

جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

محاضرات في مادة طرق
الاثبات والتنفيذ

السنة الثالثة قانون خاص
الدكتور دفاى عدنان

السنة الجامعية 2023-2024

محور تمهيدى مدخل لمصادر الحق ومبادئ الاثبات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

أولاً: مدخل لمصادر الحق

لكي يولد الحق لا بد له من سبب، يسمى هذا السبب (الواقعة المنشئة للحق) مصدر، ومصدر الحق هو السبب القانوني الذي ينشؤه (عدنان إبراهيم السرحان - نوري حمد خاطر شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية دراسة مقارنة دار الثقافة 2008 عمان ص 22) ولا وجود للحق اذا أقره القانون وأعترف به، والقاعدة أن القانون لا يولد الحق بطريقة مباشرة ولكن يعلق نشوءه على حدود وقائع تعتبر مصدرا مباشرا للحق، ومصادر الحق متعددة، يمكن تقسيمها فقها الى قسمين:

- التصرفات القانونية (ارادية) وتشمل العقد والإرادة المنفردة
- الوقائع القانونية (غير ارادية)، وتضم الفعل الضار (الجريمة وشبه الفعل المستحق للتعويض) والفعل النافع (الفضالة والاثراء بلا سبب والدفع غير المستحق).
- ولا وجود للحق الا اذا أقيم الدليل على مصدره، والاثبات بمعناه القانوني ينصرف الى تقديم الدليل امام القضاء بالطرق الجائزة على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم، وينصب الاثبات على صحة الواقعة مصدر الحق وليس على الحق المتنازع فيه، ولذلك يقال بأن الحق بدون اثبات يساوي العدم، فهو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه، (محمد صبري السعدي ص 9) بالرغم من أن الحق في ذاته مستقل على دليل وجوده.
- وتنازع تنظيم الاثبات ثلاث مذاهب: مذهب الاثبات الحر - مذهب الاثبات المقيد - المذهب المختلط، ولقد اعتمد المشرع الجزائري نظام الاثبات المختلط بنص المادة 333 من القانون المدني بشكل موزع بين التصرفات المدنية والتصرفات التجارية.

ثانياً: مبادئ الاثبات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

نظم المشرع قواعد الاثبات ضمن القانون المدني تحت الباب السادس: اثبات الالتزام، بحيث حدد القواعد الموضوعية لأدلة الاثبات وحجيتها، في حين تولى قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحديد القواعد الإجرائية لأعمال الدليل امام القضاء ضمن الباب الرابع من ق ا م ا، وفق مبادئ تتعرض لها:

مبدأ الوجاهية:

جاء في نص المادة 3 من ق ا م ا: " يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته.

يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة بفرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم.

يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الواجهة".

وجاء في نص المادة 21 من ق ا م ا: " يجب إيداع الأوراق والسندات والوثائق التي يستند اليها الخصوم دعما لادعاءاتهم بأمانة ضبط الجهة القضائية بأصولها أو نسخ رسمية منها أو نسخ مطابقة للأصل وتبلغ للخصوم.

غير أنه يجوز لقاضي قبول نسخ عادية منها عند الاقتضاء.

مبدأ حياد القاضي:

جاء في نص المادة 2/23 من ق ا م ا: " يمكن للقاضي بناء على طلب أحد الخصوم أن يأمر شفهيًا بإبلاغ كل وثيقة عرضت عليه وثبت عدم إبلاغها للخصم الآخر ويحدد أجل وكيفية ذلك الإبلاغ.

يمكن للقاضي أن يستبعد من المناقشة كل وثيقة لم يتم إبلاغها خلال الآجال والكيفية التي حددها".

فالأصل أن القاضي يقف على نفس المسافة من الخصوم، ويكتفي بتلقي ادعاءاتهم ودفعهم وأدلة الإثبات ثم يسقطها على الوقائع، دون أن يستخلص الدليل بنفسه الا الدليل الذي يجد مصدره في القانون مباشرة، لكن حياده لا يمنعه من استجلاء الحقيقة، وفي سبيل ذلك خوله المشرع سلطة توجيه الدعوى واستكمال بعض أدلة الإثبات الناقصة (اليمين المتممة).

كما أنه للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي اجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون (م 75 من ق ا م ا)، ويمكنه قبل مباشرة الدعوى أن يأمر بأي اجراء من إجراءات التحقيق بناء على طلب كل ذي مصلحة قصد إقامة الدليل والاحتفاظ به لاثبات الوقائع التي قد تحدد مآل النزاع.

