

جامعة مولود معمري - تيزي وزو-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون - نظام (ل.م.د)

الإثبات في المسائل التجارية

مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون
تخصص: قانون الأعمال

تحت إشراف الأستاذة:

أ / ماديو ليلي

من إعداد الطالبتين:

- مسعودان ليندة

- دبال فضيلة

لجنة المناقشة:

- د- حمادوش أنيسة، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... رئيسة
أ- ماديو ليلي، أستاذة مساعدة (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... مشرفة و مقررة
أ- إقرشاح فاطمة، أستاذة مساعدة (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... ممتحنة

تاريخ المناقشة: 2017/09/27

قائمة المختصرات:

ص : صفحة.

ص ص : من صفحة إلى صفحة.

د.د.ن: دون دار النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية.

ق.ت: القانون التجاري.

مقدمة

يعتبر الإثبات من أهمّ المواضيع القانونية، التي لا يستطيع أي قاض مدنيا كان أم تجاريا الاستغناء عنه، إذ عليه تقوم وترتكز جميع الحقوق التي ينتزع بها أصحابها، فما الفائدة من وجود الحق إذا كان أصحابه عاجزين عن إثباته قانونا، فالإثبات يحيي الحق و يعطيه المفعول القانوني الذي يسمح لصاحبه بأن يتمتع به تجاه الغير، فالإثبات بصفة عامة هو إقامة الدليل على وجود وصحة هذه الواقعة القانونية المطروحة أمام القضاء، فالأشخاص وهم يتعاملون أو يبحثون يحتاجون كثيرا إلى الإثبات لتأكيد وتدعيم تصرفاتهم، و لقد وردت فيه عدّة تعريفات من بينها التعريف الذي جاء به " الدكتور أحمد نشأت " "على أنّه تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق"¹. و الواقع أن أهميّة الإثبات ترتبط ارتباطا وثيقا بالقاعدة التي تمنع على الشخص أن يقضي حقه بنفسه حتى لا تسود الفوضى في المجتمع و يصبح القوي يأكل الضعيف ، بل لابد على كل مدعي بحق أن يلجأ إلى السلطة القضائية لتوصله بالحق المفقود أو المتنازع فيه و لا تستجيب له السلطة القضائية إلا إذا قام الدليل على وجود هذا الحق ، فالحق بدون إقامة الدليل عليه سيكون في حكم العدم ، فلا يستطيع القاضي أن يقضي بالحق إلا إذا أثبتته صاحبه و العجز عن إثبات الحق يؤدي إلى عدم الاعتراف به أمام القضاء ، فالإثبات إذن هو بمثابة شريان الحياة للحق ولقد مر الإثبات بعدة مراحل عبر التاريخ ، ففي

1 - محمد حسن قاسم ،الإثبات في المواد المدنية و التجارية ،دار الجامعة للطبعة و النشر ، بيروت، 2005،ص 45

عصور ما قبل القضاء كان الحق مرتبطاً بالقوة، أما في العصر الحديث فأصبحت للإثبات أهمية قانونية وعلمية في فضّ المنازعات في مختلف أنواع القضاء . ويكتسي هذا الموضوع أهمية نظرية تكمن في الإسهامات الفكرية التي تناولته وأخرى عملية تتجلى في أنّ الإثبات يعدّ الوسيلة المعتمد عليها في إثبات الحقوق وصيانتها والأداة التي تمكّن القاضي في المجال التجاري من التحقيق في الوقائع القانونية، ذلك أنّ الحق إن لم يكن مقرونا بتقديم دليل يثبت وجوده فإنه يبقى مجرد إدعاء، وإذا كانت المعاملات التجارية تقتضي السرعة والثقة والائتمان كأحد الدعائم الأساسية لنموّ و ازدهار التجارة، فإنّ انفراد المعاملات التجارية بخصوصيّاتها تسير في هذا الاتجاه، حيث أنّ دعم الثقة بين التجار يستوجب حرية الإثبات أمام القضاء التجاري، فوسائل الإثبات المعمول بها في المواد التجارية عديدة و متنوّعة و تأكيداً على ذلك نص المادة 30 من القانون التجاري الجزائري التي تنصّ على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية بحيث يجوز إثبات العقود التجارية بسندات رسمية أو عرفية أو فاتورة أو بالرسائل أو دفاتر الطرفين أو عن طريق البيّنة أو حتى بأي وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها.

ومن أجل معالجة هذا الموضوع نطرح الإشكالية التالية:

كيف يتمّ الإثبات في المسائل التجارية وما هي الطرق التي يتمّ بها؟

ولقد اخترنا هذا الموضوع لعدّة أسباب أولها ما للموضوع من أهميّة في حد ذاته، و السبب الرئيسي هو الرغبة في دراسة قانون الإثبات في المسائل التجارية بشكل خاص، لذا سنقسم موضوع دراستنا إلى فصلين نتناول في الفصل الأول المبادئ الأساسية للإثبات، أمّا في الفصل الثاني فسنتناول طرق الإثبات في المسائل التجارية.

الفصل الأول

خصوصية الإثبات في المسائل التجارية

يتميّز القانون التجاري بأنّه سريع التطور إذ أنّه يتأثّر بالظروف الاقتصادية والسياسية و الاجتماعية حيث يترتب على ذلك عدم ثباته و استقراره، فهو يخضع بالاستمرار للتعديل و التغيير الأمر الذي أدى إلى تكريس قواعد قانونية تتناسب و تلك الظروف هذا من جهة، أمّا من جهة ثانية ما يهمننا في دراستنا في هذا الفصل هو خصوصيّة الإثبات في المسائل التجارية، ويعتبر من أهمّ الموضوعات، فالإثبات في المعاملات المدنيّة مختلف تماما عن الإثبات في المعاملات التجارية، حيث أنّ هذه الأخيرة أطلق فيها المشرّع حرّية الإثبات نظرا لما تستوجبه التجارة من سرعة وائتمان.

و يعرف الإثبات على أنّه إقامة الدليل أمام القضاء من أجل إثبات الادّعاء حيث أنّه يقع عبئ الإثبات على الخصم، كما يقصد به أيضا كل الوسائل التي تقنع، و في هذا الصدد فالإثبات يتمثّل في الطّرق التي يستعملها الخصم لإقناع القاضي بصحة الواقعة و حقيقة قيام الحقّ.

ويكتسي الإثبات أهميّة بالغة؛ ففي المجتمعات الحديثة يمنع الشخص من أن يقتضى حقّه بنفسه حتّى لا تسود الفوضى في المجتمع ويصبح القوي يأكل الضعيف بل لا بدّ على كل مدعي بحق أن يلجأ إلى السلطة القضائية لتوصله بالحق المفقود أو المتنازع فيه، ولا تستجيب له السلطة القضائية إلّا إذا قام الدليل على وجود هذا الحق و إثبات صحّة الواقعة القانونيّة المدعى بها.¹

فسننظر في هذا الفصل إلى خصوصية الإثبات في المسائل التجارية في المبحث الأول ، أما في المبحث الثاني فنتناول حرية الإثبات في المسائل التجارية.

1- بن ملحّة الغوتي ، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال

التربوية، الجزائر، 2001، ص 10.

المبحث الأول

المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الإثبات

تحتاج كل واقعة قانونية متنازع عليها أمام القضاء إلى إثباتها بالطرق المقررة في القانون، فالإثبات بصفة عامة هو إقامة الدليل على وجود وصحة هذه الواقعة القانونية المطروحة أمام القضاء، ففكرة الإثبات تدلّ على الوصول إلى الحقيقة والبحث عنها، فمبدأ حرية الإثبات يلعب دورا هاما في المعاملات التجارية بين التجار طبقا لمبدأ السرعة والثقة كأحد مقومات التجارة .

وقد أخذ التشريع الجزائري بالنظام القانوني للإثبات بمعنى أنّ القانون هو الذي يبين طرق الإثبات ويحدّد قيمة كلّ منها، وأنّ ما رسمه القانون من أحكام الإثبات يتعين على القاضي أن يطبقها ويعمل بها من أجل اقتناعه وإثبات الحق.

وتقتضي دراسة المبادئ الأساسية في إثبات المسائل التجارية إلى أن نتعرض لأهمّ هذه المبادئ و التي تتمثل في تلك المتعلقة بمحلّ الإثبات والتي تتمثل بدورها في الواقعة القانونية التي يتخذها أحد الخصوم أساسا للدعوى (المطلب الأول)، ثم يتم التطرق إلى المبادئ المتعلقة بالتعامل مع أدلة الإثبات (المطلب الثاني)، وأخيرا نتناول المبادئ المتعلقة بعبء الإثبات أي على من يقع عبء الإثبات (المطلب الثالث) .

المطلب الأول

المبادئ المتعلقة بمحلّ الإثبات

المقصود بمحلّ الإثبات هو المصدر الذي ينشأ عنه الحق وهذا المصدر قد يكون إما واقعة قانونية أو تصرفا قانونيا، لذا يتعيّن على صاحب الحق إثبات مصدر حقه أي حدوث الواقعة القانونية أو صدور التصرف القانوني، والوسيلة لذلك هي إقامة الدليل على الواقعة القانونية المنشئة للحق، فالإثبات بهذا المضمون يرد على الواقعة لا على حكم القانون

لأن المحكمة تعرف القانون (الفرع الأول)، ويجب أن يتوافر في هذه الواقعة شروط معينة لكي تصلح لتكون محلاً للإثبات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعلق محل الإثبات بالواقع و ليس بالقانون

الواقعة القانونية هي أمر إرادي أو غير إرادي يحدث فيرتب عليه القانون كسب حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه¹.

أما إذا لم يرتب القانون على حدوث الواقعة أثراً قانونياً، فلا نكون بصدد واقعة قانونية وهذه الواقعة قد تكون إما واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، أو تصرفاً قانونياً، فتختلف طريقة الإثبات بحسب كون مصدر الحق واقعة مادية أو تصرفاً قانونياً، ففي هذه الحالة الأخيرة، إذا كان التصرف المدعى به قانونياً كأن يكون عقد بيع أو عقد كفالة، فالأصل هو إثباته بالكتابة، أما الوقائع المادية كالفعل الضار، فيمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات².

يتبين لنا من خلال ما تقدم أن محل الإثبات ليس الحق المدعى به، فالإثبات ليس واجباً على الخصوم فحسب بل، هو حق لكل خصم ولذلك فإن الواجب يقتضي ألا يثبت إدعائه نفياً أو إثباتاً بطريق لم يشرعه القانون لذلك، وإنما عليه أن يلتزم باستعمال حقه بالإثبات بالطرق التي حددها القانون ومتى التزم بذلك فليس للقاضي أن يمنعه من إثباته، وإلا عدّ ذلك إخلالاً بحقه في الدفاع مما يجعل الحكم مخالفاً للقانون³.

وحق الخصم في الإثبات لا يقتصر فقط على استعمال طرق الإثبات التي يحددها القانون وإنما يتسع ليشمل حق الخصم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى، فمن حق كل شخص إثبات الواقعة التي تعتبر مصدراً لحقه، فهذا الحق يقابله حق الخصم الآخر في نفي ما يثبته خصمه، فالقاضي هنا يمنحنا حق المناقشة في الدعوى ولا يتعين عليه أن يتحرى

¹ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق ص 42: محمد حسن قاسم،

: سرايش زكريا، الوجيز في قواعد الإثبات، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 38.

: محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 47 و 48.

الأدلة بنفسه بعيدا عن الخصوم، كما يستبعد عليه أن يقضي بعلمه الشخصي لأنه يعتبر بمثابة دليل في الدعوى.

إنّ الهدف من الإثبات هو الدليل على وجود الحق، ومع ذلك فإنّ الإثبات لا يرد على الحق المطالب به، وإنّما يرد على مصدر هذا الحق ومصدره هو الواقعة القانونية، ومن ثمّ فإنّ محلّ الإثبات ينصبّ على المصدر القانوني الذي ينشئ الحق، إذا ينبغي إقامة الدليل على واقعة قانونية يدعي الشخص أنها مصدرا للحق¹.

من هنا، لا يكفّ المدّعي بإثبات القاعدة القانونية التي يستند إليها حقه، إذ يفترض علم القاضي بها، غير أنّ العادة الاتفاقية وجب إثباتها لأنّ القاضي لا يتوجّب عليه العلم بها، ويأخذ حكم العادة الاتفاقية العرف المحلي².

واستثناءا عن فكرة ضرورة كون محلّ الإثبات واقعة وليس قاعدة قانونية، فأغلب التشريعات تعتبر القانون الأجنبي بمثابة واقعة يجب على الخصوم إثباته، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي، في حين ذهب الفقه الفرنسي إلى أنّ القاضي يفترض فيه العلم بالقانون الأجنبي، وذلك باعتبار أنّ القانون الأجنبي لا تزول عنه صفة القاعدة القانونية بمجرد تطبيقه في دولة أخرى³.

أمّا بالنسبة للمشرع الجزائري فبالرجوع إلى المادة 6/358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴ التي تنصّ أنّ من بين الحالات التي يبنى عليها الطّعن بالنقض، حالة مخالفة القانون الأجنبي المتعلّق بقانون الأسرة، فقد ميّز المشرع الجزائري بين القانون الأجنبي المتعلّق بقانون الأسرة وبين القانون الأجنبي غير المتعلّق به، حيث اعتبر الأوّل بمثابة

¹ بن ملحّة الغوتي، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 13.

: سرايش زكريا، الوجيز في قواعد الإثبات، مرجع سابق، ص 36.

- سرايش زكريا، الوجيز في قواعد الإثبات، مرجع سابق، ص 37.

- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، عدد 21، صادر في 23 أبريل 2008.

قانون، في حين اعتبر الثاني مجرد واقعة، مما يؤدي إلى عدم اعتبار قاعدة الإسناد من النظام العام عندما يتعلق الأمر بنزاع غير متعلق بقانون الأسرة الذي يجب على الخصوم إثارة تطبيقه وإثبات مضمونه، بينما إذا كان النزاع متعلقاً بقانون الأسرة، فإنّ القضاة ملزمين بتطبيقه والبحث في مضمونه¹.

هذا، وإذا تعذر إثبات القانون الأجنبي، طبق القاضي القانون الوطني، حيث تنصّ المادة 32 مكرّر من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

الفرع الثاني

شروط الواقعة القانونية المراد إثباتها

الإثبات كقاعدة عامة يرد على وقائع قانونية التي تعتبر محلاً للإثبات، و لكي تصلح الوقائع المدعى بها لأن تكون محلاً للإثبات؛ يتعين أن تتوفر فيها عدّة شروط، بعض هذه الشروط منصوص عليها في القانون والتي تعدّ مقدّمات منطقية لكي تكون محلاً للإثبات، فيشترط في الواقعة أن تكون متعلقة بالدعوى، ومنتجة فيها، وجائز قبولها، والبعض الآخر يمكن اعتبارها شروطاً بديهية يقتضيها العقل والمنطق والتي تتمثّل في أن تكون الواقعة محددة، وأن تكون ممكنة الإثبات وأن تكون محلاً للنزاع.

أولاً: الشروط التشريعية :

أن تكون الواقعة متعلّقة بالدّعى: أي أن تكون الواقعة محل الإثبات متّصلة اتّصالاً وثيقاً بالحق المدّعى به؛ أي ألا تكون مقطوعة الصلّة بموضوع الدّعى، فإذا كانت مقطوعة الصلّة بموضوع الدّعى، فلا فائدة من إثباتها، وبالتالي لا يقبل إثباتها، فمثلاً لا يقبل من المدين أن يقدّم محرّرات تثبت وفاءه بديون سابقة لا علاقة لها بالدين المعروضة الدّعى بشأنه.

- عكوش سيهام، القانون الأجنبي إثباتاً وتفسيراً (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية

الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2009-2010، ص 13.

وهذا الشرط لا تظهر أهميته في الإثبات المباشر، لذلك يلجأ المدعي إلى الإثبات غير المباشر، حيث ينصبّ الإثبات على الواقعة مصدر الحق، لكن هذا الإثبات المباشر كثيرا ما يكون متعذرا، لذلك يلجأ المدعي إلى الإثبات غير المباشر بحيث لا يثبت الواقعة المدعى بها، بل يستنتج منها القاضي وجود الواقعة الأصلية أو تجعل هذه الواقعة قريبة الاحتمال، ففي هذه الحالة يتعين أن تكون الواقعة المراد إثباتها متصلة بالحق المدعى به¹.

أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى: لا يكفي أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المدعى به، بل يجب أن يؤدي إثباتها إلى التأثير في قرار القاضي بشأن الحق المتنازع عليه، وتكون هذه الواقعة منتجة في الإثبات عندما ينبني عليها اقتناع القاضي وتساعد على الحكم في الدعوى، فمثلا، لا يكون مفيدا في الدعوى أن يثبت المدين أن وضعه المالي مريح، للتدليل على وفائه بالدين، إذ تكون هذه الواقعة غير مقنعة للقاضي في تحقق الوفاء².
أن تكون الواقعة جائزة للإثبات:³ يجب ألا يكون في إثبات الواقعة ما يخالف القانون أو يتعارض مع مقتضيات النظام العام والآداب العامة. و إذا تعارضت مصلحة الخصوم في الدعوى مع المصلحة العامة فإن المصلحة العامة هي التي تتقدم، ومن أمثلتها لا يجوز إثبات واقعة مخالفة لما هو ثابت في حكم قضائي⁴.

ثانيا - الشروط البديهية :

أن تكون الواقعة محدّدة: إذا كانت هذه الواقعة مجهولة فإنّه لا يجوز إثباتها، ولهذا لا يجب على الشخص أن يثبت واقعة غير محدّدة؛ فالإثبات ينبغي أن يرد على كل شيء محدّد فإذا لم تكن الواقعة محدّدة فلا سبيل لإثباتها، ذلك أنّ القاضي لا يستطيع تحديد علاقتها بالأثر القانوني المطلوب، إذ أنّ الأثر القانوني يرتبط برابطة قانونية محدّدة.

¹- محمد حسن قاسم، الإثبات في المسائل المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص 15.

- سرايش زكريا، الوجيز في قواعد الإثبات، مرجع سابق، ص 39.

³- أوقرين أحمد عبد العال، أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.د.ن، 2001، ص 17 .

⁴- بن ملحة الغوتي ، قواعد و طرق الإثبات ومباشرتها في النظام الجزائري، مرجع سابق، ص 17 .

أن تكون الواقعة ممكنة: يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها واقعة ممكنة أي غير مستحيلة لأن الأمر المستحيل لا يقبل الإثبات لأن ذلك يعد عبئاً فلا يجوز القبول به أمام القضاء، فيجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها ممكنة الوقوع. و فيما يخص الواقعة غير المحددة، فهي أيضاً تكون مستحيلة الإثبات فلا تكليف بمستحيل، وتعتبر مسألة استحالة الواقعة مسألة موضوعية لا يخضع القاضي في تقديرها لرقابة المحكمة العليا¹.

