

الدكتور إدريس الحلوي العبدلأوي

وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي

القواعد العامة لوسائل الإثبات

وسائل الإثبات

الدكتور

إدريس الحلوي العبدلأوي

وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة تمهيدية

تعريف الإثبات

الإنسان كائن اجتماعي ، فهو بدافع غريزته وبداعى طبيعته لا يستطيع أن يعيش منعزلاً ، وما عاش على هذا النحو قط . ومن ذلك كانت الجماعة أمراً لازماً لعيش الإنسان ، لا يمكنه الحياة بدونها .

والإنسان عاجز بمفرده ، مستطيع بغيره ، ذلك أنه يعجز عن أن يشبع بمفرده جميع حاجاته ، فلا بد له من أن يفيد من مجهودات غيره في هذا السبيل . وطبيعته تدعوه إلى أن يختلط بغيره ، فيشاركه في المعيشة ، ويساهم معه في النشاط ، ويتبادل معه النفع ، ومن ثم فحياة الإنسان في المجتمع عبارة عن أخذ وعطاء . وهو في أخذه وعطاءه قد تدفعه أثره جامحة ، أو تغريه قوة طائشة ، إلى الاستزادة مما له ، والتخلص مما عليه ولو بدون حق أحياناً ، فكان ذلك مثاراً لمنازعات بين الأفراد . ولو ترك الإنسان حراً يسير على هدى غريزته ووحى فطرته لجرى فسخ هذه المنازعات عن طريق القوة الفردية ، ولالتهم القوى الضعيف ، ثم أتى دور القوى في أن يلتهمه من يفوقه قوة وعنفًا وبطشاً . ولكن الجماعة وصلت إلى إيجاد نظام يسودها ويضمن بقاءها ويمهد لتقدمها وازدهارها وارتقائها ، وكان هذا النظام هو القانون الذي نشأ بنشؤنها ، والذي وجد لكى يبين لكل فرد ما له وما عليه وهكذا كان تنظيم الحياة في الجماعة يقوم على أساس تقرير الحقوق والواجبات للأشخاص . لذلك امتنع على صاحب الحق عند المنازعة فيه أن يقضى به لنفسه ، وأصبح لزاماً عليه أن يلجأ في شأنه إلى القضاء يلتمس منه فض النزاع وفقاً للقانون . ذلك أن الدولة في العصر الحاضر لا تبيح للأفراد اقتضاء حقوقهم بأيديهم بالقوة بعضهم من بعض ، أنها يجب على من يدعى حقاً قبل آخر أن يلجأ إلى الدولة لتمكينه من حقه أو لحمايته له . فنظام العدالة الخاصة قد انتهى ، والعدالة في العصر الحاضر

أصبحت عملاً عاماً تستأثر الدولة بتنظيمه وممارسته . فالقضاء حق للدولة
وواجب عليها ، ولذلك يعتبر سلطة من سلطاتها الأساسية (1) .

ويطلق على الهيئة التي تعهد إليها الدولة بالقضاء باسم القضاء ، فهذا
اللفظ إذا يدل على الفعل وعلى الفاعل حسب مقتضى السياق (2) .

والبينة هي سلاح الخصوم في معركة الخصومة القضائية حيث
تتصارع المصالح وتتقارع المزاعم .

والبينة هي سلاح الخصوم في معركة الخصومة القضائية حيث
تتصارع المصالح وتتقارع المزاعم .

والبينة هي الدليل أو الحجة ، وهي مشتقة من البيان وهو الظهور
والوضوح ومعناها البرهان الخاص بالحسم الذي يدعم دعوى المدعى ،
ولذلك يقول الفقهاء البينة كاسمها مبينة (3) .

والإثبات لغة هو تأكيد الحق بالبينة (4) . وهو في لغة القانون يعنى
إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون لتأكيد حق متنازع

(1) لقد أبى المشرع استثناء على نظام العدالة الخاصة في حالات معينة ، حيث أجاز للأفراد
القيام بالإجراءات القضائية اتجاه خصومهم بغية تأمين مصالحهم والوصول إلى حقوقهم
دون ما حاجة لمراجعة المحاكم .

ومن الأمثلة في التشريع المغربي على مثل هذه الحالات :

(أ) الحق في حبس الشيء (المادة 291 و 292 من قانون الالتزامات والعقود) .
(ب) والامتناع في العقود الملزمة للجانبين عن تنفيذ الالتزام ما لم يقم أحد المتعاقدين
اتجاه الآخر بتنفيذ ما التزم به (المادة 235 من قانون الالتزامات والعقود) .
(ج) وحق الجار في قطع جذور أشجار الجار الممتدة فوق أرضه بنفسه (المادة 135 من
ظهير 19 رجب عام 1331) .

(د) كما أجاز المشرع للأفراد اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات ذات الصلة المدنية
التي تنشأ فيما بينهم والتي لا علاقة لها بالنظام العام (الباب الثامن من القسم
الخامس من قانون المسطرة المدنية (الفصول من 306 إلى 327) .

(2) محمد حامد فهمي — أصول المرافعات — صفحة 12 — فقرة 11 .
(3) مصطفى الزرقا — المدخل الفقهي العام — الجزء الأول — المجلد الثاني — صفحة
1046 فقرة 672 .

— البينة هي التي تظهر الحق وتكمل صاحبه فيفيد منه (أحمد نشأت — رسالة الإثبات
رسالة الإثبات هامش 1 صفحة 15) .
— البينة اسم لما يبين الحق ويظهره (ابن قيم الجوزية — الطرق الحكيمة في السياسة
الشريعة — صفحة 24) .

فيه له اثر قانونى ، لذلك كان الاثبات فى جوهره اقتناعا للمحكمة بادعاء أو بأخر من جانب هذا الخصم أو ذاك .

ويعرف الفقه (5) الاثبات بأنه : « اقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التى حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها » .

ويلاحظ ان بعض التشريعات قد قصرت لفظة « البينة » على شهادة الشهود فقط (6) . كما نلاحظ ان هذا النهج قد سار عليه بعض فقهاء الشريعة الاسلامية الغراء (7) .

ومن التشريعات ما اطلقت « البينات » على كل وسائل اثبات الحق كالتشريع السورى والتشريع اللبنانى (8) . فى حين ان تشريعات أخرى قد اختارت لفظة « الاثبات » للدلالة على وسائل اثبات الحق كالتشريع المصرى والعراقى والمغربى .

من كل هذا يتضح لنا ان البينة أو الاثبات هى الوسيلة العملية التى يعتمد عليها الأفراد فى صيانة حقوقهم كما أنها هى الاداة الضرورية التى يعول عليها القاضى فى التحقق من الوقائع القانونية . ذلك أن ادعاء وجود حق محل نزاع من جانب أحد الأشخاص أمام القضاء ان لم يصطحب بتقديم الدليل عليه الى القاضى فان هذا الأخير لن يكون ملزماً بل انه لا يستطيع أن يسلم بصدق هذا الادعاء . فالحق له أركان ثلاثة هى طرفاه ومحلّه

(4) يقال ثبت فى المكان ثبت ثابتا وثبوتا دام واستقر ، وثبت على الامر داومه وواظبه ، وثبت الامر عنده تحقق وتأكد ، وثبته تثبينا واثباتا جعله ثابتا ، واثبت الحق اكده بالبينات .

الاثبات هو تأكيد حق متنازع فيه له اثر قانونى بالدليل الذى اباحه القانون لاثبات ذلك الحق (احمد نشأت - رسالة الاثبات - الجزء الاول صفحة 15) .

(5) السنهورى الوسيط - الجزء الثانى - صفحة 13 - فقرة 10 .

(6) المشرع المصرى كما هو ظاهر من نص المواد 400 الى 403 والمادة 704 من القانون المدنى .

(7) جاء فى كتاب طرق الاثبات الشرعية للشيخ احمد ابراهيم صفحة 6 ان البينة فى كلام الله ورسوله وكلام الصحابة اسم لكل ما يبين الحق فهى اعم من البينة فى اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين أو الشاهد واليمين .

(8) قانون البينات فى المواد المدنية والتجارية الصادر بسوريا بتاريخ 10 - 6 - 1947 .
- عرف قانون اصول المحاكمات المدنية اللبنانى البينات فى المادة 129 بانها الوسائل التى يتوصل بها أحد المتداعين لاقتناع القاضى بوجود فعل يتولد عنه حق .

والحماية التي يسبغها القانون عليه (9) . والاثبات ليس ركنا من أركان الحق ذلك أن الحق قد يوجد دون أن تتوفر الوسيلة الى اثباته ومع ذلك فلاثبات أهميته العملية البالغة فالحق بالنسبة الى صاحبه لا قيمة له ولا نفع منه اذا لم يقيم عليه دليل وكثيرون من الذين يخسرون دعاواهم وبالتالي حقوقهم لا لشيء الا لان الدليل يعوزهم .

وقد عبر الفقيه « أهرنج » عن هذا المعنى بسبارته المشهورة التي قال فيها : « ان الدليل هو فدية الحق » بمعنى ان تقديم الدليل من جانب صاحبه عبء عليه ان يحمله للحصول على حقه . فالحق يتجرد من قيمته ما لم يقيم الدليل عليه . والدليل هو قوام حياة الحق ، ومعقد النفع منه . فلاحق حيث لا دليل يؤكدده ، ولا دعوى حيث لا اثبات تستند اليه ، والدليل هو السد الذي يظهر الحق ويجعل صاحبه يفيد منه والحق بدون دليل يعتبر هو والعدم سواء (10) .

مما سبق يتضح لنا أهمية الاثبات ، ذلك انه في المجتمعات الحديثة المنظمة ، حيث يسود القانون ويمتنع على الشخص ان يلجأ الى اقتضاء حقه بنفسه ، وحيث يلتزم ان يستعين في ذلك بالسلطة التي تقوم لتحقيق حماية الحقوق لأصحابها وهي سلطة القضاء ، يجد كل صاحب حق نفسه اذا اراد المطالبة بحقه في حالة تعرض هذا الحق لانتكاس من جانب الغير ، يجد نفسه مضطرا الى اقامة الدليل على وجود الحق الذي يطالب به ، حتى يمكنه الاستعانة بسلطات الدولة في أعمال ما يكفله القانون من حماية . وبغير اقامة هذا الدليل لا يستطيع ان يرتكن الى هذه الحماية فيتعرض لفقدان كل ما يتضمنه حقه من مميزات ومنافع . ومن هذا يظهر انه في مجال أعمال حماية الحقوق بمعرفة السلطة القضائية ، يستوى تعذر تقديم الدليل لاثبات حق موجود مع انعدام هذا الحق منذ البداية (11) .

(9) القول بوجود الطرفين انما يكون في الحقوق الشخصية دون العينية حيث يوجد طرف واحد هو صاحب الحق .

(10) بلانيول - الموجز - الجزء الثاني رقم 2 الطبعة الرابعة الصفحة الاولى .
Un droit n'est rien sans la preuve de l'acte juridique ou du fait matériel d'où il dérive.

بلانيول - الجزء الثاني سنة 1931 ، رقم 1406 صفحة 741 .
La preuve seule vérifie le droit et le rend utile.

كابيتان - الجزء الاول - الطبعة الثالثة صفحة 91 .
Un droit dont on ne peut faire la preuve ne présente aucune utilité il est comme s'il n'était pas.

(11) الاثبات في المواد المدنية والجنائية لمؤلفه Raoul de la grasserie صفحة 18

ادوار الاثبات القضائي :

خضعت قواعد الاثبات عبر التاريخ لسنة التطور التي خضعت لها حقوق الناس ذاتها ، وتبعت في تطورها بوجه خاص حركة العلم والفن وما لاقته من تقدم وازدهار ، بفضل الاكتشافات والاختراعات ، كابتداع الكتابة والرسم والتصوير وتسجيل الصوت وفحص الدم وما شاكلها .

ويقسم الفقهاء الادوار التي مر بها الاثبات الى ثلاث :

1 — الدور الاول : وهو ما يسمونه عهد ما قبل القضاء ، وهو الوقت الذي سبق تأسيس القضاء . وهنا لا مجال للبحث عن بينات للحق ، لان الحق نفسه لم يكن له كيان محدد ومعروف ، وغالبا ما كان يندمج مع القوة ويحيا بها ، او بعبارة اخرى كان الحق للقوة . ولم يكن هناك فرق بين ما نسميه الآن بالدعوى المدنية والدعوى العمومية ، فاذا شعر المرء باعتداء على نفسه او على ذويه او بغصب مال له او لذويه ، كان يلجأ عادة الى الثار دانفا الاعتداء بمثله . اذ لا شرع ولا قضاء يعاقب الغاصب او يردع المفصوب عن استعمال العنف والقوة في استيفاء الحق او استرداد المملوك .

ولما كان الفرد غير مستقل بحقوقه وواجباته لان شخصيته كانت مندمجة في شخصية الجماعة ، فان كل اعتداء على عضو من أعضائها كان يعتبر وكأنه واقع على الجماعة نفسها ، فتهب بأجمعها للاخذ بالثار ، كما انه اذا وقع اعتداء من أحد أفرادها على الغير فان أفرادها يتحملون جميعا تبعة هذا الاعتداء ويتضامنون جميعا في المسؤولية قبل اسرة المجنى عليه . فكل جماعة كانت تعيش على تضامن مشترك يجعل منها كتلة واحدة ايجابيا وسلبا ، يشترك جميع أعضائها في الحقوق لكل منهم ان يطالب بحق أخيه أو بئاره ، ويلتزم كل منهم بمسؤولية أخيه فيتحمل تبعة فعله . ولم يكن للحق أو الواجب قوام بغير القوة ، فهي التي تنشئه وهي التي تحميها ، لان تقدير الحق أو الواجب كان مبنيا على قوة الخصم أو ضعفه لا فرق في ذلك بين أمر مدني وأمر جنائي ، بل كان كل اعتداء على حق جريمة ، لانه اهانة لصاحبه شأنه شأن الاعتداء على النفس أو على المال ، يدفع المعتدى عليه وعشيرته الى الانتقام ولم يكن ليمنع من الانتقام سوى العفو الذي كان لا يحصل الا بعد تسوية مادية انتهى أمرها أخيرا الى الجماعة .

2 - الدور الثاني : وهو الدور الذي يسهونه بدور الاثبات عن طريق الدين (12) أو عهد الدليل الالهي (13) .

ويتسم هذا الدور بالتطور الكبير الذي طرأ على أذهان الناس ، والوعي والاحساس الذي أصبح يسود في المجتمع الانساني خلال هذه الحقبة . هذا التطور الذي يتمثل في شعور الناس بوجود قوة عليا مهيمنة على الكون كله هي الله ، تكافئ على الخير وتجازي على الشر ، فتطلع الناس اليها يستمدون من فعلها دليلا على حق مقصوب أو مال مسلوب ، فوثقوا بأن من يتجرع السم ويسلم منه كان بريئا ، أو الذي يلقي بنفسه في النهر أو يصب عليه زيتا أو ماء يغلي أو يضع لسانه على النار فانه ان كان بريئا فان الله يحميه . وكان البعض يجرب السم في حيوان للخصم فاذا عاش اعتبر صاحبه بريئا والا فيعطى للخصم نفسه ، كما أنهم كانوا يلتجئون الى طريقة القسم فكان الظنين يؤدي يمينا مصحوبة بطلب الشر لنفسه ان كان كاذبا .

ثم جاء وقت رأى فيه الانسان أن لا يجنح الى الآلهة جنوحا كلياً وان يعتمد على قوته مستمدا المعونة من الله ، فكان يطلب خصمه للنزال ولم يكن يستثنى من ذلك أحد حتى النساء ، وكان في استراليا اذا اختلفت امرأتان فيما بينهما أمرهما زوجها بالنزال ، فان أبتا عوقبتا ، وكان النزال شائعا في أوروبا في القرن الرابع عشر وكان الطرفان يحلفان قبله ، ومن أخطأ في الصيغة خسر دعواه (14) .

3 - الدور الثالث : وهو عهد الدليل الانساني .

وهذا الدور يشهد برقى العقل البشري وتقدمه الذي لم يعد يؤمن بالقوة كوسيلة للحصول على الحق ، ولا بالطرق التي كان يبتدعها الكهنة ، بل فضل الاثبات عن طريق الشهادة . ومن هذا يتضح لنا ان البيئة بالشهادة هي اول وسيلة من وسائل الاثبات التي عرفت البشرية ، ولكن المشكلة التي كانت تعوق البيئة بالشهادة هي شهادة الزور ، أو الامتناع عن الشهادة أو عدم وجود شهود ، فكان يلجأ الى أخذ اعتراف ولو عن طريق التعذيب

(12) ادوار عيد - قواعد الاثبات في القضايا المدنية والتجارية - الجزء الاول - صفحة 8 .

(13) احمد نشأت - رسالة الاثبات في التمهيدات - الجزء الاول - صفحة 10 .

(14) احمد نشأت - رسالة الاثبات في التمهيدات - الجزء الاول - صفحة 12 .

والعنف ، ولا يخفى العيب الذى يشوب طريق انتزاع الاعتراف عن طريق العنف اذ كان الحال ينتهى دائما بالمعذب الى الاعتراف بما نسب اليه سواء كان مذنباً أم بريئاً .

ويذكر الدكتور عبد الوهاب حؤمى (15) ان روما القديمة فى عهد الاسلوب الانهاى لم تشأ ان يكون للاعتراف نتائج قانونية حتى ان بعض الفقهاء المعاصرين يزعمون انه كان باطلا لانه (ظاهرة من ظواهر الجنون) غير ان الراى الشائع انه كان للاعتراف قوة قانونية ولكن امر تقديره كان متروكا للقاضى وهذا ما ذهب اليه (البيسان) Ulpian والديجست ، وخاصة اذا كان الاعتراف منتزعا من الارقاء بواسطة التعذيب . اما فى عهد الاسلوب التفتيشى فان الاعتراف بلغ الاوج من الاعتبار واصبح (سيد البينات) ، ولكن عجز هذا الاسلوب عن اقناع القاضى بصورة مطلقة ، جعله يلجأ الى الاستجواب والتعذيب حتى يظهر باعتراف المدعى عليه (لراحة وجدانه) كانه ينتظر من هذا الاعتراف ان يصادق على صحة كل ما جمعه القاضى من شواهد على ادانة الفاعل اثناء تحقيقه بغية تبديد آخر الشبهات والشكوك ، ولا ادل على نظرتهم الى الاعتراف من هذا المقطع الذى كتبه الفقيه (جوس — Jousse) :

« ان اعتراف المدعى عليه بصورة حرة فى حضور الحكام بأنه مرتكب الجريمة التى يحاكم من أجلها بينة كاملة وبالتالي كافية للحكم عليه ، شريطة التحقق من وقوع الجريمة وليس اعدل من عقوبة تطبق على شخص يعترف بمحض ارادته ودون أى تعذيب انه الفاعل الحقيقى ، والواقع ان شهادة الشهود ناقصة لانها عرضة للاخطاء ، فى حين ان اعتراف الفاعل يظهر الحقيقة سافرة لانها مبنية على البداهة نفسها » .

من كل ما سبق تتضح لنا المراحل التى مر بها الاثبات عبر التاريخ ، هذه المراحل التى كانت مسيرة لتطور الانسانية وتقدمها فقد رأينا كيف كان الانسان فى طوره الاول مستندا الى القوة والعنف فكان قاضى نفسه . ثم رأينا الدور الثانى الذى هو دور العقيدة الذى كان يلجأ فيه الكهنة الى ضروب السحر والشعوذة . واستخلصنا فى الدور الثالث ان الانسانية بدأت تتدرج الى الادلة المفيدة كالشهادة وغيرها . والحقيقة انه باختراع المطبعة وانتشار التعليم بدأ الناس يلجأون الى الكتابة فى الاثبات وحصرت شهادة الشهود وقرائن الاحوال فى مجال ضيق ، وتهذبت اليمين ثم تطور الاثبات بالكتابة من الكتابة العرفية الى الكتابة الرسمية .

(15) اصول المحاكمات الجزائية صفحة 342 .

التنظيم القانوني للاثبات وصوره :

نظرا لما يتطلبه الاثبات القضائي من قواعد خاصة في تعيين من يقوم به ، ورسم الاجراءات التي يتم بها تقديم الادلة الى القضاء . فانه يبدو من الضروري ان تخضع هذه المسائل لتنظيم قانوني ، لذلك فان كل نظام قانوني وكل تنظيم قضائي يقتضى حتما وجود نظام للاثبات . الا ان التنظيم القانوني للاثبات لا يتخذ صورة واحدة ، فقد يقتصر هذا التنظيم على رسم اجراءات تقديم الادلة الى القضاء ، تاركا تحديد ما يعتبر من الادلة ووزن قوة كل منها في الاثبات الى سلطة القاضي التي تتضمن فوق ذلك حق توجيه الخصوم الى الدليل ، بل وقدرة القاضي على التحقق من صحة الوقائع المدعاة بنفسه . كما ان التنظيم قد يمتد في صورة أخرى ليشمل كل ما يتعلق بالاثبات فيحدد الادلة التي يمكن تقديمها للاثبات ويعين بدقة قوة كل دليل منها ويلزم القاضي بأن يقف موقف الحياد المطلق في معركة الاثبات .

والصورة الاولى من صور تنظيم الاثبات هي ما يسمى بمذهب الاثبات المطلق أو الحر ، اما الصورة الثانية فهي مذهب الاثبات القانوني أو المقيد، ولكن أكثر الشرائع الحديثة تتبع في التنظيم القانوني للاثبات مسلكا وسطا بين المذهبين السابقين وهي صورة يمكن أن يطلق عليها تسمية المذهب المختلط أو المعتدل في الاثبات . ونتناول بالدراسة كل مذهب من هذه المذاهب الثلاثة على حدة .

المذهب الاول : مذهب الاثبات الحر أو المطلق

وهو نظام للاثبات لم يكن يعرف غيره في المجتمعات البدائية ، وهو يقتضى اطلاق حرية المتقاضين في تقديم أي دليل ، كما يجعل للقاضي دورا ايجابيا في البحث عن عناصر اقتناعه وقدرة على الاستناد الى أي وسيلة يتحقق منها هذا الاقتناع من استجواب الخصوم أو سماع الشهود أو حتى التحقق من الوقائع . وميزة هذا المذهب انه يجعل الحقائق القضائية التي يصل اليها القاضي في حكمه مطابقة الى درجة كبيرة للحقائق الواقعة المنازع فيها . ولكن يؤخذ عليه انه يعطي القاضي حرية واسعة تتجافى مع الاستقرار الواجب في المعاملات ، لان الخصوم لا يعرفون ما اذا كان في وسعهم اقناع القاضي لاختلاف القضاة في التقدير ، مما يزعزع الثقة في التعامل ، ولان القاضي قد يكون مغرضا فيحكم بما يهوى دون أن يكون عليه رقيب من القانون . وما زالت بعض القوانين الحديثة تتبع هذا المذهب في تنظيم الاثبات كالقانون الالماني والقانون السويسري والقانون الانجليزي

والقانون الأمريكى كما اعتنقه بعض رجالات الفقه الاسلامى (16) . اما في المواد الجنائية فان جميع التشريعات على الاطلاق تأخذ بهذا المذهب لان طبيعة هذه المواد لا تقبل تحديد طرق معينة للاثبات .

المذهب الثانى : مذهب الاثبات القانونى او المقيد

لقد رأت اكثر التشريعات القديمة في مرحلة تالية من مراحل تطورها ان تتفادى العيوب التى تشوب المذهب الاول وهو 'الاثبات المطلق او الحر عن طريق الحد من سلطة القاضى في تسيير الدعوى والفصل فيها وذلك بحصر وسائل الاثبات وتعيينها تعيينا دقيقا وتحديد قيمة كل منها ، بحيث لا يجوز بعد ذلك للخصوم ان يثبتوا حقوقهم بغير هذه الوسائل ، ولا يملك القاضى ان يجعل لايها قيمة اكثر او اقل مما حدده القانون لها وكذلك بالزام القاضى بالوقوف من الدعوى موقف الحياد *La neutralité du juge*

بحيث يتمتع عليه القضاء بعلمه الشخصى فلا يقضى الا بما يظهر له من اجراءات الدعوى المعروضة عليه ، ولا يجوز له ان يستجمع الادلة وانما يقتصر على ما يعرض عليه منها ولا يقضى بدليل قدمه أحد الخصمين الا بعد ان يمكن الخصم الآخر من مناقشته . فوصلت التشريعات بذلك الى ما يسمى بمذهب الاثبات القانونى او المقيد .

(16) لقد ناز الفقيه ابن القيم الجوزية على تحديد الفقهاء للدلالة في الاثبات تحديدا جامدا وتقدمهم بشهادة الشهود واخذهم بها دون القرائن . والادلة الاخرى ونادى بوجوب ترك الاثبات حرا « فاذا ظهرت امارات المدل واسفر وجهه باى طريق كان فثم شرع الله » قال في اعلام الموقعين : « ان الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التى هي ادلة عليه وشواهد له ولا يرد حقا منى ظهر بدليله ابدا ، فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها ، ولا يقف ظهور الحق على امر معين لا فائدة في تخصيصه مع مساواة غيره له في ظهور الحق او رجحانه عليه ترجيحها لا يمكن جهده ودفعه كترجيح شاهد الحال على مجرد البينة في صورة من على راسه عمامة وبيده عمامة وآخر خلفه مكشوف الراس يمدو اثره ولا عادة له بكشف راسه ، فبينه الحال ودلائله هنا تفيد ظهور صدق المدعى اضعاف ما يفيد مجرد البينة عند كل احد . فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة ويضيع حقا يعلم كل احد ظهوره وجهته . بل لما ظن هذا في ظنة فسيحوا طريق الحكم فضاع كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين ، وصار الظالم الفاجر ممكنا من ظلمه وفجوره فيفعل ما يريد ويقول لا يقوم على بذلك شاهدان اثنان فضاعت حقوق كثيرة لله ولعباده » . ثم قال في الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية : « فاذا ظهرت امارات المدل واسفر وجهه باى طريق كان فثم شرع الله ودينه والله سبحانه اعلم واحكم واعدل ان يخص طرق المدل واماراته واعلامه شيء ثم ينفى ما هو اظهر منها واقتوى دلالة وابين اشارة فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها بموجبها بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق ان مقصوده اقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط فإى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست بمخالفة له » .

وظاهر ان هذه الصورة من صور التنظيم القانونى للاثبات ان كانت تتيح للأشخاص تقدير مراكزهم فى المنازعات على ضوء ما يكون لديهم من أدلة مما يعتبر وسيلة الى ضمان الثقة وتحقيق الاستقرار فان ما تقوم عليه من جهود القواعد كثيرا ما يؤدى الى بعد ما يعتبر حقيقة أمام القضاء عن الحقيقة الواقعة ، كما ان من العيوب التى تشوب هذه الصورة من صور الاثبات ان موقف القاضى فى هذا النظام يكون سلبيا محضا اذ لا يجوز له ان يعمل من جانبه على اكمال ما فى أدلة الخصوم من نقص ، ولا ان يقضى بعلمه الشخصى ، وانما يتعين عليه ان يكون حكمه على ضوء ما قدمه الخصوم من أدلة يقدرها فى الحدود التى رسمها القانون مما تصبح معه وظيفة القضاء آلية محضة .

والحقيقة ان هذا المذهب على ما فيه من دقة حسابية تكفل ثبات التعامل بيباعد ما بين الحقائق الواقعة والحقائق القضائية فقد تكون الحقيقة الواقعة ملء السمع والبصر لكنها لا تصبح حقيقة قضائية الا اذا استطاع اثباتها بالطرق التى حددها القانون . وقد تطلب فى الفقه الاسلامى المذهب القانونى فى الاثبات فيجب فى الاثبات بالبيينة شهادة شاهدين ولا يكتفى بشاهد واحد الا فى حالات استثنائية . واذا توافر نصاب الشهادة وجب الاخذ بها دون ان يكون للقاضى حرية فى التقدير ، ويتفاوت نصاب الشهادة من واقعة الى أخرى فى حدود مقدرة تقديرا يكاد يكون حسابيا (17) .

المذهب الثالث : مذهب الاثبات المختلط

والصورة الثالثة لتنظيم الاثبات هى الصورة التى تجمع من مبادئ المذهبين السابقين ، فلا تأخذ بالحرية المطلقة أو التقييد الكامل ، وانما تجعل لكل منهما مجالا فى قواعد الاثبات ، فتلزم القاضى فى الاصل بأن يقف موقف الحياد كما تحدد الأدلة التى تقبل الاثبات أمام القضاء وتعين قوة بعضها فى الاثبات وتضع شروط الوقائع التى يجوز اثباتها ، ولكنها ممن ناحية أخرى تجعل للقاضى فى بعض الاحوال أن ينشط الى جمع الأدلة على ما يريد معرفته من وقائع فيستجوب الخصوم أو يستعين بأهل الخبرة أو يستدل بشهادة الشهود من تلقاء نفسه . كما أنها تكفل له سلطة فى تقدير قيمة الدليل الذى يستمد من بعض طرق الاثبات كالشهادة بل تجعل له ان يستنتج ثبوت واقعة غير ثابتة من واقعة أخرى ثابتة (القرائن القضائية)

(17) السنهوري الوسيط الجزء الثانى صفحة 29 فقرة 23 .

وبذلك يتجنب هذا المذهب في الاثبات ما يخشى من تحكم القاضى في مذهب الاثبات الحر أو المطلق ، وجمود القواعد وما قد تؤدى اليه من الظلم في مذهب الاثبات المقيد ، بالمزج بين خصائص النظامين في نظام واحد مما يبرر تسميته بالمذهب المختلط .

وهذا الطريق الوسط أى مذهب الاثبات المختلط هو الطريق التى تتبعها جميع الشرائع اللاتينية . وقد اتبعها أيضا قانون الالتزامات والعقود المغربى والقانون المصرى والقانون السورى والقانون اللبنانى واكسبر القوانين العربية .

ويلاحظ الفقه على هذا المذهب ملاحظتين أساسيتين :

1 — ان اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية فيه لا يصل الى حد يجعل للدلة قوة قطعية فلا تزال للدلة فيه حجة ظنية ، ولا تزال الحقيقة القضائية هي مجرد احتمال راجح *Idée de probabilité* وليست حقيقة قاطعة ولابد من الناحية العملية الاكتفاء بالحجج الظنية ما دامت راجحة ، لان اشتراط الحجج القاطعة يجعل باب الاثبات مقفلا أمام القاضى .

2 — ان المذهب المختلط يتفاوت في نظام قانونى عنه في نظام آخر فهو يضع من القيود على حرية القاضى في تلمس الدليل قليلا أو كثيرا على قدر متفاوت يختلف باختلاف النظم القانونية ، فمن النظم ما تقلل من هذه القيود حتى يشتد التقارب ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية فيرجح حظ العدالة ومنها ما يزيد في القيود ولو ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية حتى يستقر التعامل وخير هذه النظم ما وازن بين الاعتبارين في كفتى الميزان حتى لا ترجح كفة وتشيل أخرى (18) .

الاثبات القضائى والاثبات العلمى والتاريخى :

الاثبات القضائى هو الذى يعنى اقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التى يحددها القانون على وجود حق منازع فيه ، اما الاثبات العلمى (19) فهو الذى ينصب على أمر من الامور ويقوم البرهان عليه بأية وسيلة ومن أى طريق ويساهم فيه كل من يريد من الافراد وتظل الحقيقة العلمية بمعد

(18) السنهورى الوسيط الجزء الثانى صفحة 30 .

(19) عبد المنعم فرج الصدة — الاثبات في المواد المدنية صفحة 5 .

هذا قابلة للنظر والنقاش على وجه الدوام . ومن هذا يبدو لنا الفارق واضحا بين الاثبات العلمى والاثبات القضائى فهما يشتركان فى أن كلا منهما ينطوى على تقصى حقيقة امر من الامور ، ولكنهما يختلفان فيما عدا ذلك ، فالباحث عن الحقيقة العلمية له كل الحرية فى بحثه عن هذه الحقيقة بينما القاضى يتقيد بمناصر الاعتناع التى تقدم له فى القضية المعروضة ، ولكل من يعنيه الامر من الافراد ان يشترك فى البحث العلمى ، فى حين ان القاضى يمتنع عليه بحسب الاصل ان يساهم فى جمع الادلة فى الدعوى المعروضة عليه ، والحقيقة العلمية تبقى أبدا محل بحث واستقصاء . أما الحقيقة القضائية التى يصل اليها القاضى فتعتبر صحيحة بصفة نهائية . وهذا الاختلاف بين نوعى الاثبات مرده الى اختلاف الفرض من كل منهما ، فالاثبات العلمى ينشد الحقيقة المجردة بينما يرمى الاثبات القضائى الى الفصل فى نزاع بين طرفين على حق يدعيه كل منهما ، ولا بد فى مجتمع منظم أن يكون هنالك حد لهذا النزاع حتى لا تتأبد الخصومات ويستقر التعامل .

هذه التفرقة بين نوعى الاثبات تلقى الضوء على قيمة الحقيقة القضائية التى ينتهى اليها القاضى فى حكمه ، فالغاية العملية للاثبات القضائى وهى قصد فض المنازعات التى تقوم حول الحقوق وتحقيق الاستقرار فى المجتمع تفرض الاكتفاء بالحقيقة النسبية أى التى تقوم على الظن الراجح ، ذلك ان السعى الى الحقيقة المطلقة يوجب فتح باب الاثبات الى غير نهاية حتى تبين هذه الحقيقة مما لا يتفق مع الرغبة فى حسم المنازعات بين الافراد . فاذا ما تم الفصل فى نزاع على حق من الحقوق على أساس ما تقدم للقضاء من أدلة واستنفذ المتنازعون كل ما رتبته لهم القانون من درجات للتقاضى عدت الحقيقة التى يقررها الحكم الفاصل فى النزاع حقيقة نهائية لا يجوز لاي من المتنازعين العودة الى التشكيك فيها امام القضاء ولو ملك من الادلة ما ينفى صحتها . الا أن غاية المنازعات بين الافراد ذاتها لا تقتضى ان تفرض هذه الحقيقة على الكافة بل تتحقق بقصر فرض صحتها على اطراف النزاع ومن هذا تبدو نسبية الحقيقة القضائية .

ومن ناحية اخرى فان هذه الغاية تجعل الاثبات امام القضاء أمرا لا معنى له اذا لم يتم نزاع يكون الاثبات المطلوب وسيلة الى الفصل فيه على خلاف الحال بالنسبة للحقيقة العلمية التى لا يمنع التسليم بها من معاودة البحث فى صحتها كما أسلفنا .

كما انه يترتب على ارتباط الاثبات القضائى بتنظيم السلطانية القضائية خضوعه لقواعد وقيود تنتج من هذا التنظيم ، منها مثلا ما يفصل

بتحديد موقف القاضى حيال الاثبات ، فالتنظيم القضائى يفرض على القاضى أن يكون موقفه فيما يدور أمامه من الاثبات سلبيا فى الأصل ويجعل منه فى أغلب الاحوال حكما يقوم بوزن الادلة المتعارضة التى يقدمها اليه المتقاضون فلا يشارك أطراف النزاع فى تقديم الادلة ولا يقضى فى خصومة الافراد بما يعلمه هو عن حقيقة النزاع وهذا هو ما يسمى بهبدأ حياد القاضى .

كما أن تنظيم العمل أمام القضاء يستلزم أيضا تحديد اجراءات تقديم الادلة المختلفة ، بل أن المشرع قد يجد فى تحديد الوسائل التى تقبل الاثبات أمام القضاء فى المواد المدنية وتعيين قوة كل دليل منها ضمانا لحقوق الافراد .

يخلص من كل ما سبق أن الحقيقة القضائية هى ما يثبتته القاضى فى حكمه نتيجة لتحريره حقيقة الواقع ويكون حظها فى مطابقة الواقع بقدر ما يكون للقاضى من سلطة فى البحث والتحرى وهذه تبلغ أقصاها فى مذهب الاثبات المطلق ، غير أنه حتى فى هذا المذهب يبقى أن القاضى بشر وأن وسائله محدودة ، أن علم شيئا غابت عنه أشياء ، ولا يبعد أن يخطئ فى التقدير فيقضى بما يخالف الواقع وهذا أول سبب من الاسباب التى يمكن أن تؤدي الى مغايرة الحقيقة القضائية للواقع .

أما فى مذهب الاثبات المقيد فيزداد احتمال بعد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعة بسبب تقييد القاضى بالدليل القانونى ، فإذا كان محل النزاع مثلا عقدا معينا بها يتطلب القانون أن يكون اثباته بالكتابة وعجز المدعى عن تقديم الدليل الكتابى حكم القاضى بعدم ثبوت هذا التعاقد حتى ولو كان يعلم هو بحصوله أو كان يستطيع أن يعلم ذلك عن طريق آخر كشهادة شخص يثق به ثقة خاصة .

ويعالج المذهب المختلط ذلك الى حد ما بأن يرخص للخصم العاجز فى مثل هذه الحالة عن تقديم الدليل القانونى فى أن يوجه الى خصمه اليمين الحاسمة أملا فى استخلاص دليل له من نكول ذلك الخصم اذا نكل ، وفى أن يطلب استجواب خصمه لعله يستدرجه بذلك الى الاقرار .

على أنه مهما بلغت وسائل تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعة فإن القضاء على احتمال تباينهما مستحيل . ولذلك كان لابد من اعتبار الحقيقة القضائية حقيقة نسبية لا مطلقة أى أنها لا تعتبر حقيقة الا بالنسبة الى طرفى الخصومة التى فصل فيها الحكم وفيما يتعلق بالموضوع

الذى فصل فيه دون غيره ولكنها فى هذا الحيز المحدود تعتبر حقيقة ثابتة لا يجوز تجاهلها أو نقضها وفى هذا تكون قوة الحقيقة القضائية أو حجية الشيء المحكوم به أو حجية الأمر المقضى .
« Autorité de la chose jugée »

قواعد الإثبات قواعد موضوعية وقواعد إجرائية

ليست قواعد الإثبات كلها من طبيعة واحدة فبعضها قواعد تتعلق بالتنظيم الموضوعى ، والبعض الآخر تتعلق بالشكل والإجراءات . ولقد كان هذا سببا فى اختلاف التشريعات على المكان الذى يضم هذه القواعد . فمن التشريعات ما يفرد لقواعد الإثبات تشريعا مستقلا كالقانون الانجليزى والقانون الأمريكى والقانون السورى . ومنها ما يضع هذه القواعد فى تقنين المرافعات كالقانون الالمانى . وفريق منها يفرق بين القواعد الموضوعية وقواعد الإجراءات ، فيجعل مكان الأولى فى التقنين المدنى ، ويجعل الثانية فى تقنين المرافعات . وهذا هو مذهب التشريعات اللاتينية كالتقنين الفرنسى والتقنين الإيطالى والتقنين البلجيكى والمشروع الفرنسى الإيطالى الذى أخذ به التشريع المصرى (20) وكذلك القانون المغربى .

والسؤال الذى يتبادر الى الذهن فى هذا المجال هو البحث عن طبيعة قواعد الإثبات أى قواعد موضوعية ، يجدر بها أن تتخذ مكانها فى القانون المدنى . أم هى قواعد شكلية يجب أن يتضمنها قانون المرافعات ، وقبل الإجابة عن هذا السؤال يجب أن نعرف معنى القواعد الموضوعية فى الإثبات ، ومعنى قواعد الإجراءات أو القواعد الشكلية .

فالقواعد الموضوعية فى الإثبات هى التى تحدد محل الإثبات ومن يقع عليه عبئه ، وطرقه وقيمة كل طريقة منها ، والاحوال التى يتخذ فيها كل من هذه الطرق ، والتقنين المدنى هو المكان الطبيعى لهذا النوع من القواعد حيث أوردها المشرع المغربى فى القسم السابع من الكتاب الأول من قانون الالتزامات والعقود .

أما قواعد الإجراءات أو القواعد الشكلية فهى التى تحدد الإجراءات التى تتبع فى إقامة الأدلة عندما يكون النزاع معروضا على القاضى ، وبذلك

(20) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى — الجزء الثالث — الصفحة 347 — 349 .

يشملها تقنين المرافعات حيث أوردها المشرع المغربي تحت عنوان « في إجراءات التحقيق » وذلك في الباب الثالث من القسم الثالث من قانون المسطرة المدنية .

وقد قال بعض الفقهاء انه كان من الواجب منطقيا أن يكون الإثبات من مواضع قانون المرافعات لانه لا يلجأ اليه الا عند المخاصمات ، كما أكد البعض الآخر بأن وضع الدليل في القانون المدني هو وضع للشئ في محله ، لان الدليل جوهرى بالنسبة للحق والحق بلا دليل لا قيمة له كما تقدم القول . واستندوا في قولهم هذا الى ان عدم وجود الدليل يجعل الحق نفسه في حكم العدم أو غير موجود أصلا ، وان الدليل لا يتخذ دائما بقصد الالتجاء به للمخاصمة ، وقانون المرافعات خاص بالمخاصمات ، وان شروط صحة العقد وبيان أثره القانوني وقوته بالنسبة للطرفين وبيان نوع الدليل اللازم لكل حق من خصائص القانون المدني . وان إجراءات الدليل لا حاجة لنا بها الا عند المخاصمة الامر الذي يجعلها تابعة بطبيعتها لقانون المرافعات كبيان الوقائع المراد اثباتها وكيفية التحقيق وسماع الشهود وتعيين الخبراء .

ومن الفقهاء ما يجذب فكرة جمع قواعد الإثبات سواء منها الموضوعية أو الشكلية في تقنين المرافعات كما فعل القانون الالماني والقانون السويسري . ويذهب الاساتذة كولان وكبيتان ودي لامور نديير الى هذا الرأي . وقد جاء في المذكرة الايضاحية (21) لمشروع التقنين المدني المصري الجديد في هذا الصدد ما يأتي :

« والواقع انه يتضح من استظهار تبويب التقنيات المختلفة ومتابعة كل منها بالآخر ان الإثبات والشهر لا ينزلان منها مكانا واحدا ، فبعض هذه التقنيات يفرد لهما مكانا في تقنين المرافعات وبعض آخر يفرق هذه الاحكام بين التقنين المدني وتقنين المرافعات .

ويقوم مذهب الفريق الاخير من التقنيين على التفريق بين طائفة القواعد المتعلقة بالتنظيم الموضوعي وبين طائفة القواعد المتعلقة بالشكل والجراءات ، ويلحق الاولى بالتقنين المدني ويقرر للثانية مكانا في تقنين المرافعات ، وتشتمل الطائفة الاولى على الاحكام المتعلقة بمحل الإثبات وبيان من يقع عليه عبئه ، وتفصيل طرقه وأحوال أعمال كل من هذه الطرق . وغنى عن البيان انه يقصد من هذه الاحكام بوجه عام انى اتقاء المنازعات

وتأمين ما ينبغى للتعامل من استقرار ولعل هذا الغرض الوقائي بذاته هو أبرز ما ينهض لتوجيه وضعها في نصوص التقنين المدني باعتباره الاصل الجامع للمبادئ العامة في القانون . أما ما يتعلق من الاحكام باعمال طرق الاثبات فهو يتصل بناحية الشكل والاجراءات ولاسيما ما يقوم من هذه الطرق على التحقيق أو الخبرة . وبديهي ان مثل هذه الاحكام اخص نطاقا من الاحكام الموضوعية ، وهي تتسم على وجه الافراد بطابع قضائي يجعل خطابها ينصرف بوجه خاص الى من يعهد اليهم بتطبيق القانون والفصل في المنازعات ، فأخلق لها والحال هذه ان تحل مع سائر ما يتعلق بخصوصيات الشكل والاجراءات صعيدا واحدا في تقنين المرافعات .

ويذكر الاستاذ السنهوري (22) بأن سلامة النظر في هذه المسألة تقضى بتخطي الشرائع التي تضع قواعد الاثبات بناحياتها الموضوعية والشكلية في تقنين المرافعات . قد توضع هذه القواعد كلها في التقنين المدني تغليا للناحية الموضوعية على الناحية الشكلية فيلتنم شملها وقد توزع بين التقنين المدني وتقنين المرافعات كما تقضى بذلك كل طائفة من هذه القواعد وقد تنفرد بمكان خاص تنعزل به عن سائر التقنيات حتى لا تطفئ ناحية من الناحيتين على الاخرى ، ولكن ان يستقل بها جميعا تقنين المرافعات فهذا ما لا وجه للنظر فيه .

والواقع ان خير موضع لقانون البينات هو وضعها في مجموعة واحدة مستقلة ، أي ان هذه المجموعة تجمع بين دفتيها كل القواعد المتعلقة بالبينات سواء منها الشكلية أو الموضوعية وهذا من شأنه الا يجعل هذه القواعد مبعثرة بين القانون المدني وقانون المرافعات ذلك ان القانون المدني يضم مع القواعد الموضوعية طائفة من لاجراءات التي يجب ان يكون موضعها في قانون المرافعات ، كما ان قانون المرافعات يحوي قواعد يجب ان تكون في القانون المدني . وهذا ما جنح اليه المشرع السوري في القانون رقم 395 بتاريخ 1947/6/10 حيث جمع بين دفتي هذا القانون جميع القواعد والاجراءات المتعلقة بالبينات المدنية والتجارية .

والحقيقة ان توزيع قواعد الاثبات بين القانون المدني وقانون المسطرة المدنية في القانون المغربي ، هو الذي دفع بنا الى اختيار هذا الموضوع بالذات ، حتى نيسر بهذه الدراسة المتواضعة لجميع رجال القانون الرجوع الى قواعد الاثبات ، ليجدوا احكامها مفصلة وبسطة سواء منها

الموضوعية أو الشكلية . اذ اننا نجد كما سبق لنا البيان ان المشرع المغربي قد اورد الاحكام الموضوعية لوسائل الاثبات في القسم السابع من الكتاب الاول من قانون الالتزامات والعقود . كما أنه اورد القواعد الشكلية أو قواعد الاجراءات ، تحت عنوان « في اجراءات التحقيق » وذلك في الباب الثالث من القسم الثالث من قانون المسطرة المدنية ، ومحاولتنا في هذه الدراسة تقتضى منا جمع هذه القواعد الواردة بين دفتى قانون الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية . ونحن نأمل اذا ما جنح المشرع المغربي الى اعادة النظر في هذا الموضوع ، ان يقتفى اثر المشرع السوري ، وذلك بوضع قواعد الاثبات بصفة عامة — الموضوعية منها والشكلية — في قانون مستقل لتيسير الرجوع اليه ، وذلك لدفع كل التباس أو غموض يمكن أن يكون سببا في عدم تطبيق النصوص بالكيفية التي اراد المشرع بها ضمان حقوق الافراد والمتقاضين .

خطة البحث :

بعد هذه المقدمة التمهيدية التي توخينا فيها التعريف بالاثبات وأهميته العملية ، والادوار التي مر بها عبر التاريخ ، ثم بيان أنواع الاثبات والتمييز بين الاثبات القضائي والاثبات التاريخي والعلمي ، ثم تخصيص فقرة لدراسة التنظيم القانوني للاثبات ومختلف صوره أو مذاهبه ، ثم تحديد المقصود بقواعد الاثبات الموضوعية منها والشكلية ، ثم أخيرا عرض أهمية اختيارنا لهذه الدراسة لتكون موضوع هذا الكتاب .

وقبل أن نتعرض لدراسة وسائل الاثبات في التشريع المدني المغربي، نرى أنفسنا ملزمين بتخصيص الباب الاول لنلقى نظرة فيه على المبادئ الأساسية لوسائل الاثبات ، حتى نتبع بذلك نفس النهج الذي سار عليه قانون الالتزامات والعقود ، حيث خصص الباب الاول من القسم السابع من الكتاب الاول المعد للاثبات لاستعراض الاحكام العامة التي تخضع لها كل وسائل الاثبات .

وبعد انتهائنا من معالجة القواعد العامة لوسائل الاثبات ، ننتقل الى دراسة هذه الوسائل بتفصيل وذلك في الباب الثاني .

الباب الأول

القواعد العامة لوسائل الاثبات

تستلزم دراسة القواعد العامة لوسائل الاثبات تحديد هدفه ، وبيان الشروط الواجب توافرها في الواقعة لتصلح محلا للاثبات ، كما ان ضرورة كفالة حق كل خصم في ابداء دفاعه تجعل من الاثبات حقا بجانب كونه واجبا وهذا هو الحق في الاثبات .

واذا كان الهدف الذي يرمى اليه الخصوم من الادلة التي يقدمونها لاثبات ادعاءاتهم امام القضاء هو اقتناع القاضي بصحة ما يدعونه ، فـان القانون يضع القواعد التي تنظم تحمل كل منهم بنصيبه في الاثبات ، اى ينظم حملهم لعبء الاثبات .

كما ان المشرع قام بحصر الادلة التي يجوز استخدامها للاثبات امام القضاء اى ان المشرع قد حدد طرق الاثبات .

من كل هذا يرتسم اماننا منهاج بحثنا لهذا الباب الاول المخصص لدراسة القواعد العامة لوسائل الاثبات ، وهى ستكون على النحو الآتى :

الفصل الاول : محل الاثبات

الفصل الثانى : عبء الاثبات

الفصل الثالث : طرق الاثبات

الفصل الاول

محل الاثبات

عرفنا الاثبات بأنه اقامة الدليل على حقيقة امر مدعى به نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية . وهذه الآثار اما أن تكون نشوء حق جديد ، واما أن تكون انقضاء حق قائم ، أو انتقاله من شخص الى آخر وهي تترتب بقوة القانون على أمور معينة تسمى وقائع قانونية .

ورغم أن هذا الاثبات هو التدليل على وجود الحق فإن الحق ذاته لا يكون محلا للاثبات ، ذلك أن ثبوت حق شخص من الأشخاص لا يتحقق الا إذا توافر لمصلحته سبب من الاسباب المنشئة للحق ، أى واقعة قانونية يترتب عليها القانون هذا الحق . فإذا أراد شخص اثبات حقه كان عليه أن يثبت الواقعة التى تعتبر مصدرا له ولذا فمحل الاثبات هو الواقعة لا الحق.

فمحل الاثبات ليس اذن هو الحق المدعى به بل هو المصدر الذى ينشئ هذا الحق . والمصادر التى تنشئ الحقوق أيا كانت لا تعدو أن تكون اما تصرفا قانونيا *Acte juridique* واما واقعة قانونية *Fait juridique* (1)

وإذا ما ثبتت الواقعة التى يجعلها القانون مصدرا للحق فإن المكلف بالاثبات لا يلتزم بأن يثبت حكم القانون فى ربط نشوء الحق بوجودها ، أى لا يكلف باثبات القاعدة القانونية . فإذا ادعى شخص بأن حيوانا فى حراسة الغير أحدث له ضررا وطالب بالتعويض عن هذا الضرر ، وقدم الدليل على وقوع الضرر بفعل الحيوان لا يكلف بعد هذا باثبات التزام حارس الحيوان بتعويض الأضرار ، أى اثبات حكم القانون الذى يقرر ذلك لأنه يفترض فى القاضى أن يكون عالما بالقانون . ولكن هذا لا يعنى أن اثبات القواعد

(1) جاء فى المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى (الأعمال التحضيرية الجزء الثالث صفحة 349) « أن الجوهرى فى هذا الصدد هو أن الاثبات يرد على الواقعة القانونية لأنها بوصفها مصدرا للحق أو الالتزام دون هذا الالتزام أو ذلك الحق » .

