



جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

دور القاضي والخصوم في توزيع عبئ الإثبات في المواد المدنية

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

التخصص: قانون خاص

تحت إشراف الأستاذة:

مرابط حبيبة

الشعبة: حقوق

من إعداد الطالبة:

بن لطرش خديجة إيمان

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

الأستاذة: براهيم هدى

مشرفا مقرر

الأستاذة: مرابط حبيبة

مناقشا

الأستاذ: مشرفي عبد القادر

السنة الجامعية: 2022/2021

تاريخ المناقشة: 2022/06/30

شكراتك شكراتك

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على اشرف المرسلين سيدنا محمد و على اله
و صحبه و من اتبع هداه إلى يوم الدين اما بعد :

نشكر الله عز و جل الذي نور عقولنا بالعلم و المعرفة كما يسعدنا أن نقدم وافر الشكر
والامتنان إلى كل من ساهم في إنجاز هذه المذكرة و نخص بالذكر

الأستاذة المؤطرة مرابط حبيبة وكذلك الأستاذ مشرفي عبد القادر اللذان تكرما بقبولهما
الإشراف على عملي المتواضع هذا .

كما أتقدم أيضا بالشكر الجزيل إلى كل أساتذة قسم الحقوق تخصص القانون الخاص

وأخيرا أقدم تشكراتي لكافة الإخوة و الزملاء والأصدقاء الذين مدو لي يد العون
والمساعدة ولو بالسؤال عن مصير هذا البحث .

-بارك الله فيكم جميعا -

تمنع المجتمعات الحديثة اليوم على الشخص أن يقتضي حقه بنفسه وذلك لتجنب الفوضى في المجتمع و هو الغرض الأساسي من هذا المبدأ، بحيث يتوجب على المدعي بحق من الحقوق سواء كان قويا أو ضعيفا أن يلجأ إلى السلطة القضائية للمطالبة بالحماية القانونية لهذا الحق، ولا يتحقق له ذلك إلا إذا أقام الدليل على وجود ذلك الحق وأثبت صحة الواقعة القانونية المدعى بها، لذلك يكتسي الإثبات أهمية بالغة من الناحية العلمية وكما قيل لا قيمة للحق ولا نفع له إذ لم يقم عليه دليلا فقد يفاجأ المدعي بحق بعدم كسب قضيته بسبب عدم تمكنه من إثبات ذلك الحقائق الخصومة القضائية قوامها طرفان يدعي كل منهما أنه هو صاحب الحق في الشيء المتنازع عليه، على أن يقرر القاضي في الأخير من هو صاحب الحق. إلا أنه إزاء هذا الموقف يفنقر إلى ما يرجح أحد الإدعائين إذ أن القاضي لا يستطيع الترجيح إلا إذا قدم له الدليل والحجة و تقديم الدليل لم يتركه المشرع الجزائري دون تنظيم فقد حدد في المادة 323 من القنون المدني الجزائري أن الدليل يقع على الدائن في إثبات قيام الإلتزام و يقع على المدين دليل و بيان إنقضاءه.

والإثبات القضائي من الناحية القانونية كما عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري على أنه : "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها"، وعرفه الدكتور سليمان مرقس بأنه : "إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية".

وتختلف طرق الإثبات من حيث حجيتها بين النسبية و المطلقة فمن طرق الإثبات ذات الحجية المطلقة طرق الإثبات الحاسمة للنزاع مثل الكتابة الرسمية أو الإقرار الصادر عن المدين أو اليمين الحاسمة الصادرة من الخصم في حين تشمل طرق الإثبات ذات الحجية النسبية الكتابة العرفية، اليمين المتممة وغيرها من الطرق التي حددها المشرع سواء في القانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

وجميع وسائل الإثبات في القانون تفيد الظن إلا أن المشرع أعطى بعض الوسائل حجية ملزمة للقاضي و اعتبر الثابت بها ثابتا في الواقع، والقانون في تمسكه بالحقيقة القضائية دون

الحقيقة الواقعية إنما يوازن بين إعتبارين إعتبار العدالة في ذاتها ويدفعه على تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل ومن جميع الوجوه حتى تتفق معها الحقيقة القضائية وإعتبار إستقرار التعامل ويدفعه إلى تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذ بها في تقدير كل دليل فيحدد له طرق الإثبات وقيمة كل طريق منها.

ويقف أمام القاضي خصمان كل منهما يدعي الحق وينسبه إلى نفسه وينازع في إدعاء الآخر فيه والقاضي يفتقر إلى ما يرجع به جانبا على الآخر ويظهر أثر ذلك خاصة إذا كان الحق المتنازع فيه غير مستقر و إنما في وضع مآرجح بينهما أو كان الحق غير ثابت لأحدهما أو كان محل الإثبات صعب المنال فإن تكليف أحد طرفين بإثبات حقه هوتهديد له فيه بحيث إذا عجز عن إقامة البينة أو قصر في تهيئة الدليل المقنع أو فشل في الإثبات الكافي، حكم عليه القاضي و سلب الحق منه، ولهذا اقتضت الضرورة توزيع عبئ الإثبات بينهما.

والقاعدة العامة في عبئ الإثبات هي البينة على المدعي واليمين على من أنكر ووفقا لهذه القاعدة التي تعتمد على التمييز بين المدعي و المدعى عليه، فيقع عبئ الإثبات على الطرفين و يتوزع على المدعي و المدعى عليه بطريقة عادلة و توجب الحجة القوية على صاحب الجانب الضعيف وهو المدعي وتفرض الحجة الضعيفة على صاحب الجانب القوي، بحيث يقف المدعى عليه موقفا سلبيا متذعرا بمجرد الإنكار وملتزما بالصمت والسكوت، وإنما وجب عليه عبئ من الإثبات يتناسب مع قوة جانبه فيعزز إنكاره باليمين.

فإن الإثبات يقع على عاتق الطرفين، إذا أثار المدعي النزاع وجب عليه أن يثبت دعواه، وإذا فشل في الإثبات و عجز عن تقديم الدليل ولجأ إلى نمة الطرف الآخر وجب على المدعى عليه اليمين، وذلك حتى يصدر الحكم القضائي برد الدعوى وبقاء الحق مع المدعى عليه مبنيا على حجة ودليل لقطع الشبهات وإزالة القلق الذي نشأ بالدعوى ولإستقرار الحق لصاحبه، والمدعى عليه لا يكلف باليمين إلا في حالة إخفاق المدعي في القيام بما هو مكلف به من إقامة الدليل على ما ادعاه، أما إذا استطاع المدعي إقامة الحجة وتقديم الدليل على صحة ما ادعاه فإن الأمر يختلف لأن المدعى عليه حينئذ يصبح في مركز ضعيف يحتاج منه إلى بذل جهد

مضاعف لكي يخرج من هذا الموقف الذي وضعه فيه المدعي، فإما أن يقر بصحة ما أثبتته المدعي وإما أن يقيم الدليل على براءة ذمته مما قام المدعي بإثباته، ومن ثمة فإن وصف المدعى عليه ينقلب في الدفع ليصبح مدعياً يقع عليه عبئ إثبات ادعائه في دفعه، وهكذا يتناوب طرفي الدعوى القيام بعبئ الإثبات إلى أن يخفق أحدهما في خسره دعواه فكلما كانت مهمة المدعي بعبئ الإثبات مهمة عسيرة وشاقة اقتضى الأمر العمل على إيجاد الوسائل التي تخفف من وطأة هذا العبئ بحيث لا يترك تحمله للمدعي وحده، فكان الإتجاه إلى توزيع عبئ الإثبات بين الخصوم عن طريق تحليل الواقعة محل الإثبات إلى عناصر يتكفل كل من الخصمين بإثبات ما يخصه منها.

حيث تظهر أهمية تحديد المكلف من الخصوم بعبئ الإثبات في الصعوبة العملية التي تكتنف الإثبات سواء تعذر الحصول على الدليل أو في خضوع هذا الدليل للتنفيذ والتشكيك من الطرف الآخر في الخصومة أو في السلطة التقديرية المقررة لمحكمة الموضوع في تقدير دلالة الدليل المقدم على الواقعة محل الإثبات كما هو الحال بالنسبة لشهادة الشهود والقرائن القضائية، بحيث يتهدد المكلف بعبئ الإثبات بخسارة الدعوى إذا ما عجز عن إقامة الدليل على دعواه رغم كونه صاحب حق من الناحية الفعلية خاصة أن عبئ الإثبات لا ينتقل إلى المدعى عليه لتقديم دليل إنكاره دعوى المدعي متى كان هذا الأخير لم يفلح في تقديم دليل يجعل دعواه محتملة التصديق بحيث أن مجرد تحصن الخصم بإنكار دعوى خصمه الذي لم يفلح في إثبات دعواه المخالفة للثابت أصلاً أو مخالفة للظاهر، ليس من شأنه أن ينقل إليه عبئ الإثبات، ذلك أن عبئ الإثبات ينتقل بين الخصوم لدى نجاح الخصم في إقامة الدليل على ما يدعيه أو على رجحان دعواه أو حيث لا يكتفي الخصم بإنكار دعوى خصمه بل يتجاوز ذلك إلى إبداء طلب أو دفع على خلاف الثابت أصلاً أو الظاهر، بحيث يكون الخاسر في الدعوى هو منعجز عن إثبات دعواه سواء كان هو البادئ أو كان هو من إنتقل إليه عبئ الإنكار.

إذن الخصم الذي يكلف بعبئ الإثبات يكون في موقف صعب وحرَج لأنه نتيجة للعجز عن تقديم الدليل يعرض حقه للضياع وخسارة الدعوى بخلاف الطرف الآخر الذي يعفى من عبئ

الإثبات فيكون في مركز أقوى من خصمه لأنه يقف موقف المرتقب ينتظر ما يقوم به خصمه مما كلف به فإنه لم يستطع الخصم إقامة الدليل حكم لخصمه مع يمينه وإن القاضي عندما يكلف أحد الأطراف بالإثبات يعد إقراراً ضمناً منه بتصديق الطرف الآخر غير المكلف بالإثبات و ه مرجح على جانب الذي كلف به وهنا تكمن أهمية تحديد من يقع عليه عبئ الإثبات لتوقف مصير الدعوى عليه و تزداد هذه الأهمية في التشريعات التي تقر بحياد القاضي ومنها التشريع الجزائري، إذن القاضي يقف موقفاً سلبياً من الأطراف فيمتنع عليه التدخل في الدعوى لتوجيه الـ أو أحدهم بتقديم الأدلة.

ومن القواعد المتفق عليها في القانون و الشريعة الإسلامية أن عبئ الإثبات يقع على المدعى، ففي الفقه الإسلامي إتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن البينة على المدعي ودليله في ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم الذي أخرجه الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه: "البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه" : "لو يعطى الناس بدعواهم لإدعى رجال أموال قوم ودمائهم و لكن البينة على المدعي واليمين على من " فتكليف المدعي بإثبات دعواه على قاعدة أن البينة على من إدعى واليمين على من أنكر على أن يفهم بالمدعي كل من يدعي بواقعة على خلاف الوضع الثابت أصلاً وهو ما كان مرد ثبوته هو ظهور موافقته للغالب بحسب طبيعة الأشياء، أو عرضاً بإثبات خصمه له أو فرضاً و هو ما إقترض المشرع تحققه بقريضة قانونية بصرف النظر عما إذا كان وفقاً لمفهوم القانون بحيث أن دعي في الإثبات قد يكون هو المدعي الذي رفع الدعوى أو المدعى عليه فيها أو طرف مدخل في الخصام أو متدخل، وسواء كان ما يدعيه هو طلب أصلي أو مقابل أو كان صاحب دفع موضوعي أو شكلي أو دفع بعدم القبول وتحديد من يتحمل عبئ الإثبات مسألة قانونية ليا.

ويبدو للوهلة الأولى أن المدعي هو ذلك الذي يرفع الدعوى ضد غيره يطالبه بحق معين فهو مدع في دعواه يلزمه إثبات ما يدعيه، فمن يرفع دعوى على غيره يطالبه بسداد ما عليه من دين يلزمه أن يثبت وجود هذا الدين (مصدره) في ذمة المطلوب، ومن يرفع دعوى على غيره يطالبه بملكية عقار في حيازة المطلوب يلزمه إقامة الدليل على ملكيته هو لهذا العقار ولكن ليس بصفة مطلقة أن يكون المدعي هو من يرفع الدعوى فالمدعي في مجال

الإثبات demandeur à la preuve قد يختلفن المدعي في الدعوى demandeur à l'instance فقد يحدث و أن يدفع المدعى عليه الدعوى بدفع معين فيصبح مدعيًا في هذا الدفع وعليه إقامة الدليل على صحة إدعائه و مثالها المدعى عليه الذي يدفع بأنه وفي ما عليه من دين أو أن هذا الحق قد إنقضى بالتقادم أو مقاصة أو غير ذلك فقد ينكر المدعى عليه وجود الحق المدعى به فيقع عبئ الإثبات عليه أي إثبات الحق المدعى به وإثبات وجوده على المدعي وعليه كانت القاعدة في الفقه المدني هو أن الذي يحمل عبئ الإثبات هو المدعي في الدعوى والمدعى عليه في الدفع، فكلاهما مدع في دعواه.

فإن إقامة الدليل أمام القضاء يكون على حق أو واقعة معينة ويعني هذا أن محل الإثبات هو الحق أو الواقعة التي يرتب عليها المشرع آثار معينة و المدعي مطالب بإقامة الحجة على هذه الواقعة أو ذلك الحق، حيث تتكون كل خصومة قضائية من عنصرين، عنصر الواقع وعنصر القانون فالعنصر الأول هو الذي يكلف الخصوم بإثباته وأما الحكم الذي يصدره القاضي فهو تطبيق القانون على الواقع بناء على ما ثبت له من أدلة على هذا الواقع ومنه فإن محل الإثبات الذي يتحمل المدعي عن القيام به إنما هو الواقع، أما القاضي فإن مهمته تنحصر في تطبيق القانون على الواقع.

ففي إثبات الواقعة القانونية يدعي المدعي لا يصدق عليه هذا الوصف إلا أنه يستند إلى قاعدة في القانون تقرر وجوده هذه القاعدة هي التي تجعل كسب الحق نتيجة لواقعة قانونية أي لوضع معين يوجد في الشخص صاحب الحق فإذا توافر هذا الوضع للمدعي صح له أن يطالب بهذا الحق عندئذ يقع عليه عبئ إثباته، والواقعة القانونية هي أمر يحدث فيترتب عليه أو نقله أو تعديله أو إنقضائه وهي بمعناها الواسع تشمل التصرف القانوني كالعقود و الوصايا والعمل المادي الذي يرتب عليه القانون أثرا كوضع اليد أو الفعل الضار، فإذا ادعى شخص أنه تملك أرضا بعقد من العقود الناقلة للملكية وجب عليه إثبات وجود هذا العقد أويتها بطريق التقادم فهو ملزم بإثبات وضع يده عليها خلال المدة التي يتطلبها القانون لكسب الملكية أو من يدعي دينا على آخر يجب عليه أن يثبت مصدر هذا الدين أهو عقد أم إرادة منفردة أم فعل ضار غير مشروع أو إثراء بلا سبب، والشئ المدعى لا يقتصر على أن يكون

قيام حق وإنما يمكن أن ينصرف الإدعاء إلى إنقضاء هذا الحق و ذلك كما لو ادعى شخص على آخر دين وقام بإثبات مصدره فدفع المدعى عليه بالوفاء فهنا ينقلب المدعى عليه مدعياً. يكون المدعى به وجود حق أو زواله وإنما يكون وصفا قانونيا يلحق التصرف القانوني أو ذلك كما لو كان التصرف القانوني عقداً وقام المدعي بإثباته فدفع المدعى عليه ببطلان العقد أو قابليته للإبطال أو بفسخه، أما ما يلحق العمل المادي فكما لو دفع المدعى عليه في الفعل غير المشروع بأنه كان في حالة دفاع شرعي عن النفس فهذا الوصف يعد واقعة قانونية يجب إثباته على النحو الذي تثبت به الواقعة الأصلية، و من ثم فإن حمل الإثبات بهذا المعنى هو السبب المنشئ للأثر القانوني المدعى به سواء كان هذا الأثر هو وجود الحق أو زواله.

ونظراً لنقل محل الإثبات من الحق إلى مصدره فإن الإثبات لا يمكن أن يؤدي إلى يقين كامل وإنما يؤدي فقط إلى درجة معينة من الإحتمال ومن ثم فإنما يقوم به المدعي من إثبات يقف عند الظن القوي بصحة ما قام به دون جزم بيقين ما وقع إثباته فإن معظم الحقائق الواقعية ليست حقائق خالدة لا تتغير.

و لإثبات القاعدة القانونية إذا كان المدعي هو المنوط به إقامة الدليل على الواقعة القانونية التي نشأ عنها الحق الذي يطالب به، أما تطبيق النص القانوني فلا شأن للخصوم به وهذا هو دور القاضي حيث انه ملزم بمعرفته للقانون إذ أن هذا هو صميم مهامه وواجبه المفروض عليه بإعتباره أحد أفراد السلطة القضائية التي من بين أهم المهام الملقاة عليها تطبيق القانون، وهناك عبارة لاتينية تتمثل في: "أعطني الواقع أعطيك القانون" وأيضاً شاعت العبارة التي كان يستخدمها القضاة الفرنسيون لتنبية المحامين إلى ضرورة إقتصارهم على الوقائع "... إنتقل يا سيدي إلى الوقائع فالمحكمة تعرف القانون" ومنه فإن القاضي هو المكلف بالبحث من تلقاء نفسه عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على ما ثبت لديه من وقائع وهو يخضع في تطبيقها لرقابة المحكمة العليا.

وعليه حول تفسير قاعدة من القواعد القانونية فإن عبئ الإثبات يقع على يويطالب الخصوم بإثباتها وذلك في حالة ما إذا كانت القاعدة المراد تطبيقها قانون أجنبي

بحيث أنه إذا كان الأصل أن إثبات القاعدة وتطبيقها يعد من عمل القاضي ولا مجال للخصوم في هذا وهذا هو الأصل لكن لهذا الأصل إستثناء بحيث تنقلب القاعدة القانونية إلى مسألة موضوعية

ويطالب الخصوم بإثباتها وذلك في حالة ما إذا كانت القاعدة المراد تطبيقها قانون أجنبي بحيث أنه إذا كان الأصل أن إثبات القاعدة وتطبيقها يعد من عمل القاضي ولا مجال للخصوم في هذا

لا أن القاضي قد يجد نفسه أمام بعض النزاعات التي يكون أطرافها أجنبى ويخضعون لأحكام قانون بلدانهم، وعملا بمبدأ شخصية القوانين فالقاضي ملزم بتطبيق قانون البلد الذي ينتمي إليه الشخص الأجنبي عملا بقواعد الإسناد، وقد تتعدد الأمور إذا كان الأطراف من عدة جنسيات مختلفة.

وهنا وحسب الرأي الراجح في الفقه والقضاء المقارن أن القانون الأجنبي لا يعدوا إلا أن يكون مسألة من مسائل الواقع يجب على الخصوم إثباتها لأنه من غير الممكن أن يلم القاضي بكافة قوانين العالم والقول به مبالغ فيه إلى حد الجهل ومهما وجد من أجهزة إتصال تكنولوجية متطورة فإن إختلاف اللغات كاف بيان وجه الصعوبة.

كما أنه توجد عدة شروط في محل عبئ الإثبات ولا يمكن أن يتم الإثبات بدون تحققها وذلك من أجل تحقيق الهدف المنشود منه وهو الوصول إلى مطابقة الواقع للحقيقة قدر الإمكان و رد الحقوق إلى أصحابها وإلا كان الإثبات عبثا لا فائدة من إجرائه و منها يجب أن تكون الواقعة محددة سواء كانت إيجابية أو سلبية وإلا كان إثباتها متعذرا فمن يدعي ملكية عين أو يطالب بدين، فعليه إقامة الدليل على واقعة معينة كانت سببا لملكيته، كشفعة أو ميراث أو هبة أو مصدرا لحقه كقرض وهذه وقائع إيجابية محددة يكون بالتالي إثباتها ممكنا، وقد تكون الواقعة سلبية و يمكن إثباتها، كأن يدفع المدعى عليه في دعوى المسؤولية بعدم وقوع الفعل غير المشروع عنه بإقامة الدليل على أنه كان موجودا في مكان آخر في في الوقت الذي يدعي عليه بوقوع الفعل منه أما إذا كانت الواقعة غير محددة فإنه يتعذر إثباتها سواء كانت إيجابية أو سلبية

و مثال ذلك كأن يدعي شخص أنه يقابل آخر كل يوم طوال حياته أو سلبية كأن يدعي شخص أنه لم يقابل آخر بالمرّة فلا تصلح أن تكون محلاً للإثبات.

و يجب أن تكون الواقعة محل نزاع إذا لم تكن الواقعة المدعى بها منازعا فيها فلا تكون هناك حاجة لإثباتها ولا يصح تكليف المدعي بإقامة الدليل عليها وبمعنى آخر أن الخصم لا يعترف بهذه الواقعة أما إذا سلم بها فالواقعة تكون ثابتة و لا داع لإقامة الدليل عليها وقد قضت محكمة النقض المصرية في نزاع على ملكية أرض المتنازع عليها هي

الخاصة ولكنه مع ذلك تملكها بالتقادم ثم بحثت المحكمة عن مستندات ملكية الحكومة لهذه الأرض وقضت بأنها غير كافية فإن حكمها يكون مخالفا للقانون لأنه بحث واقعة مسلما بها من

أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى يقصد بهذا الشرط أن تكون الواقعة المراد إثباتها متصلة بالحق المطالب به أما إذا كانت الواقعة منقطعة الصلة بموضوع الدعوى فلا فائدة في إثباتها، وهذا الشرط لا تظهر أهميته في الإثبات المباشر حيث ينصب الإثبات على الواقعة مصدر الحق إذا أثبت المؤجر عقد الإيجار لكي يطالب الأجرة ففي هذه الحالة تك متعلقة بالحق المطالب به بل و منتجة في الإثبات أيضا.

أما في الإثبات غير المباشر فتبدو أهمية هذا الوصف، فإنه يتناول واقعة لا تتصل بوجود الحق إتصالا مباشرا و إنما يمكن أن تؤدي عقلا و بطريق غير مباشر إلى الحقيقة وهي فكرة تحويل الدليل ومثاله إثبات المستأجر وفاء الأجرة عن الشهر اللاحق للمدة التي يطالب الأجرة عنها فهي واقعة ليست الوفاء بالأجرة المطالب بها بل واقعة متصلة بها وبالتالي متعلقة بالدعوى (الحق المطالب به) و كون الواقعة متعلقة بالدعوى أو غير متعلقة بها مسألة موضوعية يستقل بالفصل فيها قاضي الـ

أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى معنى هذا أن يؤدي إثبات الواقعة إلى أيام الأثر القانوني المدعى به فلا يلزم أن تتضمن دلالة قاطعة على الأثر القانوني المدعى به بل يكفي أن تؤثر في تكوين إقتناع القاضي به.

أما إذا كانت الواقعة غير ذات أثر في إقناع القاضي فإن إثباتها يكون عديم الجدوى ومثل ذلك لا يقبل ممن يطالب بدين أن يثبت وفاء بهذا الدين عن طريق إثبات إقرار صادر من غير الدائن لأن هذا الإقرار لا يفيد الدائن فلا يكون منتجا في الدعوى ومثاله أيضا لا يقبل ممن يطالب آخر بملكته عين، إثبات عقد صدر من شخص لا علاقة للمدعى عليه به.

وإذا كانت الواقعة منتجة في الإثبات فإنها تكون بالضرورة متعلقة بالحق المطالب به ولكن العكس غير صحيح فإذا طالب شخص بملكية عقار بالتقادم الطويل وطلب إثبات حيازته لهذا العقار مدة عشر سنوات فلن يجاب إلى طلبه لأن هذه الواقعة رغم تعلقها بالحق المطالب به غير منتجة في الإثبات لأن مدة الحيازة تقل عن المدة اللازمة لكسب ملكية العقار بالتقادم وهي (827) .

و أخيرا يجب أن تكون الواقعة جائزة القبولو يقصد بذلك أن تكون الواقعة غير مستحيلة كأن يريد شخص إثبات بنوته ممن هو أصغر منه سنا ومثاله أيضا ألا يقبل من شخص يطالب بأجرة يومية لمدة شهر فبراير أن يثبت أن هذا الشهر هو 31 يوما.

كما يجب ألا يكون القانون قد منع إثبات الواقعة لأسباب تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة كإثبات دين قمار أو بيع تركة إنسان على قيد الحياة لأن هذا يخالف النظام العام كذلك لا يقبل إثبات العلاقات الجنسية غير المشروعة و لا يجوز في جريمة القذف للقذف أن يقيم الدليل على صحة ما قذف به و ذلك لإعتبارات تتعلق بالآداب العامة.

ولا شك أن الذي يقوم بالإثبات هو الخصوم لا سيما في ظل مبدأ حياد القاضي وعدم قضاءه بعلمه الشخصي، ومنه فإن تكليف أحد الخصوم بإقامة الحجة والبيينة على الشيء المتنازع عليه أمر في غاية الخطورة لأنه يؤثر في سير الدعوى وفي نتائجها ويلقي على الخصم عبئا ثقيلا يجعله في مركز دون مركز خصمه، إذ يكلف بالقيام بعمل إيجابي تتوقف عليه نتيجة الدعوى بينما يكتفي من خصمه بأن يقف من الدعوى موقف سلبي ولا شك أن ذلك يجعله في موقف أفضل من موقف خصمه.

و منه نأتي للتوزيع الذي معناه التخفيف من مطالبة المدعي بإثبات كافة عناصر الحق المدعى به، فيكتفي منه بإثبات ما يرجح وجود الحق في جانبه ليلقي على خصمه عبئ دفع ما

قام بإثباته ولعل القاضي رغم دوره السلبي في المسائل المدنية إلا أنه يقوم بدور هام في توزيع وتخفيف عبئ الإثبات بين الخصوم ويبرز ذلك بقوة في مجال القرائن القضائية واليمين المتممة. وما دام الخصوم يملكون الدعوى المدنية فما من شك أنهم كذلك يلعبون دورهم في توزيع وتخفيف عبئ الإثبات، ومن هذا المنطلق تطرح الإشكاليات التالية : ما مدى دور القاضي في توزيع وتخفيف ثقل عبئ الإثبات المكلف به المدعي و ذلك بتكليف المدعى عليه بجزء مما كان مكلفا به المدعي؟ وما هو دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات؟ وهل يمكنهم الإتفاق على تعديل قواعد الإثبات؟ و ما مدى تعلق ذلك بالنظام العام؟

وللإجابة على هذه التساؤلات وضعت خطة واسعة تشمل كل الجوانب التي يمكن للقاضي أو الخصوم أن يكون لهم دورا فيه و هي كالآتي :

الفصل الأول: دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات

المبحث الأول: طبيعة دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات

المطلب الأول: الدور السلبي

الفرع الأول: عدم إمكانية القاضي تغيير موضوع الطلب

الفرع الثاني: الإستعانة في إثبات الواقعة بشهرتها العامة دون العلم الشخصي

المطلب الثاني: الدور الإيجابي

الفرع الأول: إمكان إكمال ما نقص من أدلة الخصوم

الفرع الثاني: إتخاذ ما يلزم من إجراءات الإثبات

المبحث الثاني: دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات بموجب القرائن واليمين

المطلب الأول: دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات بموجب القرائن

الفرع الأول: بموجب القرائن القانونية

الفرع الثاني: بموجب القرائن القضائية

المطلب الثاني: دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات بموجب اليمين

الفرع الأول: بموجب اليمين الحاسمة

الفرع الثاني: بموجب اليمين المتممة

الفصل الثاني: دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات

المبحث الأول: مبدأ الدور الإيجابي للخصوم

المطلب الأول: حق الخصوم في الإثبات

الفرع الأول: حق إقامة الدليل وحق المطالبة بإلزام الغير بتقديم ما يوجد تحت يده

الفرع الثاني: حق الإستشهاد بالشهود و حق إستجواب الخصم

المطلب الثاني: حق الخصوم في مناقشة الدليل و إثبات عكسه

الفرع الأول: حق مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى

الفرع الثاني: حق إثبات عكس الدليل

المبحث الثاني: دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات بموجب الإقرار واليمين وبموجب

الإتفاق

المطلب الأول: دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات بموجب الإقرار واليمين

الفرع الأول: بموجب الإقرار

الفرع الثاني: بموجب اليمين الحاسمة

المطلب الثاني: دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات بموجب الإتفاق

الفرع الأول: التعديل الإتفاقي لقواعد عبئ الإثبات

الفرع الثاني: مدى جواز الإتفاق على مخالفة قواعد عبئ الإثبات

الخاتمة

إن السلطة التقديرية للقاضي المدني في الإثبات لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أيا كان موضوع المنازعة، فالسلطة التقديرية عمل يقوم به القاضي بهدف تحقيق الغاية الموضوعية من القانون، فللقاضي مركزا إيجابيا في تسيير الدعوى وفي تصحيح شكلها وبشطب الدعوى عند تخلف الخصوم عن الحضور، وله من تلقاء نفسه أن يأمر بإدخال من يرى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة هذا من ناحية الإجراءات أما من ناحية إثبات الدعوى فدوره يقتصر على تلقي الأدلة كما يقدمها الخصوم، ثم يتولى تقديرها مراعيًا في ذلك ما قد يحدده المشرع من قيم ويصدر حكمه بناء على ذلك.

المبحث الأول : طبيعة دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات

من المسلم به بدهة أن القاضي لا يجوز له التحيز لطرف ما وهذا مفروض عليه بدهة بحكم وظيفته، ويقتصر دوره على تلقي الأدلة كما يقدمها الخصوم ثم يتولى تقديرها مراعيًا في ذلك ما يحدده المشرع من القيم، ويصدر حكمه بناء على ذلك، على أساس أن الإثبات حق للخصوم و واجبهم في حدود القانون.

ولهذا نجد أن القاضي في ظل القانون الجزائري يقتصر دوره على تلقي الطلبات والدفع التي يقدمها الخصوم في الإثبات، ثم يقوم بتقديرها وفقا للقيمة التي حددها له القانون، فلا يستطيع أن يجمع أو يساهم في جمع الأدلة بنفسه، كما لا يستطيع أن يستند إلى أدلة إستتبتها بنفسه خارج الجلسة و لا يجوز له أيضا أن يأخذ بأدلة قامت في قضية أخرى.

فليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي، وهذا هو الموقف السلبي في تسييره للدعوى كما أنه لا يقف مكتوف الأيدي ويدع الخصومة يحركها الأطراف كما يشاءون وإنما له شيء من الحرية في تحريك الدعوى وتوجيه الخصوم، حتى لا يترك كشف الحقيقة رهينا بمبارزة الخصوم وحدهم، وهذا هو الموقف الإيجابي للقاضي في تسيير الدعوى.¹

1_ محمود عبد الرحيم الديب، أسس الإثبات المدني في القانون المصري والفقہ الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة ، 1998، ص 26، 27.

المطلب الأول : الدور السلبي

من الطبيعي أن يقف القاضي موقفا محايدا في النزاع المعروض عليه، فهو لا يتحيز لأحد الخصوم، بل يفصل فيما يقدم إليه من طلبات من الخصوم على ضوء ما يقدمونه من أدلة مساندة لهذه الطلبات بحسب قيمة هذه الأدلة طبقا للقانون، وليس للقاضي أن يسهم في جمع أدلة جديدة، كما أنه لا يستطيع أن يستند إلى أدلة إستتبتها بنفسه خارج الجلسة، بعيدا عن الخصوم، كما لا يجوز له أن يستند إلى أدلة قامت في دعوى أخرى.¹

فإن الدعوى المدنية كقاعدة عامة هي ملك لأطرافها لهم الحق في تسييرها وتوجيهها ولا يزال أمر إثباتها من حق الخصوم وواجبهم في حدود القانون، فهم الذين يقومون بالطلبات والدفع وهم الذين يقدمون وسائل الإثبات التي يحددها القانون، وعلى القاضي أن يلتزم بطلبات الخصوم، وعليه فإن القاضي لا يمكنه أن يستخدم معلوماته الشخصية عن موضوع النزاع سواء تكون له هذا العلم في الجلسة التي ينظر فيها هذا النزاع أو خارجها، وليس له كذلك أن يستحدث دليلا غير صادر من الخصوم في الدعوى.

الفرع الأول : عدم إمكانية القاضي تغيير موضوع الطلب

من المبادئ الأساسية أن القاضي لا يباشر وظيفته إلا بناء على طلب، فلو علم القاضي بوجود نزاع بين شخصين، فإنه لا يستطيع أن ينظر هذا النزاع دون طلب من أحدهما فالقاضي لا يعمل من تلقاء نفسه، إذ لو بدأ القاضي الخصومة دون طلب لأصبح مدعيا وحاكما في نفس الوقت وبالتالي يعتبر منحازا ضد المدعى عليه، وخروج القاضي المدني عن حياده يجعل حكمه قابلا للنقض ويسري مبدأ الطلب ليس فقط لبدأ الخصومة أو مرحلة منها كمرحلة الطعن، بل أيضا لاستمرارها، و لهذا فإنه إذا تنازل المدعي عن طلبه، إمتنع على القاضي نظر القضية، هذا ليس للقاضي أن يتجاوز حكمه حدود الطلب أو أن يحكم بغير ما طلبه الخصوم.

1_ محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 128.

ويعرف موضوع الطلب بأنه النتيجة الاجتماعية أو الاقتصادية التي يهدف إليها الطالب في دعواه كالمبلغ المطالب في دعاوى المسؤولية المدنية فالطالب غير ملزم بإعطاء موضوع طلبه الوصف القانوني الصحيح لأن القاضي هو صاحب الهيمنة على التكييف الصحيح لموضوع الطلب، و ذلك لأن التكييف مسألة قانون مما يدخل في صميم مهمة القاضي.

