

## سلطة القاضي المدني في تقديم الدليل الكتابي

الأستاذ: قروف موسى

أستاذ مساعد "أ" بكلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة محمد خيضر - بسكرة

### Résumé :

*La preuve par écrit devenu approuvé par toutes les lois positives sans exception, donc elle est considérée parmi les plus importants et puissants moyens de preuve, convenable de prouver tous les autres actes et les faits de droit. Soit des d'accords ou des faits matérielle.*

*On plus de ça, elle est spécifiée d'une caractéristique principale qu'elle peut être préparée à l'avance pour tout procès au moment de conclus l'acte juridique et*

*elle est distincte des autres moyens de preuve par l'obligation, car elle est obliger par le juge tant que le litige l'a accepté et elle n'accepte pas l'inverse preuve sauf avec une autre preuve par écrit ou son recours.*

### المُلخَص:

أصبح الإثبات عن طريق الكتابة بعد انتشارها معتمدا من قبل جميع القوانين الوضعية بدون استثناء وبذلك اعتبرت أهم وأقوى وسائل الإثبات صالحة لإثبات سائر التصرفات والوقائع القانونية، سواء كانت اتفاقات أو أفعال مادية، ويضاف إلى ذلك أنها تمتاز بخاصة أساسية تتمثل في أنها يمكن إعدادها مقدما عن أي خصومة قضائية، وقت إبرام التصرف القانوني، كما أنها تتميز عن باقي وسائل الإثبات الأخرى بميزة الإلزام، فهي ملزمة للقاضي مادام الخصم معترفا بها، وهي لا تقبل إثبات عكسها إلا بكتابة أخرى مثلها أو بالطعن فيها.

## مقدمة :

لقواعد الإثبات أهمية بالغة الأثر لدى العاملين بالقانون، فقهاء، وقضاة، ومحامين، ومتقاضين، فالدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه، والحق يتجرد من قيمته ما لم يقيم الدليل على الحادث المبدئي له، تصرف قانوني كان أو حادث مادي .

وإذا كانت هذه هي أهمية قانون الإثبات بشكل عام، فانه غني عن البيان ما يتمتع به الدليل الكتابي في نظام الإثبات الجزائري من أهمية كبيرة، حيث يلجا إليه أصحاب الشأن كلما رغبوا أن يحتفظوا لأنفسهم بدليل يثبت التصرف القانوني المبرم بينهم لمدة طويلة، أو كلما كان هذا التصرف ينطوي على تفاصيل يصعب حفظها في ذاكرة المتعاقدين، وهذا ما كان للرومان فضل الكشف عنه عندما قالوا بان " الأقوال تطير والكتابة تبقى " الأمر الذي يفيد بان الدليل الخطي يتمتع بمزايا تفوق مزايا الدليل المستفاد من شهادة الشهود الذي قد يتعرض لمخاطر متعددة تظهر بشكل خاص في ضعف ذاكرة هؤلاء الشهود التي قد يتخللها النسيان لكثير من تفاصيل التصرف، أو الخلط بينه وبين تصرف آخر مشابه بل إن دليل الشهادة ذاته قد يتعرض أكثر من الدليل الكتابي للتلاشي، كما في حالة فقد الشاهد لأهليته .

ومن الثابت أن التصرف القانوني يثبت حاليا بالدليل الكتابي أصلا، وبغيره استثناء، وهذا ما دفع بالقوانين الوضعية، وضمنها القانون الجزائري إلى الاهتمام بالدليل الكتابي، ويتجلى في سن أحكامه، وفي تقديره أمام القضاء .

كما يتخلى في طريقة صياغتها التي أثارته خلافا فممن القوانين من استعمل لفظ (الأوراق) للدلالة على صيغة الدليل الكتابي وهناك من استعمل لفظ (السند) وهناك من استعمل لفظ (المحرر) وهناك من استعمل لفظ (الحجج) .

وبالرجوع إلى القانون المدني نجده قد استعمل لفظ (الورقة) للدلالة على أداة إثبات التصرف، وللتمييز بين مصدر الحق، وبين أداة إثباته، بين الورقة بعبارة (الورقة الرسمية) و (الورقة العرفية) قاصدا بها الصيغة التي تتضمن الدليل الكتابي المهيأ للإثبات قبل وقوع النزاع لإثبات التصرف<sup>1</sup>.

أما لفظ العقد فقد أطلقها على معني التصرف القانوني دون سواه<sup>2</sup> كما استعمل لفظ (المحرر) للدلالة على الكتابة التي لم تهيأ للإثبات أصلا، إلا انه يمكن الاستناد إليها في الإثبات عند الاقتضاء<sup>3</sup> ، مثل الدفاتر التجارية، والبرق، والرسائل، والدفاتر المنزلية.

ومن الملاحظ أن الاجتهاد القضائي الجزائري يستعمل لفظتي (الورقة) و(العقد) معا باعتبارهما كلمتين مترادفتين<sup>4</sup> ، وهو خلط ما بين التصرف وأداة إثباته، حيث قال (عقد رسمي) و(عقد عرفي).

