرف ومن المعلوم أن هذه الدعوى لا يمكن رفعها إلا إذا كان التصرف المطعون فيه لاحقًا لنشوء حق الدائن ولما كان من المحتمل أن يقدم المدين تاريخ التصرف إلى ما قبل نشوء

الدين ليحرم الدائن من حق رفع هذه الدعوى فإن القانون - حماية منه للدائن - اعتبره من الغير فلا تنفذ في حقه التصرفات التي يجريها المدين إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على نشوء حق الدائن.

71 - **ضرورة توافر حسن النيّة:** لا يحق للغير أن يتمسك بعدم ثبوت تاريخ الورقة العرفية التي يحتج بها عليه طبقًا للمادة 328.م.ج إلا إذا كان حسن النيّة أي لا يعلم بالتصرف الذي يحتج بعدم ثبوت تاريخه.

أما إذا كان الخلف الخاص أو الدائن الحاجز يعلم وقت انتقال الحق إليه أو وقت توقيع الحجز بالتصرف المتعلق بالمال الذي انتقل إليه أو المال المحجوز عليه فإنه يكون سيء النيّة فلا يستطيع أن يتمسك بعدم ثبوت تاريخه ويلاحظ أن الأصل حسن النية وعلى من يدعي خلاف ذلك إقامة الدليل على ما يدعيه.

72 - **خلاصة:** نلخّص ممّا تقدم أن الورقة العرفية لا تكون حجة على الغير في تاريخها إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتا ويعتبر الغير في هذا الخصوص كل شخص لم يكن طرفا في الورقة ولا ممثلا فيها يحتج عليه بهذه الورقة ويضار في حقّ تلقّاهُ من أحد طرفيها أو بمقتضى هذا الإجراء متعلقا بمال من أموال المدين ويتحقق ذلك عند الحجز على مال المدين وحين الطعن بالدعوى البولصية.

فإذا لم يكن تاريخ الورقة ثابتا فلا يلزم الغير أن ينازع فيه بل يكفي أن يتمسك بعدم ثبوته حتى تعتبر الورقة بالنسبة إليه بدون تاريخ فلا يكون التصرف موضوع الورقة نافذا في حقه ولا يسمح لمن يتمسك بالورقة إثبات صحة تاريخها على أنه يراعى أن يكون الغير حسن النية في كل الأحوال.

73 - **استثناء المخالصات من قاعدة ثبوت التاريخ:** بعد أن نصت المادة 328.م.ج على أن العقد العرفي (المحرر العرفي) لا يكون حجة على الغير إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت أضافت في الفقرة الأخيرة على أنه (غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام في ما يتعلق بالمخالصة). والمخالصات محررات مثبتة لوفاء والأصل أنه يجب أن تكون ثابتة التاريخ لكي تكون حجة بتاريخها على الغير إلا أن القانون تيسيرا منه للناس أجاز للقاضي أن يعتد بالعرف الذي يقضي بعدم إثبات اشتراط تاريخ فيها وعلى ذلك إذا حجز الدائن ما لمدينه لدى الغير فقدم مدين المدين مخالصة يثبت وفاءه فلا يطلب منه أن تكون هذه المخالصة ثابتة التاريخ قبل الحجز وإنما تعتبر حجة بتاريخها العرفي على الدائن الحاجز.

والنص يطبق على المخالصات العادية أما التي يترتب عليها حقا في الحلول فقد احتاط النص بأن جعل للقاضي سلطة تقدير لإعمالها طبقا لما يعرض له من ظروف.

74 - **الوقائع التي يثبت بها التاريخ: تنص المادة 328.م. جزائري على أنه:** لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلاّ منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء:

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

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

غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة.

وسنعرض بإيجاز هذه الوقائع فيما يلي:

75 - (1) **قيد الورقة العرفية في السجل المعد لذلك:** يعتبر تاريخ الورقة العرفية ثابتا من يوم قيدها في السجل المعد لذلك في مكتب التوثيق وهذه في الطريقة العادية لإثبات تاريخ الورقة العرفية ويكون ذلك بإدراج البيانات الخاصة بهذه الورقة وملخص له يوقعه الموثق لصاحب الشأن ثم يكتب محضر على المحرر يبين فيه تاريخ تقديمه ورقمه في السجل ويختم بخاتم المكتب ويوقعه الموثق وتاريخ هذا المحضر يعتبر تاريخا ثابتا للورقة.

كذلك يتحقق قيد الورقة إذا كانت المحرّرات الواجبة الشهر فتصبح ثابتة التاريخ من وقت حدوث الشهر كما يتحقق القيد أيضا في حالة التصديق على التوقيع لأن المحرّرات التي يصدق على التوقيع فيها تُدوّن في سجل خاص مُعدٌّ لذلك.[1]

76 - (2) **إثبات مضمون الورقة في عقد آخر حرّره موظف عام:**

ويعتبر تاريخ الورقة ثابتا من يوم يثبت مضمونها في عقد آخر حرّره موظف عام. والعقد الآخر قد يكون رسميا وقد يكون عرفيا وكل من العقدين الرسمي والعرفي له تاريخ ثابت لأنه حُرّر بواسطة موظف عام.

(1) عبد الودود يحيى ص 67 - الصدة ص 152 - السنهوري بند 126 ص 239..

ومثال ذلك إثبات مضمون العقد العرفي (الورقة العرفية) في ورقة عرفية كسبت تاريخا ثابتا بقيدها في السجل المشار إليه أو التصديق فيها على التوقيع أو بأية طريقة أخرى وفي هذه الحالة تكسب الورقة العرفية تاريخا ثابتا ويكون هو تاريخ العقد العرفي الذي حرّره الموظف العام أو تاريخ الورقة ثابتة التاريخ على أنه يجب أن يكون مضمون المحرر العرفي - المشار إليه في الورقة ثابتة التاريخ - شاملا البيانات اللازمة لتعيين هذا المحرر وتمييزه عن غيره.

مثال ذلك: أن يذكر في عقد بيع - سواء ورد في ورقة رسمية أو عرفية مصدق فيها على التوقيع - توكيل عرفي صادر من البائع إلى وكيل له يبيع نيابة عنه فيصبح هذا التوكيل بذكره في البيع ثابت التاريخ هو تاريخ ورقة البيع. ومثاله ما قضت به محكمة النقض المصرية بأنه إذا قدمت ورقة في قضية وتناولتها المرافعة بالجلسة التي نظرت بها تلك القضية فهذا يكفي لاعتبار تاريخ الورقة ثابتا من يوم تلك الجلسة.[1]

ومن ذلك أيضًا من قضت بأن العقد إذا ذكره العاقدان واوردا تاريخه وتفاصيله في إنذارات رسمية تبادلاها فإنه يكتسب تاريخ ثابت رسميًا هو تاريخ هذه الإنذارات [2]ويلاحظ أن ورود مضمون ورقة عرفية على هذه الصورة وإن

(1) هذا على فرض أن هذه الورقة لم يؤشر عليها القاضي بما يفيد تقديمها في تاريخ معين لأن وقائع هذه القضية ليس فيها ما يدل على ذلك. ولهذا اعتبرتها المحكمة ذات تاريخ ثابت من يوم الجلسة التي تناولتها فيها المرافعة، لأن مضمونها يكون قد أثبت في محضر هذه الجلسة، وهو ورقة رسمية- نقض مدني في 30 مايو 1935 - مج القواعد القانونية، ج1، ص 821 رقم 276.

(2) نقض مدني في 1933/4/13 مج القواعد القانونية ج1 ص 205 رقم 114.

أكسبها تاريخًا ثابتًا إلا أنه لا يقوم مقامها فهذا من شأنه فقط أن يقطع في وجود الورقة في تاريخ معين ولكنه لا يُعفى من تقديمها.

77 - (3) **التأشير على العقد العرفي من ضابط عام مختص:** قد يقدم محرر عرفي (عقد عرفي أو ورقة عرفية) إلى موظف عام مختص أثناء تأدية وظيفته فيؤشر عليه بما يفيد تقديمه ويحرر تاريخ ذلك فيعتبر تاريخ المحرر ثابتًا من يوم أن يؤشر عليه. ومثال ذلك أن يقدم محرر عرفي في قضية يؤشر عليها القاضي أو كاتب الجلسة بما يفيد تقديمه [1]أو يقدم عقد إلى محصل الرسوم فيؤشر عليه بما يفيد تحصيل الرسم المستحق وبالنسبة للمراسلات المسجلة فإن ختم مصلحة البريد يعتبر تاريخًا ثابتًا لها إذا كانت الرسالة تذكرة مكشوفة أو غير منفصلة عن الظرف لأنه يمكن التثبت من هذا التاريخ بالرجوع إلى السجلات التي تدون فيها المراسلات المسجلة[2].

78 - (4) **من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء:**

إذا كان المحرر العرفي (العقد العرفي) يحمل خط وتوقيع شخص توفي فإن ذلك يكون قاطع الدلالة على صدور المحرر قبل الوفاة وبالتالي يعتبر تاريخ الوفاة تاريخا ثابتاً للعقد العرفي وليس بلازم أن يكون صاحب الخط والإمضاء طرفًا في التصرف المدوّن فيه بل يكفي أن يكون شاهدًا أو ضمانًا.

(1) السنهوري بند 126 ص 24، الصدة بند 137 ص 154 عبد الودود يحيى ص 67..
(2) السنهوري المرجع السابق، الصدة ص 155 – يحيى ص 68..

79 - **ملاحظتنا على هذا النّص:** ونلاحظ أن النص يستلزم أن الشخص المتوفّى يكون له خط وإمضاء فلا يكفي أن يكون له خط فقط كما إذا كان هو الذي حرر العقد العرفي أو إمضاء فقط كما إذا كان شاهدًا أو كفيلًا بل يجب أن يجتمع خط المتوفى وإمضاؤه في المحرر العرفي وعلى ذلك فإذا كان للشخص المتوفى خط فقط فإن الورقة العرفية لا يثبت تاريخها بتاريخ وفاة صاحب الخط وكذلك الحكم إذا كان للمتوفى إمضاء فقط في العقد العرفي ونحن لا نعلم الحكمة من اشتراط اجتماع الخط والإمضاء للمتوفى في المحرر وكذلك اقتصار التوقيع على المحرر بالإمضاء دون طرق التوقيع الأخرى وهي الختم والبصمة لكي تأخذ الورقة العرفية تاريخا ثابتًا بل نرى أن أي أثر معترف من الآثار السابقة يكفي لكي تأخذ الورقة العرفية تاريخًا ثابتًا هو تاريخ وفاة صاحب هذا الأثر.

كما نرى أيضًا أنه إذا أصاب صاحب الخط أو التوقيع عجز جسماني يمنعه من الكتابة فإن تاريخ العجز يكون ثابتًا للمحرر العرفي كما إذا تم قطع يد صاحب الخط أو التوقيع أو أصابته بشلل يستحيل معه الكتابة.

80 - **تعديل نص المادة** 328.**م جزائري - رأي خاص:** وبناء على ملاحظتنا التي أوردناها فإننا نرى تعديل الفقرة الثالثة آنفة الذكر من المادة 328 لتصبح كما يلي:

(من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم او بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه).[1]

(1) ويلاحظ أنه إذا كان العقد العرفي من الأوراق التي يشترط فيها التوقيع فلا يكفي مجرد وجود خط =

81 - **مدى الأثر الذي يترتب على ثبوت التاريخ:** يتضح مما تقدم أن ثبوت تاريخ الورقة العرفية بإسناده إلى واقعة قاطعة في صدور ورقة يجعل التاريخ الثابت للورقة هو تاريخ هذه الواقعة وهو الذي يعتد به في الاحتجاج على الغير. وغالبًا إن لم يكن دائمًا يكون تاريخ الورقة الحقيقي سابقا على تاريخها الثابت.

غير أن هذا التاريخ الحقيقي لا يعتد به إلا بالنسبة إلى العاقد أو النائب عنه أو خلفه العام.[1]

وقد يحدث أن تكون هناك واقعتان متتاليتين تكسب كل منهما الورقة تاريخًا ثابتًا وفي هذه الحالة فإن الواقعة الأولى هي التي يعتد به ومثال ذلك إثبات تاريخ ورقة في مكتب التوثيق بعد وفاة من أصدرها فيكون تاريخ الوفاة هو المعوّل عليها كتاريخ ثابت للورقة.[2]

وإذا حدث تنازع بين ورقتين ثبت لهما تاريخ واحد كأن يكون من أصدرها قد مات فإن دلالة تاريخ كلا منهما شاهد دلالة تاريخ الأخرى وتكون

= للمتوفى عليها إذا كان التوقيع قد تم من غير صاحب الخط إذ يحتمل أن يعهد إلى شخص في كتابة ورقة عرفية فيكتبها ولكنها تبقى مشروعًا دون توقيع إلى أن يتوفى الكاتب او يصيبه عجز جسماني، ثم يوقع ذوو الشأن الورقة بعد وفاته أو بعد إصابته بالعجز الجسماني، فلا تكون الورقة ثابتة التاريخ من يوم الوفاة أو من يوم العجز الجسماني

(1) الصدة ص 157.

(2) الصدة الموضع السابق.

الأفضلية لمن يثبت أسبقية ورقته. ومثال ذلك أن يبيع شخص منقولات مرتين بعقدين لشخصين مختلفين دون تسليمه لأي منهما ثم يموت فيكون تاريخ الوفاة تاريخ ثابتًا لكل من العقدين وفي هذه الحالة يكون المنقول للمشتري الذي يثبت أن البيع حصل له أولاً. وإذا قام تنازع بين وقتين تم إثبات تاريخهما في يوم واحد ويتحقق ذلك عن طريق ثبوت التاريخ بالقيد في السجل وعينت ساعة القيد أو أعطيت الورقتين رقمين متسلسلين فالورقة الأسبق في الساعة أو في الرقم المتسلسل هي التي يفضل صاحبها[1].

82 - **حجية صور المحرّرات العرفية:** صورة الورقة هي بصفة عامة عبارة عن نسخة حرفية تنقل عن أصل هذه الورقة وتكون خلوا من التوقيع.

وإذا كان القانون يعطى لصور الأوراق الرسمية حجية في الإثبات طبقا لما سبق بيانه فعلة ذلك أن أصول هذه الأوراق قد توافر لها من الرسمية على يد ضابط عام مختص ما يبعث على الثقة في صحتها وأن صور هذه الأوراق يحررها أيضا موظف عام موثوق به.

أما الأوراق العرفية فإن حجيتها في الإثبات تقوم على توقيعها من ذوي الشأن متى لم ينكروا نسبتها إليهم وليس هناك ضمان يكفل عدم تزوير أصول هذه الأوراق كما أن الصورة نسخة تنقل من أصل الورقة العرفية وتكون خالية من التوقيعات ومن ثم فلا تكون لها حجية ما في الإثبات.

(1)الصدة ص 158، السنهوري ص 246.

ويتضح أيضا أن الأوراق العرفية التي لا تحمل توقيعات وتعتبر من الأدلة الكتابية كدفاتر التجار والاوراق المنزلية وتأشير الدائن على سند الدين لا يكون لصورها أية حجية.

الخلاصة أن صورة الورقة العرفية لا حجية لها في الإثبات [1]ولو كمبدأ ثبوت بالكتابة[2]. وعلى هذا الأساس رفضت محكمة الموضوع في إحدى القضايا الأخذ بصورة شمسية لعقد عرفي لم يسجل لأن العقد الأصلي لم يقدم وأقرتها محكمة النقض المصرية على ذلك إذ قضت بأن القانون لا يوجب على القاضي أن يعتد في الدعوى بورقة هذه حالتها فلا يكون الحكم إذا استبعدها قد خالف القانون[3]. ولكن إذا كانت صورة الورقة العرفية مكتوبة بخط المدين فإنها تصلح لأن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة.[4]

83 - **الورقة العرفية ليست سندًا تنفيذيا:** الورقة العرفية على خلاف الورقة الرسمية ليست سندا تنفيذيا فلا يمكن التنفيذ بمقتضاها جبرا على المدين، بل يتعين استصدار حكم على أساسها وهذا الحكم هو الذي ينفذ[5].

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (إذا كان الطاعنون قد استندوا في دفاعهم إلى صورة فوتوغرافية من عقد، فلا تثريب على المحكمة إن هي التفتت عن هذه الورقة (نقض مدني، جلسة 1978/1/24، مج المكتب الفني السنة 29، ص 280)).

(2) السنهوري بند 127 ص 246..

(3) نقض مدني مصري في 1948/4/29، المحاماة 29 - 394- 210 كما قضت أيضا بأنه إذا كان الحكم لم يعتمد في إثبات صورية عقد البيع محل الدعوى على شهادة من واقع دفتر التصديق على التوقيعات بل اطلعت المحكمة على كتابة مدونة في الدفتر المذكور بها للمقر وقع به أمام الكاتب المختص فإنه يكون قد اعتمد على سند كتابي صالح للاحتجاج به على الموقع وعلى خلفائه لا على صورة لمحرر عرفي مجردة من أية قيمة في الإثبات (نقض مدني في أول ديسمبر 1949، مج أحكام محكمة النقض 1 - 48 - 13)

(4) الصدة ص 159، عبد الودود يحيى لندبه 3 ص 69. (5) الصدة ص 160..

الفرع الثاني

الأوراق العرفية غير المعدّة للإثبات

84 - **تعداد هذه الأوراق:** الأوراق العرفية التي لم تعد مقدما للإثبات أربعة أنواع. وهذه الأوراق يغلب عليها أن لا تكون موقعة ولهذا تتفاوت قوتها في الإثبات فتارة تكون أدلة كاملة وتارة وأخرى تكون أقل من ذلك بحسب عناصر الإثبات وقد نصّ القانون على هذه المحرّرات وهي:

1 - الرسائل والبرقيات

2 - دفاتر التجار

3 - الدفاتر والأوراق المنزلية

4 - التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمّة المدين.

وسنتكلم في كل نوع من هذه الأوراق فيما يلي:

أوّلا: الرسائل والبرقيات:

85 - **الرسائـــل:** نصت المادة 1/329ق مدني جزائري على أنه (تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات).

للرسائل أهميتها في الإثبات خصوصا فيما يتعلق بالمعاملات التجارية فهي وإن كانت أوراقًا لم تعد مقدما للإثبات إلا أنها تتضمن شرطي الكتابة والتوقيع

وبذلك تستوفي شروط الورقة العرفية وتكون لها قيمة هذه الورقة في الإثبات كما جاء في النص. وإذا كانت الرسالة خالية من التوقيع فيمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت بخط من يحتج عليه بها. والمرسل إليه يعتبر مالكا للرسالة فيستطيع الاحتجاج بها على مرسلها. غير أنه إذا كان بالرسالة سرا للمرسل، فيمتنع على المرسل إليه تقديمها إلى القضاء، وإذا فعل فيحق للمرسل أن يطلب استبعادها، وله الحق أيضا في مطالبة المرسل إليه بتعويض[1].

وبالنسبة للغير، فإنه لا يستطيع التمسك بالرسالة دون إذن المرسل إليه إذا كانت تتضمن إقرارا يفيده.

ويلاحظ أن تمسك الغير بالرسالة مشروط بعدم إفشاء ما تتضمنه من أسرار إلا إذا أذن مرسلها بذلك.

وإذا كان حصول الغير على الرسالة بطريق غير مشروع كالسرقة مثلا فيسقط حقه في التمسك بها أمام القضاء وللمرسل إليه الحق في طلب استعادها وعلى القاضي إجابته إلى طلبه ولو كانت الرسالة لا تتضمن أي سر[2].

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (الحرمة والسرية التي كفلتها المادة 45 من الدستور (المصري) للمحرّرات البريدية أنما تنصرف إلى ترك الرسائل حال وجودها لدى هيئة البريد، أما بعد وصولها وتسليمها للمرسل إليه، فإنه يحق له وللغير الاسناد إليها والاستدلال بها إلا إذا إنطوت على أسرار حظر القانون أو المرسل إفشاؤها (نقض 1980/5/26 طعن رقم 763 سنة 43 قضائية)).

(2) صدة بند 148 بلانيول وريبير وجابولد بند 1504..

86 - (2) **البرقيات**: جعل القانون كذلك للبرقيات قيمة الورقة العرفية في الإثبات فنصت الفقرة الثانية من المادة 329 على أنه (وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك) وتقول الفقرة الثالثة من نفس المادة (وإذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس)، فالبرقية لها قيمة الورقة العرفية في الإثبات ولو أن المرسل إليه لا يتسلم أصل البرقية بل فقط صورة منها - والأصل يكون محفوظا في مكتب التصدير لمدة معينة تختلف باختلاف البرقية إذا كانت داخلية أم خارجية.

وقد افترض القانون أن البرقية (مطابقة لأصلها) حتى يقوم الدليل على عكس ذلك لأن موظف مكتب البرق ليست له مصلحة في تغير مضمون الأصل إنما يجوز لذي المصلحة إثبات عدم مطابقة الصورة للأصل الذي يطلب إلى الجهة المختصة لتقديمه ليقوم بالمضاهاة.

وحجية البرقية في الإثبات رهينة بوجود الأصل الموقع عليه في مكتب التصدير.

أما إذا أعدم أصل البرقية بعد فوات المدة المحددة أو أصبح غير موجود لأي سبب كان فلا يكون للصورة حجية في الإثبات ولا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس لأن تلك الحجية ترجع إلى الأصل الموقع عليه من المرسل.

87 - **ثانيا: دفاتر التجار**[1]: تنص المادة 330م. جزائري 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 إثباته بالبينة).

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

نتبين من هذا النص أن دفاتر التاجر تكون دائما حجة عليه كما أنها قد تكون له في بعض الأحوال.

88 - (1) **دفاتر التاجر حجة عليه:** تكون دفاتر التاجر حجة عليه سواء أكان خصمه تاجرا أو غير تاجر وسواء أكان النزاع مدنيا أو تجاريا ذلك أن دفتر التاجر هو بمثابة إقرار منه مكتوب والتاجر إما أن يكون قد كتبه بخطه أو بإملائه أو في القليل كتب الدفتر بإشرافه وتحت رقابته فهو صادر منه على كل حال.

واعتبار الدفتر حجة على التاجر صاحبه اختباري للمحكمة فلها أن تأخذ به كما يجوز لها أن تطرحه وفقًا لاقتناع القاضي بقوة الدليل.

(1) انظر السنهوري بنود 136 - 142 ص 266 - ص282 الصدة بنود 151 - 155 ص 171 ص 180، عبد الودود يحيى بند 40 ص - 73 ص 75.

وإذا رأى القاضي أن يأخذ بالدليل المستخلص من الدفتر فلصاحب الدفتر ولو كان دفتره منتظما أن يثبت عكس ما ورد فيه وذلك بجميع طرق الإثبات حتى بالشهود أو بالقرائن.

واعتبار دفاتر التاجر بمثابة إقرار منه يوجب تطبيق القواعد المتعلقة بالإقرارات في هذا الشأن خاصة قاعدة عدم تجزئة الإقرار متى كانت الدفاتر منتظمة لذلك فلا يجوز لخصم التاجر أن يستخلص منها دليلا لنفسه ويستبعد منها ما كان منها مناقضا لدعواه أي ما يضره. فإما أن يعتمد على الدفتر بكليته أو ينبذه بجملته. فإذا أثبت في الدفتر مثلا أن التاجر صاحبه تسلم بضاعة معينة ودفع ثمنها فلا يجوز للبائع أن يتمسك ببيان تسلم البضاعة ويستبعد منه ما يتعلق بدفع الثمن. أما إذا كانت الدفاتر غير منتظمة فللقاضي أن يقرر مضمونها دون التقيد بقاعدة عدم تجزئة الإقرار فيجوز للتاجر في المثل الذي ضربناه، التمسك بتسلم البضاعة ويستبعد دفع الثمن وإن كان القاضي غير مقيد بتمسكه.

89 - (2) **دفاتر التجار قد تكون حجة له:** الأصل أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع دليلا لنفسه غير أن القانون خرج عن هذه القاعدة فجعل دفاتر التاجر تكون حجة له في حالتين:

الحالة الأولى: في الدعاوى التجارية بين تاجر وتاجر.

الحالة الثانية: في دعوى التاجر على غير التاجر بالنسبة إلى البيانات الواردة في دفتر التاجر عما ورده لغير التاجر.

90 - **الحالة الأولى: في الدعاوى التجارية بين تاجر وتاجر:** إذا كان الخصم تاجرًا فيجوز للقضاة إذا كانت الدفاتر التجارية مستوفية للشروط المقررة قانونا أن يأخذ بما ورد فيها لصالح التاجر ضد أحد خصومه من التجار وحتى تكون الدفاتر حجة يأخذ بها القاضي يجب أن تكون منتظمة. والأخذ بالدفتر حجة للتاجر جوازي للقاضي كما أسلفنا وله تقدير الدليل المستمد منه. ويلاحظ أن هذا استثناء من القاعدة التي لا تجيز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه. والحكمة من هذا الاستثناء أن العملية المتنازع عليها تجارية فهي مقيدة بتفصيلاتها في دفتر كل من الخصمين فتذكر في دفتر أحدهما بوصفها حقا وفي دفتر الآخر باعتبارها دينا عليه.

وإذا اختلفت دفاتر الخصمين وكانت دفاتر أحدهما منتظمة ودفاتر الآخر غير منتظمة فالغالب أن تأخذ المحكمة بما جاء في الدفاتر المنتظمة.

91 - **الحالة الثانية: في الدعاوى المدنية:** القاعدة العامة في دعوى التاجر ضد غير التاجر أن دفاتر التاجر لا تكون حجة له وقد قررت هذا الحكم الفقرة الأولى من المادة 330.م جزائري بقولها (دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار).

إلاّ أن هذه الفقرة بعد أن نصت على هذه القاعدة أضافت (غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة).

وهذا الاستفتاء مقصور على البيانات الواردة في دفتر التاجر عما ورده التاجر لعملائه غير التجار فدفتر التاجر يكون حجة على هؤلاء في حدود معينة وذلك بشروط ثلاثة:

الشرط الأول: أن يكون محل الالتزام سلعًا وردها التاجر لغير التاجر كصاحب مخبز أو جزار يورد اللحم.

الشرط الثاني: أن لا تزيد قيمة الالتزام عن 100.000 دج مائة ألف دينار جزائري لأن الإثبات بالشهود في مواجهة غير التاجر لا يجوز إلا فيما لا تجاوز قيمته هذا المبلغ.

الشرط الثالث: يتعلق بقوة الدفتر في الإثبات فليس هذا الدفتر دليلا كاملا ولذلك يتعين على القاضي متى قرر قبول البيانات المدوّنة في الدفتر استكمال دلالتها بتوجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه لأي من الطرفين.

ويلاحظ أن الأخذ بهذا الدليل جوازي للقاضي ولذلك لا يلزم أن تكون دفاتر التاجر منتظمة كما يستطيع الخصم أن ينقض الدليل المستمد من هذه الدفاتر ويكفي في هذا النقض الشهود والقرائن. بل أن للقاضي أن يستنبط من القرائن في نقض هذا الدليل ما يكتفي معه بتوجيه اليمين المتممة إلى غير التاجر لا إلى التاجر لتنفيذ الدليل لا لتأييده.[1]

(1) السنهوري بند 144 ص 282،283.

92 - **تقديم الدفاتر التجارية والإطلاع عليها:** يجوز للمحكمة في جميع الدعاوى أن تأمر بتقديم الدفاتر لتستخرج منه بنفسها أو عن طريق خبير تنتدبه البيانات المتعلقة بالخصومة ولا يكون ذلك إلاّ في المنازعات التجارية وفي مواد الأموال المشاعة والتركات وقسمة الشركات وفي حالة الإفلاس. ويجوز للخصم أن يطلب إلى المحكمة أن تأمر بالإطلاع على دفاتر خصمه التاجر أو بتقديمها.

والإطلاع على الدفاتر communication des livres مقصود به أن يوصل التاجر الدفاتر إلى خصمه ليتمكن من الإطلاع في جميع ما تحتويه من بيانات. وذلك بإيداعها قلم كتاب المحكمة أو بتوصيلها مباشرة إلى الخصم ولخطورة هذا الأمر فإن المحكمة لا تأمر بذلك إلاّ في الحالات التي حددها القانون على سبيل الحصر. والمقصود بتقديم الدفاتر Représentation des livres يكون فقط بعرضها على المحكمة أو على خبير تنتدبه المحكمة كما سبق القول للوقوف على البيانات المتعلقة بموضوع النزاع دون بقية المحتويات ويكون في المواد التجارية والمدنية على السواء.

والمحكمة ليست ملزمة بإجابة الخصم إذا طلب الأمر بالإطلاع على دفاتر خصمه أو بتقديمها فلها أن تجيب هذا الطلب إذا رأت من ورائه ما يفيد النزاع ولها أن ترفضه إذا وجدت في الدعوى أدلة تغني عن الدفاتر.

وتطبيقًا لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الاستدلال على التاجر بدفاتره ليس حقًا مقررًا لخصم التاجر. يجب على المحكمة إجابته إذا ما طلبه فهو أمر جوازي للمحكمة إذا شاءت أجابته إليه ولو شاءت أطرحته[1].

وإذا امتنع التاجر عن تقديم دفاتره بعد أن أمرته المحكمة بذلك أو لم يتيسر الإطلاع عليها جاز لها أن تأخذ بأقوال خصمه في هذا الشأن.[2]

93 - **ثالثًا: الدفاتر والأوراق المنزلية:** تنص المادة 331.م. جزائري على أنه (لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين):

- 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 حقًا لمصلحته.

94 - **المقصود بالأوراق والدفاتر المنزلية**[3]: هي المحرّرات الخاصة التي اعتاد غير التجار من الناس التدوين فيها شئونهم الخاصة المالية والمنزلية ومثلها دفاتر الحساب المنزلي والمذكرات.

(1)نقض مدني في 16/5/ 1935مج القواعد القانونية: ج1 ص 776 رقم 264 كما قضت محكمة النقض المصرية أيضا بأنه (إذا أجاز القانون إلزام الخصم بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده، فإن الفصل في هذا الطلب باعتباره متعلقا بأوجه الإثبات متروك لقاضي الموضوع فله أن يرفضه إذا تبين له عدم جديته (نقض مدني في 1952/12/11 مج أحكام محكمة النقض 4 - 183- 29))

(2) الصدة ص 180.

(3) أوبري ورو، ج 12 بند 758 ص 367 وما بعدها - بلانيول وريبير وبولانجي ج2 بند 2237 وما بعدها - مجموعة juris classeur تعليقات على المادة 1331 مدني فرنسي - السنهوري بند 143 ص 283 وما بعدها، الصدة بند 156 ص 181 وما بعدها - يحيى بند 41 ص 75 وما بعدها.

وطبيعي أن آحاد الناس لا يلزم عرفًا أو قانونًا بتدوين معاملتهم المختلفة في دفاتر أو أوراق على عكس التجار وإذا كان من غير المستساغ اعتبار هذه الأوراق والدفاتر طريقا من طرق الإثبات، خاصة أنها لا تحمل توقيع الشخص وعدم تقيده بشكل خاص في التدوين، إلاّ أن القانون جعلها حجة في حالتين على سبيل الحصر:

1 – إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا إذ يعتبر هذا بمثابة إقرار منه ولا يعقل أن يدوّن الشخص هذا في أوراقه الخاصة دون أن يكون الوفاء قد تم فعلا.

2 – إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دوّن في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقًا لمصلحته وهذه حالة نادرة الوقوع لأن الشخص إذا قصد أن تقوم هذه الأوراق مقام السند فإنه سيوقع عليها وفي هذه الحالة ستكون الورقة الموقعة دليلًا كتابيا ولاحاجة إلى الاستناد إلى هذا النص الاستثنائي.

ولا يشترط أن تحمل الأوراق توقيع صاحبها أو تكون مكتوبة بخطه، بل يكفي أن تكون تحت إشرافه وبموافقته. ولكن لابد أن يذكر صاحب الأوراق أنه قد استوفى الدين إذا كان دائنا أو أنه قصد أن يعترف بدين عليه لا يوجد به سند في يد الدائن، وأن هذه الأوراق تقوم مقام هذا السند غير الموجود.

هذا وقد يكون ما دون في الأوراق الرسمية المنزلية قرينة قضائية على صحة ادعاء الدائن كما لو كان طبيبًا قد اعتاد أن يدون في مذكراته الخاصة بانتظام زياراته للمرضى ولو فيما يجاوز نصاب البينة لقيام المانع الأدبي.

والقرينة هنا قرينة قضائية قد يؤخذ بها أو لا يؤخذ وهي قابلة لإثبات العكس[1] ويجوز للخصم أن يقبل برضاه الاحتكام إلى ما دوّنه خصمه من مذكرات وأوراقه المنزلية.

وإذا كان القانون قد اعتبر الأوراق المنزلية حجة على صاحبها في الحالتين المنصوص عليهما، واعتبارها بمثابة إقرار صادر من صاحبها لذا فإن هذه الحجية قابلة لإثبات العكس بالكتابة أو ما يقوم مقامها أو البينة أو القرائن لذا فلا تطبق قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة لأن الدفاتر والأوراق المنزلية ليست أوراقا عرفية كاملة فلا تطبق عليها هذه القاعدة[2].

ويلاحظ أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم الدفاتر والأوراق المنزلية إلا إذا كانت مشتركة بين الخصمين كما إذا كانت متعلقة بشركة أو بتركة وإذا كان قد سبق لصاحب الأوراق أن قدمها من تلقاء نفسه إلى المحكمة.[3]

95 - **رابعا التأشير على السند**[4]: نصت المادة 332.م. جزائري على أنه (التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الداءن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعا منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته

(1) السنهوري بند 145 ص 286.
(2) الصدة ص 187.
(3) الصدة بند 160 ص 187.
(4) السنهوري بنود 147 – 157 ص 290 – 309 ، الصدة بنود 161 – 166 ص 188 – ص 195. والمراجع المشار إليها في هذا المرجع عبد الودود يحي بند 42 ص 77 – ص 80..

وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع مات يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى أو في مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين).

يتضمن النص حجية تأشير الدائن على سند الدين أو المخالصة في إبراء ذمة المدين وهنا فرق بين الحالتين، الأولى يظل سند الدين فيها بيد الدائن ولم يخرج من حيازته[1] والحالة الثانية يكون سند الدين بيد المدين وفي الحالتين يكون التأشير قرينة بسيطة على الوفاء.

ويلاحظ أن النص لم يشترط أي شكل في التأشير فقد يكون في ذيل الورقة أو على هامشها أو في ظهرها وتوقيع الدائن لا يشترط وكذلك بيان تاريخ التحرير.

96 - **سند الدين في يد الدائن:** من البديهي أن يكون التأشير مكتوبًا في سند الدين ذاته وإلا لم تقم قرينة الوفاء. أما الشرط الجوهري لتوافر حجية تأشير الدائن بما يستفاد منه براءة ذمة المدين وقوته في الإثبات فهو وجوب بقاء السند في حيازة الدائن وعدم خروجه من حيازته مطلقًا ولا يشترط كتابة التأشير بخط الدائن إذ المفروض أنه كتب بإملائه أو بموافقته. وإذا إدعى الدائن خروج السند من حيازته فعليه عبء إثبات ذلك.

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن التأثير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعًا منه ما دام لم يكن التأشير موقعًا منه ما دام لم يخرج قط من حيازته والتأشير المشطوب يبقى حافظا لحجيته في الإثبات وتقوم به قرينة الوفاء على الرغم الشطب إلّا إذا نقضها الدّائن بإثبات عدم حصول الوفاء وأن الشطب كان بسبب مشروع) نقض 1965/3/29 سنة 6 ص 405.

والتأشير يعتبر قرينة قانونية بسيطة على براءة ذمة المدين ولذا يمكن للدائن إثبات عكسها كما إذا أثبت أن السند خرج من حيازته في وقت من الأوقات أو أن التأشير صدر منه عن غلط كما إذا كتب التأشير مقدمًا في انتظار وفاء لم يتم.

والدائن يستطيع ذلك بكل طرق الإثبات بما في ذلك الشهود والقرائن لأن التأشير غير الموقع لا يعتبر دليلا كتابيا كاملاً تجب الكتابة في إثبات ما يخالفها.

وإذا وجد التأشير على السند مشطوبًا فالرأي الغالب في الفقه أنه يترتب على الشطب زوال قيمة التأشير بينما يرى آخرون أن تبقى للتأشير المطلوب حجته طالما يظل مقروءًا[1].

على أننا نفضل الرأي القائل بتقدير القاضي ليعطي للتأشير حجيته أو ليجرده من هذه الحجية تبعًا لظروف الحالة المعروضة أمامه[2].

97 - **سند الدين في حيازة المدين:** الفرض هنا أن التأشير صدر من الدائن على نسخة أصلية أخرى من السند أو على المخالصة تكون تحت يد المدين ويفترض أن التأشير بغير توقيع الدائن إذ لو كان موقعًا لم يعد قرينة على الوفاء بل دليلاً كاملاً عليه طبق للقواعد.

(1) جميل الشرقاوي مذكرات في الإثبات ص 70 - سليمان مرقص الموجز ص 109 عبد الودود يحيى ص 79...

(2) الصدة ص 192، يحيى: الموضع السابق.

ويشترط لحجية التأشير في هذه الحالة الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يكون التأشير بخط الدائن ذلك أن النسخة أو المخالصة التي تحمل التأشير تكون في حيازة المدين ومن السهل أن يستكتب هذا الأخير شخصا آخر ما يفيد براءة ذمته.

الشرط الثاني: أن يكون هذا التأشير على نسخة أصلية أخرى من سند الدين.

الشرط الثالث: أن تكون المخالصة أو النسخة الأصلية الأخرى المؤشر عليها بالبراءة في حيازة المدين أو تحت يده أو تحت يد شخص يحتفظ بها لحسابه كوكيل أو مودع لديه.

فإذا توافرت هذه الشروط كان التأشير حجة على الدائن ويستطيع هذا الأخير أن ينقض هذه الحجية بكل طرق الإثبات كما في الحالة السابقة وهي نقض حجية التأشير على سند الدين الموجود تحت يد الدائن.

وإذا كان التأشير الذي على السند أو المخالصة مشطوبًا فإن التأشير يفقد دلالته – وهذا على خلاف الحالة السابقة – إذ أن الورقة المؤشر عليها بالشطب تحت يد المدين وهو لا يسمح بشطب التأشير الدال على البراءة إلا إذا كان الوفاء لم يتم فعلاً.[1]

(1) عبد الودود يحيى ص 80.

المبحث الثاني

الحالات التي يجب فيها الكتابة للإثبات[1]

98 - **مجال التطبيق:** ذكرنا فيما سبق أن الوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات لأن طبيعتها لا تقبل استلزام نوع معين من الأدلة فإن الأصل في إثبات التصرفات القانونية أن يكون بالكتابة لأن طبيعتها تسمح بأن تستلزم الإرادة التشريعية الدليل الكتابي في إثباتها[2]

فإذا أردنا تحديد الحالات التي تجب فيها الكتابة للإثبات انصرف بحثنا إلى التصرفات القانونية إذ أنها هي التي تستخدم الكتابة في إثباتها وعلى ذلك نخرج الوقائع المادية عن نطاق هذا البحث.

99 - **تعداد هذه الحالات:** لم يتطلب القانون الكتابة في جميع التصرفات القانونية وإلا كان في ذلك كثير من العنت وعليه لا تجب الكتابة إلاّ إذا زادت قيمة التصرفات على حد معين قدرته الإرادة التشريعية الجزائرية بمائة ألف دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة (المادة 333.م. جزائري) (عدلت بالقانون رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005) وقد لا تزيد قيمة التصرف على

(1) راجع: الصدة بنود 167 – 183 من 196 – ص - 196 ص 228 – عبد الودود يحيى بنود 43 - 48 من ص 80 - ص 86.

(2) راجع فيما سبق بندي 13، 14 من هذا المؤلف.

مائة ألف دينار جزائري ومع ذلك يحرص ذوو الشأن على كتابته. وفي هذه الحالة أوجب القانون الكتابة لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي حتى ولو لم تزد قيمة التصرف على مائة ألف دينار جزائري.

نخلص ما سبق أن حالات وجوب الكتابة للإثبات هي:

1 – إذا زادت قيمة التصرف على مائة ألف دينار جزائري.

2 – التصرف غير محدد القيمة.

3 – ما يخالف الثابت بالكتابة.

ويضاف إلى الحالات السابقة حالات أخرى يتطلب فيها القانون لإثبات بعض التصرفات دون اعتبار لقيمتها كما في اختيار الموطن الخاص (م 39.م. جزائري) وعقد الشركة (م 418) والصلح [1]وعقد الكفالة (م 645. م.ج) وعقد الرهن الرسمي (م. 883.م.ج) إلاّ أن دراسة إثبات هذه التصرفات تكون بمناسبة دراستها. وعلى ذلك سنقتصر على بحث القاعدتين الأساسيتين في هذا الموضوع وهما:

(1) لم ينص القانون المدني الجزائري صراحة على وجوب الكتابة في عقد الصلح (المواد 459 – 466) غير أن هذا الوجوب يتضح من نص المادة 464 حيث تنص على أنه (يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيرا ضيقًا أيا كانت تلك العبارات) والعبارات لا تكون إلا في الكتابة حتى يرجع إليها في التفسير، كما يتضح من نص المادة 466 حيث تقول (الصلح لا يتجزأ.. على أن هذا الحكم لا يسري إذا تبين من عبارات العقد أو من قرائن الأحوال أن المتعاقدين قد اتفقا على أنّ أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض فعبارات العقد تدل على أن العقد يكون مكتوبًا)

الأولى: وجوب الكتابة في إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مائة ألف دينار جزائري.

الثانية: وجوب الكتابة في إثبات ما يخالف أو ما يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي.

المطلب الأول

وجوب الكتابة في إثبات ما تجاوز قيمته مائة ألف دينار

100 - **القاعدة وشروطها:** تنص المادة 333 في فقرتها الأولى على أنه (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) (معدل بالمادة 48 من القانون 5 – 10 مؤرخ في 20 يونيو 2005).

ويتبين من هذا النص أنه يجب لتطبيق هذه القاعدة أن يتوافر شرطان:

الشرط الأول: أن يكون هناك تصرف قانوني مدني.

الشرط الثاني: أن تزيد قيمة هذا التصرف على 100.000 دينار جزائري أو أن يكون غير محدد القيمة.

101 - (1) **محل الإثبات تصرف قانوني:** رأينا أن المادة 333.م.ج تقصر وجوب الإثبات بالكتابة فيما تجاوز قيمته مائة ألف دينار جزائري على

التصرفات القانونية ويستوي أن تكون هذه التصرفات عقودًا كالبيع [1] والإيجار أو تكون التصرفات بإرادة منفردة كالإقرار وإجازة العقد القابل للإبطال والنزول عن الحق في الشفعة.

وقد قضت المحاكم في مصر بأن الكتابة تجب في إثبات الإقرار غير القضائي بما تزيد قيمته عن المبلغ المحدد للإثبات بالكتابة واعتماد حساب بمبلغ يزيد على هذا النصاب.[2]

ويلاحظ أن بعض التصرفات التي تتم بإرادة منفردة قد تستنتج من أفعال يقوم بها الشخص صاحب التصرف كالإجازة الضمنية للعقد القابل للإبطال، إذ أنه يمكن استخلاص ذلك من أفعال يقوم بها من له الحق في الإبطال، بحيث تفيد نزوله عن التمسك به. ومثال ذلك أن يقوم المتعاقد الذي وقع في غلط بتنفيذ العقد بعد أن تكشف له هذا الغلط أو بتصرف القاصر بعد بلوغه سن الرشد في العين التي اشتراها حين كان قاصرًا. ففي هذه الحالات يجوز إثبات هذه الإجازة بكل طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن.

(1) طعن أحد المتعاقدين في عقد البيع المكتوب بأنه يستر وصية طعن بالصورية النسبية عدم إثباته إلا بالكتابة خلافًا لحالة الوارث ذلك أن الوارث لا يستمد حقه من المورث وإنما من القانون مباشرة (نقض 1982/3/28 طعن رقم 300 لسنة 49 قضائية) عقد نقض مصري.

(2) انظر هذه الأحكام في الصدة ص (200) الحاشية.

وكما تنطبق القاعدة في الدعاوي المدنية فإنها تنطبق أيضًا في الدعاوي الجنائية ما دام ما يراد إثباته هو تصرف قانوني فإذا كنا بصدد جريمة خيانة أمانة فإن الكتابة تكون واجبة في إثبات عقد الوديعة أو الوكالة الذي تقوم عليه هذه الجريمة إذا كانت قيمة الشيء المبدد تزيد على مائة ألف دينار جزائري. [1]

ويجب أخيرا لتطبيق هذه القاعدة أن يكون التصرف مدنيًا لأن القانون يجيز إثبات الأعمال التجارية بكل طرق الإثبات أيًا كانت قيمة التصرف[2].

102 - (2) **قيمة التصرف**: لايكفي أن نكون بصدد قانوني لكي تكون الكتابة واجبة في إثباته بل يستلزم القانون أن تزيد قيمة هذا التصرف على مائة ألف دينار جزائري. وقد رأت الإرادة التشريعية الجزائرية أنه يجوز الإثبات بالشهود إذا لم تجاوز قيمة التصرف حدود هذا النصاب فعلة ذلك أن اشتراط الكتابة فيما تقل قيمته عن هذا الحد قد يكون سببا في [3]تعطيل المعاملات خاصة بين من لا يعرفون القراءة والكتابة.

(1) في المعني: الصدة ص 201عبد الودود يحيى ص 82.

(2) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كان التصرف حاصلا بين شخصين وكان بالنسبة لأحدهما مدنيا وبالنسبة للآخر تجاريا فإن قواعد الإثبات في المواد المدنية هي التي تتبع على من كان التصرف مدنيا بالنسبة له، فلا تجوز مجاجة الدائن إلا طبقا لقواعد الإثبات المدنية إذا كان التصرف بالنسبة له تصرفا مدنيا ولو كان بالنسبة للمدين تصرفا تجاريا (نقض 1982/12/23 طعن رقم 354 لسنة 49 قضائية).

(3) في المعنى الصدة بند 171 ص 203- يحيى ص 83 هذا وقد كانت قيمة التصرف القانوني الذي يجب إثباته بالكتابة في القانون المدني الجزائري الذي صدر في 26 سبتمبر 1975 تزيد قيمته على ألف دينار جزائري، وقد رأت الإرادة التشريعية الجزائرية أخيرًا رفع هذا النصاب بسبب هبوط قيمة النقد فرفعت النصاب إلى مائة ألف دينار بالقانون رقم 05- 10 المؤرخ في 2005/6/20.

والتصرف غير المحدد القيمة يأخذ حكم التصرف الذي تجاوز قيمته مائة ألف دينار جزائري فيجب إثباته بالكتابة وذلك لأن الأصل في الإثبات يكون بالكتابة والاستثناء هو جواز الإثبات بالشهود فإذا ما وجدت حالة من الحالات التي لا يمكن أن نردها إلى تلك الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهود فإنه يتعين الأخذ بما يقتضيه الأصل. ومثال ذلك الإلتزام بتقديم حساب لا يعرف رصيده أو الإلتزام بعدم البناء.

103 - (3) **طريقة تقدير التصرف**[1]: يقصد بقيمة التصرف في هذا الخصوص المصلحة التي يمثلها الأساس القانوني للنزاع. فإذا كانت هذه المصلحة تزيد قيمتها على مائة ألف دينار جزائري كانت الكتابة واجبة في الإثبات.

فالعبرة إذًا ليست بمقدار ما هو مطلوب بل بقيمة الحق الذي يثور بحثه في القضية. وبمعنى آخر قيمة ما ينشأ عن هذا التصرف من حقوق.

فإذا كان محل الإلتزام هو دفع مبلغ من النقود كان من اليسير تقدير قيمة التصرف.

أما إذا كان محل التصرف غير مقدر بالنقود فإن القاضي يقدر قيمته مستعينا في ذلك بأهل الخبرة.

والعبرة في تقدير هذه القيمة بوقت صدور التصرف (الفقرة الثانية من المادة 333) بقولها (ويقدر الإلتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف) فإذا كانت

(1) الصدة بند 172 ص 203 – ص 205 عبد الودود يحيى ص 83.