القانونية لا يعرض على الاطلاق امام القضاء ذلك ان الخصوم ووكلاءهم من المحامين كثيرا ما يتعرضون دون أن يكونوا ملزمين بذلك لاثبات القاء—دعة القانونية خصوصا اذا كانت محل خلاف ، بل ان الخصوم يلتزمون استثناء باثبات حكم القانون في الاحوال الاتية :

1 — اذا كانت القاعدة الواجبة التطبيق قاعدة عرف محلي . فافتراض علم القاضى بالقانون اذا كان لا يفرق فيه بين القاعدة التشريعية والقاعدة العرفية ، فان ذلك مشروط بان يكون العرف عاما لا محليا ، فان كان محليا كان حكمه من حيث تكليف الخصوم باثباته حكم الواقعة القانونية . فالعرف قانون غير مكتوب وقد يكون من العسير على القاضى أن يحيط به ، ولهذا فان من مصلحة الطرف الذى يتمسك به ان يقوم باثباته . كما ان القاضى يستطيع ان يطلب منه هذا الاثبات ولكن ليس من شأن هذا الاثبات ان يجعل العرف فى منزلة الواقعة التى تنفقر الى الاثبات ، وآية ذلك ان القاضى اذا كان يلم بالعرف فانه يأخذ به من تلقاء نفسه ، واذا لم يكن ملما به كان فى وسعه ان يأخذ به متى اقتنع بوجوده بأية وسيلة وفى أية حالة كانت عليها الدعوى دون ان يتقيد فى هذا بالاوضاع التى يخضع لها اثبات الوقائع (2).

غير أن العرف اذا كان محليا فان افتراض علم القاضى به يصبح غير معقول وبالتالي يكون على الطرف الذى يستند اليه أن يثبته وفى هذه الحالة يأخذ العرف حكم الواقعة التى يتعين اثباتها فيكون أمر التثبت من قيامه مقروضا للقاضى فلا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض ، أما تطبيق هذا العرف بعد أن ثبت قيامه فيخضع لرقابة محكمة النقض .

2 — اذا كانت القاعدة متضمنة فى عادة اتفاقية لم ترق بعد الى مرتبة القاعدة القانونية العرفية . ذلك ان التزام طرفى الاتفاق بها لا يقوم الا على أساس اتجاه ارادتهم الى ذلك صراحة أو ضمنا وبذلك تكون العادة بمثابة شرط فى الاتفاق .

3 — اذا كانت القاعدة الواجبة التطبيق قاعدة قانون اجنبى تقضى قواعد الاسناد بتطبيقها ، (وذلك طبقا لما تذهب اليه احكام القضاء الفرنيبى وتتبعها فيه احكام القضاء المصرى) . وان كان أغلب الفقه يرى على العكس ان الخصوم لا يكلفون باثبات القانون الاجنبى لان القانون يلتزم القاضى

(2) « جينى » طرق تفسير ومصادر القانون الخاص - الجزء الاول نبذة 118 صفحة 352 - السنهورى وأحمد خشيت أبو ستيت اصول القانون صحيفة 88 .

بتطبيقه ولذلك فهو يلتزم بمعرفته . ولكن بعض الفقه يرى بحق انه يجب الا يكلف القاضي بالمستحيل فلا يفترض علمه بالقانون الاجنبى الا اذا هيئت له وسيلة رسمية لهذا العلم .

ويذكر الاستاذ السنهورى (3) فى هذا المجال « ونحن مع ذلك لا نتردد فى اعتبار تطبيق احكام القانون الاجنبى مسألة قانون لا مسألة واقع فان القاضي اذا امره قانونه الوطنى بتطبيق احكام قانون اجنبى وجب ان يعتبر احكام هذا القانون الاجنبى بالنسبة الى القضية التى يطبق فيها هذه الاحكام جزءا من قانونه الوطنى فعليه اذن ان يبحث من تلقاء نفسه عن احكام القانون الاجنبى الواجب التطبيق فى هذه القضية ، وله ان يصدر فى هذه الاحكام عن علمه الشخصى . ولا يجوز له ان يمتنع عن تطبيق احكام القانون الاجنبى بدعوى عدم امكان الاهتداء اليها والا عد امتناعه نكولا عن أداء العدالة . بل ويكون فى تطبيقه لاحكام القانون الاجنبى ، كما هو فى تطبيقه لقاعدة الاسناد التى امرته بتطبيق هذه الاحكام خاضعا لرقابة محكمة النقض . وتفسر هذه المحكمة القانون الاجنبى لا طبقا لرايها الشخصى بل وفقا لما تفسره به محاكم البلد الذى ينسب اليه هذا القانون ، وبخاصة المحكمة العليا فيها ، ونحن انما نذهب الى هذا الراى لانه لا يصح ان تتغير طبيعة القانون فيصبح واقعا سواء كان هذا القانون قانونا وطنيا او كان قانونا اجنبيا يامر القانون الوطنى بتطبيقه فيصبح جزءا منه فى حدود هذا التطبيق » .

ويذكر الفقه (4) فى هذا الموضوع ان مبدأ تطبيق القانون الاجنبى تستمد من احكام القانون الدولى الخاص التى يعتمدها القانون الداخلى ، وهو بالتالى مسألة قانون لا واقع ، وان تطبيق القانون الاجنبى قد يطلبه أحد الخصوم صاحب المصلحة ، على ان يتوجب على القاضي تطبيقه من تلقاء نفسه ، اذا تبين له من وقائع القضية ، وعملا بمبادئ القانون الدولى الخاص ان موضوع الدعوى يخضع لاحكام القانون الاجنبى .

واما اثبات مضمون القانون الاجنبى فيعتبر مسألة واقع ويكون على الخصم صاحب المصلحة فى الاصل عبء هذا الاثبات ، وتقبل فى هذا الشأن مختلف الادلة . ولكن يجب على القاضي الا يقبل منها الا ما هو جدير بالثقة ويعود للقاضى ان يتحقق بنفسه من وجود القانون الاجنبى ، ومن مضمونه

(3) الوسيط — الجزء الثانى — صفحة 55 .

(4) ادوار عيد — قواعد الاثبات فى القضايا المدنية والتجارية — صفحة 34 فقرة 19 .

بالطرق التي يراها مناسبة . والواقعة لا تصلح لان تكون محلا للاثبات الا اذا استجمعت الشروط التي سنبينها بتفصيل في المبحث الاول .

وبما أن ضرورة كفالة حق كل خصم في ابداء دفاعه ، تجعل من الاثبات حقا بجانب كونه واجبا ، فاننا سنخصص المبحث الثاني لدراسة الحق في الاثبات .

المبحث الاول

شروط الواقعة محل الاثبات

الشروط التي يستلزمها القانون في الواقعة محل الاثبات يقصد بها استعداد كل واقعة لا يكون اثباتها مجديا في تحقيق هدف الاثبات ، كما تهدف الى استزام كون الواقعة محددة ومتعلقة بالحق المنازع فيه ، وأن تكون جائزة القبول .

ولقد نصت المادة (403) من قانون العقود والالتزامات على ما يلي :

« لا يجوز اثبات الالتزام :

(1) اذا كان يرمى الى اثبات وجود التزام غير مشروع أو التزام لا يسمح القانون بسماع الدعوى فيه .

(2) اذا كان يرمى الى اثبات وقائع غير منتجة » .

وواضح من هذه المادة ان المشرع يستلزم في الواقعة المراد اثباتها ان تكون مستهدفة اثبات وجود التزام مشروع غير مخالف للنظام العام وحسن الآداب . كما انه يستلزم ان تكون الواقعة محل الاثبات متعلقة بالدعوى منتجة فيها جائزا قبولها . الا ان هنالك شرطين آخرين للواقعة المراد اثباتها هما :

(1) أن تكون هذه الواقعة محل نزاع .

(2) وان تكون محددة .

والشرط الاول مرتبط بوظيفة الاثبات القضائية كوسيلة لفض المنازعات
اما التقى فتحتبه ضرورة كون الواقعة المدعاة قابلة للاثبات وهى لا تكون
كذلك الا ان كانت محددة .

من كل هذا يتضح لنا ان الشروط التى يستلزم القانون توافرها فى
الواقعة محل الاثبات هى :

- (1) ان تكون الواقعة محل نزاع .
- (2) ان تكون الواقعة محددة .
- (3) ان تكون الواقعة متعلقة بالحق المنازع فيه .
- (4) ان تكون الواقعة منتجة فى الاثبات .
- (5) ان تكون الواقعة جائزة القبول .

ونتكلم عن كل شرط من هذه الشروط وذلك فيما يلى :

أولاً : ان تكون الواقعة محل نزاع :

وهذا شرط تقتضيه وظيفة الاثبات امام القضاء كوسيلة لفض المنازعات
فان لم تكن الواقعة المدعاة محل نزاع لم تعد هناك حاجة لاستلزام اثباتها ،
وعلى ذلك لو أقر بها الخصم لم تعد محلاً للاثبات ، ولا يكون للقاضى ان
يناقش ثبوتها أو عدم ثبوتها ، ذلك ان عمل القاضى ينحصر فى نظر ما هو
متنازع فيه ، فالواقعة المسلم بها من طرفى الخصومة لا يجوز للقاضى ان
يجعل ثبوتها محل تقدير من جانبه . فلذا اعترف شخص بأن الارض موضوع
النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة ولكنه يملكها بالتقادم⁶ ثم بحثت
الحكومة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لهذه الارض وقضت بعدم كفايتها
لإثبات الملكية كان حكمها مخالفاً للقانون (5) . وإذا أغفل الحكم اعتوائها
صادر من المدعى عليه بواقعة جوهرية يدعيها المدعى دون ان يبين علة
أغفاله وأعتبر المدعى عاجزاً عن اثبات تلك الواقعة مع تسليم الخصم بها
كان قاصراً وتعين نقضه (6) .

(5) نقض منى مصرى فى 23 نونبر 1933 (مجموعة القواعد القانونية الجزء الاول : صفحة
260 رقم 143) .

(6) نقض منى مصرى فى 9 مارس 1950 مجموعة أحكام محكمة التقى 1 — 324 — 82 .

ثانيا : ان تكون الواقعة محددة :

يشترط في الواقعة المراد اثباتها ان تكون محددة . وهذا الشرط بديهي لان الواقعة غير المحددة يستحيل اثباتها ، ويجب ان يكون تحديد الواقعة كافيا حتى يمكن التحقق من ان الدليل الذي سيقدم يتعلق بها لا بغيرها .

من هذا يبين لنا ان الواقعة غير المحددة تبدو مستحيلة الاثبات ولذا يجب الا يسمح للشخص بأن يثبت واقعة اذا لم تكن محددة حتى لا يضيع وقت القضاء على غير طائل .

فلو طلب شخص مثلا اثبات ملكيته دون أن يحدد سندها لا يجاب الى طلبه قبل ان يبين هذا السند حتى يسير الاثبات في حدود معروفة مقدما بحيث يفوت على الخصم ما يكون لديه من قصد اطالة النزاع بغير داع .

ويلاحظ ان الواقعة محل الاثبات قد تكون واقعة ايجابية ، وقد تكون واقعة سلبية . وكلاهما يصلح ان يكون محلا للاثبات بشرط أن يكون محددا . فاثبات وجود عقد أو صدور فعل ضار من الغير كالضرب اثبات لوقائع ايجابية ، واثبات عدم التقصير في الوفاء بالالتزام أو عدم اتخاذ الغير الحيطة الكافية في قيامه بنشاط ما اثبات لوقائع سلبية ، وكلها وقائع محددة .

وهذه الحقيقة ما كانت تحتاج الى هذا البيان لولا ان بعض الفقه (7) ذهب الى عدم جواز السماح باثبات الوقائع السلبية بصفة عامة بسبب ما وقع فيه من الخلط بين القواعد التي تحدد شروط الواقعة محل الاثبات ، والقاعدة التي تجعل عبء الاثبات على المدعى ، وتعفى من يقتصر على مجرد الإنكار من تقديم الدليل على إنكاره .

والحقيقة ان الوقائع السلبية كالوقائع ايجابية في قبولها للاثبات ما دامت محددة ، اما ان كانت غير محددة فلا تقبل في الاثبات قبل تحديدها .

ومن الاحوال التي يستلزم فيها القانون اثبات واقعة سلبية حالة المطالبة برد ما دفع بغير وجه حق ، اذ يلتزم من يطالب بالرد بأن يثبت بأن وفاءه كان غير مستحق للموفى له .

⑦ اهد نشات - رسالة الاثبات - فقرة 44 .
بلائيول وريبير وبولانجي - فقرة 2168 .

الا ان اقامة الدليل المباشر على الواقعة السلبية يبدو متعذرا في كثير من الاحيان ، ولذا يتم اثباتها بطريق غير مباشر وذلك باثبات واقعة ايجابية يؤخذ منها ثبوت الواقعة السلبية . فمن يريد اثبات عدم ارتكابه فعلا ضارا وقع في مكان معين يستطيع ذلك باثبات وجوده وقت وقوع الفعل الضار في مكان آخر . وعلى كل حال فمن المفروض ان يقنع القضاة في اثبات هذا النوع من الوقائع بما يرجح ثبوتها والا يتطلبوا في دليل اثباتها نفس القوة المطلوبة في اثبات الوقائع الايجابية .

اما الواقعة غير المحددة فلا تكون قابلة للاثبات سواء كانت ايجابية او سلبية ، فالذي يقول انه يمر من جهة معينة كل يوم او انه لم يمر من هذه الجهة في يوم من الايام انما يقول بواقعة غير محددة لا يمكن اثباتها .

ويذكر الدكتور سليمان مرقس (8) «ان الواقعة المطلقة او غير المحددة سواء اكانت ايجابية ام سلبية فيستحيل اثباتها اثباتا كاملا ما لم تجزى المحكمة في شأنها عبء الاثبات ، فتكتفى من المدعى بما يقرب احتمال صدقه ، ثم تكلف خصمه باثبات العكس ، بحيث اذا عجز اعتبر ادعاء المدعى ثابتا . فاذا وفى شخص الى آخر مبلغا كان الظاهر من ذلك انه مدين له بهذا المبلغ فاذا طالب الموفى بعد ذلك الموفى له برد هذا المبلغ باعتباره مدفوعا دون حق وجب عليه ان يثبت عدم مديونيته للموفى له بأى دين ، أى ان يثبت نفيا مطلقا وهو لن يستطيع اثبات ذلك الا اذا اكتفت المحكمة منه بدليل مجتزأ » .

ثالثا : ان تكون الواقعة متعلقة بالحق المنازع فيه :

محل الاثبات ليس الحق ذاته كما قلنا من قبل ، وانما الواقعة القانونية التى تعتبر مصدرا له . بل ان الاثبات كثيرا ما يكون اثباتا غير مباشر أى ينصب على واقعة او وقائع مجاورة يستفاد من ثبوتها ثبوت الواقعة المنشئة للحق .

وقد يظن لاول وهلة أن هذا الشرط لا يحتاج الى الذكر لان الاثبات مفروض فيه من الناحية المنطقية ان ينصب على الوقائع التى أدت الى نشوء الحق المدعى به ، وهذه مفروض فيها وهى مصدر الحق ان تكون وثيقة الصلة به ، غير ان هذا الظن لا يلبث ان يزول اذا عرفنا ان الاثبات ليس

(8) موجز اصول الاثبات صفحة 12 .

هتما فيه أن يكون دائما على هذه الصورة فهذا النوع من الاثبات وهو ما يقال له الاثبات المباشر Preuve directe كثيرا ما يتعذر من الناحية العملية ولهذا يمكن أن يكون الاثبات غير مباشر Preuve indirecte بمعنى أنه يتناول واقعة لا تتصل بوجود الحق اتصالا مباشرا وإنما يمكن أن تؤدي عقلا وبطريق غير مباشر الى الحقيقة (9) .

واتصال واقعة يطلب أحد الخصوم اثباتها أو عدم اتصالها بموضوع النزاع مسألة لا يمكن الفصل فيها الا في ضوء وقائع كل نزاع وظروفه ، ولذا فإن تقدير تعلق الواقعة أو عدم تعلقها بالدعوى من الأمور التي يفصل فيها قاضي الموضوع .

ولذلك فإن من يطالب شخصا بدين لا يقبل منه أن يثبت حقه باثبات أن هذا الشخص كان يدمن على الخمر في الوقت الذي يدعى نشوء حقه فيه . ولكن من يريد اثبات خطأ سائق في حادث سيارة يستطيع أن يثبت أنه شرب الخمر قبل وقوع الحادث وكذلك من يثبت وفاء بعدة ديون كوسيلة لاثبات وفائه بدين يطالب به ، لا يقبل منه ذلك لأنه لا علاقة بين هذا وذلك . ولكنه إن كان مستājرا وطولب بالايجار عن مدة معينة فطالب باثبات وفائه بالايجار المستحق عن مدة لاحقة يباح له ذلك . فالواقعة المراد اثباتها في المثل الثاني تعتبر متعلقة بالنزاع لأن عادة الناس في المعاملات أن المستاجر لا يفى بأجرة مدة ما الا أن كان قد وفى بأجرة ما قبلها .

مما سبق يبين لنا انه لا يمكن وضع معيار عام في هذا المجال يتحدد على أساسه مدى الصلة التي يجب أن تقوم بين الواقعة المراد اثباتها والواقعة المنشئة للحق المدعى به فالمسألة تختلف باختلاف ظروف كل قضية

ولهذا كان قاضي الموضوع هو صاحب الكلمة فيما إذا كانت الواقعة المطلوب اثباتها متصلة بالدعوى أو غير متصلة بها . ولكن يلاحظ أن محكمة النقض يمكنها أن تراقب قاضي الموضوع في هذا المجال عن طريق التسبيب ، فإذا طلب أحد الخصوم أن يسمح له باثبات واقعة يراها متصلة بالدعوى ورفض القاضي أن يجيبه الى طلبه ، فإنه يتعين على القاضي أن يبين في حكمه الاسباب التي دعت الى عدم اجابة هذا الطلب . فإذا لم تكن هذه الاسباب سائغة كان هذا قصورا في التسبيب يؤدي الى نقض الحكم

(9) الاثبات في المواد المدنية — عبد المنعم فرج الصدة — صفحة 34 .

رابعاً : ان تكون الواقعة منتجة في الاثبات :

نصت على هذا الشرط صراحة المادة (403) التي جاءت تقضى
بأنه :

« لا يجوز اثبات الالتزام :

(2) اذا كان يرمى الى اثبات وقائع غير منتجة » .

ومعنى هذا الشرط ان يكون من شأن الواقعة اذا ثبتت ان تؤدي الى اقناع القاضى بحقيقة النزاع المعروض وبعبارة أخرى يلزم في كل واقعة حتى تكون مقبولة في الاثبات امام القضاء ان تؤدي الى اثبات ادعاء من يطلب اقامة الدليل عليها ، او ان تعين على هذا الاثبات . وهذا هو ما يعنيه اشتراط كون الواقعة منتجة في الاثبات . وليس من اللازم لاعتبار الواقعة منتجة في الاثبات ان تكون حاسمة في هذا الاثبات اى تؤدي بذاتها وبمفردها الى ثبوت الحق المنازع فيه ، وانما يكفى ان تكون حلقة في سلسلة وقائع تؤدي الى هذا الثبوت .

ويذكر الفقه (10) « ان الواقعة المتعلقة بالدعوى هي الواقعة البديلة التي يكون اثباتها من شأنه ان يجعل اثبات الواقعة الاصلية قريب الاحتمال ، والواقعة لمنتجة في لاثبات هي الواقعة البديلة التي يؤدي اثباتها الى اثبات الواقعة الاصلية . ويتبين من ذلك ان انتاج الواقعة في الاثبات مرتبة اعلى من تعلق الواقعة بالدعوى فكل واقعة متعلقة بالدعوى لا تكون ضرورة منتجة في الاثبات ولكن كل واقعة منتجة في الاثبات تكون حتما متعلقة بالدعوى » .

ولا يقتصر تقدير الانتاج على الواقعة فقط بل يتعداها ايضا الى الادلة المقدمة في الاثبات ، فاذا طلب المدعى تقديم مستندات جديدة تأييدا للحق الذي يدعيه ، ووجد القاضى ان المستندات المبرزة هي كافية لاثباته ، جاز له ان يرد الطلب لعدم الفائدة منه ، وجاز له ايضا ان يرد طلب الاثبات اذا وجد ان المستندات تثبت بوجه قاطع عدم صحة الحق المدعى به (11) .

(10) السنهوري الوسيط - الجزء الثاني - صفحة 62 فقرة 43 .

(11) قواعد الاثبات - ادوار عيد - صفحة 49 .

يبين مما سبق ان كل واقعة منتجة في الاثبات لابد ان تكون متعلقة بموضوع النزاع ، وان كانت الواقعة المتعلقة بالنزاع قد تكون منتجة في الاثبات ولكن هذا يظهر انه يكفى في الواقع اشتراط كون الواقعة منتجة لانه بغير توافر هذا الشرط لا تكون الواقعة محلا للاثبات ولو كانت متعلقة بموضوع النزاع وهذا هو ما فعله المشرع الفرنسى الذى اغفل شرط الاتصال بالنزاع واقتصر على اشتراط كون الواقعة منتجة في الاثبات (12) وكذلك القانون المغربى الذى حذا حذو القانون الفرنسى واكتفى بأن اشترط في الفقرة الثانية من المادة « 403 » من قانون الالتزامات والعقود بأنه لا يجوز اثبات الالتزام اذا كان يرمى الى اثبات وقائع غير منتجة . اما المشرع المصرى فقد نص في المادة «156» مرافعات على الشرطين معا .

وفىما يتعلق برقابة محكمة النقض في هذا الصدد نجد انها تختلف بحسب مدى صلة الواقعة بالحق المدعى به .

فاذا كان الاثبات لا ينصب على الواقعة مصدر الحق وانما يتناول واقعه مجاورة لا تدل على الحق الا بطريق غير مباشر ، بحيث يكون قبول القاضى او رفضه لها مبنيا على اسباب واقعية ، فان تقدير كونها منتجة في الدعوى امر يستقل به قاضى الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في هذا الا عن طريق التسبيب او التعليل ، اذ يتعين ان تكون الاسباب التى يستند اليها القاضى في اخذه بالواقعة او رفضه لها سائغة مؤدية الى النتيجة التى انتهى اليها في حكمه ، والا كان هناك قصور في التسبيب يؤدى الى نقض الحكم .

اما اذا كان الامر يتعلق بواقعة يراها القاضى منتجة قانونا في ثبوت الحق المدعى به او غير منتجة فاننا نكون بصدد مسألة قانونية يخضع القاضى فيها لرقابة محكمة النقض (13) .

خامسا : ان تكون الواقعة جائزة القبول :

وقد نصت على هذا الشرط المادة (403) من قانون الالتزامات والعقود في فقرتها الاولى اذ نصت على انه لا يجوز اثبات الالتزام اذا كان يرمى الى اثبات وجود التزام غير مشروع او التزام لا يسمح القانون بسماع الدعوى فيه . ومضمون هذا الشرط انه لا يكفى ان تكون الواقعة القانونية

(12) المادة 253 و 254 مسطرة فرنسى .

(13) اوبرى ورو صفحة 79 و 81 — بلانول وريبير نبذة 1415 .

منتجة بطبيعتها في الاثبات، بل يجب أن تكون أيضا جائزة الاثبات أي أن القانون لا يمنع اثباتها . والواقعة لا تكون جائزة القبول إذا كانت مستحيلة الاثبات بالنظر الى طبيعتها وبحسب المتصور عقلا ، وكذلك إذا كان القانون يمنع اثباتها لأسباب تقتضى ذلك . ومن أمثلة الوقائع التي لا تقبل الاثبات بسبب استحالة تصور صحتها عقلا رابطة البنية بين شخص وبين من يصفره سنا ، أو كون أيام شهر فبراير 31 يوما . فمثل هذه الوقائع يرفض القضاء طلب اثباتها لما تتضمنه إباحة الاثبات مع استحالتها عقلا من أضاعة وقت القضاء . وقد سبق لنا الإشارة الى الاعتبار الواقعة غير المحددة واقعة متعذرة الاثبات أي مستحيلة وأن هذا هو أساس عدم جواز اثباتها .

وقد يكون اثبات بعض الوقائع بحكم القانون راجعا الى أسباب تتعلق بالنظام العام وحسن الاداب ، كمنع اثبات عقد شراء مخدرات بقصد المطالبة بالتسليم من جانب المشتري ، أو الوفاء بالثمن من جانب البائع ، كما قد يرجع هذا المنع الى منافية الواقعة المطلوب اثباتها لقرينة قانونية قاطعة كما لو كانت تتعارض مع حجية الشيء المقضى به ، أو كان المطلوب هو نفي خطأ المتبوع المفروض فرضا لا يقبل اثبات العكس . وقد تتضمن النصوص التشريعية تحديد بعض الوقائع غير الجائز اثباتها . ووصف الواقعة بأنها جائزة الاثبات أو غير جائزة من المسائل القانونية التي يخضع قاضى الموضوع بالنسبة لها لرقابة محكمة النقض .

يخلص من كل ما سبق أن اثبات واقعة ما عند نظر النزاع أمام القضاء مقصود به أن يؤدي الى اظهار حقيقة ما يدعى به ، وفروض فيه كذلك ألا يصطدم مع أمريس النظام العام وحسن الاداب .

وعلى أساس هذين الاعتبارين تتحدد شروط الواقعة المراد اثباتها ، فالاعتبار الاول يقتضى أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها . والاعتبار الثانى يتطلب أن تكون الواقعة جائزة الاثبات .

وواضح أن هذه الشروط تهدف جميعها الى ضمان صلاحية الواقعة لأن تساهم على فرض ثبوتها في تكوين اقتناع القاضى لحل النزاع المعروض.

وهناك شرطان آخران تقتضيهما طبيعة الاشياء وهما يختلفان عن هذه الشروط في الفرض ، الاول يتعلق بقابلية الواقعة في ذاتها للاثبات بصرف النظر عما إذا كانت تفيد في اقناع القاضى بحقيقة الادعاء أو لا تفيد ، ومقتضاه أن تكون الواقعة محددة ، والثانى يتعلق بحاجة الواقعة الى الاثبات وهذا يقتضى أن تكون الواقعة محل نزاع .

المبحث الثانى

الحق فى الاثبات

إذا ما توافرت الشروط السابقة فى واقعة فانها تصلح محلا للاثبات ويكون لمن يجب عليه الاثبات أن يثبتها أمام القضاء . ولكن يلاحظ أيضا أن ضرورة كفالة حق كل خصم فى ابداء دفاعه ، تجعل من الاثبات حقا بجانب كونه واجبا . فاذا ما تمسك الخصم أمام القضاء باثبات واقعة توافرت شروطها ، كان على القضاء أن يتيح له ذلك بالسماح له باثباتها ، والا اعتبر رفضه اخلافا بحق الخصم فى الدفاع ، ومن ناحية أخرى فان عدم توافر هذه الشروط فى واقعة يجعل للمدعى عليه بها أن يطلب من القضاء استبعاد اثباتها . وفى الحالتين إذا أغفل القضاء طلب الاثبات أو طلب استبعاد الواقعة يكون حكمه مخالفا للقانون .

فالاثبات اذن واجب وحق ، فهو واجب على من يدعى بحق ما ، اذ يكون عليه أن يقيم الدليل على ما يدعى به ، وهو أيضا حق ، فالشخص الذى يدعى بواقعه توفرت فيها الشروط التى سبق لنا استعراضها يكون له الحق فى اثباتها لتدعيم دعواه (14) فاذا لم يمكنه القاضى من ذلك كان هذا اهدارا لحقه فى الاثبات ، وبعبارة أخرى اخلافا بحقه فى الدفاع يجعل الحكم مشوبا بالقصور الذى يؤدى الى نقضه .

كما ان القاضى لا يستطيع أن يرفض اجابة الخصم الى طلبه لاثبات الواقعة التى يدعى بها ، الا اذا كانت هذه الواقعة لم تتوفر فيها الشروط التى بينها سالفا أو كان هذا الاثبات لا جدوى منه ، ويجب على القاضى فى هذه الحالة أو فى تلك أن يذكر فى حكمه أسبابا تكفى لتدعيم قضائه .

ويتقيد حق الخصم فى الاثبات بقيود ثلاثة (15) :

- (14) بلانيول وريبير فقرة 1411 و 1414 .
مجموعة دالوز Nouveau répertoire de droit الجزء الثالث صفحة 536 فقرة 8
(15) الوسيط — السنهورى — الجزء الثانى صفحة 34 .

أولاً : لا يجوز للخصم أن يثبت ما يدعيه إلا بالطرق التي حددها القانون ، فلا يجوز له أن يثبت بالشهادة ما لا يجوز اثباته إلا بالكتابة . ولا يجوز له أن يجزئ اقرار خصمه إذا كان هذا الاقرار لا يتجزأ . ولا يجوز له أن يوجه اليمين الحاسمة الى خصمه حيث يكون متعنتاً في توجيهها . ويجب فيما يسمح له به القانون من طرق الاثبات أن يتقدم بما عنده من الادلة طبقاً للاوضاع التي رسمها له القانون .

ثانياً : كذلك لا يجوز للخصم أن يطلب اثبات واقعة لم تتوفر فيها الشروط الواجبة ، اذ يجب ان تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ، منتجة في دلالتها جائزة الاثبات قانوناً .

ثالثاً : ويبقى للقاضي بعد كل ذلك حرية واسعة في تقدير قيمة الادلة التي تقدم بها الخصم .

ومما تجدر ملاحظته أنه اذا ما تمسك أحد الخصوم بواقعه كان لخصمه أن يعترض على اثباتها اذا لم تكن مستوفية لهذه الشروط ويكون التقدير في النهاية للقاضي .

ومن هذا يبين لنا أن الاصل في الدليل الذي يقدمه الخصم تمكين الخصم الآخر من نقضه ، وان حق الخصم في اثبات ما يدعيه يقابله حق الخصم الآخر في اثبات العكس .

ويذكر الفقهاء (16) أنه مما يتصل بحق الخصم في الاثبات ما ذهب اليه الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر من أنه يجوز للخصم أن يطلب الزام خصمه بتقديم مستند تحت يده يفيد في الدعوى المعروضة وعلى الاخص اذا كان مشتركاً بينهما .

وهناك قاعدة أساسية في هذا المجال لابد من التمسك اليها ولو بايجاز وهي القاعدة التي تقضى بأنه لا يسوغ للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه ، فالخصم المدعى عليه لا يلتزم الا بقوله أو فعله ، ولهذا كان المفروض في تلك الواقعة لكي تكون منتجة في الدعوى أن تدل على قول أو فعل منسوب الى هذا الخصم ، ويلزمه بالحق المدعى به ، فاذا كانت الواقعة من صنع المدعى فلا تقوم دليلاً له فاذا قال المدعى قولاً فلا يصدق

(16) المصدة - الاثبات في المواد المدنية - صفحة 41 .

به ، وإذا استند الى ورقة من صنعه فلا تكون حجة له وهذه قاعدة معروفة هي تتصل بتحديد الواقعة التي يجرى اثباتها .

من هذا يتضح لنا أن الاصل في الدليل الذي يقدم ضد الخصم يكون صادرا منه حتى يكون دليلا عليه . فالورقة المكتوبة حتى تكون دليلا على الخصم يجب أن تكون بخطه أو بامضائه . وإذا كانت الورقة ليست دليلا كاملا واقتصر أمرها على أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة فإنه يجب كذلك أن تكون صادرة من الخصم الذي يراد الاثبات ضده .

ويورد الفقه (17) استثناءات لهذه القاعدة فقد تكون هناك ورقة غير معدة للاثبات تصدر من المدعى وتصل الى يد المدعى عليه كرسالة مثلا يوجهها الاول الى الثاني فيستند اليها هذا الاخير في الدعوى . ففي هذه الحالة يجوز للمدعى أن يتخذ مما ورد فيها دليلا لصالحه برغم كونها من صنعه ، وذلك لأن حيازة المدعى عليه للورقة واستعماله لها يجعلها كما لو كانت صادرة منه . إذ أن هذا التصرف من جانبه يدل على أنه يسلم بما جاء في هذه الورقة . وهذه الحالة يقول الاسناد الصدة إذا أمعنا النظر فيها فقد لا نجد لها استثناء حقيقيا لأن الورقة لم تصبح صالحة كدليل لصالح المدعى الا بفعل المدعى عليه الذي يعتبر قبولا للورقة واقرارا لما جاء فيها

على أن القانون نص في بعض الحالات لمبررات قدرها المشرع على جواز أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه هو ، من ذلك ما نصت عليه المادة « 14 » من القانوني التجاري المغربي التي جاءت تقضى بأنه :

« يمكن للقاضي أن يقبل الدوائر التجارية المسوكة بانتظام حجة بين التجار بصدد المعاملات التجارية » .

ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة (433) من قانون الالتزامات والعقود وبمقتضاها :

« إذا تضمنت دوائر التاجر تقييدا صادرا من الخصم الآخر أو اعترافا مكتوبا منه أو إذا طبقت نظيرا موجودا في يد هذا الخصم ، فإنها تكون دليلا تاما لصاحبها وعليه » .

(17) الصدة - المرجع السابق صفحة 42 .

ومما تجدر ملاحظته في نهاية هذا البحث انه مهما يكن من قدر الحرية التي تطلق للتقاضى في الاثبات فلا جدال في أن أى دليل يقدمه الخصم في الدعوى يجب أن يعرض على الخصوم جميعا لمناقشته ويدلى كل برأيه فيه يفنده أو يؤيده . والدليل الذي لا يعرض على الخصوم لمناقشته لا يجوز الأخذ به ، كما انه لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بدليل نوقش في قضية أخرى ما لم يناقش في القضية القائمة وهذا مبدأ جوهري من مبادئ التقاضى حتى تتكافأ بذلك فرص الخصوم في الدعوى .

الفصل الثانى عبء الاثبات

وظيفة القاضى هى توزيع العدل بين الناس بتطبيق القانون على ما يعرض عليه من منازعات ، وهذه الوظيفة تقتضى من القاضى علمه بالقانون ، وعلمه بحقيقة الوقائع المتنازع عليها . اما العلم الاول فمفروض فيه بحكم توليته ، واما الثانى فيحصل له اما من طريق المعاينة الشخصية المباشرة ، واما من طريق الترجيح او الاستنباط مما يشاهده او يسمعه من وقائع ، او مما يعرض عليه من مختلف وسائل الاثبات .

ويتجلى دور الخصوم فى الاثبات فى تقديم الادلة ، اذ ان الهدف الذى يرمى اليه الخصوم من الادلة التى يقدمونها لاثبات ادعاءاتهم امام القضاء هو اقتناع القاضى بصحة ما يدعونه .

والقانون يضع القواعد التى تنظم تحمل كل منهم بنصيبه فى الاثبات ، اى ينظم حملهم لعبء الاثبات . اما القاضى فدوره ان يزن ما يقدم اليه من ادلة الخصوم فى حدود ما يجعل له القانون من سلطة فى هذا الصدد ، لبناء حكمه على اساس الاقتناع الذى يتحصل من هذه الادلة ، اى ان دور القاضى فى الاثبات يقوم فى الاصل على حياده بين المتنازعين كما سبقت لنا الاشارة .

وقبل الكلام عن قواعد توزيع عبء الاثبات بين الخصوم نرى انفسنا مضطرين الى البحث عن مبدأ حياد القاضى وذلك فى المبحث الاول ، كما اننا سوف نخصص المبحث الثالث والاخير لتحديد مدى صلة قواعد الاثبات العام . من هذا يتضح امامنا مناهج بحثنا لهذا الفصل الذى يكون على النحو التالى :

- المبحث الاول : مبدأ حياد القاضى .
- المبحث الثانى : توزيع عبء الاثبات بين الخصوم .
- المبحث الثالث : قواعد الاثبات والنظام العام

المبحث الاول

مبدأ حياد القاضي

أخذ المشرع المغربي في تنظيم الاثبات في المواد المدنية كما سبقته الاشارة بالمذهب المختلط الذي يجمع بين تقييد الاثبات واطلاقه .

وقد سبق لنا الاشارة الى ان القاعدة هي تقييد الاثبات ، الا ان المشرع المغربي وغيره من التشريعات التي أخذت بالمذهب المختلط قد خفف من حدة هذا التقييد وذلك بما خوله للقاضي من سلطات في هذا المجال . فالمشرع قد حدد من ناحية طرق الاثبات وبين الحالات التي يتخذ فيها كل من هذه الطرق ، كما انه جعل للقاضي من ناحية أخرى كل الحرية في تقدير الادلة ، فموقف القاضي وان كان يقوم أساسا على مبدأ الحياد ازاء دعاوى الخصوم الا ان المشرع قد أعطاه سلطة محدودة في إدارة الدعوى واستكمال عناصر الاقتناع . وفرض الحياد المطلق بين المتنازعين على القاضي يجعل دوره في الاثبات سلبيا محضا بل انه يجعل وظيفة القاضي عملا آليا لان هذا الحياد المطلق يفترض حصر الادلة وتعيين قوة كل منها بمعرفة المشرع اى لا يتحقق الا في ظل مذهب الاثبات القانونى او المقيد ، ولذا لا يتصور ان يكون حياد القاضي في القانون المغربى — وغيره من القوانين التي لم تأخذ بمذهب الاثبات المقيد — وهو يأخذ بالمذهب المختلط في تنظيم الاثبات على هذه الصورة ، فأخذه بمبدأ الحباد لم يمنع خروجه على مقتضاه في بعض الحالات ليحرر القاضي من سلبيته وليجعل له دورا ايجابيا في الاثبات .

ويذكر الفقه (1) أن موقف القاضي من الاثبات يختلف باختلاف المذاهب ، فهو في المذهب الحر أو المطلق موقف ايجابى ينشط القاضي فيه الى توجيه الخصوم واستكمال ما نقص في الادلة واستيضاح ما أبهم منها . وهو في المذهب القانونى أو المقيد موقف سلبى محض لا يعد والقاضى فيه أن يتلقى أدلة الاثبات كما يقدمها الخصوم دون اى تدخل

(1) السنهورى الوسيط — الجزء الثانى — صفحة 30 بند 25 .

من جانبه ثم يقدر هذه الأدلة طبقا للقيم التي حددها القانون ، فاذا رأى الدليل ناقصا أو مبهما فليس له أن يطلب اكماله أو توضيحه ، بل يجب عليه أن يقدره كما هو في الحالة التي قدمه فيها الخصوم . وهو في المذهب المختلط ينبغي أن يكون موقفا وسطا بين الايجابية والسلبية ، ولكنه يجب أن يكون أقرب الى الايجابية منه الى السلبية فيباح للقاضي شيء من الحرية في تحريك الدعوى وفي توجيه الخصوم وفي استكمال الأدلة الناقصة وفي استيضاح ما أبهم من وقائع الدعوى . ولا يتعارض ذلك مع تقييد القاضي بأدلة قانونية معينة وبتحديد قيم هذه الأدلة ، فان هذا التقييد يجب أن تقابله حرية القاضي في تقدير وزن كل دليل في حدود قيمته القانونية حتى يستجلى الحقائق واضحة كاملة (2) .

ويشرح الاستاذان بيدان وبروا (3) معنى الحياد بأن معناه ليس عدم التحيز (impartialité) فان هذا واجب بداهة على القاضي بل معناه أن يقف القاضي موقفا سلبيا من كلا الخصمين على حد سواء (Neutralité)

من كل هذا يتضح لنا أن مبدأ حياد القاضي يقوم على أن يكون موقفه من الدعوى سلبيا بحيث يقتصر في تكوين اقتناعه على ما يقدمه الخصوم من أدلة في الدعوى بالطريقة التي يقررها القانون فلا يكون للقاضي أن يساهم من جانبه في جمع أدلة جديدة ، ولا يكون له أن يعول على أدلة وصلت الى علمه الشخصي بعيدا عن الخصوم . ومعنى هذا أن كل دليل يدخله القاضي في حسابه لصالح أحد الطرفين يجب أن يلم به الطرف الآخر وأن تتاح له فرصة مناقشته والرد عليه .

ويترتب على هذا المبدأ ما يأتي :

(1) انه لا يحكم في المنازعة الا بناء على الأدلة التي يقدمها اليه الخصوم بالطرق التي رسمها القانون لتقديمها . فلا يحق له أن يبني حكمه على دليل

(2) نقل الاستاذ السنهاوري عن ديموج في الأفكار الرئيسية في القانون الخاص الفصل السابع صفحة 534 — صفحة 541 .

(3) نقل الاستاذ السنهاوري فقرة 1151 صفحة 218 .

يستنده بنفسه دون طرحه من الخصوم ولو كان ظاهرا من أوراق الدعوى كما لو كان مأخوذا من حكم سابق حائز لحجية الشيء المقضى فيه ما دام صاحب المصلحة في التمسك بهذا الدليل لم يتمسك به .

(2) اذا كان الحكم يبنى على الادلة المقدمة من الخصوم فيجب ان يتاح لكل خصم العلم بأدلة خصمه ومناقشتها ، ولا يستطيع القاضى ان يستدل على وجه حكمه من دليل قدمه خصم دون ان يجابه به الخصم الآخر ، ولذا فان اجراءات التحقيق (سماع الشهود) والخبرة تفترض دعوى الخصوم جميعا كما ان من حق كل خصم ان يطلع على مستندات خصمه .

(3) واقتصار القاضى في تأسيس حكمه على ما يديه الخصوم امامه من اقوال وما يقدمونه من أدلة وما يترتب على ذلك من ضرورة عرض أدلة كل من الخصمين على الآخر لمناقشتها ودحضها ، يؤدي الى منع القاضى من القضاء بعلمه الشخصى . أى تأسيس حكمه على ما يعلمه هو بصفة شخصية من حقيقة النزاع ذلك ان قضاء القاضى بعلمه يعنى انه يقوم بتقديم الدليل من جانبه ، ثم ان حق الخصم في مناقشة كل دليل يؤخذ ضده ، يضع القاضى الذى يستند الى علمه الشخصى في فضائه موضع المناقشة من جانب الخصم ، مما لا يتفق مع الاحترام الواجب للقضاء . ولهذا يرى البعض ان منع القاضى من الحكم بناء على علمه الشخصى بالوقائع نتيجة لمبدأ وجوب مجابهة الخصم بالدليل .

ولكن يلاحظ ان منع القاضى من الاستناد الى علمه الشخصى لا يمتد الى ما يكون لديه من علم بوقائع عامة يفترض علم الكافة بها ، كمستوى اسعار محصول زراعى في سنة من السنوات مثلا .

(4) يلتزم القاضى بأن يبين في حكمه كيفية وصوله الى قضائه ، فيذكر الوقائع التى استند اليها فيه ، كما يبين الادلة التى حصل منها هذه الوقائع واسانيد هذا التحصيل . أى يلتزم بتسبيب حكمه ، فان نقص الحكم شيئا مما سبق كان قاصرا في تسبيبه مما يوجب نقضه . والالتزام بالتسبيب

وسيلة تكفل الرقابة على عمل القاضى فى تطبيقه القواعد التى يفرضها مبدأ
الحياد (4) .

غير ان الاخذ بمبدأ الحياد على اطلاقه يقعد بالقاضى فى حالات كثيرة
عن ان يصل الى الحقيقة . ومن أجل هذا خول المشرع القاضى سلطات
معينة فى تسيير الدعوى واستكمال الأدلة . فللقاضى من تلقاء نفسه ان يأمر
باحضار الخصم لاستجوابه ، أو ان يقرر الانتقال لمعاينة ما يدور حوله
النزاع ، أو ان يسمع شهادة الشهود فى الاحوال التى يجوز فيها الاثبات
بالشهادة ، أو ان يحكم بنذب خبير .

(4) لئن منحت المادة 62 من قانون البيئات القاضى حق الاخذ بالقدر الذى يقتنع به من البيئات
فان هذه القناعة لم تكن على اطلاقها بل مقيدة بلزوم استنادها الى وقائع صحيحة
واسباب كافية مما يوجب تعليل الحكم بهذا الشأن (التمييز التورية 12.22 - 1952
مجلة القانون صفحة 294 الفهرس الخمسى الاول صفحة 188) .

— تقرير وسائل الاثبات واستنتاج سوء النية راجع لاجتهاد قاضى الموضوع لكن بشرط
ان يكون هذا التقدير معلا تعليل قانونيا له ماخذ صحيح من الحجة التى استند
اليها ومتماشيا معها والا يكون القرار معيبا لقصوره فى التسييب .
(قرار تعقيبي عدد 2447 مؤرخ فى 18 مارس 1964 ، مجلة القضاء والتشريع
التونسية عدد 8 اكتوبر 1964 صفحة 43) .

— تقرير الوقائع ووسائل اثباتها او نفيها انما هى ترجع لاجتهاد قاضى الموضوع ما دام
قضاؤه معلا تعليل واضحا منسجما ومؤديا منطقيا للنتيجة التى انتهى اليها بحكمه .
قرار تعقيبي مدنى عدد 1758 مؤرخ فى 18 - 2 - 1963 مجلة القضاء والتشريع
عدد 9 نونبر 1963 صفحة 32) .

— ان كل حكم يجب ان يعمل تعليل كافيا والا كان باطلا ، وعليه فان المحكمة التى
تصرح باعتبار شهادة الشهود غير كافية دون ان تبين السبب لا تكون قد عللت
حكمها تعليل كافيا .

(المجلس الاعلى — حكم عدد 138 المؤرخ فى 12 دجنبر 1960 مجلة القضاء
والقانون عدد 38 صفحة 398) .

كما ان القانون يخول القاضى سلطة تقديرية واسعة وذلك لان المشرع يخول له أن يستند فى حكمه على الدليل الذى يستخلصه من قرائن الاحوال فى النزاع المعروض عليه . وذلك طبقا لمقتضيات المادة (454) من قانون الالتزامات والعقود التى جاءت تقضى بأنه :

« القرائن التى لم يقررها القانون موكولة لحكمة القاضى . وليس للقاضى أن يقبل الا القرائن القوية الخالية من اللبس أو القرائن المتعددة التى حصل التوافق بينها واثبات العكس سائغ ويمكن حصوله بكافّة الطرق » .

وللقاضى الحق فى تقدير لزوم أو عدم لزوم دليل من أدلة الاثبات ، كما ان له الحق فى رفض الاستعانة بخبير أو اجراء تحقيق (سماع الشهود) أو استجواب الخصوم ، كما ان له ان يعدل عما أمر به من اجراءات الاثبات أو الا يأخذ بنتيجة هذا الاجراء .

كما أن للقاضى الحق فى تقدير قيمة بعض الادلة فى الاثبات كما هى الحال بالنسبة للشهادة والقرائن التى لم يقررها القانون .

ومما تجدر الاشارة اليه ان هذه السلطات التى خولها القانون للقاضى والتى تجعل له دورا ايجابيا فى الكشف عن الحقيقة ، يجب على القاضى ان يزاولها كلما كانت هناك حاجة اليها ، والا كان حكمه عرضة للنقض . وقد قضت محكمة النقض المصرية (5) بأن الحكم يكون قاصر البيان متعينا نقضه

(5) نقض مدنى مصرى فى 13 دجنبر 1954 . : مجموعة القواعد القانونية الجزء الخامس
صفحة 11 رقم 6 .

إذا لم يكن فيه ما يفيد أن المحكمة قد استنفذت كل ما لها من سلطة التحقيق للتوصل إلى كشف الوقائع .

يخلص من كل ما سبق أن ما خوله القانون للقاضي من سلطات في هذا الشأن إنما قصد به تمكينه من الوصول إلى الحقيقة دون أن يكون ذلك مدعاة لتحكم القضاء .

ويذكر الفقهاء (6) « أن دور القاضي في توجيه الدعوى وقبول الأدلة وتقدير قيمتها لم يعد دوراً سلبياً بل أصبح دوراً إيجابياً فعلاً يتطلب فيه رائد العدالة والحق وهو مع ذلك لا يهمل السعي إلى الاستقرار في التعامل وتوحيد الحلول الاجتهادية في المواضيع المماثلة » .

والحقيقة أن المشرع بما خوله للقاضي من سلطات في هذا المجال ، وما فرض عليه من قيود ، قد عمل على تحقيق العدالة مع اتقاء تحكم القضاء .

المبحث الثاني

توزيع عبء الإثبات بين الخصوم

سبق لنا أن بينا في المبحث السابق أن مبدأ حياد القاضي يوجب عليه أن يمتنع عن القضاء بعبء الشخصى وعن التطوع لجمع الأدلة بنفسه ، فهو يجعل القضاء ميزان عدل ترجح إحدى كفتيه على الأخرى بقوة ما يلقى فيها أحد الخصمين من أدلة قانونية .

لذلك يجوز لكل خصم أن يقدم ما لديه من دليل على الواقعة المراد اثباتها ، ويجب على القاضي أن يأذن له في ذلك ما دام محل الإثبات تتوافر فيه الشروط اللازمة ، وما دام الدليل من النوع الذى يجوز الإثبات به في الحالة المعروضة .

وإذا لم يستعمل أحد من الخصمين حقه في ذلك تعادلت كفتا الميزان وتعين تكليف أحد الخصمين أن يقدم ما يرجح به كفته بحيث يحكم له أن نهض بهذا العبء ، أو يحكم عليه أن عجز (7) .

(6) أنوار عيد - قواعد الإثبات صفحته 31 .

(7) موجز أصول الإثبات - سليمان مرقس - صفحة 16 .

والاثبات ليس بالامر السهل في جميع حالاته فكثيرون يخسرون دعاواهم رغم كونهم أصحاب الحق فيما يدعون ، لانهم عجزوا عن اقامة الدليل الذي يوصل الى اقناع القاضى ، لهذا كانت معرفة الشخص الذى يتحمل عبء الاثبات مسألة ذات أهمية كبرى من الناحية العملية . فكون احد الخصمين غير مكلف بالاثبات ، يعتبر ميزة له من ناحية مركز الخصوم في الدعوى لان هذا يؤدي به الى كسب الدعوى اذا عجز خصمه عن الاثبات. فالخصم لا يحفل اذن بحقه في الاثبات الا اذا توافرت لديه وسائله ، أى أدلته ، فان لم تتوافر بأن اعترافا نقص أو غموض ، وكثيرا ما تكون كذلك، فان الاثبات يصبح عبئا ثقيلا ولذا غلب في الاشارة الى تكليف احد الخصمين بالاثبات ، القول بأن عليه عبئه أو ثقله .

