**وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي**

**جامعـة محمـد خيضـر – بسكـرة –**

**كليـة الحقـوق والعلـوم السياسيـة**

**قسـم الحقــوق**

**مطبوعة علمية بعنوان:**

**طــرق الإثبــــات**

 **إعـداد الدكتـور: قـروف موسى**

**ـــ ألقيـت/ علـــــى طلبــــة**

**السنة الثالثة ليسانس**

**السنة الدراسية**

**2024/2025**

**ـــ مقدمـــة**

إن الغاية الأساسية من اللجوء إلى القضاء لا تقتصر على مجرد الحصول على حكم لإنهاء الخصومة بأي طريقة كانت، بل تقضي مصلحة كل خصم في الحصول على حكم عادل لضمان حقوقه، والقضاء على جذور الخلاف بين الخصوم ليسود الاطمئنان ويتحقق السلم الاجتماعي[[1]](#footnote-1)\*

وقبل أن تصل الدعوى إلى مرحلة صدور الحكم فإنها تمر بمرحلة سابقة أساسية وضرورية تعد أهم مرحلة في سير الدعوى وهي ما يعبر عنها بمرحلة تحقيق الدعوى، والتي فيها يتم جمع الأدلة والحجج واتخاذ الإجراءات والوسائل التي تساعد القاضي على تكوين عقيدته .

ومن هنا تبرز نظرية الإثبات، باعتبارها من أكثر النظريات القانونية تطبيقا في المجال العملي، بل هي النظرية التي لا ينقطع القضاء عن تطبيقها يوميا فيما يعرض عليه من النزاعات، فالقاضي لا يبت في أي نزاع قبل أن يتفحص عناصر إثبات وقائع النزاع .

لكن قد يواجه المتقاضون بعض الصعوبات في إثبات وقائع النزاع، فيعجزن عن تقديم الأدلة المثبتة لوقائع النزاع إما بسبب خارج عن إرادتهم أو بسبب جهلهم للقانون أو بسبب تقاعسهم، إضافة إلى ذلك فقد تعترض القاضي نفسه بعض المشاكل التي تحول دون تكوين قناعته على بينة من واقع الأمور، فقد يعمد الأطراف إلى إخفاء بعض الحقائق التي تتعارض مع مصالحهم الذاتية، ويقدمون للقاضي إلا الأدلة التي تساعدهم على إقناعه بصحة الوقائع التي يتمسكون بها عن طريق استعمالهم للحيل والخداع والمغالطات فالخصوم عادة ما يسعون بكل الطرق لإقناعه بصحة الوقائع محل النزاع، وذلك ليجعلوا منه حقيقة ذاتية في ذهن القاضي فغايتهم ليس إصدار أحكام مطابقة للحقيقة الموضوعية بقدر ما يأملون بأن تكون تلك الأحكام مطابقة للحقيقة الذاتية التي حاولوا ترسيخها في وجدان القاضي .

**وسنحاول البحث في كافة المسائل التي تثيرها قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية من خلال بابين سنتناول في الباب الأول الأحكام العام للإثبات، ونعالج في الباب الثاني الأحكام الخاصة بالطرق المختلفة للإثبات.**

خطة الدراسة**:**

**الباب الأول: القواعد العامة للإثبات:**

**الباب الأول: طرق الإثبات:**

مبحث تمهيدي

أفكار عامة حول الإثبات

نتناول في هذا الفصل تعريف الإثبات وأهميته ثم نتعرض بعد ذلك إلى التنظيم القضائي للإثبات.

**أولا: تعريف الإثبات ( la preuve):**

يشير مصطلح الإثبات في القانون، العديد من المعاني فقد يقصد به عملية الإثبات في ذاتها، أي عملية التدليل على واقعة يدعى أحد الأفراد وجودها وقد يقصد به ذات الدليل الذي تقوم علية عملية الإثبات، كتقديم الأدلة الكتابية أو الأدلة الأخرى مثل الشهادة أو الإقرار.

والإثبات الذي نعنيه في المجال القانوني فهو عملية يجب أن تتم أمام القضاء بإقامة الدليل على واقعة معينة بهدف تكوين عقيدة القاضي، بشأن وجود هذه الواقعة من عدمه.

**الإثبات لغة**: من فعل ثبت ثباتا وثبوتا أي استقر، والتثبيت أي الحجة، والإثبات بها المعنى عام وشامل لكل شيء يمكن أن يكون مستقراً.

**الإثبات اصطلاحا**: ويعرف الإثبات قانونا على أنه:" إقامة الدليل أمام القضاء بطريقة من طرق الإقناع التي يحددها وينظمها القانون على صحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى النتائج القانونية التي تترتب على صحة الواقعة المذكورة.)3 [[2]](#footnote-2)(

فالإثبات القضائي كما ذهب رأي بحق:" هو سلاح الخصوم في معركة الخصومة القضائية، فهو في جوهره إقناع للمحكمة بإدعاء على جانب هذا الخصم أو ذلك. والإثبات بهذا المعنى يختلف عن الإثبات بمعناه العام أو التاريخي، فبالرغم من أن كل من القاضي والباحث يريد الوصول إلى نتيجة معينة إلا أن الباحث يتمتع بحرية تامة في البحث والتنقيب وإثبات الوقائع بكافة الطرق والوسائل المتاحة، أما القاضي في الإثبات القانوني لا يتمتع بهذا القدر من الحرية إذ أنه مقيد في تكوين إقناعه بالأدلة المحددة قانونا.

يتضح مما تقدم أن الإثبات بمعناه القانوني يتميز بالخصائص التالية:

**الأمر الأول**: من حيث نطاق الأدلة، أمام القاضي محدودة أما الباحث فلا حد له إذ يمكن أن يبني حكمه على دليل أو قرينة متى اعتقد بصحة استنتاجه، أما القاضي فمهما كان اعتقاده بصحة الدليل غير الجائز فإنه لا يمكن الأخذ به.

**الأمر الثاني**: الإثبات التاريخي لا يتصف بالثبات، وعدم التغير، فقد يتبين أنها مجرد أخطاء أما الحقيقة القضائية إذا ما تقررت بالطرق المحددة قانونا أصبحت ملزمة وواجبة الاحترام ولا يجوز الانحراف عنها، وتتمتع بحجية الأمر المقضي، حتى ولو كانت هذه الحقيقة مخالفة للواقع.) 2 [[3]](#footnote-3)(

**ثانيا: أهمية الإثبات:**

تعتَبر نظرية الإثبات القضائي من أهم النظريات القانونية، وأكثرها تطبيقا في المجال القانوني حيث لا تخلو المحاكم من القضايا، يتولى القضاة تطبيق هذه النظرية للفصل في المنازعات القائمة بين الأفراد، وتتعلق بالحقوق والمراكز القانونية حتى تعود إلى أصحابها، وبعودتها يستقر المجتمع، فالحق ليس له قيمة أو نفع لصاحبه إلا إذا أقام عليه الدليل أمام القاضي وثبت وجوده بإثبات الواقعة القانونية أو المادية المنشئة لهذا الحق.

فإذا لم يستطع تقديم الدليل الذي يستلزمه القانون على وجود حقه خسر دعواه وفقد حقه، وقد عبر البعض عن هذه الحقيقة:" بأن الدليل وحده هو الذي يحيي الحق. ويجعله مفيدا"، أو:" بأن الدليل هو فدية الحق ".

فالإثبات يعتَبر الأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية، والوسيلة العملية التي يعتَمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع ، وبذلك أضحَى الإثبات ركن ركين في كل تنظيم قضائي وبات من الضروري أن ينظم المشرع قواعده ويفصل أحكامه.

**ثالثا: التنظيم القانوني للإثبات وصوره:**

بناءا على ضرورة قيام التنظيم القانوني للإثبات على تحقيق التوازن بين اعتبارين أساسين: تحقيق العدالة واستمرار التعامل، ما أدى إلى اختلاف الأنظمة القانونية في تنظيمها للإثبات إذ أخذ البعض منها بمذهب الإثبات الحر والبعض الآخر بمذهب الإثبات المقيد، بينما أخذ البعض بمذهب الإثبات المختلط فيما يلي:

1. مذهب الإثبات المطلق الحرّ. **System de la preuve Libre**:

وفقا لهذا المذهب، لا يحدد القانون طرقا معينة للإثبات، يتقيد بها القاضي والخصوم، بل يمكن إقامة الدليل بأي وسيلة متاحة للوصول إلى إقناع القاضي، فالخصم له حرية كبيرة في اختيار الدليل الذي يقدمه، لإقناع القاضي بحقه، والقاضي له حرية أكبر في تكوين عقيدته، فهو يقوم بدور إيجابي في البحث عن عناصر الحقيقة حتى لو وصل الأمر لأن يقضي بعلمه الشخصي بالوقائع.

وإن كان هذا المذهب يتميز بأنه يقرب إلى حد كبير بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة من خلال سلطته الواسعة، غير أن إطلاق سلطة القاضي على هذا النحو يعد خطرا على استقرار المعاملات في حالة ما إذا لم يكن القاضي محايدا ونزيها، كما أن إختلاف القضاة في التقدير يثير مخاوف المتقاضين وشكوكهم حول حصولهم على حقوقهم، مما يزعزع الثقة في التعَامل.)1 [[4]](#footnote-4)(

وقد كان هذا المذهب هو الوحيد المأخوذ به في الشرائع القديمة، بل لا زالت بعض الشرائع تأخذ به، مثل القانون الألماني والسويسري والإنجليزي والأمريكي.)2 [[5]](#footnote-5)(

مذهب الإثبات المقيد: **System de la preuve Légale**:

**أمام مساوئ نظام الإثبات الحر اتجهت التشريعات القديمة في مرحلة تطورها إلى الأخذ بنظام الإثبات المقيد، حيث يحدد القانون سلفا وسائل الإثبات، بحيث لا يجوز بعد ذالك للخصوم إثبات حقوقهم بغير الوسائل التي نص عليها القانون**، كما يحدد قيمة كل وسيلة، بحيث تكون ملزمة للقاضي لا يزيد أو ينقص من حجيتها،)3 [[6]](#footnote-6)(كما على القاضي أن لا يقضي بعلمه الشخصي في الدعوى، ولا أن يتحرى بنفسه عن الحقيقة، بل يقتصر دوره على ما يُعرض عليه منها، وينحصر دوره على ترجيح أدلة الخصم على الآخر.

وهذا المذهب يتيح للأشخاص تقدير مراكزهم في المنازعات على ضوء لديهم أدلة، الأمر الذي يعتبر وسيلة لضمان الثقة وبعث الطمأنينة في نفوس المتقاضين وتحقيق استمرار التعامل.

ولكن ما يقوم عليه من جمود يؤدي إلى عدم التطابق بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، فقد تكون الحقيقة الواقعية ظاهرة ولكنها لا تصبح حقيقية واقعية إلا إذا أمكن إثباتها بالطرق القانونية.

 ويعيب هذا النظام أيضا، أنه ينزع كل سلطة للقاضي في إدارة الدعوى فيكون موقفه سلبيا محضا، ولا يجوز له أن يعمل على إكمال ما في أدلة الخصوم من نقص، بل يجب أن يكون حكمه على ضوء ما قدمه الخصوم من أدلة يقدرها في الحدود التي رسمها القانون ما يجعل وظيفة القاضي آلية محضة .

1. مذهب **الإثبات المختلط: System de la preuve Mixte:**

وهو الذي يجمع بين مبادئ المذهبين السابقين فلا يأخذ بالحرية المطلقة أو التنفيذ الكامل، وإنما يجعل لكل منهما مجالا في قواعد الإثبات بحيث يحدد أدلة الإثبات أمام القضاء، ويحدد قوتها في الإثبات، ويحدد شروط الواقعة التي يجوز إثباتها، ويلزم القاضي أن يقف موقف الحياد.

ولكنه من جهة أخرى، في بعض الأحوال يجعل القاضي ينشط في جمع الأدلة لمعرفة واقعَة معينة، فيستجوب الخصوم، ويستعين بأهل الخبرة من تلقاء نفسه، كما أن يكفل للقاضي سلطة في تقدير قيمة الدليل المستمد من طرق الإثبات، بل له أن يستنتج صحَة واقعة ثابتة من واقعَة أخرى غير ثابتة عن طريق القرينة.

وبذلك يتجنب هذا المذهب تحكم القاضي مذهب الإثبات الحر، وجمود القواعد وما قد تؤدي إليه من ظلم في مذهب **الإثبات المقيد.**

وذلك بالمزج بين خصائص النظامين في نظام واحد فهو يجمع بين ثبات التعامل بما احتواه من قيود، وبين اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية بما أفسح فيه للقاضي من حرية في التقدير.

وتتبع جميع التشريعات اللاتينية، كالقانون الفرنسي والقانون الإيطالي والقانون البلجيكي هذا المذهب وهو المتبع أيضا في الكثير من القوانين العربية كالجزائري والمصري واللبناني، ويلاحظ على هذا مذهب الإثبات المختلط ما يلي:

1. أن اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، لا يبلغ درجة تجعل للأدلة قوة مطلقة، فلا تزال الأدلة حجة ظنية والحقيقة القضائية مجرد احتمال راجح لا حقيقة قاطعة، لأن اشتراط الحجة القاطعة يجعل باب الإثبات مقفلا .
2. أن المذهب المختلط يتفاوت من نظام قانوني إلى آخر فيما يوضع من قيود على حرية القاضي في تلمس الدليل، فمنها من تقلل من هذه القيود حتى يشتد التقارب مابين الحقيقة القضائية والواقعية فيرجح حظ العدالة، ومنها ما يزيد من هذه القيود حتى يستقر التعامل حتى لو ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية، على أن أفضل هذه النظم هو ما يوازن بين الاعتبارين السابقين.

