

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : القانون العام

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الإثبات بشهادة الشهود في التشريع الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون الجنائي والعلوم الجنائية

تحت إشراف الأستاذ:

- جواد عبد اللاوي

الشعبة: حقوق

من إعداد الطالب:

قرقوز عمار

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ.....بن عبو عفيف.....رئيسا

الأستاذ.....جواد عبد اللاوي.....مشرفا مقرا

الأستاذ.....جمال دوبي بونوة مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

نوقشت يوم: 2022/06./13

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

وقل ربي زدني علما

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف خلق الله محمد خاتم الأولين
والآخرين.

الحمد لله الذي جعل مذكرة تخرج محفلا يقف فيه الطالب بينه وبين
ذاته وبين زملائه وأساتذته الكرام.

اهدي ثمرة جهادي إلى أبي " قزقوز شيخ " وأمي بلحاج فتيحة وإلى
اخواتي وإلى كل أفراد العائلة وإلى كل زملائي الطلبة .الماستر
تخصص قانون الجنائي دفعه "2022".

الى كل هؤلاء اهدي ثمرة جهدي باسم معاني المحبة والوفاء.

قزقوز عمار

شكر وتقدير

نحمد الله ونشكره على فضله و نعمه، وعملا بسنة نبينا محمد

صلى الله عليه وسلم وتبعا لهديه فشكر الناس من

شكر الله تعالى .

" من لم يشكر الناس لم يشكر الله "

لهذا أتقدم بالشكر الجزيل و الامتنان الخالص الى :

الأستاذ " جواد عبد اللاوي

على قبوله الإشراف على مذكرة تخرجي وعلى كل ما قدمه لي من عون

والى كل أساتذتي بكلية الحقوق

وكل من مد لي يد العون من قريب او بعيد بالكثير او القليل

اتقدم بالشكر .

قزقوز عمار

مقدمة

إن إثبات الشيء هو إقامة الدليل على صحته و مطابقته للحقيقة 'فالأشخاص وهم يتعاملون أو يبحثون يحتاجون كثيرا إلى هذه الوسيلة لتأكيد و تدعيم أقوالهم.

و الإثبات عدة أنواع العلمي 'التاريخي' و الإثبات القضائي و قبل الخوض في الموضوع مباشرة لابد من الإشارة بإيجاز إلى أهم الفروق التي يمكن ملاحظتها بين أنواع الإثبات المذكورة سابقا.

إن النقطة المشتركة بين القاضي و المؤرخ و العالم هي الوصول إلى الحقيقة 'لكن يختلف موقف القاضي عن المؤرخ و العالم في نقطتين' أولها أن نطاق الأدلة أمام القاضي محدود' أما بالنسبة للمؤرخ و العالم فلا حد لهما إذ يمكن أن يؤسسا حكمهما بناء على أي دليل كان أو أي واقعة أو قرينة كانت' لذلك فالقاضي لا يستطيع أن يأخذ بدليل غير جائز قانونا مهما بلغ إعتقاده بصحته' كما أنه لا يمكن أن يأخذ بشهادة أي عظيم يتصف بالصدق و الأمانة فيما لا تجوز فيه الشهادة 'فالقاضي يتقيد في عمله بالقانون ولا يمكنه الانحراف عن ذلك أبد .

أما نقطة الخلاف الثانية فتكمن في أن العالم أو المؤرخ له مطلق الحرية في البحث عن الحقيقة و ذلك كإختيار الدليل الذي يريد إتباعه في المسألة التي يبحث فيها وهو الذي يختار الواقعة التي يريد إثباتها، بينما القاضي لا يملك شيئا من ذلك بل يملكه الخصم صاحب المصلحة.

فالإثبات القضائي، هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية متنازع عليها، ذلك أن محل الإثبات ليس الحق المتنازع عليه، بل محله الواقعة القانونية المنشئة لهذا الحق.

وللإثبات القضائي أهمية بالغة في الحياة العملية ، إذ أن كل إدعاء أمام المحكمة ، يكون واجب الإثبات ، ولا قيمة للحق المدعى به إذا لم يقم الدليل على الحادث المنتج له قانونيا كان

أو ماديا ، حيث قيل أن الدليل هو قوة الحق ، وأنه يستوي حق معدوم وحق لا دليل عليه ، وإن مالا دليل عليه هو والعدم سواء ، لذلك فإن التشريعات اهتمت بالإثبات ونظمتها ، وحددت الوسائل التي يقوم عليها الدليل أمام القضاء ، وهي عادة ما تكون من صنع المتقاضين أنفسهم يعدونها مسبقا للاعتماد عليها في إثبات التصرفات التي تكون مصدر حقهم المباشر، إذا ما ثار حولها نزاع، وهو ما يعرف بالإثبات المباشر والذي يتم بالكتابة ، وشهادة الشهود.

وتعتبر الشهادة أولى طرق الإثبات في الأنظمة القديمة ، وفي الشريعة الإسلامية ،حيث كان القاضي يعرف أكثر أفراد المجتمع، فكان يستطيع أن يعتمد على أقوال من يثق بهم من الشهود كما لو كان هو بنفسه عايشها، لذلك أطلق على الشهادة لفظ البينة -وهي الدليل أيا كان- دون غيرها من الأدلة والتي كانت من الندرة لا تكاد تذكر إلى جانب الشهادة. ولكن وبعد اتساع المجتمعات، وجهل القاضي لأشخاص الشهود، وكثرة احتمال الكذب، فهناك من يشهد زورا محابيا،أو منتقما،أو مرتشيا،أو لمجرد كراهية بينه وبين من يشهد ضده،وقد يشهد بغير الحق بسبب خطأ، أو نسيان، وقد يكون الشاهد ضعيف الذاكرة أو ليس دقيق الملاحظة ، تزعزعت شهادة الشهود كدليل إثبات عن مكانتها، إلا أن القضاء لم يستغن عنها، بل رتبها القانون الجزائري في المرتبة الثانية بعد الكتابة، وأحاطها ببعض الضمانات، فبين القواعد الموضوعية التي تقوم عليها في القانون المدني،والتي تقوم على أساس نصاب التصرف القانوني طبقا للمادة 333 منه من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، ومفادها أن كل تصرف قانوني تجاوز نصابه 100.000 دج لا يجوز إثباته كقاعدة عامة بشهادة الشهود،ورسم إجراءات التحقيق التي يتقيد بها القاضي في سماع الشهود في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ثم قرر العقوبة للشاهد زورا في قانون العقوبات.

هذه المسائل جميعها جعلتها محور دراستي في هذا البحث، ومن هذا فإن دراستنا القانونية للإثبات بشهادة الشهود في التشريع الجزائري، تتمحور حول الإشكالية التالية :

- ما هي القواعد الموضوعية للإثبات بشهادة الشهود في التشريع الجزائري؟

- وما هي الإجراءات المتبعة في سماع الشهود؟

- وما هي الأحكام المتعلقة بالشهادة الزور؟

تم تقسيم الدراسة إلى فصلين :

الفصل الأول بعنوان **القواعد الموضوعية للإثبات بالشهادة** حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول بعنوان **ماهية الإثبات بالشهادة**، وفي المبحث الثاني إلى ما يجوز إثباته بالشهادة

أما الفصل الثاني سنتطرق فيه **أحكام الإثبات بشهادة الشهود** في المبحث الأول سنتطرق شروط أداء الشهادة، وفي المبحث الثاني سنتطرق إلى إجراءات الإثبات بشهادة الشهود.

وفي الأخير أنهينا هذا البحث بخاتمة تتضمن مجموعة من النتائج والتوصيات التي توصلنا لها من خلال هذه الدراسة.

الفصل الأول

القواعد الموضوعية للإثبات بالشهادة

لقد نظم المشرع الجزائري الإثبات بشهادة الشهود في المواد من 333 إلى 336 من التقنين المدني، واعتبرها من الطرق المقيدة، أو ذات القيمة المحدودة فهي لا تقبل لإثبات التصرفات القانونية المدنية إذا زادت قيمتها عن حد معين، أو كانت غير محددة القيمة، كما لا تصلح لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما هو ثابت بالكتابة، وتقبل كدليل أصلي في الوقائع المادية، والتصرفات التجارية، وكذا التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمة معينة، وكدليل تكميلي في حالة وجود مبدأ الثبوت بالكتابة، أما في حالة وجود المانع من الحصول على دليل كتابي، وحالة فقد السند الكتابي بسبب أجنبي فهي تقبل كدليل بدلي.

وقبل التطرق لدراسة هذه القواعد ارتأينا استعراض ماهية الإثبات بالإثبات بالشهادة مبحث أول، ثم نخصص المبحث الثاني لدراسة ما يجوز إثباته بالشهادة.

المبحث الأول : ماهية الإثبات بشهادة

إن الشهادة كطريق للإثبات ثابتة بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، فمن الكتاب قوله تعالى: (وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ)¹ ، أما السنة فمنها قوله صلى الله عليه وسلم: "البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر"، وقوله صلى الله عليه وسلم: "ألا أخبركم بخير الشهداء؟ هو الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها".

ونستعرض لأحكامها العامة من خلال التطرق إلى تعريفها وخصائصها، وذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم الإثبات بشهادة الشهود

الفرع الأول : تعريف الإثبات بشهادة

الشهادة لغة: هي الإخبار القاطع عن مشاهدة وبيان لا عن تقدير وحسبان، ولذلك سمي الله تعالى الشاهد شهيدا أي عليما، فقال عز وجل: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ²) ، وتعني أيضا الحضور والعلم، ومنه قوله تعالى: (فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ)³ ، أي كان حاضرا في الشهر مقيما غير مسافر فليصم ما حضر وأقام فيه⁴.

والشهادة في الاصطلاح القانوني يقصد بها قيام شخص من غير خصوم الدعوى بالإخبار أمام القضاء عما أدركه بحاسة من حواسه، كالسمع أو البصر بشأن الواقعة المتنازع عليها، أي أن الشاهد يخبر بواقعة صدرت من غيره، ويترتب عنها حق لغيره⁵، فهي إخبار الإنسان في مجلس القاضي بحق على غيره لغيره، ولأنها خبر تحتل الصدق والكذب، ولكن يقوى احتمال الصدق على احتمال الكذب فيها، ذلك أن الشاهد يحلف على صدق ما يقوله وإنه إنما يشهد بحق لغيره على غيره، فلا مصلحة له في الكذب،

1 - سورة البقرة الآية 283 .

2 - سورة البقرة الآية 282 .

3 - سورة البقرة الآية 185 .

4 - عباس العبودي: شرح أحكام قانون البينات، دراسة مقارنة، ص 232.

5 - ملزي عبد الرحمن: "طرق الإثبات في المواد المدنية"، محاضرات ملقاة على طلبة المدرسة العليا للقضاء (السنة الثانية)، ص33.

والمفروض فيه أنه شاهد عدل، فتعتبر شهادته قرينة قوية على صحة ما يشهد به، وإن كان احتمال العكس لا ينتفي به انتفاء تاماً¹.

الفرع الثاني: الخصائص

لقد اعتبر المشرع شهادة الشهود من طرق الإثبات، وجعل لها الخصائص التالية :

أولاً: الشهادة حجة مقنعة فحسب، أي غير ملزمة، وتختلف الشهادة في ذلك اختلافاً جوهرياً عن الكتابة، فبينما يعتبر الدليل الكتابي بسبب إعداده سلفاً حجة بذاته، يفرض سلطانه على القضاء ما لم يطعن فيه بالتزوير أو ينقض بإثبات العكس، أما الشهادة على نقيض ذلك تترك لتقدير القاضي، ويكون له كامل السلطة في تقدير قيمتها أيما كان عدد الشهود، وأيما كانت صفاتهم، فقد يطرح القاضي أقوال الشهود كلية إذا لم يطمئن إليها، وهو غير ملزم في هذه الحالة بإبداء أسباب عدم الاطمئنان، وقد يأخذ بأقوال شاهد دون الآخر، وقد يرجح شهادة على أخرى دون أن يكون ملزماً ببيان أسباب هذا الترجيح²، كما يحتفظ بسلطته التقديرية في تفسيرها مادام لم ينحرف فيما استخلصه عما تحمله عبارات الشهود³.

ثانياً: وهي حجة غير قاطعة، وذلك بعكس الإقرار واليمين أي أن ما يثبت بها يقبل النفي بشهادة أخرى أو بأي طريق آخر من طرق الإثبات، فيعتبر ما ثبت بالشهادة صحيحاً إلى أن يثبت عكسه قبل الحكم، ولذلك نصت المادة 69 من قانون الإثبات المصري على أن الإذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق، ولا نجد لها مثيلاً في قانون 09/08.

1 - سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنيات سائر البلاد العربية، الجزء الثاني، لأدلة المقيدة وما يجوز إثباته بها وما يجب إثباته بالكتابة، الطبعة الرابعة، ص 02.

2 - محمد حسن قاسم: قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 297.

3 - همام محمد محمود زهران: الوجيز في إثبات المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2003، ص 305.

ثالثا: وهي حجة متعدية أي أن ما يثبت بها يعتبر ثابتا بالنسبة إلى كافة، لأنها صادرة من شخص عدل خالي المصلحة في النزاع، لا يهمه أن يحابي أحدا من الخصوم، ولم يوجد ما ينفي دلالتها على عكس الإقرار الذي يعد حجة قاصرة على المقر تجاه المقر لصالحه.

رابعا: الشهادة دليل مقيد لا يجوز الإثبات به إلا في حالات معينة، لأن المشرع قدر احتمال الكذب فيها فحد من خطرهما بتفضيل الكتابة عليها، فلا يقبل الإثبات بشهادة الشهود فيما أوجب القانون إثباته بالكتابة إلا إذا رضي الخصم بأن يثبت خصمه ما يدعيه بشهادة الشهود، لأن وجوب الإثبات بالكتابة لا يتعلق بالنظام العام¹.

المطلب الثاني: الصور

تتخذ الشهادة عدة صور، فقد تكون شهادة مباشرة، وقد تكون غير مباشرة أي سماعية كما يمكن أن تكون شفوية أو مكتوبة أو شهادة بالتسامع أو شهادة بالشهرة العامة، وسنتطرق لهذه الصور في المطالب التالية :

الفرع الأول : الشهادة المباشرة و الشهادة السماعية

أولا: الشهادة المباشرة

الشهادة المباشرة يقرر فيها الشاهد في مجلس القضاء ما وقع تحت سمعه، وبصره مباشرة كمن يشاهد واقعة من الوقائع، فيقرر أمام القضاء ما شاهده أو ما وقع من الغير أمامه، فهو يشهد على واقعة صدرت من غيره، ويترتب عليها حق لغيره².

ومن ثمة فإنه يجب أن يكون الشاهد قد عرف شخصا متحققا مما يشهد به بحواس نفسه لقوله عليه الصلاة والسلام: "إذا علمت مثل الشمس فاشهد"¹، كأن يكون الشخص قد

1 - سليمان مرقس: المرجع السابق، ص 05.

2 - المستشار مصطفى مجدي هرجة: شهادة الشهود في المجالين الجنائي والمدني، ط1، دار محمود بالقاهرة، 2006، ص 100.

حضر كتابة عقد بيع فيسمع تبادل الإيجاب، والقبول، ويشاهد المشتري يسلم البائع الثمن فيشهد بما رآه، وسمعه، وهذا هو الغالب في الشهادة.

فالأصل في الشهادة أن تكون مباشرة، أي أن الشاهد يدلي بشهادته على وقائع وصلت إلى معرفته الشخصية، إما لأنه رآها بعينه أو سمعها بأذنه أو لأنه رآها وسمعها في نفس الوقت وذلك بصفة شفوية أمام مجلس القضاء مستمدا إياها من ذاكرته، وتكون في شكل تصريح يدلي به بذكر الوقائع التي عرفها معرفة شخصية، فالشهادة في شكل مكتوب لا تستجيب ومتطلبات المادة 158 من القانون 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يدلي الشاهد بشهادته دون قراءة لأي نص مكتوب"، ومع ذلك فيجوز للمحكمة أن تأذن للشاهد أن يبرز لها مذكراته إذا رأت ضرورة لذلك نظرا للظروف الاستثنائية التي وقع فيها تدوين تلك الشهادة².

ثانيا: الشهادة السماعية

وهي شهادة غير مباشرة، وذلك حينما لا يشهد الشخص بما رآه أو سمعه مباشرة، وإنما يشهد بما سمع رواية عن الغير، فيشهد أنه سمع شخصا معينا يروي هذه الواقعة محل الإثبات، فهنا الشاهد لم ير الواقعة بنفسه بل سمع شخصا معينا يرويها، فيقال للشهادة في هذه الحالة بأنها سماعية، وهي أقل من الشهادة الأصلية المباشرة، ويقدر القاضي قيمتها في الإثبات، فهذه الشهادة لا يعول عليها لأنها لا تنشأ عن إدراك مباشر، ولا يخفى أن الأخبار كثيرا ما تتغير عند النقل .

1 - أحمد نشأت: رسالة الإثبات، ج1، ط7، ص544.

2 - يحي بكوش: أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط3، المؤسسة الوطنية للكتاب، ص 190.

و القول بعدم قبول شهادة السماع يجب ألا يؤخذ على إطلاقه، فإنه إذا مات الشاهد الأصلي الذي شاهد الأمر بنفسه، أو إستحال سماع شهادته لأي سبب آخر، يصح للقاضي أن يأخذ بشهادة من سمع منه مباشرة، إذا كان عدلا موثوقا به¹.

الفرع الثاني : الشهادة بالتسامع والشهادة بالشهرة العامة

أولاً: الشهادة بالتسامع

وهي تختلف عن الشهادة السماعية التي تتعلق بأمر معين نقلا عن شخص معين شاهد هذا الأمر بنفسه، لأن الشهادة بالتسامع، ولو أنها تتعلق بأمر معين إلا أنها ليست نقلا عن شخص معين شاهده بنفسه، إذ يقول الشاهد: "سمعت كذا" أو أن "الناس يقولون كذا وكذا" عن هذا الأمر، دون أن يستطيع إسناد ذلك لأشخاص معينين، إذ يذكر ما تتناقله الألسن ولا يتحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيما شهد به.

ولما كان من الصعب تحري وجه الحقيقة في هذا النوع من الشهادة فإنها لا تقبل في المسائل المدنية وإن أجازها القضاء في المسائل التجارية على سبيل الاستئناس، أما في الفقه الإسلامي تقبل الشهادة بالتسامع في حالات معينة، وهي الشهادة بالنسب، وبالموت، وبالنكاح، وبالدخول .

ثانياً: الشهادة بالشهرة العامة

تتمثل فيما يؤديه الشهود أمام الجهات الرسمية بما علموا به من وقائع عن طريق الشهرة و يدون الموظف هذه الوقائع في ورقة تعد دليل عليها و تستعمل في موضوع التركات حيث يشهد عدد من الناس أنه لا يوجد للمتوفى فيما يعلمون إلا عدد معين من الورثة أو أنه لم يترك

1 - أحمد نشأت: رسالة الإثبات، ج1، ط7، ص545.

إرثاً أصلاً فهذه الشهادة تفترض وجود موظف عمومي هو الموثق يدلي بالشهود أمامه بأقوالهم .

