

جامعة قسنطينة - 1 -

كلية الحقوق

وسائل الإثبات في المواد

التجارية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص - تخصص قانون الأعمال -

تحية إشرافه الأستاذ:

الأ.د : زغداوي محمد

من إعداد الطالب:

بن النية أيوب

لجنة المناقشة و التقرير:

الأ.د : بوذراع بلقاسم

أستاذ التعليم العالي - جامعة قسنطينة 1 - رئيسا

الأ.د : زغداوي محمد

أستاذ التعليم العالي - جامعة قسنطينة 1 - مقررا و مشرفا

الأ.د : زعموش محمد

أستاذ التعليم العالي - جامعة قسنطينة 1 - عضوا

السنة الجامعية: 2014/2013

إهداء

إلى من طالما انتظروا ثمرة جهدي أهدي هذا العمل المتواضع:

إلى كل محب للعلم ومقدر للمعرفة

إلى أغلى ما لدي والدي الكريمين أطل الله في عمرهما

إلى إخوتي وأخواتي الأبناء ، وكافة أفراد العائلة

و إلى جميع الأصدقاء والرفاق والزملاء في الدرب

و إلى كل من يعرفني ولم يخطه قلبي

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة هذا الجهد .

بن النية أيوب

شكر و عرفان

الحمد والشكر لله أوله وآخره على فضله ومنه علينا في إتمام هذه
المذكرة

وما توفيقي إلا به عليه توكلت وهو رب العرش العظيم

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأ.د: محمد زخداوي المشرف على

هذا العمل

و كذا الأساتذة الفضلاء أعضاء لجنة المناقشة

الأ.د: زعموش محمد ، و الأ.د: بوذراع بلقاسم

على كل ما قدموه لي من نصائح وتوجيهات قيمة منذ إنطلاق هذا
البحث إلى غاية نهايته .

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من ساعدني من قريب أو من
بعيد و لو بكلمة طيبة.

المقدمة

إن المجتمع المثالي يأبى فيه ضمير كل فرد أن ينكر حقوق الآخرين ، لذا لا تبدو لفكرة الإثبات أي ضرورة ، ولكن مثل هذا المجتمع لا وجود له في الواقع ، فعندما تتعارض المصالح بين الأفراد وقد تفضل النفس البشرية إنكار حقوق الآخرين بما يجعل صاحب الحق مجبرا على إثبات ما يدعيه بالطرق الجائزة أمام السلطة التي أناط بها المجتمع حماية الحقوق وهي السلطة القضائية .

و علاقة الإثبات بالأعمال التجارية علاقة وطيدة خاصة في ظل التطور الرهيب الذي تشهده المجتمعات ، فبالرغم من أن التجارة في الأساس قائمة على اعتبار أن العرف والعادات الاتفاقية تلعب دورًا هامًا في المعاملات ما بين التجار منذ القدم ، إلا أنه في ظل هذه التغيرات قد تنشأ خلافات في هذه المعاملات تجعل من كل طرف يسعى لاكتساب حقا لنفسه أو ينكر حقا لغيره ما ينتج عنه ادعاء لا بد أن يكون مصحوبًا بأدلة لتثبت صحته .

فالأعمال التجارية تقوم أساسًا على عاملين أساسيين وهما : السرعة من جهة ، والائتمان و الثقة من جهة أخرى ، وتنعقد بمجرد تبادل الطرفين الإيجاب و القبول بعيدة عن الشكلية المتشعبة التي تتطلبها الأعمال الأخرى .

فالتاجر باعتباره يقوم بنشاط تجاري خاص يهدف من ورائه تحقيق الأرباح ، فهو ميال بطبعه إلى القيام بأكبر عدد ممكن من العمليات التجارية و بأقصى سرعة ممكنة حتى يتسنى له إعادة استثمار هذه الأرباح في أحسن الظروف .

و بالتالي فهي تختلف عن الأعمال المدنية التي تتصف بالبطء و التي تتطلب شروط موضوعية عامة وخاصة تحمي مصالح وحقوق الأطراف ، بالإضافة إلى الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون من أجل انعقاد التصرف القانوني .

إن مقومات النشاط التجاري تفرض قواعد خاصة تختلف عن القواعد التي ينص عليها القانون المدني ، ومن هذه القواعد : حرية الإثبات في المواد التجارية ، حيث في الأصل يجوز إثبات الأعمال التجارية بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و القرائن و الدفاتر التجارية و الفواتير ، و المراسلات أو أية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها طبقا لنص المادة 30 من التقنين التجاري الجزائري ، مهما كانت قيمة التصرف القانوني التجاري ، وذلك عكس القاعدة العامة للإثبات في الأمور المدنية التي تزيد قيمتها عن مئة ألف دينار (100.000 دج) أو غير محددة القيمة التي تتطلب إثبات هذه التصرفات القانوني عن طريق الدليل الكتابي . و إستثناء عن هذا الأصل ألزم القانون إثبات بعض التصرفات التجارية مهما كانت قيمتها بالكتابة نظرا لما يستغرقه إبرامها أو تنفيذها وقتا طويلا يكون فيه للمتعاقدین متسع من الوقت لتحرير السند الكتابي مثل عقد الشركة.

و الإثبات في المواد التجارية مثله مثل المواد الأخرى المدنية أو الإجتماعية ، أو الأحوال الشخصية . الخ يقوم على قواعد عامة تمكن الخصوم من ممارسة الحق في الإثبات وفقا للقواعد التي حددها القانون ، بموجبها يحق للمدعي تقديم ماله من أدلة لإثبات ما يدعيه من جهة ، و للمدعى عليه الحق في الرد و النفي أي إقامة الدليل على عكس ما يدعيه المدعي من جهة أخرى ، وعلى القاضي تمكين الخصوم من ممارسة هذا الحق على أحسن وجه وفق ما يسمح به القانون على ألا يمس ذلك بمبدأ الحياد .

و تنقسم قواعد الإثبات إلى قسمين :

1- القواعد الشكلية : وهي عبارة عن مجموعة من الإجراءات المتبعة أمام القضاء في تقديم طرق الإثبات المختلفة التي رسمها القانون .

2- القواعد الموضوعية : تتمثل في مجموعة القواعد التي تحدد أدلة الإثبات المختلفة وطرق و كيفية إثبات الحقوق المتنازع عليها ، والحالات التي يجوز فيها التمسك بكل دليل ، وقيمته في الإثبات ، وشروط قبوله ، ومحل الإثبات ، وعلى من يقع عبء الإثبات ، بالإضافة إلى دور القاضي في تقدير هذه الأدلة .

و بالتالي فإن لقواعد الإثبات سواء كانت موضوعية أو شكلية أهمية كبرى لحماية الحق ، إذ بدونها يتجرد الحق من كل قيمته و يترتب على ذلك عدم قبول الدعوى ، فالدليل هو قوام ثبوته ، و من هنا يتعين أن تلقى قواعد الإثبات عناية خاصة إذ أنها الوسيلة التي تمكن صاحب الحق من إقامة الدليل على قيام هذا الحق و تقديمه للقضاء ليتمكن منه ،وعليه فتنظيم الإثبات من شأنه أن يحسم المنازعات بن المتخاصمين ويعمل على توفير أسباب الاستقرار في المجتمع .

و يعبر الأستاذ : أهونج عن أهمية الإثبات بقوله : " أن الإثبات هو فدية الحق " ويقول الأستاذ بلانيول : " أن الدليل يجبي ويعزز الحق " .

و هدفنا من هذا البحث هو دراسة القواعد التي يبني عليها الإثبات في المواد التجارية التي تعد عصب المجتمع و معيار تطوره الإقتصادي خاصة و أن المعاملات التجارية تقوم على أساس السرعة و الائتمان ، مما قد يؤدي إلى نشوء نزاع بين المتعاملين فيعمل كل طرف على إثبات حقه بالطرق القانونية .

لهذا حاولت من خلال هذا البحث التطرق إلى القواعد العامة للإثبات و التي تسري على كافة الأعمال مهما كانت طبيعتها تجارية أو مدنية . الخ من جهة ، و إلى القواعد الخاصة التي يمتاز بها الإثبات في المواد التجارية دون سواها من جهة أخرى .

و قد واجهتنا بعض الصعوبات تكمن في أن الموضوع واسع ومتشعب و حاولنا قدر الإمكان الإمام بكافة القواعد المتعلقة بموضوع الإثبات بصفة عامة من جهة ، و القواعد المتعلقة بالإثبات في المواد التجارية بصفة خاصة من جهة أخرى .

و لهذا فإن هذه الدراسة يمكن أن يستفيد منها الطلبة الجامعيين و بصفة خاصة طلبة معاهد الحقوق و العلوم التجارية بالإضافة إلى رجال القانون من قضاة و محامين ، حيث يمكنهم الإستفادة من هذا البحث في حياتهم العملية لأن نظرية الإثبات تعتبر من أهم النظريات القانونية و أكثرها تطبيقا من الناحية العملية فالمحاكم لا تنقطع عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض عليها من قضايا خاصة و أننا ركزنا موضوع بحثنا على الإثبات في المواد التجارية الذي يمتاز بخصوصيات تميزه عن غيره .

و بالتالي فإن للإثبات في المواد التجارية أهمية كبرى في حماية الحقوق من جهة و حسم المنازعات بين المتخاصمين من جهة أخرى ، مما يؤدي إلى استقرار المعاملات التجارية التي تقوم على عاملي السعة و الإئتمان . و السؤال الذي يطرح نفسه الآن : ما هي القواعد العامة التي يقوم عليها نظام الإثبات ؟ وما هي الخصوصيات التي يمتاز بها الإثبات في المواد التجارية ؟ و ما هي الطرق و الوسائل التي يتم الإثبات بها في المواد التجارية ؟ وما هو الدور الذي تلعبه نظرية الإثبات في حسم المنازعات التجارية ؟

و للإجابة عن هذه الأسئلة تقتضي دراستنا بصفة مفصلة للقواعد العامة و الخاصة التي يقوم عليها الإثبات في المواد التجارية و المبادئ الخاصة بها والتي تميزها عن غيرها ، بالإضافة إلى محاولة الإمام بأكبر قدر ممكن من مواضيع الأعمال التجارية التي تتصف بالاتساع و التشعب .

و للإحاطة الجيدة بالموضوع وجدت نفسي مجبرا على إستخدام منهجين ، المنهج الوصفي ، ومنهج تحليل المضمون ، ذلك لأن طبيعة البحث تتطلب الوصف الدقيق و التحليل معا ، لهذا قمنا باستعمال طرق التحليل و التفسير بشكل قانوني و ذلك بتحديد القواعد العامة و الخاصة للإثبات في المواد التجارية و تحديد نطاقها ، وأخيرا الوصول إلى إستنتاجات للإجابة عما تقدم من تساؤلات ، كما قمنا بإعطاء رأينا المتواضع في بعض النقاط التي رأينا أنها تحتاج إلى تعديل أو تنقيح .

و قد تطرقنا في بحثنا هذا إلى عدد من النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الإثبات و المواد التجارية إلى جانب المراجع العلمية حتى تتسم دراستنا بالجدية و العمق و الفهم الصحيح ، ولا يفوتنا أن نذكر في هذا المجال أننا رأينا من المفيد الإستعانة بقرارات المحكمة العليا المتعلقة بموضوع الإثبات في المواد التجارية حتى تكون دراستنا تركز على الجانب العملي .

وفي ضوء ما تقدم قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى فصلين رئيسيين درسنا في الأول منها القواعد العامة للإثبات ، وفي ثانيهما القواعد الخاصة بالإثبات في المواد التجارية .

يتفرع الفصل الأول إلى خمسة مباحث نتعرض فيها إلى دراسة القواعد العامة التي يقوم عليها الإثبات بصفة عامة و الإثبات في المواد التجارية بصفة خاصة أي القواعد العامة التي تسري على الإثبات في الأمور المدنية و التجارية ، و الإجتماعية و الأحوال الشخصية الخ .

خصصنا المبحث الأول لمفهوم الإثبات فقدمنا التعريفات اللغوية و الإصطلاحية للإثبات و شرحنا أهميته و مذهبنا بالإضافة إلى الطبيعة القانونية لقواعد الإثبات .

كما درسنا في مبحث ثان المبادئ العامة للإثبات ، فتناولنا فيه مبدأ حياد القاضي ، ومبدأ حق الخصوم في الإثبات ، بالإضافة إلى التطرق أنه في الأصل للشخص أن يصطنع دليلاً بنفسه ، كما لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه و الإستثناءات الواردة عنهما .

كما تعرضنا في مبحث ثالث إلى محل الإثبات فتطرقنا إلى أن الإثبات ينصب على مصدر الحق وليس الحق بذاته بالإضافة إلى تطرقنا إلى إثبات القانون الأجنبي و العرف و العادة الإتفاقية ثم بعد ذلك عدنا الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات .

وتناولنا بالدراسة في المبحث الرابع موضوع عبء الإثبات حيث قمنا بتحديد على من يقع عليه عبء الإثبات وكيف يتم توزيعه بين الخصوم ؟ ، بالإضافة إلى ذلك تطرقنا إلى الحالات التي يعفى منها الخصم من عبء الإثبات ، و استخلصنا في الختام كون قواعد عبء الإثبات ليست من النظام العام و بالتالي يجوز للخصم مخالفتها .

أمّا في المبحث الخامس فقد درسنا الطرق القانونية التي يتم بها الإثبات و نظراً لتعدد هذه الطرق إرتأينا أن نقسمها من حيث قوتها و مدى اعتماد القاضي عليها للفصل في النزاع إلى طرق إثبات عادية و أخرى غير عادية مع مراعات الترتيب الذي أدرجه المشرع في القانون المدني ، وتمثل في الكتابة ، شهادة الشهود ، القرائن ، الإقرار ، و اليمين ، حيث قمنا بدراسة كل طريقة على حدى و قوتها في الإثبات ، و أضفنا المعاينة و الخبرة كوسائل أخرى من وسائل الإثبات ، حيث لم ينص عليها المشرع في التقنين المدني بل أدرجها ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لاتصافها بالطابع الإجرائي .

و قد فضلنا أن نخصص الفصل الثاني من هذه الدراسة للتطرق إلى القواعد الخاصة التي يمتاز بها الإثبات في المواد التجارية و الأهمية التي تلعبها في تطور النشاط الإقتصادي .

لهذا حددنا في مبحث أول من هذا الفصل الثاني المبادئ الخاصة بالإثبات في المواد التجارية حيث في الأصل الإثبات في المواد التجارية حر يتم بكافة طرق الإثبات لكون الأعمال التجارية تقوم على عملي السرعة و

الإئتمان مما يؤدي إلى جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه و أيضا حق الشخص أن يتمسك بدليل صدر منه وذلك من خلال دفاتره التجارية .

إن موضوع الأعمال التجارية موضوع واسع و متشعب إرتأينا ان نخصص المبحث الثاني لدراسة العقود التجارية وكيفية إثباتها فنجد من العقود التجارية التي تتطلب الكتابة للإنعقاد و الإثبات معا كعقد الشركة وعقد التسيير الحر ، وهناك بعض العقود التجارية تتمتع بكفاية ذاتية في الإثبات من خلال البيانات الواردة فيها و أخذنا كنموذج عن ذلك عقد النقل البري للبضائع و الأشخاص ، بالإضافة إلى ذلك نجد أن أغلب العقود التجارية هي عقود رضائية لا تتطلب الشكلية للإنعقاد و بالتالي يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات و أخذنا كنموذج عن ذلك عقد البيع . كما أن المشرع الجزائري ألزم على التجار مسك الدفاتر التجارية يقيدون فيها جميع عملياتهم التجارية ، لذلك خصصنا المبحث الثالث إلى دراسة الدفاتر التجارية و مدى حجيتها في الإثبات سواء كان ذلك لمصلحة التاجر ، أو ضده .

و نظرا لكون أغلب العمليات التجارية تتم بأجل عملا بمبدأ الإئتمان التجاري خصصنا المبحث الرابع لدراسة الأسناد التجارية التي نظمها القانون التجاري و مدى حجيتها في الإثبات . و بالتالي فإن توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية عند حلول أجل إستحقاقها قد يؤدي إلى إفلاس التاجر لهذا تناولنا بالدراسة في مبحث خامس قواعد الإثبات لنظام الإفلاس وذلك بالتطرق إلى ماهية نظام الإفلاس ، وإثبات صفة التاجر ، و إثبات أيضا توقفه عن دفع ديونه التجارية ، وأيضا حسن وسوء نية التاجر الذي توقف عن دفع ديونه التجارية و الآثار المترتبة عن ذلك .

و أضفنا مبحثًا سادسا يخص بالدراسة الإثبات في التجارة الإلكترونية حيث قمنا بتعريف التجارة الإلكترونية و ذكر خصائصها و مزاياها و مقوماتها، ثم تعرضنا لعقبة الإثبات في التجارة الإلكترونية، والحلول المقترحة لذلك. و تنتهي هذه الدراسة بخاتمة حاولنا فيها إستخلاص بعض الملاحظات التي نرى أنها أساسية كخاتمة لموضوعنا .

الفصل الأول :

القواعد العامة للإنشاء

يقوم الإثبات أساساً على قواعد عامة تحدد موضوع الإثبات و أهميته وطرق ووسائل إثبات الحقوق المتنازع عليها وقيمة كل دليل في الإثبات لقبوله وعلى من يقع عبء إثباته بالإضافة إلى الإجراءات المتبعة أمام القضاء في تقديم الدليل و بالتالي فإن لقواعد الإثبات أهمية كبرى لحماية الحق إذ بدونها يتجرد الحق من كل قيمته العملية .

فالإثبات إذا حق للخصوم يمارسونه وفقاً للقواعد و الطرق 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 إرتأينا تقسيم هذا الفصل إلى خمسة مباحث رئيسية تتمثل فيما يلي:

- المبحث الأول : مفهوم الإثبات.
- المبحث الثاني : المبادئ العامة للإثبات.
- المبحث الثالث : محل عبء الإثبات .
- المبحث الرابع : عبء الإثبات.
- المبحث الخامس: طرق الإثبات في المواد المدنية.

المبحث الأول : مفهوم الإثبات :

تعد نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية و أكثرها تطبيقا من الناحية العملية حيث يبدو لنا ذلك جليا كل يوم أمام المحاكم في كافة المنازعات ، حيث يحاول كل خصم إثبات حقه و تأكيده ، فإذا لم يتمكن صاحبه من إقامة الدليل على مصدره يتجرد الحق من كل قيمة عملية فوجود الحق دون توافر الدليل عليه يجعله والعدم سواء .

و من هنا تكمن أهمية الإثبات و الدور الذي يلعبه من أجل الوصول إلى الحقيقة .

و السؤال الذي يطرح : ما هو الإثبات ؟ وما هي طبيعته القانونية ؟

للإجابة على ذلك سنتطرق إلى النقاط التالية :

أولا : تعريف الإثبات و أهميته .

ثانيا : مذاهب الإثبات وطبيعته القانونية .

المطلب الأول : تعريف الإثبات و أهميته

سنتناول في هذا المطلب تعريف الإثبات القضائي لغة و اصطلاحا ، و مدى أهميته بالمقارنة مع مجالات

الإثبات الأخرى :

الفرع الأول : تعريف الإثبات

أولا: التعريف اللغوي للإثبات: هو من أثبت الشيء : أي أقره ، والأمر: أي حققه وصححه ، أما الحق

و المقصود أي: أقام حجته فأثبت بمعنى أقامها ووضعها (1).

- و يقال أيضا القول الثابت أي القول الصحيح كقوله تعالى في كتابه العزيز « يثبت الله اللذين آمنوا

بِالْقَوْلِ الثَّابِتِ » . أي القول الصحيح (2) .

- و يقال أيضا أن الإثبات هو البينة التي تأكد الحق ، ويقصد بها الدليل أو الحجة سواء كان ذلك بشهادة

الشهود أو القرائن فيقول عز وجل في كتابه : « إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا » (3) أي فتثبتوا .

أما المشرع الجزائري و من خلال التقنين المدني قصر لفظة البينة على شهادة الشهود و فقط. (4)

ثانيا: أما اصطلاحا : فهو : إقامة الدليل أمام القضاء بطريقة من طرق الإقناع التي يحددها و ينظمها

القانون على صحة واقعة متنازع فيها ، بقصد الوصول الى النتائج القانونية المترتبة على صحة الواقعة المذكورة " (5)

- و يلاحظ على هذا التعريف أن الواقعة كمحل للإثبات إما أن تكون تصرفا قانونيا كعقد مثلا ، أو واقعة

مادية كعمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو غير ذلك ، و يلاحظ كذلك أن إثبات الواقعة المشار إليها يؤدي الى

ضرورة الاعتراف بالحق الناشئ عنها ، وبذلك فإن الإثبات لا يرد على الحق ذاته ولكنه يرد على مصدر الحق سواء كان

هذا المصدر تصرفا قانونيا ، أو عملا ماديا .

- أما الاعتراف بالحق فهو الغاية من الإثبات و هو النتيجة التي يؤدي إليها الإثبات مصدر الحق (6).

و من ناحية أخرى فإن عدم القدرة على إثبات مصدر الحق ، يؤدي الى عدم إمكان الاعتراف به أمام القضاء

ولو كان موجودا في الحقيقة و الواقع ، وفي هذا أكبر دليل على أهمية الإثبات .

(1)- أنظر الدكتور :ابراهيم مدثور مجمع اللغة العربية " المعجم الوجيز" ، 1997 .

(2)- سورة ابراهيم ، الآية : 27.

(3)- سورة الحجرات : الآية : 06.

(4)- إرجع للمواد 326 مكرر 1 فقرة 03 ، و المادة 330 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري

(5)- أنظر الدكتور : سمير عبد السيد تناغوا " النظرية العامة في الإثبات " ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1997 ، ص 03.

(6)- أنظر الدكتور : سمير عبد السيد تناغوا " النظرية العامة في الإثبات " - المرجع السابق - ص 04.

الفرع الثاني : أهمية الإثبات :

وتكمن أهمية الإثبات القضائي و الذي هو محل دراستنا في إختلافه عن بقية مواضيع الإثبات في شتى مجالاتها الأخرى سواء كانت علمية أو تاريخية أو غير ذلك من حيث الغاية و الأهداف و القيمة العملية .
فالإثبات القضائي من الناحية العملية يعد الأكثر تطبيقا و ممارسة كما هو واضح و جلي كل يوم أمام المحاكم القضائية و في كافة المنازعات المعروضة عليها ، حيث يعتمد عليها القاضي في تموين قناعته لما هو مطروح عليه من تصرفات قانونية أو وقائع مادية ، وكذلك الأمر بالنسبة للأفراد و في صيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع و التصرفات .

فالإثبات عنصر هام لدعم الحق و تأكيده ، فإذا لم يتمكن صاحبه من إقامة الدليل على مصدره يتجرد هذا الحق من كل قيمة عملية ن فيصبح هو و العدم سواء (1) .
وأهمية الإثبات ترتبط ارتباطا وثيقا بالقاعدة التي تقضي بأن الإنسان لا يستطيع أن يقتضي حقه بنفسه فلا بد من اللإلتجاء الى القضاء ، وعندها عليه ان يقنع القاضي بوجود حقه الذي ينازعه فيه الغير ، وبالتالي يتعين عليه إقامة الدليل على ذلك فإذا أثبت ما يدعيه ربح دعواه أما إذا عجز عن ذلك فقد حقه و خسر دعواه ، فالإثبات ضروري في حل المنازعات بين المتخاصمين و بذلك تكمن الغاية منه لتوفير أسباب الاستقرار في المجتمع .

المطلب الثاني : مذاهب الإثبات و طبيعته القانونية :

سنتناول في هذا المطلب مختلف المذاهب الفقهية التي تعنى بالإثبات ثم نتطرق إلى الطبيعة القانونية التي تنظم قواعد الإثبات فيما يلي :

الفرع الأول : مذاهب الإثبات

- إختلفت الأنظمة القانونية للإثبات في كيفية تحديد أحكامه و إجراءاته و الطرق التي يلجأ إليها الخصوم لإقامة الدليل على الواقعة المراد إثباتها هذا من جهة ، ومن جهة أخرى كيفية تعامل القاضي مع ما يطرح عليه من قضايا ، حيث قد تعطى له الحرية المطلقة في تقدير الحقيقة بكل الطرق حتى تتفق معها الحقيقة القضائية أو تفرض عليه قيود في تقدير الأدلة التي يأخذ بها ، حيث تحدد له طرق الإثبات وقيمة كل طريق كي لا يترك له المجال للتعسف و سوء التقدير .

(1)-أنظر المستشار : مصطفى مهدي هرجة " قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية " في ضوء أحدث الأراء و أحكام النقض ، دار المطبوعا الجامعية ، الإسكندرية - 1994 - ص 15 .

- فظهرت ثلاثة أنظمة أو مذاهب توازن بين إعتبار تحقيق العدالة و الحقيقة القضائية و اعتبار استقرار

المعاملات في المجتمع كالتالي :

المذهب الأول الذي يعطي للقاضي الحرية الواسعة في تقدير الأدلة و قبولها ويعرف بالمذهب المطلق أو الحر .

● المذهب الثاني الذي يقيد من سلطة القاضي حيث حدد له طرق معينة في قبول الأدلة و تقدير قيمتها و يعرف بالمذهب الحر أو القانوني

● المذهب الثالث الذي يسلك طريقا وسطا بين الإطلاق و التقييد و يعرف هذا النظام بالمذهب المختلط .

أولا : مذهب الإثبات المطلق أو الحر Systeme libre :

يقوم هذا المذهب على عدم تقييد القاضي بطرق معينة أو محددة للإثبات حيث يتمتع بسلطة واسعة في

تقدير و قبول الأدلة المعروضة عليه من طرف الخصوم و كذلك تترك له حرية في تكوين إعتقاده و تمحيص بعض الإدعاءات و ما قدم من أدلة للوصول الى الحقيقة و بالتالي يكون للقاضي في سير الدعوى دور ايجابي فيتطابق حكمه مع حقيقة الواقعة المتنازع فيها⁽¹⁾.

- و يتضح أن النظام المطلق أو الحر يقرب كثيرا ما بين الحقيقة القضائية و الحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة

، حيث يرمي الى تغليب جانب العدالة على جانب استقرار المعاملات.

- لقد ساد هذا النظام في الشرائع القديمة و نادى به بعض فقهاء الفقه الاسلامي منهم ابن القيم الجوزية

الذي قال في تأييد هذا الرأي : " فاذا ظهرت أمارات العدل و أسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله " وكذلك لا تزال الشرائع الجرمانية و الأنجلوسكسونية متأثرة به كالنظام (الألماني، السويسري و الإنجليزي و الأمريكي) و بالذات في المسائل الجنائية و الكثير من المسائل التجارية⁽²⁾.

- لكن يأخذ على هذا المذهب أن إطلاق حرية القاضي في الموازنة بين الأدلة في غياب تنظيم تشريعي

لنطاقها و حجيتها، يخل باستقرار التعامل بالنظر و تفشي الضماد لأن إختلاف تقدير القضاة من شأنه أن يسلب المتقاضى للإطمئنان الى حجية الأدلة التي بين يديه⁽³⁾.

(1) - أنظر الدكتور : سليمان مرقس " أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية " ، الجزء الأول ، عالم الكتب 1981 ، ص 15.

(2) - أنظر الدكتور : نبيل سعد إبراهيم و همام محمد محمود زهران " أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية " الدار الجامعية الجديدة للنشر ، الإسكندرية 2001

(3) - أنظر الدكتور : نبيل سعد إبراهيم و للدكتور : همام محمد محمود زهران - المرجع السابق - ص 65.

-بالإضافة الى ذلك أنتقد هذا المذهب على أساس أنه يفترض في القضاة النزاهة و العدالة و العلم ، مع أن القضاة هم بشر غير معصومين من الخطأ فقد يغلب عليه الهوى فيتعسف في استعمال حقه (1).
و في ذلك ورد عن الإمام الشافعي: " لولا قضاة السوء لقلن أن للحاكم أن يحكم بعلمه".

ثانيا : مذهب الإثبات المقيد او القانوني Systeme légale :

أما هذا النظام فيحدد طرق الإثبات الجائز قبولها أمام القضاء ، كالكتابة او البينة أو القرائن الخ ، ويحدد قيمة كل طريقة من هذه الطرق بما في ذلك تدرج هذه الطرق في القيمة ن ويحدد قيمة كل طريقة من هذه الطرق بما في ذلك تدرج هذه الطرق في القيمة ، وفي هذا النظام لا يجوز للخصوم كما لا يجوز للقاضي أن يسمح للخصوم باستخدام طريقة أخرى للإثبات غير الطريقة التي حددها القانون أو على خلاف ما تؤدي اليه الطريقة التي حددها القانون (2).

- فموقف القاضي في ظل هذا النظام موقفا سلبيا فليس له أن يستجمع الأدلة بل مقيد في حكمه بما قدمه الخصوم من أدلة وفق الحدود التي رسمها القانون .

- فميزة هذا النظام أنه يوفر الاستقرار في المعاملات ، و يبعث الثقة و الطمأنينة في نفوس المتقاضين ، كما يمنع القاضي من التعسف في استعمال السلطة مما يؤدي الى حسن سير العدالة .

- و قد أخذ بهذا المذهب أغلب الفقه الإسلامي عموما ن فمثلا في إشتراط إثبات عقد الزواج لابد من البينة أي شهادة شاهدين ، أو إثبات جريمة الزنا لابد من توافر أربعة شهود ، كما تمنع شهادة المرأة في بعض الحالات فاذا توفر نصاب الشهادة أصبح القاضي ملزم الأخذ بها .

- لكن يؤخذ على هذا المذهب أنه لا يترك للقاضي أي سلطة تقديرية في حل المنازعات بل يجعل له وظيفة آلية لا مجال فيها للإجتهد ، فلا يمكن له اقامة الدليل على الواقعة المراد إثباتها إلا بالطريقة التي رسمها القانون حتى ولو كان لديه اعتقاد بأن الواقع مخالف تماما للحقيقة القضائية ، هذا ما يعتبر انتهاكا لمبادئ العدالة (3).

فالعييب الأساسي لهذا النظام أن الأخذ به على إطلاقه قد يؤدي الى مفارقة واضحة بين الحقيقة القضائية

و الحقيقة الواقعية

(1) - أنظر الدكتور : محمد يحي مطر " مسائل الإثبات في القضايا المدنية و التجارية " ، الدار الجامعية ، 1989 ، ص 13 .

(2) - أنظر الدكتور : سمير عبد السيد تناغوا - المرجع السابق - ص 08.

(3) - أنظر الدكتور : توفيق حسين فرج " قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية " ، الدار الجامعية ، 1981 ، ص 12.

- فيلاحظ البعض أن نظام الإثبات المقيد هو نوع من الشكلية في القانون ، بينما ينسجم نظام الإثبات الحر مع مبدأ الرضائية⁽¹⁾.

ثالثا : المذهب المختلط Systeme mixte :

فنظرا للعيوب و المزايا الواضح في كل من نظام الإثبات الحر و نظام الإثبات المقيد ، فقد يكون من الأفضل التوفيق بين النظامين في نظام ثالث ، يأخذ ما في النظامين من مزايا و يتحاشى ما فيهما من عيوب وهذا هو نظام الإثبات المختلط⁽²⁾.

فللقاضي الحرية في تقدير الأدلة في بعض المسائل و توجيه الخصوم ، وفي استكمال الأدلة الناقصة من جهة ، و من جهة أخرى يفرض بعض القيود على القاضي في إثبات بعض المسائل حيث يلزمه التقييد بطرق قانونية محددة في الإثبات ، 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 و السلبية تارة أخرى

- و قد أخذ بهذا المذهب أغلب التشريعات اللاتينية كالقانون الفرنسي والإيطالي و بعض التشريعات العربية كالقانون المصري و اللبناني .

- كما أخذ المشرع الجزائري بهذا المذهب مقتديا في ذلك بالتشريعات اللاتينية ، ففيما يتعلق بالعقود و التصرفات المدنية اخذ بنظام الإثبات المقيد ، أما بالنسبة للقانون التجاري فإن الأصل هو الحرية في الإثبات مع الأخذ أيضا ببعض طرق الإثبات المحددة ، وفي نطاق القانون الجنائي فإن النظام السائد هو نظام الإثبات الحر .
و يعد هذا المذهب بإجماع الشراح هو أفضل هذه المذاهب بما فيه من ضمان لحقوق الناس و إستقرار في المعاملات و بعث الثقة في نفوس المتقاضين .

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للإثبات

- إن قواعد الإثبات في أي منظومة قانونية نجدها تنقسم الى قسمين :

* قواعد إثبات شكلية أو إجرائية .

* قواعد إثبات موضوعية .

(1) - أنظر الدكتور : عبد الرزاق السنهوري " الوسيط " ، الجزء الثاني ، ص 29.

(2) - أنظر الدكتور : سمير عبد السيد تناغوا ، ص 08.

أولاً : قواعد الإثبات الشكلية أو الإجرائية :

هي عبارة عن مجموعة من الإجراءات المتبعة أمام القضاء في تقديم طرق الإثبات المختلفة التي رسمها القانون ، حيث أن هذه الإجراءات تختلف باختلاف طريقة الإثبات ، فيتم تنظيم هذه القواعد في مواد قانونية و يتضمنها تقنين معين فمثلا إجراءات الخبرة التي نظمها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و ذلك من المادة 125 الى غاية المادة 145 (1).

كما قال الدكتور السنهوري أن إجراءات الإثبات هي التي تعين بالأوضاع التي تلزم القاضي مراعاتها عند سلوك سبل الإثبات المختلفة ، من تقديم الدليل أو الاستدلال به أو الحصول عليه ، و من تجريح الدليل وهدمه (2).

ثانياً : قواعد الإثبات الموضوعية :

و تتمثل في مجموعة القواعد التي تحدد أدلة الإثبات المختلفة ، وطرق وكيفية إثبات الحقوق المتنازع عليها ، والحالات التي يجوز فيها التمسك بكل دليل وقيمته في الإثبات

و شروط قبوله و محل الإثبات و على من يقع عليه عبئ الإثبات ، بالإضافة الى القاضي في تقدير هذه الأدلة و مثال ذلك : أن عقود نقل الملكية العقارية أو المحلات التجارية أو الصناعية و كذلك عقد تأسيس الشركات التجارية ، يشترط إخضاعها الى الرسمية و بالتالي يكون الإثبات بالكتابة .

ولم يكتفي المشرع بالكتابة بل أوجب التوثيق كذلك ، وذلك طبقا للمادة 324 من القانون المدني (3) . ولقد اختلفت التشريعات في تحديد المكان الذي يضم هذه القواعد ، حيث إنقسمت هذه التشريعات إلى ثلاثة اتجاهات وهي :

الاتجاه الأول : الذي يجمع قواعد الإثبات الموضوعية و الإجرائية و يضعهما جميعا في قانون المرافعات أو (الإجراءات) و حجتهم في ذلك أن هذه القواعد متعلقة بالمنازعات المعروضة أمام القضاء و غرف التحكيم و تتصل بدور القاضي في النظر في الدعاوى و كونه ملزم بالحكم في الدعوى و هذا الإلتزام يستمد من القانون و بالتالي متى أقام الخصوم دعاوهم أمام القضاء فمن واجب القاضي السير في الدعوى وفق إجراءات التقاضي .

(1) - أنظر القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

(2) - أنظر الدكتور : احمد أبو الوفا " التعليق على نصوص قانون الإثبات " ، دار المطبوعات الجامعية ، 2007 ، ص 11.

(3) - أنظر : الأمر رقم 75-58 المؤرخ في : 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم بالقانون رقم : 05/07 المؤرخ في :

ولقد أخذ بهذا الإتجاه التشريعات الجرمانية كما فعل القانون الألماني و القانون السويسري و أيضا القانون اللبناني⁽¹⁾.
و لكن يعاب على هذا الإتجاه أنه يغلب الناحية الشكلية للإثبات على الناحية الموضوعية و هذا التغليب لا مبرر له⁽²⁾.

الإتجاه الثاني : الذي وضع القواعد الموضوعية للإثبات ضمن القانون المدني و القواعد الشكلية ضمن قانون المرافعات و حجتهم في ذلك أنها تستجيب للمتطلبات العملية و أن قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني يمكن تطبيقها على جميع أنواع العقود و الإلتزامات مهما كان نوعها و مصدرها بالإضافة أن الناس ألفوا البحث عن قواعد الإثبات في النظرية العامة للإلتزامات من التقنين المدني .

- و لقد أخذت بهذا الإتجاه أغلب التشريعات اللاتينية و منها القانون الفرنسي⁽³⁾
- كما أخذ المشرع الجزائري بهذا الإتجاه ، حيث نظم قواعد الأغثبات في الباب السادس من الكتاب الثاني من القانون المدني و الخاص بالإلتزامات و العقود وذلك تحت عنوان إثبات الإلتزام ، وخصص له المواد من 323 إلى 350 ، بينما نظم القواعد الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية .

- و لكن يعاب على هذا الإتجاه أنه شتت قواعد الإثبات بين قانون المرافعات و القانون المدني وقوانين أخرى كالقانون التجاري أو الأحوال الشخصية ، أو قانون العمل... الخ ، مما يصعب على المتخصصين معرفة قواعد الإثبات الإجرائية و الموضوعية معرفة تامة و كذلك صعوبة إقامة تفرقة بين ما هو إجرائي و ما هو موضوعي من قواعد الإثبات ، فضلا عن صعوبة إختيار الموضوع المناسب للقواعد الموضوعية في التقنين المدني⁽⁴⁾.

كما يلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري خص قواعد الغثبات الموضوعية في الباب السادس من الكتاب الثاني من التقنين المدني و المتعلق بالإلتزامات و العقود في حين ان أحكامها تسري على جميع الحقوق سواء كانت حقوق شخصية و حقوق عينية أصلية كانت أو تبعية المنظمة في الكتاب الثالث و الرابع على التوالي و كان من الأجدر وضع هذه القواعد في كتاب خاص بها .

(1) - أنظر الدكتور : أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - ص 09.

(2) - أنظر الدكتور : عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 544.

(3) - أنظم القانون الفرنسي " قواعد الإثبات الموضوعية في القانون المدني " في المواد 1315 الى 1369 ، بينما نظم قواعد الإثبات الشكلية في قانون المرافعات في المواد 132 الى 322 .

(4) - أنظر الدكتور : أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - ص 09.

أما الإتجاه الثالث : الذي يجمع قواعد الإثبات الموضوعية و الإجرائية في قانون مستقل يسمى بقانون الإثبات و حجتهم في ذلك أنه ييسر على صاحب الحق في التعرف على الدليل الذي يثبت به حقه و الطريقة التي ينتهجها في ذلك أمام القضاء و بالتالي تجنب الصعوبات الناتجة عن تشتت قواعد الإثبات بين قانون المرافعات و القانون المدني ، و القانون التجاري و الأحوال الشخصية و في ذلك إضاعة للفرص بالنسبة للمتخاصمين في إثبات حقوقهم⁽¹⁾.

- و لقد أخذت بهذا الإتجاه أغلب التشريعات الأنجلوساكسونية كالقانون الإنجليزي و القانون الأمريكي الذي جمع فيه حتى قواعد الإثبات الجنائية كما أخذت بهذا الإتجاه بعض تشريعات البلدان العربية كالقانون السوري و القانون المصري .

- و لكن رغم ذلك لم يسلم هذا الإتجاه من النقد و حجتهم في ذلك أن جمع هذه القواعد في قانون خاص بالإثبات يعد إضاعة لمزايا الشمولية الواجبة في كل من التقنين المدني و تقنين المرافعات لأنه يقتطع منهما جزء هام و أساسي لا يمكن الإستغناء عنه⁽²⁾.

- و من جهة أخرى فإن مزايا هذا القانون عديدة مما يجعله أفضل من الإتجاهين السابقين كونه يسهل للخصوم إقامة الدليل لإثبات حقهم⁽³⁾، لذلك كان من الأجدر على المشرع الجزائري أن يأخذ بهذا الإتجاه ، و ذلك يجمع قواعد الإثبات الموضوعية و الإجرائية المشتتة في قانون الإجراءات المدنية و القانون المدني و التجاري و غيرها من القوانين في تقنين خاص بالإثبات .

* علاقة الإثبات بالنظام العام :

- فبالرغم من إختلاف الإتجاهات السالفة الذكر في تصنيفها لقواعد الإثبات سواء كانت موضوعية منها أو شكلية فإن الإشكال يثار حول تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام ؟

- فبالنسبة للقواعد الإجرائية أو الشكلية فقد إتفق الفقه على اعتبارها من النظام العام كونها متصلة بنظام التقاضي، حيث لا يجوز للقاضي أو الأطراف مخالفتها و بإمكانهم إثارتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى و يسري على هذه القواعد قانون الإجراءات المدنية الساري المفعول ، و بالتالي ففي حالة تعديله أو إلغائه فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجديد لإتصاله بنظام التقاضي و تعلقه بالنظام العام كإجراءات

(1) - أنظر الدكتور : أحمد نشأت " رسالة الإثبات " ، الجزء الأول ، دار المعارف العربي ، الطبعة السابعة ، 1976 ، ص 12 .

(2) - أنظر الدكتور : أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - ص 12 .

(3) - أنظر الدكتور : محمد يحي مطر - المرجع السابق - ص 18 .

التحقيق و تعيين مواعيده و الإختصاص النوعي للمحاكم و إجراءات المعاينة و ندب الخبراء و إجراءات الطعن بالتزوير الخ (1).

أما بالنسبة للقواعد الموضوعية فلقد إختلف الفقه في تحديد طبيعتها فذهب بعض الفقهاء إلى اعتبارها من النظام العام مستنديين في ذلك كون هذه القواعد وثيقة الصلة بالحق فلا يمكن التنازل عنها أو تعديلها لأن ذلك يعد مساسا بهذا الحق .

أما الرأي الراجح عند الفقهاء يرى أن قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام كونها مقررة لمصلحة الخصوم فقط (2)، فيمكن التنازل عنها بصفة صريحة أو ضمنية و مثالا على ذلك حضور الخصم بداية التحقيق سماعه لشهادة الشهود ، فإن حضوره يعد قبولا ، وبالتالي فلا يحق له التمسك فيما بعد بوجود الإثبات بالكتابة ، و ذلك لأن موقفه المقدم يعد قبولا ضمنيا لمبدأ الإثبات بالبينة ، اما القانون الساري على قواعد الإثبات الموضوعية فهو القانون الذي كان معمولا به في الوقت الذي حصل فيه الدليل فمثلا : إذا كان القانون المعمول به عند تحصيل الدليل يجيز الإثبات بشهادة الشهود و القرائن ثم بعد ذلك صدر قانون يوجب الإثبات بالكتابة فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون السابق .

(1) - أنظر الدكتور : أنور سلطان " قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية " ، الدار الجامعية ، 1984 ص 32.

(2) - أنظر الدكتور : العوئي بن ملحمة " قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري " ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001 ص 24.

المبحث الثاني : المبادئ العامة للإثبات :

- إن المشرع الجزائري عندما وضع قواعد الإثبات وقام بتنظيمها في التقنين المدني ثم فصل الإجراءات التي تنظم العمل بها في القوانين الأخرى ، قام بالإستناد إلى مبادئ عامة و التي تقوم أساسا على حماية حق الخصوم في اللجوء الى القضاء و إثبات ادعاءاتهم و تمكينهم من الدفاع عن حقوقهم على أساس مبدأ المجابهة بالدليل ، وعلى القاضي إتخاذ الإجراءات اللازمة طبقا لما يسمح به القانون و ذلك بتمكين الخصوم من ممارسة حقوقهم على أحسن وجه لضمان الوصول الى الحقيقة و تحقيق العدالة ، فما هي المبادئ التي يقوم عليها الإثبات ؟ و ما هي الضمانات المقدمة لممارسة ذلك الحق ؟ .

المطلب الأول : مبدأ حياد القاضي La neutralite du juge :

إن دور القاضي في الإثبات يقوم في الأصل على حياده بين المتنازعين ، ولكن هذا الحياد لا يعني سلبه في الدعوى ، بل أن له دورا إيجابيا فيها

- حيث يختلف دور القاضي في إتخاذ موافقه بين الإيجابية تارة و السلبية تارة أخرى بإختلاف المذاهب القانونية التي تتباين في مدى تقدير السلطة الممنوحة للقاضي في ممارسة مهامه .

- ففي المذهب الحر أو المطلق يأخذ موقفا إيجابيا ، حيث يتولى توجيه سير الدعوى و تقدير و قبول الأدلة المعروضة عليه من طرف الخصوم و استكمال ما نقص من أدلة و بالتالي يتمتع بحرية المبادرة و التوجيه .

- وفي المذهب المقيد أو القانوني فإنه يأخذ موقفا سلبيا في الدعوى ، حيث يقتصر دوره في تلقي أدلة الإثبات كما يقدمها له الخصوم ، دون أي تدخل من جانبه ، ثم يتولى تقدير هذه الأدلة طبقا للقيم التي حددها القانون .

- أما في المذهب المختلط فإنه يتخذ موقفا وسطا بين الإيجابية و السلبية ، فالأصل أن القاضي مقيد بالطرق القانونية التي حددها القانون ، لكن أباح له القانون شئ من الحرية في تسيير الدعوى ، كأن يأمر مثلا بتعيين خبير في للقيام بمهام منوطة له في الحكم ، أو إجراء تحقيق حول النزاع ، أو يأمر بالانتقال للمعاينة ، كما بإمكانه توجيه اليمين المتممة إلى أحد الخصوم من تلقاء نفسه ، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري⁽¹⁾ .

- فمن الطبيعي أن يقف القاضي موقفا محايدا في النزاع المعروض عليه ، فهو لا يتحيز لأحد الخصوم ، بل يفصل في الطلبات التي يقدمها أطراف الدعوى على ضوء الأدلة التي يتقدمون بها لإثبات هذه الطلبات و الحقوق المتنازع عليها ، فالخصوم هم الذين يقدمون الطلبات و لدفع و إثبات الوقائع و التصرفات التي يستندون إليها لتأييد إدعاءاتهم ، ويتمثل دور القاضي في تلقي الأدلة التي يتقدم بها الخصوم ثم يفصل في طلباتهم بحسب قيمة هذه الأدلة طبقا للقانون⁽²⁾ .

- و يترتب على ذلك أن القاضي لا يحكم في النزاع إلا بناء على الأدلة المقدمة في الدعوى ، و ليس له أن يستند إلى دليل تحراه بنفسه ، دون طرحه على الخصوم ، و ليس له أن يبني حكمه على واقعة لم تقدم في الدعوى طبقا للإجراءات المقررة في القانون ، و يلتزم القاضي بتسبب حكمه ، أي بيان كيفية وصوله إلى قضائه من خلال عرض الوقائع التي إستند إليها و الأدلة المستمدة منها .

(1) - أنظر المادة 348 من التقنين المدني الجزائري .

(2) - أنظر الدكتور : محمد حسين منصور ، قانون الإثبات " مبادئ الإثبات و طرقه " دار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية 2002 ص 13 .

- و لا يجوز للقاضي أن يحكم بناءً على معلوماته الشخصية ، أي تلك التي تصل إلى علمه بصدد وقائع الدعوى و مدى صحتها و قبولها ، من غير الطريق المقرر و المرسوم لنظر القضايا ، كما لو كان قد شاهد واقعة رفعت بشأنها أمامه دعوى تعويض ، فإذا قضى بعلمه فإن ذلك يؤثر على تقديره للوقائع لأنه يكون بمثابة شاهد و ليس قاض (1).

- أضف إلى ذلك أن علمه هنا سيكون بمثابة دليلا في القضية مما يجعل من القاضي حكما و خصما في نفس الوقت ، وهذا ما يخالف مبدأ حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى لذلك يجب على القاضي أن يتنحى في النظر في قضية له فيها معلومات شخصية علم بها خارج مجلس القضاء أو قائمة المحاكمة (2).

لكن و بمفهوم المخالفة لا يعتبر من قبيل المعلومات الشخصية تلك التي يحكم بها القاضي من خبرته في الشؤون العامة و التي من المفروض علم الكافة بها و بالتالي فلا شبهة تعترى هذا الحكم .

كما يفرض مبدأ الحياد على القاضي المساواة بين الخصوم في المعاملة و منحهم جميعا فرصا متكافئة على وجه الخصوص (3) ، وبالتالي يتمتع القاضي من تنبيه أحد الخصوم إلى ما يعتري دفاعه من تصور أو نقص أو يرشده إلى دليل إثبات .

كما لا يجوز له كذلك أن يجمع أدلة لأحد الخصوم أو يساهم في جمعها ، وعليه ألا يحكم بما لم يطلبه الخصوم حيث يلتزم في حكمه بطلبات الخصوم و إلا اعتبر ذلك إخلالا بمبدأ حياد القاضي الذي يعد من النظام العام .

لكن حياد القاضي لم يعد يعني السلبية المطلقة ، حيث يحق له توجيه الخصوم في إستكمال الأدلة الناقصة و الأمر بإجراء تحقيق ، أو ندب خبير لإستيضاح ما أجهل من وقائع الدعوى ، حيث يكمن دوره الإيجابي في تسيير الدعوى و في تصحيح شكلها ، فعليه من تلقاء نفسه الحكم بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة .

و يعتبر حرا في تقدير أدلة الخصوم ، و يلتزم بإستخلاص الوقائع الصحيحة في الدعوى ، و أن يحكم بإتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات الغنابات في حدود المقبول منها قانونا ، وله أن يستجوب الخصوم و أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه وسماع من يرى سماعه من شهود

و يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق و بوقائع الدعوى و لا يخضع فيها حكمه لرقابة محكمة النقض ، فله ان يعتمد قرينة دون الأخرى أو يفضل قول شاهد على آخر أو رأي خبير على آخر ، بشرط أن

(1) - أنظر الدكتور : محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص 14.

(2) - أنظر المستشار : مصطفى مجدي هرجة " قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية " ، الجزء الأول ، دار الثقافة للطباعة و النشر

1986 ص 11.

(3) - أنظر الدكتور : عادل حسين علي " الإثبات في المواد المدنية " ، مكتبة زهراء الشرق 1996 ص 16.

يحترم قواعد الإثبات الموضوعية و الإجرائية فيسلك طرق الإثبات المقبولة قانونا و يتخذ الإجراءات في مواجهة الخصوم (1).

و أخيرا فإن القاضي عند الحكم في الدعوى له أن يضيف عليها الوصف الصحيح المطابق للقانون ، دون التقيد بالوصف الذي يضيفه الخصوم عليه ، وعلى القاضي أن يرسي القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على ما أستخلص من وقائع الدعوى و تلك مسألة قانونية يكون حكمه فيها خاضعا لرقابة محكمة النقض.

- و مما تقدم يمكن القول أن مبدأ حياد القاضي يعد ركنا أساسيا في الإثبات لكونه يضمن حسن سير العدالة و يعمل على حماية حقوق الخصوم في الإثبات مما يتطلب من القضاء الأخذ به حتى و لو لم يرد نص يوجب على القاضي الأخذ به لتعلقه بالنظام العام .

المطلب الثاني : مبدأ الحق في الإثبات :

إن لكل خصم الحق في إثبات ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التي يبينها القانون ، فالمدعي من حقه أن يقدم جميع ما عنده من أدلة يسمح بها القانون لإثبات ما يدعيه ، وللمدعى عليه الحق في الرد و النفي ، أي إقامة الدليل على ما يدعيه المدعي ، و على القاضي أن يمكنهما من ذلك و إلا كان مخالفا بحق الخصوم في الإثبات و على نحو يجعل الحكم مشوبا بالقصور الذي يؤدي الى نقضه .

و بالتالي يقوم حق الخصوم في الإثبات أساسا على :

* **مبدأ المجابهة بالدليل:** حيث ينبغي لإعمال حق الإثبات و حق النفي لا بد من إتخاذ إجراءات الإثبات في مواجهة الخصوم ، وتمكينهم من مناقشة و تنفيذ الأدلة المقدمة في الدعوى، و هذا ما يعبر عنه بمبدأ المجابهة بالدليل (2)

فكل دليل يتقدم به المدعي لإثبات دعواه يكون للخصم الأخر الحق في نقضه و نفيه ، فمقابل حق المدعي في إثبات ما يدعيه يقوم حق المدعى عليه في تنفيذ هذا الدليل و إثبات عكسه ، لذلك فإن كل ما يعرض من أدلة في الدعوى ينبغي أن يعرض على الخصم الأخر لمناقشته و تنفيذها ، إذ يجب أن يعلم الخصم بكل دليل يقدم ضده ليتسنى له الرد عليه ، و يتقيد مبدأ الحق في الإثبات بالقيود التالية :

(1) - أنظر الدكتور : محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص 16.

(2) - أنظر الدكتور : محمد يحي مطر - المرجع السابق - ص 36.

1 - أنه لا يجوز للخصم إثبات ما يدعيه إلا بالطرق القانونية للغثبات فلا يجوز الإثبات بالبينة ما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة مثال ذلك : أن إثبات ملكية المحلات التجارية لا يكون إلا بعقد رسمي⁽¹⁾.

2 - يشترط في الواقعة المراد إثباتها أن تكون متعلقة بالدعوى ، أي متصلة بالحق المطالب به أن يثبت مثلا المؤجر عقد الإيجار لكي يطالب بالأجرة .

و يشترط كذلك في الواقعة المراد إثباتها أن تكون منتجة في الدعوى تؤدي إلى تكوين قناعة لدى القاضي تساعد على إيجاد حل نهائي للنزاع .

3 - أن القاضي يتمتع بحرية واسعة في تقدير قيمة الأدلة المقدمة من طرف الخصوم فله الحرية في سماع الشهود أم لا ، كما أنه غير ملزم بالأخذ برأي الخبير⁽²⁾.

فهل ممكن أن يصطنع الشخص دليلا لنفسه ؟

من المقرر أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه ، فالقاضي لا يمكنه أن يقضي لشخص بناء على مجرد أقوال أو إدعاءات أو أوراق أو مذكرات صادرة منه ن لأن الورقة المعدة للإثبات يجب أن تكون صادرة من الخصم بخطه و إمضائه حتى تكون دليلا ضده ، وإستنادا لقوله صلى الله عليه وسلم :

" لو يعطى الناس بدعواهم لإدعى أناس دماء رجال و أموالهم "

إلا أن هذا المبدأ يرد عليه إستثناء في المسائل التجارية ، حيث يجوز للتاجر أن يستند الى البيانات التي دونها في دفاتره التجارية لإثبات معاملاته مع غيره من التجار ، ولكن بشرط ان تكون هذه الدفاتر منتظمة و لا يشوبها أي عيب يفقد مصداقيتها ، كما جاء في نص المادة 13 من القانون التجاري :

" يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كغثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية "

للقاضي السلطة التقديرية في الإقتناع بها إذ تعتبر دليلا ليس كافيا يجوز للقاضي أن يكمله بتوجيه اليمين المتممة لأي من الطرفين و ذلك فيما يجوز إثباته بالبينة⁽³⁾.

و هل يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه ؟

في الأصل لا يجوز ، لأنه من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة ، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم سند يملكه و لا يريد تقديمه في الدعوى لإستعماله ضده و ذلك حفاظا لحقوق الأشخاص و حماية لأسرارهم الخاصة .

(1) - أنظر المادة 79 من القانون التجاري .

(2) - أنظر الأستاذ : يحي بكوش " أدلة الإثبات في القانون المدني و الجزائي و الإسلامي " المؤسسة الوطنية للكتاب ، الطبعة الثانية 1988 ص 52.

(3) - أنظر نص المادة 330 من القانون المدني.

- لكن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه قد يؤدي في كثير من الحالات إلى إهدار حقوق و ذلك لعدم تمكن أصحابها لتقديم الأدلة لغثبات إدعاءاتهم لذلك أجاز القانون و بصفة إستثنائية إلزام الخصم على تقديم المحرر الذي يطالب به خصمه (1) ، و يمكن ذلك في ثلاث حالات :

الحالة الأولى : إذا كان القانون يجيز مطالبة الخصم بتقديم الوثائق حيث حسب نص المادة 16 من القانون التجاري التي تجيز للقاضي أن يأمر سواء بطلب من احد الخصوم او من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قباة النزاع من أجل الإطلاع عليها و إستخلاص النتائج فيما يتعلق بالنزاع ، و قد حصر المشرع الحالات التي يمكن إلزام الخصم فيها على تقديم الدفاتر التجارية من أجل الإطلاع إلا في قضايا " الإرث " و " قسمة الشركة " و " حالات الإفلاس " طبقا للمادة 15 من القانون التجاري .

و الغرض من هذا الحصر مسبب لكون هذه الدفاتر تعتبر ملكا مشتركا لجميع أطراف الدعوى مما ينتفي معه الضرر من كشف الأسرار الواردة فيها (2) .

الحالة الثانية : تتعلق بالمحرر المشترك بين الخصوم ، فإذا حرر لمصلحتهما أو يثبت إلزامتهما أو حقوقهما المتبادلة (3) مثال ذلك : المحررات المتعلقة بأعمال الشركة بين الخصوم فهذه المحررات تعتبر مشتركة بين الخصوم لما تحتويه من أدلة تثبت حقوقهم و الإلتزامات المتبادلة بينهما ، و بالتالي يحق لأحد أطراف الدعوى أن يتقدم بطلب إلى المحكمة بإلزام خصمه على تقديم هذه الوثائق المشتركة من أجل الإطلاع عليها من طرف المحكمة أو ندب خبير مختص للإطلاع عليها

الحالة الثالثة : إذا إستند الخصم إلى وثيقة أو محرر في أي مرحلة من مراحل الدعوى لدعم إثبات ما يدعيه ، جاز للخصم الأخر أن يطلب الإطلاع على هذا المستند إذا كان هذا الأخير يفيد في دعواه (4) . و ذلك حسب نص المادة 12 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص : " أن الأوراق أو السندات أو الوثائق التي يقدمها كل طرف دعما لإدعاءاته يجب أن تبلغ للخصم " .

(1) - أنظر الأستاذ : يحي بكوش - المرجع السابق- ص 52.

(2) - تنص المادة 15 من القانون التجاري : " لا يجوز الأمر بتقديم الدفاتر و قوائم الجرد إلى القضاء إلا في قضايا الإرث و قسمة الشركة و حالة الإفلاس

(3) - أنظر الدكتور : محمد يحي مطر - المرجع السابق- ص 47.

(4) - أنظر الدكتور : محمد يحي مطر - المرجع السابق- ص 48.

* فهذه هي الحالات التي حصرها المشرع و التي تلزم الخصم على تقديم الوثائق التي يجوزته للإطلاع عليها و إستخلاص ما يلزم منها .

أما في حالة ما إذا نكل الخصم على تقديم هذه الوثائق للخصم الأخر من أجل الإطلاع عليها يمكن للقاضي أن يستبعداها و لا يعتمدها كدليل إثبات⁽¹⁾.

* كما أجاز المشرع الطعن في الأحكام و القرارات القضائية بطريق إلتماس إعادة النظر فيها إذا تبين له بعد صدور الحكم أن خصمه كانت يجوزته وثائق قاطعة في الدعوى رفض تسليمها و ذلك طبقا لنص المادة 392 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " إذا إكتشفت بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة الشئ المقضي به أوراق حاسمة في الدعوى كانت محتجزة عمدا لدى أحد الخصوم ، يمكن تقديم إلتماس إعادة النظر .

(1) - إرجع لنص المادة 23 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فقرة 03 منها : " يمكن للقاضي أن يستبعد من المناقشة كل وثيقة لم يتم إبلاغها خلال الأجل و بالكيفية التي حددها .

المبحث الثالث : محل الإثبات : Objet de la preuve

- إذا كان الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق و الإجراءات المحددة قانونا ، على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها ، فإنه من الجلي أن محل الإثبات ينصب بصفة أساسية على تلك الواقعة القانونية كون الأثر الذي يرتبه القانون على وجودها أو صحتها .

- ولذلك فإن 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 و إنما شأن المحكمة ، فهي التي تطبق القانون على تلك الواقعة .

وعليه السؤال الذي يطرح : ما هو محل الإثبات ؟ و ما هي شروطه ؟

و للإجابة على ذلك إرتأينا التطرق إلى النقاط التالية :

أولا : الواقعة القانونية كمحل للإثبات .

ثانيا : الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات .

المطلب الأول : الواقعة القانونية كمحل للإثبات:

رأينا أن محل الإثبات ينصب أساسا على الواقعة القانونية ، أي مصدر الحق المدعى به ، وليس الحق ذاته وعليه فإن المقصود بالواقعة القانونية **Fait juridique** بالمعنى الواسع هي كل حدث أو أمر يقع بصفة طبيعية أو إختيارية ، يرتب عليه القانون أثرا ، إما إنشاء حق جديد أو تعديل أو إنقضاء لحق قائم.

* فالواقعة القانونية قد تكون واقعة مادية **Fait matériel** أو قد تكون تصرفا قانوني

.Acte juridique

- **فالواقعة المادية** : قد تكون واقعة طبيعية كالولادة أو الوفاة أو الزلزال او الفيضان الذي يشكل قوة قاهرة ، وقد تكون بفعل الغنسان كإرتكاب عمل غير مشروع .

- **أما التصرف القانوني** : فهو إتجاه الإرادة لإحداث اثر قانوني معين ، هذا التصرف قد يكون من جانبين ، كالعقود ، أو من جانب واحد كالإقرار و الوصية ⁽¹⁾.

و إثبات الوقائع المادية يتم بجميع طرق الإثبات و هذا ما تقتضيه الضرورة العملية إذ أن طبيعة هذه الوقائع تقبل إستلزام نوع معين من الأدلة و إلا إستحال إثباتها في أغلب الحالات ، فلا يعقل مثلا أن يطالب الشخص بدليل كتابي لإثبات الفعل الضار (كالجريمة مثلا) عندما يطالب بحقه في التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الفعل ⁽²⁾.

-أما التصرف القانوني فإن الأصل فيه هو الإثبات بالكتابة ، فيتعين بالنسبة له تهيئة الدليل مقدما ، ولا يجوز فيه الإثبات بالشهود أو القرائن إلا إستثناء بوجود نص يقضي بغير ذلك بالنسبة للتصرفات التي تزيد قيمتها عن مئة ألف **100.000** **دج** حسب التعديل الجديد للقانون المدني ⁽³⁾ .

و يرجع ذلك إلى أن طبيعة هذه التصرفات باعتبارها عملا من أعمال الإرادة فإنه يتم إعدادها عن تدبر لذلك كان من الطبيعي أن تستلزم الكتابة في إثباتها كقاعدة عامة .

- و بالنسبة للقاعدة القانونية فإنها تستبعد من كونها محلا للإثبات ، لأنه يفترض علم القاضي بها ، حيث أن القاعدة موجودة فلا و لا ينازع فيها أحد ، ولا يكلف الخصم بإثباتها لكونها واجبة التطبيق ، و إنما يحاول

(1) - أنظر الدكتور : نبيل سعد إبراهيم " الإثبات في المواد المدنية و التجارية " ، منشأة المعارف ، 2000 ، الإسكندرية ص 48.

(2) - أنظر الدكتور : عادل حسن علي - المرجع السابق- ص 30.

(3) - إرجع لنص المادة 333 قانون مدني المعدلة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في : 20 يونيو 2005 .

المتقاضى دائما بواسطة محاميه إنارة القاضي بتقديم تفسير للنصوص القانونية وفقا لأراء الفقهاء و الإجتهاادات القضائية (1).

- هذه هي القاعدة العامة ، إلا أنه ترد عليها إستثناءات خاصة فيما يتعلق بإثبات العرف و العادات الإتفاقيه و كذلك بالنسبة للقانون الأجنبي و ذلك من حيث الوجود و المضمون .

أولا : العرف La coutume :

هو إضطراد الناس على متابعة سلوك معين و إستقرار الإيمان في نفوسهم بإلزامية هذا السلوك ، و القاعدة العرفية قاعدة قانونية جعلها المشرع مصدرا من مصادر القانون يلي التشريع ، والدور الذي يلعبه العرف يتفاوت بتفاوت فروع القانون ، ولذلك فالأصل أن العلم به مفترض من قبل المخاطبين به و من قبل القضاة من باب أولى ، فالقاضي يقضي فيه بعلمه و لا يطلب من الخصوم إثباته ، و يخضع في قضائه لرقابة محكمة النقض .

- هذا كله لا صعوبة فيه إذا كان العرف عاما ، لكن إذا كان العرف مهنيا أو محليا فإن الخصوم يعمدون عادة على معاونة القاضي في التثبت من وجود العرف و تحديد مضمونه ، ويكون أمر التثبت من قيام العرف متروكا لتقدير القاضي غير خاضع فيه لرقابة محكمة النقض ، و ذلك بعكس تفسير العرف و تطبيقه بعد ثبوت قيامه يخضع فيه لرقابة محكمة النقض (2).

ثانيا : العادة الإتفاقيه L'usage conventionnel :

إذا كانت القاعدة ناشئة عن عادة إتفاقيه لم تبلغ بعد مبلغ العرف ، ولا تستمد قوتها إلا من إتجاه المتعاقدين إليها صراحة أو ضمنا ، و من ثم فإن إثباتها يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بها ، ولا يجوز للقاضي أن يقضي في شأنها بعلمه الشخصي ، ويكون له في التحقق من ثبوتها سلطة مطلقة لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض (3).

و على ذلك فالقاضي يطبق العادة الإتفاقيه بإعتبارها مسألة موضوعية ثابتة إذا ما سلم الخصم بها ، أما إذا نازع الخصم فيها كان على من يتمسك بها أن يثبتها كأية واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق ، و محل الإثبات

(1) - أنظر الدكتور: محمدي فريدة زاوي " المدخل للعلوم القانونية " نظرية الحق ، les editions internationales 1997 ص 6 ة 6 .

(2) - أنظر الدكتور: نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق - ص 52 .

(3) - أنظر الدكتور: عبد الرزاق أحمد السنهوري " الوسيط " ، الجزء الثاني ، ص 51 .

هنا ليس هو تراضي الطرفين على وجوب الأخذ بها ، فهذا مستمد من جريان الناس عليها ، و لكن محل الإثبات هو وجود هذه العادة ، أي قيامها المادي و مضمونها ن وعلى القاضي أن يبين دليبه على قيامها و المصدر الذي إستقى منه ذلك ، و خاصة إذا نازع أحد الخصوم في وجود هذه العادة .

ثالثا : القانون الأجنبي Loi etrangere :

قد يكون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قانونا أجنبيا ، وذلك بمقتضى قواعد الإسناد ، و عادة ما يكون هذا القانون غير معروف في البلد المنظور فيه الدعوى .

-فالتصرفات التي تتم بين أشخاص من جنسية واحدة و في إقليم واحد تكون العلاقة وطنية بحثة في كل عناصرها وهي : الأشخاص و الموضوع و المكان الذي قامت فيه العلاقة⁽¹⁾.

- أما إذا كان أحد العناصر السالفة الذكر أجنبيا كأن يكون أحد الأشخاص أجنبيا أو أن محل العقد كان موجودا في الخارج ، مما يستلزم تدخل قواعد القانون الدولي الخاص لتبين ما هي المحكمة المختصة في النزاع ؟ هل هي المحكمة الوطنية أو المحكمة الأجنبية ؟ و ما هو القانون الواجب التطبيق ، القانون الوطني أم الأجنبي ؟ و بالتالي فلا يختلف إذا كانت القاعدة القانونية الواجبة التطبيق قاعدة قانون أجنبي تقتضي قواعد الإسناد بتطبيقها ، حيث أن القانون الأجنبي يأخذ حكم القانون الوطني ، ويصبح القاضي ملزم بتطبيق قواعد القانون الأجنبي .

- كما تحدد قواعد الإسناد متى يكون القانون الأجنبي مختصا و مثال ذلك نص المادة 11 من القانون المدني الجزائري أن كل من الزوجين يطبق عليه قانونه الوطني فيما يتعلق بالشروط الخاصة بصحة الزواج.

- أما فيما يتعلق بالحقوق العينية العقارية أو الحيازة ، أو حقوق الملكية فيسير عليها قانون موقع العقار ، أما بالنسبة للمنقول فيسري عليه قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول و قت تحقق السبب الذي ترتب عليه الكسب و ذلك طبقا للمادة 17 من التقنين المدني ، و بالتالي فإن قواعد الإسناد الخاصة بنظام الأشخاص فهي تسند إلى المعيار الشخصي ، فكل طرف يطبق عليه قانون وطنه ، أما القواعد الخاصة بالأحوال العينية (أي نظام الأموال) فهي تسند إلى قانون موقع المال ، بينما القواعد الخاصة بالوقائع و التصرفات القانونية فهي تسند إلى القانون المحلي⁽²⁾.