ثالثا: مسائل الإثبات: عناصر الإثبات ثلاثة وهي:

- محل الإثبات (الواقعة والتصرف، شروط محل الإثبات بأن يكون محددًا، وغير مستحيل وغير معترف به، متعلقة بالدعوى، منتجة فيها)

- عبء الإثبات (يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف الثابت:

1- حكماً-أصلاً : القاعدة انه من يتمسك بالثابت أصلاً لا يكلف باثباته أما من يدعي خلاف الأصل فعليه هو يقع عبء اثبات ما يدعيه، ذلك أن من يتمسك بالثابت أصلاً وان كان من الجائز ألا يكون على حق من ناحية الواقع والعدالة، الا أنه من ناحية القانون ومن أجل استقرار التعامل يجب أن يحمي، فيترك على الأصل دون ان يكلف عناء الاثبات، أما من يدعي خلاف الأصل فهو يستحدث جديدا لا تدعمه قرينة بقاء الأصل على أصله، فعليه ان يثبت هذا الجديد حتى يتمتع بحماية القانون (السنهاوري ص 71) ومن تطبيقات قاعدة الأصل نجد: الأصل في الحقوق الشخصية براءة الذمة وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يقدم الدليل، تنص المادة 323 من ق م على : " على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه". كما ان الأصل في الأهلية ان كل شخص أهل للتعاقد مالم يطرأ على اهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون م72 ق م، والأصل خلو العقد من العيوب، فاذا تمكن من يدعي خلاف الثابت أصلاً من تقديم ما ينفي هذا الأصل "على الدائن اثبات الالتزام"، انتقل عبء الاثبات الى خصمه وأقلب الى ثابت عرضاً "على المدين اثبات التخلص منه".

2- الثابت ظاهراً: الثابت ظاهراً هو الأصل فيما يتعلق بالحقوق العينية، فالحائز للمنقول لا يطالب باثبات ملكيته لأن الظاهر او ان الحائز مالك، والظاهر أن حق الملكية خال من ان يثقل بحق عيني ومن يدعي خلاف ذلك فعليه تقديم الدليل (السنهاوري 73).

3- والثابت فرضاً: قد نكون امام وضع فرضه المشرع عن طريق وجود قرينة قانونية يقيها، وهنا نكون امام وضع ثابت فرضاً، فيتساوى مع الثابت أصلاً والثابت ظاهراً، ومثال تلك القرينة مسؤولية متولي الرقابة عن الضرر الذي يحدثه القاصر م 134 ق م، فالمضروب من فعل القاصر لا يكلف باثبات تقصير متولي رقابته، ونفس الشيء بالنسبة للمسؤول عن الأشياء م 138 ق م والحيوان م 139 ق م، ومسؤولية تهم البناء م2/140 ق م، ففي هاته الحالات تعتبر قرينة التقصير قرينة قانونية ثابتة فرضاً تعفي المضروب من اثباتها. كما أنه يفترض أن لكل التزام سبب مشروع مالم يثبت العكس م ، فمن يدعي مديونية لشخص لا يقع عليه عبء اثبات مشروعية السبب، فيعتبر السبب المذكور بالعقد هو السبب الحقيقي الا أن يثبت العكس م98 ق م.

4- والثابت فعلاً: سواء كان ذلك حقيقة (كمن يثبت عكس الثابت أصلاً وظاهراً وفرضاً) أو ضمناً (مقاصة مثلاً).

وعليه من خلال هذه القاعدة يمكن تحديد من يتحمل عبء الاثبات، ويبقى التأكيد على ان عبء الاثبات يستمر موزعاً بين الخصوم، ويقع هذا التوزيع اما بحكم الواقع بموجب قرائن قضائية (مثل صورية تصرف الأب بالبيع لابنه القاصر الذي ليس له دخل، وحيازة من يقوم باستيفاء بدل ايجار من المستأجر، أو من ينكر أن الحتم الموجود بالورقة هو ختمه) أو حكم القانون (مثل القرائن القانونية، فادعاء عسر المدين

يتطلب من الدائن اثبات قدر الدين فقط وعلى المدين ان يثبت ان له ما يواجه به ذلك، كذلك الأمر فيما يتعلق بالتعاقد بالمراسلة فالتعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي تصل فيه بعلم من وجه اليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به مالم يقيم الدليل على غير ذلك م 61 ق م) او اتفاقاً.