أن تكون الواقعة محلّ نزاع: فالواقعة التي لا تكون محللاً للنزاع لا حاجة لإثباتها وليس للمحكمة أن تطلب إثباتها، و تكون الواقعة محلّ نزاع إذا لم يعترف الخصم بالواقعة التي يدعيها خصمه عليه.

أما إذا اعترف الخصم بالواقعة التي يدعيها خصمه فيعدّ هذا إقراراً منه بصدق ثبوت هذه الواقعة، ممّا يعفي مدعيها من عبء إثباتها أمام المحكمة، ويجب أن يكون الاعتراف قاطعاً لا يخالف النظام العام والآداب العامة².

المطلب الثاني

المبادئ المتعلقة بالتعامل مع أدلة الإثبات

إن لكلّ خصم الحق في إثبات ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التي يبيّنهما القانون، فالمدعي من حقه أن يقدّم جميع ما عنده من أدلة يسمح بها القانون لإثبات ما يدعيه، و للمدعى عليه الحق في الردّ و النفي و هذا ما يسمى بمبدأ **مواجهة الدليل** أي أن يقضي عرض ما يقدّمه أحدهم من أدلة على الآخر ليناقشه وينقضه إن استطاع إثبات عكسه. و على القاضي أن يمكّنهما من ذلك وإلاّ كان مخالفاً بحق الخصوم في الإثبات و يتعيّن عليه أن يكون عالماً و مدركاً لوقائع الدعوى حتى يكون قضاؤه محققاً للعدالة.

¹ - محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص 19.

² - أبو قرين أحمد عبد العال، أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 17.

ويتصل مبدأ حق الخصوم في إثبات حقهم في مناقشة الأدلة مبدآن آخران والذين تتمثلان في أنه لا يجوز لأي خصم أن يصطنع دليلاً لنفسه (الفرع الأول)، ولا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

عدم جواز اصطناع الدليل

من المقرر أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع لنفسه الدليل على الواقعة التي يدعيها، فالأصل أن الدليل الذي يتمسك به الشخص ضد الخصم يجب أن يكون صادراً عن هذا الخصم، فإذا كان هذا الدليل مثلاً كتابةً فيجب أن تكون صادرة من هذا الخصم وأن يكون عليها توقيع، إذ لا يجوز أن يكون الدليل الذي يقدمه المدعي على ادّعاءه من صنعه¹، فالقاضي لا يمكن أن يقضي لشخص بناءً على مجرد أقوال أو إدعاءات أو أوراق صادرة منه، فلو أجاز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه ضد شخص آخر لما آمن الناس على أموالهم، و لتعرض الإنسان لادّعاءات لا حصر لها يصطنع أدلتها أشخاص آخرون ضده ولذلك كانت القاعدة المنطقية والتي تعدّ من مبادئ الإثبات الأساسية هي أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه، فالشخص لا يستطيع أن يخلق سبباً لحق يكسبه وهذا ما نصّت عليه المادة 792 من القانون المدني الجزائري على أنه: " ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده فلا يستطيع أحد أن يغيّر بنفسه لنفسه سبب حيازته والأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة "

و هذه القاعدة فرع من مبدأ أعمّ و أشمل و هو أنّ الشخص لا يستطيع أن يخلق بنفسه لنفسه سبباً لحق يكسبه، و ليس للإنسان أن يتّخذ من عمل نفسه دليلاً لنفسه يحتجّ به على الغير إذ لا ينبغي أن يصدّق المدعى عليه بقوله ولا يمينه، إذا لم توجه إليه اليمين ولا بورقة صادرة يقدّمها في الدعوى، ولا يمكن تصديق يمين المدعي إذا أبدى استعداده

¹ - أحمد شرف الدين ، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، د.د.ن، الكويت 2004، ص 18.

لحلف اليمين التي يعزّز أو يؤكّد بها إدّعاءه، وإنّما اليمين للخصم المدعى عليه في حالة إنكاره.

و من البديهي أنّه لا يصدّق المدعي بورقة صادرة منه وهو الذي يكتسبها وفي نفس الوقت هو الذي يقدّمها في الدعوى، فمثلا إذا رفع الطبيب دعوى على أحد مرضاه يدعي فيها أنّه زراه سبع مرات وقدّم للتدليل على ذلك المذكرة التي يقيّد فيها زيارته للمرضى، فلا يمكن اعتبار هذه المذكرة دليلا، ولكن يستثنى من ذلك حالة ما إذا كانت الورقة ورقتك وقدّمها خصمك في الدعوى، ففي هذه الحالة يجوز لك اتخاذها حقا عليه¹

الفرع الثاني

لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضدّ نفسه

الأصل عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل يرى أنّه ليس من مصلحته تقديمه، حيث أنّه من الضروري أن لكلّ خصم أو طرف في الدعوى أن يحتفظ بأوراقه الخاصة، ولا يحقّ لخصمه أن يجبره على تقديم سندات يملكها ولا يريد تقديمها في الدعوى.

فالمبدأ العام أنّه لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضدّ نفسه مهما كان هذا الدليل قاطعا في الدعوى، ويختلف عن الغرض الذي يتقدم الشخص من تلقاء نفسه بدليل في الدعوى لإثبات ما يدعيه، فيتّخذ الخصم الآخر من هذا الدليل دليلا لصالحه هو لإثبات ادّعاءه، فيجوز للمحكمة أن تستخلص من السند الذي يقدمه أحد الخصوم لصالحه دليلا ضدّه، وذلك باعتبار المحكمة تتمتع بالسلطة التقديرية في تقدير ما يعرض عليها من الأدلّة في استخلاص الحكم، فالخصم هنا يستخلص ما يفيد في دفاعه ممّا قدّمه خصمه من مستندات و أدلّة في الدعوى².

¹ - محمد حسن منصور، قانون الإثبات (مبادئ الإثبات وطرقه)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 21.

² - الشينكات مراد محمد، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 40.

و إذا كان القاضي المدني يمارس في الخصومة المدنية دورا حياديا أو سلبيا كما يطلق عليه، فإنّ هذا الدور يفرض عليه عدم إلزام أيّ خصم بأن يقدّم دليل إثبات ضدّ نفسه وأن يثبت حياده في تسيير الخصومة، فلا يطلب من أيّ خصم أن يقدّم دليل إثباته، كما لا يطلب من أيّ خصم أن يقدّم دليلا ضده¹. غير أنّ هناك استثناءين على هذه القاعدة يتمثلان فيما يلي.

1- إذا كانت الورقة مشتركة بين الخصوم أو بين أحدهم والغير:

و يمكن القول عن الورقة مشتركة على الأخصّ إذا كانت محرّرة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة كالمستندات المتعلّقة بأعمال شركة بين الخصمين.

2 -إذا استند أحد الخصوم إلى الورقة في أيّ مرحلة من مراحل الدعوى :

يتمثّل هذا الحكم بمبدأ آخر هو أنّه إذا قدّم الخصم محرّرا للاستدلال به في الدعوى، فلا يجوز له سحبه بغير رضا خصمه، إلّا بإذن كتابي من القاضي أو رئيس الدائرة بعد أن تحفظ منه صورة في ملف الدعوى و يؤشّر عليها قلم الكتاب بمطابقته للأصل². وللمحكمة أيضا الحق في أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها ليطلع عليها في الجزء الذي وردت فيه البيانات المتعلّقة بالخصومة لتكوين رأيها فيها من واقع تلك البيانات.

المطلب الثالث

المبادئ المتعلّقة بعبء الإثبات

المقصود بعبء الإثبات هو تحديد على عاتق من يقع إقامة الدليل أمام القضاء لإثبات الحق، فعبء الإثبات إذن يقع على المدّعي، فهو المكلف قانونا بإثبات إدّعاءه وتقديم الأدلة المؤدية إليها، وإلّا اعتبر إدّعاءه بغير أساس، ممّا يقتضي رفض دعواه، فأغلب التشريعات

¹- بوضياف عمار، النظرية العامة للحق و تطبيقاتها في القانون الجزائري، جسر للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2010 ، ص 197.

²- بوضياف عمار، النظرية العامة للحق و تطبيقاتها في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 198.

والقوانين أخذت بمبدأ " البيّنة على من ادّعى و اليمين على من أنكر " ومن بينهم القانون المدني الجزائري؛ حيث على المدعي أن يثبت حقّه وللمدعى عليه نفيه، فمن يدعي أن له على غيره حق فيجب عليه أن يثبت الواقعة مصدر هذا الحق ولا ينبغي أن يقضى له بما يدّعيه لمجرد ادّعائه.

في هذا المطلب نتعرض لأهم المبادئ المتعلقة بعبء الإثبات والتي تتمثل في أن الأصل في الحقوق الشخصية هو براءة الذمة (الفرع الأول)، والأصل في الحقوق العينية هو الوضع الظاهر (الفرع الثاني)، وفي حالات محدّدة يكون الأصل هو ما يفترضه القانون (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الأصل في الحقوق الشخصية براءة الذمة

الوضع الأصلي أن كل شخص يعتبر بريئاً من الالتزامات، فإذا ادّعى شخص أن له ديناً في ذمة آخر فإنه يدّعي خلاف الأصل وعليه إثبات ما يدّعيه بإقامة الدليل على الواقعة مصدر هذا الدين طبقاً للمادة 323 من القانون المدني الجزائري التي تنصّ على ما يلي: " على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه "، فنفهم من نصّ المادّة أن الأصل هو براءة الذمة، ويقع عبء الإثبات على عاتق من يدّعي خلاف الثابت أصلاً، أن المدعي يصبح عند الدفع مدعياً ، مما يعني قد يصبح في مرحلة من مراحل الدعوى مدعياً ، بحيث يوزع الإثبات بين الطرفين بالتساوي ودون تفضيل لأحدهما على الآخر إلى أن يعجز أحدهما عن الإثبات فيخسر الدعوى وهو ما تناولته بصفة أدقّ المادة 1215 من القانون المدني الفرنسي ، وهنا ينتفي الوضع الثابت أصلاً وهو براءة الذمة¹ وأصبحت المديونية هو الوضع الثابت عرضاً، حيث يتحقّق هذا الوضع بإقامة المدعي دليلاً على دعواه التي تخالف الوضع الثابت، وفي هذه الحالة ينتقل عبء الإثبات إلى خصمه لنفي ما

¹ - محمد حسن منصور، قانون الإثبات، مرجع سابق، ص 39.

أثبتته خصمه، كما إذا نجح المدعي في إثبات الدين الذي يدعيه، على خلاف الوضع الثابت أصلاً من براءة الذمة، فينتقل عبء الإثبات إلى خصمه لإثبات انقضاء هذا الالتزام¹ إما بالوفاء طبق للمادة 307 من القانون المدني الجزائري التي تنصّ على ما يلي: " لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً بالتقادم، بل يجب أن يكون ذلك بناءً على طلب المدين أو أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين " وحينئذ يكون المدين (المدعى عليه) على خلاف الثابت عرضاً، ويقع عليه عبء إثبات سبب الانقضاء. و كنتيجة لاعتبار أنّ الأصل في الحقوق الشخصية براءة الذمة، أنّ الشكّ يجب أن يفسّر لصالح المدين وفي هذا الصدد تنص المادة 1/112 من القانون المدني الجزائري على ما يلي " يؤوّل الشكّ لمصلحة المدين ".

الفرع الثاني

الأصل في الحقوق العينية هو الوضع الظاهر

إنّ من يضع يده على الشيء يعتبر صاحب الحق عليه، ومن هنا ظهرت قاعدة أن الحياة في المنقول سند الحائز أي أنّ الحق العيني يخوّل صاحبه سلطة مباشرة على شيء معين، وتخلق هذه السلطة وضعاً ظاهراً لصالح من يباشرها، والغالب أنّ من يباشر سلطات المالك على الشيء يكون مالكه، ولا يطلب منه إقامة الدليل على ملكيته، وعلى من يدّعي خلاف ذلك أن يقدّم الدليل عليه، فعبد الإثبات إذن يقع على من يدّعي خلاف الثابت ظاهراً وذلك حماية للأوضاع الظاهرة ضماناً لاستقرار المعاملات بين الناس طبقاً للمادة 823 من القانون المدني الجزائري التي تنصّ على أنّ " الحائز لحق يفرض أنه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك " لذلك فمن يدّعي ملكية شيئاً في حياة آخر يكون مدعياً خلاف الظاهر وعليه عبء إثبات ما يدعيه، فإذا نجح في إثبات إدعائه المخالف

¹ -أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني ج.ر.ج.ج، عدد 78، صادر في 30 سبتمبر

1975، معدّل ومتّم.

للوضع الظاهر أصبح هذا الإدعاء ثابتاً عرضاً، ووجب على من يدّعي العكس إثبات ذلك ويقضي الوضع الظاهر أيضاً بأن الملكية خالية من كلّ حقٍّ للغير كحق الرهن، أو حقّ ارتفاق على العين فعليه إثبات ما يدّعيه¹.

الفرع الثالث

الأصل هو ما يفترضه القانون في حالات محدّدة

يفترض القانون في حالات معيّنة، نشوء حقٍّ أو انقضاءه وهذا ما يسمّى بالقرينة، فإذا ادّعى شخص عكس مضمونها، وجب عليه إثبات ذلك، ومن أمثلة ذلك، ما نصّت عليه المادة 499 من القانون المدني الجزائري من أنّ وفاء المستأجر بالأقساط اللاحقة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة، ومنه فإذا ادّعى المؤجّر عدم الوفاء بما سبق من الأجرة، وجب عليه الإثبات.

ولذلك يمكن القول بأنّ القرينة القانونية ترفع عبء الإثبات عن المكلف به في الأصل لتجعله على عاتق الطرف الآخر².

المبحث الثاني

حرية الإثبات في المسائل التجارية

إذا كان النشاط التجاري يتميز بالسرعة والائتمان، فإنّ قواعد الإثبات الموجودة في القانون المدني لا شكّ أنّها غدت تعرقل السير العادي للتجارة، ممّا أدى إلى خلق قواعد جديدة في هذا الإطار، ويخضع إثبات المعاملات التجارية لتلك القواعد، وهذه المعاملات التجارية تخضع لمبدأ مهمّ من مبادئ القانون التجاري وهو مبدأ حرية الإثبات، فهذا المبدأ منصوص عليه في القانون التجاري .

¹- محمد حسن منصور، قانون الإثبات، مرجع سابق، ص 41.

- - سرايش زكريا، الوجيز في قواعد الإثبات، مرجع سابق، ص 44.

وقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ حرية الإثبات في المادة التجارية مسيطرة لباقي التشريعات المقارنة، وذلك استجابة لما تتطلبه التجارة من ثقة وائتمان وسرعة، إذ أنّ التاجر يسعى دائما من وراء معاملاته التجارية إلى تحقيق الربح بإبرام أكبر عدد من الصفقات التجارية في أقصر وقت.

وتقتضي دراسة مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية إلى أن نتعرض إلى تكريس مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية (المطلب الأول)، وفيه نتناول التمييز القائم بين الأعمال التجارية ثم نتطرق إلى قواعد الإثبات في المسائل التجارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تكريس مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية

يستند مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية إلى ما تتطلبه التجارة من سرعة في المعاملات التجارية، حيث يصعب الإعداد المسبق لعقد أو دليل كتابي ولهذا السبب و تأكيداً لنص المادة 30 من القانون التجاري الجزائري، و التي تقرّ مبدأ حرية الإثبات في المعاملات التجارية، ولتيسير إثبات تلك المعاملات التجارية؛ جعل المشرع إثباتها حراً بكل الوسائل لذلك نشير أولاً إلى التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى تعداد الأعمال التجارية في التشريع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أساس تكريس مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية

يرى بعض الفقهاء تطبيق أحكام خاصة على العمل التجاري وعلى التجار حيث يطبق قواعد الإثبات التجاري على من يعتبر العمل تجارياً بالنسبة له، وتطبق قواعد الإثبات المدنية على من يعتبر العمل مدنياً بالنسبة له، فيعود أساس تكريس مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية، إلى تمييز الأعمال التجارية التي عدّها المشرع في القانون التجاري عن الأعمال المدنية.

أولاً: التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية :

تتميّز الأعمال التجارية بكونها تقوم على السرعة والثقة والائتمان، في حين تحتاج الأعمال المدنية إلى البطء والتريث في إبرامها، الأمر الذي دفع وأدّى إلى استقلال القانون التجاري عن القانون المدني و التساؤل الذي دفع الفقهاء إلى البحث عن معايير التمييز بين الأعمال المدنية و الأعمال التجارية، فظهرت عدّة معايير للتمييز بينهما، منها معياران تأثرا بالنظرية الموضوعية للقانون التجاري وهما معيار المضاربة ومعيار التداول، ومعياران آخريان تأثرا بالنظرية الشخصية للقانون التجاري هما معيار المقابلة و معيار الحرفة التجارية.

1- المعايير الموضوعية :

إن المعايير الموضوعية تنظر إلى القانون التجاري على أنه قانون النشاط التجاري دون الأخذ بعين الاعتبار صفة القائم به إن كان تاجرا أم غير تاجر.

أ- معيار المضاربة

يرى أصحاب هذه النظرية أن القصد الأساسي من العمل التجاري هو تحقيق الربح (المضاربة)، فالعمل التجاري هو العمل الذي يقوم على المضاربة وتحقيق الربح كالشراء من أجل البيع.

لكن، وإن كان لهذه النظرية جانب من الصواب، إلا أنّها ليست صحيحة على أساس أن هناك أعمالا تهدف إلى المضاربة ومع ذلك تعتبر أعمالا مدنية كأعمال أصحاب المهن الحرة من محامين وأطباء ومهندسين، كما نجد هناك أعمال تجارية لا يقصد من ورائها تحقيق الربح، كأن يضطرّ التاجر في بعض الأحيان إلى البيع بأقل مما يشتري خشية من تلف البضاعة، ومع ذلك يظل عمله عملا تجاري ، كما أن القانون التجاري الجزائري اعتبر التعامل بالسفّجة عملا تجاريا حتى ولو لم يهدف الساحب إلى

تحقيق الربح، الأمر الذي يجعل من نظرية المضاربة معيارا غير كاف لتحديد العمل التجاري، وإن كانت تشكل عنصرا جوهريا لهذا العمل¹.