(1) - أنظر الدكتور : عز الدين عبد الله " القانون الدولي الخاص " ، دار النهضة العربية ، الطبعة السابعة ، 1974 ص 164.

(2) - أنظر الدكتور: علي علي سليمان "مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري " ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة ، 1991، ص 45

- و بالتالي فإنه يتعين على الخصم الذي يستند في دعواه إلى الرجوع للقانون الأجنبي أن يثبت ذلك القانون الذي يحمي حقوقه ، لأنه من المستحيل على القاضي أن يقف على محتوى كل القوانين الأجنبية التي تحيل إليها قواعد القانون الدولي الخاص .

- و دور القاضي هنا فعال حيث يمكنه أن يخرج عن حياده لبحث عن وجود القانون الأجنبي بالإتصال مع المصالح المعنية ، كما له أن يقدر قوة الدليل الذي يترتب على الوثائق المعروضة عليه على وجه الإثبات حسبما يراه هو ، وليس بما تقتضيه أحكام القانون الخاصة بمختلف طرق الإثبات ، فالقاضي يتمتع بحرية كاملة في حالة إثبات القانون الأجنبي بخلاف تصرفه عند فحص الإثبات في غير القانون الأجنبي ، وفي تقديره لطرق الإثبات في الأمور الأخرى⁽¹⁾.

المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات :

لقد سبق و أن رأينا أن محل الإثبات ينصب على الواقعة القانونية ، لكن ليس كل الوقائع القانونية تصلح لأن تكون محلا للإثبات ، و يرجع ذلك إلى أن الإثبات يتم في ساحة القضاء و هذا يتطلب أن يتوافر في الواقعة المراد إثباتها شروط محددة تمنع من تكديس القضايا و تساعد على سرعة الفصل في المنازعات ، فما هي هذه الشروط ؟ .

فستتناول في مبحثنا هذا خمسة شروط أساسية وهي :

- 1 - أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة .
- 2 - أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى .
- 3 - أن تكون الواقعة المراد إثباتها منتجة فيها .
- 4 - أن تكون الواقعة المراد إثباتها جائزة الإثبات قانونا .
- 5- أن تكون الواقعة المراد إثباتها متنازعا فيها .

- و نبدأ بتفصيل هذه الشروط الخمسة فيما يلي :

(1) - أنظر الدكتور : الغوثي بن ملحمة - مرجع سابق - ص 15.

أولاً : أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة Déterminé :

فلا بد أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة تحديدا كافيا حتى يمكن التحقق من أن الدليل الذي سيقدم أو يطرح للإثبات يتعلق بها لا غيرها و مثال ذلك : إذا كان محل الإثبات عقد ملكية لعقار ، فيجب أن يحدد هذا العقد موقع العقار ، مساحته ، أوصافه ، وحدوده و أصل الملكية و تحديد ثمن البيع... الخ ، كما أن الواقعة القانونية محل الأغشبات قد تكون واقعة إيجابية ، كتعهد شخص بالقيام بعمل معين أو عدم التصدير في الوفاء بالتزام معين ن وكلتا الواقعتين سواء كانت إيجابية أو سلبية يمكن قبولها للإثبات ما دامت هذه الواقعة المراد إثباتها محددة تحديدا كافيا⁽¹⁾ .

ثانيا : أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى Pertinent :

و يعني ذلك أن تكون متصلة بالحق المطالب به و متعلقة به ، حيث إذا إنصب الإثبات على الواقعة التي تكون مصدر الحق فلا شك أن تكون متعلقة بالحق المطالب ، مثال ذلك ، إثبات الإيجار للمطالبة بالأجرة .
- كما قد يتعذر على الخصم إثبات الواقعة الأصلية ، فيضطر إلى البحث عن واقعة أخرى بديلة عنها و التي يتيسر فيها الإثبات ، ففي هذه الحالة ، لا بد من إثبات الواقعة البديلة و التي تكون قريبة من الواقعة الأصلية أو متصلة بها إتصالا وثيقا يجعل الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به و هذا ما يعرف بالإثبات غير المباشر الذي يقوم على فكرة تحويل دليل من الواقعة الأصلية إذا تعذر إثباتها إلى واقعة بديلة الذي من شأنه أن يجعل إثبات الواقعة الأصلية قريب الاحتمال ، مثال ذلك ، أن يقدم المستأجر مخالصات الأجرة عن المدد السابقة على المدة التي يطالب بها المؤجر يهدف من ورائها إلى إثبات أنه يدفع الأجرة بانتظام دون إخلاله بالتزاماته ن وبالتالي فهذه الواقعة متصلة بالواقعة الأصلية و هي الوفاء بالأجرة عن المدد المطالب بها⁽²⁾ .

ثالثا : أن تكون الواقعة المراد إثباتها منتجة في الدعوى Concluant :

فالواقعة المنتجة في الدعوى هي التي يبنى عليها إقتناع القاضي و تساعد على الحكم في الدعوى و حل النزاع حلا نهائيا ، وبالتالي كل واقعة منتجة في الإثبات تكون حتما متعلقة بالدعوى .
-و غالبا ما يحصل الخلط بين الواقعة المتعلقة بالحق المطالب به ، وهي الواقعة الأصلية و الصفة المنتجة في الإثبات ، فكل واقعة متعلقة بالدعوى و بالتالي بالحق المطالب به لا تكون حتما منتجة في الإثبات و لكن كل واقعة منتجة في الإثبات تكون حتما متعلقة بالدعوى .

(1) - أنظر الدكتور : محمد يحي مطر - المرجع السابق- ص 79 و ما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : أنور سلطان - المرجع السابق- ص 18.

و مثال ذلك قد يرفع شخص دعوى بحق الملكية لعقار ، و لإثبات ذلك يتقدم بواقعة التقادم الطويل و المكسب كطريق لإكتساب حق الملكية ، بحيث يدعي أنه حاز العقار لمدة خمسة عشر سنة إستنادا إلى المادة 827 من القانون المدني ، فهذه الواقعة منتجة في الإثبات و هي واقعة أصلية متعلقة بالدعوى ، و أما إذا إدعى أنه حائز للعين فقط فهذه واقعة متعلقة بالدعوى و لكنها غير منتجة في الإثبات .

فقد تكون الواقعة متعلقة بالدعوى بدون أن تكون منتجة في الإثبات عندما توجد في الدعوى و قائع أخرى تعاكسها فتغير من إقتناع القاضي⁽¹⁾ .

رابعا: أن تكون الواقعة المراد إثباتها جائزة الإثبات قانونا **Admissible** :

فالقول بأن الإدعاء هو جائز الإثبات قانونا ، يحمل على أنه مقبول ، وهذا يتفق مع قبول إثباته من الناحية الشكلية .

- لكن جواز الإثبات قانونا يأخذ على معنى غير المعنى الذي يتعلق بالشكل ، و مفهومه أدق و ذو صبغة فنية بالنسبة لتكليفه ، ومعنى هذا أن القانون لا يعترض و لا يمنع من إقامة دليل معين على وجود واقعة معينة .
- و تكون الواقعة غير جائزة الإثبات قانونا في حالة ما يسقط القانون حق الخصم في إقامة الدليل على وجود الواقعة و ذلك لأسباب واضحة :

و منها السبب الذي يرجع إلى الصياغة الفنية ، كما هو الحال في الوقائع التي تصطدم مع قرينة قاطعة قررها القانون ، ومثاله : تبرئة ذمة المدين إذا سلم له طوعا الدائن السند الأصلي للمدين الذي يتمثل في العقد العربي (المادة 305 من القانون المدني) .

- وكذلك لا يجيز القانون إثبات الوقائع إذا كانت تصطدم بالنظام العام و الأداب العامة مثاله : تحريم دين المقامرة و الربا و بيع المخدرات و كل ما يتعلق بالمحافظة على " سر المهنة " .
و في بعض الأحيان قد تكون وقائع و إدعاءات غير قابلة للإثبات بحسب طبيعتها و يعترض سماعها القاضي لإستحالة إثباتها أصلا و مثاله : كمن يدعي أنه ابن لشخص أصغر منه أو يعادله سنا ، فمثل هذه الإدعاءات تعتبر من قبيل إنهاك و تعطيل السير الحسن للعدالة⁽²⁾ .

(1) - أنظر الدكتور : الغوثي بن ملحمة - المرجع السابق - ص 18 .

(2) - أنظر الدكتور : أحمد نشأت - المرجع السابق - الجزء الأول ، ص 35 .

خامسا : أن تكون الواقعة المراد إثباتها متنازعا فيها Conteste:

فهذا الشرط بديهي و فقهي لأن طبيعة الإثبات القضائي تقتضيه ن فالإثبات لا يكون إلا أمام القضاء ، و لا يرفع إلى القضاء إلا الوقائع المتنازع حولها بين الخصوم .

فإذا لم تكن الواقعة محل النزاع فليس هناك ما يدعو إلى رفعها إلى القضاء و بالتالي لا تكون هناك حاجة لإثباتها ، فإن رفعت الواقعة على القضاء و سلم بها المدعى عليه و أقر بها فلم تعد محلا للإثبات و لا تكون للمحكمة أن تناقش ثبوتها من عدمه ، ولكن يشترط في الإقرار أن يكون قاطعا و صريحا و شاملا و غير مخالف للنظام العام⁽¹⁾ .

كما أن الواقعة لا تكون محلا للإثبات إذا لم يكن ممكنا النزاع حولها ، فإن كانت ثابتة بحكم حائز لحجيته القضائية أو يحلف اليمين الحاسمة أو النكول عنها فلا يمكن أن تكون محلا للإثبات .

(1)-أنظر الدكتور أحمد أبو الوفا - المرجع السابق- ص 21.

المبحث الرابع : عبء الإثبات :

طبقاً لمبدأ حياد القاضي فإن الإثبات واجب على الخصوم كما هو حق لهم ، و الإثبات لا يكون واجبا على كل من الخصمين في نفس الوقت ، و إلا لألقى كل خصم هذا الواجب على عاتق خصمه و لما أمكن الفصل في أي نزاع .

و لذلك فإن الذي يجب عليه إثبات واقعة معينة هو أحد الخصمين دون الخصم الآخر ، ويبقى على الخصم الذي يقع عليه هذا الواجب أن يقوم بإثبات الواقعة المطلوب إثباتها ، و إلا حكم القاضي لمصلحة خصمه الذي لا يطلب منه إثبات أي شئ بصدده هذه الواقعة قبل أن يقوم الخصم الأول بواجبه في الإثبات ، و يترتب على ذلك أن مصير الحكم في الدعوى يتوقف على نجاح الخصم الذي يقع عليه واجب الإثبات في القيام بهذا الواجب .

و عندما يصير الإثبات واجبا يطلق عليه " عبء الإثبات " أي يصبح مهمة صعبة بالنسبة لمن يتحمله ، و يقوم عبء الإثبات على قواعد عامة تعمل على تحديد الطرف المكلف بعبء الإثبات سواء كان مدعياً أو مدعى عليه و بالتالي يوزع عبء الإثبات عملاً بين الخصمين في الدعوى حيث ينتقل من على عاتق أحد الطرفين إلى عاتق الطرف الآخر ، حتى يعجز أحدهما على إقامة الدليل على ما يدعيه فيخسر دعواه و يحكم للأخر . غير أنه و في حالات معينة يعفى أحد الخصوم من عبء الإثبات ، و بالتالي يقع عبء الإثبات على خصمه

*- السؤال الذي يطرح هنا : ما هي القواعد التي تحكم و تنظم عبء الإثبات ؟

و للإجابة عن هذا السؤال سنتطرق إلى النقاط التالية :

أولاً : التكاليف بعبء الإثبات و أهميته .

ثانياً : تبادل عبء الإثبات و الإعفاء منه .

المطلب الأول : التكلفة بعبء الإثبات و أهميته :

إن الإثبات أصلاً يقوم على إقامة المدعي الدليل على ما يدعيه بالبرهان و الحجة ، وبالمقابل يقوم المدعي عليه بدحض هذا الإدعاء بتقديم الدليل العكسي .

فالقاعدة العامة في الإثبات أن البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر ، وجاء نص المادة 323 من التقنين المدني واضح في هذا الشأن ، حيث تنص : «على الدائن إثبات الإلتزام و على المدين إثبات التخلص منه » حيث الذي يكلف بعبء الإثبات هو المدعي بذلك .

والمقصود بالمدعي هنا هو الطرف الذي يدعي أمراً ما أي المدعي بالواقعة المراد إثباتها سواء كان المدعي في الدعوى أو المدعى عليه أو حتى المتدخل أو المدخل في الخصام ن وسواء كان ما يدعيه هو طلب أصلي أو عارض أو دفع موضوعي أو دفع شكلي أو دفع من الدفع بعدم قبول الدعوى .

فالقاعدة في هذا الشأن أن على الدائن إثبات الإلتزام و على المدين إثبات التخلص منه (1) .

و مثال ذلك أن يدعي المدعي أنه دائن للمدعى عليه بمبلغ من المال فإن عبء إثبات الدين يقع على عاتق المدعي في الدعوى أي الدائن بأن يقدم عقد الدين ، وبالمقابل فإن عبء التخلص من الدين يقع على عاتق المدعى عليه أي المدين و ذلك بأن يدعي أنه تخلص من الدين عن طريق الوفاء بموجب سند إبراء الذمة فيصبح مدعياً بهذا الإدعاء .

و تفرعاً عن ذلك هناك حالات كثيرة يعتبر فيها القانون وضعاً معيناً هو الأصل فمن تمسك به لا يكلف بأي إثبات ، ويدعي خلافه يقع عليه عبء الإثبات ، فالأصل أن كل شخص أهلاً للتعاقد ما لم تسلب أهليته ، أو يجد منها بحكم القانون ، و الأصل كذلك سلامة العقد من العيوب فمن يدعي خلاف ذلك عليه إثباته .

و في الإجراءات الأصل فيها أنها روعيت من طرف من يباشر الخصومة ، وعلى من يدعي عدم صحتها إثبات ذلك ، و الأصل هو توافر حسن النية لأن حسن النية مفترض قانوناً و سوء النية هو الذي يحتاج إلى دليل و على من يدعي خلاف ذلك إثبات ما يدعيه .

و بالإضافة إلى الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً ، توجد أوضاع أخرى يفترض القانون وجودها وذلك عن طريق القرائن القانونية التي تعتبر وسيلة يلجأ إليها المشرع في حالات يصعب فيها على المدعي إقامة الدليل

(1) - أنظر الدكتور: عادل حسين علي - المرجع السابق- ص 42.

على ما يدعيه ، حيث يفترض ثبوت واقعة معينة بمجرد ثبوت واقعة أخرى ، فيعفى المدعي من إقامة الدليل على الواقعة التي يدعيها (1).

- لكن هنا لا بد من التفرقة بين ما إذا كانت القرينة القانونية قاطعة أم بسيطة .

*ففي الحالة الأولى: تقبل إثبات العكس كقوة الأمر المقضي به فهذا الحكم يعتبر قرينة قاطعة على صحة ما قضي به *أما في الحالة الثانية : كون القرينة القانونية بسيطة ، فيحوز إثبات عكسها بكافة الطرق الإثبات و مثاله ما نصت عليه المادة 499 من التقنين المدني على أن الوفاء بالأقساط اللاحقة من الإيجار يعد قرينة بسيطة على الوفاء بالأقساط السابقة للقسط المطالب به من طرف المؤجر ، فحسب هذه القرينة فإن المستأجر معفى من إثبات الوفاء بالأقساط السابقة للقسط المطالب به لأن الأصل فرضا هو الوفاء للأقساط السابقة .

غير أن هذه القرينة ليست قاطعة ن فيما كان المؤجر إثبات عدم وفاء المستأجر بدفع الأقساط السابقة بإقامة الدليل على ذلك ، فيصبح في موضع مخالف كما هو ثابت فرضا .

و عليه فإن لتحديد من يقع عليه عبء الإثبات من الخصوم أهمية كبرى من الناحية العملية ، لأنه يلقي على هذا الخصم عبءا ثقيلا يجعله في مركز دون مركز خصمه ، فالقاضي لا يستطيع أن يقر بأحقية الشخص في إدعائه إلا بعدما يقوم بتقديم الدليل الذي يوصل إلى إقتناعه ، و لذلك كان معرفة مع يقع عليه عبء الإثبات أهمية بالغة في تحديد من له أحقية في كسب النزاع ، فالذي يعجز عن تقديم الدليل المكلف به خسر دعواه (2).

و من خلال ما تقدم يمكن القول : أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي بالدفع سواء كان المدعي في الدعوى أو المدعى عليه ن كما أن المكلف بالإثبات هو كل من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا أو فرضا .

المطلب الثاني: تبادل محبي الإثبات و الإعفاء منه :

إن عبء الإثبات قد ينتقل من على عاتق أحد الطرفين إلى عاتق الطرف الآخر ، فإذا ما ادعى شخص أن له دينا في ذمة شخص آخر وجب عليه إثباته فإذا ما أثبتته و ادعى المدين الوفاء وجب عليه إثبات الوفاء .

(1) - أنظر المستشار : مصطفى مجدي هرجة - المرجع السابق - ، الجزء الأول ، ص 26.

(2) - أنظر الدكتور : توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص 21.

و قد ينتقل عبء الأثبات بين طرفي الدعوى أكثر من مرة ، حيث يتبادل الخصمان ذلك حتى يعجز أحدهما على إقامة الدليل على ما يدعيه ، فيفسر دعواه و يحكم للأخر (1).

و لا يمكن القول أن عبء الإثبات يثقل كاهل أحد الخصمين دون الخصم الآخر ، حيث لا يشترط فيمن يحكم لصالحه في الدعوى أن يكون قد قدم دليلاً قاطعاً على صدق دعواه ، لأن هذا ليس بالأمر المستطاع دوماً ، بل يكفي منه أن يقدم من الأدلة ما يفيد رجحان إدعائه و يوزع عبء الإثبات بين طرفي الدعوى و يكون هذا التوزيع إما بحكم الواقع و ذلك بمقتضى القرائن القضائية ، أو بحكم القانون و ذلك بمقتضى القرائن القانونية .

1- توزيع عبء الإثبات بحكم الواقع : حيث يقوم القاضي بنقل عبء الإثبات من خصم لأخر (2) ، تبعاً لما يستخلص كل منهما من قرائن يكون من شأنها أن تنقل عبء الإثبات على خصمه و مثال على ذلك : الوفاء بقسط متأخر من الأجرة يعد قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة لكنها قابلة لإثبات العكس ، فينقل القاضي عبء الإثبات على عاتق المؤجر لرفض هذه القرينة القضائية أو نفيها بالدليل العكسي .

فالظاهر من ذلك أن الإثبات بالقرائن القضائية هو عبارة عن إثبات غير مباشر ، حيث ينصب على واقعة متصلة بموضوع النزاع المعروف أمام القضاء فيؤدي ثبوتها إلى ترجيح ثبوت الواقعة المتنازع عليه ، و للقاضي السلطة الواسعة في إستخلاص هذه القرائن ، و من خلال هذه القرائن يقوم القاضي بنقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى و يتعين عليه أن يحترم القيمة التي يعطيها القانون لأدلة الإثبات، فلا يمكن أن يأخذ بالدليل الأدنى على الدليل الأعلى .

2- توزيع عبء الإثبات بحكم القانون : يتكفل القانون في بعض الحالات بتوزيع عبء الإثبات بين الخصمين وذلك بمقتضى القرائن القانونية ، مثال ذلك : مسؤولية حارس الحيوان عن الضرر الناشئ و عن الحيوان سواء كان في حيازته أو تسرب منه ، فحسب نص المادة 139 من القانون المدني على أنه : « إذا ثبت أن حارس الحيوان و لو لم يكن مالكا له فهو مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر » .

(1) - أنظر الدكتور : أحمد نشأت " رسالة الإثبات " - المرجع السابق - ص 83 .

(2) - أنظر الأستاذ : يحيى بكوش - المرجع السابق - ص 66 .

فهنا يقيم القانون قرينة على مسؤولية حارس الحيوان ما لم يثبت أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا بد له فيه ، حيث ينتقل ذلك العبء في الإثبات إلى خصمه فيكون عليه أن يثبت ان الحادث لم يكن بسبب أجنبي⁽¹⁾ و من خلال ذلك يتضح أن القانون يتكفل بتوزيع عبء الإثبات بين الخصمين بمقتضى القرائن القانونية ، فلا يطلب منهم المستحيل بل يكفي من يتحمل عبء الإثبات بأن يقنع بما لديه من أدلة ، غير أن هذه القرائن قابلة لإثبات العكس ، فيمكن دحضها بالإقرار أو باليمين أو بالشهود .

و من خلال ما تقدم يمكن القول أن عبء الإثبات يوزع عملا ما بين الخصمين فينتقل من على عاتق أحد الطرفين إلى الطرف الآخر ، حتى يعجز أحدهما على إقامة الدليل على ما يدعيه فيخسر دعواه و يحكم للأخر ، ويوزع القاضي عبء الإثبات بين طرفي الدعوى إما بحكم الواقع وذلك بمقتضى القرائن القضائية أو بحكم القانون وذلك بمقتضى القرائن القانونية .

3- الإعفاء من الإثبات : إن الأصل في عبء الإثبات أنه يوزع بين الخصوم ، حيث يقع على عاتق المدعي إثبات إدعائه و على المدعى عليه أن يدحض هذا الإدعاء بادلة تنفي وجوده ، إلا أنه في حالات معينة يعفى أحد الخصوم من عبء الإثبات و بالتالي يقع هذا العبء على خصمه .

فقد يعفى المدعي من الإثبات و ذلك بإعتبار الواقعة التي يدعيها ثابتة إذا إستند في إثباتها إلى ورقة في حياة خصمه ورفض الخصم تقديمها ، ويشترط أن تكون الحياة ثابتة⁽²⁾ ، فيلزم عندئذ الخصم بتقديم المستندات التي بحوزته فلا يحق له التمسك بالقاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز إلزام الشخص بتقديم دليل ضد نفسه و بالتالي يعفى المدعي من عبء الإثبات .

و قد يحصل المدعي على دليل من المدعى عليه و ذلك إما عن طريق إستجواب المدعى عليه و قد يؤدي ذلك إلى إقراره ، و إما أن يوجه إليه اليمين الحاسمة و قد ينكل المدعى عليه عن تأديتها فيعتبر بمثابة إقرارا منه بالحق المدعى به . كما يعفى أيضا المدعي من عبء الإثبات بواسطة القانون⁽³⁾ ، حيث يفترض القانون وقوع خطأ من المدعى عليه ، فيعفى المدعي من عبء إثبات الخطأ ، أما المدعى عليه فيقع عليه عبء إثبات التخلص منه و ذلك

(1) - " حيث أن المادة 138 قانون مدني تنص : تعتبر قرينة لصالح الضحية الذي ليست عليه إلا أن يثبت أنه أصيب بأضرار من الشيء ، وعملا بالفقرة 02 من نفس المادة له أن يثبت أن السبب يرجع إلى عمل الضحية ، أو عمل الغير أو حالة طارئة أو قوة قاهرة ، ومن ثم فهو الذي يجلب محضر التحقيق إذا رأى أنه يحقق عنه المسؤولية أو يعفيه منها ولا تكلف الضحية أو ذوي حقوقها مجلب ملف التحقيق ، أنظر القرار رقم 53009 الصادر بتاريخ : 1989/05/17 عن المحكمة العليا ، المنشور بالمجلة القضائية ، العدد 02 لسنة 1991 ، ص 23 .

(2) - أنظر الدكتور : أحمد نشأت - المرجع السابق - الجزء الأول ، ص 83.

(3) - أنظر الدكتور : عادل حسن علي - المرجع السابق - ص 45.

ينفي وقوع الخطأ منه و مثال ذلك ما نصت عليه المادة 136 من القانون المدني: « يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها ». وبالتالي فالمدعى عليه المتبوع مسؤولاً و لو لم يكن حراً في إختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته و في توجيهه أثناء العمل ، بسبب العمل ، ومن أجل العمل و بمناسبة العمل ، فيعفى المدعي المضروب من إثبات وقوع الخطأ ، أما المدعى عليه فعليه أن ينفي وقوع الخطأ منه بإثبات أن الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه أيضاً ما نصت عليه المادة 140 فقرة 02 من القانون المدني : " أن مالك البناء مسؤول عما يحدثه إتهام البناء من ضرر و لو كان إهداماً جزئياً ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيباً فيه " أي أن الحادث لا يرجع إلى ضرر من جراء إتهام البناء يعفى من إثبات وقوع خطأ ، أي أن من حصل له ضرر من جراء إتهام البناء يعفى من إثبات وقوع خطأ ، لأن الخطأ مفترض قانوناً بل على مالك البناء أن يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم البناء أو عيب فيه .

كما يعفى إقرار الخصم خصمه من إثبات الواقعة التي أقر بها ، فالقانون يكلف المدعي إقامة الدليل على دعواه إلا إذا سلم له خصمه بما أو بعضها فإنه يعفيه من إقامة الدليل على ما إعترف به خصمه ، ومثال ذلك إذا إعترف المدعى عليه أن العقار موضوع النزاع ملك وارث المدعي لكنه يدعي أنه تملكه بالتقادم ، فهذا إقرار يعفي المدعي من إثبات أن هذا العقار تملكه عن طريق الإرث .

و من خلال ما تقدم يستخلص أنه يعفى المتقاضى في بعض الحالات من عبء الإثبات لإعتبارات معينة كالإعفاء بموجب القانون أو الإقرار... الخ بموجبها لا يكلف الخصم بإثبات ما يدعيه فينتقل عبء الإثبات على عاتق خصمه و

قواعد الإثبات ليست من النظام العام :

إن قواعد الإثبات ليست من النظام العام وذلك راجع لكونها وضعت لحماية حقوق الخصوم فقط ، حيث يجوز للخصوم الإتفاق على مخالفة القواعد الخاصة بعبء الإثبات فيمكن للخصم الذي لم يكن مكلفاً في الأصل بتحمل عبء إثبات الواقعة المراد إثباتها أن يتطوع لإثباتها دون معارضة خصمه لذلك ، لكن إذا إتفق الخصمان صراحة على نقل عبء الإثبات للطرف غير المكلف به و استجابت المحكمة للطلب ، فليس له أن ينفي بعد ذلك أنه لم يكن مكلفاً قانوناً بالإثبات ، وعلى القاضي أن يستجيب لمثل هذا الإتفاق و في حالة قيامه برفض هذا التطوع بحجة أن الخصم غير مكلف بإثبات تلك الواقعة ، فيكون حكمه مشوباً بالقصور و يستوجب نقضه (1)

(1) - أنظر الدكتور : أحمد نشأت - المرجع السابق - الجزء الأول ، ص 88.

المبحث الخامس : طرق الإثبات في المواد المدنية :

لقد تعددت طرق ووسائل الإثبات و اختلفت بذلك التقسيمات التي تنظم قواعد و إجراءات الإثبات من عدة نواحي فمنهم :

- من يقسم طرق الإثبات من حيث دور القاضي في الإثبات إلى أدلة عادية أو أصلية و أخرى غير عادية أو إحتياطية ، حيث الأولى تتضمن : الكتابة ، البينة ، القرائن ، لأنها تعتبر وسائل يتحقق فيها معنى الدليل بإعتباره وسيلة لإقناع القاضي .

و الثانية تتضمن : الإقرار ، و اليمين و التي لا تعد من وسائل الإثبات الأصلية لأنها تكاد أن تعتبر صورا للفصل في النزاع قبل الحكم فيه .

و هناك من يقسمها من حيث قوتها في الإثبات إلى : أدلة مطلقة و أدلة مقيدة ، فالأولى : هي تلك التي تقبل الإثبات جميع الوقائع سواء كانت تصرفات قانونية أو وقائع مادية وهي : الكتابة و الإقرار و اليمين . أما الثانية " الأدلة المقيدة " : و هي البينة و القرائن فتقبل لإثبات الوقائع المادية دائما و لا تقبل لإثبات التصرفات القانونية في جميع الأحوال .

و هناك من يقسمها من حيث حجيتها : فتقسم إلى أدلة ملزمة للقاضي ، وهي الكتابة و الإقرار و اليمين و القرائن القانونية ، و أدلة غير ملزمة للقاضي وهي شهادة الشهود و القرائن القضائية .

و لدراستنا لهذا البحث إرتأينا أن نتطرق إلى طرق الإثبات الواردة في القانون المدني حسب ترتيبها مع تحديد قوة كل طريقة في الإثبات ، ومتى يمكن إستعمال كل منها ، ويكون ذلك حسب الترتيب التالي :

1- الكتابة .

2 - البينة أو شهادة الشهود .

3- القرائن .

4- الإقرار .

5- اليمين .

المطلب الأول : الكتابة :

إن بعض التصرفات القانونية ، تستلزم الكتابة كشرط أساسي لإنعقادها أي بإعتبار الكتابة ركنا شكليا من أركانها ، كما هو الحال في عقد الهبة أو عقد الرهن الرسمي ، أما الكتابة كوسيلة للإثبات فهي الدليل الأصلي بالنسبة لتلك التصرفات القانونية ، نظرا لأن هذه التصرفات هي الوقائع التي تسمح طبيعتها بتهيئة دليل إثباتها مقدما أي منذ نشوئها (1).

- حيث تعد الكتابة أهم و أقوى طرق الإثبات لما تمتاز به من قوة مطلقة ، تصلح لإثبات جميع الوقائع سواء كانت تصرفات قانونية أو وقائع مادية ، فموجبها يستطيع الخصوم إثبات حقوقهم مما يعود عليهم بفائدة عملية لكونها توفر لهم ضمانات ذات أهمية بالغة ، حيث تعد الوسيلة الأنجح لحماية حقوق الأطراف كونها أقل تعرض لتأثير عامل الزمن و لضعف ذاكرة الإنسان عكس وسائل الإثبات الأخرى كشهادة الشهود و اليمين و بالتالي تكون الكتابة دليلا كاملا لا يمكن الطعن فيه إلا عن طريق التزوير أو الإنكار ، أو الجهالة (2).

و كانت الكتابة في العصور القديمة و الوسطى تحتل درجة أدنى في الإثبات أو منعدمة تماما حيث كانت البيئة هي أسمى طرق الإثبات و يلجأ إليها الخصوم لإثبات حقوقهم رغم محدوديتها و تأثيرها بعوامل أخرى كالغش و الكذب .

ثم عرفت الكتابة تطورا في العهد الإسلامي حيث صارت وسيلة للإثبات خاصة في المعاملات فيما بين المسلمين ، وجاء قوله تعالى في كتابه العزيز : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَ لْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَ لْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ، وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلِئَ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ، وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ أَمْرَاتَانِ يَمِّنَ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْب الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَ أَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَ أَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَنْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ يُعَلِّمَكُمُ اللَّهُ وَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ 282 وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ ، وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ، وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ ، ءَاثِمٌ قَلْبُهُ ، وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ 283 (3) .

(1) - أنظر الدكتور : عادل حسن علي - المرجع السابق - ص 51.

(2) - أنظر الدكتور : محمد يحي مطر - المرجع السابق - ص 121.

(3) - سورة البقرة الآيات : 282 ، 283 .

-وفي العصر الحديث و مع التطور التكنولوجي الذي عرفه المجتمع الأوروبي من إختراع آلة الطباعة و إنتشار التعليم ، عرفت الكتابة منحى آخر في الإثبات حيث أصبحت الوسيلة الأصلاح لإثبات الحقوق بين الأطراف فصاروا يلجؤون إليها في كل تصرفاتهم و تعاملاتهم .

-وتصلح الكتابة لإثبات جميع الوقائع القانونية ، سواء كانت تصرفات قانونية محددة القيمة أو غير محددة القيمة و بصفة أقل الوقائع المادية التي تبنت بجميع طرق الإثبات ، حيث يمكن إثبات بعض الوقائع المادية عن طريق الكتابة كخيانة الأمانة ، و تختلف قوة الكتابة في الإثبات باختلاف المواد المراد إثباتها .

ففي المواد المدنية تعد الكتابة أسمى و أقوى طرق الإثبات حيث تثبت جميع التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن مئة ألف 100.000 دج ، أو غير محدودة القيمة بالكتابة كما سلف و ذكرنا ، ولا يمكن الطعن في الدليل الكتابي إلاّ عن طريق التزوير أو الإنكار أو الجهالة .

أمّا في المواد التجارية و نظرًا لما تمتاز به من مزايا ، الثقة و السرعة في التعامل ، يتم الإثبات بكافة طرق الإثبات مهما كانت قيمة المعاملة ، إلاّ أن المشرع ألزم في بعض الحالات إثبات تصرفات تجارية مهما كانت قيمتها عن طريق بالكتابة كإثبات وجود شركات تجارية .

أمّا في المواد الجزائية فإنّ الإثبات يتم بجميع طرق الإثبات⁽¹⁾ ، نظرا لكون المواد الجزائية تتعلق بوقائع مادية بحة كالقتل و السرقة ، لذلك ترك المشرع مجال إثباتها مفتوحا بكافة طرق الإثبات بما في ذلك الكتابة ، إلاّ أن بعض الأعمال المجرمة يتطلب فيها الكتابة مثل : التهديد (إرسال رسالة تهديد).

و الكتابة كأداة للإثبات حرّرت لحماية مصلحة أطراف العقد، وتنقسم المحرّرات التي تصلح أن تكون دليلا كتابيا إلى :

* محرّرات رسمية

* محرّرات عرفية

فكل من هذه المحرّرات لها صفات و مميزات سنتناولها بالدراسة في فرعين منفصلين :

الفرع الأول : المحرّرات الرسمية Acte authentique

أولا : تعريفها :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 ذوو الشأن ، ذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و إختصاصه .

(1) - أنظر المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية .

و من خلال نص هذه المادة يتضح لنا أن المحررات الرسمية هي عبارة عن أوراق يقوم بتحريرها موظف عام " كالمدير مثلا أو ضابط عمومي كالموثق أو شخص مكلف لخدمة عامة كالخبير "، يكون مختص بتحريرها من حيث نوعها و من حيث مكان تحريرها وذلك وفقا للقواعد المقررة قانونا يثبت فيها ما تلقاه من ذوي الشأن أو ما تم على يديه .

كما نصت المادة 30 فقرة 01 من التقنين التجاري أن :

"يثبت كل عقد تجاري :

1-سندات رسمية".

و بالتالي تصلح المحررات الرسمية لإثبات كافة المعاملات سواء كانت مدنية أو تجارية أو أحوال شخصية أو عمالية أو حتى المواد الجزائية لما تمتاز به من قوة في الإثبات لكونها تحمي مصلحة الخصوم ومعدة مقدما لإثبات تصرفاتهم القانونية و لا يمكن الطعن فيها إلا عن طريق التزوير .⁽¹⁾

ثانيا : شروط المحرر الرسمي : من التعريف المتقدم يبين أنه يلزم أو يشترطسمية توافر ثلاثة أركان لتكون الورقة رسمية وهي :

1/ أن تحرر بمعرفة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة :

و الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة ، هو كل شخص حملته الحكومة بعض أو جزء من مسؤوليتها ليقوم به نحو شعبها سواء كان ذلك بأجر أو بدون أجر و الأوراق التي يحررها الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عمومية تعتبر رسمية حتى ولو نقل أو عزل هذا الشخص ما لم يخطر بذلك ، و الأمر ليس قاصر على موظفي السلطة العامة أو الحاكمة بل كل هيئة أو جهة تابعة للحكومة يعتبر موظفوها أو مستخدموها موظفين عموميين ، كموظفي الجامعات و المكتبات العامة و البريد و المواصلات و أيضا كل مستخدم عام لو كان خارج عن الهيئة أو مستخدما باليومية .

أما المكلف بالخدمة العامة فهو في الأصل لا يأخذ حكم الموظف ، إلا إذا كان مكلفا بتأدية خدمة عمومية من قبل هيئة معترف بها من الحكومة فإنه يتخذ حكم الموظف أو المستخدم العام و من ثم تعتبر أوراق رسمية ، كالخبير المحلف المعين من طرف المحكمة .

(1)-أنظر: jean Carbonni Droi civil. 4 . les obligatons , Press universitaire de France 1979, P167:

و خلاصة ما تقدم أن موظفي الحكومة بالإجماع تعتبر أوراقهم رسمية فيما هو من إختصاصهم ، بل إذا فرض و كان الموظف المعين من قبل الحكومة غير مستوف لشروط تقلد وضعيته فإن ما يصدر منه من محررات تعتبر رسمية لأنه لا يستمد حق التحرير من قرار تعيينه (1).

2/ أن يكون الموظف مختصا بتحريرها من حيث نوعها و من حيث مكان وزمان تحريرها

أي أن هذا الإختصاص يجب أن يتوافر أولا بالنسبة لنوع المحرر فضابط الحالة المدنية يحرر عقود الزواج ، والموثقون يحررون سائر العقود الرسمية الأخرى و من ثم لا يستطيع ضابط أن يوثق المحرر أو طبيب أن يعقد العقود .
يجب كذلك أن يتوافر الإختصاص من حيث المكان ، فلا يصح للموثق أن يحرر عقدا أو يصادق عليه في جهة أخرى غير الجهة التي يعمل فيها هو رسميا و التي يتحدد نطاق عمله الوظيفي بها ، ذلك أن كل عمل يؤديه الموظف العمومي خارج دائرة إختصاصه لا يعتبر رسميا فيصبح حكم الموظف العمومي هنا حكم الشخص العادي .
و كذلك من حيث الإختصاص الزماني فللموظف العام أو الشخص المكلف بكتابة محرر ولاية زمانية لا بد أن يلتزم فيها بتحرير و توثيق المحررات ، لكن إذا إنقضت ولايته يعد المحرر باطلا لأنه لا ولاية لمن إنقضت ولايته بالعزل أو النقل أو الوقف أو عدم صلاحية التوقيع .

3/ أن يكون التحرير حسب القواعد المقررة قانونا :

يخضع كل محرر رسمي أثناء تحريره لشروط و قواعد تنص عليها القوانين و اللوائح الخاصة بتلك المصلحة ، فالمحررات الرسمية التي يحررها الموثق وفقا لقانون التوثيق يشترط أن تكون مكتوبة باللغة العربية و تشمل البيانات اللازمة كإسم و لقب الموثق و عنوان مكتب و تحديد هوية الأطراف و الشهود .

و تحديد موضوع العقد و ذكر تاريخ تحريره بالإضافة إلى توقيع الأطراف و الشهود و الموثق على المحرر (2).
و يشترط كذلك أن يكون هذا المحرر مسجل و مشهر و إلا أعتبر باطلا ، وبالتالي إذا إحتل شرط من الشروط الواجب توافرها لصحة المحرر الرسمي فإنه لا يكتسب هذه الصفة و يكون باطلا بصفته محرر رسمي ، و إنما تكون له قيمة المحرر العرفي بشرط أن يكون محتويا على توقيع جميع الأطراف ذوي الشأن .

(1) - أنظر الأستاذ : محمد أحمد عابدين " قوة الورقة الرسمية و العرفية في الإثبات " منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص 09

(2) - أنظر الدكتور : عادل حسن علي - المرجع السابق - ص 59 و ما يليها ، وأنظر نص المادة 18 من القانون المتضمن تنظيم التوثيق .

ما قيمة الورقة الرسمية الباطلة ؟

إن تخلف شرط من الشروط الثلاثة السالفة الذكر و اللائمة لوجود المحرر الرسمي يؤدي حتما إلى بطلان المحرر الرسمي ، وبالتالي فإن صدور الورقة الرسمية من غير موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة أو من موظف عام غير مختص من حيث الزمان و المكان .

أو يكون فقد صلاحية التوقيع ن او لم تراعى في المحرر الأوضاع و الإجراءات المقررة في القانون كعدم ذكر إسم الموثق أو أطراف العقد و الشهود و توقيعاتهم يؤدي تخلفها إلى فقدان المحرر صفته الرسمية .

إلا أن فقدان المحرر صفته الرسمية لا يجرده من كل قيمته في الإثبات ن حيث يعتبر هذا المحرر ورقة عرفية متى إستوفى شروط الورقة العرفية أي متى كان ذوي الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو بصمات أصابعهم⁽¹⁾ و ذلك طبقا للمادة 326 مكرر 02 .

كما أن بعض العقود أو التصرفات القانونية تشترط الرسمية لإنعقادها و بالتالي فإن تخلفها يؤدي إلى بطلان المحرر و تجرده من كل قيمة قانونية ، كعقد الهبة⁽²⁾ أو الرهن مثلا⁽³⁾ .

ثالثا : حجية المحررات الرسمية في الإثبات :

و تعد المحررات الرسمية أقوى و أهم طرق الإثبات لما تحتويه من حماية قانونية لحقوق الأطراف مما يجعلها حجة على الكافة ، أي حجة على طرفي العقد من جهة و حجة على الغير من جهة أخرى بالإضافة إلى حجية صور المحررات الرسمية .

1-حجية المحررات الرسمية بالنسبة للطرفين :

تعتبر البيانات المدونة في العقد الرسمي حجة قاطعة على حصول التعاقد الثابت فيه فلا يستطيع أحد الطرفين أن ينكر شئ مما ورد في العقد من بيانات قام الموثق بتدوينها⁽⁴⁾

و يبقى الأصل أن المحرر أو العقد الرسمي صحيح خال من أي عيب إلى أن يقيم أحد طرفي العقد الدليل العكسي بوجود قصور في ذلك العقد الرسمي مثلا : كإثبات وجود عارض من عوارض الأهلية في شخص المتعاقد ما يؤدي إلى إبطال العقد .

(1) - أنظر الدكتور : محمد حسن منصور - المرجع السابق- ص 63.

(2) - راجع المادة 206 من قانون الأسرة .

(3) - راجع نص المادة 883 من القانون المدني بالنسبة للرهن الرسمي في المواد المدنية .

(4) - أنظر الدكتور : أحمد نشأت - المرجع السابق- الجزء الأول ، ص 222.

أو قد يدعي أحد الأطراف أن المحرر الرسمي المعد للإثبات مزور ، حيث يقوم بالإجراءات القانونية و ذلك بتقديم شكوى يبين فيها موضع التزوير ، ثم توضع لدى كتابة الضبط لدى وكيل الجمهورية و الذي يحيل الملف إلى قاضي التحقيق للقيام بالتحقيق و سماع الأطراف و الموثق و الشهود و يمكن أن يستعين بخبير لمضاهاة الخطوط ، وإذا تبين من مجريات التحقيق أن التزوير ثابت في المحرر ، يحيل قاضي التحقيق الملف على السيد وكيل الجمهورية و الذي بدوره يحيل الملف للمحكمة للفصل في هذا الإدعاء⁽¹⁾ .

2- حجية المحررات الرسمية بالنسبة للغير :

يعتبر كذلك المحرر الرسمي حجة على الكافة ، حيث لا تقتصر حجته على الأطراف فقط بل تتعدى إلى الغير ، و المقصود بالغير هنا من لم يكن طرفا في العقد أثناء إنعقاده لكن تلحقه الآثار المترتبة عن ذلك العقد كالوارث مثلا ، فلا يستطيع الغير أن ينكر ما ورد في المحرر من بيانات لحقتها الصفة الرسمية إلاّ عن طريق الطعن بالتزوير ، أو القيام بإثبات العكس و ذلك بإقامة الدليل العكسي كما سلف ذكره ، و يحق للغير إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات⁽²⁾ .

3- حجية صور المحررات الرسمية :

إن أصل المحررات الرسمية هي التي تحمل توقيعات الأطراف و الشهود و توقيع الموثق و التي تحفظ في مكاتب التوثيق بعد القيام بعمليات التسجيل لدى مكاتب التسجيل و الطابع ، و يعطي الموثق لذوي الشأن صورة تنقل عن الأصل لا تحمل توقيعات إلاّ توقيع وختم الموثق .

و للأصل حجية أقوى و أهم من حجية الصولر ، لما تحتويه من بيانات مدونة فيه و تنقسم حجية الصور إلى حالتين : حالة إذا كان أصل المحرر الرسمي موجودا ، و حالة إذا كان الأصل غير موجود .

الحالة الأولى : حجية صورة المحرر الرسمي إذا كان الأصل موجودا :

تنص المادة 325 من القانون المدني : « 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 ينادى في ذلك أحد الطرفين فإن وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على

الأصل .»

(1) - أنظر القرار الصادر عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، ملف رقم 234567 بتاريخ : 2000/02/23 المنشور في المجلة القضائية العدد الأول لسنة 2000 ص 92 و ما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : عباس العبودي " شرح أحكام قانون الإثبات " دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الثانية ، 1999 ص 581 و ما يليها .

فمن خلال هذه المادة ، إذا كان أصل المحرر الرسمي موجوداً فإن صرته الرسمية المأخوذة من الأصل تكون لها حجية في الإثبات بشرط أن تكون مطابقة للأصل .

أمّا إذا نازع أحد الطرفين في هذه المطابقة ، يحق للمحكمة أن تأمر بإحضار الأصل الذي يحتوي على توقيعات الأطراف و الشهود و الموثق (1) .

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

فإذا لم يوجد أصل المحرر الرسمي كان ضاع أو هلك، فإن المشرع يفرق بين ثلاثة أنواع من صور المحررات الرسمية

1- الصورة الرسمية الأصلية : هي الصور التي 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 الصور الأصلية : هي الصورة ليست المأخوذة من الأصل بل مأخوذة من الصور الأصلية الرسمية ، فلها نفس حجية الصورة الرسمية 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- أمّا الصورة الرسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية : فلا تكون لها أي حجية في الإثبات و لا يعتد بها إلاّ على سبيل الإستئناس .

*هل يعتبر المحرر الرسمي من النظام العام ؟

نظرا لما تتمتاز به المحررات الرسمية من قوة في غثبات التصرفات القانونية و ما تحميه من حقوق فإننا نرى أنّها مرتبطة بمفهوم النظام العام إرتباطا وثيقا ، فلا يجوز الإتفاق على إثبات عدم صحة البيانات المدونة فيها بطرق الإثبات الأخرى لكونها مرتبطة بحقوق الأفراد و تحمي حقوق الأسرة ، كما تحمي أيضا حقوق المجتمع و الدولة .

الفرع الثاني : المحررات العرفية L'acte sous seing privé

تعريفها : تنص المادة 326 مكرر 02 : « يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو إنعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف . »

(1) - أنظر الدكتور : محمد يحي مطر - المرجع السابق - ص 152 و ما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص 68 و ما يليها .

- ومن خلال هذا النص يمكن القول : أن المحرر العرفي هو كل عقد غير رسمي لم يتدخل في تحريره موظف عام بحكم وظيفته ، او يحرره موظف بصفته الشخصية كشخص عادي يُطلب منه تحرير العقد ، ولا يشترط شكل معيّن في إعداده بل يشترط لصحة تحرير العقد العرفي هو " الكتابة " مع توقيع ذوي الشأن .⁽¹⁾
- فإذا كان العقد تبادليا كالبيع أو الإيجار أو الشركة وجب أن يوقعه أطراف العقد ، أما إذا كان تصرفا فرديا كالإقرار بالدين يكفي توقيع الطرف الملزم بالدين ، بالإضافة إلى ذلك ، إن بعض المحررات العرفية تكون لها قيمة في الإثبات بدون توقيع كالدفاتر التجارية و التأشير على السند بما يستفاد من براءة المدين .
- وتنقسم المحررات العرفية إلى نوعان : منها محرر عرفي معد للإثبات أصلا حيث يعتبر دليلا كاملا و مهياً للإثبات ، وهناك من المحررات غير معدة للإثبات كالبرقيات و الرسائل ودفاتر التجار .

أولا / المحررات العرفية المعدة للإثبات :

- 1- شروطها :** لا يشترط في المحررات العرفية المعدة للإثبات إلا شرط وحيد وهو أن تكون مكتوبة و موقعة من طرف ذوي الشأن حتى تكون حجة عليهم⁽²⁾ وبالتالي لا يشترط لصحتها أن تكون محررة وفق شكل معيّن أو محررة من طرف موظف عام كالعقد الرسمي وهي تحرر حسب العرف لذا سميت بالمحررات العرفية .
- كما لا يشترط في المحرر العرفي أن يكون مؤرخ إلا في حالات معينة ، كسند القرض العادي ، لكن من المستحسن أن تكون المحررات العرفية ثابتة التاريخ حتى تكون حجة على الغير .
- و لا يشترط أن يكون المحرر العرفي مكتوب باليد أو بالآلة الكاتبة أو بالطباعة أو بأي طريقة أخرى أو مكتوب باللغة الوطنية أو الأجنبية⁽³⁾، حيث يشترط فقط في كل ذلك أن تكون المحررات العرفية قد وقعها الشخص المنسوبة إليه فهذا هو الشرط الجوهرى في المحررات العرفية المعدة للإثبات ، فالتوقيع هو الذي يعطي المحرر حجته في الإثبات .
- أما إذا سلم المدين ورقة على بياض تحتوي فقط على توقيعيه إلى دائنه ليدون فيها ما يتم الإتفاق عليه بينهما ، فعندما يكتب ما أنفق عليه في البياض الذي فوق التوقيع تصبح قيمتها كأي ورقة عرفية أخرى كتبت ثم وقعت و لها حجية الورقة العرفية المعدة للإثبات.⁽⁴⁾

(1) - أنظر : jean Carbonnier , op cit , p 163

(2) - أنظر الدكتور : سليمان مرقس - المرجع السابق - الجزء الأول ، ص 192.

(3) - أنظر الدكتور : محمد وحيد الدين سوار " النظرية العامة للإلتزام" الجزء الأول ، مصادر الإلتزام ، منشورات جامعة دمشق ، 1996 ، ص 214.

(4) - أنظر الدكتور : محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص 83.

أما إذا دون الدائن بيانات مخالفة للبيانات المتفق عليها فبإمكان المدين إثبات ذلك وفقا للقواعد العامة للإثبات ، أي إثبات ما يخالف ما كتب في الورقة بالكتابة ، حيث لا يمكن الإثبات بشهادة الشهود ، أو القرائن إلا إذا كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة .

فإذا تمكن المدين من إثبات ذلك أعتبر الدائن مرتكبا لجرمة خيانة الأمانة و بإمكان الغير حسن النية الذي تعاقده مع الدائن خائن الأمانة بناء على ما كتب فيها من بيانات مزورة التمسك بحجية الورقة إلى المدين الذي ليس له إلا الرجوع على الدائن الذي خان الأمانة (1).

و ما يلاحظ في التعاملات التجارية في الجزائر ، أن التجار بما فيها الشركات التجارية الخاصة و الشركات الوطنية يتعاملون بالشيك على بياض يحتوي فقط على إمضاء الساحب ، مع العلم أنه مجرم قانونا لكون الشيك يعد أداة وفاء و ليس أداة إئتمان ، يحتوي على بيانات إلزامية كالتوقيع و مبلغ الشيك و إسم المستفيد ، فإذا تخلفت إحدى البيانات الإلزامية يعد الشيك باطلاً.

*جزء الإخلال بمبدأ التوقيع على المحرر العرفي :

يشترط في المحررات العرفية أن تكون موقع عليها من الشخص المنسوبة إليه و إلا كانت باطلة ، فإذا كانت الورقة تحتوي على إتفاق ملزم للجانبين يشترط توقيع الطرفين و إلا كانت الورقة باطلة ، أما إذا كانت الورقة العرفية منشأة للإلتزام من جانب واحد ، كالإقرار بالدين يكفي أن يشتمل على توقيع المدين المقر دون الدائن ، فإذا تخلف توقيع المقر يؤدي حتماً إلى فقدان الورقة لقيمتها (2).

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

2- حجية المحررات العرفية في الإثبات :

* للمحررات العرفية حجية في الإثبات و ذلك بالنظر لها من ثلاث نواحي:

- حجية المحرر العرفي بصدوره ممن وقعته .
- حجية بصدق البيانات المدونة لــــه .
- حجية بالنسبة للتاريخ المدون لــــه .

(1) - أنظر الدكتور : عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 592.

(2) - أنظر الأستاذ يحي بكوش - المرجع السابق-ص 134 و ما يليها .

أ / حجية المحرر العرفي بصدوره ممن وقعه : حيث تنص المادة 327 :

« يعتبر العقد العرفي صادرًا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خطأ و إمضاءً أمّا ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يخلفوا يمينًا بأنهم لا يعلمون أن الخطأ أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق »

فطبقًا لنص هذه المادة فإن إقرار صاحب التوقيع بصدور الورقة منه كان للعقد العرفي قوة في الإثبات بالنسبة للطرفين و حجية المحرر العرفي تتوقف على عدم إنكار موقعه لما هو منسوب إليه ، لأن إنكاره يؤدي إلى فقدان المحرر لحجيته مؤقتًا ، ويشترط أن يكون الإنكار صريحًا ، ويصبح على المحتج بالورقة عبء إثبات صدورها من صاحب التوقيع كأن يطلب إحالة الورقة على التحقيق .

- أمّا إذا تمسك المحتج بالورقة العرفية ، بعد وفاة صاحب التوقيع على ورثته أو خلفه ، فهؤلاء لا يطلب منهم إنكارًا صريحًا لإسقاط حجية الورقة العرفية ، بل يكفي أن يخلفوا يمينًا بأنه لا علم لهم بأن الخطأ و الإمضاء هو لمورثهم لكونهم لا يعلمون شيئًا عن الورقة العرفية .

ب / حجية البيانات المدونة في المحرر العرفي :

يكون للمحرر العرفي حجية كاملة في الإثبات ما لم ينكر أحد الطرفين صدور المحرر عنه و بالتالي تعتبر البيانات المدونة فيه صحيحة إلى أن يثبت 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 .

كما يمكن لصاحب التوقيع أن يثبت في مواجهة الأطراف الأخرى أن العقد المبرم بينهم 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 إلا إذا طعن في البيانات المدونة بها بالتزوير أو بصورية العقد

ج / حجية المحرر العرفي بالنسبة للتاريخ المدون له :

للمحرر العرفي حجية في مواجهة الطرفين لما يحتويه من بيانات مدونة فيه ، لما في ذلك البيان المتعلق بتاريخ المحرر الكتابة حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح و لا يثبت ذلك إلا بالكتابة .

أمّا بالنسبة للغير فلا يعتبر المحرر العرفي حجة عليه في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ، ويكون تاريخ المحرر الثابت حسب نص المادة 328 إبتداءً من :

- يوم تسجيله لدى مصلحة تسجيل العقود مقابل دفع الرسم المقرر قانونا .

- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام و يقصد بذلك من يوم ذكر مضمون عقد غير ثابت التاريخ في عقد حرره موظف عام يكون تاريخه ثابت .
 - من يوم التأشير على الورقة العرفية من طرف ضابط عام مختص .
 - من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء .⁽¹⁾
- أما فيما يخص صدور المحررات العرفية فلا حجية لها في الإثبات و ذلك راجع لكون المحررات العرفية تستمد قوتها من توقيعات المتعاقدين ، لذلك فلا قيمة لهذه الصور كدليل كتابي ، بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى صور المحررات العرفية في الإثبات مما يعني إستبعادها في الإثبات .

ثانيا / المحررات العرفية غير المعدة للإثبات :

- توجد بعض المحررات العرفية و لو لم تعد أصلا للإثبات إلا أن القانون يعطيها قوة في الإثبات وفقا لشروط خاصة و لا يشترط أن تكون الموقع عليها ، وحددها المشرع في التقنين المدني في أربعة أنواع :
- 1- الرسائل و البرقيات .
 - 2- الدفاتر التجارية.
 - 3- الدفاتر و الأوراق المنزلية.
 - 4- التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين .
- و سنأتي بتفصيلها كالتالي :

1- الرسائل و البرقيات :

- تنص المادة 329 من القانون المدني : « تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات . وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقع عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » .
- فبمقتضى هذه المادة أعطى المشرع الجزائري للرسائل الموقع عليها حجية المحرر العرفي في الإثبات⁽²⁾ نظرا لما تمتاز به من أهمية في المواد المدنية و التجارية ، فتكون حجة على من أرسلها بصحة ما دون فيها إلى أن تثبت العكس

⁽¹⁾ - هذا ما يراه كذلك إجتهد المحكمة العليا ، قرار رقم 99699 الصادر بتاريخ 1993/07/25 ، غرفة إدارية ، المجلة القضائية ، العدد 02 السنة 1994 ، ص 212.

⁽²⁾ - أنظر الدكتور : الغوثي بن ملحمة - المرجع السابق - ص 56.

بطرق الإثبات المحددة قانوناً ، أما إذا كانت الرسائل غير موقعة فلا حجية لها ، إلا باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة بشرط أن تكون محررة من طرف المرسل ، كما يحق للمرسل إليه أن يحتج بها على مرسلها بالطرق المقررة قانوناً .

كما إعتبر المشرع البرقيات كالرسائل لها قيمة المحرر العرفي في الإثبات بشرط أن يكون أصلها الموقع عليه محتفظ به بمكتب التصدير .

2- الدفاتر التجارية :

يلزم القانون التجاري التجار بمسك دفاتر معينة ، وهي دفتر اليومية ، ودفتر الجرد ، ودفتر المراسلات ، فإذا رقت ووقعت من طرف المحكمة تصبح ملزمة لصاحبها ، أما الدفاتر التجارية الأخرى فتأخذ كمبدأ إثبات بالكتابة ، حيث يقيدون فيها أعمالهم التجارية فتكون لها حجية في الإثبات .

فقد تكون حجية الدفاتر التجارية لمصلحة التاجر و ذلك خروجا على الأصل أنه لا يجوز للشخص أن ينشئ دليلا لنفسه بنفسه بشرط أن تكون منتظمة و يكون النزاع بين تاجرين و متعلقة بعمل تجاري .

كما قد تكون هذه الدفاتر حجة للتاجر على غير التاجر وذلك فيما يورده لعملائه غير التجار ، و أن يكون محل النزاع فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود ، لكنها لا تعتبر دليلا كاملا لذلك يتعين على القاضي أن يكمل دلالتها بتوجيه اليمين المتممة⁽¹⁾ .

وقد تكون دفاتر التاجر حجة عليه لأن التاجر قام بتدوينها بنفسه ، وبعد ذلك بمثابة إقرار صادر منه إذا تمسك الخصم بما ورد فيها من بيانات ، لذلك طبق عليها حكم الإقرار بالنسبة لعدم جواز تجزئة الدفتر عند إستخلاص الدليل⁽²⁾ .

3-الدفاتر و الأوراق المنزلية :

يقصد بها ما يدونه الشخص في مذكراته خاصة فيما يتعلق بشؤونه المنزلية حيث يدون فيها كل العمليات الخاصة به يوميا ، فيذكر فيها مدخولاته و مصاريفه و مشترياته يتين..... الخ و لا يتطلب فيها شكل معين أو مراعاة أوضاع معينة ، كما لا يلزم القانون بإمسакها ، و الأصل أن الدفاتر و الأوراق المنزلية لا تعد حجة على صاحبها في الإثبات إلا في حالتين إستثنائيتين :

(1) - أنظر نص المادة 330 من القانون المدني .

* الحالة الأولى : إذا ذكر صاحب هذه الدفاتر أنه إستوفى ديناً و يعد ذلك بمثابة إقرار منه

* الحالة الثانية : إذا ذكر صاحب هذه الأوراق أنه قصد بها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حق لمصحته (1).

إلا أن حجية الدفاتر و الأوراق المنزلية قابلة لإثبات العكس بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة و القرائن

4-التأشير على سند الدين بما فيه براءة ذمة المدين :

قد يكون السند المشر عليه براءة ذمة المدين في حيازة الدائن و بالتالي تكون حجة على الدائن ، كما قد يكون السند

المؤشر عليه براءة ذمة المدين في حيازة المدين و بالتالي لا يكون التأشير حجة على الدائن إلا إذا كان بخط يده (2).

إلا أنه في كلتا الحالتين تكون حجيته قابلة لإثبات العكس .

المطلب الثاني : البينة أو شهادة الشهود Temoins :

* أولاً / تعريفها و أنواعها :

المقصود بالبينة بالمعنى الواسع هي كل ما يبين الحق و يظهره ، وهي الدليل أيًا كان كتابة ، قرائن ، شهادة

الشهود فالبينة على من إدعى و اليمين على من أنكر .

أمّا البينة بالمعنى الخاص فهي شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة ، فقد كانت الشهادة في الماضي هي البينة

الغالبة ، وكانت البينات الأخرى من الندره بمكان ، فإنصرف لفظ البينة إلى الشهادة دون غيرها (3) و لكن مع التقدم

التكنولوجي تدنت قيمتها في الإثبات و أصبحت الكتابة أقوى و أهم طرق الإثبات ، ومع ذلك ما زالت الشهادة تحتل

مكانة هامة في إثبات بعض الأمور خاصة في المواد التجارية و الجزائية و المدنية .

و المقصود بشهادة الشهود ، قيام شخص من غير أطراف الخصومة بإبداء أو بتصريح عن حدوث واقعة ما ،

لا علاقة له بما أمام القضاء و يترتب عليها حق لغيره .

-وشهادة الشهود إما أن تكون مباشرة حيث يقوم الشاهد بإخبار عن ما وقع تحت بصره أو سمعه كأن يشهد

عن جريمة قتل كان حاضرا عند وقوعها ، أو يشهد عن تعاقد كان حاضرا في مجلس العقد .

و إما أن تكون شهادة الشهود غير مباشرة ولها ثلاث صور :

(1) - راجع نص المادة 331 من القانون المدني .

(2) - راجع نص المادة 332 من القانون المدني .

(3) - أنظر الدكتور : عبد الحكم فودة " الشهادة في المواد المدنية و التجارية و الشرعية " دار الفكر و القانون ، 2006 ، ص 08.

1- فقد تكون الشهادة سماعية وفيها يشهد الشاهد بما سمع رواية عن غيره فهي إذن شهادة على شهادة
 2- وقد تكون الشهادة بالتسامح و من خلالها يشهد الشاهد بما هو شائع بين الناس أي يشهد بما يتسامعه الناس
 عن الواقعة و ما شاع بينهم في شأنها و بالتالي فهي غير قابلة للتحري و لا يتحمل الشاهد أي مسؤولية عما يشهد به .
 3- كما تكون الشهادة بالشهرة العامة وهي ليست شهادة بالمعنى الصحيح وهي عبارة عن ورقة مكتوبة محررة من
 طرف موظف عام تدون فيها وقائع معينة ، ويشهد بها شهود معينون يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة ومثال
 ذلك: عقد لفييف الزواج وهو عبارة عن تصريح من شهود عن معرفتهم عن وقوع الزواج بين زوجين متوفيان .⁽¹⁾
 و الإثبات بشهادة الشهود يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ، حيث يقوم القاضي بتقدير أقوال الشهود و
 إستخلاص الواقع منها و لا يخضع في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا ، بالإضافة إلى ذلك يمكن للقاضي ترجيح شهادة
 شاهد على آخر عند إطمئنانه بشهادته وهو غير ملزم بتسيب الترجيح⁽²⁾، كأن يكون راشداً و عاقلاً ، وليس محل شبهة
 و لا سوابق.

إلا أن شهادة الشهود لها عيوب كثيرة فقد يشهد الإنسان زوراً محاباةً أو مرتشياً أو لمجرد كراهيته بينه و بين من
 يشهد ضده ، كما قد يشهد بغير حق بسبب خطأ أو نسيان ن كما قد يموت أو يهاجر الشاهد فيصعب إثبات الواقعة
 المراد إثباتها⁽³⁾.

*ثانياً / الحالات التي لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود :

تنص المادة 333 فقرة 01 من القانون المدني : « في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته
 على مئة دينار (100.000 دج) أو كان غير محدد القيمة ، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو إنقضائه ما لم
 يوجد نص يقضي بغير ذلك »

يتبين من هذه المادة أنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود في حالتين :

الأولى : إذا كانت قيمة التصرف القانوني تزيد عن مئة دينار (100.000 دج) أو غير محدد القيمة كقاعدة عامة

الثانية : عدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة إلا بالكتابة .

(1) - أنظر الدكتور : عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 631 و ما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : محمد يحي مطر - المرجع السابق - ص 212.

(3) - أنظر الدكتور : أحمد نشأت - المرجع السابق - الجزء الأول ، ص 532 و ما يليها .

* ففي الحالة الأولى : عدم جواز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن مئة ألف (100.000 دج) أو غير محددة القيمة ، فيقصد بالتصرفات القانونية هي كل تعبير عن الإرادة الذي يرتب أثر قانوني معين ، فقد يكون تبادلياً مثلاً : كالبيع أو صادر عن إرادة منفردة كالوعد بالجائزة ، ويشترط أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً ولقد حدد المشرع قيمة التصرف الذي بموجبه لا يجوز إثبات التصرف القانوني بشهادة الشهود فحدده بقيمة مئة ألف (100.000 دج) فأكثر ، أو يكون التصرف القانوني غير محدد القيمة فيستوجب القانون إثباته بالكتابة ، والعبارة من تحديد قيمة الإلتزام وق صدور التصرف ، فإذا زادت قيمته وقت صدوره عن مئة ألف دينار (مئة ألف دينار جزائري) أصبح من الواجب إثباته بالكتابة ، أما إذا كانت قيمة التصرف لا تتجاوز هذا الحد وقت صدور التصرف جاز إثباته بشهادة الشهود حتى ولو زادت قيمته وقت رفع الدعوى (1).

ويقتصر نطاق تطبيق هذه القاعدة على التصرفات القانونية دون الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود ، بالإضافة إلى ذلك يقتصر على التصرفات القانونية المدنية دون التجارية التي تثبت بكافة طرق الإثبات .

* أما الحالة الثانية : عدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة إلا بالكتابة :

فإن التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن مئة ألف (100.000 دج) أو تكون غير محددة القيمة يتم إثباتها بالكتابة فقط .

أما الشروط التي يمكن حصرها لتطبيق هذه القاعدة :

- 1- أن يكون الإثبات مقصوراً على العلاقة فيما بين المتعاقدين فلا يتعدى إلى الغير .
- 2- أن تكون هناك كتابة أعدت للإثبات (سواء كان محرراً رسمياً أو عرفياً) .
- 3- أن يراد إثبات ما يخالف هذه الكتابة أو يجاوزها .
- 4- ألا يكون هناك إحتيال على القانون (2) .

(1) - أنظر الدكتور : يحي بخوش - المرجع السابق - ص 209 و ما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : عبد الحميد الشواربي " الإثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية و التجارية و الجنائية و الأحوال الشخصية " منشأة المعارف (الإسكندرية) ص

-إستثناءات عن القاعدة العامة :

جاء في نص المادة 334 من القانون المدني : « لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة على مئة ألف (100.000 دج) .

- فيما يخالف أو يجاوز ما إشتمل عليه مضمون عقد رسمي .

-إذا كان المطلوب هو الباقي ، أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة .

- إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على مئة ألف (100.000 دج) ، ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة (1) «

*ثالثا / الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود :

تمثل الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود في :

1-الوقائع المادية : هي كل حدث مادي يرتب عليه القانون أثر معين ، و قد تكون بفعل الطبيعة أين لا تكون للإنسان دخل في حدوثها كالحريق و الزلازل فتكون سبباً في إكتساب الحقوق و إنقضائها .
كما قد تكون أعمالاً مادية من فعل الإنسان ترتب آثاراً قانونية فتكون مصدر لحقوق عينية أو شخصية كالفعل الضار .

و تثبت الوقائع المادية بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و التي نجدتها خاصة في المواد التجارية و الجزائية .

2-التصرفات التجارية : تقوم الأعمال التجارية أساساً على عاملي الثقة و الإئتمان لذلك أجاز القانون إثبات هذه التصرفات بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و مهما كانت قيمة التصرف القانوني التجاري (2) .

إلا أن المشرع ألزم بإثبات بعض التصرفات التجارية بالكتابة كما هو الشأن مثلاً بالنسبة لعقد الشركة التجارية

(1) - أنظر : قرار المحكمة العليا رقم 63320 بتاريخ 1989/12/27 ، حيث في قضية كان من المقرر قانوناً انه لا يجوز الإثبات بالشهود فيما يخالف أو يجاوز ما إشتمل عليه مضمون العقد الرسمي ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أنه تم إثبات عكس ما تضمنه العقد الرسمي بمجرد إظهار ، فإن قضاة الموضوع بقضائهم كذلك خرقوا القانون ، ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه .

(2) - أنظر الدكتور : محمد حسين منصور -المرجع السابق- ص 137 و ما يليها .

3- التصرفات المدنية التي تقل قيمتها عن مئة ألف (100.000 دج) : وفقا لنص المادة 333 فقرة 01 من القانون المدني فإن كل التصرفات القانونية التي تقل عن مئة ألف (100.000 دج) يمكن إثباتها بشهادة الشهود ما عدا ما إستثناه المشرع بنص خاص عما سلف ذكره في نص المادة 334 قانون مدني .
 أمّا الحالات الإستثنائية التي نص عليها القانون و التي تُحيز الإثبات بشهادة الشهود كخرق للقاعدة القانونية و تتمثل فيما يلي :

أولا / مبدأ ثبوت بالكتابة :

تنص المادة 335 من القانون المدني على أنه : « يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

وكل كتابة تصدر من الخصم و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الإحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة . «

فمن خلال نص هذه المادة يجب توفر ثلاثة أركان في الورقة باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة .

الركن الأول أن تكون هناك كتابة : حيث لم يشترط القانون نوعا خاصا من الكتابة بل أية كتابة يصح أن تعتبر مبدأ لثبوت الكتابة ، فقد تكون هذه الكتابة سندا أو مذكرة شخصية أو مجرد علامة ترمز للإسم ن أو غير ذلك و يشترط أن تكون هذه الكتابة متعلقة بالواقعة المراد إثباتها ⁽¹⁾.

الركن الثاني أن تكون الكتابة صادرة من الخصم أو ممن يمثله قانونا : ويشترط أن تكون الكتابة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات ضده أو ممن ينوب عنه كالوكيل عنه مثلاً ، وقد تكون هذه الورقة موقع عليها منه ، أو تكون رسمية تغني رسميتها عن توقيعه .

الركن الثالث أن يكون الأمر المراد إثباته قريب الإحتمال : حيث يجب أن يكون الحق المراد إثباته قريب الإحتمال بالورقة حتى يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة مثلا ورقة شطب الرهن تكاد أن تكون دليلا كاملا على دفع الرهن مبلغ الرهن فالدائن المرتهن لا يشطب رهنه إلا إذا تسلم دينه الذي جعلت العين المرهونة تأمينا له وبوت بالكتابة إيصال بأخر قسط من الدين له دلالة قوية على الوفاء بالأقساط السابقة فيصبح إعتبار الإيصال مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لتلك الأقساط .

(1) - أنظر الدكتور : أحمد نشأت - المرجع السابق- ، الجزء الأول ، ص 662 و ما يليها .

و تقسيم ما إذا كانت الورقة من شأنها أن تجعل الأمر المدعى به قريب الاحتمال هو من مسائل الواقع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا⁽¹⁾.

ثانيا / وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي :

تنص المادة 336 فقرة 01 من القانون المدني : « يجوز الإثبا بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة.

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

فمن خلال هذه المادة أنه إذا منع الدائن مانع من الحصول على دليل كتابي في كل ما يجب إثباته بالكتابة وجب أن يسمح له الإثبات بالشهود و إلا ضاع حقه ، و المانع قد يكون ماديا وقد يكون أدبيا .

- فالمانع المادي : هو الأمر الذي يمنع بطبيعته من الحصول على مستند كتابي وق حصول سبب الإلتزام كالإكراه المادي ، بالسلاح مثلا ، أو الإكراه المعنوي بين الرئيس و المرؤوس عندما يستلف الرئيس مبلغا من المال من عند المرؤوس فلا يستطيع أن يطلب منه وصل ، 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 لا رقابة عليه من المحكمة العليا .

- أما المانع الأدبي : فيقصد به أن يكون سبب عدم الحصول على الدليل الكتابي ظروف نفسية خاصة بعلاقات الخصوم وقت إبرام التصرف القانوني⁽²⁾ كصلة القرى مثلا النسب و المصاهرة ، والعلاقة بين الأصول و الفروع و بين الأزواج ، تمنع على الشخص من الحصول على دليل كتابي فلا يطلب الأب مثلا من ابنه عند إقراضه مبلغا من المال أن يعطيه سند إقرار بدين .

علما أن المادة 336 من القانون المدني: « تجيز الإثبات بالبينة (الشهادة) إذا وجد مانع مادي أو أدبي وعلاقة الأبوة و البنوة تمثل مانعا أو سبباً لإبعاد تطبيق نص المادة 333 من القانون المدني⁽³⁾ » .

(1) -أنظر الدكتور : عادل حسن علي -المرجع السابق- ، ص 225.

(2) -أنظر الدكتور :عباس العبودي - المرجع السابق- ص 263 و ما يليها .

(3) -أنظر قرار رقم 62268 بتاريخ 1990/07/05 ، المحكمة العليا ، الغرفة التجارية و البحرية ، المجلة القضائية ، عدد 03 ، السنة 1991

ثالثاً/ فقدان السند الكتابي بسبب أجنبي لا يد للدائن فيه :

تنص المادة 336 فقرة 02 من القانون المدني على أنه : « يجوز الإثبات بالشهود أيضاً فيما كان يجب إثباته بالكتابة :

-إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد لصاحبه فيه كالسرقة ، أو الحريق أو الغريق ، كان ذلك عذراً يسمح بالإثبات بغير الكتابة و الإثبات بشهادة الشهود ولذلك يجب إثبات أمرين :

أ-سبق وجود سند كتابي : فيجب على المتمسك بالسند أن يثبت سبق وجوده و ما إحتواه و أنه كان مستوفياً للشروط القانونية الشكلية و الموضوعية و أنه كان عرفياً .

ب-فقدان السند لسبب أجنبي لا يد للدائن فيه :لا يكفي أن يثبت الشخص سبق وجود السند بل عليه أن يثبت أنه فقده بسبب أجنبي خارج عن إرادته لا يحمله المسؤولية في ذلك بسبب ضياع أو سرقة أو غير ذلك⁽¹⁾ .

المطلب الثالث : القرائن : les présomptions :

تعريفها :القرائن هي إستنباط واقعة غير ثابتة من واقعة ثابتة ، أي أنه يتم الإستناد على أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول ، على أساس أن المؤلف هو إرتباط الامرين وجوداً أو عدماً .

و القرينة وسيلة إثبات غير مباشرة ، حيث لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى يؤدي ثبوتها إلى إستنتاج ثبوت الواقعة المراد إثباتها .

فالحصم لا يثبت الواقعة ذاتها مصدر الحق المطالب به ، وإنما يثبت واقعة أخرى ليستخلص منها الواقعة المراد إثباتها⁽²⁾ و القرائن على العموم (ما عدا القرائن القانونية القاطعة) يعاب عليها أنها تقوم على إستنتاجات أو فرضيات و يمكن أن يخطئ الإنسان في إستنتاجاته و فرضياته لذلك حصر المشرع مجال تطبيقها وجعل الإثبات بالقرائن عند وجود نص صريح على ذلك فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود .

و تنقسم القرائن إلى نوعين : قرائن قانونية وقرائن قضائية .

*القرائن القانونية هي التي يستنبطها المشرع من واقع الغالب في الحياة و يتولى صياغتها في قاعدة عامة .
*أما القرائن القضائية هي التي يستنتجها القاضي من موضوع الدعوى وظروفها لذلك سميت قرائن قضائية لأنها من إستنباط القاضي .

(1)- أنظر الدكتور : أحمد نشأت -المرجع السابق- ، الجزء الأول ، ص 701 و ما يليها .

(2)- أنظر الدكتور : محمد حسين منصور " الإثبات التقليدي و الإلكتروني " دار الفكر الجامعي (الإسكندرية) 2006 ، ص 156 .

أولا / القرائن القانونية : les présomptions Légales

تنص المادة 337 من القانون المدني على أن : « القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ن على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك . »
فالقرينة القانونية هي من عمل المشرع حيث بموجبها يتم إستنباط أمر مجهول من أمر معلوم على أساس إرتباط الأمرين معًا وجودًا و عدمًا .

و القرينة القانونية إما أن ترد على واقعة حقيقية ، كالتأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين ، وإما أن يفترضها الشارع لمصلحة خاصة أو عامة ، مثلا إذا كان الخطأ مفترضا قانونًا ، قام به التابع فإن مسؤولية المتبوع تتحقق نتيجة الخطأ المفترض و نتيجة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه (1).

و قد تكون القرينة مرجعة للأمر المراد إثباته كحجية الشيء المقضي فيه ، وقد لا تكون مرجعة كإفترض علم الناس بالقانون ، كما قد تكون محتملة كإفترض الوصية إذا كان التصرف أثناء مرض الموت (2).

و القرائن القانونية ليست دليلا للإثبات ، بل هي تعفي الخصم الذي تقوم لمصلحته من عبء الإثبات ، حيث يتكفل القانون بإعتبار الواقعة المراد إثباتها ثابتة ، و ذلك بقيام قرينة .

«.....حيث أن الأضرار التي تسببها الآلات الميكانيكية مسؤول عنها كل من له عليها قدرة الإستعمال و التسيير و الرقابة حتى ولو لم يكن مالكا لها (المادة 138 من القانون المدني).....» (3) .

وكان المشرع يهدف من وراء سنه للقرائن القانونية هو منع التحايل على القانون و حفاظًا على الحقوق ، كحماية حقوق الورثة أو التخفيف من عبء الإثبات أو تعبير عن براءة ذمة المدين ، وغيرها من الأهداف .

* وتنقسم القرائن القانونية بدورها إلى نوعين : القرائن القاطعة و القرائن البسيطة .

1- القرائن القانونية القاطعة Présomptions absolues

هي القرائن التي لا تقبل إثبات ما يخالفها ، حيث أقامها المشرع لإعتبارات هامة تقتضي النص على هذه القرائن فتبقى قائمة في جميع الأحوال ، فينص عندئذ بعدم جواز إثبات عكسها .

(1) - أنظر الدكتور : علي علي سليمان " النظرية العامة للإلتزام" مصادر الإلتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ن 1990 ص 138 .

(2) - تنص المادة 204 من قانون الأسرة : " الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة ، تعتبر وصية "

(3) - أنظر قرار رقم 28316 بتاريخ 1982/12/08 المجلس الأعلى ، الغرفة المدنية ، مجلة الإجتهااد القضائي ديوان المطبوعات الجامعية ص 07 و ما يليها .

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

أيضا كتصرفات المفلس التي نص عليها القانون التجاري ، حيث إعتبر كل التصرفات التي قام بها التاجر المدين الذي توقف عن دفع ديونه التجارية في ظرف 15 يوما باطلة ، فالتاجر الذي لم يخبر القاضي خلال 15 يوما عن توقفه عن دفع ديونه التجارية ، فإن عدم إخبار القاضي يعتبر قرينة قاطعة لإعتباره مفلسا (1).

كما قد يكون الغرض من هذه القرائن منع سماع الدعوى لسبق الفصل فيها كقرينة قوة الشيء المقضي به المنصوص عليها في المادة 338 من القانون المدني الفقرة الأولى على أن : « الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة و لكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفتهم و تتعلق بحقوق لها نفس المحل و السبب .»

- «..... و تبرز عناصر حجية الشيء المقضي فيه من وحدة الأطراف و الموضوع و السبب بين الدعوى السابق الفصل فيها و الدعوى الحالية» (2) .

- «..... حيث أن الحجية لا تقوم إلا إذا قام نزاع بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفتهم و تتعلق بحقوق لها نفس المحل و السبب و نفس الحكم تكون له القوة التنفيذية و تسري هذه القوة على الخلف العام و الخاص...» (3)

و يقصد بقوة الشيء المقضي به كل حكم أصبح نهائي غير قابل للطعن فيه سواء بالطرق العادية من معارضة و إستئناف أو بالطرق غير العادية بالنقض و إلتماس إعادة النظر ، حيث يصبح ما قضى به الحكم حقا مكتسباً لمن قضى له لا يمكن إحداث أي إحلال به لا عن طريق الخصم ولا عن طريق القضاء أو القانون ، وبالتالي تصبح قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس (4).

(1) - راجع نص المادة 215 من القانون التجاري .

(2) - أنظر القرار 54168 بتاريخ 1989/11/15 ، المجلس الأعلى ، الغرفة المدنية ، المحلة القضائية ، العدد الثاني سنة 1990، ص 35 و ما يليها

(3) - أنظر القرار رقم 174416 بتاريخ 1999/02/03 المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، المحلة القضائية، العدد الأول سنة 1999، ص 97 و ما يليها

(4) - إن الحكم النهائي الحائز لحجية الشيء المقضي به يعد قرينة قاطعة بين أطراف الخصومة ، غير أنه لا يعد قرينة قاطعة في مواجهة الغير الخارج عن الخصومة ، ما عدا حكم شهر الإفلاس الذي يعد قرينة قاطعة على الجميع .

و يشترط في الحكم النهائي حتى يمكن التمسك به كقرينة قوة الشئ المقضي به ثلاثة شروط وهي :

1- وجود حكم قضائي (1).

2- أن يكون الحكم صادر عن محكمة مختصة أي لها ولاية الحكم .

3- أن يكون الحكم نهائياً قطعياً .

وقد تكون هذه القرائن القانونية غير ذلك كقرينة مسؤولية المتبوع عن خطأ تابعه (المادة 136 من القانون المدني)

ومسؤولية حارس الأشياء (المادة 138 من القانون المدني) ومسؤولية حارس الحيوان (المادة 139 من القانون المدني)

و القرائن القانونية القاطعة قد تكون للمصلحة الخاصة أو للمصلحة العامة ، فإذا كانت للمصلحة الخاصة

إثبات عكسها عن طريق الإقرار أو بتوجيه اليمين الحاسمة ، أمّا إذا كانت للمصلحة العامة ، فلا يجوز إثبات ما يخالفها

مطلقاً لا بالإقرار و لا باليمين الحاسمة حفاظاً على النظام العام (2).

2- القرائن القانونية البسيطة **Présomptions simples**: هي قرائن تعفي من تقرر لمصلحته من

الإثبات شأنها في ذلك شأن القرائن القانونية القاطعة و بالتالي ، ينتقل عبء إثبات إلى خصمه إلا أنه يجوز إثبات

عكسها مثال على ذلك ما نصت عليه المادة 98 فقرة 01 من القانون المدني : "كل إلتزام مفترض أن له سبباً مشروعاً

، ما لم يقل الدليل على غير ذلك " ، فمن خلال نص هذه المادة يفترض أن العقد له سبباً مشروعاً يعفى الدائن من

إثباته ، إلا أنه يجوز للمدين إثبات العكس أي يثبت أن للعقد سبباً غير مشروع ، مثل عقد دين قمار ، عقد سفاح ، أو

بيع مخدرات .

و الأصل أن القرائن القانونية البسيطة يجوز إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و

القرائن القضائية (3).

بما في ذلك القرائن القانونية البسيطة التي إستخدمت في إثبات تصرف قانوني تزيد قيمته عن مئة ألف

(100.000 دج) و كان سببها غير مشروع كالقمار أو المخدرات جاز إثباتها عكسها بشهادة الشهود أو القرائن

القضائية ودليل الحال .

و أحكام محكمة الموضوع في القرائن القانونية البسيطة تخضع لرقابة المحكمة العليا المكلفة بمراقبة تطبيق القانون

تطبيقاً صحيحاً فإذا لم تأخذ محكمة الموضوع بقرينة قانونية بسيطة لم يثبت عكسها أو أخذت بها مع ثبوت ما يخالفها

كان الحكم معرضاً للنقض .

(1) - أنظر الدكتور : عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق- ص 728 و ما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : عباس العبودي - المرجع السابق- ص 279 و ما يليها .

(3) - أنظر الدكتور : أحمد نشأت - المرجع السابق- ص 402.

ثانيا / القرائن القضائية: Prsompions judiciaires:

يقصد بالقرائن القضائية هي إستنتاج القاضي لأمر مجهولة من أمور معلومة بإجتهاده وذكائه من موضوع الدعوى وظروفها ولا يؤخذ بها إلا في الحالات التي يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود و بالتالي لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن مئة ألف (100.000 دج) أو غير المحددة القيمة ، ولا في إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة أو ما يجاوزها .

و ذلك لكونها أدلة غير مباشرة تقوم على إستنتاجات و كثيرا ما يخطئ الإنسان في إستنتاجاته لذلك تعد القرائن القضائية أضعف الأدلة :

و مثال على ذلك دفع لقسط متأخر من دين ، يصح إعتباره قرينة على دفع الأقساط التي سبقتة .
و يشترط لوجود القرينة القضائية توفر أمرين : الأول قيام واقعة ثابتة في الدعوة و الثاني إستنباط الواقعة المراد إثباتها من هذه الواقعة الثابتة (1).

و للقاضي سلطة واسعة في إستنتاج القرائن القضائية فلم يقيده بأي قيد أو شرط فكل ما يقتنع به القاضي يحكم بمقتضاه (2) وخاصة في الأمور الجزائية حيث يتطلب المشرع إقتناع القاضي .
و كل قرينة قضائية قابلة لإثبات العكس بجميع طرق الإثبات (3) سواء بما هو أقوى منها من باب أولى كالكتابة أو بشهادة الشهود أو حتى قرينة مستنبطة من ورقة مكتوبة .

و تقدير هذه القرائن أمر مستقل به قاضي الموضوع حيث لا يخضع في تقديره إلى رقابة المحكمة العليا متى كان إستخلاصه قائمًا على أسباب كافية فله أن يستنتج هذه القرائن من أي مصدر يراه مناسبًا ، من أوراق الدعوى أو من أقوال الشهود أو من تقرير الخبير (4).

المطلب الرابع : الإقرار : L'aveu :

تعريفه : تنص المادة 341 من القانون المدني على أن : « الإقرار هو إعتراف الخصم امام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة . »

(1) - أنظر الدكتور : عادل حسن علي -المرجع السابق- ص 244 و ما يليها .

(2) - أنظر الدكتور: توفيق حسن فوج " قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية" -المرجع السابق- ص 126.

(3) - أنظر الدكتور : سليمان مرقس " أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية " الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ، 1986 ، ص 97.

(4) - أنظر الدكتور : محمد حسين منصور -المرجع السابق- ص 164.

فالإقرار إذا هو إقرار خصم لخصمه بالحق الذي يدعيه ويقصد به إلزام نفسه بمقتضاه و يعلم أنه سيتخذ حجة عليه و أن خصمه يعفى من تقديم أي دليل ، وبالتالي يعد الإقرار سيد الأدلة لأنه يعتبر حجة قاطعة على صاحبه بما أقر به .

و يتم الإقرار بإرادة منفردة⁽¹⁾ لذلك يشترط فيه شروط التصرف القانوني و منها إتجاه إرادة المقر إلى إحداث أثر قانوني .

كما يشترط أن يكون المقر أهلا للتصرف حيث تكون غرادته خالية من أي عيب من عيوب الرضا كالإكراه أو التدليس و إلا اعتبر إقراره باطلا يحق له الرجوع فيه ، أما المقر له فلا يشترط فيه أهلية ما حيث يجوز الإقرار لأي شخص حتى للقاصر أو المجنون لأنه عمل فردي من جانب واحد لا يحتاج إلى قبول و إنما يحق له عدم قبوله فقط .

كما يعد الإقرار إخبار عن حق سابق وليس منشىء له لذلك يعد حجة على المقر لا يستلزم تسجيله ، لكن لا يكون حجة على الغير إلا من تاريخ تثبيته و تسجيله .

ويشترط أيضا في الإقرار أن يكون صريحا حتى يكون حجة على المقر .

وينقسم الإقرار إلى نوعين : إما أن يكون أمام القضاء أثناء سير الدعوى التي تتعلق بموضوع الإقرار ، ويعرف بالإقرار القضائي و إما يصدر خارج مجلس القضاء أو في دعوى لا تتعلق بموضوع الإقرار يسمى بالإقرار غير القضائي

أولا/ الإقرار القضائي *L'aveuia judiciaire* :

1-تعريفه :

يقصد بالإقرار القضائي إقرار الخصم بالحق المدعى به أمام المحكمة أثناء سير الدعوى المتعلقة بهذا الحق فيلزم نفسه به ويصبح حجة عليه ويعفى خصمه من تقديم أي دليل ، وهو يكون إما شفويا بيديه الخصم أمام القاضي عند إستجوابه ، وإما يكون كتابة مدون في أية ورقة يعلنها لخصمه .

2-شروطه :

يشترط في الإقرار القضائي أن يتوفر على ركنين أساسيان :

أ- أن يكون الإقرار أمام المحكمة : أي يصدر من الخصم أمام الجهة القضائية المختصة نوعيا لأن الإختصاص النوعي يعد من النظام العام يمكن إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى ومخالفته يؤدي إلى بطلان الدعوى لذلك يشترط أن يكون هذا الإقرار أمام المحكمة المختصة حسب نوع الدعوى سواء كانت مدنية أو تجارية أو جزائية .

(1) - أنظر الدكتور : أحمد أبو الوفا - المرجع السابق- ، ص 304 و ما يليها .

أن : " أحكام المادة 341 من القانون المدني التي تقضي أن يكون الإقرار أمام القضاة ، وأثناء سير الدعوى " (1).

كما لا يؤخذ بالإقرار الذي يتم أمام النيابة العامة أو الجهة الإدارية لأن هذه الجهات ليست لها سلطة الفصل في المنازعات .

أما الإختصاص المكاني لا يعد من النظام العام فالإقرار يعد قضائياً حتى ولو كانت الدعوى من إختصاص محكمة أخرى من حيث المكان .

ب- أن يكون الإقرار أثناء سير الدعوى المتعلقة بموضوعه : فإلى جانب أن يكون الإقرار صادر أمام القضاء يستلزم أن يكون خلال إجراءات الدعوى المتعلقة بالواقعة المقر بها ويكون هذا الإقرار إما شفاهة بيديه الخصم في الجلسة أو إثر إستجوابه ، وإما يكون كتابة في مذكرة يعلنها لخصمه ويعد هذا الإقرار قضائياً في دعوى أخرى بين الخصوم أنفسهم حتى ولو لم يتغير موضوع النزاع ، وإذا ما أخذت به محكمة الموضوع أعتبر الحكم معيياً قابلاً للنقض إذ لا يصح لها أن تعتبر الإقرار إقراراً قضائياً ملزماً للمقر إلا إذا حصل في نفس الدعوى .

و إذا ما أخذت محكمة الموضوع بالإقرار صادر بنفس الدعوى ومستوفياً لكل شروطه فيعد إقراراً قضائياً ملزماً لمن صدر عنه ، وتعد مسألة موضوعية متروكة لتقدير قاضي الموضوع لا يخضع لرقابة المحكمة العليا (2).

3- حجية الإقرار القضائي : يعتبر الإقرار القضائي متى كان مستوفياً شروطه حجة قاطعة على المقر فلا يجوز له الرجوع فيه أو تعديله ويجب على القاضي الأخذ به فلا يمكنه إجراء أي تحقيق في موضوعه بعد حصوله فحجته القاطعة لا يجوز إثبات عكسها .

"..... حيث أن الإقرار القضائي حسبما نصت عليه المادة 342 من القانون المدني هو حجة صادقة على من إعتترف به... وفعلاً هو حجة تامة صادقة ولو ضد الطرق الأخرى المتخذة لإثبات الحجة" (3)

كما ترجع الحجية القاطعة إلى أن الإقرار إعفاء من الإثبات حيث أن إقرار المقر يعني خصمه من إثبات الواقعة المراد إثباتها فتصبح ثابتة .

(1) -أنظر قرار رقم 49562: بتاريخ 1988/12/07، المجلس الأعلى ، الغرفة المدنية، المجلة القضائية، العدد الثاني لسنة 1990 ص 38 وما يليها

(2) -أنظر الدكتور : توفيق حسين فرج " قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية " -المرجع السابق- ، ص 166.

(3) - أنظر قرار رقم 40402 بتاريخ: 1987/06/17، المجلس الأعلى، الغرفة الإجتماعية ، المجلة القضائية، العدد الرابع ، السنة 1990، ص 130 و ما يليها .

و تكون للإقرار حجية في جميع الأحوال مهما كانت قيمة التصرف ، ومهما كان نوع الدعوى مدنية أو تجارية أو جزائية أو إدارية .

ورغم أن الإقرار حجة قاطعة فهذا لا يمنع المقر من أن يثبت أنه صدر تحت إكراه أو غلط أو بسبب غش ، أما إذا كان غرض المقر العدول عن إقراره بحجة أنه كان يجهل نتيجته فلا يقبل منه العدول عن إقراره .

ويعد أيضا الإقرار حجة قاصرة على المقر ⁽¹⁾ لأن أثره يقتصر على المقر وخلفه العام بصفتهم ورثته فإقرار أحد الورثة الشريك على الشيوخ بأنه مدين لشخص ما أن الشركة هي الضامنة ففي هذه الحالة فإن حصة الوارث على الشيوخ هي التي تكون ضامن الدين ولا تنتقل إلى حصص باقي الورثة .

ولكن السؤال الذي يطرح : هل الإقرار قابل للتجزئة ؟ في الأصل أن الإقرار غير قابل للتجزئة على صاحبه وعلى صاحبه أن يأخذ به كله أو يتركه كله فلا يجوز أن يأخذ منه ما يفيدته ويترك منه ما هو في غير صالحه ⁽²⁾ أما إذا كانت الوقائع متعددة ، وكانت الواقعة المرتبطة لا تستلزم حتماً وجود الواقعة الأصلية حيث يمكن الفصل بين الواقعتين و بالتالي يمكن تجزئة هذا الإقرار مثال على ذلك : إذا أقر المدين بالقرض بموجب إقرار بدين مع إدعائه بوقوع مقاصة فيه ، ففي هذه الحالة يجزأ الإقرار على المدين ، فبصبح القرض ثابتاً بالإقرار ، ويقع على المدين عبء إثبات أن له ديناً في ذمة الدائن كان سبباً في وقوع المقاصة .

حيث أن : " ... لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا تستلزم حتماً وجود الواقعة الأخرى " ⁽³⁾ .

وقاعدة عدم تجزئة الإقرار لا تمنع المقر له مطلقاً من إثبات عدم صحة الواقعة المرتبطة بالواقعة الأصلية المعترف بها وذلك بطرق الإثبات الأخرى كشهادة الشهود و القرائن .

4- صور الإقرار القضائي : يأخذ الإقرار القضائي ثلاثة صور :

أ / الإقرار البسيط Aveu pur et simple : هو إقرار المقر بكل ما يدعيه الخصم من حق أو ملحقاته مثال على ذلك أن يدعي شخص أن له دين بفائدة على شخص آخر فأقر له بالقرض و بالفائدة فيكون هذا الإقرار غير قابل للتجزئة لأنه يتكون من واقعة واحدة أقر بها المدين لم يعدل فيها شيئاً ولم يجزئها .

(1) - أنظر الدكتور : محمد يحي مطر - المرجع السابق - ص 286 و ما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : عباس العبودي - المرجع السابق - ص 206 وما يليها .

(3) - أنظر قرار رقم 215174 بتاريخ 2000/05/09 ، المحكمة العليا ، الغرفة التجارية و البحرية ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، ص 134 وما يليها .

ب/ الإقرار الموصوف Aveu qualifié: يتضمن إلى جانب الإقرار بالواقعة المدعى بها وجود واقعة أخرى مرتبطة بها نشأت وقت نشوء الواقعة الأصلية و التي من شأنها أن تؤثر في نتيحتها كأن يتمسك الدائن بالمديونية فأقر بها المدين مقترنة بشرط أو بأجل ، وبالتالي فهو غير قابل للتجزئة⁽¹⁾.

ج/ الإقرار المركب Aveu complexe: هو الإقرار بالواقعة الأصلية مصحوبة بواقعة أخرى منفصلة عنها تحدث بعد حصولها و هذه الواقعة الأخرى إما أن تكون مرتبطة بالواقعة الأصلية حيث تؤثر على كيانها ووجودها القانوني كالإقرار بالمديونية مع وفاء الدين ن 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 دائئه الذي كان سبباً في وقوع المقاصة⁽²⁾.

1-تعريفه : يقصد بالإقرار الغير قضائي هو كل إقرار يصدر خارج مجلس قضاء أو يحصل في مجلس قضاء لكنه يفقد شرطاً من الشروط الواجب توافرها في الإقرار القضائي كالإقرار الذي يكون قد حصل في دعوى أخرى⁽³⁾ وقد يكون شفويًا كأن يكون مسجلاً على شريط ن أو بالكتابة في مذكرة و يتخذ الإقرار غير القضائي صورًا متعددة منها

- الإقرار الصادر أمام النيابة العامة .
 - الإقرار الصادر امام جهة إدارية .
 - الإقرار الصادر أمام الخبير في الدعوة تم تعيينه من طرف المحكمة .
 - الإقرار الصادر في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوعه .
 - الإقرار الصادر من الخصم في خطاب موجه إلى خصمه ... الخ .
- حيث أن : «...الإقرار الذي يحتج به الطاعن ...هو إقرار توثيقي وقع بمناسبة تحرير وثيقة طلاق ، حسب ما كان معمولاً به يوم تحريرها ، ولا يعد إقراراً أو إقراراً قضائياً»⁽⁴⁾.

(1) - أنظر الدكتور : محمد حسين منصور - المرجع السابق- ص 213 .

(2) - أنظر الدكتور : أحمد نشأت -المرجع السابق- ، الجزء الثاني ، ص 43 وما يليها .

(3) - أنظر الدكتور : أنور سلطان - المرجع السابق- ص 185.

(4) - أنظر قرار رقم 72353 الصادر بتاريخ 1989/10/30، المجلس الأعلى ،غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية ، العدد الثاني، لسنة 1991 ، ص 71

2- حجية الإقرار الغير قضائي: للإقرار الغير قضائي حجية قاصرة على المقر حيث يملك إثبات عكسه بكافة طرق الإثبات الأخرى .

و أمر تقديره متروك للقاضي الموضوع ، أن يأخذ به أو لا يأخذ به وكقاعدة عامة يمكن للقاضي الأخذ به خاصة إذا تضمن دفعاً جوهرياً قد يتغير به وجه الحكم في الدعوى ، كما أن الإقرار الذي يتم أمام مجلس القضاء ولا يعد قضائياً لعدم تعلقه بموضوعها أو لكونه غير منتج فيها تكون له في الإثبات قوة الإقرار القضائي حيث يمكن إعتباره كدليل مكتوب ، أو مبدأً ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة ، حيث أن : "...الإقرار الواقع خارج إجراءات الخصومة القائمة مثل الإقرار الذي يقع من الخصم أثناء مرافعة سابقة ولو كانت قائمة أمام المحكمة نفسها فإنه يعتبر إقرار غير قضائي بالنسبة للقضية المطروحة ، لأن الإقرار القضائي مقصورة حجته على الدعوى التي صدر فيها .."(1) و يحق للقاضي أيضا ان لا يأخذ به إذا إعتبره مجرد دفع لا قيمة له ، كما يمكن للقاضي أن يقبل عدول المقر على إقراره خاصة إذا كان الإقرار مشوب بعيب من عيوب الرضا كالإكراه (المادي و المعنوي) أو التدليس .

و القاضي في تقديره للإقرار يجب عليه أن يراعي الظروف التي صدر فيها و الأغراض التي حصل من أجلها و يجوز له أن يجزئه كأن يأخذ ببعضه دون البعض الأخر و لا يخضع في تقديره لرقابة المحكمة العليا (2).

المطلب الخامس : اليمين Le serment

اليمين هي إستشهاد الله عز وجل على صدق ما يقول أو على إنحاز ما يعد به ، مع الشعور بهيبة المحلوف به و الخوف من عقاب الله ، وتعد اليمين عملاً دينياً تؤدي وفقاً للأوضاع المقررة دينياً و تنقسم إلى نوعين : قضائية و غير قضائية .

- فاليمين القضائية Serment judiciaire : هي التي تحلف في مجلس القضاء و تنقسم بدورها إلى نوعان : اليمين الحاسمة هي التي يوجهها الخصم إلى خصمه عند عجزه عن إثبات حقه أما اليمين المتممة هي التي يوجهها القاضي لأحد الخصمين لتتميم الأدلة المقدمة إليه .

- أما اليمين الغير قضائية Serment Extra judiciaire : هي التي تحلف خارج مجلس القضاء بإتفاق الطرفين وفقاً للقواعد العامة فإذا كان موضوع الحلف لا يتجاوز حد البينة جاز الإتفاق على إثبات الحلف بشهادة الشهود و

(1) - أنظر قرار رقم 144603 بتاريخ 1996/11/13 ، المحكمة العليا ، الغرفة المدنية، المجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة 1996 ص 49 وما يليها

(2) - أنظر الدكتور : عادل حسن علي - المرجع السابق- ص 142 وما يليها .

القرائن و إذا تجاوز حد البينة وجب إثباته بالكتابة ، أما حلف اليمين على واقعة مادية جاز إثباته بكافة طرق الإثبات (1) .

ولقد إقتصر المشرع على تنظيم اليمين القضائية فقد تطرق إليها في التقنين المدني في المواد 343 إلى 350 .

أولا / اليمين الحاسمة **serment décisoire**:

1-تعريفها : تنص المادة 343 فقرة 01 من القانون المدني على أن : " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في ذلك " . فاليمين الحاسمة هي اليمين التي يوجهها الخصم إلى خصمه عند عجزه إثبات حقه حتى يحسم النزاع ، ويطلق عليها إسم الحاسمة أو القاطعة لأن الغرض منها حسم أو إنهاء 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 اليمين الحاسمة أن يردها على طالبها .

«... حيث أن توجيه اليمين الحاسمة يكمن في أي نوع من أنواع النزاع و يعتبر كعقد قضائي بين المتخاصمين يجعل حداً نهائياً و بصفة قاطعة للخصم... (2) » .

و توجيه اليمين الحاسمة بعد تصرف قانوني يتم بإرادة منفردة (3) من الخصم الذي يوجه اليمين إلى خصمه فيقع عليه عبء الإثبات فله أن يحلف اليمين ويكسب دعواه و يعد حلف اليمين واقعة مادية يترتب عليها أثر قانوني ن كما يملك الحق في رد اليمين إلى خصمه فينتقل من جديد عبء الإثبات إلى الخصم الذي يوجه اليمين ، أما إذا نكل عنها يعد ذلك بمثابة إقرار منه يعني بموجبه خصمه من عبء الإثبات .

و تتفق اليمين الحاسمة مع الإقرار في كونهما يعتبران تصرفاً قانونياً يتم بإرادة منفردة يؤدي إلى إعفاء الخصم من عبء الإثبات .

و بالتالي فاليمين الحاسمة عبارة عن نظام قانوني خاص وضعه المشرع لإسعاف الخصم الذي يعجز عن إثبات ما يدعيه وبه يحتكم إحتكاماً إجبارياً إلى ضمير خصمه و ذمته .

2-شروط توجيه اليمين الحاسمة :

توجه اليمين الحاسمة من الخصم إلى خصمه حيث لا يمكن توجيهها من القاضي لكونها خاصة بالخصوم فقط (4)

(1) - أنظر الدكتور : محمد يحي مطر - المرجع السابق- ص 301.

(2) - أنظر قرار رقم 44842 بتاريخ 1988/10/12 ، المجلس الأعلى ، الغرفة المدنية ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، لسنة 1990 ص 20 ومايليها

(3) - أنظر الدكتور : توفيق حسن فرج ، "قواعد الإثبات في الأمور المدنية و التجارية " - المرجع السابق- ص 173 .

(4) - أنظر الدكتور : الغوثي بن ملحمة - المرجع السابق- ص 85.

".....نص المادتين 343 و 347 من القانون المدني خاصة و أن اليمين الحاسمة ملكا للخصم وليس للقاضي تغيير صيغتها تغييرا يؤثر على مدلولها و معناها"(1).

و المقصود بالخصم الذي يوجه اليمين الحاسمة هو كل خصم مكلف بإثبات واقعة قانونية سواء كان مدعيًا يريد إثبات ما يدعيه أو كان مدعى عليه يريد إثبات دفعه ن غير أنه عجز في إثبات ما يدعيه فلجأ إلى اليمين الحاسمة ، كسبيل لحسم النزاع سواء بحلفها أو ردها أو النكول عنها .

أما إذا تعدد الخصوم في الدعوى توجه اليمين لمن تؤثر فيه سواء كانت له أو عليه كأن يتعدد المدينون المتضامنون في الدعوى توجه اليمين إليهم جميعًا ، وإذا نكل أحدهم فلا تأثير على باقي المدينين و من نكل فإنما ينكل على نفسه فقط .

وبالتالي فشرط توجيه اليمين الحاسمة تتصل بمن توجه إليه من جهة أخرى وتمثل هذه الشروط على السواء فيما يلي:
1/ أن يكون طرفًا في الخصومة سواء كان مدعيًا ، أو مدعى عليه أو مدخلا فيها بناءً على طلب أحد الخصوم أو كان متدخلا فيها .

2/ يشترط فيهما أن يكونا صاحبا صفة في الدعوى التي يطلب فيها توجيه اليمين لأن الصفة من القانون إذا زالت الصفة منع عليه توجيهها أو ردها .

3/ كما يشترط توافر أهلية التصرف في الحق الذي توجه اليمين الحاسمة بشأنه وذلك أن يكونا قد بلغا سن الرشد وغير محجوز عليهما وقت حلف اليمين و يترتب على ذلك أنه لا يمكن للوكيل توجيه اليمين إلا إذا صدرت له وكالة خاصة بذلك ، كما يجوز للولي أو الوصي أو القيم توجيهها إذا كان له حق التصرف فيما يستحلف عليه الخصم ، أما بالنسبة لمن توجه إليه اليمين الحاسمة فإنه لا يكفي أن تكون لديه أهلية التصرف وقت حلف اليمين بل يجب أن يكون هو المطالب بالحق المدعى به و بالتالي لا يمكن توجيه اليمين للوصي أو القيم أو الولي أو الوكيل حتى ولو كان لديه تفويضًا أو إذنًا خاصًا بذلك حفاظًا وحماية للحقوق القصر أو الموكل .

4/ أن تكون الإرادة صحيحة غير مشوبة بعيب من عيوب الرضا من غلط أو تدليس أو إكراه (2).

5/ ونرى أنه يجب أن يكون الشخص الذي وجهت إليه اليمين الحاسمة مسلمًا أو كتابيا (يهوديًا أو مسيحيًا) لأنه لا يقسم اليمين إلا الذي يؤمن بالله ، أما إذا كان الشخص غير كتابي فلا توجه إليه اليمين الدينية ، بل يطلب منه القسم بشرفه و بمعتقدده .

(1) - أنظر قرار رقم 46707 بتاريخ 1988/10/26 ، المجلس الأعلى ، الغرفة المدنية ، المجلة القضائية ، العدد الثالث لسنة 1990 ، ص 20.

(2) - أنظر الدكتور : أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - ص 344 وما يليها .

6/ و أيضا نرى ألا تقبل توجيه اليمين الحاسمة إلى شخص ثبت في حقه اليمين الكاذبة أو شهادة الزور ، و أن لا يكون قد حكم عليه بحكم شائن بالرجولة ، كأن يكون قد حكم عليه في جريمة إصدار شيك بدون رصيد ، أو بالإفلاس أو حكم عليه في جناية ولم يرد إعتباره .

فمتى توفرت شروط اليمين الحاسمة أصبح القاضي ملزماً بقبول طلب توجيهها إلا إذا تبين له أن طالبها متعسف في طلبه ، كأن تكون الواقعة المراد التحليف عليها لا تتعلق بالدعوى ، أو غير منتجة فيها ، أو غير جازئ قبول إتباعها باليمين الحاسمة كالتمسك بمخالفة الثابت في حكم قضائي نهائي ، وللقاضي السلطة التقديرية في إستخلاص ذلك دون رقابة المحكمة العليا .

"...أنه يجوز للقاضي منع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في ذلك ، حيث أن المجلس القضائي لما رفض توجيه اليمين إلى الزوجة فيما يخص مؤخر الصداق و الأمتعة الباقية في بيت الزوجية بإعتبار أن الزوج لم ينكر ذلك .."(1).

3- موضوع اليمين الحاسمة و إجراءاتها :

ينصب موضوع اليمين الحاسمة على مسألة واقعة متنازع عليها من قبل الخصوم مهما بلغت قيمتها ، فيمكن أن يتعلق موضوع اليمين بجميع أنواع المنازعات سواء كان النزاع متعلق بحقوق شخصية أو عينية ، مدنياً أو تجارياً ، غير أنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة على وقائع تمس الدعوى العمومية أثناء المرافعة الجزائية و أيضا في قضايا الأمور المستعجلة (2).

و بالتالي فموضوعها لا يتعلق بمسألة قانونية فلا يصح مثلا توجيه اليمين الحاسمة على حكم القانون في الواقعة محل النزاع لأن ذلك من إختصاص قاضي الموضوع .

و يجب أن تكون اليمين متعلقة بموضوع الدعوى و أن تكون منتجة فيها ، وأن يكون من الجائز قبولها كطريقة من طرق الإثبات و كوسيلة لحسم النزاع في الدعوى (3).

و لا يمكن توجيه اليمين الحاسمة لإثبات تصرف يشترط القانون فيه الشكلية كالكتابة لأن الكتابة تعد شرطاً من شروط الإنعقاد وليس كأداة للإثبات فقط .

كما لا تقبل اليمين لنقض قرينة قانونية مبنية على إعتبرات ترجع إلى النظام العام مثل قرينة حجية الأحكام

(1) - أنظر قرار رقم 59335 بتاريخ 1990/04/30 ، المجلس الأعلى ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية ، العدد الثاني لسنة 1992 ص 29

(2) - أنظر الأستاذ : يحي بكوش - المرجع السابق- ص 317 وما يليها .

(3) - أنظر الدكتور : محمد حسين منصور - المرجع السابق- ص 228.

كما لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة على واقعة مخالفة للنظام العام أو الأخلاق العامة فلا يجوز توجيهها لإثبات دين قمار أو إتفاق خاص ببيت الدعارة ، أو الربا الفاحش وقد نصت المادة 344 من القانون المدني على أنه:

« لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام » .

"...أن اليمين الحاسمة لا يجوز توجيهها إذا كانت تتعلق بواقعة مخالفة للنظام العام" (1).

و يجب أيضا أن تكون الواقعة متعلقة بشخص من توجه إليه اليمين فلا يجوز تحليف الخصم عن واقعة لا تتصل بشخصه .

و يمكن توجيه اليمين الحاسمة في أية مرحلة كانت عليها الدعوى سواء كانت في الدرجة الأولى أو في الدرجة الثانية وسواء قبل كل دفع أو بعده حتى يحكم نهائيا في موضوعها ولا يصح توجيهها أمام المحكمة العليا ، غير أنه إذا طلب توجيه اليمين أثناء سير الدعوى لكن القاضي رفض ذلك دون وجه حق جاز لمن طلب توجيه اليمين أن يطعن في الحكم بطريق النقض لتمكينه من توجيه اليمين .

كما لا يمنع القانون من توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الإحتياط خاصة و أنها السبيل الأخير لإثبات ما يدعيه الخصم عند عجزه إثبات دعواه فلا يمكن من باب العدالة حرمان الخصم من تقديمها على سبيل الإحتياط و إعتبارها حاسمة مادام الخصم يوجهها على أنها كذلك (2).

و السؤال الذي يطرح : هل يمكن العدول عن توجيه اليمين ؟.

من خلال نص المادة 345 من القانون المدني يتضح أنه يجب التفرقة بين حالتين :

ففي حالة قبول من وجهت إليه اليمين لا يمكن لمن وجهها أن يعدل عن توجيهها و كذلك الأمر بالنسبة لمن ردها لا يمكنه العدول عنه و يرجع ذلك لوقوع إتفاق نهائي بينهما على حلفها أو ردها لأن النزاع في هذه الحالة ينتقل من نطاق القانون إلى نطاق العدالة .

و يترتب على ذلك عدم قبول القاضي العدول بوجه اليمين إلى الخصم و يجب على هذا الخصم إما أن يحلف أو يرد اليمين على خصمه أو ينكل .

أما في حالة سابقة لقبول اليمين بإمكان الخصم الموجه لها العدول عن توجيهها طالما لم يقبل من وجهت إليه ولا يخضع ذلك إلى شكل معين فقد يكون العدول إما صريحا أمام المحكمة بموجب مذكرة أو ضمنيا كما لو إستأنف موجهها (3).

(1) - أنظر قرار رقم : 52042 بتاريخ 1989/04/05 ، المجلس الأعلى ، الغرفة المدنية ، المجلة القضائية ، العدد الأول لسنة 1991 ص 14 وما يليها

(2) - أنظر الدكتور : عبد الرزاق أحمد السنهوري - المرجع السابق - ص 693 وما يليها .

(3) - أنظر الدكتور : أحمد نشأت - المرجع السابق - الجزء الثاني ، ص 91 وما يليها .

أما عن إجراءات حلف اليمين الحاسمة فإنه متى قبل طلب حلف اليمين و إصدار المحكمة حكمها بتوجيهها يصبح من اللازم على الخصم الموجه إليه حلفها فيحكم له و يريح دعواه ، أما إذا نكل عنها إعتبر بمثابة إقرار منه بما يدعيه خصمه فيحكم عليه و يخسر دعواه و تكون تآديتها وفقا للصيغة التي أقرتها المحكمة في الجلسة أمام القاضي و ذلك بذكر عبارة " اقسم بالله العظيم " و قد إتفق أغلب الفقهاء المسلمين على أن اليمين لا تصح إلا بإسم الله عز وجل دون سواه .

"..... أن القضاة لم يثبتوا في قرارهم ما إذا كان المكلف باليمين قد حضر شخصيًا وتم إعلامه قرار القضاة حسم النزاع باليمين وبصيغتها ودعوته لتأديتها بالمكان و التاريخ المعينين ، بالإضافة إلى عدم تحديد الواقعة المراد التحليف عليها وإنعدام الوصف القانوني لليمين إذ ما دام القضاة لم يثبتوا بتلك الإجراءات فإن قولهم بنكول الخصم غير مؤسس و غير معلل " (1).

4- آثار توجيه اليمين الحاسمة :

يترتب عن توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم آثار : فإما أن يحلفها ن أو يردها أو ينكل عنها :

أ-حلف اليمين :

إذا حلف من وجهت إليه اليمين ربح دعواه وحسم النزاع نهائيًا (2) و بموجبه لا يمكن لمن وجه اليمين أن يخاصم الحالف مرة أخرى .

و بعد حلف اليمين لا يمكن 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 صادقًا أو كاذبًا .

إلا أنه بإمكانه تقديم بلاغًا للنيابة العامة فتقوم هي بتحريك الدعوى العمومية ولا يمكنه التدخل في هذه الدعوى بصفته طرف مدني .

و إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي جاز للخصم موجه اليمين الذي أصابه ضرر من جرائها طلب التعويض ، كما له أيضًا أن يطعن في الحكم الصادر بناء على حلفها إذا توافر سبب من أسباب إلتماس إعادة النظر (3) .

(1) - أنظر قرار رقم 38693 بتاريخ 17/12/1986 ، المجلس الأعلى ، الغرفة المدنية ، المجلة القضائية العدد الثاني لسنة 1989 ص 49 وما يليها

(2) - أنظر الدكتور : أنور سلطان - المرجع السابق - ص 205.

(3) - أنظر الدكتور : محمد يحي مطر - المرجع السابق - ص 319.

ب-رد اليمين :

يجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها إلى خصمه فيضع خصمه في المركز الذي وضعه فيه بدلاً من أن يحلف أو ينكل عنها يمكنه ردها على من وجهها له فيصبح هذا الأخير مجبراً على تأديتها و إلاّ إعتبر ناكلاً⁽¹⁾ وترفض دعواه و تنطبق نفس شروط توجيه اليمين على رد اليمين من حيث الأهلية و العدول عنها وحلفها ، ويشترط أيضاً لجواز رد اليمين أن تكون الواقعة موضوع اليمين الحاسمة مشتركة بين الطرفين و إلاّ لا يمكن ردها .

ج-النكول عن اليمين :

إذا رفض الخصم الذي وجهت إليه اليمين الحاسمة أن يحلفها بعد أن منحته المحكمة أجلاً لتأديتها و لم يردها و أيضاً من ردت إليه اليمين رفض أن يحلفها فيعد كلاهما ناكلاً عنها ويعد ذلك بمثابة إقرار صادر من الناكل ويثبت بذلك عليه الحق موضوع النزاع فيخسر دعواه و يحسم نهائياً للطرف الأخر ويكون ذلك حجة عليه وعلى ورثته .

حيث : "....أنه نكلها دون أن يردها على خصمه مما يجب على القضاة أن يحكموا لصالح خصمه...." (2)

ثانيا : اليمين المتممة Serment suppletif :

1-تعريفها : هي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأحد الخصمين ليطم بها قناعته و توكيداً للأدلة التي قدمها الخصم و تنص المادة 348 الفقرة 01 من القانون المدني على أنه : « للقاضي أن يوجه اليمين تلقائياً إلى أي من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به . »

و بالتالي تختلف إختلافاً جوهرياً عن اليمين الحاسمة من حيث :

1/ أن اليمين المتممة هي واقعة مادية يلجأ إليها الخصم لإستكمال أدلة الدعوى ، بينما اليمين الحاسمة تعد تصرف قانوني بإرادة منفردة .

2/ أنها توجه من القاضي و لا يصح توجيهها من الخصم بينما اليمين الحاسمة توجه من الخصم إلى خصمه .

3/ لا يمكن للخصم الذي يريد القاضي تحليفه أن يردها على خصمه بينما في اليمين الحاسمة يجوز للخصم الذي وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه .

(1) - أنظر الدكتور : توفيق حسنين فرج " قواعد الإثبات في الأمور المدنية و التجارية " -المرجع السابق- ص 179.

(2) - أنظر قرار رقم : 50281 بتاريخ 1989/06/28 ، المجلس الأعلى ، الغرفة المدنية ، المجلة القضائية ، العدد الأول لسنة 1991 ص 19.

4/ لا يجوز توجيهها إذا كانت الدعوى خالية من أي دليل بل يجب أن تكون هناك أدلة في الدعوى تكاد تكفي للحكم و لكنها ليست قاطعة لا يقتنع بها القاضي إلا إذا حلف احد الخصمين ، بينما اليمين الحايمة يتم توجيهها عند إنعدام الدليل (1).

و بالتالي تعد اليمين المتممة دليلاً تكميليًا لأنها تتم أدلة الدعوى التي يوجهها القاضي لأحد الخصمين حسب تقديره لظروف الدعوى و أدلتها ، وهو غير ملزم بتسببب إختياره للخصم الذي يوجه إليه اليمين المتممة سواء كان مدعيًا أو مدعى عليه يترتب عليها الفصل في النزاع .

".....حيث للقاضي أن يوجه اليمين المتممة تلقائيًا إلى أي من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى بشرط أن لا تكون الدعوى خالية من أي دليل " (2).

إلا أن بعض الفقهاء يرون أنه لا جدوى من اليمين المتممة لأن القاضي متى توفرت لديه الأدلة الكافية لإثبات الحق لا يحتاج إلى اليمين ليدخل الإطمئنان إلى نفسه فكل من يعجز عن إثبات حقه يخسر دعواه .

و لكن يعاب على هذا الرأي أنه اغفل أن اليمين المتممة تعد من طرق الإثبات الإضطرارية التي يلجأ إليها القاضي وفقًا للضمانات التي يقرها القانون وهي نظام تقتضيه العدالة (3).

2- توجيه اليمين المتممة :

يوجه القاضي اليمين المتممة من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم فله السلطة التقديرية في تقدير ظروف الدعوى و ملاساتها ، وتقييم أدلتها فإذا إتضح له أن إدعاء الخصم قريب الاحتمال بين الأخذ به أو إهماله جاز له اللجوء إلى اليمين المتممة ليربح ذمته و يلقي بجزء من مسؤوليته على عاتق الخصم .

"....حيث أنه إذا كان القاضي قد أثبت في حكمه ما شاهده وكان من ضمن ما شاهده فاتورتين موجودتين بالصندوق...وهي و إن كانت لا تشكل دليل كامل لإثبات ملكية المستأنفة لجميع المصوغ المتنازع عليها ، فلا أقل من أن تشكل قرينة لصالحها يمكن تعزيزها بوسيلة إثبات أخرى كاليمين المتممة " (4).

و يشترط في توجيه اليمين المتممة شرطان أساسيان هما :

أ- ألا يكون في الدعوى دليلاً كاملاً : بحيث لا يمكن توجيهها و على القاضي أن يحكم له بحقه دون اللجوء إليها كان يتضمن الدليل على سند رسمي ذا حجية مطلقة .

(1) - أنظر الدكتور : أحمد نشأت - المرجع السابق - الجزء الثاني ، ص 161.

(2) - أنظر قرار رقم 32676 بتاريخ 1985/01/09 ، المجلس الأعلى ، الغرفة المدنية ، المجلة القضائية ، العدد الرابع لسنة 1989 ص 13 ومايلها

(3) - أنظر الدكتور : أحمد نشأت - المرجع السابق - ، الجزء الثاني ، ص 162 وما يلها .

(4) - أنظر قرار رقم 22117 بتاريخ 1982/05/19 ، المجلس الأعلى ، الغرفة المدنية ، المجلة القضائية ، العدد الأول لسنة 1989 ص 29 ومايلها

ب- ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل:

فلا مجال لتوجيه اليمين المتممة إذا لم يكن هناك دليل فهي وجدت أصلاً 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 أيضاً أن يستكمل باليمين المتممة⁽¹⁾.

و يوجه القاضي اليمين المتممة لأحد الخصمين سواء كان مدعياً أو مدعى عليه في الدعوى مراعيًا في ذلك قوة أدلة كل واحد منهما فبختار من كانت أدلته أقوى ويوجه له اليمين المتممة لإستكمال الأدلة الناقصة ، ولا يجوز للخصم الذي وجهت إليه اليمين المتممة أن يردها على خصمه كما هو الحال بالنسبة لليمين الحاسمة فيما أن يحلفها أو ينكل عنها .

و لا يجوز التوكيل في أدائها فيجب أن تؤدي فعلصا من قبل الخصم المكلف من طرف القاضي بتأديتها و إلا إعتبر ناكلا ، ويشترط في الواقعة محل اليمين المتممة أن تكون متعلقة بالدعوى و متحة فيها و أن تكون جائزة القبول ، وغير مخالفة للنظام العام و الأداب .

و يتم توجيهها في أية مرحلة من مراحل الدعوى سواء على مستوى المحكمة أو إستئناف وحتى قفل باب المرافعة و إطلاع القاضي على ملف الدعوى تبين له أن الأدلة المقدمة ناقصة تحتاج إلى توجيه اليمين المتممة لأحد الخصمين .

و يحق للقاضي الرجوع في توجيهها في أي وقت حتى ولو قبل الخصم أن يحلف إذا تبين له أنه لا حاجة له بها و قد أوجد المشرع نوعًا خاصًا من اليمين المتممة وهي يمين التقويم المنصوص عليها في المادة 350 من القانون المدني يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إذا غستحال عليه تقدير قيمة المدعى به بطريقة أخرى كأن تهلك وديعة مسافر بخطأ المودع فيستحال تقدير قيمتها بأي طريق حيث يتم تقديرها من قبل المودع ويوجه إليه القاضي يمين التقويم ، وللقاضي سلطة تقدير أو تحديد المبلغ الذي يحلف عليه المودع⁽²⁾.

(1) - أنظر الدكتور : الغوثي بن ملححة - المرجع السابق - ص 93 و ما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : عباس العبودي - المرجع السابق - ص 316 وما يليها .

3- أثار اليمين المتممة :

يترتب على توجيه اليمين المتممة ما يلي :

- 1- للقاضي سلطة تقدير نتائج اليمين المتممة من خلال الأدلة المقدمة من الخصوم فهي لا تحسم النزاع .
- 2- لا تتقيد محكمة الإستئناف بما حكمت به محكمة الدرجة الأولى بما يتعلق باليمين المتممة .
- 3- لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه اليمين المتممة أن يردّها .
- 4- لا يجوز أن يثبت كذب اليمين فله أن يطلب التعويض كطرف مدني في دعوى جزائية .
- 5- يحق للقاضي الرجوع في توجيهها في أي وقت تبين له أنه لا حاجة له بها .
- 6- يمكن للقاضي أن لا يأخذ بما بعد تأديتها .
- 7- في حالة رفض من وجهت إليه اليمين المتممة على حلفها فالقاضي غير ملزم بحكم عليه⁽¹⁾

الفرع الثالث : الإثبات بالمعينة و الخبرة :

إن المشرع الجزائري عندما أدرج وسائل الإثبات ضمن التقنين المدني وذلك في الباب السادس المتعلق بإثبات الإلتزام ، لم يتطرق إلى مفهوم المعينة و الخبرة كوسيلة من وسائل الإثبات التي يستند إليها الخصوم لتبرير إدعاءاتهم ضمن هذا التقنين و إنما تعمد و تنظيمها ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لإتصافها بالطابع الإجرائي حيث تهدف إلى تكوين قناعة القاضي حول موضوع الدعوى المعروض عليه قبل الفصل فيه نهائيا ، وهذا ما يدخل فيما يسمى بإجراءات سير الدعوى أي التحقيق قبل الفصل في النزاع .

و قد نظم المشرع المعينة و الخبرة في القسم الثامن من الباب الرابع المتعلق بوسائل الإثبات من الجانب الإجرائي ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المنصوص عليه تحت رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 في الكتاب الأول منه و المتعلق بالأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية .

أولا: المعينة :

سنتطرق في هذا الفرع إلى مفهوم المعينة و أهميتها ثم إجراءاتها و حجيتها في الإثبات .

1- مفهوم المعينة :

أ- المعينة لغة : من عاين الشيء أي رآه بعينه وشاهده عياناً.

ب- إصطلاحا و فقها : هي أن يشاهد القاضي بنفسه أو بواسطة نائبه أو الخبير المعتمد محل النزاع بين

المتخاصمين لمعرفة حقيقة ما يجري فيه مباشرة⁽¹⁾.

(1) - أنظر الدكتور : أحمد نشأت - المرجع السابق - ، الجزء الثاني ، ص 174 وما يليها

(1) - أ نظر الدكتور : محمد الرحيلي " وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، الجزء الثاني ، مكتبة دار البيان ، دمشق ، 2007. ص 590.

ج- أمّا المعاينة قانوناً : هي إنتقال المحكمة لمعاينة الشيء المتنازع عليه ، وإنتقال المحكمة للمعاينة قد يكون من تلقاء نفسها، وقد يكون بناء على طلب أحد الخصوم⁽²⁾، هذا إذا رأت المحكمة أن إجراء المعاينة مجدياً في الدعوى

2- : أهميتها :

المعاينة هي إحدى إجراءات سير الدعوى في المحكمة ، و المعاينة يقوم بها القاضي بصفته قاضياً فكأنه نقل محل القضاء من المحكمة إلى مكان المدعى به ، وجعله مجلساً للقضاء فيعتبر القاضي في عمل رسمي يمارس وظيفته في الكشف عن المدعى به بحضور الطرفين ، ليشرح كل منهما وجهة نظره ، و بذلك يستطيع القاضي تكوين قناعته ، و يظهر أمامه الحق جلياً واضحاً ويحكم بناء على هذه المعاينة⁽¹⁾ .

فالمعاينة إذن دليل قوي في الدعوى ، لأن القاضي بحضور الخصوم قد علم بمعاينته المباشرة لمحل النزاع ، و بالتالي لا يتردد شيء في نفس الخصمين ، ولا يستطيعا دفع قرار القاضي أو مشوبته بشبهة أو الطعن فيه بالتزوير .

و قد تكون المعاينة في مجلس القضاء بأن يعاين القاضي الشهود ، أو المدعى به ويقوم بفحصهم إن استلزم الأمر، و من ثمة يبني حكمه على ذلك ولا يسمى هذا حكماً بعلمه، بل حكم بما عاينه أو بما ثبت عنده بعد المعاينة

و يكتب تقريراً عما شاهده أو علمه⁽²⁾، ويبني حكمه على أساس هذا التقرير و يستوي كذلك أن يكون المدعى به عقاراً أو منقولاً ، ففي الأول ينتقل القاضي إلى محل هذا العقار المتنازع فيه ، وإن كان منقولاً نظراً إن كان مما يتعرض للتلف في نقله أم لا ؟ فإن كان يتلف بنقله يذهب القاضي لمعاينته في محله و إن كان لا يتلف فيجوز إحضاره إلى مجلس القضاء وكل ذلك حرصاً منه على حماية أموال الناس من التلف

3- : إجراءاتها و شروطها :

من المعلوم أنه ليست كل قضية تستحق المعاينة ، فإذا رأى القاضي بأن المعاينة أمر ضروري ليس مباشرة يخرج إلى محل النزاع و يعاينه بل يسبق ذلك إجراءات تنظيمية سأحاول دراستها فيما يأتي :

نصت المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية على أنه : " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم ، القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الإنتقال إلى عين المكان إذا إقتضى الأمر ذلك .

يحدد القاضي خلال الجلسة مكان ويوم و ساعة الإنتقال ، ويدعو الخصوم إلى حضور العمليات " .

إذن تكون المعاينة في الحالات الآتية :

1- أن يتقدم أحد أطراف الخصومة إلى المحكمة بطلب إجراء المعاينة فينظر القاضي في هذا الطلب فإن كان يستحق المعاينة حرر محضراً بذلك بناء على هذا الطلب .

(2) - أنظر الدكتور : أنور سلطان - المرجع السابق - ص 214.

(1) - أنظر الدكتور : محمد الزحيلي - المرجع السابق - ص 590.

(2) - أنظر نص المادة 149 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

- 2- قد يقرر القاضي من تلقاء نفسه القيام بإجراء معاينة إذا رأى ذلك ضروريا في الدعوى .
- 3- يحدد القاضي مكان و يوم و ساعة الانتقال ، و أن يخبر الخصوم بذلك .
- 4- قد تتم المعاينة من المحكمة بكامل هيئتها ، و للمحكمة أن تندب أحد قضااتها للقيام بذلك ، و تجوز رفع دفع دعوى أصلية مستعجلة بطلب الانتقال للمعاينة ، لا سيما إذا كان المقصود من الدعوى منع ضرر محقق قد يتعذر تلافيه في المستقبل كإثبات واقعة يحتمل ضياع معالمها إذا تركت .
- 5- المعاينة تتم في مكان النزاع و تنصب على الوقائع المثارة من طرف الخصوم فقد يدعى طرف بغلق الطرف الأخر للممر ، و إعاقه المرور و يقدم محضرا على ذلك فيدفع الخصم بعدم مصداقية هذا المحضر ، لذلك يرى القاضي وجوبًا إنتقاله للمعاينة بقصد التأكد من الواقعة .
- 6- قد يسمع القاضي شهودا يكون لشهادتهم أثر ، وقد تحتاج المعاينة إلى معلومات .
- 7- في الأخير يجرر القاضي محضرا بالمعاينة التي أجراها ، و يوقع عليه الكاتب ، و يودع كتابة الضبط ، و يمكن الخصوم من نسخة من أجل التعقيب بمذكرة .
- 4- حجيتها في الإثبات :**

تعتبر المعاينة وسيلة إثبات مباشرة ينص عليها القانون و على عملية إجرائها ، حيث يتم تقديم طلب إجراء المعاينة على المحكمة أو تأمر به المحكمة من تلقاء نفسها ، و بعد قبول هذا الطلب (أي يمكن أن يرفض حسب طبيعة النزاع المعروف على المحكمة) تتم المعاينة كما سبق ووضحنا سابقا ، ثم يجرر محضر بذلك من طرف كاتب المحكمة يبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة (من قبول الطلب و المشاهدة و الأقوال و التواريخ) ، حيث يمكن للمحكمة أن تستند إليه كدليل حدي في النزاع و يستوجب عليها قول كلمتها فيه و إلا كان حكمها يشوبه القصور ، و من هنا يكتسب الدليل الناتج عن المعاينة حجية قانونية في مواجهة الخصوم و الهيئات القضائية بكافة أنواعها⁽¹⁾.

و أخيرا فإن المفهوم من أهمية الدليل الناتج عن المعاينة يكتسب بعد قرار المحكمة إجراء هذه المعاينة و ترى أنه من الضروري القيام بها ، وهو حق مقرر للمحكمة بشأن لزومه من عدمه ، فقبول الطلب و إجرائه بكافة الشروط القانونية ، يجعل الدليل المكتسب عن المعاينة و الحكم الصادر عنه يحوز حجية مقررّة بشكل قانوني سليم⁽²⁾.

(1) - أنظر الدكتور : مراد محمود الشنيكات ، مرجع سابق ، ص 78 و ما يليها .

(2) - نفس المرجع ، ص 80.

ثانيا : الخبرة :

ستطرق في هذا الفرع لمفهوم الخبرة و أهميتها ثم قواعدها الإجرائية و مدى حجيتها في الإثبات .

1- مفهوم الخبرة :

لغة : الخبرة من الخبر وهي العلم بالشيء ، و الخبير الذي يخبر الشيء بعلمه .

أما في إصطلاح الفقه و القانون :الخبرة⁽¹⁾ هي إجراء يعهد به القاضي إلى شخص مختص ينعت بالخبير بمهمة محدودة تتعلق بواقعة أو وقائع مادية يستلزم بحثها أو تقديرها أو على العموم أبداً الرأي فيها علماً أو فنا لا يتوافر في الشخص العادي ، ليقدم به بيانا أو رأياً فنيا لا يستطيع القاضي الوصول إليه وحده⁽²⁾.
فالمحكمة هنا لا يجوز لها أن تقضي في المسائل الفنية بعلمها ، بل عليها الرجوع إلى اهل الخبرة و التخصص في ذلك ، لأن القاضي لا يمكنه أن يلم بجميع أمور الحياة المتغيرة ، لذلك يستعين بمن لهم خبرة في الميدان وكل حسب إختصاصه .

2- أهمية الخبرة:

نعلم أنه ليس للقاضي اختصاص من طراز تقني ليكشف عن معنى الوقائع في جميع المواد ، فالقدرة المطلوبة من القاضي هي قدرة قانونية و ليست تقنية ، و عندئذ يمكن له تكليف الأشخاص المختصين بمهمة القيام بالمعاينات التي تتطلب معارف خاصة .

و تظها أهمية الخبرة في الأمور الفنية التي تحتاج إلى خبرة و علم و تجربة خارجة عن إختصاص القضاة ، فيلجؤون إلى الخبراء للإستعانة بخبرتهم في بيان حقيقة الأمر المتنازع فيه .

و إن تقدم العلوم و تفرّع الأبحاث ، و زيادة التخصص ، و تقسيم العمل في جميع فروعها يؤكد الحاجة إلى الخبرة و فائدتها و أهميتها ن فإن القضاة بأشد الحاجة إلى أهل الخبرة و الإختصاص في جميع الأمور اليومية .

و أهمية الخبرة القضائية في مادة المدني أصبحت أكثر من ذي قبل تفرض نفسها على المشرع الجزائري لمراجعة المواد القانونية الخاصة بها⁽³⁾ .

و الخبير يبيّن حقيقة الشيء بعد التجارب و الأبحاث العلمية التي استغرقت سنوات كثيرة في حياته ، بحيث يزول معه العامل الشخصي تقريبا ، وبذلك يكون رأي الخبير هو الخبرة ذاتها ، ولا ينظر إلى التكوين الشخصي له ،

(1) - الخبرة الواردة في هذا المقام هي الخبرة القضائية التي تختلف عن الخبرتين الإستشارية و الإتفاقية .

(2) - أنظر الدكتور : عباس العبودي ، "شرح قانون البيانات الجديد" ، ص 231.

(3) - تعرض المشرع الجزائري للخبرة في قانون الإجراءات المدنية في المواد من 125 إلى 145.

و خاصة إذا كانت الخبرة معتمدة على الآلات العلمية ، و الطرق المادية ، و القوانين الثابتة و الظواهر المسلمة ، و يقدم رأيه بناء على النظر و الإستدلال (1) .

و الخبرة القضائية علم يتطور بتطور الشعوب و الأمم على إختلاف مشاربها فالخبرة مزيج من العلم النظري المختلف ، و العلم القانوني المحض .

3- القواعد الإجرائية للخبرة :

نعرف على الخبير الذي يقوم بمهمة الخبرة ، وهي مهمة الخبير ، وما يشترط في تقديره

فالخبير هو الشخص له دراية خاصة بمسألة من المسائل فيلجأ إلى الخبرة كلما قامت في الدعوى مسألة يتطلب حلها بمعلومات خاصة .