محور أول طرق الاثبات

حدد المشرع الوسائل التي يمكن من خلالها إثبات مصدر الحق ضمن الباب السادس من القانون المدني وهي: الكتابة والشهود والقرائن والقرائن والاقرار واليمين، وتقسم طرق الاثبات الى عدة أقسام منها:

- 1- طرق مباشرة وطرق غير مباشرة: فالطرق المباشرة هي التي تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد اثباتها وتضم الكتابة والبيئة، والطرق غير المباشرة هي التي لا تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد اثباتها، ولكن تستخلص عن طريق الاستنباط وهي القرائن والاقرار واليمين.
- 2- طرق مهيأة وطرق غير مهيأة، فالطرق المهيأة هي التي اعدّها صاحب الشأن مقدماً لاثبات حقه في حالة النزاع، وهي الكتابة، فالكتابة يعدها الشخص مسبقاً لاثبات تصرف قانوني أو الثبات واقعة (مثل الميلاد والوفاة) لذلك تسمى الكتابة في هذه الحالة سند، فهي دليل مسبق يستند اليه الشخص عند قيام النزاع، ومنه فكل كتابة لم تعد مسبقاً للاثبات ثم استعملت لاحقاً للاثبات لا تسمى سند مثل الدفارت التجارية والطرق غير المهيأة هي التي لا تعد مسبقاً بل تنهياً وقت قيام النزاع في الحق المراد اثبات مصدره، وتضم بقية طرق الاثبات عدى الكتابة، ولكن ليس هناك ما يمنع تهيئة دليل ميبقا غير مهيأ مثل اعداد الشهود قبل ان يثور النزاع (السهوري ص 101).

- 3- طرق ذات حجية ملزمة وطرق ذات حجية غير ملزمة: فالطرق ذات الحجية الملزمة هي التي حدد القانون مبلغ حجيته ولم يتركها لمحض تقدير القاضي وهي الكتابة والاقرار واليمين والقرائن القانونية، وبعضها له حجية قاطعة مثل اليمين والقرائن القانونية وبعضها له حجية غير قاطعة مثل الكتابة والاقرار والقرائن البسيطة.

والطرق ذات حجية غير ملزمة هي البيئة والقرائن القضائية.

- 4- طرق أصلية وطرق تكميلية وطرق احتياطية: فالطرق الأصلية هي الأدلة التي تقوم بداتها دون أن تكون مكملّة لأدلة موجودة، كالكتابة والبيئة والقرائن القضائية، والطرق التكميلية هي الأدلة التي لا تقوم بداتها بل تكون مكملّة لأدلة موجودة كالبيئة والقرائن القضائية واليمين المتممة، فهي

يستكمل بها مبدأ الثبوت بالكتابة، أما الطرق الاحتياطية فهي الطرق التي يلجأ إليها الخصم الذي يعوزه أي طريق آخر وهي اليمين الحاسمة، وهي في الحقيقة ليست طرق للاثبات بل طرق للاعفاء من الاثبات.

5- طرق ذات قوة مطلقة وطرق ذات قوة نسبية، وطرق معفية من الاثبات: فالطرق ذات القوة المطلقة هي التي تصلح لاثبات جميع التصرفات والوقائع بغض النظر عن قيمة الحق المراد اثبات سببه وهي الكتابة، والطرق ذات القوة المحدودة هي التي تصلح لاثبات بعض الوقائع دون غيرها مثل اليمين المتممة، أما الطرق المعفية من الاثبات فهي الإقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية وهي تصلح للاعفاء من اثبات جميع الوقائع والتصرفات، وهذا التقسيم الأخير هو الأصح.

الفصل الأول: طرق الاثبات ذات القوة المطلقة

تنصرف طرق الاثبات ذات القوة المطلقة الى الكتابة وما يقوم مقامها من إقرار ويمين.

مبحث أول: الكتابة

جاء في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني: "ينتج الاثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أي علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق ارسالها".

قبل الخوض في الدليل الكتابي يجب أولاً إلمامنا بالثام على بعض المفاهيم ذات الصلة والتي تخلق وهماً من شأنه أن يخلط تلك المفاهيم:

- **الخلط بين مصطلحات الورقة والسند والتصرف:** فيتم الخلط بين التصرف ودليل اثباته فاطلق وصف العقد على التصرف ثم استعمل اللفظ عينه في أداة اثباته فيقال "عقد رسمي" و"عقد عرفي" وقصد بذلك الورقة الرسمية والورقة العرفية التي تعد لاثبات التصرف، وحتى تخلع هذا الخلط نبقي وصف العقد على التصرف أما أداة الاثبات فلها لفظان: الورقة والسند، والفارق بينهما هو أن السند ينصرف الى الدليل الكتابي المهيأ في حين الورقة تضم جميع الأدلة الكتابية سواء كانت مهيئة أم لا، مثل الدفاتر التجارية والمراسلات، ويبقى الفرق بين التصرف والورقة المثبتة له قائماً، فقد تكون الورقة باطلة والتصرف صحيح.