الفرع الثالث: عيوب شهادة الشهود و الحلول الممكنة لعلاجها

أولاً : عيوب شهادة الشهود

1 - العيوب الإرادية

يمكن للشاهد أن يعتمد تشويه الشهادة و إبعاد القاضي عن الحقيقة التي يسعى إليها ، فيشهد زوراً نظراً للرشوة المقدمة إليه من أحد أطراف الدعوى ، أو يؤديها حبا في الإنتقام أو لمجرد كراهية بينه و بين من يشهد ضده أو أن يكون ميالاً للكذب أو يكون محترف لشهادة الزور مقابل أجر .

2 - العيوب غير الإرادية

أ - الأخطاء الحسية للشهود: تختلف الحواس من شخص لآخر وهذا ما يمكن استنتاجه عند تعدد الشهود الذين هم في نفس الواقعة فيختلف التصور من شاهد لآخر وهذا راجع لإختلاف الحواس لدى الإنسان و لعل أهمها و أكثرها استعمالاً هي البصر و السمع .

* قد يحدث أن الشاهد لا ينتبه للواقعة محل الإثبات إلا بقدر ضعيف أو قد ينتبه للفعل ذاته دون الشخص الذي يرتكبه ، فهناك أخطاء بصر تحدث بسبب الإنفعال النفسي المصاحب بالخوف فالشخص يكون قريباً من الواقعة ولا ينتبه لمرتكبها بسبب الخوف الذي سكنه في تلك اللحظة و بذلك يكون بصره ضعيفاً كما يمكن أن تتوفر في حاسة البصر أخطاء بسبب مثلاً عمى الألوان أو بسبب تأثير الإحياء في بصره¹ لأن الشخص هنا يكون قد رأى مرتكب الفعل غفلة منه ولم ينتبه إلى ذلك فتستقر تلك الصورة في اللاشعور ثم قد يحدث أن تخرج إلى الشعور بعد ذلك .

1 - الإحياء هو تيار يسري في غفلة من الشعور ليستقر في اللاشعور ثم يعود ليؤثر في الشعور و في السلوك .

* تختلف حاسة السمع من شخص لآخر و ما نلاحظه أن أذن الشخص تسمع باستمرار و بطريق غير إرادي و لكن المشكل يتمثل في صعب تمييز الأصوات لذلك قد يقع الشاهد في أخطاء رغما عنه .

ب - الأخطاء المؤسسة على عوامل شخصية: كالإختلاف في السن والجنس فالأطفال تكون شهادتهم عرضة للخطأ لذلك يأخذها القضاء على سبيل الإستدلال ونفس الوضع قد يحدث عند المسنين ونفس الشيء بالنسبة للمرأة فهي أكثر عرضة للوقوع في الخطأ من الرجل .

ج - أخطاء الناتجة عن الأمراض: كضعف العقل والهذيان و تصور الخرافات و الصرع وهذا يكون ناتج عن إختلال في العقل أو يكون سبب ذلك مرض الهستيريا¹.

إلى جانب الأخطاء العمدية وغير العمدية يمكن أن تحدث أخطاء من نوع آخر كموت الشاهد قبل أداء الشهادة و خطر النسيان كلما تباعد صدور الحكم في القضية عن يوم حدوث الواقعة.

ثانيا : الحلول الممكنة لعلاجها

1 - للتأكد من الوصول للحقيقة يجب القيام بفحص الشاهد لتبيين مدى صدق الشاهد و درجة ذكائه و ذاكرته ولكي يكون الفحص أكثر جدية يمكن إستعمال بعض الأساليب و منها:

أ) الأسلوب القانوني: يتمثل في إختيار و إقصاء بعض الشهود الذين لا يتمتعون بالثقة اللازمة مثلا عدم ترك شخص سكران أثناء حدوث الواقعة التي علم بها أن يدلي بشهادته.

ب) الأسلوب القضائي: ومفاده توجيه الأسئلة للشهود بعد أداء الشهادة وملاحظتهم بدقة عالية أثناء أدائها كاللوائح التي تظهر على الشاهد و التي من شأنها يستدل على صدقه أو كذبه أو التناقض في العبارات أو إرتجاف القول و القلق و الإضطراب.

1 - أحمد نشأت: رسالة الإثبات، ج1، ط7، ص547.

ج) الأسلوب النفسي: ويكون ذلك ببحث كامل لنفسية الشاهد ومعرفة طابع شخصيته وتحديد مدى أهليته للشهادة.

2 - بعض الحلول المقترحة من بعض الشراح:

أ) إمكانية مواجهة الشهود للحصول على توضيحات أكثر فيجب بذلك أن يقع التحقيق و التحقيق المضاد أو تحقيق النفي.

ب) يمكن لقاضي قبل سماع الشهود أن يكلف أحد أعوان الضبطية القضائية بالبحث عن شخصية الشاهد في الوسط الذي يعيش فيه و توجيه أسئلة دقيقة تعرف الشاهد تعريفا وافرا و مقنعا وذلك حسب أهمية الواقعة.

ج) حماية الشاهد من كل الضغوط و التهديدات التي يمكن أن يتعرض لها و توجيهه على تغيير الحقيقة.

د) يمكن إضافة حل آخر و هو توعية الجمهور عن طريق وسائل الإعلام ببعض الأمثلة للشهود الذين يشهدون زور ، كما يمكن تشديد العقوبة على هذه الجريمة¹.

1 - أحمد نشأت: رسالة الإثبات، ج1، ط7، ص548.

المبحث الثاني: ما يجوز إثباته بالشهادة

بعد أن تعرضنا إلى مفهوم شهادة الشهود، وذلك بعد أن تطرقنا إلى التعريف والخصائص والأركان والأنواع والشروط الواجب توافرها في الشهادة والشاهد بذاته سوف نتطرق في هذا المبحث إلى نطاق الإثبات بشهادة الشهود، ومن هنا يمكن أن نتساءل إذا كانت شهادة الشهود محدودة ومقيدة أم أن مجالها واسع وغير محدد؟

المطلب الأول: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة كأصل عام

حسب نص المادة 333 من ق.م.ج فإن الإثبات بشهادة الشهود إما أن يتعلق بوقائع مادية :

الفرع الأول : المادة المدنية والتجارية

أولاً: التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمة معينة

سبق وأن ذكرنا أن المشرع لم يجز الإثبات بشهادة الشهود في التصرفات المدنية التي تتجاوز 100.000 دج أو تكون غيرمقدرة، فخرجت من هذا القيد التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها هذا النصاب، واعتبر الأصل فيها جواز إثباتها بالبينه لأن احتمال شراء ذمة الشهود يتضاءل كلما قلت قيمة النزاع، وقد أبقى المشرع على جواز الإثبات بالشهادة فيما لا يجاوز مائة ألف دينار، رغبة منه في التيسير على المتعاملين، ولذلك تعتبر هذه القاعدة موضوعية لمصلحة المتعاقدين أنفسهم، وغير متعلقة بالنظام العام، فيجوز من باب أولى الاتفاق على مخالفتها، فإذا اتفق المتعاقدان على أن الإثبات فيما بينهما لا يكون إلا بالكتابة، حيث يوجب القانون الإثبات بشهادة الشهود صح اتفاقهما ووجب العمل به.

ويرد على قاعدة جواز الإثبات بالشهادة في التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها مائة ألف دينار قيدان : أولهما يتمثل في أنه يجب الإثبات بالكتابة في التصرفات المدنية التي

أوجب فيها القانون ذلك، ولو لم تتجاوز قيمتها النصاب المحدد كعقد الكفالة مثلاً، وثانيهما إذا كان التصرف المدني الذي لا تتجاوز قيمته مائة ألف دينار ثابتاً بالكتابة فلا يجوز إثبات ما يخالفه أو يجاوزه إلا بالكتابة¹.

ثانياً: التصرفات التجارية

استثنى المشرع المواد التجارية أي المعاملات التجارية التي تحصل بين تاجرين حيث نصت المادة 333 ق م على أن مجال تطبيقها لا يمتد إلى المادة التجارية " في غير المواد التجارية..." ومعنى ذلك أن الإثبات حر في هذه المسائل كقاعدة عامة²، والعلة في ذلك أن الأعمال التجارية تقوم على الثقة من ناحية، وعلى السرعة من ناحية أخرى، سواء في انعقادها أو في تنفيذها، والكتابة تؤخر المعاملات وتمس الثقة، لذلك حررها المشرع من قيد الكتابة، وجعل الأصل فيها حرية الإثبات، فيستطيع الدائن أن يثبت بواسطة الشهود والقرائن الالتزام الذي يدعيه مهما كانت قيمته، كما أنه يستطيع إثبات ما يخالف أو يجاوز عقداً مكتوباً يدلى به أمام القضاء.

يلاحظ أن هذا الحكم أي عدم اشتراط الكتابة في إثبات التصرفات التجارية مهما بلغت قيمتها يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية في شأن إثبات الديون حيث قال الله جل وعلا في: "... إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ"³،

1 - عباس العبودي: المرجع السابق. ص 251.

2 - على خلاف المشرع العراقي الذي انفرد باتجاه جديد دون سائر التشريعات العربية حيث ألغى حرية الإثبات في المواد التجارية.

3 - سورة البقرة الآية 282.

ويرجع في تعيين الأعمال التجارية التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود إلى أحكام القانون التجاري إذ بين من هو التاجر، وما هي الأعمال التجارية¹.

فإذا كان العمل التجاري بين تاجرين جاز لكل منهما الإثبات بشهادة الشهود، أما إذا كان العمل مدنيا بين تاجرين أو تجاريا بين شخصين غير تاجرين، فلا تطبق القاعدة المتقدمة، ويجب إتباع القواعد الخاصة بعدم جواز الإثبات بشهادة الشهود، أما إذا كان العمل مختلطا أو عملا تجاريا بين طرفين أحدهما تاجر، والآخر غير تاجر، فإن التاجر يلتزم بقواعد الإثبات المدنية في إثبات دعواه ضد غير التاجر، فعليه ألا يثبت ما يدعيه بشهادة الشهود إذا زادت قيمة التصرف على مائة ألف دينار، وعلى العكس تطبق القواعد التجارية في الإثبات ضد التاجر، بحيث يمكنه أن يثبت بشهادة الشهود دعواه ضد التاجر أيا كانت قيمة التصرف، فيستطيع المزارع مثلا أن يثبت في مواجهة التاجر تسليم المحصول إليه بكافة طرق الإثبات ولو زادت القيمة على مائة ألف دينار بينما لا يستطيع التاجر أن يثبت دفع الثمن بشهادة الشهود².

كما تم إثبات دين تجاري -رغم أن قيمته أكثر من مائة ألف دينار جزائري- بشهادة الشهود، فقد صدر القرار المفهرس تحت رقم 08/00692 المؤرخ في 08/03/2008 عن الغرفة التجارية والبحرية بمجلس قضاء سيدي بلعباس، والقاضي بتأييد الحكم المستأنف بناء على محضري تحقيق بسماع الشهود الذي أجرته المحكمة، وجاء في حيثياته "ضف إلى ذلك محضر سماع الشهود للشاهدين بقوق محمد ورزلاوي طرايقة يحي يؤكد مبلغ الدين الذي هو في ذمة المستأنف المقدّر بـ 1.015.739، 00دج مما يجعل القاضي الابتدائي أصاب في حكمه وقدر الوقائع أحسن تقدير، ويتعين إذا تأييد الحكم المستأنف فيه في جميع تراتيبه" وقد قضى الحكم محل الاستئناف -بناء على محضر سماع الشاهدين- بإلزام المدعى عليه بلعلة الهاشمي

1 - المواد 4.3.2.1 من القانون التجاري.

2 - محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 317.

بالدفع للمدعي مالكي بارودي المبلغ المتبقي من الدين حسب مبلغ 1.015.739، 00 دج
مائة وواحد مليون وخمسمائة وثلاثة وسبعون ألف وتسعمائة دينار طبقا للمادة 333 من ق م
والتزام المدعى عليه بلعلة الهاشمي بتعويض المدعي مالكي بارودي بمبلغ قدره 100.000 دج
مائة ألف دينار جزائري وذلك عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة وفقا لأحكام المادة 124
من ق م.

وإذا كان الأصل في المواد التجارية حرية الإثبات طبقا للمادة 30 من القانون
التجاري¹ التي نصت على أنه: "يثبت كل عقد تجاري سندات رسمية، بسندات عرفية، بفاتورة
مقبولة بالرسائل، بدفاتر الطرفين، بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب
قبولها"، إلا أنه وخروجا عن الأصل يتعين الإثبات بالكتابة في حالتين هما:

أولا : إذا استلزم المشرع الكتابة في إثبات العمل التجاري إما لأنه لا يتصور وجوده بغير كتابة
كالأوراق التجارية، وإما لأنه ينطوي على أهمية خاصة علاوة على أنه يستغرق وقتا طويلا،
ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها
إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن... أو محلات
تجارية... أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود
تسيير محلات تجارية... في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر
العقد كما يجب تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد
رسمي..."، وما نصت عليه المادة 545 من القانون التجاري: "تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا
كانت باطلة"، حيث تعتبر هذه النصوص الكتابة ركنا في وجود التصرف، ولا يمكن تصوره
بدونها في نظر المشرع الجزائري².

1 - المادة 30 من القانون التجاري .

2 - المواد 4.3.2.1 من القانون التجاري.

ثانياً: إذا اتفق التاجران على أن يكون إثبات المعاملات التجارية بينهما بالكتابة، وهذا الاتفاق صحيح لأن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام، يجوز للمتعاقدین النزول عنها بأن يتفقا على أن لا يكون الإثبات بينهما حتى في علاقتهما التجارية إلا بالكتابة، فيتعين عليهما العمل بموجبه وعلى ذلك يمتنع عليهما الإثبات بشهادة الشهود¹.

الفرع الثاني: المادة الجزائية

إن الشهادة ليست نوع واحد بل تختلف حسب نوع الجريمة فنلاحظ مثلاً أن الشهادة في جريمة الزنا تختلف عن بقية الجرائم وذلك لسبب أن الشاهد في الجريمة الجنسية في مركز خاص ، كما أن الشهادة في جريمة المخدرات تتميز بطابع خاص و كذلك الشهادة في غش الأدوية أو المواد الغذائية فالشاهد في هذه الأحوال هو في الغالب الشخص الذي قام بضبط تلك المواد وهو يثبت الوقائع التي شاهدها في المحضر وهذا هو السبب الذي يتطلب إخضاع هذا النوع من الشهادة إلى دراسة علمية دقيقة وفهم سيكولوجي من طرف القضاة أو المحققين وذلك خوفاً من التحيز أو وقوع الشاهد في الخطأ أثناء تثبيت الوقائع في محضره وهذا ما سنتطرق إليه في النقاط التالية :

أولاً: مبدأ الإلتزام بتأدية الشهادة

على عكس القانون المدني الذي يجد فيه الشاهد نفسه في مركز إختيار بين تأدية الشهادة و عدم تأديتها فإنه في المجال الجنائي لا يجد أي إختيار بل و عليه أيضاً أن يسارع إلى إخطار الجهة المختصة فور مشاهدته للجريمة وهذا ما نفهمه من المادة 61 من ق أ ج التي تنص "يحق لكل شخص في حالات الجناية أو الجنحة المتلبس بها والمعاقب عليها بعقوبة الحبس ،ضبط الفاعل وإقتياده إلى أقرب ضابط للشرطة القضائية

1 - محمد حسن قاسم: المرجع السابق. ص 317.

و قد عززت المادة 299 ق أج¹ هذا الموقف بنصها على إستحضار الشاهد المتخلف عن الحضور بواسطة القوة العمومية عند الإقتضاء وهذا دليل على حرص المشرع على وجوب تأدية الشهادة في القانون الجنائي و جعلها واجبا على كافة و ذلك لحمايتهم وهذا الواجب يفرضه القانون.

ثانيا: الشهادة أمام الضبطية القضائية

خول المشرع للضابط بمقتضى المادة 50 ق أج والمتعلقة بحالة التلبس سلطة لمنع الحاضرين من مبارحة محل الواقعة أو الإبتعاد عنه حتى يتم تحرير وعدم إمتثال الشهود لذلك يعتبر مخالفة تستتبع توقيع عقوبة الحبس لمدة لا تزيد عن عشرة أيام و بغرامة قدرها 500 دينار جزائري.

و المغزى من ذلك الإلتزام الواقع على الشاهد أنه لا يزال على مسرح الجريمة أو عقب إرتكابها بفترة وجيزة مما يجعل المعلومات لديه كاملة لأن الواقعة لا تزال راسخة في ذهنه ولا تزال حية أمام عينيه. و على العكس من ذلك كلما تباعدت الفترة الزمنية بين وقوع الحادث و مشاهدة الشاهد له و بين تأدية الشهادة فكلما نقص وزن الشهادة من حيث الصحة وذلك لتأثرها بعدة عوامل كالنسيان والخوف لدى الشاهد وهذا في حالة التلبس. أما في حالة الندب المنصوص عليها في المادة 138 ق أج وهي تكليف قاضي التحقيق أحد أعوان الضبطية القضائية بمتابعة الإجراءات التي بدأ فيها فيملك هذا الأخير كلّ الصلاحيات التي خولت لقاضي التحقيق بما فيها تحليف الشاهد وبعد محضر محضر تحقيق بشرط إجرائه طبقا للقانون كما يجوز سماع أقوال شاهد لم يندب لسماعه إذا كان هذا الأخير على وشك الموت²

1 - المادة 299 من قانون الإجراءات الجزائية .

2 - ابراهيم ابراهيم الغمار: الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية ،دراسية قانونية نفسية ،ص 338

ثالثا: الشهادة أمام سلطات التحقيق

1 - سلطة التحقيق الابتدائي: بمجرد وصول القضية إلى قاضي التحقيق ،يقوم بإستدعاء أيّ شاهد يرى فائدة من سماع شهادته وذلك إما طوعية أو بواسطة أعوان القوة العمومية تطبيقا لنص المادة 88 ق أ ج ، وقد أعطى قانون الإجراءات الجزائية القاضي التحقيق الحرية في سماع شهادتهم إلاّ أن هناك حالات لا يجوز له سماع الشخص كشاهد وهي :

(أ) إذا كان الشخص المراد سماع شهادته قد وجهت ضده شكوى مصحوبة بإدعاء مدني فهنا يجب على قاضي التحقيق إستجوابه بصفته متهما المادة 89 ق أ ج.

(ب) إذا إدعى الشخص مدنيا فلا يجوز سماعه كشاهد وهذا ما نصت عليه المادة 243 ق أ ج وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15/01/1982 عن الغرفة الجزائية المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد الثاني لسنة 1989 ص 227 "إن المادة 243 لا تسمح بسماع الطرف المدني كشاهد بعد إدعائه مدنيا لأن ذلك يمس بحقوق الدفاع".

(ج) إذا وجدت دلائل قوية و متماسكة على قيام إتهام في حق شخص معين فلا يجوز لقاضي الإستماع إليه كشاهد وإلا اعتبر ذلك إحباط لحقوق الدفاع وهذا حسب المادة 89 ق أ ج¹.

و السؤال الذي يطرح إذا حضر الشاهد و إمتنع عن الإدلاء بالشهادة؟ هنا نفرق بين حالتين :

- حالة الإمتناع بدون سبب: فهنا يجوز لقاضي التحقيق الحكم عليه بغرامة من 200 إلى 2000 دج ولا يكون هذا الأمر قابل لأي طعن وهذا ما نصت عليه المادة 97 ق أ ج ،أما إذا رفض الإدلاء بأقواله أمام قاضي التحقيق بعد تصريحه علانيا بأنه يعرف مرتكب الجريمة فهنا يجوز إحالته على المحكمة المختصة و الحكم عليه بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر و

1 - أحسن بوسقيعة ،التحقيق القضائي ،ص83

بغرامة من 1000 إلى 10.000 دج أو بأحدى هاتين العقوبتين وهو ما نصت عليه المادة 98 ق أ ج.