- رابعا: طبيعة قواعد الإثبات:

تنقسم قواعد الإثبات إلى فئتين، فئة تتعلق بالتنظيم الموضوعي، وهي التي تحدد محل الإثبات، وطرق الإثبات المختلفة، وفئة تتعلق بالنظام الشكلي وهي التي تحدد الإجراءات الشكلية التي يتَعين **إتباعها في تقديم الأدلة وإقامتها عندما يكون النزاع معروضا على القاضي.**

**ومن المتفق عليه أن قواعد الإثبات الإجرائية تعتبر من النظام العام لأنها تتعلق بنظام التقاضي، أما قواعد الإثبات الموضوعية فبعضها يتعلق بالنظام العام كتلك لتي تتعلق بسلطة القاضي في الإثبات والتي تنظم العلاقات الأساسية لحق الدفاع، ولا يُعد أغلبها من النظام العام لأنها موضوعة أصلا لحماية المتخاصمين لهذا يجوز مقدما الاتفاق على مخالفة هذه القواعد، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها.**

مكان تقنين قواعد الإثبات:

لقد انقسمت التشريعات بشأن مكان تقنين قواعد الإثبات إلى ثلاثة مذاهب:

**الأول**: يجمع بين قواعد الإثبات الموضوعية والشكلية ويفرد لها قانون خاص ومستقل، كما هو الحال في القانون الإنجليزي والأمريكي.

**الثاني**: يجمع أيضا قواعد الإثبات الموضوعية والشكلية ويضعها جميعًا في قانون المرافعات على اعتبار أن تنظيم قواعد الإثبات يتصل بتنظيم العمل أمام القضاء وأن الحاجة إلى الإثبات تكون أمام القضاء أثناء نظر المنازعة، ولذلك فإن قواعد الإثبات جزء من قانون المرافعات وهذا هو الحال في القانون الألماني والسويسري والقانون اللبناني.

**الثالث**: يُميز بين القواعد الموضوعية في الإثبات، وهي ذات الصلة بالحق في الإثبات ووسائله ويجعل مكانها في القانون المدني وبين القواعد الشكلية ويجعل مكانها في قانون المرافعات)2[[7]](#footnote-7)(، وهذا هو مذهب القانون الفرنسي والإيطالي والبلجيكي وكذلك القانون الجزائري.

**الفصل الأول**

 **أشخاص الإثبات**

يقصد بأطراف الإثبات الأشخاص المشاركين في عملية الإثبات ويكون الشخص طرفا في الإثبات إذ كان طرفا في منازعة أمام القضاء، وبهذا التحديد يشمل أطراف الإثبات القاضي والخصوم.

وبذلك سنبحث في هذا الفصل، دور القاضي في في المبحث الأول، ودور الخصوم في المبحث الثاني.

 **المبحث الأول**

**دور القاضي في الإثبات**

وهنا نعرض لمبدأ حياد القاضي في الإثبات، ثم نبين بعد ذلك دور القاضي في القوانين الحديثة.

ـ المطلب الأول: مبدأ حياد القاضي **Neutralité Du juge**:

**لا يقصد بمبدأ حياد القاضي عدم تحيزه، فوق منصة القضاء لأن هذا الأمر بديهي لا يقوم القضاء بغيره، إنما يقصد به في نظرية الإثبات، انحصار مهمة القاضي في القيام بدور المحكم، بين الخصوم، بحيث يكون موقفه في الدعوى سلبيا، ويقتصر عمله على تقدير ما يقدمه الخصوم بالطرق التي حددها القانون ليعتبر الوقائع المدعى بها ثابتة أو غير ثابتة .**

وليس له أن يبحث ومن تلقاء نفسه عن الوقائع، أو الأدلة، التي يحتج بها الخصوم، ويتفرع من هذا المبدأ عدم جواز قضاء القاضي استنادا إلى علمه الشخصي بواقعة الدعوى.

على أن الأخذ بهذا المبدأ يؤدي في الكثير من الأحيان إلى منع القاضي عن استجلاء الحقيقة، وجعل أطراف الدعوى هم أسياد الخصومة، كما أنهم أسياد حقوقهم .

ـ المطلب الثاني: دور القاضي في القوانين الحديثة:

يستمد تطور دور القاضي الإثبات في الإثبات تَطور فكرة المبدأ التقليدي الذي يجعل الخصومة ملك للخصوم، وهذه النظرة الضيقة إلى الخصومة المدنية قد تغيرت في الوقت الحالي، فحياد القاضي أصبح لا يتنافى مع سلوكه الإيجابي في توجيه سير الخصومة بما في ذلك أدلة الإثبات فيها.

دعما للدور الإيجابي للقاضي المدني، فقد أعطى قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعض السلطات في توجيه وتسيير الخصومة فله توجيه اليمين، والأمر بحضور الخصوم لاستجوابهم والحكم بندب خبير.

وبهذا أصبح الفكر القانوني الحديث يميل إلى إلقاء عبء البحث عن الحقيقة على عاتق القاضي، بدلا من أن يقتصر دوره على دور المحكم، فلم تعد لدعوى ملكا لطرفيها، وبذلك لا يمكن أن تتحقق العدالة إذا أمكن لسوء نية أحد الخصمين، أو عدم مهارة اخصم الأخر أن يحول دون كشف الحقيقة، وتبنى المشرع الجزائري هذه الفكرة.

**المبحث الثاني**

 **الخصوم وحقهم في الإثبات**.

نتناول في هذا المبحث الحق في الإثبات ومبدأ المجابهة بالدليل، بعد ذلك عن حدود هذا الحق.

ـ المطلب الأول: مبدأ المجابهة بالدليل:

**للخصوم في الإثبات دور إيجابي على نقيض دور القاضي، على الخصم أن يثبت إدعاءه فإذا لم يصل، بما يقدمه من أدلة، إلى إقناع القاضي بصحة ادعائه، خسر دعواه دون حاجة إلى تقدير أدلة خصمه** **، فالإثبات شرط للحكم للخصم بادعائه.**

**وليس بالمعنى الدقيق واجبا عليه، لا يستطيع القاضي أن يحرمه منه، دون أن يبين في الحكم الأسباب التي تبرر رفض طلبه، وحماية لهذا الحق ولكفالة استعماله أقيمت حصانة قضائية للخصوم عما يصدر منهم من جرائم سب أو قذف في استعماله.**

**ويكون للخصم الآخر، تطبيقا لنفس المبدأ، ـن يدحض كل دليل يقدمه خصمه ليثبت عكس ما يدعيه ويكون للخصم إنكار خطه أو توقيعه إذا كان الدليل ضده محرر عرفيا، والطعن فيه بالتزوير متى كان محرر سميًا.**

**وإذا كان تقديم الأدلة جائزا إلى حين قفل باب المرافعة، فإنه يجب مع ذلك تقديمها بوقت كافي يسمح بإعمال مبدأ المواجهة.**

ـ المطلب الثاني: حدود حق الخصوم في الإثبات:

 **على أن حق الخصوم في الإثبات يتقيد من ناحية بقواعد القانون التي تحدد شروط الواقعة محل الإثبات، ليكون إثباتها جائزًا، وتعين طرق معينة لإثبات الإدعاء أو لنقص الأدلة فلا يجوز للخصم أن يقيم الدليل على واقعة لا يجيز القانون إثباتها.**

**وحق الخصم في الإثبات يتقيد من ناحية أخرى بالسلطة التقديرية لقاضي الموضوع في قبول طلب الأمر بإجراء تحقيق للإثبات أو رفضه، وله أن يرفض السير في إجراءات الطعن بالتزوير إذ اقتنع بصحة المحرر محل الطعن.**

**وحرية الخصوم في تقديم الأدلة مقيدة أخيرا بالتزامهم بملاحظة حد أدنى من الأمانة- وليس المقصود منه قول الحقيقة- وهو التزام لصيق بمبدأ المواجهة بمفهومه الصحيح، فلا يجوز للخصم أن يقدم وثائق وسندات حصل عليها بطريق الغش، وكذلك مراعاة الاحترام الواجب للعدالة.**

ويتفرع على الحق في الإثبات، مبدأ المواجهة بين الخصوم ويقيده مبادئ أساسية هي:

1. **لا جوز للخصم** **أن يضع دليلا لنفسه**:

يجب بداهة أن يكون الدليل الذي يحتج به على الخصم، صادر منه ويتأسس هذا المبدأ على حرية احترام الأشخاص، واستقلال كل منهم على الأخر، فالشخص لا يمكن إلا أن يلتزم بما يصدر عنه، ولا يجوز من ثم، لخصم أن يحتج على خصمه بدليل يصنعه لنفسه، كمحرر أو فعل أو قول، صادر منه .

وعلة تقرير هذا المبدأ أنه لو جاز أن يصطنع أي شخص دليلا لنفسه ضد أي شخص آخر لما آمن إنسان على نفسه أو ماله ولتعرض كل شخص لإدعاءات لا حصر لها يصطنع أدلتها أشخاص آخرون ضده.

**ويرد على هذا المبدأ استثناءات ، أبرزها أن دفاتر التاجر قد تكون في حدود معينة حجة له.**

1. **لا يجوز إجبار الخصم** **على تقديم دليل ضد نفسه**:

حدد القانون كما سنرى، أي الخصمين يقع عليه عبء الإثبات، أي من يتحمل تبعة الإثبات، فيكون لهذا الخصم تقديم الأدلة، الجائزة قانونا لإثبات ما يدعيه، وإلا خسر دعواه، وليس له إرغام خصمَه على أن يقدم له ما يمكن أن يكون دليلا ضده، أو حجة عليه في الخصومة.

إذا كانت القاعدة عدم إجبار الخصم على تقديم دليل يملكه لا يريد تقديمه، إلا أنه ليس ثمة ما يحول دون أن يستمد الخصم دليلا لصالحه من مستند قدمه خصمه في الدعوى، ليستخلص من هذا المستند دليلا لصالحه يؤيد به إدعاءه، وهذا إعمالا لمبدأ المواجهة بالأدلة.

غير أن هذه القاعدة تصطدم بمبدأ أخلاقي التزم الصدق في القول والفعل، وبعدم التستر على الحقيقة في ساحة القضاء، وبمقتضى اعتبارات العدالة فإنها تسمح بالقول بأنه يجوز إجبار الخصم على أن يقدم دليلا تحت يده حتى لو كان ضد نفسه، كما يجوز أن يوجه هذا الطلب إلى شخص ليس طرفا في الخصومة وهذه الفكرة ليست جديدة وإنما ترجع إلى القانون الروماني الذي كان يعرفها بدعوى العرض وقد أخذت بها الكثير من التشريعات [[8]](#footnote-8)(كالقانون الفرنسي، الألماني، الأردني، المصري باستثناء المشرع الجزائري بالرغم من أنه يعِد أحدث تشريع لقانون المرافعات.

**الفصل الثاني**

**محل الإثبات**

إن مهمة الخصم تقتصر على إقامة الدليل على وجود أو صحة الواقعة، أما الأثر القانوني المترتب عليها فلا يكون كأصل عام، محلا للإثبات، ولا شأن للخصم به، وإنما شأن المحكمة، فهي التي تطبق القانون عل تلك الواقعة، نتناول أولا. مضمون وحدود محل الإثبات في المبحث الأول، وثانيا شروط محل الإثبات في المبحث الثاني.

**المبحث الأول**

**مضمون وحدود محل الإثبات**

تنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين أساسين أولا محل الإثبات هو الواقعة القانونية، وثانيا محل الإثبات هو الواقع لا القانون.

المطلب الأول: محل الإثبات هو الواقعة القانونية:

سبق وأن عرفنا الإثبات القضائي بأنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على حدوث واقعة قانونية معينة يرتب على حدوثها ثبوت الحق المتنازع عليه.

من هذا التعريف يتضح أن محل الإثبات ليس هو الحق المدعى به ذاته شخصيا كان هذا الحق أو عينيا، وإنما الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الحق أو هذا الأثر، والواقعة القانونية التي هي محل للإثبات يقصد بها كل واقعة أو تصرف قانوني يرتب عليه القانون أثرا معينا.

فمن يدعي أن له دينا في ذمة الآخر عليه أن يثبت مصدر هذا الدين أي عليه أن يثبت الواقعة القانونية التي أنشأت الدين سواء كان ذلك تصرفا قانونيا، كالعقد، أم واقعة مادية ترتب عليها قيام هذا الدين في ذمتهُ كالعمل غير المشروع، هذا هو ما ينبغي إثباته.

بل والأكثر من ذلك فإن مصدر الحق ذاته قد يكون فكرة مجردة تستعصي عقلا على الإثبات كما لو كان مصدر الحق عمل غير المشروع، فإن فكرة الخطأ هي فكرة مجردة لا يمكن إثباتها في ذاتها، لذلك لابد من نقل محل الإثبات مرة أخرى من هذه الفكرة إلى وقائع والأعمال التي يمكن أن يستدل منها على وقوع فكرة الخطأ .

وتصنف الوقائع القانونية التي هي مصدر للحقوق إلى وقائع طبيعية من عمل الطبيعة لا دخل للإنسان في حدوثها وأخرى بشرية يكون للإنسان دخل في حدوثها، وهذه قد تكون أعمالا مادية **يرتب القانون على مجرد حدوثها أثرا قانونيا معينا بصرف النظر عن إرادة صاحبها، قَصدت ترتيب هذا الأثر أم لم تَقّصده**، وقد تكون تصرفات قانونية تتجه فيها إرادة الإنسان إلى ترتيب أثر قانوني معين. وهذه قد تكون صادرة من شخص واحد فتسمى تصرفا **انفراديا، وقد تكون صادرة من شخصين فتسمى عقدا.**

**ومن هنا يتضح الفارق بين التصرفات القانونية وما عداها من الوقائع القانونية الأخرى. فالأولى تتحكم فيها إرادة الإنسان، أما الثانية فالقانون هو الذي يرتب عليها أثارا قانونية وتسمى بالوقائع المادية، مقابلة للتصرفات القانونية.**

**وهذا الاختلاف في طبيعة التصرفات القانونية والأعمال المادية يترك أثرا هاما على نظام الإثبات في كل منهما، فالوقائع المادية هي لا تسمح بطبيعتها بإعداد دليل لإثباتها، فيجيز المشرع إثباتها بكل الطرق، أما التصرفات القانونية، فهي تعتمد في وجودها على إرادة الإنسان، فتسمح بتهيئة الدليل عليها عند إبرامها، الأمر الذي قد يتطلب القانون إثباتها بالكتابة، باستثناء التصرفات قليلة القيمة التي لا تتجاوز مبلغا معينا، أو كان الذي يطالب بالحق ليس طرفا في التصرف**

المطلب الثاني: محل الإثبات هو الواقع لا القانون:

لاشك أن البداهة تقتضي أن يكون محل الإثبات هو عنصر الواقع وليس عنصر القانون، ووجه ذلك أن الغاية من الإثبات هي أن يؤكد كل خصم مزاعمه للقاضي الذي يفصل بينهم وذلك حتى يحظى بإقناعه فيصدر الحكم لصالحه وذلك أن مزاعم كل منهم هي واقع مجهول بالنسبة للقاضي، ومن هنا كان عنصر الواقع هو المحل الذي يطالب الخصوم بإثباته لقاضي الموضوع.

