

الوسيط
في شرح القانون الملوكي

نظرية
الالتزام بوجوه عام

الأثبات آثار الألتزام

الوسيط

في شرح القانون المدني الجديد

(٢)

٢٤٧
٢٤٨
٢٤٩

نظرية

الالتزام بوجه عام

الأشياء - آثار الألتزام

تأليف

عبد الزاق محمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلومه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

١٩٦٨

الناشر

دار النهضة العربية

٢٢ شارع عبدالواحد زورق - القاهرة

خطة البحث

١ - إقامة نظرية الالتزام على فكرة التصرف القانوني

والواقعة القانونية

١ - التصرف القانوني والواقعة القانونية والتمييز فيما بينهما : انجبه

الفقه الحديث إلى العناية بالتمييز بين التصرف القانوني (acte juridique) والواقعة القانونية أو المادية (fait juridique, matériel) بعد أن أحس الأهمية البالغة لهذا التمييز^(١).

فالتصرف القانوني هو الإرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين ، فيرتب القانون عليها هذا الأثر . مثل ذلك العقد ، فهو تصرف قانوني يقوم على تطابق إرادتين ، وقد ينشئ الحقوق الشخصية أو يكسب الحقوق العينية . ومثل ذلك أيضاً الوصية ، فهي تصرف قانوني يقوم على إرادة منفردة ، ويكسب الحقوق العينية . والوفاء والإبراء ، الأول تصرف قانوني يقوم على تطابق إرادتين ، والثاني تصرف قانوني يقوم على إرادة منفردة ، وكلاهما يقضي الحقوق الشخصية . والتزول عن حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن ، وهو إرادة منفردة ، يقضي الحقوق العينية . وإجازة العقد القابل للإبطال ، وقبول المنتفع لما اشترط في مصلحته ، وإقرار رب العمل لتصرف الفضولي ، كل هذه تصرفات قانونية ، وفيها جميعاً نرى إرادة منفردة تتجه لإحداث أثر قانوني . نصحيح العقد القابل للإبطال ، أو تأكيد الحق الشخصي الناشئ من الاشتراط لمصلحة الغير وجعله غير قابل للنقض ، أو تحويل الفضولي إلى وكيل . ونرى من ذلك أن التصرف القانوني ، سواء قام على تطابق إرادتين أو قام على إرادة منفردة ، قد ينشئ

(١) لانقصد إلى معالجة موضوع التصرف القانوني والواقعة القانونية ، فهو موضوع جد دقيق ، وليس مكانه هنا . وقد سبق أن عالجناه في دروس ألقينها بقسم الدكتوراه بجامعة القاهرة ، وهي الدروس التي سنشير إليها من وقت إلى آخر . وسبق أيضاً أن أشرنا إلى التمييز ما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية ، وإلى أنهما هما المصدران لجميع الروابط القانونية ، في كتابنا ونظرية العقد ، وفي الجزء الأول من هذا « الوسيط » .

الحقوق الشخصية ، وقد يكسب الحقوق العينية ، وقد يقضيها جميعاً ، وقد يرتب آثاراً قانونية أخرى .

والواقعة القانونية هي واقعة مادية يرتب القانون عليها أثراً . وقد رأينا في الجزء الأول من هذا الكتاب أنها قد تكون واقعة طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها كالموت ، وقد تكون واقعة اختيارية حدثت بإرادة الإنسان كالبناء والغراس . وإذا كانت واقعة اختيارية ، فقد يقصد الإنسان من ورائها إحداث الأثر القانوني المترتب عليها كالاستيلاء والحيازة ، وقد لا يقصد هذا الأثر كدفع غير المستحق ، وقد يقصد عكس هذا الأثر كالعزل غير المشروع . وسواء كانت الواقعة القانونية طبيعية أو اختيارية ، وسواء قصد أثرها القانوني أو لم يقصد أو قصد عكسه ، فهي دائماً واقعة مادية ، وليست إرادة كما هي الحال في التصرف القانوني . وقد تنشئ الواقعة القانونية الحقوق الشخصية ، كما هو الأمر في العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب . وقد تكسب الحقوق العينية ، كما هو الأمر في الحيازة والموت (الميراث) . وقد تقضي الحقوق الشخصية ، كما في انحاد الذمة . وقد تقضي الحقوق العينية ، كما في الترك (abandon) . وقد تحدث آثاراً قانونية أخرى ، كما في القرابة وهي مانع من موانع الزواج ، وفي الجوار ويحد من استعمال حق الملكية ، وفي نزع الحيازة ويترتب عليه قطع التقادم ، وفي حالة القصر ويترتب عليها وقف التقادم ، وفي إلحاق المنقول بالعمارة لخدمته ويحول المنقول إلى عقار بالتخصيص . فالواقعة القانونية ، كالتصرف القانوني ، قد ينشئ الحقوق الشخصية ، وقد يكسب الحقوق العينية ، وقد يقضيها جميعاً ، وقد يرتب آثاراً قانونية أخرى .

والمقابلة فيما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية هي ، كما قدمنا ، مقابلة ما بين الإرادة والعمل المادي . فحيث تمحضت الإرادة لإحداث أثر قانوني فأحدثه القانون ، فثم تصرف قانوني . وحيث وقع عمل مادي ولو خالطته الإرادة فترتب عليه القانون أثراً ، فثم واقعة قانونية . وقد أشرنا في الجزء الأول من هذا الكتاب إلى ما يتوسط التصرف القانوني والواقعة القانونية من واقعة مختلطة كالاستيلاء ، وواقعة مركبة كالشفعة .

٢ - التصرف القانوني والواقعة القانونية هما المصدران اللذان

يفتأده كل الحقوقي وكل الروابط القانونية : رأينا فيما قدمناه كيف أن التصرف القانوني والواقعة القانونية يمتدان إلى آفاق واسعة ، وبمحلقتان في جميع نواحي القانون . فهما المصدران اللذان ينشئان الحق الشخصي ، وهما المصدران اللذان يكسبان الحق العيني ، وهما اللذان يقضيان كلا من الحق الشخصي والحق العيني ، ويرتبان فوق ذلك آثاراً أخرى غير كسب الحقوق وقضاؤها . ولا ينحصر أثرهما في دائرة المعاملات المالية ، بل يجاوزها إلى دائرة الأحوال الشخصية . ولا يقفان عند حدود القانون الخاص ، بل إن لها أثراً بالغ الأهمية في ميدان القانون العام . فأية ناحية من نواحي القانون استعرضتها إلا وتجد التصرف القانوني والواقعة القانونية هما العنصران الأساسيان في الروابط القانونية المشتبكة . والقانون جميعه يتلخص في مسألتين : الحق ومصدره . وإلى اليوم نحن نرتب مسائل القانون من ناحية الحق ، فنجعل هذه المسائل تتجمع حول الحق الشخصي وحول الحق العيني ، ونقسم مباحث القانون إلى قسمين رئيسيين ، أحدهما يتناول نظرية الالتزام والعقود أي الحقوق الشخصية ، والآخر يتعلق بالحقوق العينية من أصلية وتبعية . وهذا هو الترتيب التقليدي الذي جرى عليه التقنين المدني الجديد . فهل حان الوقت لنختط خطة أخرى ، فنرتب مسائل القانون من ناحية مصدر الحق ، لا من ناحية الحق ذاته ؟ ومصدر الحق هو التصرف القانوني والواقعة القانونية كما رأينا ، فتتوزع جميع مسائل القانون عليهما ، وتنقسم مباحث القانون إلى قسمين رئيسيين غير القسمين الأولين ، أحدهما يختص بنظرية التصرف القانوني والآخر بنظرية الواقعة القانونية ؟

هذا ما ينادى به بعض الفقهاء ، وما حاوله في مدى ضيق محدود ، وفي غير حظ كبير من التوفيق ، لجنة تنقيح التقنين المدني الفرنسي^(١) . وقبل أن نتخذ موقفاً في هذه المسألة الدقيقة ، ننظر كيف يكون ترتيب مسائل القانون إذا نحن أقمنا هذا الترتيب على فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية .

(١) انظر « التصرف القانوني والواقعة القانونية » وهي الدروس التي ألقيناها بقسم الدكتوراه بجامعة القاهرة وسبقت الإشارة إليها ص ٦٣ - ص ١١١ وص ١٣٥ - ص ١٤٠ .

٣- ترتيب مسائل القانونه على أساس فكرة التصرف القانوني

والواقعة القانونية: ونرسم هنا الخطوط الرئيسية لترتيب جديد لمسائل القانون على أساس فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية، بدلا من قيامه على فكرة الحق الشخصي والحق العيني، لئلا ما يؤدي إليه هذا التقسيم الجديد من النتائج. وقد سبق أن رسمنا الخطوط الرئيسية لهذا الترتيب الجديد على النحو الآتي^(١):

تقسم مسائل القانون المدني في المعاملات إلى قسمين رئيسيين: القسم الأول في التصرف القانوني والقسم الثاني في الواقعة القانونية. ويتفرع كل من هذين القسمين إلى بابين: الباب الأول في أركان التصرف أو أركان الواقعة، والباب الثاني في آثار كل منهما.

وتعالج في باب أركان التصرف القانوني المسائل الآتية (١) الإرادة ومظهر التعبير عنها - الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة (٢) الشكل (٣) الأهلية (٤) عيوب الإرادة (٥) أوصاف الإرادة من شرط وأجل وتضامن وعدم قابلية للانقسام (٦) المحل وتعذده من محل تخيري ومحل بدلي (٧) السبب، وهنا يدرس التصرف المحرد (٨) إثبات التصرف القانوني.

وتعالج في باب آثار التصرف القانوني: (١) الآثار بالنسبة إلى الأشخاص (ب) الآثار بالنسبة إلى الموضوع. وفي الآثار بالنسبة إلى الأشخاص تعالج المسائل الآتية: (١) النيابة في التعاقد (٢) الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير (٣) الخلف الخاص (٤) الخلف العام (٥) الدائن - وفي الآثار بالنسبة إلى الموضوع تعالج المسائل الآتية: (١) إنشاء الالتزام (العقد والإرادة المنفردة) (٢) نقل الالتزام (حوالة الحق وحوالة الدين). (٣) إنهاء الالتزام، ويبحث هنا الوفاء (بما يتضمنه من تنفيذ عيني وتعويض وإكراه مالي) كما يبحث التجديد والإبراء، لأن هذه الأسباب الثلاثة لانقضاء الالتزام هي تصرفات قانونية (٤) إنشاء الحق العيني ونقله وإنهاؤه (العقد والوصية والتنازل) (٥) أي أثر قانوني آخر كالآثار التي تترتب على الأعذار والأجازة وإقرار العقد.

(١) «التصرف القانوني والواقعة القانونية» دروس الدكتوراه المشار إليها - ص ١٤١ -

وتعالج في باب أركان الواقعة القانونية المسائل الآتية : (١) التمييز الدقيق ما بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني (٢) الوقائع البسيطة والمركبة والمختلطة (٣) محاولة حصر الوقائع القانونية (٤) إثبات الواقعة القانونية .

وتعالج في باب آثار الواقعة القانونية المسائل الآتية : (١) إنشاء الالتزام ، وهنا تبسط القواعد المتعلقة بالعمل غير المشروع والإجراء بلا سبب والوقائع الأخرى التي يرتب القانون عليها إنشاء الالتزام (٢) إنهاء الالتزام ، وهنا تبسط القواعد المتعلقة بالمقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقدم ، لأن هذه الأسباب الأربعة لانقضاء الالتزام هي وقائع مادية (٣) إنشاء الحق العيني ونقله وإنهاؤه ، وهنا تبسط القواعد المتعلقة بالاستيلاء والميراث والالتصاق والشفعة والحيازة والتقدم (٤) أي أثر قانوني آخر ، كقطع التقدم بترك الحيازة ووقفه لمانع قانوني وانتقال الرهن إلى التعويض بهلاك العين المرهونة .

٤ - مزايًا لهذا الترتيب ومجرباً : ولا شك في أن هذا الترتيب الجديد يحدث انقلاباً خطيراً في الخطط المألوفة لمعالجة هذه المسائل . فهناك مسائل تقاربت بعد أن كانت متباعدة ، كما هو الأمر في الجمع ما بين الإرادة وأوصافها من شرط وأجل وتضامن وعدم قابلية للانقسام ، وكما هو الأمر في التقريب ما بين المحل وتعددته من محل تخيري ومحل بئلي ، وفي هذا كله وضوح أكبر . وهناك مسائل تباعدت بعد أن كانت متقاربة ، كما هو الأمر في التباعد ما بين مصادر الالتزام إذ العقد والإرادة المنفردة يعالجان في التصرف القانوني والعمل غير المشروع والإجراء بلا سبب يعالجان في الواقعة القانونية ، وفي هذا تنسيق أدق ، وكما هو الأمر في التباعد ما بين أسباب انقضاء الالتزام فالوفاء والتجديد والإجراء أسباب انفصلت عن أسباب أخرى مماثلة هي المقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والتقدم ، وهذا التشبيت لأجزاء الموضوع الواحد ينطوي على شيء من الغموض . ومن ثم كانت هذه التغييرات الأساسية من شأنها ، كما قدمنا ، أن تطمس معالم النظريات المألوفة . وهي تختلف في حفظها من التوضيح ، فبعضها يجعل الغامض واضحاً ، وبعضها يقلب الواضح غامضاً .

على أن شيئاً في وسط هذه التحويلات الخطيرة يبرز في وضوح . هو أنه لا يمكن الاستغناء مطلقاً عن نظرية للالتزام في ذاته ، لتبين حقوق

الدائن في أموال مدينه ، ولتقرر أن مجموع هذه الأموال ضمان عام للدائن ، ولتحدد ما للدائن من دعاوى بالنسبة إلى هذه الأموال . كما لا يمكن الاستغناء عن استعراض الحقوق العينية ، الأصلية منها والتبعية ، حقاً حقاً ، لتقرير مقومات كل حق وخصائصه وآثاره (١) .

ونحن ممن يؤمنون بأن نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية لا بد من صياغتها نظرية شاملة تنتظم جميع نواحي القانون ، بل نحن من العاملين على ذلك والمساهمين فيه بما في الجهد من طاقة . ولكن حتى اليوم لم يوفق الفقه المصري ولا الفقه الفرنسي إلى صياغة هذه النظرية . لذلك لا نرى بدأً - في الحالة الحاضرة للفقه - من التزام الترتيب التقليدي لمسائل القانون ، وإقامة هذا الترتيب على فكرة الحق الشخصي والحق العيني لا على فكرة التصرف القانوني والواقعة القانونية . وهذا ما جرينا عليه في الجزء الأول من هذا الكتاب ، فعالجنا مصادر الالتزام ، وجمعنا في صعيد واحد ما بين التصرف القانوني في العقد والإرادة المنفردة وبين الواقعة القانونية في العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب .

٢ - الرجوع إلى التقسيم التقليدي - مصادر الالتزام

والالتزام في ذاته

٥ - نظرية الالتزام - مصادر الالتزام والالتزام في ذاته :

سبق إذن أمناء على التقسيم التقليدي ، ما دامت نظرية التصرف القانوني والواقعة القانونية لم تتم صياغتها . فالمعاملات المدنية تدور كلها حول قسمين رئيسيين : الحق الشخصي (نظرية الالتزام) والحق العيني .

ونظرية الالتزام بدورها تتناول مصادر الالتزام - وقد فرغنا من معالجتها - ثم الالتزام في ذاته ، وهو ما نعالجه الآن .

(١) «التصرف القانوني والواقعة القانونية» دروس الدكتوراه المشار إليها ص ١٤٢ -

٦ - **الالتزام في ذاته** : والالتزام في ذاته - مجرداً عن مصدره - هو موضوع دراستنا في الجزئين الثاني والثالث من هذا (الوسيط) .

ذلك أن الالتزام - أيا كان مصدره - يمكن النظر إليه في ذاته من حيث إنه بولد آثاراً قانونية ، سواء في صورته البسيطة أو في صورة أخرى معدلة بما يلحقه من الأوصاف ، ومن حيث جواز انتقاله من دائن إلى دائن أو من مدین إلى مدین ، ومن حيث انقضاؤه فان مصدر كل التزام إلى الزوال . وقبل هذا وذلك يجب إثبات الالتزام إذا وقع فيه نزاع حتى يتمكن الدائن من المطالبة به .

فيجتمع لنا إذن أقسام خمسة : (١) آثار الالتزام (٢) أوصاف الالتزام (٣) انتقال الالتزام (٤) انقضاء الالتزام (٥) إثبات الالتزام .

٧ - **تقديم قسم الإثبات** : ونبدأ بقسم الإثبات ، ثم تعقبه الأقسام الأخرى .

وقد قدمنا الإثبات على غيره من الأقسام - خلافاً للمألوف - لأن الإثبات إنما ينصب على مصادر الالتزام لا على الالتزام ذاته . وقد فرغنا من معالجة هذه المصادر ، فيكون منطقياً أن نعالج عقب ذلك مباشرة طرق إثباتها . بل إن الإثبات لا ينصب على مصادر الالتزام فحسب ، إذ هو يتناول التصرف القانوني والواقعة القانونية في مجموعهما وفيما يترتب عليهما من توليد جميع الآثار القانونية في كل نواحي القانون . فنظرية الإثبات إذن نظرية عامة ، مثلها في ذلك مثل التصرف القانوني والواقعة القانونية . ومكانها الطبيعي إنما هو في القسم العام من التقنين . فاذا لم يتيسر ، لأسباب عملية سيأتي ذكرها ، معالجتها في مكانها الطبيعي ، ولم يتيسر كذلك معالجتها قبل نظرية الالتزام - وقد كان هذا أيضاً منطقياً إذ هي تتناول إثبات الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء - فلا أقل من معالجتها ، بعد أن وضعت في نظرية الالتزام ، عقب مصادر الالتزام ، إذ الإثبات ينصب كما قدمنا لا على الالتزام بل على مصدره . كذلك يسو طبيعياً ، قبل أن نتكلم في آثار الالتزام وأوصافه وانتقاله وانقضائه ، أن نبين كيف يثبت وجود هذا الالتزام إذا نوزع فيه .

فالترتيب الذي سنجرى عليه في معالجة هذه الأقسام الخمسة هو إذن البدء بالإثبات ، ويعقبه الآثار فالأوصاف فالانتقال فالانقضاء . ونحن في هذا نتابع تبويب التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا تقديم قسم الإثبات على الأقسام الأخرى للاعتبارات التي قدمناها .

٨ - موضوعات هذا الجزء الثانى من الوسيط : وقد كان منطقياً

أن نجمع هذه الأقسام الخمسة في جزء واحد ، لنقابل بذلك مصادر الالتزام ، وقد عولجت في الجزء الأول ، بالالتزام في ذاته ويتناول هذه الأقسام الخمسة . ولكننا تبينا أن جزءاً واحداً يضيق بجميع هذه الأقسام . فلم يسعنا إلا أن نفرّد الجزء الثانى من الوسيط لقسمين منها - قسم الإثبات وقسم الآثار - مرجئين الأقسام الثلاثة الأخرى - الأوصاف والانتقال والانقضاء - لمعالجتها في الجزء الثالث .

القِسْمُ الْأَوَّلُ

الاثبات

خطة البحث

٩ - نقدم للإثبات بنظرة عامة في تعريفه ومكانه في القانون والمبادئ الرئيسية التي تقوم عليها قواعده . ونستعرض في القسم الثاني من هذه المقدمة مسائل الإثبات الثلاث : محل الإثبات ومن يحمل عبئه وطرقه المختلفة .

فاذا ما تهيأت للقارئ فكرة عامة عن الإثبات في جملته ، عالجنا مسائله بالتفصيل في أبواب ثلاثة . نبحث في الباب الأول منها الكتابة ، وفي الباب الثاني البيئة والقرائن القضائية ، وفي الباب الثالث الإقرار واليمين والقرائن القانونية ويدخل فيها حجية الأمر المقضي . وسنبن في نهاية المقدمة الأساس الذي يقوم عليه هذا التبريد .

مقدمة (*)

١٤ - نظرة عامة في الإثبات

أولاً - تعريف الإثبات وأهميته ومكانه في القانون

١ - تعريف الإثبات وأهميته :

١٠ - تعريف الإثبات : الإثبات - بمعناه القانوني - هو إقامة الدليل

(*) بعض المراجع الأساسية : بونيه (Bonnier) في الإثبات في القانون المدنى والقانون

الجنائى سنة ١٨٨٨ - رازول دى لا جراسيرى (Raoul de la Grasserie) في الإثبات في
المراد المدنى والجنائى في القانون الفرنسى والتشريعات الأجنبية سنة ١٩١٢ - تفنيه
(Thevenet) تعديل جديد في النظرية التقليدية للإثبات (المجلة العامة ١٩٣٤ ص ١٢٧) -
الدكتور محمد صادق فهمى في الإثبات في القانون المقارن رسالة من باريس سنة ١٩٢٤
(بالفرنسية) - جان دابيا (Jean Dabia) في صياغة الدليل القانونى وبخاصة في القانون المدنى
سنة ١٩٣٥ - الدكتور حل راشد في الاقتناع الشخصى للقاضى رسالة من باريس سنة ١٩٤٢
(بالفرنسية) - جورف (Gorphe) في تقدير الأدلة أمام القضاء سنة ١٩٤٧ - رويلوس
(Reulos) في نظرية الإثبات والطرق الفنية الحديثة في نسخ المستندات (المجلة الفصلية في القانون
التجارى سنة ١٩٤٨ ص ٦٠٨) - هنرى موتلسكى (Henri Motulsky) في المبادئ العامة
لتطبيق القانون الخاص تطبيقاً منهجياً باريس سنة ١٩٤٨ - جاك فلور (Jacques Flour)
بعض الملاحظات على تطور الأوضاع الشكلية (متفرقات ريبير سنة ١٩٥٠ ص ٩٣) -
دوچه ديكوتينيس (Roger Decottignies) في القرائن في القانون الخاص باريس سنة ١٩٥٠ .
وهذا غير المؤلفات المبسطة المعروفة في شرح القانون المدنى الفرنسى ، ونذكر منها بنوع
خاص : أوبرى، ورو وبارتان جزء ١٢ طبعة خامسة - بودرى وبارد الجزآن الثالث والرابع
طبعة ثالثة - بلانبول وريبير وجابولد الجزء السابع طبعة ثانية - بيدان وپرو الجزء التاسع
طبعة ثانية - دى پاچ (في شرح القانون البلجيكى) الجزء الثالث طبعة ثانية - وغير المؤلفات
للوجيزة المعروفة : بلانبول وريبير وبولانجيه طبعة ثالثة - كولان وكايتان وجوليو دى
لامورانديير (طبعة عاشره) - جوسران طبعة ثانية .

وفي اللغة المصرى : الأستاذ عبد السلام ذهنى في الأدلة - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات =

أمام القضاء ، بالطرق التي حددها القانون ، على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها (١) .

١١ - ما يستخلص من هذا التعريف - أهمية الإثبات : ويستخلص من هذا التعريف الأمور الأربعة الآتية :

(١) الإثبات بمعناه القانوني هو غير الإثبات بمعناه العام . فالإثبات بالمعنى العام لا يتخصص بأن يكون أمام القضاء ولا بأن يكون بطرق محددة . بل هو تطبيق من هذه القيود . فالباحث في التاريخ يستجمع أدلته على صحة الوقائع التاريخية التي يقررها من المستندات التي تحت يده أو من أية طريقة أخرى يراها كافية للإثبات . وهذا هو شأن الباحث في أي علم . وقد غلب على العلم في تطوراته الأخيرة أن تكون أدلته تجريبية ، يتلمسها الباحث في المعامل وعن طريق الاستقصاء وبالاستخلاص الصحيح من الإحصاءات الدقيقة . فالإثبات التاريخي ، والإثبات العلمي ، والإثبات بوجه عام ، لا ترد عليه قيود الإثبات القضائي .

ويختلف الإثبات القضائي عن الإثبات غير القضائي من وجوه . فالإثبات القضائي مقيد في طريقه وفي قيمة كل طريقة منها . أما الإثبات غير القضائي فلا قيد عليه كما قدمنا . والإثبات القضائي متى استقام ملزم للقاضي ، فيتعين عليه أن يقضى بما يؤدي إليه هذا الإثبات من النتائج القانونية ، وإلا كان في امتناعه نكول عن أداء العدالة (déni de justice) . أما الإثبات غير القضائي فلا يتعين فيه على الباحث أن يأخذ بنتائج محددة ، بل هو حر في البحث . ثم إن ما ثبت عن طريق القضاء يصبح حقيقة قضائية يجب التزامها ولا يجوز الانحراف عنها ، وهذا ما يسمى بحجية الأمر المقضي (autorité de la chose jugée) . أما ما ثبت بطريق علمي أو بأي طريق آخر فإنه لا يعتبر حقيقة ثابتة لا تتغير ، فكثيراً

== (طبعة خامسة) - الموجز للمؤلف - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات (طبعة ثانية) - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات في الإراد المدنية (طبعة ثانية) - الأستاذ عبد الباسط جيمبي في نظام الإثبات في القانون المدوّ المدق المصري . وانظر أيضاً نظرية الإثبات في القوانين السريية للأستاذ حسين المؤمن - وطرق القضاء في الفقه الاسلامي للأستاذ أحمد ابراهيم . وعند الاشارة إلى المؤلفات التي تكرر طبعها نشير إلى الطبعة التي ذكرناها هنا .

ما يستبين أن الحقائق العلمية ليست لإفروضاً غير دقيقة ، ثم ينكشف بعد ذلك خطؤها ، ويقوم مقامها حقائق أخرى هي أيضاً قابلة للتغيير^(١) .

(٢) ولما كان الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون ، وكان الإثبات القضائي مقيداً إلى هذا الحد ، فإن الحقيقة القضائية تصبح غير متفقة حتماً مع الحقيقة الواقعية ، بل كثيراً ما تنفرج مسافة الخلف ما بين الحقيقتين ، وتجانى إحداها الأخرى . وفي هذا ما يجعل الحقيقة القضائية في بعض الحالات منزلة عن الواقع ، بل بعيدة عن الحق ، أقرب إلى أن تكون مصطلحاً فنياً منها حقيقة واقعية^(٢) . وسنعود إلى هذا المعنى في موضع آخر .

(٣) ولما كان الإثبات القضائي إنما ينصب على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها ، فحل الإثبات إذن ليس هو الحق المدعى به ولا أى أثر قانوني آخر يتمسك به المدعى في دعواه ، وإنما هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق أو هذا الأثر . والواقعة القانونية التي هي محل الإثبات يقصد بها هنا معناها العام ، أى كل واقعة أو تصرف قانوني يرتب القانون عليه أثراً معيناً . فالعمل غير المشروع واقعة مادية يرتب القانون عليها التزاماً بالتعويض . والعقد تصرف قانوني يرتب القانون عليه الالتزام الذي اتفق عليه المتعاقدان . وكل من العمل غير المشروع والعقد واقعة قانونية يرتب القانون عليها أثراً ، وهي - أى هذه الواقعة القانونية - دون الأثر الذي يرتب عليها ، التي تكون محلاً للإثبات وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى^(٣) .

(١) انظر في مقارنة دقيقة بين الإثبات القضائي والإثبات التلميسي أو التاريخي بارتان على أوربي ورو جزء ١٢ فقرة ٧٤٩ حاشية رقم ٢ مكرر ، وأنظر أيضاً : بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٧ - ص ٨٢٨ - ص ٨٢٩ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٣٨ ص ٣٠٦ - الأستاذ عبد الباسط جيمبي نظام الإثبات في القانون المنقح المصري ص ٢٩ - ص ٤٢ .

(٢) وقد مر الإثبات القضائي في تاريخ الإنسانية بمراحل يضيق المقام هنا عن الخوض فيها . فقد كانت الإنسانية في طفولتها تلجأ في الإثبات القضائي إلى ضروب من السحر والشعوذة . ثم لجأت إلى الدين ، من حلف واستدعاء قه ولقديسين على المطل من الحصين . وكان القتال ، بل الانتحار ، من الأدلة القضائية عند بعض الأمم في فجر التاريخ (انظر في هذا راؤول دي جراسيري (Raoul de la Grasserie) في الإثبات في المواد المدنية والجنائية في القانون الفرنسي والنشریات الأجنبية ص ١٨ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات جزء أول ص ٩ - ص ١٢) .

(٣) وقد تغلب العادة فيجربى القلم بذكر إثبات الحق ، والمقصود دائماً هو إثبات الواقعة القانونية التي أنشأت الحق .

(٤) وما دام الإثبات القضائي هو إقامة الدليل امام القضاء على الواقعة التي يرتب القانون عليها أثراً ، فعنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات القضائي . فالحق الذي ينكر على صاحبه ، ولا يقام عليه دليله القضائي ، ليست له قيمة عملية ، فهو والعدم سواء من الناحية القضائية . قد يكون للحق وجود قانوني حتى لو لم يقم عليه الدليل القضائي ، وقد ينتج هذا الوجود بعض الآثار القانونية ، ولكن هذا من الندرة بحيث لا يقام له وزن ولا يحسب له حساب .

ومن ثم تبين أهمية الإثبات القضائي من الناحية العملية . فالحق - كما تقول المذكورة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الجديد^(١) - يتجرد من قيمته مالم يقم الدليل على الحادث المبدئ له ، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً ، والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه . « ونظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية . بل هي النظرية التي لاتنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض لها من أفضية »^(٢) .

ب - مكان الاثبات في القانون

١٢ - انقسام السرائع الى طوائف ثلاث : يتنازع قواعد الإثبات مكانان ، مكان في التقنين المدني وآخر في تقنين المرافعات . ذلك أن لهذه القواعد ناحيتين ، ناحية موضوعية هي التي تحدد طرق الإثبات المختلفة وقيمة كل طريقة منها ومن الذي يقع عليه عبء الإثبات وماذا يقوم باثباته ، وناحية شكلية هي التي تحدد ما يتبع من الإجراءات في تقديم طرق الإثبات فللشهادة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٩ .

(٢) الموجز فقرة ٦١٤ ص ٦٤٥ . وأنظر : بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ١٤٠٦

ص ٨٢٥ وقد جاء فيه : « الدليل وحده هو الذي يجسئ الحق ويجعله مفيداً » (La preuve seule vivifie le droit et le rend utile) . وقد أثرت في هذا المعنى أقوال مشهورة ، منها

« ما لا دليل عليه هو والعدم سواء » أو « يستوى حق معلوم وحق لا دليل عليه » (Idem est

non esse aut non probari) — ويقول أهرنج : « الدليل هو قوة الحق » (La preuve

est la rançon des droits) — أنظر أيضا : بيدان وپرو ٩ ص ١١٣٩ ص ٢٠٧ —

الأستاذ سليمان مرقس في أصول الاثبات ص ١ س ٢ .

وللأوراق المكتوبة والظعن فيها وللخبرة ولتحليف اليمين ولغير ذلك من طرق الإثبات لإجراءات معينة رسمها القانون^(١).

وقد انقسمت الشرائع في مكان الإثبات إلى طوائف ثلاث . بعضها يجمع قواعد الإثبات في ناحيتها الموضوعية والشكلية ويضعها جميعاً في تقنين المرافعات ، كما فعل القانون الألماني والقانون السويسري^(٢) . وبعضها يضع القواعد الموضوعية في التقنين المدني والقواعد الشكلية في تقنين المرافعات ، كما فعل القانون المصري والقانون الفرنسي وأكثر الشرائع اللاتينية^(٣). وطائفة ثالثة تفرد قواعد الإثبات جميعاً الموضوعية منها والشكلية بقانون خاص ، كما فعل

(١) بودري وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٩ .

(٢) ويذهب الأساتذة كولان وكايتان ودي لامورانديير (جزء ٢ ص ٧١٨ وجزء ١ ص ١٠٥ وما بعدها) إلى هذا الرأي . كذلك يبدو أن الدكتور محمد صادق فهمي (الإثبات في القانون المقارن ص ٨٥ — ص ٨٦) يميل إلى وضع قواعد الإثبات في تقنين المرافعات . انظر أيضاً بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٤٠ ، ص ٢٠٨ .

(٣) الموجز ص ٦٤٦ — وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الجديد في هذا الصدد ما يأتي : « والواقع أنه يتضح من استظهار تويب التقنيات المختلفة ومقارنة كل منها بالآخر ، أن الإثبات والشهر لا ينزلان منها مكاناً واحداً . فبعض هذه التقنيات يفرد لها مكاناً في تقنين المرافعات (مذهب التشريعات الجرمانية) ، وبعض منها يضمن أحكامها تشريعاً مستقلاً (مذهب التشريعات الإنجليزية والأمريكية) ، وبعض آخر يفرق هذه الأحكام بين التقنين المدني وتقنين المرافعات (مذهب التشريعات اللاتينية) . ويقوم مذهب الفريق الأخير من التقنينات على التفريق بين طائفة القواعد المتعلقة بالتنظيم الموضوعي ، وبين طائفة القواعد المتعلقة بالشكل والإجراءات ، ويلحق الأولى بالتقنين المدني ، ويقرر لثانية مكاناً في تقنين المرافعات . وتشمل الطائفة الأولى على الأحكام المتعلقة بمحل الإثبات ، وبيان من يقع عليه عبؤه ، وتفصيل طرقه ، وأحوال أعمال كل من هذه الطرق . وغنى عن البيان أنه يقصد من هذه الأحكام بوجه عام إلى اتقاء المنازعات وتأمين ما ينبغي للتعامل من استقرار ، ولعل هذا الغرض الوقائي بذاته هو أبرز ما يهض لتوجيه وضعها في نصوص التقنين المدني باعتباره الأصل الجامع للمبادئ العامة في القانون . أما ما يتعلق من الأحكام بأعمال طرق الإثبات فهو يتصل بناحية الشكل وإجراءات ولا سيما ما يقوم من هذه الطرق على التحقيق أو الخبرة . وبديهي أن مثل هذه الأحكام أخص نطاقاً من الأحكام الموضوعية ، وهي تنسم على وجه الافراد بطابع قضائي يجعل خطابها ينصرف بوجه خاص إلى من يعهد إليهم بتطبيق القانون والفصل في المنازعات . فأحق بها ، والحال هذه ، أن تحمل مع سائر ما يتعلق بخصوصيات الشكل والإجراءات صعيداً واحداً في تقنين المرافعات . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٧ — ص ٣٤٨) .

