



جامعة الحاح لخضر - باتنة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الأبواب في المواد التجارية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق
تخصص: قانون أعمال

إشراف الدكتور:
سليمان بارش

إعداد الطالب:
سمير بن فاتح

لجنة المناقشة:

| الاسم واللقب | الدرجة العلمية | الجامعة الأصلية | الصفة |
|--------------------|----------------------|--------------------------|--------------|
| أ. د. العايش نواصر | أستاذ التعليم العالي | جامعة الحاح لخضر - باتنة | مشرفا ومقررا |
| د. سليمان بارش | أستاذ محاضر | جامعة الحاح لخضر - باتنة | مشرفا ومقررا |
| د. رقية عواشيرة | أستاذة محاضرة | جامعة الحاح لخضر - باتنة | عضوا مناقشا |

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الحاح لخضر باتنة
م 2004 - م 2005

SERVICE DES THÈSES

المقدمة

قال الرسول صلى الله عليه وسلم " لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى أناس دماء رجال وأموالهم لكن البينة على من ادعى"، فالإسلام أعطى أهمية كبيرة للإثبات لتنظيم المجتمع الذي كان يتكون حينها، وجاء هذا المبدأ ليبين للناس عدم جواز اقتضاء حقوقهم بأنفسهم.

فمن المتعين على من يدعي حقا أن يلجأ إلى القضاء لتمكينه من هذا الحق والإعتراف له به، وذلك يقتضي من صاحب الحق أن يقنع القاضي بوجوده فالحق يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل على الحادث المبدئ له قانونا، سواء كان هذا الحادث أمرا ماديا أم تصرفا قانونيا، والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه.

يتضح من ذلك أن للإثبات أهمية بالغة في المجتمع الذي يعج يوميا بالعلاقات القانونية سواء كانت معاملات مالية أو غير مالية، مما يجعل نظرية الإثبات أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقا في المحاكم.

ونظرا لما تتسم به الحياة التجارية من خصائص مميزة أدى ذلك إلى بروز قواعد خاصة في الإثبات تختلف عن تلك التي يعرفها القانون المدني.

فالتجارة تقوم على عاملين أساسيين هما السرعة والإئتمان، فالسرعة تتجلى في كون المعاملات والعقود التجارية تتم بمجرد تبادل الإرادتين بالإيجاب والقبول بعيدا عن الشكلية المعقدة والمتشعبة التي تتطلب وقتا طويلا للإنعقاد.

فالتاجر مرتبط بعامل الوقت والربح، لذا فهو يريد أن يقوم بأكبر عدد ممكن من العمليات التجارية بأقصى سرعة ممكنة، حتى يتسنى له إعادة استثمار أرباحه في مشاريع أخرى.

كما أن عنصر الإئتمان يساهم في تطوير عالم التجارة ذلك أن أغلب العمليات التجارية تتم بأجل، والتاجر يحتاج إلى منحه أجالا للوفاء ويحتاج إلى الثقة في المعاملات حتى يضمن استيفاء ديونه من التجار عند حلول أجل استحقاقها.

إن هذين العنصرين هما قوام التجارة وأساس القواعد الخاصة التي تميز قواعده الإثبات في المواد التجارية.

ومن أهم هذه القواعد قاعدة حرية الإثبات في المواد التجارية خروجاً عن الأصل، فيجوز إثبات الأعمال التجارية بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن، واستعمال الدفاتر التجارية والفواتير ومراسلات التاجر أو أية وسيلة أخرى تصلح للإثبات إذا رأت المحكمة وجوب قبولها، وذلك خلافاً للعادة العامة في الإثبات التي تستوجب استظهار الدليل الكتابي لإثبات كافة التصرفات القانونية غير التجارية التي تزيد قيمتها عن ألف دينار جزائري أو كانت غير محددة القيمة.

كما تتميز قواعد الإثبات التجارية بأن التاجر يستطيع أن يصطنع دليلاً لنفسه ليستعمله في الإثبات وفي المقابل فإنه يجوز إجبار التاجر في بعض الحالات أن يقدم دليلاً ضد مصالحه.

إلا أنه ومع كل ذلك فقد ألزم المشرع إثبات بعض التصرفات التجارية بالكتابة دون سواها من وسائل الإثبات مهما بلغت قيمة التصرف القانوني وذلك إما لأنها تستغرق وقتاً طويلاً للإنعقاد أو لأن المشرع يريد حماية مصلحة معينة بتنظيمه لمجتمع التجارة أو لضمان استيفاء الحقوق الضريبية.

والإثبات في المواد التجارية كما الإثبات المدني يقوم على قواعد عامه تمكن الخصوم من ممارسة حقهم في الإثبات وفقاً لمبادئ وطرق حددها ورسمها القانون تتيح لهم تقديم ما يملكون من أدلة لإثبات حقوقهم، وتمنح للخصم الحق في مناقشة هذه الأدلة والرد عليها طبقاً لمبدأ المساواة، ويلعب القاضي هنا دوراً مهماً لتمكين الخصوم من هذا الحق وفق الأطر العامة دون أن يمس في ذلك مبدأ الحياد.

ولقواعد الإثبات أهمية كبرى في إعطاء الحق قيمته، وبالتالي فإن دراسة موضوع الإثبات التجاري تقتضي البحث في القواعد القانونية التي يقوم وينبني عليها، والتي تمكن من الحسم في المنازعات بما يضمن استقرار المعاملات في عالم التجارة فالحرية لا تعني هدر الحقوق أو الخروج عن القانون.

ولهذا حاولنا من خلال هذا البحث التطرق إلى القواعد العامة التي يقوم عليها الإثبات في المواد التجارية والتي تسري على كافة الأعمال مهما كانت طبيعتها تجارية أم مدنية، ثم

إبراز أهم القواعد الخاصة بالإثبات في المواد التجارية وما تتميز به من خصائص تجعل من نظام الإثبات التجاري نظاما خاصا ومختلفا عن قواعد الإثبات في أي نظام قانوني آخر.

وذلك ما يجعل من دراسة هذه القواعد ذات أهمية وفائدة، لأن نظرية الإثبات تعتبر من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقا عمليا ناهيك عن الخصوصية التي تتمتع بها في الميدان التجاري.

مما يؤدي إلى طرح التساؤلات التالية، ما هي القواعد التي يقوم عليها الإثبات في المواد التجارية؟ وما هي الخصائص التي يمتاز بها؟ ولماذا تقتضي الحياة التجارية مثل هذه الحرية والمرونة في الإثبات؟ وما هو الدور الذي تلعبه نظرية الإثبات في حسم المنازعات التجارية؟

وهذا كله يؤدي إلى طرح السؤال التالي:

ما هي الطرق والمبادئ التي يقوم عليها الإثبات في المواد التجارية؟

للإجابة على ذلك يجب أن تفصل دراستنا على القواعد العامة التي تحكم عملية الإثبات التجاري، ثم المبادئ المستقر عليها والتي تجعل من الإثبات في المواد التجارية مميزا عن غيره من مبادئ الإثبات الأخرى.

ولذلك فقد اعتمدنا المنهج الوصفي لدراسة الموضوع مع استعمال التحليل لكل جزئية لأن طبيعة الموضوع تتطلب الوصف الدقيق والتحليل في آن واحد، فالإحاطة بالموضوع تتطلب استعمال التحليل والتفسير القانوني للقواعد العامة والخاصة بالإثبات في المواد التجارية وتحديد نطاقها حتى لا تنتسب إلى أنظمة مشابهة، وحتى يكون الوصول إلى استنتاجات حقيقية تعبر عن طبيعة الموضوع بأهمية الإثبات.

ولكي تكون الدراسة جدية ومعقدة فمن الطبيعي أن نتطرق إلى النصوص القانونية إلى جانب المراجع العلمية التي تنظم موضوع الإثبات بشكل عام، والإثبات التجاري بشكل أخص، وحتى نصل إلى الفهم الصحيح لا مندوحة من التذكير باستعانة أي باحث قانوني بما توصل إليه الإجتهد القضائي في الجزائر من خلال قرارات المحكمة العليا المنشورة هنا وهناك، حتى تكون الدراسة مرتكزة أيضا على الجانب العملي والتطبيقي للقواعد والذي يمثل فائدة كبيرة لفهم أي نظام قانوني مطبق في المجتمع.

ومما سبق فقد قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى فصلين رئيسيين، تطرقنا في الأول منها إلى القواعد العامة للإثبات، وفي الثاني إلى القواعد الخاصة بالإثبات في المواد التجارية. والفصل الأول يتكون من مبحثين نتعرض فيهما لدراسة طبيعة قواعد الإثبات بصفة عامة وما يهم القانون التجاري منها على الخصوص.

فالمبحث الأول يتناول النظرية العامة للإثبات وقسمناه إلى ثلاث مطالب فتناولنا في الأول مفهوم الإثبات لغة وإصطلاحاً وبيننا أهميته في البداية ثم انتقلنا إلى تحديد مكان الإثبات في القانون، والاتجاهات الثلاثة التي تحدد مكان القواعد الشكلية والموضوعية، ثم تعرضنا إلى المبادئ الرئيسية في الإثبات وهي مبدأ النظام القانوني للإثبات الذي يتفرع إلى مذاهب ثلاث تعنى بدور القاضي في تقدير الأدلة، تناولنا بعده مبدأ حياد القاضي ومبدأ الحق في الإثبات وكونه يتقيد بحق الخصم في الإثبات وحق الخصوم في المجابهة بالأدلة. أما المطلب الثاني فتعرضنا فيه لمحل الإثبات وتطرقنا إلى أن الإثبات يصب على مصدر الحق لا على الحق نفسه، بالإضافة إلى تطرقنا إلى إثبات القانون الأجنبي والعرف والعادة الإتفاقيه وتكلمنا في الأخير عن الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات.

وتعرضنا في المطلب الثالث لدراسة عبء الإثبات من ناحيتين، من ناحية المبدأ وتطرقنا إلى أن المدعى هو من يتحمل عبء الإثبات وكيف يتم انتقال هذا العبء بين الخصوم أما من حيث التطبيق فإن عبء الإثبات يمكن أن يوزع بحكم الواقع أو بحكم القانون أو باتفاق الطرفين.

أما المبحث الثاني فقد خصصناه لدراسة طرق الإثبات التي حددها القانون والتي تتمثل في الكتابة والبينة والقرائن إضافة إلى الإقرار واليمين.

وبعد الفراغ من دراسة القواعد العامة للإثبات خصصنا الفصل الثاني للقواعد الخاصة التي يمتاز بها الإثبات التجاري والأهمية التي تمثلها في دفع حركة التجارة ورؤوس الأموال.

فتم تناول المبادئ الخاصة بالإثبات في المواد التجارية، وهي مبدأ حرية الإثبات ومبدأ جواز تمسك التاجر بدليل صدر منه وفي المقابل فإنه يجوز إجبار التاجر على تقديم دليل ضد نفسه وهي الحالة المتمثلة في الدفاتر التجارية التي تلعب دوراً كبيراً لمعرفة مركز التاجر بخصوص مركزه المالي أو في الإثبات، فقد خصصنا هذا المطلب للتكلم عن

دور الدفاتر التجارية في الإثبات سواء لمصلحة التاجر أو ضده وكيفية تقديمهما إلى القضاء في كل الحالات.

والمبحث الثاني خصصناه لدراسة الإثبات في الأنظمة التجارية ونظرا لكون العقود التجارية تكتسي أهمية كبيرة من حيث إثباتها فقد خصصنا لها المطلب الأول، وبيننا فيه كيفية إنشائها والقواعد التي تحكمها ثم انتقلنا إلى إثبات العقود التجارية بالكتابة وأخذنا عقد بيع المحل التجاري وعقد الشركة نموذجين في كيفية تدخل المشرع للحد من قاعدة حرية الإثبات، كما استوقفنا العقود التجارية النموذجية والتي يتم إثباتها من خلال البيانات الواردة فيها وأخذنا عقد النقل بنوعيه نموذجا، وبما أن أغلب العقود التجارية هي عقود رضائية فقد تناولنا أيضا إثبات العقود التجارية بكافة الطرق وأخذنا كنموذج عقد البيع لشيوعه بين التجار والأشخاص.

وكان المطلب الثاني مخصصا لدور الرسائل والفاتورة في الإثبات، ذلك أن أغلب العقود التجارية تبرم بالمراسلة كما أن دور الفاتورة أصبح يتنامى مما جعل المشرع يهتم بها.

وفي المطلب الثالث تطرقنا إلى كيفية إثبات نظام الإفلاس، لأن توقف التاجر عن دفع ديونه قد يؤثر في كل المرتبطين معه بالمعاملة التجارية، فتطرقنا إلى كيفية إثبات هذا النظام بإثبات صفة التاجر وإثبات التوقف عن الدفع.

ونختم هذه الدراسة بمجموعة من الاستنتاجات والملاحظات التي نرى أنها أساسية ومفيدة كختام لهذا الموضوع.

الفصل الأول: القواعد العامة للإثبات في المواد التجارية

يقوم الإثبات أساساً على قواعد عامة تحدد موضوع الإثبات وأهميته وطرق ووسائل إثبات الحقوق المتنازع عليها وقيمة كل دليل في الإثبات وشروط قبوله وعلى من يقع عبء إثباته بالإضافة إلى الإجراءات المتبعة أمام القضاء في تقديم الدليل وبالتالي فإن لقواعد الإثبات أهمية كبرى لحماية الحق إذ بدونها يتجرد الحق من كل قيمة عملية، فوجود الحق دون توفر الدليل تجعله والعدم سواء.

فالإثبات إذا حق للخصوم يمارسونه وفقاً للقواعد والطرق التي حددها القانون، وعلى القاضي تمكين الخصوم من ممارسة هذا الحق على أحسن وجه وفقاً لما يسمح به القانون دون المساس بمبدأ الحياد.

ولدراسة القواعد العامة للإثبات ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول النظرية العامة للإثبات، وفي المبحث الثاني طرق الإثبات.

المبحث الأول: النظرية العامة للإثبات

تعد نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً من الناحية العملية حيث لا تتوقف المحاكم عن تطبيقها كل يوم للحسم في كافة المنازعات، فيحاول كل خصم إثبات حقه وتأكيدده، فإذا لم يتمكن صاحبه من إقامة الدليل على مصدره يتجرد هذا الحق من كل قيمة عملية له تجعله والعدم سواء.

ولهذا فإن للإثبات أهمية كبيرة للدور الكبير الذي يلعبه من أجل محاولة الوصول إلى الحقيقة، وصيانة الحقوق من الضياع.

والسؤال الذي يطرح: ما هو الإثبات؟ وما هي الطبيعة القانونية لقواعد الإثبات؟ للإجابة على ذلك سنتطرق إلى المطالب الثلاثة التالية المطلب الأول: ماهية الإثبات القضائي، المطلب الثاني: محل الإثبات، المطلب الثالث: عبء الإثبات.

المطلب الأول: ماهية الإثبات القضائي

وسنعرض في ذلك إلى تحديد معنى كلمة الإثبات ثم نتطرق إلى بيان مكانه في القانون، وفق الآتي:

الفرع الأول: تعريف الإثبات

يعرف الفقه الإثبات بأنه " إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها "(1)، ويستخلص من هذا التعريف أن الإثبات بمعناه القانوني يختلف عن الإثبات بمعناه العام، لذلك يجب أن نتطرق لكل منهما.

أولاً: الإثبات بمعناه العام

الإثبات لغة هو تأكيد الحق بالبيينة، والمقصود بالبيينة الحجة أو الدليل، ومصدر الإثبات هو تَبَّتْ بفتح تين والجمع أثباتٌ كسبب والأسباب.

ويقال أيضاً القول الثابتُ أي القول الصحيح كقوله تعالى " يثبت الله الذين آمنوا

بالقول الثابت"(2).

1- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، إثبات الالتزام"، دار إحياء التراث، بيروت بدون تاريخ، ص 14.

2- سورة إبراهيم الآية 27.

أما البينة لغة فهي التوضيح والتعريف⁽¹⁾ إذ يقول تعالى " إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة"⁽²⁾، و قد قصر المشرع الجزائري لفظة البينة على شهادة الشهود فقط ويتبين ذلك من نص المادة 333 من القانون المدني.

وقد اختلف في تحديد المقصود بكلمة البينة، فقد اعتبر البعض أن المقصود بها شهادة الشهود وحثهم في ذلك قوله تعالى " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين "⁽³⁾، في حين رأى فريق آخر البينة هي لفظ أعم من الشهادة وهي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ووجه المدعي على دعواه⁽⁴⁾، اعتمادا على قول النبي صلى الله عليه وسلم " البينة على المدعي ".
ومما تقدم فإن المقصود بكلمتي الإثبات والبينة هو إظهار الحق وإقامة الدليل والحجة على ذلك بالطرق المختلفة.

ثانيا: الإثبات بمعناه القانوني

إضافة الى التعريف الذي أوردناه سابقا يعرف البعض الإثبات في المسائل المدنية والتجارية بأنه إقامة دليل يرجح وجود أو انتفاء واقعة قانونية يتوقف على وجودها أو انتفائها، تقرير وجود أو انتفاء أثر قانوني متنازع عليه، وذلك بالقيود التي يفرضها القانون⁽⁵⁾، من خلال التعريف يمكن استخلاص ما يلي:

1- أن الإثبات بمعناه القانوني مقيد في طرقة، فلا يجوز للخصم أن يثبت دعواه إلا بطرق الإثبات المحددة قانونا.

2- أن الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء أي تقديم ذلك الدليل للقاضي حتى تتم مناقشته وليس إنشاؤه.

3- أن الإثبات القضائي ملزم للقاضي بحيث تصبح النتائج التي استخلصها من أدلة الإثبات حقيقة قضائية لا يجوز الإنحراف عنها حتى ولو ثبت فيما بعد عدم تطابقها مع الحقيقة الواقعية، وبالتالي فالقاضي وهو يحكم عليه أن يكتفي بالحقيقة النسبية لأن الحقيقة المطلقة

1- د. فخري أبو صافية: " طرق الإثبات في القضاء الإسلامي "، دار الشهاب، باتنة بدون تاريخ، ص 31.

2- سورة الحجرات الآية: 06.

3- سورة النور: الآية 06.

4- د. فخري أبو صافية، المرجع السابق، ص 32.

5- د. جلال علي العدوى: " أصول أحكام الالتزام والإثبات "، منشأة المعارف، الإسكندرية 1996، ص 235.

عسيرة المنال⁽¹⁾، ويختلف في ذلك القاضي مع الباحث في مجالات أخرى لأن هذا الأخير ليس ملزماً بدليل معين وله أن يتراجع عن الحقيقة العلمية الثابتة كلما تبين أنها لا تطابق الواقع.

4- أن الإثبات القضائي ينصب على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها، فمحل الإثبات ليس هو الحق المدعى به ولا أي أثر قانوني آخر يتمسك به المدعي في دعواه، بمعنى أن الإثبات لا يرد على الحق دائماً وإنما يرد على الواقعة التي تنشئ هذا الحق⁽²⁾.

5- أن الواقعة القانونية إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق الإثبات، فالحق الذي ينكر على صاحبه ولا يقام عليه دليله القضائي ليست له قيمة عملية وهو والعدم سواء من الناحية القضائية⁽³⁾.

الفرع الثاني: مكان الإثبات في القانون

يتنازع قواعده الإثبات مكانان في المنظومة التشريعية، مكان في القانون المدني وآخر في قانون الإجراءات المدنية أو قانون المرافعات، فالقانون المدني يتناول قواعده الإثبات من الناحية الموضوعية وهي التي تبين حالات استعمال كل دليل والشروط اللازمة لقبول الإثبات به وقوة الدليل ومحل الإثبات، والخصم المكلف بالإثبات⁽⁴⁾، أما الناحية الشكلية من هذه القواعد التي تحدد الإجراءات الواجب إتباعها في تقديم الدليل الخاص بنزاع معروض أمام القاضي⁽⁵⁾.

ولذلك يتعين أن تلقى قواعده الإثبات الموضوعية والشكلية عناية خاصة إذ أنها الوسيلة التي تمكن صاحب الحق من إقامة الدليل على قيامه وتقديمه للقضاء ليتمكن منه⁽⁶⁾، وإذا رجعنا إلى التشريعات المقارنة نجد هناك ثلاثة اتجاهات.

1- د. محمد شتا أبو سعد: "الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية"، المجلد الأول، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة 1997، ص 4.
2- د. محمد حسن قاسم: "الإثبات في المواد المدنية والتجارية"، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت بدون تاريخ، ص 7.
3- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 16.
4- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 14.
5- د. جلال العدوي، المرجع السابق، ص 255.
6- د. أحمد أبو الوفاء: "التعليق على نصوص قانون الإثبات"، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية 1994، ص 17 وما بعدها.

أولاً: تقسيم قواعد الإثبات

هناك تشريعات تجمع قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية وتضعهما جميعاً في قانون الإجراءات المدنية أو المرافعات ودرجة أصحابه في ذلك، أن هذه القواعد متعلقة بالمنازعات المعروضة أمام القضاء أو غرف التحكيم وتتصل بدور القاضي في النظر في الدعاوى، وكونه ملزم بالحكم في الدعوى وهذا الالتزام يستمد من القانون وبالتالي فمتى أقام الخصوم دعاوهم أمام القضاء فمن واجب القاضي السير في الدعوى وفق إجراءات التقاضي، ولقد أخذت بهذا الاتجاه التشريعات الجرمانية كما فعل القانون الألماني والقانون السويسري وأيضاً القانون اللبناني(1).

وهناك تشريعات أخرى تحتفظ بالتقسيم السالف بيانه فوضع أصحابها القواعد الموضوعية ضمن القانون المدني والقواعد الشكلية ضمن قانون المرافعات وحثتهم في ذلك أنها تستجيب للمتطلبات العملية وأن قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني يمكن تطبيقها على جميع أنواع العقود والالتزامات مهما كان نوعها ومصدرها، بالإضافة أن الناس ألفوا البحث عن قواعد الإثبات في النظرية العامة للالتزامات من التقنين المدني. ولقد أخذت بهذا الاتجاه أغلب التشريعات اللاتينية كالقانون الفرنسي والمصري قبل سنة 1968 وأغلب الشرائع اللاتينية(2).

لكن يعاب على هذا الاتجاه أنه شنت قواعد الإثبات بين قانون المرافعات والقانون المدني وباقي القوانين، مما يصعب على المتخصصين معرفة هذه القواعد معرفة تامة(3)، إضافة إلى أن موضع قواعد الإثبات في القانون المدني جاء في باب الالتزامات والعقود في حين أنها تسري على كل الحقوق العينية والشخصية.

أما الطائفة الثالثة من التشريعات فتفرد لقواعد الإثبات سواء كانت قواعد موضوعية أو إجرائية قانوناً خاصاً مستقلاً يسمى بقانون الإثبات، والدرجة في ذلك أنه ييسر على صاحب الحق التعرف على الدليل الذي يثبت به حقه والطريقة التي ينتهجها في ذلك أمام القضاء، وبالتالي تجنب الصعوبات الناتجة عن تشتت قواعد الإثبات بين قانون المرافعات

1- د. أنور سلطان: "قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية"، الدار الجامعية، بيروت 1984، ص 8.

2- د عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 17.

3- أحمد نشأت: "رسالة الإثبات"، المجلد الأول، الطبعة السابعة، دار المعارف العربية، 1976، ص 11.

والقانون المدني، والقانون التجاري والقوانين الأخرى، وفي ذلك إضاعة لفرص المتخصصين في إثبات حقوقهم(1).

كما يمكن ذلك من التخلص من النقد الشديد الموجه إلى موضع قواعد الإثبات في التقنين المدني التي تتعلق بالالتزامات والعقود فقط، بينما هذه القواعد تسري على كل الحقوق الشخصية والعينية.

ولقد أخذت بهذا الاتجاه أغلب التشريعات الأنجلوساكسونية كالقانون الإنجليزي والقانون الأمريكي الذي جمع فيه حتى قواعد الإثبات الجنائية كما أخذت بهذا الاتجاه بعض تشريعات البلدان العربية كالقانون السوري والقانون المصري بعد سنة 1968(2).

لم يسلم هذا الاتجاه من النقد وحجة منتقديه في ذلك أن جمع هذه القواعد في قانون خاص بالإثبات يعد إضاعة لمزايا الشمولية الواجبة في كل من التقنين المدني وتقنين المرافعات لأنه يفتتق منها جزء هام وأساسي لا يمكن الاستغناء عنه(3).

ولكن رغم ذلك فإن مزايا هذا القانون عديدة مما يجعله أفضل من الاتجاهين السابقين كونه يسهل على الخصوم إقامة الدليل لإثبات حقهم(4).

ثانياً: موقف المشرع الجزائري

لقد أخذ المشرع الجزائري بالاتجاه الذي يضع قواعد الإثبات الموضوعية في القانون المدني والقواعد الشكلية في قانون الإجراءات متبعاً في ذلك القانون الفرنسي الذي أخذ منه معظم أحكامه.

ويتبين ذلك بالإطلاع على القانون المدني حيث نظم قواعد الإثبات في الباب السادس من الكتاب الثاني الخاص بالالتزامات والعقود وذلك تحت عنوان إثبات الالتزام، بينما نظم القواعد الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية وخصها بالباب الثالث من الكتاب الثاني.

إلا أنه لا يمكن الفصل بين القواعد الشكلية والقواعد الموضوعية، فالمادة 61 من قانون الإجراءات المدنية مثلاً تتكلم عن جواز الإثبات بالتحقيق وهي قاعدة موضوعية

1- د. الغوثي بن ملح: "قواعد الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري"، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 2000، ص 11.

2- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 14 وما بعدها.

3- د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 12 وما بعدها.

4- د. محمد يحي مطر: "مسائل الإثبات في القضايا المدنية والتجارية"، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت 1989، ص 8.

تتناول مسائل منتجة في الدعوى، وكذا المادة 338 من القانون المدني المتضمنة حجية الشيء المقضي به وهي قاعدة شكلية لكنها وضعت ضمن القواعد الموضوعية. وهناك أيضا قواعد مبعثرة في قوانين أخرى مثل المادة 22 من القانون 11/90 التي تلقى عبء الإثبات على العامل، وفي القانون البحري فإن بيانات دفتر السفينة لا حجية قاطعة لها.

لذلك نرى أنه من الأجدر على المشرع الجزائري أن يقوم بجمع قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية المشتتة في قانون الإجراءات المدنية والقانون المدني والتجاري وغيرها من القوانين في تقنين خاص بالإثبات،
الفرع الثالث: المبادئ الرئيسية للإثبات

يقوم الإثبات القضائي على مبادئ عامة تمكن الخصوم من ممارسة حقهم في الإثبات وفقا للقواعد العامة التي حددها القانون، حيث يحق للمدعي تقديم ما لديه من أدلة لإثبات ما يدعيه من جهة، وللمدعى عليه الحق في الرد والنفي عن طريق إقامة الدليل العكسي على ما يدعيه المدعي من جهة أخرى، وعلى القاضي تمكين الخصوم من ممارسة هذا الحق على أحسن وجه، وسنتناول هذه المبادئ والضمانات المقررة لحماية الخصوم في ما يلي:

أولاً: مبدأ النظام القانوني للإثبات

يستمد نظام الإثبات قواعده من القانون الذي يحدد أحكامه وإجراءاته وطرقه حيث يلجأ الخصوم إلى هذه القواعد لإقامة الدليل على الواقعة المراد إثباتها، وبهذا فإن الحقيقة القضائية قد تبعد عن الحقيقة الواقعية والسبب في ذلك أن هذه الحقيقة لا تثبت إلا من طريق قضائي رسمه القانون، وقد يكون القاضي من أشد المتأكدين بالحقيقة الواقعية، ولكن يندم أمامه الطريق القانوني لإثباتها فلا يجد سبيلا غير إهدارها⁽¹⁾، وذلك أن القاضي يوازن بين اعتبارين:

الأول هو اعتبار العدالة الذي يعطي للقاضي الحرية المطلقة في تقدير الحقيقة الواقعية بكل الطرق حتى تتفق معها الحقيقة القضائية، والثاني هو اعتبار استقرار المعاملات الذي يفرض على القاضي قيود تقدير الأدلة التي يأخذ بها حيث يحدد له طرق الإثبات

1- د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، المجلد الأول، الكتاب الأول، ص 5.

وقيمة كل طريق فيها، حتى يؤمن من تعسفه أو جوره فلا يختلف القضاة فيما يقبلون من دليل وفي تقدير قيم الأدلة في القضايا المتماثلة(1).

وفي الموازنة ما بين هذين الاعتبارين تقوم ثلاثة مذاهب:

1- مذهب الإثبات المطلق أو الحر

وفيه لا يتقيد القاضي بطرق معينة أو محددة للإثبات حيث يتمتع بسلطة واسعة في التقدير وقبول الأدلة المعروضة عليه من طرف الخصوم وفي تحري الوقائع محل النزاع كما يتمتع القاضي بالحرية المطلقة في جمع الأدلة التي تساعد على تكوين اعتقاده واستكمال ما نقص منها للوصول إلى الحقيقة وبالتالي يكون للقاضي في سير الدعوى دور إيجابي فيتطابق حكمه مع حقيقة الواقعة المتنازع فيها.

وللقاضي طبقاً لهذا النظام دور إيجابي يساعد به الخصوم في استكمال ما نقص من أدلتهم، بل وله أن يقضي بعمله الشخصي بالوقائع، وله أن يسأل غير الخصوم للتوصل إلى الحقيقة(2)، وأحياناً فإنه هو من يبني القواعد القانونية ويتبع مبدأ السوابق القضائية.

وتأخذ كافة الشرائع بنظام الإثبات المطلق أو الحر في المواد الجزائية، فالإثبات في هذه المواد لا يحتمل التقييد وإنما يقتضي أن يترك للقاضي تلمس وسائل تكوين اقتناعه من أي دليل، فالأصل في المواد الجزائية حرية الإثبات إلا ما يقتضيه حق الدفاع من ضمانات(3).

ويعاب على هذا النظام أن ما يمنحه للقاضي من حرية مطلقة في سبيل تكوين عقيدته قد يؤدي إلى الجور والتحكم من جانبه، كما أنه يفترض في القضاة النزاهة والعدالة والعلم، مع أن القضاة هم بشر غير معصومين من الخطأ فقد يغلب عليهم الهوى فيتعسفون في استعمال سلطتهم دون رقيب عليهم من القانون(4).

وفضلاً عن ذلك، فإنه مما يعيب السلطة المطلقة للقاضي في ظل المذهب الحر، أنها تتنافى مع الاستقرار الواجب في المعاملات لأن الخصوم لا يمكنهم معرفة ما إذا كان في

1- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 27.

2- د. توفيق حسن فرج: "قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية"، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية 1985، ص 13.

3- د. جلال العدوي، المرجع السابق، ص 251.

4- د. محمد مطر، المرجع السابق، ص 13.

وسعهم إقناع القاضي لاختلاف القضاة في التقدير، مما يؤدي إلى الإخلال بما يجب أن يسود المعاملات من استقرار، كما أن على القاضي تسبب خروجه عن أحكامه السابقة. وقد أخذت بهذا المذهب القوانين الألمانية والأنجلوساكسونية إلى حد كبير كألمانيا وسويسرا كما أخذ بهذا النظام فقهاء الشريعة الإسلامية، ومنهم الفقيه ابن القيم الذي يرى أن الشارع في جميع المواضع يقصد إظهار الحق لما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له(1).

2- مذهب الإثبات المقيد أو القانوني

في هذا النظام وعلى عكس النظام السابق، يحدد القانون طرق الإثبات، كما يحدد قيمة كل طريق من هذه الطرق، فلا يستطيع الخصوم إثبات حقوقهم بغير الطرق التي يحددها القانون، كما أن القاضي لا يمكنه اتخاذ طريق آخر غير الطريق الذي حدده القانون، كما لا يستطيع أن يعطي لها قيمة غير القيمة التي يحددها القانون(2).

فإذا فرض القانون إثبات تصرف معين بالكتابة فعلى القاضي والخصوم التقيد بهذا الطريق ولا يقبل أي دليل إثبات آخر في مواجهته.

وموقف القاضي في ظل هذا النظام موقف سلبي، فلا يجوز له تكملة الدليل الناقص أو توجيه اليمين المتممة، كما يمتنع عليه أن يقضي بعمله الشخصي، وإنما يقتصر دوره على تقدير الأدلة التي يقدمها الخصوم، ويلتزم بإعطائها القيمة التي يمنحها لها القانون(3).

كما يتضح أن النظام المقيد يبا عد بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية لمصلحة استقرار المعاملات حيث يرمي إلى تغليب جانب استقرار المعاملات على جانب حسن سير العدالة، ويبعث بذلك الثقة والطمأنينة في نفوس المتقاضين، كما يمنع القاضي من التعسف في استعمال السلطة.

ويعاب على نظام الإثبات المقيد أو القانوني أنه لا يترك للقاضي أية سلطة تقديرية حيث يجعل من القاضي ذا وظيفة آلية فلا يمكن له إقامة الدليل على الواقعة المراد إثباتها إلا

1- د. سليمان مرقس: " أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية "، عالم الكتاب، القاهرة 1981، ص 15.

2- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 11، وما بعدها، أنظر أيضا يحي بكوش، المرجع السابق، ص 38.

3- د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 17.

بالطريقة التي رسمها القانون فيما يخص الإثبات، وحتى ولو كان لديه اعتقاد أن الواقع مخالف تماما للحقيقة القضائية وهذا يعتبر انتهاكا لمبادئ العدالة(1).

وقد أخذ بهذا المذهب أغلب الفقه الإسلامي خصوصا ما يتعلق بنظام العبادات، إذ يشترط في الإثبات بالبينة شهادة شاهدين كعقد الزواج، أو أربعة شهود في بعض الحالات كجريمة الزنا كما تمنع شهادة المرأة في معظم الحالات، فإذا توفر نصاب الشهادة أصبح القاضي ملزم الأخذ بها دون أن يكون للقاضي أي حرية في التقدير، ولا يكتفي بشاهد واحد إلا في حالات استثنائية(2).

3- مذهب الإثبات المختلط

يجمع نظام الإثبات المختلط بين إطلاق الإثبات الحر وتقيد الإثبات القانوني، حيث يعمل على الأخذ بالمزايا الحسنة للمذهبين، ويتحاشى ما فيهما من عيوب، وذلك بأن يترك للقاضي الحرية في تقدير الأدلة في بعض المسائل وتوجيه الخصوم وفي استكمال الأدلة الناقصة من جهة، ومن جهة ثانية يفرض بعض القيود على القاضي في إثبات بعض المسائل حيث يلزمه بالتقيد بطرق قانونية محددة في الإثبات(3)، كما يحتم توفر أدلة معينة فلا يجوز للخصم إثبات الحق الذي يدعيه بأي دليل آخر، وبالتالي فإن موقف القاضي في ظل هذا النظام موقف وسط بين الإيجابية تارة والسلبية تارة أخرى.

ففي المسائل الجنائية اتبع مذهب الإثبات المطلق الذي يقوم أساسا على مبدأ اقتناع القاضي، ويكون الإثبات فيه حرا حيث يجوز إثبات الواقعة الجنائية المراد إثباتها بكافة الطرق القانونية سواء بالكتابة أو شهادة الشهود أو القرائن أو أي دليل آخر(4).

أما في المواد المدنية فقد أخذ بالمذهب المقيد الذي يحدد طرق الإثبات التي يلتزم بها القاضي في تقدير الأدلة المعروضة عليه من طرف الخصوم وتحديد قيمتها القانونية، ويعطي قدرا من الحرية في تقدير الشهادة في تقدير الشهادة، إذ يستطيع القاضي ومن تلقاء نفسه أن يأمر بإجراء تحقيق، وفي المواد التجارية فقد اتبع مذهب الإثبات المطلق إلى حد كبير وذلك لما تقتضيه المعاملات التجارية من السرعة في التعامل مثل الدفاتر التجارية.

1- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 12.

2- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 29.

3- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 13.

4- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 30.

وقد أخذت بهذا النظام معظم القوانين الحديثة كالقانون الفرنسي والإيطالي والقانون البلجيكي وبعض التشريعات العربية كالقانون المصري واللبناني، كما أخذ المشرع الجزائري بهذا المذهب مقتدياً في ذلك بالتشريعات اللاتينية.

ويعد هذا المذهب بإجماع الشراح هو أفضل هذه المذاهب لأنه يوازن بين تحقيق العدالة وبين استقرار المعاملات بما يفرضه من قيود على الإثبات، ويحد في الوقت نفسه من تحكم القضاء، ويسمح باقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية لما يمنحه للقاضي من حرية في التقدير⁽¹⁾.

ثانياً: مبدأ حياد القاضي

رأينا أن موقف القاضي يختلف إزاء أدلة الإثبات باختلاف مذاهب الإثبات فهو في المذهب الحر يأخذ موقفاً إيجابياً، إذ يقوم بتوجيه الخصوم ويطلب استكمال ما نقص من الأدلة واستيضاح ما أبهم منها، بينما يكون موقفه سلبياً في المذهب المقيد لا يعدو فيه أن يتلقى الدليل كما قدمه الخصوم دون أن يكون له تدخل أو تأثير، ثم يتولى تقدير هذا الأدلة طبقاً للقيمة التي حددها له القانون، فإذا وجد دليلاً ناقصاً أو مبهماً فليس له أن يطلب استكمالها أو توضيحها، أما في المذهب المختلط فإنه يتخذ موقفاً وسطاً بين الإيجابية والسلبية، فيباح للقاضي شيء من الحرية في توجيه الدعوى و الخصوم⁽²⁾.

وقد اتخذت القوانين اللاتينية المذهب المختلط كمبدأ عام في سلوك القضاة تجاه أدلة الإثبات، وفي مقدمة هذه القوانين القانون الفرنسي والمصري، وقد تبعهما المشرع الجزائري في ذلك⁽³⁾، فهو لا يسمح للقاضي بالتدخل في الإثبات إلا في حدود معينة.

فيستطيع القاضي أن يأمر مثلاً بإجراء تحقيق من تلقاء نفسه في الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بالبينة، كما يستطيع أن يأمر بإجراء خبرة، أو يأمر بالانتقال للمعينة، كما يجوز له أن يوجه اليمين المتممة إلى أحد الخصوم من تلقاء نفسه، إضافة إلى سلطة شطب الدعوى عند تخلف الخصوم عن الحضور⁽⁴⁾، ويجوز له كذلك الأخذ بالقرائن القضائية.

1- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 15، أنظر أيضاً د. السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 30، وكذلك د. محمد مطر، المرجع السابق، ص 15.

2- د عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 31.

3- يحي بكوش، المرجع السابق، ص 43 وما بعدها.

4- أنظر المواد 35 و348 من تقنين الإجراءات المدنية.

وحيداً القاضي لا يقتصر على مجال الإثبات، وإنما يمتد إلى نظر الدعوى بوجه عام، وحرصاً على هذا الحياد تعرضت المادة 201 من قانون الإجراءات المدنية، إلى رد القاضي وعدم صلاحيته لنظر الدعوى، وإمكانية رده أو تنحيته إذا كانت بينه وبين الخصوم إما قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة، أو أي سبب آخر يجعل من قضاائه في الدعوى غير محايد.

ومن القيود الواردة على حرية القاضي أنه لا يجوز له القيام بمعينة مكان النزاع في غيبة الخصوم، ودون أن يدعوهم لحضور المعينة، كما عليه ألا يفوض سلطته إلى غيره، وذلك مثل أن يخول للخبير الذي يعينه في تحري مسائل فنية، أن يتحرى في موضوع الحق أو أن يجري تحقيقاً بشأنه(1).

وفي مجال الإثبات فإن حياد القاضي يكفله مبدآن، مبدأ المساواة بين الخصوم في الإثبات، ومبدأ المواجهة بالدليل(2)، فطبقاً لمبدأ المساواة بين الخصوم في الإثبات فإن الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بالبينة يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق، كما يمكن الخصوم من تقديم أدلتهم أو دفعهم سواء كانت كتابية أو شفاهية وذلك في أي مرحلة من مراحل الدعوى وأيضا تمكين الخصم من مناقشة أدلة الخصم بدحضها أو نفيها وبالتالي يتسنى للخصوم مناقشة دفعهم المتبادلة دون تدخل من القاضي. كما يمنع على القاضي تنبيه أحد الخصوم إلى ما يعترى دفاعه من قصور أو نقص أو يرشده إلى دليل إثبات، كما يمتنع القاضي من جميع الأدلة لأحد الخصوم، أو يساهم في جمعها.

وطبقاً لمبدأ المواجهة بالأدلة فإنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي عن وقائع الدعوى، ذلك أن علم القاضي في هذه الحالة يكون دليلاً في القضية، ولما كان للخصوم حق مناقشة الدليل يقتضي الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم فيكون خصماً وحكماً وهذا لا يجوز(3).

1- قرار المجلس الأعلى- الغرفة المدنية- رقم: 14.231 بتاريخ: 1984/05/12- المجلة القضائية- سنة 1989-العدد الثاني، ص 15 وما بعدها.

2- د. جلال العدوي، المرجع السابق، ص 349.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 33.

وهناك من يرى بأن منع القاضي من القضاء بعلمه لا يأتي من مبدأ حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى وإنما يأتي من أن ما شاهده القاضي أو سمعه مما يتصل بوقائع القضية يجعله شاهداً ولا يصلح أن يكون قاضياً، وإذا قضى في الدعوى فهو يعتبر قاضياً وشاهداً في آن واحد(1).

لكن حياد القاضي لا يؤدي إلى السلبية المطلقة للقاضي، فيحق له توجيه الخصوم في استكمال الأدلة الناقصة والأمر بإجراء تحقيق، أو ندب خبير لاستيضاح ما أبهم من وقائع في الدعوى، لأن الخصومة ليست مجرد نزاع فردي، وأن القاضي يعد ممثلاً للمجتمع في الخصومة التي يهتم المجتمع أن ينتصر فيها الأحق لا الأقوى، يقتضي ذلك أن يكون حياد القاضي إيجابياً لا سلبياً في الإثبات(2).

غير أن تطبيق هذا المبدأ لا يمنع القاضي من أن يستعين في قضاؤه بما هو معروف بين الناس، ولا يكون علماً خاصاً به أو مقصوراً عليه، وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة، كأن يستعين بما هو معروف بين الناس بغلاء أسعار الأملاك العقارية وارتفاعها، أو علمه بالفيضانات والزلازل(3).

كما يمكن للقاضي في بعض المسائل التجارية أن يستعين بما هو معتاد بين التجار حول أمور السوق والبضائع وأسعارها وطرق توردها، وله أن يستعين بالعرف التجاري والعادات والتقاليد وطرق التعامل بين التجار فيما بينهم، أو بينهم وبين عملائهم التي تساعد كثيراً في بناء حكمه.

ثالثاً: مبدأ الحق في الإثبات

الإثبات واجب وحق، فهو واجب وعبء على من يدعي حقاً ما(4)، إذ يكون عليه أن يقيم الدليل على ما يدعيه، وهذا الحق يعبر عن الموقف الإيجابي للخصوم في الدعوى، فمهما يكن الدور الذي يلعبه القاضي في توجيه الدعوى فإن الأصل أنه يبقى محايداً في النزاع، وللحق في الإثبات أهمية بالغة، فالشخص الذي يدعي بواقعة توافرت شروطها

1- د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 30.

2- د جلال العدوى، المرجع السابق، ص 349.

3- يحي بكوش، المرجع السابق، ص 47.

4- د سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 13.

يكون له الحق في إثباتها، وعلى القاضي أن يمكنه من هذا الحق، وهذا الدور الإيجابي للخصوم تنظمه أربع قواعد نبينها كما يلي:

1- حق الخصم في الإثبات

إن لكل خصم الحق في تقديم ما له من أدلة لإثبات ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التي بينها القانون، فموقفه في الإثبات إيجابي، وليس هذا واجبا عليه فدسب بل هو أيضا حق له، فإذا امتدعت المحكمة من تمكينه من هذا الحق كان حكمها باطلا مخالفًا للقانون وكان ذلك سببا للطعن بالنقض (1).

وبالتالي يقوم حق الخصوم في الإثبات أساسا على مبدأ "المجابهة بالأدلة" (2) فعلى الخصم أن يقوم بتقديم جميع ما عنده من أدلة بالوسائل التي أقرها القانون، فله الحق في تقديم بالشهود في الحالات التي يجيز فيها القانون الإثبات بالشهادة وذلك وفقا للمادة 333 من القانون المدني، كما يجوز له أن يوجه اليمين إلى خصمه وذلك طبقا للمادة 343 من القانون المدني بشرط أن لا يتعسف في توجيهها.

ويتقيد مبدأ الحق في الإثبات بما يلي:

- التقيد في الإثبات بالطرق التي حددها القانون لذلك، فلا يجوز الإثبات بالبينة في ما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، مثال ذلك أن إثبات عقد الشركة بين الشركاء لا يجوز إلا بعقد رسمي، وهو ما تنص عليه المادة 545 من التقنين التجاري، كما لا يجوز له أن يجتزئ من الإقرار ما يفيد، حيث لا تجوز تجزئة الإقرار، كتجزئة ما يرد في الدفاتر التجارية المنتظمة (3).

- يشترط في الواقعة المراد إثباتها أن تكون متعلقة بالدعوى، أي متصلة بالحق المطالب به كأن يثبت مثلا المؤجر عقد الإيجار لكي يطالب بالأجرة (4)، وأن تكون الواقعة منتجة في الدعوى تؤدي إلى تكوين قناعة لدى القاضي تساعد على إيجاد حل نهائي للنزاع.

1- د عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 34.

2- د جلال العدوي، المرجع السابق، ص 315.

3- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 86 وما بعدها.

4- د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 18.

- يتقيد حق الخصم في الإثبات بما يخوله القانون من سلطات للقاضي في إجراءات الإثبات، ومن سلطة تقديرية في تقدير الأدلة، فيجوز للقاضي من تلقاء نفسه أن يستدعي للشهادة من يرى لزوما لسماع شهادته، وله الحرية في ندب أي خبير في الدعوى لاستيضاح نقاط فنية، لكنه غير ملزم بالأخذ برأي الخبير⁽¹⁾.

- كما يتقيد حق الخصم في الإثبات بالإجراءات والأوضاع التي رسمها القانون بتقديم الدليل.

2- حق الخصم في مناقشة الأدلة المقدمة في الدعوى

أي أن كل دليل يتقدم به الخصم لإثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق في نقضه وإثبات عكس ما يدعيه الخصم، وتطبيقا لهذه القاعدة نصت المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية على أن الأوراق والمستندات أو الوثائق التي يقدمها كل طرف دعما لإدعاءاته يجب أن تبلغ للخصم وتضيف المادة 33 على أن يكون سماع أقوال الخصوم أو وكلائهم أو محاميهم حضوريا.

والغرض من تبليغ أدلة الخصم إلى خصمه هو تمكينه من مناقشتها ومحاولة إثبات ما يخالفها، والدليل الذي لا يعرض على الخصم لا يعتد به حتى ولو تمت مناقشته في دعوى أخرى بين نفس الخصوم، فإذا كان الدليل الذي قدمه الخصم ورقة عرفية كان للخصم الآخر أن ينكر إمضائها أو يطعن فيها بالتزوير، وإذا كان قرينة جاز دحضها بقرينة مثلها أو بأي طريق آخر⁽²⁾، ويجوز لمن توجه إليه اليمين الحاسمة أن يردّها لمن وجهها له.

3- لا يجوز لأي خصم أن يصطنع دليلا لنفسه

رأينا أن الأصل في الإثبات هو حق الخصم تقديم الأدلة اللازمة التي تثبت ما يدعيه بالطرق المحددة قانونا حيث يشترط على الشخص الذي يتمسك بالدليل ضد خصمه أن يكون هذا الدليل صادر منه فالورقة المعدة للإثبات يجب أن تكون صادرة من الخصم بخطه وإمضائه حتى تكون دليلا ضده، وبالتالي لا يحق للخصم أن يتمسك بدليل يكون صادرا منه مكتوب بخطه ومؤشر عليه بتوقيعه⁽³⁾، حيث يعتبر هذا الدليل باطلا لا تأخذ به المحاكم.

1- يحي بكوش، المرجع السابق، ص 50.

2- د. جلال العدوي، المرجع السابق، ص 340.

3- د محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، المجلد الأول، الكتاب الأول، ص 8.

