



جامعة الأزهر - غزة

عمادة الدراسات العليا والبحث العلمي

كلية الحقوق - قسم القانون الخاص

الشهادة ودورها في الإثبات المدني

والتجاري

(دراسة مقارنة)

Testimony and its Role in Proving

In Civil and Commercial Articles

(A Comparative Study)

الرسالة مقدمة من

الباحث/ إبراهيم محمد صبرى المدني

إشراف

الدكتور/ عبدالله خليل الفرا

أستاذ قانون المرافعات المشارك

رئيس قسم القانون الخاص

استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

من كلية الحقوق - جامعة الأزهر - غزة

٢٠١٤م - ١٤٣٤هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾^(١)

(١) سورة البقرة - الآية رقم (٢٨٣).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عن القاضي الفاضل عبد الرحيم البيساني العسقلاني في رسالته للعماد الأصفهاني
أنه قال:

".....إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابه في يومه إلا قال في تحته: لو تخير
هذا كان أحسن، ولو زيد لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك
هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على
جملة البشر"

الإهداء

إلى من هداني خير السبيل، وجعل لي الحق دليلاً..... (الحبيب المصطفى ﷺ)

إلى من أستقي منهم حب العطاء، والعمل الدؤوب إذا كَلَّت أو مَلَّت... (أهل بلدي الحبيب).

إلى من أحمل اسمه بكل إفتخار، وعلمنى العطاء دون إنتظار..... (والدى العزيز).

إلى من كان دعائها سر نجاحى وحنانها بلسم جراحى
إلى ست الحبايب وأغلاهم..... (أمى الحبيبة).

إلى من بوجودها أكتسب قوة ومحبة لا حدود لها..... (أختى العزيزة).

إلى سندي وعزوتي..... (أخوتي الأعزاء).

إلى رفيقة دربى وشريكة حياتي، إلى معنى الحب والوفاء..... (زوجتى الحبيبة).

إلى شهداء فلسطين الذى سالت دمائهم دفاعاً عن أرضهم.

إلى أسرانا البواسل خلف قضبان السجون.

إلى من كان لي خير عون وسند..... (الرائد حقوقي/ محمد جهاد الشوبكي).

إلى الذين وقفوا بجانبى وساندوني فى كل خطوة من خطوة من خطوات حياتي.

ولكل من ساهم فى إتمام هذا الجهد المتواضع.

أهدى ثمرة هذا الجهد والبحث

الباحث

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التى تحمل عنوان:

"الشهادة ودورها فى الإثبات المدنى والتجارى"

أقر بأن ما اشتملت عليه الرسالة هو نتاج جهدى الخاص، بإستثناء ما تم الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أى جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أى درجة علمية أو بحث علمى أو بحثى لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى حسب معرفتى وإعتقادى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

اسم الباحث: إبراهيم محمد صبرى المدنى

التوقيع:

التاريخ:

شكر وتقدير

الحمد لله الذى خلق الانسان علمه البيان أنزل القرآن وجعله لكل شيء فصلا وتبيان ، الذى فهم فصل الخطاب لسليمان وجعل العدل لكل قاض عنوان ، الحمد لله الحكيم فى قضائه ، العادل فى جزائه ، القائل فى كتابه (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه والله بما تعملون عليم) والصلاة والسلام على سيدنا (محمد صلى الله عليه وسلم) خير من حكم فعدل وقضى بالقسط ، اللهم صلى وسلم وبارك عليه وعلى آله وصحبه والذين اهتدوا بهداه وساروا على منهاجه ، اما بعد . وامثالاً لقوله تعالى (لئن شكرتم لأزيدنكم) وقوله صلى الله عليه وسلم "من لا يشكر الناس لا يشكر الله" فلا يسعني الا ان أحمد الله عز وجل بداية حمدا يملأ الأرض والسموات على نعمائه الوافرة التي لا يحصيها عادٌ ولا يكتبها مداد.

وإذا كان من الواجب أن يذكر أهل الفضل بفضلهم وان يُخصَّ بعضهم بالذكر فإنني أتقدم بخالص شكري وعظيم تقديري وامتناني إلى استاذي الفاضل الدكتور/ "عبد الله خليل الفراء" أستاذ قانون المرافعات المشارك ورئيس قسم القانون الخاص والذى سعدت بإشرافه على هذه الرسالة فقد رافقني في هذه الرحلة وفتح لي قلبه وجاد علي بإرشاداته السديدة ، وتوجيهاته المفيدة ، والذى عهدته وعاء يتدفق علماً، معطاءً بلا حدود ومخلصاً بلا قيود، فكان نعم المرشد والمعلم والموجه حيث لم يبخل على بجهد أو وقت أو تشجيع ، معلماً ، مدققاً ، منقحاً ، فجزاه الله عني خير الجزاء وبارك في جهوده ونفع به الاسلام والمسلمين.

كما أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان الى استاذي الكريمين عضوي لجنة المناقشة الأستاذ الدكتور/ موسى أبو ملح ، والدكتور/ حمدي بارود والذى تشرفت بأني كنت طالبا عندهما في مرحلة البكالوريوس والماجستير واليوم ازداد تشرفاً لتفضلهما بمناقشة رسالتي وإثرائها بالتوجيهات النافعة والإرشادات الصائبة سائلاً الله المولي عز وجل أن يجزيهما عني خير الجزاء. كما أتوجه بالشكر إلى كل من قدم لي المساعدة في هذا المجال.

الملخص

تحظى قواعد الإثبات بأهمية بالغة في فروع القانون كافة، فالحق دون دليل يسنده هو والعدم سواء، فالدليل هو قوام حياه الحق ومعقد النفع فيها.

ولما كانت الشهادة هي إحدى وسائل الإثبات، بل هي الأعظم مكانه، والأقدم إستعمالاً، والأكثر إنتشاراً بين المتداعين، ونظراً لهد الأهمية جاءت هذه الدراسة لتتناول موضوع الشهادة بالبحث والمناقشة، وذلك من خلال ثلاثة فصول، تناولت فى الفصل الأول منه تعريف الشهادة لغه، وإصطلاحاً، وقانوناً، وقضاءً.

ثم تناولت الدراسة فى مبحث مستقل مشروعية الشهادة من الكتاب والسنة والإجماع والعقل كما وخلصت بذلك إلى مشروعيتها فى القوانين الوضعيه، فضلاً عن بيان خصائص التى تمتاز بها الشهادة من حيث كونها ذات حجه غير قاطعه ومقيده وغير ملزمه ومتعدية.

ومن ثم تناولت الدراسة أنواع الشهادة فى مبحث مستقل، وذلك لأن الشهادة تتعدد أنواعها بحسب الوجهة التى ننظر فيها إليها، فقد تكون الشهادة إما مباشرة، أو سماعية، أو بالتسامع، أو بالشهرة العامة.

ولما كانت الشهادة أمرها عظيم وأداؤها عبء ثقيل، ولكن حتى يوصف ما يصدر عن الشاهد بأنه شهادة فى مدلولها القانوني يجب أن يتوفر فيها عدة شروط، حازت على اهتمام الفقهاء فكان منها ما يتعلق بالشاهد ذاته، ومنها ما يتعلق بالشهادة ذاتها، كما ويشترط أيضاً أن يدلي الشاهد بشهادته وفقاً لإجراءات تتبعها المحكمة فى سماع الشهود.

لكل ذلك تناولت الدراسة فى الفصل الثانى الشروط الواجب توافرها فى الشاهد حيث يشترط فى الشاهد أن يكون بالغاً للسن القانونية خمس عشرة سنة، قادراً على التمييز، لديه الكفاءة الجسمانية للإدلاء بالشهادة، حر الإرادة، غير ممنوع من أدائها بسبب صفته أو مهنته أو قرابته، أو بسبب المصلحة العامة.

كما وتناولت الدراسة الشروط الواجب توافرها فى الشهادة ذاتها حيث يشترط فى الشهادة أن تؤدى أمام المحكمة وبصورة شفوية ، وكما ويشترط أن تؤدى فى خصومة فضلاً عن موافقتها للدعوى وللواقعة.

ويجب أن تؤدى الشهادة وفقاً لإجراءات معينه نظمها القانون وهذا ما تناولته الدراسة فى مبحث مستقل حيث بينت إجراءات الإثبات بالشهادة خلال نظر الدعوى، وكيفية تقديم طلب الإثبات بالشهادة خلال نظر الدعوى، وكيفية تقديم طلب سماع الشهود، والشروط الواجب توافرها فى الطلب، وكيفية الحكم فيه، وكيفية دعوة الشهود، وكيفية أداء الشهادة، ونفقاتها.

وبالرغم من الأصل أن يكون سماع الشهادة إجراء من إجراءات التحقيق في دعوى معروضة على القضاء، إلا أنه وفي سبيل المحافظة على دليل الشهادة من الضياع فقد أجاز المشرع أن يتم سماع شهادة الشهود بصفة مستعجلة من خلال طلب يقدم إلى قاضي الأمور المستعجلة، وهذا ما تناولته الدراسة وبينت الشروط الواجب توافرها لإجابة طلب التحقيق بسماع الشهود بصفة مستعجلة، كما بينت إختصاص قاضي الأمور المستعجلة لنظر مثل هذه الطلبات قيمياً ونوعياً ومحلياً، مع بيان الطرف الذي يتحمل مصاريف هذا الطلب.

أما الفصل الثالث والأخير فقد تناولت الدراسة نطاق الإثبات بالشهادة حيث بينت الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل وهي التصرفات القانونية التجارية والوقائع المادية والتصرفات القانونية المدنية التي لا تزيد عن النصاب مع بيان الأسس التي بموجبها يتم تحديد قيمة الإلتزام.

كما وبينت الدراسة الحالات التي لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود، وهي ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي، التصرفات القانونية المدنية التي تزيد عن النصاب، إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، إذا عدل أحد الخصوم عن طلبه المقدم في الدعوى إلى ما لا يزيد عن النصاب بعد أن كان يزيد عنه.

إلا وأنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إستثناءً وبأخذ هذا الإستثناء صورتين الصورة الأولى: الإستثناء الإتفاقي، حيث أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام، ولذلك يجوز للخصوم الإتفاق علي مخالفتها صراحة أو ضمناً كما يجوز لصاحب الحق التمسك بها أو التنازل عنها.

الثاني: الإستثناء القانوني: حيث بين القانون الحالات التي يجوز الإثبات بها بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، وهي مبدأ ثبوت الكتابة، ووجود مانع من الحصول على دليل كتابي، إذا كان العرف والعادة لا يقضيان بربط الإلتزام بسند كتابي، والظن في العقد إما لمخالفته القانون أو النظام العام أو الآداب العامة أو لوجود عيب من عيوب الإرادة، فضلاً على أن تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة دون مبرر قانوني، فيجوز للمحكمة أن تقبل الإثبات بالشهادة إستثناءً.

وقد تناولت الدراسة المواضيع السابقة وفق المنهج التحليلي المقارن بين نصوص قانون البيئات الفلسطينية رقم (٤) لسنة ٢٠٠١م، وقانون الإثبات المصري ٢٥ رقم لسنة ١٩٦٨م، وفقه الشريعة الإسلامية ما أمكن، مستنيرين في ذلك بما ذهب إليه الفقه وما قرره القضاء.

وأخيراً خلصت الدراسة إلى عدة توصيات كان أهمها إلى أن قانون البيئات الفلسطينية لم ينظم الإثبات بالشهادة تنظيمياً دقيقاً وأوصت بتعديل بعض النصوص، فضلاً عن أنها أوصت بحذف بعض النصوص الأخرى، مع بيان الأسباب والأسانيد القانونية الموجبة لذلك.

Summary

The rules of proving are given great importance in all sections of law because a right that has no evidence is equal to null. Thus evidence is an essence for rights to exist and be fruitful.

Since a testimony is one means of proving, being the top ranking, most senior in usage and the most popularly used by opponent parties, and in view of such importance, this study has been made to deal with the subject matter of testimony, by conducting research and discussion in three chapters. In the first chapter I dealt with the definition of testimony linguistically, legally, idiomatically and judicially. Then the study dealt in a separate sub-study with the legitimacy of a testimony in the Holy Book, Sunnah, consensus and in the sense. It also dealt with its legitimacy in ordinances, in addition to a listing of properties that a testimony has in terms of its being non-deterministic, bound, non-binding and translational.

Thereafter the study dealt with forms of testimony in a separate sub-study because testimonies have many forms according to the side we see it from: it might be direct, informational, by way of hearing or publicly known.

Due to testimony being of great importance and its deposition being a heavy burden, but in order for what a witness may depose to be a testimony in its legal significance, it must fulfill certain conditions that scholars had given great concern; some of these conditions are relating to the witness himself, some to the testimony itself, in addition to the condition that a witness should testify in accordance with certain procedures that the court applies when hearing witnesses.

Therefore, in the second chapter the study dealt with the characteristics that a witness must possess, where he/she must have reached a legal age of fifteen years, has a sense to distinguish, be physically competent for deposition, having free will and not prohibited from testifying due to his status, profession, relationship or due to public interest.

Furthermore the study dealt with the conditions that must be met in the testimony itself, where it is conditional that deposition must be before court and verbally. Also a deposition should be concerning a dispute and as well be coincidental with the lawsuit and incident.

A testimony must be deposed in accordance with specific procedures that are stipulated by law. This has been dealt with in the study in a separate sub-study where I explained the procedures of proving by testimony during proceedings, method of applying to give proof by testimony during

proceedings, method of applying for hearing witnesses, conditions that an application must meet, method of its judgment, method of calling a witness, method of deposition and expenses involved.

Although it is fundamental that hearing a testimony is one of investigation procedures in a lawsuit that is filed before the judiciary, in order to preserve the evidence of a testimony against loss, legislator permitted hearing a deposition on urgent basis through an application to urgent matters judge. This has been dealt with in the study and I explained the conditions that an must be met in order to entertain an application for hearing a deposition on urgent basis, and I also explained the competency of urgent matters judge for considering such application in respect of value, type and domain, and indicated the party who pays the expenses involved.

In the last and third chapter, the study dealt with the scope of proving by testimony. It explained cases in which proving by testimony of witnesses may be fundamentally allowed. These cases are common legal actions, materialistic incidents and civil legal acts that do not exceed an original condition, with an indication of the basis by which a value of an obligation is determined.

The study also showed cases where proving by testimony of witnesses will not be allowed. These are whichever contradicts or exceeds the contents of a written evidence, civil legal actions that exceed an original condition when the claim is a remainder or is part of a right that may not be proven except in writing, and if one of the opponent parties changed his claim in a lawsuit to become not more than the original condition after it had been more than that.

Nevertheless, and as an exception, proving may be done by testimony of witnesses in matters that ought to have been proven by writing. This exception has two forms: the first, exception by agreement, since the rules of proving are not in the public order, and therefore opponents may explicitly or impliedly agree to contradict with it, same as when the owner of a right may insist on or waive it. The second is the legal exception, where the law showed cases in which proving by testimony of witnesses may be done concerning matters that ought to have been proven by writing, that is "writing is a proof" principle, with the existence of a deterrent to obtain a written evidence, when norms do not require a written binding instrument, objection against a contract either because it violates the law, public order, morals or having a defect of will, in addition to failure of witnesses to attend for questioning without an acceptable reason or refused to answer without legal excuse,

then the court may accept, as an exception, a proving by testimony.

The study dealt, in as much as was possible, with the said subjects in accordance with the analytical approach that compares between Palestinian Evidences Law No. (4) for Year 2001 and Egyptian Proving Law No. (25) for Year 1968, and the Islamic jurisprudence, in light of the views of scholars and judicial rulings.

The study has been concluded with recommendations, most important of which is that the Palestinian Evidences Law carefully regulates testimonies. The study also recommended amendments for some of the stipulations of the Evidences Law concerning testimonies, and cancellations of some, giving the reasons and legal justifications therefore.

المقدمة

١ - موضوع البحث ومشكلته:

تحظى قواعد الإثبات بأهمية بالغة في فروع القانون كافة، فالحق دون دليل يسنده هو والعدم سواء، فالدليل هو قوام حياه الحق ومعقد النفع فيها^(١).

ولما كانت الشهادة هي إحدى وسائل الإثبات بل هي الأعظم مكانة، والأقدم إستعمالاً، وتتمتع بأهمية بالغة في كل نظام إثبات فقد وصفها الفيلسوف الانجليزي بنتام Bentham بأنها أعين وآذان العدالة^(٢).

وظلت الشهادة كذلك إلى أن انتشرت الكتابة، واحتلت بذلك المرتبة الأولى في الإثبات في المواد المدنية في القرن السادس عندما وضعت قاعدة " الكتابة تفوق الشهادة"^(٣).

إلا أن هذا لا يعنى أن الشهادة أصبحت عديمة الأهمية في المواد المدنية بل على العكس ظل الإثبات بشهادة الشهود يلعب دوراً هاماً في بعض المسائل في مجال الإثبات المدني فقد استثنى بعض المشرعين بعض الحالات من وجوب الإثبات بالكتابة وأعطى القاضي جواز قبول الإثبات فيها بشهادة الشهود رغم أنها في الأصل من الحالات التي يجب إثباتها وجوباً بالكتابة .

لذا فإن موضوع الشهادة يثير إشكالية في تحديد مدى حجيتها؟ وما هي الشروط الواجب توافرها في كل من الشهادة والشاهد؟ وأثر إختلال إجراءات أداء الشهادة؟ ومدى جواز دحض الكتابة بالشهادة؟ بالإضافة إلى بعض الإشكاليات الجزئية التي يتعرض لها الباحث أثناء تناول الموضوع؟

٢ - أهمية موضوع البحث:

تبرز أهميه دراسة دور الشهادة في الإثبات من الناحية العملية كون الشهادة من الوسائل الأكثر يسراً بل والأكثر إنتشاراً بما يجعلها الوسيلة الغالبة وهذا يترتب عليه أن دراستها يفيد في حل العديد من الإشكاليات العملية التي تواجه الشهادة من حيث محلها ومؤديها وكيفية تأديتها.

(١) مشار إليه لدي - عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الثاني - لطبعة الثانية - ١٩٨ - دار النهضة للنشر والتوزيع - ص ١٩ .

(٢) عماد محمد أحمد ربيع - حجية الشهادة في الإثبات الجزائي - الطبعة الأولى - ١٩٩٩م - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - ص ١٠٥ .

(٣) مشار إليه لدي - عماد محمد أحمد ربيع - مرجع سابق - ص ١٠٦ .

أما من الناحية العلمية فإن البحث يتناول موضوع دور الشهادة في الإثبات وهو موضوع لم يحظ بالبحث الكافي من قبل أي فقيه أو باحث فلسطيني إلا ما ندر، وربما يرجع السبب في ذلك إلي أن قانون البيئات الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠٠١م هو قانون حديث النشأة صدر في عام ٢٠٠١م، بما يجعل في دراسة هذ الموضوع لبنة في توضيح مواد قانون البيئات الفلسطيني وحل ما أشكل من مسائل تم تنظيمها من خلال هذا القانون في إطار البحث.

٣- منهاج البحث:

سنتبع في بحثنا المنهاج التحليلي المقارن بين نصوص قانون البيئات الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠٠١م، وقانون الإثبات المصري المصري ٢٥ رقم لسنة ١٩٦٨م، وفقه الشريعة الإسلامية ما أمكن، مستنيرين في ذلك بما ذهب إليه الفقه وما قرره القضاء.

٤- خطه البحث:

سنتناول بحثنا عبر ثلاثة فصول على النحو الآتي:

الفصل الأول: ماهية الشهادة وأنواعها.

الفصل الثاني: شروط الشهادة والشاهد وأصول أدائها.

الفصل الثالث: نطاق الشهادة.

الفصل الأول

ما هية الشهادة وأنواعها

تعد الشهادة أهم طرق الإثبات، بل هي الأعظم مكانةً والأقدم استعمالاً، ولذلك اهتم الفقهاء واللغويون والقانونيون فيها إهتماماً كبيراً، فكان لكل منهم وجهة نظر مختلفة، فأصبحت مثار جدل من حيث تعريفها وأنواعها وخصائصها.

هذا ما نستعرضه خلال المباحث الآتية:

- المبحث الأول: تعريف الشهادة.
- المبحث الثاني: مشروعية الشهادة.
- المبحث الثالث: خصائص الشهادة.
- المبحث الرابع: أنواع الشهادة.

المبحث الأول

تعريف الشهادة

كانت الشهادة ولا زالت موضوع جدل في تعريفها وهو ما نستعرضه في المطالب الآتية :

- المطلب الأول: تعريف الشهادة لغةً.
- المطلب الثاني: تعريف الشهادة اصطلاحاً.
- المطلب الثالث: تعريف الشهادة قانوناً.
- المطلب الرابع: تعريف الشهادة قضاءً.
- المطلب الخامس: التعريف المختار.

المطلب الأول

تعريف الشهادة لغةً

تطلق الشهادة لغةً علي عدة معان منها:

- ١- الحضور: ومنه قوله تعالى ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾^(١)، أي من كان حاضراً مقيماً غير مسافر فليصم ما حضر، وشهدت المجلس أي حضرته فأنا شاهد وشهيد^(٢)، وقوله تعالى: ﴿وَذَلِكَ يَوْمٌ مَّشْهُودٌ﴾^(٣) أي محضور يحضره أهل السماء وأهل الأرض، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ فُرْآنَ الْفَجْرِ كَانَ مَشْهُودًا﴾^(٤) أي صلاة الفجر تحضرها ملائكة الليل والنهار.

(١) سورة البقرة آية (١٨٥).

(٢) أحمد بن محمد بن علي - المصباح المنير - مكتبة لبنان بيروت - تحقيق خضر الجواد - ص ١٢٤، بطرس البساتين - محيط المحيط، مكتبة لبنان - بيروت ص ٤٨٥.

(٣) سورة هود آية رقم (١٠٣).

(٤) سورة الاسراء - آية رقم (٧٨).

٢- **الخبر القاطع:** تقول (شهد) علي كذا شهادة، أي أخبر به خبراً قاطعاً^(١).
أي الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ويقال: (شهد) عند الحاكم لفلان على فلان
بكذا (شهادة) فهو (شاهد) وهم (شهود)^(٢).

٣- **الحلف:** نقول أشهد بكذا أي أحلف^(٣) وشهد بالله أي حلف^(٤). قال تعالى
﴿وَيَذُرُّهَا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾^(٥) أي تحلف. وقال
تعالى: ﴿إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾^(٦) أي نحلف.

٤- **العلم:** قوله تعالى ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ﴾^(٧) أي علم الله، ونقول أشهد أن لا إله إلا الله:
أي أعلم وأبين^(٨).

٥- **الإدراك:** نقول شهد الجمعة أي أدركها^(٩) وشهدت العيد أي أدركته^(١٠).

٦- **المعاينة:** ويقال شهد الشيء أي عاينه^(١١) وشاهدته مشاهدة أي عاينته معاينة^(١٢).

٧- **الأداء:** وشهد له بكذا شهادة، أي أدى عنده من الشهادة، فهو شاهد، والجمع شهد، مثل
صاحبٍ وصحبٍ، وجمع أشهد شهوداً وأشهاد^(١٣).

٨- **بيان الحق:** سواء كان عليه أو على غيره^(١٤) ومنه قوله تعالى:
﴿إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ شَاهِدًا وَمُبَشِّرًا وَنَذِيرًا﴾^(١٥) أي مبيناً.

(١) إسماعيل الجوهري - الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية - المجلد الثاني - دار العالم للملايين - تحقيق أحمد عبد الغفور عفار -
ص ٤٩٤، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة - ٢٠٠٤م - مكتبة الشروق الوطنية - ص ٤٩٧.

(٢) ناصر الدين المطرزي - المغرب في ترتيب المعرب - الطبعة الأولى - ١٩٧٩ - تحقيق: محمود فاخوري - مكتبة أسامة بن زيد -
حلب - ص ٤٥٩.

(٣) محمد بن أبي بكر الرازي - مختار الصحاح - مكتبة لبنان - بيروت - باب الشين - ص ١٤٧.

(٤) أحمد بن محمد بن علي المصباح المنير - مرجع سابق - ص ١٢٤.

(٥) سورة النور - آية رقم (٨).

(٦) سورة المنافقون - آية رقم (١١).

(٧) سورة آل عمران - آية رقم (١٨).

(٨) الفيروز أبادي - القاموس المحيط - ص ٢٩٢.

(٩) بطرس البستاني - محيط المحيط - ص ٤٨٥. الفيروز أبادي - القاموس المحيط - ص ٢٩٢.

(١٠) أحمد بن محمد بن علي - المصباح المنير - مرجع سابق - ص ٢٢٤.

(١١) المعجم الوسيط - مرجع سابق - ص ٤٩٧.

(١٢) أحمد بن محمد بن علي - المصباح المنير - مرجع سابق - ص ١٢٤.

(١٣) ينظر - إسماعيل الجوهري - مرجع سابق - ص ٤٩٤، ومحمد بن أبي بكر الرازي - مرجع سابق - ص ١٤٧.

(١٤) أبي البقاء أيوب الكوفي (٦٨٣م) - الكليات - مؤسسة الرسالة - الطبعة الثانية - ١٩٩٨م - تحقيق عدنان درويش وآخر - ص ٥٢٧.

(١٥) سورة الفتح آية رقم (٨).

٩- **البينة:** أي الدليل وسمي الشاهد شاهداً لأنه يبين عند الحاكم الحق من الباطل^(١).
وعلي الرغم من تعدد معاني الشهادة على النحو الذي ذكرناه، إلا أنها تعود بأكملها إلي
ثلاثة أصول فقط وهن (الحضور، والعلم، والإعلام)^(٢)، وقد تولدت المعاني التي ذكرناها من هذه
الأصول، وذلك إنما يدل علي التطور الزمني للشهادة^(٣).

المطلب الثاني

تعريف الشهادة اصطلاحاً

تعددت تعريفات مذاهب الشريعة الإسلامية للشهادة، وذلك تبعاً لإختلاف إجتهااداتهم في
الأحكام المتعلقة بها، ويمكن تصنيفهم في هذا المقام إلى ثلاثة اتجاهات^(٤).

الاتجاه الأول: وهم غالبية المذاهب، الذين عرفوا الشهادة بأنها إخبار، ومنهم:

١- **تعريف الحنفية:** عرف فقهاء الحنفية الشهادة بتعريفات عدة، أشهرها^(٥):

(إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء)^(٦).

أو هي (إخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان وتلزم بطلب المدعي)^(٧).

شرح محترزات التعريف^(٨):

قوله (إخبار): جنس يشمل جميع الإخبارات سواء أكان صادقاً أم كاذباً، وسواء أكان في
مجلس القضاء أو غيره.

وقوله (صدق): قيد أول يُخرج به شهادة الزور، فشهادة الزور ليست شهادة بالمعني
الحقيقي، إنما يطلق عليها لفظ الشهادة مجازاً.

وقوله (إثبات حق): قيد ثانٍ لبيان محل الشهادة، وتخرج منها الإخبار في الرواية،
والشهادة بروية بعض العرفيات^(٩).

(١) عماد محمد ربيع - مرجع سابق - ص ٨٧ - إسماعيل الجوهري - مرجع سابق - ص ٤٩٤.

(٢) ابن حسين احمد فارس - معجم مقاييس اللغة - الجزء الثالث - دار الفكر العربي - ص ٢٢١.

(٣) أحلام محمد إغبارية - شهادة النساء - رسالة ماجستير - جامعة الخليل - قسم القضاء الشرعي - ٢٠١٠م - ص ٢٤.

(٤) بعد إستقراء الجملة من التعريفات المذاهب ، سأكتفي بذكر الأشهر والأكثر تداولاً بين كتب الفقه.

(٥) ابن همام - كمال الدين عبد الواحد - شرح فتح القدير - الجزء السابع - دار الكتب العلمية لبنان - ص ٣٣٩.

(٦) عماد نوفل - الآثار المترتبة على الرجوع في الشهادة على جرائم الحدود والقصاص - رسالة ماجستير - جامعة النجاح الوطنية -
٢٠٠٢م - ص ٩.

(٧) محمد بن حسين القادري - البحر الرائق شرح كنز الدقائق - الجزء السابع - دار الكتب العلمية - بيروت - ص ٩٣.

(٨) محمد القادري - مرجع سابق - ص ٩٣ ، محمد الزحيلي - وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية - الجزء الأول - مكتبة دار البنان -
ص ١٠٢.

(٩) ابن قيم الجوزية - إعلام الموقعين عن رب العالمين - المجلد الثاني - الطبعة الأولى - ١٤٢٣هـ - دار ابن الجوزي - ص ١٧٧.

وقوله (بلفظ الشهادة)^(١): قيد ثالث لإخراج الأخبار الصادقة التي تقع بدون لفظ الشهادة، كأعلم وأتقن.

وقوله: (في مجلس القضاء)، قيد رابع لإخراج الإخبار في غير مجلس القضاء، وذلك لأن الإخبار في غير مجلس القضاء لا يعتبر شهادة.

٢- تعريف الشافعية: عرف فقهاء الشافعية الشهادة بعدة تعريفات أشهرها:

أ- (إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد)^(٢).

شرح محترزات التعريف^(٣):

قوله (إخبار): جنس يتناول الإخبار بحق والإخبار في رواية.

قوله (بحق): قيد أول والمراد به محل الإثبات سواء كان الحق لله سبحانه وتعالى أو

للعبد، ويشمل المال وغيره مما يثبت ويسقط، كما يشمل الحق الوجودي والعدمي كالإبراء، وبهذا يخرج الخبر والرواية والأخبار عن الحقائق الكونية الثابتة.

وقوله (للغير): قيد ثان فيخرج بذلك الدعوي وهو الأخبار بحق لنفسه على الغير.

وقوله (على الغير): قيد ثالث فيخرج بذلك الإقرار وهو الإخبار بحق الغير على نفسه.

وقوله (بلفظ أشهد): قيد رابع ويخرج بذلك الأخبار بحق لغيره على غيره بغير لفظ أشهد

مثل: أعلم أو أتقن.

ب- كما عرفها بعض الشافعية بأنها: (إخبار عن شيء بلفظ خاص)^(٤).

شرح محترزات التعريف:

قوله (إخبار): جنس يتناول الإخبار بحق و الإخبار في رواية^(٥).

قوله (عن الشيء): ليشمل الحق ويشمل كذلك الشهادة بهلال رمضان.

قوله (بلفظ خاص): وهو لفظ أشهد^(٦).

٣- تعريف المالكية: عرف فقهاء المالكية الشهادة عدة تعريفات أشهرها:

أ- هي: (إخبار تتعلق بمعين- وبقيد التعيين تفارق الرواية)^(٧).

(١) محمد الشنقيطي - تعارض البيئات من الفقه الإسلامي - رسالة ماجستير - أكاديمية نايف الأمنية - ١٩٩٩م - ص ٩١.

(٢) زكريا الأنصاري - حاشية الجمل على شرح المنهج - المجلد الخامس - كتاب الشهادات - دار إحياء التراث العربي - لبنان - ص ٣٣٧، ريب اللحيدي - العزوف عن الشهادة - رسالة ماجستير - أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - ٢٠٠٢م - ص ٩.

(٣) ينظر: سعد محمد العسيري - نظام الإثبات في الجرائم الحدود - رسالة ماجستير - الجزء الأول - ١٩٨٥م - جامعة أم القرى - ص ٢٤٤، محمد مصطفى الزحيلي - مرجع سابق - ص ١٠٤.

(٤) محمد أبو يحيى - حكم شهادة النساء فيما سوي العقوبات - دار اليازوري العلمية - عمان - ١٩٩٧ - ص ١٠.

(٥) سعد العسيري - مرجع سابق - ص ٢٤٤.

(٦) عمر بركات - فيض الإله المالك - الجزء الثاني - الطبعة الثانية - ١٩٥٣ - مطبعة الجليل وأولاده - ص ٣٤٩.

(٧) ابن فرحون - برهان الدين أبي الوفاء فرحون - تبصرة الحكام من أصول الأفضية ومناهج الأحكام - الجزء الأول - دار عالم الكتب - الرياض - طبعة خاصة - ٢٠٠٣م - ص ١٧٥.

ب- هي: (إخبار عدل حاكماً بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه)^(١).
وبهذا التعريف يميزون بين الشهادة والرواية، فهي إخبار بما لم يحصل فيه التراجع، ولم يقصد به فصل القضاء وبت الحكم بل تُصد به حجه أعزوه لقائله^(٢).

٤- تعريف الحنابلة: عرف الحنابلة الشهادة بأنها: (الأخبار بما علمه بلفظ خاص)^(٣).
شرح محترزات التعريف^(٤):

قوله (الإخبار): جنس يشمل ما يعلمه وما لا يعمله.

قوله (بما علمه): قيد يخرج به ما لا يعلمه.

قوله (بلفظ خاص): وهو لفظ أشهد.

٥- تعريف الظاهرية: كل من سمع أنساناً يخبر بحق لزيد عليه إخباراً صحيحاً تاماً^(٥).

٦- تعريف الزيدية^(٦): (الإخبار بما يعلمه الشاهد عند التحاكم إلي الحاكم بأي لفظ كان، وعلي أي صفة وقع^(٧)).

شرح محترزات التعريف:

قوله (إخبار): جنس يشمل ما يعلمه وما لا يعلمه.

قوله (بما علمه): قيد يخرج به ما لا يعلمه.

قوله (عند التحاكم): قيد يخرج به الإخبار من غير التحاكم.

قوله (بأي لفظ كان): لم يقيد الإخبار بلفظ خاص.

(١) نقلاً عن سعد محمد العسيري- مرجع سابق- ص ٢٤٣.

(٢) إبراهيم سليمان أبو صعلبيك- الشهادة والرجوع عنها من فقه المعاملات - رسالة ماجستير - جامعة الأزهر - ٢٠١١- ص ١٢.

(٣) منصور البهوتي- شرح منتهي الإرادات- الجزء الثالث - عالم الكتب - الناشر: المكتبة الإسلامية علي موقعها www.libaray.islamweb.net - ص ٥٧٦.

(٤) عبد الله الضويحي- الشهادة في الحدود والقصاص - رسالة ماجستير - أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - ٢٠٠٢ - ص ٥٣.

(٥) ابن حزم - أحمد بن سعيد - المحلي - الجزء التاسع - تحقيق: محمد الدمشقي - الطباعة المنيرية - ص ٤٣٤.

(٦) إتياع زيد بن علي بن الحسين بن علي رضي الله عنه، ساقوا الإمامة في أولاد فاطمة رضي الله عنها، ولم يجيزوا ثبوت أمامه من غيرهم إلا إنهم يجيزوا أن كل فاطمي عالم زاهد شجاع سخي، كما ويجيزوا أن يكون أمامين من قطرين ممن يحملان هذه الخصال. (الشهدستاني أبي فتح محمد عبد الكريم - الملل والنحل - الطبعة الثانية - ١٩٩٢م، دار الكتب العلمية - لبنان ص ١٥٣ وما بعدها).

(٧) محمد بن علي الشوكاني - السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار - الطبعة الأولى - ٢٠٠٩ - دار ابن حزم - لبنان - ص ٧٧٢.

الاتجاه الثاني: وهو الاتجاه الذي اعتبر الشهادة (قولاً) ولم يتبع الفقهاء الذين اعتبروا الشهادة إخباراً ، وذلك لأن القول أعم من الخبر، والخبر أخص من القول، ولأنه أدخل في تعريف الشهادة قبل الأداء فهي القول وليست خبراً^(١)، وقد سار في هذا الإتجاه بعض الفقهاء نذكر منهم:

١- ابن عرفة من المالكية والذي عرف الشهادة بأنها: (قول بحيث يوجب على الحاكم سماعه والحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده وحلف طالبه)^(٢).

٢- تعريف الإباضية^(٣): (قول بحيث يوجب على الحاكم سماع الحكم بمقتضاه إن عدل قائله)^(٤).

شرح محتررات التعريف:^(٥)

قوله (قول): جنس يشمل ما يوجب الحكم وما لا يوجبه.

قوله (بحيث): عبر بالحيثية ليُدخل فيها الشهادة قبل الأداء.

قوله (يوجب على الحاكم سماعه): قيد يخرج بذلك الرواية والأقاويل المخالفة لمقتضى الشهادة.

قوله (الحكم بمقتضاه): قيد يلزم الحاكم الحكم بشهادة العدول.

قوله (إن عدل قائله): أي أن ثبت عدالة الشاهد عند الحاكم ببينه أو بعلمه.

الاتجاه الثالث: وهذا الاتجاه اعتبر أن الشهادة (بيان) وابتعد كلياً عن الفقهاء الذين اعتبروا الشهادة إخباراً أو قولاً، ومن هؤلاء الفقهاء، الإمام التلمساني المالكي والذي عرف الشهادة بأنها: (بيان مستند علم أو غالب ظن بلفظ أو قائم مقامه عن ثبوت حق معين أو سقوطه أو آيل إليهما)^(٦).

شرح محتررات التعريف:^(٧)

قوله: (بيان)، جنس يشمل البيان بالخبر وغيره.

قوله: (مستند علم أو غالب ظن)، قيد يخرج به الروايات الظنية.

(١) أحلام محمد إغباريه، مرجع سابق - ص ٣٠.

(٢) الرصاص- ابن عبدالله محمد الأنصاري- حدود ابن عرفة -القسم الاول -الطبعة الاولى ١٩٩٣م ، تحقيق : محمد ابو الاجفان ، دار الغرب الاسلامي - لبنان - ص٥٨٢.

(٣) فرقه من الخوارج - بإمامه عبد الله بن إباض، ويقولون بأن مخالفهم من هذه الأمة ليسوا مؤمنين ولا مشركين بل كفار ويجوز شهادتهم ونكاحهم والتوارث منهم ولا يجوز قتلهم ، وافترقت الإباضية إلي أربع فرق وهى : الحفصيه ، الحارثيه ، اليزيديه، واصحاب طاعة لا يرد الله بها ، عبد القاهر البغدادي- الفرق بين الفرق - تحقيق محمد يحيى عبد الحميد - مكتبة دار التراث -القاهرة - ص١٢٠، حسين متولي- مذكرة الفرق -دار الطباعة المحمديه-١٩٧٢م - القاهرة - ص٨٠.

(٤) محمد بن يوسف أطفيش - شرح كتاب النيل وشفاء العليل - الجزء الثالث عشر - دار الفتح - بيروت - ص٢٣٤.

(٥) ناصر محمد البقمي - الشهادة وحجيتها من إثبات جرائم الحدود - رسالة ماجستير - أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - ١٩٩٢ - ص ٤٣.

(٦) الرصاص - عبد الله الأنصاري - مرجع سابق - ص٥٨٦.

(٧) الرصاص - عبد الله الأنصاري - مرجع سابق - ص٥٨٦.

قوله: (بلفظ)، لم يقيد التعرف القولي بلفظ خاص.
قوله: (قائم مقامه)، ليدخل بذلك التصرفات الغير تحويليه كإشارة الأخرس المعبرة.
قوله: (ثبوت حق علي معين أو سقوطه)، يخرج بذلك الإخبار.
قوله: (آيل إليهما)، أي حائر إلي ثبوت الحق علي معين أو سقوطه عنه.

المطلب الثالث

تعريف الشهادة قانوناً

لم يضع قانون البينات الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠٠١م^(١)، تعريفاً للشهادة، واكتفي ببيان أحكامها وتنظيم قواعدها في باب خاص بعنوان: (شهادة الشهود)، يتضمن المواد من (٦٨ الى ١٠٥)، ويكون بذلك قد سار على ذات النهج الذي سار عليه قانون الإثبات المصري رقم (١٨) لسنة ١٩٩٩م المعدل^(٢).

بينما نجد أن المادة (١٦٨٤) من مجلة الأحكام العدلية تعرف الشهادة بأنها: (الشهادة الإخبار بلفظ الشهادة، يعني بقول أشهد بإثبات حق أحد الذي هو في ذمه الآخر في حضور القاضي في مواجهة الخصمين، ويقال للمُخبر: شاهد، ولصاحب الحق مشهود له، وللمخبر عليه مشهود عليه، وللحق مشهود به).

ويؤخذ على تعريف المجلة أنها اشترطت في الشهادة مواجهة الخصمين علي الرغم من أن حضور الخصمين ليس شرطاً وجوبياً، وأنه من الممكن أن تؤدي الشهادة بحضور وكيل أي من الخصمين أو كليهما أو غياب أحد الخصوم.

كما أن المشرع اليمني عرف الشهادة في المادة (٢٢) من قانون الإثبات اليمني رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م: "بأنها إخبار في مجلس القضاء من شخص بلفظ أشهد لإثبات حق علي غيره" ويؤخذ على التعريف السابق بأنه عند تحديده لشروط الشهادة لم يشترط أن تؤدي بعد حلف اليمين.

وعرف قانون الإثبات السوداني لسنة ١٩٩٤م في المادة (٢٣) منه الشهادة بأنها: (هي البينة الشفوية لشخص عن إدراكه المباشر لواقعه تثبت لغيره مسئولية مدعي بها على آخر أمام المحكمة).

ويؤخذ على التعريف السابق بأنه عبر عن محل الشهادة بأنه واقعة والصحيح أنه حق، فضلاً عن عدم اشتراطه أن تؤدي الشهادة بعد حلف اليمين.

(١) منشور بالعدد (٣٨) من الجريدة الرسمية الفلسطينية.

(٢) منشور بالعدد رقم (٢٢) من الجريدة الرسمية.

كما وأن فقهاء القانون نادراً ما يتناولوا تعريف الشهادة، ومن عرفها منهم فلا يخرج تعريفه عن تعريف الفقهاء الشرعيين إن لم يكن مقتبساً منهم^(١).

فقد عرفها بعض الفقهاء بأنها: "إخبار الإنسان بعد أداء اليمين في مجلس القضاء عن حق لشخص غيره، واقعه شاهداً أو سمعها أو اتصلت بعلمه"^(٢).

وعرفها آخر بأنها: "إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره يضره"^(٣).

ويؤخذ على التعريف السابق بأنه لم يشترط بأن تؤدي الشهادة بعد أداء اليمين، كما أنه لم يشترط أن يكون الشاهد قد شاهد الواقعة أو سمع بها أو اتصلت بعلمه.

بينما عرفها ثالث بأنها: "إخبار شخص أمام القضاء بواقعة حدثت من غيره أو واقعة شاهداً أو سمعها أو اتصلت بعلمه"^(٤).

ويؤخذ على التعريف السابق أنه لم يشترط بأن تؤدي الشهادة بعد أداء اليمين.

وعرفها رابع بأنها: "التعبير الصادق عن مضمون الإدراك الحسي للشاهد بالنسبة للواقعة التي شاهداً أو سمعها أو أدركها بحاسة من حواسه بطريق مباشر والمطابق لحقيقة الواقعة التي يشهد عليها في مجلس القضاء"^(٥).

ويؤخذ على التعريف السابق أنه لم يشترط بأن تؤدي الشهادة بعد أداء اليمين.

وعرفها خامس بأنها: "إثبات واقعة معينة من خلال ما يقوله أحد الأشخاص عما شاهدته أو سمعه أو أدركه بحواسه عن طريق هذه الواقعة بطريقة مباشرة"^(٦).

يتضح من خلال التعريف السابق بأن الشهادة تنصب على ما رآه الشاهد ببصره أو سمعه أو أدركه بحواس أخرى مثل الشم، فلا يجوز أن تتناول الشهادة آراء للشاهد أو معتقداته الشخصية أو تقديره، فهذه الأمور تخرج عن نطاق ودوائر الشهادة.

وعرفها سادس بأنها: "الأقوال التي يدلون بها أمام المحكمة بعد حلف اليمين"^(٧).

ويؤخذ على التعريف السابق إنه لم يشترط أن يكون الشاهد قد شاهد الواقعة أو سمعها أو اتصلت بعلمه، كما ويؤخذ عليه أيضاً أنه ذكر بأن تؤدي الشهادة أمام المحكمة وكان من الأفضل لو استخدم لفظ مجلس القضاء.

(١) محمد الزحيلي - مرجع سابق - ص ١١٣.

(٢) مشار إليه لدى عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٩٢.

(٣) مشار إليه لدى محمد الزحيلي - مرجع سابق - ص ١١٣.

(٤) ملفح القضاة - البيانات في المواد المدنية والتجارية - الطبعة الثانية - ١٩٩٤م جمعية عمال المطابع التعاونية - ص ١١٩.

(٥) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٩٣.

(٦) مشار إليه لدى - محمد كامل إبراهيم - الوسيط من سماع الشهود أمام القضاء الجنائي - الطبعة الأولى - ١٩٩١م - دار البيضاء للطباعة والنشر - ص ٥٠.

(٧) مشار إليه لدى - محمد الزحيلي - مرجع سابق - ص ١١٣.

وعرفها سابق: " تقرير المرء لما يعلمه شخصياً إما لأنه رآه أو لأنه سمعه"^(١).
ويؤخذ على التعريف السابق بأن لم يشترط أن تؤدي الشهادة بعد حلف اليمين، كما وأنه قصر الإدراك على الرؤية والسمع فقط دون باقي الحواس.

ويري ثامن أن الشهادة هي المعنى الخاص للبيئة^(٢)، أما البيئة بالمعنى العام فهي تشمل كل طرق الإثبات أياً كانت كتابة أو شهادة أو قرائن^(٣).

وبتبيين من تعريفات فقهاء القانون سالفه الذكر أنها مشابهة لتعريفات مذاهب الشريعة، إلا أنه يلاحظ علي تعريف القانونيين مايلي^(٤):

- ١- اشترط فقهاء الشريعة لفظ الشهادة ولم يشترط لها القانونيين لفظاً معيناً.
- ٢- اشترط فقهاء القانون أن تؤدي الشهادة في مجلس القضاء، فوافقوا بذلك فقهاء الشريعة.

المطلب الرابع

تعريف الشهادة قضاءً

عرفت محكمة النقض المصرية الشهادة بأنها: (إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق علي الغير ولو بلا دعوى)^(٥).
ويؤخذ على التعريف السابق أنه لم يشترط أن تؤدي الشهادة بعد حلف اليمين.

كما عرفت محكمة النقض المصرية الشهادة بأنها " الشهادة في الأصل هي تقرير الشخص لما يكون قد رآه أو سمعه بنفسه أو أدركه على وجه العموم بحواسه"^(٦).
ويؤخذ على هذا التعريف بأنه لم يتضمن إشتراط أن تكون الشهادة في مجلس القضاء، كما أنه لم يشترط أن تؤدي الشهادة بعد حلف اليمين.

(١) مشار إليه لدى - محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٥٠.

(٢) عبد الرزاق السنهوري- مرجع سابق - ص ٣١.

(٣) أطلق أئمة المذاهب الأربعة لفظ الشهادة والشهود علي البيئة لوضوح الحق وظهوره بهما، بينما يرى البعض بأن البيئة لا تتوقف علي طريق معين وإلا تمادي الظالم بظلمه، ابن فرحون - تبصره الحكام - جزء الأول - ص ١٢٧.

(٤) محمد الزحيلي- مرجع سابق - ص ٩٣، أحلام اغبارية- مرجع سابق - ص ٣٤.

(٥) الطعن رقم (٨) لسنة (٤٦) ق أحوال شخصية جلسة ١٠/١٠/١٩٧٩م، الطعن رقم ٢٧ لسنة ٤٦ق- أحوال شخصية - جلسة ٣١/٥/١٩٧٨م، الطعن رقم (٣٩- ٤٥) أحوال شخصية جلسة ١١/٦/١٩٧٥، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية- مرجع سابق- ص ٦٦٨ وما بعدها.

(٦) نقض مصرى رقم ٥١٨ سنة ٣٤ ق والصادر بتاريخ ١٥/٦/١٩٦٤م، نقلاً عن محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٥٢.

وقررت أيضاً أن: "الشهادة هي ما يقر به شخص ما أمام جهة قضائية عما يكون قد رآه أو أدركه بحاسة من حواسه"^(١).

ويؤخذ على التعريف السابق بأنه لم يشترط أن تؤدي الشهادة بعد حلف اليمين.

وفى حكم آخر قررت بأن "الشهادة قانوناً تقوم على إخبار شفوي يدلي به الشاهد في مجلس القضاء بعد يمين يؤديها على الوجه الصحيح ووزنها من الأمور التي تستقل بها محكمة الموضوع ما دام تقريرها سليماً"^(٢).

ويؤخذ على التعريف السابق بأنه خرج من إطار تعريف الشهادة ليبين كيفية تقديرها على الرغم من أن التعريف يجب ألا يشتمل على ذلك.

كما عرفت محكمة النقض بأن: (الشهادة قانوناً تقوم على إخبار شفوي يدلي به الشاهد في مجلس القضاء بعد يمين يؤديها على الوجه الصحيح)^(٣).
ويؤخذ على التعريف السابق بأنه لم يقيد الإخبار وجعله بذلك يشمل الإخبار الصادق والإخبار الكاذب.

المطلب الخامس

التعريف المختار

بعد أن استعرضنا تعريف الشهادة لغه، واصطلاحاً، وقانوناً، وقضاءً، فإنه يمكن لنا تعريف الشهادة بأنها " إخبار صادق يدلي به الشاهد في مجلس القضاء، لإثبات واقعة على آخر، بعد يمين يؤديها على الوجه الصحيح"

وقد عبرت عن الشهادة بلفظ (إخبار): وذلك لأنني رأيت تأييد الرأي الراجح فقهاً وقضاءً بأن الشهادة إخبار، فضلاً على أن الإخبار أخص من القول والبيان.

أما قولي: (صادق)، وذلك لإخراج الإخبار الكاذب، وشهادة الزور، فشهادة الزور ليست شهادة بالمعني الحقيقي، إنما يطلق عليها لفظ الشهادة مجازاً.

أما قولي: (في مجلس القضاء)، وذلك لإخراج الإخبار الصادق الذي يتم خارج مجلس القضاء، وذلك لأن الشهادة المعتبرة هي التي يؤديها الشاهد أمام المحكمة، وعلى ذلك فلا يعتد بالشهادة التي تؤدي خارج مجلس القضاء كالشهادة التي تؤدي أمام الخبير مثلاً ولا يصح الاستناد عليها وحدها في الحكم فهي ليست دليلاً قانونياً تصح إقامة الحكم عليها.

(١) نقض مصري رقم ١٥ سنة ٢٩ ق والصادر بتاريخ ١٩٧٨/٢/٦م، نقلاً عن - محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٥٢.

(٢) نقض مصري رقم (١) سنة ١٥ ق والصادر بتاريخ ١/٦/١٩٦٤م، نقلاً عن - محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٥٢.

(٣) مشار لهذا الحكم لدى عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٩٠.

أما قولي: (لإثبات واقعة على آخر)، وذلك لبيان محل الشهادة، ولتمييز الشهادة عن الراوية، فضلاً على أن الواقعة تشمل الحق.

أما قولي: (بعد يمين يؤديها على الوجه الصحيح)، وذلك لأنه يشترط في الشهادة أن تؤدي بعد حلف اليمين، ويترتب على عدم حلف الشاهد لليمين عدم سماع شهادته وذلك حسب نص المادة (٩٣) من قانون البيئات الفلسطينية، بينما يترتب على عدم حلف الشاهد لليمين بطلان الشهادة وذلك حسب نص المادة (٨٦) من قانون الإثبات المصري.

المبحث الثاني

مشروعية الشهادة

بينت شريعتنا مشروعية الشهادة وذلك من خلال ما ورد في الكتاب والسنة وما أجمعت عليه الأمة كما أكدت ذلك القوانين الوضعية، وهو ما نبينه في المطالب الآتية:

- المطلب الأول: مشروعية الشهادة من الكتاب.
- المطلب الثاني: مشروعية الشهادة من السنة.
- المطلب الثالث: مشروعية الشهادة من العقل والإجماع.
- المطلب الرابع: الخلاصة.

المطلب الأول

مشروعية الشهادة من الكتاب

ذكر الله سبحانه وتعالى الشهادة في آيات كثيرة، منها^(١):

١- قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾^(٢).

وجه الاستدلال: إن الآية صريحة الدلالة على مشروعية الشهادة فأمر الله تعالى بالإشهاد على العقد والمدابنة لضبط التعامل ومنع الحقوق من الضياع، فلو لم تكن مشروعه لما أمر الله سبحانه وتعالى بها^(٣).

(١) وردت كلمة الشهادة في القرآن الكريم (٢٣) مرة بلفظ المفرد و(٣) مرات بلفظ الجمع، ينظر - محمد فؤاد عبد الباقي - المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم - مطبعة دار الكتب المصرية - القاهرة - دون سنة نشر - ص ٣٨٩ وما بعدها ، مصطفى شمس الدين - حكم أخذ الأجرة على الشهادة - بحث علمي - الناشر: موقع الألوكة المجلس العلمي عبر موقعها عبر الإنترنت (majles.alukah.net/showthread.php?82710) - ص ٨.

(٢) سورة البقرة - الآية رقم (٢٨٢).

(٣) ماهر الحولي و مازن وادي - بحث بعنوان الإثبات بشهادة النساء منفردات في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية

في قطاع غزة - ٢٠٠٨م - ص ٥

والرضى من الشهداء يشمل معنيان هما:

الأول: أن يكون الشاهدان عدلين مرضيين من الجماعة.

والثاني: أن يرضى بشهادتهما طرفا التعاقد، ولكن إن لم يتوفر شاهدان عدلين، فعندئذ

تستدعى النساء للشهادة^(١).

٢- قال تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾^(٢).

وجه الاستدلال: إن الله تعالى نهى عن كتمان الشهادة وأمر بأدائها وإقامتها، وقد بين

الله تعالى جزاء من يكتُم الشهادة، وخص القلب بالإثم لأن كتمان الشهادة عمل يتم في أعماق

القلوب^(٣).

٣- قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجَلُهُنَّ فَمَا مَسْكُوهُنَّ مَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ مَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ

وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾^(٤)

وجه الاستدلال: إن الله تعالى أمر بالشهادة فقله: سبحانه وتعالى ﴿وَأَشْهَدُوا﴾، أمر،

وقوله سبحانه وتعالى ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ﴾ أمر على أدائها خالصة لوجه الله، فلو لم تكن الشهادة

مشروعة لما أمر الله سبحانه وتعالى بها.

وأمر الله تعالى بالإشهاد على الطلاق والرجعة لأن الشهادة سبب قطع المظالم وتثبيت

الحقوق^(٥).

٤- قوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾^(٦)

وجه الاستدلال: إن الله تعالى أمر بالإشهاد، وذلك حال تسليم الأموال الى اليتامى بعد

البلوغ، وذلك حماية لليتيم وحفظ حقوقه، وقطعاً للمنازعات من إنكار القبض، وتجدد في الآية

التحذير المخيف والتشريع محدد الأصول^(٧).

(١) سيد قطب- في ظلال القرآن - المجلد الأول - دار الشروق - طبعة (١٣)-١٤٠٧هـ- ص(٣٣٥).

(٢) سورة البقرة - الآية رقم (٢٨٣).

(٣) محمد حسن الحمصي- تفسير وبيان القرآن الكريم - دار الرشيد - دمشق - ص ٥٠، سيد قطب - مرجع السابق ص ٣٣٨.

(٤) سورة الطلاق - آية رقم (٢).

(٥) محمد الحمصي - مرجع سابق ص ٥٥٨، أحلام إغبارية - مرجع سابق - ص ٥٢.

(٦) سورة النساء - آية رقم (٦).

(٧) سيد قطب - مرجع سابق - ص ٥٥٩.

المطلب الثاني

مشروعية الشهادة من السنة

ورد في طلب الشهادة وإقامتها أحاديث كثيرة، منها:-

١- عن ابن عباس رضي الله عنه **{أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد}**(١).

وجه الاستدلال: يستدل من الحديث جواز القضاء بشاهد واحد ويمين، وليس في الحديث ما يخالف القرآن لأن قوله تعالى: **{وَاسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ}**(٢) تكون في حال المدائنة أو حال الحكم عند التجاحد، وظاهره يقضي الحالين حقاً.

فإن كان المقصد حال الحكم عند التجاحد، فلا مجال أنه قد أفاد وجوب الحكم بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند التجاحد، والأمر علي الوجوب فلا يجوز الحكم بأقل من العدد المذكور ومن يحكم بأقل من ذلك يكون مخالفاً للقرآن، كما أن من حكم بشاهد واحد من غير يمين كان مخالفاً للقرآن، ولكن من حكم بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتان أو شاهد ويمين فيكون موافقاً للقرآن.

٢- عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: **{ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها}**(٣).

وجه الاستدلال: يحث الحديث الشريف على الإتيان والإدلاء بالشهادة قبل أن يسألها فلو لم تكن الشهادة مشروعة لما حث النبي صلى الله عليه وسلم على إتيانها.

٣- عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: **{أليس شهادة المرأة نصف شهادة الرجل قلن بلى قال فذلك من نقصان عقلها}**(٤).

وجه الاستدلال: يدل الحديث على جواز شهادة النساء مع الرجال، وخص الجمهور ذلك بالديون والأموال وقالوا: لا تجوز شهادتهن في الحدود والقصاص، واختلفوا في النكاح والطلاق

(١) مسلم بن حجاج القشيري (١٣٧٤هـ) صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي - كتاب الاقضية - حديث رقم (١٧١٢)، أبو داود - سليمان بن الأشعث السجستاني - سنن أبي داود - دار الحديث القاهرة - كتاب الاقضية - حديث رقم (٣٦٠٨).

(٢) سورة البقرة - الآية رقم (٢٨٢).

(٣) محمد بن عيسى الترمذي - سنن الترمذي - كتاب الشهادات - الحديث رقم (٢٢٩٥، ٢٢٩٧) - الناشر موقع (www.al.islam.com).

(٤) محمد اسماعيل البخاري - صحيح البخاري - كتاب الشهادات - الحديث رقم (٢٥١٥) الناشر موقع (www.al.islam.com)، مسلم - مرجع سابق - كتاب الإيمان - الحديث رقم (٨٠).

والنسب والولاء^(١)، واتفقوا على شهادتهن فيما لا يطلع عليه الرجال كالحيض والولادة وعيوب النساء^(٢).

٤- سُئل الرسول صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال {هل تري الشمس؟ قال: نعم، قال: على مثلها فاشهد وإلا فذع}^(٣).

فهذه الأحاديث وغيرها تبين مشروعية الشهادة وتحت علي طلب البينة والشهادة نوع من أنواعها.

المطلب الثالث

مشروعية الشهادة من الإجماع والمعقول

أجمع المجتهدين من عهد رسول الله (صلي الله عليه وسلم) حتى يومنا هذا على مشروعية الشهادة، وعلى أنها حجة شرعية ووسيلة للإثبات ودليل للقضاء^(٤)، وإن كانت الشهادة قد وردت في القرآن الكريم والسنة النبوية، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يقابل هذه النصوص القرآنية والأحاديث النبوية إجماع جميع علماء الأمة الإسلامية، وإجماع أهل العلم لم يكن مقتصرًا علي العمل بالشهادة فقط، بل شمل جوانب عديدة من الشهادة منها شروط الشهادة وموانعها، وأمور أخرى^(٥)، والشهادة حجة شرعية تبين وتظهر الحق ولا توجهه بل القاضي يوجب الحق بها^(٦). فضلاً على أن الشريعة الإسلامية جاءت لرعاية عقول البشر في حياتهم وتنظيم المجتمع الإسلامي، فجاءت تحفظ حقوقهم وتحرس مصالحهم . فشرعت الشهادة لحفظ الأموال، وصيانة الحقوق والأنفس، ولتسهيل عمل القضاء في رد الحقوق الي أصحابها^(٧).

يقول القاضي شريح: (القضاء جمر فنحه عنك بعودين، يعني شاهدين، وإنما الخصم

داء والشهود شفاء فأفرغ الشفاء على الداء)^(٨).

(١) منعها الجمهور أو جازها الكوفيون.

(٢) ابن حجر - أحمد بن علي بن حجر - فتح الباري - شرح صحيح البخاري - كتاب الشهادات - ص ١٠٨.

(٣) مشار إليه لدي - محمد الزحيلي - مرجع سابق - ص ١١٨.

(٤) ينظر - محمد عبد الله الرشيدي - الشهادة كوسيلة من وسائل الإثبات - رسالة ماجستير - ٢٠١١ جامعة الشرق الأوسط - ص ٢٣، محمد الزحيلي - مرجع سابق - ص ٥٦، سعد محمد العسييري - مرجع سابق - ص ٢٤٧.

(٥) فواز حسن زقزوق - الأخذ بشهادة المرأة أمام القضاء الشرعي - رسالة ماجستير - مركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب - ١٩٩٦ - ص ١٠٢.

(٦) منصور بن يونس البهوتي - مرجع سابق - ص ٣٢٩٥.

(٧) محمد الزحيلي - مرجع سابق - ص ١١٩.

(٨) منصور بن يونس البهوتي - مرجع سابق - ص ٣٢٩٥.

وكذلك نظراً لاختلاف أطباع الناس وأخلاقهم ووقوع التخاصم والتجادد بينهم، فالحاجة والضرورة تدعو إليها لإثبات وصيانة الحقوق.

وكما أن الشهادة طريقة من الطرق التي تدعم الروابط الاجتماعية بين الناس، وتوثق وتوثق الصلات بينهم، فهي سبب لإحياء الحقوق وصيانة الأعراض^(١).

فالشهادة ضرورية لقيام الحياة الاجتماعية وما يخالطها من أحداث، وما يصاحبها من وقائع وتصرفات ومعاملات وعلاقات، وهذا كله يحتاج الى الشهادة لإثبات الحقوق وإلا ضاعت.

المطلب الرابع

الخلاصة

أجازت القوانين الوضعية الإثبات بالشهادة فلا يخلو أى قانون من قوانين الإثبات من إجازة الإثبات بالشهادة، وتنظيم أحكامها وعلى ذات النهج سار قانون البينات الفلسطيني حيث حدد فى المادة السابعة منه طرق الإثبات وكان من بين هذه الطرق الإثبات بالشهادة، حيث نصت المادة على أن "طرق الإثبات هي ١- الأدلة الكتابية ٢- الشهادة ٣- القرائن ٤- الإقرار ٥- اليمين ٦- المعاينة ٧- الخبرة"

ونظم قانون البينات قواعد الشهادة وبين أحكامها فى باب خاص بعنوان: (شهادة الشهود)، يتضمن المواد من (٦٨ الى ١٠٥)، وعلى ذات النهج سار قانون الإثبات المصري رقم (١٨) لسنة ١٩٩٩م المعدل حيث نظم قواعد الشهادة فى الباب الثالث منه، من المواد (٦٠ إلى ٩٠)، وهذا يدل على ان هذه القوانين قد شرعت الإثبات بالشهادة، وشرعت العمل بها.

(١) محمد عبد الله الرشيدى - مرجع سابق - ص ٢٤.

المبحث الثالث خصائص الشهادة

لما كانت الشهادة حجة غير قاطعة ومتعدية ومقيدة وغير ملزمة فإن بيان هذه الخصائص، نستعرضه في المطالب الآتية:

- المطلب الأول: الشهادة حجة غير قاطعة.
- المطلب الثاني: الشهادة حجة متعدية.
- المطلب الثالث: الشهادة حجة مقيدة.
- المطلب الرابع: الشهادة غير ملزمة.

المطلب الأول

الشهادة حجة غير قاطعة

ثبوت أمر عن طريق الشهادة يقبل النقيض بشهادة أخرى، أو أى طريق آخر من طرق الإثبات^(١)، فهي ليست دليلاً يعفى الخصم من الإثبات، كما هو الحال في الاقرار واليمين الحاسمة والقرائن القاطعة^(٢)، ويعنى أن الشهادة حجة غير قاطعة أي أن ما يثبت بها يعد صحيحاً إلي أن يثبت عكسه^(٣).

وهذا ما نصت عليه المادة (٧٣) من قانون البينات الفلسطيني، والتي نصت على: "الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بذات الطريق".

ويتطابق هذا النص مع نص المادة (٦٩) من قانون الإثبات المصري والتي جاء فيها "الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بذات الطريق".

على أي حال فإنه يجب أن يقتصر طلب المدعي على نفس الوقائع التي يريد خصمه اثباتها، أو على اثبات وقائع تؤدي مباشرة إلى نقض مزاعم خصمه التي يطلب سماع الشهود عليها، فإنه يكون له الحق دائماً في أن تسمع شهوده على ذلك^(٤)، وقد قضت محكمة النقض

(١) آدم الندوي- دور الحاكم المدني من الإثبات - دراسة مقارنة - مكتبة دار الثقافة - ١٩٩٧م - عمان ص ٣٩٥، أحمد عبد العال أبو قرين - أحكام الإثبات من المواد المدنية - الطبعة الثالثة - ٢٠٠٦م - ص ١٦٦.

(٢) عباس العبودي - شرح أحكام قانون الإثبات - دار الثقافة - ٢٠١١م - ص ٢٧٣.

(٣) نقض مصري مايو سنة ١٩٤٥، نقلاً عن عماد ربيع - مرجع سابق - ص ١٢٩، عبد العزيز المرسي - مبادئ الإثبات - دون دار نشر - دون طبعة ١٩٩٥ - ص ٢٠٧.

(٤) عبد الوهاب العشماوي - إجراءات الإثبات - الطبعة الأولى - دار الجليل - ١٩٨٥م - ص ١١٠.

المصرية بأن: "إغفال حكم الإثبات الإذن للخصم بنفي ما صرح لخصم بإثباته لا ينفي حقه من طلب سماع الشهود"^(١).

فمثلاً لو أذنت المحكمة إثبات واقعة البيع التي هي أساس المطالبة بثمن الشئ المبيع بشهادة الشهود، فإن حق الخصم الآخر يقتصر علي نفي هذه الواقعة فقط بشهادة الشهود، وليس له أن يثبت وفاءه للدين بشهادة الشهود (٢).

المطلب الثاني

الشهادة حجة متعدية

تعد الشهادة حجة متعدية^(٣) أي أن ما يثبت بها يعتبر ثابتاً بالنسبة للكافة^(٤) لا بالنسبة لطرفي الخصومة وخلفائهم فقط^(٥)، بمعنى أن الوقائع التي تثبت عن طريق الشهادة لا تعتبر ثابتة علي من أقيمت في مواجهته بل تتعدى إلى غيره^(٦).

وتعد الشهادة حجة متعدية استناداً إلي ثلاثة اعتبارات:

الأول: يفترض أنها صادرة من شخص عدل من غير الخصوم ليس له مصلحة من الدعوى^(٧)، ولا يهمله أن يحابي أحد الخصوم^(٨).

الثاني: أن الشاهد يحلف يميناً علي ألا يقول إلا الحق والصدق ومن هنا كانت شهادته قرينة علي الحقيقة إلي أن يثبت العكس^(٩).

الثالث: أن الشهادة تخضع لتقدير القاضي، ويكون للقاضي سلطة تقديرية في تقدير قيمتها في إثبات الحق. كما وأن القاضي لا يبني حكمه بناءً علي شهادة الشهود، إلا بعد تدقيق وتمحيص، حيث يثبت له انتفاء الدليل المعاكس^(١٠).

(١) نقض مصري رقم (٦٧٣) والصادر بتاريخ من ١٩٨١/٤/٢٠، أشار لبيانات الحكم على النحو السابق عباس العبودي - مرجع سابق - ص ٢٧.

(٢) أحمد العادى - الوسيط في شرح قانون المرافعات - ص ١١٦ - الطبعة الأولى - ١٩٨١ - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ٥٠٨.

(٣) وهذا ما كانت تقضي به المادة (٧٨) من مجلة الأحكام العدلية والتي نصت أن علي البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة. (٤) آدم النداوى - مرجع سابق - ص ٣٩٥.

(٥) عبد العزيز المرسي - مرجع سابق - ص ٣٠٧.

(٦) ينظر عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص ٣٢٤، سليم رستم باز - شرح المجلة - دون طبعه الثقافة - عمان ٢٠١٠م - ص ٤٣.

(٧) نبيل سعد - الإثبات في المواد المدنية والتجارية - دون طبعة - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٠م - ص ١٧٠.

(٨) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص ٣٤٢.

(٩) عبد العزيز المرسي - مرجع سابق - ص ٢٠٧.

(١٠) ينظر عبد الرزاق يس - شرح قواعد الإثبات - الطبعة الثالثة - دون دار نشر - ١٩٩٨م - ص ١٤٣، نبيل سعد - مرجع سابق - ص ١٧٠.

ويتشابه الإثبات بشهادة الشهود في هذه الخاصية مع الإثبات بالكتابة والقرائن القاطعة والمعينة والخبرة، ويختلف عن الإثبات بالإقرار وذلك لأن الإقرار يعد حجة قاصرة لا يمتد ولا يلزم أو يستفيد منه إلا المقر وخلفائه^(١).

فمثلاً لو طالب الدائن أحد ورثة مدينه بدين له علي التركة، فإما أن يقر له الوارث بذلك، وإما أن يقيم الدائن البينة على دعواه، فإذا أقر له الوارث بذلك، يلتزم الوارث المقر وحده في نصيبه فقط دون أنصبه سائر الورثة.

وأما إذا اثبت الدائن دعواه بالشهادة فيلزم الدين كل الورثة دون استثناء كل في حدود تركته^(٢)، ولذلك يقال أن الإقرار حجة قاصرة والشهادة حجة متعدية^(٣).

المطلب الثالث

الشهادة حجة مقيدة

تعد الشهادة من أدلة الإثبات المقيدة، وذلك لأن المشرع قصر نطاقها في الإثبات علي أحوال محددة^(٤).

فقد قصر المشرع الشهادة علي إثبات الوقائع المادية، والتصرفات القانونية التي لا تزيد عن النصاب، والمسائل التجارية ولو زادت عن النصاب^(٥)، وهذا مالم يوجد اتفاق علي خلاف ذلك^(٦).

وعلي ذلك فما أوجب القانون لإثباته بالكتابة لا يجوز إثباته بالشهادة، مالم ينص أو يتفق علي غير ذلك^(٧)، هذا ما أكدته محكمه النقض الفلسطينية حيث قضت (البينات من حق الخصوم وهي ليست من النظام العام وبالتالي يكون للخصوم الحق في التمسك بها أو التنازل عنها)^(٨). كما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها، حيث قررت أن: "قاعدة عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام"^(٩).

(١) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ١٢٨.

(٢) نظر رستم باز - مرجع سابق ص ٤٣، عماد ربيع - مرجع سابق - ص ١٢٨.

(٣) نصت المادة (٧٩) من قانون البينات الأردني علي أن "الكتابة والشهادة والقرائن القاطعة والمعينة والخبرة حجة متعدية والإقرار حجة علي المقر" ونصت المادة (٧٨) من مجلة الأحكام العدلية علي أن: "البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة"

(٤) نبيل سعد - مرجع سابق - ص ١٧١.

(٥) محمد عبدالله الرشيدي - مرجع سابق - ص ٧٤.

(٦) موسي أبو ملح - شرح قانون البينات - دون طبعة - مكتبة ومطبعة دار المنارة - ص ٢٣٥.

(٧) نبيل سعد - مرجع سابق - ص ١٧١.

(٨) نقض فلسطيني دائمة رام الله رقم (٢٠٠٩/٣٧) والصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٧، منشور علي موقع المفتي <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

(٩) الطعن رقم ٥٩٢ سنة ٤٠ ق الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٣/٣٠م، نقلاً عن عبد الحميد الشواربي - الإثبات بشهادة الشهود - دون طبعة منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٩٦م - ص ١٨٦.

هذا وقد أخذ كلاً من المشرع الفلسطيني في المادة (٦٨) عن قانون البينات، والمشرع المصري في نص المادة (٦٠) من قانون الإثبات، بالاتجاه الذي سلكته محكمة النقض المصرية^(١)، ومحكمه النقض الفلسطينية.