ب - معيار التداول:

يرى أصحاب هذه النظرية أن الأعمال التجارية هي التي تتعلق بالوساطة في تداول الثروات من وقت خروجها من عند المنتج إلى وقت وصولها إلى يد المستهلك. لهذا المعيار جانب من الصحة لأنّ غالبية الأعمال التجارية تتمّ عن طريق التداول، إلا أنّه يبقى قاصرا، فعمليات الوساطة لا تكفي وحدها لتمييز العمل التجاري، فعمليات الوساطة في تداول السلع والبضائع التي تقوم بها التعاونيات الاستهلاكية التي تشتري سلعا بهدف إعادة بيعها دون تحقيق أي ربح، فلو طبقنا هذا المعيار على هذه التعاونيات لاعتبرناها عملا تجاريا وهذا غير صحيح لأنّ عملها يعدّ عملا مدنيا². كون المعيارين المضاربة و التداول لا يكفيان للتمييز بين العمل التجاري و العمل المدني أدى ذلك إلى ظهور معيارين آخرين و المتمثلين في معيار الحرفة و معيار المقاوله ، و اللذان يعتبران معيارين شخصيين .

2-المعايير الشخصية:

يعتمد أصحاب هذه النظرية في تحديد نطاق القانون التجاري على التاجر، فالقانون التجاري ينظم مهنة التجار، فهو قانون مهني يحكم نشاطا محترف ، و يتدخل في إطار النظرية الشخصية هي الحرفة و المقاوله.

أ - معيار الحرفة التجارية:

يستند هذا المعيار إلى النّظرية الشخصية وليس النّظرية الموضوعية ويعرّف أيضا بمعيار المهنة، فهو تخصيص شخص بشكل اعتيادي لنشاطه للقيام ببعض الأعمال

- محرز أحمد، القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980، ص 44. ¹

²- مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 45.

بهدف تحقيق الربح، فعندما يقوم به مرة واحدة لا يمكن اعتباره مهنة أو حرفة، وللتمييز بين الحرفة أو المهنة يجب أن ننظر إلى هذا الشخص، فإذا قام التاجر بالعمل واتّخذ مهنة له يحقق ربحا فهو عمل تجاري، وإذا لم يرقم به على شكل حرفة أو مهنة، وإذا لم يرقم به على شكل حرفة أو مهنة فهو عمل غير تجاري يخرج من نطاق الأعمال التجارية ليدخل في نطاق الأعمال المدنية¹.

ب - معيار المقابلة :

يتّخذ هذا المعيار من فكرة المقابلة أساسا لتحديد العمل التجاري والعمل المدني، فحسبه العمل التجاري هو العمل الذي يكون بشكل مقابلة أي يطلب عنصرين أساسيين هما التكرار، و وجود تنظيم مسبق (الآلات ، وسائل مادية و بشرية ...). فالمرشع الجزائري و الفرنسي لم يعرف المقابلة، فحسب هذا المعيار هي مؤسسة اقتصادية فهذا المعيار غير كافي للتمييز بين العمل المدني والعمل التجاري لأنّ هناك أعمالا اعتبرها المرشع أعمالا تجارية رغم أنّها لا تتمّ بشكل منتظم كالأعمال التجارية المنفردة المادة 2 من قانون التجاري الجزائري².

3-موقف المرشع الجزائري:

أخذ المرشع الجزائري بجميع المعايير الأربعة في تعداده للأعمال التجارية التي ذكرها في نصوص المواد 2، 3 و 4 من القانون التجاري الجزائري، فأخذ من المعيار الأوّل فكرة المضاربة و تحقيق الربح وهي فكرة بديهية في التجارة لا تحتاج إلى نص صريح مثل الشراء لأجل البيع، وأخذ من المعيار الثاني أن الصفة التجارية هي لجميع الأعمال التي تنصبّ على تداول السلع طالما أنّها في حركة مثل شراء سلعة قصد استهلاكها، وجعل من كل تعامل بالسفّجة عملا تجاريا، فهي تقوم على فكرة التداول، كما أخذ بمعيار المقابلة في المادة 2 من القانون التجاري

- مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري ، مرجع سابق، ص 47¹

²- أكمون عبد الحليم، الوجيز في شرح القانون التجاري، د.د.ن، البلدة ، 2006، ص 43 ، 44.

وأخذ أيضا بمعيار الحرفة الموجودة في المادة الأولى واستعمل كلمة المهنة بدلا من الحرفة، كما نجد المشرع قد أخذ بأكثر من معيار في بعض الأعمال التجارية كالبيع في المزاد العلني .

ثانيا: تعداد الأعمال التجارية في التشريع الجزائري:

عدّد المشرع الجزائري الأعمال التجارية في المواد من الثانية إلى الرابعة من القانون التجاري، و التي تنقسم إلى أعمال تجارية بحسب الموضوع، ثم تناول المشرع طائفة أخرى من الأعمال والتي تكون تجارية بحسب الشكل، وطائفة ثالثة من الأعمال واعتبرها أعمالا تجارية بالتبعية.

1- الأعمال التجارية بحسب الموضوع:

يقصد بالأعمال التجارية بحسب موضوعها، تلك الأعمال التي تعتبر تجارية بغضّ النظر عن الشخص القائم بها، سواء كان تاجرا أم غير تاجر، أورد المشرع الجزائري في المادة 2 من القانون التجاري الأعمال التجارية على سبيل المثال لا الحصر و الدليل على ذلك الفقرة 7 من المادة 2 التي اعتبرت بعض الأعمال التجارية حتى ولو قام بها الشخص لوحده أو وقعت مرة واحدة و هي ما تسمى بالأعمال المنفردة ، و جعل البعض الآخر من هذه الأعمال تجارية يشترط أن تتم على وجه المقالولة .

أ. الأعمال التجارية المنفردة:

تشمل الأعمال التجارية المنفردة شراء للأجل البيع، والعمليات المصرفية وعمليات الصرف وسمسرة

➤ الشراء من أجل البيع :

تنص المادة الثانية الفقرة الأولى من القانون التجاري بأنه يعد عملا تجاريا موضوعه " كل شراء للعقارات لإعادة بيعها " و نستنتج من ذلك أن القانون التجاري يشترط توافر ثلاث شروط لكي نكون بصدد عمل تجاري أن يكون هناك الشراء ، أن يرد الشراء على

منقول أو عقار ، و هذا الشراء منقول أو عقار لا يعتبر عملا تجاريا إلا إذا تم قصد تحقيق الربح¹.

➤ العمليات المصرفية و عمليات الصرف و السمسرة .

نصت المادة 13 / 2 من القانون التجاري الجزائري على أن يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعلومة ، و نصت الفقرة 14 من نفس المادة باعتبار كل عملية توسط لشراء و بيع العقارات أو المحلات التجارية و القيم العقارية ، فالمشرع اعتبرها أعمال تجارية و لو أتت بصفة منفردة .

العمليات المصرفية :

فهذه العمليات تقوم بها عادة البنوك ، فالمشرع الجزائري اشترط أن تتخذ شكل شركة المساهمة ، و هذه العمليات كثيرة و متنوعة كفتح الحسابات ، التحويل المصرفي ...، و هذا النشاط التي تقوم به البنوك يجب أن يكون بناء على ترخيص مسبق للقيام بهذه الأعمال ، فالأعمال المصرفية تختلف بنسبة للمتعامل إذا كان الشخص الذي يتعامل مع المصرف غير تاجر ، فيعتبر العمل مدنيا بالنسبة إلى هذا الشخص و تجاريا بالنسبة للمصرف . فاعتبر المشرع جميع العمليات المصرفية أعمالا تجارية² .

➤ عمليات الصرف :

فهي عملية تبادل العملات ، و الصرف نوعان صرف يدوي هو الذي يتم في نفس المكان عن طريق المناولة اليدوية ، و الصرف المسحوب هي مبادلة أجنبية بأخرى على أن يتم إبداعها في مكان و صرفها في مكان آخر، و سواء كان الصرف يدويا أو مسحوبا فهو عمل تجاري منفرد سواء قام به شخص طبيعي أو مصرف ، و يجب أن تتوفر فيه نية المضاربة³ .

➤ عمليات السمسرة :

-أحمد محرز ، المرجع السابق ، ص 56 ، 57 .
- شاذلي نور الدين ، القانون التجاري ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، 2003 ، ص 44 .
- اكمون عبد الحليم ، المرجع السابق ، ص 65 .

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى تعريف السمسرة ، و إنما نص في مادته الثانية من القانون التجاري على أن عمليات السمسرة تعتبر تجارية حتى لو وقعت منفردة و سواء كان الشخص القائم بها محترف أم لا ، و سواء كانت الصفقة مدنية أم تجارية ، و على أساس ذلك يمكن تعريف السمسرة استنادا على آراء الفقه و القضاء فهي وساطة في الأعمال يقوم بها شخص يسمى السمسار و يأخذ مقابل نسبة مئوية من الصفقة ، فالسمسار لا يبرم العقد باسمه و لا يكون طرف في العقد و لا يتحمل أي مسؤولية مترتبة عن العقد فمهمته تقريب وجهات النظر بين متعاقدين ¹ .

ب . الأعمال التجارية في شكل مقالة:

إنّ المشرع الجزائري لم يعرف معنى كلمة المقالة في القانون التجاري و عرفها القانون المدني في مادته 549 : "المقالة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، فالمقالة الموجودة في القانون المدني ليست لها أية علاقة بالمقالة الموجودة في القانون التجاري، فلا يمكن الأخذ بها لتعريف عقد المقالة في المجال التجاري، حيث أنّها "عبارة عن تنظيم لمجموعة من الدراسات والأدوات و اليد العاملة من أجل تحقيق مشروع اقتصادي بوجود عناصر مادية " رأس المال " وبشرية " العمّال" ² و يقتضي هذا التنظيم عنصر الاحتراف والمضاربة أي ممارستها على وجه التكرار والمضاربة بالأموال بالشراء قصد البيع بثمن أكبر وتحقيق الربح.

ولكي يعتبر العمل في شكل مقالة عملا تجاريا يجب توفر الشروط التالية:

- تكرار العمل والاعتیاد عليه داخل هذا التنظيم، فالعمل المنفرد لا يكفي لقيام المقالة، بل

لابدّ من تكراره، كما هو الحال مثلا في مقالة النقل التي تتمّ فيها عمليات النقل على سبيل

التكرار .

¹ - اكمون عبد الحليم ، المرجع السابق ، ص 56 .

- احمد محرز، مرجع سابق ، ص 68²

- هو تنظيم مسبق لمختلف الوسائل المادية و البشرية فكل عمل لا يتوفر فيه هذين الشرطين ليس عملا تجاريا في شكل مقولة.

ومن المقاولات التي نصّ عليها المشرع الجزائري في المادة 2 من القانون التجاري الجزائري نذكر:

- كل مقولة لتأجير المنقولات والعقارات،
 - كل مقولة لاستغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتوجات الأرض الأخرى،
 - كل مقولة لاستغلال الملاهي العمومية أو الإنتاج الفكري،
 - كل مقولة لبيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة،
 - كل مقولة لاستغلال النقل أو الانتقال،
 - كل مقولة لاستغلال المخازن العمومية¹.
- وقد ورد ذكر هذه المقاولات على سبيل المثال لا الحصر ممّا يمكّن من إضافة أعمال أخرى تعتبر تجارية متى تمت في شكل مقولة.

¹ - أنظر المادة 2 أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن قانون التجاري ج.ر.ج.ج العدد 77، معدل و

2- الأعمال التجارية بحسب الشكل:

أضفى المشرع الجزائري الصفة التجارية على طائفة من الأعمال التي تتخذ شكلا معينًا، وذلك بغض النظر عن موضوعها وقد حدّد المشرع الجزائري الأشكال التي تتخذها هذه الأعمال في المادة 3 من القانون التجاري الجزائري وهي كما يلي:

أ . التعامل بالسفتجة بين جميع الأشخاص:

نصت عليها المادة 3/ 1 من القانون التجاري " التعامل بالسفتجة عملا تجاريا مهما كان الأشخاص المتعاملين بها " ، يقصد بالسفتجة الورقة التجارية التي تعتبر أداة ائتمان بين طرفي العلاقة القانونية و هي قابلة للتداول بالطرق التجارية ، فهي عبارة عن أمر مكتوب من الساحب إلى شخص يسمى المسحوب عليه بأمر بدفع مبلغ معين في تاريخ محدد تحت إذن شخص ثالث يسمى المستفيد ¹ .

و قد نصت المادة 389 من قانون التجاري الجزائري : " تعتبر السفتجة عملا تجاريا مهما كان الأشخاص " أي سواء كان الشخص القائم بها تاجرا أو غير تاجر فإذا تعامل بالسفتجة فيعد ذلك العمل في دائرة الأعمال التجارية بحسب الشكل ، كما أشارت المادة 390 من قانون التجاري إلى البيانات التي يجب أن تحتويها السفتجة لها شكل و صورة معينة و يترتب على فقدان أحد عناصرها فقدان الصفة التجارية

ب . الشركات التجارية:

تعتبر الشركة شكل من أشكال المشروع الاقتصادي تقوم على تجميع الأموال و جهود الأفراد لممارسة نشاط اقتصادي ² ، المشرع الجزائري لم يعرف الشركة أما المادة 416 من القانون المدني عرفت الشركة أنها عقد بين شخصين أو أكثر يساهمان في مشروع معين عن طريق تقديم حصة معينة لتحقيق هدف معين واقتسام الأرباح التي سوف تأتي أي من خلال هذه المادة يجب أن يكون هناك أطراف يردون القيام بمشروع ، و يجب أن يقدم كل شريك حصة

¹ - محمد حسن اسماعيل ، الأعمال التجارية ، التاجر ، المحل التجاري ، طبعة الأولى ، الوراق للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2003 ، ص 71 .
- محمد فريد العريني ، أساسيات القانون التجاري ، دار الجامعة الجديدة ، الأزاريطة و منقحة ، 2010 / 2009 ، ص 143 . ²

أما أن تكون حصة عينية أو نقدية أو حصة عمل المهم أن يقدم حصة لكي يعتبر شريك ، و الشركة نوعان شركة مدنية و شركة تجارية و نصت المادة 544 من قانون تجاري يحدد الطابع التجاري للشركة إما بشكلها أو بمضمونها

. وكالات و مكاتب الأعمال

المقصود بوكالات ومكاتب الأعمال: تلك المحلات التي تؤدي خدمة للجمهور لقاء أجر معين ومقابل نسبة معينة من قيمة الصفقة كالوكالة الوطنية لدراسة انجاز المطارات والوكالات السياحية.

أما مصطلح المكاتب فلا يشمل مكاتب المهندسين والمحامين والمحاسبين وعيادات الأطباء باعتبارها مهنا حرة تخضع لقانون خاص بها. وقد أراد المشرع الجزائري أن تكون الوكالات ومكاتب الأعمال خاضعة لأحكام القانون التجاري، لذلك فلا يهم غرضها مدنيا كان أم تجاريا ولا تهم صفة الشخص المتعامل معها، ويتخذ الطابع التجاري مبدئيا كل عمل قامت به هذه المكاتب أو هذه الوكالات لأنها تجارية بحسب الشكل¹.

أ- العمليات المتعلقة بالقاعدة التجارية:

المقصود بالقاعدة التجارية أو المحل التجاري مجموع الأموال المنقولة المخصصة لمزاولة نشاط تجاري²، وتضم القاعدة التجارية نوعين من العناصر، عناصر مادية كالبضائع والمعدات والآلات، وعناصر معنوية كالحق في الاتصال بالعملاء، السمعة التجارية، الاسم والعنوان التجاري والحق في الإيجار وغيرها من الأموال الأخرى اللازمة للاستغلال التجاري³.

وتعتبر كل التصرفات أو الأعمال التي تنصب على القاعدة التجارية أعمالا تجارية بحسب الشكل بغض النظر عن موضوعها أو عن طبيعة العملية أو الشخص القائم بها، فبالتالي كل تصرف في

¹ - فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، نشر وتوزيع ابن خلدون، وهران، 2003، ص 91، 92.

- أنظر المادة 78 من القانون التجاري المعدل والمتمم².

- فقد ذكر المشرع الجزائري عناصر القاعدة التجارية على سبيل المثال لا الحصر وهي تختلف من قاعدة تجارية إلى

أخرى حسب طبيعة النشاط³.

العناصر المادية للقاعدة التجارية كالبضائع، الأدوات، الأثاث أو العناصر المعنوية كبيع الاسم التجاري أو رهن العلامات التجارية سواء كان التصرف بالبيع أو الشراء من طرف تاجر أو غير تاجر يعتبر عملا تجاريا بحسب الشكل و ذلك طبقا لنص المادة 4/3 من القانون التجاري الجزائري.

ب- العمليات المتعلقة بالتجارة البحرية والجوية:

نص المشرع الجزائري في المادة 5/3 من القانون التجاري على أن كل عقد يتعلّق بالتجارة البحرية والجوية يعدّ العمل فيه عملا تجاريا بحسب الشكل¹، بغضّ النظر عن طبيعة العقد أو موضوعه و بالتالي تعتبر هذه العقود تجارية بحسب الشكل أي يكفي أن تتخذ التجارة البحرية أو الجوية شكل العقد ليعتبر العمل تجاريا مثلا عقد إنشاء سفينة أو طائرة ويكتسب هذا العقد الصفة التجارية ولو وقع مرة واحدة .

و ذكر عقد التجارة البحرية في المادة 2 لذا فهو يأخذ نوعين فهو عمل تجاري حسب الشكل وفق المادة 5/3، وعمل تجاري حسب الموضوع وفق المادة 4/2 حيث يكون الغرض من التعاقد والاستغلال التجاري هو تحقيق الربح.

3- الأعمال التجارية بالتبعية :

تنص المادة 4 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: " يعدّ عملا تجاريا بالتبعية:

- الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره،

- الالتزامات بين التجار ."

أ- المقصود بالأعمال التجارية بالتبعية :

هي أعمال مدنية بطبيعتها ولكنها تعدّ تجارية بسبب صدورها عن تاجر لحاجات تجارته، حيث أن مهنة التاجر تؤثر على الأعمال التابعة لها وتكسبها الصفة التجارية مثل قيام تاجر بشراء سيارة لنقل البضائع أو توزيع المشروبات للعملاء بها، شراء الأثاث اللازم لمحلّه ، وتعاقد

- أكون عبد الحليم، مرجع سابق، ص 1.66

لتوريد الماء والكهرباء لمحله التجاري ، فأصل هذه الأعمال كلها مدنية لكن إذا قام بها التاجر لغرض تجارته تصبح أعمالا تجارية، لكن إذا قام بها لغرض حاجاته الخاصة لمنزله مثلا أو عائلته فهي تحتفظ بطبيعتها المدنية.

ب - أساس نظرية الأعمال التجارية بالتبعية :

● **الأساس المنطقي :** يقتضي المنطق السليم بضرورة اعتبار أعمال التاجر المتعلقة بتجارته وحدة متماسكة تخضع لقانون واحد ولقضاء واحد، فلا يتصور إخضاع بعض أعماله للقانون التجاري وأخرى للقانون المدني بحجة أنّ الأولى تجارية والثانية مدنية، كما أنّ هدفها واحد وهو تسهيل العمل التجاري للتاجر وتكمل المهنة التجارية وتسهيلها و تزيد من أرباحها.