القانون الإنجليزي فيما أسماه بقانون الإثبات (law of evidence) وكما فعل القانون السوري فيما أسماه بقانون البيّنات^(١).

١٣ - بروز القواعد الموضوعية في الإثبات ووجوب بغائها في

التقنين المدني : وتقتضى سلامة النظر في هذه المسألة بتخطي الشرائع التي تضع قواعد الإثبات بناحيتهما الموضوعية والشكلية في تقنين المرافعات . قد توضع هذه القواعد كلها في التقنين المدني تغليباً للناحية الموضوعية على الناحية الشكلية فيلنتم شملها^(٢) . وقد توزع بين التقنين المدني وتقنين المرافعات كما تقتضى بذلك طبيعة كل طائفة من هذه القواعد . وقد تنفرد بمكان خاص تنعزل به عن سائر التقنينات حتى لا تطفئ ناحية من الناحيتين على الأخرى . ولكن أن يستقل بها جميعاً تقنين المرافعات فهذا ما لا وجه للنظر فيه^(٣) . ولا يجوز تغليب الناحية

(١) وكذلك فعل القانون الأمريكي في قانون الإثبات (Law of evidence) . انظر في مكان الإثبات في كل من النظام اللاتيني والنظام الجرمانى والنظام الأنجلوسكسونى ، وذلك من ناحية التطور التاريخى ، رسالة الدكتور محمد صادق فهمى في الإثبات في القانون المقارن ص ٢٠ - ص ٥٥ .

(٢) وقد توضع القواعد الموضوعية للإثبات مع قواعد الشرح في مكان واحد في التقنين المدني . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الجديد في هذا المعنى ما يأتي : « ليس شك في أن التقنين المدني هو أنسب مكان لكل ما يتعلق بالأحكام الموضوعية في الإثبات ، بل وقد يكون في هذا الوضع ما يدعو إلى التفكير في الجمع بين هذه الأحكام وبين الأحكام الخاصة بشهر التصرفات في كتاب قائم بذاته يكون عنوانه : في الإثبات والشهر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٧) .

(٣) وهذا ما سلم به واضعو تقنين المرافعات الجديد ، إذ قالوا في المذكرة التفسيرية لمشروع التقنين المذكور إن قوانين المرافعات تجمع في بعض البلاد الأوروبية بين قواعد الإثبات الموضوعية وبين إجراءات الإثبات وأوضاعه لشدة الاتصال بين القواعد وبين الإجراءات في هذا الشأن . ومع ذلك روى أن يقتصر المشروع على الاحتاطة بالإجراءات في الأوضاع وأن تترك القواعد الموضوعية للقانون المدني . وقد استتبع هذا رفع النصوص الموضوعية الموجودة في قانون المرافعات الحالي مثل آثار عرض التيمين وحلفها والتحكول فيها وعناء التمرص بين الأوراق التي تكون حجة حتى يظن فيها بالتزوير والتي يمكن الإستكثار للحيلولة دون الاحتجاج بها ، وترك ذلك كله للقانون المدني .

وأنشد الأستاذ نشأت علي واضع تقنين المرافعات الجايد أهم بالرغم من قدمه قد عرضوا إلى بعض القواعد الموضوعية . ومثلاً نص المادة ١٥٦ على أنه يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها =

الشكلية على الناحية الموضوعية . فالناحية الموضوعية من قواعد الإثبات هي دون شك الناحية البارزة : تعيين طرق الإثبات وتحديد قيمها وتحميل عبء الإثبات لأحد الخصمين ، هذا هو اللب في قواعد الإثبات ، وهذه كلها مسائل موضوعية . ثم إن الناحية الشكلية من قواعد الإثبات قد لا تعرض إطلاقاً، ويقع ذلك عند إعداد طرق الإثبات فيما بعد منها مقدماً (preuve préconstituée) . ويقع ذلك أيضاً إذا لم يترافع الخصمان فيما تنازعا فيه إلى القضاء بل سويبا النزاع بينهما بطريق ودي لا حاجة فيه إلى الإجراءات التي رسمها القانون لتقديم الأدلة (١) .

ومتى خلاص أن دليل الحق تغلب فيه النزعة الموضوعية غلبة ظاهرة ، كان المكان الطبيعي للقواعد التي تحكم هذا الدليل هو التقنين المدني . فالدليل على الواقعة التي تنشأ الحق أقرب إلى أن يكون وضعاً شكلياً لهذه الواقعة . ولا يوجد فرق كبير من الناحية العملية بين عقد شكلي وعقد رضائي لا يجوز إثباته إلا بالكتابة . فالكتابة ضرورية في الحالتين . وإن كانت الكتابة في العقد الشكلي تتميز بأنها ترسم على نحو خاص وبأنها واجبة لذاتها فلا يقوم

= متعلقة بالدعوى منتجة فيها جائزاً قبولها . ونصت المادة ٢٦٠ على أن للمحكمة أن تقدر ما ترتب على الكشط والحرق والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في الورقة من إسقاط قيمتها في الإثبات أو إنقاصها ، والمادتان ٢٦٢ و ٢٨٤ اعطتا القاضي الحق في أن يحكم بصحة الورقة التي أنكر توقيعها أو طعن فيها بالتزوير إذا اقتنع بذلك من وقائع الدعوى ومستنداتها أو أن يأمر بالاحتياط . وأجازت المادة ٢٩٠ للمحكمة أن تحكم برد أية ورقة وببطلانها إذا ظهر لها بطلانها أو بطلانها بمرور وبو لم يدع أمامها بالتزويره (الأستاذ نشأت في الإثبات فقرة ٢٣ ص ٢٥) . وهذه الأمثلة التي ساقها الأستاذ نشأت إنما تدل على تعذر فصل القاعدة الموضوعية عن قواعد الإجراءات في بعض الحالات الخاصة . فإكان باليسير على واضعي تقنين المرافعات الجديد أن ينفلوا ما أوردوه من هذه القواعد الموضوعية ، فهي متصلة اتصالاً وثيقاً بما تلتها من قواعد الإجراءات، هذا إذا استثنينا المادة ١٥٦ التي تنص على أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ، منتجة فيما ، جائزاً قبولها ، فإن المكان الطبيعي لهذا النص هو التقنين المدني .

كذلك يوجد طريقان للإثبات — هما المعاينة والخبرة — تغلب فيهما الناحية الإجرائية . فكان مكانهما اللائق من الناحية العمسية هو تقنين المرافعات (قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٩) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٦ ص ٨٢٦ -- بلانيول وريبير بولانجي ٢

مقامها الإقرار أو اليمين كما بصح ذلك في الكتابة المطلوبة للإثبات وبأن الطرفين لا يجوز لهما الاتفاق على تعديل الشكل كما يجوز ذلك في طرق الإثبات على النحو الذي سنبينه فيما يلي (١) . ولكن يبقى بعد ذلك أن الكتابة للإثبات ضرورية من الناحية العملية ضرورة الكتابة للشكل . ويخلص من هذا أن القواعد التي تحكم الكتابة للإثبات يجب أن يكون مكانها بجانب القواعد التي تحكم الكتابة للشكل ، وأن قواعد الإثبات كقواعد الشكل يجب أن يكون مكان كل طائفة منهما هو التقنين المدني (٢) .

١٤ - مطابـق قواعد الإثبات الموضوعية في التقنين المدني : على أن

مكان قواعد الإثبات ، الموضوعية منها على الأقل ، في التقنين المدني لا يتفق فيه النظر . فالتقنين المدني الفرنسي وضعها بين القواعد التي تحكم نظرية العقد ، ولاشك في أن هذا مكان غير مناسب إذ أن قواعد الإثبات تسرى على العقد

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٨ ص ٨٣٠ .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٤ - فقرة ٢٧ - وما يؤكد هذا المعنى ، في القانون الدولي الخاص ، أن القانون الذي يسرى على القواعد الموضوعية في الإثبات هو عين القانون الذي يسرى على شكل العقود ، ذلك أن الإثبات ، من ناحية قواعد الإسناد ، هو في منزلة الشكل ، فيسرى قانون البلد الذي تم فيه العقد أو قانون الموضوع أو قانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك . وقد نصت المادة ٢٠ من التقنين المدني الجديد على أن « العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسرى على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك » (انظر في هذه المسألة بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٥٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٣١ ص ٨٦٠ - ٨٦٢) أما الإجراءات الشكلية للإثبات فيسرى عليها قانون القاضي (lex fori) ، وقد نصت المادة ٢٢ من التقنين المدني على أنه « يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات »

على أنه ، بالرغم من ذلك ، يجب أن يلاحظ أن الحق قد يقوم دون أن يقوم دليله ، بأن يستوجب القانون مثلاً أن يكون الدليل كتابة لا توجد أو كتابة لها شكل خاص فتكون باطلة لعدم استيفائها الشكل المطلوب . وعند ذلك يبقى الحق قائماً وإن سقط الدليل . وقد يتيأ لصاحب الحق أن يثبت وجوده من طريق آخر . ومن ثم كان للقول بقيام الحق مع سقوط دليله هذا الوجه من ناحية العمل انظر في ذلك بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٨ ص ٨٢٩ من ٨٣٠ - بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٣٩ ص ٢٠٧ .

وعلى غيره من مصادر الالتزام الأخرى^(١). والتقنين المدني المصري - القديم والجديد - وضع هذه القواعد في النظرية العامة للالتزام^(٢)، وهذا مكان أليق. وقد يقال إن نظرية الإثبات ليست مقصورة على الالتزام، بل هي نظرية عامة شاملة تتناول مصادر الالتزام ومصادر الحق العيني ومصادر روابط الأسرة، ولا تقف عند المصادر فحسب إذ هي تحكم أيضاً أسباب انقضاء الحقوق وكل سبب آخر ينشئ أثراً قانونياً، بل هي تجاوز منطقة القانون المدني إلى غيرها من مناطق القوانين الأخرى^(٣). ولكن التقنين المدني المصري غلب الناحية العملية وآثرها على الناحية العلمية. فالإثبات كما رأينا ينصب على أى سبب ينشئ أثراً قانونياً، وهذه الأسباب يمكن حصرها في الواقعة القانونية والتصرف القانوني. فيكون المكان المنطقي للإثبات على هذا الوجه هو في القسم العام من التقنين المدني حتى تنبسط قواعده على جميع نواحي هذا القانون وقد صبقت الإشارة إلى ذلك. ولكن الناس قد ألفت أن تبحث عن قواعد الإثبات في النظرية العامة للالتزام. ثم إن هناك قواعد خاصة لإثبات الحقوق العينية وضعها التقنين المدني الجديد في مكانها من نظرية الحيازة. فأصبحت قواعد

(١) چوسران ٢ فقرة ١٥٨ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٤٥ ص ٢٠٧ - ص ٢٠٨ - والسبب في أن التقنين المدني الفرنسي وضع الإثبات في هذا المكان هو أن واضعي هذا التقنين اقتفوا أثر پوتيه (Pothier)، حتى دون أن يتدبروا أن پوتيه عنى بعبارة « طرق الوفاء » (paiements) في صيغة الجمع إثبات جميع الأسباب التي ينقض بها الالتزام دون أن يقتصر على الوفاء (بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٣ - ماكارديه ٥ ص ٢ - لارومبير ٥ م ١٣١٥ فقرة ٧ - ديمولومب ٢٩ فقرة ١٨١ - لوران ١٩ فقرة ٨١) وكان دوما (Domat) في كتابه «القوانين المدنية» - الكتاب الثالث - الباب السادس « مثلاً أفضل للاحتذاء من پوتيه، فإن هذا الفقيه الأخير إنما وضع الإثبات في المكان الذي وضعه فيه لأنه لم يضع كتاباً في القانون المدني جملة واحدة (بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٢١٥٥).

(٢) الباب السادس من الكتاب الأول في الالتزامات بوجه عام، وهذا في التقنين الجديد.

(٣) وقد جاء في الموجز في هذا المعنى ما يأتي: « فليست نظرية الإثبات إذن مقصورة على الالتزامات التعاقدية كما قد يوهم ذلك موضعها من القانون المدني الفرنسي. وإيست مقصورة على الالتزامات بوجه عام، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، كما قد يدل على ذلك مكانها في القانون المدني المصري. بل هي نظرية عامة شاملة، تتناول العقود، وتتناول غير العقود من مصادر الالتزامات الأخرى، وتتناول مصادر الحقوق العينية، ومصادر روابط الأسرة، بل هي تجاوز القانون المدني إلى غيره من القوانين، (الموجز فقرة ٦١٦ ص ٦٤٥ - ص ٦٤٦).

الإثبات الواردة في نظرية الالتزام هي القواعد العامة للإثبات تسرى على الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء . وتختص الحقوق العينية ، بالإضافة إلى ذلك ، بقواعد أخرى هي الواردة في نظرية الحيازة . وفي هذا توزيع لقواعد الإثبات ، إذ لم يكن دقيقاً من الناحية العلمية ، فإنه يستقيم من الناحية العملية ، وقد جرت به العادة ، وألفته الناس ، فلم يجد التقنين المدني الجديد محلاً للعدول عنه (١) .

ج - مقابلة سرية بين نصوص التقنين المدني الجديد ونصوص التقنين المدني القديم في قواعد الإثبات

١٥ - ترتيب التقنين القديم : لا يكاد التقنين المدني الجديد يكون قد استحدث شيئاً هاماً في قواعد الإثبات عن تلك التي كان التقنين القديم يقررها . وقد قدمنا أن مكان هذه القواعد في التقنين الجديد بقى هو عين مكانها في التقنين القديم .

(١) قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٠ - فقرة ٣٥ . وهذه العادة وما ألفته الناس هما السبب في أن التقنين المدني الجديد قد عدل عن أفراد كتاب خاص للإثبات والشهر . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : وعلى أن مسألة استجسان أفراد كتاب خاص للإثبات والشهر لا تزال جديدة بالنظر والتفكير ، ولا سيما إذا روي ما قد يؤخذ على مذهب التقنين الراهن في هذا الشأن ، فقد نهج هذا التقنين نهج التقنينات اللاتينية ، وأخصها التقنين الفرنسى والتقنين الإيطالى والتقنين البلجيكي والمشروع الفرنسى الإيطالى ، ومقد للإثبات باباً سادساً في الكتاب الثانى الخاص بالتمهيدات والمعقود . ولم ير المشروع أن يشذ عن هذا النهج بعد أن استقر في تقاليد البلاد . أما الشهر فقد نظم في أكثر الدول بمقتضى تشريعات خاصة صدرت بعد العمل بالتقنينات المدنية ، ثم أدمجت في هذه التقنينات فيما بعد عقب الأحكام الخاصة بالحقوق العينية . وقد اختار المشروع هذا الوضع . على أن توزيع أحكام الإثبات وقواعد الشهر على هذا النحو لم يقصد منه إلى قصر نطاق الأولى على الالتزام ووقف الثانية على الحقوق العينية بحسب . فن المسلم - بوجه عام - أن تلك الأحكام عامة التطبيق ، تسرى على جميع الوقائع القانونية المبدئة للحقوق ، مالية كانت هذه الحقوق أو عينية أو معنوية ، ومن المسلم كذلك أن هذه القواعد لا تقتصر على الحقوق العينية العقارية ، بل يبنى أن تتناول كل ما يهيم الغير الوقوف عليه من الأوضاع القانونية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٤٨) .

وكانت نصوص التقنين القديم غير مرتبة . فقد بدأت بنص في شأن عبء الإثبات . ثم بينت المواطن التي يجب الإثبات فيها بالكتابة وتلك التي يجوز الإثبات فيها بالبينة وبالمقرائن . وعرضت بعد ذلك لإثبات التخلص من الدين بتسليم السند وبوجوده تحت يد المدين وبالشروع في الوفاء . ثم عادت لجواز إثبات أصل الدين بدفع الفوائد . ثم عرضت ليمين المتنمة ثم لليمين الحاسمة . ثم رجعت إلى تعريف المحررات الرسمية والمحررات العرفية مع بيان حجية كل منهما وبيان حجية التاريخ ومتى يكون تاريخاً ثابتاً . ثم عرضت للتأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين ومدى حجية هذا التأشير . وعادت بعد ذلك إلى تحديد قيمة صور الأوراق الرسمية . وانتقلت فجأة إلى حجية الأمر المقضى . ثم عرضت للإقرار . وانتهت بنص يطلق الإثبات في المواد التجارية .

١٦ - **تبويب التقنين الجديد:** أما التقنين الجديد^(١) فقد رتب قواعد الإثبات ترتيباً منطقياً في الباب السادس من الكتاب الأول . فقدم هذه القواعد بنص في تخمين عبء الإثبات . وفي فصول خمسة عرض للإثبات بالكتابة ، فالإثبات بالبينة ، فالإثبات بالمقرائن ، فالإثبات بالإقرار ، فالإثبات باليمين . وفي الإثبات بالكتابة عرف الورقة الرسمية وبين حجيتها وحجية صورها ، ثم عرف الورقة العرفية وبين حجيتها وحجية التاريخ وثبوته ، ثم انتقل لقيمة بعض الأوراق العرفية في الإثبات فعرض للرسائل والبرقيات ودفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية والتأشير على السند بما يفيد براءة المدين . وفي الإثبات بالبينة بين متى يجوز ذلك ومتى لا يجوز . وفي الإثبات بالمقرائن عرف القرينة القانونية

(١) ونوجه النظر منذ الآن إلى أن الذي وضع المشروع الابتدائي في الإثبات هو الأستاذ استنويت (Stenuit) الذي كان قاضياً بالمحاكم المختلطة (انظر الوسيط جزء أول ص ١٧ هامش رقم ٢) . وقد وضع هذا المشروع الابتدائي في اثنتين وخمسين مادة ، وأرفق بهذه النصوص مذكرة إيضاحية تتمشي معها ببطية الحال . وقد تناولت لجنة تنقيح القانون المدق هذه النصوص بالمراجعة والتنقيح حتى حوالتها إلى حيزه من المشروع التمهيدي لقانون . ولكن المذكرة الإيضاحية التي وضعها الأستاذ استنويت أدرجت كما هي في مجموعة الأعمال التحضيرية ، دون مراعاة لما أدخل على النصوص الأولى من تنقيح ودمج . فأصبحت هذه المذكرة ، في بعض المواضع ، لا تتشئ مع النصوص النهائية . وسننبه إلى كل مسألة في موضعها .

وبين حجيتها ، وانتقل إلى حجية الأمر المقضى كقرينة قانونية ، وإلى حجية الحكم الجنائي بالنسبة إلى القضاء المدني ، ثم عرض للقرائن القضائية . وفي الإثبات بالإقرار عرف الإقرار ، وحدد حجيته ، وبين متى يتجزأ . وفي الإثبات باليمين عرض لليمين الحاسمة ، ثم لليمين المتممة .

١٧ - لم يستحدث التقنين الجديد شيئاً جوهرياً في قواعد الإثبات :

وفي غير هذا الترتيب المنطقي المنسق لم يستحدث التقنين الجديد شيئاً جوهرياً في قواعد الإثبات . بل اقتصر التنقيح على بعض المسائل التفصيلية ، مع تهذيب في العبارة والأسلوب ، وتوضيح لما كان مقتضياً أو مبهماً ، وحتى فيما زاده التقنين الجديد من الأحكام ، كتحديد الورقة الرسمية والورقة العرفية ودفاتر التجار والأوراق المنزلية وجواز منع توجيه اليمين الحاسمة وجواز إثبات الحنث فيها ، لم يستحدث قواعد جديدة ، ولكنه اقتصر على تقنين القضاء المصرى في هذه المسائل^(١) . وسنعود إلى كل مسألة في موضعها .

١٨ - سريان قواعد الإثبات من حيث الزمان : ومهما يكن من

أمر ، فهناك بعض أحكام تفصيلية استحدثها التقنين الجديد كما قدمنا . فنذكر في هذه المناسبة المبدأ العام في سريان قواعد الإثبات من حيث الزمان ، لئلا نرى متى تسرى القواعد الجديدة بوجه عام ، تاركين تفصيل سريان كل قاعدة إلى موضعها من هذا الكتاب .

أما القواعد الموضوعية للإثبات ، وهى تلك التى تعين طرق الإثبات وتبين متى يجوز قبولها وتحدد قيمة كل منها ، فالقانون الذى يطبق هو القانون الذى كان سارياً وقت نشوء الحق المراد إثباته . فلو كان هذا القانون يجيز الإثبات باليمين مثلاً ، جاز هذا الإثبات حتى لو كان القانون الجديد وقت رفع الدعوى لا يجيز الإثبات إلا بالكتابة . والعكس صحيح على خلاف فى رأى^(٢) . وتطبيقاً لهذا

(١) انظر الوسيط جزء أول ص ٧١ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القانون الذى كان معمولاً به وقت إبرام التصرف هو الذى يسرى على هذا التصرف من حيث شروط صحته ومن حيث شكله ومن حيث طرق إثباته (٢٥ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٧١) . ويحدد حجية الورقة المكتوبة القانون القائم وقت =

المبدأ نصت المادة التاسعة من التقنين المدني الجديد على أن (تسرى في شأن الأدلة

= صدورها) استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحلقة ١٠ رقم ٣٤٦ ص ٦٩٦) وقد كانت المادة ١٩ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد تنص على أن « تسرى في شأن القرائن الزاموية النصوص المعمول بها في الوقت الذي تم فيه العمل أو الحادث الذي ترتب عليه القرينة القانونية » ولكن هذه المادة حذفت في لجنة المراجعة لوضوح حكمها ولعدم الحاجة إليها (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٢٧) أما طرق الإثبات التي هي ليست من عمل الطرفين بل يترك أمرها إلى القاضي ، كالأقرار واليمين ، فيسرى عليها القانون الجديد . فلو أن قانوناً جديداً منع اليمين في حالة معينة ، فإن توجيه اليمين يكون غير جائز في هذه الحالة حتى عن واقعة حدثت قبل نفاذ القانون الجديد (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٧ ص ٢٢٩) .

وإذا خفف قانون جديد نصاب البينة إلى خمسة جنهات مثلاً ، فالتصرفات المبرمة قبل نفاذ هذا القانون الجديد وتزيد على خمسة جنهات ولا تزيد على العشرة يكتفى في إثباتها البينة والقرائن ، لأن القانون القائم وقت إبرام التصرف كان يجوز ذلك (ديرانتون ١ فقرة ٦٦ - ديمولومب ١ فقرة ٥٤ - لوران ١ فقرة ١٧٦ - أوبري ورو ١ (طبعة خامسة) فقرة ٣٠ ص ١٢٧ - بودري وهوك فوركاردي ١ فقرة ١٧٦) . أما إذا رفع قانون جديد نصاب البينة إلى عشرين جنهات مثلاً ، فالأصل أن التصرفات المبرمة قبل نفاذ هذا القانون الجديد ، وتزيد على عشرة جنهات ، لا يجوز إثباتها بالبينة ، وإن كانت لا تزيد على عشرين جنهات ، إعمالاً للقانون القائم وقت إبرام هذه التصرفات دون نظر لأحكام القانون الجديد ، حتى لا يتأثر مركز المحصنين بهذه الأحكام . وبهذا الرأي يقول كثير من الفقهاء (ديرانتون ١ فقرة ٦٦ - ديمولومب ١ فقرة ٥٤ - لوران ١ فقرة ١٧٦) . ولكن بعض الفقهاء يذهبون إلى جواز الإثبات بالبينة في هذه الحالة لأن فتح القانون الجديد لهذا الطريق للإثبات إما كان المقصود منه الكشف عن الحقيقة بطرق أصح ، ولا يجوز للمدين في هذا الفرض أن يدعى أنه كسب حقاً في أن يتخلص من التزامه بسبب عدم طرق الإثبات التي كانت قائمة وقت نشوء هذا الالتزام (أوبري ورو ١ طبعة خامسة ص ١٢٨ وهامش رقم ٦٦ - بودري وهوك فوركاردي ١ فقرة ١٧٦ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٧ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠ . على أن القائلين بهذا الرأي الأخير يقصرونه على الحالة التي نحن بصدددها ، ولا يعممونه حتى يتناول الأوراق المكتوبة والقرائن القانونية ، فهذه وتلك يحكمها القانون الذي يكون قائماً وقت صدورها أو وقت تمام الحادث الذي ترتبت عليه (أنظر في هذا الموضوع چوريس كلاسيو المدني (Juris-classeur. Civil) قسم ١٢٤ مادة ١٣١٦ فقرة ١٤ - فقرة ١٧) .

أما الوقائع التي لا تتوافر أدلتها وقت نشوئها - وهي الوقائع المادية - فهذه يسرى عليها القانون الجديد حتى لو كانت قد نشأت في ظل القانون القديم . وكذلك جواز قبول الواقعة في الإثبات يعتبر من النظام العام فيسرى عليه القانون الجديد ، وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المشروع التمهيدي للتقنين المدني ، ولكن هذا النص حذفته لجنة المراجعة تجنباً للتفصيلات ولأن مكانه المناسب هو قانون المرافعات (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٢٥) . انظر في هذا الموضوع الدكتور عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات في المواد المدنية فقرة ٥٣ - فقرة ٥٦ ص ٦١ - ص ٦٥) .

التي تعد مقدماً للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده» (١).

أما الإجراءات التي تتبع في سلوك طريق الإثبات ، فهذه يسرى عليها القانون القائم وقت نظر الدعوى ولو كان جديداً ، لأن نواتج الإجراءات الجديدة تسرى على الماضي (٢).

ثانياً - المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها قواعد الإثبات

١٩ - مبادئ ثلاث : يقوم الإثبات على مبادئ رئيسية ثلاثة :

(أ) فهو نظام قانوني (système légal) ، أي تنظمه قواعد يقررها القانون .
(ب) ويكون القاضي فيه محايداً ، وهذا هو مبدأ حياد القاضي (neutralité du juge) .
(ج) أما الخصوم فيقومون فيه بالدور الإنجابي ، وهذا هو حق الخصم في الإثبات (droit à la preuve) .

والواقع - كما سنرى - أن هناك تعاوناً وثيقاً في الإثبات بين القانون والقاضي والخصوم . فالقانون يبين طرق الإثبات ويحدد قيمة كل منها . والقاضي يطبق القواعد التي يقررها القانون في ذلك ، ويتمتع في تطبيقها بشيء غير قليل من حرية التقدير . والخصوم هم الذين عليهم أن يقدموا الأدلة على صحة دعاوهم ، وذلك على الوجه الذي رسمه القانون ، ولكل خصم الحق في مناقشة الأدلة التي يقدمها خصمه وفي تنفيذها وفي إثبات عكسها .

ونستعرض الآن هذه المبادئ الثلاثة .

(١) وكان النص في المشروع يجرى على الوجه الآتي : « تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدماً للنصوص المعمول بها في الوقت الذي يعد فيه الدليل أو في الوقت الذي يستطاع أو ينبغي فيه إعداده » . ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « الذي يستطاع فيه إعداده » اكتفاء بعموم عبارة « الذي ينبغي فيه إعداده » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٢٧) .

(٢) وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٧ من المشروع التمهيدى لتقنين المدنى تنص على ما يأتي : « تسرى النصوص المتعلقة بإجراءات الإثبات من وقت العمل بها على جميع الدعاوى القائمة » . ولكن هذا النص حذفت في لجنة المراجعة لأن مكانه المناسب هو تقنين المرافعات (انظر المادة الأولى من تقنين المرافعات الجديد) .

١ - مبدأ النظام القانوني للإثبات - مذاهب ثلاثة

٢٠ - الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية - الصرامة والاستقرار

رأينا فيما تقدم أن الحقيقة القضائية قد تبتعد عن الحقيقة الواقعية، بل قد تتعارض معها. ورأينا أن السبب في ذلك أن الحقيقة القضائية لا تثبت إلا من طريق قضائي رسمه القانون. وقد يكون القاضي من أشد الموقنين بالحقيقة الواقعية، وقد يعرفها بنفسه معرفة لا يتطرق إليها الشك، ولكن يندم أمامه الطريق القانوني لإثباتها فلا يجد بداً من إهدارها والأخذ بسبل القانون في الإثبات، ومن ثم قد تتعارض الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية.

والقانون في تمسكه بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية إنما يوازن بين اعتبارين: اعتبار العدالة في ذاتها ويدفعه إلى تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل ومن جميع الوجوه حتى تتفق معها الحقيقة القضائية، واعتبار استقرار التعامل ويدفعه إلى تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذها وفي تقدير كل دليل فيحدد له طرق الإثبات وقيمة كل طريق منها، حتى يأمن جوره إذا مال إلى الجور، أو في القليل حتى يجد من تحكمه، فلا تختلف القضاة فيما يقبلون من دليل وفي تقدير قيم الأدلة في الأفضية المتماثلة.

٢١ - مذاهب ثلاثة في الإثبات: ويمكن في الموازنة ما بين الاعتبارين

الذين تقدم ذكرهما - اعتبار العدالة واعتبار استقرار التعامل - أن نتصور قيام مذاهب ثلاثة في الإثبات: (١) مذهب يميل إلى اعتبار العدالة ولو بالتضحية في استقرار التعامل، وهذا هو المذهب الحر أو المطلق (système libre). (٢) ومذهب يستمسك باستقرار التعامل ولو على حساب العدالة، فيقيد القانون الإثبات أشد التقييد حتى يستقر التعامل، وهذا هو المذهب القانوني أو المذهب المقيد (système légal). (٣) ومذهب ثالث هو بين بين، يزن ما بين الاعتبارين، فيعتد بكل منهما، ولا يضحى أحدهما لحساب الآخر، وهذا هو المذهب المختلط (système mixte).

٢٢ - المذهب الحر أو المطلق : أما المذهب الحر أو المطلق ففيه ، كما قدمنا ، لا يرسم القانون طرقاً محددة للإثبات يقيد بها القاضى ، بل يترك الخصوم أحراراً يقدمون الأدلة التى يستطيعون إقناع القاضى بها ، ويترك القاضى حراً فى تكوين اعتقاده من أى دليل يقدم إليه . وهذا المذهب يقرب كثيراً ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة . وقد اعتنقته بعض الشرائع فى بدء تطورها ، واعتنقه بعض رجال الفقه الإسلامى (١) ، ولا تزال الشرائع الجرمانية والشرائع الأنجلوسكسونية (القانون الألمانى والقانون السويسرى والقانون الإنجليزى والقانون الأمريكى) تأخذ به إلى حد كبير .

ولكن حظ العدالة فى هذا المذهب ظاهرى أكثر منه حقيقياً . فهو قد يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية إلى مدى واسع ، ولكن بشرط أن يؤمن من القاضى الجور والتحكم . فإذا جار القاضى أو تحكم فى تعيين طرق الإثبات وتحديد قيمها ، ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية أكثر من ابتعادها فى المذهب القانونى أو المقيد . وننتقل الآن إلى هذا المذهب .

(١) وقد ثار ابن القيم الجوزية على تحديد الفقهاء للأدلة فى الإثبات تحديداً جامداً وتقديم شهادة الشهود وأخذهم بها دون القرائن والأدلة الأخرى ، ونادى بوجوب ترك الإثبات حراً ، « فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأى طريق كان فم شرع الله » . قال فى أصلام الموقعين : « إن الشارع فى جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البيئات التى هى أدلة عليه وشواهد له ، ولا يرد حقاً متى ظهر بدليله أبداً ، فيضيق حقوق الله وعباده ويعطلها ، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة فى تخصيصه مع مساواة غيره له فى ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحاً لا يمكن جرده ودفعه ، كترجيح شاهد الحال على مجرد البيئته فى صورة من على رأسه عمامة وبيده عمامه وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو أثره ولا عادة له بكشف رأسه ، فبيئته الحال ودلالته هنا تفيد ظهور صدق المدعى أضعاف ما يفيد مجرد البيئته عند كل أحد . فالشارع لا يهمل مثل هذه البيئته والدلالة ، ويضيق حقاً يعلم كل أحد ظهوره ورجحته . بل لما ظن هذا من ظنه ضميوا طريق الحكم ، فضاغ كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين ، وصار الظالم الفاجر ممكناً من ظلمه وفجوره : فيفعل ما يريد ويقول لا يقوم على ذلك شاهدان أثنان ، فضاغت حقوق كثيرة لله و لعباده » . ثم قال فى الطرق الحكمة « فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأى طريق كان ، فم شرع الله ودينه ، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشئ . ثم ينفى ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين إشارة ، فلا يجعله منها ، ولا يحكم عند وجودها بموجها ، بل قد بين سبحانه بما ويرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده ، وقيام الناس بالقسط ، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهى من الدين ليست بمخالفة له .

