وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قـــــانون أعمـــــــــال

مذكرة بعنوان:

مبدأ حرية الإثبات في القانون التجاري

من إعداد الطلبة:

سكال خولة

إشراف الأستاذ:

بن أحمد صليحة

أعضاء لجنة المناقشة

لقب واسم الاستاذ	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
بن الشيخ هشام	أستاذ محاضر (أ)	جامعة ورقلة	رئيســـا
بن أحمد صليحة	أستاذ محاضر (أ)	جامعة ورقلة	مشرفا ومقررا
بوخالفة عبد الكريم	أستاذ مساعد (ب)	جامعة ورقلة	مناقشـــا

السنة الجامعية

2022- 2021

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قـــــانون أعمـــــــــال

مذكرة بعنوان:

مبدأ حرية الإثبات في القانون التجاري

من إعداد الطلبة: إشراف الأستاذ:

سكال خولة بن أحمد صليحة

أعضاء لجنة المناقشة

لقب واسم الاستاذ	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
بن الشيخ هشام	أستاذ محاضر (أ)	جامعة ورقلة	رئيســـا
بن أحمد صليحة	أستاذ محاضر (أ)	جامعة ورقلة	مشرفا ومقررا
بوخالفة عبد الكريم	أستاذ مساعد (ب)	جامعة ورقلة	مناقشـــا

السنة الجامعية

2022- 2021

إهـــداء

أهدي ثمرة هذا الجهد:

إلى والدتي الكريمة حفظها الله

وأبي رحمة الله عليه،

إلى كل إخواني عبد الباسط ويونس وطه،

وأختي الوحيدة سارة.

سكال خولة

شكر وعرفان

بعد الحمد لله تعالى وشكره على منه وتوفيقه،

أتوجه بخالص الشكر والعرفان:

إلى الأستاذة المشرفة بن أحمد صليحة التي

حاولت ما استطاعت تصويب أخطائي،

إلى أساتذتي الأفاضل بقسم الحقوق،

إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقراءة هذا العمل

وتصويبه،

وإلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل

أسأل الله تعالى أن يجزيكم عني كل خير

سكال خولة

قائمة المختصرات

باللغة العربية

الرمز	المعنى
ص	الصفحة
ج	الجزء
ط	الطبعة
د.ط	بدون طبعة
ع	العدد
د.س.ن	بدون سنة نشر
ج.ر	جريدة رسمية

باللغة الفرنسية

P	Page

المقدمة

إن من أهم وظائف القانون تنظيم سلوك الأشخاص في المجتمع، بتنظيم علاقاتهم فيما بينهم، عن طريق تقرير ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات، ويوفق بين مصالحهم المتعارضة، حيث يلتزم كل شخص حدوده ويؤدي ما عليه، ويراعي حقوق غيره، بحيث يأخذ كل ذي حق حقه فتستقيم الحياة ويسودها الهدوء والاستقرار وتنعدم بذلك أسباب النزاع والشقاق بين الناس.

غير أن النفس البشرية مجبولة على الأنانية ميالة إلى الاستزادة مما لها والتخلص مما عليها ولو دون حق، فكان ذلك مثارا للمنازعات بين الأفراد في المجتمع، مما يجعل صاحب الحق مجبرا على إثبات ما يدعيه بالطرق المقررة قانونا، فالإثبات هو:" إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق والإجراءات التي حددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع عليها تصلح أساسا لحق مدعى به"[1]، فالحق المجرد من دليله يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء.

ولأن الأعمال التجارية تمتاز عن غيرها من الأعمال بالسرعة، حيث أنها غالبا ما ترد على منقولات معرضة لتقلبات الأسعار أو قابلة للتلف مما يستدعي معه إبرامها بسرعة. لكن هذه العمليات التجارية لا تكفي فيها السرعة فحسب بل تقوم كذلك على الائتمان والثقة، ذلك أن أغلب العمليات التجارية تتم بأجل، وهكذا يرتبط التجار بروابط متتابعة، أساسها الثقة الائتمان المتبادل بينهم، بحيث إذا أخل أحدهم بهذه الثقة أدى ذلك إلى الاضطرابات في استقرار المعاملات التجارية.

لذلك تحتاج الأعمال التجارية إلى قواعد خاصة في الإثبات تعمل على تطوير وازدهار النشاط التجاري تكون بعيدة عن الشكلية التي تتطلبها الأعمال المدنية، لذا عمد القانون التجاري إلى دعم مبدأ السرعة في المعاملات التجارية عن طريق تكريس مبدأ حرية الإثبات من خلال

[1]– نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص 8.

نص المادة 30 من القانون التجاري إذ بعد أن عددت وسائل الإثبات أضافت عبارة:"...أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها"[1].

وفي هذا الشأن، نجد التشريع الإسلامي كان سباقا في اعتبار الإثبات في المعاملات التجارية، إثباتا حرا ومطلقا مراعاة لعوامل وأساسيات التجارة والتاجر، أي أنه يسمح لأطراف والخصوم التجار استعمال أي وسيلة من وسائل الإثبات العامة والجائزة، عند وقوع نزاع يهدد أو يحد حق أو أكثر من الحقوق المترتبة فيما بين الخصوم، حيث قال الله تعالى في القرآن الكريم:" إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها"[2].

فمبدأ حرية الإثبات يعد من المبادئ التي يقوم عليها القانون التجاري، ويراد به تخليص الإثبات التجاري من القيود المعمول بها في مجال المسائل المدنية، وهذا تقديرا من المشرع من أن التاجر بدرايته وخبرته قادر على استيعاب النتائج القانونية التي تترتب على تصرفه وما يتضمنه من التزامات واجبة التنفيذ.

على أن مبدأ حرية الإثبات ليس مطلقا، بل ترد عليه بعض الاستثناءات، حيث أوجب المشرع الشكلية كشرط للإثبات وأحيانا أخرى يشترط الشكلية المتمثلة في الكتابة الرسمية كشرط لانعقاد بعض التصرفات التجارية كالعقود الواردة على المحل التجاري، وعقود الشركات، ومرد ذلك هو طبيعة هذه العقود وما تحتويه من مخاطر خاصة من الناحية المالية، لذلك فغاية الشكلية في اثبات هذه التصرفات هي ضبط العمل التجاري وتحديده بدقة، حسما لأي نزاع بين أطرافه.

فضلا عن ذلك وضع المشرع التجاري عقودا نموذجية يكون للراغب في التعاقد من الجمهور قبولها بما تتضمنه من شروط أو رفضها ككل، ويتجلى ذلك في مجال أنشطة معينة

[1]– الأمر 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، ج.ر، عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

[2]– سورة البقرة، الآية: 281.

كعقود نقل الأشخاص والبضائع، وجعل اثباتها من خلال البيانات المدرجة في التذكرة أو سند الإيصال، إضافة إلى إمكانية اثباتها بالكتابة أو بالنماذج المعدة من قبل شركة النقل.

وتبرز أهمية الدراسة في أن الإثبات هي الأداة التي يعول عليها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية والوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع، فالإثبات يحقق المصلحة العامة حيث يهدف إلى تحقيق غايات عملية في المنازعات وحماية الحقوق، وبذلك أضحى الإثبات أحد الركائز الأساسية في كل تنظيم قضائي، وأهميته هاته جعلت جل التشريعات تضع له قواعد ونظم قانونية تحكمه، كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري، الذي أقره في القانون التجاري وقوانين أخرى.

كما تتجلى أهمية هذه الدراسة في أن الإثبات التجاري يتميز عن الإثبات المدني، بأنه إثبات قضائي بدرجة الأولى لأنه لا يتم إلا أمام القضاء وهو الذي يقدر وسيلة الإثبات، وذلك لوجود قاعدة جوهرية تتمثل في قاعدة حرية الإثبات، لذلك يحظى موضوع حرية الإثبات في المواد التجارية بأهمية بالغة سواء في المجال القانوني، حيث تتنوع النصوص القانونية التي تناولت الإثبات، والتي من خلالها يتمكن المتقاضين من اقتضاء حقوقهم، وذلك من خلال الأدلة التي تمكن القاضي التجاري من التحقق من الوقائع القانونية من خلال المنازعات المعروضة عليه واصدار حكمه فيها، من أجل تطابق الحقيقة القضائية مع الحقيقة العملية.

وهذه الأهمية هي التي دفعتنا لاختيار موضوع مبدأ حرية الإثبات في القانون التجاري، وذلك من أجل ضبط القواعد العامة للإثبات بصفة عامة، وتلك التي يقوم عليها الإثبات في المواد التجارية بصفة خاصة، والتعرف على مميزات ومقومات نظام الإثبات في المواد التجارية مقارنة بأنظمة الإثبات في مواد أخرى هذا من جهة، ومن جهة أخرى معرفة كيف يقوم الأفراد بإثبات ادعاءاتهم أمام القضاء التجاري خاصة في ظل وجود مبدأ حرية الإثبات، ومدى سلطة القاضي في تقييم هذه الأدلة مع وجود هذا المبدأ.

وتهدف دراستنا إلى أن نقدم إفادة لكل دارس للقانون، لأن نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية، وأكثرها استعمالا في القضاء، كما أن هذا البحث قد يكون مفتاحا لدراسات أخرى في جزء من أجزاء الموضوع.

ويبدو من خلال ما تقدم أن المشرع التجاري سعى إلى الموازنة بين مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية وهذا ما اقتضته البيئة التجارية من سرعة هذا من جهة، ومن جهة أخرى تدعيم مبدأ الائتمان وذلك لحماية المتعاملين في ميدان المعاملات التجارية من خلال وضع قيود على مبدأ حرية الإثبات، فهناك قيود يفرضها القانون، مثل الأوراق التجارية التي تعتبر شكلية بطبيعتها ولا يكتفي فيها القانون بالكتابة وإنما يتطلب توفر شروط معينة فيها وإلا كانت باطلة، وهناك قيود اتفاقية من قبل الأطراف، حيث يمكنهم الاتفاق على خلاف قاعدة حرية الإثبات المنصوص عليها في المادة 30 من القانون التجاري فهي ليست من النظام العام.

ومن هذا المنطلق يمكننا طرح الإشكالية التالية: في ظل التدخل المستمر للدولة في الحياة الاقتصادية والتجارية ماهي مكانة مبدأ حرية الإثبات الذي يقوم عليه الإثبات التجاري ضمن القواعد الخاصة للإثبات في المواد التجارية هذا من جهة، ومن جهة أخرى وماهي سلطة القاضي إزاء وسائل الإثبات في ظل وجود هذا المبدأ؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة وتسليط الضوء على موضوع هذه الدراسة، اعتمدنا المنهج التحليلي وذلك بتحليل النصوص القانونية في شكل منظم من أجل الوصول إلى الغرض الأساسي وتحصيل النتيجة المرجوة والمتمثلة في الإجابة على الإشكالية المطروحة بكل وضوح، كما استخدمنا المنهج الوصفي من خلال تقديم تعاريف وشرحها، ولكشف الغموض الذي يعتري الموضوع.

ولما كان مبدأ حرية الإثبات ضمن القانون التجاري يتأرجح بين التكريس والتقييد، ناهيك عن سلطة القاضي في تقدير وسيلة الإثبات في ظل وجود مبدأ حرية الإثبات، ارتأينا إلى تقسيم الدراسة إلى فصلين، نرصد في الفصل الأول مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، وذلك من خلال التطرق لماهية مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية (المبحث الأول)، ثم إلى

القيود التي ترد على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية (المبحث الثاني). بينما نرصد في الفصل الثاني مبدأ حرية الإثبات في ظل القضاء، وذلك من خلال التطرق إلى سلطة القاضي في التعامل مع وسائل الإثبات المعمول بها في المواد التجارية (المبحث الأول)، لنقف بعدها على إشكالية الإثبات في العمل المختلط (المبحث الثاني).

الفصل الأول:
ماهية مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

تمهيد:

إن تكريس المشرع الجزائري لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية ضمن القانون التجاري، تجلى من خلال ارتكاز هذا القانون على مبدأ أساسي وهو مبدأ حرية الإثبات. في ظل أحكام هذا القانون السامح للتجار القيام بجميع التصرفات التي من شأنها الاثبات بكافة الطرق.

الأمر الذي عزز من مكانة مبدأ حرية الإثبات ضمن القانون التجاري ويظهر ذلك في عدة نصوص قانونية جسدت حرية التجار بكل حرية في الإثبات.

ومنه سنتطرق لماهية مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية باعتبارها من بين أحد غايات القانون التجاري.

لذلك قسمنا هذا الفصل إلى:

- المبحث الأول: مفهوم مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.
- المبحث الثاني: القيود التي ترد على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.

يعتبر القانون التجاري من أهم الآليات القانونية التي سمحت بالانتقال من الإثبات المقيد إلى ٱلإثبات الحر حيث جاء هذا القانون معتمدا على مبدأ أساسي وهو حرية الإثبات في المواد التجارية الذي يعتبر مظهر من مظاهر التحرر القانوني للتجار في ٱلإثبات.

وعموما فإن دراسة حرية الإثبات في المواد التجارية بوصفها غاية من غايات القانون التجاري يقتضي منا الوقوف على تعريف المبدأ ومبرراته (المطلب الأول) ثم نعرج إلى نطاق تطبيق مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف المبدأ ومبرراته.

تعتبر حرية الإثبات مسألة ملازمة للتجار لذا سنحاول من خلال هذا المطلب الوقوف على تعريف مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية (الفرع الأول) ثم معرفة مبررات إقرار مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.

يعد تعريف مبدأ حرية الإثبات مبدأ مهم يقوم عليه القانون التجاري، حيث توجد عدة تطبيقات لمبدأ حرية الإثبات تدعو نحو تدعيم وجوده واستمراريته. وعليه قسمناه الى قسمين (أولا) تعريف هذا المبدأ، ونوضح تطبيقاته(ثانيا).

أولا: المقصود بمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.

يقصد بهذا المبدأ أن أطراف المعاملة التجارية يتمتعون بحرية كافية لإبرامها، مهما بلغت قيمتها، وبأية وسيلة من وسائل الإثبات دون التقيد بإحداها، وهذا مما يحفز التجار على إنجاز أعمالهم التجارية وعقد صفقاتهم وإبرام عقودهم بسهولة ويسر[1].

[1] ياملكي أكرم، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، ج1، ط2، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1968، ص12.

ونلاحظ على هذا التعريف أنه لم يقصر جانب الحرية الممنوحة للأطراف المعاملة التجارية على إثبات معاملاتهم التجارية بل اتسع ليشمل ابرامها، كما أنه لم يشر إلى وجود استثناء على هذه القاعدة جاء بنصوص تشريعية صريحة أم اتفق التجار عليه بشكل صريح.

وذهب البعض إلى تعريف هذا المبدأ بأنه الاتجاه نحو تخليص ٱلإثبات التجاري من القيود التي أوجدها المشرع بخصوص الإثبات في المواد المدنية[1].

ونلاحظ على هذا التعريف أنه لم يكن أحسن من سابقه، ففي الوقت الذي قصر مداه على الإثبات التجاري، إلا أنه لم يذكر جوهر هذا المبدأ والغاية الكامنة وراء إقراره.

وذهب البعض إلى تعريفه بأنه جواز إثبات الالتزامات التجارية أيا كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات، فضلا عن إمكانية إثبات عكس ما ورد بدليل كتابي أو اثبات ما يجاوزه بكافة الطرق[2].

ويبدو أن التعريف أعلاه، لم يكن بأحسن من سابقيه، فلم يكن مانع جامع لمعنى وجوهر مبدأ حرية الإثبات فلم يوضح حقيقته ومداه.

لذلك نتفق مع التعريف الذي يرى أن مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية بأنه أعمال مبدأ سلطان الإرادة للتجار أطراف المعاملة التجارية في إثبات معاملاتهم التجارية بأي وسيلة سواء أكانت تقليدية أم الكترونية، شريطة ألا تتعارض مع النظام العام ولم يرد بشأنها نص قانوني خاص[3].

---

[1] حمد الله محمد حمد الله، نظرية الإثبات في قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص34.