وستتناول هذه الدراسة في مبحثين نخصص الأول لقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة والثاني الاستثناءات الواردة على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة.

### المبحث الأول : قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة

تعتبر الكتابة من أهم وسائل الإثبات ذات القوة المطلقة الشيء الذي دفع بالمشرع كغيره من التشريعات الأخرى إلى تفضيلها على الشهادة، لان الكتابة يمكن إعدادها مسبقا قبل وقوع أي نزاع ولهذا فهي تتضمن الحقيقة على طبيعتها، مما جعلها تستأثر باهتمام التشريعات الوضعية، وتقييد قناعة القاضي برغم من أنها عرضة للتزوير الذي وان كان خطره كبيرا، إلا أن كشفه أسهل بكثير من كشف خطر شهادة الشهود.

ويؤيد هذا ما ذهب إليه القانون الجنائي من تحديد أقصى العقوبات لمرتكب التزوير الأوراق الرسمية أو العرفية<sup>5</sup>، كما نصت المادة: 215 من قانون العقوبات على انه يعاقب بالسجن المؤبد كل قاضي أو موظف عمومي ارتكب تزوير أو تزييف لمحررات من أعمال وظيفته .

ولقد احتلت الكتابة الآن الصدارة من أدلة الإثبات، بعد أن نهض العلم بها، وعرف كثيرا من أسرارها، وأساليب تزويرها ووسائل كشفها، فذاعت وانتشرت، وأصبح الموظفون العموميون يوثقون أوراقها ومحرراتها وهكذا يمكن القول، أن الكتابة كوسيلة إثبات، أكثر اطمئنانا واستقرارا للمعاملات، مما أدى إلى تقليل المنازعات.

### المطلب الأول: وجوب إثبات التصرف القانوني بناء على قيمته

الأساس القانوني:

تنص المادة: 333 من القانون المدني على ما يلي" في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك "... .

يفيد هذا النص أن وجوب الإثبات بالكتابة ينحصر في التصرفات القانونية خلافا للوقائع المادية التي لا تتفق بطبيعتها مع إعداد الدليل الكتابي مسبقا، ولتطبيق مبدأ وجوب

الإثبات بالكتابة لا بد من توافر شرطين الأول أن يكون محل الإثبات تصرفا مدني، والثاني أن تتجاوز قيمة محله 100.000 دينار جزائري .

### الفرع الأول- الطبيعة المدنية للتصرف :

نص المادة: 333 من القانون المدني تسري أحكامه على جميع التصرفات كالبيع، والإيجار، والقرض سواء كان الهدف منها إنشاء الالتزام أو تعديله أو نقله أو انقضائه، وهذا المبدأ السالف الذكر لا تسري أحكامه على التصرفات القانونية التي تتم بإرادتين متوافقتين، بل يتجاوز سريانها هذا النطاق حتى لو كان على تصرف صادر عن إرادة منفردة.

وأساس فرض إثبات التصرف المدني بالكتابية بما يتجاوز النصاب المحدد هو لاجتباب المصاعب حتى يمكن لكل من طرفين التصرف التذرع بها إثباتا لما يدعه لتحسم أي نزاع حول وجود التصرف وتجدر الإشارة إلا إن الكتابة كوسيلة لإثبات ليست شرطا لقيام أو صحة التصرف القانوني، بل فقط لإثباته<sup>6</sup>.

أما ما يتعلق بالتصرف التجاري فانه يختلف عن إثبات التصرف المدني من عدة نواحي أهمها انه يمكن إثباته بشهادة الشهود والقرائن القضائية مهما بلغت قيمة مبلغه، ما لم ينص القانون على وجوب الكتابة .

ومن ناحية تعدد المدينين في التصرف القانوني إما أن يكون تعددا تضامني بحيث يكون كل مدين ملزم بان يفي بكل الدين إلى الدائن، ولما أن يكون تعدد غير تضامني بحيث يكون كل مدين ملزم بان يفي للدائن بجزء من الدين،<sup>7</sup> أما القاعدة التي تطبق على الالتزامات الناشئة عن التصرفات المدنية في القانون المدني هي أن التضامن لا يفترض بين المدينين نص المادة: 217 من القانون المدني .

إن وسيلة الإثبات في مجال الالتزام بالإرادة المنفردة هي نفسها المقررة في مجال التصرف من جانبين على أساس أن كليهما مبني على الإرادة غير أن التصرف من جانب واحد فهو أحادي يدفعنا إلى القول بان الدائن ليس طرفا في هذا التصرف لكونه لم يشارك في إنشائه، فلا يطبق شرط وجوب الإثبات بالكتابة على الغير الذي يبقى حرا في استعمال وسيلة الإثبات إلى تناسبه<sup>8</sup>.

يكاد يجمع الفقه أن مسؤولية الملتزم بالإدارة المنفردة لا تعدو أن تكون مسؤولية عقدية عندما يتعين الدائن ويمتنع الملتزم عن الوفاء بالتزامه<sup>9</sup>.