- **الكتابة هي الأصل في اثبات التصرفات القانونية:** تعتبر الكتابة دليلاً قابلاً لأن يهياً قبل أن يثور النزاع، لذلك تعتبر الكتابة هي الأصل في اثبات التصرفات القانونية، فإذا كانت الإرادة هي التي تختار الأثر القانوني، فإن هذه الإرادة عادة ما تختار دليل الاثبات المناسب، والذي يتميز بأنه دليل ثابت لا يتغير يمكن تهيئته بسهولة، في حين أن القاعدة بالنسبة للوقائع القانونية أنها تثبت بكل الوسائل لأنه لا دور للإرادة في ترتيب الأثر القانوني، لكن ذلك لا يمنع من يتم اثبات بعض الوقائع القانونية كتابة على غرار واقعة الميلاد والوفاة والميراث مثلاً.

الكتابة للإثبات والكتابة للانعقاد م 324 مكرر 1: القاعدة كما سبق القول أنه هناك فرق بين التصرف ودليل اثباته، ولا أثر على صحة التصرف اذا تخلف الدليل، لكن في بعض التصرفات التي يستلزم المشرع افرار ارادة الأطراف في شكل رسمي مثل العقود الواردة على العقار والمحل التجاري والعقود التأسيسية والتعديلات للشركات، فان هذا الدليل يندمج في التصرف وتصبح الرسمية ركنا في العقد بتخلفها يقع التصرف باطلا حسب نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني والمادة 79 من القانون التجاري، وهذا البطلان هو بطلان مطلق لا يجوز تصحيحه حسب اجتهاد غرف المحكمة العليا مجتمعة.

وتنصرف الكتابة محل الدراسة الى كل من الكتابة الرسمية والكتابة العرفية:

مطلب أول: الكتابة الرسمية

نتناول فيها شروط صحتها وحجيتها

فرع أول: الشروط الواجب توفرها لصحة الورقة الرسمية

جاء في نص المادة 324 من القانون المدني: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

من خلال هذا النص يمكن أن نستخلص الشروط الواجب توفرها في الورقة الرسمية وهي ثلاث:

أولاً: أن تصدر عن موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة

هذا الشرط يتعلق بصفة الشخص الذي يصدر الورقة الرسمية، فالمشرع نص على ثلاث أصناف هي: الموظف العمومي والضابط العمومي، والشخص المكلف بخدمة عامة.

1- الموظف

جاء في نص المادة 4 من الأمر رقم 03-06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظائف العمومية أنه: "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري.

الترسيم هو الاجراء الذي يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتبته".

وحسب نص المادة 2 من نفس الأمر فان هذا القانون يطبق على الموظفين الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية، وتضم المؤسسات العمومية والإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير الممركزة

التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.

كما ان هناك أعوانا موظفين يخضعون أثناء ممارستهم لمهامهم الى قوانين خاصة على غرار الأعوان الدبلوماسيين والقنصليين وأساتذة التعليم العالي والباحثين والمستخدمين التابعين للأسلاك الخاصة بالأمن الوطني والحرس البلدي وإدارة الغابات والحماية المدنية والمواصلات السلوكية واللاسلكية وإدارة السجون وإدارة الجمارك وكذا المستخدمين التابعين لأسلاك أمناء الضبط للجهات القضائية والأسلاك الخاصة بإدارة الشؤون الدينية، أما القضاة والمستخدمين العسكريين والمدنيين للدفاع الوطني ومستخدمي البرلمان فلا يخضعون لأحكام قانون الوظيفة العمومي.

2- الضابط العمومي

أما بالنسبة للضابط العمومي فالأمر يتعلق بصلاحيات يفوضها المشرع لشخص يعين بصفة رسمية من قبل السلطة العمومية بهدف أداء مهنة معينة او تنفيذ التزام قانوني سواء كان هذا الشخص يمارس مهنته بصفة حرة مثل الموثق والمحضر القضائي والمترجم الترجمان، او كان موظفا في إدارة عمومية مثل ضابط الحالة المدنية (رئيس المجلس الشعبي البلدي ورئيس البعثة الدبلوماسية ورئيس المركز القنصلي) ومأمور السجل التجاري وتترتب عليهم مسؤولية خاصة عند الاخلال بالتزاماتهم المهنية.

3- الشخص المكلف بخدمة عامة

أما الشخص المكلف بخدمة عامة فينصرف الى كل شخص عهدت اليه وظيفة مدنية أو عسكرية ويتقاضى راتبا او مكافأة من الدولة وتقتطع منه اقتطاعات للتقاعد، أو هو كل من يعمل لدى الدولة أو احدى مؤسساتها بغير صفة الموظف ويتقاضى راتبا او مكافأة، ويشمل القضاة وأعضاء المجالس النيابية (بلدية ولائية والبرلمان) ورئيس الجمهورية ونوابه والوزير الأول والوزراء، والأعضاء المنتدبون في مختلف سلطات الضبط واللجان والدواوين ومختلف الهيئات الوطنية وتحكمهم قوانين خاصة غير الوظيفة العمومي.