أ- ندب الخبراء : يجيز القانون للقاضي الإستعانة بالخبراء كلما كان الفصل في النزاع المطروح أمامه متوقفاً

على معرفة معلومات فيية ، يقصر عنها علم القاضي.... و القاعدة أن الإستعانة بالخبراء أمر متروك لتقدير محكمة الموضوع (2) .

و بالنسبة لتعيين الخبراء فتتولى تعيينهم الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي ، أو مجلس الدولة بقرار قضائي قبل الفصل في الموضوع ، و يعين خبير واحد أو عدة خبراء للقيام بمهمة معينة ، و يحدد القرار للخبير أو الخبراء مهلة له ، فيتعين فيها عليه إيداع تقريره الكتابي أو الإدلاء بتقريره الشفوي وهذا ما نصت عليه المواد 136 و 137 و 138 من قانون الإجراءات المدنية .

و يجب على الخبير إذا كان غير مقيد بجدول الخبراء أن يحلف اليمين أمام السلطة التي يحددها القرار المعين له ما لم يعف من اليمين بإتفاق الخصوم وهذا بنص المادة 131 من قانون الإجراءات المدنية .

ب- مهمة الخبير : بمجرد إشعار الخبير بالمهمة الموكلة إليه ، يجب عليه أن يبادر و في أقرب الأجل بإخبار

القاضي بقبوله المهمة ، أو إشعاره بتقديم إعفائه من المهمة أما إذا وقع رده من أحد الخصوم فإنه لا يمكنه مباشرة عمليات الخبرة (3) .

و بعد إخبار القاضي بقبول المهمة ، فإنه يخطر الخصوم بالأيام و الساعات التي سيقوم فيها بإجراء أعمال الخبرة ،

وفي غير حالات الإستعجال يرسل هذا الإخطار إلى الخصوم قبل اليوم المحدد بخمس أيام على الأقل برسالة

(1) - أنظر الدكتور : محمد الزحيلي " وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية" - المرجع السابق- ، ج 2 ، ص 599 .

(2) - أنظر الدكتور : أنور سلطان " قواعد الإثبات " - مرجع سابق- ، ص 218 .

(3) - أنظر : نص المادة 133 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

مضمنة مع طلب إشعار بالوصول .

و يجب على الخبير أن يطلع بالمحكمة وعلى الوثائق الموجودة به أو يطلبها من الخصوم لإحضارها إليه وتحدد رزنامة عمليات الخبرة .

و بشكل عام فإن مهمة الخبير تنحصر في نقطة أو مسألة فنية ، و إذا تعدد الخبراء ، و يجب عليهم تقديم نتائج عملهم في تقرير مشترك .

و لا يجوز أن يتضمن الحكم بندب خبير توكيل مهام للخبير تكون من صلاحيات القاضي كسماع الشهود أو إجراء صلح بين الأطراف .

و إجمالاً إجراءات الخبرة تنحصر فيما يلي :

بعد تسلمه القبول بالمهمة فإنه يلزمه :

1-إستدعاء الخبير بالخصوم و هذا بنص المادة 135 من قانون الإجراءات المدنية التي جاء فيها :

"يجب على الخبير إخطار الخصوم بيوم و ساعة و مكان إجرائها عن طريق محضر قضائي " .

2- الإطلاع على ملف و أوراق الدعوة بالمحكمة التي أصدرت الحكم القاضي بالخبرة و يمكن له أن يطلب من الخصوم

إحضار وثائقهم التي يمكنهم الإحتجاج بها في النزاع ، هذا بنص المادة 137 من قانون الإجراءات المدنية والتي جاء فيها:"

يجوز للخبير أن يطلب من الخصوم تقديم المستندات التي يراها ضرورية لإنجاز مهمته دون تأخير"

3- يجب أن يدون ملاحظات و أقوال الخصوم كل على حدة بداية بالمدعى ثم المدعى عليه فالأطراف الأخرى ، هذا بنص

المادة 138 ف1 من قانون الإجراءات المدنية والتي جاء فيها:"يسجل الخبير في تقريره على الخصوص :

1-أقوال و ملاحظات الخصوم و مستنداتهم " .

4- على الخبير أن يباشر مهمته في الحدود التي رسمها له القاضي وأن يجيب عن الأسئلة التقنية المكلف بالإجابة عنها

5- أن يسمع الخبير الشهود الذين يقدمهم الخصوم إذا أذنت له المحكمة بذلك ودون حلف اليمين .

6- عليه أن يتمتع بالحرية التامة في إنجاز مهمته وذلك في حدود المهمة الموكلة إليه و المعين من أجلها تحت رقابة القاضي

الذي عينه .

7- يجب عليه أن يقوم بنفسه بالأبحاث و التحقيقات التي يرى أنها ضرورية لإنجاز المهمة .

8- إذا كان مكلف بإجراء معاينة و يجب أن ينتقل بنفسه و شخصياً إلى المكان المعين في الحكم القضائي .

9- أن يقدم تقريراً شاملاً على أعمال الخبرة و الذي يقدمه أمام كتابة ضبط المحكمة القضائية المعينة له ، وهو ما

نصت عليه المادة 138 من قانون الإجراءات المدنية ، والتي جاء فيها : " يسجل الخبير في تقريره على الخصوص :

1- أقوال و ملاحظات الخصوم و مستنداتهم .

2- عرض تحليلي عما قام به و عينه في حدود المهمة المسندة إليه .

3- نتائج الخبرة " .

4-: مدى حجية الخبرة في الإثبات :

إذا استوفى تقرير الخبرة الإجراءات القانونية ، وكانت المحكمة التي إعتمدت هذا التقرير هي التي قررت إنتدابه ، فإن تقرير الخبير هذا يصح أن يكون للحكم في مواجهة سائر الخصوم في الدعوى بوصفه دليلا من أدلة الإثبات و تكون له قوة السند الرسمي ، فلا يجوز إنكاره إلا عن طريق الطعن بالتزوير .⁽¹⁾

و بالرغم من أن تقرير الخبرة يعد دليلا من أدلة الإثبات غير أنه ليس بالدليل الحاسم في الدعوى و إنما يخضع لسلطة المحكمة و التي لا تتقيد بالرأي الذي إنتهى إليه الخبير في تقريره ، فلها أن تأخذ به أو بجزء منه ، ولها أن تقضي بما يخالفه⁽²⁾.

فإذا أخذت المحكمة بكل ما جاء في تقرير الخبير من رأي و تسبيب جملة و تفصيلا ، ليس لها أن تلتزم بتسبيب أو تعديل قرارها الذي إقتنعت به إلا إذا ما وجهت طعون جدية تمس بأصل الوثيقة الرسمية ، " كالطعن بالتزوير أو الإنكار " عندها يتاح المجال في إعادة النظر في منطوق الحكم لتعارضه مع الحقائق الجديدة التي تم كشفها و ذلك بالطرق القانونية المعروفة .

أمّا في حالة ما إذا تغاضت المحكمة عما جاء في تقرير الخبرة و رفضت ما جاء فيه جملة و تفصيلا ، فيتوجب عليها أن تبين في حكمها الأسباب التي دفعتها لعدم الأخذ برأي الخبير ، ولا تكون بذلك قد هضمت حقوق الخصوم ، بل القانون من حول لها السلطة المطلقة في تقدير اعتمادها على ما جاء في تقرير الخبرة من عدمه ، وفي حالة ما إذا إعتمدت التقرير لا يمكنها أن تضعه جانبا بجميع ما ورد فيه لأن ذلك يحرم الخصم من الإستفادة من هذه البيئة القانونية ، فسلطة القاضي تقديرية و ليست تحكيمية ، حيث يبين إستنتاجاته الفعلية المنطقية التي منحتها من الأخذ بتقرير الخبرة ولا تترك الأمور لأهوائه بهذا الشأن .

و للمحكمة كذلك الحق في تجزئة تقرير الخبرة حيث تأخذ ببعض ما جاء فيه متى إقتنعت به دون بعضه الآخر ،

حيث هي لا تقضي إلا بما تطمئن إليه ، وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة أن تبين الأسباب التي منعتها

(1) - أنظر الدكتور : مراد محمود الشنيكات " الإثبات بالمعينة و الخبرة في القانون المدني " - المرجع السابق- ص 232.

(2) - نفس المرجع ص 234.

من الأخذ بكل ما جاء في تقرير الخبير بما يضمن المحافظة على حقوق الخصوم .

فتعامل المحكمة مع تقرير الخبرة هو من صلاحياتها ، فقد تأخذ بالنتيجة التي إنتهى إليها الخبير دون الأسباب التي بنيت عليها هذه النتيجة لكونها ترى تعليلاً أحر لهذه النتيجة أو يمكنها أن تقوم بدعوة الخبير للمناقشة حول مضمون ما توصل إليه و لها أن تقدر جدوى و أهمية إجراء هذه المناقشة ، ولها كذلك أن تعيد التقرير إلى الخبير ليستدرك ما تعتريه خبرته من نقص و يزيل عنها الغموض و اللبس ، كما يمكنها كذلك أن تأمر بإعادة إجراء خبرة جديدة لكون الخبرة المعروضة أمامها لم تستوف الغرض المطلوب منها ، وفي الأخير تملك المحكمة الجزم بما لا يجزم به الخبير لكونها خبيرة الخبراء⁽¹⁾ .

- خلاصة واستنتاجاً لما تقدم في هذا الفصل نجد أن المشرع الجزائري عندما تناول النظرية العامة للإثبات ونظمها في التشريعات الوطنية ، خص بذلك النص على الطرق والوسائل الخاصة بالإثبات في القانون المدني كمرجع أساسي للإثبات فيما يتعلق بالقواعد الموضوعية بصفة عامة ، ثم نظم القواعد الشكلية والإجرائية في القوانين الأخرى كقانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ما نستنتج منه أن نظام الإثبات في الجزائر جاء مشتتاً بين عدة قوانين ، ما يستتبع معه كآثار بالنسبة للمتخاصمين صعوبة الإلمام بمحتواه ، عندما يلجؤون لإثبات ما يدعونه من حقوق والدفاع عن الأدلة التي يجوزتهم ، فقد تضيع حقوق جراء هذه العراقيل والصعوبات التي تواجه المتقاضين .

فهل آن الآوان لإقتراح مشروع قانون موحد للإثبات في الجزائر ؟

(1) - أنظر الدكتور : مراد محمود الشنيكات - المرجع السابق - ، ص 245.

الفصل الثاني:

القواعد الخاصة بالإثبات في المواد التجارية

إن الأعمال التجارية مجالها واسع و متشعب تتطلب قواعد خاصة تختلف عن القواعد التي نص عليها القانون المدني من بينها ، مبدأ حرية الإثبات في الأمور التجارية حيث يجوز في الأصل إثبات الأعمال التجارية بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود ، والقرائن ، والدفاتر التجارية ، والفواتير و المرسلات ، أو أية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها طبقاً لنص المادة 30 من القانون التجاري .

وحرية الإثبات في المواد التجارية تمكن التاجر من التمسك بدليل صدره منه لإثبات ما يدعيه من جهة ، كما تجبره على تقديم ما تحت يديه من محررات منتجة في الدعوى في حالات معينة تقتضيها المتطلبات التجارية من جهة أخرى.

غير أن القانون أورد إستثناء عن هذا الأصل ألزم بموجبه إثبات بعض الترفات التجارية بالكتابة نظراً لما يستغرقه إبرامها أو تنفيذها وقتاً طويلاً يكون فيه للمتعاقدین متسع من الوقت لتحرير السند الكتابي كعقد الشركة وعقد التسيير الحر مثلاً .

و بالإضافة إلى ذلك نجد بعض التصرفات التجارية لها كفاية ذاتية في الإثبات من خلال البيانات الواردة فيها لا تحتاج إلى طرق أخرى من أجل إثباتها .

و من خلال ما تقدم فإن مجال الإثبات في المواد التجارية واسع ومتشعب لذلك حاولنا قدر إمكان الإلمام بالعناصر الرئيسية ، وذلك من خلال التطرق إلى النقاط الآتية :

المبحث الأول : المبادئ الخاصة بالإثبات في المواد التجارية .

المبحث الثاني : قواعد الإثبات في العقود التجارية .

المبحث الثالث : حجية الدفاتر التجارية في الإثبات .

المبحث الرابع : حجية الأسناد التجارية في الإثبات .

المبحث الخامس : إثبات نظام الإفلاس .

المبحث السادس : الإثبات في التجارة الإلكترونية .

المبحث الأول : المبادئ الخاصة بالإثبات في المواد التجارية :

تمتاز الأعمال التجارية عن غيرها من الأعمال الأخرى بالسرعة في المعاملات من جهة و الثقة و الإئتمان من جهة أخرى .

فهي تحتاج إلى وسائل مرنة تعمل على دفع وتطوير النشاط التجاري تكون بعيدة كل البعد عن الشروط الشكلية المتشعبة التي تمتاز بها الأعمال المدنية .

و بالتالي فإن الإثبات في المواد التجارية يقوم أساسا على مبادئ خاصة به مرتبطة بطبيعته .

و السؤال الذي يطرح : ماهي المبادئ الخاصة بالإثبات في المواد التجارية ؟ .

و للإجابة عن هذا السؤال سنتطرق إلى :

أولا : مبدأ الإثبات بكافّة الطـرق

ثانيا : مبدأ حق الشخص للتمسك بدليل صدر منه .

ثالثا : مبدأ إلزام الخصم على تقديم دليلا صدر منه .

المطلب الأول : مبدأ الإثبات بكافة الطرق :

أصلاً إن الإثبات في المواد التجارية يكون بكافة الطرق⁽¹⁾ مهما كانت طبيعة وقيمة هذه الأعمال سواء كانت أعمال مادية أو تصرفات قانونية ويرجع ذلك إلى ما تقتضيه طبيعة الأعمال التجارية من السرعة في المعاملات من جهة و الثقة و الإئتمان الذي تقوم عليه من جهة أخرى .

فالأعمال التجارية قوامها السرعة على عكس الأعمال المدنية التي تتميز بالبطء قالتاجر يقوم بنشاط خاص يجني من ورائه الأرباح و بالتالي يكون ميالاً بطبعه بأن يقوم بأكبر عدد ممكن من العمليات التجارية و بأقصى سرعة ممكنة ليتسنى له إستثمار رؤوس أمواله بهدف جني الربح بأفضل الظروف كما أنها ترد على المنقولات معرضة لتقنيات الأسعار أو قابلة للتلف⁽²⁾ .

كما تقوم الأعمال التجارية على الإئتمان و الثقة كذلك ذلك أن أغلب العمليات التجارية تتم بأجل ، فتاجر الجملة يبيع لتاجر التجزئة بأجل ، و البنك يُقرض المشتري لأجل ، ومن خلال ذلك يرتبط التاجر بروابط متتابعة قوامها الإئتمان و الثقة المتبادلة بينهما بحيث إذا أحل المدين بهذه الثقة وتحلف عن الوفاء بدينه عند حلول أجله أدى ذلك إلى الإضطراب في المعاملات مما قد يؤدي إلى عجز الآخرين عن أداء ديونهم .

لذلك عمد القانون التجاري إلى دعم الإئتمان عن طريق الزيادة في الضمانات تحمي الدائن التجاري من الإحتيال أو التهرب من تنفيذ الإلتزامات التجارية ، حيث نظم الإفلاس و ألزم على التجار مسك الدفاتر التجارية و القيد في السجل التجاري⁽³⁾ .

و بالتالي فمن المعلوم في عالم التجارة أن رأس المال ينتج أرباحاً كلما تحرك بسرعة وقام على الثقة و الإئتمان فالسرعة و الإئتمان من صلب النشاط التجاري وهي لا تتماشى مع الإجراءات التشكلية المتشعبة ، ففرضت قواعد خاصة بها و من هذه القواعد حرية الإثبات في المواد التجارية⁽⁴⁾ فهو يتم بكافة طرق الإثبات فيجوز إثبات العقود التجارية وغيرها من التصرفات القانونية التجارية بشهادة الشهود و القرائن و الدفاتر التجارية⁽⁵⁾ و

(1) - أنظر Yves Reinhard , « Droit Commercial » , Edition Litec , cinquième édition 1998.p131

(2) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " أصول القانون التجاري " الدار الجامعية ، 1994 ص 10 .

(3) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " أصول القانون التجاري " -المرجع السابق- ص 11 و ما يليها .

(4) - أنظر الدكتور : علي البارودي ، والدكتور: محمد فريد العليزي " القانون التجاري " ، دار المطبوعات الجامعية ، 1987 ص 55 وما يليها -

(5) - أنظر Yves Reinhard , op-cit p 130

المرسلات و بكافة طرق الإثبات حتى ولو زادت قيمتها على مئة ألف (100.000 دج) أو كانت غير محددة القيمة كما أن حرية الإثبات في المواد التجارية تسمح بإبرام العمليات التجارية شفاهة أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو البرقيات أو حتى الهاتف .

و بالتالي فهي تختلف عن الأعمال المدنية التي تتصف بالبطء و التي تتطلب شروط موضوعية عامة وخاصة تحمي مصالح وحقوق الأطراف بالإضافة إلى شروط شكلية يتطلبها القانون لإنعقاد العقد من جهة وكأداة للإثبات من جهة أخرى بالطرق المحددة قانونا فالقاعدة العامة للإثبات في المواد المدنية سواء كانت عقودا أو تصرفات قانونية و التي تزيد قيمتها عن مئة ألف (100.000 دج) أو تكون غير محددة القيمة و يجب إثباتها بالدليل الكتابي سواء كانت محررات رسمية أو محررات عرفية بالإضافة إلى طرق أخرى كالبيننة و القرائن و الإقرار و اليمين و التي نص عليها القانون المدني .

و تنص المادة 30 من القانون التجاري على أن " يثبت كل عقد تجاري :

1- بسندات رسمية .

2- بسندات عرفية .

3- فاتورة مقبولة .

4- بالرسائل .

5- بدفاتر الطرفين .

6- بالإثبات بالبيننة أو أية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها "

فمن خلال نص هذه المادة فإن الأعمال التجارية سواء كانت أعمال مادية أو تصرفات قانونية أو محددة القيمة أو غير محددة القيمة يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية المذكورة أعلاه حيث يجوز الإثبات بشهادة الشهود مهما كانت قيمة التصرف القانوني التجاري فمتى كان المتعاقدان تاجرين بصدد أعمال تجارية إتبعتهما في إثباتها وسائل الإثبات التجارية كما أنه إذا حررت كتابة في مسألة تجارية يجوز إثبات عكس ما جاء فيها بشهادة الشهود و القرائن ⁽¹⁾ ، إلا إذا إشتراط القانون التجاري الكتابة كأداة إثبات فلا يمكن إثبات عكس مضمون الدليل الكتابي إلا بالكتابة .

أمّا إذا كان التصرف مدنيا بين تاجرين ، أو تجاريا بين غير تاجرين فلا يمكن إثباته بشهادة الشهود أو القرائن بل يجب إتباع القواعد الخاصة بالإثبات في المواد المدنية أي الكتابة .

(1) Yves Reinhard , op-cit p 130

أمّا إذا كان التصرف تجارياً بالنسبة لأحد الطرفين و مدنيا بالنسبة للطرف الآخر فبالنسبة للتاجر يجب عليه إتباع القواعد الخاصة بالإثبات في المواد المدنية أي الكتابة في إثبات دعواه ضد غير التاجر أما الطرف غير التاجر فيجوز له إثبات دعواه ضد التاجر بشهادة الشهود مهما كانت قيمة التصرف القانوني⁽¹⁾، كما يمكن الإعتماد على الدفاتر التجارية كوسيلة للإثبات ، حيث يلزم القانون التجاري التجار بمسك دفاتر معينة يقيدون فيها ما يتعلق بأعمالهم التجارية بما يبين مركزهم المالي ولهذا الدفاتر التجارية حجية في الإثبات .

فقد تكون هذه الدفاتر حجة على هؤلاء التجار سواء كانت منتظمة أو غير منتظمة فهي تعتبر بمثابة إقرارا خطيا صادرا عن التاجر حيث يمكن لخصمه ان يستخلص منها دليلا لنفسه⁽²⁾ .

كما قد تكون دفاتر التاجر حجة له ضد الغير و ذلك خروجاً على القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن ينشئ دليلاً لنفسه بنفسه .

كما أجاز المشرع الإثبات في المواد التجارية بواسطة الرسائل وفواتير مقبولة فتكون حجة على محررها أو مرسلها بصحة المدون فيها إلى أن يثبت العكس بالطرق المقررة قانوناً للإثبات وجعل لها حجية الورقة العرفية .

و بالإضافة إلى ذلك جعل المشرع مجال الإثبات مفتوحاً فأجاز الإثبات بأية وسيلة أخرى رأتها المحكمة مقبولة كالإقرار و اليمين .

و إستثناء عن الأصل ألزم القانون إثبات بعض التصرفات التجارية مهما كانت قيمتها بالكتابة نظراً لما يستغرقه إبرامها أو تنفيذها وقتاً طويلاً فيكون للمتعاقدين متسع من الوقت لتحرير التحرر الكتابي ويكون كذلك في الحالتين الآتيتين :

- إذا إشتراط القانون الكتابة في إثبات العمل التجاري كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للعقود الشركات التجارية⁽³⁾ ، عقود البيع و الوعد بالبيع التجارية⁽⁴⁾ ، عقد التسيير الحر .

2- كما يجوز أيضاً الإتفاق على أن يكون الإثبات في المواد التجارية بالكتابة سواء كانت محررات رسمية أو محررات عرفية أو بسند تجاري ، لأن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام و بالتالي يمنع عندئذ الإثبات بالطرق القانونية الأخرى كشهادة الشهود و القرائن⁽⁵⁾ .

(1) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف " الكامل في قانون التجارة " ، الجزء الأول ، عويدات للطباعة و النشر 1999 ص 41 و 131

(2) - أنظر : Alfred Jauffret , et Jacques ; Mestère , Droit Commercial ; L.G.I.Delta , 22^édition , p135 ;

(3) - أنظر : نص المادة 545 من القانون التجاري .

(4) - أنظر : نص المادة 79 من القانون التجاري .

(5) - أنظر الدكتور : محمد فريد العربي و الدكتور هاني دويدار " مبادئ القانون التجاري و البحري " دار الجامعية الجديدة للنشر 2000 ص 26.

و من خلال ما تقدم يمكن القول أن الإثبات في المواد التجارية بالكتابة سواء كان عملا ماديا أو تصرفا قانونيا وسواء كان محدد القيمة أو غير محدد القيمة ، وذلك نظرا لما تمتاز به المعاملات التجارية من سرعة وعامل الثقة و الإئتمان وذلك خلافا للمواد المدنية التي تتطلب في غالب الأحيان الشكلية كالكتابة لإنعقادها من جهة وكأداة للإثبات من جهة أخرى ، و من خلال ذلك فإن المشرع أجاز إثبات المعاملات التجارية بشهادة الشهود و القرائن و الدفاتر التجارية و الفواتير المقبولة و بالرسائل أو أية وسيلة أخرى تراها المحكمة مقبولة كأداة للإثبات ، و إستثناء على ذلك أجاز المشرع إثبات بعض التصرفات التجارية بالكتابة وفقا لإجراءات قانونية معينة .

المطلب الثاني : مبدأ حق الشخص أن يتمسك بدليل صدر منه :

خلافا لما هو معمول به في المواد المدنية أن الإثبات يتم بطرق الإثبات المحددة قانونا بحيث لا يستطيع الشخص أن يتمسك أو يصطنع دليلا لنفسه من أجل إثبات دعواه فإن الإثبات في المواد التجارية يتم بكافة الإثبات ، سواء المنصوص عليها في القانون المدني من كتابة وشهادة الشهود و قرائن و الإقرار و اليمين أو في القانون التجاري كالدفاتر التجارية و الفاتورة المقبولة و بالرسائل ، أو بأية وسيلة أخرى رأته المحكمة وجوب قبولها مهما كانت طبيعة النزاع سواء كان التصرف قانوني أو واقعة مادية و أيضا مهما كانت قيمة التصرف موضوع النزاع .

لذلك أجاز المشرع للتاجر في المواد التجارية أن يتمسك أو يصطنع دليلا لنفسه من أجل إثبات دعواه أمام القضاء حيث تحتوي هذه الوثائق الصادرة منه على أدلة تثبت حقه في مواجهة الغير و كثيرا ما تأخذ المحاكم بهذه الأدلة خاصة إذا كانت منتظمة وغير مشوبة بأي عيب و من أهم هذه الأدلة نجد :

1- الدفاتر التجارية : ألزم المشرع على التاجر مسك الدفاتر التجارية يقيدها فيها جميع العمليات المتعلقة بنشاطه التجاري (من بيع و شراء و ورهن ، و ديون والمصاريف المختلفة... الخ) حتى يتسنى له معرفة مركزه المالي بماله من حقوق و ما عليه من ديون متعلقة بتجارته⁽¹⁾ من جهة ، أو أن يتمسك بها كأداة إثبات صحة ما يدعيه ضد الغير من جهة أخرى و يشترط لذلك :

أ- أن تكون دفاتره التجارية منتظمة يقيدها فيها كل عملياته التجارية يوما بيوم حسب تاريخ وقوعها خالية من أي حشو أو شطب أو ترك للفراغات أو نقل على الهامش أو تمزيق بعض صفحاته .

(1) - أنظر : نص المادة 09 من القانون التجاري وما يليها .

ب- حتى تكون لهذه الدفاتر قوة في الإثبات لمصلحة التاجر إتجاه الغير يشترط أن يتمسك التاجر بدليل صدر منه مقيد في دفاتره التجارية .

ج- أن يكون الدليل الذي يتمسك به التاجر و المقيد بدفاتره التجارية متعلق بموضوع النزاع .

د- أن يكون الخصم المدعى ضده بالدفاتر التجارية تاجرا : أي أن يكون النزاع بين تاجرين (1).

و تتوفر هذه الشروط أجاز المشرع للتاجر إثبات ما يدعيه بالبيانات المقدمة بدفاتره التجارية الإلزامية المنتظمة حيث تكون لها حجية في الإثبات ، فيجوز للقاضي أن يعتمد بها كدليل كامل لمصلحة التاجر على خصمه ، كما يمكن أيضا أن لا يأخذ بها خاصة إذا قدم الخصم الذي يحتج عليه بالدفاتر دليلا جديا مقنعا على عكس ماجاء في هذه الدفاتر إرتفعت عن هذه الدفاتر حجيتها في الإثبات بحيث يمكن للخصم إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و القرائن (2).

أمّا بالنسبة للدفاتر التجارية الإختيارية أو الدفاتر غير المنتظمة فالأصل أن لا يؤخذ بها كدليل للإثبات إلا أنه يجوز للقاضي الإستعانة بها لإستنباط القرائن التي تعزز وتتم أدلة الإثبات الأخرى المتعلقة بالدعوى (3).

2- الفاتورة المقبولة : الفاتورة هي عبارة عن سند مكتوب يصدر من البائع يحتوي على بيانات تثبت قيمة و كمية ونوعية البضاعة المباعة يسلمها البائع إلى المشتري مع إحتفاظه بنسخة منها لديها ويقيدها في دفاتره التجارية ، ولقد أجاز المشرع الجزائري في نص المادة 30 فقرة 03 من القانون التجاري إثبات المعاملات التجارية بالفاتورة المقبولة و بالتالي يجوز للتاجر التمسك بها كدليل صادر منه في مواجهة خصمه أمام القضاء ، بحيث تعد حجة على الخصم حتى يدحضها بالدليل العكسي بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيينة و القرائن .

و يشترط في الفاتورة أن تكون مقبولة أي سليمة لا يشوبها أي عيب كعدم تحديد قيمة البضاعة أو كميتها أو نوعها أو فيها نحو أو حشو أو تعديل بعض البيانات و ذلك تفاديا لوقوع غش أو إحتيال أو تزوير في البيانات .
و متى كانت هذه الفاتورة مقبولة يجوز للقاضي أن يعتمد بها كدليل إثبات لمصلحة التاجر في مواجهة خصمه إلى أن يثبت العكس .

3- المرسلات التجارية : تنص المادة 30 فقرة 04 من القانون التجاري على أنه : « يثبت كل عقد تجاري :

4- الرسائل . »

(1) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف " الكامل في قانون التجارة " الجزء الأول - المرجع السابق- ص 65 .

(2) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " أصول القانون التجاري " - المرجع السابق- ص 150 .

(3) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف " الكامل في قانون التجارة " الجزء الأول - المرجع السابق- ص 66 .

من خلال نص هذه المادة تعد الرسائل الموجهة من قبل التاجر المرسل إلى المرسل إليه كأداة إثبات في المواد التجارية ، و بالإضافة إلى كونها حجة على مرسلها بصحة ما ورد فيها من بيانات حيث يجوز للتاجر مرسل الرسالة أن يتمسك بها كدليل صدر منه لإثبات ما يدعيه من حق في مواجهة خصمه المرسل إليه ⁽¹⁾ سواء كان تاجرا أو غير تاجرا ، و يكون ذلك إذا توفرت الشروط الآتية :

1- أن تكون صادرة و محررة من طرف المرسل .

2- أن تكون موقع عليها من قبل المرسل

3- أن تكون متعلقة بموضوع النزاع .

4- أن تكون ثابتة التاريخ .

فطبيعة الأعمال التجارية تتطلب من التاجر القيام بممارسة المتعاملين معه كلما إقتضت الظروف ذلك كأن يرسل تاجر الجملة رسالة إلى تاجر التجزئة يخبره أن بضاعته جاهزة وعليه أن يستلمها ويضعها في مخازن التبريد لكونها سريعة التلف فياستلام المرسل إليه لهذه الرسالة جاز للتاجر المرسل أن يتمسك بها كأداة إثبات صادرة منه في مواجهة خصمه ، و بالتالي فكل رسالة مضمنة و الثابت وصولها بإشعار بالإستلام من البريد أو بسند إيصال من المرسل إليه موضوعة بشكل بطاقة مكشوفة أو كان العنوان مكتوبا على ظهر الرسالة ذاتها ⁽²⁾ جاز للمرسل إثبات مضمونها بإبراز النسخة المحفوظة لديه و تعد النسخة صحيحة إذا رفض المرسل إليه إبراز الرسالة التي إستلمها .

و من خلال ما تقدم : يجوز للتاجر أن يتمسك بدليل صادر منه في مواجهة خصمه بواسطة دفاتره التجارية أو فواتير مقبولة أو الرسائل تكون متعلقة بنشاطه التجاري وذلك خلافا للقاعدة العامة التي تقضي أنه لا يجوز للشخص أن ينشأ دليلا لنفسه في المواد المدنية .

المطلب الثالث : مبدأ إلزام الخصم على تقديم دليله ضد نفسه :

أجاز المشرع الجزائري في المواد التجارية لأحد طرفي الخصومة أو للقاضي من تلقاء نفسه أن يجبر الخصم الأخر على تقديم ما تحت يديه من محررات منتجة في الدعوى في حالات معينة تقتضيها المتطلبات التجارية من جهة

(1) - أنظر الدكتور : محمد يحي مطر - المرجع السابق- ص 198 و ما يليها .

(2) - أنظر الأستاذ : يحي بكوش - المرجع السابق- ص 165.

وعملا بالقاعدة الخاصة بالمواد التجارية التي تقتضي أن الإثبات يتم بجميع طرق الإثبات خلافا للقاعدة العامة في المواد المدنية التي تقتضي في الأصل أنه يجوز إجبار الشخص على تقديم دليلا ضد نفسه .

و بالتالي فطبيعة الأعمال التجارية التي تقوم على السرعة و الثقة تسمح للتاجر بإبرام عقود تجارية شفاهة أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو حتى الهاتف بعيدة عن التشكيلة المتشعبة ، و بالإضافة إلى ذلك يلزمه القانون على مسك دفاتر تجارية إلزامية يقيد فيها جميع العمليات المتعلقة بتجارته ، وفي حالة نشوب نزاع يجوز لأطراف الخصومة إثبات ما يدعونه من حقة بكافة طرق الإثبات و بالمستندات التي تكون بحوزتهم ، أما إذا كانت المستندات بحوزة أحد طرفي الخصومة من اللازم عليه تقديمها لخصمه و للمحكمة من أجل الإطلاع عليها حتى يتسنى له تقديم دفوعه .

كما تنص المادة 15 من القانون التجاري على أنه : « لا يجوز الأمر بتقديم الدفاتر و قوائم الجرد إلى القضاء إلا في قضايا الإرث وقسمة الشركات و في حالة الإفلاس » ، فمن خلال نص هذه المادة حدد المشرع الحالات على سبيل الحصر ألزم فيها الخصم الذي بحوزته الدفاتر التجارية أن يقدمها إلى المحكمة من أجل الإطلاع عليها إطلاعا كليا في القضايا المتعلقة بالإرث و قسمة الشركات و حالة الإفلاس ، وقد راع المشرع في تقريرها أن الدفاتر في هذه الحالات تعتبر ملكا مشتركا لجميع أطراف الدعوى ، مما ينتفي معه الضرر من كشف الأسرار الواردة فيها ، كما لم تعد ثمة فائدة من الاحتفاظ بأسرار عمليات التاجر كما هو الحال في الإفلاس (1).

كما ألزم المشرع في الحالات الأخرى على التاجر تقديم دفاتره التجارية إلى المحكمة من أجل الإطلاع عليها ولكن إطلاعا جزئيا فقط حيث يقتصر على الصفحة أو الصفحات المدعى بها من الدفاتر التجارية التي وردت فيها البيانات المتعلقة بالنزاع موضوع الدعوى ويكون الإطلاع عليه للمحكمة وحدها دون الخصوم وفقا للمادة 16 من القانون التجاري (2).

بالإضافة إلى ذلك أجاز المشرع لأحد أطراف الخصومة على إجبار خصمه على تقديم ما بحوزته من وثائق متعلقة بالدعوى إذا كانت هذه المستندات مشتركة بين الخصوم و خاصة بنشاط تجاري فهذه المستندات تثبت حقوق مشتركة بينهما ويشترط فيها :

1- أن تكون متعلقة بحقوق مشتركة بين الخصوم .

2- أن تكون متعلقة بنشاط تجاري .

(1) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " أصول القانون التجاري " - المرجع السابق - ص 158.

(2) - تنص المادة 16 من القانون التجاري على أنه : " يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام نزاع وذلك بفرض إستخلاص ما تعلق منها بالنزاع "

3- أن تكون متعلقة بالنزاع .

4- أن تكون مجوزة أحد طرفي الخصومة دون الآخر .

و من خلال ذلك يصبح من اللازم على الخصم الذي بجوزته هذه المستندات أن يقدمها إل المحكمة من أجل الإطلاع عليها حتى يتسنى له معرفة حقوقه وتقديم دفعه للمطالبة بما لديه من حقوق ومثال على ذلك مستندات متعلقة بعقد شركة من دفاتر تجارية ، وفواتير و أسناد..... الخ ، فهذه الوثائق تثبت حقوق مشتركة بين الخصوم فإذا تعسف أحد أطراف الدعوى و إنفراد بحقوق الشركة دون السماح لشريكه من الإستفادة بدوره بحقوقه في الشركة و منعه من الإطلاع على وثائق الشركة و بالتالي فالغرض الذي أنشأت من أجله الشركة قد زال مما يؤدي حتما إلى حل وثائق الشركة و بالتالي فالغرض الذي أنشأت من أجله الشركة قد زال مما يؤدي حتما إلى حل الشركة و تصفية أموالها سواء كانت منقولة أو عقارية كالعتاد و الآلات و السلع و البضائع و الأوراق المالية ن والمحل التجاري ، فيصبح من اللازم على الشخص الذي بجوزته وثائق الشركة تقديمها إلى المحكمة أو خبير تناد به المحكمة للقيام بجرد ممتلكات الشركة و إعداد قسمة لممتلكات الشركة .

و من خلال ما تقدم يستخلص أنه خلافا للقاعدة العامة في القانون المدني التي تقتضي أنه لا يجبر الشخص على تقديم ما بجوزته من محررات فإن الإثبات في المواد التجارية يُجيز إجبار الشخص على تقديم دليلا ضد نفسه نظرا لما تقتضيه المتطلبات التجارية التي تقوم على أساس السرعة و الثقة حيث يجوز للمحكمة إلزام التاجر على تقديم الدفاتر التجارية من أجل الإطلاع عليها إطلاعا كليا أو جزئيا ، و أيضا المحررات المشتركة بين الخصوم أو المحررات التي أشار إليها الخصم في دعواه تقتضي تقديمها إلى المحكمة من أجل الإطلاع عليها حتى تسمح له من تقديم دفعه .

المبحث الثاني : قواعد الإثبات في العقود التجارية :

تعتبر العقود التجارية من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد تطابق إرادة الطرفين بالإيجاب و القبول حيث تخضع للقواعد العامة التي نص عليها القانون المدني بالإضافة إلى القواعد الموضوعية الخاصة التي تنطبق على العقود التجارية من حيث إنعقادها ، وتنفيذها ، و إثباتها .

بالإضافة إلى ذلك نجد أن أغلب العقود التجارية لا تتطلب الشكلية للإنعقاد و ذلك راجع لكون الأعمال التجارية تقوم أساسا على عاملين وهما السرعة في التعامل و الثقة و الإئتمان التجاري ، غير أن المشرع ألزم إثبات بعض العقود التجارية بالكتابة نظر لما يستغرق إبرامها و تنفيذها وقتا طويلا من جهة و ما للكتابة من أهمية خاصة لحسم النزاعات المحتملة حول طبيعتها أو آثارها من جهة أخرى .

كما نجد بعض العقود التجارية لها كفاية ذاتية من خلال البيانات الواردة في العقد فتكون هذه البيانات بمثابة دليل كامل ينشأ الحق و يحميه .

و السؤال الذي يطرح ما هو مفهوم العقود التجارية ؟ و ماهي طرق إثباتها ؟

للإجابة على ذلك سنتطرق على النقاط التالية :

أولا : مفهوم العقود التجارية .

ثانيا : إثبات العقود التجارية بالكتابة .

ثالثا : عقود تجارية لها كفاية ذاتية في الإثبات .

رابعا : إثبات العقود التجارية بكافة طرق الإثبات .

المطلب الأول : مفهوم العقود التجارية :

لدراسة هذا المذهب سنتناول ماهي العقود التجارية كما تطرق لها المشرع الجزائري و خصائصها التي تميزها عن بقية العقود الأخرى ، ثم القواعد الخاصة التي تنظمها من حيث إنشائها و تنفيذها و إثباتها وذلك كالتالي :

الفرع الأول : ماهية العقود التجارية :

الأصل في العقود أنها مدنية إلا أنها تكتسب الصفة التجارية إذا كان محلها القيام بعمل تجاري بطبيعته أو ماهيته ، أو كما أسماه المشرع الجزائري عملا تجاريا بحسب الموضوع كالشراء لأجل البيع فإذا إشتري تاجر التجزئة من تاجر الجملة بضاعة بقصد إعادة بيعها أي مضاربة على فروق الأسعار من أجل تحقيق الربح فالشراء من أجل إعادة البيع يعد عملا تجاريا⁽¹⁾ ، وكذلك يعتبر عقد البيع تجاريا ، أما إذا إشتري تاجر الجملة المحصول من المزارع لإعادة بيعه تحقيقا للربح فإن العمل يعد تجاريا بالنسبة لتاجر الجملة و عملا مدنيا بالنسبة للمزارع .

فالعقد التجاري سواء كان منفردا أو في شكل مقابلة يستوجب من الشخص تكرار العمل على وجه الإحتراف⁽²⁾ ، ويقوم ذلك المفهوم على صفة الشخص الذي أبرمه ، فإذا كان هذا الشخص تاجرا أو أبرم العقد لشؤون تجارية يصبح العقد تجاريا و لو كانت في الأصل مدنيا وذلك عملا بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية⁽³⁾ أي أن العمل، كل ما قام به التاجر تحقيقا لمهنته التجارية و إن كان العمل مدنيا بطبيعته قد قام قرينة بسيطة على أن العمل الذي يقوم به التاجر يتعلق بمهنته التجارية أو بمتجره ، إلى أن يرد الدليل على خلاف ذلك ، وهكذا فالصفة التجارية للعقد تستند إلى مفهوم العمل التجاري بالطبيعة أو بالتبعية ، إذ يكون هو المعيار الفاصل بين العقد المدني و العقد التجاري .

و قد إنتقد بعض الفقهاء 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 أو غير تاجر و هكذا يكون العقد تجاريا بالنسبة للمتعاقد التاجر و مدنيا بالنسبة للمتعاقد غير التاجر⁽⁴⁾ في حين أن طبيعة العقد

(1) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " الوجيز في القانون التجاري " منشأة المعارف 1973 ص 261 .

(2) - تنص المادة الأولى من القانون التجاري أن : " يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذ مهنة معتادة له ، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك " .

(3) - أنظر : نص المادة 04 من القانون التجاري .

(4) - أنظر

واحدة لم تتغير الأمر الذي يفسر لنا إنطباق ذات القواعد القانونية على العقد مدنيا كان أو تجاريا فأحكام البيع مثلا الواردة في التقنين المدني تحكم البيع المدني كما تحكم البيع التجاري إلا أن ذلك لا يمنع في رأينا من وجود عقود تعتبر دائما تجارية بالنسبة لأحد طرفيها على الأقل و تخضع لأحكام القانون التجاري و لإختصاص القضاء التجاري لأنها من الأعمال التجارية بطبيعتها كعقد الوكالة بالعمولة و عقد السمسرة و عقد النقل ، وكافة العقود التي نظمها المشرع في القانون التجاري بشكل خاص ، فهي عقود تحكمها قواعدا خاصة بها وردت في القانون التجاري أو العرف التجاري و التي غالبا ما تكون بمثابة إستثناءات واردة عن القواعد العامة المدنية فهي تخضع مبدئيا لقواعد القانون المدني في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص في القانون التجاري أو العرف التجاري .

و كقاعدة عامة إن العقود التجارية تتم بمجرد إتفاق الطرفين دون حاجة إلى أشكال أو إجراءات خاصة إلا إذا ورد النص صراحة على خلاف ذلك

الفرع الثاني : خصائص العقود التجارية :

تتميز العقود التجارية بخصائص عامة تتمثل فيما يلي :

- 1- أن العقود التجارية عقود رضائية تنعقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما متطابقتين بالإيجاب و القبول .
- 2- في الأصل لا يشترط لإنعقاد العقود التجارية شكل معين حيث يمكن إبرام العقود شفاهة أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو الهاتف لأن من طبيعة العقود التجارية السرعة في التعامل ، والعمل التجاري ينفر من الشكلية التي تتطلب زمنا طويلا ، إلا أن المشرع إشتراط لإنعقاد بعض العقود التجارية الكتابة الرسمية كعقد الشركة .
- 3- أن العقود التجارية هي عقود معوضة يتلقى فيها كل واحد من المتعاقدين مقابلا و عوضا لما يعطيه.⁽¹⁾
- 4- الأصل أن العقود التجارية ترد عن المنقولات لأنها تعد أشياء مقدرة كما و نوعا إلا أن المشرع إعتبر شراء العقارات من أجل إعادة بيعها و كل العقود التي تتعلق بالمحلات التجارية عملا تجاريا بحسب الموضوع أو بحسب طبيعته و بالتالي فالعقود التجارية ترد على المنقول و العقار على سواء⁽²⁾.

.DGEORGES RIPERT et Réne roblot : « traite de droit commercial » tome I.L.G.D.j Delta .16e édition

(1) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " الوجيز في القانون التجاري " - المرجع السابق- ص 262.

(2) - أنظر : نص المادة 02 من القانون التجاري .

الفرع الثالث : القواعد الخاصة بالعقود التجارية :

• هناك قواعد خاصة تنطبق على العقود التجارية و تميزها عن العقود المدنية و هي قواعد تملئها ضرورة التجارة التي تقتضي السرعة في إبرام العقود و تنفيذ الإلتزامات الناشئة عنها دعما للإئتمان التجاري و تنشيط التجارة ، وهذه القواعد الخاصة نجد منها ما يتعلق بإنشاء العقد و منها ما يتعلق بتنفيذ الإلتزامات و منها ما يتعلق بالإثبات .

1/ القواعد الخاصة بإنشاء العقد : تتمثل قواعد إنشاء العقد فيما يلي :

أ- الرضائية في العقود : في مجلس العقد المحدد مكانا و زمانا الأصل في العقود التجارية هي عقود رضائية أي أنها تتم بمجرد إقتران الإيجاب بالقبول و تطابقهما عملا بمبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁾ ، إلا أن المشرع يستوجب أحيانا و بالرغم من ذلك أن يكون العقد التجاري مكتوبا ثابتا في عقد رسمي كما هو في عقد الشركة أو في عقد بيع السفينة ، ومن الشكليات ما أوجبه القانون للإحتجاج على الغير فلا بد من قيدها في السجل التجاري لتمتع بالشخصية المعنوية ، ومنها ما إشتراطه المشرع لنشوء الإلتزام ، فالإلتزام المصري لا ينشأ حقوق إلا إذا كان مكتوبا و احتوت الكتابة على بيانات إلزامية وردت في نص قانوني كما هو الحال بالنسبة للسفتحة و السند لأمر و الشيك ، وغالبا ما تبرم العقود التجارية في شكل عقود عامة نموذجية كما هو الحال في عقود النقل التجارية و التأمين خاصة⁽²⁾ .

و بما أن العقد يتم في هذه الحالة عن طريق الإلتزام بالشروط الموضوعية العامة من قبل شركة التأمين أو النقل و ما على العميل إلا الإلتزام بها ، وقد تدخل المشرع التجاري لحماية أطراف العقد من الشروط التعسفية في العقد و حماية التجارة نفسها من الكساد .

ب- التعاقد بالمراسلة : كثيرا ما يتم العقد التجاري بالمراسلة و القاعدة أنه إذا حدد ميعاد للقبول إلتزم الموجب بالبقاء على إيجاب إلى أن ينقضي الأجل المحدد ، ويستخلص الأجل من ظروف أو طبيعة المعاملة التجارية فهذه القاعدة هي التي نص عليها القانون المدني الجزائري و استقر عليها التعامل التجاري و طبيعة التعامل التجاري تستوجب كذلك أن موت من صدر منه القبول أو فقدان أهليته لا يحول دون إنعقاد العقد و أن قيام العقد التجاري ليس مرهونا بحياة صاحبه .

Alfred jaufret et jacques Mestre : op -cit p 52.

(1) - أنظر

(2) - أنظر الدكتور : الياس ناصيف " الكامل في القانون التجارة " الجزء الأول - المرجع السابق - ص 426 .

أما بالنسبة إلى تحديد مكان وزمان إنعقاد العقد فإن المشرع الجزائري حسم هذا الموضوع بنص المادة 67 من القانون المدني التي تنص : " يعتبر التعاقد بين الغائبين تم في المكان و الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك .

و يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان و في الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول " .
فالمشرع يشترط علم الموجب بالقبول لإنعقاد العقد لكنه يجعل وصول القبول قرينة على العلم به ، إلا أنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس (1).

وهذه القاعدة التي أخذ بها المشرع الجزائري لا تكاد تجد أهميتها العملية إلا في إنعقاد العقود التجارية فتحديد مكان إتمام العقد يفيد من حيث القانون الواجب التطبيق أي قانون الموجب و من حيث الإختصاص القضائي كقاعدة عامة ، حيث أن المحكمة تراعي في تفسير بنوده العرف و العادات التجارية السارية في مكان إنعقاد العقد حيث أن العرف و العادات التجارية تختلف من مكان إلى مكان و من بلد إلى بلد و من سوق لأخر ، أما بالنسبة لتحديد المحكمة المختصة بالنظر في النزاع في المسائل التجارية في الأصل فإن الإختصاص يكون لمحكمة المدعى عليه أو للمحكمة التي في دائرتها تم الإتفاق على تسليم البضاعة أو المحكمة التي في دائرتها يجب الوفاء ، أما في المسائل المدنية فإن المحكمة المختصة عادة هي المحكمة التي تقع في مقر المدعى عليه .

ج- العقود بالوساطة : يلجأ المتعاقدان في بعض الأحيان إلى وسطاء لإتمام العقد فقد يكون للوسيط صفة السمسار تنحصر مهمته في تعريف المتعاقدين ببعضهما فقط حتى يتم الإتفاق بينهما فهو لا يمثل عميله و لا يشترك في إبرام العقد ولا يظهر إسمه في العقد و يكون ذلك مقابل أجر (2).

أما إذا كان التعاقد تم بوساطة وكيل بالعمولة فإن الوكيل يقوم بإبرام العقود التجارية باسمه و لحساب موكله حيث يذكر غسمة في العقد إما بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر ، كما يلتزم بتنفيذ العقد و يترتب عليه ما يترتب على العقد من إلتزامات فالمسؤولية هي مسؤولية تعاقدية فيصبح الوكيل بالعمولة دائئا أو مدنيا بشخصه مع اللذين يتعامل معهم ، وهذا مقابل حصوله على العمولة المتفق عليها مع الوكيل أما فيما يخص السلطة المعطاة للوكيل بالعمولة من قبل وكيله تتمثل في :

- إذا كان له الحق في التعاقد باسم موكله دون حاجة إلى الرجوع إليه اعتبر العقد حاصلًا منذ تاريخ قبول الوكيل و في المكان الذي وقع فيه القبول .

(1) - أنظر الدكتور : علي علي سليمان " النظرية العامة للإلتزام " - المرجع السابق - ص 34 و ما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : رزق الله انطاكي ، والدكتور نهادي السباعي " الوجيز في الحقوق التجارية البرية " مطبعة جامعة دمشق ، الطبعة الرابعة ، 1959 ص 362 و ما يليها .

-أما إذا كان قبول الوسيط على شرط قبول الموكل النهائي فإن العقد يعتبر حاصلًا من حيث التاريخ و المكان من يوم قبل الموكل.

د- التعبير عن الإرادة : إن القبول قد يكون صريحًا أو ضمنيًا و الأصل أن السكوت لا يعد قبولًا و ذلك تطبيقًا لقاعدة " لا ينسب لساكت قول " ومع ذلك يمكن إعتبار السكوت في المعاملات التجارية بمثابة قبول إذا وجد بين المتعاقدين علاقات سابقة تسمح بهذا الإستنتاج أو إذا كان القبول معلقًا على فترة زمنية محددة فإن عدم الجواب خلال هذه الفترة يعد جوابًا⁽¹⁾، قد نصت على ذلك المادة 68 من القانون المدني بقولها: " إذا كانت طبيعة المعاملة ، أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحًا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب .

و يعتبر السكوت في الرد قبولًا ، إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه " .

و هذا تطبيقًا لقاعدة السكوت في موضع البيان بيان فالأصل إن القبول ينعقد في مجلس العقد إذا كان المتعاقدين حاضرين في مجلس العقد ، أمّا إذا حصل الإيجاب بالمراسلة فالإشكال يثار حول متى يعتبر العقد منعقدًا هل يكون منذ إرسال القابل جوابه ، أو من تاريخ وصول الرسالة إلى الموجب و إطلاعه عليها .

1-نظرية الإعلان عن الإرادة : ينعقد العقد بمجرد أن يعلن القابل فيها قبوله و يعتبر محل إقامة القابل محلاً لإنعقاد العقد و بالتالي فالقانون الواجب التطبيق هو قانون القابل ، والمحكمة المختصة بالنظرية النزاع هي محكمة محل إقامة القابل .

2-نظرية علم الموجب بالقبول : يعتبر القبول ملزمًا للقابل من تاريخ وصول الرسالة إلى الموجب و إطلاعه عليها و يجوز للقابل أن يرجع على قبوله قبل وصول الرسالة إلى الموجب .

و لقد أخذ الفقه بنظرية علم الموجب بالقبول لتعيين تاريخ نشوء العقد ومكانه⁽²⁾.

2/ القواعد الخاصة بتنفيذ العقد : أمّا فيما يتعلق بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقود التجارية :

أولاً : فيما يتعلق بتأجيل : فإن تأجيل الوفاء بالإلتزام أمر معتاد عليه في العقود التجارية و ذلك لأن

التجارة تنشط بالإئتمان ، أما القاعدة في العقود المدنية فتتمثل في أن الأجر مقرر لمصلحة المدين ، بينما في العقود

(1) - أنظر الدكتور : محمد وحيد الدين سوار - المرجع السابق- ص 66 و ما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : رزق الله انطاكي و الدكتور : نهاد السباعي - المرجع السابق - ص 361 و ما يليها .

التجارية فهو مقرر أيضا لمصلحة الدائن كما هو الحال عليه مثلا بالنسبة لأجل استحقاق السفتحة فهو مقرر لمصلحة كل من الساحب و المسحوب عليه و الحامل .

ثانيا : فيما يتعلق بالمهل القضائية : إذا حل أجل الدين فإنه يجوز للقاضي المدني أن ينفذ على المدين المعسر بتنفيذ إلتزامه بأن يمهله أجل معقول على شرط أن لا يزيد الأجل على مدة عام واحد ، وهذا الأمر غير جائز في العقود التجارية كأصل عام ، لأن التجارة في حاجة إلى تنفيذ الإلتزامات في المواعيد المحددة و لذلك لا يحق للقاضي أن يمهل المدين بالإلتزام التجاري . فالأص بالنسبة لتنفيذ الإلتزامات العرفية لا يجوز للقضاة إعطاء مهل للوفاء بقيمة الورقة المعروضة أمامه ، فلا يجوز ذلك إلا في حالة الظروف القاهرة يتدخل فيها المشرع أو السلطة التنفيذية فيمنح المدين بأسناد تجارية أجلا قانونيا لتنفيذ إلتزامه بسبب الكوارث الطبيعية كالزلازل و الفيضانات أو بسبب الحروب أو الإضطرابات الإجتماعية .⁽¹⁾

ثالثا : الإعذار : لا يجوز عملا بالقانون المدني الإستغناء عن الإعذار الرسمي إلا إذا ما وجد إستثناء على خلاف ذلك فيما بين الدائن و المدين أما في العقود التجارية فلا يشترط الإعذار الرسمي بل يكفي أن يحصل هذا بورقة عادية غير رسمية كخطاب موسى عليه أو خطاب عادي أو برقية يرسلها الدائن إلى المدين ، أو عن طريق إحتجاج عدم الوفاء الصادر عن كتابة ضبط المحكمة بمقتضى العرف التجاري .

رابعا : الإفلاس : إذا توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية يعتبر في حالة إفلاس و يجوز للدائن أن يطلب شهر إفلاسه و يستتبع ذلك بغل يد المدين عن إدارة أمواله و التصرف فيها أي إقصائه من الحياة التجارية و سقوط بعض حقوقه المدنية و السياسية مما يدفعه بأن يكون حريصا على الوفاء بديونه التجارية في مواعيد إستحقاقها دون أي تأخير⁽²⁾ .

خامسا : التضامن : الأصل أن التضامن لا يفترض في العقود المدنية و إنما يكون بناء على إتفاق أو نص في القانون ، أما في العقود التجارية فإن العرف التجاري إستقر منذ القدم على إفتراض التضامن السلبي⁽³⁾ ، في حالة تعدد الملتزمين بالدين التجاري دون حاجة للنص على ذلك في العقد أو في القانون توثيقا للإلتزام التجاري و تنشيطا للحياة التجارية و دعما لتطور إقتصاد البلد ، بحيث يحرص المشرع أحيانا في بعض المواد التجارية على

(1) - أنظر : Michel de Juglart et Benjamin ippolito , Droit commercial , Edition Montchrestien : Sixième édition 1970, p 90.

(2) - أنظر : نص المادة 215 من القانون التجاري .

Michel de Juglart et Benjamin ippolito , op - cit .p 88

(3) - أنظر :

النص على التضامن كما هو الشأن لكافة الشركاء في شركة التضامن إذ أنهم يسألون عن ديون الشركة على وجه التضامن ، وقاعدة التضامن هذه من النظام العام .

سادسا : النفاذ المعجل : القاعدة تتمثل في أن النفاذ المعجل واجب بقوة القانون في الأحكام الصادرة في المواد التجارية سواء كانت هذه الأحكام قابلة للمعارضة أو الإستئناف ، وسواء أمهر القاضي حكمه بصيغة النفاذ المعجل أو لم يمهره ، و ذلك لمنع التاجر المدين من التهرب أو المماطلة في تنفيذ إلتزامه و لكن يحق للمدين الذي يتم التنفيذ عليه أن يطلب كفيلا في حالة إلغاء الحكم أمام الدرجة القضائية الأعلى .

أمّا في المواد المدنية فالأحكام لا تكون قابلة للنفاذ المعجل إلا في حالات إستثنائية قليلة فهي لا تنفذ كأصل عام إلا بعد أن تحوز قوة الشيء المقضي به .

سابعا : التقادم : الأصل أن الإلتزام بالتقادم في المواد المدنية وبصورة عامة هو تقادم طويل الأجل أي بمضي 15 سنة ، إلا أن الإلتزامات الناشئة عن العقود التجارية تخضع لتقادم قصير الأجل يختلف باختلاف العقود فهناك إلتزامات تجارية تتقادم بثلاث (03) سنوات كدعاوى عقود نقل الأشخاص (المادة 74 من القانون التجاري) ، و كذلك الدعاوى الناشئة عن السفتحة (المادة 461 من القانون التجاري) ، أو بسنة واحدة كالدعاوى المتعلقة بعقود نقل الأشياء (المادة 61 من القانون التجاري) أو بستة أشهر كالدعاوى المتعلقة بالشيك (المادة 527 من القانون التجاري) .

وقد إهتم المشرع بتنظيم تقادم قصير الأجل لكي لا يهمل الدائن في إستيفاء حقه خلال مدة طويلة من الزمن

3/ إثبات العقود التجارية :

تتميز العقود التجارية عن العقود المدنية بقواعد إثبات خاصة ففي حين يفرض المشرع قيودا على إثبات العقود المدنية كاشتراط الكتابة في إثبات العقد الذي تزيد قيمته عن مئة ألف (100.000 دج) أو يكون غير محدد القيمة و يقرر عدم جواز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة و عدم الإحتجاج بالمحررات على غير المتعاقدين إلا إذا كانت ثابتة التاريخ ثبوتا رسميا ، نرى القاعدة في المسائل التجارية تتمثل في إعمال مبدأ حرية الإثبات بحيث يمكن إقامة الدليل بكافة وسائل الإثبات ⁽¹⁾، بما في ذلك البينة و القرائن و ذلك تحقيقا لما تقتضيه التجارة من السرعة في التعامل ، فالأصل أن الإثبات جائز في العقود التجارية مهما كانت قيمتها بشهادة الشهود و القرائن و كافة وسائل

الإثبات الأخرى ، ويقوم الإقرار و اليمين مقام الدليل الكتابي ، ويجوز أيضا إثبات ما يخالف أو ما يجوز ما اشتمل عليه عقد تجاري مكتوب بشهادة الشهود و القرائن و لا تخضع المحررات العرفية المتضمنة لعقود تجارية لقواعد ثبوت التاريخ بحيث يمكن إثبات تاريخها في مواجهة الغير بكافة وسائل الإثبات ، إلا أنه ما تجدر الإشارة إليه بالرغم من ذلك بأن مبدأ حرية إثبات العقود التجارية ليس مطلقا فقد خرج عنه المشرع أحيانا فاشتراط أن يكون الدليل مكتوبا⁽¹⁾ كما هو الحال بالنسبة لمعظم العقود البحرية كعقد إستخدام الملاحين ، وعقد النقل أو عقد التأمين البحري و كذلك الحال بالنسبة لبيع ورهن المحل التجاري⁽²⁾ ، كما إشتراط المشرع الجزائري الكتابة الرسمية لقيام عقد الشركة ذاته ، وكذلك هو الحكم بالنسبة لقيام عقد بيع السفينة و رهنها .

ففي العقد المبرم بين تاجر الحملة و المزارع مثلا ، إذا ما ادعى التاجر أن المزارع لم يسلمه محصول أرضه الذي إشتراه منه بالرغم من دفع ثمن المبيع كان لزاما على التاجر أن يقيم الدليل على إدعائه أمام محكمة مدنية و عن طريق الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة المحصول عن مئة ألف (100.000 دج) أو كانت غير مقدرة القيمة و كذلك الحال بالنسبة لبيع التاجر السلع للمستهلك و بالنسبة لعقد النقل المبرم بين شركة النقل و المسافرين ، وعقد العمل بين التاجر و مستخدميه ، والعقود المصرفية و عملائه من غير التجار .

ذلك أن الأمر يتعلق بإبرام عقود مختلطة تجارية بالنسبة لأحد طرفيها و مدنية بالنسب للطرف الآخر إلا أن القضاء كثيرا ما يمكن بالرغم من ذلك التاجر من إقامة الدليل على خصمه غير التاجر بكافة طرق الإثبات⁽³⁾ مهما كانت قيمة النزاع إذا ما وجد بينهما تعامل سابق أو ثمة اعتبارات مادية أو أدبية تمنع التاجر من طلب الدليل الكتابي من العميل و يجب علينا أن نعلم أن هناك أدلة إثبات خاصة في المسائل التجارية كرسائل البريد أو البرقيات المتب دلة و الفواتير و الدفاتر التجارية و تشكل خاصة الدفاتر التجارية وسيلة هامة من وسائل إثبات العقود التجارية و الإلتزامات ما بين التجار فهي بدون شك أهم وسائل الإثبات بين التجار و لذلك ألزم المشرع الجزائري التاجر بمسك الدفاتر التجارية الإلزامية و التي تتمثل في دفتر اليومية ، و دفتر الجرد ، و دفتر المراسلات ، كما

(1) - أنظر : Michel de Juglart et Benjamin ippolito , op – cit p 89.

(2) - حيث أن : ".....زيادة على العقود التي يأمر القانون إخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية وكل عنصر من عناصرها..... في شكل رسمي..... حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع قاعدة تجارية شرط ضروري لصحته و إن تحرير عقد البيع في شكل آخر مخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد..." أنظر قرار رقم 136 156 بتاريخ 97/2/18 المحكمة العليا ، الغرف المجتمعة ، المجلة القضائية ، العدد الأول - لسنة 1997 ، ص 10 وما يليها .

(3) - أنظر : George Ripert et réne Roblot : Tome 1.op-cit p 219

- (4) ألزم التاجر بالإحتفاظ بالدفاتر و الرسائل المسلمة و بنسخ من الرسائل المصدرة للعملاء لمدة 10 سنوات (1) و فيما يتعلق بإثبات العقود التجارية ، لا بد أن تتناولها بشئ من التفصيل و ذلك في مطلب مستقل كالتالي :

المطلب الثاني : إثبات العقود التجارية :

يمكن تقسيم العقود التجارية من حيث وسائل إثباتها إلى ثلاثة أنواع كالتالي :

- 1- عقود تجارية تستلزم إثباتها بالكتابة : كعقد الشركة وعقد التسيير الحر.
- 2- عقود تجارية لها كفاية ذاتية في الإثبات : كعقود النقل بمختلف أنواعها .
- 3- وعقود تجارية تقبل الإثبات بكافة الطرق .

الفرع الأول : إثبات العقود التجارية بالكتابة :

خلافًا لما هو معمول به في الأمور التجارية أن الإثبات يتم بكافة وسائل الإثبات ، ألزم المشرع الجزائري إثبات بعض العقود التجارية بالكتابة (2) و الرسمية ، نظرا لما تستغرق إبرامها و تنفيذها وقتا طويلا حيث يكون فيه للمتعاقدین متسع من الوقت من أجل تحرير العقد من جهة و ما للكتابة من أهمية خاصة لحسم النزاعات المحتملة حول طبيعته أو آثاره من جهة أخرى .

و نجد العديد من العقود التجارية ألزم فيها المشرع الكتابة الرسمية كشرط أساسي لإنعقادها و من أمثلة هذه العقود : عقد الشركة و عقد التسيير الحر للمحل التجاري ، العقود المتعلقة بالقاعدة التجارية ، وعقد البيع أو إيجار السفن ، وعقد نقل التكنولوجيا (3) ، أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقويم خدمات إلى غير ذلك من العقود التي تستلزم شرط الكتابة لإنعقادها .

و نظرا لتعدد العقود التجارية التي تتطلب الكتابة الرسمية للإنعقاد و الإثبات إرتأينا أخذ نموذجين من العقود التجارية لدراستها من حيث الإثبات : وهما عقد الشركة و عقد التسيير الحر .

أولا : عقد الشركة : الشركة عقد كبقية العقود المسماة حيث نظم المشرع هذا العقد في القانون المدني في المواد 416 إلى 449 من القانون المدني .

(1) - أنظر : المادة 12 من القانون التجاري .

(2) - أنظر :

(3) - أنظر الدكتور : منير محمد الجنيبي و الدكتور ممدوح محمد الجنيبي ، العقود التجارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2000 ، ص 09 ومايليها

و بالتالي فلا بد أن يتوفر في عقد الشركة الأركان الموضوعية العامة : من رضا ومحل و سبب .
ويجب أن يصدر الرضا عن ذي أهلية ، وألا يكون مشوباً بأحد عيوب الرضا من إكراه و تدليس و غش و غلط .
فإذا توافرت في هذا العقد أركانه الثلاثة يكون العقد صحيحاً .
و قد نصت المادة 416 من القانون المدني على أن : " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعياً أو
إعتبارياً أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد ، بهدف إقتسام الربح الذي قد
ينتج أو تحقيق إقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة .
يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك " .
كما نصت المادة 418 من القانون المدني أنه : " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً ،
وكذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد.
غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير و لا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي
يقوم فيها أحدهم بطلب البطلان " .
و إذا أردنا تحليل نصوص المادتين 416 و 418 من القانون المدني لوجدنا أن عقد الشركة من العقود
المسماة و لكن المشرع خصه بأركان خاصة تميزه عن غيره من العقود التجارية مثل ركن تعدد الشركاء ، وتقديم الحصص و
إقتسام الأرباح و الخسائر ، إلا أن المشرع قد أغفل ركناً هاماً وهو نية الإشتراك .
كما أن المشرع لم يكتفي بالأركان الموضوعية عامة و الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة بل تعدى
ذلك إلى الأركان الشكلية حيث أخضع الشركات التجارية و المدنية إلى وجوب التقييد بالأركان الشكلية وهي : الكتابة ،
التوثيق ، الإيداع في قلم المحكمة ، و القيد في السجل التجاري بالنسبة للشركات التجارية و الإشهار .
و قد تدخل المشرع بالنسبة للشركات التجارية في الأحكام العامة لهذه الشركات في المواد من 544 إلى
550 من القانون التجاري حيث نصت المادة 545 من القانون التجاري على أنه : " تثبت الشركة بعقد رسمي و إلا
كانت باطلة ، لا يقبل أي دليل إثبات بين الشركات فيما يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة .
يجوز أن يقبل من الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الإقتضاء " .
و بالتالي فجميع الشركات التجارية يتم إثباتها بعقد مكتوب ، ولا تكفي الكتابة وحدها بل لابد من توفر
الرسمية أي توثيق العقد بشكل رسمي لدى موثق معتمد يوقعه جميع الشركاء بأنفسهم أو بواسطة وكلائهم ينوبون عنهم
بموجب وكالة وهو ما أخذ به قضاء المحكمة العليا في قراره الصادر عن الغرفة التجارية و البحرية على أن الشركة

"....يثبت قيامها بعقد رسمي طبقا لنص المادة 545 من القانون التجاري و ذلك تحت طائلة البطلان إذ لا يكفي لإثبات الشركة التجارية وجود وثائق بين الطرفين لأن القانون صريح بإشتراطه شكلية في عقد الشركة تحت طائلة البطلان"(1).

و تستثنى من ذلك شركات المحاصة التي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات المقبولة في الأمور طبقا لنص المادتين 30 من القانون التجاري و المادة 795 مكرر 02 من القانون التجاري .

و لما كانت الكتابة لازمة و ضرورية لإنشاء العقد و إثبات الحقوق فهي كذلك لازمة عند إدخال التعديلات عليها في أثناء وجود الشركة كزيادة رأسمال الشركة أو تخفيضه أو استهلاكه ، أ، تغير المقر الإجتماعي للشركة أو تغير المدير النظامي للشركة... الخ .

حيث " ..طبقا للمادة 572 من القانون التجاري : " لا يمكن إثبات التنازل عن الحصص لا بعقد رسمي " ..(2).
و تنص المادة 548 من القانون التجاري على أن : « يجب أن تودع العقود التأسيسية و العقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري و تنشر الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات و إلا كانت باطلة ».