[2] الغرياني المعتصم بالله، القانون التجاري، النظرية العامة للحرفة التجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص142.

[3] ميثاق طالب عبد حمادي وخالد عيسى نهى، حدود مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق،2019/5/15، ص265.

يعني أن إثبات هذه المسائل التجارية يكون جائز بكافة الطرق الإثبات التي ورد النص عليها في الإثبات دون القيد، إلا ما تم استثنائه منها بنص خاص، وعليه يجوز اثبات المعاملات التجارية بالكتابة المحررات الرسمية،....إلخ، ولو تجاوز قيمة التصرف المبلغ المحدد في اثبات المسائل المدنية[1]، إذا كان الأصل في المادة المدنية هو تقييد الإثبات بدليل المادة 1/333 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أكان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائهما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، فإن المبدأ في المادة التجارية هو حرية الإثبات، وهذا ما يستفاد من مقتضيات المادة 30 من القانون التي تنص: "يثبت كل عقد تجاري:

1- بسندات رسمية،
2- بسندات عرفية،
3- بفاتورة مقبولة،
4- بالرسائل،
5- بدفاتر الطرفين،
6- بالإثبات بالبينة أو وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها"

من خلال تحليل دقيق لهذه المادة يتبين أنها جاءت صريحة فيما يخص أخذ المشرع الجزائري بمبدأ حرية الإثبات في المادة التجارية مسايرة لباقي التشريعات المقارنة، وذلك استجابة لما تتطلبه التجارة من ثقة وائتمان وسرعة، إذ أن التاجر يسعى دائما من وراء معاملاته التجارية إلى تحقيق الربح، بإبرام أكبر عدد من الصفقات التجارية في أقصر وقت[2]، ومن شأن اشتراط كتابة العقود التي يبرمها مخالفة هذه المبادئ، لما في ذلك تعطيل لمصالح الطرفين، وتعقيد

[1] الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر، ع 78.
[2] أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية، 1980.

المعاملات التجارية[1].أو كانت غير محددة القيمة، كما يجوز إثبات عكس المكتوب بغير الكتابة، والاحتجاج بالمحررات العرفية على غير المتعاقدين ولو لم تكن ثابتة التاريخ، كل هذا لا شك أنه يخالف القواعد الأصلية التي وضعتها أغلب التشريعات المقارنة للإثبات في المسائل المدنية، والتي تجعل الإثبات عسير الآداء في كثير من الأحيان[2].

والراجح بحسب الفقه أن المعاملات التجارية يجوز اثباتها عن طريق وسائل الاثبات الحديثة، حتى تلك التي لم يرد بشأنها نص قانوني طالما لا تتعارض مع النظام العام[3].

ومن الوسائل الحديثة في الإثبات التي تجيزها أغلب التشريعات المقارنة هي الصور المصغرة للمراسلات والبرقيات "Microflm"الخاصة بالتجارة حيث ألزمت تلك التشريعات المقارنة التجار بضرورة الاحتفاظ بصور تلك المراسلات والبرقيات وغيرها لمدة 7 سنوات من تاريخ ارسالها أو تسلمها، كما أجازت لهم إمكانية الاحتفاظ للمدة المذكورة بالصور المصغرة (ميكروفيلم) بدلا من الأصل.

وهنا يثار تساؤل حول مدى إمكانية استخدام الوسائل الالكترونية الحديثة في إثبات المعاملات التجارية في الواقع يجيب جانب من الفقه ويحق بأنه لا يوجد ما يمنع التجار من اللجوء إلى تلك الوسائل في إثبات تعاملاتهم التجارية انطلاقا من مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية، لذلك أصبح لا يوجد ما يمنع من استخدام الوسائل المعلوماتية كالتلكس أو الفاكس لاسيما أن تلك الوسائل أصبحت من الوسائل الشائعة الاستعمال في الواقع التجاري[4].

ولا شك أن تشريع قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية، يشكل انعطافة كبيرة في اثبات المعاملات التجارية ويدخل في نطاق مبدأ حرية الإثبات الممنوحة للتجارة، إذ

---

[1]منصور داود، العقون ساعد، الإثبات التجاري بين السرعة والائتمان، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع3، جامعة عاشور زيان، الجلفة، ص9.

[2]البارودي علي والعريني محمد فريد، القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص21.

[3]حمد الله محمد حمد الله، مرجع سابق، ص35.

[4]BLAISE : Droit des affaires ; paris ; 1999 ; p243.

جاء هذا القانون بهدف توفير الغطاء القانوني لاستعمال الوسائل الالكترونية في اجراء المعاملات الالكترونية ومنحها الحجية القانونية في اثباتها[1].

ويشترط في السند الالكتروني كي يكون دليلا في الإثبات ضرورة قراءة السند الالكتروني وأن تكون الكتابة السند متصفة بالديمومة والاستمرارية، وغير قابلة للتعديل إلا بإتلاف السند أو ترك أثر مادي عليه[2].

نخلص مما تقدم أن مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية يشكل مبدأ مهما يمثل أحد الأسس التي يرتكز عليها العمل التجاري ويمتلك من خلاله طابعا متميزا[3].

ثانيا: تطبيقات مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.

نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال المادة 30 من القانون التجاري[4] قد عزز مبدأ الإثبات الحر في المواد التجارية موضحا أن كل نزاع مطروح أمام القضاء لا يثبت إلا بالكتابة في المواد المدنية إذ تجاوزت قيمتها مائة ألف دينار أو كانت غير محدد القيمة بينما في المواد التجارية فيجوز الإثبات بكافة طرق الإثبات المنصوص عليها في المادة 30 من القانون التجاري[5]، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الذي يقضي "لإثبات دين يفوق ألف دينار جزائري غير تجاري دون دليل الحكم به خرق للقانون من المقرر قانونا أنه في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن ألف دينار أو غير محدد القيمة فلا تجوز

[1] الأمر رقم 18-05، المؤرخ في 10 مايو 2018، المتعلق بالتجارة الالكترونية المعدل والمتمم، ج ر، العدد 28.

[2] جميعي حسن عبد الباسط، لإثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنيت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص31و32.

[3] ميثاق طالب عبد حمادي وخالد عيسى نهى، مرجع سابق، ص267.

[4] المادة 30 من قانون رقم 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتعلق بالقانون التجاري المعدل والمتمم، ج ر، العدد27.

[5] أنظر المادة 30 من القانون التجاري.

البينة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون"[1]

ويجوز الاحتجاج بالأوراق العرفية في المسائل التجارية على الغير حتى لو لم تكن ثابتة التاريخ[2].

كما يجوز في المواد التجارية إثبات ما يخالف أو ما يجاوز ما اشتمل عليه سند كتابي بشهادة الشهود، القرائن وكذا كافة طرق الإثبات وهذا حسب المادة 344 من القانون المدني.

ويجوز للتاجر أن يستند على دفاتره التجارية للإثبات لمصلحته خروجا على القاعدة العامة التي تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن ينشئ دليلا لمصلحته وذلك وفقا للمادة 1/330 من القانون المدني[3].

كذلك يجوز لخصم التاجر أن يستند على دفاتر التاجر ليستخلص منها دليلا لمصلحته وذلك خلافا للأصل العام الذي يقضي بعدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه وهذا وفقا للمادة 2/330 من القانون المدني[4].

وتجدر الإشارة إلى أن الدفاتر التجارية التي ألزم المشرع الجزائري التجاري بضرورة مسكها لتعلقها بمعاملاتهم المالية وبحركتهم التجارية، إذ أن هذه الأخيرة بمثابة الوجه الحقيقي لأصول وخصوم التاجر سواء أكان تاجرا طبيعيا أو معنويا، حتى يتسنى للأغيار من تجار وغيرهم معرفة وضعية التاجر المالية، وبذلك نجد المشرع ألزم صراحة التجار بمسك دفاتر خاصة بمعاملاتهم التجارية، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 9 من القانون التجاري:" كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بإمساك دفتر لليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات

[1] لطفي جمعة عبد المعين، موسوعة القضاء في المواد التجارية (الأعمال التجارية، الأوراق التجارية)، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، 1967، ص19.

[2] قرار المحكمة العليا رقم 84034، صادر بتاريخ 1992/7/7، مجلة القضائية، ع 3، 1993، ص164.

[3] أنظر المادة 1/330 من القانون التجاري.

[4] أنظر المادة 2/330 من القانون التجاري.

المقاولة أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميا.

والدفاتر التجارية لها حجية لمصلحة التاجر، فإذا كانت الدعوى مرفوعة من التاجر ضد تاجر آخر بصدد منازعة تجارية، فإنه يكون للتاجر أن يعتمد على دفاتره التجارية وذلك لإثبات صحة ما يدعيه، وهذا ما نجده في المادة 13 من القانون التجاري[1] ومن خلال قراءة متأنية لهذه المادة يتبين أنها المشرع الجزائري اشترط شروطا يجب توفرها في الدفاتر حيث ألزم القانون التجار بمسكها، وتتجلى هذه الشروط في أن هذه الدفاتر يجب أن تكون ممسوكة بانتظام من طرف التاجر حتى تكون لها حجة في مواجهة خصمه التاجر، وفي هذا الصدد ألزم التجار بإتباع شكليات وشروط موضوعية في الوثائق المحاسبية، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على رغبة المشرع في أن كون هذه الدفاتر تعبيرا صادق عن معاملاته، حتى يتسنى للأغيار المتعاملين معه معرفة أصول وخصوم منشأته وبذلك يكونون مطمئنين على مصير المعاملة التجارية، وحتى تكون هذه الدفاتر التجارية وسائل إثبات مجدية أمام القضاء، وإلا ما الغرض من فرضها على التجار[2].

ولا يكفي أن تكون المسألة المراد إثباته واقعة بين التجار، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، بل لابد من توفر شرط آخر وهو كون المعاملة متعلقة بعمل تجاري فإذا كانت المنازعة مدنية بالنسبة لأحد الطرفين، فإن العقد يكون ذو طبيعة مختلطة، ولا يكون محاسبة الممسوكة من طرف التاجر حجة على خصمه في هذه الحالة.

تنص المادة 11 من القانون التجاري[3]، على أن التاجر يجب عليه أن يمسك محاسبة جميع الحركات المتعلقة بأصول وخصوم منشأته، مرتبة حسب تسلسلها الزمني، عملية بعملية ويوما بيوم، ويجب أن يتضمن المستند الذي يثبتها، ذلك أن المحاسبة التي لا تتضمن كشطا

[1] أنظر المادة 13 من القانون التجاري.

[2] فضيل نادية، القانون التجاري الجزائري، (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، ط 9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص65 و66.

[3] أنظر المادة 11 من القانون التجاري.

أو كتابة في الحواشي، أو الفراغات تدعو للاطمئنان إلى ما تضمنته وتبقى جديرة بالاعتراف لها بالحجية أمام القضاء، كما يجب أن ترقم صفحات الدفاتر ويوقع عليهما من طرف قاضي المحكمة المحكمة حسب الإجراء المعتاد.

كما يجب أن يكون الخصم الذي تمسك ضده بما هو وارد في الوثائق المحاسبة تاجر أي تكون الدعوى قائمة بين تاجرين يلتزمان معا بمسك المحاسبة، حتى يتسنى لكل منهما مضاهاة الآخر لإقناع القاضي بأحقية ما ورد في المحاسبة، حيث يقوم القاضي بتفحصها عن طريق المضاهاة أو المقارنة بين الدفترين لاستخلاص الحقيقة منها[1].

يتبين من خلال ما سبق أن دفاتر التاجر التي يسجل فيها مجمل عملياته التجارية بشكل متسلسل، تعتبر حجة عليه، ذلك أن ما هو مدون بهذه الدفاتر يعد بمثابة إقرار مكتوب، سواء كتبه بخط اليد، أو أمر به شخصا آخر للقيام بهذه العملية تحت مراقبته، ويعتبر حجة له وعليه، سواء كان خصمه تاجرا، وسواء كان النزاع تجاريا أو مدنيا، وبذلك فدفاتر التاجر تعتبر سلاحا تعتبر سلاحا ذو حدين، ذلك أن الأصل أن الشخص لا يمكن اصطناع دليلا لمصلحته، حتى ولو كان تاجرا، وكانت دفاتره ممسوكة بانتظام، ومع ذلك تعتبر الدفاتر التجارية المستوفية للشروط المنصوص عليها قانونا، وسيلة من وسائل الإثبات التي يعول عليها من أجل فض المنازعات التجارية في أقرب وقت، وهذا استثناءا من القاعدة العامة(لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه)، وإذا كانت هذه المقتضيات الواردة في الدفاتر التجارية للتاجر له ضد خصمه التاجر الآخر، فما مدى حجية الدفاتر في الإثبات ضد التاجر صاحبها؟

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 2/330 من القانون المدني، نجدها تنص على أنه "تكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار. ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه"، ومقتضى هذا النص أن دفتر التاجر حجة عليه لأنه يعتبر بمثابة إقرار مكتوب صادر منه[2]، وفي هذا

[1] البارودي علي، العريني محمد فريد، مرجع سابق، ص232.

[2] ناصيف إلياس، الكامل في القانون التجاري، ج1، عويدات للطباعة والنشر، بيروت، 1999، ص63.

الإطار يستوي في ذلك أن يكون النزاع تجاريا أو مدنيا، مادام أن قوة الدليل مستنبطة من اعتراف التاجر عللا نفسه بواقعة معينة، ومن الثابت أيضا فقها وقضاءا أن أحق ما يؤاخذ به المرء هو شهادته على نفسه، وهذه الأخيرة المستمدة من وثائق التاجر المحاسبية باعتبارها إقرارا منه على صحة عملياته التجارية التي لا تقبل التجزئة، فمثلا إذا أبرمت صفقة ما بين تاجرين لا يجوز لأحدهما التمسك بما ورد في محاسبة التاجر الآخر عند تسلم البضاعة مثلا، وإهمال البيان الخاص بسداد ثمنها، وعليه فإن الخصم لا يستطيع إذا أراد أن يستخلص من الدفاتر التجارية دليلا لنفسه أن يجزئ ماورد فيها فيستبعد ما كان مناقضا لدعواه، فالإقرار لا يمكن تجزئته[1]، ذلك أن الإثبات بالدفاتر ليس قاطعا.

وبالتالي فإن للخصم أن يقيم الدليل العكسي وذلك بأية وسيلة من وسائل الإثبات، أخذا بعين الاعتبار مبدأ حرية الإثبات في المادة التجارية، حيث يجوز نفي ما يثبت بالدفاتر التجارية لمصلحة المتمسك بها ضد خصمه بكافة طرق الإثبات[2].

الفرع الثاني: مبررات إقرار مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.

إن حرية الإثبات هي آلية لإثبات تصرفات التاجر بكافة الطرق أخص بها القانون التجاري للتجار فقط. ذلك لكثرة العمليات التجارية (أولا) واستنادا لهذه الحرية يعتبر كل تاجر حرا لإثبات تصرفاته التجارية بأية طريقة ممكنة مما استدعى ضرورة دعم الائتمان (ثانيا).

من المتفق عليه بين الفقهاء أن العلاقات التجارية تتميز بجو خاص يضفي عليها طابعا متميزا، على الرغم من عدم وجود نظرية للالتزامات يختص بها القانون التجاري بمعزل من نظرية الالتزام المقارن عليها في القانون المدني.

[1] العريني محمد فريد، دويدار هاني، مبادئ القانون التجاري والبحري، دار الجامعية الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2000، ص 147.

[2] منصور داود، العقون ساعد، مرجع سابق، ص11.

إلا أن ذلك لا ينفي وجود ذاتية وخصوصية تمتاز بها العلاقات التجارية، سواء تلك التي يكتسب أطرافها الصفة التجارية أم التي يكون محلها عملا تجاريا[1].

ومن أهم سمات الخصوصية والذاتية التي تمتاز بها العلاقات التجارية هو مبدأ حرية الإثبات في المعاملات التجارية، ولا شك أن هنالك مبررات تسوغ اللجوء لهذا المبدأ والتي سنحاول توضيحها كالآتي[2]:.

أولا: كثرة العمليات التجارية.