كما لا يجوز للشخص في الحالات التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة أن يتمسك في إثبات ما يدعيه بمجرد أقوال، أي لا يحق له أن يشهد لنفسه بنفسه ويحتج به ضد الغير. فالإثبات إذن يقوم أساسا على حق الخصوم في تقديم الأدلة اللازمة تثبت إدعاءاتهم قانونا، وهذه الأدلة تكون صادرة من الخصم حتى تكون منتجة في الدعوى و تأخذ بها المحاكم وذلك استنادا لقول الرسول صلى الله عليه و سلم " لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى أناس دماء رجال و أموالهم".

غير أن القانون وفي حالات استثنائية يبيح للشخص أن يتمسك ويحتج بالدليل الذي يكون صادرا منه أي مكتوب بخطه وقد يكون موقع عليه بإمضائه كما هو الحال في تمسك التاجر بدفاتره التجارية، ومع هذا فهو لا يؤخذ به كقاعدة عامة لأن الأصل أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه حتى ولو كان تاجرا (1)، غير أنه بإمكان الخصم الذي يحتج عليه بالدفاتر التجارية إثبات عكس ما جاء في هذه الدفاتر بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن.

ويجوز للخصم أن يتمسك بدليل اصطنعه لنفسه إذا كان خصمه قد تمسك بنفس الدليل (2)، بالإضافة إلى ذلك يجوز للقاضي أن يستخلص من أوراق الشخص قرينة لفائدته ومثال ذلك البيانات التي يدونها الطبيب في دفاتره بانتظام لمرضاه تعد قرينة لصالحه وذلك تطبيقا للقواعد العامة للإثبات بالقرائن القضائية (3).

وفي تفسير أساس ذلك يقول الفقيه السنهوري " هذه القاعدة فرع من مبدأ أعم وأشمل، هو أن الشخص لا يستطيع أن يخلق بنفسه لنفسه سببا لحق يكسبه، ومن استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه، فالوارث الذي يقتل مورثه يحرم من إرثه" (4).

4- لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه

المبدأ العام أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه مهما كان هذا الدليل قاطعا في الدعوى، ذلك أنه من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به وليس لخصمه أن يلزمه بتقديمها (5).

1- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 280.

2- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 90.

3- د. محمد مطر، المرجع السابق، ص 44.

4- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 37.

5- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 90.

إلا أن الأخذ بهذه القاعدة قد يؤدي في كثير من الحالات إلى إهدار الحقوق وذلك لعدم تمكن أصحابه من تقديم الأدلة لإثبات إدعاءاتهم لذلك أجاز القانون وفي أحوال معينة على سبيل الحصر إجبار الخصم على تقديم دليل في حوزته، إذ أنه في المواد الإدارية يجوز للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة بتقديم مستند عجز المدعي في الحصول عليه حتى ولو كان دليلاً ضدها، كما أجاز المشرع الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام والقرارات القضائية⁽¹⁾، إذا اكتشفت بعد صدورها وثائق قاطعة في الدعوى كانت محتجزة لدى الخصم، حال دون تقديمها في الدعوى، مثلما جاء في نص المادة 5/194 من قانون الإجراءات المدنية.

ويجيز القانون وبصفة استثنائية إلزام الخصم بتقديم المحرر الذي يطالب به خصمه في ثلاث حالات وتتمثل في ما يلي:

الحالة الأولى: إذا كان القانون يجيز مطالبة الخصم بتقديم المحرر وتسليمه

ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 16 من التقنين التجاري التي تجيز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام نزاع، ومجال تطبيق هذا النص محدد بالمنازعات التجارية ويكون هذا الإطلاع في الجزء الذي وردت فيه البيانات المتعلقة بنزاع موضوع الدعوى⁽²⁾.

الحالة الثانية: إذا كان المحرر مشتركاً بين الخصوم

يعتبر المحرر مشتركاً بين الخصوم إذا حرر لمصلحتهما أو يثبت التزاماتهما وحقوقها المتبادلة، ومثال ذلك المحررات المتعلقة بأعمال الشركة بين الخصوم⁽³⁾.

هذا ويشترط في المحرر الذي يطلب الخصم إلزام خصمه بتقديمه أن يكون منتجاً في الدعوى، أي لازماً في للفصل فيها، لذلك فإن محكمة الموضوع إن هي رفضت إجابة الخصم إلى طلبه فلا تكون قد خالفت القانون طالما تأكد لديها من أوراق الدعوى أن المستند المطلوب تقديمه لا لزوم له للفصل في الدعوى، وأنه يمكن الفصل بدونه، وتتمتع المحكمة

1- يحي بكوش، المرجع السابق، ص 52.

2- د. محمد مطر، المرجع السابق، ص 43.

3- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 26.

بسلطة تقديرية في شأن اعتبار المحرر مشتركا بين الخصمين أو يخص أحدهما فقط، حيث يعتبر قضائها فصلا في مسألة موضوعية تخضع لتقديرها(1).

الحالة الثالثة: إذا استند الخصم إلى المحرر في أية مرحلة من مراحل الدعوى

والمقصود بذلك حالة استناد الخصم إلى ورقة معينة دون أن يقدمها، فيمكن في هذه الحالة إلزام الخصم بتقديم هذه الورقة حتى يصير التحقق من وجودها وفحصها والتأكد من صحة توقيعها وسلامتها المادية وحقيقة مضمونها(2)، وهو ما تقضي به المادة 20 الفقرة 3 من قانون الإثبات المصري.

فليس من المقبول أن يسمح لخصم أن يلوح في الدعوى بمستند معين دون أن يقدمه، أما إذا قدم الخصم الورقة التي استند إليها في الدعوى فلا يكون ثم محل لطلب تقديمها(3)، ذلك أن أي ورقة تقدم في الدعوى لا تسحب إلى أن يفصل في الدعوى، وفي هذه الحالة تحفظ منها صورة في ملف الدعوى.

ويلاحظ أنه وباستثناء المادة 16 من التقنين التجاري فإن المشرع الجزائري لم يضع أي نص آخر ينظم قاعدة إجبار الخصم أن يقدم دليلا ضد نفسه، ومن الأجر أن يتفطن المشرع إلى ذلك ويضع نصا أو قاعدة تشابه تلك المنصوص عليها في المادة 20 من قانون الإثبات المصري، التي تتيح للخصوم تقديم طلبات قانونية لإلزام خصومهم بتقديم المحررات التي بحوزتهم، ويكون من حق هؤلاء أن يطعنوا في هذه الإجراءات.

أما إذا نكل الخصم على تقديم الوثائق إلى خصمه في الموعد المعين يجوز للمحكمة أن تأخذ بقول المدعي، لأن سلطة تقدير أهمية الورقة تبقى خاضعة للقاضي.

المطلب الثاني: محل الإثبات

يهدف الإثبات القضائي إلى الفصل في النزاع على حق متنازع فيه بين الخصوم أي الوصول إلى الحقيقة عن طريق إثبات الحق المتنازع فيه بالطرق القانونية.

1- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 96.

2- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 96.

3- د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 39.

وبالتالي فالإثبات يرد على المصدر الذي يندشأ الحق وليس الحق المدعى به سواء كان هذا الحق شخصيا أو عينيا ومصدر الحق محل الإثبات إنما يكون تصرفات قانونية أو وقائع مادية سواء أكان مصدرها القانون الأجنبي أو العرف أو العادة الاتفاقية. وستنطرق إلى كل ذلك في ما يلي:

الفرع الأول: مصدر الحق كمحل الإثبات

يتبين مما سبق أن محل الإثبات ليس الحق المدعى به، سواء كان هذا الحق شخصيا أو عينيا، فالحق مجرد فكرة تستعصي عمليا عن الإثبات، لذا وجب نقل محل الإثبات من الحق المدعى به إلى مصدره، وهو الوقائع التي أدت إلى نشوئه(1).

فمن يدعي أن له دينا في ذمة آخر، يكون عليه أن يثبت مصدر هذا الدين أي الواقعة التي أنشأت الدين العقد أو العمل غير المشرع مثلا، وقد رأينا أيضا أن الإثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها بوصفها مصدرا للحق أو الالتزام، ومتى قام المدعي بإثبات مصدر الحق المدعى به كان على القاضي تطبيق القانون على ما يثبت لديه من وقائع، والتي إما أن تكون تصرفا قانونيا أو واقعة مادية.

فالواقعة المادية هي التي يرتب القانون عليها أثرا، فقد تكون واقعة طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها كالموت، وقد تكون واقعة اختيارية حدثت بإرادة الإنسان كالبناء، وفي هذه الحالة يقصد الإنسان من ورائها إحداث الأثر القانوني كالحيازة، وقد لا يقصد هذا الأثر كدفع غير المستحق، وقد يقصد عكس هذا الأثر كالعمل غير المشروع(2).

أما التصرف القانوني فهو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين فيرتب عليها القانون هذا الأثر(3)، مثل ذلك العقد، فهو تصرف قانوني يقوم على تطابق إرادتين، وقد ينشئ الحقوق الشخصية أو يكسب الحقوق العينية، وقد يقوم على إرادة مفردة، كالوصية مثلا فهي تكسب حقوقا عينية.

1- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 45.
2- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 1.
3- المرجع نفسه، ص 1.

والوقائع المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، لأن طبيعتها لا تستلزم نوعاً معيناً من الأدلة لإثباتها فهي تقع غالباً دون سبق أو توقع أو إعداد(1)، فمطالبة شخص بالتعويض عن ضرر أصابه بسبب جريمة ارتكبت ضده لا تتطلب أن يلزم هذا الشخص بدليل كتابي لإثبات الجريمة لأن ذلك يجعل الإثبات مستحيلاً، إلا أن الأفراد يلجأون أحياناً إلى تقرير واقعة مادية عن طريق الكتابة، كتحرير محضر رجال الضبطية القضائية في حالة التلبس بالجريمة، أو تحرير محضر إثبات حاله عن طريق محضر قضائي كما تنص على ذلك المادة 172 من قانون الإجراءات المدنية.

كما أنه في بعض الحالات يستلزم القانون إثبات واقعة من الوقائع عن طريق الكتابة خشية نسيانها مثلاً، وهذا ما يحدث بالنسبة لإثبات الميلاد والوفاة، فتنص المادة 26 من القانون المدني "تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك"، فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات، يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية.

ويتبين أن واقعة الميلاد والوفاة تثبت بسجلات رسمية لكنها ليست الطريقة الوحيدة للإثبات هاتين الواقعتين، لأن الأمر يتعلق بإثبات وقائع مادية وهو جائز بكافة طرق الإثبات(2).

أما فيما يتعلق بالتصرف القانوني فالأصل هو إثباته بالكتابة، ولا يجوز فيه الإثبات بالشهادة أو القرائن إلا استثناءً، بالنسبة للتصرفات التي لا تتجاوز قيمتها نصاباً معيناً وهو ألف دينار جزائري طبقاً للمادة 333 من التقنين المدني، ذلك أن هذه التصرفات يقوم بإبرامها الأفراد فتخضع لإرادتهم من حيث وجودها وأثارها، ولذلك فإن طبيعتها توجب الكتابة أساساً لإثباتها وتستبعد البيينة والقرائن(3)، ولذلك يمكن القول أن محل الإثبات لا يكون إلا واقعة قانونية، باعتبارها مصدراً للحق المدعى به، ويكون دور الخصم هو إقامة الدليل على وجود تلك الواقعة دون الأثر القانوني المترتب عليها، الذي لا يكون محلاً للإثبات.

1- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 47.

2- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 2.

3- د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، المجلد الأول، الكتاب الأول، ص 161.

والمبدأ العام أن القاعدة القانونية لا تكون محلاً للإثبات فالعلم بها مفترض من طرف المخاطبين بها، ومن قبل القضاة من باب أولى وواجب عليهم تطبيقها على ما يثبت لديهم من وقائع الدعوى(1).

وكون القاضي يعلم بالقانون هو مصدر التعبير اللاتيني الذي يتوجه به القاضي للمدعي " أعطني الوقائع أعطيك القانون "

" Da mihi Factum dabo tibi jus "

ومن ذلك أيضا العبارة الشائعة لدى قضاة المحاكم الفرنسية لتنبية المحامين بضرورة اقتصارهم في مرافعتهم على الوقائع فالمحكمة تعرف القانون.

" Avocat passez au fait, la cour sait le droit " (2).

ويلاحظ أن الخصوم والمحامين كثيرا ما يتعرضون في مذكراتهم ومرافعاتهم للقواعد القانونية التي يرون وجوب تطبيقها على ما يدعون من وقائع، كما يحاولون غالبا إقناع المحكمة بتفسير معين للقواعد القانونية، وهذه المحاولات وإن كانت غير ممنوعة على الخصوم إلا أنها ليست مطلوبة منهم لعدم تعلقها بمحل الإثبات، وإذما تتعلق بتطبيق القانون وتفسيره، ذلك لأن تفسير القانون وتطبيقه على وقائع الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم(3).

فالإدعاء بحق أو بأية رابطة قانونية يتكون من عنصرين، عنصر الواقع وهو مصدر الحق المدعى به أي التصرف القانوني أو الواقعة التي أنشأت هذا الحق، وهو العنصر الذي يطالب المدعي بإثباته، أما الثاني فهو عنصر القانون وهو استخلاص الحق من مصدره بعد أن يثبتته الخصم، أي تطبيق القانون على ما ثبت لدى القاضي من الوقائع، وهذا من عمل القاضي وحده ولا يكلف الخصم بإثباته، وعلى القاضي أن يبحث من تلقاء نفسه على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على ما يثبت عنده من الواقع فيطبقها وهو يخضع في تطبيقها لرقابة المحكمة العليا(4)، ولا يستطيع القاضي أن يمتنع عن الحكم وإلا عد امتناعه إنكارا للعدالة.

الفرع الثاني: إثبات العرف والعادة الاتفاقية

1- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 48.

2- Encyclopédie Dalloz- Tome VI- V° preuve- Dalloz édition, Paris, p 48.

3- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 39.

4- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 49.

نظرا لأن القاضي يعمل على تطبيق القواعد القانونية، فقد يطبق على وقائع الدعوى قاعدة مستمدة من العرف أو العادة الاتفاقية وفي مثل هذه الحالة يحتاج الأمر إلى بيان ما إذا كان القاضي يقوم بذلك من تلقاء نفسه أم يكلف الخصوم بإثباتهما.

أولاً: إثبات العادة الاتفاقية

أن العادة الاتفاقية ليست قاعدة قانونية وإنما هي مجرد واقعة مادية، لا تكون ملزمة إلا إذا اتفق المتعاقدان على الأخذ بها صراحة أو ضمناً، وتعتبر شرطاً مفترضاً في العقد لا حاجة إلى التصريح به⁽¹⁾.

فإذا ما أدخلت العادة الاتفاقية ضمن العقد تصبح شرطاً من شروط العقد، ويكون شأنها في الإثبات شأن كافة شروط العقد الأخرى يتعين على من يتمسك بها إثباتها⁽²⁾، فإذا سلم بها الخصم أخذ بها القاضي باعتبارها مسألة موضوعية ثابتة، وإذا نازع فيها كان على من يتمسك بها أن يثبت وجودها ومضمونها بكافة طرق الإثبات لأنها واقعة مادية، وتستمد قوتها من إرادة المتعاقدين⁽³⁾ ولا رقابة للمحكمة العليا على ذلك.

ثانياً: إثبات العرف

يعتبر العرف مصدراً من مصادر التشريع نص عليه المشرع الجزائي في المادة الأولى من القانون المدني ووضعه في المرتبة الثالثة بعد التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية، بينما يعتبره المشرع التجاري في المادة الثانية من القانون التجاري في المرتبة الثانية بعد التشريع، وينشأ العرف بمجرد توافر ركزيه المادي والمعنوي ويكون قاعدة قانونية ملزمة لا يجوز للمخاطبين بها الخروج عنها وإلا تعرضوا لجزاء قانوني.

وباعتبار العرف قاعدة قانونية، فإنه لا يكلف الخصوم بإثباته بل يتعين على القاضي البحث عنه وتطبيقه من تلقاء نفسه لافتراض علمه به، وهو في هذا يخضع لرقابة المحكمة العليا كما هو الشأن بالنسبة لأية قاعدة قانونية أخرى، ومن ثم فإن إثباته يعد من عمل

1- د. أحمد محمد محرز: " القانون التجاري " - دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى 2003، ص 37.

2- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 57.

3- د. مصطفى كمال طه: " مبادئ القانون التجاري " - مؤسسة الثقافة الجامعية، بيروت 1979، ص 28.

القاضي، لكنه يعفى من تبيان دليل قيامه والمصدر الذي استقى منه ذلك إذا نازع أحد الخصوم وجوده(1).

وللعرف دور هام في البيئة التجارية، وذلك بسبب درج التجار منذ القدم على إتباع قواعد معينة في معاملاتهم التجارية واعتقادهم بالزامها و عدم الخروج عليها، وقد ظلت القواعد العرفية بين التجار هي التي تحكم معاملاتهم حتى تم تقنين قوا عد القانون التجاري، ولكن بالرغم من ذلك فإن المشرع لم يستطع ملاحقة العرف التجاري وتطوره وظل جزء كبير من النظم التجارية متروك للعرف، كالبيوع التجارية والأعمال المصرفية وتعاقد الشخص مع نفسه(2)، وتعتمد المحاكم عادة في تقدير قيام العرف بآراء الخبير أو بشهادات تقدم من الجهات المختصة كالغرف التجارية، كما يتم أيضا بالبيئة الشخصية طبقا لقاعدة حرية الإثبات في المواد التجارية(3).

إلا أنه وفي الجزائر فإن تطبيق القواعد العرفية نادرا إن لم يكن غير موجود، كما يلاحظ غياب أي دور للغرف التجارية في تتبع الأعراف أو اعتمادها، باستثناء بعض القواعد العرفية المطبقة في المنازعات البحرية والتي هي أصلا قوا عد دولية كقوا عد التعويض عن الخسائر البحرية.

الفرع الثالث: إثبات القانون الأجنبي

رأينا أن القاضي يقوم بتطبيق القانون ولا يطالب الخصوم بإثباته، وذلك لافتراض علم القاضي بالقانون الذي يطبقه وهو بحسب الأصل قانونه الوطني، إلا أن القانون الوطني قد ينص على أن يطبق القاضي فيما يعرض عليه من منازعات ذات عنصر أجنبي قانونا أجنبيا، ومن ذلك نص المادة 11 من القانون المدني، فهل يفترض في مثل هذه الحالة علم القاضي بالقوانين الأجنبية، بحيث تأخذ حكم قانونه الوطني الذي يقع عليه وحده عبء إثباته وتطبيقه ولا يطلب من الخصوم إثباته، ولقد اختلف الفقه في هذا الشأن إلى رأيين:

الرأي الأول يرى أن القانون الأجنبي مسألة قانون فهو لا يتجرد من طبيعته القانونية ولا يتحول إلى واقعة مادية أمام القاضي الوطني الذي يفترض فيه العلم وتطبيقه

1- د. أحمد محرز، المرجع السابق، ص 34.

2- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 26.

3- د. فوزي عطوي: "القانون التجاري" - دار العلوم العربية، 1986، ص 81.

من تلقاء نفسه، ولا يجب على الأطراف إثبات هذا القانون(1)، لأن الحالات التي يطبق فيها القاضي قانونا أجنبيا هي حالات نص عليها القانون الوطني ويأمر القاضي بتطبيق أحكام قانون أجنبي وبالتالي يصبح جزءا من قانونه الوطني(2).

ويترتب على الاتجاه، أن القاضي عليه أن يبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق، كما يكون في تطبيقه لقا عدة الإسناد التي أمرته بتطبيق هذا الأحكام خاضعا لرقابة المحكمة العليا، بل أنه يطبق حتى الاجتهاد القضائي الصادر عن بلد القانون الأجنبي، واعتبر أنه يجب في هذه الحالة اعتماد تفسير القانون الأجنبي وتطبيقه(3).

الرأي الثاني يرى تطبيق القانون الأجنبي مجرد واقعة يقع إثباتها على الخصوم والقاضي غير ملزم بالبحث في مضمونها، لأنه لا يفترض في القاضي علم قانون غير قانون دولته، ويكون في هذه الحالة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق(4).

والرأي الراجح أن إثبات القانون الأجنبي خلافا لقانون الوطن يقع على عاتق من يتمسك به(5)، لأنه من الصعب على القاضي الإلمام بجميع القوانين الأجنبية كما يعلم بقوانين بلده.

الفرع الرابع: الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات

الواقعة القانونية هي التي تعتبر محلا للإثبات، إلا أن الوقائع مع ذلك لا تصلح لأن تكون كلها محلا للإثبات، فالواقعة المراد إثباتها يجب أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط، سنتطرق لهذه الشروط فيما يلي:

أولاً: أن تكون الواقعة المراد إثباتها محل نزاع

لكي تكون الواقعة القانونية محلا للإثبات يجب أن تكون بداية واقعة متنازع فيها، أما إذا كانت الواقعة معترف أو مسلم بها من الخصم، فإنها لا تكون محلا للإثبات، لأن هذا الاعتراف إنما هو إقرار بالواقعة والإقرار بالواقعة يعني من إثباتها(6)، وهذه الواقعة إما أن تكون تصرفا قانونيا بين الطرفين كعقد البيع، وإما أن تكون واقعة مادية كالحيازة.

1- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 50.

2- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 55.

3- د. موحند إسعاد: " القانون الدولي الخاص " - الجزء الأول قواعد الإسناد- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989، ص 221.

4- د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، المجلد الأول، الكتاب الأول، ص 157.

5- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 54.

6- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 59.

ويجب أيضا أن يكون النزاع بين طرفي الدعوى (المدعي والمدعى عليه) فلا يصح أن يرفع شخص دعوى ضد شخص آخر يطالبه بأن يدفع دين عليه لشخص ثالث.

ثانيا: أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة أي محصورة غير مطلقة

ويعد هذا الشرط أيضا بديهيا، فإذا لم تكن الواقعة محددة بأن كانت مجهولة فإنه يتعذر إثباتها، ويجب أن تكون الواقعة محددة تحديدا كافيا حتى يمكن التحقق من أن الدليل الذي سيقدم يتعلق بها لا بغيرها(1)، فإذا كان محل الإثبات عقدا وجب بيان نوعه وتعيين محله، كأن يذكر أنه عقد بيع سيارة معينة بأوصافها وأن يعين تاريخه، وإن كان وفاء بدين وجب بيان زمانه وأصل الدين ومقداره.

وإذا تبين لقاضي الموضوع أن الوقائع المدلى بها من الخصوم غير محددة بوضوح كان له رفض طلب الإثبات المقدم بشأنها، فتقدير ما إذا كانت الواقعة المطلوب إثباتها محددة تحديدا كافيا، أم أنها ليست كذلك مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا(2).

كما أن الواقعة محل الإثبات قد تكون واقعة إيجابية، وقد تكون واقعة سلبية، والواقعة السلبية المحددة يتم عادة إثباتها بطريقة غير مباشرة، حيث يستدل على الواقعة السلبية من خلال إثبات واقعة إيجابية تنافيها(3)، فإذا أراد الطبيب أن يثبت أنه لم يقصر في علاج المريض (واقعة سلبية) أمكنه ذلك بإقامة الدليل على قيامه بكل ما يفرضه واجب العلاج، وأنه اتخذ في سبيل ذلك كل الاحتياطات اللازمة (واقعة إيجابية).

ثالثا: أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى

ويقصد بكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى أن تكون متصلة بالحق المطالب به اتصالا وثيقا، أي لا تكون مقطوعة الصلة بموضوع الدعوى(4)، وهذا الشرط لا تظهر أهميته في الإثبات المباشر حيث ينصب الإثبات على مصدر الحق، كما إذا أثبت المؤجر عقد الإيجار حتى يطالب بالأجرة.

1- د. جلال العدوي، المرجع السابق، ص 318.

2- د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 65.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 59.

4- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 49.

لكن هذا الإثبات المباشر قد يكون متعذرا لذلك يلجأ المدعي إلى الإثبات غير المباشر، بحيث لا يثبت الواقعة المدعى بها وإنما واقعة أخرى متصلة بها، يستنتج منها القاضي وجود الواقعة الأصلية، وتقدير وجود الاتصال بين الواقعتين من المسائل الموضوعية المتروك تقديرها للقاضي(1)، مثال ذلك أن يقدم المستأجر مخالصات الأجرة عن المدد السابقة للمدة التي يطالب بها المؤجر، لإثبات دفعه الأجرة بانتظام دون الإخلال بالتزاماته، وهي واقعة متصلة بالواقعة الأصلية المراد إثباتها.

رابعاً: أن تكون الواقعة المراد إثباتها منتجة في الدعوى

والمقصود بكون الواقعة منتجة في الدعوى، أن يكون ثبوتها مؤثراً في الحكم الذي يصدر في الدعوى، فإذا كان يستوي ثبوت أو عدم ثبوت الواقعة المراد إثباتها بحيث لا يتأثر الحكم، فإن هذه الواقعة لا تكون منتجة في الدعوى(2)، ولا يشترط أن يكون إثباتها حاسماً في الدعوى وإنما يكفي أن يساهم إثباتها في تكوين اقتناع القاضي(3).

فإذا أدهى شخص اكتساب حق الملكية على عقار بالتقادم، وطلب لإثبات حقه أن قدم الدليل على حيازته لهذا العقار مدة ثلاثة سنوات متصلة فيرفض إثباته، لأنه وإن أثبت واقعة متعلقة بالدعوى إلا أنها غير منتجة، لأن مدة الحيازة أقل من المدة اللازمة لكسب ملكية العقار بالتقادم(4).

وتقدير ما إذا كانت الواقعة منتجة في الدعوى أو غير منتجة يعتبر من المسائل الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا إلا من حيث القصور في التسبب أو تضمن تقديره أسباباً مخالفة للقانون(5).

وهناك من الدعاوى ما تقتضي طبيعتها الاكتفاء بشرط التعلق بالدعوى دون البحث في شروط الإنتاج، ويدخل أغلب هذه الدعاوى في اختصاص القضاء المستعجل، ومن أمثلتها دعوى إثبات الحالة التي تنص عليها المادة 172 من قانون الإجراءات المدنية، فيكتفي القاضي في هذه الحالة بأن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى فيقبلها، لأنه ليس من

1- د سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 70.

2- د. جلال العدوي، المرجع السابق، ص 325.

3- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 50.

4- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 63.

5- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 69.

المؤكد أن يحصل المدعي على ما يريده من إثبات الحالة لكون القضاء المستعجل إجراء وقتي لا يمس بأصل الحق.

خامسا: أن تكون الواقعة المراد إثباتها جائزة القبول

المقصود من كون الواقعة جائزة القبول هو أن لا تكون الواقعة مستحيلة بحسب المتصور عقلا، وأن لا تكون مما يمنع القانون إثباته⁽¹⁾، ومن أمثلة الوقائع التي لا يقبل إثباتها بسبب استحالة تصورها عقلا، مجهول النسب الذي يدعي بنوته إلى من أكبر منه سنا، فمثل هذه الوقائع يرفض القضاء طلب إثباتها لاستحالتها، وهناك الوقائع التي يمنع إثباتها بحكم القانون، فالقانون قد لا يجيز إثبات واقعة لأسباب تتعلق بالنظام العام والآداب العامة⁽²⁾ كالمحافظة على سر المهنة وتحريم دين القمار والربا الفاحش، وبيع المخدرات، وعدم جواز إثبات النسب غير الشرعي.

وعدم قبول شهادة المحامي مثلا ليس المقصود منه منع إثبات الواقعة في حد ذاتها، وإنما المنع ينصرف إلى إثباتها عن طريق شاهد معين، ومعنى ذلك أن عدم جواز القبول لا ينصرف إلى الواقعة وإنما إلى الدليل.

وقد يرجع منع القانون إثبات الواقعة إلى تحقيق أغراض الصياغة الفنية⁽³⁾، كما هو الأمر في الوقائع التي تصطدم مع قرينة قاطعة قررها القانون، مثل ذلك حجية الشيء المقضي به فلا يجوز إثبات واقعة مخالفة لما يثبت بحكم قضائي.

ومن الحالات يمنع فيها القانون إثبات عكس ما هو ثابت ما تقضي به المادة 1/342 من القانون المدني من أن " الإقرار حجة قاطعة على المقر"، وهو يلزمه فلا يملك الرجوع فيه ولا يملك تقديم دليل ينقضه، كما أن هذا الإقرار ملزم للمحكمة وبالتالي لا تكون الواقعة المراد إثباتها جائزة الإثبات.

وكون الواقعة جائزة الإثبات قانونا مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا⁽⁴⁾، لأن عدم جواز إثبات الواقعة يرجع دائما إلى حكم في القانون يمنع من هذا الإثبات.

1- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 52، أنظر أيضا، د. أحمد نشأت، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 35.

2- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 64.

3- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 73.

4- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 65 - أنظر أيضا، د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص

مما سبق يتبين أنه لإثبات الواقعة القانونية يجب أن تتوفر فيها شروط محددة بأن تكون محل نزاع ومحصورة غير مطلقة إضافة إلى تعلقها وإنتاجها في الدعوى كما يشترط أن تكون جائزة القبول.

المطلب الثالث: عبء الإثبات

إن تحديد من يتحمل عبء الإثبات يمثل أهمية بالغة من الناحية العملية، فتعيين الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات يحدد من يحكم لصالحه في الدعوى، وبذلك يقضي نص المادة 323 من التقنين المدني بأنه " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه ".

فعلى المدعي إقامة الدليل على ما يدعيه، وعلى المدعى عليه أن يقوم بدحض هذا الإدعاء بإقامة الدليل العكسي، فالحق قد يكون متراوفا بين الخصمين، لا يستطيع أي منهما أن يثبته أو ينفيه، فيكون إلقاء عبء الإثبات على أحدهما معناه حكم عليه أو حكم لخصمه. لذلك سنتناول دراسة عبء الإثبات في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: عبء الإثبات من حيث المبدأ

كل من ادعى بواقعة منتجة في الدعوى يقع عليه عبء إثباتها، إلا إذا أعفاه من الإثبات خصمه بأن أقر بها أو أعفاه المشرع بقريضة قانونية قاطعة، والمدعي في نظرية الإثبات ليس دائما هو المدعي في الدعوى بل قد يكون في هذا المقام هو المدعى عليه في الدعوى، لذلك يجب أن نوضح عبء الإثبات وعلى من يقع

أولاً: عبء الإثبات يقع على المدعي

من المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي أن " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"⁽¹⁾، عملاً بما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم " لو يعطي الناس بدعواهم لأدعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على المدعي"

وتتفق التشريعات الحديثة على قاعدة تكليف الخصم الذي يدعى أمراً معيناً بإقامة الدليل على ما يدعيه، وإلا اعتبر ادعائه بغير أساس، مما يقتضي رفض دعواه، وهذا ما

1- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 34.

تضمنه التشريع الجزائري فقد نصت المادة 323 من القانون المدني على أنه "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"⁽¹⁾.

ويتضح من ذلك أن عبء الإثبات يقع على المدعي الذي يحمل في الأصل عبء الإثبات، سواء كان دائنا يدعي بثبوت الدائنية أو مدينا يدعي التخلص من المديونية، غير أن ذلك لا يكفي لتحديد الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات، وإنما تحديد الخصم يقتضي أن يحدد بدقة المقصود بالمدعي، فهل يقصد به الخصم الذي يبدأ إجراءات رفع الدعوى، أو الذي يدلي بإدعاء أمام القاضي سواء كان مدعيا في الأصل أو انتقل من مركز المدعى عليه أصلا إلى مركز المدعي لقيامه بإبداء دفع معين لرد مزاعم خصمه.

لا شك أن لفظ المدعى ينصرف إلى الخصم الذي يرفع الدعوى على الغير يطالبه بحق معين فهو مدع في دعواه هذه وعليه إثبات ما يدعيه⁽²⁾، فلو أن شخصا طالب آخر بمبلغ معين فعليه إثبات هذه المديونية بأن يثبت مصدر هذا الدين تصرفا قانونيا كعقد قرض أو عقد بيع أو واقعة قانونية كعمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب.

ولكن ليس من الضروري أن يكون المدعي هو من يرفع الدعوى، فقد يدفع المدعى عليه في الدعوى بدفع فيصبح مدعيا في هذا الدفع⁽³⁾، وعليه هو يقع عبء الإثبات فالمدعي عليه الذي يدفع بأنه وفي بدينه فعليه إثبات هذا الوفاء.

إلا أنه يحدث أن لا يكلف المدعي بالإثبات في بعض الدعاوى وإنما يلقي هذا العبء على خصمه، ومثال ذلك من يرفع دعوى على خصمه يطالبه فيها بسد مطل دون أن يكون له حق ارتفاق، فيقع عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعي لأن طبيعة الوضع تقضي بخلو العقار من حقوق الارتفاق حتى يثبت ذو المصلحة عكس ذلك⁽⁴⁾.

ولذلك فإن القول بأن عبء الإثبات يقع على المدعى لا يستقيم في معظم الأحيان، ولهذا يذهب الفقه في سبيل ضبط قاعدة أن عبء الإثبات يتحملة المدعي إلى القول بأن هذا العبء يقع على من يدعي خلاف الثابت أصلا فهذا هو المدعي الذي يثقل كاهله عبء

1- قضت المحكمة العليا بأن " المادة 323 من التقنين المدني تضع وسائل الإثبات على عاتق المدعي... "، قرار الغرفة المدنية رقم: 49.767، بتاريخ: 1987/06/03 – المجلة القضائية- سنة 1990- العدد الثالث، ص 30 وما بعدها.

2- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 34.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 69.

4- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 70.

الإثبات لا فرق في ذلك بين من رفع الدعوى ومن رفعت عليه(1)، وهذه القاعدة تتكون من شقين:

1- في نطاق الحقوق الشخصية الأصل هو براءة الذمة

فمن يتمسك بالأصل لا إثبات عليه ومن يدعي خلاف الأصل كأن يدعي أنه له ديناً في ذمة الغير عليه أن يثبت مصدر هذا الدين في حين لا يكلف الذي يدعي براءة ذمته أي عدم المديونية أن يثبت ذلك لأنه يتمسك بالوضع الطبيعي بحسب الأصل، طالما كان إنكاره مجرداً لا يتضمن إدعاءً جديداً يتعين عليه إثباته(2).

وعلى ذلك فإن القانون يختار وضعاً يعتبره هو الأصل فمن يتمسك به لا يكلف بإثبات شيء، ومن ادعى خلافه فعليه عبء الإثبات.

فالأصل هو صحة العقد ومطابقته للقانون ومن يدعي أن بالعقد عيباً عليه إثباته، والأصل في الأهلية هو كمال الأهلية للشخص البالغ سن الرشد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون فمن يدعى أن المتعاقد ناقص الأهلية أو عديمها يقع عليه عبء إثبات ذلك لأنه يدعي خلاف الأصل.

2- في نطاق الحقوق العينية الأصل هو الظاهر

والظاهر بالنسبة لهذه هو وضع اليد أو الحيازة فالحائز للعين لا يطالب بإثبات ملكيتها لأن الظاهر هو أن الحائز مالك، والذي يدعي ملكية العين هو الذي يدعى خلاف ذلك فيقع عليه عبء الإثبات(3).

وكذلك الظاهر أن حق الملكية خال من أن يثقل بحق عيني فالمالك إذا تمسك بهذا الظاهر لا يطالب بإثباته، ومن يدعي خلاف الظاهر بأن يدعي مثلاً أن له حق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن على العين كان عليه أن يثبت قيام الحق الذي يدعيه ولو كان مدعى عليه في الدعوى الأصلية لأنه يدعي خلاف الظاهر.

ثانياً: عبء الإثبات في حالة القرائن القانونية

قد يحل محل الأصل في نطاق الحقوق الشخصية محل الظاهر في الحقوق العينية، وضع يفرض القانون وجوده عن طريق قرينة قانونية يقيمها.

1- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 30.

2- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 36- أنظر أيضاً د. محمد مطر، المرجع السابق، ص 82.

3- د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 22.

فالقريفة القانونفة هف وسفلة فلفأ إلفها المشرف فف ءالف معفنة لففترض ءبوف أمر معفن ففءفر إقامة الءفلل علفه عنءما ءفوافر ظرفوف معفنة ففءفر المشرف كفاففءها لاسءنءباف الأمر منها(1).

وفءقسف القرفن القانونفة إلف نوعفن؁ القرفن القاطعة وهف القرفن الفف لا ءقبل إءباف العكس والقرفن البسفطة وهف الفف ءقبل إءباف العكس.

فإءا كائف القرفن قاطعة فأنها بعء نقلها محل الإءباف إلف الوافعة البءفلة الءف فسهل إءبافها ءمنع الءصم من إءباف عكس هءه القرفنة فهف لا ءعفف من ءقرءر لمصلءفه نهائفا عبء الإءباف ولكنها ءففف من هءا العبء(2).

ومن أمءلة القرفن القاطعة ما ءءص علفه الماءة 139 من ءءقنن المءنن من أن " ءارس الءفوان ولو لم فكن مالكا له مسؤول عما فءءفه الءفوان من ءرر ولو ظل الءفوان أو ءسرب؁ ما لم فءبء الءارس أن وفوق الءاءء كان بسبب لا فنسب إلفه " فءقوم المسؤولة هنا على أساس الءطأ المفترض فف الءراسة وهو الوافعة الأصلفة؁ وهءه الوافعة لا فطلب من المءرور إءبافها ولكنها ءعءبر ءابءه إذا ءبءء الوافعة البءفلة وهف كون المءعى علفه ءارس الءفوان الءف أءءء الءرر؁ وهءه القرفنة قاطعة فلا فءوز للءارس أن فءفع مسؤولفءه بإءباف عءم وفوق ءطأ منه فف الءراسة؁ لأن الءطأ مفترض افءراضا لا فقبل العكس(3).

وإذا كائف القرفنة القانونفة رفرف قاطعة أو بسفطة أف قابلة لإءباف العكس؁ فهف لا ءرءب إعفاء نهائفا من عبء الإءباف لمن ءقرءر لمصلءفه لأن هءا الأءفر ففقى ملزما بإءباف الوافعة البءفلة؁ وإذا نجء الءصم فف إءباف عكس ءلك ارءء عبء الإءباف إلف من ءقرءر القرفنة لمصلءفه(4).

ومن أمءلة القرفنة رفرف القاطعة ما نصء علفه الماءة 499 من ءءقنن المءنن من أن " الوفاء بقسط من الأءرة فعءبر قرفنة على الوفاء بالأقساف السابفة ءءف فقوم الءفلل على عكس ءلك "؁ بمقءضى هءه القرفنة فأن المشرف فعءبر الوفاء بقسط من الأءرة ءلفلا على

1- ء. محمد ءءا أبو سعء؁ المرجع السابق؁ المءلء الءانن؁ الكءاب الرابع؁ ص 2.

2- ء. محمد ءسن قاسم؁ المرجع السابق؁ ص 40.

3- ء. عبء الرزاق السنهورن؁ المرجع السابق؁ الءء الءانن؁ ص 74 و 75.

4- ء. ءوففق فرء؁ المرجع السابق؁ ص 36.

سداد ما سبقه من أقساط وطبقا لهذه القرينة لا يطالب المستأجر بإثبات الواقعة الأصلية وهي الوفاء بالأقساط السابقة على القسط اللاحق الثابت الوفاء به، غير أن هذه القرينة ليست قاطعة فبإمكان المؤجر إثبات عدم وفاء المستأجر بالأقساط السابقة للإيجار.

يتضح مما سبق أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي بالدفع سواء كان المدعي في الدعوى أو المدعى عليه، كما أن المكلف بالإثبات هو كل من يدعي خلاف الثابت أصلا أو ظاهرا أو فرضا.

الفرع الثاني: عبء الإثبات من حيث التطبيق

القاعدة إذن أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا أو فرضا، فإذا تمكن المدعي من إثبات ما يدعيه انتقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر في الخصومة ويستطيع هذا الأخير أن ينفي إدعاءات خصمه فيرد عبء الإثبات إلى الطرف الأول، وهكذا ينتقل عبء الإثبات من طرف إلى آخر حتى يعجز أحدهما عن الإثبات فيخسر دعواه، ويقع التوزيع بحكم الواقع بمقتضى قرائن قضائية ينقل بها القاضي عبء الإثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصمه، وقد يقع بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية ينتقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر، وقد يقع بحكم الاتفاق بين الخصوم⁽¹⁾.

أولا: توزيع عبء الإثبات بحكم الواقع

ومثله أن يقع التوزيع بحكم الوقائع عن طريق قرائن قضائية ما يأتي:

1- شخص يريد أن يثبت صورية عقد صدر من والد لابنه، فيثبت إلى جانب علاقة البنوة أن الولد وهو صغير السن عديم الكسب ليس له مال ظاهر يسمح بدفع الثمن المذكور في العقد أنه قد دفع بحكم الاتفاق بين الطرفين⁽²⁾، فتقوم قرينة قضائية على أن واقعة دفع الثمن واقعة صورية فينقل القاضي عبء الإثبات إلى الأب، ليثبت مصدرا معيننا دفع منه الولد الثمن أو أن حقيقة العقد هبة في صورة بيع، وعندئذ يكون له حكم الهبة لا حكم البيع.

2- شخص يطالب آخر بتعويض لاعتدائه على اختراع له حصل على براءته وسجلها فعلى المدعي أن يثبت حصوله على البراءة وأنه قام بتسجيلها وفقا للأوضاع المقررة في

1- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 79.

2- د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 102- أنظر، د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 43، هامش 1.

القانون، عندئذ يذقل القاضي عبء الإثبات إلى المدعى عليه ليثبت إذا استطاع أن هذا الاختراع بالرغم من صدور براءة به وتسجيلها ليس بالجديد الذي يستحق الحماية.

ثانياً: توزيع عبء الإثبات بحكم القانون

ويتم ذلك عن طريق قرائن قانونية، ويضرب الفقه مثلاً على ارتداد عبء الإثبات(1) إذا طالب المودع برد الوديعة ففي هذه الحالة يقع عليه عبء إثبات عقد الوديعة، فإذا قام بإثباته فيدفع المدعى عليه بأنها هلكت بقوة قاهرة مما يرتب عليه القضاء التزامه بردها لاستحالتها، فينقل إليه عبء إثبات الهلاك فيكون عليه عبء إثبات هذه الواقعة فإذا أثبتها، ادعى المودع أن تبعة الهلاك تقع على المودع لديه لأنه قد أعذره برد الوديعة، فيدفع المودع لديه بأن ذمته قد برئت بالرغم من الإعذار لأن الوديعة كانت لا بد هالكة بالقوة القاهرة حتى لو كانت سلمت للمودع، وعلى المدعى عليه هنا عبء الإثبات.

وإذا أبرم عقد بطريق المراسلة ولكن الموجب ادعى أنه عدل عن إيجابه قبل أن يتم العقد فعلى الخصم الآخر أن يثبت أن العقد قد تم إبرامه، أي أن الموجب علم بالقبول قبل هذا العدول، ويوزع القانون عبء الإثبات بين الخصمين إذ تنص المادة 61 من القانون المدني على ما يأتي " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك " فعلى الخصم الآخر الذي قبل الإيجاب أن يثبت أن قبوله وصل إلى الموجب في وقت سابق على الوقت الذي علم فيه بعدول الموجب عن إيجابه وعند ذلك يفرض القانون أن الموجب قد علم بالقبول وقت وصوله إليه فينتقل عبء الإثبات إلى الموجب وعليه أن يثبت أنه بالرغم من وصول القبول إليه قبل عدوله عن الإيجاب، إلا أنه لم يعلم به إلا بعد عدوله وعلم الخصم بهذا العدول.

ويتضح من هذه الأمثلة أن كل قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ليست في الواقع إلا توزيعاً لعبء الإثبات بين الخصوم(2).

إلا أنه ومن الناحية العملية فإنه يصعب وضع حدود فاصلة ينتقل عندها عبء الإثبات، فمن يحمل عبء الإثبات ليس مطالباً في الواقع بإثبات قاطع لأن الحقيقة القضائية

1- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 84.
2- د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، المجلد الأول، الكتاب الأول، ص 25.

التي يتولى إثباتها ليست بالحقيقة المطلقة التي لا يداخلها شك، لذلك يكتفي القاضي بتقديم الخصم دليلاً يجعل دعواه قريبة التصديق⁽¹⁾، ويكون على الخصم الآخر أن يدحض هذا الدليل بتقديم أدلة مضادة، ومن ثم يصل القاضي إلى تجزئة عبء الإثبات بين الخصوم ويُكوّن القاضي عقيدته من مجموع ما قدمه الخصوم من أدلة.

ثالثاً: توزيع عبء الإثبات بحكم الاتفاق

إن قواعد الإثبات ليست من النظام العام، وذلك راجع لكونها وضعت لحماية حقوق الخصوم فقط⁽²⁾، فمن الجائز إذن إذا لم يوجد نص يقضي بغير ذلك عندما يضع القانون قرينة قانونية تنقل عبء الإثبات إلى خصم معين لحماية للخصم الآخر أن يتفق الطرفان مقدماً على إلغاء هذه القرينة، وإعادة عبء الإثبات إلى من كان ينتفع بها فينزل بذلك عن الحماية التي منحها له القانون، ويكون في هذا تعديل اتفاقي لقواعد عبء الإثبات ومن أمثلة ذلك:

1- الأصل في الضرر الذي يحدثه الحيوان أن حارسه هو المسؤول عنه إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجدي وفقاً للمادة 139 من القانون المدني، ولكن يجوز الاتفاق مقدماً على نقل عبء الإثبات إلى المتضرر، فيصح أن يتفق شخصان شريكان في مرعى واحد على أن كل ضرر يقع من مواشي أحدهما على مواشي الآخر لا يكون الأول مسؤولاً عنه إلا إذا أثبت الآخر خطأً في جانبه.

2- الأصل أن أمين النقل مسؤول عن الضرر الذي يحدث أثناء النقل للشخص أو للشيء الذي ينقله والمسؤولية هنا مسؤولية عقدية فعلى أمين النقل يقع عبء الإثبات، ولكن يجوز الاتفاق مقدماً على نقل عبء الإثبات من أمين النقل إلى المتعاقد معه، فيصبح هذا الأخير هو المكلف بإثبات الخطأ من طرف الناقل على أساس المسؤولية العقدية لا المسؤولية التقصيرية.

وكما يقع التعديل الاتفاقي لقواعد الإثبات مقدماً قبل حصول النزاع على النحو الذي سبق، يصح كذلك أن يقع التعديل أثناء النزاع⁽³⁾، فيجوز لخصم لم يكن أصلاً مكلفاً بإثبات الواقعة أن يتطوع لإثباتها، فإذا أجابه القاضي إلى ذلك فلا يجوز له أن يحتج بعد ذلك أنه

1- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 43- أنظر أيضاً، د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 102.

2- د. أحمد نشأت، المرجع السابق، المجلد الأول، ص 88.

3- د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، المجلد الأول، الكتاب الأول، ص 25.

غير مكلف قانونا بعبء إثبات الواقعة المراد إثباتها⁽¹⁾، ذلك أن تطوعه لإثبات الواقعة مع سكوت خصمه يكون بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه، فسكوت الخصم مثلا عن الاعتراض في إحالة الدعوى للتحقيق يعتبر قبولا ضمنيا لهذا الإجراء وليس للخصم أن يدفع بعدم قانونية هذا الإجراء حتى ولو كان متطوعا لإثبات ما هو غير ملزم بحمل عبئه. ومن خلال ما تقدم يتضح أن عبء الإثبات يوزع بين الخصمين حتى يعجز أحدهما عن إقامة الدليل فيخسر دعواه، ويوزع القاضي عبء الإثبات بين طرفي الدعوى إما بحكم الواقع بمقتضى القرائن القضائية أو بحكم القانون بمقتضى القرائن القانونية ويمكن أن يتفق الخصوم صراحة أو ضمنيا على مخالفة قواعد عبء الإثبات طالما أنها من الحقوق المقررة لمصلحتهم.

المبحث الثاني: طرق الإثبات

رسم القانون طرق الإثبات المختلفة وهي ستة الكتابة، البينة أو شهادة الشهود، والقرائن، والإقرار، ثم اليمين، والمعينة.

ونستبعد المعينة من موضوعات القانون المدني والتجاري إذ هي لا تنطوي إلا على إجراءات مما جعلها من موضوعات قانون الإجراءات المدنية سواء ما تعلق منها بانتقال المحكمة للمعينة أو ما تعلق بالمعينة التي يقوم بها خبير مختص.

وتنقسم طرق الإثبات من عدة نواحي:

من حيث قوتها في الإثبات: تنقسم إلى أدلة مطلقة تصلح لإثبات جميع الوقائع سواء كانت تصرفات قانونية أو وقائع مادية وهي الكتابة، وأدلة محدودة القوة تصلح لإثبات بعض التصرفات دون سواها وهي البينة والقرائن القضائية وطرق معفية من الإثبات وهي الإقرار واليمين.