- حالة الإمتناع بسبب جدي: إذا كان الشاهد من ضمن الأشخاص الملزمين بسر المهنة فإنه مجبر على المثول أمام قاضي التحقيق و أداء اليمين و الإشارة إلى العذر و يحرر القاضي محضر بذلك و يثبت بأمر يقبل بمقتضاه العذر أو يرفضه وهذا ما نصت عليه المادة 97 ق أ ج.¹

2 - سلطة التحقيق النهائي(المحكمة): إذا ما وصلت القضية إلى مرحلة المحاكمة فإنه طبقا للمادة 343 ق أ ج يتحقق الرئيس من هوية المتهم ومن حضور المسؤول المدني و المدعي المدني و الشهود أي يتحتم عليه الحضور وتأدية الشهادة.

وتؤكد المادة 222 ق أ ج ذلك صراحة بقولها " كل شخص مكلف بالحضور أمام المحكمة لسماع أقواله كشاهد ملزم بالحضور وحلف اليمين و أداء الشهادة."

و الشخص الذي يكلف بالحضور أمام المحكمة لسماع أقواله كشاهد بصفة قانونية ملزم بالحضور فإذا تعدد التخلّف عن الحضور فإنه يجوز للمحكمة إتخاذ ضده إجراء من الإجراءات المنصوص عليها في المادة 223 ق أ ج والمتمثلة في:

أ) معاقبته بناء على طلب النيابة بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 97 ق أ ج و المتمثلة في الغرامة من 200 إلى 2000 دج.

ب) يجوز للمحكمة تلقائيا أو بناء على طلب النيابة إستخدام القوة العمومية لإحضار الشاهد المتخلّف عن الحضور و سماع أقواله على الفور.

1 - المادة 97 من قانون الإجراءات الجزائية .

ج) تأجيل القضية لجلسة أخرى مع تحميل الشاهد المتخلف مصاريف التكاليف بالحضور والإنتقال.

مع الملاحظة أن الحكم الصادر عن المحكمة بشأن الإجراء الأول والثالث يكون قابل للطعن بالمعارضة من طرف الشاهد المتخلف عن الحضور.

كما أن المحكمة تقوم بسماع الشهود متفرقين وهذا حسب المادة 225 ق أ ج ويكون هذا بعد أمرهم من المحكمة بمغادرة قاعة الجلسات إلى الغرفة المخصصة لهم ما لم تكون شهادته على سبيل الإستدلال فلا يوجد ما يمنعه من البقاء داخل قاعة الجلسات وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1982/1/19 من الغرفة الجنائية 1 في الطعن رقم 26.166 بقولها "لا حرج أن يبقى الشاهد بقاعة الجلسة و لم يدخل إلى الغرفة المخصصة للشهود قبل الإدلاء بشهادته متى وقع سماعه على سبيل الإستدلال".

كما أن المبدأ أن يؤدوا الشهود شهادتهم شفويا غير أنه يجوز لهم بصفة إستثنائية الإستعانة بمستندات و ذلك بإذن من الرئيس وهذا حسب المادة 233 ق أ ج.¹

وفي الأساس يجب على الشاهد أن يدلي بكل ما لديه من دون أن يقاطعه أحد وبعد إنتهائه يجوز مناقشته من طرف الرئيس كما يجوز للنيابة مباشرة مناقشته حول ما أدلى به أما بقية الأطراف فلا يجوز لهم مناقشة الشاهد مباشرة بل يجب أن يتم ذلك عن طريق رئيس الجلسة وهذا حسب المادة 233 ق أ ج. كما يجوز للرئيس إجراء مواجهة بين الشاهد و المتهم أو بين الشاهد و شاهد آخر و يجب أن تدون أقوال الشهود و الأسئلة التي وجهت إليهم في محضر الجلسة من طرف كاتب الجلسة وهذا حسب المادة 236.

وتنص المادة 223 ق أ ج على عقاب كل من يتخلف عن الحضور أو يمتنع عن حلف اليمين أو أداء الشهادة و تحيلنا في ذلك إلى المادة 97 ق أ ج

1 - المادة 233 من القانون الإجراءات الجزائية.

وكما يظهر واضحاً من المادتين السابقتين فإن تأدية الشهادة واجب وما العقاب إلا نتيجة لمخالفة هذا الواجب.

الفرع الثالث: مادة شؤون الأسرة

قانون الأحوال الشخصية الجزائري والذي اصطلح على تسميته بقانون الأسرة الصادر بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 19/07/1984 استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية وبين في المادة 222 منه أن "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" وبالتالي كل الوقائع التي يتضمنها يمكن إثباتها بشهادة الشهود إلا ما نص عليه صراحة بنص خاص.

بدءاً من عقد الزواج إذ لا يصح إلا بشهادة شاهدين فقد جاء في المادة (9) مكرر "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: ...شاهدان... "ودليل على ذلك قول الرسول(ص) "لا نكاح إلا بشهود".

فالمشرع الجزائري اشترط لصحة العقد حضور شاهدين لإخراج الزواج من حدود السرية وإعلانه وإشهاره ، وذلك لأن عقد الزواج له خطره القانوني و الإجتماعي لما يترتب عليه من مصالح دينية ودنيوية وحقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين فكان من الواجب إعلانه للناس حتى لا يلتبس بالزنا ،ولا تكون علاقة الرجل مع امرأته محل شبهة ،فالشهادة ترفع الشبهات والشكوك ومقالة السوء في العلاقة بين الرجل والمرأة بالزواج¹.

ومن هنا شرعت الشهادة لإظهار أهمية عقد الزواج ، وإثباته في حالة جحود أحد الزوجين للعلاقة الزوجية الصحيحة².

1 - عبد العزيز عامر .الأحوال الشخصية ، ج 1 ، ص 33.

2 - المحكمة العليا ، غ أ ش ، 27 مارس 1989 ، م ، ق ، 1990 ، ص 82 .

أولاً: مشروعية الشهادة في الزواج الإسلامي

اختص الشارع عقد الزواج بشرط الشهادة دون سائر العقود ،لما إشتمل عليه من آثاره خطيرة ولمنع نكرانه و جحوده ،وليكن أداة إثبات و دليلا أمام القضاء.وكل زواج لم يتم أمام شاهدين كان زواج فاسدا.

وقد دعا الرسول"ص"إلى الشهادة في عقد الزواج بقوله:"لا نكاح إلاّ بشهود" وقوله "ص"لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"وقوله"ص"أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها وشاهدي عدل فنكاحها باطل.

ولقد ذهب الفقه المالكي إلى أن شرط الإعلان واجب حين العقد ،والإشهاد واجب حين الدخول ،فإذا لم يشهد الزوجان على الدخول كان العقد غير صحيح ،وتضيف إلى جانب ذلك العلانية و الإشهار¹.

وقد أخذ المشرع الجزائري برأي المالكية في إشتراط حضور شاهدين لصحة العقد ،وعن طريقهم يتحقق الإشهار و العلنية ،وإذا أبرم عقد الزواج بدون شهود فإنه سيكون فاسدا ،ويجب فسخه .

ثالثاً:مجال تطبيقاتها

بدءا من عقد الزواج إذ لا يصح إلا بشهادة شاهدين حسب المادة (9) مكرر"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية...شاهدان...".

إلى الطلاق الذي لم يتم تسجيله بالحالة المدنية يمكن إثباته بأثر رجعي بشهادة الشهود و بدونها لا يتم إقرار الزواج كما أن الآثار التي تترتب على عقد الزواج وكذا إنحلاله أي الطلاق يتم إثباتها بشهادة الشهود وقد جاء في المادة 73 ق أسرة "إذا وقع النزاع بين الزوجين

1 - الدسوقي علي الدردير ،شرح مختصر خليل ، ج 2 ص220 .

أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء..."

وشهادة الشهود جائزة في مسائل الحالة أي حالة الأشخاص مهما اختلفت الوثائق و حتى شهادة الأقارب جائزة في مثل هذه الحالات وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا بقولها من المقرر قانونا أن تجوز شهادة الأقارب في قضايا الحالة كالزواج و الطلاق و الوفاة ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون¹. وقاضي شؤون الأسرة له كامل السلطة في سماع شهود الأطراف سواء كانوا شهود الإثبات أو شهود النفي في المسائل التي تعرض عليه مالم يوجد نص خاص يقضي بخلاف ذلك وما لم تكن الواقعة المعروضة عليه مخالفة للنظام العام و الآداب العامة .

الفرع الرابع: المادة الإدارية

تعد الشهادة طريق من طرق الإثبات الإداري، بحيث يمكن اللجوء إليها لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه، أو لإثبات الانحراف في استخدام السلطة، فإن كانت الشهادة من وسائل الإثبات الإداري فهي قليلة الأهمية بالمقارنة التي تحظى بها في الإثبات المدني، إذ تتسم الحياة الإدارية بالصبغة الكتابية، ولكن أهمية الشهادة تظهر في حالة ضياع الأوراق الإدارية أو تلفها كما يمكن استعمالها لتكملة دليل ضعيف.

ويتم سماع الشهادة سواء بناء على طلب الخصوم أو بمبادرة ذاتية من المحكمة الإدارية فللقاضي سلطة تقديرية واسعة لتقرير جدوى سماع شهادة أحد الأشخاص خصوصا إذا ارتأى أن سماعها مفيد للفصل في النزاع وتستند هذه السلطة التقديرية إلى طبيعة إجراءات التقاضي الإداري خصوصا طابع التنقيب و التحري وهذا طبقا للمادة 860 من قانون 09/08 .

1 - المجلة القضائية عدد 2 لسنة 1998 ص 79 .

و من المسلم به أن سماع الشهادة يقتضي أن تكون الوقائع المراد إثباتها محددة كما يتوجب إحترام مبدأ الوجاهية فلا يجوز سماع شهادة الشهود إلا بحضور بقية الخصوم في الدعوى وفي حالة غيابهم يجب تمكينهم من الإطلاع على محضر الشهادة¹.

وتفريعا عما سبق يتعين لصحة الشهادة أن يتم سماع شهادة الشاهد بعد أداء اليمين القانونية وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال، كما تطبق حالات عدم جواز سماع شهادة بعض الأشخاص الواردة في المادة 153 من قانون 09/08 في المجال الإداري.

وعليه إذا كانت شهادة الشهود وسيلة من وسائل الإثبات فإن قانون 09/08 قيد تقديم الشهادة لإثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه بقيد وهو أن تكون الشهادة منتجة في إثبات عدم مشروعية القرار المطعون فيه وهذا طبقا لنص المادة 150 من قانون 09/08.

الفرع الخامس: الوقائع المادية

تنقسم الوقائع القانونية إلى قسمين هما التصرفات القانونية أو الأعمال القانونية، والوقائع المادية، والأصل أن القاعدة المتقدمة وهي عدم جواز الإثبات بالشهادة فيما يتجاوز قيمته مائة ألف دينار لا تنطبق إلا على التصرفات القانونية. ولما كان الأصل الإطلاق، والتقييد استثناء ولأن المشرع لم يفرض أي قيد على إثبات الوقائع المادية، وجب اعتبار إثباتها مطلقا من كل قيد جائز بكافة الطرق بما فيها شهادة الشهود والقرائن، وعلة ذلك أن التصرف القانوني هو إرادة تتجه إلى أحداث أثر قانوني معين ، ولما كانت هذه الإرادة ذات مظهر خارجي هو التعبير عنها، فإن القانون اقتضى ألا يكون إثبات هذا التعبير بشهادة الشهود كقاعدة عامة لاعتبارين أساسيين :

أولهما: هو أن توجه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني أمر دقيق قد يخفى على الشهود، فلا يدركون معناه، ولا يؤدون الشهادة فيه بالدقة الواجبة.

1 - علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الثاني، سنة 2004، ص 283.

وثانيهما: هو أن التصرف القانوني فوق ذلك يستطاع تهيئة الدليل بشأنه وقت وقوعه، أما الواقعة المادية هي أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثرا سواء اتجهت إليه الإرادة أم لم تتجه، فهي تحدث و يراها الناس، فلا تختلف مفاهيمهم بشأنها اختلافا كبيرا، فيرونها كما وقعت، إذ هي ليست من الدقة والتعقيد بمنزلة التصرف القانوني، وهي بحسب طبيعتها لا يتيسر إثباتها بالكتابة، ولذلك كان الأصل فيها جواز إثباتها بطرق الإثبات كافة بما فيها شهادة الشهود.

ولكن تجدر الإشارة إلى أن التصرف القانوني يعتبر في مواجهة الغير بمثابة عمل مادي يمكن إثباته بشهادة الشهود، فمن حق الشفيع الذي يعتبر عقد بيع العقار بالنسبة إليه واقعة مادية أن يثبت بالشهود أن الثمن المبين في العقد أعلى من الثمن الحقيقي¹.

ومن أمثلة الوقائع المادية التي تحدث بفعل الإنسان، الأفعال الضارة، حيث يقع على عاتق من يطالب بالتعويض عما أصابه بفعل غيره أن يثبت أركان المسؤولية الثلاثة وهي الخطأ، والضرر والعلاقة السببية بينهما، وكل هذه الأركان وقائع مادية، يعتبر الأصل فيها جواز إثباتها بشهادة الشهود.

وكذلك الإخلال بالتزام عقدي، فرغم أن نشوء الالتزام العقدي لا يثبت بشهادة الشهود إذا كانت قيمته أكثر من مائة ألف دينار جزائري كما رأينا سابقا، إلا أن الإخلال به يعتبر فعلا ماديا يجوز إثباته بالشهادة.

ومن جهة أخرى إذا ادعى أحد المتعاقدين بعيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس قد شاب رضاه، فبإمكانه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، لأن عيوب الإرادة تعتبر من الوقائع المادية. وكذا الأفعال التي يستدل منها قصد أحد المتعاقدين الإضرار بالغير، والأفعال التي يستدل منها علم الشخص بواقعة معينة كعلم المشتري بالعيوب الخفية، أو علم المتعاقد معه

1 - إلياس أبوعيد: نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، الجزء 2 ، طبعة 2005، فقرة 1830.

بسفه المتعاقد الآخر أو علم المتصرف إليه بإعسار المتصرف المدين، تعتبر كلها أفعال مادية، يجوز إثباتها بالشهادة.

هذا إضافة إلى الأفعال النافعة، والتي تعتبر مصدرا للالتزامات، ففي الغالب تكون أفعالا مادية يجوز إثباتها بشهادة الشهود، فإذا قام الفضولي بجني محصول رب العمل أو بترميم منزله بنفسه جاز له إثبات ذلك بالشهادة

وإذا تولى شخص عملا لآخر، وأدى هذا العمل إلى افتقار في جانب ذلك الشخص وإلى إثراء بالنسبة إلى الآخر، وكان هذا الإثراء بلا سبب قانوني فإن المثري يلتزم بتعويض المفتقر بأقل القيمتين: الإثراء أو الافتقار طبقا لما نصت عليه المادة 141 من ق م: "كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو لشيء "لأن الإثراء والافتقار من الوقائع المادية فإنه يصبح إثباتهما بجميع وسائل الإثبات، ومنهما الشهادة والقرائن¹.

أما الوقائع الطبيعية فمن البديهي جواز إثباتها بشهادة الشهود، و مثال على ذلك الفيضان، والزلازل، والمطر، ونضوج الثمار، والميلاد، والوفاة، غير أن القانون قد وضع نظاما خاصا لإثبات المواليد والوفيات بقيدتها في سجلات معدة لذلك وهي سجلات الحالة المدنية التي يجوز الحصول على مستخرجات منها. وما يلاحظ عمليا أنه ترتب على هذا النظام تشدد المحاكم في إثبات المواليد والوفيات بغير هذه المستخرجات، مع أنه إذا لم يكن ذلك ثابتا في السجلات جاز إثباته بأي دليل آخر، ومنها شهادة الشهود وفقا لما نصت عليه المادة 26 ق م: "تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك، وإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي نص عليها قانون الحالة المدنية".

1 - سليمان مرقس: المرجع السابق، ص5

المطلب الثاني: الإثبات بالشهادة إستثناءا

لما جعل المشرع الإثبات بالشهادة غير جائز في الحالات المهمة، كان الباعث له على ذلك عدم ثقته في شهادة الشهود، وإمكان مغايرتها للواقع كل المغايرة، ولكنه رأى أن المبالغة في تشكيك شهادة الشهود، قد لا يكون لها في بعض الأحوال ما يبررها، وقد تلحق ببعض المتقاضين ظلما واضحا، فاستثنى تلك الأحوال من القاعدة العامة وأجاز فيها الإثبات بالشهادة.

ويمكن رد هذه الأحوال الاستثنائية إلى اعتبارات أهمها وجود ما يجعل دعوى المدعي قريبة التصديق، فلا يكون ثمة محل للخوف من شهادة الشهود إذا أيدت ذلك وهو ما يصطلح عليه قانونا مبدأ ثبوت بالكتابة، أو قيام عذر بالمدعي يبرر عجزه عن الإثبات بالكتابة كوجود مانع من الحصول على دليل كتابي، أو فقدان السند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه. وهذا ما سنتطرق إليه في الحالات التالية:

الفرع الأول: مبدأ الثبوت بالكتابة

نصت المادة 335 من القانون المدني¹ على أنه: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة".

يبرر هذا الاستثناء أن وجود مبدأ الثبوت بالكتابة من شأنه أن يجعل ما يدعيه المكلف بالإثبات قريب الاحتمال، مما يبرر الاكتفاء بأدلة أقل قوة من الكتابة، كالشهادة والقرائن لاستكمال اقتناع القاضي. وسنعرض فيما يلي إلى تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة وشروطه، أولا ثم إلى الآثار المترتبة عليه ثانيا .

1 - المادة 335 من القانون المدني .

أولاً: تعريفه وشروطه

1 - تعريفه: يقصد بمبدأ الثبوت بالكتابة كما حدده القانون المدني في المادة 2/335 كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال.¹

ولكن يعاب على اصطلاح مبدأ الثبوت بالكتابة الذي اقتبسه المشرع الجزائري من المشرع الفرنسي ترجمة لمصطلح فرنسي *Commencement De Preuve Par écrit* ، وترجمته الصحيحة هي "بداية الثبوت بالكتابة"، ومع ذلك فإن الفقه يسير على استخدام ما جاء به التشريع على الرغم من أنه قد يؤدي إلى الخلط بين "بداية الثبوت بالكتابة" و "قاعدة الإثبات بالكتابة" فإذا حصل التعبير عن القاعدة بالمبدأ، فيجب أن يراعى أن كلمة مبدأ لا تعني ما يفهم عادة عند ذكرها أي قاعدة كبرى أو أصلية، وهو ما يفهم عندما يقال مثلاً المبادئ العامة، وإنما تعني بداية، أي أن الكتابة هي خطوة أولى في سبيل الإثبات أو دليل غير كامل تكمله الشهادة، وعليه فمصطلح "بداية الثبوت بالكتابة" يكون أوفق من مصطلح "مبدأ الثبوت بالكتابة".