٢٣ - المذهب القانوني أو المقيّد : ففي المذهب القانوني أو المقيّد يرسم القانون طرقاً محددة تحديداً دقيقاً لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية ، ويجعل لكل طريق قيمته ، ويتقيد بكل ذلك الخصوم والقاضي . وهذا المذهب - كما جاء في الموجز^(١) - على ما فيه من دقة حسابية تكفل ثبات التعامل ، يباعد ما بين الحقائق الواقعة والحقائق القضائية ، فقد تكون الحقيقة الواقعة ملء السمع والبصر ، ولكنها لا تصح حقيقة قضائية إلا إذا استطع إثباتها بالطرق التي حددها القانون . وقد تغلب في الفقه الإسلامي المذهب القانوني في الإثبات . فيجب في الإثبات بالبينة شهادة شاهدين ، ولا يكفي بشاهد واحد إلا في حالات استثنائية^(٢) ، وإذا توافر نصاب الشهادة وجب الأخذ بها دون أن يكون للقاضي حرية في التقدير ، ويتفاوت نصاب الشهادة من واقعة إلى أخرى في حدود مقدرة تقديراً يكاد يكون حسابياً^(٣) .

٢٤ - المذهب المختلط : والمذهب المختلط يجمع بين الإثبات المطلق والإثبات المقيّد . « وأشد ما يكون إطلاقاً - كما جاء في الموجز^(٤) - في المسائل الجنائية ، ففيها يكون الإثبات حراً يتلمس القاضي وسائل الاقناع فيه من أي دليل يقدم إليه ، شهادة كانت أو قرينة أو كتابة أو أي دليل آخر . ثم يتقيد بالإثبات بعض التقيد في المسائل التجارية مع بقائه حراً في الأصل . ويتقيد بعد ذلك إلى حد كبير في المسائل المدنية ، فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات تضيق وتوسع متمشية في ذلك مع الملابس والظروف . وهذا المذهب الثالث هو خير المذاهب جميعاً ، فهو يجمع بين ثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود ، وبين اقتراب الحقيقة الواقعة من الحقيقة القضائية بما أفسخ فيه للقاضي من حرية التقدير . وقد أخذ القانون المصري . هذا المذهب مقتضياً في ذلك أثر

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٤٧ .

(٢) وكذلك كان الأمر في الصدر الأول من القانون الفرنسي القديم ، فكانت شهادة الواحد لا تصلح *testis unus, testis nullus* - انظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٩٢ .

(٣) انظر القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٠٩ - ص ٣١٠ .

(٤) الموجز للمؤلف ص ٦٤٧ .

الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي والقانون الايطالى والقانون البلجيكى .
وبلاحظ على هذا المذهب أمران : (١) أن اقتراب الحقيقة القضائية من
الحقيقة الواقعية فيه لا يصل إلى حد يجعل للأدلة قوة قطعية ، فلا تزال للأدلة
فيه حجة ظنية ، ولا تزال الحقيقة القضائية هي مجرد احتمال راجع *idée de*
probabilité وليست حقيقة قاطعة . ولا بد من الناحية العملية الاكتفاء بالحجج
الظنية ما دامت راجحة ، لأن اشتراط الحجج القاطعة يجعل باب الاثبات مقفلاً
أمام القاضى . (٢) أن المذهب المختلط يتفاوت في نظام قانونى عنه في نظام آخر ،
فهو يضع من القيود على حرية القاضى فى تلمس الدليل قليلاً أو كثيراً 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 فى القيود ولو ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة
الواقعية حتى يستقر التعامل . وخير هذه النظم ما وازن بين الاعتبارين فى كفتى
الميزان ، حتى لا ترجح كفة وتشيل أخرى .

ب - مبدأ حياد القاضى^(١)

٢٥ - موقف القاضى من الاثبات فى كل من المذهب التمولّى :

ويتصل بما تقدم موقف القاضى من الاثبات . فهو فى المذهب الحر أو المطلق
موقف إيجابى ، ينشط القاضى فيه إلى توجيه الخصوم ، واستكمال ما نقص
فى الأدلة ، واستيضاح ما أبهم منها . وهو فى المذهب القانونى أو المقيد موقف
سلبى محض ، لا يعدو القاضى فيه أن يتلقى أدلة الاثبات كما يقدمها الخصوم
دون أى تدخل من جانبه ، ثم يقدر هذه الأدلة طبقاً للقيم التى حددها القانون ،
فاذا رأى الدليل ناقصاً أو مبهماً فليس له أن يطلب إكماله أو توضيحه ، بل
يجب عليه أن يقدره كما هو فى الحالة التى قدمه فيها الخصوم . وهو فى المذهب

(١) الحياد هنا ليس معناه عدم التحيز (*impartialité*) — فإن هذا واجب بداهة على
القاضى — بل معناه أن يقف القاضى موقفاً سلبياً من كلا الخصمين على حد سواء (*neutralité*)
(بيدأن وپرو ٩ فقرة ١١٥١ ، ص ٢١٨) .

المختلط ينبغي أن يكون موقفاً وسطاً بين الإيجابية والسلبية ، ولكنه يجب أن يكون أقرب إلى الإيجابية منه إلى 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 (١) .

أما منع القاضي من القضاء بعلمه فليس فرعاً عن مبدأ حياد القاضي ، بل هو النتيجة المترتبة على حق الخصوم في مناقشة أى دليل يقدم في القضية ، وسرى ذلك فيما يلي .

٢٦ - مبدأ حياد القاضي في القوانين اللاتينية والقانون المصري :

قد رأينا أن القوانين اللاتينية ، والقانون المصري معها ، قد اتخذت المذهب المختلط في الإثبات . وهي مع ذلك لا توسع على القاضي في حرية توجيهه للدعوى واستخلاص الحقائق من أدلتها القانونية إلا إلى مدى محدود ، فالقاضي يستطيع مثلاً أن يحيل الدعوى على التحقيق من تلقاء نفسه ، كما يستطيع أن يعين خبيراً ، وله أن يطلب إحضار الخصوم شخصياً (comparution personnelle) ، وأن يوجه إلى أحدهما اليمين المتممة (serment supplétif) . (٢) وقد زاد تقنين المرافعات المصري الجديد في إيجابية موقف القاضي من الإثبات فخوله سلطة في توجيه الدعوى فيما يتصل بالآثار التي تترتب على عدم قيد المدعى لدعواه ، وبشطب الدعوى عند تحلف الخصوم عن الحضور ، وبوقف الدعوى لمدة معينة عند اتفاق الخصوم على ذلك ، وبسقوط الخصومة لانقطاعها بوفاة أحد الخصوم أو بزوال أهليته أو انتهاء صفته أو وقفها بذهل المدعى أو تقصيره ، وبتقادم الخصومة بخمس سنوات بدلا من خمس عشرة ، وبإدخال القاضي

(١) ديموج في الأفكار الرئيسية في القانون الخاص (Notions fondamentales du

droit privé) الفصل السابع ص ٥٣٤ - ص ٥٤١ .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٤٧ - ص ٦٤٨ .

من تلقاء نفسه من لم يكن طرفاً في الخصومة ليرد الدعوى إلى وضعها الطبيعي بعد أن انحرف بها عن الخصوم أو إهمالهم ، وباجراءات التحقيق فاذا أحيلت الدعوى على التحقيق أو عين فيها خبير أو طعن فيها بالتزوير لم يعد سير التحقيق أو السير في نظر الموضوع موفوفاً على طلب تعجيل يتقدم به الخصم صاحب المصلحة (١)

ج - مبدأ دور الخصوم الايجابى - الحق فى الاثبات

٢٧ - من الخصوم فى مناقشة الادلة التى تقدم فى الدعوى -

لا يجوز للقاضى أنه يقضى بعلمه : على أنه مهما يكن من قدر الحرية التى تطلق للقاضى فى الاثبات ، فلا جدال فى أن أى دليل يقدمه الخصم فى الدعوى يجب أن يعرض على الخصوم جميعاً لمناقشته ، وبدلى كل برأيه فيه ، يفنده أو يؤيده ، والدليل الذى لا يعرض على الخصوم لمناقشته لا يجوز الأخذ به (٢) . ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بدليل نوقش فى قضية أخرى ما لم يناقش فى القضية القائمة (٣)

(١) أنظر المذكرة التفسيرية لتقنين المرافعات الجديد . وأنظر الدكتور أحمد أبو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية ص ٢٩ ، والدكتور عبد المنعم أحمد الشراوى فى شرح المرافعات المدنية والتجارية ص ١٠ - ص ١١ .

(٢) فلا يجوز للقاضى أن يستند إلى أوراق عثرت عليها النيابة العامة دون أن يثبت أن هذه الأوراق قد عرضت على الخصوم لمناقشتها (لارومبير ٥ م ١٣١٦ فقرة ١٠ - ديمولومب ٢٩ فقرة ٢٠٠ - بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٦ - نقض فرنسى ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠ - ١ - ٥٤) . ولا يجوز للمحكمة أن تعتمد بكتاب أرسل إلى رئيسها ولم يعرضه الرئيس على الخصوم لمناقشته (نقض فرنسى ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٣٦٨) ولا بتحقيق جنائى لم تناقشه الخصوم (نقض فرنسى ٢٩ يوليه سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٤٤٨) . ولكن يجوز لمحكمة الاستئناف ، دون أن تفحص من جديد الدليل الذى سبق أن فحصته محكمة أول درجة ، أن تستخلص من هذا الدليل نتيجة غير النتيجة التى استخلصتها هذه المحكمة الأخيرة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٩٩) .

(٣) كزولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٢١ ص ٤٨٨ . أنظر فى هذه المسألة - مناقشة الخصوم للأدلة - من ناحية التطور التاريخى رسالة الدكتور محمد صادق فهمى فى الاثبات فى القانون المقارن ص ٢٣٩ - ص ٢٤٧ .

وهذا مبدأ جوهرى من مبادئ التقاضى ، حتى لا تبقى الخصومة مجهلة ، وحتى تتكافأ فرص الخصوم فى الدعوى . ومن ثم كان للخصم حق طلب التأجيل للاطلاع على المستندات المقدمة من خصمه والرد عليها (م ١٠٨ مرافعات) .

ولا يجوز للقاضى أن يقوم بمعابنة مكان النزاع فى غيبة الخصوم ودون أن يدعوهم لحضور المعاينة ومن غير إصدار قرار باجرائها . ولكن يكفى أن يعرض الدليل على الخصوم لمناقشته ، فإذا لم يريدوا مناقشته فعلا فقد نزلوا عن حقهم فى ذلك وصح الأخذ بالدليل (١) . كذلك لا يجوز للقاضى أن يأتى بأدلة من عنده لم تقدمها الخصوم ، إلا إذا تراضوا عليها وقبلوا مناقشتها (١) .

ويترتب على حق الخصوم فى مناقشة الأدلة التى تقدم فى الدعوى أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه . ذلك أن علم القاضى هنا يكون دليلاً فى القضية ، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن ينزل القاضى منزلة الخصوم ، فيكون خصماً وحكماً ، وهذا لا يجوز (٢) . وقد رأينا فيما تقدم أن امتناع القاضى

(١) نقض فرنسى ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٩ دالوز ٩٠-١-٥٤ (سبقت الإشارة إليه) - ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨-١-١١٤-٢٣ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣-١-٣٦٨ (سبقت الإشارة إليه) . انظر الأستاذ عبد الباسط جيمى فقرة ٩٠ .

(٢) ويقول بارتان (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٧٤ حاشية رقم ٨ ter) إنه لو سمح للقاضى أن يتدخل فى الإثبات وأن يأتى من عنده بأدلة لم تقدمها الخصوم ، تخشى أن يعدل من طلبات المدعى أو أن يحور فيها ، وليست هذه مهمة القاضى . فإذا ما أتى القاضى بأدلة من عنده ، ورضى الخصوم أن يناقشوها ، ونزلوا عن حقهم فى الاعتراض ، كان هذا بمثابة اتفاق بين الخصمين ، وهو جائز فى صورة صريحة فيجوز فى هذه الصورة الضمنية (ص ٧٦ حاشية رقم ٨ sexes) . وحتى الواقعة المعروفة بالشهرة العامة (commune renommée) لا بد فيها من إثبات هذه الشهرة العامة إذا أنكرها الخصم الآخر ، وفرق ما بين إثبات الواقعة ذاتها وبين إثبات الشهرة العامة وحدها كما يقول أوبرى ورو (١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٧٧ حاشية رقم ٩) . انظر أيضاً كولان وكابيتان ومورانديير ٢ ص ٤٨٨ .

(٣) ولكن هذا لا يمنع من أن يستعين القاضى فى قضائه بما هو معروف بين الناس ولا يكون علمه خاصاً به مقصوراً عليه ، وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة ، فله أن يستعين فى قضائه بما هو معروف من أن الأراضى فى مصر قد أصبحت مملوكة لأصحابها رقبة ومنفعة بعد أن كانت أراضى خراجية وذلك منذ عهد سعيد باشا . وبما هو = (م ٣ الوسيط ج ٢)

عن القضاء بعلمه لا يرجع إلى موقفه المحايد في الإثبات ، فان حياد القاضي لا يتعارض ضرورةً مع القضاء بعلمه ، وإنما يرجع إلى ما ذكره هنا من حق الخصوم في مناقشة الدليل (١) .

وهذا الدور الإيجابي للخصوم في الإثبات ، وما يستتبعه من حقهم في مناقشة الأدلة ، تنظمه قواعد أربع : (١) حق الخصم في الإثبات (٢) حق الخصم الآخر في إثبات العكس (٣) لا يجوز لأى خصم أن يصطنع دليلاً لنفسه (٤) ولا يجوز إجباره على تقديم دليل ضد نفسه . ونقول كلمة عن كل من هذه القواعد .

٢٨ - هو الخصم في الإثبات : على الخصم أن يثبت ما يدعيه أمام

القضاء بالطرق التي بينها القانون . فوقفه في الإثبات موقف إيجابي . وليس هذا واجباً عليه فحسب ، بل هو أيضاً حق له . فللخصم أن يقدم للقضاء جميع ماتحت يده أو ما يستطيع إبرازه من الأدلة التي يسمح بها القانون تأييداً لما يدعيه . فان لم يمكنه القاضي من ذلك كان هذا إخلالاً بحقه ، وكان سبباً للطعن في الحكم بالنقض .

ويتقيد حق الخصم في الإثبات بقيود ثلاثة : (١) لا يجوز للخصم أن يثبت ما يدعيه إلا بالطرق التي حددها القانون . فلا يجوز له أن يثبت بالبينة ما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، ولا يجوز له أن يجزىء إقرار خصمه إذا كان هذا الإقرار لا يتجزأ ، ولا يجوز له أن يوجه التمين الحاسمة إلى خصمه حيث يكون متعنتاً في توجيهها . ويجب فيما يسمح له به القانون من طرق الإثبات أن يتقدم بما عنده

= معروف من أن رى الحياض لا يكون إلا دورة زراعية واحدة، وبأن ثمن القطن كان منخفضاً في أوقات مرتفعاً في أوقات أخرى (انظر الأستاذ عبد الباسط جيمى ص ٧٣ والأحكام التي أشار إليها ، والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٦) .

وانظر في جواز أن يقضى القاضي بعلمه في الفقه الإسلامى عند المتقدمين (في غير الحدود الخالصة) وفي عدم جواز ذلك إطلاقاً عند المتأخرين الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٣٣ - ص ٤٢ .

(١) ويقطع في ذلك أن القاضي الجنائى ، ودوره في الإثبات إيجابي إلى حد بعيد فلا يعتبر محايداً ، ممنوع مع ذلك من القضاء بعلمه ، كما لاحظ ذلك بحق الأستاذ عبد الباسط جيمى في كتابه نظام في الإثبات القانون المدنى المصرى (ص ٧٨) .

من الأدلة طبقاً للأوضاع وللإجراءات التي رسمها له القانون . (٢) كذلك لا يجوز للخصم أن يطلب إثبات واقعة لم تتوافر فيها الشروط الواجبة ، إذ يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى منتجة في دلائلها جائزة الاثبات قانوناً . وسنفصل هذه الشروط فيما يلي . (٣) ويبقى للقاضي بعد كل ذلك حرية واسعة في تقدير قيمة الأدلة التي تقدم بها الخصم ، فيرى ما إذا كانت شهادة الشهود مقنعة ، ويقدر إذا قدم الخصم ورقة ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في هذه الورقة من إسقاط قيمتها في الاثبات أو إنقاصها (م ٢٦٠ مرافعات) ، وإذا كانت وقائع الدعوى ومستنداتها كافية لاقتناعه بصحة الورقة التي تقدم بها الخصم الآخر أو بتزويرها فله أن يمتنع عن السير في إجراءات التزوير التي طلبها الخصم الذي طعن بالتزوير في هذه الورقة (م ٢٨٤ مرافعات) بل له ولو لم يدع أمامه بالتزوير أن يحكم من تلقاء نفسه برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر له بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة (م ٢٩٠ مرافعات) ، كما أن له أن يعدل عما أمر به من إجراءات الاثبات أو ألا يأخذ بنتيجة هذه الاجراءات (م ١٦٥ مرافعات) ، وإذا رأى أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب فان له أن يرفض طلب الاستجواب الذي يتقدم به الخصم (م ١٦٨ مرافعات) .

وحق الخصم في الاثبات يقابله واجب يلتقي على عاتق الخصم الآخر ، بل على عاتق الغير ، في ألا يعطل هذا الحق بعنت منه أو سوء نية . وينصل هذا الواجب إلى مدى بعيد ، فيفرض في بعض الحالات على الخصم الآخر أو الغير أن يقدم مستندات في حوزته لتكفي المدعى من إثبات حقه ، وسنعود إلى هذا الواجب بالتفصيل فيما يلي .

٢٩ - من الخصم الآخر في اثبات العكس : وكل دليل يتقدم به الخصم لاثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق في نقضه وإثبات عكس ما يدعيه الخصم . وتطبيقاً لهذه القاعدة نصت المادة ١٩٢ من تفنين المرافعات على أن « الاذن لأحد الخصوم باثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذه الطريق » . وإذا كان الدليل الذي قدمه الخصم ورقة مكتوبة ، فان كانت ورقة عرفية كان للخصم الآخر أن ينكر خطه أو

إمضاءه أو أن يطعن فى الورقة بالتزوير ، وإن كانت ورقة رسمية كان للخصم الآخر أن يطعن فيها بالتزوير . وفى جميع الأحوال يجوز للخصم الآخر - فيما لا يتحتم فيه الطعن بالتزوير - أن يثبت عكس ما هو ثابت ضده بالكتابة على أن يكون إثبات العكس بكتابة مماثلة وفقاً للأحكام التى قررها القانون . وإذا كان الدليل المقدم قرينة قضائية ، فللخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بقرينة مثلها أو بأى طريق آخر . وكذلك الحال فى القرينة القانونية ، فإن الأصل فيها جواز إثبات العكس ، أما القرائن القانونية التى لا تقبل إثبات العكس فنادرة ولا بد فى منع إثبات العكس فيها من نص فى القانون .

وحتى الاقرار واليمين يتصور فيهما تطبيق هذه القاعدة . فاذا تمسك الخصم بالاقرار الصادر من الخصم الآخر ، جاز لهذا الخصم الآخر أن يتمسك ببطلان هذا الاقرار لعدم الأهلية أو للغلط أو لغير ذلك من العيوب . وإذا وجه الخصم اليمين الحاسمة للخصم الآخر ، جاز لهذا الخصم الآخر أن يرد على خصمه اليمين .

ويتبين من كل ذلك أن الأصل فى الدليل الذى يقدمه الخصم تمكين الخصم الآخر من نقضه ، وأن حق الخصم فى إثبات ما يدعيه يقابله حق الخصم الآخر فى إثبات العكس .

٣٠ - لا يجوز لادعى خصم أنه بصطنع دليل لنفسه : الأصل أن

الدليل الذى يقدم ضد الخصم يكون صادراً منه حتى يكون دليلاً عليه . فالورقة المكتوبة حتى تكون دليلاً على الخصم يجب أن تكون بخطه أو بامضائه . وإذا كانت الورقة ليست دليلاً كاملاً واقتصر أمرها على أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، فانه يجب كذلك أن تكون صادرة من الخصم الذى يراد الاثبات ضده على التفصيل الذى سنبينه فيما بعد .

ومن ثم لا يجوز أن يكون الدليل الذى يتمسك به الخصم صادراً منه هو أو أن يكون من صنعه ، فن البداهة أن الشخص لا يستطيع أن بصطنع دليلاً بنفسه لنفسه . ولو يعطى الناس بدعواهم - كما جاء فى الحديث الشريف - لادعى

أناس دماء رجال وأموالهم^(١) . فلا يجوز إذن أن يكون الدليل الذى يقدمه الخصم على صحة دعواه مجرد أقواله وادعاءاته ، أو أن يكون ورقة صادرة منه ، أو مذكرات دونها بنفسه . وتطبيقاً لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٧٢ من التقنين المدنى على أنه «ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده ، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة» . وهذه القاعدة فرع عن مبدأ أعم وأشمل ، هو أن الشخص لا يستطيع أن يخلق بنفسه لنفسه سبباً لحق يكسبه ، ومن استعجل الشئ قبل أو انه عوقب بحرمانه . فالوارث الذى يقتل مورثه يحرم من إرثه ، وإذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له برثت ذمة المؤمن من التزاماته متى تسبب المؤمن له عمداً فى وفاة ذلك الشخص أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه ، وإذا كان التأمين على الحياة لصالح شخص غير المؤمن له فلا يستفيد هذا الشخص من التأمين إذا تسبب عمداً فى وفاة الشخص المؤمن على حياته أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه (م ٧٥٧ مدنى) . ويعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذى له مصلحة فى أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه ، وكذلك لا أثر للشرط الذى تحقق إذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذى له مصلحة فى أن يتحقق (م ٣٨٨ من مشروع التقنين المدنى الجديد) .

على أن القانون نص فى بعض الحالات ، لمبررات قلدها المشرع ، على جواز أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه هو . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٩٧ من التقنين المدنى من أن «دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يميز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة» . ومن ذلك ما نص عليه التقنين التجارى من أن دفتر التاجر قد يكون حجة له على التاجر ، إذ تفضى المادة ١٧ من هذا التقنين بأنه «يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الاثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً» . ومن ذلك أخيراً ما نصت عليه المادة

(١) انظر طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية للستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٣٥ ونظام الإثبات فى القانون المدنى المصرى للستاذ عبد الباسط جيمى ص ٩٣ .

٢٥٧ من تقنين المرافعات - في حالة امتناع الخصم من تقديم ورقة يلزمه القانون بتقديمها - من أنه إذا لم يقدم الخصم بتقديم الورقة في الموعد الذي حددته المحكمة . . . اعتبرت صورة الورقة التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فان لم يكن خصمه قد قدم صورة من الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها (١) .

٣١ - لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه الا في

حالات معينة : قدمنا أنه لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه . ويقابل ذلك أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه (Nemo tenetur edere contra se) . فكما أن الخصم لا يستفيد من دليل صنعه لنفسه ، كذلك هو لا يضار بتقديم دليل ضد نفسه (٢) .

غير أن بدهة القاعدة الأولى تفوق وضوح القاعدة الثانية . فقد رأينا أن حق الخصم في الإثبات قد يصل في بعض الحالات إلى حد إجبار خصمه أو الغير على تقديم دليل في حوزته . لذلك كانت هذه القاعدة الثانية في حاجة إلى إمعان في النظر .

فن الممكن القول إن من امتنع من الخصوم دون حق أن يستجيب لطلبات خصمه من تقديم مستندات في حوزته ، أو جعل بفعله إثبات الدعوى مستحيلاً بأن امتنع مثلاً عن تقديم دليل تحت يده لا يمنع القانون من تقديمه ، جاز أن ينحسر دعواه ، وذلك بطريق القياس على من جعل بفعله تحقق الشرط الذي علق

(١) هل أن الورقة قد تكون صادرة من الخصم فيستند إليها الخصم الآخر ، وفي هذا الاستناد إقرار من هذا الخصم الآخر بصحة ما جاء بالورقة ، ومن ثم يجوز للخصم الأول أن يحتج بها بالرغم من أنها صادرة منه هو (نقض مدق ٢٢ مايو سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ ص ٢٥٠ - نظام الإثبات في القانون المدني المصري للأستاذ عبد الباسط جيمبي ص ٩٣ .

(٢) انظر في هذا المعنى استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩١١ المحاماة ٢ رقم ٦٩ ص ٢٢٢ - ٣٠ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١١ ص ٤١٨ - استئناف مختلط ١٠ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٢ .

عليه التزامه مستحيلاً فإن القانون يفترض أن الشرط قد تحقق^(١). بل إن الغير أيضاً - لا الخصم وحده - قد يلقي عليه واجب المعاونة في الاثبات. فيطلب شاهداً في الدعوى ويجب عليه الادلاء بشهادته فإذا تخلف عن الشهادة جاز الحكم عليه بالغرامة ، وإذا كانت تحت يده مستندات جازت مطالبته بإبرازها بين يدي القضاء^(٢).

وقد تصل بعض الشرائع إلى حد أن تفرض بنص خاص التزاماً قانونياً على من يجوز أو يحرز شيئاً أو مستنداً يكون للغير مصلحة في عرضه لاثبات أمر يدعيه أن يعرض هذا الشيء أو يقدم هذا المستند للقضاء للكشف عما يمكن أن يتضمنه من وجوه إثبات الأمر المدعى به. ويرفع بهذا الالتزام القانوني دعوى تسمى بدعوى العرض (action ad exhibendum)^(٣). وقد نص على هذه

(١) انظر الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ من مشروع التقنين المدني الجديد، وكان نصها يجري على الوجه الآتي : « يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذي له مصلحة في أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه ». وقد حذفت في لجنة المراجعة لإمكان استخلاص حكمها من القواعد العامة. وانظر أيضاً المادة ١١٧٨ من التقنين المدني الفرنسي وبلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤١١ ص ٨٣٤.

(٢) ديموج ٣ ص ٣٤٧ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤١١ ص ٨٣٤.

(٣) ويرجع أصل هذه الدعوى إلى القانون الروماني ، منذ عهد الألواح الاثني عشر على قول (أكارياس Accarias في القانون الروماني ٢ ص ٨٧٦) ، وفي آخر عهد الجمهورية على قول آخر (جيرار Girard الطبعة الثالثة ص ٦٢٩ هامش رقم ٢) — وانتقلت الدعوى على المصور الوسطى إلى القانون الكنسي (droit canonique) وإلى بعض قوانين العادات (droits coutumiers) في فرنسا. ولم يرد في شأنها نص عام في التقنين المدني الفرنسي ، ولكن وردت بعض نصوص تشريعية متفرقة في بعض تطبيقاتها التفصيلية. من ذلك الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٨٤٢ من التقنين المدني الفرنسي فيما يتعلق بمستندات العين المقسومة التي توجد في يد أحد الشركاء المتقاسمين ، ومن ذلك المواد من ١٤ إلى ١٧ من التقنين التجاري الفرنسي فيما يتعلق بتقديم دفاتر التجار والاطلاع عليها — ولكن الفقه والقضاء في فرنسا يميلان إلى تعميم هذه التطبيقات على حالات أخرى لم ينص عليها (ديموج ٣ فقرة ٢١١ — ديموج في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢١ ص ٧٤٠ وسنة ١٩٢٨ ص ٨٩٨ — ديمونتيس Demonstès في دعوى العرض في القانون الحديث رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — جلامون وتيسيه وموريل ، فقرة ٥٩٤ — موريل فقرة ٤٧٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٧١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤١٢ ص ٨٣٥ — ص ٨٣٦ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٧٣ — فقرة ١١٧٥ — نقض فرنسي ١٧ يونيو سنة ١٨٧٩ سيريه ١٨٨١ — ١١٦ — ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ١٨٩٩ — ١ — ٨٥ — ١٩ فبراير سنة ١٩٠٧ ص ١٩٠٧ — ١ — ٢٧١ — ١٦ مارس سنة ١٩٢١ مجلة القانون المدني ١٩٢١ ص ٧٤٠).

الدعوى كل من القانون الألماني والقانون السويسرى والمشروع الفرنسى الايطالى . وأخذ بها القضاء الفرنسى دون نص ، بينها تارة على وحدة المصلحة أو الشركة فى المستند (communauté d'intérêt, communauté de titre) (١) لاسيما إذا كان هذا المستند عقداً ، وبينها طوراً على مصلحة العدالة (intérêt de la justice) (٢) . ويستخلص من أحكام القضاء الفرنسى أنه يجعل للخصم حق الاثبات ، ويلقى على خصمه واجب المعاونة فى ذلك ما استطاع إليه سبيلاً ، ما دام لا يوجد مانع قانونى كوجوب الاحتفاظ بسر المهنة (٣) . فإذا لم يقم الخصم بواجبه فى المعاونة ، وعطل على خصمه حقه فى الاثبات ، اعتبر فى منزلة من قام الدليل ضده ، وخسر الدعوى (٤) .

أما فى مصر ، فقبل صدور التقنين المدنى الجديد وتقنين المرافعات الجديد ،

(١) وذلك كحاضر الجرد و عقود القسمة وتصفية التركات والأموال المشتركة وعقود الوكالة والشركات (بيدان و پرو ٩ فقرة ١١٧٥ ص ٢٤٧ — ص ٢٤٨ .

(٢) محكمة رن ١٤ يونية سنة ١٩٢٨ المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٨ ص ٨٩٨ . انظر كذلك القضاء البلجيكى : بروكسل ٦ مارس سنة ١٨٦٣ پاسيكريزى ١٨٦٣—٩٦— ليج ٤ أبريل سنة ١٨٦٨ پاسيكريزى ١٨٦٨—٢١٩ . ويذهب كل من القضاء الفرنسى والقضاء البلجيكى إلى أن المبدأ القاضى بالألا يجبر الخصم على تقديم مستند ضد نفسه أغراض ذاتية . ويقول بيدان و پرو فى هذه المناسبة إن الاحتماء بالمبدأ على هذا الوجه يعد ضرباً من التمسك (abus des droits) (بيدان و پرو ٩ فقرة ١١٧٥ ص ٢٤٨) .

(٣) وكوجوب عدم انتهاك حرمة الرسائل ووجوب الامتناع عن الإضرار بالغير . وفى هذه الحدود لا يجوز للشخص الامتناع عن تقديم مستند أمره القضاء بتقديمه ، وإلا جاز الحكم عليه بغرامة تهديدية (astreinte) ، بل جاز الحكم ضده فى الدعوى (نقض فرنسى ١٥ يولية سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١—١—٤٩٩ — بيدان و پرو ٩ فقرة ١١٧٥ ص ٢٤٨ — ص ٢٤٩) .

(٤) ويجوز كذلك إجبار الغير على تقديم مستند تحت يده إذا كان هذا الغير شخصاً يقوم بوظيفة عامة وذلك كسجل الحالة المدنية (officiers de l'état civil) وحافظى الرهون (conservateurs des hypothèques) وموثق العقود (notaires) ، ويترك ذلك لتقدير القضاء . أما الأفراد الأجانب عن الحصومة فيجوز كذلك إجبارهم إذا ثبت ضدّهم غش أو تدليس أو كانوا شهوداً فى الدعوى . هذا إلى أن الفرد الذى يمتنع دون حق عن تقديم مستند فى يده يفيد العدالة يكون مسئولاً عن تعويض الضرر الذى يحدثه بمقتضى المادة ١٣٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى (بيدان و پرو ٩ فقرة ١١٧٦ — فقرة ١١٧٧) .

كان القضاء يذهب إلى عدم إجبار الخصم على أن يقدم دليلاً يرى أنه ليس في مصلحته^(١) . إلا أنه إذا طلب الخصم تكليف خصمه بتقديم ورقة تحت يده وامتنع عن تقديمها ، فهذا الامتناع يكون محل اعتبار من المحكمة بحسب دلالة المحتملة ، ولا يتحتم اعتباره تسليماً بادعاء الطالب^(٢) ، وللمحكمة أن تقضى لمصلحة الخصم الذي يرجح لديها أنه هو الحق^(٣) ، ولها أن تستخلص من امتناع الخصم دليلاً للحكم ضده^(٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه « لا يجبر خصم على أن يقدم دليلاً يرى أنه ليس في مصلحته ، فإن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به ، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه » (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٠ ص ١٦٠ — وانظر حكماً آخر في ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ ص ١٠٨٢) .
وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا قدم خصم في دعوى على الحكومة ورقة قال إنها صورة غير رسمية من أحد الخطابات المتبادلة بين إحدى مصالح الحكومة ووزارة المالية ، جاز للحكومة أن تطلب من المحكمة أن تأمر باستبعادها من دوسيه الدعوى ، لأنه إذا كان لا يجوز إلزام الحكومة بتقديم الأصل ، فلا يجوز قبول تقديم ورقة زعم مقدمها أنها صورة طبق للأصل ليخرج الحكومة إلى تقديم الأصل المخالف للصورة (محكمة الاستئناف ٦ ديسمبر سنة ١٩١١ الهامة ٢ رقم ٦٩ ص ٢٢٢) وقضت محكمة الموسيقى بأنه لا يجوز إعطاء صور التلغرافات لغير لأنها معتبرة من الأوراق الخصوصية (محكمة الموسيقى ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ الهامة ٦ رقم ١١٤ ص ١٦٤) .
(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا طلب الخصم تكليف خصمه بتقديم ورقة تحت يده مدعياً أن له حقاً فيها وامتنع عن تقديمها فهذا الامتناع إنما يكون محل اعتبار من المحكمة بحسب دلالة المحتملة وبغير إلزام من القانون بعده حتماً تسليماً بقول الطالب (نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٥ ص ٥٦٣) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٠٢ — ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٢) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا كانت محكمة الموضوع قد اتخذت إجراء من إجراءات تحضير الدعوى بأن كلفت أحد الخصوم بتقديم ورقة من الأوراق ، فلم يقدمها وادعى عدم وجودها عنده ، فإن لها أن تحكم في موضوع الدعوى لمصلحة الخصم الذي يرجح لديها أنه هو الحق . وبحسبها أن تكون قد دونت في حكمها حجج الطرفين ، واعتمدت في ترجيح ما رجحته منها على أسباب معقولة ، ليكون حكمها بعيداً عن رقابة محكمة النقض ، لأن الاجتهاد في ذلك كله داخل في فهم الواقع في الدعوى مما لا شأن فيه للقانون (نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٢ ص ١٠٨٢) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا امتنع الخصم من تقديم مستند — كحضر جرد تركة — بعد تكليف المحكمة له بتقديمه ، وأصبح من المستحيل بسبب هذا الامتناع الاطلاع على هذا المستند ، اعتبر خصمه قد أقام الدليل على ما كان يطلب إثباته من واقع هذا المستند (استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٢) .