وترجع العلة من أن المشرع جعل للشهادة قوة محدودة في الإثبات في نطاق التصرفات القانونية، هي محاولة منه لدرء احتمال الكذب فيها^(٢). علي الرغم من أن الشاهد يدلي بشهادته تحت القسم، وافترض أنه لا مصلحة له في الدعوى^(٣)، إلا أن هناك من العيوب الظاهرة والتي ترجع الي الشهود، مثل عدم أمانة الشهود، وعدم دقتهم وتعرض ذاكرتهم للنسيان^(٤).

فضلاً عن انتفاء ضمانات فعلية لا حيلة للقانون بها (فقد أسفرت الدراسات النفسية وتجارب القضاء، عن تناقض أقوال من يسمعون من الشهود من يوم وقوع الحادث مع القطع بتوافر حسن النية فيهم، فأبي ضمان يكفل صحة الشهادة ودقتها إذا سمع الشهود بعد ذلك بعشر سنوات أو أكثر، وأنى لذي الشأن ببقاء الشهود علي قيد الحياة والمامه بمصائرهم، إذا قدر إجراء التحقيق بعد ذلك بعد زمن طويل؟)^(٥)، هذا كله هو الذي جعل المشرع يتدخل لدرء احتمال الكذب في الشهادة، حيث جعل لها قوة محدودة في الإثبات، وذلك علي خلاف الإثبات بالكتابة، حيث جعل لها المشرع قوة مطلقة في الإثبات^(٦).

وليس معني هذا أن الشهادة عديمة الأهمية، بل على عكس ذلك فالإثبات بالشهادة يعد من أهم طرق الإثبات ويلعب دوراً هاماً في مجال الإثبات^(٧).

المطلب الرابع

الشهادة حجة غير ملزمة

تعد الشهادة من الأدلة غير الملزمة للقاضي، وذلك لأن تقدير أقوال الشهود مرهون بما يطمئن إليه ويستقل به القاضي مادام لم يخرج بذلك عما تحتمله الأقوال.

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية بأن: "تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها مما يستقل به قاضي الموضوع دون أن يلتزم ببيان ترجيحه شهادة شاهد علي آخر ما دام لم يخرج عن الثابت في أقوالهم"^(١).

(١) ينظر ذلك لاحقاً في فصل الثالث - نطاق الشهادة - ص ١١٤.

(٢) عيد الرزاق يس - مرجع سابق - ص ١٤٣، نبيل سعد - مرجع سابق - ص ١٧١.

(٣) نبيل سعد - مرجع سابق - ص ١٧٠.

(٤) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ١٠١.

(٥) نقلاً عن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري - مجموعة الأعمال التحضيرية - الجزء الثالث - ص ٣٩٧.

(٦) عباس العيودي - مرجع سابق - ص ٢٧٣.

(٧) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ١٠٧.

وهو ما أكدته محكمته النقض المصرية أيضاً فقضت أن: "تقدير أقوال الشهود مرهون بما يطمئن إليه وجدان قاضي الموضوع بلا معقب عليه في ذلك، إلا أن يخرج بتلك الأقوال إلي ما لا يؤدي إليه مدلولها"^(٢).

ولا يخضع القاضي في تقديره لشهادة الشهود إلي رقابة محكمة النقض^(٣)، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية حيث قضت بأن: "وزن البينة من صلاحيات محكمة الموضوع ولا رقابة محكمة النقض عليها في ذلك"^(٤).

وقضت كذلك: "طالما أن ما توصلت إليه واقع وزن البينة من صلاحيات محكمة الموضوع ولا رقابة عليها في ذلك لمحكمة النقض"^(٥).

وذهبت إليهم محكمة النقض المصرية أيضاً، حيث قررت أن: "تقدير الشهادة مسألة موضوعية لا يصح الجدل فيها أمام محكمة النقض حيث كان استخلاصاً سائغاً"^(٦).

كما قضت بأنه: من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تقدير أقوال الشهود في الدعوى واستنباط القرائن القضائية فيها من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع ويعتمد عليها في تكوين عقيدته، ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض حيث كان ما استخلصه منها من شأنه أن يؤدي إلي النتيجة التي انتهى إليها"^(٧).

وإذا كانت لا رقابة لمحكمة النقض على تقدير أقوال الشهود متى كان إستخلاصها إستخلاصاً سائغاً وسليماً إلا أن محكمة الدرجة الثانية يكون من صلاحياتها وزن البينة من جديد وذلك لأن محكمة الدرجة الثانية تعتبر محكمة موضوع وهذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية حيث قضت: "محكمة الإستئناف بصفتها محكمة موضوع تقوم بوزن البينة من جديد"^(٨).

(١) نقض فلسطيني رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٧م جلسة ٢٨/٦/٢٠٠٦م، نقلاً عن أكرم كلاب- أحكام ومبادئ محكمة النقض- دون طبعة - دون دار نشر - ٢٠١٣م ص ١٦.

(٢) نقض مصري رقم ٣٢٤ سنة ٤٠ ق صادر بتاريخ ١٧/١١/١٩٧٥م، ونقض مصري رقم ٤٢٩ سنة ٣٧ ق صادر بتاريخ ٢٢/٣/١٩٧٣م، نقض مصري رقم ٨ سنة ٣٨ الصادر بتاريخ ١٧/٢/١٩٧٣م نقض رقم ٣٩ سنة ٢٩ ق جلسة ١/٩/١٩٦٤م.

(٣) عبد الرزاق يس - مرجع سابق ص ١٤٢.

(٤) نقض فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠١٠/٩١) والصادر بتاريخ ١٤/١١/٢٠١٠م، منشور على موقع المفتى <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

(٥) نقض فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠٠٩/٢٩٠) والصادر بتاريخ ١/١٢/٢٠١٣م، منشور على موقع المفتى <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

(٦) نقض مصري رقم ٢٤٦ سنة ٢٤ الصادر بتاريخ ١٨/١٢/١٩٥٨م نقض مصري رقم ٣٠٤ سنة ٢٢ ق الصادر بتاريخ ١٥/٣/١٩٥٦م، نقض مصري رقم ٢٦ سنة ٢٩ ق الصادر بتاريخ ٢٦/٣/١٩٦٤م (مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق ص ٣٩٢).

(٧) نقض مصري رقم (٤٩٠) سنة ٣٧ ق صادر بتاريخ ٦/٢/١٩٧٣م، نقض مصري رقم ٤٥ سنة ١٨ ق صادر بتاريخ ٢٩/١٢/١٩٤٩م (مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق ص ٣٩٢).

(٨) نقض فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠٠٩/٣٥٢) والصادر بتاريخ ٥/٩/٢٠١٠م منشور على موقع المفتى <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية، حيث قضت بأن: "لا إلزام على محكمة الإستئناف بالأخذ بنتيجة التحقيق الذي أجرته محكمة الدرجة الأولى وحسبها أن يتضمن حكمها بيان أسباب عدم أخذها بهذه النتيجة، كما أن لا تثريب إذ هي لم ترد استقلالاً علي أسباب الحكم الابتدائي الذي ألغته ما دام حكمها محمولاً على أسباب تسوغ النتيجة التي انتهي إليها"^(١).

وقضت أيضاً: "لمحكمة الإستئناف أن تذهب في تقدير الشهود مذهباً مخالفاً لتقدير محكمة أول درجة، ولا تكون عليها في هذه الحالة أن تبين الأسباب الداعية لذلك، وحسبها أن تقيم قضاءها على ما يحمله، فلا يعيب حكمها أن تستخلص من أقوال الشهود ما طمأنت إليه ولو كان مخالفاً لما استخلصته محكمة الدرجة الأولى التي سمعته"^(٢).

ويترتب علي التسليم للقاضي بسلطة تقديرية في مجال الشهادة بأن له الحق في ترجيح شهادة شاهد علي آخر.

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث قررت أن: "ترجيح شهادة شاهد علي شهادة شاهد آخر هو من إطلاقات قاضي الموضوع لا شأن فيه لغير ما يطمئن إليه وجدانه وهو ليس بملزم أن يبين أسباب هذا الترجيح"^(٣).

ويرى الباحث بأن محكمه النقض المصرية قد أخطأت حينما أعطت للقاضي سلطة مطلقة في ترجيح شهادة شاهد علي شهادة آخر دون أن يبين أسباب هذا الترجيح، حيث أن يجب عى القاضي حين الترجيح بين البيئات وبين شهادة الشهود بيان أسباب هذا الترجيح وإلا كان حكمه معيباً.

ويترتب علي التسليم بالسلطة التقديرية للقاضي في تقدير الشهادة أيضاً بأنه يحق له من تقدير شهادة الشهود، وأن يأخذ بنتيجة دون أخري ولو كانت محتملة^(٤)، كما يحق له أن يأخذ ببعض أقوال الشاهد مما يرتاح إليه ويثق به، وبطرح بعضها مما لا يرتاح إليه ولا يطمأن إليه^(٥) دون حاجة منه إلى الرد استقلالاً على من لم تأخذ بشهادتهم، أو بيان الصلة من ذلك^(٦).

(١) نقض مصري رقم (٢٥٩) سنة ٣٥ ق والصادر بتاريخ ١٩٦٩/٥/١، نقلاً عن مجموعة من القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم (١٠٣٤) - ص ٤٠٥.

(٢) نقض مصري رقم (٣٦٣) سنة ٣٦ ق والصادر بتاريخ ١٩٧١/٤/٢٢، نقلاً عن مجموعة من القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم (١٠٦٣) - ص ٦٠٤.

(٣) نقض مصري رقم ٣٥٥ جلسة ١٩٥٣/٤/٢٣، نقض مصري رقم ٧٢٦ سنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٠، (مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - ص ٣٩٤).

(٤) نقض مصري رقم ١٥٩ سنة ١٩ ق - جلسة ١٩٥١/٣/٢٢ (مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق ص ٣٩٧).

(٥) نقض مصري رقم ١٦ سنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٥/١١/١٢، نقض مصري رقم ٢٧ سنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/١٣، نقض مصري رقم ٥٥٦ سنة ٣٩ ق - جلسة ١٩٧٦/٣/٢٣ (مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - ص ٣٩٥).

(٦) نقض مصري رقم ٢٩٦ سنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٢/٢ (مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - ص ٣٩٦).

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية حيث قررت "لمحكمة الموضوع صلاحية وزن وتقدير البيانات والأخذ بما تراه منها وترك ما لا تراه بعد تمحيص تلك البيانات ووزنها وزناً صحيحاً دون رقابة عليها من ذلك في محكمة النقض" (١).

كما وأن القاضي لا يكون مقيداً بالرأي الذي يبديه الشاهد تعليقاً علي ما رآه أو سمعه. ويجب على القاضي عند تقديره للشهادة أن يكون تقديره مبني على إستخلاص سائغ ومقبول وسليم، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية حيث قضت بأن: "وزن وتقدير البيانات أمر منوط بمحكمة الموضوع ولا رقابة عليها لمحكمة النقض في ذلك طالما أن ما توصلت إليه محكمة الموضوع مستخلصاً استخلاصاً سائغاً ومقبولاً وله ما يؤيده من البيانات" (٢).

وقضت أيضاً: "المحكمة الإستئناف وزن وتقدير البيانات دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض ما دام كان إستخلاصها سليماً ومقبولاً" (٣). وتجدر الإشارة إلى أن المقصود بالبيانات في الحكمين السابقين جميع أدله الإثبات المقدمة في الدعوي بما فيها الشهادة.

وأكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن " تقدير أقوال الشهود مما يستقل به قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض، حيث كان ذلك مقاماً على أسباب سائغة" (٤). وقضت أيضاً: "تقدير أقوال الشهود مرهون بما يطمئن إليه وجدان المحكمة، فمتي كان ما إستخلصه الحكم من أقوال الشهود سائغاً" (٥).

(١) نقض جزائي فلسطيني دائرة رام الله قـم (٢٠١٠/٠١) والصادر بتاريخ ٢٠١٠/٨/٣م، منشور على الموقع الإلكتروني <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>

(٢) نقض فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠٠٩/٤٤٩) والصادر بتاريخ ٢٠١٠/٥/٣١م، منشور على موقع الموقع الإلكتروني <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>

(٣) نقض فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠١٠/١٠٨) والصادر بتاريخ ٢٠١٠/٩/١٦م، منشور على موقع الموقع الإلكتروني <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>

(٤) نقض مصري رقم (١٨٧) سنة ٣٩ق والصادر بتاريخ ١٩٧٣/١٢/٤، نقلاً عن مجموعة من القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم (١٠٢) - ص ٤٠٢.

(٥) نقض مصري رقم (١٦٦) سنة ٢٩ق والصادر بتاريخ ١٩٦٤/٣/٥، نقلاً عن مجموعة من القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم (١٠٠٢) - ص ٣٩٩.

المبحث الرابع أنواع الشهادة

تتعدد أنواع الشهادة بحسب الوجهة التي ننظر فيها إليها وهو ما نبينه من خلال المطالب

الآتية:

المطلب الأول: الشهادة المباشرة.

المطلب الثاني: الشهادة السماعية.

المطلب الثالث: الشهادة بالتسامع.

المطلب الرابع: الشهادة بالشهرة العامة.

المطلب الأول

الشهادة المباشرة

الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة، يدلي الشاهد بما وقع تحت بصره أو سمعه، كمن يشهد تعاقداً أو حادثة فيروي ما سمعه أو رآه^(١).

ويستدل علي أن الأصل في الشهادة العلم واليقين من قوله تعالى: ﴿إلا من شهد الحق وهم يعلمون﴾^(٢).

وقد قضت محكمة النقض المصرية أن: "الأصل في الشهادة وجوب معاينة الشاهد محل الشهادة بنفسه"^(٣).

كما قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الأصل في الشهادة هو معاينة محل الشهادة بنفسه، فلا يجوز أن يشهد بشيء لم يعاينه عيناً أو سماعاً في غير الأحوال التي تصح الشهادة بالتسامع وليس من بينها الشهادة علي التعليق للضرر"^(٤).

والشهادة المباشرة هي أقوى أنواع الشهادة، فالشاهد كان علي اتصال مباشر بالواقعة موضوع ومحل الشهادة^(٥).

(١) عبدالرازق السنهوري - مرجع سابق - فقرة ١٦١ ص ٣١١، مفلح القضاة - الإثبات في المواد المدنية - دون طبعة - دون دار نشر - ص ١٨٥.

(٢) سورة الزخرف أية رقم (٨٦).

(٣) نقض مصري رقم ٣٢٨ سنة ٦٤ ث صادر بتاريخ ٢٥/٢/١٩٩٨م، نقلاً عن أنور طلبه - الإثبات في المواد المدنية والتجارية - الجزء الأول - طبعة ٢٠١١م - ص ٤٣٢.

(٤) نقض مصري ٦٧ سنة ٧٥ صادر بتاريخ ١٩/٣/٢٠٠٧ - نقلاً عن أنور طلبه - مرجع سابق - ص ٤٣٢.

(٥) هشام زوين - موسوعة الإثبات - الجزء الثاني - المكتب الدولي للموسوعات القانونية - طبعة الثانية - ٢٠٠٩ ص ١٧، صلاح الناهي - الوجيز في مبادئ الإثبات - دون طبعة - دون دار نشر - ص ٣٨.

وتعتبر الشهادة المباشرة هي النموذج الأصلي وذلك لأن الشاهد يروى ما وقع تحت بصره أو سمعه أو أى حاسة من حواسه، وبالتالي فالذي يميز الشاهد فى هذا النوع من الشهادة هو أنه يشهد علي وقائع عرفها معرفة شخصية، وهو يستقي معرفته الشخصية للواقعة إما لأنه رآها بعينه أو لأنه سمعها بأذنه أو لأنه أدركها بعينه وسمعه معاً أو أدركها بأي حاسة من حواسه، فالشاهد أدرك بنفسه هذه الوقائع محل الشهادة، أى أنه عايش الواقعة ولذا فإنه يرويها من ذاكرته، ويعيد الشاهد الواقعة في مجلس القضاء(١).

المطلب الثاني

الشهادة السماعية(٢)

تكون الشهادة سماعية إذا كان الشاهد لا يشهد بما رآه أو سمعه مباشرة وإنما يشهد بما سمع رواية عن الغير، فيشهد بأنه سمع شخص يروي واقعة معينة(٣).
فالشاهد الذى يدلي بالواقعة لم يشهد ذاتها، ومثال ذلك أن يسمع الشاهد شخصاً يدعى(أ) يقول أن (ب) مدين ل(ج)، فالشهادة تعتبر مباشرة فيما يتعلق بأقوال (أ) التى قيلت له، لكنها غير مباشرة فيما يتعلق بواقعة الدين ذاتها، والشهادة تنصب على ذات الواقعة وتنسب إلى شخص معين بالذات ويمكن التحري عنها(٤).
وقد أجازت بعض مذاهب الشريعة الإسلامية الشهادة السماعية (الشهادة علي الشهادة) لشدة الحاجة إليها، وذلك لأن الشاهد الأصلي قد يعجز عن الإدلاء بشهادته إما لموته أو مرضه أو غيبته فلو لم تجز لأدي ذلك إلي ضياع حقوق كثيرة(٥)، وإن كان فقهاء الشريعة اختلفوا فى تفصيل جوازها(٦).

(١) محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٥٨.

(٢) ويطلق عليها أيضاً بالشهادة غير مباشرة أو بالشهادة علي الشهادة.

(٣) نبيلة رسلان - الإثبات - دون طبعة - دون دار نشر - ١٩٩٨ م - ص ١٧٧.

(٤) محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٥٨.

(٥) أحمد فتحي بهنسي - نظرية الإثبات في الفقه الإسلامي - الطبعة الرابعة - ١٩٨٣ م - دار الشروق - ص ١٢٤، ريباد اللعيد - مرجع سابق - ص ٢٩.

(٦) فاتفقوا علي جوازها في أحوال، وقال أبو حنيفة وأحمد، لا تقبل في الحدود والقصاص، وقال مالك تقبل في الحدود وفي كل الحقوق لأن ذلك يثبت بشهادة الأصل فيثبت بشهادة الفرع وتقبل شهادتهم كشهادة المترجم وقد ساق الفريق الأول عدة حجج منها:

أ- يتطرق إليها شبهة احتمال الخطأ والكذب والنسيان في شهادة الفرع

ب- الراجح في الحدود الستر علي مرتكبيها والأفضل للشاهد أن يكتف شهادته سترأ علي المذنب والشهادة علي الشهادة تقبل في الأحوال المدنية خوفاً من ضياع الحقوق

ج- الشهادة علي الشهادة تثبت بالاستحسان فلا نفي فيها لا يجوز قياسها في الحدود أما في التعزيز فلا خلاف بين الفقهاء علي جواز الشهادة علي الشهادة (أحمد فتحي بهنسي - مرجع سابق - ص ١٢٥ ، بدرية حسونة-شرح قانون الإثبات الإسلامي السوداني - الطبعة الأولى - ٢٠٠٠ م - ص ٨١ وما بعدها.

وتجوز الشهادة السماعية متى جازت الشهادة الأصلية، وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن "الشهادة السماعية تجوز متى جازت الشهادة الأصلية". وقضت أيضاً بأن: "من المقرر أنه ليس في القانون ما يمنع المحكمة من الأخذ برواية نقلها شخص عن آخر متى رأت أن تلك الأقوال قد صدرت منه حقيقة وكانت تمثل الواقع في الدعوى، إذ أن المرجع في تقدير قيمة الشهادة ولو كانت منقولة هو إلى محكمة الموضوع وحدها واطمأنت إلى صحتها ومطابقتها للحقيقة فلا تصح مصادرتها ومنعها من الأخذ بها والتعويل عليها"^(١)

وقضت أيضاً: "لا مانع قانوناً من أن تأخذ المحكمة بالأقوال التي ينقلها شخص عن آخر ولو أنكرها هذا الآخر متى رأت أن تلك الأقوال قد صدرت منه حقيقة"^(٢) وتخضع الشهادة السماعية لتقدير القاضي، ولا سلطان عليه في ذلك إلا القانون، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث قررت بأنه: (الشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية وهي مثلها تخضع لتقدير قاضي الموضوع ولا سلطان لأحد عليه في ذلك إلا أن يخرج بأقوال الشهود إلي ما يؤدي إليه مدلولها)^(٣).

وقد منع المشرع الأردني قبول الشهادة السماعية، إلا في أحوال إستثنائية، حيث نصت المادة (٣٩) من قانون البيئات الأردني بأنه " الشهادة بالسمع غير مقبولة إلا في حالات الآتية:

١- الوفاة.

٢- النسب.

٣- الوقف الصحيح لجهة خيرية مدة طويلة.

ويبدو أن المشرع الأردني خلط ما بين الشهادة السماعية والشهادة بالتسامع، حيث أن الحالات التي أوردها في نص المادة سألقة الذكر هي من الحالات المتفق عليها فقهاً وقضاءً علي أنها من ضمن حالات الشهادة بالتسامع.

وقد اختلف فقهاء القانون حول ما إذا كان يصح للمحكمة أن تعول على الشهادة

السماعية وأن تأخذ بها وحدها وانقسموا إلى فريقين:

الفريق الأول^(٤): يري أن الشهادة السماعية مقبولة قانوناً وليس هناك ما يمنع من أن

تعتمد المحكمة علي أقوال منقولة عن شاهد متى اطمأنت إلي أن تلك الأقوال بأنها قد صدرت

من الأصل فعلاً.

(١) نقض مصري رقم (٦٣٣) سنة ٤٦ ق والصادر بتاريخ ١١/٧/١٩٧٦، نقلاً عن محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٥٩.

(٢) نقض مصري رقم ١٤٢٤ سنة ٢٦ ق، والصادر بتاريخ ٢٦/٢/١٩٥٧ م، رقم ١٠٠٣ سنة ٢٩ ق جلسة ١٥/٣/١٩٦٠، نقلاً عن محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٥٩.

(٣) نقض مصري (١٤١) سنة ٤٠ ق جلسة ٢٩/٥/١٩٧٥ م (مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - ص ٤٠٣.

(٤) نيبيل سعد - مرجع سابق ص ١٧٢، توفيق حسن فرج - قواعد الاثبات - دون طبعة - دون دار نشر - ١٩٧٨ م - ص ١١٤.

الفريق الثاني^(١): ويرى بأن الشهادة السماعية لا يجوز قبولها قانوناً، ولا يمكن للمحكمة أن تعدها دليلاً كافياً تستند إليه في الدعوى، كونها ليست موضع ثقة وتكون عرضه للتحريف، كما يشوبها الشك، ولا يمكن أن تعتبر وحدها دليلاً كافياً في الدعوى، وإذا استندت المحكمة إلى الشهادة السماعية وحدها يكون حكمها مشوباً بالفساد في الاستدلال.

يؤيد الباحث ما ذهب إليه الفريق الأول ويضيف أن الشهادة السماعية مقبولة قانوناً، وليس هناك ما يمنع من الأخذ بها طالما أن الشهادة تخضع أولاً وأخيراً في تقديرها إلى القاضي.

ولم يتضمن قانون البيئات الفلسطيني نصاً حول الشهادة السماعية وعليه يقترح الباحث النص الآتي:

١ - يجوز الإدلاء بالشهادة السماعية حيث تجوز الشهادة الأصلية"

المطلب الثالث

الشهادة بالتسامع

تكون الشهادة بالتسامع إذا قامت على ما يتسامعه الناس وتتداوله الألسن دون أن تنسب إلي أصل أو مصدر أو شخص معين^(٢)، بل هي شهادة علي القول الشائع في شأن الواقعة^(٣).

وتختلف الشهادة السماعية عن الشهادة بالتسامع في ناحيتين:

الأولي: من حيث الواقعة المراد إثباتها، فالشهادة بالتسامع لا تنصب علي الواقعة

المراد إثباتها بالذات، بل علي القول الشائع لدي جمهور الناس عن هذه الواقعة^(٤).

الثانية: من حيث الشخص المشهود عليه بالذات، فصاحب الشهادة بالتسامع لا يروي

عن شخص معين، بينما صاحب الشهادة السماعية فيروي صاحبها عن شخص معين بالذات وشهد الواقعة وبالتالي يتحمل صاحبها مسؤولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره^(٥).

وقد اتفق فقهاء المذاهب الشريعة على جواز الشهادة بالتسامع، ولكنهم اختلفوا في

حصر الأمور التي تجوز فيها، وذلك علي النحو الآتي:

(١) ينظر نشأت بك - رسالة الاثبات - الجزء الأول - الطبعة السادسة - ١٩٩٦م - ص ٣٥٧، عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٩٩ - محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٥٨.

(٢) هشام زوين - مرجع سابق ص ١٨، توفيق فرج - مرجع سابق - ص ١١٤.

(٣) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ١٠٣، ريب اللعيد - مرجع سابق - ص ٣٠.

(٤) محمد الرشيد - مرجع سابق - ص ٣١.

(٥) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ١٠٣، مفلح القضاة - مرجع سابق - ص ١٥٨، عبد الرزاق سنوري - مرجع سابق - فقرة ١٦٢ - ص ٣١٣.

عند الحنفية: تجوز الشهادة بالتسامع في النكاح والنسب والموت والدخول وولاية القاضي(١).

وعند المالكية: تجوز في الملك المحاز والوقف والموت البعيد(٢).

وعند الشافعية: تجوز في النسب والموت، أما العتق والولاء والوقف والنكاح والملك فلا تجوز الشهادة بالتسامع لديهم(٣).

أما الحنابلة: فتجوز الشهادة بالتسامع بالموت والملك والنكاح والخلع والوقف والعتق والولاء والولاية والعزل وما يشبه ذلك كالطلاق ونحوه، وهذه الأشياء تتعذر عليها الشهادة غالباً بمشاهدتها ومشاهدة أسبابها(٤).

فالشهادة بالتسامع غير مقبولة إلا فيما ينص عليه القانون، وقد نصت المادة (٧٨) من قانون البيئات الفلسطينية على الحالات التي يجوز فيها الشهادة بالتسامع بقولها: "ولا تقبل الشهادة علي شيوخ الخبر إلا في الأحوال الآتية:

١- الوفاة.

٢- النسب.

٣- الوقف الصحيح الموقوف لجهة خيرية من فترة طويلة.

٤- الأحوال التي ينص عليها القانون.

ولا توجد مادة مقابلة لهذه المادة من قانون الإثبات المصري.

ويتضح من نص المادة (٧٨) في قانون البيئات الفلسطينية سالف الذكر يستنتج بأن الحالات التي حددتها المادة هي من الأشياء التي تتعذر الشهادة عليها غالباً بمشاهدتها ومشاهدة أسبابها وتتفق مع القاعدة الشرعية التي تنص علي أن: " كل ما تعذرت مشاهدته أو مشاهدة أسبابه جازت الشهادة فيه الإستفاضة "(٥).

(١) عثمان الزيعلي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - الجزء الرابع - الطبعة الأولى - المطبعة الكبرى الأميرية - مصر - ص ١١٨.

(٢) أحمد إدريس القرافي - الفروق - تحقيق: خليل المنصور - دار الكتب العلمية - ١٩٩٨م - الجزء الأول - ص ١٤ - الناشر المكتبة الشاملة عبر الإنترنت <http://shamela.ws.php/book-10908>.

(٣) أبي إسحاق الشيرازي - المهذب في فقه الإمام الشافعي - الجزء الخامس - تحقيق: محمد الزحيلي - الدار الشامية - بيروت - دون سنة نشر - ص ٦٢٥، ومابعدھا، شمس الدين الشربيني - مغنى المحتاج إلى معرفة أفاظ المنهاج - الجزء الرابع - تحقيق: محمد عيتاني - دار المعرفة بيروت - دون سنة نشر - ص ٥٦٩ وما بعدها.

(٤) منصور بن يونس البهوتي - كشاف القناع على متن الاقناع - الجزء الخامس - تحقيق: محمد الضناوي - عالم الكتب - دون طبعة - ص ٣٥٩ وما بعدها.

(٥) خالد قرقور - قواعد الإثبات في الشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراة - ص ١٥١.

فمثلاً في حالة الوفاة تجوز الشهادة بالتسامع عن وفاة شخص معين وذلك لأن الموت لا يحضره كافة الناس، وإنما يمكن استنتاجه من الجنازة والمأتم والحزن أو يكون قد علم بحالة الوفاة إذا كان قد سُئِلَ عن فلان، فقيل له قد توفى(١).

وكذلك في حالة النسب، فالشاهد لم يعاين الولادة بنفسه ولكنه يشهد بالنسب متى اشتهر عنده ذلك، خصوصاً أن مسائل النسب تنتقل عبر رواية الناس بعضهم عن بعض(٢). نستنتج مما سبق بأن الشهادة بالتسامع ولاهي شهادة برأي ولا شهادة سماعية ولا هي شهادة من الدرجة الثانية، إنما هي شهادة أصلية متميزة بضوابطها ودواعيها ولها قوتها في الإثبات(٣).

المطلب الرابع

الشهادة بالشهرة العامة

الشهادة بالشهرة العامة فيها يدلى الشهود بشهادتهم أمام جهة رسمية علي وقائع يعرفونها عن طريق الشهرة العامة، وبالتالي لا تعتبر الشهادة بالشهرة العامة شهادة بالمعني الصحيح بل هي ورقة مكتوبة قام بتحريرها موظف عام بناءً علي شهادة الشهود، والذين بدورهم عرفوا هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة.

فالشاهد لم يكن حاضراً عند وقوع الواقعة ولكنه يشهد علي علم شخصي فتتوافق شهادته مع باقي أقوال الشهود موافقة تستند عليها قوة الإثبات(٤).

ومثالها إعلام الوراثة، ومحضر حصر التركة، وتقرير غيبة المفقود، فهي أوراق رسمية تدون فيها أسماء الورثة أو أعيان التركة أو واقعة الغياب بناءً علي شهادة شهود عرفوا هذه الوقائع بالشهرة العامة(٥).

وتختلف الشهادة بالشهرة العامة عن الشهادة الصكية من حيث محل وموضوع الشهادة، فالشهادة الصكية هي شهادة تشترطها بعض القوانين الخاصة لبعض العقود والالتزامات أو لبعض الأوراق القضائية، لزيادة التأكد والتوثيق من صحة الصك والورقة وسلامة التوقيع لما يترتب علي هذه الأوراق عادة من آثار قانونية، كانتقال ملكية أو قرض أو رهن أو توكيل رسمي(٦).

(١) صلاح الناهي - مرجع سابق - ص ٣٩.

(٢) بدرية حسونة - مرجع سابق - ص ٨٤.

(٣) نقض مصري رقم (٧٣) سنة ٣٣ ق بتاريخ ١٤/١/١٩٦٧ م، نقلاً عن أنور طلبه - مرجع سابق - ص ٤٣٩.

(٤) عز الدين الدناصوري، حامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٣٩٢.

(٥) نبيلة رسلان - مرجع سابق - ص ١٧٨.

(٦) هشام زوين - مرجع سابق - ص ١٩.

فالشاهد في الشهادة الصكية يدلي بأقواله علي وقائع عرفها مباشرة، وأدركها بالمشاهدة أو بأحد الحواس، في حين يدلي الشاهد بأقواله في الشهادة بالشهرة العامة علي وقائع علمها عن طريق الشهرة العامة.

والشهادة بالشهرة العامة تفترض وجود موظف عام (كاتب العدل- أو قاضي) تدلي أمامه الشهود بالشهرة عن الواقعة المراد إثباتها^(١).

ولا تقبل الشهادة بالشهرة العامة إلا في المسائل المنصوص عليها، أما في غير ذلك فلا تقبل الشهادة بالشهرة العامة، وإن كان يمكن للقاضي الإستئناس بها فيما يجوز إثباته بالكتابة^(٢).

(١) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - فقرة ١٦٤ - ص ٣١٨ ، عبد الحميد الشواربي - مرجع سابق - ص ١٤٧ ، عز الدين الدناصوري، حامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٣٩٢ .
(٢) نبيلة رسلان - مرجع سابق - ص ١٧٨ .

الفصل الثاني

شروط الشهادة وأصول أدائها (إجراءاتها)

الشهادة أمرها عظيم وأداؤها عبء ثقيل، ولكن حتى يوصف ما يصدر عن الشاهد بأنه شهادة في دلالتها القانونية يجب أن يتوفر فيها عدة شروط، حازت على اهتمام الفقهاء فكان منها ما يتعلق بالشاهد ذاته، ومنها ما يتعلق بالشهادة ذاتها، كما ويشترط أيضاً أن يدلي الشاهد بشهادته وفقاً لإجراءات تتبعها المحكمة في سماع الشهود.

وهذا ما نستعرضه في المباحث الآتية:

- المبحث الأول: الشروط الواجب توافرها في الشاهد.
- المبحث الثاني: الشروط الواجب توافرها في الشهادة.
- المبحث الثالث: قواعد وأصول الشهادة.

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها في الشاهد

تفترض الشهادة أن يكون الشاهد بالغاً للسن القانونية، قادراً على التمييز، لديه الكفاءة الجسمانية للشهادة، غير ممنوع من أدائها ولتوضيح ذلك نستعرض موضوع هذا المبحث في أربعة مطالب وهي علي النحو الآتي:

- المطلب الأول: أن يكون الشاهد بالغاً للسن القانونية.
- المطلب الثاني: القدرة على التمييز.
- المطلب الثالث: الكفاءة الجسمانية للشاهد.
- المطلب الرابع: أن يكون حر الإرادة.
- المطلب الخامس: ألا يكون ممنوعاً من أداء الشهادة.

المطلب الأول

أن يكون الشاهد بالغاً للسن القانونية

نصت المادة (٧٤) فقرة (٢) من قانون البيئات الفلسطينية على أنه " لا يكون أهلاً للشهادة: من لم يبلغ سنه خمس عشرة سنة، على أنه يجوز أن تسمع أقوال من لم يبلغ هذه السن بغير يمين على سبيل الاستدلال".

تتطابق هذه المادة مع نص المادة (٦٤) من قانون الإثبات المصري.

يتضح من النصين السابقين بأنه يشترط لصحة الشهادة بلوغ الشاهد سن خمسة عشر سنة ميلادية كاملة، فإن كان غير ذلك، أي أن عمره أقل من خمسة عشر فتكون شهادته مسموعة على سبيل الإستدلال^(١).

معني ذلك أنه لا يصح للقاضي أن يبني حكمه على شهادة من هو أقل من خمس عشرة سنة وحدها كدليل كامل في الإثبات، لأنه يسمعا بدون حلف يمين وإن كان ذلك لا يمنعه من الأخذ بها على سبيل الاستئناس لتقوية دليل آخر^(٢).

وذهب جانب من الفقه بجواز قبول شهادة الصغير الذي لم يبلغ خمس عشرة سنة بعد تحليفه اليمين إذا كان مدركاً لمعني اليمين وأضافوا إلى ذلك إلى أن حلف الشاهد الذي لم يبلغ خمس عشرة من عمره اليمين تعطيه ضماناً إضافية لصحة الشهادة^(٣).

فالباحث لا يؤيد ما ذهب إليه هذا الجانب من الفقه، وذلك لأن نص المادة (٧٤) من قانون البيئات صريح في تحديد أهلية أداء الشهادة بسن خمسة عشر عاماً، وذلك لأسباب ابتغاها المشرع، ومن المعلوم بأن قواعد الأهلية الإجرائية تعد من النظام العام، ويترتب على مخالفتها البطلان المطلق ذلك فضلاً إلى أن المشرع لو أراد مخالفة هذا الحكم لكان نص صراحة على قبول شهادة القاصر بعد تحليفه اليمين إذا كان يدرك معناها.

وتتفق مذاهب الشريعة الإسلامية على عدم قبول شهادة الصبي، وهذا ما ذهب إليه الحنفية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦)، واستدلوا بذلك من الكتاب بقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾^(٧) والصبي لا يطلق عليه رجل ولا يدخل في مسماه^(٨).

واستدلوا من السنة النبوية قوله (صلي الله عليه وسلم): "رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق"^(٩) فالصبي لا يكلف بشيء^(١٠).

وأجاز المالكية قبول شهادة الصبيان في الجراح والقتل^(١١) وذلك حفاظاً لحقوق الآخرين وعدم إهدار الدماء^(١٢).

(١) ناظم عويضة - شرح قانون البيئات - دون طبعة - دون دار نشر - غزة - ص ١١٣ - عباس العبودي - مرجع سابق - ص ٢٣٤.

(٢) أحمد نشأت ب، مرجع سابق - ص ٣٥٨، عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٥٧٠.
(٣) وقال البعض إنه: "ما دامت المحكمة لا تعتمد في حكمها على شهادته وحدها وتعتبرها على سبيل الإستدلال، إذ تكون اليمين من هذه الحالة تزيد لاضرر منه، بل قد يدفع ذلك إلى تحفير الصغير المميز على الحرص والتدقيق في شهادته بما يعزز الأدلة القائمة في الدعوى تعزيزاً كافياً. (مشار إليه لدي محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ١٢٤).

(٤) عثمان الزيعلي - مرجع سابق - ص ١١٨.

(٥) أبي إسحاق الشيرازي - مرجع سابق - ص ٦٢٥.

(٦) البيهوتوني - مرجع سابق - ص ٣٥٩ وما بعدها.

(٧) سورة البقرة الآية ٢٨٢.

(٨) إبراهيم أبو صعليليك - مرجع سابق - ص ٣٢.

(٩) سنن النسائي - كتاب الطلاق حديث رقم (٣٤٣٢).

(١٠) سنن أبو داود - كتاب الحدود - حديث رقم (٤٣٩٨).

(١١) إبراهيم أبو صعليليك - مرجع سابق - ص ٣٢.

علي أي حال يراعى بأن سن الشاهد الذي يعول عليه في الشهادة سن - خمسة عشر عاماً - هو وقت إدلاء بالشهادة وليس وقت حصول الواقعة المتشهد عليها، هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها، حيث قضت بأن: "العبرة بسن الشاهد وقت الإدلاء بشهادته لا وقت حصول الواقعة التي يشهد بها" (٢).

وبفصل القاضي في سن الشاهد طبقاً لمستند رسمي أو على أساس تقدير طبي صادر من طبيب مختص يعين لهذه الغاية وذلك في حال انتفاء القيود الرسمية، وقد قضت محكمة النقض المصرية على أنه: "ليس للقاضي اللجوء في تقدير السن إلى أهل الخبرة أو إلى ما يراه بنفسه إلا إذا كانت هذه السن غير متحققة بأوراق رسمية" (٣).

وأكدته محكمة التمييز اللبنانية حيث قضت "قيود الأحوال الشخصية هي المرجع الرسمي الأصلي لتحديد السن ولا يجوز طرحها بالاستناد إلى ماهية الحال" (٤) ويعد الدفع بعدم تمييز الشاهد من الدفع الجوهري التي تستوجب رد المحكمة عليه وإلا كان حكمها قاصراً (٥).

-
- (٢) ولكن المالكية عند إجازتهم لشهادة الصبيان لم يطلقوها بل وضعوا لها شروط معينة وهي كما يأتي:
- أ- أن تكون شهادة الصبيان في قتل أو جرح لا في مال، وذلك لعدم الضرورة في شهادتهم على المال لإمكان أن يشهد عليه رجال.
- ب- أن يكون الشاهد حراً مسلماً.
- ج- أن يكون الشاهد مميزاً فلا تقبل شهادة الصبي غير المميز لأنه لا يضبط ما يقوله فلا تصح شهادته.
- د- أن يكون ذكراً فلا تقبل شهادة الإناث من الصبيان مهما كثرن.
- هـ- أن يكون الشاهد أكثر من واحد فلا تقبل شهادة صبي على انفراد.
- و- أن لا يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوة سواء كانت العداوة بين الصبيان أنفسهم أو بين آبائهم.
- ز- أن لا يكون بين الشاهد والمشهود عليه قرابة.
- ح- أن يتفق الصبيان في شهادتهم على قول واحد.
- ط- ألا يتفرق الصبيان بعد الحادث لأن في تفرقهم مظنة تعليمهم ممن له مصلحة في ذلك. إلا إذا شهد عليهم عدول قبل تفرقهم ثم تفرقوا بعد ذلك فلا يضر هذا التفرق.
- ك- أن لا يحضر الحادثة التي وقعت كبير وهذا اللفظ عام يشمل الذكر والأنثى العدل والفاقد والمسلم والكافر لأن في حضورهم مظنة تلقينهم. (عبد الله القحطاني - مرجع سابق - ص ١١١، إبراهيم أبو صعيلىك - مرجع سابق - ص ٣٢).
- (١) نقض مصري - رقم ١٩٩ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/٥ - نقلاً عن عبد الحميد الشواربي - مرجع سابق - ص ١٨٩.
- (٢) نقض مصري جزائي رقم ٦٤٩٩ لسنة ٥٣ والصادر بتاريخ ١١/١/١٩٨٤م، نقلاً عن مجموعة الأحكام الصادرة في الهيئة الهامة للمواد الجنائية في الدوائر الجنائية - السنة ٣٥ - القسم الجنائي - القاعدة رقم ١٥٧ - ٧١٨، وقضت محكمة التمييز اللبنانية أيضاً بقرارها رقم (١٤) بتاريخ ١٢/١/١٩٥٢م أن تقدير السن بالاستناد إلى كافة طرق الإثبات جائز من حالة انتفاء القيود الرسمية أو الشك في صحتها" نقلاً عن عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٣٤.
- (٣) تمييز لبناني رقم ٢٩٦ - جزائي - بتاريخ ٢٨/١٢/١٩٥١م على أنه: "قيود الأحوال الشخصية هي المرجع الرسمي الأصلي لتحديد السن ولا يجوز طرحها بالاستناد إلى ماهية الحال"، نقلاً عن عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٣٤.
- (٤) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٣٤.

المطلب الثاني

أن يكون سليم الإدراك قادراً على التمييز

نصت المادة (٨٩) من قانون البينات الفلسطيني على أنه: " لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلا إذا كان غير قادر على التمييز، بسبب هرم أو حادثة أو مرض أو لأي سبب آخر تقدره المحكمة".

وتتطابق نص المادة سالفة الذكر نص المادة (٨٢) من قانون الإثبات المصري. يتضح من النص، أن المشرع لم يأخذ بنظام رد الشاهد حتى ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم مهما كانت درجة القرابة أو المصاهرة، إلا في الحالات المنصوص عليها وهي عدم قدرته على التمييز بسبب هرم أو حادثة أو مرض أو لأي سبب آخر يؤدي إلى عدم القدرة على التمييز^(١).

ويقصد بالتمييز: "القدرة على فهم ماهية الفعل وطبيعته وتوقع الآثار التي من شأنه إحداثها".

وهذه القدرة تنصرف إلى ماديات الفعل فتتعلق بكيانه وعناصره وخصائصه وآثاره. ويرجع انعدام قدرة الشاهد على التمييز والإدراك إلى عدة أمور كالعاهة العقلية ومرض الشاهد وحالة الشيخوخة أو أي سبب آخر يفقد الإنسان قدرته على التمييز، وتبيان ذلك على النحو الآتي:

أولاً: عاهة العقل والجنون^(٢):

لم يرد في القانون المدني الفلسطيني الجديد رقم (٤) لسنة ٢٠١٢م، ولا القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) تعريفاً للعاهة العقلية ولا الجنون.

وقد عرف البعض العاهة العقلية بأنها: كل آفة تصيب العقل وتسبب انحرافاً عن النشاط العادي للإنسان^(٣).

بينما عرف فقهاء القانون قد عرفوا الجنون بعدة تعريفات منها أنه: "آفة تصيب قوى الإنسان العقلية فتعدم تمييزه وتذهب عقله ورشده وتعطل إرادته وإدراكه وتفقد أهلية الأداء"^(٤).

(١) فرج الصراف - قواعد الإثبات في التشريع الفلسطيني - دون دار نشر - ١٩٩٢م - ص ٣٣٢، عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - مرجع سابق - ٦١٢.

(٢) تعددت المصطلحات التي تستخدم للتعبير عن العاهة العقلية يؤثرون تعبير (المرض أو النقص العقلي)، وهناك من يستعمل مصطلح (الإضطراب العقلي)، وأما أهل القانون فيأثرون استعمال مصطلح (الجنون)، عبد القادر جرادة - مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني - الطبعة الأولى - ٢٠١٠ - مكتبة أفاق - ص ٥٢٠.

(٣) عبد القادر جرادة - مبادئ قانون العقوبات - مرجع سابق - ص ٥٢٤.

بينما عرفه البعض الآخر بأنه: "مرض يصيب عقل الشخص فيعده التمييز" (١).
وعرفه البعض الآخر بأنه: "اختلال العقل بحيث تكون الأفعال والأقوال الصادرة عن
المجنون مخالفة لما يقتضيه العقل السليم" (٢).

وقد عرف القضاء المصري الجنون بأنه (المجنون - في فقه الشريعة الإسلامية: من
أصيب باختلال في عقله ويفقده الإدراك تماماً وتكون حالته حالة اضطراب وحكمة أن تصرفاته
القولية تكون باطلة بطلاناً كلياً، فلا تصح له عبارة أصلاً ولا ينبني عليها أي حكم من الأحكام) (٣).
يتضح من التعريفات السابقة أن العاهة العقلية لها معني واسع يشمل الجنون بمعناه الطبي
ويزيد عليه، فيدخل في معني العاهة العقلية الضعف العقلي وعلي اختلاف درجاته والتي يعتبر
أشدّها العته والبلاهة (٤)، وقد قضت محكمة النقض المصرية أن "البه عاهة في العقل يوقف نمو
الملكات الذهنية دون مرحلة النضج الطبيعي" (٥).

ويدخل أيضاً في معني العاهة العقلية صور من الأمراض العصبية والنفسية التي قد تجرد
الإنسان من الإدراك بل ويدخل في معني العاهة العقلية الحالات العصبية والنفسية التي يكون من
أثرها فقد الشعور أو الاختيار عند المصاب بها وذلك لأن من شأنها أن تفقد الشاهد المصاب بها
شعوره وقدرته على التمييز والإدراك، ومثال ذلك: "الهستيريا، الميلانكونيا، ونوم اليقظة، وانفصام
الشخصية" (٦)، ولا تقبل شهادة المصاب بعاهة عقلية لأن من لا يعقل لا يعرف الشهادة ولا يقدر
على أدائها والعقل هو مناط التكليف (٧).

واتفق فقهاء الشريعة على أنه لا تقبل شهادة المجنون لا تحملاً ولا أداءً واستدلوا بذلك من
الكتاب لقوله تعالى: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ (٨)، والمجنون لا ترضى شهادته، واستدلوا من
السنة بقوله (صلى الله عليه وسلم): "رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى
يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق" (٩).

(١) غالب على الداودي - المدخل إلى علم القانون - دون طبعة - دون دار نشر ٢٠٠٤ - ص ٢٥٣، محمد فريده - المدخل للعلوم
القانونية - الجزء الثاني - دون طبعة - دون دار نشر - ص ٧٩.

(٢) أحمد محمد الرفاعي - المدخل للعلوم القانونية - الجزء الأول - دون طبعة - دون دار نشر - ص ٩٠، محمد أحمد المعداوي -
المدخل للعلوم القانونية - دون طبعة - دون دار نشر - ص ٩٠.

(٣) مشار إليه لدى - موسى أبو ملوح - المدخل لدراسة القانون - الكتاب الثاني الطبعة الثانية - ٢٠٠٦ - مكتبة القدس - ص ٥٠.

(٤) نقض مصري - ١٩٨١/٦/٢٣ م س ٣٢ ص ١٩٧، نقلا عن أحمد فوزي أبو عقيلين - عوارض الأهلية - بحث منشور على صفحة
النيابة العامة - ٢٠١٢ م - ص ٤.

(٥) عبد القادر جرادة - مبادئ القانون العقوبات - مرجع سابق - ص ٥٢٤ وما بعدها.

(٦) نقض مصري ٢٣ مايو سنة ١٩٦٦ م، س ١٧، أشار لبيانات الحكم على النحو السابق محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٨٣.

(٧) محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٨٤.

(٨) بندر السبيق المطيري - الجنابة علي العقل من ضوء الشريعة الإسلامية - رسالة ماجستير - أكاديمية نايف - ٢٠٠١ - ص ٣٦،
أحمد بك وواصل إبراهيم - مرجع سابق - ص ١٦٣.

(٩) سورة البقرة آية ٢٨٢.

(١٠) سنن أبو داود - كتاب الحدود - حديث رقم (٤٣٩٨).

ويجب على المحكمة أن ترجع في تقدير الحالة العقلية للشاهد إلى الطبيب المختص وهذا ما أكدته محكمته التمييز الأردنية بقولها: "إن مسألة الجنون مسألة فنية يختص الأطباء بتشخيصها ولا تستطيع المحكمة بدون بيئة فنية أن تقرر من عندها فيما إذا كان المتهم مختل العقل أو غير مختل وذلك بالاستناد إلى مشاهدتها المجردة"^(١).

ثانياً: السكر وتناول المخدرات:

السكر: هو عبارة عن زوال العقل بسبب تناول الخمر أو غيرها من المسكرات ويترتب عليه عدم معرفة السكران بعد إفاقته من السكر ما صدر منه أثناء سكره^(٢). ولا تقبل شهادة السكران، لأن السكران لا يفهم شيئاً ولا يعقل منطقاً، ولا يعرف الشهادة ولا يقدر على أدائها^(٣).

ويلحق بالسكر، كسبب من أسباب التي تفقد قدرة الشاهد على التمييز، العقاقير المخدرة، وتعرف المخدرات بأنها كل مادة سواء كانت طبيعية أو مصنعة أو نصف مصنعة، إذا تعاطاها الإنسان لغير الأغراض الطبية، فإنها تسبب خللاً في العقل والسلوك وتؤدي إلى حالة من التعود والإدمان عليها مما يضر بصحته جسدياً ونفسياً واجتماعياً^(٤).

بينما يعرفها البعض الآخر بأنها: "كل مادة طبيعية أو مركبة أو مصنعة من مواد مخدرة"^(٥).

وعرفها البعض الآخر بأنها: "مجموعة من العقاقير التي تؤثر على النشاط الذهني والحالة النفسية لمتعاطيها إما بتنشيط الجهاز العصبي المركزي أو بإبطاءه وتسبب الإدمان"^(٦). ويؤدي تناول المخدرات إلى إنهالك الجسم والتأثير على العقل تأثيراً سلبياً يؤدي إلى فقد القدرة على التركيز الذهني والسيطرة على التصرفات^(٧).

(١) ثار البيانات هذا الحكم تمييز جزائي أردني رقم ٥٨/٣١ المنشور على الصفحة ٤٢٧ من مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة (١٩٥٨)، نقلاً عن عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٣٦.

(٢) إياد جاد الحق مرجع سابق - ص ٧١٨.

(٣) سعيد العسيري - مرجع سابق - ص ٢٧٨.

(٤) محمد عمر مهنا - مكافحة المخدرات - الطبعة الأولى - غزة - ٢٠١١ - ص ١٠.

(٥) محمود محمد حكمت - الظروف المشددة للعقوبات في نظام مكافحة المخدرات - رسالة ماجستير - أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - ٢٠٠٩م - ص ٢٠.

(٦) خالد عبد الرحمن الحميدي - التحريض على جريمة تعاطي المخدرات - رسالة ماجستير - أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - ٢٠٠٨م - ص ٣٢، طه فهد الدوسري - العوامل الاجتماعية والإقتصادية المرتبطة بترويج المكونات والمخدرات - رسالة ماجستير - أكاديمية نايف - ١٩٩٠م - ص ٢٢.

(٧) إياد جاد الحق - مرجع سابق - ص ٧٢٢.

والحقيقة إن السكر وتناول المخدرات تؤدي إلى انحراف التمييز وتقص من السيطرة على الإرادة على نحو محسوس وينحرف فيها الوعي، وسواءً أدخلت هذه المادة عن طريق الفم أو الشم أو الحقن أو الإمتصاص أو أى طريقة أخرى^(١).

وإذا كان الفقه يفرق بين ما إذا كان السكر والمخدرات وقع عن قصد واختيار أو تم دون قصد واختيار، إلا أن الأمر مختلف في مجال الشهادة، فمتى ثبت للقاضي أن الشاهد في حالة من فقدان الوعي والإرادة أو الانتقال منها لتناوله أي كمية من الكحول أو المخدرات، وجب على المحكمة أن ترفض سماع أقوال الشاهد سواء كان تناول الكحول أو المخدرات عن قصد أو خطأ أو بسبب طارئ أو قوة قاهرة، وتقدير ما إذا كان الشاهد فاقداً للوعي أو الإرادة بسبب تعاطي الكحول أو المخدرات مسألة موضوعية خاضعة لتقدير القاضي ولا يخضع لرقابة محكمة النقض. وهذا ما أكدته محكمة التمييز اللبنانية حيث قضت بأن: "تقدير توافر حالة السكر أمر يتعلق بوقائع الدعوى وهو عائد لقضاة الأساس ولا يخضع لرقابة محكمة التمييز"^(٢).

ثالثاً: الشيخوخة أو الهرم:

يعرف البعض الشيخوخة بأنها: حالة متدرجة لا مفر منها من التدهور والانهيار تصيب كافة الأجهزة والأعضاء والأنسجة والخلايا، فتضعف قدرتها على التكيف والحفاظ على التوازن عند التعرض للضغوط، ويمر بها كل كائن حي عند الهرم لنوعه في طول الأجل^(٣). وقد عرفت محكمة النقض المصرية الهرم أو الشيخوخة بأنها: "بلوغ الشخص إلى سنأً متقدمة إلى الحد الذي يفقد معها القدرة على تذكر الأحداث - موضوع الشهادة - بوضوح كافي الأمر الذي لا يمكن معه القول بأن ما يقوله يعد دليلاً"^(٤).

ويؤخذ على تعريف محكمة النقض المصرية عند تعريفها للشيخوخة أو الهرم بأنها اعتبرت أن الهرم أو الشيخوخة هي بلوغ الشخص سنأً متقدماً، على الرغم من أن هذه المرحلة (الشيخوخة أو الهرم) غير محددة بسن معينة فقد يصاب الأطفال بمرض الشيخوخة أو الهرم^(٥).

وعليه فلا تقبل شهادة الشاهد إذا بلغ مرحلة (الشيخوخة أو الهرم) ووصل إلى الدرجة التي يفقد معها الإدراك والتمييز وتذكر الأحداث، وتؤدي الشيخوخة إلى إحداث اضطرابات عديدة في درجة الوعي والتركيز، ويصاحب هذا كله كثرة النسيان لاسيما الأحداث القريبة^(٦)، وهي مسألة

(١) محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ١٧.

(٢) تمييز جزائي لبناني رقم ١٢٧ تاريخ ١٩٥٢/٥/٢٦ نقلاً عن عماد ربيع مرجع سابق - ص ٣٣٧.

(٣) محمد دودح - الشيخوخة - تنكيس في الخلق - بحث علمي منشور في مجلة الإعجاز العلمي - العدد (١٢) - رقم البحث (٧).

(٤) نقض مصري - رقم ١٢٩٠ لسنة ٤٨ - ق ٣٠ بتاريخ ١٩٧٩/٦/١٣ - نقلاً عن هشام زوين - مرجع سابق - ص ١٦٣.

(٥) يصاب طفل لكل ٨ ملايين طفل بمرض الشيخوخة أو الهرم - هنادي عباس - زرقة الوجه مؤشر شيخوخة الأطفال - مقال منشور على جريدة عكاظ - العدد ٣٩٣٨ بتاريخ ٢٩/٣/٢٠١٢ م.

(٦) أطباء شبكة اللجان الطبية - بحث بعنوان الشيخوخة - منشور على الموقع الإلكتروني للشبكة www.medicalcom.net.

موضوعية خاضعة لتقدير قاضي لموضوع ويستطيع قاضي الموضوع أن يستعين بأحد الخبراء للبت في هذه المسألة^(١).

رابعاً: التنويم المغناطيسي:

عرف البعض التنويم المغناطيسي بأنه: "إحداث حالة تشبه النوم تنتج عن إطفاء جذوة مقاومة الوعي بالإيحاء النفسي، وإيجاد حالة من انخفاض درجة الوعي نتيجة المؤثرات النفسية الرتبية والمنظمة، بحيث تكون هناك علاقة خاصة بين العقل والجسم"^(٢).

بينما عرفه آخر بأنه رقاد ناقص ينجم عن الإيحاء المغناطيسي^(٣).

قد عبر ثالث عن التنويم المغناطيسي بقولهم هو تغيير الحقيقة^(٤) أو بقولهم هو بوابة اللاوعي^(٥).

وينقسم التنويم المغناطيسي إلى نوعين:

النوع الأول: التنويم المغناطيسي الخفي أو الطبيعي:

ويقصد بالتنويم الخفي أو الطبيعي هو الاتصال الطبيعي، ويحدث طوال الوقت بشكل أو بآخر^(٦).

وكثير منا نتعرض لعملية التنويم المغناطيسي بشكل خفي وغير مباشر وذلك عند مشاهدة التلفزيون أو قراءتك لكتاب أو عند قيادة السيارة^(٧).

النوع الثاني: التنويم المغناطيسي المتعمد:

وهو حالة نوم غير طبيعية تتغير فيها الحالة الطبيعية للجسم من الناحية العضوية والنفسية للشخص المنوم^(٨).

ومن المؤكد أننا نقصد بالتنويم المغناطيسي المتعمد كسبب من أسباب إنعدام التمييز والإرادة للشاهد، وذلك لأن التنويم المغناطيسي الطبيعي لا يؤثر على إرادة وقدرة الشاهد على التمييز.

(١) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٣٤.

(٢) الزين عباس عمارة - التنويم المغناطيسي - مجلة النفس المطمئنة (مجلة الكترونية) - الجمعية العالمية الإسلامية للصحة النفسية، العدد ٥٨، <http://www.elazayem.com/mental%20peace.htm>

(٣) بيير داکو - استكشاف أغوار الدهن - التنويم المغناطيسي - ترجمة رعد اسكندر وأركان بيتون - مكتبة التراث الإسلامي - القاهرة ص ١٣.

(٤) آدم أيسون - أسرار التنويم المغناطيسي الذاتي - ترجمة مكتبة جديد - الطبعة الأولى - ٢٠١٠ - مكتبة جرير - المملكة العربية السعودية - ص ٢٤.

(٥) بيير داکو - مرجع سابق - ص ١٠.

(٦) آدم إيشون - مرجع سابق - ص ٢٥.

(٧) قسم التأليف والترجمة في دار الرشيد - التنويم المغناطيسي - الطبعة الأولى - ١٩٩١م - دار الرشيد - ص ٨ ، آدم أيسون - مرجع سابق - ص ٢٥.

(٨) أحمد بشير - القانون الجنائي العام - الجزء الأول - دون دار نشر - ١٩٩٧ - ص ١٩٢.

ويستخدم الأخصائيين النفسيين التنويم المغناطيسي في علاج حالات الخوف والرهاب والضيق النفسي والضعف الجنسي كما يستخدمونه في علاج عدد كبير من الأمراض الهستيرية^(١).

ظهر علامات التنويم المغناطيسي كظاهرة في العديد من الثقافات القديمة وأول من استخدم التنويم المغناطيسي القدماء المصريين ثم اليونانيون، ثم أحيا الطبيب "أنتون مسمر" التنويم المغناطيسي من جديد وذلك في عام (١٧٠٠م). أما في عام ١٧٣٤م-١٨١٥م مازن أنون جسمي، ويذكر بكلم مسمارية وقد عمل على التأثير البدني للفرد على غيره، فأرعى نجاحه الأطباء والمؤسسات الطبية، ونظمت لجنة تحقيق حكومية رسمية فرنسية، وأعلنت اللجنة أن ما يقوم به مسمر هو حقيقي وأن المرضى ينامون حقيقة وأن التنويم المغناطيسي يحقق نتائج إيجابية، أما في عام ١٨٧٥م-١٨٦٠م استطاع الطبيب الانجليزي "جيمز برايد" إكتشاف أن الحقيقة وراء التنويم المغناطيسي ليس بسبب التأثير البدني للفرد بل هو بسبب الإيحاء، أما في عام ١٨٢٥-١٨٩٣ م فقد أحيا الطبيب "جين ماري" نظرية (جسمي) الخاصة بالتأثير البدني للفرد على الآخرين^(٢).

ويكون الشخص المنوم مغناطيسياً معدوم الإرادة انعداماً تاماً وينفذ كل ما يأمره المنوم دون جدال أو نقاش، بل من الممكن أن ينفذ بعض الأمور بعد أن يستيقظ ويسمى هنا بالإيحاء التالي للتنويم^(٣)، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه: "التنويم المغناطيسي حالة تتعدم فيها إرادة النائم أو تضعف، بحيث يكون خاضعاً لإرادة المنوم وأداه في يد من ينفذه بها بعض الأفعال التي يأتيها النائم وإرادته معطلة"^(٤).

ومما سبق يتضح أن المنوم مغناطيسياً لا يملك إرادة أو إدراك فهو كالمجنون أو السكران تماماً بل هو أشد وذلك لكونه يتلقى تعليمات المنوم ويرى الباحث بأنه لا تقبل شهادة الشاهد في فترة نومه المغناطيسي ولا يجوز أن يبني على أقواله أي حكم.

كما ويرى الباحث بأنه لا مجال للترفة بين ما إذا كان التنويم المغناطيسي وقع عن إرادة وإختيار أم تم دون علم به، فمتى ثبت للمحكمة بأن الشاهد منوم مغناطيسياً إلى درجة فقدان الوعي والإرادة على نحو ملموس وجب على المحكمة أن ترفض سماع أقوال الشاهد، كما ويرى الباحث بأن تقدير ما إذا كان الشاهد فاقد الوعي والإدراك بسبب التنويم المغناطيسي، مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع ولا يخضع لرقابة محكمة النقض.

(١) بيبير داکو- مرجع سابق - ص ٤٤.

(٢) آدم إيسون- مرجع سابق - ص ٢٦٧- وما بعدها، إياد جاد الحق مرجع سابق- ص ٧٢٥.

(٣) أحمد بشير - مرجع سابق - ص ١٩٢، إياد جاد الحق - مرجع سابق - ص ٧٢٥.

(٤) نقض جزائري مصري رقم (٤٣٨) لسنة ٥٥ ق والصادر بتاريخ ١٩٦٦م، نقلاً عن عبد القادر جرادة- مبادئ قانون العقوبات - مرجع سابق - ص ٥٢٥.

ويثور التساؤل حول العلاقة بين الحجر والشهادة؟

ويقصد بالحجر هو منع إجراء التصرفات (١) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِكْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ﴾ (٢).

وقد وضع المشرع نظاماً للمحافظة على أموال المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة وذلك لتحقيق مصلحتهم ويتمثل هذا النظام في الحجر عليهم.

أما بالنسبة لبيان العلاقة ما بين الحجر والشهادة فالباحث يرى أنه لا علاقة بين شهادة المجنون والمعتوه والحجر، وذلك لأن شهادة المجنون والمعتوه لا تقبل سواءً كان ذلك قبل قرار الحجر أو بعده، وذلك لأن من فقد عقله لا تقبل شهادته لا تحملاً ولا أداءً.

كما ويرى الباحث أنه لا علاقة بين صدور قرار الحجر وبين شهادة السفيه وذو الغفلة، حيث أنه تقبل شهادة السفيه وذو الغفلة قبل صدور قرار الحجر، كما وتقبل شهادتهم بعد صدور قرار الحجر، وذلك لأنه ولايتهم على أنفسهم تكون كاملة، بينما لا تكون لهم ولاية على أموالهم، وتكون ولايتهم على أموالهم للمحكمة أو لمن تعينه المحكمة قيماً عليهم وهذا ما نصت عليه المادة (١١٢) في القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠١٢، ويقابلها نص المادة (١٣) من قانون المدني المصري.

يتضح مما سبق أنه لا تقبل شهادة المجنون والمعتوه، سواء قبل صدور قرار الحجر أو بعده، وتقبل شهادة السفيه وذو الغفلة سواء قبل صدور قرار الحجر أو بعده.

المطلب الثالث

الكفاءة الجسمانية للشاهد

تثير شهادة الأعمى والأخرس خلافاً وهو ما نستعرضه من خلال الفرعين الآتين:

- الفرع الأول: شهادة الأعمى
- الفرع الثاني: شهادة الأخرس.

(١) على أبو البصل - شهادة الصغير وحجيتها في الإسلام، بحث علمي منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - العدد الأول - المجلد ٢٥ - ٢٠٠٩ - ص ٧٥٠ - موسي أو ملح - المدخل للعلوم القانونية - مرجع سابق - ص ٥١.

(٢) سورة البقرة - الآية رقم (٢٨٢).

الفرع الأول شهادة الأعمى

إن تأدية الشهادة يكون إما على فعل أو على قول^(١)، وقد إتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه يشترط في الشاهد البصر إذا كانت شهادته على فعل، فإن كان أعمى فلا تقبل شهادته في الأفعال، وإن كانوا أجازوا قبول شهادته على الأقوال وهذا ما ذهب إليه مذاهب السنه من المالكية^(٢) والحنابلة^(٣) والشافعية^(٤) والإباضية^(٥).

بينما ذهب الحنفية إلى عدم قبول شهادة الأعمى مطلقاً لا في الأفعال ولا في الأقوال^(٦)، بينما ذهب الظاهرية إلى قبول شهادة الأعمى مطلقاً، واعتبروها كشهادة الصحيح سواء في الأفعال أو الأقوال مستدلين بقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾^(٧)، فالله عز وجل أمر بقبول البينة ولم تشترط الآيات أن يكون مبصر^(٨).

(١) أسامة عبد الرزاق - رد شهادة العدل - رسالة ماجستير - الجامعة الإسلامية - ٢٠٠٦م - ص ٦٦، أحمد بك و واصل إبراهيم - طرق الإثبات الشرعية - الطبعة الرابعة - ٢٠٠٣م - المكتبة الأزهرية للتراث - ص ١٦٢.

(٢) وتقبل شهادة الأعمى عند المالكية في الأقوال (السمعيات) مطلقاً حين تيقن من الصوت وكان فطناً لا تشبته عليه الأصوات كما وأجازوا شهادة الأعمى من الملموسات والمذوقات والمشومات ينظر ابن فرحون - مرجع سابق - ص ١٧٧.

(٣) وتقبل شهادة الأعمى عند الحنابلة في الأقوال مطلقاً سواء تحملها قبل العمى أم لا، وذلك إذا تيقن الصوت واستدلوا بقوله تعالى و ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ والأعمى رجل فجازت شهادته كما أن استدلو على ذلك بالقياس فقاوسوا شهادة الأعمى على الشهادة على الرواية حكماً إن شهادة الأعمى مقبولة استدلو من الرواية تكون مقبولة في الأقوال المعقول بأن السمع أحد الحواس، واستدلوا بعدد من الأقيسة منها:

أ- قياس الأصوات على الصور وذلك لأن كلاً منها مختلف، حيث أن إختلاف الصور بين الناس يجعلها يميزه وكذلك إختلاف الأصوات.
ب- قياس على الأنساب والملوك بجامع أن كلاً منهما يعتمد على السماع (أسامة عبد الرزاق - مرجع سابق - ص ٧٠) ينظر تفصيل ذلك ينظر البهوتي- مرجع سابق ص ٣٥٩ وما بعدها - بهاء الدين المقدسي - العدة في شرح العمدة - الجزء الأول الناشر: موقع المكتبة الشاملة عبر الإنترنت <http://shamela.ws.php/book-10908>

(٤) وتقبل شهادة الأعمى عند الشافعي فيما يثبت بالإستفاضة (كالنسب أو الموت)- وكذلك تقبل شهادته في الإقرار واستدلوا بذلك على قياس شهادة الأعمى بالإستفاضة على صحة شهادته في الترجمة لأن الأعمى يفهم ما سمعه كالبصير، ومن المعقول بأن الأعمى كالبصير من السماع. ينظر تفصيل ذلك الشيدازي-مرجع سابق-ص ٦٦ وما بعدها، الشريبي - مرجع سابق ص ٥٧ وما بعدها، أسامة عبد الرزاق - مرجع سابق - ص ٦٨.

(٥) محمد اطفيش - مرجع سابق ص ٢٣٨ وما بعدها.

(٦) نصت المادة (١٦٨٦) من مجلة الأحكام العدلية علناً (لا تقبل شهادة الأخرس والأعمى) ومن المعلوم أن مجلة الأحكام العدلية مأخوذة من الفقه الحنفي، ولا تقبل شهادة الأعمى عند الحنفية مطلقاً سواء قبل الأداء سواء قبل الأداء، أو بعد الأداء فلو عمي بعد الشهادة ولكن قبل القضاء فيمتنع القضاء بها، أما إذا عمي عند الأداء فلا يميز بين المشهود له والمشهود عليه إلا بالنعمة (الصوت) فيخشى عليه التلقين. ينظر تفصيل ذلك الزيلعي - مرجع سابق - ص ١١٨، سليم رستم باز - مرجع سابق - ص ٧٧٨.

(٧) سورة البقرة أية رقم ٢٨٢.

(٨) كما ويردون على من يقول بأن قد تتشابه الأصوات وقد تتشابه الصور أيضاً ينظر تفصيل ذلك المحلي - مرجع سابق-ص ٤٣٣، أسامة عبد الرزاق - مرجع سابق - ص ٦٩، نصر فريد واصل - نظرية الدعوي والإثبات - الطبعة العاشرة - دار الشروق ٢٠٠٢ -

ويرى الباحث أن الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو قبول شهادة الأعمى.

الفرع الثاني

شهادة الأخرس

نصت المادة (٩٠) من قانون البينات الفلسطيني على أن: "من لا قدرة له على الكلام يؤدي الشهادة ببيان مراده بالكتابة أو الإشارة".

يتطابق نص هذه المادة مع ما نصت عليه المادة (٨٣) من قانون الإثبات المصري . فالأصل أن تؤدي الشهادة شفاهةً، وهذا ما قررتَه المادة (٩٨) من قانون البينات الفلسطيني والتي نصت على أن: "تؤدي الشهادة شفاهةً ولا يجوز للشاهد الإستعانة بمفكرات مكتوبة إلا بإذن المحكمة كلما دعت الضرورة إلي ذلك". ويتطابق نص المادة سالفه الذكر مع نص المادة (٩٠) من قانون الإثبات المصري.

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية حيث قررت: "الإستماع إلى شهادة الشهود من واجبات المحكمة ليتسنى لها تقدير البينات كافة طبقاً لمبدأ تساند الأدلة وشفوية الشهادة"^(١).

ويقصد بالشفوية: "هي أن تكون الشهادة باللسان أو بصوت مسموع من كل الحضور"^(٢). وعليه فإنه يجب أن تؤدي الشهادة شفاهةً أمام القاضي، ولا يجوز للشاهد أن يعتمد في شهادته إلا على ذاكرته، ولا يجوز للشاهد أن يتلو الشهادة من ورقة مكتوبة أو أن يستعين بأي مذكرة إلا إذا دعت الضرورة وطبيعة الدعوى إلى ذلك، مثل التحقق من بيانات أو أرقام أو إحصائيات، وبعد موافقة المحكمة^(٣).

ويترتب على عدم مراعاة مبدأ شفوية الشهادة بطلان الحكم الصادر في الدعوى، إذا بني على الشهادة، ولذا يجب على من تكون له مصلحة أن يدفع بالبطلان وذلك لأن الشفوية إجراء جوهري قصد به مصلحة الخصوم، ومن ثم يجوز النزول عن هذا الدفع، ويسقط بعدم التمسك به^(٤).