وتبدو أهمية تعيين من الخصوم يتحمل بهذا العبء من انه لو كان واجبا عليه فلم يقم به بالصورة الكافية لاثبات ادعائه ، أى اذا عجز عن الاثبات ، فان خصمه يعتبر كاسباً للنزاع ولو انه لم يبذل أى جهد من جانبه، أى ولو انه التزم موقفا سلبيا . ونظرا لهذه الأهمية فقد تدخل القاتسون لوضع قواعد توزيع هذا العبء بين الخصوم .

القاعدة هي : البيئة على المدعى

تنص المادة (399) من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن :

« اثبات الالتزام على مدعيه » (8) .

يستخلص من هذه المادة أن القاعدة الأساسية في توزيع عبء الاثبات بين الخصوم هي أن البيئة على المدعى وهذه القاعدة هي من المبادئ المقررة

(8) تنص المادة 389 من القانون المدني المصري على أنه : « على الدائن اثبات الالتزام ، وعلى المدين اثبات التخليص منه » .

وتنص المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي على أن :

« من يطالب بتنفيذ الالتزام يجب عليه اثباته ويجب على من يدعى التخليص من التزامه أن يثبت الوفاء به أو أن يثبت الواقعة التي أدت الى انقضائه » .

في الفقه الاسلامي . ففي حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن
البينة على المدعى واليمين على من أنكر (9) .

من هذا يتضح أن الاحكام التي تتعلق بتعيين من يكلف بالاثبات يسيطر
عليها مبدأ عام ، هذا المبدأ هو مبدأ احترام الوضع الثابت ، وهذا الوضع
قد يثبت للشخص بصفة أصلية ، أو بصفة عرضية ، أو بحسب الظاهر .
فعلى من يدعى خلاف هذا الوضع الثابت أصلاً أو عرضياً أو ظاهراً أن
يثبت ما يدعى به . وبعبارة أخرى القاعدة أن الاثبات على المدعى أو كما تقرر
القاعدة الفقهية البينة على المدعى ، ولفظ البينة هنا معناه الدليل
أيما كان (10) .

(9) أحمد إبراهيم — طرق القضاء في الشريعة الإسلامية — صفحة 16 .
— أن البينة على المدعى ، ويتعرض للنقض الحكم الذي يقبل عبء الاثبات ويكلف
المدعى عليه بالبينة .

حكم صادر من المجلس الأعلى بتاريخ 24 ماي 1962 — منشور بقضاء المجلس
الأعلى في المواد المدنية 1958 — 1962 صفحة 209 .

(10) أن المدعى هو الذي يزعم خلاف الظاهر ، فعليه الاثبات بالبينة ، كما افادته القاعدة
الاساسية : « البينة لاثبات خلاف الظاهر ، واليمين لابقاء الأصل » .
فالأصل في اللغة هو أسفل الشيء وأساسه ، وفي اصطلاح الاثبات : الأصل هو الحالة
المأمة التي هي بمثابة قانون مرعى ابتداء بلا حاجة الى دليل خاص عليه ، بل يعتبر
مسلماً بنفسه ، ومنهم من يعرف الأصل بأنه :
« ما يبنى عليه غيره ولا يبنى هو على غيره » وأمثلة ذلك في الشرع كثيرة : « فمنها
قولهم : « الأصل في الأمور العارضة المدم ، وفي الأمور الأصلية الوجود » ومن شعب
هذا الأصل أصول فرعية عديدة ، منها أن « الأصل براءة الذمة » وأن « الأصل سلامة
المبيع من الميوب » ونحو ذلك . وكذا قولهم : « الأصل حين الاختلاف في بطلان عقد
وصحته أن يعتبر باطلاً ، وحين الاختلاف في فسادته وصحته أن يعتبر صحيحاً » — وكذا
قولهم : « الأصل إضافة الحادث الى أقرب أوقاته » و « الأصل بقاء ما كان على ما
كان » .

وأما دلالة الحال فهي الإمارة القائمة التي تدل على شيء . فالظاهر في نظر الفقه نوعان :
(1) ظاهر ضعيف لم يطرح معه احتمال خلافه ، من أصل أو دلالة حال . (2) وظاهر
قوى هو الذي وصل في الظهور الى درجة يطرح معها احتمال خلافه . وهذا يكون قطعياً ،
حتى أن الشهادة — التي يعتبر الشرع ما يثبت بها كانه ثابت العيان — لا تقبل لاثبات
خلافه . مثال ذلك أن الوصي إذا ادعى أنه اتفق على الصغير في مدة يسيرة مبلغاً عظيماً
يكذب فيه الظاهر لا يصدق في ذلك ، ولا تقبل له بينة عليه ، إلا أن يبين تسبباً معقولاً
كسرقة أو حريق ونحو ذلك — (مصطفى الزرقا — المدخل الفقهي العام — الجزء الأول
— صفحة 1043) .

— تنص المادة (448) من القانون المدني العراقي على أن :

« البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » .

والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من يتمسك بابقاء الأصل » .

أما المدعى عليه فإنه إذا اقتصر على انكار مزاعم خصمه واتخذ موقفا سلبيا فلا يكلف بدليل ، فهو في هذا الموقف كما أسلفنا يستفيد من الوضع الثابت له ، فيكسب الدعوى إذا عجز المدعى عن الإثبات .

غير أنه من اللازم أن نوضح المقصود بالمدعى الذى يكلف بالإثبات . ذلك أن اصطلاح المدعى يطلق في فقه المرافعات على من يبدأ إجراءات رفع الدعوى إلى القضاء ، فهل يتحدد المدعى بالنسبة للإثبات بأنه المدعى في مصطلح المرافعات أو المسطرة ؟

الواقع أن المدعى في الإثبات هو المدعى بالواقعة محل الإثبات ، لا المدعى في الدعوى ، ولذلك فقد يكون المدعى في الإثبات هو المدعى أو المدعى عليه في الدعوى .

ويعتبر الشخص مدعيا بواقعة في الإثبات ، إذا ادعى خلاف الثابت بحسب ما هو مألوف من الأمور . فالوضع الاصلى أن كل شخص يعتبر بريءا الذمة من أى التزام حتى يثبت وجوده ، وهذا هو ما يعبر عنه بأن الاصل هو براءة الذمة . ومن يدعى خلاف هذا الاصل ، أى وجود التزام على عاتق الغير ، يكون مكلفا بإثبات ادعائه . والوضع العادى أيضا أن من يباشر سلطات المالك على عين يكون مالك هذه العين ، أى أن الحائز لعين هو في العادة مالكا ، ولذلك فمن يدعى ملكية عين في حيازة آخر يكون مدعيا بما يخالف الظاهر ، ويلتزم بتقديم الدليل على صدق ادعائه . فإذا ما نجح المكلف بالإثبات في إثبات ادعائه المخالف للاصل أو الظاهر ، عد هذا الادعاء ثابتا عرضا ووجب على من يدعى بما يخالفه أن يقيم الدليل على ذلك .

أى أن المدعى في الإثبات هو من يدعى خلاف الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا ، فمن يدعى بدين على آخر ، عليه أن يثبت هذه المديونية ، فإذا نجح في ذلك كان تحقيق المديونية هو الثابت عرضا ويكون على المدين أن يثبت براءة ذمته . وبالنسبة للحقوق العينية يكلف بالإثبات من يدعى خلاف الظاهر ، كمن يدعى ملكية عين في حيازة آخر أو حق ارتفاق على عقار الغير .

وقد نص المشرع المغربي في المادتين (399) و (400) من قانون الالتزامات والعقود على القواعد السابقة فبعد أن نصت المادة (399) على القاعدة الأساسية في عالم الإثبات وهى أن أثبات الالتزام على مدعيه ، جاءت المادة (400) تقضى بأنه :

« اذا اثبت المدعى وجود الالتزام ، كان على من يدعى انقضائه أو عدم نفاذه اتجاهه أن يثبت ادعائه » .

ويلاحظ ان النص لا يتعرض الا لاثبات الالتزام ، أى الحق الشخصى ، ولكن من المسلم أن حكمه عام يمتد الى اثبات الحقوق العينية على الصورة التى عرضناها .

ويستخلص الفقه (11) مبدأ عاما فيمن يحمل عبء الاثبات حيث يقول « كل من يتهمك بالثابت حكما — أصلا أو ظاهرا أو فرضا — أو بالثابت فعلا — حقيقة أو ضمنا — لا يقع عليه عبء الاثبات . وإنما يقع عبء الاثبات على من يدعى خلاف الثابت حكما أو فعلا لانه يدعى خلاف الأصل أو الظاهر أو المفروض أو الثابت . فوجب أن يحمل عبء اثبات ما يدعيه . وغنى عن البيان أن تحديد من يحمل عبء الاثبات مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض » (12) .

من كل ما سبق يتضح لنا أن المدعى فى ميدان الاثبات لا يراد به المعنى المفهوم عادة من هذا اللفظ . فليس حتما هو من رفع الدعوى ، وإنما يتحدد بحسب طبيعة مزاعم الخصوم فى الدعوى ، فمن ادعى شيئا يخالف الوضع الثابت أصلا أو فرضا أو ظاهرا يكون هو المدعى الذى عليه الاثبات ، لا فرق فى ذلك بين من رفع الدعوى ومن رفعت عليه .

كما يتضح أيضا أن الخصمين فى الدعوى قد يتناوبان عبء الاثبات تبعا لطبيعة ما يدعيه كل منهما . فالدائن يكون هو المدعى ، والمدين مدعى عليه ، فيكون عبء الاثبات على الدائن . فإذا اثبت الدائن الدين وادعى المدين براءة ذمته أنقلب المدين مدعيا ، فينتقل عبء الاثبات الى المدين . وقد يثبت المدين براءة ذمته ويدعى الدائن خلاف ذلك ، فيعود الدائن ثانية مدعيا فينتقل عبء الاثبات ثانية الى الدائن ، وهكذا حتى يعجز من وقع عليه عبء الاثبات من القيام به فيخسر الدعوى .

(11) السنهورى الوسيط — الجزء الثانى — صفحة 77 فقرة 53 .

(12) البيئة على المدعى ، واليمين على من انكر — وفى هذه القضية حول قسم الاستئناف عبء الاثبات من كاهل المدعى الذى عجز عنه الى المدعى عليه ليثبت أصل حيازته ومدخله ، وذلك خرق للقاعدة (حكم صادر من المجلس الأعلى بتاريخ 14 مارس 1967 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى — العدد 6 صفحة 13 .

على أنه من الناحية العملية لا تقوم حدود فاصلة ينتقل عندها عبء
الاثبات من أحد الطرفين الى الآخر بصورة قاطعة . فالدليل القاطع كثيرا ما
يتعذر على الخصم أن يقيمه . والقاضي نزولا منه على حكم الضرورات
العملية يكتفى من الخصم بدليل يجعل دعواه قريبة التصديق ، فيكون على
الطرف الآخر حينئذ ان يدحض هذا الدليل . وعلى هذا النحو من التيسير
والتخفيف ينتهي الامر في الواقع الى تجزئة عبء الاثبات بين طرفي الخصومة
والغالب في العمل هو ان يدلى كل من الطرفين بما يؤيد دعواه . وللقاضي ان
يكون اقتناعه من مجموع ما قدمه الخصوم من أدلة . وقد يحصل ان يتقدم
أحد الخصمين بدليل فيتلقنه الخصم الآخر ويفنده ويتخذ منه دليلا
لصالحه (13) .

انظر القرائن على القاعدة السابقة :

قد يقع عبء الاثبات على عاتق أحد الخصمين بمقتضى القاعدة
الاساسية ، ومع ذلك يكون في غنى عن اثبات الواقعة التي يدعيها ، وذلك
بمقتضى قرينة يقررها القانون لمصلحته . فالمشرع قد يرى في حالات معينة
ان الشخص كثيرا ما يتعذر عليه الاثبات . فيستنبط من احوال الناس
وطبائعهم وعاداتهم في التعامل قرينة تغني من تقررت لمصلحته عن الاثبات
متى توفرت له الظروف اللازمة لقيامها . ولان هذه القرينة مقصود بها تلافى
صعوبة الاثبات ، ولانها لا تعدو أن تكون احتمالا قد يخطئ في بعض الحالات ،
فانه يجوز نقضها باثبات العكس .

من كل هذا يبين أن القانون قد يقضى بافتراض ثبوت واقعة معينة ،
من ثبوت واقعة أخرى ، غالبا ما تكون سهلة الاثبات ، ويترتب على هذا
الافتراض بأن من يكلف باثبات الواقعة الاولى يكتفى منه باثبات الواقعة
الثانية فتعتبر الاولى ثابتة من اثبات الواقعة التي يدعيها والتي تلزمه
قواعد توزيع عبء الاثبات بتقديم الدليل على صحتها . ولكن القانون اذ يعمد
الى هذا الافتراض لا يجعله في أكثر الاحوال قاطعا بحيث يجعل ثبوت
الواقعة نهائيا لا مجال للمنازعة فيه ، وانما يفتح للخصم المدعى عليه بهذه
الواقعة سبيل اثبات ما يخالفها . الا أنه يلاحظ ان هذا معناه ان من كان من
حقه أن يقف موقف الانكار فلا يكلف بالاثبات أصبح مكلفا به . ولذا يقال ان
مثل هذا الافتراض ينقل عبء الاثبات من المدعى الى المدعى عليه . وهذا
الافتراض القانوني الذي يقبل اثبات عكسه ، يقوم على ما يسمى القرينة

البسيطة أى غير القاطعة ، وهو وسيلة من وسائل الصناعة القانونية يلجأ اليه المشرع فى أحوال يقدر انها تستلزم التخفيف من عبء الاثبات باستبدال واقعة سهلة الاثبات بالواقعة الاصلية واجبة الاثبات ونقل عبء الاثبات بالنسبة للواقعة الاصلية الى عاتق المدعى عليه .

ومن ذلك ما تقضى به المادة (63) من قانون الالتزامات والعقود من أنه : « يفترض فى كل التزام ان له سببا حقيقيا ومشروعا ولو لم يذكر » فاذا تمسك شخص بسند مثبت للالتزام عقدي ، ولم يكن السند متضمنا لبيان سبب هذا الالتزام لا يطالب هذا الشخص باثبات هذا السبب من قبيل تكليفه باثبات أركان الالتزام الذى يطالب بوفائه ، وانما يفترض توافر السبب المشروع لهذا الالتزام حتى يثبت العكس ، ويكون اثبات العكس على عاتق المدين الذى يعتبر عندئذ مدعيا بما يخالف الثابت فرضا .

ومما تجدر ملاحظته ان القضاء لو التزم تطبيق القواعد الاصلية فى توزيع عبء الاثبات ، وتطلب من المكلف بالاثبات أن يقدم دليلا كاملا على ادعائه ، قبل ان يطلب الى خصمه تقديم ما يؤيد وجهته من أدلة ، لكان عبء الاثبات فى كثير من الاحيان ، عقبة شديدة فى سبيل حصول الشخص على حقه . ومن ناحية أخرى فانه ليس من السهل وضع معيار دقيق للفرقة بين الاثبات الكامل وغير الكامل ، ولذا فان القضاء لا يطبق بدقة قواعد التوزيع ، بل يكتفى عادة ، من المكلف بالاثبات بالدليل الذى يجعل حقه قريب الاحتمال لينتقل الى مطالبة الخصم بتقديم أدلة بدوره ، وعلى هذا النحو من التيسير والتخفيف يصل القاضى الى تجزئة عبء الاثبات بين الخصوم وتحقيق نوع من التعاون على كشف الحقيقة للقضاء .

لا يجوز الزام شخص تقديم دليل ضد نفسه :

مما يتصل بحمل عبء الاثبات ، أن يكون على المكلف به أن يعتمد على نفسه فى استحضار أدلته ، فلا يحق له أن يطلب الزام خصمه بأن يقدم هذه الأدلة أو يعاونه فى تقديمها . فمن المبادئ المأخوذ بها فى عالم الاثبات أنه لا يجوز الزام الخصم بأن يقدم دليلا ضد نفسه ، ولكن هذا لا يعنى أنه يمتنع على المكلف بالاثبات أن يحصل دليلا لمصلحته من مستند قدمه خصمه الى القضاء فى سبيل اثبات ادعائه هو ، فليس فى هذا مخالفة للمبدأ السابق ، لان تقديم المستند من جانب الخصم كان بارادته ولاته اذا كان من حق الخصم ان يقدم الدليل أو لا يقدمه دون أن يرغب على ذلك فانه ان قدمه يصبح من

حق القاضي أن يحدد دلالاته على وجهها الصحيح ، أي أن القاضي يقدر الدليل بصرف النظر عن قدمه .

ألا أن تطبيق المبدأ السابق بصورة مطلقة قد يؤدي إلى حرمان المكلف بالاثبات من دليل حاسم في اثبات حقه ، وقد تكون ظروف العلاقة بين الخصمين هي السبب في وجود هذا الدليل تحت يد الخصم ، ولذا فإن القضاء الفرنسي يبيح للمكلف بالاثبات أن يطلب من خصمه تقديم ما يوجد تحت يده من أوراق منتجة في اثبات ما يدعيه في أحوال معينة ، كما تنص بعض التشريعات على هذا الحق وتنظمه كما هي الحال في القانون المصري (16) ويستخلص الفقه (17) من أحكام القضاء الفرنسي أنه يجعل للخصم حق الإثبات ويلقى على خصمه واجب المعاونة في ذلك ما استطاع إليه سبيلا ، ما دام لا يوجد مانع قانوني كوجوب الاحتفاظ بسر المهنة . فإذا لم يقم الخصم بواجبه في المعاونة ، وعطل على خصمه حقه في الإثبات ، اعتبر في منزلة من قام الدليل ضده وخسر الدعوى .

وتنص المادة (253) من قانون المرافعات المصري على أنه :

« يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب الزام خصمه بتقديم ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده :

- 1 — إذا كان القانون يجيز مطالبتة بتقديمها أو تسليمها .
- 2 — إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه وتعتبر الورقة مشتركة على الاخص إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتها وحقوقها المتبادلة .
- 3 — إذا استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى .

ويدخل هذا الطلب في نطاق ما يعرف بدعوى الكشف ، وهي دعوى يطالب فيها الخصم بأن يسمح له بمعاينة شيء في حيازته أو بتقديم مستند يفيد في الدعوى المعروضة على القضاء ، وقد نظم القانون الألماني والقانون التركي هذه الدعوى وعنهما أخذ المشرع المصري في قانون المرافعات

(16) المادة 253 من قانون المرافعات .

(17) السنهوري الوسيط الجزء الثاني صفحه 40 .

الجديد ، غير أنه اقتصر من هذه الدعوى على طلب الزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده . وهناك اتفاق في الفقه والقضاء على جواز طلب الزام الخصم تقديم مستند في حوزته اذا كان هذا المستند مشتركاً بين الخصمين واصبح كذلك باسناد الخصم اليه في الدعوى وذلك على اساس ما ينبغي ان يسود التعامل من حسن النية في تحصيل الدليل . هذا فضلا عما هو معروف من ان القانون التجارى يأخذ بهذا الهبدأ (18) .

المبحث الثالث

قواعد الاثبات والنظام العام

من المتصور أن تتناول الاتفاقات بين الافراد بعض قواعد الاثبات بالتعديل ، من ذلك مثلا أن يتم الاتفاق على تعديل القواعد التي تجعل عبئه على احد الخصوم دون الآخر . أو القواعد التي تحدد طرق الاثبات كالقاعدة التي تفرض الاثبات بالدليل الكتابي في بعض الاحوال فما حكم هذه الاتفاقات ؟ يتحدد حكم هذه الاتفاقات من حيث جوازها أو عدم جوازها ، أى من حيث صحتها وبطلانها في ضوء ما تصل اليه من اعتبار قواعد الاثبات متعلقة بالنظام العام أو غير متعلقة به ، ذلك أن كل اتفاق على ما يخالف النظام العام باطل ولا اثر له .

والفصل في هذه المسألة الاولى لا يثير أى تردد بالنسبة لتلك الطائفة من قواعد الاثبات التي تحدد اجراءاته . فهذه الاجراءات تتصل اتصالاً وثيقاً بتنظيم العمل أمام القضاء ولذا فلا جدال في أن تنظيمها يتعلق بالنظام العام باطل ولا اثر له .

ويبقى التساؤل عن مدى تعلق ما يسمى بالقواعد الموضوعية للاثبات بالنظام العام . وقد قام الخلاف في الفقه حول هذه القواعد ، فقال بعض

(18) محمد كمال أبو الخير — قانون المرافعات — صفحة 413 .

الفقهاء الفرنسيين بأن هذه القواعد من النظام العام مما يجعل كل اتفاق على تعديلها باطلا . ولكن الفقه المصري يرى مع كثير من الشراح في فرنسا أن القواعد التي تحدد محل الإثبات وتوزع عبئه وتبين طرقه أو وسائله ، هي قواعد تتعلق بحقوق الأفراد ، وأنه إذا كان للأفراد أن ينزلوا عن حقوقهم ذاتها ، فليس من الجائز أن نحرم عليهم النزول عن التمسك بأية قاعدة قانونية تهدف إلى حماية هذه الحقوق ، إلا إذا وضح قصد المشرع إلى حرمانهم من هذا الحق . وأنه لا يمكن الاحتجاج للرأي المخالف بصله قواعد الإثبات بالنظام القضائي إلا بالنسبة لقواعد الإجراءات .

ويسير القضاء في فرنسا ومصر على اعتبار قواعد الإثبات غير متعلقة بالنظام العام ، ولذلك أجازت أحكامهما اتفاق الأفراد على تعديل القواعد التي توزع عبء الإثبات بين الخصوم .

وقد قضت محكمة النقض المصرية (19) « بأن قواعد الإثبات في المواد المدنية ليست من النظام العام ، بل هي مقررة لمصلحة الخصوم فقط ، فقمود الطاعن عن التمسك بعدم جواز الإثبات بالبينة حتى سمعت المحكمة الشهود جميعا يعد منه تنازلا عن التمسك فيما يعد بمخالفة الحكم للقواعد المقررة للإثبات » .

وقد أكدت هذا المبدأ غرفة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر في 1928/2/27 (20) حيث جاء يقضى على :

« أن مقتضيات الظهير بشأن الإثبات بواسطة الشهود ليست من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته بواسطة الاتفاق . وعليه فإن الطرف الذي قبل الإثبات بواسطة الشهود خارجا عن الحالات التي يجيزها فيها القانون لا يحق له أن يتمسك ببطالان الحكم الذي أمر بالاستماع إلى الشهود لاسيما إذا كان لم يدلأ ذلك بأي تحفظ » .

وقد أكد هذا المبدأ حكم حديث صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 مارس سنة 1956 (21) .

(19) حكم محكمة النقض المدنية - صادر في 1 يونيو 1944 - مجموعة القواعد القانونية - الجزء الرابع صفحة 396 رقم 144 .

(20) مجلة التشريع والقضاء المغربية 1929 البند 792/1 صفحة 1

(21) مجلة التشريع والقضاء المغربية عدد 1194 سنة 1956 .

ويلاحظ ان المشرع المصري قد جاء في المادة (400) من القانون المدني ففصل في هذه المسألة بالنسبة الى القاعدة التي لا تجيز البينة بالشهادة في اثبات تصرف تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو غير محدد القيمة ، اذ اجاز الاتفاق على خلافها ، واذا فهذه القاعدة في نظر المشرع المصري لا تمس النظام العام ، وانما تكفل حماية مصلحة خاصة ، فيكون للأفراد ان يتفقوا على غيرها .

اما في القانون المغربي فلا وجود لمثل هذا النص ومع ذلك وعملا بالرأى السائد فقها واجتهادا في فرنسا ومصر لا يسعنا الا القول بأن كل اتفاق يتناول بالتعديل قواعد الاثبات الموضوعية يعتبر اتفاقا صحيحا نافذا ، وكذلك فان كل ما يدل على رضا الخصم اثناء سير الدعوى بهذا التعديل ، ينتج اثره في عدم ضرورة التزام القواعد الاصلية كما رأينا بالنسبة لتطوع الخصم للاثبات أو سكوته عن الاعتراض على طلب خصمه البينة بالشهادة حيث لا تكفى الشهادة في الاثبات بحكم القانون .

وكما يقع التعديل الاتفاقي لقواعد عبء الاثبات مقدما قبل حصول النزاع على النحو الذي قدمناه ، كذلك يصح ان يقع هذا التعديل اثناء النزاع ، فيجوز لخصم لم يكن في الاصل مكلفا باثبات واقعة ان يتطوع لاثباتها ، فاذا اجاب القاضى الى طلبه فليس له بعد ذلك ان يحتج بأنه غير مكلف قانونا بالاثبات ذلك ان تطوعه لاثبات الواقعة مع سكوت خصمه يكون بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الاثبات اليه ، فيلزمه ان يضطلع بهذا العبء . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن القواعد التي تبين على أى خصم يقع عبء الاثبات لا تتصل بالنظام العام ، ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، واذا فمتى كان الطاعن قد طلب من المحكمة احالة الدعوى على التحقيق لاثبات ما يدعيه ، فليس له ان ينمى بعد ذلك على الحكم باجابته الى ما طلب ، حتى ولو كان فيما طلب متطوعا لاثبات ما هو غير ملزم بحمل عبئه (22) .

يخلص مما تقدم ان القواعد التي تتعلق بمحل الاثبات وعبئه وطرقه لا تتصل بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق مقدما على خلافها ، ويصح النزول عنها اثناء سير الدعوى ، ولا يجوز التمسك بها في أية حالة كانت عليها الا اذا كان هذا التمسك في اول مرحلة من مراحل الدعوى وقبل الدفع بالاساس ، ولا يحق للقاضى ان يرفض من تلقاء نفسه مخالفتها . ذلك لان

(22) الوسيط - السنهوري - الجزء الثاني صفحة 88 و 89 .

قواعد الاثبات وثيقة الصلة بالحق . فالتنازل عنها أو التعديل فيها يمس الحق عن قرب . وإذا كان للشخص أن يتنازل عن حقه أو يعدل فيه ، فبديهي أن يكون له ذلك فيما يتعلق باثباته ، فهو يتخذ ما يروقه لاثبات حقه ، لا جناح عليه في ذلك إلا أن يكون المشرع قد حد من حريته في هذا الشأن بتنظيم آمر .

أما بالنسبة لقواعد الاجراءات الخاصة بالاثبات فلا نزاع في أنها تتعلق بالنظام العام لأنها تتصل بنظام التقاضى .

الفصل الثالث

طرق الاثبات

مذهب الاثبات المختلط الذي يأخذ به القانون المغربي وغيره من القوانين التي اعتنقت هذا المذهب في تنظيم الاثبات في المسائل المدنية لا يتعارض مع تقييد وسائل الاثبات فقد حصر المشرع المغربي الادلة التي يجوز استخدامها للاثبات امام القضاء أي أنه قد حدد طرق الاثبات (Mode de preuve) ومقتضى هذا أن الخصم لا يسعه أن يثبت ادعاءه الا بالدليل الذي يحدده القانون كما أن القاضي يتعين عليه ألا يبنى حكمه الا على أدلة يقررها القانون .

وطرق الاثبات أو البينات التي ذكرها المشرع المغربي هي : الكتابة، وشهادة الشهود ، والقرائن ، والاقرار ، واليمين ، والمعاينة والخبرة ، غير أن قانون الالتزامات والعقود لا يتناول من هذه المسائل الا الخمس الاولى فقد نصت المادة (404) على ان :

وسائل الاثبات التي يقررها القانون هي :

- 1 — اقرار الخصم .
- 2 — الحجة الكتابية .
- 3 — شهادة الشهود .
- 4 — القرينة
- 5 — اليمين والنكون منها .

أما الخبرة والمعاينة فقد نظمتهما نصوص في قانون المسطرة المدنية، المواد من (59 الى 84) والمعاينة (Visite des lieux) هي مشاهدة المحكمة للأشياء التي يثور حولها النزاع ، بانتقالها الى مكان وجودها كوسيلة للتثبت من ادعاءات الخصوم بشأنها .

وتعتبر المعاينة من أهم الأدلة التي توصل الى الحقيقة لان القاضي يلمس فيها بنفسه الوقائع المنازع فيها (1) . وقد نظمها قانون المسطرة المدنية فجعل للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال بكامل هيئتها أو تنتدب أحد قضاتها لمعاينة المتنازع فيه .

ويتضح من طبيعة كل من المعاينة والخبرة كوسيلة للاثبات أنهما لا تحتاجان في تنظيمهما لغير القواعد الشكلية أو الإجرائية التي تبين كيفية الالتجاء لكل منهما ، ولذا جعل المشرع موضع هذا التنظيم في قانون المسطرة المدنية .

والفقه يتناول البينات أو وسائل الاثبات بتقسيمات متعددة بتعدد الاسس التي تتخذ للتقسيم ، فيقسمها على أساس اختلافها من حيث قبولها في الاثبات الى أدلة مطلقة وأدلة مقيدة .

والأدلة المطلقة هي تلك التي تقبل لاثبات جميع الوقائع سواء أكانت تصرفات قانونية أو وقائع مادية وهي الكتابة والإقرار واليمين ، أما شهادة الشهود والقرائن فهي من الأدلة المقيدة بمعنى أنها تقبل لاثبات الوقائع المادية دائماً ولكنها لا تقبل لاثبات التصرفات القانونية في جميع الأحوال .

ويلاحظ أن الأصل هو قبول كل وسائل الاثبات بالنسبة لاية وأقعة ما لم يقض القانون بغير ذلك . أي الأصل هو اعتبار وسائل الاثبات مطلقة، وأن تقييد الدليل لا يكون إلا بنص القانون على عدم قبوله لاثبات بموضع الوقائع ولذا تقضى المادة (401) من قانون الالتزامات والعقود على أنه :

« لا يلزم ، لاثبات الالتزامات ، أي شكل خاص ، إلا في الأحوال التي يقرر القانون فيها شكلاً معيناً .

إذا قرر القانون شكلاً معيناً ، لم يسغ إجراء اثبات الالتزام أو التصرف بشكل آخر يخالفه ، إلا في الأحوال التي يستثنىها القانون .

إذا قرر القانون أن يكون العقد مكتوباً اعتبر نفس الشكل مطلوباً في كل التمديلات التي يراد ادخالها على هذا العقد . »

(1) الاثبات في المواد المدنية — عبد المنعم فرج الصدة — صفحة 66 فقرة 58 .

ويذكر الفقه (2) فى هذا التصنيف أن طرق الاثبات تنقسم الى طرق ذات قوة مطلقة وطرق ذات قوة محدودة وطرق معنية من الاثبات أما الطرق ذات القوة المطلقة فى الاثبات فهى الطرق التى تصلح لاثبات جميع الوقائع سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية ، وأيا كانت قيمة الحق المراد اثباته ولا يوجد من الطرق التى نعالجها ما هو ذو قوة مطلقة فى الاثبات على هذا النحو إلا الكتابة ، فهى تصلح لاثبات جميع الوقائع المادية وجميع التصرفات القانونية مهما بلغت قيمة الحق . والطرق ذات القوة المحدودة فى الاثبات هى الطرق التى تصلح لاثبات بعض الوقائع القانونية دون بعض ، فهى أذن محدودة القوة . وهذه هى الشهادة والقرائن القضائية اذ هى لا تصلح لاثبات التصرفات القانونية اذ زادت قيمتها على نصاب معين الا فى حالات استثنائية معينة وكذلك اليمين المتممة طريق للاثبات ذات قوة محدودة فهى لا تصلح الا لاتمام دليل ناقص . والطرق المعنية من الاثبات هى الاقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية ، ولما كانت هذه الطرق تعفى من الاثبات ، فهى تصلح للاعفاء من اثبات أية واقعة مادية أو أى تصرف قانونى مهما بلغت قيمته ، فهى من هذه الناحية ذات قوة مطلقة .

ويرى الفقهاء أن هذا التقسيم هو أهم التقسيمات جميعا ، اذ هو يركز على ما لكل طريق من قوة فى الاثبات ، والقوة فى الاثبات هى التى تخلع على كل طريق قيمته وتميزه من الطرق الأخرى .

وهناك تقسيم آخر يقسم به الفقهاء البينات أو طرق الاثبات الى طرق ذات حجية ملزمة وطرق ذات حجية غير ملزمة .

فالطرق ذات الحجية الملزمة هى الطرق التى حدد القانون مبلغ حجيتها ولم يتركها لمحضر تقدير القاضى . وهذه هى الكتابة والاقرار واليمين والقرائن القانونية والطرق ذات الحجية غير الملزمة هى شهادة الشهود والقرائن القضائية ، فحجية هذين الطريقين من طرق الاثبات غير ملزمة للقاضى ، فهو حر فى تكوين مبلغ اقتناعه بشهادة الشهود وفى استنباط القرائن القضائية من وقائع الدعوى وظروفها .

ويقسم بعض الفقه طرق الاثبات الى طرق مباشرة وطرق غير مباشرة : فالطرق المباشرة هى التى تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد اثباتها . وهذه هى الكتابة وشهادة الشهود .

(2) السنهوري الوسيط - الجزء الثانى - صفحة 103 فقرة 65 .

والطرق غير المباشرة هي التي لا تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد اثباتها ، ولكن تستخلص من طريق الاستنباط . وهذه هي القرائن والاقرار واليمين .

والحقيقة ان الكتابة وشهادة الشهود والقرائن على اختلاف قوتها في الاثبات ، تتفق في انها ادلة بالمعنى الصحيح اذ يتخذها القاضى وسائل لاصدار حكمه الفاصل في النزاع .

اما الاقرار واليمين (الحاسمة) فانها تكاد ان تعتبر صورا للفصل في النزاع قبل الحكم فيه ، ولذا لا تعد من وسائل الاثبات الا تجاوزا ، مما يبرر ان تسمى الادلة غير العادية او الاحتياطية . والواقع ان الاقرار اعتراف بادعاء الخصم يزيل النزاع حوله ، فلا يعود في حاجة الى الاثبات ، واليمين الحاسمة احتكام الى ذمة الخصم وترك مصير الحق الى قوله المؤيد باليمين ، وكل منهما لا يستخدم في الاثبات الا نادرا ، ولذا فان كان كل منهما دليلا فهو دليل غير عادي او احتياطي .

ولربما كان خير تقسيم للبيانات او طرق الاثبات هو ذلك الذي يفرعها الى قسمين :

1 — طرق اثبات اصلية او عادية .

2 — وطرق اثبات غير اصلية او احتياطية .

فأساس هذا التقسيم يقوم على طبيعة الدليل ودوره في الاثبات . فطرق الاثبات الاصلية او العادية هي الكتابة وشهادة الشهود والقرائن . اما طرق الاثبات غير الاصلية او الاحتياطية فهي الاقرار واليمين (الحاسمة) .

من كل ما سبق يبين لنا ان قواعد الاثبات ليست كلها من طبيعة واحدة فبعضها قواعد تتعلق بالتنظيم الموضوعى والبعض الآخر قواعد تتعلق بالشكل والاجراءات .

فأما القواعد الموضوعية فقد تكفل بتنظيمها قانون الالتزامات والعقود ، واما قواعد الاجراءات وهي تلك التي تتبع في اقامة الادلة عندما يكون النزاع معروضا على القاضى فقد تكفل بتنظيمها قانون المسطرة المدنية . ونحن في دراستنا لوسائل الاثبات سوف نحاول جمع كل من القواعد الموضوعية والاجرائية في مبحث واحد حتى تتكون للقارئ فكرة عامة عن الاحكام التي تخضع لها هذه الوسائل في التشريع المدنى المغربى ، وحتى نمهد السبيل بهذه المحاولة المتواضعة للمشرع المغربى لجمع قواعد الاثبات في مجموعة مستقلة وذلك فيما اذا جنح لتعديل القانون الحالى .

الباب الثاني

وسائل الاثبات (الأدلة)

حصر أدلة الاثبات في القانون المغربي :

حصر المشرع المغربي الأدلة التي يجوز استخدامها للاثبات أمام القضاء فجعلها الكتابة (المحررات) وشهادة الشهود والقرينة والاقرار واليمين وقد نظم قانون الالتزامات والعقود في نصوصه كل هذه الوسائل .

وقد سبق لنا ان قلنا ان الفقه تناول وسائل الاثبات بتقسيمات متعددة بتعدد الاسس التي تتخذ للتقسيم وقلنا ان احسن تقسيم في نظرنا هو الذي يقسم الأدلة من حيث دورها في الاثبات الى أدلة عادية او أصلية وأدلة غير عادية او احتياطية . والأدلة العادية تعتبر كذلك نظرا الى أنها هي الوسائل التي يتحقق فيها معنى الدليل باعتباره وسيلة لاقتناع القاضي بحقيقة الادعاء ، حتى يصدر حكمه بناء على هذا الاقتناع ، ولا تعتبر بذاتها فاصلة في النزاع بين الخصوم ، كما هي الحال في الأدلة غير العادية .

ويتناول بحثنا لوسائل الاثبات الترتيب الآتي :

- الفصل الاول : الكتابة .
- الفصل الثاني : شهادة الشهود .
- الفصل الثالث : القرائن .
- الفصل الرابع : الاقـرار .
- الفصل الخامس : اليمين .

الفصل الاول

الكتابة

تمييز الكتابة اللازمة للاثبات عن انواعها الاخرى :

1 - تجب التفرقة بين التصرف وطريقة اثباته . فعدم توفر الوسيلة التي يتطلبها القانون لاثبات التصرف لا اثر له على وجود هذا التصرف . وان كان الحق الذي يترتب عليه قد يضيع على صاحبه لعدم امكان الاثبات . فاذا كان الدليل الذي يتطلبه القانون لاثبات التصرف هو الكتابة . فان عدم وجود هذه الكتابة او بطلانها لا يؤثران على وجود التصرف او صحته ، ويمكن اثبات هذا التصرف بالوسائل الاخرى غير العادية .

2 - يجب التمييز بين الكتابة الشكلية والكتابة المطلوبة للاثبات : فالكتابة اللازمة لانعقاد شرط ضروري لوجود العقد قانونا ، وتختلف الشكل عندئذ يعنى نقص ركن من اركانه وانعدام اثره نتيجة لبطلانه ، مهما قام الدليل على اتجاه الارادة اليه ، ومهما اعترف طرفاه باتفاقيهما المجرد من الشكل . فالكتابة هنا تعتبر شرطا شكليا وبالتالي فالعقد لا يقوم الا اذا ورد الرضاء به في الشكل المتطلب قانونا والشكل هنا هو الكتابة . اما الكتابة المطلوبة للاثبات فلا اثر لانعدامها على وجود العقد ، فالعقد ينشأ ويوجد وينتج آثاره . فاذا كان معترفا به من طرفيه لم يكن في حاجة الى اثباته بالكتابة ، كما ان الاقرار يحل محل الدليل الكتابي في هذا الاثبات كما يمكن الوصول الى اثباته بالالتجاء الى اليمين الحاسمة . وقد يتم اتفاق شخصين على ضرورة الكتابة في ابرام عقودهما ، فاذا لم يظهر من شروط هذا الاتفاق انهما علقا التزامهما بالعقد على اتمام الكتابة ، يفترض ان هذه الكتابة يقصد بها ان تكون وسيلة للاثبات لا كتابة شكلية ، وذلك اخذا بالاصل والقاعدة في انعقاد العقود ، وهو رضائيتها .

3 - يلاحظ في العمل انه قد يعبر احيانا بالعقد عن الورقة او المحرر المثبت لاتفاق من الاتفاقات فيقال مثلا ان الاتفاق مثبت في عقد رسمى

أو عقد عرفى . ولا يصح أن يستعمل مصطلح العقد في الدلالة على شيء مادي مختلف عن جوهر الاتفاق بين الإرادتين هو الورقة التي يثبت بها مثل هذا التصرف بل يجب أن تطلق على أداة الإثبات الكتابي تسمية تميزها عن العقد ذاته فتسمى المحرر أو الورقة . وقد فضل قانون الالتزامات والعقود الاسم الأخير في النصوص المتعلقة بالإثبات بالكتابة (416 — 442) .

الكتابة هي الأصل في إثبات التصرفات القانونية :

الأصل أن يكون إثبات التصرفات القانونية بالكتابة ، والاستثناء هو إباحة الإثبات بالشهادة بالنسبة إلى التصرفات التي لا تجاوز قيمتها نصبا معينا . وقد كانت الشهادة في الماضي من أقوى الأدلة ، بل كانت هي الدليل الغالب في وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة ، وكانت الأمية متفشية ، وكان العلم بالرواية واللسان لا بالكتابة والقلم والبيان ، حتى كانت الشهادة هي التي تستأثر باسم « البينة » دلالة على أن لها المقام الأول في البينات .

ولما انتشرت الكتابة ، وتقلص ظل الأمية ، بدأت الكتابة تسود ، ثم أخذت المكان الأول في الإثبات ، ونزلت الشهادة إلى المكان الثاني لما تنطوي عليه من عيوب ظاهرة . فالشهادة تقوم على أمانة الشهود ، والشهود حتى إذا هم لم يكذبوا معرضون للنسيان ، ثم إن الدقة تنقصهم ، هذا إلى أنه إذا أفسح المجال للإثبات بالشهادة ، وأصبح اعتماد القضاء عليها ، كثرت القضايا الكيدية لسهولة الحصول على شهود زور يشهدون بالباطل . أما الكتابة فكفتها راجحة ، ومتى كانت بعيدة عن التزوير ، فهي أدق أداء وأكثر ضبطا للواقع . ثم هي لا يرد عليها النسيان ، فهي دليل هيب مقدم ليحيط بالواقعة المراد إثباتها إحاطة شاملة ، لأنها إنما أعدت لهذا الغرض (1) .

وتظهر أهمية الإثبات بالكتابة ، عندما يقوم الأفراد بإبرام تصرفات قانونية ، أو عندما تترتب لهم علاقة بأعمال قانونية ، يكون من مصلحتهم

(1) السنهوري - الوسيط الجزء الثاني صفحة 319 فقرة 165

أن يعدوا الدليل عليها مقدما ، تفاديا لمفاجآت قد تطرأ فيما بعد ، حتى ولو كان احتمال قيام نزاع بشأن تلك التصرفات أو الأعمال هو منتف في الحاضر . فالادلة المهيأة - ولا سيما الادلة الكتابية منها - تجعل المتعاقد مطمئنا لعقد أجراه ، اذ يزول بشأنه أو يقل احتمال النزاع في المستقبل . واذا صادف أن حصل مثل هذا النزاع ، فيكون الدليل المهيأ حاسما له ، لمصلحة الفريق الذي يملكه .

ومن مصلحة الافراد ، ومن المصلحة العامة اذن أن يلزم المشرع أصحاب الشأن باعداد الدليل مقدما على عقودهم وأعمالهم القانونية حيث يتسنى هذا الامر ، تحت طائلة رد الدعوى التي لا يستند الحق فيها الى هذا الدليل . ومع اعطاء الدليل المذكور قوة ثبوتية قاطعة في معظم الاحوال ، وحيث تتوفر بعض الشروط والضمانات التي يفرضها القانون لهذه الغاية .

وهذا الالتزام باعداد الدليل مقدما لا يعتبر من قبيل بعث الشكليات وتعقيد العلاقات بين الافراد ، بل يرمى بالعكس الى توطيد السلامة والاستقرار في التعامل والى منع التلاعب والغش بقدر المستطاع . وأن ادخال الشكليات بهذه الطريقة يختلف عما كان عليه في القديم . اذ أصبحت هذه الشكليات الآن تتسم بطابع المنطق والافادة ، متخلية عن طابعها العفوى أو الرمزي السابق . وان الصيغة التي تطلب حاليا للعقود والاعمال القانونية يجب أن تكون على شىء من المرونة والانسجام مع مقتضيات الحياة الاجتماعية المتطورة . ويكون من الصالح العام أن تصبح البيئة المهيأة شاملة ليس فقط التصرفات القانونية ، بل أيضا الافعال المادية بقدر ما يسهل تنظيمها وانطباقها عليها ، وان فوائد الدليل المهيأ في صيانة الحقوق وحسم المنازعات قد بلغت حدا دفع الافراد الى اعتماده حتى في حقل الافعال المادية عندما يتسنى لهم ذلك : كما في حوادث السيارات مثلا ، حيث تعتمد المعاينة الفورية من قبل خبير يصف الوضع بدقة ويلتقط الصور اللازمة لحفظ آثاره ، وقد اعتمد مثل هذا الدليل أيضا لاثبات الخيانات الزوجية (1) .

(1) ادوارعيد - قواعد الالبات فى القضايا المدنية والتجارية - الجزء الاول - صفحة 132

مما سبق يبين أن الكتابة لم يصبح لها الصدارة على الشهادة إلا في العصور الحديثة . فقديمًا كانت الشهادة في المرتبة الأولى بين الأدلة ، وقد أبقى قانون المرافعات الألماني على هذا الوضع . غير أن الثقة بالشهادة أخذت تتزعزع منذ القرن السابع عشر لأكثر من سبب ، ففساد الذمم قد يغري بشهادة الزور ، وتقدم العهد على التصرف قد يندر معه وجود الشهود والاهم من هذا وذاك أنه ثبت من الدراسات النفسية والتجارب أن قوة ذاكرة الشهود وقدرتهم على الملاحظة كثيرا ما تقصران عن استيعاب الواقعة بتفاصيلها وإدراك الأمور على حقيقتها . كما أن اتساع المجتمعات أصبح القاضي معه لا يعرف أشخاص الشهود ، ولا يعلم شيئا عن مقدار اتصافهم بالصدق والامانة ولا عن مبلغ ادراكهم للأمور . واضطر أن يفترض توافر هذه الصفات في كل شاهد حتى يقوم الدليل على عكس ذلك . ورغم كل هذا فالحقضاء لا يستغنى عن الالتجاء الى الشهادة ، وقد حاطها المشرع بكثير من الضمانات ، فرسم إجراءات التحقيق ، وفرض عقوبة مشددة لشهادة الزور ، وخول القاضي سلطة مطلقة في تقدير قيمة الشهادة ، وأعطاه حرية تامة في الأخذ بها أو طرحها طبقا لاقتناعه بصحتها أو عدمه . ومع كل هذه الضمانات ، ظلت الشهادة دليلا يمكن أن يتطرق اليه الشك .

من أجل ذلك أنزل القانون الشهادة دون منزلة الكتابة ، لا فحسب من ناحية أن جعل الشهادة ذات قوة محدودة في الإثبات ، بل أيضا بأن جعل للقاضي بالنسبة الى الشهادة سلطة تقدير واسعة ، هي أكبر بكثير من سلطته بالنسبة الى الكتابة . فالقاضي ينظر أولا ، هل الإثبات بالشهادة في الأحوال التي يجيزها القانون مستساغ ، فإذا كان مستساغا نظر ثانيا ، هل الوقائع المراد اثباتها بالشهادة متعلقة بالحق المدعى به ومنتجة في اثباته ، وهو في ذلك يتمتع بسلطة تقدير أوسع مما له في الإثبات بالكتابة . فإذا ما قدر بعد كل ذلك أن يسمع الشهادة ، كان له أخيرا ، سلطان واسع في تقدير ما إذا كانت الشهادة التي سمعها مقنعة في الإثبات .

ومما تجدر ملاحظته أن الإثبات — كما سبق لنا البيان — هو إقامة الدليل على وجود حق منازع فيه أمام القضاء . وإقامة الدليل

ليست هي التي تحسم النزاع ، وإنما الحكم الذي يصدر في الدعوى بناء على هذا الدليل . ومن هذا تكون الأدلة بمعنى الكلمة هي الكتابة والشهادة والقرائن القضائية ، لأن الواقعة التي تثبت بدليل من هذه الأدلة تظل محل نزاع حتى يصدر الحكم في الدعوى . أما الاقرار واليمين الحاسمة فلا يعتبران من طرق الإثبات إلا تجوزا وبحسب الظاهر لانهما يحسمان النزاع قبل صدور الحكم في الدعوى . فالأقرار أمام القضاء اعتراف بواقعه يجعلها في غير حاجة إلى الإثبات ، وبذلك لا يعتبر من طرق الإثبات الحقيقية . ومع ذلك فله أهميته في الإثبات كطريق غير عادي ، يلجأ إليه من أعوزه الدليل . واليمين الحاسمة ليست في حقيقتها سوى احتكام إلى ذمة الخصم . فهي كالأقرار طريق غير عادي ، يتخذ من تجرد من الدليل . وحتى اليمين المتهمة ، فوق اعتمادها على ذمة الخصم ، تعتبر طريقاً اضطرارية يلجأ إليها القاضي لإكمال اقتناعه .

ولأن الأقرار واليمين يصدران من المدعى عليه ويحسمان النزاع قبل الحكم في الدعوى ، فقد اعتبرا من الأدلة الملزمة للقاضي ، ولا يتساوى معهما في هذا من الأدلة الأخرى سوى الكتابة إذا لم ينكرها الخصم أو يدع تزويرها ، وهذه الأدلة الثلاثة تعتبر كذلك أدلة مطلقة ، أي تثبت بها جميع الوقائع القانونية .

أما الشهادة والقرائن القضائية فهي على عكس الأولى ، أدلة غير ملزمة للقاضي وإنما مقنعة ، أي تخضع لتقديره ، وهي كذلك أدلة مقيدة يثبت بها بعض الوقائع القانونية دون البعض الآخر . فطرق الإثبات الحقيقية هي : الكتابة ، والشهادة ، والقرائن القضائية . وقد أنزل القانون القرائن منزلة الشهادة ، وجعلها في المرتبة الثانية بعد الكتابة في إثبات التصرفات القانونية . فالأصل أن يكون الإثبات بالكتابة ، والاستثناء هو إباحة الإثبات بالشهادة بالنسبة إلى التصرفات التي لا تجاوز قيمتها نصاباً معيناً . ولهذا جعل المشرع للكتابة حجية ملزمة للقاضي ، ما لم ينكرها الخصم أو يدع تزويرها ، بينما أخضع الشهادة لتقدير القاضي ، فخوله بالنسبة إليها سلطة كاملة ، لا تمتد إليها رقابة محكمة النقض . وخضوع الشهادة لتقدير القاضي يراد به أن القاضي

له ان يأخذ بشهادة الشهود اذا اطمأن اليها ، وله ان يتغاضى عنها اذا ساوره الشك في صدقها . اما كون الاثبات بالشهادة يجوز في الدعوى المعروضة أولا يجوز ، فمسألة قانونية يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض .

ولا يخفى أيضا ان الكتابة تحصل في وقت لا نزاع فيه ، تقرر فيه الحقائق على طبيعتها ، فعند تقديمها للقضاء تنطق بتلك الحقائق التى سبق اثباتها بدون غرض أو تحيز أو خطأ أو نسيان كالشهود الذين يسمعون عند النزاع . ولذلك يتقيد القاضى بالكتابة ما لم يثبت أنها مزورة أو يثبت عكسها بالكتابة كذلك . وكما ان الشاهد عرضة لفساد الذمة والكذب والخطأ والنسيان والمحابة والانتقام والرشوة وعدم دقة الملاحظة واشتغال الذهن بأمر آخر ، فان الكتابة أيضا عرضة للتزوير ، ولكن كشف هذا العيب أسهل من كشف عيوب شهادة الشهود . وقد بين قانون المسطرة الاجراءات اللازمة لكشفه وأباح الطعن في الورقة بالتزوير أو بمجرد انكار توقيعها .