وقد كان المشروع الابتدائي للتقنين المدني الجديد يحتوي على نص يقرر دعوى العرض (action ad exhibendum) ويفصل أحكامها على غرار المشروع الفرنسي الايطالي ، فحذف في لجنة المراجعة لأنه أدخل في باب المرافعات ، وكان هذا النص (المادة ٢٧٣ من المشروع الابتدائي) يجري على الوجه الآتي :

١ - كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه ، فإذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى ، فللقاضي أن يأمر بعرضها على ذي الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها في إثبات حق له ، ٢ - على أنه يجوز للقاضي أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه ، ٣ - ويكون عرض الشيء في المكان الذي يوجد فيه وقت طلب العرض ، ما لم يعين القاضي مكاناً آخر ، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدماً ، وللقاضي أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض (١) .

ولم يتضمن تقنين المرافعات الجديد هذا النص بالرغم من أن حذفه من مشروع التقنين المدني كان بسبب أنه أدخل في باب المرافعات كما تقدم القول . على أن تقنين المرافعات تضمن طائفة من النصوص لالزام الخصم بتقديم ورقة

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في شأن هذا النص ما يأتي : « يدخل الالتزام بتقديم شيء في نطاق الالتزامات المقررة بنص القانون . ويقتضى ترتيب هذا الالتزام اجتماع شروط ثلاثة : (أ) أولها أن يدعى شخص بحق يتعلق بشيء ، شخصياً كان الحق أو عينياً . (ب) والثاني أن يكون الشيء المدعى به في يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإحراز ، سواء أكان هذا الشخص خصماً في الدعوى أم لم يكن خصماً فيها . (ج) والثالث أن يكون فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . ويرجع تقدير هذه الضرورة إلى القاضي ... فإذا اجتمعت الشروط المتقدم ذكرها ، جاز للقاضي أن يأمر بعرض الشيء أو الوثيقة المطلوبة ، إلا أن يتمسك المدعي بمصلحة مشروعة أو سبب قوي للامتناع ، كالحرص على حرمة سر عائل مثلاً . والأصل في العرض أن يحصل حيث يوجد الشيء وقت رفع الدعوى . ولكن يجوز للقاضي أن يحكم بغير ذلك كما هو الشأن في تقديم الشيء أمام القضاء . وتكون نفقات العرض على نفقة من يطلبه . ويجوز إلزامه ، إذا رأى القاضي ذلك ، بتقديم تأمين لضمان تعويض ما قد يصيب محرز الشيء من ضرر من وراء هذا العرض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩١ - ص ٤٩٢ في الحاشية) .

تحت يده ، فنصت المادة ٢٥٣ على أنه يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده : (١) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو تسليمها (٢) إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه ، وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة^(١) (٣) إذا استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى^(٢) . وأولى هذه الحالات - حالة ما إذا كان القانون يجيز المطالبة بتقديم الورقة أو تسليمها - مثلها ما نصت عليه المادة ١٦ من التقنين التجارى من أنه لا يجوز للمحكمة في غير المنازعات التجارية أن تأمر بالاطلاع على الدفترين المتقدم ذكرهما (اليومية والمراسلات) ولا على دفتر الجرد إلا في مواد الأموال المشاعة أو مواد الشركات وقسمة الشركات وفي حالة الافلاس . وفي هذه الأحوال يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على تلك الدفاتر . فهذا نص يجيز في أحوال معينة في المنازعات التجارية وبعض المنازعات المدنية وهى الشبوع والتركة وقسمة الشركات والافلاس - أن تأمر المحكمة من تلقاء نفسها بتقديم الدفاتر التجارية والاطلاع عليها لاثبات حق مدعى به ، ولكن النص محدود - كما نرى - من حيث الأحوال التى يجوز فيها الأمر بتقديم المستند ومن حيث نوع المستند ذاته . فهو لا ينطبق إلا على بعض الدفاتر التجارية . وكذلك نصت المادة ١٨ من التقنين التجارى على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها في أثناء الخصومة بتقديم الدفاتر لتستخرج منها ما يتعلق بهذه الخصومة . فهذا نص آخر يجيز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها ، في جميع المنازعات التجارية والمدنية ، بالاطلاع على جميع الدفاتر التجارية . وهذا النص ، وإن كان مطلقاً من ناحية الأحوال التى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قاعدة أنه لا يجوز إلزام خصم بتقديم مستندات خصمه ولا يجوز انتقال المحكمة للاطلاع عليها إلا إذا كانت هذه المستندات رسمية لا تنطبق في حالة ما إذا كانت الورقة مشتركة بين الطرفين بأن كانت مثبتة لالتزامات متبادلة بينهما (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦١ ص ٢٢٠) .

(٢) ومن أجل ذلك نصت المادة ٢٥٨ من تقنين المرافعات على أنه إذا قدم الخصم ورقة للاستدلال بها في الدعوى ، فلا يجوز له سحبها بغير رضا خصمه إلا بإذن كتابي من القاضي أو رئيس الدائرة .

يجوز فيها الأمر بتقديم المستند ومن حيث نوع المستند ، إلا إنه محدود من حيث الغرض من تقديم المستند . فهذا الغرض مقصور على أن تطلع المحكمة - دون أن تطلع الخصم - كما هي الحال في شأن المادة ١٦ المتقدمة الذكر - على دفاتر التجار لا في جميع أجزائها بل في الجزء الذي وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة . وسنعود إلى المادتين ١٦ و ١٨ من التقنين التجارى ببيان أوفى عند الكلام في دفاتر التجار كطريق من طرق الإثبات .

وتحدد المادة ٢٥٤ من تقنين المرافعات البيانات الواجب ذكرها في الطلب الذى يتقدم به الخصم لإلزام خصمه بتقديم الورقة الواجب تقديمها ، فنقول :
و يجب أن يبين في هذا الطلب : (١) أوصاف الورقة التى تعينها (٢) فحوى الورقة بقدر ما يمكن من التفصيل (٣) الواقعة التى يستشهد بها عليها (٤) الدلائل والظروف التى تؤيد أنها تحت يد الخصم (٥) وجه إلزام الخصم بتقديمها . وتبين المادة ٢٥٦ من تقنين المرافعات النتيجة التى ينتهى إليها الطالب في حالة القدرة على إثبات صحة طلبه وفي حالة العجز عن هذا الإثبات على الوجه الآتى :
و إذا أثبت الطالب طلبه أو أقر الخصم بأن الورقة في حوزته أو سكت ، أمرت المحكمة بتقديم الورقة في الحال أو في أقرب موعد تحدده . وإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب ، وجب أن يحلف المنكر يميناً بأن الورقة لا وجود لها أو أنه لا يعلم وجودها ولا مكانها وأنه لم يخفها أو لم يهمل البحث عنها ليحرم خصمه من الاستشهاد بها . وتذكر المادة ٢٥٧ من تقنين المرافعات جزاء عدم تقديم الورقة أو الامتناع عن حلف اليمين ، فنقول :
و إذا لم يتم الخصم بتقديم الورقة في الموعد الذى حددته المحكمة أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة ، اعتبرت صورة الورقة التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فان لم يكن خصمه قد قدم صورة من الورقة جاز الأخذ بقوله فيها يتعلق بشكلها أو بموضوعها . وقد سبق أن أوردنا هذا النص كحالة يجوز فيها أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه هو . وتجرى المادة ٢٥٩ من تقنين المرافعات الأحكام السابقة على إلزام الغير بتقديم ورقة تحت يده على النحو الآتى : ويجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ، ولو أمام محكمة الاستئناف ، أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده ، وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة .

وهذه النصوص كلها مستحدثة في تقنين المرافعات الجديد ، وقد أخذت عن تقنين المرافعات الألماني (م ٣٨٦ وما بعدها) وعن تقنين المرافعات التركي (م ٣٢٦ وما بعدها)^(١) . وهي على كل حال أضيقت في نطاقها من دعوى العرض التي حذف نصها من مشروع التقنين المدني . فهي لا تجبز لإلزام الخصم أو الغير بتقديم ورقة تحت يده هي مستند في الدعوى إلا في أحوال ثلاث ذكرتها المادة ٢٥٣^(٢) . أما نص مشروع التقنين المدني المحذوف فقد كان يجبز لإلزام الخصم أو الغير بتقديم المستند الذي في حوزته حتى في غير هذه الأحوال الثلاث ، متى ثبت أن فحص هذا المستند ضروري للبت في الحق المدعى به ، ويرجع تقدير هذه الضرورة إلى القاضي . هذا إلى أن النص المحذوف عام يتناول المستندات وسائر الأشياء الأخرى . وفيجوز مثلاً - كما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(٣) - لمالك الشيء المسروق أن يطالب من يشبهه في حيازته له بعرضه عليه ليثبت من ذاتيته . ويجوز كذلك لو ارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التي أجراها مورثه حتى ينسئ له أن يعين مدى حقه في الأجر بعد أن آل إليه هذا الحق من طريق الميراث . فإذا كان الشيء الذي يطلب عرضه سنداً أو وثيقة فيلاحظ أمران : أولهما أن فحص الوثيقة قد يكون ضرورياً لا للبت في وجود الحق المدعى به وتعيين مداه ، بل لمجرد الاستناد إليها في إثبات

(١) انظر شرح المرافعات المدنية والتجارية للدكتور عبد المنعم أحمد الشرقاوى ص ٤٥٦ - ص ٤٦٠ وكتاب المرافعات المدنية والتجارية للدكتور أحمد أبو الوفا ص ٤٩٢ - ص ٤٩٤ .

(٢) ويكون الأمر مع ذلك أيضاً متروكاً لتقدير القاضي ، فله أن يرفض طلب تقديم الورقة ، ولو في إحدى هذه الحالات الثلاث ، إذا تبين له عدم جدية الطلب . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كانت المادة ٢٥٣ من تقنين المرافعات - تجبز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده إذا توامر إحدى الأحوال الثلاث الواردة فيها ، إلا لئلا الفصل في هذا الطلب باعتباره متعلقاً بأوجه الإثبات متروك لتقدير قاضي الموضوع ، فله أن يرفضه إذا تبين له عدم جدية ، وإذن متى كانت المحكمة ، إذ رفضت إجابة طلب الطاعن بإلزامه أن يقدم دفاتر الوقف لإثبات وفائه للأجرة التي ادعى أنه قام بدفعها ، قد قررت ، بالأدلة المبررة التي أوردتها وبما لها من سلطة التقدير الموضوعية في هذا الخصوص ، أنه طلب غير جدي ، فإن النفي عليها بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام محكمة النقض ٤ رقم ٢٩ ص ١٨٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩١ - ص ٤٩٢ في الحاشية .

حق للطالب . والثاني أن للقاضي أن يأمر عند الاقتضاء بتقديم الوثيقة للمحكمة لا مجرد عرضها على الطالب . فيجوز مثلاً لمشتري الأرض ، إذا تعهد بالوفاء بما بقي من ثمن آلة زراعية ملحقة بها ، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين القدر الواجب أدائه من هذا الثمن . ويجوز كذلك لموظف يدعى أنه عزل تعسفياً أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء ليستخلص منه الدليل على التعسف .

وإذا كانت نصوص تقنين المرافعات الجديد ضيقة من حيث نطاقها ، فهي على العكس من ذلك واسعة من حيث ترتب الجزاء عليها ، وقد رأينا أن الخصم أو الغير إذا لم يتم بتقديم الورقة اعتبرت صورة الورقة التي قدمها الخصم المدعى صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن هذا قد قدم صورة الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها . وهذا أقصى جزاء يمكن أن يترتب على الشخص إذا أخل بالتزامه القانوني من تقديم مستند تحت يده .

§ ٢ - مسائل الإثبات

٣٢ - مسائل ثلاث : مسائل الإثبات بوجه عام ثلاث :

- (أولاً) محل الإثبات (objet de la preuve) .
 - (ثانياً) عبء الإثبات (charge de la preuve, onus probandi) .
 - (ثالثاً) طرق الإثبات (procédés de la preuve) .
- ونتناول هذه المسائل الثلاث متعاقبات .

أولاً - محل الإثبات

١ - ماهو محل الإثبات :

٣٣ - محل الإثبات هو مصدر الحق وليس الحق ذاته : قدمنا أن محل الإثبات ليس هو الحق المدعى به ، شخصياً كان هذا الحق أو عينياً ، بل هو المصدر الذي ينشأ هذا الحق .

والمصادر التي تنشئ الحقوق ، أيا كانت ، لا تعدو أن تكون إما تصرفاً قانونياً (acte juridique) وإما واقعة قانونية (fait juridique) على النحو الذي بيناه فيما تقدم.

٣٤ - بل هو مصدر أبة رابطة قانونية : والمدعى به لا يقتصر على أن يكون قيام حق ، بل قد يكون انقضاء هذا الحق . مثل ذلك أن يرفع شخص على آخر دعوى بدين ويثبت وجوده ، فيدفع المدعى عليه الدعوى بانقضاء الدين ، ففى هذا الدفع يصبح المدعى عليه مدعياً ويقع عليه عبء إثبات انقضاء الدين . ومثل ذلك أيضاً أن يرفع شخص على مالك عقار دعوى ثبوت حق انتفاع له على هذا العقار أو حق ارتفاق ويثبت هذا الحق ، فيدفع المدعى عليه الدعوى بانقضاء حق الانتفاع أو حق الارتفاق . وفى جميع هذه الأحوال يكون المدعى به فى الدفع ليس وجود الحق ، شخصياً كان أو عينياً ، بل زواله . وزوال الحق كوجوده يرجع إما إلى تصرف قانونى وإما إلى واقعة قانونية . فحل الإثبات هنا أيضاً هو التصرف القانونى أو الواقعة القانونية .

وقد يكون المدعى به ليس وجود حق أو زواله ، بل وصفاً قانونياً بلحق وجود الحق أو زواله ، أى بلحق التصرف القانونى أو الواقعة القانونية . أما مايلحق الواقعة القانونية فثله أن تكون الواقعة المتمسك بها عملاً غير مشروع ثم توصف بأن الدافع لارتكابها هو الدفاع الشرعى عن النفس ، فهذا الوصف أيضاً هو واقعة قانونية يجب إثباته على النحو الذى ثبت به الوانعة القانونية الأصلية . وأما مايلحق بالتصرف القانونى - غير الأوصاف المعروفة المعدلة لآثار الالتزام - فثله أن يكون التصرف عقداً ويتمسك الخصم بأنه باطل أو بأنه قابل للإبطال أو بأنه قد فسخ . وأسباب البطلان منها مايرجع للتراضى ومنها مايرجع للمحل ومنها مايرجع للسبب ، وهذه كلها جزء من التصرف القانونى ثبت على النحو الذى ثبت به . وأسباب القابلية للإبطال منها مايرجع للأهلية ومنها مايرجع لعيوب الإرادة من غلط وتدليس واكراه واستغلال ، وهذه كلها وقائع قانونية تثبت على النحو الذى ثبت به الواقعة القانونية وأسباب الفسخ قد تكون تصرفاً قانونياً بأن يختار العاقد فسخ العقد بإرادته ، وقد تكون واقعة قانونية بالألا يقوم العاقد بتنفيذ التزامه فى عقد ملزم للجانبين .

٣٥ - محل الإثبات ليس إلا التصرف القانوني أو الواقعة القانونية :

ويتبين من ذلك كله أن محل الإثبات لا يعدو أن يكون تصرفاً قانونياً أو واقعة قانونية . فإلى هذين مرد نشوء الحق وزواله وتعديله وأوصافه القانونية . بل إلى هذين مرد كل الروابط القانونية ، أيا كانت هذه الروابط .

ومن ثم لا معدى لمن يقوم بالإثبات من أن يثبت أحد أمرين . إما تصرفاً قانونياً أو واقعة قانونية^(١) . ومتى أثبت ذلك ، كان على القاضى أن يستخلص مما ثبت ما يرتب القانون عليه من الآثار .

٣٦ - عنصر الادعاء - الواقع والقانونه : فالادعاء بحق أو بأية

رابطة قانونية أمام القضاء ينقسم إذن إلى عنصرين :

(١) فلا يكون الحق ذاته محلاً للإثبات كما قدمنا . وقد جاء في الموجز للمؤلف (ص ٦٤٩ - ص ٦٥٠) تأكيداً لهذه القاعدة الهامة ما يأتي : «ويمعنا أن نشدد في بيان أن الأمر الذى يكون محلاً للإثبات هو مصدر الحق لا الحق ذاته . فإن الغفلة عن هذه القاعدة الجوهرية يوقع في كثير من الخلط . وينبئ على ذلك أن الالتزام ذاته لا يكون محلاً للإثبات ، فهو لا يثبت أو ينتق ، بل هو يستخلص من مصدره ، ومصدر الالتزام وحده هو الواقعة القانونية التى تكون محلاً للإثبات ، فالدائن الذى يريد إثبات التزام فى ذمة مدينه عليه أن يثبت مصدر هذا الالتزام ، هل هو عقد أو إرادة منفردة ، أو هو عمل غير مشروع ، أو هو إثراء على حساب الغير ، أو هو واقعة طبيعية يرتب عليها القانون إنشاء هذا الالتزام . وهذه هى مصادر الالتزام التى بينها فى أول هذا الكتاب . ونرى من ذلك أن الأمر الذى يكون محلاً للإثبات بالنسبة لجميع الحقوق هو الواقعة القانونية (fait juridique) دائماً ، فان الواقعة القانونية هى مصدر لكل الحقوق كما بينا . وهى إما أن تكون واقعة طبيعية أو واقعة اختيارية ، والواقعة الاختيارية إما أن تكون عملاً مادياً أو عملاً قانونياً ، والعمل القانونى إما أن يكون عقداً أو إرادة منفردة ، على التفصيل الذى قدمناه» .

هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : «يتعين أن يقام الدليل على كل واقعة قانونية يدعى بها وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى القانون المدنى ، متى نوزعت هذه الواقعة أو أنكرت صحتها . والجوهرى فى هذا الصدد هو أن الإثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها بوصفها مصدراً للحق أو الالتزام ، دون هذا الالتزام أو ذاك الحق . وغنى عن البيان أن تفصيل هذه الفكرة أشكال بأغراض الفقه منه بأغراض التقنين» . ثم لما تليت المادة ٥٢٦ من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة ، ونصها : «هل الدائن إثبات الالتزام وحل المدين إثبات التخلص منه» ، ذكر أن المقصود بعبارة «إثبات الالتزام» هو إثبات مصدر الالتزام . (انظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٤٩ - ص ٣٥٠) .

(١) عنصر الواقع ، وهو مصدر الحق المدعى به ، أى التصرف القانونى أو الواقعة القانونية التى أنشأت هذا الحق . وهذا العنصر هو وحده الذى يطالب المدعى بإثباته . والإثبات هنا يتناول مسائل موضوعية لارقابة لمحكمة النقض عليها ، إلا فيما يرسمه القانون من قواعد قانونية للإثبات يلتزم القاضى بتطبيقها فى السماح للخصوم بإثبات هذه المسائل . فمثلاً إذا رفع المشتري على البائع دعوى بتثبيت ملكيته للعقار الذى اشتراه ، فإن ثبوت عقد البيع مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، ولكن وجوب إثبات البيع إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات بالكتابة أو بما يقوم مقامها مسألة قانونية تخضع لهذه الرقابة .

(٢) عنصر القانون ، وهو استخلاص الحق من مصدره بعد أن يثبت الخصم هذا المصدر ، أى تطبيق القانون على ما ثبت لدى القاضى من الواقع . وهذا من عمل القاضى وحده ، لا يكلف الخصم إثباته ، فالقانون لا يكلف أحداً هذا الإثبات ، بل على القاضى أن يبحث من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على ما ثبت عنده من الواقع فيطبقها . وهو فى تطبيقها يخضع لرقابة محكمة النقض^(١) . ففى المثل المتقدم ، بعد إثبات عقد البيع بالكتابة ، يكون على القاضى أن يستخلص منه التزاماً فى ذمة البائع بنقل ملكية العقار المبيع للمشتري ، وعلى القاضى أن يستخلص أيضاً أن الملكية لا تنتقل فعلاً إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع . وكل هذه مسائل قانونية يقضى بها دون أن يكلف أحداً من الخصمين بإثباتها ، فهى ليست محللاً للإثبات إذ المفروض أن القاضى هو

(١) وذلك على عكس العنصر الأول ، عنصر الواقع ، فهو كما قدمنا مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض . وقد وازن بارتان (أوبرى ورو جزء ١٢ طبعة خامسة فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٢ مكرر ٤) بين منطقة الإثبات - وهى منطقة الواقع - ومنطقة الطعن بالنقض - وهى منطقة القانون - وعارض إحداهما بالأخرى .

ولاحظ بارتان بحق (أوبرى ورو جزء ١٢ طبعة خامسة فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٣) أن القاعدة التى تقضى بوجود أن يبحث القاضى من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق هى التى تؤسس قاعدة أخرى معروفة تقضى بمجرد إثارة وجوه للطعن جديدة (moyens nouveaux) فى الاستئناف دون النقض . ذلك أن قاضى محكمة أول درجة ملزم بالبحث من تلقاء نفسه عن جميع القواعد القانونية التى يجب تطبيقها فى الدعوى ، فإذا قصر فى البحث ، جاز لهكئة الاستئناف ، من تلقاء نفسها كذلك ، أن تدارك هذا النقص . ومن ثم جاز للخصوم أيضاً أن يثيروا وجوها قانونية جديدة لم تسبق لهم إثارتها أمام محكمة أول درجة ، لأن هذه الهكئة كان من الواجب عليها أن تثير هذه الوجوه القانونية من تلقاء نفسها

أول من يعلم القانون وقد ناطت الدولة به تطبيقه . بل إن القاضي لا يستطيع أن يمتنع عن القضاء بحجة أنه لا توجد أحكام قانونية يمكن تطبيقها ، وإن امتنع عد امتناعه نكولاً عن أداء العدالة (déni de justice) .

٣٧ - تفسير القانون بلحن بمفهوم القانون ، وبقع عبءه على

القاضي لا على الخصم : وقد يقع أن تكون أحكام القانون غامضة ، فتكون في حاجة إلى التفسير . وعلى القاضي أيضاً يقع عبء هذا التفسير لا على الخصم . فالقاضي هو المنوط به تفسير القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً على الواقع الذي ثبت أمامه بالطرق القانونية . وإذا كان الخصم يجتهد في أن يقنع القاضي بتفسير للقانون يكون في مصلحته ، فليس هذا من جهة الخصم إثباتاً لأحكام القانون ، بل هي محاولة يبذلها لحمل القاضي على أن يفهم القانون الفهم الذي يتفق مع مصلحته . وهي محاولة لم يكلف القانون الخصم بها ، ولم يرسم لها طرقاً معينة كما رسم لإثبات الواقع . وهي بعد محاولة قد تنجح وقد تفشل ، وللقاضي فيها القول الفصل . وآية ذلك أن القاضي في تفسير القانون يستطيع أن يحكم بعلمه ، وهو لا يستطيع ذلك في إثبات الواقع . بل هو في القانون وفي تفسيره لا يحكم إلا بعلمه ، وهذا العلم هو مصدره الوحيد لمعرفة القانون . وغنى عن البيان أنه يستعين في تحصيل هذا العلم بمراجعة نصوص القانون ، وما وضعه الفقه من شرح لهذه النصوص ، وما قرره القضاء من مبادئ في تطبيقها . ولكنه في النهاية يعتمد على فهمه الشخصي لأحكام القانون ، لا يقيد في ذلك فقه مبسوط أو قضاء سابق . وإنما يكون في هذا الفهم الشخصي خاضعاً لرقابة المحكمة العليا ، فتعقب على قضائه فيما ترى التعقيب عليه (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأنه لكي ينتج الإقرار أثره القانوني يجب أن يكون متعلقاً بواقعة لا بالتطبيق القانوني ، لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم . وإذن فإن إقرار المطعون عليهما بانطباق المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على الوصية موضوع النزاع لا يقيد المحكمة في شيء . (٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام محكمة النقض السنة الخامسة رقم ٥ ص ٦٢) .

هذا وقد يدور النزاع ، لاحول معرفة القانون أو تفسيره ، بل حول تاريخ نشره ، وتاريخ النشر واقعة مادية تثبت بجميع الطرق وبخاصة عن طريق البحث في الجريدة الرسمية (قارب بيدان روبر ٩ فقرة ١١٤٢ ص ٢٠٩ - ص ٢١٠) .

٣٨- متى يصبح القانون مسألة موضوعية يتعين على الخصم إثباته -

العادة الاتفاقية والقانون الاجنبي : على أن القانون يصبح مسألة موضوعية ،
فيتعين على الخصم إثباته ، ولا يخضع القاضى فى تطبيقه لرقابة محكمة النقض ،
فى موضعين :

(أولاً) إذا كانت هناك قاعدة تقوم على العادة الاتفاقية (usage conventionnel) وتعتبر شرطاً مفترضاً فى العقد لا حاجة إلى التصريح به. فتصبح القاعدة فى هذه الحالة شرطاً من شروط العقد ، شأنها فى الإثبات شأن سائر شروط العقد يتعين على من يتمسك بها أن يقوم بإثباتها . فإذا سلم بها الخصم الآخر لما استفاض من شهرتها العامة (notoriété publique) ، أخذ بها القاضى كمسألة موضوعية ثابتة . وإن نازع الخصم فيها ، كان على ذى المصلحة من الخصوم أن يثبتها ، ويكون ذلك بجميع الطرق ولو بالبينة أو بقول أهل العلم بها (١) . ذلك أن هذه القاعدة ، وإن كانت تدخل ضمن قانون العقد ، إلا أنها تصبح مسألة واقع لامسألة قانون ، إذ ترد فى النهاية إلى إرادة المتعاقدين المفترضة ، فهما قد ارتضيا فرضاً ما ألفته الناس فى التعامل من الشروط (٢) .

ثم إن المراد إثباته هنا ليس هو أن المتعاقدين قد ارتضيا القاعدة شرطاً من شروط العقد ، فان التراضى على ذلك مفروض منه بحكم أن القاعدة تقوم على العادة التى ألفتها الناس فى التعامل ، وإلا لوجب أن يكون إثباتها بالكتابة فيما يجب إثبات التصرف القانونى فيه بهذه الطريقة . ولكن الإثبات ينصب فى هذه الحالة على مجرد وجود العادة الاتفاقية وقيامها المادى (sa matérialité) ، وهذه

(١) بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٤٥ ص ٢١٣ .

(٢) وقد قضت محكمة مصر (الدائرة الاستئنافية) بأنه يجوز تفسير العقد المكتوب بالرجوع إلى العادات المتبعة فى التجارة ، والتى يكون من شأنها تغيير نتائج العقد الاعتيادية غير المذكورة فيه . وهذه العادات يصح إثباتها بالبينة . وينتج عن ذلك أنه إذا امتلك دباغان عقاراً شائماً بينهما لحاجات صناعتها ، صح الحكم ، تبعاً للعادة عند أرباب طائفتها ، بأن من يكون منهما قد أقام ممصلاً على العقار بعد الامتلاك ، له الحق فى طلب تثبيت ملكيته له خاصة ولو لم يكن نمة شرط صريح (١١ أبريل سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٦٨) .

واقعة مادية تثبت بجميع الطرق كما قدمنا . ويخلص من ذلك أن التعرف على القاعدة التي تقوم على العادة الاتفاقية لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، بل يصبح مسألة واقع لانعقيب فيها على محكمة الموضوع .

وهذا بخلاف القاعدة القانونية التي يكون مصدرها العرف (coutume) لا العادة (usage) ، فهذه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض . وقد عارض بارتان^(١) بين العادة والعرف من حيث الإثبات . فالعادة ، على ما عرفت ، عنصر من عناصر الواقع ، يتمسك بها الخصم فعليه إثباتها ، كما يفعل في سائر شروط العقد الصريحة أو الضمنية . أما العرف فقاعدة قانونية ، شأنها في الإثبات شأن القواعد القانونية التي يكون مصدرها التشريع . وليست القاعدة القانونية التي تقوم على العرف في حاجة إلى الإثبات أكثر من حاجة القاعدة القانونية التي تقوم على التشريع . كلنا القاعدتين قانون واجب التطبيق (opinio juris vel necessitatis) يتعين على القاضي البحث عنه من تلقاء نفسه لتطبيقه ، دون حاجة إلى إثباته من جانب الخصوم^(٢) .

(١) تعليق بارتان على أوربي ورو جزء ١٢ طبعة خاصة فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٣ مكرر .
(٢) وقد كانت القاعدة القانونية التي تقوم على العرف تعتبر في الماضي عنصراً من عناصر الواقع يتعين على الخصم إثباتها ، شأنها في ذلك شأن العادة الاتفاقية . ويرجع السبب في ذلك إلى رغبة المهتمين (Glossateurs) في أن تتغلب قواعد القانون الروماني على قواعد العرف المحلية (droits coutumiers locaux) . فقواعد القانون الروماني لا حاجة إلى إثباتها بل القاضي يبحث عنها من تلقاء نفسه ليطبقها ، أما قواعد العرف فهذه لا يطبقها القاضي إلا إذا أثبت الخصوم قيامها ، وبذلك تتغلب قواعد القانون الروماني على قواعد العرف . ثم بقى العمل على ذلك في فرنسا طوال القرن التاسع عشر لسبب آخر غير فكرة تغليب قواعد القانون الروماني التي أصبحت غير ذات موضوع بعد صدور التقنين المدني الفرنسي . ذلك أن مدرسة الشراح على المتون (l'école de l'exégèse) ، التي ظلت سائدة طوال ذلك القرن ، كانت تعتبر أن القواعد القانونية لا تستمد إلا من التشريع ، فالتشريع وحده هو الذي يبحث عنه القاضي من تلقاء نفسه لتطبيقه دون حاجة إلى إثباته من جانب الخصوم ، أما العرف فيتعين على الخصوم إثباته . ولما اندثرت هذه المدرسة في أوائل القرن العشرين ، اتجه الفقه الفرنسي اتجاهاً آخر ، تحت تأثير جني (Gény) وسال (Saleilles) والفقه الألماني ، فاعتبر القاعدة القانونية التي تقوم على العرف في قوة القاعدة القانونية التي تقوم على التشريع (opinio juris vel necessitatis) كلتاها قانون واجب التطبيق يتعين على القاضي البحث عنه من تلقاء نفسه لتطبيقه (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٤٤ ص ٢١١ - ص ٢١٢) .

(ثانياً) إذا كان القانون المطبق قانوناً أجنبياً بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد .
مثل ذلك أن يطبق القاضي القانون الفرنسي في الحكم بصحة عقد زواج فرنسي
بفرنسية . فهنا توجد مسألتان : (١) مسألة قانون ، هي قاعدة الإسناد التي
نقضى بالرجوع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين ،
وهي جزء من نصوص التقنين المدني المصري (م ١٢ من التقنين المدني الجديد) ،
وبخضع القاضي في تطبيقها لرقابة محكمة النقض . (٢) ومسألة واقع ، هي أحكام
القانون الفرنسي (وهو قانون كل من الزوجين) الخاصة بصحة الزواج ،
وهذه تكون محلاً للإثبات ، ويكلف الخصم ذو المصلحة إثباتها ، ومتى ثبتت
وأخذها القاضي فإنه لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض في التعرف على
أحكام القانون الأجنبي . وهنا أيضاً زرى أن القانون - القانون الأجنبي - يصبح
مسألة موضوعية يتعين على الخصم إثباته ، ويعتبر في هذه الحالة واقعة مادية
يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك رأى أهل العلم بالقانون الأجنبي
والنصوص الرسمية لهذا القانون وما يقترن بهذه النصوص من تفسير فقهي
وقضائي .

= على أن هناك فارقاً عملياً بين العرف والتشريع . فالتشريع أمر التعرف عليه ميسور ، مهـر
محصور في عبارات مكتوبة ، يصدر من هيئة معينة ، وفي يوم معين ، وينشر في سجل معروف ،
ومن ثم يسهل استيعابه . أما العرف فيتكون على مر الزمن ، لا يعرف كيف بدأ ، ولا متى
انتهى ، فيصعب في بعض الأحوال الاستيثاق منه . لذلك كان من مصلحة الخصم الذي يتمسك
بالعرف ويستطيع إثباته أن يشته للقاضي ، حتى لا تضيق عليه الفرصة إذا كان القاضي يجهل هذا
العرف ولا يستطيع العثور عليه من تلقاء نفسه . على أنه بالرغم من هذا الفارق العملي ، يتـو
العرف قانوناً لا يطالب الخصم بإثباته ، وعلى القاضي أن يبحث عنه ، ويقضى فيه بعلمه ،
ولمحكمة النقض أن تمقب عليه إذا هو طبق عرفاً غير موجود أو أغفل عرفاً قائماً ، سواء تنب
إلى ذلك أو لم يتنبه (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٤٤ ص ٢١٢ - الأستاذ عبد الباعط جيمى في
نظام الإثبات في القانون المدني المصري فقرة ٥٩ - فقرة ٦٢) ، ويذهب الدكتور عبد المنعم
فرج الصدة (ص ٢٦) ، مسيراً في ذلك الأستاذين حامد فهمى ومحمد حامد فهمى في كتاب
«النقض» (فقرة ١٦ و فقرة ١٧) إلى أن العرف إذا كان محلياً «فإن افتراض علم القاضي
به يصبح غير معقول ، وبالتالي يكون على الطرف الذي يستند إليه أن يشته . وفي هذه الحالة
يأخذ العرف حكم الواقعة التي يتعين إثباتها ، فيكون أمر التثبت من قيامه متروكاً للقاضي ،
فلا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض ، أما تطبيق هذا العرف بعد أن ثبت قيامه فيخضع لرقابة
محكمة النقض » .