ثانيا: اختصاص الموظف والضابط العمومي والمكلف بخدمة عامة من حيث الموضوع والمكان بتحرير الورقة

هذا الشرط يستشف من عبارة " ...وفي حدود سلطته واختصاصه"، المذكورة في النص أعلاه.

أ- الاختصاص الموضوعي:

والاختصاص الموضوعي يتمثل في سلطة هذا الشخص في تحرير الورقة الرسمية بحيث يجب ان يكون:

- صاحب الولاية: ومعنى ذلك أن تكون ولاية الموظف قائمة وقت تحرير الورقة الرسمية، فالولاية تزول اذا تم عزل هذا الموظف او تم توقيفه نهائيا او مؤقتا أو تم نقله الى منصب آخر او حل محله شخص آخر قانونا.

- **التأهيل:** يقتضي التأهيل أن يكون هذا الموظف قادرا على تحرير الورقة بحيث لا يمنعه مانع، مع ضرورة تحديد طبيعة ونوع الورقة المختص بتحريرها، فالمنصب الذي يشغله الموظف يخوله سلطة تحرير ورقة بعينها او عدة أوراق بعينها، وبمفهوم المخالفة لا يكون اهلا لتحرير بقية الأوراق التي تكون من اختصاص موظف آخر في نفس الإدارة او المؤسسة الا اذا وجد تفويض قانوني بذلك، اما بالنسبة لبعض الضباط العموميين مثل الموثقين فانه يمتنع عليهم تحرير بعض الأوراق التي يكونون طرفا معينين بها او تتضمن تدابير لفائدتهم او ان الورقة تخص احد أقاربه الى الدرجة الرابعة (م 19 من القانون رقم 02-06 المتضمن مهنة الموثق).

ب- الاختصاص المكاني:

لا يكف ان يكون الموظف مختصا موضوعيا بل لابد أن يكون مختصا من حيث المكان كذلك، فينحصر الاختصاص داخل الإقليم الذي تنتمي اليه المؤسسة العمومية أو الإدارة التي يشتغل بها سواء على مستوى البلدية او الدائرة او الولاية او المستوى الوطني، غير انه هناك بعض الضباط العموميين من يتمتع باختصاص وطني على غرار الموثق حسب نص المادة 2 من قانون التوثيق أعلاه، في حين نجد ان المحضر القضائي له اختصاص بدائرة المجلس القضائي فقط ولا يمتد خارجها حسب نص المادة 2 من القانون رقم 03-06 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.

ثالثا: مراعاة الأوضاع التي قررها القانون

يستشف هذا الشرط من عبارة " ... طبقا للأشكال القانونية" وينصرف الى ان الورقة الرسمية يجب أن تتضمن حدا من البيانات التي نص عليها المشرع سواء تضمنها القانون المنظم للمهنة بالنسبة للعقود التوثيقية اشترط قانون التوثيق أن تحرر باللغة العربية في نص واضح تسهل قراءته وبدون اختصار او بياض او نقص وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام ويصادق على الاحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق والأطراف وعند الاقتضاء الشهود والمترجم (م 26).

ونظرا لأهمية العقود التوثيقية فإني أفرد لها بعض التفصيل على النحو التالي:

أ- أشخاص العقد التوثيقي:

الأصل أن العقد التوثيقي ينبرم بالتقاء إرادات أطرافه، غير أن ذلك لا يكتمل إلا بتدخل عدة أشخاص، لاسيما إذا اشترط القانون حضورهم، وحضور الموثق وإشرافه على العقد ثم توقيعه هو ما يجعل العقد رسميا

وتوثيقها، كما أن الشهود ومساعدى الأطراف ونوابهم لهم دورهم حسب طبيعة العقد وظروف التعامل بين طرفى العقد.

فالأطراف وعقب الوصول بمفاوضاتهم إلى مشروع تعاقدى، قد يحرر مبدئياً فى شكل عرفى، يلجئون لدى الموثق لصبغ تصرفهم بالصبغة الرسمية والاستفادة من مزاياها، كما قد يجدون أنفسهم مرغمين على ذلك إذا اشترط القانون ذاته الرسمية.

ب- الضابط العمومى (الموثق) :

الموثق ضابط عمومى، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التى يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التى يرغب أطرافها إعطاؤها هذه الصبغة". وتحدد النصوص القانونية لاسيما القانون رقم: 02-06 وكذا المرسوم التنفيذى رقم: 242-08، تنظيم مهنة الموثق، وشروط الالتحاق بها وممارستها ونظامها التأديبى وقواعد تنظيمها.