وعلى هذا فإن القاضي في حدود ما يستخلصه من الوقائع الصحيحة التي يدلي بها الخصوم عن موضوع طلباتهم وسببها يعالج الدعوى على أساس سببها القانوني الذي ترشح له هذه الوقائع و لا جناح عليه إن خالف تكييف الخصوم الخاطئ له فإن مثل هذا التكييف لا يقيد القاضي الذي يلتزم بحكم وظيفته بإعطائها الوصف والتكييف السليم.

وعلى هذا الأساس يصل لمعرفة السبب القانوني الصحيح فإنه يحكم في موضوع طلبات الخصوم على أساس هذا السبب ولو كان هذا السبب مخالفا للسبب الذي ساقوه خطأ لإسناد دعواهم.

وبذلك يتضح لنا أن قاعدة منع القاضي من تغيير موضوع الطلب لا تشكل قيوداً على سلطته في تطبيق القانون.

فالمحذور على القاضي هو تغيير مجموع الوقائع التي تمسك بها الطالب و المكونة لموضوع طلبه لا التكييف القانوني لهذه الوقائع.

ولكن ما هو موقف القاضي إذا لم يحدد الخصوم في لوائحهم موضوع طلباتهم تحديداً دقيقاً؟

لا شك أن من واجب القضاة في هذه الحالة أن يقوموا بهذه التحديد أعمالاً لسلطتهم في تفسير مستندات الدعوى.

ونجد القضاء الفرنسي إستخدم فكرة الطلب الإفتراضي أو الضمني للوصول إلى هذه النتيجة فالطلب الإفتراضي هو الطلب الذي لم يطلبه الخصوم صراحة ولكن يفهم ضمنا من مجموع الوقائع التيأوردوها في مذكراتهم، وقد إتجهت محكمة النقض الفرنسية في أحكامها الحديثة إلى تعليق حق القاضي في الأخذ بفكرة الطلب الإفتراضي على شرط أن يكون الخصوم قد سبق لهم أن ناقشوا هذا الطلب أمام المحكمة.¹

الفرع الثاني : الإستعانة في إثبات الواقعة بشهرتها العامة دون العلم الشخصي

الإثبات يجب أن ينصب على الواقعة القانونية التي يراد تطبيق القانون عليها ويجب أن يتم ذلك بالإستناد إلى أدلة الإثبات التي حددها القانون، والتي يجب تقديمها من قبل الخصوم،لذا لا يجوز القاضي أن يحكم بعلمه الشخصي المتحصل خارج قاعة المحكمة في وقائع النزاع، سواء كان هذا المنع راجعا إلى كون الوقائع هي مجال الخصوم.

ولا يصح للقاضي أن يثير واقعة لم يتمسك بها هؤلاء و لم يقدموا الدليل على صحتها،وأستند على القاعدة التي توجب إحترام حقوق الدفاع والتي تستلزم ألا يأخذ القاضي إلا بالوقائع التي أظهرها الخصوم في المناقشات المتبادلة بينهم، أو لأن هذا المنع يمثل الحد الأدنى لمبدأ حياد القاضي.

حيث ذهب البعض إلى أن الواقعة التي تشكل موضوع النزاع و التي يستند إليها القاضي كأساس لحكمه يجب أن تكون محلا للإثبات بالطرق القانونية، لأن القانون في مواد القانون يقتضي صحة الواقعة لا شهرتها.

إذ أن الشهرة العامة ليست من بين طرق الإثبات التي نص عليها القانون فهي لا تعني عن الحقيقة لكن إذا كانت الواقعة مشهورة ولكنها غير ثابتة فلا تكون الشهرة جدية ويجب أن لا يعتد بها.

1_ آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص

إلا أن الدكتور "حجازي" يرى أنه لا تجب المبالغة في هذا الصدد إلى حد إلزام المتقاضين بإثبات الواقعة التي تكون من الشهرة بحيث لا تحتل الجدل فالحوادث التاريخية لا يلزم إثباتها بشهود أو بأي طريق آخر من طرق الإثبات.

ويجب أن يعتبر القاضي مثل هذه الوقائع ثابتة على أساس الشهرة رغم أن الخصم

من يتمسك بها تكون مصلحته في أن ينكرها و خاصة إذا كانت الواقعة المشهورة معروفة عند الناس كافة فلا يمكن أن تكون غير معروفة عند القاضي.¹

أما الأستاذ "باتيفول" فيذهب إلى أنه يجوز للقاضي القضاء بعلمه الشخصي عن الوقائع العامة طالما كانت مشهورة أو كان العلم بها ميسورا بالكافة.²

والحل الواجب الإتباع في هذا الصدد بإمكان التفرقة في هذا النطاق بين حالتين: الحالة الأولى عندما تشكل الواقعة العامة أو المشهورة موضوع النزاع التي يحتجزها القاضي كأساس لحكمه ففي هذه الحالة يجب أن تكون محلا للإثبات، بغض النظر عن صفتها العامة أو الخاصة، بحيث لا يمكن للقاضي الحكم بعلمه الشخصي بالإستناد إلى شهرتها.

أما الحالة الثانية بالنسبة للواقعة العامة أو المشهورة التي لا تشكل موضوع النزاع ذاته والتي لم يحتجزها القاضي كأساس لحكمه، وإنما إستخدمها فقط لتقدير وقائع النزاع التي يرتب عليها القانون أحكامه، فيجوز للقاضي أن يتصدى بعلمه الشخصي في شأنها بصفتها من بصفتها من قواعد الخبرة العامة.

ومن هنا يتضح لنا أن الوقائع المشهورة تخضع للإثبات إذا كانت محلا للنزاع وتكون أساس حكم القاضي، بينما يمكن للقاضي أن يتصدى بعلمه الشخصي بشأنها إذا كانت صفة

1_ عبد الحي حجازي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الأول، القانون، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 1972،

2_ آدم وهيب الندراوي، مرجع سابق، ص 205.

تدخلها في الدعوى تتحصر في كونها من عناصر تقدير وقائع النزاع التي يرتب عليها القانون أحكامه.

وهذا ما يذهب إليه الدكتور السنهوري حيث يقول: " ولكن هذا لا يمنع من أن يستعس القاضي في قضاؤه بما هو معروف بين الناس و لا يكون علمه خاصا به مقصورا عليه، كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة ".

المطلب الثاني : الدور الإيجابي

إن الإتجاه السائد في التشريعات التي تأخذ بنظام الإثبات المختلط هو الحرص على تحقيق مزيد من إيجابية القاضي وفاعليته بتزويده بمزيد من حرية الحركة في هذه المرحلة الهامة من مراحل الدعوى، لسرعة الفصل فيها تجنباً لعدالة بطيئة و حتى لا يترك كشف الحقيقة رهينا بمبارزة الخصوم وحدهم، والحرص على إستقرار الحقوق.

ويقول الأستاذ "ليجيه": إن القاضي بتدخله المباشر في توجيه الدعوى يساعد كثيرا على إيضاح موضوعها والمناقشات الجارية فيها، وعلى سيرها المنتظم و له ألا يتقيد بقواعد معينة بهذا الشأن.¹

إذا كانت القاعدة التقليدية التي مازال أثرها واضحا فقها وقضاء أن حقوق الخصوم هي ملك لهم، وأن الطلبات القضائية هي طلباتهم، ومن ثم تجري الدعوى على مشيئتهم إلا أنه مع ذلك القانون ليس ملكا لهم فالقاضي لم يعد بمثابة مشاهد صامت للمنازعة القضائية ليس له فيها إلا الحكم فيها وإن القاعدة الأساسية التي تمتد شعابها إلى قواعد الإثبات وإجراءاتها هي أن للقاضي مركزا إيجابيا.²

1_ آدم وهيب النداوي، مرجع سابق، 209.

2_ رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية 'النظرية العامة في الإثبات'، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص 77.

ولا يخفى أن فقهاء المسلمين يرون أن للقاضي في سبيل الوصول إلى الحقيقة أن يبحث عنها بكل الطرق دون أن توجه له تهمة أو يسيطر عليه نزوة، مادام وصوله إليها سائغا شرعا، ولو كان ذلك بمقتضى علمه الشخصي الذي هو الحد الأدنى لمبدأ حياد القاضي و الذي لم يقل به من فقهاء القانون.¹

الفرع الأول : إمكان إكمال ما نقص من أدلة الخصوم

من مظاهر الإيجابية التي يهدف إليها نظام الإثبات المختلط في إدارة الخصومة والتحري وجه الحق فيها، في إكمال ما نقص من أدلة الخصم عندما يراها غير كافية.

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة نقض روما عندما قالت أن قاعدة براءة المدعى عليه عدم إثبات المدعي، عندما يكون من المؤكد عدم إثبات الواقعة، ولا تسري عندما يكون لدى المدعي مستندات وأدلة يمكن أن تكون أساسا لإقتناع القاضي ولم يعرضها المدعي ظنا منه أنها غير لازمة أو أن أدلة أخرى قدمها يمكن أن تغني عنها.

ويرى الدكتور حجازي في هذا الإجراء أنه أجرى على المتقاضين و أكثر اتفاقا مع مبدأ الاقتصاد في رفع الدعوى، إذ أن القاضي عندما يأمر باستكمال الأدلة يعمل على ضرورة الالتجاء إلى طريق الاستئناف، إلا أن الأمر باستكمال الأدلة يجب أن يكون جوازيا لا إجباريا للقاضي يحكم به وفقا لتقديره وبالنظر لظروف و أحوال القضية.²

وكمثال على ذلك فيما يخص القرائن القضائية وسلطة القاضي في استنباطها من ظروف الدعوى المعروضة عليه، فالقاضي يختار واقعة معلومة من وقائع الدعوى ويستدل بها على الواقعة المراد إثباتها وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 340 منه

1_ محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سالف الذكر، ص 38.

2_ آدم وهيب النداوي، مرجع سابق، ص 212 211.

"يترك لتقدير القاضي استتباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة".

وتقابلها المادة 100 من قانون الإثبات المصري، فللقاضي سلطة واسعة في إستخلاص القرائن القضائية وهذا ما أشارت إليه المادة 340 ق م ج.¹

و للقاضي سلطة واسعة أيضا في أن يستتبط القرائن من أي مصدر يراه، فللقاضي أن يستتبط القرينة التي يعتمد عليها من أوراق الدعوى، و إذا أحال الدعوى إلى التحقيق أن يعتمد على أية قرينة تطرح أمامه، و له أن يستتبط القرينة من أقوال الشهود أو من تقرير الخبير، و سنأتي إلى تفصيل ذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل.²

كما أن للقاضي للقاضي دور إيجابي واسع فيما يخص اليمين المتممة ويوجهها القاضي لأي من الخصمين، وفق ما يتبينه، حسب تقديره لظروف الدعوى و ملابتها وأدلتها، ولا يلزم بتسبب اختياره للخصم الذي يوجه إليه اليمين، لأنه بمجرد توجيهها إليه يكشف على أنه صاحب الأدلة الراجعة في تقديره، أو أنه هو المدعى عليه في الطلب القضائي الموجه إليه، وقد يكون مدعيا إذا كان هذا الطلب عارضا موجها من المدعى عليه، و الأصل هو براءة ذمته أو أنه هو الأجدر بالثقة فيه دون خصمه.

واليمين المتممة هي واقعة مادية يلجأ إليها القاضي لإستكمال أدلة الدعوى أو توكيدا لأدلة أحد خصومها، إذا كان إدعائه قريب الإحتمال وبالتالي هي ليست كاليمين الحاسمة.³

الفرع الثاني : إتخاذ ما يلزم من إجراءات الإثبات

1_ عدلي أمير خالد، الإرشادات العملية في إجراءات المرفعات والإثبات في كافة دعاوى المدنية، مطبعة القدس، نشر منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 260.

3_ محمد حسن قاسم، مرجع سالف الذكر، ص 247.

3_ أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، الطبعة الأولى، دار الجامعية للطباعة والنشر، 1983، ص 234.

كون القاضي ملزماً بإستخلاص الوقائع الصحيحة في الدعوى أوجب أن يكون له من تلقاء نفسه أن يحكم بإتخاذ ما يراه من إجراءات الإثبات في حدود المقبول منها قانوناً وإن مهمة القاضي أن يبذل أقصى ما يمكن من جهد في هذا الصدد للتوصل إلى كشف الواقع و إلا كان حكمه واجب النقض.

ومن مظاهر إيجابية دور القاضي في الإثبات في هذا الصدد ما يتعلق بالبحث في طلب إلزام الخصم بتقديم المستندات الموجودة تحت يده، إذ أن الأصل أن لا يكلف شخص بتقديم دليل ضد نفسه، وأن على كل خصم أن يستجمع بنفسه وبمجهوده أدلته الخاصة ولا يستلزم من الغير إمداده بها أو تقديمها.

فيرى الأستاذ "موريل" مظهر من مظاهر إيجابية القاضي في أداء العدالة و يحقق اختصاص الغير فض نزاعين أو أكثر في قضية واحدة، أو على الأقل جعل الحكم الصادر حجة على المختص فيمتنع عليه الاحتجاج به.¹

كما أن للقاضي دور إيجابي وفعال لحل النزاعات الإدارية، لأن في هاته المنازعات

يتم عن طريق التحقيق في الدعوى و بواسطته يكون للقاضي الإداري إقتناع في إيجاد الحل المناسب في النزاع.

أما بالنسبة للدعوى المدنية، فإقامة الدليل قائمة على مبدأ حياد القاضي، لكنه في المنازعات الإدارية ، القاضي الإداري له دور في التعامل مع إجراءات التحقيق، وبالتالي في إقامة الدليل على أن الإجراءات التي تقوم عليها المنازعات الإدارية هي من الناحية العملية المحضة ذات الصفة التحقيقية، على أن هناك تفاوت في المركز بين الأطراف في النزاع على أن الإدارة ككل، هي في الغالب طرف في الدعوى، وهي التي يكون بحوزتها وسائل الإثبات

1_ آدم وهيب الندوي، نفس المرجع، ص 213.

وأن الطرف الآخر هو في حاجة إليها، ولذا يتعين تدخل القاضي الإداري لإسترجاع التوازن بين الطرفين في النزاع.

و إن القاضي الإداري هو صاحب المبادرة في إقامة الدليل، وهو لا يخضع لإدارة الخصوم وله أن يأمر أو يقوم بأي إجراء، من تلقاء نفسه وهذا نظر للصفة التحقيقية للإجراءات أمام القضاء الإداري.

وإن السلطات المخولة للقاضي الإداري قد تحد من تطبيق القاعدة التي تقر بالبينة على من إدعى، والتي تكلف المدعي بإقامة الدليل على ما يدعيه.¹

المبحث الثاني : دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات بموجب القرائن و اليمين

بعد أن رأينا في المبحث الأول طبيعة دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات من دور سلبي و دور إيجابي سنتطرق في هذا المبحث إلى دراسة دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات بموجب القرائن كمطلب أول ثم بموجب اليمين كمطلب ثاني.

المطلب الأول : دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات بموجب القرائن

نستطيع أن نعرف القرائن بأنها النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة، وقد عرفها بعض الفقه على أنها هي ما يستتبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول.

والقرائن نوعان : قرائن قضائية *Présumptions de fait ou de l'homme* وهي التي يستتبطها القاضي من ظروف الدعوى و قرائن قانونية *Présumptions légales* وهي التي تستتبطها الإدارة التشريعية من حالات يغلب وقوعها ويتضمنها نص في القانون ويترتب على القرائن في الحالتين نقل عبئ الإثبات من الواقعة المتنازع فيها التي يكون إثباتها متعذرا أو

1_ الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 120 119.

صعبا إلى واقعة أخرى قريبة منها أو النوع الأول من القرائن: القضائية هو الذي يعتبر أدلة بمعنى الكلمة لأن القاضي هو الذي يستخلصها من وقائع الدعوى وأما القرائن القانونية فلا تعتبر أدلة بمعنى الكلمة وإنما تنقل عبئ الإثبات من على عاتق المكلف به إن كانت بسيطة أو تعفى من الإثبات نهائيا إن كانت قاطعة.¹

الفرع الأول : بموجب القرائن القانونية

تنص المادة 337 من القانون المدني الجزائري على أنه: "القرينة القانونية تغني 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 وتقسم القرائن القانونية إلى قرائن قانونية قاطعة (أو مطلقة) وقرائن قانونية غير قاطعة (نسبية أو بسيطة).

أولا : القرائن القانونية القطعية أو المطلقة

هي التي يمكن نقض دلالتها بإثبات العكس وقد قيل في هذا المعنى أن القاعدة في القرينة القانونية أن تقبل إثبات العكس ولكن الإدارة التشريعية قد ترى إعطاء القرينة قوة أكبر وذلك لإعتبارات أساسية تتعلق بالنظام العام وتجعل من الخطر إباحة مناقشتها فيجوز إثبات العكس. ومثال القرينة القانونية القاطعة أو المطلقة قرينة الحقيقة القضائية التي تعبر عنها بقوة الأمر المقضي مؤداها أنه إذا صدر حكم في نزاع معين و إستنفذ طرق الطعن القانونية فإنه يصبح قرينة على صحة الوقائع التي فصل فيها ولا يقبل مطلقا بعد ذلك ممن يسري في مواجهته الحكم إثبات مخالفة الحكم للحقيقة (المادة 338 ق م ج) حيث قالت (الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبولاً دليل ينقض هذه القرينة).

1_ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني 'الإثبات في المواد المدنية والتجارية'، دار الهدى للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 165 164.

ومن القرائن القانونية القاطعة مسؤولية المتبوع عن الفعل غير المشروع الذي يرتكبه تابعه أو في ملاحظته ولو كانت هذه قرينة حقيقية على هذا الخطأ لكان في وسع المتبوع دحض هذه القرينة بإقامة الدليل على إنتفاء هذا الخطأ ويتخلص من المسؤولية التي تثقله ولكنها منعه من نفي الخطأ وبذلك تكون قد وضعت حكماً موضوعياً يقيم مسؤولية المتبوع عن الفعل غير المشروع لتابعه ولا تعدو قرينة الخطأ أن تكون حكمة التشريع في هذه المسؤولية ومن صور القرائن القاطعة نذكر:

(1) ما نصت عليه المادة 312 من القانون المدني الجزائري على التقادم بسنة واحدة بالنسبة لحقوق التجار والصناع على الأشياء التي وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة و ثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم، والمبالغ المستحقة للعمال والأجراء الآخرون مقابل عملهم وقد أضافت هذه المادة أنه يجب على من يتمسك بالتقادم لسنة، أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا وهذه اليمين توجه تلقائياً من القاضي إلى ورثة المدين أو إلى أوصيائهم إن كان الورثة قاصرين على أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء.

وهذا ما يدل على أن المشرع قد جعل التقادم القصير قائم على قرينة قاطعة تفيد الوفاء بالحق، ومن ثم أجاز دحض هذه القرينة بالنكول عن اليمين، فيجوز من باب أولى دحضها بالإقرار.

(2) ونصت المادة 338 من القانون المدني كذلك على أن الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير

صفاتهم و تتعلق بحقوق لها نفس المحل و السبب، و يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائياً.¹

ونأتي إلى الفرق بين القرائن القانونية القاطعة و القواعد الموضوعية: حيث تكمن التفرقة بينهما في كثير من الأحيان في أن هناك قاسم مشترك أعظم بينهما وهو أن كلاهما مبني على الغالب المألوف، لكن الفارق بينهما يكمن في الصياغة القانونية، ففي القاعدة الموضوعية يجعل المشرع الغالب المألوف حقيقة ثابتة لا يجوز إثبات عكسها بأي طريقة من الطرق إذ أنها لاتعد طريقاً من طرق الإثبات وإنما أصبحت قاعدة موضوعية فبلوغ سن الرشد تتفاوت فيه الناس لكن الغالب المألوف أن الشخص يبلغ درجة النضج العقلي اعتباراً من سن 19 سنة وما فوق، فيقوم الشارع بإختبار سن معينة ويجعل بلوغ سن الرشد لجميع الناس عند هذه السن، هذا مثال عن القاعدة الموضوعية، ولذلك لايجوز إثبات عكسها بأي طريق من الطرق، إذ لاتعد طريقاً من طرق الإثبات، فمن يبلغ هذه السن فلا يعتبر رشيداً ولو كان عبقرياً، أما القرينة القانونية القاطعة تعتبر قاعدة إثبات لا قاعدة موضوعية، لذلك يجوز إثبات عكسها أخذاً بفكرة نقض الدليل بالدليل ولأنها حجة أقامها المشرع بناءً على الغالب الراجح، فهي ليست إلا احتمالاً قد

1_ المشرع يفرض فرضاً غير قابل للعكس أن الحكم هو عنوان الحقيقة وذلك بإعتبار أن الحكم متى فصل في الخصومة كان لا بد من الوقوف عنده لوضع حد لتجدد الخصومات والمنازعات، فلا يجوز للخصم المحكوم عليه أن يعيد طرح النزاع على القضاء بدعوى مبتدأة، هذا من جهة ومن جهة أخرى بإعتبار أنه إذا سمح القانون بتجديد النزاع بدعوى مبتدأة لجاز لكل من الخصمين أن يحصل على حكم يتعارض مع الحكم الذي حصل عليه الخصم الآخر.

- حجية الأمر المقضي ليست من النظام العام من المسائل المدنية بحسب نص المادة 338 من القانون المدني التي جاء فيها أنه يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائياً.

- لاتقوم حجية الأمر المقضي إلا إذا توافرت مجموعة من الشروط منها ما يتعلق بالحكم ومنها ما يتعلق بالحق المدعى به: فالشروط المتعلقة بالحكم هي: أن يكون حكماً قضائياً وأن يكون حكماً قطعياً و أن يكون التمسك بالحجية في منطوق الحكم لا في أسبابه. أما الشروط المتعلقة بالحق المدعى به هي: إتحاد الخصوم وإتحاد المحل وإتحاد السبب. قرار صادر عن المحكمة العليا: ملف 174.416 قرار بتاريخ 199.02.03 م ق عدد 1 سنة 1999 ص 97.

يخطئ كما يتفق مع الحقيقة، ومن أمثلة القواعد الموضوعية التي تقوم على قرائن: حجية الأمر المقضي والنقادم والحيازة في المنقول ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع وغير ذلك.

كما أنه يجوز دحض القرينة القانونية القاطعة بالإقرار و اليمين، إذا قلنا أن القرينة القانونية القاطعة لا تقبل إثبات العكس فليس معنى ذلك أنها لا تدحض أبداً، ذلك أن عدم القابلية للدحض لا يكون إلا للقواعد الموضوعية أما القرائن القانونية القاطعة فهي قواعد إثبات وأي كانت المرتبة التي أَرادها المشرع لها في القطع والحسم فهي لا تستعص أن تدحض بالإقرار و اليمين، ذلك أن القرينة القانونية القاطعة لا تزال دليلاً من أدلة الإثبات بل هي تعدو أن تكون دليلاً سلبياً إذ تقتصر على الإعفاء من الإثبات فإذا نقضها من تقررت لمصلحته بإقرار أو يمينه فقد دحضها، وأفضل مثال على ذلك ما سبق ذكره حول تقادم بعض الحقوق بمضي سنة والمنصوص عليها في المادة 312 من القانون المدني حيث أضافت هذه المادة أنه "يجب على من يتمسك بالتقادم لسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً" مما يعني أنه يتم دحض هذه القرينة القاطعة بنكول الخصم عن أداء اليمين المقرر قانوناً.

كذلك نضرب مثلاً آخر عن مسؤولية حارس الشيء المنصوص عليها في المادة 138 من القانون المدني و التي تقيم مسؤوليته على خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس إلا بإثبات النسب الأجنبي فإذا قام المدعي بإثبات مسؤولية المدعى عليه بإثبات الضرر والعلاقة السببية بين الشيء محل الحراسة والضرر، وقع عبئ نفي هذه المسؤولية على المدعى عليه بإثباته للسبب الأجنبي، فإذا عجز عن إثبات ذلك قامت ضده قرينة قاطعة على مسؤوليته تجاه المدعي، ولم يمكنه دحض هذه القرينة القانونية القاطعة إلا بإقرار قضائي يصدر عن خصمه (المدعي).

وبالتالي يمكن إستنتاج أنه كل ما لا يجوز دحضه باليمين أو الإقرار هو من قبيل القواعد الموضوعية وليس القرائن القانونية القاطعة.

وقد جاء في آخر نص المادة 312 السابق ذكرها "وهذه اليمين توجه تلقائياً من القاضي إلى ورثة المدين أو إلى أوصيائهم إن كان الورثة قاصرين على أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء"، ومن خلال هذا النص يتبين لنا أنه رغم ضيق مجال توزيع عبئ الإثبات بموجب القرائن القانونية القاطعة إلا أنه قد يتجلى دور القاضي

في عملية التوزيع بموجب بعض هذه القرائن خاصة منها التي يمكن دحضها باليمين والإقرار القضائي و إثبات السبب الأجنبي، حيث يتبين من المثال السابق أن القاضي يقوم بتوجيه اليمين إلى المدين أو ورثته أوصيائهم إذا كان الورثة قاصرين رغم أن هؤلاء يملكون دليلاً معنياً من الإثبات وهو القرينة القانونية القاطعة المتعلقة بالتقدم القصير المدى وهو دليل كامل لا يحتاج تكملته باليمين المتممة في الأصل لكن في هذه الحالة أراد المشرع توزيع عبئ الإثبات بين الدائن الذي يقوم بإثبات وجود الدين من جهة و المدين الذي يدفع بإنقضائه بمضي مدة التقدم القصير، وهذا بهدف التخفيف من عبئ الإثبات الملقى على عاتق الخصمين.

ثانياً: القرائن القانونية غير القاطعة أو البسيطة

عرفت القرائن القانونية غير القاطعة بأنها تلك التي تجعل جانب أحد المتداعيين أقوى من الآخر، فهي تعفي الشخص الذي شهدت له من الإثبات، وتغنيه عن أي طريق آخر للإثبات ولكن يحق للخصم إثبات عكسها.

فإذا كانت هذه الواقعة الأصلية، التي أقيمت القرينة عليها، مما يقبل في إثباتها البينة أو القرائن جاز إثبات عكسها بأحد هذين الطريقين أو بهما معاً شأن ما إذا كانت الواقعة الأصلية واقعة مادية أو تصرف قانوني مدني مما لا تزيد قيمته عن نصاب الإثبات بالبينة، ما لم يوجد مسوغ يوجب الإثبات بالبينة، أما إذا كانت الواقعة الأصلية مما لا يقبل في إثباتها، وفقاً للقواعد العامة، إلا الكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار أو يمين كما هو الشأن في التصرفات المدنية التي تجاوز قيمتها نصاب الإثبات بالبينة، فإن إثبات عكسها لا يكون إلا بكتابة مثلها أو بإقرار أو يمين، ما لم يوجد مسوغ من مسوغات الإثبات بالبينة والقرائن فيما يجب أصلاً إثباته بالكتابة أو ما يقوم مقامها ذلك ما لم يحدد القانون على نحو خاص، وسيلة إثبات عكس القرينة القانونية

فيجب سلوك المنهج الذي قرره المشرع¹ ومن أمثلة القرائن القانونية غير القاطعة نذكر ما نصت عليه:

(1) المادة 61 من القانون المدني الجزائري "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك" فقد راعى المشرع أن الذي يحدث عادة هو أن يعلم الشخص بما يصل إليه وقت وصوله، فأقام هذه القرينة حتى يخفف عن موجه التعبير عبئ إثبات العلم وهو أمر يتعذر إثباته ويجوز لمن وجه إليه التعبير ان ينقض هذه القرينة بدليل عكسي فيثبت أنه رغم وصول التعبير لم يحط به علما لغيابه (مثلا) أو مرض..... الخ.

(2) والمادة 193 ق م ج "إذا ادعى الدائن عسر المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها" أي أنه إذا ادعى الدائن عسر المدين، فليس عليه إلا أن يثبت ما في ذمة مدينه من ديون، وعند ذلك تقوم قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على أن المدين معسر، وينتقل عبئ الإثبات بفضل هذه القرينة إلى المدين وعليه هو أن يثبت بأنه غير معسر، ويكون ذلك بإثبات أن له أموال تساوي قيمة الديون أو تزيد عليها فإن لم يفلح في هذا الإثبات عدّ معسرا.

1. طرق إثبات العكس في القرائن القانونية غير القاطعة:

يتم نقض القرائن القانونية غير القاطعة وفقا للقواعد العامة في الإثبات فيجوز نقضها بإقرار من قامت القرينة القانونية لمصلحته أو بنكوله عن اليمين الحاسمة التي وجهت إليه أو عن طريق الدليل الكتابي أو بمبدأ الثبوت بالكتابة معززا بالبينة أو القرائن القضائية كما يجوز

1_ همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 589 590.

الإثبات بالبينة و بالقرائن القضائية إذا استحال الحصول على دليل كتابي أو عند فقدته بعد الحصول عليه، ويلاحظ أن القرينة القانونية البسيطة قد يتم استخدامها في إثبات واقعة مادية أو تصرف قانوني لا تزيد قيمته عن النصاب المحدد لشهادة الشهود، وفي هذه الحالة لا يثور أي شك في جواز إثبات عكس هذه القرينة بكل طرق الإثبات وذلك طبقاً للقواعد العامة ولكن قد تستخدم القرينة القانونية البسيطة في إثبات تصرف قانوني تزيد قيمته عن النصاب المحدد للإثبات بشهادة الشهود (ألف دينار جزائري 1000).

وفي هذه الحالة وبما أن القرينة القانونية البسيطة لا تعفي في حقيقتها من الإثبات وإنما تنتقل محل الإثبات من الواقعة الأصلية المتنازع عليها إلى واقعة أخرى متصلة بها وهذه الواقعة الأخيرة هي التي يجب إثباتها طبقاً للقواعد العامة في الإثبات وبالتالي تقوم القرينة القانونية وتثبت بمقتضاها الواقعة الأخرى المتنازع عليها، وإذا أراد الخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة فعليه الالتزام بحكم القواعد العامة في هذا الصدد.

لكن المشرع عين في بعض الحالات طرق خاصة لإثبات عكس القرينة القانونية غير القاطعة ومن أمثلتها المثال الذي سبق ذكره حول نص المادة 193 ق م ج : حيث أنه إذا أثبت الدائن أي مقدار من الديون في ذمته قامت قرينة قانونية على إعساره وهذه القرينة تنقض عن طريق إثبات المدين أن لديه أموالاً تساوي قيمة هذه الديون أو تزيد عليها.

والمادة 127 ق م ج كذلك تنص على أن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر تقوم على قرينة قانونية غير قاطعة، يجوز نقضها بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور أو عيب في الأشياء المنقولة... الخ.

إن كل قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ليست في الواقع إلا توزيعاً لعبئ الإثبات بين الخصمين، ينص عليه القانون و يتكفل بتطبيقه القاضي، ونرى كذلك مما سبق أن من يحمل عبئ الإثبات ليس مطالباً في الواقع من الأمر بإثبات كامل قاطع، ولا هو يكلف بإثبات كل عنصر من العناصر التي تتكون منها الواقعة مصدر الحق المدعى به، وليست الحقيقة

القضائية التي يتولى إثباتها بالحقيقة المطلقة التي لا يداخلها الشك، فالقانون يطلب ممن يحمل عبئ الإثبات أن يقنع القاضي بأن الأمر الذي يدعيه أمر مرجح الوقوع، وينفي القاضي مابقي من شك يحوم حول الأمر بأن ينقل عبئ الإثبات إلى الخصم الآخر ليثبت أنه بالرغم من الظواهر التي ترجح وقوع الأمر، توجد قرائن أخرى تجعل الراجح مرجوحا، ثم يرد عبئ الإثبات على الخصم الأول ليهدم هذه القرائن بقرائن أخرى، و هكذا يتبادل الخصوم عبئ الإثبات، إلى أن يعجز أحدهما عن دحض الدليل الذي تقدم به الخصم الآخر، فيخسر بذلك الدعوى.¹

ونذكر من الأمثلة عن دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات بموجب القرائن القانونية البسيطة ما يلي :

جاء في معنى المادة 830 ق م ج، أنه عندما يريد الحائز أن يثبت أنه كسب الملكية بالتقادم، أي يثبت حيازته إستمرت المدة التي حددها القانون لتمام التقادم، هنا يضع القانون قاعدة لتوزيع عبئ الإثبات بين الخصوم، فالحائز يحمل عبئ إثبات أن حيازته بدأت في وقت معين وأنها قائمة حالا، وهنا يقيم القانون قرينة على أن الحيازة إستمرت قائمة في المدة ما بين الزمنين، فيتولى القاضي مهمة تكليف الخصم الآخر بالإثبات، فيلقي عليه عبئ إثبات أن مدة التقادم قد إنقطعت، فإنقطع التقادم لسبب من الأسباب.

2. دور القاضي في تطبيق القرينة القانونية غير القاطعة:²

القرينة القانونية ملزمة للقاضي وليس له أي سلطة لتقدير حجيتها، وذلك لأنها مقررة بنص القانون الذي يبين شروط إنطباقها، فمتى توافرت هذه الشروط إلترم القاضي بالأخذ بدلالاتها ولأن الشروط التي تقوم عليها القرينة تتعلق بإثبات الواقعة البديلة و وسائلها فإن هذه

1_ رمضان أبو السعود، مرجع سالف الذكر، ص 227.

2_ بلمداني منصورية، الإثبات بالقرائن القانونية في المواد المدنية، مذكرة تخرج شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أساسي خاص، جامعة مستغانم، 2013، ص 59 58.