قيمة التصرف في وقت صدوره تزيد على مائة ألف دينار جزائري كانت الكتابة واجبة في إثباته حتى ولو كان المطالب به وقت رفع الدعوى يقل عن هذه القيمة وعلى العكس إذا كانت قيمة التصرف وقت صدوره لا تزيد على مائة ألف دينار جزائري جاز الإثبات بالشهود حتى لو زادت هذه القيمة وقت المطالبة على هذا القدر بسبب إضافة الملحقات إلى الأصل وقد نصت على هذا الفقرة الثانية من المادة 333.م.جزائري بقولها (ويجوز الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الإلتزام على 100.000 دينار جزائري لم تأت إلاّ من ضمّ الملحقات إلى الأصل) (معدلة بالقانون رقم 10/5 مؤرخ في 20 يونيو عام 2005) فملحقات الدين جميعها لا تدخل في تقدير قيمة التصرف تستوي في ذلك الملحقات المعروفة وقت انعقاد التصرف كالشرط الجزائي عن التأخير في الوفاء والملحقات التي لم تعرف عند الانعقاد كالتعويض عن عدم الوفاء أو عن التأخر فيه.

104 - **تجزئة الدين**: يترتب على القول أن العبرة بقيمة التصرف وقت نشوئه أنه إذا كان حق الدائن تجاوز قيمة نصاب الشهادة ولكنه يطالب بجزء منه لا يزيد على هذا النصاب فإنه لا يجوز له إثبات هذا الجزء بالشهود وإلا لأمكن له أن يُجزّىء الدّين كي يصل إلى إثبات الدّين كلّه بالشهود فيتخلص بذلك من الإثبات بالكتابة.

ويستوي أن يكون ما يطالب به الدّائن هو جزء من أجزاء متعدّدة أو يكون هو الجزء الأخير من الدّين فالحكم واحد في الحالتين.

وقد نصت على ذلك المادة 334.م. جزائري [1]في فقرتها الثانية بقولها أنه لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة عن مائة ألف دينار جزائري ((إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزءًا من حق لا يجوز إثباته إلاّ بالكتابة)) فإذا كان هناك دين قدره ((200.000.د. جزائري)) يدفع على أقساط كل قسط قيمته 50.000 ألف دينار جزائري وطالب الدائن بأحد الأقساط فلا يجوز له إثبات ما يدّعيه إلا بالكتابة حتى ولو كان ما يطالب به هو القسط الأخير الباقي له من هذا الدَّين. وإذا توفي دائن بدين تزيد قيمته عن مائة ألف دينار جزائري واختص كل وارث من ورثته بما لا يجاوز هذا النصاب وجب على كل منهما عند المطالبة بنصيبه أن يثبت دعواه بالكتابة.

وإذا طالب دائن بدين تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري وإذا توفي دائن وسلم له المدين (المدعى عليه) بجزء من هذا الدين وأنكر الجزء الآخر، فإنه يجب على الدائن إثبات هذا الجزء المنكور بالكتابة حتى لو كان في حدود نصاب الإثبات بالشهود وإذا كان حق الدائن يزيد عن 100.000 دينار.ج وتعدد مدينوه بدون تضامن منهم فلا يستطيع إثبات نصيب أحدهم إلا بالكتابة حتى لو كان هذا النصيب لا يجاوز نصاب الإثبات بالشهود.

(1) معدلة بالقانون رقم 05 - 10مؤرخ في 2005/6/20

105 - **تخفيض الطلب**[1]: إذا طالب الدائن في دعواه بما يجاوز نصاب الإثبات بالشهود (تزيد على مائة ألف دينار جزائري) ثم خفض طلبه إلى ماهو في حدود هذا النصاب حتى يتمكن من إثبات دعواه بالشهادة فلا يجوز له هذا الإثبات. وقد أوردت المادة 3/334.م.جزائري قرينة ضد الدائن في هذه الحالة فقالت بعد ((لا جوز الإثبات بالشهود)) (إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري ثم عدل عن طلبه إلى ما يزيد على هذه القيمة) ويلاحظ أن هذه القرينة لا تقوم إلا في حالة المطالبة القضائية. فإذا طالب الدّائن مَدينَهُ وِدِيًّا بما يزيد على 100.000. د جزائري ثم رفع دعواه بعد ذلك مطالبًا بما لا يزيد على هذه القيمة فإنه يستطيع أن يثبت حقه بشهادة الشهود.

106 - **تعدد الالتزامات بين الخصوم أنفسهم**[2]: سبق القول أن العبرة بقيمة التصرف هي بوقت نشوئه ويترتب على ذلك أنه إذا تعددت الالتزامات بين شخصين وكان كل التزام منها مستقلا في نشأته عن الآخر أي كانت ناشئة عن مصادر متعددة فإن هذه الالتزامات لا تجمع عند المطالبة لمعرفة ما إذا كانت الكتابة واجبة أم لا، بل يجب النظر إلى كل منهم على حدة فما لا يتجاوز قيمته 100.000 د.ج جاز إثباته بشهادة الشهود حتى لو كانت مجموع هذه الالتزامات تزيد على مائة ألف دينار جزائري. وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 333/ ج على ذلك بقولها (وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على مائة

(1) الصدة بند 175 ص 209.
(2) الصدة بند 176 ص 209.

ألف دينار جزاري ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته على مائة ألف دينار جزائري).

وعلى ذلك إذا طالب الدَّائن مَدِينه بثلاثة مبالغ ناشئة عن عقد قرض وعقد بيع وعقد إيجار فإنه يستطيع أن يثبت كل من هذه المبالغ الثلاثة بشهادة الشهود إذا كانت قيمة كل منها لا تزيد على مائة ألف دينار جزائري حتى لو زادت مجموع هذه الدُّيون على هذه القيمة. وكذلك الحكم إذا كانت التصرفات من طبيعة واحدة ولكنها تمت في أوقات مختلفة كبيع ساعة ذهبية بعشرين ألف دينار جزائري، وسيارة بثمانين ألف دينار جزائري ومجوهرات بسبعين ألف دينار جزائري إذ يستطيع الدائن في هذه الحالة أن يثبت بشهادة الشهود كل تصرف على حدة رغم أن مجموع ما يطالب به يزيد على 100.000 د.ج ولكن إذا بيعت هذه الأشياء كصفقة واحدة ففي هذه الحالة نكون بصدد تصرف قانوني واحد تزيد قيمته على 100.000 د.ج وبالتالي يجب على الدائن إثباته بالكتابة.

ويلاحظ أنه إذا جزأ الخصم ما يطالب به سواء كان ذلك في دعوى واحدة أو دعاوى متتالية مُدّعِيا أن كل جزء قد نشأ عن مصدر مستقل كي يصل إلى إثبات كل جزء بالشهود ويفلت من قاعدة الإثبات بالكتابة فإن القاضي إذا بان له ذلك يستطيع بناء على طلب الخصم أن يرفض السماح بالإثبات بالشهود وهذا ما تقضي به القواعد العامة.

107 - **إثبات الوفاء**[1]: يعتبر الوفاء تصرفا قانونيا[2] مستقلاً عن الإلتزام الذي حصل الوفاء به فالعبرة بمقدار ما يؤديه الموفي والغرض من تمسكه بالوفاء هو إثبات براءة ذمة المدين. وقد طبق القانون هذه القاعدة على الوفاء بدفعات متعددة كما طبقها على الالتزامات المتعددة فنصت نهاية الفقرة الثالثة للمادة 333.م.جزائري على أنه (وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته على مائة ألف.د.ج).

فإذا تم الوفاء بِدَينٍ على دفعات متعددة فإنه يجوز إثبات كل وفاء لا تزيد قيمته على مائة ألف دينار بالشهود ولو كان أصل الدَّين تجاوز هذه القيمة وكل وفاء جزئي آخر تصرف قانوني مستقل عن السابق وعن اللاحق.

فإذا أُريد إثبات جملة من الوفاءات الجزئية كل منها لا تزيد قيمته على 100.000د.ج وإن كان مجموعها يزيد على هذه القيمة - جاز إثبات أي منها بالشهود كما رأينا في إثبات الطلبات المتعددة الناشئة عن مصادر متعددة ولو كان منشئها تصرفات من طبيعة واحدة بين الخصوم أنفسهم ومن ثم يتميز إثبات الدين عن إثبات وفاءه.

وخلاصة القول أن الدَّين لا تجوز تجزئته لإثبات كل جزء لا يزيد على مائة ألف دينار. ج بالشهود ما دام الدين في مجموعه يزيد على 100.000 دينار وإثبات كل وفاء جزئي بالشهود.

(1) الصدة بند 177 ص 211 - ص 213، السنهوري بند 198 ص 389، 390.
(2) (70) راجع في الوفاء مؤلفنا أحكام الالتزام - دار الكتاب الحديث طبعة 2004.م بند 320 ص 305 وما بعدها.

وبعبارة أخرى أن الوفاء إذا تمسك به المدين لإثبات براءة ذمته نظرنا إلى المقدار الذي حصل الوفاء به وإذا تمسك به الدائن لإثبات أمر آخر نظرنا فيه إلى قيمة ما يترتب ثبوته على ثبوت الوفاء به[1].

المطلب الثاني

وجوب الكتابة في إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة

108 - **القاعدة وشروطها:** نصت المادة 1/334.م.ج على هذه القاعدة فقالت (لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة على مائة ألف دينار جزائري فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي)[2].

109 - **ملاحظتنا على النص:** وقبل دراسة هذا النص نلاحظ عليه أنه أورد عبارة (عقد رسمي) وقد سبق لنا دراسة العقد الرسمي (المحرر الرسمي) وهو ما يحرّره موظف عام مختص وقصر النص على المحرر الرسمي يخرج الأوراق العرفية والرسائل الموقع عليها من حكم النص مع أن هذه الأوراق ثابتة بالكتابة أيضًا وقد يفهم من ذلك أنه يمكن إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة في

(1) كما إذا أراد الدائن أن يدلل بالوفاء على إجازة المدين قابل للإبطال أو انقطاع تقادم الحق الذي له كانت العبرة بقيمة هذا الحق أو ذلك العقد فإذا كانت تجاوز مائة ألف دينار جزائري وجبت الكتابة في الإثبات حتى لو كان ما أدّاه المدين لا يجاوز النصاب (أو بري ورو ج 12 بند 762 ص 315 وحاشية 13 – مجموعة juris classeur– ص 5 بند 31)

(2) هذه المادة عُدّلت بالقانون 05 – 10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005م.

محرر عرفي بالشهود ونحن من جانبنا نستبعد ذلك ونرى تطبيق النص على العقد العرفي (المحرر العرفي) والرسائل الموقع عليها بطريق القياس.

110 - **رأي خاص - تعديل النص:** وبناء على ملاحظتنا السابقة نرى تعديل النص حتى يشمل كل دليل كتابي سواء كان في محرر رسمي أو محرر عرفي فيصبح النص في فقرته الأولى كما يلي:

(لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة على مائة ألف دينار جزائري فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه (دليل كتابي)).

111 - **شروط تطبيق القاعدة:** يتضح من النص أن الكتابة واجبة إذن في إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها[1] ويتبين من النص أنه يجب توافر ثلاثة شروط:

1 – أن يوجد عقد رسمي.

2 – أن يكون العقد الرسمي مثبتًا لتصرف مدني.

(1) قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه (من المقرر قانونا أنه لا يجوز الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون العقد الرسمي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أنه تمّ إثبات عكس ما تضمنه العقد الرسمي بمجرد إشهاد، فإن قضاة الموضوع بقضائهم كذلك خرقوا القانون. ومن القواعد المقررة قانونا أن الجزائي يوقف المدني ومن ثم فإن جهة الاستئناف التي فصلت في الدعوى المدنية بالرغم من وجود دعوى تزوير فرعية أمام القضاء الجزائري تكون قد أساءت تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه)
قرار رقم 63320 بتاريخ 1989/12/22 المجلة القضائية السنة 1994/ العدد 31 الصفحة (21).
وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (طلب) إحالة الدعوى إلى التحقيق ولإثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي، غير جائز طالما تمسك الخصم الآخر بعدم جواز الإثبات بالبينة)
نقض مدني، جلسة 1978/1/24 مج المكتب الفني السنة (29) ص 279.

3 – أن يكون المراد إثباته يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة ونعرض فيما يلي هذه الشروط.

112 - **الشرط الأول:** أن يوجد عقد رسمي ونحن نرى أي دليل كتابي أخر ويشمل ذلك الأوراق التي تعتبر دليلًا كاملًا وهي الأوراق الرسمية (العقود الرسمية) والأوراق العرفية المعدة للإثبات والرسائل الموقع عليها [1]وقد رأينا أن القانون يعطي الرسائل المُوقَّعة قيمة الورقة العرفية للإثبات. وقد طبَّق القضاء الفرنسي القاعدة على الرسائل رغم أن ليس هناك نص بشأنها.

أما الدفاتر التجارية والدفاتر والأوراق المنزلية وتأشير الدائن على سند الدَّين أو نسخة منه أو مخالصة فلا تعتبر أدلة كاملة ولذلك لا تسري عليها القاعدة ففي هذه الحالات يجوز إثبات عكس ما هو مُدوَّن في هذه الأوراق بجميع طرق الإثبات.

113 - **الشرط الثاني:** أن تكون الكتابة مثبتة لتصرف مدني: يجب أن يكون التصرف الثابت بالكتابة تصرفا مدنيا فقد رأينا أن التصرفات التجارية لا تخضع لقاعدة وجوب الكتابة في إثبات ما تزيد قيمته على مائة ألف د.ج. وكذلك يكون الحكم بالنسبة إلى القاعدة التي توجب الكتابة في إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة فإذا كان التصرف التجاري ثابتا بالكتابة فإنه

(1) أوبري ورو ج12 البند 758 ص 271 في المتن وحتاشية – 12 بلانيول وريبر وجابولد ج7 بند 1528 الصدة بند 179ص 215 – السنهوري بند 201 ص 397.

يجوز مع ذلك إثبات ما يخالفه بالشهود غير أن هناك حالتين في المواد التجارية تسري فيهما هذه القاعدة بدون جدال[1].

الحالة الأولى: إذا كان التصرف التجاري قد أوجب القانون الكتابة في إثباته (المادة 324 مكرر 1).

الحالة الثانية: إذا اتفق الطرفان على أن يكون الإثبات بينهما بالكتابة[2] فيجب أن يكون التصرف الثابت تصرفا مدنيا لتطبيق هذه القاعدة حتى ولو كانت قيمته لا تزيد على مائة ألف دينار جزائري بل أن أهمية هذه القاعدة لا تظهر إلا في هذه الحالة إذ لو زادت قيمة التصرف على 100.000 دينار جزائري لطبقت القاعدة الأولى التي تقضي بوجوب الكتابة في إثبات ما تزيد قيمته على هذا النصاب.

114 - **الشرط الثالث:** أن يكون المراد إثباته يخالف أو يجاوز الكتابة.

ويشترط أخيرا لتطبيق هذه القاعدة أن يكون المراد إثباته يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة.

والمقصود بإثبات ما خالف الكتابة مناقضة المكتوب وبمعنى آخر تكذيبه كأن يكون هناك سند كتابي بقرض ويراد إثبات أن المبلغ المقترض يختلف في حقيقته

(1) نقض فرنسي عرائض في 6 فبراير 1928، دالوز 1928 – 1 – 149 وتعليق جابلود وفي هذا المعني أيضا دي باج، ج3 بند 876 – وانظر الصدة ص 215 حاشية (3).
(2) الصدة ص 216.

عن المقدار المذكور في السند. أو يكون هناك عقد بيع ذُكِرَ فيه أن الثمن قد تم دفعه ويراد إثبات أن الثمن لم يدفع وأن العقد في حقيقته هبة مستورة، لأن ذلك يعتبر إثباتا لما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي ومن ثم يجب إثباته بالكتابة.

وأما إثبات ما يجاوز الكتابة معناه الإضافة إلى ماهو مكتوب أو تعديل فيه.

وفيما يتعلق بتاريخ التصرف طبقت القاعدة إذا كان مدونا بالورقة [1]لأن إثبات التصرف تم من تاريخ آخر يعتبر إثباتا لما يخالف الكتابة ولا يمكن إثبات ذلك إلا بدليل كتابي.

أما إذا كانت الورقة خالية من التاريخ ويراد إثبات أنها دوُّنَتْ في تاريخ معين فيرى أغلب الفقه أنه يمكن ذلك بكافة طرق الإثبات ولا ضرورة لوجوب الكتابة بحجة أن ذلك يعتبر إثباتا لما يجاوز الكتابة[2].

وفيما يتعلق بتفسير نصوص التصرف، ذهب رأي في الفقه أن شهادة الشهود لا تجوز في إيضاح ما بها من غموض أو لأن ذلك يؤدي إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة ولكن الراجح والذي ذهب إليه أغلب الفقه وأخذ به

(1) أما إذا كانت الورقة رسمية (عقد رسمي) فالتاريخ فيها بيان رسمي يتطلبه القانون في تحريرها فإن تخلف كانت الورقة باطلة وإذا وجد التاريخ وأريد إثبات ما يخالفه فلا يجوز هذا إلا بطريق الادعاء بالتزوير.
(2) الصدة ص 219، يحيى ص 89.

القضاء هو أن البينة تجوز للإثبات في هذه الحالة لأن الغرض من هذا الإثبات هو الوقوف على المعنى الحقيقي للعبارات والبيانات المختلف عليها وليس في هذا ما ناقض المكتوب أو يجاوزه[1].

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن للمحكمة إجراء تحقيق لإزالة غموض العبارة الواردة في الورقة مادام هذا التحقيق يستلزمه التفسير الذي هو من شأن المحكمة [2](نقض مدني 5/23/ 1935مج القواعد القانونية ج1 ص 792 رقم 267).

وإذا كان المراد إثباته واقعة مستقلة لاحقة لنشوء التصرف وتؤدي إلى انقضاء الإلتزامات الناشئة عنه كالإبراء فإن إثبات هذه الواقعة لا يتقيَّد بقاعدة وجوب الكتابة في إثبات ما يخالف أو ما يجاوز الكتابة. وإذا كان إنقضاء الإلتزام قد تم بتنفيذ أعمال مادية كبناء منزل أو نقل بضاعة أو القيام بخدمة معينة فإن هذه الأعمال تثبت بشهادة الشهود والقرائن [3]ولو كانت قيمة الإلتزام تزيد على 100.000 دينار جزائري كذلك لا تنطبق هذه القاعدة إذا كان المطلوب إثباته عيبا من عيوب الرضا كغلط أو تدليس أو إكراه. إذًا في هذه

(1) أوبري وروج 12 بند 763 ص 33 بلانيول وريبر وجابولد ج 7 بند 1528 – نقض فرنسي عرائض في 1887/5/3 سيري 88 – 1 – 53 وانظر الصدة ص 220 وحاشية 3 في نفس الصفحة.
(2) قالت المحكمة في هذا (أنه إذا قدّم أحد الخصمين ورقة لإثبات أن الخصم الآخر هو الذي كان واضعا يده على الأطيان (أرض زراعية) ستة كذا فوجدت أن هذه الورقة غامضة العبارة فأجرت تحقيقا لإزالة الغموض ومعرفة حقيقة السنة المتنازع في وضع اليد فيها على الأطيان فإن هذا شأنها مادام يستلزمه التفسير).
(3) السنهوري بند 202ص 401.

الحالة لا يعتبر الإثبات إثباتا لما يخالف أو يجاوز الكتابة لأن الإثبات ينصب على وقائع مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق[1].

115- الاستثناءات التي ترد على القاعدتين السابقتين:

قدمنا الآن القاعدتين اللتين تحكمان الإثبات بالكتابة. فالكتابة تجب في الإثبات إذا زادت قيمة التصرف على مائة ألف دينار. أو كان غير محدد القيمة (المادة 333.م.ج) وقد استثنت الإرادة التشريعية الجزائرية حالات تكون فيها الكتابة واجبة بمقتضى إحدى هاتين القاعدتين وأجازت الإثبات فيها بالشهود والقرائن ونصت على ذلك في المادتين 335، 336. هذه الحالات هي وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ووجود مانع من الحصول على كتابة أو بفقد المدعي فيها سنده بقوة قاهرة. وثمة حالة أخرى لا تعتبر استثناء كهذه الحالات وإنما تجوز فيها الإثبات بالشهود والقرائن دائما وهي حالة الغش أو الاحتيال على القانون وسنعرض لهذه الحالات تفصيلا عند الكلام في الإثبات بالشهود.

116- **إثبات الصورية - تطبيق:** آثرنا أن نخص الصورية بالذكر لأنها تعتبر أهم الحالات العملية التي ينطبق عليها قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة. والصورية في تعريفنا هي إخفاء حقيقة معينة وراء مظهر قانوني كاذب [2]فإذا كان العقد الصوري ثابتا بالكتابة فعلى من يدّعي يصورية

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (مبدأ ثبوت بالكتابة أو قيام القرائن القوية على جدية الادعاء بوقوع احتيال على القانون أخفته الكتابة بقصد مخالفة قواعد آمرة، مؤداه جواز إثبات ما يخلف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي بالبينة والقرائن. (نقض في 3/28/ 1982طعن رقم 546 سنة 39 ق)).

(2) راجع في الصورية مؤلفنا أحكام الالتزام – دار الكتاب الحديث طبعة 2004 – بند 158 – 170، ص 157 – ص 167.

هذا العقد إثبات الصورية بالكتابة حتى لو كانت قيمة التصرف لا تزيد على مائة ألف دينار جزائري. وهذه الكتابة تكون عادة ورقة الضد contre lettre تكتب بين المتعاقدين لإثبات أن العقد الظاهر صوري وأنه يخالف الحقيقة.

فالصورية تثبت فيما بين المتعاقدين بالكتابة [1]والخلف العام يأخذ حكم المتعاقدين فإذا لم توجد ورقة الضد وهي الوثيقة التي يثبت فيها حقيقة التصرف فلا يمكن الإثبات في هذه الحالة إلا بإقرار الخصم نفسه أو بنكوله عن أداء اليمين[2].

على أن هناك حالات استثنائية يجوز فيها الإثبات بالشهود والقرائن فيما يجب إثباته بالكتابة. وعندئذ يجوز للمتعاقد إثبات الصورية بإحدى الطريقتين وهذه الحالات هي حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية وحالة مانع أدبي حال دون الحصول على الكتابة (ورقة الضد) وحالة فقد الورقة بعد الحصول عليها بسبب أجنبي. ففي الحالات المذكورة يجوز للمتعاقد إثبات الصورية بالشهود والقرائن ولو كان العقد الصوري مكتوبا وزادت قيمته على النصاب القانوني للشهود.

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (التمسك بأن عقد البيع يستر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ويقع على الطاعن – وارث البائعة) عبء إثبات هذه الصورية فإن عجز وجب الأخذ بظاهر العقد الذي يعد حجة عليه، نقض مدني – جلسة 1975/6/26 مجموعة أحكام النقض السنة 26 رقم 250، 1314.

(2) مؤلفنا السابق أحكام الالتزام بند 167 ص 163.

وإذا كانت القاعدة أن المتعاقد أو خلفه العام لا يستطيع إثبات صورية العقد المكتوب إلا بالكتابة فيما عدا الحالات الثلاثة التي ذكرناها إلا أنه يستثنى حالة ما إذا كان هدف الصورية التّحايل على القانون أو التهرب من الأحكام الآمرة لشروط التصرف الموضوعية التي تلزم لصحته أو لآثاره فعندئذ يجوز للمتعاقد أو لخلفه العام إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات.

ومثاله أن يكون سبب الدين قمارا ويكتب المتعاقدان أن سببه هو القرض أما بالنسبة للغير فلا تطبق قاعدة وجوب الكتابة في إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة وذلك لأن الغير لم يكن طرفا في التصرف الصوري وبالتالي لم يكن في وسعه الحصول على دليل كتابي ضد الصورية ولذلك يجوز له أن يثبتها بكل طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن.

ويقصد بالغير في نطاق الصورية (هو كل شخص لم يكن طرفا في التصرف الصوري وتكون له مصلحة تجعله يستفيد أو يضار من هذا التصرف [1]والغير هنا هم الدائنون العاديّون للمتعاقدين والخلف الخاص لهما والمعروف أن الخلف الخاص هو من انتقل إليه من أحد طرفي العقد حق خاص على مال معين بالذات، كمن اكتسب من أحد المتعاقدين ملكية العين موضوع التصرف أو كسب على تلك العين حقا عينيا آخر كانتفاع أو رهن مثلا سواء كان اكتسابه هذا الحق قبل التصرف الصوري أو بعده[2]. فمثلا إذا باع المدين مالاً وكان البيع صوريا كي

(1) الصدة ص 222.

(2) مؤلفنا السابق أحكام الالتزام ص 164، ص 165.

يمنع دائنيه من التنفيذ عليه فإن دائنيه يعتبرون من الغير بالنسبة لهذا التصرف ويستطيعون إثبات صوريتة بكل طرق الإثبات)[1]

وجدير بالذكر أن المحاكم تتحرز كثيرا من الاعتماد على الشهادة وحدها لإثبات الصورية حينما يكون هذا الإثبات جائزا فحينئذ تطلب في إثبات الصورية أن تؤيدها قرائن قوية[2] وكثيرا ما تكون هذه القرائن هي الدليل الوحيد على صورية التصرف[3].

وقد اعتبرت محكمة النقض المصرية عدم دفع ثمن المبيع وحرمان المشترين من وضع يدهما عليه ومنعهما من التصرف طوال حياة البائع وعدم إلزامهما بدفع الأموال الأميرية عن الأطيان موضوع العقد إلاّ بعد وفاة البائع قرائن على صورية عقد البيع وأن نية المتعاقدين انصرفت إلى الوصية[4].

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية (بأن شرط عدم خضوع أجرة الأماكن مفروشة للتحديد القانوني – أن لا يكون القصد منها التحايل على أحكام الأجرة القانونية، ولمحكمة الموضوع تقدير جدية أو صورية الفرش ويجوز إثبات الصورية بكل طرق الإثبات نقض مدني جلسة 2/8/ 1978مج المكتب الفني السنة 29 ص 408.)

(2) الصدة 227.

(3) وقد قضت محكمة النقض بأن المشتري يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة لمشتر آخر من نفس البائع له يزاحمه في الملكية، فإذا أقام الحكم قضاءه بصورية عقد المشتري الآخر على القرائن وحدها فإنه لا يكون قد خالف قواعد الإثبات (1950/10/26، مج أحكام النقض – 262 – 4).

(4) وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في مصر (وكانت المحاكم المختلطة تحكم إذا كان أحد طرفي الخصومة أجنبيا وتم إلغاء هذه المحاكم عام 1936 وأصبح الأجانب في مصر يخضعون في خصوماتهم للمحاكم الوطنية) بأن للدائن الحق في إثبات صورية التصرف بكافة الطرق القانونية بما فيها القرائن، وإنما يشترط لإثبات الصورية أن تكون القرائن قوية ومنتجة ومتعلقة بالصورية (1924/4/15، المحاماة 6 –189–144) كما قضت بأنه قد يكتفي بالقرائن لإثبات الصورية دون حاجة إلى سماع شهود (1938/4/12 – المحاماة 18 – 897 – 130).

كذلك اعتبرت محكمة استئناف مصر وضع يد البائع على العين المبيعة حتى وفاته قرينة على صورية البيع وأنه في حقيقته وصية[1].

والصورية مسألة واقعية يفصل في وجودها قاضي الموضوع لا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا ما دامت أسباب حكمه مؤدية إلى ما انتهي إليه[2].

الفصل الثاني

الإثبات بالشهود[3]

117 - **البينة - تعريف:** كان عنوان الفصل الثاني من الباب السادس من الكتاب الثاني من المجموعة المدنية الجزائرية (الإثبات بالبينة) وتم تعديله إلى الإثبات بالشهود وهو الأدق كما يتضح مما يلي:

فللبينة معنيان:[4]

1 – معنى عام وهو الدليل أيا كان أو قرائن فإذا قلنا (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) فنقصد هنا البينة بمعناها العام.

(1) استئناف مصر 3 -17 مارس 1936، المحاماة 8-759-461.

(2) الصدة ص 228.

(3) راجع في ذلك: السنهوري بنود 16 – 171 ص 311 – ص 328، الصدة بنود 184 – 217 ص 229 – ص 282، يحيى بنود 67 – 78 ص 113 – ص 129.

(4) السنهوري بند 160 ص 171.-

2 – معنى خاص وهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة – وقد كان هذا المعنى الخاص هو المقصود في المادة 333م. جزائري قبل تعديلها فكانت تنص على أنه (في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000 دينار جزائري.. فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه..) وكذلك في المواد التالية 334، 335، 336 فقد استبدلت شهادة الشهود بكلمة (البينة) وقد أحسنت الإرادة التشريعية الجزائرية بهذا التعديل (القانون رقم 5 – 10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 – المادة 48، 47).

وشهادة الشهود preuve par temoins ou preuve testimoniale يقصد بها إخبار الإنسان في مجلس القضاء بواقعة صدرت من غيره يترتب عليها حق لغيره.[1]

ويجب أن يكون الشاهد قد أدرك شخصيا بحواسه الواقعة التي يشهد بها بحيث يكون قد رآها أو سمعها بنفسه. وقد كانت لشهادة الشهود في الأزمنة القديمة أهمية كبيرة في نظرية الإثبات ولكنها قد صارت الآن بعد انتشار التعليم وتعقد العلاقات الاجتماعية بين الناس طريقا للإثبات ذا أهمية محدودة واحتلّت الكتابة المقام الأول بين الأدلة.

118 - **سلطة القاضي في تقدير شهادة الشهود:** وللقاضي إزاء الشهادة سلطة في تقدير الدليل ليست له حيال الكتابة. فبينما تثور كثيرا في الشهادة صفة

(1) فإن كان إخبار الإنسان بحق على نفسه لغيره كان إقرارًا، وإن كان بحق على غيره كان دعوى – انظر أحمد إبراهيم طرق القضاء في الشريعة الإسلامية بند 207، الصدة ص 229.

تعلق الوقائع بالدعوى ويتحتم على القاضي الفصل فيها مقدما فإن هذه الصفة لا تثور في العادة بشأن الكتابة ولا تعرض من ثم فيها لتقدير القاضي إلا نادرا.

وللقاضي حرية واسعة في تكوين اقتناعه بثبوت الوقائع بالشهادة فله أن يعتبر الواقعة المدعاة ثابتة اعتمادا على شهادة شخص واحد أو غير ثابتة ولو شهد بها شهود كثيرون.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (قاضي الموضوع هو وحده صاحب الحق في تقدير ما يقدم إليه في الدعوى من بيّنات.. فلا تثريب على المحكمة إذا هي طرحت شهادة الشهود في التحقيق الذي أمرت به لعدم اقتناعها بصدق أقوالهم)[1].

كما قضت بأن (ترجيح شهادة شاهد على شاهد آخر هو من إطلاقات قاضي الموضوع لا شأن فيه لغير ما يطمئن إليه وجدانه)[2].

وأن المحكمة (إذا ما أطرحت أقوال الشهود لعدم اطمئنانها إلى شهادتهم فلا شأن لمحكمة النقض بها فذلك من الأمور التي يستقل بها قاضي الموضوع لتعلقه بتقدير الدليل)[3].

(1) نقض مدني مصري 1947/4/24 مج القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الخمسة والعشرين عاما (من 1931 إلى 1950 ج1، ص1، رقم 201).
(2) نقض مدني مصري في 1953/4/23 – المرجع السابق ص 51 رقم 208.
(3) نقض مدني مصري 1951/12/26 – المرجع السابق ص 51 رقم 203 كما قضت بأن (ترجيح شهادة شاهد على شاهد آخر هو من إطلاقات قاضي الموضوع لا شأن فيه لغير ما يطمئن إليه وجدانه وليس يلزم أن يبين أسباب هذا الترجيح ما دام لم يخرج بأقوال الشاهد عما يؤدي إليه مدلولها) نقض مدني جلسة 1977/5/20 مجموعة المكتب الفني السنة 28، ص 718.

119 - **شهادة السماع والشهادة الباطلة:** رأينا أن الشاهد يجب أن يكون قد عرف شخصيا الواقعة التي يشهد بها وذلك بأن يكون قد رآها أو سمعها مباشرة ومن هذا كان الأصل أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يقطع به من جهة المعاينة أو السماع[1].

أما شهادة السماع وهي شهادة غير مباشرة، كأن يشهد الشخص بما سمع رواية عن الغير فلا تعتبر شهادة بالمعنى القانوني تكون لها حجية الشهادة وإن كان للمحكمة أن تستنير بها باعتبارها قرينة على صحة المدعى به.[2]

كذلك الحال بالنسبة إلى الشهادة الباطلة وهي التي لم تؤد وفقا للأوضاع والشروط التي يتطلبها القانون فهذه لا تعتبر شهادة بالمعنى القانوني ولكن يكون في وسع القاضي أن يخرج بقرينة تسندها وقائع الدعوى ومثل الشهادة الباطلة شهادة أدّيت بغير يمين[3].

120 - **تقسيم:** وضعت المادة 333 مدني جزائري القاعدة العامة في الإثبات بالشهود فطبقا لهذه المادة يتضح أن قوة الشهود في الإثبات ليست

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن القول بأن شهادة شاهد سماعية فهي غير مقبولة رغم أخذ المحكم الابتدائي بها، هذا القول لا يصح التمسك به أمام محكمة النقض ما لم يسبق التحدي به أمام محكمة الموضوع – نقض مدني في 29 مارس 1951 مج أحكام محكمة النقض 2 – 471– 186.
(2) وقد قضت محكمة النقض بأن (المستقر في قضاء محكمة النقض بأن الشهادة في اصطلاح الفقهاء هي إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير فخرج بذلك الإخبار الكاذب والإخبار الصادق في غير مجلس الحكم أو الخالي من ذكر الشهادة).
(3) الصدة ص 232.

مطلقة إلا في نطاق الوقائع المادية. أما في نطاق التصرفات المدنية فليست للشهادة سوى قوة محدودة في الإثبات.

وبناء على ما تقدم نُقَسِّمُ هذا الفصل إلى مبحثين، نُخصِّص الأول منهما لقوة الإثبات المطلقة بالشهود، ونكرس المبحث الثاني لقوة الإثبات المحدودة بالشهود.

المبحث الأول

في قوة الإثبات المطلقة بالشهود

121 - **قوة الإثبات المطلقة بالشهود - تعداد:** تقضي القاعدة التي نصت عليها المادة 333.م جزائري بأنه في غير المواد التجارية تجب الكتابة أو لا يجوز الإثبات بالشهود في إثبات التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على 100.000 د.ج أو يكون غير محدد القيمة ومن هذه القاعدة يخلص إلى أن للشهادة قوة إثبات مطلقة في التصرفات التجارية وفي نطاق الوقائع المادية وفي إثبات التصرفات المدنية التي لا تجاوز قيمتها مائة ألف دينار جزائري.

المطلب الأول

الوقائع المادية

122 - **إباحة إثبات الوقائع المادية بجميع الطرق:** يختلف نظام الإثبات تبعا للتفرقة بين الوقائع المادية والتصرفات القانونية[1].

فالتصرفات القانونية هي اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ويترتب هذا الأثر بالتعبير عن الإرادة.

ولذا استلزم القانون في القاعدة العامة أن يكون إثبات التعبير عن الإرادة بالكتابة إذ أن إعداد الدليل الكتابي وقت وقوع التصرف القانوني أمر ميسور.

أما الوقائع المادية سواء أكانت وقائع طبيعية أم أعمالا مادية فلا تسمح طبيعتها في أغلب الصور بإعداد دليل لإثباتها فيمكن إثباتها بكافة الطرق حتى بالشهادة أو القرائن لهذا رأينا نطاق القاعدة العامة التي نصت عليها المادة 333.م جزائري بشأن وجوب الإثبات بالكتابة أو عدم جواز الإثبات بالشهود محصورا في دائرة التصرفات القانونية ويتبين من هذا أن الوقائع المادية لا تعتبر استثناء يرد على هذه القاعدة لأن الأصل فيها هو جواز الإثبات بجميع الطرق.

(1) سبق أن قسمنا الوقائع القانونية إلى تصرفات قانونية ووقائع مادية أنظر فيما سبق بندي 13، 14.

فالإثبات بالشهود - يجوز بحسب الأصل في الوقائع المادية بصرف النظر عما يترتب على ثبوت الواقعة المادية من نتائج قانونية فالإجازة الضمنية لعقد قابل للإبطال والنزول عن حق الشفعة وكلاهما تصرف قانوني قد يستفادان من أعمال مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ومن بينها الشهادة.

وفي هذا الشأن يلاحظ أن الدليل يتوقف على ما يراد إثباته ولا يرتبط بنوع المسؤولية. فقد تكون هذه المسؤولية تعاقدية كما في الإلزام بالامتناع عن عمل معين ومع ذلك يجوز إثبات الإخلال بهذا الإلزام بالشهادة وقد تكون المسؤولية تقصيرية، أو جنائية كما في جريمة خيانة الأمانة ومع ذلك تجب الكتابة في إثبات عقد الوديعة الذي أسست عليه هذه الجريمة إذا زادت قيمة الشيء المودع على 100.000د. جزائري.

123 - **أهم أمثلة الوقائع المادية:** الوقائع المادية قد تكون طبيعية كالفيضان والزلزال والحريق والجنون والعته والسفه والغفلة ومرض الموت والولادة والوفاة. غير أنه استثناء من القاعدة جعلت الإرادة التشريعية الجزائرية إثبات الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك (المادة 26 م.جزائري)

وقد تكون الأعمال المادية من فعل الإنسان كالبناء والغراس والحيازة والاستيلاء. ومن ذلك أيضا أعمال الإنسان الضارة فيجوز للمضرور إثبات أركان المسؤولية التقصيرية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما بشهادة الشهود.

ومن الأعمال المادية أيضا عيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال وكذلك الأفعال التي يؤخذ منها التسلط على الإرادة وأيضا الأفعال التي تدل على علم شخص بواقعة معينة كعلم المدين بإعساره وعلم من تصرف له المدين بهذا الإعسار (في الدعوى البولصية) وعلم المتعاقد بسفه المتعاقد الآخر وعلم المشتري بأن العقار المبيع مملوكا للبائع.[1]

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن من الأعمال المادية الغضب والغش والاحتيال على القانون والربا والتزوير والحيازة وجواز إثباتها بالشهادة[2].

124 - **التمييز بين الواقعة المادية والتصرف القانوني في الأعمال المختلطة:** قد يكون العمل الذي يراد إثباته عملا مختلطا يجمع بين عنصرين أحدهما تصرف قانوني والآخر واقعة مادية. فعلينا في هذه الحالة أن نميّز بين هذين العنصرين فتسري قاعدة الإثبات بالكتابة على الأول منهما ويجوز إثبات الثاني بجميع الطرق ومنها الشهادة.

وهذه القاعدة تنطبق على الدعاوى المدنية والدعاوى الجنائية على السواء وقد سبق أن ذكرنا تطبيقا للعمل المختلط في جريمة خيانة الأمانة فيجب إثبات العقد بالكتابة إذا جاوزت قيمة التصرف 100.000د.ج أما واقعة الاختلاس فيمكن إثباتها بجميع الطرق ومنها شهادة الشهود.

(1) الصدة بند 191 ص 236.

(2) انظر هذه الأحكام في الصدة ص 237 وحواشي هذه الصفحة.

وكذلك الحال في إثبات الخطأ التعاقدي إذا كان هو الإخلال بالتزام بالامتناع عن عمل معين فالعقد يكون إثباته بالكتابة بينما واقعة الإخلال تثبت بجميع الطرق.

والحيازة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق إذا كان الحائز يريد إثبات الحيازة لنفسه لكن إذا كانت الحيازة بواسطة الغير، كما إذا كانت بواسطة مستأجر فيجوز إثبات واقعة الحيازة بجميع الطرق بينما يخضع إثبات عقد الإيجار لقاعدة الإثبات بالكتابة.

وأعمال الفضالة بالنسبة إلى الفضولي إذا كانت أعمالا مادية فيجوز إثباتها بالشهود وإذا كانت تصرفات قانونية فتخضع للإثبات بالكتابة.

فإذا قام الفضولي بترميم دار جاره بنفسه أو جنى محصول أرض جاره بنفسه فله إثبات ذلك بالشهود. أما إذا تعاقد مع الغير للقيام بهذه الأعمال فيجب إثبات العقد بالكتابة إذا جاوزت قيمته مائة ألف دينار جزائري. أما فيما يتعلق بالتزامات الفضولي فإن ربَّ العمل يمكنه أن يثبتها بالبينة[1]، سواء أكان ما قام به الفضولي عملا ماديا أوتصرفا قانونيًا، لأنه يعتبر في كلا الحالتين واقعة مادية بالنسبة إلى رب العمل.

(1) أوبري ورو، ج 12 البند 765 ص 367 مجموعة juris - classeur تعليقات على المادتين 1347، 1348 مدني فرنسي ص 19 بند 27.

وإذا قام شخص بوفاء ما ليس مستحقا عليه، وأراد أن يستردَّ ما أدَّاه فإن الكتابة تجب في إثبات هذا الوفاء إذا جاوزت قيمته مائة ألف دينار جزائري لأن الوفاء تصرف قانوني. أما إذا قام شخص بوفاء دين شخص آخر معتقدا أنه ملزم بأدائه وترتب على ذلك أن الدائن - وهو حسن النيّة - أعدم سند الدين فلا يحق للموفي أن يسترد ما أداه (م 146 مدني جزائري) ولا يحق له إلا الرجوع على المدين الحقيقي بالتعويض. وفي هذه الحالة يجوز للموفي أن يثبت بالشهود ليس واقعة الوفاء وإنما انشغال ذمة المين بالدين.[1]

والخلاصة أن للشهادة قوة مطلقة في إثبات الوقائع المادية فكما قدمنا كقاعدة عامة جواز إثبات الوقائع المادية بجميع طرق الإثبات ومنها الشهادة والقرائن.

(1) أوبري ورو - المرجع السابق ص 368 وحاشية 6 مجموعة juris classeur المرجع السابق ص 19 بند 26 - وانظر الصدة ص 239

المطلب الثاني

المـواد التجاريـة

125 - **الأصل في المواد التجارية الإثبات بالشهود:** بينما رأينا فيما سبق أن الأصل في المواد المدنية هو تقييد الإثبات فإننا نجد أن الأصل في المواد التجارية هو حرية الإثبات فيجوز فيها الإثبات بالشهود والقرائن[1] ولذلك أخرجت المادة 333م. جزائري المواد التجارية من نطاق حكمها.

فالشهادة تجوز في إثبات المسائل التجارية أيا كانت قيمة الالتزام سواء جاوزت قيمة التصرف مائة ألف دينار جزائري أو كان التصرف التجاري غير محدد القيمة بل يجوز كما سنرى في المواد التجارية إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة أو ما يجاوزها بالشهادة خلافا للقاعدة العامة. والحكمة في ذلك هي أن ما تستلزمه المعاملات التجارية من سرعة وبسلطة يتنافى مع اقتضاء الكتابة في الإثبات.

(1)وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا المعنى بأنه في الدعاوى التجارية يصح الأخذ بالقرائن والدفاتر التجارية وبالأقوال والأعمال التي يطمئن إليها قاضي الدّعوى فإذا فصل القاضي في دعوى الحساب المقامة من التاجر على أساس التصفية التي أجراها خبير الدعوى وفصل في حكمه الدلائل والقرائن التي استند إليها في اعتماده هذه التصفية، فلا تثريب عليه في ذلك ولا مخالفة فيه للقانون (نقض مدني في 1936/4/23 مج القواعد القانونية، ج10 ص 1150 رقم 353، وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بجواز إثبات العمل التجاري بين التجار بالشهود - استئناف مصرفي 1923/2/21 - المحاماة - 3 - 267 - 209).

فالتاجر تفرض عليه ظروفه إبرام عمليات كثيرة في وقت قصير وإلا تعذر عليه أن يحقّق الفائدة المرجوة من عمله ولهذا كان جواز الإثبات بالشهود في هذا النطاق أمرًا تقتضيه ظروف التجارة[1].

وقد يتطلب القانون الكتابة في إثبات بعض المواد التجارية إما لأنها لا يتصور وجودها بغير كتابة كالأوراق التجارية أو لأنها تستغرق وقتا طويلا وتنطوي على أهمية خاصة كما هي الحال في الشركات التجارية وعقود بيع السفن وإيجارها كما أنه يمكن الاتفاق على أن يكون إثبات المواد التجارية بالكتابة وهذا الاتفاق صحيح ويترتب عليه عدم جواز إثبات هذه التصرفات بالشهود.

126 - **العبرة في جواز الإثبات بالشهود بنوع التعامل وصفة الخصوم:** المرجع في تعيين الأعمال التجارية التي يجوز إثباتها بالشهود هو القانون التجاري فهو الذي يتكفل ببيان من هو التاجر وماهي الأعمال التجارية فإذا كان العمل بين تاجرين جاز لكل منهما الإثبات بالشهود مهما بلغت قيمة هذا الإلتزام.

أما إذا كان العمل التجاري مختلطا بأن كان تجاريا بالنسبة إلى أحد طرفيه ومدنيا بالنسبة إلى الطرف الآخر كبيع المزارع حاصلات أرضه لأحد التجار فتتبع القواعد التجارية في الإثبات في مواجهة من كان التصرف تجاريا بالنسبة إليه. فالمزارع يجوز له أن يثبت بالشهود تسلم التاجر الحاصلات مهما كانت قيمتها أما التاجر فيتبع القواعد المدنية في الإثبات في مواجهة المزارع. فلا يجوز له إثبات دفع الثمن

(1) في المعنى الصدة من ص 194 - ص 241، السنهوري بند 185 ص 349 يحيى بند 71 ص 117.

إلاّ بالكتابة إذا كان يزيد على مائة ألف دينار جزائري[1]. والعبرة في الإثبات بنوع التعامل وصفة الخصوم لا بنوع المحكمة المعروض عليها النزاع. فإذا طرح نزاع تجاري أمام محكمة مدنية اتبعت قواعد الإثبات التجارية، وإذا طرح نزاع مدني أمام محكمة تجارية اتبعت فيه قواعد الإثبات المدنية.

127 - **سلطة القاضي في قبول الإثبات بالشهود في المواد التجارية:** يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بالإثبات بالشهود في المواد التجارية فله أن يرفض الإثبات بها إذا رأى في خصوص الدعوى أنه غير مقبول كما إذا كان موضوع النزاع كبير القيمة أو جرت العادة بين التجّار على إثباته بالكتابة [2]إذ في هذه الحالات ومثيلاتها لا تطمئن نفوس القضاة إلى الاعتماد على الشهادة في الإثبات إذا كانت هي الدليل الوحيد في الدعوى وإنما يتطلب في الغالب مبدأ ثبوت بالكتابة [3].

(1) في المعنى السنهوري بند 186 ص 351 – الصدة بند 196 ص 243، عبد الودود يحيى ص 117.
(2) دي باج، ج2، بند 888 – وانظر الصدة ص 243 – وانظر السنهوري ص 350 حيث يقول في ذلك (..أن القاضي يقدّر ما إذا كان الإثبات بالبينة وبالقرائن مستساغا، ثم يقدر بعد ذلك، ما إذا كانت البينة أو القرائن المقدمة للإثبات كافية لإقناعه بصحة الواقعة المراد إثباتها أو غير كافية له إذن في المسائل التجارية أن يرفض الإثبات بالبينة وبالقرائن إذا رأى أن الإثبات بهما غير مستساغ فله أن يقدر أن هذا الإثبات لا بد من تعزيزه بالكتابة.. لاسيما إذا كانت التصرفات المراد إثباتها ذات قيمة كبيرة أو كانت مما يصعب ضبطها بغير كتابة).
(3) أوبري ورو ج12 – بند 763 ص 341 – الصدة الموضع السابق.

المطلب الثالث

التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على 100.000 د. جزائري

128- **القاعدة:** رأينا فيما سبق أن القاعدة العامة التي نصت عليها المادة 333م. جزائري لا تجيز الشهادة في إثبات التصرف المدني الذي تزيد قيمته على مائة ألف دينار جزائري أو يكون غير محدد القيمة وبذلك يخرج عن نطاق هذه القاعدة التصرفات المدنية التي لا تجاوز قيمتها هذا الحد وعليه فالتصرف القانوني المدني الذي لا تزيد قيمته على 100.000 مائة ألف دينار جزائري يجوز إثباته بالشهود، ويلاحظ ما سبق أن ذكرناه من أن الإرادة التشريعية الجزائرية قد تتطلب الكتابة لإثبات بعض التصرفات المدنية ولو لم تزد قيمتها على مائة ألف دينار جزائري كما هو الشأن في عقد الكفالة وعقد الصلح وكذلك ما ذكرناه بشأن القاعدة التي توجب الكتابة في إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة حتى ولو لم تزد قيمة التصرف على مائة ألف دينار جزائري.

المبحث الثاني

في قوة الإثبات المحدودة بالشهود

129 - **الحالات التي يجوز فيها الشهادة للإثبات استثناء:** بالإضافة إلى الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل توجد حالات أخرى يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود إستثناءً.