## الفرع الثاني - قيمة التصرف المدني :

لا يكفي أن نكون أمام تصرف قانوني لكي تكون الكتابة واجبة في إثباته بل يجب أن تزيد قيمة التصرف المدني على 100.000 دينار، لان المشرع يرى أن اشتراط الكتابة فيما تقل قيمته عن هذا المقدار يكون سببا في تعطيل المعاملات بين الأفراد وخاصة الذين لا يعرفون القراءة والكتابة.

ومقدار النصاب المحدد يتمثل في محل الالتزام المعين في القانون المدني أساسا لكل من الوفاء والتنفيذ وتبرئة ذمة المدين<sup>10</sup>، ويترتب على هذا الأساس وجوب تعيين نوعه، وجنسه، ومقداره ولا يكون ذلك إلا بالكتابة.

وقد نصت المادة:333 فقرة 02 من القانون المدني على تقدير الالتزام يكون باعتبار قيمته وقت صدور التصرف القانوني لا وقت رفع الدعوى ويجوز الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الالتزام على مائة ألف دينار لم تأتي إلا من ضم الملحقات إلى الأصل .

كما أكد المشرع أيضا في نص المادة:94 من القانون المدني " إذا لم يكن محل الالتزام مبينا بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلاً ."

وقيمة التصرف يجب أن تقدر وقت انعقاد التصرف لا وقت رفع الدعوى، وإذا كان محل الالتزام نقود وطنية قدرت قيمتها بمقدارها العددي وإذا كان محل الالتزام نقداً أجنبياً قدرت قيمته بسعر ذلك النقد بالعملة الوطنية وقت صدور التصرف.

وإذا كان محل الالتزام ليس مبلغ من النقود، ولم يكن مقدراً في الاتفاق بنقود، قام القاضي بتقدير قيمته وقت صدور التصرف أيضا لا وقت المطالبة به، ولو بالاستعانة في ذلك برأي أهل الخبرة<sup>11</sup>.

وإذا عينت قيمة محل الالتزامات وقت انعقاد التصرف سواء كان ذلك التعيين نتيجة اتفاق المتعاقدين أو بتقدير القاضي فلا يمسه أي نقص أو زيادة تطراً عليها لأن العبرة بقيمة محل الالتزام وقت إبرام التصرف<sup>12</sup>.

كما انتهج المشرع الجزائري نفس المنهج الذي سلكه المشرع الفرنسي إذ نص في المادة:334 من القانون المدني الجزائري في عدم قبول شهادة الشهود ممن طالب في دعواه بمبلغ يزيد عن النصاب المحدد ثم عدل عن طلبه إلا ما لا يزيد على هذه القيمة ما لم يثبت أن الزيادة الحاصلة في قيمة دعواه كان سببها غلطا، ويضاف إلى ذلك عدم قبول شهادة

الشهود إذا كان الهدف إثبات مبلغ يقل عن النصاب المحدد ويعد جزء أو باقي من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

أما بخصوص الوفاء فهو تصرف قانوني مستقل ينتج عنه قضاء الدين لذلك أخضعه القانون المدني للإثبات بالكتابة ما لم يكن الموفى به اقل مائة ألف دينار فانه يجوز إثباته بشهادة الشهود حتى لو كان وفاء جزئيا لدين لا يجوز إثباته إلا بالكتابة .

كما أن قاعدة وجوب الإثبات لا تكتمل إلا بوجوب الإثبات بالكتابة أيضا ما يخالف أو يجاوز ما ضمنه دليل كتابي وهو الحكم الذي نص عليه المشرع في المادة:334 من القانون المدني.

### المطلب الثاني: وجوب الكتابة لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما تضمنه دليل كتابي

إن لقاعدة عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود لما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي، يفيد إبراز ما للكتابة من صدارة على الشهادة كما يمكن اعتبارها قيда على قاعدة إثبات ما هو في حدود نصاب الشهادة<sup>13</sup>، ولتطبيق هذا الشق من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة لا بد من توافر أربعة شروط سنناولها في أربعة فروع .

أن يكون هناك نزاع بين متعاقدين الفرع الأول، أن توجد كتابة معدة لإثبات الفرع الثاني، أن تكون تلك الكتابة مثبتة للتصرف مدني الفرع الثالث، أما في الفرع الرابع ألا يكون هناك تحايل على القانون وهو شرط غير منصوص عليه قانونا.

### الفرع الأول - أن يكون النزاع بين المتعاقدين والخلف العام :

إن وجوب الإثبات بالكتابة فيما يخالف أو يجاوز ما هو مكتوب لا يكون في العلاقة إلا بين المتعاقدين، لأنه مهما اللذان كان في وسعهما الحصول عل الدليل الكتابي منذ البداية طبقا لما نصت عليه المادة:334 فقرة 01 من القانون المدني، أما بالنسبة للغير يجوز له الإثبات بالشهادة وبباقى الوسائل الأخرى تأسيسا على أن العقد يعتبر واقعة مادية بالنسبة إليه .

ومن أمثلة إثبات ما يخالف ما تضمنه الدليل الكتابي صراحة عقد قرض لم تكتب فيه الفائدة، فإذا أراد المدعى إثبات الفائدة فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة بشرط أن يكون المدعى هو من احد أطراف العقد.