الوسائل القانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا¹ لكن على الرغم من أن للقاضي دور سلبي في تطبيق القرينة القانونية، إذ يقتصر فقط على التحقيق من ثبوت الواقعة التي ربط بها المشرع القرينة القانونية، لكن هذا لا يمنعه من إستخدام سلطته التقديرية بغرض الوصول إلى الحقيقة، كأن يستخلص من وقائع النزاع عنصر من عناصرها، لكن ذلك بشرط أن تكون هذه الواقعة قابلة للإثبات بالقرائن القضائية، وفقا للقواعد العامة في مجال الإثبات، فمثلا في قرينة الوفاء بالأجرة المنصوص علينا في المادة 499 من القانون المدني الجزائري، والتي إشتراط المشرع لقيامها إثبات الواقعة البديلة وهي دفع المستأجر للأجرة اللاحقة، وفي هذه الحالة لا يوجد ما يمنع القاضي من أن يستخلص من واقعة ما في الدعوى قرينة قضائية يستدل بها على ثبوت وفاء المستأجر لأجرة المدة اللاحقة، وليس هذا تعدي لحجية القرينة القانونية المحددة قانونيا، وليس توسع في تفسيرها، وإنما يدخل في صميم الدور المنوط إليه للتحقيق من ثبوت الواقعة البديلة التي قررها المشرع و جعل دلالتها ثابتة.

3. دور القاضي في إثبات عكس القرينة القانونية غير القاطعة:

لقد أعطى المشرع للقرينة القانونية غير القاطعة حجية بسيطة هي الإثبات، بحيث أنها تقبل إثبات العكس في جميع الحالات التي لا تكون فيها مطابقة لواقع النزاع، وتقدير ثبوت عكس القرينة من عدمه، من الأمور الموضوعية التي يرجع تقديرها لسلطة قضاة الموضوع دون تعقيب عليهم من المحكمة العليا، ما دام تقديرهم مؤسس على أسباب موضوعية سائغة ومبررة، والقاضي حر فيما يراه، فإذا توصل بناء على سلطته التقديرية إلى إعتبار أن الوقائع التي يحتج بها الخصم لا تمثل مبررا كافيا لإسقاط حجية قرينة المسؤولية التي تثبت ضده، فإن له

1_ عوض محمد عوض المر، القرينة و القاعدة الموضوعية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الخامسة، العدد الثاني، سنة 1961، ص 38.

كامل الحرية أن يرفض دفع الخصم الذي يحتج بالقوة القاهرة من أجل دفع قرينة المسؤولية بعد تحري بناء على سلطته التقديرية عدم توفر شروط القوة القاهرة.¹

أما إذا إقتنع القاضي بما قدمه الخصم من دفع و إستخلص منها ما له من سلطته وقائع يرى أنها تتطوي على حجية القرينة، فلا يكون أمامه مانع أن يقر بثبوت عكس القرينة، ويرفض من ثم الحكم على أساسها من دون أن يعرض حكمه للنقض، ما دام أنه

قد سبب حكمه تسبباً كافياً.²

وسلطة القاضي التقديرية في الإثبات عكس القرينة غير القاطعة، تختلف بحسب نوع القرينة، فإذا كانت القرينة غير القاطعة بسيطة فللقاضي إستعمال سلطته التقديرية في جميع الوقائع التي يدفع بها الخصم، كما يجوز له أن يأخذ بالواقعة التي إقتنع بها، دون وقائع أخرى متى إقتنع بأنها منتجة في الدعوى و كافية لإثبات عكس القرينة كما له أن يستبعدا جميعا متى توصل إلى نتيجة وأن حجيتها لا تصل إلى حجب القرينة، أما في القرينة غير القاطعة النسبية فدور القاضي في إثبات عكسها محدود لأن المشرع حدد فيها محل إثبات العكس، كما هو الشأن في قرينة العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر وقرينة مسؤولية متولي الرقابة، حيث يلتزم القاضي وبتقيد في بحثه و تحريه في حدود التأكد من مدى ثبوت الوقائع التي تمثل حالة من حالات السبب الأجنبي، وهذه المسائل القانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا.

الفرع الثاني: بموجب القرائن القضائية

تنص المادة 340 من القانون المدني الجزائري : "يترك لتقدير القاضي إستتباط كل قرينة لم يقرها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات

1_ ملف رقم 53010، قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة المدنية بتاريخ 25.05.1988، م ق عدد 2 سنة 1998، ص 11.

2_ يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر

: 1988، ص 370.

بالبيئة"، فالقرينة القضائية هي نتيجة يستخلصها القانون القاضي من واقعة معلومة لواقعة غير معلومة، وعرفها الأستاذ السنهاوري بأنها : " النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة " وهو نفس التعريف الذي جاءت به المادة 1349 من القانون المدني الفرنسي.¹

كما تعرف أيضا بأنها : " عبارة عن علاقة منطقية يستنتجها القاضي من واقعة معلومة وأخرى مجهولة يريد إثباتها ، فالقاضي هو مصدر هذه القرينة"²، ولذلك تعد القرائن القضائية من أدلة الإثبات غير المباشرة، حيث تثبت الواقعة أو يثبت التصرف بطريق غير مباشر عن طريق ثبوت واقعة أخرى قريبة منها أو متصلة بها فمثلا إذا أثبت المستأجر أنه قام بدفع الأجرة عن الشهر السابق وقد تكون الواقعة المتنازع عليها هي سرعة السيارة أثناء وقوع الحادث، فيقوم قاضي الموضوع بتحديد سرعة السيارة وذلك إستنباطا من واقعة أوقائع أخرى مثل أن تكون آثار جهاز التوقيف (الفرامل) طويلة وحالة السيارة وحالة الطريق وهكذا، فإذا ثبت للقاضي الوقائع الأخيرة أمكنه أن يستنبط سرعة السيارة أثناء الحادث فنكون بصدد قرينة قضائية أقامها القاضي وبذلك تختلف القرينة القضائية عن القرينة القانونية، ففي القرينة الأخيرة يتولى المشرع بنفسه عملية الإستنباط ثم يفرض الواقعة التي إستخلصها على القاضي والخصوم فرضا.

أولا : السلطة التقديرية للقاضي في إستنباط القرائن القضائية³

للقاضي سلطة واسعة في إستنباط القرائن القضائية، فهو حر في إختيار الواقعة الثابتة من بين الوقائع المتعددة التي يراها أمامه، لإستنباط القرينة منها، ثم له سلطان واسع في تقدير ما يتحمله هذه الواقعة من الدلالة وهذا هو الإستنباط، وفيه تختلف الأنظار، وتتفاوت المدارك،

1_ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات-آثار الإلتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، 1982، ص 445.

2_ مسعود زيدة، القرائن القضائية، رسالة ماجستير، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2001، ص 38.

3_ قروف موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، رسالة دكتوراه، بسكرة، 2014، ص 299.

فمن القضاة من يكون إستتباطه سليماً فيستقيم له الدليل ومنهم من يتجافى إستتباطه مع منطق الواقع، ومن ثم كانت القرينة القضائية من أسلم الأدلة من حيث الواقعة الثابتة التي تستنبط منها القرينة ومن أخطرها من حيث صحة الإستتباط وإستقامته ومن ثم فإن إستتباط القاضي للقرائن يمر بمرحلتين تتجلى في ذلك المجال الأكبر لأعمال سلطة القاضي المدني وسنتناول أولاً حرية القاضي في إختيار الواقعة أساس الإستتباط وثانياً حرية القاضي في إستتباط الواقعة المراد إثباتها.

1. حرية القاضي في إختيار الواقعة أساس الإستتباط

إن القاضي في إختياره للواقعة أساس الإستتباط يتمتع بحرية مطلقة لإختيار تلك الواقعة، فيمكن أن يختارها من الواقعة التي كانت محل مناقشة بين الخصوم، أو كانت في أوراق الدعوى، أو من تحقيقات باطلة، كما له أن يختارها من وقائع خارج أوراق الدعوى بشرط أن تكون تلك الأوراق الخاصة بهذه الوقائع مقدمة ضمن مستندات الدعوى حتى يمكن الذي يحتج عليه بالقرينة من فرصة مناقشتها ودحضها ومن أقوال شهود سمعوا في قضية أخرى، أو من تقرير الخبير المنتدب.

كما يجوز إستتباط القرينة القضائية من إمتناع الخصم عن تنفيذ ما أمرت به المحكمة من إجراءات الإثبات، فيجوز للقاضي أن يستنبط القرينة من إمتناع عن الحضور في الجلسة المحددة للإستجواب أو من إمتناعه عن الإجابة عن الأسئلة التي توجه إليه في الجلسة، أو من نكوله عن حلف اليمين.¹

1_ وقضت المحكمة العليا في هذا الشأن: "متى كان من المقرر قانوناً، أن الحكم الذي يقضي بإحضار وثيقة معينة تتعلق بموضوع النزاع بين الطرفين يكون واجب التنفيذ، ومن ثم فإن القضاء بصحة وثيقة عرفية دون التحقق من صحتها ودون تقديمها ضمن وثائق ملف الدعوى رغم الحكم بإحضارها يعد خرقاً للقانون". أنظر قرار مؤرخ في 13.07.1985 ملف رقم : 36392، م ق عدد 4، سنة 1989، ص 149.

وتمتاز القرائن القضائية بتنوعها وعدم حصرها لأنها تنتوع بقدر تعدد الوقائع، ولا يتقيد القاضي بإستنباطها بالقاعدة التي توجب عليه ألا يحكم إلا بما يظهر له من إجراءات الدعوى المعروضة عليه بما فيها من أدلة.¹

بحيث إذا كانت الواقعة محتملة وغير ثابتة فإنها لا تصلح مصدرا للإستنباط وفيما يلي بعض صور الوقائع الثابتة والتي يمكن أن يستخلص منها الأمر المجهول و المتنازع عليه:يجوز الإعتماد على عقود الإيجار و إيصالات الأجرة عن مدة لا يدخل فيها شهر الأساس أوأماكن أخرى مماثلة في ذات العقار قرينة قضائية لإثبات الأجرة القانونية.

ولمحكمة الموضوع أن تقول في حكمها على ما ورد في شكوى إدارية، أو ما ورد في محضر جمع الإستدلالات أم محضر الشرطة أو في أي تحقيقات إدارية أو قضائية أو من أقوال شهود سمعوا في غير مجلس القضاء كما يجوز لمحكمة الموضوع التأويل في حكمها على حكم صادر في قضية أخرى لم يكن الخصم طرفا منها و ذلك كقرينة قضائية.

و يجوز أن يعتمد القاضي في إستنباط القرينة على أقوال شهود سمعوا في قضية أخرى و يجوز إستنباط القرائن من أقوال شهود سمعهم الخبير بدون حلف اليمين و من المعاينة التي أجراها ومن المستندات المقدمة إليه و يجوز أن تستخلص القرينة القضائية من يمين لكل الخصم عن حلفها أو من إقرار صادر عن الخصم.

ويلاحظ في تلك الواقعة الثابتة أنه يجب أن يكون لها أصل في الأوراق، فلا تستنبط القرينة من أوراق خارج ملف الدعوى، كما لا يجب أن تكون الواقعة الثابتة سكوتا عن التمسك بأمر مخالف للنظام العام، فمثل هذا السكوت لا يصلح أن يكون قرينة على الواقعة الأخرى المتنازع عليها.

1_ سحرعبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص138.

ويلاحظ كذلك في هذا العنصر أنه تتمتع محكمة الموضوع بسلطة واسعة في إستخلاص القرائن بمعنى أن لهذه المحكمة إختيار ما شاءت من وقائع ثابتة في الأوراق لكي تستخلص منها القرينة المطلوبة، وبذلك يكون مفاد نص المادة 340 من القانون المدني أن لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في إستنباط القرائن التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته غير مقيد في ذلك بالقاعدة التي تفرض عليه ألا يبني إقتناعه على وقائع لم تثبت بالطرق القانونية أو على وثائق لم تكن محل مناقشة الخصوم.

2. حرية القاضي في إستنباط الواقعة المراد إثباتها

وهي عملية الإستنباط التي يقوم بها قاضي الموضوع، حيث يستخلص من الواقعة الثابتة لديه واقعة أخرى يراد إثباتها، حيث يقتنع القاضي بأن الصلة بين الواقعة أو الوقائع الثابتة وبين المتنازع عليها تجعل إحتمال حصول الواقعة الأخيرة غالباً، وذلك على أساس أن الغالب و المؤلف في العمل أنه كلما وجدت الوقائع الأولى ترتبت عليها بالضرورة الواقعة المتنازع عليها، وهذه هي عملية الإستنباط والإستخلاص، وحصول هذا الإقتناع مسألة شخصية ونفسية أساساً تتوقف على القاضي كإنسان، وتختلف بإختلاف عقليات القضاة، وهنا يكمن الخطر في هذه الوسيلة من وسائل الإثبات، إذ من الواضح أنها تترك للقاضي حرية واسعة في التقدير وهي حرية قد لا يحسن إستخدامها لعدم توفر مقومات الإدراك السليم والفتنة الصحيحة لديه.

إلى جانب أن دلالة الوقائع الثابتة على الوقائع غير الثابتة ليست ملزمة للقاضي فالخصوم يعرضون على القاضي ما يشاؤون من الوقائع الثابتة التي يريدون أن يجعلوها أساساً لإستنباط ما يدعون، ويكون للقاضي مطلق الحرية في أن ينتقي منها ما يشاء، وأن يستنبط ما يختاره منها سواء كان هذا الإستنباط متفقاً مع إرادة الخصوم أو عكسها طبقاً لإقتناعه بسلامة الإستنباط أو عدم سلامته.¹

1_ عز الدين الدناصري وعبد الحميد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، عالم الكتب، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1983، ص

ونذكر في مجال الإثبات بالقرائن القضائية ما تقتضيه المادة 340 من القانون المدني بأنه لا يجوز الإثبات بهذه القرائن، إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة (شهادة الشهود).

فقد رأينا أن للقاضي سلطة إستخلاص واقعة ثابتة متصلة بها، وهذا يتضمن في حقيقة الأمر توسع لدور القاضي في عملية الإثبات بما يشمل من التخفيف من نظام الإثبات المقيد لهذا يكثر الإثبات بالقرائن القضائية في الميدان العملي، نظرا لتعذر أوصوبة الإثبات المباشر الذي ينصب على ذات واقعة النزاع في كثير من الأحوال لذلك إعتبر المشرع القرائن القضائية من الأدلة المقيدة لا المطلقة، ولهذا نص على أنه لا يجوز الإثبات بالقرينة إلا في بعض الحالات، وهي الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود، أي الوقائع المادية بصفة عامة والتصرفات التجارية، والتصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها ألف دينار جزائري، فالملاحظ أنه لو أجاز الإثبات بالقرائن القضائية لما لايجوز إثباته بالبينة لأمكن تصور الإحتيال على النصوص التي لا تجيز الإثبات بالبينة ونأتي لذكر الفرق بين القرائن القضائية و القرائن القانونية :

*فإن مجال إعمال القرائن القضائية كما رأينا محدود بمجال جواز الإثبات بشهادة الشهود، فحيث لا يجوز الإثبات بالبينة لا يجوز الإلتجاء إلى القرائن القضائية، أما القرائن القانونية فليس لها مجال معين لأعمالها فمثلا صدور التصرف في مرض الموت يعد قرينة قانونية على أنه تصرف صادر على سبيل التبرع أيا ما كانت قيمته، أيضا فإن الوفاء بقسط من الأجرة يعد قرينة قانونية على الوفاء بالأقساط السابقة عليه أيا ما كانت قيمة كل منها.

*رأينا أن القرائن القانونية لا تنشأ إلا بنص القانون و حيث يقوم القانون بإختيار واقعة معروفة و ثابتة ليستتبط منها واقعة غير معروفة و غير ثابتة، وهي التي تكون محلا للدعوى أو الدفع أما القرائن القضائية فلا تنشأ بنص القانون وإنما الذي يقوم بإستخلاصها و إستنباطها هو قاضي الموضوع ولذلك فالقرينة القانونية -على خلاف القرينة القضائية- يفرضها المشرع

فرضا على الخصوم و على القضاة أيضا، ولذلك أيضا فإن القرائن القانونية مذكورة في القانون على سبيل الحصر بخلاف القرائن القضائية التي تستعصي على الحصر.

*ويترتب على ما تقدم أن القاضي لا تكون له سلطة تقديرية بشأن القرينة القانونية حيث يكون للخصم الذي تقررت القرينة القانونية لصالحه أن يتمسك بها، أما في القرائن القضائية فقد رأينا أن للقاضي السلطة الكاملة في إستخلاص هذه القرائن وفي تقدير حجيتها ولذلك ليس للخصوم هنا سوى أن يطلبوا من القضاء تقرير قرينة قضائية يستقل هو بتقديرها.¹

كما أنه لبعض القرائن القضائية أن تتحول إلى قرائن قانونية، فقد يحدث و يتكرر إستنباط القضاة للقرائن على نحو معين، فتستقر عليها المحاكم ويتوحد تطبيقها في مختلف الدعاوى، فيصبح الأمر وكأنه ملزم بالمحاكم، عندئذ يرى المشرع أنه من المناسب إعتبار هذه القرائن جديرة بتوحيد دلالتها فيرفعها إلى مرتبة القرينة القانونية، فالقرينة القانونية ليست في الإقع من الأمر إلا قرينة قضائية قام القانون بتعميمها وتنظيمها فإذا إضطرت أحكام القضاء على تقرير قرينة قضائية معينة و طال الزمن على هذا المسلك وساد الإعتقاد بلزومها، فإنه يمكن القول بنشوء عرف قضائي يعد مصدرا لقرينة قانونية ومثال ذلك إعتبار مجرد تهدم البناء قرينة على خطأ حارس البناء، فتلك قرينة قضائية إضطرت عليها أحكام القضاء قبل أن ينص عليها القانون بإعتبارها قرينة قانونية وأيضا قد جرت الأحكام على إعتبار الوفاء بقسط من الأجرة قرينة قضائية على الوفاء بالأقساط السابقة ثم أتى القانون المدني فنص عليها بإعتبارها قرينة قانونية.²

ثالثا : سلطة القاضي في تقدير الإثبات بالقرائن القضائية

*سلطة محكمة الموضوع في تقدير القرائن: رأينا أن محكمة الموضوع تتمتع بسلطة واسعة في إستخلاص القرائن مما هو مطروح عليها من وقائع لها أصل في الأوراق.

1_ رمضان أبو السعود، مرجع سالف الذكر، ص 248.

2_ المادة 499 من القانون المدني الجزائري.

ولنشير هنا إلى أن للمحكمة كذلك السلطة الكاملة في تقدير القرائن، فتقدير الأدلة والقرائن مما يستقل به قاضي الموضوع متى كانت مستمدة من أوراق الدعوى ومستخلصة منها إستخلاصا سائعا فيكون النعي في هذا الشيء مجادلة في سلطة القاضي في ترجيح إستخلاص على آخر بغية الوصول إلى نتيجة أخرى وهو ما لا يجوز.

وإذا كانت للمحكمة هذه السلطة فإنه يشترط ألا يكون إستخلاصها للقرائن مخالفا للثابت في الأوراق، فإذا تقيدت بهذا القيد كان لها أن تأخذ بالقرينة، أو تطرح الأخذ بها إذا تطرق إليها الشك، ولأن كان لمحكمة الموضوع السلطة الكاملة في تقدير القرائن القضائية وإطراح ما ترى الأخذ به منها، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون قد إطلعت عليها وأخضعتها لتقديرها بحيث إذا أنها لم تطلع وبالتالي لم تبحثها فإن حكمها يكون قاصرا قصورا يبطله و لكن لا تلتزم محكمة الموضوع بتنفيذ كل قرينة مناهضة يدلي بها الخصم أمامها.

و إذا كان تقدير القرائن هو ما يستقل به قاضي الموضوع ، فلا شأن للمحكمة العليا فيما يستنبطه منها متى كان إستنباطه سائعا، ولذلك لا يجوز التمسك بالقرائن لأول مرة أمام المحكمة العليا.

***جواز نقض القرينة القضائية بكافة طرق الإثبات :** تعد القرينة القضائية حجة متعدية غير ملزمة، وقد رأينا مجال الإثبات بالقرائن القضائية هو ذات المجال للإثبات بشهادة الشهود، إذن فالقرائن القضائية تأخذ حكم البينة فهي غير قاطعة و لذلك تقبل دائما إثبات العكسا بالكتابة أو بشهادة الشهود أو بقرينة مثلها أو بغير ذلك من أدلة الإثبات فالقرينة القضائية في هذا الصدد مثلها مثل القرينة القانونية البسيطة، فالقرائن القضائية هي من الأدلة التي لم يحدد القانون حجيتها والتي أطلق للقاضي في الأخذ بنتيجتها وعدم الأخذ بها، كما أطلق له في أن ينزل كل قرينة منها من حيث الأهمية والتقدير المنزلة التي يراها.

*قوة الإثبات المحدودة للقرائن القضائية: ¹ رأينا فيما سبق أنه ينحصر مجال الإثبات بالقرائن القضائية في المسائل التي تقبل الإثبات بشهادة الشهود، إذن فلها نفس قوة الإثبات المحدودة التي تتميز بها هذه الأخيرة، أي أن لها قوة مطلقة في إثبات الوقائع المادية والتصرفات القانونية التجارية، وتبقى بعد ذلك التصرفات القانونية المدنية وهذه ليس لها فيها إلا قوة إثبات محدودة، وقد وضع القانون في ذلك قاعدة عامة ثم أورد عليها إستثناءات معينة :

1. القاعدة العامة : فيها شقين :

لايجوز إثبات التصرفات القانونية المدنية إذا زادت قيمتها عن ألف دينار جزائري إلا

بالكتابة: معنى ذلك أن التصرف القانوني لا يجوز إثباته بالقرائن القضائية إلا إذا كانت قيمة الإلتزام الناشئ عن هذا التصرف لا تزيد عن ألف دينار، إلا إذا وجد إتفاق أو نص في القانون يجيز الإثبات بالقرائن القضائية.

فنستنتج أن هذه القاعدة ليست من النظام العام مادام الإتفاق على مخالفتها ممكنا، هذا من جهة أما من جهة أخرى فوجب تحديد التصرفات القانونية المدنية التي تسري عليها القاعدة بالدرجة الأولى ثم تحديد ثم تحديد قيمة الإلتزامات الناشئة عن هذه التصرفات.

تحديد التصرف القانوني : قد يكون إتفاقا أو عقدا وقد يكون تصرفا قانونيا صادرا عن إرادة فاصلة منفردة، فتدخل في نطاق الإتفاقات أو العقود تلك التي تنشأ الإلتزام أو تنقل الحق العيني أو تلك التي تقضي الإلتزام أو تنقله أو آثار قانونية أخرى وتدخل في نطاق التصرف القانوني الصادر عن إرادة منفردة الإيجاب الملزم، والقبول، والوعد بالجائزة والإجازة والإقرار والإعتراف بدين طبيعي، كل ذلك سواء إشتراط القانون كتابة رسمية أو عرفية سواء للإثبات أو للإنعقاد.

تحديد قيمة الإلتزام : يجب ألا تزيد قيمة الإلتزام عن ألف دينار جزائري حتى يجوز إثباته بالقرائن القضائية، فإذا كان محل الإلتزام مبلغا من النقود يسهل تحديد قيمته أما إذا كان شيئا

1_ المادة 333 من القانون المدني الجزائري.

غير النقود، قدر القاضي قيمته وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة، ولا عبرة بما يطرأ عليها بعد ذلك من نقص أو زيادة، أما إذا كان الإلتزام غير محدد القيمة فلا يجوز إثباته بالقرائن القضائية، لكن يجوز الإثبات بها إذا كانت زيادة الإلتزام على ألف دينار جزائري لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل وإذا شملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالقرائن القضائية في كل طلب لا تزيد قيمته على ألف دينار جزائري ولو كانت هذه الطلبات جميعها تزيد على هذه القيمة، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة، وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته عن تلك القيمة.

لا تقبل القرائن القضائية فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها : وهذه تخضع في تطبيقها إلى

شروط هي :

وجود كتابة أعدت للإثبات : وهي الكتابة التي وقع عليها المدين رسمية أو عرفية أو الأوراق غير المعدة للإثبات فيجوز إثبات ما يخالفها أو يجاوزها بالقرائن القضائية فهذا الشرط يقتضي وجود كتابة معدة للإثبات وتكون دليلا كاملا في غير إلتزام تجاري أيا كانت قيمة الإلتزام الثابت بهذا الدليل الكتابي الكامل.

إثبات ما يخلف الكتابة أو يجاوزها : لايجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة، أما إذا أريد إثبات شيء متعلق بما هو ثابت بالكتابة لكنه لا يخالفها ولا يجاوزها فإن إثبات ذلك يكون وفقا للقواعد العامة مثال : إثبات إنقضاء الإلتزام الثابت بالكتابة.

الإثبات مقصور على العلاقة فيما بين المتعاقدين : وكالمتعاقدين الخلف العام، أما الغير فيجوز له إثبات وجود التصرف نفسه بالقرائن القضائية ولو زادت قيمته عن ألف دينار جزائري بجميع الطرق.

2. الإستثناءات : هناك نوعين :

وكلا النوعين يسمح للخصم بالإثبات بالقرائن القضائية التصرفات المدنية حتى لو زادت قيمة الالتزام عن ألف دينار جزائري وحتى ولو كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها: مبدأ الثبوت بالكتابة¹: ولهذا المبدأ ثلاثة أركان هي : أن تكون هناك ورقة مكتوبة أن تكون هذه الورقة صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه أو ممن يمثله، وأن يكون من شأن هذه الورقة أن تجعل وجود التصرف القانوني قريب الاحتمال.

قيام مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها²: قيام المانع من الحصول على الكتابة سواء كان المانع ماديا أو أدبيا و قيام المانع من تقديم الورقة لفقدائها بسبب أجنبي إذا أثبت الخصم أنه حصل فعلا على سند مكتوب وأن هذا السند قد فقد وأن هذا الفقد كان بسبب أجنبي لا يد له فيه.

وفي الأخير نعطي بعض الأمثلة عن دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات بموجب القرائن القضائية في ما يلي: يريد دائن الشريك المدير في شركة التضامن أن يثبت أن العقد الذي وقعه هذا المدير كان لحسابه الخاص لا لحساب الشركة، فحسبه أن يثبت أن هذا الشريك قد وقع بإسمه ودون ذكر لعنوان الشركة و عندئذ يستتبط القاضي من هذه الواقعة الثابتة قرينة قضائية على أن هذا العقد تم إبرامه لحساب الشريك دون الشركة وهذه القرينة توزع عبئ الإثبات بين الخصمين، فيلقى على عاتق الشريك عبئ إثبات عكس هذه القرينة.

وكمثال ثاني شخص يريد أن يثبت له حيازة المنزل محل النزاع، فيقدم مسندات تثبت أنه هو الذي يؤجر المنزل ويقبض أجرته ويدفع ضريبته، فيستتبط القاضي قرينة قضائية على أنه هو الحائز للمنزل وعند ذلك يتم توزيع عبئ الإثبات بين الخصمين فيلقى على عاتق الخصم الآخر عبئ دحض هذه القرينة، بأن يثبت مثلا أن الخصم الأول يؤجر المنزل ويدفع الضريبة لا لحسابه الشخصي بل لحساب المالك الذي يدير هو أعماله.

المطلب الثاني : دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات بموجب اليمين

1_ المادة 335 من القانون المدني الجزائري.

2_ المادة 336 من القانون المدني الجزائري.

كما رأينا في الفصل التمهيدي أن القاعدة العامة في عبئ الإثبات هي البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر، ولما كان في مهمة قيام المدعي بعبئ الإثبات مهمة عسيرة وشاقة كان الإتجاه إلى توزيع عبئ الإثبات بين الخصوم وذلك عن طريق القرائن القانونية و القضائية كما رأينا في المطلب الأول للمبحث الثاني من هذا الفصل.

وهذا التوزيع لا يعد خروجاً عن القاعدة العامة ولكنه في الواقع تطبيق لها فيكتفي المدعي بإثبات ما يرجح وجود الحق في جانبه ليلقي على خصمه عبئ دفع ما قام بإثباته ويكون الخصم مدعياً في هذا الدفع وبالتالي فإنه مطالب بالإثبات بوصفه مدعياً في هذا الدفع، وليس بوصفه مدعياً عليه.

أما دور القاضي في تخفيف وتوزيع عبئ الإثبات بمقتضى اليمين فإنه يقصد به الخروج عن القاعدة العامة في الإثبات بأن يكلف القاضي المدعى عليه بالبيئة، ويكلف المدعي بحلف اليمين.

وسنوضح في ذلك دور القاضي في اليمين الحاسمة والذي لا يملك فيها إلا أن يجيب طلب توجيهها ما دام أن طالبها غير متعسف في طلبه ومنه نتطرق لسلطته في منع توجيهها، أما اليمين المتممة فيظهر فيها بوضوح دور القاضي في تخفيف عبئ الإثبات حيث أجاز له القانون أن يقوم بتوجيه اليمين من تلقاء نفسه إلى أحد الخصوم.

الفرع الأول : بموجب اليمين الحاسمة

اليمين الحاسمة هي يمين يوجهها الخصم إذا أعوزه الدليل المطلوب ليحسم بها النزاع ولهذا سميت حاسمة ويمكن أن توجه في شأن طلب أو دفع ولذلك يصح أن توجه من أي الخصمين وفي هذا المعنى تقول المادة 343 مدني جزائري في فقرتها الأولى "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر" وهي ليست دليلاً يقدمه الخصم على صحة ما يدعيه وإنما هي وسيلة احتياطية يلجأ إليها الخصم محتكماً إلى ذمة خصمه وضميره وهي وسيلة لا تخلو من مجازفة لأن من وجهت إليه اليمين إذا حلف خسر المدعى دعواه وإذا

لم يرد أن يؤديها، فله أن ينكل عنها وفي هذه الحالة يخسر الدعوى كما أن له أن يردّها على خصمه وفي هذه الحالة يكسب أو يخسر هذا الأخير الدعوى تبعا للموقف الذي يتخذه من وجه إليه ردّ اليمين، وقد خص القانون المدني الجزائري هذه اليمين بالمواد من 343 إلى 347.¹ فهي نظام قانوني خاص وضعه المشرع لإسعاف الخصم الذي يعجز عن إثبات ما يدعيه يحتكم بها إلى ضميره لحسم النزاع وهي قسم بالله يصدر من أحد الخصمين وفي حلفها يشهد على صحة واقعة قانونية لمصلحته هو.

ولهذا لا يكتفي المشرع بقوله وإنما يتخذ من الله عز وجل شاهدا على ما يقول ضمانا و تأكيدا على صدق قول، وفي هذا يختلف الإقرار عن اليمين، لأن الإقرار هوشهادة من الخصم على نفسه لمصلحة خصمه بصحة واقعة قانونية بشرط أن يتم ذلك أثناء نظر الدعوى وأمام المحكمة التي ينظر فيها² ويؤدي على هذا النحو إلى ثبوت الواقعة محل الإقرار ثبوتا قاطعا يلزم المقر ويلزم المحكمة ويعفي الخصم الآخر من الإثبات، وتتفق اليمين الحاسمة مع الإقرار في أنهما ينتهيان إلى إعفاء الخصم من الإثبات وفي أنهما يعتمدان على قول الخصم وفي أن كلا منهما يعتبر تصرفا قانونيا بإرادة منفردة.³

أما الحلف ذاته فهو واقعة قانونية لأنه عمل مادي يترتب عليه أثر قانوني ومن توجه إليه اليمين يصبح عليه هو عبئ الإثبات، فيملك الحلف ويملك نقل هذا العبئ إلى خصمه فيعود من جديد هو الذي عليه عبئ الإثبات أما النكول فهو يعتبر بمثابة إقرار من جانب الناكل يعفي خصمه من الإثبات.

ولهذا سوف نتطرق إلى ما يهمننا في هذا الجانب وهو سلطة القاضي في منع توجيه اليمين وموقفه من النتائج المترتبة عن توجيه اليمين الحاسمة وفيهما يبرز دوره في توزيع عبئ الإثبات.

1_ محمد صبري السعدي، مرجع سالف الذكر، ص 263.

2_ المادة 341 من القانون المدني الجزائري.

3_ أحمد أبو الوفا، مرجع سالف الذكر، ص 222.

أولاً : سلطة القاضي في منع توجيه اليمين الحاسمة

تتميز اليمين الحاسمة بأنها تؤدي إلى قطع النزاع ولهذا لا تكون مقبولة من القاضي إذا كانت وسيلة للتهرب من نتائجها، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 1/343 من القانون المدني على أنه : "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك" ويرى الفقه الفرنسي إستنادا إلى المادة 1358 من القانون المدني الفرنسي أن توجيه اليمين حق للخصم على أن لا يكون توجيهه إياها إلى خصمه مباشرة بل عن طريق القاضي وأن القاضي ملزم بتوجيهها. ويعزز الفقه رأيه بأن اليمين صلح وليس للقاضي أن يعترض على هذا الصلح¹ لذلك خالف القضاء الفرنسي والقضاء البلجيكي الفقه في هذا الشأن وإعترافا للقاضي بسلطة تقديرية في قبول توجيه اليمين وهذا ماذهب إليه المشرع الجزائري كما رأينا في المادة 343 فقرة أولى المذكورة أعلاه، وعليه فإن توجيه اليمين منوط بإذن القاضي بحيث يجوز له أن يأذن حسب ما يراه من ظروف الدعوى و مركزالخصوم، ويقابل هذا النص المادة 113 بينات سوري والمادة 229 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني والمادة 113 من قانون الإثبات المصري.²

1. مفهوم التعسف: لايقصد بالتعسف معناه الإصطلاحي فقط، أي مجرد إساءة الحق في ممارسة طلب تحليف الخصم، وإنما المقصود منه رقابة القاضي على الخصم في صدد توجيه اليمين بحيث لايجوز له طلبها كلما تخلف شرط من الشروط الواجب توفرها فيه، وبالتالي للقاضي أن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها لا تتعلق بالدعوى، أوغيرمنتجة فيها أو غيرجائز قبول إثباتها باليمين الحاسمة، أو كانت هذه الواقعة غير

1_ آدم وهيب النداوي، مرجع سالف الذكر، ص 355.