ومعنى جواز الإثبات بالشهود أننا بصدد حالات الأصل فيها وجوب الإثبات بالكتابة ولكن الإرادة التشريعية أجازت في حالات معينة الإثبات بالشهود استثناء وهذه الحالات نصت عليها المادتان 335، 336 م. جزائري وهي:

1 - وجود مبدأ ثبوت بالكتابة (م.335).

2 - وجود مانع مادي أو أدبي حال الحصول على دليل كتابي (م 1/336).

3 - فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي (م 336/ 2).

130 - **الفكرة العامة التي تسيطر على هذه الاستثناءات:** هذه الاستثناءات تسيطر عليها فكرتان مختلفتان. ونستطيع رد هذه الاستثناءات إلى طائفتين تبعا للفكرة التي أملت كل منهما.

الطائفة الأولى: حالات توجد فيها دليل كتابي أو ما في حكمه يجعل وجود المدعى به قريب الاحتمال فهنا يوجد دليل ناقص يجوز إكمال دلالته بالشهادة فهي ليست الدليل الوحيد في الدعوى وإنما تأتي لإكمال اقتناع القاضي.

أما الطائفة الثانية: فهي تشمل حالات معينة يمتنع على المدعي الحصول على كتابة أو أن يقدم كتابة للإثبات فنجد أن المانع يقوم من أول الأمر ويحول دون توفير الدليل المطلوب لاعتبارات مادية أو أدبية أو يقوم عند نظر النزاع ويحول دون تقديم الدليل بسبب فقد المدعي لسنده بعد الحصول عليه فتحل الشهادة محل الدليل الكتابي في هذه الحالات. وسنتناول هذه الحالات في مطالب ثلاثة.

المطلب الأول

مبدأ ثبوت بالكتابة [1]

131 - **القاعدة وشروطها:** تنص المادة 335م.ج 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 قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة [2].

(1) راجع في ذلك: السنهوري بند 206 -226 ص 413 - ص 446 الصدة: بنود 200 - 205، ص 247 - ص 260 - عبد الودود يحيى بندي 74، 75 ص 119 - ص 124 - انظر هنري مازو في الفكرة القانونية من مبدأ الثبوت بالكتابة المنصوص عليه في المادة 1347 من التقنين المدني الفرنسي رسالة من ليون 1921 - مانيول manuel - مبدأ الثبوت بالكتابة من جرينوبل سنة 1937 روجية برو roger perrot في مبدأ الثبوت بالكتابة في موسوعة دالوز في القانون المدني 1 ص 697 (encyclopedie dalloz droit civil) أوبري ورو ج 12 البند 764 ص 346 وما بعدها بودري لاكنتري وبارد، ج 1 بند 2582 وما بعدها دياج، ج 3 بند 890 وما بعدها، بلانيول وريبرو بولانجي ج2 بند 2272 وما بعدها.

(2) معدلة بالقانون رقم 05 - 10 مؤرخ في 2005/6/20.

وقد اعتبرت المحكمة العليا الجزائرية وجود بعض فاتورات المصوغ في حيازة الزوجة وهو دليل غير كامل على ملكيتها له يمكن إكماله بشهادة الشهود طبقًا للمادة المذكورة آنفا إذا قضت بأنه (أن النزاع القائم بين الزوج والزوجة حول المصوغ الذي عجزت عن إثبات ملكيته لها بالكتابة سوى حيازتها دون تشكيل دليل كامل لملكيتها له كله، فإنه يجوز حسمه بوسيلة إثبات أخرى كاليمين المتممة مادامت الفاتورات المذكورة تشكل لصالح الزوجة قرينة جديرة التعزيز بهذه الوسيلة إلى جانب المصوغات التي تنسب عادة، النظر إلى طبيعتها، إلى المرأة).

والقضاة الذين استبعدوا طلب الزوجة الرامي إلى تثبيت ادعائها بالشهود يكونوا قد خالفوا أحكام المادة 335 من ق.م الجزائري التي تجيز في مقتضياتها حسم النزاع بوسائل إثبات غير الكتابة مما يتعين معه نقض القرار[1].

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن مبدأ الثبوت بالكتابة له ما للكتابة من قوة في الإثبات متى أكمله الخصوم بشهادة الشهود أو القرائن. شروط اعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها ورقة مكتوبة أو صادرة من الخصم من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض تقديرها من جهة كونها تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال من مسائل الواقع مما تستقل به محكمة الموضوع. [2]

(1) قرار رقم 22117 بتاريخ 1982/5/19 المجلة القضائية السنة 1989 العدد 1 الصفحة 29.
(2) الطعن رقم 493 لسنة 49 قضائية جلسة في 1984/2/28.

ويتبين من هذا النص أنه إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة بالشروط التي سنفصلها جاز إثبات التصرف القانوني بالشهود أو القرائن أو بهما معا أي الشهادة والقرائن تأتى معزَّزة كدليل كتابي ناقص فتكمله.

ومبدأ الثبوت بالكتابة معززًا بالشهود أو بالقرائن، يكون دليلا كاملا في كل ما كان يجب إثباته بالكتابة فيكون دليلا كاملا على:

1 – تصرف قانوني تزيد قيمته على مائة ألف د.ج.

2 – ما يخالف الكتابة أو يجاوزها.

3 – تصرف قانوني اشترط القانون بنص خاص أن يكون إثباته بالكتابة كالصلح والكفالة ولكنّه لا يصلح دليلا على تصرف شكلي كالهبة والرهن الرسمي فهو لا يحل محل الشكل إذ أن الشكل ذاته ركن في التصرف.

والفقرة الثانية من المادة 335تعرف مبدأ الثبوت بالكتابة ويتبين منه أنه يجب توافر ثلاثة شروط:

1 – أن تكون هناك ورقة مكتوبة.

2 – أن تكون الورقة صادرة من المدعى عليه مكتوبة

3 – أن يكون من شأن الورقة أن تجعل المدعى به قريب الاحتمال.

131 - **الشرط الأول وجود ورقة مكتوبة:** يجب أولا لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة أن توجد كتابة ولا يلزم فيها أي شكل خاص فلا يشترط أن تكون رسالة للإثبات أو أن تكون موقعة أو مكتوبة بخط المدين، فقد تكون رسالة أو مذكرة شخصية أو أقوالاً وردت في محضر تحقيق أو دفتر أو سجل أو دفتر منزلي أو محضر جرد أو وردت في أسباب حكم أو مذكرة قدمت في دعوى. وقد يستخلص مبدأ ثبوت بالكتابة من عدة أوراق مجتمعة لا تكفي إحداهما لإقامته [1]وقد تكون بقايا سند متآكل أو ورقة رسمية مزورة. وإذا كانت أية كتابة تكفي فإنه يجب وجود كتابة في أي صورة. لذا فإن الأقوال الشفوية والأعمال المادية المحضة كإقامة بناء لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ولو كانت ثابتة بالشهود أو بالقرائن أو بالمعاينة.

ويجب أخيرًا أن تكون الورقة التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة مقدمة في الدعوى أو على الأقل معترفًا بوجودها ممن تنسب إليه.

فإن لم تكن كذلك فلا يستطيع من يتمسك بها أن يثبت وجودها بالشهود.

وإذا كان المدعي قد فقد الورقة فلا يجوز له أن يثبت سبق وجودها ومحتوياتها بالشهود مستفيدًا من حكم المادة 2/336 مدني جزائري لأن حكم

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (تقدير الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة، من جهة كونها تجعل وجود المدعي به قريب الاحتمال أو لا تجعله كذلك، وهو مما يستقل به قاضي الموضوع، ولا رقابة للمحكمة النقض عليه في ذلك متى أقام قضائه على استخلاص سائغ نقض مدني (جلسة 1977/5/10 مج المكتب الفني، س 28، ص 1168.))

هذه المادة لا ينصرف إلاّ إلى السند أي الدليل الكامل وهو حكم استثنائي لا يتوسع في تفسيره ولأن الميزة التي يعطيها هذا النص لا يستحقها إلاّ شخص لم يقصر في توفير الدليل المطلوب وليس هذا شأن من يستند إلى مبدأ ثبوت بالكتابة لكن إذا أقر المدعى عليه بسبق وجود الورقة فإن هذا الإقرار يقوم مقام الورقة المفقودة[1].

132 - **الشرط الثاني:** صدور الورقة من المدعى عليه: ويجب أن تكون الورقة صادرة من الخصم المدعى عليه بأن تكون موقعة منه أو مكتوبة بخطه بحيث يكفي التوقيع وحده أو الخط بمفرده لنسبة الورقة إليه حين تكون من صدوره ماديًا وتعتبر الورقة صادرة من الخصم كذلك إذا كانت تحمل توقيع نائب عنه أو كتبت بخط نائب عنه في حدود نيابته.

وقد يكون صدور الورقة من الخصم معنوياً - إذا لم يوقع عليها أو يكتبها بخطه - كما لو كان الخصم أمّيًا وثبت أنه أملى الورقة على غيره أو تمسك بمخالصة صادرة من خصمه مقرًا بما ورد فيها. وأساس اعتبار الورقة صادرة معنويا من الخصم هو تسليمه الصريح أو الضمني بما جاء فيها وهذا يعد واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق.

كما تعد الورقة الرسمية غير الموقع عليها من الخصم صادرة منه معنويًا إذا تضمنت أقوالاً له، كالإقرارات والبيانات التي ترد في أسباب حكم أو محاضر التحقيق أو محاضر الاستجواب من أقوال الخصم أو محاضر المعاينة فإنه ولو لم

(1) الصدة: ص 249.

يصل إلى درجة الإقرار يمكن أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت تجعل المدعى به قريب الاحتمال[1].

نلخص مما سبق أن الورقة تعتبر صادرة من المدعى عليه إذا كانت بخطه أو موقعة منه أو كانت بخط من يمثله أو موقعة منه، أو كانت رسمية ورد فيها قول له، فإن لم تكن كذلك فلا تعتبر صادرة منه حتى لو وجدت بين أوراقه ويلاحظ أنه إذا كانت هناك ورقة في حيازة المدعى عليه تملكها واستعملها بطريقة تفيد تسليمه بما جاء بها فإنها تعتبر كأنها صادرة منه حتى لو كانت من صنع غيره[2].

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (تمسك الخصم بورقة صادرة من خصمه باعتبار أنها تكون مبدأ ثبوت بالكتابة، طلبه إحالة المدعي للتحقيق، وجوب بحث المحكمة لهذه الورقة من جهة كونها تجعل الواقعة المدعي بها قريبة الاحتمال، إيراد الحكم في أسبابه أن الورقة لا تتضمن اعترافا بالواقعة – خطأ في القانون (نقض 1978/4/11 طعن رقم 153 سنة 45 ق)).

(2) دي باج بند 894 بلانيول وريبر وجابولد، بند 1533 – انظر مجموعة juris - classeur بالمرجع السابق ص 6 بند 47 و48. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الورقة التي توجد في حيازة المتهم يصح في القانون اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان قد بدا منه ما يدل على أنه قبلها أو استعملها أو تملكها إذ هي في هذه الحالة يصح اعتبارها صادرة منه وإن كانت غير محررة بخطه ولذلك فإنه إذا تمسك صاحب الشأن بأن الورقة التي ضبطت في دولاب المتهم يصح اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة فإنه يجب على المحكمة أن تتحدث عن ظروف وجود هذه الورقة عند المتهم وعن مبلغ اتصاله بها هل كان قد رآها واطلع عليها ووافق على ما جاء بها أو لا فإذا هي لم تفعل واكتفت في عدم الاعتداد بها كمبدأ ثبوت بالكتابة بقولها أنها ليست محررة بخطه فإنها تكون قد قصرت في الرد على دفاع الخصم (نقض في 28 يونيو 1943، المحاماة 26 – 244 – 85) وانظر كذلك تطبيقا آخر في حكم محكمة النقض الصادر في 5 يناير 1950 (المحاماة 30 – 987 – 442)

ويلاحظ أخيرًا أنه لكي تعتبر الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ألا ينكرها من يتمسك عليه بها أو يطعن فيها بالتزوير وفي هذه الحالة لا يُعتد بالورقة إلا إذا ثبت صحتها واعتبار الورقة صادرة من الخصم مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض (المحكمة العليا).

133 - **الشرط الثالث:** جعل المدعى به قريب الاحتمال: يجب أخيرًا لاعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة أن تتضمن ما يجعل الأمر المدعى به قريب الاحتمال وبمعنى آخر أن يكون من شأن الورقة أن تجعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الصحة ذلك أن جواز الإثبات بالبينة في هذه الحالة يفترض وجود دليل ناقص فإذا كانت الورقة تتضمن نفيا قاطعًا للواقعة المدعاة فلا يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة وقاضي الموضوع هو الذي يقدر بكامل حريته ما إذا كانت الورقة وفقا لعبارتها وظروف الدعوى تجعل المدعى به قريب الاحتمال دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض[1].

ومن أمثلة ذلك أن يكتب المدين إلى الدائن رسالة يشير فيها إلى دين في ذمته دون أن يذكر مقداره فتكون هذه الرسالة مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لهذا الدين بحيث يستطيع المدعي أن يثبت بالشهود والقرائن مقداره وشروطه، ومن ذلك أيضًا حضور الدائن محضر جرد التركة ومع ذلك لا يذكر الدين الذي له

(1) الصدة بند 203 ص 254، عبد الودود يحيى ص 22، السنهوري ص 436 وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (تقدير الورقة التي يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها تجعل الإثبات قريب الاحتمال أو لا تجعله هو اجتهاد في فهم الواقع يستقل به قاضي الموضوع) نقض مدني في 1950/3/30 مج أحكام النقض 1 – 583 – 96.

في المحضر ففي هذه الحالة يعتبر محضر جرد التركة مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للوفاء بهذا الدين إذ لو كان للدين باقيًا في ذمة المورث لتم إثباته في محضر جرد التركة وليس بلازم أن تدل الورقة بطريقة مباشرة على احتمال صدق المدعى به بل يمكن تحديد دلالة الورقة بطريقة الاستنباط. ومثال ذلك ورقة شطب الرهن فهي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة فيما يتعلق بالوفاء بالالتزام المضمون بالرهن لأنه يستنبط منها أن الدائن قد استوفي حقه.ومن ذلك أيضًا اعتبار المخالصة بجزء متأخر من الدين مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للوفاء بالأقساط السابقة.

134 - **حكم مبدأ الثبوت بالكتابة:** إذا توافرت الشروط الثلاثة التي رأيناها قام مبدأ الثبوت بالكتابة وجاز للقاضي أن يكمله بشهادة الشهود (م335).

وجواز الإثبات بالشهود هنا يعنى أن القاضي غير ملزم بأن يجيب المدعي إلى طلبه بالإثبات بالشهود كما هو الشأن في جميع الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهود بل للقاضي إجابة المدعي إلى طلبه إذا ما رأى ما يدعو إلى ذلك وله أن يرفض الطلب إذا وجد في ظروف الدعوى ما يمكنه من تكوين اقتناعه، ولكن في هذه الحالة يجب أن يبين في حكمه أسباب رفضه[1] ويلاحظ

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا المعنى بأنه متى كان الحكم الابتدائي قد قضى بإلزام الطاعن بمبلغ مقابل ثمن أطيان كلف ببيعها من مورث المطعون عليهم وكان الطاعن قد تمسك في دفاعه لدى محكمة الاستئناف بأنه أوفي ثمن هذه الأطيان للمورث المذكور مستندا إلى محضري صلح موقعا عليهما من المورث باعتبارهما ورقتين صادرتين من خصمه في تاريخ لاحق لتاريخ بيع الأطيان لم ينص فيهما على مديونيته للمورث بأي التزام لا بصفته الشخصية ولا بصفته وكيلا عنه، وأنهما يصلحان لأن يكونا مبدأ ثبوت بالكتابة يجعلان دفاعه بعدم مديونيته في ثمن الأطيان قريب الاحتمال، وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذا الدفاع، فإن الحكم المطعون فيه إذا أغفل الرد على هذا الطلب يكون =

أنه يجب أن يطلب المدعى الترخيص له بالإثبات بالشهود فليس للقاضي أن يرخص به من تلقاء نفسه وإنما يستطيع أن يعتبر الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة وأن يستكمل دلالتها بالقرائن القائمة في الدعوى لإكمال اقتناعه[1].

ولما كان مبدأ الثبوت بالكتابة دليلا ناقصًا تكمله الشهادة أو القرائن فإنه يجوز تكملته بالشهود والقرائن فالقاعدة التي توجب الكتابة في إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة لا تسرى هنا لأنها لا تنطبق إلا على الكتابة التي تعتبر دليلا كاملا[2].

ويلاحظ أخيرًا أن أثر مبدأ الثبوت بالكتابة يمتد إلى الخلف العام لكل من المدعي والمدعى عليه وكذلك الخلف الخاص لكل منهما في حدود ما ينتقل إليه من حقوق كما يمتد هذا الأثر أيضًا إلى الدائنين عند مباشرتهم للدعوى غير المباشرة [3]فيحتج عليهم بالورقة الصادرة من مدينهم.

135 - **نطاق تطبيق هذا الحكم:** إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة فإن الشهادة تجوز استثناء في إثبات ما تزيد قيمته على مائة ألف دينار جزائري بالكتابة أو بما يجاوزه. كذلك يجوز الشهود في إثبات التصرفات القانونية التي تتطلب الإرادة التشريعية الكتابة لإثباتها دون اعتبار لقيمة التصرف كعقد الكفالة وعقد الصلح لأن الإرادة التشريعية اعتبرت مبدأ الثبوت بالكتابة إذا أيدته الشهادة مساويًا

= قد عاره قصور مبطل له ومن ثم يتعين نقضه في هذا الخصوص (نقض مدني مصري في 9 أفريل 1959- مج أحكام محكمة النقض 4 - 848- 21).

(1) في المعنى: الصدة بند 204 ص 257، 258 - عبد الودود يحيى بند 75 ص 123.

(2) راجع ما قلناه في هذا المعنى بند 112 سابقًا.

(3) راجع في الدعوى غير المباشرة مؤلفنا أحكام الالتزام: بنود 114 - 130 ص 113 - ص 124

لأن الإرادة التشريعية اعتبرت مبدأ الثبوت بالكتابة إذا أيدته الشهادة مساويًا للكتابة الكاملة.

ولكن في التصرفات الشكلية حيث تكون الكتابة مشروطة للإنعقاد كما في الرهن الرسمي فلا يجوز الشهادة في الإثبات ولو وجد مبدأ ثبوت بالكتابة لأن الكتابة في هذه التصرفات لا تكون دليلا فحسب بل تعتبر ركنا من أركان التصرف فإن تخلفت فإن التصرف يكون منعدمًا.

المطلب الثاني

المانع من الحصول على دليل كتابي[1]

136 - **النص القانوني - الحكمة منه:** تنص المادة 1/336م.ج على أنه (يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي) ومؤدى هذا النص أنه إذا كانت هناك ظروف تحول دون حصول الشخص على دليل كتابي فإن الإثبات بالشهود يجوز وذلك نزولا على ما يقتضيه العقل وتوجيه العدالة وما كان القانون يكلف أحدا إلا وسعه. والقانون يجيز بشهادة الشهود في هذه الحالة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مائة ألف دينار ج. وفي إثبات ما يخالف أو يجاوز

(1) راجع: السنهوري بنود 227– 239 ص 449 – 465، الصدة بند 209 ص 264 – 274 يحيى بند 76 ص 124 – 126..

ما أشتمل عليه دليل كتابي. وكذلك الأمر في الحالات التي يتطلب القانون الكتابة لإثباتها مهما كانت قيمة التصرف كعقد الصلح وعقد الكفالة.

ويلاحظ أن هذا الاستثناء لا يسري بالنسبة للتصرفات الشكلية إذ كما هو معروف أن الكتابة في هذه التصرفات ركن من أركان التصرف فإن تخلفت انعدم التصرف.

والمقصود بالمانع من الحصول على الكتابة (المانع الذي ينشأ عنه استحالة الحصول على كتابة وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة أي استحالة مقصورة على شخص المتعاقد وراجعه إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد [1]وقد يكون المانع مادياً أو أدبياً)

137 - **المانع المادي:** المانع المادي من الحصول على دليل كتابي كما إذا نشأ التصرف في ظروف لم يكن لذي الشأن فيها فسحة من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابي وتعتبر الوديعة الاضطرارية أظهر تطبيق له وهي التي يقوم بها المودع في أثناء الحوادث المفاجئة أو الكوارث العامة كالحرائق والفيضانات وحوادث الغرق والثورات أو الإضطرابات السياسية ليجعل الشيء المودع في مأمن من الخطر الذي يحيط به وقد نص التقنين المدني الفرنسي في المادة 1348 في معرض التمثيل لهذه التصرفات.[2]

(1) سليمان مقرص الموجز 233 أورد وعبد الودود يحيى ص 124، 125.

(2) وفيما يلي مانصت عليه م 1348 فرنسي على بعض الحالات فذكرت:

أ) الالتزامات التي تنشأ عن شبه العقود أو الجريمة أو شبه الجريمة.

=

ولكي يستفيد المودع في حكم الإستثناء يجب عليه أن يقيم الدليل أولا على وقوع الظرف المفاجيء الذي حصل الإيداع بسببه وثانيًا اضطراره إلى الإيداع فإن نجح في ذلك جاز له إثبات الوديعة بشهادة الشهود ولو جاوزت قيمتها مائة ألف د.ج.

وتأخذ وديعة نزلاء الفنادق حكم الوديعة الاضطرارية لما معهم من أمتعة لأن ظروف السفر لا تسمح بجرد أمتعة كل مسافر عند نزوله في الفندق أو مغادرته له.

ويطبق حكم هذا الاستثناء أيضا على كل حالة يتعذر فيها الحصول على دليل كتابي. ومثاله أن يقرض شخص صديقًا مبلغا يزيد على مائة ألف د.ج في المطار أو الميناء قبل مغادرة الطائرة أو الباخرة. إذ أن في مثل هذه الحالات لا يتسع الوقت للحصول على دليل كتابي.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه يعتبر مانعًا ماديًا من الحصول على كتابة إصابة المودع بشلل نصفي فجائي اضطره الانتقال إلى المستشفى[1].

= ب) الوديعة الاضطرارية التي تقع في حالات الحريق والتهدم والاضطرابات والغرق وكذلك وديعة النزيل في الفندق وذلك كله لصفة الشخص ولظروف الواقع (3) الالتزامات المعقودة عند نزول أحداث غير منتظرة لم يكن يُستطاع معها كتابة ورقة.

(1) نقض مدني مصري في 1928/6/6 المجموعة الرّسمية 29- 25 - 93.

ومن الحالات التي يوجد فيها مانع من الحصول على دليل كتابي يكون المكلف بالإثبات ليس طرفًا في التصرف المراد إثباته وإنما يعتبر من الغير بالنسبة إليه. فقد يبيع شخص شيئا مملوكا له إلى آخر بيعا صوريا ليمنع دائنيه من التنفيذ عليه. فالدائن في هذه الحالة يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا البيع. فإذا ادعى الدائن صورية البيع ليستطيع التنفيذ على المبيع باعتباره مملوكا لمدينه فله إثبات الصورية بكافة الطرق بما فيها شهادة الشهود والقرائن لأنه لم يكن في وسعه الحصول على كتابة تثبت صورية البيع الذي لم يكن طرفا فيه.

والقاضي هو الذي يقدّر قيام المانع المادي من الحصول على الكتابة ولا يخضع في هذا لرقابة المحكمة العليا ولكن عليه عند تسبيبه للمانع المادي أن يبيّن الظروف التي أقامت هذا المانع.

138 - **المانع الأدبي:** قد يكون المانع أدبيًا غير مادي - وتقدير ذلك - كما هو الحال في المانع المادي - موكول إلى القاضي وتقديره موضوعي لا معقب عليه للمحكمة العليا.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن مسألة قيام المانع الأدبي من أخذ الكتابة عند لزومها هي مسألة لقاضي الموضوع للفصل فيها[1].

(1) نقض مدني مصري 1935/11/14 مجموعة عمر رقم 303 ص 954.

ويميل القضاء إلى التوسع في الموانع الأدبية ويساعد على ذلك أن القضاء لا يميل إلى تحديد ما هو المانع الأدبي، فيترك القاضي حرًا في تقدير كل حالة على حدتها فيحد من صرامة وجوب الحصول على سند مكتوب بعد هبوط قيمة العملة وصعود مستوى الأسعار[1].

والمانع الأدبي يقوم على حالة نفسية أو اعتبارات أدبية تمنع الشخص من الحصول على دليل كتابي.

وأكثر ما ترجع الموانع الأدبية - وفقا لأحكام القضاء - إلى أمور ثلاثة:

1 - الزوجية والقرابة 2 - علاقة الخدمة.

3 - العرف المنيع في بعض المهن.

139 - **الزوجية والقرابة:** كثيرًا ما تقوم علاقة الزوجية أو القرابة مانعا أدبيًا يحول دون الحصول على الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون. فإذا أثبت الخصم هذه العلاقة وقرر القاضي لظروف كل حالة وملابساتها - ومن ثم يكون المانع الأدبي خاصًا ذاتيًا لا عامًا موضوعيًا - إنها علاقة كافية لتقوم مانعًا أدبيًا يحول دون الحصول على دليل كتابي، أباح للخصم الإثبات بالشهود والقرائن بدلا من الكتابة.

(1) بلانيول وريبير وجابولد بند 1539 ص 998 رقم 7 وانظر السنهوري بند 236 ص 460.

فعلاقة الزوجية قد تحول - وفقا لظروف كل حالة - دون الحصول على دليل كتابي لإثبات قرض ما بين الزوجين أو لإثبات الوفاء بالدّين أو لإثبات أي تصرف قانوني آخر[1].

وكعلاقة الزوجين القرابة كالبنوة أو الأبوّة أو الأخوّة والعمومة والمصاهرة أو الخطبة، فالقرابة كثيرًا ما تحول دون الحصول على دليل كتابي[2].

140 - **علاقة الخدمة:** قد لا تسمح العلاقة بين المخدوم والخادم تبعا للظروف بالحصول على دليل كتابي فخدمة المنازل لا يستطيعون عادة تقديم دليل كتابي على مقدار أجورهم وشروط خدمتهم.[3]

وكذلك العلاقة ما بين رب العمل والعامل قد لا تسمح هي أيضًا تبعًا للظروف بأن يكون هناك دليل كتابي مثل ذلك العلاقة ما بين صاحب المصنع وعامله، والعلاقة بين رب العمل وكاتبه والعلاقة بين والد التلميذ والمعلم، والعلاقة بين خادم الفندق ومخدومه.[4]

(1) وقد قضت محكمة النقض بأن مسألة اعتبارات الزوجية مانعة أو غير مانعة من الحصول على دليل كتابي بين الزوجين هي مسألة موضوعية لمحكمة الموضوع وحدها السلطة في تقريرها (نقض مدني في 1932/5/19) مجموعة عمرا رقم 48 ص 107 وقضت محكمة الاستئناف المصرية (بأن رابطة الزوجية عائق أدبي، استئناف أهلي 1919/3/11 - المجموعة الرسمية - 20 رقم 99).

(2) انظر تطبيقات من القضاء المصري لقيام المانع الأدبي على أساس القرابة في السنهوري ص 462 -464.

(3) نقض فرنسي 1938/3/17 - سيرية 1938 - 1 - 115، إذا ثبت مقدار أجر الخادم فلهذا أن يطالب بمجموع أجوره منذ دخوله في خدمة سيده، وللسيّد أن يثبت بجميع الطرق أنه وفّى له هذه الأجور (بلانيول وريبير وجابولد 7 بند 1539 ص 1000) انظر السنهوري ص 464 حاشية (2).

(4) انظر أحكام القضاء المصري والفرنسي في علاقة الخدمة - السنهوري المرجع السابق الحواشي من 3 - 8.

وكذلك صلة الوكالة المجانية بل أحيانًا صلة الجوار أو مجرد مركز الشخص الإجتماعي قد يعتبر تبعا للظروف مانعا من الحصول على دليل كتابي.

141 - **عُرف بعض المهن:** وتكفي العادة مانعا أدبيًا من الحصول على دليل كتابي فإذا جرى العرف في مهنة ما بعدم تهيئة هذا الدليل في التعامل قام المانع الأدبي. ومن ثم جاز إثبات التصرف بالشهود ولو زادت القيمة على مائة ألف دينار جزائري. وذلك كمهنة الطبيب، فالطبيب لا يقتضى عقدا مكتوبا بأجر الجراحة أو العلاج ويجوز له، من ثم، إثباته بغير الكتابة. وكذلك حائك الملابس لا يحصل على دليل كتابي بأجره.

ولقاضي الموضوع – كما قدمنا – سلطة واسعة في تقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

المطلب الثالث

فقد السند الكتابي[1]

142 - **القاعدة والحكمة منها ونطاقها:** قالت المادة 336.م. جزائري في فقرتها الثّانية أنه:

(إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته) هذا الاستثناء يفترض أن القواعد المتعلقة بالدليل الكتابي قد روعيت غير أن الإثبات بالكتابة يتعذر بسبب فقد الدليل. ويشترط أن يكون هذا الفقد راجعا إلى سبب لا يد للمدعي فيه.

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.

ويلاحظ أن هذا الاستثناء أوسع مجالا من الاستثنائين السابقين إذ هو يجيز الشهود في إثبات ما تزيد قيمته على مائة ألف دينار جزائري أو يكون غير محدد القيمة وفي إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة وفي إثبات الحالات الخاصة التي يوجب القانون الكتابة في إثباتها أيًا كانت قيمة التصرف كعقد الصلح وعقد الكفالة.

(1) راجع السنهوري بنود (240 – 243 – ص 465 – ص 469) الصدة بنود (213 – 217 ص 274 – 282 – يحي بند 77 ص 127).

غير أنه يزيد عليهما أنه يسرى أيضا بالنسبة للتصرفات الشكلية التي يتطلب القانون الكتابة لانعقادها. إذ المفروض أن الشكلية قد استوفيت عند إبرام التصرف، ثم فقد المدعي سنده بعد ذلك.

143 - **شروط سريان حكم الاستثناء:** يشترط لكي يستفيد المدعى من الحكم المذكور أن يقيم الدليل على سبق وجود السند وفقد هذا السند بسبب أجنبي عنه.

فإذا ما نجح في ذلك جاز له أن يثبت ما يدعيه بالشهود فهذان هما الشرطان الواجب توافرهما لسريان حكم هذا الاستثناء.

144 - **الشرط الأول:** سبق وجود سند كتابي: يجب على المدعى أن يثبت سبق حصوله على سند كتابي وذلك بأن يثبت أن هذا السند قد وجد فعلا وأن هذا السند كان دليلا كاملا مستوفيا كل الشروط القانونية والمقصود بالسند هنا أي سند يثبت دعوى المدعي سواء كان موضوع هذه الدعوى هو وجود حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه.

وإذا ثبت أن السند المفقود لم يكن إلا مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة فلا يجوز الإثبات بشهادة الشهود.

وغلاوة على إثبات المدعي سبق وجود السند فيجب عليه أيضا أن يثبت مضمونه الذي يدعيه واستيفاءه الشروط القانونية إذا تعلقت الدعوى بتصرف شكلي وأنه كان يحمل توقيع الخصم.

وإذا اعترف الخصم بسبق وجود السند ولكنه أنكر نسبته إليه كان على المدعي أن يثبت صحة التوقيع. ويستطيع المدعي إثبات كل ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهود والقرائن لأن سبق وجود السند يعتبر في ذاته واقعة مادية يجوز إثباتها بأي طريق ولأن عدم إباحة الإثبات بكافة الطرق في جميع المسائل يكون معطلا لحكم المادة 360/ 2 مدني جزائري وإذا صدر من المدعى عليه ما يفيد تسليمه بسبق وجود السند جاز للمدعي أن يثبت محتويات هذا السند بالشهود وبالقرائن على اعتبار أن ما صدر من خصمه يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة طبقا للمادة 335.م.ج ففي هذه الحالة لا ينطبق حكم المادة 2/336.

145 - **الشرط الثاني:** إثبات فقد السند بسبب أجنبي: يجب على المدعي أن يثبت أيضًا أن فقد السند يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كما في حالة الفقد من جراء حادث جبري أو قوة قاهرة كحريق أو فيضان كما قد يكون ناشئا عن فعل الغير كما في حالة تسليم المدعي السند إلى محاميه أو إلى المحكمة في قضية سابقة ففقد من المحامي أو المحكمة [1]وقد يكون فقد السند

(1) فلا ينطبق حكم الاستثناء إذا كان ضياع السند راجعًا إلى فعل المدعي حتى لو كان هذا الفعل مجرد خطأ او إهمال - وقد قضت محكمة مصر الابتدائية بأنه (يشترط لجواز الإثبات بالبينة (الشهود) عند فقد السند أن يكون الدائن قد فقد سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه، فإذا كان الدائن قد فقد سنده بإهمال وقع منه أو بفعل عمدي صدر عنه فإنه يمتنع عليه استعمال هذا الحق الذي خوله القانون استثناء) - حكم في 27 فبراير 1951 - المحاماة 31 - 1239 - 359 - وقضت محكمة النقض المصرية بأن (فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه، يجيز إثبات ما ورد فيه بالبينة بشرط أن يكون الفقد نتيجة حادث جبري أو قوة قاهرة - ولا يقبل تمسك الدائن بأي سبب يرجع إلى فعله ولو كان مجرد إهمال أو تراخ - نقض مدني جلسة 1976/6/18 مج المكتب الفني، سنة 27 ص 1444 (45) أوبري وروج 12 ص 382).

راجعا إلى المدعى عليه كما لو اختلسه أو انتزعه بالقوة أو بالحيلة. وهذا الإثبات يكون في الغالب سهلا. كما يجب على المدعي أن يثبت أيضًا أن السند قد فقد فعلا في الحادث الجبري أو القوة القاهرة. وهذا الإثبات كثيرا ما يكون صعبا ولذلك فإن القضاة يكتفون فيه بما يترجح معه ضياع السند.

وقد يختلط اختفاء السند بالحادث كما في حالة سرقة السند أو تمزيقه أو استبدال ورقة أخرى به وحينئذ يكون إثبات الحادث متضمنا أقامه الدليل على الفقد[1].

نخلص ما سبق أنه يتعين على المدعي إثبات الحادث الذي أدى إلى فقد السند ويكون ذلك بإثبات واقعتين هما الحادث الذي أدى إلى الفقد وواقعة الفقد نفسها ويستطيع المدعى ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهود والقرائن لأن محل الإثبات هنا وقائع مادية[2].

فإذا توافرت هذه الشروط جاز إثبات التصرف القانوني المدعى به بالشهود ولو كانت قيمة هذا التصرف تزيد على مائة ألف د.ج أو كان هذا الإثبات يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة.

(1) الصدة: ص 280.

(2) يحي ص 129.

هذا وإذا بان للقاضي أن إدعاء سبق وجود السند وفقده ليس جديا فله أن يرفض طلب الإثبات بالشهود وفي هذه الحالة عليه أن يبين في أسباب حكمه مبررات هذا الرفض.[1]

146 - **الاحتيال على القانون**: يقصد بالاحتيال على القانون Fraude à la loi الغش ضد القانون أي الغش أو التدليس الذي لا يكون عيبا من عيوب الإرادة وإنما يكون الغرض منه مخالفة القانون فيما يتصل بالنظام العام ومثال ذلك أن يذكر في السند سبب صوري لإخفاء سبب حقيقي غير مشروع كأن يذكر العاقدان في سند الدين أنّ سببه هو القرض في حين أن السبب الحقيقي يكون هو علاقة غير مشروعة بين الطرفين. ومثاله أيضا أبرام بيع صوري لإخفاء ربا فاحش. ومنه أيضًا تخفيض الثمن الحقيقي في بيع عقار للتخلص من بعض رسوم التسجيل.

والقاعدة أن ما يخالف النظام العام يكون باطلا وأن الاحتيال على القانون وهو ينطوي على ما يخالف النظام العام يجوز لكل من يتمسك به أن يثبته بجميع طرق الإثبات لا فرق في ذلك بين العاقدين والغير ويلاحظ أن جواز الإثبات بالشهود في هذه الحالات لا يعتبر استثناء من القواعد الخاصة بوجوب الكتابة لأن الاحتيال على القانون واقعة مادية يجوز إثباتها على الدوام بكافة الطرق[2].

(1) نقض مدني مصري في 1949/3/24 حيث قضت المحكمة بأنه (إذا رفضت المحكمة طلب الإحالة على التحقيق لإثبات وجود سند كتابي ضاع بسبب قهري، مقيمة قضاءها بذلك على عدم جدية هذا الإدعاء لما أوردته من أسباب مبررة لوجهة نظرها، فلا مخالفة في ذلك حكم المادة 218 من القانون المدني (القديم المصري) مج القواعد القانونية 740 - 399 ونص المادة 218م مصري قديم تنص على ما يلي (كذلك يجوز إثبات بما ذكر (الإثبات بالبينة) إذا وجد دليل قطعي على ضياع السند بسبب قهري) وهذا النصي يقابل المادة 336/م جزائري ويوافقه في الحكم.

(2) في المعنى: الصدة بند 217، 282 - عبد الودود يحي بند 78 ص 129.

الفصل الثالث

القـــرائـــن[1]

147 - **تعريف وتقسيم:** نستطيع أن نُعرّف القرائن بأنها (النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة وقد عرّفها بعض الفقه (القرينة هي ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول)).[2]

والقرائن نوعان: – قرائن قضائية Présomption7s de fait ou de l'homme وهي التي يستنبطها القاضي من ظروف الدعوى – وقرائن قانونية Présomptions légales وهي التي تستنبطها الإرادة التشريعية من حالات يغلب وقوعها ويتضمنها نص في القانون ويترتب على القرائن في الحالتين نقل

عبء الإثبات من الواقعة المتنازع فيها التي يكون إثباتها متعذرا أو صعبا إلى

(1) مراجع: ديكوتينس decotingnes، القرائن في القانون الخاص باريس 1950، جيني Geny العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي (Science et technique en droit prive positive) ج 3 بند 230 وما بعدها دابان Dabin الصياغة في عمل القانون الوضعي وبخاصة القانون الخاص La téchnique de l'élaboration du droit positif specialement بودري وبارد ج 4 بند 2653 وما بعدها أوبري ورو ج 12 بند 766 ص 385 وما بعدها – بلانيول وريبير وجابولد، ج 7 بند 1544 وما بعدها بلانيول وريبير وبولانجي ج ج بند 2178 وما بعدها كولان وكابيتان، دي لامور انديير ج 2 بند 779 وما بعدها دي باج، ج 3 بند 923. الصدة بند 218 ص 283 وما بعدها -عبد الودود يحي بند 87 ص 143 وما بعدها.

(2) الصدة: بند 218 ص 283– وعرفت المادة 1349 من التقنين المدني الفرنسي القرائن بأنها هي (النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة).
"les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu á un fait inconnu"

والنوع الأول من القرائن (القضائية) هو الذي يعتبر أدلة بمعنى الكلمة لأن القاضي هو الذي يستخلصها من وقائع الدعوى وأما القرائن القانونية فلا تعتبر أدلة بمعنى الكلمة وإنما تنقل عبء الإثبات من على عاتق المكلف به إن كانت بسيطة أو تعفى من الإثبات نهائيا إن كانت قاطعة كما سنفصل فيما بعد.

المبحث الأول

القرائن القضائية[1]

148 - **للقرينة القضائية عنصران:** تتكون القرينة القضائية من عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي:

1 – واقعة ثابتة يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى وتسمى هذه الواقعة بالدلائل أو الأمارات (Indices) وهذا هو العنصر المادي للقرينة.

2 – عملية استنباط يقوم بها القاضي ليصل من هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها وهذا العنصر المعنوي للقرينة.

149 - **النص القانوني:** نصت المادة 340.م.ج على القرينة القضائية وسلطة القاضي في استنباطها فقالت (يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة) وملاحظ أن الإرادة التشريعية الجزائرية لم تستبدل كلمة

(2) راجع السنهوري بند 172 ص 327 وما بعدها.

(بالشهود) بكلمة (البينة) في هذا النص بالقانون رقم 5 – 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 كما فعلت في المواد 333، 334، 335، 336 وعلى كل فإن المقصود بالبينة في المادة 340 هي شهادة الشهود.

150 - **سلطة القاضي بالنسبة للقرائن القضائية:** القرينة القضائية يستنبطها القاضي من واقعة معلومة في الدعوى إذ لم يوجد إقرار أو يمين أو قرينة قانونية لا من ورقة مكتوبة ولا من بينة تسمع ولكن من ظروف القضية وملابساتها فهو يختار بعض الوقائع الثابتة أمامه في الدعوى. وقد يختارها من الوقائع التي كانت محل مناقشته بين الخصوم وقد يختارها من ملف الدعوى، بل ولو من تحقيقات باطلة، بل قد يختارها من أوراق خارج الدعوى كتحقيق إداري أو محاضر إجراءات جنائية ولو كانت هذه المحاضر قد انتهت بالحفظ[1]. وقد تكون الواقعة التي اختارها ثابتة بالبينة [2]أو بورقة مكتوبة [3]أو بيمين نكل

(1) أوبري وروج 12 بند 766– ص 386، ص 388 – بلانيول وريبير وجابولد 7 بند 1457 ص 1008 – ص 1009 – وانظر السنهوري بند 175 ص 330.

(2) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن للمحكمة أن تستمد من واقع الدعوى ما تراه من القرائن القضائية المؤدية فعلا إلى النتيجة التي تنتهي إليها فإذا كانت المحكمة قد حصلت من شهادة شهود المدعي عليه بأنهم لا يعرفون أنه مدين للمدعي إحدى القرائن على صورية الدين المدعي به، فذلك في حدود حقها الذي لا رقابة عليه لمحكمة النقض (نقض مدني 20 نوفمبر سنة 1947 مج عمر 5 رقم 232 ص 485) وقضت أيضا بأنه لا تثريب على المحكمة في تكوين عقيدتها من أقوال شهود سمعوا في قضية أخرى إذ هي أخذت بهذه الأقوال كقرينة وكان الإثبات في الدعوى يجوز فيه قبول القرائن (نقض مدني مصري في 79 ابريل سنة 1948 مج عمر 5 رقم 307 ص 612).

(3) نقض مدني مصري في 1951/4/19 مجموعة النقض 2 رقم 119 ص 750 وقضت أيضا بأنه متى كانت المخالصة التي اعتمد عليها البائعان في إثبات الوفاء بالتزامهما ليست إلا أمر صادر إليهما من المشتري بتسليم البضاعة إلى أمين النقل فإن الحكم المطعون فيه إذا قرر أن هذه المخالصة، وإن كانت قرينة على حصول التسليم إلا أنه يصح دحضها بكافة القرائن الأخرى، فليس فيما قرره يخالف قواعد الإثبات (نقض مدني 18 ديسمبر 1952 مج أحكام النقض 4 رقم 33 ص 207).

الخصم عن حلفها أو بإقرار من الخصم أو بقرينة أخرى دلت على الواقعة التي يستنبط منها القرينة أو بجملة من هذه الطرق مجتمعة. فالقاضي ومن أمثلة ذلك اعتبار القاضي صلة القرابة بين البائع والمشتري قرينة على صورية البائع فإذا طعن الدائن بالصورية في التصرف الذي صدر من مدينه فإنه قد يستند في تأييده دعواه إلى أن هناك واقعة قرابة بين المتصرف والمتصرف إليه.

ومن ذلك أيضا اعتبار القاضي بقاء عقد البيع دون تسجيل وعدم وجود حيازة البائع للعقار المبيع حتى وفاته وعلاقة الزوجية وعدم وجود نقود لدى هذا الأخير عند وفاته قرائن على أن عقد البيع يخفى وصية.

وللقاضي السلطة المطلقة في استنباط القرائن التي يعتمد عليها وتكوين عقيدته ولا شأن للمحكمة العليا فيما يستخلصه منها متى كان استنباطه منها سائغًا[1].

وقد سبق القول أن القاضي له أن يستمد القرينة من ظروف خارج دائرة النزاع المعروضة ولا يتقيد القاضي بعدد القرائن في تكوين اقتناعه بل قد يكتفي بقرينة واحدة. وقد نصت المادة 340.م.ج على سلطة القاضي في استنباط القرائن بقولها (يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون).

(1) قضت محكمة النقض المصرية بأن (تقدير القرائن القضائية مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك، متى كان الاستخلاص سائغا واستناد الحكم إلى جملة قرائن يكمل بعضها بعضا، لا يقبل من الطاعن مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها نقض 1/30 /1983– الطعن رقم 269 سنة 47 قضائية.)

وقد قررت محكمة النقض المصرية أن قاضي الموضوع حر في استنباط القرائن التي يأخذ بها من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة فيها[1] وأن له السلطة المطلقة في استنباط القرائن التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته [2]فله أن يعتمد على القرينة المستفادة من تقرير خبير كان قد باشر عمله أمام المجلس الحسبي في غير مواجهة الخصوم ما دامت هذه القرينة يعززها غيرها من القرائن القائمة في الدعوى[3].

كما قررت أنه لا رقابة لمحكمة النقض (المحكمة العليا) على قاضي الموضوع في تقديره لقرينة من شأنها أن تؤدى إلى الدلالة التي استخلصها هو منها فإذا اتخذت المحكمة من دفع رسوم الخفر وعوائد الملك قرينة مؤيدة لما شهد به الشهود على وضع اليد فلا سبيل عليها لمحكمة النقض[4].

151 - **قوة القرائن القضائية في الإثبات:** نصت المادة 340.م.ج على ذلك بقولها (...ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة).

(1) نقض مدني في 1952/2/28 مج القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في 25 عاما، جزء رقم 377، ص 79.

(2) وقد قضت محكمة النقض بأن (الأصل في القرائن أنها من إطلاقات محكمة الموضوع، إلا أنه يشترط أن يكون استنباطها سائغا وأن يكون استدلال الحكم له سنده من الأوراق ومؤديا إلى النتيجة التي بني عليها قضاءه) نقض مدني، جلسة 1979/1/24 مج الكتب الفني السنة 30 قضائية، ص 369.

(3) نقض مدني في 1944/5/18 مج القواعد القانونية في 25 عاما، ج1، 388 ص 79.

(4) نقض مدني 1947/11/6. مج القواعد القانونية في 25 عاما جزء أول، رقم 382، وانظر نقض مدني في 1951/11/29 وفي 1946/11/3، وفي 1947/11/20 وفي 1952/12/8، 1951/3/8 مج القواعد في 25 عاما، ص 79، 80.

ومعنى ذلك أن الإثبات بالقرائن القضائية جائز في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود فحيث تجوز البينة في الإثبات يمكن قبول القرائن القضائية.

وعليه فالقرائن القضائية تجوز في إثبات الوقائع المادية والأعمال التجارية والتصرفات التي لا تجاوز قيمتها مئة ألف دينار جزائري أو تكون غير محددة القيمة وكذلك لا تجوز في إثبات ما يخالف الكتابة ولا في التصرفات القانونية التي يستلزم القانون فيها الكتابة كالصلح والكفالة ولا يستثنى من ذلك إلا الحالات الثلاث المستثناة من القواعد السابقة والتي درسناها من قبل وهي وجود مبدأ ثبوت بالكتابة والمانع من الحصول على دليل كتابي وفقد السند الكتابي لسبب أجنبي. ويلاحظ أن القرائن القضائية قد تنتهي إلى أن تصبح قرائن قانونية ومن ذلك ما كان يجري عليه القضاء المصري في ظل القانون المدني المصري القديم من أن بقاء العين المبيعة في حيازة البائع مع اشتراطه على المشتري عدم التصرف فيها ما دام البائع حيا يعتبر قرينة على أن التصرف وصية. هذه القرينة القضائية جعل منها القانون المدني المصري الجديد قرينة قانونية نص عليها المادة 917. ومن ذلك أيضا اعتبار الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالإقساط السابقة المادة 587 مصري هذه القرينة القانونية كانت قرينة قضائية قبل صدور القانون المدني الجديد[1].

(1) انظر في تحول القرائن القضائية إلى قرائن قانونية السنهوري بند 180 ص 337 وما بعدها.

المبحث الثاني

القرائن القانونية[1]

152 - **النص القانوني - تقسيم:** تنص المادة 337.م.ج على أنه (القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك).

ولدراسة القرائن القانونية نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في أولهما في القرائن القانونية بوجه عام ونتناول في التالي حجية الأمر المقضي لأن الإرادة التشريعية الجزائرية جمعت بينها وبين القرائن بمعناها الحقيقي في فصل واحد وهو الفصل الثالث من إثبات الالتزام.

المطلب الأول

القرائن القانونية بوجه عام

153 - **تعريف القرينة القانونية ودورها في الإثبات:** القرينة القانونية كما قدمنا ما تستنبطه الإرادة التشريعية من واقعة معلومة تحددها للدلالة على أمر مجهول تنص عليه، فهي كالقرينة القضائية تقوم على فكرة الاحتمال والترجيح بل في الغالب تكون في الأصل قرينة قضائية ثم نص عليها القانون.