يستمد الموثق صفة الرسمية فى العقود التى يحزرها من التفويض المقرّر والممنوح له للاضطلاع بجانب من اختصاصات السلطة العمومية وهى اختصاصات كانت تتولاها هى فى السابق، كما يستمد الرسمية من ختم الدولة الرسمي المسلم له لممارسة مهنته، التى وأمام أهميتها وخطورتها، تقع على الموثق فى المجال التعاقدى، جملة من الالتزامات تضمن له الحياد والحفاظة على الإرادة الحرة لأطراف العلاقات التعاقدية أمامه، لاسيما:

- الالتزام بحفظ السرّ المهني، وما يقتضيه ذلك من حفظ أسرار الملفات وأسرار المتعاملين مع المكتب، الشخصية منها والمالية وما تعلق بتعاملاتهم، وفى هذا الشأن يؤدى الموثق يؤدى الموثق قبل الشروع فى ممارسة مهامه، أمام المجلس القضائى محل تواجد مكتبه اليمين القانونية لممارسة مهنته.
- ضمان تحرير العقود عند الطلب، فلا يجوز له أن يمتنع عن تحرير أى عقد يطلب منه، ما لم يكن العقد مخالفًا للنصوص القانونية.
- حفظ أصول العقود و تسليم النسخ عنها ، ومسك أرشيف توثيقى لأجل ذلك.
- عدم تلقي العقد الذى يعنيه شخصيا أو يتضمن تدابير لفائدته،
- عدم تلقي العقد الذى يعنى أو يكون فيه وكلا أو متصرفا أو شاهدا :
 - أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة،
 - أحد أقاربه أو أصهاره تجمعه بهم قرابة الحواشي، ويدخل فى ذلك العم وابن الأخ وابن الأخت،

- مراقبة هوية الأطراف والتأكد من سلامة إرادتهم الظاهرة وحقيقة تمثيلهم.

- يضطلع الموثق باختصاص وطني وعام، رغم إقامته المهنية في دائرة اختصاص محكمة تعيينه، فيبرم عقود أي تعامل أو تصرف لا تمنعه القوانين والنظم، ويتم على الاقليم الوطني.

الفرع الثاني: جزاء الاختلال بشروط الورقة الرسمية

جاء في نص المادة 326 مكرر 2 من الق م: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف".

انطلاقا من هذا النص يتضح أن المشرع لا يعتد بالوثيقة الرسمية المعدة من طرف الضابط العمومي اذا لم تراعا فيها شرطي السلطة والاختصاص ومراعاة الأوضاع القانونية، لكن تخلف الشرط الأول يعدم الوثيقة أصلا (فرض انعدام الورقة) فلا تكون في أصلها رسمية، في حين انه بتخلف شرطي الاختصاص والضوابط القانونية فالوثيقة تكون قد صدرت من شخص معترف له بذلك ولكن لحق الوثيقة عيوب حالت دون ان تكتمل شروطها فتفقد الصفة الرسمية (فرض بطلان الورقة) لكن المشرع في نص المادة أعلاه لم يفرق بين الفرضين.

ويجب التذكير بانه لا يجب الخلط بين الشككية المتطلبة للانقضاء والشككية المتطلبة للإثبات، ففي الحالة الأولى تقع الوثيقة والعقد باطلين، في حين انه اذا كان العقد رضائيا وأراد أصحابه افراغه في شكل رسمي ثم تخلفت الرسمية للأسباب أعلاه فان التصرف يبقى صحيحا ولكن لا يجوز اثباته بهذا الدليل الرسمي المعيب، على انه وهما بنص المادة أعلاه فالورقة التي فقدت رسميتها تتحول الى ورقة عرفية بشرط أن تكون موقعة من الطرفين.

كما يجب عدم الخلط بين الاشكال الجوهرية التي يترتب على تخلفها تخلف الرسمية مثل توقيع الموثق والأطراف وضرورة الإشارة الى حضور شاهدين بالنسبة للعقود الاحتفائية حسب نص المادة 324 مكرر 3 وذلك تحت طائلة البطلان، وتلك غير الجوهرية التي لا يترتب عليها تخلف الرسمية ولكن تحول دون استكمال باقي الإجراءات، مثل اغفال ذكر مراجع المسح بالنسبة للعقارات المسووحة فان ذلك يحول دون استكمال عملية الشهر ويتعين تصحيح هذا الاعفال.