وعلى هذا جرى القضاء المصرى (١) مقتدياً في ذلك بالقضاء الفرنسى (٢).
والفقه في فرنسا منقسم في هذه المسألة . فريق يؤيد القضاء الفرنسى لأسباب
ترجع في الغالب إلى اعتبارات عممية إذ لا يتيسر للقاضي في كثير من الأحوال
أن يلم بالقانون الأجنبي (٣) . وفريق آخر يعارض القضاء الفرنسى ويعتبر تطبيق
قانون أجنبي مسألة قانون لا مسألة واقع ، لأن القانون لا تتحول طبيعته فيصبح
واقعاً بمجرد أن قاضياً أجنبياً يطبقه بمقتضى قاعدة إسناد في قانونه الوطنى (٤) .
وهناك من الفقهاء من يرى وجوب اعتبار تطبيق القانون الأجنبي مسألة قانون ،
ولكنه مع ذلك يقر موقف القضاء الفرنسى للضرورات العملية (٥) . والفقه

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من يتمسك بقانون أجنبى يجب عليه أن يثبت
وجوده ومعنى (استئناف مختلط ٩ يونية سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٥٥) . انظر أيضاً حكماً آخرى
هذا المعنى (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٧) . وقد جرى قضاؤنا
المختلط - وكان القضاء الذى نتاح له فرصة تطبيق القوانين الأجنبية قبل استكمال المحاكم الوطنية
لولايتها - في هذا مجرى القضاء الفرنسى (قارن الدكتور محمد عبد المنعم رياض في مبادئه
القانون الدولى الخاص طبعة ثانية فقرة ٤٣٢) . والمستقبل كفيلاً بمعرفة ما سيجرى عليه قضاؤنا
الوطنى في هذه المسألة بعد أن استكمل ولايته ، وهل سيحذو حذو القضاء المختلط في تقليده
لقضاء الفرنسى ، أو يسير في طريق مستقل مهتدياً بالمبادئ العلمية السليمة .

(٢) انظر محكمة النقض الفرنسية (مدنى) في ٦ فبراير سنة ١٨٤٣ سيريه ١٨٤٣-١-١-
٢٠٩ - حكماً ثانياً في ١٦ مايو سنة ١٨٨٨ دالوز ١٨٨٨-١-٣٠٥ - حكماً ثالثاً (دائرة
المرايض) في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٣٠-١-٤٩ - حكماً رابعاً في ٧ مارس
سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعى ١٩٣٨-٢٥٨ - حكماً خامساً في ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤
دالوز ١٩٤٤-١٤٥ - حكماً سادساً في ٢٥ مايو سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٨-٣٥٧ .

(٣) باتيفول فقرة ٣٢٣ ص ٣٤٠ - أوبرى ورو ١٢ فقرة ٤٧٩ - ديمولومب ٢٩
فقرة ١٨٥ - بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٥٥ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٩
ص ٨٣١ - ص ٨٣٢ - بلانيول وريبير وهولانجيه ٢ فقرة ٢١٦٤ - دى پاچ (الفقه
البلجيكى) ٣ فقرة ٧٠٦ . وانظر فى القانون المقارن رسالة الدكتور محمد صادق فهمى
ص ٣٤٤ - ص ٣٤٨ . وانظر أيضاً نبوايه فى مجلة القانون الدولى والتشريع المقارن ١٩٢٨
فقرة ٦ .

(٤) مورى فى القواعد العامة فى تنازع القوانين ص ٦٩ - بارتان فى مبادئ القانون
الدولى الخاص جزء ١ فقرة ١٠٧ - فارى سومير ٢ فقرة ١١١٠ - فاليرى فقرة ٤٣٩ -
أرمانجون ١ فقرة ١٤١ .

(٥) مارتق رسالة من تولوز فقرة ٩٦ - ليريور ويجونير فى القانون الدولى الخاص
طبعة ثالثة ص ٢٤٩ .

في مصر منقسم انقسام الفقه في فرنسا (١) .

ونحن ، مع ذلك ، لانتردد في اعتبار تطبيق أحكام القانون الأجنبي مسألة قانون لا مسألة واقع . فان القاضي ، إذا أمره قانونه الوطني بتطبيق أحكام قانون أجنبي ، وجب أن يعتبر أحكام هذا القانون الأجنبي بالنسبة إلى القضية التي يطبق فيها هذه الأحكام جزءاً من قانونه الوطني . فعليه إذن أن يبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق في هذه القضية . وله أن يصدر في هذه الأحكام عن علمه الشخصي . ولا يجوز له أن يمتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي بدعوى عدم إمكان الاهتداء إليها ، وإلا عد امتناعه نكولاً عن أداء العدالة (déni de justice) . بل ويكون في تطبيقه لأحكام القانون الأجنبي ، كما هو في تطبيقه لقاعدة الاسناد التي أمرته بتطبيق هذه الأحكام ، خاضعاً لرقابة محكمة النقض . وتفسر هذه المحكمة القانون الأجنبي ، لا طبقاً لرأيها الشخصي ، بل وفقاً لما تفسره به محاكم البلد الذي ينسب إليه هذا القانون وبخاصة المحكمة العليا منها . ونحن إنما نذهب إلى هذا الرأي لأنه لا يصح أن تتغير طبيعة القانون فيصبح واقعاً ، سواء كان هذا القانون قانوناً وطنياً أو كان

(١) أكثر الفقه في مصر على أن تطبيق القانون الأجنبي يعتبر مسألة من مسائل القانون ، نصريحاً (الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٩ - ص ٣٠ ويذهب إلى وجوب اعتبار تطبيق القانون الأجنبي مسألة من مسائل القانون وقد «تكون معاونة الخصم في بيان حكم القانون الأجنبي لازمة من الناحية العملية ، ولكن هذا لا ينزل بالقانون الأجنبي إلى مستوى الواقعة ، ثم انه إذا كان القانون الوطني يقضي بتطبيق القانون الأجنبي على نزاع معين ، فإن هذا يقتضي تطبيقه على الوجه الصحيح وذلك بأن تكون مخالفته والخطأ في تفسيره محل رقابة من محكمة النقض . أما الصعوبة المزعومة في الإلمام بالقانون الأجنبي فلم يعد لها وجود بعد ما نراه اليوم بين مختلف الدول من صلات علمية ساعدت على تبادل المجموعات القانونية والقضائية والمؤلفات الفقهية بصورة شاملة» . انظر ايضاً نفس المؤلف ص ٢٧ - ص ٢٨ فيما جرى عليه العمل في هذه المسألة في إنجلترا وألمانيا وسويسرا وإيطاليا) ، أو تلميحاً (الدكتور محمد عبد المنعم رياض في مبادئ القانون الدولي الخاص طبعة ثانية فقرة ٤٣٢ - فقرة ٤٣٣ - الدكتور حامد زكي في القانون الدولي الخاص المصري طبعة أولى فقرة ١٦٧ - فقرة ١٦٨ - الأستاذ أحمد نشأت رسالة الإثبات فقرة ٢٠ - الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات في المواد المدنية فقرة ١٩ ص ١٨) - والقليل يذهب إلى أن تطبيق القانون الأجنبي يعتبر مسألة من مسائل الواقع (الدكتور عبد السلام ذهني في نظرية الإثبات ١ ص ٩٤ - وبخاصة الأستاذ عبد الباسط جيمبي ص ٥٥ - ص ٥٧ ويذهب إلى اعتبار القانون الأجنبي واقعة، إذ أن القاضي لا يفترض =

قانوناً أجنبياً يأمر القانون الوطني بتطبيقه فيصبح جزءاً منه في حدود هذا التطبيق .
والذى دعا إلى القول بنزول مرتبة القانون الأجنبي إلى حد أن يكون واقعاً
لاقانوناً أمراً . (الأمر الأول) يرجع إلى التاريخ . فقد كان القانون الأجنبي
في الماضي لا يعامل معاملة القانون الوطني . وإذا أجزت تطبيقه فعلى اعتبار أنه
واقع لا قانون . فلا يفترض العلم به ، ولا يبحث القاضى عن أحكامه من تلقاء
نفسه بل يجب على الخصم إثباتها ، ولا يخضع القاضى في تطبيقه هذه الأحكام
لرقابة محكمة النقض ، وإذا امتنع عن تطبيقه لم يعد ناكلاً عن أداء العدالة .
وكان هذا يرجع إلى نظرية عتيقة تقول بأن القانون الأجنبي إنما يطبق على سبيل
المجانمة الدولية (*ex comitate gentium*) وقد هجرت هذه النظرية هجراناً
تاماً وعفا عليها الزمن ، فقيم الإبقاء على بعض آثارها والأصرار على عدم رد
اعتبار القانون الأجنبي (١) . (الأمر الثانى) يرجع إلى العمل . فقد يصعب
في بعض الأحوال أن يهتدى القاضى من تلقاء نفسه إلى أحكام القانون الأجنبي ،
ومن ثم كان تكليف الخصم بإثبات هذه الأحكام تيسيراً لمهمته . ولكن هذه
الحجة لا تصلح سبباً لتغيير طبيعة القانون . على أن مهمة القاضى في هذا الصدد ،
بعد انتشار العلم بالقوانين الأجنبية وازدياد المراجع التى يمكن الانتفاع بها في
تحصيل هذا العلم ، لم تصبح من العسر على ما كانت منه في الماضي . وبعد ،
فلا يوجد ما يمنع القاضى من الاستعانة بالخصم صاحب المصلحة في الاهتداء
إلى أحكام القانون الأجنبي ، ومصلحة الخصم أكبر دافع له في ذلك ، على أن
يبقى القاضى هو صاحب القول الفصل في التعرف على أحكام القانون الأجنبي ،

= فيه علم قانون غير دولته فهو ليس أداة إلا لدولته . ولا يعترض بأن قانون دولته أمره بتطبيق
قانون أجنبى فقد أمره أيضاً بتطبيق قانون المقدم والمقد واقعة . ولكن القانون الأجنبى واقعة
عامة من الوقائع التى يمكن أن تكون محلاً لعم الكافة ، فلا جناح على القاضى أن يبحث عنها
إن شاء ، ولا عليه أيضاً إن أجرى فى شأنها علمه الشخصى ولا يكون قضاؤه فيها بعلمه محل طعن
ما دام علمه مطابقاً للحقيقة . فإن لم يطمئن القاضى إلى نتائج بحثه وجب على الخصم إقناعه ،
فإن لم يستطيعوا جاز له أن يعتبر هذه حالة من الحالات التى لا يوجد فيها نص تشريعى وقد يرى
تطبيق القانون المصرى على أساس أن هذا هو ما تقتضى به العدالة) .

(١) بارتان على أوبرى ورو جزء ١٢ طبعة خامسة فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٣ مكرر ٤ —
انظر أيضاً بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٤٣ .

خاضعاً في ذلك لرقابة محكمة النقض^(١)

ب - الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات :

٣٩ - طائفة من الشروط : والواقعة المراد إثباتها يجب أن تتوافر فيها حملة من الشروط ، يمكن تقسيمها إلى طائفتين : (١) طائفة من الشروط بدايتها تفتى عن الإطالة فيها ، وهي أن تكون الواقعة محددة (déterminé) وغير مستحيلة (possible) وغير معترف بها (contesté) . (٢) وطائفة أخرى نصت عليها المادة ١٥٦ من تقنين المرافعات الجديد على الوجه الآتي : ويجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ، منتجة فيها ، جائزاً قبولها .

٤٠ - شروط بديهية : أما أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة فهذا بديهي ، فالواقعة غير المحددة لا يستطاع إثباتها . ولو أن شخصاً طالب بدين أو ملكية وأسس دعواه على عقد لم يحدد ماهيته ، أهو بيع أو صلح أو قسمة أو غير ذلك من العقود التي يصح أن تكون مصدراً للدين أو سبباً للملكية ، فإن الواقعة التي يريد إثباتها لا تكون محددة تحديداً كافياً ، فلا يصح السماح بإثباتها إلا بعد أن تحدد . وكون الواقعة محددة تحديداً كافياً مسألة موضوعية تخضع لرقابة محكمة النقض^(٢) .

وأما أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير مستحيلة ، فهذا أيضاً بديهي ،

(١) وقد نظم المجمع العالمي للقانون الدولي الإجراءات التي يستطيع بها القاضى معرفة أحكام القوانين الأجنبية وذلك بواسطة الطرق السياسية (الدكتور عبد الحميد أبو هيف في القانون الدولي الخاص فقرة ٣٠٢) .

وفي القانون الإنجليزي تفترض مطابقة القانون الأجنبي لقانون المحكمة ، إلا إذا ادعى الخصوم غير ذلك وأثبتوا ما ادعوه . وفي هذا تيسير عمل على القاضى فيما إذا عجز عن الاحتذاء إلى أحكام القانون الأجنبي . وشبهه بذلك ما ورد في المشروع التمهيدي للتقنين المدني (وقد حذف النص في المشروع النهائي) من أنه « في جميع الحالات التي سينتظر فيها أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق يطبق القانون المصرى ، إذا كان وجود القانون الأجنبي أو مدلوله غير ممكن لإثباته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٣١٤ - ص ٣١٥) .

(٢) انظر في الواقعة المحددة في القوانين والتشريعات المختلفة رسالة الدكتور محمد صادق

فهى في الإثبات ص ٣١٣ - ص ٣٥٨ .

فالمستحيل لا يصح عقلا طلب إثباته . والاستحالة ترجع إلى أحد أمرين : إما استحالة التصديق عقلا وإما استحالة الإثبات . فالأولى كالأعمى يدعى أنه رأى هلال رمضان ، والمنجم يدعى أنه أوتى علم الغيب ولا يعلم الغيب إلا الله ، ومجهول النسب يدعى بنوته إلى من لا يكبره في السن . والثانية ترجع إلى أن الواقعة المراد إثباتها هي في ذاتها قابلة للتصديق عقلا ولكن لا سبيل إلى إثباتها ، كمن يدعى واقعة مطلقة بأن يقول أنه لم يكذب قط أو أنه يؤدي فريضة الصلاة طوال حياته . فهاتان واقعتان إحداهما سلبية والأخرى إيجابية ، وكلاهما واقعة مطلقة هي متصورة التصديق ولكن إثباتها مستحيل ، فلا يجوز قبولها واقعة للإثبات . ولا يرجع ذلك إلا إلى أن الواقعة مطلقة أى خالية من التحديد . ومن ثم نرى أن استحالة الإثبات تتلاقى مع عدم التحديد ، ويصبحان شرطاً واحداً . فالواقعة يجب أن تكون محددة كما قدمنا ، فإن لم تكن محددة لا يجوز قبولها للإثبات ، لأنها غير محددة فحسب ، بل لأنها أيضاً يستحيل إثباتها . ومن ثم نرى أيضاً أن استحالة الإثبات ترجع إلى عدم تحديد الواقعة لا إلى أنها واقعة سلبية . فالواقعة السلبية المحددة - كالواقعة الإيجابية المحددة - لا يستحيل إثباتها ، فيجوز قبولها للإثبات . مثل ذلك شخص يطالب آخر برد غير المستحق ويثبت أنه لم يكن مديناً بما دفعه للمدعى عليه ، فهنا الواقعة السلبية محددة ، وهي عدم المديونية في دين معين ، وما على المدعى إلا أن يثبت أن هذا الدين الذي دفعه مصدره عقد باطل أو عقد قد فسخ أو أن الدين قد سبق الوفاء به أو نحو ذلك (١)

(١) وقد قضت محكمة النقض الدائرة المدنية بأن الإعسار هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء بديونه المستحقة عليه . وهو بهذا المعنى لا يقوم على نفي مطلق يتعذر إثباته ، بل يقوم على أمر واقع له علاماته التي تشهد عليه . على أن المقرر في الإثبات أنه إذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفي كان على مدعيها إثبات خلافها متى أمكنه تحويلها إلى قضية موجبة . فإذا لم يكن ذلك ممكناً أو كانت الواقعة غير منضبطة النفي ، فإن مدعيها يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه . وعلى ذلك فلا مخالفة لقواعد الإثبات إذا اعتبر الحكم المشفوع منه عاجزاً عن إثبات إعسار الشفيع لأنه لم يقدّم دليلاً على هذا الإعسار (٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) . ويؤخذ من هذا الحكم أن الواقعة السلبية ، حتى لو لم يمكن تحويلها إلى قضية موجبة أو كانت واقعة غير منضبطة النفي ، لا يعنى مدعيها من عبء الإثبات بل يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه .

هذا وكون الواقعة المراد إثباتها مستحيلة التصور عقلاً أو مستحيلة الإثبات مسألة موضوعية ، ولكن محكمة النقض تستطيع أن تنفذ إلى بسط قدر من الرقابة من طريق القصور في التسبيب .

ويجب أخيراً أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير معترف بها . وهذا أيضاً شرط بديهي ، إذ لا محل لإثبات واقعة معترف بها . فالاعتراف لإقرار ، والإقرار كما سنرى إعفاء من الإثبات ، فتكون الواقعة محل الادعاء قد أعني مدعيها

= وجاء في الموجز للمؤلف (ص ٦٥٠) في هذا الصدد ما يأتي : « ولا يهم أن نكون الواقعة التي يتمسك بها إيجابية أو سلبية فقد تكون الواقعة سلبية ولكنها محددة تحديداً كافياً فتكون قابلة للإثبات . مثل ذلك أن يثبت الدائن أن المدين الملزم بحراسة شيء معين لم يقم بحراسته ، وعدم القيام بالحراسة واقعة سلبية ، ولكن الدائن يستطيع إثبات هذه الواقعة عن طريق إثبات واقعة إيجابية ، بأن يثبت مثلاً أن المدين كان في جهة أخرى في الوقت الذي كان ينبغي أن يكون موجوداً بجانب الشيء لحراسته — وقد تكون إيجابية ولكنها غير محددة فلا تكون قابلة للإثبات » .

وأشار بودرى وبارد إلى أن السبب في الخطأ الذي شاع من أن الواقعة السلبية لا يجوز إثباتها يرجع إلى نص في القانون الروماني أساء المحشون (glossateurs) في المصور الوسطى فهمه . فإن هذا النص يقضى بأن عبء الإثبات يقع على من يدعى لا على من ينكر (Ei incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat) . وللدعى الذي يقع عليه عبء الإثبات قد يدعى واقعة إيجابية أو واقعة سلبية ، وهو المكلف بالإثبات في الحالتين . ففسر المحشون النص بتحويله إلى معنى آخر ، هو أن الدليل على من يثبت (qui dicit) لا على من ينفي (qui negat) ، وذهبوا إلى أن النفي هنا معناه الواقعة السلبية ، ومن ثم لا تكون الواقعة السلبية جائزة الإثبات (بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٥ - فقرة ٢٠٦٦ - انظر أيضاً : تولى ٨ فقرة ١٦ - فقرة ١٩ - ديرانتون ١٣ فقرة ٢ - ديمولومب ٢٩ فقرة ١٩٢ - فقرة ١٩٣ - لوران ١٩ فقرة ٩٥ - كولان وكابيتان ولامور انديير ٢ فقرة ٧١٩ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٧ - بلانيول وريير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٦٨ - الأستاذ عبد الباسط جيمي ص ٤٩ - ص ٥٢) .

ويلاحظ على كل حال أن القاضى في إثبات الوقائع السلبية لا يتطلب دليلاً في قوة الدليل الذي يتطلبه في إثبات الوقائع الإيجابية (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ وهامش رقم ١٨ - بلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٤١٩ ص ٨٤٥) .

وانظر رسالة الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات (في الواقعة السلبية ص ٢١١ - ص ٢٢٢ وفي الواقعة المستحيلة ص ٢٩٣ - ص ٣٠٤) .

وانظر في الشهادة على النفي في الفقه الإسلامي الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء ص ٢١ -

من إثباتها فأصبحت بذلك ثابتة (١) . لذلك يكون الأصح القول إن الواقعة المعترف بها قد أصبحت ثابتة ، لأنها واقعة غير قابلة للإثبات . ويتضح الفرق بين القولين في أن الواقعة المعترف بها لا تصبح ثابتة إلا بالنسبة إلى المقر إذ الإقرار حجة قاصرة عليه ، أما بالنسبة إلى الغير فلم يعم الدليل عليها ومن ثم يصح إثباتها ، ولو كانت غير قابلة للإثبات لما صح ذلك (٢) . وغنى عن البيان أن البت في كون الواقعة معترفاً بها مسألة موضوعية لارقابة فيها لمحكمة النقض .

٤١ - شروط أساسية: ونعرض الآن للشروط الأساسية التي ورد

ذكرها في المادة ١٥٦ من تقنين المرافعات الجديد، وهي الشروط الثلاثة الآتية :
(١) أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به (pertinent) . (٢) أن تكون منتجة في الإثبات (concluant) . (٣) أن تكون جائزة الإثبات قانوناً (admissible) (٣) .

(١) ولذلك قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن القانون إنما يكلف المدعى إقامة الدليل على دعواه ، إلا إذا سلم له خصمه بها أو ببعضها فإنه يعميه بذلك من إقامة الدليل على ما اعترف به . فإذا اعترف شخص بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة ، ولكنه يملكها بالتقادم ، ثم بحث المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لهذه الأرض وقضت بدم كفايتها لإثبات الملكية ، فقد خالفت القانون (٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ١٥) .

(٢) انظر الموجز ص ٦٥٠ - ص ٦٥١ - والأستاذ عبد الباسط جيمي ص ٤٧ -

ص ٤٨ .

(٣) وقد كان تقنين المرافعات القديم ينص على شرطين من هذه الشروط الثلاثة - أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى وأن يكون جائزاً قبولها - في مواضع متفرقة (م ١٧١/١٥٤ - ١٨٦/١٦٥ - ٢٠٠/١٧٧ - ٢٠٣/١٧٨ - ٢٠٤/١٧٩ - ٢٠٧/١٨٢) ، وذلك في الاستجواب واليمين والتحقيق والظن بالتزوير . ولكن نص تقنين المرافعات الجديد أكل الناقص من الشروط وجمعها كلها في نص واحد . أما تقنين المرافعات الفرنسي (م ٢٥٣ - ٢٥٤ في التحقيق بالبيئة) فقد ذكر شرطين : أن تكون الواقعة منتجة وجائزة القبول . ويلاحظ أن المسكان الذي يجب أن ينص فيه على هذه الشروط هو التقنين المدني لا تقنين المرافعات ، لأن هذه الشروط من القواعد الموضوعية في الإثبات لا من القواعد الشكلية .

٤٢ - الواقعة متعلقة بالحق المطالب به : إذا كانت الواقعة المراد إثباتها هي ذاتها مصدر الحق المطالب به ، كما إذا تمسك البائع بعقد البيع للمطالبة بالثمن فيكون عقد البيع هو ذاته مصدر التزام المشتري بالثمن ، فان الواقعة في هذه الحالة لا يمكن إلا أن تكون متعلقة بالحق المطالب به وهي في الوقت عينه منتجة في الإثبات . ومن ثم لا يظهر ظهوراً واضحاً أهمية هذين الشرطين - كون الواقعة متعلقة بالحق وكونها منتجة في الإثبات - في هذه الحالة وهي حالة الإثبات المباشر (preuve directe) . وإنما تظهر أهميتهما في حالة الإثبات غير المباشر (preuve indirecte) ، إذا انصب الإثبات ، لاعلى الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى قريبة منها . ذلك أن الإثبات غير المباشر يقوم على فكرة تحويل الدليل (déplacement de preuve) من الواقعة الأصلية إذ يتعذر إثباتها إلى واقعة بديلة هي التي يتيسر فيها الإثبات .

فلا بد في هذه الحالة - حالة الإثبات غير المباشر بتحويل الدليل - أن تكون الواقعة البديلة ، وهي الواقعة المراد إثباتها ، لا قريبة (voisin) من الواقعة الأصلية فحسب ، بل يجب أيضاً أن تكون متصلة (connexe) بها اتصالاً وثيقاً . وهذا الاتصال الوثيق هو الذي يجعل الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به ، إذ أن اتصالها بالواقعة الأصلية التي هي مصدر الحق يجعل إثباتها منلقاً بإثبات الواقعة الأصلية ، فيصبح لإثبات الواقعة البديلة من شأنه أن يجعل لإثبات الواقعة الأصلية قريب الاحتمال (١)

مثل ذلك أن يقدم المستأجر مخالصات بالأجرة عن جميع المدد السابقة على المدة التي يطالبه المؤجر بأجرتها ، ويرى من وراء ذلك أن يثبت أنه يدفع الأجرة

(١) انظر في هذا المعنى بارتان على أوبري ورو جزء ١٢ فقرة ٧٤٩ هامش رقم ١٠ مكرر - بيدان وپروز ٩ فقرة ١١٤٦ - الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٧ ص ٢٩ - ص ٤٠ .

هذا وفكرة تحويل الدليل (déplacement de preuve) هي التي تقوم عليها القرائن القانونية ، فهذه القرائن تتناوى على تحويل الدليل من واقعة إلى أخرى ويكون ذلك بمقتضى نص في القانون .

بانتظام ولم يخل بالتزامه طوال المدد السابقة . فهذه واقعة متصلة بواقعة الوفاء بالأجرة عن المدة المطالب بأجرتها ، فهي إذن متعلقة بالدعوى . ولكنها غير منتجة في الإثبات ، لأن دفع الأجرة عن مدد سابقة لا يفيد دفعها عن مدة لاحقة (١) وقد تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة أيضاً في الإثبات ، كأن يقدم المستأجر مخالفات بالأجرة عن مدد لاحقة للمدة التي يطالب المؤجر بأجرتها ، فهذه واقعة ليست هي ذاتها واقعة الوفاء بالأجرة المطالب بها بل هي واقعة متصلة بها فهي متعلقة بالدعوى ، ثم هي منتجة في الإثبات فان التقنين المدني الجديد (م ٥٨٧) يعتبرها قريبة على الوفاء بالأجرة المطالب بها إلا إذا أثبت المؤجر عكس ذلك (٢) .

وكون الواقعة متعلقة بالدعوى مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض (٣) .

٤٣- الواقعة منتجة في الإثبات : رأينا في الأمثلة المتقدمة متى تكون

الواقعة متعلقة بالدعوى ومتى تكون منتجة في الإثبات . فالواقعة المتعلقة بالدعوى هي الواقعة البديلة التي يكون إثباتها من شأنه أن يجعل إثبات الواقعة الأصلية قريب الاحتمال . والواقعة المنتجة في الإثبات هي الواقعة البديلة التي يؤدي إثباتها إلى إثبات الواقعة الأصلية . ويتبين من ذلك أن إنتاج الواقعة في الإثبات مرتبة

(١) ومثل ذلك أيضاً — في القضاء الإنجليزي — أن يقوم تاجر بتوريد بضاعة لآخر ، فيدعى هذا أن التاجر ورد له سلفاً رديئاً ، فيتقدم التاجر لإثبات أن كل عملائه الآخرين الذين اعتاد توريد هذه البضاعة لهم يمتدحون بضاعته . فهذه واقعة متعلقة بالدعوى وإن لم تسكن منتجة ، فيقبل إثباتها ، لأنها وإن لم تكن حاسمة إلا أنها تضيف إلى عناصر الإقناع عنصراً جديداً له فائدته ، وقد يؤدي إذا أصيب لعناصر أخرى إلى تكوين مجموعة من القرائن القصائية لصالحه (انظر في هذا المثل الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات ص ٢٨٢ والأستاذ عبد الباسط جيمى ص ٥٦) .

(٢) أما إذا أراد المستأجر تقديم الدليل على أنه وفي بديون أخرى غير أقساط الأجرة للمؤجر ، فهذه واقعة لا تتصل إطلاقاً بواقعة الوفاء بالأجرة ، فتكون لا هي منتجة في الإثبات ولا هي متعلقة بالدعوى ، فلا يجوز قبول إثباتها .

(٣) ويقول الأستاذ عبد الباسط جيمى (ص ٥٧) إن لمحكمة الموضوع أن ترفض اعتبار الواقعة متعلقة بالدعوى ولو توافق الطرفان على أنها متعلقة . أما إذا توافق الطرفان على أنها غير متعلقة ، فلا يسمح القاضي بإثباتها ، لا لأن توافق الطرفين يجعلها غير متعلقة بالدعوى ، بل لأن حياد القاضي يقتضيه ألا يقبل دليلاً اتفق الخصمان على استبعاده .

أعلى من تعلق الواقعة بالدعوى . فكل واقعة متعلقة بالدعوى لا تكون ضرورة منتجة في الإثبات ، ولكن كل واقعة منتجة في الإثبات تكون حتماً متعلقة بالدعوى . فمن طالب بملكية عين وتقدم بواقعة التقادم الطويل سبباً للملكية ، إذا ادعى أنه حاز العين مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة ، فهذه واقعة منتجة في الإثبات ، بل هي الواقعة الأصيل ذاتها ، وهي بالضرورة متعاقبة بالدعوى . أما إذا ادعى أن حيازته للعين كانت لمدة تقل عن خمس عشرة سنة ، فهذه واقعة متعلقة بالدعوى ولكنها غير منتجة في الإثبات .

وقد يقال لماذا يشترط في الواقعة هذا الشرطان معاً ، وأحدهما - وهو الإنتاج - يستغرق الآخر ، فكأن يكفي أن يشترط وحده ؟ وهذا صحيح من الناحية النظرية . ولكن يحسن ، من الناحية العملية ، فصل الشرطين أحدهما عن الآخر . فقد يطلب الخصم إثبات واقعة يتضح من أول وهلة أنها متعلقة بالدعوى . فهذا يكفي لقبول إثبات هذه الواقعة قبولاً مبدئياً ، حتى إذا تبين فيما بعد أنها غير منتجة في الإثبات رفض القاضي استمرار السير في إثبات الواقعة أو أضاف إليها وقائع أخرى تتساند معها . أما إذا أدمج الشرطان في شرط واحد ، وكان لا بد من أن تكون الواقعة منتجة من مبدأ الأمر ، لم يستطع القاضي قبول إثبات الواقعة قبولاً مبدئياً ، فيتعطل بذلك طريق الإثبات (١) .

وكون الواقعة منتجة في الإثبات مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا من حيث قصور التسيب . أما إذا بني عدم الإنتاج في الإثبات على أسباب قانونية ، كأن كانت الواقعة المراد إثباتها إنما تنسب إذا صحت إلى مالك البناء لا إلى حارسه والمسئول قانوناً هو الحارس لا المالك ، أصبح الأمر متعلقاً

(١) الأستاذ عبد الباسط جيمي ص ٥٩ - ص ٦٠ ، ويأتي بأمثلة لذلك دعوى إثبات الحالة (م ١٨٨ مرافعات) ، والدعوى التي ترفع بطلب انتقال المحكة لمأينة معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء إذا كان يخشى من زوال هذه المعالم (م ١٨٧ مرافعات) ، والدعوى التي ترفع بطلب سماع شاهد يوشك أن يموت أو يزعم سفاً قد لا يعود منه أو لا يعود قريباً (م ٢٢٢ مرافعات) ، ورفع الدعوى للاستيثاق لحق يخشى زوال دليله (م ٤ مرافعات) . ويقول أيضاً إن القاضي يفربل الوقائع غريبة أول ليتخير منها ما هو متعلق بالدعوى فيجعله في وعاء الإثبات ، ثم يفربلها غريبة ثانية ليستيق منها ما هو منتج في الإثبات .

مسألة من مسائل القانون مما يخضع لرقابة محكمة النقض (١).

٤٤ - الواقعة جائرة الإثبات قانوناً : ويجب أخيراً أن تكون الواقعة

جائزة الإثبات قانوناً . والقانون قد لا يميز إثبات واقعة تحميها لأغراض مختلفة . ومن هذه الأغراض ما يمت إلى النظام العام والآداب ، كالمحافظة على سر المهنة (٢) ، تحريم دين المقامرة والربا الفاحش وبيع المخدرات وعدم جواز إثبات صحة القذف ومخونك (٣) . وقد تمت هذه الأغراض إلى الصياغة الفنية ، كما هو الأمر في الوقائع التي لم تلدم مع قرينة قاطعة قررها القانون . مثل ذلك حجية الأمر المقضي ، فلا يجوز إثبات واقعة مخالفة لما هو ثابت في حكم قضائي . ومثل ذلك أيضاً أن يطلب حارس الشيء لإثبات أنه لم يرتكب خطأ مع أن القانون يقيم مسؤوليته على خطأ في جانبه مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس (٤) . وكون الواقعة جائزة الإثبات قانوناً مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ،

(١) انظر الأستاذ عبد الباسط جيمى ص ٦١ هامش رقم ٢ والمرامع المشار إليها . وانظر في الواقعة يجب أن تكون متبعة (reievant) في القانون الإنجليزي الدكتور محمد صادق فهمى في الإثبات ص ٢٦٤ - ص ٢٨٤ .