(1) راجع: السنهوري بنود 321 – 340 ص – 597 ص 630، الصدة بنود 223 – 232 ص 293– ص 311، عبد الودود يحيى بند (91 – 95 ص 147 – ص 155)..

فمن يريد أن يستفيد من حكم قرينة قانونية فليس عليه إلا أن يقيم الدليل على توفر الواقعة التي يشترط القانون قيامها لانطباق حكم هذه القرينة وكما رأينا تقول المادة 337.م.ج في هذا المعنى أن (القرينة القانونية تغني من تقررت لصالحه من الإثبات)، بل هي تغنيه عن الإثبات المباشر فلا يكون عليه إثبات الواقعة مصدر الحق الذي يدعيه ولكن عليه أن يثبت توفر الواقعة التي تقوم عليها القرينة.

وهذا الإثبات يكون في الغالب سهلا بحيث يترتب عليه في الواقع انتقال العبء الحقيقي للإثبات إلى عاتق الطرف الآخر في الخصومة.

ومن أمثلة القرينة القانونية ما نصت عليه المادة 499.م.ج من أن الوفاء بقسط من الأجرة في عقد الإيجار قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة فقالت (الوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك) فالواقعة التي تقوم عليها القرينة هي الوفاء بقسط لاحق من الأجرة فإذا ثبتت هذه الواقعة استنبطت الإرادة التشريعية منها واقعة الوفاء بالأقساط السابقة.

ومن أمثلة القرينة القانونية أيضا ما نصت عليه المادة 61.م.ج بعد أن قضت بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره (في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه) نصت على اعتبار (وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك).

فالواقعة التي تقوم عليها القرينة هي وصول التعبير فإذا ثبتت هذه الواقعة استنبطت الإرادة التشريعية منها واقعة العلم بالتعبير[1].

ونرى من ذلك أن القرينة القانونية ليست في الواقع إلا نقلا للإثبات من محله الأصلي إلى محل آخر deplacement de preuve ويحوله إلى واقعة أخرى قريبة منها. فإذا ثبتت هذه الواقعة الأخرى اعتبرت الواقعة الأولى ثابتة بحكم القانون.

فالمادة 499.م.ج تعفى المستأجر متى أثبت الوفاء بالأجرة المتأخرة من عبء إثبات وفاء الأجرة السابقة وتلقي على المؤجر عبء إثبات عدم وفاء المستأجر بهذه الأجرة.

والقرينة القانونية – كالقرينة القضائية –تقوم على فكرة الراجح الغالب من الأحوال إلا أنها تنطوي على خطورة لا توجد في القرينة القضائية.

فالإرادة التشريعية تنص على القرائن القانونية في صيغة عامة ومجردة وتلزم القاضي أن يأخذ بدلالة هذه القرينةن في جميع الحالات المماثلة حتى لو بدا له مخالفتها للواقع في بعض الحالات، لذلك كان من الأفضل عدم توسع الإرادة التشريعية في تقرير القرائن القانونية ويترك للقاضي مهمة استنباط هذه القرائن في كل حالة على حدة[2].

(1) وقس على ذلك القرائن القانونية التي أقامها التقنين المدني الجزائري في المادتين 191،192.

(2) السنهوري ص 601، عبد الودود يحي ص 148 – وانظر لانيول وريبر وجابولد ج7 بند 1548 ص 1010 – وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن النقض في البضاعة أو الطرود المفرغة من السفينة،=

فعنصر القرينة القانونية هو نص القانون ولا شيء غير ذلك ولا يمكن أن تقوم قرينة قانونية بغير نص في القانون وإذا وجد النص فقامت القرينة القانونية فلا يمكن أن يقاس عليها قرينة قانونية أخرى بغير نص اعتمادا على المماثلة أو الأولوية بل لابد من نص خاص أو عدة نصوص لكل قرينة قانونية[1].

= قرينة على التهريب للربان نقضها بمستندات حقيقية في الحالات المحددة باللائحة الجمركية (نقض 1/ 1980 طعن رقم 197 سنة 48 ق) كما قضت بأن (دفع المرتهن قرينة قانونية على جواز العدول عن البيع، جواز الاتفاق على أنه يفيد البت والتأكيد (نقض 1980/12/2) الطعن رقم 816 سنة 46 قضائية) كما قضت كذلك بأن (قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية مجرد قرينة بسيطة ويجوز إثبات عكسها (1983/1/25 الطعن 894 سنة 49 ق)).

(1) بلانيول وريبر وجابولد 7 بند 1548 ص 1011وحاشية رقم 3، على أن القضاء في فرنسا ومصر لا يتقيد بحرفية هذه القاعدة فقد يستعير قرينة قانونية وضعت في مكان معين ليضعها في مكان آخر وقد فعل ذلك عندما افترض قيام حسن النية دائما مع أن المشرع لم يفترض حسن النية إلا في مواضع معينة، فعل القضاء الفرنسي والمصري ذلك في قرينة المسؤولية عن فعل الحيوان والأشياء فافترض أن الضرر قد حدث بفعل الحيوان أو الشيء ويقول جني في هذا الصدد أن القرائن القانونية في أصلها نبتت في تربة العرف والقضاء وتحولت لأن تكون قرائن قانونية فلا عجب إذا هي بقيت تستمد غذاءها من تربتها الأصلية وهي تربة قوية خصبة (جني في العلم والصياغة في القانون الخاص 3 بند 235) وفي نصوص الفقه الإسلامي يجد الباحث طائفة من القرائن الشرعية تعدل القرائن القانونية وهي منتشرة في كتب الفقه وقد جمع الأستاذ أحمد إبراهيم (أستاذ الشريعة الإسلامية السابق بجامعة القاهرة) في كتابه (طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص 427 – ص 430 جملة صالحة منها.

1 ثبوت نسب الولد من أبيه وهو الزوج شرعا فالولد للفراش وقيام الزوجية قرينة على أن الولد للزوج وهذه القرينة تقبل إثبات العكس ولكن بطريق اللعان.

2 – الحكم بموت المفقود إذا مات أقرانه واتخاذ ذلك قرينة على موته.

3 – التصرف في مرض الموت قرينة على أن التصرف وصية.

4 – تصرفات المفلس الضارة بالدائنين مردودة لقيام القرينة على سوء قصده.

5 – وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة ظاهرة على إيفاء الدين وقد نص على ذلك ابن فرحون في باب القرائن وحكي خلافا في المسألة وراجع السنهوري ص 600 حاشية (1) في نفس الصفحة حاشية ص 601.

154 - **الحكمة من القرائن القانونية**[1]: تهدف الإرادة التشريعية في نصها على قرائن قانونية إلى تحقيق أغراض مختلفة منها ما يتعلق بالمصلحة العامة ومنها ما يتعلق بمصالح الأفراد. أما فيما يتعلق بالمصلحة العامة فقد يكون ذلك:

1 - كما هو الحال في حجية الأمر المقضي فقد وضعت الإرادة التشريعية قرينة قانونية تقضي بأن الحكم صحيح فيما قضى به (المادة 338.م.جزائري) فلا تجوز العودة إلى مناقشته إلا بطريق من طرق الطعن المقررة ولو لم تفعل الإرادة التشريعية ذلك لأصبحت الأحكام القضائية مقلقة مزعزعة ولما اطمأن المحكوم له إلى حقه الثابت بالحكم فوجب وضع هذه القرينة القانونية لمصلحة عامة هي احترام الأحكام ووضع حد للخصومة والنزاع.

2 - وكذلك منع الأفراد من التحايل على القانون. ومثال ذلك القاعدة التي تقضي بأن الوصية لا تزيد على ثلث التركة، قد يحتال بعض الناس على مخالفتها بتسمية الوصية بيعا أو هبة أو أي تصرف آخر فوضعت الإرادة التشريعية قرينة قانونية في المادة 776.م. جزائري تقضي بأن (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف). وبذلك جعلت صدور التبرع في مرض الموت قرينة على أن التبرع وصية[2].

(1) انظر السنهوري بند 326 ص 604؛ الصدة بند 225 ص 294؛ يحيى بند 92 ص 149.
(2) وسنرى فيما بعد أن الأمر هنا يتعلق بقاعدة موضوعية لا بقرينة قانونية.

وأما فيما يتعلق بمصالح الأفراد فقد يكون ذلك.

1 - لتعذر الإثبات في بعض الأحوال تعذرا قد يصل إلى درجة الاستحالة فتعتمد الإرادة التشريعية إلى وضع قرينة تعفى من هذا العبء ومثال ذلك مسؤولية المتبوع عن تابعه فهي كما يقال مبنية على خطأ مفترض، فجعلت علاقة التبعية وكون خطأ التابع وقع حال تأدية وظيفته أو بسببها قرينة على الخطأ الصادر من المتبوع في الرقابة على أعمال تابعه. ومثاله أيضا ما جاء في المادة 134 خاصا بافتراض الخطأ في جانب متولي الرقابة فجعلت الالتزام بالرقابة قرينة على وقوع خطأ من جانب متولي الرقابة.

2- للأخذ بالمألوف المتعارف بين الناس فإذا جعلت الإرادة التشريعية المخالصة بالأجرة عن قسط لاحق قرينة على الوفاء بالقسط السابق فذلك لأن المألوف بين الناس في التعامل هو أن المؤجر لا يعطى المستأجر مخالصة عن قسط لاحق إلا بعد أن يكون قد استوفى جميع الأقساط السابقة. ومن ذلك أيضا ما تنص عليه المادة 332.م. جزائري من أن التأشير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين قرينة على هذه البراءة مادام السند لم يخرج من حيازة الدائن.

155 - **قوة القرائن القانونية في الإثبات - أنواع القرائن:** لدراسة قوة القرائن في الإثبات لابد أن نبين أنواع القرائن القانونية. فقد رأينا أن الإرادة التشريعية تبنى القرينة القانونية على الراجح الغالب من الأحوال ولذلك كانت القرينة مجرد احتمال قد يخطىء وقد لا يخطىء وبالتالي كان من الجائز إثبات عكسها لاحتمال عدم مطابقتها للواقع.

فتعتمد الإرادة التشريعية إلى وضع قرينة تعفى من هذا العبء ومثال ذلك مسؤولية المتبوع عن تابعه فهي كما يقال مبنية على خطأ مفترض، فجلعت علاقة التبعية وكون خطأ التابع وقع حال تأدية وظيفته أو بسببها قرينة على الخطأ الصادر من المتبوع في الرقابة على أعمال تابعه. ومثاله أيضا ما جاء في المادة 134 خاصا بافتراض الخطأ في جانب متولي الرقابة فجعلت الالتزام بالرقابة قرينة على وقوع خطأ من جانب متولي الرقابة.

2- للأخذ بالمألوف المتعارف بين الناس فإذا جعلت الإرادة التشريعية المخالصة بالأجرة عن قسط لاحق قرينة على الوفاء بالقسط السابق فذلك لأن المألوف بين الناس في التعامل هو أن المؤجر لا يعطى المستأجر مخالصة عن قسط لاحق إلا بعد أن يكون قد استوفى جميع الأقساط السابقة. ومن ذلك أيضا ما تنص عليه المادة 332.م. جزائري من أن التأشير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين قرينة على هذه البراءة مادام السند لم يخرج من حيازة الدائن.

155 - **قوة القرائن القانونية في الإثبات - أنواع القرائن:** لدراسة قوة القرائن في الإثبات لابد أن نبين أنواع القرائن القانونية. فقد رأينا أن الإرادة التشريعية تبنى القرينة القانونية على الراجح الغالب من الأحوال ولذلك كانت القرينة مجرد احتمال قد يخطىء وقد لا يخطىء وبالتالي كان من الجائز إثبات عكسها لاحتمال عدم مطابقتها للواقع.

فالأصل في القرائن القانونية أن تكون بسيطة أي يجوز نقضها بالدليل العكسي وقد قدمنا فيما سبق أمثلة لهذه القرائن ومن أمثلتها أيضا ما تنص عليه المادة98.م.ج من أن كل التزام لم يذكر له سبب شروع في العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك[1].

فالقانون يعفى الدائن من إثبات السبب المشروع للالتزام الذي يطالب به المدين مع أنه كان المفروض عليه أن يثبت ذلك باعتبار أن السبب ركن في الالتزام.

ومن أمثلة هذه القرائن أيضا ما سبق أن أوردناه فيما نصت عليه المادة 61.م.ج من أن وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه التعبير يعتبر قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك. فالمكلف بعبء إثبات علم من وجه إليه التعبير عن الإرادة، بهذا التعبير يكفيه أن يثبت وصول التعبير إلى هذا الشخص، وهذه واقعة سهلة الإثبات بالنسبة إلى الواقعة الأصلية (وهي العلم بالتعبير) فإن فعل قامت قرينة لصالحه تعفيه من إثبات الواقعة الأصلية (وهي العلم بالتعبير) ويستطيع الموجه إليه بالتعبير رغم وصوله إليه ويكون إثبات ذلك بجميع الطرق[2].

(1) تنص المادة 98.م. جزائري على أنه (كل إلتزام مفترض له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للإلتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه).

(2) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (مجرد بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار لا يكفي لتجديد العقد (بل) أن تنصرف نية المستأجر إلى التجديد، والتنبيه بالإخلاء من أحد المتعاقدين الآخر يعتبر قرينة قانونية تمنع من افتراض هذا التجديد نقض مدني جلسة 1976/4/28 مج المكتب الفني، السنة 27، من 1019)

وهذا وقد يتطلب القانون إثباتا معينا ممن يريد الاستفادة من حكم القرينة القانونية ومثال ذلك نص المادة 193.م.ج التي تقرر أنه يكفي أن يثبت الدائن مقدار ما في ذمة مدينه من ديون فتقوم هنا قرينة على إعساره، إلا أن المدين يستطيع دحض هذه القرينة ونقض حجيتها بأن يثبت أنه يملك مالاً يساوي مقدار هذه الديون أو يزيد عليها.

157 - **القرائن القانونية القاطعة أو المطلقة:** القرائن القانونية القاطعة هي التي يمكن نقض presomption irrefragable absolue juris et de jure دلالتها بإثبات العكس وقد قيل في هذا المعنى أن القاعدة في القرينة القانونية أن تقبل إثبات العكس ولكن الإرادة التشريعية قد ترى إعطاء القرينة قوة أكبر وذلك لاعتبارات أساسية تتعلق بالنظام العام وتجعل من الخطر إباحة مناقشتها فيجوز إثبات العكس.

ومثال القرينة القانونية القاطعة أو المطلقة قرينة الحقيقة القضائية التي تعبر عنها بقوة الأمر المقضي ومؤداها أنه إذا صدر حكم في نزاع معين واستنفذ طرق الطعن القانونية فإنه يصبح قرينة على صحة الوقائع التي فصل فيها ولا يقبل مطلقا بعد ذلك ممن يسري في مواجهته الحكم إثبات مخالفة الحكم للحقيقة (المادة 338.م.ج) حيث قالت (الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة).

وإذا حرمت الإرادة التشريعية نقض القرينة فيكون قد نقلها من نطاق القواعد الخاصة بالإثبات إلى نطاق القواعد الموضوعية، فالقرينة تختفي وراء الحكم

موضوعي كما هو الحال في نص المادة 338.م.ج السابق ذكرها. ومن القرائن القانونية القاطعة مسؤولية المتبوع عن الفعل غير المشروع الذي يرتكبه تابعة والتي تقررها المادة 136.م.ج فهي تقرر خطأ المتبوع في اختيار تابعة أو في ملاحظته ولو كانت هذه قرينة حقيقية على هذا الخطأ لكان في وسع المتبوع دحض هذه القرينة بإقامة الدليل على انتقاء هذا الخطأ ويتخلص من المسؤولية التي تثقله ولكنها منعته من نفي الخطأ وبذلك تكون قد وضعت حكما موضوعيا يقيم مسؤولية المتبوع عن الفعل غير المشروع لتابعه ولا تعدو قرينة الخطأ أن تكون حكمة التشريع في هذه المسؤولية. ويلاحظ أن التفرقة بين القرائن القانونية بمعناها الحقيقي والقواعد الموضوعية التي تقوم على قرائن لم تتضح للكثيرين إلّا منذ وقت قريب. ومما أثار اللبس أن القواعد الموضوعية التي تبني على قرائن تقام على الغالب الرّاجح من الأحوال كما هو الشأن بالنسبة للقرائن القانونية فهي (القواعد الموضوعية) تشترك مع القرائن القانونية في أصل وضعها، ذلك أن الإرادة التشريعية تنظر إلى الحقائق الماثلة أمامها وتستنتج منها قرينة معينة ثم تبني حكمها - أي تنص على قاعدة موضوعية - بناء على هذه القرينة.

ومن أمثلة ذلك ان الإرادة التشريعية الجزائرية تحدد سن الرشد بتسع عشر سنة كاملة فالإرادة التشريعية بنت هذا التحديد على الغالب الراجح أن الشخص في هذا السن يكون قد بلغ قدرا من النضج يؤهله لكي يباشر التصرفات القانونية أي أن الإرادة التشريعية جعلت بلوغ الشخص سن التاسعةو عشر قرينة على إتمام أهليته ولذلك نصت في المادة 40.م.ج على ان كل شخص بلغ هذا السن يعتبر راشدا.

هذا النص (م40.م.ج) يقرر قاعدة موضوعية مبنية على قرينة ولذلك لا يجوز إثبات عكس هذه القاعدة فلا يجوز إثبات أن الشخص قد أصبح راشدًا قبل أن يبلغ سن التاسعة عشر حتى لو ظهر بالفعل نضجه وقدرته على إبرام التصرفات القانونية قبل بلوغه هذه السن وعلى العكس لو كنا بصدد قرينة كالقرينة التي تجعل الوفاء بقسط متأخر من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة (المادة 499.م.ج) فقد بنت الإرادة التشريعية هذه القاعدة على الراجح الغالب في الأحوال كما هو الشأن في القاعدة الخاصة ببلوغ سن الرشد لأن الغالب لا يعطى المؤجر مخالصة عن قسط لاحق إلا إذا كان قد استوفى الأقساط السابقة وهذا الافتراض إذ كان يصدق في الغالب من الأحوال قد لا يصدق في النادر منها ولذلك يجوز للمؤجر إثبات أنه بالرغم من إعطائه مخالصة عن قسط لاحق فإنه لم يستوف الأقساط السابقة وهذا خلاف القاعدة الخاصة ببلوغ سن الرشد (م.40.م.ج) فلا يسمح مطلقا لشخص لم يبلغ التاسعة عشر إثبات أنه ضمن الحالات النادرة التي يصبح فيها الشخص رشيدا قبل بلوغه هذه السن. ذلك أن هذه القاعدة قاعدة موضوعية وليست قاعدة إثبات.

158 - **التمييز بين القرائن القانونية والقواعد الموضوعية**[1]: مما تقدم يتبين الفرق بين القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية فبالرّغم من أن القاعدة الموضوعية تقوم على فكرة الغالب الراجح من الأحوال كما هو الشأن في القرينة القانونية أي أن الإرادة التشريعية تستوحي من القاعدة الموضوعية فكرة القرينة إلا أن هذه الفكرة لا تظهر في القاعدة بل تبقى وراءها بمنزلة العلة أو الدافع إلى هذه القاعدة.

(1) انظر الصدة بند 227 ص 296 وما بعدها.

ففكرة القرينة وإن بقيت في هذه الحالة لأن الإرادة التشريعية تستوحيها إلا أنها تختفي بالنسبة للمتقاضين ولذلك لا يجوز لهم إثبات عكسها.

وهناك مجموعة من القواعد الموضوعية تقوم على قرائن وقد شاع الخلط بين هذا النّوع من القواعد وبين القرائن القانونية مع أن بين النوعين فروق جوهرية ولنضرب أمثلة لكل من النوعين يساعد على توضيح هذه الفروق فالقاعدة التي تقضي ببطلان تصرفات القاصر الضارة[1] قاعدة موضوعية تقوم على قرينة ومعنى ذلك أنها قاعدة تقرر حكما موضوعيا استوحت الإرادة التشريعية فيه فكرة القرينة وهي فكرة الاحتمال والترجيح. ومقتضاها أن الإرادة التشريعية تستلهم في تقريرها للقاعدة احتمالا يغلب وقوعه مرجحة إياه على غيره من الاحتمالات. فقد رأت الإرادة التشريعية أن صغر السن دون سن التاسعة عشر يغلب معه ألا يكون الشخص قد بلغ درجة من النّضج تؤهله لإبرام هذا النوع من التصرفات. وبمعنى آخر فإن واقعة القصر قامت في نظر الإرادة التشريعية على عدم الأهلية لإبرام تصرف ضار. ولكن الإرادة التشريعية لم تنص على هذه القرينة وإنما استلهمت فكرتها فقط لتقرر قاعدة يذكر فيها حكم التصرف الضار إذا تم إبرامه في فترة القصر. وبذلك تكون الإرادة التشريعية قد ربطت الحكم الذي نصت عليه بواقعة واحدة من الواقعتين اللتين تجتمعان في القرينة وراء الحكم موضوع النص، فأصبحت دافع أو مبرر للقاعدة وصار حكم النص واجب التطبيق دون أن يكون في وسع المتقاضين أن يقدحوا في سلامة الاستنباط الذي حدا بالإرادة

(1) طبقا للمادة 83 من القانون 84- 11 (قانون الأسرة) وتقول (من بلغ التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة له..)

التشريعية إلى تقريره، حتى لو حصل في حاله معينة أن كان القاصر وصل إلى درجة من النضج والقدرة بحيث يزن مثل هذا التصرف[1].

ويختلف الأمر في القرينة القانونية، فالقرينة القانونية تكون موضوع النص وتظهر الواقعتان اللتان تجتمعان في القرينة وهي الواقعة الثابتة التي تُبنَى عليها القرينة والواقعة الأخرى المستنبطة منها. ويكون قصد الإرادة التشريعية من النص على القرينة نقل عبء الإثبات من الواقعة الثانية الصعبة إلى الواقعة الأولى سهلة الإثبات. ففي قرينة الوفاء بقسط لاحق من الأجرة التي نصت عليها المادة (499.م.ج) تقصد الإرادة التشريعية نقل عبء الإثبات من الواقعة الصعبة وهي واقعة الوفاء بالقسط السابق إلى الواقعة السهلة الإثبات وهي الوفاء بالقسط اللاحق والواقعتان تظهران في النص وذلك على خلاف القاعدة الموضوعية التي تقوم على قرينته.

(1) وهناك أمثلة أخرى للقواعد الموضوعية التي تقوم على قرائن منها القاعدة التي تجعل سن التمييز الثالثة عشر سنة (م 42م.ج) والتي تجعل سن الرشد كاملة (م 40 م.ج) والقواعد التي تتعلق بتصرفات القاصر المميز وغير المميز من حيث صحتها وبطلانها وقابليتها للإبطال (المواد 42 و 43 مدني جزائري والمادة 83 من القانون 84 – 11 (قانون الأسرة)) والقواعد التي تتعلق بتصرفات المجنون والسفيه والمعتوه إذا صدرت بعد تسجيل قرار الحجر (م 44 م.ج) والقاعدة التي تجري حكم الوصية على التصرف الذي يصدر من الشخص في مرض الموت ويكون مقصودًا به التبرع (م 776 م.ج) والقواعد التي تقرر كسب ملكية العقار والمنقول بالتقادم الطويل (م 827 م. ج) وكسب ملكية العقار بالتقادم القصير (م 828) وتملك المنقول بالحيازة (م 835 م.ج) والقاعدة التي تقضي بإنقضاء الالتزامات بالتقادم الطويل (م 308 م.ج) والقاعدة التي تقرر الدفع بحجية الأمر المقضي أي الدفع بسبق الفصل في الدعوى (م 338م.ج).

ويترتب على الاختلاف بين القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية أن القرينة القانونية تكون قابلة لإثبات العكس ((فالقرينة قاعدة إثبات ومهمة الشارع فيها تنحصر في تسهيل الإثبات بالنسبة إلى من تقررت لمصلحته وذلك بنقله من واقعة أخرى سهلة الإثبات دون أن يكون لذلك من أثر على ما للخصم من حق في أن يدحض هذه القرينة .... فإذا حرم الشارع نقض القرينة فإنه ينتقل بها من قواعد الإثبات إلى نطاق القواعد الموضوعية. ذلك لأن القرينة بوصفها قاعدة إثبات يكون الغرض الأساسي منها هو الوصول إلى الحقيقة ومن هنا كان حتما أن يكون للخصم حق نقضها بالدليل العكسي، فهذا أمر تقتضيه طبيعة القرينة))

فإذا حرم الشارع الدليل العكسي زال عن القرينة وصفها باعتبارها قاعدة إثبات وأصبحت قاعدة موضوعية إذ أن الشارع وهو يتصرف على هذا النحو لم يعد يهمه الوصول إلى الحقيقة بقدر حرصه على تحقيق الحكم الذي ينص عليه فقد يكون استنباطه مطابقا للحقيقة الواقعة في الحالة المعروضة وقد لا يكون مطابقا لها، وموقف الخصم في كلا الحالتين لا يتغير إذ يجب عليه في جميع الأحوال أن يخضع لحكم القاعدة[1].

160 - **الخلاصة:** نخلص مما تقدم أن القرينة قاعدة إثبات ومقتضي هذا أنها تقبل إثبات العكس وأن القواعد التي قيل عنها أنها قرائن قاطعة ليست إلا قواعد موضوعية [2]تقوم على قرائن وأنه ليس في المجموعة المدنية الجزائرية وكما هو الحال في كل من التقنين المدني المصري والسوري والليبي مثل واحد لقرينة قاطعة يتوفر لها تكوين القرينة وأن هذه القرينة إن وجدت فإنها تعتبر قاعدة موضوعية لا

(1) الصدة ص 308.

(2) راجع فيما سبق بند 158.

قرينة حقيقية وكل ما في الأمر أن الإرادة التشريعية استخدمت فيها الإثبات للوصول إلى تقرير حكم موضوعي كان هو هدفها الوحيد من النص فهي قاعدة تمت إلى الإثبات بأصلها ولكنها في طبيعتها وفي آثرها قاعدة موضوعية.

على هذا الأساس فقد أحسنت الإرادة التشريعية الجزائرية بعدم إيراد نص خاص بالقرائن القاطعة على خلاف ما فعلته الإرادة التشريعية الفرنسية وغيرها ممن سلك مسلكها ودرجت على النص بجواز إثبات العكس بالنسبة إلى القرائن التي أقامتها. والواقع أن الوضع التشريعي في الجزائر يسمح لنا أن نصل في سهولة ويسر إلى حلول صحيحة في هذا الخصوص دون أن يتضمن ذلك تعارض مع النصوص الموجودة[1].

(1) نص التقنين المدني الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة 1325 على أنه (لا يجوز إثبات ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يطل على أساسها بعض التصرفات أو يجعل الدعوى غير مقبولة، هذا ما لم يحفظ القانون الحق في إقامة الدليل العكسي وذلك مع عدم الإخلال بما سيتقرر في خصوص اليمين والإقرار القضائين) وحاول بذلك وضع معيار للقرينة القاونية القاطعة ويمثل الفقهاء الفنسيون للقرينة القانونية القاطعة بالمادة 911م. فرنسي وتنص على أن (كل تبرع صادر لعديم الأهلية يكون باطلا سواء ستر في صور عقد معاوضة أو صدر لشخص مسخر presonne interposée) ويعتبر شخصا مسخرا لعديم الأهلية أبوه وأمه واولاده وفروعه وزوجه، فالقانون هنا يبطل تصرفا قاونيا على أساس قرينة قانونية إذ الهبة تكون باطلة إذا صدرت لعديم الأهلية ويقيم القانون قرينة قانونية إذ صدرت له الهبة لأحد الأقارب عديم الأهلية المذكورين في النص على أن الصادر له الهبة هو شخص مسخر لعديم الأهلية وتكون الهبة قد صدرت في الواقع من الأمر لعديم الأهلية نفسه ومن ثم تكون باطلة فالقرينة القانونية التي نص عليها القانون قد أبطل على أساسها تصرفا قانونيا هو عقد الهبة ولذلك تكون هذه القرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس فلا يجوز للشخص المسخر (الاسم المستعار) الذي تلقى الهبة أن يثبت أنه ليس شخصا مسخرا لعديم الأهلية وانه هو المقصود حقيقة بالهبة (انظر أيضًا المادة 1100م. فرنسي في تسخير أشخاص معينين في الهبة ما بين الزوجين ويمثلون أيضًا بالمادة 472م. فرنسي) وتنص على أن (كل تعامل بين الوصي والقاصر بعد بلوغه سن الرشد يكون باطلاً إذا لم يسبقه تقديم حساب مفصل مصحوبًا بالسندات المؤيدة له ويكون كل هذا ثابتا بإيصال من ذوي الشأن قبل التعامل بعشرة أيام على الأقل) فالقاون هنا أبطل تصرفا قانونيا هو التعامل ما بين الوصي بالقاصر بعد بلوغه سن الرشد على أساس قرينة قانونية هي العلاقة

161 - **القرائن القانونية التي لا تقبل إثبات العكس في التقنين الجزائري:** السياسة التشريعية التي جرت عليها الإرادة التشريعية الجزائرية في التقنين المدني هي أنه عندما نقف عند قرينة قانونية تريد جعلها قاطعة لا تقبل إثبات العكس ينص على ذلك وإن كان النص يأتي بطريق غير مباشر. فقد فعلت ذلك في القرائن القانونية على الخطأ التي تقوم عليها المسؤولية عن الحيوان والمسؤولية عن الأشياء والمسؤولية العقدية ومسؤولية المستأجر عن الحريق.

=القائمة بين الوصي والقاصر بعد بلوغه سنّ الرّشد دون أن يقدم له الوصي حسابا مفصلا عن إدارته لأمواله وفي هذا مظنة استغلال الوصي لمحجوره السابق في التعامل الذي جرى بينهما قبل تقديم الحساب فتكون القرينة هنا قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ولا يجوز للوصي أن يثبت أن التعامل الذي تم كان تعاملا جديا لا استغلال فيه.

ويمثل الفقهاء الفرنسيين للقرينة القانونية التي على أساسها يجعل القانون الدعوى غير مقبولة (رفض الدعوى) بحجية الأمر المقضي وبالتقادم وبتسليم سند الدين للمدين فحجية الأمر المقضي تقوم على قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس لأن الدعوى التي تدفع بهذه الحجية لا يجوز سماعها والتقادم يقوم على قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس لأن الدعوى تكون غير مقبولة إذا دفعت بالتقادم وتسليم الدائن باختياره سند الدين للمدين قرينة على براءة ذمة المدين.

والقرينة قاطعة لا تقبل إثبات المعكس لأن الدائن إذا رفع دعوى على مدينه بعد أن سلمه سند الدين، ودفع المدين بهذه القرينة، تكون الدعوى غير مقبولة ومن ثم لا يجوز للمحكوم عليه، في حجية الأمر المقضي، أن يثبت أن الحكم الذي يحتج عليه به غير صحيح، ولا يجوز للدائن في التقادم أن يثبت أن الدين موجود بالرغم من تقادمه ولا يجوز للدائن، في تسليم سند الدين أن يثبت عدم براءة ذمة المدين بالرغم من تسليمه للسند.

ويخلص مما سبق أن القانون إذا أبطل تصرفا قانونيا أو جعل الدعوى غير مقبولة على أساس قرينة قانونية كانت هذه القرينة غير قابلة لإثبات العكس (وقد استدرجت المادة 1352م فرنسي بأن استثنت حالة ما إذا كان القانون قد حفظ الحق في إقامة الدليل العكسي). وهذا المعيار الذي اختاره التقنين المدني الفرنسي للقرينة القانونية القاطعة كان محل انتقاد شديد من الفقهاء الفرنسيين وبخاصة جني Geny في كتابه المعروف العلم والصياغة في القانون الخاص.

انظر هذا النقد في السنهوري بند 329 ص 609 و610 وراجع أيضا بن 328 ص 607 وص 608.

فقد نصت المادة 134.م.ج على أن (حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولو ضل الحيوان أو تسرب ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب لا ينسب إليه) فأقامت الإرادة التشريعية مسؤولية حارس الحيوان على قرينة قانونية تفيد خطأ الحارس ولم يسمح للحارس أن يزحزح المسؤولية عن عاتقه إلا بإثبات السبب الأجنبي (سبب لا ينسب إليه) ومقتضى هذا أن الحارس وقوام مسؤوليته الخطأ والضرر وعلاقته السببية فيما بينهما يستطيع أن ينفي علاقة السببية بإثبات عكسها وهو السبب الأجنبي ولا يستطيع أن ينفي الخطأ لأن قرينته القانونية غير قابلة لإثبات العكس ونجد نفس المنوال في المسؤولية عن الأشياء (المادة 138.م.ج) وفي المسؤولية العقدية (المادة 176.م.ج) ومسؤولية المستأجر عن الحريق (م 496.م.ج).

المطلب الثاني

حجية الأمر المقضي

L'autorité de la chose jugée

162 - **معنى حجية الشيء المقضي به:** يقصد بحجية الشيء المقضي به أو المحكوم فيه أو بمعنى آخر حجية الأمر المقضي به أن يكون الحكم حجة بما فصل فيه من حقوق بحيث لا يجوز لأحد الخصوم أن يعود إلى المنازعة فيما قضي به إلاّ عن طريق الطعن فيه بالطرق وفي المواعيد التي حددها القانون.

163 - **النصوص القانونية:** نصت المادة 338.م.ج جزائري على أنه (الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا).

164 - **خطة الدراسة:** حجية الشيء المحكوم فيه أو حجية الأمر المقضي هي قاعدة اختلفت الأراء فيها حتى أعتبرها الفقهاء من المسائل المعقدة وعرضوا في شأنها حلولا قد تبدو متعارضة لعدم الاهتداء إلى كونها ترجع إلى أصل واحد والسبب في ذلك أن الارادات التشريعية والفقهاء لم يصلوا إلى تحديد طبيعة هذه القاعدة وأثرها ثم نبين بعد ذلك نطاق تطبيقها وشروط الدفع بها ونتناول في النهاية حجية الأحكام الجنائية أمام المحاكم المدنية.

أولا - طبيعة قاعدة حجية الأمر المقضي وأثرها

165 - **مضمون القاعدة وأثرها:** سبق القول أنه يقصد بحجية الأمر المقضي أن الأحكام التي يصدرها القضاء تكون حجة بما فصلت فيه فما جاء في هذه الأحكام يعتبر مطابقًا للحقيقة ويترتب على هذه القاعدة أن الخصوم يمتنع عليهم أن يعاودوا الالتجاء إلى القضاء في شأن نزاع سبق الفصل فيه.

فإذا رفع أحد الخصوم دعوى جديدة تتعلق بهذا النزاع كان للخصم الآخر أن يدفع هذه الدعوى بحجية الأمر المقضي أي بسبق الفصل فيها.

ولا يقتصر أثر هذه الحجية على واحد من الطرين في الدعوى الأولى وإنما هي تفرض عليهما معا يستوي في ذلك من خسر الدعوى ومن كسبها فيمتنع على كل منهما أن ينازع مرة أخرى فيما سبق الفصل فيه[1].

(1) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه (من المقرر قانونا انه (يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره)). ومن المقرر أيضا (أن الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه تكون حجة بما فصلت فيه...الخ)
ولما كان ثابتا - في ضبة الحال - أن قضاة المجلس لما قضوا بإبطال عقد البيع الرسمي على أساس أن البائع (مورث المطعون ضدهم) كان مصابا بمرض عقلي وقت إبرام البيع دون إثبات هذا المرض بخبرة عقلية يامر بها القضاة مع نفس المجلس سبق له أن قرر بموجب قرار صادر في 1994/3/16 بأن المطعون ضدهم لم يثبتوا بأن مورثهم كان فاقدا لقواه العقلية زمن إبرام البيع، كما أثبتوا بصورة قاطعة عدم وجود حالة المرض العقلي وقت إبرام البيع، وأكدوا سلامة هذا البيع وتوافره على أركانه الشرعية، وترتيب كل آثاره القانونية.
ولما تراجع نفس المجلس عن القرار السابق الذي أصبح نهائيا، فلا يمكنهم عندئذ لنفس الأسباب والأطراف الموضوع النظر فيه من جديد لسبق الفصل في النزاع بصورة نهائية.
ولما خالفوا ذلك يكونوا قد خرقوا مبدأ حجية الشيء المقضي فيه وأساءوا تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض بدون إحالة. قرار رقم 146497 بتاريخ 1996/07/17 المجلة القضائية السنة 1997 العدد (1)، ص (28).

166 - **مبررات هذه القاعدة وسائل الحد من خطرها:** أحدث الإرادة التشريعية بهذه القاعدة لاعتبارات تتعلق بالصالح العام وهي تقوم على اعتبارين:

الاعتبار الأول: يتعلق بحسن سير القضاء الذي يتنافى مع إعادة طرح النزاع الذي فصل فيه على القضاء من جديد لاحتمال تعارض الأحكام.

الاعتبار الثاني: يتعلق باستقرار العلاقات الاجتماعية وتحقيق السلام بين الناس بوضع حد للنزاع بينهم والعمل على استقرار المراكز القانونية على أنه يلاحظ أن الحقيقة القانونية التي ينتهي إليها القاضي في حكمه قد تختلف عن الحقيقة الواقعة، لأن القاضي إنما يبني حكمه على ما يقدمه الخصوم في الدعوى من أدلة وقد يعجز المكلف بالإثبات عن إقامة الدليل على دعواه كما أن القاضي قد يخطىء في تقدير هذه الأدلة أو قد يكون متحيزاً لأحد الخصوم لذا قررت الإرادة التشريعية من الضمانات ما يحد من خطر قاعدة حجية الأمر المقضي بحيث تكفل ملافاة هذه الأخطار بالنسبة للمتقاضين وتتمثل هذه في تعدد درجات التقاضي وفي رقابة المحكمة العليا لصحة تطبيق القانون.

167 - **قاعدة حجية الأمر المقضي هي قاعدة موضوعية:** قاعدة حجية الأمر المقضي ليست قاعدة إثبات بل هي قاعدة موضوعية تقوم على قرينة مع أن الإرادة التشريعية ذكرت هذه القاعدة في المادة 338.م.ج باعتبارها قرينة قانونية قاطعة وهي بهذا تسير على نهج الإرادة التشريعية الفرنسية ويقول بهذا الفقهاء. والواقع أن حجية الأمر المقضي يتوفر لها تكوين القرينة ولكنها ليست قرينة قانونية وليست بالتالي قاعدة إثبات فهي مبدأ عام أحرى به أن يكون قاعدة من قواعد المرافعات لأنها تتعلق بسلطة الخصم في استعمال

الدعوى لأن بمقتضاها لا تكون للخصم هذه السلطة بالنسبة إلى دعوى سبق الفصل فيها فالدفع بها يؤدى إلى عدم قبول الدعوى[1].

168 - **مدى تعلق حجية الأمر المقضي بالنظام العام:** مع أن حجية الأحكام تقوم على اعتبارات تتعلق بالصالح العام فإن التمسك بها لا يتعلق مع ذلك بالنظام العام لأن الصالح العام والنظام العام ليسا فكرتين مترادفتين وليسا أمرين متلازمين. فثمة قواعد تتصل بالصالح العام ولا تعتبر مع ذلك من النظام العام، فالتقادم يرتبط بالصالح العام ولكنه لا يرتبط بالنظام العام، فيجوز النزول عنه ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ به من تلقاء نفسها[2] كذلك الحال بالنسبة لدرجات التقاضي إذ يجوز لصاحب الحق فيه أن ينزل عنه. إنما تعتبر القاعدة من النظام العام إذ كانت تمس مصلحة جوهرية للمجتمع بحيث يكون الخروج عليها ضارًا بنظام المجتمع وخطرًا عليه الأمر الذي يجعل الاتفاق على خلاف القاعدة باطلا ويوجب على المحكمة أن تأخذ به من تلقاء نفسها ويجب التفرقة بين حجية الأمر المقضي في المواد الجنائية وحجية الأمر في المواد المدنية.

(1) وقد نبه فريق من الفقهاء الفرنسيون إلى أن حجية الأمر المقضي قاعدة من قواعد المرافعات وأن المشرع الفرنسي قد أخطأ في النص عليها في المجموعة المدنية وسبب ذلك أنه نقل عن بوتيه الذي عالج هذه القاعدة مع القرائن القانونية باعتبارها المثل البارز للقرينة القاطعة مع أنها لم تكن كذلك في القانون الروماني ديكونتيس ص 111 وص 0112 بلانيول وريبير وجابولد ج 7 سنة 1552 – وقد وقع المشرع المصري في نفس الخطأ لأنه نقل عن المشرع الفرنسي – أنظر الصدة ص 315 حاشية (2) من نفس الصفحة.

(2) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقضاة أن يأخذوا بقرينة الشيء المقضي به تلقائيا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان الثابت أنه لا وجود لأي دفع من أحد الأطراف بحجية الشيء المقضي به، فإن قضاة الاستئناف بأخذهم تلقائيا بهذه القرينة فإنهم بقضائهم هذا أخطأوا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه. قرار رقم 34931 بتاريخ 1985/10/30المجلة القضائية السنة 1949 العدد 4 الصفحة 68.

فحجية الأمر المقضي في المواد الجنائية تتعلق بالنظام العام ويترتب على ذلك عدم جواز النزول عنها ويجب على المحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها لأن مسألة العقوبات تعتبر حقا للمجتمع وتمس مصلحته في الصميم ويعتبر تعدد الأحكام في شأنها أو تبيانها من الأمور الضارة بنظام المجتمع الأساسي وهذه الاعتبارات أدت إلى أن تكون للأحكام الجنائية حجية مطلقة أي تسري على الكافة كما دعت أيضا إلى أن يربط القاضي المدني بالحكم الجنائي.

أما في المواد المدنية فحجية الأمر المقضي لا تتعلق بالنظام العام فيجوز للمحكوم له أن ينزل عنها[1] لأنه يملك النزول عن الحق المحكوم به فمن باب أولى أن ينزل عن الحجية التى قررها القانون للحكم الذي قضى له به ولذلك لا يجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها وقد نصت على ذلك المادة 2/338.م.ج بقولها (لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا) ويترتب على أن حجية الأمر ليست من النظام العام أنه لا يجوز للخصم أن يتمسك بها لأول مرة أمام المحكمة العليا وهذا الحل المتفق عليه في الفقه والقضاء الفرنسيين وكان هو السائد في الفقه والقضاء المصري[2].

(1) ويكون نزول الخصم صراحة أو ضمنا، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن التنازل البات عن الدفع بحجية الشيء المحكومؤ فيه لا يجوز الرجوع فيه إذ أن هذا الدفع ليس من النظام العام ولا هو وسيلة من وسائل الدفاع يتركها صاحبها بمشيئته، بل هو حق من الحقوق الخاصة إن شاء صاحبه استمسك به أو شاء عدل عنه وليس للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه فإذا تنازل عنه صاحبه فلا سبيل له للرجوع (نقض مدني مصري في 5 يناير 1923 مجموعة القواعد القانونية ج1 ص 162 رقم 60).

(2) وقد قررت محكمة النقض المصرية أن حجية الأحكام يجب لاعتبارها أن يتمسك بها ذوو الشأن فإذا كان الثابت بالحكم أن النزاع في صحة عقد الإيجار قد أثير أمام المحكمة فكان ردها في خصوصه ردا موضوعيا مبنيا على أن العقد صحيح ملزم دون أية إشارة إلى حصول تمسك من جانب الخصوم=

ولكي تثبت حجية الشيء المحكوم فيه يجب أن تتوافر شروط معينة على أنه من المستحسن قبل عرض هذه الشروط أن نبين التفرقة بين حجية الامر المقضي به وقوة الأمر المقضي به.

169 - **حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي**[1]: يجب علينا أن نفرق بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي (Forse de la chose jugée).

حجية الأمر المقضي به أو حجية الشيء المحكوم فيه معناها أن للحكم حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة لذات الحق محلا وسببا. وهذه الحجية تثبت لكل الأحكام القطعية أي لكل حكم موضوعي يفصل في خصومة سواء كان هذا الحكم نهائيا أو ابتدائيا حضوريا أو غيابيا. وتبقى للحكم حجيته إلى أن يزول بنقضه أو بقبول التماس إعادة النظر.

أما قوة الأمر المقضي به أو قوة الشيء المحكوم فيه فتلك صفة لا تثبت إلا للحكم الذي أصبح نهائيا غير قابل للطعن فيه بالعارضة أو الاستئناف أي غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن العادية وإن ظل قابلا للطعن فيه بطريق غير اعتيادي كالطعن بالنقض أو التماس إعادة النظر. فالحكم القطعي له دائما حجية الأمر المقضي به ولكن لا يحوز قوة الأمر المقضي به إلا إذا كان نهائيا سواء كان غير قابل للطعن فيه منذ صدوره بالمعارضة أو الاستئناف. أو كان

= بحجية حكم سابق قضي بصحة هذا العقد، فإن استناد المطعون عليه إلى هذا الحكم السابق في طلب إبرام الحكم المطعون فيه لا يكون له محل (نقض مدني في 20 فبراير 1947 مج القواعد القانونية، ج5 ص 354 رقم 158 وفي هذه القضية نجد أن الذي تمسك بحجية الحكم السابق لأول مرة أمام محكمة النقض (المحكمة العليا) هو المطعون عليه لكي يصل إلى رفض الطعن في الحكم المطعون فيه، المنفق في قضائه مع الحكم السابق).

(1) السنهوري بند 342 ص 63 وما بعدها - عبد الودود يحي بند 98 ص 156، ص 157.

قابلا للطعن فيه ثم صار نهائيا بفوات ميعاد المعارضة فيها واستئنافه أو طعن فيه ولا يزيد في المعارضة أو الاستئناف والتفرقة بين الاصطلاحين ضرورية، فكثيرًا ما يقع الخلط بينهما في الفقه والقضاء والتشريع[1] وكثيرًا مايستعمل الاصطلاحين ويقصد به الاصطلاح الآخر. وقد وقع التقنين المدني الجزائري في هذا الخلط حين قال في الفقرة الاولى من المادة 338 (الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به[2] ويقصد)((حجية الأمر المقضي)) فالحكم القطعي نهائيا كان أو ابتدائيا حضوريا أو غيابيا تثبت له حجية الأمر المقضي كما قدمنا لأنه حكم قضائي فصل خصومه ولكن هذا الحكم لا يحوز قوة الأمر المقضي إلا إذا أصبح نهائيا غير قابل لا للمعارضة ولا للاستئناف بأن كان في ذاته غير قابل للطعن أو كان يقبل الطعن وانقضت مواعيده أو طعن فيه ورفض الطعن. ففي جميع هذه الأحوال يكون الحكم نهائيا حائزًا لقوة الأمر المقضي ولو كان قابلا للطعن بطريق غير اعتيادي كما أسلفنا.

(1) ومن أسباب هذا الخلط ما يرجع إلى لغة القانون الفرنسي فالحكم القطعي (definitif) يحوز الحجية (autorite) والحكم النهائي (definitive) يحوز القوة (la force) فوقع الخلط من استعمال لفظ definitive، بالمعنى القطعي والنهائي في وقت واحد أما في لغتنا العربية فيسهل التمييز بين الحكم القطعي ويحوز الحجية دون القوة والحكم النهائي ويحوز الحجية والقوة معا السنهوري ص 632 حاشية 2.

(2) وقد وقعت الإرادة التشريعية المصرية في هذا الخلط عندما قالت في المادة 405 الملغاة من القانون المدني المصري (الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي) والمقصود هو (حجية الأمر المقضي) ثم عادت وكررت نفس الإصطلاح في المادة 101 من قانون الإثبات المصري التي حلت محل المادة 405 الملغاة من القانون المدني مع أن المقصود هو (حجية الأمر المقضي).

ثانيا - نطاق تطبيق حجية الأمر المقضي[1]

170 - **ثلاث مسائل:** لتحديد النطاق الذي تنطبق فيه قاعدة حجية الأمر المقضي علينا بحث 1 - تحديد الأحكام التي تثبت لها هذه الحجية، 2 - تعيين أجزاء الحكم التي تجوز هذه الحجية، 3 - الشروط التي يجب توافرها في الحق المدعى به.

1 - الأحكام التي تجوز حجية الأمر المقضي

171 - **شروط الحكم الذي يحوز حجية الأمر المقضي:** يشترط في الحكم الذي تثبت له حجية الأمر المقضي ثلاثة شروط:

1 - أن يكون الحكم قضائيا.

2 - أن يكون الحكم صادرا عن محكمة لها ولاية القضاء في موضوعه.