و تنص المادة 549 من القانون التجاري على أن : « لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري و قبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة و لحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة .
فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها ».

إذا إن الشركة عقد و نظام قانوني (3)، فمن جهة تعد الشركة عقد تبادلي يتكون بمجرد تبادل الأطراف الإيجاب و القبول و الذي يجب أن يترجم كتابة بشرط عدم مخالفته للنظام العام ،ومن جهة أخرى تعد الشركة نظاما قانونيا حيث أن المشرع تعرض للأركان الموضوعية العامة و الخاصة و الشكلية لكل الشركات ، أما من حيث تعرض للأركان الموضوعية الخاصة بكل شركة تجارية فإن المشرع الجزائري نظمها في القانون التجاري في كل شركة على حدى من حيث تقديم الحصص ، و تعدد الشركاء ، و إقتسام الأرباح و الخسائر و إدارة كل شركة من الشركات .

(1) - أنظر: قرار رقم 142806 بتاريخ 1996/03/26 ، المحكمة العليا ، الغرفة التجارية و البحرية ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، 1999 ص141.

(2) - أنظر: قرار رقم 90792 بتاريخ 1992/06/07 ، المحكمة العليا ، الغرفة التجارية و البحرية ، المجلة القضائية ، العدد الثاني لسنة 1993 ص114

(3) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف " الكامل في قانون التجارة " ، الجزء الثاني ، - المرجع السابق- ص 18.

و عندما يثور أي نزاع بين الشركاء أنفسهم ، أو بين الغير و الشركاء أو بين الشركة و الغير أو بين الشركاء و الغير ، فهنا تبرز أهمية الإثبات بالنسبة لعقد الشركة من حيث تأسيسها ، و نشأتها ، و نشاطها ، و انقضاءها ، و تصنيفيتها .

كل هذه الأمور تحتاج إلى إثبات و الأمثلة على ذلك كثيرة فالإدعاء بوجود الشركة مثلا :

1- يجوز للشركاء أن يثبتوا الشركة الفعلية فيما بينهم عندما يكون عقد الشركة مكتوبا عرفيا ولا يستطيع أحد الشركاء أن يتصل من مسؤولياته التضامنية عند تأسيس أي شركة من الشركات التجارية لأن المشرع إعتبر أن الشركاء المؤسسين مسؤولون في فترة التأسيس مسؤولية شخصية و تضامنية و مطلقة و في أموالهم الخاصة عن كل العقود التي أبرموها باسم الشركة و لحسابها في فترة التأسيس .

و عندما يطلب أحد الشركاء بطلان عقد الشركة نتيجة الإحلال بأحد الأركان الموضوعية العامة أو الخاصة أو الشكلية فإن المحكمة تستجيب لطلبه و لكن هذا البطلان لا ينتج أثره إلا من تاريخ رفع الدعوى و لا يمكن أن ينجر إلى الماضي .

حيث أن ".....الفقرة الأولى من نص المادة 418 من القانون المدني التي تشترط الكتابة الرسمية لإنعقاد عقد الشركة ، ولكن الفقرة 02 من المادة المذكورة تنص على بطلان الشركة بفقدان الكتابة لا ينتج أثره بين المتعاقدين إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان" (1) .

2- كما يمكن للغير أن يتمسك بوجود الشركة الفعلية بكافة طرق الإثبات (2) ، أي قبل إتمام الإجراءات الشكلية أهمها الرسمية و القيد في السجل التجاري ، ولكنه يحضر على الشركة أن ترفع دعوى باسمها أو لحسابها قبل قيدها في السجل التجاري .

و إن ما يهمنا في هذا الموضوع أن عقد الشركة لم يبق عقدا رضائيا فقط و إنما هو عقد شكلي وهذا خروج عن القاعدة العامة في المواد التجارية لأن العقود التجارية هي عقود رضائية بمحملها لكن المشرع ألزم الشركاء بشكلية العقد ، و ذلك لعدة أسباب منها :

1- أن الشركات التجارية تأسس على أساس مدة زمنية طويلة و أن الشركاء قد ينسون الشروط التي وضعوها في عقد الشركة فأوجب عليهم الكتابة و التوثيق لأنها تحفظ للشركاء حقوقهم و للحلف العام و الخاص (3) .

(1) - أنظر : قرار رقم 63999 بتاريخ 1990/12/20 المجلس الأعلى ، الغرفة المدنية ، المجلة القضائية ، العدد الرابع ، لسنة 1991 ص 79.

(2) - أنظر الدكتور : علي البارودي ، والدكتور : محمد فريد العربي ، القانون التجاري - المرجع السابق - ص 292.

(3) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " أصول القانون التجاري " - المرجع السابق - ص 296.

2- إن عقد الشركة لا يهمل الشركاء فقط بل يهمل الغير ، و يهمل الدولة فأوجب المشرع على الشركاء توثيق هذا العقد رسميا أمام موثق معتمد و كل من له مصلحة يستطيع أن يطلب على نفقته نسخة من عقد التأسيس للشركة من لدن الموثق و في أي وقت كان .

3- أن الشركات التجارية تلعب دورا كبيرا في تشغيل اليد العاملة و يصبح للعمال حقوق في هذه الشركات و حفاظا على حقوق العمال أوجب المشرع تثبيت عقد الشركة بشكل رسمي و قيد الشركة في السجل التجاري .

4- المحافظة على حقوق الشركاء في شركات المساهمة التي تلجأ إلى الإدخار العام .

5- تلعب الشركات التجارية في يومنا هذا دورا أساسيا في بناء الإقتصاد الوطني و كلما حققت الشركات التجارية رواجاً و أرباحاً كلما ازدهر الإقتصاد الوطني فالدولة يهملها معرفة الشركات التجارية و لا يمكن معرفة ذلك إلا عن طريق الإطلاع على عقدها التأسيسي .

6- تمويل خزينة الدولة عن طريق الضرائب : تخضع الشركات التجارية إلى الضرائب الغير المباشرة لذلك نجد الدولة عندما تضع ميزانيتها السنوية تكون على علم مسبق بما ستجنيه أو يدخل خزينة الدولة من الضرائب المباشرة أما الضرائب غير المباشرة و التي هي الأهم في ميزانية الدولة فإن الدولة تحدد حدود هذه الضرائب معتمدة على مبدأ الإحصاء و على عدد الشركات المنتجة أو شركات الخدمات المتواجدة فوق ترابها الوطني ، فالشركات التجارية هم الدولة لسبيين .

الأول : اقتصادي عام .

الثاني : تمويل خزينة الدولة .

7- تعتمد الدولة الحديثة في أيامنا هذه على مبدأ الإحصاء و المراقبة و خاصة في مجال الأمن الغذائي و الأمن الصحي فكل السلع التي قد يحتاجها المجتمع لإشباع حاجياته الأساسية لا بد أن تمر على قيود وزارة التجارة سواء من حيث الإنتاج المحلي أو الإستيراد و معرفة الدولة بقنوات توزيع و تخزين هذه السلع سواء كان ذلك في حالة الحرب أو حالة السلم ، و لمعرفة ذلك لا بد من الإطلاع على كل صغيرة و كبيرة من نشاط الشركات التجارية .

حتى أن المشرع الجزائري إعتبر أن القيد في السجل التجاري له حجية قاطعة بأن الشخص الذي قيد نفسه في السجل التجاري على أنه تاجر⁽¹⁾، كما أن المشرع اعتبر مدراء الشركات التجارية و أعضاء مجلس الإدارة تجار أي أضفى عليهم صفة التاجر و بذلك يسؤلون بأموالهم الخاصة مسؤولية شخصية و تضامنية و مطلقة أي

(1) - أنظر : نص المادة 21 من القانون التجاري .

مسؤولية الشريك المتضامن عن ديون الشركة و ليس في مواجهة دائني الشركة فقط و إنما في مواجهة الإدارة العامة أيضا أي إدارة الضرائب و إدارة الجمارك (1).

ثانيا : عقد التسيير الحر :

إن عقد التسيير الحر إما أن يكون عقد ينصب على المتجر بأكمله أو على جزء أو عنصر من العناصر المكونة له و يعد عقد التسيير الحر من العقود الرضائية حيث يتبادل فيه طرفي العقد الإيجاب و القبول و هما مؤجر المتجر أي مالك القاعدة التجارية و يجوز أن يكون مالكا للجدران و القاعدة التجارية معا ، من جهة و مستأجر التسيير الحر من جهة أخرى .

و عقد التسيير الحر لا ينقل ملكية القاعدة التجارية و لا ملكية الجدران من مؤجر إلى المستأجر بل هو عقد ينصب على الإستمرار في نشاط تجاري لقاعدة تجارية معينة أي تأجير المنفعة فقط حيث يبقى المؤجر مالكا للقاعدة التجارية و لأدوات العمل .

و بالمقابل يقوم المستأجر بدفع مبلغ معين لقاء أجر شهري و هو بذلك يضارب على الفرق بين المبلغ الذي يدفعه للمؤجر و بين المبلغ الذي يتحصل عليه كربح للنشاط التجاري ، و بالتالي فهو عمل تجاري لسببين:
الأول : أن المستأجر يقوم بعمل تجاري .

الثاني : أن المستأجر يضارب على فروق الأسعار بين المبلغ الذي يدفع للمؤجر و بين ما يحصل عليه من أرباح .
و مؤجر المحل التجاري يؤجر الجدران و يؤجر سمعته التجارية و إسمه التجاري و علامته التجارية بالإضافة إلى عتاد و أدوات العمل كاملة .

و ينجم من عقد التسيير الحر أن مؤجر المحل يبقى تاجرا و مكتسبا صفة التاجر في نظر القانون ، كما يكتسب أيضا المستأجر صفة التاجر (2) إذا كان عمله تجاريا بحسب الموضوع و بحسب الشكل .

أما إذا كان عمله مهنيا و بالرغم من القيد في السجل التجاري يكتسب صفة التاجر شكلا استنادا لأحكام المادة 03 فقرة 02 و المادة 18 من قانون السجل التجاري .

و اشترط المشرع أن يكون عقد التسيير الحر مكتوبا و رسميا محرر من طرف الموثق ، وبالتالي تعد الكتابة شرطا أساسيا لإنعقاد عقد التسيير الحر حيث يؤدي تخلفه إلى بطلان العقد (3).

(1) - أنظر : نص المادة 31 من قانون السجل التجاري .

(2) - أنظر الدكتور : فوزي عطوي ، القانون التجاري ، دار العلوم العربية ، الطبعة الأولى 1986 ، ص 186 .

(3) - أنظر : نص المادة 203 فقرة 03 من القانون التجاري .

".....حيث أن القانون يشترط أن عقد التسيير الحر يرم على الشكل الرسمي و أنه ينشر...طبقا للمادة

203 فقرة 03 من القانون التجاري " (1)

كما تعد الكتابة و الرسمية كأداة إثبات عقد التسيير الحر دون سواها من طرق الإثبات الأخرى حيث أن
المشرع خرج عن القاعدة العامة للإثبات في المواد التجارية التي تقتضي أن الإثبات يتم بكافة الطرق .

و إلى جانب الكتابة و الرسمية اشترط المشرع نشر و إشهار عقد التسيير الحر و ذلك :

ينشر ملخص للعقد في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية (2) (BOAL) التابعة للمركز الوطني للسجل

التجاري حيث يحتوي هذا الملخص على اسم و لقب طرفي العقد (المؤجر و المستأجر) ، طبيعة النشاط التجاري ، مدة
الإيجار ، مقابل الإيجار ، و رقم تاريخ التسجيل في السجل التجاري .

كما يتم أيضا نشر نفس الملخص في جريدة يومية وطنية معتادة على نشر الإعلانات القانونية وذلك

للتعريف و الإشهار بعقد التسيير الحر .

".... حيث أن المادة 203 من القانون التجاري أنه ينتهي التأجير الحر بنشره على شكل مستخرج أو

إعلام في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية و فضلا عن ذلك بجريدة مختصة بالإعلانات القانونية " (3)

القيود في السجل التجاري المحلي حتى يكتسب المستأجر صفة التاجر التي بموجبها يمكنه مباشرة نشاطه

التجاري . (4)

و يختلف عقد التسيير الحر عن عقد تأجير المحل التجاري بأن المستأجر في التسيير الحر لا يستطيع أن

يطلب التعويض الإستحقاقى و لا تنبيه بالإخلاء و إنما بمجرد إنتهاء مدة التأجير المحدد في العقد فما على المستأجر إلا

تسليم المؤجر المفاتيح و إنهاء العلاقة التعاقدية بين الطرفين .

(1) - أنظر : القرار رقم 119122 بتاريخ 1994/03/21 ، المحكمة العليا ، الغرفة التجارية و البحرية ، المجلة القضائية ، العدد الثالث لسنة 1994 ص 152 و ما يليها .

(2) - أنظر : Robert Vouin et Pierre Robino , Droit prive civil et commercial , tome second presses : universitaire de France , 1960p 484 et 485.

(3) - أنظر : القرار رقم 55622 بتاريخ 1989/02/19 المجلس الأعلى الغرفة التجارية و البحرية ، المجلة القضائية ، العدد الثالث لسنة 1990 ص 121 وما يليها .

(4) - أنظر : MUCHEL de juglart et benjamin ippolito op cit p 445 .

و هذا ما أخذه قضاء المحكمة العليا حيث يعتبر أن : ".... إذ أن التنبيه بالإخلاء المؤسس على المادتين 173 و 176 من القانون التجاري لا يكون ضروريا إلا في حالة وجود عقد إيجار مبرم وفق مقتضيات المادة 172 و ما يليها من نفس القانون (1)".

و يجب أن نفرق بين عقد التسيير الحر و عقد تأجير من الباطن ، إذ منع المشرع التأجير من الباطن للمحلات التجارية في المادة 188 من القانون التجاري ، كي لا يستغل مستأجر المحل وضعيته و يستفيد من مبالغ طائلة تمثل أضعاف الأضعاف ما يقبضه مالك الجدران بدل الإيجار (أي المضاربة على عقد الإيجار دون جهد) لأن هذا العمل يخلق حالة الإثراء بلا سبب و يساعد في وقوع التضخم أي الحصول على أموال دون أي مجهود كان .

حيث "..... أن المادة 188 من القانون التجاري التي تشترط علم المؤجر المالك و موافقته على الإيجار من الباطن" (2).

إن مالك القاعدة التجارية يمكنه أن يقدم طلبا للسجل التجاري يعلن في أنه قام بتأجير قاعدته التجارية عن طريق التسيير الحر أو توضع ملاحظة على سجله التجاري المركزي و المحلي بأنه أجر محله تأجير التسيير الحر لمدة معينة تبدأ بتاريخ كذا و تنتهي بتاريخ كذا مع ذكر إسم الشخص المستأجر إيجارا كليا أو جزئيا .

كما لا يجوز لمستأجر القاعدة التجارية على أساس التسيير الحر إجراء أي تعديل أو تغيير في نشاط المحل و لا في إسم المحل أو في عتاد المحل و لا بأحداث أي أمر كان بالمحل التجاري إلا بالموافقة الصريحة و المكتوبة لمالك القاعدة التجارية لأن عقد التسيير الحر لا ينشأ للمستأجر أية حقوق عينية في المحل التجاري ، لا حقوق عينية أصلية و لا حقوق عينية بالتخصيص .

كما يمتنع على المستأجر عند إنتهاء العقد إخراج أي عتاد من المحل التجاري الذي كان يسيره لأن ذلك العتاد إما أن يكون عتاد بالتخصيص للمحل أو عتادا استبدله المستأجر عوضا عن العتاد الذي استهلكه المستأجر أثناء النشاط التجاري لأن كل عتاد يخضع لقاعدة الإستهلاك الجزئي السنوي لرأسمال المحل التجاري و موجوداته .

و يجب أيضا على المستأجر المسير للمحل التجاري أن يذكر صفته كمستأجر للمحل و كمسير له طبقا للمادة 204 من القانون التجاري ، وبهذه الصفة فإن موجودات المحل لا يمكن أن تكون محل ضمان للديون التي تترتب في ذمة المستأجر المسير و لكي يكون المتعاملين معه على بينة من أمرهم .

(1) - أنظر: قرار رقم 139696 بتاريخ 1996/02/27 المحكمة العليا ، الغرفة التجارية و البحرية ، المجلة القضائية عدد خاص 1999 ص 117 وما يليها

(2) - أنظر القرار رقم 94659 بتاريخ 1992/02/16 ، المحكمة العليا ، الغرفة التجارية و البحرية ، المجلة القضائية ، عدد خاص لسنة 1999 ص 156.

و عادة فعلى مستأجر المحل التجاري المسير أن يسدد كافة الديون و الفواتير و إيصالات الكهرباء و الماء و الهاتف و المخالصة مع إدارة الضرائب قبل تسليمه مفاتيح المحل ، وينشر إنهاء عقد التسيير الحر قبل مدة من انتهاء العقد حتى يكون الغير على علم بذلك .

كما لا يجوز لمالك الجدران الذي لم يمارس أية تجارة أن يبرم عقد التسيير الحر حتى ولو قام بتجهيز المحل .
و اشترط المشرع أن يكون مؤجر المحل التجاري تأجير التسيير الحر قد مارس التجارة في ذلك المحل لمدة لا تقل عن خمسة (05) سنوات⁽¹⁾.

غير أنه يمكن تخفيض مدة خمس (05) سنوات بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة و هذه العملية تشبه عملية الترشيد بالنسبة للقاصر التي نص عليها المشرع في المادة 05 من القانون التجاري .
و يجب أن يكون أمر رئيس المحكمة مسببا و معتمدا فعليا على وجود المحل التجاري و ممارسة النشاط في ذلك المتجر على ألا تقل تلك المهلة عن سنتين (02).⁽²⁾

و مع ذلك نجد أشخاص القانون العام من الدولة و الولاية و البلدية تقوم بتأجير محلات تجارية على أساس التسيير الحر ، و تضع شروط الأسد مخالفة بذلك أحكام المادة 205 من القانون التجاري أي لم يسبق لها أن قامت بممارسة التجارة لأنه لا يكفي أن يكون المحل مخصصا للتجارة بشكل دكان أو مخزن⁽³⁾ ، فالمشرع لم يتطلب شكلا معيناً للبناء ليكون مخصصا لتجارة فيمكن أن يكون المتجر بشكل طابق في مبنى و لكنه مخصص لنشاط تجاري كبيع الألبسة مثلا أو غيرها .

إن المادة 207 من القانون التجاري قد أملتها الظروف التاريخية التي مرت بها الجزائر و النظام الإشتراكي الذي كان مطبق آنذاك حيث أن الجزائر ورثت كثيرا من المحلات التجارية عن المستعمر الفرنسي التي كان يمارس فيها المعمرون أنشطتهم التجارية و مع العلم بأن الدولة و الولاية و البلدية لا تؤجر المحل بعناده و معداته ، و إنما تؤجر الجدران فقط لذلك لا يمكن أن نكيف العقد بأنه عقد التسيير الحر و ذلك لسببين :

(1) - أنظر : نص المادة 205 من القانون التجاري.

(2) - أنظر :

(3) - تنص المادة 207 على أن : " لا تسري المادة 205 على كل من :

1- الدولة

2- الولايات و البلديات و المؤسسات الإشتراكية

3- المؤسسات المالية..... الخ"

الأول : خلو المحل التجاري من العتاد و العدة لممارسة النشاط التجاري

الثاني : أن عنصر الزمن عنصر هام و حاسم في هذا الموضوع حيث أن المتجر عندما يغلق لمدة تفوق عن شهرين فهو

يفقد قاعدته التجارية لأنه يفقد زبائنه حيث أن الزبائن أهم عنصر من العناصر المعنوية التي تكون المحل التجاري

و عندما تنتهي مدة عقد الإيجار فإن كافة الديون المتعلقة بذمة المستأجر تصبح حالة الأداء⁽¹⁾ و سبب

ذلك أن موجودات المحل تبقى ضامنة للديون المترتبة في ذمة مالك القاعدة التجارية و لا تضمن ديون المستأجر ، لذلك

وجدنا المشرع في المادة 208 من القانون التجاري ، يسمح أن تصبح الديون المتعلقة بذمة مؤجر المحل حالة الأجل إذا

إرتئى القاضي أن عقد إيجار التسيير الحر سيكون سببا في عدم الوفاء و في عدم النفاذ .

و لذلك يمكن لمالك القاعدة التجارية الذي أجر محله تأجير التسيير الحر أن يقدم كفيلا مليئا و يطلب من

القاضي إبقاء الديون على أجالها .

و ينتهي عقد التسيير الحر بنفس الإجراءات التي تم بها النشر حيث : "....أن إيجار تسيير الحر لأصل

تجاري يمكن للمؤجر أن ينهيه بإرسال رسالة مضمنة الوصول للمسير و ليس من الواجب عليه أن يسدد أي تعويض عن

الإخلاء...." (2) .

إن عقد التسيير الحر لا تكفي فيه الرضائية بل لابد من الشكلية حيث يشترط أن يكون العقد مكتوبا و

رسميا من طرف الموثق و بالتالي فالكتابة شرط أساسي لإنعقاد العقد من جهة و أداة لإثبات دون سواها من طرق

الإثبات الأخرى ، شأنها في ذلك شأن أي عقد لتأجير المحل التجاري سواء تعلق الأمر بتأجير الجدران أو القاعدة

التجارية و يؤدي تخلف الكتابة إلى بطلان العقد⁽³⁾ ، كما ألزم المشرع طرفي عقد التسيير الحر القيد في السجل التجاري

سواء تعلق الأمر بالمؤجر و بالتالي يتم في سجله التجاري تسجيل أنه أجر قاعدته التجارية مع احتفاظه بصفة التاجر ،

أو تعلق الأمر بالمستأجر الذي يكتسب صفة التاجر بمجرد القيد في السجل التجاري حيث يتمكن من ممارسة نشاطه

التجاري⁽⁴⁾ .

(1) - أنظر : Michel de Juglart et Benjamin ippolito , Droit commercial , op – cit , p447.

(2) - أنظر: قرار رقم 39953 بتاريخ 1989/10/25 ، المجلس الأعلى ، الغرفة التجارية و البحرية ، المجلة القضائية ، العدد الثاني لسنة 1989 ص 135 و ما يليها .

(3) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف " الكامل في قانون التجارة " ، الجزء الأول - المرجع السابق - ص 143 .

(4) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " أصول القانون التجاري " - المرجع السابق - ص 250 و ما يليها .

و بالتالي فإن الكتابة الرسمية و القيد في السجل التجاري عاملان أساسيان في إثبات عقد التسيير الحر .
و بذلك نكون قد تعرضنا إلى نوعين من العقود التجارية التي تطلب فيها المشرع الشكلية لا للإثبات فقط و إنما للإنعقاد أيضا .

الفرع الثاني : عقود تجارية لها كفاية ذاتية في الإثبات :

يختلف إثبات العقود التجارية من عقد إلى آخر ن فمن العقود ما يتم بالكتابة (الرسمية أو العرفية) فقط دون سواها من طرق الإثبات الأخرى ، نظرا لما يتضمنه العقد التجاري من تفاصيل تجعل الأطراف يفكرون مليا قبل الإقدام على التعاقد بالإضافة إلى تنفيذه يستغرق وقتا طويلا ، مما يؤدي إلى إستبعاد طرق الإثبات الأخرى كشهادة الشهود مثلا ، و ذلك حفاظا على حقوق الأطراف و الغير ، و يعد ذلك خروجا عن القاعدة العامة في الإثبات في المواد التجارية التي تقضي الإثبات بكافة طرق الإثبات .

كما تمتاز بعض العقود التجارية بخاصية في الإثبات ، حيث لها كفاية ذاتية في الإثبات وذلك من خلال البيانات الواردة في العقد .

و المقصود بالكتابة الذاتية في الإثبات ، أن الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات أو الشخص الذي يتطوع لإثبات الواقعة محل الإثبات رغم أن القانون يعفيه من عبء إثباتها ، يقوم بإثبات حقه من خلال البيانات الواردة في العقد فتكون هذه البيانات بمثابة دليل كامل ينشأ الحق و يحميه دون حاجة إلى الرجوع إلى طرق الإثبات الأخرى التي أقرها القانون سواء تعلق الأمر بالكتابة الرسمية أو العرفية أو شهادة الشهود أو القرائن أو دفاتر التجار أو بأية وسيلة أخرى .

و خير مثال على ذلك : نجده في عقد النقل ، لذلك إرتأينا دراسة عقد النقل بأنواعه ، بري ، بحري ، و جوي ، و كيفية إثباته من خلال البيانات الواردة فيه .

1-تعريف عقد النقل : هو عقد يلتزم بموجبه شخص بأن يقوم بنقل أشخاص أو بضائع من مكان إلى آخر بواسطة إحدى وسائل النقل مقابل حصوله على أجرة .⁽¹⁾

و بالتالي فعقد النقل يبرم بين شخصين هما : الناقل من جهة و الراكب في نقل الأشخاص ، أو الشاحن إذا تعلق الأمر بنقل البضائع من جهة أخرى ، التي قد تكون مرسله لنفس المرسل أي يكون المرسل هو نفسه المرسل إليه ، كما قد تكون البضاعة مرسله إلى شخص آخر و يسمى بالمرسل إليه ⁽¹⁾.

2- خصائص عقد النقل :

1- يعد عقد النقل من العقود الرضائية حيث يبرم العقد في مجلس العقد بمجرد تبادل الطرفين الإيجاب و القبول دون الحاجة إلى القيام بأي إجراء لاحق ، فغالبا يعد عقد النقل عقد تكون فيه التسعيرة محددة مسبقا و التي يقتصر فيها القبول من طرف الراكب أو المرسل دون مناقشة شروط العقد التي يضعها الناقل ⁽²⁾، ومثال ذلك توجد إتفاقيات دولية تتعلق بنقل الأشخاص و السلع عبر عدة أقطار بواسطة السكك الحديدية و تعرف بإتفاقيات النقل و الترانزيت .

2- كما يعد عقد النقل من العقود الملزمة للجانبين حيث يلتزم الناقل بنقل الركاب و البضائع من مكان إلى مكان آخر و في الميعاد المتفق عليه ، مقابل حصوله من الشاحن أو الراكب على أجرة النقل ، وبالتالي فكل واحد من الطرفين ملزم بالقيام بإلتزاماته التعاقدية و إذا أحل أحد الطرفين بإلتزاماته إتجاه الآخر ، جاز للطرف المتضرر أن يطالب بفسخ العقد و بالتعويض من جراء ما أصابه من ضرر .

3- يعد عقد النقل من عقود المعاوضة التي تشترط دفع الأجرة من الشاحن أو المسافر للناقل أو لوكيله بالعمولة لأن عقد النقل لا يقوم إلا إذا كان النقل مقابل أجرة ن إما إذا تم النقل بدون أي مقابل يكون نقلا مجانيا و بالتالي لا يخضع مبدئيا لأحكام عقد النقل بل نطبق عليه أحكام المسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ ⁽³⁾.

4- كما يعتبر عقد النقل عملا تجاريا بحسب الموضوع طبقا لنص المادة 02 فقرة 08 من القانون التجاري و التي تنص أن : "يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه كل مقاوله لإستغلال النقل أو الإنتقال".

حيث يعتبر هذا العقد عملا تجاريا بالنسبة للناقل ⁽⁴⁾ و ليس شرطا أن يكون عقد النقل عملا تجاريا إذا ورد على سبيل المقاوله ، بل يمكن إعتبار النقل عملا تجاريا و لو كان منفردا لأن الناقل يضارب على الألة و اليد العاملة أحيانا مثال على ذلك : طاكسي ، سيارة النقل الخاصة .

(1) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " الوجيز في القانون التجاري " - المرجع السابق- ص 330.

(2) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " الوجيز في القانون التجاري " - المرجع السابق- ص 332 .

(3) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف " الكامل في قانون التجارة " ، الجزء الأول ، -المرجع السابق- ص 487.

(4) - أنظر الدكتور : رزق الله انطاكي و الدكتور نهاد السباعي " الوجيز في الحقوق التجارية البرية " -المرجع السابق- ص 973.

و بالتالي فإن عقد النقل عقد تجاري بالنسبة للناقل دائما ، أما بالنسبة للمسافر أو الشاحن فهناك حالتين :
الحالة الأولى : إذا كان المسافر أو الشاحن قام بسفره من أجل تجارته أو بمناسبة تجارته ، أو بسبب تجارته فيعد العقد تجاريا بالنسبة للطرفين .

الحالة الثانية : إذا كان المسافر أو الشاحن غير تاجر فيعد العقد عقدا مختلطا فهو تجاري بالنسبة للناقل ومدني بالنسبة للمسافرين و الشاحن⁽¹⁾ ، وهذه المسألة تثار عند الإختصاص القضائي و لكن الفقه و القضاء قد أخذ بقاعدة مفادها أن العبارة بالمدعى عليه ، فإذا كان المدعى عليه تاجرا ترفع الدعوى أمام المحكمة التجارية ، أما إذا كان المدعى عليه غير تاجر فترفع الدعوى أمام المحكمة المدنية و ذلك تحقيقا لمبدأ تساوي الخصوم في الإثبات .

3- موضوع عقد النقل : Objet du Contrat de Transport :

يُرد عقد النقل إما على نقل الأشخاص أو نقل البضائع أو السلع ، ويتم ذلك إما عن طريق البر بواسطة السيارات أو الشاحنات أو بالسكك الحديدية ، أو جوا بواسطة الطائرات ، أو بحرا بواسطة السفن أو البواخر .
و لدراسة موضوع عقد النقل إرتأينا التطرق لدراسة عينة من هذه العقود ألى وهي عقد النقل البري للسلع و الركاب و تسليط الضوء على جانب إثبات مثل هذه العقود ، دون الخوض في دراسة بقية أنواع عقود النقل الأخرى (جوية أو بحرية) لعدم الإطالة أكثر لتشابهها من حيث الموضوع و كذا بالنظر لطبيعة موضوع دراستنا الذي يعنى بالإثبات أكثر.

أولا : مفهوم عقد النقل البري : Contrat de transport Terrestre :

ينصب عقد النقل البري على نقل الركاب أو البضاعة من مكان إلى مكان آخر بواسطة السيارات أو الشاحنات أو عن طريق السكك الحديدية من طرف شخص يسمى الناقل مقابل حصوله على أجرة النقل .⁽²⁾
و بالتالي يعد عقد النقل البري عملا تجاريا بحسب الموضوع نظمه المشرع الجزائري في الفصل الرابع من الباب الرابع من خلال الكتابة الأولى للقانون التجاري و من خلال المواد 36 إلى 77 من القانون التجاري .
حيث تعرض المشرع الجزائري إلى عقد نقل الأشياء ، وعقد العمولة لنقل الأشياء في المواد من 39 إلى 61 من القانون التجاري ، كما تعرض إلى عقد نقل الأشخاص وعقد العمولة لنقل الأشخاص في المواد من 62 إلى 77 من القانون التجاري .

(1) - أنظر مصطفى كمال طه "الوجيز في القانون التجاري" - المرجع السابق - ص 333.

(2) - أنظر : René Rodiere et Bruno Oitppt , Droit Commercial , Dalloz 8em Edition , p 193 .

و تسري أحكام عقد النقل البري الواردة في القانون التجاري على عقد النقل الداخلي أي داخل حدود التراب الوطني ، بينما يسري على عقد النقل البري خارج حدود التراب الوطني إلى إتفاقيات دولية و المتعلقة بالترانزيت و العبور و إتفاقيات الجمركية (1).

ثانيا : عقد النقل البري للبضائع : Contrat de transport terrestre de Marhandises

أ/ مفهوم عقد النقل البري للبضائع :

ينعقد عقد النقل البري للبضائع بمجرد تبادل الناقل و الشاحن الإيجاب و القبول بشرط أن يكون رضا الطرفين خالي من عيوب الإرادة كالغلط أو الإكراه أو التدليس و إلا كان قابل للإبطال .
كما يشترط أن يكون محل العقد متعلق بنقل منقولات مادية من بضائع و سلع و عتاد أو حيوانات ، أما إذا تضمن العقد نقل بضائع ممنوعة أو محرمة كنقل المخدرات مثلا يعد العقد باطلا بطلانا مطلقا لمسأسه بالنظام العام .
و يتم نقل البضائع من مكان إلى مكان آخر بواسطة الشاحنات العادية أو شاحنات التبريد أو عن طريق السكك الحديدية .

و تحدد أجرة النقل باتفاق الطرفين (2) أو عن طريق العرف التجاري و تراعي ذلك ظروف النقل و مسافته ووسائل النقل المستعملة ، غير أنه يجب التفرقة بين حالتين لتحديد كلفة النقل أو ثمن التذكرة :

● الحالة الأولى : إذا كان النقل منتظم فتكون التعرفة محددة سلفا و تطبق على الشاحن و يتم تحديدها من قبل الناقل كالنقل عن طريق السكك الحديدية و الخط المنتظم هو الذي يُعرف ساعة إنطلاق الناقل و ساعة وصولها وخط سيرها .

● الحالة الثانية : إذا كان النقل غير منتظم فهنا نطبق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فالتعرفة ، وساعة الإنطلاق ، وساعة الوصول وخط سيرها يتفق عليها الناقل مع الشحن .

كما قد يبرم عقد نقل البضائع بين الشاحن و الوكيل بالعمولة في نقل الأشياء (le Commissionnaire de transport de choses) و هو عبارة عن وسيط إبرام عقد النقل باسمه و لحساب شخص آخر هو الناقل مقابل حصوله نسبة من ثمن التذكرة أو من أجرة الشحن (3).

(1) - أنظر الدكتور : صبحي عرب " محاضرات في القانون التجاري " (الأسناد التجارية)، مطبعة الكاهنة ، 1999 ص 22 وما يليها.

(2) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه "الوجيز في القانون التجاري" - المرجع السابق- ص 534 و ما يليها.

(3) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف " الكامل في قانون التجارة " الجزء الأول - المرجع السابق- ص 489 و ما يليها .

و يرتب عقد النقل إلتزامات على عاتق طرفي عقد النقل ، الناقل من جهة و الشاحن من جهة أخرى حيث

يلتزم الناقل ب :

1/ بتسلم البضاعة و شحنها و وضعها في المكان المخصص لها في وسيلة النقل مع ترتيبها و رصها حفاظا على سلامتها أثناء النقل حتى لا تتعرض البضاعة للتلف ، كما يقوم الناقل بفحص البضاعة و ذلك بالتحقق من نوعها ، كميتها ، حالتها ، و سلامة تغليفها⁽¹⁾ ، و بعد ذلك يسلم سند نقل البضاعة للشاحن و يجب أن نشير أنه في حالة تعرض البضاعة المنقولة للتلف أو النقصان أو الكسر ، فهنا يمكن أن يتحمل المسؤولية :

أ- إما الشركة التي قامت بتغليف البضاعة .

ب- شركة التأمين لأن هناك تأمين على وسيلة النقل و هناك تأمين على البضاعة نفسها ، والشاحن هو الذي يقوم بالتأمين على البضاعة أو يكلف الناقل بالتأمين عليها في إحدى شركات التأمين .

ج- و تأتي بعد ذلك مسؤولية الناقل .

2/ نقل البضاعة من مكان إلى آخر خلال المدة المتفق عليها و إذا لم يحصل إتفاق على المدة ، فإنه يرجع من أجل تحديدها إلى العرف ، وكل تأخير لا مبرر له يُسأل عنه الناقل ، و يلزم بدفع تعويض عن الضرر الذي لحق بالشاحن من جراء تأخر وصول البضاعة في الأجل المحدد .

3/ المحافظة على البضاعة ، فعلى الناقل أن يبذل كل ما في وسعه للمحافظة على البضاعة أثناء الطريق أي من تاريخ إستلامها حتى إيصالها إلى المرسل إليه و وضعها تحت تصرفه ، و يسأل عنها مسؤولية الرجل العادي⁽²⁾ .

4/ تسليم البضاعة إلى المرسل إليه في المكان المتفق عليه في العقد بعد تفريغها من عربة النقل ، ويتم التسليم بعد التأكد من هوية المرسل إليه ، بعد أن يوقع المرسل إليه فاتورة وصول البضاعة .

كما يحق للمرسل إليه أن يفحص البضاعة قبل أن يستلمها للتحقق من مطابقتها للبيانات الواردة في الفاتورة التي يوقع عليها أو في وثيقة النقل .

و يعطي المرسل إليه إيصالا إلى الناقل بتسلمه البضاعة و ذلك بالتوقيع على سند النقل الذي يبرئ ذمة الناقل⁽³⁾

أمّا الشاحن أو المرسل فيلتزم بـ:

Alfred Jauffret et Jacques mestre , op –cit p 540 .

(1) - أنظر :

(2) - أنظر الدكتور : رزق الله انطاكي ، و الدكتور نهاد السباعي " الوجيز في الحقوق التجارية البرية " -المرجع السابق- ص 405 و ما يليها .

(3) - أنظر الدكتور : رزق الله انطاكي و الدكتور نهاد السباعي - المرجع السابق- ص 406 و ما يليها .

1/ تسليم البضاعة إلى الناقل وفق الشروط و البيانات الواردة في عقد النقل سواء من جهة نوعها ، أو وزنها ، أو حجمها أو طريقة تغليفها ، وبحق للناقل التأكد من ذلك ، وإذا تبين له عدم مطابقتها للبيانات الواردة في سند النقل يحق أن يرفض سند الشحن .

2/ دفع أجرة النقل إلى الناقل و التي تم تحديدها بالإتفاق بين الطرفين أو بمقتضى تعرفه رسمية أو بمقتضى العرف⁽¹⁾ أما من حيث مسؤولية الناقل عن عدم تنفيذه شروط عقد النقل وهي نقل البضاعة و تسليمها إلى المرسل إليه سليمة في الميعاد المتفق عليه ، وبالتالي فهو مسؤول عن هلاك البضاعة أو تلفها كلياً أو جزئياً ، أو إصابة البضاعة بضرر ينقص من قيمتها يجعلها غير صالحة للإستعمال ، أو عدم وصول البضاعة في الموعد المحدد في العقد ، أو في الوقت الذي يقضي به العرف .

و بالتالي فمسؤولية الناقل هي مسؤولية تعاقدية مصدرها عقد النقل تلزمه بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المرسل و المرسل إليه⁽²⁾ .

إلا أن القانون أعفى الناقل من المسؤولية إذا ثبت أن الهلاك أو التلف أو التأخير كان نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة مثلاً بسبب الفيضانات أو بسبب الحروب.... الخ.

كما يُعفي الناقل من المسؤولية إذا ثبت أن هلاك أو تلف البضاعة ناشئ عن طبيعتها أو كان نتيجة عن خطأ المرسل أو بسبب عيب فيها أو في طريقة تغليفها مثلاً⁽³⁾ .

ب/ إثبات عقد النقل البري للبضائع :

عملاً بمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية يجوز إثبات عقد النقل بكافة طرق الإثبات ، أما إذا كان أحدهما غير تاجر يعتبر بالنسبة إليه عقداً مدنياً و يتم إثباته بالطرق العادية أي بالكتابة⁽⁴⁾ .

إلا أن عقد النقل يمتاز بخصوصية في الإثبات بكونه له كفاية ذاتية في الإثبات حيث يتم إثباته بالكتابة من خلال البيانات الواردة في العقد وذلك بواسطة :

1- وثيقة نقل بالشاحنات أو السيارات : Lettre de voiture إذا تم النقل بواسطة الشاحنات أو

السيارات ، وتسمى Lettre de Wagon بالنسبة لوثيقة النقل الذي يتم بالسكك الحديدية وهي عبارة عن

(1) - أنظر : Alfred Jauffret et Jacques mestre , op -cit p541et 542.

(2) - أنظر : Alfred Jauffret et Jacques mestre , op -cit p541

(3) - أنظر : Roné Rodiere-Droit Commercial -Op-Cit p 203.

(4) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " العقود التجارية " ، دار الفكر العربي ، الإسكندرية ، 2005 ص 164 و ما يليها .

صك خطي موجه من المرسل إلى المرسل إليه مع الفاتورة يتضمن بيانات و أوصاف البضاعة المنقولة و شروط العقد (تاريخ ميعاد بدأ النقل ، نوعية وحجم ووزن البضاعة ، أجرة النقلالخ) و تحرر وثيقة النقل عادة على نسختين إحداها يوقع عليها الناقل تبقى مع المرسل ، و الثانية يوقع عليها المرسل أو الشاحن و يسلمها إلى الناقل الذي يستلم البضاعة مع الفاتورة و يلتزم بإيصال البضاعة إلى المرسل إليه . و عندما تصل البضاعة إلى المرسل إليه يوقع على إستلامه البضاعة كاملة ويعيد تلك الفاتورة للناقل الذي يعيدها بدوره إلى الشاحن و يطالبه بدفع أجرة النقل (1).

و بالتالي فوثيقة النقل هي أداة إثبات عقد النقل و شروطه وذلك من خلال البيانات الواردة فيها من جهة ، وتمثل البضاعة المنقولة من جهة أخرى حيث يمكن للمرسل إليه التصرف فيها عن طريق البيع أو الرهن .

2-الإيصال : Récepisse هو عبارة عن وثيقة خطية يسلمها الناقل إلى الشاحن بعد أن يوقعه يتضمن على ملخص شروط عقد النقل و بصورة خاصة على : عنوان المرسل إليه ، مكان و تاريخ تسليم البضاعة ، أوصاف البضاعة ، نوعها ، حجمها ، وزنها ، كيفية تغليفها ، و أجرة النقلالخ .

و يقوم الشاحن بإرساله إلى المرسل إليه .

حيث يثبت الإيصال تسليم الناقل للبضاعة (2) .

و يقتطع الناقل هذا الإيصال من دفتر الإيصالات الذي يحتوي على قسمين :

قسم يسلمه الناقل إلى الشاحن بعد توقيعه ، والقسم الأخر وهو الأصل يحتفظ به الناقل ليعود به على الشاحن و يثبت له وصول البضاعة .

و بالتالي تعد هاتين الوثيقتين : تذكرة النقل و الإيصال كأداة إثبات عقد النقل و شروطه (3) .

حيث يتم إثبات حقوق و إلتزامات كل من الناقل ، والمرسل و المرسل إليه من خلال البيانات الواردة في هاتين الوثيقتين ، حيث يمكن إثبات :

-تسلم الناقل للبضاعة الموصوفة فيها .

-تاريخ بدأ النقل .

-أوصاف البضاعة (وزنها ، حجمها ، نوعها ، وكيفية تغليفها) .

(1) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " الوجيز في القانون التجاري " - المرجع السابق- ص 335 و ما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : رزق الله انطاكي ، و الدكتور نهاد السباعي "الوجيز في الحقوق التجارية البرية " -المرجع السابق- ص 403 .

(3) - أنظر : Alfred Jauffret et Jacques mestre , op -cit p 539 .

-مسؤولية الناقل عن تلف أو هلاك أو تأخر وصول البضاعة... الخ إلى غاية إثبات العكس أي إثبات القوة القاهرة .
و من خلال ما تقدم يمكن القول : أنه في الأصل يتم إثبات عقد النقل البري للبضائع بكافة طرق الإثبات كسائر العقود التجارية عملاً بمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية ، وإذا كان العقد بالنسبة للمرسل مدنياً فلا يجوز له الإثبات إلا بالطرق المدنية أي الكتابة .
كما يمتاز عقد النقل بخاصية في الإثبات بواسطة وثيقة النقل و الإيصال أي أن له كفاية ذاتية في الإثبات من خلال البيانات الواردة في هاتين الوثيقتين فهذه البيانات تكفي لإثبات حقوق و إلتزامات الناقل و الشاحن على سواء .

ثالثاً: عقد النقل البري للركاب: Contrat de transport terrestre des personnes

أ- مفهوم عقد النقل البري للركاب :

يعتبر عقد النقل البري للركاب من العقود الرضائية كغيره من العقود التجارية حيث ينعقد بمجرد تبادل الطرفين الإيجاب و القبول⁽¹⁾ .

و ما يميز هذا العقد أيضاً أن وزارة النقل أو الجهة الوصية تتدخل لوضع تعرفه الركوب و ثمن التذكرة هذا بالنسبة للنقل المنتظم أي أن التعرفة محددة ، نقطة الإنطلاق محددة نقطة الوصول محددة ، وخط السير محدد ، أما إذا كان النقل غير منتظم فلا يخضع لتعرفة الجهة الوصية ، و إنما يكون العقد شريعة المتعاقدين ، و ما يميز النقل المنتظم عن النقل الغير منتظم هو التعرفة ، وساعة الإنطلاق ، وساعة الوصول وحتى خط السير وهذا يكون بالتراضي بين الطرفين و يتم نقل الركاب بواسطة إما السيارات أو الحافلات أو بواسطة السكك الحديدية فإذا تم النقل بواسطة الحافلات ينعقد العقد بمجرد دخول الراكب إلى وسيلة النقل دون أن يتوقف ذلك على دفع الراكب لثمن التذكرة و حصوله على تذكرة النقل .

أما إذا تم النقل بواسطة السكك الحديدية فلا ينعقد العقد إلا بعد أن يدفع الراكب لثمن التذكرة و يحصل على تذكرة النقل ويتم النقل ذلك قبل دخوله على عربة النقل⁽²⁾ .

فالتذكرة هي عبارة عن صك خطي يسلمه الناقل باسم الشركة الناقلة إلى المسافر عند قبض أجرة النقل ، وتكون هذه التذكرة عادة محررة للحامل الذي يمكنه التنازل عنها قبل بدأ السفر ، أما إذا كانت التذكرة بشكل إشتراك فلا يمكنه التنازل عنها .

(1) - أنظر الدكتور: إلياس ناصيف - المرجع السابق - ص 494.

(2) - أنظر الدكتور: مصطفى كمال طه " الوجيز في القانون التجاري " - المرجع السابق - ص 367.

كما قد يرم عقد النقل البري للمسافرين بواسطة وكيل بالعمولة لنقل الأشخاص (le commissionnaire de transport des personnes) بموجبه يتعاقد الوكيل بالعمولة مع المسافرين بإسمه الخاص و لحساب الناقل مقابل حصوله على عمولة مثل "وكالات السفر" (1).

و يلتزم الناقل بإيصال المسافر إلى المكان المتفق عليه في العقد مع توفير شروط الراحة و ضمان سلامة المسافر ، مع إلتزامه بنقل الأمتعة التي يحملها الراكب معه أثناء السفر .
".... حيث من جهة أخرى أن المسؤولية التي تخص الشركة الوطنية بالسكك الحديدية هي مسؤولية تعاقدية ناتجة عن عقد نقل المسافرين .

حيث أن عقد نقل المسافرين يتضمن إلى جانب الإلتزامات الرئيسية الرامية إلى تنفيذ مافة محددة و دفع الثمن ، إلتزام محدد بوصول المسافر إلى المحل الذي يقصده" (2).

كما يلتزم الراكب بدفع ثمن أجرة النقل و تقيده بالتعليمات التي وضعها الناقل من أجل راحة وسلامة المسافرين ، بالإضافة إلى إحتفاظه بتذكرة النقل .

و إذا أخل الناقل بالتزاماته التعاقدية يكون مسؤول عن الضرر الذي أصاب المسافرين أو ورثته في حالة وفاة المسافر (3).

"..... حيث لكي يعفى الناقل أو حارس للشئ من مسؤولية الحادث يجب عليه أن يثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه و ليس في استطاعته تفاديه ، لكن حيث أن رجوع بعض المسافرين إلى عربات القطار بعد النزول منها أمر متوقع ، ويمكن تفاديه عن طريق الإعتناء الكامل من طرف حارس المحطة الذي عليه ألا يعطي إشارة إنطلاق القطار إلا بعد التأكد من نزول كل المسافرين و غلق أبواب القطار " (4).

ب- إثبات عقد النقل البري للركاب :

الأصل أنه يتم إثبات عقد نقل الركاب بكافة طرق الإثبات لكونه يعد عقدا تجاريا بالنسبة للناقل ، أما بالنسبة إلى الراكب فبختلف الأمر إذا ما كان المسافر تاجرا و سافر من أجل تجارته يكون العقد بالنسبة إليه تجاريا و يتم إثباته بكافة الوسائل أما إذا كان المسافر مدنيا فيتم إثباته بطرق الإثبات التي نص عليها القانون المدني (5).

(1) - أنظر : Alfred Jauffret et Jacques mestre , op- cit p 547

(2) - أنظر : أنظر القرار رقم 94034 بتاريخ 1992/12/02 المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، المجلة القضائية، العدد الثاني لسنة 1995 ص 74 وما يليها

(3) - أنظر : Roné rodriere -Droit Commercial -Op-Cit p 214 .

(4) - أنظر : قرار رقم 27429 بتاريخ 1983/03/30 المجلس الأعلى ، الغرفة المدنية ، مجلة الإجتهااد القضائي - المرجع السابق- ص 18 وما يليها.

(5) - أنظر : Alfred Jauffret et Jacques mestre , op- cit p 546.

و في الواقع يتم إثبات عقد نقل الركاب بواسطة :

1/ تذكرة السفر التي يسلمها الناقل إلى الراكب مقابل دفعه أجرة النقل وتكون عادة التذكرة لحاملها أو باسم الراكب تحتوي على بيانات وشروط عقد النقل .

2/ إيصال عن الأمتعة المسجلة يسلمه الناقل إلى الراكب يبين فيه عدد الأمتعة و طبيعتها ، ويخضع هذا الإيصال لأحكام عقد نقل البضائع ، وفي حالة هلاك أو ضياع الأمتعة المسجلة يكون الناقل مسؤول مسؤولية تعاقدية يلزم بموجبها بالتعويض⁽¹⁾ .

و إذا كانت الحقائق تحتوي على مجوهرات أو ألبسة ثمينة ، فيجب على الراكب أن يعلن عن ذلك حتى يتأكد الناقل من تلك المنقولات و يتحمل المسؤولية في حالة ضياعها فالناقل لا يتحمل مسؤولية ضياع أشياء ثمينة إذا لم يعلن عنها الراكب .

أما بالنسبة للأمتعة اليدوية التي تبقى في حيازة المسافر أثناء النقل فهي لا تسجل و لا تسلم إلى الناقل و لا يترتب على الناقل أية مسؤولية تعاقدية بشأنها إلا على أساس المسؤولية التقصيرية وذلك بإثبات خطأ الناقل .

فإثبات عقد النقل الركاب يتم بواسطة تذكرة النقل⁽²⁾ من خلال البيانات الواردة فيها حيث تحتوي على :

- إسم الناقل .

- ثمن التذكرة .

- تاريخ النقل ، ساعة الإنطلاق، وساعة الوصول .

- إسم الراكب إذا كانت التذكرة إسمية .

- تحديد مكان إنطلاق ووصول وسيلة النقل .

فهذه البيانات تحدد إلتزامات كل من الناقل و المسافر ن بالإضافة إلى مسؤولية الناقل إذا أخلى بالتزاماته التعاقدية.

أما البيانات الواردة في إيصال الخاص بالأمتعة المسجلة :

- تثبت إستلام الناقل للأمتعة المسجلة فيها .

- تثبت مسؤولية الناقل في حالة ضياعها أو تلفها .

(1) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف " الكامل في قانون التجارة " الجزء الأول - المرجع السابق - ص 496.

(2) - أنظر الدكتور : سمير جميل حسين الفتلاوي " العقود التجارية الجزائرية " ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، 1994، ص 310 وما يليها .

و بالتالي يمتاز عقد النقل البري للركاب بكفاية ذاتية في الإثبات من خلال البيانات الواردة في تذكرة النقل و إيصال الأمتعة حيث يتم الإثبات من خلال هذه البيانات المكتوبة فيها دون الرجوع إلى طرق الإثبات الأخرى سواء تعلق الأمر بالإثبات بكافة الطرق في الأمور التجارية أو عن طريق الكتابة .

الفرع الثالث : إثبات العقود التجارية بكافة طرق الإثبات :

تعتبر العقود التجارية من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد تطابق إرادة الطرفين بالإيجاب و القبول حيث تخضع للقواعد العامة التي نص عليها القانون المدني ، بالإضافة إلى القواعد الموضوعية الخاصة التي تنطبق على العقود التجارية من حيث إنعقادها ، وتنفيذها ، و إثباتها ، و بالتالي فأغلب العقود التجارية لا تشترط الشكلية لإنعقادها مما جعل إثباتها يتم بكافة طرق الإثبات وذلك راجع لكون التجارة تقوم على عاملين أساسيين : وهما السرعة في التعامل ، وعامل الثقة و الإئتمان التجاري ، وذلك خلافا للعقود المدنية التي تتصف بالبطء و تتطلب أركان موضوعية عامة و خاصة تحمي حقوق الأطراف و شروط شكلية لإنعقاد العقد و إثباته .

و إثبات العقود التجارية يتم أصلا بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود ، والقرائن ، ودفاتر التجار ، و الفواتير ⁽¹⁾.... الخ وذلك طبقا للمادة 30 من القانون التجاري .

و لدراسة ذلك سنأخذ عقد البيع كنموذج لدراسة إثبات العقود التجارية بكافة الطرق :

عقد البيع : هو عقد يلتزم بموجبه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ او حقا ماليا مقابل حصوله على ثمن نقدي . و يخضع عقد البيع التجاري من حيث " تكوينه" إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني⁽²⁾ : من رضا ، و أهلية ، و محل ، و سبب .

أما من حيث " آثاره" : فيلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري بوضعه تحت تصرفه مع ضمان العيوب الخفية ، و بالمقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه سواء كان ذلك معجلا أو مؤجلا .

حيث ".... أن المادة 379 من القانون المدني تنص على أن البائع ملزم بالضمان عندما يتعلق الأمر بعيوب خفية تعذر على المشتري نفسه إكتشافه أو عندما يكون الشئ المبيع مشوبا بعيوب لا تنقص من قيمته...."⁽³⁾ .

(1) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " الوجيز في القانون التجاري " - المرجع السابق- ص 263 .

(2) - أنظر : Alherd Jauffret et Jacques mestre -op -cit p 426.

(3) - أنظر : قرار رقم 202940 بتاريخ 1999/07/21 ، المحكمة العليا ، الغرفة المدنية -المجلة القضائية-العدد الثاني لسنة 2000 ص90 وما يليها .

و قد يرد عقد البيع التجاري على المنقول كما قد يرد على العقار على سواء⁽¹⁾.

و للبيوع التجارية أنواع عديدة منها :

- 1- البيع مع اشتراط حق إسترداد ثمن البيع ، و إعادة البيع .
- 2- البيع الجزائي يكون فيه بيع مجمل الأشياء مقابل ثمن واحد .
- 3- البيع بالمذاق .
- 4- البيع بشرط التجربة .
- 5- البيع بالتقسيط .
- 6- البيع بالعينة⁽²⁾.

و مصدر السلعة موضوع عقد البيع يكون إما من عند المصنع أو المستورد لها من الخارج و التي تباع إلى تاجر الجملة الذي بدوره سيبيعها لتجار نصف الجملة و لتاجر التجزئة حتى تصل إلى المستهلك أو المستعمل النهائي .
فهنا يجب التفرقة في العلاقة بين التجار من جهة ، والعلاقة بين تاجر التجزئة و المستهلك المدني من جهة أخرى
فعقود البيع التي تتم بين التجار تخضع لمبدأ حرية الإثبات حيث يجوز إثباتها مهما كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات بما في ذلك :

دفاتر التجار التي يقيد فيها التاجر كل عملياته التجارية فتكون بمثابة حجة لمصلحة التاجر ضد خصمه التاجر أو العكس .

كما يمكن إثبات عقود البيع التجارية بين التجار بواسطة الفواتير المقبولة حيث تتم معاملات البيع و الشراء بين التجار بواسطة فاتورة فتكون أداة إثبات من خلال البيانات الواردة فيها .

كما يتم إثبات عقد البيع بأية وسيلة اخرى كشهادة الشهود ، و القرائن القضائية و القانونية ، و المراسلات ، و الإقرار ، واليمين ، أو أية وسيلة رأأت المحكمة وجوب قبولها وذلك طبقا لنص المادة 30 من القانون التجاري .

إلا أن المشرع ألزم الشكلية في بعض عقود البيع سواء من أجل إنعقاد العقد أو من حيث إثباته و مثال على ذلك بيع أو وعد ببيع قاعدة تجارية يعد عملا تجاريا و يشترط لإنعقاده الكتابة الرسمية حيث يتم تحريره من طرف الموثق ، وذلك طبقا للمادة 79 من القانون التجاري .

(1) - أنظر : نص المادة 02 من القانون التجاري .

(2) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف " الكامل في قانون التجارة " الجزء الأول ، - المرجع السابق- ص 447 و ما يليها .

حيث "...علما أن موضوع بيع القاعدة التجارية أو الوعد ببيعها يخضع لأحكام المادة 79 من القانون التجاري التي تشترط إثباته بعقد رسمي تحت طائلة البطلان... (1)".

أما إذا تعلق الأمر بعقد البيع بين تاجر التجزئة و المستهلك المدني فتكون أمام عقد مختلط حيث يكون العقد التجاري بالنسبة لتاجر التجزئة ومدني بالنسبة للمستهلك ، فهو يعد من العقود الرضائية التي لا تتطلب الشكلية للإنعقاد ، ويتم ذلك بمجرد تبادل الطرفين الإيجاب و القبول و يتم التعبير عن الإيجاب إما شفاهة أو بالإشارة .

ويدور النزاع المتعلق بعقد البيع بالتجزئة في الغبن في الثمن ، النوعية ، الوزن ، صلاحية الإستعمال ، أو الجودة .

و الإشكال الذي يثار : كيف يتم إثبات عقد البيع بالتجزئة ؟

يتم إثبات عقد البيع بالتجزئة بكافة طرق الإثبات و منها دليل الحال الذي يعتمد المنطق أسلوبا للوصول إلى الحقيقة ، فالمستهلك عند إدعائه أنه اشترى أغراض لإحتياجاته اليومية من عند تاجر التجزئة فلان ، يكفي أن يكون كدليل إثبات ، لأنه لماذا إدعى أنه إشتراها من التاجر فلان ولم يدعي أنه إشتراها من تاجر آخر ، أو يكون إدعائه منصب على أن النوعية رديئة ، أو نقص في الوزن أو الحجم أو تعرضها للتلف ، دون إدعائه أسباب أخرى.

و من خلال ما تقدم : يستخلص أن أغلب العقود التجارية هي عقود رضائية تنعقد بمجرد تبادل الطرفين الإيجاب و القبول دون حاجة إلى الشكلية للإنعقاد مما يجعل إثباتها يتم بكافة طرق الإثبات .

(1) - أنظر: قرار 53630 بتاريخ 1989/04/30 المجلس الأعلى ، الغرفة التجارية و البحرية ، المجلة القضائية، العدد الرابع لسنة 1991 ص 145 وما يليها

المبحث الثالث : حجية الدفاتر التجارية في الإثبات

ألزم المشرع الجزائري التجار ببعض الإلتزامات التجارية منها : القيد في السجل التجاري ، ومسك الدفاتر التجارية يسجلون فيها كل العمليات التجارية التي يقومون بها و يتعرفون من خلالها عن مراكزهم المالية بعد إجراء عمليات الأصول و الخصوم و بالتالي تعد كأداة يتثبتون بها جميع العمليات التجارية التي يباشرونها .
و للدفاتر التجارية مفعول ذو حدين ، فقد تكون لها حجية في الإثبات لمصلحة التاجر من خلال البيانات التي سجلها يوم بيوم و بانتظام ، كما قد تكون لها قوة ثبوتية ضد التاجر وهذا خلافا للقواعد العامة في الإثبات .

و لهذا ما يجعلنا نتساءل عن ماهية الدفاتر التجارية ؟ وماهي حجيتها في الإثبات ؟
و للإجابة عن هذه التساؤلات سنتطرق إلى النقاط الآتية :

أولا : مفهوم الدفاتر التجارية و نذكر فيه :

1-فوائدها .

2-أنواعها .

ثانيا : حجية الدفاتر التجارية في الإثبات و نذكر فيه :

1-لمصلحة التاجر .

2-ضد التاجر .

3-تقديم الدفاتر التجارية إلى القضاء .

المطلب الأول : مفهوم الدفاتر التجارية :

ألزم المشرع الجزائري التجار ببعض الإلتزامات التجارية و منها :

(1) القيد في السجل التجاري .

(2) مسك الدفاتر التجارية .

(3) فتح حساب مصرفي واحد..... الخ من الإلتزامات التي يتوجب على التجار الإلتزامات بها سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو أشخاص معنويين .

و بالتالي فقد ألزم القانون التجاري على التجار مسك دفاتر معينة يسجلون فيها كل العمليات التجارية التي يقومون بها و يتعرفون من خلالها عن مراكزهم المالية بعد إجراء عمليات الأصول و الخصوم ، حيث تعد كأداة يثبتون بها جميع العمليات التجارية التي يياشرونها (1).

و قد نظم المشرع الجزائري الدفاتر التجارية في القانون التجاري في الباب الثاني من الكتاب الأول الخاص بالتجارة عموما ، حيث ألزم كل شخص له صفة التاجر أن يمسك الدفاتر التجارية دون تمييز سواء كان شخصا طبيعيا أي التجار الأفراد ، أو شخصا معنويا كالشركات التجارية أو المقاولات ، أو مكاتب أعمال ن سواء كان التاجر جزائري أو أجنبي يياشر نشاط تجاري في الجزائر .

أما غير التاجر فلا يلزم بمسك الدفاتر التجارية حتى ولو قام بعمل تجاري منفرد دون تكراره ، ونفس الشيء ينطبق على الشركات المدنية فهي غير ملزمة أيضا بمسك الدفاتر التجارية حتى ولو قامت بأعمال تجارية ، أما إذا مسك بعض الدفاتر لينظم حياته التجارية فهذه الدفاتر ليست لها حجية كالدفاتر التجارية و إنما يفيد صاحبه في حالة الإعسار فقط . (2)

كما أن القانون يلزم الشركات التجارية بمسك الدفاتر التجارية ، غير أن الإشكال يثار بالنسبة لشركات التضامن و شركات التوصية البسيطة حيث أن كل من الشركة كشخص معنوي هي الملزمة بمسك الدفاتر التجارية الخاصة بها ، أما الشركاء الأعضاء في الشركة و لو أنهم يكتسبون صفة التاجر إلا أنهم غير ملزمون بمسك الدفاتر التجارية و الإكتفاء بدفاتر الشركة التي لهم حق الإطلاع عليها بشكل دائم لأن إلتزامه بمسك الدفاتر التجارية يعد مجرد تكرار لقيود دفاتر الشركة (3).

(1) - أنظر الدكتور : محمد فريد العربي ن و الدكتور : هاني دويدار "مبادئ القانون التجاري و البحري" -المرجع السابق- ص 131 وما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف "الكامل في قانون التجارة" ، الجزء الأول ، -المرجع السابق- ص 57.

(3) - أنظر الدكتور : علي حسين يونس ، القانون التجاري ، -المرجع السابق- ص 225.

أما إذا كان للشريك المتضامن نشاط تجاري آخر خارج الشركة فلا بد له من مسك الدفاتر التجارية الخاصة بذلك النشاط.

أولاً - فوائد الدفاتر التجارية : و للدفاتر التجارية فوائد عديدة منها :

(1) أن مسك الدفاتر التجارية يمكن التاجر من معرفة مركزه المالي حيث تبين له من حقوق لدى الغير و ما عليه من ديون .

(2) أن إدارة الضرائب تستطيع تحديد الضريبة من خلال إطمئنانها لهذه الدفاتر و البيانات المدونة بها فهي تحمي التاجر من الضريبة الجزافية فإذا حقق أرباح توجب عليه دفع الضرائب ، أما إذا مني بخسائر فلا تستطيع مطالبته بالضرائب بشرط أن يمسك الدفاتر التجارية و أن تكون هذه الدفاتر منتظمة⁽¹⁾.

(3) للدفاتر التجارية دورا في الإثبات حيث تحول للتاجر الإحتجاج بدفاتره على غيره من التجار إذا استوفت هذه الدفاتر الشروط التي نص عليها القانون لتنظيمها فالتاجر عندما يمسك الدفاتر التجارية و تكون منتظمة تكون دليل على حسن نيته ، حيث إذا كان حسن النية مفترض قانونا في المواد المدنية فإنه ليس كذلك في المواد حيث أنه في المواد المدنية حسن النية مفترض وسوء النية هو الذي يحتاج إلى إثبات بينما في المواد التجارية فإنه لا يفترض لا حسن النية ولا سوء النية فالكل يحتاج إلى إثبات .

(4) عندما يتوقف التاجر عن دفع ديونه التجارية ، فإن المشرع ألزمه بتقديم طلب إلى قاضي المواد التجارية يطلب فيه شهر إفلاسه فإذا ما ثبت للقاضي فيما بعد حسن نية التاجر المفلس ، فإنه يصار إلى توقيع الصلح القضائي الواقي من الإفلاس البسيط ، فالدفاتر التجارية تحمي التاجر من الإفلاس بالتقصير و الإفلاس بالتدليس ، و تلزم دائنيه بالتضامن معه بتوقيع الصلح الواقي ورد الإعتبار له حتى بعد شهر إفلاسه⁽²⁾.

و تعرض القانون التجاري الجزائري للدفاتر التجارية - كما ذكرنا سابقا- في الباب الثاني من الكتاب الأول في المواد 09 إلى المادة 18 ، التي عدت الدفاتر التجارية الإلزامية التي يجب على التاجر مسكها و لم يتطرق إلى الدفاتر الإختيارية وحددت الإجراءات اللازمة لتنظيم هذه الدفاتر و المدة التي يجب الإحتفاظ بها ، و حجيتها في الإثبات⁽³⁾.

(1) - أنظر الدكتور :محمد عزمي البكري في "شرح قانون التجارة الجديد" ، المجلة القضائية ، دار محمود للنشر و التوزيع ، 2003 ص 295.

(2) - أنظر الدكتور : محمد عزمي البكري - المرجع السابق- ص 295.

(3) - ليس كل دفتر يمسك به التاجر يعتبر دفترا معتمدا حيث يجب على التاجر أن يتوجه إلى المحكمة و يرقم الدفتر من الصفحة الأولى إلى الصفحة الأخيرة و تحتم المحكمة هذا الدفتر بخاتم المحكمة على كل الصفحات ن وبعدها يستعمل التاجر هذا الدفتر ويعتبر ملزما له وللغير .

2-أنواع الدفاتر التجارية : حدد المشرع الدفاتر التي يفرض على التاجر مسكها وهي ثلاثة دفاتر:

1-دفتر اليومية . 2-دفتر الجرد . 3-دفتر المراسلات .

و ترك له حرية إضافة دفاتر أخرى مناسبة تقتضيها طبيعة وحاجة أعماله⁽¹⁾.

أ-الدفاتر التجارية الإلزامية :

طبقا لنص المواد 09، 10، 12 من القانون التجاري الجزائري تتمثل الدفاتر التجارية الإلزامية في ثلاثة

(03) دفاتر وهي : دفتر اليومية ، ودفتر الجرد ، ودفتر المراسلات .

1-دفتر اليومية : Livre Journal

تنص المادة 09 من التقنين التجاري على أن : " كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر اليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقاوله أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميا "

دفتر اليومية يعد أهم الدفاتر التجارية حيث يسجل فيه التاجر جميع العمليات التي يقوم بها يوم بيوم متعلقة بنشاطه التجاري من إيرادات أو مصروفات أو شراء أو بيع و غيرها من العمليات التجاري ، وإذا تعذر على التاجر قيد جميع العمليات في دفتر اليومية لكثرة الأعمال أجاز المشرع للتاجر أن يسجل هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ بكافة الوثائق التي تمكن من مراقبة صحة الأعمال اليومية⁽²⁾.

2-دفتر الجرد : Livre D'inventaire

تنص المادة 10 من القانون التجاري على أنه : " يجب أيضا أن يجري سنويا جردا لعناصر أصول و خصوم مقاولته و أن تقفل كافة حساباته بقصد إعداد الميزانية وحساب النتائج و تنسخ بعد ذلك هذه الميزانية وحساب النتائج في دفتر الجرد "

من خلال هذا النص على التاجر أن يمسك دفتر الجرد يسجل فيه نوعين من البيانات :

- **النوع الأول :** تتعلق بقيام التاجر بجرد كافة الموجودات في محله التجاري سواء كانت له أو للغير ، أموال منقولة أو ثابتة المادية ، وغير المادية ، وما للتاجر من بضائع موجودة لديه مع ذلك جميع الحقوق و الأموال المترتبة

(1) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " أصول القانون التجاري " - المرجع السابق- ص 142.