(٢) تشمل المواد من ٢٠٦ إلى ٢٠٩ من تقنين المرافعات على سلسلة من القيود في جواز الإدلاء بالشهادة . فمنع المادة ٢٠٦ الموظفين والمستخدمين والمكلفين بخدمة عامة من أن يشهدوا ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانوني ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها . وتمنع المادتان ٢٠٧ و ٢٠٨ من علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به فقط ارتكاب جنائية أو جنحة ، وذلك إلا إذا طلب منهم ذلك من أسرها لهم . وتمنع المادة ٢٠٩ أحد الزوجين من أن يفشى بغير رضاه الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انقضائها ، إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما على صاحبه أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جنائية أو جنحة وقعت منه على الآخر . ويلاحظ هنا أن الممنوع ليس هو إثبات الواقعة في ذاتها ، بل إثبات الواقعة من طريق شهادة شاهد معين ، فعدم جواز القبول لا ينصب إذن على الواقعة بل ينصب على الدليل (الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٥ ص ٣٨)

(٣) ولكن يجوز لمن لا يريد ترتيب أثر قانوني على هذه الوقائع أن يثبت عدم مشروعيتها لأن هذا هو الذي يتفق مع النظام العام والآداب .

(٤) بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٧١ - وانظر في جواز إثبات الواقعة قانوناً في القانون الإنجليزي الدكتور محمد صادق فهمى في الإثبات ص ٣٠٥ - ٣١٢ .

لأن عدم جواز إثبات الواقعة يرجع دائماً إلى حكم في القانون يمنع من هذا الإثبات . وهذا بخلاف كون الواقعة متعلقة بالدعوى وكونها منتجة في الإثبات ، فقد رأينا أنها في الأصل مسائل موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض^(١) .

ثانياً - عبء الإثبات

٤٥ - النصوص القانونية: تنص المادة ٣٨٩ من التقنين المدني على

ما يأتي :

« على الدائن إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه^(٢) . »

(١) والفرق بين كون الواقعة غير منتجة في الإثبات وكونها غير جائزة الإثبات أنها عند ما تكون غير منتجة في الإثبات فإن ذلك يرجع إلى شيء في طبيعتها ، إذ الواقعة في ذاتها لا تؤدي إلى إثبات المطلوب ، إما لسبب موضوعي كالحيازة لمدة تقل عن خمس عشرة سنة ، وإما لسبب قانوني كالتمويض بسبب الهدام البناء يطلب من مالكه لا من حارسه . والواقعة عند ما تكون غير جائزة الإثبات فإن ذلك يرجع لا إلى شيء في طبيعتها ، بل إلى عارض قانوني يمنع من جواز إثباتها ، ولو لم يرق هذا المانع أو لو زال لسكانت الواقعة جائزة الإثبات .

ويمكن أيضاً أن نميز بين عدم جواز قبول الدعوى وعدم جواز قبول الواقعة وعدم جواز قبول الدليل . فالدعوى لا يجوز قبولها لأسباب معروفة ، كأن تكون مرفوعة من غير ذي صفة لو من غير ذي أهلية . فإذا كانت الدعوى مقبولة وتقدم الخصم بواقعة لإثباتها ، فقد تكون هذه الواقعة غير جائزة الإثبات لسبب موضوعي أو لسبب قانوني على النحو الذي قدمناه . فإذا كانت الواقعة جائزة الإثبات ، فقد يتطلب القانون لإثباتها دليلاً كتابياً فتكون البيئة أو القرائن دليلاً غير مقبول (انظر في هذه المسألة الأستاذ عبد الباسط جيمبي ص ٦٥ - ص ٦٦) .

(٦) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٢٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق . وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ٤٠٢ في المشروع النهائي ، بعد أن ذكرت اللجنة أن المقصود بمباراة « إثبات الالتزام » هو إثبات عبء الالتزام . ثم أقره مجلس النواب دون تعديل تحت رقم ٤٠٢ ، فلجنة الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٣٨٩ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « وقد احتذى المشروع مثال التقنينات اللاتينية ، وأخذ بنظام تقييد الإثبات ، فبدأ بتعيين من يكلف بإقامة الدليل أو احتمال عبئه . وقد قصد من الأخذ بهذا النظام إلى اتقاء تحكم القضاء وكفالة حسن سير العدالة وتأمين استقرار المعاملات . وكل أولئك من قبيل الاعتبارات العامة التي تنهض ، لا لتوجيه التقييد في عومه فحسب ، بل وكذلك لتوجيه الأحكام التطبيقية في خصوصياتها ، ولا سيما ما تعلق منها بتعيين من يكلف بالإثبات . وترد الأحكام المتعلقة بهذا التعيين إلى قاعدة احترام الوضع الثابت أصلاً فالأصل في الإنسان برائة الذمة ، فقل من يدهى التزام غيره ويتمسك بذلك بما يخالف هذا الأصل أن يقدم الدليل على دعواه^(٣) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٥٠) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٨/٢١٤^(١) - وفي التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري لا شيء^(٢) ، وفي التقنين المدني العراقي المواد من ٤٤٤ إلى ٤٤٨ ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٦٢ ، وفي التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة المادة ٣٧٦^(٣) -

(١) كانت المادة ٢٧٨/٢١٤ من التقنين المدني السابق تنص على ما يأتي : « على الدائن إثبات دينه ، وعلى المدين إثبات برامته من الدين » . وهذا النص يتفق في الحكم مع نص التقنين الجديد .

(٢) جمعت قواعد الإثبات الموضوعية وإجراءاتها الشكلية ، في سورية ، في قانون واحد صدر في ١٠ حزيران (يونية) ١٩٤٧ وسمى « قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية » . ولا يتضمن هذا القانون نصاً يقابل نص المادة ٣٨٩ من التقنين المدني المصري . ولكن الباب الأول منه تضمن قواعد كلية في الإثبات ، من نحو ما نحن بصدد . فنصت المادة الأولى على أن « تقسم البيئات إلى : ١ - الأدلة الكتابية ٢ - الشهادة ٣ - القرائن ٤ - الإقرار ٥ - اليمين ٦ - المعاينة والخبرة » . ونصت المادة الثانية على أن « نيس للقاضي أن يحكم بملمه الشخصي » . ونصت المادة الثالثة على أنه « يجب أن تكون الوقائع التي يراد إثباتها متعقبة بالدعوى ومنتجة في الإثبات وجائزاً قبولها » .

(٣) نصوص التقنين المدني العراقي : م ٤٤٤ - الأصل براءة النمة . م ٤٤٥ - اليقين لا يزول بالشك . م ٤٤٦ - يضاف الحادث إلى أقرب أوقاته . م ٤٤٧ - ١ - الأصل بقاء ما كان على ما كان ، والأصل في الصفات العارضة عدم ٢ - وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ، ما لم يوجد دليل على خلافه . م ٤٤٨ - ١ - البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر ٢ - والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل .

نصوص تقنين الموجبات والعقود اللبناني : وضمت قواعد الإثبات الموضوعية وإجراءاتها الشكلية جميعاً ، في لبنان ، في تقنين أصول المحاكمات المدنية (قانون المرافعات) ، ولم يتضمن هذا التقنين نصاً يقابل المادة ٣٨٩ من التقنين المدني المصري . غير أن تقنين الموجبات والعقود اللبناني تضمن هذا النص ، فقضت المادة ٣٧٦ من هذا التقنين بأن من يدعى أنه دائن يجب عليه إثبات حقه ، فإذا ما تم هذا الإثبات كان على من يدعى أن التزامه قد انقضى أن يثبت صدق مدعاه . نصوص التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة : م ٣٧٦ - على الدائن إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه (مطابقة لمادة ٣٨٩ من التقنين المدني المصري) .

ويتبين من النظر إلى هذه النصوص أن التقنينات المدنية لبلاد التبريه في هذه المسألة تكاد تكون واحدة . فنص التقنين المصري يطابقه نص التقنين الليبي ويكاد يطابقه نص التقنين اللبناني . أما التقنين العراقي فقد أورد نصوصاً متعددة أخذها عن المجلة ، وهي تلخص في أمرين : (١) أن البيئة على من ادعى والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، واليمين على من أنكر ، المنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل . (٢) فالأصل هو براءة اللمة وبقاء ما كان على ما كان . وتطبيقاً لذلك يكون الأصل في الصفات العارضة هو عدم ، ولا يزول اليقين بالشك ، ويضاف الحادث إلى أقرب أوقاته ، وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه .

وفي التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣١٥ (١) .

٤٦ - أهمية تعيين من يحمل عبء الإثبات من الخصمين : أول تنظيم

لقواعد الإثبات يتصل بتعيين من من الخصمين يحمل عبء الإثبات ، أى من منهما يكلف بالإثبات دون الآخر . وتعيين من يحمل عبء الإثبات من الخصمين يكاد يتوقف عليه ، فى كثير من الأحوال ، مصير الدعوى من الناحية العملية . فقد يكون الحق مترواحاً بينهما ، لا يستطيع أى منهما أن يثبت أو أن ينفيه ، فالقاء عبء الإثبات على أحدهما معناه حكم عليه أو حكم لخصمه (٢) .

فيعتينا إذن أن نبين من يحمل عبء الإثبات . وهذه مسألة لها ناحيتان :
ناحية المبدأ وناحية التطبيق .

١ - عبء الإثبات من ناحية المبدأ :

٤٧ - البينة على من ادعى واليمين على من أنكر : من المبادئ

المقررة فى الفقه الإسلامى أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر (٣) . وفى

= وهذه المبادئ كلها تتفق مع المبادئ التى سنقرها فى القانون المصرى . فالذى سنقره فى هذا الصدد يصلح إذن أن يكون مبادئ مقررة فى التقنينات العربية المختلفة التى قدمنا نصوصها .
(١) ننقل فى قسم الإثبات من هذا الكتاب نصوص التقنين المدنى الفرنسى إذ يغلب أن تكون هى الأصل الذى أخذت منه نصوص التقنين المدنى المصرى الجديد فى الإثبات . وهذا هو نص المادة ١٣١٥ من التقنين الفرنسى : « من يطالب بتنفيذ التزام يجب عليه إثباته . كذلك من يدعى التخلص من التزامه يجب عليه أن يثبت الوفاء به أو أن يثبت الواقعة التى أدت إلى انقضائه »

“Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation”.

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٥١ - استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥

ص ٨٨ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ٢٢ .

(٣) عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن البينة على المدعى . رواه البخارى ومسلم . والبيوت بإسناد صحيح : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » . (طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد زرايم ص ١٠٦) .

القانون المصري وسائر القوانين الحديثة توجد القاعدة ذاتها ، فالمدعى هو الذى يحمل فى الأصل عبء الإثبات ، سواء كان دائماً يدعى ثبوت الدائنية أو مديناً يدعى التخلص من المديونية كما تقول المادة ٣٨٩ .

ولكن يبقى أن نحدد على وجه الدقة من هو المدعى .

هو أولاً من يرفع الدعوى على الغير يطالبه بحق معين . فهو مدعى فى دعواه هذه ، وعليه عبء إثبات ما يدعيه . فلو أن شخصاً طالب آخر بمبلغ معين ، فعليه أن يثبت مديونية المدعى عليه بهذا المبلغ له ، بأن يثبت مصدر الدين ، تصرفاً قانونياً كعقد قرض أو عقد بيع أو واقعة قانونية كعمل غير مشروع أو إجراء بلا سبب . ولو طالب شخص آخر بملكية عين فى حيازة هذا الآخر ، فعلى المدعى أن يثبت سبب ملكيته لهذه العين ، تصرفاً قانونياً كوصية أو عقد بيع أو واقعة قانونية كإرث أو شفعة .

== ويقول الأستاذان بيدان وپرو (جزء تاسع فقرة ١١٥٩ ص ٢٣١ هامش رقم ١) إن القاعدة التى تقضى بأن البينة على المدعى ليست ، كما قد يتوهم ، من القواعد التى كانت مقررة فى كل العصور . فهى لم تظهر فى القانون الرومانى إلا منذ أخذ الپريطور *préteur* يحمى مجرد الحيازة فيحى الوضع الظاهر ، وعندئذ أتى عبء الإثبات على من يدعى خلاف الظاهر . أما فى القانون الفرنسى القديم ، فقد كانت العادات القديمة تجعل عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعى ، وإن كان ذلك يبدو غريباً ، وهذا بسبب الصبغة الجنائية للدعوى فى القديم ، مما نزل بوضع المدعى عليه دون وضع المدعى . بل إن هناك من الوثائق ، التى ترجع إلى ما قبل العصور الوسطى ، ما يثبت أن دعوى الاستحقاق التى يكلف فيها المدعى بإثبات ملكيته لم تكن ترفع ، وفقاً لهذه العادات القديمة ، إلا ضد الحائز بسوء نية أو الحائز ضد القانون ، مما يحمل على الظن بأن الحائز هو الذى كان عليه أن يثبت أن حيازته مشروعة . ولم تظهر القاعدة التى تقضى بأن البينة على المدعى فى القانون الفرنسى القديم إلا تدرجاً فى العصور الوسطى ، تحت أثر إحياء القانون الرومانى وبفضل القانون الكنسى بوجه خاص (انظر فى ذلك رسالة تڤيه *Thévenet* فى نظرية عبء الإثبات ليون سنة ١٩٢١ ص ١١ وما بعدها) . وينتهى الأستاذان بيدان وپرو إلى القول بأن من الخطأ حساب القاعدة التى تقضى بأن البينة على المدعى من القواعد التى تملأها البداهة وتقضى بها طبيعة الأشياء ، فإن الواقع من الأمر أن هذه القاعدة لم تظهر إلا بعد أن نظم القضاء تنظيمياً خاصاً وإلا بعد أن برز المبدأ الذى يقضى بحماية الأراض الظاهرة .

ولعل ذلك يكشف عما لفقته الإسلامى من فضل التقدم ، فقد قرر هذه القاعدة منذ البداية فى عصر لم تكن فيه معروفة فى أوروبا .

ولكن ليس من الضروري أن يكون المدعى هو من يرفع الدعوى . فقد يدفع المدعى عليه الدعوى بدفع فيصبح مدعياً في هذا الدفع ، وعليه هو يقع عبء إثباته . ففي الأمثلة المتقدمة قد يدفع المدين بأنه وفي دينه ، فعليه إثبات هذا الوفاء . وقد يدفع الحائز للعين بأنه ملكها بالتقادم ، فعليه إثبات ذلك (١) .

فيمكن إذن لأول وهلة أن نقول إن من يحمل عبء الإثبات هو المدعى في الدعوى والمدعى عليه في الدفع ، فكلاهما مدع في دعواه (٢) . (actor incumbit probatio. Reus in exceptione actor est)

(١) ويأتى بودرى وبارد بمثل يبين فيه كيف يتناوب المدعى والمدعى عليه عبء الإثبات : يطالب المودع بالوديعة وعليه عبء إثباتها ، فيدفع المدعى عليه بأنها هلكت بقوة قاهرة وعليه عبء إثبات الهلاك ، فيدفع المدعى بأن هذا الهلاك غير مبرى لذمة المدعى عليه لأنه كان معذراً (mis en demeure) وعلى المدعى إثبات الإعذار ، فيدفع المدعى عليه بأن ذمته قد برئت بالرغم من الإعذار لأن الوديعة كانت لا بد تهلك بالقاهرة حتى لو كانت قد سلمت للمودع وعلى المدعى عليه هنا عبء الإثبات (بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٣) .

ويبين الفقهاء خطأ ما جرى عليه القضاء الفرنسي في عقد التأمين على الحياة ، عندما تشترط شركة التأمين لاستحقاق قيمة التأمين ألا يكون المؤمن عليه قد انتحر ما لم يكن الانتحار نتيجة فقدة لوعيه بأن كان مجنوناً . فالقضاء الفرنسي يلقى عبء إثبات الانتحار وعبء إثبات انعدام الجنون كليهما على شركة التأمين (نقض فرنسي ٣ أغسطس سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٩-٥-٢٩٥- استئناف ليون ١٧ فبراير سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢-٢-٤٦- استئناف باريس ١٦ يولية سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣-٢-٢٣٣) . ويقول الفقهاء إن شركة التأمين تحمل عبء إثبات الانتحار ، وعلى ورثة المنتحر عبء إثبات جنون مورثهم . وقد اضطرت شركات التأمين لتتق هذا القضاء ، أن تشترط صراحة في عقود التأمين تحميل عبء إثبات الجنون للورثة (بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٤- انظر أيضاً الدكتور عبد السلام ذهني في الأدلة جزء أول ص ١٠٥- ص ١٠٩) . وهذا ما جرت به المادة ٧٥٦ من التقنين المصري ، فقد نصت الفقرتان الأولىان منها على ما يأتى : ١٥ - تبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر المؤمن على حياته . ومع ذلك يلتزم المؤمن أن يدفع لمن يؤول إليهم الحق مبلغاً يساوى قيمة احتياطي التأمين - ٢ - فإذا كان سبب الانتحار مرضاً أفقد المريض إرادته ، بقى التزام المؤمن قائماً بأكمله . وعلى المؤمن إثبات أن المؤمن على حياته مات منتحراً ، وعلى المستفيد أن يثبت أن المؤمن على حياته كان وقت انتحاره فاقد الإرادة» .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المنكر المعنى من الإثبات هو من ينكر الدعوى إنكاراً مجرداً ، فلا يجيب عليها بغير الإنكار . أما من أجاب على الدعوى بدفعها ، فإنه يصير بذلك مدعياً مطالباً بأن يقيم الدليل على ما يدعيه . وعلى ذلك يكون الدفع بإعسار الشفيح ادعاء من المشتري ، وهو المطالب بأن يقدم الدليل عليه (نقض مدني ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠) - وقضت محكمة النقض أيضاً بأن صاحب الدفع هو المكلف بإثبات دفعه ، =

٤٨ - البينة على من يدعى فهو الأصل : ولكن هذه القاعدة

تحول بساطتها دون مواجهة الصعوبات التي تعرض في العمل . فقد يقع أن المدعى ، حتى في الدعوى التي رفعها ، لا يكلف بالإثبات ، بل يكلف به خصمه وفقاً لطبيعة وضع كل منهما . فمن رفع دعوى على جاره يطالبه بسد مطل لا يكلف - وهو المدعى في الدعوى - بإثبات أن جاره فتح المطل دون أن يكون له حق ارتفاق ، بل الجار - وهو المدعى عليه - هو الذي عليه أن يثبت أن له حق ارتفاق يجيز فتح المطل . ففي هذا المثل يقع عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعى ، لأن طبيعة الوضع تقضي بحل العوار من حقوق الارتفاق حتى يثبت ذو المصلحة عكس ذلك .

ومن ثم فإن القول بأن المدعى هو الذي يحمل عبء الإثبات لا يستقيم في جميع الفروض ، فوجب إذن البحث عن قاعدة تكون أكثر انضباطاً^(١) . وقد وضعت قاعدة في هذا الصدد من شقين ، تستجيب لطبائع الأشياء . فقيل إن من يتمسك بالثابت أصلاً لا يكلف بإثباته ، أما من يدعى خلاف الأصل فعليه هو يقع عبء إثبات ما يدعيه (Onus probandi incumbit ei qui dicit) . ذلك

= كما أن المدعى هو المكلف بإقامة الدليل على دعواه . فإذا دفع المدعي بأنه من صغار الزراع فلا يجوز توقيع الحجز على ملكه ، كان عليه إثبات هذا الدفع . ذلك هو حكم القانون المدني ، كما أنه حكم المادة الأولى من القانون رقم ٤ لسنة ١٩١٣ الخاص بعدم جواز توقيع الحجز على الأملاك الزراعية الصغيرة ، فإن هذه المادة بعد أن نصت على أنه « لا يجوز توقيع الحجز على الأملاك الزراعية التي يملكها الزراع الذين ليس لهم من الأطنان إلا خمسة أقدنة أو أقل . . . » قد أضافت أنه « ليس للمدين أن يتنازل عن التمسك بهذا الحظر ، بل يجب عليه التمسك به لغاية وقت صدور حكم نزع الملكية على الأكثر ، وإلا سقط حقه فيه » . وتمسكه بالحظر مقتضاه أن يتولى هو إثبات موجبه ، أي إثبات أنه زارع وأنه لا يملك أكثر من خمسة أقدنة وأنه كان كذلك وقت نشوء الدين . فإذا قضت المحكمة بقبول الدفع بعدم جواز الحجز بناء على أن الدائن - مع عدم إنكاره أن المدين يملك أقل من خمسة أقدنة - لم يقدم ما يثبت أن المدين كان وقت نشوء الدين ، يملك أكثر من ذلك القدر ، فإنها تكون قد خالفت قواعد الإثبات (نقض مدني ٣ بتاريخ سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠ ص ٢٩) .

(١) وقد أريد لهذا السبب توسيع دائرة مفهوم لفظ «المدعى» . فقيل المدعى هو من يروم لإثبات أمر خفي يريد إزالة أمر جل . وقيل المدعى من إذا ترك ترك ، أي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب أجبر عليه (الاستاذ نشأت في الإثبات ١ فقرة ٤٠) .

أن من يتمسك بالثابت أصلاً ، وإن كان من الجائز ألا يكون على حق من ناحية الواقع والعدالة ، إلا إنه من ناحية القانون ومن أجل استقرار التعامل يجب أن يحمى ، فيترك على الأصل دون أن يتكلف عناء أى إثبات (١) . وهذا هو الشق الأول من القاعدة . أما من يدعى خلاف الأصل فهو يستحدث جديداً لا تدعمه قرينة بقاء الأصل على أصله ، فعليه أن يثبت هذا الجديد حتى يتمتع بحماية القانون . وهذا هو الشق الثاني (٢) .

٤٩ - فى نطاق الحقوق الشخصية الأصل هو براءة الذمة : وفى نطاق

الحقوق الشخصية الأصل هو براءة الذمة من كل التزام . فمن يتمسك بالأصل لا إثبات عليه . ومن يدعى خلاف الأصل ، بأن يدعى ديناً فى ذمة الغير قبله ، عليه أن يثبت مصدر هذا الدين (٣) . فمن ادعى أنه أقرض آخر مبلغاً من المال عليه أن يثبت عقد القرض . ومن طالب آخر بشحن مبيع عليه أن يثبت عقد البيع . والشريك الذى يطالب شريكه بنصيبه فى الخسارة عليه أن يثبت عقد الشركة وأن يثبت مقدار الخسارة التى لحقتها (٤) .

(١) وهنا نرى الفقه الإسلامى أيضاً يستجيب لهذا المبدأ . فن قواعد المقررة أن الأصل براءة الذمة ، وأن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته ، وأن الأصل بقاء ما كان على ما كان ، وأن الأصل فى الصفات العارضة العدم ، وأن ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه ، وأن المنكر هو من يتمسك ببقاء الأصل . وقد رأينا أن هذه نصوص نقلها التقنين المدنى المراقى عن المجلة .

(٢) ماركاديه م ١٣١٥ فقرة ١ - لارومبيير م ٥ م ١٣١٥ ص ١٦ - ديمولومب ٢٩ فقرة ١٨٧ - لوران ١٩ فقرة ٩١ - هيك ٨ فقرة ٢١٨ - بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٠ .

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٠ ص ٤٢١ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى شخص أن آخر شاركه فى استنجاز أحيان وأن الإجارة انتهت بالخسارة ، فأنكر المدعى عليه الاشتراك معه ولم يجب عن الخسارة بشئ ، فأحالت المحكمة القضية إلى التحقيق لإثبات قيام الاشتراك وحصول الخسارة ، ثم مع ثبوت الاشتراك رفضت الدعوى لعجز المدعى عن إثبات الخسارة فيها ، فهذا الحكم لا يقبل الطعن فيه بدعوى مخالفة المحكمة فيه لقواعد الإثبات إذ اعتبرت المدعى مع تسليم خصمه بالخسارة مكلفاً بإثباتها ، وذلك لأن إنكار الخصم قيام الشركة المدعاة ينطوى فيه عدم تسليمه بالخسارة (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٣ ص ٤٥١) . ملاحظة : كان من الممكن استنباط قرينة على حصول الخسارة من إنكار المدعى عليه لشركة ثم ثبوتها رغم هذا الإنكار ، ولكن الظاهر أن المحكمة لم تعتبر هذه القرينة كافية ، ولم يستطع المدعى من جهته تكلمها بأدلة أخرى .

ويتفرع على ذلك مواقف عدة يختار القانون فيها وضعاً يعتبره هو الأصل ، فن تمسك به لا يكلف باثبات شيء ، ومن ادعى خلافه فعليه عبء الإثبات . مثل ذلك الأهلية ، فالأصل أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون (م ١٠٩ مدني) (١) . ومثل ذلك أيضاً عبوب العقد ، فالأصل أن يكون العقد سليماً من العيوب ، ومن يدعى أن بالعقد عيباً عليه إثباته . ومثل ذلك أخيراً إجازة العقد القابل للإبطال ، فالأصل عدم إجازة العقد ، ومن يدعى أنه أجزى عليه أن يثبت هذه الإجازة (٢) .

٥ - وفي نطاق الحقوق العينية الأصل هو الظاهر : وفي نطاق

الحقوق العينية الأصل هو الظاهر . فالحائز للعين لا يطالب باثبات ملكيتها لأن الظاهر هو أن الحائز مالك . والخارج الذي يدعى ملكية العين هو الذي يدعى خلاف ذلك ، فعليه هو يقع عبء الإثبات (٣) . ومن ثم كان الحائز هو المدعى

(١) وكالأهلية الصفة ، إذا كان قيامها واضحاً فأنها تفترض . أما إذا كانت الصفة قد وضحت انعدامها ، فلا يفترض وجودها ، ومن له مصلحة في قيامها عليه عبء إثباتها . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حصل أحد الشركاء في إجازة من وزارة الأوقاف على مخالصة من أمور الأوقاف قرر فيها أنه دفع جميع المطلوب منه في الدعوى التي رفعت عليه ، ولذلك فقد أخلاه من الحراسة والحجز والدعوى والضمان ، واعتبر هذا الشريك تلك المخالصة مبررة له من التضامن مع شركائه في عقد الإيجار في وفاء الباقي من أجرة الأطنان المؤجرة إليهم جميعاً متضامنين بحسب نص العقد ، ولكن المحكمة ذهبت إلى أنه - لكي يكون للمخالصة هذا الأثر - يجب أن يقيم الصادرة له المخالصة - باعتبار أنه هو المتمسك بها - الدليل على أن من أصدرها يملك التنازل عن حق الوقف في استيفاء أجرة كل الأطنان المؤجرة ، فإن المحكمة تكون قد طبقت قواعد الإثبات تطبيقاً صحيحاً على واقعة الدعوى (نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٩ ص ٧٥٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال إنما يقع على عاتق مدعى الإجازة . وإذن فمَنْ كان الطاعن قد ادعى أن مورث المظنون عليها قد أجاز بعد بلوغه من الرشد عقد البيع الذي عقده وهو قاصر ، فإن الحكم المظنون فيه إذ أتى عليه عبء إثبات هذه الواقعة لا يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدني ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام محكمة النقض ٥ رقم ٢٨ ص ٢٠٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم تثبت الملكية للمدعين بالسند الذي أسسوا عليه دعواهم ، فلا يكون للمحكمة أن تتخذ من عجز منازعهم - وهم مدعى عليهم في الدعوى - عن =

عليه دائماً في دعوى الملكية (١) . وذلك ما لم يبين من مستندات المدعى أن الظاهر يؤيد دعواه وينبئ دفاع المدعى عليه ، فعندئذ ينتقل عبء إثبات الملكية إلى المدعى عليه (٢) .

= إثبات ملكيتهم بالتقادم دليلاً قانونياً على ثبوت ملكية المدعين وهم المكلفون قانوناً بإثبات دعواهم (نقض مدني ١٤ يونية سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٦ ص ٧٢٣ - وانظر أيضاً ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣ - ١٢ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٦ ص ٥٣٨) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كان ناظر الوقف الواضع اليد على العين مقرأ بتعيينها للوقف ، فلا شأن لمدعى ملكيتها في مطالبة الناظر بكتاب ولا بإشهاد على الوقف . وعلى هذا المدعى وحده تقديم الدليل المثبت لدعواه ، وخصوصاً إذا كان الوقف قديماً يرجع إلى ما قبل صدور لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية في ٢٧ من مايو سنة ١٨٩٧ التي أوجبت لأول مرة إجراء الإشهاد عن الوقف لإثباته ، وكان قبلها إثبات الوقف خاضعاً لأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تستلزم فيه كتابة ولا إشهاداً (نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٣ ص ٣١٦) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن تقرير الحكم أن المدعى عليه لم يكسب ملكية الأطنان التي يطلب المدعيان ثبوت ملكيتها لها بأى سبب من أسباب كسب الملك لا يفيد بذاته وبطريق اللزوم ثبوت ملكيتها للمدعين . ففى كان الحكم ، إذ قضى بثبوت ملكية المدعين للأطنان موضوع النزاع ، قد أقام قضاؤه على أن المدعى عليه لم يكسب ملكية هذه الأطنان بأى من عقدي شرائه أو بوضع اليد المدة الطويلة أو القصيرة ، كذلك لم يبين الحكم كيف آلت الأشياء إلى المدعين من آخر كان قد اشتراها في حين أنهما ليسا من ورثته ، ولم يتحدث عن عقد القسمة المبرم بين هذا المشتري وأخوته ، ولا عن كيفية إفادته ملكية المدعين ، متى كان الحكم قد أقام قضاؤه على ذلك فإنه يكون قاصراً (نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٥ ص ٣٤١) - وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا قضت المحكمة بإحالة الدعوى على التحقيق بناء على طلب الطرفين ليبين كل منهما ما يدعيه من تملكه الأرض موضوع النزاع بالتقادم الطويل المدة ، وبعد أن انتهت المحكمة من سماع شهود الطرفين رجحت أقوال شهود المدعى على شهود المدعى عليهم ، فليس فيما أجرته مخالفة لقواعد الإثبات (نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٧ ص ٤٧٨) . وقضت أخيراً بأنه بحسب المحكمة إذ هي قضت برفض دعوى الطاعنين أن تستند في ذلك إلى عجزهم عن إثبات سبب ملكيتهم دون أن تكون في حاجة إلى بيان أساس ملكية المطعون عليها التي لم تكن إلا مدعى عليها في الدعوى (نقض مدني ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩٦ ص ٥٦٠) .
انظر أيضاً استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٣ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤١ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢١ .

(١) ديمولومب ٢٩ فقرة ١٨٩ - لوران ١٩ فقرة ٩١ - بودرى وبارد ٣ ص ٢٠٩٠

ص ٤٢٢ .

(٢) نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢

ص ٨١٩ .

وكذلك الظاهر أن حق الملكية خال من أن يثقل بحق عيني . فالمالك إذا تمسك بهذا الظاهر لا يطالب باثباته . ومن يدعى خلاف الظاهر ، بأن يدعى مثلاً أن له حق ارتفاق^(١) أو حق انتفاع أو حق رهن على العين ، كان عليه هو أن يثبت قيام الحق الذي يدعيه ، ولو كان مدعى عليه في الدعوى الأصلية ، لأنه يدعى خلاف الظاهر^(٢) .

٥١ - والثابت فرضاً كالثابت أصلاً وكالثابت ظاهراً : وقد يحل

محل الأصل في نطاق الحقوق الشخصية ومحل الظاهر في نطاق الحقوق العينية وضع يفرض القانون وجوده عن طريق قرينة قانونية بقيمها . فيكون الثابت فرضاً كالثابت أصلاً وكالثابت ظاهراً .

مثل ذلك أن يرفع المضرور دعوى تعويض على المكلف برقابة قاصر صدر منه عمل غير مشروع أصاب المدعى بالضرر . وقد كان القياس يقتضى أن يثبت المدعى ، فوق العمل غير المشروع الصادر من القاصر ، تقصيراً من المكلف بالرقابة في تأدية واجبه . ولكن القانون فرض أن هذا التقصير قد وقع منه بمقتضى قرينة قانونية أقامها ضده (م ١٧٣ فقرة ٣ مدني) . فلا يكلف المدعى إثبات التقصير . وينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه فيثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية . وكذلك الحال في مسئولية حارس الحيوان عن الحيوان ، وفي مسئولية حارس البناء عن تهمد البناء ، وفي مسئولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، كل هؤلاء فرض القانون في جانبهم التقصير ، فدعى التعويض لا يكلف باثبات تقصيرهم ، بل لا يسمح لهم القانون أن يثبتوا أنهم قاموا بواجب العناية لأن قرينة التقصير هنا قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس

(١) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٠ .

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٠٦٠ ص ٤٢٢ . هذا وقد قفست محكمة النقض بأن نعتبر العقارات بالتخصيص وفقاً لنص المادة ٦٨٨ مختلط داخله ضمن الملحقات المشار إليها في المادة المذكورة ، وتباع مع العقار المرهون ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه (نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥٠ رقم ٦٢ ص ٤٢٠)

(المواد ١٧٦ و ١٧٧ فقرة أولى و ١٧٨ من التقنين المدني) . والمدعى بدين لا يكلف إثبات سببه المشروع ، لأن القانون فرض أن يكون لكل دين سبب مشروع ، وينتقل هنا عبء الإثبات إلى المدين فعليه أن يثبت هو أن الدين سببه عبر مشروع (م ١٣٧ فقرة ١ مدني) . كذلك يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، حتى يقيم المدين الدليل على ما يخالف ذلك (م ١٣٧ فقرة ٢ مدني) . والتأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين قرينة على الوفاء ، فينتقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن ، وعلى هذا أن يثبت أن المدين لم يقيم بوفاء الدين (م ٣٩٩ مدني) .