وإذا كانت القاعدة انه لا يجوز للمتعاقدين الإثبات بشهادة الشهود ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل الكتابي<sup>14</sup>، ويخالفه يجوز لهم أن يثبتوا سبب الالتزام بسائر وسائل الإثبات، فان لهم أيضا أن يثبتوا السبب بكافة وسائل الإثبات أيضا.

والملاحظ على نص المادة: 334 فقرة 01 من القانون المدني انه أورد عبارة " عقد رسمي" الذي يقصد به المحرر الرسمي وهو ما يحرره الموظف العمومي ما يجعل الأوراق العرفية والرسائل الموقع عليها يخرج من حكم هذا النص، ما يجعل انه قد يفهم من ذلك انه يمكن إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة في محرر عرفي بالشهود وهو أمر مستبعد مما يستوجب ضرورة تعديل النص<sup>15</sup>.

### الفرع الثاني - وجود كتابة معدة للإثبات :

يراد بالكتابة المعدة للإثبات، الدليل الكتابي الذي نتج من ورقة رسمية أو عرفية وفي هذه الحالة يعتبر دليل كتابي كاملا، ويخرج من ذلك الدليل الكتابي غير الكامل كالدليل الذي ينتج عن الرسائل غير الموقعة، والبرقيات، والدفاتر التجارية .

وعليه فالمراسلات والبرقيات والدفاتر التجارية والمنزلية لا يجوز إثبات ما يخالفها أو يجاوزها بشهادة الشهود تأسيسا على أنها أصبحت بهذا الاعتبار منتجة لدليل كتابي كامل كونها في الأصل قد أعدت للإثبات سلفا.

أما إذا لم تعد للإثبات فيجوز إثبات ما يخالفها أو يجاوزها بشهادة الشهود، لأنها لا تعد دليلا كتابيا كاملا، إضافة إلى أن التصرف القانوني يجوز إثباته أصلا بجميع طرق الإثبات، ومتى وجدت الكتابة كيفما كانت قيمة الالتزام الثابت بها حتى لو قلت عن النصاب لا يجوز إثبات ما يخالفها أو يجاوزها بشهادة الشهود .

وبوجه عام فالكتابة المعدة للإثبات هي التي وقع عليها المدين رسمية كانت أو عرفية وان تكون معدة لتصرف مدني .

### الفرع الثالث - أن تكون الكتابة مثبتة لتصرف مدني :

يستوجب أن يكون التصرف الثابت بالكتابة تصرف مدني، وهذا خلاف التصرف التجاري الذي لا يخضع لقاعدة وجوب الكتابة في إثبات ما تزيد قيمته على نصاب المحدد، كما انه لا يخضع لقاعدة وجوب الكتابة فيما يخالف أو يجاوز ما تضمنه دليل كتابي لان التصرف التجاري لا يجب إثباته بالكتابة، إلا إذا نص القانون أو انعقد اتفاق على خلاف ذلك .

ويكفي أن يكون التصرف بصرف النظر عن قيمة مبلغه، لتحقيق الشرط المطلوب، وهي صورة تظهر بمجملها ذات أهمية في الشطر الثاني من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة وهو عدم إثبات بشهادة الشهود ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي، تأسيساً على أنه لو تجاوزت قيمة التصرف القانوني مبلغ 100.000 دينار لوجب تطبيق الشرط الأول من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة الذي يقضي بذلك إذا كانت قيمة التصرف تتجاوز النصاب المحددة.

#### الفرع الرابع - أن لا يكون هناك احتيال على القانون :

يظهر التحايل على القانون في تواطؤ المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام، كالقاعدة الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها، تحت ستار تصرف مشروع كأن يكون سبب الدين قماراً ويكتبه المتعاقدان على أنه قرض، فيجوز للمدين في هذه الحالة وهو احد المتعاقدين إن يثبت ما يخالف المكتوب بشهادة الشهود، بدليل على أن السبب الحقيقي للالتزام هو القمار لا القرض .

لكن لا بد من تعزيز الادعاء بوجود تحايل على القانون بقيام قرائن قوية يستدل منها على وجود هذا التحايل .

#### المبحث الثاني : الاستثناءات الواردة على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة

الاستثناءات الواردة على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة هي مبدأ ثبوت بالكتابة المطلب الأول، والمانع من الحصول على دليل كتابي المطلب الثاني.

#### المطلب الأول: مبدأ الثبوت بالكتابة

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

وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعي به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة " .

وبقراءة متأنية لنص المادة : 335 المذكور أعلاه تبين وجود مبدأ ثبوت بالكتابة يتوقف على توافر ثلاثة أركان، يمكن استخلاصها من هذا النص والتي هي أن توجد ورقة مكتوبة الفرع الأول، جعل الورقة المدعي بها قريبة الاحتمال الفرع الثاني، صدور الورقة عن المدعي عليه الفرع الثالث.