● **الأساس القانوني:** تنصّ المادة 4 من القانون التجاري الجزائري في الفقرة 2 على أنّه يشترط أن يتم العمل بين تاجرين، إلّا أنّ المستقرّ عليه فقها و قضاء أنّه يكفي أن يكون أحد الطرفين في العقد تاجرا حتى يعتبر العقد بالنسبة إليه تجاريا أما الطرف الثاني فيبقى مدنيا¹.

ت - شروط الأعمال التجارية بالتبعية :

من خلال نص المادة 4 من قانون التجاري الجزائري يتضح لنا أنّه يشترط توفر شرطين وهما:

- صدور العمل من تاجر؛

- أن يكون العمل متعلقا بالنشاط التجاري للتاجر أو ناشئا من التزامات بين التجار.

* **صدور العمل من تاجر:**

اشتراط المشرع الجزائري في المادة 4 من القانون التجاري أن يصدر العمل المدني من تاجر ولغرض تجارته حتى يعتبر عملا تجاريا بالتبعية بغض النظر عن كونه شخصا طبيعيا أو معنويا،ويمكن تحديد هذه الصفة بالرجوع إلى الأعمال التجارية الأصلية التي يمارسها هذا

-مصطفى كمال طه ، مرجع سابق، ص 87، 88. ¹

الشخص إذا كانت من الأعمال المنصوص عليها في القانون التجاري و خاصة المادتين 2 و 3 منه.

• أن يكون العمل متعلقا بالنشاط التجاري للتاجر أو ناشئا من التزامات التاجر:

كلما تعلّق العمل بالنشاط التجاري للتاجر أو كونه مترتبا عن التزامات بين التجار أي أنّ العمل مرتبط بنشاطه التجاري حتى و إذ لم يقصد من ورائه تحقيق الربح اعتبر عملا تجاريا بالتبعية.

• أن يكون العمل مدنيا أصلا:

يشترط لاعتبار العمل تجاريا بالتبعية أن يكون في أصله عملا مدنيا وقع من تاجر بمناسبة ممارسة تجارته أو لأغراضها فهذا أصل العمل مدني ويشترط أن يصدر عن تاجر بمناسبة ممارسة تجارته أو لأغراضها¹

المطلب الثاني

تطبيقات مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية والاستثناءات الواردة عليه

تشمل قواعد القانون على عدة استثناءات على المبادئ العامة في الإثبات ، و لعلّ في ذلك مثال واضح على بعض القواعد التي قد لا يمكن فيها توحيد القواعد القانونية المطبّقة على التجار وسواهم، لما قد ينتج من تعسّف بين الأفراد وإهدار لخصوصياتهم، ومن بين قواعد الإثبات في المواد التجارية نشير أولا إلى أهم هذه التطبيقات (الفرع الأول) ، وإلى الاستثناءات الواردة على المبدأ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تطبيقات مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

الأصل في القواعد التجارية أن الإثبات جائز بكل الطرق، حرّ طليق من القيود التي وضعها المشرع لما عداها من الديون ومن ثمّ يجوز إثبات التصرفات القانونية التجارية مهما كانت قيمتها بجميع طرق الإثبات.

ويرد على المبدأ تطبيقات هامة والتي تتمثل فيما يلي:

– أكمون عبد الحليم، الوجيز في شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص 67.¹

أولاً: جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي بكافة طرق الإثبات:

يقصد بإثبات ما يخالف الكتابة، أن يدّعي أحد أطراف التصرف القانوني الذي تشير إليه الورقة الرسمية أو العرفية، أن ما هو ثابت فيها بشكل جزئي أم كلي، لا يتفق مع حقيقة التعامل الموجود بين الطرفين¹، كأن يصرح الطرفان في ورقة عرفية أن البائع في حين أنه لم يتحقق ذلك فعلاً بين الطرفين، فهنا يجب على البائع لكي يثبت عدم الوفاء أن يقدم ورقة عرفية أو رسمية وذلك لأنه يدّعي عكس ما هو ثابت بالكتابة.

أما في المواد التجارية، فيجوز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي بالشهادة والقرائن وكافة طرق الإثبات وذلك خلافاً لما هو مقرر في المواد المدنية طبقاً للمادة 333 من القانون المدني المعدل والمتمم، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري أو غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

فإذا كانت الواقعة المراد إثباتها تخالف أو تجاوز واقعة أخرى ثابتة بدليل كتابي، فلا يجوز إثبات الواقعة الأولى بشهادة الشهود أو القرائن، وإنما يلزم أن يكون ذلك بدليل كتابي، ذلك يعتبر استفسار اتجاه نيتهم لتوثيق التزاماتهم دفعا للشبهات والمنازعات، فكان مما يتنافى مع ذلك إباحة إثبات العكس بغير الكتابة وهذا وفقاً لقواعد يقرها قانون الإثبات².

ثانياً: جواز الاحتجاج بالمحررات العرفية على الغير و لو لم تكن ثابتة التاريخ:

يجوز في المواد التجارية الاحتجاج بالمحررات العرفية حتى وإن لم تكن ثابتة التاريخ، وهذا خلافاً للقاعدة المدنية طبقاً للمادة 1/328 من القانون المدني الجزائري: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت "، و عليه فإن نفس المادة بينت في باقي النص كيفية ثبوت التاريخ كما يلي:

- سرايش زكريا، الوجيز في قواعد الإثبات، مرجع سابق، ص 92.¹

²- العزياني المعتصم بالله، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 147.

و يكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من يوم تسجيله، و من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، ومن يوم التأشير عليه على يد ضابط مختص، ومن يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء¹.

إذن؛ تعتبر الأوراق العرفية في المواد التجارية حجة على الغير في تاريخها ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتا، ما لم يشترط القانون ثبوت التاريخ، ويعتبر هذا التاريخ صحيحا حتى يثبت العكس².

ثالثا: جواز استناد التاجر إلى دفاتره التجارية:

إن للتاجر أن يتمسك بالبيانات التي دونها في دفاتره لإثبات ما ورد إلى عملائه، فلقد أجاز الاحتجاج بهذه الدفاتر على المتعاملين معهم من غير التاجر كعنصر من عناصر الإثبات حيث أن هذا الدليل يعدّ دليلا ناقصا فلقد أجاز النص للقاضي أن يكمله باليمين المتممة التي يوجهها إلى أي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود، و للتاجر الحق في التمسك بما دونه في دفاتره بوصفه دليلا لصالحه في الدعوى التي تكون بينه وبين تاجر آخر بشرط أن تكون هذه الدفاتر منتظمة³.

رابعا: جواز استناد خصم التاجر إلى دفاتر التاجر:

يجوز للمحكمة إلزام و إجبار التاجر بإطلاع خصمه على دفاتره في مواد الأموال الشائعة وقسمة التركات ومواد الشركات وفي حالة الإفلاس طبقا للمادة 15 من القانون التجاري الجزائري: " لا يجوز الأمر بتقديم الدفاتر و قوائم الجرد إلى القضاء إلا في قضايا الإرث وقسمة الشركة وفي حالة الافلاس " ⁴.

¹ - أنظر المادة 2/328 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

² - مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، مرجع سابق، ص 128.

³ - أنظر المادة 13 من القانون التجاري المعدل والمتمم.

⁴ -حيث تنص المادة من 15 الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري ج.ر.ج. ج عدد 77، صادر في المعدل والمتمم.

و للمحكمة أيضا الحق في أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم لتستخرج منها ما يتعلّق بالنزاع المعروض عليها، ويثبت حق الاطلاع على الدفاتر للمحكمة دون الخصم¹.

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية

لقد أطلق المشرع الإثبات بكافة الطرق لما تتطلبه التجارة من سرعة وائتمان في إبرام العقود والتصرّفات التجارية سواء بين التجار أو غيرهم من المتعاملين، ولكن هذا المبدأ ليس مطلقا، بل تتخلّله بعض الاستثناءات، وقد استلزم الكتابة في بعض العقود و المعاملات التجارية التي يستغرق إبرامها أو تنفيذها وقتا طويلا بحيث يكون لدى المتعاقدين متّسع من الوقت لتحرير السند، أو تنطوي على أهميّة خاصّة توقّعا لكل نزاع محتمل أن يقع بين الطرفين كما هو الأمر في الحالات التالية:

أوّلا: عقد الشركة:

عرّفت المادة 416 من القانون المدني الجزائري الشركة بأنّها " عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل على أن يقتسموا ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة " وقد استلزم المشرع إثبات هذا العقد بالكتابة طبقا لنصّ المادة 418 من القانون المدني: " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلاّ كان باطلا وسواء تعلّق الأمر بالشركات المدنية أو الشركات التجارية، غير أنّ الكتابة تكون عرفية أو رسمية وإذا كان المشرع لم يبيّن نوعيّة الكتابة الواجبة في الشركة المدنية أو اقتصر على ضرورة كتابتها فقط ، فإنّ الشركة التجارية لا بدّ من إفراغها في شكل رسمي وإلاّ كانت باطلة، وهذا ما

¹—أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 19.

نستخلصه من نصّ المادة 545 من القانون التجاري الجزائري الذي يقضى بضرورة إثبات الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة.

و إذا كان القانون يشترط الكتابة في جميع الشركات التجارية إلا أنه يستثنى من ذلك شركات المحاصة، إذ يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية، فالكتابة كما هي لازمة في العقد المنشئ للشركة، كذلك يلزم توافرها في كل التعديلات التي تدخل عليه¹.

ثانيا: التعامل بالأوراق التجارية :

الأوراق التجارية عبارة عن محررات مكتوبة وفق الأوضاع شكلية حدّدها القانون، قابلة للتداول بالطرق التجارية وتمثّل حقا موضوعه مبلغ من النقود يستحقّ الوفاء بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معيّن أو قابل للتعيين، ويستقرّ العرف على قبوله كأداة لتسوية الديون شأنه شأن النقود.

و لقد نص القانون التجاري على أنواع الأوراق التجارية في الكتاب الرابع منه و هي السفتجة التي تعتبر محررا يتضمّن أمرا صادرا من شخص هو الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه بأن يدفع لأمر شخص ثالث هو المستفيد، مبلغا معيّنا بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معيّن أو قابل للتعيين، وتعتبر السفتجة أهمّ الأوراق التجارية لأنها تتضمن جميع العمليات التي يدور حولها قانون الصرف، فطبقا للمادة 389 من قانون التجاري : " تعتبر السفتجة عملا تجاريا مهما كان الأشخاص".

وإلى جانب السفتجة نجد السند لأمر الذي يلتزم فيه الساحب بأن يدفع لمستفيد معيّن أو لأمره في تاريخ معيّن مبلغا معينا من النقود والذي نظم المشرع الجزائري أحكامه في المواد من 461 إلى 471 من القانون التجاري الجزائري، فضلا عن الشيك الذي يعتبر

¹-مصطفى كمال طه ، أساسيات القانون التجاري ، مرجع سابق ، ص ص 290-291.

بدوره من الأوراق التجارية التي تقوم مقام النقود في المعاملات والذي نظم المشرع الجزائري أحكامه في المواد من 472 إلى 543 من القانون التجاري الجزائري.

وفضلا عن أنّ هذه الأوراق التجارية تعتبر وسيلة لأداء الديون، فهي كذلك يمكن أن تكون وسيلة إثبات في يد حاملها، ورغم أنّ المشرع لم يشترط فيها أن تتمّ بالكتابة صراحة، فإنّ ذلك يستخلص ضمناً من البيانات التي اشترط توافرها فيها.¹

ثالثا: التصرفات الواردة على القاعدة التجارية:

طبقا للمادة 78 من القانون التجاري : " تعدّ جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري ، و يشمل المحل التجاري إلزاميا عملاءه و شهرته، كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل، و الاسم التجاري، والحق في الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية، كلّ ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك"

لقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح المحل التجاري وكان يقصد به القاعدة التجارية، ولكن بمجيء قانون 08/04² المتعلّق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، أصبح يستعمل مصطلح القاعدة التجارية وهو المصطلح الصحيح الذي يعبر عن مصطلح « fonds de commerce ».

ونظرا لأهمية القاعدة التجارية، استلزم المشرع الجزائري ضرورة إفراغ التصرفات الواردة عليها في قالب رسمي وإلا كانت باطلة، وذلك خروجاً منه عن القاعدة المعروفة في المسائل التجارية وهي حرية الإثبات.

1 - نادية فوضيل ، الاوراق التجارية في القانون التجاري ، الطبعة 13، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، 2011، ص ص 9-13

- قانون رقم 08/04 مؤرخ في 14 غشت 2004، يتعلّق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر ج، عدد 52، صادر

في 18 غشت 2004.²

فبالنسبة لبيع القاعدة التجارية استلزم المشرع إثبات هذا البيع بعقد رسمي وإلا كان باطلاً¹، إلا أن هذا النص أثار إشكالا في تطبيقه بخصوص الشكلية المطلوبة في عملية بيع القاعدة التجارية، فيما إذا كانت ركنا في العقد أم أنها شرط لإتمام العقد؟ ولقد انقسمت التطبيقات القضائية على مستوى المحاكم إلى اتجاهين، حيث اعتبر الاتجاه الأول الرسمية المطلوبة مجرد شرط لتمام العقد، في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى اعتبار الرسمية ركنا من أركان العقد². ونتيجة هذا الاختلاف في الاجتهاد القضائي، أصدرت هيئة الغرف مجتمعة لدى المحكمة العليا قرارا في 1997/02/18 اعتبرت فيه الرسمية ركنا من أركان العقد يبطل العقد في حالة تخلفه بطلانا مطلقاً³. وزيادة على عقد بيع القاعدة التجارية، ألزم المشرع إفراغ كل التصرفات الأخرى التي قد ترد على القاعدة التجارية، من رهن⁴ وإيجار تسيير⁵، في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان، وذلك نظرا لأهميتها.

– أنظر المادة 79 والمادة 83 من القانون التجاري المعدل والمتمم¹.

– أنظر في تفصيل ذلك، حمدي باشا عمر، القضاء التجاري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 200، ص 42 و 43.²

– المرجع نفسه.³

– أنظر المادة 120 من القانون التجاري المعدل والمتمم⁴.

– أنظر المادة 3/203 من القانون التجاري المعدل والمتمم⁵.

الفصل الثاني

طرق الإثبات في المسائل التجارية

تتمثل طرق الإثبات في المسائل القانونية التي تمكّن المتقاضي من تقديم الدليل على إثبات حقه أمام القضاء، وقد قسّمت طرق الإثبات إلى تقسيمات متعددة حيث أنّ هناك من صنّفها إلى نوعين من الأدلّة، النوع الأول هو الأدلة المطلقة والملزمة في نفس الوقت، فهي من ناحية ملزمة للقاضي، ومن ناحية أخرى تثبت بها جميع أنواع الوقائع القانونية سواء كانت تصرفات قانونية أو وقائع ماديّة، ويندرج تحت هذا النوع الكتابة والإقرار واليمين، والنوع الثاني يشمل الأدلّة غير الملزمة فهي من ناحية غير ملزمة أي أنّها مجرد أدلّة مقنعة للقاضي، فالقاضي هو الذي يقدّر قيمتها في الإثبات حيث تدخل في السلطة التقديرية له، ومن جهة أخرى فهي مقيدة حيث يجوز اللجوء إليها في إثبات بعض أنواع الوقائع وهذه الأدلّة هي القرائن والشهادة.

وقد وضعت طرق الإثبات من أجل الإثبات بصفة عامّة، لذا وردت أحكامها في التقنين المدني، و حسب ترتيب منطقي يتصل حقيقة بدرجة قوة كل وسيلة من أدلة الإثبات، وأنّ القاضي لا يسوغ له أن يؤسس اقتناعه بناء على وسائل وأدلّة غير التي نظمها القانون وطرق الإثبات هي خمسة كما أوردها القانون المدني الكتابة، شهادة الشهود الإقرار، اليمين والقرائن.

سننظر في هذا الفصل إلى دراسة طرق الإثبات في المسائل التجارية والتي صنّفناها إلى إثبات بطريق الكتابة (المبحث الأول)، إثبات بغير الكتابة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الإثبات بطريق الكتابة

تعتبر الكتابة أهم طرق إثبات التصرفات القانونية في العصر الحديث، حيث أصبحت الوسيلة الفعالة والمأمونة في المعاملات أمام ضعف الثقة، فالمفروض في الدليل الكتابي أن يثبت بدقة الأمور المدونة فيه مما يقلل من احتمالات النزاع حوله، كما أن إدخال التحريف أو التزوير عليه يسهل اكتشافه، لذلك فإن الكتابة توفر ضمانات لحقوق أطراف العلاقة أكثر مما توفره أدلة الإثبات الأخرى، فهي إذن الوسيلة التي يستعملها المتقاضي لإثبات حقيقة اتفاق ما أو واقعة قانونية التي هي مصدر الحق المدعى، لذلك جعل المشرع من الكتابة أداة إثبات أساسية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية معترفا لها في ذات الوقت بقوة إثبات مطلقة، بحيث تعد الطريقة الأكيدة التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم إذ لا قيمة للحق ما لم تتوفر الوسيلة لإثباته.

و الكتابة بصفة عامة عرفت المادة 323 مكرر من التقنين المدني كما يلي: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها و كذا طرق إرسالها ".

و تقتضي دراسة الإثبات بطريقة الكتابة التطرق أولا إلى الكتابة الرسمية، و فيه نشير إلى تعريفها وشروطها وحجيتها في الإثبات (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى الكتابة العرفية والإلكترونية، وفيه نعالج أهم النقاط المتعلقة بالكتابة العرفية والإلكترونية وما هي حجيتهما في الإثبات (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الكتابة الرسمية

إن قواعد الإثبات التي تستلزم الكتابة لا صلة لها بصحة التصرف القانوني، فهو صحيح بدونها ومستقل عنها، لأن الكتابة المطلوبة كدليل ليست ركناً شكلياً في التصرف، ولكن هذا الاستقلال لا يتحقق في العقود الرسمية التي لا تنعقد إلا بورقة موقعة مما يجعل هذه الورقة عنصراً من عناصر العقد ووسيلة لإثباته في نفس الوقت.

وتتسم الورقة الرسمية بالحجية المطلقة إذ تشكل دليلاً في مواجهة الكافة، ولا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير، وتكتسب أيضاً قوة تنفيذية، إذ يجوز طلب تنفيذها بالقوة العمومية. و تقتضي دراسة الكتابة الرسمية إلى أن نشير أولاً إلى تعريفها وشروطها (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى مدى حجية الكتابة الرسمية في الإثبات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الكتابة الرسمية وشروطها

الكتابة عبارة عن تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها¹، تتميز الكتابة الرسمية بالشروط التي أوجب القانون توافرها فيها.