(١) نقض جزائي فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠١٠/٧٤) والصادر بتاريخ ٢٨/١٢/٢٠١٠م، منشور على موقع <http://maqtafi.birzeit.edu/courtjudgments>

(٢) عبد الله علي الربيع ، شفوية المحاكم في النظام السعودي - رسالة ماجستير - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ٢٠٠٨ - ص ٢٠.

(٣) عماد ربيع - مرجع سابق - مرجع سابق - ص ٢٣٦.

(٤) عبد الله علي الربيع - مرجع سابق - ص ٢٨ .

هذا كله ما لم يكن هناك حالة استثنائية تحول دون تطبيق الشفوية حينئذ يعتبر الحكم صحيحاً ولو لم تكن الشهادة شفوية .

وترجع الحكمه من وجوب تأدية الشهادة شفاهةً إلى عدة أسباب أهمها: (١).

١- افتتاع المحكمة بثبوت الحق أولاً يكون مستمداً من الثقة التي توحى بها أقوال الشاهد أو لا توحى بها، ومن التأثير الذي ينتج عن هذه الأقوال في نفس القاضي وهو ينصت إليها بنفسه.

٢- إن مبدأ شفوية الشهادة مكمل لمبدأ علانية الجلسات، وقد أخذ بهذه المبادئ القانون الأساسي الفلسطيني في نص المادة (٩٦) منه والتي نصت على "جلسات المحاكم علنية إلا إذا قرر المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام والأداب.

٣- يعتبر مبدأ شفوية الشهادة من المبادئ الأساسية والهامة في تقدير الأدلة الإطمئنان إلي صحتها ولكن تستطيع المحكمة الموازنة بينها لكي تتمكن من أن تبنى قناعتها على أدلة ووقائع ناقشتها بنفسها.

٤- أن تأدية الشهادة بطريقة شفوية في مجلس المحاكمة يتيح للقاضي فحص حالة الشاهد النفسية وقت أداء الشهادة، ومراوغاته واضطراباته وغير ذلك مما يساعد القاضي على معرفة مدى صدق الشاهد وصحة شهادته وتقدير أقواله حق قدرها.

٥- إن مناقشة الشهود في حضور الخصوم وأمام القاضي يعد جزءاً لا يتجزأ من دفاع الخصوم. وإذا كان الأصل شفوية الشهادة إلا أن قانون البيئات الفلسطينية وقانون الإثبات المصري استثنى من هذا المبدأ حالة الأبكم (الأخرس) فنصت المادة (٩٠) من قانون البيئات الفلسطينية علي أنه: " لا قدرة له على الكلام ، يؤدي الشهادة ببيان مراده بالكتابة أولاً أو بالإشارة " ويتطابق هذا النص مع نص المادة (٨٣) من قانون الإثبات المصري .

وبتضح من النص السابق قبول شهادة الأخرس ويتعين على القاضي أن يسأله عما إذا كان يعرف الكتابة أم لا، فإن كان يعرفها أخذت شهادته بالكتابة، وإذا كان لا يعرفها فتؤخذ شهادته بالإشارة (١).

ويجوز للمحكمة أن تستعين بخبير ليترجم لها إشارات الأخرس وذلك بعد أن يحلف اليمين بأن يقوم بواجبه بأمانة ونزاهة (١) ويثبت ذلك في محضر الجلسة ويجوز توجيه أسئلة للشاهد عن طريق الخبير (٢).

(١) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٢٣٦ وما بعدها ، عبدالله علي الربيعية- مرجع سابق ٢١ وص ٢٧ وما بعدها مصطفى عياد - الوسيط من شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الكتاب الأول - دون ناشر الطبعة الأولى- ٢٠٠٣ ص ٨٨ وما بعدها، عبد الله محمد ضنين - تدوين الموافقة القضائية - بحث منشور من مجلة العدل - العدد الثاني ١٤٢٠ هـ - ص ١٠٠ وما بعدها.
(٢) هشام زوين- مرجع سابق- ص ١٦١.

ويعد الإنتهاء من سماع الشاهد الأخرس ومناقشته عن طريق الخبير، يوقع الشاهد والخبير
وكاتب الجلسة على محضر الجلسة^(٣).

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول قبول شهادة الأخرس على قولين، أولهما: هو
عدم قبول شهادة الأخرس، وإلى هذا ذهب الحنفية^(٤) والحنابلة^(٥) والشافعية^(٦) واستدلوا لما ذهبوا
إليه بأن لا تصرف علي حقيقتها إلا بالكلام، وإن إشارة الأخرس لا تقوم مقام العبارة، كما وأنه
تشتت في الشهادة عندهم لفظ الشهادة و الأخرس لا عبارة له أصلاً^(٧).

ثانيهما: هو قبول شهادة الأخرس إذا فهمت إشارته، وإلى هذا ذهب المالكية، واستدلوا
بذلك بأن إشارته من حق نفسه كعبارة الناطق في طلاق، ونكاح، وأن البين من عمل بالإشارة^(٨)
ونميل إلى الأخذ بقول الفريق الثاني وهو قبول شهادة الأخرس بشرط أن يعرف الكتابة أو إذا
فهمت إشارته وذلك بقوة الأدلة التي استدلوا إليها.

المطلب الرابع

أن يكون الشاهد حر الإرادة

يتعين على الشاهد وقت إدلاء شهادته أن يكون حر الإرادة، أما إذا خاضعاً تحت تأثير
تهديد إكراه، فتكون شهادته باطلة^(٩) ولا يجوز أن يبني عليها الحكم، فالشاهد يجب أن يؤدي شهادته
حراً مختاراً ولا يجوز للمحكمة أن تسلك نحوه إلا سلوكاً موضوعياً^(١٠)، والإكراه هو ذلك الضغط

(١) نصت المادة (١١٦) من قانون أصول المحاكمة المدنية والتجارية الفلسطينية "اللغة العربية هي لغة المحكمة، فإذا كان
الخصوم أو أحدهم أو شهودهم ممن يجهلون اللغة العربية فتجري المخاطبة بواسطة مترجم يؤدي اليمين القانونية على صدق
ترجمته قبل القيام بمهمته".

(٢) عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - ص ٦١٤.

(٣) ناظم عويضة - مرجع سابق - ص ١١٤.

(٤) نصت المادة (١٦٨٦) من مجلة الأحكام العدلية علي أن "تقبل شهادة الأخرس والأعمى"، عثمان الزبيدي - مرجع سابق -
ص ٧٧٨.

(٥) اليهودي - مرجع سابق - ص ٣٥٩.

(٦) الشيرازي - مرجع سابق - ص ٦٣٠ وما بعدها .

(٧) نصر واصل - مرجع سابق ص ٧٠، عبد الله القحطاني مرجع سابق - ص ١٢٥ محمد الفرا - مسائل في الفقه المقارن -
دون طبعه - ٢٠١٠ - ص ٣٧، أسامة عبد الرزاق - مرجع سابق - ص ٧٤، محمد عبد العزيز الجريسي - علم النفس الجنائي - دون
طبعة - ٢٠١١ - أفاق للطباعة - ص ١٣٤، علي حيدر - درر الحكام شرح مجلة الأحكام - المجلد الرابع - تعريب: فهمي الحسيني -
دون طبعة - دار عالم الكتب - ص ٣٥٦.

(٨) إبراهيم صعلتلك - مرجع سابق - ص ٣٨، فارس الشمري - الشبهات الدارئة لحد الخمر - رسالة ماجستير - جامعة نايف للعلوم
الامنية - ٢٠٠٩م - ص ١٤٤.

(٩) عماد ربيع - مرجع سابق ص ٣٣٨.

(١٠) محمد محمد القاضي - أصول المحاكمات الجنائية - دون طبعة - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ٢٢٨.

الذي يمارس على إرادة الغير فيجعلها تتشكل وفقاً لإرادة من باشر الإكراه أو هو ذلك التأثير أو تلك القوة التي تباشر من شخص عمداً ضد آخر ويترتب على ذلك سلب إرادته أو ينقص منها^(١). ويمكن للباحث أن يعرف الإكراه الذي يقع على الشاهد بأنه: "ضغط يولد رهبةً تقوم في نفس الشاهد تدفعه إلى الإدلاء بشهادته على نحو مخالف للحقيقة ليتفادى نتائج التهديد".

ويتخذ الإكراه^(٢) الذي يجعل إرادة الشاهد غير حرة شكليين^(٣):

الأول: الإكراه المعدم للإرادة: هو الذي يعدم الإرادة نهائياً، بحيث لا يبقى للشاهد لا قدرة ولا اختيار^(٤).

الثاني: الإكراه الذي يعيب الإرادة: وهو لا يعدم الإرادة الشاهد بل يضعفها، ويأخذ هذا النوع من الإكراه صورتين:

الأولى: المادية: وهذا الصورة تتم من خلال المساس بجسد الشاهد بحيث لا يبقى للشاهد لا قدرة ولا اختيار^(٥).

الثاني: المعنوي:، وهو ينشأ عن وسائل تهديد لا تمس جسد الشاهد وتقتصر على مجرد التأثير المعنوي، بحيث تضعف إرادته ويشترط في هذا النوع من الإكراه توليد رهبة غير مشروعة في نفس الشاهد^(٦)، وقد تكون وسيلة الإكراه المعنوي تهديداً بالحقاق أدى دون أن يقع فعلاً لكنه تهديد يحدث رهبة في النفس ويؤثر على إرادة الشاهد ويضعفها ويؤثر عليها ويذهب بقيمته، وإن كان يُبقى عليها من الوجهه المادية فقط، وقد يكون التهديد بإيقاع أدى في شخص الشاهد أو في ماله أو في إيذاء غيره من أقربائه أو أعزائه ممن لهم صلات خاصة بهم^(٧).

وتجدر الإشارة إلى أنه لا تبطل الشهادة إذا كان التأثير دينياً أو أخلاقياً لحت الشاهد على قول الصدق وتأدية الشهادة، بل على العكس تماماً فإن مثل هذا التأثير مطلوب لإيقاظ ضمير

(١) مشار إليه - محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٨٧.

(٢) قسم فقهاء الشريعة الإكراه إلى عدة أقسام إكراه مجلى هو الذي لا يبقى للشخص قدرة ولا اختيار، إكراه غير ملجئ وهو يعدم الرضا ولا يفسد الإختيار، ينظر تفصيل ذلك محمد محمد - بحث بعنوان أثر الإكراه في المعاملات المالية - منشور من مجلة الدراسات من مجلة الدراسات الاجتماعية - العدد الثاني نشر ديسمبر ٢٠٠١ ص ١٩١ وما بعدها، هاني عبد الله الجبير الطلاق المكره والغضبان بحث منشور من مجلة البحوث الإسلامية - العدد (٥٠) - ص ٨.

(٣) يتخذ الإكراه من الفقه الإسلامي نوعين إكراه تام وهو يعدم الرضا ويفسد الإختيار، وإكراه ناقص وهو يعدم الرضا ولا يفسد الإختيار. عبد القادر جرادة - مبادئ قانون العقوبات - المرجع السابق - ص ٥٥٦.

(٤) ينظر من تفصيل الإكراه المادي: عبد القادر الفار - مصادر الإلتزام - مكتبة دار الثقافة - دون طبعة - ص ٧٠، موسى أبو ملوح - مصادر الإلتزام - دون ناشر - الطبعة الأولى - ٢٠٠٣ - ص ١٢٣، إياد جاد الحق - مصادر الإلتزام - دون ناشر - الطبعة الأولى - ٢٠٠٩ ص ١٥٤ محمد محمد - مرجع سابق ص ١٩١.

(٥) ينظر من تفصيل الإكراه المعنوي: عبد القادر الفار - مصادر الإلتزام - مكتبة دار الثقافة - دون طبعة - ص ٧٠، موسى أبو ملوح - مصادر الإلتزام - دون ناشر - الطبعة الأولى - ٢٠٠٣ - ص ١٢٣، إياد جاد الحق - مصادر الإلتزام - دون ناشر - الطبعة الأولى - ٢٠٠٩ ص ١٥٤ محمد محمد - مرجع سابق ص ١٩١.

(٦) موسى أبو ملوح - مصادر الإلتزام - مرجع سابق - ص ١٢٥، محمد محمد - مرجع سابق ص ١٩١.

(٧) محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٨٩.

الشاهد، وما تأدية اليمين إلا نوع من أنواع الحث الديني، كما وأن المهابة المنبعثة من الإحترام والتبجيل لا تبطل الشهادة بل تبقى الشهادة صحيحة كخوف الابن من أبيه أو التلميذ من مدرسه وهذا ما قضت به محكمة الإستئناف العليا حيث قضت: "ما ذهبت إليه محكمة الموضوع من إعفاء المستأنف عليهما الثاني والثالث من المسؤولية تأسيساً على أنهما كانا ينفذا أوامر والدهما هو أمر غير سائغ، وبالتالي فإن ما ذهبت إليه المحكمة يعتبر خطأ في تطبيق القانون"^(١).
يتضح مما سبق أنه يشترط لكي يكون التهديد أو التأثير مبطلاً للشهادة عدة شروط:
أولاً: أن يكون دنيوياً لا دينياً.

ثانياً: أن يكون وليد أمر غير مشروع، فاتخاذ إجراءات بحق الشاهد كتوقيع عقوبة الغرامة في حال تخلف عن الحضور، أو إصدار أمر بالإحضار، قد تتضمن نوعاً من تأثير المادي أو المعنوي إلا أنه اتخذ بناءً على أمر مشروع.

ثالثاً: علاقة السببية أي أن التأثير الذي وقع على الشاهد هو الذي دفع إلي تحريف شهادته، أو بمعنى آخر لولا التأثير لما حرف الشاهد شهادته.

والدفع ببطلان أقوال الشهود لصدورها تحت تأثير الإكراه أو التهديد دفع جوهري يجب على المحكمة مناقشته والرد عليه وإلا كان حكمها معيباً بالقصور، في التسبب وهذا أكدته محكمة النقض المصرية بقولها: "وكان من المقرر أن الدفع ببطلان أقوال الشاهد لصدورها تحت تأثير الإكراه هو دفع جوهري يجب على المحكمة الموضوع مناقشته والرد عليه"^(٢).

ولا يؤثر إذا كان الإكراه صادراً من أحد أطراف الدعوى أم لا، فمتى ثبت للقاضي أن الشاهد أدلى بشهادته تحت تأثير الإكراه والتهديد، وجب على المحكمة عدم قبول شهادته، ويرجع لقاضي الموضوع تقدير درجة الإكراه التي وقعت على الشاهد، ومدى تأثير ذلك على شهادته ولا رقابة لمحكمة النقض عليه وهذا ما قررته محكمة النقض المصرية بقولها: "لقاضي الموضوع السلطة التامة في تقدير درجة الإكراه من الوقائع وهل هو شديد ومؤثر في الشخص الواقع عليه أولاً، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك"^(٣).

(١) نقلاً عن عبد القادر جرادة - مبادئ قانون العقوبات - مرجع سابق - ص ٥٦٣.

(٢) نقض مصري رقم ٢٠٦ - سنة ٢١ ق بتاريخ ١٤/٦/١٩٧٠، نقلاً عن عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٣٩.

(٣) نقض مصري رقم ٩ سنة ٢ ق جلسة ٢/٦/١٩٣٢، مجموعة القواعد القانونية مرجع سابق - ص ١٢٠.

المطلب الخامس

ألا يكون ممنوعاً من الشهادة

قد يمنع الشخص من الشهادة لسبب يتعلق بصفته أو مهنته أو قرابته أو بسبب المصلحة العامة وهو ما نتناوله من خلال الفروع الآتية:

- الفرع الأول: المنع بسبب الصفة.
- الفرع الثاني: المنوع بسبب المهنة.
- الفرع الثالث: المنع بسبب المصلحة العامة.
- الفرع الرابع: المنع بسبب الزوجية.

الفرع الأول

المنع بسبب الصفة

يجب على الشاهد أن يتمتع بالحياد، فلا يجوز أن تكون صفته في الدعوى تتعارض مع صفته كشاهد، فلا يجوز للشاهد أن يجمع بين صفتي الشاهد والقاضي، ولا بين صفتي الشاهد وكاتب الجلسة، ولا بين صفتي الشاهد والمترجم وتبين ذلك علي النحو الآتي:

أولاً: الخصم في الدعوى: فلا يجوز الجمع بين صفتي الخصم والشاهد، وذلك لأن صفة الشهادة والخصم في الدعوى صفتان متضادتان^(١)، وعليه فلا يجوز أن يستمع إلى الخصم كشاهد على نفسه أو لنفسه في أي حال من الأحوال من الدعوى المقامة عليه^(٢)، هذا ما أكدته محكمته الإستئناف الفلسطينية حيث قضت بأنه: "شهادة الخصم لنفسه لا تقبل كبينة"^(٣).

وقضت محكمة النقض الفلسطينية أيضاً: "لا يعد الخصم شاهداً ولا يجوز سماع شهادته"^(٤). وأكدت محكمة النقض المصرية ذلك حيث قررت: "يقتضي المغايرة بين شخصي الخصم وشخص من يشهد له"^(٥).

وترجع العلة من وراء ذلك لما يترتب على ذلك حرمانه من حقه في الدفاع^(٦).

(١) عباس العبودي- مرجع سابق - ص ٢٣٧.

(٢) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٠٤، عبد الله إبراهيم الكندري- الإستجاب وتطبيقاته من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي- رسالة ماجستير - أكاديمية نايف - ٢٠١٠م - ص ٣٤.

(٣) استئناف فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠١٠/٩) والصادر بتاريخ ٢٢/١٢/٢٠٠٤م - منشور علي موقع المقتضى <http://muqtafi.birzet.edu/courtjudgments/cjsearfn>

(٤) نقض فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠١٠/١٦٤) والصادر بتاريخ ١٠/٠٥/٢٠١٠م، منشور منشور علي موقع المقتضى <http://muqtafi.birzet.edu/courtjudgments/cjsearfn>

(٥) نقض مصري رقم (٨١٢١) سنة ٥٨م والصادر بتاريخ ٢٦/٣/١٩٩٠م - نقلاً عن سعيد شعله - قضاء النقض في الإثبات - منشأة المعارف - ١٩٩٨ - ص ٢٥١.

وعلى ذلك فلا يجوز للخصم أن يكون شاهداً، على نفسه أو لنفسه فى الدعوى المقامة عليه، فإن كان الخصم يرغب فى الإدلاء بإفادته أو أقواله فى الدعوى فيتم استجوابه، وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٢) من قانون البينات الفلسطينى حيث نصت على أن: "للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم إظهاراً للحقيقة فى الدعوى، لكل منهم أن يطلب استجواب خصمه الحاضر".

ويقالها نص المادة (١٠٥) من قانون الإثبات المصرى والتي نصت على أن " المحكمة تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم، ولكل منهم أن يطلب استجواب خصمه الآخر". على ذلك فالاستجواب يوجه لأحد الخصوم فى الدعوى، أما من ليس طرفاً فى الدعوى فيتم سماعه بصفته شاهداً^(١).

كما لا تجوز شهادة الوصى أو الوكيل فيما هو وصى عليه أو وكيل فيه، ولا شهادة الشريك لشريكه، وذلك لأن العلة التى منع الخصم من الإدلاء بشهادته متحققة بيقين فيهم، كما أن شأن الحكم القضائى أن يؤثر ذات التأثير فيهم، ولذلك تنزل شهادة الوصى أو الوكيل فيما هو موصى فيه أو وكيل فيه وشهادة الشريك لشريكه منزلة شهادة الخصم الذى يباشر الدعوى من حيث عدم جواز قبولها وردّها، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت: "مفادها نص المادة من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م، أن القانون لم يجعل القربة أو المصاهرة بين الخصم وشاهده سبباً لرد الشاهد أو عدم سماع شهادته - ومن باب أولى - سائر صلات المودة، وما شابها إلا أن الشهادة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة تختلف عن الإقرار واليمين الحاسمة وكذلك اليمين المتممة فى أنها تقتضى المغايرة بين شخص الخصم وشخص من يشهد له وذلك عملاً بالقاعدة السائدة أن الخصم لا يجوز له أن يصطنع لنفسه لما بداخله من شبهة مصلحته الخاصة فيما يدعى به من معلومات بشأن الواقعة المشهود عليها، وإذ كانت تلك الخشية هى المدار فى رد الشهادة أو قبولها وهى متحققة بيقين فى شهادة الشريك فى ملكية العقار إذا ما تناولت الشهادة وقائع تنتهى إلى الحكم بإخلاء العين المؤجرة وتسليمها إلى المؤجر إذ من شأن هذا القضاء أن تحقيق مصلحة الشريكين معاً، وهى تطهير العين المملوكة لها من حق الإيجار المحملة به وخلوها من شاغلها ومن ثم يكون الشريك الشاهد قد شهد لنفسه وبطريق اللزوم إفادة شريكة الآخر بتلك الشهادة لأن الحكم بإنهاء عقد الإيجار يصدر لصالح جميع الشركاء فى ملكية العقار سواء من اختصم منهم فى الدعوى أو من لم يختصم فيها"^(٢).

(١) محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ١٠٣.

(٢) عز الدين الدناصورى، وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ١١٠٩.

(٣) نقض مصرى رقم (٨١٢١) سنة ٥٨ ق والصادر بتاريخ ١٩٩٠/٣/٢٦ - نقلاً عن سعيد شعله - مرجع سابق - ص ٢٥١.

وذهبت مذاهب الشريعة الإسلامية من (الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة) إلى رد شهادة الوصي أو الوكيل فيما هو وصى عليه أو موكل فيه للموصى لهم أو الموكل^(١).

ثانياً: قاضي^(٢) الدعوى: ذهب جانب من الفقه^(٣) بأنه لا يجوز الجمع بين صفتي الشاهد والقاضي، أو بمعنى آخر إنه لا يجوز للقاضي أن يكون شاهداً في الدعوى التي ينظر فيها، وارجعوا ذلك إلى عدة أسباب منها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي، حسب نص المادة (١) من قانون البيئات الفلسطينية والتي نصت على أنه "لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي"، يقابلها نص المادة (٢٢) من قانون الإثبات المصري، فضلاً على أنه كسائر البشر، لا شك أن يكون متأثراً بشهادته فلا يصح أن يفصل فيها^(٤)، كما أنه يجب أن يتحرر القاضي من كل غرض شخصي في النزاع^(٥)، سواء أكان قاضياً منفرداً أو عضواً في هيئة المحكمة^(٦)، ضف إلى ذلك أنه قد كشف عن اقتناعه برأي معين قبل الفصل في الدعوى المطروحة أمامه^(٧).

ولا يميل الباحث إلى الأخذ بهذا الرأي ويرى بأنهم خلطوا بين منع القاضي من الشهادة وبين عدم صلاحية القاضي للنظر في الدعوى، فالقاضي يجوز أن يكون شاهداً في أي دعوى حتى ولو كانت منظورة أمامه، ولكن إذا أدلى بشهادته في دعوى منظورة أمامه فلا يكون صالحاً للنظر فيها ويتوجب عليه يمتنع عن نظرها وإلا كان حكمه باطلاً وهذا ما نصت عليه المادة (١٤١) من قانون أصول المحاكمات، ضف إلى ذلك أنه يكون من حق أي خصم أن يطلب ردة وذلك حسب نص المادة (١٤٢) من قانون أصول المحاكمات الفلسطينية والمادة (١٤٧) من قانون المرافعات المصري.

ولا يمتد هذا الأثر بالنسبة للقاضي إلى أي دعوى أخرى ولو كانت متشابهة معها أو مرتبطة بها، وكذلك إدلاء القاضي بشهادته في الدعوى المستعجلة لا يمنعه بعد ذلك من نظر الدعوى الموضوعية التي تتعلق بها لإختلاف الدعوتين^(٨).

-
- (١) أسامة عبد الرازق - مرجع سابق - ص ٦٠ - عبد الله الضويحي - مرجع سابق - ص ٦٨.
- (٢) يقصد بالقضاة: أعضاء الهيئة القضائية الذي يمارسون عملهم في مجلس القضاء وذلك للنظر في الخصومات المعروضة عليهم، أو هو كل شخص يتولى القضاء، ويتم تعيين القضاة إما عن الانتخاب أو عن طريق التعيين من قبل السلطة التنفيذية، أو الجمع بين الطريقتين. الأنصاري حسن النيداني - قانون المرافعات المدنية - دون طبعة - دون دار نشر - ص ٨.
- (٣) مفلح القضاة - مرجع سابق - ص ٢٥٨، محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٩٨، محمد نجم - الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية - الطبعة الأولى - ٢٠٠٦ - دار الثقافة للنشر - ص ٣١٤.
- (٤) مفلح القضاة - مرجع سابق - ص ٢٥٨.
- (٥) محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٩٨.
- (٦) محمد نجم - الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية - الطبعة الأولى - ٢٠٠٦ - دار الثقافة للنشر - ص ٣١٤.
- (٧) مصطفى عياد - مرجع سابق - ص ١٣٢.
- (٨) السعدي محمد الأرمازي - نظام رد القضاة - بحث منشور في المجلة العلمية بكلية الشريعة والقانون بطنطا - العدد السابع عشر - ٢٠٠١ - ص ٤٣، خالد الكيلاني الفرق بين رد القضاة ورد المحكمين - بحث منشور في مجلة الحوار المتمدن - العدد ١٦٤٠ - ٢٠٠٦، عبر موقع <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp>

وهنا تجدر الإشارة إلى أنه إذا لجأ المدعى عليه إلى إعلان القاضي شاهداً في الدعوى المطروحة أمامه تفصل المحكمة الجلسة وبعد سماع الخصوم في الطلب، فإذا رأت أن المدعى عليه لا يقصد سوى إبعاد المحكمة تقرر إلغائه وصرف النظر عنه، أما إذا رأت أن المدعى عليه جاداً في إعلانه فتقرر المحكمة إجابته، علماً بأنه لا يجوز للقاضي المطلوب إعلانه أن يكون من ضمن الهيئة التي تنظر الطلب حيث يستبدل بغيره، أما إذا كان القاضي المعلن قاضي فرد، فيستدعي قاضياً آخر للفصل في جدية الطلب^(١)، ويستثنى من هذا ويكون للقاضي أن يحكم بنفسه في الطلب إذا لم تكن لديه معلومات شخصية تتعلق بالدعوى^(٢).

ثالثاً: كاتب الجلسة:

يعرف الباحث كاتب الجلسة هو موظف عام من ضمن قلم كتاب المحكمة يقوم بكتابة محاضر الجلسات من بدايتها إلى نهايتها ويوقع عليها وما يلزم لها. ولا يجوز لكاتب الجلسة أن يكون شاهداً في الدعوى التي يحضرها، خشية أن تؤثر شهادته عليه، فتحمله على الإخلال بشي آخر، أو أن يتأثر بأقوال الشهود فيدفعه إلى الإدلاء بأقوال ليست وفق قناعاته، هذا فضلاً عن شغور مكانه حين يؤدي الشهادة^(٣). أضف إلى ذلك أنه لا يؤمن على تدوين الشهادات التي تسمع دون أن يكون متأثراً بشهادته^(٤). ويرى جانب من الفقه وهو الذي يميل الباحث إليه، إلى أنه لا يوجد ما يمنع من أن يكون الكاتب شاهداً في الدعوى التي يحضرها إذا كانت لديه معلومات شخصية عن واقعة الدعوى، لا يشهد على المعلومات التي كونها نتيجة قيامه بعمله بكتابة الضبط، على أن يحل محله كاتب آخر أثناء أدائه للشهادة^(٥). فضلاً عن ذلك فإنه من الصعوبة بمكان قيام الكاتب بالإخلال بمحضر الجلسة أو تدوين أقوال الشهود وفق ما هو متأثر به، وذلك لأن إجابات الشهود تثبت في المحضر ثم تتلى عليهم، ويوقعها بعد تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه منها، وهذا ما نصت عليه المادة (٩٩) من قانون البينات الفلسطيني والتي نصت على أن "تثبت إجابات الشاهد في المحضر ثم تتلى عليه ويوقعها بعد تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه منها وإذا امتنع عن التوقيع ذكر ذلك وسببه في المحضر" وتتطابق نص المادة سالف الذكر مع نص المادة (٩١) من قانون الإثبات المصري.

(١) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٠٤ وما بعدها.

(٢) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٠٤ وما بعدها.

(٣) مفلح القضاة - مرجع سابق - ص ٢٥٩.

(٤) محمد على سكيكر - تحقيق الدعوى الجنائية وإثباتها - الطبعة الأولى - ٢٠٠٨م - دار الفكر الجامعي - ص ٢٨١.

(٥) ومن أنصار هذا الاتجاه فاروق الكيلان، ينظر تفصيل ذلك عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٠٥.

رابعاً: المترجم:

لا يجوز الجمع بين صفتي الشاهد والمترجم، وعليه فإنه لا يجوز للمترجم أن يكون شاهداً في الدعوى التي اختير لها.

وترجع العلة في عدم جواز الجمع بين صفتي الشاهد والمترجم إلى الخشية من أن يتأثر بشهادته في الترجمة^(١).

ويرى الباحث عدم قبول شهادة المترجم وذلك لوجود خشية من أن يتأثر المترجم بشهادته وخصوصاً إذا كان القاضي والخصوم مما يجهلون اللغة التي يترجمها.

الفرع الثاني

المنع بسبب المهنة

نصت المادة (٧٦) من قانون البيئات الفلسطينية على أنه:

١- لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم ممن علم عن طريق مهنته أو صفته بوقائع أو معلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحه.

٢- يجب على الأشخاص المذكورين أعلاه أن يؤدوا الشهادة متى طلب منهم من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم".
ويقابلها نص المادة (٦٦) من قانون الإثبات المصري.

يتضح من النص السابق بأن المشرع قد يحظر على المحامين والأطباء والوكلاء وغيرهم ممن علم عن طريق مهنته أو صفته بواقعه أو معلومات أن يفشيها، لافتراض التعارض بين واجب المحافظة على الأسرار وواجب الشهادة، وأعطى الأولوية لواجب المحافظة على الأسرار في الأحوال التي حددها القانون، أما المحافظة على الأسرار الشخصية التي لا علاقة لها بالمهنة فلا توجد حالة التعارض مع واجب أداء الشهادة في حياد تام، فالمحافظة على أسرار المهنة وحدها هي المصلحة الجديرة بالحماية^(٢).

وقد اهتم الإسلام بحفظ الأسرار، سواءً فيما يتعلق بالأفراد أو الدولة أو المجتمع، وأمر المسلمون بحفظ أسرارهم لقوله (صلى الله عليه وسلم) "الْمَجَالِسُ بِالْأَمَانَةِ إِلَّا ثَلَاثَةً مَجَالِسَ سَفْكَ دَمٍ حَرَامٍ أَوْ فَرْجٍ حَرَامٍ أَوْ اقْتِطَاعِ مَالٍ بَغْيٍ حَقٌّ"^(٣).

(١) مفلح القضاة- مرجع سابق - ص ٢٥٩ - عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٠٦.

(٢) محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ١٠٠.

(٣) أبو داود- الحديث رقم ٣٨٦٩.

وقوله (صلى الله عليه وسلم): "من ستر مسلماً ستر الله عليه في الدنيا والآخرة"^(١) فهذه الأحاديث النبوية تؤكد تحريم، إفشاء الأسرار ونهى الإسلام عن إفشائها وخاصة إذا كانت فيها مضرة.

ولم يبين القانون المقصود بالسر، إلا أن بعض فقهاء القانون عرف السر بأنه "ما يفضي به الإنسان إلى آخر مستكتماً إياه من قبل أو من بعد، ويشمل ما حفت به من قرائن داله على طلب الكتمان كما ويشمل خصوصيات الإنسان وعيوبه التي يكره أن يطلع عليها الناس"^(٢). ويؤخذ على التعريف السابق أنه لا يصلح لأن يكون تعريفاً لسر المهنة أو الصنعة.

بينما عرفها آخر بأنه: "واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص إذا كان ثمة مصلحة يعترف بها القانون لشخص أو أكثر يظل العلم بها محصوراً في ذلك النطاق"^(٣).

وعرفها ثالث بأنه: "كل ما يضر إفشائه شخصاً ما، ويستوي في ذلك أن يكون الضرر أدبياً أو مادياً"، بينما يرى البعض بأن المقصود بإفشاء السر المهني هو: "الإفشاء بسر من شخص أو ثمن عليه بحكم عمله أو مهنته أو صناعته في غير الأحوال التي يوجب على القانون الإفشاء أو يجيزه"^(٤).

وعرفها رابع بأنه: "ما يقوم في الذهن مقيداً بوجود الكتمان"^(٥). ويرى الباحث بأن السر يأخذ مدلولاً مرناً يرجع تقديره إلى قاضي الموضوع، والذي بدوره يرجع في تحديده إلى العرف الجاري وظروف كل حادثة على انفراد. فمثلاً المريض بمرض العقم قد يتعامل مع هذا الأمر بأنه عادي وأنها مشيئة الله" إلا أن مريضاً آخر قد يعتبر أنها من الأمور التي تتال من رجولته.

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقضائها "إن القانون لم يبين معنى السر، وترك الأمر إلى تقدير القضاة، فوجب أن يرجع ذلك إلى العرف وظروف كل حادثة على انفرادها"^(٦).

(١) عبدالله محمد أبو شيبه - أحاديث الأحكام - الجزء السادس - دار الفكر - ١٩٩٤م الناشر: المكتبة الإسلامية عبر موقعها http://library.islamweb.net/newlibrary/display_book.php?flag=1&bk_no=10&ID=3672 - ص ٣٦٧٢.

(٢) المجمع الفقهي الإسلامي - فتوى السر في المهن الطيبة منشورة على موقع طريق الإسلام <http://ar.islamway.net/falwa/32532>.

(٣) مشار إليه لدى - أسامة عمر عسيلان - الحماية الجنائية لسر المهنة - رسالة ماجستير - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - ص ٣٨.

(٤) عارف علي عارف - بحث بعنوان إفشاء السر في الفقه الإسلامي - بحث مجله الإسلام - العدد (٢) - المجلد (٧) - ديسمبر ٢٠١٠ - ص ٣.

(٥) شريف ادول ادريس - كتمان السر وإفشائه - الطبعة ١٩٩٧م - دار النفائى - ص ١٠٧.

(٦) نقض مصري صادر سنة ١٩٤٢ نقلًا عن طارق صلاح الدين محمد - بحث بعنوان: مسئولية الطبيب الجنائية - منشور على موقع <http://www.ssfcm.org/public/artical/index/secid/125/artid/12249>.

وعلى ذلك يمكننا تعريف السر بأنه: "هو كل ما تعرف عليه صاحب المهنة أو الصنعة أثناء أو بمناسبة أو بسبب مهنته أو صنعته، وكذلك كل ما عهد به العميل من معلومة أو خبر، وباح به باعتبار مهنته أو صنعته وليس رجلاً عادياً إلا في الحالات التي يرخص له فيها بالإفشاء إما اتفاقاً أو قانوناً".

يتضح من التعريف السابق إن صفة السرية تنتفي إذا كانت المعلومات التي حصل عليها صاحب الصنعة أو المهنة علمها ممن لا تربطهم علاقة خاصة، كما تنتفي إذا عرفها ليس بصفته صاحب مهنة أو صنعة إنما بوصفة رجلاً عادياً.

وهذا ما أكدته محكمه النقض الجزائرية حيث أجازت شهادة الطبيب بصفته شاهد عن وقائع علم بها أثناء قيامه بزيارة وديه لبعض أصدقائه(١).

وتجدر الإشارة إلى أن هناك فرق بين السر وبين الإلتزام بحفظ السر، فالسر هو كل ما يصل إلى علم صاحب المهنة أو الصنعة من معلومات أثناء أو بمناسبة أو بسبب ممارسته للمهنة أو الصنعة، أما الإلتزام بحفظ السر فهو يفرض على صاحب المهنة أو الصنعة أن يلوذ بالصمت في كل ما يتعلق بهذا السر إلا في الحالات التي يرخص له القانون فيها بالإفشاء أو الإفشاء(٢). وقد اختلفت الآراء في تحديد مفهوم السر المهني إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يعتمد في تحديده لمفهوم السر المهني على الضرر الذي يترتب من إفشاء السر على سمعة وكرامة مودعه وسميت هذه النظرية بنظرية الضرر(٣).

الرأي الثاني: يرجع في تحديد نطاق السر إلى العرف وظروف كل حالة على حده، ويرى أصحاب هذا الرأي أنه ليس من الضروري أن يكون السر قد عهد به إلى صاحب المهنة علي أنه سر، وبالتالي يعد سراً كل أمر يعد بطبيعته أو بحسب الظروف المحيطة به، ولو اشترط على صاحبه كتمان، وسميت هذه الظروف بنظرية الأمر سراً(٤).

الرأي الثالث: يرجع أنصار هذا الرأي في تحديد نطاق السر بوجود التفرقة ما بين الوقائع السرية والوقائع المعروفة للناس، وأنه لا مجال للحديث عن إفشاء السر المهني على الوقائع التي تكون عامة وعرفت من قبل، ومثال ذلك الطبيب تجوز شهادته بأن فلاناً أعمى أو أعرج أو أصم، فمثل هذه الحالات لا تعد سراً ، فالوقائع المعروفة لا تكون سر بأي حال من الأحوال(٥).

(١) نقلاً عن داريس محمد - بحث بعنوان مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني - منشور مجله جامعه دمشق - العدد الأول - مجلد ٢٥ - ٢٠٠٩ - ص ٢٥٣.

(٢) بومدان عبد القادر - المسؤولية الجزائرية للطبيب - رسالة ماجستير - جامعة مولود معمري - ٢٠١٠ - ص ٢٣.

(٣) أسامة عسيلان - مرجع سابق - ص ٩٤.

(٤) صالح الصقعي - مرجع سابق - ص ٥٦ ، عارف علي عارف - مرجع سابق - ص ١٤.

(٥) شريف إدريس - مرجع سابق - ص ٤٦ ، صالح الصقصي - دون دار نشر - مرجع سابق - ص ٥٣.

وقد جاء هذا النص ليحمي صاحب سر المهنة أو الصنعة من الإدلاء بشهادة عن واقعة أو معلومات أطلع عليها بسبب أعمال مهنته، كما جاء ليمنع المحكمة من أن توقع الجزاء المقرر للإمتناع عن تأدية الشهادة^(١).

ويبقى المحامي والطبيب والوكيل ملتزماً بسر المهنة وعدم إفشاء سر العميل، ولو بعد وفاة العميل^(٢)، كما يبقى الإلتزام قائماً بالنسبة للأطباء والمحامين والوكلاء وغيرهم^(٣) حتى ولو بعد انتهاء خدمتهم أو زوال صفتهم ولو اشتهر بين الناس، لأن ذلك يؤدي إلى توكيدها^(٤)، إلا أنه يمكن لهم إفشاء السر في حالتين هما:

الأولى: إذا كان ذكر لهم السر بقصد إرتكاب جناية أو جنحة، فيجب عليهم الإخبار عن الجرم المراد إرتكابه، أما إذا كان الجرم قد تم إرتكابه فعلاً، ثم بلغ العميل وكيله أو طبيبه فلا يجوز لهم إفشاء هذا السر^(٥)، ومثال ذلك: طلب المرأة الحبلى من طبيبها إجهاضها، فإنه يحق للطبيب في هذه الحالة إفشاء السر^(٦) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (إذا إستطلع أحد المتهمين رأى محامية في إرتكاب جريمة وتم الإتفاق مع أحد الشهود على أن يشهدوا زوراً، فهذا الأمر ولو أنه سر علم به المحامي بحكم مهنته إلا أن من حقه بل من واجبه أن يفشيه لمنع وقوع الجريمة)^(٧).

الثانية: إذا وافق من أسر إليهم بالسر شريطة ألا يكون في القوانين الخاصة بالمهنة ما يمنع إفشاء السر رغم هذه الموافقة، كما هو الحال بالنسبة إلى رجل الأمن فقد استقر الفقه والقضاء على إعفاء رجال الأمن عن كشف اسم المرشد السري الذي حصل منه على معلوماته عند الإدلاء بشهادته أمام القضاء^(٨).

ويستوي في الموافقة أن تكون صريحة أو ضمنية بل يصح فيها أن تكون مفترضة، وذلك متى كان في المحقق أنه لو كان العميل حاضراً

(١) عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٥٧٤.

(٢) أسامة توفيق أبو الفصل - دستور المحامين - الطبعة الأولى - دوار نشر - ص ٣٧٩.

(٣) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣١٣.

(٤) راجح بخيت السناني - أدب المحامي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية - رسالة ماجستير - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - ٢٠٠٩م - ص ٦٢.

(٥) هشام زوين - مرجع سابق - ص ٢٧، حمزة خياط - أخلاقيات مهنة وكلاء الخصومة وأثرها على العدالة - رسالة ماجستير - أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - ٢٠٠١ - ص ١٠٣.

(٦) نقض مصري رقم (١٩٩٩) س ٣ جلسة ١٩٣٣/١٢/٢٧، أشار لبيانات الحكم على النحو السابق صالح الصقبي - مرجع سابق - ص ١٠٣.

(٨) ناصر ديب سليمان - قانون قوى الأمن - معهد التدريب الضباط - غزة - ٢٠١١ - ص ١١٣.

أو قادراً على الإفصاح لأعلن عن موافقته^(١)، لكي تنتج الموافقة أثرها المبيح فلا بد من توافر الشروط الآتية:^(٢)

١- **الصفة:** فلا بد أن تصدر الموافقة على إفشاء السر من صاحب الحق نفسه، فالرضا حق شخصي لصاحبه فلا يعتد بغيره ولو كان زوجاً له أو وكيلاً عنه إلا إذا كان توكيلاً خاصاً بإفشاء السر.

٢- **الأهلية:** لا يعتد بالموافقة على إفشاء السر إلا إذا صدرت ممن هو أهلاً لها، ومناطق الأهلية الإدراك والتمييز، فالمجنون والمعتوه والصبي لا يملكون الأهلية القانونية، وبالتالي فلا يعتد بالموافقة التي تصدر منهم.

٣- **سلامة الإرادة من العيوب:** الإرادة لا تنتج أثرها إذا وقعت تحت إكراه أو غلط أو حتى لو صدرت تحت تأثير مسكر أو مخدر أو تنويم مغناطيسي.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تعدد أصحاب السر في الواقعة، وكان جميعهم قد أطلعوا صاحب المهنة أو الصفة عليه، فلا يجوز أن يدلي بالشهادة عن هذه المعلومات إلا بموافقتهم جميعاً، فلا يكفي لرفع هذا القيد موافقة أحدهم أو بعضهم^(٣).

كما يكون للمحامي والطبيب وغيرهم الحق بالصمت أمام أسئلة المحكمة، ولا يجبر على أداء الشهادة ولا تستطيع المحكمة إجباره على ذلك، ولا يضع تحت طائلة القانون في حال رفضه الإجابة على الأسئلة^(٤).

الفرع الثالث

المنع بسبب المصلحة العامة

نصت المادة (٧٥) من قانون البينات الفلسطيني على أنه: "لا يجوز أن يشهد أحد عن معلومات أو مضمون أوراق تتعلق بأمن الدولة، إلا إذا كانت قد نشرت بإحدى الطرق القانونية أو كانت السلطة المختصة قد أذنت بإذاعتها".

ونصت المادة (٦٥) من قانون الإثبات المصري على أن: "الموظفون أو المكلفون بخدمة عامة لا يشهدون- ولو بعد تركهم العمل- عما يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تنتشر بالطريق القانوني، ولم تأذن السلطة المختصة من إذاعتها، ومع ذلك فلهذه السلطة أن تأذن لهم في الشهادة بناءً على طلب المحكمة أو أحد الخصوم"

(١) اشترط البعض أن تكون موافقة العميل على إفشاء سر كتابة ينظر في هذا الرأي خالد علي الوزان - بحث بعنوان حفظ السر المريض وكتمانه منشور على موقع Faculty.ksu.edu.sa/alwazzan/deslip.

(٢) أسامه عسيلان - مرجع سابق - ص ١٥١.

(٣) أمين مدني - مبادئ استقلال وقانون مهنة المحاماه - بحث منشور في مجلة المحاماه - العدد الخامس - ١٩٩٨م - ص ١١.

(٤) راجح بخيت السناني - مرجع سابق - ص ٦٤.

يتضح من النصين السابقين بأن كلاً من المشرع الفلسطيني والمشرع المصري، قد منع من الإدلاء في الشهادة تحقيقاً للمصلحة العامة والتي تكمن في حماية أسرار الدولة ومؤسساتها^(١).

ويرى الباحث بأن نص قانون الإثبات المصري سالف الذكر كان معيباً من عدة نواحي وهي على النحو الآتي:

١- حصر نطاق عدم الإدلاء بالشهادة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة بالموظفين أو المكلفين بالخدمة العامة، وإنه كان من الأفضل لو لم يحصر نطاق الإدلاء بالشهادة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة بأشخاص معينين وترك الأمر مطلقاً، حتى يوفر حماية أكبر لأسرار الدولة ومؤسساتها.

٢- حصر عدم إدلاء الموظفين والمكلفون بالخدمة العامة فقط من المعلومات التي وصلت إلى علمهم أثناء قيامهم بعملهم، وكان من الأفضل لو منع الموظفين والمكلفون بالخدمة العامة من الإدلاء بشهادتهم عن المعلومات التي وصلت إلى علمهم أثناء أو بسبب أو بمناسبة عملهم. وتكمن الحكمة من المنع من الإدلاء بالشهادة في الحالة التي قررها قانون البيئات الفلسطينية، والحالة التي قررها قانون الإثبات المصري إنما تقررت تحقيقاً للمصلحة العامة وهي المحافظة على أسرار الدولة ومؤسساتها^(٢).

ويقصد بأسرار الدولة بأنها: "كل الأسرار المتعلقة بالمصالح العليا للدولة وتشمل المعلومات والأشياء والوثائق، والأخبار التي تخص الدولة وسلامتها"^(٣).

(١) يعرف البعض الموظف العام بأنه: "هو الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة المرافق التي تدار بطريق مباشر بواسطة السلطات الإدارية المركزية أو المحلية أو المرفقية ويشغل وظيفة داخل النظام الإداري الذي يعمل فيه"، بينما عرفه آخر بأنه: "كل شخص يتولى أداء خدمة من مرفق عام تديره السلطة الإدارية سواء كانت مركزية أو لا مركزية، محلية أو مصلحة يباشر هذه الخدمة مؤقتة أو دائمة وذلك مقابل راتب يتقاضاه من الميزانية العامة أو الخاصة، ويتبع لأحكام التقاعد داخل في الملاك الخاص بالموظفين"، بينما عرفه آخر بأنه: "الشخص الذي يعهد إليه عمل دائم في مرفق عام يدار بطريق مباشرة"، هذا وقد عرفت المادة (١) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠٠٥م (١) الموظف بأنه: "الشخص المعين بقرار من جهة مختصة لشغل وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية على موازنة إحدى الدوائر الحكومية أياً كانت طبيعية تلك الوظيفة أو مسماها"، بينما عرفته محكمة القضاء الإداري المصري بأنه "الشخص الذي يعين بصفة مستقرة غير عارضة، للمساهمة في عمل دائم، في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام"، ويقصد بعبارة المكلفين بخدمة عامة هم الأشخاص المنوط بهم أداء عمل يشكل خدمة عامة دون أن تكون لهم مرتبات يتقاضونها على ذلك من الدولة أو إحدى الهيئات المحلية، والجدير بالذكر أن المقصود بالمكلفون بخدمة عامة لا يعني فقط موظفي الدولة، بل تتسع لتشمل موظفي الهيئات التابعة لها كالمجالس البلدية والجامعات وتشمل كذلك موظفو المصالح الحكومية كأعمال البريد والتليفون والتلغراف، كما تشمل موظفو المؤسسات العامة وشركات القطاع العام، وكذلك الموظفون الذين يديرون أملاك الدولة الخاصة. (ينظر تفصيل ذلك لدى: صلاح الناهي - مرجع سابق - ص ٤٨، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة الخامسة عشر - منشأة المعارف - ١٩٩٠ - ص ٦٧٩، **عبد العزيز العنزي** - النظام القانوني لانتهاج خدمة الموظف العام - رسالة ماجستير - جامعه الشرق الأوسط - ٢٠١٢م - ص ٢٠، صالح الصقبي - مرجع سابق - ص ٤٣.

(٢) هشام زوين - مرجع سابق - ص ٢٦.

(٣) صالح عبد العزيز الصقبي - مرجع سابق - ص ٥٩.

ويمكن لنا ذكر أمثلة على أسرار الدولة على النحو الآتي:

- ١- المعلومات العسكرية: وهي الحقائق والأنباء التي تعد بطبيعتها من الأسرار العسكرية، وتشمل المعلومات العسكرية وسائل دفاع الدولة، وعملياتها الحربية، وحجم قواتها العسكرية ونوع الأسلحة، وأساليب قتال الدولة وغيرها^(١).
- ٢- المعلومات السياسية: ويقصد بها الحقائق التي تتعلق بقرارات الحكومة من شؤون السياسة الخارجية أو الداخلية والتي تنوى الحكومة السير عليها متى كانت مرتبطة بشؤون الدفاع عن البلاد ولو بطريق غير مباشر، ومثال ذلك إفشاء أهم القضايا التي يمكن أن تثير خلافات المذهبية أو العرقية أو الطائفية^(٢).
- ٣- المعلومات الدبلوماسية: وهي تتعلق بمضمون الرسائل أو الإتصالات المتبادلة بين وزير الخارجية وبين ممثلي الدولة السياسيين^(٣).
- ٤- المعلومات الاقتصادية: وهي مجموعه البيانات الخاصة بالسياسات المالية للدولة، وحالة المواد التموينية والمخزون الإستراتيجي، والحالة النقدية^(٤).
- ٥- المعلومات الصناعية والعلمية: ويقصد بها الحقائق والأخبار المتعلقة بنواحي الإنتاج على إختلاف أنواعها والتي تهتم شؤون الدفاع^(٥).
- ٦- المواد والأشياء العسكرية: فهي ذات الكيان المادي المحسوس وتشمل على وجه الخصوص الأسلحة والذخائر والآلات والمعدات، والمواد الكيميائية، وغيرها^(٦).
- ٧- الوثائق الأمنية: ويقصد بها جميع أنواع الكتابات والمذكرات والتقارير والمخابرات والخطط والخرائط وغيرها من الوسائل التي تتضمن معلومات أو أخبار تتعلق بالدفاع عن البلاد^(٧).
- ٨- الأخبار العسكرية: ويقصد بها الأخبار المتعلقة بالشؤون العسكرية والإستراتيجية كإسحاب الجيش أو حصول كارثة في مصنع حربي^(٨).
- ٩- المعلومات المتعلقة بالتحقيق في جرائم إفشاء أسرار أمن الدولة: وهي تتناول المعلومات المتعلقة بالتدابير والإجراءات التي تتخذ للكشف عن جرائم الأمن الخارجي ومثال ذلك إستدلات الشرطة، ورجال المخابرات^(٩).

(١) شريف إدريس - مرجع سابق - ص ٨٥.

(٢) أسامة عسيلان - مرجع سابق - ص ١٢٧.

(٣) صالح الصقعي - مرجع سابق - ص ٦٥.

(٤) شريف إدريس - مرجع سابق - ص ٨٧.

(٥) أسامة عسيلان - مرجع سابق - ص ١٢٧.

(٦) صالح الصقعي - مرجع سابق - ص ٦٧.

(٧) شريف إدريس - مرجع سابق - ص ٨٨.

(٨) أسامة عسيلان - مرجع سابق - ص ١٢٧.

(٩) شريف إدريس - مرجع سابق - ص ٨٩.

والجدير بالذكر أنه إذا خالف الشخص، وفقاً لقانون البينات الفلسطيني أو الموظف والمكلف بالخدمة العامة وفقاً لقانون الإثبات المصري لأحكام قانون الإثبات المصري في الشهادة في هذا الشأن وأدلى بشهادته عن الأمور الممنوعة كانت شهادته باطلة، ولا يجوز للمحكمة أن تؤسس حكمها عليها، وإلا كان حكمها باطلاً والبطلان هنا متعلق بالنظام العام لتعلقه بحماية أسرار الدولة ومؤسساتها^(١).

ويثور التساؤل حول المنع بسبب المصلحة العامة، حول مدى جواز إجبار الممثلين الدبلوماسيين على الإدلاء بشهادتهم، وذلك لما يتمتع به هؤلاء من حصانة دبلوماسية؟

إن الحصانة التي يتمتع بها المبعوث الدبلوماسي ضرورة تقتضيها مهام وظيفته ليؤدي عمله في جو من الطمأنينة بعيداً عن المؤثرات من الدولة المعتمد لديها، ولئن كان يستتبع إعفاء الممثل الدبلوماسي من الخضوع للقضاء الأقليمي في الدولة الأخيرة عدم الالتزام بالإدلاء بمعلومات كشاهد أمام القضاء في أي دعوى مدنية أو جزائية، بحيث لا يجوز إكراهه على أدائها أو إجباره على التمثول أمام السلطات المحلية المختصة، إلا أن قواعد العرف الدولي تقتضي معاونة هذه السلطات من أداء واجبها حتى كان ادلاؤه بمعلوماته ليس فيه مساس بعمله أو بدولته سواء من تلقاء نفسه أو بناءً على موافقة الجهة التي يتبعها، ولا يعد ذلك تنازلاً عن الحصانة القضائية^(٢).

الفرع الرابع

المنع بسبب الزوجية

نصت المادة (٧٧) من قانون البينات الفلسطيني على أنه "لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشي بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء قيام الزوجية أو بعد انفصالها إلا من حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جنائية أو جنحة وقعت منه على الآخر" ويتطابق النص السابق مع نص المادة (٦٧) من قانون الإثبات المصري.

وقد جاء الحظر للمودة والرحمة والتي هي جوهر وأساس العلاقة الزوجية، بما يستتبع ذلك تصور إفشاء أحد الزوجين إلى الآخر بأمور لم يكن ليطلع عليها أحد، وكان من اللازم حماية هذه الأسرار التي أفشى كل منهما إلى الآخر بها، ولذلك أجاز المشرع أن يمتنع أحد الزوجين عن الإدلاء بشهادته ضد الآخر بهذه الوقائع^(٣).

ويبقى هذا المنع طالما بقيت العلاقة الزوجية، كما يستمر بعد انفصالهما، ولا يسرى هذا المنع على علاقة الخطبة، وذلك لأن مثل هذا المنع يكون على حساب العدالة والحق^(٤).

(١) عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٥٧٢، هشام زوين - مرجع سابق - ص ٢٦.

(٢) نقض مصري رقم (١٢٣) سنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٩ - سعيد شعله - مرجع سابق - ص ٢٩٤.

(٣) هشام زوين - مرجع سابق - ص ٣٦، عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٥٧٥.

(٤) ناظم عويضة - مرجع سابق - ص ١٠٣.

واستثنى المشرع من هذا القيد الحالات الآتية:

الأولى: حالة الرضا، فإذا رضي أحد الزوجين بأن يُحِلَّ زوجته من واجب الكتمان فيما يتعلق بالأمور التي أفضى إليه بها وأطلع عليها، وذلك لأن المنع تقرر أصلاً لمصلحة الزوجية وطرفيها، فيرتفع واجب الكتمان وعدم الإفشاء الواقع على كل من الزوجيين برضا الزوج الآخر على الشهادة وعدم الاعتراض على الإدلاء بها أو مناقشته إياها. (١)

الثانية: وهي حالة رفع دعوى من أحد الزوجين على الآخر، أيًا كان موضوع الدعوى أو نوعها، فإن ذلك يرفع عن الزوج الآخر واجب الكتمان الذي تفرضه عليه مصلحة الأسرة وذلك لأن رفع الدعوى من أحد الزوجين على الآخر يحمل في ذاته الدليل على انعدام الثقة والألفة.

ويذهب الرأي الراجح إلى أنه ليس بمجرد رفع الزوج دعوى على الزوجة يعفيه من واجب الكتمان، وإنما يحل الزوج المدعي عليه فقط من واجب الكتمان دون الزوج المدعي. (٢)

الثالثة: وهي حالة إقامة دعوى على أحد الزوجين بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر، فإذا أقيمت الدعوى فإن ذلك يحل الزوج الآخر المجني عليه من واجب الكتمان دون الزوج مرتكب الجناية أو الجنحة. (٣)

يترتب على مخالفة الحظر من قبل أحد الزوجين بطلان الشهادة، ولا يجوز للمحكمة الإعتماد عليه كدليل، وتجدر الإشارة إلى أن البطلان المشار إليه هو بطلان نسبي، فلا يجوز أن تتخذه من تلقاء نفسها، ولا يصح أن يتمسك به إلا من تقرر لمصلحته. (٤)

ويثور التساؤل حول مدى اعتبار وجود خصومة بين الشاهد ومن يشهد عليه مانعاً من قبول شهادته؟

جاءت نصوص قانون البيّنات الفلسطيني، وكذلك نصوص قانون الإثبات المصري من نص يعالج أثر وجود خصومه بين الشاهد والمشهود عليه.

إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على أن العداوة بين الشاهد والمشهود عليه، تؤدي إلى عدم قبول الشهادة، ذلك إذا كانت عداوتهم دنيوية في مال أو جاه أو خصام. (٥)

(١) مفلح القضاة - البيّنات - مرجع سابق - ص ١٦٢.

(٢) ناظم عويضة - مرجع سابق - ص ١٠٤.

(٣) مفلح القضاة - البيّنات - مرجع سابق - ص ١٦٢.

(٤) عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٥٧٦، وهشام زوين - مرجع سابق - ص ٣٧.

(٥) برهان الدين ابن الوفاء إبراهيم - مرجع سابق - ص ١٩٢، أحمد فتحي بهنسي - مرجع سابق - ص ٩٨ وما بعدها، شهاب عبد الله - مرجع سابق - ص ١٧٥، فارس الشمري - مرجع سابق - ص ٩٢.

وأما إذا كانت العداوة دينية فلا تأثير لهذه العداوة على قبول الشهادة، ولذلك تقبل شهادة المسلم على غير المسلم مع وجود العداوة بينهما، لأنها عداوة دينية^(١).
وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن:

١- الشهادة ذات حجية متعدية، لأن ما يثبت بها أحد الخصوم يعد ثابتاً بالنسبة للخصم الآخر وذلك إعتباراً بأن من صدرت منه الشهادة شخص عدل لا يقصد بها تحقيق مصلحة لأحد أو مضارته ولهذا الأثر وإعتبرات العدالة فإنه يجب ألا يقوم بالشاهد مانع من موانعها من شأنه أن يدع للميل بشهادته لخصم على آخر سببياً، ومن هذا القبيل أن تكون بين الشاهد ومن يشهد عليه خصومه، فقد ورد في الحديث الشريف: "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي...".
وإذ خلت مواد قانون الإثبات المنظمة لشهادة الشهود فالباب الثالث من نص يعالج أثر وجود خصومة بين الشاهد والمشهود عليه، فليس أمام القاضي من سبيل إلا أن يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن قيام هذه الخصومة يعد مانعاً للشهادة باعتبار هذه المبادئ المصدر الرئيسي للتشريع بنص المادة الثانية من الدستور والمرجع الأصيل عند غياب النص وجود العرف طبقاً لما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني فيبني على ذلك فإذا ما طعن الخصم على أقوال الشاهد بوجود خصومة بينهما بما منعه من الإدلاء بأقواله دون ميل وأقام الدليل على ذلك تعين على المحكمة أن تمحص دفاعه وتحققه قبل أن تحكم في النزاع، فإن هي لم تفعل وأستندت إلى أقوال هذا الشاهد رغم الطعن بفسادها وقع الحكم باطلاً^(٢).
وتجدر الإشارة إلى أن قانون الإثبات المصري أضاف شرطاً جديداً يشترط في الشاهد وهو ألا يكون الشاهد محكوماً عليه بعقوبة جنائية، حيث نصت المادة (٢٥) من قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ على أن:

" كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية:

ثالثاً: الشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال."

يتضح من النص السابق بأن المشرع المصري أضاف شرطاً جديداً لقبول شهادة الشاهد وهو ألا يكون محكوماً عليه بعقوبة جنائية، كما ويتضح بأنه لا يكفي بأن يكون الشاهد أن يكون مرتكباً لجناية بل يجب أن يكون محكوم عليه بعقوبة جنائية، فمثلاً لو ارتكب الشاهد جريمة من نوع جنائية إلا أن المحكمة عاقبته بعقوبة جنحة استعمالاً للرفقة، فلا ينطبق النص، ويجب علي المحكمة تحليفه اليمين^(٣)، وهو ما أكدته به محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن: "إذا التابت من الحكم

(١) عبد الله القحطاني - مرجع سابق - ص ١٩٥، أحمد فتحى بهنسي - مرجع سابق - ص ٩٩.

(٢) نقض مصري رقم ٤٣٤ س ٥٩ ق في جلسة ١٤/١١/١٩٩٣، سعيد شعله - مرجع سابق - ص ٢٥٤.

(٣) هشام زوين - مرجع سابق - ص ١٦٢.

أن الشاهد لم يحكم عليه بعقوبة جنائية، وإنما حكم بحبسه في جنائية، فإن المادة (٢٥) من قانون العقوبات لا ينطبق حكمها عليه^(١).

ويقتصر عدم قبول شهادة المحكوم عليه بعقوبة جنائية إلا على سبيل الاستدلال على مدة العقوبة، فإذا طُلب لإدلاء الشهادة قبل تنفيذ العقوبة أو بعد تنفيذها فإنه تقبل شهادته، ويترتب على هذا نتيجة غير معقولة بالنسبة للمحكوم عليه بالإعدام، وهي قبول شهادته رغم وجوده في السجن انتظاراً للتنفيذ على الرغم من أنه محكوم عليه بأشد العقوبات الجنائية، ولذلك يرى البعض وبحق أنه لا مفر من اعتبار مدة إيداعه في السجن من وقت الحكم حتى اتمام التنفيذ مدة عقوبة، لأن هذه المدة ليست إلا تمهيداً لتنفيذ الحكم، وبالتالي فإنه لا يصح قبول شهادته خلال هذه المدة إلا على سبيل الاستدلال^(٢).

ولا يترتب بطلان الشهادة التي تصدر من الشاهد المحكوم عليه بعقوبة جنائية مدة العقوبة بل تعتبر هذه الشهادة على سبيل الاستدلال يترك تقديرها للقاضي، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه: "إذا حلف الشاهد المحكوم عليه بعقوبة جنائية مدة العقوبة في خلال فترة الحرمان من إداؤه فلا بطلان، وتظل هذه الشهادة في حقيقتها وفي نظر القانون من قبيل الاستدلال التي يترك تقديرها للقاضي، إذ لا يجوز أن يترتب البطلان على اتخاذ ضمان على سبيل الإحتياط قضي به القانون عندما أوجب أداء اليمين حملاً للشهادة على قول الصدق"^(٣).

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه المشرع الفلسطيني من عدم النص على حرمان المحكوم عليه بعقوبة جنائية من الشهادة وذلك للأسباب الآتية:

- ١- أن الشهادة لا تعتبر ميزة بل تعتبر واجب والامتناع عن أدائها يعتبر جريمة يعاقب عليها.
- ٢- قد تكون شهادة الشاهد بعقوبة جنائية جوهرية في الدعوى، فما الذي يمنع من سماع شهادته؟ خصوصاً أن الشهادة تخضع أولاً وأخيراً إلى تقدير القاضي.
- ٣- لا يعني أن الشخص عوقب بعقوبة الجنائية أنه ارتكب جريمة مخرقة بالشرف أو الأمانة مما يستتبع عدم الثقة، بل من الممكن أنه عوقب بعقوبة الجنائية بأن قام بعمل سياسي أو انتمى إلى حزب أو جماعة غير مرخصة.
- ٤- تخضع الشهادة أولاً وأخيراً إلى تقدير القاضي.

(١) نقض مصري رقم ١١١٤ سنة ٢٨ ق والصادر بتاريخ ١١/٣/١٩٥٨م، نقلاً عن محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ١٣٢.

(٢) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٤١.

(٣) نقض مصري رقم ٧١٦ سنة ٣٥ ق والصادر بتاريخ ٦/٢٢/١٩٦٥م، نقلاً عن محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ١٣٣.

المبحث الثاني

الشروط الواجب توافرها في الشهادة

يشترط في الشهادة أن تؤدي أمام المحكمة وبصورة شفوية وموافقتها للواقعة وللدعوي وأن تؤدي في خصومة وهو ما نتناوله في المطالب الآتية:

- المطالب الأول: أن تؤدي الشهادة أمام القاضي وبصورة شفوية.
- المطالب الثاني: موافقة الشهادة للواقعة.
- المطالب الثالث: موافقة الشهادة للدعوى.
- المطالب الرابع: أن تؤدي في خصومه.

المطلب الأول

أن تؤدي الشهادة أمام القاضي وبصورة شفوية

ونستعرض موضوع هذا المطلب في الفرعين الآتيين:

- الفرع الأول: أن تؤدي الشهادة أمام القاضي.
- الفرع الثاني: أن تؤدي الشهادة بصورة شفوية.

الفرع الأول

أن تؤدي الشهادة أمام المحكمة

ويشترط في الشهادة أن تؤدي أمام القاضي وفي مجلس المحكمة أو القضاء^(١)، سواء أكانت أمام المحكمة ذاتها التي تنظر الدعوى موضوع الشهادة، أو أمام قاضي آخر في حالة الضرورة^(٢)، ولا معنى للشهادة شرعاً أو قانوناً إذا لم تكن أمام القاضي، لعدم حصول مقصودها^(٣). وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية حيث قضت بأنه: "الشهادة المعتبرة هي التي يؤديها أمام المحكمة"^(٤)، وعلى ذلك فلا يعتد بالشهادة التي تؤدي أمام الخبير ولا يصح الإستناد عليها وحدها في الحكم فهي ليست دليلاً قانونياً تصح إقامة الحكم عليها، إلا إذا اعتبرت المحكمة الشهادة أمام الخبير مجرد قرينة قضائية،

(١) عبد الله القحطاني - مرجع سابق - ص ١٧٠، بدرية حسونة - مرجع سابق - ص ٧٤.

(٢) نبيلة رسلان - مرجع سابق - ص ٧٤.

(٣) سعيد العسيري - مرجع سابق - ص ٢٣٤.

(٤) تمييز أردني جزء رقم (٨٤/١٧٨) سنة ١٩٨٥م، نقلاً عن محمد صبحي نجم - مرجع سابق - ص ٣٢٢.

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية: "ما يجزية الخبير من سماع شهود ليس تحقيقاً وإعتباره مجرد قرينة قضائية مضافة إلى قرائن أخرى يؤدي إلى النتيجة التي إنتهت إليها محكمة الموضوع من تكوين عقيدتها"^(١).

هذا ويجب أن يتوافر في المحكمة التي تؤدي الشهادة أمامها العدد المطلوب من القضاة على حسب ما نص القانون المتعلق بتشكيلها، وإلا كان الإجراء الذي اتخذته المحكمة بسماع أقوال الشهود باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام^(٢).

كما يشترط أن يكون القضاة المشكلة منهم المحكمة لهم ولاية القضاء، وتكون لهم الولاية القضائية إذا تم تعيينهم بقرار من الرئيس^(٣) وأن يكونوا إشتغلوا في القضاء بعد أداء اليمين القانوني، كما يشترط لتوافر الولاية القضائية في القاضي أن يراعي في نقلهم وترقيتهم القواعد والإجراءات المنصوص عليها بنظام القضاء^(٤).

وعلى ذلك فلا تكون الشهادة معتبرة إذا أداها أمام قاضي منتهية ولاية القضائية، كأن يكون مستقيل مثلاً، ولا يجوز أن يبني عليها الحكم^(٥).

ولا يفهم من أنه يجب أن تؤدي الشهادة في مجلس القضاء أو أمام القاضي بأنه يشترط سبق الدعوى في الشهادة، فمن الممكن أن تؤدي الشهادة أمام مجلس القضاء ولو بلا دعوى، وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٤) من قانون البينات الفلسطيني والتي نصت على أنه: "يجوز لمن يخشى فوات فرصة الإستشهاد بشاهد أمام القضاء، أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن سماع ذلك الشاهد"، يقابلها نص المادة (٦٩) من قانون الإثبات المصري.

ويتضح من النصين السابقين بأنه لا يشترط سبق الدعوى لقبول الشهادة فمن الممكن أن تؤدي الشهادة بناء على طلب وليس دعوى^(٦).

(١) نقض مصري رقم ٩٦٨ س ٥٩ ق تاريخ ١٩٩٤/١/١٢ نقلاً عن عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٦١٨ .

(٢) مأمون سلامة الإجراءات الجنائية - الجزء الثالث - دار الفكر العربي - ١٩٧٩ - ص ١٩ .

(٣) نصت المادة (٦) فقره (٢) من قانون السلطة القضائية رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٥ أن: "يعين أو يرقى القضاة بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بناء على تنسيب مجلس القضاء الأعلى بعد توصيه من لجنة التعيينات، أو من دائرة التقييم والترقية، بحسب الحال وتكون الترقية على أساس الأقدمية وعناصر الكفاءة بما فيها نتائج الدورات التدريبية" ويقابلها نص المادة (٤٤) من قانون السلطة القضائية رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢ والتي نصت على أنه: " يكون شغل الوظائف القضائية سواء بالتعيين أو الترقية بقرار من رئيس الجمهورية.

(٤) أحمد السيد صاوى - الوسيط في شرح قانون المرافعات - دار النهضة العربية - ١٩٨١ - ص ٧٧ .

(٥) مأمون سلامة - مرجع سابق - ص ٢٠ .

(٦) وقد اشترطت مجله الأحكام العدلية سبق الدعوى في قبول الشهادة وهذا ما نصت عليه المادة (١٦٩٦) والتي نصت على " يشترط سبق الدعوى في الشهادة بحقوق الناس" ويجب في هذه الدعوى وجود شرطين:

الشرط الأول: أن تكون الدعوى المسبوق هي نفس الدعوى التي شهد بها الشهود، فإذا كانت الشهادة في دعوى محالفه فلا تقبل .
الشرط الثاني: ويشترط في الدعوى أن تكون صحيحة ، فلذلك لو كانت الدعوى غير صحيحة لا مقام الشهود.

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية أيضاً في حكمها عند تعريف الشهادة حيث قضت أن: "الشهادة هي إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظة الشهادة لإثبات حق على الغير ولو بلا دعوى"^(١).

والحقيقة أن لسماع الشهود بمعرفة المحكمة فوائد عدة منها: أن المحكمة تستمد قناعتها من الثقة التي توحى بها أقوال الشهود، كما يمكن للمحكمة من أن تكشف التحريفات التي قد تصدر من الشاهد^(٢).

الفرع الثاني

أن تؤدي الشهادة بصورة شفوية

نصت المادة (٩٨) من البينات الفلسطينية على أن تؤدي الشهادة شفاهة ولا يجوز للشاهد الإستعانة بمفكرات مكتوبة إلا بإذن المحكمة كلما دعت الضرورة إلى ذلك" يتطابق نص المادة سالف الذكر مع نص المادة (٩٠) من قانون الإثبات المصري.

ويتضح من النص السابق أنه يجب أن تؤدي الشهادة بصورة شفوية، ولا يجوز للشاهد أن يعتمد في شهادته إلا على ذاكرته، ولا يجوز أن يتلو الشهادة من ورقة مكتوبة، أو أن يستعين بأية مذكرة إلا إذا دعت الضرورة وطبيعة الدعوى إلى ذلك، وبعد موافقة المحكمة، ويترتب على عدم مراعاة مبدأ شفوية الشهادة بطلان الحكم الصادر في الدعوى، ونكتفي ببيان ذلك ونحيل إلى ما سبق شرحه في إطار الحديث حول شهادة الأخرس^(٣).