حيث يقوم التجار لمعاملات كثيرة تقتضي السرعة والبساطة التي تتفق مع البيئة التجارية، فضلا عما تقوم عليه من ثقة متبادلة فيما بينهم، وبالتالي فمن المرهق للتجار اجبارهم على إبرام عقود كتابية لجميع التصرفات التي يبرمونها لتحديد مضمونها، وعادة ما يتم إبرام تلك العقود وتنفيذها خلال فترات زمنية قصيرة، لذلك يمكن الاعتماد على ذاكرة الشهود في كثير من الحالات، وبناء على ذلك فإن فرضية كتابة العقود التجارية يمكن أن تؤدي إلى عرقلة إبرام الصفقات التجارية التي تتطلب السرعة في الابرام والتنفيذ[3].

وهذا بدوره قد انعكس على اختلاف قواعد الإثبات المنظمة للعمل التجاري عن تلك المنظمة للعمل المدني، وصار له قواعد في الاثبات خاصة به، وفقا لما تقتضيه طبيعة المعاملات التجارية والتي تختلف في نظامها القانوني عن المعاملات المدنية[4].

ثانيا: دعم الائتمان.

إذ تقوم الأعمال التجارية على أساس الائتمان والثقة بين المتعاملين، لاسيما وأن أغلب التعاملات التجارية تتم بأجل، والبنك يقرض المشتري لأجل، ومن خلال ذلك سيرتبط التاجر

---

[1] البارودي علي، العريني محمد فريد، مرجع سابق، ص8.

[2] ميثاق طالب عبد حمادي وخالد عيسى نهى، مرجع سابق، ص268.

[3] حمد الله محمد حمد الله، مرجع سابق، ص41. الغرياني المعتصم بالله، القانون التجاري، مرجع سابق، ص142.

[4] الجراخ علي أحمد، قواعد الاثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص333.

بروابط متتابعة قوامها الائتمان والثقة المتبادلة بينهما، بحيث إذا أخل المدين بهذه الثقة وتخلف عن وفاء دينه عن حلول الأجل المحدد له، سيؤدي ذلك إلى الاضراب في المعاملات التجارية وبالتالي عجز الآخرين عن سداد ديونهم، لذلك عمد القانون التجاري إلى دعم الائتمان عن طريق الشهادة في الضمانات التي تحمي الدائن التجاري من الاحتيال أو النصب في تنفيذ الالتزامات التجارية، وحيث نظم الإفلاس وألزم على التاجر مسك الدفاتر التجارية والقيد في السجل التجاري[1].

وعليه فمن المعلوم في عالم التجارة أن رأس المال ينتج أرباحا كلما تحرك بسرعة وقام على الثقة والائتمان، فهما يشكلان قوام النشاط التجاري، ومما لا شك فيه أنهما لا يستقيمان مع الإجراءات الشكلية المتشعبة لذلك تم إقرار مبدأ خاص بإثبات العمل التجاري، يقوم على أساس الحرية والابتعاد عن الشكليات والقيود.[2]

المطلب الثاني: نطاق تطبيق مبدأ حرية الاثبات في المواد التجارية.

يحدد نطاق مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية وفي الأعمال التجارية التي تتم بين التجار في حد ذاتهم، أو بين التجار والمتعاملين معهم، ولكي يتحقق هذا المبدأ لابد أن يكون طرفا العلاقة تاجرين، وأن يكون الإثبات عملا تجاريا قام به التاجر أثناء مزاولته لنشاطه التجاري، لا يهم أن يكون الطرف الثاني تاجرا أم غير هذه الأخيرة، وعليه سوف يكون موضوعنا في (الفرع الأول) النطاق من حيث الأشخاص وفي (الفرع الثاني) النطاق من حيث الموضوع.

الفرع الأول: نطاق تطبيق مبدأ حرية الإثبات من حيث الأشخاص.

إن تحديد النطاق الشخصي للعمل بمبدأ حرية الإثبات في المادة التجارية والإلمام به، يقتضي معرفة من هو القائم بالعمل التجاري، أي تحديد صفة الشخص الذي يقيم عملا وتصرفا قانونيا، في المجال التجاري، فحيث أن مبدأ حرية الإثبات في المادة التجارية، يحكم التجار

[1] طه مصطفى كمال، أصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1994، ص11.

[2] ميثاق طالب عبد حمادي وخالد عيسى نهى، مرجع سابق، ص269.

عند ممارستهم لمهنهم التجارية، فالنظر إذا ينصب على التاجر، لا على غير التاجر، ولو قام بأعمال تجارية إذا لم يمارسها بالشكل المحدد قانونا، بمعنى آخر من اللازم أن يكون أطراف المعاملة في النزاع التجاري، لكل واحد منهما الصفة التجارية، حيث يحق لكل واحد منهم حينئذ استعمال أي وسيلة من وسائل الإثبات بشكل حر ومطلق، بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن لإثبات ما يدعيه أمام الخصم[1].

فلكي تمنح للتاجر الحرية في إثبات ما يدعيه على الطرف الآخر، يجب توفره أولا على الصفة التجارية، وبما أن تطبيق مبدأ حرية الإثبات يهم التجار بصفة أساسية، فلا بد من تحديد كيفية اكتساب هذه الصفة، فالأساس في اعتبار الشخص تاجرا، هو ممارسته لواحد أو أكثر من الأنشطة التجارية عن طريق الاعتياد أو الاحتراف[2].

ويفهم من ذلك أن الشخص لكي يصبح بمسمى تاجر، ولكي يحق له بعد ذلك الاستفادة من مبدأ حرية الإثبات، أن يمارس عملا أ نشاطا تجاريا على سبيل المداومة اليومية له، أي بالاحتراف، أو على سبيل أنه اعتاد ذلك النشاط سواء كان يمارسه احترافيا أو اعتياديا، من الأنشطة التجارية[3]. مثلا من تلك الأنشطة التي تكسب الشخص هذه الصفة التجاريون، ممارسة نشاط شراء وبيع المنقولات المادية أو المعنوية.

ومن الشروط الواجب على الشخص اتباعها، حيث يكتسب الصفة التجارية، أن يكون له بداية الأهلية التجارية، وإمكانية مزاولته للأنشطة التجارية[4].وأن يكون الشخص خاليا من

---

[1] العكيلي عزيز، احتراف الأعمال التجارية كشرط لازم لاكتساب صفة التاجر، مجلة الحقوق الكويتية السنة العاشرة، ع 2، 1986، ص34.

[2]معلال فؤاد، شرح القانون التجاري الجديد، نظرية التاجر والنشاط التجاري، ج1، دار الآفاق المغربية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، د س ن، ص119.

[3]عدنان عبد العلي، الشروط الواجب اتباعها لاكتساب صفة التاجر، محاضرات وحدة القانون التجاري، سلك الاجازة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2018/2017، 11.

[4] شميعة عبد الرحيم، مرجع سابق، ص110.

أي عارض من عوارض الأهلية. وفي حالة فقدان الأهلية أو نقصانها، فإنه ينوب عنه وليه في ذلك.

كما أن اكتساب صفة التاجر رهين بأن يمارس التاجر النشاط التجاري، لحسابه الخاص، وغير تابع لغيره، كمثال أن شخص كان أجير عند تاجر يتاجر في بيع الأثاث المنزلي، وبعدها استقل الشخص بمحل تجاري خاص به، في بيع الأثاث المنزلي، ففي الحالة الثانية يكتسب صفة تاجر، وليس في الحالة الأولى. يعني أن يكون هو صاحب التجارة ومالكها الخاص، وطالما الشخص يعتبر أجير عند صاحب التجارة، لا تمنح له صفة تاجر[1].

كما يفترض في كل شخص، سواء كان طبيعي أو معنوي، مسجل في السجل التجاري – تكون في هذا السجل مجموعة من المعلومات حول النشاط التجاري والتاجر – اكتسابه لهذه الصفة ما لم يثبت خلاف ذلك.

وبذلك يكون الباب مفتوحا أمام القضاء التجاري لتوسيع لائحة الأنشطة التجارية مستقبلا، وذلك عن طريق إعمال معيار المماثلة لإقامة التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني، بالنظر إلى الأنشطة المنصوص عليها في القانون، وبذلك فمفهوم التجار أصبح مقررا بمقتضى القانون، وسيتقرر مع مرور الزمن عن طريق الاجتهاد القضائي[2]، وذلك بعد أن يثبت من يدعي صفة تاجر، الممارسة الاعتيادية أو الاحترافية التي يقوم بها، لنشاط من الأنشطة التجارية الواردة بالمواد التي سبق ذكرها سابقا[3].

لهذا، فعندما يكون أطراف النزاع التجاري لكل واحد منهم صفة تاجر، وفق الشروط القانونية، فإنه يصبح من حق كل واحد منهما، أن يثبت ادعائه تجاه الاخر بجميع وسائل ٱلإثبات.

---

[1] عدنان عبد العلي، مرجع سابق، ص 37.

[2] بوخذة عمر، التاجر والعمل التجاري في مدونة التجارة الجديدة، مجلة المحاماة، ع 14، 1999، ص56.

[3] لفروجي عمر، التجار وقانون التجارة بالمغرب، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1997، ص26.

لكن في الحالة التي تجمع بين طرفين، الطرف الأول تاجر والمعاملة أو العمل بالنسبة له تجاري، والطرف الآخر العمل بالنسبة له مدني، فهنا يحق الاستفادة من مبدأ حرية الإثبات، الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له مدني، في مواجهة الطرف التاجر، مل لم ينص مقتضى يخالف ذلك، بحيث جعلت قواعد القانون التجاري، تسري فقط في مواجهة الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له تجاري[1].وبالتالي فمبدأ حرية الإثبات، يطبق بشكل كامل وحر، في النزاع القائم بين تاجرين، والعمل أو النشاط موضوع النزاع تجاري، بالنسبة لكليهما، ويطبق ضد التاجر الذي يكون المتعامل معه غير تاجر[2].

لكن، بصرف النظر عن مضمون الفقرة السابقة، يحق للطرف التاجر، الذي تعد المعاملة أو العمل من جانبه تجاري، وخصمه الذي يعد العمل من جانبه مدني، أن يثبت الالتزام في مواجهته، بكافة وسائل الإثبات، وذلك في حالة إذا تعذر عليه الحصول على الدليل الكتابي، بسبب مانع مادي أو أدبي، أو فقدان السند الكتابي.....أي لا تطبق قواعد فرض الكتابة، عند حالة بداية حجة بالكتابة.

تنص المادة 120 من القانون التجاري على ما يلي: "يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي، ويتقرر وجود الامتياز المترتب عن الرهن بمجرد قيده بالسجل العمومي الذي يمسك بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل في نطاق دائرتها المحل التجاري، ويجب إتمام نفس الإجراء بالمركز الوطني للسجل الوطني التي يقع بدائرتها كل فرع من فروع المحل التجاري التي يشملها الرهن الحيازي".

يتضح من خلال هذا النص أن الكتابة التي قررها المشرع في عقد الرهن هي للإثبات وليست للانعقاد. والكتابة المطلوبة حسب النص هي الكتابة الرسمية وليست الكتابة العرفية. كما أن الفقه هناك انقسم إلى رأيين، رأي اعتبر الكتابة للإثبات على أساس أن المشرع لو كان

[1] الخياري محمد، الإثبات في المادة التجارية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة المالك السعدي، طنجة، 2017/2016، ص17.

[2] زياني مروان، نظام الإثبات في المادة التجارية وفقا لأحكام التشريع والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل ديبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة، 2013/2012، ص18.

يقصد أن تكون للانعقاد لنص عليها صراحة ولأصبح عقد الرهن المحل التجاري من العقود الشكلية، بينما اعتبرها رأي ثاني أنها للانعقاد إذ يعتبر عقد الرهن من العقود الشكلية فضلا عن كون اشتراط الكتابة أمر تقتضيه ضرورة شهر عقد الرهن.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فالرأي الغالب يعتمد على ظاهر النص ويعتبر أن الكتابة المطلوبة في عقد الرهن هي للإثبات وليست للانعقاد وإن كنا نخالف هذا الرأي.

وإذا كانت الكتابة الرسمية مشروطة في عقد الرهن تعد كأصل إلا أن المشرع أورد استثناء إذا كان الرهن خاص بالبنوك أو المؤسسات إذ يمكن لهذه الأخيرة أن تفرغ عقد الرهن في الشكل العرفي[1].

الفرع الثاني: نطاق تطبيق مبدأ حرية الإثبات من حيث الموضوع.

تحديد نطاق الموضوعي للعمل بمبدأ حرية الإثبات في المادة التجارية، يقتضي معرفة طبيعة الأعمال أو الأنشطة موضوع النزاع، التي يراد الإثبات فيها، إذ يرتبط الإثبات الحر ارتباطا وثيقا وجدليا بالعمل أو النشاط التجاري[2]. وهذا ما يدفع الباحث في هذا الإطار، تحديد ماهية هذا العمل أو النشاط، فمدونة التجارة قد عرفت التاجر، ولكنها أغفلت تعريف النشاط التجاري، واكتفت بتعداد أنواع الأعمال والأنشطة التجارية، التي ترتب للتاجر عند ممارستها على سبيل الاعتياد أو الاحتراف، اكتساب الصفة التجارية.

أما بالنسبة للفقه المغربي، إذ يعرف أحد الفقهاء القانونيين بأن العمل أو النشاط التجاري هو ذلك النشاط الذي يقوم على الوساطة من أجل تداول الخيرات من أجل الربح.....[3]. في حين عمل بعض آخر من الفقه على تفسير العمل التجاري على أنه كعبارة المقاولة[4]. ويعني

[1]فضيل نادية، النظام القانوني للمحل التجاري، ج1 و2، دار هومه، الجزائر، 2011، ص112 و113.

[2]بوعرين المهدي، زلاج محمد، حرية الإثبات في المادة التجارية، لنيل شهادة الإجازة في الدراسات الأساسية في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن طفيل، المغرب، 2020/2019، ص24.

[3]معلال فؤاد، مرجع سابق، ص65.

[4]السباعي أحمد شكري، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية، ج1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2001، ص289.

بذلك تكرار النشاط الاقتصادي المبرمج على وجه الاحتراف أو الاعتياد، ودعى لخطة اقتصادية تعتمد الرأسمال والتجهيزات والعنصر البشري وغيرها من الوسائل المادية والمعنوية والقانونية، قصد تحقيق النشاط الاقتصادي المنشود، سواء كان صناعيا أو حرفيا أو خدماتيا، أو تعلق بالنشاط البنكي أو القرض أو التأمين أو التزويد أو النقل أو الطباعة أو النشر، وغيرها من الأنشطة المعدة في القانون التجاري[1].

كما أن الأمر الذي يجب البحث فيه، هو كيفية إثبات تجارية التصرف أو العمل، إذ قبل التعديل الأخير لمدونة التجارة، كان يرد على الأعمال التجارية التبعية فقط[2]، أو الأعمال التجارية المختلطة[3]، أما الأعمال التجارية الأصلية[4]، فسواء كانت طبيعية أو شكلية، فالمحكمة ملزمة بقبول طلب الإثبات بشهادة الشهود والقرائن، دون أن تلزم طرف العمل التجاري، بإثبات تجاريته أم لا، وذلك لأن العمل يعتبر تجاريا بحسب القانون، كيفما كانت صفة القائم به، خلافا للأعمال التجارية التبعية التي يجب إثبات أنها صدرت عن التاجر، بشأن تصرفات تجارية[5].

أما بعد تعديل المواد المنظمة للأعمال التجارية، أصبح الأمر غير الذي كان عليه، حيث لم يستثنى من ضرورة إثبات تجارية العمل، إلا الأعمال التجارية الشكلية، السفتجة وبعض الشركات التجارية الشكلية، وذلك أن مثل هذه الأعمال تجارية بنص القانون، باستثناء السند لأمر، الذي لابد لاعتباره تجاريا، أن تثبت أنه صدر بغرض معاملة تجارية، إن كان صاحبه غير تاجر، للشخص أيضا، الاستفادة من حق الإثبات بكافة وسائل الاثبات الممكنة

[1] السباعي أحمد شكري، مرجع نفسه، ص340.