أما عنصر القانون أو بعبارة أخرى النص القانوني الذي يرتب على ثبوت الواقعة(عنصر الواقع) كأثر معين فهذا يفترض علم القاضي بها افتراضا لا يقبل إثبات العكس.

وعلى ذلك وما دام العلم بالقانون مفترض في جانب القاضي فلا يكلف الخصوم بإثبات أو البحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على خصومتهم وإنما ذلك من شأن القاضي الذي عليه أن يبحث في المصادر القانون.

**ـ استثناءات**:

القاعدة أن إثبات القواعد القانونية مهمة القاضي لكن ثمة حالات استثنائية يتعين على الخصم فيها أن يثبت القاعدة القانونية التي تطبق على النزاع وهذه الحالات هي:

**1 ـ إثبات العرف والعادة:**

تختلف العادة الاتفاقية عن العرف في أن هذا الأخير عادة استقرت في ضمير الجماعة وارتقى إلى مستوى الإلزام، أما العادة الاتفاقية فهي مجرد عادة ليس لها صفة الإلزام إلا إذا اتجهت نية الأشخاص إلى الأخذ بحكمها صراحة أو ضمنًا. وعلى ذلك فإن العرف قاعدة قانونية ملزمة للأفراد بذاتها يطبقها القاضي عليهم دون النظر إلى رضاهم، فإن العادة الاتفاقية لا يلتزم بها الأفراد إلا بناء على اتفاقهم، فهي ليست إذا بقاعدة قانونية لأن خصائص القاعدة القانونية تكون ملزمة بذاتها، ما يجعل العادة الاتفاقية تدخل في عنصر الواقع ومتى كان الأمر كذلك وجب على من يستند في دعواه إلى عادة اتفاقية إثبات قيام هذه العادة إذا كان قاضي الموضوع يجهلها وإلا خسر دعواه .

**2 ـ** **إثبات القانون الأجنبي:**

قد تكون القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع هي قاعدة قانون أجنبي، فإذا كانت القاعدة مصدرها العرف وكان هذا العرف عامًا فإنها تعتبر قانونا ويفرض علم القاضي بها، ولكن إذا كان العرف محليا أو مهنيا، ما يجعله لا يبلغ حد الشهرة الذي لا يسمح بافتراض علم القاضي به، فيأخذ حكم العادة الاتفاقية.

بمقتضى قواعد الإسناد وعادة ما يكون هذا القانون غير معروف لدى القاضي. الذي جرى عليه العمل لدى القضاء الفرنسي أن القانون الأجنبي يأخذ عنصر حكم الواقع، ويقع على الخصم الذي يتمسك به عبء إثباته.

والرأي الغالب في الفقه يذهب إلى أن قواعد القانون الأجنبي لا يمكن أن تفقد طابعها وتتحول إلى مجرد وقائع، بمجرد أن الذي يطبقها هو قاضي أجنبي، ولهذا فإن إثبات القانون الأجنبي وتطبيقه يعد مسألة قانون ولا شأن للخصوم بها، على القاضي أن يطبقه من تلقاء نفسه .

**المبحث الثاني**

**شروط الواقعة محل الإثبات**

 الأصل أن كل خصم يملك اختيار الوقائع القانونية التي يستند إليها في تبرير دعواه غير أن هذه الحرية تَرد عليها قيود بعضها مستمد من طبيعة الأشياء والبعض الآخر يفرضه المشرع حرصًا على حسن سير العدالة، ولم ينص المشرع الجزائري على تحديد الشروط الواجب توافرها في الواقعة محل الإثبات.

وفي دراستنا لشروط الواقعة محل الإثبات سنتناول أولا شروط محل الإثبات في المطلب الأول، وثانيا مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام في المطلب الثاني.

المطلب الأول: شروط محل الإثبات:

 لابد أن تتوافر في محل الإثبات عدة شروط متفق عليها فقها وقضاءا، قد نصت عليها مختلف التشريعات المقارنة، غير أن المشرع الجزائري لم يتناولها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

**أولا: الواقعة محددة**: يشترط في الواقعة المراد إثباتها أن تكون محددة، وهذا الشرط بديهي لأن الواقعة غير المحددة تبقى بطبيعة الحال مجهولة، وتجهيلها يجعلها غير قابلة للإثبات، لأن الإثبات اقتناع، والاقتناع لا يرد على أمر مبهم أو ليس له حدود، وإلا كان في ذلك إضاعة للجهد والوقت والمال.

ويستلزم أن يتم تحديد الواقعة عند عرضها أمام المحاكم لإثباتها في لائحة الدعوى، ومحكمة الموضوع هي التي تقدر، ما إذا كانت الواقعة المراد أثباتها معينة تعيينا كافيا ليسمح إثباتها، فهي لا تخضع لرقابة محكمة النقض.)1 [[9]](#footnote-9)(

والواقعة المراد إثباتها إما أن تكون إيجابية في أمر وجودي كإثبات حصول التعاقد، وإما أن تكون سلبية أي نفي لأمر وجودي كنفي التَقصير في عدم بذل العناية الواجبة.

**ثانيًا: الواقعة ممكنة**:

يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها متصورة الوقوع عقلا ولو في حالات نادرة، وإلا فلا يجوز أن تكون محلا للإثبات، وذلك أن محاولة إثبات المستحيل عبث، لا يجوز أمام القضاء.

والاستحالة ترجع إما إلى أن الواقعة لا يمكن تصديقها عقلا، كادعاء شخص النسب من شخص آخر يكبره سنًا، وإما ترجع إلى أن الواقعة وإن جاز تصديقها عقلا إلا أنها بسبب إطلاقها لا يمكن إثباتها.

والواقعة المطلقة هي في الأصل واقعة غير محددة، واستحالة إثباتها يرجع إلى عدم تحديدها كمن يدعي أنه لم يرتكب أي خطأ في حياته.

**ثالثًا: الواقعة متنازع فيها**:إن فكرة الإثبات القضائي تستلزم بالضرورة فكرة النزاع، أي غير معترف بها إذ لا محل لإثبات واقعة معترف بها، فلن يكون هناك مبرر لأن تضيع المحكمة وقتها في تحقيق هذه الواقعة.) 1 [[10]](#footnote-10)(لأن الاعترَاف إقرار والإقرار إعفاء من الإثبات، ويجب أن يكون النزاع وليد إنكار جدي، وتتعين المنازعة بادعاء المدعي وجواب المدعى عليه، فإذا خالفه في كل موضوعه كان النزاع شاملا، وإذا وافق على جزء منه، استبعد هذا الجزء من المنازعة لتقتصر على الجزء المتبقي **رابعًا: الواقعة متعلقة بالدعوى**:

والمقصود بذلك أن تكون الواقعة محل الإثبات متعلقة بالدعوى أي متعلقة بالحق المدعي به، فإذا كانت هي مصدر الحق المدعى به، كانت لا شك من تعلقها بالدعوى إذ لا يوجد علاقة أقوى من الحق ومصدره.

ولكن نظرا لأن الإثبات لا يرِد دائما على مصدر الحق بل ينتقل إلى واقعة أخرى قريبة ومتصلة بالمحل الأصلي للإثبات وهذا الاتصال الوثيق هو الذي يجعل الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به، فيصبح إثبات الواقعة البديلة من شأنه أن يجعل إثبات الواقعة الأصلية قريب الاحتمال

ومن الجلي أِن اتصال الواقعتين لا يشترط فيه أن يكون اتصالا ماديًا، إنما العبرة بالاتصال العقلي الذي يقوم في ذهن القاضي بشأنها، أي اقتناعه بأن ثبوت أحدهما يؤدي إلى ثبوت الأخرى **.**

**خامسًا: الواقعة منتجة في الدعوى**:

يقصد بذلك أن تكون الواقعة محل الإثبات مؤثرة ومجدية وحاسمة في إقناع القاضي بصحة وثبوت الحق المدعى به، وتَعد الواقعة منتجة في الدعوى وإثباتها مجديا في النزاع إذا كان من شأن إثباتها أن يؤثر في الفصل في الدعوى، أو أن يؤدي إثباتها إلى قيام الأثر القانوني المدعى به، ولا يشترط في الواقعة لكي تكون منتجة في الإثبات أن تكون حاسمة للفصل في الدعوى بل يكفي أن يساهم إثباتها في تكوين اقتناع القاضي، **فيكون على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار كل الوقائع المقدمة في الدعوى بصفة مجتمعة وليس كل واقعة على إنفراد .**

**سادسًا: أن تكون الواقعة جائزة الإثبات**:

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

المطلب الثاني: مدى تَعلق قواعد الإثبات بالنظام العام:

**ذكرنا من قبل أن قَواعد الإثبات تختلف فيما بينها من حيث طبيعتها إلى قواعد إجرائية وأخرى موضوعية، والأولى كما أشرنا هي التي تبين الإجراءات التي يجب إتَباعها في إقامة الدليل الذي حددته القواعد الموضوعية، فلا جدال في أنها تعتبر من النظام العام وذلك لتعلقِها بنظام التقاضي وإجراءاته.**

أما بالنسبة لقواعد الإثبات الموضوعية وهي القواعد التي تتعلق بمحل الإثبات وطرقه فإن الخلاف حول معرفة فيما إذا كانت تتعلق بالنظام العام أم لا.

فإذا اعتبرت القواعد الموضوعية من النظام العام ترتب على ذلك جواز التمسك بالقاعدة في أي حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض، كما لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أما إذا لم تعتبر هذه القواعد من النظام العام فإنه يترتب على ذلك نتائج عكسية.

وعلى ذلك فطالما أن قواعد الإثبات في هذا الشأن لا تتعلق بالنظام العام فليس ما يمنع أن يأخذ أحد الطرفين عبء الإثبات على عاتقه حتى ولو لم يكن في الأصل يتحمل هذا العبء.

**الفصل الثالث**

**عبء الإثبات**

 ـ تعريفعبء الإثبات**:**

**يقصد بعبء الإثبات، على الخصم في الدعوى واجبا في إقناع القاضي، بالوسائل القانونية بصحة الوقائع المنشئة للحق الذي يطالب به، والذي ينازع فيه خصمه، وهذه الوقائع المنشئة هي التي يستخلص منها الحق، ولذلك لا يقع على الخصم الآخر،**

ـ أهمية تحديد الخصمالمكلف بالإثبات**:**

ولتحديد الخصم **الذي يقع عليه عبء الإثبات، أهمية بالغة تطرا لحِيدة القاضي، الذي لا يجوز له أن يبحث في أدلة الإثبات من تلقاء نفسه لمصلحة هذا الخصم أو ذاك، ويترتب على عجز المكلف بالإثبات خسارة دعواه حتى لو كانت الشكوك تحيط بسلامة مركز خصمه الذي يكون له سوى الانتظار محتفظا به إلى أن يقام الدليل على عدم سلامته** ولا يجوز أن يتخذ مجرد **عجز المدعى عليه عن الإثبات دليلا على صحة الدعوى، إذا لم يستطع المدعى إثباتَ ما يدعيه.**

**لكن لو أن المشرع ترك هذا الحق في الإثبات دون تَحديد الخصم المكلف به فقد لا يستخدمه أي من الخصمين لهذا الحق، وجب على القاضي أن يكلف أحدهما بالإثبات، فهنا الأهمية القصوى لتحديد الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات.**

**كما قد يكون الحق غير واضح بين الطرفين أو الدعوى، مفتقر إلى الدليل، فيكون تحديد الخصم المكلف بالإثبات هو بمثابة فصل في الدعوى.**

 **وسنتناول دراسة هذه المسألة القانونية في تحديد من يتحمل عبء الإثبات من الخصوم في المبحث الأول، ثم أن هذه القاعدة تتضمن استثناء عليها في المبحث الثاني.**

**المبحث الأول**

**الإثبات على المدعي**

**تنص المادة: 323 قانون المدني :" على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"، فقد أورد المشرع في هذا النص قاعدة عامة التي تحدد الشخص الذي يقع عليه عبء الإثبات، طبقا لهذه القاعدة.**

**يتحمل المدعي إثبات صحة إدعائه، وإذا أنكر المدعى عليه إدعاء المدعى يصبح بهذا الإنكار مدعيًا وقع عليه حينئذ إثبات ما يفيد التخلص من الحق المتنازع عليه.**

وتطبق القاعدة أن البينة على المدعى في نطاق الحقوق الشخصية في المطلب الأول، وفي نطاق الحقوق العينية في المطلب الثاني.

ـ المطلب الأول: الأصل في الحقوق الشخصية براءة الذمة:

 يقصد بالحقوق الشخصية الروابط القانونية التي تجمع بين الأشخاص ويكون محلها إنشاءُ أو تعديل أو إنهاء التزام، فالأصل في نطاق الحقوق الشخصية براءة الذمة، لأن الدين أو الالتزام عارض ف حياة الأشخاص له صفة استثنائية، لا بد من سبب ينشئه في ذمتهم، فمن يدعي دينا في ذمة الغير، إنما يدعي أمرا عارضا على خلاف الثابت أصلا، ومن ثم يتَعين عليه إِثباته (العقد والفعل)، فإذا أخفق في إثبات هذه الواقعة خسر دعواه، دون أن يكلف المدعى عليه إثبات براءة ذمته من هذا الدين لأنه يستند على الأمر الثابت أصلا وهو براءة الذمة.