أولاً: تعريف الكتابة الرسمية:

أورد المشرع الجزائري أحكام الأوراق الرسمية في المواد 324 و 325 و 326 من القانون المدني الجزائري، ولقد عرفت المادة 324 منه الورقة الرسمية كما يلي: "الورقة

– أنظر المادة 323 من القانون المدني المعدل والمتمم.¹

الرسمية هي التي يثبت فيها موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، و ذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه¹.

فإذا انتفت هذه العلة عن الورقة المحررة، فإنها لا تندرج تحت مسمى المحررات الرسمية بل تفقد هذه الصفة وتصبح محررات عرقية.

ثانياً: شروط الكتابة الرسمية:

يتبين من التعريف المتقدم للمحرر الرسمي، أنّ هناك شروطاً ثلاثة يلزم توافرها في الورقة لتكتسب وصف المحرر الرسمي، و هي صدور من موظف عام مختص بكتابته، وفقاً للأوضاع المقررة في القانون.

1 - صدور المحرر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة : يتصف المحرر بالرسمية نتيجة تحريره بمعرفة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة و لا يستلزم ذلك أن يكتب المحرر بيد الموظف بل يكفي أن ينسب إليه ، أي تكون الورقة صادرة باسمه و أن يوقعها بنفسه .

و يقصد بالموظف العام كل من يشغل وظيفة عامة، ويصدق ذلك على العاملين في الحكومة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة.

ويتنوع الموظفون العموميون تبعاً لما يقومون به من أعمال، فالقاضي يعتبر موظفاً عاماً طبقاً للأحكام التي يصدرها، أمّا الأشخاص المكلفون بخدمة عامة مثلاً الخبير والمحضر²، إذن لا تضافى صفة الرسمية للمحررات إلا إذا كانت صادرة عن الموثق الذي له صلاحية تحرير العقود والوثائق الرسمية. وهذا ما تضمنته المادة 3 من القانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق كما يلي: " الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة

¹ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78، معدل ومتمم.

² - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 57 و 58.

العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة القانون صفتها الرسمية¹ .

2 - سلطة الموظف العمومي في تحرير الورقة واختصاصه بها :

يجب أن يكون الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة قد قام بتحرير المحرر في حدود سلطته واختصاصه، ويقصد بذلك أن تكون له ولاية تحرير المحرر من حيث المكان، ومن حيث الزمان، ومن حيث الموضوع.

أ- من حيث الاختصاص الموضوعي:

يختص كل موظف بتحرير نوع معين من المحررات الرسمية، ويجب أن يكون الموظف أهلاً لكتابة المحرر، أي ليس به مانع أو سبب يلزمه بالامتناع عن توثيق المحرر، فلا يجوز للموثق أن يباشر توثيق محرر يخصه شخصياً طبقاً للمواد 15، 16، 17 من قانون تنظيم مهنة الموثق².

ب - من حيث الاختصاص الزماني:

يجب أن يصدر الموظف المحرر أثناء ولايته أي بعد تعيينه ومباشرة العمل لكي يكون مقبولا، وقبل عزله من وظيفته أو نقله منها، فإذا تم عزل أو وقف أو نقل الموظف فإنه يفقد سلطته ولا تكون له ولاية تحرير المحرر، ويكون باطلا ويستثنى من ذلك تحرير الموظف للمحرر قبل إبلاغه بقرار العزل أو النقل، وإذا علم الموظف بعزله أو توقيفه قانوناً من وظيفته واستمر في ذلك فإن المحررات التي يحررها تصبح كمحرر عرفي إذا وقع عليها.

¹ - أنظر القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ج ج ج، عدد 14،

صادر في 8 مارس 2006.

² - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 61.

ج - من حيث الاختصاص المكاني:

ينبغي أن يصدر المحرر في دائرة الاختصاص الإقليمي للموظف أو الشخص المكلف بخدمة عامة ، فلا يجوز له أن يباشر عمله خارج دائرة اختصاصه ، و إنما يقيد مكتب التوثيق وحده فالموثق المختص بالتوثيق في مكتب أو دائرة معينة لا يكون له أن يقوم بالتوثيق في مكان آخر ، نجد أنها قررت التمسك بالاختصاص المكاني ، و إذا تعدى الموثق حدود اختصاصه لا يثيرها القاضي من تلقاء نفسه كونها ليست من النظام العام ، و من ثم فإن النفي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مؤسس.

و من هنا إذا عرض على القاضي محرر رسمي تجاوز فيه الموثق اختصاصه المكاني تعين عليه البحث عما إذا كانت الرسمية للانعقاد .

3 - مراعاة الأشكال المقررة في تحرير المحررة الرسمية :

لكل نوع من المحررات قواعد و إجراءات معينة لتحريرها ، ينبغي أن يلتزم الموظف بهذه القواعد عند تحرير المحرر حتى تثبت له صفة الرسمية¹ ، لأن هذه الأوضاع تختلف باختلاف نوع المحرر المطلوب تحريره ، فإنه من الصعب حصر تلك الأوضاع جميعاً ، و نكتفي هنا الإشارة إلى الأوضاع التي قررتها فيما يتعلق بالتوثيق ، فإنه في مضمون المادة 18 من قانون 88 - 27 : " تكون العقود الأصلية أو التي لا يحتفظ بأصلها تحت مسؤولية الموثق سواء كانت محررة باليد أو مستنسخة بالوسائل و الأجهزة المناسبة " ، و اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق و التي تتلخص في ضرورة أن يكون المحرر مكتوباً باللغة العربية و بخط واضح ولا يداخله إضافة أو كشط طبق للمادة 19 من نفس القانون ، و أن يتضمن البيانات اللازمة للدلالة على تاريخ التوثيق و شخص الموثق و مكان التوثيق و أشخاص ذوي الشأن و أسماء الشهود و عدم جواز التوثيق إلا بحضور شاهدين كاملي

¹ - محمد حسن منصور ، مرجع سابق ، ص 62 .

الأصلية طبق للمادة 324 مكرر 3 من القانون المدني الجزائري ، و لا صلة لهم بالمحرر المطلوب ووجوب تلاوة المحرر على ذوي الشأن و التوقيع عليه متهم ، و أن يحتفظ كابت المحرر بأصل المحرر، و يعطي أصحاب الشأن صوراً منه مطابقة للأصل إلى جانب ما ورد فيه أيضاً في القانون المدني الجزائري طبقاً للمادة 324 مكرر 2 " توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء، و يؤشر الضابط العمومي في آخر العقد ... " المادة 324 مكرر 4 منه¹.

الفرع الثاني

حجية الكتابة الرسمية في الإثبات

إن المشرع الجزائري قد تنبه فيما بعد إلى إغفال مسألة حجية الورقة الرسمية في الإثبات ، بحيث أنه أتى أخيراً بإضافة نصوص و التي ألحقت بالمادة 324 الأصلية من القانون رقم 88-14 المؤرخ في 26/09/1975 و المتضمن القانون المدني . وتتصب حجية الورقة الرسمية في الأصل على ثلاث عناصر ، و هي المضمون ، الأشخاص ، و ما يتعلق بالصور² .

أولاً-حجية الورقة الرسمية من حيث المضمون :

تكتسي البيانات الواردة في المحرر الرسمي حجية تختلف باختلاف طرق الطعن فيها إذ نجد أن المحرر الرسمي لا يجوز إثبات عكس البيانات الثابتة فيه إلا بالطعن بالتزوير طبق للمادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري : " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره " .

1 - أحمد شرف الدين، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 22.
2 - أمر رقم 75-58، متضمن قانون المدنى، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، ج.ر.ج.ج، العدد 78، معدل و متمم. .

من حيث المضمون فإن الورقة الرسمية تعد حجة بحقيقة ما دون فيها ، مالم يثبت بالطرق و الإجراءات المقررة قانونا و هذه الحجة لا تكون بهذه القوة لجميع محتويات الورقة الرسمية ، و لا بد من التمييز بين البيانات المتعلقة بأمر أو وقائع تحقق الموظف العام بنفسه من حصولها ، و البيانات التي تلقاها الموظف العام من ذوي الشأن عن وقائع دون التحقق من صحتها .

أ) - البيانات المتعلقة بأمر أو وقائع تحقق الموظف العام بنفسه من حصولها :

تتقسم هذه الوقائع إلى قسمين بحسب مصدرها ، فهي قد تصدر من الموظف العام ذاته و قد تصدر من ذوي الشأن في حضوره و يكون من سلطته التحقق منها كالبيانات التي يقوم الموظف بتدوينها في حدود مهنته كالتاريخ والتحقق من أسماء ذوي الشأن و أهليتهم و توقيعاتهم على الأوراق الرسمية فتكون لها حجة في الإثبات حتى يطعن فيها بالتزوير ، أما النوع الثاني فيشمل ما قام به ذوي الشأن أمام الموثق عن طريق القول أو الفعل نكون للمحرر الرسمي حجة بالنسبة لما دون فيه من البيانات السابقة ، و لا يجوز المساس بهذه الحجة إلا عن طريق الطعن في المحرر بالتزوير بالطرق المقررة قانونا ¹ ، فقد أعطى المشرع لهذه الأمور ثقة خاصة و لكن بشرط أن يكون إثبات الوقائع مما يدخل في مهمة الموثق ، أما البيانات التي تعتبر ما لا يدخل في حدود مهمة الموثق ، فلا تكون لها حجة وتتمثل البيانات التي تدخل في حدود مهمة الموثق في تلك التي أعد المحرر لإثباتها ² .

1 - أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص 24.

2 - محمد حسن منصورى ، المرجع السابق ، ص 64-65 .

(ب) -البيانات التي تلقاها الموظف العام من ذوي الشأن عن وقائع دون التحقق من صحتها :

تتعلق هذه البيانات بوقائع صرح بها ذوي الشأن في أقوالهم في حضور الموظف العام مما أدركه بالسمع أو البصر ، و لكنه لم يتحقق من هذه الوقائع ، ففي هذه الحالة يتولى الموظف العام تدوين ما صرح به ذوي الشأن أمام الموظف العام أو المكلف بالخدمة العامة و تثبت له الحجية الذاتية في الإثبات التي لا سبيل لدحضها إلا بالطعن بالتزوير فيها فإذا خرجت هذه الأمور عن مهمته كأن اثبت الموثق أن أصحاب الشأن أقارب فلا يثبت لها الصفة الرسمية

إذن فإن الوقائع التي لم تحدث أمام الموظف و لم يتحقق من صحتها فلا تثبت لها الصفة الرسمية و لا تكون لها نفس الحجية في الإثبات شأن البيانات التي تمت أمام الموثق ، إذ يجوز إثبات عكس دون الحاجة إلى الطعن في المحرر بالتزوير بل بالطرق العادية المقررة في الإثبات لكون الطعن في هذه البيانات لا يتضمن مساسا بأمانة الموثق ¹ .

ثانيا- حجية الورقة الرسمية من حيث الأشخاص :

المحرر الرسمي حجة على الناس كافة ، أي فيما بين المتعاقدين و كذلك في مواجهة الغير ، و لا يجوز لذوي الشأن أو الغير نقض الحجية الرسمية للمحرر إلا بإثبات التزوير بالطرق المقررة قانونا ، كقاعدة عامة رأينا أن المادة 391 من القانون المدني الجزائري تقضي بأن الورقة الرسمية حجة على الناس كافة فهي إذن حجة بما جاء فيها ، لا على أصحاب الشأن و حدهم بل هي أيضا حجة على الغير . فنذكر متى تكون الورقة الرسمية حجة على الغير إلى حد الطعن بالتزوير ، و متى تكون حجة على الغير يقوم الدليل على العكس .

¹ - همام محمد محمود زهران الوجيز في الاثبات المواد المدنية و التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003 ، ص 151 ، 152 .

و لكن حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير كحجيتها فيما بين الطرفين ، لا تمنع الغير من إنكار صحة الوقائع التي أثبتتها الموثق في ذاتها ، دون أن يتعرض ذلك لأمانة أو صدق الموثق و لا يحتاج في ذلك إلى الطعن بالتزوير ، بل يكفي أن يقدم الدليل على العكس بالطرق المقررة قانونا ¹ للغير أن يثبت بكافة طرق الإثبات صورية المحرر الرسمي و منها شهادة الشهود و القرائن و ذلك على العكس بالنسبة للمتعاقدين فإنه لا يجوز إثبات عكس ما هو مكتوب إلا بالكتابة و عليه فلا يجوز لهم إلا بالطعن بالتزوير و ذلك طبقا لأحكام قانون الإثبات ² .

ثالثا- حجية الورقة الرسمية فيما يتعلق بالصور :

تقتضي طبيعة عمل مكاتب التوثيق أن تحتفظ بأصل الورقة الرسمية و إعطاء صورة عنها لذوي الشأن و بطبيعة الحال فالأصل هو الذي يحمل تواريخ ذوي الشأن و توقيع الموثق ، وهذه الصور قد تكون صورا أصلية ، و قد تكون صورا مأخوذة من الأصلية .

أ- إذا كان أصل المحرر موجودا :

و هذه الحالة هي الغالبة ، و لا يشترط بعد كون أصل المحرر موجودا سوى أن تكون الصورة المأخوذة منه مباشرة رسمية و بالتالي يجب أن تكون مطابقة للأصل ، و يستوي أن تكون هذه الصورة خطية أو فوتوغرافية ، و القاعدة أن هذه الصورة تعتبر مطابقة للأصل ، ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين ، و في هذه الحالة يجب على المحكمة أن تراجع الصورة على الأصل ³ .

¹ - خالد موسى المحامي ، طرق الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار السماغ للنشر و التوزيع ، مصر ، ص 40 ، 41 .

² - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، " نظرية الإلتزام بوجه عام ، د.س.ن ، ص 156 .

³ - أنظر المادة 325، أمر رقم 75-58، متضمن قانون المدني، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، ج.ر.ج، العدد 78، معدل و متمم.

ب - حجية الصورة إذا كان الأصل غير موجودا :

الفرض هنا هو وجود أصل المحرر ، فإذا كانت الصورة غير مطابقة لأصلها ، فالقانون يفرق بين ثلاثة أنواع حيث تتمثل الصورة الأصلية كونها رسمية قد تكون تنفيذية أو غير تنفيذية لها حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل . كما انه يمكن أن تكون الصورة مأخوذة الصورة الأصلية حيث يكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها، و لكن لا يجوز في هذه الحالة لكل من ذوي الشأن أن يطلب مراجعتها على الصورة التي أخذت منها ، كما انه يمكن أن تكون الصورة المأخوذة من الصور المأخوذة بدورها من الصور الأصلية و هي الصورة المأخوذة من الصور التالية للأصل أو ما يليها و هي لا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس فلا تكون دليلا أصليا كافيا بذاته ، و إنما يتعين تكملتها بطرق إثبات أخرى.

المطلب الثاني

الإثبات بطريق الكتابة العرفية و الكتابة الالكترونية

تعرف الكتابة العرفية على أنها محررات تصدر من قبل أطراف العلاقة القانونية دون تدخل أي طرف آخر ، كما ظهر نوع جديد من الكتابة و هي الكتابة الالكترونية و ذلك نظرا لما يشهده العالم من تطورات في مجال الإعلام و الاتصال حيث أدرجه المشرع بموجب القانون 05-10 المعدل و المتمم للقانون المدني الذي سوى بين الكتابة في الشكل الالكتروني و الكتابة على الورق، و نتناول في الفرع الأول تعريف الكتابة العرفية و قواعد الإثبات بها و في الفرع الثاني تعريف الكتابة الالكترونية و حجبتها في الإثبات .

الفرع الأول

الإثبات بالكتابة العرفية

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الكتابة العرفية أولا و قواعد الإثبات بالكتابة العرفية ثانيا .

أولا : تعريف الكتابة العرفية

يقصد بالمحركات العرفية تلك المحررات التي تصدر من طرف الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة أو أي ضابط عمومي فهي تختلف عن المحررات الرسمية ، و المحررات العرفية نوعان محررات معدة للإثبات و هي التي يقصد بها الأطراف المعنيون بالإثبات عند المنازعة المتوقعة و لا يشترط فيها أن تحمل توقيع أطراف العلاقة حيث اعتبرها المشرع دليلا كاملا في الإثبات ، أما المحررات العرفية غير المعدة للإثبات و التي أوردها القانون ضمن المحررات العرفية و جعل لها حجية في

الإثبات منها المراسلات البريدية و الدفاتر التجارية و الأوراق المنزلية و التأشير على سند الدين التي يمكن أن تحمل توقيعات ذوي الشأن كما قد تكون غير موقعة و لهذا جعل المشرع لها قوة في الإثبات حسب ما يتوافر فيها من عناصر الإثبات¹ و ذلك طبقا للمادة 329 من القانون المدني الجزائري ، كما يمكن القول أيضا على الورقة التي تصدر ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من توقيع أو خط و لها حجية نسبية على طرفيها و خلفائهم ، أما الغير فلا يحتج بها عليهم بتاريخها إلا بشروط كأن يسجل في وثيقة رسمية أخرى² .

ثانيا - قواعد الإثبات بالكتابة العرفية: يشترط في الورقة العرفية أن تكون مكتوبة و موقعة لكي تكون لها حجية في الإثبات:

1- الكتابة : يشترط في المحرر العرفي أن يكون مكتوبا و لم يشترط شروط خاصة بها لا من حيث الصيغة و لا من حيث طريقة التدوين و لا من حيث المدون فكل كتابة تفيد إبرام التصرف القانوني تعد مقبولة بوصفها شكلا لذلك التصرف أيا كانت صيغة التدوين أو لغة التعبير و بصرف النظر عما إذا كانت قد دونت بالحبر أو قلم الرصاص و بخط اليد أو الإصبع و بصرف النظر عما إذا كان الخط خط المدين أو خط غيره كما يصح أن تكون باللغة العربية أو بغيرها .

و من تطبيقاتها نجد الرسائل ذات الحجية إذا كانت موقعة مثلها مثل المحرر العرفي ، فيجوز في هذه الحالة أن يحتج بها على المرسل في إثبات ما تم الاتفاق عليه و هذا ما نصت عليه المادة 329 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى على أنه تكون للرسائل الموقعة عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات ، أما إذا كانت الرسالة غير موقعة فلا يكون لها حجية المحرر العرفي و لكن يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت

¹ - مفلح القضاة ، الإثبات في المواد المدنية و التجارية طبقا لقانون الإثبات الإتحادي رقم 10، الإمارات ، 1992 ، ص 99-98 .

² - همام محمد زهران ، الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، المرجع السابق ، ص 160 .

مكتوبة بخط المرسل¹ ، و تشترط أن تكون الرسالة مقدمة من المرسل أو ممن حصل عليها بطريقة مشروعة ، كما يشترط أيضا أن لا تحتوي الرسالة على أسرار في المواد التجارية² كما نجد أيضا الفواتير التي يعرفها المشرع الجزائري ، كما أنه لم يحدد البيانات التي تستوجبها ، فإنها بذلك تشبه النموذج العادي المتداول تجاريا حسب العرف لذا يجب أن تكون مكتوبة كما تستلزم أن تحتوي على بيانات ضرورية يتطلبها العرف التجاري حيث أنها يجب أن تفرغ في محرر مكتوب من أصل صورة أو عدة صور³ .