وقد اتبعت معظم الشرائع قاعدة « الكتابة هي الاصل في الاثبات » كما ان القرآن الكريم أتى في آية المداينة بأرقى وأسمى مبادئ الاثبات في العصر الحديث قال الله تعالى :

« يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب ان يكتب كما عمله الله فليكتب وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع ان يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى ولاياب الشهداء اذا ما دعوا ولا تساموا ان تكتبوه صغيرا أو كبيرا الى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى الا ترتابوا الا ان تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح الا تكتبوها واشهدوا اذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وان تفعلوا فانه فسوق بكم واتقوا

الله ويعلمكم الله والله بكل شىء عليم وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة فان امن بعضكم بعضاً فليؤد الذى اؤتمن امانته وليتق الله ربه ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه والله بما تعملون عليم . » .

ومن هذه الآلة الكريمة يتضح ان الكتابة لها مكانة رئيسية فى الإثبات .

واذا كان الدليل الكتابى أو الدليل المهيأ ليس شائعاً فى إثبات الافعال المادية ، فذلك لسببين : من جهة ، لان هذه الافعال تترك عادة ، لدى حصولها ، أثراً حسياً تسهل إقامة الدليل عليه ، بخلاف الأعمال القانونية التى تنطوى غالباً على مجرد تعبير عن ارادة المتعاقدين . ومن جهة ثانية ، لان الآثار القانونية الناتجة عن الافعال المادية لا تتحقق فوراً ، فلا يؤاخذ بالتالى أصحاب الشأن فيما لو أهملوا اعداد الدليل عليها فى الحال . وان الدليل المهيأ ، كما عرفه القانون ، لم يتخذ سوى الشكل الكتابى : كالسند العادى والسند الرسمى ، وسائر المخطوطات المعتمدة فى الإثبات كالدفاتر التجارية والرسائل البريدية والاوراق والسجلات المنزلية ، الا ان تقدم العلم والفن كشف عن طرق أخرى لاعداد الأدلة ، وبشأن مختلف الأعمال القانونية والمادية : كتسجيل الصوت بطريقة الآلات الحديثة ، أو تصوير الحركات والافعال المادية والسندات الخطية بواسطة آلات معينة (1) .

أنواع المحررات أو الاوراق :

تنقسم المحررات أو الاوراق التى يمكن استخدامها فى الإثبات الى اوراق رسمية واوراق عرفية ، فالاولى هى التى تكون محررة بمعرفة

(1) ادوارعيد - المرجع السابق صفحة 133

شخص ذى صفة رسمية ، أى موظف من موظفى الدولة أو شخص مكلف بخدمة عامة . والثانية هى التى تكون محررة بمعرفة أشخاص عاديين ليست لهم هذه الصفة . ولكل من هذين النوعين من الاوراق شروطه وقوته فى الاثبات وفى التنفيذ . لكن يلاحظ أن اشتراك شخص ذى صفة رسمية فى تحرير الورقة الرسمية ، وما يستلزمه ذلك من ضرورة توفير الثقة فى أعماله ، جعل للورقة التى يقوم بتحريرها حجية أقوى من حجية الاوراق العرفية التى يحررها الافراد العاديون ، فيلزم لتكذيب ما فى الورقة الرسمية من بيانات رسمية اتخاذ طريق الطعن بالتزوير ، فى حين أن القانون لم يجعل للورقة العرفية قوتها كدليل كتابى ، الا اذا اعترف بها من يتمسك بها ضده ، أو اذا أثبت المتمسك بها صحتها اذا انكرها من صدرت منه . ولكن هذا التفاوت فى الحجية بين نوعى المحررات أو الاوراق ، لا ينفى أن الورقة العرفية كالورقة الرسمية مقبولة للاثبات حيث يلزم الدليل الكتابى .

وقد رأينا أن الكتابة تجب فى اثبات التصرفات القانونية كقاعدة ، وهذا ما جعل المشرع يعنى ببيان أنواع الاوراق وشروطها وقيمة كل منهما فى الاثبات .

ونعرض فيما يلى لبيان شروط نوعى الاوراق التى تصلح دليلا كتابيا وحجية كل منها فى الاثبات :

الاوراق التى تصلح دليلا كتابيا :

نقسم دراستنا للاوراق التى تصلح للاثبات الى فرعين نعالج فى اولهما الاوراق الرسمية وفى ثانيهما الاوراق العرفية . وذلك من حيث شروطها وحجيتها فى الاثبات وقوتها فى التنفيذ .

الفرع الاول

الاوراق الرسمية

تعريف الورقة الرسمية :

نصف المادة (417) من قانون الالتزامات والعقود على أن :
« الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية ، ويمكن أن ينتج أيضا من المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين وكذلك قوائم السماسرة الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب والفواتير المقبولة والمذكرات والوثائق الخاصة ومن كل كتابة أخرى مع بقاء الحق للمحكمة في تقدير ما تستحقه هذه الوسائل من قيمة حسب الاحوال ، وذلك ما لم يشترط القانون أو المتعاقدان صراحة شكلا خاصا » .

ويظهر تعريف الورقة الرسمية وشروطها من المادة (418) من قانون الالتزامات والعقود التي جاءت تقضى بأن : « الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد ، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون . وتكون رسمية أيضا :

- (1) الاوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم .
- (2) الاحكام الصادرة من المحاكم المغربية والاجنبية ، بمعنى أن هذه الاحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها » .

ويتضح من هذا النص أن وصف الورقة بالرسمية هو نتيجة لتحريرها بمعرفة شخص له صفة رسمية (موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة له صلاحية التوثيق) .

شروط الورقة الرسمية :

يستخلص من نص المادة (418) من قانون الالتزامات والعقود التي عرفت الورقة الرسمية ان الشروط الواجب توافرها لكي تكسب الورقة صفة الرسمية هي الشروط الآتية :

أ و لا : ان يقوم بكتابة الورقة موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة .

نصف الفقرة الاولى من المادة (418) من قانون الالتزامات والعقود على أن « الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق . . . » .

فالورقة الرسمية يجب اذن ان تكون صادرة من الموظف العام بأن يكون هو الذي حررها ، وليس من الضروري أن تكون مكتوبة بخطه ، بل يكفي أن يكون تحريرها صادرا باسمه ، ويجب على كل حال أن يوقعها بامضائه . والموظف العام هو — فيما يتعلق بهذا الموضوع — شخص تعينه الدولة لاجراء عمل من الاعمال المتعلقة بها او لتنفيذ امر من اوامرها سواء أجرته على هذا العمل أو لم توجره .

ولا يشترط في اعتبار الشخص موظفا عاما أن يكون من موظفي الدولة بالذات ، بل يكفي أن يكون موظفا باحدى الهيئات التابعة لها ، فصنفه الموظف العام تتوافر للمعنيين من الهيئات الاقليمية كالمجالس البلدية أو من المنشآت العامة ذات الشخصية المستقلة .

ويتنوع الموظفون العامون بتنوع الاوراق الرسمية . فالموظف الذي يقوم بتحرير التصرفات التي ينشئها الافراد هو الموثق ، والموظف الذي يقوم بكتابة الاحكام هو القاضي ، والموظف الذي يساعد القاضي في اداء مهمته ويثبت ما يدور في جلسة القضاء من اجراءات هو كاتب الجلسة ، والموظف الذي يقوم باعلان اوراق المحاكمة وتبليغها هو المبلغ أو عون

الكاتب الا ان هناك طائفة خاصة من الاشخاص هم الموثقون ، يعينون اصلا لتلقى اتفاقات الافراد وتصرفاتهم لاثباتها في أوراق رسمية ، ويدخل في عملهم توثيق كل أنواع العقود والتصرفات فيما عدا عقود الزواج واشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك بالنسبة للمغاربة المسلمين فهذه باقية في اختصاص العدل .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (418) من قانون الالتزامات والعقود على أنه : « وتكون رسمية أيضا :

- (1) الاوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم .
- (2) الاحكام الصادرة من المحاكم المغربية والاجنبية ، بمعنى ان هذه الاحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ ان تكون حجة على الوقائع التي تثبتها » .

ثانيا : ان يكون الموظف الذي قام بتحرير الورقة مختصا بتحريرها وله صلاحية التوثيق . عندما عرفت المادة (418) من قانون الالتزامات والعقود الورقة الرسمية لم تكف بالاشارة الى استلزام صدور الورقة الرسمية من موظف عام بل استلزم شرطا ثانيا وهو ان يكون هذا الموظف مختصا بتحريرها وله صلاحية التوثيق .

ويكون الموظف مختصا بتحرير الورقة اذا كان ذلك مما يدخل في عمله من حيث طبيعة الورقة ومن حيث مكانها .

ففيما يتعلق بطبيعة الورقة يجب ان يكون الموظف العام او الشخص الذي له صلاحية التوثيق مختصا بتحرير الورقة وان يكون هذا التحرير مما يدخل في عمله من حيث نوع الورقة . ذلك ان كل نوع من الاوراق الرسمية تختص بتحريرها طائفة معينة من الاشخاص والموظفين . فلاحكام يختص كما سبقت الاشارة بكتابتها القضاة ومحاضر الجلسات يختص بكتابتها كتاب الضبط ، والتبليغات القضائية يكتبها كتاب الضبط أيضا او أعوانهم ،

وعقود الزواج يكتبها العدول . والاوراق الرسمية الخاصة بالتصرفات القانونية المدنية والتجارية يختص بتوثيقها موثقون في مكاتب التوثيق . فاذا حرر الموظف ورقة لا تدخل في نوع الاوراق التي يختص بكتابتها فلا تكون ورقة رسمية .

أما فيما يتعلق بمكان تحرير الورقة فيرجع الى أن الموظف المختص بتحرير الورقة لا يعتبر كذلك الا اذا كان ذا اختصاص بتحريرها في المكان الذي حررها فيه . ذلك أن لكل من الموظفين والاشخاص الذين لهم صلاحية التوثيق اختصاص في دائرة اقليمية معينة لا يجوز له تخطيها فالعدول لا يستطيعون أن يحرروا عقودا أو اشهادات غير ما جعل لهم تحريره وكل ما يوثقونه من أوراق غير ذلك لا تكون له صفة رسمية ، كما أنهم لا يستطيعون أن يباشروا عملهم في غير النطاق المكنى المحدد لاختصاصهم.

وشرط اختصاص الموظف بتحرير الورقة يستلزم قيامه بذلك أثناء ولايته ، أي بعد تعيينه ومباشرة العمل لا قبل ذلك ، وقبل عزله من وظيفته أو نقله منها . ومتى كان صدور الورقة من الموظف في أثناء تبوؤ ولايته لكتابتها فلا يؤثر في اعتبار الورقة رسمية أن يكون تعيين الموظف في وظيفته وقع موافقا أو مخالفا للقوانين التي تبين شروط التعيين في مثل هذه الوظيفة . كما أن أي شخص تعيينه سلطة غير شرعية لتوثيق المحررات يعتبر مختصا بتحريرها وفقا لنظرية الموظف الفعلي بشروطها المعروفة في القانون الإداري .

ثالثا : مراعاة الشكل الذي يحدده القانون في تحرير الورقة :

نصت الفقرة الاولى من المادة (418) من قانون الالتزامات والعقود على أن « الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد وذلك في الشكل الذي يحدده القانون » .

قرر القانون لكل نوع من الاوراق الرسمية أوضاعا وقواعد يلتزمها الموظف العام المختص في كتابة الورقة الرسمية ، ولابد من مراعاة هذه الاوضاع والقواعد حتى تعتبر الورقة ورقة رسمية صحيحة .

وهكذا نجد القانون يستلزم اوضاعا يجب مراعاتها في تحرير الاوراق الموثقة أو العقود الرسمية وهي تتلخص في أن المحرر يجب أن يكون مكتوبا بلغة معينة وبخط واضح دون اضافة أو كشط ، وأن يذكر في المحرر السنة والشهر واليوم والساعة التي تم فيها التوثيق بالاحرف ، واسم الموثق ولقبه ووظيفته واسماء شهود العقد واسماء أصحاب الشأن وأسماء آبائهم وأجدادهم لأبائهم وصناعتهم ومكان ميلادهم واقامتهم ، وفي أنه يجب على الموثق قبل توقيع ذوى الشأن على المحرر المراد توثيقه أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للمحرر ومرفقاته وأن يبين لهم الاثر القانوني المترتب عليه دون أن يؤثر في ارادتهم ويوقع هو وأصحاب الشأن المحرر والمرفقات وإذا كان المحرر مكونا من عدة صفحات وجب على الموثق أن يرقم صفحاته وأن يوقعها جميعا مع أصحاب الشأن ، وتحفظ بالمكتب اصول المحررات التي توقع على حسب أرقامها فى ملفات خاصة بكل سنة وتسلم صور أولى منها لأصحاب الشأن ويؤشر الموثق بتسليم الصور على أصل المحرر ويوقع هذا التأشير .

كما يفرض القانون الاوضاع والقواعد التي يجب على العدول أن يتبعوها في تحرير الشهادات التي يلقونها والبيانات التي يجب أن تتضمنها هذه العقود وكيفية مخاطبة القضاة على هذه العقود والشهادات لتصبح أوراقا رسمية .

جزاء تخلف هذه الشروط أو بعضها :

راينا أن المشرع يستلزم شروطا أساسية فى الورقة لى تكون رسمية وهى أن يقوم موظف عام بتحريرها أو شخص له صلاحية التوثيق ، على أن يتم ذلك طبقا للاوضاع القانونية التى يستلزمها القانون بالنسبة لكل ورقة ، وفى حدود سلطته واختصاصه . وعلى هذا اذا قام موظف أو شخص غير مختص بتحرير الورقة ، أو موظف مختص ولكنه لم يراع الاوضاع الجوهرية المقررة ، كانت الورقة باطلة باعتبارها ورقة رسمية .

ويلاحظ أن أى مخالفة للأوضاع التى تلزم لتحرير الورقة لا تؤدى حتما إلى فقدانها صفتها الرسمية ، بل يجب أن يكون الإخلال بوضع جوهري فى تحريرها كإغفال التاريخ أو اسم الموثق أو أسماء أصحاب الشأن والشهود وكذلك حضور الشاهدين وقت توثيق الورقة وغير ذلك من البيانات الجوهرية التى استلزم القانون التنصيص عليها .

ولكن ما أثر فقدان صفة الرسمية على الورقة من حيث اعتبارها دليلا كتابيا ؟ تتناول هذا الأثر المادة (423) من قانون الالتزامات والعقود التى جاءت تقضى بأن : « الورقة التى لا تصلح لأن تكون رسمية ، بسبب عدم اختصاص أو عدم أهلية الموظف ، أو بسبب عيب فى الشكل ، تصلح لأعتبارها محررا عرفيا إذا كان موقعا عليها من الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحة الورقة » .

ويترتب على اعتبار الورقة التى لم تستكمل شروط الرسمية ورقة عرفية أن تاريخها لا يعتبر تاريخا تابعا « date certaine » استنادا إلى صدوره من موظف عام ، لأنه ما دامت الورقة لم تكسب صفة الرسمية التى قصد الموظف إعطاؤها إياها بسبب نقص أحد الشروط الثلاثة اللازمة لذلك ، لا يكون لها صدر من هذا الموظف قيمة غير قيمة ما يصدر من أى فرد عادى .

ويستخلص من نص المادة (423) من قانون الالتزامات والعقود أنه إذا لم تكسب المحررات صفة رسمية ، فلا يكون لها القيمة المحررات العرفية متى كان ذوى الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو باختامهم أو ببصمات أصابعهم ، ومعنى هذا أن المحرر فى هذه الحالة يستخدم كمحرر عرفي إذا كان موقعا ، ذلك أن التوقيع هو الشرط الجوهري فى المحرر العرفي . ولا يغنى عن هذا التوقيع أن يكون الموظف الذى قام بتحرير الورقة قد ذكر فيها عجز بعض ذوى الشأن عن التوقيع أو امتناعهم عن ذلك ، ولو أن ذكره فى الورقة الرسمية الصحيحة يغنى عن التوقيع .

حجية الورقة الرسمية في الاثبات :

تحدد هذه الحجية نصوص المادتين (419) و (420) من قانون الالتزامات والعقود . فهكذا نصت المادة (419) على أن : « الورقة الرسمية حجة قاطعة ، حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك الى أن يظعن فيها بالزور .

الا أنه اذا وقع الطعن في الورقة بسبب اكراه أو احتيال أو تدليس أو صورية أو خطأ مادي فإنه يمكن اثبات ذلك بواسطة الشهود وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة دون احتياج الى القيام بدعوى الزور .

ويمكن أن يقوم بالاثبات بهذه الكيفية كل من الطرفين أو الغير الذي له مصلحة مشروعة » كما نصت المادة (420) على أن : « الورقة الرسمية حجة في الاتفاقات والشروط الواقعة بين المتعاقدين وفي الاسباب المذكورة فيها وفي غير ذلك من الوقائع التي لها اتصال مباشر بجوهر العقد ، وهي أيضا حجة في الامور التي يثبت الموظف العمومي وقوعها اذا ذكر كيفية وصوله لمعرفتها ، وكل ما عدا ذلك من البيانات لا يكون له اثر »

من كل هذا يتضح ان الورقة الرسمية التي تستكمل شروطها القانونية تكون لها حجية قوية في الاثبات وتوجد بالنسبة اليها قرينة الرسمية . ومقتضى هذه القرينة أن تكون الورقة الرسمية حجة بذاتها ، دون حاجة الى الاقرار بها ، فهي بهذا تنقل عبء الاثبات . فاذا نازع الخصم في صحة الورقة الرسمية فلا يكون على من يتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها ، وانما يقع عبء نقضها على الخصم الذي ينكرها ، ولا يتيسر له ذلك الا بطريق الادعاء بالتزوير .

والورقة الرسمية حجة كذلك بسلامتها المادية أي بعدم حصول تغيير في محتوياتها التي دونت فيها وقت انشائها . ولا يشترط في ذلك الا

أن يكون مظهرها الخارجى غير باعث على الارتياح والشك فى مصدرها وفى سلامتها . فإذا وجد فى الورقة كشط أو محو أو تحشير أو غير ذلك من العيوب المادية ، كان للمحكمة أن تقدر ما يترتب على ذلك من إسقاط قيمة الورقة فى الإثبات أو نقصها .

وتكون للورقة الرسمية حجية فى الإثبات حتى يطعن فيها بالتزوير ، وذلك فيما دون فيها من أمور قام بها الموثق فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، فهناك اذن طائفتان من البيانات لهما هذه الحجية : بيانات عن الأمور التى قام بها الموثق فى حدود مهمته ، وبيانات عن أمور وقعت من ذوى الشأن فى حضوره . أما الأمور التى قام بها الموثق فى حدود مهمته وبينها فى الورقة الرسمية التى وثقها فكثيرة . من ذلك تأكده من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين أو بمستند رسمى ، وتثبته من أهلية المتعاقدين ورضائهما ، وصدور الكتابة منه ، والبيانات العامة التى اثبتتها فى الورقة وهى التاريخ واسم الموثق وبيان ما إذا كان التوثيق قد تم فى المكتب أو فى مكان آخر وحضور شاهدين واسم كل منهما وحضور أصحاب الشأن وأسمائهم وحضور المترجم والمعين عند الاقتضاء وتلاوته الورقة لذوى الشأن والتوقيعات التى تحملها الورقة . أما البيانات عن الأمور التى وقعت من ذوى الشأن فى حضوره فأكثرها يتعلق بموضوع الورقة الرسمية التى قام بتوثيقها ، أى البيانات الخاصة بهذه الورقة بالذات . فان كان الموضوع بيعا ، فان الموثق يثبت فى الورقة أن البائع قرر أنه يبيع والمشتري قرر أنه يشتري ، كل بالشروط التى دونت فى الورقة ، وقد يكون المشتري دفع الثمن الى البائع أمام الموثق فيذكر الموثق ذلك فى الورقة الرسمية . كل هذه البيانات التى وقعت من ذوى الشأن فى حضور الموثق واشتتها فى الورقة ، بعد أن أدركها بالسمع أو بالبصر تكون له حجية فى الإثبات الى أن يطعن فيها بالتزوير . وسواء كانت البيانات متعلقة بالأمور التى قام بها الموثق أو بالأمور التى وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، فلا بد حتى تثبت لها هذه الحجية أن تكون فى حدود مهمة الموثق . فإذا خرجت عن هذه الحدود ، كأن اثبت الموثق أن أصحاب الشأن أقارب أو أن أحدهم يبلغ كذا من العمر أو أنهم قرروا

امامه أنهم اجانب اقاموا مدة معينة في البلاد ، فلا تكون لهذه البيانات حجية لانها لا تدخل في مهمة الموثق . (1)

وقد نصت المادة (419) في مستهلها على أن الورقة الرسمية حجة قاطعة ، حتى على الغير ، بما يرد فيها من بيانات ، ولذا لا يستطيع احد أن يكذب ما يتضمنه المحرر من بيانات رسمية أو غير رسمية ، ولو كان من غير أطرافه الا باتباع نفس الطريق التي يلتزم الاطراف اتباعها للوصول الى هذا التكذيب ، ولكن بشرط أن يكون البيان الذي يحتج به على الغير من البيانات التي أعد المحرر لاثباتها .

ويلاحظ أن الحجية التي أعطاها القانون للبيانات الصادرة من الموظف العام لا تمنع القاضي من أن يصحح في الورقة الرسمية غلطا في الارقام أو في تحديد احدى الوقائع ، اذا كانت عناصر هذا التصحيح مستمدة من الورقة نفسها أو من أوراق أخرى مرتبطة بها . ولا تمنعه كذلك من أن يحدد الصفة الحقيقية لاحد المتعاقدين ، ما دام أن هذه الصفة مستمدة من الورقة ولا تتعارض مع بيانات مدونة فيها . ولا تمنعه أيضا من تفسير الاتفاق لتحديد طبيعته القانونية .

صور الاوراق الرسمية وحجيتها :

تثبت حجية الورقة الرسمية لنسختها الاصلية ، وهي التي تحمل توقيعات ذوى الشأن والشهود والموظف العام أو الشخص الذي له صلاحية التوثيق . ذلك أن قواعد التوثيق تقضى بحفظ أصول المحررات الموثقة في مكاتب التوثيق ، ويسلم الافراد صورا رسمية منها فقط ، كما أن احكام القضاء لا تسلم اصولها بل صور منها ، وهذه الاوراق هي أكثر المحررات الرسمية استخداما في الاثبات .

وتقضى المادة (440) من قانون الالتزامات والعقود على أن :
« النسخ المأخوذة عن أصول الوثائق الرسمية والوثائق العرفية لها

(1) السنهوري - الوسيط - الجزء الثاني صفحة 147 و 148

نفس قوة الاثبات التي لاصولها ، اذا شهد بمطابقتها لها الموظفون الرسميون المختصون بذلك في البلاد التي اخذت فيها النسخ . ويسرى نفس الحكم على النسخ المأخوذة عن الاصول بالتصوير الفوتوغرافي .

القاعدة في حجية الورقة الرسمية أن تكون قاصرة على نسختها الاصلية ، فان هذا يستتبع الا يكون للصور المأخوذة من الاصل حجية في الاثبات الا بالقدر الذي تكون فيه مطابقة لهذا الاصل . ولان موظفا عاما يتحقق من مطابقة الصورة الرسمية للاصل ، فقد جعل المشرع من هذه المطابقة قرينة ما لم ينزع أحد الطرفين في ذلك .

وقد نصت المادة (441) من قانون الالتزامات والعقود على أن « النسخ المأخوذة ، وفقا للقواعد المعمول بها ، عن المحررات الخاصة أو العامة المودعة في خزائن المستندات (الارشيف) بواسطة أمين هذه الخزائن تكون لها نفس قوة الاثبات التي لاصولها . ويسرى نفس الحكم على نسخ الوثائق المضمنة في سجلات القضاة ، اذا شهد هؤلاء القضاة بمطابقتها لاصولها » .

اما ان لم يكن أصل الورقة الرسمية موجودا ، فان المادة (442) من قانون الالتزامات والعقود بعد أن نصت في الفقرة الاولى على أنه : « لا يسوغ للخصوم ، في الاحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين أن يطلبوا تقديم أصل الوثيقة المودعة في الارشيف الى المحكمة . ولكن لهم دائما الحق في أن يطلبوا مقابلة النسخة بأصلها وأن لم يوجد الاصل فبالنسخة المودعة في الارشيف ، ويجوز لهم أيضا أن يطلبوا على نفقتهم تصويرا فوتوغرافيا لها هو مودع في الارشيف من أصل أو نسخة » .

جاءت الفقرة الثانية تقضى بأنه : « اذا لم يوجد في الارشيف العام لا اصل الوثيقة ولا نسخته ، فان النسخ الرسمية المأخوذة طبقا لاحكام المادتين (440) و (441) تقوم دليلا ، بشرط الا يظهر فيها شطب ولا تغيير ولا أى شيء آخر من شأنه أن يثير الريبة » .

من كل هذا يبين أن فقد الأصل لا يزيل حجية الصور الرسمية المأخوذة منه مباشرة ، بل تكون لها حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل ، ويلاحظ أن اثبات فقد الأصل يكون على عاتق المتمسك بصورته الرسمية .

تحقيق الخطوط والادعاء بالتزوير :

إذا استكملت الورقة الرسمية شروطها القانونية كانت لها حجية قوية فى الإثبات ، تتمثل فى افتراض صحة ما يكون فيها من بيانات ، افتراضا لا يكذب فى كثير من الأحيان الا باتباع طريق الطعن بالتزوير .

(1) — وإذا أنكر خصم ما نسب إليه من كتابة أو توقيع أو صرح بأنه لا يعترف بما ينسب الى الغير أمكن للقاضى صرف النظر عن ذلك ان رأى أنه غير ذى فائدة فى الفصل فى النزاع (المادة 89 من قانون المسطرة المدنية) .

(2) — أما إذا كان الإنكار أو التصريح منتجا فى النزاع ، فإن القاضى يعمد الى التأشير بتوقيعه على السند ويأمر بتحقيق الخطوط سواء بالسندات أو بالشهود أو بالاستعانة بخبير ان اقتضى الأمر (الفقرة الثانية من المادة 89 من قانون المسطرة المدنية) .

(3) — كل ورقة تقبل لاجراء المقارنة فيما بينها وبين السند موضوع التحقيق ، يجب أن يؤشر عليها بتوقيع القاضى .

والاوراق التى يجوز قبولها للمقارنة هى بصفة خاصة ما ورد عليها النص فى المادة (90) من قانون المسطرة المدنية :

— التوقيعات على سندات رسمية .

— الكتابة أو التوقيعات التى سبق الإقرار بها .

— القسم الذى لم ينكر من المستند موضوع التحقيق .

إذا ثبت من تحقيق الخطوط أن المستند محرر أو موقع ممن أنكره
أمكن الحكم عليه بغرامة مدنية من مائة الى ثلاثمائة درهم دون مساس
بالتعويضات والمصاريف (المادة 91 من قانون المسطرة المدنية) .

وادعاء الزور هو مجموع الاجراءات التى يقتضى اتباعها لاثبات
التزوير فى الاوراق سواء اكانت رسمية أم عادية .

وادعاء التزوير نوعان : ادعاء التزوير الجزائى ، وادعاء التزوير
المدنى .

(1) — ادعاء الزور الجزائى : ادعاء الزور الجزائى يكون بتقديم
الشخص الذى ينسب اليه السند الشكوى الى النيابة العامة بالتزوير .

وتخضع هذه الدعوى للاجراءات الخاصة بالدعوى الجزائية والتى
لا محل لبحثها هنا . انها الذى يهنا هو بيان اثر تحويل الدعوى
الجزائية على المحكمة المدنية ثم بيان أثر الحكم الصادر عن القضاء الجنائى
على القضاء المدنى .

(أ) فاذا ما لجأ المدعى الى القضاء الجزائى وحركت دعوى
الحق العام بتزوير سند ، وجب على المحكمة المدنية أن ترجىء الحكم
بالدعوى المتعلقة بالسند المذكور الى ما بعد فصل الدعوى الجزائية عملاً
بالمبدأ القائل « الجزائى يعقل المدنى »

(ب) واذا صدر حكم جزائى بالتزوير وقضت المحاكم الجنائية
بوجود التزوير وبإبطال السند المزور نتيجة لذلك ، فان هذا الحكم
يقيّد المحكمة المدنية التى يجب عليها استبعاد السند من الدعوى .

(ج) اما اذا صدر الحكم الجزائى برد دعوى الزور فيقتضى عندئذ
التفريق بين حالتين فيما يكون الحكم قضى بالبراءة نتيجة ثبوت صحة
السند المدعى تزويره أم يكون قضى بالبراءة نتيجة عدم توفر عناصر

الجرم الجزائي ، وقضى بسقوط دعوى الحق العام لسبب من الاسباب الموجبة لسقوطها كالوفاة أو التقادم أو بالعفو العام .

— ففى الحالة الاولى التى يكون فيها الحكم بالبراءة قد صدر نتيجة ثبوت صحة السند المدعى تزويره ، يكون الحكم الصادر عن القضاء الجنائى ملزما للقضاء المدنى وللخصوم فلا يجوز انكار السند مجددا .

— وفى الحالة الثانية التى تكون فيها المحكمة الجزائية لم تتعرض فى حكمها لصحة السند الجزائى بل قضت بالبراءة لعدم توفر عناصر الجرم الجزائى أو قضت برد دعوى الحق العام لسقوطها لسبب من أسباب السقوط ، فالحكم الجزائى لا يقيد عندئذ المحكمة المدنية ولا الخصوم فيما يتعلق بصحة السند ، ولا يكون مانعا بالتالى من الادلاء بالسند أمام القضاء المدنى واتباع طريق ادعاء التزوير المدنى أو اللجوء الى اجراء تحقيق الخطوط .

2 — ادعاء الزور المدنى :

ان ادعاء الزور المدنى على نوعين : ادعاء تزوير أصلى وادعاء تزوير عارض .

(أ) فادعاء التزوير الاصلى يكون عندما يخشى أحد الخصوم أن يحتج عليه بسند مزور دون أن يكون هذا السند قد استعمل بعد فى دعوى مدنية مرفوعة . فيحق للخصم أن يخاصم من بيده هذا السند لسماع الحكم بتزويره ، ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع حسب الشروط المعتادة وتراعى المحكمة فى تحقيق هذه الدعوى والحكم فيها القواعد المنصوص عليها بالنسبة لادعاء التزوير المدنى العارض التى سنبينها أدناه .

(ب) ان ادعاء التزوير العارض : هو الذى ينصب على السند المقدم كدليل للاثبات فى دعوى مدنية قائمة .

وقد أوضح المشرع الاجراءات الواجب اتباعها في حالة الادعاء بالتزوير العارض فنص في المادة (92) من قانون المسطرة المدنية على انه : « اذا طعن أحد الاطراف أثناء سريان الدعوى في أحد المستندات المقدمة بالزور الفرعى صرف القاضى النظر عن ذلك اذا رأى ان الفصل فى الدعوى لا يتوقف على هذا المستند .

اذا كان الامر بخلاف ذلك انذر القاضى الطرف الذى قدمها ليصرح بها اذا كان يريد استعمالها أم لا .

اذا صرح الطرف بعد انذاره أنه يتخلى عن استعمال المستند المطعون فيه بالزور الفرعى أو لم يصرح بشيء بعد ثمانية أيام نحسب المستند من الدعوى » .

واذا صرح الطرف الذى وقع انذاره أنه ينوى استعمال المستند اوقف القاضى الفصل فى الطلب الاصلى وأمر بإيداع أصل المستند داخل ثمانية أيام بكتابة الضبط ، والا اعتبر الطرف الذى أثار زوربة المستند قد تخلى عن استعماله (المادة 93 من قانون المسطرة المدنية) .

واذا وضع المستند أجرى القاضى التحقيق فى الطلب العارض المتعلق بالزور الفرعى (المادة 94 من قانون المسطرة المدنية) .

واذا لم يضع الطرف أصل المستند المدعى فيه الزور استدعاه القاضى لوضعه بكتابة الضبط داخل ثمانية أيام اذا كان ينوى استعماله . واذا لم يقم بذلك فى الاجل المحدد أجريت المسطرة كما لو أن الخصم صرح بأنه لا ينوى استعماله . (المادة 95 من قانون المسطرة المدنية) .

واذا كان أصل المستند المطعون فيه بالزور محفوظا فى مستودع عمومى أصدر القاضى أمرا لأمين المستودع بتسليم هذا الاصل الى كتابة ضبط المحكمة (المادة 96 من قانون السطرة المدنية) .

وتقضى المادة (97) من قانون المسطرة المدنية على أن القاضى يقوم خلال ثمانية أيام من وضع المستند المطعون فيه بالزور أو أصله عند

الاقتضاء بكتابة الضبط بالتأشير على المستند أو الاصل وتحرير محضر يبين فيه حالة المستند أو الاصل بحضور الاطراف أو بعد استدعائهم بصفة قانونية لذلك . ويمكن للقاضي حسب الحالات أن يأمر أولاً بتحرير محضر بحالة نسخة المستند دون انتظار وضع الاصل الذي يحرر بحالته محضر مستقل يتضمن المحضر بيان ووصف الشطب أو الاقحام أو الكتابة بين السطور وما شابه ذلك ويحرر المحضر بمحضر النيابة العامة ويؤشر عليه القاضي وممثل النيابة العامة والاطراف الحاضرون أو وكلاؤهم ويشار في المحضر الى امتناع الاطراف أو احدهم من التوقيع أو الى انهم يجهلونه .

ويقع الشروع فور تحرير المحضر في اثبات الزور بنفس الطريقة المشار اليها في المادتين 89 و 90 ، ويبت القاضي بعد ذلك في وجود الزور. ويحكم على مدعى الزور المرفوض طلبه بغرامة تتراوح بين خمسمائة والف وخمسمائة درهم دون مساس بالتعويضات والمتابعات الجنائية . وإذا ثبت وجود الزور وظهرت عناصر تسمح بمعرفة مرتكبه احيلت المستندات على النيابة العامة طبقاً لمقتضيات قانون المسطرة الجنائية (المادة 98 من قانون المسطرة المدنية) .

يوقف تنفيذ الحكم الفاصل في الزور الفرعى بحذف أو تمزيق المستند كلا أو بعضاً أو تصحيحه أو اعادته الى أصله داخل أجل الاستئناف أو إعادة النظر أو النقض وكذا أثناء سريان هذه المساطر عدا اذا وقع التصريح بقبول الحكم أو بالتنازل عن استعمال طرق الطعن (المادة 99 من قانون المسطرة المدنية) .

يوقف أيضاً تنفيذ الحكم القاضي بارجاع المستندات المقدمة الى أصحابها كما هو الشأن في الحالة المعينة في المادة السابقة ما لم يؤمر بغير ذلك بناء على طلب الخواص أو الامناء العموميون الذين يعينهم الامر (المادة 100 من قانون المسطرة المدنية) .

ولا يجوز تسليم نسخ من المستند المطعون فيه بالزور ما دامت موضوعة بكتابة الضبط الا بناء على حكم (المادة 101 من قانون المسطرة المدنية) .

واذا رفعت الى المحكمة الجزرية دعوى أصلية بالزور مستقلة عن دعوى الزور الفرعى فان المحكمة توقف البت فى المدنى الى أن يصدر حكم القاضى الجنائى (المادة 102 من قانون المسطرة المدنية)

وتجدر الاشارة فى النهاية الى انه فى حالة تقديم دعوى الزور الاصلية، يوقف تنفيذ الورقة المطعون فيها بالزور بصدور قرار الاتهام ، أما اذا كان قرار الاتهام لم يصدر ، أو وقع الطعن بالزور بدعوى فرعية فللمحكمة وفقا لظروف الحال أن توقف مؤقتا تنفيذ الورقة (المادة 421 من قانون الالتزامات والعقود) .

وقبل أن ننتهى من الكلام فى حجية الاوراق الرسمية فى الاثبات لننتقل الى الكلام عن الاوراق العرفية نلاحظ أن تاريخ الورقة الرسمية يلحق به وصف الرسمية ، لانه صادر من الموظف العام يثبت على مسؤوليته ، وننبه هنا الى أن هذا التاريخ يعتبر ثابتا من يوم تلقى الورقة ، وقبل قيدها فى الدفاتر المعدة لذلك .

الفرع الثانى

الاوراق العرفية

الاوراق العرفية المعدة للاثبات والاوراق العرفية غير المعدة للاثبات:

الاوراق العرفية نوعان : اوراق عرفية معدة للاثبات واوراق عرفية غير معدة للاثبات .

فالاوراق العرفية المعدة للاثبات هى الاوراق التى يكتبها الافراد وتوقع ممن هى حجة عليه ويكون المقصود بها أن تكون أداة اثبات فيما قد يثور من منازعات حول مضمونها وعندئذ تكون وسيلة اثبات معدة سلفا .

أما الاوراق العرفية غير المعدة للاثبات فهى الاوراق التى يغلب فيها ألا تكون موقعة بحيث أنه لم ينظر عند كتابتها الى استخدامها فى الاثبات ، وهى تكون تارة أدلة كاملة وأخرى تكون أدنى من ذلك بحسب ما يتوافر لها من عناصر الاثبات وسنعالج منها الرسائل والبرقيات ودفاتر التجار والدفاتر والاوراق المنزلية والتأشير على سند الدين .

ونبدأ كلامنا عن الاوراق العرفية المعدة للاثبات وهى الاوراق التى تقوم المقابلة بينها وبين الاوراق الرسمية من حيث الشروط التى يجب أن تتوفر لصحة الورقة ، وحجية الورقة فى الاثبات وقوتها فى التنفيذ ، ثم نشير بعد ذلك الى الاوراق العرفية غير المعدة للاثبات .

المطلب الاول

المحررات العرفية المعدة للاثبات

تعريف الورقة العرفية وشروطها :

الورقة العرفية هى التى تصدر من ذوى الشأن بوصفهم اشخاصا عاديين ويوقع عليها أحدهم لان تكون دليلا كتابيا .

ويتضح من هذا التعريف ان ما يشترط فى الورقة العرفية الممعدة للاثبات هو الكتابة والتوقيع .

الشرط الاول : الكتابة

يشترط فى الورقة العرفية الممعدة للاثبات توقيع من هى حجة عليه . فاذا كان العقد ملزما للجانبين كالبيع ، وأثبت فى ورقة عرفية ، وجب توقيع كل من البائع والمشتري ، واذا كان ملزما لجانب واحد كالوديعة ، وجب توقيع المودع عنده . واذا كان مخالصة بالدين وجب توقيع الدائن .

ولا يشترط فى الكتابة أى شرط خاص لا من حيث صيغتها ولا من حيث طريقة تدوينها . فكل عبارة دالة على المعنى المقصود تصلح بعد توقيعها أن تكون دليلا على موقعها .

وهى تصلح لذلك أيا كانت لغة التعبير أو طريقة التدوين ويجوز أن تكون الكتابة خطية سواء أكانت بخط موقعها أو بخط غيره وسواء أكان الخط بالمداد أو بالرصاص أو بغيرهما ، كما يجوز أن تكون مطبوعة بأية وسيلة من وسائل الطباعة أو مكتوبة على الآلة الكاتبة . فالمقصود هو أن توجد كتابة ينصب مضمونها على الواقعة المراد اثباتها بالورقة ، فاذا كانت هذه الواقعة عقد بيع ، تكون الكتابة متضمنة لذكر اتفاق طرفيه على المبيع والتمن

وسائر شروط البيع ، وان كانت مخالصة من دين وجب أن تحتوى على بيان مقدار الدين وقرار الدائن باستلامه أو ابراء المدين منه .

وليس هناك تحديد لما يجب أن يرد في الورقة العرفية من بيانات ، فلا ضرورة لذكر مكان تحرير الورقة ، ولا ذكر تاريخها والخلاصة ان القاعدة هي ان لاصحاب الشأن كل الحرية في كيفية كتابة الورقة العرفية . وأن وضعها مما يتطلبه القانون في تحرير الورقة الرسمية لم يشترط في هذا الخصوص وان كان الاولى ان يتخذ الافراد الاحتياطات اللازمة وذلك بالحرص على استكمال كل البيانات النافعة ، ومراعاة ما يمكنهم من دقة في تحريرها .

الشرط الثاني : التوقيع :

التوقيع هو الشرط الجوهرى في الورقة العرفية المعدة للاثبات لانه هو أساس نسبة الكتابة الى موقعها ولو لم تكن مكتوبة بخطه . كما انه هو الذى يدل على اعتماده اياها وارادته الالتزام بمضمونها . ولهذا فان خلـو الورقة من توقيع من تنسب اليه لا يجعلها دليلا كتابيا كاملا ولو كانت مكتوبة بخطه فهي لا تعدو أن تكون مشروعا يحتمل الاعتماد أو عدمه ولان الكتابة بذاتها لا تفيد قبول الالتزام بالمكتوب .

ولما كانت دلالة التوقيع على الموافقة على ما هو ثابت بالورقة تقتضى أن يكون مكانه أسفل الكتابة فقد استلزمت المادة (426) من قانون الالتزامات والعقود في فقرتها الثانية أن يرد التوقيع في أسفل الورقة . ويشترط في التوقيع أن يكون بخط الموقع وأن يشتمل على اسمه ولقبه كاملين ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع . وهكذا جاءت المادة (426) من قانون الالتزامات والعقود تقضى بانه :

« يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد غير الشخص الملتزم بها بشرط أن تكون موقعة منه .

ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملتزم نفسه وأن يرد في أسفل الورقة ، ولا يقوم الطابع ، أو الختم مقام التوقيع ويعتبر وجوده كعدمه » .

كما نصت المادة (427) من قانون الالتزامات والعقود على أن :
« المحررات المتضمنة للالتزامات أشخاص اميين لا تكون لها قيمة الا اذا
تلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك » .

حجية الورقة العرفية في الاثبات :

الورقة العرفية على خلاف الورقة الرسمية ، لا تكون حجة بها فيها
قبل الاقرار بها ، وبهذا فالورقة العرفية تكون حجة ما لم ينكرها الشخص
المنسوبة اليه . ويرجع ذلك الى عدم تدخل شخص ذي صفة رسمية في
تحريرها . وقد جاءت المادة (424) من قانون الالتزامات والعقود تقضى
بأنه : « الورقة العرفية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده أو المعتبرة
قانونا في حكم المعترف بها منه ، يكون لها نفس قوة الدليل التي للورقة
الرسمية في مواجهة كافة الاشخاص على التعهدات والبيانات التي تتضمنها
وذلك في الحدود المقررة في المادتين (419) و (420) عدا ما يتعلق بالتاريخ
كما سيذكر فيما بعد » .

ومن هذا النص يتضح أن اعتراف المتمسك ضده بالورقة العرفية
تصبح معه لهذه الاخيرة حجية الورقة الرسمية من حيث الاثبات ولا يجوز
للغير نفى صدور هذه الورقة من المقر بها الا عن طريق الطعن بالتزوير ،
وكذلك لا يجوز لمن اعترف بصور الورقة منه أن يطعن في سلامتها المادية
اي أن يدعى حصول تغيير في الكتابة المدونة فوق توقيعه كشطب أو اضافة
أو محو أو اقحام لم يكن موجودا عند التوقيع الا عن طريق الطعن بالتزوير .

ومجرد انكار الخصم صراحة توقيع الورقة المنسوبة اليه يجعلها غير
صالحة للاحتجاج بها عليه وللحكم بموجبها ، ويلقى على عاتق من يتمسك
بها أن يقيم هو الدليل على صحة صدورها من خصمه باتباع الاجراءات الخاصة
بتحقيق الخطوط ، ما لم يكن في وقائع الدعوى ومستنداتها ما يغنى المحكمة
من مطالبته بهذا الدليل .

واذا ثبتت صحة التوقيع سواء باقرار الخصم ، أو باثبات هذه الضحة
من جانب المتمسك بالورقة بعد الانكار ، كانت الورقة حجة بسلامتها المادية.

وكان للمتمسك ضده بالورقة أن يطعن في سلامتها المادية بالتزوير ، ولم يجز للغير أن يطعنوا في صدورها منه الا عن طريق الطعن بالتزوير .

وثبت صحة التوقيع لا يعنى أكثر من نسبة التوقيع الى الموقع ، ولذا فليس هناك ما يمنع من يتمسك عليه بورقة عرفية من أن يكذب مضمونها ، ولا يلزم في هذه الحال أن يسلك سبيل الطعن بالتزوير ، بل يجوز له أن يثبت خلاف ما هو مكتوب بها ، بالكتابة أو بغيرها .

حجية تاريخ الورقة العرفية :

نصت المادة (425) من قانون الالتزامات والعقود على أن : « الاوراق العرفية دليل على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم باسم مدينه .

ولا تكون دليلا على تاريخها في مواجهة الغير الا :

- (1) من يوم تسجيلها سواء كان ذلك في المغرب أم في الخارج .
- (2) من يوم ايداع الورقة بين يدي موظف عمومي .
- (3) من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت اذا كان الذي وقع على الورقة بصفته متعاقدا أو شاهدا قد توفي أو أصبح عاجزا عن الكتابة عجزا بدنيا .
- (4) من يوم التأشير أو المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون له بذلك أو من طرف قاض ، سواء في المغرب أو في الخارج .
- (5) اذا كان التاريخ ناتجا عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة ويعتبر الخلف الخاص من الغير ، في حكم هذا الفصل ، اذا كان لا يعمل باسم مدينه « .

ويتضح من هذا النص أن الورقة العرفية إذا ما تم الاعتراف بها ، أو ثبتت صحتها بعد انكارها ، يكون التاريخ الذى تحمله حجة بين الطرفين فهو فى هذا يتعادل فى قوته مع البيانات الأخرى الموجودة فى الورقة ، كما يكون هذا التاريخ حجة بين ورثة المتعاقدين وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم باسم مدينه . فالاصل فى الاعمال القانونية أنها متى توافرت فيها شروط صحتها ، تنتج أثرها بقطع النظر عن تاريخ حصولها ، فيتقيد بها المتعاقدان ولو لم يكن لها تاريخ ، وكذلك ينصرف أثرها — مهما كان تاريخها — الى الخلف العام ، ويتعدى الى الدائنين الذين ليس لهم الا حق الضمان العام .

وقد يكون تقديم تاريخ ورقة عرفية وسيلة الى غش الغير ، اذا كان سبق تاريخ السبب المنشئ للحق أو سنده ، هو أساس التفضيل بين الحقوق المتعارضة . فتقديم تاريخ بيع منقول معين بذاته ، سبق بيعه قبل ذلك ولم يتم تسليمه الى المشتري الأول ، يجعل المشتري الثانى ، لو جعلنا تاريخ الورقة المثبتة لتصرفه ساريا على المشتري الأول ، أحق بالمبيع من هذا الأخير ، مع ان الواقع أن التصرف الى المشتري الأول أسبق ، وحقه ، لذلك كان يجب أن يفضل .

وقد يكون تأخير تاريخ ورقة عرفية أيضا وسيلة الى الغش مثل ذلك ان يتعامل شخص مع قاصر ، فيعمدا الى تأخير تاريخ الورقة الى ما بعد سن الرشد غشا واختيالا على القانون ، كى يظهر أن التصرف لم يبرم الا بعد بلوغ الرشد ، وذلك للحيلولة دون أن يستعمل القاصر حقه فى طلب الإبطال .

ويحدد صريح نص الفقرة الثانية من المادة (425) من قانون الالتزامات والعقود حجية تاريخ الورقة العرفية بالنسبة الى الغير فتتضى بأن الورقة العرفية لا تكون حجة على الغير فى تاريخها الا :

(1) من يوم تسجيلها ، سواء كان ذلك فى المغرب أم فى الخارج .

(2) من يوم ايداع الورقة بين يدي موظف عمومي .

(3) من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت اذا كان الذى وقع على الورقة بصفته متعاقدا أو شاهدا قد توفى أو أصبح عاجزا عن الكتابة عجزا بدنيا .

(4) من يوم التأشير أو المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون له بذلك أو من طرف قاض ، سواء فى المغرب أو فى الخارج .

(5) اذا كان التاريخ ناتجا عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة .

وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة (425) من قانون الالتزامات والعقود على ان الخلف الخاص يعتبر من الغير ، فى حكم هذه المادة وذلك اذا كان لا يعمل باسم مدينه .

ومتى توافر ثبوت التاريخ من طريق احدى الوقائع المتقدمة أصبح من المؤكد وجود الورقة العرفية فى تاريخ حدوث هذه الواقعة ، وصار هذا التاريخ هو المعول عليه بالنسبة الى الاحتجاج بالورقة العرفية على الغير . وقد يتبادر الى الذهن ان حجية التاريخ الثابت بالنسبة الى الغير تعادل حجية التاريخ غير الثابت فيما بين المتعاقدين ومن يمثلانهم ، ولكن الواقع ان الاولى أقوى من الثانية ، لان هذه يمكن نقضها بالطرق العادية فيجوز للمتعاقدين اقامة الدليل على عدم صحة التاريخ المدون بالورقة واثبات التاريخ الحقيقى طبقا لقواعد الاثبات العامة . أما الاولى فلا يجوز نقضها الا عن طريق الطعن بالتزوير .

ونشير فى النهاية الى ان النسخ المأخوذة عن أصول الوثائق العرفية لها نفس قوة الاثبات التى لاصولها ، اذا شهد بمطابقتها لها الموظفون الرسميون المختصون بذلك فى البلاد التى أخذت فيها النسخ . ويسرى نفس الحكم على النسخ المأخوذة عن الاصول بالتصوير الفوتوغرافى . (المادة 440 من قانون الالتزامات والعقود) .

المطلب الثانى

المحررات العرفية غير المعدة للاثبات

نصت المواد من (433) الى (439) والمواد من (429) الى (430) من قانون الالتزامات والعقود على بعض أنواع من الكتابة غير الموقعة أو غير المعدة للاثبات وجعلت لكل منها حجية معينة وفقا لشروط خاصة . وهذه الأنواع من الكتابة هي الرسائل والبرقيات ودفاتر التجار والدفاتر والاوراق المنزلية والتأشير على سند الدين . وقد نصت المادة (417) من قانون الالتزامات والعقود على ان : « الدليل الكتابى ينتج من ورقة رسمية أو عرفية ويمكن أن ينتج أيضا من المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين وكذلك قوائم السماسرة الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب والفواتير المقبولة والمذكرات والوثائق الخاصة ومن كل كتابة أخرى ، مع بقاء الحق للمحكمة فى تقدير ما تستحقه هذه الوسائل من قيمة حسب الاحوال وذلك ما لم يشترط القانون أو المتعاقدان صراحة شكلا خاصا » .

حجية الرسائل فى الاثبات :

تنظم حجية الرسائل فى الاثبات الفقرة الاولى ن المادة (417) من قانون الالتزامات والعقود التى تقضى بأن تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية من حيث الاثبات .