3 - أن يكون الحكم قطعيا.

172 - (1) **أن يكون الحكم قضائيًا:** يجب أن يكون الحكم صادرا من جهة قضائية بموجب سلطتها القضائية ويستوي أن تكون هذه الجهة من جهات القضاء العادي كالمحاكم المدنية والمحاكم العسكرية أو قد تكون هيئة إدارية ذات اختصاص قضائي.

أما القرارات الصادرة من جهات غير قضائية فلا تعتبر أحكاما بالمعنى المقصود هنا وبالتالي لا تجوز حجية الأمر المقضي حتى لو تضمنت الفصل في

(1) الصدة بند 240 ص 319 وما بعدها - عبد الودود يحي بند 100 ص 158 وما بعدها

نزاع كقرار لجنة تقدير الضرائب وقرار مجلس تأديب المحامين وقرار الحفظ الذي تصدره النيابة العامة[1].

ولا يكفي أن يكون الحكم صادرًا من جهة قضائية وإنما يجب أن يكون صادرا منها بموجب سلطتها القضائية ذلك أن للمحكمة إلى جانب وظيفتها الأساسية التي بموجبتها تصدر أحكامًا وظيفة أخرى هي الوظيفة الولائية التي بموجبها تصدر أوامر أو قرارات ولائية.

والفرق بين الحكم والعمل الولائي أن الحكم يفصل في نزاع على حقّ في مواجهة طرفي الخصومة في حين أن العمل الولائي يصد من المحكمة في غير نزاع بموجب سلطتها الولائية.

ومن أمثلة الأوامر الولائية تصديق القاضي على محضر الصلح الذي يتم بين الخصوم وحكم قاضي البيع برسوم مزاد بيع العقار الذي يباع بواسطة المحكمة

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (قرار الحفظ الصادر من النيابة العامة أيا كان سببه أو مضمونه لا يكتسب أية حجية أمام القضاء المدني - لأن القرارات الصادرة من سلطة التحقيق لا تفصل في موضوع الدعوى بالبراءة أو الإدانة - وإنما تفصل في توافر أو عدم توافر الظروف لإحالتها إلى المحكمة للفصل في موضوعها) نقض مدني جلسة 1978/4/22 مج المكتب الفني، السنة 25، ص 1068 كما قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه (لما كانت القرارات التي تصدرها اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي) وهي تمارس عملا قضائيا أسنده إليها المشرع تعتبر بحسب طبيعتها أحكاما قضائية وليست إدارية وكان مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي إذ يباشر في صدد اعتماد قرارات هذه اللجنة - ما اختص به بنص صريح في القانون، فإن ما يتولاه في هذا الشأن يتداخل مع عمل اللجنة، وهو عمل قضائي على ما سلف بيانه، بحيث تلحق الصفة القضائية ما يصدره المجلس من قرارات (الحكم الصادر بجلسة 1981/2/7 في القضية رقم 9 سنة 1 ق (دستورية)).

على مشتري العقار والحكم بتعيين وصي أو قيم في غير خصومة فهذه كلها تصدرها المحكمة في غير خصومة ومن ثم لا تجوز حجية الأمر المقضي[1].

173 - 2 - **أن يكون الحكم صادرًا من محكمة لها ولاية القضاء في موضوعه:** يجب لكي يحوز الحكم حجية الأمر المقضي أن يكون صادرًا من محكمة مختصة اختصاصًا يجعل لها ولاية القضاء في موضوعه وعلى ذلك فإذا صدر حكم من محكمة مدنية في مسألة يكون للقضاء الإداري ولاية عليها فإن هذا الحكم لا يجوز حجية الأمر المقضي ومن ثم يجوز إثارة النزاع من جديد أمام المحكمة صاحبة الولاية وكذلك الحال إذا صدر حكم في مسألة مدنية من محكمة جنائية أو العكس[2].

على أنه يلاحظ أن تجرد الحكم من حجية الأمر المقضي بسبب صدوره من محكمة لا ولاية لها إنما يكون بالنسبة إلى جهات القضاء الأخرى فقط ولكنه يحوز هذه الحجية أمام محاكم الجهة التي أصدرته فإذا صدر حكم من محكمة مدنية في مسألة تدخل في اختصاصّ المحاكم الإدارية فإن هذا الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضي أمام المحاكم الإدارية ولكنه يحوز هذه الحجية أمام المحاكم المدنية.[3]

(1) السنهوري بند 351 ص 648 وما بعدها - الصدة بند 244 ص 323 وما بعدها - عبد الودود يحي ص 159 وما بعدها.

(2) وقد قضت محكمة النقض المصريةبأن (لجهة القضاء العادي بما لها من ولاية عامة أن تتحقق من أن الحكم المطروح أمر حجيته عليها والذي أصدرته جهة قضاء أخرى قد صدر في حدود الولاية القضائية لتلك الجهة وأن الحكم الصادر من جهة قضاء خارج حدود ولايتها يعد معدوم الحجية أمام الجهة صاحبة الولاية في النزاع) نقض مدني، جلسة 1978/1/18 مج المكتب الفني السنة 29 ص 242.

(3) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (قضاء المحكمة التأديبية بإلغاء قرار فصل أحد العاملين بالقطاع العام معدوم الحجية أمام المحاكم العادية لصدوره خارج حدود ولايتها (نقض مدني، جلسة 1979/3/11 مج المكتب الفني السنة 30، ص 774)

ومتى كانت المحكمة التي أصدرت الحكم ذات ولاية بالنسبة لموضوعه فإن الحكم يحوز الحجية ولو كانت المحكمة مختصة اختصاصا نوعيا أو محليا.

وقواعد الاختصاص النوعي هي التي تبين الاختصاص الذي يتعين بحسب نوع القضية وقيمتها كما تحدد اختصاص الطبقات المختلفة من المحاكم فلو أن حكما صدر من محكمة أدني طبقة من المحكمة المختصة فإن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضي أمام جهات القضاء الأخرى.

كذلك تثبت الحجية لحكم صادر من محكمة غير مختصة بإصداره اختصاصا محليا. وقواعد الاختصاص المحلي هي التي تبين الدعاوى التي تدخل في دائرة الاختصاص الإقليمي لكل محكمة من محاكم الطبقة الواحدة، كمحكمة قسنطينة ومحكمة عنابة فإذا كان موطن المدعى عليه في قسنطينة ورفع المدعى الدعوى أمام محكمة عنابة فإن الحكم الصادر في هذه الدعوى تكون له الحجية[1].

هذا ويلاحظ أن الحكم إذا صدر من جهة قضائية لها ولاية إصداره لا يقدح فيه أن تكون المحكمة التي أصدرته قد أخطأت في تطبيق القانون مما يعيبه ويؤدى إلى بطلانه لأن السبيل إلى إصلاح عيوب الحكم هو الطعن فيه بالطرق القانونية المقررة لذلك.

(1) الصدة ص 328 - عبد الودود يحي ص 161.

يلخص مما سبق أن حجية الأمر المقضي تثبت لحكم صادر من محكمة مختصة أو من محكمة غير مختصة اختصاصًا نوعيًا أو محليًا ولكنها لا تثبت لحكم صادر من محكمة ليست لها ولاية القضاء.

174 - 3- **أن يكون الحكم قطعيا:** لا تكون حجية الأمر المقضي إلا لحكم قطعي jugemment definitif أي يصدر في الموضوع بالبت فيه كله أو بعضه ولو كان حكما ابتدائيا غيابيا قابلا للطعن فيه بالمعارضة وبالاستئناف ولا ضرورة لكي يحوز الحكم حجية الأمر المقضي أن يصبح الحكم القطعي حكما نهائيا. (jugement passe en force de chose jugée) باستنفاذه طرق الطعن العادية من معارضة واستئناف.

ويعتبر الحكم قطعيا، الحكم الذي يبت ويفصل في الدفوع الشكلية أو الموضوعية كالحكم بعدم الاختصاص [1] وبعدم قبول الدعوى جواز نظر الدعوى وبطلان صحيفة الدعوى.

أما الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع (jugements d'avant dire droit) فهي ليست بأحكام قطعية ولا تجوز حجية الأمر المقضي.

(1) – وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (حجية الحكم المانعة من إعادة النظر في المسألة المقضي فيها، مناطها فصله في مسألة أساسية تناقش فيها الطرفان، واستقرت حقيقتها بينهما) نقض مدني جلسة 1976/2/1 مج المكتب الفني السنة 27 ص 351 كما قضت بأن (الحكم يوقف الدعوى حتى يفصل في مسألة أخرى ترى المحكمة ضرورة الفصل فيها حكم قطعي يمنع المحكمة من معاودة النظر في الموضوع دون أن يقدم لها الدليل على تنفيذ ذلك الحكم 1983/4/4 الطعن رقم 548 سنة 40 ق) كما قضت بأن التصريح بإيداع باقي الثمن خزانة المحكمة لا يعتبر فصلا في الخصومة عدم اكتسابه حجية الأمر المقضي (1981/11/18 طعن رقم 388).

وهذه الأحكام هي، الأحكام التحضيرية (jugements préparatoires) كالحكم بتعيين خبير لمعاينة محل النزاع أو بإحالة الدعوى إلى التحقيق.

والأحكام التمهيدية وهي تسبق الفصل في الموضوع أيضا ولكنها تبين رأى المحكمة في موضوع النزاع كالحكم بتعين خبير لتقدير قيمة الضرر الذي أصاب المدعى إذ يدل هذا على أن المحكمة ستحكم بالتعويض.

والأحكام الوقتية وهي تسبق الحكم في الموضوع ولا تمس أصل الحق وجوهر النزاع كالحكم بتعيين حارس قضائي على عين متنازع عليها والحكم بتقدير نفقة وقتية للمصاب حتى يفصل في دعوى التعويض.

ويعتبر الحكم الصادر من قاضي الأمور المستعجلة أو في المسائل المستعجلة حكما وقتيا لا يحوز حجية الأمر المقضي [1].

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (الحكم الصادر بوقف تنفيذ قرار فصل العامل، هو حكم يصدره قاضي الأمور المستعجلة بإجراء وقتي، ولا يمس أصل الحق أو يعتبر فاصلا فيه، ولا تكون له أية حجية أمام محكمة الموضوع) نقض مدني، جلسة 1977/12/24، مج المكتب الفني السنة 28،ص 877 كما قضت بأن الأحكام التي تصدر من قاضي الأمور المستعجلة هي أحكام وقتية بطبيعتها ولا تكون لها حجية متى تغيرت ظروف الطلب (نقض مدني 1954/3/11 مج أحكام النقض 5 رقم 100 ص 615) وقضت أيضا بأن (القضاء بإجراء أمر وقتي لا يحوز حجية الأمر المقضي به في أصل موضوع النزاع، فهو بطبيعته هذه لا يمكن أن يقع تناقض بينه وبين حكم آخر يصدر في موضوع النزاع المقضي بإتخاذ ذلك الإجراء فيه فإذا صدر نهائيا من القضاء المستعجل حكم بإيقاف تنفيذ حكم نهائي لحين البت في مسألة موضوعية فالحكم النهائي الذي تصدره محكمة الموضوع من بعد قاضيا باعتبار ذلك الحكم الموقف تنفيذه واجب التنفيذ لا يصح الطعن فيه بدعوى أنه خالف الحكم السابق صدوره من القضاء المستعجل (نقض مدني 1923/2/16 مج عمرا رقم 103 ص 189))

والأحكام التهديدية jugements comminatoires وهي التي تصدر ضد المدين الذي يمتنع عن تنفيذ التزام بعمل يكون الوفاء به ما يزال ممكنا ويقتضي تدخل المدين بشخصه فتفترض عليه غرامة تهديدية يدفعها على كل فترة معينة من فترات التأخير وذلك لحمله على الوفاء. وهذه الأحكام تعتبر أحكاما وقتية فلا تحوز حجية الأمر المقضي ويجوز للقاضي العدول عنها أو يغير من مقدار الغرامة التهديدية بالنقض أو الزيادة بحسب ما يراه من موقف المدين وفي هذا تقول المادة 174.م. جزائري في فقرتها الثانية (وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلّما رأى داعيا للزيادة).

2 - أجزاء الحكم التي تحوز الحجية

175 - **اقتصار الحجية على منطوق الحكم دون أسبابه:** يتكون الحكم من ثلاثة أجزاء هي:

1 - المنطوق (le dispositif) وهو الذي يتضمن ما قضت به المحكمة في النزاع المعروض عليها.

2 - الأسباب (les motifs) وهي التي تعرض فيها المحكمة حجج الخصوم وتناقشها وتبين الحجج التي استندت إليها فيما قضت به.

3 - الوقائع (les qualites) وهي تتضمن عرضا لموضوع النزاع.

والحجية لا تثبت لكل أجزاء الحكم وإنما تثبت في الأصل لمنطوق الحكم[1] وهو الذي يفصل في نقط النزاع كما قدمنا ولا تكون للمنطوق حجية الأمر المقضي إلا حيث يفصل في مسألة واقع لا في مسألة قانون وفي حدود النزاع الذي كان محل مناقشة بين الخصوم وتقدم فيه كل منهما بدفاعه وطلباته.

ويشترط لثبوت الحجية لما ورد في منطوق الحكم أن يكون قد ورد فيه بصيغة الفصل نتيجة بحث من المحكمة فإذا وردت في منطوق الحكم عبارات عارضة لا تتعلق بأمر كان محل مرافعة من الخصوم ولم يرد في طلباتهم فإن هذه العبارات لا تدخل ضمن المنطوق الذي يحوز الحجية. ومثال ذلك أن تحكم المحكمة في مسألة أصلية وترفض ماعدا ذلك من الطلبات فهذه العبارات الأخيرة لا تجوز الحجية إلا بالنسبة للطلبات التي ناقشتها المحكمة.

(1) - السنهوري بند 360 ص 666- الصدة بند 248 ص 335 - يحي بند 101 ص 163.

ومثاله أيضا أن يحكم على شخص بتقديم حساب ويذكر أن أصل أحد الديون مقداره كذا مع أن هذا المقدار لم يكن محل مرافعة الخصوم. ففي هذه الحالة لا تثبت الحجية للمقدار الذي ورد ذكره وقد قالت محكمة النقض المصرية في هذا المعنى أنه لا يحوز حجية الأمر المقضي ما يرد في الحكم من التقريرات في شأن موضوع آخر لم يعرض على المحكمة ولو كان مرتبطا بالموضوع المقضي فيه[1].

176 - قد تثبت الحجية لمنطوق الحكم الضمني:

ولا تقتصر الحجية على المنطوق الصريح للحكم فقد يفصل المنطوق في بعض نقط النزاع بطريق ضمني implicitement فتثبت الحجية لهذا المنطوق الضمني مادام هو النتيجة الحتمية للمنطوق الصريح[2]. suite nécessaire d'une disposition expresse فالحكم الذي يقضي بصحة الإجراءات التي اتخذت لتنفيذ سند تكون له حجية الأمر المقضي في صحة هذا السند ونفاذه لأنه مادام قد حكم بصحة الإجراءات التي اتخذت لتنفيذ سند فإن هذا يقتضى ضرورة صحة هذا السند وقابليته للتنفيذ.

(1) نقض مدني مصري في 26 مارس 1953 مج أحكام محكمة النقض 4- 720 - 107.

(2) أوبري ورو ج12 ص 404 دي باج ج3 ص 909، 910 بودري وبارد ج4 (التزامات بند 2673 وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن) منطوق الحكم والأسباب المتصلة به اتصالا حتميا تكسب قوّة الأمر المقضي أما الأسباب الزائدة فلا حجية لها، نقض مدني، جلسة 1977/3/30 مج المكتب الفني السنة 28، ص 830.

وإذا اتفق في عقد الإيجار على التجاوز عن بعض الأجرة في حالة دفعها في مواعيدها ولم تدفع الأجرة في مواعيدها فإن المحكمة إذا قضت بكل باقي الأجرة على المستأجر تكون قد قضت في نفس الوقت بعدم استحقاق المستأجر للتجاوز المشترط[1].

177 - قد تثبت الحجية للأسباب:

إذا كان الأصل أن حجية الأمر المقضي لا تثبت إلا بمنطوق الحكم الصريح أو الضمني غير أن الحجية قد تثبت لأسباب الحكم إذا كانت ترتبط ارتباطًا وثيقا بمنطوقه بحيث لا يقوم إلا بها[2] ويكون ذلك بأن تحدد معناه أو تكمله وتصبح مع المنطوق كلا لا يتجزأ لأنه في هذه الحالة تكون الأسباب هي المرجع في تفسير المنطوق إذا كان به لبس أو غموض وفي تحديد مداه وفي الوقوف على حقيقة ما فصلت فيه المحكمة[3].

وتطبيقا لذلك قررت محكمة النقض المصرية أنّه لا مانع من أن بعض المقضي به يكون في الأسباب فإذا قضت المحكمة ببطلان عقد بيع بعد أن

(1) نقض مدني مصري أول ابريل سنة 1943 مج عمر 4 رقم 40 ص 96- انظر السنهوري ص 667، ص 668 حاشية (3) حيث أورد أحكاما كثيرة قضت بوجود منطوق ضمني تثبت له الحجية.

(2) - وقد قضت محمكة النقض المصرية بأنه (إذا كانت قوة الأمر المقضي لا تثبت إلا لما ورد به المنطوق دون الأسباب، إلا أنه إذا كانت الأسباب قد تضمنت الفصل في بعض أوجه النزاع التي أقيم عليها المنطوق فإن ما جاء بالأسباب يعد قضاء مرتبطا بالمنطوق ومكملا له ويكتسب ماله من قوة الأمر المقضي (نقض 1980/4/21 الطعن رقم 697 سنة 40 ق))

(3) - دي باج، ج 3 بند 947، ص 909 و910 - وانظر الدة ص 340، 341.

استعرضت في حكمها الأسباب التي دار النزاع حولها طلبًا ودفعًا وبحث هذه الأوجه وفصلت فيها فصلا قاطعا وخلصت من بحثها إلى النتيجة التي حكمت بها فمعنى ذلك أنها بعد أن قضت في هذه المسائل وضعت قضاءها فيها في أسباب الحكم ثم وضعت بالمنطوق الحكم ببطلان البيع وهو نتيجة ما وضعه في الأسباب فأصبح الحكم فاصلًا في جميع نقط النزاع المتقدمة طلبًا ودفعًا[1].

ومن ذلك أيضًا ما قضت به من أنه إذا طلب المرتهن رهن حيازة أصل دينه ودفع الراهن باستهلاك الدين من ريع الأطيان المرهونة وقضت المحكمة في الدعوى بندب خبير لمعاينة الأطيان وتقدير ريعها على أساس أجر المثل ثم إجراء عملية الاستهلاك وصرحت في أسباب الإستهلاك بأن عقود الإيجار التي تمسك بها الدائن المرتش في تقدير الريع هي عقود صورية فإن هذا القضاء القطعي في صورية هذه العقود في عدم الاعتداء بها يحوز قوة الشيء المحكوم فيه لوروده في أسباب الحكم المرتبطة بمنطوقه[2].

ولكن إذا كان ما ورد في الأسباب خارجًا عن موضوع النزاع فلا تثبت له الحجية[3].

(1) نقض مدني في 1934/6/14 مج القواعد القانونية ج ص 58 قاعدة رقم 259.

(2) نقض مدني مصري في 1944/5/11 مج القواعد القانونية ج1 ص 58 قاعدة رقم 258.

(3) قضت محكمة النقض المصرية بأن الأصل أن قوة الشيء المحكوم فيه لا تلحق إلا بمنطوق الحكم ولا تلحق إلا بما كان من الأسباب مرتبطًا بالمنطوق إرتباطا وثيقا، فإذا كانت المحكمة قد عرضت – تزيدًا في= بعض أسبابها إلى مسألة خارجة عن حدود النزاع المعروض عليها، أو لم تكن بها حاجة إلى الفصل في الدعوى، فإن ما عرضت له من ذلك لا يكون له قوة الشيء المحكوم فيه (نقض مدني في 1944/3/16 مج القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في 25 عاما، ج1 ص 59، قاعدة رقم 264، 265) وفي 1977/3/17 مج القواعد القانونية السنة 28، ص 474.

أما وقائع الدعوى فالأصل أن لا حجية لها في دعوى أخرى. ولكن قد تكمل بعض وقائع الدعوى منطوق الحكم بحيث يكون ناقصا بدونها وفي هذه الحالة تكون للوقائع حجية الأمر المقضي فيما تكمل فيه المنطوق.

فإذا لم يوضح في منطوق الحكم مقدار الشيء المحكوم به وكان هذا المقدار مبينًا في عريضة افتتاح الدعوى وفي وقائع الحكم ولم ينازع فيه الخصم ولم تمس المحكمة المقدار المذكور بأي نقصان، فإنه في هذه الحالة الخاصة يتعيّن اعتبار وقائع الحكم ومنطوقه كلا لا يتجزأ ويكون للحكم بالنسبة لهذا المقدار حجية الأمر المقضي[1].

3 – شروط الدفع بحجية الأمر المقضي

178 - **بيان هذه الشروط:** لا يكون للحكم حجية الأمر المقضي إلاّ إذا توافر في الحق المدعى به ثلاثة شروط:

أولا: اتحاد الخصوم (identite de personnes)

ثانيا: وحدة المحل (identite d'objet)

ثالثا: اتحاد السبب (identite de cause)

(1) – محكمة الاستئناف مصر (محكمة في القاهرة) في 1935/11/30 – مج المدنية 27 رقم 104– ص 163، مشار إليه في لسنهوري بند 362 ص 674.

وهذا ما نصت عليه المادة 338.م. جزائري فيما قدمناه إذ تقول (ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب)[1].

179 - **الشرط الأول: اتحاد الخصوم:** تقتصر الحجية على الخصوم أنفسهم فالحكم كالعقد نسبي في أثره لا يسري إلاّ في حق من كان طرفا فيه ولا يمتد هذا الأثر إلى الغير. فلا يجوز الدفع بحجية الأمر المقضي في دعوى جديدة تتناول ما سبق أن فصل فيه إلا إذا ان الخصوم في الدعوى هم أنفسهم الخصوم في الدعوى السابقة فإذا حصل المستأجر على حكم ضدّ المؤجر بتسليمه العين المؤجرّة فلا يكون الحكم حجة إلّا على من كان خصمًا في الدّعوى، أي على المؤجر والمستأجر أمّا غير هذين كالمشتري للعين المؤجرة فلا حجية للحكم عليه.

ويستطيع بالرّغم من هذا الحكم رفع دعوى على المستأجر مطالبا إيّاه بتسليم العين إذا لم يكن لعقد الإيجار تاريخ ثابت سابق على البيع - ليكون ساريا في

(1) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية على أنه من المقرر قانونا أن الحكم لا يحوز حجية الشيء المقضي فيه إلا بتوافر عناصر ثلاثة هي: وحدة الأطراف دون أن تتغير صفتهم - وحدة العمل (الموضوع) - وحدة السبب ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف استندوا على مبدأ حجية الشيء المقضي فيه دون إبراز عناصره خاصة وأن الطاعنين دفعوا بعدم توافرها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا هذا المبدأ ومنعوا المجلس الأعلى من استعمال رقابته. ومتى كان كذلك استوجب نقض قرار رقم 54168 بتاريخ 1989/11/15 المجلة القضائية السنة 1990 العدد (4) ص (35).

مواجهة المشتري - أما المؤجر وهو أحد الخصوم في الحكم فلا يستطيع أن يرفع الدّعوى من جديد على المستأجر ليطرح نفس النّزاع الذي سبق أن فصل فيه الحكم بينهما في الدّعوى السابقة[1].

والمقصود باتحاد الخصوم اتحادهم بصفاتهم لا بأشخاصهم وقد حرص القانون أن ينص على ذلك في المادة 338.م.ج.

وعلى ذلك فالحكم الذي يصدر في دعوى رفعها النائب تكون له الحجية بالنسبة إلى الأصيل فلا يستطيع هذا الأخير أن يرفع دعوى مرة ثانية بصفته الشخصية بشأن ما سبق أن تم الفصل فيه لأنه كان طرفا في النزاع السابق[2]ولا تمنع هذه الحجية النائب من أن يعود إلى رفع الدعوى من جديد بصفته أصيلاً لا نائبا فإذا طالب أب بحق ادعاه لابنه بصفته وليا عليه فرفضت دعواه فإن الحكم لا يمنع الأب من أن يعود إلى المطالبة بهذا الحق لنفسه هو بصفته أصيلاً.

وقد قررت محكمة النقض المصرية أن العبرة في وحدة الخصوم فيما يتعلق بحجية الأمر المقضي إنما هي بالخصوم من حيث صفاتهم لا من حيث أشخاصهم[3].

(1) - وقضت محكمة النقض المصرية بأن (الحكم بتمكين الطاعن من شقة النزاع قبل أحد مالكي العقار لا حجة له قبل المالك لآخر الذي لم يختصم في الدعوى - ولا محل للتحدي بعدم قابلية الالتزام للانقسام) نقض مدني مصري جلسة 3/17/ 1979مج المكتب الفني السنة 30 ص 839.

(2) - في المعنى: السنهوري بند 365 ص 677 - الصدة بند 252 ص 344، 345 عبد الودود يحي ص 167.

(3) - نقض مدني مصري في 7 مارس 1940، مج القواعد القانونية، ج3، ص 114 رقم 39 وانظر كذلك محكمة مصر الابتدائية في 19 نوفمبر 1943 المحاماة 15 - 282 - 133وقضت محكمة النقض المصرية بأن (الحكم بفسخ العقد الصادر من الوكيل المستتر له حجية قبل الأصيل- ولو لم يكن خصما في الدعوى - دون الوكيل نقض مدني جلسة 1976/10/19 مج المكتب الفني السنة 27، ص 1467).

والحكم الذي يصدر في الدعوى لا يكون حجة على الخصوم وحدهم بل هو حجة أيضًا على خلف الخصم العام[1] وعلى خلفه الخاص أيضا.

فالحكم حجة على من يخلف خلافة عامة عن طريق الميراث أو الوصية وهو يعتبر أيضا حجة على الخلف الخاص كالمشتري بشرط أن يكون متعلقًا بالشيء الذي انتقل إليه وأن تكون الدعوى التي صدر فيها الحكم قد رفعت وسجلت صحيفتها قبل انتقال الشيء إلى الخلف الخاص ولكن إذا تم انتقال ملكية الشيء إلى الخلف الخاص قبل تسجيل صحيفة الدعوى الذي صدر فيها الحكم فإن هذا الحكم لا تكون له حجية قبل الخلف الخاص.

والدائنون العاديون يتأثرون على نحو معين بالأحكام التي تصدر لصالح مدينهم أو عليه ولا يعنى ذلك أن الدائن العادي خلف عام أو خلف خاص وإنما هو بما له من ضمان عام على أموال مدينه يستفيد أو يضار بطريق غير مباشر من الأحكام التي تصدر لصالح المدين أو ضده وبذلك يمكن أن يحتج عليه بالأحكام التي صدرت ضد المدين سواء كانت سابقة أو لاحقة لحقوقهم إلا إذا كانت الأحكام صدرت ضد المدين نتيجة تواطؤ مع خصمه فإنها حينئذ لا تكون حجة على الدائن.

(1)- وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بسريان الحجية على الخلف العام فقررت الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه. ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب.
ومن الثابت في قضية الحال أن المطعون ضده هو ابن المدعي الأصلي في الدعوى التي انتهت بصدور القرار المطعون فيه، أي يعد خلفا عاما وبالتالي فهو يحل محل سلفه وبذلك فإن حجية تلك الأحكام تمتد إليه والقول بأن المطعون ضده هو شخص آخر يختلف عن المدعي الأصلي فإن ذلك يشكل خطأ تطبيق أحكام المادة المذكورة أعلاه، مما يعرض القرار محل الطعن للنقض) قرار رقم 174416 بتاريخ 1999/2/3 المجلة القضائية السنة 1999 العدد (1) الصفحة (97).

أما عدا الخلف العام والخلف الخاص والدائنين فإنهم يعتبرون من الغير ولا يكون الحكم حجة عليهم فإذا صدر حكم ضد أحد الملاك على الشيوع فإنه لا يكون حجة على بقية الملاك طالما لم يختصموا في الدعوى.

180 - **الشرط الثاني: وحدة المحل:** محل الدعوى أو موضوعها هو الحق المطالب به في الدعوى أو الميزة القانونية التي يرمي المدعي إلى تحقيقها.

ويشترط للدفع بحجية الأمر المقضي أن يكون محل الدعوى الجديدة هو نفس محل الدعوى التي فصل فيها الحكم السابق [1]وبعبارة أخرى تقتصر حجية الأمر المقضي به على ذات الموضوع الذي سبق طلبه في الدعوى التي صدر فيها الحكم فإذا صدر فيها الحكم بإبطال عقد أو حكم بملكية عين أو حكم بتعويض عن ضرر فإن ذلك يمنع من تجديد المطالبة بإبطال ذات العقد أو بملكية ذات العين أو التعويض عن نفس الضرر.

ولكن يلاحظ أن وحدة المحل لا يقصد بها الوحدة المادية للشيء الذي تتعلق به الدعوى لأن الشيء قد ترد عليه عدة حقوق. ففي الأمثلة السابقة يمكن رفع دعوى بفسخ العقد الذي حكم بإبطاله أو المطالبة بحق انتفاع على العين التي حكم بملكيتها لأن موضوع الدعوى الجديد ليس هو موضوع الدعوى السابقة والعبرة في وحدة المحل بطلبات الخصوم التي فصل فيها الحكم فإذا احتفظ المدعى لنفسه الحق في بعض الطلبات فإن الحكم فيما قدمه من طلبات لا يحول دون رفع دعوى جديدة للمطالبة بما احتفظ به.
فإذا طالب المدعى برد العين المغصوبة واحتفظ لنفسه بالحق في المطالبة بالريع

(1)- الصدة: بند 353، ص 350.

وبالتعويض عما أصاب العين من تلف فحكم له برد العين، ورفض ما عدا ذلك من الطلبات، فإن هذا الرفض لا ينصرف إلى الطلبات التي احتفظ بها لنفسه ويكون له أن يرفع دعوى جديدة بالريع والتعويض[1].

والحكم في شيء يعتبر حكما فيما يتفرع عنه فإذا حكم برفض الأدعاء بملكية عين فإن ذلك يمنع من رفع دعوى جديدة للمطالبة بربع هذه العين.

والحكم في الملحقات يعتبر حكما في الأصل كما أن الحكم في الجزء يعتبر حكما في الكل، إذا كان الفصل في الملحقات أو الجزء اقتضى البحث في الأصل أو الكل فإذا حكم برفض المطالبة بالريع، فإن ذلك يمنع المطالبة بملكية العين إذا كانت المحكمة قد بحثت الملكية ورفضت الريع بناء على عدم ثبوت الملكية وكذلك إذا حكم برفض المطالبة بجزء من التركة فإن ذلك يمنع من المطالبة بجزء آخر إذا كان الحكم الأول قد بنى الرفض على عدم ثبوت الوراثة.

على أنه يلاحظ أن الحكم في الملحقات أو الجزء لا يعتبر دائما حكما في الأصل أو الكل ، فالحكم برفض الريع لا يمنع المطالبة بالملكية إلاّ إذا كان رفض الريع مؤسسا على عدم ثبوت الملكية[2] كذلك يعتبر الحكم في الكل حكما في

(1) – وقضت محكمة النقض في مصر بأن (الحكم الصادر في دعوى الطاعة ونشوز الزوجة – لا يحول دون نظر دعواها بالتطليق لاختلاف المناط في كليهما، نقض مدني جلسة 1979/3/14، مج المكتب الفني السنة 30، ص 805، كما قضت بأن (الحكم الصادر في دعوى الطاعة لا يمنع من نظر دعوى التطليق لاختلاف الموضوع في كل منهما ولا يسوغ القول بأن الحكم بدخول المطعون عليها في طاعة زوجها، حاسم في نفي ما تدعيه من مضارة)) نقض مدني، جلسة 1979/3/14، مج المكتب الفني السنة 30 ص 798.

(2) – وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (القضاء بصحة التصرفات السابقة على الحكم الصادر بتوقيع الحجر للعته، لا يعتبر إخلالا بحجيته (نقض 1980/2/5 الطعن رقم 97 سنة 45 ق)) وصدور الحكم

الجزء فإذا صدر حكم بصحة بيع متجر فإن ذلك يرد على جميع عناصره. غير أن هذه القاعدة لا تجرى على إطلاقها إذ يجب لكي تكون صحيحة أن تكون المحكمة قد بحثت الوضع بالنسبة إلى أجزاء الكل. وبناء على ما تقدم فإذا حكم برفض ملكية أرض لا يمنع من رفع دعوى جديدة بملكية جزء منها أو حصة شائعة إلا إذا كان الحكم السابق قد بت في عدم ملكية المدعى للأرض ولا جزء منها. وإذا رفضت دعوى الملكية فإن ذلك لا يمنع المطالبة بحق الانتفاع أو الاستعمال أو بحق ارتفاق إلا إذا كان الحكم السابق قد أقيم على أن المدعى ليس له أي حق على الشيء ومن هذا يتضح أن المرجع في هذه التفرقة هو تفسير الحكم السابق لمعرفة الأساس الذي أقام عليه قضاءه[1].

ويلاحظ أنه يصعب وضع ضوابط لهذه المسألة والمعيار الذي يمكن على أساسه تتحدد وحدة المحل هو أنه يجب على القاضي أن يتحقق أن الطلب المقدم له لم يسبق أن فصل فيه وعليه تحديد مدى القضاء الأول ويقارنه بما يؤدى إليه القضاء في الدعوى الجديدة [2]ويجب عليه في هذا الخصوص عدم

صحيح الإيجار لا حجية له في دعوى مطالبة بالأجرة (نقض 1981/3/5 الطعن رقم 935 سنة 48 ق) (62، الصدة ص 351).

(1) – أنظر في هذا المعنى مجموعة دالوز nouveau Répertoire de droit ج1، ص 516 بند 86 – وراجع بودري وبارد ج4 (التزامات) بند 2675، مجموعة juris classeur ص 8،9 بند 64 ، 66 مشار إليها في الصدة ص 352 حاشية (1).

(2) – قضت محكمة النقض المصرية بأن تناقض حكمين لا يوجد إلا حيث يكون قضاء الحكم المطعون فيه قد ناقض قضاء حاز حجية الأمر المقضي يبقه إلى الفصل في ذات ما فصل فيه فإذا اختلف موضع الفصل في الحكمين أمتنع التناقض (نقض مدني في 31 يناير 1946 مج القواعد القانونية ج5، ص 91 رقم 34)

التقيد بظاهر الطلبات في الدعويين[1] بل يتعين عليه أن يصل إلى أعماق الأشياء ويقف على العناصر الأساسية في كل من الطلبين لكي يتأكد من قضائه في الطلب الجديد سوف لا يؤدى إلى حرمان الخصم من ميزة حصل عليها بمقتضى الحكم الأول.

ويعتبر إتحاد الدعويين أو اختلافه فيهما مسألة موضوعية لا يخضع قاضى الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض (المحكمة العليا)[2].

ولكن يجب عليه أن يبين في أسباب حكمه كيف أتحد الموضوع أو اختلف في الدعويين بحيث تكون الأسباب مؤدية إلى ما انتهى إليه وإلاّ كان الحكم مشوبا بالقصور ويتعين نقضه[3].

181 - **الشرط الثالث: اتحاد السبب**[4]: وأخيرًا يجب لقبول الدفع بحجية الأمر المقضي علاوة على ما تقدم من اتحاد الخصوم ووحدة المحل، أن

(1) - قضت محكمة استئناف مصر بأن العبرة في حجية الشيء المحكوم به ليس بطلبات الخصوم ولكن بما فصلت فيه المحكمة من هذه الطلبات فإذا كانت المحكمة قضت فقط في طلب تأجيل دفع الإيجار، ولم يتعرض الحكم لا في منطوقة ولا في أسبابه إلى طلب التخفيض المبني على قانون تخفيض إيجارات الأراضي الزراعية والذي نص صريحا أنه في حالة التنفيذ بحكم أو سند أو عقد رسمي لا يجوز التنفيذ بأكثر من المبلغ المصرح به في القانون فإن الحكم لا يحوز حجية الشيء المحكوم به (استئناف مصر في 12 يناير 1937 -- المحاماة 17- 648 - 313).

(2) - نقض مدني مصري في 11 أبريل 1935 - مج القواعد القانونية، ج1، ص 673 رقم 346.

(3) -نقض مدني مصري في 16 نوفمبر 1950، مج أحكام محكمة النقض، 1 - 251 - 68 وانظر الصدة ص 357 وحواشي (1)، (2)، (3)، (4) نفس الصفحة.

(4) - راجع: السنهوري بنود 314 - 379 - ص 696 - ص 714 - الصدة بند 254، ص 357 - ص 364- عبد الودود يحي ص 172، ص 173.

يتحد السبب في الدّعويين وبمعنى آخر يجب أن يكون سبب الدعوى الجديدة هو ذات السبب في الدعوى التي صدر فيها الحكم.

ويقصد بالسبب في هذا الخصوص هو الأساس القانوني للدعوى[1] أي المصدر الذي أنشأ الحق المدعى به. فالمدعى حين يطالب بملكية عين قد يكون سبب دعواه عقد بيع أو ميراث أو وصية. فإذا رفع المدعى دعوى مستندا إلى أحد هذه الأسباب لا يمنعه رفضها من رفع دعوى جديدة للمطالبة بملكية ذات العين مستندا إلى سبب آخر ولا يمكن دفعها بحجية الأمر المقضي نظرا لاختلاف السبب في الدعويين.

وإذا رفع المستأجر دعوى على المؤجر يطالبه فيها بتسليم العين المؤجرة، فإن السبب في هذه الدعوى أي الأساس القانوني الذي تبنى عليه هو عقد الإيجار فإذا رفضت هذه الدعوى فإن هذا لا يمنع المستأجر من رفع دعوى جديدة للمطالبة بتسليم العين على أساس عقد بيع لأن السبب في الدعوى الثانية وهو عقد البيع يختلف عن السبب في الدعوى الأولى وهو عقد الإيجار ومن يرفع دعوى مطالبا بملكية عين على أساس أنه تملكها بعقد بيع، ورفضت دعواه، يستطيع رفع دعوى جديدة يطالب فيها بملكية نفس العين على أساس أنه تملكها بالتقادم، غير أنه لا يستطيع أن يطالب بالملكية على أساس عقد البيع، وإن فعل أمكن الدفع بحجية

(1) - وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (السبب في معنى المادة 101 إثبات مصري وهي مطابقة للمادة 338 م جزائري السابق ذكرها، هو الواقعة التي يستمد منها المدعى الحق في الطلب وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي يستند إليها الخصم (نقض 1980/12/11 الطعن رقم 411= سنة 46 ق)).

الحكم الأول وإذا رفع شخص دعوى شفعة على أساس كونه شريكا، ثم رفضت دعواه، أمكنه أن يرفع دعوى أخرى على أساس الجوار، ومن رفضت دعواه التي يطالب فيها بمبلغ باعتباره قرضا يستطيع أن يرفع دعوى ثانية يطالب فيها بنفس المبلغ باعتباره ثمنا لشيء باعه[1] وإذا صدر حكم بصحة عقد باعتباره صادرا من المورث بعد إنكار التوقيع عليه من الورثة لا يمنع الورثة المذكورين من أن يطعنوا في العقد باعتباره صادرًا في مرض الموت لاختلاف السبب في الدعويين، والمشتري الذي يحكم ضده لصالح دائن البائع بصورية عقد البيع يكون له الحق في رفع دعوى على البائع يطالبه فيها بالدين الذي في ذمته لاختلاف السبب في الدعويين. وإذا اتحد المحل في الدعويين وتعدد السبب فالعبرة بتعدد السبب لأنه بالرغم من توافر شروط اتحاد المحل قد اختل شرط اتحاد السبب. ويتعدد السبب مع وحدة المحل عملا في الأحوال الآتية:

(1) أن يكون المحل المتحد هو بطلان العقد وتعدد أسباب البطلان.

(2) يكون المحل المتحد هو انقضاء الالتزام وتعدد أسباب الانقضاء.

(3) يكون المحل المتحد هو حق الملكية وتعدد أسباب كسبها.

(4) يكون المحل المتحد هو قيام التزام وتعدد مصادره.

(1) راجع أمثلة أخرى في السنهوري حواشي صفحات 697، 698 - وتطبيقات كثيرة في القضاء المصري في تعدد كل من السبب والمحل حق 699، ص 700 والحواشي.

فقد يطالب شخص ببطلان عقد ويستند في طلبه إلى عيب في الشكل أو عيب في الرضا أو نقص أهلية أو خلل في المحل أو خلل في السبب فهذه جملة من الأسباب الرئيسية للبطلان. فإذا تمسك بسبب منها ورفضت دعواه فإن ذلك لا يمنعه من رفع دعوى جديدة يستند فيها إلى سبب آخر، فإذا تمسك بعيب في الشكل ولم يحكم بالبطلان وقضي بصحة الشكل جاز له التمسك بعيب في الرضاء وإذا تمسك بخلل في المحل ورفض دعواه لم يمنعه ذلك من رفع دعوى جديدة يتمسك فيها بخلل في السبب[1].

وفيما يتعلق بأسباب بطلان العقد فقد انقسم الفقه إلى ثلاثة أراء:

الرأي الأول: يقول إذا رفضت دعوى طلب فيها ببطلان التصرف بسبب الغلط مثلا فيمتنع طلب البطلان ثانية بسبب الإكراه أو التدليس أو القصر[2] أو السفه أو عيب في الشكل لأن هذه وسائل لا يؤثر اختلافها على وحدة السبب في الدعويين غير أن هذا الرأي ينطوي على خلط بين موضوع الدعوى وسببها فموضوع الدعوى هو البطلان أما سببها فهو الواقعة التي نشأ عنها الحق في البطلان كالغلط أو الإكراه أو التدليس أو القصر أو عدم توافر الشكل.

والرأي الثاني: يقسم أسباب البطلان إلى طوائف ثلاث: عيوب الرضا كالغلط والتدليس وما يؤثر على الأهلية كالقصر والسفه والجنون. وما يعيب الشكل كعدم توافر الرسمية ويعتبر هذا الرأي أن كل طائفة من هذه الطوائف الثلاث سببا

(1) السنهوري بند 376 ص 702.

(2) الصدة 360.

وأنه إذا تكررت مفردات الواحدة منها يتحقق وحدة السبب وعلى ذلك فإن طلب البطلان مرة بسبب الغلط يمنع من إعادة طلبه بسبب الإكراه والتدليس ولكن لا يحول دون طلبه مرة ثانية بسبب القصر أو عدم توافر الشكل ويؤخذ على هذا التقسيم أنه تحكمي ولا أساس له من القانون ولا سيما أن القاضي إذا قضى في شأن عيب من عيوب الرضا فلا يمتد بحثه إلى عيب آخر.

أما الرأي الثالث: وهو الرأي الحق فهو يقوم على ما سبق ما بسطناه من نقد للرأيين السابقين فالصواب هو إذا ما طلب البطلان لسبب معين فإن ذلك لا يمنع من طلبه مرة أخرى لسبب آخر أيا كان هذا السبب [1] فمن يطلب البطلان بسبب الإكراه وترفض دعواه، يستطيع أن يعيد طلب البطلان مرة ثانية بسبب الغلط أو التدليس أو القصر أو عيب في الشكل والعكس صحيح بالنسبة إلى هذه الأسباب وغيرها من أسباب البطلان[2].

ومثل دعاوى البطلان في هذا الصدد دعاوى الفسخ ودعاوى براءة الذمة فإذا طلب المدعي مدّة الفسخ بسبب عدم تسليم المبيع في المكان المتفق عليه يستطيع إعادة طلب الفسخ لعدم التسليم في الوقت المحدد والذي يطلب براءة

(1) بلانيول وريبير وبولانجي ج 2 بند 2190، 2191، كولات وكابتان ودي لامور انديير ج2 بند 793 – مجموعة juris classeur المرجع السابق ص 10 بند 81 وأنظر الصدة ص 361 – والسنهوري ص 703(1) والمراجع المشار إليها فيه.

(2) والقانون لا يفرض على المدعي أن يراعي ترتيبا معينا في تمسكه بأسباب البطلان المختلفة في دعاوي متتالية غير أنه يتأثر بمنطق الواقع في دعواه التالية من ذلك إذا تمسك في الدعوى الأولى بالتدليس ثم تمسك في الدعوى الثانية بالإكراه فإن مركزه في هذه الدعوى الاخيرة يكون ضعيفا لأن الإكراه يفترض خضوع المتعاقد عن علم بينما يفترض التدليس المتعاقد عن جهل (السنهوري ص 704).

ذمته من الدين بسبب المقاصة ورفض طلبه فيمكنه أن يدعى البراءة مرة ثانية بالبراءة أو استحالة التنفيذ.

ويجب التمييز بين السبب والدليل فقد يتحد السبب في دعويين وتختلف الأدلة فيهما فيمكن الدفع بحجية الدفع بحجية الأمر المقضي إذ أن العبرة بوحدة السبب لا بوحدة الدليل.

فإذا طالب شخص بدين وأجازت له المحكمة الإثبات بشهادة الشهود ولكنها لم تقتنع بهذه الشهادة ورفضت الدعوى فلا يجوز له بعد ذلك أن يعاود المطالبة بهذا الدين وإن قدم دليلا جديدا كورقة مكتوبة. ذلك أن السبب في الدعويين واحد وإن اختلف الدليل ففي الأولى شهادة الشهود والثانية الكتابة.

ومن ادعى التخلص من دين بالوفاء وأراد أن يقدم على ذلك بينة حكم بعدم جواز سماعها، وقضى عليه بالدين، لا يجوز له بعد ذلك رفع دعوى جديدة متمسكا بالسبب نفسه وهو الوفاء، وإن قدم عليه هذه المرة دليلا مكتوبًا كمخالصة بالدين[1].

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه ادعى مدين أنه سدد المطلوب الحكم به عليه، ثم حكم بإلزامه بهذا الدين، وتناول هذا الحكم ما كان يدعيه المدين من التخالص من الدين بالوفاء قائلاً عنه أنه غير ثابت لعدم تقديم أية مخالصة، فليس لهذا المدين بعد ذلك أن يدعي براءة ذمته بدعوى جديدة بناء على مخالصة يجدها بعد ذلك (نقض مدني مصري في 30 نوفمبر 1939. مج القواعد القانونية ج3 ب ص 16 – رقم 6) وأنظر أحكاما أخرى في الصدة ص 362 حاشية (2) وقد أشار السنهوري إلى حكم النقض السابق ص 709 حاشية /2.

وإذا ادعى شخص ملكية عين بسبب الشراء مستندا إلى ورقة مكتوبة لإثبات عقد البيع فرفضت دعواه فلا يجوز له رفع دعوى جديدة ليثبت صحة البيع بورقة أخرى أو بالبينة ولو كانت قيمة العين تجيزها. وذلك لأن سبب الملكية وهو عقد البيع لم يختلف بل الاختلاف في أدلة الإثبات وهو لا يجيز تجديد المنازعة[1].

ويجب أيضًا أن نميز بين سبب الدعوى والحجج القانونية التي تبرره فاختلاف النص القانوني الذي يستند إليه المدعى في الدعويين لا يؤثر على وحدة السبب فيكون للحكم الصادر في الدعوى الأولى حجية الأمر المقضي بالنسبة للدعوى الثانية.

ونجد تطبيقا لهذه القاعدة في دعوى المسؤولية فإذا أسس المدعى دعواه على أساس المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية في أية صورة من صورها فإن السبب واحد. فمن رفع دعواه على أساس المسؤولية العقدية رفضت دعواه فلا يجوز له رفع دعوى ثانية على أساس المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي أو عن عمل الغير أو عن الأشياء والعكس صحيح [2]فهذه كلّها حجج قانونية لسبب واحد هو قيام المسؤولية والمحل هو التعويض[3].

(1) السنهوري ص 710 وأنظر أحكام القضاء المصري في وحدة السبب مع تعدد الأدلة التي أوردها في حواشي ص 710، 711.

(2) في هذا المعنى مازو، المسؤولية المدنية ج3 طبعة ثالثة بند 2091 وما بعدها بلانيول وريبير وبولانجي ج2 بند 1669، السنهوري ص 708، 709 الصدة ص 362 ص 363.

(3) السنهوري ص 709.

وقد أخذت الدائرة المدنية لمحكمة النقض المصرية بهذا الرأي[1]. أما الدائرة الجنائية لمحكمة النقض المصرية فتأخذ بالرأي المخالف إذ تذهب إلى أنه إذا رفضت الدعوى على أساس نوع معين من المسؤولية فإن هذا الحكم بالرفض لا يجوز حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى الأنواع الأخرى من المسؤولية.