ومن حيث طبيعتها: تنقسم إلى أدلة أصلية وهي الكتابة والقرائن والبينة، وأدلة احتياطية وهي الإقرار واليمين.

ومن حيث حجيتها: تنقسم إلى أدلة ملزمة للقاضي وهي الكتابة والإقرار واليمين والقرائن القانونية، وأدلة غير ملزمة للقاضي وهي البينة والقرائن القضائية.

1- د. أحمد نشأت، المرجع السابق، المجلد الأول، ص 89.

وفي دراستنا لطرق الإثبات نتطرق إليها كما وردت في القانون المدني حسب ترتيبها مع تحديد قوة كل واحدة منها، ومتى يمكن استعمال كل طريقة منها كما يلي:

المطلب الأول: الكتابة.

المطلب الثاني: البينة أو شهادة الشهود.

المطلب الثالث: القرائن.

المطلب الرابع: الإقرار.

المطلب الخامس: اليمين.

المطلب الأول: الكتابة

تعتبر الكتابة من أقوى طرق الإثبات ولها قوة مطلقة إذ يجوز أن تكون طريقاً لإثبات الوقائع والتصرفات القانونية، لما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة، حيث تعد الوسيلة الأنجع لحماية حقوق الأطراف لكونها أقل عرضة لتأثير عامل الزمن ولضعف ذاكرة الإنسان عكس طرق الإثبات الأخرى كشهادة الشهود واليمين، وبالتالي تكون الكتابة دليلاً كاملاً لا يمكن الطعن فيه إلا بطريق الطعن بالتزوير⁽¹⁾.

وفي هذا قضت المحكمة العليا بقولها " ... يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذاً في كل التراب الوطني... "(2).

إلا أنه قد يلاحظ أن الكتابة عرضة للتزوير كما أن الأشهاد عرضة لفساد الذمة والكذب والخطأ، لكن عيب التزوير كشفه أسهل من كشف عيوب الشهادة.

أهمية الكتابة في الإثبات

كانت الكتابة في العصور القديمة تحتل درجة دنيا في الإثبات أو منعدمة تماماً حيث كانت الشهادة تعد أسمى طرق الإثبات، ثم جاء الإسلام وأمر القرآن الكريم بإتباع قاعة الكتابة في إثبات الديون في قوله تعالى " **يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين لأجل مسمى فاكتبوه** "(3).

1- د. محمد مطر، المرجع السابق، ص 121.

2 - قرار المحكمة العليا- الغرفة المدنية رقم: 176.264 بتاريخ: 1998/11/18- المجلة القضائية- سنة 1999- العدد الأول، ص 102 وما بعدها.

3- سورة البقرة، الآية 281.

وفي العصر الحديث انتشرت الكتابة وساعد ذلك اختراع الطباعة وانتشار التعليم، فعلت الكتابة على الشهادة وأصبحت الطريقة الأصلح لإثبات الحقوق.

وقد أوجب المشرع بوجه عام الكتابة طريقاً للإثبات في الأحوال التي يمكن إعادتها مقدماً، وهي الأحوال التي يكون فيها مصدر الحق تصرفاً قانونياً، فالتصرف القانوني يسهل إعداد الكتابة لإثباته من وقت صدوره، وقبل وقوع مخاصمة بشأنه أما الواقعة القانونية وهي عمل مادي قد لا يتيسر إعداد كتابة لإثباتها لذلك يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ومع هذا يمكن إثبات بعض الوقائع المادية عن طريق الكتابة كخيانة الأمانة(1).

وتختلف قوة الكتابة في الإثبات باختلاف التصرفات المراد إثباتها، ففي التصرفات المدنية تعد الكتابة أسمى وأقوى طرق الإثبات حيث أوجب المشرع إثبات جميع التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 1000 دج أو كانت غير محددة القيمة بالدليل الكتابي دون غيره ولا يمكن الطعن في ذلك الدليل إلا بالتزوير.

أما في المواد التجارية ونظراً لما تمتاز به معاملات التجارة من مزايا السرعة والثقة في التعامل فقد أباح القانون إثباتها بكافة الطرق مهما كانت قيمتها مع مراعاة الاستثناءات الواردة على ذلك كالدفاتر التجارية وعقد الشركة.

1- الكتابة كشرط للانعقاد: وهي الحالة التي يشترط فيها القانون أو الطرفان كتابة العقد لانعقاده لا لمجرد إثباته(2)، كعقد البيع وعقد الرهن الرسمي، ففي هذه الحالة تكون الكتابة لازمة للانعقاد بحيث يؤدي تخلفها إلى عدم وجود التصرف أصلاً لتخلف ركن من أركانه لا يمكن أن يقوم بدونه، كالتصرف الناقل لملكية عقار.

2- الكتابة كأداة للإثبات: ويقصد بها ما تضمنته المحررات في تقارير كتابية أو إخبارات متصلة بها اتصالاً مباشراً ترجح وجود واقعة قانونية أو تصرف قانوني لا تشترط الكتابة لانعقاده(3)، كعقد الإيجار الوارد على محل سكني.

فإذا قام شك حول مدلول النص الذي يستلزم الشكلية، وهل قصد أن تكون للانعقاد أم للإثبات، وجب اعتبارها متطلبية للإثبات(4).

1 - د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 90.

2 - د. جلال العدوي، المرجع السابق، ص 385.

3 - المرجع نفسه، ص 386.

4 - د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 110.

والكتابة كأداة للإثبات قررت لحماية مصلحة أطراف العقد وتنقسم المحررات التي تصلح دليلا كتابيا إلى محررات رسمية وعرفية، وسنتطرق في دراستها في فرعين منفصلين.

الفرع الأول: المحررات الرسمية

التطرق الى المحرر الرسمي باعتباره دليلا لإثبات الوقائع المادية يستوجب، تعريفه وبيان شروطه، ثم الجزاء المترتب على تخلف أحد شروطه، وأخيرا تحديد حجيته، وذلك تبعا لما يلي:

أولاً: تعريف المحرر الرسمي

تنص المادة 324 من التقنين المدني على أن "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

يلاحظ بإستقراء هذا النص أن القانون المدني يطلق عبارة العقد الرسمي على الورقة الرسمية أو المحرر الرسمي، وهو تعبير لا يستقيم مع المنطق وغير مستساغ قانوناً، لأنه لا يميز بين التصرف القانوني محل الإثبات وبين أداة إثباته بل يجعلهما وكأنهما شيئاً واحداً.

ذلك أن المحرر تفرغ فيه إرادة المتعاقدين سواء كان هذا المحرر شرطاً لإنعقاد العقد أو لمجرد إثباته وهو ليس التصرف في حد ذاته، لأن صفة الرسمية تلحق العقد وليس التصرف القانوني فنقول العقد الثابت في محرر رسمي.

ودليل ذلك أن بطلان المحرر لا يؤثر في بطلان التصرف ما لم يكن شرطاً لإنعقاده، فإذا أبطلت الورقة المثبتة لعقد بيع منقول مثلاً فإن العقد لا يبطل مطلقاً وإنما يمكن إثباته بوسيلة أخرى في الحدود التي رسمها القانون.

ثانياً: شروط المحرر الرسمي

وعلى أية حال فإنه يتضح من نص المادة 324 من القانون المدني أن المشرع حدد الشروط الواجب توفرها لصحة المحرر الرسمي وهي:

1- أن يقوم بكتابة المحرر الرسمي موظف عام مكلف بخدمة عامة.

2- صدور المحرر في حدود سلطة الموظف العام واختصاصه.

3- مراعاة الأوضاع المقررة قانونا.

1- صدور المحرر من موظف عام أو من شخص مكلف بخدمة عامة

يقصد بصدور المحرر من موظف عام أو من شخص مكلف بخدمة عامة، أن ينسب إليه المحرر ولا يستلزم أن يكتب المحرر بيد الموظف أو المكلف بخدمة عامة(1).
والموظف العام هو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها، سواء كان مأجورا أو غير مأجور(2).

ويتنوع الموظفون العموميون بتنوع الاسنادات التي يصدرونها، فالموثق هو ضابط عمومي يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية وكذا العقود المدنية والتجارية التي يود الأطراف إعطائها هذه الصيغة(3)، كعقد الشركة وعقود البيع والإيجار وغيرها، والقاضي يعد موظفا عاما وظيفته إصدار الأحكام، والكاتب يدون ما يدور في الجلسات الرسمية، وهناك سائر الموظفين الإداريين الذين يباشرون أعمالهم في مختلف الإدارات الحكومية، كالمدير، الوالي، ورجال الدرك والشرطة، فهؤلاء كلهم تعتبر الأوراق التي يصدرونها في حدود اختصاصهم أوراقا رسمية.

وليس من الضروري أن يكون من تصدر منه الورقة الرسمية موظفا عاما، بل يكفي أن يكون مكلفا بخدمة عامة، مثل الخبير المعتمد المعين من طرف المحكمة.

كذلك لا يلزم لاعتبار المحرر رسميا أن يكون قد صدر من الموظف من أول الأمر، فقد يكون المحرر عرفيا في البداية ثم ينقلب إلى محرر رسمي بعد ذلك، إذا تدخل فيه موظف عمومي مختص(4)، وصدور المحرر من الموظف معناه أن ينسب إليه المحرر فقط ولا يشترط أن يكتبه بيده بل أن يكون صادرا منه بشهادة توقيعه.

2- صدور المحرر في حدود سلطة الموظف العام واختصاصه

يفهم من نص المادة 324 من القانون المدني أنه يشترط أن يكون الموظف مختصا وتكون طبيعة المحرر أو موضوعه داخلا في هذا الاختصاص، وسنتطرق لهذا الشرط كما يلي:

1- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 65.

2 - يحي بكوش، المرجع السابق، ص 93.

3- أنظر المادة 5 من القانون 27/88 المؤرخ في 12 يوليو 1988، المتضمن قانون التوثيق.

4- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 114.

أ- اختصاص الموظف من حيث الموضوع

ويقصد من ذلك أن يكون الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة، قد قام بتحرير الوثيقة أثناء ثبوت ولايته، بمعنى أن يكون قائماً بعمله قانوناً وقت تحريرها، أما إذا كان قد عزل أو نقل وتم إبلاغه بالقرار الصادر بهذا الشأن فإنه يفقد سلطته، ولا تكون له ولاية في تحرير أية ورقة رسمية، أما إذا حرر الورقة في الفترة التي أعقبت صدور المحرر وقبل إبلاغه به، فإن الورقة تكون صحيحة لحماية للوضع الظاهر المصحوب بحسن النية⁽¹⁾.

وتطبيقاً لحماية الوضع الظاهر فإذا ما صدر المحرر عن الموظف وهو يقوم بالعمل فعلاً، فلا يؤثر في صحته أن يكون تعيين الموظف قد تم على خلاف ما يقضي به القانون، أو أن يكون توليه الوظيفة قد تم عن غير طريق السلطة الشرعية في البلاد تطبيقاً لنظرية الموظف الفعلي⁽²⁾.

ويقصد بذلك ألا يقوم بالموظف الذي صدر عنه المحرر مانع شخصي يجعله غير صالح لإصداره، كأن يكون للموثق مصلحة خاصة أو قرابة حتى الدرجة الرابعة في تحرير المحرر أو العقد.

ب- اختصاص الموظف من حيث المكان

وهو الإقليم الذي يحدده القانون للموظف العام لمباشرة عمله، فلا يجوز له الخروج عن دائرة اختصاصه، فالمحضر القضائي مثلاً اختصاصه محدد بدائرة معينة لا يجوز له تعديها، كأن تكون دائرة اختصاصه محكمة باتنة فلا يستطيع أن يحرر محضر إثبات حالة في دائرة اختصاص محكمة أريس.

أما اختصاص الموثق فوفقاً للمادة الثانية من قانون التوثيق فإن اختصاصه الإقليمي وطني، حيث يمكنه تحرير كل التصرفات القانونية التي تمت في أي مكان من التراب الوطني، وإنما المنع ينصب مكان عمل الموثق فلا يستطيع مباشرة عمله في مكتب خارج دائرة اختصاصه.

3- مراعاة الأوضاع المقررة قانوناً

1- د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 153 وما بعدها- أنظر أيضاً د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 46.

2- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 123.

يجب أن تكون الأوراق الرسمية، والتوثيقية بوجه خاص محررة طبقا لبعض الشكليات التي نص عليها القانون، وهذه الشكليات تسمح بتفسير قرينة الرسمية التي نص عليها القانون(1).

وهذه المحررات يشترط أن يحررها الموثق، ويشترط أن تكون مكتوبة باللغة العربية، وأن تشمل فضلا عن ذلك، على اسم الموثق ومحل إقامته، وتحديد أسماء وألقاب الشهود الذين حضروا في العقد، وأسماء المتعاقدين وتوقيعاتهم، وتاريخ العقد والتنويه عن تسديد الرسوم وتحديدها(2).

وهناك أشكال أخرى يتطلبها قانون التوثيق 13/88 كوجوب ذكر تاريخ تحرير المحرر باليوم والشهر والسنة، وترقيم الصفحات وتسطير الفراغات، وبيان عدد الكلمات المشطوبة وغيرها.

4- جزاء تخلف أحد هذه الشروط

ويفرق الفقه بين حالة تخلف الشرطين الأول أو الثاني وبين حالة تخلف الشرط الثالث، فإذا كان تخلف الشرطين الأولين كان المحرر باطلا بوصفه محررا أو سندا رسميا(3)، كما إذا صدر المحرر عن موظف غير مختص، أو عن موظف كان قد عزل أو نقل مع علمه وإبلاغه بذلك، فإن المحرر في هذه الحالات وأمثالها يكون باطلا باعتباره محررا رسميا، وكذلك الأمر إذا قام بالموظف مانع يحول بينه وبين توثيق المحرر، كما إذا كانت له مصلحة شخصية في المحرر، أو ربطته بأصحاب الشأن أو بالشهود قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة.

أما بخصوص الشرط الثالث لصحة المحرر الرسمي والمتعلق بمراعاة الأوضاع المقررة قانونا، فإذا تمت المخالفة لأوضاع جوهرية واجب ذكرها في المحرر، كتاريخ العقد واسم الموثق والمتعاقدين، كان المحرر باطلا بوصفه محررا رسميا(4)، ولا يعتبر وضعاً جوهرياً عدم تسديد الرسم المقرر، وترقيم الصفحات والإضافة والتدشير، ويبقى المحرر في هذه الحالة محررا رسمياً.

1- يحي بكوش، المرجع السابق، ص 100.

2- أنظر المادة 18 من قانون التوثيق.

3- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 130.

4- أحمد نشأت، المرجع السابق، المجلد الأول، ص 217.

وفقدان المحرر صفته الرسمية لا يجرده من قيمته في الإثبات، حيث يعتبر هذا المحرر ورقة عرفية متى استوفى شروطها طبقا لقاعدة تحول المحرر الرسمي الى محرر عرفي، التي يأخذ بها المشرع الجزائري و نص عليها بالمادة 326 مكرر من القانون المدني.

ثالثا: حجية المحررات الرسمية في الإثبات

تعتبر المحررات الرسمية أقوى وأهم طرق الإثبات لما تحتويه من حماية قانونية لحقوق الأطراف مما يجعلها حجة على الكافة أي حجة على طرفي العقد، وكذا حجة على الغير، إضافة إلى حجة صور المحررات الرسمية، ويتضح ذلك من المواد 324 مكرر 5 الى المادة 324 مكرر 7، وستتناول حجية المحرر الرسمي بالنسبة لطرفيه وبالنسبة للغير ثم حجية صور هذا المحرر فيما يلي:

1- حجية المحررات الرسمية بالنسبة للطرفين

تعتبر البيانات المدونة في العقد الرسمي حجة قاطعة على حصول التعاقد بين الأطراف، فلا يستطيع أحد الطرفين أن ينكر شيئا مما ورد في العقد من بيانات قام الموثق بتدوينها⁽¹⁾، وتنقسم هذه البيانات إلى فئتين:

الفئة الأولى: وهي البيانات التي ما يقوم به الموظف بنفسه، مثل كتابة المحرر واسم الموظف العام أو الموثق الذي قام بتحرير العقد وعنوانه بالإضافة إلى ذكر هوية الأطراف، والشهود وتاريخ تحرير العقد، وكذا تلاوته للمحرر بعد كتابته، وهي البيانات المنصوص عليها في المادة 18 من قانون التوثيق.

وهذه البيانات لها حجيتها المطلقة في الإثبات ولا يجوز دحضها إلا عن طريق الطعن بالتزوير ولا يقبل تقديم أي دليل مناقض لها كالإنكار.

الفئة الثانية: هي البيانات الخاصة بموضوع العقد الرسمي وتتمثل في نوع العقد، كالبيع مثلا الذي من خلاله يصرح البائع أنه يبيع ويصرح المشتري أنه قبل أن يشتري وفق الشروط المتفق عليها والمدونة في العقد، بالإضافة إلى تحديد المبيع تحديدا دقيقا وكافيا

1- أحمد نشأت، المرجع السابق، المجلد الأول، ص 222.

ويوقع عليها الأطراف والشهود والموثق، فتكون لها حجية في الإثبات بالنسبة للطرفين إلى أن يطعن فيها بالتزوير أو حتى يقوم الدليل على ما يخالفه(1).

ويقع عبء إثبات التزوير على مدعي التزوير حيث يحدد مواضع التزوير المدعى بها، إما في الدعوى الفرعية بالتزوير أثناء سير الدعوى الأصلية، أو بشكوى إلى وكيل الجمهورية، أو بشكوى مصحوبة بإدعاء مدني توجه إلى قاضي التحقيق(2)، وفي هذه الحالة يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الإتهام، ويمكن للقاضي حسب ظروف الدعوى وتقديره لها أن يوقف تنفيذ العقد مؤقتا طبقا للمادة 326 مكرر 6 من القانون المدني.

وتذهب المحكمة العليا في قضائها " أن العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره وثبوت التزوير لا يكون إلا بحكم قطعي من الجهات القضائية المختصة "(3)، وذهبت في قرار آخر " أن المادة 155 من تقنين الإجراءات المدنية تجيز الطعن بالتزوير في أي وثيقة مقدمة في الدعوى سواء كانت وثيقة رسمية أو عرفية، وكان على قضاة الموضوع أن يوقفوا الفصل في الدعوى الأصلية إلى حين الفصل في الدعوى الفرعية بالتزوير تطبيقا لأحكام القانون المدني "(4).

كما تكون المحررات الرسمية حجة بالنسبة للطرفين حتى يقوم الدليل العكسي، فالأصل أن العقد الرسمي صحيح خالي من أي عيب إلى أن يثبت أحد طرفي العقد أن عقد البيع صوري أو أن الثمن لم يدفع فعلا.

ويفترض أيضا في أطراف العقد الأهلية القانونية للتعاقد إلا أنه يمكن لكل ذي مصلحة إثبات العكس كأن يثبت أن أحد أطراف العقد ناقص الأهلية لذلك يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه طبقا للقواعد المقررة قانونا دون حاجة إلى الطعن بالتزوير(5).

2- حجية المحررات الرسمية بالنسبة للغير

1- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 73.
2- أنظر المادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية.
3- قرار المحكمة العليا- الغرفة المدنية- رقم: 234.567 بتاريخ: 2000/02/23- المجلة القضائية- سنة 2000، العدد الأول، ص 92 وما بعدها.
4- قرار المجلس الأعلى- الغرفة المدنية- رقم: 34.700 بتاريخ: 1985/06/26 - المجلة القضائية- سنة 1989- العدد الرابع، ص 57 وما بعدها.
5- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 152.

يكون المحرر الرسمي حجة على الكافة فحجيته لا تقتصر على الأطراف فقط بل تتعدى الأطراف إلى الغير، والمقصود بالغير هنا من لم يكن طرفا في العقد ولا متلقيا للحق عنه مثلا، فلا يستطيع الغير أن ينكر ما ورد في المحرر من بيانات لحقتها الصفة الرسمية إلا عن طريق الطعن بالتزوير أو قيام دلائل عكسي، ويحق للغير إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات(1).

3- حجية صور المحررات الرسمية

بين المشرع حجية صور المحرر الرسمي في المادتين 325 و326 من القانون المدني، ولكون أصل المحرر الرسمي لا يسلم لذوي الشأن وإنما يعطى صور فقط لهم، ويظل الأصل محفوظا لدى مكاتب التوثيق وكتابة ضبط المحكمة، والفرق بين الأصل والصورة، أن الأصل هو الذي يحمل توقيعات الأطراف والشهود وتوقيع الموثق، والتي تحفظ في مكاتب التوثيق بعد القيام بإجراءات التسجيل لدى مكاتب التسجيل والطابع، والصورة المنقولة عن الأصل لا تحمل إلا توقيع وخاتم الموثق، وهذا الأمر هو الذي يعطيها صفة الرسمية(2).

وهذه الرسمية هي للصورة والتي لا تعد أصلا برغم أنه مطابقة تمام المطابقة للأصل بما أشتمل عليه من بيانات توقيعات، وللمحرر الأصلي حجية أقوى وأهم من حجية صورته لما يحتويه من بيانات مدونة فيه، ولبيان ذلك نفرق بين حالتين، حالة ما إذا كان الأصل موجودا، حالة ما إذا كان الأصل غير موجودا.

الحالة الأولى: حجية صورة المحرر الرسمي إذا كان الأصل موجودا

تنص المادة 325 من التقنين المدني على أنه "إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا 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".

1- المرجع نفسه، ص 157.

2- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 77.

فمن خلال نص هذه المادة فإنه إذا كان أصل المحرر الرسمي موجودا فإن صورته الرسمية المأخوذة من الأصل تكون لها حجية في الإثبات بشرط أن تكون مطابقة للأصل، وهي قرينة تعفي صاحبها من عبء الإثبات، ولكنها قرينة بسيطة يمكن إهدارها إذا نازع أحد الطرفين في هذه المطابقة، عندئذ يتعين على المحكمة أن تأمر بإحضار الأصل الذي يحتوي على توقيعات الأطراف والشهود والموثق(1)، ويحكم في الدعوى نتيجة لذلك بقبولها أو بالاستبعاد.

الحالة الثانية: حجية صورة المحرر الرسمي إذا كان الأصل غير موجود

إذا لم يوجد أصل المحرر الرسمي سواء كان قد ضاع أو هلك فإن المشرع يفرق بين ثلاثة أنواع من الصور:

1- الصورة الرسمية الأصلية

هي الصورة سواء كانت تنفيذية أو غير تنفيذية تم نقلها مباشرة عن أصل المحرر الرسمي بواسطة موظف عام مختص تكون لها حجية الأصل بشرط أن يكون مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل(2).

2- الصورة الرسمية المأخوذة عن الصورة الأصلية

هي الصورة الغير المأخوذة من الأصل بل مأخوذة من الصورة الأصلية الرسمية لها نفس حجية الصورة الأصلية بشرط بقاء الصورة الرسمية الأصلية، وأن تكون قد صدرت من موظف عام مختص حيث يجوز للطرفين أو القاضي طلب إحضار الصورة الأولى، لمراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها(3).

3- أما الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية

فلا تكون لها أية حجية ولا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس أو الاستدلال تبعا للظروف، أي أنها لا تصلح إلا أن تكون مجرد قرائن بسيطة يستنبط منها القاضي ما يراه(4)، وقد تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة في دعوى أخرى.

1- د. محمد مطر، المرجع السابق، ص 152.

2- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 149.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 170.

4- د. سليمان مرقس، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 189.

الفرع الثاني: المحررات العرفية

يقصد بالمحرر العرفي على الورقة الصادرة من أحد الأطراف بتوقيعه إياها من أجل إعدادها للإثبات، وتنص المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني على أنه " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف "

ومن خلال نص المادة فإن المحرر العرفي هو كل عقد غير رسمي لم يتدخل في تحريره موظف عام بدكم وظيفته أو يحرره موظف بصفته الشخصية كشخص عادي يطلب منه تحرير العقد، ولا يشترط شكل معين في إعداده بل يشترط لصحة تحرير العقد العرفي شرط واحد هو الكتابة مع التوقيع(1).

فإذا كان العقد تبادليا كالبيع والإيجار أو الشركة وجب أو يوقعه أطراف العقد أما إذا كان عقدا فرديا كالإقرار بالدين يكفي توقيع الطرف الملزم المدين، بالإضافة إلى ذلك هناك بعض المحررات العرفية تكون لها قيمة في الإثبات بدون توقيع كالدفاتر التجارية، والتأشير على السند بما يستفاد منه براءة المدين، وبذلك تنقسم المحررات العرفية إلى نوعين، فإما هي محررات معدة للإثبات وإما محررات غير معدة للإثبات.

أولاً: المحررات العرفية المعدة للإثبات

نعرض لدراسة المحررات العرفية المعدة للإثبات، من ناحيتين، الأولى الخاصة بشروط هذه المحررات، وفي الثانية نتناول حجيتها في الإثبات.

1- شروط المحرر العرفي المعد للإثبات

يشترط في هذا النوع من المحررات العرفية حتى تعد دليلا في الإثبات أن تكون متضمنة كتابة، وأن يكون موقعا عليها ممن يحتج بها عليه، وبيان ذلك كما يلي:

أ- الكتابة

يشترط في هذه المحرر العرفي المعد للإثبات أن يتضمن كتابة تدل على الغرض الذي أعد من أجله، أي أن تكون الكتابة واردة على الواقعة التي أعد هذا المحرر ليكون دليلا عليها(2).

1- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 153.

2- أحمد نشأت، المرجع السابق، المجلد الأول، ص 264.

وإذا تضمن المحرر كتابة بهذا المعنى فلا يشترط بعد ذلك أي شرط شكلي في هذه الكتابة، فيمكن أن تكتب بأي وسيلة، بقلم الرصاص أو بالمداد، بأي لغة، أو حتى بالرموز المختصرة ما دامت مفهومة من الطرفين، بل أنه لا يشترط أن تكون الكتابة بخط من قام بالتوقيع عليها، فيمكن أن تكون الكتابة بخط غيره ولو كان ناقص الأهلية(1).

ويخضع المحرر العرفي لمبدأ الحرية في التحرير فهو لا يخضع لأي شكل أو قيد في إعداده، وعلى ذلك يمكن إدراج المبالغ بالكتابة والأرقام، ويكفي أن تكون بالأرقام فقط، كما لا يلزم ذكر مكان تحرير المحرر، كما لا يلزم حضور شهود أثناء التحرير وتوقيعهم على المحرر.

كما لا يؤثر في صحة المحرر العرفي وجود تحشير أو إضافات بين السطور أو في الهامش، كما لا يلزم توقيع الإضافات أو التحشيرات، وإنما يترك ذلك لتقدير القاضي من ناحية قوة الإثبات(2).

لا يشترط في صحة الورقة العرفية أن تكون مؤرخة، إلا في حالات معينة نص عليها القانون كالسفتجة والسند لإذن والأشيك، لكن التاريخ في الوثيقة العرفية بيان من البيانات الهامة، وقل أن يغفله أصحاب الشأن وإلا صعب عليهم فيما بعد إثباته. إلا أنه يمكن إثبات التاريخ الحقيقي للورقة، كما إذا أريد اعتباره باطلاً لأنه تحرر في وقت كان المحتج به عديم الأهلية مثلاً أو أن الحق قد سقط بمضي المدة، كما يجوز إثبات التاريخ بشهادة الشهود، لأن التاريخ حادث طبيعي وليس جزءاً من التعاقد، أو الارتباط القانوني(3).

ب- التوقيع

التوقيع هو الشرط الأساسي والجوهرى لوجود المحرر العرفي، فالتوقيع هو الذي تقوم عليه صحة صدور المحرر ممن يراد أن تكون حجة عليه(4).

1- د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 196.
2- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 178.
3- أحمد نشأت، المرجع السابق، المجلد الأول، ص 265.
4- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 180.

والمقصود بالتوقيع هو توقيع من ينسب إليه المحرر قولاً والتزاماً، فإذا كان العقد ملزماً للجانبين كعقد البيع، وجب أن يوقعه الطرفين، أما إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد فلا يلزم سوى توقيع الطرف الذي يلتزم أو يقرر (1).

والتوقيع هو علامة أو إشارة أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد الأشخاص على استعماله للتعبير عن موافقته على عمل أو تصرف قانوني بعينه (2).

وتبعاً للمستجدات الاقتصادية في مجال التجارة التي تتجه إلى إدخال وسائل حديثة في التعامل، ظهرت مصطلحات وأفكار جديدة حول فكرة التوقيع، وأصبح التوقيع الإلكتروني في مجال المعاملات البنكية واستخدام بطاقات الائتمان.

وهذا التطور المطرد في استخدام شبكة الإنترنت في المعاملات التجارية يلح على وضع أسس له، وقد عرفت الاتفاقية الأوروبية لسنة 1999 التوقيع الإلكتروني على أنه " المعطيات التي تأخذ الشكل الإلكتروني والتي ترتبط بمعطيات أخرى إلكترونية، والتي تستخدم كوسيلة لإثبات صحتها" (3).

ويتم التوقيع التقليدي عادة بالإمضاء، ويجوز أن يكون بالختم أو ببصمة الأصبع خصوصاً بالنسبة للأمين، ويكتفي أن يوقع الشخص بالاسم الذي اعتاد أن يوقع به. أما التوقيع الإلكتروني فإنه يتم إما بطريقة آلية، أو بطريقة رقمية، وإما بطريقة بيومترية، وتُدرس في هذه الحالة الخواص المميزة للأشخاص كالبصمة الصوتية أو بصمة الشفاه أو بصمة شبكة العين، إلا أن الأخذ به متوقف على اعتراف القضاء أو المشرع به (4).

ج- التوقيع على بياض

قد يضع أحد الأطراف وهو المدين غالباً توقيعاً على ورقة بياض ويترك للطرف الآخر أن يكتب فوق التوقيع البيانات التي اتفق على عناصرها الجوهرية، مثل ذلك أن يوقع شخص شيكاً على بياض لمصلحة شخص آخر له معه حساب جار، ويعهد له أن يضع الرقم

1- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 81.

2- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 159.

3- أ. محمد إبراهيم أبو الهيجاء: " التحكيم بواسطة الأنترنت " - الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان 2002، ص 81.

4- محمود ثابت محمود: " حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات " - مجلة المحامي- نقابة المحامين بمصر- سنة 2002- العدد الثاني، ص 623.

الدال على قيمة الشيك، ومن ثم يكون من وقع قد وثق في صاحبه اطمأن إلى أمانته ومن هنا يكون الخطر في التوقيع على بياض.

والملاحظ أن الكثير من المعاملات التجارية في الجزائر تتم بهذا الأسلوب، الذي يضمن التحايل على القانون بجعل الشيك وسيلة ضمان للديون، ووسيلة أيضا لضمان الفائدة على القروض التي يحرمها القانون، إلا أن الواقع أثبت في كثير من الأحيان، أن الدائنين كثيرا ما يخونون الأمانة ويكتبون مبالغ تفوق القيمة الحقيقية بكثير، بغرض الاستفادة من هذه المبالغ مستعملين الحماية الجزائية التي قررها المشرع للشيك، وهذا رغم أن قبول وتسليم شيك كضمان يعد جريمة في كلتا الحالتين ويعاقب عليها قانون العقوبات.

ومهما يكن من أمر فإن التوقيع على بياض صحيح، ومن شأنه أن يكسب البيانات التي سنتكلم عليه بعد ذلك فوق هذا التوقيع حجية الورقة العرفية⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 381 تعاقب على كل من يخون الأمانة في أوراق موقعة على بياض، وبالتالي بإمكان المدين الدفع بأنه تم تغيير الحقيقة في المحرر.

والسؤال الذي يطرح: ما جزاء الإخلال بمبدأ التوقيع على المحرر العرفي؟

يشترط في المحررات العرفية أن تكون موقع عليها من الشخص المنسوب إليه وإلا كانت باطلة فإذا كانت الورقة تحتوي على اتفاق ملزم للجانبين يشترط توقيع الطرفين وإلا كانت ورقة باطلة، أما إذا كانت الورقة العرفية منشأة للالتزام من جانب واحد كالإقرار بالدين يكفي أن يشتمل على توقيع المدين المقر دون الدائن⁽²⁾، فإذا تخلف توقيع المقر يؤدي حتما فقدان الورقة لقيمتها.

كذلك إذا كان المدين هو الذي كتب الإقرار بخط يده دون إكراه ودون توقيع فالكتابة بخط اليد تؤكد كدليل إثبات ضد من حررها.

2- حجية المحررات العرفية في الإثبات

للمحررات العرفية حجية في الإثبات من ثلاثة نواحي فالمحرر حجية بصدوره ممن وقعها، كما تمكن حجيتها بصدق البيانات المدونة به بالإضافة إلى حجيتها بالنسبة للتاريخ المدون به.

1- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 180 .
2- يحي بكوش، المرجع السابق، ص 134 وما بعدها.

أ- حجية المحرر العرفي بصدوره ممن وقعه

تنص المادة 327 من التقنين المدني على أنه: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار، يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق".

فطبقا لنص هذه المادة فإن اعتراف صاحب التوقيع بصدور الورقة منه كان للعقد العرفي قوة في الإثبات بالنسبة للطرفين، وحجية المحرر العرفي تتوقف على عدم إنكار موقعه لما هو منسوب إليه لأن إنكاره يؤدي إلى فقدان المحرر لحجيته مؤقتا، ويشترط أن يكون إنكاره صريحا ويصبح على المحتج بالورقة عبء إثبات صدورها من صاحب التوقيع كأن يطلب إحالة الورقة على التحقيق(1).

أما إذا تمسك المحتج بالورقة العرفية بعد وفاة صاحب التوقيع فعلى ورثته أو خلفه فإن هؤلاء لا يطالب منهم لإسقاط حجية الورقة العرفية إنكار صريح بل يكفي أن يحلفوا يمينا بأنه لا علم لهم بأن الخط والإمضاء هي لمورثهم لكونهم لا يعلمون شيئا عن الورقة العرفية.

وقضت المحكمة العليا بأن "وجود عقد عرفي يزعم الطاعن أنه اشترى بواسطته العقار محل النزاع من أبيه المالك وأنكر المطعون ضدهم وهو بعض الورثة هذا العقد، كان على قضاة الموضوع أن يوجهوا يمينا لهؤلاء الورثة يحلفونها بأنهم لا يعلمون بأن الخط والإمضاء هو لمورثهم طبقا لنص المادة 327 من التقنين المدني"(2).

ب- حجية البيانات المدونة في المحرر العرفي

يكون للمحرر العرفي حجية كاملة في الإثبات ما لم يذكر أحد الطرفين صدور المحرر عنه وبالتالي تعتبر البيانات المدونة فيه صحيحة، إلا أنها قابلة لإثبات العكس بطرق الإثبات العادية كأن يدعي أن البيانات الواردة به تعرضت لتزوير أو تحريف عن طريق الإضافة أو الحذف مما يتعين عليه الطعن فيها بالتزوير(3).

1- د. الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 48.

2- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم: 33.054 بتاريخ: 1985/02/06، المجلة القضائية، سنة 1992، العدد الرابع، ص 16 وما بعدها.

3- د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 177.

كما يمكن لصاحب التوقيع أن يثبت في مواجهة الطرف الآخر أن العقد المبرم بينهما عقد صوري، كعدم دفع ثمن البيع مثلا فيقع عليه عبء إثبات ذلك، طبقا للقواعد العامة للإثبات.

كما تعد البيانات المدونة في المحرر العرفي حجة على الغير إلى أن يطعن في البيانات المدونة به كاطعن في بالتزوير أو بصورية العقد⁽¹⁾.

ج- حجية المحرر العرفي بالنسبة للتاريخ المدون به

للمحرر العرفي حجية في مواجهة الطرفين لما يحتويه من بيانات مدونة فيه بما في ذلك البيان المتعلق بتاريخ المحرر حتى يثبت صاحبه التوقيع أنه غير صحيح، ولا يثبت ذلك إلا بالكتابة.

أما بالنسبة للغير فلا يعتبر المحرر العرفي حجة عليه في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ المحرر ثابتا حسب نص المادة 328 من التقنين المدني بالطرق الآتية:

* من يوم تسجيله لدى مصلحة تسجيل العقود، وهذه الحالة انتهى العمل بها منذ سنة 1992.
* من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، كأن يشير إليه القاضي في حيثياته، أو ترد في محاضر الضبط القضائي.

* من يوم التأشير على الورقة العرفية من طرف موظف مختص، كالتأشير عليه بالمصادقة من طرف ضابط الحالة المدنية، أو بتأشير القاضي على المحرر المسلم إليه في الدعوى لتسليمه للخصم للإطلاع.

* من يوم وفاة أحد ممن وقعوا الورقة العرفية، أو كتبوها بخطهم أو وجدت بصمة لهم.

أما صور المحررات العرفية فلا حجية لها في الإثبات، لكن المحررات تستمد قوتها من توقيعات المتعاقدين لذلك فلا قيمة لهذه الصور كدليل كتابي، إلا إذا اكتملت بشهادة الشهود أو بالقرائن أو بهما معا⁽²⁾.

ثانيا: المحررات العرفية غير المعدة للإثبات

هذه المحررات يغلب ألا تكون موقعة، ورغم ذلك فإن القانون يمنحها قوة في الإثبات بحسب ما يتوافر فيها من عناصر الإثبات، وقد ذكر القانون أربعة أنواع من هذه

1- أحمد نشأت، المرجع السابق، المجلد الأول، ص 294.

2- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 189.

المحركات و هي الرسائل والبرقيات، دفاتر التجار، الدفاتر والأوراق المنزلية، والتأشير على سند الدين بما يفيد براءة الذمة، ونعرض لكل محرر فيما يلي:

1- الرسائل والبرقيات

نصت المادة 329 من التقنين المدني " تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات.

وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليها من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك ".
وسنعود بالتفصيل لدور الرسائل والبرقيات في الإثبات في الفصل الثاني.

2- الدفاتر التجارية

وقد نصت عليها المادة 330 من التقنين المدني حول حجيتها في الإثبات، إلا أن التقنين التجاري بين كيفية تنظيمها وكيف تكون لها حجية للإثبات في مصلحة التاجر نفسه إذا كانت منتظمة، كما قد تستعمل كوسيلة للإثبات ضده، وسيأتي تفصيلها في ما بعد.

3- الدفاتر والأوراق المنزلية

ويقصد بها ما يدونه الشخص في مذكرات خاصة فيما يتعلق بشؤونه المنزلية، ولا تعد حجة في الإثبات على صاحبها إلا في حالتين:
* إذا ذكر صاحب هذه الدفاتر أنه استوفى ديناً ويعد ذلك بمثابة إقرار منه.
* إذا ذكر صاحب هذه الدفاتر أنه قصد بها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته، وهذا طبقا للمادة 331 من التقنين المدني.

إلا أن حجية هذه الدفاتر والأوراق قابلة لإثبات العكس بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن(1).

4- التأشير على سند الدين بما يفيد براءة الذمة

في كثير من الأحيان يقوم المدين بالوفاء بالالتزام للدائن على دفعات ويقوم هذا الأخير بالتأشير على الوفاء دون أن يعطي المدين ما يفيد براءة الذمة، وذلك حتى يتم الوفاء

1- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 110.

بكافة الدفعات، وقد اعتبره المشرع قرينة على الوفاء، وهي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس وهناك حالتين:

قد يكون السند المؤشر عليه ببراءة الذمة في حيازة الدائن، وبالتالي يكون حجة على الدائن على حصول الوفاء.

وقد يكون السند المؤشر عليه ببراءة ذمة المدين في حيازة المدين، وبالتالي لا يكون للتأشير حجة على الدائن إلا إذا كان بخطه طبقاً للمادة 332 من التقنين المدني، إلا أن هذه الحجية قابلة لإثبات العكس(1).

المطلب الثاني: البينة أو شهادة الشهود

الفرع الأول: تعريف البينة وأنواعها وشروطها

أولاً: المقصود بالبينة

للبينة معنيان، معنى عام وهو الدليل أياً كان كتابة أو شهادة أو قرائن، فإذا قلنا البينة على من أدعى واليمين على من أنكر، فتقصد هنا البينة بهذا المعنى العام.

ومعنى خاص، وهو شهادة الشهود دون غيرها، وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب، وكانت الأدلة الأخرى نادرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة(2)، فعندما نقول ما لا يزيد قيمته عن ألف دينار يجوز إثباته بالبينة والقرائن، فنقصد معناها الخاص ونقصرها على الشهادة.

وتعرف البينة بأنها إثبات واقعة بشهادة الشهود، وهي أيضاً إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق غيره على غيره(3)، كما يعرفها الفقه بأنها قيام شخص من غير خصوم

1- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 206.

2- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 311.

3- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 207.

الدعوى بالإخبار أمام القضاء عما أدركه بحاسة من حواسه بشأن الوقائع المتنازع عليها، أي أن الشاهد يخبر بواقعة صدرت من غيره يترتب عنها حق لغيره، وبالتالي فالبينة يقوم بها شخص من غير أطراف الخصومة، وتمتاز الشهادة بالخصائص الآتية:

1- الشهادة حجة مقنعة وليست ملزمة، فهي دليل مقنع للقاضي وليس ملزماً له، فقد يستبعد القاضي أقوال الشاهد كلية إذا لم يطمئن إليها دون بيان أسباب ذلك، وقد يرجح شهادة على أخرى.

2- الشهادة حجة غير قاطعة، فما يثبت عن طريقها يقبل النفي بشهادة أخرى أو بأي طريق آخر من طرق الإثبات، وهي بذلك عكس الإقرار أو اليمين.

3- الشهادة حجة متعدية، أي أن ما يثبت عن طريقها يعتبر ثابتاً بالنسبة للكافة، وهي تختلف في ذلك عن الإقرار.

4- الشهادة دليل مقيد لا يجوز الإثبات به إلا في حالات معينة فلا يقبل الإثبات بها فيما يوجب القانون إثباته بالكتابة.

ثانياً: أنواع الشهادة

شهادة الشهود إما أن تكون مباشرة حيث يقوم الشاهد بالإخبار عن ما وقع تحت بصره أو سمعه، كأن يشهد عن جريمة قتل كان حاضراً عند وقوعها، أو يشهد عن تعاقد كان حاضراً فيه بمجلس العقد.

وقد تكون الشهادة غير مباشرة ولها ثلاث صور:

أ- الشهادة السماعية

فيها يشهد الشاهد بما سمع رواية عن غيره، كأن يشهد بأنه سمع آخر يروي له التعاقد على البيع أو القرض⁽¹⁾.

ب- الشهادة بالتسامع

ومن خلالها يشهد الشاهد بما هو شائع بين الناس، أي بما يتسامعه الناس عن الواقعة وما شاع بينهم في شأنها، وبالتالي فهي غير قابلة للتحري ولا يتحمل الشاهد أية مسؤولية عما يشهد به⁽¹⁾.

1- د. سليمان مرقس، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 9.

ج- الشهادة بالشهرة العامة

وهي ليست شهادة بالمعنى الصحيح، وهي عبارة عن ورقة مكتوبة محررة من طرف موظف عام تدون فيها وقائع معينة يشهد بها شهود معينون يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة مثال ذلك تصريح من شهود عن معرفتهم بين زوجين متوفيان(2).

ثالثا: شروط الشهادة

1- أن تكون الشهادة شفوية، وفي هذا نصت المادة 65 من تقنين الإجراءات المدنية بأن تسمع شهادة الشهود على أفراد، ويذكر كل شاهد اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وعلاقته بالخصوم، ويحلف الشاهد اليمين بأن يقول الحق وإلا كانت شهادته باطلة.

ولا يجوز أن تسمع شهادة أقارب الخصوم أو أصهارهم على عمود النسب، أو زوج أحد الخصوم ولو بعد الطلاق، ولا يجوز أيضا سماع شهادة التابع للخصم سواء عن طريق علاقة عمل أو أية علاقة أخرى.

2- أن تصدر الشهادة أمام مجلس القضاء، فلا تقبل الشهادة الصادرة في مجلس آخر، وتنص المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية، على ضرورة حضور الشهود إلى كتابة ضبط المحكمة.

3- أن يكون الشاهد مميزا، فلا يجوز سماع شهادة القصر الذين لم يتموا السادسة عشر إلا على سبيل الاستدلال، كما لا تقبل شهادة فاقد الأهلية، وهو ما نصت عليه المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية.

الفرع الثاني: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبينة

تتمثل الحالات التي يجوز فيها أصلا الإثبات بالبينة في:

أولا: الوقائع المادية

سواء أكانت وقائع طبيعية أو أعمال مادية من فعل الإنسان يستقل القانون بترتيب آثارها، فطبيعتها لا تسمح لصاحب الحق المترتب عليها أن يعنى بتهيئة دليل كتابي بشأنها(3)، فالأصل جواز إثباتها بجميع الطرق.

1- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 114.

2- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 317.

3- م. أحمد جلال الدين هلال: "قضاء النقص والتميز في المواد التجارية والمدنية في التشريع المصري والكويتي"، الطبعة الثانية، مكتبة الفلاح، الكويت 1985، ص 165.

ولهذا كان نطاق القاعدة العامة التي نصت عليها المادة 333 من القانون المدني بشأن وجوب الإثبات بالكتابة و عدم جواز الإثبات بالبينة محصورا في دائرة التصرفات القانونية، وذلك لأن الوقائع المادية لا تعتبر استثناءا يرد على هذه القاعدة لأن الأصل هو جواز الإثبات فيها بجميع الطرق.

ثانيا: التصرفات التجارية

الأصل في المواد التجارية هو حرية الإثبات أي جواز الإثبات بالبينة والأقران مهما كانت قيمة التصرف القانوني التجاري⁽¹⁾، ولهذا أخرجت المسائل التجارية من نطاق حكم المادة 333 من التقنين المدني أيا كانت قيمة الالتزام.

والحكمة من ذلك هو ما تقضيه المعاملات التجارية من سرعة وبساطة، الأمر الذي يتنافى مع اشتراط الكتابة في الإثبات التي تكون مدعاة للبطء والتعقيد.

إلا أن هناك مسائل في تجارية أو جب المشرع كتابتها لإثباتها إما لأنه لا يتصور وجودها بغير الكتابة كالأوراق التجارية، أو لأنها ستستغرق وقتا طويلا وتتطوي على أهمية خاصة كما هي الحال في الشركات التجارية (المادة 545 من القانون التجاري).

سلطة القاضي في قبول الإثبات بالبينة في المواد التجارية

القاضي يستطيع أن يسمح للخصم بإثبات دعواه في المواد التجارية دون التقيد في ذلك بقيمة التصرف المتنازع فيه، وبإمكانه أن يأمر بالتحقيق من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم، ويمكنه أن يرفض طلب الخصم في الإثبات بالبينة إذا بان له من ظروف الدعوى ما يكفي لتكوين اقتناعه⁽²⁾.

ثالثا: التصرفات المدنية التي تقل قيمتها عن ألف دينار جزائري

طبقا لأحكام المادة 333 فقرة 1 من التقنين المدني فإن كل التصرفات القانونية التي تقل عن ألف دينار جزائري يمكن إثباتها بالبينة، (ويلاحظ أن قيمة ألف دينار جزائري يجب أن يعاد النظر فيها من الناحية القانونية على ضوء التغير الكبير الذي لحق بالعملة إضافة إلى تضخم الأسعار التي شهدتها الاقتصاد الجزائري، وذلك محافظة على حقوق

1- د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص 3.

2- م. أحمد هلال، المرجع السابق، ص 169.

الإفراد من ناحية، وحفاظا على استقرار المعاملات من ناحية أخرى، ويمكن رفع قيمة ذلك إلى 30.000 دج مثلا).

إلا أنه هذه الحالة ترد عليها استثناءات، منها أنه إذا كانت الدعوى تشمل عدة طلبات وكان كل طلب يتعلق بتصرف قانوني مستقل وقيمته لا تزيد عن 1000 دج جاز الإثبات بشهادة الشهود، ولو كان مجموع الطلبات كلها يزيد عن النصاب، وحتى لو كانت التصرفات كلها من طبيعة واحدة.

والعبرة في تقدير القيمة هو الالتزام الأصلي فلا عبرة بملحقاته ولا بفوائده، ويكون التقدير في الوقت والمكان الذين صدر فيهما التصرف المنشئ له ولا تأثير حينها لارتفاع أو انخفاض قيمة الشيء.

إضافة إلى ذلك فإن الوفاء بالالتزام اعتبره المشرع تصرفا قانونيا مستقلا وأجاز إثباته بشهادة الشهود حتى ولو كانت قيمة الالتزام الأصلي تزيد عن 1000 دج، ويتبين ذلك بنص المادة 334 من القانون المدني.