ويخرج من هذا الشرط المسائل التي هي من حقوق الله، فنقبل بها الشهادة بدون سبق دعوى ومن ذلك الوقف والحدود والظهار والإيلاء بحرمه المصاهرة والظهار وعتق الأمة وتدبيرها . علي حيدر - مرجع سابق - ص ٣٨٨ وما بعدها، سليم رستن باز - مرجع سابق - ص ٧٧٩.

(١) نقض أحوال شخصية مصري - رقم ٤٣ سنة ١٩٣٣ ق والصادر بتاريخ ٢٣/٣/١٩٦٦م، نقلاً عن مجموعة المبادئ القانونية - مرجع سابق، القاعدة رقم ١٨٦٩ - ص ٦٦٩.

(٢) محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ١٢.

(٣) ينظر فيما سبق - ص ٤٥.

المطلب الثاني

موافقة الشهادة للواقعة

نصت المادة (٣) من قانون البينات الفلسطيني على أن "يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولها" ويقابلها نص المادة (٢) من قانون الإثبات المصري. يشترط في الشهادة أن تكون موافقة للواقعة^(١)، فإن خالفتها لا تقبل^(٢)، وذلك لأن الغرض من الشهادة إثبات صدق الخصم في دعواه، وعلى ذلك فإن كانت الشهادة غير موافقة للواقعة لم تكن دليلاً على صحتها^(٣).

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن: "إذا كان ما أورده الحكم يقطع من أن شهادة شاهدي المطعون عليها قد انصبت على وقائع حدثت في حضرتهما وعابناها سمعاً ومشاهدة واتفقت أقوالهما في جوهرها مع الوقائع المشهود بها فتكون شهادتهما قد استوفت شروط صحتها"^(٤).

وتكون الشهادة موافقة للواقعة، إن اتحدا نوعاً وكماً وكيفاً ومكاناً وزماناً وفعالاً ووصفاً^(٥). فمثلاً إذا ادعى الخصم أنه أقرض الخصم الآخر ألف دينار وشهدت الشهود بناءً على اتفاق بينهم على أن الخصم قد أقرض الخصم الآخر فعلاً ألف دينار تكون الشهادة مقبولة^(٦). أما إن خالفت الشهادة الواقعة فلا تقبل، وتكون المخالفة نوعاً، كما إذا ادعى المدعى ألف دينار وشهدت الشهود ألف دولار^(٧).

وتكون المخالفة كماً كما لو ادعى المدعى ألف دينار وشهدت الشهود بألفي دينار^(٨).

(١) ناصر محمد البقمي - مرجع سابق - ص ٨٦.

(٢) علاء الدين مسعود - بدائع الصنائع - الجزء التاسع - تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت - ص ٤٠.

(٣) عبد الله القحطاني - مرجع سابق - ص ١٦٩.

(٤) نقض أحوال شخصية مصري - رقم ١٩ سنة ٤٤ ق و الصادر بتاريخ ١٩٧٦/٣/٢٤م، نقلاً عن القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم (١٨٧٩) - ص ٦٧١.

(٥) سليم رستم باز - مرجع سابق - ص ٨٠٧، وعلى حيدر مرجع سابق - ص ٤٠٨.

(٦) محمد أمين عابدين (ابن عابدين) - حاشية المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - تحقيق: دار الفكر للطباعة والنشر بيروت - ٢٠٠٠م، الناشر: شبكة المشكاة الإسلامية عبر موقعها عبر الإنترنت www.muska.com.

(٧) نصت المادة (١٧١٢) من مجلة الأحكام العدلية على أن: "إذا اختلف الشهود في المشهود به لا تقبل شهادتهم. مثلاً لو شهد أحد الشاهدين بألف درهم ذهباً والآخر بألف فضة لا تقبل شهادتهما".

(٨) نصت المادة (١٧٠٨) من مجلة الأحكام العدلية على أن: "إذا كان المدعى به أقل وشهدت الشهود بأكثر لا تقبل.....".

أما المخالفة كيفاً فتكون، كما لو ادعى المدعي شراء سيارة وشهدت الشهود هبه السيارة^(١)، وتكون المخالفة زماناً كما لو ادعى الخصم أنه أدى الدين منذ شهر وشهدت الشهود بأنه أداة منذ شهرين لا تقبل شهادتهم^(٢)، وتكون المخالفة مكاناً كما لو ادعى المدعي حدوث الواقعة في البيت وشهدت الشهود حدوثها في محل تجاري.

وتكون المخالفة وصفاً كما لو ادعى المدعي العقار الواقع في الجانب الشرقي من أرض معين أو ملك معين فشهدت الشهود بأن العقار يقع على الجانب الغربي من الأرض المذكورة^(٣). هذا وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على قبول الشهادة إذا كانت أقل من المدعى به^(٤)، كما لو شهدت الشهود بالملك بسبب تقبل شهادتهم^(٥)، ذلك لأن الملك المطلق أعم من الملك بسبب يظهر في الأصل حتي تستحق به الزوائد، والملك بسبب تقتصر فقط على وجود السبب، فكان الملك المطلق أعم من الملك بسبب^(٦).

وكذلك إذا ادعى المدعي أنه اشترى عقاراً منذ شهرين وشهدت الشهود أنه اشتراها منذ شهر تقبل شهادتهم^(٧).

على أي حال فإنه لا يشترط أن تكون الشهادة موافقة للواقعة لفظاً ومعنى بل يكفي أن توافقها معنى^(٨)، فلو ادعى المدين بأنه أدى الدين وشهدت الشهود على أن الدائن أبرأ المدين تقبل شهادتهم وذلك لاحتمال أن الإبراء الذي شهد به الشهود هو إبراء استيفاء، فتكون بذلك الشهادة موافقة للواقعة^(٩).

كما لا يشترط أن تكون الشهادة مطابقة للواقعة بجميع تفاصيلها، بل يكفي أن يكون في شأنها أن تؤدي إلى الحقيقة، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت: "لا يشترط في

(١) نصت المادة (١٧٠٤) على أنه " لو اختلف الشهود في لون المال المغصوب أو في كونه ذكراً أو أنثى لا تقبل شهادتهم....".

(٢) سليم رستم باز - مرجع سابق - ص ٨٢١.

(٣) علي حيدر - مرجع سابق - ص ٤١٠.

(٤) نصت المادة (١٧٠٧) من مجلة الأحكام العدلية " موافقة الشهادة للدعوى إما مطابقتها لها بالتمام أو يكون المشهود به أقل من المدعى به".

(٥) عثمان الزيعلي - مرجع سابق - ص ٢٢٩.

(٦) علاء الدين مسعود - مرجع سابق - ص ٤٠.

(٧) سليم رستم باز - مرجع سابق - ص ٨١١.

(٨) عبد الغني الغنيمي - اللباب فن شرح الكتاب - الجزء السابع - تحقيق: محمد يحيى عبد الحميد - المكتبة العلمية - بيروت - دون سنة نشر - ص ٦٤، عبد الله محمود المصلي - الاختيار لنقل المختار - الجزء الثاني - تحقيق: شعليب الأرنؤوط - دار الرسالة العالمية - دون سنة نشر - ص ٣٥٤.

(٩) علي حيدر - مرجع سابق - ص ٤١٠.

شهادة الشاهد أن تكون واردة على الواقعة المطلوب إثباتها بجميع تفاصيلها بل يكفي من شأنها أن تؤدي إلى الحقيقة^(١).

ويجب على المحكمة أثناء وزنها للشهادة أن تأخذ بعين الاعتبار مدى موافقتها للدعوى أو للوقائع المشهود عليها، هذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية حيث قضت بأنه: "من مهمة المحكمة، وهي في سبيل تكوين عقديتها وعند وزنها للشهادة، أن تأخذ بعين الاعتبار مدى موافقتها للدعوى أو للوقائع المشهود عليها"^(٢).

المطلب الثالث

موافقة الشهادة للدعوى

يشترط في الشهادة أن تكون موافقة للدعوى وإلا فلا تقبل، ويقصد بموافقة الشهادة للدعوى هي أن ترد الشهادة على واقعة ذات صلة بالحق المتنازع فيه ليكون ثبوتها مؤثراً في الفصل في الدعوى^(٣)، على ذلك فإذا كانت الشهادة لا تؤثر في الفصل في الدعوى فلا تقبل^(٤). بمعنى آخر تكون الشهادة موافقة للدعوى إذا كان الإثبات بالشهادة يؤدي إلى إثبات الدعوى أو جزء منها^(٥).

أما إذا كانت الشهادة غير موافقة للدعوى، كأن تكون الشهادة مجهولة الهدف أو الغاية فلا تقبل، ويستفاد هذا الشرط من نظرية المصلحة في الدعوى وفي الدفع وفي الطعن، فحيث تنتفي المصلحة ينتفي إمكان التحدي بأي أمر منها، لأن المصلحة مناطها جميعاً^(٦).

هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه: "يجوز لمحكمة الموضوع ألا تسمع شهود النفي إذا رأت أن شهادتهم غير متعلقة بموضوع الدعوى المطلوب سماعهم فيها"^(٧). كما قضت أيضاً بأن: "طلب سماع شهود النفي هو دفاع موضوعي يجب أن يكون كسائر الدفوع الموضوعية ظاهر التعلق بموضوع الدعوى أي أن يكون الفصل فيه لازماً للفصل في

(١) نقض مصري رقم (٦٩) سنة ٣٢ق والصادر بتاريخ ١٧/١٠/١٩٦٧م، نقض مصري رقم (١٤٤) سنة ٣٤ق والصادر بتاريخ ١٧/١٠/١٩٦٧م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - القاعدة رقم (١٠٢١-١٠٢٢) ص ٤٠٣.

(٢) نقض فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠٠٩/١٦٨) والصادر بتاريخ ٢١/٤/٢٠١٠، منشور على موقع المفتحي <http://maqtafi.birzeit.edu/courtjudgments>.

(٣) عبد الودود يحيي - مرجع سابق - ص ١٣.

(٤) محمد يحيي مطر - مرجع سابق - ص ٦٣.

(٥) هشام موفق عوض وعبد الله العطاس - قانون الإثبات - دون طبعة - ١٤٣٢هـ - دون دار نشر - ص ١٣.

(٦) محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٦٨.

(٧) نقض مصري رقم ٩٥ سنة ٩ق، والصادر بتاريخ ١٩/١٢/١٩٢٨م، نقلاص عن محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٦٨.

الموضوع ذاته، وإلا فالمحكمة في حل من عدم الإستجابة إلى هذا الطلب، كما أنها ليست ملزمة بالرد عليه صدمة في حكمها"^(١).

وعلى أي حال فلا يشترط أن تكون الشهادة موافقة للدعوى بصورة مطابقة، هذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية حيث قضت بأن: "لا يشترط موافقة الشهادة للدعوى بصورة مطابقة، وإلا أدى ذلك إلى الإخلال بالسلطة التقديرية للمحكمة التي لها الأخذ بالقدر الذي قضت فيه"^(٢). كما يجب على المحكمة أثناء وزنها للشهادة أن تأخذ بعين الاعتبار مدى موافقتها للدعوى"^(٣).

المطلب الرابع

أن تؤدي في خصومه

يجب أن تؤدي الشهادة في خصومه، وقد اختلف الفقهاء حول تعريف الخصومة فمنهم من عرفها بأنها: "اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاحنة"^(٤). ويؤخذ على التعريف السابق بأنه لم يبين ماهية الخصومة وخصائصها، كما اقتصر الخصومة على ما كان بين اثنين، والخصومة قد تكون بين أشخاص متعددين. وعرفها آخر بأنها: "هي الدعوى والجواب عنها"^(٥). ويؤخذ على هذا التعريف أنه جعل الخصومة هي الدعوى، وهذا غير صحيح، فالدعوى والخصومة مصطلحان مختلفان. وعرفها ثالث بأنها: "حالة أو رابطة قانونية تنشأ عن رفع الدعوى القضائية أمام القضاء، وترتب حقوقاً والتزامات على عاتق الخصوم والمحكمة تقتضي بمتابعة الإجراءات للوصول إلى الفصل في الدعوى"^(٦).

يؤخذ على التعريف السابق أنه أخذ بفكرة الرابطة القانونية من أحكام القانون المدني وحرفها عن مسارها التي أعدت له فأفقدتها فعاليتها، وذلك لأن الرابطة القانونية تفترض وجود طرفين أو أكثر وتقرر لأحدهما سلطة وتفرض على الآخر واجب وهذا ما لا يكون في الخصومة القضائية.

-
- (١) نقض مصري رقم ١١١٤ سنة ٢٨ق، والصادر بتاريخ ١١/٣/١٩٥٨م، نقلاً عن محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٦٨.
 - (٢) نقض فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠٠٩/١٦٨) والصادر بتاريخ ٢٤/١٢/٢٠٠٩، منشور على موقع المقتضي <http://maqtafi.birzeit.edu/courtjudgments>.
 - (٣) نقض فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠٠٩/١٦٨) والصادر بتاريخ ٢١/٤/٢٠١٠، منشور على موقع المقتضي <http://maqtafi.birzeit.edu/courtjudgments>.
 - (٤) ناصر محمد الغامدي - دفع الخصومة في الفقه الإسلامي - دون طبعة - دار ابن الجوزي - دون سنة نشر - ص ٢٦.
 - (٥) ناصر الغامدي - مرجع سابق - ص ٢٧.
 - (٦) مصطفى عياد - الوسيط - الكتاب الثاني - مرجع سابق - ص ٦.

وعرفها رابع بأنها: "مجموعة من الإجراءات التي تتخذ في الدعوى من وقت المطالبة إلى حين الحكم فيها أو إنهاؤها بغير حكم" (١) يؤخذ على التعريف السابق بأنه لم يبين ما تمتاز به الخصومة في أنها وحدة فنية، وأنها ظاهرة مركبة وأنها عمل قانوني تنابعي، كما يؤخذ على التعريف السابق بأنه لم يبين العلاقات التي تنشأ من وجودها.

وعرفها خامس بأنها: "هي ظاهرة قانونية تشمل مجموع الأعمال الإجرائية التي رسمها القانون والتي ترمي إلى صدور حكم في الموضوع تقصد حل النزاع وإزالة العقبة التي تعيق الحياة القانونية، وهي وحدة فنية تتميز بالحركة نحو الغاية المطلوبة لتحقيق الحماية المبتغاة للحق محل النزاع، كما أنها ظاهرة مركبة من حيث أشخاصها فلا ينفرد بها شخص واحد بل يشترك فيها مجموعة من الأشخاص هم الخصوم من ناحية والقاضي وأعوانه من ناحية أخرى، وهي عمل قانوني تنابعي، يتكون من إجراءات يعد كل إجراء من إجراءاتها عملاً قانونياً قائماً بذاته، تبدأ بالمطالبة وقد تنتهي بالحكم، ويترتب عليها قيام علاقات بين الخصوم فيما بينهم من ناحية، وبين المحكمة من ناحية أخرى، ويترتب على كل نوع منها آثار" (٢).

وهذا التعريف هو الذي يميل الباحث إليه وذلك لكونه شاملاً مانعاً. على أي حال يجب أن تؤدي الشهادة في خصومة وإلا فلا تقبل، فلو أدي الشاهد شهادته قبل انعقاد الخصومة فلا تقبل ولا يجوز للقاضي الاستناد إليها في الحكم وإلا كان حكمه باطلاً، ذلك لأن الدعوى قبل انعقاد الخصومة لا تصلح لمباشرة أي إجراء، هذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية حيث قضت بأن: "الدعوى قبل انعقاد الخصومة لا تكون صالحة لأن يباشر فيها أي إجراء سواء من جانب الهيئة الحاكمة أو من جانب الخصوم" (٣).

ويجوز للمحكمة، ولو من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك الخصوم بالقضاء بعدم قبول شهادة الشهود قبل انعقاد الخصومة ذلك لأن الخصومة تعتبر من النظام العام، وهذا ما قرره محكمة النقض الفلسطينية حيث قضت بأن: "الخصومة من النظام العام وللمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك بها الخصوم" (٤).

(١) أحمد السيد صاوي - مرجع سابق - ص ٤١٩، أحمد هندی - قانون المرافعات المدنية والتجارية - دون طبعة - دار الجامعة الجديدة للنشر - ١٩٩٥ - ص ٦.

(٢) نقلاً عن عبد الله الفراء - المعالجة التشريعية لمركز الخصم في القوانين الفلسطينية - مجلة الجامعة الإسلامية - العدد العشرون - يونيو ٢٠١٢م - ص ٥٨٠.

(٣) نقض فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠٠٩/٢٧٧) والصادر بتاريخ ٢٠١٠/٧/٣م، منشور على موقع المفتحي <http://maqtafi.birzeit.edu/courtjudgments>.

(٤) نقض فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠٠٩/٨٠) والصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٩/١٣م، منشور على موقع المفتحي <http://maqtafi.birzeit.edu/courtjudgments>.

ومن غير الممكن أن يثار أو تسمع شهادة الشهود في حال طرأ على الدعوي طارئ يعيق سيرها(١) أو إذا ما أصاب الدعوي عارض من عوارض الخصومة(٢).

ويقصد بعوارض الخصومة العقوبات المادية أو القانونية التي تعترض سير إجراءات الخصومة بحيث يرتب عليها القانون، وفق السير فيها ولو بصفة مؤقتة أو انقضائها أو تركها دون الحكم في موضوعها(٣)، أو هي: "ما يعتري الخصومة من عوامل الوهن أو الفناء من الناحية الشكلية فيؤدي إلى ركودها، أي وقف السير فيها أو تعطيلها أو يؤدي إلى زوالها أي انقضائها دون الحكم في موضوعها، وهو ما يسمى بالانقضاء المبستر للخصومة"(٤).

المبحث الثالث

قواعد وأصول أداء الشهادة

بين القانون أنه يتعين تقديم طلب الإثبات بالشهادة، كما بين كيفية دعوة الشهود، إذا أُجيب لطلب طالب الإثبات بالشهادة، ونفقات الشهود، وإجراءات أداء الشهادة، سواء كان ذلك خلال نظر الدعوي أو بصفة مستعجلة وهو ما نبينه من خلال الآتي:

ونستعرض هذا المبحث من خلال:

- المطلب الأول: الإثبات بالشهادة خلال نظر الدعوي.
- المطلب الثاني: الإثبات بالشهادة بصفة مستعجلة.

(١) بركات محمد - بحث عوارض الخصوم في ظل القانون - مجلة المفكر - العدد الثامن - ص ٤١.

(٢) مصطفى عياد - الوسيط - الكتاب الثاني - مرجع سابق - ص ١٧٧.

(٣) مصطفى عياد - مرجع سابق - ص ١٧٧.

(٤) أحمد هندی - مرجع سابق - ص ٢٠٣.

المطلب الأول

الإثبات بالشهادة خلال نظر الدعوي

إن حق الخصم في أن يستشهد بشهود، فإن وافقت المحكمة على طلب الخصم، طلبت منه حصر بينته وتسمية الشهود تمهيداً لتبليغهم بالحضور، وأداء الشهادة وكذلك تقرر المحكمة النفقات التي تستلزم الشاهد لحضوره إلى المحكمة والطرف المكلف بها(١).

وتقتضى دراسة هذا المطلب أن نبين عدة أمور وهي:

أولاً: تقديم طلب سماع الشهود والشروط الواجب توافرها.

ثانياً: الحكم في طلب الإثبات بشهادة الشهود.

ثالثاً: دعوة الشهود.

رابعاً: نفقات الشهود.

خامساً: إجراء التحقيق والمسائل المتعلقة.

أولاً: تقديم طلب سماع الشهود والشروط الواجب توافرها:

نصت المادة (٣/٧٢) من قانون البينات الفلسطيني على أن: "على الخصم الذي يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التي يريد إثباتها كتابة أو بيديها شفاهة في الجلسة".

يقابلها نص المادة (٦٨) من قانون الإثبات المصري على أنه: "على الخصم الذي يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التي يريد إثباتها كتابة أو شفاهة في الجلسة"

يتضح من النص السابق بأنه يجب على الخصم الذي يريد إثبات واقعة بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التي يريد إثباتها، سواءً بين هذه الوقائع كتابة أو شفاهة(٢).

وعلى الخصم الذي يقدم طلب الإثبات بشهادة الشهود - سواء كان تقديم الطلب كتابة أو شفاهاً - أن يحدد ويبين فيه الوقائع التي يريد إثباتها بشهادة الشهود، وذلك ليتسنى للقاضي عند النظر في الطلب أن يتحقق أن هذه الوقائع المطلوب إثباتها مما يجوز إثباته بشهادة الشهود وفقاً للأحكام والقواعد العامة في قانون الإثبات(٣).

يلزم القاضي بإجابة طلب الإثبات بشهادة الشهود إذا توافرت الشروط الأتية:

أولاً: أن تكون الوقائع المطلوب إثباتها مما يجوز إثباته بشهادة الشهود، وفقاً للقواعد

والأحكام العامة في الإثبات(٤).

(١) فايز كناكريه - أصول سماع الشهادة - بحث منشور عبر موقع منتديات كلية الحقوق <http://www.f-law.net/law/threads/11290> - ص ٣، أحمد السيد صاوي - مرجع سابق - ص ٥٠٥.

(٢) نبيل صقر - الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية - الطبعة الأولى - ٢٠٠٨ - دار الهدى - ص ٢٠٩، عباس العبودي - مرجع سابق - ص ٢٦٧.

(٣) آدم وهيب النداوي - مرجع سابق - ص ٣٩٧.

(٤) عبدالودود يحيي - الموجز في قانون الإثبات - دار النهضة العربية - ١٩٨٦ - ص ١١٨.

ثانياً: أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة في الدعوى، ومنتزعاً فيها وجائز قبولها ومنتجة فيها(١) وهو شرط عام بالنسبة لكل طرق الإثبات، فالقاضى يرفض طلب الخصم بسماع الشهود إذا كانت الوقائع الذي يريد إثباتها بشهادة الشهود بعيدة الإحتمال أو طال العهد عليها فيتعذر إثباتها(٢).

ثالثاً: أن يكون الطلب متعلق بموضوع الدعوى، أي أن الفصل فيه لازماً للفصل في الموضوع ذاته، وإلا المحكمة ليست ملزماً بالرد عليه صراحة(٣).

رابعاً: أن يكون الطلب صريحاً جازماً: الطلب الذي تلتزم المحكمة بإجابته والرد عليه هو الطلب الحازم الذي يصر عليه مقدمه، ومعنى ذلك أن يكون الطلب أو الدفع واضح حاسم في إصرار الخصم عليه، فإذا لم يتوافر هذا في الطلب، كان للمحكمة أن تلتفت عنه دون أن يكون حكمها معيباً، وتطبيقاً لذلك فإذا كان الطلب في صورة رجاء، أو كان مجهلاً أو غير جدي، أو على سبيل التفويض، أو على سبيل الإحتياط فلا تلتزم المحكمة بالرد عليه(٤).

كما أنه إذا لم يبين صاحب الطلب في طلبه الوقائع التي يريد إثباتها عن طريق البيئة، كان طلبه غير مقبول، لأنه لن تستطيع المحكمة تقدير توافر الشروط اللازمة لقبوله أو عدمه(٥)، وكذلك إذا قدم الخصم طلبه بسماع أقوال الشهود بعبارات عامة ومبهمة، كان للمحكمة أن تلتفت عنه(٦)، وهو ما قررته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن: "الذي تلتزم المحكمة ببيان سبب رفضها له هو الطلب الذي يقدم إليها من صيغه صريحة جازمه تدل على إصرار صاحبه عليه".

خامساً: يجب اشتمال الطلب على بيان مضمونة المنتج في الدعوي، وإظهار الأثر المنتج في الدعوي فلا يكتفي أن يطلب الخصم سماع الشهود دون أن يحدد مضمون ما يشهدون(٧).

سادساً: ألا يتنازل عنه الخصم صراحةً أو ضمناً(٨)، يجب على الخصم أن يظل متمسكاً بدفعه أو طلبه ومصرراً عليه، فإذا لم يتمسك الخصم بطلبه ولم يصر عليه في

(١) يحيى إسماعيل - المرشد في قانون الإثبات - الكتاب الثاني - طبعة الثالثة - ٢٠١٠ - دون دار نشر - ص ٦٠٣.

(٢) آدم النداوى - مرجع سابق - ص ٣٩٨.

(٣) محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٦٧.

(٤) نقض مصري رقم ٦٩ سنة ١٢ والصادر بتاريخ ١٤/٣/١٩٦١م، نقض مصري رقم ١٢١ سنة ٢٩ والصادر بتاريخ ٩/يونيه/١٩٧٨م، نقلاً عن محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٦٩.

(٥) يحيى إسماعيل - مرجع سابق - ص ٦٠٣.

(٦) عبدالوهاب العشماوى - إجراءات الإثبات - الطبعة الأولى - دار الجليل للطباعة - ١٩٨٥ - ص ١٠٨.

(٧) محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٧٠.

(٨) محمد إبراهيم مرجع سابق - ص ٧٣.

طلباته، يعتبر متنازلاً ضمناً عنه، ولا يعني هذا أنه لا يجوز للخصم الذي تنازل عن طلبه أن يتمسك بالطلب الذي سبق إيدأؤه طالما لم يقلل باب المرافعة.

وإذا تغيرت هيئة المحكمة فإنه يجب التمسك بالطلب أمام الهيئة الجديدة، وسكوت الخصم عن التمسك بسماع شهود الإثبات أمام محكمة أو درجة يسقط حقه في التمسك بسماعهم أمام محكمة ثاني درجة، هذا ما أكدته محكمة النقض حيث قضت بأنه: "إذا كان الثابت من الإطلاع على محاضر جلسات المحاكمة أن الطاعن لم يبد طلبه سماع محرر المحضر أمام محكمة أول درجة إلا على سبيل الإحتياط، كما أنه وإن تمسك به أمام محكمة ثاني درجة إلا أنه لم يصر في ختام مرافعته، فإنه لا عليها إن هي التفتت عن ذلك الطلب ولم ترد عليه لما هو مقرر من أن الطلب الذي تلتزم به محكمة الموضوع بإجابته أو الرد عليه هو الطلب الجازم الذي يصر عليه مقدمه ولا ينفك عن التمسك به والإصرار عليه في طلباته الختامية"^(١).

سابعاً: أن يبدي الطلب قبل إقفال باب المرافعة^(٢)، المحكمة لا تكون ملزمة بإجابة طلب الخصم بسماع الشهود إذا قدمه بعد إقفال باب المرافعة.

وللمحكمة الحق في أن تقرر فتح باب المرافعة من جديد ومن تلقاء نفسها لتتبين بعض أمور غامضة تحتاج إلى جلائها، كما فيكون للخصم الحق في أن يطلب فتح باب المرافعة إذا بني على سبب جديد جوهري طرأ بعد قفله، وفتح باب المرافعة أمر يدخل في تقدير المحكمة، فإنها تقرر فتحة متى رأت أن في إجابة هذا الطلب مما يحقق العدالة حسبما تراه.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا اغفلت المحكمة الرد على مذكرة للطاعن قدمها بغير إذن منها بعد انتهاء المرافعة فلا عيب يصيب الحكم"^(٣).

ثامناً: يجب أن يكون الطلب قد أثير بالفعل على وجه ثابت في أوراق الدعوى^(٤)، على الخصوم إثبات أمر يسهم في محضر الجلسة أن يطلب إلى المحكمة تدوينه، فإن لم يفعل فليس له إثارة ذلك أمام محكمة النقض.

تاسعاً: أن ترى المحكمة وجود داعي إلى التحقيق، لأنه لا يوجد في الدعوى من الأدلة الأخرى لتكوين قناعتها^(٥)، فلذلك تستطيع المحكمة أن ترفض طلب الإثبات بالشهادة ولو كانت الوقائع مما يجوز إثباتها بالشهادة وكانت متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها إذا رأت وفقاً لسلطتها

(١) نقض مصري رقم ٩ سنة ٤٣ق، والصادر بتاريخ ٤/٣/١٩٧٣م، نقلاً عن محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٧٢.

(٢) محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٧٣.

(٣) نقض مصري رقم ٦٢ سنة ٢٤ ق والصادر بتاريخ ٤/٣/١٩٧٤م، نقلاً عن محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٧٤.

(٤) محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ٧٤.

(٥) نبيلة رسلان - مرجع سابق - ص ٢٠٣.

التقديرية أنه لا حاجة بها إليها أو أنها غير مجدية^(١)، هذا ما أكدت محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن: "لمحكمة الموضوع أن ترفض إجراء أي تحقيق يطلبه الخصوم، متى رأت بما لها من سلطة تقديرية أنه لا حاجة به إليه، أو أنه غير مجد بالنظر إلى ظروف الدعوى وما هو ثابت فيها من الأدلة والوقائع".

ويستفاد هذا الشرط بمفهوم المخالفة من نص المادة (٨٠) من قانون البينات الفلسطيني والتي نصت على أن: "للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجيز القانون فيها الإثبات بالشهادة متى رأت في ذلك فائدة حقيقة"، وتتطابق نص المادة سالفة الذكر مع ما نصت عليه المادة (٧٠) من قانون الإثبات المصري، إذ يستفاد من هذا النص أنه إذا لم تر المحكمة في الإثبات بشهادة الشهود فائدة في الكشف عن الحقيقة، أن ترفض طلب الإثبات بالشهادة، وإذا لم تتوافر الشروط السابقة كان للمحكمة إما من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم رفض الإثبات بشهادة الشهود^(٢).

هذا ما أكدته محكمة الاستئناف الفلسطينية حيث قضت بأن: "على قاضي الصلح استيضاح الواقعة التي يريد الخصم الإشهاد عليها، فإن تبين له إنتاجية هذه الشهادة بالطلب قام بتبليغ الشهود لأداء شهادتهما"^(٣).

وإذا لم تكن الوقائع متعلقة بالدعوى أو متنازعاً فيها ولا جائز الإثبات فيها ولا منتجاً، تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها، بعدم قبول طلب الإثبات بشهادة الشهود^(٤).

أما إذا كانت الوقائع مما لا يجوز إثباته بشهادة الشهود فيجب على المحكمة أن ترفض الإحالة على التحقيق إذا تمسك الخصم بذلك، ودفع بعدم جواز الإثبات بشهادة الشهود^(٥).

وكذلك من باب أولى فإنه لا يجوز للمحكمة أن ترفض الإحالة إلى التحقيق باعتبار أن القانون لا يجيز الإثبات بشهادة الشهود، مع أن الخصم قد قبل تحقيق الوقائع بهذا الطريق، ذلك أن عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود ليس من النظام العام، وإنما المقصود به حماية مصلحة الخصوم الخاصة، وبذلك يجوز لهم التنازل بهذا المنع صراحة أو ضمناً، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء، حيث قضت محكمة الاستئناف الفلسطينية أن: "البيانات من مصلحة الخصوم

(١) كما قضت محكمة النقض المصرية على أن: " إجراء التحقيق لإثبات وقائع يجوز إثباتها بالبينة ليس حقاً للخصوم تتحتم الإجابة إليه متى رأتها لا تجدي". نقض مصري رقم ٣٦ سنة ٢ ق والصادر بتاريخ ١٧/١١/١٩٣٢م، نقض مصري رقم (٤٢) سنة ٢ ق الصادر بتاريخ ١٠/١١/١٩٣٢م . نقلاً عن سعيد أحمد الشعلة - قضاء النقض في الإثبات - المرجع السابق - ص ٢٥٧.

(٢) عز الدين الدناصوري ، وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٥٧٨.

(٣) استئناف فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠٠١/٨٨) والصادر بتاريخ ٢٢/٢/٢٠٠١م - منشور على موقع المقتضي <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments>.

(٤) نبيلة رسلان - مرجع سابق - ص ٢٠٥.

(٥) عبد الوهاب العشماوي - مرجع سابق - ص ١١٢.

وليست من النظام العام تستطيع المحكمة التصدي لها من تلقاء نفسها^(١)، أما محكمة النقض المصرية بأن: "قاعدة عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود وبالقرائن في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق صراحة أو ضمناً على مخالفتها"^(٢)

كذلك قضت محكمة النقض المصرية أنه: "قاعدة عدم جواز الإثبات بالكتابة، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ليست من النظام العام فعلى من يريد التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة أن يتقدم بذلك لمحكمة الموضوع قبل البدء في سماع شهادة الشهود فإذا سكت عن ذلك عد سكوته تنازلاً منه عن حقه في الإثبات بالطريق الذي رسمه القانون"^(٣).

أما إذا كانت الوقائع مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود فإنه يحق للمحكمة، وفقاً لسلطتها التقديرية أن ترفض طلب الإحالة للتحقيق، لكن يثور التساؤل حول مدى وجوب إلزام المحكمة ببيان سبب رفض طلب الإحالة للتحقيق لإثبات ما يجوز إثباته بشهادة الشهود فذهب القضاء المصري إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: أوجب على المحكمة بيان سبب رفض طلب الإحالة للتحقيق متى كانت جائزة كوسيلة إثبات، وإلا كان حكمها باطلاً، وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية حيث قضت أنه: "رفض طلب الإحالة للتحقيق لإثبات ما يجوز إثباته بشهادة الشهود، وجوب بيان المحكمة لسبب الرفض"^(٤).

الاتجاه الثاني: لا يوجب على المحكمة أن تبين سبب رفض طلب الإحالة للتحقيق في الحالات التي يجيز فيها المشرع الإثبات ومنها شهادة الشهود، هذا ما قرره محكمة النقض المصرية حيث قضت أنه: "طلب إجراء التحقيق ليس حقاً للخصوم، وإنما هو من الرخص التي تملك محكمة الموضوع عدم الاستجابة إليها متى وجدت في أوراق الدعوى ومستنداتها ما يكفي لتكوين عقيدتها دون أن تلتزم ببيان سبب الرفض"^(٥).

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الاتجاه الأول ويرى الباحث أنه هو الذي يتفق وصحيح القانون ذلك أنه حتى يتمسك المكلف بطريق معين من طرق الإثبات التي

(١) استئناف فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠٠١ / ٩٨) والصادر بتاريخ ٢٢/١٢/٢٠٠٤م - منشور على موقع المقتفي - <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments>.

(٢) ينظر نقض مصرى رقم ٣١٠ سنة ٣١ ق والصادر بتاريخ ١٩٧١/٧/٢٥م ونقض مصرى رقم ٢٢٢ سنة ٣٦ ق والصادر بتاريخ ١٩٧١/٢/٢٥م، نقلاً عن سعيد شعلة - مرجع سابق - ص ٢١٦ وما بعدها).

(٣) نقض مصرى رقم ٥٣٧ سنة ٣٩ ق جلسة ١٩ / ٢ / ١٩٧٦م نقلاً عن سعيد أحمد شعلة - مرجع سابق - ص ٢١٩.

(٤) نقض مصرى رقم ٧٥٩ لسنة ٤٩ ق والصادر بتاريخ ١٩٨١/٥/٢١م، نقلاً عن عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٥٨٦.

(٥) نقض مصرى رقم ١٠٩٨ لسنة ٥٢ ق والصادر بتاريخ ١٩٨٦/١/٢٣م، نقض مصرى رقم ١٣٧٩ لسنة ٥٠ ق والصادر بتاريخ ١٩٨٤/٥/٢٩م، نقلاً عن يحيى إسماعيل - مرجع سابق - ص ٦٢٠.

أجازها المشرع، فإنه يتعين على المحكمة إذا رفضت طلبه أن توضح سبب الرفض في حكمها وإلا كان قاصراً، وأما إذا أغفلت المحكمة طلب الإحالة للتحقيق وعدم التحدث عنه أصلاً، أو عدم ردها عليه ولو ضمناً يجعل حكمها مشوباً بقصور يبطله.

وعلى أي حال فإنه من المقرر أن قاضي الموضوع لا يخضع في تقديره لإجابة طلب التحقيق أو رفضه كلياً أو جزئياً لرقابة محكمة النقض^(١):

- ١- إذا رفض الطلب على أساس عدم جواز إثبات الواقعة المطلوب تحقيقها بالبينة.
- ٢- إذا قضى بالإحالة للتحقيق على واقعة لا يجوز فيها الإثبات بالبينة، سواء كان ذلك من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب الخصم، هذا ما لم يتنازل الخصم الآخر عن التمسك بهذا الحق.
- ٣- إذا بني الحكم على أسباب غير سائغة.

لا يشترط أن يكون الإثبات بشهادة الشهود دائماً بناءً على طلب من له مصلحة من ذلك من الخصوم بل يجوز لمحكمة الموضوع من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود طالما أنه جائز قانوناً^(٢) هذا ما أكدته المادة (٨٠) من قانون البينات الفلسطيني والتي نصت على أن:

- ١- للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجيز القانون فيها الإثبات بالشهادة حيث رأت في ذلك فائدة للحقيقة.

- ٢- يكون للمحكمة في جميع الأحوال كلما أمرت بالإثبات بشهادة الشهود أن تستدعي للشهادة من تري لزوماً لسماع شهادته إظهاراً للحقيقة.

يتطابق نص المادة سالف الذكر مع ما نصت عليه المادة (٧٠) من قانون الإثبات المصري، ويعتبر النص سالف الذكر توكيد للدور الإيجابي للقاضي، وإعطاء مزيد من الفاعلية في توجيه الدعوى في إحدى مراحلها المهمة، وذلك ليتمكن القاضي من تحرى الحقيقة واستخدامها نقيّة^(٣).

يلاحظ على النص السابق أنه جاء عاماً، دون تقييد القاضي بوجوب مراعاة قواعد توزيع عبء الإثبات، فسلطة القاضي في هذا الصدد تكون سلطة مطلقة، فيكون له أن يكلف أي من الخصمين بتقديم الشهود، فيجوز للقاضي تكليف المدعى لإثبات صحة مطالبه، كما يجوز له تكليف المدعى عليه لإثبات صحة الدفع التي يدلي بها، حيث أن الغاية من ذلك هو ألا يقوم القاضي مقام الخصم المكلف بالإثبات، فيتولى إثبات الدعوى حيث تكون الدعوى خالية من أي دليل^(٤)، حيث إن مجال استعمال هذه السلطة، يكون عندما يوجد في الدعوى دليل ناقص أو شبه

(١) عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٥٨٠.

(٢) محمد حسين منصور - قانون الإثبات - دون طبعة - منشأة المعارف - الإسكندرية - ص ١٣٢.

(٣) هشام زوين - مرجع سابق - ص ١٠٥.

(٤) آدم النداوى - مرجع سابق - ص ٤٠٢.

دليل، فلا تكفي المحكمة به، فترى نظراً لظروف الدعوى أن تلجأ إلى التحقيق لتكملة الدليل الناقص أو لدخضة بشهادة الشهود، وعلى ذلك فلا يجوز للقاضي استعمال هذه السلطة إذا كانت الدعوى خالية من أي دليل^(١).

كما أن حق المحكمة في أن تأمر بالتحقيق من تلقاء نفسها هو أمر جوازي، فلها أن تمارسه أو تتركه فالأمر متروك لتقديرها ولا تخضع فيه لرقابة محكمة النقض، هذا ما قرره محكمة النقض المصرية حيث قضت أن: "حق المحكمة في أن تأمر بالتحقيق من تلقاء نفسها وفقاً للمادة (٩٠) من قانون المرافعات هو أمر جوازي لها متروك لتقديرها"^(٢).

ثانياً: الحكم في طلب الإثبات بشهادة الشهود:

إذا نظرت المحكمة طلب الإثبات بشهادة الشهود، وتبين لها أن الوقائع المطلوب إثباتها متعلقة بالدعوى، ومنتجة فيها وجائز قبولها، ولم يكن من الأدلة الأخرى ما يكفي لتكوين اقتناعها، تحكم المحكمة بقبول طلب الخصم في الإثبات بشهادة الشهود^(٣).

أوجب المادة (٧٩) من قانون البينات الفلسطيني، والمادة (٧١) من قانون الإثبات المصري على المحكمة أن تبين في منطوق الحكم بقبول طلب الإثبات بالشهادة ما يلي:

١- الوقائع المأمور والمراد إثباتها، وإلا كان حكمه باطلاً، غير أن هذا البطلان لا يتعلق بالنظام العام، ويزول إذا ما سكت الخصم عن التمسك به أمام محكمة الموضوع، وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية، حيث قضت بأنه: "البطلان الناشئ عن عدم بيان الوقائع المأمور بإثباتها من منطوق الحكم الصادر بالإحالة إلى التحقيق هو بطلان لا يتعلق بالنظام العام و يزول إذا سكت الخصم عن التمسك به أمام محكمة الموضوع ولا يقدر في ذلك أن يكون خصمه قد تمسك بهذا البطلان"^(٤).

وتجدر الإشارة إلى أن قانون البينات الفلسطيني لم ينص صراحة على الجزاء المترتب على عدم ذكر وتحديد الوقائع المراد إثباتها في القرار الصادر بالإثبات بالشهادة، وإن الباحث يرى أنه يترتب على عدم تحديد الوقائع المراد إثباتها في منطوق الحكم هو بطلان الحكم، وذلك لأن الإثبات بالشهادة يقوم على ركنين هما:
أولاً: تعلق الوقائع المراد إثباتها بالدعوى.
ثانياً: أن تكون هذه الوقائع منتجة في الدعوى.

(١) آدم النداوى - مرجع سابق - ص ٤٠٣.

(٢) نقض مصري رقم ٦٩ سنة ٣٠ ق والصادر بتاريخ ١٦/١٢/١٩٦٤م، نقض مصري رقم ٥ لسنة ٣٦ ق والصادر بتاريخ ٢/٤/١٩٧٠م - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض - القاعدة رقم (٢٧٧) ورقم (٣٦١) - ص ٢٢٠ وما بعدها.

(٣) عبد الودود يحيى - مرجع سابق - ص ١١٨.

(٤) نقض المصري رقم ٢٧٥ سنة ٢٢ ق والصادر بتاريخ ١/٣/١٩٥٦م - مجموعة القواعد القانونية - القاعدة رقم ٣٨٦ - ص ٢٤٤.

ومقتضى ذلك أن تكون تلك الوقائع مبينة بالدقة لينحصر فيها التحقيق وليعلم كل طرف ما هو مكلف بإثباته أو نفيه^(١).

٢- كما اشترطت المادة (٧٩) من قانون البينات الفلسطيني أن يتضمن القرار القاضي بسماع الشهود دعوة الشهود المعيّنين من طالب التحقيق، حيث لم تشترط المادة (٧١) من قانون البينات المصري مثل هذا الشرط، ويرى الباحث بأن المشرع الفلسطيني كان موفقاً في إضافة هذا الشرط لأنه يكون بذلك قد عمل على حصر البينة، وكذلك تستطيع المحكمة تقدير نفقات الشهود.

٣- كما يشترط أن يبين من منطوق القرار اليوم الذي يبدأ فيه التحقيق، والميعاد الذي يجب أن يتم فيه^(٢).

ولا يترتب البطلان كجزاء على مخالفة الشرط سالف الذكر، وبالتالي فلا يترتب البطلان إذا لم يشتمل القرار يوم بداية التحقيق وميعاد إتمامه، وإنما يكون للخصوم أن يطلبوا تحديده من المحكمة أو من القاضي المنتدب لإجراء الإثبات، كما أن للقاضي المنتدب للتحقيق أن يحدد هذا الميعاد من تلقاء نفسه^(٣)، كذلك لا يترتب البطلان إذا حدد الحكم بداية التحقيق، ولم يبين الميعاد الذي يجب أن يتم فيه وذلك لأن هذا الإجراء هو إجراء تنظيمي، الغاية منه هو وضع أجل لانتهاء التحقيق حيث لا تتوقف الدعوى^(٤).

وأجازت المادة (٧٤) من قانون الإثبات المصري للخصوم أن يطلبوا من المحكمة أو من القاضي المنتدب مد الميعاد، ويفصل في هذا الطلب على الفور بقرار يثبت في محضر الجلسة، ومعنى ذلك أنه يتعين التقدم بالطلب خلال الموعد، أي قبل انقضاء الميعاد الذي حددته المحكمة للتحقيق، فإذا قدم الخصم الطلب بعد انقضاء الميعاد كان طلبه غير مقبول، ذلك حتى تتحقق الجدية في الطلب ويكون الطلب وليد ظروف صاحبت مجرى التحقيق بحيث يمكن للمحكمة فحصها والتحقق منها^(٥).

وقرار المحكمة في الطلب لا يجوز الطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن، أما إذا رفض القاضي المنتدب مد الميعاد، فإنه يجوز التظلم منه إلى المحكمة بناء على طلب شفوي يثبت في محضر التحقيق، وتحكم فيه المحكمة على وجه السرعة^(٦).

(١) عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٥٩٥.

(٢) ينظر نص المادة (٧٩) من قانون البينات الفلسطيني، والمادة (٧١) من قانون الإثبات المصرى.

(٣) عبد الودود يحيى - مرجع سابق - ص ١٢٠.

(٤) عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٥٩٥.

(٥) أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون الإثبات - الطبعة الثانية - منشأة المعارف - ص ١٣٣.

(٦) نصت المادة (٧٤) من قانون الإثبات المصرى على أن " إذا طلب أحد الخصوم خلال الميعاد، المحدد للتحقيق مد الميعاد حكمت المحكمة أو القاضي المنتدب على الفور في الطلب بقرار يثبت في محضر الجلسة، وإذا رفض القاضي مد الميعاد جاز التظلم إلى

معني ذلك أنه لا يتطلب شكلاً معيناً في هذا التظلم، كما أنه لم ينص على إتباع إجراءات محددة عند نظرة، وعلى ذلك فيتبع في شأن هذا الطلب ونظره القواعد العامة التي تحكم ما يقدم إلى المحكمة من طلبات متعلقة بسير الدعوى^(١)، كما لا يجوز الطعن في قرار المحكمة رفض دعوة الخصم لأداء الشهادة أمام محكمة الدرجة الثانية أو النقض وهذا ما قرره محكمة النقض الفلسطينية حيث قضت بأن "صلاحية محكمة النقض تنحصر بالطعون المقدمة إليها ضد الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الإستئناف إذا كان الطعن مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله، وعليه فإن قرار محكمة الإستئناف رفض طلب دعوة الشهود لأداء الشهادة ليس نهائياً ولا يرفع يد محكمة الإستئناف عن نظر الدعوى ولا يقبل الطعن بالنقض مما يستوجب أداءه شكلاً"^(٢).

لا يجوز للمحكمة ولا للقاضي المنتدب مد الميعاد أكثر من مرة، كما لا يجوز لهم سماع الشهود بعد انقضاء الميعاد، ولا يترتب على مخالفة هذا الإجراء البطلان، وذلك لأن هذا الإجراء يعد إجراءً تنظيمياً الغاية منه حث القاضي والخصوم على الحد والفراغ من التحقيق في أقرب فرصة، حتى لا تكون الإحالة للتحقيق سبباً في تعطيل الفصل في الدعوى وإطالة أمد النزاع دون مبرر^(٣).

ويتبين من ذلك أنه لا يترتب البطلان إذا مدت المحكمة ميعاد التحقيق أكثر من مرة أو سمعت بعد انقضاء الميعاد - شهوداً بناءً على طلب الخصوم، وهذا - بعد انقضاء الميعاد -، هذا ما قرره محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه: "إذا كانت المادة (٢٠) من قانون المرافعات القائم لا يترتب البطلان بغير نص قديم إلا إذا شاب الإجراء عيب لم تتحقق بسبب الغاية منه، وكان النص في المادة (٧٥) من قانون الإثبات رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨م، على أنه لا يجوز بعد إنقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناءً على طلب الخصوم - هو نص تنظيمي لا يترتب البطلان على مخالفته، فيعتد بالتحقيق الذي يتم بعد انتهاء الميعاد طالما سمع شهود الطرفين وتحققت الغاية من الإجراء"^(٤).

المحكمة بناء على طلب شفوي يثبت في محضر التحقيق، وتحكم فيه المحكمة على وجه السرعة، ولا يجوز الطعن بأي طريق في قرار المحكمة ولا يجوز للمحكمة ولا للقاضي المنتدب مد الميعاد لأكثر من مرة واحدة".

(١) أحمد أبو الوفا - إجراءات الإثبات - مرجع سابق - ص ١٣٣.

(٢) نقض فلسطيني دائرة رام الله رقم (٦٠ / ٢٠٠٤) والصادر بتاريخ ١٨/٥/٢٠٠٤م - منشور على موقع المفتي <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments>.

(٣) عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٦٠٣.

(٤) نقض مصرى رقم ٢ سنة ٤٣ ق والصادر بتاريخ ١٠/٣/١٩٧٦م - نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - القاعدة رقم ٣٩٠ - ص ٢٤٥.

ويرى الباحث بأن المشرع الفلسطيني كان أكثر توفيقاً من المشرع المصري حيث أنه لم يدخل في هذه التفصيلات أو إيراد تلك القيود ذلك لأن هذه الجزئية لا تقتضي كل هذا الاهتمام وخصوصاً أنها غير متعلقة بالنظام العام ولا يترتب على مخالفتها البطلان.

ولا علاقة للميعاد الذي تحدده المحكمة لإجراء التحقيق بمواعيد المرافعات باعتبارها الأجل التي يحددها القانون لمباشرة إجراءاتها، فإذا أصدرت المحكمة أن اليوم المقرر لبدء التحقيق هو ٣/يناير/٢٠١٣م مثلاً، فإن هذا اليوم ينبغي احتسابه ضمن الميعاد، ذلك لأنه من الجائز سماع الشهود وإجراء التحقيق فيه بالذات، وتكون نهاية ميعاد التحقيق في اليوم المحدد لا من اليوم التالي له فإن كانت نهاية الميعاد بمضي ثلاثة شهور فإن التحقيق ينتهي يوم ٢/أبريل/٢٠١٣م^(١).

يعتبر قضاء المحكمة بالإذن للخصم بالإثبات بالشهادة قضاءً قطعياً في جميع المنازعات المتعلقة به، كالدفع بعدم جواز الإثبات بالشهادة، لأن الواقعة المراد إثباتها لا تجوز الشهادة فيها، أو لأنها غير منتجة في الدعوى وما إلى ذلك، فإن الحكم يحوز حجية الشيء المحكوم فيه في هذه الجزئية، لأنه يتعلق بجانب موضوعي، وذلك خلافاً للقاعدة العامة للأحكام المتعلقة بالإثبات باعتبارها أحكاماً تمهيدية أو تحضيرية يجوز للمحكمة العدول عنها لعدم تمتعها بالحجية^(٢).

والقضاء الصادر بالتحقيق هو قضاء صادر قبل الفصل في الموضوع ولا تنتهي به الخصومة كلها أو بعضها، ومن ثم لا يجوز الطعن فيه إلا مع الحكم الصادر في الموضوع^(٣). ولما كان الحق في الإثبات يقتضي أن يتاح لكل خصم تنفيذ ما يقدم الخصم الآخر من أدلة، ويترتب على ذلك أنه إذا أذنت المحكمة لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود، فإن ذلك يقتضي أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق^(٤).

هذا ما قرره المادة (٧٣) من قانون البينات الفلسطيني والتي نصت على أن: "الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود، يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر في نفيها بذات الطريق"، ويقابلها نص المادة (٦٩) من قانون الإثبات المصري ولكن يقتصر هذا الحق على الوقائع التي يريد الخصم إثباتها أو على إثبات وقائع تؤدي مباشرة إلى نقض مزاعم خصمه التي

(١) نقض مصرى رقم ١٣ سنة ٤٣ ق والصادر بتاريخ ١٩/١١/١٩٧٥م، مجموعة القواعد القانونية - القاعدة رقم ٣٨٨ - ص ٢٤٥.

(٢) مصطفى عياد - الكتاب الثاني - ص ١٣٨.

(٣) نصت المادة (١٩٢) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية على أنه: "لا يجوز الطعن في القرارات التمهيدية التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا مع الحكم الفاصل في موضوع الدعوى كلها عدا: ١. القرارات الوقتية والمستعجلة. ٢. القرارات الصادرة بوقف الدعوى. ٣. القرارات القابلة للتنفيذ الجبري. ٤. الأحكام الصادرة بعدم الإختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة ومن هذه الحالة يجب على المحكمة المحالة إليها الدعوى أن توقفها حين يفصل في الطعن. ٥. الحالات التي نص القانون على جواز الطعن فيها استقلالاً" ويقابلها نص المادة (٢١٢) من قانون المرافعات المصري.

(٤) نبيلة رسلان - مرجع سابق - ص ٢٠٦.

يطلب سماع الشهود، ولا يباح للخصم أن يثبت بالشهادة وقائع جديدة مستقلة عن الوقائع التي يريد الخصم إثباتها^(١).

فإذا أذنت المحكمة مثلاً بإثبات واقعة البيع التي هي أساس المطالبة بثمن الشيء المبيع بشهادة الشهود، فإن حق الخصم الآخر يقتصر على نفي هذه الواقعة فقط بشهادة الشهود، وليس له أن يثبت وفاءه للدين بشهادة الشهود وإنما عليه إن أراد أن يستصدر حكماً من المحكمة بتحقيق هذه الواقعة^(٢).

ثالثاً: دعوة الشهود:

تتم دعوة الشهود إما بمذكرة تكليف بالحضور على يد مأمور التبليغ وفقاً لإجراءات تبليغ الأوراق القضائية في قانون أصول المحاكمات أو المرافعات، ويجوز للخصم إحضار شهوده بالكيفية التي يراها دون إتباع إجراءات خاصة^(٣).

بذلك يكون كلاً من قانون البيئات الفلسطيني وقانون الإثبات المصري قد أخذ بمذهب القانون الأهلى الذي يعطي الخصم إحضار شاهده بغير إعلان لما في هذا الإجراء من بساطة ويسر، ولا خشية من أن تشجع الدعوة الشفوية الشهود على التخلف أو يتخذها الخصم وسيلة للتعطيل طالما أن القاضي حدد أجل لإنهاء التحقيق يسقط بعده حق الخصم فيه^(٤).

كما يجوز سماع شهادة الشهود إذا تصادف وجوده في المحكمة دون حاجة للتبليغ، وهذا حق قانوني للمحكمة لأن العبرة بالحضور وليس بالإعلان^(٥). وهذا ما قرره المادة (٨٥) من قانون البيئات الفلسطيني والتي نصت على: "إذا طلب أحد الخصوم دعوة شخص للشهادة، وتبين أنه حاضر من المحكمة جاز لها أن تكلفه بأداء الشهادة"، ولا مقابل لهذا النص في قانون الإثبات المصري.

على أى حال فإن دعوة الشاهد للمثول أمام المحكمة يجب أن تتضمن عدة بيانات هامة وفقاً للمادة (٨١) من قانون البيئات الفلسطيني وهي:

- ١- اسم الشاهد المراد سماع شهادته، وذلك وفقاً للقواعد العامة في التبليغ.
- ٢- تعيين المحكمة التي يؤدي أمامها الشهادة.
- ٣- بيان مكان الحضور ويومه وساعته وتاريخاً محدداً باليوم والشهر والسنة.

(١) أحمد أبو الوفا - إجراءات الإثبات - مرجع سابق - ص ١١٦.

(٢) أحمد السيد صاوي - مرجع سابق - ص ٥٠٨.

(٣) مصطفى عياد - الكتاب الثاني - مرجع سابق - ص ١٣٩.

(٤) المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المصري السابق مشار إليه لدى أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون الإثبات - دون طبعة - منشأة المعارف - الإسكندرية - ص ٢٥٧.

(٥) ناظم عويضة - مرجع سابق - ص ١١٠.

٤- بيان ماهية الدعوى التي تطلب فيها الشهادة.

٥- بيان أسماء الخصوم فيها واسم الخصم الذي طلب الاستماع إلى شهادته.

٦- التنبيه إلى العقوبة التي يتعرض لها الشاهد المتخلف عن الحضور.

ولا مقابل لهذا النص في قانون الإثبات المصري.

والشاهد مجبر وليس مخير على الحضور أمام القضاء، إذا دعي للشهادة بصورة صحيحة^(١)، فإذا لم يقيم الخصم بدعوه أو إحضار شاهده في الجلسة المحددة للتحقيق تقرر المحكمة تكليف الشاهد بالحضور في جلسة أخرى، وذلك وفقاً لنص المادة (٨٤) من قانون البيئات الفلسطينية، في حين أعطي قانون الإثبات المصري المحكمة أو القاضي المنتدب إلزام الخصم بدعوة الشاهد للحضور في موعد جديد، فإن لم يفعل جاز للمحكمة معاقبته جزاء يتمثل في إسقاط حقه بالاستشهاد بالشاهد، وهو جزاء يتقرر بغض النظر عن انتهاء أجل التحقيق أو بقاءه ممتداً^(٢)، والجزاء المنصوص عليه، وهو سقوط حق الخصم في الاستشهاد بشاهد، لا يخل بحق المحكمة بالحكم عليه بأي جزاء يرتب القانون علي هذا التأخير كالحكم بالغرامة المالية أو وقف الدعوى إذا توفرت شروط الوقف، ولعل هذا ما قصده المشرع في عجز المادة (٨٤) من قانون البيئات الفلسطينية والتي جاء فيها: "ولا يخل هذا بأي إجراء يرتبه القانون على هذا التأخير"^(٣).

ويرى الباحث بأن المشرع الفلسطيني كان أكثر توفيقاً من المشرع المصري حيث إنه أعطي المحكمة أن تقرر تكليف الشاهد بالحضور مباشرة إذا لم يحضر الخصم شاهده، أو لم يكلفه بالحضور في الجلسة المحددة، حيث أن تكليف الخصم بدعوة شاهده من جديد في جلسة أخرى كما حصل في القانون المصري فيه خشية وخوف من أن يتخذها الخصم وسيلة لتعطيل أو إطالة أمد الدعوى.

والحكم بسقوط حق الخصم في الاستشهاد بشاهد لا يمنع المحكمة بعد ذلك من الحكم بسماع هذا الشاهد من تلقاء نفسها، كما أنه لا يمنع الخصم الآخر من الاستشهاد به إذا رأى أن له مصلحة في ذلك^(٤).

وقد بين كلاً من قانون البيئات الفلسطينية وقانون الإثبات المصري الجزاء المترتب عن تخلف الشاهد للحضور إلى المحكمة للإدلاء بشهادته، فقد نصت المادة (٨٧) فقرة (١) من قانون البيئات الفلسطينية على أن: (إذا كلف الشاهد بالحضور تكليفاً صحيحاً ولم يحضر، حكمت عليه المحكمة بغرامة لا تتجاوز مائة دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، ويثبت القرار في

(١) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٢٨٦.

(٢) نقض مصري سنة ٣٩ والصادر بتاريخ ٢٩/٣/١٩٨٨م، نقلاً عن عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٦٠٧.

(٣) مصطفى عياد - مرجع سابق - الكتاب الثاني - ص ١٤٠.

(٤) عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٦٠٦.

المحضر ولا يكون قابلاً للطعن) ويقابلها نص المادة (٧٨) من قانون الإثبات المصري والتي نصت على أن: (إذا كلف الشاهد الحضور تكليفاً صحيحاً ولم يحضر، حكمت المحكمة او القاضي المنتدب بغرامه مقدارها اربعون جنيهه ويثبت الحكم فى المحضر ولا يكون قابلاً للطعن وفى احوال الاستعجال الشديد يجوز ان تصدر المحكمة او القاضي امراً باحضار الشاهد). يتضح من النصين السابقين بأنه إذا كلف الشاهد تكليفاً صحيحاً ولم يحضر، تحكم عليه المحكمة بغرامة قدرها مائة دينار حسب قانون البيئات الفلسطيني، أو أربعين جنيهاً حسب قانون الإثبات المصري، ويثبت هذا الحكم فى المحضر ولا يكون قابلاً للطعن. والغرامة المبينة بالنصين السابقين محددة ومن ثم فليس لها حد أدنى وحد أقصى وإنما يكون على القاضي الحكم بها حسب الأحوال.^(١)

كما ويجوز للمحكمة أن تصدر أمراً بإحضار الشاهد إذا تخلف عن الحضور للإدلاء بشهادته، بعد تكليفه بالحضور للمرة الثانية، وهذا ما نصت عليه المادة (٨٧) من قانون البيئات الفلسطيني والتي نصت على "إذا تخلف الشاهد بعد تكليفه بالحضور للمرة الثانية جاز للمحكمة إصدار أمر بإحضاره." ونص المادة (٧٨) من قانون الإثبات المصري وذلك بعد إعادة تكليفه، والحكم عليه بمضاعفة الغرامة حيث نصت المادة على أن: (وفى غير الاحوال يؤمر باعاده تكليف الشاهد بالحضور اذا كان لذلك مقتضى وتكون مصرفات ذلك التكليف ،اذا تخلف حكم عليه بضعف الغرامه المذكره ويجوز للمحكمة او القاضي اصدار امر باحضاره).

وعلى أى حال فإنه يجوز إعفاء الشاهد من الغرامة إذا حضر وأبدى عذراً مقبولاً، وهذا ما نصت عليه المادة (٨٧) فقرة (٣) من قانون البيئات الفلسطيني والتي نصت على أن: (للمحكمة فى جميع الأحوال إعفاء الشاهد من الغرامة إذا حضر وأبدى عذراً مقبولاً)، ويقابلها نص المادة (٧٩) من قانون الإثبات المصري والتي نصت على أن: (يجوز للمحكمة أوالقاضي المنتدب اقاله الشاهد من الغرامه اذا حضر وابدى عذرا مقبولاً).

رابعاً: نفقات الشهود

نصت المادة (١٠٠) فقرة (٢) من قانون البيئات الفلسطيني على أن: "تقدر المحكمة نفقات الشهود بناءً على طلبهم، ويعطي الشاهد صورة من أمر التقدير تكون نافذة على الخصم الذي استدعاه" وتتطابق هذه الفقرة مع نص المادة (٩٢) من قانون الإثبات المصري.

فالأصل أن الشهادة تطوعية اختيارية تبرعية، تهدف إلى الوصول للحقيقة عن طريق قول كلمة الحق والصدق بغض النظر عن من هو صاحب هذا الحق، إلا أن المشرع أراد أن يحمي الشاهد بتعويضه عما قد ينجم من ضرر أو خسارة بسبب

^(١) هشام زوين - مرجع سابق - ص ١١٢

الوقت الذي قد يمكثه في الذهاب إلى المحكمة والعودة منها مما يضيع من وقته وربما يكون لها مقابل مادي^(١).

إذاً فالمقصود بنفقة الشاهد هو أخذ ما يحتاجه الشاهد في أدائه، الشهادة من مال ومواصلات وغيرها^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن الشاهد لا يأخذ نفقة مقابل الشهادة بل يأخذ نفقة مقابل تبعات الشهادة، وقد أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية أخذ نفقة مقابل تبعات الشهادة واستدلوا على ذلك من قوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾^(٣) وهذا ما يتفق مع المنطق السليم حيث أنه لو طالب الشاهد بالحضور لمجلس القضاء وقد يكون غير قادر على نفقة الطريق والمواصلات، بل إن حضوره إلى مجلس القضاء لإدلاء بشهادته يعطله عن طلب النفقة لنفسه وأولاده، ومن أجل هذا المعني وجب إعطاء الشاهد ما يحتاجه من نفقة لقاء تبعات شهادته^(٤).

وعلى هذا، فالشاهد الذي يتوجه إلى المحكمة للإدلاء بشهادته يكون له الحق في أن يطلب من المحكمة أثناء المثول أمامها، وبعد أداءه الشهادة صرف المبلغ الذي يغطي مصاريف حضوره للشهادة، وتحدد المحكمة قيمة المبلغ الذي ترى أنه كافياً لتسديد هذه المصاريف عن طريق تقديرها للمسافة التي قطعها الشاهد للمجيء للمحكمة والنفقات التي تستلزم لقطع تلك المسافة عادة، وعلى ذلك فإذا لم يطلب الشاهد أي نفقات بسبب حضوره للمحكمة، فليس لها أن تلزم الخصم الذي طلب الشاهد بدفع أية مبلغ للشاهد، وليس للشاهد الحق من الطلب بقيمة هذه المصاريف بعد انتهاء الجلسة أو إنتهاء المحكمة، وإن طلب هذه المصاريف بعد انتهاء الجلسة فيعود الأمر للقاضي وفقاً لسلطته التقديرية^(٥).

وقد أوجبت الفقرة (١) من المادة (١٠٠) من قانون البينات الفلسطيني على أنه: "للمحكمة أن تكلف الخصم الذي يرغب في إستدعاء شاهد أو أكثر أن يودع صندوق المحكمة المبلغ الذي تراه كافياً لتغطية نفقات الشاهد". ولا مقابل لهذه الفقرة في قانون الإثبات المصري.

ويثور التساؤل حول مدى استحقاق دفع نفقات الشاهد، إذا حضر الشاهد ولم يؤدي الشهادة؟ باستقراء نص المادة (١٠٠) من قانون البينات الفلسطيني والمادة (٩٢) من قانون الإثبات المصري فإن الشاهد إذا حضر بناء

(١) ناظم عويضة - مرجع سابق - ص ١٢٠.

(٢) خلود معجون - إثبات جريمة الزنا - الطبعة الأولى - دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية - الرياض - ١٤١٢٣ هـ - ص ٣٨.

(٣) سورة البقرة - آية رقم ٢٨٢.

(٤) مصطفى شمس الدين - مرجع سابق - ص ١٩، مصطفى ديب - القرشي عبد الرحيم - وسالم الراشدي - البينات والدعاوى والقضاء - الطبعة الأولى - ٢٠٠٦ - دار المصطفى - ص ٦٣.

(٥) فايز كناكريه - مرجع سابق - ص ٩.

على طلب الخصم لأداء الشهادة، فإنه يستحق نفقات الشهادة سواء أدى الشهادة أم لم يؤديها^(١).

خامساً: إجراء التحقيق والمسائل المتعلقة به:

نصت المادة (٧٢) من قانون الإثبات المصري على أن: "يكون التحقيق أمام المحكمة ويجوز لها عند الاقتضاء أن تتدب أحد قضااتها لإجرائه". ولا مقابل لهذه المادة في قانون البيئات الفلسطينية.

يتضح من النص السابق بأن الأصل سماع شهادة الشهود أمام المحكمة، ويستثني من ذلك أن يتم سماعهم بمعرفة أحد قضااتها، ويعاب على التحقيق الذي يجري أمام قاضي منتدب أن فيه إهدار لميزة تعدد القضاة، ذلك أن حكم قاض واحد على الشاهد يختلف عن حكم قضاة ثلاثة، وأما الاكتفاء بالاطلاع على ملخص تلك الأقوال في المحضر لا يؤدي إلى تكوين اعتقاد ثابت وصحيح، هذا فضلاً عن أن عدم قدرة المحكمة من رؤية الشهود والوقوف على حالتهم النفسية وقت أداء الشهادة^(٢).

وإن كان الأصل أن يجرى التحقيق بمركز المحكمة المنظورة أمامها الدعوى، أو بواسطة أحد قضااتها، رغم ذلك يجوز أن يباشر التحقيق خارج مركز المحكمة أو يباشره قاض آخر من غير هيئة المحكمة التي أمرت بالتحقيق في الحالات الآتية:

أ- إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور، يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تنتقل إليه لسماع أقواله، ويدعى الخصوم للحضور أثناء إدلاء الشاهد بشهادته حتى يتسنى لهم مناقشة وتوجيه الأسئلة إليه وفقاً للقانون، ويحرر بها محضر يوقعه رئيس المحكمة والقاضي المنتدب^(٣) وهذا ما قرره نص المادة (٨٨) من قانون البيئات الفلسطينية والتي نصت على: "إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور جاز للمحكمة أن تنتقل إليه لسماع أقواله، ويدعى الخصوم لحضور تأدية هذه الشهادة، ويحرر محضر بها يوقعه رئيس المحكمة والكاتب". يقابل نص المادة سالف الذكر، نص المادة (٨١) من قانون الإثبات المصري.

ب- يباشر التحقيق قاض من غير قضاة المحكمة إذا كان المكان الواجب إجراء التحقيق فيه، أو الذي تتحقق المصلحة بإجراء هذا التحقيق فيه بعيداً عن مقر المحكمة وهذا ما قرره المادة (٤) من قانون الإثبات المصري والتي نصت على: "إذا كان الواجب إجراء الإثبات فيه بعيداً عن مقر المحكمة جاز لها أن تتدب لإجرائه قاضي محكمة الجزئية التي يقع هذا المكان في دائرتها، وذلك مع مراعاة الميعاد المنصوص عليه من المادة السابقة".

(١) فايز كناكريه - مرجع سابق - ص ٩.

(٢) عبد الوهاب العشماوي - مرجع سابق - ص ١١٧.

(٣) عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٦١١.

ج- رئيس الدولة

نصت المادة (١٠٥) من قانون البينات الفلسطيني والتي نصت على أنه " إذا كان من الضروري الاستماع إلى شهادة رئيس الدولة أو رئيس السلطة الوطنية أو رئيس مجلس الوزراء ووجد لديه مانع من الانتقال، جاز للمحكمة الانتقال إليه لسماع أقواله ويحرر محضر بذلك ويوقع من رئيس المحكمة والكاتب، ويضم إلى ملف القضية" ولا مقابل لها من قانون الإثبات المصري

على أي حال فإن المحكمة أو القاضي المنتدب يباشر التحقيق، ويستمر التحقيق إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفي في الميعاد، ويجري سماع شهود النفي في ذات الجلسة التي سمع فيها شهود الإثبات ما لم يحول مانع دون ذلك^(١)، هذا ما قرره المادة (٨٣) فقرة (١) من قانون البينات الفلسطيني والتي نصت على: "يستمر التحقيق إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفي في الميعاد، ويجري سماع شهود النفي في الجلسة ذاتها التي سمع فيها شهود الإثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع" يقابل نص المادة سالفه الذكر نص المادة (٧٣) من قانون الإثبات المصري.

إنه وإن كان الأصل سماع شهود النفي في نفس الجلسة التي سمع فيها شهود الإثبات، إلا أن هذا ليس أمراً حتماً يترتب علي مخالفته البطلان، بل ترك المشرع تنظيمه للمحكمة التي تتولى إجراء التحقيق، فلها أن ترجيء سماع شهود النفي إلى جلسة أخرى غير التي سمعت فيها شهود الإثبات إذا حال دون سماعهم في نفس الجلسة مانع، وتقدير المانع يدخل في نطاق سلطة المحكمة التقديرية بلا معقب عليها^(٢).

ويعتبر من قبيل المانع الذي يحول دون سماع شهود الإثبات وشهود النفي في جلسة واحدة كثرة عدد الشهود أو طول الوقت الذي يستغرقه سماع أقوالهم جميعاً في جلسة واحدة، كما يعد من قبيل المانع الذي يمنع سماع شهود الإثبات وشهود النفي في جلسة واحدة تخلف بعض الشهود عن جلسة التحقيق الأولى بسبب عدم إعلانهم وتمسك الخصم الآخر بطلب سماع شهوده الذين أحضرهم دون انتظار إلى جلسة قادمة يتم إعلان شهود خصم إليها^(٣).

الحقيقة أن الواقع يؤكد سوء تطبيق مثل هذا النص، إذ قد يستغرق المدعى المكلف بالإثبات سنوات في إحضار شهوده وكذلك يفعل المدعى عليه، لذلك فإنه لو وجد هذا النص جدياً في التطبيق العملي فقد يساهم في سرعة الفصل في الدعاوى وتخفيف العبء عن القضاء وذلك لأن العدالة البطيئة أقرب إلى الظلم منها إلى العدالة، فضلاً عن إن تطبيق هذا النص لا يعطي

(١) أحمد السيد صاوي- مرجع سابق - ص ٥١١.