## الفرع الأول - وجود ورقة مكتوبة :

بحسب نص المادة :335 المذكور أعلاه فان جميع الكتابات صالحة لان تكون مبدأ ثبوت بالكتابة كيفما كانت طبيعتها، ومهما كان الغرض الذي ترمي إلى تحقيقه، وهذا ما يؤكد إيراد لفظ كل كتابة، مثل الدفاتر التجارية التي لم تتضمن البيانات التي نص عليه القانون، ومنها أيضا الرسائل، والمذكرات الشخصية وكذلك سند الدين الذي لم يؤشر عليه من طرف الدائن، وتقارير ضباط الشرطة القضائية، كما أن عدم توقيع ذوي الشأن على الأوراق العرفية تعتبر دليل كتابي غير كامل إلا إذا عزز بالشهادة أو القرائن أو هما معا، أما سندات الديون الباطلة بسبب عدم توقيعها من ذوي الشأن في هذه الحالة يمكن أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة<sup>16</sup>. أما بخصوص الورقة الرسمية الباطلة بسبب عدم توقيعها من المدين، حتى لو ذكر عجز المدين عن التوقيع، فهي لا تكون لها قيمة الورقة العرفية، غير أنها تصلح لان تكون مبدأ ثبوت بالكتابة .

وموقف الإجهاد القضائي الجزائري من الشرط الأول لمبدأ ثبوت بالكتابة هو وجود ورقة مكتوبة معدة للإثبات يعد تخلف لأحد شروطها<sup>17</sup>.

## الفرع الثاني - أن تكون الواقعة المدعي بها قريبة الاحتمال :

مفاد هذا الشرط أن تكون كتابة يتشكل بموجبها مبدأ الثبوت بالكتابة من شأنها أن تجعل الواقعة المدعي بها قريبة الاحتمال، أي مرجحه الحصول لا أن حصولها ممكن فقط.

فإذا توفر شرط قرب الاحتمال طبقا لمعناه الكامل فان مبدأ ثبوت بالكتابة لا يكفي وحده ليوصف دليل كامل على صحة الواقعة المراد إثباتها بل لا بد من تكملته بالشهادة أو القرائن أو بهيما معا، فالقرائن القضائية هي التي تكمل مبدأ ثبوت بالكتابة، ويمكن للقاضي بخصوص تقدير مبدأ ثبوت بالكتابة، وذلك في حالة التجائه إلى إحالة الدعوى إلى التحقيق بهدف استكمال مبدأ ثبوت بالكتابة بشهادة الشهود أو القرائن أو بهما معا<sup>18</sup>.

وعبارة (قريبة الاحتمال) التي تضمنها نص المادة : 335 في فقرتها الثانية تعد مسألة واقع لا مسألة قانون، وعليه فالمحكمة في تقديرها لها غير خاضعة لرقعة محكمة النقض، وهذه هو الذي انعقد عليه إجماع الفقه والفقهاء<sup>19</sup>.

## الفرع الثالث - أن تصدر الكتابة من الخصم أو ممن ينوب عنه :

لكي تعتبر الكتابة، مبدأ ثبوت بالكتابة يتعين كذلك أن تكون صادرة من الخصم، وتعتبر كذلك إذا حررت بناء على طلبه، ويستوي أن يكون الخصم مدعى أو مدعى عليه،

بشروط أن تكون موقعة أو مكتوبة بخطه، إلا أن هذا المفهوم يثير إشكالية تتمثل في إنكار الخصم لخطه وهي إشكالية لا تحل إلا بالالتجاء إلى إجراءات تحقيق الخطوط، وما يقال عن الخط يقال عن التوقيع .

وقد تكون الورقة التي تتضمن مبدأ الثبوت بالكتابة صادرة ممن ينوب عنه الخصم، فمثلا من يمثله الخصم المورث، فالورقة الصادرة عن المورث كأنها صادرة عن الوارث، ومثل من ينوب عن الخصم وكيله، فالورقة التي تصدر من الوكيل حدود وكالته تعتبر كأنها صادرة من الموكل ويحتج بها عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة<sup>20</sup>.

وكما تصدر الورقة التي تتضمن مبدأ ثبوت بالكتابة من الخصم أو ممن ينوب عنه فهي تصدر أيضا ممن يحتج بها عليه أو ممن أنجز له الحق عنه.

### المطلب الثاني: المانع من الحصول على دليل كتابي

يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذ فقد الخصم السند الكتابي الذي يتضمن الدليل الكتابي الفرع الأول، المانع المادي الفرع الثاني، المانع الأدبي الفرع الثاني .

#### الفرع الأول - فقد السند الكتابي :

تحل الشهادة والقرائن محل الدليل الكتابي لإثبات ما تزيد قيمته على النصاب المحدد، إضافة إلى إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها وكذا الشأن بالنسبة لإثبات عقد يشترط القانون أن يكون إثباته بالكتابة، دون اعتبار لقيمته كعقد الصلح والكفالة، نزولا على ما يقتضيه العقل ومبادئ العدالة، وتأسيسا على أن القانون لا يكلف أحدا بالمستحيل .