[2] السباعي أحمد شكري، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية، ج2، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2001، ص467.

[3] السباعي أحمد شكري، مرجع نفسه، ص503.

[4] معلال فؤاد، مرجع سابق، ص82.

[5] الخياري محمد، مرجع سابق، ص22.

في ذلك، لأن الأمر، يتعلق بإثبات واقعة قانونية، وهي أن المعاملة صادرة عن تاجر، بشأن تصرفات تجارية، ولا يمكن أن نتوقع مثل هذه الحالة إلا في إطار العمل التجاري التبعي[1].

وتباينت التشريعات في تنظيمها للأعمال بحسب الفلسفة التشريعية التي تتبناها[2].

لقد نص المشرع الجزائري على ثلاثة أنواع من الأعمال التجارية التي قام بسردها في المواد 2 و3 و4 من القانون التجاري[3] وبذلك يكون المشرع قد أصبغ الصفة التجارية على الأعمال التجارية بنص صريح، لقد خص القانون الجزائري الأعمال التجارية بحسب الموضوع بنص المادة الثانية منه، وتعتبر هذه الأعمال تجارية بصرف النظر عن الشخص الذي يمارسها سواء أكان تاجرا أو غير تاجر، وجعل بعض الأعمال تجارية حتى ولو قام بها شخص واحد أو وقعت مرة واحدة وهذه تسمى الأعمال التجارية المنفردة، وجعل البعض من هذه الأعمال التجارية بشرط أن تتم على وجه المقاولة أي على سبيل الاحتراف.

لقد أضفى المشرع الجزائري الصفة التجارية على طائفة من الأعمال التي تتخذ شكلا معينا وذلك بغض النظر عن موضوعها، وقد عدد المشرع الأشكال التي تتخذها هذه الأعمال باعتبارها أعمالا تجارية وهذا في المادة 3 من القانون التجاري، وتعرف الأعمال التجارية الشكلية على أنها مجموعة من الأعمال التي أضفى عنها المشرع الصفة التجارية وذلك استنادا على قاعدة أساسية في الشكل الذي وردت به الأعمال وهذا ما نصت عليه المادة 3 من القانون التجاري أين عدد هذه الأعمال على سبيل المثال منها: التعامل بالسفتجة، الشركات التجارية، وكالات ومكاتب الأعمال، العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية، العقود المتعلقة بالتجارة الجوية والبحرية.

نص المشرع الجزائري في المادة 4 من القانون التجاري على أنه: "يعد عملا تجاريا بالتبعية: الأعمال التي يقوم بها التاجر المتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره. الالتزامات

[1] السباعي أحمد شكري، مرجع نفسه، ص34.

[2] صالح باسم محمد، القانون التجاري، القسم 1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012، ص30 وما بعدها.

[3] أنظر المواد 3 و4 و5، من القانون التجاري.

بين التاجر." من خلال المادة 4 سالفة الذكر يتضح أنه يشترط لاعتبار أي عمل عملا تجاريا بالتبعية توافر شرطان أساسيان هما ضرورة اكتساب صفة التاجر وارتباط العمل بالمهنة التجارية.

أما من حيث الإثبات فتطبق قواعد الإثبات في الأعمال التجارية المختلطة على كل من يعتبر العمل تجاريا بالنسبة إليه وتطبق قواعد الإثبات المدنية على من يعتبر العمل مدنيا بالنسبة إليه، والفرق بينهما أن الإثبات في المواد التجارية يخضع لمبدأ حرية الإثبات بينما في المواد المدنية فهو مقيد ويخضع للكتابة[1].

ونود أن نشير هنا إلى من يقع عليه عبء إثبات العمل التجاري عليه أن يثبت بكافة الطرق المقررة لإثبات المسائل التجارية سواء بالشهادة أم القرائن أم بالإقرار ونحو ذلك[2].

وعليه نصل إلى نتيجة مفادها أن النطاق الموضوعي لأعمال مبدأ حرية الإثبات يتمثل بالأعمال التجارية بغض النظر عن طبيعتها سواء أكانت أصلية أم تبعية أم بالقياس أم شكلية، أن كل عمل يمارسه التاجر يعد تجاريا ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك، حيث يفترض أن الأعمال التي يمارها التاجر أنما يباشرها لحاجات تجارية، إلا أن هذه القرينة قانونية بسيطة يستطيع التاجر تقويضها بالدليل العكسي وبكافة الطرق الإثبات، وذلك بأن يثبت أن العمل الذي أتاه، لم يكن تجاريا، بل كان لأغراض مدنية لا تتصل بشؤون تجارية، كما لو أثبت أن شراؤه لسيارة أو لقطعة أرض لغرض استعماله الشخصي له أو لعائلته أو أن عقد القرض الذي حصل عليه من أحد أصدقائه كان ذو طبيعة مدينة، لأنه استعمله في بناء منزل سكناه مع عائلته ونحو ذلك.

[1] http://cte.univ-setif2.dz; 4 juin 2016.

[2] جاد حسن، شرح القانون التجاري العراقي، ج1، بغداد، 1941، ص207 و208.

أما من يدعي تجارية التصرف في مواجهة التاجر فذهب الفقه وبحق إلى أنه لا يستطيع اثبات تلك التجارية فيجب أن يقدم دليلا مكتوبا وفق أحكام القانون المدني، فيما لو تمسك التاجر (المدعى عليه) بالصفة المدنية لهذا العمل[1].

المبحث الثاني: القيود التي ترد على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

إذا كان الإعمال بمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية فإنها هناك استثناءات على هذا المبدأ منها ما هو اتفاقي وقانوني تبعا لمقتضيات ضرورية تتعلق بحماية المعاملات التجارية التي لا يمكن أن تكون فيها حرية الإثبات، وهذا ما سنتناوله في (المطلب الأول) القيود الاتفاقية ثم في (المطلب الثاني) القيود القانونية كالآتي:

المطلب الأول: القيود الاتفاقية.

تكتسب بعض العقود والتصرفات التجارية أهمية خاصة نظرا لخطورة الآثار المترتبة عليها الأمر الذي أدى بالمشرع الجزائري إلزام المتعاقدين اللجوء إلى الشكلية في الكتابة، بالمقابل أعطى المشرع للمتعاقدين حرية اُلإثبات بكافة الطرق المناسبة في معاملاتهم، لذلك سنعالجها في مبدأ حرية الإثبات ليست من النظام العام كالآتي:

الفرع الأول: مبدأ حرية الإثبات ليس من النظام العام.

بما أن حرية الإثبات في المعاملات التجارية، لا يتعلق بالنظام العام، فإنه بناءا على ذلك، يمكن للمتعاقدين أو الأطراف التجار، الاتفاق على مخالفته، واشتراطهم على وجود وسيلة الكتابة في إثبات المعاملات بينهم، أما القضاء التجاري، فالكتابة هي الدليل الأقوى في الإثبات، واتفاق الأطراف على الإثبات بها، ما هو إلا رجوعا إلى الأصل العام في المادة المدنية، وما كان جواز الإثبات بالبيئة في المادة التجارية، إلا لمراعاة مقتضيات التجارة[2]. وهو رجوع للأصل العام في الشرع الإلهي قبل القانون الوضعي، إذ يمكن للمتعاقدين، الاتفاق على جعل

[1] حمد الله محمد حمد الله، مرجع سابق، ص47.

[2] الخياري محمد، مرجع سابق، ص35.

ما أمر به عز وجل، في الآية الكريمة أساسا في الإثبات بينهم حيث قال الله تعالى:" **يأيها الذين أمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه**" [1].

فالقول بأن مبدأ حرية الإثبات لا يتعلق بالنظام العام، يوافق عليه أغلب الفقهاء القانونيين، بالرغم من قول بعض آخر منهم، بأنه يتعلق بالنظام العام، ولا يجوز مخالفته، وإن كان ذلك ففي مسائل تجارية حددها القانون أصلا. فقد اعتبر فقيه القانون، عبد الرزاق السنهوري، أن الأصل في وسائل الإثبات، بوجه عام، أنها ليست من النظام العام، وبالتالي يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها[2]. والمستقر في الفقه والقضاء، أن أغلب وسائل الإثبات لا تعتبر من النظام العام[3].

فبوجه عام، هناك من يعتبر وسائل الإثبات بأنها ليست من النظام العام، وهناك من يراها عكس ذلك، أما بوجه خاص، فطبيعة مبدأ حرية الإثبات في المادة التجارية، لا توافق أن تكون وسائل الإثبات من النظام العام، حيث يمكن للأطراف الاتفاق على وسيلة محددة، تكون الأساس للخصوم التجار، والقاضي التجاري عند النزاع، دون غيرها من الوسائل[4]. حيث يرى الفقه أن مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق على مخالفته واشتراط الإثبات بالكتابة، وحينئذ يمتنع الإثبات بشهادة الشهود والقرائن[5].

الفرع الثاني: جواز اتفاق الأطراف على الإثبات بالكتابة.

وبذلك، فحرية ٱلإثبات متروكة للمتعاقدين، في الاتفاق على اشتراط الكتابة، إن أراد ذلك، ومقتضيات ذلك أن بالاتفاق على دليل الكتابة، تصبح طريقة ووسيلة ملزمة لكلا أطراف المعاملةّ، ولا يجوز لهم غيرها، كلما احتاجا إثبات حق أو تصرف تجاري بينهما، ذلك أن مبدأ

---

[1] الآية281 من سورة البقرة.

[2]السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، 1968، ص94.

[3] السنهوري عبد الرزاق، مرجع نفسه، ص95.

[4]الخياري محمد، مرجع سابق، ص15.

[5]الخضير يوسف بن عبد محمد، حرية الإثبات في النظام التجاري، استجلاء النص واستدعاء الواقع، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، د س ن، ص30.

حرية الإثبات، تقرر قانونا لمصلحة التجار، نظرا لطبيعة أعمالهم، فهما يحق لهما مخالفة المبدأ، كاتفاقهم على قواعد يريانها أقرب إلى تحقيق العدالة وكشف الحقائق، أو لأثاره بينهما، وملزما للقاضي كذلك، لأن الحرية في اختيار الوسيلة، وضعت لمصلحة الخصوم ولا شأن للنظام العام بها[1]

لنفترض مثلا، كأن يتفق الأطراف على إثبات التخالص من الدين، بمخالصة كتابية فيما بينهم، ولا يكون بوسيلة غيرها[2].

إذن فالمتعاقدين أو الأطراف التجار، في مجال المعاملات التجارية، إذا اتفقا على ضرورة إثبات التصرفات والأعمال التجارية، بواسطة الكتابة، عند وقوع نزاعات بينهم، يعد استثناء من القاعدة العامة، وخروجا عن المبدأ العام التي تقرر في القانون التجاري، الذي هو حرية الإثبات في المادة التجارية. لأن الكتابة كما سبق ذكره أعلاه، في نظر التجار والمتعاملين هي الضامن الأول للحقوق المتداولة بينهم[3].

المطلب الثاني: القيود القانونية.

ورد على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية استثناءا بموجب القانون نظرا لأهميتها العملية وقيمتها المالية، لذلك يجب أن يتلزم التجار التقيد بما هو منصوص عليه في القانون، وهذا الأخير ورد في أشكال عديدة التي سنتطرق إليها في (الفرع الأول) الشكلية في المحل التجاري و(الفرع الثاني) الشكلية في عقد الشركة التجارية، أما في (الفرع الثالث) الشكلية في الأوراق التجارية كالاتي:

[1] الخضير يوسف بن عبد محمد، مرجع نفسه، ص94 و95.

[2] الخياري محمد، مرجع سابق، ص35 و36.

[3] بوعرين المهدي، زلاج محمد، مرجع سابق، ص36.

الفرع الأول: الشكلية في المحل التجاري.

نص القانون التجاري في المادة 79 على:" كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري .....يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا..." وفي الرهن الحيازي للمحل التجاري نص عليه القانون التجاري في المادة 120على:"يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي.".

وبناء على هذا النص لم يعد عقد بيع المتجر عقدا رضائيا كما كان عليه الحال وإنما أصبح عقدا شكليا تكون الكتابة أحد أركانه. ويطبق ذات الحكم على رهن المحل التجاري أو تأجير استغلاله، وبذلك لم تعد الكتابة للإثبات لمثل هذه العقود بل ركن انعقاد يترتب على تخلفها أو إغفالها البطلان[1].

وهذا على خلاف ما تناولته القوانين المقارنة في قانون التجارة العراقي الحالي فلم يشر إلى المتجر وأحكامه ولا شك أن هذا يشكل نقصا تشريعيا ينبغي تداركه[2].

أما قانون التجارة المصري فقد أشار صراحة إلى شكلية هذا التصرف وذلك في المادة 1/37 التي نصت على أنه: "كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو انشاء، حق عيني عليه أو تأجير استغلاله، يجب أن يكون مكتوبا، وإلا كان باطلا"[3].

ويهدف هذا الحكم لتفادي المشكلات التي يتوقع حصولها حول ملكية المحل التجاري أو استغلاله أو رهنه، وعليه لا يجوز إثبات هذه العقود إلا بمحرر رسمي مكتوب[4].

---

[1] القليوبي سميحة، المحل التجاري، بيع المحل التجاري ورهنه وتأجير استغلاله، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص60.

[2] ميثاق طالب عبد حمادي، نهى خالد عيسى، مرجع سابق، ص282.

[3] البارودي علي، العريني محمد فريد، القانون التجاري، مرجع سابق، ص135 وما بعدها.

[4] ميثاق طالب عبد حمادي، نهى خالد عيسى، مرجع سابق، ص283.

هذا وتبنى القانون الفرنسي المبدأ ذاته، وذلك في المادة الأولى من القانون الفرنسي الخاص ببيع ورهن المحل التجاري الصادر في 17 مارس 1909 المعدل[1].

الفرع الثاني: الشكلية في عقد الشركة التجارية.

يذهب الرأي الراجح في الفقه على أن عقد الشركة من العقود الشكلية التي تستلزم الكتابة لإثباتها[2].

حيث نصت المادة 418 من القانون المدني: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا".

نجد أن المشرع الجزائري أوجب الكتابة الرسمية في عقد الشركة من أجل توفير الأمن والسلامة، والحد من الخلافات التي قد تحدث داخل الشركة أو مؤسسين الشركة بشأن نشأة العقد أو تنفيذه.

وعلى الرغم من المشرع العراقي في قانون الشركات الحالي رقم 21 لسنة 1997 المعدل لم يشر صراحة إلى شرط الكتابة لانعقاد أو إثبات الشركة، إلا أن هذا الشرط يمكن استخلاصه بسهولة من بعض المواد، كما في المادة 17 التي نصت على أنه "يقدم طلب التأسيس إلى المسجل ويرفق به: أولا–عقد الشركة "وكذلك المادة 20 من القانون ذاته التي نص على أنه "إذا وافق المسجل على طلب التأسيس.....، يجب عليه دعوة المؤسسين أو من يمثلهم قانونا لتوثيق عقد الشركة أمامه..."

يفهم من ذلك أن عقد الشركة في القانون العراقي عقدا شكليا من ذلك أن عقد الشركة في القانون العراقي يعد عقدا شكليا يشترط كتابته وبشكل رسمي وكما سبق أن بينا[3].

---

[1] حمد الله محمد حمد الله، حماية مصالح بائع المحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص25 وما بعدها.

[2] كوماني لطيف جبر، الشركات التجارية، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012، ص27.

[3] ميثاق طالب عبد حمادي، نهى خالد عيسى، مرجع سابق، ص284.

الفرع الثالث: الشكلية في الأوراق التجارية.

في الأوراق التجارية لم يجز المشرع الإثبات بأي دليل آخر غير الورقة التجارية عملا بمبدأ الكفاية الذاتية وقد تقرر هذا المبدأ خاصة من جهة لحماية الحامل وطمأنته من عدم السماح لأن مدين في السند التجاري بإثارة أية وسيلة أخرى لإثبات ما يخالف أو يجاوز مضمون الورقة التجارية ليتنصل من دفع قيمتها، ومن جهة أخرى لتشجيع الناس على التعامل بالورقة لما فيه من فائدة لهم بحيث يجنبهم حمل النقود معهم وما قد يترتب عن ذلك من ضياعها أو سرقتها منهم، ولفائدة الاقتصاد الوطني أن التعامل بالأوراق التجارية وإبقاء النقود في المصاريف من شأنه أن يساعد على استثمار هذه الأموال في مشاريع تعود بالنفع العام وبمراقبة التضخم[1].