(٢) نقض مصري - ٢٠ سنة ٤٤٤ ق والصادر بتاريخ ١٩٧٦/٢/٢٣م، نقلاً عن يحيى إسماعيل - مرجع سابق - ص ٦٢٧، مجموعة القواعد القانونية - القاعدة رقم (٣٨٩) - ص ٢٤٥.

(٣) عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٥٩٩.

الفرصة للخصم المكلف بالنفي بمعرفة ما شهد به شهود الإثبات، ومحاولة التأثير على شهوده لدحضها^(١).

وهنا نتساؤل هل يجوز لمحكمة الاستئناف أن تحيل الدعوى للتحقيق لسماع شهود النفي إن كان الخصم المكلف بالنفي لم يحضر شهوده أمام محكمة أول درجة، أو هل يتعين في هذه الحالة سماع شهود الطرفين نفيًا وإثباتًا؟

الحقيقة أنه ليس هناك ما يمنع من ذلك إلا إذا كان المكلف بالإثبات طلب إثبات وقائع جديدة أو حتى نفي الوقائع السابقة، وحينئذ يتعين على المحكمة أن تسمع شهود الطرفين، إلا أنه يجب سماع شهود الإثبات أولاً، ومن ثم سماع شهود النفي، وذلك لأنه قد يضجر الخصم من إحضار شهود إثبات ففي هذه الحالة لا موجب لسماع شهود النفي^(٢).

سابعاً: أداء الشهادة:

عندما تبدأ المحكمة من سماع الشهود، ينادى عليهم بأسمائهم^(٣) وعلى الشاهد قبل أداء الشهادة أن يفصح عن اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه^(٤)، وأن يبين كذلك قرابته لأحد الخصوم ودرجتها، ويبين كذلك إن كان يعمل عند أحدهم، كأن يكون أجيراً، أو خادماً أو مستخدماً لديه، وهذا ما قرره المادة (٩١) من قانون البيئات الفلسطينية والتي نصت على: "على الشاهد أن يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه، وأن يبين قرابته ومصاهرته ودرجتها إن كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم ويبين كذلك إن كان يعمل عند أحدهم" يقابل نص المادة سالف الذكر نص المادة (٨٥) من قانون الإثبات المصري.

وفي اعتقاد الباحث عدم وجود مبرر لحصر ما يجب على الشاهد ذكره قبل الإدلاء بشهادته فهناك من العلاقات التي تكون بين الشاهد وبين أحد طرفي الخصوم تتساوى تماماً بل تعتبر أشد تأثيراً على شهادة الشاهد من العلاقات التي ذكرها النص، كالوكالة والصدقة والعداوة أو قيام علاقة تبعية أو مشاركة من المصالح مع أي منهما مثلاً، وعلى ذلك فإن من الأفضل لو أن المشرع لم يحصر هذه البيانات وجعلها على سبيل المثال لا الحصر كما ويؤخذ على النص سالف الذكر بأن فرق بين القرابة والمصاهرة، على الرغم من أن القرابة نوعان قرابة بالنسب وقرابة

(١) ناظم عويضة - مرجع سابق - ص ١٠٩.

(٢) عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٦٠٠.

(٣) عبد القادر جرادة - موسوعة الإجراءات الجزائية - المجلد الثالث - مرحله المحاكمة - عدد بئر السبع - مكتبة أفاق - ٢٠٠٩ - ص ١٣٨٧.

(٤) نصت المادة (٤٩) من القانون المدنى الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠١٢م على أن: "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن، وإذا لم يكن للشخص مكان يقيم فيه عادة يعتبر بلا موطن"، وتتطابق نص المادة مع نص المادة (٤٠) من القانون المدنى المصرى رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م، بينما يعرف الموطن من فقه الشريعة الإسلامية بأن: "وطن الإنسان في بلده أو بلد أخرى اتخذها داراً وتطوطن بها مع أهله، وليس قصده الارتحال عنها، بل يتعاش بها" مشار إليه لدى سالم حماد الدحوح - الوجيز في القانون الدولى الخاص - الجزء الأول - الطبعة السادسة - ٢٠٠٨/٢٠٠٩ - ص ٢٦٩.

بالمصاهرة، ولذلك كان من الأفضل لو أن المشرع إستخدم لفظ قرابته فقط دون أن يستخدم لفظ مصاهرته، وذلك لأن المصاهرة تدخل في معنى القرابة.

ويجب على الشاهد أن يثبت هذه البيانات بوثائق رسمية كالبطاقة أو جواز السفر أو نحو ذلك^(١).

والغاية من هذا البيان هو تمكين المحكمة من تقدير قيمة الشاهد تبعاً لما إذا كانت له علاقة بالخصوم أم لا، وخصوصاً أن لهذه الروابط تأثير في قيمة الشهادة إن كانت لا تعتبر سبباً من أسباب ردها^(٢).

ويجب على الشاهد أن يكون صادقاً في شهادته، وقد أوجب المشرع على الشهود أن يحلفوا اليمين قبل البدء، لما في الحلف من تذكير الشاهد بالله (عز وجل) وتحذير من سخطه إن قال غير الحق^(٣).

وقد عرف البعض اليمين بأنها: "قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً علي صدق ما يقول ويستنزل عقابه إذا ما حنث"^(٤).

بينما عرفها آخر بأنها: "نداء روحي يصدر عن الضمير، وتعهد على قول الحق أمام من يقدمه الشاهد سواء أكان ذلك يتمثل في الله سبحانه وتعالى أو فيما يعد مقدساً في نظر الشاهد، وأنه سوف يعرض نفسه للانتقامه إن قال غير الحق"^(٥).

وهذا التعريف هو الذى يميل الباحث إليه لكونه شامل جامع مانع، وعلى أى حال فاليمين من أهم الضمانات التى تعطى الشهادة الثقة التى يتعين أن تتوافر لها لكي تكون دليلاً يستمد منه القاضي إقتناعه، كما أن حلف الشاهد لليمين يعد من أهم الضمانات الشكلية الي تحيط بالشهادة^(٦).

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "استحلاف الشاهد هو من الضمانات التي شرعت لمصلحة المتهم لما في الحلف من تذكير الشاهد بالإله القائم على كل نفس وتحذيره من سخطه عليه أن يدلي الشاهد بأقوال لمصلحة المتهم قد تقع موقع القبول في نفس القاضي فيتخذها من أسس عقيدته"^(٧).

(١) عبد الله الربيعة - مرجع سابق - ص ٦٤.

(٢) عبد الوهاب العشماوى - مرجع سابق - ص ١٢٦.

(٣) عبد القادر جرادة - موسوعه الإجراءات الجزائية - مرجع سابق - ص ١٣٧٧.

(٤) ناظم عويضة - مرجع سابق - ص ١١٥.

(٥) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٥١.

(٦) عماد ربيع - الممرجع السابق - ص ٣٥٢.

(٧) نقض مصري رقم ١٨٩١ سنة ٣٤ ق والصادر بتاريخ ١/٣/١٩٦٥م، نقلاً عن محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ١٠٩.

يجب على الشاهد أن يحلف اليمين قبل أداء الشهادة، فإن أداها دون حلف اليمين ثم أدركت المحكمه ذلك بعد إدلائته بها فيجوز للمحكمه في هذه الحالة أما أن تطلب منه أن يؤدي الشهادة من جديد بعد حلف اليمين^(١)، أو تحلفه اليمين على إنه إنما شهد بالحق وبهذا قضت محكمه النقض المصريه بأنه: "إذا فإن المحكمه أن تحلف الشاهد اليمين قبل أداء الشهادة ثم أدركت ذلك اليمين بعد إدلائها بها فحلفته اليمين على أنه إنما شهد بالحق، فتحويلها على هذه الشهادة لا عيب فيه"^(٢).

ويترتب على عدم حلف الشاهد لليمين عدم سماع شهادته وذلك حسب نص المادة (٩٣) من قانون البيئات الفلسطيني، بينما يترتب على عدم حلف الشاهد لليمين بطلان الشهادة وذلك حسب نص المادة (٨٦) من قانون الإثبات المصري.

لم تبيّن المادة (٩٣) من قانون البيئات الفلسطيني، والمادة (٨٦) من قانون الإثبات المصري صيغه اليمين أو القسم واقتصر على قولهم بأنه يجب على الشاهد أن يؤدي اليمين وذلك بأن يقول الحق ولا شيء إلا الحق^(٣).

إلا أن محكمة النقض الفلسطينية قررت بأن الجزاء المترتب على عدم حلف اليمين هو بطلان الشهادة حيث قضت: "عدم حلف الشاهد اليمين - أثره بطلان شهادته"^(٤).

على الشاهد أن يحلف يميناً بأن يقول الحق ولا شيء إلا الحق^(٥) ولم يحدد قانون البيئات الفلسطيني صيغة اليمين إلا أنه نص المادة (١٤١) من قانون البيئات الفلسطيني والواردة في الباب السادس من الفصل الأول فصل اليمين الحاسمة على أنه: "تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف "أقسم بالله العظيم" ثم يذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة، ولمن يكلف بحلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في ديانتها إذا طلب ذلك" بينما نصت المادة (١٢٧) من قانون الإثبات المصري على أنه: "تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف "أحلف" ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة".

ومفاد ذلك أن الصيغة القانونية للقسم أو اليمين وفقاً لقانون البيئات الفلسطيني هي أن يقول الشاهد "أقسم بالله العظيم".

(١) وعلى القاضى أن يعيد الأسئلة عليه مرة أخرى التي سبق أن سألها ، ويستكمل باقي التي يرى وجوب توجيهها للشاهد، عبد القادر جرادة - مرجع سابق - المجلد الثالث - ص ١٣٧٩.

(٢) نقض مصرى مدني رقم ٢٤٦ سنة ٢٥ ق والصادر بتاريخ ١٤/١١/١٩٣٢م ، ونقلاً عن عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - مرجع سابق - ص ٦١٦.

(٣) أحمد بك - مرجع سابق - ص ٣٥٤ ، عبد القادر جرادة - مرجع سابق - المجلد الثاني - ص ٥٢٦.

(٤) نقض فلسطيني - رقم (٢٠٠٥/٥٢) والصادر بتاريخ ٢٣/٩/٢٠٠٦م، نقلاً عن أكرم غلاب - مرجع سابق - ص ١٦.

(٥) أحمد بك - مرجع سابق - ص ٣٥٤ ، عبد القادر جرادة - مرجع سابق - المجلد الثاني - ص ٥٢٦.

وقد جرى العمل أمام المحاكم الفلسطينية على أن يقول الشاهد "أقسم بالله العظيم أن أقول الحق كل الحق ولاشئ غير الحق"، وتكون الصيغة القانونية لليمين أو القسم وفقاً لقانون الإثبات المصرى هي أن يقول الشاهد "أحلف" (١).

وقد جرى العرف في المحاكم المصريه أن تكون اليمين بصيغة أحلف أو أقسم بالله العظيم" (٢).

إلا أن البعض يرى أن قول الشاهد أثناء الحلف "أن أقول الحق ولا أقول غير الحق" صيغة ناقصة لجواز أن يعلم شاهد أمراً يفيد الدعوى ولا يسأل عنه وهذا يتطلب أن يضاف إلى الصيغة عبارة " كل الحق" (٣).

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول صيغة الشهادة، فذهب جمهور مذاهب السنة (٤) على أنه يجب أن تكون الشهادة بلفظ "أشهد" وأنها لا تصح بدون هذا اللفظ، واستدلوا بذلك بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذُوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ (٥) وقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ (٦).

فهذه الآيات تدل على أن لفظ "أشهد" هو اللفظ الذي تصح به الشهادة، وأنه لا تجوز الشهادة بغيره لذكرته (٧).

وذهب المالكية إلى عدم اشتراط لفظ خاص لأداء الشهادة بل يجوز بأى لفظ لأن المقصود هو إخبار القاضي بأى لفظ يحصل به ضبط الشهادة.

ويرجح الباحث ما ذهب إليه المالكية من أن أداء الشهادة يجوز بأى لفظ يحصل اليقين، لذلك فإن وجد لفظ يفيد لفظ الشهادة ويؤكد بأن ما شهد به الشاهد هو الصدق فلا بأس من استخدامه خصوصاً أن الشاهد يحلف اليمين قبل أداء الشهادة بأن يقول الحق.

ليس هناك ما يمنع من أن يحلف الشاهد لليمين طبقاً لديانته أو على كتاب دينه المقدس، لأن الغاية من تحليف اليمين تذكير الشاهد بالله سبحانه وتعالى وأنه سيتعرض لسخطه إن قال غير الحق، ولفت انتباهه إلى أهمية ما يقوله وتجعله حريصاً على قول الحق، فالشاهد يتراجع عن الكذب أمام تأدية اليمين (٨).

(١) أحمد نشأت بك - مرجع سابق - ٣٥٨.

(٢) عز الدناصورى وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ١١٨٠.

(٣) محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ١١٢.

(٤) حيث أشرت كلاً من الشافعية والحنفية والحنابلة أن تكون الشهادة بلفظ أشهد (ينظر تفصي ذلك لدى عبد الله القحطاني - مرجع سابق - ص ١٦٥).

(٥) سورة الطلاق أية رقم ٢.

(٦) سورة البقرة أية رقم ٢٨٢.

(٧) عبد الله القحطاني - مرجع سابق - ص ١٦٥.

(٨) بهاء السيفي - الوجيز في شرح الإجراءات الجزائية - ٢٠١١م - دون طبعة نشر - دون دار نشر - ص ١٣٠.

ولا تقبل شهادة من لا ديانة له، لأنه غير معتقد بالله، ولا يكون اليمين إلا باستعمال لفظ الجلالة^(١).

ولا يوجد شكل معين تؤدي به اليمين فيجوز أن يرفع الشاهد يده اليميني وهو يؤدي القسم، وأن يضع يده علي المصحف الشريف أو الكتاب المقدس^(٢).
ويثور التساؤل حول مدى لزوم المحكمه ذكر صيغه اليمين ورقم المادة المتعلقة بها في محضر أو ضبط الجلسة؟
وذهبت الآراء الفقهية إلى رأيين:

الأول: يرى هذا الاتجاه بأن لا لزوم لتدوين صيغة اليمين أو رقم المادة المتعلقة بها ويكفي أن يشار في محضر الجلسة إلى أن الشاهد حلف اليمين^(٣).
بهذا أخذت محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه: "لا يكون سبباً للبطلان عدم النص في محضر الجلسة أو في الحكم على أن الشاهد قد حلف اليمين أو عدم ذكر الصيغة التي حلفها"^(٤).

الثاني: يرى بأنه لا بد للمحكمة من تدوين عبارة وصيغة اليمين وذكر رقم المادة المتعلقة بها تحت طائلة البطلان، وقد أخذت محكمة التمييز اللبنانية في حكم لها بهذا الرأي وقضت بأنه: "وحيث أن محكمة الجنايات التي تستمع إلى شاهد دون أن يدون من ضبط المحاكم المادة القانونية المتعلقة بيمين الشاهد أو ذكر صيغه هذا اليمين مخالف للقانون إذا أن لليمين صيغ قانونية عدة"^(٥).

ويميل الباحث الأخذ بالرأي الأول والذي يرى بأنه يكفي أن يشار في محضر الجلسة إلى أن الشاهد حلف اليمين، ذلك لأن صيغة اليمين للشهود واحدة ومعروفة، فضلاً عن أن الأصل في القانون الفلسطيني والقانون المصري أن الاجراءات قد روعيت أثناء الدعوى، أضف إلى ذلك أن عدم ذكر الشيء لا ينفي حصوله بالفعل.

ويحلف الشاهد اليمين مرة واحدة، فإذا لم تستكمل شهادة الشاهد في الجلسة لأي سبب أو قررت المحكمة إعادة مناقشته بعد إفادته الأولى وانتهاء الجلسة، فلا يحلف الشاهد اليمين مرة ثانية، ويكتفى أن يفهم وأن يتذكر أنه ما زال تحت القسم القانوني، وتستكمل شهادته من حيث وصل^(٦).

(١) ناظم عويضة- مرجع سابق - ص ١١٥.

(٢) مفلح القضاء- الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٤٧.

(٣) ناظم عويضة- مرجع سابق - ص ١١٥.

(٤) نقض مصري ١٧/١١/١٩٥٩م، سنة ١٠، أشار لبيانات الحكم على النحو السابق محمد إبراهيم - مرجع سابق - ص ١٢١.

(٥) تمييز جزائي لبناني رقم ٩٥ بتاريخ ١٩٧٦/٢/٣، نقلاً عن عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٥٥.

(٦) عبد القادر جرادة - مرجع سابق - المجلد الثالث - ص ١٣٧٩.

هذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية حيث قضت بأنه: "وإن كان من واجب قاضي الصلح إفهام الشاهد الذي استكملت شهادته إنه ما زال تحت تأثير القسم القانوني الذي أداه في الجلسة السابقة، إلا أن عدم تقييد قاضي الصلح بهذا الإجراء لا يبطل الشهادة، إذ لا بطلان بدون نص"^(١).

بهذا أخذت محكمته النقض المصرية حيث قضت أنه: "يؤدى الشاهد اليمين مرة واحدة وعلى ذلك فليس هناك مبرر لإعادة تحليفه إذا رأت المحكمة استيضاحه عن أمور متعلقه بما سبق أن شهد به، أو عن وقائع جديدة، حتى ولو كان ذلك في جلسته أخرى غير الجلسة التي حلف فيها اليمين"^(٢).

يثور التساؤل حول مدى وجوب إعادة تحليف الشاهد إذا قررت المحكمة إعادة سماعه لحصول تبدل في الهيئة في القاضي؟

قد تباينت آراء الفقه والقضاء حول هذه المسألة فذهب جانب من الفقه إلى أنه يجب علي الهيئة الجديدة تحليف الشاهد مجدداً، وأن تذكيره باليمين التي حلفها أمام الهيئة السابقة لا يصح هذه المخالفة المبطلّة، وبهذا أخذت محكمة التمييز اللبنانية حيث قضت بأنه: "عند تبدل الهيئة الحاكمة وإعادة سماع الشهود لا بد من تحليف اليمين"^(٣).

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه ليس من الضروري إعادة تحليف الشاهد اليمين، وأن اليمين التي حلفها أمام الهيئة السابقة تكفى شريطه أن يذكر بها صراحه من قبل الهيئة التي استمعت إلى إفادته من جديد^(٤).

ويعفى من حلف اليمين، الشهود الذين لم يبلغوا خمس عشرة سنة^(٥)، ولا شك أن عدم تحليف الشاهد اليمين ينفي عن أقواله صفة الشهادة القانونية كدليل إثبات، ليجعلها علي سبيل الإستدلال. التي تعزز القاضي دون أن يكون من الجائز الإستناد إليها وحدها من الحكم^(٦)، ونحيل إلي ما سبق بيانه عند الحديث عن الشروط الواجب توافرها في الشاهد^(٧).

(١) استئناف فلسطيني دائرة رام الله رقم (٩٧/٧٢٢) والصادر بتاريخ ١٤/٥/١٩٩٨م، منشور على موقع المقتفي <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments>.

(٢) نقض مصرى ٢٦ فبراير ١٩٤٠، أشار لبيانات الحكم على النحو السابق عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ- مرجع سابق - ص ٦١٦.

(٣) تمييز لبناني - رقم ٢١١ والصادر بتاريخ ٢٦/٤/١٩٧٤م، نقلاً عن عماد ربيع - ص ٣٥٥.

(٤) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٦٠.

(٥) نصت المادة (٧٤) فقرة (٢) من قانون البينات الفلسطيني لا يكون أهلاً للشهادة:

من لم يبلغ خمس عشرة سنة، على أنه لا يجوز أن تسمع أقوال من لم يبلغ هذه السن بغير يمين علي سبيل الإستدلال ويقابلها نص المادة (٦٤) من قانون الإثبات المصرى.

(٦) مأمون سلامة - مرجع سابق - ص ٢١٠.

(٧) ينظر فيما سبق - ص ٣٣.

وإذا امتنع الشاهد عن حلف اليمين أمام المحكمة يحكم عليه بغرامه أقصاها مائة دينار أو ما يعادلها بالعمله المتداولة قانوناً وذلك حسب نص المادة (٩٤) من قانون البيئات الفلسطيني^(١)، أو يحكم عليه بغرامة أقصاها مائتي جنيه وذلك حسب نص المادة (٨٠) من قانون الإثبات المصري^(٢).

هذا وقد كانت الغرامة وفقاً لقانون المرافعات المصري السابق عشرة جنيهات ثم زيدت إلى عشرة أضعافها ثم زيدت بمقدار المثل فأصبحت مائتي جنيه^(٣).

وهناك أشخاص يمنعون من أداء الشهادة^(٤)، فإذا حضر أحد هؤلاء أمام المحكمة وامتنع عن أداء الشهادة فلا يجوز للمحكمة أن توقع الغرامة عليه، وكذلك بالنسبة للشاهد التي لا تجيز له ديانتته الحلف فلا يجوز توقيع الغرامة عليه، وإن كان يجوز للمحكمة أن تسمعه علي سبيل الاستدلال^(٥).

ويجب أن تؤدي الشهادة شفاهة أمام المحكمة، ولا يجوز للشاهد أن يستعين بمذكرات مكتوبة إلا بإذن المحكمة، وذلك إذا كانت طبيعة الدعوى تحتم ذلك أو دعت الضرورة إلى ذلك، وهذا متروك بطبيعة الحال لتقدير المحكمة^(٦). ويكتفي الباحث ببيان ذلك ونحيل ذلك إلى ما سبق شرحه من شفوية الشهادة عند الحديث عن الشروط الواجب توافرها في الشاهد^(٧).

ويؤدي كل شاهد شهادته على انفراد دون حضور باقي الشهود^(٨)، وذلك حتي لا يتأثر الشاهد بإجابات باقي الشهود وذلك يجب على المحكمة أن تأمر الشهود بمغادرة القاعة لحين المنادة على كل منهم^(٩)، ولا يترتب البطلان إذا خالفت المحكمة ذلك^(١٠)، ولكن على المحكمة أن تثبت ذلك في ضبط الدعوى ويكون لها السلطة التقديرية في تقدير قيمة الشهادة التي أدلى بها الشاهد الذي

(١) نصت المادة (٩٤) من قانون البيئات الفلسطيني علي أنه " إذا حضر الشاهد وامتنع عن أدائه اليمين أو عن الإجابة عن الأسئلة التي توجه إليه يحكم عليه بغرامه لا تتجاوز مائة دينار أردني أو ما يعادلها بالعمله المتداولة قانوناً".

(٢) نصت المادة (٨٠) من قانون الإثبات المصري علي أنه: "إذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانوني عن أداء اليمين أو الإجابة حكم عليه طبقاً للأوضاع المتقدمه بغرامه لا تتجاوز مائتي جنيه".

(٣) يحيي اسماعيل - مرجع سابق - ص ٥٩٠.

(٤) ينظر فيما سبق - ص ٥٠.

(٥) عز الدين الناصوري وحامد عكاظ- مرجع سابق - ص ٦١٠.

(٦) نصت المادة (٩٨) على أن " تؤدي الشهادة شفاهة ولا يجوز للشاهد الإستعانة بمفكرات مكتوبة إلا بإذن المحكمة كلما دعت الضرورة إلى ذلك" وتقابلها نص المادة (٩٠) من قانون الإثبات المصري.

(٧) ينظر فيما سبق - ص ٧٤.

(٨) نصت المادة (٩٢) من قانون البيئات الفلسطيني علي أن: " يؤدي كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقي الشهود الذين لم تسمع شهادتهم" وتتطابق نص المادة مع نص المادة (٨٤) من قانون الإثبات المصري.

(٩) ناظم عويضة - مرجع سابق - ص ١١٤.

(١٠) أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٦١.

حضر سماع شهادة أحد الشهود السابقين، بل يجوز للمحكمة أن تجمع الشهود للمقابلة بينهم^(١). لا يعنى ذلك أن تؤدي الشهادة بصورة سرية بل على العكس من ذلك يجب أن تؤدي الشهادة أمام المحكمة في جلسة علنية، وتجتمع التشريعات الحديثة على قاعدة علنية جلسات المحاكمة^(٢). وتظهر أهمية العلنية في أنها تحقق العدالة، وتعطي للجمهور الحق بمراقبة ما يدور في جلسات المحاكمة من مناقشات ومداومات للاطمئنان علي نزاهة جهاز قضاء^(٣)، كما تكفل هذه العلنية حسن أداء القاضي لعمله حيث يجتنب القاضي كل تصرف من الممكن أن يقدر في عدله ومساواته بين الخصوم، تجعل القاضي يتحرى مزيداً من الدقة^(٤)، فضلاً عن تحقيق الإلتزام الكامل بمقتضيات العدالة، وتعمل القاضي أن يصدر أحكامه بشكل أدق ويسببها بشكل أوضح^(٥). وقد ثار خلاف حول مدى وجوب ذكر أن الجلسة تمت بصورة علنية أو سرية في ضبط المحكمة إلي اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أن عدم الإشارة في ضبط أو محضر المحاكمة إلي أن المحاكمة جرت علناً يوجب البطلان، وبهذا أخذت محكمة النقض المصرية حيث قضت أنه: "إن عدم إثبات علنية الجلسة في محضرها بطلان جوهري مؤد للنقض ولا يكتفى ذكر العلنية إلى المحاكمة"^(٦). بهذا أخذت أيضاً محكمة التمييز اللبنانية حيث قضت أنه: "حيث أنه بالرجوع إلي ضبط المحاكمة في هذه القضية يتبين بأنه لم يذكر فيه أن المحاكمات أجريت بصور العلنية الأمر الذي يوجب إبطال القرار المطعون فيه"^(٧).

(١) ناظم عويضة - مرجع سابق - ص ١١٤.

(٢) يقصد بعلنية المحاكمة: "أن من حق كل فرد أن يحضر المحاكمة دون قيد أو شرط أو عائق إلا الإخلال بالنظام، وذلك ليتمكن من مشاهدة إجراءات المحاكمة، بالإضافة إلى السماح بنشر وقائع المحاكمة بواسطة وسائل النشر المختلفة"، وهو: "فتح أبواب القضاء أو المحاكم أمام الجمهور، وإتاحة الفرصة لهم بحضور جلسات المحاكمة، والإستماع لمرافعة الخصوم والنيابة العامة والقاضي مباشرة لكل ما يجرى من قاعة المحكمة أثناء نظر القضايا أو الفصل في الخصومات"، قد عرفها البعض آخر: "أن يتم تحقيق الدعوى والمرافعة فيها في جلسات علنية يسمح لكل شخص بالحضور، وأن يسبب القاضي حكمة، وأن ينطق به في جلسة علنية، وأن يسمح بنشر المناقشات والمرافعات ومنطوق الأحكام في الصحف، فقد لا يحضر الجلسات سوى عدد قليل من الجمهور، وأن يرخص بإعطاء صورة من نسخته الحكم الأصليه لكل من يطلبها ولو لم يكن له شأن من الدعوى. (عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٤٣، علاء باسمل فضل - ضمانات المتهم أمام المحكمة الجنائية الدولية - رساله ماجستير - جامعه النجاح الوطنية - ٢٠١١ - ص ١٢٣، أحمد السيد صاوى - مرجع سابق - ص ٦٦.

(٣) علاء فضل - مرجع سابق - ص ١٢٤.

(٤) ناصر محمد الجوقان - علنية جلسات التقاضي - بحث محكم منشور في مجله العدل - العدد الخامس - محرم ١٤٢١هـ.

(٥) عبد الله صديق فلاشه - علنية المحاكمة تخدم القضاة والمتخصصين - مقال منشور علي صحيفه عكاظ - العدد ٢٩٩٩ - الأربعاء ٢ سبتمبر ٢٠٠٩.

(٦) نقض مصري رقم ٤٣ سنة ٥ الصادر بتاريخ ١٠/٢١/١٩٥٣، نقلاً عن مركز العدالة والتحكيم والاستشارات عبر موقعها (<http://www.a:ada:center.com>)

(٧) تمييز لبناني رقم ١٣١ بتاريخ ٤/٢٦/١٩٥١، نقلاً عن عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٤٤.

الإتجاه الثاني: يرى بأن عدم الإشارة فى ضبط الجلسة إلى أن المحاكمة جرت علناً لا يوجب البطلان. وبهذا أخذت محكمة النقض المصرية فى حكم مخالف لحكمها الأول حيث قضت بأن: "مجرد خلو محضر الجلسة والحكم من ذكر العلانية لا يصح أن يكون وجهاً لنقض الحكم ما لم يثبت الطاعن أن الجلسة كانت سرية من غير مقتض، لأن الأصل فى الإجراءات المتعلقة بالشكل أنها روعيت أثناء الدعوى ولصاحب الشأن أن يثبت بكافة الطرق القانونية أن تلك الإجراءات قد أهملت أو خولفت"^(١).

كذلك أخذت محكمته التمييز اللبنانية بهذا الإتجاه فى حكم مخالف لحكمها الأول حيث قضت: "إن خلو محضر ضبط المحاكمة من أي عبارة تبين بأن المحاكمة كانت سرية أو علنية يستفاد منه أن هذه الجلسة قد أُجريت بصورة علنية، لأن العلانية هى الأصل وعدم القول بأن المحاكم أُجريت سراً يستنتج منه ضمناً بأن المحاكمة أُجريت علنية"^(٢).

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه الإتجاه الثاني وذلك لأن علانية الجلسات هى الأصل ويفترض أنها روعيت ما لم تقدر المحكمة إجراء المحاكمة بصورة سرية، ولكن إذا قررت المحكمة جعل المحاكمة سرية يشترط ذكر ذلك محضر الجلسة مع بيان الأسباب التى استوجبت هذا التدبير. وإذا كان الأصل هو علانية المحاكمة فإنه يجوز للمحكمة وعلي سبيل الإستثناء أن تقرر عدم علانية المحاكمة مراعاة للنظام العام والآداب^(٣)، ويقصد بعدم العلانية أو سرية المحاكم: هو إجراء المحاكمة فى جو من السرية والكتمان وصد من لا شأن له من حضور جلسات المحاكمة، أما الذين يكون لهم علاقة أو دور من المحاكمة، فمن حقهم حضورها^(٤).

وتقدير سرية الجلسة من حق المحكمة وحدها وخاضع لتقديرها، فمتى وجدت المحكمة، المحافظة على الحياء أو مراعاة الآداب^(٥) تقضي بذلك، ولا سلطان لأحد عليها، وليس من حق المتقاضين مناقشتها من ذلك^(٦).

(١) نقض مصر رقم ٢٤١ الصادر بتاريخ ٢٥/٤/١٩٢٩م، نقلاً عن مركز العدالة والتحكيم - مرجع سابق - <http://www.a;ada;acenter.com>.

(٢) تمييز لبناني رقم ٢٩ بتاريخ ٢٦/٢/١٩٦٨ نقلاً عن عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٤٤.

(٣) نصت المادة (٣) فقرة (١) من قانون السلطة القضائية الفلسطيني على أنه: "تكون جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم عقدها سرية مراعاة للآداب أو للمحافظة على النظام العام، ويكون النطق بالحكم فى جميع الأحوال جلسة علنية" ويقابلها المادة (١٨) من قانون السلطة القضائية المصرى.

(٤) عبد القادر جرادة - مرجع سابق - ص ٩٠٠.

(٥) قضت محكمته النقض المصرية بأن: "الحياء له معنى خاص قاصر بوجه ما على الآداب الخاصة بالأعمال والذات الجسمانية، بينما تشمل عبارة الآداب العامة كل ما شأنه حفظ كرامة الشعب والمساعدة على حسن سلوكه ورفق أخلاقه". نقض مصرى رقم (١٠٧) والصادر بتاريخ ١١/٦/١٩٣١، مشار إليه لدى مركز العدالة والتحكيم - مرجع سابق - <http://www.a;ada;acenter.com>.

والقرار الصادر من المحكمة يجعل الجلسة سرية يصدر من المحكمة بكامل هيئتها لا من رئيسها، وعلى المحكمة أن تسبب قرارها بإجراء المحاكمة سرية، ويترتب على عدم تسببها لإجراء سرية المحاكمة البطلان، ولا يصح التسبب اللاحق على جلسه قرار السرية البطلان الحاصل^(١)، كما أن المحكمة ليست ملزمة بإجابة طلبات الخصوم جعل الجلسة سرية ما دام لم يكن هناك سبب يستوجب ذلك^(٢).

كما تجدر الإشارة إلى أنه لا سرية مطلقه فمتى زالت مقتضيات السرية وجب على المحكمة أن تقرر مباشرة علانية المحاكمة من جديد^(٣)، وفي جميع الأحوال ورغم نظر الدعوى في جلسة سرية فإنه يجب أن يصدر الحكم في جلسة علنية، فالنطق بالحكم يجب أن يكون في جلسة علنية دائماً ولو نُظرت الدعوى بصورة سرية^(٤).

ويثور التساؤل حول علانية الشهادة حول مدى جواز نقل إجراءات المحاكمة بواسطة وسائل الإعلام؟

يختلف الفقه حول هذه المسألة فذهب جانب منهم إلى أنه يدخل في معنى علنية المحاكمة السماح بنشر وقائع المحاكمة بواسطة وسائل النشر المختلفة^(٥).

بينما ذهب جانب آخر وهو الذي يميل الباحث إليه إلى أنه، وإن كان من حق أي فرد من الجمهور أن يحضر جلسة المحاكمة، ولكن ليس معنى ذلك أن ينقل إليه ما يدور في جلسات المحاكمة إلى منزله أو في محل عمله، كما أنه لا علاقة بين النقاط صورة للقضاء وللشهود بمبدأ علانية الجلسات، كما وأنه من حق الشخص ألا تلاحقه وسائل الإعلام أياً كانت نوعها، فلا يجوز أن تنشر صورته أو أخباره الشخصية إلا بالقدر الذي تسمح به السلطة المختصة، أو بناءً على موافقته الصريحة^(٦)، ويرى بأن نقل جلسات المحاكمة عبر وسائل الإعلام، ويتخلل ذلك من النقاط صور للقضاء أو للشهود أو للمدعى أو المدعى عليه هو من مسائل إدارة الجلسة ومنوط برئيسها.

(١) نقض مصرى ٢٧٢ والصادر بتاريخ ١١/٦/١٩٣١ مشار إليه لدى مركز العدالة والتحكيم - مرجع سابق - (<http://www.a;ada;acenter.com>).

(٢) عماد ربيع - مرجع سابق - ص ٣٤٥، أحمد براك، القضاء الجزائري - بحث منشور في الدليل التدريبي - بناء قدرات القاونيات - الإجراءات الجزائرية الفلسطينية - ص ٥٥.

(٣) نقض مصرى رقم (٥٩٠) والصادر بتاريخ ٢٨/٤/١٩٤٨ منشور على موقع مركز العدالة والتحكيم والاستشارات (<http://www.a;ada;acenter.com>).

(٤) عبد القادر جرادة - مرجع سابق - ص ٩٠١.

(٥) أحمد صاوى - مرجع سابق - ص ٦٧.

(٦) علاء باسم فضل - مرجع سابق - ص ١٢٣.

(٧) عبد القادر جرادة - مرجع سابق - ص ٩٠٦.

ويباشر الخصم الذي استدعى الشاهد بمناقشته وسؤاله عن الوقائع التي يريد التثبت منها، فإن أنهى الخصم مناقشة شاهده أعطي الدور للخصم الآخر ليناقد الشاهد حول ما ورد بشهادته^(١) ولا يمكن لأياً كان ما عدا القاضي بمقاطعة الشاهد أثناء الإدلاء بشهادته^(٢).

كما لا يشترط في شهادة الشاهد أن تكون واردة على الواقعة المطلوب إثباتها بجميع تفاصيلها بل يكفي أن يكون من شأنها أن تؤدي إلى الحقيقة^(٣)، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية حيث قضت: "لا يشترط موافقة الشهادة للدعوى بصورة مطابقة وإلا أدى ذلك للإخلال بالسلطة التقديرية للمحكمة التي لها الأخذ بالقدر الذي قضت فيه"^(٤).

يجوز للخصم أن يعترض على سؤال الخصم الآخر، وعليه أن يبين وجه الاعتراض كأن تكون الأسئلة تلقينية أو إيحائية أو خارجة عن موضوع الدعوى، وللمحكمة قبول أو عدم قبول الاعتراض مع تدوين ذلك في ضبط الجلسة^(٥).

تجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز للخصم أن يتمسك بمثل هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض (بأن بعض الأسئلة الموجهة للشاهد كانت إيحائية أو تلقينية)، بل يجب على الخصم أن يتمسك به أمام محكمة الموضوع، وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن: "النص على الحكم بأن بعض الأسئلة الموجهة للشاهد أثناء التحقيق كانت إيحائية وتلقينية هو دفاع يخالطه واقع، ولم يثبت تمسك الطاعن به أمام محكمة الموضوع، فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض"^(٦).

على أي حال فإنه يجوز للقاضي أن يوجه أي أسئلة استيضاحية من شأنها الكشف عن الحقيقة، وأما إذا كانت المحكمة مشكلة من أكثر من قاضي فإنه يجوز لرئيس الجلسة أو أي من أعضاء الهيئة توجيه أسئلة للشاهد إن كانت من شأنها الكشف عن الحقيقة^(٧)، شريطة ألا تتضمن الأسئلة الموجهة من أي عضو من أعضاء الهيئة أية عبارة تتم عن تلقين وتوجيه للشاهد من

(١) محمود الكيلاني - قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ - الطبعة الأولى - دار الثقافة - ٢٠١٠م - ص ٨٢.

(٢) نبيل صقر - مرجع سابق - ص ٢١٠، على محمد جعفر، مبادئ المحاكمات الجزائية - الطبعة الأولى - ١٩٩٤م - المؤسسة الجامعية للدراسات - لبنان - فقرة ٣٧٧ - ص ٣٠٧.

(٣) نقض مصرى رقم ٦٩ سنة ٣٢ ق والصادر بتاريخ ١٠/٢٥/١٩٦٦م، ونقض مصرى رقم ١٤٤ سنة ٣٤ ق والصادر بتاريخ ١٧/١٠/١٩٤٦م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - القاعدة رقم ١٠٢٢ و ١٠٢٣ - ص ٤٠٣.

(٤) نقض فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠٠٩/١٦٨) والصادر بتاريخ ٢٤/١٢/٢٠٠٩م - منشور على موقع المقتفي <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments>.

(٥) ناظم عويضة - مرجع سابق - ص ١١٧.

(٦) الطعان رقم ٣٩ و ٤٥ سنة ٤٠ ق والصادر بتاريخ ١١/٦/١٩٧٥م - مجموعة القواعد القانونية - القاعدة رقم ٣٨٧ ص ٢٤٤.

(٧) نصت المادة (٩٧) من قانون البيئات الفلسطينية على أنه "إذا كانت المحكمة مشكلة من أكثر من قاضي جاز لأى من أعضاء المحكمة أن يوجه للشاهد ما يراه مفيداً من الأسئلة في كشف الحقيقة" ويقابلها نص المادة (٨٩) من قانون الإثبات المصري.

المحكمة بالشهادة لصالح أحد الخصوم، وإن كان يحق لهم تنبيه الشاهد إلى المقصود من السؤال، وهذا ما قررته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن: "ورود عبارة أفهمناه التي جري العمل على إثباتها إثر توجيه السؤال من المحكمة إلى الشاهد لا يقصد بها تلقين أو توجيه الشاهد وإنما يقصد بها تنبيه الشاهد إلى المقصود من السؤال حتي لا يخرج بإجابته عن الوقائع موضوع التحقيق"^(١). كما أنه لا يجوز للخصم أن يتمسك أمام محكمة النقض بأن السؤال الذي وجهه القاضي إلى الشهود مبنياً على واقعة لا أصل لها، إذا كان الثابت من محضر التحقيق أن الشهود جميعاً لم يتأثروا بهذا السؤال^(٢).

وقد جري العمل أمام محاكم قطاع غزة أن يوجه رئيس الجلسة الأسئلة سواء كانت منه شخصياً أو من أحد الأعضاء، وإن كان ذلك لا يمنع القاضي من توجيه أي سؤال للشاهد بعد الفراغ من مناقشته من قبل الخصوم بعد استئذان رئيس المحكمة سراً، والذي بدوره لا يستطيع رفض ذلك^(٣).

ويلاحظ أن كلاً من قانون البيئات الفلسطيني وقانون الإثبات المصري قد خطا بين طريقتين في طريقة مناقشة الشاهد، الأولى: وفيها يتم توجيه الأسئلة من قبل رئيس المحكمة، وتمتاز هذه الطريقة بأنها تحقق إختصار للوقت والإقتصار على الأسئلة المباشرة والمنتجة في الدعوى، إلا أنه يؤخذ عليها أن الشاهد يشعر بحماية رئيس المحكمة له فلا يجيب على الأسئلة إلا إذا أذن له رئيس المحكمة، وقد يشعر بأنه غير ملزم بذلك^(٤)، وأما الطريقة الثانية، وفيها يتم مناقشة الشاهد بشكل مباشر عن طريق الخصم دون حاجة إلى أنه يوجه أسئلته عن طريق رئيس المحكمة، ولا يحق لرئيس المحكمة أن يعترض على الأسئلة إلا إذا إعترض الخصم عليها فبيت في الحال بقانونيتها وجدواها، وتمتاز هذه الطريقة بأنها تحقق إيضاح للواقعة المطروحة بشكل أكبر وذلك لأنه من دعا الشاهد يستطيع الإستزادة من الأسئلة، كما أن الشاهد لا يشعر بحماية رئيس المحكمة له أو أنه غير ملزم بالإجابة إلا إذا أذن رئيس المحكمة له بذلك، إلا أنه يؤخذ على النظرية أنها تطيل بعض الشيء أمد الخصومة القضائية^(٥).

(١) نقض مصرى رقم ٢١ لسنة ٣٨ ق والصادر بتاريخ ١٣ ديسمبر ١٩٧٢ م، نقلاً عن عبد الوهاب العشاوي - هامش رقم (٤٩) - مرجع سابق - ص ١٢٨.

(٢) نقض مصرى رقم ٩٨ لسنة ١٦ ق والصادر بتاريخ ٣٠/١٠/١٩٤٧ م - مجموعة القواعد القانونية - القاعدة رقم ٣٨٣ - ص ٢٤٣.

(٣) ناظم عويضة - مرجع سابق - ص ١١٨.

(٤) وقد أخذ بهذه الطريقة قانون الإثبات السوري رقم (٣٥٩) لسنة ١٩٤٧ م، في المادة (٧٩) منه والتي نصت على: "يستجوب رئيس المحكمة الشاهد عن ملابسات الوقائع التي تطلب الشهادة في شأنها وعن"

(٥) مفلح القضاة - الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٥٢.

وعلى أي حال فإنه إذا انتهى الخصم من مناقشة شاهده فلا يجوز له أن يطرح عليه أسئلة جديدة إلا إذا أذنت له المحكمة بذلك هذا ما قررته المادة (٩٦) من قانون البيئات الفلسطينية والتي نصت على: "إذا انتهى الخصم من إستجواب الشاهد فلا يجوز له إبداء أسئلة جديدة إلا بإذن من المحكمة" ويتطابق نص المادة سالف الذكر مع ما نصت عليه المادة (٨٨) من قانون الإثبات المصري.

ويتضح من النص السابق يجده قد أعطى المحكمة صلاحية الإذن للخصم الذي استدعى الشاهد بطرح أسئلة جديدة على الشاهد وهذا ما يعرف بالسؤال الناتج، أي الذي ينتج عن مناقشة الخصم الآخر، وتكمن الحكمة من هذا النص، إعطاء الحق من المناقشة بشكل موضوعي ولا يمكن للخصم الآخر طرح أي أسئلة على الشاهد بعد الأسئلة الناتجة، بينما تمتلك المحكمة هذا الحق وصولاً للحقيقة القضائية.^(١)

ويؤخذ على نص المادة (٨٨) من قانون الإثبات المصري والمادة (٩٧) من قانون البيئات الفلسطينية سالف الذكر أنه استخدم مصطلح استجواب الشاهد، على الرغم من أن الشاهد لا يستجوب بل تتم مناقشته، بينما الخصم هو الذي يستجوب، ولذلك فإنه كان يجب على المشرع استخدام مصطلح (مناقشة الشاهد) بدلاً من (استجواب الشاهد).

وتثبتت إجابة الشاهد في المحضر، ثم يتلى المحضر على الشاهد وأثناء التلاوة له الحق في تصحيح كل خطأ ورد فيه وبعد ذلك يوقع عليه^(٢). هذا ما قررته المادة (٩٩) من قانون البيئات الفلسطينية والتي نصت على "تثبت إجابات الشاهد في المحضر ثم تتلى عليه ويوقعها بعد تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه منها وإذا امتنع عن التوقيع ذكر ذلك وسببه في المحضر"^(٣) ويرى الباحث بأنه كان من الأفضل لو أن المشرع قد نص صراحة في أن تثبت إجابات الشاهد في المحضر بصيغة المتكلم دون تغيير ولو كانت بالعامية، وإذا كانت هناك بعض التعبيرات العامية ذات الدلالة الخاصة فيدونها بألفاظها^(٤). ثم يسأل ما يُقصد بها ويدون ما أعطاه لها من دلالة^(٥).

وإن كان نص المادة سالف الذكر قد اكتفت بتثبيت إجابات الشهود في المحضر إلا أن نص المادة (١٠١) من قانون البيئات الفلسطينية ونص المادة (٩٣) من قانون الإثبات المصري أوجبا على المحكمة أن تثبت في محضر الجلسة الأسئلة والإجابات

(١) ناظم عويضة - مرجع سابق - ص ١١٨.

(٢) ناظم عويضة - مرجع سابق - ص ١٢٠.

(٣) تتطابق مع نص المادة (٩١) من قانون الإثبات المصري.

(٤) جمال مصطفى - شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية - دون طبعة - دون دار نشر - ص ٦٠.

(٥) مفلح القضاة - الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٥٤.

التي يدلى بها الشاهد، حيث أوجبت المواد سالفه الذكر وجوب إشتغال محضر سماع الشاهد على البيانات الآتية:

- ١- يوم التحقيق ومكان وساعة بدئه وانتهائه.
- ٢- أسماء الخصوم وألقابهم.
- ٣- أسماء الشهود وألقابهم وبيان حضور أو غياب كل منهم.
- ٤- ما يبديه الشهود بعد تحليفهم اليمين.
- ٥- الأسئلة الموجهة إليهم ومن تولي توجيهها وما نشأ عن ذلك من المسائل العارضة ونص إجابة الشاهد عن كل سؤال.
- ٦- توضيح الشاهد على إجابته بعد إثبات تلاوتها وملاحظته عليها.
- ٧- قرار تقدير نفقات الشاهد إن طلب ذلك.
- ٨- توقيع رئيس المحكمة والكاتب.

يؤخذ على نص المادة (١٠١) من قانون البينات الفلسطيني ونص المادة (٩٣) من قانون الإثبات المصري أنه لم ينص على ضرورة بيان سن الشاهد، على الرغم من أهمية هذا البيان إذ يؤدي إلى عدم جواز سماع شهادة الشاهد وعليه فإن الباحث يوصي المشرع بإضافة هذا البيان.

والحكمة من ذكر كل هذه البيانات في محضر سماع الشهود هي: "أن تكون الشهادة المدونة بالمحضر مطروحة تحت نظر الخصوم لمناقشتها وتحت بصر المحكمة لتقول كلمتها فيها عند الفصل في الدعوى، ولتمكين المحكمة الأعلى درجة من الرجوع إليها عند الحاجة إلى أعمال رقابتها على صحة استخلاص الواقع من أقوال الشهود والالتزام بما يؤدي إليه مدلولها، ومن ثم فإن عدم إثبات أقوال الشاهد بمحضر التحقيق من شأنه أن تتخلف به الغاية التي هدف إليها المشرع من تدوينها بهذا المحضر ويترتب عليه وجوب استبعاد شهادته وعدم التعويل عليها عند تقدير أقوال الشهود"^(١).

على أي حال فإنه وعلى الصعيد الواقعي في قطاع غزة فإن محضر تدوين أقوال الشاهد يقتصر على اسم المحكمة وهيئتها وكاتب الجلسة ورقم الدعوى وتاريخ الجلسة والحضور من الخصوم أو وكلائهم ثم تدوين أقوال الشاهد بدون الأسئلة الموجهة إليه وبعد الانتهاء والمناقشة يوقع الشاهد وكاتب الضبط والقاضي^(٢).

تقضي المادة (٩٥) من قانون الإثبات المصري بأنه: "بمجرد انتهاء التحقيق أو انقضاء الميعاد المحدد لإتمامه، يعين القاضي المنتدب أقرب جلسة لنظر الدعوى، ويقوم قلم الكاتب بإخبار

(١) نقض مصري رقم ١٢ لسنة ٦٥ ق والصادر بتاريخ ١٥/٣/١٩٨٨م، نقلاً عن يحيى إسماعيل - مرجع سابق - ص ٦٢٧.

(٢) ناظم عويضة - مرجع سابق - ص ١٢٢.

الخصم الغائب، ووفقاً لذلك فإنه يجب على المحكمة أن تنظر الدعوى عقب الانتهاء من التحقيق إذا كانت هي من أجرت التحقيق، أما إذا كان التحقيق قد تم بواسطة القاضي المنتدب فإنه يحدد أقرب جلسة لنظر الدعوى، ويخطر الخصم الغائب بتاريخ هذه الجلسة، ويكون للمحكمة مطلق الحرية في تقدير نتيجته^(١). هذا ولا مقابل لنص المادة (٩٥) من قانون الإثبات المصري في قانون البينات الفلسطيني.

خامساً: تعذر حضور الشاهد لأداء الشهادة:

نصت المادة (٨٨) من قانون البينات الفلسطيني على أنه: "إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور جاز للمحكمة أن تنتقل إليه لسماع أقواله، ويدعى الخصم لحضور تأدية هذه الشهادة، ويحضر بها ويوقعه رئيس المحكمة والكاتب"، ويقابل نص المادة سالفه الذكر، نص المادة (٨١) من قانون الإثبات المصري.

يتضح من النص السابق بأنه إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور للمحكمة، كأن يكون مريضاً أو كبيراً في السن ولا يقدر على الحضور مثلاً، فإنه يجوز للمحكمة وبناءً على سلطتها التقديرية في اقتناعها بعذر الشاهد وبأهمية شهادته أن تنتقل إليه لتأخذ شهادته^(٢)، وفي هذه الحالة تعقد الجلسة بحضور الخصوم وتدون أقوال الشاهد في محضر يوقعه القاضي الحاضر وكاتب الضبط والشاهد^(٣).

يترتب على عدم دعوة الخصم لحضور تأدية هذه الشهادة هو بطلان الإجراء بطلاناً نسبياً مقرر لصالح الخصم الذي لم يدع ولم يحضر، على أن يراعى في دعوة الخصوم القواعد العامة المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والمرافعات فإذا كان الخصم قد حضر إحدى الجلسات وانقطع بالنسبة له تسلسل الجلسات لا يدعى للحضور في حال إنتقال لسماع الشاهد، أما إذا كان لم يحضر أي جلسة أو انقطع تسلسل الجلسات بالنسبة له ولم يحضر بأي جلسة تالية تعين إعلانه، وإلا كان التحقيق باطلاً، والبطلان هنا يقتصر على هذا التحقيق فقط فلا يتعداه إلى أي تحقيق آخر سمعته المحكمة، كما أنه نسبي فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها^(٤).

(١) نبيلة رسلان - مرجع سابق - ص ٢١٢.

(٢) فايز كناكريه - مرجع سابق - ص ١٧.

(٣) ناظم عويضة - مرجع سابق - ص ١١٢.

(٤) عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٦١١، أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون الإثبات - مرجع

سابق - ص ٢٥٩.

كذلك إذا قررت المحكمة الاستماع إلى شهادة رئيس الدولة، أو رئيس السلطة التشريعية أو رئيس مجلس الوزراء وكان لديه مانع من الانتقال للمحكمة، يجوز للمحكمة الانتقال إليه لسماع أقواله، وتحدد محضر بذلك يوقع من رئيس المحكمة والكاتب، هذا ما قررتته نص المادة (١٠٥) من قانون البيئات الفلسطينية والتي نصت على أنه: "إذا كان من الضروري الاستماع إلى شهادة رئيس الدولة أو رئيس السلطة الوطنية أو رئيس مجلس الوزراء ووجد لديه مانع من الانتقال، جاز للمحكمة الانتقال إليه لسماع أقواله ويحرر محضر بذلك ويوقع من رئيس المحكمة والكاتب، ويضم إلى حلف القضية" ولا مقابل لها في قانون الإثبات المصري.

يرى الباحث بأنه كان على المشرع أن يلزم المحكمة عند سماع شهادة هؤلاء الانتقال إليهم وسماع أقوالهم، حتى ولو لم يكن لديهم مانع من الانتقال للمحكمة وذلك نظراً لحساسية مواقعهم.

المطلب الثاني

إجراءات الشهادة بصفة مستعجلة

في سبيل المحافظة على دليل الشهادة من الضياع قبل أوان الإستمساك به^(١)، فقد أجاز قانون البيئات الفلسطيني من نص المادة (١٠٤) منه والتي نصت على: "يجوز لمن يخشى فوات فرصة الإستشهاد بشاهد أمام القضاء أن يطلب في مواجهة ذوى الشأن سماع ذلك الشاهد".

ويقبلها نص المادة (٩٦) من قانون الإثبات المصري والتي نصت على:

- ١- يجوز لمن يخشى فوات فرصة الإستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء، ويحتمل عرضه عليه أن يطلب في مواجهة ذوى الشأن سماع ذلك الشاهد.
- ٢- ويقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة إلى قاضي الأمور المستعجلة وتكون مصروفاته كلها على من طلبه وعند تحقق الضرورة يحكم القاضي بسماع الشاهد متي كانت الواقعة مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود".

ويتضح من النص السابق أنه بالرغم من أن الأصل أن يكون سماع الشهادة إجراء من إجراءات التحقيق في دعوى معروضه على القضاء على نحو ما سبق بيانه، إلا أن المشرع قد أجاز في حاله معينه أن يتم سماع الشاهد بصورة أصلية عن طريق طلب يقدم إلى قاضي الأمور المستعجلة يطلب فيه شهادة أحد الأشخاص لتكون دليلاً يمكن تقديمه إلى القضاء بعد ذلك إذا عرض النزاع على القضاء^(٢). وذلك على النحو الآتي:

(١) آدم النداوي- شرح قانون البيئات والإجراء - الطبعة الأولى - ١٩٩٨م - مكتبة دار الثقافة للنشر - ص ١٥٩.

(٢) عيد محمد القصاص - الوسيط في شرح قانون المرافعات - الطبعة الثانية - ٢٠١٠ - دون دار نشر - ص ٧٦٢.

أولاً: الشروط الواجب توافرها لإجابة طلب التحقيق بسماع الشهود بصفة مستعجلة:

يجب أن تتوافر عدة شروط لإجابة طلب التحقيق بسماع الشهود أمام قاضي الأمور المستعجلة وهي علي النحو الآتي:

الشرط الأول: أن يتحقق عنصر الإستعجال أو حالة الضرورة^(١)، ومناطق الإستعجال هو الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه بإجراءات سريعة لا تحتل التأخير، أو الضرورة التي تبرر الإجراء الوقتي على وجه السرعة لعدم إمكان تحقيق ذلك عن طريق القضاء العادي ولو قصرت المواعيد^(٢).

وعلى أي حال فإن حالة الضرورة تتوفر في طلب التحقيق المقدم إلى قاضي الأمور المستعجلة لسماع شاهد إذا كانت هناك ضرورة تبرر ذلك^(٣)، أي أن يكون هناك ثمة خطر حقيقي من فوات فرصة الإستشهاد بالشهود لو إنتظر الخصم حتي يعرض القضاء^(٤). كأن يكون الشاهد مريضاً مرضاً خطيراً أو مجنناً في الحرب أو مقبلاً على السفر^(٥)، أو أي حالة أخرى مما يستعجل سماع شهادة وتقدير حالة الإستعجال والضرورة هو قاضي الأمور المستعجلة^(٦)، وعلى ذلك فليس لقاضي الموضوع عند نظر الدعوى بعد ذلك أن يناقش ذلك الأمر ما دام قد قبل إثبات الواقعة بشهادة الشهود فليس له أن يرفض قبول الشهادة بدعوى أن حالة الضرورة لم تكن متوفرة^(٧)، ولكن يكون له وحسب مقتضى الحال أن يطرح الشهادة ويأخذ بها أو ببعضها وذلك في إطار سلطته التقديرية^(٨).

(١) عرف فقهاء القانون الإستعجال أنه: "الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه أو حمايته بإتخاذ إجراءات سريعة لا تحتل التأخير ولا يمكن أن تتحقق هذه الحماية عن طريق القضاء العادي ولو بتقصير المواعيد"، بينما عرفه آخر بأنه: "ضرورة الحصول علي القانونية العاجلة التي لا تتحقق من إتباع الإجراءات العادية للنقاضي نتيجة لتوافر ظروف تمثل خطراً على حقوق الخصم أو تتضمن ضرراً قد يتعدت تداركه وإصلاحه". نبيلة رسلان - مرجع سابق - ص ٢١٣، مصطفى عياد - الوسيط - الكتاب الأول - مرجع سابق - ص ٢٧٧، عز الدين الدناصوريو حامد عكاظ - القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ - الطبعة الثانية - دون دار نشر - ص ١١٧.

(٢) مصطفى عياد وناظم عويضة - القضاء المستعجل وضرورته في فلسطين - دون طبعة - ١٩٩٨ - دون دار النشر - ص ٤٨، خميس السيد إسماعيل - موسوعة القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ وإشكالاته - الطبعة الأولى - ١٩٩٠م/١٩٩١ - دار الطباعة الحديثة - ص ١٠.

(٣) عبد الودود يحيي - مرجع سابق - ص ١٢٧.

(٤) مفلح القضاة - البيئات - مرجع سابق - ص ١٦٣.

(٥) فايز كناكرية - مرجع سابق - ص ٢١.

(٦) آدم النداوي - شرح قانون البيئات - مرجع سابق - ص ١٥٩.

(٧) عز الدين الدناصوريو، حامد عكاظ - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٦٤٨.

(٨) عبد الوهاب العشماوي - مرجع سابق - ص ١٤٦.

يجب أن يستمر الخطر من فوات فرصة الإستشهاد بشاهد إلى حين الفصل في الطلب، فحالة الضرورة والإستعجال يعتبران شرط إبتداء وبقاء الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة، فإن زال الخطر أثناء نظر الطلب وجب علي قاضي الأمور المستعجلة الحكم برد الطلب(١).

لكن ماذا لو تم تقديم الطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة، وحكم القاضي بعدم الإختصاص لإنتقاء عنصر الإستعجال وعدم توفر سبب سماع الشاهد ثم تغيرت الظروف خلال ميعاد الطعن، وتوفر خطر وخشية حقيقية من عدم سماع الشاهد، فهل يجوز الطعن في الحكم لتوافر حالة الإستعجال؟

لا يجوز الطعن في الحكم بعدم الإختصاص وذلك كون الطعن سوف ينقل الدعوى أمام محكمه الدرجة الثانية بالحالة التي كانت عليها الدعوى أمام محكمه الدرجة الأولى، وعليه يعتبر الطعن في الحكم بسبب وجود ظروف جديدة طلباً جديداً يجب رفضه، كما يجب رفض الطعن في الحالة الأولى - الطعن بعدم الإختصاص - وذلك لعدم توفر حالة الإستعجال، بالتالي فلا يكون للمدعي إلا أن يرفع دعوى جديدة بالظروف الجديدة(٢).

يثور التساؤل حول مدى جواز سماع شهود النفي إذا لم تكن حالة الضرورة متوفرة بالنسبة لهم؟ بمعنى آخر هل يملك الخصم الآخر طلب سماع شاهد النفي على ذات الواقعة على الفور؟ الحقيقة إنه ثار خلاف بين فقهاء القانون حول مدى سماع شهود النفي إذا لم تكن حالة الضرورة متوفرة بالنسبة إليهم وانقسموا إلى رأيين:

الأول: (٣) ويرى بأنه لا يجوز للخصم أن يطلب سماع شاهد النفي إلا إذا توافرت فيهم حالة الإستعجال أيضاً، وذلك لأن القاضي المستعجل ليس قاضي تحقيق بل هو قاضي ضروري، وعلى ذلك فإذا أراد الخصم سماع شهود نفي وجب عليه أن يثبت أن حالة الضرورة تقتضي ذلك أي أنه يخشى أن تفوت عليه فرصة الإستشهاد بشاهد النفي.

الثاني: يرى بأنه يجوز للخصم وعلى الفور أن يطلب سماع شهود النفي لذات الواقعة ولو لم تتوفر في الشاهد شروط الإستعجال، وذلك لأنه مما شك فيه أن سماع الشاهد بناء على طلب المدعي ينشئ للمدعي عليه حالة قلق شديد تؤثر في نفسيته مما يقتضي وتحقيقاً للعدالة أن يكون له سماع شهود النفي لذات الواقعة(٤).

(١) مصطفى عياد - الوسيط - مرجع سابق - ص ٢٧٩.

(٢) مصطفى عياد - الوسيط - مرجع سابق - ص ٢٧٩، مصطفى عياد وناظم عويضة - القضاء المستعجل - مرجع سابق - ص ٥٠.

(٣) عبد الوهاب العشماوي - مرجع سابق - ص ١٤٦.

(٤) أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٨٠.

ويرى الباحث بأن الرأي الأول هو الذي يتفق مع صحيح القانون وذلك لأن عدم توفر حالة الإستعجال والضرورة في سماع شهود النفي يترتب عليه عدم إختصاص قاضي الأمور المستعجلة، كما ويتفق مع صريح نص المادة (٩٧) مع قانون الإثبات المصري والتي نصت علي: "لا يجوز في هذه الحالة تسليم صورة من محضر التحقيق ولا تقديمه إلى القضاء إلا إذا رأت محكمه الموضوع عند نظره جواز إثبات الواقعة بشهادة الشهود، ويكون للخصم الاعتراض أمامها على قبول هذا الدليل كما يكون له طلب سماع شهود نفي لمصلحته"، ولا مقابل لها في قانون البيئات الفلسطيني.

الشرط الثاني: أن يكون الموضوع لم يعرض بعد علي القضاء وإنما يحتمل عرضه(١): معنى ذلك أنه إذا كان الموضوع معروضاً فعلاً علي القضاء فلا يقبل طلب التحقيق الأصلي وإنما يكون للخصم أن يلجأ إلى المحكمة المعروض عليها النزاع وأن يطلب إحالة الدعوى على التحقيق لسماع الشاهد.

يعارض البعض(٢) هذا الرأي ويرون أنه ليس هناك ما يمنع من جواز الإلتجاء إلى القضاء المستعجل بتقديم طلب سماع شاهد ولو كانت الدعوى الموضوعية مرفوعة من قبل.

ويميل الباحث إلى الأخذ بهذا الرأي ذلك لأنه يتفق مع صحيح القانون ذلك لأنه عملاً بنص المادة (١٠٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني التي لا تنفي إختصاص القضاء المستعجل حتي وإن رفعت الدعوى الأصلية، حيث نصت المادة على أنه: "يجوز لمن يخشي حدوث ضرر محتمل من فوات الوقت أن يقدم طلباً إلى قاضي الامور المستعجلة يطلب فيه إتخاذ إجراءات وقتية وفقاً لمقتضي الحال بما لا يمنع من نظر هذا الطلب تبعاً للدعوى الأصلية" يقابلها نص المادة (٤٥) من قانون المرافعات المصري والتي نصت على أنه: "يندب في مقر المحكمة الابتدائية قاضي من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة مع عدم المساس بالحق في المسائل المستعجلة التي يخشي عليها من فوات الوقت، أما خارج دائرة المدينة التي بها مقر المحكمة الابتدائية فيكون هذا الاختصاص لمحكمة المواد الجزئية على أن هذا لا يمنع من إختصاص محكمة الموضوع أيضاً بهذه المسائل إذا رفضت لها بطريقة التبعية".

إضافة إلى أن هذا الأمر ليس على إطلاقه فلصاحب الشأن من الخصوم الخيار بينهما حسب مصلحته، ولكن إذا لجأ إلى أحدهما سقط حقه في أن يلجأ إلى الآخر، إلا إذا تغيرت الظروف أو الأسباب أو ظهرت أسباب جديدة تبرر له رفع الدعوى المستعجلة.

(١) نبيلة رسلان - مرجع سابق - ص ٢١٣، عبد الوهاب العشماوى - مرجع سابق - ص ١٤٤.

(٢) أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ١٦٥.

على أي حال فإن قاضي الأمور المستعجلة هو الذي يحدد ما إذا كان النزاع مما يحتمل عرض على القضاء أم لم يحتمل عرضه عليه، ويحدد ذلك من ظاهر الوقائع وظاهر المستندات، ولكن لا يجوز له أن يتدخل إلى أبعد من هذا ويتدخل في أصل الحق ويحدد موقف المدعى من النزاع الموضوعي ومدى احتمال كسبه للنزاع^(١).

الشرط الثالث: أن يكون القضاء المدني هو المختص في الفصل في النزاع^(٢):

فيجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها بالشهادة مما يختص بالفصل فيها القضاء المدني، فلا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بالتحقيق بشأن واقعة يحتمل عرضها على القضاء الإداري أو القضاء الجزائي^(٣).

ذلك لأن إجراءات سماع الشهود أمام القضاء الإداري أو القضاء الجزائي يكون وفق قوانين خاصة بهم، ولا تسري عليهم الإجراءات المبينة في قانون البينات الفلسطيني أو قانون الإثبات المصري بهذا الخصوص.

الشرط الرابع: أن تكون الواقعة المراد إثباتها بأقوال الشهود مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود طبقاً لأحكام القانون^(٤):

وقد قصر المشرع الشهادة على إثبات الوقائع المادية والتصرفات القانونية التي لا تزيد عن النصاب، والمسائل التجارية ولو زادت عن النصاب، هذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك^(٥). وعلى ذلك فما أوجب لإثباته بالكتابة لا يجوز إثباته بالشهادة ما لم ينص أو يتفق على غير ذلك^(٦).

وبيان ما إذا كانت الواقعة جائز إثباتها بشهادة الشهود أم لا مسألة قانون لا مسألة واقع^(٧). على أي حال فإنه إذا حكم القاضي المستعجل بسماع شهود المدعى فلا يعتبر ذلك قضاء منه بأن الواقعة المراد إثباتها مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود فهي مسألة موضوعية تخرج عن اختصاص القاضي المستعجل، ولا يلزم حكمه محكمة الموضوع عند نظر الدعوى الموضوعية، فالمحكمة الموضوعية أن تقضي بأن الواقعة مما لا يجوز إثباتها بالشهادة أو تقضي ببرد هذه الشهادة

(١) أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٦٥.

(٢) يحيى إسماعيل - مرجع سابق ص ٦٣٣.

(٣) عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق ص ٦٤٧.

(٤) مفلح القضاة - البينات - مرجع سابق ص ١٦٣.

(٥) موسى أبو ملوح - شرح قانون البينات - مرجع سابق ص ٢٣٥.

(٦) نبيل سعد - مرجع سابق - ص ١٧١.

(٧) عز الدين الدناصورى، حامد عكاظ - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٦٤٨.

بسبب آخر^(١). على ذلك فإنه يجوز للمدعى عليه عند طرح النزاع أمام محكمة الموضوع أن يدفع بعدم جواز إثبات الواقعة المدعى بها إلا بالكتابة، وفي هذه الحالة لا يتقيد قاضي الموضوع بالحكم المستعجل لأنه قرار بإجراء وقتي لا يحوز حجية الأمر المقضي أمام محكمة الموضوع^(٢).

ثانياً: الاختصاص القيمي والنوعي لقاضي الأمور المستعجلة بنظر طلب الإثبات بشهادة الشهود^(٣):

تختص محاكم الدرجة الأولى نوعياً وقيماً بنظر طلب الإثبات بشهادة الشهود في حدود ما تختص به نوعياً وقيماً من منازعات موضوعية.

وتختص محاكم الدرجة الثانية بنظر طلب الإثبات شهادة الشهود في حدود ما تختص به نوعياً وقيماً في المنازعات الموضوعية.

يثور التساؤل حول مدى اختصاص القضاء المستعجل عند نظر الطلب بسماع شاهد بصفة مستعجلة إذا كان قد ورد شرط يقضي بعرض أي نزاع يتعلق على هيئة التحكيم؟^(٤)
انقسم الفقه حول مدى اختصاص القضاء المستعجل عند وجود شرط أو مشاركة تحكيم إلى رأيين:

الأول: أن وجود شرط أو مشاركة تحكيم تقضي عرض النزاع على هيئة تحكيم لا يسلب ولاية القضاء العادي والمستعجل إلا إذا وجد اتفاق صريح أو ضمني يقضي بعرضها على التحكيم^(٥) على ذلك فإن طلب الإثبات بشهادة الشاهد بصفة أصلية وفقاً لهذا الرأي يقدم إلى القضاء العادي ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

الثاني: أن هيئة التحكيم تختص فقط بالمنازعات المتفق علي طرحها أمامها إحتراماً لإرادة لأطراف رغم ذلك فإن المسائل المستعجلة التي لم ينص عليها في شرط أو مشاركة التحكيم تبقى

(١) فايز كناكريه - مرجع سابق - ص ٢١.

(٢) عز الدين الدناصورى، حامد عكاظ - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٦٤٩.

(٣) مصطفى عياد وناظم عويضة - القضاء المستعجل - مرجع سابق - ص ٤٣.

(٤) ويقصد بشرط التحكيم هو اتفاق الأطراف على أن ما ينشأ من نزاع بينهم حول تفسير عقد أو تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم. بينما عرفه آخر بأنه: الاتفاق الذي يتم قبل حدوث النزاع وسواء ورد هذا الاتفاق في عقد من العقود أو في اتفاق سابق على نشأة النزاع، ويلتزم الأطراف بمقتضى ذلك بإخضاع ما قد يثور من خلافات بينهم حول تنفيذ العقد أو تفسيره لمحكمين للفصل فيه بدلاً من قضاء الدولة، أما مشاركة التحكيم فيقصد بها قيام الخصوم باتفاق خاص لطرح النزاع القائم على محكم أو أكثر، عرفها البعض الآخر بأنها اتفاق يبرمه الأطراف منفصلاً عن العقد الأصلي بموجبه يتم اللجوء إلى التحكيم للفصل في نزاع قائم فصلاً بصدد هذا العقد. ينظر في تفصيل ذلك لدى: فتحي والي - الوسيط في القضاء المدني - طبعة - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠١م - ص ٩٣٤، أسامة أبو القمصان - مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي - رسالة ماجستير - جامعة الأزهر - ٢٠١٠ - ص ١٣.

(٥) مصطفى عياد وناظم عويضة - القضاء المستعجل - مرجع سابق - ص ٤٣.

خاضعة لرقابة القضاء المستعجل تماشياً مع روح القانون أي أنه طالما أن إجراءات التحكيم قد افتتحت فيصير المحكم بعد افتتاحها هو المختص بنظر في الطلبات الوقئية والمستعجلة^(١)، على ذلك فإن طلب الإثبات بشهادة الشاهد بصفة أصلية وفقاً لهذا الرأي لا يقدم إلى قاضي الأمور المستعجلة طالما أن إجراءات التحكيم قد افتتحت.