تنص المادة: 336 من القانون المدني في فقرتها الثانية "إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته "

مفاد هذه الفقرة أن الخصم كان قد حصل على الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون، إلا أنه قد ضاع منه بسبب أجنبي خارج عن إرادته، فتحل الشهادة محل الكتابة لإثبات التصرف القانوني متى توفرت الشروط التالية.

#### الشرط الأول - إثبات الحصول الفعلي على الدليل الكتابي :

يتعين على المدعي أن يقيم الدليل على أنه كان قد حصل على دليل كتابي كامل، لإثبات دعواه، কিفما كان موضوع هذه الدعوى سواء كان يتعلق بوجود حق أو نقله أو تعديله أو نقصانه.

وذكر عبارة ( سند كتابي) تحوز من أن يكون الدليل المفقود ليس مجرد مبدأ الثبوت بالكتابة، تأسيساً على أن ضياعها لا يجيز الإثبات بشهادة الشهود لأننا بصدد حكم استثنائي.

ومسألة إثبات الحصول الفعلي على الدليل الكتابي لا يكفي، بل يتضمن أيضاً إثبات مشتملات الدليل الكتابي الذي يدعي المدعي ضياعه، وإثبات أن هذا الدليل الكتابي مستوفي لكافة الشروط المتطلبة قانوناً لاتصافه بالسند الرسمي أو العرفي، وهذا الاستثناء ينطبق أيضاً على الحالات التي تكون فيها الكتابة شرطاً لصحة التصرف لا وسيلة لإثباته فحسب<sup>21</sup>.

وإثبات سبق وجود الدليل الكتابي بشهادة الشهود لا يتطلب رؤية الشهود الدليل الكتابي وإطلاعهم على فحواه، بل يكفي أن يشهد الشهود بوجود التصرف القانوني المدعى به.

#### الشرط الثاني - إثبات ضياع السند الكتابي :

إن إثبات ضياع الدليل الكتابي يقع عبء إثباته على المدعي مبدئياً لأنه هو الذي يدعي الصنوع وذلك بكل طرق الإثبات، لأن محل الإثبات واقعة مادية، ولقد أصبح إثبات هذا الشرط متيسراً، لأن من ضاع من الدليل الكتابي يمكن له الاتصال بمكتب الأمن ويصرح بشرطه أنه قد ضاع منه الدليل الكتابي، ليحصل على شهادة الضياع ليقدمها عند الحاجة.

#### الشرط الثالث - إثبات فقد السند الكتابي بسبب أجنبي :

يتعين على المدعي أن يثبت إضافة إلى ما سبق أن فقد السند الكتابي راجع على سبب خارج عن إرادته، أي إثبات الحادثة التي كانت سبباً في فقد السند الكتابي، كما لو كان بسبب قوة قاهرة كالسرقة والحريق أو فيضان، كما أنه قد يكون بفعل المدعي عليه كما لو قام باختلاس السند الكتابي أو بسبب شخص أجنبي كما لو سلم إلى محام وأضاعه.

وبمفهوم المخالفة لا يطبق هذا الاستثناء إذا كان ضياع السند الكتابي بفعل المدعي، كيفما كانت طبيعة هذا الفعل خطأ كان أو إهمال وإثبات هذه الشروط الثلاثة يكون بكل طرق الإثبات لأنها واقعة مادية، وليست تصرف قانوني، فإذا توافرت تلك الشروط الثلاثة السالفة وتم إثباتها من طرف الخصم، حلت الشهادة محل الكتابة في الإثبات في إثبات التصرفات القانونية التي تتجاوز النصاب المحدد، وكذا إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي كامل.

ولم يورد المشرع الجزائري أمثلة عن المانع مادي كان أو أدبي شأنه في ذلك شأن التقنيات العربية باستثناء التقنين المغربي في المادة: 448 من قانون الالتزامات والعقود.

### الفرع الثاني - المانع المادي :

يتحقق المانع المادي من الحصول على دليل كتابي كما إذا نشأ التصرف في ظروف لم يكن لذوي الشأن فيها فسحة من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابي<sup>22</sup>.

فإذا وجد القاضي في الدعوى المعروضة عليه من العوائق المادية ما من شأنه أن يمنع الخصم من الحصول على دليل كتابي لإثبات تصرف قانوني كان يجب إثباته بالكتابة، فإن عليه أن يأخذ هذه الحالة بنظر الاعتبار، وأن يسمح بتقديم البينة أو القرائن لتحل محل الكتابة في الإثبات، ويرى الفقهاء أن ظروف كل قضية تكون على حدة، هي التي تحدد ما إذا كانت هناك استحالة مادية جعلت الخصم في وضع لم يمكنه من إحضار الدليل الكتابي<sup>23</sup>.

وتعتبر الوديعة الاضطرارية أظهر تطبيق له وهي لتي يقوم بها المودع في أثناء الحوادث المفاجئة والكوارث العامة كالحرائق والفيضانات والثورات، ومن الحالات التي يوجد فيها مانع من الحصول على دليل كتابي أن يكون المكلف بالإثبات ليس طرفا في التصرف المراد إثباته، وإنما يعتبر من الغير بالنسبة إليه، فقد يبيع شخص شيء مملوك له إلى آخر بيعا صوريا يمنع دائنيه من التنفيذ عليه، فالدائن في هذه يعتبر من الغير بالنسبة لهذا البيع، فيكون للدائن إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن للتنفيذ على المبيع باعتباره مملوكا لمدينه.