كما انه يجب التفرقة بين المادة 333 من القانون المدني التي تستبعد الشهود في إثبات التصرفات القانونية التي تزيد عن 1000 دج، وبين التصرفات التي لا تثبت إلا بالكتابة مهما بلغت قيمة التصرف القانوني، مثل إثبات عقد الكفالة المنصوص عليه في المادة 645 من القانون المدني.

رابعاً: الحالات التي يجوز فيها استثناء الإثبات بشهادة الشهود

تشمل حالات ثلاث نص عليها القانون، وهي مبدأ الثبوت بالكتابة، ووجود الأمانع من الحصول على دليل كتابي، وفقد السند لسبب أجنبي، والحالة وسنتناولها طبقاً للترتيب الآتي:

1- مبدأ الثبوت بالكتابة

تنص المادة 335 من التقنين المدني على أنه "يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".
فمن خلال نص هذه المادة يجب توفر ثلاثة أركان في الورقة باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة.

أ- **الركن الأول:** أن تكون هناك كتابة، ولم يشترط القانون نوعاً خاصاً من الكتابة بل أية كتابة يصح أن تعتبر مبدأً لثبوت الكتابة، فقد تكون هذه الكتابة سندا أو مذكرة شخصية أو مجرد علامة ترمز للاسم أو غير ذلك، ويشترط أن تكون هذه الكتابة متعلقة بالواقعة المراد إثباتها(1).

ب- **الركن الثاني:** أن تكون الكتابة صادرة من الخصم أو ممن يمثله قانوناً، ويشترط أن تكون الكتابة صادرة عن الخصم المطلوب الإثبات ضده أو ممن ينوي عنه كالوكيل عنه مثلا، وقد تكون هذه الورقة موقع عليها منه، أو تكون رسمية تغني رسميتها عن توقيعها.

ج- **الركن الثالث:** يجب أن يكون الحق المراد إثباته قريب الاحتمال بالورقة حتى يمكن اعتبارها مبدأً لثبوت الكتابة، مثلا ورقة شطب الرهن تكاد أن تكون دليلاً كاملاً على دفع الرهائن مبلغ الرهن، فالدائن المرتهن لا يشطب رهنه إلا إذا تسلم دينه الذي جعلت العين المرهونة تأميناً له وإيصال بآخر قسط من الدين له دلالة قوية على الوفاء بالأقساط السابقة فيصح اعتبار الإيصال مبدأً للثبوت بالكتابة بالنسبة لتلك الأقساط.

وتقدير ما إذا كانت الورقة من نشأتها أن تجعل الأمر المدعى به قريب الاحتمال هو من مسائل الواقع لا تخضع لمراقبة المحكمة العليا(2).

2- وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي

تنص المادة 1/336 من القانون المدني بأنه "يجوز الإثبات بالبينة فيما ما كان يجب إثباته بالكتابة:

إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي".

من خلال ذلك فإنه إذا منع الدائن مانع من الحصول على دليل كتابي في كل مل يجب إثباته بالكتابة و يجب أن يسمح له بالإثبات بالشهود وإلا ضاع حقه، والمانع قد يكون مانعاً مادياً أو أدبياً.

فالمانع المادي هو الأمر الذي يمنع بطبيعته من الحصول على سند كتابي وقت حصول سبب الالتزام(3)، كالإكراه المادي بالأسلح مثلاً، أو الإكراه المعنوي بين الرئيس

1- أحمد نشأت، المرجع السابق، المجلد الأول، ص 662.
2- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 323.
3- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 138.

والمروءوس عندما يستلف الرئيس مبلغ من المال من عند المرؤوس فلا يستطيع أن يطلب منه وصلاً لذلك.

فمثل هذا المانع يمنع الشخص من إعداد الكتابة لإثبات التصرفات القانونية التي يقوم بها، وتقدير قيام المانع المادي من الحصول على دليل كتابي أمر يرجع لقاضي الموضوع يستخلصه من ظروف الدعوى ووقائعها ومن طبيعة التصرف المراد إثباته، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا(1).

و من قبيل الموانع المادية التي يأخذ بها القضاء الوديعة الإضطرارية والقرض المفاجئ في السفر.

أما المانع الأدبي فيقصد به أن يكون سبب عدم الحصول على الدليل الكتابي ظروف نفسية خاصة بعلاقات الخصوم وقت إبرام التصرف القانوني(2)، كصلة القربى مثلاً النسب والمصاهرة والعلاقة بين الأصول والفروع وبين الأزواج، تمنع على شخص من الحصول على دليل كتابي فلا يطلب الأب مثلاً من ابنه عند إقراضه مبلغ من المال أن يعطيه سند إقرار بدين.

3- فقدان السند الكتابي بسبب أجنبي لا يد للدائن فيه

تنص المادة 336 فقرة 2 من التقنين المدني على أنه " يجوز الإثبات البينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي خارج عن إرادته ".
وحسب النص فإن ضياع السند بسبب أجنبي لا يد لصاحبه فيه كالسرقة أو الحريق، يكون ذلك عذراً لا يسمح بالإثبات بغير الكتابة، ويثبت بشهادة الشهود ولذلك يجب إثبات أمرين:

أ- سبق وجود سند كتابي: فيجب على المتمسك بالسند أن يثبت سبق وجوده، وما احتواه وأنه كان مستوفياً للشروط القانونية الشكلية والموضوعية وأنه كان عرفياً.

ب- فقدان السند لسبب أجنبي لا يد للدائن فيه: لا يكفي أن يثبت الشخص سبق وجود السند بل يجب عليه أن يثبت أن فقده كان لسبب أجنبي لا يد له فيه لا يمكن إسناده إليه واعتباره مسؤولاً عنه كأن يكون ضاع بسبب فيضان أو حريق أو سرقة(3).

1- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 238.

2- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 138.

3- أحمد نشأت، المرجع السابق، المجلد الأول، ص 701.

المطلب الثالث: القرائن

الحقيقة القانونية حقيقة نسبية ولذلك فإن إثباتها يكون إثباتا ترجيحيا لا يقينيا، وليس بلازم أن ينصب الإثبات على الواقعة المتنازع عليها مباشرة، وإنما يكفي أن يثبت واقعة أخرى تعد قرينة على ثبوت الواقعة المتنازع عليها تبعا للغالب والمألوف.

ولذلك أيضا فإن الإثبات بالقرائن يعتمد على إثبات واقعة غير أصلية فيؤدي إلى إثبات واقعة أصلية، وبالتالي يمكن تعريف القرائن بأنها هي النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة⁽¹⁾.

أي أن هناك واقعتين، واقعة معلومة ثابتة قد يحددها القاضي أو المشرع، ولكنها ليست الواقعة المراد إثباتها فيستخلص منها وجود الواقعة المجهولة وهي مصدر الحق المدعى به، وهو استخلاص يقوم على فكرة الإحتمال والترجيح للغالب المألوف، وقد يقوم على التلازم بين الواقعتين.

والقرائن على العموم وباستثناء القرائن القانونية القاطعة يعاب عليها أنها تقوم على استنتاجات أو فرضيات ويمكن للإنسان أن يخطئ في فرضياته واستنتاجاته، لذلك حصر

1- د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، المجلد الثاني، الكتاب الرابع، ص 4.

المشرع مجال تطبيقها وجعل الإثبات بالقرائن مبني على وجود نص صريح على ذلك فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود.

والقرائن باعتبارها استنباطاً لأمر غير ثابت من أمر ثابت نوعاً، نوع يستنبطه قاضي الموضوع من وقائع الدعوى المعروضة عليه ويعتبر استنتاجات فردية في حالات خاصة وهو القرائن القضائية.

ونوع يستنبطه المشرع نفسه مما يغلب وقوعه عملاً في طائفة معينة من الحالات فيبين عليه قاعدة عامة ينص عليه صيغة مجردة وهو القرائن القانونية.

الفرع الأول: القرائن القانونية

تنص المادة 337 من التقنين المدني بأن " 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 ".

فالقرينة القانونية هي التي يقوم المشرع بنفسه بتحديد دلالتها، أي استنباط أو افتراض ثبوت واقعة من ثبوت أخرى وعندئذ يؤخذ هذا الافتراض في كل الأحوال، وتحديد ما يعتبر من القرائن يكون دائماً بنصوص التشريع أي لا قرينة بلا نص(1).

والقرينة القانونية إما أن تقوم على واقعة حقيقية كالتأشير على سند الدين بما يفيد براءة الذمة، وإما يفترضها المشرع لمصلحة خاصة أو عامة مثل إذا كان الخطأ مفترض قانوناً قام به التابع فإن مسؤولية المتبوع تتحقق نتيجة الخطأ المفترض ونتيجة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة(2)، وقد تكون القرينة القانونية مرجحة للأمر المراد إثباته كحجية الشيء المقضي فيه.

وقد لا تكون مرجحة كافتراض علم الناس بالقانون، كما قد تكون محتملة كافتراض الوصية إذا كان التصرف أثناء مرض الموت، وهو ما قضت به المادة 204 من قانون الأسرة " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية ".

والقرائن القانونية ليست دليلاً للإثبات بل هي تعفي الخصم الذي تقوم لمصلحته من عبء الإثبات، حيث يتكفل القانون باعتبار الواقعة المراد إثباتها ثابتة، وذلك بقيام قرينة.

1- م. أحمد جلال الدين هلال، المرجع السابق، ص 169، أنظر أيضاً، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 600.

2- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 148.

وبذلك قضت المحكمة العليا بأن الأضرار التي تسببها الآلات الميكانيكية مسؤول عنها كل من له عليها قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة حتى ولو لم يكن مالكا لها(12).
وهدف المشرع من وراء القرائن القانونية هو منع التحايل على القانون والحفاظ على الحقوق كحماية حقوق الورثة أو التخفيف من عبء الإثبات وذلك من خلال إفتراض ثبوت وضعية من العسير إثبات الحق المنشئ لها، أو تعبير عن براءة ذمة المدين وذلك تماشيا مع الغالب المألوف(2).
وتنقسم القرائن القانونية بدورها إلى نوعين،القرائن القاطعة والبسيطة، وستنطرق لكل منهما كالاتي.

أولاً: القرائن القانونية القاطعة

وهي القرائن التي لا تقبل إثبات ما يخالفها حيث أقامها المشرع لاعتبارات هامة تقتضي النص على هذه القرائن فتبقى قائمة في جميع الأحوال فينصص عندئذ بعدم جواز إثبات عكسها(3).

وقد يكون الغرض من القرائن القانونية القاطعة إبطال عقد لمخالفته أحكام القانون، مثال ذلك عندما يوقع المسحوب عليه على السفتجة بالقبول فإن توقيعه يعد قرينة قاطعة في مواجهة الحامل أن لديه مقابل الوفاء، ولكن نفس التوقيع هو قرينة بسيطة في مواجهة الساحب الذي لم يوصل مقابل الوفاء إلى المحسوب عليه.

وتصرفات التاجر المفلس التي نصت عليها المادة 215 من التقنين التجاري، فاعتبرت كل التصرفات التي يقوم بها التاجر المدين المتوقف عن دفع ديونه التجارية في ظرف 15 يوما من توقفه عن الدفع باطلة.

فعدم إخبار القاضي بقرينة قاطعة لاعتباره مفلسا بالتقصير أو التدليس، وكل الأعمال التي قام بها تعذر باطلة، و غرض المشرع من إبطال كل هذه التصرفات منع التاجر الذي تم شهر إفلاسه من الإضرار بالدائنين أو محاباة بعضهم على حساب الآخرين

1- قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، رقم: 28.316 بتاريخ: 1982/12/08، مجلة الاجتهاد القضائي، ص 7 وما بعدها.

2- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 600.

3- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 253.

إذ يعتبر وقوعها في تلك الفترة قرينة قاطعة على قصد الإضرار بمجموع الدائنين أو بعضهم، الأمر الذي لا يقره القانون.

كما قد يكون الغرض من هذه القرائن منع سماع الدعوى لسبق الفصل فيها كقرينة قوة الشيء المقضي به المنصوص عليها في المادة 1/338 من القانون المدني بأن " 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 تتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب ..". ويقصد بقوة الشيء المقضي به كل حكم أصبح نهائياً غير قابل للطعن فيه سواء بالطرق العادية من معارضة أو استئناف أو بالطرق الغير عادية كالتماس إعادة النظر، أو بطريق الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، حيث يصبح ما قضى به الحكم حقا مكتسبا لمن قُضي له به، ولا يمكن إحداث أي إخلال به لا بطريق القضاء ولا بواسطة القانون، وبالتالي يصبح قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس(1).

و يشترط في التمسك بقرينة قوة الشيء المقضي به ثلاثة شروط(2) وهي:

- 1- وجود حكم قضائي، وليس أمر معاينة أو حكم غير فاصل في أصل الحق، كما تستبعد قرارات اللجان التأديبية وقرارات المحاكم العسكرية.
- 2- أن يكون الحكم صادر عن محكمة مختصة أي لها ولاية الحكم، أي أن تكون مختصة نوعياً ومحلياً للفصل بالنزاع، فالحكم الصادر من المحاكم الإدارية لا يلزم المحاكم الأخرى.
- 3- أن يكون الحكم نهائياً قطعياً، فتخرج الأحكام التمهيدية والتحضيرية من هذه الحجية، وتستنثى كذلك الأوامر الوقتية.

وقد تكون القرائن القانونية القاطعة غير ذلك كقرينة مسؤولية المتبوع عند خطأ تابعه (المادة 136 من التقنين المدني) ومسؤولية حارس الأشياء (المادة 138 من التقنين المدني) ومسؤولية حارس الحيوان (المادة 139 من التقنين المدني).

1- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 257.

2- قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية رقم: 174.416 بتاريخ: 1999/02/03، المجلة القضائية، سنة 1999، العدد الأول، ص 97 ما بعدها.

وإذا كانت القرائن القانونية لا تقبل إثبات العكس، فليس معنى ذلك أنها لا تُدحض أبداً، فهذه القرائن ما هي إلا قواعد إثبات وما دامت كذلك فهي تقبل إثبات عكسها بالإقرار واليمين⁽¹⁾.

ثانياً: القرائن القانونية البسيطة

وهي قرائن تعفي من تقرر لمصلحته من الإثبات شأنها في ذلك شأن القرائن القانونية القاطعة وبالتالي، ينتقل عبء الإثبات إلى خصمه، إلا أنه يجوز إثبات عكسها⁽²⁾. مثال ذلك ما نصت عليه المادة 98 فقرة 1 من التقنين المدني " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك"، فمن خلال نص هذه المادة يفترض أن العقد له سبب مشروعاً يعفى الدائن من إثباته، إلا أنه يجوز للمدين إثبات العكس أي يثبت أن للعقد سبباً غير مشروع، مثل عقد دين قمار، أو بيع مخدرات.

والأصل أن القرائن القانونية البسيطة يجوز إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن القضائية القاطعة، بما في ذلك القرائن القانونية البسيطة التي استخدمت في إثبات تصرف قانوني تزيد قيمته عن ألف دينار جزائري وكان سببها غير مشروع كالقمار والمخدرات جاز إثبات عكسها بشهادة الشهود أو القرائن القضائية ودليل الحال.

وأحكام محكمة الموضوع في القرائن القانونية البسيطة تخضع لرقابة المحكمة العليا المكلفة بمراقبة تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً فإذا لم تأخذ محكمة الموضوع بقريضة قانونية بسيطة لم يثبت عكسها أو أخذت بها مع ثبوت ما يخالفها كان الحكم معرضاً للنقض والإبطال⁽³⁾.

الفرع الثاني: القرائن القضائية

القرائن القضائية هي التي يترك أمر استنباطها للقاضي، فهو يستنبطها من ظروف الدعوى المعروضة أمامه وملابساتها، فالقاضي يختار واقعة معلومة من وقائع الدعوى ويستدل بها على الواقعة المراد إثباتها⁽⁴⁾.

1- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 152، أنظر أيضاً، د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 130.

2- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 624.

3- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 257.

4- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 246.

والقرائن القضائية تقوم على عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي، فالأول يتكون من واقعة ثابتة في الدعوى والتي تحقق للقاضي من ثبوتها، والثاني هو الاستنباط الذي يقوم به القاضي على أساس العنصر المادي، ومرجعه فطنة القاضي وذكاءه(1).

وللقاضي سلطة واسعة في استنتاج القرائن القضائية فلم يقيد القانون بأي قيد أو شرط فكل ما يقتنع به القاضي يحكم بمقتضاه(2)، وخاصة في المسائل الجنائية حيث يتطلب المشرع اقتناع القاضي.

ونطاق الإثبات بالقرائن القضائية طبقاً للمادة 340 من القانون المدني يشمل مجال الإثبات بالبينة أي في التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن 1000 دج، كما أنه يجوز الإثبات بها في جميع المسائل التجارية ما عدا التصرفات الشكلية طبقاً للمادة 333 من القانون المدني، وفي الوقائع المادية مطلقاً مهما بلغت قيمة الحق المدعى به.

وكل قرينة قضائية قابلة لإثبات العكس بجميع طرق الإثبات، سواء بما هو أقوى منها من باب أولى كالكتابة أو بشهادة الشهود أو حتى قرينة مستنبطة من ورقة مكتوبة(3). وتقدير هذه القرائن أمر مستقل به قاضي الموضوع حيث لا يخضع في تقديره إلى رقابة المحكمة العليا متى كان استخلاصه قائماً على أسباب كافية، فله أن يستنتج هذه القرائن من أي مصدر يراه مناسباً، من أوراق الدعوى أو من أقوال الشهود أو من تقرير الخبير، كما له تعيين قوتها في الدلالة على الواقعة الأخرى التي يراد إثباتها.

1- د. سليمان مرقس، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 87.

2- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 140.

3- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 246.

المطلب الرابع: الإقرار

الإقرار في القانون هو اعتراف خصم لخصمه بالحق الذي يدعيه مقدرًا نتيجة قاصدا إلام نفسه بمقتضاه، وهو سيد الأدلة في المسائل المدنية لأنه يعتبر حجة قاطعة على اشتغال ذمة صاحبه بما أقر به(1).

وعرفته المادة 341 من القانون المدني بقولها " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة".

وبالإقرار تصبح الواقعة التي كان متنازعا عليها واقعة ثابتة مما يعني من كان يدعيها ممن كان يقع عليه عبء إثباتها(2)، وقد يكون الإقرار تلقائيا يصدر عن المقر من تلقاء نفسه، وقد يكون عن طريق استجواب الخصم لخصمه فيصدر الإقرار من خلاله.

وإذا كان الإقرار ينقسم إلى إقرار قضائي وإقرار غير قضائي إلا أنه هناك شروط عامة للإقرار تقتضي أن نتعرض لها.

الفرع الأول: شروط الإقرار

1- أحمد نشأت، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص 3.
2- د. جلال العدوى، المرجع السابق، ص 457.

وتنقسم هذه الشروط إلى شروط يجب توافرها في المقر الذي يصدر عنه الإقرار، وشروط واجب توافرها في محل الإقرار أي الأثر القانوني الذي يرد عليه أو الواقعة التي يترتب عليها هذا الأثر.

أولاً: الشروط الواجب توافرها في المقر

1- أن يتوفر لديه قصد الإقرار

بمعنى أن تتجه إرادة المقر على سبيل الجزم واليقين إلى التسليم بأثر قانوني يسرى عليه باعتبار أن الإقرار يتم بإرادة منفردة(1).

والأصل أن يكون الإقرار بقول صريح أو بإخبار فلا يكون بالامتناع عن القول أو سكوت، وإنما قد يعتبر الامتناع أو السكوت إقراراً ضمناً في بعض الأحوال(2)، فالامتناع عن اليمين يعد إنكاراً للواقعة المراد الاستحلاف عليها أي إقراراً بها.

2- توافر أهلية الإقرار

يشترط في المقر توافر الأهلية اللازمة للإقرار إذا كان المقر هو الأصل، فإذا كان الإقرار صادراً من نائب قانوني أو وكيل أو ممثل لشخص معنوي وجب أن تكون له سلطة الإقرار عن الأصل.

3- سلامة الإرادة من العيوب

تشتت أن تكون إرادة المقر سليمة خالية من عيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه، فإذا شاب الإقرار أي عيب من هذه العيوب كان تصرفاً انفرادياً لا يحتاج إلى قبول(3).

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في محل الإقرار

أ- أن يكون محل الإقرار مسألة موضوعية، أي يكون الإقرار بواقعة قانونية مدعى بها وأن تكون منتجة في الدعوى وتتصل بها.

1- د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 304.

2- أحمد نشأت، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص 4، وأنظر أيضاً د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، المجلد الثاني، الكتاب الخامس، ص 11.

3- د. جلال العدوى، المرجع السابق، ص 460.

ب- أن يكون محل الإقرار معيناً تعييناً كافياً نافياً للجهالة ومنهياً للنزاع وبالتالي لا يعتد بالإقرار إذا كان النزاع سيظل قائماً⁽¹⁾، فلو اعترف خصم لخصمه بأن النزاع القائم بينهما يفصل فيه بمقتضى قاعدة قانونية معينة، أو بمقتضى قانون أجنبي، فإن مثل هذا الإقرار لا يفيد ولا يقيد المقر ولا يقيد القاضي في شيء، وبالتالي فهو لا يضع حداً للنزاع.

ج- أن يكون محل الإقرار مما لا يكذبه ظاهر الحال فلا يصح إقرار شخص ببنوة من هو أكبر منه سناً.

د- أن لا يتعارض الإقرار مع القانون أو النظام العام فلا معنى لإقرار بدين ناتج عن رهن أو مقامرة أو من تعامل في تركة إنسان على قيد الحياة.

الفرع الثاني: أنواع الإقرار

ينقسم الإقرار إلى نوعين إقرار قضائي وإقرار غير قضائي:

أولاً: الإقرار القضائي

ويقصد به اعتراف الخصم بالحق المدعى به أمام المحكمة أثناء سير الدعوى المتعلقة بهذا الحق فيلزم نفسه به ويصبح حجة عليه ويعفي خصمه من تقديم أي دليل، وهو إما يكون شفويًا بيديه الخصم أمام القاضي عند استجوابه، وإما يكون مدوناً في ورقة مكتوبة يعلنها لخصمه وهو الإقرار المنصوص عليه بالمادة 341 من التقنين المدني.

ويتضح من هذا أن القانون يشترط في الإقرار القضائي، إلى جانب الشروط العامة للإقرار باعتباره تصرفاً قانونياً شروطاً أخرى نتناولها فيما يلي:

1- شروط الإقرار القضائي

يجب أن يتوفر في الإقرار القضائي شرطين هما:

أ- أن يكون الإقرار صادراً من الخصم أمام القضاء

فلا بد أن يصدر الإقرار من خصم في الدعوى أو من نائب له حق الإقرار فإذا لم يصدر الإقرار من خصم في الدعوى كالشاهد مثلاً فلا يعد ذلك إقراراً بالمعنى المقصود.

وحتى يكون الإقرار قضائياً يجب أن يصدر أمام القضاء، ويستوي أن تكون الجهة التي صدر أمامها الإقرار جهة قضاء عادي (المحكمة أو المجلس القضائي) أو جهة قضاء

1- أحمد نشأت، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص 3 وما بعدها.

استثنائي أو أمام هيئة محكمين⁽¹⁾، ويجب أن يصدر الإقرار أمام جهة مختصة إلا إذا كان الاختصاص غير متعلق بالنظام العام.

ولكن الإقرار الذي يصدر أمام النيابة العامة أو الضبطية القضائية أو الخبير لا يعد إقراراً قضائياً، لأن هذه الجهات ليست جهات قضائية⁽²⁾.

ب- صدور الإقرار أثناء سير الدعوى المتعلقة بموضوعه

ويقصد بذلك أن يصدر الإقرار أثناء إجراءات الدعوى المتعلقة بالواقعة التي حصل عنها الإقرار، ويكون هذا الإقرار إما شفاهة يبيده الخصم في الجلسة أو اثر استجوابه، وإما أن يكون كتابة سواء ورد ذلك في عريضة افتتاح الدعوى أو في أثناء المرافعة، وإذا أقر الشخص بواقعة لا تتعلق بموضوع الدعوى المنظورة أمام المحكمة فلا يعتبر ذلك إقراراً قضائياً.

وإذا ما أخذت محكمة الموضوع بإقرار صادر في نفس الدعوى ومستوفياً لكافة الشروط فيعد إقراراً قضائياً ملزماً لمن صدر عنه، وتعد مسألة موضوعية متروكة لتقدير قاضي الموضوع ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا⁽³⁾.

2- حجية الإقرار القضائي

تنص المادة 342 من التقنين المدني " الإقرار حجة قاطعة على المقر ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى"

يتبين من ذلك أن الإقرار القضائي إذا تم مستوفياً لشروطه حجة قاطعة على المقر، وهو بحسب الأصل غير قابل للتجزئة، ونعرض لبيان ذلك كما يلي:

أ- الإقرار حجة قاطعة على المقر

فلا يستطيع المقر الرجوع فيه أو تعديله، ويجب على القاضي الأخذ به فلا يمكنه إجراء تحقيق في موضوعه بعد حصوله إلا إذا كذبه ظاهر الحال⁽⁴⁾.

1- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 272.

2- د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، المجلد الثاني، الكتاب الخامس، ص 18.

3- قرار المجلس الأعلى- الغرفة المدنية- رقم: 49.562 بتاريخ: 1988/02/07 - المجلة القضائية - سنة 1990 - العدد الثاني، ص 38 وما بعدها.

4- د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، المجلد الثاني، الكتاب الخامس، ص 22.

والإقرار حجة على المقر وخلفائه، فالإقرار تصرف قانوني لا تسري آثاره إلا بالنسبة للأشخاص الذي تنصرف إليهم آثار التصرف القانوني فهو يلزم المقر وخلفه العام وخلفه الخاص فيما يتعلق بأثر الإقرار بالنسبة للحق الذي أنتقل إلى الخلف الخاص(1).

كما يتأثر الدائنون بالإقرار الذي صدر من المدين ولا يتعدى إلى غير هؤلاء، فالإقرار الصادر من أحد الشركاء لا ينصرف إلى باقي الشركاء.

ورغم أن الإقرار حجة قاطعة على المقر، إلا أنه للمقر أن يطعن بأن إقراره وقع نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، كما أن له أن يطعن بصورته ويقع عليه عبء إثبات ذلك(2).

ب- عدم جواز تجزئة الإقرار

والمقصود بعدم تجزئة الإقرار أنه لا يجوز للخصم أن يفصل بين الإقرار بين ما يكون نافعا له فيأخذه، وبين ما يكون ضارا به فيتركه، وذلك على أساس ارتباط أجزاءه في قصد المقر يجعل الإقرار وحدة أخذه بكامل مدلوله أو تركه كله(3).

وهذا ما أخذت به المحكمة العليا وأكدت في أحد قراراتها بقولها "الأصل أن الإقرار غير قابل للتجزئة على صاحبه، وعلى صاحبه أن يأخذ به كله أو يتركه كله فلا يجوز أن يأخذ منه ما يقيد ويترك منه ما هو في غير صالحه"(4).

فإذا كانت الوقائع متعددة وكانت الواقعة المرتبطة لا تستلزم حتما وجود الواقعة الأصلية حيث يمكن الفصل بين الواقعتين فهنا يمكن تجزئة هذا الإقرار.

ومثال ذلك إذا أقر المدين بالقرض بموجب إقرار بدين مع إدعائه بوقوع مقاصة فيه، يجزأ الإقرار على المدين، فيصبح القرض ثابتا بالإقرار ويقع على المدين عبء إثبات أن له دينا في ذمة الدائن كان سببا في وقوع المقاصة.

وبصدد تطبيق المادة 342 الفقرة 2 من التقنين المدني يجب أن نفرق بين صور

الإقرار المختلفة وهي:

أ- الإقرار البسيط

1- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص274.
2- د. أحمد نشأت، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص29.
3- يحي بكوش، المرجع السابق، ص280.
4- قرار المجلس الأعلى- الغرفة الاجتماعية- رقم:40.402 بتاريخ:17/06/1987- المجلة القضائية- سنة 1990- العدد الرابع، ص130 وما بعدها.

هو الاعتراف بما يدعيه الخصم دون تعديل أو إضافة، ولا مجال في هذه الحالة للبحث في تجزئة الإقرار (1)، مثال على ذلك أن يدعي الدائن أنه أقرض المدعى عليه مبلغا من المال بفائدة معينة فيغترف المدعى عليه بذلك دون أي تعديل أو تجزئة.

ب- الإقرار الموصوف

يتضمن إلى جانب الإقرار بالواقعة المدعى بها وجود واقعة أخرى مرتبطة بها نشأت وقت نشوء الواقعة الأصلية والتي من شأنها أن تؤثر في نتائجها، وهو غير قابل للتجزئة (2)، ومثال ذلك أن يدعي الدائن أن له دينا منجزا، فيقر المدعى عليه بالدين معلقا على شرط أو مضاف الى أجل.

ج- الإقرار المركب

يكون الإقرار مركبا، إذا تضمن الى جانب الواقعة الأصلية واقعة أخرى مرتبطة بها نشأت بعد نشوء الواقعة الأصلية، وهذه الواقعة أن تكون مرتبطة بالواقعة الأصلية بحيث تؤثر على كيانها ووجودها القانوني كالإقرار بالمديونية مع وفاء الدين.

فهنا الإقرار المركب لا يتجزأ، أما إذا كانت الواقعة الأخرى المقر بها لها كيانها المستقل بحيث من المتصور أن تقوم بغير الواقعة الأصلية هنا يجوز تجزئة الإقرار على المقر كالإقرار بالمديونية مع التمسك بسقوطها بالمقاصة، حيث يتم إثبات المديونية بالإقرار ويقع على المدين عبء إثبات دينه في ذمة دائنه الذي كان سببا في وقوع المقاصة (3).

ثانيا: الإقرار غير القضائي

1- تعريفه

يقصد بالإقرار الغير قضائي هو كل إقرار يصدر خارج مجلس قضاء أو يحصل في مجلس قضاء لكنه يفقد شرطا من الشروط الواجب توافرها في الإقرار القضائي كالإقرار الذي يكون قد حصل في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوعه (4).

وهو عمل قانوني من جانب واحد، قد يكون شفويا كأن يكون مسجلا على الشريط، أو بالكتابة في مذكرة، ومن أمثلة الإقرار غير القضائي:

1- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 275.

2- يحي بكوش، المرجع السابق، ص 281.

3- أحمد نشأت، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص 44.

4- د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 185.

- الإقرار الصادر في دعوى أخرى بين الخصوم، وهو وإن كان لا يعد إقراراً قضائياً ملزماً، فهو إقرار مكتوب صدر في مجلس القضاء، ومثل هذا الإقرار يترك تقديره لمحكمة الموضوع(1).

وفي هذا المجال قضت المحكمة العليا بأن " الإقرار الذي يحتج به الطاعن ... هو إقرار توثيقي وقع بمناسبة تحرير وثيقة طلاق حسب ما كان معمولاً به يوم تحريرها، ولا تعد إقراراً أو اعترافاً قضائياً..."(2).

- الإقرار الصادر أثناء تحقيق تجريه النيابة العامة.

- الإقرار الصادر أمام جهة إدارية.

- الإقرار الصادر أمام الخبير المنتدب من طرف المحكمة في دعوى أخرى بين الخصوم.

- الإقرار الصادر من الخصم في خطاب موجه إلى خصمه.

- الإقرار الذي يتم في محضر الحجز.

2- حجية الإقرار غير القضائي:

اختلف الفقه حول حجية الإقرار غير القضائي وظهر في هذا الصدد اتجاهان أحدهما لا يعترف بحجية الإقرار غير القضائي ويعتبره أدنى درجة من الإقرار القضائي، بينما يسوي الاتجاه الآخر بين مدى حجية هذين النوعين من الإقرار.

أ- الاتجاه الأول

يرى أن صدور الإقرار القضائي خارج مجلس القضاء أو بشأن واقعة غير مطروحة على القضاء يضعف من حجيته لعدم توافر ضمانات الإقرار القضائي، ولأن المقر يكون أقل حيطة في أمره وأقصر تمعناً في عواقبه، مما لو كان الإقرار صادراً أمام القضاء بشأن الواقعة المطروحة لديه(3).

وهذا الاتجاه تؤيده المحكمة العليا فقد قضت بأن " الإقرار الواقع خارج إجراءات الخصومة القائمة مثل الإقرار الذي يقع من الخصم أثناء مرافعة سابقة ولو كانت قائمة أمام

1- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص278، هامش رقم 1.

2- قرار المجلس الأعلى- غرفة الأحوال الشخصية- رقم: 72.353 الصادر بتاريخ: 1989/10/30- المجلة القضائية- سنة1994- العدد الثاني، ص 71 وما بعدها.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 478 وما بعدها.

المحكمة نفسها فإنه يعتبر إقرار غير قضائي بالنسبة للقضية المطروحة، لأن الإقرار القضائي مقصورة حجيته على الدعوى التي صدر فيها..."(1).

ولهذا لا تكون للإقرار غير القضائي حجية الإقرار القضائي، فلا تسري عليه القواعد التي تحكم حجية هذا الأخير، ويترتب على ذلك عدة نتائج أهمها:

- يخضع إثبات الإقرار غير القضائي للقواعد العامة في الإثبات، فإذا كان شفويا فلا يجوز إثباته بشهادة الشهود إذا كان ينصب على ما يجب إثباته بالكتابة(2).

- لا يكون الإقرار غير القضائي حجة قاطعة على المقر، وإنما يجوز له الرجوع فيه وإثبات عكسه طبقا للقواعد العامة.

- لا يخضع الإقرار غير القضائي للقواعد التي تحكم عدم تجزئة الإقرار القضائي، إلا أنه يجوز للقاضي عدم تجزئة الإقرار غير القضائي الصادر بالمديونية وانقضائها بالمقاصة(3).

ب- الاتجاه الثاني

يرى أنه لا ينبغي أن تختلف حجية الإقرار غير القضائي عن الإقرار القضائي. فيكون في هذه الحالة حجة قاطعة على المقر ولا يجوز له الرجوع فيه أو إثبات عكسه، وعلى القاضي أن يتقيد به، ولا تجوز تجزئة الإقرار غير القضائي في هذه الحالة في الحدود التي لا تجوز فيها تجزئة الإقرار القضائي(4).

1- قرار المحكمة العليا- الغرفة المدنية- رقم:144.603, بتاريخ:1996/11/13- المجلة القضائية- سنة 1996-العدد الثاني, ص49 وما بعدها.

2- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق, ص 279، وأنظر أيضا د. جلال العدوي، المرجع السابق، ص 476.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 479.

4- د. جلال العدوي، المرجع السابق، ص 477.

المطلب الخامس: اليمين

نظم المشرع الجزائري اليمين بقوا عد موضوعية في القانون المدني وقوا عد شكلية في قانون الإجراءات المدنية، وسنتطرق لدراسة اليمين طبقا لما يلي:
تعريفها: اليمين قول يتخذ فيه الحالف الله شاهدا على صدق ما يقول أو على إنجاز ما يعد، ويستتزل عقابه إذا حنث(1).

ويستخلص من هذا التعريف أمران:

الأول: أن اليمين ليست عملا مدنيا فحسب بل هي أيضا عمل ديني، فالحالف إنما يشهد الله ويستتزل عقابه على صحة تأكيداتة حول واقعة معينة أو على إنجاز ما وعد به.
الثاني: أن اليمين تكون إما لتأكيد قول أو لتوكيد وعد، واليمين لتوكيد وعد هي مثل اليمين التي يحلفها القضاة ورجال النيابة والخبراء والشهود على أن يؤديوا أعمالهم بأمانة وصدق.

1- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 514.

واليمين نوعان، يمين قضائية هي التي تحلف في مجلس القضاء لتوكيد قول وهي اليمين التي تعيننا لأنها تدخل في منطقة الإثبات، أما اليمين غير القضائية فهي تحلف خارج مجلس القضاء، وهي ليست لها أحكام خاصة وتتبع في شأنها الأحكام العامة، فإذا اتفق شخصان على أن أحدهما يحلف اليمين على حق مدعى به فهذا الاتفاق لا يجوز إثباته بالبينة أو القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها ذلك، أما حلف اليمين فهو واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات(1).

واليمين القضائية هي اليمين الغالبة، وتنقسم إلى نوعين: يمين حاسمة، ويمين متممة، ولكل منهما حجية وأثار خاصة.

وسنقتصر في دراستنا لليمين إلى اليمين القضائية بنوعها فقط.

ولقد نظم المشرع الجزائري اليمين القضائية وتطرق إليها في المواد من 343 إلى 350 من التقنين المدني، ونظم كيفية أدائها في المادتين 433 و434 من تقنين الإجراءات المدنية.

الفرع الأول: اليمين الحاسمة

سنتطرق إلى تعريفها، ثم إلى شروط وكيفية توجيهها إلى الخصم، وأخيرا آثارها اليمين على الواقعة المراد إثباتها.

أولاً: تعريفها

اليمين الحاسمة هي اليمين التي يوجهها الخصم إلى خصمه عند عجزه عن إثبات حقه لحسم النزاع، ويطلق عليها اسم الحاسمة لكونها تحسم وتنتهي النزاع، فإذا حلف الخصم الذي وجهت إليه اليمين حكم له، أما إذا نكل عنها حكم عليه، والهدف من توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم هو إمكانية الحصول على الدليل الذي يفتقده، كما يحق للخصم الذي وجهت إليه أن يردّها على طالبها.

1- أ. سوسي الجبلاي: "كيفية أداء اليمين وأحكام اليمين بأنواعها المختلفة" - مجلة المحامي - سنة 2004، العدد الثاني، ص 32.

ونصت المادة 343 فقرة 1 من التقنين المدني بقولها " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، على أنه يجوز للقاضي منع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك " .

وبذلك قضت المحكمة العليا "... حيث أن توجيه اليمين الحاسمة يمكن في أي نوع من أنواع النزاع، وتعتبر كعقد غير قضائي بين المتخاصمين يجعل حدا نهائيا وبصفة قاطعة للخصومة "(1).

ويتبين من ذلك أن توجيه اليمين الحاسمة هو تصرف قانوني إذ هو إرادة الخصم الذي يوجه اليمين في أن يحتكم إلى ضمير خصمه بما يرتب نتائج قانونية، والاحتكام على هذا النحو يعتبر تصرفا قانونيا بإرادة مفردة(2)، إذ هو ينتج بمجرد توجيه اليمين وبالتالي فإن الخصم الذي توجه إليه اليمين يقع عليه عبء الإثبات فله أن يحلف اليمين ويكسب دعواه، أو أن ينكل عنها فيعد ذلك بمثابة إقرار ضمني منه بصحة الإدعاء، ويحكم عليه بموجب هذا الإقرار.

وبهذا المعنى فإن حلف اليمين واقعة قانونية لأنه عمل مادي يترتب عليه أثر قانوني هو الحكم برفض دعوى من وجه اليمين، وبالتالي فإن اليمين الحاسمة هي نظام قانوني وضعه المشرع لإسعاف الخصم الذي يعجز عن إثبات ما يدعيه وبها يحتكم احتكاما إجباريا إلى ضمير خصمه وذمته.

فاليمين هي إسهاد الله تعالى على صدق ما يقوله الحالف، وهي طريق يحتكم فيها القاضي أو الخصم إلى ضمير الخصم الآخر وعاطفته الدينية، ذلك أن اليمين مبنية على العاطفة الدينية والعقيدة التي يتحلى بها صاحب الشأن(3).

ثانيا: شروط توجيه اليمين الحاسمة

ليس للقاضي أن يوجه اليمين الحاسمة من تلقاء نفسه، لكونها خاصة بالخصوم فقط(4)، ويدعم ذلك نص المادة 343 من التقنين المدني التي تقرر أن اليمين الحاسمة ملك للخصوم، وكذا قضاء المحكمة العليا التي قضت في إحدى قراراتها بأن " من المقرر قانونا

1- قرار المجلس الأعلى- الغرفة المدنية- رقم: 44.842 بتاريخ: 1988/10/12- المجلة القضائية- سنة 1990، العدد الثاني، ص 20 وما بعدها.

2- د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص 173.

3- قرار المجلس الأعلى بتاريخ: 1969/06/11- نشرة القضاة- سنة 1972، العدد الأول، ص 43.

4- د. الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 85.

أن اليمين الحاسمة ملك للخصوم وليس للقاضي تغيير صفتها تغييراً يؤثر على مدلولها ومعناها... "(1).

ويشترط لتوجيه اليمين الحاسمة وردها توفر عدة شروط منها ما يجب أن يتوافر في الخصوم، ومنها ما يتعلق بموضوع اليمين، وإضافة إلى ذلك فإنه يمتنع عن توجيه اليمين إذا كان توجيهها ينطوي على تعسف في استعمال الحق.

1- شروط أطراف اليمين الحاسمة

- أ- أن يكون كل من طرفي اليمين الحاسمة أحد طرفي الطلب القضائي موضوع الدعوى، ولهذا فمن لم توجه له طلبات في الدعوى لا يجوز أن يوجه أو توجه إليه اليمين الحاسمة(2).
- ب- أن تكون لكل من طرفي اليمين أهلية التصرف في الحق الذي توجه اليمين الحاسمة بشأنه، ولهذا لا توجه اليمين الحاسمة لناقص الأهلية، ومع ذلك يجوز أن توجه اليمين إلى النائب أو القيم فيما يجوز له التصرف فيه.
- ج- أن تكون إرادة من يوجه اليمين الحاسمة أو يردها خالية من عيوب الإرادة من غلط أو تدليس.

2- شروط موضوع اليمين الحاسمة

- أ- أن يكون موضوع اليمين الحاسمة مسألة من مسائل الواقع وليس مسألة قانونية.
- ب- أن تكون الواقعة موضوع اليمين محددة.
- ج- أن تكون الواقعة موضوع اليمين حاسمة في الدعوى وتوجه دون تحفظ ولا اشتراط.
- د- أن تكون الواقعة موضوع اليمين غير مخالفة للنظام العام، وهو ما نصت عليه المادة 1/344 من القانون المدني.
- و- أن تكون الواقعة موضوع اليمين متعلقة بشخص من وجهة إليه أو بعلمه، فلا يجوز أن توجه اليمين الحاسمة عن واقعة لا تتعلق بشخص من وجهة إليه، إلا إذا كانت تنصب على مجرد علمه بها، طبقاً للمادة 2/344 من القانون المدني.

3- المنع من توجيه اليمين

1- قرار المجلس الأعلى- الغرفة المدنية رقم: 46.707، بتاريخ: 1988/10/26- المجلة القضائية- سنة 1990- العدد الثالث، ص 20 وما بعدها.
2- د. جلال العدوي، المرجع السابق، ص 482.

نصت المادة 1/344 من القانون المدني على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها، ويعتبر تعسفا توجيه اليمين بسوء نية بقصد الكيد لمن توجه إليه للنيل من كرامته والتشهير به، أو بقصد استغلال ورعه وشده تدينه. وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بأنه " .. يجوز للقاضي منع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفا في ذلك، وثبت ذلك لقضاة المجلس ذلك.." (1).

إضافة إلى هذه الشروط فإنه يتعين إضافة شرط آخر يتعلق بديانة الشخص الذي توجه إليه اليمين الحاسمة فإذا كان كتابيا (يهوديا أو مسيحيا) توجه إليه لأنه يقسم بالله، أما إذا كان الشخص غير كتابي فلا توجه له اليمين الدينية ويطلب منه القسم بشرفه لا بمعتقده. **ثالثا: آثار اليمين الحاسمة**

تنص المادة 345 من التقنين المدني على أنه " لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف اليمين " .

ويستفاد من هذا النص أنه إذا احتكم شخص إلى ذمة خصمه فليس له أن يعدل في موقفه إذا استجاب الآخر لهذا الاحتكام بالإعراب عن استعداده لأداء اليمين أو ردها لأن النزاع ينتقل من نطاق القانون إلى نطاق العدالة(2).

أي أنه يترتب عن توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم ثلاثة آثار فإما أن يحلفها، أو يردها، أو ينكل عنها.

1- حلف اليمين

إذا قام من وجهت إليه اليمين أوردت عليها بحلفها حسم النزاع في الواقعة التي أنصبت عليها اليمين، وكان لحلفها حجية ملزمة للقاضي وللخصوم(3).

وبعد حلف اليمين لا يجوز للخصم موجه اليمين أن يثبت كذب اليمين بدعوى مدنية أمام المحكمة، ولا أن يطعن في الحكم الصادر على حلف اليمين، لأنه يعتبر متنازلا عن حقوقه إذا حلفها خصمه سواء كان صادقا أو كاذبا، وهو ما نصت عليه المادة 346 الفقرة الأولى من القانون المدني.

1- قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية رقم: 59.335 بتاريخ: 1990/04/30- المجلة القضائية- سنة 1992- العدد الأول، ص 29 وما بعدها.

2- د. محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، المجلد الثاني، الكتاب السادس، ص 16.

3- د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 205.

إلا انه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جزائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر عندها أن يطالب بالتعويض، دون إخلال بما قد يكون له من حق الطعن في الحكم الذي صدر ضده، وذلك إذا كان ميعاد الطعن في الحكم الذي صدر بناء على اليمين لم ينقضي بعد، كما له كذلك الطعن في هذا الحكم بالتماس إعادة النظر إذا توافر سبب لذلك(1).

2- رد اليمين

يجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها إلى خصمه إلا أنه يشترط لردّها أن يكون موضوعها واقعة مشتركة بين من وجهها ومن وجهت إليه، كواقعة قبض الثمن الذي يشترك فيها كل من البائع والمشتري، ولهذا إذا وجه المشتري اليمين إلى البائع عن هذه الواقعة جاز للبائع أن يرد اليمين على المشتري، أما إذا كانت الواقعة التي وجهت عنها اليمين مستقل بها من وجهت إليه اليمين فلا يجوز له أن يردها، وهذا ما نصت عليه المادة 343 فقرة 2 من القانون المدني.

وإذا ردت اليمين على من وجهها فلا يكون له الخيار إلا أن يحلفها فيحكم له أو ينكل عنها فيحكم عليه، دون أن يكون له ردها ثانية.

ويجب أن يكون رد اليمين على نفس الواقعة التي وجهت عنها أصلاً، وإلا فإننا نكون بصدد يمين جديدة موجهة إبتداء لأول مرة، وهذا هو الشأن إذا وجه خصم اليمين الحاسمة إلى خصمه ليحلف على أنه غير مدين له، فقام هذا بردها طالباً ممن وجه إليه اليمين، أن يحلف هو على أنه لم تحصل مقاصة بينهما، وفي هذه الحالة يجوز للخصم ردها.

3- النكول عن اليمين

إذا امتنع الخصم الذي وجهت إليه اليمين أوردت إليه عن حلفها، فإن هذا الامتناع يكون نكولا عن اليمين يترتب عليه أن يخسر الدعوى ويحكم لخصمه فيها، وهذا ما نصت عليه المادة 347 من القانون المدني، وهذا النكول قد يكون صريحاً أو ضمناً يستفاد من سلوك الخصم فيعتبر نكولا عن أداء اليمين حضور من وجهت إليه وامتناعه عن أدائها دون أن ينازع فيها أو تخلفه عن الحضور دون عذر مقبول(2).

1- د. جلال العدوي، المرجع السابق، ص 486.

2- د محمد حسن قاسم، المرجع، ص 290.

والحكم الصادر بناء على الذكول عن اليمين حكم نهائي لا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام ما لم يكن الطعن مبنيًا على بطلان إجراءات توجيه اليمين أو حلفها(1).

الفرع الثاني: اليمين المتممة

أولاً: تعريفها

هي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليكمل بها اقتناعه، عندما يقدر عدم كفاية الأدلة التي يقدمها الخصم(2).

وفي هذا تقول المادة 348 من التقنين المدني " للقاضي أن يوجه اليمين تلقائياً إلى أي من الخصمين ليبيّن على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو فيما يحكم به ويشترط في توجيه هذا اليمين أن لا يكون في الدعوى دليل كامل وأن لا تكون الدعوى خالية من أي دليل ".

ويترتب على ذلك أن اليمين المتممة تختلف عن اليمين الحاسمة من حيث:

- 1- اليمين المتممة يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين وليس لأي من الخصمين توجيهها، بعكس اليمين الحاسمة التي هي ملك للخصوم.
- 2- لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه اليمين المتممة أن يردّها على الخصم الآخر وهو ما نصت عليه المادة 349 من القانون المدني.
- 3- أن اليمين المتممة لا يوجهها القاضي إلا إذا كان هناك دليل ناقص و يريد تكملته(3)، فإذا لم يكن هناك دليل أصلاً فلا يوجهها، وهذا خلافاً لليمين الحاسمة التي توجه عند انعدام الدليل.