فالسبب في دعوى المسؤولية هو نوع الخطأ الذي قامت عليه فمن طالب مثلا على أساس المسؤولية العقدية ورفضت دعواه يمكنه أن يطالب ثانية على أساس المسؤولية التقصيرية في أية صورة من صورها[2].

(1) فقد قضت بأن الراجح في باب قوة الشيء المحكوم به هو اعتبار كل ما تولد به للمضرور حق في التعويض عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه – كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أو تعددت علل التعويض أو أسبابه، لأن ذلك جميعا من وسائل الدفاع أو طرقه (moyens) فمهما كانت طبيعة المسؤولية التي بحثها القاضي في حكمه الصادر برفض دعوى التعويض ومهما كان النص القانوني الذي استند إليه المدعي في طلباته أو النص الذي اعتمد عليه القاضي في حكمه، فإن هذا الحكم يمنع المضرور من إقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواهلأنه يعتبر دالا بالاقتضاء على انتفاء مسؤولية المدعي عليه قبل المدعي عما أدعاه عليه أيا كانت المسؤولية التي أسس عليها طلبه، عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية، على معني أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله في دعوى التعويض، وإن لم يتناوله البحث بالفعل فيها، ولم يكن ليبرر الحكم للمدّعي على خصمه بتعويض نقض مدني مصري 5 يناير سنة 1939، مج عمر 2 رقم 154 ص 453.

(2) فالسبب في دعوى المسؤولية هو نوع الخطأ الذي قامت عليه – فيتميز الخطأ العقدي عن الخطأ التقصيري كما يتميز الخطأ الثابت عن الخطأ المفترض – لا قيام المسؤولية في ذاتها ومما قضت به في هذا المعنى أنّه مادامت الدعوى قد رفعت على أساس المسؤولية التقصيرية والمدعي لم يطلب أن يقضي له فيها بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية إن صح أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية – فليس للمحكمة أن تتبرع من عندها فتبني الدعوى على سبب غير الذي رفعها صاحبها به، فإنها إذ تفعل تكون قد حكمت بما لم يطلبه منها الخصوم، وهذا غير جائز في القانون (نقض جنائي 8 مارس 1943 – المحاماة 25 رقم 45 ص 132.

ويسير القضاء في فرنسا في مجموعه على هذا الرأي المخالف وهذا القضاء منتقد من أغلب الفقه الفرنسي[1].

182 - **وحدة السبب مع تعدّد الدعاوى:** قد يرتب القانون عن السبب الواحد دعويين ويعطى لصاحب الشأن الحق في اختيار إحداهما فإذا اختار واحدة منهما ورفض طلبه فيها فإن الحكم بالرفض يحوز حجية الامر المقضي بالنسبة للدعوى الأخرى فلا تكون مقبولة إذا رُفعت.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 90 من التقنين المدني الجزائري الخاصة بالاستغلال بأن المتاعقد المغبون الذي استغله المتعاقد الآخر يحق له طلب إبطال العقد أو إنقاض التزاماته. فإذا إختار إبطال العقد وحكم برفض دعواه فإن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضي في دعوى جديدة يرفعها المتعاقد طالبا فيها إنقاص التزاماته، لأن الحكم بالرفض قد استنفد السبب المشترك للدعويين معا وهو الاستغلال[2] والعكس صحيح ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 370م. جزائري من أنه (إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ العقد إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع وإما أن يبقى المبيع مع إنقاض الثمن) فهنا إذا رفع المشترى دعوى إنقاص الثمن وخسرها كان الحكم حجة تمنع من قبول دعوى الفسخ إذا رفعها. أما في حالة رفض دعوى الفسخ لعدم وصول النقص في المبيع إلى الحد المطلوب في المسألة فإن هذا لا يكون مانعا من رفع دعوى إنقاص الثمن[3].

(1) مازو، المرجع السابق – الصدة ص 364.

(2) أوبري ورو 12 بند 769 حاشية رقم 101، السنهوري ص 712.

(3) أنظر أيضا المادتين 365 و 366 م.ج (حق المشتري في طلب إنقاض الثمن وفسخ العقد إذا وجد عجز

ومن ذلك أيضا دعوى الإستحقاق في نصيب شائع فإذا خسر المدعى دعواه كان الحكم حجة تمنعه من رفع دعوى القسمة في نفس العين الشائعة لأن سبب الاستحقاق هو ذات سبب القسمة – وهو ملكية النصيب الشائع فإذا تم استنفاد هذا السبب في دعوى الاستحقاق فقد تم استنفاده في دعوى القسمة أيضا[1].

ويجدر بنا أن نقول أن المحل في الأمثلة السابقة في الدعويين مختلف ففي الاستغلال محل الدعوى الأولى هو إبطال العقد، بينما في الدعوى الثانية المحل هو إنقاص الثمن، وفي التلف الجزئي للمبيع، نجد أن المحل في الدعوى الأولى هو فسخ العقد، بينما المحل في الدعوى الأخرى هو إنقاص الثمن. وفي ملكية النصيب الشائع نجد أن المحل في الدعوى الأولى هو استحقاق هذا النّصيب، بينما المحل في الدعوى الأخرى هو قسمة العين الشائعة. وبالرغم من أن المحل مختلف فإن الحكم في الدعوى الاولى حجة في الدعوى الثانية كما رأينا. ونستطيع تعليل ذلك بأن الحكم الصادر برفض الدعوى الأولى قد تضمن رفض الدعوى الثانية وذلك لأنه استنفد السبب المشترك للدعويين كما أوضحنا من قبل فيكون للحكم حجية لا باعتباره فصل بذلك صراحة في الدعوى الأولى بل باعتباره أنه قد فصل ضمنا بذلك في الدعوى الثانية.

(1) انظر أمثلة أخرى: أوبري ورو 12 بند 769 ص 446 – 447 – هذا وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في مصر بقيام حجية الامر المقضي حتى لو رفعت الدعوى الاولى في صورة معارضة في تنبيه نزع الملكية مبنية على ملكية المعارض للأعيان المتنازع فيها ورفعت الدعوى الثانية في صورة دعوى استحقاق لهذه الأعيان (23 فبراير سنة 1911م 12 ص 198) مشار إليه في السنهوري ص 712،713 حاشية (4).

183 - **حجية الأمر المقضي يقوم على فكرتين رئيسيتين: خاتمة:**

نستطيع أن نختم دراستنا في حجية الأمر المقضي بقولنا أن هناك فكرتين رئيسيتين تنتظمان كل ما قدمناه من شروط في حجية الأمر المقضي.

الفكرة الأولى: هي ضرورة حسم النزاع ووضع حد تنتهي عنده الخصومات فما دام قد صدر في النزاع حكم قضائي فإنه يحوز حجية الأمر المقضي في منطوقه لا في أسبابه وذلك حتى نقف بالتقاضي عند حد معقول فلا يتكرر النزاع مرة بعد أخرى، دون أن يحسم. وهذه الفكرة الرئيسية الاولى هي التي تنتظم الشروط الواجب توافرها في الحكم.

الفكرة الثانية: هي منع التناقض في الأحكام مع مراعاة النسبية الحقيقية القضائية فما دام الحكم قد صدر ما بين نفس الخصوم وفي ذات المحل ولعين السبب[1] فإن التقاضي مرة أخرى يؤدي إلى حكم، إن كان موافقا للحكم الأول

(1) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه (من المقرر قانونا ان الأحكام لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه إلا بتوافر عناصر ثلاثة، وحدة الأطراف،ووحدة الموضوع ووحدة السبب ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع باعتمادهم على أحكام وقرارات حائزة لقوة الشيء المقضي فيه دون أن يبرزوا عناصرها يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه، وجاء في حيثيات الحكم ما يلي: حيث يستفاد من وقائع القضية والقرار المنتقد أن الطاعن ذكر أنه قد صدرت أحكام وقرارات في نفس القضية حائزة قوة الشيء المقضي فيه دون ان يشير إلى تواريخها والجهات القضائية الصادرة عنها وقد اعتمدتها المحكمة كما اعتمدها المجلس من غير أن يناقش القضاة هاته الأحكام والقرارات ويبرزوا أن كانت تتعلق بنفس الأطراف وتناول نفس الموضوع والسبب يبينوا الأساس الذي اعتمدوها في اكتسابها حجية الشيء المقضي به لتكون فعلا دليلا على سبق الفصل فيه هاته القضية وعلى وجود عناصر الشيء المقضي فيه بين الدعوى الحالية والدعوى السابق الفصل فيها بالأحكام والقرارات المذكورة وتشكل حجة ضد الطاعنين. وبعدم إجلائهم لعناصر حجية الشيء المقضي به واقتصارهم على القول بأن الأحكام والقرارات المتمسك بها من المطعون ضدّه قد صدرت فعلا في نفس النزاع دون الإشارة حتى لتواريخها والجهات القضائية

فلسنا في حاجة إليه. وإن خالفه وقعنا فيما نخشاه من التناقض. وهذه الفكرة الرئيسية الثانية هي التي تنتظم الشروط التي يجب أن تتوافر في الحق المدعى به[1].

ثالثاً - حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية[2]

*Autorité sur le civil de chose jugée au criminel

184 - **الدعوى الجنائية والدعوى المدنية:** يغلب أن تقوم المسؤولية المدنية على جريمة جنائية وبمعنى آخر كثيرا ما يترتب على الفعل الواحد دعويان أحدهما جنائية والأخرى مدنية فإذا صدر حكم نهائي في الجريمة من المحكمة الجنائية فإلى أي مدى يصبح هذا الحكم حجة في الدعوى المدنية، وهل يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي؟ وبعبارة أخرى ما هي حجية الحكم الجنائي أمام المحكمة المدنية.

تجيب المادة 339.م. جزائري على هذا السؤال بقولها (لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيه ضروريًا).

=الصادرة عنها ودون تحليل يكونون ومن غير حاجة لمناقشة الوجه الأول قد خرقوا مبدأ حجية الشيء المقضي فيه وأساءوا تطبيق المادة 338 مدني. وعرضوا قرارهم للنقض. قرار رقم 46468 بتاريخ 1988/11/9 المجلة القضائية. السنة 1993 العدد 4 الصفحة (11)).

(1) السنهوري بند 379 ص 713.

(2) راجع في هذا الموضوع رسالة غالي الذهبي – حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني رسالة جامعة القاهرة سنة 1960 – شرح القانون المدني الجزائري للمؤلف: مصادر الالتزام –الجزء الثاني الطبعة الثانية سنة 204 دار الهدى عين مليلة الجزائر – بنود 115 – 119 – ص - 144 ص 149 الصدة بنود 255 – 258 ص 364 – ص 377 يحي بند 103 و 104 ص 174 – ص 179.

ويلاحظ أن المبدأ الوارد في هذه المادة وهو ارتباط القاضي المدني بالحكم الجنائي لا يكون بمقتضى قوة الأمر المقضى force de la chose jugée لأن هذه القاعدة كما سبق أن بينا نطاقها، تستلزم اتحاد الخصوم ووحدة الموضوع والسبب وهذه العناصر مختلفة في الدعوى الجنائية عنها في الدعوى المدنية. فالخصوم في الدعوى الجنائية (العمومية) ومنهم النيابة العامة غيرهم في الدعوى المدنية وسبب الدعوى الجنائية (العمومية) هو حق المجتمع المعتدى عليه، في حين أن سبب الدعوى المدنية هو حق المضرور الذي اعتدي عليه وموضوع الدعوى العمومية هو العقوبة على عكس الدعوى المدنية فموضوعها التعويض. وإنما أساس هذه القاعدة هو ما للحكم الجنائي من حجية مطلقة في مواجهة الكافة ومنهم المضرور والمسؤول في الدعوى المدنية. هذا علاوة على فكرة النظام العام التي لا تسمح بأن يتناقض الحكم المدني مع الحكم الجنائي [1]مما يؤدي إلى فقد الثقة بالعدالة.

(1) فلا يصح أن يحكم القاضي المدني بعدم التعويض لأن المتهم بريء في حين أن القاضي الجنائي حكم بأن المتهم مجرم، ولا يصح العكس أيضا أن يحكم على المتهم بالتعويض على أساس أنه مجرم ويكون القاضي الجنائي حكم ببراءته – وقضت محكمة النقض المصرية بانه يجب أن يكون للحكم الجنائي الصادر بالإدانة حجيته أمام، المحاكم المدنية في الدعوى التي يكون أساسها ذات الفعل موضوع الدعوى التي صدر فيها، وذلك منعا من أن يجيء الحكم المدني على خلاف الحكم الجنائي فإنه ليس من المقبول في النظام الاجتماعي أن توقع المحكمة الجنائية العقاب على شخص من أجل جريمة تقع منه وتأتي المحكمة المدنية فتقضي بأنّ الفعل المكون للجريمة لم يقع منه في حين أن الشارع قد أحاط الإجراءات أمام المحكمة الجنائية – لتعلقها بأرواح الناس وحرياتهم وأعراضهم – بضمانات أكفل بإظهار الحقيقة، مما مقتضاه أن يكون الحكم متى صدر بالإدانة محل ثقة الناس كافة بصورة مطلقة لا يصح معها بأي حال إعادة النظر في موضوعه. وإذن فإذا قضت المحكمة المدنية للمدعي بتثبيت ملكيته للأطيان المتنازع عليها وبنت قضاءها على رفض ما دفع به المدعى عليه الدعوى متمسكا بملكيته إياها استنادا إلى عقد بيع سبق الحكم جنائيا بإدانته في تهمة تزويره فإنها لا تكون قد خالفت القانون (نقض مدني في 14 يناير 1944 – مجموعة عمر رقم 90 ص 245)

185 – **وقف الدعوى المدنية حتى يحكم في الدعوى الجنائية:** إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية فيجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائيا في الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو أثناء السير فيها وذلك إعمالا لقاعدة الجنائي يوقف المدني (le criminel tient le civil en etat) ويجب على القاضي المدني أن يقف الفصل في الدعوى المدنية التي ينظرها إلى أن يتم الفصل في الدعوى الجنائية المقامة أمام المحكمة الجنائية[1] وقد تقررت هذه القاعدة باعتبارها نتيجة لازمة لحجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية فمقتضى هذه الحجية أن يتقيّد القاضي المدني بالحكم الجنائي مما يوجب عليه أن ينتظر الحكم الجنائي وإلا كان من المحتمل أن يقع تعارض بين ما يقضى به وبين هذا الحكم الأمر الذي يجب تلافيه.

وينبغي ملاحظة أن القاضي المدني في المحاكم المدنية أو الإدارية أو التجارية لكي يتقيد ويرتبط بالحكم الجنائي، لابد أن يتوافر شرطان:

الشرط الأول: أن يكون الفعل واحدًا في الدعوى المدنية والدعوى الجنائية وإلاّ انتفى التعارض بينهما.

(1) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية في هذا الصدد بأنه من القواعد المقررة قانونا أن الجزائي يوقف المدني، ومن ثم فإن جهة الاستئناف التي فصلت في الدعوى المدنية بالرغم من وجود دعوى تزوير فرعية أمام القضاء الجزائي تكون قد أساءت تطبيق القانون ومتى كانت كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه. قرار رقم 63320 بتاريخ 1989/12/27 المجلة القضائية السنة 1993 العدد (3) الصفحة (21)

الشرط الثاني: أن تكون الدعوى الجنائية قد رفعت قبل أو أثناء السير في الدعوى المدنية فإذا كان الحكم المدني قد صدر قبل رفع الدعوى الجنائية فإنه يحوز حجية الأمر المقضي إلاّ أنه لا يقيد المحكمة الجنائية.

186 - **مدى حجية الحكم الجنائي - القاعدة وشروطها:** نصت المادة 339.م.جزائري على عدم ارتباط القاضي المدني بالحكم الجنائي بصفة مطلقة فقالت (لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلاّ في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريًا) فقد أورد هذا النص قيدين ليتقيد القاضي المدني بالحكم الجنائي.

القيد الاول: أن يكون الحكم الذي يتقيد به القاضي حكما جنائيا.

القيد الثاني: أن يتقيد القاضي المدني بالوقائع التي فصل فيها الحكم الجنائي وكان فصله فيها ضروريًا.

187 - **القيد الأول:** أن يكون الحكم جنائيا: يكفى أن يكون الحكم الجنائي صادرًا من أية جهة قضائية جنائية سواء صدر من جهة عادية أو استثنائية كالمحاكم العسكرية ولكن يجب أن يكون صادرا في الموضوع فلا عبرة بالأحكام التحضيرية أو التمهيدية أو أعمال التحقيق الجنائي ولا القرارات الصادرة من النيابة العامة ويجب أن يكون الحكم نهائيًا[1].

(1) نقض مدني مصري في 21 أبريل 1970 – مج أحكام النقض السنة 21 رقم 106 ص 662.

ويجب أن يكون الحكم الجنائي سابقا في صدوره على الحكم المدني إذ لو سبق الحكم المدني الحكم الجنائي فإن حقوق الطرفين تكون قد استقرت فلا يجوز المساس بالحكم المدني بسبب صدور الحكم الجنائي بعده ولا يعقل كما تقول محكمة النقض المصرية أن ينعى على حكم مخالفته حكما لم يكن قائما وقت صدوره.

والغالب أن يصدر الحكم الجنائي قبل صدور الحكم المدني إعمالا لقاعدة الجنائي يوقف المدني والتي سبق ذكرها.

188 - **القيد الثاني: أن القاضي المدني يتقيد بالوقائع التي فصل فيها الحكم الجنائي وكان فصله فيها ضروريا:** فالحكم الجنائي لا تكون له حجية في الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية إلا إذا كان فصل فصلا ضروريا ولازما في وقوع الفعل الذي يكون الأساس المشترك للدعويين الجنائية والمدنية، وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله. فإذا فصلت المحكمة الجنائية في هذه المسائل الثلاث وجب على المحكمة المدنية أن تعتبرها أمورا ثابتة وتعين عليها بحث الحقوق المدنية المترتبة على هذا الأساس[1].

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (الحكم الصادر في المواد الجنائية تكون له حجية في الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية، كلما كان قد فصل فصلاً لازما في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية وفي الوصف القانوني لهذا الفعل، ونسبته إلى فاعله) نقض مدني، جلسة 3/13/ 1977 مج المكتب الفني، السنة 28، ص 663 – كما قضت بأن الحكم نهائيا ببراءة المتهم لانتفاء الخطأ ورفض الدعوى المدنية قبله والهيئة المسؤولة بالحق المدني ،استناده إلى ثبوت السبب الأجنبي وهو خطأ الغير، أثره عدم جواز إقامة المضرور دعواه بالتعويض أمام القضاء المدني قبل الهيئة على أساس المسؤولية الشيئية نقض في 1980/4/23 الطعن رقم 214 سنة 46قضائية.

والقاضي المدني إذ يتقيد بما فصل فيه القاضي الجنائي من الوقائع التي ذكرناها وكان فصله فيها ضروريا إلاّ أنه لا يتقيد بالتكيف القانوني الذي أعطاه القاضي الجنائي لوقائع الدعوى

فإذا قتل شخص في حادث سيارة وحكم القاضي الجنائي ببراءة السائق من تهمة القتل خطأ لأن الوقائع التي ثبتت لا يمكن تكييفها من الناحية الجنائية بأنها خطأ معاقب عليه، فإن القاضي المدني لا يتقيد بهذا التكييف الجنائي بل عليه أن يلزم بالتكييف المدني الذي يختلف عن الجنائي إذ أن الخطأ المدني مفترض في جانب السائق ومن ثم يحكم على السائق بالتعويض بالرغم من أن القاضي الجنائي حكم ببراءته[1].

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن حجية الحكم الجنائي الصادر من المحكمة الجنائية في موضوع الدعوى الجنائية أمام المحاكم المدنية مقصورة على منطوق الحكم الصادر بالبراءة أو بالإدانة بالنسبة إلى من كان موضع المحاكمة ودون أن تلحق الأسباب التي لم تكن ضرورية للحكم بهذه البراءة أو تلك الإدانة[2].

(1) انظر الحكم الجنائي بالبراءة لا يمنع من المسؤولية المدنية: نقض جنائي مصري في 1908/6/24 - المجموعة الرسمية - 10 رقم 34 - ص 81 و53 ديسمبر 1914الشرائع 2 - 1 رقم 109 - 111 وفي 1930/12/25(المحاماة 11 - رقم 422 - ص 819 - وفي 1931/3/29 - المحاماة - 12 رقم 63 - ص 109 وفي 1931/5/17 المحاماة 12 - رقم 153 - ص 285.

(2) نقض مدني في 1956/12/20 - مج أحكام النقض - 7 رقم 142 - ص 1001، نقض مدني في 1974/12/10 - نفس المجموعة السنة 25 - رقم 235 - ص 1383 نقض مدني في أول ديسمبر 1966 - نفس المجموعة السنة 28 - رقم 298 - ص 1738.

ولما كان الحكم الجنائي قد يصدر بالإدانة أو بالبراءة فيلزمنا عرض هذين الفرضين:

(1) صدور الحكم الجنائي بالإدانة.

(2) صدور الحكم الجنائي بالبراءة.

189 - **صدور الحكم بالإدانة:** إذا صدر الحكم الجنائي بإدانة المتهم وثبتت مسؤوليته الجنائية فعلى القاضي المدني أن يتقيد بذلك ويعتبر مسؤولية المتهم ثابتة وأن يلزمه بالتعويض عما ثبت وقوعه من ضرر[1].

وإذا سكت الحكم الجنائي عن ركن الضرر ولم يتعرض له بالإثبات أو النفي كان القاضي المدني حرا فله أن يثبت في حكمه بوقوع الضرر أو عدم وقوعه.

أما إذا عرض الحكم الجنائي لركن الضرر فلا يتقيد القاضي المدني بذلك إلّا إذا كان وقوع الضرر أو عدم وقوعه من شأنه أن يؤثر في منطوق الحكم الجنائي، فإذا لم يكن مؤثرا فللقاضي المدني الحرية في إثبات الضرر أو إنكاره. فمثلا إذا قرر الحكم الجنائي أن الجريمة شروع وأن الضرر لم يقع، تقيد القاضي المدني

(1) غير أن ذلك لا يمنع القاضي المدني من تقسيم المسؤولية فقد قضت المحكمة العليا بالجزائر (أن الحكم الجزائي بإدانة السائق لا يمنع القاضي المدني من ذلك إذا تبين له أن الضحية ارتكبت بعض الخطأ وأن السلطة التقديرية في توزيع المسؤولية طالما أنه برر هذا التوزيع وحكم بتعويض مناسب للضرر حسبما يراه ورفض التعويض عن أشياء أخرى ادعى الطاعن عن ضياعها دون بينة) (أثر الحكم الجزائي على الحكم المدني) (المادة 339، قرار رقم 24771 في 12 مايو 1982 - الغرفة المدنية القسم الثاني) هذا وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (الحكم الجنائي تقتصر حجيته أمام المحاكم المدنية على المسائل التي كان الفصل فيها ضروريا لقيامه وهي خطأ المتهم، ورابطة السببية بين الخطأ والضرر نقض مدني جلسة 12/4/ 1980 الطعن رقم 1831 السنة 49 مشار إليه في عبد الودود يحي ص 177 حاشية (1).

بذلك. أما إذا لم يكن الضرر مكونا لركن في الجريمة سواء أثبته الحكم الجنائي أو استبعد وقوعه فإن القاضي المدني لا يتقيد بذلك.

وما قيل عن ركن الضرر يصدق على علاقة السببية.

أما بالنسبة إلى ركن الخطأ، فإن القاضي المدني يتقيد بما أثبته الحكم الجنائي ذلك أن كل خطأ جنائي هو في نفس الوقت خطأ مدني. أما العكس فغير صحيح. لذلك لا يتقيد القاضي المدني بالحكم الجنائي الذي ينفي الخطأ الجنائي ويقضي بالبراءة إذ يجوز أن يكون هناك خطأ مدني دون أن يوجد خطأ جنائي.

ويتقيد القاضي المدني بما قرره الحكم الجنائي فيما يتعلق بعنصر الخطأ المادي والمعنوي. فإذا أثبت الحكم الجنائي أن المتهم مسؤول عما صدر منه فلا يجوز للقاضي المدني نفي المسؤولية المدنية عن المتهم بدعوى الإكراه أو عدم التمييز أو قيام حالة الدفاع الشرعي. وإذا وصف الحكم الجنائي الخطأ بأنه عمد أو غير عمد فعلى القاضي المدني أن يتقيد بذلك الوصف لأن هذا الوصف من شأنه أن يؤثر في وصف الجريمة ذاتها.

أما في حالة وصف الحكم الجنائي الخطأ بأنه جسيم أو يسير فلا يتقيد القاضي المدني بذلك، إذ لا يؤثر ذلك إلاّ في تقرير العقوبة دون تأثير على وصف الجريمة[1].

(1) مؤلفنا السابق مصادر الالتزام الجزء الثاني بندي 118، 119 ص 147، 148.

190 - **صدور الحكم الجنائي بالبراءة**[1]: إذا صدر الحكم الجنائي بالبراءة فعلينا التفرقة بين فرضين:

(أ) **الفرض الأول**: البراءة قائمة على نفي نسبة الواقعة إلى المتهم.

(ب) **الفرض الثاني**: البراءة أسست على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون.

191 - (أ) **البراءة قائمة على نفي نسبة الواقعة إلى المتهم**: إذا أسس القاضي الجنائي حكمه بالبراءة - وكان ما أثبته ضروريا للفصل في الدعوى العامة - على عدم وجود الخطأ أو نفي نسبة الواقعة إلى المتهم، أو عدم مسؤولية المتهم عن الاعتداء لأنه غير مميز أو كان في حالة دفاع شرعي أثبته القاضي الجنائي كان ضروريا للفصل في الدعوى العامة.

ويجب في هذه الحالة أن يرفض القاضي المدني دعوى التعويض المرفوعة على المتهم[2].

(1) راجع الصدة ص 373، يحي ص 178، 179.

(2) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (بتبرئة المتهم من جريمة تزوير السند لعدم كفاية الأدلة، لا تجيز للمحكمة المدنية قبول الإدعاء بالتزوير لهذا السند والقضاء برده وبطلانه) نقض مدني، جلسة 5/23/ 1963 مج المكتب الفني، السنة 14، ص 715 - وقضت محكمة النقض أيضا بأنه (إذا قضت المحكمة ببراءة المتهم لعدم ثبوت وقوع الفعل المكون للجناية المرفوعة بها الدعوى عليه فإن أسباب البراءة في هذه الحالة تكون سببا للحكم برفض دعوى التعويض أما الحكم بالتعويض مع الحكم بالبراءة فمحله أن يكون الفعل الضار قد ثبت وقوعه من المتهم المرفوعة عليه الدعوى المدنية (نقض جنائي في 8 أكتوبر 1945 المحاماة 27 - 767- 332))

192 - **(ب) البراءة مؤسسة على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون:** وإذا كان الحكم بالبراءة مبنيا على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون فإن المحكمة الجنائية تكون قد فصلت حينئذ في الواقعة أساس الدعوى دون أن تفصل في نسبتها إلى المتهم.

وفي هذه الحالة تنتفي حجية الحكم الجنائي أمام المحكمة المدنية[1].

فيجوز للقاضي المدني أن يحكم بالتعويض لأن حكمه هذا لا ينطوي على تعارض مع الحكم الجنائي. وذلك لأن القاضي الجنائي أسس حكمه بالبراءة على أن الفعل المنسوب إلى المتهم لا يعتبر خطأ جنائيا، وهذا لا يمنع القاضي المدني من عدم الأخذ بهذا التكيف الجنائي ويسأل المتهم مسألة مدنية لأن الفعل يشكل خطأ مدنيا، كما إذا حكم القاضي الجنائي ببراءة المتهم من جريمة القتل بإهمال والتي نسبت إليه لعدم ثبوت خطأ جنائي في جانبه ومع ذلك يحكم القاضي المدني على المتهم بالتعويض لأنه مسؤول عن خطأ مدني مفروض في جانبه[2].

(1) وتقول المذكرة الإيضاحية للتقنين المدين المصري (أن الشرط الجوهري في انتفاء حجية الأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة أو بانتفاء وجه استيفاء العقوبة، أمام المحاكم المدنية) هو اقتصار القاضي الجنائي على الفصل في الواقعة الجنائية دون الفصل في نشأتها ويتحقق هذا الشرط متى قضي الحكم بأن الواقعة لم يعد وجه لاستيفاء العقوبة نسبتها أو أنها ليست مما يقع تحت طائلة العقاب (الأعمال التحضيرية ج 3، ص 426)

(2) (نقض مدني مصري 283 ديسمبر 1944 مج عمر ب – رقم 180 – ص 513) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (الحكم الجنائي الصادر بالبراءة إذا كان مبنيا على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون سواء كان ذلك لانتفاء القصد الجنائي أو بسبب آخر، فإنه لا تكون له قوة الشيء المحكوم فيه أمام المحاكم المدنية). نقض جنائي جلسة 1966/3/15 مج المكتب الفني، السنة 17، ص 558.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن القضاء بالبراءة لعدم العقاب على واقعة القبض بدون وجه حق لا يؤدى حتما إلى انتفاء المسؤولية المدنية. ولا يمنع من أن تكون نفس هذه الواقعة فعلا خاطئا ضارا يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر[1].

وإذا قضى الحكم بالبراءة لانقضاء الدعوى العمومية بموت المتهم أو بالعفو الشامل أو بالعفو عن العقوبة أو بالتقادم فلا يحول ذلك دون أن يحكم القاضي المدني بالتعويض على أساس كونه خطأ وإذا كانت الدعوى المدنية لم تسقط بعد وتقادم الدعوى المدنية في القانون المدني الجزائري مستقل عن تقادم الدعوى الجنائية فلا يترتب على تقادم هذه الدعوى تقادم الدعوى المدنية[2].

(1) نقض جنائي مصري في 17 أبريل 1956 – المجموعة الرسمية لاحكام المحاكم السنة 56 العدد 5، 6 رقم 84.

(2) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (القضاء نهائيا ببراءة المتهم من جريمة القتل الخطأ بقيادته السيارة بحالة يعرض حياة الأشخاص والأموال للخطر، القضاء من بعد للمضرور بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء تلف سيارته نتيجة الحادث، لا مخالفة فيه لحجية الحكم الجنائي السابق) (نقض 1979/6/26 الطعن رقم 157 سنة 41 ق) وقضت محكمة النقض المصرية أيضا بأن (الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق لا تكتسب أية حجية أمام القضاء المدني للمحكمة أن تقضي بتوافر الدليل على وقوع الجريمة أو نسبتها لفاعلها على خلاف القرارات المذكورة) (نقض 1979/12/6 الطعن رقم 740 سنة 46 ق)

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن القضاء بالبراءة لعدم العقاب على واقعة القبض بدون وجه حق لا يؤدى حتما إلى انتفاء المسؤولية المدنية. ولا يمنع من أن تكون نفس هذه الواقعة فعلا خاطئا ضارا يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر[1].

وإذا قضى الحكم بالبراءة لانقضاء الدعوى العمومية بموت المتهم أو بالعفو الشامل أو بالعفو عن العقوبة أو بالتقادم فلا يحول ذلك دون أن يحكم القاضي المدني بالتعويض على أساس كونه خطأ وإذا كانت الدعوى المدنية لم تسقط بعد وتقادم الدعوى المدنية في القانون المدني الجزائري مستقل عن تقادم الدعوى الجنائية فلا يترتب على تقادم هذه الدعوى تقادم الدعوى المدنية[2].

(1) راجع فيما سبق بند 23 من هذا المؤلف.

الفصل الأول

الإقـــرار L'Aveu

194 - **تعريف الإقرار وأنواعه:** الإقرار هو اعتراف شخصي بواقعة من شأنها أن تنتج آثارا قانونية ضده مع قصده أن تعتبر هذه الواقعة ثابتة في حقه[1].

ويعرفه بعض الفقه بأن (الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد)[2]

والإقرار بواقعة يجعلها في غير حاجة إلى إثبات ولذلك يحسم النزاع في شأنها قبل الفصل في الدعوى وذلك على خلاف أدلة الإثبات الأخرى ولذلك فهو يعتبر دليل غير عادي.

فالإثبات - كما هو معروف - ينصب على وقائع متنازع فيها والإقرار هو اعتراف من المقر بالواقعة فيجعلها غير متنازع فيها ويترتب على ذلك إعفاء الخصم من اللجوء إلى طرق الإثبات التي قررها القانون[3].

(1) الصدة بند 259 ص 378، أوبري ورو، ج 12 بند 751 ص 107 حاشية 2.

(2) السنهوري بند 244 ص 471 - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري - 3 ص 431 - 432.

(3) في المعني الصدة ص 379 عبد الودود يحي ص 181 وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا المعنى ما يأتي (والأصل وجوب إقامة الدليل على كل واقعة قانونية إذا نوزعت أو انكرت، ولما كان الإقرار اعترافا بواقعة قانونية فهذه الواقعة لا يجب بعد ذلك إثباتها لأنها ليست متنازعة أو مجحودة بل هي مسلمة معترف بها فالإقرار ليس دليلا بمعنى الكلمة بل هو وسيلة تقيل من الإلتجاء إلى طرق الإثبات التي شرعها القانون (مج الأعمال لتحضيرية ج3، ص 432))

والواقع أنه من النادر أن يقر الشخص لخصمه بما يدعيه غير أنه قد يحدث عن طريق الاستجواب فكثير من الناس يسهل الحصول على إقرار منهم أثناء مناقشتهم أو عند مواجهتهم بالحقائق.

وقد أجاز القانون أن يستوجب الخصم خصمه الحاضر كما أجاز للمحكمة استجواب من كان حاضرا من الخصوم، وكذلك أن تأمر بإحضار خصم لاستجوابه إما من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم الآخر.

والإقرار نوعان: إقرار قضائي وهو الذي يصدر أمام القضاء أثناء سير الدعوى المتعلقة بموضوع الإقرار وإقرار غير قضائي وهو الذي يصدر أمام القضاء في دعوى أخرى لا يتعلق بموضوعه أو يصدر خارج مجلس القضاء.

وقد أورد التقنين المدني الجزائري مادتين (341، 342) تضمنت أولاهما تعريف الإقرار القضائي واشتملت الثانية على بعض أحكام هذا الإقرار.

وإذا كان القانون المدني الجزائري لم ينص على الإقرار غير القضائي فما ذلك إلاّ لأن نوعي الإقرار يتحدان في الطبيعة والأحكام ولا يختلفان إلا في حدود ما ينشأ عن الظروف التي يصدر فيها كل منهما.

وبناء على ما تقدم نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، نتناول في أولها الإقرار بوجه عام، وفي الثاني الإقرار القضائي، وفي الثالث الإقرار غير القضائي.

المبحث الأول

الإقرار بوجه عام[1]

195 - **طبيعة الإقرار:** انقسم الفقهاء في هذا الخصوص فمنهم من عرض خصائص الإقرار دون أن يعنى بإرجاعها إلى أصل عام واحد يتمثل في طبيعة الإقرار ومنهم من رأى في الإقرار قرينة على صحة ما يقر به. ومنهم من يعتبر الإقرار وسيلة تعفى المدعى من الإلتجاء إلى طرق الإثبات فرضها القانون، ومنهم من يرى أن الإقرار نزول من جانب المقر عن الميزة التي يتمتع بها في الدعوى في الوقت الذي يكون فيه خصمه مجردا من الدليل.

ومن هؤلاء من يعتبر الإقرار تصرفًا قانونيًا ينعقد بإرادة منفردة [2]ويرى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية أن الإقرار إنشاء وبمعنى آخر أنه ينشيء حقًا للمقر له بينما يرى الجمهور أن الإقرار إخبار وليس إنشاء وهؤلاء يُعرّفون الإقرار بأنه إخبار الإنسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه[3].

(1) راجع: السنهوري بند 244، 245 ، ص 471 – ص 475 – الصدة بند 260 – 268 ص 380 ،ص 391 – يحي ص 181 وص 182.

(2) راجع الصدة: حواشي 1،2،3، 4ص 380، 381 حاشية (1).

(3) أحمد ابراهيم المرجع السابق

ولا يرى بعض الفقه[1] في الإقرار إعفاء من الإثبات لأن الواقعة المعترف بها تصبح في غير حاجة إلى إثبات[2] ولا يرى فيه نزولا لأن المقر لا ينزل عن حق في ذمته وإنما هو يكشف عن حقيقة أمر قائم فعلا ولا يعتقد أن الإقرار تصرف قانوني يراد به إنشاء حق أو إنهاؤه إنما اعتراف المقر بواقعة قانونية مدعى بها عليه فهو إخبار بواقعة والإخبار لا يتضمن إنشاء أو إنهاء وإنما يكشف عن واقعة قامت قبل صدوره [3]ولهذا اعتبره هذا الفقه دليلا غير عادي.

وقد يحصل أن يتخذ الإقرار ستارًا لتصرف إنشائي ولهذا فإن هذا الاعتبار يقتضي أن يكون للإقرار خصائص التصرف القانوني وأن تكون له منزلة هذا التصرف وهذا كان سببا في أن الفقهاء بالرغم من اختلافاتهم في التصوير يكادون يتفقون على الخصائص الجوهرية للإقرار فإذا وضعنا هذه الحقيقة إلى

(1) الصدة ص 381.

(2) وقد قالت محكمة استئناف القاهرة (إن الإقرار ليس دليلا بمعنى الكلمة بل هو وسيلة تقيل من الالتجاء إلى طرق إثبات الحق) (استئناف القاهرة 29 ابريل 1952 المحاماة 34 - 122 - 54).

(3) وقد قالت محكمة النقض المصرية في هذا المعنى (إن الإقرار لا يكون سببا لمدلوله، وإنما هو دليل تقدم الاستحقاق عليه في زمن سابق فحكمه ظهور ما أقر به المقر، لا ثبوته إبتداء (نقض مدني 63 فبراير 1936 مج القواعد القانونية ج1 ص 1046 رقم 323.)).

جانب التصوير الذي انتهينا إليه أمكننا أن نرد خصائص الإقرار وأحكامه إلى فكرة موحدة هي أن هذه الخصائص والأحكام تتحدد باعتبار الإقرار عملا إخباريا ويدخل فيها من خصائص التصرف القانوني وأحكامه مالاً يتعارض مع طبيعة الإقرار.

ونحن من جانبنا نأخذ بما انتهى إليه هذا الرأي في طبيعة الإقرار فهو (عمل إخباري يدخل في طبيعته من خصائص التصرف القانوني وأحكامه مالاً يتعارض مع طبيعة الإقرار).

196 - **خصائص الإقرار:** على ضوء التعريف السابق للإقرار تتحدد خصائصه وعلى هدى ما أوضحناه في طبيعة الإقرار فهي مزيج من كونه في طبيعته عملا إخباريا والبعض الآخر يرجع إلى اعتباره في مقام التصرف القانوني نستطيع أن نوضح بإيجاز خصائص الإقرار فيما يلي:

197 - (1) **الإقرار إخبار:** الإقرار في حقيقته إخبار بأمر من الأمور فهو بحسب الأصل يكون بالتعبير الصريح يصدر من المقر كأن يكون شفويًا يدلي به الشخص من تلقاء نفسه أثناء حديث أو مناقشة أو أثناء استجوابه وقد يكون الإقرار مكتوبا في رسالة أو في ورقة ليست معدة لإثبات الحق المتنازع فيه أو في صحيفة الدعوى وكما يكون الإقرار صريحًا فقد يكون ضمنيًا يستفاد من سلوك الخصم [1]بل يمكن أن يستفاد من مجرد السكوت[2] فإذا ادعى على شخص بواقعتين فأنكر إحداهما وسكت عن الأخرى فإن سكوته يعتبر إقرارا بالواقعة الثانية.

198 - (2) **الإقرار يكون عن قصد:** قلنا إن الإقرار يعتبر في منزلة التصرف القانوني وهذا يقتضي أن يكون الإقرار عن قصد بمعنى أن يدرك المقر بإقراره يقيم حجة على نفسه وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه يشترط في الإقرار أن يكون صادرا من المقر عن قصد الاعتراف بالحق المدعى به في صيغة تفيد

(1)وفي هذه الحالة يجب أن تكون الوقائع الدالة عليه واضحة الدلالة، مثل ذلك أن يتمسك المدين بالمقاصة فيعتبر هذا إقرارا ضمنيا منه بعدم الوفاء إذا لم يثبت هذه المقاصة.

(2) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (الإقرار كما يكون باللفظ الصريح، يجوز أن يستفاد من دلالة التعبير، أو من السكوت في بعض المواضع التي يعتبر فيها الساكت مقر بالحق بسكوته استثناء من قاعدة ألا ينسب لساكت قول - ومنها سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد بعد ولادته فقد اعتبر سكوته في هذه الحالة إقرارا منه بأنه ابنه فليس له أن ينفيه بعد ذلك، نقض مدني، جلسة 1978/2/22 مج المكتب الفني س 29 ص 568)

ثبوت الحق المدعى به على سبيل الجزم واليقين وأن يكون تعبير المقر تعبيرا عن إرادة جدية حقيقية فلا يعد من قبيل الإقرار الملزم ما يصدر عن الشخص من عبارات بقصد التودد أو المجاملة طالما أنه لن يقصد من الإدلاء به أن يتخذها من وجهت إليه دليلا عليه[1].

199 - (3) **الإقرار يرد على واقعة:** والإقرار يرد على واقعة من شأنها أن تنتج أثارًا قانونية ضد المقر كأن يعترف الخصم بأنه اقترض من خصمه مبلغا معينا. ويصح أن ينصب الإقرار على الحق المدعى به دون ذكر للواقعة مصدر هذا الحق كأن يعترف الخصم بأن عليه المبلغ الذي يطالب به خصمه دون أن يحدد مصدر هذا الالتزام[2] ولكن لا يجوز أن يرد الإقرار على الحكم القانوني الذي يطبق على النزاع، فإذا أقر الخصم لآخر بأن قاعدة قانونية معينة تنطبق على النزاع بينهما فإن هذا الإقرار لا يقيد القاضي لأن تطبيق القانون من اختصاص السلطة القضائية ولا يقوم به الأفراد[3].

200 - (4) **الإقرار عمل انفرادي:** يقع الإقرار بإرادة المقر المنفردة وينتج أثره دون حاجة بقبول المقر له وبمجرد صدور الإقرار التزم المقر به لا يستطيع الرجوع فيه حتى لو لم يقبله له.

(1) نقض مدني جلسة 1978/4/5 مج المكتب الفني س 29 ص 949.

(2) وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية (إن الإقرار يكون صحيحا نافذا ولو كان خاليا من ذكر سببه السابق عليه) فإذا أقر الولد لوالده في ورقة حررها بانه يملك عقارا معينا نفذ عليه حكم هذا الإقرار ولو كان لم يذكر فيه سبب الملك المقر به 1936/2/6 مج أحكام محكمة النقض ج1 ص 1046رقم 323.

(3) وقد قررت محكمة النقض المصرية أنه لكي ينتج الإقرار أثره القانوني يجب أن يكون متعلقا بواقعة لا بالتطبيق القانوني لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم، فإقرار المطعون عليهما بانطباق المادة 37 من القانون رقم 71 لسنة 1946 على الوصية موضوع النزاع لا يقيد المحكمة نقض مدني في 1953/10/22 مج أحكام النقض 5 - 62.

ويستوي في ذلك أن يكون الإقرار قد صدر من المقر أثناء استجوابه أو من تلقاء نفسه كما يستوي أن يكون الإقرار شفويًا أو مكتوبًا ويحسن في حالة الإقرار الشفوي أن يطلب المقر له تدوين هذا الإقرار إذا أراد أن يتمسك به حتى لا يكون محل نزاع في المستقبل وإذا ورد في الإقرار ما يضر بمصلحة المقر له فإنه يستطيع أن يتجاهل الإقرار ويثبت دعواه من طريق آخر كما يستطيع إقامة الدليل على عدم صحة الجزء الذي جاء في الإقرار ضارًا به.

201 - (5) **الإقرار حجة مقصورة على المقر:** الإقرار باعتبار نتيجته يكون في مقام التصرف القانوني لذا فإن أثاره تسرى فقط على الأشخاص الذين تسري في حقهم التصرف القانوني وعليه فيكون الإقرار حجة مقصورة على من أقر بشخصه أو بنائبه وعلى من يخلفه خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية وعلى من يخلفه خلافة خاصة في حدود من انتقل إليه الخلف من حق بالشروط المطلوبة.

ويلاحظ أن الدائنين يتأثرون بطريق غير مباشر بالإقرار الصادر من مدينهم دون غيرهم فإذا أقر أحد المدينين المتضامنين بزيادة في الالتزام سرى هذا الإقرار في حقة دون الباقين (م.232.م.ج) كما إذا أقر أحد الورثة بدين على التركة التزم وحده بهذا الدين أما إذا أثبت الدائن دينه بالبينة فإن الدين يسري في حق جميع الورثة وهذه خصيصة للإقرار دون غيره من الأدلة العادية لذا يقال إن الإقرار حجة مقصورة، والبينة حجة متعدية[1]

(1) الصدّة بند 266 ص 386.

202 - **الأهلية اللازمة للإقرار:** يجب أن تتوافر في المقر أهلية التصرف في الحق المقر به وأن يكون رضاه خاليا من العيوب، فلا يرتب الإقرار أثره إذا صدر من عديم الأهلية أو ناقصها وإذا صدر من النائب القانوني فيجب أن يكون بإذن من المحكمة في الحدود التي يجوز إعطاء هذا الإذن فيها ولا يجوز للوكيل أن يقر عن موكّله إلاّ إذا كان مفوضًا في ذلك بموجب عقد الوكالة[1] لأن الإقرار لا يدخل في نطاق الوكالة العامة فهي لا تخول الوكيل صفة إلا في اعمال الإدارة العامة (م573 مدني جزائري) فإذا كانت الوكالة خاصة تخول الوكيل سلطة الإقرار فإن الموكل يتقيد بإقرار الوكيل والحكم الذي يقوم على إقرار يصدر من الوكيل يجب أن يبين أن هذا الإقرار يدخل في حدود الوكالة وإلاّ تعيّن نقضه لقصوره في التسبيب.

والمحامي لا يملك الإقرار على موكله إلا بمقتضى توكيل خاص فإذا لم يوجد هذا التوكيل وصدر من المحامي إقرار فلا تكون له قيمة إلا إذا كان الموكل حاضرًا وسكت عند صدوره ويعتبر سكوته موافقة ويصبح كأنه قد صدر منه.

203 - **نطاق تطبيق الإقرار:** القاعدة العامة أن الإقرار يقبل في إثبات جميع الوقائع القانونية حتى ولو كان ما يراد إثباته يجاوز نصاب البينة أو كان يخالف ما هو ثابت بالكتابة أو كان ينافى قرينة قانونية وذلك لأن الإقرار في طبيعته خبر يسوقه المقر فيكشف به حقيقة أمر يدعى به عليه غير أن هناك حالات لا جوز الإقرار فيها، وذلك إما بناء على نص قانوني أو ما يخالف

(1) وتنص على ذلك المادة 574 م جزائري بقولها (لا بدّ من وكالة خاصة في كلّ عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرّهن والتبرّع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء)

النظام العام ومثاله أن القانون ينص على أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل (م 92 مدني جزائري) ومن ثم فإن الإقرار بحق منتظر في هذه التركة باطل أيضا ومثال الإقرار المخالف للنظام العام، دين القمار، فإقرار المدعى عليه به لا قيمة له ومثال ذلك أيضا حجية الأمر المقضي به فالإقرار بما يناقض هذه الحجية لا يؤخذ به لأن القانون لا يجيز نقضها لاعتبار النظام العام.

ولا قبل الإقرار دليلا على عدم صحة بيانات رسمية وردت في ورقة رسمية لأن القانون رسم طريقا واحداً لدحض هذه البيانات وهو الادعاء بالتزوير[1].

وإذا تطلب القانون شكلا معينا لانعقاد تصرف، فلا يصح الإقرار بهذا التصرف إذا ما تخلف هذا الشكل لأن التصرف حينئذ منعدم.

(1) الصدة ص 391.

المبحث الثاني

الإقرار القضائي Aveu judiciaire

204 - **تقسيم:** نقسم موضوعنا في الإقرار القضائي إلى قسمين فنتكلم في تعريفه وشروطه وشكله ثم عن حجيته ونخصص لكل مطلبا.

المطلب الأول

تعريف الإقرار القضائي وشروطه وشكله[1]

205 - **التعرف والشروط:** عرفت الماة 341.م. جزائري الإقرار القضائي فقالت: (الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة)[2].

ومن هذا النص يتبين أنه يجب أن تتوافر في الإقرار القضائي وهو الإقرار المقصود في الإثبات ثلاثة شروط وهي:

(1) أنظر السنهوري بنود 247 – 252 ص 481 ص 496، الصدة بنود 270 – 273 ص 392 – ص 395 يحي بند 107 ص 182 ص 184.