المراسلة هي الكتابة المتضمنة قضايا خاصة يتبادلها أشخاص معينون وتودع الى شخص أو الى ادارة البريد لايصالها الى شخص معين . وهى تشمل الكتب العادية والمضمونة وبطاقات البريد والبرقيات .

وتخضع الرسالة لحق الملكية ، شأن سائر المنقولات ، غير أن هذا الحق ليس مطلقا لان الاجتهاد قد قيده بقيد أدبى يقوم على مبدأ سرالمراسلات الذى يخضع له المرسل والمرسل اليه وادارة البريد على السواء . ومن

المسلم به ان الرسالة اذا لم تصل الى المرسل اليه فهي ملك مرسلها
يستردها متى شاء ممن كانت في يده . اما اذا تسلم المرسل اليه الرسالة
فتصبح في ملكه يتصرف بها كيف شاء .

ولم يضع المشرع شكلا خاصا لكتابة الرسائل ومن المستحب افساح
السهولة لها فهي تكتب بلغة البلاد أو بلغة أجنبية أو بلهجة محلية أو بلغة
متعارف عليها أو بإشارات الاختزال ، وليس من الضروري أن تكون الرسائل
مؤرخة أو مكتوبة بخط صاحبها بل العبرة فيها لتوقيع صاحبها عليها .
فالتوقيع اذن هو الشرط الشكلي الوحيد اللازم لاتخاذ الرسالة دليلا كاملا
يحتج به ضد المرسل .

والتسوية بين الرسائل والاوراق العرفية المعدة للاثبات لا يتضمن أية
مخاطر ما دامت هذه التسوية مشروطة بتوافر شروط الورقة العرفية في
الرسالة ، ثم انه يحقق مصالح عديدة نظرا لان كثيرا من المعاملات تتم في
الوقت الحالي بطريق المراسلات .

حجية البرقيات في الاثبات :

نصت المادة (428) « من قانون الالتزامات والعقود على انه : « تكون
البرقية دليلا كالورقة العرفية ، اذا كان اصلها يحمل توقيع مرسلها أو اذا
ثبت ان هذا الاصل قد سلم منه الى مكتب البرقيات ولو لم يكن توقيع
عليه .

وتاريخ البرقيات دليل بالنسبة الى يوم وساعة تسليمها أو ارسالها الى
مكتب البرقيات ما لم يثبت العكس » .

ومن هذا النص يتضح أن البرقيات تكون لها حجية الاوراق العرفية
اذا كان اصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها . وتعتبر
البرقية مطابقة لاصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .

ويعتبر تاريخ البرقية ثابتا لان اصلها يختم بالختم ذى التاريخ لمكتب
الارسال ، كما تختم صورتها بختم مكتب الوصول ويمكن التحقق من صحة
تاريخها بالرجوع الى الدفتر الذى تقيد فيه البرقيات .

وللبرقية تاريخ ثابت ، اذا سلم مكتب التلغراف الصادرة عنه للمرسل
نسخة منها مؤشرا بما يفيد مطابقتها للاصل ، وموضحا فيها يوم وساعة
ايداعها . (المادة 429 من قانون الالتزامات والعقود) .

واذا وقع خطأ أو تحريف أو تأخير في نسخ البرقية طبقت القواعد
العامّة المتعلقة بالخطأ . ويفترض عدم وقوع الخطأ من مرسل البرقية ، اذا
كان قد طلب مقابلتها مع الاصل ، أو أرسلها مضمونة ، وفقا للضوابط
التلغرافية (المادة 430 من قانون الالتزامات والعقود) .

حجية دفاتر التجار في الاثبات :

أوجب القانون على كل تاجر أن يمسك الدفاتر التجارية التى تستلزمها
طبيعة تجارته وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركزه المالى بالدقة وبيان ما له
وما عليه من الديون المتعلقة بتجارته .

وقد تناولت حجية دفاتر التجار في الاثبات ، فى المسائل المدنية ،
المواد من (433) الى (436) من قانون الالتزامات والعقود . وهكذا فقد
جاءت المادة (433) من قانون الالتزامات والعقود تقضى بأنه : « اذا
تضمنت دفاتر التاجر تقييدا صادرا من الخصم الآخر أو اعترافا مكتوبا منه
أو اذا طبقت نظيرا موجودا فى يد هذا الخصم ، فانها تكون دليلا تاما لصاحبها
وعليه » .

وما يقيد به فى الدفاتر التجارية الكاتب المكلف بها أو المكلف بالحسابات
يكون له نفس قوة الاثبات كما لو قيده نفس التاجر الذى كلفه (المادة 434
من قانون الالتزامات والعقود) .

ومن هذا يتضح أن دفاتر التاجر حجة عليه ، سواء أكانت منتظمة أم غير منتظمة ، لأن ما دون فيها يعتبر اقراراً صادراً منه .

ولهذا طبق المشرع في هذا الخصوص حكم الاقرار من حيث عدم جواز تجزئته ، فحرم على من يريد أن يستخلص دليلاً من دفاتر التاجر أن يجزئ ما دون فيها فيأخذ ما ينفعه ويترك ما يضره ، ولكنه قصر هذا الحكم على الدفاتر المنتظمة . فإذا كانت الدفاتر غير منتظمة فللقاضي أن يقدر ما ورد فيها دون أن يتقيد في ذلك بقاعدة عدم جواز تجزئة الاقرار .

ولا يسوغ للقاضي أن يأمر باطلاع الخصم على دفاتر التاجر واحصاءاتهم ولا على الدفاتر المتعلقة بالشؤون الخاصة إلا في المسائل الناتجة عن تركة أو شياع أو الشركة وفي غير ذلك من الحالات التي تكون فيها الدفاتر مشتركة بين الخصمين وكذلك في حالة الإفلاس وهذا الاطلاع يجوز للقاضي أن يأمر به إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصمين ، أثناء النزاع وحتى قبل وقوع أي نزاع ، بشرط أن تكون هناك ضرورة تقتضي هذا الاطلاع ، وفي الحدود التي تقتضيه فيها (المادة 435 من قانون الالتزامات والعقود) .

وتشير المادة (436) على أن الاطلاع يكون بالكيفية التي يتفق عليها الطرفان ، فإن لم يتفقا ، حصل عن طريق الإيداع في كتابة ضبط المحكمة التي تنظر في النزاع .

كما تجدر الإشارة في النهاية إلى أن دفاتر الوسطاء المتعلقة بالصفقات التي تمت على أيديهم ، ودفاتر الغير ممن ليست لهم مصلحة في النزاع ، يكون لها قيمة الشهادة غير المشكوك فيها إذا كان مسكها على وجه منظم (المادة 437 من قانون الالتزامات والعقود) .

حجية الدفاتر والاوراق المنزلية في الاثبات :

قد لا يخلو شخص — تاجرا كان أم غير تاجر — من تدوين أعماله البيتية ومعاملاته مع الغير من بيع وشراء وقرض وغيرها من الأمور الطارئة في كل يوم . وقد تدون هذه الأعمال على أوراق مضمومة الى بعضها في شكل دفاتر كما أنها تدون على قطع من الاوراق منفصلة عن بعضها . وقد يكون هذا التدبير خاضعا لنظام وترتيب كما يكون على الفوضى تبعا لرغبات الكاتب وميوله ، فما هو حكم هذه الاوراق ؟

من الأمور المسلم بها أنه لا يجوز لاحد أن يحدث لنفسه دليلا لمصلحته . لذلك لا تكون الاوراق المنزلية حجة لمن صدرت عنه فلا يستطيع كاتب الورقة أن يتذرع بما دون فيها لاثبات دين له على غيره أو لاثبات براءة ذمته من دين عليه وقد نصت المادة (438) من قانون الالتزامات والعقود على أن : « الدفاتر والاوراق المتعلقة بالشؤون الخاصة ، كالرسائل والمذكرات والاوراق المتفرقة ، المكتوبة بخط من يمسك بها أو الموقع عليها منه ، لا تقوم دليلا لصالحه ، وتقوم دليلا عليه :

- (1) في جميع الحالات التي يذكر فيها صراحة استيفاء الدائن لدينه أو تحلل المدين منه بأى وجه كان .
- (2) اذا نصت صراحة على أن القصد من التقييد فيها هو اقامة حجة لفائدة من ذكر بها عوضا عن الحجة التي تنقصه » .

ويتضح من هذا النص أن المشرع قصد أن لا تكون الدفاتر والاوراق المنزلية حجة لمن صدرت منه بأى حال من الاحوال ، وثانيا أنه جعل لها حجية في حالتين اثنتين ذكرهما على سبيل الحصر . الاولى حالة ما اذا ذكر الشخص صراحة في أوراقه أنه استوفى دينه ايا كان محل الدين ، مبلغا من النقود أو شيئا مثليا أو قيميا أو خدمة من أى نوع . والثانية حالة ما اذا ذكر الشخص صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الاوراق أن تقوم مقام السند لمن اثبتت حقا لمصلحته ، وهذه الحالة أقل وقوعا في العمل من الاولى لان الشخص اذا قصد أن تقوم كتابته مقام السند لصاحب الحق المقر به فانه غالبا ما يوقع هذه الكتابة دلالة على هذا القصد ، وتعتبر الكتابة الموقعة حينئذ دليلا كتابيا وفقا للقواعد العامة لا استنادا الى هذا النص الاستثنائي .

ويلاحظ أن دلالة الدفاتر والاوراق المنزلية في الحالتين السابقتين ليست كدلالة الكتابة الكاملة ، من حيث عدم جواز اثبات عكسها الا بالوسائل التي يجوز بها اثبات ما يخالف الكتابة ، وانما يجوز اثبات ما يخالف دلالة هذه الاوراق بكل وسائل الاثبات بما فيها الشهادة والقرائن . كما يلاحظ أن قصر حجية الدفاتر والاوراق المنزلية على الحالتين المذكورتين لا يحول دون اعتداد القاضى فى غيرهما بهذه الدفاتر والاوراق باعتبارها قرائن تضاف الى وثائق أخرى أو الى عناصر أدلة سبق تقديمها وفقا للقواعد العامة بشأن الاثبات بالقرائن .

حجية الكتابة التى تأخذ صورة التأشير على سند الدين :

نصت المادة (439) من قانون الالتزامات والعقود على حجية الكتابة التى تأخذ صورة التأشير على سند الدين فقالت : « التأشير من الدائن على سند الدين بما يفيد براءة الذمة ولو لم يكن موقعا منه أو لم يكن مؤرخا ، دليل عليه ، ما لم يثبت العكس » .

قد يكتب الدائن على هامش سند الدين أو فى ذيله أو على ظهره عبارة تفيد براءة ذمة المدين من الدين المدون فيه كلاً أو بعضاً ، فما هو حكم هذا التأشير ؟

من البديهي أن هذا التأشير هو مجرد قرينة قابلة لاثبات العكس ، فللدائن مثلاً أن يقيم الدليل على أن ما كتبه لم يخرج عن حيز المشروع الذى لم ينفذ ، وبالتالي أن ذمة مدينه لم تزل مشغولة بالدين .

وقد استقر الاجتهاد الفرنسى على أن تأشير أحد الشركاء على سند الدين العائد للشركة بما ينتقص من حقوق جميع الشركاء لا يسرى مفعوله على صاحبه فقط ، كما استقر الاجتهاد أيضاً على عدم اعتبار التأشير اذا كان مشطوباً . الا أن للمدين فى هذه الحالة أن يثبت أن الشطب كان نتيجة غش من الدائن أو ورثته . أما اذا كان التأشير على سند إيصال هو فى يد المدين فيعتبر كأنه كالاوراق المنزلية ولا يشكل غير قرينة يمكن دحضها بالشهادة والقرائن .

الفصل الثاني

شهادة الشهود

تعريف الشهادة :

الشهادة هي تقرير حقيقة أمر توصل الشاهد الى معرفته بعينه أو بأذنه ، أو هي كما يعرفها بعض الفقهاء (1) اخبار الانسان في مجلس القضاء بواقعة صدرت من غيره يترتب عليها حق لغيره ، ويجب أن يكون الشاهد قد أدرك شخصيا بحواسه الواقعة التي يشهد بها ، بحيث يكون قد رآها أو سمعها بنفسه (2) .

ويطلق في بعض التشريعات كما أسلفنا على الشهادة لفظ البينة . ومن ذلك أصبح للفظ البينة معنيان : أولهما يفيد الدليل بوجه عام ، كما في القول بأن البينة على من ادعى . والثاني هو الذي يدل على الشهادة كوسيلة من وسائل الاثبات . فالشهادة اذن ، تقرير للواقع ودحض للافتراء ، وانارة لسبيل العدالة . فهي بذلك ذات أثر بالغ في تحسين الحياة ، وتقدير الصلات القويمة بين الافراد .

وقد جاء في القرآن الكريم : « لا تكتموا الشهادة ومن يكتتمها فانه آثم قبله » ، « كونوا قوامين لله شهداء بالقسط » ، « ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا » وقال الله تعالى أيضا في كتابه العزيز :

« وأشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل احدهما فتذكر احدهما الاخرى » .

(1) عبد المنعم فرج الصدة - الاثبات في المواد المدنية - صفحة 299 - فقرة 184
(2) فان كان اخبار الانسان بحق على نفسه لغيره كان اقرارا . وان كان الاخبار يحق على غيره لنفسه كان دعوى (احمد ابراهيم - طرق القضاء في الشريعة الاسلامية نبذة 208) .

والبينة في كلام الله ورسوله وكلام الصحابة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء حيث خصوصها بالشاهدين أو الشاهد واليهمين .

قال الله تعالى : « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات » « وما أرسلنا من قبلك الا رجالا نوحى اليهم فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون بالبينات والزبر » ، « وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعدما جاءتهم البينة » « قل انى على بينة من ربى » ، « أفمن كان على بينة من ربه » .

والشهادة لغة هي البيان ، أو هي الاخبار القاطع وهي القول الصادر عن علم حصل بالمشاهدة . ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التى بمعنى المعاينة . وقيل هي مشتقة من معنى الحضور ، يقول الرجل شهدت مجلس فلان أى حضرت . قال الله تعالى : « وهم على ما يفعلون بالمؤمنين شهود » ولانه يحضر مجلس القضاء للاداء يسمى شاهدا ويسمى ادأؤه شهادة .

وجاء في الحديث الشريف « اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والافدع » .

غير ان هذا القول ، على ما فيه من التنبيه الى خطورة الشهادة والترغيب فى أدائها صحيحة ، والترهيب من طرحها باطلة ، لم يزجر الناس كافة عن الباطل ، ولم يمنعهم عن الفساد وسوء الخلق كما سوف نرى ذلك بتفصيل .

خصائص الشهادة :

اعتبر المشرع المغربى كغيره من التشريعات الشهادة كوسيلة من وسائل الإثبات وجعل لها الخصائص التالية :

(1) الشهادة حجة مقنعة أى غير ملزمة . وتختلف الشهادة فى ذلك اختلافا جوهريا عن الكتابة . فبينما يعتبر الدليل الكتابى ، بسبب اعداده

سلفا حجة بذاته فيفرض سلطانه على القضاء ما لم يطعن فيه بالتزوير أو ينقض باثبات العكس ، تترك الشهادة على نقيض ذلك لتقدير القاضى ، ويكون له كامل السلطة فى تقدير قيمتها ، ايا كان عدد الشهود و ايا كانت صفاتهم .

2) وهى حجة غير قاطعة . وذلك بعكس الاقرار واليمين . اى ما ما يثبت بها يقبل النفى بشهادة اخرى او بأى طريق آخر من طرق الاثبات ، فيعتبر ما ثبت بالشهادة صحيحا الى أن يثبت عكسه قبل الحكم به .

3) وهى حجة متعددة . اى أن ما يثبت بها يعتبر ثابتا بالنسبة الى الكافة لانها صادرة من شخص عدل خالى المصلحة فى النزاع لا يهمه أن يحابى أحدا من الخصوم ، ولأن للقاضى سلطة مطلقة فى تقديرها وتكوين قناعته منها .

وقد نصت المادة (443) من قانون الالتزامات والعقود على القاعدة الاساسية فى مجال الاثبات بالكتابة حيث جاءت تقضى بأن : « الاتفاقات وغيرها من الاعمال القانونية التى يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنتهى الالتزامات أو الحقوق ، والتى تتجاوز قيمتها 25.000 فرنك ، لا يجوز اثباتها بشهادة الشهود .

ويلزم أن تحرر بها حجة أمام الموثقين أو حجة عرفية » .

ومن استعراض هذه المادة يتضح لنا أن القاعدة هى أن الكتابة تجب فى اثبات التصرف القانونى اذا زادت قيمته على 250 درهم . والطريقة التى سلكها المشرع فى التعبير عن هذه القاعدة بقوله « لا يجوز اثباتها بشهادة الشهود » قصد بها اظهار ما للاثبات بالشهادة من طابع الاستثناء ، لان الاصل فى اثبات التصرفات القانونية أن يكون بالكتابة .

وقد جاء المشرع المغربى بعد أن أورد لنا القاعدة الاساسية فى اثبات التصرفات القانونية بالنص فى المادة (448) على الاستثنائين اللذين يردان على القاعدة المذكورة حيث جاءت هذه المادة تقضى بأنه :

« استثناء من الاحكام السابقة يقبل الاثبات بشهادة الشهود :

(1) — فى كل حالة يفقد فيها الخصم المحرر الذى يتضمن الدليل الكتابى للالتزام له او للتحلل من التزام عليه ، نتيجة حادث فجائى او قوة قاهرة او سرقة . وتخضع الاوراق النقدية والسندات لحاملها لاحكام خاصة .

(2) وهى حجة غير قاطعة . وذلك بعكس الاقرار واليمين . اى ما كالحالة التى تكون فيها الالتزامات ناشئة عن شبه العقود وعن الجرائم والحالة التى يراد فيها اثبات وقوع غلط ماذى فى كتابة الحجة او حالة الوقائع المكونة للاكراه او الصورية او الاحتيال او التدليس التى تعيب الفعل القانونى وكذلك الامر بين التجار فيما يخص الصفقات التى لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابى لاثباتها .

تقدير الحالات التى يتعذر فيها على الدائن الحصول على الدليل الكتابى موكول لحكمة القاضى .

ومن استعراض هذه النصوص يتبين لنا ان جواز الاثبات بالشهادة قد يكون بحسب الاصل ، اى طبقا للقاعدة العامة الواردة فى المادة (443) من قانون الالتزامات والعقود بشأن ما تجب فيه الكتابة للاثبات . وقد تجوز الشهادة فى الاثبات استثناء اى فى حالات كانت تجب فيها الكتابة للاثبات طبقا للقواعد العامة ، ولكن ايجز الاثبات فيها بالشهادة من قبيل الاستثناء .

فأمامنا اذا نوعان من الحالات التى تجوز فيها الشهادة للاثبات :

(1) — الحالات التى تجوز فيها الشهادة للاثبات بحسب الاصل .

(2) — الحالات التى تجوز فيها الشهادة للاثبات استثناء .

ومن هذا يتضح لنا منهاج بحثنا للقواعد الموضوعية للبيئة بالشهادة : فنعالج فى المبحث الاول الحالات التى تجوز فيها البيئة بالشهادة بحسب الاصل .

ونخصص المبحث الثانى لدراسة الحالات التى تجوز فيها البيئة بالشهادة استثناء .

المبحث الأول

الحالات التي تجوز فيها البينة بالشهادة بحسب الاصل

نصت المادة (443) من قانون الالتزامات والعقود على أن :

« الاتفاقات وغيرها من الاعمال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهى الالتزامات أو الحقوق ، والتي تتجاوز قيمتها 25.000 فرنك لا يجوز اثباتها بشهادة الشهود . ويلزم أن تحرر بها حجة أمام الموثقين أو حجة عرفية » .

ومن استعراض هذه المادة التي تنص على القاعدة الأساسية في مجال اثبات التصرفات القانونية ، وتطبيقا للقواعد العامة للاثبات بشهادة الشهود يخلص لنا أن الشهادة تجوز في اثبات الوقائع المادية ، وكذلك في الاتفاقات وغيرها من الاعمال القانونية التي لا تتجاوز قيمتها 250 درهم .

أولا : الوقائع المادية :

الواقعة القانونية (Fait juridique) هي أمر يحدث فيترتب عليه كسب حق أو نقله أو تعديله أو انقضاؤه . وهي إما أن تكون واقعة طبيعية كالنفيضان الذي يخلق حالة قوة قاهرة والولادة والموت . أو تكون واقعة من فعل الإنسان وهذه الأخيرة قد تكون عملا ماديا كارتكاب جريمة ، واصلاح الشخص حائط جاره دون أن يكون ملزما بذلك ، أو تكون عملا قانونيا كالبيع والإيجار والوصية .

والاعمال أو التصرفات القانونية تتميز بأمر جوهري عن غيرها من الوقائع القانونية ، فالتصرفات القانونية تتحكم في وجودها وتحدد آثارها إرادة الشخص ، أما الوقائع الطبيعية والاعمال المادية ، فسواء تدخلت في وجودها إرادة الشخص أو لم تتدخل فانها تتفق جميعا في أن القانون هو الذي يحدد آثارها وبذلك يمكننا أن نجعل بين الوقائع الطبيعية والاعمال

المادية تحت تسمية واحدة هي الوقائع المادية «Faits matériels»
كى نقابل بينها وبين التصرفات القانونية «Acte juridique»

وعليه فالوقائع القانونية إما أن تكون وقائع مادية ، أو تكون تصرفات
قانونية . وهذه تفرقة لها أهميتها القصوى فى الإثبات .

فالوقائع المادية يجوز اثباتها بجميع طرق الإثبات . وهذه قاعدة
تمليها الضرورة العملية وأن لم يرد بشأنها نص عام لأن طبيعة هذه الوقائع
لا تقبل استلزام نوع معين من الأدلة . فمثلا إذا طلب شخص إبطال عقد
للتدليس أو للاكراه أو طلب تعويضا عن ضرر أصابه بسبب جريمة ارتكبت
ضده فلا يعقل أن يطالب هذا الشخص بدليل كتابى لإثبات التدليس أو
الاكراه أو الجريمة ، لأن ذلك يجعل الإثبات فى أغلب الحالات مستحيلا ،
وانما يكون له أن يثبت هذه الوقائع بالكتابة أو بغيرها من طرق الإثبات حتى
الشهادة والقرائن .

أما التصرفات القانونية فالأصل أن يكون اثباتها بالكتابة ، ولا تجوز
الشهادة فى اثباتها الا استثناء بالنسبة الى التصرفات التى لا تتجاوز قيمتها
250 درهم ذلك لأن هذه التصرفات ، كما رأينا ، تعتمد فى وجودها و فى مدى
آثارها على إرادة الشخص ، فطبيعتها تسمح بأن يستلزم المشرع الدليل
الكتابى فى اثباتها وأن يستبعد الشهادة والقرائن . وهناك فرق واضح بين
التصرف القانونى والواقعة المادية .

**ثانيا : الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التى
لا تتجاوز قيمتها 250 درهما :**

رأينا أن القاعدة العامة التى نصت عليها المادة (443) من قانون
الالتزامات والعقود لا تجيز الشهادة فى إثبات الاتفاقات وغيرها من
الأفعال القانونية التى تتجاوز قيمتها 250 درهم . وعليه يمكننا أن نستنتج
من مفهوم المخالفة أن الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التى لا تتجاوز
قيمتها 250 درهم يجوز اثباتها بالشهادة .

وقد درج المثل في القانون الفرنسي القديم على أن « الشهادة فوق الكتابة »
(Témoins passent lettres)

والكتابة كوسيلة اثبات تحتل ، بسبب ما لها من ميزات على وسائل الاثبات الاخرى ، مكان الصدارة بين الادلة ، وان المشرع ، لذلك يستلزم الاثبات بالكتابة في كل حالة تسمح فيها طبيعة الوقائع التي تكون محلا للاثبات ، بتقديم الدليل الكتابي عليها .

والكتابة كما رأينا دليل يعد سلفا ، أى منذ نشوء الواقعة التي يراد ان يتخذ وسيلة لاثباتها ، والوقائع القانونية التي تتفق طبيعتها مع اماكن اعداد الدليل عليها منذ حصولها هي التصرفات القانونية ، ولذا فان المحال الذي يظهر فيه استلزام الكتابة للاثبات هو مجال التصرفات القانونية .

الا ان المشرع لم يفرض الكتابة كوسيلة لاثبات التصرفات القانونية في جميع الاحوال ، بل استلزم أن تزيد قيمة التصرف عن حد معين ليكون واجب الاثبات بالكتابة حتى لا يكون تطلب الدليل الكتابي في المعاملات قليلة القيمة وهي المعاملات الجارية ، سبب مضايقة للمتعاملين ، ومن ناحية أخرى فانه راعى ما تقتضيه التجارة من سرعة تتجافى مع ما يترتب على استخدام الكتابة لاثبات التصرفات من بطء فاقترصر في استلزام الاثبات بالكتابة في جميع الاحوال والتصرفات القانونية المدنية دون تلك التي تتم بها المعاملات التجارية .

من كل هذا يبدو أنه يلزم في القانون المغربي تقديم الكتابة لاثبات كل تصرف قانوني تزيد قيمته على 250 درهم ، وقد نص المشرع على هذا الحكم في المادة (443) من قانون الالتزامات والعقود . الا أن القانون قد يستلزم اثبات بعض التصرفات القانونية بالكتابة مهما كانت قيمتها أى ولو قلت هذه القيمة عن 250 درهم وذلك بمقتضى نصوص خاصة . كما أن القانون اذا قرر أن يكون العقد مكتوبا اعتبر نفس الشكل مطلوبا في كل التعديلات التي يراد ادخالها على هذا العقد

فبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة (401) من قانون الالتزامات والعقود على أنه لا يلزم لاثبات الالتزامات أى شكل خاص الا فى الاحوال التى يقرر القانون فيها شكلا معيناً . جاءت الفقرتان الثانية والثالثة تقضيان بما يلى :

« اذا قرر القانون شكلا معيناً ، لم يسغ اجراء اثبات الالتزام أو التصرف بشكل آخر يخالفه الا فى الاحوال التى يستثنىها القانون .

اذا قرر القانون أن يكون العقد مكتوباً اعتبر نفس الشكل مطلوباً فى كل التعديلات التى يراد ادخالها على هذا العقد » .

والثقة فى الدليل الكتابى توجب الايباح لمن يريد اثبات خلاف المدون به ، أن تكون أدلته فى هذا الاثبات أدلة لا تتوافر فيها مثل هذه الثقة كالشهادة أو ما يوازيها فى القوة . ولذا فقد قضت النصوص بقاعدة أخرى فى تحديد الحالات التى يجب الاثبات فيها بالكتابة ، هى أنه لا يجوز اثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى الا بالكتابة ، بصرف النظر عن القيمة أى ولو لم تزد عن 250 درهم ، وهكذا فقد نصت المادة (444) من قانون الالتزامات والعقود على أنه :

« لا تقبل فى النزاع بين المتعاقدين ، شهادة الشهود لاثبات ما يخالف أو يجاوز ما جاء فى الحجج ، ولو كان المبلغ والقيمة يقل عن القدر المنصوص عليه فى الفصل 443 .

وتستثنى من هذه القاعدة الحالة التى يراد فيها اثبات وقائع من شأنها أن تبين مدلول شروط العقد الفامضة أو المبهمة ، أو تحدد مداها أو تقيم الدليل على تنفيذها » .

على أن القانون يجيز اعفاء المكلف باثبات ما يجب فيه تقديم الدليل الكتابى من ضرورة الاثبات بالكتابة ، ويبيح له الاثبات بغيرها من الوسائل كالشهادة والقرائن ، لمبررات قدر أنها تجيز هذا الاعفاء وتحددها النصوص ،

فأجاز الالتجاء الى الشهادة أو القرائن لتكملة الدليل المستمد من كتابة لا تتوفر لها شروط الدليل الكتابي الكامل (بداية الثبوت بالكتابة أو بداية حجة بالكتابة) ، اذا كانت هذه الكتابة تجعل وجود المدعى به قريب الاحتمال وذلك طبقا للمادة (447) من قانون الالتزامات والعقود التي جاءت تقضى بأنه :

« لا تطبق الاحكام المقررة فيما سبق عندما توجد بداية حجة بالكتابة وتسمى بداية حجة بالكتابة كل كتابة كانت صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن أنجر اليه الحق عنه أو ممن ينوب عنه .

وتعتبر صادرة من الخصم كل حجة يحررها بناء على طلبه ، موظف رسمى مختص ، فى الشكل الذى يجعلها حجة فى الاثبات ، وكذلك أقوال الخصوم الواردة فى محرر أو فى حكم قضائى صحيحين شكلا .

كما أجاز القانون الاعفاء من تقديم الكتابة للاثبات اذا تعذر ذلك على المكلف بالاثبات بسبب وجود ما منعه منذ البداية ، من الحصول على مثل هذا الدليل ، أو بسبب فقدان ما كان تحت يده من أوراق مثبتة لادعائه ، لسبب أجنبى لا يد له فيه . المادة (448) من قانون الالتزامات والعقود .

والقواعد الموضوعية للاثبات تعتبر فى القانون المغربى غير متعلقة بالنظام العام مما يجعل للأفراد أن يتفقوا على اتباع غيرها فيما يكفون به من اثبات ادعائهم أمام القضاء ، ويهنا هنا الإشارة الى أثر تصحيح مثل هذه الاتفاقات على قواعد الاثبات بالكتابة . ذلك أنه يؤدى الى اباحة الاتفاق على تطلب الكتابة للاثبات فى غير الحالات التى يوجبها فيها القانون ، والى الاعفاء من تقديم الدليل الكتابى ، حيث يوجب القانون . لتحل محله الشهادة أو القرائن ، وذلك مهما كانت الصورة التى يتم بها الاتفاق أى سواء أكان سابقا على وجود الخصومة التى يلزم فيها الاثبات ، أو لاحقا لوجودها ، وسواء أكان اتفاقا صريحا أو ضمنيا .

ونتناول فيما يلى الاحوال التى أوجب فيها القانون الاثبات بالكتابة ، حتى اذا استعرضنا هذه الحالات تمكنا من معرفة وتحديد الحالات التى

يجوز فيها الاثبات عن طريق الشهادة ، وذلك لان المادة (443) من قانون الالتزامات والعقود لم تنص بصفة مباشرة على الحالات التى تجوز فيها الشهادة فى الاثبات كما سبق لنا البيان ، بل حددت القاعدة الاساسية فى هذا المجال وهى عدم قبول الاثبات بالشهادة فيما يجاوز 250 درهم

وقد سبق لنا ان بينا ان قواعد الاثبات توجب تقديم الدليل الكتابى فى حالتين هما :

أولاً : اثبات تصرف قانونى تزيد قيمته على 250 درهم (المادة 443) .

ثانياً : اثبات ما يخالف أو ما يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى (المادة 444)

وندرس كلا من هاتين الحالتين فى مطلب مستقل ، ونخصص المطلب الثالث لبحث ما اذا كانت قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة فيما يجاوز 250 درهم متعلقة بالنظام العام .

المطلب الاول

اثبات التصرفات القانونية

التي تتجاوز قيمتها 250 درهم

تحدد المادة (443) الشروط الواجبة لتطلب الدليل الكتابى فى التصرفات القانونية فتنص على ان الاتفاقات وغيرها من الافعال القانونية (يقصد التصرفات القانونية الفردية) التى يكون من شأنها ان تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهى الالتزامات أو الحقوق ، والتى تتجاوز قيمتها 250 درهم لا يجوز اثباتها بشهادة الشهود ويلزم أن تحرر بها حجة أمام الموثقين أو حجة عرفية . وتشير المادة (448) فى فقرتها الثانية على أنه :

« اذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابى لاثبات الالتزام كالحالة التى تكون فيها الالتزامات ناشئة عن شبه العقود وعن الجرائم والحالة

التي يراد فيها اثبات وقوع غلط مادي في كتابة الحجة أو حالة الوقائع المكونة للاكراه أو الصورية أو الاحتيال أو التدليس التي تعيب الفعل القانوني وكذلك الامر بين التجار فيما يخص الصفقات التي لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابي .

ومن استعراض هذه الفقرة يتضح ان الاثبات بين التجار يكون بغير الكتابة بالنسبة للأعمال التي لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابي فيها .

ومن هذين النصين يظهر أنه يشترط لاستلزام الكتابة وجوب توافر الشرطين الآتيين :

(1) أن يكون محل الاثبات تصرفا قانونيا مدنيا .

(2) أن تزيد قيمته على 250 درهم .

ولكن هناك شرطا ثالثا يضاف الى هذين الشرطين هو أن يكون الاثبات مطلوبا من شخص له بالتصرف صلة تخول له الحصول على دليل كتابي أي كما يقول الفقه من شخص يعتبر طرفا في هذا التصرف

ونوضح معنى كل من هذه الشروط وذلك فيما يلي :

الشرط الاول :

يقضى بأن يكون محل الاثبات تصرفا قانونيا ، وسواء اكان ما يراد اثباته هو عقد من العقود أو تصرف صادر من جانب واحد أي بارادة منفردة ، فتعبير التصرف القانوني يشمل صورتين . وكل عقد أو تصرف ، مهما كان الاثر الذي يترتب عليه من انشاء أو نقل أو تعديل أو انتهاء التزام من الالتزامات أو غير ذلك من الآثار ، يجب اثباته بالكتابة اذا توافرت الشروط الأخرى ، فإبراء الدائن لمدينه ، وإجازة التصرف القابل للإبطال ، والاقرار الذي يتم خارج مجلس القضاء والنزول الصريح عن حق الارتفاق أو عن الحق في الشفعة ، من التصرفات الفردية التي تلزم الكتابة لاثباتها ، وكذا

سائر العقود التى تنشئ الالتزام أو تنقله كالبيع والإيجار والوديعة والحوالة وغيرها .

وكما تنطبق القاعدة فى الدعاوى المدنية ، تنطبق أيضا فى الدعاوى الجنائية ما دام ما يراد اثباته هو التصرف القانونى . فالجرائم التى تقوم على الإخلال بتصرف مدنى يخضع اثبات هذا التصرف فى شأنها لتلك القاعدة (1) ففى جريمة خيانة الأمانة تكون الكتابة واجبة فى اثبات عقد الوديعة أو العارية أو الرهن أو الوكالة الذى تقوم عليه هذه الجريمة إذا تجاوزت قيمة التصرف 250 درهم .

والتصرف الذى تلزم الكتابة لاثباته يجب أن يكون تصرفا مدنيا لا تجاريا إذ لا تحديد لوسائل اثبات التصرفات التجارية ، مهما بلغت قيمتها فيجوز اثباتها بالشهادة أو غيرها وذلك إذا لم تجر العادة بين التجار على تطلب الإثبات بالكتابة فيها ، وسنعود الى بيان أحكام التصرفات التجارية عند الكلام عن الحالات التى يجوز فيها الإثبات بواسطة الشهادة على سبيل الاستثناء .

والعبرة بما يزداد اثباته ، فإذا أريد إقامة الدليل على واقعة مختلطة تجمع بين عنصرين ، أحدهما تصرف قانونى ، والآخر واقعة مادية ، فإن القاعدة تسرى على الأول منها ، ويجوز اثبات الثانى بجميع الطرق (1) فلو أن ما يراد اثباته خطأ تعاقدى هو الإخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل معين ، فإن اثبات العقد يكون بالكتابة ، بينما تثبت واقعة الإخلال بجميع الطرق .

الشرط الثانى :

يعنى أنه لتطلب الكتابة لاثبات التصرف القانونى يلزم أن تكون قيمته أكثر من 250 درهم أو أن يكون غير محدد القيمة ، وقيمة التصرف تحدد بقيمة الحقوق التى تكون محلا له والتى تطلب استنادا اليه . فإذا لم يمكن

(1) بلانيول وريبير وجابولد — الجزء السابع — نبذة 1815 .

ديمولومب — الجزء الثالث — نبذة 17 .

لوران — الجزء التاسع عشر — نبذة 432 .

أوبرى ورو — الجزء الثانى عشر — صفحة 312 .

بودرى وبارد — الجزء الثالث — نبذة 2521 .

تقدير قيمة مالية لهذه الحقوق اعتبرت زائدة عن 250 درهم ووجب الاثبات فيها بالكتابة ، فاذا طلب شخص باسترداد وديعة هي عبارة عن أوراق لا يمكن تقويمها بالمال كشهادات طبية أو شهادات علمية ، كان عليه أن يثبت هذه الوديعة بالكتابة .

من هذا يتضح أن التصرف غير المحدد القيمة يأخذ حكم التصرف الذي تجاوزت قيمته 250 درهم ، وذلك لأن الأصل في الاثبات أن يكون بالكتابة ، والاستثناء هو جواز الاثبات بالشهادة فاذا وجدت حالة لا يمكن ردها الى احدى الحالات التي تجوز فيها الشهادة للاثبات تعين الاخذ بما يقتضيه الأصل .

وقد جعل المشرع المغربي نصاب الشهادة 250 درهم ، واذا كان المشرع يجيز الاثبات بالشهادة اذا لم تجاوز قيمة التصرف حدود هذا النصاب فعلة ذلك أن اشتراط الكتابة بالنسبة الى العمليات القليلة القيمة يكون مدعاة للمضايقة والتعطيل ، وسببا لنفقات يتحملها الاميون دون ضرورة لاسيما وأن خطر اغراء الشهود يتضاعف في هذه الحالة . ويقصد بقيمة التصرف في هذا المجال المصلحة التي يمثلها الأساس القانوني للنزاع فاذا كانت هذه المصلحة تزيد قيمتها على 250 درهم ، كانت الكتابة واجبة في الاثبات . فالعبرة اذا ليست بمقدار ما هو مطلوب ، بل بقيمة الحق الذي يثور بحثه في القضية .

والعبرة في تقدير التصرف هي بقيمته عند انعقاده لا وقت تنفيذه ، فاذا زادت قيمة التصرف وقت صدوره على 250 درهم وجبت الكتابة في اثباته ، حتى لو نزلت القيمة الى نصاب الشهادة وقت رفع الدعوى ، واذا كان العكس جازت الشهادة في اثباته حتى لو تجاوزت القيمة نصاب الشهادة وقت رفع الدعوى . فلو كان هناك شيء مودع ، وكانت قيمته وقت الايداع تزيد على 250 درهم ، فان الكتابة تجب في اثبات عقد الوديعة ، حتى لو نزلت قيمة ذلك الشيء الى نصاب الشهادة بعد ذلك . واذا كان العكس فان الشهادة تجوز مع ذلك في اثبات هذا العقد .

من كل هذا يتضح أن قيمة التصرف تحدد بقيمة ما ينشأ عنه من حقوق وقت انشائه ، أي أن الالتزام أو الحق الشخصي يقدر باعتبار قيمته وقت

صدور التصرف ، وإذا كان محل التصرف مالا غير النقود ولم يكن مقوما بها، كان للقاضي أن يقدر قيمته لتحديد ما ينطبق على اثباته من قواعد وله أن يستعين في ذلك بالخبراء .

وقد اعتبر المشرع أن رفع المدعى لدعواه على أساس زيادة حقه عن 250 درهم قرينة على أن قيمة حقه تزيد فعلا عن ذلك ، والزمه بتقديره عند رفع الدعوى ، لتحديد وسيلة الإثبات التي تقبل منه ، وقد نصت المادة (445) من قانون الالتزامات والعقود على هذا المعنى إذ جاءت تقضى بأنه :

« لا تقبل شهادة الشهود ممن أقام دعوى تتجاوز قيمتها القدر المنصوص عليه في الفصل 443 ، ولو أنقص قيمة دعواه الأصلية فيما بعد ، مالم يثبت أن الزيادة التي حصلت في قيمة دعواه قد نشأت عن غلط » .

كما أن العبرة في تقدير قيمة المدعى به هي بقيمة التصرف بأكمله ، ولو كان المطلوب هو بعض الحق الذي ينشأ من هذا التصرف ، والذي يقل عن النصاب الذي تلزم الكتابة لإثباته ، ولذا فالمطالبة بجزء من حق تجب الكتابة لإثباته ، لا تعفى من الإثبات بالكتابة ولو كان الجزء المطلوب هو الجزء الباقي وكان لا يزيد عن 250 درهم وبصرف النظر عما إذا كان أصل الحق منازعا فيه أو غير منازع . ذلك أن نص القانون لا يفرق بين حالة وأخرى على خلاف ما أخذ به المشرع في تقدير قيمة المدعى به في قانون المسطرة .

وقد نصت المادة (446) من قانون الالتزامات والعقود على هذا الحكم إذ جاءت تنص على أنه :

« لا تقبل شهادة الشهود لإثبات دعوى المطالبة بمبلغ يقل مقداره عن القدر المنصوص عليه في الفصل 443 ، إذا حصل التصريح بأن هذا المبلغ جزء من دين أكبر لم يقع إثباته بالكتابة » .

ويرتبط باعتبار أن وقت نشوء التصرف هو وقت تحديد قيمته ، أن ما ينتج بعد ذلك من ملحقات للحق الناشئ عنه ، من فوائد أو غيرها ، لا

يضاف الى هذا الحق لتقدير قيمته ، بقصد تحديد وسيلة الاثبات الواجبة فيه ، ولو كان من الممكن تقدير هذه الملحقات عند ابرام التصرف أى أنه يجوز الاثبات بالشهادة اذا كانت زيادة الالتزام عن 250 درهم لم تأت الا من ضم الفوائد والملحقات الى الاصل .

اثبات الوفاء :

الوفاء يعتبر بمثابة تصرف قانونى تنطبق عليه قاعدة الاثبات بالكتابة اذا كان محله يزيد على 250 درهم وبذلك يجوز اثبات كل وفاء لا تزيد قيمته على 250 درهم بالشهادة ، أى أن القانون ينظر الى الوفاء باعتباره تصرفا مستقلا ، ويجعل اثباته على حسب قدر المبلغ الموفى به بصرف النظر عن أصل الدين الذى يتم الوفاء سددا له . وهذا يعنى أن أصل الدين لو كان يزيد على 250 درهم فان هذا لا يمنع المدين من أن يثبت الوفاء به على أقساط لا يزيد الواحد منها عن هذا المبلغ بكل وسائل الاثبات بما فى ذلك الشهادة .

وتشير كثير من نصوص قانون الالتزامات والعقود المغربى الى اعتبار الوفاء ، فيما يتصل باثباته كالتصرف القانونى المستقل مثل المواد « 443 و 444 و 448 » . ويرى الفقه المصرى ان تقتصر اباحة الاثبات بغير الكتابة ، فى الوفاء الجزئى لدين يزيد أصله على نصاب الشهادة ، على حالة اثبات المدين للوفاء بقصد اثبات براءة ذمته من القدر الموفى به ، دون غيرها من الحالات .

على انه يلاحظ أن التمسك بالوفاء قد يراد به فرض آخر غير اثبات براءة الذمة ، وفى هذه الحالة لا تكون العبرة بمقدار ما حصل الوفاء به ، بل النتيجة القانونية التى تترتب على اثبات الوفاء . فاذا كان من يتمسك بالوفاء هو الدائن لكى يدلل به على اجازة المدين بعقد قابل للإبطال ، أو على انقطاع تقادم الحق الذى له ، كانت العبرة بقيمة هذا الحق أو ذلك العقد . فاذا كانت هذه القيمة تجاوز نصابا معيناً وجبت الكتابة فى الاثبات ، حتى لو كان ما أداه المدين لا يجاوز النصاب (1) .

(1) الاثبات فى المواد المدنية — عبد المنعم فرج الصدة — صفحة 213 .

الشرط الثالث : أن يكون الاثبات مطلوباً من طرف في التصرف ، لأن من يعتبر كذلك هو الذي يكون في مركز قانوني يسمح له بالحصول على محرر مثبت لهذا التصرف . أما من يطالب باثبات التصرف من غير أطرافه فلا يتصور الزامه بتقديم دليل كتابي عليه نظراً إلى أن مركزه كغيره ، لا يجعل الحصول على الدليل في إمكانه . فالمتعاقد أو من يعتبر خلفاً عاماً لـ (كالوارث) يلتزم باثبات العقد بالكتابة إذا كانت قيمته تزيد على 250 درهم .

المطلب الثاني

اثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه

دليل كتابي

تقضى المادة (444) من قانون الالتزامات والعقود على أنه :

« لا تقبل في النزاع بين المتعاقدين ، شهادة الشهود لاثبات ما يخالف أو يجاوز ما جاء في الحجج . ولو كان المبلغ والقيمة يقل عن القدر المنصوص عليه في الفصل 443 .

وتستثنى من هذه القاعدة الحالة التي يراد فيها اثبات وقائع من شأنها أن تبين مدلول شروط العقد الغامضة أو المبهمة ، أو تحدد مداها ، أو تقيم الدليل على تنفيذها » .

فالقاعدة أن الكتابة تجب في اثبات التصرف القانوني إذا زادت قيمته على 250 درهم ، أو كان غير محدد القيمة ، والطريقة التي سلكها المشرع في التعبير عن القاعدة الأساسية في ميدان البينات وذلك في المادة (443) بقوله « لا يجوز اثباتها بشهادة الشهود » قصد بها إظهار ما للاثبات بالشهادة من طابع الاستثناء ، لأن الأصل في اثبات التصرفات القانونية كما رأينا أن يكون بالكتابة .

وقد سبقنا الإشارة الى أن هناك استثناءين يردان على هذه القاعدة :

الاول : هو اتفاق المتعاقدين على خلاف هذه القاعدة ، وسنعود للكلام عن هذا الاستثناء الاول في المطلب الثالث من هذا المبحث .

والثاني : هو نص القانون على ما يخالف هذه القاعدة . ويتحقق ذلك فيما أورده المشرع من تصرفات معينة أوجب الكتابة في اثباتها ولو لم تزد قيمتها على نصاب الشهادة ، أو يستلزم الكتابة لانعقادها ، فيقتضى هذا بطبيعة الحال أن تكون الكتابة واجبة في اثباتها .

والواقع أن هذه القاعدة تتفق مع القاعدة السالفة التي تقتضى بوجوب الكتابة في الاتفاقات التي تتجاوز قيمتها 250 درهم في نطاق ، وتعتبر قيـدا واردا عليها في نطاق آخر . ذلك أنه فيما يزيد على 250 درهم تكون الكتابة واجبة في الاثبات أيضا طبقا للقاعدة السابقة ، أما في حدود هذا النصاب فتظهر أهمية القاعدة التي نحن بصدددها إذ يقوم تعارض بين الشهادة والكتابة فتكون الغلبة لهذه الأخيرة .

ومن استعراض نص المادة (444) يتضح انه يلزم لتطبيق هذه القاعدة توافر الشروط الاربعة الآتية :

اولا : أن يكون هناك دليل كتابي .

ثانيا : أن يكون التصرف الثابت بالكتابة تصرفا مدنيا .

ثالثا : أن يكون المراد اثباته يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة .

رابعا : أن يكون الاثبات مقصورا على العلاقة فيما بين المتعاقدين فلا يتعدى الغير .

ونتكلم فيما يلي عن كل شرط من هذه الشروط :

الشرط الاول : أن يوجد دليل كتابي

يتضح هذا الشرط من استعراض الفقرة الاولى من المادة (444) من قانون الالتزامات والعقود التي تقتضى بأنه :

« لا تقبل في النزاع بين المتعاقدين ، شهادة الشهود لاثبات ما يخالف أو يجاوز ما جاء في الحجج ولو كان المبلغ والقيمة يقل عن القدر المنصوص عليه في الفصل 443 » .

ويقصد بالدليل الكتابي (الحجة) الاوراق التي تعتبر دليلا كاملا وهي الاوراق الرسمية ، والاوراق العرفية المعدة للاثبات ، والرسائل الموقعة عليها ، فهذه المحررات هي وحدها التي تجب الكتابة في اثبات ما يخالف المدون فيها أو يجاوزه (1) .

أما الاوراق التي لم تعد للاثبات ، كالدفاتر التجارية فيجوز اثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها بالشهادة أو بالقرائن . ولكن اذا كانت هذه الاوراق موقعا عليها وأريد بها الاثبات كما هو الغالب في المراسلات فإنها تعتبر في حكم الكتابة المعدة للاثبات ، ولا يجوز اثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها الا بالكتابة (2) .

الشرط الثاني : أن يكون التصرف الثابت بالكتابة تصرفا مدنيا .

ان هذا الشرط لا يستخلص صراحة من نص المادة (444) وذلك لان هذه المادة جاءت بعبارة عامة يمكن تطبيقها على المنازعات المدنية والتجارية « لا تقبل في النزاع بين المتعاقدين » ولكنه يعتبر تطبيقا للقواعد العامة في الاثبات وكذلك للفقرة الثانية من نص المادة (448) التي تعتبر استثناء للقاعدة العامة الواردة في المادة (443) .

فلتطبيق القاعدة التي نحن بصددنا يجب اذن أن يكون التصرف الثابت بالكتابة تصرفا مدنيا ، وفي هذه الحالة تنطبق القاعدة حتى لو لم تزد قيمة التصرف على 250 درهم . والواقع أن أهمية هذه القاعدة لا تظهر الا اذا كانت قيمة التصرف في حدود نصاب الشهادة ، اذ في هذه الحالة لا تجوز الشهادة في اثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة .

الشرط الثالث : أن يكون المراد اثباته يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة.

(1) عبد المنعم فرج الصدة - الاثبات في المواد المدنية صفحة 215 عن اوبري ورو (الجزء 12) صفحة 271 .

(2) بلانيول وريبير وجابولد 7 صفحة 982 فقرة 1528 .

يتضح استلزام هذا الشرط لتطبيق القاعدة التى نحن بصددتها صراحة من نص الفقرة الاولى من المادة (444) من قانون الالتزامات والعقود ، فيجب اذن لانطباق القاعدة أن يكون ما يراد اثباته يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة .

فاثبات ما يخالف الكتابة معناه مناقضة المكتوب ، أى تكذيبه ، كأن يكون هناك سند كتابى بقرض ويراد اثبات أن المبلغ المقترض يختلف فى حقيقته عن المقدار المذكور فى السند ، أو يكون هناك عقد بيع ذكر فيه أن الثمن قد دفع ويراد اثبات أنه لم يدفع وإن العقد فى حقيقته هبة مستورة . فادعاء ما يخالف الكتابة ادعاء بالصورية .

واثبات ما يجاوز الكتابة معناه الاضافة الى ما هو مكتوب ، وذلك بالادعاء بصدور تعديلات شفوية ، سواء كانت هذه التعديلات سابقة على انعقاد التصرف أو معاصرة له أو لاحقة له . وسواء أريد بها تغييرا فى الشروط المكتوبة أو اضافة اليها أو حذفها منها ، مثل ذلك أن يكون هناك قرض ثابت بالكتابة ولم تذكر فيه فوائد ، ويريد الدائن أن يثبت أن هناك اشتراطا خاصا بالفوائد ، أو العكس ، أو يريد المدين أن يثبت أن هناك وصفا معدلا لحكم الالتزام المكتوب كشرط أو أجل ولم يكن هذا أو ذاك مذكورا فى السند ، أو العكس ، ففى مثل هذه الحالات وحيث يرتب على التعديل المدعى زيادة أو نقصان فى حقوق الطرفين حسبما هو ثابت بالكتابة ، لا يقبل الاثبات بالشهادة .