أما إذا أثبت المدعى الواقعة مصدر الدين فإنه يكون قد أثبت الأمر العارض الذي يدعيه، وهو شغل ذمة خصمه بما له من دين عليه، ومتى أثبت ذلك فلا يطلب منه إثبات صحة دين أو أنه مزال قائمًا في ذمة المدعى عليه، بل أن ذلك يقع على عاتق المدعى عليه إذا هو ادعى بان الدين غير صحيح، فيقع عليه عبء إثبات ما يدعيه، بإعتباره مدعيًا في هذا الخصوص لا لأنه يدعي خلاف الأمر الثابت أصلا، إذ الثابت أصلا يشهد له، وإنما لأنه يدعي خلاف الأمر العارض الذي أثبتَه عليه خصمه وعلى ذلك في نطاق الحقوق الشخصية من يحمل عبء الإثبات هو من يدعي خلاف الثابت أصلا أو عرضًا .

**المطلب الثاني: الأصل في الحقوق العينية هو الوضع الظاهر:**

 الحق العيني سلطة لشخص على شيء معين، وهذه السلطة تخلق وضع ظاهرا لصالح من يباشرها ولذلك يعتبر الحائز في الظاهر هو صاحب الحق حتى يقوم الدليل على العكس، فمن حاز منزلا مثلا يكون الظاهر أنه هو مالكه فإذا ما ادعى شخص آخر ملكية هذا المنزل كان مدعيا خلاف الظاهر فيتعين عليه إثبات دعواه وذلك بإثبات الواقعة سبب اكتساب للملكية، فإذا لم يستطع إثبات ذلك رفض القاضي دعواه دون حاجة إلى بحث سند الملكية والمدعي عليه الحائز الذي يشهد له الظاهر.

أما إذا استطاع المدعى إثبات ملكيته للعين فقد أثبت أمرا عارضا على خلاف الظاهر، والمدعى عليه إما أن يسلم بذلك وإما أن يدعي أن الملكية قد انتقلت إليه بسبب آخر كالتقادم المكسب أو غيره وحينئذ يصبح هو مدعيًا خلاف الظاهر عرضا وتكون عليه البينة فيما ادعى وهلم جرا.

كذلك فإن الوضع الظاهر يقتضي القول أن ملكية الشخص للعين تكون خالية من أي حق عيني للغير، فهذا الوضع الظاهر أصلا، ومن يدعي أنَ له حق عيني على العين، فإنما يكون مدعيا خلاف الظاهر أصلا ومن ثم يتعين عليه إثباته، فإذا تمكن من إثبات الواقعة مصدر الحق العيني (كعقد الرهن) يكون قد أثبت أمرا عارضا على خلاف الظاهر أصلا، فإذا لم يسلم له المالك بحقه على العين، كان-المالك- مدعيا خلاف الظاهر عرضًا فيتعين عليه إثباته.

وعلى ذلك فإن عبء الإثبات بالنسبة للحقوق العينية يكون على من يدعي خلاف الظاهر أصلا أو عرضا. وهكذا يمكن أن نستخلص مما سبق أن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الثابت أصلا أو الثابت ظاهرا أو الثابت عرضا.

**المبحث الثاني**

**نقل عبء الإثبات**

إذا كانت القاعدة أن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الثابت أصلا أو ظاهر أو عرضا، إلا أنه أحيانا قد تصعبْ إقامة الدليل على المكلف بالإثبات بل وقد تستعصي، وهنا يتدخل المشرع ويستبدل الواقعة الأصلية التي كان يجب على المدعى إثباتها، بواقعة أخرى أسهل منها في الإثبات مفترضا ثبوت الأولى بمجرد ثبوت الثانية، وهذا الاستبدال هو ما يقال له القرينة القانونية ويكون من ثم الثابت فرضا كالثابت أصلا وكالثابت ظاهرا.

 وسنتناول في هذه الدراسة دور القرائن القانونية في الإثبات في المطلب الأول، والاتفاق على نقل عبء الإثبات في المطلب الثاني وتخفيف القضاء لعبء الإثبات في المطلب الثالث.

المطلب الأول: دور القرائن القانونية في الإثبات:

يختلف دور القرائن القانونية في الإثبات بحسب ما إذا كانت قاطعة لا تقبل إثبات عكسها فيعفى المدعي عليه نهائيا من عبء الإثبات، أو إذا كانت بسيطة أي تقبل إثبات عكسها فيعفى المدعي مؤقتا من عبء الإثبات بحيث إذا ما قام المدعي عليه بإثبات عكسها، عاد عبء الإثبات إلى المدعي، لينفي ما أثبته المدعى عليه، ومن ثم تؤدي القرينة إلى نقل عبء الإثبات نهائيا أو مؤقتا من على عاتق المدعي لتلقيه على عاتق المدعى عليه.

 ومن أمثلة القرائن القانونية القاطعة حجية الأمر المقضي وكذلك بالنسبة لحارس الحيوان التي تتطلب الحراسة عناية خاصة، فالخطأ مفروض في جانب كل هؤلاء، ولا يكلف مدعي التعويض بإثبات التقصير في جانبهم، إذ القانون يعفيه من هذا الإثبات بافتراض التقصير.

ومن جهة أخرى لا يسمح لحارس الحيوان في هذه الحالة أن يثبت أنه قام بواجب العناية لأن قرينة التقصير قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس.

أما القرائن القانونية غير القاطعة فمن أمثلتها ما نصت عليه المادة: 499 من القانون المدني:" الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك". إذا طالب المؤجر المستأجر بالأجرة عن مدة معينة فإنه يجب على المستأجر أن يثبت وفاءه بأجرة هذه المدة، إلا أن المشرع لاحظ أن هذا الإثبات قد يكون صعبًا، لأنه لا يحتفظ بوصلات الوفاء، لذلك أنشأ المشرع قرينة لصالح المستأجر مؤداها أنه إذا أثبت وفاءه بأحد الأقساط اللاحقة فإن ذلك يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة، وإذا ادعى المؤجر خلاف ذلك فإنه يكون مدعيًا خلاف الثابت فرضا وعليه إقامة الدليل على ما يدعيه.

المطلب الثاني: الاتفاق على نقل عبء الإثبات:

القواعد القانونية المتعلقة بنقل عبء الإثبات لا تتعلق بالنظام العام- كما سبق وأن رأينا- فهي مقررة لحماية مصلحة الخصوم، ولهذا يستطيع هؤلاء الاتفاق على مخالفة أحكامها، استنادا إلى جواز التنازل عن الحقوق الخاصة.

 **و**تأسيسا على ذلك يجوز أن يتفق الخصوم على أن يتحمل عبء الإثبات من لا يقع عليه عبء الإثبات أصلا، نزولا عن حقه الذي تخوله إياه هذه القاعدة، فإذا تم مثل هذا الاتفاق وعجز من تحمل اتفاقا عبء الإثبات عن النهوض به وحكم ضده، امتنع عليه حينئذ أن ينبغي على المحكمة مخالفة قاعدة توزيع عبء الإثبات، بعد أن تطوع مختارا بالقيام بهذا العبء مع علمه بأنه ليس المتحمل به أصلا.

ويجوز أن يتم الاتفاق على نقل عبء الإثبات مقدمًا وقبل أن يثور أي نزاع قضائي بين الأطراف كما يجوز أن يتم أثناء الدعوى، وكما يمكن أن يكون الاتفاق صريحًا أو ضمنيا، وعلى ذلك تطوع الخصم بالإثبات وسكوت الخصم الأخر يكون بمثابة إ تفاق على نقل عبء الإثبات إلى الخصم المتطوع.

**المطلب الثالث: تخفيف عبء الإثبات:**

إذا نجح المكلف بالإثبات، في إثبات ما يدعيه انتقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر، في الخصومة الذي قد يستطيع بدوره أن ينفي إدعاءات خصمه فيرتد الإثبات إلى الطرف الأول وهكذا ينتقل عبء الإثبات بين طرفي الخصومة حتى يعجز أحدهما عن الإثبات فيخسر دعواه.

غير أنه يلاحظ أنه قد يصعب عملا وضع حدود فاصلة ينتقل عندها عبء الإثبات من أحد الطرفين إلى الآخر، لأن الخصم قد يتعذر عليه تقديم الدليل القاطع الذي يترتب عليه نقل عبء الإثبات إلى الطرف الآخر، لذلك جرت المحاكم عملا على التخفيف من شدة هذه القاعد، والاكتفاء من المدعى بما يجعل الأمر المدعى به قريب التصديق، وتكليف المدعي عليه بنفس هذا الأمر، لتكون عقيدتها من مجموع ما يدلي به الخصمان إثباتا ونفيًا.

وفي هذا يقول الأستاذ السنهوري (رحمه الله) أن من يتحمل عبء الإثبات ليس مطالبا في الواقع بإثبات قاطع وإنما يكتفي منه بأن يقنع القاضي بأن الأمر الذي يدعيه أمر مرجح الوقوع بحيث يكون من المعقول التسليم بوقوعه فعلا ثم ينفي القاضي ما بقي من الشك يحوم حول ذلك الأمر بأن ينقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ليثبت أنه توجد قرائن أخرى تجعل الراجح مرجوحًا ثم يرد عبء الإثبات إلى الخصم الأول ليهدم هذه القرائن بقرائن أخرى تعيد لذلك الأمر كفة الرجحان، وهكذا يتقاذف الخصمان الكرة كل منهما يدفعها إلى صاحبه إلى أن يعجز أحدهما عن ردها فتسقط من يده ويسجل على نفسه الخسارة.

**الفصل الثاني**

**طـرق الإثبات**

**ـ تقسيم:**

ذكرنا من قبل أن المشرع، آخذ بنظام تقييد الأدلة أي أنه حدد طرق الإثبات وحدد لكل طريق قوته بمقتضى قواعد وضعها لذلك، ومقتضى هذا أن الخصم لا يسعه أن يثبت إدعاءه إلا بالدليل الذي يحدده القانون كما أن القاضي مقيد هو الآخر بتلك الأدلة وبالنتائج التي يعطيها القانون لكل دليل منها.

وطرق الإثبات أو أدلته التي ذكرها القانون هي: الكتابة Ecrit، الشهادة Témoignage، القرائنPrésomptions ، الإقرار Aveu، اليمينSerment ، المعاينة Constations، الخبرة Expertise

 تناول الفقه طرق الإثبات بتقسيمات متعددة بتعدد الأسس التي تتخذ للتقسيم:

**ـ فمن حيث حجيتها**: فتنقسم إلى طرق ملزمة للقاضي وطرق مقنعة له، والأولى حدد القانون حجيتها ولم يتركها للقاضي وهي الكتابة والإقرار واليمين والقرائن القانونية، أما الطرق المقنعة أو غير ملزمة للقاضي فهي البينة والقرائن القضائية والخبرة والمعاينة، وهي تعتبر كذلك لأنها تخضع لتقدير القاضي ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك،

**ـ من حيث الإعداد** **المسبق للإثبات**: تقسم إلى طرق الإثبات مهيأة وطرق غير مهيأة، والأولى هي التي يعدها صاحب الشأن سلفا لإثبات حقه عند المنازعة وهي عادة: الكتابة والبينة، أما الطرق غير المهيأة فهي التي لا تعد مقدما وإنما تتهيأ فقط وقت قيام النزاع، وتَعتبر أدلة الإثبات في أغلبها من هذا النوع.

**ـ من حيث طبيعتها: تنقسم طرق الإثبات إلى طرق عادية أو أصلية وطرق غير عادية أو احتياطية، والأولى هي الكتابة والبينة وا**لقرائنْ **وال**معاينة والخبرة، وتسمى كذلك لأنه يتحقق فيها معنى الد**ليل باعتباره وسيلة لإقناع القاضي**  **حتى يفصل في النزاع .**

**أما طرق الإثبات غير العادية أو الاحتياطية فهي الإقرار واليمين الحاسمة، وهي تعتبر كذلك لأنها تؤدي إلى إنهاء النزاع قَبل الحكم فيه، فالإقرار اعتراف ب**واقعة يجعلها **في غير حاجة إلى الإثبات، واليمن احت**كام إلى ضمير الخصم إذا عجز المدعى عن إقامة الدليل وبالتالي الإقرار واليمين لا تعد طرق الإثبات **ما يبرر تسميتها بطرق غير العادية.**

**المبحث الأول**

**الأدلة العادية أو الأصلية**

الأدلة العادية كما قدمنا هي الكتابة وشهادة الشهود والقرائن والخبرة والمعاينة، ويلاحظ أن هذه الأدلة لا تتساوى فيما بينها من حيث قيمتها كدليل، فالكتابة تعتبر دليلا كاملا بمعنى أن تقديمها في الإثبات يؤدي لزامَا إلى التسليم بثبوت ما تدل عليه، أما الأدلة الباقية فتعتبر دليلا ناقصا بمعنى تقدير قوتها في الإثبات متروك لمحض سلطة القاضي، فله أن يأخذ بها أو يَتركها بحسب اقتناعه، لذلك تسمى بالأدلة المقنعة في حين تسمى الكتابة دليلا ملزمًا.

لذلك سنقسم الدراسة في هذا الفصل على خمسة مباحث: نعرض في الأول منها للكتابة وفي الثاني البينة أو الشهادة والثالث القرائنْ والرابع المعاينة ونكرس الخامس للخبرة.

**المطلب الأول**

**الكتابة**

 الكتابة كدليلإثبات هي الورقة التي لها دور في إثبات الواقعة القانونية، سواء أعدت مقدمًا لأداء هذا الدور ويطلق عليها(الدليل المهيأ) وقد تعد لا تكون دليل إثبات، وهي ما يطلق عليها في هذه الحالة(الدليل غير المهيأ) كالدفاتر التجارية.

* **الفرق بين الكتابة والسند والتصرف القانوني**:

السند معناه الورقة المعدة مقدمًا الإثبات، وسمي سندا لأن صاحبه يعده مقدمًا لإثبات تصرف قانوني كعقد البيع، ومنه يتضح أن الكتابة أعم وأشمل من السند لأنها تشمل الدليل المهيأ وغير المهيأ للإثبات.

أما التصرف القانوني فهو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، وهو ما يسمى بالعقد، أو انصراف إرادة الشخص الواحد على ترتيب أثر قانوني معين على عاتق صاحبها كالوعد بجائزة للجمهور، فإن مجرد الرضا يكفي لإبرامه، ما لم ينص القانون على إفراغه في شكل معين.