2_ يلاحظ أن الحكم نفسه في جميع القوانين العربية وهو لمنع التعسف في توجيه اليمين. وذلك بأن يستبقوا للمتقاضين الحرية في توجيه اليمين الحاسمة، على أن يكون للقاضي حق منع توجيهها إذا رأى أنها كيدية وأن الخصم متعسف في توجيهها. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سالف الذكر، ص 520.

محتملة الصدق وتكذيبها وقائع الدعوى و مستنداتها، أو كانت ثابتة على وجه ما بإقرار الخصم الآخر، ولمحكمة الموضوع كامل السلطة التقديرية في إستخلاص كيدية اليمين دون رقابة المحكمة العليا متى إستندت إلى إعتبرات سائغة.

وعليه يجب فيمن يوجه اليمين الحاسمة أن يكون أهلا للتصرف في الحق الذي توجهها اليمين بشأنه، وذلك لإحتمال أن يحلف الخصم اليمين التي وجهها إليه خصمه فيخسر من وجهها دعواه.

وعلى ذلك لا يستطيع القاصر توجيه اليمين الحاسمة إلا بشأن التصرفات القانونية التي يجوز له مباشرتها والمأذون له بالإدارة، لا يملك توجيه اليمين الحاسمة إلا بالنسبة للأعمال التي تدخل في نطاق الإذن.

كما لا يجوز للوصي أو وكيل الغائب أو القيم توجيه اليمين فيما يتعلق بأعمال التصرف التي لا تدخل في سلطة أي منهم إلا بإذن المحكمة أما أعمال التصرف التي يستطيع مباشرتها دون إذن من المحكمة فإن له أن يوجه اليمين الحاسمة بشأنها، ولا يجوز للوكيل وكالة عامة أن يوجه اليمين الحاسمة بإسم موكله إلا إذا وكله في توجيهها وكالة خاصة.

كما يشترط فيمن توجه إليه اليمين أن يكون أهلا للتصرف في الحق الذي توجه اليمين بشأنه، لأنه إذا نكل عن اليمين خسر دعواه وإذا ردها كان هذا بمثابة توجيه لها ولا يكفي في من توجه إليه اليمين أن يكون أهلا وقت توجيه اليمين إليه، بل يلزم أن تظل له هذه الأهلية إلا أن يتم الحلف أو الرد أو النكول، فإذا كان من وجهت إليه اليمين أهلا عند توجيهها ثم حجر قبل أن يحلفها فلا يجوز أن يحلفها بعد أن حجر عليه.

وقد نصت المادة 344 من القانون المدني على أنه: ".... ويجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص وجهت إليه اليمين فإن كانت غير شخصية له قامت اليمين على مجرد علمه بها".

2. محل اليمين: كما يشمل دور القاضي في الرقابة على الواقعة موضوع اليمين بحيث يجب أن يتوقف عليها الفصل نهائيا في النزاع، لا مجرد أن تكون منتجة في الدعوى، إذ بغير ذلك لن تكون اليمين حاسمة، ومقتضى ذلك أن تكون الواقعة موضوع اليمين متنازعا فيها بين الخصوم، أما إذا ثبتت بدليل آخر من أدلة الإثبات الجائزة قانونا فلا يجوز في شأنها توجيه اليمين الحاسمة ولا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام، وتكاد التشريعات العربية تجمع على عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام.¹

وفي ذلك نص المشرع الجزائري في المادة 1/344 من القانون المدني: " لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام...". كأن توجه مثلا لإثبات دين قمار، أو لنقض حجية حكم، ولا يجوز توجيه اليمين بالنسبة لتصرف يوجب في القانون شكلا خاصا ذلك لأن الشكل في هذه الحالة يعتبر شرطا لصحة التصرف.

وإن مسألة منع القاضي للخصم من توجيه اليمين الحاسمة بحجة الكيد، من الأمور الدقيقة التي تحتاج إلى الكثير من الرؤية وحسن الفهم، فإن نية الخصم الذي يوجه اليمين الحاسمة من الأمور النفسية الخفية التي لا يمكن الإهتمام إليها بسهولة، و من العسير أن يحرم الإنسان حق الإلتجاء إلى ذمة خصمه راضيا بيمينه للظن بأنه يقصد الكيد من تحليفه وإذا كان من حق القاضي أن يرفض توجيه اليمين الكيدية فلا بد في ممارسة هذا الحق بأن تكون نية الكيد ظاهرة من وقائع الدعوى ظهورا قاطعا لا أثر فيه للشك و الظن و إلا انقلب الأمر إلى تعسف وظلم، لذا فإن عليه أن يمارس هذه السلطة بمنتهى الحيطة والحذر وأن يذكر في حكمه الأسباب التي دعت به إلى منع توجيه اليمين.

هذا وإذا كان حق الإلتجاء إلى القضاء من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إلا أنه لا يجوز لمن يستعمل هذا الحق الإنحراف به عما وضع له وإستعماله كيديا إبتغاء الضرر للغير.

1_ ومن التشريعات العربية ، قانون الإثبات المصري المادة 1/115، المادة 1/400 قانون مدني ليبي، والمادة 1/229 أصول لبناني، والمادة 500 إلتزامات وعقود تونسي، والمادة 67 مرافقا كويتي.

2- آدم وهيب النداوي، مرجع سابق، ص 357.

ثانيا : موقف القاضي من الآثار المترتبة على توجيه اليمين الحاسمة

إذا وجهت اليمين الحاسمة للخصم فإما أن يحلفها و إما أن يردها وإما أن ينكل عنها وتقتضي دراسة موقف القاضي من الآثار والنتائج المترتبة عنها أن نتطرق إليها على النحو الآتي :

1. آثار حلف اليمين : إذا حلف اليمين من وجهت إليه، طبقا للصيغة التي أقرتها المحكمة حسم النزاع بها نهائيا، وتعين على القاضي إصدار حكمه على من وجه اليمين، ومؤدى ذلك أنه من ناحية يلتزم القاضي بمضمون هذا الحلف، ومن ناحية أخرى لا يجوز بعد ذلك لمن خسر الدعوى أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه، سواء كان ذلك عن طريق دعوى ابتدائية أو عن طريق الطعن في الحكم الذي صدر بناء على حلف اليمين وقد نصت المادة 346 مدني على هذا الحكم بقولها : "لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه.

على أنه إذا أثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده".

ولكن هذا لا يمنع من الطعن في الحكم الذي صدر بالتحليف بوجوه تتعلق بصحة توجيه اليمين و بصحة الحلف وبغير ذلك مما يتعلق باليمين ذاتها وما يسري عليها من أحكام ومثل ذلك أن يتمسك بنقص أهليته وقت حلف اليمين أو بعيب من عيوب الإرادة وفي هذه الأحوال يلغي الحكم بتوجيه اليمين و يترتب على ذلك بطلان الحلف.

2. آثار رد اليمين : يجوز لمن وجهت إليه اليمين بدلا من حلفها أن يردها على من وجهها وفي هذه الحالة يتعين على من ردت عليه اليمين أن يحلفها فلا يمكنه أن يردها ثانية على من ردها عليه فإذا لم يحلفها ونكل عنها خسر دعواه وتعين على القاضي الحكم عليه، ويلزم أن يكون رد اليمين عن نفس الواقعة التي وجهت عنها أصلا، وإلا كنا بصدد يمين جديدة وجهت لأول مرة وبالتالي يجوز ردها، وذلك مثل أن يوجه الخصم اليمين الحاسمة إلى خصمه ليحلف على أنه

غير مدين له فقام هذا بردها طالبا ممن وجه إليه اليمين أن يحلف هو على أنه لم تحصل مقاصة بينهما، ففي هذه الحالة نكون بصدد يمين جديدة يجوز ردها.

وإذا كان من الجائز لكل من توجه إليه اليمين أن يردها إلى خصمه إلا أنه يشترط لرد اليمين أن تكون الواقعة محل اليمين مشتركة بين الطرفين بالنسبة لمن وجهها ومن وجهت إليه كواقعة قبض الثمن التي يشترك فيها كل من البائع و المشتري فإذا وجه المشتري اليمين إلى البائع عن هذه الواقعة جاز للبائع أن يرد اليمين على المشتري، أما إذا كانت الواقعة محل اليمين مستقل بها من وجهت إليه اليمين فلا يجوز لمن وجهت إليه أن يردها على من وجهها ومثال ذلك إذا وجه الشفيع اليمين إلى المشتري في شأن مقدار الثمن فلا يجوز للمشتري أن يرد اليمين على الشفيع لأن هذا الأخير أجنبي عن الإتفاق الخاص بالثمن.

ولقد نصت المادة 1/343 مدني جزائري على ذلك بقولها: "ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه غير أنه لا يجوز إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل مستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين".

3. آثار النكول عن اليمين: إذا إمتنع من وجهت إليه اليمين أو ردت عليه عن حلفها، فإن هذا الإمتناع يعد نكولا عن اليمين يترتب عليه أن يخسر الدعوى وبحكم لخصمه فيها، وهذا ما نصت عليه المادة 347 من القانون المدني بقولها: "كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها، خسر دعواه".

والنكول قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا يستفاد من سلوك الخصم، فيعتبر نكولا عن أداء اليمين حضور من وجهت إليه اليمين وإمتناعه عن أدائها دون أن ينازع فيها أو تخلفه عن الحضور دون عذر مقبول¹ فالنكول يكون بمثابة إقرار، وتكليفه هو تكليف الإقرار، وقد ينكل الخصم عن الحلف، ولكنه يضيف إلى هذا النكول واقعة من شأنها أن تعطل من أثر هذا

1_ محمد حسن قاسم، مرجع سالف الذكر، ص 290.

النكول، مثال ذلك أن يوجه الخصم إلى خصمه اليمين أنه ما إقترض منه المبلغ المدعى به، فينكل من وجهت إليه اليمين، ولكنه يضيف أن دين القرض هذا قد إنقضى بالتجديد، فهنا يعتبر النكول إقرار بواقعة القرض، ولكنه إقرار مركب، إذ أضيفت إليه واقعة أخرى لاحقة هي واقعة التجديد، ويكون حكم النكول في هذه الحالة حكم الإقرار المركب وهو هنا قابل للتجزئة.

ويترتب على ذلك أن الخصم الذي وجه اليمين إما أن يطرح النكول بشقيه و يقوم بإثبات القرض بطريق آخر غير اليمين، فعلى خصمه عندئذيقع عبئ إثبات وقوع التجديد وإما أن يستبقي الشق الأول من النكول وهو الإقرار بالقرض على أن يثبت هو عدم وقوع التجديد.¹

تطبيقات قضائية لليمين الحاسمة :

في مجال اليمين الحاسمة قرار للمحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1996.07.09 ملف

رقم 134.417² والتي جاء فيها :

من المقرر قانوناً أنه في حالة النزاع على الأمتعة بين الزوجين توجه اليمين الخاصة بالأمتعة للزوجة ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال، أن النزاع قائم بين الطرفين حول الأمتعة وأن الزوج طالب بتوجيه اليمين للزوجة على عدم ترك أمتعتها في البيت الزوجي فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتوجيه اليمين الحاسمة للزوجة المطلقة التي لا توجه من قبل القضاة بل بطلب من

1_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 570.

2_ أنظر قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1998، ص 73.

2_ نجد نفس المعنى في التشريعات العربية، أنظر المادة 119 إثبات مصري، قانون البنات السوري المادة 121، التقنين المدني العراقي المادة 482، في تقنين أصول المحاكمات المدنية البناني المادتين 237 238، أنظر: محمد حسن قاسم، مرجع سالف الذكر، ص 291.

في التقنين المدني الليبي المادة 404، التقنين المدني الفرنسي المادتين 1366 1367، أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 575 و 576.

الأطراف بدل اليمين الخاصة بالأمتعة المنصوص عليها في المادة 73 من قانون الأسرة، فإنهم خرقوا القانون وأخطأوا في تطبيقه ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه..... .

الفرع الثاني : بموجب اليمين المتممة

اليمين المتممة هي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليكمل بها إقتناعه، عندما يقدر عدم كفاية الأدلة التي يقدمها الخصم وجاء نص المادة 348 من القانون المدني الجزائري : " للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبيني على حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به"¹.

وقد جعل القانون للقاضي على خلاف العادة دورا إيجابيا في الإثبات فأباح له إذا لم يقدم أي من الخصمين دليلا كافيا على ما يدعيه أن يختار منهما من يرجح عنده صدق قوله، فيوجه إليه يمينا يتم بها أدلته غير الكافية، ومن ثم سميت اليمين باليمين المتممة.

وتختلف اليمين المتممة إختلافا جوهريا عن اليمين الحاسمة في أن اليمين الأولى يوجهها القاضي للخصم، ولا يوجهها إلا إذا كانت الدعوى خالية من أي دليل، ولا يتحتم عليه أن يأخذها بما تؤدي إليه من حلف أو نكول فقد يرفض طلب من حلف ويجيب طلب من نكل، ثم إن مهمة اليمين المتممة غير مهمة اليمين الحاسمة، فاليمين المتممة إنما توجه لإستكمال أدلة ناقصة، أما اليمين الحاسمة فتكون وحدها دليلا يستبعد أي دليل آخر، وإذا كان توجيه اليمين الحاسمة من الخصم إلى خصمه هو تصرف قانوني بإرادة منفردة فتوجيه اليمين المتممة من القاضي ليس إلا واقعة مادية يلجأ إليها القاضي لإستكمال الأدلة، فهي طريق من طرق الإثبات ذات القوة المحدودة وذات الأثر التكميلي ولا تنطوي على أي تصرف قانوني.

وسنتناول فيما يلي سلطة القاضي الواسعة في توجيه اليمين المتممة، ثم موقف القاضي من النتائج المترتبة على توجيهها.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 579.

أولا : سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة

يشترط القانون لكي يتمكن القاضي من توجيه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل¹ وتوجه اليمين المتممة لأي من الخصمين بحسب تقدير القاضي، فإن رأى القاضي أن أحد الخصمين قدم أدلة على إدعائه في الدعوى أو في الدفع أرجح من أدلة الخصم الآخر وإن كانت في ذاتها غير كافية، ورأى إلى جانب ذلك أن هذا الخصم ذا الدليل الأرجح أولى بالثقة والإطمئنان إليه، وجه إليه هودون الخصم الآخر اليمين المتممة ليستكمل أدلته بها، وإن رأى الخصمين متكافئين في كل ما تقدم فالظاهر أنه يوجه اليمين المتممة إلى المطلوب من الخصمين لا الطالب، لأن الأصل براءة الذمة.

على أن القاضي في كل هذا إنما يسير بحسب إقتناعه وبمقدار ما يطمئن إلى أي من الخصمين دون أن يتقيد بقاعدة معينة ولا يشترط أهلية خاصة في الخصم الذي توجه إليه اليمين بل تكفي فيه أهلية التقاضي لأن اليمين المتممة ليست تصرفا قانونيا بل هي وسيلة من وسائل التحقيق والإثبات.

ولا يجوز توجيهها إلى غير خصم أصلي في الدعوى فلا توجه إلى الدائن الذي يرفع الدعوى بإسم مدينه بل توجه إلى هذا المدين بعد إدخاله في الدعوى. ومعنى ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل: أي يجب أن يكون في الدعوى مبدأ الثبوت بالكتابة أو بغير الكتابة على حسب الأحوال ذلك أنه إذا كان في الدعوى دليل كامل لم تصبح هناك حاجة لليمين المتممة وقضى لمصلحة صاحب هذا الدليل وإذا كانت الدعوى خالية من أي دليل لم يصح توجيه اليمين لأي من الخصمين لأن هذه اليمين لا توجه إلا لإستكمال أدلة ناقصة فلا تحل مكان أدلة غير موجودة كما هو شأن اليمين الحاسمة إنما يقضي في هذه الحالة على الخصم الذي خلت دعواه من أي دليل.

1_ أنظر المادة 348 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

والدليل الناقص الذي تكمله اليمين المتممة يختلف باختلاف ما إذا كان الإدعاء يجوز إثباته بالبينة و القرائن أو لابد من الكتابة في إثباته فإذا كان الإثبات جائزاً بالبينة والقرائن فالدليل الناقص يصح أن يكون بينة أو قرائن ليست كافية لإقناع القاضي فيستكملها باليمين المتممة، ويكون ذلك في إدعائه لا يتجاوز قيمته عشر جنيهاً وكذلك في جميع المواد التجارية.

أما إذا كان الإثبات واجباً، فالدليل الناقص يجب أن يكون مبدأً ثبتت بالكتابة لا مجرد بينة أو قرائن إلا في الحالات التي تجوز فيها البينة أو القرائن بدلاً من الكتابة لمسوغ قانوني كما إذا كان هناك مانع من الحصول على الكتابة أو فقدت بعد الحصول عليها بسبب أجنبي وإذا كانت الواقعة التي يحلف عليها الخصم هي تلك التي تكمل دليلاً ليثبت إدعائه دعوى كانت أو دفعا إذن لابد أن تكمل الدليل الناقص في تقدير القاضي.¹

ويغلب أن تكون الواقعة التي يحلف عليها الخصم اليمين المتممة هي واقعة الإدعاء بأجمعها كأن يحلف الدائن أن له في ذمة المدين مبلغ كذا بسبب القرض ولكن لا شيء يمنع من أن تكون الواقعة مجرد قرينة من شأنها إذا ثبتت أن تضاف إلى أدلة أخرى موجودة فيثبت المدعى به بمجموع هذه الأدلة، ومثال ذلك أن يحلف المدين يمينا متممة على أنه أقرض الدائن بعد حلول الدين المدعى به مبلغاً من المال ليستخلص من واقعة القرض قرينة تضاف إلى مبدأً ثبتت بالكتابة لإثبات براءة ذمة من الدين المدعى به.

1. إمكانية رجوع القاضي عن توجيه اليمين :

إذا قام القاضي بتوجيه اليمين المتممة إلى أحد الخصمين ثم بدا له بعد ذلك أن يرجع بأن كشف عن أداة جديدة أكملت الأدلة الناقصة أو نقضتها فلا يسوغ توجيه اليمين المتممة جاز له الرجوع بل يجوز له الرجوع لمجرد أن يكون قد غير رأيه دون حاجة إلى الكشف عن

1_ رغم أن المشرع الجزائري لم يفرض مادة خاصة كما فعل في اليمين الحاسمة إذ نص على أن تكون الواقعة مخالفة للنظام العام إلا أن حكم المادة 344 من القانون المدني تنطبق على اليمين المتممة لعدم تصور أن تكون الواقعة مخالفة للنظام العام.

أدلة جديدة فقد يعيد النظري تقدير الأدلة الموجودة فيراها كاملة وكان يظنها قبل توجيه اليمين ناقصة أو لا يرى فيها دليلاً بعد أن كان يظنها ناقصة فيرجع عندئذ عن توجيه اليمين المتممة بعد أن يكون قد وجهها.

ولم ينص القانون المدني صراحة على إمكانية رجوع القاضي في اليمين المتممة إلا أن المنطق يستدعي ذلك إذ نصت المادة 348 على أن: "للقاضي أن يوجه اليمين تلقائياً إلى أي من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به" فيفهم منها أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في اللجوء إليها ما دام الغرض منها هو لبناء حكمه في الدعوى وعليه إذا رأى أن اللجوء إليها لا يفيد في ذلك شيئاً يستطيع الرجوع فيها.

2. اليمين المتممة وسيلة للتخفيف من حدة التنظيم القانوني للإثبات:

يذهب الفقيهان " أبري " و " رو " إلى أنه كان الأولى بوضعي التقنيين المدني الفرنسي عدم الإحتفاظ باليمين المتممة ويقولان في هذا الصدد ما يأتي : " قد يكون من الخطأ أن واضعي التقنيين المدني إستبقوا اليمين المتممة فإن فيها عيباً خطيراً إذا هي تجعل للقاضي سلطة في أن ينقل من تلقاء نفسه و بإرادته وحده البت في الدعوى من منطقة القانون إلى منطقة الضمير ". لكن جاء في صدد الدفاع عن إستبقاء اليمين المتممة في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنيين المصري ما يأتي : " نص التقنيين الفرنسي المادة 1366 على اليمين المتممة واتبعت في ذلك التقنيين الإيطالي المادة 1374 والتقنيين الهولندي المادة 1977 والتقنيين المصري المادة 223 و 288 والتقنيين البرتغالي المادة 2533 ثم أبقى واضعوا المشروع الفرنسي الإيطالي (المادة 319) على هذه اليمين رغم ما وجه إليها من نقد وقد أشار بعض الفقهاء بوجود حذف اليمين المتممة لأن المروءة متى توافرت فلا حاجة لليمين لصد الخصم عن المطالبة بغير وهي إذا انتفت لم يستشعر الخصم حرجاً من الحنث فيها، ثم إن القاضي لا يحتاج إلى اليمين لتمكين الإطمئنان من نفسه لأن من يخفق في إثبات دعواه يبوء بالخسارة.

و لا يستشعر القاضي حرجا في القضاء لخصمه عليه، لأنه ينزل في ذلك على حكم القانون، بعد أن هذا النظر يغفل خصائص اليمين بوصفها طريقا للإثبات و طبيعة هذا اليمين و الغاية منها، لأن اليمين طريقة اضطرارية، فيمكن للقاضي من الالتجاء إليها في ظل الضمانات التي يقرها القانون، أي حيث لا يكون الطلب أو الدفع مجردا من كل دليل و حيث يكون هذا الدليل غير كاف في ذاته.

و يراعى أن اليمين نظام تقتضيه العدالة فهي و الحال هذه عامل يعين على سير العدالة، فضلا على أن القانون يترك للقاضي حرية التقدير بشأن ضرورة توجيهها وتعيين من توجه إليه من الخصوم.

و غني عن البيان أن هذا التقدير ينبغي أن يناط بوجه خاص بما يتوافر في الخصم من بواعث الثقة، ولهذا لم يرى وجه للتتويه بعدم جواز توجيه اليمين المتممة إذا كان من توجه إليه غير أهل لأي ثقة كما يفهم ذلك من عبارة المادة 2533 فقرة 03 من التقنين البرتغالي، و يلاحظ أن اليمين شرعت لعلاج مساوئ نظام تقييد الدليل و نظام حيدة القاضي إزاء دعاوى الخصوم، فيجب و الحال هذه أن تؤدي وظيفتها كاملة، هذا و يلاحظ من الناحية العملية أن القاضي لا يلجأ إلى اليمين المتممة إلا في كثير من الحيلة والإعتدال، بعد تقدير جدوى هذا اليمين تقديرا يعتد فيه بشخصية الخصم، إزاء كل أولئك رؤي الإبقاء على اليمين المتممة في نصوص المشروع¹، و يستتبع الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري بالقول أنه: "لعل خير دفاع عن اليمين المتممة هي أنها وسيلة للتخفيف من حدة التنظيم القانوني للإثبات فهي توسع أمام القاضي بمرونتها ما ضاق بسبب جمود هذا التنظيم".

ثانيا: موقف القاضي من النتائج المترتبة على توجيه اليمين المتممة

1_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 574 573.

إن من وجهة إليه اليمين المتممة لا خيار له فإما أن يحلف أو ينكل، و لا يستطيع أن يرد اليمين على الخصم الآخر، ذلك لأن اليمين موجهة إليه من القاضي لا من الخصم الآخر، و لأنها تكميلية لإقناع القاضي و ليست احتكاماً إلى ضمير الخصم حتى يجوز لهذا ردها ليحتكم هو إلى ضمير خصمه.

و تنفي المادة 349 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على خصمه".

و هذا النص الذي تقابله المادة 1368 من التقنين المدني الفرنسي و التي تنص على: "اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين لا يجوز ردها من هذا الخصم على الخصم الآخر".¹

« Le serment déféré d'office par le juge à l'une des parties ne peut être par elle référé à l'autre. »
مناص له إذن من أحد موقفين: الحلف أو النكول، و إذا مات من وجه إليه القاضي اليمين المتممة قبل أن يحلفها، اعتبر الحكم بتوجيهها كأن لم يكن.

و للقاضي أن يفصل في النزاع دون يمين متممة، أو أن يوجه هذا اليمين إلى الخصم الآخر، أو أن يوجه يمينا متممة بعدم العلم إلى ورثة الخصم الذي مات، و يتفق الحكم في أن اليمين لا تعتبر مردودة إلى الخصم الآخر في كل من اليمين الحاسمة واليمين المتممة فإذا مات من وجهت إليه اليمين الحاسمة قبل أن يحلفها، لم تعتبر اليمين مردودة على الخصم الآخر لأن رد اليمين ليست إلتزاما تخييري بل هو إلتزام بدلي، فيتفقان لكن السبب مختلف: في

1_ و يقابل هذه المادة في التقنينات المدنية العربية المادة 416 من التقنين المدني المصري و المادة 124 من قانون البيانات السوري و المادة 485 من التقنين المدني العراقي و المادة 239 من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني و المادة 405 من التقنين المدني للملكة الليبية المتحدة و في التقنينات الأوروبية نجد المادة 1376 من التقنين الإيطالي و المادة 1980 من التقنين الهولندي و المادة 2534 من التقنين البرتغالي.

اليمين الحاسمة، الالتزام برد اليمين ليس إلا التزاما بدليا و في اليمين المتممة الإلتزام برد اليمين لا وجود له أصلا.

1. حلف اليمين المتممة:

الغالب أن الخصم إذا حلف اليمين المتممة قضى القاضي لصالحه إذ يكون بهذا الحلف قد إستكمل الأدلة التي كانت ناقصة، وأقنع القاضي بصحة إدعائه، ولكن إذا ثبت بحكم جنائي كذب اليمين جاز للخصم الآخر أن يطالب بتعويض مدني، وهذا دون إخلال بالطعن في الحكم الذي صدر تأسيسا على اليمين المتممة بطريق الإستئناف أو بطريق إلتماس إعادة النظر. على انه ليس حتما على القاضي، بعد أن يحلف الخصم اليمين المتممة أن يقضي لصالحه فقد يقع أن القاضي بعد حلف اليمين و قبل النطق بالحكم، يقف على أدلة جديدة تقنعه بأن إدعاء الخصم الذي حلف اليمين يقوم على غير أساس، فيحكم ضده بل ليس من الضروري أن يكشف القاضي أدلة جديدة، فقد يعيد النظر في القضية بعد الحلف وقبل الحكم، فيفتتغ بغير ما كان مقتنعا به عند توجيه اليمين المتممة فيقضي ضد من حلف.

2. النكول على اليمين المتممة:

إذا نكل الخصم الذي وجهت إليه اليمين المتممة، فإن الأدلة الناقصة التي كان قد قدمها لإثبات إدعائه تبقى ناقصة كما كانت.

ويرى الأستاذ السنهوري أنه يجوز للقاضي بعد أن نكل الخصم الذي وجه إليه اليمين المتممة أن يوجه هذه اليمين إلى الخصم الآخر.

لا سيما بعد أن تعززت أدلة هذا الخصم الآخر بنكول خصمه.¹

ولكن ليس من المحتم هنا أيضا أن يقضي ضده، فقد تظهر بعد نكوله أدلة جديدة تكمل أدلته الناقصة، فيقضي لصالحه بالرغم من النكول بل قد لا تظهر أدلة جديدة ولكن القاضي يعيد النظر في الأدلة التي يحسبها ناقصة فيرجع عن رأيه و يقدر أنها أدلة كافية فيقضي هنا

1_ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 586.

أيضا لصالحهوفي هذا الإطار تزداد المطاعن على اليمين المتممة إذ كيف يتأتى أن يوجه القاضي من تلقاء نفسه اليمين المتممة إلى الخصم فيحلفها، و يتخذ من الله عز وجل شاهدا على ما قال ثم لا يأخذ بها القاضي بعدئذ أو يطرحها جانبا.

وإذا كانت أدلة الدعوى ناقصة غير كافية، ووجه القاضي اليمين المتممة، أفلا يكون من الأوفق أن يصدر حكمه على نحو ما انتهت إليه نتيجة توجيه اليمينوالا فما كان في حاجة إلى توجيهها خاصة و أنه هو الذي يختار الخصم الذي توجه إليه ويقدر مقدما مدى ملائمة توجيهها إليه من كافة النواحي¹.

3. صور خاصة من اليمين المتممة:

ومن الصور الخاصة باليمين المتممة ما يلي: أ- يمين الإستيثاق ب- يمين الإستظهار ج- يمين التقويم.

والأحكام التي تكلمنا عليها سابقا تتعلق باليمين المتممة الأصلية فتقسم اليمين المتممة إلى يمين متممة أصلية و يمين إستيثاق و يمين إستظهار و يمين تقويم.²

فاليمين المتممة الأصلية كاليمين الحاسمة تكون إما على واقعة شخصية و إما على عدم العلم فإذا كانت على عدم العلم سميت يمين عدم العلم، وفي يمين الإستيثاق و يمين الإستظهار، توجيهها إجباري على القاضي، و هو جوازي في اليمين المتممة الأصلية والذي توجه إليه اليمين هنا هو أحد الخصمين بالذات يعينه القانون.

و اليمين المتممة الأصلية توجه لأي من الخصمين، و لا يملك القاضي هنا إلا أن يقضي لمصلحة من حلف اليمين، و هو لا يتقيد بذلك في اليمين المتممة الأصلية و هذه الفروق تقرب يمين الإستيثاق و يمين الاستظهار من اليمين الحاسمة و تبعدهما عن اليمين

1_ أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 240

2_ أنظر أحمد عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 587.

المتمة ويعتبر الأستاذ سليمان مرقس يمين الإستيناق يمينا حاسمة، و لكن مهمة كل من هاتين اليمينين هي التي تلحقها باليمين المتمة إذ هي إتمام دليل يراه القانون ناقصا فيريد أن يستكملة بهذه اليمين، و يمين التقويم يمين خاصة لا توجه إلا في تقويم شيء معين عندما يستعصى تقويمه بطريق آخر، وهي أيضا تنحرف في أحكامها عن أحكام اليمين المتمة الأصلية في أنها لا توجه إلا إلى المدعي، وفي أن موضوعها لا يكون إلا التقويمو توجد في الفقه الإسلامي يمين متمة هي يمين المدعي إذا لم يكن عنده إلا شاهد واحد فيقضي له القاضي بشأده و يمينه فتكون اليمين متمة للشهادة، و هذا ما ذهب إليه مالك و الشافعي وأحمد لما روى أنه عليه السلام قضى بشاهد و يمين و خالف أبو حنيفة- فلم يجز القضاء بشاهد و يمين، واليمين عند القائلين بالجواز تكمل شهادة الشاهد، والقضاء أنما يكون بالشاهد واليمين معا¹ وسنأتي إلى شرح هذه الصور كما يلي:

يمين الإستيناق: نص القانون على هذه اليمين على أنها قد تكون يمينا على عدم العلم:

1* قد نصت المادة 312 الفقرة الأخيرة من القانون المدني على أنه: " يجب على من يتمسك بالتقادم لسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا وهذه اليمين توجه تلقائيا من القاضي إلى ورثة المدين أو إلى أوصيائهم إن كان الورثة قاصرين على أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء".² والقانون بعد أن جعل بعض الحقوق تتقادم بمدة قصيرة جدا هي سنة³ فقط و جعل من هذا التقادم قرينة على الوفاء أراد أن يعزز هذه القرينة وقد اعتبرها دليلا غير كامل بيمين متمة يحلفها المدين على واقعة شخصية له هي أدائه الدين فعلا.

1_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 577.

2_ و يقابل هذه المادة في القانون المصري المادة 378.

1_ الحقوق التي تتقادم بسنة هي التي ذكرت في المادة 312 " تتقادم بسنة واحدة الحقوق التالية : حقوق التجار والصناع على أشياء وردوها لأشخاص لا يتاجرون فيها، و حقوق أصحاب الفنادق و المطاعم عن أجر الإقامة و ثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم و المبالغ المستحقة للعمال و الأجراء الآخرون مقابل عملهم.

فإذا كان قد مات، خلفه الورثة أو أوصيائهم إن كان الورثة قصرا بيمين عدم العلم بأنه لا يعلمون بوجود الدين، أو بيمين العلم بأنهم يعلمون بحصول الوفاء، ويرى الأستاذ السنهوري أن يمين الإستيثاق تكون في بعض صورها يمينا على واقعة شخصية و في صور أخرى يمينا على عدم العلموتبقى في الحالتين يمين إستيثاق ويمين عدم العلم لا تختص بيمين الاستيثاق، بل هي قد تكون أيضا في اليمين الحاسمة وفي اليمين المتممة الأصلية، فلا يجوز إذن الخط ما بين يمين عدم العلم ويمين الاستيثاق.

وخصائص يمين الإستيثاق والتي نحن بصدها هي يمين إجبارية لابد للقاضي من أن يوجهها إلى المدين أو إلى ورثته، وتوجه إلى هؤلاء دون الدائن، وإذا حلفها من وجهت إليه كسب الدعوى حتما، على أنها تبقى بعد كل ذلك يمين متممة لا يمين حاسمة¹ فهي تختلف إختلافا جوهريا عن اليمين الحاسمة في أنها ليست هي الدليل الوحيد في الدعوى بل هي دليل تكميلي يعزز الدليل الأصلي و هو قرينة الوفاء المستخلصة من إنقضاء سنة على وجود الدين، على أن هناك رأيا يذهب إلى أن اليمين هنا يمين حاسمة إجبارية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه في حق تقادم بمدة قصيرة و التقادم يقوم على أساس قرينة الوفاء، فهي قرينة قانونية قاطعة لا يجوز دحضها إلا بالإقرار أو بالنكول عن هذه اليمين.

2* وقد نصت المادة 327 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط و إمضاء أما ورثته أوخلفه فلا يطلب منهم الإنكار، ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أوالإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق"². ويتكلم هذا النص عن يمين تتمثل في أنها يمين على عدم العلم، ثم إنها لا تعزز دليلا أصليا في الإثبات، بل هي تساعد الورثة على اتخاذ موقف المنكر للورقة العرفية

1_ وهذا ما ذهب إليه السنهوري، ص579.

2_ تقابلها المادة 394 من التقنين المدني المصري.