[1] دحماني محمد الصغير، مدى تطبيق مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية والبحرية، مجلة قانون النقل والنشاطات المينائية، ع 1، 2014، ص39. أنظر المادة 390 من القانون التجاري.

خلاصة

إلى أن اعتماد المشرع على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية ضمن القانون التجاري هو تكريس للإثبات الحر بكافة الطرق المناسبة لمعاملات التاجر، مبررا لإقرار مبدأ حرية الإثبات نظرا لكثرة العمليات التجارية ودعم الائتمان.

لكن في حدود تطبيق هذا المبدأ يكون من حيث الأشخاص أو الأعمال التجارية، يعني أن تطبيقه متعلق باكتساب صفة التاجر وأعمال هذا الأخير يجب أن تكون متعلقة بتجارته غير العمل المدني.

حيث أن القيود الاتفاقية يمكن للتجار فيما بينهم أن يلجؤوا إليها في معاملاتهم التجارية وذلك لتثبيت معاملاتهم التجارية، أما القانون قد جاء لتكريس حرية الإثبات في سبيل عدم المساس بهذه الحرية أقر لها المشرع حماية خاصة ضمن القانون التجاري نظرا لقيمتها المالية وخطورة الآثار المترتبة عن إلزامية الشكلية في عقد الشركة والأوراق التجارية والمحل التجاري.

لذلك نجد أن وسائل الإثبات العديدة فرضت نفسها على القضاء، حيث أجاز المشرع للتاجر في المواد التجارية أن يتمسك أو يصنع دليلا لنفسه من أجل إثبات دعواه أمام القضاء في ظل إشكالية الإثبات في العمل المختلط وهو ما سنتطرق له في الفصل الثاني من خلال جزئياته.

الفصل الثاني:

مبدأ حرية الإثبات في ظل القضاء

تمهيد:

بالرغم من أن المشرع الجزائري كرس مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية تبنى نصوص مختلفة، حاول الوصول إلى تسهيل المعاملات التجارية وتمكين التاجر من إثبات دعواه من خلال الدفاتر التجارية لكي يصنع دليلا لنفسه وقد تكون ضده في حالة ثبوت حق للخصم أمام القضاء، وهذا الأخير أعطى له المشرع سلطة تقديرية في مدى حجية الدفاتر التجارية بعدة طرق لاستنباط الدليل لمصلحة التاجر أو ضد مصلحته.

استجابة لمتطلبات النشاط التجاري، بدعم الأساسيات التي تعتمد عليها التجارة، أي السرعة والثقة والائتمان، فهي وسائل عادية أو تقليدية، كالكتابة وشهادة الشهود والدفاتر التجارية والأوراق التجارية.

وقد قسمنا هذا الفصل إلى (المبحث الأول) سلطة القاضي في التعامل مع وسائل الإثبات المعمول بها في المواد التجارية وفي (المبحث الثاني) إشكالية الإثبات في العمل المختلط.

المبحث الأول: سلطة القاضي في التعامل مع وسائل الإثبات المعمول بها في المواد التجارية.

تعتبر الدفاتر التجارية من أهم وسائل الإثبات أمام القضاء، غير أنها حجة قطعية مالم تستوفي الشروط المطلوبة من القانون التجاري في المادة 11[1] في حالة قيام دليل آخر أقوى منها بحيث تصبح غير ملزمة للقاضي كوسيلة لفض النزاع بالمقابل يكون القاضي ملزم بتبرير قراره الرافض للأخذ بالدفاتر التجارية وعليه نجد المشرع الجزائري أعطى للقاضي سلطة تقديرية في التعامل مع وسائل الإثبات. لذا سنتناول في (المطلب الأول) طرق الرجوع إلى الدفاتر التجارية وفي (المطلب الثاني) حجية الدفاتر التجارية لمصلحة التاجر ضد تاجر آخر.

المطلب الأول: طرق الرجوع إلى الدفاتر التجارية.

أجاز المشرع الجزائري للقاضي عدة طرق للرجوع إلى الدفاتر التجارية وهي طريقة التقديم (الفرع الأول) وطريقة الاطلاع وهي كالآتي:

الفرع الأول: طريقة التقديم.

بالرجوع إلى المادة 16 من القانون التجاري: "يجوز للقاضي أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم الدفاتر التجارية أثناء قيام نزاع وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق منها بالنزاع." ، نجد أنها نصت على التقديم (أو كما يطلق عليه بعض الفقه بالاطلاع الجزئي)، ويعني ذلك استخراج المحررات التي تهم فقط النزاع المعروض على المحكمة وعدم تجاوز ذلك، ويجوز للمحكمة في هذا الإطار أن تأمر بالتقديم الدفاتر تلقائيا أو بناء على طلب من أحد الأطراف كما توحي بذلك المادة، ومن هذا المنطلق تبقى للمحكمة السلطة التقديرية في الاستجابة إلى طلب خصم التاجر بتقديم دفاتر خصمه، مالم يدعم طلبه بمستندات قوية بشكل يجعل المحكمة مقتنعة بوجود دلائل قوية في الدفاتر التجارية قد تؤيد مزاعم الخصم، وذلك من أجل تجنب

[1] أنظر المادة 11 من القانون التجاري.

الدعاوى، وكذلك حفاظا على أسرار التاجر المهنية خصوصا في بعض الأنشطة التقنية وتجنب للمنافسة الغير المشروعة.

وإطلاع المحكمة على الدفاتر التجارية يقع بحضور التاجر صاحب الدفتر ودون تخليه عن حيازة دفاتره وتحت مراقبته[1]، وتوضع هذه الدفاتر بين يدي القاضي أو الخبير المعين، ولكن لا تبلغ إلى الخصم[2].

كما أن المادة 18 من القانون التجاري نصت على: "إذا رفض الطرف الذي يعرض عليه الإثبات بالدفاتر، تقديم هذه الأخيرة، جاز للقاضي توجيه اليمين إلى الطرف الآخر." جعلت من رفض التاجر تقديم دفاتره المتعلقة بمعاملاته التجارية، بمثابة إقرار ضمني منه على صحة ما يدعيه خصمه ويستخلص قرينة لفائدة خصم التاجر[3]، وبذلك يكون المشرع قد أحسن صنعا بمعاملته التاجر سيء النية الذي يتمنع عن تقديم دفاتره التجارية بنقيض قصده، وللقاضي في هذه النقطة توجيه اليمين المتممة للخصم الآخر لتعزيز ادعاءاته[4].

وللقاضي أن يقوم ذلك بنفسه أو بإنابة محكمة أخرى تكون الدفاتر المتعلقة بموضوع النزاع موجودة ضمن دائرة اختصاصها وإذا تعذر نقلها إلى مقر المحكمة المعروض عليها النزاع أو كان في نقلة مشقة للتاجر صاحب الدفاتر، ففي هذه الحالة تقوم المحكمة المنابة بإنجاز المهمة وإرسال نتائجها بتقرير إلى المحكمة المعروض عليها النزاع.

للمحكمة أن تستعين بخبير مثل المحاسب القانوني، يكون متحليا بالأمانة والنزاهة ويطمئن له القاضي، لما قد يكون في الدفاتر من أسرار تجارية قد يؤدي إفشائها إلى أضرار كبيرة تلحق صاحبها ولا ينبغي تسليم الدفاتر لخصم التاجر حتى يبحث فيها لأن في ذلك تمكين له من الاطلاع أسرار خصمه والاضرار به[5]. ولكن ينبغي أن يكون التجار صاحب

---

[1] القليوبي سميحة، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص224.

[2] فضيل نادية، مرجع سابقّ، ص150.

[3] فضيل نادية، مرجع سابقّ، ص150.

[4] منصور داود، ساعد العقون، مرجع سابق، ص14.

[5] القليوبي سميحة، الأوراق التجارية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص192.

الدفاتر حاضرا عند الاطلاع لدى المحكمة وينتهي الأمر متى استخلصت المحكمة ما تريده من بيانات القيود المتعلقة بالموضوع المتنازع عليه[1].

وقد نصت المادة 14 تجاري[2] على وجوب مراعاة الأوضاع المقررة قانونا والتي يجب أن تتوفر في الدفاتر التجارية فيما يخص انتظامها حتى يمكن تقديمها للقضاء وتكون لها قوة الإثبات أمامها لمصالح من يمسكونها وذلك مع عدم المساس بما ورد النص بشأنه في كتاب الإفلاس والتفليس.

وفقا للمادة 13 تجاري[3] لا يلزم القاضي بالأخذ بما احتوته الدفاتر من بيانات، فله الحرية في ترجيح بينة عن أخرى لأن الاعتداد بالدفاتر التجارية أمر جوازي للقاضي[4].

إذن فالمشرع يفهم منه أنه حصر تقديم الوثائق المحاسبية للمحكمة في حالتين:

أولا: التقديم بناء على طلب أحد الخصوم.

سواء ماسك هذه الوثائق هو من يريد عرض محتوى محاسبته أمام القاضي المكلف بالدعوى، أو الخصم، وللمحكمة السلطة التقديرية الواسعة في هذا الشأن، لقبول هذا الطلب أو رفضه، حسب ظروف وملابسات الدعوى ومدى صحة الطلب المقدم إليها.

فالمحكمة ملزمة[5] في هذه الحالة بالتحري والتحقق من مبررات التقديم وغاياته، حتى يتسنى لكل تاجر الحفاظ على جانب السر المهني لمهنته. لكن الإشكال المطروح، هو من يقوم بتقديم الوثائق المحاسبية عند حالة انتقال ملكية المحل التجاري إلى شخص آخر، هل التاجر أم من انتقلت له الملكية؟ ففي الأصل، التاجر هو من يتحمل تقديم وثائق محاسبته، بحيث ربط المشرع هذا الالتزام باكتساب صفة التاجرية، يفهم أن المحكمة يمكن لها أن تلزم

---

[1] حسناوي روابحية فاطمة، الشكلية في القانون التجاري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2019/2018، ص364.

[2] أنظر المادة 14 من القانون التجاري.

[3] أنظر المادة 13 من القانون التجاري.

[4] حسناوي روابحية فاطمة، مرجع نفسه، ص364.

[5] الخياري محمد، مرجع سابق، ص57.

أي شخص بحوزته الوثائق المحاسبية بأن يقدمها، وبالتالي إذا أجرى تصرف قانوني على المحل التجاري وجاء في العقد انتقال ملكية المحل التجاري وسجلاتها المحاسبية، فمن المالك الجديد ملزم بتقديم تلك السجلات[1].

ثانيا: التقديم يطلبه القاضي من تلقاء نفسه.

متى أمرت المحكمة أحد الخصوم بتقديم الوثائق المحاسبية، فلا بد من الالتزام، حيث الاكتفاء باستخراج المحررات ذات الصلة بالنزاع.

فقد قيد المشرع تقديم الوثائق المحاسبية بشرطين أساسيين، حيث يتمثل الأول في إصدار قرار من المحكمة، والثاني يتمثل في أن المحكمة لا تلزم التاجر أو الخصم بوقت التقديم، فمادامت الدعوى سارية، ففي أي وقت يصلح التقديم[2].

الفرع الثاني: طريقة الاطلاع.

يعرف الاطلاع على الدفاتر التجارية على أنه العرض الكامل للدفاتر التجارية، وفي هذا الأمر اجبار للتاجر بتسليم وثائقه المحاسبية للقضاء، ليسلمها إلى الخصم، ليستنبط منها هذا الأخير ما يؤيد دعواه[3]، شريطة توفر ضرورة تقتضي هذا الاطلاع، وقد يكون هذا الاطلاع إما بأمر من القاضي أو بطلب من أحد الخصوم، أثناء النزاع المعروض على المحكمة أو حتى قبل وقوعه.

لكن ما يثير الانتباه هو أن اطلاع الخصم على دفاتر خصمه التجارية، يعد اجراء خطير يمس بمبدأ أسرار تجارة خصمه، ذلك باطلاعه على محاسبته وماليته، وأرباحه وخسائره، وموردي السلع، والأشخاص المتعاملين معه في الحقل التجاري، مما قد يعرض مصالح الخصم لأضرار فادحة (كالمنافسة غير مشروعة، واستمالة الزبائن بطريقة غير مباشرة) لذلك يبقى الاطلاع إجراءا استثنائيا حيث أن ضرورة يجب أن تقدر بقدرها، وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري

[1] بوعوين المهدي، مرجع سابق، ص55.

[2] الخياري محمد، مرجع سابق، ص57 و58.

[3] القليوبي سميحة، مرجع سابق، ص243.

في نص المادة 15 من القانون التجاري[1] إلى حصر حالات الاطلاع على الدفاتر التجارية والاستثناء لا يجوز التوسع فيه، ولا يقاس عليه.

أولا: قضايا الإرث.

إذا وقع خلاف بين الورثة التاجر المتوفى، فيما يخص نصيب كل واحد منهم من تركة مورثهم، وكانت الدفاتر التجارية للتاجر الهالك في حوزة أحد منهم، فإنه يبقى لكل وارث أن يطلب من القضاء الاطلاع على فدفاتر التاجر لمعرفة نصيبه من[2]، حتى يتمكن من الاطلاع على التصرفات التي قام بها التاجر المتوفى أثناء نرض الموت، ومن ثم الطعن فيها أمام القضاء، ويذهب أغلب الفقه إلى أن حق الاطلاع في هذه الحالة مقتصر على الورثة والموصي لهم دون غيرهم من الدائنين ما دام لهؤلاء حق طلب تقديم هذه الوثائق أما المحكمة إذا ما عرض عليها النزاع وبالتالي لا يجوز لدائني التاجر المتوفي حق الاطلاع[3].

ثانيا: قسمة الشركة.

غالبا ما نجد أن القسمة في المادة التجارية تنصب على الشركات التجارية بعد تصفيتها، حيث يحق لكل شريك في هذه الحالة اللجوء إلى المحكمة لاستصدار أمر بالاطلاع على الوثائق المحاسبة للشركة المعنية بالأمر حتى يتسنى لها معرفة نصيبه من ناتج تصفية الشركة أي معرفة مقدار النصيب الذي يصيبه من قسمة الموجودات[4]، وفي هذا الصدد تنص المادة 790 من القانون التجاري على أن "يجوز للشركاء أثناء التصفية أن يطلعوا على وثائق الشركة..."

[1] أنظر المادة 15 من القانون التجاري.

[2] يونس حسن علي، القانون التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص262.

[3] محرز أحمد، مرجع سابق، ص151.

[4] دويدار هاني، مرجع سابق، ص203.

ثالثا: حالة الإفلاس.

تلعب الدفاتر التجارية دورا مهما في إثبات الوضعية المالية والاقتصادية للتاجر، حيث أنها تمكن المحكمة من معرفة الحجم المالي وذلك بالاستناد إلى قائمة الدائنين والمدينين وجرد كل الأموال المنقولة وغير المنقولة للتاجر.

في هذا الإطار يجوز لوكيل التفليسة التصرف باسم الدائنين ولفائدتهم كأن يطلب الاطلاع على الوثائق المحاسبية للتاجر، كما أن لوكيل التفليسة وحده الصفة لتصرف باسم الدائنين ولفائدتهم مع مراعاة الحقوق المعترف بها للمراقبين، كما يستطيع وكيل التفليسة مطالبة المفلس أو من كل أحد من الغير الحائز على الوثائق والدفاتر التجارية بتقديمها إليه قصد دراستها[1].

رابعا: حالة اشتراك الدفاتر التجارية بين الأطراف.

وبالتالي إن قانون التجارة الفرنسي، والتي ينظم الأموال المشتركة بين الزوجين، يجوز عند الطلاق الأمر بالاطلاع على الوثائق المحاسبية، ليتمكن كل زوج معرفة نصيبه من المال المشترك، نادرا ما يكون في الدول الإسلامية، اشتراك المحاسبة بين الزوجين، مما بعض التشريعات تقتصر على ثلاث حالات (التركة، القسمة، حالة الإفلاس). مع وجود خلاف فقهي حول هذه المسألة.