2 - شروطه: يتضح من التعريف المحدد قانوناً بموجب الفقرة 2 من المادة 335 من ق م أنه يشترط في مبدأ الثبوت بالكتابة ثلاثة شروط هي وجود ورقة مكتوبة، وأن تكون هذه الورقة صادرة من الخصم، وأن تجعل هذه الورقة الأمر المراد إثباته قريب الاحتمال، ونتطرق لهذه الشروط تباعاً.

الشرط الأول: وجود ورقة مكتوبة

لا بد في مبدأ الثبوت بالكتابة من وجود ورقة مكتوبة لا تكون دليلاً، لأنها إذا كانت كذلك فلا محل لتعزيزها بشهادة الشهود، ولا يلزم أن تكون الورقة موقعة أو معدة، بل يكفي بأية ورقة

1 - المادة 2/335 من القانون المدني

كخطاب، أو مذكرة خاصة، أو دفتر منزلي، أو إيصال، أو أقوال وردت في محضر تحقيق أو في مذكرة أقوال الخصم أمام القضاء، بل إن مبدأ الثبوت بالكتابة قد يؤخذ من بقايا ورقة متأكلة، أو قصاصات من ورقة ممزقة إذا أمكن بطريق اللصق ضم بعضها إلى بعض لمعرفة مضمونها¹

ويجوز أن تتضمن الورقة العرفية الموقعة أو الورقة الرسمية بالإضافة إلى ما أعدت لإثباته مبدأ الثبوت بالكتابة بالنسبة إلى أمر آخر يراد إثباته²، ويعتبر أمر توفر الكتابة أو عدم توفره مسألة قانونية يخضع في شأنها القاضي لرقابة المحكمة العليا، لأنه يتوقف عليها تطبيق حكم القانون الذي يجيز الإثبات بالبينة أو عدمه.

الشرط الثاني: صدور الكتابة من الخصم

يجب أن تكون الورقة صادرة من الخصم الذي يحتج عليه بها، وتعتبر الورقة كأنها صادرة من الخصم، إذا كانت صادرة عن شخص يمثله كوكيل، أو وصي، أو قيم...الخ، أما الورقة الصادرة عن شخص لا يمثله، فلا تعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة لأنها لا تزيد عن شهادة مكتوبة، ولو كانت العلاقة علاقة بنوة أو زوجية أو اشتراك في مال مشاع أو ميراث، كما لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة الورقة الصادرة من النائب خارج حدود نيابته³.

والأصل أن الورقة لا تعتبر صادرة من الخصم إلا إذا كانت موقعة منه، أو من شخص يمثله، أو مكتوبة بخطه أو بخط من يمثله، ولو وجدت في محفظة أوراقه أو أدراج مكتبه، غير أن بعض الأوراق يمكن اعتبارها صادرة من الشخص ولو لم تكن موقعة منه أو من يمثله، ولا مدونة بخطه أو بخط من يمثله، كالأقوال التي يدلي بها في محضر تحقيق، أو أقواله الثابتة في محضر جلسة نظر إحدى الدعاوى مادام أن هذه الأقوال لا ترقى إلى حد اعتبارها إقرار،

1 - محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 323.

2 - سليمان مرقس: المرجع السابق، ص 533.

3 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 324.

ذلك إنما تدرج في المحضر على مسؤوليته، فتعتبر الورقة التي تتضمنها، وكأنها صادرة منه، حتى ولو كان قد رفض التوقيع على هذه الأقوال¹.

هذا ويلاحظ أن الخصم الذي يحتج عليه بورقة باعتبارها مبدأً ثبوت بالكتابة، يجوز له أن يطعن في صحة صدورها منه عن طريق الطعن بالتزوير، إذا كانت رسمية، أو بطريق الإنكار إذا كانت عرفية فإذا ما تم ذلك فلا يعتد بالورقة كمبدأً ثبوت بالكتابة إلا إذا أثبت صحتها، وفي جميع الأحوال يعد اعتبار الورقة أنها صادرة من الخصم أو ممن يمثلته مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا.

الشرط الثالث: قرب احتمال المدعى به

ويقصد بذلك أن يكون من شأن الورقة جعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحصول، وأن هناك مظنة على صحتها² طبقاً لنص المادة 2/335... و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال... "بمعنى أن تجعل من احتمال صدقها أرجح في عقيدة القاضي من احتمال كذبها، وهذا لايعني أنه يجب وضوح دلالة الكتابة على الواقعة المدعاة، لأن مبدأ الثبوت بالكتابة لن يكون الدليل الوحيد الذي يبني عليه القاضي حكمه، وإنما تستكمل عقيدته عن طريق شهادة الشهود أو القرائن³.

ومن قبيل ذلك، إذا كان السند العرفي مكتوباً بخط المدين، ولكن غير موقع منه، أو كان السند الرسمي قد لحقه عيب شكلي ولم يكن من المستطاع اعتباره سنداً عرفياً، أو إذا كان المدين قد أرسل خطاباً إلى الدائن يذكر فيه الدين دون أن يحدد مقداره. وتقدير ما إذا كانت الكتابة تجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال هو من الأمور التي تدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع بعيداً عن نطاق الرقابة القضائية للمحكمة العليا، أما ضرورة أن

1 - أحمد نشأت: المرجع السابق، ص 683.

2 - ملزي عبد الرحمان: المرجع السابق، ص 43.

3 - محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 325 .

تكون هناك كتابة صادرة من الخصم فهي من مسائل القانون، يجب على القاضي أن يقيم قضاؤه على أسباب سائغة تحمله على الاعتقاد بقرب احتمال تصرف المدعى به.

ويلاحظ أن الشهادة هنا تعتبر دليلاً تكميلياً، إذ تكمل دليلاً ناقصاً وهو مبدأ الثبوت بالكتابة، بينما تكون دليلاً أصلياً حينما يتعلق الأمر بالوقائع المادية والتصرفات التي لا تزيد عن مئة ألف دينار لأن الدعوى تكون خالية من أي دليل.

ثانياً: الأثر المترتب على وجوده

إذا توافرت الشروط السابقة يصبح الإثبات بشهادة الشهود كدليل تكميلي جائزاً، وإنما على من يريد التمسك بالورقة باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة، أن يطلب من المحكمة الترخيص له بالإثبات بشهادة الشهود لاستكمال دلالتها، وإلا فإن القاضي لا يعتد بالورقة لأنها لا تعتبر في ذاتها دليلاً كاملاً أي أنه يشترط للإفادة من مبدأ الثبوت بالكتابة:

- _ أن يتمسك صاحب المصلحة بمبدأ الثبوت بالكتابة.
- أن يطلب صاحب المصلحة من القاضي استكمال دلالة مبدأ الثبوت بالكتابة عن طريق شهادة الشهود¹.

كذلك هو جائز في إثبات ما يخالف أو ما يجاوز الثابت كتابة، وهو جائز أيضاً في إثبات التصرفات القانونية التي يتطلب المشرع لإثباتها الكتابة بغض النظر عن قيمتها كعقد الصلح مثلاً، لأن المفروض أن مبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بشهادة الشهود كالدليل الكتابي الكامل وإلا لما أطلق على الشهادة في هذه الحالة الدليل التكميلي ومبدأ الثبوت بالكتابة إذا كان يقوم مقام الإثبات بالكتابة إذا كملته شهادة الشهود في الأعمال المادية فإن ذلك يكون من باب أولى في المعاملات التجارية.

1 - أنور سلطان: المرجع السابق، ص 133

ملف رقم 22117 مؤرخ في 19/05/1982¹ " إن النزاع القائم بين الزوج والزوجة حول المصوغ الذي عجزت عن إثبات ملكيتها له بالكتابة سوى حيازتها لفاتورات البعض دون تشكيل دليل كامل لملكيتها له، فإنه يجوز حسمه بوسيلة إثبات أخرى ... ما دامت الفاتورات المذكورة تشكل لصالح الزوجة قرينة جديرة بهذه الوسيلة إلى جانب المصوغات التي تنسب عادة بالنظر إلى طبيعتها إلى المرأة، والقضاة الذين استبعدوا طلب الزوجة الرامي إلى تثبيت إدعائها بالشهود يكونون قد خالفوا أحكام المادة 335 من ق م ق التي تجيز في مقتضياتها حسم النزاع بوسائل إثبات غير الكتابة مما يتعين معه نقض القرار

الفرع الثاني: المانع من الحصول على دليل كتابي (الشهادة كدليل بدلي)

نصت المادة 336 من ق م ق على أنه: "يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي..."

فهذا النص يعفي المكلف بالإثبات من تقديم الدليل الكتابي، إذا كان هناك من الأسباب ما يجعل من المستحيل عليه أن يحصل على هذا الدليل، فإذا حالت ظروف دون ذلك تحتم الاستثناء، لأن القاعدة العامة مفادها أنه "لا يلزم أحد بمستحيل" ولا يقصد بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة الناتجة عن طبيعة الواقعة محل الإثبات، بل الاستحالة التي ترجع إلى ظروف خاصة بالمكلف بالإثبات، والتي تعتبر مانعا من حصوله على دليل كتابي في الأحوال التي يوجب فيها القانون إعداد الكتابة لإثبات التصرفات القانونية.

وقيام المانع من الحصول على دليل كتابي يجيز للمحكمة -دون إلزام- أن تأذن في إثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة عن طريق شهادة الشهود أو القرائن، سواء كان تصرفا مدنيا تجاوزت قيمته نصاب الإثبات بالشهادة، أو كان أمرا يخالف أو يجاوز ما هو ثابت بالكتابة أو كان تصرفا قانونيا يوجب القانون إثباته بالكتابة، ولو لم تجاوز قيمته نصاب الشهادة،

1 - المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 1، ص 29.

كالصلح والكفالة، غير أن ثبوت قيام المانع من الحصول على دليل كتابي لا يجيز الإثبات بشهادة الشهود بالنسبة للتصرفات القانونية الشكلية لأن الشكل ركن في تلك التصرفات، ويترتب على تخلفه بطلان التصرف، وقد حدد المشرع في النص السالف الذكر نوعين من الموانع وهي المادية، والموانع الأدبية وسنتطرق لكل منهما فيما يلي:

أولاً : المانع المادي: ويقصد به المانع الذي ينشأ عن الظروف الخارجية لإبرام التصرف والتي تمنع مادياً من الحصول على الدليل الكتابي، ويلاحظ أن المشرع لم يحدد مقدماً ما يعتبر من الموانع المادية، وإنما ترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية لاستخلاصه من ظروف الدعوى، ولذلك كان القول الفصل لقاضي الموضوع لتقدير وجوده أو عدم وجوده.

ويفترض في المانع المادي الذي يحول دون الكتابة، أن يكون التصرف القانوني قد نشأ في ظروف لم يكن لذوي الشأن فيها فسحة من الوقت، أو وسيلة للحصول على دليل كتابي . ومن قبيل التطبيقات التي تشكل مانعاً في القضاء المصري، ما يسمى بالوديعة الاضطرارية، أي إيداع الشخص لأمواله لدى آخر لدفع خطر داهم عنها، لا تسمح سرعة هذا الخطر الداهم بالانتظار للحصول على كتابة تثبت الوديعة، كإيداع المنقولات لدى الجيران في حالة نشوب حريق، أو في حالة الغرق، أو الفيضان، أو الغزو، فإذا أثبت الشخص ظروف الوديعة كان في وسعه أن يقدم أي دليل لإثباتها، بما في ذلك شهادة الشهود، ولو كانت قيمة الأموال المودعة تزيد عن 100.000 دينار جزائري .

والمانع المادي يتوافر في كل حالة يتم فيها إبرام التصرف في ظروف اضطرارية مفاجئة، كما لو اقترض مسافر من أحد مودعيه مبلغاً يزيد عن مائة ألف دينار عند سفره في المطار، وقبل قيام الطائرة مباشرة بسبب ما اكتشفه عندئذ من فقد نقوده، أو نسيانها في البيت ففي هذه الحالات لا يتسع الوقت للحصول على الدليل الكتابي¹، فيكون المانع هو الظروف

1 - ملزي عبد الرحمان: المرجع السابق، ص44 .

التي تم فيها التعاقد. وقد يكون المانع هو المكان الذي يتم فيه التعاقد إذا انعدمت فيه وسائل الكتابة أو كان المتعاقدان لا يعرفان الكتابة، ولا يوجد من بينهم من يعرف الكتابة، ويلاحظ أن بعض التشريعات العربية مثل التشريعين السوري و العراقي نصا صراحة على اعتبار عدم وجود شخص يستطيع كتابة السند في مكان التعاقد مانعا ماديا يتعذر فيه الحصول على دليل كتابي.

ثانيا: المانع الأدبي: قد يكون المانع من الحصول على دليل كتابي مانعا أدبيا غير مادي، وفي هذه الحالة لا ترجع استحالة الحصول على الدليل هنا إلى ظروف مادية، أو خارجية تحيط بالتعاقد، وإنما ترجع إلى اعتبارات وظروف نفسية، أو أدبية تقوم في الوقت الذي تم فيه التصرف، فتمنع الشخص من المطالبة بالدليل الكتابي .

والمشرع لم يحدد حالات هذا المانع، وإنما درج الفقه على أنه يكون إبرام التصرف المنشئ للحق في ظروف تجعل المتعاقد يحجم من الناحية النفسية عن طلب الدليل الكتابي من المدين، وفي معظم الأحوال ينتج هذا المانع عن وجود صلة قرابة أو صداقة أو تبعية بين الدائن والمدين، أو عن جريان عرف بعدم إعداد دليل كتابي في مثل المعاملة التي تمت بينهما.

1 - المانع الناشئ عن وجود صلة بين الدائن والمدين: قد تكون هناك بين الدائن والمدين صلة من شأنها أن تحول دون طلب الدائن لدليل كتابي على حقه، نظرا لأن هذه المطالبة قد تفسر بانتفاء ثقة الدائن بمدينه، وهو ما قد يؤدي إلى إفساد الصلة القائمة بين الاثنين عند نشوء المديونية، والصلة التي تعتبر مانعا أدبيا من الحصول على دليل كتابي قد تكون صلة القرابة أو الزوجية أو عمل أو صداقة .

ملف رقم 62.268 بتاريخ 1990/07/15¹ "من المقرر قانونا أنه يجوز الإثبات بالبينة لمن وجد له مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، ومن ثم فإن النعي عن

1 - المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 3، ص 106.

القرار بمخالفة القانون في غير محله، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن علاقة الطرفين هي علاقة الأبوة والبنوة تمثل مانعا أدبيا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع عند أخذهم بالبيئة كانوا مطبقين صحيح القانون التطبيق السليم، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن."

وتقدير ما إذا كان المانع أدبيا يمنع من الحصول على دليل كتابي من عدمه هو من الأمور الموكلة إلى قاضي الموضوع، فيجب على القاضي أن يستخلص من ظروف بعض الدعاوى أنه رغم توافر صلة القرابة أو الصداقة أو الزواج عدم ثبوت المانع الأدبي، وخصوصا إذا ثبت للقاضي سبق حصول معاملات بينهما من نفس المعاملة موضوع النزاع، وإن الدائن في المعاملات السابقة كان يحرص دائما على الحصول من مدينه على دليل كتابي يثبت حقه، ومثال على ذلك أن يكون أصل الدين بين الأزواج والأقارب ثابتا بالكتابة فحينئذ لا يصح اعتبار الزوجية أو القرابة مانعا أدبيا من الحصول على سند مكتوب بالوفاء بالدين.

2 - المانع الناتج عن العرف: هناك بعض صور المعاملات تجري العادة على عدم جواز المطالبة فيها بالدليل الكتابي لاعتبارات أدبية، مثل صاحب المطعم مع العملاء، فهو يتمتع عليه أدبيا أن يحصل من العميل على سند مكتوب بمقدار ما يطلبه من طعام مقدما إذا وجد أن قيمة المطلوب تجاوز مئة ألف دينار جزائري، وكذلك تعامل الطبيب مع مرضاه، فالعادة جرت في مهنة الطب أن الطبيب لا يحصل على دليل كتابي يثبت العلاج الذي قدمه للمريض وقيمه.

ويلحظ أن المانع المقصود بالمادة 336 من التقنين المدني¹ سواء كانت ماديا أو أدبيا أن يكون واقعة مادية، يقع عبء إثباتها على من يدعي وجودها بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن، ويستطيع بعد ذلك الإثبات بالشهادة رغم أن التصرف تجاوز

1 - المادة 336 من القانون المدني.

نصاب الإثبات بها، وتقدير قيام المانع مسألة موضوعية لا رقابة فيها للمحكمة العليا بشرط أن يسبب القاضي تقديره.

الفرع الثالث: فقدان السند الكتابي لسبب أجنبي

تنص المادة 336 ق م على أنه: "لا 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 .

والمقصود بالدائن في هذا النص ليس من يداين غيره فحسب، بل كل من يدعي أمرا على خصمه كان ثابتا بسند مكتوب، وضاع منه بسبب أجنبي، سواء كان ذلك الأمر نشوء التزام، أو انقضائه، أو تعديله، فينطبق حكم هذا النص على المدين إذا ادعى أنه تخالص مع دائنه وفقد منه سند التخالص بسبب أجنبي، أو إذا ادعى أنه اتفق مع الدائن كتابة على تأجيل الدين أو تعديله أو انتقاله، وأن السند المثبت لهذا الاتفاق ضاع منه بسبب أجنبي، وعلى كل حال يكون فيها المدعي قد رأى حكم القانون المتعلق بوجوب الإثبات بالكتابة، فحصل ممن تعاقد معه على دليل كتابي مثبت للتعاقد، ثم فقد هذا الدليل لا بتقصير من جانبه بل بسبب أجنبي

يتضح من ذلك أنه يشترط في إجازة الإثبات بشهادة الشهود فيما يجب إثباته بالكتابة في هذه الحالة يجب أن يثبت المدعي أنه كان يوجد دليل كتابي على صحة دعواه، وأن هذا الدليل قد فقد بسبب أجنبي¹ وهذا ما سنتناوله في الشرطين التاليين:

1 - سليمان مرقس: المرجع السابق، ص 597.

أولاً: سبق وجود السند

على المكلف بالإثبات أن يقيم الدليل على سبق وجود سند كتابي، أي أن هذا السند قد وجد فعلاً، وأنه دليلاً كتابياً كاملاً مستوفياً جميع الشروط القانونية، فلا يكفي أن يثبت وجود ورقة مكتوبة بخط المدعى عليه دون توقيعه، ولو كانت هذه الورقة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة، لأن المادة 2/336 من القانون المدني¹ إنما وضعت لحماية من احترام قاعدة جواز الإثبات بالشهادة، وأعد دليلاً كتابياً، ثم أصبح بعد ذلك عاجزاً عن تقديم الدليل الكتابي لسبب خارجي عن إرادته، أما من قصر في الحصول على دليل كتابي مع تمكنه من ذلك، فلا يقبل منه الاعتذار بضياح ورقة لم تعد لأن تكون دليلاً كتابياً على المراد إثباته.

وسبق وجود السند الكتابي يعتبر واقعة مادية يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود، وينصب الإثبات على وجود السند الكتابي عند إبرام التصرف ومضمون السند، وعلى مراعاة شروط الصحة التي يتطلبها القانون إن كان من المحررات الرسمية.