الفرع الثالث: حجية الورقة الرسمية

متى كانت المظاهر الخارجية للورقة تبرز انها ورقة رسمية، فإنها تعتبر كذلك مالم يقيم الدليل على خلافه بسعي من كل ذي مصلحة، بإثبات تزويرها او بطلانها على النحو السابق، هذه السلامة الظاهرية للورقة الرسمية سواء كانت سلامة مادية او افتراض صدورها من الأشخاص الخولين قانونا وتوقيعها من الأطراف، فتكون صحيحة دون الحاجة الى الإقرار بها.

على هذا الأساس، إذا انتهت الورقة الرسمية سليمة، فإنه تقوم لها حجية في الاثبات في أصل الورقة وصورها ثم بين أطرافها وحتى بالنسبة للغير.

أولاً: حجية الرقة الرسمية بين أطرافها

وجاء في نص المادة 324 مكرر6: "يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن".

من خلال هذين النصين تظهر جليا قرينة افتراض الصحة المادية للورقة الرسمية وصدورها من الأشخاص المخولين قانونا بها في اطار سلطتهم واختصاصهم واحترامهم للأوضاع المقرر قانونا، ولا يمكن الطعن فيها الا بالتزوير، ولم يميز المشرع بين البيانات التي دونها الضابط العمومي في حدود مهمته مثل تاريخ المحرر ومكانه واسم الضابط العمومي وأسماء أصحاب الشأن والتثبت منها ومن اهليتهم وتوقيع الضابط والأطراف، وبيانات عن أمور وقعت من ذوي الشأن في حضوره، مثل تحديد طبيعة التصرف وطريقة دفع الثمن مثلا اذا تعلق الأمر بعقد بيع، وهي بيانات أدركها الضابط العمومي بالسمع والبصر، فتكون لها حجية في الاثبات الة غاية الطعن فيها بالتزوير.

ذلك أن أي طعن في الورقة الرسمية يشكل مساس بأمانة وصدق محررها، وحتى تثبت لهذه البيانات تلك الحجية لا بد أن تكون في حدود مهمة الضابط العمومي، فالحاق الصفة الرسمية بما يثبت الموظف في المحرر مشروط باقتضاره على هذه الحدود كما رسمها القانون، فاذا جاوزها انقطعت عنه الولاية وسقط تبعاً لذلك قيمة ما يتولى اثباته على هذا الوجه، فمثلا اذا ادعى ورثة البائع أن مورثهم لحظة التوقيع كان مجنوناً، فعليهم اثبات ما ادعوه بكل وسائل الاثبات دون الحاجة الى الطعن بالتزوير بالرغم من أن الموثق أثبت في الورقة الرسمية أن البائع كان سليم العقل، لن هذا البيان لا تلحقه الحجية، لأن تلك الواقعة لا تدخل ضمن مهامه، بل تثبت بخبرة طبية، والورقة الرسمية ليست معدة لاثبات ذلك.

وعليه فالقاعدة أن كل بيان متعلق بأمانة وصدق الشخص محرر الورقة الرسمية تلحقه الحجية ولا يجوز الطعن فيه الا بطريق التزوير، وهو الطريق الوحيد المرسوم قانونا، فهو شاق لأن محل الطعن فيه يتعلق بأمانه وصدق شخص محلف، فما قرره الأطراف وشهده الضابط العمومي تحصن ضد الطعن، دون أن يمس ذلك حق كل ذي مصلحة في الطعن في صحة هذا التقرير في ذاته، كهنة الأطراف ومحل اقامتهم مثلاً، فالضابط يدون ذلك سواء كانوا صادقين ام كاذبين على مسؤوليتهم.

ثانياً: حجية الورقة الرسمية في مواجهة الغير

جاء في نص المادة 324 مكرر5: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي (الأصح الورقة الرسمية) حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافدا في كامل التراب الوطني".

على هذا الأساس فإن الورقة الرسمية حجة على الغير وليس على أصحاب الشأن فقط، فيمكن للمشتري ان يحتج بالورقة الرسمية ضد دائن البائع الذي طعن في عقد البيع مثلا، ولا يجوز لهذا الدائن أن يطعن الا بطريق التزوير فيما يتعلق بالبيانات الذي دونها الموثق في اطار مهمته وتلك التي تلقاها من الأطراف وعابنها في حضوره كصدور البيع من المدين وتاريخ الورقة الرسمية وحضور الشهود وصحة التوقيعات وما ذكره الموثق من أن المشتري دفع الثمن أمامه الى المدين.

لكن هذه الرسمية لا تمنع الغير من انكار صحة الوقائع التي أثبتها الموثق في ذاتها دون أن يتعرض في ذلك لأمانة الموثق وصدقه فله أن ينازع في صحة التصرف كأن يطعن بالصورية في البيع الرسمي أو ان إرادة الأطراف مشوبة بعيوب الإرادة او ان المحل أو السبب غير مشروع، وله أن يثبت ذلك بكل الوسائل، فهنا يتم الطعن في صحة التصرف في ذاته وليس الورقة الرسمية.