ويرى الباحث إلى أنه يجوز اللجوء إلى هيئة التحكيم أو إلى القضاء العادي بحسب ما اتفق عليه خصوصاً وأن نص القانوني جاء بصيغة الجواز، حيث نصت المادة (٣٣) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠م "يجوز لهيئة التحكيم أثناء نظر النزاع أن تصدر أمراً باتخاذ أي إجراءات تحفظية أو مستعجلة تراها مناسبة بحق أحد أطراف التحكيم إذا نص إتفاق التحكيم على ذلك ويكون لهذا الأمر قوة الأمر الصادر عن المحكمة المختصة، ويجرى تنفيذه بذات الطريق الذي تنفذ به الأحكام والقرارات"، يقابلها نص المادة (٢٤) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م والتي نصت على "يجوز لطرفي التحكيم الإتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما أن تأمر أياً منهما بإتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفيظه تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب ضمان كاف لتغطية نفقات التدابير الذي تأمر به".

رابعاً: اختصاص قاضي الأمور المستعجلة محلياً في نظر طلب الإثبات بشهادة الشهود:

يتم تحديد الإختصاص المحلي لقاضي الأمور المستعجلة للنظر في طلب الإثبات بشهادة الشهود، بالنظر للكيفية التي رفع فيها الطلب، فإن رفع الطلب بالتبعية للدعوى الموضوعية فإنه هذه الحالة لا تثير أي صعوبة ذلك لأن ولاية المحكمة بالنظر في الطلب يتم تحديده ضمن حدود ولايتها في نظر الدعوى الموضوعية التابع لها الطلب المستعجل بسماع شاهد بصفة أصلية تبعيه نوعية وقيمية ومحلية، أما في حالة رفع الطلب بصفة أصلية أمام المحكمة المختصة بنظر المسائل المستعجلة فإنه والنظر إلى قواعد الإختصاص المحلي فإنها غير متعلقة بالنظام العام ويمكن مخالفتها بالاتفاقات الصريحة أو الضمنية وذلك من أجل التيسير على الأطراف، ومن ثم فإنه لا يتصور أن المشرع قد خرج عن هذا الأصل العام بشأن الإختصاص القضاء المستعجل عامة وقاضي الأمور المستعجلة بالنظر إلى طلب سماع شاهد بصفة أصلية، كما وتكون المحكمة المختصة هي محكمة محل اتخاذ إجراء وذلك من أجل الحصول على حماية قضائية سريعة، وعلى ذلك فالإختصاص المحلي للنظر في طلب إثبات شهادة شاهد بصورة مستعجلة، ينعقد بين المحاكم الآتية:

أ- محكمة موطن المدعى عليه.

(١) محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي - دون طبعة - دار النهضة العربية - مصر - دون سنة نشر - ص ٢٠١.

ب- محكمة مكان إتخاذ الإجراء، وذلك دون الإخلال بالقواعد العامة المقررة لتنظيم الإختصاص المحلي في نظام القضاء العادي^(١).

على ذلك فإنه لا شأن لموطن الشاهد الذي يطلب سماع شهادته في تحديد الإختصاص، وذلك لأنه ليس خصماً في الدعوى^(٢).

خامساً: مصاريف الطلب:

يعتبر إجراء سماع الشاهد إجراء تحفظي يقصد به المحافظة على الدليل^(٣) فتكون مصاريفه كلها على من يطلبه^(٤).

يثور التساؤل عما إذا كان قاضي الموضوع يملك أن يلزم المدعى عليه بالمصروفات عندما يرفع إليه النزاع موضوعاً وحكم فيه لصالح المدعى؟

لا يجوز ذلك لأن المدعى هو الذي بادر برفع الدعوى المستعجلة قبل أوانها خوفاً على حقه من الضياع^(٥).

تتبع في هذا التحقيق القواعد المتقدمة ما عدا القواعد التي لا تتفق مع التحقيق بدعوى أصلية^(٦) ويلاحظ أن المشرع استثنى القواعد التي تتنافى مع طبيعة هذه الدعوى المستعجلة^(٧) وهذا ما قرره المادة (٩٨) من قانون الإثبات المصري والتي نصت على " تتبع في هذا التحقيق القواعد المتقدمة عدا ما نص عليه في المواد (٦٩ / ٧٢ / ٧٣ / ٧٤ / ٩٤)، ولا مقابل لهذه المادة في قانون الإثبات الفلسطيني.

على أي حال فإذا حكم قاضي الأمور المستعجلة سماع شهادة شاهد، فالأصل أن يتم إثبات الشهادة بحضور الشاهد والخصوم أمام القاضي المختص، ومع ذلك فيثور التساؤل فيما لو كانت الظروف الصحية مثلاً للشاهد لا تسمح بالانتظار لحين مثل الخصم الآخر؟

إن دواعي الاستعجال تقتضي من القاضي سماع أقول ذلك الشاهد فوراً وتدوينها في محضر حتى لو كان ذلك خارج ساعات الدوام الرسمي، ويعود تقدير الشهادة فيما لو توفي الشاهد إلى تقدير المحكمة فلها أن تأخذ بها أو

(١) مصطفى عياد وناظم عويضة - القضاء المستعجل - مرجع سابق - ص ٤٦ وما بعدها.

(٢) عز الدين الدناصورى، حامد عكاظ - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٦٤٩.

(٣) أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٦٥.

(٤) أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - دون طبعة - منشأة المعارف - ص ٦٨٠.

(٥) عز الدين الدناصورى، حامد عكاظ - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٦٤٩.

(٦) محمد سيد عبد القادر - نحو فكرة عامة للقضاء المستعجل في قانون المرافعات - دراسة تأصيلية - دون طبعة - دار النهضة العربية - ص ٦٥.

(٧) محمد على راتب - قضاء الأحوال المستعجلة - الجزء الأول - دون طبعة - دون دار نشر - ص ١١٩.

ترفضها، فإن أخذت بها المحكمة يجب أن تتم تلاوتة بجلسة علنية ويكون لها نفس القوة في الإثبات(١).

لما كان المراد من رفع دعوى أصلية بسماع شاهد أمام قاضي الأمور المستعجلة، هو المحافظة على الدليل من الضياع، فلذلك فإنه لا يجوز الاحتجاج بشهادة الشاهد إلا حين رفع الموضوع إلى القضاء وترى محكمة الموضوع أن الواقعة المشهود عليها يجوز إثباتها بشهادة الشهود، فعندئذ يجوز تسليم صور من محضر التحقيق وتقديمها للمحكمة، ويكون للخصم الآخر الاعتراض على قبول هذا الدليل كما يكون له طلب سماع شهود النفي لمصلحته(٢)، هذا ما قرره المادة (٩٧) من قانون الإثبات المصري والتي نصت على: "لا يجوز في هذه الحالة تسليم صورة من محضر التحقيق ولا تقديمها للقضاء إلا إذا رأت محكمة الموضوع عند نظره جواز إثبات الواقعة بالشهادة الشهود، ويكون للخصم الاعتراض أمامها على قبول هذا الدليل كما يكون له طلب سماع شهود نفي لمصلحته"، لا مقابل لهذه المادة في قانون البيئات الفلسطينية.

الحقيقة أن المستقراً لنص المادة والمعالج لطلب التحقيق الأصلية بسماع شاهد والوارد في قانون البيئات الفلسطينية يجده قاصراً ولا يغطي كثير من القواعد التي كان يجب أن يتضمنها ولذلك يقترح الباحث النص الآتي:

- ١- يجوز لمن يخشي فوات الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ويحتمل عرضه عليه أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن سماع هذا الشاهد. ويقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة لقاضي الأمور المستعجلة، وتكون مصروفاته كلها على من طلبه، وعند تحقق الضرورة يحكم القاضي بسماع الشاهد متى كانت الواقعة مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود.
- ٢- يجوز للقاضي سماع شهود النفي بناءً على طلب الخصم الآخر بالقدر الذي تقتضيه ظروف الاستعجال في الدعوى.
- ٣- فيما عدا ذلك تتبع في الشهادة القواعد والإجراءات السالف ذكرها في المواد السابقة ولا يجوز في هذه الحالة تسليم صورة من محضر التحقيق ولا تقديمه إلى القضاء، إلا إذا رأت محكمة الموضوع عند نظره جواز إثبات الواقعة بشهادة الشهود، ويكون للخصم الاعتراض أمامها على قبول هذه الدليل، كما يكون له طلب سماع شهود نفي لمصلحته".

(١) مصطفى عياد - الوسيط - مرجع سابق - ص ٣٠٥.

(٢) مشار إليه لدي - أحمد أبو الوفا - المرافعات - مرجع سابق - ص ٦٨١.

الفصل الثالث

نطاق الشهادة

حدد المشرع الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة سواء بشكل أصلي أم إستثناءً وهو ما نتناوله في المباحث الآتية:

- المبحث الأول: نطاق الشهادة حسب الأصل.
- المبحث الثاني: الأحوال التي لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود.
- المبحث الثالث: الإستثناءات الواردة على المبدأ العام في الإثبات بالكتابة.

المبحث الأول

نطاق الشهادة حسب الأصل

اعتبر المشرع التصرفات التجارية والوقائع المادية والتصرفات القانونية المدنية التي لا تزيد عن النصاب هي نطاق الشهادة الأصلي ولتوضيح ذلك نستعرض الموضوع في المطالب الآتية:

- المطلب الأول: التصرفات القانونية التجارية.
- المطلب الثاني: الوقائع المادية.
- المطلب الثالث: التصرفات المدنية التي لا تزيد عن النصاب.

المطلب الأول

التصرفات القانونية التجارية

نصت المادة (٦٨) من قانون البيئات الفلسطيني على أن: "في المواد غير تجارية إذا كان الإلتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو إنقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

يقابلها نص المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري والتي نصت على أن: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن خمسمائة جنيهاً أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في الإثبات وجودة أو إنقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك" (١).

(١) عدلت هذه المادة مرتين منذ صدور قانون الإثبات، فقد عدلت في المرة الأولى بالقانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٢م، الذي عدل بأن رفع النصاب الجائز إثباته بشهادة الشهود إلى مائة جنية بعد أن كان عشرين جنيهاً، وعدل نفس المادة بالقانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٩م بأن رفع النصاب الجائز إثباته بشهادة الشهود إلى خمسمائة جنية. عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - التعليق على القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ - دون طبعة - دون دار نشر - ص ١٣٥.

يتضح من النصين سالفين الذكر استثناءهما المواد التجارية من وجوب الإثبات بالكتابة حتى ولو كانت قيمة التصرف تزيد عن النصاب، فالتصرف القانوني التجاري يجوز إثباته بشهادة الشهود حتى لو كانت قيمته تزيد عن النصاب^(١).

هذا ما أكدته محكمه النقض الفلسطينية حيث قضت: في غير المواد التجارية إذا كان الإلتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضاء^(٢)، وأكدت محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن: "التصرفات في المواد التجارية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن مهما كانت قيمتها"^(٣).

يرجع السبب في جواز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية التجارية، أياً كانت قيمة التصرف، إلى ما تقتضيه طبيعة المعاملات التجارية من السرعة، وما تستلزمه من التيسير والبساطة، كما أن سرعة تنفيذها لا يجعل النسيان يتطرق إليها، مما يبسر الإثبات بشهادة الشهود^(٤).

يستثني بعض التصرفات التجارية من الإثبات بشهادة الشهود، وتكون واجبة الإثبات بالكتابة وهي:

- ١- إذا وجد إتفاق بين التجار على أن يتم الإثبات بالكتابة وذلك لعدم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام^(٥).
- ٢- إذا كان طبيعة التصرف لا يتصور ولا يستقيم وجوده إلا بالكتابة كما هو الحال في الأوراق التجارية^(٦) (كمبيالة^(٧) - شيك^(٨) - سند الأمر^(٩)).

(١) عبد الرزاق حسين يسن - مرجع سابق - ص ١٥٠، نبيلة رسلان - مرجع سابق - ص ١٨٦.

(٢) نقض فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠٠٣/٣٩٣) والصادر بتاريخ ١٣/٤/٢٠٠٤م، منشور على موقع المقضي <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>

(٣) نقض مصري رقم ٢٢٨ لسنة ٤٩ ق والصادر بتاريخ ١/٦/١٩٨١م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم (٨٥١) - ص ٣٦٦.

(٤) توفيق حسين فرج - مرجع سابق - ص ١١٦، ونبيل سعد - مرجع سابق - ص ١٧٦.

(٥) أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٢١٦.

(٦) يقصد بالورقة التجارية بأنها: "صكوك تمثل حقاً نقدياً واجب الدفع في ميعاد معين، وقابلة للتداول وبالطرق التجارية على أن يستقر العرف على قبولها كأداة وفاء بدلاً من النقود"، ويعرفها البعض أنه: "صك، يتم تحريره مستوفياً للبيانات التي ينص عليها القانون، على أنه يتضمن الإلتزام تجارياً بدفع مبلغ نقدي واحد مستحق في تاريخ معين، مع إمكان نقل الحق في اقتضائه من شخص لآخر عن طريق التظهير أو المناولة"، حمدي بارود - الأوراق التجارية - الطبعة الأولى - ١٩٩٧م - دون دار نشر - ص ٤، محمود مختار أحمد بديري - قانون المعاملات التجارية - الطبعة الأولى - ٢٠٠٠م - دار النهضة العربية - ص ٢١٦.

(٧) الكمبيالة: ورقة تجارية تتضمن أمراً من شخص إلى آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغاً من النقود من تاريخ معين أو بمجرد الإطلاع لإذن أو لأمر شخص ثالث هو المستفيد أو لحاملها" حمدي بارود - الأوراق التجارية - مرجع سابق - ص ١٧، فوزي سامي - شرح القانون التجاري - المجلد الثاني - دون طبعة - ١٩٩٧م - دار الثقافة للنشر والتوزيع - ص ٢٦٦.

٣- شركات التوصية^(٢) والتضامن^(٤) والمساهمة^(٥)، حيث نصت المادة (٥٤٥) من قانون المدني الفلسطيني الجديد على أن "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً".

وبقابلها نص المادة (٥٠٧) من القانون المصري. وينطبق هذا الحكم على كافة أنواع الشركات التي وردت أشكالها في قانون الشركات الفلسطيني رقم (٧) لسنة ٢٠١٢^(٦)، والقانون التجاري المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩^(٧)، باستثناء شركة المحاصة حيث أجاز المشرع إثبات وجودها بجميع طرق الإثبات وذلك لعدم تمتعها بالشخصية الاعتبارية^(٨) هذا ما أكدته محكمة محكمة النقض المصرية حيث قررت "إن قانون التجارة لم يوجب الكتابة للإثبات إلا بالنسبة إلى عقود شركات التضامن والتوصية والمساهمة أما شركات المحاصة فإثبات وجودها بالبينة جائز"^(٩). وقررت أيضاً "يجوز إثبات شركة المحاصة بالبينة جيداً على أحكام القانون العام فضلاً على أن قانون التجارة لم يوجب الكتابة بالإثبات إلا بالنسبة إلى عقود شركات التضامن والتوصية والمساهمة"^(١٠).

٤- الأعمال البحرية: نصت المادة (٣) من قانون التجارة البحرية لسنة ١٢٨٠ هـ المطبق في قطاع غزة والضفة الغربية على أن: "بيع السفينة كاملة أو حصة منها سواء كان قبل سفرها أو في الممالك الأجنبية في مواجهة الدولة العليا يجري بسند رسمي".

(١) يقصد بالشيك: ورقة تتضمن أمراً من شخص يسمي الساحب إلى شخص آخر يسمي مسحوب عليه - ويكون مصروفاً أو مصرفياً- بأن يدفع بمجرد الإطلاع عليها مبلغاً معيناً من النقود لشخص ثالث هو المستفيد أو لأمره أو للحامل. (مصطفى كمال طه - القانون التجاري - القسم الأول - دون طبعة - ١٩٨٨ م - الدار الجامعية - ص ٢٥٢).

(٢) ويقصد بالسند لأمر هو ورقة يتعهد بمقتضاها شخص يسمي المحرر بأن يدفع مبلغاً معيناً من النقود في ميعاد معين لشخص آخر هو المستفيد أو لإذنه (لأمر) مصطفى طه - مرجع سابق - ص ٢٣٣.

(٣) تعرف شركة التوصية البسيطة بأنها " إحدى شركات الأشخاص وتشمل فئتين من الشركاء، فئة الشركاء المفوضين الذين يحق لهم دون سواهم أن يقوموا بأعمالها الإدارية، وهم مسؤولون بصفقتهم الشخصية وبوجه التضامن عن إيفاء ديون الشركة، وفئة الموصين الذين يتقدمون المال ولا يلزم كل منهم إلا بنسبة ما قدمه. (إلباس ناصيف - الكامل في قانون التجارة - الجزء الثاني - دون طبعة - دون سنة نشر - عويدات للنشر والطباعة - ص ١٠٩).

(٤) يقصد بشركة التضامن " الشركة التي تقوم بين مجموعة من الشركاء يسألون مسؤولية تضامنية ومطلقة عن ديونها" (حمدي بارود - الشركات التجارية - الجزء الثالث - الطبعة الأولى - ٢٠٠٠ م - دون دار نشر - ص ١٢٥).

(٥) يقصد بشركة المساهمة بأنها " هي الشركة التي يتجزأ رأس مالها إلى أسهم متساوية وقابلة للتداول ولا يكون كل شريك فيها مسؤولاً إلا بقدر حصته من رأس المال ولا تعنون باسم أحد الشركاء"، (حمدي بارود - الشركات التجارية - مرجع سابق - ص ٢٢٦).

(٦) منشور في الجريدة الرسمية- العدد الخامس والثمانون.

(٧) منشور في الجريدة الرسمية - العدد رقم التاسع عشر.

(٨) محمود الكيلاني - الموسوعة التجارية والمصرفية - المجلد الخامس - الطبعة الأولى - ٢٠٠٩ م - دار الثقافة للنشر والتوزيع - ص ٢٤٨

(٩) نقض مصري رقم ٣٤ لسنة ١٥ ق والصادر بتاريخ ١٩٤٦/٢/٧م، نقلاً مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٨٣٧ - ص ٣٦١.

(١٠) نقض مصري صادر بتاريخ ٧ من فبراير ١٩٤٦، أشار لبيانات الحكم على النحو السابق: عن أحمد نشأت بك - مرجع سابق - ص ٣٦٦.

يقابلها نص المادة (١١) من قانون التجارة البحري رقم (٨) لسنة ١٩٩٠م "تقع التصرفات التي يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو إنقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية على السفينة بمحرر رسمي وإلا كانت باطلة"، يتضح من النصين السابقين بأن المشرع اشترط الكتابة في مال بيع السفينة بغض النظر عن حجمها(١).

على أي حال فالإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية التجارية أمر جوازي للقاضي، كما هو شأن الإثبات بالشهادة في أي مسألة أخرى ولذلك يستطيع القاضي أن يرفض الإثبات بالشهادة في التصرفات التجارية إذا رأى أن الإثبات بها غير مستساغ، وله أن يقدر أن هذا الإثبات لا بد من تعزيزه بالكتابة خاصة في الدفاتر التجارية، لا سيما إذا كانت التصرفات المراد إثباتها ذات قيمة كبيرة أو مما يصعب ضبطه بدون كتابة(٢)، ويجوز لأصحاب الشأن أن يتفقوا على أن يكون الإثبات فيما بينهم في التصرفات القانونية التجارية بالكتابة، وذلك لعدم تعلق قواعد الإثبات بالشهادة بالنظام العام ويجوز الإتفاق على ما يخالفها، وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية "قواعد الإثبات ليست من النظام العام ويجوز الإتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً"(٣). والقانون التجاري هو الذي يحدد متى يعتبر التصرف القانوني تجارياً(٤) فيجوز بالتالي إثباته بالشهادة أياً كانت قيمته(٥).

ولا يكفي توافر الصفة التجارية للتصرف حتى يباح إثباته بالشهادة أياً كانت قيمته بل يتعين فوق ذلك أن يكون كل من طرفيه تاجراً(٦). هذا ما قرره محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن: "متى كان المتعاقدين تاجرين وبصدد أعمال تجارية إتبع في إثباتها مسائل الإثبات التجارية"(٧).

(١) أحمد نشأت بك - مرجع سابق - هامش رقم ٣ - ص ٣٦٦.

(٢) عبد الحميد الشواربي - مرجع سابق - ص ٢٢٨.

(٣) نقض مصري رقم (١٢٨) لسنة ٤٨ ق والصادر بتاريخ ١/٢٦/١٩٨١م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم (١٩٧) - ص ١٩٩.

(٤) تمخضت محاولات الفقه في تحديد متى يعتبر العمل تجارياً أم لا، إلى نظريات عدة تأثر بعضها بالطابع الموضوعي للقانون كنظرية التداول والمضاربة، وتمشي بعضها مع الطابع الطائفي التقليدي كنظرية الحرفة التجارية والمشروع، والحقيقة أن جميع النظريات السابقة تعرضت للنقد وخلص الفقه إلى أن مفهوم تجارية العمل يقوم على كونه عملاً متضمناً للوساطة في تداول الثروات بهدف المضاربة وتحقيق الربح، على أن يأخذ صورة المقابلة أو المشروع أو الحرفة (ينظر في تفصيل هذه النظريات: حمدى محمود بارود - أحكام لقانون التجاري - الطبعة الثانية - ٢٠٠٨م - دون دار نشر - ص ٥٥، محمد فريد العريني - القانون التجاري اللبناني - الطبعة الثانية - ١٩٨٥م - الدار الجامعية - ص ٦٥).

(٥) أحمد أبو قرين - مرجع سابق - ص ١٧٣.

(٦) عبد العزيز المرسي - مرجع سابق - ص ٢١٧.

(٧) نقض مصري رقم (٢٢٨) لسنة ٤٩ ق والصادر بتاريخ ١/٦/١٩٨١م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٨٥١ - ص ٣٦٥.

على ذلك فلو وقع التصرف القانوني بين شخصين مدنيين، فإن التصرف يعتبر بالنسبة لكل منهما تصرفاً مدنياً، المزارع يبيع جزءاً من محصوله إلى المستهلك فالإثبات في هذه الحالة لا يجوز أن يكون بالشهادة إلا فيما لا يجاوز النصاب^(١).

أما إذا وقع التصرف بين شخصين بالنسبة إلى أحدهما تصرفاً مدنياً وبالنسبة إلى الآخر تصرفاً تجارياً كالمزارع يبيع محصوله لتاجر، وعمليات المصارف بين العميل والمصرف^(٢)، فإن هذا التصرف يعتبر تصرفاً مختلطاً^(٣)، ففي هذه الحالة تسرى القواعد المدنية في الإثبات على من كان التصرف تجارياً بالنسبة له، وتسرى القواعد التجارية في الإثبات على من كان التصرف بالنسبة له مدنياً، ومعنى ذلك أن المزارع والعميل يستطيعون أن يثبتوا دعواه قبل التاجر أو المصرف بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهادة، أما التاجر والمصرف فلا يستطيع إثبات دعواه قبل المزارع والعميل إلا طبقاً لقواعد الإثبات المدنية^(٤).

هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث قررت: "إذا كان التصرف حاصلًا بين شخصين كان بالنسبة لأحدهما مدنياً وبالنسبة للآخر تصرفاً تجارياً فإن قواعد الإثبات في المواد المدنية هي التي تتبع على من كان التصرف مدنياً بالنسبة إليه فلا يجوز إثبات وفاء الدين إلا طبقاً لقواعد الإثبات المدنية إذا كان التصرف بالنسبة للدائن تصرفاً مدنياً ولو كان بالنسبة إلى المدين تصرفاً تجارياً"^(٥).

وقضت أيضاً: "متى كان التعاقد بين تاجرين ولأعمال تجارية اتبعت في إثباته وسائل الإثبات التجارية وإن كان بين تاجر وغير تاجر أو بين تاجرين ولكن لأعمال لا تتصل بالتجارة أو مدنية بطبيعتها اتبعت في إثباته وسائل الإثبات التجارية بالنسبة للتاجر ووسائل الإثبات المدنية بالنسبة إلى غير التاجر أو بالنسبة للتاجر الذي يعتبر العمل مدنياً من ناحيته"^(٦).

يجب على المحكمة أن تتأكد وفي كل حالة على حده من ثبوت صفة التاجر بالنسبة إلى التصرف وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور، هذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية حيث

(١) عبد الحميد الشواربي - مرجع سابق - ص ٢٢٩.

(٢) نقض فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠٠٤/١٤) والصادر بتاريخ ١٩/٤/٢٠٠٤م - منشور على موقع المفتحي <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>

(٣) يقصد بالتصرف التجاري المختلط بأنه "هو أعمال تجارية بالنسبة لطرف ومدنية بالنسبة إلى للطرف الثاني) حلو أو حلو - القانون التجاري دون طبعة - ٢٠٠٨م - دون دار نشر - ص ٩٢.

(٤) عبد الرزق ياسين - مرجع سابق - ص ١٠١.

(٥) نقض مصري رقم (٣١١) سنة ٣٥ ق والصادر بتاريخ ١١/١١/١٩٦٩م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٨٥٣ - ص ٣٦٦.

(٦) نقض مصري رقم (٤٨٩) لسنة ٢٥ ق والصادر بتاريخ ٨/١٢/١٩٦٠م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٨٥٢ - ص ٣٦٦.

قضت: "أخطأت محكمة الإستئناف في اعتبار العقد مدنياً بالنسبة للمطعون ضده دون أن تعالج ما إذا كان المعطون ضده تاجراً أم لا، الأمر الذي يشكل قصوراً في التعليل والتسبب"^(١).

العبرة في الإثبات بطبيعة التصرف وصفة الخصوم لا بالمحكمة المختصة، فقد يطرح نزاع تجاري أمام محكمة مدنية فتتبع قواعد الإثبات التجارية وقد يطرح نزاع أمام محكمة تجارية وتتبع قواعد الإثبات المدنية^(٢).

يجوز الإثبات بالشهادة جميع المسائل التجارية فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها، وبالتالي إذا كان التصرف القانوني التجاري ثابت بالكتابة، يبقى خاضعاً للإثبات الحر بجميع طرق الإثبات^(٣).

المطلب الثاني

الوقائع المادية

نصت المادة (٦٨) من قانون البينات الفلسطيني على^(١) في المواد غير التجارية إذا كان الإلتزام تزيد قيمته عن مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو إنقضاءه، ما لم يوجد إتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني بغير ذلك.

تقابلها الفقرة الأولى من نص المادة (٦١) في قانون الإثبات المصري على أنه " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك". وضع المشرع بهذين النصين القاعدة العامة في الإثبات بالشهادة، فجعل لها قوة مطلقة في الإثبات وذلك بصراحة التعيين، وفي الوقائع المادية، وذلك بدلالاتهما، أما بالنسبة إلى التصرفات القانونية المدنية فقد جعل للشهادة قوة محدودة في إثباتها، ويتضح من دلالة النصين سالف الذكر أن للشهادة قوة مطلقة في إثبات الوقائع المادية فقد قصد المشرع تقييدها (الشهادة) على التصرفات القانونية المدنية، ومفاد ذلك بمفهوم المخالفة، إطلاقها بالنسبة لغيرها من تصرفات تجارية ووقائع مادية^(٤).

يرجع السبب في جعل الشهادة قوة مطلقة في إثبات الوقائع المادية هي طبيعة الوقائع

المادية التي تستعصي فرض الكتابة للإثبات، لأنها غالباً ما تقع فجأة ودون توقع من أحد مما يجعل من الصعوبة بمكان بل من المستحيل تهيئة الدليل مقدماً لإثباتها. لذلك كان إثباتها جائزاً

(١) نقض فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠٠٤/١٤) والصادر بتاريخ ١٩/٤/٢٠٠٤م، منشور على موقع <http://muqta.birzeit.edu/familulaws> المقفي

(٢) عبد العزيز المرسي - مرجع سابق - ص ٢١٨.

(٣) مساعد صالح الشمري - دور السندات العادية في الإثبات - رسالة ماجستير - جامعة الشرق الأوسط - ٢٠١٢م - ص ٥٥.

(٤) عبد الرازق يس - مرجع سابق - ص ١٤٩.

بكافة طرق الإثبات ومنها الشهادة^(١).

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت على أن: "الواقعة المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بغير قيد النصاب الذي حدده القانون في شأن إثبات التصرفات القانونية"^(٢).

نتناول دراسة الوقائع المادية على النحو الآتي:

أولاً: المقصود بالوقائع المادية وطبيعتها.

ثانياً: صور الوقائع المادية.

أولاً: المقصود بالوقائع المادية وطبيعتها.

يقصد بالوقائع المادية: بأنها أعمال مادية تصدر عن الأشخاص ويترتب على ذلك آثار

قانونية.^(٣)

والوقائع المادية قد تكون وقائع طبيعية، كالفيضان والحريق والزلازل والجنون والولادة والوفاة، وقد تكون أعمالاً مادية من فعل الإنسان كالفعل النافع والضار^(٤)، كما أن الوقائع المادية قد تكون بحتة وهي تلك الوقائع التي لا يتولد عنها أي أثر قانوني، وقد تكون وقائع مادية ذات أثر قانوني وهذه الوقائع هي التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود^(٥).

ثانياً: صور الوقائع المادية:

يعتبر وضع اليد واقعة مادية العبرة فيه بما يثبت قيامه فعلاً فإذا كان الواقع يخالف ما هو ثابت من الأوراق فيجب الأخذ بهذا الواقع وطرح ما عداه، فالعبرة بالواقع الفعلي وليس بالتصرف القانوني الذي قد يطابق أو لا يطابق الحقيقة، وعليه فإنه يجوز إثبات وضع اليد بكافة طرق الإثبات^(٦).

وعدم قيام المقاول بتنفيذ البناء طبقاً لما التزم به من عقد المقاولة هو واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن ولا مخالفة في ذلك لما هو ثابت في العقد إذا لم ينص فيه على وفاء المقاول بالتزاماته الواردة فيه^(٧).

(١) نبيل سعد - مرجع سابق - ص ١٧٦.

(٢) نقض مصري رقم ٣٧٨ سنة ٣٤ ق والصادر بتاريخ ١٠/٢٢/١٩٦٨م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم (٦٩٨) - ص ٣٢٥.

(٣) موسى أبو ملح - المدخل العام للعلوم القانونية - مرجع سابق - ص ١٣٤.

(٤) محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ١٣٥.

(٥) هشام زوين - مرجع سابق - ص ٤٤.

(٦) الطعن رقم ١٦٢ سنة ٣٥ ق والصادر بتاريخ ١٦/١٢/١٩٦٩م، نقض مصري رقم ٢١٢ سنة ٢٥ ق والصادر بتاريخ ١٠/١٢/١٩٥٩م، نقض مصري رقم ٢٧٤ سنة ٣٢ ق والصادر بتاريخ ٤/٢٨/١٩٦٦م، نقض مصري ٣٠٥ سنة ٣٥ ق والصادر بتاريخ ١٠/٦/١٩٦٩م، نقض مصري رقم ٤٢٣ سنة ٤٨ ق والصادر بتاريخ ٢٤/١١/١٩٨١م نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القواعد رقم (٦٨٨-٦٩٠-٦٩١-٦٩٢-٦٩٣) - ص ٣٢٤.

(٧) نقض مصري رقم ٢٢٢ سنة ٣٤ ق - والصادر بتاريخ ١٦/١١/١٩٦٧م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٦٩٦- ص ٣٢٥.

والتوقيع على العقد ببصمة مطموسة واقعة مادية يجوز إثبات حصولها بجميع طرق الإثبات بما فيها الشهادة^(١)

ورد المنقولات المؤجرة إلى المؤجر واقعة مادية فإذا كانت هذه الواقعة ليس فيها ما يخالف الثابت بعقد الإيجار كتابة أو يجاوزه فإنه يجوز إثباتها بالشهادة باعتبار هذه الواقعة مستقلة عن العقد^(٢).

والتنازل الضمني للمؤجر من منع المستأجر من تأجير المكان من الباطن أو التنازل عن الإجارة، يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهادة على أساس أن الإرادة الضمنية تستمد من وقائع مادية بجميع الوسائل^(٣)، الانتقال إلى محل إقامة المشتري ومطالبته بالوفاء والامتناع عنه هي جميعاً من قبيل الوقائع المادية والتي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهادة^(٤). والشركة الفعلية واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات^(٥)، كما أن علم الغير بالعقد المستتر الثابت بالكتابة واقعة مادية يجوز إثباتها بشهادة الشهود^(٦).

والقانون الأجنبي واقعة مادية يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات^(٧).

كما وقضت محكمة النقض المصرية بأن: "لشريك على الشروع في علاقته بالشريك الأخر الذي تصرف ببيع المحصول الناتج من زراعتهم المشتركة أن يثبت في حدود هذه العلاقة صدور هذا التصرف بوصفه من أعمال الإدارة بجميع طرق الإثبات بما فيها الشهادة على اعتبار أن هذا التصرف بالنسبة له واقعة مادية"^(٨).

(١) نقض مصري رقم ٣٧٨ سنة ٣٤ ق والصادر بتاريخ ١٠/٢٢/١٩٦٨م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٦٩٧ - ص ٣٢٥.

(٢) نقض مصري رقم ٢٨٩ سنة ٣٣ ق والصادر بتاريخ ٢/٢١/١٩٦٧م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٦٩٥ - ص ٣٢٥.

(٣) نقض مصري رقم (٦٧٤) سنة ٤٦ ق والصادر بتاريخ ٢/٢٨/١٩٧٩م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٧٠٤ - ص ٣٢٧.

(٤) نقض مصري رقم ١٢٩٩ سنة ٥١ ق والصادر بتاريخ ١/٢/١٩٨٣م، نقلاً عن أنور طلبية - مرجع سابق - ص ٣٧٢.

(٥) نقض مصري رقم ٢١٣ والصادر بتاريخ ١١/٢٦/١٩٧٤م، نقلاً عن أنور طلبية مرجع سابق - ص ٣٧٥.

(٦) نقض مصري رقم ٢٤٤ سنة ٣٠ ق والصادر بتاريخ ١٢/٣٠/١٩٦٥م، نقلاً عن أنور طلبية - مرجع سابق - ص ٣٧٨.

(٧) نقض مصري رقم ٨٠٤ سنة ٤٤ ق والصادر بتاريخ ٧/٤/١٩٨١م، نقلاً عن أنور طلبية - مرجع سابق - ص ٣٧٨.

(٨) نقض مصري رقم ٣٢٠ سنة ٣٥ ق والصادر بتاريخ ١١/١٨/١٩٦٩م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٦٩٩ - ص ٣٢٦.

المطلب الثالث

التصرفات المدنية التي لا تزيد عن النصاب

نصت المادة (٦٨) من قانون البيئات على أن: "١. في المواد غير تجارية إذا كان الإلتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو إنقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"

يقابلها نص المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري التي نصت على أن: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيهاً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في الإثبات وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

المستقراً للنصوص السابقة يستنتج بأنه يجوز إثبات التصرفات القانونية المدنية التي لا تزيد قيمتها عن النصاب بشهادة الشهود، مع عدم الإخلال بقاعدة لا يجوز إثبات ما يجاوز الثابت بالكتابة إلا بالكتابة حتى ولو كانت قيمته أقل من النصاب^(١)، أو إذا كان هناك اتفاق بين الخصوم على الإثبات بالكتابة، وذلك لأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام وهذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية حيث قضت "وسائل الإثبات من حق الخصوم وليست من النظام العام"^(٢). فقد أكدت محكمة النقض المصرية حيث قضت: "قواعد الإثبات ليست من النظام العام ولذلك يجوز للخصوم الإتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً كما يجوز لصاحب الحق في التمسك بها أو يتنازل عنها"^(٣).

هذا وقد حددت المادة (٦٨) من قانون البيئات نصاب إثبات التصرفات المدنية بمائتي دينار، بينما حددتها المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري بخمسمائة جنيهاً^(٤).

لبيان نطاق القاعدة وطبيعة التصرف المراد إثباته، وبيان الأسس التي بموجبها يتم تحديد قيمة الإلتزام، وهذا ما سيتم بيانه من خلال النقاط الآتية:
أولاً: تحديد نطاق القاعدة وطبيعة التصرف المراد إثباته.
ثانياً: الأسس التي بموجبها يتم تحديد قيمة الإلتزام.

(١) عبد العزيز المرسي - مرجع سابق - ص ٢١٨.

(٢) نقض فلسطيني دائمة رام الله رقم (٢٠٠٩/٣٧) والصادر بتاريخ ١٧/٦/٢٠٠٩م، منشور على موقع المفتي <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

(٣) نقض مصري رقم ٨٩٩ لسنة ٤٣ ق والصادر بتاريخ ١٠/١٢/١٩٨١م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم (١٩٩) - ص ٢٠٠.

(٤) وقد كان النصاب عشرين جنيهاً ثم معدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م ليصبح مائة جنيهاً ثم عدل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م ليصبح خمسمائة جنيهاً. عز الدين الدناصري وحامد عكاظ - التعليق على قانون ١٨ لسنة ١٩٩٩م - مرجع سابق - ص ١٣٦.

أولاً: تحديد نطاق القاعدة وطبيعة التصرف المراد إثباته.

تسري القاعدة المتقدم ذكرها على جميع التصرفات القانونية المدنية التي تزيد عن النصاب، ولا يمتد نطاقها على التصرفات القانونية التجارية ولا على الوقائع المادية(١). يرجع ذلك أن التصرفات القانونية هي عبارة عن إرادة تنتج لإحداث أثر قانوني معين، وعلى ذلك فتعد الإرادة ركناً أساسياً، سواء كانت إرادة منفردة كالوصية أو تطابق إرادتين كما هو الشأن في إبرام العقود(٢)، وبيان ذلك على النحو الآتي

أ- التصرف القانوني الصادر عن تطابق إرادتين، ويدخل في التصرفات القانونية المدنية الصادرة عن تطابق إرادتين جميع الإتفاقات والعقود أياً كان الأثر المترتب عليها، فتدخل العقود والاتفاقات التي تنشئ الالتزام أو تنقله كحوالة الحق وحوالة الدين(٣).

كما تدخل العقود والاتفاقات التي تحدث أي أثر قانوني آخر كالاتفاق على تأجيل الدين، أو إضافة شروط له أو إلغاء شرط فيه أو النزول عن جزء منه، أو الاتفاق على إعطاء الدين كرهن أو كفالة أو حلول الاتفاقين(٤).

قد يتطلب القانون، شكلاً خاصاً في العقود والاتفاقات كالرسمية مثلاً، ويكون هذا الشكل ضرورياً لإنعقاد العقد لا لإثباته فقط وذلك كالرهن الرسمي والهبة، وهنا تكون الكتابة لازمة لانعقاد العقد لا لإثباته فقط، وقد تكون الكتابة لازمة لإثبات العقد لا لانعقاده وذلك كالصلح وعقد الكفالة(٥).

ب- التصرفات القانونية الصادرة عن إرادة منفردة:

لا يقتصر سريان القاعدة على التصرفات القانونية الصادرة عن تطابق إرادتين بل تمتد لتسري على كل تصرف قانوني ولو كان صادراً عن إرادة منفردة(٦)، وذلك لأن كل تصرف قانوني - إرادة كان أو أكثر - يمكن إعداد الدليل عليه مقدماً، فهو قابل للدليل المهيأ(٧).

على ذلك فالقاعدة تسري على الإيجاب الملزم، والقبول، والوعد بالجائزة، والابراء المدني، والإقرار بدين طبيعي، وقبول المنتفع في الإشتراط لمصلحة الغير وقبول الغير في التعهد عن الغير، وإلغاء العقد إذا كان غير محدد المدة، وفسخه، وتسري القاعدة أيضاً على الوكالة والعارية والوديعة والرجوع في الهبة، والنزول عن حق عيني، والنزول عن الشفقة، واعتماد الحساب، والتنبيه

(١) ينظر فيما سبق - ص ١٢٢.

(٢) سامي محمود مقداد - الإثبات بالكتابة في المواد المدنية - رسالة ماجستير - جامعة الدول العربية - ٢٠٠٨م - ص ١٨٣.

(٣) عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - التعليق على قانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ - مرجع سابق - ص ١٣٦.

(٤) عبد الحميد الشواربي - مرجع سابق - ص ٢٤٢.

(٥) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - الفقرة رقم ١٩٢ - ص ٣٧٤.

(٦) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - الفقرة رقم ١٩٢ - ص ٣٧٤.

(٧) عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - التعليق على قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ - مرجع سابق - ص ١٣٧.

بالإخلاء^(١). وعلى ذلك إذا انقطع التقادم بتصرف قانوني كالاقرار بالحق أو دفع أقساط الدين، فلا يجوز إثبات هذا التصرف إلا بالكتابة إذا جاوز النصاب^(٢) والفضولي إذا قام بتصرف قانوني باسم رب العمل، كأن يبيع أشياء مملوكة لرب العمل يخشي عليها من التلف، أو قبوله اشتراطاً لمصلحة رب العمل، أو قبوله هبة صدرت من الواهب لرب العمل، فجميع هذه التصرفات لا يجوز إثباتها بين الفضولي وبين من تعاقد معه إلا بالكتابة إذا تجاوزت النصاب، أما التصرف القانوني بالنسبة لرب العمل فيجوز إثباته بكافة طرق الإثبات^(٣).

وهناك من التصرفات القانونية التي تتعدى بإرادة منفردة ويتطلب القانون فيها شكلاً خاصاً لانعقادها لا لإثباتها فحسب وذلك كالأعذار والأخذ بالشفقة^(٤).

ثانياً: الأسس التي بموجبها يتم تحديد قيمة الالتزام:

عني المشرع بتبيان القواعد التي يجب إتباعها في تقدير قيمة التصرف، بصدد تطبيق القاعدة التي توجب الكتابة بما يجاوز النصاب، وتبيان هذه القواعد على النحو الآتي:

١- العبرة بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف ولو زادت أو نقصت قيمته بعد ذلك:

نصت الفقرة الثانية من المادة (٦٨) من قانون البيئات على أن: "٢. يقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف، ويجوز الإثبات بشهادة الشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً حتى ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ولو كان منشؤها علاقات أو عقوداً من طبيعة واحدة".

يقابلها الفقرة الثانية من نص المادة (٦٠) من قانون البيئات المصري والتي نصت على: "يقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف، ويجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الالتزام على خمسمائة جنية، لم تأت إلا في ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل".

يتضح من النصوص السابقة أن العبرة في تقدير قيمة الالتزام وقت صدوره بغض النظر عما يطرأ على هذا التصرف من زيادة أو نقصان بسبب ما يلحق التصرف من فوائد وملحقات بعد صدور التصرف، مهما كانت قيمة الالتزام وقت صدور التصرف^(٥).

ذلك لأن الدليل الكتابي فيما يجاوز النصاب هو دليل مهياً يجب إعداده مقدماً عند صدور التصرف فلا يستطيع الدائن إلا أن عند هذا الوقت معرفة ما إذا كان واجباً عليه إعداد هذا الدليل^(٦)، فإذا اتفق شخصان على شراء ورقة اليانصيب أو شهادة استثمار من ذات الجوائز

(١) عبد الحميد الشواربي - مرجع سابق - ص ٢٤٣.

(٢) عز الدين الدناصري وحامد عكاظ - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٤٢٦.

(٣) عز الدين الدناصري وحامد عكاظ - التعليق على قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م - مرجع سابق - ص ١٣٨.

(٤) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - فقرة رقم ١٩٣ - ص ٣٧٧.

(٥) سامي محمود مقداد - مرجع سابق - ص ١٩٢.

(٦) عز الدين الدناصري وحامد عكاظ - التعليق على قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م - مرجع سابق - ص ١٣٨.

وقيمتها لا تجاوز النصاب، واتفقا على أن تكون قيمتها وما تحققه من ربح إضافي فيما بينهم فمن الجائز إثبات هذا الاتفاق بشهادة الشهود ولو رحت الورقة أو شهادة الإستثمار جائزة قيمتها تزيد عن النصاب.(١)

على العكس من ذلك إذا اشترى شخصان أسهم في شركة مناصفة وكانت قيمة السهم تجاوز النصاب وجب إثبات هذا الاتفاق بالكتابة ولو نقصت قيمته الأسهم الفعلية عن هذا المبلغ وقت حصول النزاع(٢).

على أي حال فإذا كان قيمة الالتزام محدد بالنقد الأجنبي، فعلي القاضي أن يحول إلى نقد محلي وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة، أما إذا كان الالتزام شيئاً غير النقود قيمته وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة، دون أن يتقيد بتقدير المدعي، فإذا طالب المدعي بأمتعة أو أثاث مثلاً أودعها عند المدعي عليه، وقدر قيمتها بأقل من النصاب، ثم طلب إثبات الوديعة بالشهادة، وعارض المدعي عليه متمسكاً بأن قيمة الأثاث يزيد عن النصاب فلا يجوز إثبات الوديعة بالشهادة، وللقاضي أن يعين خبيراً لتقدير قيمة الأثاث وقت إبرام عقد الوديعة لا وقت رفع الدعوى، وكذلك إذا تمسك أحد المتعاقدين بفسخ العقد مطالباً بتعويض لا يجاوز النصاب وطلب الإثبات بالشهادة يجوز للمتعاقد الآخر أن يعارض في تقدير التعويض وأن يتمسك بأن التعويض جاوز النصاب وبالتالي لا يجوز إثباته بالشهادة(٣).

٢- العبرة في التقدير بأصل الإلتزام دون ضم الفوائد والملحقات:

نصت الفقرة الثانية من نص المادة (٦٨) من قانون البيئات الفلسطينية على أن: "يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الإلتزام على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل".

يقابلها نص المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري والتي نصت على " ويجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الإلتزام على خمسمائة جنيه، لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل".

يعتبر هذا المبدأ نتيجة للمبدأ السابق، وذلك لأنه طالما أن العبرة بالقيمة وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة، فلا يحسب ما يضاف إلى هذا الأصل من ملحقات أو الفوائد سواء كانت معلومة وقت التصرف كالفوائد محددة النسبة، أو غير معلومة كالتعويض الناتج عن الوفاء والتأخير.

(١) وقيل بأن ثمن ورقة اليانصيب ليس هو محل الشركة، بل محل الشركة هو الربح المأمول وبالتالي لا يجوز إثبات في الورقة إلا بالكتابة. (ينظر في تفصيل ذلك - أحمد أبو الوفا- التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٢١٨).

(٢) عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٤٢٧.

(٣) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - الفقرة رقم - ١٩٤ - ص ٣٧٩.

على ذلك فإنه يكون على الدائن إثبات الدين بالشهادة ولو زيد عن النصاب إذا كانت هذه الزيادة أتت من ضم مصروفات الدين وفوائده إلى أصله، وهذا ما يتفق مع المنطق السليم لأننا لو قلنا بغير ذلك لكان من الحرج ومن الصعوبة بمكان على الدائن أن يثبت دينه، فمثلاً لو أن الدائن أقرض المدين قرضاً بمبلغ يقل عن النصاب وبفائدة ٧% لمدة سنة واحدة فمن حق الدائن أن يعتمد في إثباته بالشهادة وليس عليه أن يحصل على دليل كتابي، ولكن مع مرور العام واستحقاق الفائدة فإذا كان أصل الدين وملحقاته أقل من النصاب كان على الدائن إثبات حقه بالشهادة، ولكن إذا استمهل المدين الدائن في سداد الدين سنة أخرى وقبل الدائن، كان مجموع الدين وفوائده تزيد عن النصاب في نهاية السنتين، فإذا لم تتبع القاعدة السابقة فإنه لا يجوز للدائن إثبات دينه بالشهادة(١). يري البعض(٢) عكس ذلك حيث يروا بأن كان على الدائن أن يحتاط ويشترط كتابة ذلك إذا كان مجموع القرض مع ملحقاته سوف يجاوز النصاب، ولا يميل الباحث إلى الأخذ بهذا الرأي لأن الحكم الذي أورده قانون البيئات الفلسطينية وقانون الإثبات المصري من عدم ضم ملحقات الدين هو أيسر في حساب النصاب وأقرب إلى المنطق ويوازن في الوقت ذاته مستوي النصاب المنخفض كما تقدم(٣).

علي أي حال فإنه وفقاً لهذه القاعدة فإنه لو أن عقداً لا تزيد قيمته عن النصاب أخل به المدين، فرجع على الدائن بتعويض يزيد عن النصاب، يجوز له إثبات وجود العقد بالشهادة ولو كان يطالب بمبلغ يزيد عن النصاب، لأنه أسس طلبه على عقد لا تزيد قيمته عن النصاب. لا توجد صعوبة في تكييف الفوائد أو الثمرات وإنما قد يدق الأمر بصدد التعويضات التي قد يتمسك بها المدعي عند المطالبة بها مع أصل الالتزام، لذلك يري البعض بأنه يجب التفرقة في هذا الصدد بين الطلبات التي تتبع طلباً أصلياً، وهذه لا تضاف إليه، بين الطلبات التي لا تتبع طلباً أصلياً فيكون لها كيان مستقل، هذه تضاف مع الطلب الأصلي أو لا تضاف بحسب ما إذا كانت تقوم معه على أساس قانوني واحد، أولها سبباً قانونياً مستقلاً(٤).

تجدر الإشارة هنا أن هذا التقدير الذي تطلبته المادة (٦٨) قانون البيئات الفلسطينية نص المادة (٦٨) من قانون الإثبات المصري يغيّر التقدير الذي نظمه قانون نص المادة (٣٢) من قانون أصول المحاكمات التي نصت على أنه: "يدخل في تقدير قيمة الدعوي ما يكون مستحقاً يوم إقامتها من التضمينات والريع والمصروفات، وغير ذلك من الملحقات المقدره القيمة، ويعتد

(١) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - فقرة رقم ١٩٦ - ص ٣٨٢.

(٢) أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٣٠.

(٣) ينظر فيما سبق - ص ١٢٤.

(٤) أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٢٠.

كذلك في جميع الأحوال بقيمة البناء أو الغراس إذا طلبت إزالته" يقابلها نص المادة (٣٦) من قانون المرافعات المصري.

يرى الباحث بأن هذا الأمر منتقد وذلك لأنه لا يتصور أن يكون للطلب القضائي الواحد أكثر من قيمة واحدة، فلا يتصور أن يكون للطلب قيمة يعتد بها في قانون أصول المحاكمات أو المرافعات، وقيمة أخرى يعتد بها قانون البيئات أو الإثبات.

كما يوصى الباحث المشرع بوضع قواعد واحدة يعمل بها عند تقدير قيمة الطلب القضائي، خاصة وإن هذا التقدير موضوعي المقياس.

على أي حال فإنه وإزاء هذا التعارض فمن الواجب إعمال كل قانون في النطاق المحدد له، مع الأخذ بعين الاعتبار أن قانون أصول المحاكمات أو المرافعات هو القانون العام في الإجراءات يتعين الرجوع إليه كلما شاب القوانين الأخرى نص أو غموض أو إبهام، بمعنى يجب الرجوع إليه في تقدير القيمة إذا افتقر قانون البيئات أو الإثبات نص خاص في هذا الصدد^(١).

٣- إذا اشتملت الدعوى على عدة طلبات:

نصت الفقرة الأولى من المادة (٦٩) من قانون البيئات الفلسطيني على أنه: "إذا اشتملت الدعوى على طلبات ناشئة عن مصادر متعددة وليس على أي منها دليل كتابي جاز الإثبات بشهادة الشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، حتى لو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ولو كان منشؤها علاقات أو عقوداً من طبيعة واحدة".

يقابلها الفقرة (٣) من نص المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري والتي نصت على: "إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بشهادة الشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبقة واحدة".

يتضح من النص سالف الذكر أنه إذا تعددت الإلتزامات بين شخصين وكانت ناشئة عن مصادر متعددة وجب الاعتداد بكل تصرف على حدة لتقدير قيمته وقت تمامه، ويجوز إثباته بشهادة الشهود إذا كانت قيمته لا تجاوز النصاب، أما إذا زادت هذه القيمة عن النصاب المحدد وجب إثباتها بالكتابة أو ما يقوم مقامها^(٢).

مثال ذلك لو أن شخص يطالب بديون ثلاثة يكون أولها ناشئاً عن عقد بيع وثانيها يكون ناشئاً عن عقد إيجار وثالثها ناشئاً عن عقد قرض، فيجوز للدائن أن يثبت قيمة هذه العقود كل

(١) أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٢١٧.

(٢) توفيق حسين فرج - مرجع سابق - ص ١٢٢.

منها على حدة بالشهادة إذا لم تجاوز النصاب، ولو كانت في مجموعها تزيد قيمتها عن النصاب، بل ويجوز له أن يثبت هذه الديون الثلاثة بالشهادة إذا كانت ناشئة عن تصرفات من طبيعة واحدة تمت في أوقات مختلفة كأن تنشأ عن ثلاثة عقود قرض أبرمت في أوقات مختلفة ما دام كل دين متميزاً عن الديون الأخرى ولا تزيد قيمته عن النصاب(١).

يختلف الأمر إذا كان الطلب مكوناً من عدة أجزاء ولكنه نشأ من تصرف قانوني واحد كما لو باع شخص لآخر أشياء متعددة باعتبارها صفقة واحدة فالعبرة هنا بقيمتها كلها باعتبارها ناشئة عن مصدر واحد فإذا كان مجموع ثمنها يزيد عن النصاب وجب إثباتها بالكتابة حتى ولو كانت قيمة كل جزء لا يجاوز النصاب، ولا يغير من ذلك كون المدعي رفع بكل جزء دعوي على حدة(٢). يتفق هذا المبدأ مع ما نصت المادة (٣٧) من قانون أصول المحاكمات الفلسطينية والتي نصت على: "إذا تضمنت الدعوى طلبات متعددة ناشئة عن سبب قانوني واحد كان التقدير باعتبار قيمتها جملة فإن كانت ناشئة عن أسباب قانونية مختلفة كان التقدير باعتبار كل منها على حدة".

يقابلها نص المادة (٣٨) من قانون المرافعات المصري، وعلى أي حال فإذا تبين للقاضي من ظروف الدعوى أن طلبات المدعي عليها كلها مصدرها تصرف قانوني واحد وليست ناشئة عن مصادر متعددة وأن المدعي قصد من تجزئتها إلى إثبات كل جزء منها بالشهادة بقصد التهرب من الإثبات بالكتابة فإن القاضي له أن يقضي بعدم جواز الإثبات بالشهادة إذا دفع الخصم ذلك(٣).
٤- العبرة في الوفاء الجزئي بقيمة الالتزام الأصلي.

نصت الفقرة (٢) من المادة (٦٩) من قانون البينات على أن: "تكون العبرة في إثبات الوفاء الجزئي بقيمة الالتزام الأصلي" يتطابق هذا النص مع ما نصت عليه الفقرة (٤) من المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري.

يتضح من النصوص سالفة الذكر أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار في حالة الوفاء الجزئي بقيمة الالتزام الأصلي، معني ذلك أنه إذا كانت قيمة الالتزام الأصلي تزيد عن النصاب وقام المدين بالوفاء على دفعات تقل كل منها عن النصاب، فلا يجوز إثبات الوفاء بكل دفعة من هذه الدفعات بالشهادة، وذلك لأن قيمة الالتزام الأصلي يزيد عن النصاب(٤).

بذلك يكون المشرع قد ربط بين الوفاء الجزئي وأصل الدين، وذلك لمنع تحايل المدين على قاعدة الإثبات بالكتابة للتصرفات التي تزيد عن النصاب فيدعي الوفاء بها كان على دفعات متعددة قيمة كل منها أقل من النصاب(٥).

(١) عز الدين الدناصور وحامد عكاظ - التعليق على قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م - مرجع سابق - ص ١٤٠.

(٢) سامي مقداد - مرجع سابق - ص ١٩٤.

(٣) عز الدين الدناصور وحامد عكاظ - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٤٢٨.

(٤) عبد الرزاق يس - مرجع سابق - ص ١٥٧.

(٥) أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٢٣.

تتطبق هذه القاعدة أيضاً على الدائن لا على المدين فحسب، فإذا طالب الدائن مدينه بمبلغ تزيد قيمته عن النصاب ودفع المدين بسقوط الحق بالتقادم^(١)، فرد الدائن على هذا الدفع بأن المدين قد سدد جزءاً من الدين قبل أن تكتمل مدة التقادم ليصل من ذلك إلى قطع التقادم^(٢)، فلا يجوز له إثبات هذا الوفاء إلا بالكتابة حتى ولو كانت قيمة الجزء الموفي به لا يجاوز نصاب البيينة^(٣).

تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "إيصال مقابل حوالة الحق (إيصال حجز سيارة نصر) يخضع للقواعد العامة في انعقاد حوالة الحق وإذا تقاضي المحيل مبلغاً يزيد عن السعر المحدد لها بمقدار التسعيرة اللاحق للاتفاق وجب عليه إثبات ذلك بالكتابة"^(٤).

٥- إذا كان الالتزام غير محدد القيمة اعتبرت قيمته زائدة عن النصاب:

نصت الفقرة (١) من المادة (٦٨) من قانون البيينات الفلسطيني على أن: "في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو إنقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

يقابلها الفقرة رقم (١) من نص المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري والتي نصت على: "في غير المواد التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثباته وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

يتضح من النصوص سالفه الذكر أن المشرع اعتبر الالتزام المدني غير محدد القيمة، كالالتزام الذي تزيد قيمته عن النصاب فلا يجوز إثباته بالشهادة، وإنما يجب إثباته بالكتابة^(٥). هذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية حيث قررت أنه: "لا تجوز الشهادة على مبلغ غير محدد القيمة"^(٦).

(١) لم تأخذ مجلة الأحكام العدلية ولا القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م بنظام سقوط الحق بالتقادم وإنما أخذوا بنظام عدم سماح الدعوى، إيراد جاد الحق - مرور الزمان وأثره على الإلتزامات في المعاملات المدنية، الطبعة الأولى - ٢٠١٢م - دون ناشر - ص ٢٥.

(٢) يقصد بإنقطاع مدة مرور الزمان قيام الدائن أو المدين بعمل معين أثناء سريانه من المدة قبل اكتمالها على أن تبدأ مدة جديدة من وقت زوال السبب الذي أدى إلى الانقطاع. نقلاً عن - إيراد جاد الحق - مرور الزمان - مرجع سابق - ص ١٧٢.

(٣) عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - التعليق على قانون ١٨ لسنة ١٩٩٩م - ص ١٤٢.

(٤) نقض مصري رقم ٣٥٢ سنة ٤١ ق والصادر بتاريخ ٢٢/٣/١٩٧٧م، نقلاً عن أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٢٣.

(٥) عبد الحميد الشواربي - الإثبات بشهادة الشهود - دون طبعة - منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٩٦م - ص ٢٤٤.

(٦) نقض فلسطيني دائره رام الله رقم (٢٠١٠/١٠٠) والصادر بتاريخ ٢١/٤/٢٠١٠م، منشور على موقع

المفتي <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

من أمثلة ذلك أن يطالب الخصم خصمه بتقديم حساب دون أن يحدد الرصيد الذي في صالحه، فإنه لا يجوز هنا الإثبات بالشهادة^(١)، ويختلف الأمر لو أن الدائن طالب بتقديم حساب بصفة أصلية، أو بمبلغ معين كنتيجة لهذا الحساب بصفة إحتياطية، فإن الالتزام يقدر بهذا المبلغ، إذا رفض الطلب الأصلي^(٢).

لا تسري القاعدة السابقة إذا وجد اتفاق بين أطراف الالتزام سواء كان صريحاً أو تتضمنه بنود الالتزام، أو ضمناً يمكن استخلاصه من طبيعة الالتزام، أو نصاً صريحاً في القانون يقضي بخلاف ذلك^(٣).

٦- إذا كان المطلوب هو الباقي أو جزءاً من حق فالعبرة بقيمة الحق بأكمله.

نصت المادة (٧) من قانون البيئات على أن: "لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا كان المطلوب هو الباقي أو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة".

تتطابق هذه النص نص المادة (٦١) من قانون الإثبات المصري.

هذه القاعدة تتماشى مع القاعدة الأساسية، وهي أن العبرة في تقدير الالتزام باعتبار قيمته وقت التصرف، وذلك حتى لا يباح للخصوم للتجزئة مطالبتهم القضائية للتمكن من الإثبات بشهادة الشهود فيما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة^(٤).

فمثلاً لو اقترض شخص مبلغاً ما من المال يزيد عن النصاب، وكان الوفاء مقسطاً على خمسة أقساط متساوية قيمة كل قسط لا تتجاوز النصاب، فإذا طالب الدائن المدين بأحد هذه الأقساط كان عليه أن يثبت عقد القرض فلا يجوز أن يثبت بالشهادة ولو أنه لا يطالب إلا بمقدار قسط لا يتجاوز النصاب، لأنه يؤسس طلبه على عقد قرض قيمته وقت صدوره تزيد قيمته عن النصاب، وتسري هذه القاعدة أيضاً حتى ولو كان القسط المطالب به هو القسط الأخير^(٥).

إذا كانت قيمة الدين تزيد عن النصاب وتوفى الدائن عن ستة ورثة انقسم بينهم الدين وكان نصيب كل وارث منهم أقل من النصاب فلا يجوز لأي منهم إثبات النصيب الموروث بالشهادة، وذلك لأن العبرة فيما يتعلق بالإثبات - كما تقدم - بقيمة الدين وقت نشوئه فيستطيع الوارث المطالبة بنصيبه في الدين، إلا إذا أثبت أن مورثه كان يداين المدين في المبلغ بتمامه وهو ما لا يجوز إثباته بشهادة الشهود^(٦).

(١) عبد الرزاق الشنهوري - مرجع سابق - فقرة رقم ١٩٤ - ص ٣٨٠.

(٢) أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٢٣.

(٣) سامي مقداد - مرجع سابق - ص ١٩٠.

(٤) أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٣١.

(٥) عبد الحميد الشواربي - مرجع سابق - ص ٢٤٧.

(٦) عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - التعليق على قانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ - مرجع سابق - ص ١٥٨.

٧- لا يعتد بعد رفع الدعوي بإنفاص قيمة الطلب القضائي لىتيسر إثباته بالشهادة:

نصت الفقرة (٣) من المادة (٧٠) من قانون البينات الفلسطيني على أن: "لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا طالب أحد الخصوم في الدعوي بما تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد عن هذه القيمة".

يقابل هذه الفقرة مع نص الفقرة (٢) في المادة (٦١) من قانون الإثبات المصري والتي نصت على: "إذا طلب أحد الخصوم في الدعوي بما تزيد قيمته عن خمسمائة جنيه ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة".

يتضح من النصوص سالفة الذكر بأنه لا يجوز للمدعي الذي أسس دعواه على تصرف قانوني تزيد قيمته عن النصاب، وطالب بهذه القيمة الإثبات بالشهادة حتى ولو أنقص بعد ذلك ما يطالب به إلى ما لا يزيد عن النصاب وذلك لأن العبرة ليست بما يطالب بل بقيمة التصرف القانوني الذي يؤسس عليه دعواه^(١).

لكن الأمر يختلف إذا تنازل المدعي عن دعواه الأولي وأقام دعوي جديدة على اعتبار أنه أخطأ عند رفع الدعوي في تقدير قيمة التصرف فصح دعواه وجعل قيمة ما يطالب به أقل من النصاب المطلوب ففي هذه الحالة يجوز الإثبات بالشهادة^(٢).

إذا انحصر النزاع بين طرفين لا يزيد على النصاب ولكنه يقوم على تصرف قانوني تزيد قيمته عن النصاب فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة لأن العبرة ليست بقيمة المبلغ المتنازع عليه بل بقيمة التصرف الذي بني عليه النزاع، فمثلاً لو أقام المشتري دعوي على البائع مطالباً إياه بتسليم منقولات اشترها منه بمبلغ يزيد عن النصاب وسلم البائع بواقعة البيع ولكنه ادعي أن الثمن يزيد بمبلغ لا يجاوز النصاب، فلا يجوز للمشتري أن يثبت بشهادة الشهود المبلغ وذلك على اعتبار أن النزاع بينه وبين البائع قد انحصر في هذا المبلغ إذ أن العبرة بقيمة التصرف وقت تمامه^(٣).

ويرى الباحث بأن الفقرة (٣) من نص المادة (٧٠) من قانون البينات الفلسطيني والفقرة رقم (ج) من نص المادة (٦١) من قانون الإثبات معيبة في مضمونها وفي صياغتها، ذلك لأن هذه القاعدة تخالف ما قرره الفقرات سالفة الذكر ولا تتمشي مع المنطق السليم، بل وتخالف نص المادة (٦٨) من قانون البينات الفلسطيني والمادة (٦١) من قانون الإثبات المصري، ذلك لأننا لو افترضنا أن هناك عقداً لا تتجاوز قيمته النصاب أحل به المدين، فأقام دائنه دعوي عليه لمطالبته بمبلغ يزيد عن النصاب بسبب هذا الخلل، فيجوز للدائن أن يثبت دعواه والعقد بالشهادة، وذلك عملاً بالأصل العام والقاعدة المقررة في نص المادة (٦٨) من قانون البينات والمادة (٦٧) من

(١) موسي أبو ملح - شرح قانون البينات - مرجع سابق - ص ١٥٦.

(٢) محمد الرشيدى - مرجع سابق - ص ٦٤.

(٣) عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - التعليق على قانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ - مرجع سابق - ص ١٥٨.

قانون الإثبات والتي تنص على: "أن العبرة بالتقدير بأصل الالتزام دون ضم الفوائد والملحقات، فإذا عدل الدائن طلبه أثناء نظر الدعوي مكتفياً بمطالبة المدين بمبلغ يقل عن النصاب فهل يكون عليه أن يثبت حقه بالكتابة في حين أنه كان يجوز أن يثبت العقد الأصلي بالشهادة..؟!"

كما أنه إذا كان من حق المدعي النزول عن خصومته وإقامة دعوي جديدة بطلبه المعدل بدلاً من إنفاص مطلوبة، وعندئذ يملك إثباته بشهادة الشهود، أفلا يكون من العبث حرمانه من الاعتداد بقاعدة الإثبات الواجبة بصدد طلبه المعدل، كما أن القاعدة في قانون أصول المحاكمات والمرافعات بطلبات الخصم الأخيرة.

٨- لا مجال لإعمال القواعد المتقدمة إذا تطلب القانون ذات الكتابة لإنعقاد العقد أو لإثباته:

قد يتطلب القانون الكتابة لانعقاد عقد ما، وهنا يكون العقد من العقود الشكلية فلا ينعقد إلا كتابة ولا يثبت إلا كتابة حتى ولو لم تزيد قيمته عن النصاب، ومثال ذلك عقد الهبة والرهن الرسمي(١).

قد يتطلب القانون الكتابة لمجرد الإثبات فيعد مثل هذا العقد من العقود الرضائية فينعقد العقد بتلاقي الإيجاب والقبول، وإنما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ومثال ذلك عقود النقل البحري التي تخضع لشرط الإثبات بالكتابة وكذلك إيجار السفينة(٢)، وعقد الكفالة(٣).

(١) أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٢٣.

(٢) نقض مصري رقم ٥١ لسنة ٤٣ ق والصادر بتاريخ ١٩٧٩/٣/٢٤م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم (٤٩٧) - ص ٢٧٣.

(٣) سعاد أبو مشايخ - عقد الكفالة المدنية - رسالة ماجستير - جامعة النجاح - ٢٠٠٦م - ص ١٥.

المبحث الثاني الأحوال التي لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود

منع كل من قانون البيئات الفلسطينية وقانون الإثبات المصري الإثبات بشهادة الشهود في حالات محددة نستعرضها من خلال المطالب الآتية:

- المطالب الأول: فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي.
- المطالب الثاني: التصرفات القانونية المدنية التي تزيد عن النصاب.
- المطالب الثالث: إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.
- المطالب الرابع: إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما يزيد عن النصاب ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد عن النصاب.

المطلب الأول

لا تقبل الشهادة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها

نصت الفقرة (١) من المادة (٧٠) من قانون البيئات الفلسطينية على أن: "لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي".
يقابلها الفقرة رقم (أ) في المادة رقم (٦١) من قانون الإثبات المصري.
تبرز الأهمية العملية لتلك القاعدة التي أوردها المشرع فيما يتعلق بالتصرفات القانونية المدنية التي تقل عن النصاب القانوني، ما دامت إرادة طرفي العقد انصرفت لإفراغ تصرفاتهم بموجب سند لإثباتها، أما إذا كانت القيمة تزيد عن النصاب فإن هذه القاعدة لا تضيف شيئاً جديداً مما نحن بصدد الحديث عنه وذلك لعدم قبول البيئة بإثبات التصرفات التي تزيد عن النصاب(١).

معني ذلك أنه لا يجوز للقاضي أن يأخذ بشهادة الشهود لإثبات عكس ما ورد بالبيئة الخطية فمثلاً لو ادعى أحدهم بأنه أوفي قيمة السند الخطي فلا يقبل منه إثبات ذلك بالشهادة ويتعين أن يدعم قوله بما هو مكتوب(٢).

فلا عبرة بنوع السند سواء كان سند رسمي أو عرفي، أو كان عقداً أو تصرفاً قانونياً من جانب واحد، فليس لمن يدعي ما يخالف مضمون السند المكتوب إلا أن يقدم سنداً آخر يدحض محتواه(٣).

(١) سامي مقداد - مرجع سابق - ص ٢٠٠.

(٢) محمود الكيلاني - مرجع سابق - ص ٩٦.

هذا المبدأ أكدته محكمة النقض الفلسطينية حيث قضت أنه: "إذا كان العقد الظاهر ثابت بالكتابة فلا يجوز إثبات صورته إلا بالكتابة"^(١).

قضت محكمة الاستئناف الفلسطينية أيضاً بأن "لا تقبل البينة الشفوية ضد البينة الخطية"^(٢).

يقتصر نطاق تطبيق القاعدة على المتعاقدين وخلفهما العام فقط^(٣)، كما يشترط لتطبيق هذه القاعدة عدة شروط هي على النحو الآتي:

الشرط الأول: وجود دليل كتابي معد للإثبات:

يجب أن تكون هناك كتابة قد أعدت للإثبات ويقصد بالكتابة المعدة للإثبات هي الكتابة التي وقع عليها المدين سواء كانت رسمية أو عرضية^(٤).

فالأوراق التي لم تعد للإثبات كالدفاتر التجارية والأوراق المنزلية فيجوز إثبات ما يخالفها أو يجاوزها بالشهادة وذلك لأنها لا تعد دليلاً كاملاً والتعرف يجوز إثباته بجميع الطرق^(٥).

أما إذا كانت هذه الأوراق موقفاً عليها بغرض الإثبات بها كما في المراسلات فإنه لا يجوز إثبات ما يخالفها أو يجاوزها إلا بالكتابة لأن مثل هذه الأوراق تعد من حكم الكتابة المعدة للإثبات^(٦).

متى وجدت الكتابة أياً كانت فيه الالتزام الثابت بها ولو قل عن النصاب يمتنع الإثبات بالشهادة^(٧).

الشرط الثاني: ألا يكون الثابت بالكتابة التزام تجاري:

ذلك لأن الالتزامات التجارية يجوز إثباتها - كما تقدم - بالشهادة، أياً كانت قيمتها ولو زادت عن النصاب، وكذلك يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها من المسائل التجارية بالبينة أياً كانت قيمة الالتزام، ونكتفي ببيان ذلك ونحيل إلى سبق شرحه^(٨).

(١) أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٢٨.