ويرى بعض الفقهاء أنه لا جدوى من اليمين المتممة لأن القاضي متى توفرت لديه الأدلة الكافية لإثبات الحق لا يحتاج إلى اليمين ليدخل الاطمئنان إلى نفسه، فكل من يعجز عن إثبات حقه يخسر دعواه، ورُدَّ على هذا الرأي أنه أغفل أن اليمين المتممة تعد من طرق

1- د جلال العدوي، المرجع السابق، ص 488.

2- يحي بكوش المرجع السابق، ص 328.

3- قرار المجلس الأعلى- الغرفة المدنية رقم: 32.767 بتاريخ: 1982/01/09- المجلة القضائية، سنة 1989- العدد الرابع، ص 13 وما بعدها.

الإثبات الاضطرارية التي يلجأ إليها القاضي وفقا ل ضمانات يقرها القانون و هي نظام تقتضيه العدالة(1).

ثانيا: شروط توجيه اليمين المتممة

تتطلب المادة 348 فقرة 2 من التقنين المدني توافر شرطين في توجيه اليمين المتممة أولهما أن لا يكون في الدعوى دليل كامل، والثاني أن لا تكون خالية من أي دليل.

1- أن لا يكون في الدعوى دليل كامل

فاليمين المتممة غرضها أن يستكمل القاضي اقتناعه فهي تكمل دليلا ناقصا، فإذا كان في الدعوى دليل كامل فلا يكون اقتناع القاضي في حاجة إلى إكمال.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا " ... حيث إذا كان القاضي قد أثبت في حكمه ما شاهده وكان من ضمن ما شاهده فاتورتين موجودتين بالصندوق ... و هي إن كانت لا تشكل دليلا كاملا لإثبات ملكية المستأنفة لجميع المصوغ المتنازع عليه، فلا أقل من أن تشكل قرينة لصالحها يمكن تعزيزها بوسيلة إثبات أخرى كاليمين المتممة "(2).

2- ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل

ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل فلا مجال لتوجيه اليمين المتممة إذا لم يكن هنالك دليل، فهي وجدت أصلا من أجل إكمال الدليل الناقص الذي قد يكون بينة أو قرائن حيث يستكمل إثباتها باليمين المتممة.

كما قد يكون الدليل الناقص مبدأ ثبوت بالكتابة فيجوز أيضا أن يستكمل باليمين المتممة(3).

ويوجه القاضي اليمين المتممة لأحد الخصمين سواء كان مدعيا أو مدعى عليه في الدعوى مراعيًا في ذلك قوة كل واحدة منها، فيختار من كانت أدلته أقوى ويوجه له اليمين المتممة لإستكمال الأدلة الناقصة، ولا يجوز للخصم الذي وجهت إليه اليمين المتممة أن يردّها على خصمه كما هو الحال بالنسبة لليمين الحاسمة فيما أن يحلفها أو ينكل عنها.

ولا يجوز التوكيل في أداء اليمين المتممة فيجب أن تؤدي فعلا من قبل الخصم المكلف من طرف القاضي بتأديتها وإلا أعتبر ناكلا.

1- أحمد نشأت، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 162.

2- أحمد نشأت، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 162.

3- د. الغوثي بن ملحّة، المرجع السابق، ص 93.

ويشترط في الواقعة محل اليمين المتممة أن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وأن تكون جائزة القبول، وغير مخالفة للنظام العام والآداب.

وفي هذا ذهبت المحكمة العليا إلى أن "... قضاة المجلس قد وجهوا اليمين التكميلية للمستأنف عليه في غياب المستأنف و دون إشعاره بذلك أو تبليغه لحضور جلسة أداء اليمين خلافا لأحكام المادة 433 من تقنين الإجراءات المدنية الفقرة الأخيرة منها وهذا يعد مساسا بحق الطاعن في الدفاع المخول له قانونا..."(1).

ويتم توجيه اليمين المتممة في أية مرحلة من مراحل الدعوى سواء على مستوى المحكمة أو في مرحلة الاستئناف، وحتى بعد قفل باب المرافعة وإطلاع القاضي على ملف الدعوى وتبين له أن الأدلة المقدمة ناقصة وتحتاج لليمين المتممة لأحد الخصمين.

ويحق للقاضي الرجوع في توجيهها في أي وقت، حتى ولو قبل الخصم أن يحلف اليمين وذلك إذا تبين له أن لا حاجة له بها.

ثالثا: آثار اليمين المتممة

أ- إذا حلف من وجهت إليه اليمين المتممة فإن هذا لا يؤدي إلى حسم النزاع، ذلك أن القاضي له السلطة التامة في تقدير نتائجها فله أن يأخذ بها كما له أن يرفض الأخذ بها، أي أن القاضي غير ملزم بالحكم عن حلف اليمين(2).

ب- لا تكون جهة الاستئناف مقيدة بحكم محكمة الدرجة الأولى، إذ قد ترى ألا محل لتوجيه اليمين المتممة، لأن الأدلة قد أصبحت كافية أو كانت غير كافية من قبل، أو أن الدعوى خالية من أي دليل.

وقد يتم توجيهها للخصم الآخر لأول مرة أمام المجلس، بل لهذا الأخير أن يقضي لمصلحة من حلف اليمين على خلاف حكم محكمة الدرجة الأولى(3).

1- قرار المحكمة العليا- الغرفة المدنية رقم: 138429 بتاريخ: 1996/10/16-المجلة القضائية- سنة 1996- العدد الثاني، ص 45 وما بعدها.

2- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 194.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 758.

ج- إذا نكل من وجهت له اليمين المتممة فإن الأدلة الناقصة التي كان قد قدمها لإثبات ما يدعيه تبقى ناقصة، لكنه ليس من المحتم أن يقضي ضده.

د- للخصم أن يثبت كذب اليمين و له أن يطلب التعويض كطرف مدني في الدعوى الجزائية على عكس اليمين الحاسمة(1).

هـ - للقاضي أن يعدل عن توجيه اليمين المتممة في أي وقت إذا ثبت له أنه لا حاجة له بها.

رابعاً: صور خاصة لليمين المتممة

1- يمين التقويم:

تسمى بيمين التقويم لأن الغرض منها تحديد قيمة الشيء المدعى به ولهذا الغرض فإنها تفترض أن الوفاء بالشيء عينا قد استحال، وإلا لم يكن ثمة وجه للتقويم، هذه اليمين يوجهها القاضي، وهي لا توجه إلا إلى المدعي، ويشترط لتوجيهها شرطان:

الأول: أن يستحيل تحديد قيمة الشيء المدعى به بطريق آخر غير التقويم.

والثاني: أن يحدد القاضي حداً أقصى للقيمة يصدق فيها المدعي بيمينه(2)، وهذا ما نصت عليه المادة 350 من التقنين المدني.

2- اليمين المنصوص عليها بالمادة 73 من قانون الأسرة:

من آثار الطلاق النزاع حول متاع مسكن الزوجية، ويدعيه كل من المطلقين لنفسه، وفي الغالب لا يكون بيد أحدهما دليل أو بيان قاطع يقنع به القاضي بأن الأثاث المتنازع عليه ملك خاص للمطلق أو المطلقة، ومن هنا ليس للقاضي إلا الرجوع لأحكام المادة 73 من قانون الأسرة التي تنص على توجيه اليمين حول الأمتعة للزوجة.

وهذا النوع من اليمين لا يدخل ضمن اليمين المتممة، وإنما هي يمين من نوع خاص لأن اليمين المتممة الأصلية لا يجوز للقاضي أن يوجهها للخصمين معاً وفي نفس النزاع وفي نفس الوقت(3).

1- د. جلال العدوي، المرجع السابق، ص 490.

2- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 295.

3- أ. سوسي الجبلاي، المرجع السابق، ص 56.

الفصل الثاني: القواعد الخاصة بالإثبات في المواد التجارية

إن الأعمال التجارية تقوم على السرعة ذلك أنها تتعقد بمجرد تبادل الطرفين الإيجاب والقبول، بعيدا عن الشكلية المتشعبة التي تتطلب وقتا للانعقاد. كما تقوم أيضا على عنصر الثقة والائتمان بين التجار، لذلك فهي تتطلب مبادئ وقواعد خاصة لحمايتها وضمان تطبيقها في مجتمع التجارة، لذلك أجاز المشرع مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، لكنه أورد عليه بعض الإستثناءات. ولإلقاء الضوء على القواعد الخاصة بالإثبات في المواد التجارية، وما يميزها عن باقي القواعد التي سبقت دراستها، نقسم هذا الفصل الى مبحثين، نتناول في المبحث الأول: مبادئ الإثبات في المواد التجارية وفي المبحث الثاني: الإثبات في الأنظمة التجارية.

المبحث الأول: مبادئ الإثبات في المواد التجارية

تمتاز المعاملات التجارية عن المعاملات الأخرى بخاصية السرعة في إبرامها بعيداً عن الشكلية، وبعنصر الائتمان الذي يحكم المعاملات، أما الثقة فهي تسود الحياة التجارية وتضمن استقرارها واستمرارها.

ولذلك فالتعامل التجاري يحتاج إلى وسائل مرنة تعمل على تدعيم هذه العوامل، وتؤدي إلى إرساء الثقة في النشاط التجاري بما يضمن خصوصيته، ويسهل من عملية إثباته.

والإثبات التجاري يقوم على مبادئ خاصة لا تتوفر في بقية المعاملات الأخرى، ولذلك فالسؤال المطروح، ما هي المبادئ الخاصة للإثبات في المواد التجارية؟ للإجابة على ذلك نتطرق إلى مطلبين كما يلي: المطلب الأول: مبدأ حرية الإثبات وفي المطلب الثاني: مبدأ جواز التمسك بدليل صادر عن التاجر أو إلزامه بتقديمه.

المطلب الأول: مبدأ حرية الإثبات

و هو من أهم المبادئ التي تميز الإثبات في المواد التجارية وسنطرق إلى معناه وطبيعته القانونية، ثم إلى نطاق تطبيقه.

الفرع الأول: معنى المبدأ

تنص المادة 333 الفقرة الأولى من القانون المدني على أنه " في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن ألف دينار جزائري، أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك". كما تقضي المادة 334 الفقرة الأولى من القانون المدني بأنه " يجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على ألف دينار جزائري فيما يخالف أو يجاوز مضمون عقد رسمي ". ولا يكون للمحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت طبقاً للمادة 328 من نفس القانون.

هذه القيود الثلاثة هي التي تشكل نظام الإثبات في المواد المدنية، والتي تشترط الدليل الكتابي لإثبات التصرفات القانونية والعقود المدنية، ويجب على الأطراف الاحتفاظ بهذا الدليل وإعداده قبل قيام منازعة بذلك، وهي القاعدة القديمة والمستقر عليها في القانون المدني⁽¹⁾.

أما إذا كان التصرف القانوني تجارياً فإن هذه القيود الثلاثة لا عمل لها، ويفهم ذلك من استبعاد المواد التجارية من نطاق حكم المادة 333 من القانون المدني، ويمتد هذا الاستبعاد إلى كافة ما فرضه القانون خاصة بوجوب تقديم دليل كتابي و بقوة هذا الدليل. وهذا ما يعبر عنه بحرية الإثبات في المواد التجارية، أي أنه يجوز إثبات التصرفات القانونية التجارية مهما كانت قيمتها بالبينة والقرائن والدفاتر التجارية والمراسلات التجارية، وجميع طرق الإثبات⁽²⁾.

وتستند قاعد حرية الإثبات إلى مبررات عملية تتصل بطبيعة الأعمال التجارية وخصائصها.

1- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 86.

2- George Ripert et René Roblot: " **Traité de droit commercial** " - tome1-16^e édition LGDJ delta Paris 1996, -2 p216.

ذلك أن الأعمال التجارية قوامها السرعة عكس الأعمال المدنية التي تتصف بالبطء والثبات، فالتاجر يقوم بنشاط خاص يجني من ورائه الأرباح وبالتالي يكون ميالا إلى إبرام أكبر عدد ممكن من الصفقات التجارية وبسرعة ليتسنى له استثمار رؤوس أمواله من جديد وفي أحسن الظروف.

كما أن المعاملات التجارية ترد غالبا على المنقولات التي تكون قابلة للتلف ومعرضة لارتفاع وتقلبات الأسعار.

وكذلك فإن الأعمال التجارية تتميز بالثقة والائتمان، لأن أغلب العمليات التجارية تتم بأجل، فتاجر الجملة يبيع لتاجر التجزئة بأجل، ومن خلال ذلك يرتبط التاجر بروابط متتابعة قوامها الائتمان والثقة المتبادلة بين التجار، فإذا أخل المدين بهذه الثقة وتخلف عن الوفاء بدينه عند حلول أجل الاستحقاق أدى هذا التصرف إلى عجز التجار الآخرين المرتبطين في هذه المعاملة عن دفع ديونهم.

وعاملي السرعة والائتمان يجعلان من الصعوبة إلزام التجار بإعداد دليل أو أدلة كتابية، وإبرام عقودهم التجارية وفقا لتعقيدات القانون المدني، والتفاوض حول شروطها، لأن تحرير العقد قد يؤدي إلى بطء تنفيذ المعاملات، مما أدى إلى فرض قواعد خاصة بها، ومن هذه القواعد مبدأ حرية الإثبات(1).

وهذا المبدأ هو الذي يسمح بإبرام العمليات والعقود التجارية شفاهة و عن طريق وسائل الاتصال كالبرقية والهاتف والفاكس، وحتى عن طريق الإنترنت ويسمح بإثباته في إطار ما يسمى بالبيئة المعلوماتية(2).

إلا أن الاجتهاد القضائي في المجال المدني وفي فرنسا خصوصا يعتبر أن مجرد تبادل الرسائل الموقعة يعتبر بمثابة دليل كتابي، وليس بداية لتشكيل الدليل الكتابي، وهي القاعدة المعمول بها في المواد التجارية فقط، فالكثير من العقود تتعد عن طريق المراسلات بين الأطراف وهو يعبر عن تشابه في طرق الإثبات المدنية والتجارية(3).

وذلك خلافا للمعاملات المدنية التي تتصف بالبطء، والتي تتطلب شروطا موضوعية عامة وخاصة يشترطها القانون للانعقاد أو للإثبات، لحماية مصالح الأطراف أو المصلحة

-1 François Collart Dutilleul et Philippe Delebeque: "Contrats civil et commerciaux" 4^e éditions, dalloz édition, Paris 1998, p 22.

-2 أ. فاروق سعد: " أصول المحاكمات والتحكيم عن بعد "، تونس 2001، بدون دار النشر، ص 6.

-3 George Ripert et René Roblot, op-cit, p 217.

العامة، نظرا للوقت الذي تستغرقه حتى تنتج آثارها، ونظرا كذلك إلى أن الشخص المدني يستطيع التريث والتفكير قبل الإقدام على إتيان التصرفات القانونية.

وجواز الإثبات بالبينة في المعاملات والعقود التجارية ليس معناه عدم جواز الإثبات بالكتابة، بل معناه فقط أن الخصوم لا يكلفون بتقديم دليل كتابي، فإن وجد هذا الدليل فلا مانع من تقديمه، بل أنه يكون أفضل لكونه أقوى من البينة في الإقناع(1).

والدليل الكتابي لا يتعارض على الإطلاق مع ما تقتضيه التجارة من سرعة بل أن التجار أصبحوا يحرصون على توفير الدليل الكتابي من تلقاء أنفسهم دفعا للشك، وتفاديا لخطر الاعتماد على الشهادة في الإثبات(2).

ولهذا فقد نص المشرع في المادة 30 من القانون التجاري على أنه " يثبت كل عقد

تجاري:

1- بسندات رسمية.

2- بسندات عرفية.

3- بفاتورة مقبولة.

4- بالرسائل.

5- بالدفاتر التجارية.

6- بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها ".

ويتبين من ذلك أنه لا يلجأ إلى الإثبات بالبينة إلا في حالة عدم وجود الدليل الكتابي سواء كان هذا الدليل رسميا أو عرفيا.

الفرع الثاني: طبيعة المبدأ

التساؤل الذي يطرح في هذا المجال، هل أن مبدأ حرية الإثبات حق للخصوم يستعملونه متى أرادوا ويلزم القاضي بتطبيقه، أم أنه خاضع لتقدير القاضي وسلطته ؟

إن الأخذ بمفهوم المادة 333 من القانون المدني يؤدي إلى القول بأن قاعدة حرية الإثبات تكون حقا للخصوم، فمتى طلب الخصم ذلك وجب على القاضي أن يسمح بتقديم

1- د. علي جمال الدين عوض، " الوجيز في القانون التجاري " - الجزء الأول- دار النهضة العربية، القاهرة 1975، ص 128.

2- د. علي البارودي، " القانون التجاري والعقود وعمليات البنوك التجارية " - الدار الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت 1991، ص 22.

الدليل الذي طلب الخصم تقديمه، وهو بعد ذلك حر في الأخذ به أو في استبعاده، أو طلب تكملته بأدلة أخرى(1).

وبالرجوع إلى المادة 30 من القانون التجاري فإنها تعتبر في فقرتها الأخيرة بأن حرية الإثبات في المواد التجارية رخصة يمنحها القاضي، وليست حقا للخصوم، بحيث لا يجبر القاضي على النظر في دليل غير الكتابة متى رأى ذلك، ويتبين ذلك من تعبير النص في فقرته السادسة يثبت كل عقد تجاري، بالبينة أو بوسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها، ولذلك فإن للمحكمة أن ترفض الاستجابة للبينة، إذا رأت من ظروف الدعوى والأدلة التي استندت عليها ما يكفي لتكوين عقيدتها.

وقد سار الاجتهاد القضائي في الجزائر في هذا الاتجاه فقد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه: "... حيث أن شهادة الشهود لا تكفي لإثبات تسديد مبالغ الإيجار في نهاية كل شهر بانتظام، ومن ثم فإن النعي على قرار المجلس بالخطأ في تطبيق القانون لعدم اعتماده على شهادة الشهود لإثبات واقعة تسديد الإيجار يكون في غير محله"(2).

ومبدأ حرية الإثبات مقرر لمصلحة الخصوم ولا يتعلق بالنظام العام، لذا فلاهم أن ينزلوا عنه صراحة أو ضمنا، وأن يتفوقوا مقدما فيما بينهم على ضرورة الإثبات بالكتابة، ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يثير هذه المسألة تلقائيا، وهو المبدأ الذي كرسته المحكمة العليا في قراراتها(3).

الفرع الثالث: نطاق المبدأ

مبدأ حرية الإثبات خاص بالمواد التجارية، أي بالتصرفات القانونية التي تثبت لها الصفة التجارية، بأن تكون عملا تجاريا مما نص عليه القانون في المواد (2 و3 و4) من القانون التجاري، أما الأعمال المادية فهي تثبت بكافة طرق الإثبات طبقا للقواعد العامة. والعبرة بالتصرف المراد إثباته بالنظر إلى المدعى عليه ودون اعتبار للمحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، ولا لصفة المدعي في الدعوى(4).

1- د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 128.

2- قرار المجلس الأعلى- الغرفة التجارية والبحرية رقم: 36662 بتاريخ: 1985/10/05، المجلة القضائية، سنة 1990، العدد الثاني، ص 91 وما بعدها.

3- قرار المجلس الأعلى- الغرفة التجارية والبحرية رقم: 28537 بتاريخ: 1983/05/11، نشرة القضاة، سنة 1988، العدد 43، ص 130 وما بعدها.

4- د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 22.

فبالنسبة للعمل المختلط الذي يكون أحد طرفيه شخصا مدنيا والآخر تاجرا، فإنه تطبق القواعد المدنية على الطرف الذي يعتبر العمل بالنسبة إليه مدنيا، وتطبق قواعد الإثبات التجارية على الطرف الذي يكون العمل بالنسبة إليه تجاريا(1).

فإذا ادعى التاجر على الشخص المدني كان عليه أن يثبت إدعائه أو دينه بالدليل الكتابي إذا جاوز التصرف القانوني ألف دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، أما إذا ادعى الشخص المدني على التاجر كان عليه أن يقيم الدليل على إدعائه بكافة طرق الإثبات. وقد قضت المحكمة العليا بأنه لا " يجوز إعمال أحكام المادة 333 من القانون المدني والمادة 30 من القانون التجاري، إلا إذا كان المدعى عليه تاجرا أو كانت المعاملة عملا تجاريا، و بما أنه لم يثبت أن المدعى عليه تاجرا، وأن المعاملة لا تنطبق عليها أحكام المواد (2 و3 و4) من القانون التجاري، فإنه لا يجوز تطبيق أحكام المادة 30 من القانون التجاري، وكان على قضاة المجلس في هذه الحالة تطبيق القاعدة العامة في إثبات التصرفات المدنية"(2).

وبالنسبة للعمل التجاري بالتبعية، فعلى من يدعي أن للعمل الصفة التجارية بالتبعية أن يثبت ذلك، أي أن يثبت أولا أن من صدر منه العمل تاجرا، و ثانيا أن هذا العمل متعلق بممارسة التجارة أو حاجات المحل التجاري، أو نابع من التزامات بين التجار(3)، وللمدعي أن يثبت ما يدعيه بجميع طرق الإثبات.

والدليل المقبول في إثبات العمل التجاري هو البينة والقرائن والدفاتر التجارية، والفااتورة وكل ما يوصل إلى اقتناع القاضي طبقا للمادة 30 من القانون التجاري، وإذا كان المطلوب إثباته يخالف أو يجاوز ما هو ثابت بالكتابة فيمكن إثباته بكافة الطرق(4).

إلا أنه لا يؤخذ مبدأ حرية الإثبات على إطلاقه إذ ترد بشأنه عدة استثناءات تحد من

تطبيقه وأهمها:

1- اتفاق الطرفين

- 1- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 80.
- 2- قرار المحكمة العليا- الغرفة المدنية رقم: 268248 بتاريخ: 2003/04/30 - مجلة المحامي- سنة 2004 - العدد الثاني، ص 189 وما بعدها.
- 3- د. أحمد محرز، المرجع السابق، ص 111.

لأصحاب الشأن أن يتفقوا على ضرورة تقديم دليل مكتوب لإثبات ما يذشأ بينهم من تصرفات، وعندئذ يلتزمون بهذا الاتفاق الذي يعود بهم إلى القاعدة العامة للإثبات، وهي المواد 328 و333 و334 من القانون المدني، إلا أن الاتفاق يجب أن يكون صريحا، ولا يستخلص من مجرد كتابته بين الطرفين، لأن القضاء يبيح إثبات ما يخالف الكتابة في المواد التجارية بكافة طرق الإثبات(1).

2- القيود القانونية

يوجب القانون خروجاً على قاعدة حرية الإثبات تقديم دليل رسمي لإثبات تصرفات أو عقود تجارية معينة، وذلك تقديراً لاعتبارات خاصة أو لمصلحة يريد المشرع حمايتها. منها عقد بيع المحل التجاري حيث تنص المادة 79 من القانون التجاري على أنه " كل بيع اختياري أو عد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقاً على شرط أو صادراً بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال شركة يجب إثباته بعقد رسمي و إلا كان باطلاً".

وكذا عقد الشركة المنصوص عليه بالمادة 545 من نفس القانون وعقد الإيجار وعقد التسيير الحر ومعظم عقود النقل البحري المنصوص عليها بالقانون البحري. ففي هذه الحالات تسقط قاعدة حرية الإثبات، ويتعين إتباع حكم القانون من ضرورة الدليل الرسمي، ولا يجوز في هذه الحالة إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، لذا قضت المحكمة العليا بأن اقتصار جهة الاستئناف على مناقشة العقد العرفي مرجحة إياه ضمناً على عقدين رسميين دون وجود مبرر لذلك يعد إساءة في تطبيق قواعد الإثبات يستوجب النقض والإبطال(2).

3- العقد المختلط

وهو العقد الذي يكون تجارياً بالنسبة لأحد طرفيه ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر، فإن دليل الإثبات يختلف تبعاً لما إذا كان المدعي هو الأول أو الثاني، و أن من كان العمل مدنياً بالنسبة له يكون عليه أن يقدم دليلاً مكتوباً.

1- د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 132.

2- قرار المحكمة العليا- الغرفة العقارية رقم: 176264 بتاريخ: 1998/11/18- المجلة القضائية- سنة 1999 - العدد الأول، ص 102 وما بعدها.

4- الأوراق التجارية

فقد أوجب المشرع لإنشاء هذه الأوراق سواء كانت سفتجة أو شيك أو سند لأمر(1)، أن تكون مكتوبة وتحمل بيانات محددة ، يؤدي تخلفها إلى البطلان، ويؤدي إلى انعدام كل أثر قانوني للورقة وتعتبر حينها سندا عاديا(2)، وبالتالي لقبول الأوراق التجارية في الإثبات التجاري يجب أن تستجيب للشكلية التي يتطلبها القانون، وإلا انقلبت إلى سندات عادية تخضع للقواعد العامة في الإثبات(3).

ومن خلال ما سبق فإن الإثبات في المواد التجارية يتم بكافة الطرق سواء كان العمل المراد إثباته عملا عاديا أو تصرفا قانونيا، و سواء كان محدد القيمة أو غير محدد القيمة، إلا أنه توجد استثناءات على هذا المبدأ حيث يلزم المشرع أو القضاء إثبات بعض التصرفات بالكتابة فقط دون غيرها من وسائل الإثبات.

المطلب الثاني: مبدأ جواز التمسك بدليل صادر عن التاجر أو إزماءه بتقديمه

إن الأصل في الإثبات هو حق الخصم في تقديم الأدلة اللازمة التي تثبت ما يدعيه بالطرق المحددة قانونا، حيث يشترط على الشخص الذي يتمسك بالدليل ضد خصمه أن يكون هذا الدليل صادرا منه، كما أنه لا يجوز إجبار شخص على تقديم ما تحت يده من محررات إلى القضاء.

إلا أنه في المواد التجارية وخروجا عن الأصل أجاز المشرع للتاجر أن يصطنع دليلا لنفسه من أجل إثبات دعواه أمام القضاء أو يتمسك بسندات صادرة منه كأدلة تثبت حقه في مواجهة الغير، وفي المقابل يجوز للخصم أو المحكمة أن تجبر التاجر على تقديم محررات خاصة به وموجودة تحت يده لاستخلاص ما يتعلق منه بالدعوى.

وهذه الأدلة غالبا ما تأخذ بها المحاكم خاصة إذا كانت مقبولة وقانونية ولا تتضمن أي عيب خصوصا خلوها من التزوير(4)، وأهم هذه السندات المنصوص عليها قانونا والمستقر عليها قضاء هي الدفاتر التجارية.

1- أنظر المواد: 390 و465 و 472 من القانون التجاري.

2- د. هاني دويدار: " مبادئ القانون التجاري " - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 1997، ص 303.

3- George Ripert ET René Roblot op-cit, p 219

4- د. هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 240.

لذلك سنتناول دور الدفاتر التجارية في الإثبات باعتبارها أفضل حالة لدراسة هذه الإستثناءات وأبرزها، لكن الأمر يتطلب منا أولاً التطرق للمقصود بهذه الدفاتر وشروطها، ثم إلى حجيتها في الإثبات لمصلحة التاجر أو ضده.

المقصود بالدفاتر التجارية

يحتاج القائم على مشروع تجاري إلى الوقوف على مركزه المالي بصفة منتظمة، ذلك أن التاجر في سعيه إلى تحقيق الربح وعليه اتخاذ القرارات اللازمة لتحقيق هذا الهدف، وبالتالي فهو يحتاج إلى تعبير كتابي عن مختلف عناصر مشروعه التجاري من ديون وحقوق وأصول وخصوم... وغيرها، خصوصاً مع سرعة العمليات التجارية وتلاحقها، ومن هنا ظهرت الأهمية الجوهرية للدفاتر التجارية، التي تستطيع القيام بكافة هذه المهام. ولقد قنن المشرع الجزائري ما جرى عليه العرف من إمساك التجار للدفاتر التجارية، وتناولها بالتنظيم في المواد من 9 إلى 18 من القانون التجاري، إلا أنه جعل مسك الدفاتر التجارية التزاماً على عاتق التاجر.

ويرجع ذلك إلى إرادة المشرع في ترتيب آثار قانونية هامة على مسك الدفاتر التجارية، كربط الضريبة على ضوء البيانات الواردة فيها، واستخلاص القضاء لحسن نية التاجر من انتظامه في مسك الدفاتر في مواد الإفلاس، بالإضافة إلى الدور الهام الذي تلعبه الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر وضده، مما يشكل خروجاً عن القواعد العامة في الإثبات.

الفرع الأول: الالتزام بمسك الدفاتر التجارية

أولاً: أهمية الدفاتر التجارية

إن مسك الدفاتر التجارية أمر لا غنى عنه في الحياة التجارية نظراً للفائدة التي تعود من وراء ذلك على التاجر نفسه وعلى المتعاملين معه سواء كانوا أفراداً أو هيئات إدارية للأسباب الآتية:

1- الدفاتر التجارية المنظمة تبين المركز الحقيقي للتاجر

فهي تمكن التاجر من معرفة مركزه المالي وتبين ماله من حقوق وما عليه من ديون لدى الغير ويستخلص منها الطرق التي يوجه بمقتضاها نشاطه التجاري.

2- الدفاتر التجارية أداة إثبات

اعترف القانون التجاري بقوة الدفاتر التجارية في الإثبات وأتاح للتاجر الاحتجاج بها على الغير إذا كانت دقيقة ومنتظمة، وبالتالي فهي ذات فائدة كبرى للفصل في المنازعات التي تثور بين التجار والمتعاملين معهم⁽¹⁾.

3- الدفاتر التجارية والضرائب

الدفاتر التجارية المنتظمة توحى بالثقة وتبعث على اطمئنان إدارة الضرائب وتجعلها تربط الضرائب على أساس الربح الحقيقي وبالتالي فهي تحمي التاجر من الضريبة الجزافية التي تؤدي إلى الإضرار بالتاجر.

4- الدفاتر التجارية والإفلاس

تحمي الدفاتر التجارية المنتظمة التاجر المفلس وتمكنه من الاستفادة بالصلح القضائي، أما إذا كانت غير منتظمة أو لم يمسكها التاجر إطلاقاً، فقد يؤدي ذلك إلى شهر إفلاسه بالتقصير أو التدليس⁽²⁾ ويتعرض للعقوبات الجزائية.

ثانياً: الأشخاص الملزمون بمسك الدفاتر التجارية

تنص المادة 9 الفقرة الأولى من القانون التجاري على أنه " كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر لليومية.."
وتنص المادة 10 من نفس القانون على أنه "يجب عليه أن يجري... وحساب النتائج في دفتر الجرد".

يتبين من نصوص المواد 9 و10 من القانون التجاري أن الالتزام بمسك الدفاتر التجارية واجب مفروض على كل من يكتسب صفة التاجر، سواء كان تاجراً فرداً أو شخصاً معنوياً كالشركات التجارية أو المقاولات.

أما الأشخاص المدنية أو الشركات المدنية فحتى لو قاموا ببعض العمليات التجارية كسحب السفاتج أو الشراء لأجل البيع لمرات متقطعة فإن ذلك لا يكسبهم الاحتراف فلا يلتزمون بمسك الدفاتر التجارية، وحتى لو أمسكوا بعض الدفاتر فلا تكون لها حجية الدفاتر التجارية، إنما قد تفيد في حالة الإعسار فقط⁽³⁾.

1- د. أحمد محرز، المرجع السابق، ص 167.

2- د. هاني دويدار، المرجع السابق، ص 232.

3- د. إلياس ناصيف: " الكامل في قانون التجارة " - الجزء الأول - عويدات للطباعة والنشر- بيروت 1999- ص 57.

ولا يشترط لمسك الدفاتر التجارية أن يكون التاجر ملما بالقراءة والكتابة، فهذا الالتزام فرضه عليه القانون حتى ولو كان أميا، حيث لا يشترط أن تكون البيانات الواردة فيه بخط يده فيجوز له استخدام كاتب أو محاسب لقيد العمليات التجارية بمعرفته وتحت إشرافه(1)، كما لا يشترط أن يتم القيد باللغة العربية حيث يجوز أن يتم ذلك باللغة الفرنسية أو أية لغة أخرى.

ولم يفرق القانون بين التاجر الجزائري والتجار الأجانب، فعلى جميع التجار الذين يمارسون التجارة في الجزائر مسك الدفاتر التجارية.

وقد ثار خلاف فقهي حول الشريك المتضامن في شركة التضامن وشركة التوصية المكتسب لصفة التاجر، هل يلتزم بمسك الدفاتر التجارية أم لا ؟

إلا أن معظم الفقه متفق على أن الإلزام واجب على شركة التضامن باعتبارها شخص معنوي يمارس الشركاء نشاطهم من خلالها، ولو ألزم هؤلاء الشركاء بمسك دفاتر الجارية لكانت مجرد تكرار لدفاتر الشركة وذلك ما لم تكن للتاجر تجارة مستقلة عن تجارة الشركة(2)، لأن التكرار يعد مضيعة للوقت في حين أن التجارة تتسم بالسرعة.

ثالثا: أنواع الدفاتر التجارية

ألزم المشرع الجزائري التاجر بمسك دفترين على الأقل هما دفتر اليومية ودفتر الجرد، وترك له الحرية في اختيار دفاتر أخرى مناسبة إذا استلزمت طبيعة التجارة وأهميتها ذلك، بمعنى أن الدفاتر التجارية نوعين دفاتر إلزامية ودفاتر اختيارية.

أ- الدفاتر التجارية الإلزامية

1- دفتر اليومية

نصت عليه المادة 9 من القانون التجاري، وتفيد فيه جميع العمليات المالية التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بتجارته من بيع وشراء ومقاولات أو إقراض وكذلك مسحوباته الشخصية، ويتم هذا القيد يوما بيوم وبالتفصيل بالإضافة إلى مراجعة هذه العمليات شهريا بشرط الاحتفاظ بكافة الوثائق التي تمكن من مراقبة صحة العمليات اليومية.

2- دفتر الجرد

1- د. أحمد محرز، المرجع السابق، ص169.
2- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 117.

يؤخذ من نص المادة 10 من القانون التجاري أن التاجر يلتزم كل سنة مالية بجرد أصول وخصوم منشأته أو مقاولته منقولة كانت أو ثابتة، وتقويمها وحصر ماله من حقوق لدى الغير وما عليه من ديون وتدوين ذلك تفصيلا في دفتر الجرد، ثم يحسب نتائج ذلك ويقوم بتحرير الميزانية العامة بين أصوله وخصومه.

والأصول هي الأموال المنقولة والثابتة والحقوق المنشأة على الغير فيما تشمل الخصوم الديون التي على المشروع على الغير وكذلك رأس المال باعتباره ديننا على المشروع لصاحبه(1).

ب- الدفاتر التجارية الاختيارية

جرت العادة أن يمسك التاجر دفاتر تجارية أخرى قد تستلزمها طبيعة التجارة، وأهم هذه الدفاتر:

1- الدفتر الأستاذ

وينقل إليه التاجر القيود الواردة في دفتر اليومية مع ترتيبها حسب نوعها، بحيث يكون لكل نوع من البضاعة حساب مستقل، أو يتم ترتيبها بحسب أسماء الزبائن بفتح لكل زبون حساب خاص به، ويشبه الدفتر الأستاذ دفتر اليومية إلى حد كبير وبالتالي فهو يعد أهم الدفاتر الاختيارية(2).

2- دفتر المسودة

تدون فيه العمليات التجارية بمجرد وقوعها بسرعة وبصورة مذكرات ثم تنقل بعد ذلك إلى دفتر اليومية بعناية وبانتظام.

3- دفتر المخزن

تسجل فيه كل البضائع التي تدخل إلى المخزن أو تخرج منه ويطلق عليه أيضا دفتر المشتريات والمبيعات.

4- دفتر الصندوق

وتسجل فيه كل المبالغ التي تدخل الخزينة أو تخرج منها وهو مهم جدا في البنوك.

1- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص119.

2- د. إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، المرجع السابق، ص59.

5- دفتر الأوراق التجارية

ويدون فيه مواعيد استحقاق السفاتج والأوراق التجارية الأخرى.

6- دفتر المراسلات

وهو ليس دفتر بمعنى الكلمة بل هو عبارة عن مجموعة على شكل حافظة تضم المستندات التي تتعلق بتجارة التاجر، وقد نص المشرع على وجوب الاحتفاظ فيه بالوثائق المتعلقة بنشاط التاجر كالمراسلات والبرقيات والفواتير وذلك بطريقة منظمة حتى يسهل الرجوع إليها والاعتماد عليها في الإثبات.

رابعاً: تنظيم الدفاتر التجارية

للدفاتر التجارية أهمية كبيرة وبخاصة في الإثبات أمام القضاء وإدارة الأضرار، لذلك أوجب المشرع تنظيم الدفاتر بشكل يضبط صحة ما يرد فيها من بيانات لتجنب الغش والتلاعب فيها.

فألزمت المادة 11 من القانون التجاري أن تكون الدفاتر المنصوص عليها خالية من أي نوع من الكتابة في الهوامش أو تحشير بين السطور أو محو أو شطب أو ترك بياض، وذلك قصد المحافظة على سلامة ما ورد في الدفتر من بيانات بعدم تغيير البيانات الأصلية ومنع الإضافة إليها⁽¹⁾.

وتوجب ذات المادة أن ترقم صفحات كل من دفترى اليومية والجرد وذلك قبل استعمالهما ويوقع عليها قاضي المحكمة حتى لا يتسنى للتاجر استبدال أو تمزيق أو إتلاف بعض الصفحات⁽²⁾.

فإذا انتهت صفحات هذين الدفترين تعين على التاجر أن يقدمها إلى الموثق للتأشير عليها بما يفيد ذلك بعد آخر قيد، وقبل استعمال الدفترين الجديدين وهو ما تنص عليه المادة 5 فقرة 2 من قانون الدفاتر التجارية المصري.

بينما يلاحظ أن القانون التجاري الجزائري جاء خالياً من نص تنظيم انتهاء صفحات الدفترين، وعلى المشرع أن يتدارك ذلك.

خامساً: مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية

1- د. أحمد محرز، المرجع السابق، ص 167.

2- د. علي حسن يونس: " القانون التجاري "، دار الفكر العربي، القاهرة 1978، ص 241.

تنص المادة 12 من القانون التجاري بأنه " يجب أن تحفظ الدفاتر والمستندات المشار إليها في المادة 9 و10 لمدة عشر سنوات كما يجب أن ترتب وتحفظ المراسلات الواردة ونسخ المراسلات الموجهة طيلة نفس المدة ".

يتضح من النص أن المشرع أوجب على التاجر أن يحتفظ بدفاتره ومستنداته لمدة عشر سنوات، ولم يحدد القانون بداية سريان هذه الفترة ولكن من البديهي أن تبدأ من تاريخ إقفالها، وللتاجر بعد انقضاء هذه المدة أن يعدم دفاتره ومستنداته التجارية حيث لا يمكن إلزام التاجر بتقديم دفاتره أمام القضاء بعد انقضاء هذه الفترة لوجود قرينة قانونية على إعدامها بعد مرور عشر سنوات.

وقد قضت المحكمة العليا بعدم جواز تقديم الدفاتر التجارية بعد مرور مدة 10 سنوات⁽¹⁾، على أنه يجوز إثبات عكس هذه القرينة بإقامة الدليل على أن هذه الدفاتر لا تزال موجودة وحينئذ يلتزم التاجر بتقديمها⁽²⁾.

أما الجزاءات المترتبة عن عدم مسك الدفاتر التجارية أو عدم تنظيمها التي نص عليها القانون فهي نوعين من الجزاءات.

1- الجزاءات المدنية

ومقتضاها حرمان التاجر من تقديم دفاتر غير المنتظمة و عدم الاعتراف بها أمام القضاء في الإثبات لصالحه، إضافة إلى حرمانه من الصلح الواقي من الإفلاس بسبب فشله في إثبات سوء حظه وحسن نيته من خلال دفاتره التي أهملها.

والواقع في الجزائر فإن أغلب التجار لا يمسون الدفاتر التجارية أصلاً، ويرجع ذلك إلى أن إجراءات الإفلاس معطلة وغير مطبقة، إضافة إلى أن معظم التجار يتهربون من الضريبة ولا يدفعونها مستعملين عدة طرق احتيالية، وبالتالي فإن التجار لا يشعرون بأهمية هذه الدفاتر ويهملونها.

2- الجزاءات الجزائية

لم يفرض المشرع عقوبة على عدم مسك الدفاتر التجارية أو مسكها بطريقة منتظمة إلا في حالة إفلاس التاجر، فإذا تبين أن التاجر المفلس لم يمسون الدفاتر التجارية الإلزامية

1- قرار المحكمة العليا- الغرفة التجارية- رقم 46.728 بتاريخ: 1988/05/08- المجلة القضائية- سنة 1992 عدد2، ص 85 وما بعدها.

2- د. أحمد محرز، المرجع السابق، ص 178.

أو كانت غير منتظمة بحيث لا تعرف حقيقة إفلاسه جاز اعتباره مفلسا بالتقصير⁽¹⁾، وذلك طبقا للمواد 370 و371 من القانون التجاري ويعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين طبقا للمادة 383 فقرة 2 من قانون العقوبات.

وإذا أفلس التاجر وتبين أنه أخفى دفاتره أو أعدمها أو غيرها، أُعتبر مفلسا بالتدليس⁽²⁾، فيعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات طبقا للمادة 383 فقرة 3 من تقنين العقوبات.

الفرع الثاني: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات

تعتبر الدفاتر التجارية مهمة وذات فائدة في مجتمع التجارة لهذا أنشأ القانون بالنسبة لحجية هذه الدفاتر في الإثبات نظاما خرج فيه على القواعد العامة، حيث أجاز لأحد طرفي النزاع أن يقدم دفاتره أو يطلع عليه عليها ليأخذ منها الدليل الذي يحتاجه، وبالتالي لا تقتصر حجية الدفاتر التجارية في الإثبات على مجرد السماح للتاجر بالاحتجاج بها على الغير ولكن تخول للغير الاحتجاج على التاجر بما أثبتته في دفاتره⁽³⁾.

وعليه يجب أن نفرق في هذا الصدد بين حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر وحجيتها في الإثبات ضد التاجر.

أولاً: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر

الأصل أن الشخص لا يجوز له أن يصطنع دليلاً لنفسه، حتى لو كان تاجراً، وحتى لو كانت دفاتره منتظمة، فكل ما ورد في دفتر التاجر كقاعدة عامة لا يصلح أن يكون دليلاً له لأنه صادر منه، بل هو لا يُكون مبدأً ثبوتاً بالكتابة لأنه غير صادر من خصمه⁽⁴⁾.

1- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص123.

2- د. هاني دويدار، المرجع السابق، ص240.

3- د. إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، المرجع السابق، ص65.

4- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص280.

لكن القانون التجاري خرج على هذا الأصل ونص في المادة 13 من القانون التجاري على أنه " يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية " .

ويتضح من النص أن قبول الدفاتر التجارية أمر جوازي لا وجوبي، لأن المشرع يقول " يجوز للقاضي " ولم يقل يجب على القاضي، وبالتالي فإن قبول الدفاتر التجارية أمر جوازي للقاضي يتوقف على تقديره بلا معقب(1).

ولكي تكون الدفاتر التجارية حجة لمصلحة التاجر يجب أن تتوافر فيها الشروط

الآتية:

1- يجب أن يكون الخصم الذي يتمسك ضده بالدفاتر التجارية تاجرا

أي أن تكون الدعوى المطروحة أمام المحكمة بين تاجرين وبين شخصين يلتزمان بمسك الدفاتر التجارية، وبذلك يتمكن القاضي من خلال البيانات المدونة في الدفاتر كل من الخصمين ومضاهاتها ومقارنتها أن يقرر أي من القيود يمكن اعتبارها دليلا كاملا في الإثبات(2).

فإذا تطابقت الدفاتر فلا صعوبة في الأمر إذ يكون تمسك التاجر ببيانات دفتره على أساس سليم، وإن لم تتطابق فإن كانت دفاتر أحد التاجرين منتظمة رجح أن يأخذ القاضي بها وأن كانت دفاتر كل تاجرين منتظمة أو غير منتظمة كان القاضي حرا في الأخذ بدفاتر هذا أو ذلك، وقد لا يأخذ بها معا ويلتمس الدليل من طريق آخر(3).

2- أن يكون النزاع ناشئا عن عمل تجاري بالنسبة للطرفين

كما إذا باع تاجر الجملة بضاعة معينة بسعر معين إلى تاجر آخر من أجل بيعها، أما إذا كان العمل مدنيا بالنسبة للتاجر المدعى عليه كما إذا اشترى سلعا لمنزله أو لاستعماله الخاص فلا يجوز الاحتجاج عليه بدفاتره التجارية، والسبب في ذلك أن المصروفات والمسحوبات الشخصية التي ينفقها التاجر على نفسه وعلى عائلته تدون في

1- د. أحمد محرز، المرجع السابق، ص 182.

2- د. علي حسن يونس، المرجع السابق ص 245.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 281.

دفتر التاجر مما يتعذر معه مضاهاة ومقارنة دفاتر كل من التاجر⁽¹⁾، وهذا ما قضت به المادة 13 من القانون التجاري بقولها " كإثبات للتجار بالنسبة لأعمال التجارية " ومع ذلك يجب أن لا يكون النزاع متعلقا بتصرف يشترط فيه القانون الكتابة أو الرسمية كعقد الشركة التجارية إذ لا يجوز الاستناد في ذلك إلى الدفاتر التجارية مهما كانت منتظمة، وهو المبدأ الذي كرسته المحكمة العليا بعدم قبولها إثبات شركة بالدفاتر التجارية وشهادة الشهود⁽²⁾.

3- أن تكون الدفاتر التجارية منتظمة

والدفاتر المنتظمة هي الممسوكة طبقا لأحكام المادتين 9 و10 من القانون التجاري، وعلّة ذلك أن ما ورد فيها يدعو للاطمئنان لكون بياناتها وردت ضمن الأشكال والإجراءات التي وضعها القانون.

والمشرع الجزائي كان واضحا صارما بخصوص الدفاتر التجارية المقبولة كدليل غير أنه عملا بمبدأ الإثبات بجميع الطرق في المواد التجارية، يجوز للقاضي الاستعانة بالدفاتر غير المنتظمة لاستنباط القرائن التي تعزز وتتم أدلة الإثبات الأخرى الواردة في الدعوى⁽³⁾، والسؤال الذي يطرح هو إذا كان الخصم غير تاجر فهل تصلح الدفاتر التجارية كأداة إثبات لمصلحة التاجر ؟

حجية الدفاتر التجارية على غير التجار

تنص المادة 330 الفقرة الأولى من القانون المدني على أنه " دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة " وهذا يفيد أن المشرع يجيز استثناء أن تكون دفاتر التجار حجة على غير التجار ولكن بشروط أشد إذ يجب أن يتوافر ما يلي:

1- أن يتعلق النزاع بأشياء ورد لها التاجر لغير التاجر، كالخباز يورد الخبز، فلا محل لتطبيق النص على سبب آخر غير التوريد كقرض قدمه التاجر لغير التاجر⁽⁴⁾.

1- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 126، وأنظر أيضا- د. هاني دويدار، المرجع السابق، ص 242.
2- قرار المجلس الأعلى- الغرفة التجارية والبحرية - رقم: 38.060 بتاريخ: 1985/12/07- المجلة القضائية- سنة 1989- العدد الرابع، ص 159 وما بعدها.
3- د. إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، المرجع السابق، ص 65.
4- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 128.

2- أن يكون الالتزام مما يجوز إثباته بالبينة بالنسبة إلى العميل غير التاجر، أي لا تتجاوز قيمته ألف دينار جزائري.

3- أن يكمل الدليل باليمين المتممة يوجهها القاضي إلى التاجر الذي يحتج بدفتره، فلا يجوز التكملة هنا بالبينة أو القرائن(1).

فإذا توافرت هذه الشروط فإن حجية الدفاتر التجارية في هذه الحالة متروكة لتقدير القاضي وله مطلق الحرية في الأخذ بها أو رفضها وفقا لما يتبين من عناصر الدعوى، ومتى قرر القاضي قبول الدفاتر في الإثبات فإنها لا تعتبر دليلا كاملا بل مجرد عنصر من عناصر الإثبات يستكمل باليمين المتممة(2).