(2) وقد عرفت محكمة النقض المصرية الإقرار القضائي بأنه اعتراف خصم بالحق المدعي به لخصم في مجلس القضاء قاصدا بذلك إعفاءه من إقامة الدليل (نقض مدني في 30 مارس – 1933 – مج القواعد القانونية – ج 12، ص 203 رقم 117) وقضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه، من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي يقتصر على ذلك الإعتراف الذي يصدر من الخصم أثناء سير الدعوى حول وقائع تتعلق بها ويكون حجة على المقر. ومن ثم فإن الإقرار الذي يصدر من الخصم أثناء مرافعة سابقة ولو أمام نفس الجهة القضائية فإنه يعتبر إقرارا غير قضائيا وتختلف حجيته عن الأول وعليه فإن قضاة مجلس تلمسان بتكييفهم الخاطىء لتصريحات الطاعن في الدعوى السابقة يكونوا قد عرضوا قضاءهم للنقض. قرار رقم 144603 بتاريخ 1996/1/13 المجلة القضائية السنة 1996 العدد (2) ص (49).

(1) أن يكون صادرًا من الخصم

(2) صدور الإقرار أمام القضاء

(3) صدور الإقرار أثناء سير الدعوى المتعلقة بموضوعه.

206- **الشرط الأول صدور الإقرار من الخصم:** لكي يكون الإقرار قضائيا فيجب صدوره من الخصم في الدعوى وهذا واضح من ص م.341.ج (اعتراف الخصم) وهذا شرط بديهي لأن الخصم في الدعوى هو الذي يملك الاعتراف بالواقعة محل النزاع ويستوي صدور الإقرار من الخصم شخصيًا أو من نائب عنه يكون له حق الإقرار.

207 - **الشرط الثاني: صدور الإقرار أمام القضاء:** ويجب ثانيًا أن يكون صدور الإقرار أمام القضاء ويستوي في ذلك صدوره أمام القضاء العادي أو أمام جهة قضائية استثنائية أو أمام هيئة محكمين لأن الإقرار أمامها يعتبر إقرارا صادرا أمام القضاء لأن المحكم يحل محل القاضي في نظر القضية كما يمكن صدوره أمام خبير منتدب في الدعوى ولا يعتبر إقرارًا قضائيا ما يصدر أمام النيابة العامة أو أمام جهة إدارية [1]كذلك يجب صدور الإقرار أمام محكمة مختصة إلا إذا كان الاختصاص غير متعلق بالنظام العام ففي هذه الحالة يرتب الإقرار آثاره رغم صدوره من محكمة غير مختصة[2].

(1) الصدة: ص 293، يحي ص 183.

(2) الصدة: الموضع السابق، يحي: الموضوع السابق، وتقرير ما إذا كانت أقوال الخصم إقرارا من عدمه مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني جلسة 1978/415 مج المكتب الفني، السنة 29 ص 49).

208 - **الشرط الثالث:** صدور الإقرار أثناء السير في الدعوى: ويجب ثالثًا أن يصدر الإقرار أثناء سير الدعوى المتعلقة بالواقعة أو الحق المقر به[1] ويستوي في ذلك أن يكون الإقرار قد ورد في صحيفة الدعوى أو في مذكرات مقدمة للقاضي أو طلبات معلنة للخصم أو أثناء المرافعة أو خلال استجواب تجريه المحكمة.

أما الإقرار الذي يصدر في دعوى أخرى سابقة ولو بين الخصمين والإقرار الوارد في صحيفة دعوى غير دعوى النزاع والأقوال الصادرة من أحد الخصوم أمام الخبير المنتدب في دعوى غير الدعوى المنظورة فلا يعتد به إلا باعتباره إقرار غير قضائي والإقرار الصادر في دعوى وضع اليد لا يؤخذ به في دعوى الملكية إلا بوصفة إقرارا غير قضائي[2].

209 - **شكل الإقرار القضائي:** رأينا فيما تقدم أن الإقرار لا يشترط فيه شكل خاص فقد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا وقد يكون مكتوبا أو شفويا.

(1) فقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي يقتصر على ذلك الاعتراف الذي يصدر من الخصم أثناء سير الدعوى حول وقائع تتعلق بها ويكون حجة على المقر. ومن ثم فإن الإقرار الذي يصدر من الخصم أثناء مرافعة سابقة ولو أمام نفس الجهة القضائية فإنه يعتبر إقرارا غير قضائيا، وتختلف حجيته عن الأول، وعليه فإن قضاة مجلس تلمسان بتكييفهم الخاطىء لتصريحات الطاعن في الدعوى السابقة يكونوا قد عرضوا قضاءهم للنقض. قرار رقم 144603 بتاريخ 1996/11/13 المجلة القضائية السنة 1996 العدد (2) ص 49.

(2) راجع أحكام محكمة النقض المصرية اعتبار الإقرارات الصادرة في دعوى أخرى في صحيفة دعوى غير دعوى النزاع، ومن الخصم أمام الخبير المنتدب في دعوى غير الدعوى المنظورة الصدة ص 394 حواشي 2، 3، 4، 5.

والإقرار القضائي قد يكون في مذكرة قدمها الخصم إلى المحكمة أو في ورقة أعلنها إلى خصمه في الدعوى أو أدلى بها أثناء سير الجلسة من تلقاء نفسه أو في مناقشة القاضي له.

ولا يشترط في الإقرار أن يكون مكتوبا لذا فإن الإقرار الشفوي له نفس قيمة الإقرار المكتوب، غير أن الإقرار القضائي يحتمل أن يكون محل نزاع في المستقبل وعلاوة على ذلك فإنه إذا تجاهل القاضي في حكمه إقرارا شفويا فإن حكمه يستعصى على النقض بل لا يستطيع القاضي إقامة حكمه على إقرار شفوي يقول بصدوره إذا لم يرد هذا الإقرار في ورقة من أوراق الدعوى ويكون في وسع محكمة الاستئناف ألا تعول على هذا الإقرار إذا نوزع في وجوده كما يتعين نقض هذا الحكم. فالدليل المستفاد من إقرار شفوي لم يذكر في ورقة من أوراق الدعوى يعتبر دليلا فاسدًا لتعطيله رقابة درجات القضاء العليا على عمل القاضي إذ يجب أن يكون تحت نظرها نفس العبارات التي صدرت بها الإقرار من الخصم لهذا يجدر بالخصم أن يطلب من القاضي تدوين الإقرار الشفوي الصادر لصالحه أثناء الجلسة حتى يأمن كل نزاع بعد ذلك ويضمن الإفادة منه في الحكم

المطلب الثاني

حجية الإقرار القضائي

210 - **القـــاعـــدة:** الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر ولا يجوز إثبات عكسها ولا يمكن لمن أصدره الرجوع عنه ولا تجوز تجزئته [1]وقد نص التقنين المدني الجزائري على حكمين فقط في المادة 342 منه فذكر أن الإقرار حجة قاطعة على المقر كما نص على حكم عدم التجزئة ولدراسة حجية الإقرار القضائي نتناول أحكامه الثلاثة الآتية:

1 – أنه حجة قاطعة على المقر. 2 – عدم جواز العدول عنه.

3 – عدم تجزئة الإقرار

211 - **أولا: الإقرار حجة قاطعة على المقر:** بينت هذه الحجية المادة (342.م.ج) بقولها (الإقرار حجة قاطعة على المقر ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى).

ويقصد بما جاء في الفقرة من المادة 342.م.ج أن الإقرار القضائي إذا صدر فإنه يكون بذاته حجة على المقر فلا يكون الخصم الآخر مطالبا بتقديم دليل آخر ويتعين على القاضي الحكم بمقتضى هذا الإقرار من تلقاء نفسه.

(1) نص المشرع الفرنسي على أحكام حجية الإقرار القضائي وهي أنه حجة على المقر ولا يجوز للمقر أن يرجع فيه، ولا يجوز تجزئته في المادة 1356 مدني فرنسي.

والإقرار لا يكون حجة إلا على المقر وخلفائه ويتأثر به الدائنون بطريق غير مباشر وهذا وذاك طبقا للتفصيل الذي تقدم بيانه[1].

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

212- **عدم جواز العدول عن الإقرار:** هذا الحكم لم ينص عليه القانون ولكنه مستفاد من طبيعة الإقرار باعتباره اعترافا بواقعة[2] وهو عمل انفرادي يترتب حكمه بمجرد صدوره من المقر دون أن يتوقف ذلك على قبول من المقر له فهو ملزم بذاته ولذلك لا يستطيع المقر أن يرجع عنه سواء كان بالعدول عنه أو بالإضافة إليه بعد صدوره تعدل من الإقرار السابق أو تغير فيه أو تعطل دلالته.

غير أنه يجوز الرجوع عن الإقرار – كما قدمنا – إذا كان نتيجة غلط في الوقائع ومثاله أن يقر الوارث بدين على مورثه وهو يجهل أن هناك مخالصة بهذا الدين ثم

(1) راجع فيما سبق بند 201 من هذا المؤلف.

(2) وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري هذا الحكم (الأعمال التحضيرية، ج 3 ص 440) وقد نصت عليه المادة 1356 من القانون الفرنسي، المادة 1963 من القانون الإيطالي، والمادة 307 من المشروع الفرنسي الإيطالي – وهو مقرر في الشريعة الإسلامية (أحمد إبراهيم المرجع السابق ص 159 وما بعدها وفيه تقول المادة 127 من لائحة المحاكم الشرعية في مصر) (وهي المحاكم التي كانت لها الولاية في مسائل الأحوال الشخصية ثم آلت هذه الولاية للمحاكم المدنية) ((إذا ادعى المقر أنه كاذب في إقراره لا يقبل منه ويعامل بإقراره إلا إذا قدم دليلا كتابيا لا شبهة فيه)) وقد أورد هذا الصدة ص 397، 398 حاشية (6).

يعثر بعد ذلك عليها ومن ذلك أيضا أن يقر وارث بوصية ثم يكشف بعد ذلك أن المورث قد رجع عنها بوصية لاحقة. وعلى المقر أن يقيم الدليل على وقوعه في غلط يتعلق بوجود الواقعة أو بظرف معين فيها ولما كان هذا الإثبات يهدف إلى نقض دليل قاطع فيجب أن يكون الدليل الذي يقدمه المقر دليلا أكيدًا ويخضع المقر في هذا الإثبات للقواعد العامة. فإذا كان التصرف تجاوز مائة ألف د.ج في قيمته وجب عليه الإثبات بالكتابة ويجوز الإثبات بجميع الطرق فيما عدا ذلك.

أما الغلط في القانون فلا يعطي المقر الحق في الرجوع عن إقراره ذلك لأن الإقرار هو إخبار بواقعة وليس من المعقول إعطاء المقر الحق في العدول عن إقراره (وهو إخباره بواقعة) أنه يجهل الآثار القانونية التي تترب على هذا الأخبار في حقه لأن هذا الجهل لا يؤثر في صدق الإقرار ودلالته على حقيقة الواقعة المقر بها. فإذا أقر الوارث بدين على مورثه فلا يجوز له الرجوع عن إقراره بحجة أنه كان يجهل بأنه سيلتزم بهذا الدين نتيجة هذا الإقرار.

وقد نصت المادة 1356. مدني فرنسي على هذه التفرقة بين الغلط في الواقع والغلط في القانون بالنسبة إلى الإقرار، كما أخذت بها المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني المصري وقال به الشرّاح وصار عليها القضاء[1].

ونحن من جانبنا نرى الأخذ بهذه التفرقة في القانون المدني الجزائري فيقبل من المقر إثبات أن إقراره كان نتيجة غلط في الوقائع ويحق له الرجوع عنه، أما الغلط في القانون فلا يصلح سببا في الرجوع.

(1) الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 3، ص 440 انظر الصدة ص 399.

113 - **ثالثا - عدم جواز تجزئة الإقرار:** نصت الفقرة الثانية من المادة 342.م. جزائري على هذه القاعدة فقالت (ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى).

فمقتضى هذه القاعدة لا تجوز تجزئة الإقرار فالمقر له إمّا أن يأخذ بالقرار كله أو يتركه كله ولكنه لا يستطيع أن يأخذ من الإقرار ما يفيده ويترك منه ما يضره.

وقد نصت لائحة المحاكم الشرعية المصرية على ذلك بقولها (لا تجزأ الإقرار الصادر من المدعى عليه بمجلس القضاء ولا يؤخذ منه الضار به ويترك الصالح له بل يؤخذ جملة واحدة يعتبر إنكارا للدعوى وذلك إذا لم يكن للمدعى دليل على دعواه ولا للمدعى عليه دليل على ما صدر منه)[1].

ولكن هذه القاعدة لا تطبق على كل صور الإقرار فالمهم ألا تحول دون إفادة المقر له في الدعوى بالإقرار فيستطيع الإفادة من الإقرار بوصف آخر لا يتقيد بعدم التجزئة وعليه نجد أن للإقرار الصور الآتية:

1 - الإقرار البسيط Aveu simple

2 - الإقرار الموصوف Aveu qualifié

(1) الصدة ص 400، ص 401، وكان التقنين المدني المصري القديم ينص على عدم تجزئة الإقرار بصفة مطلقة فنص في المادة 23 / 298 منه على أنه (لا يتجزأ الإقرار الحاصل من الخصم بالمحكمة سواء كان من تلقاء نفسه أو بعد استجوابه بمعنى أن لا يؤخذ الضار منه بالمقر ويترك الصالح له) وتجري المادة 1356 م فرنسي على هذا النحو إذ تنص على أن الإقرار القضائي لا يمكن تجزئته ضد من أصدره.

3 - الإقرار المركب Aveu complexe

ونبحث كل صورة فيما يلي:

214 - (1) **الإقرار البسيط:** هو اعتراف كامل بكل ما يدعيه الخصم دون إضافة أو تعديل ومثاله أن يدعي الدائن أنه أقرض المدعى عليه مبلغا معينا فأقر المدعى عليه فإنه اقترض من المدعى هذا المبلغ المعين ولم يزد على ذلك شيئا كان هذا إقرار بسيطا وفي هذه الحالة لا يكون محلا للبحث في التجزئة لأن الإقرار كلّه يتمخض لصالح الدائن فيأخذ به كما هو كاملا ومثاله أيضا إذا أدعى الدائن أنه باع شيئا بثمن معين حال فاقر المدين بكل هذا.

215 - (2) **الإقرار الموصوف:** وهو الإقرار الذي يعترف فيه المدعى عليه بالواقعة المدعاة مع إضافة وصف معدل منها. ومثاله أن يدعي الدائن دينا حالا فيقر المدين (المدعى عليه) بالدين ولكنّه يضيف إلى ذلك أن الدين معلق على شرط أو مضاف إلى أجل أو أن يطالب المدعى بدين كان لمورثه فيقر المدعى عليه بأنه قبض من المورث مبلغا ولكن على سبيل الهبة.

ففي هذه الحالات ومثيلتها لا يكون الإقرار قابلاً للتجزئة فإذا أراد المقر له أن يستند إلى الإقرار كموصوف فعليه أن يأخذه كاملا أو أن يتركه كله ولا يستطيع أن يجزئه فيأخذ منه ما يفيده وهو إقرار للمدين بالدين ثم يلقى على عاتق المقر إثبات الوصف الذي لحق بالإقرار أي أن الدين معلق على شرط أو مضاف إلى أجل.

وفي حاله ترك المدعى الإقرار فيتعين عليه إثبات ما يدعيه بطرق الإثبات الأخرى كما لو لم يكن هناك إقرار. ويجوز للدائن (المدعى) أن يتخذ من

الإقرار طريقا لإثبات الدين ثم يثبت هو - لا المدين - ما لحق الدين في وصف بأن يثبت مثلا أن الدين قد حل أجله أو غير معلق على شرط لأن الممتنع على الدائن أن يستبقي ما هو في صالحه ثم يلقى على عاتق المقر عبء إثبات ما ليس في صالحه لأن هذا يعتبر تجزئة للإقرار ولا تصح التجزئة في الإقرار الموصوف.

216 - (3) **الإقرار المركب:** الإقرار المركب هو الاعتراف بالواقعة المدعى بها مع إضافة واقعة أخرى نشأت بعدها تعدم آثارها. ومثاله اعتراف المدين بالقرض ولكنه أضاف أنه انقضى بالوفاء أو الإبراء أو المقاصة[1].

والأصل في الإقرار المركب أنه لا يتجزأ على صاحبه (المقر) فإذا أقر المدين أنه اقترض من الدائن (المدعى) ولكنه وفاه فلا يجوز للدائن (المدعى) إلا أن يأخذ الإقرار كله أو يطرحه كله. فإذا استبقى الدائن الإقرار كله برئت ذمة المدين من الدّين وخسر الدائن دعواه لأنه ثبت أن الدين كان موجودًا ولكن المدين قام بوفائه وإذا طرح الدائن الإقرار كله فيعتبر كأن لم يكن ويصبح على الدائن إثبات الدين وعلى المدين إثبات الوفاء. هذا ويجوز للدائن أيضًا - كما قدمنا في الإقرار الموصوف - أن يستبقي الإقرار بالدين ويتحمل هو عبء إثبات عدم وفاء المدين ويتضح مما تقدم أن حكم الإقرار المركب لا يتجزأ كلما قام بين واقعتين ارتباط وثيق تكون الواقعة المضافة نتيجة للواقعة الأصلية وبعبارة أخرى يتحقق هذا الارتباط إذا كانت الواقعة المضافة تفترض بالضرورة وجود الواقعة الأصلية كما

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (من المقرر عدم تجزئة الإقرار الموصوف أو المركب، المتخذ كدليل في الدعوى - محله ألا كون دليل غيره، أما إذا وجد دليل آخر كالبينة أو أريد اتخاذ الإقرار كمقدمة دليل كتابي فإنه يكون من الجائز تجزئته والأخذ ببعضه دون البعض الآخر واعتبار ما اجتزىء منه مبدأ ثبوت بالكتابة (نقض مدني في 1982/12/28 طعن رقم 599 سنة 41 ق)).

ظهر في الأمثلة السابقة ومنها إقرار المدين بالقرض ولكنه انقضى بالوفاء فواقعة الوفاء تفترض وجود الواقعة الأصلية وهي القرض وهذا هو المعنى الذي عبرت عنه المادة 342.م. جزائري في فقرتها الثانية بقولها (ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود اقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى) فارتباط الواقعتين على النحو الذي ذكرناه يعني ان المقر لم يقصد أن يلزم نفسه بشيء ولذلك لا يجوز للمقر له (الدائن) أن يفصل بين الواقعتين ليستفيد من الواقعة الأصلية ويترك الواقعة المرتبطة بها.

أما إذا كانت الواقعة الثانية لا تستلزم حتما وجود الواقعة الأولى كما في حالة الإقرار بالدين ولكن المقر يضيف أن هذا الدين قد انقضى بالمقاصة مع دين له على الدائن، فنجد في هذا الفرض أن الإقرار بالدّين مضافا إليه المقاصة يتجزأ، لأن المقاصة معناها وجود دين آخر في ذمة الدائن للمدين وهذا الدين لا يستلزم بداهة وجود الدين الأول ومن ثم يجوز للدائن أن يجزىء الإقرار فيأخذ به فيما يتعلق بالمديونية ويهمله فيما يتعلق بالمقاصة ومن ثم لا يكون الدئن ملزما بإثبات الدين لأنه قد ثبت بإقرار المدعى عليه (المدين) ويصبح على المدين (المدعى عليه) أن يقيم الدليل لإثبات الدين المقابل الذي يدعيه ليثبت وقوع المقاصة [1]وليس في كل ما سبق سوى تطبيق للمادة 2/342 عندما نصت على أن الإقرار لا يتجزأ على صاحبه (إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى)[2]

(1) السنهوري بند 262 ص 508 وص 509.
(2) يحي: ص 188، السنهوري ص 510.

217 - **رقابة المحكمة العليا**: من الواضح أن مسألة تجزئة الإقرار أو عدم تجزئته مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة المحكمة العليا فإذا جزأت محكمة الموضوع إقرارا لا تصح تجزئته أو رفضت تجزئة إقرار تصح تجزئته كان حكمها غير سليم ويتعين نقضه غير أنه يلاحظ وجوب إثارة مسألة التجزئة أمام محكمة الموضوع فلا يصح أن تثار لأول مرة أمام المحكمة العليا[1].

المبحث الثالث

الإقرار غير القضائي Aveu extrajudiciaire

218 - **تعريفه - شكله - إثباته**: سبق القول أن الإقرار غير القضائي هو الذي يصدر خارج مجلس القضاء أو يصدر أمام القضاء ولكن في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوعه. وهو عمل قانوني ويتم بإرادة منفردة ويعتبره بعض الفقه من أعمال التصرف[2] ومن ثم يجب ان تأوافر فيه شروط التصرف القانوني [3]ومن أمثلة الإقرار غير القضائي الإقرار الذي يصدر في دعوى أخرى بين نفس الخصوم أو الذي يصدر أثناء تحقيق تجريه النيابة العامة أو تحقيق إداري وقد يكون الإقرار شفاهة كما قد يكون كتابة ترد في رسالة أو في أي ورقة أخرى غير معدة لإثبات الواقعة محل النزاع.

(1) السنهوري بند 263 ص 5/3.

(2) من هؤلاء السنهوري، عبد الودود يحي، سليمان مرقس في مصر وفي فرنسا دي باج ج 3 ، بند 1009 كولان كابيتان ودي لامور انديير ج 1 بند 807 – وراجع الصدة بند 260 ، ص 381.

(3) ويلاحظ أن الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر بحيث لا يكون القصد منه هو إنشاء حق في ذمته (نقض مدني مصري جلسة 1977/2/23 مج المكتب الفني السنة 28، ص 511)

والإقرار غير القضائي إذا حدده المقر بالحدود التي كانت له تماما أمام القضاء وفي أثناء السير في الدعوى المتعلقة بموضوعه فإن صفته الأولى تزايله ويصبح إقرارا قضائيا.[1]

ويخضع إثبات الإقرار غير القضائي عند الإنكار للقواعد العامة في الإثبات فإذا كان الحق المطالب به لا تزيد قيمته على مائة ألف دينار جزائري جاز إثبات صدور الإقرار بشهادة الشهود وبالقرائن وإن جاوزت قيمة الحق هذا القدر وجب ثبات الإقرار بالكتابة أو ما يقوم مقامها في الحالات التي تجوز فيها شهادة الشهود استثناء.

219 - **حجية الإقرار غير القضائي**: لم ينص القانون المدني الجزائري – وشأنه في ذلك قانون الإثبات المصري والقانون المدني الفرنسي – وأغلب التقنينات العربية ماعدا التقنين المدني الليبي [2]– على حجية الإقرار غير القضائي.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن هذا النوع من الإقرار لا تكون له حجية الإقرار القضائي ويخضع لتقدير القاضي فيجوز له أن يأخذ به كما يستطيع طرحه

(1) الصدة، بند 286 ص 412.

(2) نص التقنين المدني الليبي في المادة 398 منه على الإقرار خارج مجلس القضاء (الإقرار غير القضائي) وحجيته فقالت (الإقرار يقضي به الخصم أو من يمثله خارج مجلس القضاء يعد إقرارا قضائيا في نفس الدرجة والمفعول وإذا أفضي بالإقرار لشخص ثالث أو وجد الإقرار في وصية فتترك حرية البت فيه لتقدير القاضي. ولا يجوز إثبات الإقرار المدلي به خارج مجلس القضاء عن طريق شهود إذا كان منصبا على موضوع لا يسمح القانون إثباته بشهود وبذلك يكون لهذا الإقرار حجية الإقرار القضائي لأنه يعتبر إقرارا قضائيا في نفس الدرجة والأثر إذا صدر من المدعي عليه لخصمه أو لمن يمثله خارج مجلس القضاء، أما إذا أفضي المدعي عليه بالإقرار لشخص آخر غير خصمه أو ورد في وصيته فللقاضي سلطة تقديره

بحسب ما يراه فيه من الأدلة على ضوء ظروف الدعوى[1] كما أنه يجوز الرجوع فيه الحدود التي تسمح بها القواعد العامة. ويجوز للقاضي تجزئته فيأخذ بجزء منه ويترك الآخر. وهذا الرأي هو ما أخذت به محكمة النقض المصرية بأن (الإقرار الوارد في صحيفة دعوى غير دعوى النزاع وإن كان لا يعد إقرارًا قضائيا ملزما حتما، هو إقرار مكتوب صادر في مجلس القضاء. ومثل هذا الإقرار يترك تقديره لمحكمة الموضوع، فلها مع تقدير الظروف التي صدر فيها والأغراض التي حصل من أجلها أن تعتبره دليلا مكتوبا أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة. كما لها ألا تأخذ به أصلا. فإذا هي اعتبرته دليلا كتابيا ذلك في حدود سلطتها التقديرية التي لا معقب عليها من محكمة النقض [2]وقضت أيضا أنه (لا تثريب على المحكمة إذ هي اعتمدت في حكمها على أقوال وردت على سان وكيل أحد الخصوم في دعوى أخرى إذ الإقرار غير القضائي خاضع لتقدير القاضي له أن يأخذ منه دليلا كاملا أو مبدأ ثبوت بالكتابة أومجرد قرينة ولا معقب على تقديره في هذا متى كان سائغا وله سنده من ذات الأقوال[3] كما قضت بأن (الأقوال الصادرة من أحد الخصوم أمام الخبير المنتدب في دعوى غير الدعوى المنظورة هي من قبيل الإقرار غير القضائي فتجوز تجزئتها والأخذ ببعضها دون بعض)))[4].

(1) في المعنى: السنهوري ص 478، الصدة بند 287 ص 413 يحي بند 110 ص 189.
(2) نقض مدني في 12/27/ 1946مج القواعد القانونية ج5 ص 30 رقم 14.
(3) نقض مدني مصري في 4/8/ 1948مج القواعد القانونية ج5 ص 600 رقم 300.
(4) نقض مدني مصري في 1948/4/15 نفس المجموعة السابقة ص 601 رقم 24.

وقد انتقد هذا الرأي لأن الفرق بين الإقرار القضائي والإقرار غير القضائي لا يمس طبيعتها في شيء وإنما يتعلق بالظروف التي صدر فيها كل منهما فالإقرار غير القضائي يصدر أمام القضاء ولكن في دعوى أخرى غير المتعلقة بموضوعه أو يصدر خارج مجلس القضاء ويحصل التمسك به فيما بعد، فلا تتوفر له نفس الضمانات والجديّة التي تتوفر للإقرار القضائي، فقد يصدر هزلا أو مبالغة أو تحت إكراه أو لغرض غير الإقرار ولذلك يجب على القاضي أولا أن يتحقق من صدور إقرار توفرت فيه الخصائص الجوهرية للإقرار وفي هذه المرحلة يخضع الإقرار غير القضائي لتقدير القاضي فله الأخذ به أو طرحه ولكن إذا انتهى من تحقيقه إلى أن هناك إقرار قد صدر مستوفيا للشروط القانونية فيكون هذا الإقرار حجة قاطعة على المقر ولا يجوز الرجوع عنه ولا يجوز تجزئته وذلك في الحدود التي عرضناها بالنسبة للإقرار القضائي. فالإقرار حجة قاطعة على المقر لأنه اعتراف بالواقعة من شخص له مصلحة في أن ينكرها ولا يمكن أن نسلب هذا الاعتراف قوته لمجرد أنه لم يصدر أمام القضاء في نفس الدعوى. وأما عدم جواز الرجوع في الإقرار فسببه أن الإقرار عمل يتم بإرادة المقر المنفردة فإذا صدر صحيحا ترتبت آثاره ويحق للخصم التمسك به وأخيرا فإن عدم جواز تجزئة الإقرار يرجع إلى طبيعته التي تقتضى الاعتداء بكل ما صدر عن المقر لا بجزء منه فحسب، الأمر الذي يصدق على كلا النوعين من الإقرار.

يخلص ممّا سبق أن الإقرار غير القضائي يتساوى مع الإقرار القضائي مما

يجعل له نفس الحجية لأنهما يتحدان في الطبيعة ولا يختلفان إلا في حدود ما ينشأ من الظروف التي يصدر فيها كل منهما[1].

220 - **رقابة المحكمة العليا على نوعي الإقرار:** قاضى الموضوع هو الذي يقدر توافر عناصر الإقرار في قول معين صدر من الخصم فثبوت هذه العناصر واقعيًا مسألة موضوعية تخضع لتقديره ولا رقابة عليه في هذا من المحكمة العليا.

أما تكييف هذه العناصر باعتبارها مكونة لإقرار قضائي أو غير قضائي فيخضع فيها القاضي للمحكمة العليا لأنهما من مسائل القانون كذلك الأمر فيما يتعلق بحجية الإقرار أي كونه حجة قاطعة، وكونه لا يجوز الرجوع عنه أو لا يجوز، أو كونه يقبل التجزئة أو لا يقبل فهذه كلها مسائل قانونية لا فرق في هذا بين نوعي الإقرار.

(1) الصدة بند 287 ص 415 ص 416، ويقول بهذا الرأي بودري وبارد المرجع السابق بند 2775 دي باج المرجع السابق بند 1024، بلانيول ور بير وجابولد المرجع السابق بند 1566 (لا يجيز الرجوع) بلانيول ج 2 بند 20 (لا يجيز التجزئة) وانظر عكس هذا ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية بأنه (من المقرر قانونا أن الإقرار الذي لا يكون أمام القضاء وخارج سير الدعوى لا يعتبر إقرارا ولا يحتج به على المقر، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف استبعدوا انكار الطاعنين بناء على أنهم أقروا أمام الخبير بأنهم يريدون التخلي عن الأرض محل النزاع، فإنه بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام المادة 341من القانون المدني فضلا عن أنهم تنازلوا عن سلطتهم للخبير ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار) قرار رقم 49662 بتاريخ 1988/12/7 المجلة القضائية السنة 1990 العدد 2 الصفحة 38.

الفصل الثاني

اليمين[1]

221 - **تعريف اليمين وأنواعها:** اليمين هو إشهاد الله تعالى على صدق ما يقوله الحالف أو على عدم صدق ما يقوله الخصم الآخر ولما كانت اليمين عملا دينيا فإن لمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقا للأوضاع المقررة في ديانته إذا طلب ذلك ويكون أداؤها بأن يقول الحالف (احلف) ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة[2].

وتكون اليمين إما لتوكيد قول (probatoire affirmatif) أو لتوكيد وعد promissoire فاليمين لتوكيد قول هي اليمين التي تؤدى لتوكيد إنجاز وعد أخذه الحالف على نفسه، مثل ذلك اليمين التي يحلفها القضاة ورجال النيابة والخبراء والشهود وبعض الموظفين (كموظفي السلك الدبلوماسي والقنصلي) على أن يؤدوا أعمالهم بالأمانة والصدق أو أن يقرروا الحق فيما يشهدون[3].

واليمين طريق غير عادي للإثبات يلتجأ إليها إذا تعذر تقديم الدليل المطلوب، عندئذ يحتكم الخصم إلى ذمة خصمه بيمين حاسمة بوجهها إليه أو يوجه القاضي يمينا[4] متممة إلى أي من الخصمين ليكمل ما في الأدلة من نقض واليمين قد تكون قضائية وقد تكون غير قضائية.

(1) راجع السنهوري بنود 264 - 319، ص 514 – ص 596 الصدة بنود 290 – 324، ص 419– ص 470 والمراجع المشار إليها فيها.

(2) في المعنى: السنهوري بند 264ص 514، الصدة بند 290 ص 419، عبد الودود يحي بند 115ص 196.

(3) السنهوري: الوضع السابق.

(4) الصدة: الموضع السابق، يحي الموضع السابق.

222 - **اليمين القضائية واليمين غير القضائية:** اليمين القضائية Serment judiciaire هي التي تؤدى أمام القضاء أما اليمين غير القضائية Serment extrajudiciaire تؤدى أو يتفق على تأديتها في غير مجلس القضاء أمام أشخاص يتفق عليهم الطرفان ولم ينظم القانون سوى اليمين القضائية أما اليمين غير القضائية فيخضع الاتفاق بشأنها للقواعد العامة فيستطيع من تُعرض عليه اليمين رفضها إلاّ إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك والنتائج التي ترتبت على حلف اليمين غيرالقضائية هي النتائج التي تم الاتفاق عليها بين الطرفين ولا يجوز ردها إلا إذا كان هناك اتفاق يقضى بذلك ومن النادر أن يلجأ الخصوم إلى الاتفاق على يمين غير قضائية[1].

223 - **اليمين الحاسمة واليمين المتممة:** تتضمن اليمين القضائية التي خصتها الإرادة التشريعية الجزائرية بالتنظيم في الفصل الخامس والأخير من باب الإثبات على نوعين: يمين حاسمة (Serment decisoire) يوجهها أحد الخصمين إلى الآخر، ويمين متممة (serment supplétoire) يوجهها القاضي إلى احد الخصمين ليستكمل بها الأدلة التي قدمها هذا الخصم واليمين المتممة تنقسم بدورها إلى يمين متممة حقيقية ويمين تقويم serment estimatoire ou serment in litem

(1) انظر في اليمين غير القضائية بودري وبارد بند 2728، بند 2728 مكرر.

المبحث الأول

اليمين الحاسمة

224 - **تعريف اليمين الحاسمة:** اليمين الحاسمة هي يمين يوجهها الخصم إذا أعوزه الدليل المطلوب ليحسم بها النزاع ولهذا سميت حاسمة ويمكن أن توجه في شأن طلب أو دفع ولذلك يصح أن توجه من أي الخصمين وفي هذا المعنى تقول المادة 343.م. جزائري في فقرتها الأولى (يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى لخصم الآخر) وهي ليست دليلا يقدمه الخصم على صحة ما يدعيه وإنما هي وسيلة احتياطية يلجأ إليها الخصم محتكما إلى ذمة خصمه وضميره وهي وسيلة لا تخلو من مجازفة لأن من وجهت إليه اليمين إذا حلف خسر المدعى دعواه وإذا لم يرد أن يؤديها، فله أن ينكل عنها وفي هذه الحالة يخسر الدعوى كما أن له أن يردها على خصمه وفي هذه الحالة يكسب أو يخسر هذا الأخير الدعوى تبعا للموقف الذي يتخذه من وجه إليه ردّ اليمين وقد خص القانون المدني الجزائري هذه اليمين بالمواد من 343 إلى 347.

225 - **طبيعة اليمين الحاسمة**[1]: اليمين الحاسمة كما قدمنا ليست دليلا حقيقيا يقيمه الخصم برهانا على ما يدعي به ويخضع لاقتناع القاضي بل وسيلة أخيرة يلجأ إليها الخصم لعدم توفر الدليل لديه يناشد بها ضمير خصمه وذمته ويترك له أن ينهي النزاع على ضوء ما يمليه عليه ضميره ولذلك اختلف الفقه في تكييف هذه اليمين فيرى بعض الفقه والقضاء أنه تعاقد يتضمن صلحا

(1) السنهوري بند 267، الصدة بند 295، يحي ص 197.

بين الطرفين وبمعنى آخر هو نزول من الخصم عما يدعي به معلقا على شرط باختلاف الموقف الذي يتخذه الخصم الآخر. وعلى أساس هذا التكييف عللوا الآثار المترتبة على اليمين وهذا التكييف منتقد[1] لأن توجيه اليمين ليس سوى احتكام إلى ذمة الخصم فاليمين بهذا الوصف نظام يستمد من العدالة أرادت الأرادة التشريعية الحد من مساوىء تقييد الإثبات وإن كان ذلك واجبا لاستقرار المعاملات، لكن العدالة تفرض أيضا إعطاء الخصم حق الاحتكام إلى ضمير وذمة. خصمه عندما يتجرد من الدليل لهذا كان البحث عن طبيعة هذا الحق في قواعد القانون المدني غير مجد لأنه نظام أوحت به العدالة وليس عملا يخضع للقواعد العامة وهذا التصوير يفسر إلتزام الخصم بأن يستجيب لدعوة خصمه الذي يوجه إليه اليمين لأن لخصم لا يقعد عن تلبية هذه الدعوة إلا إذا كان الحق ليس في جانبه، كما يفسر لنا حق من وجهت إليه اليمين في أنه يستطيع الاحتكام أيضًا إلى ذمة خصمه برد اليمين عليه لأن خروج الخصمين من نطاق القانون إلى ميدان العدالة يجعلها في منزلة سواء فيستطيع كل منهما أن يحتكم إلى ذمه الآخر[2].

وقد أخذت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري بهذا التكييف[3].

(1) راجع الصدة ص 424 حيث أورد النقد على هذا التكييف.
(2) الصدة الموضع السابق.
(3) السنهوري ص 518 وانظر ما جاء فيها بشأن هذا التكييف حاشية (1) من نفس الصفحة.

وإذا كانت طبيعة اليمين الحاسمة هي هذه فليس صحيحًا أن يقال إن توجيه اليمين الحاسمة ترجع إلى أنه عمل قانوني من جانب واحد فما دامت هذه اليمين حق أعطاه القانون للخصم من أنظمة العدالة فإن القانون هو الذي يحدد آثار هذا الحق[1].

وإذا كان الحلف ذاته هو دون شك واقعة قانونية لأنه عمل مادي يترتب عليه أثر قانوني هو الحكم برفض دعوى من وجّه اليمين ورد اليمين تصرف قانوني كتوجيه اليمين إذ هو أيضًا احتكام إلى ذمة الخصم والنكول عن اليمين عمل مادي سلبي غير أنه ينطوي على تصرف قانوني لأن النكول يتضمن إقرارا بدعوى من وجه اليمين أو ردها، فالنكول والإقرار سواء في التكييف القانوني أما اليمين المتممة توجيها وحلفا ونكولا فواقعة قانونية إذ هي عمل مادي محض وهي طريق من طرق الإثبات التكميلية[2].

وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في أولهما توجيه هذه اليمين وفي الثاني نعرض الآثار التي ترتبت على توجيهها.

(1) الصدة ص 425.
(2) السنهوري ص 519.

المطلب الأول

توجيه اليمين الحاسمة

226 - **حق كل من الخصمين في توجيه اليمين الحاسمة:** سبق القول أن توجيه اليمين الحاسمة تصرف قانوني بإرادة منفردة يقصد به صاحبه الاحتكام إلى ذمة خصمه وتحمل الآثار القانونية التي رتبها القانون على ذلك. وطبقا للفقرة الأولى من المادة 343.م.ج السابق ذكرها يستطيع أي خصم من الخصمين توجيهها إلى الخصم لآخر.

فكل خصم يقع على عاتقه عبء إثبات واقعة قانونية معينة، يستطيع توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه بشأن هذه الواقعة إذا لم يكن لديه دليل على ما يدعيه وتوجيه اليمين الحاسمة مقصور على الخصمين فلا يستطيع القاضي توجيه هذه اليمين[1].

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي وأن على القاضي أن يجيب طالب توجيهها متى توافرت شروطها إلا إذا بان له أن طالبها يتعسف في هذا الطلب (نقض مدني 1980/4/3 طعن رقم 703 سنة 47 ق) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية أيضا في هذا الصدد 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 قضاء 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 مؤسس يستلزم رفضه. لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضده عرض نص اليمين وصيغته وطلب الإشهاد له بأن وجه يمينا إلى خصمه دون أن يقبلها الطاعن أو يردها على خصمه. فإن جهة الاستئناف التي قضت بتأييد الحكم المستأنف لديها القاضي بطرد الطاعن وكل من حل محله من الأرض المتنازع عليها تأسيسا على اليمين التزموا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن). (قرار رقم 46707 بتاريخ 10/26/ 1988 المجلة القضائية السنة 1990 العدد (3) الصفحة (20))

وتوجه هذه اليمين بطبيعة الحال إلى الخصم الآخر الذي ينكر موضوع الحلف (اليمين الحاسمة).

ويجب أن يكون توجيه اليمين إليه شخصيًا لأن الأمر يتعلق بذمته فلا يجوز التوكيل في تأدية اليمين[1].

227 - **الأهلية اللازمة في اليمين الحاسمة والوكالة الخاصة:** لما كان يترتب على حلف اليمين أن يخسر من وجهها دعواه، فيجب أن تتوافر في من يوجه اليمين أهلية التصرف في الحق الذي توجه اليمين بشأنه وبمعنى آخر موضوع اليمين الحاسمة. وعلى ذلك لا يستطيع القاصر أن يوجه اليمين إلا بشأن الأعمال القانونية التي تجوز له مباشرتها. والمأذون له بالادارة لا يملك توجيه اليمين الحاسمة إلا بالنسبة للأعمال التي تدخل في نطاق الإذن.

أما بالنسبة لمن له ولاية على أموال غيره كالوصي والقيم ووكيل الغائب فلا يستطيع أي منهم توجيه اليمين الحاسمة في عمل من أعمال التصرف التي لا يستطيع القيام بها إلا بإذن من المحكمة أما أعمال التصرف التي تدخل في أعمال الإدارة والتي يمكن مباشرتها دون إذن من المحكمة فإن له أن يوجه اليمين الحاسمة بشأنها.

كذلك لا يستطيع الوكيل أن يوجه اليمين بشأن حق لموكله بمقتضى وكالة عامة، بل لابد لذلك من وكالة خاصة تمنحه سلطة توجيه اليمين (م.574.جزائري)[2]

(1) الصدة: بند 296 ص 425.

(2) تتضمن المادة 574 م.ج على أنه (لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء).

وبالنسبة إلى من توجه إليه اليمين فإن نفس القواعد الخاصة بالأهلية تطبق عليه لأنه إن ردّ اليمين كان هذا بمثابة توجيه لها وإن نكل عنها خسر الدعوى أما بالنسبة للنائب القانوني أو الوكيل فلا تثور هذه المسألةبالنسبة لهم لأن اليمين كما رأينا لا توجه إلى الخصم شخصيا فلا يجوز توجيهها إلى النائب القانوني أو الوكيل بصفتهم هذه[1].

ويراعى وجوب توافر الأهلية اللازمة وقت حلف اليمين[2] لا وقت توجيهها فإذا فقد من وجهت إليه اليمين أهليته أو حجز عليه بعد توجيهها فلا يجوز له بعد ذلك أن يحلفها.

228 - **رقابة القاضي التعسف في توجيه اليمين:** إذا كان لأي الخصمين الحق في توجيه اليمين الحاسمة لخصمه فإن للقاضي رقابة عليه في توجيه هذه اليمين فبعد أن قررت المادة 343.م جزائري انه يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر أضافت (على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفًا في ذلك) فللقاضي بالإضافة إلى التحقق من توافر شروط توجيه اليمين الحاسمة أن يمنع إساءة استعمال الخصم لهذا الحق فلا يجيبه إلى طلبه إذا رأى أن الدعوى غير محتملة

(1) الصدة بند 297 ص 427 – وانظر أحكام القضاء المصري في أن الوصي أو القيم لا يملك أن يحلف اليمين نيابة عن القصر أو المحجوز عليهم عن واقعة سابقة على تنصيبه عنهم، ولا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلى الموصي إضرارًا بمصلحة القاصر، وبأن الوصي على القاصر لا تتوجه عليه اليمين إذا أنكر بصفته المذكورة لأن اليمين تتوجه على القاصر بعد بلوغه، وبأنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلى قيم في حاشية (4) نفس الصفحة.

(2) السنهوري بند 276 ص 531 الصدة ص 428 يحي ص 199.

الصدق وأن توجيه اليمين يقصد به استغلال ورع الخصم وتدينه أو التشهير به أو أنها ثابتة بغير يمين[1]أو كانت غير منتجة وقد قررت محكمة النقض المصرية أن اليمين الحاسمة للخصم لا للقاضي وأن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا إذا بات له بأنه طالبها يتعسف في هذا الطلب[2].

229 - **شروط قبول اليمين الحاسمة:** يتعين على القاضي أن يتحقق من توافر شروط قبول اليمين الحاسمة التي يتطلبها القانون وقد نصت المادة 344.م. جزائري على هذه الشروط بقبولها (لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام ويجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص له قامت اليمين على مجرد علمه بها).

(1) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه (من المقرر قانونا أنه للقاضي منع توجيه اليمين الحاسمة إذا تبيّن له أنّ الخصم متعسف في ذلك ومن ثم بأن التعدي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد. ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الطاعن طلب توجيه اليمين الحاسمة للمطعون ضدهم رغم وجود الوثائق الرسمية المثبتة لملكيتهم، فإن قضاة المجلس لما لم يردوا على طلبه، طبقوا القانون التطبيق الصحيح ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن). وقد جاء في قرارها سبب منع هذه اليمين التعسفية فقالت حيث أنه يتبين من خلال القرار المطعون فيه أن هذا الطلب الخاص بتوجيه يمين حاسمة جاء به المستأنف أمام المجلس على وجه الاحتياط مما لا لزم القضاة بأن يردوا عليه في قرارهم المطعون فيه خاصة إذا تبين لهم أنها تعسفية أمام وثائق رسمية قدمها المستأنف عليهم للخبير الذي قام بإجراء بحث في محل النزاع. قرار رقم 58706 بتاريخ 1990/3/21 المجلة القضائية سنة 1991 العدد (1) ص (29).

(2) نقض مدني في 1946/5/30 مج القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في 25 عاما – ج1 – ص 72قاعدة رقم 399 وانظر أيضًا نقض مدني 1946/3/7 نفس المرجع، قاعدة رقم 398 وفي 1976/4/6 مج المكتب الفني السنة 27، ص 871 (وإذا صدر الحكم بتوجيه اليمين الحاسمة في غيبة المكلف بالحلف وجب تكليفه بالحضور على يد محضر (وهو موظف في المحاكم المصرية يقوم بتسليم الأوراق القانونية والإعلانات الصادرة من المحكمة لذوي الشأن) لحلف اليمين بالصية التي أقرتها المحكمة وفي الموعد الذي حددته، فإن حضر وامتنع عن الحلف ولم يردها ولم ينازع اعتبر ناكلا – وإن تغيب تنظر المحكمة في سبب غيابه فإن كان بغير عذر ناكلا كذلك – نقض مدني 76/4/63 المشار إليه سابقا.)

230 - (1) **الواقعة موضوع اليمين:** موضوع اليمين الحاسمة هي واقعة قانونية محددة واضحة يدعيها الخصم وينكرها الخصم الآخر ويصح أن تنصب على الحق المدعى به دون ذكر الواقعة مصدر هذا الحق ومثاله أن 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 وليس من شأن الأفراد، فاليمين في هذا حكمها حكم الإقرار.

ويجب أن تكون الواقعة موضوع البحث منتجة في الدعوى بحيث يتوقف عليها الفصل نهائيا في النزاع ويتطلب القانون ألا تكون الواقعة موضوع اليمين مخالفة للنظام العام.

فلا يجوز توجيه يمين بالنسبة لدين قمار، أو إيجار منزل يدار للدعارة أو يستغل ناديا للقمار، لأن هذا مخالف للنظام العام.

231 - (2) **تعلق الواقعة بشخص من وجهت إليه**[1]: نصت المادة 344.م.جزائري على أن تكون الواقعة موضوع اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين. فإن كانت غير شخصية انصبت اليمين على مجرد علمه بها. وهذا أمر طبيعي لأن من يوجه اليمين يحتكم إلى ذمة خصمه ومن ثم

(1) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية 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 يستوجب رفضه. لما كان من الثابت – في قضية الحال – أن اليمين التي انضمت الطاعنة بتوجيهها لخصمها مخالفة للنظام النقدي،فإن قضاة المجلس الذين قضوا برفض هذا اليمين أصابوا في تطبيق القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن قرار رقم 52042بتاريخ 1989/4/5 المجلة القضائية السنة 1991 العدد (1) الصفحة (14).

يجب أن تكون الواقعة متعلقة بشخص من وجهت إليه لأنه هو وحده الذي يستطيع أن يؤكد أو ينفي هذه الواقعة وفي هذه الحالة يكون التحليف على سبيل البتات والقطع، كأن يستحلف المدعى خصمه على أنه لم يقترض المبلغ المدعى به أو يستحلف المدعى عليه خصمه (أي المدعى) على أنه أقرضه المبلغ الذي يطالب به.

أما إذا كانت الواقعة غير شخصية بالنسبة إلى الخصم الذي يراد استحلافه عليها أنصبت اليمين على علمه بها كما سبق القول، وهذه هي يمين العلم (Serment de crédulité, ou de crédibilité) ومثال هذه اليمين أن يحلف الوارث على عدم علمه بواقعة متعلقة بمورثه كما لو حلف أنه لا يعلم أن مورثه كان مدينًا وهي حاسمة أيضا لأن علم الوارث أو عدم علمه أمر يتعلق بشخصه[1] وهي غير يمين الاستيثاق (Serment libératoire) التي سيَرِدُ ذكرها عند الكلام في اليمين المتممة وإن كان يقع الخلط بينهما كثيرا فيمين عدم العلم يمين حاسمة أما يمين الاستيثاق الراجح فيها أنها يمين متممة وسيأتي بيان ذلك.