فهي لا تثبت شيئاً و لكنها تنشئ موقفاً بيد أنها على كل حال يمين متممة من نوع خاص، إذ يستكمل بها من حلفها الشروط القانونية اللازمة لدفع حجية الورقة العرفية في الإثبات.

يمين الاستظهار: هذه اليمين لم ينظمها المشرع الجزائري وهي توجد في التقنين المدني العراقي أخذها عن الفقه الإسلامي ونص عليها في المادة 484 ونقل قانون البيئات السوري هذا النص وأضاف إليه حالة رابعة¹، ويمين الاستظهار في الأحوال المنصوص عليها في المادة 484 من التقنين المدني العراقي إنما هي يمين متممة، ولكنها يمين متممة لها خصائص يمين الاستيثاق فهي يمين إجبارية يوجهها القاضي إلى خصم بالذات يعينه القانون، و إذا حلفها الخصم كسب حتماً دعواه.

يمين التقويم: يمين التقويم صورة خاصة لليمين المتممة تناولها المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 350 كما يلي: " لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى ويحدد القاضي حتى في هذه الحالة حداً أقصى للقيمة التي يصدق فيه المدعي بيمينه²." و موضوع يمين التقويم هو تقدير قيمة شيء واجب الرد و تعذر رده فيقضي بقيمته، مثل ذلك أيضاً بيع أو إيجار فسخ و تعذر رد المبيع أو العين المؤجرة بتقصير من المشتري أو المستأجر فيقضي بالقيمة

1_ تنص المادة 484 من التقنين المدني العراقي على ما يلي: "تحلف المحكمة من تلقاء نفسها في الأحوال الآتية: أ- إذا ادعى أحد في التركة حق و أثبته فتحلفه المحكمة بيمين الاستظهار على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه و لا بغيره من الميت بوجه. و لا أبرأه و لا أحاله على غيره. و لا استوفى دينه من الغير. و ليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن. ب- إذا استحق أحد المال و أثبت دعواه حلفته المحكمة على أنه لم يبيع هذا المال و لم يهبه لأحد و لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه. ج- إذا أراد المشتري رد المبيع لعيب، حلفته المحكمة على أنه لم يرض بالعيب صراحة أو دلالة" و أضاف قانون البيئات السوري في المادة 123 حالة رابعة هي: " إذا طالب الشفيع بالشفعة حلفته المحكمة بأنه لم يسقط حق شفيعته بوجه من الوجوه".

2_ ويقابل هذه المادة في التقنينات المدنية العربية. التقنين المدني المصري المادة 417، قانون البيئات السوري المادة 122، التقنين المدني العراقي المادة 483، تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة 240، التقنين المدني الفرنسي المادة 1369 : " لا يوجه القاضي اليمين إلى المدعي على قيمة الشيء المطلوب إلا إذا استحال تقديرها بطريق آخر وحتى في هذه الحالة يعين القاضي حداً أقصى للمبلغ الذي يصدق فيه المدعي بيمينه. أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، ص 595 594.

للبنائع أو المؤجر، ولكن هذه القيمة استحالة تقديرها بأي طريق ولو بطريق الخبراء على أساس تعيينها بالوصف- فلم يعد مناص من الرجوع في قيمتها إلى المدعي- فيوجه إليه القاضي يمين التقويم، ومن هنا نرى أن الخصم الذي توجه إليه هذه اليمين هو دائماً المدعي الذي يطالب بإسترداد الشيء دون المدعي عليه المطلوب منه الرد، ثم إن موضوع اليمين هو دائماً المبلغ الذي يقدر به المدعي قيمة الشيء المطلوب رده على أن لا يجاوز هذا المبلغ حداً أقصى يعفيه القاضي بحسب تقديره وفقاً لما يستخلصه من ظروف الدعوى.

إن الدعوى المدنية ملك للخصوم ولهذا فما من شك أن لهم دور إيجابي واسع في تغيير قواعد الإثبات، والدور الإيجابي للخصوم مستمد من الحقوق التي كفلها المشرع لكل خصم في الدعوى وأهمها حقهم في الإثبات وحقهم في مناقشة الدليل وإثبات عكسه ولهذا سنتناول هذه الحقوق في المبحث الأول تحت عنوان مبدأ الدور الإيجابي للخصوم ثم نتطرق في المبحث الثاني إلى دورهم في توزيع عبئ الإثبات بموجب الإقرار واليمين الحاسمة ومدى إمكانية الخصوم الإتفاق على تعديل قواعد عبئ الإثبات ومدى تعلق ذلك بالنظام العام.

المبحث الأول : مبدأ الدور الإيجابي للخصوم

على الخصوم أن يثبتوا ما يدعونه أمام القضاء بالطرق التي بينها القانون فموقفهم في الإثبات موقف إيجابي وليس هذا واجبا عليه فحسب بل هو أيضا حق، وهذا الدور الإيجابي للخصوم في الإثبات وما يستتبعه من حقهم في مناقشة الأدلة تنظمه عدة قواعد.

المطلب الأول : حق الخصوم في الإثبات

للخصم أن يقدم للقضاء جميع ما تحت يده أو ما يستطيع إبرازه من الأدلة التي يسمح بها القانون تأييد لما يدعيه، فإن لم يمكنه القاضي من ذلك كان هذا إخلالا بحقه وكان سببا للطعن في الحكم بالنقضويتقيد الخصم في الإثبات بقيود ثلاث:¹

لا يجوز للخصم أن يثبت ما يدعيه إلا بالطرق التي حددها القانون فلا يجوز له أن يثبت بالبينة ما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ولا يجوز له أن يجرأ إقرار خصمه إذا كان هذا الإقرار لا يتجزأ، ولا يجوز له أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه حيث يكون متعنتا في توجيهها ويجب فيما يسمح له به القانون من طرق الإثبات أن يتقدم بما عنده من الأدلة طبقا للأوضاع وللإجراءات التي رسمها له القانون، كذلك لا يجوز للخصم أن يطلب إثبات واقعة لم تتوفر فيها الشروط الواجبة.

1_ عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2005، ص 264، 263.

إذ يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى منتجة في دلالتها جائزة الإثبات قانونيا ويبقى للقاضي بعد كل ذلك حرية واسعة في تقدير قيمة الأدلة التي تقدم بها الخصم، فيرى ما إذا كانت شهادة الشهود مقنعة ويقدر إذا قدم الخصم ورقة ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب النادية في هذه الورقة من إسقاط قيمتها في الإثبات أو إنقاصها، وإذا كانت وقائع الدعوى ومستنداتها كافية لإقناعه بصحة الورقة التي تقدم بها الخصم الآخر أو بتزويرها فله أن يمتنع عن السير في إجراءات التزوير التي طلبها الخصم الذي طعن بالتزوير في هذه الورقة، بل له ولو لم يدع أمامه بالتزوير أن يحكم من تلقاء نفسه برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر له بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة كما له أن يعدل عما أمر به من إجراءات الإثبات وألا يأخذ بنتيجة هذه الإجراءات.

وإذا رأى أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب فإن له أن يرفض طلب الاستجواب الذي يتقدم به الخصم، وحق الخصم في الإثبات يقابله واجب يلقي على عاتق الخصم الآخر، بل على عاتق الغير في ألا يعطل هذا الحق، بعنت منه أو سوء نية ويصل هذا الواجب إلى مدى بعيد فيفرض في بعض الحالات على الخصم الآخر أو الغير أن يقدم ما في حوزته لتمكين المدعي من إثبات حقه.

الفرع الأول : حق إقامة الدليل وحق المطالبة بالزام الغير بتقديم ما يوجد تحت يده

أولاً: حق إقامة الدليل بطرق الإثبات التي حددها القانون

على الخصم أن يثبت ما يدعيه فالأصل هو براءة الذمة ويقع الإثبات على من يدعي ما يخالف الثابت أصلاً مدعياً كان أو مدعى عليه فموقف الخصم في الإثبات يكون إيجابياً وليس في إقامته للدليل حق له فحسب وإنما هو واجب عليه أيضاً، فللخصم أن يقدم للقضاء كل ما تحت يده أو كل ما يستطيع تقديمه من الأدلة التي يسمح القانون بها تأييداً لدعواه فإذا لم يمكنه القاضي من ذلك عدّ هذا المسلك إخلالاً بحق الدفاع وكان سبباً للطعن في حكمه بالنقض، وعلى الخصم في إثبات ما يدعيه أن يتقيد بالطرق القانونية التي حددها القانون

للإثبات فلا يجوز أن يلجأ إلى طريق غير منصوص عليه في القانون، فتحديد وحصر طرق الإثبات في القانون يعدّ أمراً متعلق بالنظام العام.

وبناء على ما تقدم فإنه لا يجوز للخصم أن يثبت بالبينة ما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة و ليس للخصم أن يجرأ إقرار إذا كان هذا الإقرار لا يتجزأ، ولا يجوز له أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه حيث يكون متعسفا في توجيهها، الأصل إذا هو أن الخصم يقدم الأدلة على ما يدعيه من حق و يجب في هذا الدليل أن يكون صادر من الخصم الآخر حتى يكون حجة عليه، فإذا كان الدليل ورقة مكتوبة فيجب أن تكون بخط هذا الخصم أو بإمضائه وإذا كانت الورقة ليست دليلا كاملا وإنما انحصر نطاقها على أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة فإنه يجب مع ذلك أن تكون صادرة من الخصم الذي يراد الإثبات له .

وبناء على ما تقدم لا يجوز في الدليل الذي يتمسك به الخصم ضد خصمه الآخر أن يكون صادرا منالخصم الأول أو من صنعهاالقاعدة هنا في عدم جواز أن يصطنع الشخص دليلا بنفسه لنفسه و نتكلم عن هذا المبدأ بشيء من التفصيل¹

لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه:

عن أبي عباس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لو يعطي الناس بدعواهم لأدعي أناسا دماء رجال و أموالهم و لكن البينة على من ادعى».

فلو أجزى للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه ضد شخص آخر لما أمن الناس على أنفسهم وأموالهم و لتعرض الإنسان لإدعاءات لا حصر لها يصطنع أدلتها أشخاص آخرون ضده، ولذلك كانت القاعدة المنطقية والتي تعد من مبادئ الإثبات الأساسية هي أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه.

فمن مقتضيات تحمل المدعي بعبئ إقامة الدليل على ما يدعيه، أنه لا يقبل منه ما يصطنعه لنفسه من سندات و محررات كدليل على دعواه،¹وعلى ذلك لا يجوز أن يكون الدليل

1_ رمضان أبوالسعود، مرجع سالف الذكر، ص 93، 94.

الذي يقدمه الخصم على صحة دعواه مجرد أقواله و إدعاءاته أو أن يكون ورقة صادرة منه أو مذكرات دونها بنفسه كما لا يجوز أن يشهد الخصم لنفسه ضد خصمه فالقاعدة العامة هي أنه * لا يملك الشخص أن يتخذ من عمل نفسه لنفسه دليلاً يحتج به على الغير* .

و يرى الأستاذ السنهوري: أن هذه القاعدة فرع من مبدأ أعم و أشمل هو أن الشخص لا يستطيع أن يخلق بنفسه لنفسه سبباً لحق يكسبه، و من إستعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه، فالوارث الذي يقتل مورثه يحرم من إرثه، و إذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له برأت ذمة المؤمن من إلتزاماته متى تسبب المؤمن له عمداً في وفاة ذلك الشخص أو وقعت الوفاة بناءً على تحريض منه، وإذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له فلا يستفيد هذا الشخص من التأمين إذا تسبب عمداً في وفاة الشخص المؤمن على حياته أو وقعت الوفاة بناءً على تحريض منه و يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذي له مصلحة في أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه وكذلك لا أساس للشرط الذي تحقق إذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذي له مصلحة في أن يتحقق و الواقع أنه إذا كان الشخص لا يستطيع إقتضاء حقه بنفسه (على فرض أن له حقا ثابتا) فمن باب أولى لا يستطيع المرء أن يصطنع لنفسه دليلاً يكون سبباً لحق يكسبه، القاعدة هي بأن الإنسان لا يستطيع أن يتخذ من عمل نفسه دليلاً لنفسه يحتج به على الغير فدفتر الناظر المثبت لحساب الوقف و مقدار ما يستحقه كل المستحقين لا يعتبر دليلاً لورثته على المستحقين بقبضهم قيم إستحقاقهم مادام لا توقيع لهم على هذا الدفتر يثبت هذا القبض.

وكمثال أيضاً أن مجرد إعلان شخص فقد ختمه في إحدى الصحف لا يعتبر دليلاً على صحة هذه الواقعة ولا يعتبر حجة على المتمسك بورقة مختومة بهذا الختم.

1_ نبيل إبراهيم سعد و همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 104.

ولكن يجوز للخصم أن يتمسك بدليل إصطنعه لنفسه إذا كان خصمه قد تمسك بهذا الدليل ذاته أو قبل الدليل الذي اصطنعه الخصم الأول، مثال ذلك أن من يوجه خطابا إلى خصمه يجوز له أن يحتج بهذا الخطاب إذا كان الخصم الموجه إليه الخطاب قد سبق إلى التمسك به لمصلحته. وإذا كان الأصل هو في عدم جواز إصطناع الشخص دليلا لنفسه فإن القانون قد ينص في بعض الحالات لمبررات يقدرها على جواز أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه مثال ذلك ما نصت عليه المادة 330 من القانون المدني "دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة" وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزأ ما ورد فيها وإستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه".

ثانيا: حق المطالبة بإلزام الخصم أو الغير بتقديم ما يوجد تحت يده من أوراق

رأينا أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلا لنفسه، ويقابل ذلك بالضرورة أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليلا ضد نفسه فكل خصم في الدعوى أن يتقدم بما شاء من مستندات إثباتا لما يدعيه من حق أولدفع يدحض به مزاعم خصمه و يشترط أن تكون هذه المستندات ذات صلة بموضوع الدعوى و مفيدة للحكم فيها و كان من الجائز تقديمها للإثبات و أن لا تحمل طابعا سريا كما يحدث في شأن بعض الرسائل.

ولكن إذا كانت هذه المستندات والأوراق المؤيدة لطلبات ودفع الخصم موجودة في حوزة الخصم الآخر فهل يجوز للخصم الأول طلب إلزام خصمه بتقديم ما يوجد تحت يده من أوراق؟ فإذا كانت إجابتنا عن هذا السؤال بالإيجاب فهذا يعد مخالفة للمبدأ الذي أثبتناه فيما تقدم و يتمثل في عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه ولكن قد يصطدم ذلك باعتبار آخرفاده وجود إلزام أخلاقي على عاتق كل خصم بأن يسعى دائما إلى قول الصدق وإثبات الحقيقة وفي عدم جواز أن يتستر على الحقيقة فيخفيها، لا سيما أن القاضي في الإثبات أصبح

له دور إيجابي يهدف إلى الوصول إلى الحقيقة مهما كان مسلك الخصوم أو ما تمليه مصلحة كل منهم ولذلك يمكن القول-من جانب من الفقه- بأن من امتنع من الخصوم دون حق أن يستجيب لطلبات خصمه مع تقديم مستندات في حوزته أو جعل بفعله إثبات الدعوى مستحيلا بأن امتنع مثلا على تقديم دليلا تحت يده لا يمنع القانون من تقديمه جاز أن يخسر دعواه.¹ وذلك بطريق القياس على من جعل بفعله تحقق الشرط الذي علق عليه التزاما مستحيلا، فإن القانون يفترض أن الشرط قد تحقق و بعبارة أخرى فإن الخصم الذي يمتنع عن تسليم دليلا للإثبات موجود تحت يده بطريق الغش يعتبر ذلك منه تسليما بصحة يدعيه خصمه، وكذلك فإن الغير-وليس الخصم وحده- من واجبه المعاونة في الإثبات ولهذا يصح أن يوجه طلب الإلتزام بتقديم المستندات إلى أي شخص آخر غير الخصم في الدعوى طالما أنه لن يضار شخصا من تقديم هذا الدليل.²

هذه الفكرة التي ترمي إلى إلزام الخصم بتقديم ما تحت يده من مستندات عرفها القانون الروماني بما كان يسمى بدعوى العرض أو دعوى إبراز السند. وفي القانون الفرنسي وجدت عدة تطبيقات لهذه الدعوى، من ما نصت عليه المادة 2/842 و3مدني فرنسي والخاصة بالمتقاسم الذي يحوز مستندات الملكية الشائعة والمواد 14 و17 من القانون التجاري الفرنسي التي تلزم التجار بتقديم دفاترهم التجارية بما يسمح للخصم من إستخلاص أدلة لمصلحة من هذه الدفاتر.

أما الفقه والقضاء الفرنسي فقد جعلوا من هذه التطبيقات مبدأ عام فقبلت دعوى العرض في الحالة التي يكون فيها المستند مشتركا بين الخصمين كعقد الشركة أو عقد الإيجار الذي بقيت منه نسخة واحدة بيد أحد الشركاء أو أحد المتعاقدين، وكانت للطرف الآخر مصلحة أكيدة في إبراز هذا العقد حتى تترتب النتائج القانونية على وجوده.

1_ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 193.

2_ رمضان أبوا السعود، نفس المرجع، ص 199.

بل وذهبت الأحكام حدًا أبعد من ذلك فألزمت الخصم بتقديم مستندا خاصا به، كما ذهب البعض إلى إعتبار الخصم الذي يمتنع بدون مبرر مشروع عن تقديم ما في حوزته من مستندات متعسفا في إستعمال حقه وبالتالي مسؤولا عما يصيب الغير من ضرر بسبب مسلكه هذا ولكن لا مسؤولية على هذا الخصم إذا استند في رفضه إلى مبرر معقول ومشروع كأن يكون المستند ذو الصفة سرية أو كان في إبرازه ما يلحق ضررا بالغير وعلى أي حال فلقد إعتبر إلتزام الخصم بتقديم ما تحت يده من أدلة إلتزاما بعمل، و بالتالي لا تملك المحكمة أن تقضي بمصادرة هذا المسند وإنما ليس سوى لقضاء بالغرامة التهديدية لحمل هذا الخصم وإعتبار الطرف الممتنع بدون حق خاسرا لدعواه.¹

هذا مع ملاحظة أن القضاء لا يأخذ إمتناع الخصم عن تقديم ما في حوزته من مستندات على أنه قرينة تصلح للقضاء ضده إلا إذا كان الإثبات ممكنا بكافة الطرق و منها القرائن فعندئذ يعند القاضي بهذه القرينة إذا كانت ظروف الدعوى تحمل على الإعتقاد بأن المستند في حوزة الخصم الممتنع.

أما إذا كان الإثبات لا يجوز بكافة الطرق فيكون على المدعي أن يقدم الدليل الكتابي على صحة دعواه، فلا يستطيع قبل ذلك طلب إلتزام خصمه أي المدعي عليه بتقديم مستند في حوزته.

أما بالنسبة لمن لم يكن طرفا في الخصومة فيجوز إجباره على تقديم مستند تحت يده كأن يكون هذا الغير موظفا عاما ويترك ذلك لتقدير المحكمة. أما إذا وجد المستند في حوزة شخص عادي لم يكن طرفا في الخصومة، وإمتنع عن تقديم ما في حوزته من مستندات برغم فائدتها للفصل في النزاع بين الخصوم فيجوز للقضاء إلتزامه بتقديم هذا المستند.

1. أحوال إلتزام الخصم أو الغير بتقديم ما تحت يده من أوراق :

1_ رمضان أبوا السعود، نفس المرجع، ص 200.

يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده :

الحالة الأولى إذا كان القانون يجيز مطالبة بتقديمه أو تسليمه، الحالة الثانية إذا كان مشتركا بينه وبين خصمه ويعتبر المحرر مشتركا على الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لالتزاماتهما و حقوقهما المتبادلة، وأخيرا كحالة أخيرة إذا إستند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى.¹

2. إجراءات طلب إلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده والحكم فيه :

إذا توافرت حالة من الحالات المتقدمة جاز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم المحرر الذي يكون موجودا تحت يدهويجب أن يقدم طلب الخصم بتقديم المحرر إلى المحكمة المعروض عليها النزاع وعلى ذلك لا يجدي أن يقدم الخصم هذا الطلب إلى الخبير المنتدب في الدعوى.

كما يجب أن يكون هذا الطلب صريحا وجازما حتى يلتزم بإجابته أو رفضه بحيث يشتمل أوصاف المحرر المطلوب إلزام الخصم بتقديمه وفحواه وكذلك الواقعة التي يستدل بالورقة عليها وكذلك الأدلة التي تثبت حيازة الخصم الآخر لهذه الورقة ثم تبين في ذات الطلب أن الحالة المعروضة هي إحدى الحالات التي يجوز في إلزام الخصم بتقديم ما تحت يده من أوراق.

فإذا لم تراعي في الطلب الأحكام المتقدمة قضت المحكمة برفضه و إذا قدم الطلب مستوفيا لشروط المنصوص عليها في القانون إلتزمت المحكمة بالرد عليه إما قبولاً أو رفضاً وبالتالي يتعرض حكمها للنقض إن هي أغفلت الرد عن هذا الطلب، فمسألة الفصل في طلب إلزام الخصم بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده إنما تتعلق أوجه الإثبات وإجراءاته التي يتعين على محكمة الموضوع أن تقول كلمتها فيها. ويراعي أن القاضي في فصله

1_ جلال على العدوى، أصول أحكام الإلتزام و الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 309، 310.

في طلب إلزام الخصم بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده إنما يتمتع بسلطة تقديرية.¹

3. أثر إمتناع الخصم عن تقديم مستند تحت يده :

تقضي المحكمة لمصلحة الخصم الذي طلب إلزام خصمه بتقديم المحرر الموجود تحت يده في الحالات الآتية:

- إذا إمتنع الخصم عن تقديم الورقة المطلوبة في الميعاد الذي ضربته له المحكمة وبطبيعة الحال فإن المحكمة تملك بما لها من سلطة تقديرية في هذا الصدد أن تمدد الميعاد حسب ظروف الدعوى و ظروف الخصم المطلوب إلزامه بتقديم المحرر.
- إذا إمتنع الخصم عن حلف اليمين.

فإذا كان الخصم الطالب قد قدم صورة من المحرر جاز للمحكمة أن تعتد بهذه الصورة وتعتبرها مطابقة للأصل، أما إذا لم يكن هذا الخصم قد قدم صورة من المحرر فإن المحكمة يجوز لها في هذه الحالة أن تأخذ بأقوال هذا الخصم فيما يتعلق بشكل المحرر و بضمونه.

ولكن لا يجوز -و بصفة مطلقة- القول بان الإمتناع عن تقديم المحرر يجب قانونا إعتبره تسليما بصحة قول من طلب تقديمها، فالمحكمة تتمتع بسلطة تقديرية في وزن هذا الإمتناع وما يحتمله من معاني.

4. إلزام الغير بتقديم محررتحت يده:

قد تكون الورقة المنتجة في الدعوى والمطلوب تقديمها تحت يد شخص خارج عن نطاق الخصومة لذلك أجاز القانون إستكمالا ومراعاة لصالح الخصم الذي يستفيد من هذه الورقة، للمحكمة أثناء سير الدعوى أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده ويقدم طلب

2_ رمضان أبو السعود، نفس المرجع، ص 221.

الإدخال في هذه الحالة من الخصم الذي يستفيد من الورقة، ومتى ادخل الغير في الدعوى أصبح خصما فيها.

والواقع أنه قد يكون المحرر الذي تحت يد الغير مثبتا لحق له أو عليه بل قد يكون طرفا موقعا على هذا المحرر ومع ذلك قد يكون بعيدا عن مجال الخصومة المماثلة أمام المحكمة.

و قد يتخلف الغير الذي ألزمته المحكمة بتقديم المحرر بعد إدخاله في الخصومة فما هو الجزاء الذي يمكن أن يوقع على هذا الغير؟

في القانون المصري إذا إمتنع الغير عن تقديم المحرر الموجود تحت يده فإن هذا الإمتناع لا يعدّ دليلا على وجود هذا المحرر المطلوب تقديمه من أحد الخصوم في الدعوى ذلك أنه لو أمكن إستخلاص هذا الفهم من مجرد الامتناع لأمكن لأي خصم أن يدعي وجود أية ورقة تحت يد شخص آخر غير خصم في الدعوى و يصل عن طريق

التواطؤ مع هذا الشخص إلى الحكم بصحة ما يدعيه.¹

الفرع الثاني : حق الإستشهاد بالشهود وحق إستجواب الخصم

أولا : حق الخصم في الإستشهاد بالشهود

على كل إنسان واجب تحمل الشهادة وأداؤها، ومعنى تحمل الشهادة أن يدعوك الرجل لتشهد له على حق أو دين فتلبي دعوته و هذا التحمل واجب لقوله تعالى في سورة البقرة الآيتين 282 و 283 "ولا يآبى الشهداء إذا ما دعوا"، أما أداء الشهادة فمعناها أن تدلي بها أمام القاضي إذا دعيت لذلك وهذا الأداء واجب تماما كالتحمل لقوله عز وجل " و لا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه " ولقوله تعالى "ومن أظلم ممن كتم شهادة عنده " و الأداء واجب على سبيل الكفاية لا العين إذا قام به البعض سقط عن الكل وإن امتنع الكل ائمو جميعا.

1_ سليمان مرقس، مرجع سالف الذكر ، ص 412.

فالأداء بالشهادة أمام القضاء هو واجب على كل شخص قد إطلع صدفة أو بتدخل منه في علاقات غيره على واقعة متنازع عليها والشاهد ليس له الخيار في أن يحضر أمام القضاء ليدلي بشهادته أو أن يمتنع عن الإدلاء بها فمثل هذا الإمتناع يلحق أبلغ الضرر بالعدالة وقد يؤدي إلى ضياع الحقوق إذا ما إنعدمت الأدلة الأخرى على الواقعة المطلوب إثباتها. هذا الواجب يقابله حق كل خصم في الاستشهاد بالشهود على أية واقعة يسمح القانون بإثباتها بالبينة فيكلف الشاهد بالحضور أمام المحكمة للإدلاء بشهادته فإذا تقاعس الشاهد عن الحضور بغير مبرر قانوني أو حضر و إمتنع عن الإدلاء بشهادته تعرض لتوقيع الجزاء، هذا وأنه يجوز الأمر بالتحقيق لإثبات الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بطريق شهادة الشهود و بشرط أن يكون التحقيق فيها جائزا و منتجا في الدعوى هذا ما جاءت به المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقد خص المشرع الجزائري بالمواد من 150 إلى 163 من القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في القسم العشر منه كل ما يتعلق بسماع الشهود، وحالات عدم قبول الشهادة، و تخلف الشهود كذلك تجريح الشهود وفي تلقي الشهادة.

1. إحصار الشهود:

نصت المادة 151 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يحدد القاضي في الحكم الأمر بسماع الشهود، الوقائع التي يسمعون حولها، ويوم وساعة الجلسة المحددة لذلك، مع مراعاة الظروف الخاصة بكل قضية.

يتضمن هذا الحكم دعوة الخصوم للحضور وإحضار شهودهم في اليوم والساعة المحددين للجلسة".

كما نصت المادة 154 من هذا القانون على أنه يتم تكليف الشهود بالحضور بسعي من الخصم الراغب في ذلك وعلى نفقته، بعد إيداع المبالغ اللازمة لتغطية التعويضات المستحقة للشهود و المقررة قانونا، أما إذا أثبت الشاهد أنه استحال عليه الحضور في اليوم المحدد، جاز

للقاضي أن يحدد له أجلا آخر أو ينتقل لتلقي شهادته، إذا كان الشاهد مقيما خارج دائرة اختصاص الجهة القضائية، جاز للقاضي إصدار إنابة قضائية لتلقي شهادته طبقا لنص المادة 155 من نفس القانون.

2. كيفية سماع الشهود:

يسمع كل شاهد على إنفراد في حضور أو في غياب الخصوم، ويعرف قبل سماعه بإسمه ولقبه و مهنته وسنه وموطنه وعلاقته ودرجة قرابته ومصاهرته وأتبعيته للخصوميؤدي الشاهد اليمين بأن يقول إلا الحقيقة وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال و يجوز إعادة سماع الشهود ومواجهة بعضهم البعض (م 152 من ق إ م إ) هذا وإنه لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم.

لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلقا ولا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم، غير أنالأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص و الطلاق،يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الإستدلال وتقبل شهادة باقي الأشخاص، ما عدا ناقصي الأهلية.

ويدلي الشاهد بشهادته دون قراءة لأي نص مكتوب حيث أنه يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أو من أحدهم، أن يطرح على الشاهد الأسئلة التي يراها مفيدتولا يمكن لأي كان، ما عدا القاضي، أن يقاطع الشاهد أثناء الإدلاء بشهادته أو يسأله مباشرة (م 153 و 158 و 159 ق إ م إ).

3. رد الشهود:

يجوز رد الشهود (أو تجريحه) بسبب عدم أهليته للشهادة أو بسبب قرابته القريبة أوألي سبب جدي آخر، فإذا تم ذلك يفصل فورا في ذلك بموجب أمر غير قابل لأي طعن هذا وأنه يجب

إثارة أوجه التجريح قبل الإدلاء بالشهادة، إلا إذا ظهر سبب التجريح بعد الإدلاء بالشهادة وأثناء سماع الشهود الآخرين، إذا قبل التجريح في الحالة الأخيرة تكون الشهادة باطلة، وهذا ما جاء في المادتين 156 و 157 ق إ م إ.

ثانياً: حق الخصم في إستجواب خصمه

يخول الحق في الإثبات للخصم أن يطلب إستجواب خصمه والإستجواب طريق من طرق الإثبات في الدعوى يعمد أخذ الخصوم فيه إلى سؤال خصمه عن بعض وقائع معينة ليصل من وراء الإجابة عليها والإقرار بها إلى إثبات مزاعمه ودفاعه أو تمكين المحكمة من تلمس الحقيقة الموصلة لهذا الإثبات.

وتقضي المادة 106 إثبات مصري أن للمحكمة كذلك أن تأمر بحضور الخصم لإستجوابه سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه وعلى من تقرر إستجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التي حددها القرار.

وتتمتع المحكمة بسلطة تقديرية في إجابة الخصم في طلب إستجواب خصمه فإن رأت المحكمة أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب رفضت الطلب وهي ترفض الاستجواب أيضاً إذا وجدت أن الوقائع التي يراد استجواب الخصم عنها غير منتجة أو غير جائزة للإثبات¹ ومفاد ما تقدم أن حق الخصم في الحصول على إقرار خصمه بالواقعة أو الأثر القانوني المتنازع عليه يقابله واجب على الخصم الآخر أن يحضر لاستجوابه وأن يجيب على ما يوجه إليه من أسئلة، ولذلك تقضي المادة 113 إثبات مصري بأنه إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك.²

1_ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للإلتزام، المصادر. الإثبات، القصر للطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، 2007، ص 112، 113.

2_ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، 222.

أما في القانون الجزائري فإن إستجواب الخصم من صلاحيات القاضياذ هوالمختص في ذلك ولا يجوز للخصم إستجواب خصمه إذ يعد ذلك خروج عن المبادئ العامة في الإثبات ولكن هذا المبدأ ليس على إطلاقه إذ يستطيع الخصم أن يطلب من القاضي توجيه أسئلة - وعن طريق القاضي-تخص النزاع من أجل الوصول إلى فناعة تساعد القاضي في الوصول إلى الحقيقة.

المطلب الثاني : حق الخصوم في مناقشة الدليل و إثبات عكسه

مهما يكن الدور الذي يلعبه القاضي في توجيه الدعوى فإن الأصل أنه يبقى محايدا في النزاع ولذلك فإن الدور الإيجابي الرئيسي في تحريك الدعوى يبقى الخصوم أنفسهم ويمكن حصر دور الخصوم وحقوقهم في القواعد في الفرعين التاليين.

الفرع الأول : حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى

لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه على أنه مهما يكن من قدر الحرية التي تطلق للقاضي في الإثبات فلا جدال في أن أي دليل يقدمه الخصم في الدعوى يجب أن يعرض على الخصوم جميعا لمناقشته ويدلي كل برأيه فيه، يفنده أو يؤيده والدليل الذي لا يعرض على الخصوم لمناقشته لا يجوز الأخذ به ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بدليل نوقش في قضية أخرى ما لم يناقش في القضية القائمة،وهذا مبدأ جوهري من مبادئ التقاضي حتى لا تبقى الخصومة مجهولة وحتى تتكافأ فرص الخصوم في الدعوى، ومن ثم كان للخصم حق طلب التأجيل للإطلاع على المستندات المقدمة من خصمه والرد عليهاولا يجوز للقاضي أن يقوم بمعايينة مكان النزاع في غيبة الخصوم ودون أن يدعوهم لحضور المعاينة ومن غير إصدار قرار بإجرائها،ولكن يكفي أن يعرض الدليل على الخصوم لمناقشته، فإذا لم يريدوا مناقشته فعلا فقد نزلوا على حقهم في ذلك وصح الأخذ بالدليل.

كذلك لا يجوز للقاضي أن يأتي بأدلة من عنده لم يقدمها الخصوم إلا إذا تراضوا عليها وقبلوا مناقشتها.¹

ويترتب على حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى أنه لا يجوز أن يقضي بعلمه ذلك أن علم القاضي هنا يكون دليلاً في القضية، ولما كان حق مناقشة هذا الدليل إقتضى الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم فيكون خصماً وحكماً وهذا لا يجوز.²

والغرض من تبليغ أدلة الخصم إلى خصمه هو تمكينه من مناقشتها ومحاولة إثبات ما يخالفها فإذا كان الدليل ورقة رسمية كان للخصم الآخر أن يطعن فيها بالتزوير وإذا كانت قرينة جاز للخصم دحضها بقرينة مثلها أو بأي طريق آخر.