ثانيا: حجية الدفاتر التجارية ضد التاجر

الأصل أنه لا يجبر الشخص على تقديم دليل ضد نفسه ومع ذلك فإن المادتين 13 و14 من القانون التجاري تجيزان للمحكمة إلزام التاجر بتقديم دفاتره التجارية، وذلك أن هذه الدفاتر هي بمثابة إقرار مكتوب منه، والتاجر إما قد يكون كتبه بخطه أو بإملائه وتحت إشرافه ورقابته فهو صادر منه، ومن ثم تكون هذه الدفاتر حجة عليه سواء كان خصمه تاجر أو غير تاجر وسواء كان النزاع مدنيا أو تجاريا(3).

وهذا ما تنص عليه المادة 330 الفقرة 2 من القانون المدني " وتكون دفاتر التاجر حجة على هؤلاء التجار..."

والغرض من ذلك أن إلزام التاجر بإمسك الدفاتر التجارية لم يتقرر لمصلحة التاجر فقط لكنه يهدف من جهة أخرى إلى تنظيم مهنة التجارة التي تقتضي استمرار وقوع تعامل التاجر مع الغير، بحيث يكون من الطبيعي ألا تقتصر الاستفادة من الدفاتر على التاجر الذي يمسكها بل تكون لكل ذي مصلحة أن يستند عليها بشرط أن تكون منتظمة، فإذا كانت الدفاتر منتظمة وأخذ بها فإنها إقرار من التاجر، فإنه لا يسوغ لمن يريد استخلاص دليل منها أن يقوم بتجزئة البيانات الواردة فيها وذلك طبقا للمادة 330 الفقرة 2 من القانون المدني.

1- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 282.

2- د. هاني دويدار، المرجع السابق، ص 245.

3- د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 138 وما بعدها.

لكن إذا كانت غير منتظمة فلا يجوز للتاجر الاحتجاج بعدم الانتظام من أجل استبعاد حجبتها في الإثبات، وفقا للقاء عدة العامة التي تقرر أنه لا يجوز للشخص أن يستفيد من خطئه(1)، غير أنه للأخذ بالدفاتر التجارية كحجة ضد التاجر يجب مراعاة أمرين:

الأمر الأول:

أن دفتر التاجر ورقة عرفية غير موقعة من التاجر ويمكن ألا تكون مكتوبة بخطه، وقد يقع فيها من الأخطاء التي تخرج عن إرادته، ولذلك روعي بأن الاستدلال على التاجر بدفاتره ليس حقا مقرا لخصم التاجر وليس واجبا على المحكمة أن تجيبه إليه(2)، فجعل المشرع أمر تقديم الدفاتر التجارية للقضاء جوازا يخضع لسلطة القاضي فله أن يأخذ به أو يستبعده.

الأمر الثاني:

أن القاضي إذا رأى أن يأخذ بالدليل المستخلص من الدفاتر، فإن للتاجر ولو كان دفتره غير منتظما أن يثبت عكس ما ورد وذلك بجميع الطرق حتى بالبينة والقرائن(3)، ولا يعترض على ذلك بأنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، لأن الوارد بالدفتر ليس دليلا كاملا لأنه ورقة عرفية غير موقعة إضافة إلى أنه إذا كان النزاع تجاريا فإن جميع طرق الإثبات ممكنة(4).

وتتبعي الإشارة إلى أن انتشار استخدام الشركات التجارية والتجار لأجهزة الكمبيوتر والحاسبات الإلكترونية كوسيلة لتخزين المعلومات المتعلقة بالنشاط التجاري، خصوصا في مجال أعمال البنوك أو في مجال النقل الجوي، والتي تغني عن مسك الدفاتر التجارية التقليدية، لما فيها من يسر وتوفير للوقت والمال مما يطرح إشكالا حول مدى حجية ما يرد في هذه الحاسبات الإلكترونية في الإثبات.

ويرى الفقه بأنه إذا كان المشرع يعترف بحجية البيانات الواردة في الدفاتر التجارية في الإثبات بالرغم من أن التاجر ينفرد بتدوين البيانات فيها، فليس هناك ما يمنع من

1- د. علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 254.

2- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 278.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 279.

4- Michel de Juglart et Benjamin Ippollito- op-cit, p 212.

الاعتراف بحجية المعلومات المخزنة في أجهزة الكمبيوتر والحاسبات الإلكترونية، والتي ينفرد التاجر أيضا بتخزينها(1).

الفرع الثالث: تقديم الدفاتر التجارية إلى القضاء

لما كان من أهم أغراض الدفاتر التجارية هو اتخاذها أدلة إثبات فإنه يمكن الرجوع إليها إما بالإطلاع الجزئي لاستخراج البيان أو الجزء الذي يتعلق به النزاع، وذلك ما نصت عليه المادة 16 من القانون التجاري، وأما بالإطلاع الكلي على الدفاتر وقوائم الجرد بمعرفة القضاء وتكون في حالات معينة حددتها المادة 15 من التقنين التجاري.

أولاً: الإطلاع الجزئي

تنص المادة 16 من القانون التجاري على أنه "يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام نزاع وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق منها بالنزاع" ويلاحظ أن النص جاء مطلقاً حيث أجاز للقاضي ولو من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم الأمر بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام نزاع، سواء كان هذا النزاع مدنياً أو تجارياً وسواء كان الخصم تاجراً أو غير تاجر.

والغرض من الإطلاع الجزئي محدود وهو أن تطلع المحكمة أو خبير تندبه لهذا الغرض دون الخصوم على الدفاتر لا في جميع أجزائها، بل في الجزء الذي وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة(2).

ويقع إطلاع المحكمة أو الخبير المنتدب على الدفاتر بحضور التاجر صاحبه وتحت رقابته، ولا يجوز إطلاع الخصم بنفسه على الدفاتر التجارية نظراً لأسرار التجارة ومحافظة على البيانات التجارية ودرءاً لكل ما يؤدي إلى منافسة غير مشروعة(3).

وتجيز المادة 17 من القانون التجاري للمحكمة إذا كانت الدفاتر التجارية التي أمرت بتقديمها في مكان بعيد أن توجه إنابة إلى أقرب محكمة للقيام بالإطلاع على هذه الدفاتر، فتقوم بها وتحرر تقريراً بذلك ترسله للمحكمة الأولى.

1- د. هاني دويدار، المرجع السابق، ص 233.

2- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 130 وما بعدها.

3- د. أحمد محرز، المرجع السابق، ص 187.

وفي كل الأحوال فإذا حصلت المحكمة على البيانات المطلوبة فلها أن تأخذ بها، ولخصم التاجر أن يناقشها وله أن يدفع بعدم انتظامها أو عدم صحة ما ورد بها بتقديم الدليل على ذلك.

ثانياً: الإطلاع الكلي

يتم الإطلاع الكلي على الدفاتر التجارية بتسليمها إلى القضاء من أجل الإطلاع على جميع ما تحويه من بيانات ونظراً لإمكانية إفشاء أسرار التاجر إلى منافسيه من خلال هذا الإطلاع فقد حصرت المادة 15 من القانون التجاري الاحالات التي يجوز فيها الإطلاع الكلي على الدفاتر التجارية في ثلاث فقط، وهذه الاحالات هي:

1- قضايا الإرث:

فقد يموت التاجر ويترك دفاتره بحوزة أحد الورثة، فيجوز لكل وارث أن يطلب الإطلاع الشامل على دفاتر المورث حتى يتمكن من معرفة نصيبه وهذا الحق مقصور على الورثة والموصى لهم بحصة من التركة⁽¹⁾، وهناك حالتين:

الحالة الأولى: حالة وفاة التاجر وتوقف النشاط التجاري في متجره ففي هذه الحالة لا بد من تصفية أعمال التاجر ولا بد أن يكون ذلك بناء على اتفاق جميع الورثة أو بناء على طلب أحد الورثة للخروج من حالة الشيوخ أي يطلب الوارث أخذ حقوقه من المتجر، فهنا لا بد من الإطلاع الكلي على دفاتر التاجر حتى يستطيع حصر تركته وتحديد مناب كل واحد من الورثة.

الحالة الثانية: وفاة التاجر ولكن إذا وافق الورثة على استمرارية النشاط التجاري في متجر التاجر المتوفي، ففي هذه الحالة لا يكون الإطلاع كلياً بل يكون إطلاعا جزئياً إذا كانت هناك خصومة لأن وفاة التاجر تسقط أجل الديون التي عليه ولا تسقط أجل الديون التي له.

2- قسمة الشركة

فإذا انحلت الشركة جاز للمحكمة أن تأمر بإطلاع كل شريك على الدفاتر التجارية للشركة مقدار نصيبه، وهذا الحق مقصور على الشركاء ولا يشمل دائني الشركة⁽²⁾ كما أنه يخص فقط شركة التضامن والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التوصية البسيطة،

1- د. علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 262.

2- د. هاني دوبدار، المرجع السابق، ص 249.

بينما في شركات الأسهم وشركة التوصية بالأسهم فلا يحق للشريك المساهم الإطلاع على دفاتر الشركة.

ويصبح في هذه الحالة من اللازم على التاجر الذي بحوزته دفاتر الشركة تقديمها إلى المحكمة أو إلى الخبير الذي تنتدبه، للقيام بجرد ممتلكات الشركة وإعداد قسمة لها(1).

3- حالة الإفلاس

أباح المشرع لوكيل التفليسة الذي عينته المحكمة الحق في الإطلاع على الدفاتر التجارية للمفلس(2)، كما يحق لدائني المفلس الإطلاع على هذه الدفاتر بعد شهر إفلاس التاجر.

ومن خلال ما تقدم فإنه يجوز إلزام التاجر بتقديم دفاتره الى القضاء من أجل الإطلاع عليها سواء كان إطلاعا كلياً أو جزئياً، دون المساس في ذلك بأسراره التجارية.

المبحث الثاني: الإثبات في الأنظمة التجارية

رأينا أن الاثبات في المواد التجارية يقوم على مبادئ خاصة ومع ذلك فإنه ترد استثناءات على هذه التسهيلات الممنوحة للتجار ، فقد يتدخل المشرع لتنظيم مسألة معينة أو لاشتراط اثبات تصرفات معينة بالكتابة.

ولنتناول ذلك سنتطرق الى مبادئ وطرق اثبات أنظمة تجارية معينة خصها المشرع بعناية خاصة نظرا لكثرتها، ويتم ذلك من خلال ثلاثة مطالب هي المطلب الأول: إثبات العقود التجارية والمطلب الثاني: دور الرسائل والفاتورة في الاثبات وفي المطلب الثالث: اثبات نظام الافلاس.

المطلب الأول: إثبات العقود التجارية

1- د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 142 وما بعدها.
2- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص132.

العقود التجارية رضائية في غالبيتها تتعقد بمجرد تطابق الإرادتين، وتخضع في أركانها إلى القانون المدني، كما تخص العقود التجارية بقواعد موضوعية خاصة تميزها عن العقود المدنية، وذلك من حيث تنفيذها وإثباتها.

والشكالية في العقود لا يتطلبها القانون التجاري، نظرا للخصائص التي تميزه، ومع ذلك فقد ألزم المشرع الجزائري كتابة بعض العقود التجارية حتى يتسنى إثباتها، بل أن المشرع يشترط هذه الشكالية حتى للانعقاد.

حيث أن هذا يؤدي إلى التقييد من مبدأ الحرية في الإثبات الذي تتسم به التجارة، إلا أن بعض العقود التجارية لها كفاية ذاتية في الإثبات تتم من خلال البيانات الواردة فيها، وتجعل من هذه البيانات دليلا كاملا وكافيا لإثباتها.

وحتى نصل إلى مفهوم عام لإثبات العقود التجارية، نطرح السؤال التالي: ما هي العقود التجارية؟ وما هي الطرق التي يتم من خلالها إثباتها؟

وذلك يتطلب التطرق إلى ما يلي، الفرع الأول: الطبيعة القانونية للعقود التجارية، الفرع الثاني: إثبات العقود التجارية بالكتابة، وفي الفرع الثالث: إثبات العقود التجارية النموذجية، أما في الفرع الرابع: إثبات العقود التجارية الأخرى بجميع الطرق.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للعقود التجارية

لا تختص العقود التجارية بنظرية مستقلة عن تلك التي تحكم العقود المدنية، ولا تتميز الكثرة الغالبة من هذه العقود عن غيرها لا في الاسم ولا في الأركان ولا في شروط الصحة، إنما يكتسب العقد صفته التجارية لأسباب تتصل بطبيعته، وأهم هذه الأسباب صفة من يبرم العقد، فيكون العقد تجاريا إذا كان محله القيام بعمل تجاري بحسب موضوعه كالشراء من أجل البيع، وقد يكون العقد تجاريا إذا كان طرفاه تاجرين أو كان سبب نشوئه تجاريا.

أولا: تعريف العقود التجارية

يمكن تعريف العقد التجاري بأنه ذلك العقد الذي يذشأ التزامات تعاقدية تشكل عملا تجاريا بالنسبة لأحد الطرفين على الأقل(1).

والسؤال الذي يطرح هو متى يكتسب العقد صفته التجارية ؟

الأصل في العقود أنها مدنية إلا أنها تكتسب الصفة التجارية إذا أحاطت بتكوينها ظروف معينة، والمعيار الذي يرشدنا في هذا التحديد إنما نجده في نظرية الأعمال التجارية والعقد أهم هذه الأعمال، فالعقد التجاري سواء كان مفردا، أو في شكل مقولة يستوجب تكرار العمل على وجه الاحتراف، وهو ما تشترطه المادة الأولى من القانون التجاري لاكتساب صفة التاجر، ويقوم بذلك العقد على صفة الشخص الذي أبرمه، فإذا كان هذا الشخص تاجرا أو أبرم العقد لشؤون تجارية يصبح العقد تجاريا ولو كان في الأصل مدنيا، وذلك عملا بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية.

فكل ما يقوم به التاجر تحقيقا لمهنته التجارية وإن كان عملا مدنيا بطبيعته قام على قرينة بسيطة على أن العمل تجاري إلى أن يرد الدليل على عكس ذلك(2)، وهكذا فالصفة التجارية تستند إلى مفهوم العمل التجاري حسب موضوعه أو العمل التجاري بالتبعية، إذ يكون هو المعيار الفاصل بين العقد المدني والعقد التجاري.

وقد انتقد الفقه هذا المعيار لأنه لا يقوم على أساس من طبيعة العقد ذاته، فهو يعتبر العقد مدنيا أو تجاريا بالنظر إلى طبيعة العمل الذي يقوم به الشخص أو بالرجوع إلى صفة المتعاقد تاجرا كان أم غير تاجر، ويكون العقد تجاريا بالنسبة للمتعاقد التاجر ومدنيا بالنسبة للمتعاقد غير التاجر(3)، في حين أن طبيعة العقد واحدة لم تتغير، وهو ما يفسر انطباق القواعد القانونية نفسها على العقد سواء كان مدنيا أو تجاريا.

لذلك فإن العقود التجارية تختلف عن العقود المدنية، إما في موضوعها وإما من حيث محلها(4)، فتعد تجارية جميع العقود التي يكون محلها خاضع لشروط العمل التجاري أو أحد الأعمال المنصوص عليها في المواد 2 و3 و4 من التقنين التجاري.

1- د. علي البارودي، المرجع السابق، ص 45.

2- سمير جميل حسين الفتلاوي: "العقود التجارية الجزائرية"- الطبعة الثانية- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994، ص 5.

3- George Ripert et René Roblot- op-cit , p 202

4- François Collart Dutilleul et Philippe Delebeque-op-cit , p 22

إلا أن هناك عقودا يكثر إبرامها بين التجار وتسمى العقود التجارية الخاصة أو الأصلية⁽¹⁾، وهي التي يكون سبب نشوئها تجاريا مثل عقد الرهن، وعقد الوكالة بعمولة، والسمسرة والحساب الجاري، وكافة العقود التي نظمها المشرع في القانون التجاري بشكل خاص، فهي عقود تحكمها قواعد خاصة أو يحكمها العرف التجاري، إلا أن ذلك لا يمنع من تطبيق القواعد المدنية العامة عليها فيما لم يرد فيه نص خاص.

ثانياً: الأحكام الخاصة بالعقود التجارية

التقنين التجاري لم يضع قواعد خاصة إلا لبعض العقود التجارية، كعقد بيع المحل التجاري، وعقد النقل والوكالة بعمولة وغيرها، إلا أنه في الواقع لم يضع كل القواعد المتعلقة بها، ولذلك يرجع في جميع العقود التي لم يحدد لها المشرع قواعدها على نحو خاص إلى القواعد الخاصة، إلا أن هناك أحكام خاصة بالعقود التجارية وتستند هذه الأحكام بصفة عامة إلى ما تقتضيه البيئة التجارية عند إنشاء هذه العقود أو عند تنفيذها، ويمكن أن نجمل هذه الأحكام الخاصة فيما يلي:

1- القواعد الخاصة بإنشاء العقود التجارية

أ- الرضائية في العقود

فتتم بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين دون حاجة أشكال أو إجراءات خاصة، فيصح العقد بصحة الرضا و يبطل ببطلانه إلا إذا اشترط القانون شكلا معيناً لإبرامه⁽²⁾.

فكثيراً ما تقتضي حماية المتعاقد المدني أن يشترط المشرع شروطاً خاصة للانعقاد، أو شروطاً خاصة بالنسبة للمتعاقدين أو أحدهما، كما هو الحال في عقد الشركة أو في عقد بيع القاعدة التجارية (المواد 79 و 545 من التقنين التجاري)، ومن الشكليات ما أوجبه القانون على الغير فلا بد من قيد الشركة في السجل التجاري لتمتع بالشخصية المعنوية. ومنها ما اشترطه المشرع لنشوء الالتزام المصرفي، فهذا الأخير لا يندس حقوقاً إلا إذا كان مكتوباً واحتوت الكتابة على بيانات إلزامية وردت في نص قانوني، كما هو الحال بالنسبة للسفحة والسند لأمر والشيك .

1- د. علي البارودي، المرجع السابق، ص 9.

2- سمير الفتلاوي، المرجع السابق، ص 8.

وغالبا ما تبرم العقود التجارية في شكل عقود عامة نموذجية مثل عقود النقل التجارية، وعقود التأمين الخاصة(1).

ب- التعاقد بالمراسلة

العقد أيا كان نوعه يتم بإيجاب وقبول متطابقين، ويتم بإجماع المتعاقدان أو من ينوب عنهما في مجلس العقد، وإذا كان المتعاقدان في مكانين مختلفين يسعى أحدهما إلى الآخر غالبا لإتمام العقد.

أما في العقود التجارية، فالوقت عند التجار له قيمته، ولذا فإن أغلب العقود التجارية تتم بين غائبين دون أن يضطر المتعاقدان إلى الانتقال، إما عن طريق الرسائل أو البرقيات والهاتف، والمستقر عليه أنه إذا حدد ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي الأجل المحدد ويستخلص الأجل من ظروف أو طبيعة المعاملة.

وقد نثار مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، وقد حسمت المادة 67 من التقنين المدني في هذه النقطة بنصها " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق قانوني أو نص يقضي بغير ذلك.

ويفترض أن الموجب علم بالقبول في المكان، وفي الزمان الذين وصل فيهما القبول ".

فالمشرع يشترط علم الموجب بالقبول لانعقاد العقد، لكنه يجعل وصول القبول قرينة على العلم به، إلا أنها قرينة قابلة لإثبات العكس، وتحديد مكان وزمان إتمام العقد يفيد، في تحديد القانون الواجب التطبيق من حيث الاختصاص القضائي، ويراعى في ذلك أيضا تفسير بنود العقد والعرف أو العادة التجارية السارية في مكان انعقاد العقد(2).

ج- سهولة إبرام العقد

لا يقتصر الأمر على مجرد رضائية العقود التجارية، بل تتميز العقود التجارية كذلك بسهولة إبرامها، فهناك طائفة كبيرة من العقود التجارية يكون الإيجاب فيها عاما موجها إلى أشخاص غير معينين كإيجاب صاحب الفندق أو المطعم أو التاجر الذي يعرض سلعته، وفي

1- د. إلياس ناصيف: " الكامل في قانون التجارة " - الجزء الأول- عويدات للطباعة والنشر- بيروت 1999، ص 426.

2- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 34.

هذه الحال يلتزم التاجر بإيجابه العام بحيث ينعقد العقد إذا أبدى أي شخص رغبته في المبيت في الفندق أو في شراء السلعة المعروضة(1).

والقبول قد يكون صريحا أو ضمنيا، والأصل أن السكوت لا يعتبر تعبيراً عن القبول، إلا أنه في القانون التجاري فإن السكوت قد يعتبر قبولا إذا كانت هناك معاملة سابقة بين الطرفين، أو إذا كان القبول معلقا على مدة محددة فإن عدم الجواب في تلك الفترة يعد قبولا(2)، وبهذا قضت المادة 68 من التقنين المدني " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب في مصلحة من وجه إليه ".

د- التعاقد بالوساطة

قد يلجأ المتعاقدان إلى وسطاء لإتمام العقد، فقد يكون الوسيط سمسارا وتندصر مهمته في التقريب بين المتعاقدين بتفويض من أحد المتعاقدين مقابل أجر، دون أن يذكر اسم السمسار في العقد(3)، وقد يتم التعاقد عن طريق وكيل بعمولة فيقوم هذا الأخير بالتفاوض والتعاقد باسم الموكل ولحسابه لقاء أجر، وقد يذكر اسمه في العقد(4)، ويختلف السمسار والوكيل بالعمولة عن النائب القانوني، في الأجر الذي يتقاضاه كل واحد منها بينما يقوم النائب بتمثيل المتعاقد دون أجر ودون أن تكون له مصلحة مباشرة في العقد.

2- القواعد الخاصة في تنفيذ العقود التجارية

أ- القسوة في التنفيذ

لما كانت التجارة تتصف بالسرعة والثقة والانتماء فالعقود التجارية نادرا ما يتم تنفيذها فور إبرامها، وغالبا ما تكون مؤجلة التنفيذ، إذ يعتمد التجار عند وفاء ديونهم على استيفاء حقوقهم من مدينهم عند استحقاقها، فإذا تخلف أحدهم عن الوفاء فقد يؤثر ذلك على كل الدائنين ويؤدي إلى عجزهم عن الوفاء بديونهم، لذا نظم القانون التجاري أحكاما خاصة

1- د. علي البارودي، المرجع السابق، ص 13.

2- د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 35 وما بعدها.

3- د. علي البارودي، المرجع السابق، ص 86.

4- سمير الفتلاوي، المرجع السابق، ص 395.

تتصف بالقسوة وتهدف إلى سرعة التنفيذ ودعم الائتمان خلافا لما هو معمول به في العمل المدني، وأهم هذه الأحكام هي:

+ النفاذ المعجل

يجوز للقاضي في المواد التجارية أن يأمر بالنفاذ المعجل للأحكام القابلة للاستئناف، والعلة في إطلاق النفاذ المعجل في المواد التجارية هي ضمان السرعة في استيفاء الديون وفي تنفيذ الالتزامات التجارية دون تأخير أو مماطلة⁽¹⁾، فلا يكون للمدين مجال للتهرب.

+ تضامن المدينين

الأصل أن التضامن بين المدينين إذا تعددوا لا يفترض في القانون المدني، إلا أن القانون التجاري يقوم على دعائم الائتمان والثقة التي استقرت في نفوس المتعاملين في المحيط التجاري، وبالتالي يفترض أن التضامن بين المدينين هو القاعدة، فلا بد من الاتفاق الصريح لنفي التضامن، وبذلك يتهيأ للدائن أكبر فرصة ممكنة للحصول على دينه، فإذا أعسر أحد المدينين استطاع أن يتحصل على كل الدين من المدين الآخر⁽²⁾، ومن أحكام التضامن ما ورد في المادة 551 من القانون التجاري من أن الشركاء مسؤولون ومن غير تحديد عن ديون الشركة.

+ الإفلاس

إذا توقف التاجر المدين عن دفع ديونه يعتبر في حالة إفلاس طبقا للمادة 215 من القانون التجاري، ويجوز للدائن أن يطلب شهر إفلاسه، ويستتبع ذلك الحكم بغل يد المدين عن التصرف وإدارة أمواله، ومتابعته جزائيا وسقوط حقوقه المدنية والسياسية، مما يدفع التاجر بأن يكون حريصا على الوفاء بديونه التجارية في مواعيد استحقاقها دون تأخير.

+ المهلة القضائية

غالبا ما يمنح القاضي المدني أجلا للمدين المعسر حتى ينفذ التزامه على أن لا يزيد هذا الأجل عن سنة واحدة، طبقا للمادة 278 من القانون المدني والمادة 411 من قانون الإجراءات المدنية، إلا أن هذا الأمر غير جائز في العقود التجارية، ولا يحق للقاضي منح أي أجل للتاجر نظرا لما تحتمه طبيعة المعاملات التجارية، وما تقوم عليه من سرعة وثقة

1- د. أحمد محرز، المرجع السابق، ص 55.

2- Michel de Juglart et Benjamine Ippollito: " **Droit Commercial** " - 6^e édition-Edition Montchrestien, Paris 1970; p 90.

تقضي بضرورة وفاء التاجر بدينه في الميعاد المحدد، وإلا كان ذلك سببا في شهر إفلاسه(1).

+ الإعداز

لا يجوز الاستغناء عن الإعداز الرسمي في القانون المدني إلا إذا وجد استثناء بذلك عملا بأحكام المادة 179 من القانون المدني، أما في العقود التجارية فلا يشترط الإعداز الرسمي، و يكفي أن يتم بموجب خطاب عادي أو خطاب موصى عليه، أو باحتجاج بعدم الوفاء عن طريق المحضر القضائي.

ب- سهولة الإثبات

إثبات العقود التجارية أسهل وأسرع من إثبات العقود المدنية، وسهولة الإثبات ليست فقط في مجرد كفاية الشهود والقرائن حيث تجب الكتابة، (ففي حين يشترط المشرع إثبات العقود المدنية التي تزيد قيمتها عن ألف دينار أو كانت غير محددة القيمة بالكتابة)، وإنما أيضا في الأدلة الكتابية المستمدة من النماذج والفواتير المطبوعة والتي يكفي مجرد التوقيع فيها.

وكذلك في الاستناد إلى الدفاتر التجارية التي يلتزم التجار بإمسакها، والدور الأهم الذي يقوم به العرف التجاري والعادات التجارية لاستخلاص الإرادة الحقيقية للمتعاقدين حتى عند قصور التعبير(2).

كما أنه يقبل في العقود التجارية الإثبات بالرسائل والبرقيات المتبادلة، والفواتير المقبولة، ولا تخضع هذه المحررات العرفية لقواعد ثبوت التاريخ، حيث يمكن إثباتها في مواجهة الغير بكافة وسائل الإثبات(3).

ونخلص من هذه الأحكام العامة إلى أن العقد التجاري لا يختلف في طبيعته عن العقد المدني، وإنما يختلف في ظروف انعقاده وتنفيذه، وهذه الظروف تحكمها البيئة التجارية وظروفها الخاصة، وما تستلزمه من حرية في تكوين العقد وسهولة في إثباته وقسوة في تنفيذه.

الفرع الثاني: إثبات العقود التجارية بالكتابة

1- د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 24.

2- د. علي البارودي، المرجع السابق، ص 25.

3- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 87.

الأصل أن إثبات العقود التجارية كما رأينا يتم بكافة الطرق، إلا أن المشرع الجزائري قيد إثبات بعض العقود التجارية واشترط أن يتم إثباتها بالكتابة، وذلك نظرا لأن إبرامها وتنفيذها يستغرق وقتا طويلا يكون فيه للمتعاقدین متسع من الوقت من أجل تحريره، كما أن الكتابة تكون مهمة لحسم النزاعات التي يحتمل أن تقع بين المتعاقدین حول طبيعة أو آثار العقد.

كما أن المشرع قد يشترط الكتابة لحماية مصلحة معينة، فاشتراط الكتابة يكون الغرض منه أيضا رغبة الدولة في معرفة عدد التجار وحجم الأنشطة التجارية حتى تستطيع مراقبة هذا النشاط وتوفير الجو الملائم له، و ضمان تحصيل الضرائب المفروضة على التجار وعلى الشركات التجارية، حتى لا يستطيع أي مكلف أن يتصل من دفع هذه الحقوق التي تصب في خزينة الدولة وتدخل في ميزانيتها.

والكتابة في بعض العقود شرط لانعقادها إذا اشترط المشرع ذلك، وقد تكون أيضا أداة لإثباتها دون غيرها من وسائل الإثبات، مما يجعل الكتابة ذات أهمية مزدوجة. وقد تكون الكتابة عرفية أو رسمية، وألزم المشرع الجزائري تحرير بعض العقود التجارية وإثباتها بالكتابة مثل عقد الشركة وعقد التسيير الحر وعقد الإيجار وعقد بيع المحل التجاري.

وستنطرق إلى دراسة عقد بيع المحل التجاري وعقد الشركة كنموذج للعقود التي يشترط فيها المشرع الكتابة الرسمية للإثبات، وسنرى هل أن الكتابة هنا شرط للإثبات أم أنها شرط للانعقاد؟

أولاً: عقد الشركة

1- تعريف الشركة

تعرفها المادة 416 من التقنين المدني الشركة بأنها " عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك"

ونخلص من هذا التعريف إلى أن الشركة عقد يجب أن تتوفر فيه الأركان العامة في العقد وهي الرضا والمحل والسبب(1)، كما يجب أن تتوفر على أركان خاصة وهي أن يصدر العقد من شخصين فأكثر(2)، وأن يقدم كل منهم حصة من مال أو عمل وأن يقتسم كل منهم الأرباح والخسائر، ويضاف إلى ذلك ركن آخر هو أن تتوافر بينهم نية الاشتراك أي رغبة الشركاء في التعاون لتحقيق غرض الشركة(3).

ولأن المشرع لم يقتنع بالأركان الموضوعية الخاصة اشتراط لانعقاد العقد أن يفرغ في شكل خاص هو الكتابة.

2- شكل عقد الشركة

تنص المادة 418 من التقنين المدني على أنه " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذ لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد ".

وتنص المادة 545 من القانون التجاري " تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة "

يتبين من هذه النصوص أن الشركات المدنية والتجارية لا تتعقد إلا بورقة مكتوبة وأكد المشرع على ضرورة أن تكون هذه الكتابة رسمية، وأضاف في المواد 544 إلى 550 من التقنين التجاري شروطا أخرى وهي: التوثيق والإيداع في قلم المحكمة والقيود في السجل التجاري والإشهار بالنسبة للشركات التجارية.

ورغم هذه النصوص فقد أضاف المشرع نصا جديدا يؤكد على اشتراط الرسمية في عقد الشركة وفي كل العقود التعديلية وعقود التنازل عن الأسهم والحصص في الشركات، وقد ورد في القانون 25/91 المؤرخ في 16/12/1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 حيث نصت المادة 63 منه على منع مفتشي التسجيل من القيام بإجراء العقود العرفية المتضمنة عقود الشركات وكل العقود المعدلة لها.

1- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني " - الجزء الخامس- الهيئة والشركة- دار إحياء التراث العربي، بيروت ب.ت، ص 219.

2- مع الأخذ بعين الاعتبار المادة: 564 من التقنين التجاري المعدلة بالأمر 27/96 المؤرخ في: 09 ديسمبر 1996 التي تنص " تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص..."

3- د. هاني دوبدار، المرجع السابق، ص 103.

وبالتالي فإن الكتابة وحدها لا تكفي وحدها لانعقاد الشركة بل لابد من توفر الرسمية أي توثيق العقد بشكل رسمي لدى موثق معتمد يوقعه جميع الشركاء أو بواسطة وكلائهم، وهو المبدأ الذي كرسه أيضا قضاء واجتهاد المحكمة العليا فقضت " ... أن جميع الوثائق التي تنشأ أو تعدل الشركات يجب أن تحرر في شكل رسمي تحت طائلة البطلان..."(1).

وتستثنى من ذلك شركات المحاصة التي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية طبقا لنصوص المواد 30 و795 مكرر2 من التقنين التجاري.

أما مبررات التشدد في اشتراط المشرع الكتابة فهي تبين في ثلاثة نواح:

الأول: أن المشرع الجزائري يريد القضاء على العقود العرفية نتيجة المشاكل والفوضى التي أفرزتها في الحياة العملية، ومعنى ذلك أن المشرع ذكّر مرة أخرى بأن هذا العقد لا قيمة له بين الأطراف المتعاقدة(2).

الثاني: أن الشركة معدة عادة لأن تستمر مدة طويلة وتكون الشروط فيها متشعبة ومعقدة مما يستلزم إبرازها بوضوح وبعقد خطي(3)، من أجل إتاحة الظروف للشركاء وللغير الإطلاع عليها، وأن عقد الشركة يجب أن يشهر في السجل التجاري طبقا للمادة 548 من التقنين التجاري وبالتالي كتابته خطيا.

الثالث: أراد المشرع أن يحمل الشركاء على التفكير قبل الإقدام على تكوين شركة قد ينديني عليها تعريض ثرواتهم وسمعتهم للخطر(4).

3- إثبات الشركة

تنص المادة 545 الفقرة 2 من التقنين التجاري بأنه " لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركاء فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة.

يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء ".

من خلال النص يتبين أن المشرع يفرق بين حالتين لإثبات الشركة:

الحالة الأولى:

1- قرار المحكمة العليا- الغرفة المدنية - رقم: 38.060 بتاريخ: 1985/12/07 المجلة القضائية لسنة 1989- عدد 4، ص159 وما بعدها.

2- م. حسان بوعروج: تعليق على قرار الغرف المجتمعمة الصادر بتاريخ: 1997/02/18- المجلة القضائية- عدد خاص، ص45.

3- د. الياس ناصيف: " الموسوعة التجارية الشاملة " - الجزء الثاني- الشركات التجارية- الطبعة الثانية- عويدات للنشر والطباعة، بيروت 1999، ص35.

4- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص202.

بالنسبة للشركاء فيما بينهم فلا تثبت الشركة إلا بالكتابة ومادامت الكتابة شرطا لانعقاد الشركة فهي بالضرورة لازمة لإثباته(1)، وقد قضت المحكمة العليا بأنه من المستقر عليه قانونا أن إنشاء وإثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا، وبالتالي فإن إثبات الشركة بناء على عقد عرفي وبشهادة الشهود يشكل خرقا للقانون ولا سيما المادة 418 من التقنين المدني(2).

ويلاحظ من هذا القرار أن القضاء الجزائري لا يقر بوجود الشركة الفعلية، ويعتبر أي شركة تخلف شرط الرسمية فيها باطلة بطلانا مطلقا. وبالنسبة للشركاء على الغير فلا يجوز إثبات الشركة تجاه الغير إلا بالكتابة بل ومن حق الغير أن يدفع بأن الشركة باطلة والتعاقد معها باطل(3).

الحالة الثانية:

أما بالنسبة للغير فيحق لهم إثبات عقد الشركة بكافة الطرق القانونية طبقا للمادة 545 من التقنين التجاري، لأن العقد بالنسبة إليهم لا يعدو كونه واقعة مادية وبالتالي يجوز إثباتها بكافة الطرق(4).

ثانيا: عقد بيع المحل التجاري

1- الطبيعة القانونية لبيع المحل التجاري:

عقد بيع المحل التجاري عقد تجاري يرد على مال منقول معنوي(5)، أما أنه تجاري فيتضح من نص المادة 2 الفقرة الأولى من التقنين التجاري التي تنص على أن كل شراء

1- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 203.
2- قرار المحكمة العليا- الغرفة التجارية- رقم: 142.806 بتاريخ: 1996/03/26 المجلة القضائية لسنة 1997- عدد خاص، ص 141 وما بعدها.
3- د. عبد الرزاق السنهوري، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 249.
4- إلياس ناصيف، الموسوعة التجارية، المرجع السابق، ص 37.
5- د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 177 وما بعدها.

للمذقولات لإعادة بيعها أو بعد تحويلها وشغلها يعتبر عملا تجاريا وعلى ذلك يعد شراء المحل التجاري بقصد استغلاله عملا تجاريا.

وقد ثار خلاف في الفقه بالنسبة لشراء غير التاجر لمحل تجاري بقصد مباشرة التجارة، هل يعتبر عملا تجاريا أم مدنيا؟

ذهب رأي في الفقه إلى أن شراء غير التاجر للمحل التجاري يعتبر عملا مدنيا، غير أن الرأي الراجح عند الفقهاء يعتبر الشراء عملا تجاريا لأنه أول عمل يقوم به الشخص لاحتراف الأعمال التجارية ونيته واضحة من شراء المحل(1).

وقد حسم المشرع الجزائري الخلاف حول طبيعة بيع المحل التجاري بما لا يدع مجالا للشك والاجتهاد حول التفسير(2)، حيث نص في المادة 3 فقرة 4 من القانون التجاري على اعتبار كل العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية عملا تجاريا بحسب الشكل، وعلى ذلك فإن عقد بيع المحل التجاري يعتبر عملا تجاريا أيا كان أطرافه، حتى ولو كان موظفا وآل إليه المحل بطريق الميراث أو الهبة أو الوصية وقام ببيعه إلى شخص آخر، وحتى إذا كان المشتري لم يحترف التجارة بعد.

2- شروط انعقاد بيع المحل التجاري:

يشترط لانعقاد بيع المحل التجاري توافر الأركان العامة للعقد وهي الرضاء والمحل والأسبب وتطبيق في هذا الشأن القواعد القانونية العامة، على أنه توجد تطبيقات وقواعد خاصة ينبغي بيانها.

أ- عيوب الرضاء

يتوسع القضاء في قبول إبطال عقد البيع بسبب الغلط أو التدليس، وذلك لأن المحل التجاري مال منقول معنوي يضم عناصر مختلفة مما يسهل معه وقوع المشتري في الغلط أو خديعته في عناصر المحل الجوهرية وخاصة في عنصر الاتصال بالعملاء(3).

1- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص158 وما بعدها.

2- سمير جميل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص121، وأنظر أيضا د. أحمد محرز، المرجع السابق، ص277 هامش رقم 2.

3- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص158.

ب- محل البيع

يرد البيع على المحل التجاري ذاته ولما كان القانون لم يحدد العناصر التي يلزم دخولها في المحل فإن للطرفين مطلق الحرية في تحديد العناصر التي يشملها عقد البيع، وإذا أغفل المتعاقدان ذلك فإن البيع يرد على العناصر التي تكفي في مجموعها لتكوينه، وهي مسألة موضوعية تخضع لقاضي الموضوع يفصل فيها حسب الأدلة المقدمة(1).

ويشمل عقد البيع التنازل عادة عن الحق في الإيجار، وقد قضت المحكمة العليا بأن بيع القاعدة التجارية باعتبارها منقول معنوي تقيد المالك حقه في استعادة المحل ولم يبق له سوى قبض الإيجار(2).

وإضافة إلى ذلك فيجب أن يذنب البيع على عنصر الاتصال بالعملاء وبراءة الاختراع إذا كانت تمثل جوهر نشاط المنشأة.

ج - شكلية بيع المحل التجاري

نظرا لكون المحل التجاري من عناصر الإنتاج المهمة ورغبة في بث الثقة والإثمان في مجتمع التجارة، أعتبر المشرع عقد بيع المحل التجاري شكليا لا ينعقد إلا بالكتابة الرسمية والإشهار وقد نصت المادة 79 من القانون التجاري الفقرة 1 على أن " كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريقة المساهمة في رأس مال الشركة يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا".

والشكلية في عقد بيع المحل التجاري شرط للانعقاد وليست شرط للإثبات، فكلمة إثبات الواردة في المادة 79 مذكرة لتثبيت العقد بمعنى انعقاد ولو أراد المشرع من كلمة " إثباته بعقد رسمي" هو الدليل الذي يثبت واقعة معينة لأشعار إلى بطلان الدليل وليس إبطال العقد، ولو كان قصد المشرع الدليل لأستطاع تثبيت حقوقها بأي دليل آخر طبقا للمادة 30 من التقنين التجاري(3).

1- د. أحمد محرز، المرجع السابق، ص 276.

2- قرار المحكمة العليا- الغرفة التجارية- رقم: 159.308 بتاريخ: 1998/12/07، المجلة القضائية لسنة 1998-العدد الأول، ص 171 وما بعدها.

3- سمير الفتلاوي، المرجع السابق، ص 121- وأنظر أيضا:

ويضاف إلى ذلك أن المشرع ألزم المشتري بنشر البيع في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية بالبيع في السجل التجاري.

ثم جاء الاجتهاد القضائي ليؤكد ذلك فقد اعتبرت المحكمة العليا بأن " الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته فتحريير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون يؤدي إلى بطلان ذلك العقد.

حيث أنه إذا كان صحيحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والشاري، إلا أنه باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات تخص النظام العام "(1).

وقد أوجب المشرع كذلك في المادة 79 فقرة 2 من القانون التجاري أن يتضمن عقد بيع المحل التجاري البيانات التالية:

- اسم البائع السابق للمحل التجاري وتاريخ سند ملكيته وطبيعة هذا السند، من أجل التأكد من السبب الصحيح لملكية البائع للمحل والوقوف على سلامة حيازته.

- بيان حقوق الامتياز والرهن المترتبة على المحل، وذلك حتى يتضح للمشتري القيمة الحقيقية للمحل ومعرفة حجم الديون التي تقع عليه، لتقييم المشتري للمحل ويقدر الثمن.

- رقم الأعمال والأرباح التي حققها المحل في كل سنة من سنوات الاستغلال الثلاثة الأخيرة السابقة على البيع، لأنها من أهم البيانات التي يجب أن يعرفها المشتري، حتى يقدر قيمته خاصة ما يتصل اتصالا وثيقا بعنصر الاتصال بالعملاء، فإذا ثبت أن عدد عملاء المحل كثيرون وضح من ذلك حجم رقم الأعمال ومقدار الأرباح.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قنن هذه البيانات بخلاف المشرع المصري وذلك بالنظر لأهميتها(2)، ويمكن أن يكون إهمالها أو الإدلاء بمعلومات غير صحيحة سببا لبطلان البيع خلال سنة من تاريخ البيع إذا طلب المشتري ذلك.

3- إثبات عقد بيع المحل التجاري

1- قرار المحكمة العليا- الغرف المجتمعة- رقم:136.156 بتاريخ: 1997/02/18- المجلة القضائية- لسنة 1997 العدد الأول، ص 10 وما بعدها.

2- د. أحمد محرز، المرجع السابق، ص 280.

يعتبر الفقه بيع المحل التجاري عملا تجاريا، ولذلك فالقاعدة العامة أنه يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات سواء بسندات رسمية أو عرفية أو فواتير مقبولة أو بأية وسيلة أخرى، وذلك راجع لخاصية العقود التجارية بكونها عقود رضائية (1).

لكن المشرع الجزائري يجعل من الكتابة الرسمية شرطا للانعقاد، مما يجعل إثبات عقد بيع المحل التجاري لا يثبت إلا بعقد رسمي طبقا للمادة 79 من التقنين التجاري. وبالتالي فإن العقد العرفي المتضمن بيع المحل التجاري باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام، ولا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع (2).

وقد استقر قضاء المحكمة العليا على هذا المبدأ وقد قضت المحكمة العليا بأن اعتماد القاضي على مجرد عقد عرفي واعتباره منتجا لأثاره القانونية مخالف للقانون ولا سيما المواد 79 و83 من التقنين التجاري (3)، ويعتبر القضاء الجزائري عقد بيع المحل التجاري المحرر أمام موثق رسمي والذي تخلف إشهاره وإعلانه في النشرة الرسمية عقدا عرفيا لا ينتج أثاره (4).

ومن هنا يتبين أن المشرع الجزائري لا يعتد بالكتابة العرفية في عقد الشركة وعقد بيع المحل التجاري، بل يشترط الرسمية والإشهار كشرط لانعقاد وليس للإثبات فقط، وهذا الرأي في حاجة الى مراجعة لضرورة استقرار المعاملات، ولطبيعة التجارة التي تتطلب في الأصل السرعة والسهولة في إبرام العقود والمرونة في إثباتها.

الفرع الثالث: اثبات العقود التجارية النموذجية

تتميز العقود التجارية بأنها تثبت بجميع وسائل الإثبات بغض النظر عن قيمة التصرف سواء بالبينة أو القرائن والدفاتر التجارية والفواتير والمراسلات، وذلك نظرا لما تتطلبه التجارة من سرعة في التعامل وما تتضمنه من ثقة وانتمان.

-1 François Collart Dutilleul et Philippe Delebeque- op-cit, p 46.
-2 د. يونسى حداد نادية: " العقد العرفي والمعاملات العقارية " - المجلة القضائية- سنة 1997، العدد الأول، ص225.
-3 قرار المحكمة العليا- الغرفة التجارية والبحرية- رقم: 125.118 بتاريخ:1994/09/27، المجلة القضائية- سنة 1994- العدد الثالث، ص163 وما بعدها.
-4 قرار المحكمة العليا - الغرفة التجارية والبحرية- رقم 68467 بتاريخ:1990/10/21- المجلة القضائية- سنة 1992- العدد الأول، ص 84 وما بعدها.

ولهذا استثنى المشرع بعض العقود وجعل إثباتها مقيدا بوجود دليل كتابي سواء كان رسميا أو عرفيا دون غيره من وسائل الإثبات، وذلك نظرا لما يتضمنه العقد التجاري من تفاصيل تجعل الأطراف يفكرون طويلا قبل الإقدام على التعاقد، مما يجعل طرق الإثبات الأخرى لا تكفي للإثبات حفاظا على حقوق الأفراد والغير وذلك خروجاً عن القاعدة العامة. وتمتاز بعض العقود التجارية بخاصية في الإثبات، بحيث تتمتع بكفاية ذاتية في إثباتها من خلال محتواها والبيانات النموذجية الواردة فيها.

والكفاية الذاتية في الإثبات مؤداها أن الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات أو يتطوع لإثبات الواقعة محل الإثبات، رغم أن القانون يعفيه من ذلك يقوم بإثبات حقه من خلال البيانات الواردة في العقد، فتكون هذه البيانات بمثابة دليل كامل ينشأ الحق ويحميه(1)، دون الحاجة في الرجوع إلى وسائل الإثبات الأخرى المقررة قانوناً، ويعتبر عقد النقل من العقود التي لها نماذج معدة سلفاً، لذا ستكون الدراسة حول عقد النقل بنوعيه عقد نقل الأشياء وعقد نقل الأشخاص.

تعريف عقد النقل وخصائصه

نصت المادة 36 من التقنين التجاري على أن " عقد النقل اتفاق يلتزم بمقتضاه متعهد النقل مقابل ثمن بأن يتولى بنفسه نقل شخص أو شيء إلى مكان معين "

وبذلك فعقد النقل هو عقد معاوضة ملزم للجانبين الناقل والمرسل أو المسافر، فيلتزم الناقل بعملية النقل المتفق عليها في المواعيد المحددة ويلتزم المرسل أو المسافر بدفع أجرة النقل(2)، والبضاعة قد تكون مرسلة للشخص نفسه، كما قد تكون مرسلة إلى شخص آخر يسمى المرسل إليه.

وعقد النقل هو عمل تجاري بحسب الموضوع حيث تنص المادة 2 الفقرة 8 من القانون التجاري على أنه " يعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه كل مقابلة لاستغلال النقل أو الانتقال".

ويقصد بالنقل نقل البضائع أو الحيوانات، والانتقال يقصد به انتقال الإنسان بوسائل النقل المختلفة(3)، وينطبق النقل على جميع صور النقل سواء تم بطريق البر أو البحر أو

1- سمير الفتلاوي، المرجع السابق، ص210.

2- د. علي البارودي، المرجع السابق، ص 106.

3- د. أحمد محرز، المرجع السابق، ص86.

الجو، وأيا كانت وسيلة النقل بالسيارات أو القطارات أو البواخر أو الطائرات أو غيرها من وسائل النقل الأخرى.

وليس شرطاً أن يكون عقد النقل عملاً تجارياً إذا ورد على سبيل المقابلة، بل يمكن اعتبار النقل عملاً تجارياً ولو كان منفرداً لأن الناقل يضارب على الآلة واليد العاملة أحياناً مثل سيارة الأجرة⁽¹⁾، كما أن عقد النقل البحري والجوي تجاريين بحسب الشكل، وهذا ما نصت عليه المادة 3 الفقرة 5 من التقنين التجاري، التي لا تشترط المقابلة في عقود النقل الجوي والنقل البحري وإنما يعدان تجاريين حتى ولو كانت ممارسة أي منهما مرة واحدة. ويعتبر عقد النقل عملاً تجارياً بالنسبة للناقل بصرف النظر عما إذا كان فرداً أو شركة أو شخصاً من أشخاص القانون العام⁽²⁾، كالشركة الوطنية للنقل البري للبضائع وشركة الخطوط الجوية الجزائرية، أما بالنسبة للطرف الآخر فهو مختلط إذا كان المسافر أو الشاحن غير تاجر، وقد يكون تجارياً إذا توافرت فيه شروط العمل التجاري بالتبعية بأن يكون المسافر أو الشاحن تاجراً.