على أن هذه القاعدة لا تحول دون امكان اثبات ما يشوب التصرف المكتوب من عيوب الارادة والفش بالشهادة . فهذه العيوب لا تنطوى على اتفاقات تخالف المكتوب أو تجاوزه وإنما هى أمور لها أثرها على صحة التصرف .

والغلطات المادية ، وهى غلطات القلم ، وكذلك الغلطات فى الحساب ، يجرى تصحيحها دون حاجة الى كتابة أخرى لاثبات الغلط . ولكن يجب أن يكون هذا التصحيح مستمدا من عبارات الورقة ، أو مستندا على الاقل الى

عنصر دال عليه في هذه العبارات ، بحيث لا ينطوى على مخالفة للمكتوب أو مجاوزة له .

فإذا كان من الممكن استخلاص الغلط بوضوح من مضمون الورقة قام القاضى بتصحيحه من تلقاء نفسه . وإذا كانت دلالة المكتوب على الغلط غير تامة كان للقاضى أن يستكمل هذه الدلالة بالشهادة . أما الغلط الذى لا تنهض به دلالة ما من عبارات الورقة فلا تجوز إقامة الدليل عليه الا بكتابة أخرى .

وإذا أريد اثبات ما يخالف ورقة رسمية ، فيما يقرر الموظف العام أنه وقع تحت بصره أو سمعه ، فلا سبيل الى ذلك الا عن طريق الطعن بالتزوير . أما إذا أريد اثبات ما يخالف الورقة الرسمية في غير ذلك ، أو اثبات ما يخالف مشتملات الورقة العرفية أي كانت ، فهذا جائز ، على أن يكون الدليل على ما يخالف الكتابة هو أيضا دليل كتابي ، ولو كان ذلك مبداً ثبوت بالكتابة معززا بالشهادة أو بالقرائن . ومثل اثبات ما يخالف الكتابة أن يتقدم الخصم لاثبات أن ما ورد في الورقة من أن الثمن المدفوع هو مبلغ كذا بيان غير صحيح ، والصحيح أن المبلغ المذكور في الورقة هو مبلغ أكبر لمنع الشفعة مثلاً ، أو هو مبلغ أقل لتخفيض رسوم التسجيل مثلاً ، فإذا كان الخصم هو أحد طرفى العقد لم يجز له اثبات ذلك الا بالكتابة . ومثل ذلك أيضا أن يريد البائع اثبات أن البيع المكتوب بيع صوري ، فلا يستطيع ذلك بالكتابة وهى هنا ورقة الضد (Contre-lettre)

ولا يجوز للخصم أن يثبت ما يجاوز الكتابة الا بالكتابة . مثل ذلك أن يتقدم المدين لاثبات أن الالتزام المكتوب ، وهو منجز ، علق بعد ذلك على شرط أو اقترن بأجل . أما إذا كان الالتزام قد كتب معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل وأراد الدائن أن يثبت أنه التزام منجز ، فهذا يكون اثباتاً لما يخالف الكتابة ، ولا يكون هو أيضاً الا بالكتابة كما سبق لنا البيان . ومثل ذلك أيضاً أن يكون القرض المكتوب لم يذكر فيه أنه قرض بالفائدة ، وأراد الدائن أن يثبت أن هناك فائدة متفقاً عليها ، فلا يجوز اثبات ذلك الا بالكتابة ، حتى لو كانت الفائدة وأصل الدين معها لا يزيد على 250 درهم ، لأن هذا اثبات لما يجاوز الكتابة ، أما إذا ذكر في القرض المكتوب سعر للفائدة ،

وأراد الدائن أن يثبت أن السعر المتفق عليه هو أكبر مما ذكر ، أو أراد المدين أن يثبت أن هذا السعر أقل ، فهذا اثبات لها يخالف الكتابة ، ولا يكون هو أيضا إلا بالكتابة كما قدمنا . وبوجه عام لا يجوز اثبات اتفاق اضافي فوق ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة سواء ادعى أن هذا الاتفاق الإضافي قد تم قبل الكتابة ، أو تم في اثنائها أو تم بعدها ، على حد تعبير التقنين المدني الفرنسي (1) .

وقد اختلف الفقه والقضاء في شأن اثبات تاريخ التصرف . فرأى يقول بجواز اثبات تاريخ التصرف بالشهادة — ما لم يتطلب القانون تاريخا ثابتا — ولو كان التصرف مدونا في كتابة ويتضمن التزامات تزيد على نصاب الشهادة لأن التاريخ واقعة طبيعية لا عمل قانوني . ورأى آخر يذهب الى أن تاريخ التصرف يتصل بالتصرف اتصالا وثيقا ، بل يعتبر من محدداته اذ يتوقف عليه في الكثير من الاحوال نفاذ التصرف ، كما في التصرف الصادر من شخص أعسر أو حجر عليه أو مات عقب مرض ، فلا يجوز اثباته بالشهادة ما دام التصرف ذاته ثابتا بالكتابة .

الشرط الرابع :

أن يكون الاثبات مقصورا على العلاقة فيما بين المتعاقدين فلا يتعدى الغيـر .

ان قاعدة الاثبات بالدليل الكتابي فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها لا تطبق الا في العلاقة بين المتعاقدين ، الذين كان بوسعهم الحصول على الدليل المذكور منذ انشاء العقد . فالمادة (444) من قانون الالتزامات والعقود التي نصت على هذه القاعدة جاءت تقضى في مستهلها : « لا تقبل في النزاع بين المتعاقدين . . . »

ومعنى هذا أن كل ما قدمناه من وجوب الاثبات بالكتابة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها إنما يكون في العلاقة ما بين المتعاقدين ، اذ هما اللذان

(1) السنهوري — الوسيط — الجزء الثاني — صفحة 401 .

كانا يستطيعان الحصول على الكتابة منذ البداية ، وكالمتعاقدين .
الخلف العام .

أما الغير فيجوز له الاثبات بالشهادة وبالقرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، كما أن له اثبات وجود التصرف نفسه بالشهادة وبالقرائن ولو زادت قيمته على 250 درهم . ففى الحالتين يعتبر التصرف بالنسبة اليه وهو من الغير واقعة مادية يجوز اثباتها أو اثبات ما يخالفها أو يجاوزها بجميع الطرق .

المطلب الثالث

صلة قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة بالنظام العام

إذا اعتبرت قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة فيما يجاوز 250 درهم متعلقة بالنظام العام ترتب على ذلك :

- (1) أن الاتفاق مقدما على ما يخالفها يقع باطلا .
 - (2) أن التنازل عن التمسك بها في اثناء سير الدعوى وقبول الاثبات بالشهادة لا يقيدان من صدرا منه .
 - (3) أنه يجب على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الاثبات بالشهادة فيما تجب فيه الكتابة ولو لم يتمسك ذو الشأن بذلك .
 - (4) وأنه يجوز لذى الشأن أن يتمسك بوجوب الاثبات بالكتابة في أية حال كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض .
- والعكس بالعكس في كل هذه النتائج .

والحقيقة أن هذه القاعدة ، وقد شرعت لتقليل المنازعات ولصيانة أخلاق الناس بالحد مما يغريهم عليه جواز الاثبات بالشهادة من كذب

وتلقيق ، انما شرعت لمصلحة عامة . ولكن السؤال الذى يمكن أن يتبادر الى الذهن لاول وهلة هو ما اذا كانت هذه القاعدة ترقى بها المصلحة العامة التى شرعت من أجلها الى الحد الذى يجعلها من النظام العام .

لقد قضى المذهب الراجح فى الفقه والقضاء الفرنسيين بصحة التنازل الحاصل فى أثناء سير الدعوى عن التمسك بهذه القاعدة سواء كان التنازل صراحة أو ضمنا ، وبأنه ليس للمحكمة أن ترفض من تلقاء نفسها طلب الاثبات بالشهادة ، وبأنه لا يجوز التمسك بهذه القاعدة لاول مرة أمام محكمة النقض . غير أن المحاكم الفرنسية لم تقض بصحة الاتفاق مقدما على جواز الاثبات بالشهادة فيما تجب فيه الكتابة أى بصحة الاتفاق الذى يحصل بشأن ذلك من وقت انعقاد التصرف (1) .

وفى مصر اختلف الفقهاء فى هذا الموضوع فالبعض يرى أن هذه القاعدة متعلقة بالنظام العام ، والبعض الآخر يذهب مذهبها معاكسا للرأى الاول ، وقد استند هذا الفريق من الفقهاء فى دعم رأيه بأن هذه القاعدة ولو أنها فى الاصل موضوعة لضمان حسن سير العدالة والتقاضى فانها موضوعة أيضا لصيانة حقوق الافراد مما تتعرض له من ضياع بسبب كذب الشهود وتلقيق الشهادات وبأنه ما دام المدعى عليه يملك أن يقر على نفسه بالحق المدعى ، فمن باب أولى يملك أن يسلم بثبوت ذلك الحق فى ذمته من طريق الشهادة عوضا عن طريق الكتابة (2) .

ولا يوجد فى القانون المغربى أى نص يقضى بعدم جواز الاتفاق على مخالفة القاعدة التى تقضى بلزوم الاثبات بالكتابة فيما جاوز 250 درهم . ومع ذلك وعملا بالرأى السائد فقها واجتهادا فى فرنسا ومصر — والقاضى بأنه اذا كان للانسان أن يتنازل عن الحق ذاته تنازلا مطلقا أو مقيدا فله من باب أولى أن يتنازل عن طريق من طرق اثباته — لا يسعنا الا القول بأن كل اتفاق يتناول بالتعديل هذه القاعدة يعتبر اتفاقا صحيحا نافذا .

(1) كولان وكابنان — الجزء الثانى — فقرة 474

(2) السنهورى — الوسيط — الجزء الثانى صفحة 96 .

— (عبد المنعم فرج الصدة — الاثبات فى المواد المدنية — صفحة 18) —

المبحث الثانى

الحالات التى تجوز فيها البينة بالشهادة استثناء

بعد أن نصت المادة (443) من قانون الالتزامات والعقود على القاعدة الأساسية للبنية عن طريق الشهادة وأقرت بأنه لا يجوز الاثبات بواسطة الشهادة متى جاوزت الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية نصاب الشهادة وهو 250 درهم . وبعد أن أكدت المادة (444) بأنه لا تقبل في النزاع بين المتعاقدين شهادة الشهود لاثبات ما يخالف أو يجاوز ما جاء في الحجج ولو كان المبلغ والقيمة يقل عن القدر المنصوص عليه في المادة (443) .

جاء المشرع ينص على حالات كان الأصل فيها أن يكون الاثبات بالكتابة ولكن أجازت الشهادة فيها للاثبات من قبيل الاستثناء وذلك في المادتين (447) و (448) وهكذا فقد نصت المادة (447) من قانون الالتزامات والعقود على أنه :

« لا تطبق الأحكام المقررة فيما سبق عندما توجد بداية حجة بالكتابة . وتسمى بداية حجة بالكتابة كل كتابة كانت صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن أنجز إليه الحق عنه أو ممن ينوب عنه .

وتعتبر صادرة من الخصم كل حجة يحررها بناء على طلبه ، موظف رسمى مختص ، في الشكل الذى يجعلها حجة في الاثبات . وكذلك أقوال الخصوم الواردة في محرر أو في حكم قضائى صحيحين شكلا » .

كما أن المادة (448) جاءت تقضى بأنه :

« استثناء من الأحكام السابقة يقبل الاثبات بشهادة الشهود :

1 — في كل حالة يفقد فيها الخصم المحرر الذى يتضمن الدليل الكتابى للالتزام له أو للتحلل من التزام عليه ، نتيجة حادث فجائى أو قوة قاهرة أو سرقة .

وتخضع الأوراق النقدية والسندات لحاملها لأحكام خاصة .

2 — اذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابي لاثبات الالتزام ،
فالحالة التى تكون فيها الالتزامات ناشئة عن شبه العقود وعن الجرائم
والحالة التى يراد فيها اثبات وقوع غلط مادي فى كتابة الحجة او حالة
الوقائع المكونة للاكراه او الصورية او الاحتيال او التدليس التى تعيب الفعل
القانونى وكذلك الامر بين التجار فيما يخص الصفقات التى لم تجر العادة
بتطلب الدليل الكتابي لاثباتها .

تقدير الحالات التى يتعذر فيها على الدائن الحصول على الدليل
الكتابي موكل لحكمة القاضى .

والحقيقة ان المشرع لما فضل الكتابة على الشهادة ، وجعل الاثبات
بها واجبا فى الحالات المهمة ، كان الباعث له على ذلك عدم ثقته فى شهادة
الشهود وامكان مغايرتها للواقع كل المغايرة . ولكنه رأى فى الوقت ذاته أن
التشدد فى اقتضاء الدليل الكتابي والمبالغة فى التشكك فى شهادة الشهود قد
لا يكون لهما فى بعض الاحوال ما يبررهما ، وقد يلحقان ببعض المتقاضين
فى احوال أخرى ظلما واضحا ، أو يحولان دون الكشف عما قصد المتعاقدون
اخفاءه من أعمال غير مشروعة .

فاستثنى تلك الاحوال من وجوب الاثبات بالكتابة وأجاز فيها
الاثبات بالشهادة .

وسنتناول فيما يلى الحالات التى يجوز فيها الاثبات بواسطة الشهادة
استثناء طبقا للمادتين (447) و (448) مخصصين لكل حالة مطلبها
مستقلا .

المطلب الاول

بداية حجة بالكتابة

الحالة الاولى التى اعتبرها المشرع استثناء من القاعدة العامة هى
الحالة التى نص عليها فى المادة (447) وهى حالة بداية حجة بالكتابة
او مبدأ الثبوت بالكتابة كما تسميها بعض التشريعات العربية . وهكذا
فقد نصت المادة (447) على أنه :

« لا تطبق الاحكام المقررة فيما سبق عندما توجد بداية حجة بالكتابة .
وتسمى بداية حجة بالكتابة كل كتابة كانت صادرة ممن يحتج بها عليه
أو ممن أنجز اليه الحق عنه أو ممن ينوب عنه .

وتعتبر صادرة من الخصم كل حجة يحررها بناء على طلبه موظف
رسمى مختص ، في الشكل الذي يجعلها حجة في الاثبات . وكذلك أقوال
الخصوم الواردة في محرر أو في حكم قضائي صحيحين شكلا » .

ومن استعراض هذه المادة نجد أن الفقرة الاولى تقرر القاعدة
فنتقضى بأن الاحكام المقررة فيما سبق لا تطبق عندما توجد بداية حجة
بالكتابة .

وتوضح الفقرتان الثانية والثالثة المقصود ببداية حجة الكتابة . ويلاحظ
أن عبارة « مبدأ ثبوت بالكتابة » التي أوردتها بعض التشريعات العربية
غير دقيقة ولا توفى بالمعنى المقصود بها ، ذلك أنه واضح أن كلمة « مبدأ »
في هذه التسمية لم تأت بمعنى « قاعدة » وإنما جاءت بمعنى « بداية »
فالمقصود هو بداية ثبوت بالكتابة ، ولذلك كانت العبارة التي أوردتها المشرع
المغربى وهى « بداية حجة بالكتابة » أدق في التعبير .

ويتضح من نص المادة (447) أن شروط تطبيق القاعدة التي نحن
بصددها هى :

- (1) أن توجد كتابة .
 - (2) أن تكون هذه الكتابة صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن أنجز
اليه الحق عنه أو ممن ينوب عنه .
- ونتكلم فيما يلى عن كل شرط وذلك بشيء من التفصيل .

الشرط الاول : وجود كتابة :

يجب لوجود بداية حجة بالكتابة أو بداية ثبوت بالكتابة أن تكون
تكون هناك ورقة مكتوبة . وليس المقصود أن تكون تلك الورقة دليلا كتابيا

كاملا لانها اذا كانت كذلك فلا محل لتعزيزها بالشهادة ، ذلك أن الشارع لم يجز الشهادة في الاثبات في هذا المجال الا لانها ليست هي الدليل الوحيد ، وانما يقتصر دورها على تعزيز دليل موجود .

اذ أن القاضى قد قطع مرحلة في سبيل الاقتناع ولم يبق امامه الا أن يكمل اقتناعه عن طريق الشهادة أو القرائن .

ولهذا يجب لتوافر الشرط الاول وجود ورقة مكتوبة ، أما مجرد الاعمال المادية ، ايجابية كانت أو سلبية ، ولو كانت ثابتة بالشهادة أو بالقرائن فلا تكفى ، ويترتب على ذلك أن تنفيذ الالتزام اذا انطوى على أعمال مادية محضة كبناء منزل أو نقل بضاعة ، وثبت بغير الكتابة كما هو الشأن في هذه الاعمال اذ تثبت عادة بالشهادة أو بالقرائن أو بالمعاينة ، فانه لا يصلح أن يكون بداية حجة بالكتابة . أما اذا كان تنفيذ الالتزام ينطوى على تصرف قانونى كالوفاء بمبلغ من النقود ، فلا بد من اثبات هذا التنفيذ وهو تصرف قانونى بورقة مكتوبة اذا زادت القيمة على 250 درهم . وهذه الورقة — سواء كانت دليلا كتابيا كاملا على التنفيذ أو لم تكن الا بداية حجة بالكتابة — تكون في الوقت ذاته بداية حجة بالكتابة بالنسبة الى اثبات وجود الالتزام . فاذا كان الوفاء منصبا على مبلغ لا يزيد على 250 درهم وكان هذا هو كل الدين ، فاثبات الوفاء يجوز بالشهادة وبالقرائن ، ولكننا في هذه الحالة نكون في غير حاجة الى بداية حجة بالكتابة لاثبات الالتزام ذاته اذ يجوز اثباته هو أيضا بالشهادة وبالقرائن .

والسؤال الذى يمكن أن يتبادر الى الذهن في هذا المجال هو هل اية كتابة تصلح بداية حجة بالكتابة ؟

يجيب أغلب الفقه (1) بأن الكتابة تؤخذ هنا بأوسع معانيها ، فهي تنصرف الى أية ورقة مكتوبة ، فلا يشترط فيها شكل ما أو توقيع ، ولا أن

(1) السنهورى الوسيط الجزء الثانى صفحة 420 فقرة 211 .
— عبد المنعم فرج الصدة صفحة 248 .
— سليمان مرقس صفحة 281 .

تكون معدة للاثبات . وقد تكون هذه الكتابة سنداً أو رسالة أو مذكرة خاصة أو أقوالاً في محضر تحقيق أو في محضر استجواب أو في مذكرة قدمها الخصم في الدعوى أو محضر صلح أو توقيعا أو بقايا سند متآكل . والسند غير الموقع — اذ السند الموقع يكون دليلاً كتابياً كاملاً — ودفاتر تجارية وسجلات وأوراق منزلية ، ومحاضر الجرد ودفاتر الحساب والايصالات والمخالصات والتأثيرات المدونة في هامش الاوراق والسندات أو في ظهرها ، وصور الاوراق الرسمية .

كما أن الاوراق القضائية ونحوها من الاوراق تصلح لان تكون بداية حجة بالكتابة ، حتى لو كانت أوراقاً في قضية أخرى ، وذلك كالبينات المدونة في أسباب الحكم ، وما ورد في محاضر الجلسات ومحاضر التحقيق ، والاقراءات التي تدون في مذكرات الخصوم ولو أمضاها الوكلاء عنهم ، والبيانات التي تقدم لمصلحة الشهر العقاري أو لمصلحة البريد أو للمصالح الحكومية الأخرى وتدون في أوراق رسمية .

والمشرع المغربي بعد أن نص في الفقرتين الأولى والثانية من المادة (447) على أن الأحكام المقررة في المواد (443 الى 446) لا تطبق عندما توجد بداية حجة بالكتابة . وأن كل كتابة كانت صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن انجر اليه الحق عنه أو ممن ينوب عنه ، جاء في الفقرة الثالثة ينص على أنه :

« وتعتبر صادرة من الخصم كل حجة يحررها بناء على طلبه ، موظف رسمى مختص ، في الشكل الذي يجعلها حجة في الاثبات ، وكذلك فى اقوال الخصوم الواردة في محرر أو في حكم قضائى صحيحين شكلاً » .

ومن استعراض هذه الفقرة يتضح أن المشرع المغربى يجعل من بين الحالات التي تعتبر فيها الكتابة الصادرة من الخصم بداية حجة بالكتابة وهى كل حجة يحررها موظف رسمى مختص في الشكل الذي يجعلها حجة في الاثبات بناء على طلب الخصم . وكذلك الاقوال الصادرة من الخصوم والواردة في محرر أو في حكم قضائى .

وكون هذا الركن الاول — وجود ورقة مكتوبة — قد توافر في مبدأ الثبوت بالكتابة أو لم يتوافر مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض .

الشرط الثانى : ان تكون الكتابة صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن انجر اليه الحق أو ممن ينوب عنه ، تنص على هذا الشرط الفقرة الثانية من المادة (447) التى جاءت تقضى بأنه « وتسمى بداية حجة بالكتابة كل كتابة كانت صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن انجر اليه الحق عنه أو ممن ينوب عنه » .

فيجب لاعتبار الورقة بداية حجة بالكتابة ان تكون صادرة من الخصم المدعى عليه . وتعتبر الورقة صادرة من المدعى عليه اذا صدرت كذلك من مستخلف يكون المدعى عليه خلفا عاما له كالمورث ، أو صدرت من نائب ينوب عن المدعى عليه نيابة قانونية كالوصى والقيم والحارس ، أو نيابة اتفاقية كالوكيل ، بشرط أن يعمل النائب في حدود نيابته . فاذا لم يكن الشخص مستخلفا للمدعى عليه أو نائبا عنه فلا تعتبر الكتابة الصادرة منه بداية حجة بالكتابة ، ايا كانت العلاقة التى تربطه بالمدعى عليه ، فعلاقة البنوة ورابطة الزوجية والشركة فى ملك شائع أو فى ميراث واتحاد المصلحة فى احدى القضايا ، كل هذا لا يعدل بذاته علاقة النيابة فى ذلك الخصوص .

وتعتبر الورقة صادرة من المدعى عليه اذا كانت موقعة منه أو ممن يمثله ، أو كانت بخطه أو بخط من يمثله ، اذ فى هذه الحالة يتأكد صدورها منه رغم عدم التوقيع . وهناك ورقة تعتبر صادرة من المدعى عليه رغم كونها غير موقعة منه ولا ممن يمثله ، ولا هى بخطه ولا بخط من يمثله ، وهى الورقة الرسمية التى يرد فيها أقوال صدرت منه ، فأقوال الخصوم التى تدون فى أوراق رسمية بواسطة الموظفين المختصين ، تعتبر صادرة منهم ولو لم تكن بخطهم أو موقعة منهم ، فاذا كانت هذه الاقوال واردة فى محرر أو فى حكم قضائى صحيحين شكلا فانها تعتبر بداية حجة بالكتابة .

المطلب الثانى فقد السند الكتابى

من الحالات التى تعتبر استثناء من القاعدة العامة للبيئة بالشهادة حالة فقد السند الكتابى ، وقد نصت على هذه الحالة الفقرة الاولى من المادة (448) من قانون الالتزامات والعقود التى جاءت تقضى بأنه :

« استثناء من الاحكام السابقة يقبل الاثبات بشهادة الشهود :

1 — فى كل حالة يفقد فيها الخصم المحرر الذى يتضمن الدليل الكتابى للالتزام له أو للتحلل من التزام عليه ، نتيجة حادث فجائى أو قوة قاهرة أو سرقة . وتخضع الاوراق النقدية والسندات لحاملها لاحكام خاصة . . »

ومضمون هذه الحالة التى اعتبرها المشرع استثناء من القاعدة الاساسية لنصاب الشهادة أن الخصم قد حصل على الدليل الكتابى الذى يقضى به القانون ، ولكنه بعد حصوله على هذا الدليل فقدده بسبب اجنبى لا يدل عليه فيه . فضرورة الاستثناء فى هذه الحالة جلية واضحة ، اذ أن الدليل الكتابى قد وجد فعلا ولكنه ضاع بغير تنصير من حامله . لذلك يجوز عندئذ أن تحل الشهادة محل الدليل الكتابى لاثبات ما تزيد قيمته على 250 درهم ولايثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها .

والواقع أن المدعى الذى فقد السند المثبت لحقه غير ملوم ، فهو لا يلام على قعوده عن اعداد الدليل الكتابى لانه قد أعده ، ولا يلام كذلك على عدم تقديم هذا الدليل لانه قد فقدده بسبب لا يدل عليه فيه .

ومن نص الفقرة الاولى من نص المادة (448) يتضح أنه يلزم على المدعى الذى فقد سنده الكتابى أن يقيم الدليل على هذا الفقد ، ويتعين عليه فى هذه الحالة أن يثبت امرين :

أولاً : سبق وجود السند الكتابى .

ثانياً : فقد هذا السند بسبب اجنبى لا يدل عليه فيه .

فاذا توصل المدعى الى اثبات هذين الامرين ساغ له أن يثبت ما يدعيه بشهادة الشهود ، ولو تجاوزت قيمة المدعى فيه 250 درهم .

المطلب الثالث

المانع من الحصول على دليل كتابي

نصت الفقرة الثانية من المادة (448) من قانون الالتزامات والعقود على هذه القاعدة ، فجاءت تقضى بأنه :

« استثناء من الاحكام السابقة يقبل الاثبات بشهادة الشهود . . . »

2 — اذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابي لاثبات الالتزام ، كالحالة التي تكون فيها الالتزامات ناشئة عن شبه العقود وعن الجرائم والحالة التي يراد فيها اثبات وقوع غلط مادي في كتابة الحجة أو حالة الوقائع المكونة للاكراه أو الصورية أو الاحتيال أو التدليس التي تعيب الفعل القانوني وكذلك الامر بين التجار فيما يخص الصفقات التي لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابي لاثباتها .

تقدير الحالات التي يتعذر فيها على الدائن الحصول على الدليل الكتابي موكول لحكمة القاضي . »

ومن هذا النص يتضح أن القانون حينما يوجب الكتابة في الاثبات ، انما يفترض امكان الحصول على دليل كتابي . فاذا كانت هناك ظروف تحول دون ذلك ، فان الشهادة تجوز في الاثبات نزولا على ما يقتضيه العقل وتوجبه العدالة ، وما كان للقانون أن يكلف أحدا بالمستحيل .

فقد يوجد لدى المتعاقد مانع يمنعه وقت التعاقد من الحصول على كتابة مثبتة حقه دون أن يكون في ذلك تقصير من جانبه ، فلا يكون من العدل مؤاخذته على عدم الحصول على الكتابة وحرمانه من اثبات حقه بالشهادة .

والحقيقة أن المشرع المغربي لم يهدف من وراء ذكر بعض الحالات التي يتعذر فيها على الدائن الحصول على دليل كتابي لاثبات الالتزام « كالحالة التي تكون فيها الالتزامات ناشئة عن شبه العقود وعن الجرائم والحالة

التي يراد فيها اثبات وقوع غلط مادي في كتابة الحجة أو حالة الوقائع المكونة للاكراه أو الصورية أو الاحتيال أو التدليس التي تعيب الفعل القانوني « الا تقريب معنى المانع المادي من الذهن ، فهذه الحالات لم يذكرها المشرع المغربي على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل فقط . ويتضح هذا جليا من الصياغة التي وردت بها الفقرة الثانية من نص المادة (448) .

كما أن المشرع المغربي هدف من وراء ذكر بعض الحالات كأثلة للمانع من الحصول على الدليل الكتابي الى عدم اعطاء حرية واسمة للقضاء في التقدير حسبما يرى من ظروف كل تعاقد ، وذلك لانه لا يصح التساهل في هذا التقدير لان ذلك استثناء من قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة ، والاستثناء لا يجوز مطلقا التوسع فيه . فكان المشرع موافقا من حيث ايراد بعض الضوابط لتقريب معنى المانع المادي من الذهن .

المطلب الرابع

التصرفات القانونية التجارية

بينما الاصل في المواد المدنية هو تقييد الاثبات ، نجد الاصل في المواد التجارية هو حرية الاثبات . فالشهادة تجوز في اثبات المسائل التجارية ايا كانت قيمة الالتزام . والحكمة في هذه الاباحة هي ما تقتضيه المعاملات التجارية من سرعة وبساطة ، الامر الذي يتنافى مع اشتراط كتابة في الاثبات تكون مدعاة للبطء والتعقيد . فالتاجر تفرض عليه ظروفه أن يبرم عمليات كثيرة في وقت قصير ، والا تعذر عليه أن يحقق الفائدة المرجوة من عمله .

ومن هذا يبين لنا أن العلة في جواز الاثبات بالشهادة اطلاقا في المسائل التجارية ترجع الى أن السرعة والثقة من روح التجارة ، واشتراط الحصول على كتابة مثبتة للتعاقد يعطلها ، فتقررت حرية الاثبات بشهادة الشهود في كل الاحوال مهما كانت قيمة الدعوى كنتيجة للثقة بين التجار وضمنانا لعدم

تعطيل أعمالهم . وجواز الاثبات بالشهادة لا يمنع جوازه بالكتابة ، ذلك أن جواز الاثبات بالشهادة في المواد التجارية ليس معناه عدم جواز اثباتها بالكتابة . انها معناه فقط أنهم لا يكلفون بالحصول على كتابة مقدما . فاذا وجدت كتابة جاز تقديمها لاثبات ما بها ، بل من مصلحة الدعوى تقديمها لانها أدق في الاثبات من شهادة الشهود وأسرع في الوصول الى الحكم . ثم ان حرية الاثبات بالشهادة مقررة لمصلحة المشتغلين بالتجارة فلهم أن يتنازلوا عن هذه الحقوق ويشترطوا فيما بينهم عدم جواز الاثبات الا بالكتابة .

وحيث أنه لا يفترض في الشخص أنه تاجر ، فالقاعدة أن عبء اثبات صفة التاجر يقع على عاتق من يدعى لنفسه أو على غيره هذه الصفة . ولما كانت صفة التاجر تلحق بالشخص متى توافرت فيه شروط اكتساب هذه الصفة ، كان الطريق لاثبات صفة التاجر هو اثبات توافر الشروط اللازمة لاعتبار الشخص تاجرا ، وذلك باثبات قيامه بأعمال تجارية باسمه وعلى وجه الاحتراف ، أو باثبات استغلاله مشروعاً تجارياً ، ويجوز الاثبات بكافة طرق الاثبات لان اثبات مزاوله الحرفة — تجارية أو مدنية — أو استغلال مشروع تجارى أمر يقتضى اثبات وقائع مادية ، واثبات الوقائع المادية جائز بكل طرق الاثبات ، فيجوز اثباتها بالشهادة والقرائن .

الفصل الثالث

القرائن

تعريف :

القرينة هي ما يستنبطه المشرع أو القاضى من امر معلوم للدلالة على امر مجهول . وهى كما عرفت المادة (449) من قانون الالتزامات والفقود :

« دلائل يستخلص منها القانون أو القاضى وجود وقائع مجهولة » .

وقد جاءت هذه المادة مطابقة للمادة (1349) من القانون المدنى الفرنسى التى عرفت القرائن بوجه عام بأنها :

« النتائج التى يستخلصها القانون أو القاضى من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة » .

فالقرائن اذن أدلة غير مباشرة اذ لا يقع الاثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى اذا ثبتت امكن أن يستخلص منها الواقعة المراد اثباتها .

والقرائن نوعان : نوع يستنبطه قاضى الموضوع من وقائع الدعوى المروضة عليه ، ويعتبر استنتاجات فردية فى حالات خاصة . ونوع يستنبطه المشرع نفسه مما يغلب وقوعه عملا فى طائفة معينة من الحالات ، فيبنى عليه قاعدة عامة ينص عليها فى صيغة مجردة .

والنوع الاول هو القرائن القضائية

(Présomptions de fait) — (Présumptions judiciaires)

والنوع الثانى هو القرائن القانونية

(Présomptions légales — (Présumptions de droit)

من كل هذا يبدو لنا أن القرائن نوعان :

— قرائن قضائية وهي التي يستنبطها القاضى من ظروف الدعوى ،
وهي التي يسميها المشرع المغربي بالقرائن التي لم يقررها القانون .

— وقرائن قانونية وهي التي يستخلصها المشرع من حالات يغلب
وقوعها وينص عليها وهي التي سماها المشرع المغربي بالقرائن المقررة
بمقتضى القانون .

وقد وردت احكام القرائن فى الفرع الرابع من القسم السابع المخصص
لأشياء الالتزامات وأشياء البراءة منها وذلك فى المواد (449 — 459) .

الببحث الاول

القرائن القانونية

نقسم بحثنا للقرائن القانونية الى مطلبين نخصص الاول منها لالقاء
نظرة عامة عن القرائن القانونية بوجه عام . ثم نخصص المطلب الثانى
لبحث القرينة القانونية القاطعة التى تكفل المشرع ببحث أحكامها بتفصيل
وهى قرينة حجية الامر المتضى .

ومن كل هذا يرتسم أمامنا مناج بحثنا للقرائن القانونية :
وندرس فى المطلب الاول : الاحكام العامة للقرائن القانونية .
وندرس فى المطلب الثانى : حجية الامر المتضى .

المطلب الاول

احكام عامة

نخصص هذا المطلب للتعريف بالقرائن القانونية ، وبيان حجيتها فى
الاثبات ، ثم عرض أنواع القرائن القانونية .

التعريف بالقرائن القانونية

أولا : نصت المادة (450) من قانون الالتزامات والعقود على أن :

« القرينة القانونية هي التي يربطها القانون بأفعال أو وقائع معينة كما يلي :

1 — التصرفات التي يقضى القانون ببطلانها بالنظر الى مجرد صفاتها لافتراض وقوعها مخالفة لاحكامه .

2 — الحالات التي ينص القانون فيها على أن الالتزام أو التحلل منه ينتج من ظروف معينة كالانقادم .

3 — الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضى .

ومن هذا النص يتضح أن القرينة القانونية هي ما يستنبطه المشرع من واقعة معلومة يحددها للدلالة على أمر مجهول ينص عليه فهي كالقرينة القضائية تقوم على فكرة الاحتمال والترجيح ، بل الغالب أن تكون في الاصل قرينة قضائية ثم نص عليها المشرع .

غير أن القرينة القانونية تنطوي على خطورة لا توجد بالنسبة الى الأخرى ، ذلك أن المشرع هو الذي يقوم باستنباط الأولى فينص عليها في صيغة عامة مجردة ، فتصبح قاعدة تنطبق على جميع الحالات المماثلة حتى لو بدت مغايرتها لحقيقة الواقع في بعض هذه الحالات (1) .

فمن يريد أن يستفيد من حكم قرينة قانونية فليس عليه الا أن يقيم الدليل على توافر الواقعة التي يشترط القانون قيامها لاتطبيق حكم هذه القرينة . وقد جاءت المادة (453) من قانون الالتزامات والعقود تقضى بأنه : « القرينة القانونية تعفى من تقررت لمصلحته من كل اثبات . ولا يقبل أي اثبات يخالف القرينة القانونية » .

(1) الإثبات في المواد المدنية — عبد المنعم فرج الصدة — صفحة 293 نبرة 224 .

ثانيا : ليس للقاضي حق التصرف في القرائن القانونية ولو اعتقد عدم صحتها ، وذلك لانها تقرر بنص القانون وهو لا يقول في حكمه أنه حكم بناء على قرينة كذا ، وانما بناء على المادة كذا ، ويكفى لمن كانت القرينة في مصلحته أن يتمسك بالمادة التي نصت عليها . ولذلك يصح القول بأن القرائن القانونية ليست وسائل اثبات وانما تعفى من تقرر لمصلحته من كل اثبات أى أنها تغنى عن الاثبات .

ثالثا : بما أن الاصل في كل دليل أن للقاضي الحق في تقديره الا ما استثنى ، فلا قرينة قانونية الا بنص ، لانه لا استثناء بغير نص ، ولذلك لا يجوز التوسع في القرينة القانونية ولا القياس عليها ، لان الاستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه .

فمفصر القرينة القانونية اذن هو نص القانون ، ولا شيء غير ذلك ولا يمكن أن تقوم قرينة قانونية بغير نص من القانون . واذا وجد النص ، فقامت القرينة القانونية ، فانه لا يمكن أن يقاس عليها قرينة قانونية أخرى بغير نص ، اعتمادا على المماثلة أو الاولوية . بل لا بد من نص خاص أو مجموع من النصوص لكل قرينة قانونية .

فالحقيقة القضائية هنا هي من عمل القانون وحده يفرضها على القاضي وعلى الخصوم ، وذلك على خلاف الحقيقة القضائية المستمدة من القرينة القضائية فهي من عمل القاضي .

ومن هنا تتبين خطورة القرائن القانونية ، فهي وان كانت تقوم على فكرة ما هو راجح الوقوع ، يقيمها القانون مقدما ، ويعممها ، دون أن تكون أمامه الحالة بالذات التي تطبق فيها كما هو الامر في القرائن القضائية ومن ثم تتخلف حالات — تتفاوت قلة وكثرة — لا تستقيم فيها القرينة القانونية (1) .

ويهدف الشارع في نصه على القرائن القانونية التي يكون لها هذا الاثر في نظام الاثبات الى أغراض مختلفة ، ترجع في مجموعها الى حرصه

(1) السنهوري — الوسيط الجزء الثاني — صفحة 601 .

على تحقيق مصلحة عامة ، أو حماية مصلحة خاصة تقتضى ظروف صاحبها أن تكون محل رعاية من جانب القانون .

رابعاً : قد يكون غرض المشرع من النص على القرينة هو تحقيق مصلحة عامة ، كما هي الحال في حجية الامر المقضى (المواد 450 — 452) فبمقتضى هذه الحجية يعتبر الحكم الحائز لقوة الامر المقضى عنواناً للحقيقة ، قرينة على صحة ما فصل فيه ، فلا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ، لان الصالح العام يقتضى أن تتوفر الثقة في احكام القضاء وأن يوضع حد للخصومة بشأن موضوع معين .

خامساً : قد يرى المشرع أن الاثبات يتعذر في بعض الحالات الى درجة كبيرة ، فيقيم قرينة يخفف بها عبء الاثبات عن المدعى . مثل ذلك أن مسؤولية المكلف بالرقابة عن الضرر الذي يحدثه من هو تحت رقابته تقوم على خطأ مفترض في القيام بواجب الرقابة ، فقد رأى المشرع أن المضرورة يصعب عليه اثبات هذا الخطأ في أغلب الحالات فجعل قيام الالتزام بالرقابة قرينة على خطأ متولى هذه الرقابة (المادة 85 من قانون الالتزامات والعقود) .

سادساً : قد يستخلص المشرع القرينة من أحوال الناس وطبائعهم وعاداتهم في التعامل ، فمثلاً جعل المشرع ارجاع الدائن اختياراً الى المدين السند الاصلى قرينة على حصول البراء من الدين (المادة 341 من قانون الالتزامات والعقود الفقرة الثالثة) لان المألوف عادة بين الناس أن الدائن لا يسلم للمدين السند الاصلى للدين الا اذا قام المدين بالوفاء .

وقد تستخدم القرينة لاغراض تشريعية ، اذ يجعل منها المشرع أساساً لقاعدة موضوعية ينص عليها ، فتساهم بذلك في عمل القاعدة القانونية . وفي هذه الحالة تكون القرينة مستوردة ، فلا تكون موضوع النص ، وإنما تكمن فقط في الدوافع التي أدت الى سن القاعدة (1) .

(1) عبد المنعم فرج الصدة الاثبات في المواد المدنية — صفحة 296

وقد يستخدم المشرع القرينة لأغراض قضائية ، فتكون بصدد قرينة قانونية أى قاعدة من قواعد الإثبات . وفى هذه الحالة يكون دور القرينة ظاهرا ، اذ تكون القرينة موضوع النص القانونى .

وقد يستخدم القاضى القرينة لأغراض قضائية ، فتكون حينئذ قرينة قضائية أى طريقا للإثبات يتخذها المتقاضون لإقناع القاضى بصحة ما يدعون به .

حجية القرينة القانونية فى الإثبات :

بينما أن القرينة القانونية تنقل محل الإثبات من الواقعة المراد إثباتها الى واقعة أخرى متصلة أو مجاورة يحددها المشرع . فتكون هذه الواقعة الأخيرة هى أساس القرينة التى يشترط القانون قيامها لانطباق حكم القرينة . وبذلك يتعين ثبوتها أولا حتى يجرى هذا الحكم . فيكون على من يتمسك بقرينة قانونية أن يقيم الدليل على أن هذه الواقعة قد توفرت له بشروطها القانونية وللخصم الذى يحتج عليه بالقرينة أن ينازع فى توافر الشروط التى يتطلبها القانون لقيامها وأن يدحض ما يقدمه خصمه من أدلة على ذلك . وتوافر شروط انطباق القرينة القانونية مسألة قانونية يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض .

فإذا ثبت قيام الواقعة أساس القرينة القانونية تعين على القاضى أن يأخذ بحكم القرينة فيجعلها أساسا لحكمه ، حتى لو بدا له عدم مطابقتها للواقع فى القضية المعروضة ، والا كان حكمه قابلا للنقض . فالدلالة التى تنطوى عليها القرينة يفرضها القانون ، وليس للقاضى سلطة تقدير مدى مطابقتها لحقيقة الواقع .

على أن الخصم الذى يحتج عليه بقرينة قانونية يجوز له أن ينقضها بإثبات العكس باستثناء القرائن القانونية القاطعة المنصوص عليها فى المادة (450) .

ولا يقصد بجواز نقض القرينة أن يكون للخصم أن يناقش الاستنباط الذي قام به المشرع ليبين عدم سلامته ، فلا يحق له ذلك ، لان فيه اعتراضا على القاعدة ذاتها ، وهو أمر لا يسوغ ، انما المقصود أن للخصم أن يقيم الدليل على أن الاحتمال الذي تقول به القرينة لا يطابق الواقع في الحالة المعروضة ، فمثلا في قرينة خطأ المسؤولين عن رقابة من هم تحت اشرافهم (المادة 85 من قانون الالتزامات والعقود) يمكنهم دخول هذه القرينة باثبات أنهم قاموا بواجب الرقابة وانهم لم يتمكنوا من منع وقوع الفعل الذي صدر ممن هو تحت رقابتهم والذي أدى الى الاضرار بالغير . ونقض القرينة القانونية يجوز بجميع طرق الاثبات حتى لو كانت بصدد تصرف تزيد قيمته على 250 درهم . وواضح أن اثبات عكس القرينة ممكن بالكتابة والقرار واليمين ، لان هذه الطرق تجوز في الاثبات في جميع الحالات . وهو ممكن كذلك بالشهادة والقرائن القضائية ، لان القرينة تنقض بقرينة مثلها . ومتى جاز الاثبات بالقرائن جاز الاثبات كذلك بالشهادة .

وجواز نقض القرينة بجميع الطرق مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض .

انواع القرائن القانونية :

سبق لنا الكلام على أن القرينة القانونية هي اعفاء من الاثبات فالخصم الذي تقوم القرينة القانونية لصالحه معفى من اثبات الواقعة التي يستخلصها القانون من هذه القرينة . ولكن لما كان الاصل هو أن كل دليل يقبل اثبات العكس ، فالدليل الكتابي يقبل اثبات العكس بدليل كتابي مثله ، والشهادة تقبل اثبات العكس بشهادة مثله أو بدليل كتابي . والقرائن القضائية تقبل اثبات العكس بقرائن مثله أو بشهادة أو بدليل كتابي أو بأي طريق آخر من طرق الاثبات (المادة 454 من قانون الالتزامات والعقود) ، وذلك كله وفقا لمبدأ أساسى في الاثبات هو حرية الدفاع . وان هذا يؤدي بنا الى النتيجة الآتية : كل قرينة قانونية — وقد اثبتت واقعة معينة — تقبل في الاصل اثبات عكس هذه الواقعة . واذا كان الدليل الكتابي والشهادة —

وهما يثبتان الواقعة بطريق مباشر — يقبلان اثبات العكس ، فأولى بالقرينة القانونية — وهى تقتصر على الاعفاء من الاثبات — أن تقبل هى الأخرى اثبات العكس . ومعنى اثبات العكس هنا هو اثباته فى الحالة الخاصة التى يكون النزاع بصددھا ، والا فانه لا يجوز اثبات عكس القرينة فى عمومھا ، وبوصفھا قاعدة تشريعية ، فان هذا الاثبات معناه الغاء التشريع ذاته الذى أقام القرينة القانونية ، ولا يلغى التشريع الا بتشريع مثله .

ويتبين من هذا أن الأصل فى القرينة القانونية أن تكون غير قاطعة ، أى أنها تقبل اثبات العكس . فإذا هى لم تقبل اثبات العكس فذلك هو الاستثناء .

وقد سبقت لنا الإشارة الى أن المشرع المغربى يعتبر أن الأصل فى القرينة القانونية أن تكون قاطعة أى أنها لا تقبل أى اثبات يخالفها (الفقرة الثانية من المادة 453) وأن الاستثناء هو أن تكون القرينة غير قاطعة أى يجوز اثبات ما يخالفها وذلك بنصوص خاصة .

والسؤال الذى يتبادر الى الذهن هو متى تعتبر القرينة القانونية قاطعة ، ومتى تعتبر غير قاطعة ؟

أولا : القرينة القانونية القاطعة :

نصت المادة (450) من قانون الالتزامات والعقود على أن :
« القرينة القانونية هى التى يربطها القانون بأفعال أو وقائع معينة كما يلى :

1 — التصرفات التى يقضى القانون ببطلانها بالنظر الى مجرد صفاتها لافتراض وقوعها مخالفة لاحكامه .

2 — الحالات التى ينص القانون فيها على أن الالتزام أو التحلل منه ينتج من ظروف معينة كالتقادم .

3 — الحجية التى يمنحها القانون للشيء المقضى . »

وتنص المادة (453) من قانون الالتزامات والعقود على أن :
« القرينة القانونية تعفى من تقرر لمصلحته من كل اثبات . ولا يقبل أى
اثبات يخالف القرينة القانونية » .

ومن هذين النصين يتضح أن القرائن القانونية القاطعة وهى الواردة
على سبيل الحصر فى المادة (450) هى التى لا تقبل اثبات ما ينقضها .
أى أن الخصم لا يمكنه أن يثبت ما يخالفها . وقد قيل فى هذا الصدد أن
القاعدة فى القرينة أن تقبل اثبات العكس ، ولكن الشارع قد يرى اعطاء
القرينة قوة أكبر ، وذلك لاعتبارات أساسية تتعلق بالنظام العام ، وتجعل
من الخطر اباحة مناقشتها فيحرم اثبات العكس (1) .

ثانيا : القرينة القانونية غير القاطعة :

القرينة القانونية غير القاطعة أو البسيطة هى التى يجوز نقضها
بالدليل العكسى ، وهى تعفى من تقرر القرينة لمصلحته من الاثبات
اعفاء تاما ، ولا تقتصر على نقل عبء الاثبات الى خصمه شأنها فى ذلك
شأن القرينة القانونية القاطعة .

وقد قسم الفقيه ديكوتينيس (2) القرائن القانونية غير القاطعة
الى :

(1) قرائن تقوم على افتراض أولى يضعه المشرع ليصل منه الى
تطبيق قاعدة قانونية فييسر من أعمال هذه القاعدة ، كافتراض أن الاصل
فى الملك ألا يكون مثقلا بحق للغير ، وأن الاصل فى المتهم البراءة ، وأن الولد
للفراش ، وأن أعمال التاجر تعد فى الاصل أعمالا تجارية ، وأن حسن
النية مفروض فى الحيازة .

(2) وقرائن مستقلة عن تطبيق قاعدة قانونية تقوم على فكرة الراجع
الغالب الوقوع ، وقد ارتفع بها المشرع من مرتبة القرينة القضائية الى مرتبة

(1) عبد المنعم فرج الصدة - الاثبات فى المواد المدنية - صفحة 305 -
(2) هامش رقم 2 الوسيط السنهورى الجزء الثانى صفحة 624 (عن ديكوتينيس فى القرائن
فى القانون الخاص صفحة 186 - صفحة 211)

القرينة القانونية حتى يلزم بها القاضى والخضوع ، فيجعلها بمنأى عن النزاع والجدل ، ويقتصد فيما يبذل من جهد فى الإثبات ، وذلك كافتراض العلم بالتعبير عن الإرادة بمجرد وصول التعبير الى من وجه اليه ، وافتراض الوفاء بقسط الاجرة السابق اذا أثبت المستأجر أنه دفع القسط اللاحق .

ومثال القرينة القانونية البسيطة أو غير القاطعة ما نصت عليه المادة (63) من قانون الالتزامات والعقود من أنه يفترض فى كل التزام أن له سببا حقيقيا ومشروعا ولو لم يذكر . فهنا أعفى القانون الدائن من اثبات أن للالتزام الذى يطالب به المدين سبب ، وأن هذا السبب مشروع ، مع أن السبب ركن من أركان العقد واشتراط المشروعية شرط من شروط اعتداد المشرع بالسبب ، وكان ينبغى أن يقوم الدائن باثباته . وليس الامر هنا هو نقل عبء الإثبات الى عاتق المدين بل أن الدائن — وقد أعفى من الإثبات — يعتبر أنه قدم اثباتا كاملا على وجود السبب ومشروعيته . والخصم اذا قدم دليلا كتابيا أو شهادة على ما يدعيه فانه يكون قد قدم دليلا كاملا ، ولكن هذا لا يمنع خصمه من أن يقدم دليلا ينقض دليله ، فالدليل العكسى فى القرينة غير القاطعة ليس نتيجة لنقل عبء الإثبات الى الخصم الآخر ، بل هو تطبيق لاصل من أصول الإثبات يقضى بمقارعة الدليل بالدليل .

المطلب الثانى

حجية الامر المقضى

التعريف بقاعدة حجية الامر المقضى :

(ا) ان تعبير « حجية الامر المقضى » أو « قوة الشيء المحكوم فيه » أو « المقضية المبرمة » (La chose jugée) يدل فى اللغة القانونية على أمر فصل فيه بحكم قضائى .

فالاحكام التى يصدرها القضاء تكون حجة بما فصلت فيه بمعنى أن ما جاء فى هذه الاحكام يعتبر مطابقا للحقيقة . ويترتب على هذه القاعدة أن

الخصوم يمتنع عليهم أن يعاودا الالتجاء الى القضاء في شأن نزاع سبق الفصل فيه (1) .

فاذا رفع أحد الخصوم دعوى جديدة تتعلق بهذا النزاع كان للخصم الآخر أن يدفع هذه الدعوى بحجية الامر المقضى ، أى بسبق الفصل فيها .