ثالثا حجية الورقة الرسمية فيما يتعلق بالصور

ما قيل سابقا عن حجة الورقة الرسمية هو في الحقيقة يتعلق بأصل الورقة، ذلك أن هذا الأصل يتضمن توقيعات الأطراف وهي الورقة عينها التي صدرت عن الموثق، أما الصورة فلا تتضمن تلك التوقيعات، بل هي منقولة عن الأصل بواسطة موظف او ضابط عمومي او مكلف بخدمة عامة، ولقد عالج المشرع مسألة حجة صورة الورقة الرمية من ناحيتين:

أ- حالة وجود الأصل

جاء في نص المادة 325 من ق م أنه: "إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا، فإن صورتها الرسمية خطية كانت او فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل.

وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، فان وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل".

بوجود النسخة الأصلية للورقة الرسمية فانه تقوم قرينة مفادها أن صورتها مطابقة لها، ولا يلتزم صاحب المصلحة سوى بتقديم الصورة، وهي التي تكون معه غالبا، ويعتد بها في الاثبات مثل الأصل بسبب القرينة، وعليه فحجية الصورة مستمدة من الأصل وليس من ذات الصورة، وهي قرينة قابلة لاثبات العكس، ومجرد المنازعة فيها يسقط القرينة ويتعين على القاضي اجراء تحقيق من خلال مضاهاتها بالأصل، وهذا منطقي فالقاعدة أن

حجية الورقة ضد الخصم انما يكون بتوقيع هذا الخصم عليها، والصورة لا تحمل هذا التوقيع، فاذا طلب الخصم الأصل وكان موجودا فهو الذي يحتج به.

ب- حالة غياب الأصل

جاء في نص المادة 326 من ق م أنه: " اذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية، كانت الصورة حجة على الوجه الآتي:

- يكون للصورة الرسمية الأصلية، تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.
- ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية (الصورة المأخوذة مباشرة من الأصل) الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها.
- أما ما يؤخذ من صورة رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى، فلا يعتد به الا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف".

اذا من خلال هذا النص نجد أن المشرع عالج مسألة حجية الورقة الرسمية في حالة غياب الأصل، والأصل في العادة لا يفقد الا بعرض او قوة قاهرة كالحريق أو السرقة، وهنا ميز المشرع بين ثلاث حالات:

- الحالة الأولى: متعلق بوجود الصورة الرسمية الأصلية: وهي الصورة المأخوذة مباشرة من الأصل، وتكون في شكل نسخة تنفيذية، أو النسخة المسلمة للأطراف عقب التوقيع مباشرة ويؤشر الموثق علام استلام الأطراف لها (صورة أصلية أولى)، أو النسخة المسلمة للأطراف لا حقا اذا طلبوها من الموثق (الصورة الأصلية البسيطة)، وهو يسلمها لهم في كل مرة يتم طلبها مادام الأمر يتعلق بذوي الشأن.
- هذه الصور كلها صور رسمية أصلية، ولها حجية واحدة هي حجية الأصل المفقود وهي حجية مستمدة من الصورة ذاتها وليس من الأصل لأنه مفقود، بشرط أن يكون مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل، اما اذا كان العكس كان تتضمن كسحا أو حشوا ونحو ذلك فالصورة تسقط حجيتها.

- الحالة الثانية: متعلقة بحجية الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية: هذه الحالة متعلقة بصورة مأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية، فهي اذا صورة للأصل بطريقة غير مباشرة، ولذلك لا تكون لها حجية الصورة الأصلية، وحجيتها مرتبطة بوجود الصورة الرسمية الأصلية التي اخذت منها وهي مطابقة لها بموجب قرينة بسيطة، تنتفي بمجرد انكار أحد الطرفين لهذه المطابقة، وهنا يتعين مضاهاتها بالصورة الرسمية الأصلية، فان فقدت هذه الأخيرة لا يعتد بالصورة المأخوذة منها الا على سبيل الاستئناس.

- الحالة الثالثة: حجية صور الصور المأخوذة من الصور الأصلية: هنا تتعدد المسافات بين الصورة الرسمية الأصلية والصور المأخوذة منها، فهي بالنسبة للأصل تعد الصورة الثالثة، وهب بذلك لا تتمتع بقرينة المطابقة للصورة الرسمية الأصلية بخلاف الصورة الثانية، فان وجدت الصورة الرسمية الأصلية تمت مطابقتها بهاو لكن في كل الحالات لا يعتد بهذه الصورة الا على سبيل الاستئناس، فهي مجرد قرينة فقط.