2 - التوقيع : يعد التوقيع عنصرا أساسيا في إنشاء الكتابة العرفية و ذلك لأنه يعبر عن موافقة صاحب التوقيع على مضمون المحرر الذي قام بتوقيعه ، فالتوقيع يشير إلى توافق الإرادة الداخلية للموقع مع الالتزامات الظاهرية الواردة في المحرر، و هذا الشرط جوهرى للمحرر العرفي ، لأنه أساس نسبة الكتابة إلى الموقع ، لذلك فإذا خلت الورقة من توقيع من تنسب إليه لا يجعلها دليلا كتابيا كاملا و لو كانت مكتوبة بخط يده ، لأن الكتابة ذاتها لا تفيد قبول الالتزام بالمكتوب و لكن قد يصلح المحرر لأن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، كما أنه لم يشترط في المحرر العرفي أن يكون التوقيع في مكان محدد في الورقة⁴ .

1 - المادة 2/329، أمر رقم 58-75، متضمن قانون المدنى، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، ج.ر.ج.ج، العدد 78، معدل و متمم.

2 - المادة 105 من أصول محاكمات مدنية لبنان " لا تكون الرسالة سرية في المواد التجارية فالرسالة بطبيعتها ليست معدة للإثبات أو للإطلاع غير المرسل إليه إليها . و لها يمكن أن تتضمن سر يجب إخفائه أو كتمانها ، و في هذه الحالة لا يجوز تقديم الرسالة فيما يتعلق بموضوع الدعوى وحده و إلا يجاز للمرسل إليه تقديم الرسالة بعد الحصول على إذن بذلك يخضع لتقدير القاضي .

3 - فوضيل نادية ، مرجع سابق ، ص 221 .

4 - مفلح القضاة، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق ، ص 99 .

الفرع الثاني

الإثبات بالكتابة الإلكترونية

سننطلق في هذا الفرع إلى تعريف الكتابة الإلكترونية أولا و حجيتها في الإثبات ثانيا :

أولا: تعريف الكتابة الإلكترونية:

لقد أورد المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر من التقنين المدني " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف و أوصاف و أرقام و أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت وسيلة التي تتضمنها و كذا طرق إرسالها "

فالمقصود بالكتابة الإلكترونية حسب هذا النص ذلك التسلسل في الحروف و الأوصاف و الرموز و الأرقام و أية علامة ذات معنى مفهوم المكتوبة على دعامة إلكترونية و مهما كانت طرق إرسالها مثل المعلومات التي تحتويها الأقراص الصلبة و المرنة أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر و نشرها على شبكة الانترنت و الملاحظ أن المادة 323 مكرر يعتبر أول نص عرف من خلاله المشرع الجزائري الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة لإثبات التصرفات بصفة عامة و الكتابة الإلكترونية بصفة خاصة ، لتفادي الجدل حول الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كدليل للإثبات .

كما نصت المادة 323 مكرر 1 " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات على الورق ، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها ، و أن تكون محفوظة في ظروف تضمن سلامتها "

لقد أسس المشرع من خلال هذا النص التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الإلكتروني و الكتابة على الورق و لكن لم يأخذ به على إطلاق .

ثانيا : حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات : نجد أن الكتابة الالكترونية على خلاف الكتابة التقليدية معرضة للتبديل مما يمس بقوتها الثبوتية ، الشيء الذي جعل المشرع يحيطها بعدة ضمانات و عليه نطرق إلى حجية المحررات الالكترونية في الإثبات من حيث الأصل و الصور كما يلي :

1- حجية أصل المحرر الالكتروني في الإثبات : من خلال نص المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري نجدها قد أقرت بمبدأ التساوي الوظيفي بين الكتابة في الشكل الالكتروني و الكتابة على الورق من حيث الفاعلية و الحجية و صحة الإثبات ، حيث أن الكتابة في الشكل الإلكتروني تعادل الكتابة العرفية من حيث الحجية ، حيث أن القواعد المطبقة على الكتابة العرفية هي المطبقة على الكتابة في الشكل الالكتروني ¹ .

(2)- حجية الصور والمستخرجات الإلكترونية : هي عبارة عن أوراق ومستندات مستخرجة من الحاسوب الآلي و التي تحتوي على بيانات و معلومات معينة يتم إدخالها و برمجتها فيه واستخراجها عند الحاجة و كذلك الحال بالنسبة لأجهزة الفاكس و التلكس و أمام وضعية أنه لا يوجد نص ينظم حجية المستخرجات الالكترونية فإن لها من الحجية ما للدليل الكامل وفقا لقواعد الإثبات طالما كانت مطابقة للأصل الذي يتعين سلامته من خلال منع وصول أحد الطرفين إليه دون علم أو موافقة الطرف الآخر و هذا ما أكدته المشرع الجزائري من خلال المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري ² .

ثالثا : حجية التوقيع الالكتروني : لا يمكن أن تعتبر الكتابة سواء في الشكل الالكتروني أو على الورق دعامة مادية دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت موقعة ، فيعتبر التوقيع شرطا أساسيا لصحة الوثيقة سواء كانت إلكترونية أو ورقية لذا نص المشرع في

¹ - سمير عبد السميع الأودن ، العقد الالكتروني ، منشأة المعارف ، د.م.ن،د.س.ن، ص 157.
² - المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري المعدل بأمر 10/05 التي تنص على أنه " يعتبر الإثبات في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها "

المادة 2/327 من القانون المدني الجزائري على أنه يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما وريثه أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار¹.

المطلب الثالث

الإثبات بالدفاتر التجارية

يترتب على اكتساب الشخص لصفة التاجر نشوء عدة التزامات يجب عليها القيام بها، وهذه الالتزامات يقتضيها حسن سير مهنة التجارة و من بين هذه الالتزامات نذكر مسك التاجر بالدفاتر التجارية

و قد فرض القانون التجاري على التجار مسك دفاتر معينة يدونون فيها ما لهم من حقوق و ما عليهم من الديون ، و يشبتون فيها جميع العمليات التجارية التي يباشرونها ، في هذا المطلب إذن سنشير أولا إلى تعريف هذه الدفاتر التجارية و أنواعها (الفرع الأول) ، ثم نتطرق إلى قوتها في الإثبات (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

تعريف الدفاتر التجارية و أنواعها

أولا - تعريف الدفاتر التجارية :

طبقا للمادة 9 من القانون التجاري الجزائري : "كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر لليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقايضة أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن

¹ - المادة 2/327، أمر رقم 58-75، متضمن قانون المدني، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، ج.ر.ج.ج، العدد 78، معدل و متمم.

معها مراجعة تلك العمليات يوميا". و تعد الدفاتر التجارية سجلات يقيّد أو يدون فيها التاجر مختلف العمليات التجارية التي يقوم بها بمناسبة مزاوله نشاطه التجاري ، و لقد اهتم المشرع الجزائري بهذا الالتزام ، فجعله واجبا قانونيا بالنسبة للتاجر سواء كانوا أفرادا أو شركات قاصدا مصلحة التاجر نفسه و مصلحة الأفراد الذين يتعاملون معه و للدفاتر التجارية أهمية قصوى بالنسبة للتاجر ، فهي تعتبر الوسيلة التي تعكس مدى نجاح التاجر في أعماله ، كما تبين بدقة المركز المالي له ، و حالة تجارته و ماله و ما عليه من ديون و من ناحية أخرى تظهر أهمية الدفاتر في حالة وقوع التاجر في الإفلاس ، فإذا كانت الدفاتر التجارية منتظمة أمكن للتاجر أن يدفع عن نفسه خطر الوقوع في حالة الإفلاس بالتدليس ، و لها دورا كبير في الإثبات سواء لمصلحة التاجر أو ضده ¹.

ثانيا - أنواع الدفاتر التجارية :

جرت العادة على إلزام التاجر بإمساك دفاتر أخرى إذا أوجبتها الضرورة العملية و التطبيقية لممارسة مهنة التاجر و هذا رغم عدم تعرض المشرع بنص يحكمها و تكون هذه الدفاتر إلزامية يجب على التاجر إمساكها إجباريا و التي تتمثل في دفتر اليومية و دفتر الجرد ، و هناك اختياري و هذا تبعا لطبيعة التجارة التي يمارسها ، دفتر الصندوق و دفتر الأستاذ .

1- الدفاتر التجارية الإلزامية: يستنتج من نصوص المواد 09 و 10 و 11 من القانون التجاري إلزام التاجر بمسك دفترين على الأقل هما دفتر اليومية و دفتر الجرد .

¹ - سعيد يوسف البستاني ، قانون الأعمال و الشركات ، منشورات الجلبى الحقوقية ، لبنان ، 2004 ، ص 213 ،

أ- دفتر اليومية Le livre journal

نصت عليه المادة 9 من قانون التجاري الجزائري حيث يعتبر دفتر اليومية من أهم الدفاتر التجارية ، و يجب على التاجر أن يقيد فيه يوما بيوم جميع الأعمال التي تعود بوجه من الوجوه إلى مشروعيه تجارية .

وهدف المشرع من هذا الدفتر هو الحرص على أن يبين التاجر جميع المعاملات الواقعة منه يوما بيوم و قد يكون هذا مبالغاً فيه و لكثرة الأعمال التي يقوم بها التاجر قد يؤدي إلى عدم تدوينها يوما ، و قد أجاز له المشرع قيد العمليات شهريا بشروط حفظ جميع الوثائق و المستندات المتعلقة بها على أساس يومية لمدة لا تقل عن عشرة سنوات ¹ .

ب- دفتر الجرد أو الموازنة Le livre des inventaires et des bilans

نصت عليه في المادة 10 من القانون التجاري الجزائري ، أن يدون على الأقل الميزانية السنوية و حساب الأرباح و الخسائر في دفتر خاص يسمى دفتر الجرد ، و إذا خلا هذا الدفتر من عناصر الجرد التفصيلية يجب أن تنظم الوثائق المتعلقة به و أن تحفظ طوال عشر سنين ، فهذا الدفتر يساعد على الوقوف على الحقيقة المركز المالي للتاجر ، و ينتج للدائنين في حالة الإفلاس على معرفة ما لديهم من حقوق و ما عليه من ديون ² .

2- الدفاتر الاختيارية :

بالإضافة إلى الدفاتر اليومية و الجرد فإن النشاط التجاري يفرض مسك دفاتر إضافية و نذكر منها :

¹- جلال وفاء محمدين ، المبادئ العامة في القانون التجاري ، دار الجامعة للطباعة و النشر ، الإسكندرية، د س ن، ص73.

² - سعيد يوسف البستاني ، المرجع السابق ، ص 216 .

- أ- دفتر المخزن : يسجل فيه كل البضائع التي تدخل الخزانة أو تخرج منها.
- ب- دفتر الأوراق التجارية : يدون فيه مواعيد استحقاق الأوراق سواء تلك التي يجب عليه تحصيلها من الغير ، أو تلك التي يجب عليه الوفاء بها للغير .
- ت- دفتر الخزانة : فيه يقوم التاجر بقيد المبالغ الداخلية أو الخارجية من الخزينة ، و هذا الدفتر على قدر كبير من الأهمية بالنسبة للشركات الكبرى و البنوك .
- ث- دفتر الصندوق : فيه يتم تدون جميع المبالغ النقدية التي تدخل الصندوق أو تخرج منه.
- ج- دفتر الأستاذ : هي أهم الدفاتر الاختيارية هو الذي تنقل إليه القيود التي تسبق تدوينها في الدفاتر اليومية
- و دفتر الأستاذ على قدر كبير من الأهمية حيث أنه يبين النتيجة النهائية لحركة المشروع التجاري ، و حساب صافي الربح أي الربح أو الخسائر¹.

الفرع الثاني

حجية الدفاتر التجارية في الإثبات

جعل القانون الدفاتر التجارية ذات حجية في الإثبات سواء ضد التاجر في جميع الأحوال أو لمصلحته عند توافر بعض الشروط و هذا من قبيل الخروج على القواعد العامة التي لا تلزم الشخص بتقديم دليل ضد نفسه أو لا تخوله اصطناع دليل لنفسه ضد الغير .

و سوف نقوم بإيضاح كيف يمكن للتاجر أن يستفيد من الدفاتر التجارية للإثبات في مصلحته ، و كيف يمكن إجباره على تقديم الدفاتر التجارية كدليل ضده .

حمدي باشا ، القضاء التجاري ، مرجع سابق ، 25¹

أولاً - حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر:

استثناء عن قاعدة عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه ، أجاز المشرع للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التاجر بالنسبة للأعمال التجارية ، أما إذا كانت العلاقة بين شخصين أحدهما تاجر و الآخر غير تاجر ، فلا تكون لهذه الدفاتر حجية إلا بتوافر الشروط التي يحددها القانون .

أ - إذا كانت المنازعة التجارية بين تاجر و تاجر آخر :

إذا كانت الدعوى قائمة بين تاجرين أو دعويين اقتصاديين و متعلقة بأمور التجارة فإن المشرع أجاز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التاجر و هذا ما ورد في المادة في المادة 13 من القانون التجاري ، غير أنه يشترط لكي تكون دفاتره حجة له يجب توافر ثلاث شروط ، أن يكون خصمه تاجر أيضاً أن يكتسب صفة التاجر ، و أن تكون دفاتر التاجر الذي يستند إليه لإثبات حقه ضد خصمه منتظمة ، أن يتعلق النزاع بأعمال تجارية بالنسبة للطرفين حيث تنص المادة 13 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي : " يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التاجر بالنسبة للأعمال التجارية".

ب - إذا كانت المنازعة التجارية بين تاجر و غير التاجر :

فالأصل لا تعطى دفاتر التاجر أية قوة إثبات ضد خصمه ذلك وفق للقاعدة القائلة بأنه لا يجوز لإنسان أن يصنع دليلاً لنفسه خاصة و أن الخصم غير تاجر باعتباره لا يملك دفاتر تجارية من أجل مقابلة القيود ، لكن يجوز للتاجر على سبيل الاستثناء أن يتمسك بدفاتره في مواجهة شخص غير تاجر ، إذا تعلق النزاع بأشياء وردّها إلى غير تاجر ، و أن يكون من الجائز إثبات الالتزام بطريق الشهادة ، كما لو كانت قيمته لا تتجاوز ألف دينار (1000.00) جزائري ، كما وردت في المادة 333 من القانون المدني ، و في هذا

الشأن تنص المادة 1/330 مدني جزائري أن الدفاتر التجارية لا تكون حجة على غير التجاري.

غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التاجر يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين (تاجر أو غير تاجر)، و هذه اليمين التي يجوز له أن يوجهها إلى أي من الخصمين تكون من تلقاء نفسه دون طلب أيهما ¹.

ثانيا- حجية الدفاتر التجارية في الإثبات ضد التاجر :

القاعدة أن دفاتر التاجر حجة عليه و هذا طبق لنص المادة 2/330 من القانون المدني : " تكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ، لكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد ما كان مناقضا لدعواه "

و على هذا كل ما جاء من بيانات في دفاتر التاجر ، سواء تم تدوينها بخطه أو بإملائه ، يعد حجة عليه دائما و سواء كان خصمه تاجر أو غيره تاجر ، و سواء كان النزاع تجاريا أو مدنيا ، و نلاحظ أن قاعدة حجية دفاتر التاجر عليه تتضمن أوراقا عرفية غير موقعة من التاجر و مع ذلك فإنها حجة عليه ، و من حيث أن القانون يجيز للمحكمة أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع و هذا يعتبر استثناء من قاعدة عدم جواز إلزام الشخص بتقديم دليل ضد نفسه .

و من هنا نلاحظ فإن الدليل المستمد من دفاتر التجار ثلاث أمور أن يكون هذا الدليل ليس حق مطلقا مقررا لخصم التاجر ، إذ أن طلب خصم التاجر الاستدلال بدفاتره يخضع لتقدير المحكمة أن شاءت إجابته أو رفضت .

¹ - محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر 1985، ص 376 .

إذا كانت دفاتر التاجر منتظمة أي مطابقة للقانون ، فإنه لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجرئ ما ورد فيها و أن يستبعد ما كان مناقضا لدعواه مثلا : إذا أثبت التاجر في دفاتره أنه تسلم البضاعة و دفع ثمنها ، فلا يجوز لخصمه أن يجرئ هذا الإقرار و يأخذ منه ما يفيد و يستبعد ما لا يفيد .

إن لصاحب الدفتر أن يثبت عكس ما ورد فيه بجميع طرق الإثبات فالتاجر لا يتقيد في هذا الإثبات بقاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة لأن دفاتر التاجر لا يعتبر دليلا كتابيا كاملا لأنه غير موقع من طرف التاجر ¹ .

المبحث الثاني

الإثبات بغير الكتابة

سبق أن تناولنا بالدراسة و عرفنا أن الكتابة هي الأدلة ذات القوة المطلقة في الإثبات ، فهي طريق لإثبات جميع الوقائع سواء أكانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية بصرف النظر عن قيمة الحق المراد إثباته ، و رأينا أن أهم هذه الأدلة يتمثل في الكتابة .

و إلى جوار الأدلة المطلقة توجد أدلة مقيدة و هي التي لا يجيز القانون الإثبات بها إلا في بعض الحالات فهي إذن ذات قوة محدودة في الإثبات ، و هذه الأدلة تتمثل في شهادة الشهود و القرائن و الإقرار و اليمين ، والتي نقسمها إلى أدلة إثبات عامة تتمثل في الإثبات بشهادة الشهود و القرائن (المطلب الأول) ، و أدلة إثبات غير عادية و المتمثلة في الإقرار و اليمين (المطلب الثاني) .

¹ - أحمد شرف الدين ، مرجع سابق ، ص 80 ، 81 .

المطلب الأول

أدلة الإثبات العادية

تتمثل أدلة الإثبات العادية في شهادة الشهود ، إذ أن المشرع الجزائري نظم القواعد الموضوعية للإثبات بالشهادة في المواد 333 إلى 336 من القانون المدني الجزائري ، واعتبرها من الطرق المقيدة ، أو ذات القيمة المحدودة ، فهي لا تقبل لإثبات التصرفات القانونية المدنية إذا زادت قيمتها عن حد معين ، أو كانت غير محددة القيمة .

أما أدلة الإثبات العادية الأخرى لا تتمثل في القرائن ، إن القانون المدني نص عليها في الفصل الثالث بعنوان " القرائن و هذا في الباب السادس في إثبات الالتزام ، من المواد 337 إلى 340 من القانون المدني الجزائري .