232 - **نطاق تطبيق اليمين الحاسمة:** لتحديد هذا النطاق علينا أن نبين المنازعات التي تقبل فيها اليمين والقضاء الذي تقبل أمامه والوقت الذي توجه فيه ثم حكم الإتفاق على عدم توجيهها.

(1) في المعنى: السنهوري بند 285 ص 544، 545 الصدة بند 300 ص 431 عبد الودود يحي ص 201 وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (للمحكمة أن ترفض توجيه اليمين الحاسمة لورثة عن واقعة شخصية للمورث وعلمها عنده هو لا عند الورثة (نقض 1978/5/11 الطعن رقم 816 س 45 ق)).

233 - (1) **المنازعات التي تقبل فيها اليمين:** إذا توافرت الشروط السابقة جاز توجيه اليمين الحاسمة في أي نزاع مدني شأنها في ذلك شأن الإقرار، سواء أكان موضوعها واقعة مادية أم كان تصرفا قانونيا، وأيا كانت قيمة التصرف بل يجوز توجيه اليمين الحاسمة في شأن ما يخالف أو يجاوز الكتابة أو لنقض قرينة قانونية كقرينة اعتبار الوفاء بقسط من الأجرة دليلا على الوفاء بالإقساط السابقة، ولا يشترط في هذا أن يكون في الدعوى دليل ما إذ أنّ اليمين نظام من أنظمة العدالة شرع كوسيلة غير عادية يلجأ إليها الخصم عند تجرده من الدليل. ويراعى استثناء المنازعات التي حرم فيها القانون توجيه اليمين لاعتبارات تتعلق بالنظام العام[1].

234 - (2) **القضاء الذي أمامه تقبل اليمين:** يجوز توجيه اليمين الحاسمة أمام أي قضاء مدني أو تجاري أو أمام هيئة محكمين ولكن لا يجوز توجيهها أمام القضاء الإداري ولا أمام القضاء الجنائي [2]وينطبق تحريم توجيه اليمين الحاسمة أمام القضاء الجنائي سواء بالنسبة إلى المدعى المدني أو المتهم فلا يجوز أن يوجه أي منهما اليمين الحاسمة إلى الآخر، وذلك لأنه لا يصح أن يصبح أحدهما قاضيا في الدعوى الجنائية من طريق توجيه اليمين إليه او ردها عليه لمخالفة هذا النظام العام.

أما في حالة رفع المضرور دعوى مستقلة أمام القضاء المدني مطالبا بالتعويض

(1) انظر فيما سبق بند 230.

(2) بودري وبارد: المرجع السابق بند 2743 – 2745 مجموعة juris classeur المرجع السابق ص 7، 8 بند 31 – 34، الصدة ص 437.

فيحق له توجيه اليمين إلى خصمه أمام المحكمة لأن ذلك يكون بصدد نزاع مدني ولا يحول دون ذلك أن يكون الفعل الذي تنصب عليه اليمين جريمة يعاقب عليها أو دعوى جنائية.

235 - (3) **الوقت الذي توجه فيه اليمين:** تنص المادة 2/344.م. جزائري في هذا الخصوص على أنه (ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى) فطالما لم يصدر حكم نهائي يجوز توجيه اليمين الحاسمة حتى ولو كان ذلك أمام محكمة الاستئناف (المجلس القضائي) بل يجوز بعد قفل باب المرافعة أن يطلب الخصم فتحه لتوجيه اليمين ويستوي أن تكون اليمين قدمت قبل تقديم أدلة أخرى أو بعد تقديمها فإذا قدم المدعى أدلة ورفضت جاز له بعد ذلك توجيه اليمين الحاسمة[1].

236 - (4) **الاتفاق على عدم توجيه اليمين:** يجوز هذا الاتفاق إذ أنه لا يخالف النظام العام وقد رأينا أنه يصح الاتفاق على تعديل قواعد الإثبات وكما يملك الشخص توجيه اليمين أو لا يوجهها فكذلك يملك الاتفاق مقدما على عدم توجيهها عند قيام النزاع خاصة أن هناك من الأشخاص من تأبى عقيدته أو ذمته أو كرامته أن توجه إليه اليمين فيستطيع أن يدفع عن نفسه هذا الحرج بالاتفاق مقدما على عدم توجيه اليمين.

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (إذا كانت محكمة أول درجة لم تقل كلمتها في طلب توجيه اليمين الحاسمة وإنما ندبت خبيرا في الدعوى فحتى لو اعتبر ذلك رفضا ضمنيا لطلب توجيه اليمين، فإن ذلك لا يمنع من التمسك به أمام محكمة الاستئناف عملا بالمادة 410 مرافعات (نقض 1962/4/12 مج المكتب الفني س 13 ص 455))

237 - **عدم جواز الرجوع في اليمين:** تنص المادة 345.م.ج على أنه (لا يجوز لمن وجّه اليمين أو ردّها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين) مقتضى هذا النص أن من وجّه اليمين يستطيع العدول عنها حتى بعد صدور الحكم بتحليفها وإعلان الخصم بذلك طالما أن من وجهت إليه لم يعلن استعداده للحلف[1].

فإذا لم يحدث هذا الإعلان كان لمن وجّه اليمين العدول عنها حتى يتم الحلف فعلا. فإذا عدل من وجه اليمين فيجوز له أن يلجأ إلى طرق أخرى ليثبت دعواه كما يستطيع توجيه اليمين مرة أخرى طالما لم يكن عدوله عن توجيهها نهائيا.

فإذا قبل من وجهت إليه اليمين أو من ردت عليه أن يحلف امتنع على الطرف الآخر العدول عنها، وإذا عدل من رد اليمين في هذا الرد، اعتبر الرد كأن لم يكن وتعود اليمين موجهه إليه، ويجب عليه أن يحلف فإن لم يفعل كان ناكلا[2]. وفي الحالتين إذا أعلن الخصم الذي وجهت إليه اليمين أوردت عليه أنه مستعد للحلف وعدل الخصم الآخر رفضت دعواه لأن توجيه اليمين أو ردها معناه ترك ما عداها من طرق الإثبات وذلك كله ما لم يكن توجيه اليمين أو ردها قد شابه غلط أو تدليس أو إكراه[3].

(1) السنهوري بند 287 ص 549، يحي ص 202.
(2) السنهوري بند 288 ص 551.
(3) السنهوري ص 550.

238 - **يمين الاستيثاق:** هناك صورة خاصة لليمين الحاسمة هي يمين الاستيثاق التي ذكرتها الإرادة التشريعية الجزائرية في المادة 2/312 مدني إذ تنص على أنه (يجب على من يتمسك بالتقادم لسنة أن يحلف اليمين على أنّه أدى اليمين فعلا وهذه اليمين تُوجّة تلقائيًا من القاضي إلى ورثة المدين أو إلى أوصيائهم إن كان الورثة قاصرين على أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء).

ويتبين من هذا النص أن من يتمسك بالتقادم القصير في إحدى الحالات الواردة فيها[1] يجب عليه فوق ذلك أن يؤدي يمينا على أنه قد وفّى الدَّين[2] وهذه اليمين هي التي يقال لها يمين الاستيثاق وهي يمين حاسمة إذ يترتب عليها حسم النزاع ولكنها يمين حاسمة استثنائية لها حكمها الخاص، فهي في الديون المدنية المشار إليها ليست ملكا للخصم المدعى، وإنما يجب على القاضي أن يوجهها من تلقاء نفسه بحكم القانون. وإذا كان الدائن يختصم ورثة المدين فإن اليمين التي توجه إلى هؤلاء تكون يمين علم وهذا ليس إلا تطبيقًا للقاعدة العامة

(1) وهذه الحالات نصت عليها الفقرة الأولى من المادة المذكورة وهي (حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم، المبالغ المستحقة للعمال والأجراء الآخرون مقابل عملهم).
(2) وأساس هذا التقادم الحولي (سنة) افتراض الوفاء وهي قرينة غير كافية بذاتها فيستلزم القانون توثيقها بيمين يحلفها المدين بأنه أدى ما عليه من دين. القاضي يلتزم بتوجيهها للتمسك بالتقادم، ولا يستطيع أن يحكم بسقوط دينه بالتقادم إلا إذا حلفها فإذا امتنع (نكل) عن الحلف لم يقبل منه الدفع بالتقادم وحكم عليه بالأداء (مؤلفنا: أحكام الالتزام بند 436 ص 420- ص 423).

التي رأيناها توجب أن تكون موضوع اليمين متعلقة بشخص الحالف ولهذا يجب عدم الخلط بين يمين الاستيثاق ويمين العلم، فيمين الاستيثاق صورة خاصة استثنائية لليمين الحاسمة فلا توجد إلاّ في الحالات المنصوص عليها في القانون، وقد تؤدى على البتات والقطع إن كانت واقعة الدين متعلقة بشخص الحالف أو تؤدى على مجرد العلم إذا لم تكن واقعة الدين شخصية بالنسبة إلى الحالف. أما يمين العلم، فهي إحدى الصورتين العاديتين لكل يمين حاسمة كانت أو متممة[1]. وتضمن نص المادة 2/312.م.ج استثناء آخر للقاعدة التي توجب توجيه اليمين لمن يختصم في الدعوى بصفته الشخصية إذ يجوز بمقتضى هذا النص توجيه يمين العلم إلى وصي الوارث وهذا الحكم يقتصر تطبيقه على الحالات التي ذكرها النص فلا يجوز توجيه اليمين إلى الوصي في غير هذه الحالات.

(1)وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه من المقرر قانونا أن العقد العرفي صادرًا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أما ورثته أو خلفه فيكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون بأن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق، من ثم 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. قرار رقم 33054 بتاريخ 1985/5/6 المجلة القضائية السنة 1992 العدد 4 الصفحة 16.

المطلب الثاني

آثار توجيه اليمين الحاسمة

239- **النواحي المختلفة لهذه الآثار: يجب أن نبين هذه الآثار من النواحي الآتية:**

1 – مركز الخصم الذي وجّه اليمين.

2 – حقوق الخصم الذي وجهت إليه اليمين.

3 – آثار اليمين بالنسبة إلى الطرفين أو الغير.

240 - **مركز الخصم الذي وجّه اليمين:** تنص المادة 345.م.ج على أنه (لا يجوز لمن وجّه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين). سبق لنا بحث مركز الخصم الذي وجّه اليمين عند كلامنا في عدم جواز الرجوع في اليمين [1]وقلنا أنه إذا وجه الخصم اليمين أو ردها فلا يجوز له أن يرجع في ذلك إذا استجاب الطرف الآخر لدعوته وقبل أن يحلف. أما قبل إعلان من وجهت إليه اليمين استعداده للحلف فإن من وجه اليمينُ يستطيع العدول عنها كما سبق أن فصلنا.

وإذا كان من وجه اليمين ناقص أهلية فإنه يستطيع الرجوع فيها حتى لو قبل خصمه أن يحلف أو كان الذي دفعه إلى هذا التوجيه غلط في الواقع أو تدليس أو إكراه أو إستغلال.

(1) راجع فيما سبق بند 237.

وإذا مات من وجه اليمين قبل قبولها انتقل حقه في الرجوع إلى ورثته.

أما إذا مات من وجهت إليه اليمين أو فقد أهليته سواء كان ذلك قبل القبول أو بعد القبول وقبل الحلف فإن الأمور تعود كما لو لم يكن هناك توجيه لليمين، ويستطيع الطرف الآخر أن يوجه يمين العلم إلى الورثة.

ويخلص مما تقدم أن قبول الخصم للحلف يجعل توجيه اليمين لازما فيتخذه مركز طالب اليمين نهائيا ويصبح رهينا بالموقف الذي يتخذه خصمه[1].

241 - **حقوق الخصم الذي وجهت إليه اليمين:** لا يستطيع من وجهت إليه اليمين أن يرفضها وإنما يكون له أن يحلف اليمين أو ينكل عنها فإذا لم يشأ هذا ولا ذاك استطاع أن يرد اليمين على خصمه وليس أمام هذا الأخير إلا أن يحلف أو ينكل وبذلك نجد أن الخصم الذي توجه إليه اليمين تنحصر حقوقه في ثلاثة مواقف عليه أن يتخذ أي منها وهي:

1 - حلف اليمين 2 - رد اليمين 3 - النكول عن اليمين.

242 - **حلف اليمين:** يجب على الخصم الذي وجهت إليه اليمين الحاسمة أن يؤدى اليمين بنفسه وتكون تأدية اليمين بأن يقول الخصم (أحلف) ثم يذكر صيغة اليمين التي أقرتها المحكمة فإذا كان دين الخصم يفرض أوضاعا مقررة في الحلف جاز للخصم أن يطلب تأدية اليمين وفقا لهذه الأوضاع.

(1) الصدة: بند 307 ص 347 - 348.

ويجب إتباع الإجراءات التي نصّ عليها قانون الإجراءات المدنية في أداء اليمين (المواد 432، 433، 434) أمام المحكمة التي تحرر محضرا بذلك يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضي والكاتب.

فإذا لم تراع هذه الإجراءات في أداء اليمين فيكون الحكم المؤسس عليها معرضا للنقض[1]. ويعتبر حلف الأخرس ونكوله إشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها.

(1) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية فيما يتعلق بمراعاة اختلاف ديانة الأطراف في حلف اليمين. إن اختلاف ديانة الأطراف في نزاع معين، يوجب على القضاء حين عزمهم على حسمه باليمين، مراعاة - عند - توجيهها لطرف - ديانة الطرف الآخر بما فيه عدم المساس بحقه في الدفاع، ومن ثم، كان يتعين على قضاة المجلس وهم ينظرون في خصام قائم بين مسلم وغير مسلم - أن لا يوجهوا اليمين في المسجد يوم الجمعة وقت الصلاة فإنه لما فعلوا ذلك حرموا الطرف غير المسلم حضور أدائها ومسوا بحقه في الدفاع معرضين قرارهم في هذه النقطة للنقض. قرار رقم 33734 بتاريخ 1983/7/6 المجلة القضائية السنة 1989 العدد (1) الصفحة (13) وفيما يتعلق بصيغه اليمين فقد قضت بأنه. من المقرر قانونا انه يجوز لكل منهم 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 قضاء 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 مؤسس يستلزم رفضه. لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المطعون ضده عرض نص اليمين وصيغته وطلب الإشهاد له بأنه وجه يمينا إلى خصمه دون أن يقبلها الطاعن أو يردها على خصمه فإن جهة الاستئناف التي قضت بتأييد الحكم المستأنف لديها القاضي بطرد الطاعن وكل من حل محله من الأرض المتنازع عليها تأسيسا على اليمين التزموا صحيح القانون. وقد جاء في حيثيات هذا القرار: حيث أنه بالإطلاع على مقالات الطرفين وعلى ما جاء منها في صلب القرار نجد أن المطعون ضده عرض نص اليمين وصيغته وطلب بواسطة محامية الإشهاد له بأنه يوجه يمينا إلى خصمه بمسجد عين الدفلى ولكن الطاعن لم يقبلها ولم يردها على خصمه مما يتضح معه أن قضاة الموضوع طبقوا تطبيقا سليما نص المادتين 343 و 347 من القانون المدني خاصة وأن اليمين الحاسمة ملكا للخصم، وليس للقاضي تغيير صيغتها تغييرا يؤثر على مدلولها ومعناها إذ الأمر في ذلك يرجع لمن وُجهت إليه اليمين وليس لقضاة الموضوع الحق في وضع صيغتها أو تغييرا مدلولها تغييرا يتنافى وقصد من وجهها =

243 - **آثار حلف اليمين:** نصت المادة 346 مدني جزائري على أنه (لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها، أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده).

يتضح من هذا النص ما يلي:

إذا حلف اليمين من وُجِّهت إليه كان مضمون الحلف حجة ملزمة للقاضي فينحسم النزاع نهائيا ويخسر الخصم الذي وجّه اليمين دعواه.

فإذا تضمن الحلف إنكارا لما يطالب به من وجّه اليمين حكم القاضي برفض الدعوى وهذا الحكم نهائي فلا يستطيع من خسر الدعوى أن يطعن في الحكم بالإستئناف ليثبت أن خصمه حلف يمينا كاذبة كما لا يستطيع رفع دعوى مبتدأة مستندًا إلى أدلة جديدة، وفي هذا تقول المادة المذكورة (لا يجوز للخصم

= هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القضاة لم يؤسسوا قرارهم على علاقة الإيجار وإنما أسسوه على اليمين كما سبق بيانه مما يجعل الوجه الثاني غير جدي ومخالفا للحقيقة والواقع الأمر الذي يتبين معه عدم تأسيس الوجهين ويستلزم معه رفض الطعن. قرار رقم 46707 بتاريخ 1988/10/26 المجلة القضائية السنة 1990 العدد (3) ص (20) وفيما يتعلق بضرورة أداء اليمين أمام المحكمة فقد قضت بأنه. إن لجوء أطراف اليمين وقرار القضاة في حسم النزاع بتأديتها، له أثر منتج في الدعوى ومن هذا الباب، جعلت الأوضاع المنصوص عليها بالمواد 432 – 433 – 434 ق.إ.م المتعلقة بتأدية اليمين أمام المحكمة التي تحرر محضرا بذلك. والجهة الاستئنافية التي أساغت للأطراف تأديتها بالمسجد وخارج المحكمة، عاهدة لموثق بتحرير محضر عن ذلك فإنها تكون قد خرجت عن نطاق تطبيق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الشأن وبخرقها لها أساءت تطبيق القانون وعرضت قرارها للنقض. قرار رقم 33851 بتاريخ 1985/10/2 المجلة القضائية السنة 1989 العدد (1) ص

أن يثبت كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه) غير أنه إذا كان من وجهت إليه اليمين قد حلف كذبا. فإن من خسر الدعوى يستطيع الرجوع على من حلف كذبا أو يطعن في الحكم إذا كان ميعاد الطعن لم ينقض بعد إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي وهذا ما جاء في نص المادة 346.م.ج بقولها (على أنه إذا أثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده).

وبناء على ذلك إذا ثبت كذب اليمين فإن ذلك لا يؤثر على الحكم المدني الذي بني على هذه اليمين الكاذبة فتبقى له حجية الأمر المقضي ولكن يحق للخصم الذي خسر دعواه بناء على هذه اليمين الكاذبة أن يرفع دعوى مبتدأة مطالبا بتعويض الضرر الذي أصابه، وسبب التعويض هنا هو الفعل الضار أي اليمين الكاذبة، وهو سبب يختلف عن سبب الحق الأصلي الذي حلفت بشأنه اليمين ولذلك فإن الدعوى الجديدة لا تصطدم بحجية الأمر المقضي.

ويبدو من النص أن من خسر الدعوى لا يستطيع أن يدعى مدنيا في الدعوى الجنائية التي ترفعها النيابة العامة ولا يستطيع من باب أولى أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة وإنما عليه أن ينتظر حتى يصدر حكم جنائي نهائي ثم يرفع دعوى التعويض أمام المحاكم المدنية ويلاحظ أن صدور الحكم الجنائي بكذب اليمين لا يؤثر على أن المدني الذي حاز قوة الأمر المقضي. ولكن إذا كان ميعاد الطعن في الحكم المدني لم ينقض بعد، فإنه يجوز الطعن فيه بناء على صدور الحكم الجنائي

بكذب اليمين وهذا ما نصت عليه المادة 346.م.ج صراحة بقولها (دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده).

244 - **النكول عن اليمين - أثره:** إذا نكل من وجهت إليه اليمين – أي رفض أن يحلف اليمين بعد أن وجهت إليه – خسر دعواه وكسب من وجّه اليمين الدعوى. والنكول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا يستفاد من سلوك الخصم وتنص المادة 347.م.ج جزائري على أنه (كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه ... خسر دعواه)[1].

ويعتبر نكولا عن آداء اليمين حضور من وُجّهت إليه اليمين وامتناعه عن أدائها دون أن ينازع فيها أو تخلفه عن الحضور دون عذر مقبول[2].

245 - **رد اليمين:** إذا لم يحلف اليمين من وجهت إليه أو ينكل عنها فله ردّها على خصمه وفي ذلك تقول المادة 2/343 (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).

(1) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه من المقرر قانونا أنه لكل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه خسر دعواه ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون. لما كان من الثابت – في قضية الحال أن قضاة الاستئناف بقضائهم أداء المطعون ضده اليمين بالرغم من كون هذا الأخير نكل اليمين دون أن يردها على خصمه أمام محكمة الدرجة الأولى يكونوا بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه) قرار رقم 50281 بتاريخ 1989/6/28 المجلة القضائية السنة 1991 العدد (1) الصفحة (19).

(2) نقض مدني مصري، جلسة 1976/4/6 مج المكتب الفني السنة 27، ص 871 (وتقدير قيام العذر في التخلف عن الحضور بالجلسة المحددة لحلف اليمين، هو ما يستقل به قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على اعتبارات سائغة) نقض مدني 1976/4/6 السابق الإشارة إليه.

ويشترط لجواز الرد أن تكون الواقعة موضوع اليمين مشتركة بين الخصمين. أي متعلقة بشخص كل منهما، كأن يوجه الدائن اليمين إلى المدين على واقعة القرض، أو يوجه المدين اليمين إلى الدائن على واقعة الوفاء فشروط قبول اليمين يجب أن تتوافر في الرد. فإذا كانت الواقعة يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين فإن الرد لا يجوز لأن اليمين حينئذ لا تنصب على واقعة متعلقة بشخص من يراد استحلافه. فلو أن الوارث هو الذي يوجه اليمين في خصوص دين لمورثه على آخر، فإن هذا الأخير لا يستطيع رد اليمين على الوارث في شأن واقعة الدين، ولكنه يستطيع توجيه يمين العلم بهذه الواقعة إلى الوارث، لأن الواقعة لا تتعلق بشخص الوارث. وإذا وجه الشفيع اليمين إلى المشتري فيما يتعلق بمقدار ثمن المبيع فإن هذا الأخير لا يستطيع أن يرد اليمين على الشفيع لأن قبض الثمن ومقداره ليست وقائع شخصية بالنسبة للشفيع[1].

(1) الصدة ص 450، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (يجوز الطعن في الأحكام الصادرة بناء على النكول عن اليمين متى كان مبنيا على أن اليمين وجهت في غير حالاتها أو على بطلان إجراءات توجيهها متى ثبت صحة ذلك (نقض 1983/3/24 طعن رقم 867 سنة 52 ق)).

المبحث الثاني

اليمين المتممة[1]. Serment supplétif

246 - **تعريفها وطبيعتها وأهميتها:** تقول المادة 348.م. جزائري في هذا الصدد (للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به. ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل).

فاليمين المتممة هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه ليحسم بها النزاع عند نقص الأدلة ثم له بعد ذلك مطلق الحرية فيما يرتبه عليها من نتائج واليمين المتممة ليست سوى إجراء للتحقيق يلجأ إليها القاضي لإكمال فكرته وتنوير ضميره للوصول إلى حد الاقتناع حيث تكون الأدلة غير كافية للنهوض بذلك[2].

(1) انظر السنهوري بنود 303 – 319 من ص 573 – ص 596 الصدة بنود (315 – 324 من ص 459 – ص 470، يحي ص 209 – ص 214).

(2) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه (من المقرر قانونا أن للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى اي من الخصمين تلقائيا ليبني ذلك حكمه في موضوع النزاع بشرط أن لا تكون الدعوى خالية من أي دليل ولما كان كذلك فإن النعي على القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار بانعدام الأساس القانوني وخرق أحكام المادة 348 من القانون المدني غير مؤسس ويتعين رده. ولما كان من الثابت أن القضاة عاينوا قرائن قابلة للإتمام باليمين في صالح المطعون ضده فإنه بذلك التزموا صحيح القانون في مادة عبء الإثبات باليمين.ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.القرار رقم 32676 بتاريخ 1985/1/9 السنة 1989 المجلة القضائية 1989 العدد 4 الصفحة 13.)

247 - **صورتان لليمين المتممة - تقسيم:** يتبين من نص المادة 348.م.ج أن هناك صورتين لليمين المتممة، اليمين المتممة الحقيقية، وهي التي توجه في شأن موضوع الدعوى أي أساس النزاع، ويمين التقويم وهي التي توجه في شأن قيمة ما يحكم به. وسنتناول هاتين الصورتين، ونخصص مطلبا لكل صورة على التوالي.

المطلب الأول

اليمين المتممة الحقيقية

248 - **توجيه اليمين المتممة من القاضي:** طبقا لنص المادة 348.م.ج ppأن يطلب من القاضي أن يوجهها إلى الخصم الآخر وللقاضي مطلق الحرية في اختيار الخصم الذي يوجه إليه اليمين وهو في اختياره هذا لا يخضع لأي رقابة ويلاحظ أنه لا يجوز توجيه اليمين المتممة إلى الخصمين معا في وقت واحد.

وإذا مات من وجهت إليه اليمين قبل أدائها اعتبرت كانها لم توجه حتى لو كان قد قبل أن يحلفها قبل موته شأنها في ذلك شأن اليمين الحاسمة ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يوجه يمين العلم إلى ورثة هذا الخصم أو يوجه اليمين إلى الخصم الآخر أو يقضي على أساس الأدلة الموجودة في الدعوى.

249 - **شروط قبول اليمين المتممة:** نصت المادة 2/348.م.ج على وجوب توافر شرطين في توجيه اليمين المتممة أولهما أن لا يكون في الدعوى دليل كامل والثاني أن لا تكون الدعوى خالية من أي دليل.

- **الشرط الأول:** أن لا يكون في الدعوى دليل كامل: فاليمين body1 > 250 المتممة كما سبق أن ذكرنا تكمل دليلا ناقصا فإذا كان في الدعوى دليل كامل فلا يجوز للقاضي أن يوجه اليمين لانتقاء الحاجة إليها وإنما يجب أن يقضي على أساس ذلك الدليل.

251 - **الشرط الثاني:** أن لا تكون الدعوى خالية من أي دليل: وبمعنى آخر يجب أن يوجد في الدعوى مبدأ ثبوت قانوني[1]. ذلك أن وظيفة اليمين المتممة هي إكمال دليل ناقص فإذا كانت الدعوى خالية من أي دليل فلا يجوز توجيه اليمين المتممة لأنها لا يمكن أن تكون الدليل الوحيد في الدعوى. وفي هذا تختلف اليمين المتممة عن اليمين الحاسمة إذ أنه يصح توجيه هذه الأخيرة

(1) وقد قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه إن النزاع القائم بين الزوج والزوجة حول المصوغ الذي عجزت عن إثبات ملكيته لها بالكتابة سوى حيازتها بعض الفاتورات دون تشكيل دليل كامل لملكيتها له كله، فإنه يجوز حسمه بوسيلة إثبات أخرى كاليمين المتممة ما دامت الفاتورات المذكورة تشكل لصالح الزوجة قرينة جديرة التعزيز بهذه الوسيلة إلى جانب المصوغات التي تنسب عادة النظر إلى طبيعتها إلى المرأة. والقضاة الذين استبعدوا طلب الزوجة الرامي إلى تثبيت ادعائها بالشهود، يكونوا قد خالفوا أحكام المادة 335من ق.م التي تجيز في مقتضياتها حسم النزاع بوسائل إثبات غير الكتابة مما يتعين معه نقض القرار) وقد جاء في هذا القرار ما يلي: (وحيث يستند الطعن إلى أوجه ثلاث. الوجه الأول: مأخوذ من خرق الإجراءات الجوهرية للإجراءات بدعوى أن القرار المطعون فيه يصرح بأن المعاينة وقعت بحضور الطرفين وإن لم يحرر محضر بذلك فإن القاضي قد ذكر كل ما شاهده وقدره وهذا خرق للمادة 59.ق.أ.م. عن الوجه الأول: حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه والذي صادق على الحكم المستأنف نجده يقرر أن عدم تحرير محضر بالمعاينة يكفي ذكر القاضي في حكمه ما شاهده وقدره وهو إن كان مخالف لنص المادة 59.ق.أ.م إذ أن القانون لا يرتب جزاء على مخالفتها فالوجه غير سديد يتعين رفضه.
الوجه الثاني: مأخوذ من عدم الإجابة على مذكرات المدعية في الطعن وخرق القانون بدعوى أن المحكمة قد أثبتت وجود إيصالين يتعلقان بموضوعات المستأنفة وهما يكونان بداية إثبات بالكتابة طبقا للمادة 335 ق.م لذلك طالبت المدعية أن تثبت دعواها بالشهود وأن مجلس وهران لما أشار إلى الشهادة كوسيلة إثبات وصادق على الحكم المستأنف يعتبر عدم رد.
=

بالرغم من عدم وجود أي دليل في الدعوى. وفي هذا المعنى وتوافر هذين الشرطين تقول المحكمة العليا الجزائرية (من المقرر قانونا أنه يشترط في توجيه اليمين المتممة أن لا يكون في الدعوى دليل كامل وأن لا تكون الدعوى خالية من أي دليل ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم المستأنف لديهم القاضي باليمين المتممة دون أن يبينوا أسباب توجيهها يكونوا قد خالفوا القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه)[1]

ويختلف الدليل تبعا للواقعة محل الإثبات بحيث يكون الإثبات بالكتابة واجبا، فالدليل الناقص هو مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا كان القانون يجيز استثناء

= وكذلك فقد خالف قضاة الموضوع نص المادة 336 ق.م. والتي تجيز البينة بالشهادة إذا وجد مانع مادي أو دون الحصول على بينة بالكتابة كما هو في الحال في هذه القضية.
على الوجه الثالث: وحيث إن كان القاضي قد أثبت في حكمه ما شاهده، وكان من ضمن ما شاهده فاتورتين موجودتين بالصندوق المتنازع عليه ودفتر الشيكات وموصولات تحويل العملة الصعبة، وهي كلها تعود المستأنفة، وهي وإن كانت لا تشكل دليلا كاملا لإثبات ملكية المستانفة لجميع المصوغ المتنازع عليه، فلا أقل من أن تشكل قرينة لصالحها يمكن تعزيزها بوسيلة إثبات أخرى كاليمين المتممة بالإضافة إلى كون المصوغات هي في الغالب ملك المرأة فالوجه سديد ويتعين قبوله.
لهذه الأسباب قرر المجلس الأعلى: قبول الطعن شكلا وموضوعا ونقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء وهران في: 11 ابريل 1979، وإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس مشكلا تشكيلا آخر للفصل فيها من جديد طبقا للقانون وحفظ المصاريف إلى حين انتهاء الخصام. (قرار رقم 22117 بتاريخ 1982/5/19 المجلة القانونية السنة 1989 العدد (1) الصفحة (29)).
(1) قرار رقم 68139 بتاريخ 1983/3/12 المجلة القضائية السنة 1993 العدد (1) الصفحة (26) كما قضت المحكمة العليا الجزائرية (من المقرر قانونا أنه يشترط لتوجيه اليمين أن لا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا =

الإثبات بشهادة الشهود كما في حالة وجود مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي أو فقد السند بقوة قاهرة فحينئذ يصح أن تكون البينة والقرائن مبدأ ثبوت يجيز توجيه اليمين المتممة لإكمال ما فيه من نقص وقد رأينا عند الكلام في دفاتر التجار أن البيانات المثبتة فيها لما ورد التجار لغير التجار تصلح أساسا يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أحد من الطرفين وذلك فيما يجاوز إثباته بالبينة (م.330 فقرة أولى.م.جزائري).

ويلاحظ أنه لا يشترط لجواز اليمين المتممة أن يتوافر مبدأ الثبوت بالكتابة لدى كل من طرفي النزاع فقد يوجد لصالح أحدهما فقط.

252 - **الواقعة موضوع اليمين:** لما كانت اليمين المتممة هي لتكملة دليل ناقص فالواقعة التي يحلف عليها الخصم [1]هي تلك التي تكمل دليله ليثبت ادعاءه دعوى كان أو دفعا. ولذا لابد أن تكون واقعة غير مخالفة للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب. ويجب أن تكون من شأنها أن تكمل الدليل الناقص

= تكون الدعوى خالية من أي دليل. ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون. ومتى ثبت حسب الوثائق الرسمية الموجودة بملف الدعوى الحالية – ملكية السيارة – نوع هوندا المتنازع من أجلها فإنه عندئذ لا يجوز مواجهتها باليمين المتممة وأن النعي على القرار – المطعون فيه – بقصور الأسباب غير وجيه ويتعين معه رفض الطعن قرار رقم 110272 بتاريخ 1994/5/4 المجلة والقضائية السنة 1994 العدد (2) ص (45)).

(1) ويجب أن تتوافر في حلف اليمين المتممة (التكميلية) نفس الإجراءات التي يجب اتباعها في اليمين الحاسمة ومنها حضور الخصم الآخر قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه (من المقرر قانونا أن حلف اليمين في نزاع ما يتم في جميع الأحوال بحضور الخصم الآخر أو بعد تبليغه لحضور الجلسة، ويعد ذلك من ضمن الأشكال الجوهارية للإجراءات ومتى ثبت – من قضية الحال – أن قضاة المجلس قد وجهوا اليمين =

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. والعلم على كل حال يعتبر أمرا شخصيًا بالنسبة إليه. كما يمكن الحلف على عدم العلم لأن اليمين المتممة كاليمين الحاسمة قد تكون على عدم العلم. مثل ذلك أن يوجه القاضي اليمين المتممة إلى ورثة المدعى عليه يحلفون أنهم لا يعلمون أن مورثهم قد تسلم الوديعة المدعى بها من المدعي[1]. وليست يمين عدم العلم الحاسمة ولكن يمين الاستيثاق هي التي قد تكون في بعض صورها يمينًا بعدم العلم[2].

هذا وإذا كانت الواقعة موضوع اليمين يجب ان تكون كما قدمنا غير مخالفة للنظام العام والآداب إلا أنه لابد أن تكون الواقعة غير مشروعة على التفصيل الذي ذكرناه بالنسبة لليمين الحاسمة.

= التكميلية للمستأنف عليه بالجلسة في غياب المستأنف دون تبليغه لحضور جلسة أداء اليمين فإنهم خالفوا القانون، وأخلفوا بحق الطاعن في الدفاعو مما استوجب نقض قرارهم). قرار رقم 138429 بتاريخ 1996/10/16 المجلة القضائية السنة 1996 العدد 2 الصفحة (45).

(1) ومن ذلك أيضا ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية في قرار رقم 33054 السابق ذكره، حيث جاء (...أما ورثته فيكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون بأن الخط أو الإمضاء هو لمن نقلوا منه هذا الحق.. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن قد عقد عرفيا أشتري العقار محل النزاع من أبيه الهالك فإن قضاة الموضوع بتقريرهم قسمة تركه الهالك دون مراعاة العقد العرفي دون توجيه اليمين لبعض الورثة الذين أنكروا بأنهم لا يعلمون نسبة الخط والإمضاء لمورثهم يكونون قد خالفوا القانون).

(2) راجع في يمين الاستيثاق فيما سبق بند 238 من هذا المؤلف – وانظر السنهوري بند 309 ص 580 وص 581، الصدة بند 320 ص 434، ص 165.

253 - **نطاق تطبيق اليمين المتممة**[1]: اليمين المتممة كاليمين الحاسمة يجوز توجيهها في كل نزاع مدني أو تجاري ولا يجوز توجيهها أمام القضاء الإداري والجنائي. أما إذا رفع المضرور من الجريمة دعوى أمام القضاء المدني مطالبا بالتعويض فيحق للقاضي أن يوجه اليمين من تلقاء نفسه حتى لو كانت الواقعة التي يرد عليها اليمين تكون جريمة يعاقب عليها وكذلك الحال في توجيهه اليمين في أية حال تكون عليها سير الدعوى ما دام لم يصدر حكم حائز لقوة الأمر المقضي ولكن بشرط أن يتوفر فيها في هذا الوقت مبدأ ثبوت.

وهناك يمين يمكن اعتبارها يمينا متممة من نوع خاص وهي اليمين التي نصت عليها المادة 327.م. جزائري فيما يتعلق إنكار العقد العرفي (الورقة العرفية) إذا كان هذا الإنكار من الوارث أو الخلف، فبمقتضى هذه المادة يكتفي من الوارث أو الخلف في حالة الإنكار بأن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء هي لمن تلقى عنه الحق فهذه يمين يفرضها القانون في حالة خاصة على خلاف القواعد الخاصة[2].

254 - **آثار توجيه اليمين المتممة**: اليمين المتممة إجراء من إجراءات التحقيق وكما رأينا هي عنصر تكميلي من عناصر الإثبات يوجهها القاضي من تلقاء نفسه وبحسب تقديره إلى الخصم الذي يأنس فيه ما يرضى ضميره ويعزز

(1)الصدة: بند 319 ص 465.

(2) وقد تضمن قرار المحكمة العليا رقم 33054 السابق ذكره والصادر في 1985/2/6 الإشارة إلى هذه اليمين وقضت بنقض الحكم لعدم توجيه هذه اليمين إلى بعض الورثة الذين أنكروا نسبة الخط والإمضاء لمورثهم.

دليلا غير كاف لديه ويترتب على ذلك أنها لا يجوز أن ترد ولا يتقيد بها القاضي ولا الخصوم ونوضح هذه الآثار فيما يلي:

255 - **أولا: عدم جواز رد اليمين**: نصت المادة 349.م.ج على ذلك بقولها (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.

256 - **ثانيا: عدم تقيد القاضي بهذه اليمين**: إذا حلف من وُجِّهت إليه اليمين المتممة فإن هذا لا يؤدي إلى حسم النزاع، فالقاضي لا يتقيد بنتيجتها وله أن يقضى بموجبها كما أن له أن يرفض الأخذ بها بناء على عناصر أخرى توفرت لديه وإذا نكل عنها من وجهت إليه فلا يتحتم القضاء ضده بناء على هذا النكول ومن باب أولى يستطيع قاضي الاستئناف إعادة النظر في الحكم الصادر بناء على اليمين المتممة فله أن لا يعتد بهذه اليمين دون حاجة إلى إثبات كذبها، وله أيضا أن يوجه اليمين إلى الخصم الآخر.

257 - **ثالثا: عدم تقيد الخصوم بهذه اليمين**: هذه اليمين لا تقيد الخصوم فيستطيع خصم الحالف أن ينقض دلالة اليمين بإثبات العكس كما هي الحال في أي دليل آخر وإذا حكم بناء على هذا اليمين فإن الخصم الذي صدر ضده هذا الحكم يستطيع أن يطعن فيه بالاستئناف لكي يثبت كذب اليمين الذي حلفها خصمه فالمادة 346.م.ج التي تقضى بأنه (لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه) لا تطبق على اليمين المتممة.

ويجوز للخصم أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة اليمين الكاذبة لأن السبب في هذه الدعوى يختلف عن السبب في الدعوى الأصلية، وإذا كانت هناك عوى جنائية قد تم رفعها بشأن جريمة اليمين الكاذبة فإنه يستطيع أن يدخل في هذه الدعوى مدعيا بالحق المدني كما أنه يستطيع تحريك هذه الدعوى من طريق رفع جنحه مباشرة[1].

المطلب الثاني

يمين التقويم Serment en plaids

258 - **التعريف بها، طبيعتها، توجيهها:** تنص المادة 350.م.جزائري على أنه (لا يجوز للقاضي أن يُوجّه إلى المدعى اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلاّ إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى ويحدد القاضي حتى في هذه الحالة حدًّا أقصى للقيمة التي يصدق فيه المدعى بيمينه).

هذه صورة من اليمين المتممة يوجهها القاضي من تلقاء نفسه ولكنها تختلف عن اليمين المتممة الحقيقية في أن موضوعها (تحديد قيمة المدعى به (وإنها لا توجه إلاّ إلى المدعى فحكمها يفترض أن الدين ثابت وأن الشيء الذي يطالب به في الدعوى قد استحال الوفاء به عينا ولم يبق إلا أن تحدد قيمته ليحكم بها على المدين وأن هذه القيمة غير معروفة. ومثال ذلك الوديعة أو

(1) دي باج: المرجع السابق، بند 1064، مجموعة juris classeur المرجع السابق ص 25 بند 51 – الصدة ص 467.

العارية هلكت بتعد فيقضى بقيمتها للمودع أو المعير ومثل ذلك أيضا بيع أو إيجار تم فسخه وتعذر رد المبيع أو العين المؤجرة بتقصير من المشتري أو المستأجر فيقضى بالقيمة للبائع أو المؤجر[1])).

ولكن هذه القيمة استحال تقديرها بأي طريق ولو بطريق الخبراء على أساس تعيينها بالوصف فلم يعد مناص من الرجوع في قيمتها إلى المدعى فيوجه إليه القاضي يمين التقويم.

259 - **شروط هذه اليمين:** لا يجوز للقاضي توجيه هذه اليمين إلّا بشرطين يبررهما أن المدعى حينما توجه إليه اليمين يصبح قاضيا في أمر له فيها مصلحة خاصة وهذان الشرطان هما.

الشرط الأول: استحالة تحديد قيمة المدعى بطريقة أخرى كما سبق القول ولا شك أن أية وسيلةأخرى تفضله لأنه من الخطر أن يركن القاضي إلى المدعى في هذا الخصوص غير أنه ليس بلازم أن تكون مبلغا لا يستطيع معه القاضي أن يصل إلى فكرة صحيحة عن القيمة المطلوبة فهذه الاستحالة يقررها قاضي الموضوع ولكن يجب عليه أن يسببها في حكمه.

الشرط الثاني: أن يحدد القاضي حدا أقصى يصدق فيها المدعى بيمينه وذلك للحد من خطر مبالغة الدائن في تحديد قيمة الدين وهذا يفترض أن

(1) ويأتي كولان وكابيتان بمثل ذلك: يفقد شخص حقيقته أثناء نقلها بالسكة الحديدية بخطأ من الشركة، فيحلف يمين التقويم على قيمة ما كانت هذه الحقيبة تشمل عليه من متاع (كولان وكابينان وموراندبير 2 بند 821).

القاضي يترتب لديه فكرة تقريبية عن القيمة المطلوبة ويساهم في هذه الفكرة سلوك المدعى ومهنته ومركزه الاجتماعي وسمعته إلى غير ذلك من عناصر التقدير التي تختلف بحسب الظروف.

260 - **حجية هذه اليمين:** يمين التقويم كاليمين المتممة تخضع لتقدير القاضي فلا يتعين أن يقضي بموجبها كما يستطيع أن يرجع في توجيهها

كذلك يستطيع المدعى أن يرفض أداء اليمين دون أن يترتب على ذلك أن يخسر دعواه، كما يستطيع كل من الخصمين أن يطعن في الحكم الصادر بناء على هذه اليمين. فيستطيع المدعى النكول عن اليمين دون أن يكون من وراء ذلك انتقاص لطلبه، أو خسارة لدعواه لاسيما إذا كان يرى ان القاضي قد بالغ في تخفيض القيمة التي يصدق فيها بيمينه ويتعين على القاضي حتى في هذه الحالة أن يقضى ضد المدين لأن أساس الدين قد ثبت ولم يبق سوى تحديد القيمة.

هذا ويلاحظ أن يمين التقويم بحكم وظيفتها يمكن أن توجه إلى المدعى أمام المحكمة الجنائية أثناء نظرها للدعوى المدنية وذلك على خلاف ما رأينا في اليمين الحاسمة واليمين المتممة الحقيقية، وصورة ذلك أن تكون المحكمة الجنائية قد أدانت المتهم في الجريمة وفرغت من ذلك ثم أخذت تنظر الدعوى المدنية للقضاء بالتعويض المطلوب، فتستطيع حينئذ أن توجه يمين التقويم إلى المدعى بالحق المدني لتقدير هذا التعويض. فهنا يختلف الوضع عما يجري في اليمين الحاسمة واليمين المتممة لأن هاتين توجهان في خصوص أساس النزاع وهو ما لا يجوز أمام المحكمة الجنائية بينما توجه يمين التقويم في شأن أمر لا يثور إلا بعد ثبوت أحقية المدعى فيما يتعلق بأساس النزاع.

261 - **الفروق الجوهرية بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة:** بعد عرض كل من اليمين الحاسمة واليمين المتممة فنستطيع أن نلخص الفروق الجوهرية بينهما على أساس أن اليمين الحاسمة تحكيم يتقيد به الخصوم والقاضي، أما اليمين المتممة فوسيلة تكميلية من وسائل التحقيق والإثبات لا يتقيد بها أحد ويترتب على هذا الأساس الفروق الجوهرية الآتية:

أولًا: اليمين الحاسمة يوجهها الخصم تحت رقابة القاضي، أما اليمين المتممة فالقاضي هو وحده الذي يوجهها.

ثانيًا: لا يجوز للخصم الرجوع في اليمين الحاسمة بعد أن يقبلها الخصم الآخر وللقاضي الرجوع عن توجيه اليمين المتممة في أي وقت بعد توجيهها.

ثالثًا: اليمين الحاسمة نتائجها محتمة يكسب من يحلفها ويخسر من ينكل عنها أما اليمين المتممة فليست لها نتائج محتمة ولا يتقيد بموجبها القاضي حلفها الخصم أو نكل.

رابعًا: اليمين الحاسمة يجوز ردها على الخصم الآخر أما اليمين المتممة فلا ترد.

"تم بحمد الله وتوفيقه"

الفهرس

تقديم الطبعة الأولى 04

مقدمة: في التعريف بالإثبات 06

القسم الأول: المبادىء العامة في الإثبات 13

أولًا: مبدأ حياد القاضي وحدوده 14

ثانيًا: قواعد الإثبات والنظام العام 17

ثالثًا: محل الإثبات 21

رابعًا: عبء الإثبات 33

القسم الثاني: طرق الإثبات الأدلة 38

بيان طرق الإثبات 38

تقسيم طرق الإثبات 40

خطة الدراسة 43

الباب الأول: طرق الإثبات العادية 45

الفصل الأول: الكتابة 45

المبحث الأول: المحررات التي تصلح دليلا كتابيا 50

المطلب الأول: الأوراق الرسمية 50

أولًا: شروط الورقة الرسمية 50

ثانيًا: حجية الورقة الرسمية 55

ثالثًا: قوة الورقة الرسمية في التنفيذ 64

المطلب الثاني: الأوراق العرفية 66

الفرع الأول: الأوراق العرفية المعدة للإثبات 67

أولًا: شروط الورقة العرفية 67

ثانيًا: حجية الورقة العرفية 72

الفرع الثاني: الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات 93

أولًا: الرسائل والبرقيات 93

ثانيًا:دفاتر التجار 96

ثالثًا: الدفاتر والأوراق المنزلية 101

رابعًا: التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين 103

المبحث الثاني: الحالات التي يجب فيها الكتاب للإثبات 107

المطلب الأول: وجوب الكتابة في إثبات ما تجاوز قيمته مائة ألف دينار جزائري 109

المطلب الثاني: وجوب الكتابة في إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة 118

الفصل الثاني: الإثبات بالشهود 128

المبحث الأول: قوة الإثبات المطلقة بالشهود 132

المطلب الأول: الوقائع المادية 133

المطلب الثاني: المواد التجارية 138
المطلب الثالث: التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على مائة ألف دينار جزائري 141
المبحث الثاني: في قوة الإثبات المطلقة بالشهود 142
المطلب الأول: مبدأ الثبوت بالكتابة 143
المطلب الثاني: المانع من الحصول على دليل كتابي 152
المطلب الثالث: فقد السند الكتابي 159
الفصل الثالث: القرائن 164
المبحث الأول: القرائن القضائية 165
المبحث الثاني: القرائن القانونية 170
المطلب الأول: القرائن القانونية بوجه عام 170
المطلب الثاني: حجية الأمر المقضي 187
أولا: تحديد طبيعة هذه القاعدة 188
ثانيا: نطاق تطبيق هذه القاعدة وشروط الدفع بها 194
1 - الأحكام التي تحوز حجية الأمر المقضي 194
2 - أجزاء الحكم التي تحوز الحجية 201
3 - شروط الدفع بحجية الأمر المقضي 206
ثالثا: حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية 224

الباب الثاني: طرق الإثبات غير العادية

- الإقرار واليمين والقرائن القانونية - 235
الفصل الأول: الإقرار 236
المبحث الأول: الإقرار بوجه عام 238
المبحث الثاني: الإقرار القضائي وشروطه وشكله 245
المطلب الأول: تعريف الإقرار القضائي 245
المطلب الثاني: حجية الإقرار القضائي 249
المبحث الثالث: الإقرار غير القضائي 256
الفصل الثاني: اليمين 261
المبحث الأول: اليمين الحاسمة 263
المطلب الأول: توجيه اليمين الحاسمة 266
المطلب الثاني: آثار توجيه اليمين الحاسمة 277
المبحث الثاني: اليمين المتممة 284
المطلب الأول: اليمين المتممة الحقيقية 285
المطلب الثاني: يمين التقويم 292
صدر للمؤلف 296
الفهرس 300