### الفرع الثالث - المانع الأدبي :

ويراد بالمانع الأدبي، الحياء الذي ينتج بين من تربطهم أواصر القرابة كيفما كانت درجتها، ولهذا لا يمكن تحديد دقيق للمانع الأدبي خلافا للمانع المادي، لأن المانع الأدبي وثيق الصلة بالنفس الإنسانية التي لا يعلم مضمونها ومدى تأثرها على العلاقات بين الناس إلا خالقها.

وقد قيل أنه ليس ضروريا وجود استحالة مادية مطلقة، بل يكفي أن تكون هناك استحالة أدبية نسبية<sup>24</sup>.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة: 336 في فقرتها الأولى على المانع الأدبي، بالرغم من أنه يعد مسألة واقع لا مسألة قانون وعليه فالقاضي لا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض.

إلا أن هذا لا ينبغي أن يحول دون تلمس الحالات التي يمكن اعتبارها مندرجة في المانع الأدبي بحكم، الأعراف والتقاليد والعادات.

فرايطة الزوجية مثلا يصح اعتبارها مانعا أدبيا يحول دون أخذ دليل كتابي من طرف أحد الزوجين على الآخر، بل قد ذهب العمل القضائي إلى حد اعتبار الخطبة مانعا أدبيا.

كما يعد في هذا الشأن المركز الاجتماعي الذي يمكن اعتباره أبرز حالات المانع الأدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، كما لو تعامل شخص مع رجال السلطة.

أما الأخوة فلا تعتبر مانعا أدبيا في غالب الأحوال إلا إذا كان الملتزم أبا أكبر في منزله الوالد طبقا لما جرت عليه التقاليد في بعض العائلات خصوصا عند سكان البادية التي تعتبر فيها الإخوة مانعا أدبيا.

تأسيسا أن الأمر يتعلق بواقعة مادية، وهي واقعة تختلف باختلاف الظروف والملابسات وعلاقة المتعاقدين بعضهم ببعض، وكذا أحوالهم الأدبية والاجتماعية والعرف السائد بينهم، وأساس عدم اعتبار المانع الأدبي من المسائل القانونية هو أن القانون لم يضع تعريفا للمانع الأدبي ولم يحدد ضوابطه، ومع ذلك فلا بد للمحكمة أن تسبب حكمها تسببا كافيا يوصل النتيجة المستخلصة عقلا وواقعا.

ولا يجوز إثارة المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي أمام محكمة النقض لأول مرة، لأن تقدير توفره أو عدم توفره متروك لمحكمة الموضوع.

وعليه إذا كانت قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة بهذه المثابة فما مدى تعلقها بالنظام العام؟ وبعبارة أكثر دقة هل تعتبر قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة بشقيها من النظام العام.

قبل الجواب عن هذا السؤال فإنه من المفيد إبراز النتائج المترتبة على اعتبار هذه القاعدة متعلقة بالنظام العام وهي:

- لا يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة فيما لا يتجاوز النصاب المحدد.

- لا يجوز الإثبات بالشهادة فيما تزيد قيمته على النصاب المحدد.

- للمحكمة أن تقضي بهذه القاعدة من تلقاء نفسها.

- يجوز إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا.

إن المستقر عليه في العمل القضائي هو صحة الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات ولا يتسنى من ذلك إلا الاتفاقات الخاصة بقواعد الإثبات المتعلقة بالنظام العام كقواعد إثبات الميلاد، النسب.

ويستند القضاء الفرنسي في ذلك إلى اعتبارين:

**الاعتبار الأول:** يتمثل في أن الأصل في موقف القاضي من الدعوى هو الحياد خلاف موقف الخصوم الذي يتطلب الإيجابية.

**الاعتبار الثاني:** فيتمثل في أن الإثبات حق لا يزيد الخطر عن الحق ذاته، وما دام صاحب الحق يستطيع النزول عنه، فما المانع له من الاتفاق مع خصمه على طريق معين لإثبات هذا الحق<sup>25</sup>.

### خاتمة :

تناولنا في هذا البحث موضوع سلطة القاضي المدني في تقدير الدليل الكتابي، ورأينا أنه موضوع يتميز بكثرة الاختلافات الفقهية والقضائية حول معالجة كثير من المشكلات التي أثرت بشأنها في الحياة العملية .

ولقد تناولنا فكرة العامة عن الإثبات بالكتابة، وبين ضرورة تجنب الخلط بين الدليل الكتابي الذي يعتبر أداة للإثبات، وبين التصرف القانوني الذي يتضمنه هذا الدليل، كما ينهنا أيضا إلى ضرورة التفريق بين الكتابة التي تعتبر دليلا لإثبات العقد وبين الكتابة في العقد الشكلي التي تعتبر ركنا لازمة لانعقاده .