وعلى ذلك إذا أصبح مضمون التصرف في ورقة فإن هذه الأَخيرة ليست هي العقد لأن التصرف نشأ بمجرد الرضا، ويترتب على ذلك أن التصرف قد يكون صحيح والدليل الكتابي غير صحيح كونه غير كامل وعلى العكس من ذلك قد يكون الدليل الكتابي صحيحًا، ولكن هذا لا يمنع من الطعن في التصرف القانوني الثابت فيه البطلان لأي سبب من أسباب البطلان إذ هناك فرق كبير بين التصرف القانوني وأداة إثباته.

**- أهمية الكتابة في الإثبات**:

تتبوأ الكتابة الآن مكان الصدارة من طرف الإثبات بعد أن كانت الصدارة لشهادة الشهود، ذلك لما توفره الكتابة من ضمانات للخصوم لا تتوافر في غيرها، فهي غالبا ما تحرر عند قيام التصرف القانوني، وذلك خلاف الشهادة التي قد تبعد عن الحقيقة لطول المدة أو لغياب الضمير، لذلك كانت لها قوة إثبات مطلقة بحيث تثبت بها كافة الوقائع القانونية مهما كانت قيمتها القانونية .

**- دور الكتابة في الإثبات بالنسبة للواقعة القانونية**

بلغت الكتابة أدوارا ثلاثة بالنسبة للواقعة القانونية فقد تكون مجرد وسيلة إثبات وقد تكون وسيلة شهر وعلانية، كما قد تكون ركنا فيها لا تقوم الواقعة إلا بها.

1. الكتاب**ة وسيلة** إثبات: **وهذا هو** **الأصل في الكتابة أنها دليل** **مهيأ لإثبات** **الواقعة** **القانونية التي كتبت بها عندما يثور النزاع بشأنها، ولا يترتب على ت**خ**ل**ف الكتابة بطلا**ن** التصرف في مواجهة الغير بل يمكن **إثباته بطريق آخر.**
2. الكتاب**ة وسيلة** شهر التصرف القانوني: الِمقصود بالشهر هنا هو العلنية في التصرف القانوني، **لأهميته بالنسبة للغير، فالشهر ليس شرطا لإبرام التصر**ف وإن**ما هو شرط لنفاذه في موا**جهة الغير، والشهر يكون بالتسجيل للتصرفات التي تتعلق بالحقوق العينية **العقارية التبعية.**
3. الكتابة ركن في التصرف القانوني: قد يستلزم القانون أو الاتفاق الكتابة الرسمية أو العرفية لإبرام التصرف القانوني، وعندئذ يصبح التصرف القانوني تصرفا شكليا وتكون الكتابة فيه ركن ولا ينعقد التصرف بدونه **و**متى تخلفت الكتابة كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا لا يترتب أي أثر.)2[[11]](#footnote-11)(

**وعلى ذلك سنعرض لأنواع الكتابة أو المحررات باعتبارها وسيلة إثبات وتنقسم الكتابة إلى نوعين، أحدهما يتولى موظف عام تحريرها فتسمى بالمحررات الرسمية، أما الثانية فتصدر من الأفراد وتسمى لذلك بالمحررات العرفية وهذه الأخيرة تكون معدة للإثبات، وقد تكون أوراقا غير معدة للإثبات وسنعرض دراستها في مطلبين جاعلين أولهما للمحررات الرسمية وثانيهما للمحررات العرفية.**

ـ المفرع الأول: المحررات الرسمية: **Les actes authentiques**

**وسنوزع الدراسة في هذا المطلب على فرعين: الأول تعريف المحرر الرسمي وشروطه، والثاني في تمييز الرسمية فيما يشتبه بها، والثالث في حجية المحرر الرسمي في الإثبات.**

ـ أولا: تعريف المحرر الرسمي وشروطه:

 **عرفت المادة: 324 من القانون المدني الورقة الرسمية:" العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"، ومنه يتبين أن هناك شروط ثلاثة يلزم توافرها في الورقة لتكسب وصف المحرر الرسمي هي:**

ـ الشرط الأول: صدور المحرر من موظف عام: **ويقصد** بالموظف **العام كل شخص عينته الدولة للقيام بعمل من أعمالها، سواء كان يتقاضى أجرا على هذا العمل أو كان يؤدي عمله بدون أجر.**)1 [[12]](#footnote-12)( والموظفون العموميون الذين يقومون بكتابة الأوراق الرسمية، كالقضاة وكاتب الجلسة، والموثق هو الذي يهمنا في هذا الصدد، لأنه يعين أصلا لتلقي اتفاقات الأفراد وتصرفاتهم لأثابها)2[[13]](#footnote-13)( في محررات رسمية.

وصدور المحرر من الموظف العام لا يشترط فيه أن يكتبه بخطه بل يكفي أن يكون تم بإسمه وإملائه وتحت إشرافه وأن يكون ممهورا بتوقيعه وتختم بخاتم الدولة.

ـ الشرط الثاني: أن يكون الموظف العام مختصًا: بمعنى **أن يكون مكلفا بتحرير المحرر بمقتضى وظيفته أو بمقتضى الخدمة العامة المكلف بها وفي حدود سلطته التي يقصد بها أن ولايتهُ لا زالت قائمة وبهذا يقتضي الأمر أن لا يقوم الموظف العام بتحرير المحرر قبل ثبوت ولايته أو بعد زوالها عنه بأي سبب من الأسباب، كما يشترط في الموظف العام أن يكون مختصًا بتحرير المحرر ويدخل في اختصاصه الموضوعي. وكذلك اختصاصه المكاني الذي يجب أن لا يتخطاه.**

ـ الشرط الثالث: **أن يكتب المحرر طبقا للأوضاع المقررة**:

يقرر القانون لكل نوع من المحررات أوضاعًا يتعين على الموظف المختص مراعاتها، عند تحريره للمحرر حتى يكتسب المحرر الصفة الرسمية، كأن يكون المحرر مكتوبا باللغة العربية، دون إضافة أو تحشير، وأن يشمل بيانات خاصة.

ومتى تخلف شرط من هذه الشروط السابقة كأن تكون الورقة صادرة من موظف غير مختص، فن الورقة تكون باطلة باعتبارها ورقة رسمية.)3[[14]](#footnote-14)(

لكن إذا كان المحرر باطلا هل يفقد قيمته،؟ حددت المادة 326 مكرر02- قيمة المحررات الرسمية الباطلة بقولها:" يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعًا من قبل الأطراف ". ومعنى ذلك أن المحررات الرسمية الباطلة تكون لها قوة المحررات العرفية في الإثبات بشرط أن تكون موقعة من ذوي الشأن أنفسهم.)4[[15]](#footnote-15)(

**ـ** ثانيا: حجية المحررات الرسمية في الإثبات:

**متى توافر المحرر الرسمي على الشروط المطلوبة، قامت لهذا المحرر قرينة بسلامته المادية، وكان له ولصوره حجية في الإثبات بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير حتى يطعن فيه بالتزوير، فنتكلم إذن في حجية النسخة الأصلية للمحرر الرسمي ثم في حجية صورة منه.**

**أولاً: حجية النسخة الأصلية**: حددت هذه الحجية نص المادة: 324 مكرر05- من القانون المدني الذي يقضي:" يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة **حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني". هذا النص يوضح أن للنسخة الأصلية من المحرر الر**سم**ي حجية في الإثبات ليس فقط بالنسبة لأطر**افه ولكن أيضا بالنسبة للكافة، ومن أراد أن يدحض ما جاء في المحرر الرسمي فليس أمامه من سبيل إلا الطعن بالتزوير، على التفصيل الذي سنراه.)3[[16]](#footnote-16)(

وبمقتضى نص المادة: 324 مكرر05- من القانون المدني، أن المحرر الرسمي يعتبر حجة بصحة مادون فيه من بيانات ولا يمكن نقض هذه الحجية إلا عن طريق واحد هو طريق الطعن بالتزوير. والملاح**ظ أن البيانات التي ترد على لسان ذوي الشأن تعتبر صحيحة حتى يقوم** الدليل على عكسها وأن تدوينها في وثيقة رسمية لا يضفي عليها قوة خاصة بالنسبة إلى حقيقة ما تنطوي عليه.) 1[[17]](#footnote-17)(

**ثانيًا: حجية المحرر الرسمي**: تظهر أهمية بيان حجية صور المحررات الرسمية في الإثبات، نظر أن الإثبات يتم غالبا بصور منها لا بأصولها، لأن الأصل يحفظ في مكاتب التوثيق وتعطى لذوي الشأن صورة منه فقط، والفرق بين الأصل والصورة هو أن الأصل يحمل توقيعات الأطراف، أمَا صور المحرر الرسمي فهي لا تحمل التوقيعات، ويسوى القانون في الحكم بين الصورة الشمسية والصورة الخطية، وقد فصلت في مدى هذه الحجية المواد: 325- 326 من القانون المدني.

1) في حالة وجود أصل المحرر: **وهي الحالة الغالبة لأنه قلما ينعدم الأصل لأنه يبقى محفوظا في مكاتب التوثيق ولا يفقد إلا لأسباب قهرية**.

**وقد بينت المادة: 325 من القانون المدني حجية صور المحرر الرسمي في هذه الحالة بقولها:" إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا فإن صورتها الرسمية خطية أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون مطابقة للأصل وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين فإذا وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة إلى الأصل ". وطبقا لهذا النص تكون للصورة الرسمية ذات حجة المحرر الرسمي الذي صدرت عنه، فإذا لم تتطابق فيه صورة مع المحرر الرسمي كلية فإن حجيتها تكون بالقدر الذي تتطابق به مع هذا المحرر .**

2) في حالة عدم وجود أصل المحرر**: وهي حالة نادرة ويتعذر فيها مطابقة الصور على أصلها وقد بينت المادة:" 236 من القانون المدني إثبات قيمة صور المحرر الرسمي في هذه الحالة بقَولها:" إذا لم يوجد أصل المحرر الرسمي كانت الصورة حجة الوجه الآتي: يكون للصورة الرسمية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها، ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها، أما ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى فلا يعتد به إلا لمجرد الإستئناس تبعًا للظروف". ومن هذا النص يتبين أنه إذا لم يكن أصل المحرر الرسمي موجودا فإنه يجب التفرقة بين ثلاثة أنواع من الصور:**

ـ النوع الأول**:** وهو الصورة الرسمية الأصلية**: ويقصد بها الصورة التي تصدر من موظف عام مختص وتكون منقولة عن الأصل مباشرة ويمهرها بتوقيعه وختمه، وهي تعد الصورة الأولى التي نقلت من أصل المحرر الرسمي مباشرة وأعطيت لذوي الشأن، وتسمى الصورة الرسمية الأولى وقد تكون صورة تنفيذية أو بسيطة.**

**وطبقا للنص السابق يكون للصورة الرسمية الأصلية بأنواعها المذكورة نفس حجية ذات المحرر الرسمي المأخوذة عنه.**)1 [[18]](#footnote-18)(**بشرط وحيد هو أن يكون مظهرها الخارجي يسمح بالشك في مطابقتها لأصل المحرر وإلا فلا تكتب هذه الحجية.**

ـ النوع الثاني**:** الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية**: والصورة في هذه الحالة ليست مأخوذة من الأصل مباشرة وإنما عن الصورة الرسمية الأصلية، ومن ثم يكون منطقيا أن يكون لها من الحجية أكثر مما هو ثابت لأصلها الذي أخذت عنه بطريق مباشر وهو الصورة الرسمية الأصلية.**

**والمشرع قد افترض في هذه الحالة مطابقة هذه الصورة للصورة الرسمية الأصلية ففي ولكنه افتراض بسيط يقبل إثبات العكس، إذا ما نازع أحد ذوي الشأن في مطابقة هذه الصورة للصورة الرسمية الأصلية ففي هذه الحالة لا بد من مراجعة الأولى على الثانية**

ـالنوع الثالث**:** وهيالصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصور الأصلية: **وفي هذا النوع تتعدد الحلقات وتنفرج المسافة ما بين الصورة والأصل فالصورة التي يحتج بها ليست إلا صورة لصورة مأخوذة من الصورة الأصلية فهي بالنسبة إلى الأصل صورة الصورة أي الصورة الثالثة.**

**وهذا النوع من الصور لا يعتد به إلا لمجرد الإستئناس تَبعًا للظروف فللقاضي أن يتعهد بها حسب ظروف كل دعوى لكن باعتبارها مجرد قرائن فحسب أي أنها لا تصلح حتى مبدأ الثبوت بالكتابة، أي لا حجية لها في ذاتها، في غياب الصورة الأصلية سواء وجدت الصورة الثانية أو لم توجد فلا يعتد بالصورة الثالثة إلا لمجرد الاستئناس .**

ـ الفرع الثاني: المحررات العرفية: **Prives seings Actes Sous-**

المحررات العرفية هي المحرِرات التي تَصدر عن الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف عام)1[[19]](#footnote-19)( وهذه المحررات نوعان، إما محررات معدة للإثبات وبذلك تكون موقعة ممن هي حجة عليه، فهي أدلة مهيأة، وإما محررات لم تَعد أساسا لهذا الغرض، كالدفاتر التجارية والرسائل وهي يغلب عليها ألا تكون موقعة ومع ذلك يعطيها القانون قوَة في الإثبات بحسب عناصر الإثبات المتوافر فيها.

وعلى ذلك سندرس هذه المحررات في فرعين الأول نخصصه للمحررات العرفية المعدة للإثبات والثاني نعقده للمحررات العرفية غير المعدة للإثبات.