وخلاصة القول، أن الإثبات بالوثائق المحاسبية، يعد من الوسائل التي يمكن أن يلجأ لها الأطراف، في ظل مبدأ حرية الإثبات المقرر في القانون التجاري، إلى جانب الوثائق المحاسبية، يمكن للتاجر الإثبات بوثائق أخرى قد تفيده في تعزيز حقوقه وتأكيد صحة تصرفاته التجارية[2].

[1] منصور داود، ساعد العقون، مرجع سابق، ص14.

[2] بوعوين المهدي، زلاج محمد، مرجع سابق، ص59.

المطلب الثاني: حجية الدفاتر التجارية لمصلحة التاجر ضد تاجر آخر.

تستعمل الدفاتر التجارية كدليل إثبات لمصلحة التاجر أو ضده عكس القاعدة العامة التي تلزم الشخص بتقديم دليل ضد نفسه واصطناع دليل لنفسه ضد الغير[1] لذا سنتطرق إلى أن يتعلق النزاع بعمل تجاري وأن يكون بين تاجرين (الفرع الأول) وانتظام الدفاتر التجارية (المطلب الثاني) كالآتي:

الفرع الأول: أن يتعلق النزاع بعمل تجاري وأن يكون بين تاجرين.

نصت المادة 2/330 مدني على ما يلي: "وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه". حتى تكون الدفاتر التجارية حجة في الإثبات لمصلحة تاجر لابد من توفر شروط معينة تقتضي[2] تعلق النزاع بعمل تجاري (أولا) كما يشترط أن يكون النزاع بين تاجرين (ثانيا) كالآتي:

أولا: أن يتعلق النزاع بعمل تجاري.

إن النزاع في المسائل التجارية تمنح أطراف النزاع حرية الإثبات بكافة الطرق وفقا للقواعد العامة ومن بين هذه الطرق في الإثبات الدفاتر التجارية.

كما أن المعاملات التجارية من النادر أن يقيدها التاجر في دفاتره وإن حدث وقيدها فتكون بصفة إجمالية. لذا فالدفاتر التجارية لا تصلح حجة لصاحبها في المنازعات غير التجارية حتى ولو كان خصمه تاجرا[3].

---

[1] أبو حلو حلو، عباس كريم زهير، الوجيز في شرح القانون التجاري الأردني، ج1، ط2، مركز حماد للطباعة، الأردن، 2002، ص209.

[2] حسناوي روابحية فاطمة، مرجع سابق، ص365 و366.

[3] حسناوي روابحية فاطمة، مرجع نفسه، ص366.

لأنه إذا كان العمل مدني بالنسبة للتاجر، وغير تابع لعمله التجاري، فإنه في نفس وضعية غير التاجر، فيجب أن يكون النزاع يتعلق بتجارة تاجرين معا[1].

وبالتالي، إذا اكتملت الشروط المذكورة، تحوز الوثائق المحاسبية الحجية في الإثبات لمصلحة صاحبها[2]. غير أن حجية الوثائق المحاسبية المنتظمة في الإثبات لمصلحة ماسكها ليست مطلقة أو قاطعة، فالدليل المستمد من وثائقه المحاسبية لا يصح إذا تعلق بتصرف اشترط في القانون الكتابة لإثباته، كعقد الشركة، فلا يجوز الاستناد في ذلك على هذه الوثائق مهما كانت منتظمة[3].

كما أن المحكمة غير ملزمة بقوة القانون، بحجية الوثائق المحاسبية المنتظمة في الإثبات بين التجار، فيمكن لها أن ترفض هذه الحجية، في حالة توفر دليل آخر أقوى منها[4]. ولكن على المحكمة عند رفضها حجية الوثائق المحاسبية، تعليل رفضها، لأن هذه الحجية من حيث شروطها ومداها ينظمها القانون، وتخضع لرقابة محكمة النقض[5].

ثانيا: أن يكون بين تاجرين.

نصت المادة 330 من القانون المدني على:" دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار". يسهل على عمل القاضي مقارنة قيود دفاتر الخصمين في حالة ما إذا كان النزاع بين تاجرين للوصول إلى الحقيقة، فإذا تطابقت القيود في الدفاتر يأخذ بها القاضي ويفصل في النزاع المعروض أمامه وإذا اختلفت القيود في هذه الدفاتر للقاضي سلطة تقديرية في

[1] لفروجي محمد، التاجر وقانون التجارة بالمغرب، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 1999، ص311.

[2] بوذياب سليمان، القانون التجاري، التجارة والتاجر، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1995، ص138 و139.

[3] لفروجي محمد، مرجع سابق، ص312.

[4] لفروجي محمد، مرجع نفسه، ص312.

[5] الخياري محمد، مرجع سابق، ص49 و50.

الاستعانة بدفاتر التاجر كقرائن يستند إليها في الفصل في النزاع بين التاجر وغير التاجر الذي يستحيل عليه الدفاع عن نفسه ضد دفاتر التاجر[1].

وذلك لأن التاجر الذي يستند إلى وثائقه المحاسبية ضد خصمه التاجر، إنما يواجه خصما يتمتع بنفس المزايا التي يتمتع بها، نتيجة إلزامه بمسك الوثائق المحاسبية. ومن خلال المقارنة بين الوثائق المحاسبية لكل تاجر، يمكن للقاضي معرفة الحقيقة[2]. فإذا تطابقت بيانات وثائق محاسبية كل منهما، هنا تكون محاسبة التاجر مرتكزة قانونيا[3]. أما إذا اختلفت بيانات وثائق كليهما، لانتقاء المرجع بينهما، ويلزم المدعي بتقديم دليل آخر[4].

فحينما يكون الطرفان تاجران، بمقدور كليهما الاحتجاج بمضمون محاسبتهما في مواجهة بعضهما، وفي هذا الصدد أجاز المشرع الاعتماد على النسخ أو النظائر[5].

الفرع الثاني: انتظام الدفاتر التجارية.

ألزمت المادة 12 قانون تجاري التاجر بالاحتفاظ بالدفاتر التجارية، حيث نصت على:" يجب أن تحفظ الدفاتر والمستندات المشار إليها في المادتين 9 و10 لمدة عشر سنوات. كما يجب أن ترتب وتحفظ المراسلات الواردة ونسخ الرسالات الموجهة طيلة نفس المدة".

كما نصت المادة 20 من القانون المتعلق بالنظام المحاسبي المالي:" ....تحفظ الدفاتر المحاسبية أو الدعامات التي تقوم مقامها وكذا الوثائق الثبوتية لمدة عشر سنوات ابتداء من تاريخ قفل كل سنة محاسبية".

---

[1] حسناوي روابحية فاطمة، مرجع سابق، ص366.

[2] القيلوبي سميحة، القانون التجاري الكويتي، نظرية الأعمال التجارية والتاجر والمحل التجاري، المطبعة العصرية، الكويت، 1974، ص197.

[3] السيد الفقي محمد، دروس في القانون التجاري الجديد، الأعمال التجارية والتجار، الاسكندرية، 2000، ص226 و227.

[4] نعيم زهير، القانون التجاري، التاجر والأنشطة التجارية والأصل التجاري، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، المغرب، 2019، ص104.

[5] بوعوين المهدي، زلاج محمد، مرجع سابق، ص50.

وأشارت المادة 24 من قانون النظام المالي والمحاسبي إلى طرق مسك المحاسبة والتي قد تكون يدوية أو عن طريق الإعلام الآلي، كما يشترط أن تلبي المحاسبة المالية الممسوكة بموجب نظام الإعلام الآلي مقتضيات الحفظ والأمن والمصداقية واسترجاع المعطيات[1]. يتضح من نص المادة 12 قانون تجاري[2] أنها جاءت بصيغة الإلزام حيث ألزمت التاجر على أن يحتفظ بدفاتره التجارية ومستنداته لمدة عشر سنوات كاملة، لكنها لم تحدد بداية سريان هذه الفترة. غير أنه يفهم من ذلك أنها تبدأ من تاريخ إقفالها وصيغة الإلزام قصد منها المشرع أن يظل التاجر حريصا على الاعتناء بهذه الدفاتر لإثبات ما يراد إثباته في حالة نشوب نزاع معين[3].

يلاحظ أن الباحث من خلال نص المادة 24 من قانون النظام المالي والمحاسبي[4] أن المشرع قد أتاح اعتماد الدفاتر التجارية الالكترونية حينما ذكر طرق إمساك المحاسبة والتي قد تكون يدوية أو عن طريق الإعلام الآلي واشترط في الحالة الأخيرة أن تلبي مقتضيات الحفظ والعرف والأمن والمصداقية واسترجاع المعطيات وهذا برأي الباحث خطوة إيجابية تسمح للجزائر أن تواكب التطور السريع للمعاملات التجارية، فقط يجب أن يوضح المشرع ويبين الجهة الرسمية التي يتم لديها التوثيق، هل هو السجل التجاري؟ أو سجل آخر تعده وزارة التجارة لهذا الغرض؟ أو إلى سلطة من سلطات التصديق الالكتروني التي نص عليها القانون رقم04/15 السابق ذكره؟[5]

وجاء أيضا في نص المادة 14 تجاري على أن:" الدفاتر التي يلتزم الأفراد بمسكها والتي لا تراعي فيها الأوضاع المقررة أعلاه، لا يمكن تقديمها للقضاء ولا يكون لها قوة الإثبات

[1] قانون رقم 07-11، المؤرخ في 2007/11/25، يتضمن النظام المحاسبي المالي، ج ر، ع74.

[2] أنظر المادة 12 من القانون التجاري.

[3] المحكمة العليا، رقم 46728 صادر في 1988/05/08، يتعلق بحفظ الدفاتر اليومية والمستندات التجارية لمدة عشر سنوات، مجلة المحكمة العليا، ع2، ص85.

[4] أنظر المادة 24 من قانون النظام المالي والمحاسبي.

[5] حسناوي روابحية فاطمة، مرجع سابق، ص356.

أمامه لصالح من يمسكونها وذلك مع عدم المساس بما ورد النص بشأنه في كتاب الإفلاس والتفليس".

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري حرصا منه على احترام الأحكام الخاصة بالدفاتر التجارية، رتب على عدم مسكها الجزاء الجنائي[1].

لذا ينبغي أن يتحقق فيها الشروط الشكلية ومقتضى هذا الشرط هو عدم قبول الدفاتر غير المنتظمة كدليل في الإثبات لصالح صاحبها ضد خصمه التاجر، ذلك لعلة أن عدم انتظام الدفاتر يؤدي إلى عدم الثقة في قيود بياناتها[2]. هناك من يرى، وجود تناقض في موضوع اشتراط تنظيم الدفاتر التجارية، لأن هذه الخاصية تشكل أهمية كبيرة لصدقية ودقة المحاسبة. وإذا كانت محاسبة أحد الطرفين منتظمة، ومحاسبة الخصم غير منتظمة، رجحت الأولى على الثانية، وفي جميع الأحوال لا لبس في المحاسبة غير المنتظمة في الاحتجاج بأي بيان فيها، تبعا لمبدأ حرية الإثبات[3]. فكيف يشترط المشرع انتظام الدفاتر التجارية للأخذ بما ورد فيها في الإثبات ثم يعطي الحق للقاضي بأخذ ما يرد في الدفاتر إن لم تكن منتظمة[4]؟

للإجابة على هذا السؤال، يرع الباحث أنه لا مانع من أن يولي القاضي ثقته بالدفاتر التجارية ولو لم تكن منتظمة، متى اطمأن إلى صحة ما جاء بها وهي مسألة تقديرية يترك الفصل فيها لقاضي الموضوع. ولا يخضع في هذا المجال لرقابة المحكمة العليا لأن الأمر يتعلق بإثبات التزامات التاجر.

إن المشرع لم يجعل الدفاتر التجارية دليلا كاملا ولم يفرد لها حجية مطلقة في الإثبات، ولكنه أجاز للقاضي أن يعتبر الدفاتر المنتظمة بمثابة قرينة على صحة ما جاء بها إلا أنها قرينة بسيطة يمكن إقامة الدليل على عكسها ولما كان الاثبات حرا في المسائل التجارية فقد

---

[1] حسناوي روابحية فاطمة، مرجع سابق، ص357.

[2] القليوبي سميحة، مرجع سابق، ص162.

[3] بوعوين المهدي، زلاج محمد، مرجع سابق، ص50.

[4] طويل شمسان خالد حسناوي، التزامات التاجر الإجرائية في القانون التجاري اليمني، ماجستير، الأردن، 2008، ص136.

أجاز لمن احتج عليه بما جاء في الدفاتر التجارية، أن يقيم الدليل بكافة طرق الإثبات ليثبت عكس ما احتج عليه فيها[1].

لما كان الأصل في المسائل التجارية حرية الإثبات، فقد اقتضى ذلك أن يكون قبول الدفاتر التجارية في الإثبات اختياريا وجوازيا مهما كانت هذه الدفاتر منتظمة. فإن شاء قرر لها الحجية واعتبرها دليل آخر وذلك بسبب ما تهديه إليه قناعته.

في اعتقاد الباحث، أن هذا الرأي مردود عليه، ذلك أنه إن لم تكن هذه القوة لحجية الدفاتر التجارية المنتظمة فما الجدوى من حرص المشرع على إلزام التاجر بمسك الدفاتر التجارية المنتظمة؟ كما حرص التاجر وتحمله عناء مسك الدفاتر التجارية ليستعين بها في إثبات حقوقه عند الاختلاف مع الغير وإلا لأصبحت الدفاتر التجارية بدون معنى ولا أهمية[2].

المبحث الثاني: إشكالية الإثبات في العمل المختلط.

تبنى القانون التجاري الجزائري مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية بكافة الوسائل التي يراها التاجر مناسبة لدعواه أمام القاضي، مما دفعنا لمعرفة طبيعة هذا المبدأ لكي نتوصل إلى معرفة الأعمال المختلطة التي تخضع لها المنازعات ذات الطبيعة المختلطة (المطلب الأول). وهذا ما يدفعنا أيضا لمعرفة مدى حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر ضد غير التاجر وضد مصلحة التاجر (المطلب الثاني) وهي كالاتي:

المطلب الأول: مفهوم الأعمال المختلطة.

نعلم أن مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية هو الذي يأخذ به القضاء في النزاعات التجارية، ولعل هذا ما جعلنا نلتفت أن هذا المبدأ يواجه به التاجر أمام القضاء في النزاعات ذات الطبيعة المختلطة. لذا سنتعرض إلى تعريف الأعمال المختلطة (الفرع الأول) وخضوع المنازعات ذات الطبيعة المختلطة لمعيار مزدوج.

[1] حسناوي روابحية فاطمة، مرجع سابق، ص367.

[2] حسناوي روابحية فاطمة، مرجع سابق، ص367.

الفرع الأول: تعريف الأعمال المختلطة.

يقصد بالأعمال المختلطة، الأعمال التي تعتبر تجارية بالنسبة لأحد أطراف النزاع ومدنية بالنسبة للطرف الآخر. ومثال ذلك قيام مزارع ببيع المحاصيل التي تنتجها أرضه إلى تاجر غلال بقصد إعادة بيعها، فالعمل يعد مدنيا بالنسبة للمزارع، وتجاريا بالنسبة للتاجر. والأعمال المختلطة ليست طائفة مستقلة من الأعمال التجارية يمكن أن تضاف إلى الأعمال المنفردة، والمقاولات التجارية، والأعمال التجارية بالتبعية، وإنما هي أحد الأعمال التي تندرج تحت أخد هذه الأنواع، في الحالة التي يكون فيها العمل تجاريا بالنسبة لأحد الأطراف ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر.

وقد استقر الرأي في الفقه والقضاء على إخضاع هذه الأعمال للقانونين التجاري والمدني، بحيث يطبق القانون التجاري على من يعتبر العمل تجاريا بالنسبة له ويطبق القانون المدني على من يعتبر العمل مدنيا بالنسبة له.

وإن كان يبدو سهولة تطبيق الحل المنصوص عليه في القانون بالنسبة لمشكلة الاختصاص القضائي والإثبات.