وفي نطاق الحقوق العينية ، إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه ، فالمدعى الذي يرفع دعوى على المالك متمسكاً بأن هذه القيود هي حقوق ارتفاق لا مجرد التزامات شخصية لا يكلف باثبات ذلك ، لأن القانون أقام قرينة على أن هذه القيود هي حقوق ارتفاق ، فإذا أراد المالك أن ينفي أنها حقوق ارتفاق وأنها ليست إلا التزامات شخصية انتقل إليه هو عبء هذا الإثبات (م ١٠١٨ فقرة ١ مدني) .

ومن هذه الأمثلة نرى أن القرينة القانونية إذا كانت قابلة لإثبات العكس إنما تنقل عبء الإثبات ممن يتمسك بها إلى خصمه ، أما إذا كانت غير قابلة لإثبات العكس فإنها تعفى من يتمسك بها من الإثبات إعفاء نهائياً ولا تقتصر على نقل عبء الإثبات (١) .

(١) يلاحظ الفقه الحديث أن القول بأن القرينة القانونية تنقل عبء الإثبات إذا كانت تقبل إثبات العكس ، وتعنى من الإثبات إعفاء نهائياً إذا كانت لا تقبل إثبات العكس ، هو قول تعوزه الدقة . ذلك أن القرينة القانونية سواء كانت قابلة لإثبات العكس أو غير قابلة ، تقتضى من يتمسك بها إثبات وقائع معينة هي التي عينها المشرع لقيام القرينة . فكأن القرينة القانونية لم تعف من الإثبات أو تنتقل عبئها ، وإنما هي نقلت الإثبات من محل إلى محل آخر (déploiement de preuve) ، فبدلاً من أن يثبت المدعى الواقعة المراد إثباتها يثبت واقعة أخرى متصلة بها ، وإثبات هذه الواقعة الأخرى يعتبره القانون إثباتاً للواقعة الأولى . فالقانون إذن ، كما تقدم القول ، لم يعف من الإثبات أو ينتقل عبئها ، وإنما أبدل في الإثبات واقعة بأخرى ، ولا يزال من يحمل عبء الإثبات ملزماً بإثبات هذه الواقعة الأخرى ، لم يعف من إثباتها ولم ينتقل عبء إثباتها من عاتقه إلى عاتق خصمه (انظر في هذا المعنى بيدان وبرو ٩ فقرة ١١٦٥ ، رفقرة ١٢٩١) .

٥٢ - كذلك تكونه البينة على من يدعى فهو ما هو ثابت فعلاً :

ومن يتمسك بما هو ثابت أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً يمكن أن نقول إنه يتمسك بما هو ثابت حكماً . وهو لا يكلف بالإثبات كما قدمنا ، بل من يدعى خلاف ما هو ثابت حكماً هو الذى يحمل عبء الإثبات . كذلك الحال فيمن يتمسك بما هو ثابت فعلاً^(٥) ، لا يكلف هو أيضاً بالإثبات ، وإنما يحمل عبء الإثبات من يدعى خلاف ما هو ثابت فعلاً . والثابت فعلاً هو ما أقام الخصم الدليل عليه بالطرق القانونية ، حقيقة أو ضمناً .

مثل ذلك دائن يرفع دعوى الدين على مدينه ، فيدعى خلاف الأصل وهو براءة الذمة كما قدمنا ، فعليه إذن عبء إثبات الدين . فإذا ما أثبتته حقيقة بسند مكتوب مثلاً ، فلا يجوز للمدين أن يدعى وفاة الدين ، أى خلاف ما هو ثابت حقيقة ، إلا إذا حمل عبء إثبات ما يدعيه .

ولو أن المدين فى المثل الذى قدمناه لم يكلف المدعى باثبات الدين حقيقة ، بل دفع الدعوى بالمقاصة ، كان هذا بمثابة إقرار ضمنى منه بالدين ، فيكون الدين ثابتاً ضمناً . وعلى المدين إذن عبء إثبات انقضاء الدين بالمقاصة لأنه يدعى خلاف ما هو ثابت ضمناً .

== وهذا النظر الجديد ، وإن كان صحيحاً فى ذاته ، لا يؤدي إلى هدم النظر القديم . ففى القرينة القانونية القابلة لإثبات العكس ، ينتقل الإثبات من محل إلى محل آخر ، ولكن متى أثبت المدعى الواقعة البديلة — كون المشلول هو المكلف بالرقابة مثلاً — انتقل عبء الإثبات فعلاً من عاتقه إلى عاتق المكلف بالرقابة ، فيصبح هذا مكلفاً أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة . وفى القرينة القانونية غير القابلة لإثبات العكس ، ينتقل الإثبات أيضاً من محل إلى محل آخر ، ولكن متى أثبت المدعى الواقعة البديلة — كون المشلول هو حارس الحيوان أو البناء أو الآلة الميكانيكية مثلاً — أعفى فعلاً إعفاء نهائياً من إثبات الواقعة الأصلية ، وهى وقوع خطأ من هذا المشلول . ولا يقال أن هذا الإعفاء نهائى لا جدوى فيه للمدعى ما دام يبقى مكلفاً بإثبات الواقعة البديلة ، فإن الإعفاء فى هذه الحالة له فوائد لا يستهان بها ، ذلك أن إثبات الواقعة البديلة يكون عادة أيسر بكثير من إثبات الواقعة الأصلية ، فيكون المدعى فى النهاية قد تخفف كثيراً من مؤونة الإثبات . على أننا سنرى عند الكلام فى القرائن القانونية غير القابلة لإثبات العكس أن حقيقة هذه القرائن هى أنها قواعد موضوعية لا قواعد لإثبات .

(١) وقد آثرنا أن نستعمل هذا اللفظ « فعلاً » بدلاً من اللفظ « عرضاً » الذى استعملناه فى الموجز (انظر ص ٦٥٣) واستعمله الفقه المصرى معنا ثم استعملته محكمة النقض (٦ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٥ ص ٣٧٥) ، لأن اللفظ الأول أدل على المعنى المقصود .

ومن ثم نرى أن البيئة تكون على من يدعى خلاف ما هو ثابت فعلا ، حقيقة كان هذا الثبوت أو ضمناً .

٥٣ - استخلص مبراً عاماً فبمعنى يحمل عبء الإثبات : ونستطيع بعد ما قدمناه أن نضع المبدأ الآتي : كل من يتمسك بالثابت حكماً - أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً - أو بالثابت فعلاً - حقيقة أو ضمناً - لا يقع عليه عبء الإثبات . وإنما يقع عبء الإثبات على من يدعى خلاف الثابت حكماً أو فعلاً ، لأنه يدعى خلاف الأصل أو الظاهر أو المفروض أو الثابت ، فوجب أن يحمل عبء إثبات ما يدعيه^(١) . وغنى عن البيان أن تحديد من يحمل عبء الإثبات مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

ب - عبء الإثبات من ناحية التطبيق :

٥٤ - كيف يخوم بالإثبات عملاً من يحمل عبءه : متى تعين أى الخصمين يحمل عبء الإثبات ، وفقاً للمبدأ العام الذى قدمناه ، كان هذا الخصم

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل خلوص الذمة ، وانشغالها عارض . ومن ثم كان لإثبات على من يدعى ما يخالف الثابت أصلاً أو فرضاً (وفق اللغة التى اخترناها : حكماً أو فعلاً) مدعياً كان أو مدعى عليه . فإذا رفع الموكل دعواه بطلب خبير لتحقيق الحسابات التى قدها وكيله فى دفاتر الدائرة ، فهذه الدعوى لاتعدو أن تكون دعوى تحقيق حساب بين موكل ووكيله غايتها تعيين المبالغ التى قبضها الوكيل من أموال الموكل فانشغلت بها ذمته والمبالغ التى صرفها فى شؤونه فبرئت منها ذمة الوكيل . فهى لا تخضع ولا بد لقاعدة الإثبات العامة السابق ذكرها ، فيتعين على الموكل وورثته إثبات قبض الزكلى للمال الذى يدعون أنه قبضه . فإن فعلوا ، تعين على الوكيل وورثته أن يثبتوا صرف هذا المال فى شؤون الموكل أو مصيره إليه . فإذا كان الثابت بتقرير الخبير أنه اعتمد فى حصر المبالغ التى وصلت إلى الوكيل على الدفاتر التى كان هو يرصد فيها حساب وكتاته ، فإنه يكون على ورثة الوكيل ، وقد أقام الموكل بما قده الوكيل بالدفاتر الدليل على انشغال ذمة مورثهم بما ورد فيها من مبالغ ، أن يقيموا هم بدورهم الدليل على خلوص ذمته منها كلها أو بعضها . فإذا اعتمدت المحكمة على تقرير الخبير الذى أخذ مورثهم ببعضهم هم عن إثبات برامة ذمته من مبالغ ثبت وصولها إلى يده من الدفاتر التى قدها بها ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى ٦ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة) .
وقد ١٦٥ ص ٢٧) .

هو المكافئ باقامة الدليل بالطرق القانونية على صحة ما يدعيه . فاذا ادعى شخص انه اقرض شخصاً آخر مبلغاً من المال ، فعليه أن يثبت عقد القرض . ولكن هل معنى ذلك أن يثبت أيضاً أن عقد القرض خال من جميع أسباب البطلان ، وهذه ترجع إلى التراضي والمحل والسبب وإلى الأهلية وعيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال ، ثم يثبت بعد ذلك أن العقد بعد أن انعقد صحيحاً لم ينقض الدين انذى شأ عنه بأى سبب من الأسباب كالوفاء والتجديد والمقاصة وانحاد الذمة والابراء ونحو ذلك ، ثم بعد أن يثبت أن الدين لم ينقض يثبت أيضاً أنه لم يلحقه أى تعديل ، وهكذا .

من الواضح أن عبء الاثبات ، إذا فسر على هذا النحو ، ينوء به الخصم . ولذلك تقضى الضرورة أن يقتصر الخصم على إثبات عقد القرض . وبعد ذلك يستعان بالقرائن التي قدمناها . فما هو ثابت حكماً أو فعلاً لا يكلف باثباته ، وإذا ادعى خصمه خلاف ما هو ثابت حكماً أو فعلاً حمل هو عبء الاثبات . ويترتب على ذلك أن القرض متى أثبتته الدائن ، كان من الثابت حكماً أنه خال من أسباب البطلان ، فاذا ادعى المدين أن العقد قد لحقه سبب منها فعليه هو أن يثبت ذلك كما أسلفنا . ثم متى ثبت عقد القرض ، أصبح ثابتاً فعلاً ، فاذا ادعى المدين خلاف ذلك ، بأن ادعى أن الدين قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء أو أنه قد لحقه أى تعديل ، فعليه هو عبء الاثبات كما تقدم القول (١) .

ونرى من ذلك أن عبء الاثبات لا يثقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر ، بل هو يوزع بين الخصمين على النحو المتقدم (٢) . وقد يقع هذا التوزيع بحكم

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٠ ص ٨٤٥ - ص ٨٤٩ .

(٢) ويضع الأستاذ ديموج مبدأين أساسيين في حمل عبء الإثبات . أولهما أن من يحمل هذا العبء لا يلتزم بإثبات جميع الشروط الواجب توافرها لوجود الحق الذي يدعيه ، بل يكفي أن يثبت من الشروط ما يحمل وجود هذا الحق مرجحاً (vraisemblable) . فليس عليه أن يثبت أنه حقه قد خلا من التدليس ومن الإكراه ، لأن هذه الوقائع استثنائية ومن يدعى غير الراجح يحمل عبء ما يدعيه ، ذلك أنه ادعى شيئاً بعيد الوقوع ، ولكنه مع ذلك قد يقع ، فعليه هو أن يثبت وقوعه . والمبدأ الثاني في عبء الإثبات هو أن هذا العبء يحمله في كل حانة بالذات الخصم الذي يستطيع أن يقصده به في أقل مشقة (le moins d'inconvénient) ، أى في أقصر وقت وبأقل المضايقات وبأيسر النفقة (le moins de délais, de vexations, de frais) . ثم =

الواقع بمقتضى قرائن قضائية ينقل بها القاضى عبء الاثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصمه . وقد يقع بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية ينتقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر ، وقد يقع أخيراً بحكم الاتفاق بين الطرفين .

٥٥ - توزيع عبء الإثبات بحكم الواقع : فثل أن يقع التوزيع بحكم الواقع عن طريق قرائن قضائية ما يأتي :

(١) شخص يريد أن يثبت صورية عقد صدر من أب إلى ولده ، فيثبت إلى جانب علاقة البنوة أن الولد وهو صغير السن عديم الكسب ليس له مال ظاهر يسمح بدفع الثمن المذكور في العقد أنه قد دفع . فتقوم قرينة قضائية على أن واقعة دفع الثمن واقعة صورية . فينقل القاضى عبء الإثبات إلى الأب ، ليثبت مصدرأ معيناً دفع منه الولد الثمن ، أو أن حقيقة العقد هبة في صورة بيع وعندئذ يكون له حكم الهبة لا حكم البيع .

(٢) شخص يطالب آخر بتعويض لاعتدائه على اختراع له حصل على براءته وسجلها . فعلى المدعى أن يثبت حصوله على البراءة وأنه قام بتسجيلها وفقاً للأوضاع المقررة في القانون . وعند ذلك ينقل القاضى عبء الاثبات إلى المدعى عليه ليثبت إذا استطاع ، أن هذا الاختراع بالرغم من صدور براءة به وتسجيلها ليس بالجديد الذى يستحق الحماية .

(٣) أنكر الخصم أن الختم الموقع به على الورقة هو ختمه . فعند ذلك يحمل الخصم الآخر عبء إثبات صحة الختم طبقاً للإجراءات المقررة في القانون . فاذا أثبت ذلك نقل القاضى عبء الإثبات إلى الخصم الأول ، ليثبت كيف وصل ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التى عنها التوقيع ، ويكون ذلك عن طريق دعوى

= يذهب ديموج إلى وجود عدم الجبالة في تقدير أهمية عبء الإثبات. ذلك أن الخصوم لا بد لهم من أن يتوزعوا فيما بينهم فهم يتعاونون على الاستطلاع بهذا العبء ، ولكنه تعاون الأعداء ، كما يتعاون رب العمل مع نقابة العمال ، وذلك تعاون كهذا يجب فيه أن يكون ضرورياً ومستحقاً. والتعاون ليس مقصوداً بحسب على الخصوم فيما بينهم ، بل هو يتم بالتعاون أيضاً مع القاضى في ذلك . ومن أجل هذا لا يستطيع القاضى أن يقضى بمنه إن ذلك يحرمه من تعاون الخصوم معه (ديموج في الأفكار الرئيسية للقانون الخاص الفصل السابع من ٥٤٢ - ص ٥٦٥).

التزوير التي يجب أن يسار فيها بطريقها القانوني كما قضت بذلك محكمة النقض (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٤ ص ٣٤٦) .

(٤) شخص يريد أن يثبت أن له حيازة المنزل محل النزاع ، فيقدم مستندات تثبت أنه هو الذي يؤجر المنزل ويقبض أجرته ويدفع ضريته . فتقوم قرينة قضائية على أنه هو الحائز للمنزل . وعند ذلك ينقل القاضي عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ليدحض هذه القرينة القانونية ، بأن يثبت مثلاً أن الخصم الأول إنما يؤجر المنزل ويدفع الضريبة لا لحسابه الشخصي بل لحساب المالك الذي يذير هو أعماله . وهكذا ينقل القاضي عبء الإثبات من خصم إلى آخر تبعاً لما يستخلص كل منهما من قرائن يكون من شأنها أن تلقى عبء الإثبات على خصمه .

(٥) موظف فصل من وظيفته ، فيرفع دعوى على الحكومة يقول فيها إن فصله كان تعسفياً . ولما كان هو الذي يحمل عبء إثبات التعسف ، فإنه يستطيع في هذا السبيل أن يطلب ضم ملف خدمته ليثبت منه تقدير الرؤساء لكفائته وخلقه . فإذا أمكنه من هذا الطريق أن يثبت ألا غبار عليه من ناحية الكفاية ومن الناحية الخلقية ، نقل القاضي عبء الإثبات إلى الحكومة لتقول هي بدورها لأي سبب بالذات قد فصلته . فان ذكرت الحكومة سبباً معيناً لفصله ، نقل عبء الإثبات إلى المدعي ، ليثبت أن هذا السبب غير صحيح أو أنه لا يكفي بفرض صحته لنفي التعسف . وهكذا يتناوب الموظف والحكومة الإثبات إلى أن يعجز أحدهما عن أن يرد عبء الإثبات إلى صاحبه ، فيكون هو المحكوم عليه في الدعوى .

٥٦ - توزيع عبء الإثبات بحكم القانون : ومثل أن يقع التوزيع بحكم

القانون عن طريق قرائن قانونية ما يأتي :

(١) يريد الدائن إثبات إعسار المدين . هنا يتكفل القانون بتحليل عناصر الإثبات وتوزيعها على الخصمين عن طريق إقامة قرائن قانونية . فقد نصت المادة ٢٣٩ من التتمين المدني على أنه « إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها » . فالدائن إذن يحمل عبء إثبات مقدار ما في

ذمة المدين من ديون . وعندئذ ينتقل عبء الإثبات إلى المدين ، ويكون عليه أن يثبت أن له مالا يفي بمجموع هذه الديون . وبمقدار كثرة الديون التي يستطيع الدائن إثباتها في ذمة المدين ينتقل عبء المدين في إثبات أن ماله يفي بديونه . فان عجز عن هذا الإثبات اعتبر معسراً .

(٢) يريد الحائز أن يثبت أنه كسب الملكية بالتقادم ، أي أن يثبت أن حيازته استمرت المدة التي حددها القانون لتمام التقادم . هنا أيضاً يتكفل القانون بتوزيع عناصر الإثبات على الخصمين . فقد نصت المادة ٩٧١ من التقنين المدني على أنه « إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالاً ، فان ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك » . فالحائز يحمل عبء إثبات أن حيازته بدأت في وقت معين وأنها قائمة حالاً . وهنا يقيم القانون قرينة على أن الحيازة استمرت قائمة في المدة ما بين الزمنين . وينتقل بذلك عبء الإثبات إلى الخصم الآخر . ويكون عليه أن يثبت أنها انقطعت في هذه المدة .

(٣) إذا أمن شخص على حياته ، ثم انتحر ، برئت ذمة المؤمن (شركة التأمين) من التزامه بدفع مبلغ التأمين إلى المستفيد . ومع ذلك لا تبرأ ذمة المؤمن من هذا الالتزام إذا كان سبب الانتحار يرجع إلى فقدان إرادة المنتحر . فاذا مات المؤمن على حياته وادعت شركة التأمين أنه مات منتحراً فبرئت ذمتها من الالتزام بدفع مبلغ التأمين إلى المستفيد ، فان القانون هنا أيضاً يوزع عبء الإثبات على كل من شركة التأمين والمستفيد . فقد نصت الفقرتان الأوليان من المادة ٧٥٦ من التقنين المدني على ما يأتي : « (١) تبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر الشخص المؤمن على حياته . ومع ذلك يلتزم المؤمن أن يدفع لمن يؤول إليهم الحق مبلغاً يساوي قيمة احتياطي التأمين . (٢) فاذا كان سبب الانتحار مرضاً أفقد المريض إرادته ، بقي التزام المؤمن قائماً بأكمله . وعلى المؤمن أن يثبت أن المؤمن على حياته مات منتحراً ، وعلى المستفيد أن يثبت أن المؤمن على حياته كان وقت انتحاره فاقد الإرادة » . فشركة التأمين تحمل إذن عبء إثبات أن المؤمن على حياته قد انتحر . وعندئذ يفرض القانون فرضاً قابلاً لإثبات العكس أن الانتحار كان بإرادة المنتحر ، وأن هذا لم يكن فاقد الإرادة وقت انتحاره . فينتقل عبء

الإثبات إلى المستفيد . وعليه أن يثبت ، حتى يستحق مبلغ التأمين بأكمله ، أن المنتحر كان وقت انتحاره فاقد الإرادة (١)

(٤) عقد أبرم بطريق المراسلة . ولكن الموجب ادعى أنه عدل عن إيجابه قبل أن يتم العقد . فعلى الخصم الآخر أن يثبت أن العقد قد تم إبرامه - أى أن الموجب قد علم بالقبول - قبل هذا العدول . ويوزع القانون عبء الإثبات بين الخصمين ، إذ تنص المادة ٩١ من التقنين المدني على ما يأتي : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك » . فعلى الخصم الآخر الذي قبل الإيجاب أن يثبت أن قبوله وصل إلى الموجب في وقت سابق على الوقت الذي علم فيه بعدول الموجب عن إيجابه . وعند ذلك يفرض القانون أن الموجب قد علم بالقبول وقت وصوله إليه . فينتقل عبء الإثبات إلى الموجب . وعليه أن يثبت أنه بالرغم من وصول القبول إليه قبل عدوله عن الإيجاب ، إلا أنه لم يعلم به إلا بعد عدوله وعلم الخصم الآخر بهذا العدول .

(٥) باع شخص مالا يملكه . وبعد موته نازع ورثة البائع المشتري في أن الثمن المذكور في عقد البيع صوري ، وأن البيع قد صدر في مرض الموت فيكون وصية ، ومن ثم لا ينفذ إلا من ثلث التركة . يوزع القانون عبء الإثبات هنا أيضاً بين الورثة والمشتري . فقد نصت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٩١٦ على ما يأتي : « ٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » . فالورثة إذن يحملون عبء إثبات أن البيع قد صدر في مرض الموت . ومتى أثبتوا ذلك قامت قرينة قانونية على أن العقد مقصود به التبرع وأن ثمناً ما لم يدفع . وعند ذلك ينتقل عبء الإثبات إلى المشتري . وعليه أن يثبت أنه دفع للبائع ثمناً لا يقل عن قيمة المبيع بمقدار يجاوز

(١) انظر ما قدمناه في هذه المسألة فقرة ٤٧ في الحاشية .

ثلث التركة ، وإلا فإن البيع ، فيما تجاوز فيه زيادة قيمة المبيع على الثمن ثلث التركة ، لا يسرى في حق الورثة (م ٤٧٧ مدني) .

وزى من الأمثلة المتقدمة أن كل قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ليست في الواقع إلا توزيعاً لعبء الإثبات بين الخصمين ، يتكفل به القانون .

وزى كذلك مما سبق بيانه أن من يحمل عبء الإثبات ليس مطالباً في الواقع من الأمر بإثبات كامل قاطع . ولا هو يكلف - على عكس ما ذهب إليه الأستاذان أوبرى ورو^(١) - بإثبات كل عنصر من العناصر التي تتكون

(١) يذهب أوبرى ورو إلى أن الخصم الذي يحمل عبء الإثبات يجب أن يثبت جميع العناصر الواقعية والقانونية للحق (droit) الذي يتمسك به أو الفائدة القانونية (bénéfice légal) التي يدعيها . ويقف عبء الإثبات عند هذا الحد . فلا يلتزم الخصم بإثبات انعدام الأسباب أو الظروف التي كان وجودها يمنع من كسب الحق (obstacle à l'acquisition du droit) أو يؤدي إلى سقوط الفائدة القانونية (déchéance du bénéfice légal) . ولا يلتزم كذلك أن يثبت أن الحق لم يدخل عليه تعديل أو يلحق به قيد لمصلحة خصمه (n'a pas été modifié ou restreint au profit de son adversaire) (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٨٤ و ص ٨٦ - ص ٩٠) .

ويعترض بارتان (ص ٨٤ حاشية رقم ١٩ مكرر) على التمييز ما بين الواقعة التي أنشأت الحق ، ويقا على المدعى عبء إثباتها ، والواقعة التي تكون قد منعت من نشوء الحق أو تكون قد عدلت أو قيدت منه ، ويحمل المدعى عليه فيها عبء الإثبات . ويقول إن هذا التمييز لا مبرر له ، وإذا كنا نزمع أن نطلب من المدعى إثباتاً كاملاً فيدعى أن يثبت جميع الوقائع دون تمييز . ولكن الواقع من الأمر أننا لا نطلب المدعى بإثبات كامل حتى بالنسبة إلى الواقعة التي أنشأت الحق . فإن صاحب الاختراع مثلاً يجب عليه أن يثبت صدور براءة له بالاختراع . وأنه سجل هذه البراءة ، وعلى المدعى عليه أن يثبت أن الاختراع ليس بجديد مع أن جدة الاختراع هي من العناصر المكونة للواقعة مصدر حق المخترع ومع ذلك يقع عبء إثباتها على المدعى عليه لا على المخترع .

ثم في حاشية ثانية (رقم ١٩ مكرر خامساً quinquies) يعترض بارتان على ما جعل أوبرى ورو عبء الإثبات فيه على المدعى عليه ، ويستعرض في هذا الصدد فروضاً مختلفة يخلص منها إلى أن عبء الإثبات فيها إنما يقع على المدعى لا على المدعى عليه ، وينتهي بالعبارة الآتية : " وبعبارة موجزة ، أياً كان التعريف الذي نقف عنده لما يدعوه أوبرى ورو المانع من نشوء الحق ، يقابل به انعدام الشروط الضرورية لوجود الحق ، فإن ندعة التي تنق عبء إثبات هذا المانع على عاتق المدعى عليه تبدو لنا - وهذا أقل ما يمكن أن نقول - قاعدة مشكوكاً فيها غير متأسكة " .

منها الواقعة مصدر الحق المدعى به . وليست الحقيقة القضائية التي يتولى إثباتها بالحقيقة المطلقة التي لا يدخلها الشك . فالقانون لا يطلب المستحيل . وإنما يكفي من يحمل عبء الإثبات أن يقنع القاضي بأن الأمر الذي يدعيه أمر مرجح الوقوع بحيث يكون من المعقول التسليم بوقوعه فعلاً ، وينفى القاضي ما بقي من شك يحوم حول الأمر بأن ينقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ، ليثبت أنه ، بالرغم من الظواهر التي ترجح وقوع الأمر ، توجد قرائن أخرى تجعل الراجع مرجوحاً . ثم يرد عبء الإثبات إلى الخصم الأول ، ليهدم هذه القرائن

== ثم في حاشية ثالثة (رقم ١٩ مكرر سادساً sexies) يتناول بارتان الاستثناء الثاني - سقوط الفائدة القانونية المدعاة (déchéance du bénéfice légal invoqué) - فيقول بعد استعراض فروض مختلفة في أحوال سقوط الحق إن عبء الإثبات في هذه الفروض يقع على المدعى لا على المدعى عليه خلافاً لما ذهب إليه أوبري ورو .

ثم في حاشية رابعة (رقم ١٩ مكرر سابعاً septies) يتناول بارتان الاستثناء الثالث والأخير - تعديل الحق المتمسك به أو تقييده لمصلحة الخصم (modification ou restriction au profit de l'adversaire du droit invoqué) - فيقول لو أن دائناً أبرأ ذمته مدينة لإعسار طارئ محتفظاً بالحالة التي يعود فيها المدين إلى اليسار ، ثم طالب المدين بعد يساره ، فإن على الدائن أن يثبت أنه استبقى الصفة المدنية لحقه ، وليس على المدين أن يثبت أن الدين قد تحول بإبراء الذمة إلى التزام طبيعي ولو كان الإبراء مقروناً بتحفظ .

ثم ينتهي بارتان (في الحاشية رقم ٢٠ مكرر) إلى عرض ما يقترحه هو بديلاً مما ذهب إليه أوبري ورو ، فيقول : إن توزيع عبء الإثبات لا يكون على نمط واحد ، بل يختلف تبعاً لما إذا كان يراد إثبات واقعة مادية ، كوقوع حادث ، أو إثبات حالة نفسية ، كالنية أو كالعلم بالغلط . ويختلف كذلك تبعاً لما إذا كان يراد إثبات واقعة مادية محضة ، كتسليم الطرد لأمين النقل ليستخلص من هذه الواقعة واقعة مادية أخرى لا يمكن إثباتها بطريق مباشر كتلف ما بالطرد بعد ضياعه أو فقده ، أو إثبات واقعة مادية ليستخلص منها إما علاقة سببية بين واقعتين ، أو نسبة معينة بين قيمتين تكون المقارنة بينهما من شأنها أن تفتيئ التزاماً بالرد أو التزاماً بالإسراف والمساعدة أو إنقاصاً لالتزامات مرهقة أو تفسيراً فرضه القانون أو ارتضاء الطرفان باختيارهما لعملية قانونية ويمكن أن نحلل ما صدر من أحكام القضاء في هذه المشاكل تحليلاً وصفيًا . وسيؤدي هذا التحليل دون شك ، إذا تعمقنا فيه إلى المدى الممكن تصوره ، إلى تحديد ما أسميه «أسراً طبيعية من الخصومات» (familles naturelles des litiges) . فإذا عرض لامشغل بالقانون مسألة جديدة غير متوقعة في توزيع عبء الإثبات ، أمكنه أن يجد من بين هذه « الأسر الطبيعية » ما يصلح لمقارنة الجديد به ، بل ما يصلح أن يعتبر سابقة قضائية حقيقية لشدة المشابهة ، فيقيس الجديد عليه ، ويصل من هذا القياس إلى الحل المنشود . (قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٧٧) .

بقرائن أخرى تعيد للأمر كفة الرجحان . وهكذا يتقاذف الحصان الكرة ، كل منهما يدفعها إلى صاحبه ، إلى أن يعجز أحدهما عن ردها ، فتسقط من يده ، ويسجل على نفسه الخسارة (١) .

فلا نبالغ إذن في القول بفداحة عبء الإثبات . فإن الخصم يتخفف من هذا العبء بأمرين : (أولاً) بتحليل الواقعة المراد إثباتها إلى عناصر متعددة يتوزع بين الخصمين عبء إثباتها ، فيقوم كل منهما بنصيبه في هذا العبء . (ثانياً) بعدم مطالبة الخصم - في العناصر التي يكلف بإثباتها - بإثبات قاطع يصل بها إلى درجة الحقيقة المطلقة . بل يكفي أن يثبت رجحانها . وهذا هو شأن الحقيقة القضائية ، لا يقدر لها أن تصل إلى مرتبة الاطلاق (٢) .

(١) وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا المعنى ما يأتي : « ويتبين من ذلك أن مهمة كل خصم في الدعوى هو أن ينقل عبء الإثبات إلى خصمه . فإن عجز الخصم عن الإثبات خسر دعواه . وإن استطاع هو الآخر نقل عبء الإثبات إلى الخصم الأول ، وعجز الخصم الأول عن الإثبات خسر هذا الخصم دعواه ، إلا إذا استطاع نقل عبء الإثبات إلى الخصم مرة ثانية . وهكذا . وعبء الإثبات يقع دائماً على من يدعى شيئاً مخالفاً لما هو ثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو بفضل قرينة قانونية . ورى من ذلك أن الحقائق القضائية ليست إلا حقائق نسبية ، شأن سائر الحقائق » (الموجز ص ٦٥١) .

(٢) في رسالة حديثة (موتيلسكى Motulsky في نظرية العناصر المكونة للحقوق - باريس سنة ١٩٤٨) ، اتخذ المؤلف هذه العناصر أساساً لرأى ذهب إليه في مسألة عبء الإثبات . فهو يميز بين مرحلتين : عبء الادعاء (charge de l'allégation) وعبء الإثبات (charge de preuve) .

١ - فعبء الادعاء ينحصر في أن المدعى يجب أن يضمن ادعاءه جميع العناصر التي تكون الحق المدعى به . وهذا مايسميه المؤلف بالعناصر المكونة للحق (éléments générateurs du droit) . فإن أغفل شيئاً من هذه العناصر ، رفضت دعواه . ومن ثم يظهر المعنى المقصود بعبارة « عبء الادعاء » ، فالمدعى يحمل عبء ادعاء جميع العناصر المكونة للحق الذي يدعيه ، وإلا خسر دعواه ، وذلك حتى قبل الانتقال إلى مرحلة عبء الإثبات ، بل وحتى لو حضر وحدد في غيبة خصمه ، ولم يذكر جميع العناصر المكونة لحقه ، فإنه يخسر دعواه لمصلحة خصمه الغائب - ولكن التطبيق الحرفي لهذه القاعدة قد يفضى إلى الاستحالة . فلو أن البائع طالب المشتري بشئ المبيع ، لوجب عليه ، طبقاً لحرفية هذه القاعدة ، أن يضمن ادعاءه وقوع التراضي على المبيع والثمن ، وأهلية المتعاقدين ، وخلو التراضي من العيوب ، وتوافر شروط المبيع ، ووجود سبب مشروع الخ . . فلا بد إذن من أن يتخفف من يحمل « عبء الادعاء » من بعض هذه العناصر ، عن طريق مايسميه المؤلف بنظرية الإعفاء (la théorie des dispenses) . والإعفاءات التي ترد على « عبء =

٥٧ - تعيين من يقع عليه عبء الإثبات بحكم الاتفاق (التعديل)

الاتفاقي لتواعده عبء الإثبات) : وغنى عن البيان أن القواعد التي قدمناها في عبء الإثبات قل أن نعتبر من النظام العام ، لأن الكثير منها لم يوضع إلا لحماية الخصوم . فمن الجائز إذن ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك ، عند ما يوضع القانون

== الإدعاء « نوعان : إعفاءات عقلية (dispenses rationnelles) وإعفاءات قانونية (dispenses légales) . فهناك شروط لا بد من توافرها لوجود الحق المدعى به ، ولكنها شروط يجب عقلا وبداهة (sentiment d'évidence) افتراض وجودها إلى أن يقوم في شأنها نزاع . من ذلك الشروط العامة الواجب توافرها في كل دعوى وفي كل حق وفي كل التزام وفي كل عقد . هذه تدخل تحت « الإعفاءات العقلية » ، فيعنى المدعى من تضمنين . إدعائه لها إلى أن ينازع فيها المدعى عليه . أما الشروط التي تميز الحق المدعى به وتخصصه فهذه يجب أن يتضمنها الادعاء . ويدخل أيضاً تحت « الإعفاءات العقلية » المفهومات المركبة (notions complexes) كفهوم البيع ومفهوم الزواج ، فتبقى على ما هي عليه من تركيب ، إلى أن يقع في شأنها نزاع ، فعند ذلك يجب تحليلها (décomposition) إلى العناصر التي تتركب منها . « والإعفاءات القانونية » قد ينص عليها القانون صراحة ، كما فعل في النص على افتراض حسن النية ، فيعنى المدعى من إثبات هذا المنصر . على أن أكثر « الإعفاءات القانونية » لا نص عليها ، ولكنها تستخلص من ثانيا النصوص (elle doit être décelée par l'exégèse) ، فحيث يعمد القانون ، لا إلى تنظيم عنصر من عناصر الحق ، بل إلى تنظيم الوضع المخالف له ، يكون على المدعى عليه عبء إثبات هذا الوضع المخالف ، وذلك كما فعل القانون في تنظيم عدم الأهلية والبطلان وانقطاع التقادم ووقفه والشرط والأجل والتعسف في استعمال الحق والوصية . ويخلص المؤلف من ذلك إلى وضع القاعدة الآتية في « عبء الادعاء » : « على الخصم الذي يطالب بحق أن يضمن ادعائه جميع الظروف التي تقابل العناصر المكونة لهذا الحق ، ما لم يوجد لديه إعفاء عقلي أو قانوني » .