ثانياً: فقد السند بسبب أجنبي

لا يكفي أن يثبت المكلف بالإثبات سبق وجود الدليل الكتابي، بل يجب عليه أيضاً أن يثبت أنه أصبح عاجزاً عن تقديم ذلك الدليل بسبب أجنبي، ويجب ألا يكون فقد السند راجعاً لخطأ من جانبه، لأنه بهذا الخطأ لا يكون جديراً بالاستفادة من هذا الاستثناء، فيعتبر الشرط متوفراً إذا سرق السند، أو أعدم بمعرفة المدعى عليه، أو بمعرفة شخص أجنبي، ولكن بشرط ألا يكون إهمال المدعي سبباً في تيسير سرقة السند أو إتلافه، كما لو ترك مكان حفظ السند مفتوحاً، أو بدون حراسة، فإن إهمال المدعي في هذه الحالة يبعد فكرة الحادث القهري، وكذلك لا يكون فقد السند بقوة إذا كان المدعي قد مزقه بإهمال بين أوراق أخرى.

1 - المادة 2/ 336 من القانون المدني.

ويلاحظ عملياً أن القضاء عندنا يحتاط كثيراً في قبول الدليل على إدعاء فقد السند الكتابي بسبب أجنبي، إلا إذا عززها بطريق آخر كالقرائن مثلاً، على الرغم أنه يترتب على ثبوت فقد الدليل الكتابي بسبب أجنبي جواز الاستعانة بشهادة الشهود، ومرد هذا الاحتياط هو أنه بإمكان أي مدع أن يلجأ إلى الشهادة خاصة في وقت قلت فيه الضمائر، ونقص الوازع الديني في النفوس، لإثبات سبق وجود دليل كتابي ثم إثبات ضياعه بسبب خارج عن إرادته، وذلك بكل سهولة ودون عناء.¹

1 - سليمان مرقس: المرجع السابق، ص 597.

الفصل الثاني

أحكام الإثبات بشهادة الشهود

سنتعرض للإجابة على هذه التساؤلات بناء على ما حدده القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في مواده من 150 إلى 163 تحت عنوان "في سماع الشهود"، وذلك في ثلاثة مباحث، نتناول في المبحث الأول شروط أداء الشهادة، وفي المبحث الثاني إجراءات الإثبات بشهادة الشهود، أما المبحث الثالث فسنخصصه لدراسة الشهادة الزور.

المبحث الأول: شروط أداء الشهادة

لأداء الشهادة شروط متعددة، منها ما هي خاصة بالشاهد، ومنها ما هي خاصة بالشهادة ذاتها، وسنتطرق لكل منها في مطلب مستقل.

المطلب الأول: الشروط الخاصة بالشاهد

هناك شروط مطلوبة في الشاهد منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، وقانون العقوبات، وهي شرط الأهلية، وشرط عدم وجود رابطة قرابة، أو مصاهرة، بالإضافة إلى شروط أخرى مقررة في الشريعة الإسلامية، سنبين موقف المشرع منها. ونتطرق إلى كل ذاك في الفروع التالية:

الفرع الأول: الأهلية

جاء القانون 09-08 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁵³، بأحكام جديدة يمكن اعتبارها حلوًا لبعض المشاكل العملية التي تواجه القاضي والمتقاضي مع اختلاف الموجود بين سن التمييز المحدد بستة عشر سنة في القانون الإجراءات المدنية وبين ما هو المنصوص عليه في قانون المدني والمحدد بثلاث عشرة سنة ، فنصت المادة 5/153 منه على أنه : "يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال " وسن التمييز محدد بالمادة 2/42 ق م بثلاثة عشر سنة.

وبالتالي فإن الصبي المميز الذي بلغ 13 سنة، تسمع شهادته على سبيل الاستدلال، وبمفهوم المخالفة، فإن الصبي غير المميز الذي لم يبلغ 13 سنة، أي فاقد الأهلية لصغر سنه، لا تقبل شهادته مطلقا ولو على سبيل الاستدلال، ويفهم ضمنا أيضا أن المشرع اعتد بسن الرشد القانوني، وهو 19 سنة كحد أقصى لسماع الشاهد المميز على سبيل الاستدلال.

53 - القانون 09-08 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما نصت المادة 6/153 على أنه: "تقبل شهادة باقي الأشخاص ما عدا ناقصي الأهلية" ومعنى ذلك أن باقي الأشخاص من غير المذكورين، وهم الذين بلغت أعمارهم 19 سنة أو تجاوزتها، تكون شهادتهم مقبولة أمام القضاء، وتؤدي بعد حلف اليمين القانونية، إلا ناقص الأهلية، فلا تسمع شهادته ولو على سبيل الاستدلال، وناقصوا الأهلية -من غير الصبي المميز- هم كل من بلغ سن الرشد، وكان سفيها أو ذا غفلة، طبقا لما تنص عليه المادة 43 ق م.

ما يعاب على القانون 08-09 أنه لم يوضح صراحة حكم فاقد الأهلية لعته أو جنون، لكن ضمنا يفهم من الفقرة 6 من المادة 153 التي نصت على أنه لا تسمع شهادة ناقص الأهلية فالأحرى، عدم سماع شهادة فاقد الأهلية لعته أو جنون. ولكن من هم ناقصوا الأهلية للشهادة أمام القضاء ؟

ناقصوا الأهلية للشهادة أمام القضاء حسب قانون العقوبات هم المحكوم عليهم، والممنوعين من الإدلاء بالشهادة بسبب الوظيفة، أو المهنة.

أولا- المحكوم عليهم:

نصت المادة 9 مكرر 3/1 من القانون العقوبات⁵⁴ على عقوبة تكميلية تتمثل في عدم أهلية المحكوم عليه لأن يكون مساعدا محلفا، أو خبيرا، أو شاهدا على أي عقد أو شاهدا أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال".

وفي الفقرة الأخيرة من نفس المادة نصت على أنه: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية يجب على القاضي أن يأمر بالحرمان من حق، أو أكثر، من الحقوق المنصوص عليها أعلاه، لمدة

أقصاها 10 سنوات تسري من يوم انقضاء العقوبة الأصلية، أو الإفراج عن المحكوم عليه"، فطبقا لهذه المادة نستنتج حالتين⁵⁵:

1- عدم أهلية المحكوم عليه للشهادة كعقوبة تكميلية إلزامية

يشترط المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 9 مكرر 1 أن تكون العقوبة جنائية، حتى يكون القاضي ملزما بالأمر بالحرمان من حق، أو أكثر، من الحقوق الواردة في المادة، وقد يقع اختياره على الحرمان من أن يكون شاهدا أمام القضاء، إلا على سبيل الاستدلال، ومن ثم فإذا أصدر على متهم متابع بجناية حكما يقضي عليه بعقوبة جنحية (4 سنوات حبسا مثلا) بفعل الظروف المخففة، فإن المحكمة لا تكون ملزمة بالحكم عليه بهذه العقوبة التكميلية.

2 - عدم أهلية المحكوم عليه للشهادة كعقوبة تكميلية اختيارية

لقد أجازت المادة 14 من قانون العقوبات للقاضي عند فصله في جنحة من الجرح المحددة قانونا⁵⁶ أن يحكم اختياريا بعقوبة الحرمان من أحد الحقوق الوطنية، والمدنية والعائلية، وقد يقع اختياره على الحرمان من الحق المنصوص عليه في الفقرة 3 من المادة 9 مكرر، وهو عدم أهلية المحكوم عليه لأن يكون شاهدا أمام القضاء، إلا على سبيل الاستدلال.

ونفس الشيء يقال إذا كان المتهم متابع من أجل جناية وحكم عليه بعقوبة جنحية، لأن المادة 53 مكرر 3 من العقوبات تنص على أنه يجوز للقاضي أن يحكم بالحرمان من مباشرة حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في المادة 9 مكرر 1 من قانون العقوبات.

وتجدر الإشارة إلى أن فاقد الأهلية للشهادة أمام القضاء بسبب الحكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحية يسمع على سبيل الاستدلال فقط، ولا يؤدي اليمين، ولكن عدم تحليفه اليمين القانونية

55 - أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة الرابعة، دار هومة، ص 243.

56 - المواد 78، 79، 96، 98، 99، 102، 106، 139، 142، 209، 210، 222، 223، 264، 270، 275،

350، 351 مكرر، 352، 354، 359، 362، 372، 376، 380 ق ع، والمادة 29، 5، 11، 15 من الأمر 26/75،

والمادة 50 من قانون مكافحة الفساد.

مقصود فقط على المدة المحددة بعشر سنوات ،إذا كانت العقوبة جنائية، وبخمس سنوات إذا كانت العقوبة جنحية، تسري من يوم انقضاء العقوبة الأصلية، أو الإفراج عن المحكوم عليه.

ثانيا: المنع بسبب الوظيفة أو المهنة

يوجد أشخاص ممنوعون من الإدلاء بشهادتهم بحكم وظيفتهم، أو مهنتهم، ولو بعد إنهاء علاقة عملهم⁵⁷، إلا بإذن صريح من القضاء، ومثال ذلك المادة 11 ق إ ج التي تنص على أنه: "تكون إجراءات التحري والتحقيق سرية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، دون الإضرار بحقوق الدفاع". وكل شخص يساهم في هذه الإجراءات، ملزم بكتمان السر المهني بالشروط المبينة في قانون العقوبات، وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها فيه.

وكذا المادة 301 ق ع التي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 د ج إلى 100.000 د ج، الأطباء، والجراحون، والصيدال، والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع، أو المهنة، أو الوظيفة الدائمة، أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم أفشوها، في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها، ويصرح لهم بذلك"

فهؤلاء لا يمكنهم أن يدلوا بشهادة، عما كان قد وصل إلى علمهم من المعلومات بحكم وظائفهم، أو بمناسبة وظائفهم، طالما أنها لم تنتشر بالطريق القانوني، ذلك ما لم تأذن لهم السلطة العامة بالشهادة، وفي حدود الإذن -بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم- متى قدرت أن الشهادة المطلوب الإدلاء بها لن تضر العامة، ولا يجوز له التذرع عندئذ بأسرار الوظيفة للامتناع عن الشهادة، ولا يجوز للمحكمة أن تؤسس حكمها على الشهادة التي تم الإدلاء بها مخالفة لهذا النص، وإلا كان حكمها باطلا⁵⁸.

57 - يوسف دلاندة: الوجيز في شهادة وفق أحكام الشريعة والقانون وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هوم، ط4.

58 - همام أحمد محمد زهران: المرجع السابق، ص 311.

الفرع الثاني: عدم وجود رابطة القرابة أو المصاهرة

تنص المادة 153 ق أم أ" لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصومة في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلقاً⁵⁹.

لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة و الأخوات و أبناء العمومة لأحد الخصوم، باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص و الطلاق...". ما يفهم من هذه المادة، أن المشرع يعتد في عدم أهلية الشاهد للشهادة إلى رابطتين هما رابطة الدم أو القرابة، ورابطة المصاهرة.

أولا : رابطة القرابة

لا يجيز القانون سماع الأشخاص الذين تربطهم رابطة القرابة بأحد أطراف الدعوى كشهود أمام القضاء لإثبات الوقائع، أو الواقعة محل المنازعة، وهم أقارب أحد الخصوم على عمود النسب، وكذا الإخوة والأخوات، وأبناء العمومة.

والقرابة حسب مفهوم القانون المدني الجزائري، هم الأشخاص الذين يجمعهم أصل واحد طبقا للمادة 32 منه التي تنص على أنه: " تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه، ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد"، لكن المادة 33 من نفس القانون فرقت بين القرابة المباشرة، وقرابة الحواشي، فنصت على أن: "القرابة المباشرة، هي الصلة ما بين الأصول، والفروع. وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد، دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر"، وعليه لا يجوز سماع شهادة الذي له قرابة مباشرة بمفهوم المادة 1/33 ق م لأحد الخصوم وهم : الأب والجد وإن علو، والابن وابن الابن وإن نزلوا، وذلك طبقا لما

59 - المادة 153 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تنص عليه المادة 153 ق أ م أ. لأن القرابة على عمود النسب هي القرابة المباشرة، لأن القانون 09/08 جاء به تنسيقا مع ما ورد في المادة 33 من ق م⁶⁰.

إذن صلة القرابة المباشرة من موانع الشهادة، ومرد ذلك إلى أن نص المادتين المذكورتين أعلاه جاء بصيغة "لا يجوز"، والحظر هنا متعلق بالنظام العام، وكل من سمع من هؤلاء تعد شهادته باطلة، والحكم المبني عليها معرض للنقض.

أما بالنسبة لقرابة الحواشي، فقد منع المشرع من الإدلاء بالشهادة أمام القضاء، إخوة وأخوات وأبناء عمومة الخصوم، حسب ما نصت عليه المادة 3/153 من القانون 09/08.

ثانيا: رابطة الزواج والمصاهرة

فيما يخص الشهادة بين الأزواج، يرى الشافعية بقبول شهادة كل منهما للآخر، وذلك لأن الشهادة جاءت دون تخصيص، لكن الأحناف منعوا شهادة الأزواج بعضهم لبعض، لأن الزوجين عندهم كالشخص الواحد، كما استندوا في رأيهم إلى قوله عز وجل: (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً) ، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي الأخير، وذلك من خلال المادة 2/153 من القانون 09/08 على أنه: "لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلقا".

فمنع المشرع شهادة أحد الزوجين للآخر أو عليه، وذلك خشية المحاباة بسبب المصلحة المشتركة، أو العامل العاطفي، أو على العكس خوفا من ترتب تشويش في العلاقة الزوجية، فيما إذا أتت الشهادة لغير صالح الزوج المشهود عليه، ويسري هذا المنع حتى لما بعد انحلال عقد الزواج بالطلاق خوفا من تأثير الفرقة على الشهادة سلبا، بأن تكون هذه الشهادة تشفيا، وكراهية وعداء.

60 - المادة 33 من القانون المدني.

أما بالنسبة للمصاهرة، فما قيل عن الأقارب، يقال عن الأصهار، إذ لا تجوز شهادة الأصهار إذا كان أحد طرفي الدعوى تربطه علاقة المصاهرة بالطرف الآخر، فلا يجوز لأحد الخصوم أن يطلب سماع الذين تربطهم قرابة مباشرة بزوجته، أو أخيها، أو أختها، أو أبناء عمها لأن المادة 35 ق م تنص على أنه⁶¹: "يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة، والدرجة، بالنسبة إلى الزوج الآخر"، فالقانون هنا جعل قرابة أحد الزوجين بمثابة قرابة للزوج الآخر، ولا يسمح لهذا الأخير أن يستدل بهم كشهود لإثبات.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع أورد استثناء على قاعدة عدم جواز سماع شهادة الذين تربطهم رابطة قرابة، أو مصاهرة، يتمثل في جواز سماع كل هؤلاء -فيما عدا الفروع- في المسائل المتعلقة بالحالة، والطلاق، حيث نصت المادة 4/153 من قانون 09/08 على أنه: "غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة -باستثناء- الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص، والطلاق".

الفرع الثالث: شروط أخرى مقررة بالشريعة الإسلامية

بالإضافة إلى الشروط المقررة قانونا، هناك شروط أخرى أقرتها الشريعة الإسلامية سنورها مع توضيح موقف المشرع الجزائري منها وهي كالتالي:

أولا: الإسلام والعدالة

1- شرط الإسلام: حسب الفقه الإسلامي فإن شهادة الكافر على المسلم غير جائزة، باتفاق جمهور الفقهاء واستثنى الحنابلة والحنفية شهادة الكافر على المسلم في الوصية أثناء السفر، أما شهادة المسلم على الكافر، فقد أجمع الفقهاء على صحتها، بينما شهادة الكافر على الكافر، يرى الحنفية قبولها في كل المسائل دون تقييد، والمشرع الجزائري كسائر التشريعات العربية لم يجعل لهذا الشرط مكانة بين شروط أداء الشهادة بل نص على أن أداء الشاهد لليمين يكون حسب الأوضاع المقررة في ديانته.

61 - المادة 35 من القانون المدني .

2- شرط العدالة: يجب أن يتصف الشاهد بالعدالة، لذلك لا تقبل شهادة من اشتهر بالكذب وسوء الأخلاق، لقوله عز وجل: (وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ) ولا يوجد نص صريح بذلك في القانون، إلا أنه يفهم ضمناً من جعل شهادة المحكوم عليهم تسمع أمام القضاء على سبيل الاستدلال فقط، إذا حكم بها القاضي كعقوبة تكميلية أنه يأخذ بشرط العدالة، والنزاهة، لأن المحكوم عليه تحوم الشكوك حول صدقه، وحسن أخلاقه. كما يفهم ضمناً كذلك، أن المشرع أخذ بهذا الشرط، وذلك حين منح القاضي السلطة الكاملة في تقدير أقوال الشهود، ثم الأخذ بها أو استبعادها.

ثانياً- شرط النطق والسمع والبصر

اتفق الأحناف، والحنابلة، والشافعية، على عدم قبول شهادة الأخرس، وإن فهمت إشارته لأن المطلوب هو التلفظ بالشهادة، بينما يذهب المالكية إلى إجازتها بإشارته المفهمة، لأنها تقوم مقام نطقه في زواجه، وطلاقه، ولا يشهد الأعمى عند المالكية، إلا بالنسبة للأقوال التي يكون قد سمعها بينما يرى الأحناف، عدم قبول شهادة الأعمى أبداً، أما الأصم فلا تقبل شهادته، إلا إذا كانت تنصب على ما يمكن رؤيته. أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد ورد في نص المادة 92 ق إ ج ما يلي: " إذا كان الشاهد أصماً، أو أبكماً، توضع الأسئلة وتكون الإجابات بالكتابة، وإذا لم يكن يعرف الكتابة يندب له قاضي التحقيق من تلقاء نفسه، مترجماً قادراً على التحدث معه، ويذكر في المحضر اسم المترجم المنتدب، ولقبه، ومهنته، وموطنه، وينوه عن حلفه اليمين، ثم يوقع على المحضر"، ويسري نفس الحكم أثناء مرحلة المحاكمة طبقاً لما تنص عليه المادة 301 ق أ ج⁶².

أما في المواد المدنية، فلا يوجد أي نص يشير إلى ذلك، ولا يستطيع تطبيق الإجراءات الجزائية، على المواد المدنية، ولهذا السبب يتعين علينا أن نأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية عملاً بالمادة الأولى من القانون المدني، التي تعتبر الشريعة الإسلامية ثاني مصدر من

62 - المادة 301 ، من القانون الإجراءات الجزائية.

مصادر القانون، فعلى القاضي أن يرفض شهادة الأخرس في كل ما يتوقف على حاسة السمع، كالشهادة على الأقوال، لأن الأخرس لا يمكنه إدراك الأقوال فلا يفهمها، ولا يستطيع التعبير عنها، أما بالنسبة للأمور التي تتوقف على الحواس الأخرى، فإذا كان الأخرس يستطيع الكتابة، لا تكفي شهادته بالإشارة، لأن الكتابة أكثر تعبيراً من الإشارة، ولا يجوز الانتقال من الأقوى إلى الأضعف إلا لعذر، أي يمكن الإثبات بإشارة الشاهد الأخرس إذا لم يستطع الكتابة.

أما فيما يخص شرط البصر، ونظراً لعدم وجود نص قانوني يشير إلى ذلك، نرى عدم قبول شهادة فاقد البصر إلا في المسائل التي تتوقف على اللمس نظراً لتطور هذه الحاسة عنده، كما يمكن لفاقد البصر أن يشهد في بعض المسائل الأخرى، مثال ذلك الشهادة على الأقوال التي يسمعها إن كان حاضراً في مجلس عقد، مع الإشارة إلى أنه لا يستطيع أن يقول أنه سمع الصوت من فلان، لأن الأصوات تتشابه بل فقط يستطيع القول سمعت أحداً يقول كذا وكذا...