وهذا الدور الإيجابي للخصوم في الإثبات ما يستتبعه من حقهم من مناقشة الأدلة يمكن ويسهل للقاضي الوصول إلى قناعة موضوعية بعيدة عن الذاتية تمكنه من إصدار حكم صائب ونزيه، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا تثريب على المحكمة أن تسند في قضائها إلى أوراق دعوى أخرى كانت مرددة بين ذات الخصوم و لو اختلف موضوعها عن النزاع المطروح عليها طالما أن تلك الدعوى كانت مضمومة لملف النزاع وتحت بصر الخصوم كما قضت بأنه لا يجوز للقاضي أن يستند إلى أوراق عثرت عليها النيابة العامة دون أن يثبت أن هذه الأوراق قد عرضت على الخصوم لمناقشتها.

كما قضت كذلك بأنه لا يجوز للمحكمة أن تبني حكمها على ما تستخلصه من أوراق أو إجراءات إثبات بقضية أخرى و لو كانت منظورة بين الخصوم أنفسهم إلا أن تضم إلى قضية النزاع و تقع تحت بصر الخصوم.

1_ يحي بكوش، مرجع سالف الذكر، ص 50.

2_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 648.

ويقول بارتان أنه " لو سمح للقاضي أن يتدخل في الإثبات و أن يأتي من عنده بأدلة لم يقدمها الخصوم لخشي أن يعدل من طلبات المدعي و ليست هذه مهمة القاضي، فإذا ما أتى القاضي بأدلة من عنده و رفض الخصوم أن يناقشوها و نزلوا عن حقهم في الاعتراض كان هذا بمثابة إتفاق بين الخصمين و هو جائز في صورة صريحة فيجوز في هذه الصورة الضمنية " و لكن هذا لا يمنع من أن يستعين القاضي في قضائه بما هو معروف بين الناس و لا يكون علمه خاصا به مقصورا عليه و ذلك كالمعلومات التاريخية و الجغرافية و العلمية و الفنية الثابتة، فله أن يستعين في قضائه بما هو معروف في المجتمع.¹

الفرع الثاني : حق الخصوم في إثبات عكس الدليل

إن كل دليل يتقدم به الخصم لإثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق في نقضه وإثبات عكس ما يدعيه و ذلك نتيجة للقاعدة المنصوص عليها في المادة 1/70 ق إ م إ " يجب إبلاغ الأوراق والمستندات والوثائق التي يقدمها كل طرف دعما لإدعاءاته إلى الخصم الآخر و لو لم يطلبها".

وإذا كان الدليل الذي قدمه الخصم ورقة مكتوبة فإن كانت ورقة عرفية كان للخصم الآخر أن ينكر خطه أو إمضاءه أو أن يطعن في الورقة بالتزوير وإن كانت ورقة رسمية كان للخصم الآخر أن يطعن فيها بالتزوير.

وفي جميع الأحوال يجوز للخصم الآخر أن -فيما لا يتحتم فيه الطعن بالتزوير- أن يثبت عكس ما هو ثابت ضده بالكتابة على أن يكون إثبات العكس بكتابة مماثلة وفقا للأحكام التي قررها القانون.

وإذا كان الدليل المقدم قرينة قضائية فالخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بقرينة مثلها أو بأي طريق آخر، وكذلك الحال في القرينة القانونية، فإن الأصل فيها جواز إثبات العكس،

1_ آدم وهيب النداوي، مرجع سالف الذكر، ص 402.

أما القرائن القانونية التي لا تقبل إثبات العكس فنادرة و لا بد في منع إثبات العكس فيها من نص في القانون.

وحتى الإقرار و اليمين يتصور فيهما تطبيق هذه القاعدة فإذا تمسك الخصم بالإقرار الصادر من الخصم الآخر جاز لهذا الخصم الآخر أن يتمسك ببطلان هذا الإقرار لعدم الأهلية و للغلط أو لغير ذلك من العيوب وإذا وجه الخصم اليمين الحاسمة للخصم الآخر جاز لهذا الخصم أن يرد على خصمه اليمين.

ويتبين من كل ذلك أن الأصل في الدليل الذي قدمه الخصم تمكين الخصم الآخر من نقضه وأن حق الخصم في إثبات ما يدعيه يقبله حق الخصم الآخر في إثبات العكس.

المبحث الثاني : دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات بموجب الإقرار واليمين والإتفاق

سنتناول في هذا المبحث مطلبين نتطرق في المطلب الأول إلى دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات بموجب الإقرار واليمين، وفي المطلب الثاني إلى دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات بموجب الإتفاق.

المطلب الأول : دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات بموجب الإقرار واليمين الحاسمة

نقسم هذا المطلب إلى فرعين كفرع أول ندرس دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات بموجب الإقرار و كفرع ثاني بموجب اليمين الحاسمة.

الفرع الأول : بموجب الإقرار

الإقرار هو إقرار شخصي بواقعة من شأنها أن تنتج آثاراً قانونية ضده مع قصده أن تعتبر هذه الواقعة ثابتة في حقه.¹

ويعرفه بعض الفقه بأنه إقرار شخص بحق عليه لآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد.¹

1_ محمد صبري السعدي، مرجع سالف الذكر، ص 235.

وعرفه المشرع الجزائري في المادة 341 من القانون المدني حيث نصت على أن :
"الإقرار هو إقرار الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة"، وسنتطرق في ما يلي إلى قواعد الإقرار و حجية الإقرار ثم تجزئة القرار.

أولا : قواعد الإقرار

يتبين من نص المادة 341 سالفه الذكر أن للإقرار أربعة أركان هي :

1. إقرار الخصم : أي أن الإقرار هو تقرير الخصم بواقعة معينة على أنها حصلت وهذا التقرير خلافا لباقي طرق الإثبات يحمل وصفين : واقعة مادية وتصرف قانوني، بل يمكننا القول أنه واقعة مادية تتطوي على تصرف قانوني أي واقعة مختلطة وهذا الوصف له نتائجه القانونية.

فالإقرار من حيث أنه واقعة مادية لا حاجة في تمامه إلى قبول الخصم الآخر و لا يجوز للمقر بعد ذلك الرجوع فيه، أما من حيث أنه ينطوي على تصرف قانوني من جانب واحد فيشترط لصحته ما يشترط لصحة التزام المقر بالواقعة التي أقرها، أي أن يكون المقر أهلا للالتزام وأن تكون إرادته غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة والتوكيل فيه يكون بوكالة خاصة لأن الإقرار من أعمال التصرف (م 574 ق م).

2. واقعة قانونية مدعى بها : يجب أن ينصب الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها على المقر سواء كانت واقعة مادية أو تصرفا قانونيا، لذلك يجب أن يكون محل الإقرار معيننا تعينا كافيا مانعا للجهالة، و يكون الإقرار صوريا إذا كان محله يكذبه ظاهر الحال، كذلك يجب أن يكون محل الإقرار مما يجوز التعامل فيه، فالإقرار بشيء مخالف للقانون أو للنظام العام أو للآداب غير صحيح، ويترتب على ذلك أنه لا يصح الإقرار بدين مرهنة أو قمار، ولا الإقرار بالتعامل في المخدرات، وغيرها مع أنه لا يمنع من قبول هذه الإقرارات في المسؤولية الجنائية،

1_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 471.

وبصح الإقرار في التصرف أيا كانت قيمته ولو زادت عن نصاب الشهادة فلا إقرار حجية مطلقة.

3. أمام القضاء : هذا الركن الذي يميز بين الإقرار القضائي و الإقرار غير القضائي، حيث يعتبر إقرارا قضائيا كل إقرار صادر أمام كل جهة نظمها القانون من جهات القضاء ويشترط أن تكون الجهة القضائية المختصة اختصاصا موضوعيا كما يجوز أن يصدر الإقرار أمام المحكمين، ولكن الإقرار الصادر أمام النيابة العامة أوقاضي التحقيق لا يعتبر إقرارا قضائيا.

4. أثناء سير الدعوى : يجب أن يصدر الإقرار خلال إجراءات الدعوى التي يكون الإقرار فيها دليل الإثبات، وذلك يكون في أي مرحلة من إجراءات الدعوى ابتداء من العريضة الافتتاحية إلى غاية النطق بالحكم، ولكن الإقرار الذي يصدر في إحدى الدعاوى و يكون فيها إقرارا قضائيا، لا يكون في دعوى أخرى ولو بين الخصمين وفي نفس الواقعة إقرار قضائيا لأن قوته مقصورة على الدعوى التي صدر فيها، كذلك فإن الإقرار أمام محكمة غيرمختصة من ناحية الولاية أو من ناحية الاختصاص الموضوعي لا يعد إقرارا قضائيا، بخلاف الإقرار أمام محكمة غير مختصة من حيث المكان.

ثانيا : حجية الإقرار

تنص المادة 1/342 ق م على : " الإقرار حجة قاطعة على المقر "¹ معنى ذلك معنى ذلك أن الواقعة التي أقر بها الخصم تصبح في غير حاجة إلى إثبات، و الإقرار لا يكون حجة لمقر لأن الشخص لا يصطنع الدليل لنفسه و لا يكون إلا حجة عليه، كما يمكن لهذا الأخير الطعن فيه بالصورية أو بوجود عيب من عيوب الإرادة أو فقدان الأهلية، أما في غير هذه

1_ قرار صادر عن المحكمة العليا : ملف رقم 215174 بتاريخ 2005.05.09 م ق عدد 2، سنة 2000، ص 136،135،134 و 137.

الحالات فإنه لا يجوز الرجوع في الإقرار القضائي و لا يجوز إثبات عكسه ومن ثم يصبح الإقرار طريق معفي من الإثبات لا طريق إثبات ذلك أنه يعفي الخصم المقر له من عبئ الإثبات وينقله إلى المقر الذي يقع عليه عبئ الإثبات عدم صحة إقراره بأن يطعن فيه بأحد الأسباب التي تقدم ذكرها، والإقرار القضائي يصلح أيضا أن يكون مبدأ الثبوت بالكتابة لواقعة متصلة بالواقعة التي تضمنها بالذات.

وتجدر الإشارة إلى أن الإقرار حجة قاصرة على المقر وخلفه العام (ورثته) فلا يتعدى أثره إلى غيرهم، سواء كانوا: دائنين، أو شركاء أو الخلف الخاص و فيما يخص الخلف العام فلو مات المدعى عليه بعد الإقرار و قبل الحكم في الدعوى، فإن الإقرار لا يكون حجة عليهم ولهم أن يثبتوا عدم صحته بجميع الطرق، ولكن إذا صدر الحكم قبل موت المورث وفي مواجهته، فإنه يسرى على الورثة، ذلك أنهم وقت صدور الحكم ضد مورثهم كان يسري في حقهم باعتبارهم ورثة (خلفا عاما).

ثالثا : التجزئة في الإقرار

تنص المادة 2/342 ق م على : "ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى".

يمكن تقسيم الإقرار القضائي إلى أنواع هي :

1. الإقرار البسيط : إذا إقتصر الإقرار على تصديق المدعي للمدعى عليه في جميع

ما إدعاه و لا محل في النظر إذا كان يتجزأ أو لا يتجزأ، فلوأن المدعي قال في دعواه أنه أقرض المدعى عليه مائة دينار فأقر المدعى عليه بأنه أقرض منه المائة دينار و لم يزد على ذلك شيئا، كان هذا إقرار بسيطا، و كان حجة قاطعة على المدعى عليه.

2. الإقرار الموصوف : يكون الإقرار موصوفا إذا تضمن الاعتراف بالواقعة المدعى بها مع

إضافة واقعة أخرى مرتبطة بها نشأت وقت نشوء الواقعة الأصلية و من شأنها أن تؤثر في

نتيجتها و مثال ذلك أن يدعي الداعي أن له ديناً منجزاً، فيقر المدعي عليه بالدين و لكنه يضيف إلى ذلك أنه دين معلق على شرط أو مضاف إلى أجل الإقرار الموصوف أيضاً لا يقبل التجزئة فإما أن يأخذ به كله بالوصف الذي ألحق به و إما أن يترك كله فلا يجوز للداعي أن يجزئ الإقرار فيأخذ منه ما في صالحه، و هو هنا وجود الدين، ويترك ما هو ليس في صالحه، و هو أن الدين معلق على شرط أو مضاف إلى أجل على أنه يجوز للمقر له أن يتخذ من الإقرار وسيلة لإثبات ما يدعيه ثم يقيم الدليل على عدم صحة ما لحق به من وصف فيكون في المثال السابق للمقر له أن يستفيد من الإقرار بالدين، وهي الواقعة الأصلية المدعى بها، ثم يلجأ إلى إثبات أن الدين لم يكن معلقاً على شرط و هذا هو الوصف الذي ألحق بالواقعة الأصلية.¹

3. الإقرار المركب : و هو الذي يتضمن إلى جانب الواقعة الأصلية واقعة أخرى مرتبطة بها، نشأت بعد نشوء الواقعة الأصلية مثال ذلك أن يقول المدعي في دعواه أنه أقرض المدعي عليه مائة دينار و أقر المدعي عليه أنه أقرض المائة و لكنه وفاها أوفى جزءاً منها، والفرق بين الإقرار المركب و الإقرار الموصوف أن هذا الأخير فيه تقترن الواقعة المرتبطة بالواقعة الأصلية من وقت نشوء الواقعة الأصلية، فالأجل أو الشرط قد اقترن بالدين من وقت نشوئه، أما في الإقرار المركب فالواقعة المرتبطة لا تقترن بالواقعة الأصلية من وقت نشوئها بل توجد بعدها، فالإقرار بالدين مع الوفاء به إقرار مركب يتكون من واقعة المديونية و هي الواقعة الأصلية وواقعة الوفاء و هي الواقعة المرتبطة بها، و لكنها لم تقترن بها من وقت نشوئها و الأصل في الإقرار المركب أنه هو أيضاً لا يتجزأ على صاحبه، فإذا أقر المدين أنه إقرض المائة دينار و لكنه وفاها فلا يجوز للدائن إلا أن يأخذ بالإقرار كله أو يطرحه كله، فإذا أخذ بالإقرار كله برأت ذمة المدين من الدين وإذا طرح الدائن الإقرار كله، أعتبر الإقرار كأن لم يكن، وكان على الدائن أن يثبت الدين وعلى المدين أن يثبت الوفاء.

1_ محمد حسن القاسم، مرجع سالف الذكر، ص 276.

فلا يجوز تجزئة الإقرار في هذه الحالة بأن يستبقي الإقرار بالقضوبيلقى عبئ إثبات الوفاء على المدين، فإن هذا يعتبر تجزئة للإقرار حيث لا تصح التجزئة ونفس الشيء إذا أقر المدين بوجود الدين ثم انقضائه بالإبراء أو بالتجديد، والسبب في ذلك أن الواقعتان الأصلية والمرتبطة بهامتلازمتان ولا تصح فيهما التجزئة، أما إذا كانت الواقعة المرتبطة لا تستلزم حتما وجود الواقعة الأصلية فلا تلازم ما بين الواقعتين ويمكن تصور وقوع إحداها دون الأخرى ومن ثم كانت التجزئة فيهما جائزة.

والمثل المؤلف لهذه الحالة هو الإقرار بالقرض مع وقوع المقاصة فيه بدين آخر فالمدين هنا قد أقر بالواقعة الأصلية وهي واقعة القرض وأضاف إليها واقعة مرتبطة بها وهي وجود دين له على الدائن أوقع المقاصة بين الدينين، فمديونية المدين للدائن لا تستلزم حتما مديونية الدائن للمدين كما أن مديونية الدائن للمدين لا تفترض حتما مديونية المدين للدائن إذ أن الدين الذي يدعيه الدائن منفصل عن الدين الذي يدعيه المدين و من ثم صحت التجزئة في هذا الإقرار، فيعتبر الإقرار قائماً فيما هو في صالح الدائن فيكون القرض ثابتاً بالإقرار و لا يكلف الدائن عبئ إثباته أما بقية الإقرار فلا يؤخذ به و لا ينتقل عبئ الإثبات فيه إلى الدائن، بل المدين هو الذي يكلف بإثباته إذا أصر عليه، فإذا أصر عليه ثم عجز عن إثباته بقي الإقرار قائماً في إثبات القرض، ويكون الإقرار تجزئاً على هذا النحو، أخذ منه الدائن ما هو في صالحه وألقى عبئ إثبات ما ليس في صالحه على المدين والمعيار الذي اتخذ هنا لمعرفة ما إذا كان الإقرار المركب لا يتجزأ على صاحبه أو يتجزأ هو معيار تشريعي ذكره التقنين المدني في المادة 342 في فقرتها الثانية.¹ و مسألة عدم تجزئة الإقرار أو عدم تجزئته من مسائل القانون تخضع لرقابة المحكمة العليا، لكن يجب أن تثار مسألة التجزئة أمام محكمة الموضوع، فلا يصح أن تثار لأول مرة أمام المحكمة العليا.²

1_ محمد حسن القاسم، نفس المرجع، ص 277.

2_ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 256.

من خلال ما تقدم يمكن الكشف عن دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات بينهم بموجب وسيلة الإقرار، حيث أنه انطلاقاً من القاعدة العامة التي توقع عبئ الإثبات على المدعي وهو الطرف القوي في الدعوى وتخفف هذا العبئ على المدعي عليه وهو الطرف القوي فيها، فكان على المدعي إثبات ما يجعل الحق المدعى به مرجح الوجود لا أكيدا وبذلك يتم توزيع عبئ إثبات هذا الحق وهذه الواقعة بين الخصوم، فعلى هذا الأساس إن استعمال وسيلة الإقرار بموجب دورها المعفي من الإثبات وقوتها القاطعة فيه تجعلنا أمام عدة حالات، ففي الإقرار غير قابل للتجزئة إذا كان موصوفاً يوزع عبئ الإثبات بين الخصوم على الشكل التالي في بادئ الأمر كان عبئ الإثبات على عاتق المدعي وبعد صدور الإقرار من المدعي عليه نقل عبئ الإثبات لكن لما كان الإقرار موصوفاً كان على المدعي إذا تمسك بالإقرار أن يقع عليه عبئ إثبات الواقعة المرتبطة بالواقعة الأصلية أي أن عبئ الإثبات موزع بينه وبين المدعي عليه، كذلك الحال في الإقرار المركب غير القابل للتجزئة أما في الإقرار المركب القابل للتجزئة فإن عبئ الإثبات يتوزع بين الخصوم كالتالي في بادئ الأمر يقع عبئ إثبات الدين على المدعي، فإذا أقر المدين بوجود الدين انتقل عبئ الإثبات إليه وفي هذه الحالة عندما يضيف الواقعة المرتبطة بالواقعة الأصلية وهي المقاصة مثلاً فعليه يقع عبئ إثباتها.

الفرع الثاني : بموجب اليمين الحاسمة

عندما يعوز الخصم الدليل الذي يسمح به القانون لإثبات دعواه، ولا يقر له خصمه بصحة ما يدعيه، لا يبقى أمامه إلا طريق واحد يلجأ إليه، هو أن يتحكم إلى ضمير هذا الخصم، فيوجه إليه اليمين الحاسمة يطلب منه حلفها لحسم النزاع و لا يملك من وجهته إليه اليمين إلا أن يقبل هذا الاحتكام وهذا هو الإسعاف الذي يتقدم به القانون إلى الخصم الذي يعوزه الدليل القانوني فالقانون إذ يتشدد في إقتضاء أدلة معينة، لا يصل إلى الحقيقة القضائية وهي بعد حقيقة نسبية، وذلك سعياً وراء الاستقرار لكنه بعد أن يقضي واجب الاستقرار، يرضي جانب العدل، بتمكين من يعوزه الدليل القضائي من أن يحتكم إلى ضمير خصمه الذي أنكر

عليه ما يدعيه، فيوجه إليه اليمين الحاسمة، فإن حلفها الخصم فقد أثبت بذلك أن ضميره راض بإنكار صحة الادعاء، ولما كان هذا الادعاء لا دليل عليه، لم يبق بد من الحكم برفضه وإن نكل كان في هذا النكول إقرار ضمني بصحة الإدعاء، فوجب الحكم عليه بما اقتضى هذا الإقرار.

ويتبين من ذلك أن توجيه اليمين الحاسمة هو تصرف قانوني إن هو إرادة الخصم الذي يوجه اليمين في أن يحتكم إلى ضمير خصمه بما يترتب على ذلك من نتائج قانونية.¹

وسنرى أن توجيه اليمين يجوز الرجوع فيه إلى أن يقبل الخصم الذي وجهت إليه اليمين أن يحلف، ولكن هذا ليس قبولا لإيجاب إذ أن اليمين على من وجهها، أي أنه لا يملك إلا قبول الاحتكام إلى ضميره أو يحكم هو ضمير الخصم الذي وجه اليمين، ومن ثم لا يكون توجيه اليمين تصرفا يحتاج إلى قبول، بل هو لجعل حق الخصم في الاشتراك لمصلحة الغير عندما يقبل ما اشترط لمصلحته.

ثم إن الحلف ذاته هو دون شك واقعة قانونية، لأنه عمل مادي يترتب عليه أثر قانوني هو الحكم برفض دعوى من وجه اليمين، و رد اليمين تصرف قانوني كتوجيه اليمين، إذ هو أيضا احتكام إلى نمة الخصم، و النكول يتضمن إقرار بدعوى من وجه اليمين، ورد الخصم و النكول عن اليمين عمل مادي سلبي، ولكنه ينطوي على تصرف قانوني، إذ النكول يتضمن إقرار بدعوى من وجه اليمين أو ردها، فالنكول و الإقرار تصرف قانوني.

أما اليمين المتممة، توجيهها وحلها ونكولا، فواقعة قانونية إذ هي عمل مادي محض وهي طريق من طرق الإثبات التكميلية وحقيقة اليمين الحاسمة أنها تعفي الخصم من إقامة الدليل لإثبات مزاعمه و تتميز اليمين الحاسمة في أنها حق من حقوق الخصم و لا يستحلف الخصم إلا بناء على طلب الخصم الآخر.

1_ عبد الودود يحي، مرجع سالف الذكر، ص 196.

وتفترق اليمين عن البينة، في أن اليمين شرعت لإثبات خلاف الظاهر، ومعنى ذلك أن المدعى عليه بإنكاره يعتبر متمسكا بالحالة الأصلية وهي براءة ذمته، فيجب قبول قوله إلى أن يثبت شغل ذمته بسبب طارئ، لكن نظرا لإحتمال كذب المدعى عليه بإنكاره فإنه يوثق قوله باليمين التي يؤديها إذا طلب المدعي تحليفه عندما يعجز عن الإثبات.¹

أولا : توجيه اليمين الحاسمة

تنقسم اليمين إلى قسمين: يمين قضائية تؤدي أمام الهيئة القضائية و يمين غير قضائية تؤدي خارج الهيئة القضائية و يتفق عليها الأطراف و لكنها قليلة الوقوع. كما تنقسم اليمين القضائية بدورها إلى قسمين: يمين حاسمة و يمين متممة و لم يتعرض القانون المدني إلى تعريف اليمين القضائية، وقد تكلم عليها في المواد من 343 إلى 350 منه. كما تعرض قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إلى كيفية أداء اليمين القضائية، وإلى صيغتها في المواد من 189 إلى 193 منه و سنتناول بالدراسة شروط توجيه اليمين الحاسمة و موضوعها و زمن توجيهها و عدم جواز الرجوع في اليمين الحاسمة.

1. شروط توجيه اليمين الحاسمة:

تنص المادة ق م على أنه : "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك".

الأصل أن المدعى عليه إذا أنكر الدعوى، سأل القاضي المدعي: ألك بينة؟ فإن كانت له بينة أدلى بها وإلا فإن على القاضي أن يفهم المدعي أن من حقه أن يستحصل اليمين من إلى خصمه المنكر بعبارة أخرى إن كل خصم وقع عليه إثبات واقعة ما يستطيع أن يوجه إلى الخصم الآخر يمينا إذا أعوزه الدليل لإثبات تلك الواقعة، وبذلك يستبدل عبئ الإثبات بالإحتكام إلى ضمير خصمه.

1_ يحي بكوش، مرجع سابق، ص 338.

ولما كان توجيه اليمين تصرفاً خطيراً الأهمية، لأنه يتوقف عليه مصير النزاع فإنه يشترط في الخصم الذي يوجهها أن تكون له أهلية التصرف، كما يجب أن تكون إرادته صحيحة، غير مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه و بما أن اليمين الحاسمة تعتبر مصالحة من طرف الخصم فيجب تطبيق قواعد الأهلية المتعلقة بالمصالحة، فتتص المادة 460 من القانون المدني الجزائري على أنه "يشترط فيمن يصلح أن يكون أهلاً للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح".

ويشترط في رد اليمين ما يشترط في توجيهها إذ أن ردها كتوجيهها تصرف قانوني بإرادة منفردة، فالقاصر الذي لم يبلغ سن الرشد، أي 19 عاماً حسب المادة 40 ق م والمحجور عليه لا يجوز لهما توجيه اليمين أو ردها إلا بواسطة ممثليهما القانونيين.

وتتص المادة 574 ق م على أنه " لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، لا سيما في البيع و الرهن و التبرع و الصلح و الإقرار و التحكيم و توجيه اليمين، و المرافعة أمام القضاء ". .

وعليه فإنه لا تكفي الوكالة العامة، ولو كانت مطلقة أو غير محدودة، لتوجيه اليمين بالنيابة أمام القضاء، كما أنه لا يصح توجيه اليمين من محامي الخصم، ما لم يكن التوكيل الصادر إليه منصوصاً فيه على تفويضه في توجيه اليمين، وقد قضي بأن المفوض بالمصالحة لا يمكن له أن يوجه اليمين باسم مفوضه،¹ ولا يملك الأشخاص المكلفون قانوناً بإدارة مصالح الغير صلاحية توجيه اليمين باسم هذا الغير، إلا إذا كانوا يملكون سلطة ذلك مثل الوصي، ووكيل التفليسة، ورئيس البلدية.

ويلاحظ أنه وإن كانت اليمين من حق الخصم، إلا أن للقاضي سلطة تقديرية في ذلك فيستطيع القاضي منع الخصم من إساءة استعمال هذا الحق وله أن يرفض توجيه اليمين إذا كانت الواقعة موضوع الحلف ليست متعلقة بالشخص الحالف أو ليست منتجة في النزاع أو

1_ يحي بكوش، نفس المرجع، ص 308.

ليست حاسمة فيه بوضع حل نهائي له، أو إذا كان يستفاد من الأوراق ما يثبت قطعا عدم صحة دعوى طالب اليمين، ففي هذه الحالات و أشباهها يجوز للقاضي أن يتدخل لمنع الخصم من التعسف في استعمال حقه، ولكن بشرط أن يقوم بتسبيب ذلك.

وهذه السلطة هي من اختصاصات قضاة الموضوع وليست عليهم فيها أية رقابة من طرف المحكمة العليا على أنه إذا كانت اليمين الموجهة واضحة الألفاظ و محددة المحتوى وقاطعة في النزاع في حالتها الحلف و النكول فليس من حق القضاة أن يمنعوا ردها، لأن اليمين الحاسمة يجوز توجيهها في أية حالة تكون عليها الدعوى.

2. حق كل من الخصمين في توجيه اليمين الحاسمة:

إن الذي يوجه اليمين الحاسمة هو أي من الخصمين يكون عليه عبئ إثبات واقعة قانونية، فالمدعي يقع عليه عبئ إثبات الدعوى، و المدعى عليه هو الذي يثبت الدفع فيستطيع أي منهما أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه فيما يجب عليه هو أن يثبته فيستبدل بعبئ الإثبات الإحتكام إلى ضمير الخصم.

ولما كان توجيه اليمين الحاسمة كما قدمنا تصرف قانوني، إذ هو تحكيم لضمير الخصم، فإنه يجب لصحته ما يجب لصحة المصالحة طبقا للمادة 460 من القانون المدني وهذا من ناحية الأهلية و من ناحية الإرادة يجب أن يكون توجيه اليمين الحاسمة غير مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه.¹

أما من ناحية التوكيل في توجيه اليمين فيجب أن تكون هناك وكالة خاصة، كما أنه ترد عليه الصورية كما ترد على الإقرار، ويكون ذلك نتيجة لتواطؤ الخصمين إضرارا بحقوق الغير كالدائنين و الشركاء و الخلف، فيخفي الخصم الأدلة التي يملكها لإثبات حقه و يقتصر على توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه، فيحلفها هذا، فيخسر المدعي دعواه و يضر بذلك دائنيه

1_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 682.

وشركاءه و الخلف و غيرهم ممن لهم مصلحة، فيجوز لهؤلاء التدخل في الدعوى قبل صدور الحكم لمنع الإضرار بحقوقهم، أو يعارضوا فيه عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة لإثبات التواطؤ إذا كان لأي من الخصمين ممن يحمل عبئ الإثبات توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه، فإن للقاضي رقابة عليه في توجيه هذه اليمين، فاليمين الحاسمة يوجهها الخصم لا القاضي على انه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها ومعني ذلك أن توجيه اليمين الحاسمة يكون دائما معلقا على إذن القاضي وله أن يمنع توجيهها إذا رأى أنها كيدية.

ويلاحظ انه إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها غير محتملة الصدق أو كذبتها مستندات الدعوى وكانت غير منتجة كان مدعي الواقعة وهو يوجه اليمين إلى خصمه متعسفا في توجيهها، فيتدخل القاضي لمنعها إذا كانت الواقعة ثابتة دون حاجة إلى حلف اليمين والذي يتعسف في توجيه اليمين هو الخصم الآخر فلا يقبل القاضي توجيه هذه اليمين لأنه يستطيع الحكم بثبوت الحق المدعى به بمقتضى الأدلة المقدمة دون حاجة إلى تحليف المدعي أية يمين.

فرقابة القاضي لمنع التعسف في توجيه اليمين على النحو الذي بسطناه تعتبر خطوة طيبة نحو إيجابية موقف القاضي من الإثبات.¹

توجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر الذي له حق المطالبة بالإثبات وتوجيه اليمين إليه تقلب موقفه فبعد أن كان غير مكلف بشيء وما عليه إلا أن ينتظر من خصمه تقديم الدليل على دعواه فإن لم يقدم هذا الدليل خسر الدعوى وخرج الخصم من القضية منتصرا دون أن يقوم بعمل، إذا به بعد أن وجهت إليه اليمين يرى نفسه مضطرا إلى قبول احتكام خصمه إلى ضميره، إذا لم يختار هو بدوره أن يحتكم إلي ضمير خصمه برد اليمين عليه، فهو إنما

1_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 691 .

يكسب الدعوى إذا حلف اليمين، فأصبح عندئذ مكلفا بشيء يقوم به حتى يكسب الدعوى، وقد كان قبل توجيه اليمين إليه غير مكلف بشيء وإذا نكل عن حلف اليمين، كان في هذا معنى الإقرار بحق خصمه، فالإقرار ينطوي على نزول عن حق المطالبة بالإثبات، وهو الحق الذي كان له قبل توجيه اليمين إليه.

فلا يجوز توجيه اليمين إلا إلى خصم أصلي في الدعوى، فإذا رفع الدائن باسم مدينه دعوى الدين على مدين مدينه، فلا يجوز للمدعي عليه في هذه الدعوى أن يوجه اليمين الحاسمة إلى دائن الدائن لأنه ليس نائبا عن الدائن و ليس خصما أصليا في الدعوى فيجب أن يكون توجيه اليمين إلى الدائن وهو الخصم الأصلي بعد إدخاله في الدعوى ولا توجه اليمين إلى الوكيل إذا كانت الواقعة المراد إثباتها منسوبة إلى الأصيل.

كما أنه يجب أن تتوافر فيمن توجه إليه اليمين أهلية التصرف في الحق الذي توجه إليه فيه باليمين، ذلك أن كل خصم توجه إليه اليمين يجب أن يكون قادرا على الخيار ما بين الحلف والرد والنكول، ورد اليمين كتوجيهها تشترط فيه أهلية التصرف، والنكول كالإقرار لا يملكه إلا من ملك التصرف في الحق، ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين إلى قاصر لم يبلغ سن الرشد إلا فيما يملك من أعمال الإدارة، ولا للمحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه، ولا يجوز توجيهها إلى النائب عن هؤلاء كوصي أو قيم إلا عن أعمال صدرت منه شخصيا أو عن أعمال الإدارة التي يملكها، أما الولي فيملك التصرف في مال الصغير، فيجوز توجيه اليمين إليه.

ويجب أن تتوفر أهلية التصرف فيمن توجه إليه اليمين وقت الحلف لا وقت توجيه اليمين، كما انه يجوز التوكيل في توجيه اليمين بمقتضى وكالة خاصة فإنه لا يجوز التوكيل أصلا في حلف اليمين، ذلك أن النيابة تجرى في الاستحلاف ولا تجرى في الحلف.¹

3. زمن توجيه اليمين الحاسمة :

1_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 692.

تنص المادة 2/344م على أنه " يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة تكون عليها الدعوى" و إنطلاقاً من هذا النص فيمكن توجيه اليمين الحاسمة في جميع مراحل الدعوى، ما دام لم يصدر في القضية حكم نهائي، وذلك لأن الخاصية الأساسية لهذه اليمين هي إنهاء النزاع، والتنازل عما عداها من أدلة إثبات.

كما يجوز للخصم بعد قفل باب المرافعة طلب إعادة فتحها و توجيه اليمين إلى خصمه، ويمكن أيضاً توجيه اليمين طالما لم يصدر في النزاع حكم تعلق به حجية الشيء المحكوم فيه، ولو كان قد صدرت في النزاع أحكام تحضيرية أو تمهيدية، تم تنفيذها ولو وقع في القضية خبرة أو تحقيق كما انه يمكن توجيه اليمين الحاسمة لأول مرة أمام المجلس القضائي في حالة الإستئناف ولكن لا يمكن توجيهها لأول مرة أمام المحكمة العليا.

ويجوز توجيه هذه اليمين أيضاً أمام جميع جهات القضاء المدنية و التجارية، ولكنها لا توجه أمام قاضي الأمور المستعجلة وذلك لأن من خاصية القضاء المستعجل أنه قضاء وقتي و أنه لا يمس بأصل الحق، بينما تتميز اليمين الحاسمة بأنها من شأنها وضع حد نهائي للنزاع بصفة قاطعة¹.

4. توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الإحتياط :

ليس في القانون ما يمنع من أن يوجه الخصم يمينا إلى خصمه على سبيل الإحتياط ولكن الخلاف يتعلق بتكليف هذه اليمين الموجهة على هذه الصفة ويحسن هنا أن نميز بين فروض ثلاثة حتى لا يقع لبس فيما بينها ولا يختلط بعضها ببعض.

الفرض الأول: أن يقدم الخصم أدلة على ادعائه فيفحصها القاضي ولا يقتنع بها وإذا عرف الخصم منه ذلك، ينزل عما قدم من أدلة ويقتصر على توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه، وهذا دون شك جائز.

1_ يحي بكوش، مرجع سابق، ص 313، 314.

الفرض الثاني: أن يوجه الخصم اليمين الحاسمة إلى خصمه ويقول أنه يوجهها ابتداءً حتى إذا حلفها الخصم فإنه يحتفظ لنفسه بالحق في تقديم أدلة أخرى وهذا دون شك غير جائز، فإنه متى حلف الخصم اليمين، خسر من وجهها إليه دعواه، ولا يسمح له بالرجوع إلى هذه الدعوى، بل إن مجرد القبول الخصم لحلف اليمين الموجهة إليه تمنعه من وجه اليمين من الرجوع في توجيهها، ومن ثم تمنعه من التقدم بأدلة أخرى.

الفرض الثالث: أن يقدم الخصم أدلة على أدائه ويقول انه على سبيل الاحتياط، في حالة ما إذا لم يقتنع القاضي بهذه الأدلة، يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه، وهذا هو توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط وهو الفرض الدقيق الذي نقف عنده قليلاً ونذكر بادئ ذي بدء أن الخصم قد يجد نفسه في حاجة إلى هذا الاحتياط، فقد يكون الحكم الذي يوشك أن يصدر في دعواه حكماً نهائياً، بأن كانت الدعوى أمام محكمة الاستئناف أو كانت مما لا يجوز الاستئناف فيه، وقد قدم ما في وسعه أن يقدمه من أدلة الإثبات وهو في شك من اقتناع القاضي بها، فيخشى أن هو ترك القاضي يفصل في الدعوى بحالتها هذه، أن يصدر حكم نهائي برفضها، فلا يستطيع بعد ذلك أن يوجه اليمين إلى خصمه لذلك يطالب في حالة ما إذا لم يقتنع القاضي بالأدلة المقدمة أن تعاد القضية إلى المرافعة لتوجيه اليمين الحاسمة، فطلب إعادة القضية للمرافعة هو طلب معلق على شرط عدم اقتناع القاضي بها فهو يحتفظ لنفسه على سبيل الاحتياط بتوجيه اليمين.

فهذا الفرض الثالث لا تثريب على الخصم فيه، فهو يقدم أدلته و يطلب في الوقت ذاته توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه إذا لم تقتنع المحكمة بهذه الأدلة، و ما دام يستطيع توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى إلى أن يصدر حكم نهائي فالفرض الذي نحن

بصدده لم يصدر حكم نهائي، فيجوز له إذن أن يوجه اليمين الحاسمة في هذه الحالة من حالات الدعوى¹.

5. الإتفاق على عدم توجيه اليمين:

قد يكره الشخص أن توجه إليه اليمين لإعتبارات مختلفة فيحتاط لنفسه بالإتفاق مع من يتعاقد معه على عدم توجيه اليمين إليه في أي نزاع ينشأ بينهما مستقبلاً بسبب تنفيذ العقد، فهل يصح هذا النوع من الاتفاق؟

يعتقد بعض الفقهاء أن هذا الاتفاق صحيح لأنه ليس فيه ما يخالف النظام العام و الآداب العامة².

ولكن بعض المحاكم المصرية قضت بعكس ذلك، و قد بنت أحكامها على أن الاتفاق في هذه الحالة يكون حاصلًا قبل وجود أية خصومة أي في وقت لا يستطيع المتعهد أن يقدر فيه مدى تعهده³.

وفي القانون المدني الجزائري لا يوجد أي نص يشير إلى جواز الأطراف في الإتفاق على عدم توجيه اليمين الحاسمة و هو ما سنتطرق إليه بالدراسة لاحقاً.

6. موضوع اليمين الحاسمة:

تنص المادة 344 من القانون المدني على أنه: "لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام، و يجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين، فإذا كانت غير شخصية له، قامت اليمين على مجرد علمه بها".

1_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 702، 697.

2_ سعدون العامري، موجز نظرية الإثبات، الطبعة الثانية، مطبعة المعارف، بغداد، 1966، ص 118.

3_ سليمان مر قس، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية الطبعة الأولى، دار النشر للجامعات، القاهرة، 1957، ص

فيمكن أن يتعلق موضوع اليمين بجميع أنواع المنازعات بدون تمييز بين ما إذا كان النزاع شخصياً، أو عينياً، أو مدنياً أو تجارياً، و سواء كان النزاع يدور حول الملكية العقارية، و الحقوق المتفرعة عنها، أو بالحيازة المجردة.

كما يمكن أن تتعلق اليمين بالنزاع الذي تجاوز مقداره حدود النصاب القانوني أي 1000 دج أو لإثبات ما يجاوز أو يخالف مضمون كتابة بين الخصوم، و لو بدون وجود بداية ثبوت بالكتابة.

لكن لا يمكن قبول اليمين الحاسمة لإثبات ما يخالف أو يجاوز مضمون كتابة رسمية بالنسبة للوقائع التي تعتبر ثابتة فيها إلى أن يطعن فيها بالتزوير¹.

كما يمكن توجيه اليمين الحاسمة لإثبات وقائع غير أخلاقية أو غير شرعية مثل الأفعال الربوية أو قائع الإغراء لإثبات انعدام حرية التعاقد المتنازع فيه، فيجوز للمقترض أن يوجه اليمين إلى المقرض ليحلف على أن مبلغ القرض الذي يطالب به لا يشتمل على فوائد ربوية فاحشة، و يجوز للمدين بسند أن يوجه اليمين إلى الدائن ليحلف أن سبب الدين ليس سبب غير مشروع كمقامرة أو رهان.

و لكن لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة فيما يتعلق بالوقائع التي تمس الدعوى العمومية أثناء المرافعة الجزائية، سواء كانت يمينا حاسمة أو يمينا متممة، تأسيساً على أنه لا يصح أن يكون النكول عن اليمين دليلاً على ارتكاب الجريمة و لا يجوز إحراج مركز الخصم وتحليفه مدنياً على ما لا يجوز التحليف عليه جنائياً.

و لا ترد اليمين على مسألة من مسائل القانون ذلك أن استخلاص حكم القانون من شأن القاضي وحده لا من شأن الخصوم.

و على العموم يمكن أن ترد اليمين على أي نوع من أنواع الدعاوى، و يتعين على المحكمة التي تقدر عدم لزوم توجيه اليمين تسببب حكمها على أن اليمين الحاسمة ترد على

2_ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 270.

واقعة حاسمة في الدعوى لأن مهمة هذه اليمين هو حسم النزاع و هي بمجرد توجيهها إلى الخصم تقرر مصير الدعوى، فإن حلفها خسر المدعي دعواه، وإذا نكل أجيب المدعي إلى طلباته، وإذا ردها و حلف المدعي كسب الدعوى، أو ردها و نكل المدعي خسر الدعوى، فعلى أي وجه من الوجوه تنتهي اليمين الحاسمة، فإن النزاع لا بد أن ينحسم بها، و كون الواقعة متعلقة بالدعوى و حاسمة في النزاع أم لا هي مسألة واقع لا مسألة قانون، ومن ثم فهي غير خاضعة لرقابة المحكمة العليا على أنه إذا قضت المحكمة بعدم قبول اليمين أو رفضها فإن حكمها يكون موضوع رقابة من المحكمة العليا.

كما أنه يجب عدم مخالفة الواقعة للنظام العام، و يجب أن تكون الواقعة التي يطلب الحلف عليها غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب و ذلك لأن توجيه اليمين الحاسمة هو في حقيقة الأمر مصالحة أو تحكيم كما تقدم و كل من المصالحة و التحكيم يتضمن تنازلاً عن بعض الحقوق، و من ثم لا يصح للمرء أن يتصرف فيها، و أن يقر بها و مثالها مسائل الأحوال الشخصية و خاصة منها الأهلية (م 45 قم) والحرية الشخصية (م46قم) والجنسية لتعلق هذه المسائل بمجال النظام العام كما لا يجوز توجيهها في مسائل النكاح والطلاق و النسب و الخلع لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة لإقامة الدليل على تصرف يشترط القانون لوجوده شكلاً خاصاً كالكتابة، لأن الكتابة ليست مجرد دليل فحسب بل هي شرط من شروط الإنعقاد وذلك مثل التعامل في بعض المجالات التجارية والعقارية كما لا تقبل اليمين لنقض قرينة قانونية على إعتبارات ترجع إلى النظام العام مثل قرينة حجية الأحكام، ويلاحظ أنه في جميع الحالات التي لا يجوز فيها توجيه اليمين يستطيع الخصم الموجهة إليه أن يرفضها أو يمتنع عن أدائها و على فرض قبوله فإن على المحكمة أن تمنع ذلك¹.

7. عدم جواز الرجوع في اليمين الحاسمة:

1_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 702، 710.

تنص المادة 345 من القانون المدني على أنه "لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف ذلك اليمين" فمن هذا النص يتبين أنه يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: و هي حالة سابقة لقبول اليمين، طالما لم يعلن الخصم عن قبوله لأداء اليمين الموجهة إليه، فإن بإمكان الخصم الموجه لها أن يرجع عنها، شأنه في ذلك شأن أي إتفاق، فالقبول وحده هو الذي يمنع من الرجوع عن اليمين لا يخضع هذا الرجوع لأي شكل خاص فيمكن أن يكون صريحا، إما بمذكرات مودعة أمام المحكمة أو بعمل خارج عن القضاء إذا بلغ إلى الخصم، كما يمكن أن يكون الرجوع ضمنيا إذا استفيد ذلك من ظروف الدعوى¹.

و قد قضي بأن الخصم الذي يوجه اليمين إلى الخصم الآخر يعتبر متراجعا عن توجيه تلك اليمين إذا قام باستئناف الحكم الذي يتضمن توجيهها و يمكن أن يكون الرجوع صادرا عن الخصم الذي قام بتوجيه اليمين، كما يمكن أن يكون صادرا من الخصم الذي ردها، ففي الحالة الأولى يزول كل أثر لليمين الحاسمة أما في الثانية فتزول اليمين وحدها و يبقى توجيهها قائما.

الحالة الثانية: و بعد قبول الخصم لأداء اليمين الموجهة إليه، ينعقد الاتفاق بصفة نهائية، بحيث لا يمكن لمن وجهها أن يرجع عنها، كما لا يمكن لمن قبلها أن ينتصل من هذا القبولومفاد ذلك أنه إذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا في جوازها و لا في تعلقها بالدعوى، وجب عليه إن كان حاضرا بنفسه أن يحلفها فورا أو يردها على خصمه، و إلا إعتبر ناكلا، و يجوز للمحكمة أن تعطيه ميعادا للحلف إذا رأت لذلك وجهها، فإن لم يكن حاضرا وجب تكليفه على أيد محضر بالحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته، فإن حضر و امتنع دون أن ينازع أو تخلف بغير عذر إعتبر ناكلا كذلك لا يعبر قبولا لليمين أن يرضى الخصم بحلفها على بعض الوقائع دون البعض الآخر لأن الحكمة من اليمين هي وضع حد نهائي للنزاع كله على أن التعديل البسيط لليمين، لكي تصبح منتجة في الدعوى لا يعد

1_ يحي بكوش، مرجع سابق، ص 315، 320.

رفضاً لها كما أنه إذا صدر إقرار من الخصم الذي وجهت إليه اليمين، لم يكن هناك محل لليمين، و يعد هذا الإقرار أقوى من النكول عن اليمين، و عليه فيجوز لمن وجه اليمين أن يرجع عنها.

و يلاحظ أن بإمكان الخصم بعد قبوله اليمين، أن يقيم الدليل على أن قبوله كان نتيجة وجود عيب في إرادته من إكراه أو تدليس أو غلط و يطلب الرجوع عن قبوله¹.

ثانياً: الآثار المترتبة على توجيه اليمين الحاسمة

إذا وجهت اليمين الحاسمة إلى الخصم وفقاً للأحكام السالفة الذكر، لم يصغ هذا الخصم إلا أحد الأمرين: إما أن يحلف اليمين، و إما أن يردها على من وجهها، فإذا لم يحلف اليمين أو يردها، عد ناكلاً و خسر الدعوى. فتوجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم يترتب عليه حتماً من جانب هذا الخصم أحد مواقف الثلاثة:

إما أن يحلف اليمين وإما أن يردها على خصمه إما أن يمتنع عن الحلف فيعد ناكلاً. ثم إن لحلف اليمين أو النكول عنها حجية حددها القانون مع جواز نقلها فهذه المسائل الخمس نتكلم فيها على التعاقب.

1. حلف اليمين و ردها و النكول عنها: يترتب على عملية توجيه اليمين الحاسمة ثلاث

إحتمالات، فإن الخصم إما أن يقبل اليمين و يقوم بأدائها و إما أن يردها على صاحبها و إما أن يرفض أدائها و لا يردها وهناك آثار لليمين تتعلق بأشخاص الخصومة و سنتولى دراسة ذلك على النحو الآتي:

* أن يقوم الخصم بأداء اليمين: إذا حلف الخصم الذي وجهت إليه اليمين، أصبح مضمون تلك اليمين حجة ملزمة للمحكمة بحيث أن المدعى عليه إذا أقسم المدعى عليه بإنكار دعوى المدعى، فإن على المحكمة أن تقضي برفض الدعوى دون النظر إلى قناعتها أو عدم قناعتها

1_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 715.

بصحتها فالقاضي يفقد كل السلطة في تقدير مضمون اليمين لأن اليمين الحاسمة عملية إتفاق بين الطرفين ولا يجوز للقاضي أن يتدخل في الإتفاقات وإنما تنحصر مهمته في التأكد من عملية تأدية اليمين و ترتيب أثارها القانونية¹ و يكون الحكم برفض الدعوى هنا حكما نهائيا، و تتعلق به حجية الشيء المحكوم فيه، لأن طبيعة اليمين إنما تحسم النزاع بصفة نهائية، فيمتنع بعد ذلك على المحكمة أن تتناول النزاع من جديد بالنسبة للواقعة موضوع اليمين، لأن اليمين تشكل حجة قاطعة لا تملك المحكمة أية سلطة تقديرية في شأنها، كما يمتنع على المحكوم عليه أن يثبت صحة الواقعة التي نكل فيها عن الحلف، و ذلك مهما كانت أدلة الإثبات، و على أساس أن اليمين الحاسمة ذات طابع إتفاقي و رضائي من شأنه إنهاء الخصومة، فإنه يترتب على الحكم الصادر بعد اليمين عدم قبول إستئناف بشأنه، و لكن ينبغي الإشارة إلى إمكانية قبول الإستئناف إذا كان توجيه اليمين غير واقع طبقا للقانون، فإذا انصبت اليمين على واقعة مخالفة للنظام العام أو في قضايا الطلاق والزواج والنسب أو الجنايات، كان الحكم قابلا للاستئناف ويكون الإستئناف جائزا إذا قامت المحكمة بتعديل اليمين بزيادة أو نقصان أدت إلى تشويهها ويكون الاستئناف مقبول أيضا إذا كانت اليمين مؤسسة على غش أو تدليس أو إكراه.

ويترتب على أداء اليمين أنه يمتنع على الخصم الآخر أن يحبط مفعولها بأن يعمد إلى التقليل من أثارها و بيان تزويرها أو كذبها، و تنص المادة 346 من القانون المدني على أنه: " لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أوردت عليه، على أنه إذا أثبت كذب اليمين بحكم جنائي، فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده".

وهذا النص يفيد أن ثبوت كذب اليمين بحكم جزائي لا يؤثر فيها، يتعلق بالحكم المدني، الذي انبنا على اليمين الكاذبة من حجية الشيء المحكوم فيه، ولكنه من جهة أخرى يخول من رفضت دعواه من حكم عليه بناء على هذه اليمين الكاذبة أن يطالب تعويضات عما أصابه من

1_ يحي بكوش، مرجع سابق، ص 321.

ضرر على انه إذا كان لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين فإن بإمكانه أن يقدم بلاغا إلى النيابة العامة حتى تقوم هي بتحريك الدعوى العمومية، وليست في القواعد العامة ما يمنع من ذلك،¹ و لكن لا يجوز للمضروب أن يتدخل في هذه الدعوى مدعيا مدنيا، ولا يجوز له إذا إمتنعت النيابة العامة من تحريك الدعوى العمومية أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة.

أما إذا أقامت النيابة دعواها وصدر حكم بالإدانة أصبح نهائيا، فإنه يحق حينئذ للخصم المتضرر من اليمين الكاذبة أن يطالب بتعويضات أمام المحكمة المدنية بدعوى مستقلة ومع ذلك، فيبقى للحكم المؤسس على اليمين الكاذبة حجيتها المطلقة ولا يفتح للخصم المتضرر أي طريق من طرق الطعن في هذا الحكم، وإن الفقرة الأخيرة من المادة 346 ق م قد إقتصرت على التنبيه إلى أنه إذا كشف الحكم الجنائي عن وجه من وجوه إعادة النظر في الأحكام أو كان سببا في الحصول على مستندات صالحة لتأييد إدعائه كان الحالف قد أخفاها أو حمل على إخفائها فإنه يجوز للخصم الذي وجه اليمين في تلك الظروف أن يطالب إعادة المحاكمة إذا كانت مدة طلب الإعادة لم تنقض، ولكنه لا يستطيع استعمال طريق من طرق الطعن لم يكن له قبل ثبوت كذب اليمين.

و يجب على الخصم الذي وجهت إليه اليمين ولم يردها على خصمه أن يؤديها بنفسه لأن الخصم قد إحتكم إلى ضميره فلا يصح أن يوكل عنه غيره في الحلف، وهذا بعكس التوكيل في التحليف إذ تصح النيابة فيه، و يجب أن تؤدي اليمين بالصيغة التي قررها الحكم وهي الصيغة التي وجهها فيها الخصم، وليس للمحكمة سلطة تعديل تلك الصيغة وهذا راجع إلى أن ليس لها حق توجيه اليمين الحاسمة بصفة تلقائية.

1_ يحي بكوش، نفس المرجع، ص 322، 323.

على أن للمحكمة أن تقوم بتعديل صيغة اليمين المبهمّة تعديلاً لا يؤثر في جوهر الإتفاق الذي أعربت عنه تلك اليمين، كما لا يحق للخصم أن يقوم بتغيير صيغة اليمين أصلاً، وأنه لا يعتبر حلفاً إلا إذا آداها في صيغتها التي وجهت إليه.¹

*** أن يرد الخصم اليمين على من وجهها إليه :**

تنص المادة 2/343 ق م على أنه : "ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بليستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين"

والخصم هنا مخير بين أن يقوم بتأدية اليمين، وبين أن يردها على من وجهها إليه بشرط أن تكون الواقعة موضوع اليمين مشتركة بينهما، مثل واقعة الإقراض أو الوفاء أو البيع والسبب في ذلك هو أن اليمين الحاسمة عبارة عن إحتكام إلى ضمير الخصم كما تقدم، فيستطيع الخصم الذي وجهت إليه اليمين أن يقوم بدوره بالإحتكام إلى ضمير خصمه، أما إذا كانت الواقعة خاصة بشخص من وجهت إليه اليمين فإنه لا يجوز الرد ومثال ذلك إذا كانت اليمين منصبة على علم الوارث أو عدم علمه بتصرف صدر من مورثه، وكذلك توجيه الشفيع اليمين إلى المشتري أن يرد اليمين على طالب الشفعة، لأن هذا أجنبي عن الإتفاق الخاص بالثمن فلا يمكنه التأكد من حقيقة مقداره ويجب أن يقع رد اليمين على نفس اليمين الموجهة، أما إذا وقع على صيغة معدلة منها إعتبر ذلك توجيهها ليمين جديدة وجاز فيها الرد مرة ثانية، ومتى ردت اليمين فإنه لا يمكن ردها ثانية.

*** أن يرفض الخصم أداء اليمين ولا يردها، وهو النكول : وقد نصت على هذه الحالة**

المادة 347 ق م بقولها: " كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها، خسر دعواه".

1_ يحي بكوش، نفس المرجع، ص 322، 324.

والنكول موقف سلبي يقفه الخصم يتمثل في عدم الحلف حينما يتوجب عليه الحلف فإذا لم يقم بأداء اليمين الموجهة إليه حكم عليه لفائدة من وجه إليه اليمينولة ذلك أن المشرع اعتبر النكول إقرارا ضمنيا من طرف الخصم، ولا يجوز الرجوع عن الإقرار .

ومن ثم فلا يجوز للخصم الناكل يطلب السماح له بالحلف من جديد، ويترتب على ذلك أيضا عدم تجزئة اليمين كما هو الشأن بالنسبة للإقرار¹.

ويترتب على النكول أيضا إمتناع إثبات صحة الواقعة التي نكل فيها بأي طريق من الإثبات الأخرى على أنه لا يعد ناكلا عن اليمين إذا رفض الخصم أداءها على واقعة غير متعلقة بشخصه وذلك مثل الوارث إذا رفض أن يحلف على أن مورثه لم يتسلم المبلغ المدعى به.

* آثار اليمين من حيث الأشخاص :

تعتبر اليمين الحاسمة كالإقرار ذات حجية قاصرة سواء في ذلك الحلف أو النكول فهي في حالة الحلف حجة على الحالف وحده وعلى ورثته بصفته خلفا عاما له، ولا يتعدى أثرها إلى غير الخصم الحالف و ورثته وأنه لا أثر لليمين على الشريك، وبعبارة أخرى فإنه لا يجوز للغير الخارج عن الخصومة أن يحتج باليمين، كما أنه لا يجوز للخصم أن يتمسك باليمين اتجاه الغير، ويقرر الفقهاء أن آثار اليمين الحاسمة هي نفس آثار العقود والالتزامات، وهي لا تسري إلا على المتعاقدين ولكن هذه القاعدة قد تختلف عندما توجد حالة من حالات التضامن بين الخصم الذي أدى اليمين أو نكل عنها، وبين غيره².

فنصت المادة 2/232 و 3 ق م على ذلك يقولها : " إذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين الموجهة إليه، أو إذا وجه هذه اليمين إلى الدائن وأداها هذا الأخير فلا يضار بذلك

1_ يحي بكوش، نفس المرجع، ص 324، 325.

2_ يحي بكوش، نفس المرجع، ص 326.

باقي المدينين، وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين وحلفها المدين فيستفيد منها الباقيون ."

والمقصود من هذا النص أنه يجوز أن يستفيد المدينون المتضامنون من اليمين إذا حلفها واحد منهم، أو وجهها للدائن فنكل عنها، وكذلك يستفيد منها الدائنون المتضامنون إذا حلف أحدهم بما يفيد الآخرين أو وجهها للمدين فنكل عنها، ولكن لا يضر سائر الدائنين المتضامنين باليمين التي يحلفها أو ينكل عنها أحدهم أو التي يوجهها هذا إلى الدائن، وقد حاول المشرع بهذا النص أن يوفق بين قواعد نسبية آثار اليمين وبين قواعد التضامن التي تتعارض معها والتي تقضي بأن عمل المدينين المتضامنين يفيد الآخرين.

2. حجية اليمين الحاسمة :

اليمين الحاسمة كالإقرار حجيتها قاصرة كما قدمنا، سواء في ذلك عند الحلف أو عند النكول.

***من حيث الحلف :** فمن وجه اليمين واحتكم بذلك إلى ذمة خصمه كان أثر هذا الإحتكام قاصرا عليه هو وورثته بصفتهم خلفا عاما له ولا يتعدى هذا الأثر إلى غير الخصم وورثته، فلا يتعدى إلى الشريك أو الورثة فيما بينهم أو المدين المتضامن، فلو وجه أحد الشركاء في الشيوخ اليمين إلى مدعي استحقاق الملك الشائع وحلف كانت اليمين حجة على الشريك الذي وجه اليمين دون غيره من الشركاء ولو وجه أحد المدينين المتضامنين اليمين إلى الدائن وحلف كانت اليمين حجة على المدين الذي وجه اليمين دون غيره من المدينين.

وإذا ادعى شخص دينا على آخر، فوجه المدعى عليه اليمين إلى المدعى فحلف كانت اليمين حجة على من وجهها ولا تكون حجة على دائنيه إذا طعنوا في اليمين بالتواطؤ وإذا تنازع شخصان على عقار وباع أحدهما هذا العقار، ثم وجه اليمين للمتنازع عنه فحلف كانت اليمين حجة على من وجهها دون المشتري منه أما إذا كان حلف اليمين قبل البيع كانت اليمين حجة على المشتري.

*من حيث النكول : أما من حيث النكول، فمن نكل من الشركاء في الشيوعكان نكوله حجة دون سائر الشركاء ومن نكل من الورثة كان نكوله حجة عليه دون سائر الورثة ومن نكل من المدنيين المتضامنين كان نكوله حجة عليه دون سائر المدنيين¹.

وحجية اليمين هي حجية قاطعة بالنسبة لأطرافها والقاضي معا إذ أن توجيهها يسقط حق طالبها من الاستناد إلى أي دليل آخر ولو توفر، ولا يجوز لأي من الخصمين أن يثبت عكس دلالة اليمين الحاسمة أداء ونكولا، ومن ثم لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أدائها من الخصم الذي وجهت إليه أو ردت إليه².

*المقصود بتوزيع عبئ الإثبات في اليمين الحاسمة :

تقتضي القاعدة الأصلية في عبئ الإثبات في الفقه القانونيان البيئة يكلف بها المدعي فهو الذي يتكفل بمهمة القيام بعبئ الإثبات، فقد تكفل المشرع بالقيام بتوزيع عبئ الإثبات بين أطراف النزاع بحيث يكتفي من المكلف به أصلا أن يقوم بإثبات ما يرجح وجود حقه فيذمة خصمه، لينتقل إلى خصمه عبئ إثبات ما أثبته المدعي، وهكذا إلى أن يخفق أحد الخصمين في دفع ما قام خصمه بإثباته فيخسر الدعوى³.

أما نقل عبئ الإثبات، بمعنى تكليف القاضي لأحد الخصمين بما هو من إختصاص خصمه، فقد أقره القانون المدني الجزائري، حيث أجاز في اليمين الحاسمة - وهي لا تكون إلا أمام القضاء - أن يوجه أحد الخصمين اليمين إلى خصمه ليقوم بحلفها محتكما إلى ضميره وذمته فإذا ما حلف برئت ذمته.

1_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 741،743.

2_ نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية و التجارية في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة سنة 2000، ص 234.

1_ نبيل ابراهيم سعد، نفس المرجع السابق، ص 230.

ويجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها إلى خصمه، وهذا ما تقتضي به المادة 343 من القانون المدني وهذا بغض النظر عن كون الذي وجهها هو المدعي أو المدعى عليه، والقاضي لا يملك إلا أن يجيب طلب توجيهها ما دام طالبها غير متعسف في طلبه، وإذا نكل الخصم الذي وجهت إليه عن الحلف دون أن يردها أو نكل الذي ردت عليه، فإنه يخسر دعواه وهذا ما نصت عليه المادة 347 من القانون المدني.

وبناء على ما تقدم فإن القانون المدني يؤيد نقل عبئ الإثبات من الشخص المكلف به إلى خصمه ويتمثل ذلك في جواز رد اليمين الحاسمة من الشخص المكلف بها إلى خصمه.

المطلب الثاني : دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات بموجب الإتفاق

بعدما تعرضنا في المطلب السابق إلى دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات بموجب الإقرار واليمين الحاسمة، سنتعرض في هذا المبحث إلى اتفاق الخصوم أنفسهم قبل وقوع النزاع أو أثناءه على تعديل القاعدة العامة في عبئ الإثبات، فيتم الإتفاق بينهم على أنالذي يكلف بالبينة هو المدعى عليه والذي يكلف باليمين هو المدعي فهل مثل هذا الإتفاق جائز ويقره المشرع؟ أم أن الأمر بخلاف ذلك؟ هذا ما سنتعرض له.

الفرع الأول : التعديل الإتفاقي لقواعد عبئ الإثبات

يقتضى البحث في هذه المسألة أن نتعرض لبحث المسألة تعلق قواعد عبئ الإثبات بالنظام العام، والحقيقة أنه إذا كان من المتفق عليه أن قواعد الإثبات الإجرائية التي يتعين إتباعها أمام المحاكم في إثبات الدعوى والمواجهة بالأدلة تتعلق بالنظام العام، وبالتالي فإنه لا يجوز للأطراف أن يتفقوا على خلاف ما تقتضي به، كما يجوز لأي طرف أن يتمسك بها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى و لو لأول مرة أمام المحكمة العليا، وذلك لأنها تتعلق بسير أعمال السلطة القضائية وبالتالي فإنه لا يملك الأطراف تغييرها عن طريق الاتفاق، إذا كان الأمر كذلك

بالنسبة للقواعد الإجرائية فإن الأمر مختلف بالنسبة للقواعد الموضوعية التي تتعلق بمحل الإثبات وعبئه وتنظيم طرقه، فاختلف بشأنها الفقه القانوني هل تتعلق بالنظام العام أم لا؟ ونجد هنا مذهبين :

المذهب الأول: يرى أنصاره أن قواعد الإثبات الموضوعية، ومنها عبئ الإثبات تتعلق بالنظام العام وهذا المذهب يعتنقه جمهور الفقه الفرنسي، ويرى أنصار هذا الاتجاه أن التصوير التنظيمي للعدالة يجب أن يغلب على التصوير الإتفاقي أو الفردي، فإذا كان المشرع قد نظم سلفاً قواعد الإثبات الموضوعية فإن هدفه من ذلك توفير الضمانات الجوهرية لتحقيق العدالة فالخصوم لهم كامل الحرية في اللجوء إلى القضاء من عدمه فإذا هم ارتضوا اللجوء إليه طلباً لحماية حقوقهم فإنهم يكونون قد وضعوا باختيارهم حداً لحريرتهم ولا يسعهم إلا الإنصياع لما وضعه القانون من قواعد إجرائية أو موضوعية فيلتزمون باتباعها، وبالتالي لا يجوز للأطراف الإتفاق سلفاً على خلاف ما تقضي به هذه القواعد أو التنازل عنها¹ لأن المصلحة العامة تقتضي أن يقوم الجهاز القضائي بما هو مكلف به على أكمل وجه دون أن يعرقل سيره اتفاق الأطراف، والواقع أن ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه لا يخلو من شطط واضح، ذلك أن الخصومة لا تمس سوى مصالح الأطراف الخاصة، و ليس لها شأن بالمصلحة العامة بل إن الغاية العظمى من تنظيم الجهاز القضائي إنما هي حماية مصالح الأفراد الخاصة.

المذهب الثاني: يرى أنصاره أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام ولا سيما عبئ الإثبات، وهذا المذهب يؤيده الفقه المصري و القضاء. و حجتهم أن الخصومة ملك لأطرافها والقانون كفل لهم حرية تقاضي، و مادام أن القانون كفل الفرد حرية التصرف في حقوقه بما في ذلك التنازل عنها، فيكون لهم من باب أولى الحق في حمايتها بما يراه محققاً لمصلحته، ومن ثم فإنه يجوز أن يتفق الطرفان مقدماً على خلاف ما تقضي به هذه القواعد و إن كان هناك خلاف في الفقه المصري في إعتبار بعض القواعد المتعلقة بطرق الإثبات من

1_ محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص.303

النظام العام، وبحث هذا الخلاف خارج عن نطاق بحثنا والذي يهمننا هو أن الاتفاق قائم بين الفقه المصري على إعتبار القواعد المتعلقة بعبئ الإثبات ليست متعلقة بالنظام العام ومن ثم يجوز للأطراف أن يتفقوا على خلافها، كأن يتفقوا على أن يعفى المدعي من عبئ الإثبات، أو يكلف به المدعى عليه وهذه بعض الأمثلة التي توضح ذلك¹.

تنص المادة 138 ق م بأن " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الإستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء " ومع ذلك فإنه يجوز الاتفاق مقدماً على تعديل هذه القاعدة، كأن يتفق شريكان في مرعى واحد على أن كل ضرر يقع من مواشي أحدهما على مواشي الآخر لا يكون الأول مسؤول عنه إلا إذا أثبت شريكه التقصير أو الإهمال في جانبه.

وتنص المادة 1/496 ق م بأن المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب ليس من فعله " ومع ذلك فإنه يجوز الإتفاق مقدماً على نقل عبئ الإثبات إلى المؤجر، كأن يتفقا على أن المستأجر غير مسؤول عن أي حريق في العين المؤجرة ، ما لم يثبت المؤجر وجود الخطأ في جانب المستأجر.

وتنص المادة 1/496 ق م بأن المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب ليس من فعله " ومع ذلك فإنه يجوز الإتفاق مقدماً على نقل عبئ الإثبات إلى المؤجر، كأن يتفقا على أن المستأجر غير مسؤول عن أي حريق في العين المؤجرة ، ما لم يثبت المؤجر وجود الخطأ في جانب المستأجر.

كما أن الأصل أن أمين النقل مسؤول عن الضرر الذي يحدث أثناء النقل للشخص أو للشيء المنقول، بناءً على ما تقضي به قواعد المسؤولية العقلية، ومن ثم فإن عبئ نفي الخطأ يقع على عاتق مسؤول النقل، و لكن يجوز الإتفاق سلفاً ما لم يكن هناك شرط

1_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 88.

إذعان على نقل عبئ الإثبات إلى الشخص المتعاقد معه، كأن يتفقا على أن المكلف بإثباتالخطأ في جانب مسؤول النقل هو الشخص المتعاقد معه.