تتحدد قواعد الإثبات التي يجب الاحتكام إليها بالنظر إلى طبيعة العمل بالنسبة للمدعى عليه. فإذا كان تاجرا أو العمل بالنسبة له تجاريا فيجوز للمدعى عليه غير التاجر أو كان العمل بالنسبة له مدنيا فيجب على المدعي أن يثبت المنازعة طبقا لقواعد الإثبات المدنية. أي ٱلإثبات بالكتابة إذا جاوزت قيمة النزاع 100.000 دينار جزائري. وتحديد قواعد الإثبات الواجبة التطبيق على النزاع لا تتوقف على طبيعة المحكمة المختصة في الجائز رفع الدعوى أما المحاكم المدنية وإعمال قواعد الإثبات التجارية إذا كان المدعى عليه تاجر، حيث يستطيع المدعى إثبات النزاع بشهادة الشهود والقرائن وكافة طرق ٱلإثبات الأخرى أيا كانت قيمة النزاع

حتى ولو جاوزت قيمته 100.000 دينار. أما المدعى وهو التاجر فيتعين عليه الالتزام بقواعد الإثبات المدنية بالكتابة إذا جاوزت قيمة النزاع 100.000 دينار[1].

نعلم أن مبدأ تقييد الإثبات في المادة المدنية هو الذي يحكم هذه الأخيرة، وفقا لمقتضيات المادة 333 من القانون المدني[2]، ولعل ما يثير الانتباه هو أن هنا المبدأ يواجه به التاجر أمام القضاء في النزاعات ذات الطبيعة المختلطة، كالنزاع الذي يثور بين مزارع وتاجر الحبوب الذي يقتني المواد بنية بيعها ويضارب على الربح، فالعبرة هنا بطبيعة النزاع لا بنوع المحكمة المعروض عليها، وهذا من شأنه أن يعطل أمد النزاع أمام القضاء إذ أن هذا يتعارض مع ما تقتضيه التجارة من سرعة وثقة وائتمان، إذ أن اشتراط الدليل الكتابي في المعاملات التي تزيد قيمتها 100.000 دج، يبقى في نظرنا شرطا مجحفا في حق التاجر، ذلك أن هذا المبلغ هو ذو قيمة زهيدة في عصرنا الحاضر، إذ العديد من التجار يبرمون عقودا مع غيرهم من الأشخاص المدينين دون تحريرها، إذ أن التاجر يضارب من أجل إبرام أكثر عدد من الصفقات في وقت وجيز، مما يستدعي معه إعادة النظر في مقتضيات المادة 333 من القانون المدني[3].

الفرع الثاني: خضوع المنازعات ذات الطبيعة المختلطة لمعيار مزدوج.

حيث أن خضوع الإثبات في المنازعات ذات الطبيعة المختلطة لمعيار مزدوج، يخدم مصالح الطرف المدني، أكثر من الطرف الذي يعد العمل بالنسبة إليه عمل تجاريا، حيث يجوز للطرف المدني اللجوء إلى جميع الوسائل الإثبات في مواجهة خصمه التاجر، في الوقت الذي يلزم فيه الأخير بالدليل الكتابي كلما جاوز قيمة الدعوى المبلغ المشار إليه أعلاه[4].

لهذا من غير المعقول إخضاع نظام قانوني موحد للعمل المختلط، للذا وجب الأخذ بنظام مزدوج مقتضاه تطبيق القواعد التجارية على الطرف التجاري وتطبيق القانون المدني على الطرف المدني، وهذا ما سوف يخلق مشاكل لا حصر لها في الحياة العملية فيلجأ القضاء

[1] http://almeria.com;18/10/2017; 13 :18h.

[2] أنظر المادة 333 من القانون المدني.

[3] منصور داود، ساعد العقون، مرجع سابق، ص15.

[4] منصور داود، ساعد العقون، مرجع نفسه، ص15.

عند الفصل في النزاع تارة للقانون المدني وتارة أخرى لقواعد القانون التجاري ومن بين هذه المشاكل، وهي أن الأصل في القانون التجاري هو حرية الإثبات أما وسائل الإثبات فهي مقيدة في القانون المدني لكن عندما نكون بصدد عمل مختلط وقد عرض النزاع أمام القضاء فهنا يعكس المبدأ ويكون للطرف المدني الحق في مواجهة خصمه الطرف التجاري بشتى الوسائل كالبينة والقرائن....أما التاجر فهو مقيد وفقا لقواعد القانون المدني ونلاحظ أن التزام الطرف التجاري باتباع قواعد الإثبات المدنية ضد خصمه المدنس يدفع به إلى إبرام عقد كتابي كلما تعاقد مع طرف مدني ومتى كانت قيمة العقد تزيد عن ألف دينار[1].

من خلال ما تمت الإشارة إليه سلفا، يتبين أن إقرار المشرع لقواعد إثبات ذات طبيعة مزدوجة، في الأعمال المختلطة له ما يبرره في نظر المشرع، الذي يستهدف إقرار حماية للطرف المدني حتى لا يعامل بقواعد الإثبات خصمه التاجر.

استثناءا مما سبق، يمكن للطرف الذي يعد العمل تجاريا بالنسبة إليه، إقامة الدليل أمام القضاء بالدفاتر التجارية، لكن بشروط[2]:

- أن يكون موضوع النزاع سلعة قام التاجر بتوريدها إلى عميله غير التاجر.
- يستوي أن يكون العمل مدنيا بالنسبة للطرف غير التاجر أو تجاريا بالنسبة للطرفين.
- أن يكون محل الالتزام مما يجوز إثباته بالبينة للطرف غير التاجر، أي لا يتجاوز مبلغ 100.000 دج.
- أن يكمل القاضي الدليل المستخلص من دفتر التاجر إلا بطريقة واحدة هي توجيه اليمين المتممة، فلا يجوز أن يكمل الدليل عن طريق شهادة الشهود أو القرائن[3].

[1] https://cte.univ-setif2.dz; 21/2/2017; 2 :58pm.

[2] محرز أحمد، مرجع سابق، ص156 و157.

[3] منصور داود، ساعد العقون، مرجع سابق، ص15.

المطلب الثاني: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر ضد غير التاجر وضد مصلحة التاجر.

إن حجية الدفاتر التجارية لها دور مهم في الإثبات أمام القضاء لأنها تعتبر حجة قوية مالم يقم دليل أقوى منه في مستندات التاجر سواء ضد غير التاجر أو ضد مصلحة التاجر. لأن مجرد الاعتراف لهذ الأخيرين قد جاء مخالفا لمبدأين هامين من المبادئ العامة للإثبات وهما: عدم جواز إنشاء الشخص دليلا لنفسه وعدم إجبار الشخص بتقديم دليل ضد نفسه ولكن لاعتبارات خاصة بالنشاط التجاري[1].

نستعرض في (الفرع الأول) حجية الدفاتر التجارية ضد غير التاجر وفي (الفرع الثاني) حجية الدفاتر التجارية ضد مصلحة التاجر.

الفرع الأول: حجية الدفاتر التجارية ضد غير التاجر.

تبعا لقاعدة لا يجوز لأحد أن يصطنع دليلا نفسه، لا تصلح كدليل الوثائق المحاسبية لمصلحة التاجر ضد الغير، ولكن المشرع كما رأينا سابقا خرج عن هذا الأصل، وأجاز للتاجر أن يحتج بوثائقه المحاسبية على غير التاجر[2].

يجوز للقاضي أن يستمد من دفاتر التاجر قرائن يستند إليها في الفصل في النزاع بين التاجر وغير التاجر الذي يستحيل عليه الدفاع عن نفسه ضد دفاتر التاجر وذلك في حدود جواز الإثبات بالبينة والقرائن واعتبرها المشرع بداية ثبوت بالكتابة. يجوز للقاضي أن يكمله بتوجيه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين وفي هذا تعتبر الدفاتر التجارية وسيلة إثبات عند إبرام العقود التجارية وهذا ما نصت عليه المادة 30 تجاري حيث نصت على:" يثبت كل عقد تجاري:

1-سندات رسمية،

---

[1] حسناوي روابحية فاطمة، مرجع سابق، ص362.

[2] القليوبي سميحة، مرجع سابق، ص197.

2-سندات عرفية،

3-فاتورة مقبولة،

4-بالرسائل،

5-بدفاتر الطرفين،

6-بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى رأت المحكمة وجوب قبولها."

كما تؤكد هذا أحكام المادة 330 من القانون المدني[1] حيث يجب وفقا لهذه المادة أن تتوفر شروط معينة حتى تكون للدفاتر حجية بين التاجر وغير التاجر وهي:

1-أن يكون موضوع النزاع توريد خدمات أو بضاعة ترتبط بنشاط التاجر،

2-ألا تزيد قيمة التوريد على نصاب البينة،

3-أن الاعتداد بالدفاتر في الإثبات تتم تكملة بتوجيه اليمين من طرف القاضي،

4-أن يكمل القاضي الدليل المستخلص إلا بطريقة واحدة وهي اليمين المتممة.

ضف إلى ذلك ما تشير إليه المادة 31 قانون تجاري[2] أنه بالنسبة للأسهم وحصص الشركاء في الشركات المالية والصناعية والتجارية أو المدنية والتي يحصل نقلها بموجب تحويل في دفاتر الشركة يجب أن يثبت الرهن بعقد رسمي ويجب أن تقيد هذه العملية على سبيل الضمان في الدفاتر المذكورة.

إن اليمين المتممة يوجهها القاضي للتاجر صاحب الدفاتر التجارية ليحلف على صحة ما دونه من بيانات على غير التاجر وذلك استكمالا لدليله الناقص في حالة ما إذا قرر القاضي أن يأخذ بما دون في دفاتر التاجر كدليل ناقص ولهذا السبب سميت باليمين المتممة[3].

[1] أنظر المادة 330 من القانون المدني.

[2] أنظر المادة 31 من القانون التجاري.

[3] حسناوي روابحية فاطمة، مرجع سابق، ص368 و396.

الفرع الثاني: حجية الدفاتر التجارية ضد مصلحة التاجر.

إن الأصل وفقا لقواعد الإجراءات هو عدم إجبار شخص على تقديم دليل ضد نفسه ولكن الثقة التي هي أساس المعاملات التجارية أدت إلى استقرار الرأي على جعل دفاتر التاجر أساس يجيز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم إجبار التاجر بتقديم دفاتره التجارية للاطلاع على القيود المدونة فيها والمتعلقة بموضوع النزاع.

تعتبر الدفاتر التجارية بمثابة إقرار كتابي من التاجر[1]، لذا تعد حجية كاملة في الإثبات ضده إذ صدرت منه سواء كان الدين تجاريا أم مدنيا وسواء كانت الدفاتر منتظمة أم غير منتظمة. إذن هذه الدفاتر تعد حجة له وعليه وللقاضي دائما سلطة تقديرية في تحديد قوة حجيتها في الإثبات[2].

لا يجوز تجزئ أو استبعاد ما ورد من بيانات في الدفاتر التجارية، تضاد دعواه، فإما أن يأخذها كاملة أو يتركها كاملة. إلا أن قاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار، مشروطة بأن تكون الوثائق المحاسبية للتاجر منتظمة[3]، أما إذا كانت غير منتظمة، فالقاضي يقدر مضمونها، دون أن يتقيد بالقاعدة المذكورة[4].

وكمثال على ذلك، أن تاجر له وثائقه المحاسبية منتظمة، فقام بشراء بضاعة من شخص آخر، وقيد هذا الشراء وسداد الثمن في وثائقه المحاسبية المنتظمة، فهذا القيد يعد حجة على التاجر، فلا يجوز للبائع تجزيئ هذا البيان، بأن يبعد منه ما تعلق بدفع الثمن. في حين إذا كانت الوثائق المحاسبية غير منتظمة، لا يجوز لمن ورد البضاعة أن يتمسك ضد التاجر بواقعة شرائه للبضاعة التي أثبتها في وثائقه المحاسبية، ويبعد واقعة دفع الثمن، ويكون حينها على التاجر صاحب الوثائق المحاسبية أنه يثبت أنه دفع الثمن البائع، بكافة وسائل الإثبات[5].

---

[1] ناصيف إلياس، مرجع سابق، ص63 وما بعدها.

[2] حسناوي روابحية فاطمة، مرجع سابق، ص369.

[3] حسني عباس محمد، الدفاتر التجارية والالتزام بمسك الدفاتر التجارية وحجيتها في الإثبات، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1958، ص30.

[4] طه مصطفى كمال، مرجع سابق، ص147.

[5] محرز أحمد، مرجع سابق، ص197.

يخلص الباحث، إلى أنه لتحقيق الهدف من مسك الدفاتر التجارية من طرف التاجر لابد من الحرص على دقة تنظيمها من قبل الدوائر والمصالح الحكومية (ضرائب، ضمان اجتماعي، ومصالح الرقابة....)[1].

إن الواقع التجاري الحديث أفرز الكثير من المعطيات والتقنيات الحديثة والفعالة في مجال التعامل بالدفاتر التجارية ومسكها وبالتالي يحتم على المشرع إيجاد أرضية قانونية لاسيما قواعد الشريعة العامة. فبالرغم من الخطوة التي خطاها المشرع سنة 2005 فهي في اعتقاد الباحث تدبير استعجالي لا غير، الهدف منه الاعتراف بالتوقيع الالكتروني والكتابة الالكترونية وذلك من خلال تعديل بعض المواد فقط من القانون المدني دون أن يلم هذا التعديل بمقتضيات المعاملات الالكترونية خاصة في مسألة الإثبات والتي من شأنها عرقلة انتشار العقود الالكترونية بالإضافة إلى ضرورة تعديل أحكام الإثبات التقليدية وعليه لابد من:

ضرورة إعادة النظر في القواعد القانونية المتعلقة بالإثبات حتى تتماشى مع مستجدات التكنولوجيات الحديثة في ميدان المعاملات التجارية الالكترونية، كما يقع على المشرع كذلك واجب مسايرة ومواكبة التطور السريع والشديد لفن المحاسبة وإدارة الأعمال التجارية وفن مسك الدفاتر التجارية التي أصبحت في متناول الكثير من التجار وكذا الخدمات التي تؤديها هذه التقنيات الحديثة التي أدخلت على الدفاتر التجارية وقضية مسكها والتسهيلات المتوفرة للتجار[2].

[1] حسناوي روابحية فاطمة، مرجع نفسه، ص369.

[2] حسناوي روابحية فاطمة، مرجع نفسه، ص369 و370.

خلاصة:

أن مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل القضاء إلى بيان سلطة القاضي في التعامل مع وسائل الإثبات المعمول بها في المواد التجارية، بحيث نص القانون على الطرق التي يستطيع فيها القاضي استنباط الدليل المتعلق بالنزاع وذلك بطريقتين إما عن طريق التقديم أو الاطلاع عن الدفاتر التجارية لمصلحة التاجر ضد تاجر آخر، ولكي تكون هذه الدفاتر التجارية لها حجية ضد تاجر آخر لابد أن يكون النزاع متعلق بعمل تجاري وبين تاجرين، لهذا أوجب المشرع على التاجر مسك الدفاتر مع حرص منه على انتظامها.

لكن مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية نجده يتعارض في حالة ما إذا كنا أمام عمل مختلط، يؤدي بنا إلى حتمية خضوع المنازعات التجارية ذات طبيعة مختلطة إلى معيار ازدواجية القضاء فإذا كان بالنسبة للتاجر عمل تجاري فإنه يخضع لقواعد الإثبات الحر أما إذا كان بالنسبة له عمل مدني فإنه يتقيد بالإثبات المذكور في القانون المدني وهذا ما اقتضته طبيعة التعامل التجاري.

فحجية الدفاتر التجارية في الإثبات تكون دليل متعلق بموضوع النزاع لمصلحة التاجر إما تكون ضد غير التاجر وإما ضد مصلحة التاجر.