ـ أولا: المحررات العرفية المعدة للإثبات:

**لا يشترط في المحررات العرفية المعدة للإثبات إلا أن يكون مدونا بها كتابة مثبتة لواقعة قانونية، وأن تكون هذه كتابة موقعة من الشخص المنسوبة إليه وسندرس في ذلك الكتابة ثم حجية المحرر العرفي المعد للإثبات .**

**أولاً: شروط المحرر العرفي المعد للإثبات**:

**1) الكتـابة:** وهو شرط بديهي، لأن المحرر العرفي ما هو إلا دليل كتابي، فإن الكتابة تكون شرطًا لازمًا لوجوده، ولا وجود للمحرر بدون الكتابة، والكتابة كشرط لها معنى معين على ضوء الغرض من إعداد هذا المحرر كدليل كتابي، فإذا كانت الواقعة بيعًا وجب أن تَوضح الكتابة الرضى وتحديد المبيع والثمن.)1[[20]](#footnote-20)(

**وفيما عدا ذلك لا يشترط أي شرط خاص، فلا يشترط بأن يكون بِخط من وقعها، أو بخط شخص آخر أجنبي، كما يصح أن تكون بالحبر أو القلم، ويصح أن تكون باللغة الوطنية أو الأجنِبية، ما لم ينص القانون على غير ذلك، بل يصح أن تكون برموز مختصرة ما دامت مفهومة من الطرفين، ويستوي أن تحرر في نسخة واحدة أو عدة نسخ، وتتضمن أو لا تتضمن مكان تحريرها أو تاريخ ذلك، ولا يعيب المحرر أن يوجد تحشير أو إضافة بين الأسطر، أو** يوجد به كشط.

**2) التوقيع:** وهو الشرط الجوه**ري في المحرر، فهو الذي يعطى للمحرر حجيته في الإثبات، ولولا التوقيع لما أمكن الإحتجاج بمضمون الكتابة على من صدرت عنه فالتوقيع هو الذي يضفي على الكتابة صفة المحرر العرفي الذي يعتبر دليلا كاملا للإثبات، فإذا خلت الكتابة من التوقيع فلا تكون لها قيمة في الإثبات إلا إذا كانت بخط المدين فتعتبر مجرد مبدأ ثبوت الكتابة إلا إذا كانت بخط المدين، فتعتبر مجرد مبدأ ثبوت الكتابة.**

والتوقيع المقصود في هذا الصدد هو توقيع ذوي الشأن الذي يحسب إليه المحرر وهو الطرف الملتزم في العقد. ولا يحدد للتوقيع مكان معين في المحرر العرفي، لكن دلالة الموافقة على ما جاء في المحرر تقتضي أن يكون مكانه أسفل الكتابة.

كما لا يحدد للتوقيع شكل معين فقد يكون بالإمضاء أو البَصمة أو بالختم، غير أنه يشترط أن يكون بخط من ينسب إليه التوقيع فلا يجوز أن يكون بخط سواه ولو كان موكلا عنه، لأن الوكيل يكون له أن يوقع باسمه هو أو بصفته وكيلا لا باسم الموكل.

وإذا كان التوقيع بالإمضاء أو الختم فإن بعض الفقهاء يوجب أن يكون التوقيع مشتملا على الاسم واللقب كاملين)2[[21]](#footnote-21)( ولا يشترط أن يكون التوقيع مطابقا للاسم الوارد في شهادة الميلاد بل يكفي أن يكون ذلك بالاسم الذي أشتهر به الشخص.)3 [[22]](#footnote-22)(

**ثانيًا: حجية المحرر العرفي المعد للإثبات**: إذا توافرت شروط المحرر العرقي على النحو السابق بيانه، كانت له حجيته على من وقعه أو خلفه أو على الغير على النحو التالي:

**1) حجية المحرر العرفي على من وقعه أو خلفه**: تنص المادة: 327 من القانون المدني:" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق". يتضح من هذا النص أن المشرع يفرق بين ما إذا كان الاحتجاج بالمحرر العرفي يتم في مواجهة من وقع عليه شخصيا أو في مواجهة وارثه أو خلفه، مبينا طريقة دفع هذا الاحتجاج.

**أ) حجية المحرر العرفي على من وقع عليه: إ**ن حجية المحرر **العرفي على من وقعه على مسلك هذا الأخير أحد الفروض الثلاثة:**

ـ الفرض الأول: **الاعتراف الصريح بصحة التوقيع**: إذا اعترف من ينسب إليه المحرر العرفي صراحة بصحة توقيعه، ترتب على هذا الاعتراف ثبوت حجية المحرر العرفي عليه، وأصبح بمثابة المحرر الرسمي تمامًا، لا يجوز أن يطعن فيه إلا بالتزوير، بنفي صدور هذا المحرر عنه أو فيما يتعلق بسلامة المحرر المادية.

الفرض الثاني: الاعتراف الضمني بصحة التوقيع: ويكون هذا الإعتراف في إحدى الحالتين، حالة سكوت من يحتج عليه المحرر العرفي عن إنكاره، وحالة البدء في مناقشة موضوع المحرر دون أن يتَعرض لأمر التوقيع.

فإذا احتج ذو الشأن بالمحرر العرفي على موقعه فالتزم هذا الأخير الصمت إزاء مسألة التوقيع اعتبر معترفا ضمنيا بصدور المحرر العرفي عنه، لأنه يعتبر من قبيل السكوت الملابس، كما يعتبر أيضا إذا ما بدأ المنسوب إليه المحرر العرفي مناقشة موضوعه مع من يحتج عليه به دون أن يعرض أولا إلى مسألة التوقيع.

- الفرض الثالث: الإنكار الصريح للتوقيع: أما إذا بدأ من يحتج عليه بالمحرر بإنكاره توقيعه عليه صراحة، زالت حجية المحرر مؤقتا إلى أن يقيم صاحب المصلحة الدليل على هذا التوقيع وذلك بأن يطلب من المحكمة أ ن تحيل الدعوى إلى تحقيق الخطوط، إذا أثْبت التحقيق صحة التوقيع، عادت حجية المحرر له في الإثبات وأصبح حجة على مصدره، وأصبح لا يجوز الطعن فيه إلا بطريق التزوير.

**وإنكار المنسوب إليه المحرر العرفي يكون عادة في صورة دفع، أما إذا أراد الخصم أن يكون هو المدعي فعليه أن يلجأ إلى طريق الطعن بالتزوير ويقع عليه عندئذ عبء إثبات ذلك**.

**2) حجية المحرر العرفي على ورثة الموقع عليه:**

 **تنص المادة: 327 من القانون المدني:"... أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق" فالمشرع لا يشترط منهم الإنكار وإنما يكتفي منهم بأن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق .**

**فإذا تم هذا الحلف رتب نفس الآثار التي يرتبها الإنكار الصريح من جانب من يحتج عليه بالمحرر، فيفقد المحرر مؤقتا حجيته إلى أن يثبت دو الشأن عكس ما قرره الوارث أو الخلف، ليعيد للمحرر حجيته في مواجهة الوارث ليصبح كالمحرر الرسمي تماما، ولا يمكن الطعن فيه بعد ذلك إلا بالتزوير.**

**3) حجية المحرر العرفي بالنسبة لمضمونه:** جميع بيانات المحرر العرفي، تصدر من ذوي الشأن ومتى ثبتت صحة صدور المحرر من الشخص المنسوب إليه أصبحت له حجية، ولكن حجية موضوعية يجوز الطعن فيهَا، أي صحة البيانات المدونة فيه بأي طريق من طرق الطعن دون أن يسلك طريق الطعن بالتزوير، وله أن يثبت صحة طعنه طبقا للقواعد العامة في الإثبات وهي تقضي أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة.)1[[23]](#footnote-23)(

**4) الاحتجاج بالمحرر العرفي في مواجهة الغير: رأينا أن المحرر العرفي له حجة على طرفية بكافة البيانات الواردة فيه ما لم يثبت العكس، أما بالنسبة للغير فهو حجة عليه أيضا بالنسبة لجميع بياناته فما عدا تاريخه، فهذا لا يكون حجة على الغير إلا منذ أن يصبح ثابتا، وقد عبرت عن هذا المعنى المادة: 328 من القانون المدني:" لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت".**) 2[[24]](#footnote-24)(

والحكم من أن يكون تاريخ المحرر العرفي حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا على وجه قاطع يجد **أساسه في حماية الغير الذي يحتج عليه بالمحرر من خطر تغيير التاريخ وهو غش يسهل وقوعه من طرفي المحرر ويصعب على الغير أن يثبته.**

**ثالثًا: طرق ثبوت تاريخ المحررات العرفي**: قد بينت المادة: 328 من القانون المدني الطرق التي يثبت بها تاريخ المحررات العرفية، وهيَ طرق واردة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر. وهي كما يلي:

1. **من يوم قيد المحرر في السجل المعد لذلك: وهذا القيد يتم بالسجل المعد لذلك في مكاتب التوثيق، يدون فيه الموثق البيانات الخاصة بالمحرر ثم يوقعه هو وذو الشأن ويختمه بخاتم المكتب، وإما يكون القيد عن طريق التصديق على توقيعات ذوي الشأن بمكاتب التوثيق.**
2. **إثبات مضمون المحرر في محرر ثابت التاريخ: قد يحدث أن يذكر مضمون محرر عرفي في ورقة ثابتة التاريخ سواء أكانت هذه الورقة رسمية أو كانت عرفية تثبت تاريخهَا بإحدى طرق ثبوت التاريخ، فيكسب المحرر العرفي تاريخا ثابتا ويموت هو تاريخ الورقة الأخرى الثابتة التاريخ .**)4[[25]](#footnote-25)(
3. **التأشير على المحرر من موظف عام مختص: قد يحدث أن يقدم المحرر العرفي إلى موظف عام مختص فيؤشر عليه في حدود مهمته واختصاصه بما يفيد تقديمه له الإطلاع عليه، ويؤرخ هذا التأشير، فيكون هذا التاريخ تاريخا ثابتا للمحرر العرفي، كما لو يقدم المحرر ضمن أوراق الدعوى.**) 1[[26]](#footnote-26)(
4. **من يوم وفاة أحد ممن لهم على الورقة أثر معترف به:** إن الأثر المعترف به للشخص والذي يحمله المحرر العرفي هو التَوقيع أو الخط، بالنسبة للتوقيع إذا مات أي ممن له على المحرر توقيع سواء أطرافه أو الشهود، أو أصبح عن عاجزا عن التّوقيع لعلة في جسمه، كإصابته بالشلل التام، كانت واقعة قاطعة الدلالة على صدور المحرر قبل الوفاة أو العجز، أما عن الختم فلأنه منفصل عن الشخص، لذلك لا يثبت به التاريخ للمحرر.)2[[27]](#footnote-27)(

أما بالنسبة للخط فهو يأخذ ذات حكم الإمضاء إذا كان المحرر العرفي لا يشترط فيه التوقيع كتأشير على سند الدين بوفائه، أما إذا كان المحرر يشترط له التوقيع فلا يكفي مجرد الخط للمتَوفى أو العاجز عن الكتابة على المحرر، لأن المحرر في هذه الحالة لا قيمة له بدون توقيع ذوي الشأن.

**ـ** ثانيا: المحررات العرفية غير المعدة للإثبات:

**ويقصد بهذه المحررات الأوراق التي لم يعدها ذوو الشأن أساسا عند تَحريرها لتكون دليلا للإثبات، ويغلب على هذه الأوراق ألا تكون موقعة من ذوي الشأن فيها، ولهذا تتفاوت قوتها في الإثبات بحسب ما يتوافر فيها من عناصره، وقد ذكر القانون أربعة أنواع من هذه المحررات وهي:**

**1: الرسائل**: نصت المادة: 329/1 من القانون المدني على أن:" تكون للرسائل الموقَع قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات ...". وهذا نظرا لما للرسائل من أهمية في الإثبات سيما في نطاق المعاملات التجارية، فقد سوى **المشرع بينهما وبين المحررات العرفية في الإثبات، ما دامت موقعة فتكون حجة على المرسل بصحة ما ورد فيها إلى أن يثبت العكس بالطرق المقررة قانونا، وإذا لم تكن موقع عليها من المرسل فإنها تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة متى كانت مكتوبة بخطه، أما إذا لم تكن مكتوبة بخطه فلا قيمة لها في الإثبات.**)4 [[28]](#footnote-28)(

**وتعتبر الرسالة ملكا للمرسل إليه بمجرد أن يتسلمها، فله أن يستخلص منها الدليل لصالحه ضد المرسل متى كانت له مصلحة مشروعة في ذلك بشرط عدم انتهاك حرمة السرية، فإذا كانت الرسالة تتضمن سرا فلا يجوز للمرسل إليه تقديمها إلى القضاء إلا بعد استئذان المرسل وتخييره بين أن يقدمها للقضاء أو ييسر له الإثبات بوسيلة أخرى.**

**ولأن المشرع سوى بين الرسالة والمحرر العرفي من حيث الإثبات، فلا تكون حجة على الغير في تاريخها إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتا، كما سبق بيان ذلك.**

**وبالنسبة للغير** فإنه لا يستطيع التمسك بالرسالة دون إذن المرسل إليه إذا كانت تتضمن إقرار يفيده

**2: البرقيات**: تختلف البرقيات عن الرسائل العادية في أن الذي يقدم للإثبات ليس أصل البرقية وإنما صورتها التي تسلم إلى المرسل إليه بينما يحفظ الأصل في مكتب التصدير، فنصت المادة: 329 من القانون المدني:" ... وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك...". ويتضح من هذا النص أن قيمة المحرر للإثبات لا تثبت للبرقيات إلا بتوافر شرطين وهما:

أن يكون أصل البرقية محفوظا في مكتب التصدير ولم ينقض بالمدة القانونية للاحتفاظ به، وأن يكون هذا الأصل موقع عليه من المرسل لأن التوقيع شرط أساسي بالنسبة للبرقية لمن يحتج بها عليه.

ويعتبر تاريخ البرقية تاريخا ثابتا في جميع الأحوال لأن أصلها يختم بالختم فيه تاريخ لمكتب الإرسال، ولأن صورتها أيضا تختم بختم مكتب الوصول، وللتحقق من تاريخها يمكن الرجوع إلى الدفتر الذي تقيد به البرقيات.

**3: دفاتر التجار: لا يلتزم التجار بمسك دفاتر معينة حددها القانون وهي تنقسم إلى دفاتر إلزامية، ودفاتر اختيارية بحسب طبيعة التجارة** )4[[29]](#footnote-29)(، وقد بينت المادة: 330 من القانون المدني حجية دفاتر التجار في الإثبات في المواد المدنية بقولها:" دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة.

**وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه". ومن هذا النص يتبين أن دفاتر التاجر تكون دائما حجة عليه لصالح الغير كما أنها قد تكون حجة له في بعض الأحوال على الغير.**

1. **دفاتر التاجر حجة عليه: يتبين من الفقرة الثانية من المادة: 330 من القانون المدني أنها تقرر أن دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، بسبب أن البيانات الواردة بها قد دونها التاجر بخط يده وتحت رقابته، فهي بمثابة إقرار كتابي صادر عنه، فإذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها، فيأخذ ما يفيده ويستبعد ما كان مناقضا لدعواه، أما إذا كانت غير منتظمة فإن للقاضي أن يقرر قيمتها دون أن يتقيد بقاعدة عدم تجزئة الإقرار.**)1[[30]](#footnote-30)(

وتعتبر دفاتر التاجر حجة عليه سواء أكانت منتظمة أم غير منتظمة وسواء كان خصمه تاجر أم غير تاجر كما يستوي أن يكون الأمر متعلقا بنزاع تجاري أو مدني.)2 [[31]](#footnote-31)(

يلاحظ أن الأثبات على هذا النحو فيه خروج على القواعد العامة، في كون دفتر التاجرا ورقة عرفية تكون غير موقعة، كما أن هذه الدفاتر في حوزة التاجر ويلزمه القانون ليقدمها للمحكمة ليستخلص منها دليلا ضده، وذلك خلافا للقواعد العامة، التي لا تلزم الشخص ليقدم دليلا ضد نفسه.

1. **دفاتر التاجر قد تكون حجة له: في الأصل أن دفاتر التاجر لا تكون حجة له، وذلك عملا بقاعدة عدم إمكان أن يصطنع الشخص دليلا لنفسه، غير أن المشرع خرج على هذه القاعدة واعتبر دفاتر التاجر حجة له في حالتين:**

**أ)** إذا كان الاحتجاج بها على تاجر،وفي مسألة تجارية،فما على القاضي إلا أن يضاهي ما بين دفاتر التاجرين فإذا تطابقت يتبين منها الدليل، أما إذا لم تكن متطابقة أخذ بالدفاتر المنتظمة منها. وقد لا يأخذ بأي منها حتى لو كانت منتظمة ويلتمس الدليل من طريق آخر**.**

**ب)** إذا كان الاحتجاج بها على غير تاجر بالنسبة إلى البيانات المتعلقة بما ورده التاجر لخصمه غير التاجر، وبهذا يكون المشرع قد خرج عن الأصل في كون دفاتر التاجر لا تكون حجة على غير التجار)6[[32]](#footnote-32)(، وقرر جواز الاحتجاج بدفاتر التجار لصالحه ضد من ليس بتاجر.

غير أن المشرع قيد هذا الاستثناء بقيدين، أولهما، يتعلق بسبب وقيمة الالتزام وهو أن يكون توريدات قدمها التاجر لعملائه غير التجار وفي حدود ما يجوز إثباته بالبينة، أما الثاني، فحجيتها محدودة فهذه الدفاتر تخضع لتقدير القاضي ليأخذ بها أو يرفضها، كما أن لها حجية ناقصة، فإذا ما فبلها القاضي تعين عليه أن يستكمل دلالتها بتوجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أي من الطرفين، فلا تجوز التكملة هنا بالبينة والقرائنْ.) 1 [[33]](#footnote-33)(

ويكون للخصم غير التاجر أن ينقض الدليل المستخلص ضده من دفاتر التاجر بكل طرق الإثبات منها البينة والقرائن

**المطلب الثاني**

**شهادة الشهود البينة**

**كان لشهادة الشهود المقام الأول بين أدلة الإثبات في العصور القديمة، ففي تلك العصور لم تكن الكتابة منتشرة بل كانت الغلبة للأمية، فكان الاعتماد على الرواية دون القلم، غير أنه بعد انتشار الكتابة فأخذت المكانة الأولى في الإثبات، ونزلت البينة المكانة الثانية لما تنطوي عليه من عيوب، أخصها احتمال الكذب وشهادة الزور، لذلك جعل المشرع للكتابة قوة مطلقة في الإثبات بحيث يقبل بها الإثبات في جميع الأحوال على نحو ما رأينا، أما الشهادة فلا تقبل للإثبات إلا في أحوال محدودَة على النحو الذي سنَراه، وندرس شهادة الشهود في مطلبين على النحو التالي:**

ـ الفرع الأول: ماهية الشهادة:

**الوقوف على ماهية الشهادة يقتضي الأمر أولا تعريفها وذكر خصائصها ثم بيان أنواعها وأخير معرفة سلطة القاضي في تقديرها.**

**ـ أولاً: تعريف الشهادة:** يعرف الفقه الشهادة بأنها إخبار الشخص في مجلس القضاء بحق لغيره على غيره ، ومن هذا التعريف يتضح أن الشهادة مجرد خبر منقول إلي مجلس القضاء أو إلى القاضي من شخص ما، هو الشاهد عن الواقعة المدعى بها، من جانب شخص على شخص آخر غير الشاهد، كما يتضح أيضا أن الشاهد يدلي بشهادته شفاهة مستندا في ذلك على ذاكرته.

**ـ ثانياً: خصائص الشهادة: لما كانت الشهادة خبرا والخبر الأصل فيه يحتمل الصدق والكذب لذلك تتسم الشهادة بالخصائص:**

**1) لها حجية مقنعة: ذلك أن القيمة القانونية** للشهادة،تنبع من مدى اقتناع القاضي بها، فيحكم بمقتضاها متى اقتنع بها، أما إذا لم تكن مقنعة طرحها جانبا ليستند عل دليل آخر غيرها من أدلة الإثبات، لذلك تعد الشهادة دليلا غير ملزم للقاضي له كامل السلطة في تقدير قيمتها .

**2) حجيتها غير قاطعة: أي أن كل ما يثبت بها يقبل النفي بشهادة أخرى أو أي طريق آخر من طرق الإثبات فيعد ما يثبت بالشهادة صحيحا إلى أن يثبت عكسه .**

**3) للشهادة حجية متعدية: بمعنى أن كل ما يثبت بالشهادة يعتبر ثابتا لا بالنسبة إلى طرفي الخصومة وحلفهم فقط، بل أيضا بالنسبة للكافة، وهذه الخاصة تقوم على اعتبارين، أو لهما صدور الشهادة من شخص صادق في شهادته بحسب الأصل ولا مصلحة له في الشهادة لتغيير الحقيقة، فوق ذلك فهو يحلف اليمين على ألا يقول غير الحق، أما الاعتبار الثاني، فحجية الشهادة تقوم على إقناع القاضي وله سلطة مطلقة في تقدير قيمتها في إثبات الحق، بعد تمحيص وتدقيق حتى يثبت له الدليل المعاكس، ومن ثم صح أن يكون للشهادة حجة على الكافة.**

**4) للشهادة حجة مقيدة: بمعنى أنه لا يجوز الإثبات بالشهادة في جميع الأحوال كما هو الشأن في الكتابة، وإنما يقتصر الإثبات بها على أحوال أو مسائل معينة، لأنه إذا كان الأصل فيها الصدق، فإن الكذب أمر محتمل فيها.**

**ثالثًا: أنواع الشهادة: تتنوع شهادة الشهود إلى شهادة مباشرة وشهادة غير مباشرة وشهادة بالتسامع.**

**2) الشهادة المباشرة: وهي التي يشهد فيها الشاهد أمام القاضي مباشرة بما رآه ببصره إذا كان حديثا، أو وسمعه بأذنه كما لو حضر مجلس العقد أو ما كان قد رآه وسمعه في آن واحد كما لو حضر مجلسا سمع فيه العقد وشاهد واقعة التسليم** وهذا النوع من الشهادة هو الصورة الغالبة **.**

**3) الشهادة غير المباشرة(الشهادة السماعية): وهي الشهادة التي يشهد فيها الشخص لا بما رآه أو سمعه في آن واحد كما هو الحال في الشهادة المباشرة وإنما طبقا لما سمعه من شخص آخر يكون قد رأى أو سمع أو رأي وسمع الواقعَة المدعى بها.**)1[[34]](#footnote-34)(

فالشاهد في هذا النوع من الشهادة ما هو إلا ناقل إلى مجلس القضاء ما سمعه من هذا الشخص عن الواقعة ومن هنا سميت بالشهادة غير المباشرة أو السماعية.

غير أن هذه الشهادة هي أبعد إلى إقناع القاضي عن الشهادة المباشرة.

**4) الشهادة بالتسامع: وهي غير الشهادة السماعية فهي شهادة بما تسامعه الناس عامة، وليس شخصَ معين كالشهادة السماعية، وشاع بينهم في شأن الواقعة محل الإثبات، فهي غير قابلة لأن يتم التحري عن مدى صدقها، ولا يتحمل الشاهد فيها أي مسؤولية شخصية عما شهد به، لذلك كانت غير مقبولة ولا يصح للقاضي أن يأخذ بها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون صراحة عن ذلك.**

**- رابعًا: سلطة القاضي في تقدير الشهادة:**

 **لم يكتفي المشرع في جعل للشهادة قوة محدودة في الإثبات، وإنما جعل أيضا للقاضي سلطة تقدير واسعة وهي أكثر بكثير من سلطته بالنسبة للكتابة، فيكون للقاضي أولا أن يقدر أن الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجيزها القانون مستساغ، فإذا قدر أن يسمع البينة، كان له أخيرا سلطة واسعة في تقدير قيمة الشهادة وهو يتقيد بعدد الشهود ولا بجنسهم ولا بسنهم، فقد يقنعه شاهد واحد ولا يقنعه شاهدان أو أكثر، وقد يصدق امرأة ولا يصدق الرجل، وقد يجزئ أقوال الشاهد فلا يأخذ إلا ببعضها.**

 **والجدير بالملاحظة أن سلطة القاضي في تقدير قيمة الشهادة تظل باقية حتى لو اتفق طرفي النزاع على أن يستشهدا بشخص معين، إلا أن ذلك لا يقيد المحكمة ويلزمها بالفصل في الدعوى بمقتضى تلك الشهادة.**)1 [[35]](#footnote-35)(

الفرع الثاني: **الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود:**

**لقد سبق القول أن الإثبات بالبينة لا يجوز إلا في إثبات بعض الوقائع، بسبب ما تتضمنه من عيوب، وسنعرض هنا الحالات التي تجوز فيها البينة للإثبات، ويلاحظ أن جواز الإثبات بالبينة قد يكون بحسب القاعدة العامة، وقد تجوز البينة في الإثبات استثناء، وتنقسم دراستنا لهذين النوعين من الحالات على فرعين على النحو التالي:**

**الفرع الأول: الحالات التي تجوز فيها** البينة بحسب الأصل**:**

تقضي القاعدة العامةالتي نصت عليها المادة: 333 مدني **بأنه تجب الكتابة أو لا تجوز البينة في إثبات التصرف القانوني المدني الذي تتجاوز قيمته مائة ألف دينار أو يكون غير محدد القيمة، إذا فيخرج من دائرة تطبيق هذه القاعدة الوقائع المادية والتصرفات التجارية وأخيرا التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها مائة ألف دينار فلنعرض هذه الحالات كما يلي:**

**أولاً: الوقائع المادية**: سبق أن رأينا أن الوقائع القانونية تنقسم إلى **تصرفات قانو**نية ووقائع مادية، ورأينا أن الأصل في الأولى أن يكون إثباتها بالكتابة بينما يجوز إثبات الثانية بجميع طرق الإثبات.

وهذا الإختلاف في المعاملة يرجع إلى الإختلاف في الطبيعة، ذلك أن التصرفات القانونية تقوم على إرادة الشخص، بينما الوقائع المادية، سواء كانت وقائع طبيعية أو أعمال مادية، تتنافى وطبيعتها من إعداد الدليل الكتابي مسبقا لدلك كان الأصل فيها جواز إثباتها بكل طرق الإثبات.

**ثانيًا: التصرفات** القانونية **التجارية: رأينا أن المادة: 333 مدني تستثني المواد التجارية من وجوب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على مائة ألف دينار، أو كان غير محدد القيمة، كل التصرفات القانونية التجارية يجوز إثباتها بشهادة الشهود حتى لو كانت قيمتها تتجاوز النصاب المحدد، أو كانت غير محددة القيمة، والسبب في إباحة الإثبات بالبينة في المسائل التجارية هو ما يقتضيه التعامل التجاري من السرعة وما تستلزمه من البساطة والوقت القصير في التنفيذ، الأمر الذي يتنافى والكتابة في الإثبات إذ هي أمر معقد.**

**على أن هناك من المسائل التجارية ما يستوجب المشرع الكتابة لإثباتها كما هو الشأن في الأوراق التجارية ، وعقود الشركات التجارية، وعقد بيع السفن.**

 **كما أنه يجوز لأصحاب الشأن الاتفاق على أن يكون الإثبات فيها بينهم في المسائل التجارية بالكتابة، فتصبح الكتابة واجبة، فلا تقبل البينة بينهم في الإثبات، لأن هذه القاعدة ليست من النظام العام.**

**لكن يلاحظ أنه لا يكفي في التصرف الصفة التجارية حتى يمكن إثباته بالبينة، فلا يتَعين فوق ذلك أن يكون كل من طرفيه تاجرا.**

**على أنه للقاضي بالنسبة للإثبات بالبينة فله أن يرفض الإثبات بها متى رأى أنها غير مستساغة، أو وجد في ظروف الدعوى ما يكفي لتكوين اقتناعه**.

**ثالثًا**: **التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها مائة ألف دينار: تنص المادة: 333 مدني لا تجوز البينة في إثبات التصرف المدني الذي تجاوزت قيمته مائة ألف دينار أو يكون غير محدد القيمة، فالتصرف المدني الذي لا تزيد قيمتهُ على مائة ألف دينار يجوز إثباته بالبينة.**

**الفرع الثالث: الحالات التي يجوز فيها** الإثبات بشهادة الشهود استثناءا:

 إذا كانت الشهادة تجوز في الإثبات بحسب الأصل في الحالات التي سبق عرضها، فإن هناك حالات أخرى يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود ولكن على سبيل الاستثناء، أي أن هذه الحالات كان الأصل فيها أن يكون الإثبات بالكتابة ولكن أجيزت شهادة الشهود فيها للإثبات من قبيل الاستثناء.