و في هذا المطلب سنتطرق أولا إلى أهم النقاط المتعلقة بشهادة الشهود (الفرع الأول) ، و فيما يتعلق أيضا بالقرائن كأدلة إثبات العادية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

الإثبات بشهادة الشهود

أولا : مفهوم شهادة الشهود

1-تعريف شهادة الشهود : قبل أن نتطرق لتعريف شهادة الشهود قانونيا، يجب أن نلقي نظرة على لفظ البيينة ، فالبعض يستعمل هذا اللفظ ، بينما البعض الآخر يفضل لفظ شهادة الشهود ، فالمشرع الجزائري أخذ بمعنى شهادة الشهود و هذا طبقا للقانون المدني .

و قد سكت القانون عن تعريف شهادة الشهود بل اكتفى بتنظيمها و تحديد مجالها ، و قد عرفها البعض بأنها تقرير المرء لما يعمل به شخصيا إما لأنه رأى أو لأنه سمعه ، و ذهب البعض إلى تعريف الشهادة على أنها إخبار أمام القضاء بصدور واقعة من غير الشاهد تثبت حقا لشخص آخر ، و يجب أن يكون الإدراك بالواقعة إدراكا مباشرا شخصيا¹.

إذن فالشهادة يقصد بها قيام شخص من غير خصوم الدعوى بالإخبار أمام القضاء عما أدركه بحاسة من حواسه كالسمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها ، أي أن الشاهد يخبر بواقعة صدرت من غيره ، فهذا الخبر يحتمل الصدق أو الكذب ، و لكن يقوى احتمال الصدق على احتمال الكذب فيها ، ذلك أن الشاهد يحلف على الصدق² و يجب أن يتوافر فيه شروط أن يكون الشاهد ذو أهلية كاملة ، و غير ممنوع من أدائها ، و أن يكون الشاهدة مباشرة فيخبر بما سمعه أو بما رآه ، و يجب أن ترد الشهادة على الوقائع المتعلقة بالدعوى التي يراد التحقق منها ، أن يكون الشاهد الذي يدلي بالشهادة من الغير ، فلا يأخذ بها إذا كانت من الخصوم .

2- خصائص شهادة الشهود : لقد اعتبر المشرع شهادة الشهود من طرق الإثبات و

جعل لها خصائص و التي تتمثل فيما يلي:

- الشهادة حجة مقنعة فحسب أي غير ملزمة :

و تختلف الشهادة في ذلك اختلافا جوهريا عن الكتابة ، فيعتبر الدليل الكتابي بحسب إعدادة سلفا حجة بذاته ، فيفرض سلطانه على القضاء ما لم يطعن فيه بالتزوير أو ينقض بإثبات العكس ، تترك الشهادة لتقرير القاضي و يكون له كامل السلطة في تقدير قيمتها ،

¹ - صالح براهيم ، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري ، بحث في شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، الجزائر ، 2008 ، 2009 ، ص 5.

² - سعودي سعيد ، الإثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية و التجارية مذكرة التخرج في إجازة المدرسة العليا للقضاء ، 2008 ، 2009 ، ص 6 .

فقد يطرح القاضي أقوال الشهود إذا لم يطمئن إليها ، و هو غير ملزم بإبداء أسباب عدم الاطمئنان ، كما يحتفظ بسلطته التقديرية في تفسيرها ما دام لم ينحرف فيها .

- الشهادة حجة غير قاطعة :

و ذلك بعكس الإقرار و اليمين أي أن ما يثبت بها يقبل النفي بشهادة أو بأي طريق آخر من طرق الإثبات، فيعتبر ما ثبت بالشهادة صحيحًا إلى أن يثبت عكسه قبل الحكم .

- الشهادة حجة متعددة :

أي أن ما يثبت بها يعتبر ثابتًا بالنسبة إلى الكافة ، لأنها صادرة من شخص عدل خالي المصلحة في النزاع .

- الشهادة دليل مقيد لا يجوز الإثبات به إلا في حالات معينة :

لأن المشرع قدر احتمال الكذب فيها فوضع من خطرهما بتفضيل الكتابة إلا إذا رضي الخصم بأن يثبت خصمه ما يدعيه لأن وجوب الإثبات بالكتابة لا يتعلق بالنظام العام ¹ .

3- صور شهادة الشهود :

تتخذ الشهادة عدة صور تتمثل في :

- الشهادة الشفوية :

في معظم الأحيان يتم الإدلاء بالشهادة أمام المحكمة أو القاضي مباشرة ، عما أبصروا به أو سمعوه ، و هذا و أن القانون نظم الإجراءات التي تتلقى بموجبها تصريحات الشهود ، كما هو وارد في قانون الإجراءات المدنية تحت عنوان التحقيقات في المواد 61 و 75 .

¹- همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ، ص 305 .

- الشهادة الكتابية :

نادر ما يلجأ إليها القضاء كوسيلة من وسائل الإثبات .

- الشهادة المباشرة :

إن شهادة الشهود تنصب على الواقعة التي اطلع عليها شخص ما أو سمع عنها و عليه تكون الشهادة مباشرة لأنها صادرة مباشرة عن الشخص الذي كان له اتصال بالواقعة .

- الشهادة غير المباشرة :

تكون الشهادة غير مباشرة إذا كان الشاهد قد سمع ما حدث في الواقعة من شخص آخر دون أن يكون في موقع الحادثة ، ففي هذه الحالة فإن شهادته تأتي في المرتبة الثانية .

- الشهادة بالتسامع :

- تعتبر نوعا خاصا من الشهادة ، بحيث أنها لا تتصل مباشرة بالواقعة التي عرفها الشاهد شخصيا و بنفسه بل تتعلق بما وصل إلى سمع الشاهد ، فهي شهادة غير مباشرة و ذلك حينما لا يشهد الشخص بما رآه أو سمعه مباشرة ، و إنما يشهد بما سمع رواية من الغير ¹ .

ثانيا : قوة الإثبات المطلقة و لشهادة الشهود في المسائل التجارية

تقتضي المادة 333 قانون المدني الجزائري " على أن في غير المادة التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100000.00 دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجود أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك و عليه فقوة البينة قوة مطلقة فيما يخص الوقائع القانونية المادية و كذا التصرفات القانونية التجارية .

¹- بن ملحة الغوثي ، مرجع سابق ، ص 67 ، 68 .

- أ - الوقائع القانونية " المادية " : الواقعة المادية هو أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثر سواء اتجهت إليه الإرادة أم سواء تدخلت فيها إرادة الإنسان أم لا . و نظرا لصعوبة تحديد طبيعة الواقعة المادية فتؤدي إلى صعوبة فرض الكتابة للإثبات ، فيجوز إثباتها بشهادة الشهود . فالتصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني 1 .
- ب - التصرفات القانونية التجارية : حسب المادة 333 من القانون المدني الجزائري فهي تستثني المواد التجارية من وجوب الإثبات بالكتابة إذا زاد التصرف عن مئة ألف دينار .
- حيث أن التصرف التجاري مهما كانت قيمته أو زادت عن هذا النصاب أو إذا كان غير محدد القيمة ، فإنه يجوز إثباته بالبينة أو بأي وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها و العلة في إطلاق الإثبات في التصرفات التجارية مهما كانت قيمة التصرف بالبينة أو القرائن ، هو ما تتطلبه المعاملات التجارية من سرعة و الائتمان كما أن المحافظة على السمعة التجارية تدفع التاجر إلى عدم إنكار الحق . و لذلك كله لم يتطلب المشرع فيها الدليل الكتابي للإثبات بل اقتصر على شهادة الشهود .

و باعتبار الإثبات بشهادة الشهود و القرائن في التصرفات التجارية ليست قاعدة من النظام العام ، يجوز لأصحاب الشأن الاتفاق على أن يكون الإثبات هنا بالكتابة فتكون حينها واجبة .

1 - براهيم صالح ، الإثبات بشهادة الشهود ، المرجع السابق ، ص 33 .

و القانون التجاري هو الذي يبين متى يعتبر التصرف القانوني تجاريا و يجب إثباته بالقرائن أو الشهادة أي كانت قيمته .

إذا قد يقع التصرف القانوني بين شخصين ، و يعتبر لكل منهما تصرف تجاري ، فالإثبات هنا بالقرائن أو الشهادة مهما كانت قيمة التصرف .

و قد يقع التصرف القانوني و يعتبر لكلا الطرفين تصرفا مدنيا ، فالإثبات في هذه الحالة ، لا يجوز

بالشهادة أو القرائن إلا فيما لا يجاوز النصاب 1 .

الفرع الثاني

الإثبات بالقرائن

تعتبر القرينة طريق غير مباشر للإثبات و تخفيف عبء الإثبات الملقى على عاتق المدعي بها و هي تقوم أساسا على استنباط القاضي الواقعة السابقة لإثباتها من الواقعة الثابتة التي يختارها من موضوع الدعوى المعروضة عليه .

أولا -أنواع القرائن

تنقسم القرائن إلى نوعين قرائن قانونية و قرائن قضائية :

1-القرائن القضائية

تعريف القرائن القضائية على أنها كل قرينة لم يدرجها بل ترك المجال للقاضي حسب الظروف أو الأحوال المحاطة بالقضية ، حيث يركن القاضي على القواعد الثابتة أو ما يسمى بالعلامات و الوقائع المعلومة يدل بها على الأمر المواد إثباته.¹

¹ - عبد الحميد الشواربي في المواد المدنية و الجنائية و الأحوال الشخصية ، دار المطبوعات الإسكندرية ، 1992 ، ص 283 .

و قد عرفها عبد الحميد الشواربي على أنها ما يستخلصه القاضي أو المشرع من أمر معلوم لدلالة على أمر مجهول ، فالقاضي أو المشرع وقائع أخرى بديلة²، و هي تتكون من عنصرين ، عنصر مادي و يقصد به الوقائع المادية المقر بها من قبل الطرفين و هي الأحداث و الدلائل التي أكدها الطرفان سواء كان من طرف واحد أو الاثنين معا، و عنصر معنوي يتمثل بالاستنباط الذي يقوم به القاضي و ذلك بواسطة القدرات الذهنية لاستنتاج الأحداث و الوقائع التي لم يدرجها الطرفان بالإدلاء بها ، و تعتبر سلطة القاضي بشأنها مطلقة و واسعة في الرجوع إلى الوقائع بكل حرية فله الحق في اختيار الوقائع الثابتة سواء بأوراق الملف أو بأي وسيلة أخرى ، كما يمكن أن يختار الوقائع التي سبق مناقشتها بين الخصوم ، و كما نلاحظ أيضا خروج القاضي عن المبدأ أن لا يحكم إلا بما عرض عليه من أدلة في الدعوى و لقد ورد في الاجتهادات انه يجوز للقاضي أن يستتبط القرائن من العفيفات التي أجريت في غياب الخصوم أو سبق تقدمها في دعوى أخرى.³

2-القرائن القانونية

فيمكن تعريف القرينة القانونية الاستنباط الذي يستتبطه المشرع من خلال الشيء المجهول من الشيء المعلوم ، على أساس أن الراجح ارتباط الشئيين معا وجودا و عدما ثم يقرر و قد عرفها المشرع الجزائري بنص المادة 337 من القانون المدني الجزائري " القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته عن أي طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك " 4 .

1 - أنور طلبية ، طرق الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار الفكر العربي، الجزائر، 1994، ص315.

2 - تقابلها في القانون المقارن المادة 1349 من قانون المدني الفرنسي و المادة 99 من قانون المدني المصري.

3 - أنور طلبية ، طرق الإثبات في المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق ، ص 315.

4 - أنظر المادة 337 ، أمر رقم 75-58، متضمن قانون المدني، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، ج.ر.ج، العدد 78، معمل و متمم.

أ- و هي نوعان بسيطة و هي القرينة التي تقررت لشخص لكي تعفيه من الإثبات ، و لا تنقل عبء الإثبات إلى الخصم كما أنه يجوز نقضها بالدليل العكسي فيحق لأطراف الخصومة إثبات عكس ما افترضه المشرع ، فهذه الأخير يمكن إثباتها عكسها بالدليل ذات قوة مطلقة .

كما أن الفقهاء أجاز الإثبات بالبينة أو القرائن القضائية لأن القرينة تنص بقرينة مثلها و لو كانت قضائية ، ومتى أمكن ذلك جاز أيضا الإثبات بالبينة و قاطعة و هي القرينة القرينة القانونية التي لا تقبل إثبات عكسها مثال ذلك القرائن القانونية عن الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية التي تقع عن الحيوان (م 139 ق م ج) و عن الأشياء (م 138 ق م ج) المسؤولية العقدية (م 140 مكرر ق م ج) ، مسؤولية المستأجر عن الحريق (م 140 ق م ج) .

فأقام المشرع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي ، حيث تنتفي العلاقة السببية بإثبات عكسها و لا يمكن نفي الخطأ لأن قرينته القانونية غير قابلة لإثبات العكس . و قد نص المشرع في كثير من الحالات على أن قرينة معينة قابلة لإثبات العكس . و قد نص المشرع في كثير من الحالات على أن قرينة معينة قابلة لإثبات العكس بالرغم من أنه حاجة لذلك حتى لو لم ينص عليها ، و كمثال على هذا م 134 ق م ج (خاصة بالكلف بالرقابة) إذ نصت في فقرتها الثانية " يستطيع المكلف بالرقابة التخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه واجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من عناية "

إلا أنه و في بعض الحالات نرى المشرع ينص على عدم جواز إثبات عكسها ، وهذا قد يوقعنا في لبس أننا أمام قرينة قانونية لا يجوز إثبات عكسها ، غلا أنها تكون قابلة لإثبات العكس - مثال ذلك - م 136 ق م ج .

كما أنه من جهة أخرى يمكن دحض القرينة القانونية القاطعة بالإقرار و اليمين على عكس القواعد الموضوعية ، كما نرى أن القرائن القانونية و لو كانت قاطعة تبقى من وسائل الإثبات ، بل هي لا تقدر على أن تكون دليلا سلبيا إذ تقتصر الإعفاء من الإثبات كما تقدمنا ، فإن نقضها من تقررت لمصلحته بإقراره أو بيمينه فقد دحضها ، و لم يعد هناك محل لإعفائه من إثبات لم يقبل هو أن يعطي نفسه منه ¹ .

ثانيا - حجية القرائن في الإثبات في المسائل التجارية :

بالنسبة للقرائن القضائية أشارت المادة 340 من القانون المدني الجزائري " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز القانون الإثبات بالبينة "

أجاز المشرع الإثبات بالقرائن في الحالات التي يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود حيث نرى في هذا الصدد أن المشرع قد سوى بين القرائن القضائية و الشهادة كما أن مجال السماح بالرجوع إليها ضيق و إذا استعملت في مجال غير موضعه فإنهم يخضعون لرقابة المحكمة العليا ، أما في المسائل التجارية يجوز الإثبات بالقرائن و ذلك بصفة عامة و ذلك بالنسبة للوقائع المادية و كل الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود ، كما يراعي بالنسبة للقرائن القضائية أنها قد تنتهي إلى قرائن قانونية ، واستنادا إلى نص المادة 340 من قانون مدني يمكن القول أنه من حق القاضي أن يقبل أو يرفض القرائن التي على الخصوم في القضايا التي يجوز فيها الإثبات بالبينة كما أن له سلطة واسعة في تقدير وجود علاقة بين القرينة و النزاع و كونها منتجة أم لا دون سبب ² .

أما بالنسبة للقرائن القانونية عالجها المشرع في المادة 337 من قانون المدني الجزائري : " حيث أن القرينة هي إعفاء من تقررت لمصلحته من الإثبات و من المعروف

¹ - عبد الحميد الشواربي ، القرائن القانونية و القضائية ، مرجع سابق ، ص 70 .

² - عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، 283

كل دليل يقبل إثبات العكس ، وكما أن هو عربة الدفاع ، فإن هذا يؤدي الى القول بأن كل قرينة قانونية قد اثبتت واقعة معينة تقبل في الاصل اثبات العكس اي عكس تلك الواقعة ، فإن كالدليل الكتابي و البيئية و هما يتبتان الوقائع بطريقة مباشرة يقبلان إثبات العكس، فالأولى والأصح بالقرينة القانونية و التي تقتصر على الاعفاء من اثبات أن تقبل بدورها اثبات العكس.

غير انه لا يقصد بذلك الاعفاء نهائيا من عبئ الإثبات أنها يبقى الخصم مكلفا بإثبات الواقعة الأصلية التي تقوم عليها القرينة¹.

المطلب الثاني

أدلة الإثبات غير العادية

يقصد بالطرق الغير العادية أي الاحتياطية الطرق التي يلجأ إليها أطراف الخصومة عند المنازعة و يلجأ إليها عندما يفتقد الخصم الدليل على و هذه الطرق تتمثل في الإقرار و اليمين كما أنه لا يلجأ إليها الخصم إلى في الضرورة القصوى ، حيث نتطرق في الفرع الثاني سنتناول اليمين .

الفرع الأول

الإقرار

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الإقرار و شروطه بصفة عامة ، أما ثانيا سنتناول أنواعه .

¹ - محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص 252

أولاً : تعريف الإقرار و شروطه

1- التعريف الإقرار

الإقرار هو اعتراف صريح و مؤكد من طرف الشخص بواقعة يترتب عليها أثر قانوني معين في مواجهة ، و يتمثل ذلك غالباً في التسليم بما يدعيه الخصم و نجد المادة 34 من ق ت ج عرفت الإقرار بأنه " اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، و ذلك أثناء سير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة .

حيث أشارت المادة هنا أن الإقرار ينصب على الواقعة القانونية دون غيرها¹.

2- شروط الإقرار

أ- الإقرار تصرف قانوني يتم بالإرادة المنفردة : لذلك يشترط في الشخص المقر أن تكون إرادته سليمة خالية من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه . و يجب أن يكون هذا الأخير يتمتع بأهلية التصرف ، فالإقرار الذي يدلي به الشخص عديم الأهلية أو ناقص الأهلية يعتبر إقرار غير صحيح مرفوض ، كما نجد إقرار النائب لا يصح إلا في حدود نيابته.

فإذا كان المقر نائباً قانونياً كالوصي وجب الحصول على إذن المحكمة و إن يتم في حدود الإذن الذي سمحت به المحكمة . و إذا كان المقر نائباً اتفاقياً كالوكيل ، فلا بد له من وكالة خاصة تخوله سلطة الإقرار أما إقرار الوكيل وكالة عامة فلا يحتج على الموكل .