Alfred Jauffret et Jacques mestre , op- cit P 130.

(2) - أنظر :

النشاط التجاري ، و ما عليه من ديون مدين بها للغير ، وهذه العملية يطلق عليها بالجرد السنوي ، ويحدد التاجر بداية السنة المالية و نهايتها عند بدئه في مزاولة نشاطه التجاري⁽¹⁾ ، فمثلا إذا بدأت شركة نشاطها التجاري في شهر أفريل فبعد سنة تقوم بعملية الجرد ، وغالبا ما يحدد التاجر سنته المالية بالسنة الميلادية تبدأ في أول جانفي و تنتهي في آخر ديسمبر ، وهذا ما هو معمول به في الجزائر من حيث الفعل و الواقع بالنسبة للضرائب و يجب أيضا أن يذكر في دفتر الجرد بالتفصيل البضاعة الموجودة لدى التاجر من حيث عددها ، وكميتها وقيمتها مستعينا في إثبات ذلك بالدفتر و القوائم المستقلة فيقوم بنقل محتويات هذه الدفاتر و القوائم إلى دفتر الجرد مع إحتفاظه بها لكونها تعتبر جزءا متمما لدفتر الجرد مع إخضاعها للقواعد التي نص عليها القانون بشأن انتظام الدفاتر التجارية⁽²⁾ .

● النوع الثاني : و يتعلق بإعداد التاجر صورة من الميزانية في كل سنة بوقف جميع الحسابات ووضع الموازنة بين ماله من حقوق و ما عليه من إلتزامات لمعرفة مركزه المالي ، ثم يوازن بين الأصول و الخصوم لمعرفة ما حقق من أرباح أو ما لحقه من خسارة لأن التجارة فيها ربح و خسارة وليس دائما يحقق التاجر أرباحا و لم يلزم القانون التاجر إتباع قواعد خاصة في إعداد ميزانيته السنوية خلافا لما عليه الحال بالنسبة لشركات المساهمة التي يلزم فيها المشرع الشركة بوجود ما يسمى محافظ الحسابات إلى جانب محاسب الشركة حيث يجب أن تتطابق قوائم المحاسبين مع تقرير محافظ الحسابات .

● وعادة يتكون جدول الميزانية من جانب لأصول على الأموال المنقولة و الثابتة المملوكة للتاجر وماله من حقوق على الغير ، بينما تشمل الخصوم كل ما عليه من ديون و يدخل رأس المال ضمن عناصر الخصوم على إعتبار أن المتجر مدين لصاحبه بقيمة رأس المال⁽³⁾ ، فمثلا : رأسمال الشركة هو دين عليها و يدخل في حسابات الخصوم و أن الدائنين هم الشركاء وكل شريك في أي شركة كانت (ما عدا شركة التضامن و الشريك بالعمل فقط) يعتبر في مركز الدائن للشركة لكنه دائن من نوع خاص حيث لا يحق أن يتقاضى ديونه إلا بعد إقفال و تصفية الشركة .

3- دفتر المراسلات : Livre des Correpondance : يعتبر دفتر المراسلات من أهم

الدفاتر التجارية تدون فيه صور الرسائل و البرقيات المرسلة من التاجر و التي يتلقاها من المتعاملين معه حسب تاريخ

(1) - أنظر الدكتور : علي حسن يونس ، القانون التجاري- المرجع السابق- ص 232.

(2) - أنظر الدكتور : علي حسن يونس ، القانون التجاري - المرجع السابق- ص 233.

(3) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " أصول القانون التجاري " - المرجع السابق- ص 143 وما يليها .

وصولها أو صدورها ، وتشتمل المراسلات على فواتير Facture ، تذاكر النقل Lettre de Voiture ، و سندات الشحن Connaissance ، وغيرها (1).

و بالرغم من أن المشرع لم ينص صراحة على اعتبار دفتر المراسلات من الدفاتر الإلزامية إلا أنه من خلال نص المادة 12 من القانون التجاري و من خلال الواقع نرى أن دفتر المراسلات يعد دفترا إلزاميا للتاجر يقيد فيه جميع المراسلات كأن يسجل فيه أنه أصدر فاتورة بتاريخ كذا ، بالإضافة إلى إحتفاظه بجميع المراسلات مع الدفتر ، ويفيد حفظ رسائل التاجر في إثبات العقود التجارية التي تتم بالمراسلة (2).

ب- الدفاتر التجارية الإختيارية : Livres Facultatifs

من الناحية العملية يحتاج التاجر لأن يمسك بالإضافة إلى الدفاتر الإلزامية دفتر أخرى إختيارية من أجل ضبط و تنظيم القيود المتعلقة بعمله التجاري وذلك حسب ما تتطلبه حاجات أعماله أهمها :

1- الدفتر الكبير أو الدفتر الأستاذ Le Grand Livre: ينقل إليه التاجر القيود التي سبق له أن دونها في دفتر اليومية مع ترتيبها حسب نوعها بحيث يكون لكل نوع من أنواع البضاعة حساب مستقل ، أو ترتيبها بحسب أسماء الزبائن يفتح لكل زبون حساب خاص به ويشبه دفتر الأستاذ دفتر اليومية إلى حد كبير و بالتالي فهو يعد أهم الدفاتر الإختيارية (3)، كما يعد دفتر إلزامي في بريطانيا وهو أيضا دفتر إلزامي في الجزائر بالنسبة لمصلحة الضرائب ن و إننا نرى أنه من الضروري على المشرع الجزائري أن يعده من الدفاتر الإلزامية في القانون التجاري وليس في قانون المالية أو قانون الضرائب .

2- دفتر الصندوق Livre de caisse : وهو دفتر إلزامي بالنسبة إلى المصارف ، وهو الدفتر الذي تدون فيه جميع المبالغ المالية التي تدخل إلى الصندوق وتخرج منه ويبين الرصيد في آخر كل يوم ، وبواسطته يستطيع التاجر أن يتحقق من مقدار النقود الموجود لديه ، كما تستعمل بعض الشركات الكبرى هذا النوع من الدفاتر عندما تكون لديها حركة نقدية كبيرة دون اللجوء إلى المصارف عند كل عملية .

(1) - أنظر : Alfred Jauffret et Jacques mestre , op- cit P 131.

(2) - تنص المادة 12 من القانون التجاري على أن : " يجب أن تحتفظ الدفاتر و المستندات المشار إليها في المادتين 09 و 10 لمدة عشر سنوات كما يجب أن ترتب و تحفظ المراسلات الواردة و نسخ الرسائل الموجهة طيلة نفس المدة " .

(3) - أنظر الدكتور : محمد عزمي البكري - المرجع السابق- ص 59.

3- دفتر الخرطوش أو المسودة Livre brouillard : وهو الدفتر الذي يستعمله التاجر ساعة بساعة

في متجره يسجل فيه العمليات التجارية فور حصولها على سبيل التذكير و تنقل بعد ذلك بالتفصيل إلى دفتر اليومية في نهاية اليوم (1).

4- دفتر المخزن Livre de Magasin : هذا الدفتر هام جدا لمخازن التجار تسجل فيه كل البضائع

التي تدخل إلى المخزن أو تخرج منه ، ويطلق عليه أيضا دفتر المشتريات و المبيعات ، ويستند على هذا الدفتر في موجودات الشركة و تسجل فيه البضائع عدا ونوعا وحجما وكمًا و مصدر كل بضاعة .

5- دفتر البيوع Livre des vents : يمسكه غالبا تجار الجملة تدون فيه البضاعة المباعة.**6- دفتر الأسناد التجارية :** و منها خاصة سند السفتجة ، وسند الشيك ، وسند الأمر ، سند المؤمن ، وسند

الشحن ، وتدون فيه تواريخ إنشاء هذه الأسناد ، ومبلغها وتاريخ استحقاقها الواجب فيه تحصيلها من الغير أو الواجب دفعها إلى الغير ، ويحتاج التاجر إلى هذا الدفتر في تاريخ الإستحقاق لكي يأخذ حذره قبل أن يطرق بابه حامل السند و يفاجئه بمطلبه أو احتجاجة (2) .

7- دفتر الفواتير Livre des factures : يستعمل هذا الدفتر تجار نصف الجملة و التجزئة حيث

يسجلون في هذا الدفتر ورود البضاعة إلى محلاتهم التجارية يوما بيوم و يعطون لكل فاتورة رقما وتاريخ وصول ومدى مطابقة السلعة الواردة مع الفاتورة من عدمها .

8- دفتر إيصالات التخزين : و يستعمل هذا الدفتر في المخازن العمومية و المطارات و الجمارك ، حيث

يكون هذا الدفتر مرقما وكل ورقة فيه تقسم إلى قسمين متطابقين ويذكر فيه عادة الإسم و اللقب ، ونوع البضاعة ووزنها وحجمها وإسم مودعها ولمصلحة من أودعت الخ.....، وعندما تقطع هذه الورقة تسمى وصل الإيداع في المخازن العمومية ووصل الإيداع إما يكون إسميا أو للحامل أو لأمر ، حيث يمكن أن تنتقل البضاعة بمجرد التظهير .

9- دفتر العمال أو الموظفين : يسجل في هذا الدفتر حضور العمال وغياباتهم اليومية و تستعمل كل ورقة

منه لشهر كامل وله حجية في الإثبات أمام المحاكم الإجتماعية .

10- دفتر المحاسبة المصرفي : يفترض في الشركات التجارية إلا تترك مبالغ مبيعاتها في صندوقها ، و إنما

يجب أن تودعها في حسابها المصرفي أول بأول ويقوم بمسك هذا الدفتر موظف في المحاسبة حيث يقوم بضبط حسابات الشركة في المصرف أي ما تم إداعه وما تم سحبه .

(1) - أنظر الدكتور : محمد فريد العريقي ، والدكتور : هاني دويدار " مبادئ القانون التجاري " - المرجع السابق - ص 137.

(2) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف ، " الكامل في قانون التجارة " - الجزء الأول ، - المرجع السابق - ص 60.

و بذلك يتعرف التاجر على مركزه المالي من خلال دفاتره التجارية .

و هناك دفاتر خاصة بشركات الملاحة الجوية ودفاتر بشركات الملاحة البحرية و البرية لسنا بحاجة إلى تعدادها

* و السؤال الذي يطرح عادة عن : كيفية تنظيم الدفاتر التجارية و حفظها ؟

أوجب المشرع تنظيم الدفاتر التجارية خاصة الإلزامية منها بشكل يضبط صحة و ما يراه فيها من بيانات و يتجنب الغش و التلاعب فيها و ذلك نظراً لما لها من أهمية في الإثبات أمام القضاء و إدارة الضرائب (1).

لذلك أوجب المشرع قيد العمليات التجارية بحسب تاريخ وقوعها ساعة بساعة و يوماً بيوم دون ترك بياض أو فراغ أو نقل إلى الهامش أو تحشية بين السطور أو محو أو شطب حتى لا تتاح للتاجر الفرصة لتغيير أو تعديل أو محو بعض البيانات الواردة في الدفتر حسبما تمليه عليه مصحته ، و ذلك طبقاً لنص المادة 11 من القانون التجاري و إذا وقع خطأ من التاجر في كتابة أحد البيانات المذكورة فلا يجوز له شطبها و كشطها أو تصحيحها بين السطور أو على الهامش و إنما يصحح الخطأ كتابة عند كشفه مع ذكر تاريخ التصحيح .

كما أوجب ترقيم صفحات الدفاتر الإلزامية قبل إستعمالها و أن توقع من قبل قاضي المحكمة الابتدائية حتى لا يتسنى للتاجر إستبدال أو تمزيق أو إتلاف بعض الصفحات (2).

و يتم قيد العمليات التجارية في الدفاتر إما من قبل التاجر نفسه أو من قبل أحد مستخدميها الذي يعمل تحت مراقبته و إشرافه و توجيهه أو محاسب .

و لا يشترط أن يتم القيد باللغة الوطنية حيث يجوز أن يتم ذلك باللغة الفرنسية و إني أرى على إلزامية تنظيم الدفاتر التجارية باستعمال اللغة الوطنية ، يستثنى من ذلك فقط التجار المسنين اللذين ألفوا و تعودوا القيد باللغة الفرنسية لأن العادة محكمة حسب القاعدة الفقهية .

أمّا بالنسبة للدفاتر الإختيارية لا يلزم القانون ترقيمها أو ختمها في المحكمة و أن لا يتم فيها محو أو شطب ، ولكن من المستحسن تنظيمها مثل الدفاتر الإلزامية (3)، و نحن نرى بأن التاجر حر في تقديم كافة الدفاتر التجارية التي يستعملها في تجارته على المحكمة من أجل ترقيمها و ختمها بخاتم المحكمة .

كما أوجب المشرع على التاجر الإحتفاظ بالدفاتر التجارية و المستندات و الوثائق المتعلقة بها مدة عشر سنوات طبقاً لنص المادة 12 من القانون التجاري ، و بعد إنقضائها يمكن له أن يعدم دفاتره و مستنداته التجارية ،

(1) - أنظر الدكتور : علي حسن يونس ، القانون التجاري ، - المرجع السابق- ص 239.

(2) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " أصول القانون التجاري " - المرجع السابق- ص 145 و ما يليها .

(3) - أنظر الدكتور : علي حسن يونس ، القانون التجاري ، - المرجع السابق- ص 241.

ومع ذلك لا مانع أن يحتفظ بها مدة أطول من عشر سنوات حتى تكون كأداة لإثبات الحقوق الواردة فيها خاصة في عقود التوريد التي تزيد عن 10 سنوات أو الصفقات التي تأتي بشكل دوري⁽¹⁾.

أمّا الجزاءات المترتبة عن عدم مسك الدفاتر التجارية أو عدم تنظيمها التي نص عليها القانون تعرض التاجر لتوقيع جزاءات معينة بعضها ذو طبيعة مدنية و بعضها ذو عقوبة جزائية .

بالنسبة للمسؤولية المدنية : يعد التاجر مسؤولاً عن كل ضرر يترتب عن عدم مسك الدفاتر التجارية أو مسكها بطريقة غير منتظمة سواء كان ذلك عن قصد أو عن إهمال طبقاً للقواعد العامة للقانون⁽²⁾.

وبالإضافة إلى ذلك لا يحق له الاستفادة من الصلح الوافي من الإفلاس إذ لم يراعي فيها الأوضاع المقررة قانوناً كما لا يعتد بها في الإثبات لمصلحة التاجر⁽³⁾.

أمّا بالنسبة للمسؤولية الجزائية : لا عقوبة على عدم مسك الدفاتر التجارية أو مسكها بطريقة غير منتظمة إلا في حالات الإفلاس ، فإذا تبين أن التاجر المفلس لم يمسك الدفاتر التجارية الإلزامية أو كانت غير منتظمة و لم يكن مع ذلك ثمة غش يعتبر التاجر مفلساً بالتقصير⁽⁴⁾، طبقاً لنص المادتين 370 و 371 من القانون التجاري يعاقب عليها بالحبس من شهرين إلى سنتين طبقاً لنص المادة 383 فقرة 02 من قانون العقوبات .

أمّا إذا أفلس التاجر وتبين أنه أخفى حساباته أو بدد أو إحتلس كل أو بعض أصوله ، فإنه يعتبر مفلساً بالتدليس⁽⁵⁾، طبقاً لنص المادتين 374 و 375 من القانون التجاري ويعاقب عليه بالحبس من سنة إلى خمس سنوات طبقاً لنص المادة 383 فقرة 03 من قانون العقوبات .

(1) - حيث " ...تحتفظ الدفاتر اليومية و المستندات التجارية لمدة عشر سنوات ... " أنظر قرار رقم 46728 بتاريخ 1988/05/08 المجلس الأعلى ، الغرفة التجارية و البحرية ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، لسنة 1992 ص 85 و ما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : محمد فريد العربي ، والدكتور : هاني دويدار " مبادئ القانون التجاري و البحري " - المرجع السابق - ص 131 وما يليها .

(3) - الواقع في الجزائر أن أغلب التجار لا يمسكون الدفاتر التجارية أصلاً و يقبلون بالضريبة الجزافية التي قد تؤديهم أحياناً ، وفي رأينا الدفاتر التجارية هي حماية للتاجر و ليست سيفاً مسلطاً عليه لأن التاجر الذي لا يحقق أرباح أو يتعرض لخسارته فلا تترتب عليه أية ضريبة كانت ومهما كان نوعها ، يجب أن يثبت ذلك عن طريق دفاتره التجارية المنتظمة .

(4) - أنظر : Michel de JUG Lart Benjamin ippollito , op -cit p 211.

(5) - أنظر : Michel de JUG Lart Benjamin ippollito , op -cit p 211.

المطلب الثاني : حجية الدفاتر التجارية في الإثبات :

تعتبر الدفاتر التجارية الإلزامية المنتظمة ذات قوة في الإثبات نظرا لما تحتويه من بيانات قيدها التاجر متعلقة بتجارته تكون ذات حجية في الإثبات لمصلحة التاجر و ذلك خلافا للقاعدة العامة للإثبات في المواد المدنية التي تقتضي أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه، والحكمة من ذلك أن المشرع ألزم التاجر بمسك الدفاتر التجارية التي تستوجبها حاجته التجارية ليقيد فيها كافة البيانات المتعلقة بنشاطه التجاري وفرض عليها اتباع شروط معينة لإنظام هذه الدفاتر حتى يمكن الركون إلى صحة ما جاء بها و يمكن الإعتماد عليها في إثبات ما يدعيه على الغير⁽¹⁾ .

أولا : حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر :

و لكي تكون دفاتر التاجر حجة كاملة لمصلحته يجب أن تتوفر الشروط الآتية :

1- أن يكون الخصم الذي يحتج عليه بالدفاتر التجارية تاجر و بالتالي تكون الدعوى بين تاجرين متعلقة بنزاع ذو طابع تجاري و هما ملزمان بمسك دفتر تجارية فيستطيع كل واحد منهما إبراز دفاتره أمام القاضي ليقرر من خلال البيانات المدونة فيها أي من القيود يمكن اعتبارها دليلا كاملا في الإثبات حيث يقوم القاضي بتفحصها عن طريق المضاهاة أو المقارنة بين الدفترين لإستخلاص الحقيقة منها⁽²⁾، و بالتالي جاز للقاضي بحسب ظروف القضية أن يراجع القيود الواردة في دفتر أحد الطرفين على البيانات المدونة في دفتر الطرف الآخر ، و أن يرجح الدفاتر المنتظمة على الدفاتر غير المنتظمة أو بالأخذ بالدفاتر الإلزامية على الدفاتر الإختيارية ، أو يأخذ بدفتر أحد الطرفين إذا كان التاجر الآخر لا يمسك الدفاتر التجارية الإلزامية كما قد يرفض الأخذ بدفاتر الخصمين لإنتفاء الأدلة المرجحة لأحدهما مما يلزم على المدعي تقديم دليل آخر يثبت به دعواه .

2- أن يكون النزاع متعلق بنشاط تجاري بالنسبة للطرفين جاز للمدعي إثبات ما يدعيه من حق بواسطة دفاتره التجارية كأن يقوم التاجر بشراء بضاعة من أجل إعادة بيعها فهذا العمل يعد تجاريا بحسب موضوعه لذلك جاز إثباته بكافة الطرق بما في ذلك الدفاتر التجارية المنتظمة⁽³⁾، أمّا إذا كان النزاع متعلقا بعمل مدني كأن يشتري التاجر مواد إستهلاكية لحاجات عائلته فلا يؤخذ بالدفاتر التجارية و لا يمكن الإحتجاج عليه بالدفاتر التجارية ، و

(1) - أنظر الدكتور : علي حسن يونس ، القانون التجاري - المرجع السابق - ص 245.

(2) - أنظر الدكتور : علي البارودي ، الدكتور : محمد فريد العريفي ، القانون التجاري - المرجع السابق - ص 232 و ما يليها .

(3) - أنظر الدكتور : يعقوب يوسف صرخوه ، مقال تحت عنوان أحكام الإثبات واجبة التطبيق على الأعمال المختلطة في القانون الكويتي ، بحث في مجلة الحقوق - العدد 2 ، 3 ، 4 لسنة 1991 ، تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت ، ص 101 وما يليها .

يرجع ذلك لكون التاجر لا يقيد نفقاته الشخصية في دفاتره التجارية ، و بالتالي يتعذر المقارنة بين دفاتر التاجر للوصول إلى إثبات الحق المدعى به .

3- أن تكون الدفاتر التجارية منتظمة و مستوفية للشروط القانونية حيث تقيّد فيها جميع العمليات التجارية بانتظام و تسلسل حسب تاريخ وقوعها دون ترك بياض أو فراغ أو نقل إلى الهامش ، تجنبا لوقوع إحتيال أو غش من قبل التاجر كمحو أو تعديل بعض البيانات الواردة في الدفتر أو تمزيق بعض صفحاته حتى تكون لها حجية في الإثبات لمصلحة التاجر ضد خصمه، أمّا إذا كانت الدفاتر التجارية غير منتظمة فلا يؤخذ بها مبدئيا كدليل الإثبات ، غير أنه عملا بمبدأ الإثبات بكافة الطرق في المواد التجارية يجوز للقاضي الإستعانة بالدفاتر غير المنتظمة أو الدفاتر الإختيارية لإستنباط القرائن التي تعزز و تتمم أدلة الإثبات الأخرى الواردة في الدعوى⁽¹⁾ .

و نجد من العقود التي يبرمها التاجر ولو كانت مدنية بطبيعتها و لكن التاجر أبرمها من أجل تجارته و في سبيل تجارته ، أو بمناسبة تجارته ، فهذه العقود تنقلب إلى عقود تجارية بالتبعية وقد توسع الإجتهد القضائي التجاري كثيرا في هذه النظرية و أمثلة على ذلك : لو أن التاجر إستأجر مسكنا لكي ينام فيه عماله ، فإن عقد الإيجار هو عقد مدني و لكنه ينقلب إلى عقد تجاري بالتبعية بالنسبة للتاجر .

كذلك الأمر لو أن التاجر تقدم بدعوة بعض التجار لتناول وجبة طعام في أحد المطاعم أثناء المفاوضات أو توقيع اتفاقية تتعلق بتجارته ، فإن وجبة الغذاء عمل مدني و مصاريفها مصاريف مدنية لكنها تنقلب إلى عمل تجاري بالتبعية .

و هذا ما أخذت به المادة 04 من القانون التجاري التي تنص : " يعد عملا تجاريا بالتبعية :

- الأعمال التي يقوم بها التاجر و المتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره .
- الإلتزامات بين التجار "

كما نصت المادة 03 من القانون التجاري الفقرة الرابعة على أنه : " يعد عملا تجاريا بحسب شكله :

- العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية " .

و أيضا نصت الفقرة 05 من نفس المادة على أن :

"كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية و الجوية " .

فهذه العقود عندما يسجل التاجر المصروفات في دفاتره التجارية من مأكل و مشرب و مبيت و حتى الهدايا فإنها تعتبر أعمال تجارية بالتبعية و يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات و من أهمها الدفاتر التجارية .

(1) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف " الكامل في قانون التجارة " - المرجع السابق - ص 65 وما يليها .

أما إذا كان الخصم غير تاجر فلا تصلح الدفاتر التجارية ان تكون كأداة للإثبات لمصلحته ضد خصمه ، إلا أنه يمكن للقاضي أن يعتمد على الدفاتر التجارية كقرينة أو دليل غير كامل يمكن استكمالها بتوجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين⁽¹⁾، فيها يجوز إثباته بالبينة طبقا للمادة 330 الفقرة الأولى من القانون المدني إذا توفر الشرطين الأتيين :

1- أن يكون النزاع متعلق بتوريد قام به التاجر لغير التاجر كسلع أو بضائع مستعملة لأغراض شخصية أو منزلية.

2- أن يكون محل النزاع مما يجوز إثباته بشهادة الشهود كأن تقل قيمته عن مئة ألف (100.000 دج) ، أو قيام مانع مادي أو أدبي دون الحصول على سند كتابي .

و بالتالي فالسلطة التقديرية متروكة لتقرير قاضي الموضوع فله أن يأخذ بما كدليل للإثبات في الدعوى أو يرفضها حسب مقتضيات الدعوى ، و إذا قبل القاضي الدفاتر غير المنتظمة أو الإختيارية في الإثبات فإنها تعد دليلا ناقصا يستلزم تكملته بتوجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين حيث له الحرية في تعيين من توجه إليه اليمين مراعيًا في ذلك الأجدر بالثقة حفاظا على مبادئ العدالة⁽²⁾.

ثانيا : حجية الدفاتر التجارية في الإثبات ضد التاجر

هناك قاعدتان كما قد تحدثنا عنهما سلفا ولا ضرر من إعادتهما :

القاعدة الأولى : أنه لا يجوز لأي شخص أن ينشئ دليلا لنفسه و بنفسه وهذه القاعدة تطبق في المواد المدنية .

القاعدة الثانية : أنه لا يجبر الشخص أن يقدم دليلا ضد نفسه وهذه القاعدة تطبق في المواد المدنية و الجزائية ، غير أنها لا تطبق في المواد التجارية .

و هناك قاعدة أخرى لا بأس من ذكرها في المواد المدنية أن حسن النية مفترض قانونا وسوء النية هو الذي يحتاج إلى إثبات ، أما في المواد التجارية فإن حسن النية أو سوء النية دليلهما الوحيد هو الدفاتر التجارية .

فالتاجر يمكن أن يثبت حسن نيته عن طريق دفاتره التجارية المنتظمة أما إذا كان لا يمسك الدفاتر التجارية أو أمسك دفاتر تجارية غير منتظمة فيفترض فيه في هذه الحالة سوء النية إلى أن يثبت عكسها .

(1) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف " الكامل في قانون التجارة " الجزء الأول - المرجع السابق - ص 66.

(2) - ملاحظة : كانت الجزائر تقدم قروض الإستثمار وكان يمنع على البنوك تقديم قروض للإستهلاك و أما الآن في ظل انفتاح التجارة ، فإنه من المتصور أن تكثر القروض الإستهلاكية لتلبية حاجيات المواطنين ، وبدورها تكثر عقود البيع على أساس السداد بالأقساط ، ومن الطبيعي أن يلجأ التجار إلى دفاترهم التجارية لتسجيل كل المبالغ التي قبضوها من زبائنهم و بذلك تكون الدفاتر التجارية حجة بيد التاجر ضد الشخص المدني الذي اشترى السلعة بالتقسيط في حالة توقفه عن دفع الأقساط .

و للدفاتر التجارية مفعول ذو حدين ، فقد تكون لها حجية في الإثبات لمصلحة التاجر من خلال البيانات التي سجلها يوماً بيوم و بانتظام ، كما قد تكون لها قوة ثبوتية ضد التاجر ، وهذا خلافاً للقواعد العامة في الإثبات لكونها تعد إقراراً خطياً صادراً عن التاجر ، أي تكون أداة إثبات لمصلحة الغير⁽¹⁾ ، و المقصود بالغير هو الشخص الذي يربطه بتاجر عمل أو نشاط تجاري كالبيع و الشراء في السلع و البضائع وقد يكون المتعامل مع التاجر من التجار و غير التاجر ، كما قد يكون زبوناً للتاجر ، أو تاجر جملة أو تجزئة ، كما قد يكون مدعياً أو مدعى عليه في الدعوى يدعي أن له حقاً مستنداً في إثباته إلى دفاتر خصمه التاجر ، وذلك خروجاً عن القاعدة العامة أنه لا يجبر الشخص على تقديم دليل ضد نفسه حيث أن المشرع خرج عن هذا الأصل بالنسبة للتاجر فتنص المادة 330 فقرة 02 من القانون المدني أنه : "وتكون دفاتر التاجر حجة على هؤلاء التجار....".

و الغرض من ذلك أن إلزام التاجر بإمسك الدفاتر التجارية لم يتقرر لرعاية مصلحة التاجر فقط لكنه يهدف من جهة أخرى تنظيم مهنة التجارة التي تقتضي استمرار وقوع التعامل بين التاجر مع الغير ، بحيث يكون من الطبيعي ألا يقتصر الاستفادة من الدفاتر على التاجر الذي يمسكها بل يكون لكل ذي مصلحة أن يستند عليها سواء كانت إلزامية أو غير إلزامية بشرط أن تكون منتظمة وفي هذه الحالة كما أسلفنا لها حجية في الإثبات ما لم يثبت عكس ما ورد فيها ، كما لا يجوز للتاجر الإحتجاج بعدم إنتظام دفاتره من أجل إسقاط حجيتها في الإثبات وفقاً للقاعدة العامة أنه لا يجوز لأي شخص ان يستفيد من خطئه⁽²⁾.

و أما إذا كانت غير منتظمة فيؤخذ بها كمبدأ للإثبات بالكتابة خاصة إذا كانت ضد التاجر لكونها تعد إقراراً من التاجر بما ورد فيها من بيانات وبما ان البيانات الواردة في الدفاتر التجارية تعد بمثابة إقرار كتابي صادر من التاجر فإن القواعد الخاصة بالإقرار تقضي أنه لا يجوز للخصم تجزئة هذه البيانات⁽³⁾ ، ليأخذ منها ما ينفعه و يترك ما يضره حيث تنص المادة 330 فقرة 02 من القانون المدني على أنه : "...ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها و استبعاد منه ما هو مناقض لدعواه ." و بالتالي فإما يؤخذ بها كاملة و إما صرف النظر عنها كأداة للإثبات كأن يقر التاجر في دفتره بدين لشخص أحر عليه ثم ذكر في إحدى صفحات الدفتر أنه تم دفع الدين فإن هذا الإقرار لا يمكن تجزئته⁽⁴⁾.

(1) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف " الكامل في قانون التجارة " ، الجزء الأول - المرجع السابق - ص 63 وما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : علي حسين يونس ، القانون التجاري ، - المرجع السابق - ص 254 .

(3) - أنظر : Mechel Juglart et ben jamin ippolito -op -cit p 212.

(4) - أنظر الدكتور : محمد فريد العربي و الدكتور : هاني دويدار " مبادئ القانون التجاري البحري " - المرجع السابق - ص 147 وما يليها .

غير أن هذه القاعدة تنطبق على الدفاتر التجارية الإلزامية منها والإختيارية بشرط أن تكون منتظمة والتي تعد البيانات المقيدة فيها بمثابة إقرار ، إلا أن هذا الإقرار لا يعد حجة قاطعة لا تقبل إثبات العكس حيث للقاضي السلطة في تقدير مدى قوة الإثبات للدفاتر التجارية ، فيستطيع أن يأخذها كدليل كامل ضد التاجر ، كما قد لا يأخذ بها إذا ارتئ له أن القيود المدونة فيها غير منتظمة أو فيها تناقض وعندئذ فالقاضي ملزم بتعليل حكمه مبينا الأسباب التي دفعته إلى عدم الأخذ بها (1).

كما يجوز للقاضي تجزئة الإقرار المستفاد من بيانات الدفتر بحث يستطيع الإعتداد ببعض هذه البيانات دون البعض الآخر متى إطمأن إلى صدق ما يستخلصه ويكون ذلك في الدفاتر غير المنتظمة كأن يأخذ القاضي بالقيود الذي يدل على حصول القرض و يستبعد البيان الخاص بالوفاء به (2) ، ومن خلال ما تقدم يمكن القول أن للدفاتر التجارية المنتظمة قوة ثبوتية ضد البيانات المدونة فيها حيث يمكن للغير أن يستخلص منها الدليل لإثبات دعواه فهي تعد بمثابة غرر كتابي صادر من التاجر لا يمكن للخصم تجزئته فيأخذ ما ينفعه و يستبعد منه ما كان مناقضا لدعواه ، إلا أنها لا تعد حجة قاطعة عليه بل للقاضي سلطة تقدير مدى حجيتها في الإثبات ضد التاجر .

ثالثا : تقديم الدفاتر التجارية إلى القضاء :

ألزم القانون التجاري على التاجر بمسك دفاتر تجارية تكون مستوفية للشروط القانونية يقيد فيها كل عملياته التجارية بانتظام فتكون لها قوة ثبوتية لمصلحة التاجر وضد التاجر ، اما إذا كانت غير منتظمة فتكون لها حجة ضد التاجر و بالتالي فهذه الدفاتر تستلزمها طبيعة تجارته يهتدي بها في تقدير و بيان مركزه المالي ببيان ماله من حقوق وما عليه من التزامات متعلقة بتجارته فتصبح بذلك من وثائقه الشخصية التي لا يجوز لأي شخص أن يجبر التاجر على تقديمها كدليل ضده طبقا للقاعدة العامة التي تقتضي انه لا يجبر الشخص على تقديم دليلا ضد نفسه .

و التجارة قوامها الثقة ، و الصفقات التجارية تبنى على سر المهنة ، فالتاجر ربما يكون على شفة من الإفلاس و لكن بصفقة واحدة ينقد نفسه ويعيد مركزه المالي إلى طبيعته لذلك نجد المشرع أصلا يمنع على القاضي و على رجال الإدارة مهما كانت صفتهم الإطلاع على دفاتر التاجر إطلاعا كليا و هذا من أجل الحفاظ على أسرار التاجر المهنية وعلى أسرار الأشخاص الذين يتعامل معهم التاجر لأن دفاتر التاجر لا تهم التاجر و إنما تهم المراكز

(1) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " أصول القانون التجاري " - المرجع السابق- ص 154.

(2) - أنظر الدكتور : علي حسن يونس ، القانون التجاري - المرجع السابق- ص 255.

المالية للأشخاص الذين يتعامل معهم ، وسر مهنة التاجر يكمن في دفاتره التجارية فلا يحق لأي ومهما كانت صفتها أن يطلع على دفاتر التاجر إطلاعا كليا .

إلا أن المشرع وضع استثناء لهذه القاعدة ، حيث أجاز للقاضي إلزام التاجر بتقديم دفاتره من أجل الإطلاع عليها ولكنه حددها في حالات محددة على سبيل الحصر ، سواء كان ذلك من طرف القاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من خصم التاجر حيث له السلطة في الإستجابة إلى هذا الطلب أو رفضه استنادا إلى ظروف القضية (1) .

أما إذا امتنع التاجر عن تقديم دفاتره التجارية من أجل الإطلاع عليها بناء على أمر من القاضي في الدعاوى التجارية جاز له أن يعتبر ذلك بمثابة قرينة ضده على صحة ما يدعيه خصمه ، فيقوم القاضي باستكمال هذه القرينة بتوجيه اليمين المتممة إلى الخصم (2)

و تقديم الدفاتر التجارية إلى القضاء من أجل الإطلاع عليها يتم بإحدى الطريقتين :

فإما أن يكون الإطلاع كليا بموجبه يتم الإطلاع على كافة الدفاتر التجارية حيث يطلب القاضي من التاجر تقديم دفاتره التجارية و الإطلاع على جميع البيانات المقيدة بالدفتر و إما أن يكون الإطلاع جزئي يتم فيه الإطلاع فقط على بعض الصفحات التي تحتوي على البيانات المتعلقة بالنزاع وحدها دون غيرها ، ولكن دون المساس بأسرار التاجر المهنية و الشخصية (3) .

أولا : الإطلاع الكلي : يتم الإطلاع الكلي على الدفاتر التجارية بتسليمها إلى القضاء من أجل الإطلاع على جميع ما تحويه من بيانات ، ونظرا لتفشي أسرار التاجر إلى منافسيه من خلال هذا الإطلاع الكلي فقد حصر المشرع الجزائري الحالات التي أجاز فيها للقاضي الإطلاع الكلي على الدفاتر التجارية في ثلاثة حالات خاصة لا تمس بالأسرار الخاصة للتاجر حيث لم يبقى ما يستدعي الإخفاء و التستر على التاجر (4) وتتمثل هذه الحالات فيما يلي :

1-قضايا الإرث : تتمثل هذه الحالة إذا توفى التاجر و ترك دفاتره التجارية بحوزة أحد الورثة حيث جاز لكل وارث أن يطلب الإطلاع الشامل على دفاتر المورث حتى يتمكن من معرفة نصيبه من التركة و يجب أيضا التمييز بين الحالتين

(1) - أنظر : Alfred Jauffret et Jacques mestre , op- cit p135.

(2) - أنظر الدكتور : طالب حسن موسى ، مقال ، بعنوان " الإثبات التجاري في القانون العراقي " ، مجلة إتحاد الجامعات العربية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ن العدد الثالث ، لسنة 1996 ، ص 130.

(3) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " أصول القانون التجاري " - المرجع السابق- ص 156.

(4) - Michel de juglart et Ben Jamin Ippolito Droit Commercial -Op -cit p 213.

*الحالة الأولى : حالة وفاة التاجر و توقف النشاط التجاري في متجره ففي هذه الحالة لا بد من تصفية أعمال التاجر و لا بد أن يكون ذلك بناء على اتفاق جميع الورثة أو بناء على طلب أحد الورثة للخروج من حالة الشبوع أي يطلب الوارث أخذ حقوقه من المتجر ، فهناك لا بد من الإطلاع الكلي على دفاتر التاجر حتى يستطيع حصر تركته و تحديد مناب كل واحد من الورثة (1).

*الحالة الثانية : وفاة التاجر و لكن إتفاق الورثة على إستمرارية النشاط التجاري في متجر التاجر المتوفى ، ففي هذه الحالة لا يكون الإطلاع كلياً بل يكون إطلاعاً جزئياً إذا كانت هناك خصومة لأن وفاة التاجر تسقط أجال الديون التي عليه ولا تسقط أجال الديون التي له .

2-تصفية الشركة وقسمة موجوداتها : نقصد بالتصفية هو أن الشركة بعد إنقضائها قانوناً أو إتفاقاً أو قضائياً ، تمر بمرحلة التصفية فيقوم المصفي بحصر موجودات الشركة وتحديد مالها من حقوق وما عليها من إلتزامات ، ويجب أن نلاحظ بأن الشركاء في الشركة هم دائنون للشركة ولكنهم دائنون من نوع خاص إذ لا يجوز لهم المطالبة بديونهم إلا بعد إنقضاء الشركة ، فالشركاء يعتبرون من كتلة الدائنين إذ يحق لهم أن يستردوا حصصهم المالية الإسمية وهذا ما يسمى بتصفية الشركة أي دفع ما عليها من ديون لدائن بما فيهم الشركاء .

و بعد التصفية تتبق في الشركة موجودات فيقوم المصفي ببيع هذه الموجودات و تقسم على الشركاء كل حسب حصته في رأسمال الشركة أي وفقاً للقواعد المنصوص عليها في عقد الشركة ، لذلك أجاز المشرع لكل واحد من الشركاء أن يطلب الإطلاع على دفاتر الشركة في حالة القسمة حتى يتمكن من مراجعتها و بالتالي يتسنى له معرفة مقدار النصيب الذي يصيبه من قسمة الموجودات (2) ، و يقتصر حق الإطلاع على دفاتر الشركة على شركة التضامن و شركة ذات المسؤولية المحدودة و شركة التوصية البسيطة بينما في شركات المساهمة و شركة التوصية بالأسهم فلا يحق للشريك المساهم الإطلاع على دفاتر الشركة (3).

و لكن هناك مندوبا للحسابات هو الذي يحق له الإطلاع على كل نشاطات الشركة بما فيها دفاترها التجارية ، و يسأل أمام الجمعية العامة للشركاء مسؤولية تعاقدية و مسؤولية تقصيرية ، و مسؤولية جزائية .

(1) - أنظر الدكتور : علي حسن يونس ، القانون التجاري - المرجع السابق - ص 262 وما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : هاني دويدار " التنظيم القانوني للتجارة " ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2001 ص 203.

(3) - أنظر الدكتور : رزق الله انطاكي ، والدكتور : نهاد السباعي " الوجيز في الحقوق التجارية البرية " - المرجع السابق - ص 115 وما يليها .

و خلاصة القول أنه في شركات الأشخاص يحق لكل شريك الإطلاع على دفاتر الشركة في المقر الإجتماعي للشركة ، بينما شركات الأموال فإن مندوب الحسابات هو الذي له حق الإطلاع على دفاتر الشركة بالنيابة على الشركاء .

3- حالة الإفلاس : الإفلاس هو حالة التاجر الذي توقف عن أداء ديونه التجارية في تاريخ استحقاقها و عندما يصدر حكم الإفلاس يتم شهره .

وقبل صدور هذا الحكم يكون القاضي قد طلب من التاجر المفلس تسليم كل دفاتره التجارية إلى المحكمة من أجل الإطلاع عليها إطلاعاً كلياً و لمعرفة الأشخاص الدائنين للتاجر ونوعية دين كل واحد منهم ففي هذه الحالة يتم الإطلاع الكلي على دفاتر التاجر الذي تم شهر إفلاسه .

و أول أثر من آثار شهر حكم الإفلاس هو غل يد التاجر عن إدارة أمواله و التصرف فيها حيث تنتقل هذه الإدارة إلى مصفي التفليسة أو وكيل التفليسة الذي يحل محله مباشرة حيث يتم تعيينه من قبل القاضي في حكم شهر الإفلاس و الذي يحق له ⁽¹⁾ الإطلاع على دفاتر التاجر المفلس لتحديد أصوله و خصومه وتقديم تقرير إلى محكمة التفليسة ، كما يحق لدائني المفلس الإطلاع على هذه الدفاتر بعد شهر إفلاس التاجر .

ثانياً : الإطلاع الجزئي : يتم الإطلاع الجزئي على الدفاتر التجارية من قبل المحكمة أو خبير معين من قبل المحكمة و يقتصر إطلاع على بعض الصفحات المتعلقة بالنزاع و التي حددها الخصم دون سواها من الصفحات من أجل إستخراج البيانات المتعلقة بالنزاع ⁽²⁾ ، وبالتالي فلا يجوز إذا السماح لخصم التاجر أن يطلع على دفاتر التاجر بحجة أن المحكمة أجازت الإطلاع الجزئي ، كما لا يجوز للخبير بتحري في هذه الدفاتر في أمور لا علاقة لها بموضوع النزاع ، و بالتالي فإن الإطلاع الجزئي لا يؤدي إلى كشف أسرار التاجر المهنية و تفشيها إلى منافسيه .

كما لا يشترط في إلزام التاجر بتقديم الدفاتر التجارية من أجل الإطلاع الجزئي عليها أن يكون النزاع بين تاجرين و متعلق بأعمال تجارية فقط بل يجوز للمحكمة أن تلزم التاجر بتقديم دفاتره من أجل الإطلاع الجزئي عليها سواء كان خصمه تاجر أو غير تاجر ، وسواء كان النزاع متعلقاً بعمل تجاري أو بعمل مدني .

و إذا كانت الدفاتر التي تقرر الإطلاع عليها موجودة خارج دائرة نطاق المحكمة المختصة فعلى المحكمة أن تنيب قاضي في المكان الذي توجد فيه الدفاتر التجارية لتنفيذ قرار المحكمة القاضي بالإطلاع الجزئي على هذه

(1) - أنظر الدكتور : هاني دويدار - المرجع السابق - ص 204.

(2) - أنظر :

الدفاتر و تحرير محضر بمحتواها و إرساله إلى المحكمة المختصة بالدعوى⁽¹⁾ وذلك طبقا لنص المادة

17 من القانون التجاري .

و بعد إطلاع المحكمة الجزئي على الدفاتر التجارية ، فلها خياران بين أن تأخذ بمضمون دفاتر التاجر

أو أن يرفضها ، إما الخصم فهو ملزم بمضمون الدفاتر إذا كان هو من طلب إطلاع المحكمة عليها ، أما إذا كان الإطلاع بناء على طلب التاجر يحق للخصم أن يقدم الدليل العكسي على ذلك .

و من خلال ما تقدم : يستخلص أن المشرع الجزائري ألزم على التاجر تقديم دفاتره التجارية إلى

القضاء من أجل الإطلاع عليها سواء كان إطلاعا كلياً أو إطلاعا جزئياً ، ولكن دون المساس بأسرار التاجر المهنية

(1) - أنظر الدكتور : رزق الله انطاكي ، والدكتور : نهاد السباعي " الوجيز في الحقوق التجارية البرية " - المرجع السابق- ص 117 وما يليها .

المبحث الرابع : حجية الأسناد التجارية في الإثبات

تقوم الأعمال التجارية أساسا على عاملتي السرعة و الإئتمان التجاري حيث يبرم بموجبها التجار الصفقات التجارية على أساس منح أجل لتسديد قيمتها مقابل تحرير سند تجاري بذلك .
و بالتالي تعد الأسناد التجارية أداة وفاء لأنها تمثل دينا نقديا مستحق الأداء عند حلول تاريخ الإستحقاق من جهة ، كما تعد أداة ائتمان لأنها يمكن من تداول البضاعة بدون الحاجة إلى دفع قيمتها نقدا وهي قابلة للتداول بالطرق التجارية .

و للأسناد التجارية كفاية ذاتية من خلال ما يتضمنه السند التجاري من جميع البيانات الواجب توفرها فيه كتحديد الدائن و المدين و مقدار الدين ، مكان و تاريخ إنشاء السند وتاريخ إستحقاقه يكون للسند كفاية ذاتية لا يحتاج الرجوع إلى غيره من العقود التي أدت إلى إبرامه .

• و السؤال الذي يطرح : ماهية الأسناد التجارية ؟ وما هي حجيتها في الإثبات ؟

للإجابة على هذا السؤال سنطرق إلى النقاط التالية :

أولا : مفهوم الأسناد التجارية وفيها :

1- تعريفها وخصائصها .

2- وظائفها .

3- القواعد الخاصة المتعلقة بها .

4- أنواعها .

ثانيا : الأسناد التجارية التي لها كفاية ذاتية في الإثبات .

1- الأسناد التجارية التي لها كفاية ذاتية مطلقة .

2- الأسناد التجارية التي لها كفاية ذاتية نسبية .

المطلب الأول : مفهوم الأسناد التجارية :أولاً : تعريف وخصائص الأسناد التجارية :

لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا واضحا للأسناد التجارية شأنه في ذلك شأن التشريعات الأخرى كالقانون الفرنسي و المصري و السوري حيث إقتصر ذلك على تعريفات الفقهاء للأسناد التجارية و التي إنصبت في مجملها على أنها : " صكوك قابلة للتداول بالطرق التجارية تمثل حقا نقديا لحاملها و تستحق الدفع بمجرد الإطلاع أو بعد أجل قصير ويكون قد جرى العرف على قبولها كأداة وفاء " .

و من خلال هذا التعريف يمكن إستخلاص خصائص الأسناد التجارية وهي :

- 1- أنها قابلة للتداول بالطرق التجارية عن طريق التطهير إذا كانت لأمر ، أو بطريق التسليم إذا كانت للحامل ، فهي تنتقل بسرعة من يد إلى أخرى و بالتالي فهي تحل محل النقود في التعامل .
- 2- أنها تمثل حقا نقديا معين المقدار و لا يصح أن يكون موضوعها غير النقود.
- 3- أنها مستحقة الدفع بمجرد الإطلاع عليها أو بعد أجل قصير لأنها تمثل دينا مستحق الدفع دفعة واحدة و إلا فقدت صفتها كأسناد تجارية ، ويستطيع حاملها أن يحصل على قيمتها فورا عن طريق خصمها لدى البنوك .
- 4- أن يجري العرف على قبولها كأداة وفاء تقوم مقام النقود في المعاملات (1).
- 5- أنها تمثل عقد صرف مسحوب يتضمن إلتزاما صرفيا مشددا .
- 6- نظم هذه الأسناد قانون الصرف الموحد المنبثق عن إتفاقية جنيف عام 1930 المنظمة للسفتجة و سند الأمر و إتفاقية جنيف عام 1931 المنظمة للشيك (2).

ثانيا : وظائف الأسناد التجارية : تتمثل وظائف الأسناد التجارية فيما يلي :

1- الأسناد التجارية كأداة إئتمان تجاري Instrument de crédit: لأنها تحرر في الغالب لأجل

قصير ، وتمكن من تداول البضاعة دون الحاجة إلى دفع قيمتها نقدا ، فالمشتري يقوم بشراء ما يلزمه من بضاعة دون أن يكون مضطر إلى دفع قيمتها عند الشراء ، أما البائع فيقوم بتصريف بضاعته بسهولة عندما يمنح المشتري مهلة للوفاء ، ويتم تحرير سند بذلك ، فهي من جهة تفيد المشتري عند منحه تسهيلات في دفع القيمة ، فهي أيضا تفيد البائع من جهة أخرى فبالإضافة إلى كونها تمكن البائع من تصريف بضاعته ، فإن السند الذي يحرره المشتري

(1) - أنظر الدكتور : علي البارودي و الدكتور : محمد فريد العرني ، القانون التجاري - المرجع السابق - ص 635 وما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : نادية فضيل " الأوراق التجارية في القانون التجاري " دار هومة ، 1998 ص 14 وما يليها .

لأمر البائع قابل للتداول بالطرق التجارية لدى مصارف إذا كان البائع بحاجة إلى سيولة نقدية⁽¹⁾.

2- الأَسناد التجاري كأداة وفاء Instrument de paiement: لكونها تمثل ديناً نقدياً مستحق

الأداء عند حلول تاريخ الإستحقاق و بإمكان الحامل خصمه لدى أحد المصارف قبل تاريخ الإستحقاق .

3- الأَسناد التجاري أداة لنقل النقود : فهي تساعد على نقل النقود من مكان إلى مكان آخر ، دون تحريك

النقود مادياً و ذلك تفادياً لمخاطر سرقتها ، وصعوبة نقلها ، و اجتناب مصاعب تحويلها إلى نقود أجنبية⁽²⁾.

ثالثاً: القواعد الخاصة المتعلقة بالأَسناد التجاري : وهي :

1- شكل السند : يشترط أن يكون السند التجاري مكتوب يحتوي على بيانات إلزامي نص عليها القانون ،

وتختلف البيانات الإلزامية للأَسناد باختلاف أنواعها ، ويؤدي تخلف هذه البيانات إلى بطلان السند التجاري و يعتبر عندئذ سند عادي .

2- للأَسناد التجاري كفاية ذاتية : من خلال ما يتضمنه السند من جميع البيانات الواجب توفرها فيه كتحديد

الدائن ، والمدين و مقدار الدين ، ومكان وتاريخ إنشاء السند وتاريخ إستحقاقه و عند توفر هذه الشروط يكون للسند كفاية ذاتية لا يحتاج الرجوع إلى غيره من العقود التي أدت إلى إبرامه⁽³⁾ .

3- مبدأ إستقلال التوقيعات : تجعل التزام أي من الموقعين مستقلاً عن إلتزام غيره وينتج عنه أنه لا يحق للمدين أن

يتمسك اتجاه الحامل حسن النية بالدفوع الناشئة عن العلاقة الأصلية السابقة لإنشاء السند وهذا ما يعرف بمبدأ عدم جواز الإحتجاج بالدفوع .

4- تضامن جميع موقعي السند : بالوفاء بقيمة السند وذلك ضماناً للحامل حسن النية وذلك بشرط تنظيم احتجاج

، وإلا سقط حقه في الرجوع على الضامنين .

رابعاً : أنواع الأَسناد التجاري في القانون الجزائري :

نظم المشرع الجزائري الأَسناد التجارية من خلال الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و

المتضمن القانون التجاري ، وذلك في المواد من 389 إلى 543 حيث حصرها في ثلاثة أنواع هي : السفتحة ، السند لأمر ، الشيك .

(1) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه و الأستاذ : وائل أنور بندق " الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة " ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 20.

(2) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " الوجيز في القانون التجاري " - المرجع السابق - ص 12 وما يليها .

(3) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف " الكامل في قانون التجارة " ، الجزء الأول - المرجع السابق - ص 289.

- فنظم السفتجة في المواد 389 إلى 464 من القانون التجاري .
 - ونظم السند لأمر في المواد 465 إلى 471 من القانون التجاري .
 - كما نظم الشيك في المواد 472 إلى 543 من القانون التجاري .
- ثم أضاف المشرع الجزائري ثلاثة أسناد تجارية جديدة ، من خلال المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993 ، وهي : سند الخزن ، وسند النقل ، وعقد تحويل الفاتورة .
- و قد نظم سند الخزن في المواد 543 تجاري مكرر إلى 543 تجاري مكرر 7 .
- كما نظم سند النقل في المواد 543 تجاري مكرر 08 إلى 543 تجاري مكرر 13 .
- و نظم سند عقد تحويل الفاتورة في المواد 543 تجاري مكرر 14 إلى 543 تجاري مكرر 18 .
- وجاء نص القانون الجديد المعدل و المتمم تحت رقم 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 محافظا على نفس التقسيم و التنظيم الذي إعتمده المشرع في السابق ، وفيما يلي تفصيل ذلك :

1) السفتجة **Lettre de change**:

هي صك محرر وفقا لشروط شكلية نص عليها القانون ، يتضمن أمرا من شخص يقال له الساحب Tireur إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه Tire بأن يدفع إلى شخص ثالث هو المستفيد Bénéficiaire أو الحامل Porteur أو لأمره ، مبلغا من النقود لدى الإطلاع أو في تاريخ معين⁽¹⁾

وقد إعتبرها المشرع الجزائري عملا تجاريا بطبيعته إذا تتوفر فيها البيانات الشكلية الإلزامية و التي حددتها المادة 390 من القانون التجاري وهي :

- 1- ذكر كلمة السفتجة في نص السند .
- 2- شرط بدفع مبلغ معين .
- 3- استم المسحوب عليه .
- 4- تاريخ الإستحقاق .
- 5- المكان الذي يجرى فيه الدفع .
- 6- اسم المستفيد .
- 7- تاريخ إنشاء السفتجة ومكانه .

(1) - أنظر الدكتور : محمد فريد العربي ، والدكتور : هاني دويدار " مبادئ القانون التجاري و البحري " - المرجع السابق- ص 333.

8- توقيع الساحب .

و بالتالي يشترط في السفتجة أن تكون مكتوبة بشكل رسمي أو عرفي بدون فيها البيانات الإلزامية السالفة الذكر بالإضافة إلى بيانات أخرى إختيارية درج العرف على إستعمالها لا أثر لها في صحة السند كشرط عدم الضمان ، أو شرط الدفع في مكان مختار⁽¹⁾.

و الأصل أن السفتجة التي لم يذكر فيها أحد البيانات الإلزامية تكون باطلة خاصة إذا تعلق الأمر بالنظام العام ، وبالتالي إذا أغفل في السفتجة ذكر تاريخ إنشائها أو توقيع الساحب أو تحديد المبلغ الواجب دفعه ، يؤدي إلى إنعدام كل أثر قانوني للسفتجة و تعتبر أنذاك سندا عاديا⁽²⁾ .

إلا أنه ترد على هذا الأصل بعض الإستثناءات منها :

- في حالة إغفال تاريخ الإستحقاق لا يؤدي إلى بطلان السفتجة و إنما تعد السفتجة مستحقة الدفع لدى الإطلاع
- في حالة إغفال ذكر مكان إنشاء السفتجة فإن المكان المبين بجانب اسم الساحب يعتبر هو مكان إنشاء السفتجة
- في حالة إغفال ذكر مكان الدفع فإن المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه يعد مكانا للدفع.

و السفتجة بوصفها صكا يثبت حقا بمبلغ من النقود ، يجوز تداولها عن طريق التظهير سواء أكان :

1- تظهير ناقل للملكية Endossement translatif de la propriété : يدون بالكتابة على ظهر

السفتجة بقصد نقل ملكية الحق الثابت فيها من المظهر إلى المظهر إليه ، ويشترط أن يشتمل التظهير على توقيع المظهر ، ويكون التظهير إما إسميا أو على بياض أو للحامل .

2- التظهير التوكيلي Endossement translatif de la procuration : يتم هذا التظهير إذا اشتمل

على عبارة تفيد توكيل المظهر للمظهر له ، للقيام بالإجراءات القانونية من أجل تحصيل قيمة السفتجة عند الإستحقاق ، تطبيقا لأحكام المادة 401 فقرة 01 من القانون التجاري : " إذا كان التظهير محتويا على عبارة " القيمة للتحصيل " أو للقبض أو بالوكالة " أو غير ذلك من العبارات التي تفيد مجرد التوكيل".

3- التظهير على سبيل الرهن أو التأمين Endossement de garantie au pignoratif : يتم بذكر عبارة

تفيد حصوله على سبيل الرهن أو التأمين حيث يهدف إلى رهن الحق الثابت في السفتجة ضمانا لدين للمظهر إليه على المظهر⁽³⁾ ، وذلك وفقا للمادة 401 فقرة 04 من القانون التجاري و التي تنص :

(1) - أنظر الدكتور : علي حسن يونس " الأوراق التجارية " ، دار الفكر العربي ، 1978 ص 42 وما يليها .

(2) - أنظر : Michel de Juglart et Ben Jamin Ippolito Droit Commercial - Op - cit p 505 .

(3) - أنظر الدكتور : صبحي عرب " محاضرات في القانون التجاري " ، الأسناد التجارية ، - المرجع السابق- ص 65 وما يليها و الدكتور : علي حسن يونس - المرجع السابق- ص 154 وما يليها .

" إذا كان التظهير يحتوي على عبارة القيمة موضوعة ضمانا أو القيمة موضوعة رهنا " .

و هناك وسائل تضمن وفاء السفتجة عند الإستحقاق وهي :

1-مقابل الوفاء la provision: وهو المال الذي يكون في ذمة المسحوب عليه للساحب مستحق الأداء

في ميعاد الإستحقاق يكون على الأقل مساويا لقيمة السفتجة .

2-قبول السفتجة l'acceptation : وهو تعهد المسحوب عليه بأداء قيمة السفتجة في ميعاد الإستحقاق

حيث يتم القبول كتابة كأن يكتب المسحوب عليه " مقبول " مع توقيعه ⁽¹⁾.

3-الضمان الإحتياطي La Solidarité: هو كفالة الدين الثابت في السفتجة بواسطة شخص يسمى

بالضامن الإحتياطي يعبر عنه على السفتجة أو ورقة متصلة بها بكلمات تدل على ذلك يليها توقيعه .

4-التضامن بين الموقعين على السفتجة La Solidarité: على الوفاء بقيمة السفتجة عند حلول أجل

الإستحقاق على وجه التضامن وهم صاحب السفتجة ، وقابلها ، ومظهرها و الضامن الإحتياطي ⁽²⁾ .

و تتداول السفتجة إلى أن يحل ميعاد الإستحقاق ، فيلتزم الحامل بتقديمها للوفاء إما :

-لدى الإطلاع .

-أو لأجل معين لدى الإطلاع .

-أو لأجل معين التاريخ .

-أو ليوم محدد .

و إذا إمتنع المسحوب عليه عن الوفاء بقيمة السفتجة عند الإستحقاق فيحق للحامل في هذه الحالة حق الرجوع

على جميع الأشخاص الذين وقعوا على السفتجة سواء كان مظهرها ، أو الساحب ، أو الضامن الإحتياطي.

".....فمن المقرر قانونا أن صاحب السفتجة وقابلها و مظهرها ، وضامنها ملزمون جميعا لحاملها على وجه التضامن

ويكون لهذا الأخير حق الرجوع عليهم منفردين أو مجتمعين " ⁽³⁾.

(2) السند لأمر (السند الإذني Le billet a ordre) :

لم يعطي المشرع تعريفا للسند لأمر ، ولكن يستخلص تعريفه من خلال ما يحتويه السند من بيانات إلزامية

(1) - أنظر الدكتور : محمد فريد العربي و الدكتور : هاني دويدار " مبادئ القانون التجاري و البحري " - المرجع السابق- ص 347 وما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : رزق الله انطاكي ، والدكتور : نهاد السباعي " الوجيز في الحقوق التجارية البرية " - المرجع السابق- ص 520 وما يليها .

(3) - أنظر: قرار رقم 122835 بتاريخ 16/05/1994 المحكمة العليا " الغرفة التجارية و البحرية " - المجلة القضائية - العدد الأول لسنة 1995 ، ص 191

حيث يمكن تعريفه : " أنه صك مكتوب يتعهد به شخص يدعى بالمرح Souscripteur بأن يدفع مبلغا معيناً من النقود في موعد ومكان معينين لأمر شخص آخر يدعى المستفيد Bénéficiaire أو لأمره ".⁽¹⁾

و يحتوي السند لأمر على بعض البيانات الإلزامية حددها المادة 465 من القانون التجاري لا تختلف عن البيانات الإلزامية الواجب توفرها في السفتجة وهي :

1- شرط الأمر .

2- الوعد بلا قيد ولا شرط بأداء مبلغ معين .

3- تاريخ الإستحقاق .

4- تعيين المكان الذي يجب أن يتم فيه الدفع .

5- اسم الشخص الذي يجب أن يتم الدفع له .

6- تعيين مكان وتاريخ تحرير السند .

7- توقيع الشخص مصدر السند .

و تسري الأحكام المتعلقة بالسفتجة على السند لأمر سواء تعلق الأمر بالتظهير ، أو الإستحقاق ، أو الوفاء ، أو الرجوع لعدم الوفاء الخ ، وبالتالي لا داعي لإعادة ذكرها .

و يختلف سند الأمر عن السفتجة في عدة أمور منها :

1 / أشخاص الصك : نجد في السفتجة ثلاثة أشخاص وهم الساحب ، و المسحوب عليه ، و المستفيد ،

أما في السند لأمر شخصان وهما الساحب و المستفيد فقط .

2 / لا مجال في السند لأمر لمقابل الوفاء .

3 / ولا مجال في سند الأمر للقبول .

3) الشيك Le cheque :

هو صك يتضمن أمراً موجهاً من الساحب Tireur إلى شخص آخر- المسحوب عليه Tire و الذي يكون في الغالب مصرفاً للدفع مبلغاً من المال لدى الإطلاع ، إما لأمره أو لأمر شخص آخر معين في الصك⁽²⁾.

و يحتوي الشيك على البيانات الواردة في المادة 472 من القانون التجاري وهي :

Michel de juglart et Ben Jamin Ippolito Droit Commercial –Op –cit p 581 .

(1) - أنظر :

Alfred Jauffret et Jacques mestre , op- cit p 603.

(2) - أنظر :

1 - ذكر كلمة شيك .

2 - أمر غير معلق على قيد أو شرط بدفع مبلغ معين من النقود .

3 - اسم المسحوب عليه (البنك) .

4 - المكان الذي يجب فيه الدفع .

5 - بيان تاريخ إنشاء الشيك ومكانه .

6 - توقيع الساحب .

و يأخذ الشيك أحد الأشكال التالية :

أ- الشيك لأمر : كأن يقال " إدفعوا لأمر فلان " .

ب- الشيك الإسمي : المتضمن عبارة ليس لأمر ولا يكون قابل للتظهير .

ج- الشيك للحامل : لا يذكر فيه اسم المستفيد حيث يذكر فيه عبارة لحامله (1)

و يجوز تداول الشيك عن طريق التظهير سواء كان تظهيراً ناقلاً للملكية أو تظهيراً توكليلاً .

و يعتبر الشيك قابلاً للوفاء لدى الإطلاع وكل شرط مخالف يعد لاغياً . (2)

كما أن " كل شيك له مقابل وفاء مطابق وموجود تحت تصرف الساحب يلزم المسحوب عليه المصادقة

عليه " (3) .

أمّا الأسناد التجارية التي نظمها المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 1993/04/25 ،

وهي سند الخزن Warrant ، وسند النقل Le Titre transport ، وعقد تحويل الفاتورة Factoring .

وهي على حد بعيد تشبه الأسناد التجارية حيث أنّها :

-تمثل البضاعة كسند النقل فقط .

-قابلة للتداول .

-تمثل حقاً عينياً لاحقاً شخصياً كسند النقل فقط .

* غير أنّ هذه الأسناد التجارية :

-لا تحل محل النقود في التعامل .

(1) - أنظر الدكتور : فوزي محمد سامي - المرجع السابق - ص 332 وما يليها .

(2) - أنظر : Rene Rodiere et brune oppetit -op -cit p 105.

(3) - أنظر قرار رقم 48835 بتاريخ 1988/04/10 ، المجلس الأعلى ، الغرفة التجارية و البحرية ، المجلة القضائية ، -العدد الأول -لسنة 1992

ص 66 وما يليها .

- لا تحل محل النقود في التعامل .
 - لا تمثل حقا شخصا مقوما بالنقود .
 - أن العرف التجاري لم يأخذ بها كأسناد تجارية .
- كما أن إتفاقية جنيف لقانون الصرف الموحد لم تعتبرها من الأسناد التجارية⁽¹⁾

1- سند الخزن Warrant :

- و هو عبارة عن استمارة ضمان ملحقة بوصل البضائع المودعة بالمخازن العامة .
- و هذه الإستمارة عبارة عن إيصال يصدر عن المخازن العامة يقطع من دفتر يسمى Souche و هذا الإيصال يتكون من جزئين :
- الجزء الأول يبقى في دفتر Souche المرقم حسب الصفحات .
 - الجزء الثاني يسلم لمودع السلع في المخازن العمومية .
- و هذا الإيصال يمثل بضاعة وقابل للتداول عن طريق التظهير .
- و هو يحتوي على بيانات خاصة بالبضاعة (وزنها ، حجمها .. الخ) ، بالإضافة إلى هوية المودع⁽²⁾ .
- و سند الخزن يسمح للمودع بالإقتراض على قيمة البضاعة المودعة في المخازن العمومية و بالتالي تعد ضمانا لدين يسدد في أجل قصير .
- و بالتالي يمتاز سند الخزن بنفس خصائص الأسناد التجارية (من سفتحة وسند لأمر و الشيك) لأنه يمثل نقودا ، وهو سند قابل للتداول عن طريق التظهير ويحل محل النقود في التعامل ، غير أن العرف التجاري لم يقر به كسند تجاري ، ولا إتفاقية جنيف لقانون الصرف الموحد التي لم تعتبر هذه الوثيقة من الأسناد التجارية⁽³⁾ .

2- عقد تحويل الفاتورة تحت التحصيل : le contrat d'affacturage ou factoring

- هو عقد تحل بمقتضاه شركة تسمى الوسيط محل الدائن بعد أن يحول الدائن حقه المتمثل في الفاتورة مقابل مبلغ الفاتورة⁽⁴⁾ .
- فهو يشبه إلى حد كبير عملية الخصم في الأسناد التجارية عندما يكون الحامل بحاجة إلى سيولة نقدية حيث يقوم بتظهير السند لدى المصرف .

(1) - أنظر الدكتور : صبحي عرب " محاضرات في القانون التجاري " - الأسناد التجارية - ، المرجع السابق ، ص 20 وما يليها .

(2) - أنظر : Robert Vouin et pierres robino -op -cit p 643 .

(3) - أنظر الدكتور : صبحي عرب " محاضرات في القانون التجاري " ، الأسناد التجارية - المرجع السابق - ص 181 وما يليها .

(4) - أنظر : نص المادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري .

- و يعد عقد تحويل الفاتورة :
- ورقة تجارية تمثل مبلغا من النقود .
- لها تاريخ استحقاق معين .
- عبارة عن إلتزام بأداء بين تاجرين .
- كما يذكر فيها مكان الوفاء⁽¹⁾

لذلك اعتبرها المشرع الجزائري من الأسناد التجارية بعد توقيعها رغم :

- 1 / أن العرف التجاري لم يقر بها كسند تجاري .
- 2 / ولم تعتبرها إتفاقية جنيف لقانون الصرف الموحد من الأسناد التجارية .
- 3 / لا تحل محل النقود في التعامل .
- 4 / غير قابلة للتداول عن طريق التظهير وهي أهم خاصية في الأسناد التجارية .
- 5 / تعد سند إسمي فقط⁽²⁾ .

3- سند النقل Le Titre de Transport

نظم المشرع الجزائري سند النقل من خلال المرسوم التشريعي رقم 93-08 المعدل و المتمم للقانون التجاري حيث اعتبره من الأسناد التجارية إلى جانب السفنحة و السند لأمر و الشيك .

و قد جاء نص المادة 543 مكرر 08 من القانون التجاري مطلقا حيث ذكر سند النقل فقط دون تحديد نوع

السند ، وبالتالي فهو يشمل :

- سند النقل البحري .
- سند النقل الجوي .
- سند النقل البري .

و تطبق عليه أحكام الأسناد التجارية من حيث البيانات الإلزامية الواجب توفرها في السند وخصائصه ، وأحكامه ، وتداوله .

و يتمثل سند النقل إما في وثيقة الشحن أو سند الشحن الذي يمثل ملكية البضاعة من جهة ، والإلتزام بتسليم

البضاعة المعينة في السند .

(1) - أنظر الدكتور : صبحي عرب " محاضرات في القانون التجاري " ، الأسناد التجارية ، - المرجع السابق- ص 179.