فالقضاء سيف في يد المجتمع وجد لانتهاء الحصومات وسد منافذها ، لا لاثارتها وتحريك نيرانها دوما . فاذا فصل في دعوى واكتسب الحكم فيها قوة الشيء المحكوم فيه نهائيا ، فلا يجوز سماع الدعوى ثانية من أجل الفعل نفسه . وهم يعللون عدم اجازة النظر ثانية في قضية بت فيها بأن المفروض في الحكم الاول أنه الحكم العادل والقول الفصل ، وهذا رأى الفقهاء الرومان قديما *rex judiciala provérilate habitur* بحجية الامر المقضى يتمسك بها الخصم حينما يكون هناك أمر فصل فيه ، ثم عاود الخصم الآخر المنازعة في هذا الامر ، سواء كان ذلك بدعوى مبتدأة أو بدفع عند الاحتجاج عليه بما قضى به أثناء نظر قضية أخرى .

والدفع بهذه الحجية دفع بعدم القبول يمتنع معه على القاضى أن ينظر في النزاع اذا كان موجهها ضد دعوى سبق الفصل فيها ويكون مؤديا الى الرفض اذا استخدم ضد ادعاء محل دعوى أخرى تختلف عن الاولى .

ولا يقتصر اثر هذه الحجية على واحد من الطرفين في الدعوى الاولى وانما هى تفرض عليهما معا ، يستوى في ذلك من خسر الدعوى ومن كسبها فيمتنع على كل منهما ان ينازع مرة أخرى فيما سبق الفصل فيه .

والواقع أن قانون الالتزامات والعقود المغربى شأنه في ذلك شأن القانون المدنى الفرنسى والتقنينات المدنية الحديثة قد خرج بحجية الامر المقضى عن أن تكون قاعدة موضوعية الى جعلها قرينة قانونية . وهى قرينة

(1) ليس للمحكمة الابتدائية ولا لمحكمة الاستئناف الحق في قبول دعوى رفضت بحكم حاز قوة الشيء المقضى به .
(المجلس الأعلى - الحكم رقم 35 تاريخ 17 - 6 - 1958 - مجلة القضاء والقانون عدد 17 صفحة 612) .

قانونية قاطعة لان المشرع نص صراحة على عدم جواز قبول دليل ينقض هذه القرينة (المادة 453) .

ويذكر بعض الفقهاء في هذا المعنى بأن هذه القرينة القانونية تستر في الحقيقة قاعدة موضوعية ، ولا تقوم الحجية النسبية للحكم على أساس قرينة تفيد أن الحكم هو عنوان الحقيقة ، والا لكان عنوان الحقيقة بالنسبة الى الجميع . ولكن الحجية النسبية تقوم على الاعتبار الآتى : لما كان القاضى محايدا وكان الخصوم هم الذين يقدمون الادلة ، فالحقيقة القضائية مرهونة بما يقدمون من ذلك ، ومن أجل هذا كان الحكم حجة عليهم هم دون غيرهم (1) .

وجوب التمييز بين حجية الامر المقضى وبين قوة الامر المقضى :

يجب التمييز بين حجية الامر المقضى (autorité de la chose jugée) وقوة الامر المقضى (force de la chose jugée) فحجية الامر المقضى معناه أن للحكم حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة الى ذات الحق محلا وسببا . فيكون الحكم حجة في هذه الحدود ، حجة لا تقبل الدحض ولا تتزحزح الا بطريق من طرق الطعن في الحكم . وتثبت هذه الحجية لكل حكم قطعى ، أى لكل حكم موضوعى يفصل في خصومة سواء كان هذا الحكم نهائيا أو ابتدائيا، حوريا أو غيابيا. وتبقى للحكم حجيته الى أن يزول، فان كان غيابيا حتى يزول بالغائه في المعارضة ، وان كان ابتدائيا حتى يزول بالغائه في الاستئناف ، وان كان نهائيا حتى يزول بنقضه أو بقبول التماس اعادة النظر فيه .

ولحجية الامر المقضى معنى آخر وهو قابلية الحكم للتنفيذ الى أن يطعن فيه . ذلك أن الأحكام في القانون الفرنسى تكون قابلة للتنفيذ الى أن يطعن فيها . فالذى يوقف تنفيذها ليس هو ميعاد الطعن بل هو الطعن ذاته (2) .

-
- (1) بلانيول وريبير وجابولد الجزء السابع نبذة رقم 1556 صفحة 1023 ، بيد أن وبرو الجزء التاسع نبذة رقم 1337 و 1338 .
(2) الوسيط الجزء الثانى صفحة 632 — السنهورى من دى باج الجزء الثالث نبذة رقم 940 صفحة 937 و 938 .

ويقول دى باج (1) فى موضع آخر ان الحكم القابل للطعن فيه تكون له حجية الامر المقضى بالمعنيين ، فهو حجة على الخصوم وقابل للتنفيذ . فاذا ما طعن فيه فعلا ، زال المعنى الثانى — القابلية للتنفيذ — وبقي المعنى الاول اذ يكون حجة على الخصوم الى ان يؤدى الطعن الى الفائه .

اما قوة الامر المقضى فهى مرتبة يصل اليها الحكم اذا اصبح نهائيا غير قابل لا للمعارضة ولا للاستئناف اى غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية وان ظل قابلا للطعن فيه بطريق غير اعتيادى .

ويجب التمييز فى كثير من العناية بين حجية الامر المقضى وقوة الامر المقضى . فكثيرا ما يقع الخلط بينهما فى الفقه والقضاء والتشريع . ويذكر الاستاذ السنهورى (2) ان من اسباب هذا الخلط ما يرجع الى لغة القانون الفرنسى فالحكم القطعى (3) (définitif) يجوز الحجية (autorité) والحكم النهائى (4) (définitif) يحوز القوة (force) فوق الخلط من استعمال لفظ (définitif) بمعنى القطعى والنهائى فى وقت واحد . اما فى لغتنا العربية يقول الاستاذ السنهورى فيسهل التمييز بين الحكم القطعى ويحوز الحجية دون القوة ، والحكم النهائى ويحوز الحجية والقوة معا .

فالحكم القطعى ، نهائيا كان او ابتدائيا ، حضوريا او غيابيا ، تثبت له حجية الامر المقضى ، لانه حكم قضائى فصل فى خصومة . ولكن هذا الحكم لا يحوز قوة الامر المقضى الا اذا اصبح نهائيا غير قابل لا للمعارضة ولا للاستئناف بأن كان فى ذاته غير قابل للطعن . ففى جميع هذه الاحوال يكون الحكم نهائيا حائزا لقوة الامر المقضى ، ولو كان قابلا للطعن بطريق غير اعتيادى . اما اذا كان الحكم قابلا للمعارضة او للاستئناف فانه لا يحوز

- (1) السنهورى عن دى باج صفحة 940 و 942 .
- (2) السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثالث صفحة 642 .
- (3) الحكم القطعى هو الذى يحسم النزاع فى الخصومة كلها او فى شق منها .
- (4) الحكم النهائى هو الذى لا يقبل الطعن بالاستئناف ، اما لانه صدر انتهايا من محكمة الدرجة الاولى او المحكمة الاستئنافية واما لانه صدر ابتدائيا ولكن فات ميعاد استئنافه فصار نهائيا ، ولا ينفى كون الحكم انتهايا ان يكون غيابيا ، فيكون قابلا للطعن فيه بالمعارضة دون الاستئناف . ومن ناحية اخرى يعتبر الحكم انتهايا ولو كان قابلا للطعن بالنقض او التماس اعادة النظر ، لان هذين طريقان غير عاديين للطعن لا يحولان دون وصف الحكم بالانتهاية .

قوة الامر المقضى ولكن تكون له حجية الامر المقضى ، وتبقى هذه الحجية قائمة ما دام الحكم قائما حتى لو طعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف .

فاذا الفى نتيجة للطعن زال وزالت معه حجيته ، اما اذا تأيد ، ولم يعد قابلا لا للمعارضة ولا للاستئناف بقيت له حجية الامر المقضى وانضافت لها قوة الامر المقضى . ومن ثم يتبين ان كل حكم يحوز قوة الامر المقضى يكون حتما حائزا لحجية الامر المقضى ، والعكس غير صحيح . ويتبين كذلك ان الحكم القطعى فى أدنى مراتبه — وهى مرتبة الحكم الابتدائى الفيايى يكون :

أولا : له حجية الامر المقضى ، ولا تزول هذه الحجية الا بالغاء الحكم عن طريق الطعن فيه .

ثانيا : ليست له قوة الامر المقضى ، الى ان يصبح نهائيا فيحوز هذه القوة بالاضافة الى الحجية .

ثالثا : وحتى اذا وصل الى هذه المرتبة من القوة ، يبقى بالرغم من حيازته لحجية الامر المقضى ولقوة الامر المقضى ، معرضا للالغاء عن طريق طعن غير اعتيادى . فاذا لم يبلغ أو فات الميعاد دون أن يطعن فيه ، أو كان منذ البداية غير قابل للطعن فيه بطريق غير اعتيادى ، استقرت له الحجية والقوة على وجه غير قابل للزوال .

الدفع بحجية الامر المقضى :

الدفع بحجية الامر المقضى ويقال له أيضا الدفع بسبق الفصل ، هو الصورة العملية لقاعدة حجية الامر المقضى أى الطريقة العملية لأعمال هذه القاعدة . فاذا رفع أحد الخصوم دعوى جديدة فى نزاع سبق الفصل فيه فانه يجوز للخصم الآخر أن يدفع بعدم جواز نظر هذه الدعوى لسبق الفصل فيها ، وهو دفع بعدم القبول يجوز ابداءه فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو فى الاستئناف ، ولكن لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض .

ويترتب على هذا الدفع أن يمتنع القاضى عن النظر فى الدعوى الجديدة أى يحكم بعدم قبول الدعوى .

وقد قيل امعاناً فى التمييز بين التمسك بحجية الامر المقضى والدفع بهذه الحجية ، ان لكل منهما شروطاً تميز عن شروط الآخر . فالشروط الواجب توافرها فى الحكم لتثبت له الحجية هى شروط التمسك بحجية الامر المقضى . اما شروط الدفع فهى الشروط الواجب توافرها فى الخصوم والمحل والسبب . وقيل أيضاً ان هناك احكاماً يمكن فيها التمسك بالحجية دون الدفع وهى الاحكام التى يقتصر فيها القاضى على أن يقرر ثبوت بعض الوقائع أو نفيها دون اصدار أمر الى الخصوم كالحكم بصحة التوقيع والحكم بصحة التعاقد ، وعلى العكس من ذلك هناك احكام يمكن فيها استعمال الدفع دون التمسك بالحجية وهى الاحكام التى يقتصر فيها القاضى على اصدار أمر للخصوم دون أن يقرر شيئاً من حيث ثبوت الوقائع المتنازع عليها أو نفيها ، كالحكم بتعيين خبير أو بالاحالة على التحقيق أو بفرض نفقة مؤقتة (1) .

حجية الامر المقضى فى المواد المدنية ليست من النظام العام :

النظام العام فكرة مرنة غير محدودة تتغير وفقاً للزمان والمكان وتختلف تبعاً للمذاهب والنظريات وتشكل حسب الغرض الذى من أجله يراد تحديدها . ففكرة النظام العام التى يعول عليها فى التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المقررة مثلاً تختلف عن التى يلجأ اليها فى حل تنازع القوانين من حيث الزمان ، وتختلف كليهما عن فكرة النظام العام فى القانون الدولى الخاص ، كما أن كلا من هذه الافكار تغاير فكرة النظام العام التى تعين القوانين التى لا يجوز الاعتذار بجهلها .

ومن المسلم أنه لا يكفى فى القواعد والنظم أن تكون موضوعة للمصالح العام حتى تعتبر متعلقة بالنظام العام . فالتقادم مثلاً وتعدد درجات التقاضى

(1) السنهورى ، الوسيط الجزء الثالث صفحة 637 من بيدان وبرو الجزء التاسع نبذة رقم 1336 .

لا نزاع في انهما يقومان على أساس من المصلحة العامة ، ولكن الاجماع على انهما لا يتعلقان بالنظام العام فيجوز لصاحب الحق في التمسك بهما أن ينزل عن هذا الحق دون أن يكون في ذلك أساس بالنظام العام .

أما بالنسبة لحجية الامر المقضى وما يترتب عليها من جواز الدفع بسبق الفصل ، فيجب التفرقة في هذا الشأن بين حجية الامر المقضى فيه جنائيا ، وحجية الشيء المقضى فيه مدنيا .

فالاولى تعتبر متعلقة بالنظام العام لا يجوز النزول عنها ويتعين على المحكمة مراعاتها من تلقاء نفسها لان توقيع العقوبات على المجرمين وتبرئة غيرهم يمس مصلحة المجتمع العليا ولا يجوز أن يكون محلا للمساومة بين الافراد . وقد زود المشرع المحاكم الجنائية بسلطة في تحري الحقيقة أوسع كثيرا من سلطة المحاكم المدنية ، واعتبر ما تقررته الاولى من حقائق قضائية اقرب الى الحقائق الواقعة مما تقررته الثانية ، وجعل للاحكام الجنائية حجية مطلقة أي أنها تسرى قبل الكافة وألزم المحاكم المدنية أن تتقيد بما قضت به المحاكم الجنائية .

أما في المواد المدنية فحجية الامر المقضى لا تتعلق بالنظام العام وذلك على الرغم من أنها تقوم على اعتبار يتصل بالصالح العام ، اذ الواقع أن النظام العام لا يضار من أن ينزل الخصم عن التمسك بالميزة التي خوله القانون اياها في هذا الخصوص . ومقتضى هذا أنه يصح نزول الخصم صراحة أو ضمنا عن التمسك بهذه الحجية (1) . ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بها من تلقاء نفسها ، ولا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض . وهذا الحل متفق عليه في الفقه والقضاء الفرنسيين (2) وقد أخذ به قانون الالتزامات والعقود المغربي في المادة 452 فقال : « ولا يسوغ للقاضي أن يأخذ بالدفع بحجية الامر المقضى من تلقاء نفسه » .

(1) يستفاد النزول الضمني من سكوت الخصم حين نظر الدعوى الجديدة عن الدفع بحجية

الحكم السابق .

(2) دي باج ، الجزء الثالث نبذة رقم 942 ، بلانيول وريبير وجابولد ، الجزء السابع نبذة رقم 1552 ، أو برى ورو ، الجزء 12 صفحة 457 ، كولان وكابيتان ودي لامور انديير ، الجزء الثاني نبذة رقم 786 .

من كل هذا يتضح ان المصلحة العامة تقضى بأن تعتبر الاحكام عنوانا للحقيقة والا يثار النزاع من جديد فيما فصل فيه نهائيا من الدعاوى ، وأن يكون للاحكام حرمتها واحترامها ، والقول بخلاف ذلك معناه أنه لا ينضبط معين النزاع بين الافراد . وفي هذا من العبث بالاحكام ما لا يخفى ، فضلا عما يترتب عليه من تناقض الاحكام وكثرة المصاريف واطالة امد النزاع وانعدام وسائل الاثبات مع الزمن تلك الوسائل التي اعتمد عليها في تقرير الحقوق .

فالدعامة التي ترتكز عليها قاعدة حجية الامر المقضى هي ان الاحكام عنوان الحقيقة ورمز الصواب ، ولكن ليس معنى هذا أنها تعتبر الحقيقة المجردة . وعلى هذا لا يسوغ للمحكمة أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها من تلقاء نفسها أى بدون أن يدفع الخصم بذلك اذ أن هذا من حقه ومن البديهي أنه يجوز لكل شخص أن يتنازل عن حق اكتسبه ، وفضلا عن هذا فان الحكم الاول يعتبر سنداً وليس للقاضي أن يلزم شخصا بالتمسك بسند لا يريد التمسك به .

نطاق تطبيق قاعدة حجية الامر المقضى :

لكي نحدد نطاق قاعدة حجية الامر المقضى يجب أن نتناول هذه الحجية بالنسبة للأشخاص الذين تسرى في حقهم أولا ، ثم بالنسبة للاحكام التي تطبق عليها ، ثم أخيرا بالنسبة لاجزاء الحكم التي تتوفر لها .

اولا : الأشخاص الذين تسرى في حقهم حجية الامر المقضى :

سبق لنا أن أشرنا الى أن حجية الامر المقضى يراد بها أن تكون الاحكام حجة بها فصلت فيه من حقوق بحيث لا يمكن نقضها الا بسلك الطرق التي شرعت للطعن في الاحكام ، فلا يجوز نقضها بأي دليل من طريق دعوى مبتدأة أو دفع يتمسك به الخصم عند الاحتجاج عليه بها .

ولتحديد الأشخاص الذين تسرى في حقهم هذه الحجية تجب التفرقة بين الخصوم والغير . فحجية الامر المقضى بهذا المعنى لا تقوم الا فيما بين

الخصوم في الدعوى ، ولهذا قيل انها حجية نسبية وليست مطلقة (1) ويلاحظ انها تفرض على الخصوم جميعا ، لا فرق في ذلك بين المدعى والمدعى عليه ، ولا بين من قضى له ومن قضى عليه (2) .

أما الغير وهو الذي لم يكن خصما في الدعوى فلا تسرى في حقه هذه الحجية . فيجوز له أن ينازع في صحة النتائج التي انتهى اليها الحكم الصادر في هذه الدعوى ، وأن يسلك في هذه المنازعة طرق الإثبات الجائزة سواء كان ذلك بواسطة دعوى مبتدأة يرفعها ، أو دفع يبدية عند الاحتجاج عليه بهذا الحكم .

على أن مبدأ نسبة حجية الأحكام قد ترد عليه استثناءات . فهناك من الأحكام ما تكون له حجية مطلقة ، أي تقوم في مواجهة كافة ، بحيث لا يستطيع أحد من الناس أن ينازع فيها قضت به حتى لو كان من غير الخصوم في الدعوى وكانت له مصلحة في هذه المنازعة . من ذلك الأحكام الجنائية ، فهذه حجة على جميع الناس لاعتبارات تتصل بالنظام العام ، كذلك الأحكام التي تقرر للشخص أهلية جديدة أو حالة جديدة ، كالأحكام الصادرة بتوقيع الحجر أو برفعه ، أو بشهر الإفلاس أو بتغيير اسم الشخص ، فهذه الأحكام تقتضى طبيعتها أن تكون لها حجية قبل الجميع ، لأنها ترمى إلى تحديد الأوضاع الجديدة التي يمكن فيها للشخص الذي صدرت في شأنه أن يتعامل مع الآخرين (3) .

ويلاحظ أن المقصود بهذه الأحكام تلك التي تنشئ حقيقة حالة جديدة بحيث لا يقتصر أمرها على الاعتراف بصفة عرضية . فمثلا الحكم الذي يعتبر المدين تاجرا بناء على مطالبة دائنه له بهذا الوصف لا تكون له حجية الأمر المقضى فيها يتعلق بهذه الصفة أزاء الدائنين الآخرين .

-
- (1) حجية الأحكام نسبية لا تلزم إلا من صدرت له أو عليه (المجلس الأعلى الحكم رقم 388 تاريخ 21 مارس 1967 مجلة قضاء المجلس الأعلى المدة الثالث صفحة 41) .
 - (2) عبد المنعم فرج الصدة ، الإثبات في المواد المدنية ، صفحة 320 من دي باج ، الجزء الثالث نبذة رقم 938 مكرر - مجموعة Juris classeur تعليقات على المواد 1939 - 1253 مدني فرنسي صفحة 13 فقرة 108 .
 - (3) أوبري ورو ، الجزء 12 صفحة 423 نبذة رقم 769 .

ثانيا : الاحكام التي تحوز حجية الامر المقضى :

حجية الامر المقضى تثبت للحكم من يوم صدوره . فاذا كان الحكم قابلا للطعن فيه باحدى الطرق العادية ، اى لم يحز قوة الامر المقضى ، فان الحجية تثبت له مع ذلك ، ولكنها تكون حجية مؤقتة تزول اذا طعن فيه بالمعارضة او الاستئناف . واذا كان الحكم قد حاز قوة الامر المقضى ولكنه كان قابلا للطعن فيه باحدى الطرق غير العادية وهى التماس اعادة النظر والطعن بالنقض ، واعتراض الخارج عن الخصومة فان الحجية تثبت له وتظل رغم الطعن فيه باحدى هذه الطرق على نقيض حالتى الطعن بالمعارضة او الاستئناف فلا تزول الا اذا اقتضى ذلك الحكم الذى يصدر فى الطعن .

ويترتب على ذلك انه اذا كان احد طرفى الخصومة اشخاصا متعددين ، ولم يطعن فى الحكم بالاستئناف سوى بعض هؤلاء ، فان الحكم يحتفظ بحجية الامر المقضى بالنسبة للآخرين الذين لم يطعنوا فيه . كذلك اذا طعن فى الحكم بالنقض ولم ينقض الا فى جزء منه ، فانه يحتفظ بحجية الامر المقضى فيما يتعلق بالاجزاء الاخرى ما لم تكن مرتبة على الجزء المنقوض (1) . ويفصل القاضى عادة فيما يعرض عليه من منازعات بعد سماع طرفى الخصومة ومناقشتها وتحقيق اقوالهما وفحص ما يقدمانه من أدلة ، ثم يجرى حكم القانون ما يثبت لديه بالادلة القانونية فى شأن الوقائع المتنازع فيها ، اى أن القاضى يقوم فى ذلك بعملين متميزين :

اولهما تحرى الواقع وترجيح ادعاء أحد الخصمين بشأنه على ادعاء الآخرين بحسب ما يظهر له من أدلة الدعوى . ويعتمد القاضى فى ذلك على عقله وعلى تقديره للامور وفقا للقانون ولا يعدو فيه أن يكون محققا رواية كل من الخصمين ومرجحا احدهما على الاخرى .

اما الثانى وهو اجراء حكم القانون فيما يثبت لديه من وقائع ، فيعتمد فيه القاضى على السلطة المخولة له فى تطبيق القانون اى فى تفريد القواعد

(1) نقض مدنى فرنسى فى 9 يناير 1905 ، جازيت دى باليه 1905 - 1 - 183 ، نقض مدنى فرنسى 38 - 12 - 1949 دالوز 1904 - 1 - 94 .

العامّة المجردة واستنباط أوامر خاصة منها يلزم بهذا أشخاصا معينين ، فيلزم المدعى عليه مثلا بطلبات المدعى كلها ، أو يرفض الدعوى فيترتب على رفضها منع المدعى من منازعة المدعى عليه في موضوعها .

وحجية الأمر المقضى إنما تثبت لما انتهى إليه الحكم في شأن الوقائع المتنازع فيها . فإذا ادعى شخص أنه أقرض آخر مبلغا من النقود ، وثبتت واقعة القرض لدى القاضى وقضى بالزام المدعى عليه برد مبلغ القرض ، فإن واقعة القرض هذه تحوز حجية الأمر المقضى فتعتبر صحيحة لا تجوز المنازعة فيها بغير طرق الطعن في الأحكام .

ويترتب على هذا أن الحجية لا تثبت إلا للأحكام التى تفصل في موضوع النزاع أو في جزء منه وهى الأحكام القطعية (1) فلا تثبت الحجية لما تصدره المحكمة من أوامر أو قرارات لا تكون متعلقة بالخصومة ، وهى تلك التى تصدرها المحكمة بموجب سلطتها الولائية ولا تثبت أيضا للأحكام التى تصدر قبل الفصل في الموضوع ولا تنتهى بها الخصومة كلها أو بعضها ، كالأحكام التى تصدر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات والأحكام التمهيدية .

وعلى ضوء هذه الفكرة تتحدد الشروط الواجب توافرها في الحكم كى يحوز حجية الأمر المقضى . فهذا الحكم يشترط فيه ثلاثة شروط :

الشرط الاول : أن يكون حكما قضائيا .

الشرط الثانى : أن يكون صادرا من جهة مختصة اختصاصا يجعل لها ولاية القضاء في موضوعه .

الشرط الثالث : أن يكون قطعيا .

ثالثا : أجزاء الحكم التى تثبت لها حجية الأمر المقضى

حجية الحكم هى قوته في الإثبات ، والإثبات لا يرد إلا على وقائع أو

(1) ونقصد بالأحكام القطعية تلك التى تحسم النزاع في الخصومة وكذلك الأحكام التمهيدية interlocutoires وهى التى تشف عن اتجاه المحكمة في القضية كالحكم الصادر بنسب خبير لتقدير مدى الضرر الذى لحق المدعى (متى كان المدعى عليه منكرا لوجود هذا الضرر) .

حقوق متنازع فيها . لذلك وجب أن تقتصر حجية الحكم على ما يفصل فيه من هذه الوقائع والحقوق . ويتكون الحكم من ثلاثة أجزاء : الوقائع والاسباب والمنطوق .

ويشتمل الجزء الخاص بالوقائع عرض موضوع النزاع وطلبات الخصوم وبيان إجراءات الدعوى ابتداء من اعلان صحيفة الدعوى الى تاريخ الحكم .

وتتضمن الاسباب عرض حجج الخصوم ومناقشتها وبيان الحجج التي استندت اليها المحكمة فيما قضت به في المنطوق .

والمنطوق هو نص ما قضت به المحكمة في موضوع النزاع وفي الطلبات المطروحة عليها بثبوت الوقائع المتنازع فيها أو عدمه وبإجابة الطلبات كلها أو بعضها أو برفضها . والاصل أنه هو الذي يحوز حجية الامر المقضى لانه هو الذي تتمثل فيه الحقيقة القضائية .

ولما كان مناط ثبوت حجية الامر المقضى هو أن يكون هذا الحكم فاصلا في نزاع ، فان هذه الحجية لا تثبت لكل اجزاء الحكم وانما تتوفر فقط للجزء الذي يشتمل على الفصل في موضوع متنازع عليه . وعلى ضوء هذه الفكرة تتحدد قوة كل من هذه الاجزاء . فالقاعدة أن الحجية تكون للمنطوق ولكنها قد تثبت أيضا للاسباب ، بل قد يحصل أن تتوفر كذلك للوقائع .

حجية الاحكام الجنائية امام المحاكم المدنية :

(٢) اذا ارتكب شخص جريمة سببت ضررا للغير فانه ينشأ عنها دعويان : دعوى جنائية لتوقيع العقاب ، ودعوى مدنية للمطالبة بالتعويض أو للتمسك بحق فصل فيه الحكم الجنائي ، فاذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية فما مدى حجية الحكم الجنائي الذي يصدر من المحكمة الجنائية في الدعوى المدنية المنظورة أمام المحكمة المدنية .

لاشك في أن الدعويين ، الجزائية والمدنية ، تختلفان بأشخاصهما وأغراضهما : فالاولى تقوم بين المدعى عليه والنيابة العامة والفرض منها فرض عقوبة . والثانية تقوم بين المدعى الشخصي والمدعى عليه والغاية منها التعويض المدني . وأول ما يتبادر الى الذهن أنه نظرا لاختلافهما ، فمن

الضرورى أن لا يكون لاحدهما أثر فى الأخرى . ولكن المبدأ الثابت غير ذلك ، لأن المصلحة الاجتماعية تقضى بأن تتبع المحكمة المدنية قرار المحكمة الجزائية . والواقع أن هذه المصلحة تصاب بضربة شديدة إذا حكمت محكمة جزائية على المدعى عليه بعقوبة قد تكون الاشغال الشاقة سنين طويلة ، ثم يأتى الحاكم المدنى حين بحثه مسألة التعويض المادى فيقرر أن المحكوم عليه برىء ويقر حرمان الضحية من هذا التعويض . هذا من جهة الصدى فى الراى العام . أما من جهة وسائل التحرى عن الحقيقة فهى أوسع مدى وأقوى أثرا فى يد الحاكم الجزائى من الحاكم المدنى المقيد بكثير من القيود .

لهذه الاعتبارات نشأت القاعدة القائلة بأن الجزائى يعقل المدنى (1) (le criminel tient le civil en état) وقد نصت عليها المادة العاشرة من قانون المسطرة الجنائية وبمقتضاها : « يمكن إقامة الدعوى المدنية لدى المحكمة المدنية المختصة منفصلة عن الدعوى العمومية . غير أنه يجب أن ترجىء المحكمة المدنية حكمها فى هذه الدعوى فى انتظار البت النهائى فى الدعوى العمومية أن كانت هذه الدعوى جارية » .

ومضمون هذه القاعدة أن الدعوى المدنية إذا أقيمت فى المحكمة المدنية وأقيمت الدعوى الجزائية فى المحكمة الجزائية ، فمن واجب المحكمة المدنية التريث والتأجيل حتى يبت القضاء الجزائى فى الدعوى العامة بصورة مبرمة . ولم توضع هذه القاعدة إلا تقاديا من حدوث محذور كبير هو التضارب بين قرارين . ولئن كان القانون قد فرض الانتظار على القاضى المدنى فذلككى يكون هذا القاضى مرتبطا بقرار القاضى الجزائى .

من كل هذا يبين أنه وإن كان القانون قد منح للمضرور من الجريمة بابا لدى المحاكم الجنائية للمطالبة بتعويض عن الضرر الذى حصل له ، إلا أن الاختصاص الاصيل هو للمحاكم المدنية . ويحدث فى العمل أن تطرح الدعوى الجنائية على المحكمة الجنائية ثم يلجأ المدعى المدنى مطالبا بحقوقه أمام المحكمة المدنية وهو فى هذا قد يرفع الدعوى المدنية قبل إقامة النيابة العامة

(1) المجلس الاعلى الحكم رقم 62 تاريخ 24 يونيو 1968 مجلة قضاء المجلس الاعلى عدد 2 صفحة 71 .

للدعوى الجنائية ، أو أن يختصم المتهم أثناء نظر الدعوى الجنائية المرفوعة عليه ، فهل تسير الدعويان الجنائية والمدنية جنباً الى جنب فيصدر فى كل منهما حكم لا يؤثر ولا يتأثر بالحكم الصادر فى الاخرى أم ان الامر على خلاف ذلك .

القاعدة العامة فى هذا الصدد ان الحكم الذى يصدر فى الدعوى الجنائية له حجية بالنسبة لما يثبت من وقائع وتكوين هذه الوقائع لجريمة ونسبتها الى فاعل معين (1) . اما الحكم المدنى فلا حجية له امام المحاكم الجنائية بالنسبة الى ما يدخل فى اختصاص هذه المحاكم الا اذا صدر فى مسألة مدنية بحتة . ولما كان موضوع الدعوى المدنية هو تعويض الضرر الناشئ عن فعل يعد جريمة ، فانه يجب ابتداء ان يثبت قيام الجريمة ونسبتها الى المتهم بحكم صادر من المحكمة المختصة وهى المحكمة الجنائية متى كانت الواقعة معروضة عليها . وما دامت هذه المحكمة لم تنته بعد الى رأى معين وجب على المحكمة المدنية ان تتريث حتى الفصل فى الدعوى الجنائية حتى تقيم حكمها على ما تنتهى اليه فيها ، وهذا هو ما يسمى بقاعدة الجنائى يوقف المدنى ، ومرجعها حجية الحكم الجنائى امام المحكمة المدنية .

وقد ذهبت بعض الاحكام فى تعليل القاعدة الى اعتبار ان الواقعة الجنائية فى هذه الصورة تعتبر مسألة اولية بالنسبة الى المدعى بالحق المدنى ومن ثم يتعين الفصل فيها أولاً ، وقال رأى آخر ان المراد من القاعدة منع تأثير الاحكام المدنية على القضاء الجنائى اذا صدرت أولاً ، واما الرأى المعاصر الذى عليه الغالبية فيرجع حجية الحكم الجنائى بالنسبة الى المدنى لما لخطورة الحكم الاول واهميته وتعلقه بصالح المجتمع خلافاً للحكم الصادر فى الدعوى المدنية (2)

(ب) ومما تجدر الاشارة اليه ان اعمال القاعدة القائلة بأن الجزائى يعقل المدنى يتطلب توافر الشروط الآتية :

- (1) ان المحكمة لا تجيب عن المقال حين تففل عن اعطاء البيانات الكافية حول وقائع ثابتة فى حكم زجرى اكتسب قوة الشئ المقضى به يحتج به من جاء فى فائدته (المجلس الاعلى ، الحكم رقم 24 تاريخ 24 - 11 - 1958 مجلة القضاء والقانون عدد 21 صفحة 834) .
- (2) حسن صادق الرصفاوى ، الدعوى المدنية امام المحاكم الجنائية ، صفحة 382 .

الشرط الاول : أن ترفع الدعوى الجنائية أمام المحاكم الجنائية والدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، فتكون كل من الدعويين مطروحة على المحكمة المختصة في ذات الوقت ، ويستوى في هذا أن تكون الدعوى المدنية هي التي رفعت أولا أو أن تكون الدعوى الجنائية هي المقامة أولا ، كما يستوى أن تكون احدى الدعويين المدنية أو الجنائية أمام محكمة الدرجة الاولى والدعوى الاخرى لدى الدرجة الثانية لان التزام المحكمة المدنية بالحكم الجنائي ينبغى أن يكون مؤسسا على حكم نهائى .

الشرط الثانى : أن يكون سبب الدعويين الجنائية والمدنية واحدا ، أى الجريمة المرفوع من أجلها الدعوى ، فان اختلف فلا محل لوقف الدعوى .

الشرط الثالث : أن يتحد شخص المدعى عليه في الدعويين الجنائية والمدنية ، أى أن المتهم في الاولى هو المدعى عليه في الثانية ، فان اختلف فلا موجب للوقف لان الحكم الجنائي لا تكون له حجية أمام المحكمة المدنية بالنسبة لمن لم يكن مختصا أمام المحكمة الجنائية .

(ج) وحجية الاحكام الجنائية أمام المحاكم المدنية تعتبر من النظام العام ، بمعنى أن المحاكم لا تستطيع مخالفتها ولا يستطيع الخصوم التنازل عنها سواء صراحة أو ضمنا .

والاصل في الحجية أن تكون للاحكام لانها عنوان على صحة ما جاء بها ، وأن يكون الحكم نهائيا وصادرا في واقعة جنائية لانه بهذا تتوافر الحكمة من تقييد القضاء المدنى بها .

أما الاحكام التى تصدر من المحاكم الجنائية في غير المسائل الجنائية فلا حجية لها أمام المحاكم المدنية . فالحكم الصادر في الدعوى المدنية المطروحة بطريق التبعية على القضاء الجنائي لا حجية له فيما يتعلق بتطبيق احكام القانون بالنسبة الى المسؤول مدنيا ، اذ أنها قاصرة على الخصوم فيها فقط ، أى أنه اذا لم يوجد اتحاد في الخصوم والسبب والموضوع فلا مانع من مناقشة المسؤولية المدنية أمام المحكمة المدنية .

والحجية تكون للاحكام النهائية والصادرة في موضوع الدعوى ، لانه ما دامت هذه الاحكام تلزم المحكمة المدنية تعين ان يكون الامر فيها قد استقر بمعنى ان تكون قد استنفذت طرق الطعن جميعا او مضت المواعيد الخاصة بها دون طعن ، اذ ما دام هناك احتمال لان يتغير الحكم عند الطعن فيه فقد يصل الحال الى تعارض بين الحكمين الجنائي بعد ان صار نهائيا والمدنى الذى اعتمد على حكم جنائي لم يكن قد اصبغ نهائيا بعد ، ومن ثم فلا حجية للاحكام الغيابية او التمهيدية او الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع .

ومن البديهي انه لا بد للاحتجاج بالحكم الجنائي امام القضاء المدنى ، ان يكون صدور الحكم سابقا على الفصل في الدعوى المدنية لاحقا لها ، لانه بعد استقرار الحقوق بين الطرفين بحكم نهائى مدنى لا يصح المناساس بها بسبب حكم جنائي صدر بعده ، اذ ليس للحكم الجنائي اثر رجعى .

والقاعدة ان حجية الحكم تكون لمنطوقه الفاصل في النزاع ، وهو ما قضى به صراحة ، ومع هذا فان المنطوق قد يرتبط ارتباطا وثيقا بالاسباب التى بنى عليها . وعندها تكون لتلك الاسباب ذات الاحترام ونفوس الحجية التى لمنطوق الحكم ، وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية بقولها اذا كان المنطوق مرتبطا ارتباطا وثيقا باسباب الحكم ونتيجة لازمة لها فان هذه الاسباب تحوز حجية الامر المقضى به (1) والمجلس الاعلى من جهته ، قد قضى في هذا الصدد بأن منطوق الحكم الصادر من المحكمة الجنائية وحده وكذا الحثيات التى تعتبر اساسا له يمكن ان تحوز قوة الشيء المقضى (2) .

(د) ولكن ما هو مدى قوة القضية المبرمة في الجزائيات على الدعوى المدنية ؟ لقد ثبت الاجتهاد الفرنسى المستمر على مثل هذه التعابير : « لا يجوز للقاضى المدنى ان يهمل ما أبرمه القاضى الجزائى بالضرورة وبالتأكيد

(1) نقض مدنى بتاريخ 8 - 3 - 1953 - مجموعة احكام النقض السنة 4 فقرة 42 .
(2) حكم مدنى رقم 169. تاريخ 12 ابريل 1969 مجلة قضاء المجلس الاعلى العدد العاشر صفحة 29 .

سواء فيما يتعلق بوجود الفعل الجرمي ، أو فيما يتعلق باشتراك الفاعل في هذا الجرم » أو « لا يستطيع القاضى المدينى أن يهمل ما أبرمه القاضى الجزائى فيما يتعلق بوجود الجرم ، أو بوصفه أو بجرميته الفاعل (1) » .

لذلك اذا فصلت المحكمة الجزائية في غير مسائل وجود الجرم ، ووصفه وجرمية الفاعل أو براءته ، فان الفصل يكون دون ضرورة . وتظهر أهمية هذه القضية في المثال التالى : اذا قضت المحكمة الجزائية في جريمة ، وقالت في أسباب القرار ان المعتدى عليه ارتكب خطأ من شأنه أن يخفف المسؤولية الجزائية — وهذا من شأنه أن يخفف المسؤولية المدنية — فان المحكمة المدنية غير ملزمة بهذا الامر وتظل حرة حين النظر في طلب التعويض ، في تقدير المسؤولية المدنية كما تشاء .

واذا قضت المحكمة الجزائية على مجرم بعقوبة ما ، من أجل ارتكابه جرماً معيناً ، فان المتضرر من هذا الجرم ، ليس عليه اذا راجع المحاكم المدنية الا أن يبرز لها قرار المحكمة الجزائية ، وكل ما تفعله المحكمة المدنية هو أن تبحث عما اذا كان الفعل قد أضرب به أكيدا ، فان كان قد تضرر حقا ، فتقدر الضرر . ولكن ليس لها أن تبحث في ارتكابه الجرم ، أو اشتراكه فيه بصورة مادية أو معنوية لان هذا امر قد بت فيه أمام المحكمة الجزائية واكتسب قوة القضية المبرمة وأصبح ملزماً للمحاكم المدنية .

أما اذا ثبت أن الفعل قد وقع فعلاً من الفاعل ، ولكن لا يمكن فرض عقوبة ما عليه كأن يكون غير معاقب عليه جزائياً ، أو أن الدعوى العامة سقطت بالتقادم ، فان المحكمة الجزائية تصدر قراراً بعدم مسؤوليته . ففي هذه الحالة ليس لقرار تصدره هذه المحاكم بأن المدعى عليه مرتكب الفعل غير المعاقب عليه ، حجية الامر المقضى في المحاكم المدنية ، ولهذه المحاكم

(1) الدكتور عبد الوهاب حومد ، أصول المحاكمات الجزائية ، صفحة 850 — حيث أن المبدأ الذى بمقتضاه أن الاحكام الصادرة عن القضاء الجزائى التى لها قوة الشيء المقضى تلزم المحاكم المدنية يعنى انه يتعين عليها اعتبار ما قضت به فيما يتعلق بوجود الحادث الجنحى ووصفه ادانة أو براءة من نسب اليه ، وأنه نتيجة لذلك فمنطوق الحكم الصادر عن المحكمة الجنائية وهذه وكذا الحثيات التى تعتبر أساساً له يمكن أن تحوز قوة الشيء المقضى . (المجلس الاعلى حكم مدنى رقم 169 تاريخ 12 ابريل 1969 مجلة قضاء المجلس الاعلى عدد 10 صفحة 29)

أن تقرر خلاف ما قرره المحكمة الجزائية ، وتقول بأن المدعى عليه هو فاعل الفعل وتحكم عليه بالتعويضات المدنية ذلك لان الخطأ المدني غير الخطأ الجزائي . الا أن السبب الذي بنت المحكمة الجزائية عليه قرار عدم المسؤولية ملزم للمحكمة المدنية فلا تستطيع أن تقول أن الفعل جرم ، ولا أن تقول أنه لم يسقط بالتقادم .

أما قرار البراءة من ناحيته الجزائية فله حجية الأمر المقضى . ولكن هل يمنع المدعى الشخصى من المطالبة بتعويض مدنى أمام المحاكم المدنية ، وما هو موقف المحاكم المذكورة من قرار البراءة ؟

يجب النظر فى قرار البراءة نفسه لنرى على ماذا استندت المحكمة لان قرارات البراءة تصدر بناء على أربعة أسباب (1) :

- (1) — عدم وقوع الفعل الجرمى .
- (2) — عدم اشتراك المدعى عليه فى ارتكابه ، اذا كان وقع .
- (3) — عدم وجود النية الجرمية فى الجرائم المقصودة ، وعدم وجود الخطأ الجزائي فى الجرائم غير المقصودة .
- (4) — عدم كفاية الادلة .

فاذا كانت التبرئة مستندة الى عدم وقوع الفعل بالمرة ، أو الى عدم اشتراك المدعى عليه فيه ، فان الدعوى المدنية لا تسمع لان للقرار حجية الأمر المقضى ، والمحكمة المدنية التى تسمع طلبا كهذا تناقض ضرورة قرار المحكمة الجزائية التى قررت أن لا علاقة للمدعى عليه بالفعل المذكور .

أما اذا كان قرار التبرئة مستندا الى عدم وجود النية الجرمية ، فليس له حجية الأمر المقضى ، لان وجود النية شرط لتطبيق العقوبة الجزائية ولكن الضرر يمكن أن ينشأ عن فعل ضار لا يوجد على أساسه الا خطأ

(1) الدكتور عبد الوهاب هومد ، أصول المحاكمات الجزائية ، صفحة 855

مدنى بسيط . ففى هذه الحال يستطيع المضرور أن يطالب المدعى عليه بالتعويض المدنى أمام المحاكم المدنية ، ولهذه أن تحكم دون أن تناقض قرار البراءة وقد جاء فى حكم صادر عن المجلس الاعلى « أن الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود الذى ينشئ مسؤولية مفترضة على عاتق حارس الشئ المتسبب مباشرة فى الضرر يفرض عليه ، ليتخلص من المسؤولية ، وجوب اثبات أن الضرر ناتج عن سبب أجنبى ، وأنه علاوة على ذلك فعل كلما كان ضروريا لمنعه من الوقوع . فالدليل على أن الحارس فعل كلما كان ضروريا لا يمكن أن يستنتج من حكم بالبراءة فى القضية الجنحية (1) » .

ولكن ما يكون الحال اذا كان قرار البراءة مبنيا على وجود الشك فى جرمية الفاعل اى على عدم كفاية الادلة ؟ اذا سيق شخص أمام المحكمة ولكن لم يثبت بصورة قاطعة أنه ارتكب الفعل فبراته لهذا السبب ، اى لوجود الشك ، فهل لنجاته من العقاب اثر فى منع مطالبته بالتعويض ؟

لو نظرنا الى المبادئ العامة وحدها لقلنا بأن المحاكم المدنية تستطيع أن تنظر فى الدعوى المدنية وتقرر ما تشاء من التعويض ، لان قرار البراءة لا يستند ، لا على عدم وقوع الفعل ، ولا على عدم اشتراك المتهم فيه ولكنه استفاد فقط من الحكمة القائلة (الشك فى مصلحة المتهم) . غير أن الاجتهاد والفقه يخشيان وقوع التناقض بين القرارين : القرار الجزائى (الذى برا) ، والقرار المدنى (الذى يمكن أن يحكم) وفى هذا ما فيه من اثر سىء فى جمهور الناس . لذلك كان الراى الشائع عدم السماح بذلك أيضا (2) . وعلى هذا فالبراءة المبنية على الشك تقفل ابواب المحاكم المدنية فى وجه المدعى الشخصى ولا يقبل من المضرور أن يقدم للحاكم المدنى ادلة جديدة لدعم الادلة السابقة ، لان هذا جائز أمام دوائر التحقيق لا أمام محاكم الحكم .

(1) المجلس الاعلى ، الغرفة المدنية — 23 يراير 1965 مجلة المحاكم المغربية العدد 1371 الصادر فى 10 — 6 — 1965 .

(2) عبد الوهاب هوهد ، المرجع السابق ، صفحة 856 .

المبحث الثانى

القرائن القضائية

التعريف بالقرائن القضائية

نصت المادة (454) من قانون الالتزامات والعقود على أن :

« القرائن التى لم يقررها القانون موكولة لحكمة القاضى ؟ وليس للقاضى أن يقبل الا القرائن القوية الخالية من اللبس أو القرائن المتعددة التى حصل التوافق بينها ؟ واثبات العكس سائغ ، ويمكن حصوله بكافة الطرق . »

كما نصت المادة (455) على أنه :

« لا تقبل القرائن ، ولو كانت خالية من اللبس ومتوافقة ، الا اذا تأيدت باليمين ممن يتمسك بها متى رأى القاضى وجوب أدائها . »

من هذه النصوص يتضح أن القرينة القضائية هى التى تترك لتقدير القاضى يستخلصها من ظروف القضية وملابساتها .

فالقاضى يستنبط القرينة القضائية من واقعة معلومة فى الدعوى فيستدل بها على الامر المجهول المراد اثباته . فهى تبدو كعلاقة بين واقعيتين احدهما ثابتة ، والاخرى مجهولة ، وتسمح بالانتقال من الاولى الى الثانية . مثل ذلك أن تستخلص من القرابة بين الاب وابنه قرينة على صورية التصرف . فالقرابة هنا هى الواقعة المعلومة التى عنى مدعى الصورية باثباتها ، والصورية هى الامر المجهول المتنازع فيه ، فيستطيع القاضى بطريق الاستنباط العقلى أن يستخلص من واقعة القرابة قرينة يستدل بها على الصورية .

فالذى يميز القرائن — كما سبق لنا البيان — عن غيرها من الادلة ان الاثبات فيها لا ينصب مباشرة على الواقعة المتنازع فيها ، وانما يتناول

واقعة مجاورة يدل ثبوتها بطريق غير مباشر على صحة ما يدعى به . وهذا هو الاثبات غير المباشر الذى يقوم على نقل محل الاثبات الى واقعة متصلة بموضوع النزاع يترجح معها اذا ثبتت صدق المدعى .

ومن هذا ينطوى الاثبات بالقرائن على عنصرين : الاول يتمثل فى الوقائع التى يطلب الخصوم من القاضى التثبت منها ، وهذه هى الامارات التى تستخلص منها القرينة والتى لا تقع تحت حصر وتختلف باختلاف ظروف كل دعوى . والعنصر الثانى هو الاستنباط الذى به يفسر القاضى هذه الامارات كى يستنبط منها قرينة يستدل بها على الامر المنازع فيه .

والواقع أنه مهما قيل عن القرائن القضائية من انها تقوم على الاحتمال والترجيح ، وتستند الى عملية استنباط لا يؤمن فيها الزلل ، فان اهميتها العملية كبيرة ، وهذا يرجع الى تعذر الاثبات المباشر فى اغلب الحالات ، والى ما للقاضى من سلطة كبيرة فى الاخذ بالقرائن . وقد استطاعت المحاكم من هذا الطريق وبما لها من سلطة كبيرة فى هذا الخصوص ان تخفف عبء الاثبات حين يصعب على المدعى اقامة دليل قاطع على دعواه ، بان تكتفى منه بدليل يجعل دعواه قريبة التصديق ، فيكون على الطرف الآخر ان يدحض هذا الدليل . ثم ان اطراد المحاكم على الاخذ بقرينة قضائية معينة قد يخلع عليها قوة تعادل تلك التى للقرينة القانونية .

خصائص القرائن القضائية :

يترتب على كون القرائن القضائية استنباطا يجريه القاضى على اساس ما يثبت لديه من وقائع النتائج الآتية :

(1) ان دلالتها تكون غير قاطعة ، أى ان ما يستنبط من طريقها يسمح للخصم دائما بدحضه بكافة وسائل الاثبات ، ولو أن القاضى يبقى فى النهاية حرا فى تكوين اعتقاده . ولكن الواقع ان القرائن القضائية قد تبلغ من القوة حدا يستنبط منه القاضى الامر المراد اثباته بشكل قاطع بما لا يدع مجالا لاحتمال عكسه ، فلا يكون ثمة محل من الناحية العملية لاثبات العكس وان كان حق الخصم فى ذلك معترفا به من الناحية القانونية ، وقد

لا تبلغ القرائن هذا الحد من القوة فيستنجن القاضي منها الامر المراد اثباته على سبيل الترجيح وينفسح للخصم المجال لاثبات العكس .

(2) ان ما يثبت بها يعتبر حجة متعدية ، أى يعتبر ثابتا بالنسبة الى الكافة ، لان أساسه وقائع مادية ثابتة يتحقق منها القاضي شخصا ويبنى عليها استنباطه ، فتنتفى بذلك شبهة اصطناع أحد الخصوم دليلا لنفسه أو تسليمه بحق عليه لخصمه اضرازا بالغير .

ولاجل ذلك نجد ان المشرع منح للقاضي سلطة تقدير ما اذا كان يجب تعضيد هذه القرينة باليمين وذلك في الاحوال التى يرى فيها وجهها لذلك . ومن اجل كل هذا أصبحت القاعدة ان القرائن القضائية لا تقبل ولو كانت قوية وخالية من اللبس ومتوافقة الا اذا تأيدت باليمين ممن يتمسك بها متى رأى القاضي موجبا لذلك لتكوين قناعته في القضية محل النزاع .

(3) ان المشرع اعتبرها من الادلة المقيدة أى التى لا يجوز الاثبات بها في جميع الاحوال ، لانه قدر فيها احتمال خطأ القاضي في الاستنباط فحد من خطر هذا الاحتمال باشتراط أن تكون القرائن — حتى تصلح كأداة للاثبات — خالية من اللبس وأن تؤيد باليمين ممن يتمسك بها الا اذا رأى القاضي عدم ضرورة ذلك ، كما أجاز المشرع اثبات عكس القرائن وذلك بكافة الطرق .

حجية القرائن القضائية وسلطة القاضي في شأنها :

الاثبات بالقرائن القضائية كما رأينا يقوم على تفسير القاضي لها هو معلوم لديه من الوقائع كى يستخلص منه من طريق الاستنباط العقلى قرينة يستدل بها على واقعة مجهولة يراد اثباتها .