ثالثاً : شرط الذكورة

أجمع الفقهاء على عدم قبول شهادة النساء منفردات، لقوله تعالى: (فَإِنْ لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ)⁶³، أما المشرع الجزائري، فلم يفرق بين شهادة الرجل والمرأة، وسوى بينهما من حيث المسائل التي يمكن إثباتها، ومن حيث حجيتها.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة بالشهادة

تقسم الشروط الخاصة بالشهادة إلى شروط موضوعية، ونتناولها في الفرع الأول وأخرى شكلية، نوردتها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية

قبل أن يستجيب القاضي لطلب الإثبات بشهادة الشهود، يجب عليه أن يتأكد من توافر جملة من الشروط، وهي أن تكون الوقائع المراد إثباتها بشهادة الشهود مما يجوز إثباته بالبينة، وأن تكون هذه الوقائع منتجة في الدعوى، وجائز قبولها. وهذه الشروط التي تتعلق بالواقعة المراد إثباتها تستخلص من المادة 150 من القانون 09/08 التي تنص على أنه: "يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا، ومفيدا للقضية"، وسنتكلم عن هذه الشروط فيما يلي:

أولا : أن يجيز القانون إثبات الواقعة بشهادة الشهود

ومرجع القاضي في تقدير هذا الشرط، هي أحكام الإثبات الموضوعية المحددة في المادة 333 ق م⁶⁴، وما يليها على النحو الذي بسطناه في الفصل الأول، فكلما تعلق الأمر بإثبات وقائع مادية بحتة، أو تصرفات قانونية تجارية، أو تصرفات مدنية لا تزيد قيمتها على مئة ألف دينار جزائري، أو في الحالات التي يطلب فيها الإثبات بالشهادة كدليل تكميلي، أو كدليل بدلي، كان في مقدور المحكمة الاستجابة لطلب الإثبات بالشهادة. غير أن توافر هذا الشرط لا يعدم السلطة التقديرية للقاضي، إذ يجوز له رفض طلب الإثبات بالشهادة واقعة يجيز القانون إثباتها بالشهادة، إذا وجد في أوراق الدعوى، أو أي قرينة تستخلص من ظروف الدعوى ما يغنيه عن اتخاذ مثل هذا الإجراء، أما إذا تعلق الأمر بوقائع لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود، وجب على المحكمة ألا تأمر بسماع الشهود، ولو سكت الخصم ولم يتمسك بهذا الدفع، لأن القاضي ملزم بتطبيق القانون، والقانون لا يجيز ذلك.

ولكن قد يثور الخلاف فيما إذا كان يجوز للمحكمة أن ترفض سماع الشهود باعتبار أن القانون لا يجيز الإثبات بشهادة الشهود رغم أن الخصم قد قبل صراحة الإثبات بشهادة الشهود؟

64 - المادة 333 من القانون المدني .

بالرجوع إلى القضاء الجزائري، نجده لا يعتبر هذه المسألة من النظام العام، بل في كثير من الحالات، يقضي بسماع الشهود لإثبات التصرفات القانونية المدنية التي تزيد قيمتها عن مئة ألف دينار جزائري، حينما يطلب المدعي سماع الشهود، ولا يعارض المدعى عليه هذا الطلب، بل يلتزم الأمر به، وهذا هو الرأي الذي أخذت به المحكمة العليا.

ثانيا: أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى ومتنازعا فيها

وهذا الشرط عام ينطبق على جميع طرق الإثبات، وقد نصت عليه المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁶⁵ صراحة، وعدم التأكد من هذا الشرط قد يؤدي عند الأمر بسماع الشهود بالدعوى إلى متهات تتقل كاهل الطرفين، ومرفق القضاء مع إجراءات، ومصاريف، كان في مقدور القاضي تجنبها، لو فصل في هذا الشرط بجدية قبل الأمر بسماع الشهود.

ومن بين الحالات التي ينزلق فيها قضاؤنا وراء طلبات المدعي بالأمر بسماع الشهود حول واقعة معينة -رغم أن هذه الواقعة غير مجدية في الدعوى- إثبات واقعة حسن النية، أو سوء النية في حيازة لم تكتمل 10 سنوات تكون غير مفيدة للقضية، لأن حسن النية يكون واقعة منتجة في الدعوى فقط إذا اكتملت مدة التقادم القصير وهي 10 سنوات.

كما أن الواقعة يجب أن تكون متنازعا فيها، فإذا كانت الواقعة ليست محل خلاف بين الخصوم، فإن التحقيق فيها يصبح عبئا، لأنه يؤدي إلى إثبات الثابت بالإقرار، والإقرار أقوى من شهادة الشهود.

65 - المادة 150 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ثالثا: أن تكون الواقعة جائزة للإثبات

لا يجوز إثبات ما يخالف النظام العام، والآداب العامة، كإثبات الدين الناتج عن القمار أو الدعارة، أو الفوائد في القروض بين الأفراد، إلى غير ذلك من الوقائع التي تتنافى مع الآداب العامة.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية

تتمثل هذه الشروط في وجوب تأدية الشهادة أمام القضاء، وبحضور الخصوم، وأن يدلي الشاهد بشهادته شفاهة، وهي ما سنبينها فيما يلي:

أولا : وجوب تأدية الشهادة أمام القضاء

يجب أن يدلي الشاهد بأقواله في مجلس القضاء، فالشهادة التي تؤدي خارج ساحة القضاء لا يعتد بها، ولو كانت أمام مجلس تحكيم، بل ولو كان ذلك أمام موظف عام، مهما علت درجته وقد نص القانون 09/08 على ذلك صراحة، في المادة 89 منه تحت عنوان " في تنفيذ إجراءات التحقيق، وباعتبار سماع الشهود إجراء من إجراءات التحقيق حيث جاء فيها: "تنفذ إجراءات التحقيق أمام الجهة القضائية ..."⁶⁶.

والأصل في سماع الشهود، أن يتم أمام المحكمة التي قضت به، وهي التي تنتظر النزاع الأصلي الذي طلب فيه التحقيق بصفة فرعية، وذلك حتى تسمع المحكمة بنفسها أقوال الشهود، فيكون اقتناعها طبقا لما يتركه حضور الشهود أمامها، وإدلائهم بأقوالهم في ساحتها من انطباعات لديها أقرب إلى الحقيقة، مما لو كونت اعتقادها من مجرد قراءة محاضر تحقيق، تمت في غير حضورها، كما يجري سماع الشهود في مقر الجهة القضائية المختصة بنظر الدعوى.

66 - المادة 89 من القانون 09/08 .

ولكن هناك استثناءات على هذه القاعدة، فقد يقتضى الأمر إجراء التحقيق بسماع الشهود في غير مقر الجهة القضائية التي أمرت به، كما قد يقتضي الأمر كذلك بسماع الشهود بواسطة قاض آخر غير القاضي الذي أمر بسماعهم وذلك في الأحوال التالية:

1 - قد يحتاج الأمر إلى انتقال المحكمة نفسها لإجراء التحقيق خارج مقرها لسماع الشهود، إما في محل النزاع، حيث يرى في ذلك مصلحة لإظهار الحقيقة، وإما في محل إقامة شاهد معين يمنعه من الحضور إلى المحكمة عذر مقبول، كمرض، أو كبر في السن، فتنتقل المحكمة أو القاضي المقرر⁶⁷ بصحبة كاتب ضبط، لسماع أقوال الشاهد، وهذا ما تنص عليه المادة 155 من القانون 09/08 التي تنص على أنه: "إذا أثبت الشاهد أنه استحال عليه الحضور في اليوم المحدد، جاز للقاضي أن يحدد له أجلا آخر، أو ينتقل لتلقي شهادته".

ومعنى ذلك أنه إذا كان سبب غياب الشاهد وقتي فقط، يمكن للقاضي أن يحدد له ميعادا آخر لسماعه، أما إذا كانت استحالة الحضور مطلقة، كأن يتعذر على الشاهد الحضور بسبب مرض مزمن قد ألزمه الفراش، فإنه يجوز للقاضي أو القاضي المقرر الانتقال رفقة كاتب ضبط لسماعه، وتدوين أقواله على محضر سماع. ولكن عمليا -وبما أن الأمر جوازي للقاضي- من النادر جدا إن لم نقل تنعدم وإن صادفنا أثناء فترات التريص حالة تنقل القاضي وكاتبه لسماع شهادة شاهد استحال عليه الحضور لإثبات واقعة يجيز القانون إثباتها بشهادة الشهود.

2 - وقد يحتاج الأمر إلى ندب قاض، من غير الجهة القضائية المنظورة أمامها الدعوى الأصلية، لإجراء التحقيق بالمأمور به، وهو سماع الشهود.

فإذا كان الشهود مقيمين في بلد بعيد عن البلد الذي فيه مقر تلك المحكمة، فيمكن لهذه الأخيرة أن تنيب لإجرائه قاضي الجهة القضائية التي يقيم في دائرة اختصاصها الشهود لسماع شهادتهم وتدوينها في محاضر ترسلها إلى المحكمة المنبئية، وهذا طبقا لنص المادة 108 من

67 - إذا كانت التشكيلة جماعية وذلك بالغرفة المدنية والتجارية بالمجلس القضائي.

قانون 09/08 منه على أنه: "إذا تعذر على القاضي الانتقال خارج دائرة اختصاصه بسبب بعد المسافة، أو بسبب المصاريف، جاز له إصدار إنابة قضائية للجهة القضائية المختصة من نفس الدرجة أو درجة أدنى".

حيث يفهم من هذا النص أن القاضي المعروض عليه النزاع يمكنه الانتقال حتى خارج دائرة اختصاصه، لسماع شهادة شاهد، ولا يلجأ إلى الإنابة القضائية إلا إذا تعذر عليه ذلك بسبب بعد المسافة أو المصاريف، ففي هذه الحالة يجوز له إصدار إنابة قضائية إلى الجهة المختصة وتكون الإنابة من قضاة الغرفة بالمجلس القضائي، إلى قاض من المجلس القضائي المختص، أو إلى قاض من قضاة المحكمة المختصة، كما يمكن أن تصدر من قاض بالمحكمة المطروح عليها النزاع إلى أحد قضاة المحكمة التي يقيم الشاهد أو يقع مكان النزاع في دائرة اختصاصها.

ففي هذه الحالة يجوز له إصدار إنابة قضائية إلى الجهة المختصة وتكون الإنابة من قضاة الغرفة بالمجلس القضائي، إلى قاض من المجلس القضائي المختص، أو إلى قاض من قضاة المحكمة المختصة، كما يمكن أن تصدر من قاض بالمحكمة المطروح عليها النزاع إلى أحد قضاة المحكمة التي يقيم الشاهد أو يقع مكان النزاع في دائرة اختصاصها.

وفي حالة ما إذا كان الشاهد مقيماً خارج إقليم الدولة، فإن الإنابة القضائية الواجب تنفيذها يجب رفعها إلى وزير العدل، ليحيلها إلى السلطة المختصة، وطبقاً للمواد 112، 113، 114 من القانون 09/08⁶⁸ فإنه بعد صدور الحكم بإجراء إنابة قضائية لسماع الشهود إلى السلطة القضائية المختصة بالدولة الأجنبية، يرسل أمين الضبط نسخة من الحكم، مصحوبة بترجمة رسمية على نفقة الخصوم إلى النائب العام، الذي يرسلها إلى وزير العدل، وهذا الأخير يتولى

إرسالها إلى الدولة الأجنبية، وتتخذ هذه الإجراءات، إذا لم توجد اتفاقية قضائية تسمح بإرسالها مباشرة إلى السلطة القضائية الأجنبية.

ثانيا: تأدية الشهادة بحضور الخصوم

فيما يتعلق بحضور الخصوم فإن المادة 152 من القانون 09/08 بنصها على أنه: "يسمع كل شاهد على انفراد في حضور، أو في غياب الخصوم."

يتضح من النص أن تأدية الشهادة بحضور الخصوم لا يعتبر واجبا في القانون ولكننا نرى أنه من الأفضل أن تؤدي الشهادة بحضور الخصوم أنفسهم، أو من يمثلهم لكي يتمكن هؤلاء من توجيه الأسئلة للشاهد ومناقشته طبقا لنص المادة 158 من القانون 09 / 08.

ولكن هل يحق للخصم الذي غاب عن الجلسة التي استمع فيها القاضي إلى الشهود، أن يتمسك بطلب إعادة سماع الشاهد من جديد ؟

لم يشر المشرع الجزائري إلى هذه المسألة، ولكن منطق العدالة يقتضي أنه يمكن للخصم أن يطلب إعادة سماع الشاهد إن لم يكن حاضرا في الجلسة المعينة قانونا، والمبلغ بها، وذلك إذا أبدى عذرا مقبولا لعدم حضوره، حتى يتمكن من طرح أسئلته على الشاهد احتراما لمبدأ العلانية والمناقشة⁶⁹.

ثالثا: علانية وشفافية الشهادة

يجب أن تؤدي الشهادة علانية، ولا يوجد أي نص في قانون الإجراءات المدنية يشير إلى ذلك صراحة، إلا أن ذلك يفهم ضمنا من مبدأ مناقشة الشاهد، وتوجيه الأسئلة إليه في جلسة علانية من الخصوم، وقد أشار إلى ذلك القانون 09/ 08 في المادة 89 منه التي تنص على أنه: "تتخذ إجراءات التحقيق أمام الجهة القضائية في جلسة علنية أو في غرفة المشورة".

69 - أحمد نشأت: المرجع السابق، ص 55.

فهذا الحكم يسري على جميع إجراءات التحقيق التي يقوم بها القاضي المدني أو التجاري، ومن بينها إجراء سماع الشهود.

أما بالنسبة لشفافية الشهادة، فالأصل في الشهادة أن تؤدي شفاهة، والعبرة من ذلك تكمن في تمكين المحكمة من ملاحظة الشاهد، وهو يدلي بها أمامها، للوقوف على صحة ما شهد به ومصادقته، لذا يقال بأن الشهادة هي أعين العدالة وآذانها، فيجب أن يدلي بها الشاهد شفاهة أمام القاضي وجها لوجه، لأنه إذا كذب اللسان، أو سكت حيث يجب الكلام، فإن هيئة المرء، وحالته وطريقة كلامه، قد تنم عن الحقيقة، أو تساعد على اكتشافها، أو تساعد على تقدير الشهادة، ويجب أيضا ألا يعتمد الشاهد في شهادته إلا على ذاكرته، ولا يصح أن يسمح له بتلاوة شهادته من ورقة مكتوبة، ولا يستعين بأية مذكرة طبقا لما نصت عليه المادة 1/158 من القانون 09/08 "يدلي الشاهد بشهادته دون قراءة لنص مكتوب"، غير أنه قد يتعذر على الشاهد الكلام، لذا يكون من حقه أن يدلي بشهادته بالكتابة، أو الإشارة كما سبق وأن أشرنا إلى ذلك في الشروط الخاصة بالشاهد، أو تقتضي ظروف الدعوى ذلك⁷⁰.

المبحث الثاني: إجراءات الإثبات بشهادة الشهود

بعدما تعرضنا إلى الشروط المتطلبة في الشاهد لقبول شهادته أمام القضاء، والشروط المتطلبة في الشهادة ذاتها، سنتطرق إلى الإجراءات التي نص المشرع الجزائري على إتباعها عند إجراء التحقيق بسماع الشهود، والمتمثلة في طلب الإثبات بالشهادة والحكم به، ونتناوله في المطلب الأول، ثم إجراء التحقيق ونخصص المطلب الثاني لدراسته، أما المطلب الثالث فننتطرق فيه إلى الإجراء المتمثل في عرض التحقيق على المحكمة لاستخلاص وجه الحكم فيه.

المطلب الأول: طلب الإثبات بالشهادة والحكم به

ونتطرق في هذا المطلب إلى طلب الإثبات بالشهادة في الفرع الأول، ثم إلى حكم المحكمة بالاستجابة له أو رفضه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: طلب الإثبات بالشهادة

حتى تأمر المحكمة بسماع الشهود حول واقعة معينة، يجب أن يقدم طلب الإثبات بالشهادة، ولكن من له الحق بتقديم هذا الطلب ؟ وكيف يقدم ؟ وهل يقدم طلب سماع شهود الإثبات فقط ، أم يمكن تقديم طلب سماع شهود النفي أيضا ؟ نحاول الإجابة على هذه الأسئلة في الفقرات التالية.

أولا: من له الحق بتقديم الطلب؟

نصت عليه المادة 75 من القانون 09/08 على أنه: "يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر...بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون". نستخلص أنه يجوز لكل من طرفي الخصومة، أن يطلب إجراء التحقيق، فقد يطلبه المدعي ليثبت مزاعمه، وقد يطلبه المدعى عليه، لنفي مزاعم المدعي أو ليثبت دفاعه، ويكون الطلب جائزا من باب أولى، إذا طلبه الطرفين معا⁷¹، كما يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها، أن تأمر بالتحقيق لسماع الشهود، في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود، متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة، طالما أن الوقائع التي أحيلت للتحقيق وقائع مادية، يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات.⁷²

71 - ملزي عبد الرحمان: نفس المرجع السابق، ص 50.

72 - عبد الوهاب العشماوي : إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط1، دار الجيل للطباعة، القاهرة، 1985.

والملاحظ أن المشرع لم يعد يقنع بأن يكون دور القاضي المدني فيما يتعلق بإثبات مزاعم الخصوم أمامه دورا سلبيا، فسار نحو توسيع سلطة القاضي فيما يتعلق بإجراءات الإثبات والتحقيق، لذلك خوله سلطة الإحالة على التحقيق من تلقاء نفسه، أي دون طلب الخصوم، ولكن لا يجوز للمحكمة أن تستعمل هذه السلطة في حالتين هما:

- إذا كانت الدعوى خالية من أي دليل.
- إذا كان في الدعوى دليل قانوني كامل من الأدلة الملزمة للقاضي كالكتابة واليمين فمجال استعمال هذه السلطة هو وجود دليل ناقص يجب استكماله بالشهود.

ثانيا : كيفية تقديم الطلب

يقدم الطلب إما شفويا أو كتابيا، فيقدم شفويا أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة، وفي هذه الحالة يثبته كاتب الضبط في محضر الجلسة، ويبلغه إلى الخصم في حالة غيابه، ويقدم كتابة برفعه إلى المحكمة، أوفي مذكرة تعرض عليها وتلحق بملف الدعوى، ويجب أيضا في هذه الحالة تبليغ الطلب للخصم، وعلى طالب الإثبات بشهادة الشهود، أن يحدد الوقائع التي يريد إثباتها بالشهادة، فليس كاف أن يكون طلب التحقيق بعبارة عامة، مبهمة، لا يستخلص منها على وجه التحديد، والدقة الواقعة المراد إثباتها بالشهادة، وإذا لم يبين طالب التحقيق في طلبه، الوقائع التي يريد إثباتها بطريق الشهادة بيانا كافيا، كان طلبه غير مقبول، لأنه لا يمكن المحكمة من تقدير توافر الشروط اللازمة لقبوله، أو عدم قبوله.⁷³

ويجوز طلب الإثبات بشهادة الشهود في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، ولو أمام المجلس القضائي عند النظر في الاستئناف، إذا لم يسبق تحقيق المراد إثباتها أمام المحكمة، ذلك أن التحقيق ليس من الطلبات، وإنما من وسائل الدفاع التي يجوز إيدائها في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، وهذا ما نص عليه قانون 09/08 صراحة في المادة 76 منه: "يجوز

73 - سليمان مرقس: المرجع السابق، ص 19، 20.