(2) - أنظر الدكتور : صبحي عرب " محاضرات في القانون التجاري " ، الأسناد التجارية - المرجع السابق- ص 59 وما يليها . ذ

و من خصائص سند النقل :

- أن المشرع الجزائري يعتبر سند النقل سندا تجاريا إذا كان للحامل أو لأمر⁽¹⁾.

- يمثل سند النقل بضاعة .

- سند النقل لا يمثل نقودا .

- يمثل حقا عينيا لا حق شخصيا .

أن المشرع الجزائري اعتبر بصفة منفردة سند النقل سندا تجاريا داخل إقليم الجزائر و بالتالي ليست له الصفة الدولية ، كما أن قانون الصرف الموحد و اتفاقية جنيف لم تتعرض لسند الشحن ولم تعتبره سندا تجاريا .

كما أن العرف التجاري لم يأخذ به كسند تجاري⁽²⁾.

و يختلف سند النقل البري عن سند الشحن البحري و يختلف أيضا عن سند النقل الجوي حيث يحكم كل سند تنظيم و اتفاقيات ومعاهدات دولية ، يلتزم بها المشرع الجزائري .

و يحتوي كل سند من هذه الأسناد على بيانات خاصة تتعلق بهوية أطراف العقد ، و التزامات كل منهم بالإضافة إلى بيانات عن حالة البضاعة (وزنها ، حجمها ، عددها حالة تغليفها.... الخ) .

المطلب الثاني: الأسناد التجارية التي لها كفاية ذاتية مطلقة في الإثبات :

تمتاز الأسناد التجارية التي نظمها المشرع الجزائري من خلال الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري بأن لها كفاية ذاتية في الإثبات من خلال البيانات الواردة فيها دون الحاجة للرجوع إلى طرق الإثبات الأخرى وقد حصرها المشرع آنذاك في ثلاثة أنواع وهي : 1-السفتجة ، 2- السند لأمر، 3- الشيك.

1) إثبات السفتجة :

يتم إثبات السفتجة من خلال البيانات الواردة فيها و التي نصت عليها المادة 390 من القانون التجاري السالفة الذكر .

فهذه البيانات تثبت :

- أن السند المحرر هو سفتجة و لا يمكن إثباتها إلا بسند خطي .

- تثبت إلتزامات الأطراف .

(1) - أنظر : نص المادة 543 مكرر 08 من القانون التجاري .

(2) - أنظر الدكتور : صبحي عرب " محاضرات في القانون التجاري " ، الأسناد التجارية ، - المرجع السابق- ص 159 وما يليها .

- تثبت قيمة المبلغ المالي موضوع السفتحة .
 - تثبت تاريخ استحقاق السفتحة .
 - تثبت من هو الملتزم بالوفاء .
 - تثبت تاريخ و مكان إنشاء السفتحة .
 - تثبت تداول السفتحة عن طريق التظهير .
- مما يجعل السفتحة من خلال بياناتها لها كفاية ذاتية و مطلقة في الإثبات لا تحتاج إلى طرق أخرى من أجل إثباتها خاصة إذا علمنا أن العرف و قانون الصرف الموحد يعتبرونها من الأسناد التجارية لكونها أداة إئتمان ووفاء . تمثل حقا نقديا و قابلة للتداول بالطرق التجارية .

(2) إثبات السند لأمر :

- يعتبر السند لأمر من الأسناد التجارية التي تحل محل النقود وقابلة للتداول عن طريق التظهير ، حيث يحتوي على بيانات خاصة تميزه عن غيره من الأسناد و التي نصت عليها المادة 465 من القانون التجاري السالفة الذكر .
- فهذه البيانات تمكن من إثبات :
- بأن الصك المكتوب هو سند لأمر .
 - يمثل وعد بدفع مبلغ معين .
 - في مكان معين .
 - لصالح شخص معين يسمى المستفيد .
 - في تاريخ معين .

كما يدل التوقيع على الشخص الملزم بالدفع سواء تعلق الأمر بمحرر السند أو المظهر ، أو الضامن الإحتياطي فهذه البيانات تجعل السند لأمر يمتاز بكونه له كفاية ذاتية و مطلقة في الإثبات دون الحاجة إلى اللجوء إلى طرق الإثبات الأخرى التي غالبا ما يصعب الحصول عليها .

(3) إثبات الشيك :

يعد الشيك من الأسناد التجارية الأكثر تداولاً عن طريق التظهير ، أو بالطرق التجارية الأخرى ، نظرا لكونه أداة تحل محل النقود في التعامل ، و يحتوي الشيك على بيانات إلزامية نصت عليها المادة 472 من القانون التجاري السالفة الذكر .

فهذه البيانات تكفي لإثبات :

- أن السند المحرر هو الشيك .
- من هو الملزم بالدفع ؟ أي الساحب .
- من هو المستفيد ؟ سواء لأمره أو لصالح شخص آخر .
- من هو المسحوب عليه ويكون عادة البنك .
- ما هي قيمة مبلغ الشيك ؟.
- في أي مكان يجب فيه الدفع؟.
- بالإضافة إلى تاريخ و مكان إنشاء الشيك .
- أن الشيك واجب الوفاء لدى الإطلاع ، حيث "... إذا قدم الشيك للوفاء قبل اليوم المعين فيه كتاريخ إصداره ، يكون واجب الوفاء في يوم تقديمه و إن عدم استفتاء الدين في تاريخ إصدار الشيك و تقديم الإحتجاج لا يسقط حق الحامل في استفتاء دينه الذي يبقى قائما بكل ماله من ضمانات إلى أن يتم وفاء قيمة الشيك ..."⁽¹⁾
- مما يجعله يمتاز بكفاية ذاتية ومطلقة في الإثبات مما يؤدي إلى إستبعاد طرق الإثبات الأخرى التي تتطلب وقتا طويلا و التي تتنافى مع متطلبات التجارة التي تقوم على عاملي السرعة و الثقة .
- و بما أن هذه الأسناد التجارية من شيك و سفتجة وسند لأمر فيها كفاية ذاتية و مطلقة في الإثبات فهي :
- 1 / لا تحتاج لحكم قضائي من أجل تنفيذ الإلتزام الصربي الواردة فيها .**
- 2 / أن هذه الأسناد مجردة عن أسبابها ولذلك يرى فقهاء القانون التجاري أن التظهير يطهر الدفع ، فلو كان سبب إنشاء السند غير مشروع ، ثم وقع تظهير هذا السند ، فإن التظهير يمنع الساحب من تقديم دفع مفاده أن سبب السند غير مشروع و يطالب بإبطال الإلتزام و لذلك يقال بأن الأسناد التجارية مجردة عن أسبابها .**
- 3 / إن السمة العامة لهذه الأسناد بأنها دولية فإنه يمكن سحب الشيك بفرنسا و يدفع قيمته في مصرف في اليابان ، أو تسحب السفتجة في إسبانيا و يكون المسحوب عليه في ألمانيا و المستفيد مثلا في السعودية و الحامل الأخير في الجزائر .**
- 4 / كل شرط يرد في هذه الأسناد و يكون سببا في نشوء نزاع بين أطراف السند أو يكون سبب في تأخير الوفاء بقيمة السند فتكون هذه الشروط باطلة أحيانا أو يكون السند كله باطل .**

(1) - أنظر قرار رقم 66941 بتاريخ 1990/04/22 المجلس الأعلى ، الغرفة التجارية و البحرية ، المجلة القضائية ، العدد الثاني لسنة 1991

5 / في الأسناد التجارية الثلاثة من سفتجة و شيك و سند لأمر يتمتع عن المحاكم مهما كانت نوعها ، كما يتمتع على الإدارة إعطاء مهل للوفاء بموجب هذه الأسناد ، فلا يحق للقاضي مثلا إعطاء مهل للمدين للوفاء بدين ثابت في سند تجاري .

المطلب الثالث : الأسناد التجارية التي لها كفاية ذاتية نسبية في الإثبات :

أضاف المشرع الجزائري من خلال المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25/04/1993 المعدل و المتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون التجاري ، أسنادا تجارية جديدة لم يعرفها التشريع الجزائري من قبل ، إلى جانب كل من السفتجة ، و السند لأمر ، و الشيك هذه الأسناد في :1-سند النقل ، 2- سند الخزن ، 3- عقد تحويل الفاتورة تحت التحصيل .

و من خصائص هذه الأسناد :

-أنها تمثل بضاعة (كسند النقل فقط الذي يمثل بضاعة و لا يمثل نقودا و يمثل حقا عينيا لا حقا شخصيا).

-لها أجل قصير للوفاء .

-قابلية للتداول عن طريق التظهير (ما عدا عقد تحويل الفاتورة) .

و لكن يعاب عليها أنها :

-لا تحل محل النقود في التعامل (ماعدا سند الخزن) .

-لا تمثل مبلغا من النقود (ما عدا سند المؤمن وعقد تحويل الفاتورة) .

-لم يأخذ العرف بها كسند من الأسناد التجارية .

و لم تعتبرها إتفاقية جنيف لقانون الصرف الموحد من الأسناد التجارية .

بالإضافة إلى أن أغلب تشريعات الدول لم تعتبرها من الأسناد التجارية .

و يخضع تنظيم كل سند من هذه الأسناد إلى قواعد و أحكام و اتفاقيات و معاهدات دولية خاصة به تميزه

عن غيره من الأسناد .

و يقتصر تداول هذه الأسناد في داخل إقليم الجزائر و بالتالي ليست لها الصفة الدولية مما يؤدي إلى إستبعادها

كأسناد تجارية .

و يحتوي كل سند من هذه الأسناد على بيانات خاصة به ، تضيي عليه الصفة التجارية من جهة ، وتميزه عن

غيره من الأسناد من جهة أخرى .

و تتعلق هذه البيانات في : هوية الأطراف ، طبيعة السند ، تحديد البضاعة تحديدا كافيا من حيث : وزنها ، حجمها ، عددها ، وحالة تغليفها و منشائها.... الخ .

و يتم إثبات كل سند من هذه الأسناد من خلال البيانات الواردة فيه فتجعله يمتاز بكفاية ذاتية في الإثبات دون الحاجة إلى الرجوع إلى طرق الإثبات الأخرى .

إلا أن هذه الكفاية الذاتية في الإثبات تبقى نسبية لكون :

- هذه الأسناد في أغلبها لا تمثل نقودا .

- و لا تحل محل النقود في التعامل .

- بالإضافة إلى أن العرف التجاري وقانون الصرف الموحد لم يعتبروا هذه الوثائق من الأسناد التجارية .

1- فسند الخزن رغم أنه يتصف بنفس الخصائص التي تمتاز بها الأسناد التجارية كونه يمثل نقودا وهو قابل للتداول عن طريق التظهير بالإضافة إلى إمكانية إثباته من خلال البيانات الواردة فيه و بالتالي له كفاية ذاتية في الإثبات إلا أن هذه الكفاية الذاتية في الإثبات نعد نسبية لكون العرف التجاري وقانون الصرف الموحد لم يعتبرانه من الأسناد التجارية . كما أن سند الخزن مرتبط بزمن قصير جدا وهو بذاته مرتبط بسلعة متواجدة في المخازن العمومية ، وقد تكون محل نزاع بين المودع و المودع لديه ، من حيث نوعية ، كمية ، وتلف البضاعة مما يخلق نزاع أمام المحاكم .

كما يمكن أن نطالب بالتعويض عن الضرر الناتج عن عدم الوفاء بهذه الأسناد وهذا الضرر له مصدران .

أ / مصدر زمني يتمثل في الفوائد التأخيرية .

ب / مصدر تفويت الفرص و يتمثل في الفوائد التكميلية و التي تحتاج كلها إلى دليل بيد من يدها ويتم إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات .

2- أما سند النقل فهو أيضا له كفاية ذاتية في الإثبات من خلال البيانات الواردة فيه إلا أن هذه الكفاية في

الإثبات نعد أيضا نسبية كونه يمثل بضاعة ولا يمثل نقودا و لا يحل محل النقود في التعامل كما أنه يمثل حقا عينيا لا حقا شخصيا بالإضافة إلى أن العرف التجاري لم يأخذ به كسند تجاري .

وقد يقع نزاع بين الناقل و الشاحن أو بين البائع و المشتري حول البضاعة من حيث تطابقها مع المواصفات الدولية، و من حيث الوزن أو الحجم أو طريقة التغليف ، أو تعرضها للتلف أو التأخير في التسليم.... الخ ، فتعرض هذه الأمور أمام القضاء ، مما يجعلها سببا في تأخير تنفيذ ما ورد في هذه الأسناد ، ويتم عندئذ الإثبات بكافة طرق الإثبات .

3- أما عقد تحويل الفاتورة فهو أيضا له كفاية ذاتية في الإثبات من خلال البيانات الواردة فيه ، غير أن هذه الكفاية ذاتية في الإثبات تعد نسبية ما دام قد فقد أهم خاصية من خصائص الأسناد التجارية وهي قابليتها للتداول بالإضافة إلى كون العرف التجاري وقانون الصرف الموحد المنبثق عن إتفاقية جنيف لم يعتبرانه من الأسناد التجارية ، وبالتالي فلا يمكن اعتباره سندا تجاريا إلا داخل القطر الجزائري فقط .

المبحث الخامس : إثبات نظام الإفلاس

تقوم الأعمال التجارية على أساس الثقة و الإئتمان بين التجار ، فتاجر الجملة يبيع السلعة إلى تاجر التجزئة مع منحه أجل للوفاء ، مما يعود بالفائدة على الطرفين حيث يستطيع تاجر الجملة من تصريف بضاعته بسهولة عند منحه تاجر التجزئة مهلة للوفاء من جهة ، وتفيد تاجر التجزئة عند منحه تسهيلات في دفع قيمة البضاعة من جهة أخرى ، ويتم تحرير سند لذلك .

وعند حلول أجل الإستحقاق يصبح تاجر التجزئ ملزم بدفع قيمة السند و إلا اعتبر قد توقف عن الوفاء بديونه التجارية ، مما يؤدي إلى شهر إفلاسه .

مما يجعلنا نتساءل : ماهو نظام الإفلاس ؟ و كيف يتم إثباته ؟ .

للإجابة عن هذا السؤال سنتطرق إلى النقاط الآتية :

أولا : مفهوم نظام الإفلاس وفيه تعرفه ، و الشروط اللازمة لشهره ، والحكم به

ثانيا : الإثبات في مواد الإفلاس .

1- إثبات صفة التاجر .

2- إثبات التوقف عن الدفع .

3- إثبات حسن وسوء النية .

المطلب الأول : مفهوم نظام الإفلاس :

أولا : تعريف الإفلاس Faillite

الإفلاس هو عبارة عن حالة التاجر الذي توقف عن وفاء ديونه التجارية في تاريخ استحقاقها .
 و كلمة **Faillite** تستعمل في التشريع الفرنسي للدلالة على الإفلاس وهي مشتقة من الكلمة اللاتينية Fallere و التي تدل على حالة المدين الذي خان ثقة دائنيه به فلم يقوم بدفع ما في ذمته اتجاههم⁽¹⁾ .
 أمّا المشرع الجزائري فقد نظم الإفلاس من خلال الأمر الصادر بتاريخ 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري حيث خصص له الكتاب الثالث تحت عنوان : " في الإفلاس و التسوية القضائية ورد الإعتبار و التفليس و ما عداه من جرائم الإفلاس " ، من المادة 215 إلى 388 من القانون التجاري وهذا ما تماشى معه التعديل الأخير للقانون التجاري تحت رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/06 ، وتنص المادة 215 من القانون التجاري على أن :
 "يتعين على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجرا ، إذا توقف عن الدفع أن يدلي بإقرار في مدى خمسة عشر يوما قصد إفتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس " .

و يعاب على هذه المادة أن الإفلاس يشمل جميع المدينين سواء كانوا تجارا أو غير تجار ، مع العلم أنه متعلق بالأعمال التجارية و التجار و أيضا بدين تجاري مما يستدعي تعديل نص المادة يجعلها تقتصر نظام الإفلاس و التسوية القضائية على التجار فقط دون سواهم ، أما غير التجار فيخضعون لنظام الإعسار الذي نظمه وذكره المشرع الجزائري في القانون المدني من خلال مثلا نص المادة 235 قانون مدني والمادة 276 من القانون المدني وما يليها⁽²⁾ .
 و يختلف نظام الإفلاس عن نظام الإعسار من عدة جوانب أهمها :

- 1) أن التاجر يشهر إفلاسه بمجرد توقفه عن دفع ديونه التجارية حتى ولو كانت أمواله تكفي لوفاء ديونه ، أما المدين غير التاجر فلا يجوز شهر إعساره إلا إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الدفع .
- 2) يجب على المحكمة التجارية شهر إفلاس التاجر الذي توقف عن دفع ديونه التجارية حتى ولو كان توقفه نتيجة قوة قاهرة أو ظروف طارئة أثرت على حالته المالية ، بينما يجب على المحكمة المدنية أن تأخذ بعين الإعتبار كل الظروف المتعلقة بالمدين و التي أحاطت به سواء كانت عامة أو خاصة قبل أن تقرر شهر إعساره .
- 3) لا يجوز للقاضي التجاري منح أجل للوفاء بالديون التجارية بينما يجوز للقاضي المدني منح مهل للوفاء في حالة شهر الإعسار (المادة 281 من القانون المدني) .

4

(1) - أنظر الدكتور : رزق الله انطاكي ، والدكتور نهاد السباعي " الوجيز في الحقوق التجارية البرية " - المرجع السابق- ص 607.

(2) - أنظر الدكتور : صبحي عرب " محاضرات في القانون التجاري " الإفلاس و التسوية القضائية - مطبعة الكاهنة -2000 ، ص16.

- (5) يجب على المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية على إخبار المحكمة بحالته المالية المرتكبة خلال خمسة عشر (15) يوم تحت طائلة العقوبة ، أما المدين غير التاجر فلا يجبر على ذلك .
- (6) يقضي حكم شهر الإفلاس بغل يد المدين التاجر عن التصرف و إدارة أمواله ، أما المدين غير التاجر فيجوز له التصرف في أمواله رغم الحكم بشهر إعساره (1).
- (7) لا يؤثر حكم شهر الإعسار في حقوق المدين السياسية و المدنية ، بينما حكم شهر إفلاس التاجر يمس بهذه الحقوق (2) .
- (8) يحق للمدين التاجر أن يستفيد من الصلح الواقي من الإفلاس الذي تقرره أغلبية كتلة دائنيه ، أما المدين غير التاجر في حالة إعساره فلا يحق له أن يستفيد من هذا الصلح .
- (9) يحق للمحكمة بحجز حرية التاجر المفلس بالحكم عليه بالحبس ، أما المدين غير التاجر فلا يحق للقاضي المدني الحكم عليه بالحبس عند شهر إعساره .
- (10) أن شهر إفلاس التاجر يوقف جميع الإجراءات الفردية ضد التاجر ، بينما لا يحول شهر الإعسار دون إتخاذ الدائنين إجراءات فردية ضد المدين الذي شهر إعساره (3)

ثانيا : الشروط اللازمة لشهر الإفلاس : تتمثل في :

1- صفة التاجر : *Qualité de commerçant*

- يطبق نظام الإفلاس على التجار وحدهم حيث يشترط فيمن يشهر إفلاسه أن يكون تاجرا سواء كان التاجر فردا أي شخص طبيعي أو شخص معنوي أي الشركات التجارية .
- و بالتالي : من هو المقصود بالتاجر ؟
- تنص المادة الأولى من القانون التجاري على أنه : « يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذ مهنة معتادة له ن ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك » .
- فالتاجر إذا هو كل من يتعاطى أعمالا تجارية و يتخذها حرفة له سواء كانت عملا تجاريا بحسب موضوعه ، أو بحسب شكله أو بالتبعية وسواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا (4) .

(1) - أنظر الدكتور : رزق الله انطاكي ، والدكتور : نهاد السباعي " الوجيز في الحقوق التجارية البرية " - المرجع السابق- ص 607 وما يليها .

(2) - أنظر نص المواد 252 - 253 من قانون العقوبات و المواد 149-150 من القانون التجاري .

(3) - أنظر الدكتور : صبحي عرب " محاضرات في القانون التجاري " - الإفلاس و التسوية القضائية - المرجع السابق- ص 19 وما يليها .

(4) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " الوجيز في القانون التجاري " - المرجع السابق- ص 464 .

أ) صفة التاجر الفرد : يشترط في الشخص الطبيعي لإكتساب صفة التاجر ما يلي :

1- مزاولة نشاطه التجاري بصورة مستمرة و دائمة أي إتخاذ من التجارة حرفة أو مهنة له ، وليس من الضروري لإكتساب صفة التاجر : أن يزاول الشخص تجارته بصورة علنية ، فقد يحترف الشخص التجارة مستترا وراء شخص آخر ، مع ذلك يظل مكتسبا لصفة التاجر ، ويجب أن يبين الحكم الصادر بشهر الإفلاس الأسباب التي يستند عليها لإعتبار المدين تاجرا ، و بالإضافة إلى ذلك فإن عدم القيد في السجل التجاري لا يمنع من شهر إفلاس المدين ما دام الشخص يحترف التجارة في الواقع .⁽¹⁾

2- أن يمارس التجارة باسمه و لحسابه الخاص : لأن التجارة تقوم على المضاربة على رأس المال ، وعلى التاجر أن يتحمل مخاطر مزاولة التجارة و مسؤوليتها .

3- الأهلية التجارية : يتمتع بها كل شخص بلغ سن الرشد أي 19 سنة كاملة متمتعاً بقواه العقلية سواء كان ذكراً أو أنثى ولم يحجر عليه ، وبالتالي لا يكتسب صفة التاجر كل شخص فقد أهليته سواء كان معتوهاً أو مجنوناً ، أو الصغير الغير المميز ، أو ناقص الأهلية سواء كان قاصراً ، أو سفيهاً أو ذي غفلة ، بالإضافة إلى الشخص الذي صدر في حقه حكم قضائي في جريمة شائنة بالنسبة للتاجر ، و أيضاً الأشخاص الذين يمنع عليهم القانون ممارسة نشاط تجاري بسبب الوظيفة التي يمارسها كالقاضي و المحامي و العسكري ، والطبيب ، و الإداري... الخ⁽²⁾.

ب) صفة الشركات التجارية : تكتسب الشركات التجارية التي يكون موضوعها تجاري مهما كان شكلها أي سواء كانت من شركات الأشخاص أو من شركات الأموال صفة التاجر و بالتالي تخضع لأحكام الإفلاس ، ما عدى شركات المحاصة ، بشرط أن تكون هذه الشركات متمتعة بالشخصية المعنوية و يقتصر هذا الإفلاس على الشركة كشخص معنوي دون الشركاء لعدم إكتسابهم صفة التاجر ما عدى شركة التضامن و شركة التوصية البسيطة أو بالأسهم فإن إفلاس الشركة يؤدي إلى إفلاس الشريك المتضامن لأنه يعد تاجراً و يسأل شخصياً عن ديون الشركة .

و يجوز أيضاً شهر إفلاس الشركات الفعلية إذا قامت بأعمال تجارية و توقفت عن دفع ديونها التجارية ، كما يجوز أيضاً شهر إفلاس الشركات أثناء تصفيتها إذا كان التوقف عن الدفع سابقاً لتاريخ حلها⁽³⁾.

Réne Rodiere et Bruno opptit –op–cit–p 280.

(1) – أنظر :

(2) – أنظر الدكتور : إلياس ناصيف " الكامل في قانون التجارة " ، الجزء الرابع – الإفلاس – ، مطبعة عويدات ، 1999 ص 112 وما يليها .

(3) – أنظر الدكتور : رزق الله انطاكي ، والدكتور : نهاد السباعي " الوجيز في الحقوق التجارية البرية " – المرجع السابق- ص 616.

2- التوقف عن دفع الديون التجارية : Cessation des paiements

التوقف عن الدفع هو عجز التاجر ، أو إمتناعه عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها و يتحقق ذلك بتوفر الشروط التالية :

أ) أن يكون الدين تجاريا لأن نظام الإفلاس لا يطبق إلا على التجار بالنسبة للتصرفات و العقود التي يبرمونها في مجال تجارتهم و تكون هذه الديون ناتجة عن الأعمال التجارية بطبيعتها أو بالتبعية ، أمّا إذا كان التوقف عن الدفع متعلق بديون مدنية فلا يطبق عليه نظام الإفلاس.

ب) أن يكون الدين أكيدا أي يكون محققا وخاليا من أي نزاع سواء بالنسبة لوجوده أو لطريقة دفعه .

ج) أن يكون الدين محررا أي مكتوبا سواء كان رسميا أو عرفيا يكون فيه مبلغ الدين محددًا تحديدا كافيا .

د) أن يكون الدين مستحق الأداء أي يكون قابلا للتنفيذ حالا .

هـ) التوقف الفعلي عن الدفع حيث يكفي أن يحصل توقف واحد عن الدفع لكي يتحقق شرط التوقف عن الدفع مما يؤدي إلى الإفلاس⁽¹⁾.

و بتوفير شرطي صفة التاجر ، وتوقفه عن دفع ديونه التجارية ، يجوز شهر إفلاسه سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا .

كما يجوز شهر إفلاس التاجر المتوفى⁽²⁾ وذلك حتى لا يحرم الدائنون من إجراءات التصفية الجماعية و بالتالي الحصول على حقوقهم إذا توفرت الشروط التالية :

أ) أن يكون قد توقف عن الدفع أثناء حياته و توفي وهو لا يزال متوقفا عن الدفع .

ب) أن يكون طلب شهر إفلاسه خلال السنة التالية لوفاته .

و يجوز أيضا طلب شهر إفلاس التاجر الذي إعتزل التجارة إذا توفرت الشروط التالية :

أ) أن يكون التاجر في حالة توقف عن الدفع قبل إعتزاله التجارة .

ب) أن يقدم طلب إعلان الإفلاس خلال سنة من تاريخ إعتزال التجارة⁽³⁾.

(1) - أنظر الدكتور : علي البارودي و الدكتور : محمد فريد العريني " القانون التجاري " - المرجع السابق - ص 710 وما يليها .

(2) - يقتصر الإفلاس على التاجر الذي توفي و لكن لا يتعداه إلى الورثة ، أنظر الدكتور : محمد سامي مذکور ، والدكتور : علي حسن يونس - الإفلاس - دار التعاون للطبع و النشر ، 1973 ص 121 وما يليها .

(3) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف " الكامل في قانون التجارة " ، الجزء الرابع ، الإفلاس - المرجع السابق - ص 133 وما يليها .

ثالثا : حكم شهر الإفلاس :

1) المحكمة المختصة لإعلان الإفلاس :

يجب أن تكون المحكمة المختصة بشهر الإفلاس مختصة اختصاصا نوعيا و محليا فمن حيث الإختصاص النوعي: تكون المحكمة التجارية هي المختصة بالنظر في دعاوى شهر الإفلاس في البلاد التي يكون فيها القضاء التجاري مستقبلا، غير أن المشرع الجزائري أناط الفرع التجاري على مستوى المحكمة الابتدائية إختصاص حكم شهر إفلاس التاجر ، وفي حالة عدم وجود الفرع التجاري على مستوى المحكمة الابتدائية يؤول الإختصاص للفرع المدني .

و إننا نرى أنه أصبح من اللازم على المشرع الجزائري أحداث محاكم تجارية منفصلة ، تختص بالنظر في الدعاوى التجارية و من بينها الحكم بشهر الإفلاس .

و قد ذهب الإجتهد القضائي في فرنسا أنه يحق للمحاكم المدنية و الجزائية التثبت من توقف التاجر عن الدفع عندما يعرض النزاع عليها ، دون انتظار صدور حكم بشهر الإفلاس عن المحكمة المختصة ، كالحكم على التاجر بعقوبة فرضها القانون على المفلس بالتقصير طبقا لنص المادة 225 فقرة 02 من القانون التجاري إلا أن ذلك لا يعني شهر إفلاسه (1).

أما فيما يخص الإختصاص المحلي : فإن المحكمة المختصة هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس او التسوية القضائية .

أما بالنسبة للشركات التجارية فإن المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الإفلاس هي المحكمة الابتدائية التي يوجد في منطقتها المركز الرئيسي للشركة طبقا لنص المادة 40 فقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية .

رابعا : كيفية صدور حكم بشهر الإفلاس :

يصدر الحكم بشهر الإفلاس :

- إما بناء على طلب المدين يصرح بموجبه إلى المحكمة أنه توقف عن دفع ديونه التجارية في خلال خمسة عشر

(15) يوما طبقا لنص المادة 215 من القانون التجاري .

- أو بناء على طلب الدائنين : حيث يتم ذلك بدعوى تقدم إلى المحكمة المختصة التي تنظر في الطلب في أقرب

الأجل بعد إستدعاء المدين للحضور إلى الجلسة العلنية .

(1) - أنظر الدكتور : رزق الله انطاكي ، و الدكتور : نهاد السباعي " الوجيز في الحقوق التجارية البرية " - المرجع السابق- ص 623 وما يليها .

- كما يحق للمحكمة أن تشهر إفلاس التاجر من تلقاء نفسها دون حاجة إلى طلب من التاجر المدين نفسه ، أو من دائته (1).

و يسري حكم شهر الإفلاس على كافة الناس ولا ينحصر أثره على الأشخاص أو الأطراف المائلين في الدعوى ، بل يمتد أثره إلى جميع دائنيه سواء كانوا طرفا في الحكم أم لم يكونوا .
و يتضمن هذا الحكم على :

1) تعيين تاريخ التوقف عن الدفع و الذي لا يمكن إرجاعه لأكثر من ثمانية عشر شهرا سابقا لصدور الحكم طبقا لنص المادة 247 الفقرة الأخيرة من القانون التجاري حيث يصبح بموجبه تاريخ التوقف عن الدفع ثابتا و محمدا تثبت به الديون في التفليسة .

2) تعيين وكيل تفليسة تعهد إليه مهمة إدارة أموال المفلس (2).

3) تعيين القاضي المنتدب الذي يشرف على إجراءات التفليسة و على أعمال وكيل التفليسة .

4) إتخاذ التدابير الاحتياطية اللازمة من أجل حماية حقوق الدائنين (3).

و يجب شهر هذا الحكم لإطلاع الناس عليه عن طريق :

- تسجيله في السجل التجاري المحلي و المركزي .

- نشره في النشرة الوطنية للإعلانات القانونية (BOAL) التابعة للمركز الوطني للسجل التجاري .

- نشره في جريدة وطنية و يومية .

- إعلانه عن طريق إصاق في حائط المحكمة لمدة ثلاثة أشهر .

- نشره في الأماكن التي يكون فيها للمدين مؤسسات تجارية .

و أخيرا توجيهه ملخص للحكم إلى السيد وكيل الجمهورية .

(1) - أنظر الدكتور : صبحي عرب ، محاضرات في القانون التجاري ، " الإفلاس و التسوية القضائية " - المرجع السابق - ص 58 وما يليها .

(2) - عوض المشرع الجزائري كتاب الضبط بالوكلاء المتصرفين القضائيين تناط إليهم مهمة إدارة أموال المفلس ، وذلك بموجب الأمر رقم 23/96 المؤرخ في 09/07/1996 يتعلق بالوكيل المتصرف القضائي حيث تنص المادة 04 منه على أن : " يعين الحكم الصادر بالتسوية القضائية أو الإفلاس الوكيل المتصرف القضائي ، من بين الأشخاص المسجلين في القائمة التي تعدها اللجنة الوطنية المذكورة في المادة 09 أدناه " .

ونرى أنه كان من الأجدر أن تعمد هذه المهمة إلى التجار الذين يمارسون نفس النشاط التجاري يعينون من قبل غرفة التجارة ولهم سمعة طبيعية بين التجار ولهم دراية بالأمور التجارية ، أما بالنسبة للشركات التجارية المفلسة فتعهد مهمة وكيل التفليسة إلى أحد مدراء الشركات التي تتمتع بسمعة تجارية طيبة من أجل إدارة أموال الشركة المفلسة .

(3) - أنظر الدكتور : رزق الله انطاكي ، و الدكتور : نهاد السباعي " الوجيز في الحقوق التجارية البرية " - المرجع السابق - ص 630.

و يكون حكم شهر الإفلاس مشمولاً بصيغة النفاذ المعجل رغم المعارضة أو الإستئناف باستثناء الحكم القضائي بالمصادقة على الصلح وذلك طبقاً لنص المادة 227 من القانون التجاري⁽¹⁾.
و لكن رغم ذلك يمكن الطعن في حكم شهر الإفلاس عن طريق :

- (1) الإستئناف خلال عشرة أيام اعتباراً من يوم التبليغ و يكون الحكم المستأنف واجب التنفيذ على مسودته .
- (2) إعتراض الغير الخارج عن الخصومة .
- (3) الطعن بالنقض لدى المحكمة العليا .
- (4) الطعن بتاريخ التوقف عن الدفع سواء من طرف المفلس نفسه ، أو الدائنين أو من طرف كل ذي مصلحة بموجبه يجوز للمحكمة أن تراجع وقت التوقف عن الدفع إلى تاريخ أسبق وذلك بموجب الحكم الذي صدر بناءً على تقرير القاضي المنتدب أو من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب كل ذي مصلحة⁽²⁾.

خامساً : أثار الإفلاس :

ينتج الحكم القاضي بشهر الإفلاس أثاراً عديدة بالنسبة للمدين سواء من حيث الماضي أو من حيث المستقبل من جهة ، أو بالنسبة للدائنين من جهة أخرى .

1) أثار الإفلاس بالنسبة للمدين وهي:

أ) أثار الإفلاس في الماضي : إن شهر إفلاس التاجر يؤدي حتماً إلى إبطال بعض التصرفات التي اجراها من تاريخ توقفه عن الدفع حتى صدور الحكم بشهر إفلاسه ، وتنقسم هذه التصرفات إلى قسمين :

1- تصرفات باطلة بقوة القانون و التي أوردتها المادة 247 من القانون التجاري على سبيل الحصر وهي :

- التبرعات .

-وفاء الديون الأجلية قبل إستحقاقها .

-وفاء الديون المستحقة بغير الشيء المتفق عليه .

-إنشاء تأمين عقاري أو رهن منقول أو غير منقول من أجل دين سابق .

2- التصرفات القابلة للبطلان : أعطى المشرع للقضاء اعتبار بعض التصرفات باطلة إذا ثبت علم الشخص

الذي تعامل معه المدين المفلس بتوقيفه عن الدفع ، ولم يذكر المشرع هذه التصرفات على سبيل الحصر و إنما ذكر منها

(1) - أنظر الدكتور : صبحي عرب " محاضرات في القانون التجاري " ، الإفلاس و التسوية القضائية ، - المرجع السابق- ص 63.

(2) - أنظر الدكتور : صبحي عرب " محاضرات في القانون التجاري " ، الإفلاس و التسوية القضائية - المرجع السابق- ص 66 وما يليها .

على سبيل المثال ما نصت عليه المادة 251 من القانون التجاري ببطان تسجيل الرهون وحقوق الإمتياز التي سجلت بعد صدور الحكم .

(ب) آثار الإفلاس في المستقبل : وتمثل في :

- 1- غل يد المفلس عن إدارة أمواله و التصرف فيها (المادة 244 من القانون التجاري) .
 - 2- وقف الملاحقات الشخصية ضد المفلس (المادة 245 من القانون التجاري)
 - 3- سقوط أجل الديون المترتبة في ذمة المفلس (المادة 246 من القانون التجاري)
 - 4- وقف سريان الفوائد .
 - 5- تسجيل الرهن العقاري تأميناً لكتلة الدائنين (المادة 254 من القانون التجاري)
 - 6- سقوط بعض الحقوق المدنية و السياسية عن المفلس (المادة 149 من القانون التجاري)
- (2) آثار الإفلاس بالنسبة للدائنين : و نجد منها :

(أ) يحق لكل شخص يملك حقاً موجوداً في حيازة المفلس إسترداده عن طريق طلبه سواء تعلق الأمر بالأموال أو البضائع المودعة لدى المفلس أو أسناد تجارية .

(ب) حق البائع في استرداد البضاعة المباعة التي لم تصل إلى المشتري المفلس .

(ج) حق مؤجر العقار حبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة ضماناً لحقوقه⁽¹⁾ .

و تناط مهمة إدارة و تصفية أموال المفلس إلى وكيل التفليسة أو وكلاء التفليسة يعملون تحت إشراف و رقابة

القاضي المنتدب وذلك وفقاً لنص المادة 235 من القانون التجاري .

و تعمل إدارة التفليسة بالتحقق من موجودات المفلس وذلك :

- بوضع الأختام بالشمع .
- قيام بعملية الجرد للموجودات .
- تدقيق دفاتر المفلس .
- تحصيل الديون .
- الإستمرار في تجارة المفلس .

(1) - أنظر الدكتور : صبحي عرب " محاضرات في القانون التجاري " ، الإفلاس و التسوية القضائية - المرجع السابق- ص 82 وما يليها .

و تنتهي التفليسة إما بالصلح يعقد بين المفلس ودائنه سواء كان صلحا وديا أو قضائيا ، ويكون هذا الصلح قبل صدور الحكم بالإفلاس ، أو يكون بعد شهر الإفلاس ، و إما إعلان حالة الإتحاد بين الدائنين وذلك بتصفية موجودات المفلس و توزيع حاصل التصفية على الدائنين ، و إما إقفال التفليسة لعدم كفاية الموجودات .

و الإفلاس إما أن يكون إفلاسا بسيطا هو حالة التاجر الذي توقف عن دفع ديونه التجارية نتيجة ظروف لا يد له فيها أثرت على المركز المالي حيث يقوم التاجر المفلس بإخبار القاضي عن توقفه عن دفع ديونه التجارية و يثبت بذلك حسن نيته مدعما ذلك من خلال دفاتره التجارية الإلزامية وغير الإلزامية المنتظمة مما يفيد للإستفادة من الصلح الواقعي من الإفلاس أو الصلح القضائي .

أما الإفلاس بالتدليس فهو حالة التاجر الذي توقف عن دفع ديونه التجارية قصد الإضرار بدائنه ، ولقد اعتبره المشرع الجزائري جرما يعاقب عليه بالحبس من سنة إلى خمس سنوات طبقا لنص المادة 383 فقرة 02 من قانون العقوبات .

المطلب الثاني : الإثبات في مواد الإفلاس :

أولا : إثبات صفة التاجر :

تنص المادة الأولى من القانون التجاري على أنه : " يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذ مهنة معتادة له ، ما لم يقضي بخلاف ذلك " .

و بالتالي فالتاجر هو من يمارس نشاط تجاري على سبيل التكرار و يتخذ حرفة له .

و يلتزم التاجر ببعض الإلتزامات التجارية منها :

-القييد في السجل التجاري .

-مسك الدفاتر التجارية الخ .

و بما أن التجارة تقوم على أساس عاملين أساسيين وهما الثقة و الإئتمان التجاري كون أغلب العمليات التجارية بين التاجر تتم بأجل و لحماية ذلك أوجد المشرع نظام الإفلاس الذي يؤدي بالتاجر الذي توقف عن دفع ديونه التجارية عند حلول تاريخ استحقاقها إلى شهر إفلاسه ، و بالتالي يقتصر تطبيق نظام الإفلاس على التجار دون غيرهم ، والتجار حسب نص المادة الأولى من القانون التجاري هم إما الأفراد كأشخاص طبيعيين الذين تكون مهنتهم القيام بأعمال تجارية ، و إما الشركات كأشخاص معنويين التي يكون موضوعها تجاري .

و لإثبات صفة التاجر علينا التطرق إلى :

- على من يقع عبء إثبات صفة التاجر؟
- وما هي طرق إثبات صفة التاجر؟

إن عبء إثبات صفة التاجر يقع على من يدعي وجود هذه الصفة أي على من يطلب إعلان الإفلاس وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة في الإثبات "البينة على من ادعى" .

فقد يكون إثبات ذلك إما من طرف التاجر المفلس الذي توقف عن دفع ديونه التجارية حيث يتقدم بطلب إلى المحكمة يطلب شهر إفلاسه .

و إما يكون ذلك من طرف دائنين التاجر المفلس حيث يقع عليهم إثبات صفة التاجر من أجل تطبيق عليه أحكام الإفلاس .

كما يمكن للمحكمة أن تثبت الصفة التجارية من تلقاء نفسها و بالتالي تعلن شهر إفلاس التاجر الذي توقف عن دفع ديونه التجارية و ذلك لتعلق نظام الإفلاس و إجراءاته بالنظام العام .

و يتم إثبات صفة التاجر بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و القرائن⁽¹⁾ .

كما يمكن إثبات صفة التاجر من خلال التسجيل في السجل التجاري حيث اعتبره المشرع الجزائري من خلال المادة 21 من القانون التجاري و المادتين الثالثة (03) فقرة 02 و 18 من القانون رقم 22/90 المؤرخ في 18/08/1990 المعدل و المتمم و المتعلق بالسجل التجاري أنه قرينة قاطعة لإكتساب صفة التاجر و هذا يتناقض مع نص المادة الأولى من القانون التجاري التي تقتضي أنه يكتسب صفة التاجر كل شخص يتعاطى الأعمال التجارية و يتخذها مهنة له .

حيث "... يعد تاجرا و يخضع للقانون التجاري من يملك محلا تجاريا و مسجلا في السجل التجاري و يمارس أعماله التجارية على سبيل الإعتياد....." (2) .

و إننا نرى أن القيد في السجل التجاري يعد قرينة بسيطة لإكتساب صفة التاجر قابلة لإثبات العكس حيث أن إكتساب صفة التاجر يكون عن طريق ممارسة الشخص لنشاط تجاري على سبيل التكرار و يتخذ حرفة له ، سواء تم قيده في السجل التجاري أو لم يتم لأن عدم القيد في السجل التجاري لا يشكل إثباتا كافيا لنفي الصفة التجارية التي تربط الممارسة الفعلية للأعمال التجارية و ليس التسجيل في السجل التجاري الذي لا يشكل أكثر من

(1) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف "الكامل في قانون التجارة" ، الجزء الرابع ، الإفلاس ، - المرجع السابق - ص 114 .

(2) - أنظر قرار رقم 41272 بتاريخ 1987/01/03 ، المجلس الأعلى ، الغرفة التجارية و البحرية ، المجلة القضائية ، العدد الثالث ، لسنة 1991 ص 81 وما يليها .

قرينة بسيطة على إعتبار الشخص أو عدم إعتباره تاجرا حيث يمكن للقاضي أن يستند إليها لإثبات صفة التاجر ، كما يمكن أن يستبعدا لوجود عناصر أخرى كافية لإثبات الصحة التجارية ، ويتمتع القاضي بالسلطة التقديرية لتقدير صفة التاجر من خلال الوقائع الثابتة لديه .

أما الشركات التجارية التي يكون نشاطها تجاريا تكتسب هي أيضا صفة التاجر ويتم إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و القرائن و الكتابة الرسمية التي تعد شرطا أساسيا لإنعقادها ، وأداة إثبات لعقد الشركة ، بالإضافة إلى قيد الشركة التجارية في السجل التجاري حيث تكتسب بموجبه الشخصية المعنوية ولكن يبقى دائما أن معيار اكتساب صفة التاجر هو تعاطي أعمال تجارية و اتخاذها كحرفة .

كما يكتسب الشركاء في شركات التضامن و شركات التوصية و شركة المحاصة صفة التاجر ، كما أضفى المشرع الجزائري أيضا هذه الصفة من خلال المادة 31 من قانون السجل التجاري على كل من :

- مدراء الشركات التجارية .

- أعضاء مجلس الإدارة لشركات المساهمة .

- عضو مجلس المراقبة⁽¹⁾ .

و بالتالي فإن معيار اكتساب صفة التاجر هو ممارسة الأعمال التجارية على سبيل التكرار و اتخاذها مهنة أو حرفة له ، ويتم إثبات صفة التاجر بكافة طرق الإثبات ، ويؤدي اكتساب صفة التاجر الخضوع إلى قواعد القانون التجاري ، و بالتالي الخضوع لأحكام نظام الإفلاس .

ثانيا : إثبات التوقف عن الدفع :

إن توقف التاجر عن وفاء ديونه التجارية في أجال إستحقاقها يؤدي حتما إلى إفلاس التاجر، ويقع عبء إثبات توقف التاجر عن الدفع إما على الدائن عندما يقدم بإقرار كتابي إلى المحكمة يتضمن الحكم بشهر إفلاس التاجر المدين.

كما يمكن للتاجر المفلس أن يتقدم بإقرار كتابي إلى المحكمة يدلي فيه عن توقفه عن دفع ديونه التجارية ، وهذا الإقرار يكون بمثابة إثبات لحسن نية التاجر خاصة إذا كان التاجر المفلس يمسك دفاتر تجارية منتظمة يقيد فيها جميع العمليات التجارية .

وبالإضافة إلى ذلك و نظرا لتعلق نظام الإفلاس بالنظام العام يجوز للمحكمة أن تثبت توقف التاجر عن توقفه عن دفع ديونه التجارية من تلقاء نفسها بالتالي الحكم بشهر إفلاس التاجر مما يؤدي إلى غل يد التاجر عن إدارة

(1) - تنص المادة 31 فقرة 01 من القانون 22/90 المتعلق بالسجل التجاري على أن : " تكون لكل أعضاء مجالس الإدارة و الرقابة على الشركات التجارية ، صفة التاجر بعنوان الشخصية المعنوية التي يضطلعون نظاميا بإدارتها و تسييرها " .

أمواله و التصرف فيها .

و يتم إثبات توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية بكافة طرق الإثبات التي تفيد امتناع المدين عن الدفع و عجزه عن الوفاء بديونه التجارية⁽¹⁾ بما في ذلك شهادة الشهود ، أو الدفاتر التجارية كأن يفيد التاجر أنه إشتري بضاعة عن تاجر الجملة و سيتم تسديد ثمنها خلال أسبوع ، وبالتالي فإن عدم دفع التاجر لثمن البضاعة عند حلول تاريخ الإستحقاق فإن ذلك يعد بمثابة دليلا عن توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية إلى غاية إثبات العكس .

كما يمكن إثبات توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية عن طريق الأَسناد التجارية سواء تعلق الأمر بالسفتجة أو شيك أو سند لأمر ، فإن عدم وفاء التاجر المدين بقيمة السند لدى الإطلاع أو عند حلول أجل الإستحقاق يعد ذلك دليلا كافيا عن توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية مما يؤدي إلى شهر إفلاسه .

و لإثبات توقف التاجر عن الوفاء بديونه التجارية يجب :

- 1) إثبات أن الدين تجاري .
- 2) إثبات قيمة الدين .
- 3) إثبات الدين بواسطة محرر⁽²⁾ .

و يعين تاريخ التوقف عن الدفع في الحكم القاضي بشهر الإفلاس و تأخذ المحكمة بعين الإعتبار لإثبات و تعيين هذا التاريخ الوقائع الماثلة أمامها في الدعوى و التي يستدل منها على توقف التاجر عن الدفع و إبراز هذه الوقائع هي احتجاجات عدم الوفاء التي يكون التاجر قد تبلغها بناء على طلب دائنيه .

و إن تحديد تاريخ التوقف عن الدفع في حكم شهر الإفلاس يعتبر تحديدا مؤقتا حيث يمكن لوكيل التفليسة أو الدائنين إلى إثبات تاريخ التوقف عن الدفع ، وبالتالي طلب إرجاع هذا التاريخ إلى تاريخ سابق الحكم .

و يعود أمر تقدير حالة التوقف عن الدفع إلى قاضي الموضوع غير أنه يحق للمحكمة العليا أن تدقق فيما إذا كانت الوقائع التي استند إليها قاضي الموضوع تشكل قانونا حالة التوقف عن الدفع ، ولا تثبت حالة التوقف عن الدفع إلا إذا كان الدين الذي لم يدفع في ميعاد استحقاقه غير مختلف عليه فإذا رفض التاجر دفع دين مستحق الأداء بسبب خلاف جدي على الدين بينه و بين الدائن ، فلا يعتبر هذا الرفض توقفا عن الدفع .

و يفيد إثبات توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية في ناحيتين :

(1) - أنظر الدكتور : محمد سامي مذكور ، والدكتور : علي حسن يونس " الإفلاس " - المرجع السابق - ص 117 و ما يليها .

(2) - أنظر الدكتور : إلياس ناصيف " الكامل في قانون التجارة " ، الجزء الرابع ، الإفلاس - المرجع السابق - ص 122 وما يليها .

- الأولى : ناحية شهر الإفلاس .
- الثانية : ناحية تعيين بدأ فترة الريبة (1).

و قد أجاز المشرع الجزائري شهر إفلاس التاجر المتوفى بشرط إثبات أن توقفه عن الدفع كان قبل وفاته وهذا ما يعرف بتفليسة دون مفلس Faillite sans faille ، ويكون طلب شهر إفلاس التاجر المتوفى في ميعاد سنة تحسب من تاريخ وفاته طبقا لنص المادة 219 من القانون التجاري .

كما يجوز أيضا شهر إفلاس التاجر حتى بعد إعتزاله التجارة بشرط إثبات أن تاريخ التوقف عن الدفع كان سابق لتاريخ إعتزاله عن ممارسة التجارة وذلك خلال سنة من شطب المدين لسجله التجاري ، وهذا ما أخذ به الإجتهد القضائي الفرنسي و أقره المشرع الجزائري من خلال نص المادة 220 من القانون التجاري .

ثالثا : إثبات حسن وسوء النية :

الأصل في المواد المدنية أن حسن النية مفترض و سوء النية هو الذي يحتاج إلى إثبات ن بينما في المواد التجارية فكل من حسن النية و سوء النية يحتاج إلى إثبات وذلك راجع إلى كون الأعمال التجارية تقوم على اساس السرعة في المعاملات و الثقة و الإئتمان بين التجار ، فتاجر الجملة يبيع سلعة إلى تاجر التجزئة مع منحه أجل للوفاء ، مما يعود بالفائدة على الطرفين حيث يستطيع تاجر الجملة من تصريف بضاعته بسهولة عندما يمنح تاجر التجزئة مهلة للوفاء من جهة ، فهي أيضا تفيد تاجر التجزئة عند منحه تسهيلات في دفع قيمة البضاعة من جهة أخرى، ويتم تحرير سند بذلك ، كالسفتجة مثلا و التي تعد أداة وفاء و إئتمان تجاري تدفع قيمتها عند حلول الأجل .

و عند حلول أجل الإستحقاق يصبح تاجر التجزئة ملزم بدفع قيمة السند و إلا إعتبر قد توقف عن الوفاء بديونه التجارية مما يؤدي إلى شهر إفلاسه طبقا لنص المادة 215 من القانون التجاري .

غير أنه يصعب عادة التمييز بين ما إذا كان التاجر المفلس حسن النية و الذي توقف عن دفع ديونه التجارية نتيجة عوامل و ظروف خارجة عن إرادته .

أو يكون التاجر المفلس سيئ النية قصد الإضرار بدائنيه .

مما يجعلنا نتساءل : كيف يتم إثبات حسن نية و سوء نية التاجر المفلس ؟ وما هي الآثار المترتبة عن ذلك ؟ .

فحسن النية : يعني أن يلتزم التاجر عند ممارسته الأعمال التجارية بالأمانة ، ويتبع الأصول التجارية و يسلك مسلك الإستقامة و النزاهة . (2)

(1) - أنظر الدكتور: مصطفى كمال طه " أصول القانون التجاري ، الأوراق التجارية و الإفلاس " منشورات الحلبي الحقوقية ، 2006 ص 261 وما يليها

(2) - أنظر الدكتور : مصطفى كمال طه " الوجيز في القانون التجاري " - المرجع السابق- ص 655.

غير أنه و لظروف خارجة عن إرادته لم يكن بوسعها توقعها أو تجنبها أدت إلى اضطراب أعماله و تزعزع مركزه المالي وذلك رغم محاولته تدارك الأمور ، وحسن إرادته وعدم مبالغته في مصاريفه ، مما أدى إلى توقفه عن دفع ديونه التجارية و بالتالي شهر إفلاسه .

ويتم إثبات حسن نية التاجر المفلس بكافة طرق الإثبات، خاصة عن طريق دفاتره التجارية سواء كانت إلزامية أو إختيارية بشرط أن تكون منتظمة و مستوفيه لجميع الشروط القانونية حيث يكون التاجر قد قيد فيها جميع عملياته التجارية بانتظام و تسلسل حسب تواريخ وقوعها دون ترك بياض أو فراغ أو نقل إلى الهامش أو محو أو تعديل بعض البيانات في الدفتر أو تمزيق بعض صفحاته و بالتالي فالدفاتر التجارية المنتظمة تعد قرينة على حسن نية التاجر المفلس حتى إثبات العكس، وأن توقفه عن دفع ديونه التجارية كان لسوء حظه نتيجة اضطراب أعماله التجارية .

و من خلال ذلك يحق للتاجر المفلس حسن النية أن يتقدم إلى المحكمة التي يقع فيها محله الرئيسي بطلب الصلح الواقعي من الإفلاس ، حيث يرفق هذا الطلب بالوثائق التالية :

- (1) نسخة من مستخرج القيد في السجل التجاري .
- (2) الدفاتر التجارية المنتظمة سواء كانت إلزامية أو إختيارية .
- (3) بيان عن أسماء جميع الدائنين وعنوانهم مع ذكر مبلغ دين كل واحد منهم .
- (4) إذا كان طالب الصلح شركة تجارية ، فلا بد من تقديم نسخة من قانونها الأساسي .
- (5) على التاجر المدين تقديم بيان مفصل عن أعماله التجارية و الأسباب التي دفعته إلى تقديم الطلب مع ذكر الإقتراحات التي ينوي عرضها على دائنيه مع الضمانات العينية و الشخصية التي يقدمها لدائنية سواء كانت كفالات ، أو رهون أو تأمينات التي من شأنها أن تكون ضمان لإلتزامات المدين (1).

فيقوم القاضي المنتدب بإستدعاء جميع الدائنين المقبولة دينهم للمداولة في أمر الصلح طبقاً لنص المادة 287 من القانون التجاري ، خلال الثلاثة أيام التي تلي إغلاق كشف جدول الديون طبقاً لنص المادة 314 من القانون التجاري ، أو خلال ثلاثة أيام التي تلي قرار المحكمة القاضي بقبول الدائنين في المناقشات وفقاً لنص المادة 317 من القانون التجاري ، ويتم ذلك عن طريق إعلان ينشر في الصحف أو الإستدعاء الشخصي لكل دائن عن طريق كتابة الضبط حيث يحدد هذا الإستدعاء تاريخ و مكان إنعقاد الجلسة .

و تعقد الجلسة تحت إشراف القاضي المنتدب حيث يقوم وكيل التفليسة بسرد ما ورد بشأن الصلح و مقترحات المدين حول ذلك ، ويتم بعد ذلك التصويت على الصلح حيث يشترط لإنعقاد الصلح موافقة الأغلبية

(1) - أنظر الدكتور : رزق الله انطاكي ، و الدكتور : نهاد السباعي " الوجيز في الحقوق التجارية البرية " - المرجع السابق - ص 791 وما يليها .

العددية للدائنين المقبولة ديونهم الذين إشتراكوا في التصويت و أن تمثل هذه الأغلبية الثلثين لمجموع الديون .
و يتضمن عقد الصلح ، إما منح أجال للمفلس من أجل دفع ديونه التجارية و إما تنازل الدائنين عن جزء من الدين و قبض الباقي من الدين خلال مدة .

و بعد التصويت على الصلح يعرض على محكمة التفليسة من أجل التصديق عليه و يصبح ساري المفعول ،
و تسجيل أحكام التصديق على الصلح في السجل التجاري و نشر ملخصها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية
(BoaL) ، مع إعلانها بقاعة جلسات المحكمة لمدة ثلاثة أشهر⁽¹⁾ ، أما إذا رفضت المحكمة تصديق الصلح إعتبرت
التفليسة بحالة إتحاد .

أما سوء النية : فيعني توقف التاجر المدين عن دفع ديونه التجارية عند حلول أجل إستحقاقها قصد الإضرار
بالدائنين أو نتيجة تقصيره و يكون ذلك بقيامه ببعض الأعمال و التصرفات تكون منافية لأصول التجارة التي تقوم على
أساس الثقة و الإئتمان التجاري فقد يكون قد حكم عليه سابقا بالإفلاس ، أو إيفاء أحد الدائنين قصد الإضرار بجماعة
الدائنين ، أو حكم عليه بالسرقة ، أو التزوير أو أخفى حساباته أو إختلس أو بدد كل أو بعض أصوله الخ مما يؤدي
إلى شهر إفلاسه و بالتالي ترفض المحكمة طلب الصلح الواقى من الإفلاس .

و يتم إثبات سوء نية التاجر المفلس بكافة طرق الإثبات بما في ذلك دفاتره التجارية خاصة إذا كانت هذه
دفاتر غير منتظمة أو لم يمسه التاجر أصلا الدفاتر التجارية .

و يكون شهر إفلاس التاجر سيئ النية الذي توقف عن دفع ديونه التجارية قصد الإضرار بدائنيه أو نتيجة
إهماله إما إفلاسا بالتقصير أو إفلاسا بالتدليس .

و يكون الإفلاس بالتقصير عند تقصير و إهمال التاجر في إدارة أعماله التجارية مما ينجم عنه هدر لحقوق
الدائنين ، وقد فرق المشرع بين نوعين من الإفلاس بالتقصير :

فأما أن يكون الإفلاس بالتقصير و جوبي تلتزم بموجبه المحكمة ، في حالة ثبوته بإشهار إفلاسه و إنزال العقوبة
بالمفلس وهو ما نصت عليه المادة 370 من القانون التجاري التي حددت حالاته و التي تنص : " يعد مرتكباً لتفليس
بالتقصير كل تاجر في حالة توقف عن الدفع يوجد في إحدى الحالات الآتية :

1) إذا ثبت أن مصاريفه الشخصية أو مصاريف تجارته مفرطة .

2) إذا إستهلك مبالغ جسيمة في عمليات نصيبية محضنة أو عمليات وهمية

(1) - أنظر : نص المادة 228 من القانون التجاري .

(3) إذا كان قد قام بمشتريات لإعادة البيع بأقل من سعر السوق بقصد تأخير إثبات توقفه عن الدفع أو إستعمل بنفس القصد وسائل مؤدية للإفلاس ليحصل على أموال .

(4) إذا قام التوقف عن الدفع بإيفاء أحد الدائنين إضرار بجماعة الدائنين .

(5) إذا كان قد أشهر إفلاسه مرتين و أقفلت التفليستان بسبب عدم كفاية الأصول .

(6) إذا لم يكن قد أمسك حسابات مطابقة لعرف المهنة نظرا لأهمية تجارته .

(7) إذا كان قد مارس مهنته مخالفا لخطر منصوص عليه في القانون ."

أو قد يكون الإفلاس بالتقصير إختياري بموجبه يكون للقاضي السلطة التقديرية بالحكم به أم لا وهو ما نصت عليه المادة 371 من القانون التجاري على أن : " يجوز أن يعتبر مرتكبا للتفليس بالتقصير كل تاجر في حالة توقف عن الدفع يوجد في إحدى الحالات الآتية :

(1) إذا كان قد عقد لحساب الغير تعهدات ثبت أنها بالغة الضخامة بالنسب لوضعه عند التعاقد بغير أن يتقاضى مقابلها شيئا .

(2) إذا كان قد حكم بإفلاسه دون أن يكون قد أوفى بالتزاماته عن صلح سابق .

(3) إذا كان لم يقيم بالتصريح لدى كاتب ضبط المحكمة عن حالة التوقف عن الدفع في مهلة خمسة عشر يوما دون مانع مشروع .

(4) إذا كان لم يحضر بشخصه لدى وكيل التفليسة في الأحوال و المواعيد المحددة ، دون مانع مشروع .

(5) إذا كانت حساباته ناقصة أو غير ممسوكة بانتظام .

بالنسبة للشركات التي تشتمل على شركاء مسؤولين بالتضامن بدون تحديد عن ديون الشركة يجوز أن يعتبر الممثلون القانونيون مرتكبين للتفليس بالتقصير إذا بغير عذر شرعي لم يقوموا بالتصريح لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة خلال الخمسة عشر يوما عن حالة توقف عن الدفع دون مانع مشروع أو لم يتضمن هذا التصريح قائمة بالشركاء المتضامنين مع بيان أسمائهم و موطنهم " .

و قد إعتبر المشرع الجزائري الإفلاس بالتقصير جنحة يعاقب عليها بالحبس من شهرين إلى سنتين طبقا لنص المادة 383 فقرة 01.

أما الإفلاس بالتدليس فهو حالة توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية قصد الإضرار بدائنيه سواء بإنقاص أصوله بغير حق أو زيادة خصومه أو أخفى دفاتره التجارية.... الخ ، وذلك ما نصت عليه المادة 374 من القانون التجاري على أن : " يعد مرتكبا للتفليس بالتدليس كل تاجر في حالة توقف عن الدفع يكون قد أخفى حساباته

أو بدد أو إختلس كل أو بعض أصوله أو يكون بطريق التدليس قد اقر بمديونيته بمبالغ ليست في ذمته سواء كان هذا في محرراته بأوراق رسمية أو تعهدات عرفية أو في ميزانيته ".
و الإفلاس بالتدليس إعتبره المشرع الجزائري جنحة يعاقب عليها بالحبس من سنة إلى خمس سنوات مع إمكانية حرمان التاجر المفلس لنفس المدة من حقوقه المدنيو و السياسية وذلك طبقا لنص المادة 383 فقرة 02 و 03 من قانون العقوبات .

المبحث السادس : الإثبات في التجارة الإلكترونية

تشهد الحقبة الأخيرة من الزمن تطورا علميا و تقنيا منقطع النظير في شتى مناحي الحياة ، ومن بين ما يشهده العالم من مستحدثات تكنولوجية ما يعرف بالحاسب الألي ، والذي دخل أغلب مجالات الحياة بلا إستثناء ، فلا يكاد يخلو بيت أو جهة حكومية من حاسب ألي يتولى الدور الأساسي و الفعال في تسيير حركة العمل داخل هذه الجهة أو تلك .

و قد أدى ظهور الحاسب الألي و انتشاره و ما تبعه من ظهور الأنترنت إلى قيام ما يعرف بثورة المعلومات و دخول العالم إلى حقبة جديدة من الحضارة تعتمد اعتمادا كليا على المعلومات أو ما يعرف بمجتمع المعلومات .

و إزاء هذا التطور الهائل و السريع ، كان من الضروري الوقوف على كيفية إثبات التصرفات القانونية و المعاملات التجارية التي تتم عبر الحاسب الألي و المرتبط بالشبكة المعلوماتية ، دون إستخدام الأوراق التقليدية ، ومعرفة مدى حجية مخرجات هذه الوسائل في الإثبات ، لا سيما في ظل القواعد القانونية الحالية للإثبات ن وكذلك مدى تكيف هذه الوسائل مع النصوص الحالية ، أو بعبارة أخرى مدى إستيعاب النصوص الحالية للإثبات لهذه المخرجات .

المطلب الأول : مفهوم التجارة الإلكترونية :

إن مما لا شك فيه أن التقدم التكنولوجي أظهر لنا العديد من التوابع ، وكان من أهم هذه التوابع هي التجارة الإلكترونية ، فقد بدأت التجارة الإلكترونية تغزو العالم بأجمعه حتى أصبح من لا يمارسها يعتبر متخلفا عن ركب الحضارة ، و مما أدى إلى زيادة أعداد الممارسين لهذه التجارة مزاياها الكثيرة و ما تحققه من فوائد قد لا تتحقق عن طريق التجارة التقليدية .

أولا : تعريف التجارة الإلكترونية :

يمكننا تعريفها بأنها تبادل للسلع و الخدمات عن طريق وسيط إلكتروني ، وتتم بواسطة بعث رسائل بيانية مصحوبة بتوقيع إلكتروني لصاحب هذه الرسالة لمن يتم التعاقد معه (1) .

و مفهوم العقد الإلكتروني هو كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض أو تبادل وثائق كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني .

و تعرف هذه الوثائق أو المحررات الإلكترونية بأنها كل رموز أو إشارات أو كتابات أو أصوات أو صور أو معلومات أيا كانت طبيعتها ، يتم إرسالها أو إستقبالها أو تخزينها من خلال وسيط إلكتروني (2) .

فعقود التجارة الإلكترونية تنعقد بين أشخاص لا يرى كل منهم الآخر ، وقد يحملون جنسيات مختلفة ، وليس لهم في الغالب سابق معرفة ، كما أنها تنعقد في الحال بعيدا عن الشكل التقليدي الذي تتخذه العقود العادية من كتابة ورقية ومواعيد و أجال للتعاقد ...إلى غيرها من الشكليات المتعارفة .

فالكتابة الإلكترونية تتمثل في نص مكتوب إلكترونيا و صوراً ورسومات مصاحبة له على شاشة الحاسب الألي وكذلك توجد معطيات مرتبطة بهذا النص ومخزنة في ذاكرة الحاسوب الرقمية ، وكل هذا متصل بجهاز الطباعة المرتبط بجهاز الحاسوب الذي يمكن من خلاله نقل النص المكتوب إلكترونيا إلى الكتابة الورقية .

فالمتعامل أو المشتري يدخل هذا السوق من خلال زيارته لمختلف المواقع الخاصة بالشركات و التجارة عبر شبكة الأنترنت ، فقد يعجب بمنتوج معين فيقرر التعاقد مع الشركة المعلنة و يتم ذلك بمجرد ضغط خفيف على زر

(CLICK) الموجود في الفأرة التابعة لجهاز الكمبيوتر على الخانة المخصصة لقبول العقد ، وبذلك يكون المتعامل هنا قد قبل الشراء بناء على البيانات و الأوصاف التي حددتها الشركة البائعة .

(1) - أنظر الأستاذ : أحمد المهري " الإثبات في التجارة الإلكترونية " ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004 ، ص 24 .

(2) - أنظر الأستاذ : أحمد المهري - المرجع السابق - ص 25 .

و يمكن تحديد مراحل التجارة الإلكترونية على النحو التالي :

*المرحلة الأولى : مرحلة العرض (إعطاء وعد) ، وهنا يقوم المنتج أو البائع في هذه الحالة بعرض سلعته أو الخدمة

التي يستطيع إنتاجها و تسويقها حسب طلب المشتري و الطلب عموما في السوق الداخلي و السوق الخارجي .

*المرحلة الثانية : مرحلة القبول ، وذلك إذا توصل الطرفان إلى إتفاق يكون فيه قد إلتقى العرض (الإيجاب) بالقبول

و إنعقد العقد و يصدر المشتري قراره بالشراء إلكترونيا .

*المرحلة الثالثة : مرحلة التنفيذ أي الوفاء بالوعد و تشمل بعض الإلتزامات المتقابلة⁽¹⁾ ، مثل قيام البائع أو المنتج

بإعداد السلعة حتى تكون صالحة للتسليم في الداخل أو في الخارج ، ويتم تنفيذ الأمر بالدفع من قبل المشتري أو البنك

الذي يتعامل معه و يتم التسليم الفعلي للسلعة .

ثانيا : خصائص التجارة الإلكترونية :

1- إن التعاملات بين المشاركين في هذه التجارة على إختلاف أنواعها تتم بوسائل إلكترونية بدءا من مرحلة

العرض و انتهاءا بالتسليم .

2- إن هذه التجارة تعتمد على النشاط الخاص إعتقادا يكاد يكون كليا وهذا دون إنكار دور الدولة الأساسي

في توفير بعض المقومات الأساسية .

3- هذه التجارة تسيطر عليها الإقتصاديات المتقدمة خاصة الولايات المتحدة و الدول الأوروبية لأن هذه الدول

تتوافر لديها المقومات الأساسية العلمية و التكنولوجية كما يتوافر لديها إقتصاد قوي و مرن و متطور علاوة على

السياسات التشريعية الملائمة و يضاف لذلك الموارد البشرية القادرة على إستعمال تكنولوجيا المعلومات و التطوير و

الإبتكار المستمر في ألياتها و أدواتها المختلفة .

4- هذه التجارة تنمو و تزدهر كلما حقق الإقتصاد نموا و ازدهارا و حققت مستويات الدخول ارتفاعا أكثر و

تحقق التجارة الإلكترونية دفعا للإنتاج من خلال التسويق كما تحقق المنافسة على المستوى الدولي .

5- تتسم هذه التجارة بالتطور السريع لإرتباطه بالتطور في نظام الحاسبات بدءا من الحاسبات الكبيرة إلى

الحاسبات الشخصية إلى ما يعرف بالإنترنت المحمول .