ويرد عقد النقل إما على نقل الأشخاص أو على نقل البضائع والسلع.

أولاً: عقد نقل البضائع أو الأشياء

نتناول في دراسة عقد نقل البضائع المسائل الآتية:

1- تكوين عقد نقل الأشياء

عقد نقل البضائع أو الأشياء هو تعهد الناقل بنقل بضاعة معينة أو شيء معين من مكان إلى آخر مقابل أجر⁽³⁾.

ومن هذا التعريف يتبين أن عقد نقل البضائع يتميز بالخصائص الآتية:

أ- أن عقد النقل عقد رضائي، يتم بمجرد تبادل الإيجاب والقبول دون أن يتوقف على إجراء لاحق، ولا خلاف في الفقه والقضاء أن تذكرة النقل رغم أهميتها في عقد النقل ليست إلا للإثبات وليست شرطاً للانعقاد⁽⁴⁾.

1- سميير الفتلاوي، المرجع السابق، ص 182 وما بعدها.

2- د. على جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 56.

3- René Rodiere et Bruno Oppitit: " Droit Commercial " - 8^e édition- Dalloz édition, Paris 193.

4- د. على البارودي، المرجع السابق، ص 110 وما بعدها.

ب- لعقد النقل طرفان ينعقد باتفاقهما (الناقل والشاحن) لنقل بضائع من مكان إلى مكان آخر لقاء أجر، فهو عقد ملزم للجانبين.

ج - وكنتيجة لرضائية عقد النقل، لا بد من توافر شروط الصحة المقررة لكل عقد وهي الرضاء والمحل والسبب، مع الشروط الواجبة لكل منهما.

ففيما يتعلق بالأهلية، فإنه تشترط الأهلية التجارية بالنسبة للناقل سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا، أما أهلية المرسل إليه فقد جرى العرف على التسامح فيها، لأن شروط العقد واحدة بالنسبة للكافة بحيث لا يترتب على نقص أهلية المرسل ضرر، كما أن تذكرة النقل لا تؤثر في ملكية الأشياء المنقولة(1).

أما عيوب الرضا فنادر ما تثار في عقود النقل التي تشرف عليها الإدارة، لأن إرادة الطرفين تتحرك في حدود ضيقة، مما يستبعد معه أي أثر للغلط أو التدليس، أو أية مصلحة في الإكراه.

د- قد تنتشعب العلاقات التي تنشأ عن عقد النقل، عندما يقتضي الأمر اللجوء لأكثر من ناقل واحد فتتم عملية النقل في عدة عمليات بالعربات وبالسكك الحديدية، وفي كل حالة يعد عقد النقل مبرما من جديد، وتكون جميع عمليات النقل تابعة للنقل الرئيسي عن طريق وسيط يسمى الوكيل بالعمولة(2).

2- التزامات عقد النقل

يرتب عقد النقل التزامات على عاتق طرفي عقد النقل وهما الناقل من جهة والشاحن من جهة أخرى.

- التزامات المرسل:

وتتمثل إلتزامات المرسل فيما يلي:

1- سمير الفتلاوي، المرجع السابق، ص194 وما بعدها.
2- د. إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، المرجع السابق، ص 489.

أ- تسليم البضاعة للناقل، وفق الشروط والبيانات الواردة في العقد من حيث جهتها ونوعها أو حجمها وطريقة تغليفها، ويحق للناقل أن يتحقق من نوع البضاعة حتى يتأكد من مطابقتها للاتفاق المبرم بينه وبين المرسل.

ب- دفع أجرة النقل وهو الالتزام الرئيسي للمرسل، إذ هو المقابل لعملية النقل التي يلتزم بها الناقل بمقتضى المعاوضة المنعقدة بينهما، ويتم تحديدها باتفاق الطرفين أو بمقتضى تعريفه رسمية أو بمقتضى العرف⁽¹⁾.

والناقل مسؤول مسؤولية تعاقدية تلزمه بالتعويض عن الضرر الذي يصيب المرسل والمرسل إليه في حالة هلاك البضاعة أو عدم وصولها في الموعد المحدد⁽²⁾، إلا أن القانون أعفى الناقل من المسؤولية إذا أثبت أن الهلاك أو التلف أو التأخر نتج عن قوة قاهرة كالفيضان مثلا، أو أن الهلاك ناشئ من طبيعة البضاعة نفسها⁽³⁾.

وقد نصت على ذلك المادة 48 من التقنين التجاري والمادة 803 من التقنين البحري الجزائري.

- التزامات الناقل: وتتمثل في:

أ- تسليم البضاعة وشحنها ووضعها في المكان المخصص لها في وسيلة النقل مع ترتيبها ورصها حفاظا على سلامتها أثناء النقل حتى لا تتعرض البضاعة للتلف.

ب- نقل البضاعة من مكان إلى آخر خلال المدة المتفق عليها وإذا لم يحصل اتفاق على المدة فيرجع إلى العرف في تحديدها، وكل تأخير لا مبرر له يسأل عنه الناقل ويلزم بدفع تعويض عن الضرر الذي لحق بالشاحن.

ج- المحافظة على البضاعة وبذل العناية اللازمة أثناء الطريق من تاريخ استلامها حتى إيصالها للمرسل إليه.

د- تسلم البضاعة إلى المرسل إليه في المكان المتفق عليه في العقد بعد تفريغها، ويتم التسليم بعد التأكد من هوية المرسل إليه وتوقيعه على فاتورة وصول البضاعة.

1- د. على البارودي، المرجع السابق، ص120.

2- قرار المحكمة العليا- الغرفة التجارية والبحرية- رقم: 113.345 بتاريخ:16/05/1995- المجلة القضائية- سنة 1997- عدد خاص، ص 208 وما بعدها.

3- م. مستيري فاطمة: " عقد النقل البحري للبضائع في القانون البحري الجزائري " - المجلة القضائية- سنة 1997- عدد خاص، ص 61 وما بعدها.

ويحق للمرسل إليه أن يفحص البضاعة قبل أن يستلمها للتحقق من مطابقتها للبيانات الواردة في الفاتورة، ويعطى المرسل إليه إيصالاً إلى الناقل بتسلمه البضاعة والتوقيع على سند النقل(1).

3- إثبات عقد نقل الأشياء

عقد النقل عقد رضائي، وهو تجاري دائماً بالنسبة للناقل والمرسل في أغلب الأحيان، فالقاعدة أن يتم إثباته بكافة طرق الإثبات كما نصت عليه المادة 30 من التقنين التجاري ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا الحالات التي يكون فيها عقد النقل مدنياً بالنسبة للمرسل(2)، فيستند الناقل في مواجهته إلى الكتابة كلما زادت قيمة النزاع عن ألف دينار جزائري.

وتذكرة النقل ليست شرطاً لانعقاد العقد وليست شرطاً لإثباته بل يجوز للطرفين إثبات عقد النقل بجميع الطرق، إلا أن عقد النقل يتميز بخاصية في الإثبات بكونه له كفاية ذاتية في الإثبات، حيث يتم إثباته بالكتابة من خلال البيانات الواردة في العقد وهو تذكرة النقل(3) (وثيقة الشحن أو رسالة النقل).

فقد نصت المادة 32 من قانون المصالح الجوية على أنه " يثبت عقد نقل الأشياء أو البضائع بسند يدعى رسالة النقل الجوي يحررها الباعث ويجب أن يقبلها الناقل. إن انعدام هذا السند أو عدم صلاحيته أو ضياعه لا يمس وجود ولا صحة عقد النقل الذي يجب أن يخضع للقواعد المقررة في هذا القانون، ومع الاحتفاظ بمقتضيات المادة 35 الواردة أسفله.

وبالتالي تعد هذه الوثيقة من أقوى الأدلة المطروحة ولا بد لمن يريد إثبات عكسها أن يقدم دليلاً ذا حجة أقوى من هذه الحجة فهي شرط للإثبات عند عدم تقديم الدليل الذي يتضمن ما يخالفها، وقد نصت المادة 38 من قانون المصالح الجوية التي يقابلها نص المادة 761 من التقنين البحري على أنه " تعتبر رسالة النقل الجوي كشهادة إلى أن يقوم دليل بعكس ذلك على إبرام العقد واستلام البضاعة من طرف الناقل وظروف النقل"

René Rodiere et Bruno Oppitit- op-cit, p 202.

-1

-2 د. إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، المرجع السابق، ص 410.

-3 سمير الفتلاوي، المرجع السابق، ص 209 وما بعدها.

إلا أن انعدام هذا السند أو عدم صلاحيته أو ضياعه ونقص بعض معلوماته لا يمس وجود عقد النقل ولا صحته، لأن هذا السند لا يمثل العقد وليس شرطاً لانعقاده(1).
والكتابة في عقد النقل تحتمها الضرورة العملية التي تحيط بعملية النقل، إذ يجب أن يتضمن الاتفاق بيانات تفصيلية خاصة بالبضاعة موضوع النقل وبالطريق المتفق على سلوكه وبمواعيد التسليم وشخص المرسل إليه، وغيرها من الأمور التي يلزم الاتفاق عليها، وهي أمور لا يمكن أن يحتكم الطرفان في إثباتها إلى شهادة الشهود أو إلى القرائن لا سيما في ما يتعلق بتوزيع الالتزامات والمسؤولية المترتبة عن الهلاك والتلف والتأخر(2)، وهذه البيانات هي التي تجعل لعقد النقل هذه الخاصية المميزة في الإثبات.

أ- تذكرة النقل

تظهر أهمية هذه الوثيقة في الإثبات والتداول والرهن، وتتضمن بالضرورة اسم المرسل والمرسل إليه والناقل والبضاعة وكميتها وأجرة النقل وغيرها من البيانات الأخرى، وقد نصت عليها المادة 41 من التقنين التجاري وفصلت في البيانات الواجب توافرها في تذكرة النقل على الوجه الذي يسمح لها بأن تؤدي دورها في الإثبات كاملاً(3).
وتحرر وثيقة النقل عادة في نسختين إحداها يوقع عليها الناقل تبقى مع المرسل، والثانية يوقع عليها المرسل أو الشاحن ويسلمها إلى الناقل الذي يستلم البضاعة مع الفاتورة، ويلتزم بإيصال البضاعة إلى المرسل إليه.

وعندما تصل البضاعة إلى المرسل إليه يوقع على استلامه البضاعة كاملة ويعيد تلك الفاتورة للناقل الذي يعيدها بدوره للشاحن ويطالبه بدفع أجرة النقل.

وتذكرة النقل أخذة في الاختفاء فيما يتعلق بالنقل الداخلي وعلى الأخص فيما يتعلق بالنقل بالسكك الحديدية، إذا أخذت محلها ورقة أخرى هي إيصال النقل(4).

ب- الإيصال

وهو مختلف في طبيعة نشأته عن تذكرة النقل، فهو مجرد إيصال لا يختلف عن الإيصالات العادية، وهو صادر من الناقل يعلن فيه بيان ومقدار البضاعة التي استلمها من

1- د. هشام فرعون: " القانون البحري " - دار العلوم، دمشق 1975/1976، ص175.

2- د. على البارودي، المرجع السابق، ص115.

3- سمير الفتلاوي، المرجع السابق، ص214.

4- د. على البارودي، المرجع السابق، ص116.

المرسل والتزامه تسليمها للمرسل إليه في الميعاد والمكان المحددين ويمتاز إيصال النقل عن تذكرة النقل ببساطته وسهولته في إثبات عقد النقل لكونه لا يتضمن إلا البيانات الجوهرية اللازمة(1).

وبالتالي تعد هاتين الوثيقتين (التذكرة والإيصال) سند كتابي لإثبات عقد النقل في نطاق البيانات الواردة في كل منها فكلاهما يؤدي ذات الوظيفة وله ذات القيمة أي أنها تكفي لإثبات حقوق والتزامات الناقل على السواء.

ثانياً: عقد نقل الأشخاص

أ- تكوين العقد:

لا يوجد في هذا العقد إلا شخصان الناقل والمسافر فطبيعته لا تسمح بالأطراف الثلاثة المكونين لعقد نقل الأشياء لأن المسافر يقوم مقام المرسل والمرسل إليه معا(2)، ويتميز بأنه:

1- من العقود الرضائية كغيره من العقود التجارية حيث ينعقد بمجرد تبادل الطرفين للإيجاب والقبول(3).

2- عقد نقل الأشخاص ملزم للجانبين، وأهم الالتزامات المتقابلة هو التزام الناقل بإجراء النقل والتزام المسافر بدفع الأجر ولا يعد عقد النقل المجاني عقدا فهو لا يرتب على عاتق الناقل مسؤولية تعاقدية، ولا يستطيع الراكب المجاني أن يطالب الناقل بالتعويض إلا إذا قام بإثبات خطأ الناقل والضرر والعلاقة السببية(4).

3- يلزم القانون الناقل بتسليم المسافر تذكرة النقل طبقاً للمادة 826 من التقنين البحري والتذكرة هي التي تسمح للناقل بالإشراف والتنظيم داخل وسائل النقل فيتأكد من أن المسافر قد ركب العربة المسافرة إلى الجهة التي يريدتها وبالشروط المبينة بالتذكرة ويعد دليلاً على دفع الأجرة(5).

1- د. هشام فرعون، المرجع السابق، ص 177.

2- سمير الفتلاوي، المرجع السابق، ص 299.

3-

4- د. علي البارودي، المرجع السابق، ص 180.

5- سمير الفتلاوي، المرجع السابق، ص 311.

والأصل أن التذكرة غير شخصية فيجوز لحاملها أن يتنازل عنها لغيره قبل بدء السفر فيحل محله في العقد مع الناقل، أما إذا كانت التذكرة خاصة يراعى فيها اعتبار صفة معينة كرجل الجيش مثلا فلا يجوز عندئذ التنازل عنها إلا لمن له هذه الصفة(1).

4- يلتزم الناقل بضمان سلامة المسافر وراحته وكذا بنقل أمتعته أثناء السفر وإيصاله إلى المحل الذي يقصده، وإلا كان مخلا بالتزاماته التعاقدية(2).

5- يكون الناقل مسؤولا عن الضرر الذي يصيب المسافر أو ورثته في حالة وقوع حادث، وعليه أن يثبت عكس ذلك بأن الضرر حدث بسبب غير متوقع وليس في استطاعته درؤه(3).

ب- إثبات عقد نقل الأشخاص

يلزم القانون الناقل بتسليم المسافر تذكرة نقل، وقد أدرجت المادة 30 من القانون التجاري الأدلة الثبوتية حسب ترتيب معين، ولما كانت تذكرة النقل إحدى الأدلة الكتابية التي يستند إليها، فقد نصت المادة 826 من القانون البحري أنه "يجب على الناقل منح المسافر تذكرة سفر تثبت التزامات الطرفين وتكون تذكرة السفر الصادرة الدليل على إبرام عقد السفر ودفع أجره السفر".

وعلى هذا فإن عقد النقل يثبت بموجب هذه التذكرة، إلا أن هذه القرينة ليست قاطعة وإنما هي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، بسبب أن عقد النقل من العقود التجارية التي يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات(4).

أما بالنسبة للمسافر فقد يكون العقد مدنيا أو تجاريا بالتبعية فإذا كان مدنيا وجب إثباته بالكتابة إذا زادت قيمته عن ألف دينار جزائري.

وتذكرة النقل لا تنحصر قيمتها في الإثبات أمام القضاء وإنما تمتد إلى الإثبات أثناء عملية النقل نفسها، فالتذكرة هي التي تخول لحاملها حق دخول المكان الذي تبدأ منه عملية

1- د. علي البارودي، المرجع السابق، ص 181.

2- قرار المحكمة العليا- الغرفة التجارية والبحرية- رقم: 94.034 بتاريخ: 1992/12/02- المجلة القضائية- سنة 1995- العدد الثاني، ص 74 وما بعدها.

3- قرار المجلس الأعلى- الغرفة التجارية والبحرية- رقم: 27.429 بتاريخ: 1989/03/30- مجلة الاجتهاد القضائي، ص 18 وما بعدها.

4- سمير الفتاوي، المرجع السابق، ص 310.

النقل، وتخول حق الصعود للعربات وهي التي تحدد مكان المسافر في الدرجة الأولى أو الثانية(1).

مما سبق فإن عقد النقل سواء تعلق بنقل البضائع والأشياء، أو تعلق بنقل الأشخاص، فإنه يمكن إثباته من خلال البيانات الواردة في تذكرة أو سند الشحن والإيصالات، كما أنه يمكن إثباته بالكتابة أو النماذج المسبقة المعدة لذلك من طرف شركات النقل.

الفرع الرابع: إثبات العقود التجارية الأخرى بكافة الطرق

1- د. علي البارودي، المرجع السابق، ص 181.

تعتبر العقود التجارية من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد تبادل الطرفين لإرادتهما بالإيجاب والقبول، وتتميز العقود التجارية بالابتعاد عن الشكلية المعقدة مما يجعل إثباتها حرا ويتم بكافة طرق الإثبات.

ويرجع ذلك لكون التجارة تقوم أساسا على عاملي السرعة والثقة والانتماء، وذلك خلافا للعقود المدنية التي تتصف بالبطء والاستقرار وتتطلب أركان موضوعية وشكلية لحماية حقوق الأطراف والدولة.

كما أن ذلك يرجع إلى تكرار العقود التجارية وسرعة تلاحقها بحديث يتعذر على التاجر أن يعد محررا أو دليلا لإثبات كل عقد يبرمه إلا أنه لا يجب أن يغفل أن مصدر السهولة في إثبات العقود تاريخي⁽¹⁾، فالقاعدة ترجع لأزمان بعيدة ويفسر لها أن العمليات التجارية كانت تعقد قديما في الأسواق وفي مواسم معينة ولأجل محدود، وكان يجتمع في هذه الأسواق تجار من جنسيات متعددة ويتكلمون لغات مختلفة فلم يكن من السهل كتابة العقود، ولذلك تبنى المشرع الجزائري مبدأ حرية إثبات العقود التجارية ونصت المادة 30 من القانون التجاري على أنه " يثبت كل عقد تجاري، بسندات رسمية، بسندات عرفية، بفاتورة مقبولة، بالرسائل، بدفاتر الطرفين، بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها ".

ويعتبر عقد البيع من أكثر العقود التجارية استعمالا بشكل يومي في الحياة التجارية، إذ يتعامل التجار فيما بينهم أو فيما بينهم وبين الأشخاص المدنية، ونظرا لهذه الأهمية سندرس في هذا الصدد عقد البيع التجاري ونبين كيف يتم إثباته.

لم يتضمن القانون التجاري نظرية عامة عن البيع التجاري باستثناء الأحكام المتعلقة ببيع ورهن المحل التجاري، لذلك ستعتمد دراستنا على القواعد العامة.

أولا: تكوين عقد البيع

البيع هو مبادلة مال بمال فهو باعتبار المبيع أما أن يكون بيع العين بالنقود وهو البيع المطلق أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف أو بيع العين بالعين وهو المقايضة⁽²⁾.

1- د. علي البارودي، المرجع السابق، ص 21.

2- د. محمد حسنين، "عقد البيع في القانون المدني الجزائري"، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994، ص 02.

وقد عرفته المادة 351 من القانون المدني بقولها " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

ويتضح من هذه المادة أن عقد البيع يتمتع بالخصائص التالية:

1- عقد البيع عقد رضائي:

حيث يكفي لانعقاده تطابق إرادة البائع مع إرادة المشتري، فالقانون لم يشترط لانعقاده أن يفرغ بشكل معين وعلى وجه الخصوص بالنسبة للمذقولات⁽¹⁾، وهي مجال البيوع التجارية بشكل عام.

ويخضع عقد البيع التجاري من حيث تكوينه إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني.

2- عقد البيع ملزم للجانبين:

حيث يرتب التزامات متقابلة في ذمة البائع والمشتري، فالبائع يلتزم بنقل ملكية أحد الأشياء أو الحقوق المالية التي يملكها والمشتري يلتزم بدفع الثمن⁽²⁾.

3- عقد البيع عقد معاوضة:

حيث يحصل البائع مقابل ما ينقله إلى المشتري، والمشتري يحصل على مقابل ما دفعه كثمن للمبيع⁽³⁾.

4- عقد البيع يرد على الأشياء وعلى الحقوق المالية الأخرى:

أي المنقول والعقار وهو ما نصت عليه المادة 2 من التقنين التجاري.

ثانيا: إثبات عقد البيع التجاري

يجب التفرقة هنا إذا كان العقد بين التجار أو بين تاجر والشخص المدني، فعقود البيع التي تتم بين التجار يتم إثباتها بكافة طرق الإثبات وأهمها:

1- بفاتورة مقبولة: وهي الشائع استعمالها بين التجار حيث تتم بها أغلب معاملاتهم التجارية خصوصا بين بائعي الجملة والتجزئة، فتكون أداة إثبات من خلال البيانات الواردة فيها إذا كانت مستوفية لكافة الشروط المنصوص عليها قانونا⁽⁴⁾.

1- د. خليل أحمد حسن قداد، "الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري"، الجزء الرابع، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1991، ص 11.

2- د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 9.

3- د. خليل أحمد حسن قداد، ص 11.

George Ripert et René Roblot-op-cit, p 246.

2- بالدفاتر التجارية: التي يعتد فيها كل تاجر عملياته التي فيها كل تاجر عملياته التجارية فتكون حجة ضد التاجر نفسه وقد تكون حجة له.

3- كما يتم إثبات عقد البيع بأي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات كالبينة والقرائن القانونية والقضائية والمراسلات التجارية أو بأي وسيلة أخرى ترى المحكمة وجوب قبولها طبقا لنص للمادة 30 من التقنين التجاري بشرط ألا يكون من البيوع الشكلية التي تخضع لشروط معينة منها الرسمية كعقد بيع المحل التجاري المنصوص عليه في المادة 79 من التقنين التجاري.

والأسؤال المطروح في ظل هذا التقدم التكنولوجي وظهور شبكة الإنترنت التي أصبحت تتم يوميا عن طريقها عمليات بيوع متنوعة في عالم أصبح يعرف بالعالم غير الورقي غير المادي، فكيف يتم إثبات هذه البيوع؟

الأصل في المواد التجارية هو حرية الإثبات، وبالتالي فإن إثبات هذه العقود يتم تبعا لهذه القاعدة، وهذا ما ذهبت إليه المادة 9 من قانون نماذج التجارة الذي أعدته الأمم المتحدة بذنها أن الرسائل والوثائق الإلكترونية تتمتع بذات الحجية التي تتمتع بها المحررات العرفية في الإثبات(1).

وتماشيا مع ذلك فإن إثبات التصرفات القانونية المبرمة عن طريق وسائط إلكترونية يخضع للقواعد العامة، فإذا كان العقد مبرم بين تاجرين فإنه يمكن إثباته بكافة الطرق دون حاجة إلى تقديم دليل كتابي(2).

وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة النقض الفرنسية بأن إثبات العقد المعلوماتي إذا كان طرفاه تجارا يمكن إثباته بكافة الطرق(3).

لكن الأخذ بهذا المبدأ قد يخلق عدة صعوبات في الإثبات فاعتبار المحررات الإلكترونية، محررات عرفية يؤدي إلى ظهور مشكلة التوقيع الإلكتروني الذي لا يتم وفقا للتوقيع التقليدي، وبالتالي يكون من الصعوبة إثباته إن لم يكن مستحيلا أحيانا.

إلا أن هناك محاولات عديدة لتنظيم وتشريع هذه العقود الإلكترونية، ففي ظل القواعد القانونية التقليدية المنظمة لأحكام الإثبات للتصرفات القانونية التي تتم عبر الإنترنت

1- د. محمود ثابت، المرجع السابق، ص 623.

2- د. محمد إبراهيم أبو النجاء، المرجع السابق، ص 91.

3-

وخاصة المعاملات التجارية على وجه الخصوص، أصدر المشرع الأوروبي قانونا يوحد التجارة الإلكترونية وساوى بين المحرر الإلكتروني والأدلة الكتابية الكاملة(1). وهناك من ينادي بإضافة بيئة جديدة تضاف إلى البيئات التقليدية لقواعد الإثبات، تسمى " بالبيئة المعلوماتية " التي تتخذ مقوماتها من أجهزة الاتصال ووسائل العرض وما تقدمه خدمات شبكة الإنترنت(2).

والجدير بالذكر أن معظم الدول العربية قد سنت قوانين تنظم هذا النوع الجديد من التجارة، أو على الأقل أصدرت مشاريع قوانين(3)، إلا أن المشرع الجزائري الذي لم يبادر إلى مشروع قانون ينظم هذه التجارة المتنامية، وعليه أن يتفطن إلى ذلك في أسرع وقت حتى لا يكون مصير هذه التجارة هو الفوضى.

1- د. ثابت محمود، المرجع السابق، ص624.

2- د. فاروق سعد، المرجع السابق، ص5.

3- صدر قانون التجارة الإلكترونية التونسي سنة 2000، وهناك مشروعا قانون مصري وأردني ينتظران المصادقة عليهما.

المطلب الثاني: دور الرسائل والفاتورة في الإثبات

كثيرا ما يتم التعاقد بين التجار عن طريق تبادل الرسائل فيما بينهم، وهي خاصية تتميز بها العقود التجارية من حيث إبرامها عن طريق المراسلة، حفاظا على عامل السرعة. كما أن الفاتورة تعتبر من أهم الوسائل المستخدمة بين التجار في، إبرام العقود وتأجيل الدفع الى غاية تصريف البضاعة.

وقد اعترف المشرع الجزائري في المادة 30 من التقنين التجاري بدور الرسائل والفاتورة في الإثبات، واعتبرهما دليلا كاملا.

والسؤال الذي يطرح: ما هو دور وحجية كلا من الرسائل والفاتورة في الإثبات؟ وكيف يتم استعمالهما في ذلك؟

وسنجيب على ذلك وفقا للنقاط التالية، الفرع الأول: دور الرسائل في الإثبات، الفرع الثاني: دور الفاتورة في الإثبات.

الفرع الأول: دور الرسائل في الإثبات

طبيعة الأعمال التجارية تتطلب من التاجر مراسلة المتعاملين معه كلما اقتضت الظروف ذلك، كأن يرسل تاجر الجملة رسالة الى تاجر التجزئة يخبره أن بضاعته جاهزة وعليه أن يستلمها ويضعها في المخازن لكونها سريعة التلف، وبالتالي تعتبر المراسلات التجارية ذات فائدة في الإثبات.

لا يوجد تعريف قانوني للرسالة إلا أنه يمكن تحديدها بأنها كل كتابة مخصصة لربط علاقة بين شخصين أو أكثر لغرض من الأغراض⁽¹⁾.

ولقد جعل التقدم التكنولوجي لنظام المواصلات من الرسائل التجارية وسيلة هامة للإثبات، فكثيرا من العقود والصفقات التجارية تبرم بواسطة مراسلات عادية واهذا اعترف المشرع بدور هذه المراسلات في الإثبات، فقد أوجبت المادة 12 من القانون التجاري أن ترتب وتحفظ المراسلات ونسخ الرسائل الموجهة في دفتر خاص بها من التاجر والمتعلقة بأعمال تجارية لمدة عشر سنوات.

والرسالة باعتبارها مكتوبا ماديا وتشكل أداة اتصال بين الإرادات، قد تكون مصدرا للعديد من العلاقات القانونية وأهمها الحق في الإثبات بها أمام القضاء، ولكن استعمال

1- يحي بكوش، المرجع السابق، ص 153.

الرسائل العادية يثير بعض المشاكل لا بد من التعرض لها، و هي متى يسمح للإدلاء بالمراسلات أمام القضاء، وما هي القيمة الثبوتية لهذه الرسائل، وكيف يمكن إثبات وصول الرسالة إلى المرسل إليه ؟

أولاً: حجية الرسالة في الإثبات

تنص المادة 30 فقرة 4 من القانون التجاري " يثبت كل عقد تجاري بالرسائل".
وتنص المادة 329 من القانون المدني " تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات".

ويتبين أن المشرع أضفى على الرسالة نفس الحجية التي للمحرر العرفي متى كانت موقعة، فيجوز في هذه الحالة أن يحتج بها على المرسل في إثبات ما تم الاتفاق عليه وعلى ذلك تكون الرسالة حجة بصدورها ممن وقع عليها وبسلامتها المادية ما لم يتم إرسالها بإنكار توقيعه عليها، كما هو الحال بشأن المحررات العرفية المعدة للإثبات، كما تكون الرسالة حجة لمرسلها بحقيقة التصرف القانوني المدون بها ما لم يثبت العكس بالطرق المقررة قانوناً وهو لا يستطيع إثبات العكس إلا بدليل كتابي⁽¹⁾.

أما إذا كانت الرسالة غير موقعة فلا تكون لها حجية المحرر العرفي ولكن يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت مكتوبة بخط المرسل⁽²⁾.

فإذا كانت الرسالة صحيحة وكانت بمثابة المحرر العرفي فبإمكان القاضي أن يقيم عليها اقتناعه فيعتبرها كافية لإثبات التصرف القانوني الذي يدعيه المتمسك بها، كما يمكن أن لا يعتبرها إلا مجرد قرينة يضيف إليها يمينا متممة للنصاب للحصول على البينة الكاملة، كما يستطيع اعتبارها بداية ثبوت بالكتابة⁽³⁾.

فيجوز أن تستعمل الرسالة لإثبات أي تصرف قانوني أو عقد تجاري مهما بلغت قيمته (لأن القانون نص على حجتها في إثبات العقود التجارية)، وذلك وفقاً لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، إضافة إلى كون المشرع قد نص في المادة 30 من القانون التجاري على حجيتها كدليل كامل في إثبات العقود التجارية.

1- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 191.

2- د. أحمد نشأت، المرجع السابق، المجلد الأول، ص 508.

3- يحي بكوش، المرجع السابق، ص 161.

ثانياً: متى يجوز للمرسل إليه الاحتجاج بالرسالة

من حق التاجر المرسل إليه أن يقدم الرسالة إلى القضاء ليستخلص منها دليلاً صالحه ضد المرسل متى كانت له مصلحة في ذلك، طبقاً للمادة 30 من القانون التجاري. فإذا تضمنت الرسالة اتفاقاً تم بينه وبين المرسل أو التزاماً تعهد به المرسل أو مخالصة أو إبراء أو إقراراً أو نحو ذلك كان للمرسل إليه مصلحة مشروعة في أن يقدم الرسالة دليلاً على ما تقدم (1).

ولذلك فمن حق التاجر أن يستعمل كل المراسلات التي ترد إليه في إثبات عقود تجارية أبرمها مع المرسل أو أية تصرفات قانونية أخرى كإبراء الذمة أو إقرار بدين على أن لا يكون في كل ذلك انتهاكاً لحرمة السرية، فإذا كانت الرسالة ذات طابع سري تصبح المسألة متعلقة بالحق في كتمان الأسرار الواردة في المراسلات، وهذا الحق يقتضي أن لكل شخص مهتم بهذه الرسالة أن يبدي معارضته ويمنع كل تدخل أجنبي فيها أو إطلاع عليها (2)، ولا يجوز للمرسل في هذه الحالة أن يقدمها للقضاء وإن فعل جاز للمرسل أن يطلب استبعادها وله حق الرجوع على المرسل بالتعويض.

والغالب في المواد التجارية ألا تحوي الرسالة الخاصة بها أسراراً إلا أنه لا يجوز الدفع بكون الرسالة سرية في المواد التجارية وهي القاعدة المعمول بها في القانون اللبناني بينما ذهب القضاء الفرنسي إلى أن التاجر ملزم بكتمان السر تجاه المرسل (3).

ثالثاً: متى يجوز للغير أن يحتج بالرسالة

لا يقتصر حق الاحتجاج بالرسالة على المرسل إليه بل يمتد هذا الحق إلى الغير وهو كل شخص غير المرسل إليه تكون له مصلحة مشروعة في الاحتجاج بها كأن تتضمن الرسالة إقرار من المرسل يفيد الغير أو اشتراطاً لمصلحة الغير، ذلك أن الاحتجاج بالرسالة ليس مستمد من كون الرسالة تحمل دليل إثبات (4)، فمن كان في حاجة إلى هذا الدليل لإثبات حقه أو دعواه أمام القضاء جاز له طلب تقديم الرسالة.

1- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 260.

2- يحي بكوش، المرجع السابق، ص 156.

3- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 192.

4- د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 150.

والقاعدة المعمول بها في هذا المجال هي أن الغير بإمكانه أن يستعمل الرسالة كما يستعملها المرسل إليه (شرط أن تكون وصلت إليه بصفة مشروعة) وأن يتم ذلك بإذن المرسل إليه⁽¹⁾، فإن وقعت الرسالة في يده بطريقة غير مشروعة كأن يكون قد اختلسها أو سرقها حتى إن وصلت إليه عن طريق الخطأ، وعلى الخصم الذي يدعى حصول الغير على الرسالة بسوء نية أن يقوم بإثبات ذلك.

ولا يجوز للغير في كل الأحوال أن يقدم الرسالة إذا احتوت على أسرار خاصة الأسرار التجارية التي تقع بين التجار وممثليهم، وذلك على اعتبار أن هذا النوع من الرسائل قد يتضمن تعليمات سرية يوجهها التاجر إلى ممثله وقد يستفيد منها الغير. وتقدير سرية الرسالة ترجع إلى موضوع الرسالة نفسه ويخضع ذلك لتقدير قاضي الموضوع باعتبار ذلك من الوقائع وليس من القانون⁽²⁾.

رابعاً: حجية البرقية في الإثبات

تنص المادة 329 فقرة 2 من القانون المدني على أنه " وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا " أي قيمة المحرر العرفي إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقدم دليل على عكس ذلك. وإذا أُلّف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس وللبرقية قيمتها في الإثبات كقوة الرسالة الموقعة بشرط أن يكون للبرقية أصل في مكتب التصدير موقعا عليه من المرسل، لأن الأصل يكتبه المرسل عادة ويوقعه بخطه وهو محتفظ به في مكتب التصدير لمدة معينة.

والصورة يكتبها عامل البرق الذي يتلقى البرقية في مكان وصولها ويرسلها إلى المرسل إليه فلا يكون للمرسل إليه كدليل إثبات إلا هذه الصورة، وهي في ذاتها كورقة عرفية ليست لها قيمة في الإثبات ويفترض مطابقتها بأصلها المحتفظ به في مكتب التصدير⁽³⁾.

1- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 263.

2- يحيى بكوش، المرجع السابق، ص 159.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 264.

ولذلك إذا ادعى المرسل أن هذه المطابقة غير متوفرة فعليه أن يطالب من مصلحة البريد تقديم الأصل وتضاهى عليه الصورة فإن حصل التطابق كان للبرقية حجية الورقة العرفية.

أما إذا تلف أصل البرقية بعد انقضاء المدة فإنه يمكن الرجوع إلى دفتر مراسلات التاجر المحتفظ بها طبقاً للمادة 12 من القانون التجاري وإن تعذر ذلك فإن البرقية لا تكون لها الحجية ويمكن الرجوع إليها للاستئناس فقط.

من خلال ما سبق يتبين أن للمراسلات التجارية والبرقيات دور في الإثبات إذا توافرت فيها الشروط المتطلبية قانوناً بأن تكون ثابتة التاريخ وصادرة ومحررة وموقع عليها من طرف المرسل إضافة إلى وجوب تعلقها بموضوع النزاع، وبذلك يستطيع التاجر أن يتمسك بها كدليل رغم أنها صادرة منه.

الفرع الثاني: دور الفاتورة في الإثبات

كانت الفاتورة ولا تزال وثيقة محاسبية قبل كل شيء يقيد فيها التاجر توريداته لعملائه في دفاتره التجارية وتقييم تعامله مع كل عميل على حدة.

كما تلعب الفاتورة دوراً كبيراً في تحصيل الديون وهي التي كان أصلها في بيوع البضائع المنقولة بحراً كما تستعملها البنوك لتكوين الفاتورة الصورية لاقتناء القروض. ونظراً لتطور أهمية الفاتورة فقد اهتم بها القانون محاولاً تنظيمها وإعطائها دوراً متنوعاً أكثر فأكثر فبعدما كانت الفاتورة أداة معاملات بين الأطراف أصبحت أيضاً أداة لإثبات الحقوق والعقود⁽¹⁾.

لذلك فحتى تعتبر الفاتورة وسيلة للإثبات في المعاملات بين الأطراف يجب أن تكون مقبولة وهو ما نصت عليه المادة 30 الفقرة 3 من القانون التجاري بقولها " يثبت كل عقد تجاري... بفاتورة مقبولة ".

لذلك سوف نتعرض إلى مفهوم الفاتورة وشروطها وحجيتها في إثبات العقد الذي تتضمن بياناته.

أولاً: مفهوم الفاتورة وشروطها

الفاتورة محرر يصدره التاجر ويذكر فيه نوع البضاعة أو الخدمة التي أداها وثنمها واسم العميل والدين المستحق له على العميل⁽¹⁾، وفي الغالب أيضا أن تتضمن هذه الفاتورة الشروط الأساسية للاتفاق.

كما أن الفاتورة تثبت دينا عقدي وهي لا تصلح لإثبات دين غير عقدي ناشئ عن فعل ضار مثلا.

كما أنها تثبت الخدمة أو السلعة التي يقدمها محرر ها- التاجر الدائن- للعميل والثنم المطلوب من هذا العميل بوصفه دائنا فهي إذا لا تصلح لإثبات التخلف عن تنفيذ التزام. ولكي تعتبر الورقة فاتورة لابد أن تشتمل على البيانات التي تنفق مع وظيفتها وهي:

- 1- يجب أن تبين الدين الذي تثبته.

- 2- يجب أن تبين سبب الدين سواء كان بضاعة أو خدمة يؤديها التاجر⁽²⁾.

- 3- يجب أن تحمل اسم العميل.

- 4- ويغلب أن تكون مؤرخة.

- 5- أن تشتمل على البيانات الجوهرية الأخرى المنصوص عليها في المواد 8 و9 من المرسوم التنفيذي 305/95 المؤرخ في 12/10/1995 وهذه البيانات هي:

- 1- الرقم الجبائي للعميل.

- 2- الطابع الجبائي الذي يثبت التصريح الجبائي بالفاتورة محل المطالبة، لإثبات قانونيتها من جهة ولتحصيل الحقوق الضريبية من جهة ثانية.

ثانياً: حجية الفاتورة في الإثبات

وسوف ندرس حجيتها في الإثبات في حالتين هما حجيتها لصالح التاجر ثم حجيتها ضد التاجر أي لصالح العميل.

1- حجية الفاتورة لصالح التاجر

لما كانت الفاتورة محرر صادر عن التاجر فهي بذلك لا تصلح أن تكون حجية لصالحه ضد العميل إلا إذا قبلها هذا الأخير⁽³⁾.

1- د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 146.

2- George Ripert et Rene Roblot, op-cit, p 300.

3- د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 150.

لذلك فإنه متى تبين قبول العميل للفاتورة بدون اعتراض فإنها بذلك تصلح لإثبات مديونيته هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن الفاتورة المقبولة تعتبر مثبتة للتعاقد الوارد بها حيث يلتزم بذلك العميل بالشروط العامة التي يتعامل على أساسها التاجر وبدفع الدين المستحق الذي هو في ذمته.

ويتخذ القبول صورتين إما أن يكون صريحا كأن يقوم العميل وهو المرسل إليه بإرسال خطابا للتاجر - المرسل - ينبئه باستلام الفاتورة وقبول الصفقة، وإما أن يكون ضمنيا وهو الغالب حيث يستخلص من ظروف الحال كاحتفاظ العميل بالفاتورة دون أن يحتج بها في مواجهة التاجر، أو كأن يدفع المبلغ المطلوب فيها بعد تلقيه إياها أو تصرفه في البضاعة المرسلة إليه.

ولكن ماذا عن حالة سكوت العميل ؟ هل يعتبر سكوته قبولا أم رفضا للفاتورة؟

يعتبر السكوت قبولا للفاتورة من طرف العميل وبالتبعية إثبات مديونيته ذلك أن السكوت يعتبر قرينة على صحة ما هو وارد في الفاتورة، والقرائن في القانون التجاري كما مر بنا تعتبر أدلة إثبات، أما إذا ثار النزاع حول سكوت العميل فعليه إذا في هذه الحالة - العميل - أن يثبت رفضه أو قبوله للفاتورة التي احتفظ بها.

ومن المتعارف عليه في المجال التجاري أن الفاتورة يسبقها وصل الطلب من الزبون وتأشيرته هذا على وصل الإستلام أو في ذيل الفاتورة يعد دليلا على قبولها، ويكفي فقط وضع ختمه أو توقيعها عليها.

ومتى ثبت قبول العميل للفاتورة قبولا صحيحا سواء أكان صريحا أو ضمنيا، فإن ذلك يعتبر إقرارا منه بالدين ولذلك فهو ملزم بتسديده ولا ضرورة لأن تطلب المحكمة من التاجر تقديم أدلة إثبات كتابية ضد العميل، ذلك أن في المواد التجارية فإن الإثبات جائز بكافة الطرق بما فيها البينة وقرائن الأحوال(1).

1- د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 148.

2- حجية الفاتورة ضد التاجر

لما كانت الفاتورة ناشئة عن عقد ملزم للجانبين محررة من قبل التاجر يذكر فيها نوع السلعة أو الخدمة التي أداها وثنمها الواجب الدفع من طرف العميل، فإنه بذلك يعترف بأن عليه التزامات يؤديها مقابل الحق الذي يلتزم العميل بأن يمنحه إياه. ولكي تكون للفاتورة حجية لصالح العميل ضد التاجر فإنه يلزم أن تكون صادرة من هذا الأخير، وأن مجرد إرسالها من جانبه يعتبر قرينة على إقراره ومضمونها والتزامه به(1).

ذلك أن الفواتير تعتبر حجة على مرسلها ولو لم تكن موقعة منه مادام هو مرسلها، أما إذا كانت مذيلة بتوقيعه فإنها تعتبر دليلا كاملا ضده ولا مجال للإنكار وتعد دليل إثبات على وفاء العميل للدين الوارد فيها، متى تضمنت إشارة تفيد معنى عبارة "خالص" أو "مدفوع"، ولكن للتاجر أن يثبت العكس بكافة الطرق(2).

مما تقدم فإنه متى كانت الفاتورة مقبولة ومستوفية لكل الشروط التي يتطلبها القانون، فإنها تصلح دليلا لإثبات الديون والعقود التجارية ويستوي في ذلك أن يكون العقد المطلوب إثباته مدنيا أو تجاريا بالنسبة للعميل إلا أنها لا تصلح لإثبات دين غير عقدي، وهي قد تكون حجة في الإثبات على التاجر كما أنه قد تكون أداة في الإثبات لصالح التاجر.

1- د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 148.

George Rippert et-Rene Roblot, op-cit, p 301.

المطلب الثالث: إثبات نظام الإفلاس

في حالة توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها ودونما نظر لما إذا كان موسرا أو معسرا فإنه يشهر إفلاس التاجر إذ العبرة بالتوقف عن الدفع. ويهدف نظام الإفلاس إلى حماية دائني التاجر وحماية لطبيعة النشاط التجاري القائم على تعامل التاجر بتوريدات بأجل، وتوقف أحد التجار عن الدفع قد يؤدي إلى إرباك النشاط التجاري وانعدام استقراره مما يؤدي إلى التأثير على الائتمان العام. لذلك سنتطرق إلى شروط شهر إفلاس التاجر المتوقف عن الدفع وكيفية إثبات إفلاسه بعد تمييز نظام الإفلاس عن الأنظمة الأخرى.

الفرع الأول: شروط شهر الإفلاس

الإفلاس هو عبارة عن حالة التاجر الذي توقف عن دفع ديونه التجارية في تاريخ استحقاقها وقد نصت المادة 215 من القانون التجاري على أنه " يتعين على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجرا، إذا توقف عن الدفع أن يدلي بإقرار في مدة خمسة عشر يوما قصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس ". يتضح من النص أن الإفلاس يشمل جميع المدينين سواء كانوا تجارا أو غير تجار مع أنه متعلق بالأعمال التجارية والتجار وبيون تجارية، الأمر الذي يستدعي تعديل نص المادة 215 من القانون التجاري بجعل الإفلاس يقتصر على التجار فقط، أما غير التجار فيخضعون إلى نظام الإعسار الذي نظمه التقنين المدني في المواد 235 و276 ويختلف نظام الإفلاس عن الإعسار في عدة نقاط أهمها:

1- أن الإعسار نظام خاص بالمدينين غير التجار ويفترض في المعسر عدم كفاية أموال المدين لوفاء ديونه المستحقة الأداء، بينما يتعلق الإفلاس بالمدينين التجار ويفترض في المفلس توقفه عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها بغض النظر عما إذا كان موسرا أو معسرا كثرت أمواله أو قلت(1).

2- يجب على المحكمة التجارية شهر إفلاس التاجر الذي توقف عن دفع ديونه التجارية حتى ولو كان توقفه نتيجة قوة القاهرة أو ظروف طارئة أثرت على حالته المادية، بينما على

1- د. عماد الشريبي، المرجع السابق، ص 477.

المحكمة المدنية أن تأخذ بعين الاعتبار كل الظروف المتعلقة بالمدين والتي أحاطت به سواء كانت عامة أو خاصة قبل أن تعلن إعساره.

3- لا يجوز للقاضي منح آجال للوفاء بالديون التجارية، في حين يستفيد المدين المدني من مهلة للوفاء بديونه منصوص عليها في المادة 281 من القانون المدني.

4- يتعرض التاجر المفلس إلى جزاءات جزائية في حين أن الشخص المعسر لا يتعرض لعقوبات جزائية عن ذلك.

5- أن شهر إفلاس التاجر يوقف جميع الإجراءات الفردية ضده بينما لا يحول إعلان الإعسار، دون اتخاذ الدائنين إجراءات فردية ضد المدين المعسر(1).

ويتضح أن شهر الإفلاس يستلزم أن يكون المطلوب شهر إفلاسه تاجرا، متوقفا عن دفع ديونه التجارية، فإنه يكون هناك تلازم بين التوقف عن الدفع ومباشرة الأعمال التجارية، وهي ما تسمى بالشروط الموضوعية للإفلاس، وبالإضافة لذلك لا بد أن يصدر حكم الإفلاس وهذا هو الشرط الشكلي للإفلاس.

أولاً: الشروط الموضوعية

نظام الإفلاس خاص بطائفة التجار وهدفهم ولا يتعداهم إلى غير التاجر إذ يستقل هؤلاء الآخرين بنظام الإعسار(2)، لذا يقتضي الأمر تحديد من هو التاجر ؟

1- أن يكون المدين تاجرا:

تنص المادة الأولى من القانون التجاري على أنه " يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له "، فالتاجر إذا قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا.

أ- التاجر الفردي: يشترط في الشخص الطبيعي لاكتساب صفة التاجر أن يمارس النشاط التجاري بصفة دائمة ومستقرة على سبيل الاحتراف أو المهنة، وقد يمارس الشخص التجارة مستترا وراء شخص آخر فلا تشترط العلنية في ذلك، و عدم القيد في السجل التجاري لا يمنع من شهر إفلاس المدين التاجر ما دام يحترف التجارة بصورة فعلية(3).

1- د مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 485.

2- د. محمد سامي مذكور، ود.علي حسن يونس: " الإفلاس"- دار الفكر العربي، القاهرة 1970، ص 16 وما بعدها.

3- René Rodiere et Bruno Oppitit- op-cit, p 280.

ب- الأهلية: وهي أن يبلغ الشخص سن الرشد وهي 19 سنة كاملة، متمتعاً بكافة قواه العقلية وغير محجور عليه لجنون أو عته أو سفه وبالتالي يمنع على ناقص الأهلية أو عديم الأهلية ممارسة التجارة، يضاف إلى ذلك المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية تمذعه من مباشرة حقوقه المدنية والسياسية كما يحضر على بعض الفئات ممارسة التجارة بسبب وظيفتهم كالمحامين والقضاة والأطباء والعسكريين وغيرهم.

ج- الشركات التجارية: تخضع جميع الشركات التجارية سواء كانت شركات أشخاص أو شركات أموال لنظام الإفلاس، باستثناء شركة المحاصة طبقاً للمادة 795 مكرر من التقنين التجاري.

ويقتصر إفلاس الشركة كشخص معنوي دون الشركاء لعدم اكتسابهم صفة التاجر باستثناء شركة التضامن والشركاء المتضامنين في شركة التوصية البسيطة أو بالأسهم. كما يجوز شهر إفلاس الشركة الفعلية إذا قامت بأعمال تجارية، إلا أنه لا يجوز شهر إفلاس الشركات العمومية وغيرها من أشخاص القانون العام⁽¹⁾، حيث لا يكتسب هؤلاء صفة التاجر.