هذا هو « عبء الإدعاء » من حيث المبدأ . أما من حيث التطبيق : فالمدعى إما أن ينوء بعينه ، فلا يضمن ادعائه ، بعد جميع الإعفاءات ، العناصر اللازمة ، فيخسر دعواه دون انتقال إلى مرحلة الإثبات . وإما أن يقوم بعينه ، فيضمن ادعائه العناصر اللازمة . عند ذلك يأتي دور المدعى عليه . وهذا إما أن ينازع في الوقائع المدعاة ، فعليه عبء المنازعة (charge de contestation) ، أى عليه أن ينازع منازعة جديدة في أحد العناصر المدعاة ، وإلا كسب المدعى دعواه دون أن ينتقل إلى مرحلة الإثبات . وإما أن يقر بالحق المدعى به ولكن يدعى أن هذا الحق قد انقضى أو لحقه تعديل ، فعليه في هذه الدعوى المقابلة (contre-action) عبء الادعاء المقابل ، وعليه أن يضمن ادعائه جميع العناصر المطلوبة ، وعمل المدعى أن يقف من هذا الادعاء المقابل بموقف المنازع أو موقف من يدمى ا - قابلاً آخر ، وهكذا . وينتهي القاضى إلى تصفية « نقط النزاع » (faits litigieux) . وهذه هي الوقائع المنتجة في الدعوى والتي بقيت محللاً للنزاع بين الخصمين . وعند ذلك ينتقل القاضى إلى مرحلة الإثبات .

قرينة قانونية تنقل عبء الاثبات إلى خصم معين حماية للخصم الآخر ، أن يفتق الطرفان مقدماً على إلغاء هذه القرينة ، وإعادة عبء الاثبات إلى من كان ينتفع بها ، فينزل بذلك عن الحماية التي منحها له القانون ، ويكون في هذا تعديل اتفاني لقواعد عبء الاثبات ، وهو صحيح قانوناً .

ونأى بأمثلة لذلك : (١) الأصل في الضرر الذي يحدثه الحيوان أن حارس الحيوان هو المسئول عنه ، إلا إذا أثبت هذا أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي (م ١٧٦ مدني) . ولكن يجوز الاتفاق مقدماً على نقل عبء الاثبات إلى

= ب - وعبء الإثبات يقتصر على «نقط النزاع» بعد حصرها على الوجه المتقدم . فهناك «نقط نزاع» تختلف عن تصفية ادعاء المدعى فيحمل المدعى عبء اثباتها . وهناك «نقط نزاع» أخرى تختلف عن تصفية ادعاء المدعى عليه فيقع عبء إثباتها على المدعى عليه . وهكذا يتوزع عبء الإثبات بين الخصمين ، كل يحمل نصيبه منه . وتتناول نظرية الإعفاء عبء الإثبات كما تناولت عبء الادعاء . غير أن الإعفاء هنا لا يكون إلا إعفاء قانونياً (dispense légale) ، أما الإعفاء العقل (dispense rationnelle) فيمتنع ، لأنه في عبء الادعاء لا يقوم مع قيام النزاع ، والنزاع هنا قائم فرضاً . فيعني كل من الخصمين من إثبات الأوضاع المخالفة التي عمد القانون إلى تنظيمها ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

وإذا كان الدليل الذي يتقدم به من يحمل عبء الإثبات دليلاً مقنعاً للقاضي ، صدر الحكم لمصلحته . وإذا عجز عن الإثبات ، صدر الحكم ضده . وإذا كان الدليل يشوبه الشك ، فسر الشك لغير مصلحته وصدر الحكم ضده ، وهنا تتبين دلالة حمله لعبء الإثبات .

هذه هي الخطوط الرئيسية للرأي الذي يتقدم به صاحب الرسالة المتقدمة الذكر . وليس في هذا الرأي نصيب كبير من الابتداع ، وإن كان فيه كثير من الترتيب والتنسيق . فتصفية ادعاءات كل من الخصمين قبل الانتقال إلى مرحلة الإثبات ، وتحديد نقط النزاع بعد هذه التصفية ، وتوزيع عبء الإثبات بين الخصمين ، فيه ترتيب منسق وتسلسل منطقي للمسائل التي ينطوي عليها عبء الإثبات . ولكن المسألة الجوهرية في عبء الإثبات - التي رأينا ديموج يعالجها عن طريق فكرتي الرجحان (vraisemblance) والاضطلاع بأقل مشقة (le moins d'inconvénients) ، ورأينا بارتان يواجهها بالأسر الطبيعية للخصومات (familles naturelles de litiges) ، ويعمد حتى إلى تحميل عبء الإثبات فيها لمن يريد تعديل وضع مكتسب (modification d'une situation acquise) ، ويعمد بارد إلى تحميل هذا العبء لمن يتمسك بواقعة مخالفة للوضع المؤلف المعتاد (un fait contre l'état normal et habituel) ، كما يعمد تيفيه (Thevenet) إلى تحميل العبء لمن يقوم الظاهر ضده (contre lequel l'apparence existe) - هذه المسألة الجوهرية يعالجها المؤلف بنظريته في الإعفاء . وهي نظرية لا تزيد في التحديد والضبط عن هذه الآراء التي قدمناها ، وقد أسس المؤلف نفسه أنها محوطة بشيء من الغموض . ونحن إذا دققنا النظر في نظرية الإعفاء هذه ، زارها تخرج عما سبق أن قررناه من أن الخصم يعنى من عبء الإثبات إذا ادعى ما هو ثابت حكماً أو فعلاً .

بلمبرور . فيصح أن يتفق شخصان شريكان في مرعى واحد على أن كل ضرر يقع من مواشى أحدهما على مواشى الآخر لا يكون الأول مسئولاً عنه إلا إذا أثبت الآخر خطأ في جانبه . (٢) الأصل أن أمين النقل مسئول عن الضرر الذي يحدث أثناء النقل للشخص أو الشيء الذي ينقله ، والمسئولية هنا مسئولية عقدية ، فعلى أمين النقل إذن يقع عبء الإثبات . ولكن يجوز الاتفاق مقدماً - ما لم يكن هذا شرط إذعان - على نقل عبء الإثبات من أمين النقل إلى المتعاقد معه ، فيصبح هذا هو المكلف باثبات خطأ في جانب أمين النقل على أساس المسئولية العقدية لا المسئولية التقصيرية . (٣) إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً (م ٢٣١ مدني) . ولكن يجوز للطرفين أن يتفقا مقدماً على نقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين ، فيكون للدائن أن يطالب بقيمة الضرر التي جاوزت قيمة الشرط الجزائي ما لم يثبت المدين أنه لم يرتكب غشاً . (٤) المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يبدله فيه (م ٥٨٤ فقرة ١ مدني) . ولكن يجوز للطرفين أن يتفقا مقدماً على نقل عبء الإثبات إلى المؤجر ، فيكون المستأجر غير مسئول عن حريق العين إلا إذا أثبت المؤجر خطأ في جانبه (١) ، وبذلك يتحول التزام المستأجر من التزام بتحقيق غاية إلى التزام ببذل عناية (٢) .

وكما يقع التعديل الاتفاقي لقواعد عبء الإثبات مقدماً قبل حصول النزاع على النحو الذي قدمناه ، كذلك يصح أن يقع هذا التعديل أثناء النزاع . فيجوز لخصم لم يكن في الأصل مكلفاً باثبات واقعة أن يتطوع لإثباتها ، فاذا أجابه القاضي إلى طلبه فليس له بعد ذلك أن يمتنع بأنه غير مكلف قانوناً بالإثبات . ذلك أن تطوعه لإثبات الواقعة مع سكوت خصمه يكون بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه ، فيلزمه أن يضطلع بهذا العبء . وقد قضت محكمة النقض بأن القواعد التي تبين على أي خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام ، ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وإذن فتى كان الطاعن قد طلب من

(١) انظر الدكتور سليمان مرقس في شرح عقد الإيجار الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ فقرة ٢٣٣

ص ٤١٧ - ص ٤١٨ .

(٢) انظر الجزء الأول من الوسيط فقرة ٤٤٠ ص ٦٧٧ .

المحكمة إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما يدعيه، فليس له أن ينعي بعد ذلك على الحكم باجابهته إلى ما طلب ، حتى ولو كان فيما طلب متطوعاً لإثبات ما هو غير ملزم بحمل عبئه (١) .

ثالثاً - طرق الإثبات

١ - ماهى طرق الإثبات (سلطة المحكوم وسلطة محكمة النقض في شأنها)

٥٨ - طرق الإثبات التي رسمها القانون واهرائها وقوة كل

لمربع منها : رسم القانون طرق الإثبات المختلفة. وهي ستة : (١) الكتابة écrite (٢) الشهادة أو البينة témoignage (٣) القرائن présomptions (٤) الاقرار aveu (٥) اليمين serment (٦) المعاينة constatation .

ونبادر إلى استبعاد المعاينة من بين موضوعات القانون المدني ، إذ هي لا تنطوي إلا على إجراءات اصطلاح على جعلها كلها من مباحث قانون المرافعات ، سواء في ذلك ما تعلق منها بانتقال المحكمة للمعاينة visite des lieux (م ١٨٥-١٨٨ مرافعات) أو ما تعلق بالمعاينة الفنية التي يقوم بها الخبراء (expertise) (٢) (م ٢٢٥ -

(١) نقض مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٨ ص ٢٠٣ .
(٢) وتمييز الخير من الرخص المحولة للقاضي ، فله أن يقدر ما إذا كان لازماً أو غير لازم ، وله بعد أن يتم هذا التمييز أن يأخذ بتقرير الخير أو ألا يأخذه (نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢ ص ٦-١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١ ص ٥-١٤-١٠ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٢ ص ٨٤-١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٩ ص ١٣٩-١٢ مارس سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٥ ص ١٠٤٧-٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٩ ص ٤١٠-٩ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٨ ص ٨٢٠-١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٨ ص ٣٠٢-٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٨ ص ٥٠٣ (الأخذ بالجزء غير الباطل من تقرير الخير) - أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٦ ص ٥٨١-٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٣ ص ٧١٣-٢٣ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٦ ص ٣٢٧-١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤) . ولكن يجب تعيين خير إذا أوجب القانون ذلك (كما فعلت المرافعات إذ قضت الفقرة الثانية من المادة ٣١ ، في تقدير الدعوى المتعلقة بالعقار ، بأنه إذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت قيمته بحسب المستندات التي =

٢٥٢ مرافعات) . فتكون طرق الاثبات التي تعالج في القانون المدني هي الخمسة الأولى . وتعيين هذه الطرق وتحديد قيمة كل طريق منها من مسائل القانون المدني ، أما الإجراءات التي رسمها القانون للسير في كل طريق فمن مسائل قانون المرافعات ولا شأن لنا بها هنا .

والكتابة من أقوى طرق الإثبات ، ولها قوة مطلقة إذ يجوز أن تكون طريقاً لا إثبات الوقائع القانونية والتصرفات القانونية دون تمييز كما سنرى . ولم تكن لها هذه القوة قديماً ، بل كان المقام الأول للشهادة في وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة بل كانت الغلبة للأمية ، فكان الاعتماد على الرواية دون القلم . هكذا كان الأمر في الفقه الإسلامي وفي سائر الشرائع . ثم أخذت الكتابة تنتشر ، وساعد على ذلك اختراع الطباعة ، فعلت الكتابة على الشهادة وصار لها المقام الأول . ومن مزايا الكتابة أنه يمكن إعدادها مقدماً للإثبات منذ نشوء الحق دون التربص إلى وقت الخصومة فيه ، ولذلك سميت بالدليل المعد *preuve préconstituée* . وقد أوجبه القانون بوجه عام طريقاً للإثبات في الأحوال التي يمكن فيها إعدادها مقدماً ، وهي الأحوال التي يكون فيها مصدر الحق تصرفاً قانونياً ، فان التصرف القانوني يسهل إعداد كتابته لإثباته من وقت صدوره . أما الواقعة القانونية ، وهي عمل مادي ، فقد لا ييسر إعداد كتابته لإثباتها ، لذلك يجوز بوجه عام إثباتها بجميع طرق الإثبات لا بالكتابة وحدها . ومن مزايا الكتابة أيضاً أنها لا يتطرق إليها من عوامل الضعف ما يتطرق إلى الشهادة ، فالشهود يجوز عليهم الكذب ، وتعوزهم الدقة على كل حال ، وتعرض ذاكرتهم للنسيان . على أن الكتابة ، إذا خلت مما يلحق الشهادة من كذب

= تقدم أو بواسطة خبير) ، أو كان تعيين الخبير هو الوسيلة الوحيدة للخصم في إثبات مدعاه فعند ذلك لا يجوز رفض تعيين الخبير بغير سبب مقبول (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٢ ص ١٠٢٠) . انظر أيضاً المادة ٨٣٦ مدني وتقتضى بأن تندب المحكمة ، إن رأت وجهاً لذلك ، خبيراً لقسمة المال الشائع ، وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يكون هناك وجه لتعيين الخبير .

وتقارن الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجي بين الخبير والشاهد . فهما يتوافقان من حيث أن القاضي يعتمد على أقوال كل منهما في تكوين اعتقاده . وهما يتفارقان من حيث إن الشاهد يخبر عن الماضي أما الخبير فيقرر عن الحاضر . والأول يقتصر على رواية خبر ، أما الثاني فيبدي رأياً فنياً يعين القاضي على البت في الدعوى . فالخبير أقرب إلى أن يكون قاضياً من أن يكون شاهداً (بلانيول وريبير وبولانجي ٢ ص ٢٢٥٤) .

أو اضطراب أو نسيان ، لا تخلو هي أيضاً من احتمال التزوير . وقد رسم قانون المرافعات اجراءات معينة للطعن في الكتابة بالانكار أو بالتزوير (م ٢٥٣-٢٩١ مرافعات) .

أما الشهادة أو البيينة فقد كانت من أقوى الأدلة في الماضي كما قدمنا ، ثم نزلت للأسباب التي بينهاها إلى مكان أدنى . فهي طريق للإثبات ذو قوة محدودة ، إذ لا يجوز إثبات التصرفات القانونية بها إلا في حالات استثنائية ، ولا تثبت بها إلا الوقائع القانونية لأنها أعمال مادية فجاز إثباتها بالبيينة لموقع الضرورة (١) . وقد حاطها المشرع بضمانات عدة ، فرسم إجراءات دقيقة لسماع الشهود (١٨٩-٢٢٤ مرافعات) ، وفرض عقوبة على شهادة الزور ، وترك للقاضي التقدير الأعلى في الأخذ بها إذا أقنعت أو في اطراحها إذا هو لم يقتنع .

أما القرائن فهي طريق للإثبات غير مباشر ، لأن الخصم لا يثبت فيها الواقعة ذاتها محل النزاع بل واقعة أخرى متصلة بها يرى القانون أو القاضي أن في إثباتها إثباتاً للواقعة الأولى . فيكون الخصم قد أثبت الواقعة الثانية إثباتاً مباشراً ، وأثبت الواقعة الأولى - وهي الواقعة محل النزاع - إثباتاً غير مباشر . والقرائن قسمان : قرائن قانونية يقرها القانون بنص فيه ، وقرائن قضائية يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها وله حرية واسعة في تقديرها . والقرائن القانونية إما أن تكون قرائن بسيطة تقبل إثبات العكس ، أو قرائن قاطعة لا يجوز إثبات عكسها (٢) . أما القرائن القضائية فكلها قابلة لإثبات العكس . وإذا كانت

(١) ومع ذلك فقد يوجب القانون الإثبات بالكتابة في بعض الوقائع المادية كما فعل في إثبات البنوة (م ٣٢٣ فقرة ٢ و م ٣٤١ فقرة ٣ مدني فرنسي) ، وقد يميز الإثبات بالبيينة في مناسبة تصرف قانوني كالغلط والتدليس والإكراه إذا شاب عيب منها التصرف القانوني لأن هذه العيوب ليست في الواقع إلا وقائع مادية (بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢١٦٦) .

(٢) يرى أوبري ورو أن الواقعة التي يعتبرها القانون ثابتة بفضل قرينة قانونية قاطعة لا تكون محلاً للإثبات ، ومن ثم لا تكون القرائن القانونية القاطعة طريقاً للإثبات بالمعنى الصحيح . أما القرائن القانونية البسيطة ، وهي التي يجوز إثبات عكسها ، فلا تكون هي أيضاً طريقاً للإثبات ، بل هي طريق لنقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ ص ٧٣) .

وقد قدمنا أن القرينة القانونية القاطعة توجب على الخصم إثبات واقعة متصلة بالواقعة محل =

الزائن ننطوى فى كثير من الأحوال على وقائع مادية ملموسة لا يتطرق إليها الكذب أو الاضطراب كما يتطرق إلى الشهادة ، إلا أنها تقوم على أساليب دقيقة من الاستنباط لا يؤمن فيها العثار . ومن ثم جعلت القرائن ، من حيث قوتها فى الإثبات ، بمنزلة الشهادة ذات قوة محدودة ، ولا يجوز قبولها إلا حيث تقبل الشهادة . ولم يرسم قانون المرافعات للقرائن إجراءات معينة ، فجميع الأحكام الخاصة بها أحكام موضوعية وهى متناثرة فى جميع نواحي القانون .

أما الإقرار فإنه إذا صدر من الخصم على نفسه بحق لخصمه ، لا يكون فى الواقع من الأمر طريقاً لإثبات هذا الحق ، بل إعفاء من إثباته ، ونزولاً من الخصم المقر عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه . ولما كان الإقرار نزولاً عن حق المطالبة بالإثبات ، فهو من جهة يقبل فى الوقائع المادية والتصرفات القانونية على السواء ، وهو من جهة أخرى يكون حجة قاصرة على المقر دون غيره ، فهو وحده الذى نزل عن حق المطالبة بالإثبات ، وقد يكذب فى إقراره فيقر بشيء فى حق نفسه تخلصاً مما هو أشد أو إلحاقاً للضرر بغيره . وقد رسم قانون المرافعات إجراءات خاصة تمهد للإقرار ، هى إجراءات استجواب الخصوم

= النزاع . فهناك إذن واقعتان : واقعة أصيلة وهى الواقعة محل النزاع ، وواقعة بديلة وهى الواقعة الواجب حل الخصم إثباتها ويكون فى هذا الإثبات إثبات للواقعة الأصيلة . فليهما يتعلق بالواقعة البديلة ، لا يكون فى القرينة القانونية القاطعة إعفاء من الإثبات ، بل هناك إثبات مباشر . أما فيما يتعلق بالواقعة الأصيلة ، فإن فى القرينة القانونية القاطعة إعفاء من الإثبات المباشر ، وتثبت الواقعة الأصيلة ثبوتاً غير مباشر عن طريق إثبات الواقعة البديلة . ولا فرق ما بين القرينة القانونية القاطعة والقرينة القانونية البسيطة ، فى هذا الصدد ، إلا فى أن الإعفاء من الإثبات المباشر للواقعة الأصيلة فى القرينة البسيطة هو إعفاء مؤقت لا إعفاء نهائى كما فى القرينة القاطعة . إذ أن القرينة البسيطة ، بتقلها عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ، تفسح المجال لإعادة هذا العبء إلى الخصم الأول بعد أن كان قد أعفى من الإثبات ، وذلك إذا ما اضطلع الخصم الآخر بعبئه . أما بالنسبة إلى الواقعة البديلة فالقرينة القاطعة والقرينة البسيطة سواء : فى الاثنتين يتعين إثبات الواقعة البديلة إثباتاً مباشراً .

ولما كانت العبرة فى الإثبات إنما تكون بالإثبات الذى ينصب مباشرة على الواقعة الأصيلة ، فقد اعتبرنا هذا المعنى فى القرائن القانونية ، وآثرنا فى الترتيب الذى توخيناه أن نجمل هذه القرائن ، لا طريقاً للإثبات ، بل طريقاً للإعفاء من الإثبات ، إذ هى جميعاً تعفى من إثبات الواقعة الأصيلة إثباتاً مباشراً ، على وجه نهائى فى القرائن للقاطعة وعلى وجه مؤقت فى القرائن البسيطة .

(interrogatoire) واستحضارهم شخصياً أمام القاضى (comparution personnelle) (م ١٦٦ - ١٧٤ مرافعات).

بقيت اليمين . ويمكن القول إنها طريق للإثبات من وجود أربعة : إذا حلفها من وحيث إليه فقد ثبت حقه بيمينه ، وإذا نكل دون أن يردّها فقد ثبت حق خصمه بنكوله ، وإذا ردها إلى الخصم فحلف فقد ثبت حق الخصم بيمينه ، وإذا ردها إلى الخصم فلم يحلف فقد ثبت حقه بنكول خصمه . على أن الواقع من الأمر أن اليمين كالإقرار ليست طريقاً للإثبات . لأن توجيه اليمين إلى الخصم أو ردها عليه إنما هو احتكام إلى ذمته ، فإن حلف كان هذا تحملاً للحق ، وإن كان هذا بمثابة الإقرار . ومن ثم يقبل توجيه اليمين في الوقائع المادية والتصرفات القانونية على السواء ، شأن اليمين في ذلك شأن الإقرار . وقد رسم قانون المرافعات الإجراءات اللازمة في تحليف اليمين (م ١٧٥ - ١٨٤ مرافعات) .

وزى مما تقدم أن القانون قد عين طرق الإثبات المختلفة ، وحدد لكل طريق قوته ، بمقتضى قواعد وضعها لذلك^(١) . فهل تعتبر هذه القواعد من النظام العام لا سلطان للخصوم عليها ، أم هي قواعد قابلة للتعديل بالاتفاق فيما بين الخصوم ؟ هذا ما ننتقل الآن إليه .

(١) وللخصم أن يختار من طرق الإثبات ما يميزه القانون . وهو إذا اعتمد طريقاً منها ، ولم يوفق فيه أو عدل عنه ، فله أن يلجأ إلى طريق آخر ، وذلك إلا في اليمين فسرى أن الالتجاء إلى هذا الطريق يعتبر نزولاً عما عداه من الطرق . وقد قصت محكمة الاستئناف المحظوظ بأه يجوز للخصم الذى رخص له في إثبات حق متنازع فيه بطريق معين من طرق الإثبات أن يلجأ إلى طرق أخرى لإثبات حقه ، سواء أكان قد عجز عن الإثبات بالطريق الذى سبق الترخيص به أم كان قد عدل عن هذا الطريق بعدم المضى فيه . ومن ثم إذا كان المدعى في دعوى الاستحقاق قد فقد حقه في السير في إجراءات التحقيق ، فلا يترتب على ذلك أنه يفقد حقه في إثبات دعواه بطريق آخر (استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٥٦) . وقصت أيضاً بأنه إذا أقر القاضى اتخاذ طريق من طرق الإثبات ، فإن ذلك لا يمنع الخصم ، وكذلك لا يمنع القاضى ، من الالتجاء إلى طرق أخرى لإثبات أو نفي ما يدعيه الخصوم . وينبئ على ذلك أنه إذا لم يباشر الحبير الخلاس عمله بسبب عدم إيداع الخصم الأمانة المقدرة ، فإن ذلك لا يمنع الخصم المتضرر في إيداع الأمانة من أن يستبدل بهذا الطريق طريقاً أخرى للإثبات . ويتعين على القاضى أن يبحث هذه الطرق ، غرضاً النظر عن الإجراء الذى سبق اتخاذه ولم يتم (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٤٤ ص ٥٦) .

٥٩ - الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات^(١): يذهب الفقه الفرنسي

إلى القول ببطلان هذه الاتفاقات . وحجته في ذلك أن طرق الإثبات تتعلق بحسن تنظيم القضاء والتعرف على خير السبل التي يهتدى بها القضاء إلى الحقائق ، ومن ثم تكون القواعد التي تعين هذه الطرق وتحدد قوة كل منها قواعد تتعلق بالنظام العام ، ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها^(٢) . بل يذهب فريق من الفقهاء في فرنسا إلى بطلان الاتفاقات المتعلقة بقواعد الإثبات كافة ، ليس فحسب القواعد المتعلقة بطرق الإثبات ، بل أيضاً القواعد المتعلقة بتحديد الواقعة المراد إثباتها وبتعيين من من الخصوم يحمل عبء الإثبات^(٣) ، وهي القواعد التي سبق أن قررنا أنها لا تتعلق بالنظام العام . ولكن القضاء الفرنسي يذهب إلى القول بصحة الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات كغيرها التي تتعلق بعبء الإثبات وبالواقعة المراد إثباتها . ولا يستثنى من ذلك إلا الاتفاقات الخاصة بقواعد لا يختلف أحد في أنها متعلقة بالنظام العام ، كالقواعد الخاصة بإثبات الميلاد والوفاة والزواج وإثبات النسب والقواعد الخاصة بوجود مناقشة الأدلة التي يقدمها الخصوم بقوة الأوراق الرسمية ونحو ذلك^(٤) . وينهض لتوجيه الرأي الذي يذهب إليه القضاء الفرنسي اعتباران : أولهما أن الأصل في موقف القاضي من الدعوى الحياد كما تقدم القول ، والخصمان هما اللذان يقفان موقفاً إيجابياً ، فلهما أن يسيرا على القواعد التي رسمها القانون للإثبات ، ولكن لاعليهما أن يخالفا هذه القواعد باتفاق بينهما إلى قواعد أخرى يريانهما أقرب إلى أداء العدالة

(١) انظر في هذه المسألة سيوريانو (Sescioreano) في الإتفاقات الخاصة بإثبات براءة ذمة المدين ، رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ - ليبال (Le Balle) في الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات في القانون المدني ، رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ - وسعود إلى معالجة المسألة من ناحية جواز الاتفاق على الإثبات بالبيننة حيث تجب الكتابة أو الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث تجوز البيننة عند الكلام في البيننة والقرائن .

(٢) أنظر رسالة سيوريانو (Sescioreano) المتقدم ذكرها ص ٣٩ .

(٣) أنظر رسالة ليبال (Le Balle) المتقدم ذكرها ص ١٣٤ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٣ - فقرة ١١٥٤ .

(٤) بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٣ .

وتمحيص الحقائق^(١) . والاعتبار الثاني أن إثبات الحق لا يزيد في الخطر عن الحق ذاته ، وما دام صاحب الحق يستطيع النزول عنه ، فكيف لا يستطيع الاتفاق مع خصمه على طريق معين لإثبات هذا الحق !

ومن ثم فقد حكم القضاء الفرنسي بصحة الاتفاق الخاص بإثبات براءة ذمة الوكيل بطرق أيسر من تلك التي رسمها القانون في القواعد العامة للإثبات وفي القواعد الخاصة بعقد الوكالة^(٢) . وحكم أيضاً بجواز الاتفاق على الإثبات بطريق أيسر مما قرره القانون ، كالبينة بدلا من الكتابة^(٣) ، أو بطريق أصعب^(٤) ، أو بطريق لم يرسمه القانون^(٥) ، وهذا ما لم يكن هناك اعتبار واضح من النظام العام^(٦) .

أما في مصر فيمكن القول بأن الفقه يذهب إلى أن أكثر قواعد الإثبات لا تعتبر من النظام العام . وكان القضاء ، في ظل القانون القديم ، يميز بين الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث يبيح القانون الإثبات بالبينة ، وهذا اتفاق جائز مستساغ ، وبين الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث يحتم القانون الإثبات بالكتابة ، وهذا كان القضاء يجيزه إذا تم بعد وقوع الخصومة ولا يجيزه إذا أبرم مقدماً قبل

(١) أما إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، وخالف القاضي من تلقاء نفسه القواعد التي رسمها القانون في الإثبات وسكت الخصم ولم يترض ، فلا يعتبر ذلك اتفاقاً بينه وبين خصمه على مخالفة قواعد الإثبات ، بل نزولاً بإرادة منفردة عن حق الاعتراض (بلائيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ ص ٨٥٦ هامش رقم ٣) . وهذا بخلاف ما إذا تطوع أحد الخصمين لحمل عبء إثبات واقعة لم يكن عليه إثباتها وسكت الخصم الآخر ، فقد قدمنا أن هذا يكون بمثابة اتفاق ، على تعديل قواعد عبء الإثبات .

(٢) نقض فرنسي ٩ يناير سنة ١٨٦٥ دالوز ١٦٠-١-٦٥ - سيريه ١٦٥-١-٦٣ حكم آخر في ١٧ يولية سنة ١٨٦٦ دالوز ٢٧-١-٦٧ - سيريه ٢٦-١-٦٦ .

(٣) نقض فرنسي أول يونيه سنة ١٨٩٣ سيريه ٩٣-١-٢٨٣ - حكم ثان في ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٧-١-٣٢٧ - حكم ثالث في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ سيريه ٢٠-١-١٩٢٢ .

(٤) نقض فرنسي ٨ أغسطس سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٤-١-٤٨١ .

(٥) نقض فرنسي ٢٠ مارس سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧-١-٣٣٨ - حكم آخر في ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥-١-٤٠٢ .

(٦) نقض فرنسي ١٣ نوفمبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥-١-٤٠٧ - بلائيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ - فقرة ١٤٢٩ ص ٨٥٦ - ص ٨٥٩ - بلائيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١٩٥ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٥ .

وقوع الخصومة . وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى^(١) .

والذى يعيننا هنا أن نبينه هو أنه يمكن القول إجمالاً إن قواعد الاثبات ليست من النظام العام لما سبق ذكره من الاعتبارات التى سقناها فى توجيه القضاء الفرنسى . يوجد حقاً من هذه القواعد ما توحى طبيعته أنه من النظام العام ، كأن تكون الورقة الرسمية حجة على الناس كافة إلى أن يطعن فيها بالتزوير ، وكأن تكون الورقة العرفية حجة على الغير فى تاريخها الثابت ، وكحجية القرائن القانونية الفاطعة فى كثير من الأحوال . ولكن أكثر القواعد لا تعتبر من النظام العام ، فيصح الاتفاق على ما يخالفها . ومن ثم يجوز الاتفاق على نقل عبء الاثبات كما قدمنا . ويجوز الاتفاق أيضاً على ألا تكون للرسائل الموقع عليها ولا للبرقيات ولا للدفاتر والأوراق المنزلية قوة الورقة العرفية من حيث الاثبات (م ٣٩٦ و ٣٩٨ مدنى) . ويجوز بوجه عام الاتفاق على عدم أعمال القرائن القانونية البسيطة وهى التى تقبل إثبات العكس . ويجوز أخيراً الاتفاق على أن يكون الاثبات بالكتابة حيث يحجز القانون الاثبات بالبينه ، أو أن يكون الاثبات بالبينه حيث يحتم القانون الاثبات بالكتابة^(٢) ، وهذه هى المسألة التى سنتناولها ببيان واف عند الكلام فى قوة البينه والقرائن فى الاثبات .

(١) وقد قضى كذلك بأنه إذا اشترط المتعاقدان إبعاد اليمين بغير الحال ، فإن الشرط ليس فيه ما يخالف النظام العام ، فهو جائز ، وقد يتردد بعض الناس فى الحلف بسبب العقيدة الدينية أو تأنيب الضمير إذا ما ظهر له الحق بعد الحلف (بنى مزار ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٣٥٩ ص ٨٨٢) . وقضى بأن الاتفاق فى سند المديونية على عدم أحقية المدين فى توجيه اليمين الحاسمة إلى دائته عن السداد اتفاق جائز قانوناً لعدم مخالفته للنظام العام والآداب (أسيوط الكلية ١٤ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٣٧ ص ١٠٤٢) . وأنظر فى أن قواعد الاثبات ليست من النظام العام ، إلا أن يكون الاتفاق على تعديلها قد جاء فى عقد إذعان حيث يكفل القانون حماية الطرف المدعى الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٠ - ص ٢٢ .

(٢) وقد كان التقنين المدنى القديم لا يحجز إثبات عقد الإيجار إلا بالكتابة ، وفى رأينا أنه كان يجوز الاتفاق على جواز الاثبات بالبينه . وتوجب المادة ٦٥٨ من التقنين المدنى الجديد أن يحصل الاتفاق على الزيادة فى أجر المقاول بالكتابة إذا كان عقد المقاول قد أبرم بأجر لإجمال على أساس تصميم متفق عليه ، وفى رأينا أنه يجوز الاتفاق فى عقد المقاول على أن يكون إثبات الاتفاق على زيادة أجر المقاول بالبينه دون الكتابة .