6- إن السلع و الخدمات تتفاوت أهميتها النسبية في التجارة الإلكترونية حسب درجة تفضيلات المستهلكين

7- أثبتت الدراسات و الإحصائيات حول إستخدام الإنترنت في التجارة الإلكترونية في الدول المتقدمة أن

(1) - أنظر الأستاذ : فيصل سعيد الغريب " التوقيع الإلكتروني وحجته في الإثبات " منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، مصر ، 2005 ص 173 ، 179 .

أكثر الفئات العمرية استخداما هم الذين تتراوح أعمارهم بين 25-30 سنة بنسبة 32 % و من 34-45 سنة بنسبة 24 % ، أما بالنسبة للدول العربية ففي دراسة أجريت عام 1999 أثبتت الإحصائيات أن متوسط أعمار مستخدمي الأنترنت في البلدان العربية يبلغ 29,9 سنة وهذا المتوسط يتجه نحو الإرتفاع مع مرور الوقت (1)

ثالثا : مزايا التجارة الإلكترونية :

إن مزايا التجارة الإلكترونية هي التي أدت إلى عزوف البائعين و المشترين عن أسواق التجارة التقليدية و دخولهم في سوق التجارة الإلكترونية و هو سوق يتميز بالسرعة و البساطة .

و من مميزات التجارة الإلكترونية :

- 1-سهولة توافر كافة المعلومات بفضل انتشار الأنترنت في كل الدول بدءا من الدول الصناعية مرورا بالدول الناشئة إلى الدول النامية و هذه المعلومات تعد الأساس في التجارة الإلكترونية كوسيلة للتبادل السلعي الدولي
- 2-سهولة الإتصال إذ يكفي وجود كمبيوتر و خط هاتفي و بذلك فإن إنتشار التجارة الإلكترونية يرتبط لحد كبير بإنتشار الأنترنت .
- 3-تخفيض تكلفة التبادل التجاري إذ يتم الإتصال عبر شبكة الإتصالات و لا لزوم لتواجد الأشخاص الذي يعد أمرا مكلفا للغاية .
- 4-إلغاء الحواجز أمام التجارة الدولية و التي كانت موجودة مع التجارة التقليدية .
- 5-بفضل التجارة الإلكترونية تتمكن الشركات من إيجاد مصادر دخل جديدة لها وتدل الإحصائيات على أن أهداف الشركات من إيجاد موقع لها على الأنترنت إما أن يكون بغرض تخفيض أو تحسين الخدمة أو زيادة الدخل و التسويق ، وقد بلغت التجارة الإلكترونية في أمريكا نسبة 35% من إجمالي الصفقات التجارية وهذا ما يؤكد فائدة التجارة الإلكترونية في سرعة إنجاز التعامل التجاري وخفض التكاليف (2).
- 6-تعمل التجارة الإلكترونية على رفع مستوى الكفاءة الإنتاجية و ذلك :
 - حيث تعمل على تلاقي عدد كبير جدا من الموردين و المشترين .
 - تخلق سوقا واسعة ما يؤدي إلى خلق منافسة كبيرة و حافز لتحسين و تطوير المنتج .
 - بفضل الألية السريعة في التجارة الإلكترونية أصبح المنتج يمكنه الحصول على المدخلات بالمواصفات التي يريدها وفي الوقت الذي يريده .

(1) - أنظر السيد : أحمد عبد الخالق مقاله بعنوان " التجارة الإلكترونية : أنواعها و تطورها و خصائصها " ، مجلة الأهرام الإقتصادية ، العدد 1637 ، 2003 ، ص 180.

(2) - أنظر الدكتور : لويس حبيقة ، مقاله بعنوان " التجارة الإلكترونية الميزات و التحديات " ، مجلة الأهرام الإقتصادية ، العدد 1636 ، 2002، ص 173.

- إمكانية الإنتاج حسب الطلب ما يؤدي إلى تفادي مشكلة تراكم مخزون السلع غير المطلوبة ..
- إمكانية ربط المشروعات الصغيرة بالمشروعات الكبيرة التي تعمل في نفس المجال ما يعرف بالتعاقد من الباطن .
- تحقيق وفرة من خلال عدم إقامة العديد من الفروع للمشروع الأصلي رغم إتساع نطاقه .

رابعاً : مقومات التجارة الإلكترونية⁽¹⁾

1- البنية الأساسية : يجب أن يساند التجارة الإلكترونية و يدعمها صناعة الحاسب و كذلك المدخلات المادية العديدة و كذلك بعض الصناعات ذات الصلة مثل شبكة التليفونات و التي تحتاج بدورها إلى العديد من الصناعات المغذية لكي تغطي أكبر عدد من المشتركين مع ملاحظة تخفيض التكلفة بالنسبة للمستخدمين و يجب أن يسبق ذلك وجود إقتصاد متطور نسبياً و متنوع و مرن ليكون قادر على تلبية الطلب الفعال سواء على المستوى الدولي أو المستوى المحلي .

و يرتبط بكل ما سبق و يتكامل معه ضرورة وجود قاعدة معلومات وطنية ذات مكون محلي و تربط بين مختلف الأقاليم التابعة للدولة .

2- الثقة و الأمان : نظراً لطبيعة التجارة الإلكترونية فإنه من الضروري أن تكون كل حلقات التعامل التجاري مؤمنة وهذه الحلقات تتمثل في البائع - المشتري - البنوك - شركات التأمين .

3- التنظيم القانوني : يجب لزرع الثقة و الأمان وجود تنظيم قانوني ملائم و مناسب لوضع القواعد المنظمة لمختلف جوانب التجارة الإلكترونية ، لذلك فالأمر يتطلب إجراء تعديلات عديدة على التشريعات المدنية و التجارية و الإقتصادية القائمة .

4- السياسات الإقتصادية الملائمة : فمن المتفق عليه أن القطاع الخاص يلعب الدور الفعال و الرئيسي في نمو التجارة الإلكترونية مما يتطلب تدعيم هذا القطاع و من صور هذا التدعيم الإمتناع عن فرض ضرائب على الرسائل الإلكترونية و كذلك تهيئة البنية الأساسية لهذه التجارة و المساعدة على خفض التكلفة و زيادة القيمة المضافة و تحرير الخدمات في مجال الاتصالات .

5- التعليم و التدريب : تتطلب التجارة الإلكترونية نمطا مختلفا من التفكير و استيعاب المضمون الجديد للعلاقة بين المتعاملين مما يستلزم التركيز على التعليم للتعريف بالتجارة الإلكترونية و مضمونها و أساليبها و أهميتها و كيفية التعامل معها .

أما التدريب فإنه يلعب دورا هاما من ناحية الممارسة و وضع الأصول و المبادئ العامة الأساسية موضع التطبيق .

(1) - أنظر السيد : أحمد عبد الخالق " مقاله بعنوان ماهية التجارة الإلكترونية و مقوماتها " مجلة الأهرام الإقتصادي ، العدد 1636 ، 2002 ص170 .

المطلب الثاني : عقبة الإثبات في التجارة الإلكترونية

أولاً : رأينا أن التجارة الإلكترونية يعترضها الكثير من العقبات إلا أن من أهم هذه العقبات هي: عقبة الإثبات . فالمشتري يدخل سوق التجارة الإلكترونية من خلال زيارته لمواقع الشركات و التجار المختلفة ليتعرف على ما تقدمه هذه الشركات و هؤلاء التجار من سلع و بضائع و خدمات و عند إعجاب المشتري بسلعة ما فإنه يقبل على الشراء بناء على البيانات و الأوصاف التي تذكرها الشركة البائعة وقد تكون هذه الأوصاف و البيانات مضللة و خادعة في كثير من الأحيان فهنا كيف يتم إثبات هذا التعامل الأمر الذي يتعين معه إتخاذ الإجراءات المناسبة لحماية المشتري خاصة و أنه يقوم بدفع ثمن البضاعة مقدما باستخدام البطاقة الائتمانية فعند عدم تنفيذ الشركات أو التجار لإلتزامهم فإن الحل في ظل القانون المدني هو الفسخ .

فتنص المادة 122 من القانون المدني الجزائري على أن (إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض) . فكيف نقوم بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد حتى يستطيع الطرف الذي وقع في براثن عصابة للنصب عبر شبكة الأنترنت استعادة حقه الأمر الذي يؤدي بنا إلى المناذاة بضرورة الإسراع بإصدار قانون موحد للتجارة الإلكترونية في الجزائر يتوافق مع هذا النوع الجديد من التجارة .

و طرق الإثبات المعروفة هي :

- 1-المحررات الرسمية .
- 2-المحررات العرفية .
- 3-شهادة الشهود .
- 4-القراءات .
- 5-اليمين .
- 6-الإقرار .
- 7-المعاينة و الخبرة .

فتحت أي طريقة من هذه الطرق يندرج إثبات التعامل السابق بادئ ذي بدء نقوم باستبعاد القرائن لعدم إنطباقها في هذه الحالة فالقرينة هي ما يستخلصه القاضي أو المشرع من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول فالقرينة تقوم على استنتاج وقائع من وقائع أخرى وقد يقوم بهذا القاضي (القرائن القضائية) وقد يقوم بهذا الإجراء المشرع

نفسه (قرائن قانونية) .

و يدخل في نفس السياق الغستدلال بالمعينة و الخبرة التي لا يمكن الأمر بإجرائها في ظل عدم توافر الشروط القانونية اللازمة لذلك و التي تعتبر من النظام العام ، ونقوم بإستبعاد الإقرار أيضا إذ لو حدث أن أقر أو إعترف الشخص بما يدعيه خصمه الآخر لأدى ذلك إلى حسم النزاع و إعفاء الخصم من إقامة الدليل على ما كان القانون يوجب عليه إثباته .

أما اليمين كوسيلة للإثبات فهو إحتكام لضمير الخصم و يعرف بأنه (إشهاد الحالف الله تعالى على صدق ما يقوله تأكيدا و تعزيزا لهذا القول) ⁽¹⁾ و بما أن هذه الوسيلة تقوم على تحكيم ضمير الخصم فلا مجال لبحثها و إنما يجوز الإثبات بها في نظام التجارة الإلكترونية تجاوزا و ذلك عند عدم وجود طريقا آخر من طرق الإثبات المعدة سلفا

نبدأ أولا بالمحركات الرسمية فهي (التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم علي يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته و إختصاصه)، ومن ثم فإذا لم يتوافر أي شرط من الشروط التي فرضها القانون لإعتبار المحرر رسميا يفقد المحرر صفته الرسمية و لا يكون له إلا قيمة المحرر العرفي متى وقع من ذوي الشأن ، لذا نقوم بإستبعاد المحركات الرسمية لصعوبة تطبيقها في مجال التجارة الإلكترونية .

و هنا تظهر الضرورة للتمييز بين الرسمية و التصديق على التوقيع فهذا الأخير هو إجراء يلجأ إليه ذوو الشأن في الأوراق العرفية و في الغالب يكون ذلك إحتياطيا منهم لإحتمال إنكار من تنسب إليهم هذه الأوراق توقيعهم عليها فيتقدم ذوو الشأن بالورقة إلى مكتب التوثيق ليقوم الموثق بإعتماد توقيعاتهم عليها و يقتصر دور الموثق على ذلك فإذا ما تم هذا الإجراء لم يعد بإمكان من تنسب إليه هذه الورقة في سبيل دفع حجتها في مواجهته إلا أن يقوم بالطعن في التوقيع الموثق عن طريق الطعن بالتزوير .

و هنا يثور التساؤل حول جدية هذه الطريقة من طرق الإثبات في التجارة الإلكترونية .

إن هذه الطريقة وهي المحركات الموثقة يمكن أن تؤتي ثمارها كطريقة فعالة للإثبات و هي أن يتم إنشاء موقع على الأنترنت و يقوم هذا الموقع بوظيفة الموقع الذي يقوم بالتصديق على التوقيعات ⁽²⁾ مع إمداد هذا الموقع بأسماء الشركات أو التجار الموثوق فيهم وذلك في نطاق جغرافي معين فعندئذ يقوم الموثق بدور مزدوج الأول وهو التأكد من أن التاجر أو الشركة الذي يتم التعامل معها من الشركات أو التجار الموثوق فيهم ، و الثاني أن يقوم هذا الموثق بالتصديق على التوقيعات وفي حالة عدم وجود إسم للتاجر أو للشركة مدرج في كشف الثقات يقوم المصدق بإبلاغ الطرف الآخر حتى يعفى نفسه من المسؤولية وفي هذه الحالة تقع المسؤولية على عاتق القابل لهذا العقد مع

(1) - أنظر الأستاذ: محمد شكري سرور " موجز أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية " - الطبعة الثانية 1998 ص 180 بند 153.

(2) - أنظر الدكتور : سعيد السيد قنديل " التوقيع الإلكتروني : ماهيته، صورته، حجته في الإثبات " ، دار الجامعة الجديدة ، 2006 ، ص 16.

علمه بأن التاجر أو الشركة المتعامل معها غير مدرج في كشف الثقات و يمكن القيام بشهر المحررات أيضا عن طريق موقع يكون وظيفته تمكين كل من يريد الإحاطة علما بمضمون بعض المحررات من الإطلاع عليها وهو المحررات المثبتة لحقوق عينية عقارية فهذا النوع من الحقوق لا يكتسب قانونا إلا على العقارات و بالتالي لا يمكن الإحتجاج به على الغير إلا بعد شهر المحررات التي تتضمنه وذلك حماية لكل من يريد التعامل في شأن هذه العقارات

أما المحررات العرفية فهي الكتابة التي يوقعها شخص قصدا إلى أعداد دليل على واقعة و لا يشترط أي شرط شكلي في هذه الكتابة أما أهم ما يميز المحرر العرفي فهو التوقيع و يشترط أن يكون التوقيع قد تم على أصل المحرر أو على الصورة الكربونية أو الضوئية للمحرر .

و هنا يظهر لنا أنه في التجارة الإلكترونية في حالة عدم التصديق على التوقيعات ما حكم هذا المحرر أو العقد الإلكتروني ؟ .

يتبين لنا بتدقيق النظر أن هذا المحرر أو العقد الإلكتروني يعتبر في حقيقة الأمر ما هو إلا محرر عرفي مما يتحتم معه ضرورة إسباغ الحماية المقررة للمحررات العرفية على هذا المحرر الإلكتروني .

أما شهادة الشهود فهي (إخبار الشخص في مجلس القضاء بواقعة حدثت من غيره ترتب حقا لغيره). و شهادة الشهود يمكن تطبيقها في إثبات التصرفات القانونية و ذلك في التجارة الإلكترونية لكن في هذه الحالة نكون مقيدين من ناحية أن شهادة الشهود قد حدد لها القانون نصاب معين تقوم فيه هذه الشهادة مقام الدليل الرئيسي فيجب أن تكون هذه الشهادة في نطاق هذا النصاب في التجارة الإلكترونية و لكن عملا نجد أن هذه الطريقة غير مستخدمة نظرا أن غالبا ما يحدد المشرع أن تكون قيمة المعاملات التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود بحسب الأصل قليلة القيمة .

ثانيا : الحلول القانونية في ظل القوانين السائدة :

يستلزم الفقه و القضاء المعاصران شروط في التجارة الإلكترونية حتى يعتد بها مثل الثقة وعدم الإنكار و السلامة و حماية الخصوصية و إمكانية نسبة المستند إلى موقعه و هذه الأمور يوجد لها حلول في التشريعات السارية في مصر على النحو التالي :

1- إن القانون المدني الجزائري يقرر أن العقد شريعة المتعاقدين و من ثم فإن عقود التجارة الإلكترونية يمكن التفاوض عليها و إبرامها و تنفيذها في الجزائر في ظل التشريعات السارية نوحوا على المبادئ التعاقدية التي يتفق عليها أطراف التعاقد ومثل هذا العقد يجب أن يشمل النواحي الموضوعية بالإضافة إلى الشروط و الأركان التي استلزمها

القانون فيعتبر العقد الإلكتروني صحيحا و قائما طبقا لإرادة المتعاقدين و في ظل النصوص التعاقدية الإتفاقية ما لم يتعارض مع النصوص التشريعية الأمرة الموجودة في القانون الجزائري و كذلك ما لم يتعارض مع النظام العام و الأداب

2- طبقا للقانون الجزائري يجوز أن يكون العقد مكتوب أو غير مكتوب كما أن القانون الجزائري ينظم مسألة التعاقد بين غائبين أو المجلس الحكمي للعقد علما بأن القانون الجزائري يؤيد مبدأ حرية التعاقد بما يؤكد قانونية التعاقد الإلكتروني .

3- وفي مجال الإثبات فإن مبدأ حرية الإثبات هو المبدأ السائد في القانون الجزائري و يجوز الإثبات في المسائل التجارية بأية طريقة من طرق الإثبات ، وإذا كان مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية هو الأصل و الأساس فإنه في المسائل المدنية يجوز قانونا الإتفاق على ما يخالف النصوص الواردة في قانون الإثبات و التي تقيد و تحد بعض وسائل الإثبات المتصلة بالنظام العام و من ثم يجوز الإتفاق على مخالفتها و من ثم يجوز الإتفاق في عقود التجارة الإلكترونية بين المستهلك و التاجر على الإستثناء من كل أو بعض النصوص القانونية غير الأمرة في قانون الإثبات .

4- طبقا لقانون التجارة الجزائري فإن نصوص التعاقد هي التي تحكم العلاقة بين الأطراف و تنطبق نصوص القانون في حالة عدم وجود النصوص التعاقدية على اعتبار أن نصوص القانون التجاري مكمل و إذا لم توجد نصوص تشريعية فإن الأعراف و العادات التجارية هي التي تنطبق ما لم يخالف ذلك النظام العام و الأداب .

5- طبقا للقانون المدني الجزائري يجوز لأطراف التعاقد في التجارة الإلكترونية أن يختاروا قانونا أجنبيا لحكم العلاقة التعاقدية ما لم يخالف ذلك القانون الأجنبي النظام العام و الأداب .

6- يجوز لأطراف التعاقد أن يختاروا القضاء الجزائري لحل المنازعات التي قد تنشأ فيما بينهم في التعامل الإلكتروني أو يختاروا قضاء أجنبيا و طبقا للقوانين الجزائرية تنفذ أحكام المحاكم الأجنبية في الجزائر ما لم تخالف النظام العام و الأداب .

7- يجوز لأطراف التعاقد في العقود الإلكترونية أن يختاروا حلا للمنازعات أسلوب حل المنازعات بطريق التحكيم على أن يكونا شرط التحكيم في العقد أو في مشاركة تحكيم تالية على إبرام العقد ، وهذا ما نظمته المشرع الجزائري و نص عليه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وذلك في المواد من 1006 إلى غاية 1061.

الخاتمة

تعد نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية و أكثرها تطبيقا من الناحية العملية لكون المحاكم لا تنقطع عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض عليها من قضايا فهي تعمل على حسم المنازعات بين المتخاصمين مهما كانت طبيعة النزاع بالطرق القانونية مما يؤدي إلى استقرار المجتمع و تطويره .

و بما أن المعاملات التجارية تقوم على أساس عاملي السرعة و الإئتمان فهي تتعقد بمجرد تبادل الطرفين الإيجاب و القبول بعيدة عن الشكلية المتشعبة التي تتصف بها الأعمال المدنية التي تتطلب وقتا طويلا من أجل إنعقادها ، مما يجعل الأعمال التجارية تتطلب قواعد خاصة بها منها : حرية الإثبات في المواد التجارية حيث يجوز إثبات التصرفات التجارية مهما كانت طبيعتها و مهما كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و القرائن و الدفاتر التجارية و الفواتير و المراسلات الخ استنادا إلى نص المادة 30 من القانون التجاري ، واستثناء 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 لتحضير السند الكتابي .

و الشيء الذي لاحظناه من خلال دراستنا لهذا الموضوع ، أن الإثبات في المواد التجارية بصفة خاصة ، وفي المواد الأخرى بصفة عامة ، يقوم أساسا على قواعد تعمل على تحديد موضوع الإثبات و أهميته و طرق و وسائل إثبات الحقوق المتنازع عليها و قيمة كل دليل في الإثبات و شروط قبوله ، بالإضافة إلى تحديد على من يقع عبء الإثبات و الإجراءات المتبعة أمام القضاء في تقديم الدليل ، مما يعطي لقواعد الإثبات أهمية كبرى لحماية الحق إذ بدونها يتجرد الحق من كل قيمته العملية فوجود الحق دون توفر الدليل عليه يجعله و العدم سواء .

فالإثبات إذا هو حق للخصوم يمارسونه وفقا للقواعد التي حددها القانون بموجبها يحق للمدعي تقديم ماله من أدلة لإثبات ما يدعيه من جهة ، وللمدعى عليه الحق في الرد و النفي وذلك بإقامة الدليل العكسي على ما يدعيه المدعي من جهة أخرى ، وبالتالي يقوم حق الخصوم في الإثبات أساسا على مبدأ " المجابهة بالدليل " فعلى الخصم أن يقوم بتقديم جميع ما عنده من أدلة بالوسائل التي أقرها القانون فله الحق بالإستشهاد بالشهود ، و الإثبات بالقرائن ، و الكتابة الرسمية منها و العرفية ، و الدفاتر التجارية ، و الفواتير ، و الرسائل ، أو استجواب الخصم أو توجيه له اليمين ، أو أية وسيلة أخرى رأت المحكمة وجوب قبولها كأداة إثبات .

وعلى القاضي تمكين الخصوم من ممارسة هذا الحق على أحسن وجه وفق ما يسمح به القانون دون المساس بمبدأ الحياد وإلا اعتبر حكمه مشوبا بالقصور مما يتوجب نقضه ، ويعني حياد القاضي أن يزن المصالح القانونية للخصوم بالعدل و يعمل على حماية عنصر الحياد الذي يجب أن يتحلى به وذلك بعدم الإخلال بحقوق الخصوم في الدفاع، و المساواة بينهم في المعاملة ومنحهم جميعًا فرصًا متكافئة ، بالإضافة إلى ذلك يمنع على القاضي أن يقضي

بعلمه الشخصي على وقائع الدعوى لأن علم القاضي هنا يكون دليلا في القضية و هذا ما يخالف مبدأ حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى .

و يتخذ موقف القاضي إزاء أدلة الإثبات مواقف متباينة بين الإيجابية تارة والسلبية تارة أخرى ، ففي المواد التجارية فقد اتبع مذهب الإثبات الحر أو المطلق إلى حد كبير و ذلك لما تقتضيه المعاملات التجارية من سرعة في التعامل و من ثقة و إئتمان بين التجار و بالتالي يتم الإثبات بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و القرائن ودفاتر التجار ، والفواتير ... الخ ، وللقاضي السلطة الواسعة في تقدير وقبول الأدلة المعروضة عليه من طرف الخصوم و التحري في الواقع محل النزاع ونفس الشيء يسلكه الإثبات في المواد الجزائية حيث يتم الإثبات بكافة الطرق لأنه يقوم أساسا على مبدأ إقتناع القاضي .

أمّا في المواد المدنية فقد أتبع المذهب المقيد الذي يحدد طرق الإثبات التي يلتزم بها القاضي في تقدير الأدلة المعروضة عليه من طرف الخصوم و تحديد قيمتها القانونية .

و مما تجدر الإشارة إليه فإن قواعد الإثبات أتت مشتتة بين قانون المرافعات و القوانين الأخرى كالقانون المدني و التجاري ... الخ ، حيث نظم المشرع الجزائري قواعد الإثبات الشكلية أو الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية أما القواعد الموضوعية فقد أتت مشتتة في عدة قوانين كالقانون المدني و التجاري .. الخ ، مما يصعب على المتخصصين معرفة قواعد الإثبات الشكلية و الموضوعية ، فقد آن الأوان في اقتراح قانون خاص بالإثبات مستقل بذاته ، حتى ييسر على صاحب الحق من التعرف على الدليل الذي يثبت به حقه و الطريقة التي ينتهجها في ذلك أمام القضاء ، كما سبق و انتهجت هذا المسلك بعض الدول و من بينها مصر .

من جهة أخرى بينا أن الإثبات ينصب على مصدر الحق وليس على الحق المدعى به سواء كان هذا الحق شخصيا أو عينيا و يظهر ذلك جليا في المواد التجارية التي أصبح يسيطر عليها طابع العولمة و اتساع مجال التجارة الدولية ، مما يطرح مشكلة تطبيق القانون الأجنبي من طرف القضاء الوطني لأن قواعد الإسناد تقتضي أن يأخذ القانون الأجنبي حكم القانون الوطني و يصبح القاضي ملزم بتطبيق قواعد القانون الأجنبي ، غير أن الإشكال يثار حول تحديد الإعترافات في تطبيق هذا القانون : هل تطبيق القانون الأجنبي يعد مسألة قانون بموجبها يجب على القاضي أن يعتبر أحكامه جزء من قانونه الوطني ، فعليه أن يبحث من تلقاء نفسه عن أحكامه الواجبة التطبيق في القضية المعروضة أمامه ، أم يعد مسألة واقع يترك إثباته للخصم الذي يتمسك بتطبيقه ، و استنتجنا في الأخير أن الرأي الراجح أن تطبيق القانون الأجنبي هو مسألة واقع وليس مسألة قانون لأنه من الصعب على القاضي الوطني الإمام بالقوانين الأجنبية كما يعلم بقانون بلده ، بالإضافة إلى وجود عوامل أخرى تعيق ذلك كعامل اللغة ، و الترجمة ومراقبة عمل المترجم ... الخ ، لذلك يتعين أن يترك للخصوم أنفسهم إثبات القانون الأجنبي.

وللعرف أيضا دور هام في المواد التجارية حيث يعتبر قاعدة درج عليها التجار فترة طويلة من الزمن ولدت لديهم الاعتقاد بالزاميتها وضرورة احترامها ولقد ظل القانون التجاري فترة طويلة من الزمن قانونا عرفيا محصنا وحتى بعد تقنيه مازال له دور هام وذلك راجع لعجز القانون على متابعة حاجيات التجارة المتجددة وتطورها والتي لا تزال كثير من النظم التجارية كالبيوع البحرية تنظمها الأعراف التجارية، وأن تطبيق العرف يعد مسألة قانون بموجبه يكون القاضي ملزم بتطبيق القاعدة العرفية، أما من الناحية العملية فيعتبر العرف مسألة واقع حيث يكلف الخصوم بإثباته . ومن خلال ذلك نرى أنه من الأجدر على المشرع الجزائري إنشاء محاكم تجارية مستقلة ،تختص بالنظر في القضايا التجارية،يعين في تشكيلتها إلى جانب القاضي المختص عضوين من التجار ممن لهم سمعة طيبة في السوق ينتخبون من غرفة التجارة وتكون لهم دراية واسعة بالعرف والعادات والقواعد التجارية فيكون رأيهم استشاريا بالنسبة للقاضي .

و بينا في المبحث الرابع من الفصل الأول أن عبء الإثبات يوزع عملا بين الخصمين في الدعوى حيث ينتقل من على عاتق الطرف المدعى إلى عاتق الطرف الأخر المدعى عليه فإذا أقام المدعي دليلا على رجحان إدعائه أصبح من واجب المدعى عليه تنفيذ و دحض ذلك الإدعاء بتقديم الدليل العكسي و بالتالي يتبادل الطرفان عبء الإثبات حتى يعجز أحدهما فيخسر دعواه .

و قد عمد القانون المدني على تحديد الطرق القانونية العامة التي يتم بموجبها إثبات الحق المتنازع عليه ، واعتبر الكتابة بصفة عامة و الكتابة الرسمية بصفة خاصة أهم و أقوى طرق الإثبات لما تمتاز به من قوة مطلقة حيث تصلح لإثبات جميع التصرفات التي تزيد قيمتها عن مئة ألف دينار جزائري (100.000 دج) أو غير محددة القيمة طبقا لنص المادة 333 من القانون المدني ، وبالتالي تكون الكتابة دليلا كاملا لا يمكن الطعن فيه إلا عن طريق التزوير .

كما تعد الكتابة الرسمية أيضا من أهم طرق الإثبات في المواد التجارية حيث أصبحت مع مرور الزمن تحتل مكانة كبيرة ، فهي من جهة تعد شرطا أساسيا لانعقاد التصرف القانوني ،ومن جهة أخرى تعد كأداة إثبات التصرف التجاري مهما كانت قيمته ،إلى جانب ذلك اشترط المشرع القيد لدى السجل التجاري من أجل اكتساب صفة التاجر .

و بالإضافة إلى الكتابة فإن لطرق الإثبات الأخرى كشهادة الشهود و القرائن و الإقرار و اليمين و المعاينة و الخبرة أهمية كبيرة في المواد التجارية و ذلك 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 كالدفاتر التجارية ، والفواتير المقبولة و الرسائل أو أية وسيلة أخرى رأت المحكمة وجوب قبولها .

و من خلال ذلك يمكن القول أن مجال الإثبات في المواد التجارية عرف تطوراً كبيراً أملتته تطور التجارة الدولية و التطور التكنولوجي حيث أصبحت تبرم العقود التجارية عن طريق الهاتف و الفاكس و التلكس و البريد الإلكتروني ، حيث ظهر ما يسمى بالتجارة الإلكترونية التي اتجهت إليها العديد من الأنظمة الدولية بتنظيمها و انتهاجها كنوع جديد من التجارة لها اعتماد و نظام خاص مما يجعل إثباتها يتم بكافة طرق الإثبات .

و تعد الدفاتر التجارية من أهم و أقوى طرق الإثبات في المواد التجارية نظراً لما تحتويه من بيانات قيدها التاجر في دفاتره التجارية متعلقة بتجارته ، لذلك فإن للدفاتر التجارية مفعول ذو حدين ، فقد تكون لها حجية في الإثبات لمصلحة التاجر ضد خصمه من خلال البيانات المدونة بها بشرط أن تكون منتظمة و ذلك خلافاً للقاعدة العامة للإثبات في المواد المدنية التي تقتضي أنه لا يجوز للشخص أن ينشئ دليلاً لنفسه و بنفسه ، كما قد تكون لهذه الدفاتر قوة ثبوتية ضد التاجر و يتعين عليه تقديمها إلى المحكمة إذا تقدم خصمه بطلب ذلك من أجل الإطلاع عليها و استخلاص الدليل منها و هذا أيضاً خلافاً للقاعدة العامة في الإثبات في المواد المدنية التي تقتضي أنه لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه .

و لكن رغم نجاعة وقوة الدفاتر التجارية في الإثبات إلا أن الواقع في الجزائر يبين أن أغلب التجار لا يمسكون الدفاتر التجارية أصلاً و يقبلون بالضريبة الجزافية التي تؤذيهم أحياناً ، وفي رأينا فإن الدفاتر التجارية تعد حماية للتاجر وليس سيفاً مسلطاً عليه لأن التاجر الذي لا يحقق أرباحاً أو تعرضت تجارته للخسارة ، فلا تترتب عليه أية ضريبة كانت ومهما كان نوعها ، لكن يجب أن يثبت ذلك عن طريق دفاتره التجارية المنتظمة .

كما بينا أن بعض العقود التجارية لها كفاية ذاتية في الإثبات و ذلك من خلال البيانات المدونة فيها و بالتالي فهي لا تحتاج إلى طرق إثبات أخرى وخير مثال على ذلك نجد في عقد النقل البري للأشخاص و البضائع ، حيث تحتوي كل من تذكرة النقل و الإيصال عن الأمتعة ، ووثيقة أو سند الشحن على بيانات خاصة بهوية المسافر و البضاعة و الأمتعة ، فهذه البيانات تثبت عقد النقل و التزامات طرفي العقد ، والمسؤولية المترتبة عن هذا العقد و بالتالي فهذه البيانات لها كفاية ذاتية في الإثبات .

والمعمول به في المواد التجارية أن المعاملات تتم بأجل، بموجبها يبيع تاجر الجملة السلعة إلى تاجر التجزئة مع منحه أجل للوفاء مما يعود بالفائدة على الطرفين حيث يستطيع تاجر الجملة من تصريف بضاعته بسهولة عند منحه تاجر التجزئة مهلة للوفاء من جهة و تفيد تاجر التجزئة عند منحه تسهيلات في دفع قيمة البضاعة من جهة أخرى ، ويتم تحرير سند بذلك ، وبالتالي للأسناد التجارية حجية في الإثبات فهي تتمتع بكفاية ذاتية في الإثبات من خلال

البيانات اواردة فيها إلا أننا يجب توضيح ما يلي :

1- أن الأسناد التجارية التي نظمها المشرع من خلال الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26/09/1975 و التي تتمثل

في السفتحة ، سند لأمر ، و الشيك تتمتع بكفاية ذاتية و مطلقة في الإثبات لكونها تمثل نقودا وقابلة للتداول بالطرق التجارية بالإضافة إلى أن قانون الصرف الموحد المنبثق عن اتفاقية جنيف عام 1930 المنظمة للسفتحة و سند لأمر ، و اتفاقية جنيف عام 1931 المنظمة للشيك يعتبرهم من الأسناد التجارية .

2- إن الأسناد التي نظمها المشرع الجزائري من خلال المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 1993/04/25 ، وهي : سند الخزن ، وسند النقل وعقد تحويل الفاتورة لها كفاية ذاتية في الإثبات من خلال البيانات الواردة فيها غير أن هذه الكفاية في الإثبات تعد نسبية كونها تمثل بضاعة ، ولا تحل محل النقود في التعامل ، ولم يأخذ العرف بما كسند من الأسناد التجارية ولم تعتبرها اتفاقية جنيف لقانون الصرف الموحد من الأسناد التجارية ، ويقتصر تداول هذه الأسناد في داخل إقليم الجزائر و بالتالي ليست لها الصفة الدولية ، مما يتوجب على المشرع الجزائري إعادة النظر في المرسوم التشريعي رقم 1993/04/25 ، و استبعاد هذه الأوراق المالية كأسناد تجارية .

ومما يجدر الإشارة إليه أنه عند حلول أجل الإستحقاق يصبح التاجر المدين ملزم بدفع قيمة السند وإلا اعتبر قد توقف عن دفع ديونه التجارية مما يؤدي إلى شهر إفلاسه، وبالتالي فهو إجراء قضائي من أوله إلى آخره يتم تحت إشراف القاضي، الغرض منه إثبات توقف التاجر المفلس عن دفع ديونه التجارية من جهة ، وحماية حقوق الدائنين من جهة أخرى .

و لكن يعاب على نص المادة 215 من القانون التجاري التي تعتبر أن الإفلاس يشمل جميع المدينين سواء كانوا تجارا أو غير تجار ، مع العلم أنه متعلق بالأعمال التجارية و التجار و أيضا بدين تجاري مما يستدعي تعديل نص هذه المادة وجعلها تقتصر نظام الإفلاس و التسوية القضائية على التجار فقط دون سواهم ، أما غير التجار فهم يخضعون لنظام الإعسار المنصوص عليه في القانون المدني من خلال المواد 235 و 276 و ما يليها .

وينا أيضا أنه أصبح من اللازم على المشرع الجزائري إحداث محاكم تجارية منفصلة على مستوى كامل التراب الوطني تختص بالنظر في الدعاوى التجارية و من بينها قضايا الإفلاس و التسوية القضائية تكون أحكامها مشمولة بصيغة النفاذ المعجل خاصة و أن الجزائر انتهجت نظام الإقتصاد الحر الذي يتطلب السرعة في حل المنازعات .

ومما لا شك فيه ، أن الجزائر بلد سائر في طريق النمو و مقبل على تحديات كبيرة تأتي في مقدمتها ما يعرف بـ"العولمة" أو الإنفتاح على الخارج ، فلقد أصبحت التكنولوجيا ووسائل المعاملات الحضارية الحديثة تسهر على توفير أحسن خدمة للفرد داخل المجتمع ، وتسهل نمط عيشه في معاملاته اليومية.

وللتجارة الإلكترونية مكانة في هذا التطور ، فلقد أصبحت رائجة في بلدنا و بكثرة خاصة في السنوات الأخيرة ، مما يستوجب على المشرع الجزائري أن يلتفت و يخص هذا الجانب باهتمام بليغ بما يتماشى مع القوانين الوطنية السائدة ، و الغرض منه هو حماية المواطن الجزائري و توعيته ، والنهوض بالإقتصاد و التطور .

المخلص

تنصب دراستنا لهذا البحث حول موضوع الإثبات بصفة عامة ، وعلاقته بالأمور التجارية بصفة خاصة ، حيث يثار التساؤل حول ماهية طرق ووسائل الإثبات التي اعتمدها المشرع في النظام القانوني الجزائري؟ وبالأخص في التقنين المدني والتجاري؟ وماهي خصوصياتها والدور الذي تلعبه نظرية الإثبات في حسم المنازعات التجارية؟

وللإجابة على هذه التساؤلات ارتأينا أن نقسم دراستنا إلى فصلين ، فقمنا بالتناول في الفصل الأول الأساسيات التي تقوم عليها نظرية الإثبات ، حيث تشتمل على مبادئ أساسية : منها مبدأ حياد القاضي ، ومبدأ حق الخصوم في الإثبات . ثم تعرضنا لمحتوى الإثبات وعلى ماذا ينصب محله ، فوجدنا أنه ينصب على مصدر الحق وليس الحق بذاته ولا بد من توافر شروط معينة تتعلق بالواقعة المراد إثباتها حتى يتسنى لنا الاعتماد على هذه النظرية .

وعبء الإثبات يتحمله الخصوم وذلك اعتماداً على قاعدة من يدعي حقاً لنفسه عليه أن يثبت ، كما ترد على هذه القاعدة استثناءات ، فقد يعفى أحد الخصوم من تحمل هذا العبء وذلك في حالات معينة فمثلاً : إذا ثبتت الواقعة في حق المدعى عليه ، جاز للمدعي أن يلزمه بتقديم دليلا ضد نفسه كان بحوزته وممتنعاً عن تقديمه ، فيعفى بذلك المدعي من تحمل عبء الإثبات .

وبالتالي تعد طرق الإثبات وتختلف باختلاف قوتها ومدى اعتماد القاضي عليها في فض النزاعات المطروحة أمامه ، فقد درسنا شتى هذه الطرق كما نص عليها المشرع في التقنين المدني والتي تتمثل في الكتابة ، وشهادة الشهود ، والقرائن ، والإقرار ، واليمين . بالإضافة للمعينة والخبرة كوسائل أخرى من وسائل الإثبات أدرجها المشرع ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لاتصافها بالطابع الإجرائي .

فكان محتوى الفصل الأول ينصب حول دراسة القواعد العامة للإثبات ومدى ارتباطها بفحوى موضوعنا المتعلق بدراسة وسائل الإثبات في المواد التجارية ، ومجمل ما استنتجناه من هذا الفصل أن نظام الإثبات في الجزائر جاء مشتتاً ومتفرقاً بين عدة تقنينات ما يستتبع معه كآثار صعوبة الإمام بمحتوى هذا التنظيم عندما يلجأ المتخاصم لإثبات ما يدعيه من حقوق ، وعليه فقد آن الأوان لاقتراح مشروع قانون موحد ينظم نظرية الإثبات في الجزائر .

أما الفصل الثاني فقد خصصناه لدراسة القواعد الخاصة التي يمتاز بها الإثبات في المواد التجارية والأهمية التي تلعبها في تطور النشاط الاقتصادي .

ففي البداية قمنا بتحديد المبادئ الخاصة بالإثبات في المواد التجارية ، وتوصلنا إلى أن الأصل في ذلك الحرية والإثبات بكافة الطرق وذلك لاتسام الأعمال التجارية بخصائص تميزها عن غيرها كاعتمادها على عاملي السرعة والائتمان .

ثم درسنا بعض العقود التجارية وعلاقتها بالإثبات ، فمن العقود من تتطلب الكتابة للإثبات كعقد الشركة ، ومنها من لها كفاية ذاتية في الإثبات كعقد النقل البري للبضائع والأشخاص ، وأغلب العقود التجارية يتم إثباتها بكافة الطرق لاتصافها بالطابع الرضائي والشكلية البسيطة في الانعقاد .

وتناولنا كذلك موضوع الدفاتر التجارية وعلاقتها بالتاجر فهو ملزم بمسكها لكي يقيد فيها جميع عملياته التجارية ، أما حجيتها في الإثبات فقد تكون لمصلحته كما قد تكون ضده ، فبالنسبة لهذه الدفاتر فبالرغم من أنها من أهم وأقوى طرق الإثبات في المواد التجارية ، إلا أن الواقع في الجزائر يبين أن أغلب التجار لا يمسكون دفاتر تجارية أصلاً و يقبلون بالضريبة الجزائرية التي تفرض عليهم والتي تؤذيهم أحياناً بالرغم من أنها في الأصل تعد حماية للتاجر .

ومادامت الأعمال التجارية تركز على عامل الائتمان فهي تتم بأجل ، هذا ما جعلنا نتناول موضوع الأسناد التجارية كما نظمها المشرع في التقنين التجاري ومدى حجيتها في الإثبات ، هذا ما جعلنا نستنتج ضعف بعض الأسناد التجارية كسند الخزن وسند النقل و عقد تحويل الفاتورة ، فبالرغم من أن العرف لم يأخذ بها كأسناد تجارية ولا حتى قانون الصرف الموحد المنبثق من اتفاقية جنيف ، إلا أن المشرع يدرجها ضمن تعداد الأسناد التجارية المنظمة في القانون الجزائري .

وعليه يسوقنا هذا الموضوع إلى موضوع آخر يتعلق بالتاجر المعسر الذي يتوقف عن دفع ديونه عند حلول أجل استحقاقها فيعلن إفلاسه ، ما جعلنا نسلط الضوء على الإثبات في نظام الإفلاس ، وما لاحظناه هنا أن المشرع الجزائري عندما اعتبر الإفلاس يشمل جميع الدائنين سواء كانوا تجاراً أو غير تجار مع العلم أن نظام الإفلاس يعني بالأعمال التجارية والتجار وأيضاً بالديون التجارية ، فعلى المشرع أن يعدل محتوى هذا التنظيم بجعل غير التجار يخضعون لنظام الإعسار فقط ، المنصوص عليه في القانون المدني .

واستكملنا هذه الدراسة بالالتفات إلى التطور في المجال التجاري الذي تشهده مجتمعاتنا بتناول موضوع الإثبات الخاص بالتجارة الإلكترونية ، فبعدما قمنا بتعريفها وذكر خصائصها ومزاياها ومقوماتها تعرضنا لعقبة الإثبات في التجارة الإلكترونية كونها الهاجس الوحيد الذي لازال يقلق العديد ممن يريدون الدخول في هذا المجال لضعف الضمانات فيما يخص ذلك ، مع إعطاء بعض الحلول المقترحة في ظل القوانين السائدة .

وأخيراً بحثنا هذا بحثاً استخلصنا فيها بعض النتائج التي توصلنا إليها مما سبق مع إعطاء بعض المقترحات المتواضعة كثرمة لفهمنا هذا الموضوع .

Le résumé : Nous focalisons notre présente recherche sur le thème de la preuve en général, et sa relation avec les questions commerciales, en particulier, l'hypothèse que nous abordons tourne autour des moyens de preuve adoptées par le législateur dans le système juridique algérien ? Plus particulièrement, en matière civile et commerciale ? Quelles sont les caractéristiques et le rôle joué par la théorie de la preuve dans le règlement des différends commerciaux?

Pour répondre à ces questions, nous avons décidé de diviser notre étude en deux parties, de manière à consacrer au premier chapitre les fondements de la théorie de preuve, qui comprennent les principes fondamentaux : le principe de neutralité, y compris la neutralité du juge, et le principe du droit des justiciables à la preuve . Ensuite, nous avons mis en évidence, et constaté qu'elle était axée sur la source de la vérité. Cette dernière n'a pas la disponibilité de certaines conditions relatives à l'incident d'être reconnu de telle sorte que nous pourrions éventuellement l'adopter.

Cette tache (de preuve) qui est du ressort des adversaires, en se basant sur le droit d'être défendu. Il y a toutefois des exceptions dans cette règle, par exemple : s'il est reconnu coupable, le demandeur peut lui imposer d'apporter des preuves contre lui n'ayant pas voulu la présenter. Le demandeur est donc dispensé de l'apporter.

Ainsi varient les méthodes de preuve en fonction de leurs force et de l'étendue d'être adopté par le juge dans la résolution des différends confrontés à lui, il a néanmoins étudié plusieurs de ces méthodes comme l'a stipulé le législateur dans le Code civil, qui est écrit, et les dépositions des témoins, la preuve, la reconnaissance ainsi que le droit. En plus de l'expertise en tant que moyen de preuve permis par le législateur dans le Code de procédure civile et l'exhaustivité de la nature de procédure administrative .

Le premier chapitre traité donc les principes généraux de preuve et leurs relations avec notre thème concernant l'étude des moyens au code commercial. De qu'on a pu constater est que le système de preuve en Algérie est désordonné entre maintes techniques ce qui fait sa difficulté lorsqu'on voudra l'appliquer. Il est venu donc le temps de proposer un nouveau projet unifié qui régleme ka théorie de la preuve en Algérie Quant au second chapitre, on l'a consacré à l'étude des caractéristiques de preuve dans les articles relatifs au commerce et de leur importance économique.

Nous avons ensuite analysé quelques contrats commerciaux et leur relation avec la preuve. Y'en a ceux qui le nécessitent comme le contrat de la société, et y'en a d'autres qui possède l'auto satisfaction de preuve tel que le transport terrestre des marchandises et des personnes. Ainsi, la majorité des contrats commerciaux seront prouvés avec tous les moyens car ils ont l'aspect de l'accord et la simplicité en la forme.

De plus, Nous avons abordé les registres de commerces et leur relation avec le commerçant. Il est tenu de la conserver et de transcrire toutes ses transactions commerciales. Quant à leur relation avec notre thème, cela peut être une arme à double tranchant. Notant qu'il s'agit de l'un des moyens les plus fiables pour la preuve au code du commerce, néanmoins cela reste loin, car rares sont les algériens qui acceptent de faire ce registre de commerce et acceptent en contre partie les taxes et impôts qui peuvent les nuire, or que cela devrait les protéger.

Et tant que les transactions commerciales s'appuient sur le facteur de la confiance, elle se fait à longue durée. C'est ce qui nous a poussés à aborder le thème des titres commerciaux comme l'a dressé le législateur. On déduit ainsi que la faiblesse des titres commerciaux comme le titre d'approvisionnement et le titre du transport...etc. malgré les idées communes, on ne l'a pas pris en considération même la loi de change issue de l'accord de Genève.

Ceci dit, nous enchaînons un autre sujet qui concerne le commerçant déclarant faillite tant qu'il ne paye pas ses dettes. On s'est donc focalisé sur lui, et on a constaté que le législateur a généralisé le concept de faillite pour tout le monde, commerçant ou non. Le législateur devra modifier cette réglementation.

Nous avons conclu notre étude par le développement dans le domaine commercial et entre autre le E-Commerce, étant le seul obstacle qui reste afin qu'on puisse s'aligner avec le monde. Cependant, il reste quelques failles dans ce domaine. Mais nous proposons toutefois des solutions de ce problème.

Nous concluons ainsi notre humble recherche par une conclusion, où nous proposons quelques propositions afin de mieux comprendre ce phénomène.

We focus our present research on the topic of the proof, and its relationship to the commercial questions, in particular, the assumption that we approach turn around the evidence adopted by the legislator in the Algerian legal system? More particularly, in civil and commercial matters? Which are the characteristics and the part played by the theory of the proof in settlement of disputes commercial?

To answer these questions, we decided to divide our study into two parts, so as to devote to the first chapter the bases of the theory of proof, which understand the basic principles: the principle of neutrality, including the neutrality of the judge, and the principle of the right of justifiable to the proof. Then, we highlighted, and noted that it was centered on the source of the truth. The latter does not have the availability of certain conditions relating to the incident to be recognized so that we could possibly adopt it.

This spot (of proof) which is spring of the adversaries, while basing itself on the right to be defended. There are however exceptions in this rule, for example: if he is recognized guilty, the applicant can force to him to bring evidence against him not having wanted to present it. The applicant is thus exempted to bring it.

Thus vary the methods of proof according to their force and of the extent to be adopted by the judge in the resolution of the disagreements confronted with him, he nevertheless studied several of these methods like stipulated it the legislator in the Civil code, who is written, and the depositions of the witnesses, the proof, the recognition as well as the right. Besides expert testimony as a means of proof permitted by the legislator in the Code of civil procedure and the exhaustiveness of the nature of administrative procedure.

The first chapter thus treated the general principles of proof and their relationships to our topic concerning the study of the means with the commercial code. Of one could note is that the system of proof in Algeria is disordered between many techniques what makes its difficulty when one wants to apply it. It thus came time to propose a new unified project which regulates ka theory of the proof in Algeria , As for the second chapter; it was devoted under investigation characteristics of proof in the articles relating to the trade and of their economic importance.

We then analyzed some commercial contracts and their relationship to the proof. It has of them those which require it like the deed of the partnership, and y' has of them others which has the car satisfaction of proof such as land transport of the goods and the people. Thus, the majority of the commercial contracts will be proven with all the means because they have the aspect of the agreement and simplicity in the form.

Moreover, We approached the registers of trade and their relation with the tradesman. It is held to preserve it and transcribe all its commercial transactions. As for their relationship to our topic, that can be a double-edged weapon. Noting that it is the one of the most reliable means for the proof with the code of the trade, nevertheless that remains far, because rare are Algerian which agree to make this register of trade and accept in against part the taxes and taxes which can harm them, but that should protect them.

And as long as the commercial transactions are based on the factor of confidence, it is done at long life. It is what pushed us to approach the topic of the commercial titles like drew up it the legislator. One deduces thus that the weakness from the commercial titles as the title of supply and the bill of lading of... etc in spite of the common ideas, one did not take it into account even the law of exchange resulting from the agreement of Geneva.

This said, we connect another subject which concerns the tradesman declaring bankruptcy as long as it does not pay his debts. One thus focused oneself on him, and one noted that the legislator generalized the concept of bankruptcy for everyone, trading or not. The legislator will have to modify this regulation.

We concluded our study by the development in the field commercial and amongst other things the E-commerce one, being the only obstacle which remains so that one can align oneself with the world. However, there remain some faults in this field. But we suggest however solutions of this problem.

We thus conclude our humble research by a conclusion, where we propose some proposals in order to better understand this phenomenon.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا- باللغة العربية:

1) الكتب العامة والمتخصصة:

*القرآن الكريم.

- 01- ابراهيم مدثور ، مجمع اللغة العربية ، " المعجم الوجيز " ، 1997 .
- 02- أحمد أبو الوفا ، " التعليق على نصوص قانون الإثبات " ، دار المطبوعات الجامعية ، 2007.
- 03- أحمد نشأت ، " رسالة الإثبات " ، الجزء الأول ، دار المعارف العربي ، الطبعة السابعة ، 1976.
- 04- أحمد المهري ، " الإثبات في التجارة الإلكترونية " ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004 .
- 05- إلياس ناصيف:
 - " الكامل في قانون التجارة " ، الجزء الأول ، عويدات للطباعة و النشر ، 1999.
 - " الكامل في قانون التجارة " ، الجزء الرابع ، عويدات للطباعة و النشر، 1999.
- 06- أنور سلطان " قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية " ، الدار الجامعية ، 1984.
- 07- توفيق حسين فرج " قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية " ، الدار الجامعية ، 1981.
- 08- رزق الله انطاكي والدكتور نهادي السباعي " الوجيز في الحقوق التجارية البرية " ، مطبعة جامعة دمشق ، الطبعة الرابعة 1997 .
- 09- سعيد السيد قنديل " التوقيع الإلكتروني : ماهيته ، صورته ، حجيته في الإثبات " ، دار الجامعة الجديدة ، 2006.
- 10- سمير جميل حسين الفتلاوي " العقود التجارية الجزائرية " ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، 1994 .
- 11- سمير عبد السيد تناغوا " النظرية العامة في الإثبات " ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1997.
- 12- سليمان مرقس :
 - " أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية " ، الجزء الأول ، عالم الكتب 1981.
 - " أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية " ، الجزء الثاني ، الطبعة الرابعة ، 1986
- 13- صبحي عرب :
 - محاضرات في القانون التجاري ، "الإفلاس و التسوية القضائية " ، مطبعة الكاهنة ، 2000.
 - محاضرات في القانون التجاري ، "الأسناد التجارية" ، مطبعة الكاهنة ، 1999 .
- 14 فوزي عطوي ، القانون التجاري ، دار العلوم العربية ، الطبعة الأولى ، 1986.

- 15- فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري ، المجلد الثاني ، الأوراق التجارية، دار مكتبة التربية ، 1997.
- 16- فيصل سعيد الغريب " التوقيع الإلكتروني و حجته في الإثبات " ، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، مصر 2005.
- 17- عادل حسين علي " الإثبات في المواد المدنية " ، مكتبة زهراء الشرق 1996.
- 18- عز الدين عبد الله " القانون الدولي الخاص " ، دار النهضة العربية ، الطبعة السابعة ، 1974 .
- 19- علي البارودي والدكتور: محمد فريد العزيني ، " القانون التجاري " ، دار المطبوعات الجامعية ، 1987 .
- 20- علي حسن يونس " الأوراق التجارية " ، دار الفكر العربي ، 1978
- 21- عبد الحكم فودة " الشهادة في المواد المدنية و التجارية و الشرعية " ، دار الفكر و القانون ، 2006.
- 22- عبد الحميد الشواربي " الإثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية و التجارية و الجنائية و الأحوال الشخصية " منشأة المعارف (الإسكندرية) .
- 23- عباس العبودي " شرح أحكام قانون الإثبات " ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الثانية ، 1999 .
- 24- عبد الرزاق السنهوري " الوسيط " ، الجزء الثاني ،
- 25- علي حسين يونس ، القانون التجاري ، دار الفكر العربي ، 1978.
- 26- علي علي سليمان :
- " مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري " ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة ، 1991 .
- " النظرية العامة للإلتزام " ، مصادر الإلتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1990 .
- 27- الغوثي بن ملححة " قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري " ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001.
- 28- محمد أحمد عابدين ، " قوة الورقة الرسمية و العرفية في الإثبات " ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، دون سنة .
- 29- محمد الزحيلي ، " وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية " ، الجزء الثاني ، مكتبة دار البيان ، دمشق ، 2007
- 30- محمد حسين منصور ، " الإثبات التقليدي و الإلكتروني " ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 .
- 31- محمد سامي مذکور و علي حسن يونس - الإفلاس - دار التعاون للطبع و النشر ، 1973
- 32- محمد شكري سرور " موجز أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية " - الطبعة الثانية 1998
- 33- محمد فريد العريني و الدكتور هاني دويدار ، " مبادئ القانون التجاري و البحري " ، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000.
- 34- محمد عزمي البكري ، " شرح قانون التجارة الجديد " ، المجلة القضائية ، دار محمود للنشر و التوزيع ، 2003 .
- 35- مصطفى كمال طه :

- " الوجيز في القانون التجاري " منشأة المعارف 1973 .
- " أصول القانون التجاري ، الأوراق التجارية و الإفلاس " منشورات الحلبي الحقوقية ، 2006 .
- " العقود التجارية " ، دار الفكر العربي ، الإسكندرية ، 2005 .
- 36-** مصطفى كمال طه و الأستاذ : وائل أنور بندق " الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة " ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007.
- 37-** مصطفى مجدي هرجة :
- " قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية " ، الجزء الأول ، دار الثقافة للطباعة و النشر 1986
- " قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية " ، في ضوء أحدث الأراء و أحكام النقض ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1994.
- 38-** منير محمد الجنيبي و الدكتور ممدوح محمد الجنيبي ، العقود التجارية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2000.
- 39-** محمد وحيد الدين سوار ، " النظرية العامة للإلتزام " ، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام ، منشورات جامعة دمشق ، 1996.
- 40-** نبيل سعد إبراهيم و همام محمد محمود زهران ، " أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية " الدار الجامعية الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2001 .
- 41-** نبيل سعد إبراهيم ، " الإثبات في المواد المدنية و التجارية " ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000 .
- 42-** نادية فضيل ، " الأوراق التجارية في القانون التجاري " ، دار هومة ، 1998 .
- 43-** هاني دويدار ، " التنظيم القانوني للتجارة " ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2001.
- 44-** يحي بكوش ، " أدلة الإثبات في القانون المدني و الجزائري و الإسلامي " ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الطبعة الثانية ، 1988.

(1) المقالات :

- 01-** أحمد عبد الخالق مقاله بعنوان :
- " التجارة الإلكترونية : أنواعها و تطورها وخصائصها " ، مجلة الأهرام الإقتصادية ، العدد 1637 ، لسنة 2003 .
- " ماهية التجارة الإلكترونية و مقوماتها " ، مجلة الأهرام الإقتصادي ، العدد 1636 ، لسنة 2002.
- 02-** لويس حبيقة ، مقاله بعنوان ، " التجارة الإلكترونية الميزات والتحديات " ، مجلة الأهرام الإقتصادية ، العدد 1636 لسنة 2002

03 - يعقوب يوسف صرخوه ، مقال تحت عنوان : أحكام الإثبات واجبة التطبيق على الأعمال المختلطة في القانون الكويتي ، بحث في مجلة الحقوق - العدد 2 ، 3 ، 4 لسنة 1991 ، تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت.

04 - طالب حسن موسى ، مقال ، بعنوان ، " الإثبات التجاري في القانون العراقي " ، مجلة اتحاد الجامعات العربية ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، العدد الثالث ، لسنة 1996 .

3) القوانين و الأوامر:

01 - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05

المؤرخ في : 2007/05/13 .

02 - الأمر رقم 66-154 ، المؤرخ في : 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، المعدل و المتمم بالقانون

رقم 08-09 المؤرخ في : 2008/02/25 .

03 - الأمر رقم 75-59 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في : 2005/02/06 .

04 - القانون رقم 84-11 المؤرخ في : 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في : 27 فبراير / 2005 .

05 - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في: 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم بالقانون رقم 11-14 المؤرخ في : 2011/ 08/12 .

06 - الأمر رقم 66-155 المؤرخ في: 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 22-06 المؤرخ في 2006/12/20

07 - القانون رقم 90-22 المؤرخ في: 18 أوت 1990 المتعلق بالسجل التجاري ، المعدل و المتمم .

08 - القانون رقم 88-27 المؤرخ في : 12 يوليو 1988 المتضمن تنظيم التوثيق .

09 - الأمر رقم 96-23 المؤرخ في : 09 يوليو 1996 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي .

4) المجلات :

01 - مجلة الإجتهد القضائي 1987.

02 - المجلة القضائية لسنة:

- 1989 ، عدد: 1 ، 2 ، 4.

- 1990 ، عدد: 2 ، 3 ، 4 .
- 1991 ، عدد: 1 ، 2 ، 3 ، 4 .
- 1992 ، عدد : 1 ، 2 ، 4 .
- 1994 ، عدد : 2 ، 3 .
- 1995 ، عدد : 1 ، 2 .
- 1996 ، عدد : 2 .
- 1997 ، عدد : 1 .
- 1999 ، عدد خاص .
- 2000 ، عدد : 1 ، 2 .

ثانياً: باللغة الفرنسية :

- 1- Alfred jauffret et jacques Mestre : Ddroit commercial , 22eme édition , LGDJ- Delta ,1996.
- 2- Georges Ripert et Réne Roblot : 'Traité de Droit Commercial, tome 1,L.G.D.j , Delta .16 e édition , 1996 .
- 3- jean Carbonnier : Droit Civil, 4 , les obligations , Presses universitaires de France ,1979.
- 4- Michel de Juglart et Ben-Jamin Ippolito : Droit Commercial , premier volume , édition montchrestion , sixieme édition , 1970.
- 5- René Rodiere et Bruno Opptit : Droit Commercial , Dalloz , Huitieme edition , 1978.
- 6- René Rodiere : Droit Maritime , Dalloz , Septième édition , 1977.
- 7- Robert Vouin et Pierre Robino : Droit Privé Civil et Commercial , tome second , presses universitaires da France 1990.
- 8- Yves Reihard : Droit Commercial , édition Litec , cinquième édition , 1998.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

| الصفحة | العنوان |
|--------|------------------------------------------------------|
| 02 | مقدمة |
| 08 | الفصل الأول: القواعد العامة للإثبات |
| 09 | المبحث الأول: مفهوم الإثبات |
| 09 | المطلب الأول: تعريف الإثبات و أهميته. |
| 09 | الفرع الأول : تعريف الإثبات |
| 11 | الفرع الثاني : أهمية الإثبات |
| 11 | المطلب الثاني: مذاهب الإثبات وطبيعته القانونية |
| 11 | الفرع الأول: مذاهب الإثبات |
| 12 | 1) مذهب الإثبات المطلق أو الحر |
| 13 | 2) مذهب الإثبات المقيد أو القانوني |
| 14 | 3) المذهب المختلط |
| 14 | الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإثبات |
| 15 | 1) قواعد الإثبات الشكلية أو الإجرائية |
| 15 | قواعد الإثبات الموضوعية |
| | علاقة الإثبات بالنظام العام |
| 19 | المبحث الثاني : المبادئ العامة للإثبات |
| 21 | المطلب الأول : مبدأ حياد القاضي |
| 21 | المطلب الثاني : مبدأ الحق في الإثبات |
| 22 | هل يمكن أن يسطنح الشخص دليلاً لنفسه |
| 23 | هل يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه |
| 25 | المبحث الثالث : محل الإثبات |
| 25 | المطلب الأول : الواقعة القانونية كمحل للإثبات |
| 26 | العرف |
| 26 | العادة الإتفاقية |
| 27 | القانون الأجنبي |
| 28 | المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات |
| 29 | أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة |
| 29 | أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى |
| 30 | أن تكون الواقعة المراد إثباتها منتجة في الدعوى |
| 30 | أن تكون الواقعة المراد إثباتها جائزة للإثبات قانوناً |
| 31 | أن تكون الواقعة المراد إثباتها متنازعا فيها . |
| 32 | المبحث الرابع : عبئ الإثبات |
| 32 | المطلب الأول : التكليف بعبء الإثبات وأهميته |
| 32 | القاعدة العامة في التكليف بعبء الإثبات |
| 34 | أهمية تحديد من يقع عليه عبء الإثبات |
| 34 | المطلب الثاني : تبادل عبء الإثبات و الإعفاء منه |
| 34 | توزيع عبء الإثبات بحكم الواقع |
| 35 | توزيع عبء الإثبات بحكم القانون |
| 36 | الإعفاء من الإثبات |

| | |
|-----|------------------------------------------------------------------|
| 37 | قواعد عبء الإثبات ليست من النظام العام |
| 38 | المبحث الخامس: طرق الإثبات في المواد المدنية |
| 38 | المطلب الأول : وسائل الإثبات العادية |
| 39 | الفرع الأول : الكتابة |
| 40 | أولا : المحررات الرسمية |
| 40 | تعريفها |
| 41 | شروط المحرر الرسمي |
| 43 | حجية المحررات في الإثبات |
| 45 | ثانيا : المحررات العرفية |
| 45 | تعريفها |
| 47 | حجية المحررات العرفية في الإثبات |
| 51 | الفرع الثاني : البينة أو شهادة الشهود |
| 51 | أولا : تعريفها و أنواعها |
| 52 | ثانيا : الحالات التي لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود |
| 54 | ثالثا : الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود |
| 57 | الفرع الثالث : القرائن |
| 57 | تعريفها |
| 58 | أولا : القرائن القانونية |
| 58 | القرائن القانونية القاطعة |
| 60 | القرائن القانونية البسيطة |
| 61 | ثانيا : القرائن القضائية |
| 61 | المطلب الثاني : وسائل الإثبات غير العادية |
| 62 | الفرع الأول : الإقرار |
| 62 | تعريفه |
| 62 | أولا : الإقرار القضائي |
| 65 | ثانيا : الإقرار غير القضائي |
| 66 | الفرع الثاني: اليمين |
| 67 | أولا : اليمين الحاسمة |
| 72 | ثانيا : اليمين المتممة |
| 75 | الفرع الثالث : الإثبات بالمعينة و الخبرة |
| 75 | أولا : المعينة |
| 78 | ثانيا : الخبرة |
| 102 | الفصل الثاني : القواعد الخاصة بالإثبات في المواد التجارية |
| 85 | المبحث الأول : المبادئ الخاصة بالإثبات في المواد التجارية |
| 85 | المطلب الأول : مبدأ الإثبات بكافة الطرق |
| 111 | المطلب الثاني : مبدأ حق الشخص أن يتمسك بدليل صدر منه |
| 91 | المطلب الثالث : مبدأ إلزام الخصم على تقديم دليل ضد نفسه |
| 93 | المبحث الثاني : قواعد الإثبات في العقود التجارية |
| 93 | المطلب الأول : مفهوم العقود التجارية |
| 93 | الفرع الأول : ماهية العقود التجارية |
| 95 | الفرع الثاني: خصائص العقود التجارية |
| 95 | الفرع الثالث: القواعد الخاصة بالعقود التجارية |
| 101 | المطلب الثاني : إثبات العقود التجارية |
| 101 | الفرع الأول : إثبات العقود التجارية بالكتابة |
| 111 | الفرع الثاني : عقود تجارية لها كفاية ذاتية في الإثبات |

| | |
|-----|-------------------------------------------------------------------------------|
| 121 | الفرع الثالث : إثبات العقود التجارية بكافة طرق الإثبات |
| 124 | المبحث الثالث : حجية الدفاتر التجارية في الإثبات |
| 124 | المطلب الأول : مفهوم الدفاتر التجارية في الإثبات |
| 125 | أولا : فوائد الدفاتر التجارية |
| 126 | ثانيا : أنواع الدفاتر . |
| 132 | المطلب الثاني : حجية الدفاتر التجارية في الإثبات |
| 133 | أولا : حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر |
| 135 | ثانيا : حجية الدفاتر التجارية في الإثبات ضد التاجر |
| 137 | ثالثا : تقديم الدفاتر التجارية إلى القضاء |
| 141 | المبحث الرابع : حجية الأسناد التجارية في الإثبات |
| 141 | المطلب الأول : مفهوم الأسناد التجارية |
| 151 | المطلب الثاني : الأسناد التجارية التي لها كفاية ذاتية مطلقة في الإثبات |
| 151 | إثبات السفحة |
| 152 | السند لأمر |
| 152 | الشيك |
| 153 | المطلب الثالث : الأسناد التجارية التي لها كفاية ذاتية نسبية في الإثبات |
| 155 | سند الخزن |
| 155 | سند النقل |
| 155 | عقد تحويل الفاتورة |
| 156 | المبحث الخامس : إثبات نظام الإفلاس |
| 156 | المطلب الأول : مفهوم نظام الإفلاس |
| 156 | أولا : تعريف الإفلاس |
| 158 | ثانيا : الشروط اللازمة لشهر الإفلاس |
| 160 | ثالثا : حكم شهر الإفلاس |
| 161 | رابعا : كيفية صدور حكم بشهر الإفلاس |
| 162 | خامسا : آثار الإفلاس |
| 164 | المطلب الثاني : الإثبات في مواد الإفلاس |
| 164 | أولا : إثبات صفة التاجر |
| 166 | ثانيا : إثبات التوقف عن الدفع |
| 168 | ثالثا : إثبات حسن وسوء النية |
| 173 | المبحث السادس : الإثبات في التجارة الإلكترونية |
| 173 | المطلب الأول : مفهوم التجارة الإلكترونية |
| 173 | أولا : تعريف التجارة الإلكترونية |
| 175 | ثانيا : خصائص التجارة الإلكترونية |
| 175 | ثالثا : مزايا التجارة الإلكترونية |
| 176 | رابعا : مقومات التجارة الإلكترونية |
| 177 | المطلب الثاني : عقبة الإثبات في التجارة الإلكترونية |
| 177 | أولا : مفهوم عقبة الإثبات في التجارة الإلكترونية |
| 180 | ثانيا : الحلول المقترحة في ظل القوانين السائدة |
| 183 | الخاتمة |
| 189 | قائمة المراجع |
| 195 | فهرس المحتويات |

الكلمات المفتاحية : الإثبات ، مبادئ الإثبات ، الأمور التجارية ، طرق الإثبات ، العقود التجارية ،
الأسناد التجارية ، الإفلاس ، الدفاتر التجارية ، التجارة الإلكترونية .

Mots-Clés : La preuve , Principes de la preuve , Questions commerciales ,
les méthode de preuve , contrats commerciaux , les titres commerciaux , Faillite,
Les registres de commerces , Le E-commerce .

Keywords : The proof , Principles of proof , Commercial questions ,
Methods of proof , Commercial contracts , Commercial titles , Bankruptcy ,
Resister of trade , The E-commerce .