(٢) نقض فلسطيني دائمة رام الله رقم (٢٠٠٤/١٤) والصادر بتاريخ ١٩/٤/٢٠٠٤م، منشور على موقع المقتفي <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

(٣) استئناف فلسطيني دائمة رام الله رقم (٩٩/٣٥) والصادر بتاريخ ١/٥/١٩٩٨م، منشور على موقع المقتفي <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

(٤) سامي مقداد - مرجع سابق - ص ٢٠١.

(٥) عبد الحميد الشواربي - مرجع سابق - ص ٢٤٩.

(٦) مفلح القضاة - الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٣٧.

(٧) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - فقرة رقم ٢٠١ - ص ٣٩٧.

(٨) عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - التعليق على قانون الإثبات - ص ٥١٣.

(٩) ينظر فيما سبق - ص ١٢٢.

الشرط الثالث: أن يكون المراد إثباته يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي.

كقاعدة عامة يقصد بما يخالف الدليل الكتابي أو يجاوزه بأنه أي إدعاء يتعارض مع ما وجد في الدليل أو مع ما جاء معه، أي يخالف ظاهرة حقيقة أو حكماً سواء أكان الإدعاء بأن هذه التعديلات سابقة أو لاحقة أو معاصرة للدليل الكتابي، وسواء أكان الإدعاء بمخالفة ما هو مكتوب صراحة أو ضمناً أو يخالف ما ليس مكتوباً فيه إنما يقتضيه القانون حكماً أو فرضاً^(١).

ولتبيان هذا الشرط نتناول دراسته تباعاً على النحو الآتي:

أ- ما يخالف الكتابة إثباته إلا بالكتابة.

يقصد بمخالفة الكتابة هو تكذيب الثابت بالكتابة أو التعديل أو الإضافة إليه، كما لو ادعي البائع أن جزءاً من الثمن لم يتم تسديده من قبل المشتري مع أن عقد البيع ثابت به استلم الثمن كاملاً، أو إذا ورد أن ثمن المبيع مبلغاً معيناً من النقود فإذا أراد أن يثبت أن الثمن أقل أو أكثر، فلا يجوز له في كلا الحالتين أن يثبت ذلك بشهادة الشهود مهما بلغ قيمة التصرف وإنما يجب هذا الإدعاء بالكتابة لأنه يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي^(٢).

تجدر الإشارة إلى أنه يجب التفرقة بين ما إذا أريد إثبات ما يخالف ورقة رسمية، فيما يصدر عن الموظف العام المختص أنه وقع تحت بصره أو سمعه فلا يكون ذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير، وبين ما إذا أريد مخالفة الورقة الرسمية فيما عدا ذلك أو إثبات مخالفة ورقة عرفية فهو جائز على أن يكون الدليل على ما يخالف الكتابة هو دليل كتابي أيضاً^(٣).

ب- ما يجاوز الكتابة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة:

يقصد بإثبات ما يجاوز الكتابة فهو الإدعاء بإضافة أو تعديل أمر ثابت كتابة، كما لو أراد أحد المتعاقدين تعديلاً تم شفويّاً من شأنه أن يوسع نطاق ما هو مكتوب أو يضيف عليه وصفاً، ومفاد ذلك لو أن هنا قرض ثابت بالكتابة بدون فوائد وأراد الدائن إثبات أن القرض بفائدة فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة حتى ولو كانت الفائدة وأصل الدين لا يزيد عن النصاب^(٤)، كذلك لو تقدم المدين لإثبات أن الالتزام المكتوب وهو منجز، علق بعد ذلك على شرط أو أقترن بأجل فلا يجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة وذلك لأنه إثبات لما يجاوز الكتابة، ويبقى ذات الحكم قائماً لو عكس الأمر وذلك بأن يكون الالتزام قد كتب أنه معلق على شرط أو مقترن بأجل وأراد الدائن أن يثبت أنه منجز^(٥).

(١) عز الدين الدناصري وحامد عكاظ - التعليق على قانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ - ص ١٥٣.

(٢) عبد الرزاق يس - مرجع سابق - ص ١٦١.

(٣) عبد الحميد الشواربي - مرجع سابق - ص ٢٥٠.

(٤) سامي مقداد - مرجع سابق - ص ٢٠٥.

(٥) عبد الحميد الشواربي - مرجع سابق - ص ٢٤٩.

كذلك لا يجوز إثبات تجديد التزام ثابت بالكتابة إلا بالكتابة حتى ولو كانت قيمة الالتزام الجديد، أو كانت قيمة الالتزامين معاً لا تجاوز النصاب وذلك لأنه إثبات لما جاوز الكتابة وبعض النظر عما إذا كان هذا الاتفاق الإضافي قد تم قبل أو بعد أو أثناء الكتابة^(١).

ج- ما لا يعد مخالفاً أو مجاوزاً للكتابة.

يكون ذلك إذا كان المراد إثباته واقعة مستقلة عما اشتمل عليه الدليل الكتابي وكانت لا تنطوي على ما يخالف الكتابة فإن دليل الإثبات يتحدد وفقاً للقواعد العامة، فإذا كانت تتمثل في إنقضاء التزام ثابت بالكتابة عن طريق تنفيذ أعمال مادية فيجوز إثبات هذه الأعمال بالشهادة وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها: "إن عدم قيام المقاول بتنفيذ البناء طبقاً لما التزم به في عقد المقاولة واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق ولا مخالفة لذلك للعقد لعدم النص فيه على وفاء المقاول بالتزاماته الواردة منه"^(٢).

أما إذا انقضى العقد بتصرف قانوني، كوفاء مبلغ من النقود فإن هذا الوفاء يثبت بالشهادة إذا لم يزد هذا المبلغ عن النصاب حتى لو كان مجموع الدين أكثر من ذلك أو كان الدين ثابتاً بالكتابة^(٣).

كذلك يجوز إثبات عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال في سند مكتوب بالشهادة ذلك لأنه ليس في ذلك إثبات لما يخالف الكتابة لأن الكتابة ليست دليلاً على صحة التصرف حتى يعتبر الطعن في صحته مخالفاً لها^(٤).

كما يجوز إثبات وقائع مادية من شأنها تفسير العبارات الغامضة في العقد أو التوفيق فيما بينها إذا كانت متعارضة وذلك بالشهادة إذ ليس في هذا الإثبات ما يجاوز الكتابة أو يخالفها^(٥).
أما التاريخ إذا لم يكن مكتوباً جاز للمتعاقدين إثباته بالشهادة حتى ولو كانت قيمة الالتزام تزيد عن النصاب وذلك لأنه لا يوجد في هذا الإثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها بل هو إثبات لواقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، ويختلف الأمر لو أن تاريخ العقد مكتوباً فلا يجوز إثبات عدم صحته إلا بالكتابة^(٦).

أما الخطأ المادي أو الحسابي إما أن يستفاد من نفس العقد ومحتوياته وظروفه وأحواله، فهنا يملك القاضي إصلاح الخطأ، أما إذا لم تدل عبارة العقد ولا ظروف الأحوال على

(١) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - فقرة رقم ٢٠٢ - ص ٤٠٠.

(٢) نقض مصري رقم ٢٢٢ سنة ٣٤ ق والصادر بتاريخ ١٦/١١/١٩٦٧م، نقلا عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٦٩٦ - ص ٣٢٥.

(٣) عبد الحميد الشواربي - مرجع سابق - ص ٢٠٥.

(٤) عز الدين الدناصوري و حامد عكاظ - التعليق على قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ - ص ١٥٥.

(٥) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - فقرة رقم ٢٠٢ - ص ٤٠٣.

(٦) سامي مقداد - مرجع سابق - ص ٢٠٦.

حصول الخطأ المادي به فقد انقسم الفقه إلى اتجاهين^(١)، فمنهم من يري أنه لا يجوز الإثبات الخطأ المادي و الحسابي الوارد بالعقد بشهادة الشهود، ومنهم من يري أنه يجوز له إثبات ذلك بشهادة الشهود لإستجلاء قصد المتعاقدين حتى يستطيع بذلك تفسير العقد. يميل الباحث إلى الأخذ بالرأي الثاني، وذلك لأن الأخذ بغير ذلك سيؤدي إلى عدم قدرة القاضي تفسير العقد وإستجلاء قصد المتعاقدين، خصوصاً أن القاضي عجز عن الوصول إلى إرادة المتعاقدين من خلال العقد ذاته.

أما بخصوص سبب العقد فإذا لم يذكر في العقد فإن المادة (١٣٨) من القانون المدني الفلسطيني، والمادة (١٣٧) من القانون المدني المصري، قد وضعتا قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس، يفترض بمقتضاها أن سبب العقد مشروع، ومن يدعي خلافاً لذلك أو يدعي بعدم وجود سبب للعقد يستطيع إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهادة ولا يعتبر ذلك مخالفاً للثابت للكتابة أو مجاوزاً له وإنما هو دحض للقرينة القانونية^(٢).

هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت أنه "إذا ذكر في السند سبب الالتزام فإنه يعتبر السبب الحقيقي الذي قبل المدين أن يلتزم من أجله، غير أن هذا لا يمنع المدين من أن يثبت وبجميع الطرق أن السبب الحقيقي غير مشروع"^(٣).

الشرط الرابع: عدم إنطباق القاعدة إلا فيما بين المتعاقدين:

كل ما تقدم من وجوب الإثبات بالكتابة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها لا يكون إلا بين المتعاقدين وخلفهما العام، أما الغير فيجوز له الإثبات بالشهادة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي ولو زاد عن النصاب^(٤).

نكتفي ببيان ذلك ونحيل إلى ما تقدمت دراسته تفصيلاً عند دراسة الحالة الثالثة من الحالات التي يجوز بها الإثبات بشهادة الشهود^(٥).

الشرط الخامس: ألا يكون هناك احتيال على القانون:

يشترط لإعمال قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي ألا يكون هناك احتيال على القانون وذلك لأنه متى إن وجد احتيال على القانون يجب تيسير كشفه وإثباته بجميع الطرق حتى يلقي جزاءه^(٦).

(١) ينظر في تفصيل هذين الرأيين إلى عز الدين الدناصري وحامد عكاظ - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٥١٥.

(٢) عز الدين الدناصري وحامد عكاظ - التعليق على قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ - مرجع سابق - ص ١٥٦.

(٣) نقض مصري رقم ٦٨١ لسنة ٤١ ق والصادر بتاريخ ١٩٧٦/٦/٨م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٧١٨ - ص ٢٣٢.

(٤) توفيق فرج - مرجع سابق - ص ١٢٧.

(٥) ينظر فيما سبق - ص ١٣٤.

(٦) عبد الحميد الشواربي - مرجع سابق - ص ٢٥٤.

هذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية حيث قضت بأن: "إذا كان العقد الظاهر ثابتاً بالكتابة فلا يجوز إثبات صورته إلا بالكتابة إلا اذا وجد احتيال على القانون فيجوز إثبات ما يخالف الكتابة بالشهادة والقرائن"^(١).

كذلك قضت محكمة النقض الفلسطينية على أن: "قبول البينة الشفهية ضد مستند في حالة الإدعاء بالحيلة"^(٢).

تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "يجوز إثبات الصورة بين المتعاقدين بغير الكتابة، مادام أن إخفاء الرهن وراء بيع وفاء هو غش وتحايل على القانون للتوصل إلى تملك الأطيان بغير اتخاذ الإجراءات التنفيذية ويضمن بخس"^(٣).

وقضت أيضاً بأن: "تحديد أجرة المساكن هو من النظام العام التي نص المشرع على تأثيم مخالفة القواعد الواردة بشأنها، وأن التحايل على زيادة هذه الأجرة يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات"^(٤).

يستوي أن يكون إثبات الإحتيال من الغير أو من أحد المتعاقدين ممن اشترك في الإحتيال نفسه ويريد الكشف عنه، وفي الحالتين يقضي النظام العام بضرورة فضح هذا الإحتيال، ومن ثم أبيح حتى للمتعاقد ذاته أن يثبت ويجتمع الطرق بما فيها الشهادة"^(٥).

(١) نقض فلسطيني دائررة رام الله رقم (٢٠٠٤/١٤) والصادر بتاريخ ١٩/٤/٢٠٠٤م، منشور على موقع المقتفي <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

(٢) نقض فلسطيني رقم (١٩٤٣/١٦٨) ، أشير لبيانات الحكم على النحو السابق - سامي مقداد - مرجع سابق - ص ٢٠٢.

(٣) نقض مصري رقم ١٢ سنة ١٤ ق والصادر بتاريخ ٢٥/٥/١٩٤٤م، نقلا عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم (٧١١) - ص ٣٣٠.

(٤) نقض مصري رقم ٢٦٢ سنة ٣٧ ق والصادر بتاريخ ١٥/٣/١٩٧٣م، نقلا عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم (٧١٩) - ص ٣٣٢.

(٥) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - الفقرة رقم (٢٠٣) - ص ٤٠٤.

المطلب الثاني

التصرفات القانونية المدنية التي تزيد عن النصاب

نصت المادة (٦٨) من قانون البينات على أن: "١. في المواد غير تجارية إذا كان الإلتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو إنقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك"

يقابلها نص المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري والتي نصت على: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيهاً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في الإثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك". يتضح من النصوص السابقة أنه لايجوز إثبات التصرفات القانونية المدنية التي تزيد قيمتها عن النصاب بشهادة الشهود، مع عدم الإخلال بقاعدة لا يجوز إثبات ما يجاوز الثابت بالكتابة إلا بالكتابة حتى ولو كانت قيمته أقل من النصاب^(١)، أو إذا كان هناك اتفاق بين الخصوم على الإثبات بالكتابة، وذلك لأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام، هذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية حيث قضت أن: "وسائل الإثبات من حق الخصوم وليست من النظام العام"^(٢). ونكتفي بذلك ونحيل على ما تقدمت دراسة عند دراسة حالات الإثبات بالشهادة^(٣).

المطلب الثالث

إذا كان المطلوب هو الباقي أو جزء من حق لا يجوز إثباته بالشهادة

نصت المادة (٧٠) من قانون البينات على أنه: "لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا كان المطلوب هو الباقي أو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة". تتطابق هذه النص نص المادة (٦١) من قانون الإثبات المصري. هذه القاعدة تتماشى مع القاعدة الأساسية وهي أن العبرة في تقدير الإلتزام باعتبار قيمته وقت التصرف، وذلك حتى لا يباح للخصوم للتجزئة مطالبتهم القضائية للتمكن من الإثبات بشهادة الشهود فيما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة^(٤). نكتفي ببيان ذلك ونحيل على ما تقدمت دراسة عند دراستنا قواعد تقدير قيمة النصاب^(٥).

(١) عبد العزيز المرسي - مرجع سابق - ص ٢١٨.

(٢) نقض فلسطيني دائمة رام الله رقم (٢٠٠٩/٣٧) والصادر بتاريخ ١٧/٦/٢٠٠٩م، منشور على موقع المفتحي <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

(٣) ينظر فيما سبق - ص ١٢٤.

(٤) أحمد أبو الوفا- التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٣١.

(٥) ينظر فيما سبق - ص ١٢٤.

المطلب الرابع

إذا طالب أحد الخصوم بما يزيد عن النصاب ثم

عدل إلى ما لا يزيد عن النصاب

نصت الفقرة (٣) من المادة (٧٠) من قانون البيئات الفلسطيني على أن: "لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا طالب أحد الخصوم في الدعوي بما تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد عن هذه القيمة".
يقابل هذه الفقرة مع نص الفقرة (٢) في المادة (٦١) من قانون الإثبات المصري والتي نصت على " إذا طلب أحد الخصوم في الدعوي بما تزيد قيمته عن خمسمائة جنيه ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة".
يتضح من النصوص سالفة الذكر بأنه لا يجوز للمدعي الذي أسس دعواه على تصرف قانوني تزيد قيمته عن النصاب، وطالب بهذه القيمة بالإثبات بالشهادة حتى ولو أنقص بعد ذلك ما يطالب به إلى ما لا يزيد عن النصاب وذلك لأن العبرة ليست بما يطالب بل بقيمة التصرف القانوني الذي يؤسس عليه دعواه^(١).
نكتفي ببيان ذلك ونحيل على ما تقدمت دراسة عند دراستنا قواعد تقدير قيمة النصاب^(٢).

(١) موسي أبو ملح - شرح قانون البيئات - مرجع سابق - ص ١٥٦.

(٢) ينظر فيما سبق - ص ١٢٤.

المبحث الثالث

الحالات التي يحوز فيها الإثبات

شهادة الشهود استثناءً

نستعرض موضوع هذا المبحث من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : الاستثناء الاتفاقي

المطلب الثاني : الاستثناء القانوني

المطلب الأول

الاستثناء الاتفاقي

نستعرض موضوع هذا المطلب من الفرعين الآتيين :

الفرع الأول: أساس الاستثناء الاتفاقيين

الفرع الثاني: صور وطبيعة الاستثناء الاتفاقي

الفرع الأول

أساس الإستثناء الاتفاقي

أولاً: المقصود بالإستثناء القانوني وأساسه القانوني:

نصت المادة (٦٨) من قانون البينات الفلسطيني علي أن: (١- في المواد غير التجارية إذا كان الإلتزام تزيد قيمته علي مائتين دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو إنقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضميين أو نص قانوني يقضي بغير ذلك)

يقابلها نص المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري والتي نصت علي أنه: (في غير المواد التجارية إذا كان قيمة التصرف القانوني تزيد قيمته علي خمسمائه جنييه أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في اثباته أو إنقضائه ما لم يوجد اتفاق صريح ضميين يقضي بغير ذلك) (١)

يتضح من نصوص سالفه الذكر جواز الإتفاق على الإثبات بالشهادة في أي تصرف قانوني تزيد قيمته عن النصاب، ومن باب أولى فإنه يجوز الإتفاق علي وجوب الإثبات بالكتابة في تصرف قانوني لا يزيد عن النصاب، كما ويجوز الاتفاق علي الإثبات بالشهادة فيما يخالف

(١) ذهب المشرع الجزائري في موقف مغاير لما ذهبت إليه سائر التشريعات العربية حيث نصت المادة (٣٣٣) من القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم ٧٥-٥٨ الموافق ٢٦/سبتمبر/١٩٧٥م علي أن (في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني ١٠٠٠٠٠٠ دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بشهادة الشهود في وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك) وبذلك يكون المشرع الجزائري خالف سائر التشريعات العربية فيما ذهبوا إليه من هذا الشأن حيث قرر عدم جواز إتفاق الأطراف علي استبعاد قاعدة الإثبات بالكتابة بحيث استبعد الإستثناء الإتفاقي تماما وأبقى علي الاستثناء القانوني.

الكتابة أو يجاوزها(١)، ذلك لأن قواعد الإثبات الموضوعية غير متعلقة بالنظام العام، وبالتالي يكون للخصوم تقديرها وفقاً لما يرونه صالحاً، كما أنهم قادرون على النزول عن هذا الحق فيستطيعون من باب أولي رسم طريق خاص لإثباته(٢).

ثانياً: الأساس الفقهي :

ثار التساؤل حول مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام، من عدمه، بمعنى آخر هل يجوز الإتفاق على مخالفة وإستبعاد قواعد الإثبات وتنظيم إتفاقيات فيما بين الأطراف بخصوص عملية إثبات حقوقهم؟

الحقيقة أنه لا خلاف بين فقهاء القانون على إعتبار قواعد الإثبات الشكلية أو الإجرائية وهي القواعد التي تتعلق بالإجراءات التي يجب اتباعها في تقديم الدليل عند نظر النزاع أمام القاضي(٣)، على أن هذه القواعد من النظام العام لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها ذلك لأنها تتعلق بنظام التقاضي(٤).

أما قواعد الإثبات الموضوعية وهي القواعد التي تحدد الأدلة والحالات التي تستعمل فيها كل دليل، فقد اختلف الفقه حول هذه القواعد ومدى إعتبارها من النظام العام إلى عدة آراء وهي على النحو الآتي:

الأول(٥): يرى هذا الرأي أن قواعد الإثبات الموضوعية تتعلق بالنظام العام وذلك لأن القانون عندما نظم طرق الإثبات يهدف إلى الوصول لحسم النزاع بين الأفراد، وبالتالي فهو يمس تنظيم القضاء نفسه، وتنظيم القضاء يعتبر من النظام العام، كما يبرر هذا الرأي موقفه بقوله أن الأساس الذي استند إليه المشرع في جعل قوة محدوده للإثبات بالشهادة هي أن السماح لها يفسح المجال للإكثار من رفع القضايا وازدحام المحاكم، فضلاً عن تصيد الشهود وشرائهم عند الاقتضاء وهذا الاعتبار يتصل أوثق الإتصال بالنظام العام، يترتب على هذا الرأي عدم جواز الإتفاق على الإثبات بالشهادة فيما تزيد قيمته عن النصاب، أو فيما يخالف أو يجاوز الكتابه ولو لم يزد قيمته عن النصاب.

الثاني(٦): يذهب إلى جواز الإتفاق على قواعد الإثبات المتعلقة بالشهادة بعد نشوء النزاع حيث

(١) عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٤٣٣.

(٢) عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - التعليق على قانون ١٨ السنة ١٩٩٩ - ص ١٤٩.

(٣) عبد الودود يحيي - مرجع سابق - ص ٦.

(٤) محمد مطر - مرجع سابق - ص ١٦.

(٥) وقد أخذ بهذا الرأي الفقه الفرنسي (ينظر في تفصيل هذا الرأي لدي عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - الفقرة رقم ١٩٠ - ص ٣٦٠ وما بعدها).

(٦) وقد أخذ بهذا الرأي كلا من عبد المنعم فرج الصدة ، وحسين المؤمن ، وسليمان مرقس (مشار اليه لدي عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - فقرة ١٩٠ - ص ٣٦٨).

يكون الخصم في موقف يسمح له بتقدير ما يتعرض له بقبول الإثبات بشهادة الشهود، فإن كانت هناك ثقة قبل الإثبات بشهادة الشهود وإلا تمسك بوجوب الإثبات بالكتابة، أما الإتفاق سلفاً علي التحلل من وجوب الإثبات بالكتابة فإن ذلك فيه نوعاً من المضاربة لأن كلاً من الطرفين يقبل هذا الإتفاق في وقت لا يعلم فيه شيئاً عما سيكون عليه موضوع النزاع بينهما ولا عمن سيكون الشهود الذين يستشهد عليه بهم ومقدار ما يوجب به من ثقة، وإذ أن ذلك من شأنه أن يسمح للمدعي بأن يفرض على المدعى عليه الإثبات بشهادة شهود لا يعرضهم ولا يثق بهم وبالتالي يشجع علي الإلتجاء إلي الكذب والتلفيق والإستعانة بشهود زور وهذا يمس النظام العام ولا يجيزه. الثالث(١): هو ما عليه أغلب فقهاء القانون حيث يروا أن قواعد الإثبات الموضوعية ليست متعلقة بالنظام العام، وبالتالي فإنه يجوز الإتفاق علي مخالفتها، وذلك لأن قواعد الإثبات وضعت لحسن سير العدالة والتقاضى إلا أن ذلك لا يمنع الخصوم من إتباع قاعدة دون أخرى ان يتفقوا علي ذلك فلم الخيار في تقدير ما يروونه صالحاً ما دام الحق المتنازع عليه غير متعلق بالنظام العام.

وبميل الباحث إلى الأخذ بالرأي الثالث وذلك لأنه هو الذي يتفق مع صحيح القانون وذلك لأن نص المادة (٦٨) من قانون البيئات الفلسطيني والمادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري أجازوا الإتفاق علي مخالفة قواعد الإثبات المتعلقة بالشهادة بصريح النص ولم يميزوا بين إتفاق تم بعد قيام النزاع، أو قبل قيام النزاع، وطالما أنه لا اجتهاد مع صراحة النص فبالتالي يكون الرأي الثالث هو الرأي الذي يتفق مع صحيح القانون.

ثالثاً: الأساس القضائي:

قد استقر القضاء الفلسطيني والقضاء المصري علي أن قواعد الإثبات المتعلقة بالشهادة ليست متعلقة بالنظام العام ويجوز الإتفاق علي مخالفتها صراحة أو ضمناً، وهذا ما أكدته محكمه النقض الفلسطينية علي أن:(البيئات من حق الخصوم وهي ليست من النظام العام وبالتالي يكون للخصوم الحق في التمسك بها أو التنازل عنها)(٢)، كما قضت محكمه الإستئناف الفلسطينية أيضاً علي أن (وسائل الإثبات من حق الخصوم وليست من النظام العام)(٣).

(١) عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - التعليق علي قانون الإثبات - مرجع سابق - ص٤٣٣، ناظم عويضة - البيئات - مرجع سابق - ص٩١، فرج الصراف ودرويش الوحيدى - مرجع سابق - ص٥٠، عبد الودود يحيى - مرجع سابق - ص٦، محمد مطر - مرجع سابق - ص١٦، عبد الرازق السنهورى مرجع سابق - فقره ١٩٠ - ص٣٦٧.

(٢) نقض فلسطينى دائسرة رام الله رقم (٢٠٠٩/٣٧) والصادر بتاريخ ١٧/٦/٢٠٠٩، منشور علي موقع المفتى <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

(٣) استئناف فلسطينى دائسرة رام الله رقم (٩٨،٩٨) والصادر بتاريخ ٣/١/٢٠٠٠، منشور علي موقع المفتى <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

قضت أيضاً بأنه (لا يجوز شهادة الشهود في إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي أو في إثبات وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك) (١).

قضت محكمة النقض المصرية أن: (قواعد الإثبات ليست من النظام العام ويجوز الاتفاق علي مخالفتها صراحة أو ضمناً) (٢).

وقضت أيضاً أن: (قواعد الإثبات ليست من النظام العام، ولذلك يجوز للخصوم الإتفاق علي مخالفتها صراحة أو ضمناً كما يجوز لصاحب الحق التمسك بها أو تتنازل عنه) (٣).

كما قضت بأنه (يجوز الاتفاق بين الخصوم علي مخالفة قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة فيما يجب الإثبات فيه بالكتابة كما يجوز لصاحب الحق في التمسك بها أو التنازل عنه وهذه القاعدة ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق صراحة أو ضمناً علي مخالفتها) (٤).

وقضت أيضاً بأنه: (لا تتعلق قواعد الإثبات بالنظام العام فيجوز الإتفاق صراحة أو ضمناً علي مخالفتها) (٥).

الفرع الثاني

صور وطبيعة الإتفاق الاستثنائي

أولاً: صور الإتفاق الاستثنائي:

يتخذ الإتفاق الإستثنائي علي استبعاد قواعد الإثبات صورتين:

الأولى: الإتفاق الصريح: ويكون ذلك بوجود نص صريح في الإتفاق علي إستبعاد قاعدة عدم جواز الإثبات بالشهادة في الأحوال التي يجب الإثبات بالكتابة، أو الإتفاق علي الإثبات بالكتابة في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة (٦).

علي أي حال اذا حصل مثل هذا الإتفاق فإنه لا يجوز لأي من طرفيه نقضه بإرادة منفردة هذا ما قضت به المحكمة الإستئناف الفلسطينية حيث قضت بأن (الإتفاق ما بين البنك والمدعي بإلزام

(١) استئناف فلسطيني دائمة رام الله رقم (٢٠٠٩/٤٨) والصادر بتاريخ ٢٠١٠/١/١٩ منشور علي موقع <http://muqta.birzeit.edu/familulaws> المقتفي

(٢) نقض مصري رقم ١٢٨ سنة ٤٨ق والصادر بتاريخ ١٩٨١/١/٢٦، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ١٩٧ - ص ١٩٩.

(٣) نقض مصري رقم ٨٩٩ سنة ٤٣ق والصادر بتاريخ ١٩٨١/١٢/١٠، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ١٩٩ - ص ٢٠٠.

(٤) نقض مصري رقم ٢٢٦ سنة ٤٧ق والصادر بتاريخ ١٩٨١/١٢/١٧، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - ص ٢٠٠.

(٥) نقض مصري رقم ٤٥٠ سنة ٢١ق والصادر بتاريخ ١٩٥٥/٤/١٤ نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - قاعدة رقم ٢٠١٢ - ص ٢٠٢.

(٦) عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - التعليق علي قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٤٣٢

المدعي بينود البنك وحساباته ودفاتره واعتباره بينة قاطعة يعد إتفاقاً صريحاً ولا يجوز للمدعي نقضه بإرادة منفردة(١)

الثانية: الإتفاق الضمني: يكون ذلك إذا سكت عنها من يريد التمسك بها، فإن هذا السكوت يعد تنازلاً عن حقه في الإثبات بالطريق الذى رسمه القانون، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت أن: (قواعد الإثبات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليست من النظام العام فإذا سكت عنها من يريد التمسك بها عد ذلك تنازلاً عن حقه في الإثبات بالطريق الذى رسمه القانون)(٢)

وتطبيقاً لذلك فإذا طلب أحد الخصوم إثبات حقه بالشهادة وسكت الخصم الآخر عن التمسك بالدفع بعدم جواز هذا الإثبات ولم يعارض فيه عند تنفيذ الحكم الصادر بالإحالة على التحقيق فإن ذلك يعد تنازلاً ضمناً وقبولاً منه للإثبات بالشهادة(٣).

أما إذا تمسك ودفع بعدم جواز الإثبات بالشهادة فعلى المحكمة أن تلتزم بقواعد الإثبات، حيث قضت محكمة الإستئناف الفلسطينية على أن (إعتراض الخصم على البينة الشفوية فيما زاد من مئتي دينار يجعل عدم جواز إثبات التصرف القانوني المدني إلا بدليل خطي)(٤).

وسقوط الحق فى الدفع بعدم جواز الإثبات بالشهادة لعدم التمسك به فى الوقت المناسب لا يجوز إستئنافه لا إستقلالاً ولا مع الحكم فى موضوع الدعوى، ولا مجال للتحدى فى هذا المقام بأن إستئناف الحكم الصادر فى الدعوى يستتبع حتماً إستئناف جميع الأحكام التى سبقت صدورها فى القضية ما لم تكن قُبلت صراحة إذ لا ارتباط بين الحالتين، فسقوط الحق فى الدفع بعدم جواز الإثبات بشهادة الشهود لعدم التمسك به فى الوقت المناسب ليس من نتائج عدم جواز إستئناف الحكم الصادر فى التحقيق ذلك أن رفض الدفع فى هذه الحالة لا يترتب عليه إلا تثبت مبدأ جواز الإثبات بالشهادة فى الدعوى،

(١) إستئناف فلسطين دائره رام الله رقم (٩٨/٩٨) والصادر بتاريخ ٣/١/٢٠٠٠م، منشور على موقع المفتى <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

(٢) نقض مصري رقم ٧٢٦ سنة ٤١ ق والصادر بتاريخ ٣/٢٠/١٩٧٧م، ونقض مصري رقم ٤٣٢ سنة ٤٨ ق والصادر بتاريخ ٢٠/٤/١٩٨١م، ونقض مصرى رقم ١١٥ سنة ٤٧ ق والصادر بتاريخ ٢/١٥/١٩٨٢م، ونقض مصري رقم ١٢٥٤ والصادر بتاريخ ١٩٨٢م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم (٢٠٠-٢٠١-٢٠٢-٢٠٣-٢٠٤) - ص ٢٠٠.

(٣) نقض مصري رقم ١٦٣ سنة ٢٧ ق والصادر بتاريخ ١١/١٥/١٩٦٢م، ونقض مصري رقم ٤٦٨ سنة ٤٥ ق، والصادر بتاريخ ١٩/١٢/١٩٧٩م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٢١٨ و ٢٢٢ - ص ٢٠٤ وما بعدها.

(٤) إستئناف فلسطيني دائره رام الله رقم (٢٠٠٩/٤٨) والصادر بتاريخ ١٩/١/٢٠١٠م، منشور على المفتى <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

أما الحكم فى ذاته فإنه يبقى جائز الإستئناف فى خصوص الإجراءات المتعلقة به أو المترتبة عليه ما لم تكن قبلت صراحة(١).

ولقضى الموضوع سلطة تقديرية فى إستخلاص القبول الضمنى من سلوك الخصم ويجب على القاضى عند إستخلافه القبول الضمنى أن يقيم قضاء على أسباب سائغة، وهذا ما أكدته محكمه النقض المصرية حيث قضت: "من المقرر أن قاعدة جواز الإثبات بالشهادة فى الأحوال التى يجب فيها الإثبات بالشهادة ليست من النظام العام ويجوز الإتفاق صراحة أو ضمناً على ما يخالفها ولقضى الموضوع سلطة تقديرية فى إستخلاص القبول الضمنى من سلوك الخصم متى أقام قضاء على أسباب سائغة"(٢).

ثانياً: طبيعة الإتفاق:

يعتبر الاتفاق على إستبعاد الإثبات بالكتابة شأنه شأن أى اتفاق، فهو ملزم لطرفيه ولا يجوز لأحد طرفيه نقضه بإرادة منفردة، وهذا ما أكدته محكمه الإستئناف الفلسطينية حيث قضت بأن: "الاتفاق ما بين البنك والمدعى، على الزام المدعى ببنود البنك وحساباته ودفاتره واعتبارها بينة قاطعة يعد اتفاقاً صحيحاً ولا يجوز نقضه بإرادة منفردة"(٣).

ويجوز أن يكون الاتفاق سابق على رفع الدعوى كما ويجوز أن يكون لاحقاً لرفعها(٤)، ولا يجوز للقاضى من تلقاء نفسه رفض الإثبات بالشهادة حيث يوجب القانون الإثبات بالكتابة من غير أن يطلب الرفض من أحد من الخصوم، كما لا يجوز أن تثار المخالفة للقواعد المتعلقة بطرق الإثبات لأول مرة أمام محكمه النقض إذا لم تكن قد أثرت قبل ذلك أمام محكمه الموضوع، هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن "إذا قبلت الطاعنة الإثبات بالبينة فلا يجوز لها أن تتمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بعدم جواز الإثبات بهذا الطريق لسقوط حقها فى التحدى بهذا الدفع"(٥).

(١) نقض مصري رقم ٤٥٠ سنة ٢١ ق والصادر بتاريخ ١٤/٤/١٩٥٥م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٢١٢ - ص ٢٠٢.

(٢) نقض مصري رقم ٧٣١ سنة ٤٢ ق، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٢٠٥ - ص ٢٠١.

(٣) إستئناف فلسطينى دائمة رقم ٩٨/٩٨) والصادر بتاريخ ١٧/٦/٢٠٠٩م، منشور على موقع المقتنى <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

(٤) عبد الرزاق السنهورى - مرجع سابق - هامش رقم ٢ - فقرة رقم ١٩٠ - ص ٣٦٨.

(٥) نقض مصري رقم ٢٨ لسنة ٢٩ ق والصادر بتاريخ ١٩/١٢/١٩٦٣م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٢١٩ ص ٢٠٨.

المطلب الثاني الإستثناء القانوني

إستثنى المشرع حالات من وجوب إثباتها كتابه ونستعرض هذه الحالات فى الفروع الآتية:

- الفرع الأول: مبدأ ثبوت الكتابة.
- الفرع الثانى: وجود مانع من الحصول على الدليل الكتابى.
- الفرع الثالث: العرف والعادة.
- الفرع الرابع: فقدان الدليل الكتابى.
- الفرع الخامس: حالات خاصة من الإستثناءات.

الفرع الأول

مبدأ ثبوت الكتابة

نصت المادة (٧١) من قانون البيئات الفلسطينى على أن: "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة فى الحالات التالية:

إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، ويعتبر فى حكم ذلك كل كتابة تصدر من الخصم، يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال".

تتطابق الفقرة سالفه الذكر مع نص المادة (٦٢) من قانون الإثبات المصرى.

سنتناول دراسة مبدأ ثبوت الكتابة على النحو الآتى:

أولاً: المقصود بمبدأ ثبوت الكتابة:

عرف البعض مبدأ ثبوت الكتابة بأنه: "كتابة صادرة ممن يراد الإثبات ضده ليست سنداً كاملاً بما يراد إثباته وإنما تجعله قريب الاحتمال" (١)

وعرفه آخر بأنه: "كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود

التصرف المدعى به قريب الاحتمال" (٢)

وعرفه ثالث أنه: "وجود كتابة لا تصلح دليلاً كاملاً ولها أهميتها ولكنها تكتمل بشهادة الشهود أو القرائن أياً كانت قيمة التصرف المراد إثباته، فإذا حدث ذلك قام دليل كامل على ما كان يتعين إثباته" (٣).

وعرفته محكمه النقض المصرى أنه " كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن

تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال" (٤).

(١) أحمد نشأت بك - مرجع سابق - ص ٤٠٩.

(٢) عبد الرزاق يس - مرجع سابق - ص ١٦٣.

(٣) سامى مقداد - مرجع سابق - ص ٢٠٨.

(٤) نقض مصرى رقم ٢٥١٥ سنة ٥٢ ق والصادر بتاريخ ١٩٨٦/٥/٢٧، نقلاً عن سعيد شعله - مرجع سابق - ص ٢٢٥.

ثانياً: شروط تطبيق القاعدة :

حتى يتحقق مبدأ ثبوت الكتابة، يجب توافر عدة شروط على النحو الآتي:

الشرط الأول: وجود كتابة:

والكتابة المقصود بها هنا تعنى: "وجود ورقة مكتوبة لا تعد دليلاً كتابياً كاملاً" والكتابة هنا تؤخذ بمعناها الواسع وتشمل كل ما يحرر دون إشتراط شكل معين، فأى ورقة كتبت بيد الخصم لأى غرض معين تصح أن تعتبر مبدأ ثبوت الكتابة، فلا يشترط فيها التوقيع، فيكفى فى الورقة أن تكون مكتوبة كخطاب أو أوراق منزلية أو مذكرة مقدمة فى الدعوى(١).

على ذلك يجب إستبعاد التصريحات الشفوية المادية، إيجابية كانت أم سلبية، لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة، كما أن تنفيذ الإلتزام إذا انطوى على أعمال مادية محضة كبناء منزل، فإنه لا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت الكتابة، أما إذا انطوى على أعمال قانونية كالوفاء بمبلغ من النقود، فلا بد من إثبات هذا التنفيذ وهو تصرف قانونى بورقة مكتوبة إذا زاد عن النصاب، وهذه الورقة - سواء كانت دليلاً كتابياً كاملاً على التنفيذ أو لم تكن إلا مبدأ ثبوت الكتابة تكون فى الوقت ذاته مبدأ ثبوت الكتابة بالنسبة إلى إثبات وجود الإلتزام، فإذا كان الوفاء ينصب على مبلغ لا يزيد عن النصاب وكان هذا كل الدين، فأثبات الوفاء يجوز بالشهادة ولكننا فى هذه الحالة لا نكون بحاجة إلى مبدأ ثبوت الكتابة لإثبات الإلتزام ذاته إذ يجوز إثباته بالشهادة(٢).

وشروع المدين بالوفاء بالتزامه بعمل مادية محض، لا يجوز للدائن أن يتخذ من هذا العمل المادى مبدأ ثبوت الكتابة لإثبات وجود الإلتزام فى ذمة المدين، أما إذا كان الوفاء ينطوي على تصرف قانونى كالوفاء بمبلغ من النقود، وأثبت فى ورقة مكتوبة بأن المبلغ الموفى به يزيد عن النصاب فإن هذه الورقة تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة كسند غير موقع، إذ أن العقد الموقع يعتبر دليلاً كتابياً كاملاً(٣).

والسند غير الموقع عليه أو الدفاتر التجارية أو مذكرات خاصة أو سجلات أو أوراق منزليه أو مذكرة فى دعوى أو محضر صلح، أو مراسلات موقعة كانت أو غير موقعة كل هذه كل هذه تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة، هذا إذا لم تكن دليلاً كاملاً فى الحالات التى نص قانون فيها على ذلك(٤)

(١) عبد الرزاق يس - مرجع سابق - ص ١٦٤.

(٢) عبد الحميد الشواربى - مرجع سابق - ص ٢٨٤.

(٣) عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٥٣٥.

(٤) نبيله رسلان - مرجع سابق - ص ١٩٠.

وكذلك يصلح أن يكون مبدأ ثبوت الكتابة محضر الجرد، ودفاتر الحساب، والإيصالات، والمخالصات، والتأشيريات المدونة في هامش الأوراق والسندات أو في ظهرها، والمذكرات الشخصية ولو كانت مكتوبة في أوراق مبعثرة، وصور المستندات الموقعة الفوتوستاتية في غير الأحوال المعتمدة كدليل كامل^(١)، ولا يلزم أن يستخلص مبدأ ثبوت الكتابة من ورقة واحدة، فقد يستخلص من مجموع أوراق متفرقة حتى ولو كانت كل ورقة منها لا تكفي بمفردها للنهوض بهذا الاستخلاص^(٢)، أو يمكن استخلاصها من قصاصات ورق ممزقة، إذا أمكن التعرف على مضمونها بطريق اللصق وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن: "إذا قدمت في الدعوى قصاصات ورق مجموعة بعضها إلى بعض بطريق اللصق على أنها تضمنت شروط استرداد العين المبيعة فاستدلت المحكمة منها ومن ترتيب العبارة الواردة بها وخصوصاً ما يتعلق منها بالعين ومقدارها وحق استردادها، مع اتحاد الخط والحبر والورق ووجود توقيع بصمة ختم المشتري على إحداها استدلت من ذلك على أن هذه البقايا هي أجزاء لأصل واحد، فاعتبرتها -لا ورقة ضد كاملة- بل مبدأ ثبوت الكتابة أو أكملته بما استخلصته من شهادة الشهود والقرائن التي أوردتها، وبناءً على ذلك بأن العقد فإن كتب في صورة عقد بيع بات هو من حقيقة يخفي رهناً فذلك ليس فيه خطأ من تطبيق القانون"^(٣).

والسند الرسمي إذا كان باطلاً وكان موقفاً من ذوي الشأن يعتبر مبدأ ثبوت الكتابة أما إذا كان السند الرسمي باطلاً وكان غير موقع عليه من ذوي الشأن، وكان عدم التوقيع راجعاً إلى الجهل بالكتابة أو عدم استطاعته إياها أو رفضه للتوقيع فإنه يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة، أما إذا كان عدم التوقيع لا يرجع إلى جهل بالكتابة أو عدم استطاعته إياها أو رفضه التوقيع، فإنه يكون مجرد مشروع لم يتم ولا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة، أما إذا كان السند الرسمي الباطل صادر عن عدة مدينين متضامنين ولم يوقعه إلا بعضهم، فلا تكون له قيمة الورقة العرفية، ولا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة لا بالنسبة إلى من لم يوقع لعدم التوقيع، ولا إلى من وقع لأنه لم يوقع إلا كمدين متضامن مع آخرين فلو صلحت أن يكون هذا السند الباطل ضده لفقد حق الرجوع على من لم يوقع من هؤلاء المدينين^(٤).

السند العرفي إذا كان باطلاً لعدم التوقيع عليه، يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوباً بخط المدين أو كان صادراً منه أو من ينوب عنه أو من يمثله، وكذلك السند الموقع عليه أو الصادر منه أو من المدين، ولو لم يذكر فيه مقدار الدين، يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة،

(١) عبد الرازق السنهوري - مرجع السابق - فقرة ٢١١ - ص ٤٢٠

(٢) عبد العزيز المرسي - مرجع سابق - صفحة ٢٢١

(٣) نقض مصري رقم ١٩٧ سنة ١٩٩٠ والصادر بتاريخ ٢٢/١١/١٩٥١م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٩١٤ - ص ٣٨١.

(٤) عبد الحميد الشواربي - مرجع سابق - ص ٢٨٦.

ويجوز إثبات الدين بالشهادة، ولا يعد ذلك تجاوزاً للكتابة لأن الكتابة هنا ليست دليلاً كاملاً بل مبدأً ثبوتاً بالكتابة^(١).

في بعض الأحيان قد يكون مجرد بيان سلبي (أي مجرد إغفال ذكر بيان من ورقة مكتوبة)، صالحاً لأن يكون مبدأً ثبوتاً بالكتابة، فيستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من عدم ذكر أمر من ورقة تحتويه عادة، كما لو لم يذكر الورثة في محضر جرد أموال مورثهم ديناً للمورث فإن هذا يصلح مبدأً ثبوتاً بالكتابة في التخالص من هذا الدين^(٢).

غني عن البيان أنه يجب أن تكون الورقة موجودة، وأن يقدمها صاحب المصلحة للمحكمة، فإذا فقدت الورقة أو ضاعت فلا يصلح إثبات تحريرها بشهادة الشهود وإلا إذا كان الإثبات كله جائز، على أنه إذا اعترف بها الخصم المتمسك بها ضده أخذ اعترافه مقام وجودها وتقديمها، وتقدير ما إذا كان الورقة مكتوبة أم لا مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض^(٣).

الشرط الثاني: أن تكون الكتابة صادرة من الخصم أو ممن يمثله:

يجب ثانياً لإعتبار الورقة المكتوبة مبدأً ثبوتاً بالكتابة أن تكون صادرة من الخصم ويقصد بالخصم هنا، والخصم الذي يحتج عليه بهذه الكتابة^(٤)، وتكون الكتابة كذلك إذا كانت صادرة من الخصم شخصياً، وتعتبر صادرة منه أيضاً إذا كانت صادرة من سلف فيما يجوز الإحتجاج به من تصرفات السلف على الخلف، كأن تكون الكتابة صادرة عن السلف فيحتج بها على الخلف العام^(٥).

تطبيقاً لذلك قضت محكمة الإستئناف الفلسطينية بأن: "سند القبض المتعلق بالفترة السابقة لانقضاء العقار إلى المالك الجديد يكون قد صدر عن خصم لكون اعتبار السند مبدأً ثبوتاً بالكتابة ويجب أن يكون موقفاً عليه ممن يراد الإثبات عليه أو ممثلة فإن الحقوق المترتبة على السلف تنتقل إلى الخلف ولا مجال لأن ينتقل من التزامه أمام المستأجر أو يدعى أن ما تم بين المستأجر والمالك السابق لا يرتب التزامات له أو عليه، ويتضح من ذلك القول أنه إذا كان يمكن السندات المبرزة في الدعوى مبدأً ثبوتاً بالكتابة في مواجهة المالك السابق فمن البديهي أن تعتبر كذلك في مواجهة المالك الجديد".

(١) عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٥٣٦.

(٢) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - فقرة ٢١٣ - ص ٤٢٣.

(٣) مفلح القضاة - الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٠٩.

(٤) محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ١٤٣.

(٥) عبد الرزاق يس - مرجع سابق - ص ١٦٥.

كذلك الأمر تعتبر الكتابة صادرة من الخصم يحتج عليه بها، اعتبارها مبدأ ثبوت الكتابة متى كانت صادرة من نائب عنه في حدود نيابته سواء كانت إتفاقية أم قانونية^(١).

على ذلك إذا صدرت الورقة من الوكيل وكانت خارج حدود وكالته، أو بعد انتهاء مدة وكالته إذا كانت الوكالة محددة المدة، لا يصح إعتبرها مبدأ ثبوت بالكتابة، هذا ما أكدته محكمة الإستئناف الفلسطينية: "عدم إعتبر السند الصادر من الوكيل في تاريخ لاحق لإنهاء وكالته مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز معه سماع الشهادة"^(٢).

كذلك لا يمكن إعتبر الورقة مبدأ ثبوت الكتابة إذا كانت صادرة من شخص لا يمثله ولو كان ابنه أو زوجته أو شريكته.

هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه: "يجب لكي يعتبر المحرر الصادر عن ينوب عن الخصم المطلوب الإثبات عليه، كوكيل أو ولي أو وصى، مبدأ ثبوت الكتابة أن يكون صادر في حدود نيابته"^(٣)

صدور الورقة من الخصم إما أن يكون صدوراً مادياً يتحقق بأن تكون الورقة بتوقيع الخصم أو بخطه، والورقة التي وقعها الخصم تكون في الغالب دليلاً كتابياً كاملاً إذا أعدت أصلاً لإثبات المدعى به وإنما اقتصر على بيانات تجعل المدعى به قريب الاحتمال، وعندئذ يكفي لإعتبار الورقة صادرة من الخصم أن تكون ممهورة بتوقيعه دون أن تكون بخطه شريطة أن يكون التوقيع صحيح، وعلى ذلك فلا يكفي أن يكون مجرد تأشير أو علامة^(٤).

قد تكون الورقة غير موقعه من الخصم لكنها مكتوبة بخط يده، وهذا يكفي لإعتبار الورقة مبدأ ثبوت الكتابة فإيصال الدائن بغير توقيع يصح أن يعتبر مبدأ ثبوت الكتابة، وسند الدين غير الموقع عليه من المدين، والوعد أو تعهد بالبيع، وغير ذلك من العقود والدفاتر والأوراق المنزلية طالما أنها مكتوبة بخط من يحتج عليه أو من وكيله في حدود وكالته^(٥).

وأما أن تكون الورقة قد صدرت صدوراً معنوياً، والصدور المعنوي يتحقق بأن الخصم وهو لم يوقع الورقة أو لم يكتبها بخطه - يعتبرها كما لو كانت صادرة منه، فمثلاً لو أن الخصم كان أمياً وكتبت الورقة بإملائه، تعتبر من هذه الحالة صادرة دون أن يكون قد وقعها أو كتبها بخطه، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "محاضر الحجز الإدارية التي توقع بناء على

(١) توفيق فرج - مرجع سابق - ص ١٣١.

(٢) استئناف فلسطيني دائمة رام الله رقم (٩٨/٤٢٧) والصادر بتاريخ ١٩٨٨/٩/١م منشور على موقع <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

(٣) نقض مصري رقم ٦٢ لسنة ١٩٨٤ق والصادر بتاريخ ١٩٤٩/١٢/١م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٩٢٣ - ص ٣٨٤.

(٤) عبد الحميد الشواربي - مرجع سابق - ص ٢٨٧.

(٥) أحمد نشأت بك - مرجع سابق - ص ٤١٦.

طلب المؤجر على زراعة المستأجر تعتبر قانوناً أنها صادرة من المؤجر، وهي بذلك تصلح للاحتجاج بها عليه كمبدأ ثبوت الكتابة من شأن بيع الأشياء المحجوزة بالقدر وبالثلثين الوارد بها^(١). فقد تكون الورقة لم تكتب بإملائه، ولكنه أقر بما ورد فيها، كمخالصة صادرة من الخصم الآخر تمسك بها، فتعتبر كأنها صادرة منه أو دون أن تحمل توقيعها أو تكتب بيده^(٢). على أي حال فإنه يشترط لكي تكون الورقة صادرة من الخصم كشرط لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ألا يكون الخصم قد أنكر الخط أو التوقيع إذا كانت الورقة عرفية، أو طعن فيها بالتزوير إذا كانت الورقة رسمية، فإذا أنكر الخصم الورقة أو طعن بها فلا بد من تأكيد نسبتها إليه وفقاً لما هو عليه الحال من صحة الأوراق العادية حتى يأخذ بها في الإثبات^(٣). وكون الورقة صادرة من الخصم أو ممن له صفة من تمثيل الخصم أو من تمثيله للخصم هو الركن الجوهرى من مبدأ الثبوت الكتابة، لأنه يصل الورقة بالخصم ويجعلها حجة عليه وهذه مسألة من مسائل القانون، تخضع لرقابة محكمة النقض^(٤).

الشرط الثالث: أن تجعل المدعى به قريب الاحتمال:

يشترط أن تكون الورقة المقدمة كمبدأ ثبوت الكتابة من شأنها أن تجعل المدعى به قريب الاحتمال معني ذلك أن يكون من شأن الورقة جعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحصول، وأن هناك قرينة على صحتها، وبذلك تعتبر دليلاً كتابياً ناقصاً يمكن تكملته بشهادة الشهود^(٥). هذا الشرط أكدته المحاكم الفلسطينية على اختلاف أنواعها، فقد قضت محكمة النقض الفلسطينية على أن: "يجوز إثبات الإجارة بشهادة الشهود إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة من شأنه أن يجعل وجود المدعى به قريب الاحتمال"^(٦). فقد أكدته محكمة الاستئناف الفلسطينية حيث قضت بأنه " يشترط في ورقة مبدأ الكتابة أن يكون من شأنها جعل ما قدم في هذه الورقة والالتزام مدعي به قريب الاحتمال"^(٧). من الممكن وضع عدة ضوابط للإستئناس بها من قبل القاضى فى تقدير ما إذا كان مبدأ الثبوت بالكتابة من شأنه أن يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال^(٨):

(١) نقض مصرى رقم ٨٩ سنة ٥ ق والصادر بتاريخ ١٩/٣/١٩٣٦ - نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٩١٢ - ص ٣٨٠.

(٢) عبد الرازق السنهورى - مرجع سابق - فقرة رقم ٢١٧ - ص ٤٢٩.

(٣) عبد الحميد الشواربي - مرجع سابق - ص ٢٢٨.

(٤) مفلح القضاة - الإثبات - مرجع سابق - ص ٢١٢.

(٥) توفيق فرج - مرجع سابق - ص ١٣٣.

(٦) نقض فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠٠٥/١٢٢) والصادر بتاريخ ٣/٥/٢٠٠٦ م - منشور على موقع المقتضى <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

(٧) استئناف فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠٠١/١٢٥) والصادر بتاريخ ٣٠/٥/٢٠١١ م - منشور على موقع المقتضى <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

١- ورقة كان من الممكن أن تكون دليلاً كتابياً كاملاً على الواقعة المراد إثباتها: مثال ذلك الأوراق الرسمية أو العرفية إذا نقض شرط من شروط صحتها التي تطلبها القانون فهي لم تعد تصلح لأن تكون دليلاً كاملاً، فتتقلب إلى مبدأ الثبوت بالكتابة، كالورقة الرسمية إذا شابها عيب الشكل، ولم تصلح لأن تكون ورقة عرفية، فإنها تصلح لأن تكون مبدأ ثبوت الكتابة.

٢- ورقة تشير إلى الواقعة المراد إثباتها، ولكنها من غير الممكن أن تكون دليلاً كتابياً لها، سواء كانت الإشارة إيجابية أو سلبية، مثال ذلك كتاب يرسله المدين، يذكر فيه الديون الثابتة في ذمته دون أن يذكر مقدارها وشروطها، أو كتاب يرسله شخص لآخر يتكلم فيه عن بيع أو قرض أو عقد آخر، فهذا الكتاب يصلح أن يكون مبدأ ثبوت الكتابة ضد صاحبه علة وقوع هذا العقد.

بعض النظر عن نوع الإشارة فإنه يجب أن يكون من شأنها أن تجعل الورقة قريبة الاحتمال ومرجحة الحصول، فمثلاً الاتفاق المكتوب بين شخصين على جواز إثبات العقود المبرمة بينهما بالشهادة لا يصلح لأن يكون مبدأ الثبوت بالكتابة لإثبات عقد إبرام هذا الاتفاق، إذ أن هذا الاتفاق المكتوب ليس من شأنه أن يجعل العقد المدعى به قريب الاحتمال أو مرجح الحصول.

٣- ورقة تثبت واقعة أخرى لها ارتباط وثيق بالواقعة المراد إثباتها، ويكون ثبوت هذه الورقة الأخرى من شأنه أن يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال.

مثال ذلك، إذا قرر الدائن المرتهن شطب الرهن، فإن هذا التقرير يعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة على الوفاء بالرهن، ذلك أن الدائن المرتهن لا يرضى عادة بشطب الرهن قبل أن يستوفي حقه، وتقرير الدائن لشطب الرهن ورقة تثبت رضا الدائن بهذا الشطب، والواقعة المراد إثباتها هي وفاء الدين المضمون بالرهن، وثبوت الواقعة الأولى يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال.

تقرير ما إذا كانت الورقة (الكتابة) تجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال أم لا، مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض^(١)، هذا ما أكدته محكمة الاستئناف الفلسطينية حيث قضت: "يخضع تقدير الورقة الصادرة من الخصم من جهة كونها تجعل الإثبات قريب الاحتمال أو لا تجعله الي محكمة الموضوع"^(٢).

وأكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن: "إن تحصيل مفهوم الورقة المراد اعتبارها مبدأ الثبوت بالكتابة، والحكم على أساس هذا التحصيل بأن الورقة تجعل

(١) وهذه الضوابط للاستئناف فقط فالقاضي غير مجبر قانوناً بالأخذ بها ، فالقاضي في هذا الشأن لا يخضع لرقابة محكمة النقض.

(٢) وبذلك يختلف هذا الشرط عن باقي الشروط من حيث خضوعه لمحكمة النقض، فالشرطان الأولان يعتبران من مسائل القانون، فهما يخضعان لرقابة محكمة النقض، أما الشرط الثالث - قرب الاحتمال - من مسائل الواقع ولا يخضع لرقابة محكمة النقض.

(٣) استئناف فلسطيني دائرة رام الله رقم (٢٠٠٨/٢٦٨) والصادر بتاريخ ٢٦/١٠/٢٠٠٩م منشور على موقع المقتضى <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

الأمر المراد اثباته قريب الإحتمال أو لا هو من قبيل فهم الواقع من الدعوى، فما تراه محكمة الموضوع من شأنه لا يقبل الطعن القانون^(١).

الفرع الثاني

وجود مانع من الحصول علي الدليل الكتابي

نصت المادة (٢/٧١) من قانون البينات الفلسطيني على أنه: "١- لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إتباعه بالكتابة.

٢- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، أو إذا كان العرف والعادة لا يقضيان بربط الالتزام بسند كتابي، يعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من يستطيع الكتابة، أو أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد ويعتبر مانعاً أدبياً القرابة بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع، أو ما بين الحواشي حتى الدرجة الثالثة أو بين أحد الزوجين وأبوى الزوج الآخر أو بين الخطيب وخطيبته"

يقابل هذه المادة نص المادة (١/٦٣) التي نصت على "يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي:

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

يتضح من النصوص السابقة أنه إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة لإثبات تصرف قانوني كان الواجب إثباته بالدليل الكتابي، فإنه يجوز إثبات هذا التصرف بالشهادة^(٢).

كما يتضح أن المانع الذي يبرر قيام هذا الإستثناء ليس مانعاً مطلقاً، بل هو مانع نسبي عارض، لا يرجع إلى طبيعة التصرف، بل يرجع إلى الظروف التي انعقد فيها التصرف ذاته^(٣)، وتتفق النصوص سالفة الذكر مع المنطق وتوجه العدالة ذلك لأن القانون حينما يستلزم الكتابة في الإثبات، إنما يفترض إمكان الحصول عليها، فإذا حالت ظروف خاصة دون ذلك فلا يكون المنطق ولا العدل محاسب صاحب الحق على عدم الحصول على الكتابة وحرمانه إثبات حقه إذ لا قبل لأحد بالمستحيل^(٤).

لذلك يجب على المحكمة أن تبين ظروف الحال التي منعت من الحصول على الدليل الكتابي، هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية: "صلة القرابة مهما كانت درجتها لا تعتبر في ذاتها مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الكتابة، ومن ثم فإن اقتصار الحكم المطعون فيه على قوله إن البنوة تقوم مانعاً

(١) نقض مصرى رقم ٥٥ و ٧٤ لسنة ١٦٦٦ والصادر بتاريخ ١٩٤٧/٥/٢٢م نقلاً عن سعيد شعله - مرجع سابق - ص ٢٢٥.

(٢) عبد المجيد الشواربي - مرجع سابق - ص ٣١٧.

(٣) عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٥٥٢.

(٤) عبد العزيز المرسي - مرجع سابق - ص ٢٢٨.

أديباً من حصول الإبن علي عقد كتابي من أبيه دون أن يبين ظروف الحال التي تبرز ذلك يجعله مشوباً بالقصور" (١).

وهذا لم يعرف قانون البيئات الفلسطيني وقانون الإثبات المصري المقصود بالمانع وإنما إكتفت بيان أنواعه وهي إما مانع مادي أو مانع أدبي .

نستعرض فيما يلي أنواع المانع التي يحول دون الحصول علي دليل كتابي وصورة وذلك علي النحو الآتي:

أولاً : المانع المادي وصوره:

ويقصد المانع المادي بأنه حالة ما إذا نشأ التصرف القانوني في ظل ظروف لم يكن لأصحابه المصلحة متسعاً من الوقت، أو وسيلة للحصول على دليل كتابي" (٢) وهو الحالة التي يمنع فيها الحصول علي المحرر المكتوب بسبب ظروف إستثنائية أو حوادث مفاجئة كالحريق أو الفيضان (٣).

هذا فقد وضع قانون البيئات الفلسطيني صوراً للمانع المادي، ويلاحظ بأن الصور التي أوردها قانون بيئات الفلسطيني وردت على سبيل المثال لا الحصر، في حين لم يورد قانون الإثبات المصري صوراً للمانع المادي، ويرى الباحث بأن المشرع المصري كان أكثر توفيقاً من المشرع الفلسطيني في عدم إيراد صوراً للمانع المادي حيث أن تقدير المانع مسألة موضوعية يجب على القاضي أن يبحث كل واقعه على حده، كما أن الصور التي أوردها المشرع الفلسطيني جاءت على سبيل المثال لا الحصر .

نستعرض هذه الصور على النحو الآتي:

١- لا يوجد من يستطيع الكتابة: وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٧١) من قانون البيئات الفلسطيني على أن: "يعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من يستطيع الكتابة" ويتصور هذا الشرط في البيئة التي لا ينتشر فيها الإلمام بالكتابة انتشاراً كافياً بحيث يصعب العثور فيها على شخص يستطيع أن يكتب السند الواجب إعداده للتصرف (٤)، وإن كان الباحث يرى بأن من النادر أن تتحقق صورة هذا المانع خصوصاً مع إنتشار الكتابة والزيادة الملحوظة في نسبة المتعلمين. على أي حال فإنه يجب على القاضي أن يتحقق من قيام هذه الصورة وذلك بالرجوع إلى البيئة التي أبرم فيها التصرف، فضلاً على أنه يقع على عاتق المتمسك بهذا المانع عبء

(١) نقض مصري رقم ٤٥٦ سنة ٣٥ ق والصادر بتاريخ ١/٨/١٩٨٠، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٨٨٩ - ص ٣١٤.

(٢) سامي مقداد - مرجع سابق - ص ٢١٥.

(٣) إباد محمد عارف سده - مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات - رسالة ماجستير - جامعة النجاح - ٢٠٠٩ - ص ١٠٦.

(٤) سامي مقداد - مرجع سابق - ص ٢١٦.

إقامة الدليل على تعذر وجود من كان يستطيع كتابة السند في الظروف التي انعقد فيها التصرف، ويجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات^(١).

وقد ثار خلاف بين فقهاء القانون حول هذه الصورة، فمنهم من يرى أن هذه الصور من المانع لا يعتد بها إلا في القوانين التي نصت عليها كقانون البيئات الفلسطيني، ولا يعتد بها في القوانين التي لم تنص عليها مانعاً يبرر الإثبات بالشهادة كقانون الإثبات المصري.

بيما يرى البعض الآخر إلى عكس ذلك حيث يروا أن هذه الصورة يعتد بها في ظل القوانين التي نصت عليها والتي لم تنص عليها، ويبرروا ذلك بقولهم أن القوانين التي أشارت إلي هذا المانع اكتفت بذكره بوجه عام ولم تبين صورته، فضلاً إلى أن القوانين التي أوردت بعض صور هذا المانع أوردتها على سبيل المثال لا الحصر، كما أن تقدير المانع مسألة موضوعية، فيجوز للقاضي أن يبحث كل واقعه على حده فإذا ثبت لديه بأنه لم يكن هناك من يستطيع أن يكتب التصرف في السند، كان للقاضي أن يعتبر ذلك مانعاً يسوغ إثبات التصرف بالشهادة^(٢).

ويرى الباحث بأن الرأي الثاني هو الصحيح وهو الذي يتفق مع صحيح القانون وذلك لقوة وحجته وأسبابه.

ب- أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد:

يقصد بالشخص الثالث هنا: هو الذي لم يكن طرفاً في العقد المطعون بصحته ولم يكن ممثلاً فيه^(٣) ويحق للشخص الثالث في هذه الحالة أن يثبت التصرف بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهادة، وذلك إذا كانت له مصلحة مشروعة متعلقة بهذا التصرف^(٤).

ويعتقد الباحث أن المشرع الفلسطيني قد أخطأ عندما أورد هذه الحالة من ضمن صور المانع المادي، وذلك لأن الشخص الثالث (الغير) يستطيع إثبات التصرف بكافة طرق الإثبات لا اعتبار قيام المانع من الحصول على الدليل الكتابي بل على اعتبار أن التصرف القانوني بالنسبة له واقعة مادية.

على ذلك فإنه يجوز إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات لأنها بالنسبة إليه عمل مادي ليس بإمكانه أخذ كتابه بها، ولا يستطيع الحصول على كتاب لإثبات صورية لم يكن طرفاً فيها، كما أن ورقة الضد التي نظمها العاقدات تكون سرية بينهما وموجه ضده.

ونؤكد على أن الأمثلة السابقة المشار إليها أوردتها قانون البيئات الفلسطيني على سبيل المثال لا الحصر، وأن الموانع كثيرة نذكر منها الواقعة الإضطرارية التي يضطر فيها شخص أن

(١) عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - مرجع سابق - ص ٥٥٧.

(٢) مشار إليه لدى - عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - مرجع سابق - مرجع سابق - ص ٥٥٤.

(٣) مفلح القضاة - الإثبات - مرجع سابق - ص ٢١٨.

(٤) سامي مقداد - مرجع سابق - ص ٢١٦.

يودع أمواله لدى شخص آخر نتيجة خطر يتهدده، ولا تسمح له الظروف من الحصول على دليل كتابي من المودع لديه يثبت فيه مقدار هذه الوديعة، ففي هذه الحالة يجوز للمودع أن يثبت هذه الوديعة بشهادة الشهود إذا استطاع أن يثبت سبب الإيداع وحالة الإضطرار^(١).

كذلك يقوم المانع المادي من الحصول على دليل كتابي في حالات أخرى غير منظورة يتعذر فيها الحصول على دليل لعدم وجود فسحة من الوقت، كمن يقرض مسافراً على وشك الرحيل بالباخرة أو الطائرة مبلغاً من المال يزيد عن النصاب، إذ في مثل هذه الحالة لا يتسع الوقت للحصول على دليل كتابي^(٢).

علي أي حال فإن تقدير قيام المانع يترك لقاضي الموضوع، دون معقب عليه وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت: "إن تقدير قيام المانع من الحصول على الدليل الكتابي هو مما يدخل فيها قاضي الموضوع بلا معقب عليه"^(٣).

لكن لا يشترط القاضي وجوب قيام هذا التقدير أن يؤسس قضائه على أسباب سائغة وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث: "تقدير قيام المانع من الحصول على دليل كتابي يستقل به قاضي الموضوع وجوب قيام هذا التقدير على أسباب سائغة"^(٤).

ثانياً: المانع الأدبي وصورة:

ويقوم المانع الأدبي على ظروف نفسه أحاطت انعقاد التصرف القانوني، إذا كانت هذه الظروف يستحيل معها أدبياً الحصول على دليل كتابي^(٥).

فقاضي الموضوع هو الذي يقدر هذه الإستحالة عن طريق استخلاصها من ظروف الدعوى وعلاقة الخصوم بعضهم ببعض، وما اعتاد عليه الناس من الناحية الإجتماعية والخلقية، هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت أن: "تقدير المانع من الحصول على سند كتابي وإن كان من الأمور الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع إلا أنه يتضمن عليه أن يؤسس قضاءه من ذلك على أسباب سائغة"^(٦).

على أي حال فإن مجال إعمال المانع الأدبي هو التصرفات القانونية، حيث يترتب على ذلك أن المانع الذي يبرر قيامه ليس مطلقاً وإنما هو نسبي لا يرجع إلى طبيعة التصرف بل إلى الظروف

(١) محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ١٤٧.

(٢) نبيلة رسلان - مرجع سابق - ص ١٩٧.

(٣) نقض مصري رقم ٤١ لسنة ١٧٧ والصادر بتاريخ ١/٦/١٩٤٩م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية، مرجع سابق - القاعدة رقم ٨٦٩، ص ٣٧٠.

(٤) نقض مصري رقم ٥٩ سنة ٥٨ ق و الصادر بتاريخ ٢٥/٢/١٩٩٣م، نقلاً عن إبراهيم سيد أحمد - التعليق على قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية والجنائية من ضوء الفقه والقضاء - دار العدالة - دون سنة نشر - ص ٧٢.

(٥) هشام زوين - مرجع سابق - ص ٧٢.

(٦) نقض مصري رقم ٤٥٦ لسنة ٣٥ ق والصادر بتاريخ ١/٨/١٩٧٠م نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم (٨٧٨) - ص ٣٧٢.

التي انعقد فيها أو لحقته، وعلى ذلك فصلة النسب مهما كانت درجتها لا تعتبر من ذاتها مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على سند كتابي بل المرجح لذلك ظروف الحال التي تقدرها محكمة الموضوع^(١).

وإذا قام هذا المانع فإنه يجوز إثباته بالكتابة وهذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية التي قضت على أن: "الموانع الأدبية تمنع من كتابة الإلتزام فالدعوى المقامة بين أخوة بينهم موانع أدبية لا يشترط فيها اثبات الإلتزام بالكتابة"^(٢).

هذا وقد أورد قانون البيئات الفلسطيني من المادة (٢/٧١) منه على عدة صور للمانع الأدبي ، نستعرضها على النحو الآتي:

أ - صلة الزوجية:

نصت المادة (٢/٧١) من قانون البيئات الفلسطيني صراحة على هذه الحالة، فإذا ما ثبتت هذه العلاقة تحتم على القاضي اعتبارها مانعاً من الحصول على الدليل الكتابي لإثبات تصرف قانوني، كإثبات وفاء بدين ما بينهما أو إثبات قرض أو تصرف قانوني آخر^(٣).

ويعتبر مدى اعتبار العلاقة الزوجية مانعة من الأمور الموضوعية التي تختلف من الدعاوى بحسب ظروفها^(٤).

وإن كان الأصل قيام المانع الأدبي الذي يمنع من الحصول على الدليل الكتابي إلا أنه قد يعتاد الزوجات على كتابة تصرفاتها القانونية بشرط توافر عنصر الاعتقاد^(٥).

فأحياناً لا تكون رابطة الزوجية موحية بالثقة وقيامها بين الزوجين، كذلك الحال إذا ما إعتاد الزوجات على ربط معاملاتها بالدليل الكتابي، فإذا وعلى أي حال فإن وجود محرر كتابي بين الزوجين لا يمنع من قيام المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي إذا توفرت شروطه وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن: "التوكيل الصادر إلى الطاعن من زوجته لتحصيل نصيبها من الربيع وتوقيعه على كشوف الحساب التي تسلم بموجبها هذا النصيب مما يتولى إدارة العقار ليس من شأنه أن ينفي قيام المانع الأدبي من علاقة الطاعن مع زوجته"^(٦)

(١) نقض مصري رقم ٩٨٠ سنة ٤٧ق، الصادر بتاريخ ٢٥/٢/١٩٨١م نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم (٨٨٢) - ص ٣٧٣.

(٢) نقض فلسطيني دائنة رام الله رقم (٢٣/٣٣١) الصادر بتاريخ ٢٥/٥/٢٠٠٤م، منشور على موقع المفتى <http://muqta.birzeit.edu/familulaws>.

(٣) سامي مقداد - مرجع سابق - ص ٢١٨.

(٤) نقض مصري رقم ٣٨ و ٥٠ سنة ٩ق والصادر بتاريخ ١١/١/١٩٤٠م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٨٦٥ - ص ٣٦٩.

(٥) مفلح القضاة - الإثبات - مرجع سابق - ص ٢١٨.