الأمر بإجراء التحقيق في أية مرحلة تكون عليها الدعوى"، وللمجلس القضائي أن يرفض طلب الخصم بالإحالة على التحقيق إذا سبق وإن مكن بمعرفة محكمة أول درجة من إبداء دفاعه، وتقاعس هو عن إحضار شهود النفي الذين صرح له بإحضارهم.⁷⁴

ثالثاً: تحقيق الإثبات وتحقيق النفي

ويطلق البعض على ذلك مصطلح شهود الإثبات وشهود النفي، فإذا كان للمدعي حقا في الإثبات بالشهود، فللمدعى عليه نفس الحق، لكننا يجب أن نفرق في هذا الموضوع بين حالتين:

1 - إذا كان المدعى عليه يقتصر على إثبات عكس الوقائع التي تمسك بها المدعي، فله الحق في سماع شهوده دون حاجة إلى بيان الوقائع، ودون حاجة إلى صدور حكم بالتحقيق، وهذا ما ينص عليه صراحة المشرع المصري في المادة 69 من قانون الإثبات، بينما لا يوجد نص يقابله في القانون الجزائري، لكن منطق العدالة يقتضي الأخذ بذلك لأن المشرع لم يفرق بين حقوق المتقاضين فالمدعي، والمدعى عليه في مركز سوي: "الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي دائما أن يكون للخصم الآخر في نفيها بهذا الطريق".

2 - إذا أراد المدعى عليه أن يثبت وقائع غير الوقائع التي طالب المدعي بإثباتها، وإنما يرمي إلى إثبات وقائع جديدة مستقلة عنها، فيجب في هذه الحالة أن يتحصل على حكم آخر يرخص له بذلك، لأننا نكون في هذه الحالة أمام تحقيق الإثبات وليس تحقيق النفي.

ولهذه التفرقة بين الحالتين ما يبررها، لأن شهود المدعى عليه في الحالة الأولى ستقتصر شهادتهم على تناول الوقائع التي حكم بتحقيقها، والتي تعينت في الحكم الصادر بالتحقيق، أما التي يريد المدعى عليه إثباتها في الحالة الثانية، فلم تكن محل تقدير أو مناقشة أو حكم.

74 - همام محمد محمود زهران: المرجع السابق، ص 327.

الفرع الثاني: الحكم به

قبل أن يحكم القاضي بقبول طلب الإثبات بشهادة الشهود، يتحقق أولاً من أن الوقائع المطلوب إثباتها مما يجوز إثباتها بالشهود، وأن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى وجائزاً قبولها، ومنتجة في الدعوى، وألا يكون في الدعوى ما يكفي لإقناع المحكمة بالفصل فيها، ويجب على القاضي أن يدرس طلب الإثبات بالشهود بجدية، وألا تأذن به إلا في الأحوال التي ترجح فيها جدية الإدعاء، لأن عدم التأكد من ذلك يكون خطراً على الخصم من كذب الشهود أو نسيانهم⁷⁵، ولا يوجد ما يجبر المحكمة على سماع الشهود، فلا يتحتم عليها إجابة الخصوم على إجراء التحقيق لإثبات وقائع يجوز إثباتها بالشهود، فلها سلطة تقديرية واسعة في ذلك، متى رأت أن في أوراق الدعوى والقرائن المستنبطة منها ما يكفي لتكوين اقتناعها⁷⁶، وفي حالة ما إذا استجابت المحكمة لطلب الإحالة على التحقيق، فهي ليست مجبرة على تسبيب حكمها، أما إذا رفضت الطلب، فيجب عليها أن تسبب رفضها تسبباً سائغاً، لتتمكن المحكمة العليا من ممارسة رقابتها، وإلا كان الحكم معيباً بالقصور وجب نقضه.

لكن هل يمكن للمحكمة أن تقبل طلب الإثبات بشهادة شهود النفي، إذا كانت قد قبلت طلب الإثبات بشهادة شهود الإثبات ؟

لا يوجد أي نص قانوني فيما يخص هذه المسألة، لكن منطق العدالة يقتضي أنه إذا طالب المدعى عليه أن ينفي بالشهود نفس الوقائع التي طالب المدعي بإثباتها، فإن المحكمة مجبرة على الاستجابة لطلب المدعى عليه، في حالة ما إذا كانت قد قبلت طلب المدعي، أما إذا عين المدعى عليه في طلبه بالإثبات بالشهود وقائع جديدة، فإن المحكمة ليست مجبرة على الاستجابة لطلبه ويعتبر الحكم القاضي بسماع الشهود، حكماً صادراً قبل الفصل في الموضوع.

75 - عبد الوهاب العشماوي: المرجع السابق، ص 114، 115.

76 - أنور سلطان: المرجع السابق، ص 115، 116.

ويجب أن يتضمن الحكم بإجراء سماع الشهود، الوقائع التي يريد المكلف بالإثبات أن يثبتها بالشهود، كما يجب أن يشمل على اليوم والساعة المحددين للجلسة لإجراء هذا التحقيق وهذا ما نصت المادة 151 من قانون 09/08 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 في الجلسة"⁷⁷.

ما يفهم من هذا النص أنه يجب على طالب الإثبات بالشهادة أن يعين أسماء الشهود المراد سماعهم في الطلب الذي يتقدم به، وذلك لأن هذا النص قد ألغى إمكانية إخطار كاتب الضبط بأسمائهم بعد صدور الحكم الأمر بسماعهم، كما وفق المشرع حينما استبدل عبارة "تكليف الخصوم بالحضور" بعبارة "دعوة الخصوم للحضور، لأن التكليف بالحضور إجراء قانوني يقوم به المكلف بالإثبات عن طريق المحضر القضائي لتكليف خصمه الغائب عن الجلسة بالحضور إلى جلسة التحقيق، وبالتالي لا يمكن أن يتضمن الحكم الأمر بسماع الشهود تكليف الخصوم للحضور بمعناه القانوني، وإنما هي مجرد دعوة لحضور الجلسة محددة اليوم والساعة.

المطلب الثاني: إجراء التحقيق

يجب على من هو مكلف بالإثبات من الخصمين أي يستخرج نسخة من الحكم القاضي بإجراء التحقيق، ويبلغها لخصمه، ثم يكلف الشهود بالحضور للجلسة في اليوم والساعة المحددين في الحكم أو يحضرهم معه يوم الجلسة، وبعد التأكد من أهلية الشهود، تقوم المحكمة بسماعهم واحدا تلو الآخر، في محضر يحرره كاتب الجلسة، وسنتكلم عن هذه الأمور تباعا في الفروع التالية:

الفرع الأول: إحضار الشهود

يجب على المكلف بالإثبات إحضار شهوده، أو تكليفهم بالحضور للجلسة المحددة في الحكم الأمر بسماع الشهود مع إيداع كتابة ضبط المحكمة مصاريف هذا الإجراء، وإذا تخلف الشهود عن الحضور قرر لهم المشرع عقوبة جزاء تخلفهم، وسنتطرق لهذه النقاط فيما يلي:

أولاً : تكليف الشهود بالحضور

قد يحضر الشاهد مع الخصم طواعية، ودون تكليفه بالحضور وهذا هو الأصل، وإما أن يكلف الخصم شاهده بالحضور إلى الجلسة المحددة لسماعه وذلك بإعلانه على يد محضر قضائي، وفقاً لإجراءات التكليف المنصوص عليها في القواعد العامة وطبقاً للمادة 154 من القانون 09/08 التي نصت على أنه: " يتم تكليف الشهود بالحضور بسعي من الخصم الراغب في ذلك وعلى نفقته ...".

وفي حالة تكليف الشاهد بالحضور لأداء الشهادة وغاب عن الحضور لأدائها فإن قانون 09/08 المتعلقة بسماع الشهود، نجده قد ألغى الغرامة المقررة في المادة 67 ق أم⁷⁸ كجزاء لتخلف الشاهد المبلغ قانوناً للحضور لجلسة سماع الشهود المحددة في الحكم الأمر بذلك ، وما دام أن الشاهد إذا تخلف عن الحضور للإدلاء بشهادته يحكم عليه بغرامة مدنية فالمنطق يقتضي أنه إذا حضر، وأدلى بشهادته، تقرر له على الأقل مصارف تنقله، فالشاهد يؤدي شهادته إظهار للحقيقة دون مقابل، وفي سبيل ذلك قد يتكبد مصاريف كثيرة قد ترهقه خاصة إذا كان بعيداً عن المحكمة التي يسمع فيها، فمن العدل أن يعرض عن كل المصاريف والنفقات التي يكون قد تحملها ولكن السؤال الذي يطرح هو من يتحمل هذه المصاريف؟

78 - المادة 67 من القانون الإجراءات الإدارية والمدنية

ثانيا : مصاريف الشهود

نصت المادة 1/79 من القانون 09/08 حيث نصت على أنه: "يأمر القاضي عند الاقتضاء الخصوم أو أحدهم بإبداع مصاريف إجراءات التحقيق أو التبعيات المالية-بعد تحديدها- لدى أمانة ضبط الجهة القضائية"⁷⁹.

وعمليا القاضي لا يأمر بإبداع هذه التبعيات قبل إجراء التحقيق على اعتبارها عند البعض أنها مقررة للقاضي يمكن التنازل عنها، إلا أنها في حقيقة الأمر تتضمن مصاريف إجراء التحقيق، وكذا مصاريف الشهود، وبالتالي لا يمكن التنازل عنها خاصة وأن المشرع نص على أن محضر التحقيق يلحق بأصل الحكم ليؤشر عليه لدى مصلحة التسجيل مع الأحكام وبالتالي تودع مصاريف إجراء التحقيق لدى الخزينة العمومية، وهو ما لا يعمل به حاليا، حيث توضع هذه المحاضر ضمن أوراق الملف فقط.

وعليه فإن من يتحمل مصاريف الشهود، الخصم الذي خسر الدعوى، أو تركها، أو المدعي الأصلي عند سقوط الخصومة، كما أن الشاهد المتخلف عن الحضور دون عذر مقبول يتحمل نفسه مصروفات حضوره، وفي حالة ما إذا استدعت المحكمة شهودا من تلقاء نفسها، فهي التي تتحمل مصاريفهم، وإذا لم يودع طالب الإثبات بالشهادة المبالغ التي أمر بها القاضي كتابة ضبط المحكمة في الآجال التي حددت له استغنى القاضي عن إجراء سماع الشهود الذي أمر به، وحكم في القضية على الحالة التي هي عليها، طبقا للمادة 2/79 من القانون 09/08 حيث تنص على أنه: "إذا لم تودع هذه المبالغ في الآجال التي حددها القاضي استغنى عن الإجراء الذي أمر به، وحكم في القضية على الحالة التي عليها".

ولكن في الواقع العملي، الشاهد عندنا لا ترد له المصاريف التي أنفقها في التنقل والإطعام، وما فاتته من كسب في ذلك اليوم حتى أثناء الإدلاء بشهادته أمام القضاء الجزائي فما

بالك بالقضاء المدني، كما أن المحكمة لا تلزم طالب الإثبات بالشهادة بإيداع التسبيقات المالية التي تغطي مصاريف الشهود ومصاريف إجراء التحقيق بسماع الشهود.

الفرع الثاني: سماع الشهود

قبل أن يدلي الشاهد بشهادته، لا بد من أن يعرف بهويته كاملة، وأن يؤدي اليمين، ويتم ساعتها رد الشاهد عن طريق التجريح إذا بدا لأحد الخصوم سببا من أسباب التجريح ليفصل فيه القاضي، ثم يتم تلقي شهادة الشاهد، وسنتكلم عن هذه النقاط في الفقرات التالية:

أولاً: تعريف الشاهد بهويته وأدائه لليمين

يجب على الشاهد أن يحضر في الميعاد القانوني، وقبل أن يبدأ في شهادته يقوم بذكر اسمه ولقبه، وسنه، وموطنه، ودرجة قرابته، أو مصاهرته، أو تبعيته للخصوم، وذلك ليتأكد القاضي من الشاهد، ويعرف مدى علاقته بالخصم، واستخلاص أوجه رد الشاهد إن أمكن وليعرف ما إذا كان الشاهد سيسمع على سبيل الاستدلال، أو يأخذ بشهادته كاملة، أو تستبعد.

كما يجب على الشاهد أيضا -وقبل الإدلاء بشهادته- أن يؤدي اليمين، لأن المادة 2/65 ق إ ج تنص على ما يلي: "ويحلف الشاهد اليمين بأن يقول الحق، وإلا كانت شهادته باطلة" غير أنها لم تبين كيفية حلف اليمين، وما هي صيغته، فالعبرة التي جاءت بها المادة المذكورة عبارة غامضة، وغير شاملة للموضوع، لأنه إذا حلف الشاهد بأن يقول الحق، فإننا نرى عدم كفاية ذلك، فمن الأفضل أن يؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق⁸⁰، لأنه إذا حلف بأن يقول الحق فإنه يستطيع أن يقول الحق مع إمكانية إضافة شيء من الكذب، أو إخفاء بعض الحق فيكون قد قال الحق، لذلك من المستحسن أن يؤدي الشاهد اليمين بأن "يقول كل الحق ولا شيء إلا الحق"، ولكون قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم ينص على صيغة اليمين التي يؤديها الشاهد، فنصت المادة 2/152 من قانون 09/08 أنه: "يؤدي الشاهد اليمين

80 - عبد الوهاب العشماوي: المرجع السابق، ص 243.

بأن يقول الحقيقة..."، وإذا كان الشاهد غير مسلم فيؤدي اليمين حسب الأوضاع الخاصة بديانته إذا طلب ذلك، ويترتب على عدم أداء الشاهد اليمين قابلية هذه الشهادة للإبطال، أي أن الشهادة تكون صحيحة، وإجراء سماع الشهود صحيح، ولا تصبح باطلة إلا إذا تمسك الخصم صاحب المصلحة ببطلانها لعدم أداء الشاهد اليمين.

ثانيا: التجريح في الشاهد

يجب على الخصم الذي يريد أن يتمسك بإبعاد أحد شهود خصمه إذا رأى في ذلك مستساغا قانونيا، سواء من عدم أهلية أو صلة قرابة أن يبدي أوجه التجريح قبل إدلاء الشاهد بشهادته، لكن إذا لم يظهر سبب التجريح إلا بعد أداء الشهادة، ففي هذه الحالة تعد الشهادة باطلة إذا قبل التجريح، طبقا للمادة 157 ق أ م إ، وإذا رفع الخصم أمر تجريح الشاهد إلى القاضي فصل فيه هذا الأخير في الحال بحكم نهائي غير قابل للاستئناف طبقا للمادة 156 من قانون 09/08.

ثالثا: تلقي الشهادة

عند افتتاح جلسة التحقيق يؤدي كل شاهد شهادته على انفراد بحضور الخصوم، أو غيابهم ومن المستحسن حضورهم ليتسنى لكل منهم مناقشة الشاهد⁸¹، ومعنى الإنفراد هو أنه بعد أن تتأكد المحكمة من أسماء الشهود الذين حضروا، تخرجهم من قاعة الجلسة ثم تستدعيهم واحدا بعد الآخر، وكل شاهد يدلي بشهادته يبقى في قاعة الجلسة ولا يغادرها إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات، وشهود النفي في الميعاد، ويجري سماع شهود النفي في نفس الجلسة التي يسمع فيها شهود الإثبات إلا أن هذا الأمر ليس حتميا، بل ترك المشرع تنظيم هذه المسألة للمحكمة التي تتولى إجراء التحقيق، فلها أن ترجئ سماع شهود النفي إلى جلسة أخرى غير التي سمعت فيها شهود الإثبات إذا حال دون سماعهم في نفس الجلسة مانع، كعدم حضورهم،

81 - أحمد نشأت: المرجع السابق، ص 549.

أو عدم اتساع الوقت لسماعهم جميعاً، وتقدير هذا المانع مما يدخل في نطاق سلطة المحكمة الموضوعية فلا رقابة عليها من المحكمة العليا⁸²، ويكون توجيه الأسئلة -سواء كانت من الخصوم أو المحكمة- إلى الشاهد من المحكمة أو القاضي المنتدب، والخصم الذي استشهد بالشاهد هو الذي يبدأ بالأسئلة، فإذا فرغ منها جاز لخصمه أن يطرح ما يشاء من الأسئلة طبقاً للمادة 2/158 من القانون 09/08 التي نصت على أنه: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم أو من أحدهم أن يطرح على الشاهد الأسئلة التي يراها مفيدة"، ولا يجوز لأحد الخصوم أن يقاطع كلام الآخر أو كلام الشاهد وقت أداء الشهادة⁸³، وتثبت إجابات الشهود في محضر ثم تتلى على الشاهد، ويوقع عليها بعد تصحيح ما يرى لزوماً تصحيحه منها، ثم يثبت في المحضر ما ذكره أولاً، وما صححه به، وإذا امتنع الشاهد عن التوقيع ذكر ذلك، وسببه إن وجد في المحضر حسب المادة 1/161 من القانون 09/08.

يحرر هذا المحضر في دفتر الكاتب، إذا كان الحكم الصادر في الدعوى غير قابل للاستئناف، أما إذا كان الحكم الذي سيصدر في الدعوى مما يجوز استئنافه، يجب أن يحضر المحضر في ورقة مستقلة، حتى يمكن إلحاقه بملف الدعوى عند استئناف الحكم.

وقد أوجبت المادة 160 من قانون 09/08 أن يشمل هذا المحضر على البيانات الآتية:

- مكان ويوم وساعة سماع الشاهد.
- حضور أو غياب الخصوم.
- اسم وللقب ومهنة وموطن الشاهد.
- أداء اليمين من طرف الشاهد.
- درجة قرابة الشاهد أو مصاهرته مع الخصوم أو تبعيته لهم.
- أوجه التجريح المقدمة ضد الشاهد.

82 - ملزي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 55.

83 - عبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ص 35.

- أقوال الشاهد والتتويه بتلاوتها عليه.

توقيع القاضي على النسخة الأصلية لمحضر التحقيق.

إلا أن المشرع أوجب في المادة 161 منه توقيع كل من القاضي، وأمين الضبط، والشاهد، ويلحق بأصل الحكم، وقد قصد المشرع بتحديد هذه البيانات على النحو المفصل أن يكون محضر التحقيق أو ما يسمى بمحضر السماع مشتملا على بيان وافي بظروف السماع وحالاته لتتمكن المحكمة من استخلاص وجه الحكم منه بما يطابق الحقيقة وقواعد القانون.

الفرع الثالث: عرض التحقيق على المحكمة لاستخلاص وجه الحكم منه

بمجرد انتهاء التحقيق بسماع الشهود يجوز للقاضي أن يصدر حكمه، وله أن يؤجل الدعوى إلى جلسة مقبلة، وفي هذه الحالة يجب عليه تحديد تاريخ أقرب جلسة لنظر الدعوى وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 163 من القانون 09/08 التي نصت على أنه⁸⁴: "يجوز للقاضي أن يفصل في القضية فور سماع الشهود أو يؤجلها إلى جلسة لاحقة"، والمادة 162 التي نصت على أنه: "يجوز للخصوم الحصول على نسخة من محضر السماع"، وقبل أن تصدر المحكمة حكمها يجب أن تفحص مسألتين وهما: أوجه بطلان التحقيق التي يقدمها لها الخصوم، وفحص شهادة الشهود لاستخلاص وجه الحكم في موضوع القضية.