2- التوقف عن الدفع:

ومعناه عجز التاجر عن أداء ديونه في مواعيد استحقاقها، وذلك بصرف النظر عن قدرته على الدفع من عدمها، وهذا ما يفرقه عن نظام الإعسار في القانون المدني، وذلك أنه يفترض عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء، أي أنه اضطراب يلحق الذمة المالية فيجعلها غير قادرة على مجابهة التزامها لعدم كفاية أصولها للوفاء بخصوصها⁽²⁾، ويترتب على هذا:

أ- لا يجوز شهر إفلاس التاجر ما دام يقوم بأداء ديونه في مواعيد استحقاقها ولو كان معسراً بشرط أن تكون الوسائل التي يلجأ إليها التاجر للوفاء بديونه مشروعة، كالاقتراض بشروط معقولة⁽³⁾.

1- د. عماد الشربيني، المرجع السابق، ص 484.

2- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 496.

3- د. محمد سامي مذكور، ود. علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 26.

ب- يجب شهر إفلاس التاجر متى عجز عن أداء ديونه في مواعيد استحقاقها حتى ولو كانت ذمته موسرة، كما لو كانت أصوله معظمها عقارات يتعذر بيعها بسرعة أو لأنها حقوق قبل الغير لم يحل أجل استحقاقها بعد.

ج- يجب أن يكون الامتناع عن الدفع حقيقيا بمعنى أن التاجر اضطرت أحواله وعجز تماما عن متابعة تجارته، فإذا كان التوقف ناتجا صعوبات مؤقتة يمكن زوالها وتغلب التاجر عليها فلا مجال لاعتباره متوقفا عن الدفع.

د- يجب أن يكون الدين الذي عجز التاجر عن دفعه تجاريا سواء أكان تجاريا بطبيعته أو بطريق التبعية، فإذا امتنع التاجر عن دفع دين مدني فلا يعتبر متوقفا عن الدفع ولا محل لشهر إفلاسه(1)، وذلك لأن عدم دفع دين مدني لا صلة بينه وبين المشروع التجاري.

يلزم لشهر الإفلاس أن تجتمع في المدين صفة التاجر وحالة التوقف عن الدفع، أي يجب أن يكون المدين تاجرا في الوقت الذي توقف فيه عن دفع ديونه، وأهم تطبيق لذلك يتعلق بالتاجر الذي يتوفى أو يعتزل التجارة.

فيجوز إشهار إفلاس التاجر المتوفى بعد وفاته وذلك حتى لا يحرم الدائنون من إجراءات التصفية الجماعية التي وضعها القانون لتحقيق مالهم من الضمان العام على أمواله(2)، ويشترط في ذلك:

- أن يكون المدين قد مات وهو في حالة توقف عن الدفع.
- أن يطلب إشهار الإفلاس في ظرف السنة التالية للوفاة، وذلك حتى لا يظل مركز الورثة معلقا لمدة طويلة.

أما التاجر الذي اعتزل التجارة فإنه يشهر إفلاسه إذا توفر الشرطين التاليين:

- أن يكون في حالة توقف عن الدفع قبل اعتزاله للتجارة.
- أن يقدم طلب إشهار الإفلاس خلال سنة من اعتزاله للتجارة، ولا يسري هذا الميعاد إلا من تاريخ شطب اسم التاجر من السجل التجاري(3).

ثانيا: الشروط الشكلية للإفلاس

1- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 491.
2- د عماد الشربيني، المرجع السابق، ص 492.
3- أنظر المادة 220 من التقنين التجاري.

لا يكفي أن يكون التاجر متوقفا عن دفع ديونه التجارية لكي يعتبر مفلسا وإنما يتعين صدور حكم من المحكمة يقضي بإعلان الإفلاس، ويترتب على ذلك ضرورة التقدم إلى المحكمة بطلب إعلان الإفلاس، وعلى ضوء تقديرها لظروف الحالة إما تحكم المحكمة بإعلان الإفلاس وإما ترفض إعلان إفلاس التاجر، إلا انه يجوز للمحكمة أيضا أن تحكم بشهر إفلاس التاجر من تلقاء نفسها.

وسوف نبين فيما يلي طبيعة حكم الإفلاس ومن له الحق في طلبه، ومضمون هذا الحكم وكيفية الطعن فيه.

1- طبيعة حكم الإفلاس:

الواقع أن حكم شهر الإفلاس لا يقصد به أصلا الفصل في نزاع وإنما يندرج دوره الرئيسي في إنشاء حالة جديدة لم يكن لها وجود من قبل هي حالة الإفلاس⁽¹⁾، ولهذا يختلف حكم شهر الإفلاس عن بقية الأحكام فيما يلي:

أ- من حيث الحجية: إذ أن حجته مطلقة من حيث الأشخاص الذين يسري عليهم والأموال التي يتناولها، فينتج آثاره في مواجهة كافة سواء كان طرفا في الخصومة أم لم يكن، خصوصا الدائنين الآخرين الذين لا يكونون طرفا في دعوى الإفلاس.

فحالة الإفلاس بطبيعتها لا تقبل التجزئة ومتى صدر حكم شهر الإفلاس أصبح حجة على كافة، خلافا للأحكام الأخرى التي تكون حجتها نسبية ولا تنتج آثارها إلا بالنسبة لمن كان طرفا في الخصومة⁽²⁾.

ويعتبر حكم الإفلاس بمثابة حجز عام على أموال التاجر ولذا فهو يتناول الذمة المالية للتاجر بأكملها.

ب- من حيث الأثر المنشئ: يترتب على حكم صدور الإفلاس نشوء حالة جديدة لم تكون معروفة من قبل وهي حالة الإفلاس، ويترتب على ذلك غل يد المدين عن إدارة أمواله وتعيين مصفي يتولى إدارة أمواله وسقوط آجال الديون وغيرها.

1- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 491.

2- د. عماد الشريبي، المرجع السابق، ص 494.

وكلها آثار تبدأ من تاريخ صدور الحكم ويكون بذلك لحكم شهر الإفلاس أثرا منذئنا ومنتجا لأثار جديدة، بخلاف الأحكام العادية التي يقتصر دورها على تقرير حالة سابقة على صدورها(1).

ج- مبدأ وحدة الإفلاس: ومن نتيجة الطبيعة الخاصة لحكم شهر الإفلاس استحالة شهر إفلاس التاجر أكثر من مرة، ولا إفلاس على إفلاس(2).

2- طلب الإفلاس:

تحدد المادتين 215 و216 من القانون التجاري الأشخاص أو الجهات التي يجوز لها التقدم إلى المحكمة بطلب شهر إفلاس التاجر المتوقف عن دفع ديونه التجارية. فيجوز للمدين أو لا أن يتقدم بطلب شهر إفلاسه بطلب خلال 15 يوما من تاريخ توقفه عن الدفع، ويبقى للمحكمة سلطة تقدير ذلك.

ويجوز لأي من دائني التاجر أن يطلب شهر الإفلاس وهذا هو الطريق الطبيعي لشهر الإفلاس، إذ قد لا يقوم التاجر المدين بإتباع ما يفرضه القانون من وجوب التبليغ عن حالته، لذا فقد أجاز القانون لأي دائن أن يطلب شهر إفلاس التاجر المدين أيا كان دينه ضئيلا أم كبيرا(3).

وتستطيع المحكمة أخيرا أن تصدر حكما بإعلان إفلاس التاجر المتوقف عن الدفع من تلقاء نفسها، على الرغم مما تقضي به القواعد القانونية العامة من أن المحاكم لا تحكم إلا إذا عرض عليها النزاع من أحد الخصوم، وغالبا ما يكون ذلك في حالة فرار المدين أو إخفائه لماله أو بمناسبة مسألة معروضة عليها كما لو قدم أحد الدائنين طلبا بشهر الإفلاس ثم تنازل عنه(4).

وفي هذه الحالة فإن المحكمة تقضي بشهر إفلاس التاجر المدين في أول جلسة يثبت فيها لدى المحكمة التوقف عن الدفع وهو ما تنص عليه المادة 222 من القانون التجاري.

1- د. هاني دويدار، المرجع السابق، ص 280.

2- د. عماد الشريبي، المرجع السابق، ص 496.

3- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 494.

4- د. عماد الشريبي، المرجع السابق، ص 501.

3- المحكمة المختصة بشهر الإفلاس:

تنص المادة الأولى فقرة 11 من قانون الإجراءات المدنية على أنه " .. يؤول الاختصاص للمحاكم المنعقدة في مقر المجالس القضائية دون سواها بموجب حكم قابل للاستئناف في المواد التالية: ... دعاوى الإفلاس والتسوية القضائية..". ولذلك فإن رفع دعوى الإفلاس يجب أن يكون وجوبا بمحكمة مقر المجلس، وذلك نظرا لخصوصية دعوى الإفلاس وتوافر الشروط المادية والقانونية بمحكمة مقر المجلس لقربها من كافة الإدارات والجهات ذات الصلة بجهاز العدالة والجهات التجارية بوجه خاص.

4- نشر الحكم

لما كان حكم الإفلاس ذو طبيعة خاصة لما يتميز به من أثر منشيء، لذا أوجب القانون نشر الحكم الصادر بالتسوية القضائية أو بشهر إفلاس المدين خلال ثلاثة أشهر بقاعة المحكمة، وفي الأماكن التي فيها للمدين مؤسسات تجارية كما يتم تسجيله في السجل التجاري، وهذه الإجراءات منصوص عليها في المادة 228 من القانون التجاري. فإذا توافرت هذه الشروط الشكلية والموضوعية يتم الحكم بشهر إفلاس التاجر المتوقف عن دفع ديونه التجارية.

الفرع الثاني: كيفية إثبات الإفلاس

يخضع التاجر سواء كانوا أفرادا أو شركات لقوا عد مشتركة يملئها دعم الائتمان الذي قام القانون التجاري لتحقيقه، وحماية لذلك أوجد المشرع نظام الإفلاس الذي يؤدي بالتاجر الذي توقف عن دفع ديونه عند استحقاقها شهر إفلاسه.

ولإثبات الإفلاس يجب أن يثبت صاحب المصلحة سواء كان التاجر المفلس نفسه، أو أحد الدائنين أن المدين يتمتع بصفة التاجر، كما يجب إثبات توقف التاجر المدين عن دفع ديونه التجارية التي حل أجل استحقاقها.

أولاً: إثبات صفة التاجر

قد يتطلب الأمر من أحد الخصوم في الدعوى إثبات صفة خصمه كتاجر حتى يتمكن من شهر إفلاسه، أو حتى يستفيد من قرينة تجارية أعمال التاجر ويصل بذلك إلى الإثبات

بكافة الطرق، كما قد يحتاج التاجر نفسه إلى إثبات صفته كتاجر إذا طلب الصلح الوافي من الإفلاس لتجنب شهر إفلاسه والوصول إلى منحة آجالاً للوفاء بديونه أو بحط جزء منها.

فعلى من يقع عبء إثبات صفة التاجر؟ وكيف يتم إثبات هذه الصفة؟

إن عبء إثبات صفة التاجر يقع على من يدعيها⁽¹⁾، فلا يكفي أن يصف الشخص نفسه أنه تاجر كما لا يشترط إثبات صفة التاجر أن يكون للشخص محل تجاري.

وقد ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى أنه يعد تاجراً كل من يملك محلاً تجارياً⁽²⁾، وهو شرط جاء به القضاء الجزائري ولم يسبق للفقهاء أن أشتراطه لاكتساب صفة التاجر إذا أنه ليس بالضرورة أنه من يملك محلاً تجارياً يعد تاجراً، فقد يباشر التاجر حرفته التجارية متجولاً أو على الطريق العام.

وقد يكون إثبات ذلك إما عن طريق التاجر المفلس الذي يتوقف عن دفع ديونه حيث يتقدم بطلب شهر إفلاسه للمحكمة طبقاً للمادة 215 من القانون التجاري، وذلك بغرض الاستفادة من الصلح الوافي من الإفلاس أو لمنحه آجالاً للوفاء بديونه.

وإما يكون ذلك من طرف دائني التاجر المفلس فيقع عليهم في هذه الحالة عبء إثبات صفة التاجر من أجل تطبيق أحكام الإفلاس عليه للاستفادة من ذلك لاستيفاء ديونهم. ويمكن للمحكمة أن تشهر إفلاس المدين تلقائياً وبالتالي تثبت صفته التجارية بعد الاستماع إليه طبقاً للمادة 217 من القانون التجاري لكون إجراءات الإفلاس تتعلق بالنظام العام، ويتم إثبات صفة التاجر بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن⁽³⁾.

ويعتبر مسك الدفاتر التجارية والشهرة بين الناس كتاجر قرينة بسيطة يستعان بها لإثبات صفة التاجر، ويتفق الفقه على أن القيد في السجل التجاري هو قرينة قاطعة على اكتساب صفة التاجر⁽⁴⁾.

أما المشرع الجزائري ومن خلال المادة 21 من القانون التجاري المعدلة بالأمر 27/96 المؤرخ في 1996/12/09، فيعتبر أن القيد في السجل التجاري هو قرينة قاطعة على اكتساب صفة التاجر.

1- د. أحمد محرز، المرجع السابق، ص 128 وما بعدها.
2- قرار المجلس الأعلى- الغرفة التجارية والبحرية رقم: 41.272 بتاريخ: 1987/01/03- المجلة القضائية- سنة 1991، العدد الثالث، ص 81 وما بعدها.
3- د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 100.
4- د. علي حسن يونس، المرجع السابق، ص 180.

والملاحظ أن الاجتهاد القضائي كان يعتبر القيد في السجل التجاري قرينة قاطعة على اكتساب صفة التاجر حتى قبل هذا التعديل فقد جاء في القرار السالف الذكر " يعد تاجرا... ومسجل في السجل التجاري "، ويتبين من الصيغة التي ورد بها هذا القرار أن القيد في السجل التجاري هو شرط أساسي لاكتساب صفة التاجر.

وأخذ المشرع والقضاء الجزائري بهذا يؤدي إلى تناقض بين المادة الأولى من القانون التجاري التي تقضي بأنه يكتسب صفة التاجر كل شخص يمارس الأعمال التجارية ويتخذها مهنة معتادة وبين المادة 21 من نفس القانون.

ويترتب عن ذلك أيضا أن الشخص لا يستطيع إثبات صفته كتاجر ويستفيد من الصلح الواقي من الإفلاس إلا إذا كان مقيدا في السجل التجاري، ولا يقبل منه أي دليل يخالف ذلك حتى وإن أثبت احترامه للأعمال التجارية واتخاذها كمهنة.

إلا أن دائني التاجر يستطيعون إثبات صفة التاجر بكافة الطرق دون اشتراط لوجود القيد في السجل التجاري، وذلك حماية لحقوق الغير حسنة الذية الذي يتعامل مع التاجر أو الشركة مفترضا فيها أنها مقيدة في السجل التجاري(1).

وإثبات صفة التاجر مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع ولا يخضع في قضائه لرقابة المحكمة العليا، وهو حر في استنباط القرائن التي يأخذ بها من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة لديه ما دام مختصا بإصدار الحكم(2).

ثانيا: إثبات التوقف عن الدفع

يعد الإفلاس نظاما تقويميا يخضع له التاجر و حدهم أي الأشخاص الذين يكتسبون صفة التاجر، ولكي يتم شهر إفلاس التاجر يجب أن يثبت من له مصلحة توقف التاجر عن دفع ديونه.

يؤدي تفسير عبارة التوقف عن الدفع تفسيرا حرفيا إلى أنه يجوز طلب شهر إفلاس التاجر بمجرد امتناعه عن الوفاء بدين حال الأداء، وذلك بصرف النظر عن حقيقة مركزه المالي(3).

1- د. أحمد محرز، المرجع السابق، ص 128.

2- د. هاني دويدار، المرجع السابق، ص 279.

3- د. هاني دويدار، المرجع السابق، ص 277.

فقد يرجع التوقف عن الدفع إلى أزمة عابرة أو ظروف طارئة لم تكن في حساب التاجر أعجزته عن الوفاء بالدين، وقد يرجع على العكس من ذلك إلى مركز مالي ميؤوس منه وبالتالي يمكن إرجاع التوقف عن الدفع إلى عنصرين، عنصر مادي هو التوقف المادي عن الدفع، وعنصر معنوي ويتمثل في سوء حالة المدين المالية وزعزعة ائتمانه وعجزه الحقيقي والمستمر عن متابعة تجارته والنهوض بها⁽¹⁾.

ونظرا لخطورة الآثار التي تترتب عن إشهار إفلاس التاجر من القضاء على مشروعه والإساءة إلى سمعته التجارية، يذهب الفقه إلى ضرورة أن يرجع التوقف عن الدفع إلى مركز مالي لا يرجى منه إصلاحه، أما إذا استشف القاضي أن التوقف عن الدفع يرجع إلى أزمة عابرة أو ظروف طارئة وأنه بمجرد زوالها يتمكن المدين من الوفاء بالديون التي تشغل ذمته فلا يجوز له أن يحكم بشهر إفلاس التاجر، ويميل القضاء لاشتراط حالة العجز والانهيار المالي التام لتقرير التوقف عن الدفع⁽²⁾.

ويشترط لاعتبار التاجر متوقفا عن الدفع أن يكون الدين الذي عجز عن دفعه تجاريا، فإذا امتنع عن دفع دين مدني كدين أجرة المنزل أو دين الصداق في حالة زواجه فلا يجوز إشهار إفلاسه في هذه الحالة.

كما يشترط أن يكون هذا الدين متعين الوفاء به وهذا يقتضي أن يكون الدين خاليا من النزاع وأن يكون معين المقدار، بحيث يعلم المدين التاجر على وجه الدقة ما يشغل ذمته وأن يكون حال الأداء⁽³⁾، فلا يجوز أن يشهر إفلاس المدين لأنه لم يوفي بدين لم يحن أجله بعد.

ويجوز إثبات التوقف عن الدفع بكافة وسائل الإثبات تطبيقا لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية⁽⁴⁾.

وتبعاً لذلك يستخلص التوقف عن الدفع من تحرير احتجاج بعدم الدفع ضد المدين لامتناعه عن دفع قيمة ورقة تجارية في ميعاد استحقاقها، أو التوقف عن دفع دين ناتج عن

1- د. عماد الشريبي، المرجع السابق، ص 488.

2- د. عماد الشريبي، المرجع السابق، ص 487.

3- د. هاني دويدار، المرجع السابق، ص 278.

4- د. هاني دويدار، المرجع السابق، ص 278.

فاتورة قابلة للدفع، أو عن أي دين تجاري آخر مهما كانت طبيعته وذلك وفقا للمادة 216 من القانون التجاري.

كما يمكن إثبات توقف التاجر عن الدفع من عدم تنفيذه لحكم يلزمه بالدفع، ومن توقيع حجوز على المدين، ومن اعتراف المدين أنه متوقف عن الدفع، وكذلك من إصداره شيكات بدون رصيد⁽¹⁾.

ولما كانت الوقائع التي ينشأ عنها التوقف عن الدفع كثيرة ومتعددة فقد ترك تقديرها للقاضي يستخلصها من الظروف والوقائع المحيطة بالمدين دون رقابة من المحكمة العليا على ذلك، وإنما يتعين على المحكمة إبراز الأسباب التي استندت إليها لاستخلاص واقعة التوقف عن الدفع، وللمحكمة العليا حق الرقابة على الوصف المعطى لهذه الوقائع⁽²⁾. ويلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى حرية كبيرة في إثبات التوقف عن الدفع، فأجاز إثباته مهما كانت طبيعة الدين، سواء كان مدنيا أو تجاريا، وهذا ما يفهم من نص المادة 216 من القانون التجاري.

مما سبق يتبين أنه يمكن لغير التاجر أن يثبت إفلاس التاجر المدين بكافة الطرق وفقا لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، أما المدين التاجر فلا يستطيع إثبات إفلاسه إذا كان غير مقيد في السجل التجاري، لأنه في هذه الحالة لا يستطيع إثبات صفته كتاجر، ذلك أن المشرع الجزائري يعتبر القيد في السجل التجاري قرينة قاطعة لاكتساب صفة التاجر، وهي قرينة غير قابلة لإثبات العكس، وهذا التوجه فيه الكثير من التشدد الغير مبرر ويتعين إعادة النظر فيه.

1- د مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 492.

2- د عماد الشربيني، المرجع السابق، ص 489.

الثالثة

يعد الإثبات من أكثر المصطلحات تطبيقا في الواقع العملي ذلك أنه متصل بحياة الفرد في كل نواحي حياته فهو بحاجة دوماً إلى إقامة البرهان والحجة على قوله كما هو بحاجة إلى إقامة الدليل على وجود حقه إذا ثارت بشأنه منازعة أمام القضاء.

ولذلك فنظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية بالنسبة للفرد سواء كان شخصا عاديا أو دارسا للقانون وتزداد أهميتها أكثر عند تطبيقها من الناحية العملية.

والمعاملات التجارية تقوم على أساس عاملي السرعة والائتمان فهي تنعقد بمجرد تبادل الطرفين الإيجاب والقبول بعيدة عن الشكلية المتشعبة التي تتصف بها الأعمال المدنية التي تتطلب وقتا طويلا من أجل انعقادها، مما يجعل الأعمال التجارية تتطلب قواعد خاصة بها منها حرية الإثبات في المواد التجارية حيث يجوز إثبات التصرفات التجارية مهما كانت طبيعتها ومهما كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن والدفاتر التجارية والافواتير والمراسلات... الخ استنادا إلى نص المادة 30 من القانون التجاري، واستنادا على ذلك ألزم المشرع إثبات بعض التصرفات التجارية بالكتابة مهما كانت قيمتها نظرا لما يستغرقه إبرامها أو تنفيذها وقتا طويلا يكون فيه للمتعاقدین متسع من الوقت لتحرير السند الكتابي.

فإذا كان هذا الشخص تاجرا ويمارس الأعمال التجارية فإن هذه الأهمية تصبح مضاعفة فعليه أن يلم بكل القواعد العامة والخاصة في الإثبات حتى يسهل عليه ذلك في ممارسته التجارية.

ومن خلال هذه الدراسة فإنه يمكن القول أن موضوع الإثبات يسمح للدارس أن يشرح الحق من مختلف جوانبه ليصل إلى الموقع الذي يراد إثباته، بعيدا عن الحق كفكرة قانونية لا تثير كل هذه التجزئة في نظام آخر.

وأتاح لنا موضوع الإثبات التعمق في أصل المبادئ القانونية التي قامت عليها نظرية الإثبات وتركت تأثيرا كبيرا حول أهمية الحق، وأهمية إثباته ورأينا بأن الحقيقة الواقعية

صعبة المنال وبالتالي فلا مناص من القبول بالحقيقة القضائية الأقرب إلى التصديق والقبول، رغم ما يمثله ذلك من هدر للحق في بعض الأحيان.

ولقد رأينا من خلال هذه الدراسة بأن قواعد الإثبات التجارية لم تأت من العدم وليست وليدة رغبة في الخروج عن الأصل، بل أنها كانت نتاجا لتطور في المعاملات التي أملت نوعا من المرونة وبعدا عن التشدد في الإثبات.

وأهم الاستنتاجات التي تم الوقوف عليها تتمثل في الآتي:

أن الإثبات في المواد التجارية بصفة خاصة يقوم على قواعد تعمل على تحديد موضوع الإثبات وأهمية وسائل إثبات الحقوق التي هي محل نزاع، وقيمة كل دليل في الإثبات والشروط التي يجب أن تتوفر فيه حتى يقبله القضاء مما يعطيها أهمية جوهرية في حماية الحق وصيانتها.

ومن جهة أخرى بينا أن الإثبات ينصب على مصدر الحق أي الواقعة المذشئة له، وليس على الحق المدعى به سواء كان هذا الحق شخصا أو عينا، ويظهر ذلك جليا في المواد التجارية التي اتسع مجالها باتساع مجال التجارة الدولية، ونفاذ الشركات العالمية في الأسواق الداخلية، من خلال عولمة الاقتصاد، الذي أدى عولمة كل المجالات ومنها المجال القانوني.

مما يجعل تطبيق القانون الأجنبي من طرف القضاء الوطني ضرورة ملحة، فقواعد الإسناد تقضي أن يأخذ القانون الأجنبي حكم القانون الوطني ويصبح القاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي، ورأينا أن مسألة تطبيق القانون الأجنبي هي مسألة واقع وليس مسألة قانون، لأنه من الصعب على القاضي الوطني الإلمام بالقوانين الأجنبية كما يعلم بقانون بلده بالإضافة إلى وجود عوامل أخرى تعيق ذلك كعامل اللغة، والترجمة ومراقبة عمل المترجم... الخ لذلك يتعين أن يترك للخصوم أنفسهم إثبات القانون الأجنبي.

ودور القاضي هو تمكين الخصوم من ممارسة هذا الحق وفق مبدأ الحياد الإيجابي ذلك أن القاضي عضو في المجتمع وله دور يؤديه للحفاظ على العدل، وذلك لتمكين الخصوم من حقهم في الدفاع في إطار مبادئ المساواة وتكافؤ الفرص وعليه أن يمنع من القضاء بعلمه الشخصي إذا كان يشكل دليلا في القضية.

ومواقف القاضي من أدلة الإثبات تتسم بالتباين فهو في المواد التجارية حر غير مقيد إلى الحد الذي يجعله يتم في إطار المذهب الحر، وذلك حفاظا على استقرار مجتمع التجارة التي تقتضي إهدار كل القيود التي تحد من حرية التجارة في إطار القانون فلا يتجاوز به معنى أنه إذا كان القانون يقيد مسألة معينة في الإثبات فلا يجوز للقاضي أن يحتج بحرية الإثبات التجاري ليخالف القانون.

وقد رأينا أن قواعد الإثبات جاءت متفرقة ومشتتة بين قانون الإجراءات المدنية والقانون المدني والقانون التجاري، مما يصعب على المتخصصين تتبع قواعد الإثبات ومعرفتها معرفة تامة، وأنه من الأحسن أن تجمع كل هذه القواعد في قانون خاص بالإثبات أسوة بما فعل المشرع المصري والسوري حتى يتيسر للمتقاضين معرفة قواعد الإثبات بسهولة ذلك أن التيسير هو هدف القانون والعمل القضائي.

كما مر بنا أن للعرف التجاري دور هام في البيئة التجارية فهو فضلا عن كونه مصدرا رسميا تستقى منه الأحكام التجارية فإنه مازال ينظم الكثير من معاملات التجارة كالبيوع وعمليات البنوك، ورأينا بأن القاعدة العرفية هي قاعدة قانونية لذا يفترض العلم بها من طرف القاضي ولا يطلب من الخصوم إثباتها، إلا أنه ومن الناحية العملية فإن تطور الأعراف واختلافها من جهة إلى أخرى تصعب على القاضي معرفتها مما يمكن الخصوم من إثباتها.

أما عن طرق الإثبات فإن المشرع الجزائري وحتى في المواد التجارية يولي الكتابة الرسمية أهمية قصوى، فهو لا يكتفي باشتراطها للإثبات بل يشترطها للانعقاد ويتضح ذلك من خلال القرارات التي أطلعنا عليها خلال تطرقنا لعقد الشركة وعقد بيع المحل التجاري إلا أن هذا التشدد الكبير غير مبرر ومبالغ فيه ويتعين التخفيف من حدته في العقود التجارية.

وبالإضافة إلى الكتابة فإن لطرق الإثبات الأخرى من شهادة الشهود والقرائن والإقرار واليمين أهمية كبيرة في المواد التجارية وذلك راجع لكون الإثبات في المواد التجارية يتم بكافة طرق الإثبات فهي تصلح لإثبات جميع التصرفات التجارية مهما كانت قيمتها كما يمكن إثبات التصرفات التجارية بطرق أخرى نصت عليها المادة 30 من القانون التجاري.

ورأينا أن تطور التجارة الدولية واتجاهها إلى أساليب جديدة أدى إلى ظهور مفاهيم جديدة ومعقدة مثل، التوقيع الإلكتروني العقد الإلكتروني وحجبتها في الإثبات، وهذا ما يدعو المشرع الجزائري إلى التدخل بتشريع هذه التجارة لأنها قادمة لا محالة ولا يستطيع أن يبقى بمنأى عنها.

وعند تطرقنا لدور الدفاتر التجارية وحجبتها في الإثبات رأينا أنها تصلح لأن تكون دليلا لصالح التاجر إذا كانت منتظمة وتتوافر فيها الشروط القانونية، وذلك خروجاً عن الأصل والقواعد العامة، وذلك أنها تؤدي إلى إنشاء الشخص دليلاً لنفسه وفي المقابل فإنه يمكن استخلاص دليل منها ضد التاجر نفسه لأنها تعتبر بمثابة إقرار منه على كل العمليات التي أبرمها، ولكن رغم أهمية الدفاتر التجارية وكونها ضماناً للتاجر تحميه من الإفلاس ومن الضريبة المبالغ فيها إلا أن التجار في الجزائر يعزفون عن مسك هذه الدفاتر لاعتقادهم أنها سيفاً مسلطاً عليهم، لكن السبب الحقيقي في اعتقادنا هو كون أحكام الإفلاس معقدة ونادرة، فالبحث في كل الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة العليا التي تيسرت لدينا لم نجد منها حكماً واحداً يخص الإفلاس رغم أن التجار يتعاملون كثيراً بالشيك وغالباً ما يتابعون على أساسه إلا أنه لا يلجأ إلى شهر إفلاس التاجر، وهو ما أدى إلى عدم إمساك التجار لهذه الدفاتر التجارية.

كما بينا بأن بعض العقود التجارية ذات النماذج المعدة سلف تكفي بذاتها في الإثبات من خلال البيانات المدونة فيها وبالتالي فهي لا تحتاج إلى دليل آخر يكملها، مثال ذلك عقد النقل بنوعيه حيث تحتوي تذكرة النقل والإيصال أو سند الشحن على بيانات خاصة بهوية المسافر ونوعية البضاعة وهذه البيانات تكفي لإثبات عقد النقل.

كما تطرقنا إلى دور الرسائل في الإثبات ورأينا أنه أصبح لها دوراً متميزاً في إثبات العقود التجارية لأن أغلب العقود التجارية تتم بالمراسلة أو عن طريق وسائل الاتصال. ورأينا أن المادة 333 من التقنين المدني تحتاج إلى تعديل فيما يخص قيمة التصرف القانوني ذلك أن تحديد النصاب بمبلغ 1000 دج أصبح يحمل هضماً لحقوق الأطراف، نظراً لتغير قيمة العملة وانخفاض سعر الدينار لأسباب اقتصادية مما يحتم رفع هذه القيمة إلى 30.000 دج على الأقل.

ورأينا أن المشرع الجزائري يعتبر مجرد القيد في السجل التجاري قرينة قاطعة على اكتساب صفة التاجر وأن هذا يعد تناقضا مع نص المادة الأولى التي تعتبر ممارسة التجارة على سبيل الاحتراف هي التي تكسب صفة التاجر، ومن جهة أخرى يعد قيودا جديدة تضاف على التجارة رغم أنها تتميز بالحرية وتنفرد قوا عدها بالسهولة مما يجعل تعديل المادة 21 من التقنين التجاري ضرورة ملحة.

هذه أهم الاستنتاجات والملاحظات التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة التي نرجوا أن تكون قد أصابت ولو جزءا بسيطا من غايتها.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1- المراجع الخاصة:

- 1- د. أبو سعد محمد شتا: " الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية"، مجلدين، دار الفكر العربي، القاهرة. 1997.
- 2- د. أبو صفية فخري: " طرق الإثبات في القضاء الإسلامي"، دار الشهاب، باتنة بدون تاريخ.
- 3- د. أبو الوفاء أحمد: " التعليق على نصوص قانون الإثبات"، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية 1994.
- 4- بكوش يحيى: " أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي"، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1988.
- 5- د. بن محلة الغوثي: " قواعد الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري"، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 2000.
- 6- د. سلطان أنور: " قواعد الإثبات في المواد المدنية"، الدار الجامعية، بيروت 1984.
- 7- د. السنهوري أحمد عبد الرزاق: " الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزئين الثاني والخامس، دار إحياء التراث، بيروت بدون تاريخ.
- 8- د. العدوى جلال علي: " أصول أحكام الالتزام والإثبات"، منشأة المعارف، الإسكندرية 1996.
- 9- د. فرج حسن توفيق: " قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية"، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية 1985.
- 10- د. قاسم محمد حسن: " الإثبات في المواد المدنية والتجارية"، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت بدون تاريخ.
- 11- د. مرقس سليمان: " أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية"، جزئين، عالم الكتب، القاهرة 1981.

12- د. مطر محمد يحيى: " مسائل الإثبات في القضايا المدنية والتجارية "، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت 1989.

13- نشأت أحمد: " رسالة الإثبات "، جزئين، الطبعة السادسة، دار المعارف العربية، 1976.

2- المراجع العامة:

1- أ. أبو الهيجاء محمد إبراهيم: " التحكيم بواسطة الإنترنت "، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2002.

2- د. اسعاد موحد: " القانون الدولي الخاص "، الجزء الأول، قواعد التنازل، ترجمة د. فائق أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989.

3- د. البارودي علي: " القانون التجاري "، الدار الجامعية، بيروت 1991.

4- د. حسنين محمد: " عقد البيع في القانون المدني الجزائري "، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994.

5- د. الخليبي حبيب إبراهيم: " المدخل للعلوم القانونية "، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999.

6- د. دويدار هاني محمد: " مبادئ القانون التجاري "، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 1997.

7- أ. سعد فاروق: "مدخل إلى أصول المحاكمات والتحكيم عن بعد "، تونس 2001، بدون دار نشر.

8- د. الشربيني عماد: " القانون التجاري "، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى 2002.

9- د. طه مصطفى كمال: " مبادئ القانون التجاري "، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية 1979.

10- د. علي علي سليمان: " النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام "، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1990.

11- د. عوض علي جمال الدين: " الوجيز في القانون التجاري "، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة 1975.

- 12- الفتلاوي سمير جميل حسين: " العقود التجارية الجزائرية " ، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994.
- 13- د. فرعون هشام: " القانون البحري «، مطبعة كرم، دمشق 1975-1976.
- 14- د. قدارة خليل أحمد حسن: "الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري"، الجزء الرابع، عقد البيع ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1991.
- 15- د. محرز أحمد محمد: " القانون التجاري "، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى 2003.
- 16- د. مذكور محمد سامي، و د. علي حسن يونس: " الإفلاس "، دار التعاون للنشر والطبع، 1973.
- 17- د. ناصيف إلياس: " الكامل في قانون التجارة "، الجزء الأول، عويدات للطباعة والنشر، بيروت 1999.
- 18- د ناصيف إلياس: " الموسوعة التجارية الشاملة "، الجزء الثاني، الشركات التجارية، عويدات للطباعة والنشر، بيروت 1999.
- 19- م. هلال أحمد جلال الدين: " قضاء النقص والتمييز في المواد المدنية والتجارية في التشريعين المصري والكويتي "، الطبعة الثانية، مكتبة الفلاح، الكويت 1985.
- 20- د. يونس علي حسن: " القانون التجاري "، دار الفكر العربي، القاهرة 1978.
- 21- د عطوي فوزي: " القانون التجاري "، دار العلوم العربية ، 1986.

3- المقالات:

- 1- م. بوعروج حسان: " تعليق على قرار الغرف المجتمعة "، المجلة القضائية، سنة 1997، عدد خاص.
- 2- أ. سوسي الجيلالي: " كيفية أداء اليمين وأحكام اليمين بأنواعها المختلفة "، مجلة المحامي، نقابة المحامين بسبيدي بلعباس، سنة 2004، العدد الثاني.
- 3- د. محمود ثابت محمود: " حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات "، مجلة المحامي، نقابة المحامين بمصر، سنة 2002، العدد الثاني.
- 4- مستيري فاطمة : " عقد النقل البحري للبضائع "، المجلة القضائية، سنة 1997، عدد خاص.

5- د. يونسى حداد نادية: " العقد العرفي والمعاملات العقارية"، المجلة القضائية، سنة 1997، العدد الأول.

4- المجالات:

* مجلة المحامي سنة 2004، العدد 2.

* مجلة الاجتهاد القضائي لسنة 1987.

* نشرة القضاة

سنة 1972.

سنة 1988، العدد 43.

* المجلة القضائية

1989، الأعداد: 1، 2، 4.

1990، الأعداد: 2، 3، 4.

1991، الأعداد: 3.

1992، الأعداد: 1، 2، 4.

1994، الأعداد: 2، 3.

1995، الأعداد: 2.

1996، العدد: 2.

1997، العدد: 1، عدد خاص الغرفة التجارية والبحرية.

1998: العدد 1.

1999: العدد 1.

2000: العدد 1.

2002: العدد 2.

ثانيا: باللغة الفرنسية

1- François Collart Dutilleul et Philippe Delebeque: «**Contrats civil et commerciaux**» 4^e édition, Dalloz édition, Paris 1998 .

2- George Ripert et René Roblot: «**Traité de droit Commercial** », tome 1, 16^e édition L.G.D.J, Delta, Paris 1996

- 3- Michel de Juglart et Benjamin Ippoloto: «**Droit Commercial** », 6^e édition, Édition Montchrestien, Paris 1970.
- 4- René Rodière et Bruno Oppitit: «**Droit Commercial** », 8^e édition, Dalloz édition, Paris 1978.
- 5- Encyclopédie Dalloz, Tome VI, Dalloz édition, Paris 1970.

ثالثا: النصوص القانونية

- 1- أمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 2- أمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.
- 3- أمر رقم 80/76 المؤرخ في 29 شوال 1396 الموافق 23 أكتوبر 1976، المتضمن القانون البحري المعدل والمتمم.
- 4- أمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم.
- 5- أمر رقم 155/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.
- 6- أمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- 7- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة.
- 8- أمر رقم 27/88 المؤرخ في 28 ذي القعدة 1408 الموافق 12 يوليو 1988، المتضمن تنظيم التوثيق.
- 9- قانون رقم 25/91 المؤرخ في 16 ديسمبر 1991، المتضمن قانون المالية لسنة 1992.

فهرس المحتويات

| | |
|----|---|
| 3 |المقدمة |
| 8 |الفصل الأول: القواعد العامة للإثبات في المواد التجارية |
| 9 |المبحث الأول: النظرية العامة للإثبات |
| 9 |المطلب الأول: ماهية الإثبات القضائي |
| 9 |الفرع الأول: تعريف الإثبات |
| 9 |أولاً: الإثبات بـ معناه العام |
| 10 |ثانياً: الإثبات بمعناه القانوني |
| 11 |الفرع الثاني: مكان الإثبات في القانون |
| 12 |أولاً: تقسيم قواعد الإثبات |
| 13 |ثانياً: موقف المشرع الجزائري |
| 14 |الفرع الثالث: المبادئ الرئيسية للإثبات |
| 14 |أولاً: مبدأ النظام القانوني للإثبات |
| 15 |1- مذهب الإثبات الحر أو المطلق |
| 16 |2- مذهب الإثبات المقيد أو القانوني |
| 17 |3- مذهب الإثبات المختلط |
| 18 |ثانياً: مبدأ حياد القاضي |
| 20 |ثالثاً: مبدأ الحق في الإثبات |
| 21 |1- حق الخصم في الإثبات |
| 22 |2- حق الخصم في مناقشة الأدلة المقدمة في الدعوى |
| 22 |3- لا يجوز لأي خصم أن يصطنع دليلاً لنفسه |
| 23 |4- لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه |
| 25 |المطلب الثاني: محل الإثبات |
| 25 |الفرع الأول: مصدر الحق كمحل للإثبات |
| 28 |الفرع الثاني: إثبات العرف والعادة الاتفاقية |
| 28 |أولاً: إثبات العادة الاتفاقية |
| 29 |ثانياً: إثبات العرف |
| 30 |الفرع الثالث: إثبات القانون الأجنبي |
| 31 |الفرع الرابع: شروط محل الإثبات |
| 31 |أولاً: أن تكون الواقعة المراد إثباتها محل نزاع |
| 31 |ثانياً: أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة أي محصورة غير مطلقة |
| 32 |ثالثاً: أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى |

| | |
|----|---|
| 32 | رابعا: أن تكون الواقعة المراد إثباتها منتجة في الدعوى |
| 33 | خامسا: أن تكون الواقعة المراد إثباتها جائزة القبول |
| 34 | المطلب الثالث: عبء الإثبات |
| 35 | الفرع الأول: عبء الإثبات من حيث المبدأ |
| 35 | أولا: عبء الإثبات يقع على المدعي |
| 37 | ثانيا: عبء الإثبات في حالة القرائن القانونية |
| 38 | الفرع الثاني: عبء الإثبات من حيث التطبيق |
| 39 | أولا: توزيع عبء الإثبات بحكم الواقع |
| 39 | ثانيا: توزيع عبء الإثبات بحكم القانون |
| 40 | ثالثا: توزيع عبء الإثبات بحكم الاتفاق |
| 42 | المبحث الثاني: طرق الإثبات |
| 43 | المطلب الأول: الكتابة |
| 44 | الفرع الأول: المحررات الرسمية |
| 45 | أولا: تعريف المحرر الرسمي |
| 45 | ثانيا: شروط المحرر الرسمي |
| 48 | ثالثا: حجية المحررات الرسمية في الإثبات |
| 52 | الفرع الثاني: المحررات العرفية |
| 53 | أولا: المحررات العرفية المعدة للإثبات |
| 58 | ثانيا: المحررات العرفية غير المعدة للإثبات |
| 60 | المطلب الثاني: البينة أو شهادة الشهود |
| 60 | الفرع الأول: شروط البينة وأنواعها |
| 60 | أولا: المقصود بالبينة |
| 61 | ثانيا: أنواع الشهادة |
| 61 | ثالثا: شروط الشهادة |
| 62 | الفرع الثاني: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبينة |
| 62 | أولا: الوقائع المادية |
| 62 | ثانيا: التصرفات التجارية |
| 63 | ثالثا: التصرفات المدنية التي تقل عن ألف دينار جزائري |
| 64 | رابعا: الحالات التي يجوز فيها استثناء الإثبات بشهادة الشهود |
| 67 | المطلب الثالث: القرائن |
| 67 | الفرع الأول: القرائن القانونية |
| 69 | أولا: القرائن القانونية القاطعة |
| 70 | ثانيا: القرائن القانونية البسيطة |
| 71 | الفرع الثاني: القرائن القضائية |

| | |
|-----|--|
| 73 | المطلب الرابع: الإقرار..... |
| 73 | الفرع الأول: شروطه..... |
| 73 | أولاً: الشروط الواجب توافرها في المقر..... |
| 74 | ثانياً: الشروط الواجب توافرها في محل الإقرار..... |
| 74 | الفرع الثاني: أنواع الإقرار..... |
| 74 | أولاً: الإقرار القضائي..... |
| 78 | ثانياً: الإقرار غير القضائي..... |
| 81 | المطلب الخامس: اليمين..... |
| 82 | الفرع الأول: اليمين الحاسمة..... |
| 82 | أولاً: تعريفها..... |
| 83 | ثانياً: شروط توجيه اليمين الحاسمة..... |
| 84 | ثالثاً: آثار اليمين الحاسمة..... |
| 86 | الفرع الثاني: اليمين المتممة..... |
| 86 | أولاً: تعريفها..... |
| 87 | ثانياً: شروط توجيه اليمين المتممة..... |
| 88 | ثالثاً: آثار اليمين المتممة..... |
| 91 | الفصل الثاني: القواعد الخاصة بالإثبات في المواد التجارية |
| 92 | المبحث الأول: مبادئ الإثبات في المواد التجارية |
| 92 | المطلب الأول: مبدأ حرية الإثبات |
| 92 | الفرع الأول: معنى المبدأ..... |
| 95 | الفرع الثاني: طبيعة المبدأ..... |
| 96 | الفرع الثالث: نطاق المبدأ..... |
| 99 | المطلب الثاني: مبدأ جواز التمسك بدليل صادر عن التاجر أو إلزامه بتقديمه..... |
| 100 | الفرع الأول: الالتزام بمسك الدفاتر التجارية..... |
| 100 | أولاً: أهمية الدفاتر التجارية..... |
| 101 | ثانياً: الأشخاص الملزمون بمسك الدفاتر التجارية..... |
| 102 | ثالثاً: أنواع الدفاتر التجارية..... |
| 102 | 1- الدفاتر التجارية الإلزامية..... |
| 102 | 2- الدفاتر التجارية الاختيارية..... |
| 103 | رابعاً: تنظيم الدفاتر التجارية..... |
| 104 | خامساً: مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية..... |
| 105 | 1- الجزاءات المدنية..... |
| 105 | 2- الجزاءات الجزائية..... |
| 106 | الفرع الثاني: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات..... |

| | | |
|-----|-------|--|
| 106 | | أولاً: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر |
| 108 | | ثانياً: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات ضد التاجر |
| 110 | | الفرع الثالث: تقديم الدفاتر التجارية الى القضاء |
| 110 | | أولاً: الإطلاع الجزئي |
| 111 | | ثانياً: الإطلاع الكلي |
| 113 | | المبحث الثاني: الإثبات في الأنظمة التجارية |
| 113 | | المطلب الأول: الإثبات في العقود التجارية |
| 113 | | الفرع الأول: الطبيعة القانونية للعقود التجارية |
| 114 | | أولاً: تعريف العقود التجارية |
| 115 | | ثانياً: الأحكام الخاصة بالعقود التجارية |
| 115 | | 1- القواعد الخاصة بإنشاء العقود التجارية |
| 118 | | 2- القواعد الخاصة في تنفيذ العقود التجارية |
| 120 | | الفرع الثاني: إثبات العقود التجارية بالكتابة |
| 120 | | أولاً: عقد الشركة |
| 120 | | 1- تعريف الشركة |
| 120 | | 2- شكل عقد الشركة |
| 123 | | 3- إثبات الشركة |
| 124 | | ثانياً: عقد بيع المحل التجاري |
| 124 | | 1- الطبيعة القانونية لبيع المحل التجاري |
| 124 | | 2- شروط انعقاد بيع المحل التجاري |
| 127 | | 3- إثبات عقد بيع المحل التجاري |
| 128 | | الفرع الثالث: إثبات العقود التجارية النموذجية |
| 129 | | أولاً: عقد نقل البضائع أو الأشياء |
| 129 | | 1- تكوين عقد نقل الأشياء |
| 130 | | 2- التزامات عقد النقل |
| 132 | | 3- إثبات عقد نقل الأشياء |
| 134 | | ثانياً: عقد نقل الأشخاص |
| 134 | | 1- تكوين عقد نقل الأشخاص |
| 135 | | 2- إثبات عقد نقل الأشخاص |
| 137 | | الفرع الرابع: إثبات العقود التجارية الأخرى بكافة الطرق |
| 137 | | أولاً: تكوين عقد البيع التجاري |
| 138 | | ثانياً: إثبات عقد البيع التجاري |
| 141 | | المطلب الثاني: دور الرسائل والفاتورة في الإثبات |
| 141 | | الفرع الأول: دور الرسائل في الإثبات |

| | |
|-----|--|
| 142 | أولاً: حجية الرسالة في الإثبات |
| 143 | ثانياً: متى يجوز للمرسل إليه الاحتجاج بالرسالة |
| 143 | ثالثاً: متى يجوز للغير أن يحتج بالرسالة |
| 144 | رابعاً: حجية البرقية في الإثبات |
| 145 | الفرع الثاني: دور الفاتورة في الإثبات |
| 145 | أولاً: مفهوم الفاتورة وشروطها |
| 146 | ثانياً: حجية الفاتورة في الإثبات |
| 146 | 1- حجية الفاتورة في الإثبات لصالح التاجر |
| 147 | 2- حجية الفاتورة في الإثبات ضد التاجر |
| 149 | المطلب الثالث: إثبات نظام الإفلاس |
| 149 | الفرع الأول: شروط شهر الإفلاس |
| 150 | أولاً: الشروط الموضوعية |
| 150 | 1- أن يكون المدين تاجراً |
| 151 | 2- التوقف عن الدفع |
| 153 | ثانياً: الشروط الشكلية للإفلاس |
| 153 | 1- طبيعة حكم الإفلاس |
| 154 | 2- طلب الإفلاس |
| 155 | 3- المحكمة المختصة بشهر الإفلاس |
| 155 | 4- نشر الحكم |
| 155 | الفرع الثاني: كيفية إثبات الإفلاس |
| 155 | أولاً: إثبات صفة التاجر |
| 157 | ثانياً: إثبات التوقف عن الدفع |
| 160 | الخاتمة |
| 165 | قائمة المراجع |
| 170 | فهرس المحتويات |