خاتمة

من خلال دراستنا، خلصنا إلى أن البيئة التجارية اتسمت بخصائص متميزة، ركيزتها هما عاملي السرعة والائتمان في المعاملات التجارية، مما جعل المواد التجارية تمتاز بقواعد خاصة في الإثبات، مختلفة عن تلك المعتمدة في المواد المدنية، ومن هذه القواعد قاعدة حرية الإثبات في المواد التجارية، إذ يسمح هذا المبدأ إثبات الأعمال التجارية بكافة طرق الإثبات والتي لا حصر لها، بما فيها الدفاتر التجارية، الكتابة، الشهود،... وغيرها من الوسائل المذكورة في القانون التجاري تصلح للإثبات أمام القضاء، وللقاضي السلطة الواسعة في تقدير وقبول الأدلة المعروضة عليه من قبل الخصوم والتحري في الوقائع محل النزاع.

وتعتبر الدفاتر التجارية من أهم الوسائل التي اعتنى المشرع التجاري بتنظيمها، نظرا لما تحتويه من بيانات ودلائل متعلقة بتجارته يسجلها التاجر فيها، لذا قد تكون الدفاتر التجارية دليلا لمصلحة التاجر ضد خصمه، أو قد تكون هذه الدفاتر دليلا ضد مصلحته.

هذا ونخلص من خلال ما سبق إلى النتائج التالية:

- إن لمبدأ حرية الإثبات مكانة مهمة في القانون التجاري من خلال اعتماده بموجب نص المادة 30 من القانون التجاري[1] يكرس السرعة المطلوبة في المعاملات التجارية، حيث أعطى المشرع للتجار الحرية في إبرام التصرفات القانونية وإثباتها، بعيدة عن الشكلية المفروضة في القانون المدني.
- قاعدة حرية الإثبات في المواد التجارية ليست من النظام العام، إذ يجوز للمشرع تقييد هذه الحرية كما فعل في العقود الواردة على الشركات التجارية والمحل التجاري وغيرها، ويجوز كذلك للمتعاملين التجار الاتفاق على وسائل محددة للإثبات على خلاف قاعدة حرية الإثبات، ويكون هذا الاتفاق ملزما لأطرافه.
- مبدأ حرية الإثبات يسري على التجار عند ممارستهم للأعمال التجارية وبالشكل الذي تطلبه القانون، كما يجب النظر إلى طبيعة الأعمال المراد الإثبات فيها، فالإثبات يرتبط بالعمل التجاري ارتباطا وثيقا.

[1] أنظر المادة 30 من القانون التجاري.

- إن تكريس المشرع لحرية الإثبات في المواد التجارية وضعنا في إشكالية لما نكون بصدد عمل مختلط.
- قواعد الإثبات في المواد التجارية مشتتة بين قانون الإجراءات المدنية والقوانين الأخرى كالقانون المدني والقانون التجاري، فالمشرع لم ينظم الكثير من مسائل الإثبات في المواد التجارية، مما جعل هذه الأخيرة تخضع للقواعد العامة للإثبات الموجودة في القانون المدني، أما ما تم تنظيمه ضمن القواعد الخاصة يكاد يقتصر على الدفاتر التجارية فيما عدى ذلك يخضع للقواعد العامة أكثر من خضوعه للقواعد الخاصة، حيث أن القواعد الخاصة بالإثبات في المسائل المدنية تشكل الغالبية المنظمة للقواعد المنظمة للإثبات في المسائل التجارية، فالمشرع لا زال ينظر للمسائل التجارية كنظرته للمسائل المدنية، وهذا ما يؤثر سلبا على الحياة التجارية سواء في العلاقة بين التجار فيما بينهم، أو في عمل القاضي التجاري الذي يتأثر بقواعد الإثبات المتعلقة بالمسائل المدنية، مما ينعكس على أحكامه التي تعتبر اجحافا في حق المدعين التجار.
- كما أن إطلاق المشرع العنان للشكلية في مجال المعاملات التجارية من شأنه أن يعرقل من حرية المبادرة وهي السمة المميزة لقطاع الأعمال والبيئة التجارية، لاسيما في ظل التنافسية الحادة بين الشركات في إطار العولمة الاقتصادية ومن أجل ضمان التواجد في السوق.

ومن خلال النتائج المتوصل إليها يمكن أن نقترح التوصيات التالية:

- من المستحسن على المشرع التجاري إعادة تكريس عنصري الحرية والرضائية في المسائل التجارية، وأن يخفف من حدة تشدده في اشتراط الشكلية في بعض المواد التجارية، والإبقاء على الشكلية في المواد التجارية إلى الحد الذي تكون معه مواكبة للأوضاع الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي يعشها العالم دون مغالاة.

- من المستحسن على المشرع وضع تنظيم خاص بالإثبات التجاري مستقل عن الأحكام العامة للإثبات في المسائل المدنية، حتى لا تفرغ المواد التجارية من معناها.

– ضرورة منح المساعدين للقاضي التجاري مدلولا حقيقيا لأن الواقع يثبت أن دورهم برتوكولي لا غير.

– من المستحسن على المشرع تعديل قانون الاجراءات التجارية بحيث يمنح معه للأطراف والقاضي حرية أكبر في مجال الإثبات تتلاءم مع مبدأي السرعة والائتمان اللذان يميزان الأعمال التجارية.

قائمة المصادر والمراجع

LES Références

المراجع باللغة العربية

أولا: المصادر.

القرآن الكريم

ثانيا: المراجع.

1-مراجع باللغة العربية.

أ-الكتب.

- **الكتب العامة:**

1-الجراخ علي أحمد، قواعد الاثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

2-السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، 1968.

3-نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.

- **الكتب المتخصصة:**

1-أبو حلو حلو، عباس كريم زهير، الوجيز في شرح القانون التجاري الأردني، ج1، ط2، مركز حماد للطباعة، الأردن، 2002.

2-أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية، 1980.

3-البارودي علي والعريني محمد فريد، القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004.

4-الخضير يوسف بن عبد محمد، حرية الإثبات في النظام التجاري، استجلاء النص واستدعاء الواقع، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، د س ن.

5-السباعي أحمد شكري، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية، ج1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2001.

6-السباعي أحمد شكري، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية، ج2، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2001.

7-السيد الفقي محمد، دروس في القانون التجاري الجديد، الأعمال التجارية والتجار، الاسكندرية، 2000.

8-العريني محمد فريد، دويدار هاني، مبادئ القانون التجاري والبحري، دار الجامعية الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2000.

9-الغرياني المعتصم بالله، القانون التجاري، النظرية العامة للحرفة التجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.

10- القليوبي سميحة، القانون التجاري الكويتي، نظرية الأعمال التجارية والتاجر والمحل التجاري، المطبعة العصرية، الكويت، 1974.

11-القليوبي سميحة، المحل التجاري، بيع المحل التجاري ورهنه وتأجير استغلاله، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

12-القليوبي سميحة، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

13-بوذياب سليمان، القانون التجاري، التجارة والتاجر، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1995.

14-جاد حسن، شرح القانون التجاري العراقي، ج1، بغداد، 1941.

15-جميعي حسن عبد الباسط، لإثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنيت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

16-حسني عباس محمد، الدفاتر التجارية والالتزام بمسك الدفاتر التجارية وحجيتها في الإثبات، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1958.

17-حمد الله محمد حمد الله، حماية مصالح بائع المحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

18- حمد الله محمد حمد الله، نظرية الإثبات في قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، دار النهضة العربية، د ط، القاهرة، 2008.
19- دويدار هاني، التنظيم القانوني للتجارة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2001.
20- شميعة عبد الرحيم، القانون التجاري الأساسي (الأعمال التجارية، نظرية التجار، الأصل التجاري)، مكان النشر غير مذكور.
21- صالح باسم محمد، القانون التجاري، القسم 1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012.
22- طه مصطفى كمال، أصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1994.
23- فضيل نادية، القانون التجاري الجزائري، (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، ط 9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
24- كوماني لطيف جبر، الشركات التجارية، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012.
25- لطفي جمعة عبد المعين، موسوعة القضاء في المواد التجارية (الأعمال التجارية، الأوراق التجارية)، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، 1967.
26- لفروجي عمر، التجار وقانون التجارة بالمغرب، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1997.
27- لفروجي محمد، التاجر وقانون التجارة بالمغرب، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 1999.
28- معلال فؤاد، شرح القانون التجاري الجديد، نظرية التاجر والنشاط التجاري، ج1، دار الآفاق المغربية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، د س ن.
29- ناصيف إلياس، الكامل في القانون التجاري، ج1، عويدات للطباعة والنشر، بيروت، 1999.
30- ياملكي أكرم، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، ج1، ط2، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1968.
31- يونس حسن علي، القانون التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978.

ب-الرسائل والمذكرات:

1-الخياري محمد، الإثبات في المادة التجارية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة المالك السعدي، طنجة، 2017/2016.

2-بوعرين المهدي، زلاج محمد، حرية الإثبات في المادة التجارية، لنيل شهادة الإجازة في الدراسات الأساسية في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن طفيل، المغرب، 2020/2019.

3-حسناوي روابحية فاطمة، الشكلية في القانون التجاري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2019/2018.

4-طويل شمسان خالد حسناوي، التزامات التاجر الإجرائية في القانون التجاري اليمني، ماجستير، الأردن، 2008.

5-ميثاق طالب عبد حمادي وخالد عيسى نهى، حدود مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق،2019/5/15.

6-زياني مروان، نظام الإثبات في المادة التجارية وفقا لأحكام التشريع والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل ديبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة، 2013/2012.

7-نعيم زهير، القانون التجاري، التاجر والأنشطة التجارية والأصل التجاري، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، المغرب، 2019.

ج-المقالات:

1-العكيلي عزيز، احتراف الأعمال التجارية كشرط لازم لاكتساب صفة التاجر، مجلة الحقوق الكويتية السنة العاشرة، ع 2، 1986.

2-بوخذة عمر، التاجر والعمل التجاري في مدونة التجارة الجديدة، مجلة المحاماة، ع 14، 1999.

3-دحماي محمد الصغير، مدى تطبيق مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية والبحرية، مجلة قانون النقل والنشاطات المينائية، ع 1، 2014.
4-منصور داود، العقون ساعد، الإثبات التجاري بين السرعة والائتمان، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع3، جامعة عاشور زيان، الجلفة.

د-المطبوعات البيداغوجية:

1- عدنان عبد العلي، الشروط الواجب اتباعها لاكتساب صفة التاجر، محاضرات وحدة القانون التجاري، سلك الاجازة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2018/2017.

هـ- التشريعات.

- **القوانين:**

1-الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر، ع 78.
2-الأمر 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، ج ر، ع 78.
3-قانون رقم 07-11، المؤرخ في 2007/11/25، يتضمن النظام المحاسبي المالي، ج ر، ع74.
4-قانون رقم 18-05، المؤرخ في 10 مايو 2018، المعدل والمتمم، المتعلق بالتجارة الالكترونية، ج ر، ع28.

- **الأوامر:**

1-الأمر 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، ج ر، عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

- **قرارات:**

1-المحكمة العليا، رقم 46728 صادر في 1988/05/08، يتعلق بحفظ الدفاتر اليومية والمستندات التجارية لمدة عشر سنوات، مجلة المحكمة العليا، ع2.

2-قرار المحكمة العليا رقم 84034، صادر بتاريخ 1992/7/7، مجلة القضائية، ع 3، 1993.

مراجع باللغة الفرنسية

BLAISE : Droit des affaires ; paris ; 1999 ; p243.

الفهرس

العنوان	الصفحة
مقدمة	أ-هـ
الفصل الأول: ماهية مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية	
تمهيد	7
المبحث الأول: مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية	8
المطلب الأول: مفهوم المبدأ ومبرراته	8
الفرع الأول: تعريف مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية	8
أولا: المقصود بمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية	8
ثانيا: تطبيقات مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية	12
الفرع الثاني: مبررات إقرار مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية	17
أولا: كثرة العمليات التجارية	17
ثانيا: دعم الائتمان	18
المطلب الثاني: نطاق تطبيق مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية	19
الفرع الأول: نطاق تطبيق مبدأ حرية الإثبات من حيث الأشخاص	19
الفرع الثاني: مجال تطبيق مبدأ حرية الإثبات من حيث الموضوع	23
المبحث الثاني: القيود التي ترد على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية	26
المطلب الأول: القيود الاتفاقية	26
الفرع الأول: مبدأ حرية الإثبات ليس من النظام العام	26
الفرع الثاني: جواز اتفاق الأطراف على الإثبات بالكتابة	27
المطلب الثاني: القيود القانونية	29
الفرع الأول: الشكلية في المحل التجاري	29
الفرع الثاني: الشكلية في عقد الشركة	30
الفرع الثالث: الشكلية في الأوراق التجارية	31
خلاصة	32
الفصل الثاني: مبدأ حرية الإثبات في ظل القضاء	

تمهيد	34
المبحث الأول: سلطة القاضي في التعامل مع وسائل الإثبات المعمول بها في المواد التجارية	35
المطلب الأول: طرق الرجوع إلى الدفاتر التجارية	35
الفرع الأول: طريقة التقديم	35
أولا: التقديم بناء على طلب أحد الخصوم	37
ثانيا: التقديم يطلبه القاضي من تلقاء نفسه	38
الفرع الثاني: طريقة الاطلاع	38
أولا: قضايا الإرث	39
ثانيا: قسمة الشركة	39
ثالثا: حالة الإفلاس	40
رابعا: حالة اشتراك الدفاتر التجارية بين الأطراف	40
المطلب الثاني: حجية الدفاتر التجارية لمصلحة التاجر ضد تاجر آخر	41
الفرع الأول: أن يتعلق النزاع بعمل تجاري ويكون بين تاجرين	41
أولا: أن يتعلق النزاع بعمل تجاري	41
ثانيا: أن يكون بين تاجرين	42
الفرع الثاني: انتظام الدفاتر التجارية	43
المبحث الثاني: إشكالية الإثبات في العمل المختلط	46
المطلب الأول: مفهوم الأعمال المختلطة	47
الفرع الأول: تعريف الأعمال المختلطة	47
الفرع الثاني: خضوع المنازعات ذات الطبيعة المختلطة لمعيار مزدوج	48
المطلب الثاني: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر ضد غير التاجر وضد مصلحة التاجر	50
الفرع الأول: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر ضد غير التاجر	51

الفرع الثاني: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر ضد مصلحة التاجر	52
خلاصة	55
خاتمة	57
قائمة المراجع	61
الفهرس	67

الملخص:

ملخص:

يعد مبدأ حرية الإثبات في القانون التجاري مظهر من مظاهر النظام الحر، من خلال ما تتسم به الحياة التجارية من مميزات خاصة تختلف عن القواعد المألوفة في القانون المدني، وهذا راجع لتأثر الحياة التجارية بعاملي السرعة والائتمان التي تتطلبها المعاملات التجارية. فمبدأ حرية الإثبات في القانون التجاري، يسمح بإثبات الأعمال التجارية بكافة الوسائل، بما في ذلك شهادة الشهود والدفاتر التجارية وهذه الأخيرة بينا مدى حجيتها أمام القضاء أو أي وسيلة مناسبة لإثبات دعواه إذا تبين للقاضي وجوب قبولها. لكن فرضت قيود على هذا المبدأ إما بقوة القانون أو اتفاق الطرفين.

الكلمات المفتاحية: مبدأ حرية الإثبات، الدفاتر التجارية، المواد التجارية، التاجر، القانون التجاري، القضاء، وسائل الإثبات.

Résumé :

Le principe de la liberté de la preuve en droit commercial est une manifestation du régime libre, à travers les particularités de la vie commerciale en droit civil, et cela tient à l'impact de la vie commerciale sur les factures de rapidité et de crédit requis par les transactions commerciales. Principe de la liberté de la preuve en droit commercial, permet de prouver les affaire les livres de commerce par tous moyens ; y compris le témoignage de témoins et les livres de commerce, et ces derniers ont indiqué l'étendue de leur validité devant la justice ou tout moyen approprié pour prouver son cas si le juge conclut qu'il droit être accepté. Cependant, des restrictions ont été imposées à ce principe, soit par la force de la loi, soit par accords des parties.

Mots-clés : le principe de la liberté de la preuve, livres d'affaires, matériel commercial, commerçant, Droit commercial, judiciaire, Moyens de preuve.