ولان هذا الاستنباط عملية يختص بها قاضى الموضوع ، وتقوم على طريقة فهمه للوقائع وتقريره لدلالاتها وما يرجح في نظره من احتمال في شأنها ، كان الخطأ فيها محتملا . لذلك جعل الشارع تقدير القرائن القضائية

للقاضى ، يأخذ بها اذا اقتنع بها ولا يعمل بها اذا قام لديه شك فيها ، وهو فى هذا لا يتقيد بعدد القرائن ، فقد يكتفى بقرينة واحدة ، وقد تتعدد القرائن دون أن تصل الى حد الاقتناع ، وهو فى تقديره هذا لا يخضع لرقابة محكمة النقض .

وما نص عليه المشرع الفرنسى فى المادة (1353) مدنى فرنسى من أن القرائن القضائية يجب أن تكون قوية ومحددة ومتوافقة لم يعتبره شراح القانون الفرنسى الا مجرد توجيه أو نصيحة ، فلا يؤخذ منه ضرورة تعدد القرائن لتكوين عقيدة القاضى اذ أن قرينة واحدة قد تكتفى لذلك (1) .

ويتمتع القاضى بالنسبة الى القرائن القضائية بسلطة واسعة لا تتوفر له فيما يتعلق بالدلة الاخرى التى تتخذ فى الاثبات المباشر . ففى وسعه أن يستمد القرينة ليس فقط من وقائع وظروف النزاع المطروح أمامه بل كذلك من خارج دائرة هذا النزاع ، ما دامت الاوراق المتعلقة بها قد ضمت الى الدعوى المعروضة ، كما أنه لا يتقيد فى سلطته هذه بالقاعدة التى تفرض عليه الا يبنى اقتناعه على وقائع لم تثبت بالطريقة القانونية أو على وثائق لم تكن محل مناقشة الخصوم ، فله أن يستخلص القرينة من أقوال ابدائها الخصم أمام الخبير ، ومن أقوال جهود سمعهم الخبير باذن من المحكمة ، وله أن يستنبط القرينة أيضا من قرار غير قضائى صدر فى دعوى أخرى . بل وله أن يتخذ القرينة التى يعتمد عليها من أى تحقيق قضائى أو ادارى .

والقاضى فى عمله هذا له كل الحرية فى طريقة تحصيله للقرائن وفهمها ، لا يقيد به فى هذا الا أن يكون استنباطه سائفا .

(عبد المنعم فرج الصدة — ص 287 عن اوبرى ورو — ج 12 ، ص 386 فقرة 766 بودرى وبارد ، ج 4 ، فقرة 2698 — بلانيول وريبير وجابولد ، ج 7 فقرة 1547 — كولان . وكابيتان ودى لامورانديير ج 2 فقرة 781 .

الفصل الرابع الاقرار

تعريف الاقرار وطبيعته :

الاقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر قصد ترتيب حق في ذمته واعفاء الآخر من اثباته .

والاقرار نوع من الشهادة لان الشخص يقر بواقعة منتجة لاثر قانوني على عاتقه ، أى أنه يشهد على نفسه بأن ما يدعيه صاحب الحق هو صحيح . وهكذا يتضح أن الاقرار يكون من شخص بقصد أن يجعل حقا ثابتا في ذمته لآخر ، سواء كان هذا الحق محل منازعة بينهما أو لم يكن .

ولا يكون اقرارا انشاء الشخص الحق في ذمته بتصرف قانوني أو بواقعة قانونية ، كالمشتري يلتزم بدفع الثمن وكمن يرتكب عملا غير مشروع يلتزم بالتعويض ، ذلك أن انشاء الحق غير الاعتراف به . ولما كان انشاء الحق بتصرف قانوني يحتاج في اثباته الى ورقة مكتوبة اذا كانت قيمة هذا الحق تزيد على نصاب الشهادة ، فهذه الورقة تكون دليل اثبات لا اقرار ، لانها أعدت من مبدأ الامر لتثبت التصرف القانوني ، وتكون فى الغالب معاصرة لنشوئه أو بعد ذلك بوقت قليل . أما اذا كتب المدين اقرارا على نفسه بذات الحق ، فانه لا ينشئ بذلك حقا في ذمته ، ولكنه يقر بوجود هذا الحق بعد أن نشأ . ويكتب المقر اقراره عادة بعد نشوء الحق الذى يقر به بوقت غير قصير ، مدفوعا الى ذلك باعتبارات متنوعة . فقد يكتب الاقرار بعد نزاع ينتهى في تسويته الى هذا الاقرار ، وقد يكتبه بعد تصفية حساب قديم ، وقد يكتبه حتى يمكن صاحب الحق من ورثته أن يتقاضى حقه قبل تسمية التركة ، وقد يكتبه عندما يحس أن منيته قد دنت ليترك لصاحب الحق اقرارا بحقه فيبرئ ذمته سواء كتب الاقرار في مرض الموت أو قبل ذلك . أما اذا كان السند المثبت للحق قد ضاع أو قدم عليه العهد ، فكتب المدين سنداً مؤيدا للسند الاصلى ، فهذا ليس اقرارا بل هو السند المؤيد الذى بسطنا أحكامه فيما تقدم . فالورقة المكتوبة اذن قد تكون سنداً أصليا ، أو سنداً مؤيدا للسند الاصلى ، أو اقرارا مكتوبا بالدين .

ولا يكون اقرارا ما يسلم به الخصم اضطرارا على سبيل الاحتياط من طلبات خصمه . فاذا قرر في مذكرة قدمها استعداده لدفع مبلغ من النقود أقل من المبلغ المدعى به بعد أن أنكر وجود الحق في ذمته أصلا ، ولكنه يعرض هذا المبلغ على خصمه حسما للنزاع واحتياطا لما عسى أن تتجه اليه المحكمة من اجابة الخصم الى بعض طلباته ، فإن هذا لا يكون اقرارا ، لانه ليس اعترافا خالصا بوجود هذا المبلغ في ذمته ، بل هو تسليم جدلى ببعض المدعى به لحسم النزاع . فهو أقرب الى أن يكون مشروع صلح يعرضه على الخصم ، حتى اذا قبله هذا الخصم النزاع بينهما (1) .

والاقرار باعتباره اعتراف مقصود بواقعة منتجة لاثر قانونى على مائق من يصدر منه الاعتراف ، يجعل الواقعة في غير حاجة الى الاثبات ، وبذلك يحسم النزاع في شأنها قبل الفصل في الدعوى . وقد رأينا أن الواقعة محل الاثبات يشترط فيها أن تكون محل نزاع ، لان عمل القاضى ينحصر في نظر ما هو منازع فيه ، فاذا اعترف الخصم بواقعة مدعى بها عليه ، فلا يصح تكليف المدعى باقامة الدليل عليها . ولا يجوز للقاضى أن يجعل ثبوتها محل تقدير من جانبه .

ويتميز الاقرار بالخصائص الآتية :

(1) الاقرار عمل قانونى :

الاقرار كما عرفناه هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر قصد ترتيب حق في ذمته واعفاء الآخر من اثباته . ومن هذا يتضح ان الاقرار عمل قانونى لكون الارادة تتجه فيه الى احداث اثر قانونى ، هذا الاثر الذى يتجلى في ثبوت حق في ذمة المقر واعفاء المقر له من اثبات هذا الحق . ولهذا فانه يشترط في الاقرار ما يشترط في الاعمال القانونية من وجود للارادة ومحل تتمتع عليه .

ويجب أن يكون المقر ذا ادراك وقت الاقرار ، فلو كان فاقدا الادراك بسبب السكر أو التنويم والايحاء لا يكون ما يصدر منه اقرارا ،

(1) السنهوري — الوسيط — الجزء الثاني — صفحة 471 و 472 .

كما يجب أن تكون ارادة المقر جادة فيما قصدته من ترتيب الآثار القانونية الناتجة عن الواقعة التي اعترف بها . فلو صدرت من الخصم او من محاميه عبارات تهكمية في صورة اقرار ، لا يمكن أخذه بأقواله التي لم يقصد بها سوى الإنكار ولو أنها في صورة اقرار .

ويرى بعض الفقه ان الاقرار باعتباره اعترافا مقصودا ، يتطلب اتجاه ارادة المقر الى اعتبار الحق المقر بالواقعة المنشئة له ثابتا في ذمته ، وتمكين خصمه من التمسك بهذا الاقرار (1) . ولكن البعض الآخر يرى أن استلزام هذا القصد المحدد لدى المقر غير لازم ، لانه يؤدي الى استبعاد بعض صور الاقرار في العمل ، كالاقرار الذي يندفع اليه الخصم اثناء استجوابه ، دون أن يدرك مدى ما يترتب عليه من نتائج (2) .

ويجب أن يعبر المقر عن ارادته تعبيراً صريحا أو ضمنيا ، فبالنسبة للتعبير الصريح الذي يدل على ارادة المقر بطريق مباشر ومن غير حاجة لأعمال الفكر في الاستنتاج المنطقي لا يشترط فيه لفظ معين أو صيغة معينة والتعبير كما يكون صريحا يكون ضمنيا كالاقرار بعدم ملكية الشيء يستفاد ضمنا من استئجاره أو من استعارته . وقد يستفاد التعبير الضمني من مجرد السكوت كما اذا دعا القاضى الخصم صراحة الى الاجابة عن الدعوى الموجهة اليه فيلوذ بالصمت ، ولا يطلب أجلا للاجابة عنها (المادة 406 من قانون الالتزامات والعقود) أو كما لو ادعى على شخص بواقعتين فأنكر احدهما صراحة وسكت عن الأخرى ، ومن يطالب بدين عليه فيدفع بانقضائه بالمقاصة ، ثم يفشل في اثبات ما كان له من حق تقع به المقاصة ، يعتبر ما صدر منه اقرار بعدم الوفاء بغير صورة المقاصة ، وهكذا فبعد أن نصت الفقرة الاولى من المادة (407) من قانون الالتزامات والعقود على أن : « الاقرار غير القضائي هو الذي لا يقوم به الخصم أمام القاضى ويمكن أن ينتج من كل فعل يحصل منه وهو مناف لما يدعيه » جاءت الفقرة الثانية تقضى بأن « مجرد طلب الصلح بشأن مطالبة بحق لا يعتبر اقرارا بأصل الحق ولكن من يقبل الاسقاط أو الإبراء من أصل الحق يحمل على أنه مقر بوجوده » .

(1) سليمان مرقش - موجز اصول الاثبات - فقرة 105

(2) السنهوري - الوسيط - ج 2 - فقرة 244

والتعبير الصريح اما أن يكون شفوياً وهذه هي الصورة العادية للاقرار القضائي ، واما أن يكون مكتوباً كما لو تضمنته مذكرة مقدمة من الخصم للمحكمة ، أو ورقة يسلمها المقر الى المقر له .

ويشترط في المقر أن تتوافر له اهلية التصرف في الحق المقر به أو اهلية الالتزام بأواقعة المقر بها . ولا يجوز للوكيل الاقرار عن موكله الا اذا كان مفوضاً في ذلك بنص خاص في التوكيل العام أو بتوكيل خاص . وذلك لان التوكيل العام لا يخول الوكيل سوى مباشرة اعمال الادارة وليس الاقرار داخلاً فيها . وقد نصت المادة (412) من قانون الالتزامات والعقود على أن : « الوكالة الممثلة من الخصم لنائبه في أن يقر بالالتزام قاطعة عليه ، ولو قبل أن يصدر الاقرار عن الوكيل » .

ويجب أن تكون ارادة المقر في اتجاهها الى الاعتراف بأواقعة مستجة لاثر قانوني على عاتقه جادة غير هازلة وحقيقية غير ضرورية ، كما يجب أن تكون الارادة سليمة غير مشوبة بعيب من عيوب الرضاء . وقد نصت المادة (409) من قانون الالتزامات والعقود على هذا المعنى حينما جاءت تقضى بأنه : « يلزم في الاقرار أن يصدر عن اختيار وادراك هذا وان الاسباب التي تعد عيباً في الرضى تعد عيباً في الاقرار » .

ويشترط أيضاً أن يكون المقر به معيناً أو قابلاً للتعيين ، والا فلا يصح الاقرار ولا يترتب في ذمة المقر التزاماً . وهكذا نجد المادة (408) من قانون الالتزامات والعقود بعد أن نصت في مستهلها على أنه « يلزم أن يكون الاقرار لصاح شخص متمتع بأهلية التملك سواء كان فرداً أم طائفة معينة . أم شخصاً معيناً » جاءت تقضى بأنه : « يلزم أن يكون محل الاقرار معيناً أو قابلاً للتعيين » .

وتجدر الإشارة في النهاية الى أنه لا يعتد بالاقرار :

(1) اذا انصب على واقعة مستحيلة استحالة طبيعية ، أو واقعة ثبت عكسها بأدلة لا سبيل لدحضها .

(2) اذا تناقضه صراحة من صدر لصالحه .

(3) اذا استهدف اثبات التزام أو واقعة بما فيه مخالفة للقانون أو للاخلاق الحميدة أو بما لا يسمح القانون بسماع الدعوى فيه ، أو استهدف التخلص من حكم القانون .

(4) اذا قضى حكم حائز لقوة الامر المقضى بعكس ما تضمنه الاقرار .

(2) الاقرار عمل اخبارى :

الاقرار اعتراف يصدر من المقر . والاعتراف تقرير لواقعة معينة على اعتبار انها حصلت وبذلك فهو نوع من الشهادة ، لان أساسه اخبار بأمر من الامور . فالمقر اذا يعترف بواقعة انما يسوق خبرا يكشف عن حقيقة هذه الواقعة . ولما كان المقر به خبرا ، فانه قبل الاقرار به يتساوى فيه احتمال الصدق واحتمال الكذب ، ولكنه بالاقرار به يصبح احتمال صدقه أقوى من احتمال كذبه . فيعتبر الاقرار قرينة قانونية على حقيقة المقر به ، وهذه القرينة غير قاطعة ، اذ يجوز لمن تكون له مصلحة في هدمها أن يثبت كذب الاقرار ، بل يجوز للقاضي الا يأخذ بالاقرار اذا كان ظاهر الحال يكذبه .

وفي القضايا الجنائية نلاحظ أن كثيرا من الاعترافات تكون كاذبة ، وذلك حين ينسب المدعى عليه الى نفسه جر ما لم يرتكبه ، حبا في الشهرة ، أو مدفوعا الى ذلك بسبب مرض نفسانى ، أو رغبة منه في انقاذ غيره ، أو طمعا في التخلص من حياة يكرهاها ، فيجب الا يكون للاعتراف في المسائل الجنائية قيمة مطلقة . فالاعتراف المدنى يلزم المقر ، ولكنه لا يلزمه بأكثر من الهمال ، اما الاعتراف الجنائى فانه يعرض حياته وحرية الى خطر جسيم . ثم ان مصلحة المجتمع ليست في معاقبة أى كان ، وانما هى في اكتشاف الحقيقة والوصول الى الفاعل الحقيقى . لذلك كان الاعتراف في المسائل الجنائية مسألة موضوعية كغيره من البينات ، خاضعة لتقدير الحاكم وحده .

(3) الاقرار عمل قانونى من جانب واحد :

يقع الاقرار بارادة المقر وحدها ، فهو ينتج اثره دون حاجة الى قبول من المقر له . ويستوى في ذلك أن يكون الاقرار قد صدر من الخصم بناء على

سؤال موجه اليه من المحكمة او بناء على استجوابه من خصمه ، او ان يكون المقر قد اطلق بقراره من تلقاء نفسه . ومتى صدر الاقرار التزم به المقر ، ولم يعد في امكانه الرجوع فيه . ولكن هذا لا يعنى ان المقر له يلتزم بهذا الاقرار ، بل ان له ان يصرف النظر عنه في اثبات دعواه اذا وجد مصلحته في ذلك ، كما أنه يستطيع ان يكذب ما يضر به مما جاء في الاقرار .

(4) الاقرار حجة قاصرة :

التزام المقر باقراره يجعل هذا الاقرار حجة مقصورة على المقر ومن يعتبر ممثلا لهم من الخلف العام، والخلف الخاص في الاحوال التي تسري عليهم فيها تصرفاته . ويتأثر الدائنون بهذا الاقرار بصورة غير مباشرة ، كما يتأثرون بتصرفاته الاخرى ، اما غير هؤلاء فلا يسري عليهم الاقرار .

وقد جرى القول في القواعد الفقهية ان الاقرار حجة قاصرة والبيئة حجة متعديّة . فمثلا اذا اقر أحد الورثة بدين على التركة التزم هو وحده بهذا الدين ، اما اذا اثبت الدائن دينه بالبيئة ، فان الدين يسرى في حق جميع الورثة وهذا يرجع الى ان الاقرار حجة ملزمة بذاتها ، فهو يحسم النزاع قبل الفصل في الدعوى . بينما في الادلة العادية تظل الواقعة محل نزاع الى ان يصدر الحكم في الدعوى .

وقد نصت المادة (410) من قانون الالتزامات والعقود على ان : « الاقرار القضائي حجة قاطعة على صاحبه وعلى ورثته وخلفائه ، ولا يكون له اثر في مواجهة الغير الا في الاحوال التي يصرح بها القانون » .

كما نصت المادة (411) على ان « اقرار الوارث ليس حجة على باقى الورثة . وهو لا يلزم صاحبه الا بالنسبة الى نصيبه وفي حدود حصته من التركة » .

نوعا الاقرار :

الاقرار نوعان :

- (1) اقرار قضائي وهو الذى يحصل اثناء نظر دعوى امام القضاء متعلقا باحدى وقائعها .

(2) وإقرار غير قضائي وهو الذي يصدر في غير مجلس القضاء .

وقد نصت المادة (405) من قانون الالتزامات والعقود على أن :
« الإقرار قضائي أو غير قضائي . فالإقرار القضائي هو الاعتراف الذي يقوم به أمام المحكمة الخصم أو نائبه المأذون له في ذلك اذنا خاصا . والإقرار الحاصل أمام قاض غير مختص ، أو الصادر في دعوى أخرى ، يكون له نفس أثر الإقرار القضائي » .

كما نصت المادة (407) من قانون الالتزامات والعقود على أن :
« الإقرار غير القضائي هو الذي لا يقوم به الخصم أمام القاضي ويمكن أن ينتج من كل فعل يحصل منه وهو منافع لما يدعيه .

مجرد طلب الصلح بشأن مطالبة بحق لا يعتبر إقرارا بأصل الحق .
ولكن من يقبل الإسقاط أو الإبراء من أصل الحق يحل على أنه مقر بوجوده»

الإقرار القضائي :

الإقرار القضائي هو كما عرفت المادة (405) من قانون الالتزامات والعقود هو « الاعتراف الذي يقوم به أمام المحكمة الخصم أو نائبه المأذون له في ذلك اذنا خاصا » .

ومن هذا يتضح أن وصف الإقرار بأنه قضائي يستلزم أن يتم أمام القضاء ، وأن يكون أثناء نظر دعوى تتعلق بالواقعة محل الإقرار .

فلا بد إذن أن يصدر الإقرار من الخصم أمام القضاء . ولا يعني هذا أن القاضي يجب أن يسمع الإقرار بنفسه مباشرة ، إنما المقصود أن الإقرار يجب أن يقع بطريقة يصبح بها جزءا من الدعوى المنظورة ، وذلك بأن يكون داخلا في إجراءات الدعوى . ويتحقق ذلك غالبا إذا صدر الإقرار للقاضي إما شفويا في الجلسة أو أثناء تحقيق أو استجواب ، أو كتابة في مذكرات مقدمة إليه أو طلبات معلنة للخصم ، كما يتحقق أيضا إذا صدر الإقرار أمام الخبير

المنتدب في الدعوى المنظورة . ويعتبر الاقرار الصادر أمام هيئة محكمين اقراراً صادراً أمام القضاء ، لان المحكم يحل محل القاضي في نظر القضية . أما الاقرار الذي لا يرد ضمن اجراء من اجراءات الدعوى ، وبالتالي لا يكون جزءاً من الدعوى المنظورة ، فلا يعتبر صادراً أمام القضاء ، حتى لو كان قد وقع أثناء نظر هذه الدعوى . كما لو ورد الاقرار في رسالة وجهها الخصم الى خصمه أثناء نظر الدعوى (1) وبناء على ذلك لا يعتبر قضائياً الاقرار الذي يقع أمام جهات ادارية كمجلس التأديب أو أمام النيابة أو الشرطة .

وكما يقع الاقرار من الخصم نفسه يجوز أن يقع من نائبه المأذون له في ذلك اذنا خاصاً . كما ان الاقرار يعتبر قضائياً حتى لو حصل أمام قاض غير مختص .

ولا يشترط لاعتبار الاقرار قضائياً أن يصدر في القضية المتعلقة بالحق المقر به ذاتها بل هو يعتبر كذلك حتى لو صدر في دعوى أخرى (المادة 405 من قانون الالتزامات والعقود) .

حجية الاقرار القضائي :

يترتب على الاقرار القضائي آثار ثلاثة :

- (1) حجية كاملة .
- (2) وعدم جواز العدول عنه .
- (3) وعدم جواز تجزئته .

(1) الاقرار حجة قاطمة على المقر :

ترجع حجية الاقرار بوجه عام الى أن صدوره من شخص ضد مصلحة نفسه يجعل احتمال صدقه يرجح على احتمال كذبه . ويزداد رجحان هذا

(1) عبد المنعم فرج الصدة - الاثبات - فقرة 271

الاحتمال اذا كان الاقرار صادرا في مجلس القضاء لان الحضور امام القضاء من شأنه ان ينبه المقر الى وزن كل كلمة قبل ان يفوه بها لذلك كان من الطبيعي ان يكون الاقرار الصادر في مجلس القضاء حجة على المقر يتعين على القاضى ان يأخذ بها ويشبه الاقرار القضائى الدليل الكتابى من حيث قسوة الاثبات فكلاهما له حجية ملزمة لمن صدر منه وحجية ملزمة للقاضى (1) وقد نصت المادة (410) من قانون الالتزامات والعقود على ان : « الاقرار القضائى حجة قاطعة على صاحبه وعلى ورثته وخلفائه ، ولا يكون له اثر في مواجهة الغير الا في الاحوال التى يصرح بها القانون » .

(2) عدم جواز العدول عن الاقرار :

متى صدر الاقرار في مجلس القضاء ، لا يحق للمقر ان يسحب اقراره بعد صدوره . ومما يترتب على عدم جواز رجوع المقر في اقراره ان لا يستطيع ان يضيف اليه ، بعد صدوره ، واقعة جديدة يقصد ان تعتبر جزءا منه ومكملة له ، اذا كان من شأن هذه الواقعة ان تعدل من مضمونه او ان تعطل دلالته . غير انه لما كان الاقرار عملا قانونيا يشترط فيه ما يشترط في العمل القانونى من شروط الاعتقاد والصحة ، بما يتبع هذه الشروط من جزاء البطلان او القابلية للإبطال ، وجب ان يكون للمقر بعد صدور الاقرار منه في مجلس القضاء ان يتمسك ببطلانه اذا وجد ما يبرر ذلك . وعلى هذا يستطيع المقر ان يطلب عدم أخذه باقراره على أساس ما وقع فيه من غلط دافع الى اصداره ، على ان يكون الغلط الذى يستند اليه في الطعن غلطا في الواقع لا في القانون ، وذلك على أساس ان طبيعة الاقرار انه اخبار بواقعة ، وان القصد الى الاقرار نفسه يكفى لاعتباره كذلك ، ولو لم تتضح للمقر كل النتائج التى يربطها القانون باعترافه بهذه الواقعة ، ولذا لا يجوز للمقر ان يطلب عدم أخذه باقراره على أساس غلطه في نتائج قانونية للواقعة المقر بها مهما كان هذا الغلط جوهريا .

وعلى ذلك فاقرار الوارث بدين على مورثه يقبل طعن الوارث فيه بالغلط اذا كان قد بنى على جهل واقعة الوفاء به من جانب المورث ، والذي

(1) سليمان مرقسي - موجز اصول الاثبات - فقرة 113

ينكشف بالعثور على مخالصة بالدين المقر به ، اما أن بنى الطعن في الاقرار على أنه كان يجهل أن اقراره يؤدي الى الزامه وحده بالدين ، فلا يقبل منه ذلك ، لانه طعن يبنى على الغلط في القانون .

وقد نصت الفقرة الخامسة من المادة (414) من قانون الالتزامات والعقود على أنه : « لا يسوغ الرجوع في الاقرار ما لم يثبت أن الحامل عليه هو غلط مآدى » .

كما نصت الفقرة السادسة على أن « الغلط في القانون لا يكفى للسماح بالرجوع في الاقرار ما لم يكن مما يقبل فيه العذر أو نتج عن تدليس الطرف الآخر » .

وتجدر الاشارة في النهاية الى انه لا يسوغ الرجوع في الاقرار ولو كان الخصم الآخر لم يعلم به (الفقرة الاخيرة من المادة 414 من قانون الالتزامات والعقود) .

(3) عدم تجزئة الاقرار على صاحبه :

(2) اذا انصب الاقرار على وقائع متميزة ومنفصل بعضها عن البعض، تجزئة الاقرار ضد صاحبه اذا كان هذا الاقرار هو الحجة الوحيدة عليه . وتمكن تجزئته :

(1) اذا كانت احدى الوقائع ثابتة بحجة أخرى غير الاقرار .

(2) اذا انصب الاقرار على وقائع متميزة ومنفصل بعضها عن البعض .

(3) اذا ثبت كذب جزء من الاقرار » .

والاقرار يقسم في مجال بيان نطاق اعمال مبدأ عدم التجزئة ، الى ثلاثة أنواع : اقرار بسيط ، واقرار موصوف ، واقرار مركب .

والاقرار البسيط هو الذى يصدر بالتسليم بكل ما يدعيه الخصم بلا تعديل أو اضافة كما اذا ادعى الدائن أنه اقترض المدعى عليه مبلغا معيناً

بفائدة قدرها 7 ٪ ابتداء من تاريخ معين ، فاعترف المدعى عليه بالقرض وقيمته وتاريخه وبالفوائد وسعرها . وظاهر أن هذا الاقرار يكون كله في مصلحة الدائن ، فلا محل للبحث في تجزئته .

أما الاقرار الموصوف فهو الاعتراف بالواقعة المدعاة ، ولكن مع وصفها بوصف يعدل منها ، أى مع اعطائها طابعا أو اضافة ظرف إليها يكون من شأنه أن يغير من طبيعتها القانونية . فالمسألة هنا تتعلق بظرف يضيفه المقر الى الواقعة المدعى بها يكون معاصرا في وجوده لنشوء هذه الواقعة ويؤدى الى تعديل في جوهرها أو طبيعتها القانونية . كمن يقر بأنه تسلم من مورث المدعى مثلا ، ولكن لا على سبيل العارية أو القرض كما يدعى خصمه ، وإنما على سبيل الهبة . وقد يكون الاقرار اعترافا بالالتزام ولكن مع اضافة وصف يؤثر على حق المدعى ، كمن يسلم بما يدعى عليه من دين ولكن يضيف أن الوفاء به مؤجل لمدة خمس سنوات . وفي كل هذه الامثلة يعتبر الاقرار غير قابل للتجزئة ، فلا يستند اليه باعتباره اقارارا الا مع قبول كل أجزائه ، والواقعة المقر بها وما اضيف إليها من وصف .

والاقرار المركب هو الاقرار بالواقعة المدعى بها مصحوبة بواقعة أخرى تترتب عليها نتائج تؤثر في نتائج الواقعة الأولى . كما اذا ادعى شخص على آخر بمبلغ أقرضه إياه فأقر المدعى عليه بأنه اقترض فعلا هذا المبلغ ثم وفاه أو أن الدين انتقضى بالتجديد أو بالمقاصة . وهذه الصورة هي التى تتناول حكمها الفقرة الثالثة من المادة (414) من قانون الالتزامات والعقود « لا يجوز تجزئة الاقرار ضد صاحبه الا اذا

انصب على وقائع متميزة ومنفصل بعضها عن البعض » . ومعنى عدم جواز تجزئة الاقرار أن المقر له لا يستطيع استبعاد جزء منه ، والاكتفاء بجزئه الآخر الذى يفيد ، دون أن يطلب منه تبرير هذا الاستبعاد باثبات عدم صحة الجزء المستبعد ، ولذلك فإن قاعدة عدم التجزئة لا تحول دون قيام المقر له باقرار لا يقبل التجزئة ، باثبات عدم صحة ما اضيف فى الاقرار الى الواقعة المدعاة من وصف أو واقعة أخرى وثيقة الصلة بها ، طبقا لقواعد الاثبات ، فان نجح فى هذا الاثبات سقطت الاضافة

سواء اكانت وصفا او واقعة ، وثبت حق المدعى بالاقرار البسيط الذي يبقى بعد ذلك . واذا لم يكن للخصم ان يحصل من خصبه الا على اقرار موصوف او مركب غير قابل للتجزئة فيمكنه ان يطلب الى القضاء ان يعتبره بداية ثبوت بالكتابة ليعفى من تقديم الدليل الكتابي على حقه ، وللقاضى ان يعتبر اعتراف المقر بالواقعة المدعاة ، رغم الوصف او الواقعة المضافة ، بداية ثبوت بالكتابة ، ولا يعترض عليه هنا بقاعدة عدم التجزئة ، لانه لا يستند اليه عندئذ بوصفه اقرارا (1) .

الاقرار غير القضائي :

عرفت المادة (407) من قانون الالتزامات والعقود الاقرار غير القضائي بأنه الاقرار الذي لا يقوم به الخصم امام القاضى ، ويمكن ان ينتج من كل فعل يحصل منه وهو مناف لما يدعيه .

ويشترك الاقرار غير القضائي مع الاقرار القضائي في طبيعته من حيث انه عمل قانونى اخبارى من جانب واحد وانه يعتبر بمثابة عمل من اعمال التصرف وانه حجة قاصرة . ويختلف عنه في انه لا يصدر في مجلس القضاء في القضية المتعلقة بالمقر به ذاتها . غير انه لما كان الفرق بين نوعى الاقرار لا يمس طبيعتهما في شىء وانما يتعلق بظروف صدور الاقرار في مجلس القضاء او في غيره ، ولما كان ظرف صدور الاقرار في مجلس القضاء ليس من شأنه سوى توفير الثقة في جدية الاقرار ، كان من الصعب التسليم باختلاف آثار الاقرار غير القضائي — متى ثبتت جديته — عن آثار الاقرار القضائي ، وتعينت المساواة بينهما في احكامهما (2) .

لذلك يرى الفقه (3) ان القاضى اذا عرض عليه قول مدعى بانه اقرار غير قضائي كان له تقدير هذا القول وتحري قصد صاحبه منه ، فان وجد فيه عناصر العمل القانونى الصحيح متوافرة اعتبره اقرارا والا فلا يعتبره

(1) جميل الشرقاوي - الاثبات فى المواد المدنية - فقرة 64 .

(2) سليمان مرقس - موجز اصول الاثبات - فقرة 118

(2) سليمان مرقس - فقرة 119 .

كذلك . وهو في هذا التقدير غير خاضع لرقابة محكمة النقض . وقد رأينا أن القاضي يملك مثل هذه السلطة فيما يتعلق بالاقرار القضائي ، ولو أن صدور هذا الاقرار في مجلس القضاء يسهل من الناحية العملية مهمة القاضي بما يوفره من ثقة في جدية الاقرار ومن ظهور قصد صاحبه في أن يرتبط به ومن أضعاف لاحتمال وجود الاسباب المبطللة للاقرار ولكن متى ثبت للقاضي أن القول المدعى بأنه اقرار غير قضائي هو فعلا اقرار صحيح ، تعين عليه الأخذ به كما يتعين الأخذ بالاقرار القضائي لاتحاد العلة في الحالين ، وهي توافر قصد المقر أن يرتبط باقراره ، ووجب عليه الا يسمح بالعدول عنه لغير سبب يبطله لان الاقرار يستمد صفة اللزوم من كونه عملا قانونيا يتم بإرادة واحدة لا من صدوره في مجلس القضاء ، ولزمه أن يراعى عدم تجزئة الاقرار لان عدم التجزئة نتيجة لاتجاه ارادة المقر لا لصدور الاقرار في مجلس القضاء .

الفصل الخامس

اليمين

تعريف اليمين وأنواعها :

اليمين هي اشهاد الله تعالى على صدق ما يخبر به الحالف . ويكلف الشهود باليمين قبل تأدية شهادتهم اشعاراً لهم بوجوب قول الحق . ويكلف بها أحد الخصوم لتأييد ادعائه عندما يعوزه الدليل عليه . ولذا أمكن أن تعتبر اليمين من وسائل الاثبات أمام القضاء .

واليمين طريق غير عادي للاثبات ، والالتجاء اليها أمر لا يحصل الا نادراً ، وذلك عند تعذر تقديم الدليل من وسائل الاثبات الاخرى المتقدمة ، أو عدم كفاية ما قدم منها لاقتناع القاضي . ومن هذا كانت اليمين نظاماً من أنظمة العدالة أراد به الشارع أن يخفف من مساوئ تقييد الدليل ، فجعل للخصم أن يحتكم الى ذمة خصمه بيمين حاسمة عند عدم وجود الدليل ، وأعطى القاضي سلطة الركون الى ضمير أحد الخصمين بيمين متبمة يكمل بها نقصاً في الدليل .

وقد أوردت أحكام اليمين المواد من 85 الى 88 من قانون المسطرة المدنية .

صيغة اليمين :

يتضمن لفظ أحلف ولفظ أقسم معنى اشهاد الله تعالى على صدق القول . لذلك اكتفى المشرع في الفقرة الثانية من المادة (85) من قانون المسطرة المدنية على أن يقول من يؤدي اليمين أمام المحكمة « أقسم بالله العظيم » وتسجل المحكمة تأديته لليمين .

ويعتبر في حلف الاخرس ونكوله اشارته المعهودة ان كان لا يعرف الكتابة ، فان كان يعرفها فحلفه ونكوله بها ولمن لا يعرف اللغة العربية أن يؤدي اليمين بواسطة مترجم .

اليمين الحاسمة :

اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد الخصمين الى الآخر ليحسم النزاع ، فيترتب على حلفها أو النكول عنها أن يفصل القاضي في النزاع لمصلحة الحالف أو الناكل ، ولا يسمح بالعودة للتعرض لاثبات ما تم الحلف عليه ، بأية وسيلة للاثبات . ومن هذا سميت هذه اليمين بأنها حاسمة .

واليمين الحاسمة طريق غير عادى للاثبات كما سبق القول ، فمن يوجهها لا يقيم الدليل على شيء ، وانما هو يلجأ اليها كسهم أخير في جعبته ، فقد يصيب من خصمه ذمته أو ضميره أو عقيدته . وهي وسيلة تنطوى على مجازفة ، لان من وجهت اليه اليمين ان اداها كسب الدعوى ، ولذلك لا يلجأ اليها الخصم الا عند تجرده من الدليل . واذا لم يشأ من وجهت اليه اليمين ان يؤديها فله ان ينكل عنها أو يردّها على خصمه ، فان ردها كان على من وجهها أن يحلف أو ينكل . ولسنا هنا بصدد دليل يخضع لاعتناع القاضي ، اذ يتعين على هذا بحكم القانون ان يقضى على ضوء الموقف الذي يتخذه من وجهت اليه اليمين أو من ردت عليه ، فيحكم لصالح من حلف وضد من نكل (1) .

توجيه اليمين الحاسمة :

نصت المادة (85) من قانون المسطرة المدنية على أنه : « اذا وجه أحد الاطراف اليمين الى خصمه لاثبات ادعاء أوردها هذا الاخير لحسم النزاع نهائيا فان الخصم يؤدي اليمين في الجلسة بحضور الطرف الآخر أو بعد استدعائه بصفة قانونية . . . »

ومن هذا النص يتضح أن توجيه اليمين الحاسمة لا يكون الا من خصم الى خصمه . فالقاضي ليس من حقه توجيه يمين حاسمة الى أحد الخصوم . ويجب أن تتوافر فيمن يوجه اليمين أهلية التصرف في الحق موضوع الحلف ، لان توجيهها يتضمن مخاطرة بهذا الحق اذا حلف من توجه اليه .

(1) الصدة - المرجع السابق - فقرة 294

واليمين الحاسمة توجه الى الخصم الآخر ، ولا يجوز توجيهها لثانيه ، لان الحلف امر شخصى لا تجوز النيابة فيه . ويشترط أن يكون الموجه اليه اليمين ذا أهلية للتصرف ، كموجهها ، حتى يعتبر رده اليمين على موجهها ، أو نكوله عن حلفها ، ويلزم أن تظل له الاهلية حتى يتم الحلف أو الرد أو النكول ، فان حجر عليه قبل ذلك سقط توجيه اليمين . واذا عاق الطرف مانع مشروع وثابت بصفة قانونية أمكن تأديته اليمين أمام قاضٍ منتدب للتوجه عنده مساعدًا بكتاب الضبط الذى يحرر فى هذه الحالة محضرا بالقيام بهذه العملية .

واذا كان الطرف الذى وجهت اليه اليمين أوردت يسكن فى مكان بعيد جدا أمكن للمحكمة أن تأمر بأن يؤدى اليمين أمام المحكمة الابتدائية لمحل موطنه على أن تسجل له تأديته لهذه اليمين (المادة 86 من قانون المسطرة المدنية) .

وتجدر الإشارة الى أن موضوع اليمين الحاسمة يجب أن يكون واقعة تؤدى الى حسم النزاع ، وأن تكون صيغة اليمين بحيث لا يترك غموضها محلا للتشكك فى أثر هذه اليمين . على أن من الجائز توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط دون أن يعتبر هذا متنافيا مع كونها حاسمة ، فقد تكون لدى الخصم أدلة لا يطمئن الى تقدير المحكمة لها ، فيوجه اليمين كوسيلة أخيرة واحتياطية ، اذا لم تأخذ المحكمة بما قدم من أدلة .

وقد نصت المادة (88) من قانون المسطرة المدنية على أنه : « يمكن للمحكمة أن تأمر دائما بعد اتفاق الاطراف على أن تؤدى اليمين طبقا للشروط التى تلزم دينيا ضمير من يؤديها .

فى حالة حصول مثل هذا الاتفاق يثبت ذلك فى الحكم الذى يحدد الوقائع التى تستوفى اليمين عليها ، والاجل والمحل والشروط المحددة لاتمام تأديتها .

تؤدى اليمين حينئذ بحضور الطرف الآخر أو بعد استدعائه بصفة قانونية ، وبحضور القاضى المنتدب وكتاب الضبط الذى يحرر محضرا بهذه العملية » .

آثار توجيه اليمين الحاسمة :

إذا ما وجه شخص اليمين الحاسمة الى خصمه ، وقبل هذا الخصم حلفها . فان موجه اليمين لا يستطيع الرجوع فيها . ويعتبر في مركز موجه اليمين من يطلب منه حلفها فيردها الى موجهها طالبا اليه أن يخلف هو ، اذ يصبح برد اليمين ، وقبول الحلف من جانب موجه اليمين في الاصل غير قادر على أن يطلب أن يقوم هو بالحلف . ولكن يستطيع من وجه اليمين أن يرجع في ذلك ، حتى لو قبل خصمه أن يحلف ، اذا كان ناقص الاهلية ، أو كان الذي دفعه الى هذا التوجيه غلط في الواقع أو تدليس أو اكراه أو استغلال ، لان ارادة من يحتكم الى ذمة خصمه يجب أن تكون خالصة من هذه العيوب . وطالما أن الخصم لم يقبل اليمين فان من وجهها يستطيع أن يرجع فيها ، حتى لو كان قد صدر حكم بتوجيهها وهذا الرجوع قد يكون صريحا في الجلسة ، أو خارجها بمقتضى ورقة تعلن للخصم ، وقد يكون ضمنيا ، كأن يستفاد من استئناف من وجه اليمين للحكم الصادر بالتحليف .

وإذا وجهت اليمين الحاسمة الى الخصم ، فانه يصبح ملتزما بأن يحلف ، فان لم يشأ أن يحلف فانه يعد ناكلا وتترتب بالنسبة له آثار النكول . وإذا حلف من وجهت اليه اليمين ، اعتبر ما يقوله مؤيدا باليمين هو الصدق ، وسيكون مضمونه بطبيعة الحال انكار دعوى المدعى ، ولذا فان الحلف يؤدي الى كسب الحالف للدعوى فيقضى لمصلحته ، هذا بشرط أن يؤدي اليمين بصيغتها التي وجهها الخصم والتي وافقت المحكمة عليها ، فاذا عدل في الصيغة تعديلا يغير من معناها ، عد منه ذلك نكولا اذا أصر عليه ولم يكن له مبرر .

وآثر حلف اليمين الحاسمة أو النكول عنها قاطع بالنسبة للخصوم وللقاضى ، فمن حلفها يحكم لمصلحته ومن نكل عنها يحكم ضده ، والقاضى يلتزم بهذا الاثر فلا يملك الفصل في الدعوى بغير ذلك . ومن مظاهر الحجية القاطعة لليمين بالنسبة للخصوم أن توجيهها من أحد الخصمين الى الآخر (أورها ممن وجهت اليه على من وجهها) يعنى عدم جواز العودة لاثبات ما تم الحلف عليه بأى وسيلة أخرى من وسائل الاثبات بقصد تكذيب دلالة

اليمين ، فاذا وجه الخصم اليمين الى خصمه الآخر ليحلف أنه لم يقترض منه ، فحلف ، اعتبر ما حلف عليه صدقا لا يجوز أن يحاول المدعى تكذيبه بتقديم أى دليل آخر يثبت القرض ولو كان كتابة رسمية ، أما ان نكل يثبت القرض في ذمته ولا يستطيع أن ينفي ذلك بأية وسيلة (1) .

يهيمن الاستيثاق :

يلحق الفقه باليمين الحاسمة ، يمينا أخرى يوجهها القاضى وجوبا في بعض الاحوال ، من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصم ، للتأكد من دلالة واقعة معينة . ولذا تسمى يمين الاستيثاق .

ومن الاحوال التى تستلزم فيها هذه اليمين ، حالة التمسك بالتقادم المنصوص عليه في المادة (390) من قانون الالتزامات والعقود التى جاءت تقضى بأنه : « يسرى التقادم المنصوص عليه في المادتين 388 و 389 السابقتين ولو حصل الاستمرار في التوريدات أو التسليم أو الخدمات أو الاعمال .

ومع ذلك يحق للأشخاص الذين يحتج ضدّهم بالتقادم المنصوص عليه في المادتين 388 و 389 المذكورتين أنفسا أن يوجهوا اليمين للأشخاص الذين يتهمسون به ، ليقتسموا أن الدين قد دفع فعلا ، ويسوغ توجيه اليمين لارامل هؤلاء ولورثتهم ولاوصيائهم ان كانوا قاصرين ليصرحوا بما اذا كانوا لا يعلمون بأن الدين مستحق » .

وتنص الفقرة الاخيرة من المادة (189) من القانون التجارى على أنه : « ومع ذلك اذا طلب من المدين المزعوم أن يؤدي اليمين على براءة ذمته من الدين كان ملزما بأدائها كما تلزم أرملته وورثته وذوو حقوقه على أداء اليمين بأنهم يعتقدون عن حسن نية براءة ذمة موروثهم من الدين » .

(1) جميل الشرفاوى — المرجع السابق — فقرة 69 .

ومن هذين النصين يتضح أن من يتمسك بالتقدم القصير في إحدى الحالات الواردة فيهما يجب عليه فوق ذلك أن يؤدي يمينا على أنه قد وفى الدين . وهذه اليمين هي التي يقال لها يمين الاستيثاق .

اليمين المتممة :

نصت المادة (87) من قانون المسطرة المدنية على أنه : « إذا اعتبرت المحكمة أن أحد الأطراف لم يعزز ادعاءاته بالحجة الكافية أمكن لها تلقائيا أن توجه اليمين الى هذا الطرف بحكم يبين الوقائع التي ستلقى اليمين بشأنها .

تؤدي هذه اليمين وفق الشكليات والشروط المنصوص عليها في الفصل السابق » .

ومن هذا النص يتضح أن اليمين المتممة هي التي يوجهها القاضى من تلقاء نفسه الى أحد الخصمين ليكمل بها دليلا في الدعوى غير كاف ، أى ليتم بها اقتناعه اذا كانت الأدلة المقدمة في الدعوى لا تكفى للوصول الى حد الاقتناع .

والقاضى لا يتقيد بتوجيه هذه اليمين ، ولا بأدائها ، وقد لا يؤدي الالتجاء اليها الى تنوير القاضى ، بل أن القاضى قد يتجه في النهاية الى ما يخالف دلالتها . وهذه القيمة المحدودة لليمين المتممة جعلت بعض الفقهاء يتشككون في جدوى تنظيمها . غير أنها مع ذلك تنطوى على فائدة محققة ، فهي نظام من أنظمة العدالة يمد القاضى بالمعونة حين يشعر بالحاجة اليها . وقد أحاطها الشارع بضمانات يجب أن تتوفر حتى يمكن توجيهها ، وجعل للقاضى سلطة تقدير ما اذا كانت هناك ضرورة لهذا التوجيه . وبذلك أضحت وسيلة لعلاج مساوئ تقييد الإثبات وللتخفيف من حدة مبدأ حياد القاضى ازاء دعاوى الخصوم فهي إحدى السلطات التي أعطيت للقاضى لاستكمال عناصر الاقتناع (1) .

(1) الصدة — المرجع السابق — فقرة 315 .

ويلزم لامكان توجيه اليمين المتممة فى دعوى الا تكون خالية من الدليل ، والا يكون الخصم قد قدم دليلا كاملا على دعواه ، اى يجب ان يكون فى الدعوى دليل ناقص . كبداية ثبوت بالكتابة حيث كان يجب الاثبات بالكتابة او شهادة ناقصة او قرينة ضعيفة لم يكمل اقتناع القاضى بدلائلها .

واذا ما وجهت اليمين الى احد الخصمين لم يكن له ان يردھا على خصمه الآخر ، لان القاضى هو الذى يوجهها ، وله ان يختار من الخصوم من يطلب اليه الحلف .

الفهرس

صفحة

مقدمة

تعريف الاثباتات	3
ادوار الاثباتات القضائي	7
التنظيم القانوني للاثبات وصوره	10
الاثبات القضائي والاثبات العلمي والتاريخي	13
قواعد الاثبات قواعد موضوعية وقواعد اجرائية	16

الباب الاول

القواعد العامة لوسائل الاثبات

الفصل الاول

محل الاثباتات	21
المبحث الاول : شروط الواقعة محل الاثبات	24
المبحث الثاني : الحق في الاثباتات	32

الفصل الثاني

صفحة

36		عـبـء الـاثـبـات
37		المبحث الاول : مـبـدأ حـيـاد القـاضـي
42		المبحث الثاني : تـوزـيـع عـبـء الـاثـبـات بـيـن الـخـصـوم
50		المبحث الثالث : قـوـاعـد الـاثـبـات و النـظـام العـام

الفصل الثالث

51		طـرق الـاثـبـات
----	-------	-----------------

الباب الثاني

وسائل الـاثـبـات (الـادـلـة)

58		حـصـر أدـلـة الـاثـبـات فـي القـانـون المـفـرـي
----	-------	---

الفصل الاول : الـكـتـابـة

59		تـمـيـز الـكـتـابـة الـلاـزـمـة للـاثـبـات عـن أنـواعـها الـاخرى
60		الـكـتـابـة هـي الـاصـل فـي اثـبـات التـصـرفـات القـانـونـية
65		انـواع المـحـرـرات او الـاوراق
66		الـاوراق الـتي تـصـلـح دليـلا كـتـابـيا
67		الـفـرع الـاول : الـاوراق الرـسـمـية
67		تعـريـف الـورقة الرـسـمـية
68		شـرـوط الـورقة الرـسـمـية
71		جـزاء تخلف هـذه الشـرـوط او بـعضـها
73		حـجـية الـورقة الرـسـمـية فـي الـاثـبـات
75		صـور الـاوراق الرـسـمـية وحـجـيـتها

77	تحقيق الخطوط والادعاء بالتزوير
83	الفرع الثاني : الاوراق العرفية
84	المطلب الاول : المحررات العرفية المعدة للاثبات
84	تعريف الورقة العرفية وشروطها
86	حجية الورقة العرفية فى الاثبات
87	حجية تاريخ الورقة العرفية
90	المطلب الثاني : المحررات العرفية غير المعدة للاثبات
90	حجية الرسائل فى الاثبات
91	حجية البرقيات فى الاثبات
92	حجية دفاتر التجار فى الاثبات
94	حجية الدفاتر والاوراق المنزلية فى الاثبات
95	حجية الكتابة التى تأخذ صورة التأشير على سند الدين

الفصل الثاني : شهادة الشهود

96	تعريف الشهادة
97	خصائص الشهادة
100	المبحث الاول : الحالات التى تجوز فيها البينة بالشهادة بحسب الاصل
100	اولا : الوقائع المادية
	ثانيا : الاتفاقات وغيرها من الافعال القانونية التى
101	لا تتجاوز قيمتها 250 درهما
	المطلب الاول : اثبات التصرفات القانونية التى تتجاوز
105	قيمتها 250 درهما
110	اثبات الوفاء
	المطلب الثاني : اثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل
111	عليه دليل كتابي

صفحة

المطلب الثالث : صلة قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة	
117	 بالنظام العام
119	المبحث الثاني : الحالات التي تجوز فيها البينة بالشهادة استثناء
120	المطلب الاول : بداية حجة بالكتابة
125	المطلب الثاني : فقد السند الكتابي
126	المطلب الثالث : المانع من الحصول على دليل كتابي
127	المطلب الرابع : التصرفات القانونية التجارية

الفصل الثالث : القرائن

129	تعريف
130	المبحث الاول : القرائن القانونية
130	المطلب الاول : احكام عامة
131	التعريف بالقرائن القانونية
134	حجية القرينة القانونية فى الاثبات
135	انواع القرائن القانونية
136	اولا : القرينة القانونية القاطعة
137	ثانيا : القرينة القانونية غير القاطعة
138	المطلب الثاني : حجية الامر المقضي
138	التعريف بقاعدة حجية الامر المقضي
	وجوب التمييز بين حجية الامر المقضي وقوة
140	الامر المقضي
142	الدفع بحجية الامر المقضي
	حجية الامر المقضي فى المواد المدنية ليست من
143	النظام العام
145	نطاق تطبيق قاعدة حجية الامر المقضي

صفحة

149		حجية الاحكام الجنائية امام المحاكم المدنية
157		المبحث الثاني : القرائن القضائية
157		التعريف بالقرائن القضائية
158		مفصائص القرائن القضائية
159		حجية القرائن القضائية وساطة القاضي في شأنها

الفصل الرابع : الاقرار

161		تعريف الاقرار وطبيعته
166		نوعا الاقرار
167		الاقرار القضائي
168		حجية الاقرار القضائي
172		الاقرار غير القضائي

الفصل الخامس : اليمين

174		تعريف اليمين وانواعها
174		صيغة اليمين
175		اليمين الحاسمة
175		توجيه اليمين الحاسمة
177		آثار توجيه اليمين الحاسمة
178		يمين الاستيثاق
179		اليمين المتممة