**وهذه الاستثناءات** ترجع إلى حالات ثلاثة نعرضها كما يلي:

**أولاً:** وجود **مبدأ الثبوت بالكتابة**: نص القانون على مبدأ الثبوت بالكتابة في المادة: 335 فقرة أولى مدني حيث قال:" يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة ". ثم عرف في الفقرة الثانية في نفس المادة مبدأ الثبوت بالكتابة، بأنه " كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال".

ومن هذا التعريف يتبين أنه حتى نكن بصدد مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن تتوافر شروط ثلاثة هي:

* الشرط الأول: وجود الكتابة: **يجب لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة أن يكون هناك ورقة مكتوبة، فلا يشترط في هذه الكتابة شكل خاص، فأي ورقة مكتوبة يمكن أن تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة، فلا يشترط أن تكون بخط المدين أو موقعة منه أو معدة للإثبات أو مؤرخة، مذكرة خاصة دفتر منزلي إيصال، أقوال وردت في محضر تحقيق، ورقة رسمية مزورة، فكل هذه الأوراق تصلح لأن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة، طالما ليست دليلا كاملا بالنسبة لموضوع الدعوى.**

**ولا يستلزم أن يستخلص مبدأ ثبوت بالكتابة من ورقة واحدة فقد يستخلص من مجموع أوراق متفرقة حتى لو كانت كل ورقة منها بمفردها للنهوض بهذا الاستخلاص.**

**ويتعَين أن تكون الورقة التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة مقدمة في الدعوى أو على الأقل معترف بوجودها .**

الشرط الثاني: **ص**دور الكتابة من الخصم أو ممن يمثله: **ويجب كذلك لاعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة أن تكون صادرة من الخصم المدعى عليه، أو من خلفه العام له، المورث أو كانت صادرة ممن ينوب على المدعى عليه نيابة قانونية كالوصي والقيم والوكيل في حدود نيابته، فإذا لم تكن الورقة صادرة عن المدعى عليه شخصا أو من ينوبه، فلا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يحتج بها على المدعى عليه حتى لو كان قريب الصلة بالمدعى عليه كالزوجة** )3[[36]](#footnote-36)(**، إلا أن هناك بعض الأوراق التي يمكن أن تعتبر صادرة من المدعى عليه رغم أنها ليست موقعة منه أو ممن يمثله وليس بخطه أو بخط من يمثله، منها الأوراق الرسمية التي يرد فيها أقوال صدرت منه كمحاضر التحقيق والجلسات.**

والورقة لا تعتبر صادرة من الخصم ولا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا كان يسلم بها، فإذا كان على العكس ينكرها، أو يطعن فيها بالتزوير فإنه لا يعمد بها إلا إذا ثبتت صحتها.

* الشرط الثالث: جعل المدعي به قريب الاحتمال: لا يكفي في مبدأ ثبوت الكتابة، وجود كتابة صادرة من الخصم المدعى عليه، وإنما يجب أن يكون **من شأن هذه الكتابة أن تجعل المدعى به قريب الاحتمال، أي مرجح الحصول، لا محتمل فقط وهذا يعني لا يلزم وضوح دلالة الكتابة على الواقعة المدعى بها، لأنها ليست الدليل الوحيد الذي يبنى عليه القاضي حكمه، وإنما يستكمل اقتناعه من البينة أو القرائن أوبهما معًا.**

**ما يترتب على وجود مبدأ ثبوت بالكتابة، إذا وجد في الدعوى مبدأ ثبوت بالكتابة فإنه يجوز الإثبات شهادة الشهود، ولكن ليس معنى هذا أنه أصبح حق للمدعي وإنما يكون الأمر جوازيا للقاضي كما هو الشأن في جميع الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبينة، فله أن يقبل طلب المدعى إذا رأى ما يدعو إلى ذلك وله أن يرفض متى بان له أن في ظروف الدعوى ما يكفي لتكوين اقتناعه .**

**ولكن ليس للقاضي أن يطلب من تلقاء نفسه الإثباتِ بالبينة، إذا لم يطلب منه ذلك الخصوم؛ غير أنه يجوز له من تلقاء نفسه أن يعتبر الورقة المقدمة من الخصم كدليل في الدعوى مبدأ ثبوت بالكتابة ولو لم يتمسك مقدمها بذلك وأن يستكمل دلالتها بالقرائن القائمة في الدعوى لإكمال اقتناعه.**

**إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أصبح جائز الإثبات بشهادة الشهود في الحالات التي تجب فيها الكتابة للإثبات فتجوز الشهادة في إثبات التصرفات القانونية التي تجاوز قيمتها مائة ألف دينار**)3[[37]](#footnote-37)(، وفي إثبات ما يخالف أو **يجاوز الكتابة، كما تجوز الشهادة في إثبات التصرفات القانونية التي يتطلب القانون فيها الكتابة للإثبات، كعقد الكفالة وعقد الصلح وعقد الشركة المدنية والتجارية، لكن لا تطبق هذه القاعدة على التصرفات الشكلية التي تعتبر الكتابة ركنا فيها، كما في الهبة والرهن الرسمي.**)4 [[38]](#footnote-38)(

**ثانيًا: المانع من الحصول على دليل كتابي:** نصت على الاستثناء المادة: 336: مدني بقولها:" يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما يجب إثباته بالكتابة،- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتا**بي.**

* إذا فقد الدا**ئ**ن سند**ه الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته ".**

**فقد راعى المشرع الجزائري في إقراره هذا الاستثناء ما يقتضه المنطق، لأن القانون يفترض إمكان الحصول على الكتابة، فإذا حالت ظروف خاصة دون ذلك فلا يكون من العدالة حرمان صاحب الحق من إثبات حقه.**

**ولما كان هذا الاستثناء ينطبق حيث كانت تجب الكتابة، في الإثبات فيكون مجال تطبيقه على التصرفات القانونية متى كانت قيمتها تتجاوز مائة ألف دينار، أو كانت غير محددة القيمة، وفي إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي.**

**والمانع من الحصول على الدليل الكتابي يكون ماديا أو أدبيا وهو في نوعيه واقعة مادية يكلف بإِثباتها الخصم الذي يدعيها بكافة طرقَ الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن فإذا أثبته أصبح له الحق في إثبات ما يدعيه بشهادة الشهود.**

**ويقصد بالمانع من الحصول على الكتابة المانع الذي ينشأ عنه استحالة الحصول على الكتابة وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة، أي استحالة مقصورة على الشخص المتعاقد أو راجعة إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد.**

1. **المانع المادي: يعتبر مانعا ماديا إذا نشأ التصرف في ظروف لا تدع لذوى الشأن وقتا أو وسيلة للحصول على دليل كتابي،**)4[[39]](#footnote-39)( ومثال ذلك التصرفات الواقعة أثناء حوادث مفاجئة غزو أو فيضان،

**وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت الظروف التي تم فيها التصرف تعتبر مانعا ماديا يحول دون الحصول على دليل كتابي أم لا، فهو لا يخضع في ذلك، لرقابة محكمة النقض، ما دام يورد في أسباب حكمه الواقعة التي اعتبرها مانعا ويبين لماذا أفضى عليها هذا الاعتبار.**)6[[40]](#footnote-40)(

1. **المانع الأدبي: يقوم المانع الأدبي على ظروف نفسية: أي اعتبارات أدبية أو قيمة معنوية تقع من نفس الإنسان موقعا يجعله يتحرج أن يطلب من الطرف الآخر في التصرف إعداد دليل كتابي عليه.**

**وما دام المانع الأدبي يقَوم عل الظروف النفسية فإن مسألة تقديرها تكون أكثر صعوبة ودقة، فعلاقة معينة بين الطرفين المتَعاقدين قد تكون مانعا أدبيا في حالة معينة ولا تكون كذلك في حالة أخرى تبعا للظروف التي تم فيها التعاقد والأثر الذي ترتب عنها في نفس المتعاقد، وهذا يقتضي لقاضي الموضوع أن يستجلي أثر الظروف المحيطة بالتعاقد في نفس المتعاقد لإمكنا القول أنه بلغ حدا، كان يستحيل معه أدبيا، اقتضاء المتَعاقد كتابة ممن تَعاقد معه.**

**ومن الأمثلة العملية في القضاء- للموانع الأدبية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي صلة، القرابة كالبنوة الأخوة والعلاقة الزوجية، والخطبة، إذ في مثل هذه الحالات يمتنع على المكلف بالإثبات أدبيا- أن يطلب الكتابة.**

**يلاحظ أن مثل هذه العلاقات ليست في ذاتها موانع أدبية من الحصول على الكتابة، وإنما يجب أن ترقى ظروف التعاقد إلى مستوى المانع الأدبي.**

**وقاضي الموضوع هو الذي يقدر وقوع المانع الأدبي من الحصول على الكتابة كما هو الشأن في المانع المادي.**

**ثالثًا: فقد السند الكتابي بسبب أجنبي: نصت المادة: 336 مدني الفقرة الأخيرة على هذا الاستثناء الذي يفترض أن الدائن كان قد حصل فعلا على السند الكتابي الذي يشترطه القانون، ولكنه بعد حصوله على هذا الدليل فقده بسبب أجنبي لا يد له فيه مما تعذر معه الإثبات بالكتابة، ومن هنا كان وجهِه العدالة يقضي بهذا الاستثناء.**

شروط سريان هذا الاستثناء: يلزم لقيام هذا الإستثناء أن يثبت المدعي أمرين هما سبق وجود السند الكتابي، وفقد هذا السند بسبب أجنبي عنه.

الشرط الأول: **سبق وجود السند الكتابي**: يجب على المدعى أن يقيم الدليل عل سبق وجود السند الكتابي، بالرغم أن نص المادة: 336 مدني اقتصرت على ذكر(الدائن) إلا أن هذا الحكم ينصرف إلى كل من يدعي أمرا على خصمه كان ثابتا بسند مكتوب وفقده بسبب أجنبي سواء كان المدعى دائنا أو مدينا، لكن يجب أن يكون هذا السند دليلا كتابيا كاملا.

ولا يكفي أن يثبت المدعي سبق وجود السند، وإنما يجب عليه أن يثبت أيضا مضمونه الذي يدعيه، وأنه كان يحمل توقيع المدعى عليه.

ويكون إثبات سبق وجود الدليل الكتابي وإستفائه جميع الشروط القانونية التي يتطلبها القانون جائزا بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، لأن سبق وجود السند واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

الشرط الثاني: لا يكفي أن يثبت المدعي سبق وجود الدليل الكتابي بل يجب عليه أن يثبت أيضا أنه فقد هذا السكن كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، والسبب الأجنبي قد يكون ناشئا عن قوة قاهرة كحريق أو فيضان، وقد يكون ناشئا عن فعل الغير كما لو سلم المدعى السند إلى محاميه ففقده، أو إلى فعل المدعى عليه كما لو اختلسه.

**فلا يصح للمدعى أن يتمسك بهذا الاستثناء إذا كان فقدان السند يتصل بفعله هو حتى لو كان مجرد خطأ أو إهمال، كما لو مزقه خطأ أو أهمل في الحفاظ عليه، لأن هذا الفعل يستبعد من فكرة الحادث القهري.**

**وعلى المدعي أن يثبت السبب الأجنبي الذي أدى إلى فقد السند، ويكون ذلك بإثبات الحادث الذي يعد قوة قاهرة، ثم يثبت ضياع السند نتيجة لهذا الحادث. كأن يثبت وجود السند في مكان السرقة، ويكون ذلك بكافة طرق الإثبات لأنها واقعة مادية.**

**ويلاحظ الفقه أنه ينبغي على القضاء أن يدقق في تحصيل على ادعاء فقد السند وإلا كان من السهل عل من يدعي ذلك أن يأتي بشهود يشهدون على حصول التعاقد وضياع سنده بسبب السرقة، وفي الغالب تكون هناك قرائن تعزز البينة بالآثار المادية والقرائن القوية لحدوث القوة القاهرة.**

**ويكون متى ثبت فقد السند بسبب أجنبي على النحو السابق جاز للمدعى أن يثبت بالبينة ما كان يجب إثباته بالكتابة عملا بنص المادة: 336 مدني هذا إذا كان السند المفقود عرفيا أو كان رسميا وليس له صورة رسمية، أما إذا كان السند رسميا وله صورة رسمية فإنه قد سبق دراسة المادة: 326 مدني التي حددت حجية الصور الرسمية.**

1. [↑](#footnote-ref-1)
2. [↑](#footnote-ref-2)
3. [↑](#footnote-ref-3)
4. [↑](#footnote-ref-4)
5. [↑](#footnote-ref-5)
6. [↑](#footnote-ref-6)
7. [↑](#footnote-ref-7)
8. [↑](#footnote-ref-8)
9. [↑](#footnote-ref-9)
10. [↑](#footnote-ref-10)
11. [↑](#footnote-ref-11)
12. [↑](#footnote-ref-12)
13. [↑](#footnote-ref-13)
14. [↑](#footnote-ref-14)
15. [↑](#footnote-ref-15)
16. [↑](#footnote-ref-16)
17. [↑](#footnote-ref-17)
18. [↑](#footnote-ref-18)
19. [↑](#footnote-ref-19)
20. [↑](#footnote-ref-20)
21. [↑](#footnote-ref-21)
22. [↑](#footnote-ref-22)
23. [↑](#footnote-ref-23)
24. [↑](#footnote-ref-24)
25. [↑](#footnote-ref-25)
26. [↑](#footnote-ref-26)
27. [↑](#footnote-ref-27)
28. [↑](#footnote-ref-28)
29. [↑](#footnote-ref-29)
30. [↑](#footnote-ref-30)
31. [↑](#footnote-ref-31)
32. [↑](#footnote-ref-32)
33. [↑](#footnote-ref-33)
34. [↑](#footnote-ref-34)
35. [↑](#footnote-ref-35)
36. [↑](#footnote-ref-36)
37. [↑](#footnote-ref-37)
38. [↑](#footnote-ref-38)
39. [↑](#footnote-ref-39)
40. [↑](#footnote-ref-40)