أولا: فحص أوجه بطلان التحقيق

يجب على المحكمة وهي تفحص أوجه البطلان في التحقيق أن تراعي ما نص عليه القانون في الأحكام الخاصة بالإثبات بالشهادة، ذلك أن القانون قد رتب البطلان جزاء على

مخالفة الأحكام التي وضعها في هذا الشأن، ومثال ذلك ما أوجبه المادة 65 من ق إ م⁸⁵، من حلف اليمين وإلا بطلت الشهادة، فإن لم يرد نص صريح بالبطلان كان على المحكمة في فحصها لأوجه البطلان أن ترجع إلى القواعد العامة في البطلان ، ويمكن إجمال هذه القواعد فيما يتعلق ببطلان التحقيق بما يلي:

أ- إذا كان البطلان وارداً على البيانات الجوهرية، تقضي به المحكمة بغير حاجة للنص عليه في القانون متى تحقق الضرر، وأما إذا كان متعلقاً بالبيانات غير الجوهرية فلا يقضي به إلا بنص صريح.

ب- إذا كان البطلان يتعلق بالنظام العام، يجوز التمسك به في أي حال كانت عليه الدعوى وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإذا كان متعلقاً بمصلحة الخصوم الخاصة، فلا يجوز لغير من له مصلحة منهم التمسك به، ويجوز التنازل عنه صراحة أو ضمناً.

ج- إذا كان العيب مؤثراً في التحقيق بجملته، يكون البطلان شاملاً ومتناولاً كل الإجراءات أما إذا كان متعلقاً بشهادة أحد الشهود أو بعضهم، فلا يتناول البطلان إلا الشهادة أو الشهادات التي لم تستوف في أدائها الإجراءات القانونية.

د- بطلان تحقيق الإثبات لا يؤثر في صحة تحقيق النفي، والعكس بالعكس، لأن كل منهما مستقل عن الآخر

هـ- ليس القاضي مسؤولاً إذا كان البطلان مترتباً على خطئه، ما دام لم يقع منه ما يستوجب المخاصمة.

و- ليس من بين نصوص القانون ما يمنع من أن يعاد التحقيق الذي قضى ببطلانه، فإذا أعيد التحقي وجب أن يقتصر على النقاط السابق بينها في الحكم الأول، ولا يجوز أن يتناول وقائع جديدة إلا إذا أدنت المحكمة بذلك.

85 - المادة من القانون الإجراءات المدنية.

ز- لا يؤثر بطلان التحقيقات في الحكم الذي يصدر في الموضوع إذا كان قد استند إلى أدلة غير مستقاة من التحقيقات الباطلة.

ي- لا يجوز التمسك بالبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم الخاصة أمام محكمة ثاني درجة إلا إذا سبق التمسك به أمام محكمة أول درجة.

ثانياً: فحص شهادة الشهود لاستخلاص وجه الحكم في القضية

بعد أن تفرغ المحكمة من النظر، والفصل في أوجه البطلان المتعلقة بالتحقيق، تنتقل إلى فحص هذه الشهادات ذاتها لتكون اعتقادها الذي يمكنها من الحكم في موضوع النزاع، وهي في تكوين اعتقادها هذا ليست ملزمة باحترام شهادة معينة، أو استبعاد بعض الشهادات، والأخذ ببعض الآخر، فلها أن تبني اعتقادها على ما تستخلصه من شهادة شاهد واحد، وترد شهادة كثيرين منهم لعدم الثقة بهم، ولو اتفقت أقوالهم، بل ليس هناك ما يمنع المحكمة من أن تصدق الشاهد في بعض أقواله دون البعض الآخر، دون أن يعتبر ذلك حذفاً لبعض شهادة الشاهد، متى أوردت جميع أقواله، وأشارت إلى ما فيها من تناقض، ثم عولت في حكمها على ما صدقته منها.

وإذا تعارضت أقوال شهود الخصمين في الواقعة الواحدة فهي ترجح بعض الأقوال على البعض الآخر مسترشدة في ذلك بما يساعدها في هذا الترجيح من ظروف سن الشهود ومركزهم الأدبي، أو العلمي، أو غير ذلك من الصفات الأخرى⁸⁶.

وإذا أخذت المحكمة بشهادة شهود الإثبات دون شهود النفي، فليس هناك ما يلزمها بتبرير ذلك، لأن هذا منوط بتصديقها إياهم واطمئنانها إليهم، بغير رقابة عليها من المحكمة العليا، ولكن هذه السلطة التقديرية التي أعطيت للمحكمة، لا تجيز لها أن تخرج بأقوال الشاهد عن ما يؤدي إليه مدلولها، كما أن سلطتها في تقدير أقوال الشهود مشروطة ألا يكون هذا

86 - ملزي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 55.

التقدير مبنيا على سبب مخالف للثابت من الأوراق، وعلى المحكمة في جميع الأحوال، أن تبين في حكمها ماهية أقوال الشهود ومؤداها، وما استخلصته منها، وإلا كان حكمها معيبا بعيب القصور في التسبيب ولكن لا التزام على المحكمة أن تذكر جميع أقوال الشاهد، كما وردت في محضر التحقيق، وإنما حسبها الإشارة إلى ما ورد بها، مما ينبأ عن مراجعتها تلك الأقوال.

ولما كان الإثبات بالقرائن جائز في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود فللمحكمة أن تستعين بالقرائن على هذا الترجيح، وعلى استكمال ما في شهادة الشهود من نقص أو إصلاح ما فيها من خطأ⁸⁷.

وليست المحكمة ملزمة بالأخذ بنتائج التحقيق، وإنما لها أن تطرحها، وأن تقضي بخلافها، بمعنى أن لها أن تأخذ بشهادة الشهود باعتبار أن الواقعة قد قامت على صحتها، أو على عدم صحتها أدلة أخرى، أو لأن شهادتهم غير معقولة، أو غير متعلقة بالدعوى، أو غير منتجة أي أن المحكمة لا تلتزم بنتائج حكمها الذي أصدرته بإجراء تحقيق.

87 - عبد الوهاب العشماوي، المرجع السابق، ص 35.

خاتمة

وخلاصة ما توصلنا إليه بعد الانتهاء من دراسة موضوع الإثبات بشهادة الشهود في التشريع الجزائري، أن العمل بها يحتل ميدانا معتبرا في المسائل التي يجوز فيها الإثبات بها، حتى وإن كانت المكانة الأولى في الإثبات تعود للكتابة نتيجة للتقدم العلمي ولكن السؤال الذي يطرح نفسه ماهي سلطة القاضي في تقدير الشهادة؟

للقاضي سلطة واسعة في تقدير الإثبات بشهادة الشهود، وهذه السلطة تنصب على حجية الشهادة، وليس على قوة الشهادة في الإثبات، لأن نطاق الإثبات بالشهادة حدده القانون.

القاضي سلطة في تقدير حجية شهادة الشهود تفوق كثيرا سلطته في تقدير قيمة الكتابة ذلك أن الكتابة تستمد حجيتها من ذاتها، وتفرض سلطانها على القضاء ما لم يطعن فيها بالتزوير أو إثبات العكس أو الإنكار، وعلى نقيض ذلك يترك أمر تقدير الشهادة للقاضي مهما كان عدد الشهود، وأيا كانت صفاتهم، فصفة الشاهد، قد تؤخذ بعين الاعتبار من طرف القاضي، كأن يكون متعلما، أو من رجال الدين، كبيرا أو صغيرا، ولكن هذه الصفة لا تؤثر في سلطة القاضي التقديرية، فتقدير صدق أقوال الشهود من اختصاص قاضي الموضوع، ووجدانه هو المرجع في مدى اطمئنانه إلى هذه الأقوال.

فقاضي الموضوع ليس ملزما بتصديق الشاهد في كل أقواله، بل له أن يطرح منها ما لا يطمئن إليها باعتبار أن ذلك يدخل ضمن سلطته في تقدير الأدلة، ولا تثريب عليه إن هو أخذ بمعنى للشهادة دون معنى آخر تحتمله أيضا، متى كان المعنى الذي أخذ به لا يتنافى مع مدلولها، وإنما يجب عليه أن يذكر أسماء الشهود الذين اقتنع بأقوالهم، وماهية أقوالهم التي اعتمد عليها في قضائه، وليس عليه أن يذكر لا نص أقوال ولا أسماء الشهود الذين لم يأخذ بأقوالهم، بل القاضي حر في عدم الأخذ بأقوال جميع الشهود لعدم اطمئنانه إليها، ولا يعد ذلك منه تحللا من نتيجة التحقيق الذي أجري تنفيذا لحكمه التمهيدي، وإنما هو تقدير لشهادة الشهود يقوم به القاضي في حدود سلطته دون رقابة عليه في ذلك من المحكمة العليا، مادام لم يخرج بذلك عما تحتمله أقوال الشهود، إذ ليس لها أن تتدخل في تقدير قاضي الموضوع للدليل، ولكن لها أن

تتدخل إذا ما صرح القاضي بأسباب اطمئنانه، وكانت هذه الأسباب مبنية على ما يخالف الثابت في الأوراق أو على تحريف لأقوال الشهود، أو الخروج بها عن مدلولها، فتراقب ذلك ويجوز للخصوم أن يناقشوا أمامها سلامة تقدير المحكمة لشهادة الشهود.

ولما كان الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف، فإن لمحكمة الاستئناف أن تعيد النظر في الحكم المستأنف من الناحيتين، القانونية والموضوعية، ومن ثم فإن تقدير محكمة أول درجة لأقوال الشهود يخضع لرقابة المجلس القضائي، باعتباره محكمة ثاني درجة، التي كان لها أن تؤيد الحكم الابتدائي فيما استخلصه من أقوال الشهود، فإن لها أن تخالفها في تقدير أقوال الشهود، أو في ترجيح أقوال شاهد على أقوال آخر، ويكون لمحكمة ثاني درجة في هذا الشأن مثل سلطة محكمة أول درجة، بل لها سلطة مراقبة سلامة تقدير محكمة أول درجة في هذا الخصوص، ويتعين عليها أن تبحث بنفسها هذه الأقوال، وأن تعيد تقديرها، وتقول كلمتها فيما استخلصته منها محكمة أول درجة، وهو ما ليس مخولا للمحكمة العليا، لأن إثارة ذلك أمامها يعتبر مناقشة موضوعية في تقدير الدليل، وهو ما يخرج عن اختصاصها.

فمحكمة ثاني درجة لها أن تستخلص من أقوال الشهود ما تطمئن إليه، ولو كان مخالفا لما استخلصته محكمة أول درجة، طالما أن هذا التحقيق لم يشبه بطلان، ولو كانت هي قد أحالت الدعوى إلى التحقيق من جديد.

وفي نفس الوقت، إن تخلف الخصم عن إحضار شهوده إلى التحقيق الذي أمرت محكمة ثاني درجة بإجرائه، لا يبرر لها أن تغفل ما سبق وأن شهد به شهوده أمام محكمة أول درجة، دون أن تهمل سلطتها إزاء شهادتهم .

كما أن تقدير المحكمة للدليل في الدعوى لا يحوز قوة الأمر المقضي به، بحيث إذا شكت المحكمة في صحة أقوال الشهود في دعوى معينة، لا يمنعها من الأخذ بأقوالهم في دعوى

أخرى، فلا تثريب على المحكمة المدنية إن هي أخذت بشهادة شهود سمعتهم، بعد أن كانت المحكمة الجنائية قد شككت في صحة شهادتهم، وصار حكمها الذي لم تعتد فيه بهذه الشهادة نهائياً.

قائمة المراجع

أولاً: القوانين

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتعلق بالقانون المدني المعدل والمتمم.
2. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26-09-1975 المتعلق بالقانون التجاري المعدل والمتمم.
3. الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية.
4. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتعلق بقانون العقوبات المعدل والمتمم.
5. الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.
6. القانون 08 ، 09 المؤرخ في 25/02/2008 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية

ثانياً : المراجع و المؤلفات

1. أحمد نشأت: رسالة الإثبات، ج1، ط7.
2. أنور سلطان: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية
3. أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام، ط5 ، دار هومة، الجزائر. 2007
4. إلياس أبو عيد: نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية والجزائية الجزء الثاني والجزء الثالث، منشورات زين الحقوقية، 2005.
5. همام محمد محمود زهران، الوجيز في إثبات المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2003 .
6. يحي بكوش: أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط2، المؤسسة الوطنية للكتاب.

7. يوسف دلاندة: الوجيز في شهادة الشهود وفق أحكام الشريعة والقانون وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومة ، ط4، الجزائر.
8. محمد حسن قاسم: قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية.
9. مصطفى مجدي هرجة: شهادة الشهود في المجالين الجنائي والمدني، ط1، دار محمود بالقاهرة، مصر، 2006.
10. سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية، ج2، الأدلة المقيدة وما يجوز إثباته بها وما يجب إثباته بالكتابة، ط4.
11. عبد الحميد الشواربي: الشهادة في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، مصر، 1992.
12. عبد الوهاب العشماوي: إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط1، دار الجيل للطباعة بالقاهرة، مصر، 1985.
13. عباس العبودي: شرح أحكام قانون البينات، دراسة مقارنة.
14. شهاد هابيل البرشاوي: الشهادة الزور من الناحيتين القانونية والعلمية، دار الفكر العربي بالقاهرة، مصر، 1982.
15. خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الثاني، سنة 2004.

ثالثا: النشرات والمجلات

1. نشرة القضاة، العدد 43.
2. نشرة القضاة، العدد 57.

3. المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 1.
4. المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 3.
5. المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 3.
6. المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 1.
7. المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 2.
8. المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 3.
9. المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 1.
10. المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 1.
11. المجلة القضائية لسنة 2003، العدد 2.
12. مجلة المحكمة العليا لسنة 2004، العدد 2.
13. مجلة المحامي الصادرة عن منظمة المحامين بسيدي بلعباس، السنة الأولى، العدد 2
فيفري 2004
14. مجلة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد 1.
15. مجلة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد 2.

رابعاً: المحاضرات

1. ملزي عبد الرحمن: طرق الإثبات في المواد المدنية، محاضرات ملقاة على طلبة المدرسة العليا للقضاء، السنة الثانية.

الفهرس

كلمة شكر وتقدير وعرفان

1.....	مقدمة
4.....	الفصل الأول: القواعد الموضوعية للإثبات بالشهادة
6.....	المبحث الأول: ماهية الإثبات بالشهادة
6.....	المطلب الاول : مفهوم الإثبات بشهادة الشهود
6.....	الفرع الاول :تعريف الإثبات بالشهادة
7.....	الفرع الثاني : الخصائص
8.....	المطلب الثاني : الصور
8.....	الفرع الاول : الشهادة المباشرة و الشهادة السماعية
10.....	الفرع الثاني : الشهادة بالتسامع والشهادة بالشهرة العامة
11.....	الفرع الثالث : عيوبها و الحلول الممكنة لعلاجها
14.....	المبحث الثاني: ما يجوز إثباته بالشهادة
14.....	المطلب الاول : الإثبات بالشهادة أصلا
14.....	الفرع الاول : المادة المدنية و التجارية
18.....	الفرع الثاني : المادة الجزائية
23.....	الفرع الثالث : مادة شؤون الأسرة
25.....	الفرع الرابع : المادة الإدارية
26.....	الفرع الخامس : الوقائع المادية
29.....	المطلب الثاني : الإثبات بالشهادة إستثناء
29.....	الفرع الاول : مبدأ الثبوت بالكتابة الشهادة دليل تكميلي
34.....	الفرع الثاني : المانع من الحصول على دليل كتابي الشهادة دليل بدلي
38.....	الفرع الثالث : فقدان السند الكتابي لسبب أجنبي

41.....	الفصل الثاني: أحكام الإثبات بشهادة الشهود
43.....	المبحث الأول: شروط أداء الشهادة
43.....	المطلب الأول : الشروط الخاصة بالشاهد
43.....	الفرع الأول: الأهلية
47.....	الفرع الثاني: عدم وجود رابطة القرابة أو المصاهرة
49.....	الفرع الثالث: شروط أخرى مقررة بالشرعية الإسلامية
51.....	المطلب الثاني : الشروط الخاصة بالشهادة
52.....	الفرع الأول: الشروط الموضوعية
54.....	الفرع الثاني: الشروط الشكلية
58.....	المبحث الثاني: إجراءات الإثبات بشهادة الشهود
59.....	المطلب الأول : طلب الإثبات بالشهادة و الحكم به
59.....	الفرع الأول: طلب الإثبات بالشهادة
62.....	الفرع الثاني: الحكم به
63.....	المطلب الثاني : إجراء التحقيق
64.....	الفرع الأول: إحضار الشهود
66.....	الفرع الثاني: سماع الشهود
69.....	الفرع الثالث : عرض التحقيق على المحكمة لإستخلاص وجه الحكم منه
.....	الخاتمة
73.....	
77.....	قائمة المراجع

ملخص مذكرة الماستر

ومن خلال دراستنا لهذا البحث نخلص القول الأخير بأن شهادة الشهود تعتبر من أهم وسائل الإثبات التي حددها القانون الجزائري في مختلف مجالاتها ألن مجال العمل بها كدليل إثبات مازال واسعا حتى وإن أصبحت تحتل المرتبة الثانية بعد التطور العلمي والتكنولوجي الحديث بعدما كانت تحتل المرتبة الأولى قديما قبل ظهور الكتابة، ورغم تدرجها مازال إلى يومنا هذا العمل بالشهادة قائما ويعتد بها القاضي في الإثبات لصيانة حقوق الأفراد .تعتبر الشهادة من واجبات الأفراد التي هدفها الوصول إلى الحقيقة وتحقيق الحق لأصحابه، فهي تسهل على القاضي الفصل في النزاعات المطروحة عليه عن طريق سماع أقوال الشهود .حيث تقضي القاعدة العامة أنه على المدعي إثبات صحة ادعاءه وعلى الخصم(الطرف الآخر) التخلص منه، وباعتبار الكتابة تحتل المرتبة الصدارة إلا أن العمل بشهادة الشهود مازال وال يزال معمول بها في مجال القضاء خاصة في المواد التي يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود.

الكلمات المفتاحية:

1/ الإثبات بالشهادة. 2/. الشهادة السماعية 3 / سماع الشهود 4/ المادة الإدارية

Abstract of The master thesis

Through our study of this research, we conclude the last saying that the testimony of witnesses is one of the most important means of proof identified by Algerian law in its various fields, because the field of work with it as evidence is still wide even if it ranks second after modern scientific and technological development after it was ranked first before the emergence of Writing, despite its decline, is still practiced to this day, and the judge is relied upon in evidence in order to preserve the rights of individuals. Testimony is one of the duties of individuals whose aim is to reach the truth and achieve the right of its owners, as it makes it easier for the judge to settle disputes before him by hearing the statements of witnesses. Whereas the general rule requires that the plaintiff prove the validity of his claim and the opponent (the other party) must dispose of it, and given that writing takes the first place, the work of witness testimony is still and is still applicable in the field of justice, especially in the articles in which it is permissible to prove by the testimony of witnesses.

key words:

1/ Evidence of testimony. 2/. Hearing testimony 3 / hearing witnesses 4 / administrative article