كما يجوز أن يتم الاتفاق على تعديل قواعد عبئ الإثبات قبل حصول النزاع فإنه يجوز أن يتم أثناء وقوعه فمثلا يجوز للخصم الذي لم يكن أصلا مكلفا بإثبات واقعة معينة أن يتطوع للقيام بإثباتها، مع ملاحظة أن ذلك لو تم وأجابه القاضي إلى طلبه فليس له الرجوع عما ألزم نفسه به بحجة أنه لم يكن مكلفا أصلا بإثبات .

وقد فرق الدكتور سليمان مرقص بين الشخص الذي يتطوع بإثبات ما لم يكن مكلفا به وهو على بينة من أن هذا العبئ ليس واقعا عليه في الأصل، وأنه قصد التنازل عن قيام خصمه بعبئ الإثبات، فمثل هذا الشخص لا يجوز له الرجوع عما ألزم نفسه به بحجة أنه غير مكلف أصلا بعبئ الإثبات، وبين الشخص الذي يقوم بتحمل مشاق عبئ إثبات -معتقدا خطأ- وقوعه عليه فمثل هذا الشخص لا يعد تطوعه هذا نزولا عن حقه في تكليف خصمه بعبئ الإثبات، لأنه يقوم على أساس خطأ في القانون، فلا ينبغي التعويل عليه و يتعين إعمال القاعدة¹، ذلك لأن تطوعه بالقيام بمشقة عبئ الإثبات مع سكوت خصمه يعد بمثابة الإتفاق بينهما على نقل عبئ الإثبات، فلا يحق له الرجوع عن القيام بما ألزم نفسه.

الفرع الثاني : مدى جواز الإتفاق على مخالفة قواعد الإثبات

ونتعرض هنا إلى القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 333 ق م كما نتعرض في نقطة ثانية إلى مدى إمكانية الإتفاق على خلاف هذه القاعدة ومدى تعلق ذلك بالنظام العام.

أولا : موضع القاعدة العامة في الإثبات بالشهود

تنص المادة 1/333 ق م ج على مايلي : " في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات

1_ محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 305.

بالشهود في وجوده أو إنقضائه، ما لم يوجد نص يقتضي غير ذلك ". ومضمون هذه القاعدة أنه لا يجوز إثبات التصرفات القانونية المدنية إذا زادت قيمتها على قيمة معينة إلا بالكتابة.

كما تنص المادة 01/334 من قمعلى ما يلي: "لا يجوز الإثبات بالشهود و لو لم تزد القيمة على 100.000 دينار جزائري فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي..." وهذا النص هو الشق الثاني من القاعدة العامة ومضمونها أنه حتى إذا كان التصرف القانوني لا تزيد قيمته على 100.000 دج فإنه إذا كان ثابتا في عقد رسمي فلا يجوز إثبات ما يخالفه.

ومن خلال ذلك نرى أن القاعدة العامة تضيق من نطاق الإثبات بشهادة الشهود والقرائن و تجعل قوتها في الإثبات محدودة، وغني عن البيان أن هذا الميدان الذي استبعد فيه الإثبات بالبيينة والقرائن ذو نطاق واسع فهو يستغرق الكثرة الغالبة من التصرفات المدنية التي تكون عادة محلا للتقاضي، غير أن هذين الطريقتين تعود لهما قوتها المطلقة في الإثبات في الإستثناء الوارد في المادتين 335 و 336 من ق مج، و تنص المادة 335 من نفس القانون على ما يلي: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".

كما تنص المادة 336 من نفس القانون على ما يلي: "يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة:

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

- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته".

فيستثنى من القاعدة العامة حالة وجود مبدأ الثبوت بالكتابة و حالة وجود مانع من الحصول على الكتابة أو ضياع السند الكتابي.

وفي القانون الفرنسي، كان يجعل شهادة الشهود هي الأصل في الإثبات فيجوز إثبات أي إلزام أيا كانت قيمته وبقيت هذه الحالة سائدة إلى أن انتشرت الكتابة وصدر قانون 1566 سمي "بأمر مولان"، تقضي المادة 56 منه بوجود تدوين المعاملات التي تزيد قيمتها على مائة فرنك فرنسي في ورقة رسمية أمام موثق العقود فهذه الورقة هي وحدها التي تكون دليلا للإثبات دون أن تقبل البيينة فيما يجاوز هذا الدليل الكتابي أو فيما يدعي أنه إتفق عليه قبل كتابة الدليل، وفي أثناء كتابته أو بعد الكتابة وبعد مائة عام من صدور هذا الأمر صدر قانون لويس الرابع عشر في الإصلاح القضائي يقضي بوجود تدوين المعاملات التي تزيد قيمتها على مائة فرنك و لو كانت ودائع اختيارية في أوراق رسمية أو عرفية، ولا يقبل الإثبات بالبيينة لما يخالف ما اشتملت عليه هذه الأوراق أو يجاوزه ولا لما يدعى أنه اتفق عليه قبل الكتابة أو في أثناءها أو بعدها، ولولم تجاوز القيمة مائة فرنك دون أن يخل ذلك بما قد جرى العمل عليه أمام القضاة والقناصل في

المسائل التجارية.

وبقي هذا النص معمولا به في القانون الفرنسي القديم، ثم نقله التقنين المدني الفرنسي نقلا يكاد يكون حرفيا، فنصت المادة 1341 على أنه: "يجب إعداد ورقة رسمية أو عرفية لإثبات الأشياء التي تزيد قيمتها على مائة وخمسين فرنكا ولو كانت ودائع إختيارية ولا تقبل للبيينة فيما يخالف أو يجاوز مشتملات هذه الأوراق، أو فيما يدعى أنه وقع قبل كتابتها أو في أثناء الكتابة أو بعدها ولو كانت القيمة تقل عن مائة وخمسين فرنكا وهذا كله دون إخلال بأحكام قوانين التجارة وقد جعل قانون نابليون نصاب البيينة مائة وخمسين فرنكا.

و كانت في القانون الفرنسي القديم مائة فرنك ما يعادل ألفي فرنك، و قد نزل إلى هذا نظرا لزيادة انتشار الكتابة ، ثم نقصت قيمة الفرنك فصدر قانون أول أبريل سنة 1928 ليرفع النصاب مرة أخرى إلى خمس مائة فرنك، ثم نقصت بعد ذلك نقصا جسيما فنص قانون 21 فبراير سنة 1948 على رفع النصاب مرة أخرى إلى خمسة آلاف من الفرنكات.

أما في مصر فقد قرر النصاب بعشرة جنيهات و لم يتغير في القانون المدني الجديد ثم جاء قانون الإثبات ليرفع نصاب البينة إلى عشرين جنيه، أما في القانون المدني الجزائري فقد ثبت النصاب على قيمة ألف دينار جزائري (100.000 د ج).¹

ثانيا : مدى تعلق القاعدة بالنظام العام

إن الفقه والقضاء في فرنسا مختلفان فيما إذا كانت هذه القاعدة تعتبر من النظام العام فالفقه الفرنسي يذهب إلى وجوب اعتبارها من النظام العام، ذلك أن هناك الفقهاء الفرنسيين من يحذوا حذو القضاء الفرنسي إلا أن هذه القاعدة لا تعتبر من النظام العام أمثال " ديرانتون " "بونييه " "هيك" " بارتان " و "أوبري" و يستند الفقه الفرنسي في ذلك إلى حجتين:

الأولى: أن القانون في تنظيمه طرق إثبات إنما يبغى الوصول إلى خير الحلول لحسم النزاع ما بين الأفراد، و من ثمة فهو يمس تنظيم القضاء نفسه، و تنظيم القضاء يعتبر من النظام العام.

الثانية: أن الاعتبار الأساسي الذي إستند إليه المشرع في تحريم البينة إلا في حدود ضيقة هو أن السماح بها يفسح المجال للإكثار من رفع القضايا وازدحام المحاكم بها اعتمادا على تقديم الشهود وشرائهم عند الاقتضاء، وهذا الاعتبار يتصل أوثق الإتصال بالنظام العام وجاء في الموجز للمؤلف "السنهوري" في هذا الصدد أنه عندما يتطلب القانون دليلا كتابيا، يبرر الفقهاء ذلك عادة باعتبار ثلاثه:

أولهما:

حرص القانون على التقليل من المنازعات و الخصومات، لأن الدائن إذا علم أن الدليل الكتابي واجب حرص على الوصول إليه فلا يصير للمدين مجال كبير لإنكار الدين ومنازعة الدائنوكذلك الأمر من جهة الدائن الذي لم يصل إلى الدليل الكتابي المطلوب فإن أمه في كسب الدعوى يكون ضعيفا فيبعد عن التفكير في الإلتجاء إلى القضاء.

1_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، 755.

ثانيهما:

عدم الطمأنينة إلى شهادة الشهود، فإن للذاكرة البشرية يتطرق إليها من عوامل الضعف ما لا يحتوي الورق المكتوب، ولا يمكن الاحتراز من السهو و النسيان.

ثالثهما:

عدم الثقة بالشهادة في جميع الأحوال، فاحتمال شراء الشهود أو التأثير فيهم ليقرروا غير ما وقع احتمال يتحقق كل يوم والإعتبار أن الأولان من شأنهما أن يجعلا للقاعدة التي تتطلب الدليل الكتابي من النظام العام.

ويرتب الفقه الفرنسي على أن القاعدة تعتبر من النظام العام أنه لا يجوز الإتفاق على الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما تزيد قيمته على النصاب، أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ولو لم تزد قيمته عن النصاب كذلك لا يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة فيما لا تزيد قيمته على النصاب، وهناك من يفرق بين الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث يجب الإثبات بالكتابة وهذا لا يجوز لأن الأصل في إثبات التصرفات المدنية هي الكتابة فلا يجوز الإتفاق على الإثبات بغيرها، حيث يجوز الإثبات بالبينة وهذا حسبهم جائز لأن

الإثبات بالبينة في التصرفات المدنية استثناء للإتفاق على الرجوع إلى الأصل جائز. ويؤكدون في ذلك على أنه يستوي أن يكون للإتفاق ما بين الخصوم على مخالفة القاعدة قاعداً قبل رفع النزاع إلى المحكمة أو بعد رفعه ففي الحالتين يكون الإتفاق باطلا لمخالفته للنظام العام.¹

وللقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم بل بالرغم من تنازلهم أو من إتفاقهم على العكس بوجوب تطبيق الأحكام التي تقضي بها هذه القاعدة، والخصوم أن يتمسكوا

1_ ويميز البعض بين الاتفاق مقدما على طريق الإثبات غير الذي عينه القانون كالكتابة أو البينة و هذا لا يجوز لأن النزاع لم يتحدد فلا يجوز تقييد الخصم مقدما بطريق الإثبات لم يعينه القانون و بين الاتفاق على طريق الإثبات بعد قيام النزاع و معرفة حدوده و مداه و لو كان ضمنا بعدم اعتراض الخصم على طريق الإثبات الذي سلكه الخصم و هذا جائز، غير أنهم فسروا سكوت الخصم و عدم اعتراض على ما سلكه خصمه في الإثبات على أنه لا يعتد به و يتوجب على القاضي أن يسلك طريق للإثبات الذي حدده القانون.

بهذه الأحكام، لأول مرة أمام محكمة النقض أما القضاء الفرنسي فيذهب في شبه إجماع كذلك، إلى أن القاعدة وإن كانت تتعلق بالمصلحة العامة إلا أنها ليست من النظام العام. وذلك للإعتبارين الآتيين:

أولاً: أن الإثبات إنما يتناول حقوقاً فردية خاصة بالخصوم، وللخصم أن ينزل عن حقه فيملك من باب أولى أن يتفق مع خصمه عن طريق إثباته، حيث يقال في هذا المجال أن الاتفاق على طريق الإثبات يمكن أن يكون عند تحليله بمثابة نزول عن الحق، إما نزولاً غير مقيد أو نزولاً معلقاً على شرط فالإتفاق على إثبات حق هو اتفاق على الحق ذاته فإذا كان صاحب الحق يمكنه أن يتصرف في حقه، فإنه يستطيع كذلك أن ينظم بالاتفاق طرقاً لمنحه أو منعه، ومن ثم يستطيع أن يخضعه لطريق معين للإثبات.

ثانياً: أن موقف القاضي في الإثبات هو موقف الحياد التام، والخصوم وحدهم هم الذين يقومون بالنشاط الإيجابي في الإثبات، فلم إذا شاءوا، أن يعينوا بالاتفاق فيما بينهم الطرق التي يثبتون بها حقوقهم دون تدخل من القاضي ولا يتدخل المشرع في رسم طرق الإثبات إلا إذا لم يتفق الخصوم صراحة أو ضمناً على شيئاً من ذلك.

ويرتب القضاء الفرنسي على أن القاعدة لا تعتبر من النظام العام عكس النتائج التي يربتها الفقه الفرنسي على أن القاعدة تعتبر من النظام العام، فيجوز الاتفاق على الإثبات بالبينه أو بالقرائن فيما تزيد قيمته على النصاب، أو فيما يخالف أو يجاوز الكتابة ولو لم تزد قيمته على النصاب، بل ويجوز الاتفاق على إعطاء القاضي حرية كاملة في الحكم بمقتضى إقتناعه الشخصي ويجوز كذلك الاتفاق على الإثبات بالكتابة فيما لا تزيد قيمته على النصاب، وبستوي في هذا الجواز أن يكون الاتفاق واقعا قبل رفع النزاع إلى المحكمة أو بعده، وليس للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بوجوب تطبيق الأحكام التي تقضي بها القاعدة إذا نزل الخصوم عن التمسك بها صراحة أو ضمناً، أو حتى إذا اقتصر الخصم على عدم الاعتراض على خصمه وهو يخالفها في إثبات ما يدعيه.

أما في مصر، وفي عهد التقنين المدني السابق فقد كان الفقه والقضاء متفقين على أن القواعد المتعلقة بطرق الإثبات إذا كانت تجيز البيئة، لا تعتبر من النظام العام، فيجوز للطرفين أن يتفقا على أن الإثبات لا يكون إلا بالكتابة حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على عشرة جنيهاً. أما إذا كانت قواعد الإثبات تتطلب الكتابة فقد كان هناك رأي يعتبرها من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق مقدماً على الإثبات بالبيئة بل لا يجوز نزول أحد الطرفين عن حقه في الإثبات بالكتابة أثناء رفع الدعوى، وللقاضي من تلقاء نفسه أن يرفض الإثبات بالبيئة حتى لو قبلها الخصمان.

وكان هناك رأي ثان يميز بين الحالتين، فلا يجوز الاتفاق مقدماً على جواز الإثبات بالبيئة، ولكنه يجيز تراضي الخصمين أثناء رفع الدعوى على قبول البيئة في الإثبات أن يكون قد تعين لهما مدى النزاع وأهميته، وهناك رأي ثالث لا يعتبرها من النظام العام دون تمييز بين حالة وأخرى، بل ويجيز الاتفاق مقدماً على الإثبات بالبيئة فعنده أن كل القواعد المتعلقة بطرق الإثبات، سواء كانت تحتم الكتابة في الإثبات أو تجيز البيئة فإنها ليست من النظام العام و قد قال "السنهوري" في هذا المجال أن هذا الرأي هو رأينا في عهد التقنين المدني السابق حيث كتب في الموجز في هذا المعني " ويمكن القول بشيء من التعميم أن عدم اعتبار قواعد الإثبات من النظام العام هو الرأي الذي يذهب إليه القضاء في فرنسا ويقول به الفقه في مصر ويجنح إليه القضاء المصري في بعض تطبيقاته ولا يخالفه إلا الفقه الفرنسي دون أن تصل هذه المخالفة إلى حد الإجماع ".

ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي لأن قواعد الإثبات، إذا كانت في الأصل موضوعة لضمان حسن سير العدالة والتفاضي، إلا أن هذا لا يمنع الخصوم إذا رأوا فيما يتعلق بمصالحهم الشخصية لا بأس عليهم من إتباع قاعدة دون أخرى أن يتفقوا على ذلك، فهم أحرار في تقدير ما يرونه صادقا كونهم قادرين على التنازل عن الحق موضوع الإثبات فمن باب أخرى وأولى أن يرسموا طريقا خاصا لإثباته أما التقنين المدني الجديد فقد حسم هذا الخلاف إذ نص الفقرة 1 من المادة 400 على عدم جواز الإثبات بالبيئة إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 10

جنيهات أو كان غير محدد القيمة ما لم يوجب الاتفاق أو نص يقضي بغير ذلك فأجاز التقنين الجديد بذلك صراحة الاتفاق على جواز الإثبات بالبينة في تصرف قانوني تزيد قيمته على 10 جنيهات.

فالقاعدة هي أن الدليل على الحق لا يعلو الحق ذاته، ضف إلى ذلك أن الإثبات حق للخصوم وأن القاضي يلتزم بمبدأ الحياد وهو ما تبناه المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 323 من التقنين المدني الجزائري "أي على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" وعليه يجوز لهما الإتفاق على القواعد التي يريانها تقرب إلى أداء العدالة ما لم يلزم المشرع صاحب الحق بنص أمر مثل عقد الشركة الذي لا يجوز إثباته بغير الكتابة، و كذلك عقد الكفالة، و عقد النقل البحري، و هذا الطرح يصلح مجارته في القانون الجزائري ذلك أن المشرع قد نص صراحة في نص المادة 418 من التقنين المدني: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً و إلا كان باطلاً..." و كذلك في نص المادة 645: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة..." و هذه النصوص أمرة على وجوب الإثبات بالكتابة بالنسبة لعقد الشركة و عقد الكفالة فإنه لا يجوز إطلاقاً للخصوم الاتفاق على طريق آخر للإثبات واستبعاد الكتابة.

وبالرجوع إلى نص المادة 333/ ف1 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 د ج أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد نص يخالف ذلك"، أي أن المشرع الجزائري قد نص صراحة على عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت قيمة التصرف القانوني تزيد على ألف دينار جزائري "100.000 دج" أو كانت غير محددة، فلو أخذنا بالتفسير الحرفي للنص نجد أنه يعتبر قاعدة أمرة أي أنه من النظام العام و هذا راجع إلى عبارة: "...لا يجوز..". و كذلك من خلال مقارنته بما جاء به القانون المصري و القانون اللبناني في هذا المجال نجد نص المادة 60 من القانوني المصري: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على مائة جنيه أو كان غير محدد القيمة لا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك..." ونصت

المادة 254 من القانون اللبناني على: " لا تقبل شهادة الشهود لإثبات العقود وغيرها من التصرفات القانونية التي يقصد بها إنشاء حقوق أو التزامات أو انتقالها أو تعديلها أو انقضاءها إذا كانت قيمتها تتجاوز 4000 ليرة..."، " و يجوز للخصوم أن يعدلوا عن التمسك بهذه القاعدة صراحة أو ضمنا"

فمن خلال النصين نجد أن القانونين المصري و اللبناني قد نصا صراحة على جواز الإتفاق على مخالفة هذه القاعدة وبالتالي استبعدا تعلقها بالنظام العام، و هو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي حيث اعتبر أن القاعدة لا تتعلق بالنظام العام فيجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما تزيد قيمته على النصاب أو فيما يخالف أو يجاوز الكتابة ولو لم تزد قيمتها على النصاب عليه ينبغي الإشارة إلى أن نص المادة 333 من القانون المدني الجزائري ينطبق تماما مع ما ورد في نص المادتين السابقتين، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على جواز الاتفاق على مخالفة هذه القاعدة و هذا ما يجعل المجال متاحا للقول بارتباطها بالنظام العام.

خاتمة دور القاضي والخصوم في توزيع عبئ الإثبات في المواد المدنية

في الأخير نختم بحثنا هذا ببعض الملاحظات والإستنتاجات حول أهم النقاط التي تعرضنا إليها، من خلال دراسة عبئ الإثبات وكيفية توزيعه ودور القاضي والخصوم في هذه العملية حيث عرفنا ماهية عبئ الإثبات بأنه ذلك الثقل الملقى على عاتق أحد الأطراف في خصومة قضائية، والمعبر عنه بواجب أحدهما في تقديم الدليل أمام القضاء عن صحة إدعائه، وهذا الخصم قد يكون مدعيا في الدعوى أو مدعا عليه فالعبرة برفع الإدعاء سواء كان طلبا أو دفعا، لا برفع الدعوى أمام ساحة القضاء، فيكون بذلك رافع الإدعاء وهو المدعي في الإثبات في مركز ضعيف يفرض عليه بذل جهد في إثبات إدعائه وفق القواعد وبإستعمال الوسائل التي حددها القانون في مقابل ذلك، يجلس الخصم الآخر مجلس المترقب الملاحظ ينتظر فوزه بمجرد إخفاق خصمه في إثبات إدعائه، أو إنتقال العبئ إليه بمجرد نجاح الخصم في مهمته، وبالتالي يكون المدعي في الإثبات هو الطرف الضعيف، و المدعى عليه هو الطرف القوي.

لكن بالنظر إلى محل الإثبات و محل عبئ الإثبات خاصة، و ما يكتنفه من تعقيد وتركيب، حيث لا يتحقق المحل ولا يكون موجودا إلا بإتحاد جميع عناصره، إضافة إلى كونه جائزة للإثبات ومنتجا في الدعوى، فالعقد لا يكون له وجود في عالم القانون إلا إذا إتحد تراضي طرفيه ومحلّه وسببه وكانت أهلية طرفيه سليمة ورضاهما سليما من كل العيوب، وكان المحل موجودا ومشروعا والسبب حقيقيا ومشروعا كذلك بالنسبة لمحل عبئ الإثبات الناشئ عن الفعل الضار من توافر الخطأ والضرر والعلاقة السببية وغيرها من مصادر الحقوق من إثراء بلا سبب و إرادة منفردة... وغيرها من وقائع مادية وتصرفات قانونية، كل هذا يجعلنا نتصور بأن إثبات الحق لا يتم إلا بإثبات جميع عناصره، وهو من قبيل المستحيل بالنسبة للمكلف بهذا العبئ.

أخذا بهذه الاعتبارات، قرر القانون تخفيف العبئ على المكلف به، فألزم المدعي في الإثبات بالإكتفاء بإثبات عناصر الحق التي تجعله مرجحا للوجود، ولم يلزمه بإثبات كافة

خاتمة دور القاضي والخصوم في توزيع عبئ الإثبات في المواد المدنية

عناصر الحق، لأن ذلك يتقل كاهله، والوسيلة المستعملة في هذا التخفيف هي توزيع عبئ الإثبات بين الخصوم، بحيث يتحمل كل طرف جزءا منه.

إن استعمال هذه الوسيلة قد يكون إما من طرف القاضي الفاصل في النزاع، أو من طرف الخصوم أنفسهم، ويتجلى هذا الدور أثناء خصومة معينة، من خلال الإستعانة بطريقة من طرق الإثبات التي حددها القانون.

قد يتدخل القاضي في توزيع عبئ الإثبات وهو مظهر من مظاهر دوره الإيجابي يظهر ذلك جليا عند استعمال القرائن واليمين القضائية كدليل في الدعوى والقرائن المقصودة في هذا المجال هي القرائن القابلة لإثبات العكس، سواء كانت قرائن قانونية قاطعة أو غير قاطعة أو قرائن قضائية، ففيما يتعلق بالقران القانونية بنوعها القاطع وغير القاطع، تعتبر طريقا معنيا من الإثبات، يقرر القاضي بمجرد توفرها تدعيما لكفة خصم إعفاء هذا الأخير من إثبات إدعائه، و يلقي العبئ على الخصم الآخر ليثبت عكس القرينة المستعملة، وفي هذا المجال يجب تجنب الخلط بين المفهومين: قرينة قانونية قاطعة وقاعدة موضوعية، لأن الأولى قابلة للتكذيب والإبطال (كإثبات التزوير في الحكم القضائي الحائز لقوة الشيء المقضي به مثلا)، أما الثانية فهي قاعدة قانونية تتميز بالعمومية والشمولية والتجريد والإلزام فلا يمكن إثبات عكسها، أما فيما يتعلق بالقرائن القضائية، فهي التي يستتبطها القاضي من واقعة معلومة في الدعوى كدليل على وجود واقعة أخرى مجهولة في الدعوى، ولها نفس حجية الإثبات بشهادة الشهود، عندما يستتبطها القاضي فهو يرجح صدق أحد الخصوم وبالتالي فهو يلقي على الخصم الآخر عبئ إثبات عكس القرينة القضائية.

فيما يتعلق باليمين، فإن دور القاضي يظهر جليا في كل من نوعي اليمين، المتممة والحاسمة حتى ولو إعتبرنا هذا الدور محدودا فيما يخص اليمين الحاسمة، حيث يقتصر دوره في منع الخصم من توجيهها نحو خصمه تعسفا، أما فيما يخص اليمين المتممة فالقاضي يتحكم فيها كليا فهو الذي يقدر توفر بداية الدليل ليستكمله بتوجيه اليمين إلى الخصم الذي

خاتمة دور القاضي والخصوم في توزيع عبئ الإثبات في المواد المدنية

تقوى حجته، أي أن القاضي قد يوجه اليمين إلى المدعي الذي لم يستطع إثبات إدعائه، فيحلفها هو عوض المدعي عليه وفق للقاعدة العامة في الإثبات التي تنص على أن اليمين يحلفها المدعي، وتجدر الإشارة إلى أنه يجب تجنب الخلط بين هذه اليمين والأنواع الخاصة من اليمين، لأن المشرع نص على إقتصار استعمال هذه الأخيرة في نزاعات معينة، كما وضع قواعد خاصة بها تختلف عن قواعد اليمين العامة (كاليمين في النزاع حول متاع البيتمثلا).

أما فيما يتعلق بدور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات، فهو يكون بارزا من خلال لجوئهم إلى الإقرار وتوجيه اليمين الحاسمة، كما أنهم قد يتفوقون على التوزيع وهذا الدور ناتج عن مبدأ عام مفاده أن الدعوى المدنية ملك للخصوم يتحكمون فيها فليس للقاضي فيها إلا دور توجيه ومراقبة الإجراءات ففيما يتعلق باليمين الحاسمة، يختار الخصم توجيهها إلى خصمه إذا عجز عن إثبات إدعائه، إحتكاما إلى ضميره، وفي مقابل ذلك ينشأ للخصم الآخر حق رد هذه اليمين وفيما يتعلق بالإقرار، تظهر عملية توزيع عبئ الإثبات من خلال الإقرار المركب من واقعتين غير مرتبطتين إرتباطا وثيقا، حيث يكلف الخصم الذي قبل إقرار خصمه بإثبات الواقعة المرتبطة بالواقعة المقر بها كذلك قد يتفق الخصوم على توزيع عبئ الإثبات سواء قبل نشوء النزاع أو بعد نشوئه، ويشترط في هذا الاتفاق عدم مخالفته للنظام العام لكن تبقى مظاهره نادرة الوجود في القانون الجزائري وقليلة الإستعمال من الناحية العملية.

و كآخر ملاحظة، نرى أن النصوص القانونية التي تنظم الإثبات في القانون الجزائري قاصرة و غير كافية من الناحية الفعلية، فالأجدر تدعيمها و تطويرها زيادة على أن هذه القواعد حاليا مبعثرة بين نصوص مختلفة، في حين أنه سيكون أنجع وأقرب إلى الصواب توحيد قواعد الإثبات وجمعها في تقنين واحد، كما فعل المشرع المصري.

القرآن الكريم برواية ورش.

المؤلفات :

1. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1997.
2. أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار الجامعية للطباعة والنشر، 1983.
3. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
4. الغوثي بن ملحمة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
5. جلال علي العدوي، أصول أحكام الإلتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
6. رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، النظرية العامة في الإثبات، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1993.
7. سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
8. سعدون العامري، موجز نظرية الإثبات، الطبعة الثانية، مطبعة المعارف، بغداد، 1966.
9. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة، الطبعة الخامسة، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، 1991.

10. سليمان مرقس، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية، الطبعة الأولى، دار النشر للجامعات، القاهرة، 1957.
11. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
12. عبد الحي حجازي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الأول، القانون، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 1972.
13. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الإلتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بيروت، 1982.
14. عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1955.
15. عبد الودود يحيى، الموجز في قانون الإثبات، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1987.
16. عدلي أمير خالد، الإرشادات العملية في إجراءات المرافعات والإثبات في كافة الدعاوى المدنية، مطبعة القدس، نشر منشأة المعارف الإسكندرية، 2000.
17. عز الدين الديناصوري وعبد الحميد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، عالم الكتب، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1983.
18. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للإلتزام، المصادر. الأحكام. الإثبات، القصر للطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، 2007.
19. محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.

20. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
21. محمد فتح الله النشار، أحكام وقواعد عبئ الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون طبقاً لأحدث أحكام محكمة النقض، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2000.
22. محمود عبد الرحيم الديب، أسس الإثبات في القانون المصري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 1998.
23. نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الطبعة سنة 2000.
24. نبيل إبراهيم سعد و همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
25. همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
26. يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.

مذكرات و رسائل :

1. قروف موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، رسالة دكتوراه، قانون أعمال، بسكرة، 2014.
2. مسعود زيدة، القرائن القضائية، رسالة ماجستير، قانون المدني، منشورة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2001.

3. بلمداني منصورية، الإثبات بالقرائن القانونية في المواد المدنية، مذكرة تخرج شهادة الماستر، مستغانم، 2013.

مقالات :

1. عوض محمد عوض المر، القرينة والقاعدة الموضوعية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الخامسة، العدد الثاني، 1961.

مجلات قضائية :

1. المجلة القضائية، العدد الرابع، سنة 1989.
2. المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1998.
3. المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1999.
4. المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 2000.

قوانين :

-الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، جريدة رسمية رقم 44/2005.

-القانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404، الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية رقم 15/2005.

-القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429، الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية رقم 21/2008.

تشكرات
إهداء
مقدمة	01.....
الفصل الأول	13.....
المبحث الأول: طبيعة دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات	14.....
المطلب الأول: الدور السلبي	15.....
الفرع الأول: عدم إمكانية القاضي تغيير موضوع الطلب	15.....
الفرع الثاني: الإستعانة في إثبات الواقعة بشهرتها العامة دون العلم الشخصي	17.....
المطلب الثاني: الدور الإيجابي	19.....
الفرع الأول: إمكان إكمال ما نقص من أدلة الخصوم	20.....
الفرع الثاني: إتخاذ ما يلزم من إجراءات الإثبات	21.....
المبحث الثاني: دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات بموجب القرائن واليمين	23.....
المطلب الأول: دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات بموجب القرائن	23.....
الفرع الأول: بموجب القرائن القانونية	24.....
الفرع الثاني: بموجب القرائن القضائية	33.....
المطلب الثاني: دور القاضي في توزيع عبئ الإثبات بموجب اليمين	43.....
الفرع الأول: بموجب اليمين الحاسمة	44.....
الفرع الثاني بموجب اليمين المتممة	52.....
الفصل الثاني: دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات	64.....
المبحث الأول: مبدأ الدور الإيجابي للخصوم	65.....
المطلب الأول: حق الخصوم في الإثبات	65.....
الفرع الأول: حق إقامة الدليل وحق المطالبة بالزام الغير بتقديم ما يوجد تحت يده	66.....
الفرع الثاني: حق الإستشهاد بالشهود وحق إستجواب الخصم	74.....

78.....	المطلب الثاني: حق الخصوم في مناقشة الدليل و إثبات عكسه.....
78.....	الفرع الأول: حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى.....
80.....	الفرع الثاني: حق الخصوم في إثبات عكس الدليل.....
81... ..	المبحث الثاني: دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات بموجب الإقرار و اليمين و الإتفاق... ..
81... ..	المطلب الأول: دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات بموجب الإقرار و اليمين الحاسمة... ..
81.....	الفرع الأول: بموجب الإقرار.....
87.....	الفرع الثاني: بموجب اليمين الحاسمة.....
107.....	المطلب الثاني: دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات بموجب الإتفاق.....
107.....	الفرع الأول: التعجيل الإتفاقي لقواعد الإثبات.....
110.....	الفرع الثاني: مدى جواز الإتفاق على مخالفة قواعد الإثبات.....
119.....	خاتمة
123.....	قائمة المراجع.....
128.....	الفهرس.....

لقد درج الفقه على اعتبار "الإثبات بأنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها" والواقع أن إقامة الدليل أمام مرفق القضاء ليس بالأمر الهين وهو عبئ على صاحبه لذلك اصطلح على تسمية التكليف بإقامة هذا الدليل بعبئ الإثبات إذ أن القاضي يجمع خلال مراحل الدعوى جملة من المعطيات قصد الوصول إلى الحقيقة القضائية وفصل النزاع المطروح أمامه والتي يقدمها الأطراف قصد تأكيد دعواهم وعليه نطرح السؤال التالي: ما مدى دور القاضي في توزيع وتخفيف ثقل عبئ الإثبات المكلف به المدعي و ذلك بتكليف المدعى عليه بجزء مما كان مكلفا به المدعي؟ وما هو دور الخصوم في توزيع عبئ الإثبات؟

لكلمات المفتاحية:

- | | | |
|----------------------|------------|------------|
| 1 / عبئ الإثبات | 2 / المدعي | 3 / الخصوم |
| 4 / الحقيقة القضائية | 5 / الدليل | 6 / اليمين |

Abstract of Master's Thesis

Jurisprudence has established that the establishments of evidence before the courts in the ways defined by the law on the existence of legal realities whose effects have arisen.

Indeed, the establishment of evidence before the juridical facility is not a significant burden. It is therefore a burden for the author to call the commissioning of this evidence the burden of proof. During the course of the proceedings, the judge collects a number of data in order to reach the juridical truth and separate the dispute before him submitted by the parties in order to confirm their support: what was the judge's role in distributing and reducing the burden of proof assigned to the plaintiff by assigning the defendant part of what was assigned to the plaintiff! What is the role of litigants in the distribution of the burden of proof?

Keywords:

- | | | |
|--------------------|--------------|----------------|
| 1/ On Proof | 2/ Plaintiff | 3/ Liabilities |
| 4/ juridical Truth | 5/ Evidence | 6/ Right |