كما عرض لموقع الدليل الكتابي من تقسيمات الأدلة، وانتهينا من ذلك إلى أن الأدلة الخطية تتمتع دائما بمركز الصدارة فهي إحدى الأدلة العادية والمطلقة، وهي التي تعد للإثبات مسبقا، كما أنها ذات حجية ملزمة للقاضي .

ثم تناولنا أقسام الدليل الكتابي، فرأينا أن هذا الدليل ينقسم وفق القانون الجزائري، إلى نوعين هما المحررات الرسمية والمحررات العرفية وأن هذه المحررات الأخيرة تنقسم أيضا إلى نوعين هما المحررات العرفية المعدة مقدما للإثبات، والمحررات العرفية غير معدة للإثبات .

والمرشح الجزائري قد اهتم بالكتابة اهتماما كبيرا في القانون المدني وبمواكبته لتطور الإثبات بالتعديل الذي جاء بموجب القانون رقم: 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، سعيا منه إلى تقليص المسافة بين الموقع والقانون، أين قام برفع النصاب المحدد كحد أدنى الذي

تشرطه المادة: 333 بمبلغ: 100.000 دينار وبهذا الرفع في الحد الأدنى فإن عددا كبيرا من التصرفات القانونية المدنية التي تصل إلى هذا المبلغ عفي من تحرير الدليل الكتابي بشأنها وبالتالي يمكن إثباتها بكل وسائل الإثبات .

كما نص المشرع الجزائي على أحوال استثنائية يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن حتى لو زادت الالتزام على 100.000 دينار، وحتى لو كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها وهذا خروجا عن القاعدة وجود الإثبات بالكتابة، وهذا يكون في الأحوال وجود دليل كتابي غير كامل يجعل وجود التصرف القانوني المدعى به قريب الاحتمال، وهذا الدليل الكتابي غير الكامل يسمى مبدأ الثبوت بالكتابة، أو في حالة قيام مانع، أما من الحصول على دليل كتابي، وأما من تقديم هذا الدليل بعد الحصول عليه فقد سبب أجنبي .

### الهوامش :

- 1- المواد: 324 - 328 من القانون المدني .
- 2- المادة: 54 من القانون المدني .
- 3- المواد: 329 - 332 من القانون المدني .
- 4- قرار رقم: 199852 الصادر بتاريخ: 28/06/2000 الغرفة الاجتماعية .
- 5- المواد: 214 - 221 من القانون المدني .
- 6- أ. مصطفى العوجي، القانون المدني الجزء الأول العقد مؤسسة حسن للنشر والتوزيع بيروت الطبعة الأولى 1995، ص 237 .
- 7- جلال علي العنوي، أصول المعاملات - الجزء الأول - المكتب الشرقي للنشر والتوزيع - بيروت مطابع مؤسسة الأهرام، ص 93-94 .
- 8- أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للنشر والطباعة بيروت 1984، ص 64 .
- 9- راشد راشد، الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام في الفقه المقارن أطروحة نوقشت بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1982، ص 366 .
- 10- المواد من 92 إلى 95 من القانون المدني.
- 11- السنهوري، الوسيط، الجزء الثاني، نبذة 194 صفحة 379 .
- 12- المرحوم احمد نشأت، رسالة الإثبات - الجزء الأول - دار الفكر العربي 1972 ص 20 .
- 13- أ.حامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، الطبعة الرابعة، نادي القضاة 1989 ص 249 .
- 14- قضت المحكمة العليا الجزائرية "من المقرر قانونا انه لا يجوز الإثبات بالنية فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون العقد الرسمي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد خرقا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال - انه تم إثبات ما تضمنه العقد الرسمي بمجرد إشهاد. فإن قضاء الموضوع بقضائهم كذلك خرقوا القانون.

- 15- محمد صبري سعدي الإثبات في المواد المدنية والتجارية الطبعة الأولى 2008 دار العمومة ص 108 .
- 16- السنهوري، المرجع السابق، ص 422 .
- 17- اعتبرت المحكمة العليا أن - النزاع القائم بين الزوجين حول المصوغ الذي عجزت عن إثبات ملكيته، لها بالكتابة سوى حيازتها دون تشكيل دليل كامل لملكيتها له كله، فإنه يجوز حسمه بوسيلة إثبات أخرى كاليمين المتممة ما دامت الفاتورات تشكل قرينة جديرة التعزيز، والقضاة الذين استبعدوا طلب الزوجة لسماع الشهود يكونوا قد خالفوا أحكام المادة: 335 من القانون المدني .
- 18- السنهوري، المرجع السابق، ص 315.
- 19- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الأول، فقرة 454.
- 20- محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 133.
- 21- احمد نشأت رسالة الإثبات - الجزء الأول، ص 553.
- 22- محمد صبري السعدي المرجع السابق ص 138.
- 23- بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر، طبعة 1981، ص 233 .
- 24- احمد نشأت، المرجع السابق، ص 243 .
- 25- السنهوري، المرجع السابق، ص 94 .