ب- يجب أن يكون الإقرار صادراً من المقر عن قصد الاعتراف بالحق المدعى به : أي يجب أن يكون الإقرار الذي يقر به المقر حقيقة لكي يفيد ثبوت هذا الحق على سبيل اليقين ، فلا يتعرف بالإقرار الذي يحمل عبارات المجاملة طالما أنه لم يقصد من الإدلاء بها

¹ - محمد حسين منصور، قانون الإثبات ، مرجع سابق، ص 201، 202

أن يتخذها من وجهة إليه دليلاً عليه ، كذلك فإن إبداء الخصم رغبته في تسوية النزاع لا يفيد حتماً استمرارية الرغبة كما لا يفيد إقرار الشخص بحق خصمه ، فالإقرار هنا يجب أن يكون بعبارات صريحة تفيد إثبات اتجاه إرادة المقر إلى التسليم بما يدعيه خصمه ، كما أنه يجوز استخلاص الإرادة ضمناً¹ .

ج- يجوز الإقرار كقاعدة عامة في جميع الوقائع القانونية : أي يمكن الإقرار في جميع الوقائع و التصرفات القانونية أياً كانت قيمتها و حتى و لو تعلق الأمر بمخالفة ما هو ثابت بالكتابة . كما أنه لا يمكن الإقرار في المسائل القانونية لأن تفسير القانون و تطبيقه على الواقع من شأن المحكمة².

ثانياً - أنواع الإقرار : ينقسم الإقرار إلى.

1- الإقرار القضائي : هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة . حيث أنه يجب أن يصدر من الخصم و يمكن أن يكون المقر هو المدعى أو المدعى عليه و سواء صدر الإقرار منه شخصياً أو ممن ينوب عنه و يكون له الحق في الإقرار و يصدر الإقرار لصالح الخصم في الدعوى ، كما أنه يصدر أمام القضاء العادي أو الاستثنائي أو أمام هيئة المحكمين ، فالإقرار الصادر أمام النيابة العامة أو أي جهة إدارية أخرى لا يعتبر إقراراً قضائياً ، كما أنه يجب أن يصدر الإقرار في نفس الخصومة المحتجة فيها و ليس في خصومة أخرى و لو كان نفس الخصم و في نفس الواقعة³.

1 - محمد حسين منصور ، قانون الإثبات ، مرجع سابق ، ص 202 ، 203.

2 - محمد حسين منصور ، المرجع نفسه ، ص 204.

3 - محمد حسن منصور ، مرجع سابق ، ص 205 ، 206.

2-الإقرار الغير القضائي : هو الإقرار الذي يصدر من المقر في غير مجلس القضاء

أو أمامه في غير الدعوى المتعلقة بمحل الإقرار¹ .

و الإقرار الغير القضائي هو موكل إلى السلطة التقديرية للقاضي و تترتب عليه آثار حيث أن المادة 341 ق م ج لم تشير على الإقرار الغير القضائي على عكس نظيره الفرنسي الذي أورده في نص المادة 1354 و في هذه الحالة و في غياب أي نص على الإقرار الغير القضائي ، فإن القاضي له الحرية الكاملة في التعامل معه أي حسب اقتناعه الشخصي دون خضوعه لرقابة المحكمة العليا . و أما الآثار التي تنجر عن السلطة التقديرية للقاضي نجد أن الإقرار الغير القضائي له صورتين بحكم أنه غير قابل للتجزئة أي هنا القاضي يصدر حكمه على التصريح الأول أي الأصلي و لا يأخذ أو يعتمد على التصريحات الإضافية ، أما الصورة الثانية في جواز القاضي الأخذ بعين الاعتبار الرجوع عن الإقرار الغير القضائي ، فيما هو متفق عليه فقها و قضاء² .

الفرع الثاني

اليمين

أولا التعريف: اليمين هو إشهاد الله على صدق ما يقول الحالف أو على مايعد و سينزل عقابه إذا ما كذب أو حنث و هذا الاستشهاد هو العلة في إعطاء اليمين قوة ثبوتية ، و اليمين إما أن تكون قضائية أو غير قضائية أما الثانية هي التي تتم أو يتفق أن تؤدي خارج مجلس القضاء و هذه الأخيرة لم ينظمها قانون الإثبات فتخضع للقواعد العامة³ .

¹ - نبيل ابراهيم سعد ، الإثبات في المواد المدنية و التجارية في ضوء الفقه و القضاء ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2000، ص227.

² - بن ملحة الغوثي ، و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام الجزائري، مرجع سابق، ص83

³ - أحمد شرف الدين ، مرجع سابق ، ص131.

ثانيا : أنواع اليمين تنقسم اليمين إلى نوعين ،حاسمة ومتممة

1- اليمين الحاسمة

اليمين الحاسمة هي تلك اليمين التي يوجهها الخصم الذي ليس بيده أي دليل للدفاع به أمام القانون و يراعي أن اليمين الحاسمة ليست دليلا يقدمه المدعى على صحة و صدق دعواه، بل هي وسيلة احتياطية يلجأ إليها ليثبت بها صحة ما يدعيه و صدقه و بالتالي فهي لا تخلو من مجازفة يلجأ إليها المدعى لإثبات ادعائه و توجيه اليمين الحاسمة للخصم تصرف قانوني إرادي ، و ينتج أثره بمجرد توجيه اليمين إذ أنها لا تحتاج لقبول الخصم الذي وجهت إليه لكي تنتج أثرها¹ .

ب-شروط توجيه اليمين الحاسمة من حيث الأشخاص

1. **موجه اليمين :** يجوز لكل الخصمين توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر و ذلك في حالة عجز الخصم على تقديم الدليل على ما يدعيه و عليه إذن أن يأخذ في شأن صحة إدعائه إلى أقوال خصمه في حلف القسم الذي يوجهه إليه أي يشترط في من يوجه اليمين الحاسمة أن يكون أحد أطراف الطلب القضائي موضوع الدعوى سواء كان مدعيا في الدعوى الأصلية أو فرعية أو مدعيا في شأن ما يوجهه من دفع² .

2. **من توجه إليه اليمين :** يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الآخر فلقد استقر قضاء النقض على أنه لا توجه اليمين الحاسمة إلا إلى الخصم الآخر حق المطالبة بالإثبات³.

1 - أحمد شرف الدين ، المرجع نفسه ، ص132.

2 - همام محمد محمود، مرجع سابق، ص255.

1- همام محمد محمود، مرجع سابق، ص257.

3. لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام و يجب أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين شخصية¹.

ثانيا -اليمين المتممة

هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي طرف من أطراف الخصومة في الدعوى بغرض اقتناعه بقرينة معينة ، و هذه اليمين لا أثر لها ، لأن القاضي له أن يأخذ بها و له أن يبعدها حتى بعد قيام الخصم بحلف اليمين.و من المعلوم أنها ليست صلحا و لا حتى تصرفا قانونيا أو دليلا إنما هي إجراء يتخذه القاضي رغبة في تحري الحقيقة و الاحتكام إلى ذمة أحد الخصوم الذي قدم دليل غير كاف².

ويشترط لتوجيهها ما يلي

1- أن لا يكون في الدعوى دليل كامل : لا يتطرق إليها القاضي إلا لاستكمال أدلته الناقصة حيث تستوجب أن لا يكون في الدعوى دليل كامل على الواقعة المتنازع عليها من كتابة رسمية أو عرفية

2- ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل : يجب أن تكون المنازعة المعروضة أمام القضاء لديها أدلة لكي يمكن التحري في موضوع الخصومة و أن اليمين المتممة تعني إضافة دليل فلا توجه إذا كانت الدعوى خالية من أي دليل.

3-موضوع اليمين المتممة: يشترط في موضوع اليمين المتممة ما يشترط في موضوع اليمين الحاسمة أي أنه يجب أن تكون الواقعة موضوع اليمين المتممة غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة و أن تكون شخصية مرتبطة بالشخص الذي وجهت إليه اليمين³ .

1- همام محمد محمود، مرجع نفسه، ص260.

2- أحمد شرف الدين ، مرجع سابق، 148.

3 - أحمد شرف الدين ، مرجع سابق، 151-152.

خاتمة:

و في الخير نخلص إلى أن موضوع الإثبات من بين المواضيع التي تستقطب اهتمام القانون لهذه المسألة من أهمية بالغة و ثقل كبير في ترجيح الكافة بين المتقاضين و تحكم القضاة في ممارسة العمل القضائي .

إن فكرة الإثبات تدل علي الوصول إلي الحقيقة و البحث عنها فإن التشريع الجزائري أخذ بالنظام القانوني للإثبات، بمعنى أن القانون هو الذي يبين طرق الإثبات و يحدد قيمها و أن لكل خصم الحق في إثبات ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التي يبينها القانون و يتصل مبدأ حق الخصوم في إثبات حقهم في مناقشة الأدلة مبدأنا لدي يتمثلان في عدم جواز اصطناع الدليل ، لا يجوز إجبار الشخص علي تقديم الدليل.

تعد خصوصية الإثبات في المسائل التجارية من أهم الموضوعات المتعلقة بالمعاملات التجارية، بحيث نجد أن الإثبات في المعاملات المدنية مختلف تماما عن الإثبات في المعاملات التجارية فلقد أطلق فيها المشرع حرية الإثبات نظرا لما تستوجبه التجارة من السرعة و الائتمان.

إن قواعد الإثبات الموجودة في القانون المدني لا شك أنها عدت تعرقل السير العادي للتجارة ، مما أدى إلى خلق قواعد جديدة في هذا الإطار ، ويخضع إثبات العاملات لتلك القواعد و هذه المعاملات تخضع لمبدأ مهم من مبادئ القانون التجاري و هو مبدأ حرية الإثبات الذي يلعب دورا هاما في المعاملات التجارية طبقا لمبدأ السرعة و الدقة كأحد مقومات التجارة.

أن طرق الإثبات عديدة سواء الكتابة أو شهادة الشهود أو القرائن أو الإقرار أو اليمين و متنوعة وضعت من أجل إثبات بصفة عامة لذا ورد احتكامها في التقنين المدني هذه الوسائل كل حسب درجة قوتها ، بحيث أ، القاضي لا يسوغ اقتناعه بناء على وسائل و أدلة غير التي نظمها القانون.

تعد الكتابة من أهم طرق إثبات التصرفات القانونية في عصر الحديث، فهي الوسيلة التي يستعملها المتقاضي لإثبات حقيقة اتفاق ما أو واقعة قانونية ، لذلك جعل المشرع من الكتابة أداة إثبات أساسية فيما يتعلق بالتصرف القانونية معترف لها في ذات الوقت بقوة إثبات مطلقة .

يترتب على اكتساب الشخص لصفة التاجر نشوء عدة التزامات يجب عليه القيام بها و هذه الالتزامات يقتضيها حسن سير مهنة التجارة و من بين هذه الالتزامات التزام التاجر الدفاتر التجارية.

جعل القانون الدفاتر التجارية حجية في الثبات سواء لمصلحة التاجر في قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار أو حجية ضد التاجر بحيث أن الدفاتر التجارية تتضمن أوراقا عرفية غير موقعة من طرفه نكون حجية عليه.

تعد شهادة من طرق الإثبات تتميز بخصائص ممثلة لها كما تتخذ عدة صور شفوية و كتابية و مباشرة و غير مباشرة و تقبل الشهادة كدليل للإثبات في المواد التجارية طبقا لمضمون المادة 333 من القانون المدني الجزائري.

أ- الكتب:

- 1-محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة للطباعة و النشر، بيروت، 2005.
- 2- بن ملحّة الغوتي ، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
- 3- أوقرين أحمد عبد العال، أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.د.ن، 2001.
- 4-أحمد شرف الدين، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.د.ن، الكويت، 2004.
- 5-محمد حسن منصور، قانون الإثبات (مبادئ الإثبات وطرقه)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
- 6-همّام محمد محمود زهران، الوجيز في الإثبات المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- 7- محرز أحمد ، القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980.
- 8-مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- 9-أكمون عبد الحليم، الوجيز في شرح القانون التجاري، د.د.ن، البليدة، 2006.

- 10- شاذلي نور الدين، القانون التجاري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2003.
- 11- محمد حسن إسماعيل، الأعمال التجارية "التاجر المحل التجاري"، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، 2003.
- 12- محمد فريد العريني، أساسيات القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2004.
- 13- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، نشر وتوزيع ابن خلدون، جامعة وهران، 2003.
- 14- المعتصم بالله العزياني، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 15- بوضياف عمار، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 16- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، د.س.ن.
- 17- فوضيل نادية، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، الطبعة الثالثة عشر، دار هومة الجزائر، 2011.
- 18- حمدي باشا عمر، القضاء التجاري، دار هومة للطباعة للنشر، الجزائر، 2005.

- 19- سعيد يوسف البستاني، قانون الأعمال والشركات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- 20- جلال وفاء محمدين، المبادئ العامة في القانون التجاري، دار الجامعة للطباعة و النشر، الاسكندرية، د.س.ن.
- 21- عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية والجنائية والأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
22. عبد الحميد الشواربي، القرائن القانونية و القضائية في المواد المدنية و الجنائية و الاحوال الشخصية، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،د.س.ن.
- 22- عادل حسن على، الإثبات، " أحكام الالتزام"، د.م.ن، 1997.
- 23- أنور طلبة، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، الجزائر، 1994.
- 24- نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء القضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- 25- خالد موسى المحامي، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار السماغ للنشر والتوزيع ، مصر ، 2004.
- 26- مفلح القضاة، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لقانون الإثبات الإتحادي رقم 10، الإمارات، 1992.

27- سمير عبد السميع الأودن، العقد الالكتروني، منشأة المعارف ،
د.م.ن، د.س.ن.

28 - سعيد يوسف البستاني ، قانون الأعمال و الشركات ، منشورات الجلبى
الحقوقية ، بيروت، 2004.

29 - جلال وفاء محمددين ، المبادئ العامة في القانون التجاري ، دار الجامعة للطباعة
و النشر ، الإسكندرية ، د.س.ن.

30- مجدي فتحي ،.....

31 - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب،
الجزائر.

32- عبد الحميد الشواربي، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنائية
والأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن.

33- سرايش زكريا، الوجيز في قواعد الإثبات، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع،
الجزائر، 2015.

ب- الرسائل والمذكرات:

1-براهيمي صالح، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة في المواد
المدنية والجنائية) رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم
السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/03/02.

- 2-صالح براهيمى ، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري ، بحث في شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، الجزائر،2009.
- 3-سعودي سعيد، الإثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية والتجارية، مذكرة التخرج إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2008 – 2009 .
- 4-عكوش سيهام ، القانون الأجنبي إثباتا و تفسيراً (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود و مسؤولية ، جامعة احمد بوقرة ، بومرداس ،2009 - 2010.

ج- النصوص القانونية:

- 1- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، العدد 78، معدل و متمم.
- 2- أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج العدد 77، معدل و متمم.
- 3- قانون رقم 04-08 مؤرخ في 14 غشت 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر ج ج، عدد 52، صادر في 18 غشت 2004.
- 4- أمر رقم 06 - 02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 لیتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ج.ج ، عدد 14 صادر في 8 مارس 2006 .

- 5- قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، عدد 21، صادر في 23 أبريل 2008.

الفهرس

1.....	مقدمة.....
4.....	الفصل الأول:خصوصية الإثبات في المسائل التجارية.....
5.....	المبحث الأول:المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الإثبات.....
6.....	المطلب الاول:المبادئ المتعلقة بمحل الإثبات.....
6.....	الفرع الأول:تعلق محل الإثبات بالوقائع و ليس بالقانون.....
9.....	الفرع الثاني: شروط الواقعة المراد لإثباتها.....
9.....	أولاً: الشروط التشريعية.....
10.....	ثانيا - الشروط البديهية.....
11.....	المطلب الثاني: المبادئ المتعلقة بالتعامل مع أدلة الإثبات.....
12.....	الفرع الأول: عدم جواز اصطناع الدليل.....
13.....	الفرع الثاني: لا يجوز إجبار الشخص على تقديم الدليل.....
15.....	المطلب الثالث: المبادئ المتعلقة بعبء الإثبات.....
16.....	الفرع الاول: الأصل في الحقوق الشخصية هو براءة الذمة.....
17.....	الفرع الثاني: الأصل في الحقوق العينية هو الوضع الظاهر.....
18.....	الفرع الثالث: الأصل هو ما يفترضه القانون في حالات محددة.....
19.....	المبحث الثاني: حرية الإثبات في المسائل التجارية.....
20.....	المطلب الأول:تكريس مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية.....
20.....	الفرع الأول: أساس تكريس مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية.....
21.....	أولاً: التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية.....
24.....	ثانيا: تعداد الأعمال التجارية في التشريع الجزائري.....

المطلب الثاني: تطبيقات مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية والاستثناءات الواردة عليه.....	33
الفرع الأول: تطبيقات مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.....	34
الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية.....	36
الفصل الثاني: طرق الإثبات في المسائل التجارية.....	41
المبحث الأول: الإثبات بطريق الكتابة.....	42
المطلب الأول: الكتابة الرسمية.....	43
الفرع الأول: تعريف الكتابة الرسمية و شروطها.....	43
الفرع الثاني: حجية الكتابة الرسمية في الإثبات.....	47
المطلب الثاني: الإثبات بطريق الكتابة العرفية و الكتابة الإلكترونية.....	52
الفرع الأول: الإثبات بالكتابة العرفية.....	52
أولاً: تعريف الكتابة العرفية.....	52
ثانياً: قواعد الإثبات بالكتابة العرفية.....	53
الفرع الثاني: الإثبات بالكتابة الإلكترونية.....	55
أولاً: تعريف الكتابة الإلكترونية.....	55
ثانياً: حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات.....	56
ثالثاً: حجية التوقيع الإلكتروني.....	56
المطلب الثالث : الإثبات بالدفاتر التجارية.....	57
الفرع الأول: تعريف الدفاتر التجارية و أنواعها.....	57
أولاً: تعريف الدفاتر التجارية.....	57
ثانياً: أنواع الدفاتر التجارية.....	58
الفرع الثاني: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات.....	60
أولاً: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر.....	61

62.....	ثانيا: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات ضد التاجر.
63.....	المبحث الثاني: الإثبات بغير الكتابة.
64.....	المطلب الأول: أدلة الإثبات العادية.
64.....	الفرع الأول: الإثبات بشهادة الشهود.
64.....	أولا: مفهوم شهادة الشهود.
67.....	ثانيا: قوة الإثبات المطلقة لشهادة الشهود في المسائل التجارية.
69.....	الفرع الثاني: الإثبات بالقرائن.
69.....	أولا: أنواع القرائن.
72.....	ثانيا: حجية القرائن في الإثبات في المسائل التجارية.
73.....	المطلب الثاني : أدلة الإثبات غير العادية.
73.....	الفرع الأول:الإقرار.
74.....	أولا: تعريف الإقرار و شروطه.
75.....	ثانيا: أنواع الإقرار.
76.....	الفرع الثاني: اليمين.
76.....	أولا: تعريف اليمين.
77.....	ثانيا: أنواع اليمين.
79.....	خاتمة.
81.....	المراجع.
86.....	الفهرس.