(٦) نقض مصري رقم ٧٥٩ سنة ٤٢ الصادر بتاريخ ٣/٢/١٩٧٦م، نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٨٩٠ - ص ٣٧٥.

ويمتد قيام المانع إلى العلاقة بين الخطيب وخطيبته هذا ما قدرته المادة (٢/٧١) من قانون البيئات الفلسطينية بقولها: "أو بين الخطيب وخطيبته".

وكذلك أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن: "فترة الخطبة وعلى ما جري به العرف لها سمتها الخاصة التي تفرض على الخطيبين وأسرتهما سلوكاً حميماً آيته التوادد والمجاملة لما للطرف الآخر وهو ما لا يلائم التعامل بالكتابة من شأن أداء المهر أو تقديم الشبكة، وما في حكمها من الهدايا المتعارف عليها، فإن هذه الفترة تعد بذاتها مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على دليل كتابي من هذا الخصوص، ويجوز الإثبات بشهادة الشهود"^(١).

على ذلك فإذا سلم الخاطب بعض الهدايا أو أقرض الخاطب خطيبته مبلغ من المال يزيد عن النصاب ولم يتم الزواج طالب به جاز إثبات الدعوى بالبينة إذ يوجد من هذه الظروف مانع أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي^(٢).

ب- المانع الأدبي بين الأقارب بالنسب:

هذا ما قرره المادة (٢/٧١) من قانون البيئات الفلسطينية بقولها "يعتبر مانعاً أدبياً القرابة بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة" يتضح من النص السابق أن قانون البيئات الفلسطينية قد حدد وعلى سبيل الحصر القرابة التي تشكل مانعاً أدبياً من الحصول على دليل كتابي وهي قرابة النسب^(٣) ما بين الأصول والفروع^(٤) والحواشي حتى الدرجة الثالثة^(٥).

وعلى ذلك فإنه يخرج من نطاق أعمال المانع الأدبي ويوجب عليه الإثبات بالكتابة كل من هو قريب بعد الدرجة الثالثة.

على أي حال فإن قاضي الموضوع هو الذي يحدد كون القرابة المدعاه مانعة من الحصول على الدليل الكتابي بالحق المتنازع فيه أو غير مانعة، ذلك لأنه لا القرابة من ذاتها مانعاً

(١) نقض مصرى رقم ١٠٦٩ سنة ٩٥ق والصادر بتاريخ ١٠/١٠/١٩٩٣م مشار إليه لدى - سامي مقداد - مرجع سابق - ص ٢٢٠.

(٢) عز الدين الدناصورى وحامد عكاظ - التعليق على قانون الإثبات - مرجع سابق - ص ٥٥٥.

(٣) ويقصد بقرابة النسب: هي الصلة بين الشخص ومن يجمعهم به أصل مشترك، سواء من ناحية الأب أو من ناحية الأم. (عبد القادر الفار - المدخل بدراسة العلوم القانونية - الطبعة الأولى - ١٩٩٤م، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ص ١٦٩.

(٤) ويعرف هذا النوع من القرابة بإسم القرابة المباشرة وهي التي تقوم على تسلسل عمودي بين من تجمعهم وحدة الدم، والأصل هو من نزل أو انحدر منه الفرع كالأب والأم، والفرع هو من انحدر الأصل كالابن والبنات بالنسبة إلى الأم. (نبيل سعد - المدخل إلى القانون - الجزء الثاني - دون طبعة - ٢٠٠٠ - دار المعرفة الجامعية - ص ١٤٨).

(٥) ويعرف هذا النوع من القرابة أيضاً قرابة الخط المنحرف، وهي قرابة يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للأخر مثل قرابة الأخ لأخيه، وتحسب درجة هذا النوع من القرابة على أساس عد الدرجات جهوراً من الفرع إلى الأصل المشترك إلى الفرع الأخر الذي يتفرع عن الأصل المشترك، وكل فرع فيما عدا الأصل يعتبر درجة فمثلاً الأخ قريب من الدرجة الثانية. (موسي أبو ملح - مدخل للعلوم القانونية - مرجع سابق - ص ٢١).

أدبياً يحول دون الحصول على سند كتابي، بل المرجع من ذلك إلى ظروف الحال التي يقدرها القاضي(١).

هذا وقد أيدت محكمة النقض الفلسطينية هذا المبدأ حيث قضت بأنه "يجوز للأخ إثبات حقوقه بشهادة الشهود نحو أخيه"(٢).

كما ويزول المانع الأدبي بين الأقارب بالاعتماد على الكتابة، ذلك أنه ليس هناك ما يمنع الطرفين من إعداد الدليل الكتابي حيث أن صلات القرابة لا تقوم على الثقة المتبادلة التي تقرر وجود المانع الأدبي، أو إذا كان هناك من الخصام الذي ينفي وجود الثقة بين الأقارب، ومن كل الحالات فإن تقدير هذا المانع من عدمه يعود إلي قاضي الموضوع(٣).

تجدر الإشارة إلى أن القرابة التي تتجاوز الدرجة الثالثة، فهذه القرابة غير مشمولة بنص المادة (٢/٧١) من قانون البيات الفلسطيني إلا أنه يعود للقاضي تقديرها حسب الواقعة المطروحة عليه وباعتبارها من الصلات العائلية.

ج- المانع الأدبي وعلاقة المصاهرة(٤):

هذا ما قرره المادة(٢/٧١) من قانون البيات الفلسطيني بقولها "يعتبر مانعاً أدبياً القرابة بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر".

يتضح من النص السابق حصر قيام المانع الأدبي بين والد ووالدة زوجته وبين الزوجة ووالد ووالدة زوجها على اعتبار أن هذه المصاهرة تحول من الناحية النفسية إثبات المعاملات فيما بينها بالكتابة(٥).

على ذلك فيخرج من نطاق المانع الأدبي أخ وأخت الزوجة والعكس لأن العلاقة فيما بينهم لا تشكل مانعاً أدبياً يجيز الإثبات بالشهادة(٦).

ويزول المانع الأدبي بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر إذا تم كتابه التصرف أو إذا تبين من ظروف الدعوى أنه ليس هناك ما يمنع الطرفين من إعداد الدليل الكتابي حيث أن صلات القرابة لا تقوم على الثقة المتبادلة التي تقرر وجود المانع الأدبي، أو إذا تواجد الخصام الذي ينفي الثقة بينهم.

(١) نقض مصرى رقم ٦٠ سنة ٢٢ق والصادر بتاريخ ١٩٥٥/٥/٥ نقلاً عن مجموعة القواعد القانونية - مرجع سابق - القاعدة رقم ٨٧١ - ص ٣٧١.

(٢) نقض فلسطيني رقم ٢٠٠٣/١، والصادر بتاريخ ٢٥/٥/٢٠٠٤م، مشار إليه لدى سامي مقداد - مرجع سابق - ص ٢١٩.

(٣) مفلح القضاء - الإثبات - مرجع سابق - ص ٣٢٥.

(٤) يقصد بقرابة المصاهرة: هي قرابة التي تحصل بسبب الزواج والتي تقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر، فقريب أحد الزوجين قرابة مباشرة أو غير مباشرة يعتبر قريباً بالمصاهرة للزوج الآخر وبنفس الدرجة (خالد الزغيبي ومنذر الفضل - المدخل إلى علم القانون - الطبعة الثانية - ١٩٨٨ - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - ص ٢١٣، موسى أبو ملح - المدخل - مرجع سابق - ص ٢١).

(٥) مفلح القضاء - البيات - مرجع سابق - ص ١٤٢.

(٦) مفلح القضاء - الإثبات - مرجع سابق - ص ٢٢٥.

ويؤخذ على النص سالف الذكر بأن فرق بين القرابة والمصاهرة، على الرغم من أن القرابة نوعان قرابة بالنسب وقرابة بالمصاهرة، ولذلك كان من الأفضل لو أن المشرع إستخدم لفظ قرابته فقط دون أن يستخدم لفظ مصاهرته، وذلك لأن المصاهرة تدخل في معنى القرابة. تجدر الإشارة في نهاية الحديث عن صور الموانع الأدبية إلى أن هذه الصور التي أوردتها المادة (٧١) من قانون البيئات الفلسطينية قد وردت على سبيل المثال لا الحصر. على ذلك فإنه يجوز للقضاء وللفقهاء استنباط موانع أدبية أخرى من علاقات بين الناس غير المذكورة في هذا النص، ومن هذه الأمثلة وأشهرها علاقة الخدمة، فالعلاقة ما بين المخدوم والخدام لا تسمح، تبعاً للظروف، للحصول على دليل كتابي^(١)، والعلاقة بين صاحب المصنع وعامله، والعلاقة ما بين رب العمل وكاتبه، والعلاقة بين والد التلميذ والمعلم، كذلك صلة الجوار بل مركز الشخصي الاجتماعي يعتبر في حد ذاته مانعاً أدبياً^(٢). على أي حال فإن محكمة الموضوع هي التي تفصل في وجود هذه الموانع من عدمها ودون رقابة محكمة النقض متى كان تقديرها مبنياً وقائماً على أسباب سائغة^(٣).

الفرع الثالث

العرف والعادة

نصت المادة (٢/٧١) من قانون البيئات الفلسطينية على هذه الحالة حيث جاء نصها "إذا كان العرف والعادة لا يقضيان بربط الإلتزام بسند كتابي". يتضح من النص السابق بأنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا كان العرف والعادة لا يقضيان ربط الإلتزام بسند كتابي، وهنا يزداد اتساع النطاق من قاعدة الدليل الكتابي، إذ لا يكون المانع المادى راجعاً إلى وجود عذر بل إلى مجرد ما جرت به العادة والعرف^(٤). مثال ذلك مهنة الطب، فإن الطبيب من أكثر الظروف لا يحصل على دليل كتابي من المريض بما اتفقا عليه من حيث أحد العلاج، بل قد لا يتفقان أصلاً على الأجر، ويطلب الطبيب أجره بعد ذلك وفقاً للعرف الجارى، دون أن يطلب منه تقديم دليل كتابي حتي ولو زاد عن النصاب^(٥)، حائك الملابس لا يأخذ عادة ورقة مكتوبة من عميله، فيجوز إثبات حقه في ذمة

(١) قضت محكمة الإستئناف المصرية بأن "صلة الخادم بسيدة وطول مدة خدمته عنده تعتبر من الموانع الأدبية" (إستئناف مصرى رقم ٢٧ سنة ١٩٢٨، مشار إليه لدى عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - فقرة ٢٣٨ - هامش رقم (٤) - ص ٤٦٤.

(٢) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - فقرة رقم ٢٣٧ - ص ٤٦٣.

(٣) نقض مصرى رقم ٤٥٦ سنة ٣٥ ق والصادر بتاريخ ١/٨/١٩٧٠م مجموعة القواعد القانونية - المراجع السابق - القاعدة رقم (٧٨٨) - ص ٣٧٢.

(٤) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - فقرة رقم ٢٣٥ - ص ٤٥٨.

(٥) عبد الحميد الشواربي - مرجع سابق - ص ٣٢٢.

العميل بالبيئة حتى لو زادت القيمة عن النصاب، كذلك جرى العرف والعادة من تعامل مدير المطعم مع الزبائن، إذ من غير المتصور أن يقوم صاحب المطعم بإعداد سند كتابي مقدماً عن قيمة ما يطلبوه من مأكولات حتى ولو زادت عن النصاب(١).

الفرع الرابع

فقدان الدائن سنده كتابي بسبب لا يد له فيه

نصت المادة (٧١) من قانون البيئات الفلسطينية على أن "

يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في الحالات التالية:

[٣] إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب لا يد له فيه.

يقابلها نص المادة(٦٣) من قانون الإثبات المصري.

يتضح من النص السابق أن المادة تحدثت عن الدائن إذا فقد السند الكتابي أي السند الذي يثبت دينه في مواجهة المدين ولكنها لم تتحدث عن حالة المدين إذا ما فقد السند الكتابي الذي يثبت به وفاءه بالدين المترتب في ذمته لصالح الدائن كفقده لسبب أجنبي سند مخالفته.

يثور التساؤل حول مدى قصر هذا الإستثناء للدائن وحده فقط حق الإثبات بشهادة الشهود إذا فقد السند الكتابي لسبب أجنبي؟ أي بمفهوم المخالفة ألا يجوز للمدين الاستناد على نص هذه المادة لإثبات وفائه بالدين إذا فقد السند الكتابي الذي يثبت ذلك؟

يرى البعض أن حكم هذه المادة جاء عاماً من حيث التطبيق بغض النظر عن هو المعني بالأمر سواء كان فاقده السند المثبت للالتزام هو الدائن أو المدين، بناءً عليه فإن حكمها ينطبق على الدائن والمدين علي حد سواء، فلقد جاء هذا الاستثناء على افتراض أن السند الكتابي كان موجوداً فعلاً مستوفياً لكافة الشروط المطلوبة ولكنه فقد بسبب خارج عن إرادة المدين أو الدائن، كسرقة مثلاً أو ضياعه في حريق أو أي كارثة طبيعية...أخرى.

ومن ثم فقد جاء النص من منطلق العدالة الذي يتبناه المشرع، فإذا كان المشرع في حالة المانع الأدبي أو المادي الذي حال دون الحصول على دليل كتابي أصلاً سمح بالإثبات بشهادة الشهود فمن باب أولي أن يسمح بالإثبات بشهادة إذا كان الدليل الكتابي قد وجد مكتملاً ولكنه فقد بفعل قوة قاهرة أو لسبب أجنبي خارج عن إرادة المعني بالأمر.

على اعتبار أن الدائن راعي الشروط المطلوبة قانوناً للدليل الكتابي وفي نفس الوقت لم يكن له علاقة من قريب أو من بعيد بفقده فهو أجدر بالحماية من الذي لم يحتاط أصلاً ولم يعد الدليل الكتابي لإثبات حقه، فهنا نكون أمام حالة استحالة لاحقة لوجود السند الذي كان موجوداً بالفعل وبالتالي يجب أن يكون لها نفس الأثر المترتب على الاستحالة المعاصرة للتصرف(٢).

(١) سامي مقداد - مرجع سابق - ص ٢١٥.

(٢) ويرى بعض الفقه أن هذه الحالة من قبيل المانع المادي.

ثانياً: خصوصية هذا الاستثناء

يلاحظ على هذا الاستثناء (فقدان السند) أنه أوسع نطاقاً من سابقه أي مبدأ الثبوت بالكتابة والمانع من الحصول على دليل كتابي، فهو علاوة على أنه يبيح الإثبات بشهادة الشهود إذا زاد قيمة التصرف القانوني عن النصاب، إلا أنه إضافة إلى ذلك بأنه يجيز الإثبات بشهادة الشهود إستثناءً حتى ولو كان هذا التصرف شكلياً أي كانت الكتابة ركناً من أركان انعقاده^(١).
غنى عن البيان أنه إذا كان السند المفقود هو سند رسمي وله صور يجوز الإثبات بالصور وهذا التوسع في نطاق هذا الاستثناء نابع من افتراض أن السند الذي فقد كان مستوفياً للشروط وعليه جاءت شهادة الشهود بدلاً منه وليست تكملة له.

ثالثاً: شروط تطبيق هذا الاستثناء.

لابد من توافر عدة شروط في الحالة السابقة لكي يستطيع المدعي إثبات حقه بشهادة الشهود، هي على النحو الآتي:

أ- إثبات فقدان السند وأن السند كان كاملاً:

ليس المقصود هنا هو السند الذي يثبت دعوى المدعي بغض النظر عن موضوع الدعوى فقط، ولكن المقصود هنا بالسند إضافة إلى ما سبق أن يكون السند الكتابي كاملاً، حيث يتوجب على المدعي في هذا الشأن علاوة على إثبات فقدان السند إثبات أنه كان مستوفياً للشروط المطلوبة لصحته قانوناً، خاصة إذا كان التصرف شكلياً أو كان موقفاً من المدعي عليه إذا كان عرفياً.

على أنه في هذه الحالة إذا اعترف المدعي عليه بسبق وجود السند ولكنه أنكر التوقيع عليه فعلى المدعي إثبات صحة التوقيع بشهادة الشهود والقرائن، على اعتبار أن سبق وجود السند واقعة مادية منفصلة عن السند نفسه كتصرف قانوني، وعليه يجوز للمدعي إثباته بشهادة الشهود.
واقترار حكم هذه المادة على السند الكامل كحالة استثنائية لا يجب التوسع فيه لأن التوسع في تفسيره يقضي على الحكمة إقرار هذه الحالة كاستثناء، على أنه إذا كانت الورقة أو السند المفقود يشكل مبدأ ثبوت بالكتابة فهنا لا تنطبق الحكمة من الاستثناء والمتمثلة في حماية الشخص الحريص الذي أخذ دليلاً، ولكن إذا لم يأخذ الدليل الكتابي المطلوب اعتبر ذلك إهمالاً منه، بالتالي لا ينطبق حكم الإستثناء على هذه الحالة، على أن إقرار المدعي عليه بسبق وجود مبدأ الثبوت بالكتابة كان إقراره هذا يقوم مقام السند المفقود ويسمح للقاضي بناء عليه للمدعي الإثبات بشهادة الشهود لتكملة النقص في الدليل^(٢).

(١) عبد الودود يحي - مرجع سابق - ص ١٢٧.
(٢) عيد العزيز المرسي - مرجع سابق - ص ٢٣٤.

غير أن ثبوت تسبب المدعى عليه عمداً في ضياع الورقة المدعى بها ينشئ قرينه مفادها أن السند كان صحيحاً مستوفياً لكل الشروط المطلوبة وإلا لما أقدم هذا الشخص على التخلص من الورقة لو لا علمه بصحتها، وتعد هذه القرينة من قبيل القرينة القضائية، وعليه فإن ثبوت سبق وجود السند وإثبات مضمونه جائز بكل طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن، وذلك لاعتبارين:

الأول: أنها وقائع مادية.

الثاني: لأنه لو اشترطنا الكتابة في إثبات سبق وجود السند فإننا بذلك نعطل الاستثناء الذي جاء به المشرع.

ب- إثبات أن فقدان السند كان بسبب أجنبي.

لا يكفي أن يثبت المدعي واقعة فقدان السند وأن السند كان مستوفياً للشروط المقررة قانوناً فحسب، بل يتوجب عليه أيضاً أن يثبت أن هذا الفقدان كان بسبب أجنبي لا دخل له به حتى يستفيد من هذا الاستثناء، وذلك بأن يثبت أو واقعة الضياع كانت بفعل قوة كالهزلة أو فيضان أو حريق أو أن يكون فقدان السند بفعل الغير^(١) كضياع السند بسبب تسلمه للمحامي أو للمحكمة^(٢)، أو كأن يكون السند قد فقد بفعل المدعي عليه كأن يكون قد استحوذ عليه بالقوة أو التديليس^(٣)، بحيث لا يمكن إسناده إليه ولا اعتباره مسؤولاً عنه^(٤)، والمهم في كل هذه الأحوال أن يكون فقدان السند قد تم بفعل أجنبي خارج عن إرادة المدعي.

على ذلك فلا يجوز للمدعي أن يثبت التصرف بشهادة الشهود إذا كان فقدان السند الكتابي بسبب فعله هو، سواء كان الفعل إيجابياً، كأن يقطعه من ضمن أوراق كان السند بينها خطأ، أو كان الفعل سلبياً كعدم الحيطه والحذر، أو نتيجة إهمال كوضعه تحت حراسة خادم غير حريص أو وضعه في درج وترك المفاتيح في الدرج، إذ أن من شأن ذلك جعل المدعي غير أهلاً للمساعدة التي أقرها المشرع بموجب هذا الاستثناء لأن إهماله يكون قد قطع الحادث القهري أو السبب الأجنبي في فقدان السند^(٥).

تجدر الإشارة إلى أن الحادثة التي تسبب في فقدان السند أحياناً تكون مختلفة عن الواقعة نفسها، كحالة فقدان السند بسبب الحريق أو الفيضان^(٦)، فهنا على المدعي إثبات الحادث أولاً ثم إثبات واقعة الفقدان فالأول غالباً ما يكون سهلاً، أما الثاني فيكون من الصعب إثباته وقد تفتقر

(١) على أنه إذا لم يثبت سبب فقدان السند فإنه لا يمكن اعتباره سبباً أجنبياً- أحمد نشأت- مرجع سابق - ص ٤٣٥.

(٢) عبد العزيز المرسي - مرجع سابق - ص ٢٣٥.

(٣) انور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية (دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت - لبنان - طبعة ١٩٨٤ - ص ١٣٢.

(٤) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - فقرة رقم ٢٣٥ - ص ٤٥٨.

(٥) عبد الودود يحيي - مرجع سابق - ص ١٢٩.

(٦) عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - فقرة رقم ٢٣٥ - ص ٤٥٨.

واقعة فقدان السند بالحادث نفسه كما في حالة السرقة فهنا ما على المدعي فقط إثبات واقعة السرقة أي الحادث وبالتالي يكون قد أثبت واقعة فقدان السند كذل.

وإذا أثبت المدعي حادثة فقدان السند وأنها كانت بفعل سبب أجنبي جاز له الإثبات بشهادة الشهود طبقاً للاستثناء الذي نحن بصدد، أما إذا ما رأى القاضي إن إدعاء سبق وجود السند وفقدانه غير مقنعان جاز له رف السماح للمدعي الإثبات بشهادة الشهود. ويرى الباحث أنه إذا أجاز القانون الإثبات لطرف بالشهادة ولم ينص على عكس ذلك، فإنه يجوز للطرف الآخر الإثبات بها حتى ولو كان الأمر إستثناءً.

الفرع الرابع

حالات خاصة من الاستثناءات

لقد نصت المادة (٧١) من قانون البينات الفلسطيني في فقرتيها الرابعة والخامسة على:
"يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في الحالات التالية:....."
٤- إذا طعن في العقد بأنه ممنوع بمقتضى القانون أو مخالف للنظام العام والآداب.
٥- إذا طعن في العقد بأن الظروف التي أحاطت بتنظيمه قد شابها غش أو تدليس أو إكراه أي عيب آخر من عيوب الإدارة".

أولاً: الطعن في العقد إما لمخالفته القانون أو النظام العام أو الآداب العامة أو لوجود عيب من عيوب الإدارة:

أ- الطعن في العقد إما لمخالفته القانون أو النظام العام أو الآداب العامة

تعتبر هذه إحدى الحالات المستثناة من قاعدة وجوب الإثبات في الكتابة تعبر عن رغبة المشرع في كشف كافة التصرفات التي تنطوي على تحايل على القانون وأحكامه أو تحمل في طياتها ما يخالف النظام العام والآداب العامة، لذلك أباح المشرع إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود وأمثلتها كثيرة وتتركز في التصرفات الصورية غالباً مثل أن يكون السند الكتابي يثبت أن الدين قرض حسن في أن أصل الدين هو قمار، ومثال ذلك أيضاً حالة عقد الهبة لامرأة الذي يثبت أن سبب إبرام هذا العقد هو الهبة المحضنة في حين أن السبب الحقيقي أن الهبة مقابل علاقة غير مشروعة.

ب- الطعن في العقد لوجود أحد عيوب الإدارة.

يعتبر هذه الحالة أيضاً أحد الحالات، حيث أباحت الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة كلما تعلق الأمر بوجود عيب من عيوب الإدارة لحق بالتصرف القانوني الذي أثبتته السند المحرر الكتابي، وبالتالي فإذا شاب إرادة المتصرف أي عيب من عيوب الإرادة مثل الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الغبن جاز لمن وقعت إرادته في أحد

العيوب أن يثبت بشهادة الشهود رغم وجود قاعدة عدم جواز إثبات ما يجاوز أو يخالف ما اشتمل عليه مضمون محرر كتابي.

ويرى الباحث بأن المشرع الفلسطيني لم يكن موفقاً في إدراج الحالتين سالف الذكر حيث أنه قد تحدث عن حالة الطعن في العقد في حالة ما إذا انطوى على تحايل على القانون أو مخالفة للنظام العام والآداب العامة وحالة الطعن في العقد بأحد عيوب الإدارة، أنه نص عليها كاستثناءات من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة، مما يعنى جواز إثباتها بشهادة الشهود وهنا يمكن القول أن المشرع الفلسطيني قد أورد في نص المادة (٧١) حالات معتبراً إياها كاستثناء، وبالتالي أخضعها لما تخضع له باقي الاستثناءات من جواز قبول الإثبات بشهادة الشهود بما فيها للقاضي، في حين أن الواقع القانوني يقضي بعكس، ذلك حيث أن هذه الحالات هي في الأصل وقائع مادية يجوز إثباته بشهادة الشهود وأن اعتبارها استثناءات فيه تقييد وتقليل من وقعها القانوني هذا من ناحية، من ناحية أخرى فإن وجود هذه الحالات لا يتصور أن القاضي يمكن أن يرفض السماح بإثباتها بشهادة الشهود وكافة وسائل الإثبات، لأن الأمر في حالة الفقرة الرابعة يتعلق بمصلحة عامة أم من مصلحة الأطراف المختصين وهي الحفاظ على مقتضيات القانون والحفاظ على النظام العام والآداب العامة، وفي الحالات التي أوردتها الفقرة الخامسة فإن عيوب الإدارة في الأساس ليست واقعة منظمة قانوناً، إنما هي في الأصل وقائع مادية، بالتالي كان حري بالمشرع الفلسطيني عدم إدراجها ضمن الاستثناءات كونها أصلاً مستثناة من المبدأ دون الحاجة إلى نص^(١).

ثانياً: حالة امتناع الخصم عن الحضور للاستجواب.

نصت المادة (١٣٠) من قانون البينات الفلسطيني على هذه الحالة بقولها: "إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي يجوز فيها ذلك" ويقابلها نص المادة (١١٣) من قانون الإثبات المصري والتي نصت على أن: (إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك)

الحقيقة وقبل البدء في شرح هذه الحالة فإن المنطق القانوني يقتضي أن تكون هذه الحالة من ضمن الاستثناءات الواردة على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة بحيث أعطي المشرع للقاضي أن يستخلص من تغييب الخصم عن حضور جلسة المحاكمة مبدأ الثبوت بالكتابة يسمح معه للخصم الذي حضر أن يثبت بشهادة الشهود ما كان يجب إثباته كتابة هذا من الناحية المنطقية لكن حقيقة

(١) وفي هذا الصدد نؤيد ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور موسى أبو ملوح في انتقاده للمشرع الفلسطيني في هذا الموضوع - قانون البينات - مرجع سابق - ص ١٦٣-١٦٤.

نص هذه المادة يظهر أن المشرع الفلسطيني قد وقع في خطأ جسيم من حيث صياغة النص مما انعكس بطريقة خاطئة علي المضمون، إذ أن حسب سياق النص فإن المشرع اتخذ من تخلف الخصم عن حضور الجلسات بدون مبرر أو عذر مقبول سبباً للمحكمة لقبول الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي يجوز فيها ذلك. فلنا أن نتساءل ما الحكمة من وجود النص لأنه بدون هذه الصلاحية الممنوحة للمحكمة فإن الأحوال التي يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود والقرائن لا تحتاج إلى نص يمنح المحكمة صلاحية السماح بذلك، ولكن كان يجب على المشرع أن يعطى هذه الصلاحية للمحكمة للسماح للإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي لا يجوز فيها ذلك^(١).

(١) تأييد لذلك نستدل بنص المادة ١١٣ من قانون الإثبات المصري التي تنص على: "إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير قانوني جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك"

الخاتمة

بعد دراستنا لموضوع الشهادة فإننا خلصنا على مجموعة من النتائج والتوصيات هي:

أولاً: النتائج:

- ١- تتميز الشهادة بعدة خصائص تميزها عن غيرها، فهي ذات حجة غير قاطعه، وغير ملزمه، ومتعديه، فضلاً عن أنها تعتبر من أدلة الإثبات المقيدة.
- ٢- تتعدد أنواع الشهادة بحسب الوجهة التي ننظر فيها إليها، فهي مباشرة إذا كان يدلي الشاهد بما وقع تحت بصره أو سمعه، وتكون سماعية عندما يشهد بما سمع رواية عن الغير فيشهد بأنه سمع شخص يروي واقعة معينة، وتكون بالتسامع وهي ما تتسامعه الناس وتداوله الألسن دون أن تنسب إلي أصل أو مصدر أو شخص معين، والنوع وتكون بالشهرة العامة وفيها يدلون الشهود بشهادتهم أمام جهة رسمية علي وقائع يعرفونها عن طريق الشهرة العامة.
- ٣- يجب أن يتوفر في الشاهد عدة شروط وهي بلوغ الشاهد خمسة عشر سنة ميلادية كاملة، ويتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم قبول شهادة الصبي. وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة، وأجاز المالكية قبول شهادة الصبيان في الجراح والقتل وذلك حفاظاً لحقوق الآخرين وعدم إهدار الدماء، وأن يكون سليم الإدراك قادراً على التمييز.
- ٤- لم يجعل قانون البيئات الفلسطينية وقانون الإثبات المصري القربة سبباً لمنع الشاهد من الشهادة.
- ٥- تقبل شهادة الأعمى في الأقوال، إذا تيقن من الصوت، وفي الأفعال إذا أدركها قبل العمى، وتقبل شهادة الأخرس، ويؤدى الأخرس شهادته ببيان مراده بالكتابة أو الإشارة.
- ٦- لا يجوز الجمع بين صفتي الشاهد والخصم كما لا يجوز شهادة الوصي أو الوكيل فيما هو وصى فيه أو وكيل فيه، ولا يجوز لكاتب الجلسة أن يكون شاهداً في الدعوى التي يحرر محضرها، ولا يجوز الجمع بين صفتي الشاهد والمترجم، وعليه فإنه لا يجوز للمترجم أن يكون شاهداً في الدعوى التي اختير لها، ولا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم ممن علم عن طريق مهنته أو صفته بوقائع أو معلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحه، ولا يجوز أن يشهد أحد عن معلومات أو مضمون أوراق تتعلق بأمن الدولة، إلا إذا كانت قد نشرت بإحدى الطرق القانونية أو كانت السلطة المختصة قد أذنت بإذاعتها.

- ٧- يجوز للخصم أن يطعن في شهادة الشاهد بسبب وجود عداوة بينهما، ويجوز للمحكمة في هذه الحالة أن ترد الشهادة بعد سماعها إذا لم تظمن لصحتها.
- ٨- يشترط في الشهادة أن تؤدي أمام القاضي وفي مجلس القضاء ، سواء أكانت أمام محكمة ذاتها التي تنتظر الدعوى موضوع الشهادة، أو أمام قاضي آخر في حالة الضرورة.
- ٩- يجب أن تؤدي الشهادة شفاهة ولا يجوز للشاهد الإستعانة بمفكرات مكتوبة إلا بإذن المحكمة كلمات دعت الضرورة إلى ذلك.
- ١٠- يشترط في الشهادة أن تكون موافقة للواقعة.
- ١١- لا يشترط أن يكون الإثبات بشهادة الشهود دائماً بناء على طلب من له مصلحة من ذلك من الخصوم بل يجوز لمحكمة الموضوع من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود طالما أنه جائز قانوناً.
- ١٢- لا تقبل شهادة من لا ديانة له، لأنه غير معتقد بالله سبحانه وتعالى، ولا يكون اليمين إلا بإستعمال لفظ الجلالة.
- ١٣- لا يشترط في شهادة الشاهد أن تكون واردة على الواقعة المطلوب إثباتها بجميع تفاصيلها بل يكفي أن يكون من شأنها أن تؤدي إلى الحقيقة. إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور جاز للمحكمة أن تنتقل إليه لسماع أقواله، ويدعى الخصم لحضور تأدية هذه الشهادة، ويحرر محضر بها ويوقعه رئيس المحكمة والكاتب.
- ١٤- يجوز لمن يخشي فوات فرصة الإستشهاد بشاهد أمام القضاء أن يطلب في مواجهة ذوى الشأن سماع ذلك الشاهد.
- ١٥- لا يجوز للخصم أن يطلب سماع شاهد النفي فى الطلب المقدم إلى قاضي الأمور المستعجلة لسماع شاهد إلا إذا توافرت فيهم حال الإستعجال أيضاً، وذلك لأن القاضي المستعجل ليس قاضي تحقيق بل هو قاضي ضرورة.
- ١٦- التصرفات في المواد التجارية والوقائع المادية والتصرفات المدنية التي لا تتجاوز النصاب يجوز إثباتها بالشهادة مهما كانت قيمته.
- ١٧- قواعد الإثبات المتعلقة بالشهادة ليست متعلقة بالنظام العام ويجوز الإتفاق علي مخالفتها صراحة أو ضمناً، سواء كان الإتفاق سابق على قيام النزاع أو بعده.
- ١٨- يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي أو إذا كان العرف والعادة لا يقضيان بربط الإلتزام بسند كتابي.

- ١٩- يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب لا يد له فيه أو إذا طعن في العقد بأنه ممنوع بمقتضى القانون أو مخالف للنظام العام والآداب أو إذا طعن في العقد بأن الظروف التي أحاطت بتنظيمه قد شابها غش أو تدليس أو إكراه أو أي عيب آخر من عيوب الإدارة.
- ٢٠- إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير ميرر قانوني جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود.

ثانياً: التوصيات:

- ١- النص صراحة على الجزاء المترتب في عدم ذكر وتحديد الوقائع المراد إثباتها في القرار الصادر بالإثبات بالشهادة.
- ٢- تعديل نص المادة (٩٧) من قانون البيئات الفلسطينية وذلك باستخدام مصطلح "مناقشة الشاهد" بدلاً من (استجواب الشاهد).
- ٣- تعديل نص المادة (١٠١) من قانون البيئات الفلسطينية وذلك بإضافة بيان جديد في محضر سماع الشاهد وهو سن الشاهد.
- ٤- تعديل نص المادة (١٠٥) من قانون البيئات الفلسطينية بحيث يوجب على المحكمة عند سماع شهادة رئيس الدولة، أو رئيس السلطة التشريعية أو رئيس مجلس الوزراء الانتقال إليهم وسماع أقوالهم، حتى ولو لم يكن لديهم مانع من الانتقال للمحكمة وذلك نظراً لحساسية مواقعهم.
- ٥- تعديل نص المادة (١٠٤) من قانون البيئات الفلسطينية لتصبح على النحو الآتي
- ١- يجوز لمن يخشي فوات الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ويحتمل عرضه عليه أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن سماع هذا الشاهد. ويقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة لقاضي الأمور المستعجلة، وتكون مصروفاته كلها على من طلبه، وعند تحقق الضرورة يحكم القاضي بسماع الشاهد متى كانت الواقعة مما يجوز إثباته بشهادة الشهود.
- ٢- يجوز للقاضي سماع شهود نفي بناء على طلب الخصم الآخر بالقدر الذي تقتضيه ظروف الاستعجال في الدعوى.
- ٣- فيما عدا ذلك تتبع في الشهادة القواعد والإجراءات السالف ذكرها في المواد السابقة ولا يجوز في هذه الحالة تسليم صورة من محضر التحقيق ولا تقديمه إلى القضاء، إلا إذا

رأت محكمة الموضوع عند نظره جواز إثبات الواقعة بشهادة الشهود، ويكون للخصم الاعتراض أمامها على قبول هذه الدليل، كما يكون له طلب سماع شهود نفي لمصلحته".

٦- حذف الفقرة (٣) من نص المادة (٧٠) من قانون البينات الفلسطيني لأنها معيبة في مضمونها وفي صياغتها، ولا تتمشي مع المنطق السليم، بل وتخالف نص المادة (٦٨) من قانون البينات الفلسطيني.

٧- نوصى المشرع بحذف الفقرة الرابعة والخمسة من نص المادة (٧١) من قانون البينات الفلسطيني، حيث أن هذه الحالات التي أوردها في الفقرتين هي في الأصل وقائع مادية يجوز إثباته بشهادة الشهود وأن اعتبارها استثناءات فيه تقييد وتقليل من وقعها القانوني.

٨- تعديل نص المادة (١٣٠) من قانون البينات الفلسطيني ليصبح على النحو الآتي "إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك"

المصادر المراجع

أولاً: القرآن الكريم:

ثانياً: السنة النبوية والفقهاء الإسلاميين:

- ١- أحمد بن سعيد ابن حزم - المحلي- الجزء التاسع - تحقيق: محمد الدمشقي- الطباعة المنيرية.
- ٢- ابن إسحاق الشيرازي- المهذب في فقه الإمام الشافعي- الجزء الخامس- تحقيق: محمد الزحيلي- دار الشامية - بيروت - دون سنة نشر.
- ٣- أحمد إدريس القرافي(الفروق) تحقيق: خليل المنصور- دار الكتب العلمية - ١٩٩٨م- الجزء الأول- الناشر المكتبة الشاملة عبر الإنترنت <http://shamela.ws.php/book>.
- ٤- أحمد بن علي بن حجر - فتح الباري شرح صحيح البخاري- الناشر موقع www.al.islam.com
- ٥- برهان الدين أبي الوفاء فرحون- تبصرة الحكام من أصول الأفضية ومناهج الأحكام- الجزء الأول - دار عالم الكتب - الرياض - طبعة خاصة - ٢٠٠٣م.
- ٦- بهاء الدين المقدسي - العدة في شرح العمدة - الجزء الأول الناشر: موقع المكتبة الشاملة عبر الإنترنت <http://shamela.ws.php/book-10908>.
- ٧- حسين متولي- مذكرة الفرق - دار الطباعة المحمديه-١٩٧٢م - القاهرة.
- ٨- رصاع- ابن عبدالله محمد الأنصاري- حدود ابن عرفة -القسم الاول -الطبعة الاولى ١٩٩٣م، تحقيق: محمد ابو الاجفان، دار الغرب الاسلامي - لبنان.
- ٩- زكريا الأنصاري - حاشية الجمل على شرح المنهج -المجلد الخامس - كتاب الشهادات - دار إحياء التراث العربي - لبنان.
- ١٠- سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود - سنن أبي داود - دار الحديث القاهرة.
- ١١- سيد قطب- في ظلال القرآن - المجلد الأول - دار الشروق - طبعة (١٣) - ١٤٠٧هـ.
- ١٢- شمس الدين الشربيني - مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - الجزء الرابع تحقيق : محمد عيتاني - دار المعرفة بيروت - دون سنة نشر.
- ١٣- شهدستاني أبي فتح محمد عبد الكريم - الملل والنحل - الطبعة الثانية - ١٩٩٢م، دار الكتب العلمية - لبنان.

- ١٤- عبد الغني الغنيمي - اللباب فن شرح الكتاب - الجزء السابع - تحقيق: محمد يحيى عبد الحميد - المكتبة العلمية - بيروت - دون سنة نشر .
- ١٥- عبد القاهر البغدادي-الفرق بين الفرق -تحقيق: محمد يحيى عبد الحميد - مكتبة دار التراث - القاهرة.
- ١٦- عبد الله محمود المصلي- الاختيار لتقاييل المختار- الجزء الثاني- تحقيق: شعليب الأرنؤوط - دار الرسالة العالمية - دون سنة نشر .
- ١٧- عبدالله محمد أبو شنية - أحاديث الأحكام - الجزء السادس- دار الفكر -١٩٩٤م الناشر: المكتبة الإسلامية عبر موقعها <http://library.islamweb.net>.
- ١٨- عثمان الزيعلي - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - الجزء الرابع - الطبعة الأولى - المطبعة الكبرى الأميرية - مصر.
- ١٩- علي حيدر - درر الحكام شرح مجلة الأحكام - المجلد الرابع- تعريب: فهمى الحسيني - دون طبعة - دار عالم الكتب.
- ٢٠- علاء الدين مسعود - بدائع الصنائع - الجزء التاسع - تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت.
- ٢١- عمر بركات - فيض الإله المالِك - الجزء الثاني - الطبعة الثانية - ١٩٥٣- مطبعة الجليل وأولاده.
- ٢٢- ابن قيم الجوزية - إعلام الموقعين عن رب العالمين - المجلد الثاني- الطبعة الأولى- ١٤٢٣هـ- دار ابن الجوزي.
- ٢٣- مجمع الفقهي الإسلامي - فتوى السر في المهن الطبيه منشورة علي موقع طريق الإسلام <http://ar.islamway.net/falwa/32532>.
- ٢٤- محمد اسماعيل البخاري - صحيح البخاري -الناشر موقع www.al.islam.com
- ٢٥- محمد الفرا - مسائل في الفقه المقارن - دون طبعه - ٢٠١٠
- ٢٦- محمد أمين عابدين (ابن عابدين) - حاشية المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار- تحقيق: دار الفكر للطباعة والنشر بيروت - ٢٠٠٠م، الناشر: شبكة المشكاة الإسلامية عبر موقعها عبر الإنترنت www.muska.com
- ٢٧- محمد بن حسين القادري- البحر الرائق شرح كنز الدقائق - الجزء السابع - دار الكتب العلمية - بيروت

- ٢٨- محمد بن علي شوكانى- السيل الجرار المتدفق على حدائق الإزهار- الطبعة الأولى - ٢٠٠٩ - دار ابن حزم - لبنان.
- ٢٩- محمد بن يوسف أطفيش - شرح كتاب النيل وشفاء العليل - الجزء الثالث عشر- دار الفتح - بيروت.
- ٣٠- محمد حسن الحمصي- تفسير وبيان القرآن الكريم - دار الرشيد - دمشق .
- ٣١- محمد فؤاد عبد الباقي - المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم - مطبعة دار الكتب المصرية - القاهرة - دون سنة نشر.
- ٣٢- مسلم بن حجاج القشيري- صحيح مسلم- تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي- الناشر: المكتبة الإسلامية علي موقعها www.libraray.islamweb.net
- ٣٣- منصور البهوتي- شرح منتهي الإرادات- الجزء الثالث - عالم الكتب - الناشر: المكتبة الإسلامية علي موقعها www.libraray.islamweb.net .
- ٣٤- منصور بن يونس البهوتي - كشف القناع على متن الاقناع - الجزء الخامس - تحقيق: محمد الضناوي - عالم الكتب - دون طبعة.
- ٣٥- همام - كمال الدين عبد الواحد - شرح فتح القدير - الجزء السابع - دار الكتب العلمية لبنان.

ثانياً: المراجع اللغوية:

- ١- المعجم الوسيط - الطبعة الرابعة-٢٠٠٤م- مكتبة الشروق الوطنية.
- ٢- إسماعيل الجوهري- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية - المجلد الثاني - دار العالم للملايين.
- ٣- أبي البقاء أيوب الكوفي (١٦٨٣م)- الكليات- مؤسسة الرسالة- الطبعة الثانية -١٩٩٨م.
- ٤- أحمد بن محمد بن علي - المصباح المنير - مكتبة لبنان - بيروت.
- ٥- بطرس البساتين - محيط المحيط - مكتبة لبنان- بيروت.
- ٦- حسين احمد فارس - معجم مقاييس اللغة - الجزء الثالث - دار الفكر العربي.
- ٧- الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب - القاموس المحيط - تحقيق مكتب تحقيق التراث - مؤسسة الرسالة- بيروت - ١٩٨٧.
- ٨- محمد بن أبي بكر الرازي - مختار الصحاح - مكتبة لبنان - بيروت.
- ٩- ناصر الدين المطرزي- المغرب في ترتيب المعرب - الطبعة الأولى - ١٩٧٩ - تحقيق : محمود فاخوري- مكتبة أسامة بن زيد.

ثالثاً: الكتب:

- ١- إبراهيم سيد أحمد - التعليق على قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية والجنائية من ضوء الفقه والقضاء - دار العدالة - دون سنة نشر.
- ٢- إيباد جاد الحق - مرور الزمان وأثره على الإلتزامات في المعاملات المدنية، الطبعة الأولى - ٢٠١٢م - دون ناشر.
- مصادر الإلتزام - دون ناشر - الطبعة الأولى - ٢٠٠٩.
- ٣- أنور سلطان- قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية (دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني- الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت - لبنان - طبعة ١٩٨٤.
- ٤- إلياس ناصيف - الكامل في قانون التجارة - الجزء الثاني - دون طبعة - دون سنة نشر - عويدات للنشر والطباعة.
- ٥- أحمد العادى- الوسيط في شرح قانون المرافعات - ص ١١٦- الطبعة الأولى - ١٩٨١- دار النهضة العربية - القاهرة.
- ٦- أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة الخامسة عشر - منشأة المعارف - ١٢٩٩٠م.
- ٧- أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون الإثبات- الطبعة الثانية - منشأة المعارف.
- ٨- أحمد بك و واصل إبراهيم - طرق الإثبات الشرعية - الطبعة الرابعة - ٢٠٠٣م - المكتبة الأزهرية للتراث - ص ١٦٢.
- ٩- أحمد بشير - القانون الجنائي العام - الجزء الأول - دون دار نشر - ١٩٩٧م.
- ١٠- أحمد السيد صاوى - الوسيط في شرح قانون المرافعات - دار النهضة العربية - ١٩٨١م.
- ١١- أحمد عبد العال أبو قرين - أحكام الإثبات من المواد المدنية - الطبعة الثالثة - ٢٠٠٦م.
- ١٢- أحمد فتحي بهنسي - نظرية الإثبات في الفقه الإسلامي - الطبعة الرابعة - ١٩٨٣م - دار الشروق.
- ١٣- أحمد محمد الرفاعي - المدخل للعلوم القانونية - الجزء الأول - دون طبعه - دون دار نشر.
- ١٤- أحمد هندی - قانون المرافعات المدنية والتجارية - دون طبعة - دار الجامعة الجديدة للنشر - ١٩٩٥.

- ١٥- أسامة توفيق أبو الفضل - دستور المحامن - الطبعة الأولى - دوار نشر.
- ١٦- أكرم كلاب- أحكام ومبادئ محكمة النقض- دون طبعة - دون دار نشر - ٢٠١٣م.
- ١٧- أنصاري حسن النيداني - قانون المرافعات المدنية - دون طبعة - دون دار نشر.
- ١٨- أنور طلبه - الإثبات في المواد المدنية والتجارية - الجزء الأول طبعة ٢٠١١م.
- ١٩- آدم النداوي- دور الحاكم المدني من الإثبات - دراسة مقارنة - مكتبة دار الثقافة - ١٩٩٧م - عمان .
- شرح قانون البنات والإجراء - الطبعة الأولى - ١٩٩٨م - مكتبة دار الثقافة للنشر.
- ٢٠- آدم أيسون- أسرار التنويم المغناطيسي الذاتي - ترجمة مكتبة جديد - الطبعة الأولى - ٢٠١٠ - مكتبة جرير - المملكة العربية السعودية.
- ٢١- بدرية حسونة-شرح قانون الإثبات الإسلامي السوداني -الطبعة الأولى - ٢٠٠٠م.
- ٢٢- بهاء السيقلي- الوجيز في شرح الإجراءات الجزائية - ٢٠١١م - دون طبعة نشر - دون دار نشر.
- ٢٣- بيير داکو- استكشاف أغوار الدهن - التنويم المغناطيسي - ترجمة رعد اسكندر وأركان بيتون- مكتبة التراث الإسلامي - القاهرة.
- ٢٤- توفيق حسن فرج - قواعد الاثبات- دون طبعة- دون دار نشر - ١٩٧٨ م.
- ٢٥- جمال مصطفى - شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية - دون طبعة - دون دار نشر.
- ٢٦- حلو حلو - القانون التجاري دون طبعة - ٢٠٠٨م- دون دار نشر.
- ٢٧- حمدي محمود بارود - أحكام لقانون التجاري -الطبعة الثانية - ٢٠٠٨م - دون دار نشر.
- حمدي بارود - الأوراق التجارية - الطبعة الأولى - ١٩٩٧م - دون دار نشر.
- الشركات التجارية - الجزء الثالث - الطبعة الأولى - ٢٠٠٠م- دون دار نشر.
- ٢٨- خالد الزغبى ومنذر الفضل - المدخل إلى علم القانون - الطبعة الثانية - ١٩٨٨م- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.

- ٢٩- خالد الكيلاني الفرق بين رد القضاة ورد المحكمين - بحث منشور في مجلة الحوار المتمددن - العدد ١٦٤٠ - ٢٠٠٦، عبر موقع <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp>.
- ٣٠- خلود معجون - إثبات جريمة الزنا- الطبعة الاولى - دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية - الرياض- ١٤١٢٣هـ - ص ٣٨.
- ٣١- خميس السيد إسماعيل - موسوعة القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ وإشكالاته - الطبعة الأولى- ١٩٩٠م/١٩٩١ - دار الطباعة الحديثة.
- ٣٢- سالم حماد الدحدوح - الوجيز في القانون الدولي الخاص - الجزء الأول - الطبعة السادسة - ٢٠٠٨/٢٠٠٩.
- ٣٣- سعدي محمد الأزمازي - نظام رد القضاة - بحث منشور في المجلة العلمية بكلية الشريعة والقانون بطنطا - العدد السابع عشر - ٢٠٠١.
- ٣٤- سعيد شعله - قضاء النقض في الإثبات - منشأة المعارف - ١٩٨٨.
- ٣٥- سليم رستم باز - شرح المجلة - دون طبعه الثقافة - عمان ٢٠١٠م.
- ٣٦- شهاب عبد الله، شرح قانون الإثبات السوداني - الطبعة الثانية - دون ناشر - ٢٠٠٧م.
- ٣٧- صلاح الناهي - الوجيز في مبادئ الإثبات - دون طبعة - دون دار نشر.
- ٣٨- عباس العبودي - شرح أحكام قانون الإثبات - دار الثقافة - ٢٠١١م.
- ٣٩- عبد الحميد الشواربي - الإثبات بشهادة الشهود - دون طبعة منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٩٦م.
- ٤٠- عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الثاني - دون طبعة - دون دار نشر.
- ٤١- عبد الرزاق يس - شرح قواعد الإثبات - الطبعة الثالثة - دون دار نشر - ١٩٩٨م.
- ٤٢- عبد العزيز المرسي - مبادئ الإثبات - دون دار نشر - دون طبعة ١٩٩٥
- ٤٣- عبد القادر الفار - المدخل بدراسة العلوم القانونية - الطبعة الأولى - ١٩٩٤م ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان.
- مصادر الالتزام - مكتبة دار الثقافة - دون طبعة.
- ٤٤- عبد القادر جرادة - موسوعه الإجراءات الجزائية - المجلد الثالث - مرحله المحاكمه - عدد بئر السبع - مكتبه أفق - ٢٠٠٩م.
- مبادئ قانون العقوبات الفلسطيني - الطبعة الأولى - ٢٠١٠ - مكتبة أفق.

- ٤٥ - عبد الوهاب العشماوي - إجراءات الإثبات - الطبعة الأولى - دار الجليل - ١٩٨٥ م.
- ٤٦ - عبدالودود يحيي - الموجز في قانون الإثبات - دار النهضة العربية - ١٩٨٦.
- ٤٧ - عبدالوهاب العشماوي - إجراءات الإثبات - الطبعة الأولى - دار الجليل للطباعة - ١٩٨٥ م.
- ٤٨ - عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - التعليق على القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ - دون طبعة - دون دار نشر.
- عز الدين الدناصوري وحامد عكاظ - التعليق على نصوص قانون الإثبات.
 - عز الدين الدناصوري و حامد عكاظ - القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ - الطبعة الثانية - دون دار نشر.
- ٤٩ - على محمد جعفر، مبادئ المحاكمات الجزائية - الطبعة الأولى - ١٩٩٤ م - المؤسسة الجامعية للدراسات - لبنان.
- ٥٠ - عيد محمد القصاص - الوسيط في شرح قانون المرافعات - الطبعة الثانية - ٢٠١٠ - دون دار نشر.
- ٥١ - غالب على الداودي - المدخل إلى علم القانون - دون طبعة - دون دار نشر - ٢٠٠٤.
- ٥٢ - فتحي والي - الوسيط في القضاء المدني - طبعة - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠١ م.
- ٥٣ - فرج الصراف - قواعد الإثبات في التشريع الفلسطيني - دون دار نشر - ١٩٩٢ م.
- ٥٤ - فوزي سامي - شرح القانون التجاري - المجلد الثاني - دون طبعة - ١٩٩٧ م - دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- ٥٥ - مأمون سلامة الإجراءات الجنائية - الجزء الثالث - دار الفكر العربي - ١٩٧٩ م.
- ٥٦ - محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي - دون طبعة - دار النهضة العربية - مصر - دون سنة نشر.
- ٥٧ - محمد أبو يحيي - حكم شهادة النساء فيما سوي العقوبات - دار اليازوري العلمية - عمان - ١٩٩٧ م.
- ٥٨ - محمد أحمد المعداوي - المدخل للعلوم القانونية - دون طبعة - دون دار نشر.
- ٥٩ - محمد حسين منصور - قانون الإثبات - دون طبعة - منشأة المعارف - الإسكندرية.

- ٦٠- محمد سيد عبد القادر - نحو فكرة عامة للقضاء المستعجل في قانون المرافعات - دراسة تأصيلية - دون طبعة - دار النهضة العربية.
- ٦١- محمد عبد العزيز الجريسي - علم النفس الجنائي - دون طبعة - ٢٠١١ - أفاق للطباعة.
- ٦٢- محمد على راتب ، وآخرين - قضاء الأحوال المستعجلة الجزء الأول - دون طبعة - دون دار نشر.
- ٦٣- محمد على سكيكر - تحقيق الدعوى الجنائية وإثباتها - الطبعة الأولى - ٢٠٠٨م - دار الفكر الجامعي.
- ٦٤- محمد عمر مهنا- مكافحة المخدرات - الطبعة الأولى - غزة - ٢٠١١.
- ٦٥- محمد فريد العريني - القانون التجاري اللبناني - الطبعة الثانية - ١٩٨٥م - الدار الجامعية.
- ٦٦- محمد فريده - المدخل للعلوم القانونية - الجزء الثاني - دون طبعة - دون دار نشر.
- ٦٧- محمد كامل إبراهيم - الوسيط من سماع الشهود أمام القضاء الجنائي - الطبعة الأولى - ١٩٩١م - الدار البيضاء للطباعة والنشر.
- ٦٨- محمد محمد القاضي - أصول المحاكمات الجنائية - دون طبعة - دار النهضة العربية - القاهرة.
- ٦٩- محمد نجم - الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية - الطبعة الأولى - ٢٠٠٦ - دار الثقافة للنشر.
- ٧٠- محمد الزحيلي- وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية - الجزء الأول - مكتبة دار لبنان.
- ٧١- محمود الكيلاني - الموسوعة التجارية والمصرفية - المجلد الخامس - الطبعة الأولى - ٢٠٠٩م - دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- ٧٢- محمود الكيلاني - قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ - الطبعة الأولى - دار الثقافة - ٢٠١٠م.
- ٧٣- محمود مختار أحمد بديري - قانون المعاملات التجارية - الطبعة الأولى - ٢٠٠٠م - دار النهضة العربية.
- ٧٤- مصطفى ديب و القرشي عبد الرحيم وسالم الراشدي - البيئات والدعاوى والقضاء - الطبعة الأولى - ٢٠٠٦ - دار المصطفى.

- ٧٥- مصطفى عياد وناظم عويضة - القضاء المستعجل وضرورته في فلسطين -
دون طبعة - ١٩٩٨ - دون دار النشر.
- ٧٦- مصطفى عياد - الوسيط من شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية
الكتاب الأول - دون ناشر الطبعة الأولى - ٢٠٠٣.
- ٧٧- مصطفى كمال طه - القانون التجاري - القسم الأول - دون طبعة - ١٩٨٨م
- الدار الجامعية.
- ٧٨- مفلح القضاة - البيئات - دون طبعة - دون دار نشر.
- الإثبات في المواد المدنية - دون طبعة - دون دار نشر.
- ٧٩- موسى أبو ملح - المدخل لدراسة القانون - الكتاب الثاني الطبعة الثانية -
٢٠٠٦ - مكتبة القدس.
- شرح قانون البيئات الفلسطيني - دون طبعة - مكتبة ومطبعة دار المنارة.
- مصادر الالتزام - دون ناشر - الطبعة الأولى - ٢٠٠٣م.
- ٨٠- ناصر ديب سليمان - قانون قوى الأمن - معهد التدريب الضباط - غزة -
٢٠١١.
- ٨١- ناصر محمد الغامدى - دفع الخصومة في الفقه الإسلامي - دون طبعة - دار
ابن الجوزى - دون سنة نشر.
- ٨٢- ناظم عويضة - شرح قانون البيئات - دون طبعة - دون دار نشر - غزة.
- ٨٣- نبيل سعد - الإثبات في المواد المدنية والتجارية - دون طبعة - منشأة
المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٠م
- المدخل إلى القانون - الجزء الثاني - دون طبعة - ٢٠٠٠ - دار المعرفة
الجامعية.
- ٨٤- نبيل صقر - الوسيط فى شرح قانون الإجراءات المدني والإدارية - الطبعة
الأولى - ٢٠٠٨ - دار الهدى.
- ٨٥- نبيلة رسلان - الإثبات - دون طبعة - دون دار نشر - ١٩٩٨م.
- ٨٦- نشأت بك - رسالة الإثبات - الجزء الأول - الطبعة السادسة - ١٩٩٦م.
- ٨٧- هشام زوين - موسوعة الإثبات - الجزء الثاني - المكتب الدولي للموسوعات
القانونية - طبعة الثانية - ٢٠٠٩م.
- ٨٨- هشام موفق عوض وعبد الله العطاس - قانون الإثبات - دون طبعة - ١٤٣٢هـ
- دون دار نشر.

رابعاً: الرسائل العلمية والأبحاث المنشورة:

- ١- إبراهيم سليمان أبو صعياليك- الشهادة والرجوع عنها من فقه المعاملات - رسالة ماجستير - جامعة الأزهر - ٢٠١١م.
- ٢- إياد جاد الحق - المعالجة التشريعية (أسباب انعدام التمييز) بحث منشور في مجلة جامعة الأزهر، المجلد ١٢، العدد (٢).
- ٣- إياد محمد عارف سده - مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات - رسالة ماجستير - جامعة النجاح - ٢٠٠٩م.
- ٤- أحلام محمد إغبارية - شهادة النساء - رسالة ماجستير - جامعة الخليل - قسم القضاء الشرعي - ٢٠١٠م.
- ٥- أحمد براك ، القضاء الجزائي - بحث منشور في الدليل التدريبي - بناء قدرات القانونيات - الإجراءات الجزائية الفلسطينية.
- ٦- أحمد فوزي أبوعقلين - عوارض الأهلية - رسالة ماجستير منشور على صفحة النيابة العامة - ٢٠١٢م.
- ٧- أسامة أبو القمصان - مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي - رسالة ماجستير - جامعة الأزهر - ٢٠١٠م.
- ٨- أسامة عبد الرزاق - رد شهادة العدل - رسالة ماجستير - الجامعة الإسلامية - ٢٠٠٦م.
- ٩- أسامة عمر عسيلان - الحماية الجنائية لسر المهنة - رسالة ماجستير - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.
- ١٠- أطباء شبكة اللجان الطبية - بحث بعنوان الشيخوخة - منشور على الموقع الإلكتروني للشبكة www.medicalcom.net.
- ١١- أمين مدني - مبادئ إستقلال وقانون مهنة المحاماه - بحث منشور في مجلة المحاماه - العدد الخامس - ١٩٩٨م.
- ١٢- بركات محمد - بحث عوارض الخصوم في ظل القانون - مجلة المفكر - العدد الثامن.
- ١٣- بعنوان حفظ السر المريض وكتمانه منشور على موقع Faculty.ksu.edu.sa/alwazzan/deslip.
- ١٤- بندر السبيق المطيري - الجنائية علي العقل من ضوء الشريعة الإسلامية - رسالة ماجستير - أكاديمية نايف - ٢٠٠١م.

- ١٥- يومدان عبد القادر- المسؤولية الجزائية للطبيب - رسالة ماجستير - جامعة مولود معمري - ٢٠١٠م.
- ١٦- حمزة خياط - أخلاقيات مهنة وكلاء الخصومة وأثرها على العدالة - رسالة ماجستير - أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - ٢٠٠١م.
- ١٧- خالد عبد الرحمن الحميدي - التحريض علي جريمة تعاطي المخدرات - رسالة ماجستير - أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - ٢٠٠٨م.
- ١٨- خالد علي الوزان - بحث بعنوان حفظ السر المريض وكتمانه منشور على موقع Faculty.ksu.edu.sa/alwazzan/deslip
- ١٩- خالد قرقور - قواعد الإثبات في الشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراة.
- ٢٠- داريس محمد - بحث بعنوان مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني - منشور مجله جامعه دمشق - العدد الأول - مجلد ٢٥ - ٢٠٠٩م.
- ٢١- راجح بخيت السناني - أدب المحامي في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية - رسالة ماجستير - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - ٢٠٠٩م.
- ٢٢- زين عباس عمارة - التنويم المغناطيسي - مجلة النفس المطمئنة (مجلة الكترونية) - الجمعية العالمية الإسلامية للصحة النفسية، العدد ٥٨، <http://www.elazayem.com/mental%20peace.htm>
- ٢٣- سامي محمود مقداد - الإثبات بالكتابة في المواد المدنية - رسالة ماجستير - جامعة الدول العربية - ٢٠٠٨م.
- ٢٤- سعاد أبو مشايخ - عقد الكفالة المدنية - رسالة ماجستير - جامعة النجاح - ٢٠٠٦م.
- ٢٥- سعد محمد العسيري : نظام الإثبات في الجرائم الحدود - رسالة ماجستير - جامعة أم القرى - ١٩٨٥م.
- ٢٦- طه فهد الدوسري - العوامل الاجتماعية والإقتصادية المرتبطة بترويج المكونات والمخدرات - رسالة ماجستير - أكاديمية نايف - ١٩٩٠م.
- ٢٧- عارف علي عارف- بحث بعنوان إفشاء السر في الفقه الإسلامي - بحث مجله الإسلام- العدد (٢) - المجلد (٧)-ديسمبر ٢٠١٠م.
- ٢٨- ريباد اللعيد - العزوف عن الشهادة - رسالة ماجستير - أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - ٢٠٠٢م.
- ٢٩- عبد العزيز سعد العنزى - النظام القانوني لانتهاج خدمة الموظف العام - رسالة ماجستير - جامعة الشرق الأوسط - ٢٠١٢م.

- ٣٠- عبد الله الضويحي- الشهادة في الحدود والقصاص - رسالة ماجستير - أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - ٢٠٠٢م.
- ٣١- عبد الله الفرا - المعالجة التشريعية لمركز الخصم فى القوانين الفلسطينية - مجلة الجامعة الإسلامية - العدد العشرون - يونيو ٢٠١٢م.
- ٣٢- عبد الله إبراهيم الكندري- الإستجاب وتطبيقاته من قانون الإجراءات والمحاکمات الجزائية الكويتي- رسالة ماجستير - أكاديمية نايف - ٢٠١٠م.
- ٣٣- عبد الله صديق فلاشه - علانية المحاكمه تخدم القضاة والمتخاصمين - مقال منشور علي صحيفه عكاظ - العدد ٢٩٩٩ - الأربعاء ٢ سبتمبر ٢٠٠٩م.
- ٣٤- عبد الله علي الربيعه ، شفوية المحاكم في النظام السعودي - رسالة ماجستير - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ٢٠٠٨م.
- ٣٥- عبد الله محمد ضنين - تدوين المرافعة القضائية - بحث منشور من مجلة العدل - العدد الثاني ١٤٢٠ هـ.
- ٣٦- علاء باسم فضل - ضمانات المتهم أمام المحكمة الجنائية الدولية - رساله ماجستير - جامعه النجاح الوطنية - ٢٠١١م.
- ٣٧- على أبو البصل - شهادة الصغير وحجيتها في الإسلام، بحث علمي منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - العدد الأول- المجلد ٢٥- ٢٠٠٩م.
- ٣٨- عماد نوفل - الآثار المترتبة على الرجوع فى الشهادة على جرائم الحدود والقصاص - رسالة ماجستير - جامعة النجاح الوطنية - ٢٠٠٢م.
- ٣٩- فارس الشمري- الشبهات الدائرة لحد الخمر- رسالة ماجستير - جامعة نايف للعلوم الامنية - ٢٠٠٩م- ص ١٤٤.
- ٤٠- فايز كناكريه - أصول سماع الشهادة - بحث منشور عبر موقع منتديات كلية الحقوق <http://www.f-law.net/law/threads/11290>.
- ٤١- فواز حسن زقزوق - الأخذ بشهادة المرأة أمام القضاء الشرعى - رسالة ماجستير - مركز العربى للدراسات الأمنية والتدريب - ١٩٩٦م.
- ٤٢- ماهر الحولي و مازن وادي - بحث بعنوان الإثبات بشهادة النساء منفردات في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة - ٢٠٠٨م.
- ٤٣- مجمع الفقهي الإسلامي - فتوى السر في المهن الطبيه منشورة علي موقع طريق الإسلام <http://ar.islamway.net/falwa/32532>.

- ٤٤ - محمد الشنقيطي - تعارض البيئات من الفقه الإسلامي - رسالة ماجستير - أكاديمية نايفة الأمنية - ١٩٩٩م.
- ٤٥ - محمد المحمد - بحث بعنوان أثر الإكراه في المعاملات المالية - منشور من مجلة الدراسات من مجلة الدراسات الاجتماعية - العدد الثاني نشر ديسمبر ٢٠٠١م.
- ٤٦ - محمد دودح - الشيخوخة - تكيس في الخلق - بحث علمي منشور في مجلة الإعجاز العلمي - العدد (١٢) - رقم البحث (٧).
- ٤٧ - محمد عبد الله الرشيدى - الشهادة كوسيلة من وسائل الإثبات - رسالة ماجستير - جامعة الشرق الأوسط - ٢٠١١م.
- ٤٨ - مساعد صالح الشمري - دور السندات العادية في الإثبات - رسالة ماجستير - جامعة الشرق الأوسط - ٢٠١٢م.
- ٤٩ - مصطفى شمس الدين - حكم أخذ الأجرة علي الشهادة - بحث علمي - الناشر: موقع الألوكة المجلس العلمي عبر موقعها عبر الانترنت ((majles.alukah.net/showthread.php?82710)).
- ٥٠ - ناصر محمد البقمي - الشهادة وحجيتها من إثبات جرائم الحدود - رسالة ماجستير - أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - ١٩٩٢م.
- ٥١ - ناصر محمد الجوفان - علانيه جلسات التقاضي - بحث محكم منشور في مجله العدل - العدد الخامس - محرم - ١٤٢١هـ.
- ٥٢ - هاني عبد الله الجبير الطلاق المكره والغضبان بحث منشور من مجلة البحوث الاسلامية - العدد (٥٠).
- ٥٣ - هنادي عباس - زرقه الوجه مؤشر شيخوخة الأطفال - مقال منشور على جريدة عكاظ - العدد ٣٩٣٨ بتاريخ ٢٩/٣/٢٠١٢م.

خامساً: مجموعة الاحكام القضائية:

- ١- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً - المجلد الرابع - الإثبات.
- ٢- مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد الجنائية ومن الدوائر الجنائية.
- ٣- موسوعة احكام محكمة التمييز اللبنانية.

سابعاً: المواقع الإلكترونية:

- ١- موسوعة الأحكام القضائية الفلستينية (المقتفي)
<http://muqta.birzeit.edu/familulaws>
- ٢- مركز العدالة والتحكيم والاستشارات <http://www.a;ada;acenter.com>

م	الموضوع	الصفحة
١	الإهداء	ب
٢	الإقرار	ت
٣	الملخص	ج
٤	المقدمة	١
٥	المبحث الأول: ماهية الشهادة وأنواعها	٣
٦	المطلب الأول: تعريف الشهادة لغةً.	٣
٨	المطلب الثاني: تعريف الشهادة اصطلاحاً.	٥
٩	المطلب الثالث: تعريف الشهادة قانوناً.	٩
١٠	المطلب الرابع: تعريف الشهادة قضاءً.	١١
١١	المطلب الخامس: التعريف المختار	١٢
١٢	المبحث الثاني: مشروعية الشهادة	١٣
١٣	المطلب الأول: مشروعية الشهادة من الكتاب.	١٣
١٤	المطلب الثاني: مشروعية الشهادة من السنة.	١٥
١٥	المطلب الثالث: مشروعية الشهادة من العقل والإجماع	١٦
١٦	المطلب الرابع: مشروعية الشهادة فى القوانين الوضعية	١٧
١٧	المبحث الثالث: خصائص الشهادة	١٨
١٨	المطلب الأول: الشهادة حجة غير قاطعة.	١٨
١٩	المطلب الثاني: الشهادة حجة متعدية.	١٩
٢٠	المطلب الثالث: الشهادة حجة مقيدة.	٢١
٢١	المطلب الرابع: الشهادة غير ملزمة	٢٥
٢٢	المبحث الرابع: أنواع الشهادة	٢٥
٢٣	المطلب الأول: الشهادة المباشرة	٢٦
٢٤	المطلب الثاني: الشهادة السماعية	٢٧
٢٥	المطلب الثالث: الشهادة بالتسامع	٢٨
٢٦	الفصل الثاني: الشروط الواجب توافرها فى الشاهد والشهادة	٣٢
٢٧	المبحث الأول: الشروط الواجب توافرها فى الشاهد	٣٢
٢٨	المطلب الأول: أن يكون الشاهد بالغاً للسن القانونية.	٣٢
٢٩	المطلب الثاني: القدرة على التمييز.	٣٥

٤١	المطلب الثالث: الكفاءة الجسمانية للشاهد.	٣٠
٤٥	المطلب الرابع: أن يكون حر الإرادة	٣١
٤٧	المطلب الخامس: ألا يكون ممنوعاً من أداء الشهادة	٣٢
٦٣	المبحث الثاني: الشروط الواجب توافرها في الشهادة	٣٣
٦٣	المطلب الأول: أن تؤدي الشهادة أمام القاضي وبصورة شفوية.	٣٤
٦٦	المطلب الثاني: موافقة الشهادة للواقعة.	٣٥
٦٨	المطلب الثالث: موافقة الشهادة للدعوى.	٣٦
٦٩	المطلب الرابع: أن تؤدي في خصومه	٣٧
٧١	المبحث الثالث: قواعد أصول وأداء الشهادة	٣٨
٧٢	المطلب الأول: الإثبات بالشهادة خلال نظر الدعوى.	٣٩
١٠٣	المطلب الثاني: الإثبات بالشهادة بصفة مستعجلة.	٤٠
١١٢	الفصل الثالث: نطاق الشهادة	٤١
١١٢	المبحث الأول: الإثبات بالشهادة حسب الأصل	٤٢
١١٢	المطلب الأول: التصرفات القانونية التجارية.	٤٣
١١٧	المطلب الثاني: الوقائع المادية.	٤٤
١٢٠	المطلب الثالث: التصرفات المدنية التي لا تزيد عن النصاب	٤٥
١٣٠	المبحث الثاني: الأحوال التي لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود	٤٦
١٣٠	المطلب الأول: فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي.	٤٧
١٣٦	المطلب الثاني: التصرفات القانونية المدنية التي تزيد عن النصاب.	٤٨
١٣٧	المطلب الثالث: إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.	٤٩
١٣٧	المطلب الرابع: إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما يزيد عن النصاب ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد عن النصاب.	٥٠
١٣٨	المبحث الثالث: الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود إستثناءً	٥١
١٣٨	المطلب الأول: الاستثناء الاتفاقي	٥٢
١٤٤	المطلب الثاني: الاستثناء القانوني	٥٣
١٦٥	الخاتمة	٥٤
١٦٥	النتائج	٥٥
١٦٧	التوصيات	٥٦

١٦٩		المراجع	٥٧
-----	--	---------	----